

# 論超國界武裝衝突之法律適用問題

## — 羅馬規約二十週年回顧

2019 超國界法學議題研究案

指導學生：東吳大學法律系五年級 林妍君

指導教授：東吳大學 何婉君 教授

## 目錄

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| 壹、 前言 .....                                       | 1  |
| 貳、 國際人道法與國際刑法間之關係 .....                           | 2  |
| 參、 武裝衝突之相關規範 .....                                | 3  |
| 一、 國際性武裝衝突 .....                                  | 4  |
| (一) 定義 .....                                      | 4  |
| 1. 國際人道法範疇中之規範 .....                              | 4  |
| 2. 羅馬規約下之規範 .....                                 | 5  |
| (二) 國際人道法之適用問題 .....                              | 5  |
| 1. 國際人道法適用之起始點及終點 .....                           | 5  |
| 2. 國際人道法之土地適用範圍 .....                             | 6  |
| 二、 非國際性武裝衝突 .....                                 | 6  |
| (一) 定義 .....                                      | 6  |
| 1. 國際人道法範疇中之規範 .....                              | 6  |
| 2. 羅馬規約下之規範 .....                                 | 7  |
| (二) 國際人道法之適用問題 .....                              | 8  |
| 1. 國際人道法適用之起始點及終點 .....                           | 8  |
| 2. 國際人道法之土地適用範圍 .....                             | 8  |
| 三、 國際性武裝衝突與非國際性武裝衝突之區別 .....                      | 10 |
| 肆、 國際刑事法院中的武裝衝突 .....                             | 10 |
| 一、 概說 .....                                       | 10 |
| 二、 「戰爭罪」與「危害人類罪」 .....                            | 11 |
| 三、 國際性武裝衝突 .....                                  | 13 |
| (一) 各刑事法庭相關案件分析 .....                             | 13 |
| 1. Prosecutor v. Tadić (ICTY) .....               | 13 |
| 2. Prosecutor v. Delalić et al. (ICTY) .....      | 15 |
| 3. Prosecutor v. Lubanga (ICC) .....              | 16 |
| 4. Prosecutor v. Katanga (ICC) .....              | 17 |
| 5. Situation in the Republic of Korea (ICC) ..... | 18 |
| (二) 學者意見 .....                                    | 18 |
| 1. 兩國家政府軍之間的衝突 .....                              | 18 |
| 2. 軍事佔領 .....                                     | 19 |
| 3. 他國直接干預 .....                                   | 20 |
| 4. 他國間接干預 .....                                   | 20 |
| (三) 小結 .....                                      | 22 |
| 四、 非國際性武裝衝突 .....                                 | 23 |
| (一) 羅馬規約中非國際性武裝衝突的沿革 .....                        | 23 |

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| (二) 各刑事法庭相關案件分析.....                                              | 25 |
| 1. Prosecutor v. Tadić (ICTY) .....                               | 25 |
| 2. Prosecutor v. Limaj (ICTY) .....                               | 26 |
| 3. Prosecutor v Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski (ICTY) ..... | 27 |
| 4. Prosecutor v. Lubanga (ICC) .....                              | 28 |
| 5. Prosecutor v. Katanga (ICC) .....                              | 28 |
| 6. Prosecutor v. Bemba (ICC) .....                                | 29 |
| 7. Prosecutor v. Ongwen (ICC) .....                               | 30 |
| (三) 學者意見.....                                                     | 31 |
| 1. 武裝衝突二分法 .....                                                  | 31 |
| 2. 非國際性武裝衝突之定義 .....                                              | 32 |
| 3. 羅馬規約第 8 條第二項第六款之解釋.....                                        | 32 |
| 4. 非國際性武裝衝突之土地範圍 .....                                            | 33 |
| (四) 本文觀點.....                                                     | 34 |
| 五、 小結 .....                                                       | 35 |
| 伍、 國際刑事法院的管轄權及案件受理問題.....                                         | 35 |
| 一、 概說 .....                                                       | 35 |
| 二、 國際刑事法院之補充性 .....                                               | 36 |
| (一) 羅馬規約之規定.....                                                  | 36 |
| (二) 國際刑事法院相關案件分析.....                                             | 39 |
| 1. Prosecutor v Katanga.....                                      | 39 |
| 2. Prosecutor v. Al-Senussi (Libya) .....                         | 40 |
| 3. Prosecutor v. Gaddafi (Libya) .....                            | 42 |
| 4. Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang.....    | 44 |
| (三) 小結.....                                                       | 44 |
| 三、 禁止雙重追訴原則 .....                                                 | 45 |
| 四、 國際刑事法院之案件嚴重性 .....                                             | 46 |
| (一) 羅馬規約之規定.....                                                  | 46 |
| (二) 國際刑事法院相關案件分析.....                                             | 48 |
| 1. Sudan .....                                                    | 48 |
| A. Situation in Darfur .....                                      | 48 |
| B. Prosecutor v. Abu Garda .....                                  | 49 |
| 2. Situation in Iraq (英國於 2003 年入侵伊拉克) .....                      | 50 |
| 3. Second Congo War (Democratic Republic of Congo).....           | 50 |
| A. Situation in the Democratic Republic of Congo .....            | 51 |
| B. Prosecutor v. Lubanga .....                                    | 51 |
| C. Prosecutor v. Ntaganda.....                                    | 52 |
| 4. Situation in Uganda.....                                       | 53 |

|                                                                           |       |
|---------------------------------------------------------------------------|-------|
| 5. 2007-08 post-election violence in Kenya .....                          | 53    |
| A. Situation in Kenya .....                                               | 54    |
| B. Prosecutor v. Uhuru Kenyatta .....                                     | 54    |
| 6. Situation in the Republic of Côte d'Ivoire .....                       | 55    |
| 7. Situation in Gaza .....                                                | 56    |
| (三) 小結 .....                                                              | 57    |
| 陸、 超國界武裝衝突 .....                                                          | 58    |
| 一、 概說 .....                                                               | 58    |
| 二、 Hamdan v. Rumsfeld (2006) .....                                        | 60    |
| 三、 國際人道法之適用 .....                                                         | 61    |
| (一) 跨國境非國際性武裝衝突 (Cross-border non-international armed<br>conflicts) ..... | 61    |
| 1. 跨國境非國際性武裝衝突之意義 .....                                                   | 61    |
| 2. 跨國境非國際性武裝衝突適用國際人道法 .....                                               | 61    |
| (二) 輸出的非國際性武裝衝突 (Exported non-international armed<br>conflicts) .....     | 62    |
| (三) 恐怖攻擊 (Terror attack) .....                                            | 64    |
| 1. 恐怖主義之定義 .....                                                          | 64    |
| 2. 「恐怖主義」作為條約法下之罪行 .....                                                  | 65    |
| 3. 恐怖攻擊是否得構成戰爭罪或危害人類罪 .....                                               | 66    |
| (四) 打擊恐怖組織 (International fight against terrorism) .....                  | 67    |
| 1. 在武裝衝突情況下實施定點清除 (in the context of armed conflict) .....                | 68    |
| 2. 在非武裝衝突情形下實施定點清除 (outside the armed conflict) .....                     | 68    |
| (五) 不對稱衝突 (asymmetrical conflict) .....                                   | 69    |
| 1. 互惠原則 .....                                                             | 70    |
| 2. 國際人道法基本原則之遵守 .....                                                     | 71    |
| (六) 第三種武裝衝突類型—超國界武裝衝突 .....                                               | 71    |
| 四、 小結 .....                                                               | 72    |
| 柒、 國際刑事法院面對的挑戰 .....                                                      | 73    |
| 捌、 結論 .....                                                               | 75    |
| 玖、 參考文獻 .....                                                             | 76    |
| 一、 文獻資料 .....                                                             | 76    |
| 二、 國際法院案件 .....                                                           | 78    |
| 附件一：部分重要案件背景事實概述 .....                                                    | - 1 - |
| 附件二：國際刑事法院之建立流程 .....                                                     | - 5 - |
| 附件三：國際刑事法院之案件處理流程 .....                                                   | - 7 - |

## 壹、前言

犯下戰爭罪、危害人類罪及種族滅絕罪的非洲蘇丹共和國總統巴席爾（Omar al-Bashir）於 2019 年結束長達 30 年的獨裁統治，然蘇丹新政府拒絕配合國際刑事法院將巴席爾引渡，交由國際刑事法院審判<sup>1</sup>；同年，哈夫塔（Khalifa Haftar）指使轟炸位於利比亞黎波里（Tripoli）的移民拘留中心，造成百餘人死傷<sup>2</sup>；2017 年起羅興亞人面對緬甸軍方各種折磨，包括屠殺、強姦等，造成近 70 萬羅興亞伊斯蘭教徒被迫遷徙至孟加拉<sup>3</sup>…這些皆為近幾年較矚目明顯違反人道之事件，而國際刑事法院為目前國際上唯一處理相關案件的常設國際刑事法庭，自 1998 年於義大利羅馬簽署通過以來，國際刑事法院所用之《國際刑事法院羅馬規約》（下稱「羅馬規約」）已逾 20 年，故本文欲於此時點，回顧國際刑事法院及國際人道法範疇中關於武裝衝突之定義及判斷標準。就此議題，本文以蒐集國際判決及學者文章之方式，先從各相關國際判決中找尋出目前國際刑事法院對於武裝衝突的見解，再加上學者分別就此議題之評析，以勾勒出武裝衝突的全貌。

進一步，提及國際刑事法院，必須亦提及該法院因管轄權問題，近幾年來遭諸多國家表示抗議，甚至有國家表明欲退出國際刑事法院；當國際刑事法院之管轄權與國家刑事管轄權競合時何者應優先？國際刑事法院在這些嚴重違反人道法之案件，其扮演的角色又為何？目前國際上每日皆有不同大小規模的暴力衝突發生，如 2019 年 5 月於香港發生的一連串警民衝突，國際刑事法院可受理所有的案件嗎？這些疑問實則關乎國際刑事法院對武裝衝突存否之衡量；對此，本文將從羅馬規約本身之規範及國際刑事法院相關案例法院之決定此二角度著手探討，以清楚地了解目前國際刑事法院收案之流程及其管轄權、可受理性等問題。

---

<sup>1</sup> Accused 9/11 mastermind open to testimony against Saudi Arabia, Aljazeera.com (2019), <https://www.aljazeera.com/news/2019/07/accused-911-mastermind-open-testimony-saudi-arabia-190729231512390.html> (last visited Jul 30, 2019).

<sup>2</sup> Patrick Wintour & Peter Beaumont, Nearly 180 dead and 800 injured in Haftar's assaults on Tripoli the Guardian (2019), <https://www.theguardian.com/world/2019/apr/17/dead-injured-haftar-as-sault-tripoli-libya-icc> (last visited Jul 30, 2019).

<sup>3</sup> Rohingya crisis: A month of misery in Myanmar's Rakhine, Aljazeera.com (2019), <https://www.aljazeera.com/news/2017/09/rohingya-crisis-month-misery-myanmar-rakhine-170925035409435.html> (last visited Jul 30, 2019).

再者，從早些年的蓋達組織（Al-Qaeda）、塔利班（Taliban）到近年的哈瑪斯集團（Hamas）、伊斯蘭國（The Islamic State），目前在國際上仍有數十恐怖組織在世界各地行動，但這些恐怖組織所為的武裝暴力行動，並無法被傳統國際人道法或國際刑法所歸責，因而對於平民及應受保護之人造成保護上之破網。故本文的最後一個重點在於將這些目前非傳統武裝衝突類型的新興武裝衝突類型化後，並試圖探討其國際人道法之適用問題。

## 貳、國際人道法與國際刑法間之關係

本文的主軸雖環繞在國際刑法，但如進一步窺查相關的規約及案件即會發現國際人道法範疇中的公約及該領域學者的著作皆不斷地被提及，故於本文進入正言前，欲先就國際人道法及國際刑法間之關係先為闡述。

國際人道法是以習慣和條約為基礎的國際實在法（International positive law）的分支<sup>4</sup>，本質為軟法（soft law）<sup>5</sup>，其目的是限制戰爭的方法和手段，保護武裝衝突的受害者。而國際人道法主要由《1949年日內瓦四公約》（下稱「《日內瓦公約》」）及《1907年海牙公約》組成，而關於武裝衝突的情形下受害者及相關客體之保護規範於《日內瓦公約》<sup>6</sup>，對於違反者的相關處罰僅規定締約國有義務調查據稱犯下這些罪的人，並承諾會將他們帶到他們自己的法院<sup>7</sup>，但是並無一國際性的法庭的設置。

國際人道法與國際刑法的相連，需回溯至第二次世界大戰，同盟國（the Allied government）建立一國際法庭——紐倫堡國際軍事法庭（International Military Tribunal for Nuremberg），其審判範圍除戰爭罪外，亦包括納粹政權所犯之危害人

---

<sup>4</sup> Hortensia D. T. Gutierrez Posse, *The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals*, (International Review of the Red Cross, vol. 88, 2006), p. 65.

<sup>5</sup> Frits Kalshoven, *Implementation of International Humanitarian Law* (Hague Academy of International Law. Center for Studies and Research, 1989), p. 31.

<sup>6</sup> 應受保護之客體像是：平民（civilian）、喪失戰鬥力的戰鬥員（combatant hors de combat）、戰俘（prisoner of war）等。

<sup>7</sup> Geneva Convention (I) on Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1949) [GC I], Article 49; Geneva Convention (II) on Wounded, Sick and Shipwrecked of Armed Forces at Sea (1949) [GC II], Article 50; Geneva Convention (III) on Prisoners of War (1949) [GC III], Article 129; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva (1949) [GC IV], Article 146.

類罪，隨後設立的遠東國際軍事法庭（International Military Tribunal for the Far East）亦有相似的設立目的。此二法庭強調部分違反國際人道法規則的個人行為與其作為法院機構間的關係；國際法最初僅規範國家之間的關係，只有國家才能對國際非法行為負責，但從紐倫堡法庭開始將所謂的刑事責任，從國家限縮到個人，不再是整個國家的人民皆須為其國家政府所做的非法行為承擔責任，而是該違反國際人道法的個人需負擔責任。嗣後二十世紀的「前南斯拉夫問題國際刑事法庭」（International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia，以下稱「ICTY」）和「盧安達問題國際刑事法庭」（United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda，以下稱「ICTR」）和「國際刑事法院」的規約亦致力於個人刑事責任的歸責<sup>8</sup>。

進一步，關於個人責任的部分，現在羅馬規約所規範的個人刑事責任並不局限於犯下罪行的「正犯」，從一起行動的共同正犯、到教唆、誘引的共犯皆會受到國際刑法的拘束，而此個人刑事責任的擴張需回溯至凡爾賽條約（Versailles Peace Treaty）、紐倫堡國際軍事法庭及遠東國際軍事法庭（International Military Tribunal for the Far East）憲章，被告的領導、組織者、煽動者等亦須負責<sup>9</sup>，在日後的ICTY和ICTR及目前的國際刑事法院亦將犯罪的間接參與者納入規範的範圍中<sup>10</sup>。

### 參、武裝衝突之相關規範

「武裝衝突」一概念之適用最早得回溯至1864/1949年日內瓦四公約<sup>11</sup>，在一百七十多年前，《日內瓦公約》即已對於武裝衝突進行類型化、定義及訂立相

---

<sup>8</sup> 相對於第二次世界大戰後二軍事法庭的設立係基於國家間的協議（如：紐倫堡大審係基於1945年的《倫敦協議》），二十世紀後所設立的刑事法庭皆基於聯合國的決定（如：ICTY係基於聯合國1993年第808號決議）。

<sup>9</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal (1945), Article 6.

<sup>10</sup> 雖然上述這些刑事法庭皆將間接參與犯罪者規範其個人責任，但事實上每個法庭對於參與程度的劃界及判斷仍有不同，《羅馬規約》對於犯罪參與程度劃分的最詳細，但由於並非本文論述重點，僅簡單陳述。

<sup>11</sup> 1864年的Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field係第一部關於國際人道法/陸地上武裝衝突的公約，嗣後於第一次世界大戰後，因死傷慘重又有兩部公約誕生，分別關於海上武裝衝突及戰俘的相關規範，1949年訂定《日內瓦四公約》，前三部公約只針對已制定好的三部公約為微幅的修正，主要的工作在於增訂第四部對於平民保護的公約。

關規範，而目前國際刑法實務及學者皆延續《日內瓦公約》所為之二分法，將武裝衝突分為國際性武裝衝突及非國際性武裝衝突二種。在分別針對每一種武裝衝突之國際人道法適用問題進行討論前，本文欲先就國際人道法適用與否的實益先為梳理。

當一地區發生武裝暴力行為，且被認定為武裝衝突時（無論國際性或非國際性），最首要的是平民及民用物體（civilian object）原則上不能參與衝突，亦當然地受保護、不得被攻擊；但進一步而言，在武裝衝突情況下，當參戰方攻擊軍事目標當然地為合法，但隨之造成的「附帶損害」（collateral damages）在合乎比例原則、區分原則且有為預防性措施時，即使有造成平民受傷，該攻擊亦為合法，因此一武裝暴力情況是否為武裝衝突、是否有國際人道法之適用有其重要性<sup>12</sup>。

## 一、國際性武裝衝突

### （一） 定義

#### 1. 國際人道法範疇中之規範

國際性武裝衝突的相關規範主要在在《日內瓦公約》及1977年《1949日內瓦公約第一附加議定書》（以下稱「第一附加議定書」）：

首先，《日內瓦公約》共同第二條（下稱「共同第二條」）定義：「…兩個或兩個以上締約國間所發生之一切經過宣戰的戰爭或任何其他武裝衝突，即使其中一國不承認有戰爭狀態。凡在一締約國的領土一部或全部被佔領之場合，即使此項佔領未遇武裝抵抗，亦適用本公約…」<sup>13</sup>，由此觀之，在《日內瓦公約》的定義下，經過「宣戰的戰爭」、「兩個或兩個以上締約國間的武裝衝突」及「一國軍事佔領他國一部或全部領土」此三種情形可構成國際性武裝衝突；第一附加議定書增加一種情事：「…上款所指的場合，包括各國人民在行使莊嚴加載聯合國憲

<sup>12</sup> Article 51, 57 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (*Additional Protocol I*), 8 June 1977; J. -M. Henckaerts & L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), Vol. 1, Ch. 4-5.

<sup>13</sup> Common Article 2 of Geneva Conventions of 1949. 由於1949年日內瓦四公約的第二條內容皆相同，皆係對於國際性武裝衝突為定義。

章和關於各國依聯合國憲章建立友好關係及合作的國際法原則宣言的自決權中，對殖民統治和外國占領以及對種族主義政權作戰的武裝衝突<sup>14</sup>」，亦即當人民對於殖民統治及外國占領勢力為反抗時，縱使反抗的勢力不足以被視為武裝團體，但人民與外國勢力間的衝突亦得視為國際性武裝衝突<sup>15</sup>。綜上，國際人道法創設四種情形成立國際性武裝衝突。

## 2. 羅馬規約下之規範

羅馬規約第 8 條罪行為「戰爭罪」，罪名成立之前提係武裝衝突之存在；而該條第二項第一、二款（Article 8(2)(a), (b)）規範在國際性武裝衝突下所為之犯罪：第一款係規範嚴重破壞 1949 年 8 月 12 日《日內瓦公約》的行為，即對《日內瓦公約》規定保護的人或財產實施之罪行，包括故意殺害、酷刑或不人道待遇、劫持人質、非法驅逐出境等<sup>16</sup>；第二款則為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罪行<sup>17</sup>，包括故意攻擊平民、民用物體、聯合國聯合部隊人員、不當使用休戰旗等共 26 種罪行<sup>18</sup>，但羅馬規約無「國際性武裝衝突」的定義<sup>19</sup>。

### （二）國際人道法之適用問題

#### 1. 國際人道法適用之起始點及終點

國際人道法適用之起始點即當事實上之情況符合上述國際性武裝衝突之定義時；而國際性武裝衝突的成立要件對於武力衝突之時長及嚴重程度皆無要求，當一國對於他國單方面訴諸武力時，國際性武裝衝突即成立，無論被攻擊國是否有回擊。相反地，國際人道法適用之終點有較多學說爭議：國際紅十字委員會

<sup>14</sup> Article 1(4) of Additional Protocol I.

<sup>15</sup> 此種情形稱為「Levée en masse」，這些參與戰鬥行為的平民們例外地獲得戰鬥員（combatant）的地位，故當他們落入敵對手中時亦可獲得戰俘（prisoner of war）的地位。

<sup>16</sup> Article 8(2)(a) of Rome Statute of International Criminal Court, International Criminal Court (1998) [Rome Statute].

<sup>17</sup> 對此規定，法國簽署羅馬規約時聲明，此條文排除零星的暴動及恐怖攻擊；英國則聲明認為「國際法既定範圍內的規範」亦包括國際習慣法。

<sup>18</sup> Article 8(2)(b) of Rome Statute.

<sup>19</sup> ICC, Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo [*Bemba Pre-Trial Decision*] (2009), para. 217, 220.

(International Committee of Red Cross, 以下稱「ICRC」)認為國際人道法應適用至軍事行動一般性結束 (general close of military operation), ICRC 認為由於國際性武裝衝突的成立程度很低,所以須待武力衝突的終止須達到一定程度的穩定性始得認為國際人道法得停止適用<sup>20</sup>;但在人質被釋放、遣返前亦仍有國際人道法之適用<sup>21</sup>。在國際實務上,ICTY 在 Tadić 案中敘明:ICTY 認為國際人道法應適用至達成整體和平的結果 (a general conclusion of peace reached)<sup>22</sup>。

## 2. 國際人道法之土地適用範圍

在國際性武裝衝突的情形,國際人道法較無疑問地適用在交戰國的整個領土皆在適用範圍內(包括公海、專屬經濟區、領海、領空等)<sup>23</sup>,無論《日內瓦公約》及其附加議定書或相關判決皆無將國際人道法之適用範圍限縮在「戰區」(battlefield; zone of combat; zone of active hostilities),但交戰方明確地被禁止在中立國為軍事行動。

## 二、非國際性武裝衝突

### (一) 定義

#### 1. 國際人道法範疇中之規範

非國際性武裝衝突的相關罪行規範在《日內瓦公約》共同第三條(以下稱「共同第三條」)及其1977年《1949日內瓦公約第二附加議定書》(以下稱「第二附加議定書」):

首先,共同第三條僅規定:「在一締約國之領土內發生非國際性之武裝衝突之場合<sup>24</sup>…」然而共同第三條並未對於非國際性武裝衝突有進一步的定義或解釋;而第二附加議定書則規定:「…締約一方領土內發生的該方武裝部隊和在負責統率下對該方一部分領土行使控制權,從而使其能進行持久而協調的軍事行動並執

<sup>20</sup> ICRC, 32<sup>nd</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts [32<sup>nd</sup> ICRC Conference Report] (2015), p. 8, 9.

<sup>21</sup> Article 6(2) of GCIII, Article 6(4) GCIV, and Article 3(b) of Additional Protocol I.

<sup>22</sup> ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1, Appeal Decision on the Defence Motion on Jurisdiction [Tadić Decision] (1995), para. 70.

<sup>23</sup> ICTY, Prosecutor v. Kordić & Čerkez, IT-95-14/2, Appeal Chamber Judgment (2004), para. 321.

<sup>24</sup> Common Article 3 of Geneva Conventions of 1949.

行本議定書的持不同政見的武裝部隊或其他有組織的武裝集團之間的一切武裝衝突。本議定書不應適用於非武裝衝突的內部動亂和緊張局勢，如暴動、孤立而不時發生的暴力行為和其他類似性質的行為<sup>25</sup>。」

相對於共同第三條，第二附加議定書對於非國際性武裝衝突有更詳細地規範，並非所有發生於一締約國境內的所有暴力衝突皆可被視為非國際性武裝衝突，更需要有一定的嚴重程度，並排除零星暴動，甚至武裝團體更需對佔領之領土得行使控制權之能力。

## 2. 羅馬規約下之規範

非國際性武裝衝突規範在羅馬規約第 8 條第二項第三款至第六款（Article 8(2)(c), (d), (e), (f)）而主要罪行規定在第三款及第五款：第三款規範在非國際性武裝衝突中「嚴重違反 1949 年《日內瓦四公約》共同第三條的行為」（serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949），即對不實際參加敵對行動的人，包括已經放下武器的武裝部隊人員，及因病、傷、拘留或任何其他原因而失去戰鬥力的人員所實施罪行<sup>26</sup>；第五款規範「嚴重違反國際法既定範圍內適用於非國際性武裝衝突的法規和慣例的其他行為」（other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law）。

明確定義非國際性武裝衝突的條文在該條第六款，該款規定：「第二項第五款適用於非國際性武裝衝突，因此不適用於內部動亂和緊張局勢，如暴動、孤立和零星的暴力行為或其他性質相同的行為。該項規定適用於在一國境內發生的武

---

<sup>25</sup> Article 1 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (*Additional Protocol II*), 8 June 1977.

<sup>26</sup> Article 8(2)(c) of Rome Statute: “In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause:...”

裝衝突，如果政府當局與有組織武裝集團之間，或這種集團相互之間長期進行武裝衝突<sup>27</sup>。」

相對於國際人道法之規定，羅馬規約與第二附加議定書的定義較為類似，皆排除較低強度的武裝暴力行為，但第二附加議定書對於非國際性武裝衝突需「武裝團體控制其已佔領之土地」之要件，在羅馬規約中並未要求<sup>28</sup>，且第五款部分罪行並無列於第二議定書中<sup>29</sup>。

## （二） 國際人道法之適用問題

### 1. 國際人道法適用之起始點及終點

非國際性武裝衝突的起始點即當事實上之情況符合上述非國際性武裝衝突之定義時，即該非國際性武裝衝突除係發生在（1）國家軍與非國家武裝部隊間之衝突，或（2）多個非國家武裝部隊間之衝突外，該衝突亦須達到一定的嚴重程度且該非國家武裝部隊需有一定組織性。另外，關於非國際性武裝衝突的終點，ICRC 及目前國際實務判決皆認為以和平協議（peace agreement）簽署的時點作為國際人道法適用的終點，且無論簽署前衝突情事是否有降低至暴動的程度，皆不會影響中途國際人道法之適用<sup>30</sup>。

### 2. 國際人道法之土地適用範圍

非國際性武裝衝突之土地適用範圍較有爭議性，亦與本文下階段要討論之超國界武裝衝突最具有密切關連性。在非國際性武裝衝突的情形會有「是否所有涉及非國際性武裝衝突的地方皆有國際人道法之適用」的問題產生，如發生非國際性武裝衝突之國家僅有北半部領土有暴力衝突行為發生，而南半部領土無任何暴力衝突發生，則該國南半部領土亦有國際人道法之適用？又若原在一國境內的非國際性武裝衝突因各種因素使得衝突影響範圍擴張至他國，則發生在他國之暴力

<sup>27</sup> Article 8(2)(d), (f) of Rome Statute; *Supra* n19 Bemba Pre-Trial Decision, para. 225.

<sup>28</sup> *Supra* n19 Bemba Pre-Trial Decision, para. 236.

<sup>29</sup> William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press), p. 204.

<sup>30</sup> ICTY, Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, IT-04-84bis-T, Re-Trial Judgment (2012), para. 396; *Supra* n20 32<sup>nd</sup> ICRC Conference Report, pp. 8, 9.

衝突亦有國際人道法之適用？這些問題皆待國際人道法下非國際性武裝衝突的土地適用範圍是確定而定。

### (1) 發生於一國境內之非國際性武裝衝突

回顧共同第三條之條文，該條文係規定在「一締約國領土內」發生之武裝衝突，因此有學者認為此條文應解釋為無論何時何地，只要發生非國際性武裝衝突的地區，交戰方皆不得有該條所列之行為；而關於上述所提之問題，目前有二見解，採較嚴格解釋的見解認為國際人道法僅規範那些與武裝衝突相關之地區，亦即有涉戰之地區，而其餘無國際人道法適用之地區則由國際人權法及該國國內法管束<sup>31</sup>；而 ICTY 採取較寬鬆解釋的見解，ICTY 認為國際人道法之適用不應僅限於戰場熱點(hot battlefield)，亦適用於與實際發生交戰行為有密切關聯性(closely related)之地區<sup>32</sup>；而關連性之存在與否可由數因素評斷之，如武裝衝突的存在必須對於犯罪者的犯罪能力、決定、方式或目的方面發揮重要作用(substantial factor)等，但毋須必有一系列的計畫或政策<sup>33</sup>。

### (2) 跨國境之非國際性武裝衝突

其次，若武裝衝突超出一國國界則超出原發生非國際性武裝衝突的他國領土是否也有國際人道法之適用？首先，共同第三條原文規定：「In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties...」就此規定，有學者認為應嚴格地解釋，即國際人道法應僅限於該「一個」發生非國際性武裝衝突國家的領土範圍，超過該國領土之部分應適用國際人權法或該國之國內法<sup>34</sup>；相反地，有學者認為國際人道法之適用不能因衝突跨越了國境而產生不同遵守國際人道法義務之效果<sup>35</sup>，故該條文應解釋為

---

<sup>31</sup> Michael N. Schmitt, *Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict*, U.S. Naval War College International Law Studies, Vol. 90 (2014), p. 13.

<sup>32</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeal Judgment [*Kunarac Appeal Judgement*] (2002), para. 57.

<sup>33</sup> *Supra* n32 Kunarac Appeal Judgment, para. 57-9.

<sup>34</sup> *Supra* n31 Michael N. Schmitt, p. 101.

<sup>35</sup> ICRC, *International Humanitarian law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 31<sup>st</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent [31<sup>st</sup> ICRC Conference Report] (2011), p. 9-10, 16; Jean Pictet ed., *Commentary to Geneva Convention I For the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick In Armed Forces In the Field* (1952), para. 50.

只要衝突發生在任一《日內瓦公約》締約國，即有共同第三條之適用，無論該國是否為非國際性武裝衝突的參戰方<sup>36</sup>。此外，ICTR 之管轄權除包括在盧安達境內犯下嚴重違反國際人道法之行為外，更將其管轄權延伸至在鄰國境內犯下對盧安達公民所為該法院規約所列之罪行<sup>37</sup>。而後者解釋為目前學者普遍認同之見解，有學者提出國際法院(International Court of Justice)的 Nicaragua 及 Corfu Channel 案支持其論點，國際法院在該案認為共同第三條為「最基礎的人道考量」，因此認為若非國際性武裝衝突超出一國國境時<sup>38</sup>，超出的部分應無庸置疑地有國際人道法之適用。

### 三、國際性武裝衝突與非國際性武裝衝突之區別

一場武裝暴力行為之國際性並非以該案的武裝暴力行為的所涉及的地理範圍作為判斷標準，應以「參戰方的角色」作為判斷標準<sup>39</sup>，僅有參戰雙方皆為國家時，該暴力衝突始得稱為國際性武裝衝突；當國家與非政府武裝團體交戰，即使涉戰區域超過一國領土時，亦得視為非國際性武裝衝突，若僅因該武裝團體活動範圍超出一國的國界，就因而無國際人道法之適用，實屬不合理。學者認為，在此種情形至少有共同第三條得適用之，甚至國際習慣法亦有適用之餘地。

### 肆、國際刑事法院中的武裝衝突

#### 一、概說

如前所述，《日內瓦公約》即已規範武裝衝突中各交戰方不得為之行為，但由於國際人道法「軟法」(soft law)之性質，對於違反方較無強制力，需要借助各簽約國內國法的實踐，於武裝衝突情形下應受保護之人始能獲得最佳之保護；

<sup>36</sup> Dapo Akande, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in *International Law and the Classification of Conflicts* 32, 72 (Elizabeth Wilmshurst ed., 2012).

<sup>37</sup> Article 1 of Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

<sup>38</sup> ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America, Judgment, 1986) [*Nicaragua Judgement*], para. 218; ICJ, *Corfu Channel Case* (U.K. v. Alb., Judgment, 1949), p. 22.

<sup>39</sup> Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2002), p. 136.

直到國際刑法的萌生，相對有強制力的各國際刑事法庭，將嚴重違反國際人道法的罪行編入各規約，得以非難各該罪行。

另外，羅馬規約中「戰爭罪」是否應類型化亦在其草擬過程中產生多方不同意見，國際刑法或各國際刑事法庭應如何與各國家主權間取得平衡，為數十年來國際間爭論不斷之話題，由於刑法的「罪刑法定原則」，法院對於「武裝衝突」係如何定義及其判斷之標準，為十分重要，故在這一章節，筆者將針對國際刑法（特別是國際刑事法院、羅馬規約）在武裝衝突的定義及各刑事法庭對相關案件對於武裝衝突定義之斷定標準進行分析與探討。

## 二、「戰爭罪」與「危害人類罪」

在進入「戰爭罪」之探討前，需先簡要概述規約第7條之危害人類罪，國際刑事法院對此罪之構成要件有別於其他法院，有開創性之進展<sup>40</sup>。

危害人類罪係於二十世紀開始發展，其首次適用於德國及其盟國虐待其本國國民或其共同交戰方的國民。早於國際刑事法院的紐倫堡國際軍事法庭及 ICTY 皆認同危害人類罪需與武裝衝突間有關連性 (nexus)<sup>41</sup>，該罪始得成立<sup>42</sup>；然而，數月後設立 ICTR，該法院的《盧安達問題國際刑事法庭規約》卻規定無需關聯性之建立<sup>43</sup>，值得一提的是，縱然《前南斯拉夫問題國際刑事法庭規約》有關聯性之要求，但 ICTY 之上訴法庭卻言明該要求已不復存在<sup>44</sup>，但亦有反對看法，認為無武裝衝突存在之要求，危害人類罪亦得在平時成立，則與一般刑法相同，與國際刑法脫鉤。

因此，籌備委員會 (preparatory committee) 為平衡兩種看法，故增設構成要件，危害人類罪僅能於大規模或有計畫性地攻擊平民時始得成立，惟戰爭罪無此

<sup>40</sup> *Supra* n29 William A. Schabas, p. 144.

<sup>41</sup> 所謂的關聯性係指「武裝衝突」需在最終罪刑實現方面發揮重要的作用 (play a substantial role)；但毋須一定要被視為最終的原因，武裝暴力衝突亦不一定必須發生。參原文 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-717, Confirmation of Charges (2008), para. 380.

<sup>42</sup> Article 5 of Statute of International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia; Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press, 2006), p. 321.

<sup>43</sup> Article 4 of Statute of International Criminal Tribunal of Rwanda. 聯合國對此要求之剔除係認為危害人類罪與武裝衝突間的關聯性要求已不再是國際習慣法。

<sup>44</sup> *Supra* n22 Tadić Decision, paras. 73-83.

限制<sup>45</sup>，通常罪行係為推動某項政策，所為一系列行動<sup>46</sup>。而在實務操作上，檢察官傾向將戰爭罪及危害人類罪一併起訴。目前國際刑事法院 24 名以戰爭罪起訴的被告中有 17 名被告係同時以戰爭罪及危害人類罪被起訴。

本文整理以下目前國際刑事法院確定起訴「戰爭罪」及「危害人類罪」之被告。由於戰爭罪與危害人類罪最主要之區別在於武裝衝突的存在與否，故目前檢察官在起訴時所採取的策略會是將相同內容的戰爭罪及危害人類罪一起起訴，以便當武裝衝突無法成立時，仍得以危害人類罪起訴，故本文將目前國際刑事法院檢察官以「戰爭罪」<sup>47</sup>及「同時起訴戰爭罪及危害人類罪」<sup>48</sup>起訴之案件整理至下表。

表一<sup>49</sup>

|   | Defendant                    | War crime | Crime against humanity |
|---|------------------------------|-----------|------------------------|
| 1 | Bosco Ntaganda               | V         | V                      |
| 2 | Dominic Ongwen               | V         | V                      |
| 3 | Germain Katanga              | V         | V                      |
| 4 | Jean-Pierre Bemba            | V         | V                      |
| 5 | Alfred Yekatom <sup>50</sup> | V         | V                      |

<sup>45</sup> 像是攻擊有《日內瓦公約》特殊標幟的建築物、運輸工具，具有科學、教育、宗教等特殊目的的建築物、攻擊聯合國維和部隊相關人員、設施、物資等罪行皆可能構成戰爭罪。

<sup>46</sup> W. J. Fenrick, *Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes*, International Criminal Court (2004), p. 4.

<sup>47</sup> 查目前國際刑事法院共有 19 位被告以「戰爭罪」遭檢察官調查或起訴，而其中共有 8 位被告進入審判階段，但僅有 Bosco Ntaganda、Dominic Ongwen、Germain Katanga、Jean-Pierre Bemba、Al Mahdi、Thomas Lubanga Dyilo 六位被告確定以「戰爭罪」起訴。

<sup>48</sup> 查目前國際刑事法院共有 17 位被告同時以戰爭罪及危害人類罪遭調查或起訴，其中共有 6 位被告進入審判階段，但同上引註，Al Hassan 及 Alfred Yekatom 仍由預審分庭審理中，尚未確定起訴。參 ICC, *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, International Criminal Court, available at: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan> [accessed 26 May 2019]; ICC, *Situation in Central African Republic II: Alfred Yekatom surrendered to the ICC for crimes against humanity and war crimes*, ICC-CPI-20181117-PR1418, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1418> [accessed 26 May 2019].

<sup>49</sup> 本表所列之 8 位被告為檢察官以戰爭罪起訴，並已進入審判階段之案件，其中前 6 名為又同時被以危害人類罪起訴者，但僅有前四名進入審判階段，故本文為案件分析時，會以此四個案件為重心，著重國際刑事法院於此 4 個案件之見解。

<sup>50</sup> Alfred Yekatom 於 2018 年 11 月向國際刑事法院投降，並第一次現身國際刑事法院審判庭，目前國際刑事法院仍在預審分庭之聽審階段，故尚未有預審分庭所作之決定書，尚未能對武裝衝突之定義有參考價值，故本文以下之討論並未將此案件放入本文討論之列。參 ICC, *Yekatom and Ngaïssona Case*, Icc-cpi.int (2019), <https://www.icc-cpi.int/carII/yekatom-nga%C3%AFssona> (last visited Jul 31, 2019).

|   |                                        |   |   |
|---|----------------------------------------|---|---|
| 6 | Al Hassan Ag Abdoul Aziz <sup>51</sup> | V | V |
| 7 | Al Mahdi                               | V |   |
| 8 | Thomas Lubanga Dyilo                   | V |   |

### 三、國際性武裝衝突

#### (一) 各刑事法庭相關案件分析

##### 1. Prosecutor v. Tadić (ICTY)

雖然本文之案件分析主要環繞在國際刑事法院之案件，但由於此案件為在國際人道法相關條約後，第一個對於武裝衝突有明確定義之案件，無論對於國際人道法或國際刑法領域日後之發展皆有重要的意義<sup>52</sup>，故本文亦將此案件提出並作為一系列討論之開端。

ICTY 的上訴分庭將武裝衝突定義為：「武裝衝突存在於國家間或政府當局與有組織的武裝團體之間或國家內的此類團體之間持久的武裝暴力。」(An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.)<sup>53</sup>，此段定義囊括國際性及非國際性武裝衝突的定義，在此本文先就國際性武裝衝突之定義為討論；很明顯地，ICTY 將國際性武裝衝突最基本的定義為：國家間的武裝暴力行為。

嗣後，法院對於國際性武裝衝突進一步之定義：「國際性武裝衝突存在於兩個或兩個以上國家間的衝突；而此種武裝衝突亦延伸到一國對另一國領土部分或全部的佔領，且無論該佔領是否遭到另一國武裝抵抗。此外，當另一國通過其部隊干預衝突（直接干預），或（ii）國內武裝衝突的參與者事實上係代表另一國行事（間接干預）者，這兩種情形已有可能使原在一國家領土上爆發的國內武裝衝突國際化，或同時存在國內及國際性武裝衝突<sup>54</sup>。」

<sup>51</sup> Al Hassan 於 2018 年 3 月向國際刑事法院投降，目前國際刑事法院仍在審理階段，故尚未預審分庭的決定書甚至審判分庭的判決書，因此本文以下之討論並未將此案件放入本文討論之列。參 Al Hassan Case, Icc-cpi.int (2019), <https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan> (last visited Jul 31, 2019).

<sup>52</sup> Cullen, A, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (2010), p. 119.

<sup>53</sup> *Supra* n22 Tadić Decision, para. 70.

<sup>54</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-I-A, Appeal Judgment [*Tadić Appeal Judgment*] (1999), para. 84.

由上述的定義，可大概將國際性武裝衝突區分為四個類別：

- (1) 兩個或多個國家間的武裝暴力行動。
- (2) 一國軍隊軍事占領他國一部領土。
- (3) 原為內國武裝衝突遭其他協力國家的直接干預。
- (4) 原為內國武裝衝突，但衝突一方或各方遭其他協力國家控制（間接地干預）

於該案，法院需解決南斯拉夫社會主義聯邦共和國（FRY）及波士尼亞與赫塞哥維納（BH）間是否存在國際性武裝衝突。如本文上段所述，原本的國內武裝衝突存在於BSF及BH政府軍之間，但由於FRY政府軍在許多方面資助BSF，較符合上述第三種情況，故法院首先對於其他協力國家需控制的控制程度先進行梳理，再進一步探討本案BSF和FRY政府軍之間實質上的關係，以確定BH及FRY之間是否有國際性武裝衝突的存在。

首先，針對其他協力國家需「控制」到何種程度始可算是其他協力國家間接干預他國內戰？上訴法院在分析此議題時，先對於審判法院所引用到國際法院的尼加拉瓜案（United States v. Nicaragua）進行分析，在當ICJ在處理於尼加拉瓜革命（Nicaragua Revolution）期間，受到美國支持的反政府武裝團體—康特拉（*Contras*）於對抗尼加拉瓜政府的武裝衝突中，其所為違反國際人道法的行為（殺害囚犯、不分青紅皂白地殺害平民、酷刑、強姦和綁架等<sup>55</sup>）是否可歸責於美國時，ICJ採用「有效控制」（effective control）的標準，亦即控制國對於被控制團體除了有裝備之提供、經濟支援、提供訓練以及（軍事）行動上之輔助或對於軍事、準軍事之行動有協調或協助規劃外，控制國需要直接指示或強制執行他們所指定之行為，被控制團體幾乎完全等同於控制國之事實上機關的程度，其高度控制程度彰顯為控制國可以決定攻擊之目標並且確保被控制團體遵守之。

---

<sup>55</sup> *Supra* n38 Nicaragua Judgment, para. 113.

但上訴審法庭推翻了審判法院的看法，上訴審法院認為分析他們目前需要解決的議題和 ICJ 尼加拉瓜案法院所要解決問題的不同；尼加拉瓜案的爭點係美國是否需要為他所「控制」（或所謂的「支援」）的康特拉所為違反國際人道法的行為負法律責任，此乃國家責任（state responsibility）之議題<sup>56</sup>，但是國際刑法係在處理個人刑事責任（individual criminal responsibility），所以初審法庭不得直接援用 ICJ 的標準，而是應該採用較寬鬆的「全面控制」（overall control），相對於「有效控制」控制國無須給予被控制團體直接的指示或強制要求該團體執行他們指定的行為。

於該案 FRY 政府軍於 1992 年間長時間給付薪水給 BSF<sup>57</sup>、派遣部隊協助軍事行動，並給予他們軍事策略上、軍隊架構建立上的支持。法院更發現 FRY 與 BSF 擁有相同的武器、相同的設備、相同的軍官、指揮官、部隊、後勤中心、供應商、基礎設施，攻擊的目標、使命、戰術也皆相同<sup>58</sup>。故，法院認定 FRY 全面地控制 BSF，並使此情勢轉為一國際性武裝衝突<sup>59</sup>。

## 2. Prosecutor v. Delalić et al. (ICTY)

在波士尼亞與赫塞哥維納於 1992 年宣佈獨立時<sup>60</sup>，波士尼亞塞族民兵（Bosnia Serb Militia）在不同地區動員起來。但當時政府部隊裝備很差，沒有為戰爭做好準備。由於國際上對波士尼亞與赫塞哥維納的承認，增加了南斯拉夫政府軍（Yugoslav People's Army, JNA）撤出 BH 領土的外交壓力，他們宣稱於 1992 年 6 月正式撤離。原本對抗南斯拉夫政府的反叛軍—BSF 換了徽章，組成了斯普斯卡共和國軍（Army of Republika Srpska, VRS）繼續抗爭。而 JNA 看似撤出 BH，

---

<sup>56</sup> *Supra* n54 Tadić Appeal Judgment, paras. 100-1.

<sup>57</sup> ICTY, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1, Trial Sentencing Judgement [*Tadić Trial Judgment*] (1997), para. 601.

<sup>58</sup> *Supra* n54 Tadić Appeal Judgment, para. 150; Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald (1997), para. 7-8.

<sup>59</sup> *Supra* n54 Tadić Appeal Judgment, paras. 146-162.

<sup>60</sup> David Binder, *U.S. Recognizes 3 Yugoslav Republics as Independent* (The New York Times, April 8, 1992), David Binder, *U.S. Recognizes 3 Yugoslav Republics as Independent* (The New York Times, April 8, 1992), <https://www.nytimes.com/1992/04/08/world/us-recognizes-3-yugosl-av-republics-as-independent.html>; ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, Trial Judgment [*Delalić Trial Judgment*] (1998), para. 114.

但事實上 JNA 的分支—VJ 仍繼續在背後「支持」VRS<sup>61</sup>，其提供各種軍事裝備、後勤和財政支助，甚至可說 VRS 跟 VJ 皆為 JNA 的分支<sup>62</sup>。故，當 VRS 在 BH 中其控制地區實施種族清洗、建立數十個集中營，並對為囚犯暴力虐待、強姦等罪行時，國際性武裝衝突便存在。

### 3. Prosecutor v. Lubanga (ICC)

羅馬規約及其《犯罪構成要件》皆未對於國際性武裝衝突提供定義，僅有《犯罪構成要件》中提到國際性武裝衝突包括軍事占領<sup>63</sup>。按羅馬規約第 21 條第一項第二款，國際刑事法院應適用可適用的條約及國際法原則和規則，包括武裝衝突國際法規確定的原則。故法院參考了共同第二條及 ICTY 相關案件<sup>64</sup>，法院同意並援用 Tadić 案所訂之定義<sup>65</sup>，法院亦認為任何國家間的武裝暴力行為皆可被認為是國際性武裝衝突，無論其延續的時長及嚴重程度<sup>66</sup>。而針對其他協力國家間接干預另一國家內戰應用何種標準的議題，該法院高度肯定 Tadić 案上訴審法院的見解，亦即當判斷其他協力國家的介入是否使國際性武裝衝突存在，應視該國家是否有「全面控制」被控制參與內戰的武裝團體<sup>67</sup>。

如上所述，當一國一部分領土遭他方國家軍事占領時，該情勢亦為國際性武裝衝突，而所謂的「佔領」(occupation) 係當領土實際上置於敵對軍隊的權力之下時，該領土則被認為是被佔領的，但佔領之範圍僅延伸到已建立並可行使其權力的領土範圍<sup>68</sup>。而在本案法院需判斷剛果民主共和國 (Democratic Republic of

---

<sup>61</sup> *Supra* n60 Delalić Trial Judgment, para. 232.

<sup>62</sup> *Supra* n60 Delalić Trial Judgment, para. 234.

<sup>63</sup> Elements of Crimes (International Criminal Court, 2002), Footnote 34. 而國際刑事法院對於軍事占領的定義，該法院在 Bemba 案中引自第一附加議定書對於軍事占領的定義，即當締約國一部或全部的領土遭他國軍事占領，且無論被佔領國是否有軍事反抗。參 *Supra* n19 Bemba Pre-Trial Decision, para. 221.

<sup>64</sup> ICC, Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber Decision [*Lubanga Pre-Trial Decision*] (2007), paras. 206-208.

<sup>65</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 209.

<sup>66</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 207.

<sup>67</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 210-211.

<sup>68</sup> ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement, 19 December 2005, I.C.J. Reports 2005, para. 172.

Congo，以下稱「DRC」) 境內的烏干達武裝部隊是否不僅駐紮在特定地點，甚至取代了 DRC 的權力，已達佔領之要件。

查在 DRC 的烏干達部隊指揮官—General Kazini 不僅重新命名州名，更任命其下屬為該州的州長<sup>69</sup>，故可謂烏干達佔領該地—伊圖利 (Ituri)；此外，原 DRC 內戰的其中一支反抗軍—UPDF 為烏干達所「控制」，烏干達提供軍事、後勤、經濟和財政上的支援，像是提供武器、軍事訓練等<sup>70</sup>。綜上，無論係基於軍事佔領或因間接干預 DRC 的內戰，烏干達的軍事行為皆使得國際性武裝衝突於 2002 年 7 月至 2003 年 6 月期間存在於 DRC。

#### 4. Prosecutor v. Katanga (ICC)

首先，對於「國際性武裝衝突」、「佔領」、「他國直接干預」及「他國間接干預」的定義皆肯認 Tadić 案及 Lubanga 案法院的見解。惟在軍事佔領此議題上，此法院羅列出一些要素以確認該佔領國是否已在該領土上確立其權力<sup>71</sup>：

- (1) 佔領國能將原本當局的勢力替換為自己的勢力，且先前的當局勢力已無法再公開運作。
- (2) 敵對已投降、被擊敗或撤回軍隊，但零星的地方勢力抵抗並不會影響佔領的事實（戰區不會被視為被佔領土）。
- (3) 佔領國有能力使被佔領國得感受到其具有足夠的兵力，或在合理的時間內派兵的能力。
- (4) 臨時行政機構的設置。
- (5) 佔領國已向平民發布並執行指令。

在該案，自 1999 年起至 2003 年 6 月烏干達在佔領地—DRC 內的伊圖利 (Ituri) 駐紮軍隊，建立、行使權勢，並建立新的政黨及民兵團體；此外，烏干達國家軍隊參謀長 Kazini 將軍自行單方面宣佈伊圖利為「Kibali-Ituri」省，因此，

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, para. 175.

<sup>70</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 215-9.

<sup>71</sup> ICC, Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07, Judgement pursuant to article 74 of the Statute [Katanga Trial Judgment] (2014), para. 1180.

伊圖利一個「區」的地位升級為「省」，獲得了更大的行政自治權<sup>72</sup>。在該地區的行政和政治變革中發揮了直接作用。故，如上一案件之結論，2002 年 7 月至 2003 年六月烏干達與 DRC 間有一國際性武裝衝突存在。

## 5. Situation in the Republic of Korea (ICC)

在 2010 年 3 月 26 日北韓潛艇發射的一枚魚雷，擊沉一艘南韓軍艦—天安號 (the Cheonan)，導致 46 人死亡；同年 11 月 23 日對北韓對延坪島 (Yeonpyeong Island) 的砲擊導致南韓海軍陸戰隊員和許多平民死傷<sup>73</sup>。

雖然此案件仍在初步調查階段，但由法院目前釋出之報告書仍可探知在該案國際刑事法院對於國際性武裝衝突的看法。首先，對於國際性武裝衝突的定義，法院維持一貫的看法，採用 Tadić 案所建立的定義。但有別於上述提到的兩個國際刑事法院的案件，在本案的報告書中，法院對於當兩個國家皆訴諸武力的武裝暴力行為所形成的武裝衝突有進一步的說明，但法院似乎仍只維持 ICTY 的見解，對於雙方一有武裝暴力行為時，國際性武裝衝突即為成立，無論其嚴重程度<sup>74</sup>。

### (二) 學者意見

對於目前國際刑法已確定的國際性武裝衝突成立類型，以下本文提出各學者對於各成立原因，所為之評論及見解進行分析：

#### 1. 兩國家政府軍之間的衝突

相對於非國際性武裝衝突對於衝突嚴重程度的較高要求，無論是國際法庭或是各學者皆認為，國際性武裝衝突之成立無須有如非國際性武裝衝突般的較高標準。因此，一旦有一方國家軍隊認為其軍隊被他國軍隊包圍、因他國軍隊攻擊而有傷亡、其人民落入他國軍隊手中、該國對其原有領土有一定程度的控制等情形，則有國際性武裝衝突的存在<sup>75</sup>。

<sup>72</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, paras. 1198-1205.

<sup>73</sup> ICC, Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report (2014), para. 30.

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 43-46.

<sup>75</sup> H.-P. Gasser, *International Humanitarian Law: An Introduction, separate print from Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henri Dunant Institute, (1993), pp. 22-3.

對此，仍有學者採相反的意見，認為如此低標準容易使國際性武裝衝突與突發事件混淆，故認為「衝突嚴重程度」亦須為國際性武裝衝突的成立條件之一<sup>76</sup>。然而，應達到如何嚴重程度，目前似乎無一判斷標準。採此說的學者，主要係援引 Tadić 案對於武裝衝突的定義：「武裝衝突存在於國家間或政府當局與有組織的武裝團體之間或國家內的此類團體之間持久的武裝暴力。」，學者認為 Tadić 案的見解係認為無論是國家與國家間或國家與武裝團體間的武裝衝突皆須為「持久的」武裝暴力衝突。學者認為美洲人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights）在 1997 阿根廷案中認定，持續 30 小時並有造成損害之暴力行為為一武裝衝突，此標準可列為參考<sup>77</sup>。

## 2. 軍事佔領

關於軍事佔領之規範，最早的相關規定得回溯至 1907 年《海牙公約》（或稱「海牙法規」），該公約第 41 條規定，當一領土實質上置於敵對軍隊的權威下時，該土地視為被佔領<sup>78</sup>。進一步解釋，土地佔領需符合兩要件：一、佔領方有能力實質控制該非屬於其領土之土地；二、該干預並未獲得合法主權的同意<sup>79</sup>；其中，「實質領土控制」（effective territorial control）係佔領的核心要素，而依照《1949 日內瓦第四公約》第二條第二項意旨，即使無武裝佔領，佔領者只要有實質控制該土地，即可認為係佔領。

另外，有一特別情勢，他國並非直接控制被控制的土地，而係透過一傀儡政府或其他附屬於該國的地方勢力，以實質上控制被佔領土地，在此情形，當佔領

---

<sup>76</sup> International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference (2010), p. 3.

<sup>77</sup> Juan Carlos Abella v. Argentina, Case 11.137, Report No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev. (1997), paras. 149-51. 該判決以衝突的性質及暴力的層級來斷定衝突之嚴重程度。

<sup>78</sup> Article 41 of Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (1907).

<sup>79</sup> E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton (1993), p. 4.

國有「全面控制」該傀儡政府，並且該傀儡政府得「有效控制」被佔領地時，可謂該國占領該土地<sup>80</sup>。

### 3. 他國直接干預

直接干預（direct intervention）係指他國政府直接派遣軍隊至原有非國際性武裝衝突一國境內，並與該武裝衝突一方有武裝暴力行為。在案件整理分析中，僅有 Delalić 案中係有因為他國直接干預造成國際性武裝衝突。學者在探討他國直接干預的情況時，進一步地指出國際性武裝衝突是否因他國干預而成立需視該國干預後與其發生暴力行為的對造；如干預國與被干預國的國家軍隊發生衝突，則此時則會形成「國際性武裝衝突」，反之，如干預國與被干預國的非政府武裝團體發生衝突，則此情形仍為「非國際性武裝衝突」<sup>81</sup>。此外，在前者情形，如原本發生非國際性武裝衝突的交戰雙方仍持續有武裝暴力行為發生，則此時則是國際性及非國際性武裝衝突同時存在<sup>82</sup>，而此種看法稱為「fragmented approach」。對於此種看法，有些學者質疑，如此分類方法係在同一土地上因各交戰方之性質而適用不同的戰爭法規則，使得所涉及的法律複雜化<sup>83</sup>。

### 4. 他國間接干預

他國間接干預即原為一非國際性武裝衝突，因第三國一定程度地控制非國際性武裝衝突交戰一方，使得原本的武裝衝突「國際化」，而如前所述，目前國際法上認為如干預第三國得「全面控制」非國際性武裝衝突交戰一方時，此時的武裝暴力衝突為國際性武裝衝突。

---

<sup>80</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, Trial Judgment (2000), para. 149. 此外，關於所謂的「有效控制」，如本文於第一階段所述，控制國對於被控制團體除了有裝備之提供、經濟支援、提供訓練以及（軍事）行動上之輔助或對於軍事、準軍事之行動有協調或協助規劃外，控制國需要直接指示或強制執行他們所指定之行為；而「全面控制」控制國無須對被控制團體有直接指示或強制執行他們所指定之行為。

<sup>81</sup> *Supra* n54 Tadić Appeal Judgment, para. 84.

<sup>82</sup> Tristan Ferraro, *The ICRC's legal position on the notion of armed conflict involving foreign intervention and on determining the IHL applicable to this type of conflict*, International Review of the Red Cross, International Committee of Red Cross (2015), p. 1241-2.

<sup>83</sup> George H. Aldrich, *The Laws of War on Land*, *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 1 (2000), p. 63

對於實務上所採用的標準，僅有少數學者認為仍應該採用「有效控制」標準<sup>84</sup>，有學者認為應該要屏除這兩種控制標準，另外建立新的標準<sup>85</sup>，亦有認為亦有學者認為這兩標準僅有係為之差距，重點仍在實務操作上證據之認定<sup>86</sup>，但大部分學者認同各法庭的標準，認為將國家責任（即使用較嚴格的「有效控制」為標準）和武裝衝突是否國際化此二議題混為一談是錯誤的<sup>87</sup>。

值得一提的是，學者 Djemila Carron 提出了目前國際法庭皆未處理到的議題：上述目前國際刑事法庭所處理相關「國際化的非國際性武裝衝突」的案件，其前提皆是有一非國際性武裝衝突的存在<sup>88</sup>，但若尚無一個非國際性武裝衝突先行存在，或該情況尚非嚴重至成為非國際性武裝衝突時，則是否可以直接適用「全面控制」作為武裝衝突國際化的標準？學者 Djemila Carron 認為如果原本沒有非國際性武裝衝突存在時，則不應該採用「全面控制」及「有效控制」這兩種標準，應該要回到國際性武裝衝突成立的標準<sup>89</sup>：當衝突的一方使用了直接導致人員傷亡或物體毀損的行為時國際性武裝衝突即可成立<sup>90</sup>，亦為所謂的「One-shot Theory」；而目前實務上及多數學者皆亦同意國際性武裝衝突不需要達到一定程度的嚴重性<sup>91</sup>。然而，學者 Djemila Carron 進一步認為，因為國際性武裝衝突的

---

<sup>84</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1, Appeals Chamber, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen (1999), paras. 19-21.

<sup>85</sup> Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford University Press, Oxford, 2012), p. 227.

<sup>86</sup> Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia* (The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4, 2007), p. 653.

<sup>87</sup> Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 79-82; Djemila Carron, *When is a conflict international? Time for new control tests in IHL* (International Review of the Red Cross, 2016), p. 1029, 1030.

<sup>88</sup> 以 ICC 的 Lubanga 案為例，法院的判決書寫道：「This will determine whether an armed conflict not of an international character may have become internationalized due to the involvement of armed forces acting on behalf of another State.」法院明確地認定這「國際化」過程的前提是需要有一非國際性武裝衝突存在。

<sup>89</sup> *Supra* n87 Carron, pp. 1029, 1030.

<sup>90</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 207-9; Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford University Press, Oxford, 2013), pp. 44-45.

<sup>91</sup> 採相反見解的學者如學者 Greenwood、Solis，他們認為國際性武裝衝突仍然需要達到一定的嚴重程度，以排除零星的邊境衝突及海事意外；學者 Milanovic 和 Hadzi-Vidanovic 則採取折衷說，認為國際性武裝衝突應該要要求一定的嚴重程度，但是其程度卻無須等同非國際性武裝衝突般高。參 Solis, G. D, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (Cambridge University Press, 2010); International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law* (2010), p. 28; Marko Milanovic and Vidan Hadzi-Vidanovic, *A Taxonomy of Armed*

成立衝突不需要達到一定程度的嚴重性，所以受干預的武裝團體與干預的第三方國家需要有「嚴格的關聯性」(strict relationship)，而這緊密的關聯性需要幾乎等同於「有效控制」的程度；此外，他更將第三方國家的干預區分直接與間接干預，他認為目前討論的「控制」程度皆是當第三方國家僅有間接干預他國內戰時適用，如果第三方國家直接參與他國的內戰，則此時國際性武裝衝突及非國際性武裝衝突同時並存，即無武裝衝突國際化的問題存在<sup>92</sup>。

### (三) 小結

由 Tadić 案開始，國際武裝衝突的四大原因便已固定：

- (1) 兩個或多個國家間的武裝暴力行動。(雙方一訴諸武力時，無論雙方對抗的原因或強度如何，國際性武裝衝突便存在。)
- (2) 一國軍隊軍事占領他國一部領土。(當一部領土實際上置於敵對軍隊的權力之下時，該領土則被認為是被佔領的，但該佔領只延伸到已建立並可行使其權力的領土範圍)
- (3) 原為內國武裝衝突遭第三方國家的直接干預。
- (4) 原為內國武裝衝突，但衝突一方或各方遭第三方國家控制(間接地干預；第三方控制國對於被控制之武裝團體有裝備之提供、經濟支援、提供訓練以及(軍事)行動上之輔助或對於軍事、準軍事之行動有協調或協助規劃)

而往後的法院皆追隨 Tadić 案法官的觀點，套入該案的事實後得出武裝衝突存在與否的結論。而再回顧本文上述提出的幾個案件，可發現上述的四種國際性武裝衝突產生的原因可以並存，像是發生在 DRC 的 Katanga 及 Lubanga 案，烏干達政府軍不僅佔領原為 DRC 領土的伊圖利，更「控制」其參與內戰的其中一武裝團體；此外，亦可發現目前國際刑事法庭認定為國際性武裝衝突的案件皆因第三方國家軍事占領或間接干預他國內戰，而使得國際性武裝衝突存在，兩國或

---

*Conflict* (2013), p. 274, cited in Noam Zamir, *Classification of Conflicts in International Humanitarian Law: The Legal Impact of Foreign Intervention in Civil Wars* (Edward Elgar Publishing, 2017), p.53.

<sup>92</sup> *Supra* n87 Carron, p. 1032; Katie A. Johnston, *Transformations of Conflict Status in Libya* (Journal of Conflict and Security Law, Vol. 17, No. 1, 2012), pp. 99-100

多國直接性的敵對行為除目前仍在調查中的兩韓情勢外，在國際刑事法庭的案件中較少出現（見表二），也因此「嚴重程度」是否在實務操作上真為國際性武裝衝突無需考慮之要件仍無法從各判決中尋覓出一解答。

表二<sup>93</sup>

|                    | Violence between<br>two or more States | Military<br>occupation | Direct<br>intervention | Indirect<br>Intervention |
|--------------------|----------------------------------------|------------------------|------------------------|--------------------------|
| Tadić              | X                                      | X                      | X                      | V                        |
| Delalić            | X                                      | X                      | V                      | V                        |
| Lubanga            | X                                      | V                      | X                      | V                        |
| Katanga            | X                                      | V                      | X                      | V                        |
| Situation in Korea | V                                      | X                      | X                      | X                        |

#### 四、非國際性武裝衝突

##### （一）羅馬規約中非國際性武裝衝突的沿革

相對於先前其他國際刑事法庭，羅馬規約係第一個將非國際性武裝衝突明文編入法典的規約<sup>94</sup>，且相較於國際性武裝衝突，各國於當初羅馬規約草案有許多爭論，因此在進入非國際性武裝衝突之探討前，本文欲對羅馬規約中非國際性武裝衝突定義之沿革為簡述。

事實上在羅馬會議（Rome Conference）前<sup>95</sup>，聯合國國際法委員會（International Law Commission）當初在草擬羅馬規約時，並未將非國際性武裝衝突（第二附加議定書相關規定）列入國際刑事法院管轄的範圍之內<sup>96</sup>。但隨後，聯合國安全理事會在《盧安達問題國際刑事法庭規約》中，甚至是《前南斯拉夫問題國際刑事法庭規約》亦明確地表述認為因為共同第三條已經為國際習慣法，將國際人道法應擴張適用到非國際性武裝衝突的情形（將第二附加議定書及共同

<sup>93</sup> 此表格為作者總結文章中所提到涉及國際性武裝衝突案件後所作。

<sup>94</sup> ICTY 規約的相關罪責皆未提到非國際性武裝衝突，僅有嚴重違反 1949 日內瓦公約之罪行，而 ICTR 規約有納入非國際性武裝衝突的概念，該規約非難嚴重違反共同第三條及第二附加議定書之罪行，但並無明確表示有非國際性武裝衝突概念之存在。參 *Supra* n29 William A., p. 195.

<sup>95</sup> 羅馬規約草擬過程及國際刑事法院成立過程詳見附件二。

<sup>96</sup> Anthony Cullen, *Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)*, 12 J. Conflict & Sec. L. 419 (2007)

第三條的違反納入規約的規範中<sup>97</sup>)，對於將國際刑事法院的管轄權擴張到非國際性武裝衝突，在草擬的過程中產生諸多爭議。《主席團提案》(The bureau proposal)提出的定義幾乎係按照第二附加議定書的條件，除將較零星規模之暴動排除在外，亦要求武裝團體需得控制其已占領之土地<sup>98</sup>。對此，ICRC 採反對意見，認為「控制佔領地」的要求使當時諸多現實存在的武裝衝突無法被該規定所涵括<sup>99</sup>。

在草擬的過程當中，有許多國家的代表皆反對將非國際性武裝衝突列入羅馬規約，認為第二附加議定書僅對於簽約國有拘束力，無論是基於第二附加議定書或是共同第三條皆不能被認為是國際習慣法<sup>100</sup>，而此爭議持續到籌備委員會，反對的國家另外提出認為將非國際性武裝衝突包括在國際刑事法庭的管轄權內，反而會降低該法庭的接受程度，與其設立之目的相左<sup>101</sup>。而最終籌備委員會折衷地決定僅將嚴重違反共同第三條的罪行納入羅馬規約，並排除零星、小規模的暴動及其相當規模的暴力行動；然而，該委員會並沒有對於非國際性武裝衝突提出具體的定義，並將此任務留給羅馬規約會議的代表團們決議。

在羅馬會議大部分國家皆持贊成意見（像是澳洲、紐西蘭，甚至是美國），他們認為，當今目前許多武裝衝突皆是非國際性武裝的模式，所以如果羅馬規約沒有將非國際性武裝衝突納入其管轄權的話，將國際刑事法庭欲給予的保護間造成無法接受的鴻溝；相反地，反對的意見（像是斯里蘭卡、烏干達）認為將非國際性武裝衝突涵括在國際刑事法院的管轄權會提高外部干涉主權國家內部事務

---

<sup>97</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), UN doc. S/1995/134, 13 February 1995, para. 12.

<sup>98</sup> Bureau Proposal, UN Doc. A/CONF. 183/C. 1/L. 59: "Section D of this article applies to armed conflicts not of an international character this does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applied to armed conflicts that take place in a territory of a State Party between its armed forces and dissent armed forces or other organized armed groups which, under responsible commence, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military occupations."

<sup>99</sup> Information conveyed by New Zealand. ICRC on Threshold for War Crimes Committed in Non-international Armed Conflicts as Contained in the Bureau Proposal in Document A/CONF.183/C.1/L.59 and Corr.1', UN Doc. A/CONF. 183/INF/11.

<sup>100</sup> UN, *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, para. 74.

<sup>101</sup> UN, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Volume I* (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996), para. 78.

的可能性以及法院如何確定局勢地位的不明確性，該國家進一步認為這種管轄權的擴張與國際刑事法院的互補性原則（principle of complementarity）是相斥的。

而最後在多次的討論及雙方的溝通過後，國際刑事法院仍對於非國際性武裝衝突具有管轄權，惟羅馬規約對於在非國際性武裝衝突情形下所犯罪行相較於國際性武裝衝突來得少，像是「不分青紅皂白地攻擊、破壞環境」、「不當使用應受保護之旗幟及徽章」、「故意使人飢餓罪」等十數種罪行，僅規範在國際性武裝衝突，而並未規範在非國際性武裝衝突的罪行。

## （二）各刑事法庭相關案件分析

### 1. Prosecutor v. Tadić (ICTY)

如上於國際性武裝衝突中所論，該法院對於「武裝衝突」的定義為：「武裝衝突存在於國家間或政府當局與有組織的武裝團體之間或國家內的此類團體之間持久的武裝暴力<sup>102</sup>。」；由此我們可得知非國際性武裝衝突可由兩種情況產生，一是國家政府軍與非政府的武裝部隊間的暴力衝突，二是非政府武裝部隊間的暴力衝突；此外，非國際性武裝衝突有兩大要件：（1）參與武裝衝突的團體需具有「組織性」；（2）武裝暴力須維持久的，而 Tadić 案法院認為所謂的「持久性」即武裝衝突的「嚴重程度」<sup>103</sup>。

因此，Tadić 法院需要解決的爭議即：從 1992 年 5 月 23 日至同年 12 月 31 日政府軍與波士尼亞－塞爾維亞部隊（Bosnian-Serb forces, BSF）間於波士尼亞與赫塞哥維納地區（Bosnia-Herzegovina, BH）之武裝行為是否為武裝衝突？（詳細衝突之背景事實參附件一）在 5 月 23 日，BSF 轟炸 Hambarine 村數個小時，並以村莊為掩護進入坦克支援的地區，使得許多居民逃離<sup>104</sup>；隔日至 5 月 28 日，BSF 用步兵和坦克襲擊 Kozarac 鎮和周圍的村莊，造成許多民房遭到摧毀、800 多人死亡、1200 人被捕，<sup>105</sup>；隨後在 6 月，BSF 再度以類似的攻擊手法襲擊了

<sup>102</sup> *Supra* n22 Tadić Decision, para. 70.

<sup>103</sup> *Ibid*; *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, para. 562.

<sup>104</sup> *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, paras. 140-1.

<sup>105</sup> *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, paras. 143, 145, 565.

另外兩個村莊<sup>106</sup>。這些攻擊已獲得聯合國安全理事會的關注，所以法院最後認為這些攻擊已達到武裝衝突的嚴重程度<sup>107</sup>。再者，BSF 由係由前南斯拉夫人民軍（Yugoslav People's Army, JNA）的部隊所組成，該部隊由在帕萊（Pale）的政府軍所指揮。BSF 佔據了波士尼亞與赫塞哥維納許多重要的地區<sup>108</sup>。所以法院認為BSF 為有組織性的武裝團體，並認為武裝衝突存在。

## 2. Prosecutor v. Limaj (ICTY)

法院於此案件關於非國際性武裝衝突的相關標準大部分皆沿用 Tadić 案件的規範，同時亦將武裝衝突的「嚴重程度」視為斷定一武裝衝突是否具有「持久性」的標準<sup>109</sup>。

本案，在 1998 年 5 月至 8 月期間，塞爾維亞部隊（Serbian forces）與科索沃解放軍（Kosovo Liberation Army, KLA）間在科索沃發生武裝暴力行為。在 1998 年 3 月初至 7 月期間，在科索沃大部分地區皆發生了需多武裝暴力行為，不僅襲擊村莊和警察局，衝突過程中武裝團體出動了重型軍用車輛（如裝甲運兵車和坦克）和重型武器（如機關槍、迫擊砲、火砲和地雷），造成許多建築物被毀，數千名平民被迫遷離<sup>110</sup>。面對人數、訓練和裝備都較有優勢的塞爾維亞部隊，KLA 仍然有強大的抵抗力，有效地運用遊擊戰術，避免與敵方長期固定地交戰<sup>111</sup>。法院最後肯認這些武裝暴力行為已達到武裝衝突嚴重程度的要求。而法院亦強調「武裝衝突的持續時間」、「地理上蔓延的程度」、「武裝部隊的軍事力量」、「被迫遷離的平民數量」及「傷亡人數」皆為斷定嚴重程度的要素<sup>112</sup>。再者，KLA 有一參謀總長，可以發布戰鬥命令、指示已組建的各單位，並有權代表該組織發表公開聲明<sup>113</sup>，甚至有內部有紀律規則和軍事員警（military police）的存在以確保制

<sup>106</sup> *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, paras. 143, 146.

<sup>107</sup> *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, paras. 567, 568.

<sup>108</sup> *Supra* n57 Tadić Trial Judgment, paras. 564, 566.

<sup>109</sup> ICTY, Prosecutor v. Limaj et al., IT-03-66, Trial Chamber Judgement [*Limaj Trial Judgment*] (2005), paras. 83, 93.

<sup>110</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, paras. 135-167.

<sup>111</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, paras. 168-170.

<sup>112</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, paras. 134, 171-3.

<sup>113</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, para. 171

度及上級命令的落實<sup>114</sup>；此外，KLA 有能力協調軍事規劃和活動，並確定軍事戰略的統一，其更有開展更大規模軍事行動的能力<sup>115</sup>。綜上，法院認為 KLA 為一有組織性的武裝團體，並認為武裝衝突存在。

### 3. Prosecutor v Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski (ICTY)

法院在此案件清楚地列舉了許多要素以判斷衝突的「嚴重性」是否以達到法院的管轄權：暴力行為的次數、衝突持續時間和強度、使用的軍事裝備和武器的類型（包括彈藥的數量和口徑）、參與衝突、死傷的人數、政府的反應（例如政府部隊是否有出動以代替員警，或其總動員數量是否有增加）及國際社會的反應和參與（像是安全理事會、聯合國大會的情況、國際社會呼籲該國或相關武裝團體尊重國際人道主義法、或是否試圖促成停火協議等）<sup>116</sup>。

另外，針對武裝團體是否有「組織性」，該法院亦列出需多參考要素：該組織是否有存在指揮結構（如是否有可識別的領導、發言人）、是否有一統一對外的發言人及其是否有能力與他方談判、該組織內部是否有紀律機制的存在等<sup>117</sup>。

而在該案的一方武裝團體亦為 KLA，而 KLA 的攻擊數量從 1995 年的 9 起增加到 1998 年的 1,486 起，攻擊時所使用的武器包括槍支、手榴彈和其他爆炸裝置；敵對的政府軍出動了 1,500 至 2,000 人，並使用裝甲車和重型武器，這些暴力行為造成至少上百人死亡<sup>118</sup>；而 KLA 的組織性如前於 Limaj 案所分析，該團體有 KLA 有總部、指揮結構、紀律規則、統一發言人的存在；有獲得武器和其他軍事裝備的能力並得控制其佔領的領土；有能力招募會員並提供他們軍事訓練、展開軍事行動、使用戰術和戰略<sup>119</sup>。故法院肯認南斯拉夫社會主義聯邦共

<sup>114</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, paras. 98, 110-7.

<sup>115</sup> *Supra* n109 Limaj Trial Judgment, para. 129.

<sup>116</sup> ICTY, Prosecutor v Ramush Haradinaj and others, IT-04-84-T, Trial Chamber Judgment [*Haradinaj Trial Judgment*] (2008), para. 49.

<sup>117</sup> *Supra* n116 Haradinaj Trial Judgment, para. 64.

<sup>118</sup> *Supra* n116 Haradinaj Trial Judgment, para. 90-9.

<sup>119</sup> *Supra* n116 Haradinaj Trial Judgment, para. 65-89.

和國（Federal Republic of Yugoslavia, FRY）的政府軍和叛亂團體 KLA 於 1998 年 3 月至 9 月間在科索沃間的暴力行為為一非國際性武裝衝突<sup>120</sup>。

#### 4. Prosecutor v. Lubanga (ICC)

首先，對於武裝衝突的定義，該法院一樣採用了 Tadić 案法院的定義<sup>121</sup>。進一步，對於「有組織性的武裝團體」，法院認為該團體必須具有足夠的組織程度，以使他們能夠進行持久的武裝暴力，而第二附加議定書第一條對於該團體需要對佔領之土地有一定的控制力此要求，法院認為是不必要的<sup>122</sup>。而對於武裝團體「組織性」的斷定，法院亦列出一些參考因素：團體的內部階級制度（hierarchy）、指揮結構、軍事規則、軍事裝備（包括槍枝）的可用程度、部隊或小組計畫軍事行動並將其付諸行動的能力、以及任何軍事介入的程度、嚴重性和強度<sup>123</sup>。而關於衝突的「嚴重程度」，法院列舉了一些因素：攻擊的嚴重性和衝突增加的可能性、衝突是否蔓延、政府部隊人數是否增加、衝突雙方動員人數、持有的武器，以及是否因這場衝突引起了聯合國安理會的注意，以及是否有因此事通過任何決議等<sup>124</sup>。

2003 年 6 月 2 日至 8 月 13 日間，UPC/FPL 和其他武裝團體（PUSIC 和 FNI 等）間發生多場暴力衝突<sup>125</sup>，造成至少 400 多人死亡，並引起了聯合國安理會的注意並通過相關決議<sup>126</sup>，再者，涉及暴力行動的武裝團體皆能夠長時間進行大規模的軍事行動，法院認定此次事件已達一定的嚴重程度，各武裝團體也皆具有組織性，並構成非國際性武裝衝突。

#### 5. Prosecutor v. Katanga (ICC)

<sup>120</sup> *Supra* n116 Haradinaj Trial Judgment, para. 100.

<sup>121</sup> ICC, Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment [*Lubanga Trial Judgment*] (2012), para. 533.

<sup>122</sup> *Supra* n121 Lubanga Trial Judgment, para. 536.

<sup>123</sup> *Supra* n121 Lubanga Trial Judgment, para. 537.

<sup>124</sup> *Supra* n121 Lubanga Trial Judgment, para. 538.

<sup>125</sup> United Nations Mission in the Democratic Republic of Congo, *MONUC's Special Report on the Events in Ituri*, January 2002-December 2003 (DRC-OTP-0129-0394)

<sup>126</sup> United Nation Security Council Resolution S/RES/1493 of 28 July 2003.

首先，關於武裝衝突的定義，該法院一樣採用了 Tadić 案法院的定義<sup>127</sup>。所以在要成立非國際性武裝衝突已需要符合「衝突一定程度的嚴重性」及「武裝團體需有一定的組織性」此二要件。對於符合標準的參考要素，法院在此案件皆用了與 Lubanga 案相同的參考要素<sup>128</sup>。

本案係 2002 年 8 月至 2003 年 7 月間，在伊圖利發生武裝敵對行動。此次衝突涉及許多武裝團體及由民兵組成的政治和軍事團體的武裝部隊<sup>129</sup>。首先，剛果愛國者聯盟（Union of Congolese Patriots, UPC）是一個具有階級結構和內部紀律的團體、其有能力佔據各種軍事陣地，並為其部隊提供了軍事訓練及武器；此外，UPC 更通過了一項政治政策，並有官方發言人<sup>130</sup>。再者，剛果人民軍（Armée Populaire Congolaise, APC）內部組成一個具有領導和內部指揮結構的小組，提供下屬物資和設備，並有能力計劃軍事行動並將其付諸實施<sup>131</sup>；最後是恩吉地民兵（Ngiti militia），他們將所有部隊分配到各個指揮官的陣營中，他們有充足的武器和彈藥可使用，且民兵成員們皆追求共同目標，並在漫長的期間內進行聯合軍事行動<sup>132</sup>。

對於衝突的「嚴重程度」，法院用了較少的篇幅陳述，但其強調此次的事件引起了聯合國安理會的注意，甚至通過數個決議<sup>133</sup>，因此，此次事件已達一定的嚴重程度並構成非國際性武裝衝突。

## 6. Prosecutor v. Bemba (ICC)

首先，關於武裝衝突的定義，該法院一樣採用了 Tadić 案法院的定義<sup>134</sup>。所以在要成立非國際性武裝衝突已需要符合「衝突一定程度的嚴重性」及「武裝團體

---

<sup>127</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 1173.

<sup>128</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, paras. 1186-7.

<sup>129</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 433.

<sup>130</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 1207.

<sup>131</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 1208.

<sup>132</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 1209.

<sup>133</sup> EVD-OTP-00207: UN Security Council resolution 1445; EVD-OTP-00208: UN Security Council resolution 1457; EVD-OTP-00209: UN Security Council resolution 1468; EVD-OTP-00210: UN Security Council resolution 1493; EVD-OTP-00213: UN Security Council resolution 1484.

<sup>134</sup> ICC, Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Trial Chamber Judgment [*Bemba Trial Judgment*] (2016), para. 128.

體需有一定的組織性」此二要件。對於符合標準的參考要素，法院在此案件皆用了與 Lubanga 案相同的參考要素<sup>135</sup>。特別的是，Bemba 法院特別提到羅馬規約第 8 條第二項第六款，該款規定第五款所規範之非國際武裝衝突須有一定之持久性，關於此議題，預審分庭認為只要是超過五個月的衝突即可認定為「持久的」武裝衝突<sup>136</sup>；而審判分庭雖無推翻五個月此數目，但是審判分庭強調，雖然期間是一參考的因素，但是其實「持久性」已囊括在「嚴重程度」的內涵當中，所以在檢驗武裝衝突是否存在時，應著重在衝突的「嚴重程度」<sup>137</sup>。

本案 Patassé 為時任中非共和國（Central African Republic, CAR）的總統，由於長期專政及經濟蕭條，Bozizé 發動政變，從 2002 年 10 月至 2003 年 3 月間雙方不斷有武裝暴力行為。首先，針對衝突的嚴重程度，政變方（Bozizé）和支持政府方（Pro-Patassé 和 MLC 等）間的衝突擴及整個國家，政府方獲得其他協力的軍事資助<sup>138</sup>，並以炸彈的方式攻擊政變方，此武裝衝突更引起了聯合國，地方和國際媒體以及非政府組織的注意<sup>139</sup>。進一步，法院認為「Bozizé 部隊」有完整的指揮結構、軍事裝備、通信裝置和武器，且該武裝團體控制了中非共和國相當大面積的領土，包括首都班基（Bangui）<sup>140</sup>。國際刑事法院最終肯認「Bozizé 部隊」和「Pro-Patassé 部隊」間，為期五個月的衝突為一非國際性武裝衝突。

## 7. Prosecutor v. Ongwen (ICC)

相對於前些案件，於預審分庭之決定書中，預審分庭並未如前些判決名列其判斷非國際性武裝衝突之標準、定義，僅直接對於發生之暴力衝突為判斷，並確定非國際性武裝衝突之存在。

---

<sup>135</sup> *Supra* n134 Bemba Trial Judgment, para. 134；此外，預審分庭（Pre-Trial Chamber）認為一個有組織性的武裝團體需要有一負責任的指揮官，但是審判分庭（Trial Chamber）認為此要求已與其他已列之因素重疊了，所以不是特別必要的要件。

<sup>136</sup> *Supra* n19 Bemba Pre-Trial Decision, para. 235.

<sup>137</sup> *Supra* n134 Bemba Trial Judgment, paras. 138-141.

<sup>138</sup> *Supra* n19 Bemba Pre-Trial Decision, para. 249.

<sup>139</sup> *Supra* n134 Bemba Trial Judgment, paras. 662-3.

<sup>140</sup> *Supra* n134 Bemba Trial Judgment, paras. 657-661.

本案 Ongwen 為與烏干達政府發生武裝衝突犯亂組織—LRA 的成員，其為遭檢方起訴的五名成員中第一位遭逮捕並確定起訴之人<sup>141</sup>。預審分庭於確定起訴決定書中肯定，從 2002 年 7 月至 2005 年 12 月，烏干達北部 LRA 與烏干達政府軍及武裝團體間之武裝暴力行為為持久的非國際性武裝衝突，其情況已超出僅內部動亂或緊張局勢的零星暴力行為。首先，LRA 為一有組織性的武裝團體，其組織程度足以使其能夠長期規劃和開展軍事行動，而武裝衝突的另一方—烏干達之政府軍係烏干達的正規軍<sup>142</sup>；再者，LRA 在此期間有計畫性地攻擊平民、性暴力、強迫結婚等罪行，檢察官共起訴 70 個罪名<sup>143</sup>。預審分庭最終認為 LRA 及烏干達政府間之衝突為非國際性武裝衝突。

### （三）學者意見

#### 1. 武裝衝突二分法

首先，針對武裝衝突的二分法，有些學者認為武裝衝突不應區分為國際性及非國際性兩類型；因在實務上（至少從 ICTY 的經驗而言），檢察官其實需要花費相當多的時間在證明及確定一武裝衝突的性質為國際性或非國際性的<sup>144</sup>；再者，像是「不分青紅皂白地攻擊、破壞環境」、「不當使用應受保護之旗幟及徽章」、「故意使人飢餓罪」等十數種罪行，羅馬規約僅規範在國際性武裝衝突，而並未規範在非國際性武裝衝突的罪行，但是這些罪行，或是這些應受保護之人不應該因為身處環境不同，而受到不同的保護，被告亦不應該因為環境的不同而免除他們的責任<sup>145</sup>；ICTY 的 Tadić 上訴審法院也隱晦的表達其對於區分國際性及非國際性武裝衝突的反對意見；該判決陳明：為何避免人民遭受到敵對方的暴力行為、強暴、酷刑待遇、遭敵對摧毀醫院、宗廟等等這些基本的保護要因為攻擊方是第

---

<sup>141</sup> Dominic Ongwen, The Coalition of The International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/dominic-ongwen> [accessed 26 May 2019].

<sup>142</sup> ICC, Prosecutor v. Ongwen, ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen (2016), pp. 71-2.

<sup>143</sup> The Trial of Dominic Ongwen at the International Criminal Court, Open Society Justice Initiative, available at: <https://www.refworld.org/pdfid/58b0587e4.pdf> [accessed 26 May 2019].

<sup>144</sup> *Removing the Distinction Between IAC and NIAC*, Melbourne Journal of International Law (2004), Vol. 5, p. 20.

<sup>145</sup> Deidre Willmott, *Removing the distinction between international and non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court*.

其他國家或是一國境內的武裝團體而就有所不同呢<sup>146</sup>？對於這種見解，國際刑事法院亦提出回應，該法院採相反的見解，其認為國際性及非國際性武裝衝突的區分已經載於羅馬規約的框架中，而且特別是對於非國家武裝團體的參與者，將武裝衝突加以區別才能使國際人道法更有效地適用<sup>147</sup>。

## 2. 非國際性武裝衝突之定義

進一步，關於非國際性武裝衝突的定義問題，若比照《日內瓦公約》及其附加議定書的定義及 Tadić 案的定義，可發現 ICTY 法院擴大非國際性武裝衝突的範圍，在原本國際人道法的定義裡，並未將完全沒有國家政府軍隊介入的武裝衝突納入非國際性武裝衝突的範圍中，而在 Tadić 案的定義新增此種情況，對於 ICTY 的擴大解釋，無論是學者、各國及往後的國際實務判決皆表示支持<sup>148</sup>。

關於「非國際性武裝衝突」的原文，學者 Cullen 認為應該採用羅馬規約中所用的「armed conflict of not of an international character」，有些文章所用的「internal armed conflict」為不精確的用語，學者認為羅馬規約及日內瓦公約所採用之用語有意將非國家與國家間的國際性武裝衝突及發生在一國領土內非國際性武裝衝突的武裝暴力行為包括在內，因此以 internal armed conflict 一詞表示非國際性武裝衝突會限縮了原日內瓦公約之意涵。

而對於非國際性武裝衝突所要求的兩標準：「軍事衝突嚴重程度」及「武裝團體之一定組織性」，大部分學者皆無太歧異之意見，皆遵循從共同第三條、第二附加議定書、羅馬規約第 8 條第二項第四到六款的規定，而對於目前國際刑事法院所採用的判斷標準亦大抵表示同意。

## 3. 羅馬規約第 8 條第二項第六款之解釋

若從第六款之文義解釋之角度探求，需要解決的問題係第六款是否創設一新的非國際性武裝衝突的標準？相較第六款與第四款，這二款皆提出非國際性武裝衝突的消極要件，排除零星、小規模的暴動，但第六款另外規定非國際性武裝衝

<sup>146</sup> *Supra* n22 Tadić Decision, para. 70.

<sup>147</sup> *Supra* n71 Katanga Trial Judgment, para. 1175.

<sup>148</sup> *Supra* n52 Cullen, A, p. 121.

突為一國境內發生的武裝衝突，發生政府當局與有組織武裝集團之間，或這種集團相互之間長期進行武裝衝突。此兩款皆係規範非國際性武裝衝突，但卻有不同之規定；對此差異，有學者認為第六款新增了一種非國際性武裝衝突的標準，羅馬規約的標準不要求非國際性武裝衝突必須有國家政府軍為參戰一方，且非國家武裝部隊對其佔領之領土亦無需有一定程度的控制力<sup>149</sup>；同樣採此見解的學者 William Schabas 更認為在羅馬規約下的戰爭罪共有四種類型（國際性及非國際性武裝衝突各兩種），而國際刑事法院在適用個條文前，應對於如何區分這些武裝衝突為解釋<sup>150</sup>。但有學者相反地認為第六款並非創設新的非國際性武裝衝突的標準，Meron 法官<sup>151</sup>認為當初草擬羅馬規約時，將武裝衝突的持久性加入第六款係為了讓認為非國際性武裝衝突應使用第二附加議定書的代表團滿意，始將此要件加入，另外 Meron 法官認為 ICTY 在 Tadić 案已有此條件，因此 Meron 法官並不認為第六款為另外創設出之標準<sup>152</sup>。

對此兩款的差異，國際刑事法院認為規約並無欲特別地區分兩款所述之非國際性武裝衝突的不同，法院認為第六款僅強調參與非國際性武裝衝突的武裝團體需有能力長期規劃和開展軍事行動；此外，武裝團體控制領土的能力可做為決定該團體是否有能力長期開展軍事行動的關鍵因素<sup>153</sup>。

#### 4. 非國際性武裝衝突之土地範圍

目前大部分學者皆針對非國際性武裝衝突的「適用範圍」有不一樣的看法，主要係因現在武裝衝突型態的轉換，諸多原為國內性的暴力衝突，無論是暴力行為擴張至鄰國領土，或因參戰的武裝團體的跨國性，皆使得國內武裝衝突「國際

---

<sup>149</sup> Provost, R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press (2002), pp. 268-9.

<sup>150</sup> William A Schabas, *The International Criminal Court (1st Edition): A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010), pp. 54, 131.

<sup>151</sup> Meron 法官為 ICTY 前主席，並曾任 ICTY 及 ICTR 上訴分庭的主審法官。

<sup>152</sup> Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, *American Journal of International Law* (2000), p. 260.

<sup>153</sup> ICC, *Prosecutor v. Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 (2009), para. 60.

化」<sup>154</sup>。面對此種跨國境的武裝衝突，美國最高法院 Hamdan v. Rumsfeld 判決在相關學者文章中多次被提及<sup>155</sup>，雖然美國國內的司法判決不能代表國際社會對此議題之看法，更無法成為國際習慣法之一環，但此判決可謂開啟本文下部分欲探討之「超國界武裝衝突」此一概念。

#### （四） 本文觀點

首先，關於非國際性武裝衝突的定義，從共同第三條、第二附加議定書至目前國際實務判決，非國際性武裝衝突之定義有明顯的演變，最明顯的係從第二附加議定書至目前實務判決的定義；第一，原本非國際性武裝衝突僅限於國家政府軍與非國家武裝部隊間的武力行動，在 ICTY 的 Tadić 案後擴張至非國家武裝部隊間的武力行動亦得成立；第二，關於非國家政府軍對其佔領之地域需有一定程度的控制力，第二附加議定書認為此為成立非國際性武裝衝突之要件，但目前國際實務判決認為此僅為判斷武裝行動嚴重程度之要素之一，並非必要要件。

再者，關於羅馬規約第 8 條第二項第四款及第六款的解釋，本文認為第三款及第五款所規範的非國際性武裝衝突應為同樣的解釋，第六款並無不同於第四款，而另外創設一新的標準；本文認為第五款及第六款具有補充性質，其規範的內容係補充第三款所列共同第三條未囊括到的罪行，且若從法院實務操作面觀之，若檢察官在起訴時及法官在審理時，除須先需釐清系爭案件為何種武裝衝突後，更需進一步分清該情況為第三款或第五款規範下的武裝衝突，對於法院審理的效率上無疑是一大負擔，另外對於被害者的利益亦為一大損害，亦與國際人道法之目標及宗旨背道而馳<sup>156</sup>。

<sup>154</sup> 此處所述國際化與本文於探討國際性武裝衝突時的 internationalization 不同，此處僅在表達此類型的武裝衝突事實上的跨國境，而不限於一國領土內的暴力衝突。

<sup>155</sup> Yaser Esam Hamdi 為美國國民，2001 年美國攻擊蓋達組織及塔利班政權時被美國軍方逮捕，縱使 Hamdi 具有美國國籍，但是軍方斷定其為「敵對戰鬥員」(enemy combatant)，因而可以長期拘禁。雖然此案主要係在探討美國三權分立制度、立法權、正當法律程序等議題，但由於最高法院肯認有「全球性」非國際性武裝衝突之存在，且適用共同第三條，可謂開創「超國界武裝衝突」之概念，並引起研究相關領域學者之討論。參 Kenneth Watkin and Andrew J. Norris (ed.), *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, Naval War College Newport, Rhode Island (2012), p. 50-1.

<sup>156</sup> *Supra* n52, p. 185.

進一步，關於非國際性武裝衝突所要求的武裝團體的組織性和衝突的嚴重程度，如本文第三章所述，係由第二附加議定書開始剔除小規模及零星之暴動，而 Tadić 案不僅訂立武裝衝突之定義，亦明確地點出武裝衝突的「組織性」及衝突的「嚴重程度」為非國際性武裝衝突成立之件，日後的法院判決亦依 Tadić 案衍生而來，但在 ICTY 較早些年的判決中，法院對於如何斷定「組織性」和「嚴重程度」當時的法院仍無一較清楚統一的參考標準，皆由各案法官自行判斷，直到 Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski 案，法官不僅回顧相關案件的判斷標準，亦羅列出評斷的參考因素；而隨後設立的國際刑事法院中的相關案件，法官在武裝衝突的定義及成立的要件上，法官皆明示的同意沿用 ICTY 的定義及參考因素，在這二要件上日後的國際判決無任何更動。

## 五、小結

綜觀國際刑事法院涉及「戰爭罪」的案件後，可發現相對於非國際性武裝衝突，涉及國際性武裝衝突的案件較少，且由於其爭論亦較少，所以法官在論述的篇幅亦較少；相反地，非國際性武裝衝突在國際人道法範疇中，其定義即有一次較大篇幅的改變後，日後在國際實務上又由於國家主權之相關問題，因而羅馬規約所涵括的罪行、定義又稍做更動。

但在探求國際刑事法院對於武裝衝突見解的同時，亦必須提及國際刑事法院的管轄權及可受理性，由於國際刑事法院設立之目的並非取代各國內部的司法機關，因此會有篩選案件的機制，而此機制是否會影響國際刑事法院對於武裝衝突標準之認定？本文以下就國際刑事法院之管轄權及案件受理問題文分析，尤其會著重法院對於案件嚴重性（gravity）之審查。

## 伍、國際刑事法院的管轄權及案件受理問題

### 一、概說

依據羅馬規約第 5 條規定，國際刑事法庭對於種族滅絕罪（genocide）、危害人類罪（crime against humanity）、戰爭罪（war crime）及侵略罪（crime of aggression）

<sup>157</sup>此四種罪行有管轄權。此外，國際刑事法院的管轄權不具有追溯性（No retroactivity），僅能處理國際刑事法院成立後的犯罪<sup>158</sup>（為罪刑法定原則 *nullum crimen sine lege* principle 的體現）。

而從羅馬規約序言窺知，國際刑事法院僅對於「整個國際社會關注的最嚴重犯罪」為管轄，並非所有涉及該規約第 5 條所列之罪行皆得被國際刑事法院所審理，需經「可受理性」（admissibility）的檢驗，羅馬規約第 17 條規定：

「考慮到序言第十段及第一條，在下列情況下，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；
2. 對案件具有管轄權的國家已經對該案進行調查，而且該國已決定不對有關的人進行起訴，除非作出這項決定是由於該國不願意或不能夠切實進行起訴；
3. 有關的人已經由於作為控告理由的行為受到審判，根據第二十條第三款，本法院不得進行審判；
4. 案件缺乏足夠的嚴重程度，本法院無採取進一步行動的充分理由。」

由此可知，國際刑事法院的可受理性需經過三層檢驗：補充性（complementary）、一罪不再罰/禁止雙重追訴原則（double jeopardy, *ne bis in idem* principle）及嚴重程度（gravity），以下分別論述：

## 二、國際刑事法院之補充性

### （一）羅馬規約之規定

---

<sup>157</sup> 雖在 1998 年的羅馬規約即有包括侵略罪，但由於各國無法對於侵略罪的定義達成共識，所以遲至 2010 年坎帕拉會議，締約國通過了《羅馬規約修正案》，並依據 1974 年聯合國大會第 3314 號決議完成侵略罪的定義，並於 2018 年 7 月 7 日正式啟動法院的管轄權。參：Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression, Resolution ICC-ASP/16/Res.5 (ICC, 2017).

<sup>158</sup> 即 2002 年 7 月 1 日以後之事件。參 Article 24 of Rome Statute; Joining the International Criminal Court, Why does it matter?, International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Joining-Rome-Statute-Matters.pdf>.

根據第 17 條第一項第一、二款的規定，國際刑事法院僅具有「補充性」<sup>159</sup>。該原則為法院檢視可受理性的第一步<sup>160</sup>，由於相對於國際刑事法院，國家司法機關最有機會獲得證據及證詞<sup>161</sup>，且國際刑事法院本身設立的的目的即非為了取代國家管轄權<sup>162</sup>，基本上國際刑事法院對於那些國家「正在調查」或「已調查過」之案件無受理性<sup>163</sup>，唯有在具有管轄權的國家不願意或不能夠切實調查、起訴、審判屬於國際刑事法院管轄之犯罪<sup>164</sup>、一國所為不起訴之決定係不真實，係為包庇相關人使其免負第 5 條所述罪行的刑事責任時，國際刑事法院得對於正在或已經調查、起訴過的案件有管轄權。此規定亦稱為「The Same-conduct Test」<sup>165</sup>。

對於「不願意」、「不能夠」切實進行調查或起訴，同條第二款有進一步之解釋：(1) 已經或正在進行的訴訟程序，或一國所作出的決定，是為了包庇有關的人，使其免負第五條所述的本法院管轄權內的犯罪的刑事責任；(2) 訴訟程序發生不當延誤，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；(3) 已經或正在進行的訴訟程序，沒有以獨立或公正的方式進行，而根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的等，皆為參考因素。

---

<sup>159</sup> 相對於此法院，ICTY 及 ICTR 的管轄權與內國司法管轄權較接近分工合作，甚至是替代關係，此二法院得在內國司法程序的任何階段承接具有管轄權國家的案件，即使該國的司法系統得勝任的情況下亦得如此。

<sup>160</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, ICC-01/04-01/06-8 (2006), paras. 30, 41

<sup>161</sup> ICC, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, p. 2.

<sup>162</sup> Margaret Bruce, *International Humanitarian Law and International Criminal Justice: An Introductory Handbook* (The Commonwealth, 2014), p.58.

<sup>163</sup> ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute" (2011), paras. 1, 40.

<sup>164</sup> 第 17 條所指的「不願意」和「無能力」係指對案件有管轄權的國家已開始正式調查程序，但對於進一步調查無作為。參 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-1497 OA 8, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case [*Katanga 2009 Judgment*] (2009), para. 76.但並非指所有國家之不作為皆得受到國際刑事法院所管轄，除仍需經過一罪不再罰及嚴重程度的檢驗外，國際刑事法院的檢察官本身對於案件之調查亦有裁量空間。參 *Supra* n164 *Katanga 2009 Judgment*, para. 85 and ft.169.

<sup>165</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Art. 58 (2006), para. 31.

對此條文有學者認為應限縮解釋，僅內國法院之審判係特別「優待」被告之罪行，無論係在起訴時或係用秘密審判等方式，只要內國法院欲包庇被告，使其免於被告或審判即滿足此要件<sup>166</sup>，但相反地，如內國法願損害被告的權利時，則無此規定之適用，不能僅僅因為國內訴訟未能符合國際公平審判標準而認為內國法院「不願意」審理此案，因如此放寬解釋會造成國際刑事法院淪為內國法院的監督者<sup>167</sup>。

再者，為確定某一案件中是否有「不能夠」的問題，國際刑事法院亦應考慮是否是（1）因為該國的司法系統完全瓦解，或（2）實際上瓦解或不存在，因此無法拘捕被告或取得必要的證據和證詞，或（3）在其他方面不能進行本國的訴訟程序。在羅馬規約的籌備委員會所釋出的《國際刑事法院規約草案》（Draft Statute for an International Criminal Court）原先認為，該內國之司法系統「部分瓦解」（partial collapse）時即可認為該國無能力審判該罪行，但最終規約第 17 條僅限縮至僅當該國之司法系統以完全瓦解時，始能認為該國無能力處理系爭案件，如此解釋方法，使得當武裝衝突所造成之影響尚未擴及至整個國家領土的情形下，各國仍得保留其專屬管轄權<sup>168</sup>。學者 Benzing 認為如該國立法即根本不懲罰系爭罪行，或對該罪行懲罰之刑度明顯不足，即可認定該國家無能力<sup>169</sup>。

另外，依《程序與證據規則》第 55 條第二項規定，在檢察官初步審查向預審分庭請求續行調查時，預審分庭亦應考慮規約第 17 條列舉的因素；依此規定，法院之補充性檢驗程序不僅在國際刑事法院檢驗「案件」（case）時<sup>170</sup>，即使係在

---

<sup>166</sup> John Holmes, *Complementarity: National Courts versus the ICC* in Antonio Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary* (Oxford University Press 2002) 676.

<sup>167</sup> Rolf Einar Fife, *The International Criminal Court – Whence It Came, Where It Goes* (2000) 69 *Nordic Journal of International Law*, pp. 66–67

<sup>168</sup> Michele Tedeschi, *Complementarity in Practice: the ICC's Inconsistent Approach in the Gaddafi and Al-Senussi Admissibility Decisions*, *Amsterdam Law Forum* (2015), p. 80.

<sup>169</sup> Marcus Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity* (2003) 7 *Max Planck Yearbook on United Nations Law*, p. 612.

<sup>170</sup> 「案件」會的產生主要來自：（1）依規約第 58 條發布逮捕令或傳票、或（2）依規約第 61 條由檢察官提出並經預審分庭確認的指控。

「情勢」(situation) 階段亦須被檢驗<sup>171</sup>。(對此雙重檢驗之詳細流程見附件三：國際刑事法院之案件處理流程)

## (二) 國際刑事法院相關案件分析

### 1. Prosecutor v Katanga

由於上訴方(被告 Katanga)認為國際刑事法院不應受理此案件，對此上訴分庭不同意上訴方之論點，並維持審判分庭(Trial Chamber)之判決。首先上訴分庭針對羅馬規約第 17 條第一項第一、二款的措辭為明確的解釋；第一款專指該有管轄權之國家正在調查或正在起訴之情形；而第二款專指已為調查，但決定以「不起訴」處分之情況<sup>172</sup>。

而當法院在檢驗系爭案件是否為「不可受理」時，第一層需檢視：(1) 該案是否正在進行調查或起訴，或(2) 過去是否進行過調查，而有管轄權的國家已決定不起訴有關的人；當第一層之答案為肯定時，才須檢視該具有管轄權之國家是否「不願意」或「無能力」審理該案件<sup>173</sup>。此外，在國家不作為之情形，「不願意」或「無能力」的問題根本無需討論，因有管轄權的國家對案件之不作為，即一國根本未調查或未起訴，因此在第一層檢驗即獲得否定之答案，而該案件必得受到國際刑事法院之受理<sup>174</sup>。

查，當國際刑事法院在檢驗該案的可受理性時，剛果民主共和國對 Katanga 在相關地區所為之罪行無任何調查或起訴，也因此法院認為無需再進一步討論該案件是否有通過「The Same-conduct Test」；此外，當 Katanga 向國際刑事法院投降(surrender)時，所有關於 Katanga 的國內調查及審判皆已終止，上訴人認為如此情事已符合第 17 條第一項第二款之規定，但法院認為對於該款之解釋應縱

---

<sup>171</sup> 一次係在「情勢」階段，另一係在「案件」階段。而「情勢」通常係根據武裝暴力行為所維持的時長及影響的領土範圍作為參考因素，且會假定其是否會引起日後的刑事調查等因素來決定是否會成為國際刑事法院關注並欲進一步調查之「情勢」；而「案件」則係當檢察官經過調查後確定一情勢的可受理性後始得成為案件。

<sup>172</sup> *Supra* n164 Katanga 2009 Judgment, paras. 75-7.

<sup>173</sup> *Supra* n164 Katanga 2009 Judgment, para. 78.

<sup>174</sup> *Ibid*; 上訴方的論點即認為即使在有管轄權國家不作為的情況下，國家的「不願意」或「無能力」仍然需要再次被檢視，而法院認為如此解釋會破壞羅馬規約原有的目的——結束有罪不罰現象，並確保整個國際社會關注的最嚴重罪行不得逍遙法外。

觀整部規約及該條之立法目的，此條文之立法目的係為終止「有罪不罰」之現象，但上訴人之限縮性解釋與立法目的相左，故法院認為因被告已向國際刑事法院投降，國內司法機關因而終止相關調查、審判程序的情況，並不包括在第 17 條第一項第二款的範疇中。綜上，法院認為其對於該案具有可受理性<sup>175</sup>。

## 2. Prosecutor v. Al-Senussi (Libya)

預審分庭沿用其在 Katanga 案的檢驗標準，但於此案，預審分庭認為在本案有通過第一層「The Same-conduct Test」但無通過第二層「The Inability Test」的檢驗。針對第一層系爭案件是否正在進行調查或起訴，法院進一步發展出「The same conduct test」，而預審分庭亦歸納出數項要件：

- A. 「The Same-conduct Test」須符合兩項要件：(1) 受到國內訴訟程序之人與國際刑事法院進行訴訟程序為同一人；(2) 受到國家調查的行為與法院訴訟程序中指稱之行為基本相同<sup>176</sup>。
- B. 針對「正在調查中」之案件，預審分庭認為內國司法機關應有實質且有逐步發展的（concrete and progressive steps）調查進度，以確定嫌疑人是否需要負刑事責任，如採訪證人或嫌疑人、收集書面證據或進行法醫分析等<sup>177</sup>；
- C. 第二要件所指「行為」，預審分庭認為在判斷時，應著重在罪行本身，而非罪名，無論該國係以國際罪名處之或以內國原本的刑法處之皆得以認為該國已調查該行為；而判斷的罪行須以國際刑事法院的逮捕令為基準。
- D. 當國際刑事法院需判斷一案件之可受理性時，法院會以該時點所知之事實作為判斷該國是否有對系爭案件為調查之依據<sup>178</sup>。

<sup>175</sup> *Supra* n164 Katanga 2009 Judgment, para. 80-4.

<sup>176</sup> ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi [*Gaddafi Decision*] (2013), paras. 61, 74, 76.

<sup>177</sup> *Supra* n163, paras 1 and 40

<sup>178</sup> ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision requesting further submissions on issues related to the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi", 7 December 2012, ICC-01/11-01/11-239, para. 14.

E. 有管轄權國家如欲對國際刑事法院之可受理性為抗辯時，該國家需對於該國有為真實調查、審判之事實負舉證責任，且單純保證該國未來會對系爭案件/被告進行調查或審判是不足的<sup>179</sup>。

查，在國際刑事法院審判程序前，預審分庭認為利比亞當局正在採取具體作為以確定 Al-Senussi 的刑事責任，且調查之行為客體與國際刑事法院所調查之事項相同<sup>180</sup>，故在第一階段得確認利比亞正在調查關於 Al-Senussi 的事件與國際刑事法院所調查的為同一案件。

接下來，下一階段便是要探討利比亞是否「無意願」或「無能力」對 Al-Senussi 的罪行為真正的調查或審判。首先針對利比亞之「無意願」，預審分庭認為當利比亞正在進行 Al-Senussi 的訴訟，若國內法院之目的是使他免受國際刑事法院管轄範圍內的罪行的刑事責任，或訴訟程序發生不當延誤，而其採用的方式並非為了將相關人繩之以法；或沒有以獨立或公正的方式進行，而其採用的方式並非為了將相關人繩之以法，有至少一種情形出現時，即得視為利比亞無意願<sup>181</sup>。預審分庭認為無證據顯示 Al-Senussi 的訴訟係為保護他免受犯罪的刑事責任，且其訴訟程序亦不能被視為遭不當延誤，最後，利比亞提交之證據得證明該國已將 Al-Senussi 移交至相關法院，故預審分庭認為利比亞並非無願意對 Al-Senussi 進行訴訟<sup>182</sup>。

再者，針對利比亞之「能力」，如因利比亞司法系統全部或部分之崩解導致利比亞無法監管 Al-Senussi 或獲得司法程序上必要的相關證據和證詞，或其他因素無法對 Al-Senussi 進行審判，有至少一種情形出現時，即得視為利比亞無能力<sup>183</sup>。對此，Al-Senussi 已在利比亞的監管之下；而關於該國是否得取得必要的相關證據及證詞，預審分庭考慮到「安全局勢」(security situation)，分庭認為「缺

---

<sup>179</sup> Supra n163, paras 2, 61.

<sup>180</sup> ICC, Situation in Lybia, ICC-01/11-01/11-466-Red, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi [*Lybia Decision*] (2013), paras. 80-168.

<sup>181</sup> Supra n180 Lybia Decision, para. 202.

<sup>182</sup> Supra n180 Lybia Decision, paras. 290-3.

<sup>183</sup> Supra n180 Lybia Decision, para. 202.

乏證人的有效保護方案」及「部分拘留所尚未在司法部的授權下轉移」等情況皆為評估安全局勢的重要因素<sup>184</sup>。相對於利比亞對 Gaddafi 僅獲得稀少的證據，該國對於 Al-Senussi 的罪行已進行調查並獲得足夠的證據，而縱使利比亞目前缺乏保護證人的機制，但此機制的缺乏並未影響到 Al-Senussi 接受公正的審判<sup>185</sup>。

最後是關於「訴訟代理人」之保障，在 Gaddafi 案，由於無法為 Gaddafi 找一名訴訟代理人之困境使得 Gaddafi 的訴訟程序出現阻礙<sup>186</sup>。對此，利比亞司法部聲稱對此現象已有認識，並表示會盡快替 Al-Senussi 任命一名當地律師，且如此「任命律師之延誤」僅因案件之跨國背景及安全問題下可理解之結果，並非無法克服之挑戰，如此延誤亦不等於該國無能為力或不願意進行真正的訴訟<sup>187</sup>。對此議題，法院再度與 Gaddafi 案相比較，Gaddafi 不在國家當局的控制範圍中，且 Gaddafi 數度尋求訴訟代理人皆無果，但 Al-Senussi 已被利比亞當局拘禁，且該國亦提出證據證明當地已有諸多律師表明其願意替 Al-Senussi 辯護，故預審分庭亦認為利比亞並非無能力。最後，預審分庭認為利比亞並非無意願且並非無能力審判 Al-Senussi 之罪行，故國際刑事法院對 Al-Senussi 無可受理性。

### 3. Prosecutor v. Gaddafi (Libya)

安全理事會斷定自 2011 年起發生在利比亞之情事可能造成危害人類罪之成立，因此將此情形提交給國際刑事法院檢察官<sup>188</sup>，當檢察官針對於利比亞發生之武裝衝突開始調查時，利比亞對 Saif Gaddafi 案的可受理性提出質疑，認為該國家司法當局已正在積極調查被告<sup>189</sup>，但國際刑事法院不同意利比亞的抗辯。如於上 Katanga 案法院所述，在探討法院補充性時須分為二階段進行討論，而法院於此案件將第一層稱為「The Same-conduct Test」，第二層稱為「The Inability Test」。

---

<sup>184</sup> *Supra* n180 Lybia Decision, para. para. 297.

<sup>185</sup> *Supra* n180 Lybia Decision, para. para. 301.

<sup>186</sup> *Supra* n176 Gaddafi Decision, para. 214.

<sup>187</sup> ICC, *Libyan Government's consolidated Reply to the Responses by the Prosecution*, ICC-01/11-01/11-403-Red2, Defence and OPCV to the Libyan Government's Application relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute (2013), para. 146

<sup>188</sup> United Nations Security Council Resolution 1970 (2011), para. 4.

<sup>189</sup> ICC, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute (2012).

## A. The Same-conduct Test

首先，這階段需要評估相同事件是否正在內國司法系統中進行調查或起訴<sup>190</sup>。而關於此階段需要參考之要素，國際刑事法院於上個案件已有詳細的分析，而法院於此案件亦採相同的看法<sup>191</sup>，僅上訴分庭特別提及若國內司法程序僅在準備程序仍不足以否定國際刑事法院之可受理性<sup>192</sup>，由於除非內國法院已對嫌疑人實際採取調查步驟，否則殊難想像國際刑事法院與內國法院對於同一訴訟主體（案件）同時進行調查，而有管轄衝突之發生<sup>193</sup>；另外，相對於上述學者 Benzing 認為如該國立法即根本不懲罰系爭罪行，即可認定該國家「無能力」，使得國際刑事法院具有可受理性，但預審分庭於本案提出，如此解釋應再限縮，當國家相關刑事法規有包括原始的罪刑即可視為國家已對於系爭罪行有相對應的懲罰，如國家對於攻擊平民之行為有「殺人罪」之適用，不以一定要有獨立的「戰爭罪」或「危害人類罪」之設立<sup>194</sup>，另外，關於國家使否已著手進行調查與否之斷定，國家如僅對於部分系爭事件開始調查，即可認為國家對於系爭案件已著手進行調查。

查本案於國際刑事法院涉及 Al-Senussi 個人刑事責任的案件係 Al-Senussi 於 2011 年 2 月 15 日至 2011 年 2 月 20 日期間，在班加西舉行的示威活動期間以直接或通過安全部隊的方式實施的殺戮和迫害行為<sup>195</sup>。對此行為，國際刑事法院在比對國際刑事法院所發出之逮捕令內容與利比亞國內法院所調查之事實後<sup>196</sup>，認為利比亞國內司法機關已實施具體且有逐步發展的調查步驟，因此通過第一層檢驗<sup>197</sup>。

## B. The Inability Test

---

<sup>190</sup> *Supra* n168, p. 82.

<sup>191</sup> ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi [*Gaddafi Decision*] (2013), pp. 32-3.

<sup>192</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, paras. 33-9.

<sup>193</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, para. 40.

<sup>194</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, paras. 85-8.

<sup>195</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, para. 71.

<sup>196</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, paras. 162-6.

<sup>197</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, paras. 167-8.

在此階段法院需要評估「國家是否不願意或無法執行真正的調查或起訴」<sup>198</sup>。對於國家之「能力」，該國相關司法系統及程序皆須列入考量，故在本案預審分庭需評斷利比亞當局是否能夠依據利比亞的當時之實體法和程序法對 Gaddafi<sup>199</sup>。按利比亞相關規範，如被告仍在國家境內時，缺席審判係不允許的，但自 Gaddafi 被捕後，卻無任何進展；此外，預審分庭亦對於無訴訟代理人是否得直接視該國司法系統「無能力」，而預審對此答題給予正面的肯定<sup>200</sup>，而本案 Gaddafi 在利比亞國內的司法程序中並無訴訟代理人，在綜合以上事實，預審分庭認為本案國際刑事法院具有可受理性。而國際刑事法院是否有可受理性需以當法院在檢驗可受理性時已獲得之事實作為判斷標準。

#### 4. Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang

在此案件，肯亞政府認為先前法院所採用的「The Same-conduct Test」標準過於嚴苛，肯亞政府認為在對人的部分，政府認為，只要內國司法系統已著手針對整體相關的國內活動，或與國際刑事法院目前調查同一階級之人進行調查時，國際刑事法院則不具有受理性，但預審分庭完全不採納肯亞政府的抗辯，法院認為將此檢驗標準放得如此寬鬆，法院實在無法確定該國會真實的進行調查及審判嫌疑人<sup>201</sup>，此外，肯亞政府認為該政府已經著手對於較低階級的嫌疑人進行調查，故得推知該國對於較高階級的嫌疑人亦會進行調查，但法院拒絕此抗辯<sup>202</sup>；最後，肯亞政府所提交的證據不足以證明該國相關司法單位以對於系爭案件著手進行調查，故國際刑事法院對本案有可受理性。

#### （三） 小結

<sup>198</sup> Article 17, para. 3 of Rome Statute.

<sup>199</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, para. 200.

<sup>200</sup> *Supra* n191 Gaddafi Decision, para. 212-4.

<sup>201</sup> ICC, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/ 11-101, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Art.19(2)(b) of the Statute [*Ruto and Snag Decision*] (2011), paras. 59, 60; Rod Rastan, *What is 'Substantially the Same Conduct'? : Unpacking the ICC's 'First Limb' Complementarity Jurisprudence*, Journal of International Criminal Justice, Volume 15, Issue 1, (2017), pp. 8-9.

<sup>202</sup> *Supra* n201, para. 61.

綜上所有案件，本文得出目前國際刑事法院對其可受理性之規律；首先，法院會以反面—不得受理之案件特性進行審查；而在操作順序上，法院第一階層會先檢視系爭案件（1）是否於具有管轄權國家內正在進行調查或起訴，或（2）該國相關司法機關過去是否進行過調查，且已決定不起訴有關的人；當第一層之答案為肯定時，才須檢視該具有管轄權之國家是否「不願意」或「無能力」審理該案件，當確實該國有「不願意」或「無能力」之情況時，國際刑事法院始得對該案件審理。而國家的「意願」及「能力」，在羅馬規約第 17 條第二、三項皆有詳細的參考要件，而目前法院在操作上亦遵循規約所列之要件。

另外，在判斷國家是否「真正的」願意或有能力裁判系爭案件，有學者認為應為限縮性解釋，僅內國法院之審判係特別「優待」被告之罪行，無論係在起訴時或係用秘密審判等方式，只要內國法院欲包庇被告，使其免於被告或審判即滿足此要件。但對此本文從利比亞的二案（Gaddafi 及 Al-Senussi）觀之得到相反的結論，法院在審視利比亞是否真正有能力處理此二案時，二嫌疑人是否在調查及審判階段獲得訴訟代理人之協助為法院判斷之要素之一，顯然國際刑事法院依循羅馬規約之文義，凡國家的公正及真正審判出現疑慮時，即可認為該國無能力處理該案。

### 三、禁止雙重追訴原則

根據第 17 條第一項第三款及第 20 條之禁止雙重追訴原則<sup>203</sup>，對此原則，第 20 條有更詳盡之規範：「（一）除本規約規定的情況外，本法院不得就本法院已經據以判定某人有罪或無罪的行為審判該人。（二）對於第五條所述犯罪，已經被本法院判定有罪或無罪的人，不得因該犯罪再由另一法院審判。（三）對於第 6 條、第 7 條或第 8 條所列的行為，已經由另一法院審判的人，不得因同一行為受本法院審判，除非該另一法院的訴訟程式有下列情形之一：

1. 是為了包庇有關的人，使其免負本法院管轄權內的犯罪的刑事責任；

---

<sup>203</sup> 有學者認為此款與第 20 條之內涵相同係重複規定，故為多餘的。參 *Supra* n29 William A. Schabas, p. 347.

2. 沒有依照國際法承認的正當程式原則，以獨立或公正的方式進行，而且根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的。」

關於羅馬規約第 5 條所列之罪行，國際刑事法院對所列罪行有獨立之構成要件，因此，即使被告的罪行得被國際刑事法院起訴，但起訴並不影響其被國內法院之非難，故此條文於解釋上應限縮至僅包括國際刑事法院管轄內之罪行。

#### 四、國際刑事法院之案件嚴重性

##### （一）羅馬規約之規定

根據第 17 條第一項第四款規定，如未達足夠嚴重程度的事件，國際刑事法院應不予以受理<sup>204</sup>。該條之立法目的係因避免國際刑事法院案件量負擔過大，影響法院運作的效率<sup>205</sup>，然對於「嚴重程度」的標準及範圍，羅馬規約並未有明確的規範。進一步言之，在整個訴訟流程中，一個所謂「案件」的嚴重程度如同上述的補充性事實上會被檢驗兩次，「情勢」及「案件」階段皆會被檢驗<sup>206</sup>。依照羅馬規約及國際刑事法院相關規則，根據各罪行所涉及的訴訟程序區分為「情勢」(situation) 及「案件」(case)。情勢通常係法院依據時間、涉及領土範圍及人數等作為參數來定義，如 2002 年 7 月以來發生於剛果民主共和國境內的情況，需要特別以一專有的「情勢」作為日後法院開始調查或進行調查的客體<sup>207</sup>。而案件係在法院管轄範圍內一項或多項罪行可能係由一名或多名已被查明的嫌疑人所

<sup>204</sup> 因該條文用語係用「shall」，故目前實務認為一旦確信案件不具有足夠的嚴重程度，以達到法院的可受理程度實，法院對此並無裁量空間。參 ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga, ICC-01/04-01/06, Decision Concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo (2006), Annex 1 [*Lubanga Decision Annex I*], para. 43.

<sup>205</sup> 像是國際刑事法院成立的前 4 年 (2002-2006 年)，檢察官共至少收到來自 103 個不同國家的個人或團體的 1,732 份來文。參 M.M. El Zeidy, *The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court*, Criminal Law Forum, Vol. 19 (2008), p. 36; ICC, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (2010), para. 56

<sup>206</sup> (i) at the stage of initiation of the investigation into a situation, the relevant situation must meet such a gravity threshold and (ii) once a case arises from the investigation of a situation, it must also meet the gravity threshold provided for in that provision. 參 *Supra* n204 Lubanga Decision Annex I, para. 44.

<sup>207</sup> Rod Rastan, *What is a case for the purpose of the Rome Statute?* (Springer, 2008), pp. 1-2.

犯下之具體案件，在法院發出逮捕令或傳票後發生的訴訟程序<sup>208</sup>。(詳細流程見附件三：國際刑事法院之案件處理流程)

對於「嚴重程度」的審查，除檢察官外，預審分庭的法官在特定的情形下亦得對於檢察官所提出其認為符合該法院所要求的「嚴重程度」進行審查<sup>209</sup>。在國際刑事法院成立之初，國際刑事法院的檢察官辦公室有一指引，對於每份收到的來文 (communication) 進行初步評估，以確定是否有「合理的依據」進行進一步調查：第一步係剔除顯無依據的來文；第二步為挑選出可能屬於法院管轄範圍內的嚴重罪行，並且這些罪行足以使法院給予拘捕令；第三步係挑選法院具有可受理性的局勢，即具有一定的嚴重程度的武裝暴力行為<sup>210</sup>。

在國際刑事法院《檢察官辦公室條例》(Regulation of the Office of the Prosecutor) 第 29 條規定：檢察官於判斷嚴重程度時，應考慮各種因素，包括罪行的規模、性質、犯罪方法和影響<sup>211</sup>。且檢察官辦公室 (Office of Prosecutor) 亦敘明其僅會專注於需負最大刑事責任之個人<sup>212</sup>。但此規定係於 2009 年始出版，故本文以下皆透過國際刑事法院各案件的分析，了解國際刑事法院對於「嚴重程度」的判斷標準，以及在 2009 年該規定釋出前後，檢察官對於「嚴重程度」的判斷是否有不同。

進一步，檢察官辦公室於 2016 年所出版的文件對於上述所訂下之四個要素有更精確的解釋。關於「罪行的規模」，像是直接、間接的受害者人數、所造成損害之程度、所影響到的領土範圍等皆會列為判斷的因素；「罪行的性質」則會由各罪行的構成要件，像是是否係針對孩童、是否係基於性別、是否為強姦罪等個別特殊的構成要件進行判斷；「罪行的犯罪方法」則會由像是實施犯罪的手段、

<sup>208</sup> ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-tEN-Corr, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6 (2006), para. 65.

<sup>209</sup> Articles 19, 53 of Rome Statute.

<sup>210</sup> SáCouto, Susana and Katherine A. Cleary, The Gravity Threshold of the International Criminal Court, American Journal of International Law 23, no. 5 (2008), pp. 826-9.

<sup>211</sup> Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, International Criminal Court (2009), Regulation 29(2).

<sup>212</sup> *Supra* n210 SáCouto, Susana and Katherine A. Cleary, p. 810.

犯罪背後的動機、實施罪行後所造成的毀損及傷亡等因素考量之；最後，「罪行所造成之影響」所要考慮之因素包括社會上、經濟上、環境上整體因為該罪行所造成之影響<sup>213</sup>。

另外，羅馬規約第 8 條第一項規定，該法院對戰爭罪具有管轄權，「特別是作為計劃或政策的一部分或作為大規模犯罪的一部分而實施」的戰爭罪<sup>214</sup>；但「作為計畫或政策一部分」及「大規模犯罪一部分」皆並非戰爭罪的構成要件之一，如武裝衝突交戰一方殺害了戰俘，只要其他構成要件符合，即可該當該罪，但是由於國際刑事法院管轄權的補充性，第 8 條第一項所列之兩要件會成為檢察官起訴戰爭罪的參考要素之一<sup>215</sup>。

## （二）國際刑事法院相關案件分析

### 1. Sudan

蘇丹（Sudan）雖然並非羅馬規約之締約國，但 2005 年 3 月，聯合國安理會第 1593 號決議確定蘇丹達佛局勢對國際和平與安全構成威脅<sup>216</sup>，並將這種情況提交至國際刑事法院，此案件係第一次由聯合國安理會提交給國際刑事法院，亦使得國際刑事法院有權調查達佛的情況，其後檢察官共起訴 5 名被告皆源於達佛情勢。（關於達佛衝突之背景事實詳見附件一）

#### A. Situation in Darfur

從 2003 年到 2008 年，蘇丹政府、金戈威德民兵盟友（Janjaweed militia allies）和蘇丹解放運動/軍隊（Sudanese Liberation Movement/Army, SLM/A）和正義與平等運動（Justice and Equality Movement, JEM）的叛亂分子在達佛發生的武裝衝突，估計造成多達 30 萬人死亡、270 萬人流離失所到達佛的難民營，另有 20 萬人被

<sup>213</sup> ICC, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, International Criminal Court Office of the Prosecutor (2016), paras. 37-41.

<sup>214</sup> Article 8(1) of Rome Statute.

<sup>215</sup> *Supra* n46 W. J. Fenrick, p. 3.

<sup>216</sup> UN Security Council, Security Council resolution 1593 (2005) [on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, Sudan], 31 March 2005, S/RES/1593 (2005), available at: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/85febd1a-29f8-4ec4-9566-48edf55cc587/283244/n0529273.pdf> [accessed 25 May 2019].

驅逐到鄰國查德 (Chad) 避難。當國際刑事法院檢察官收到來自聯合國安理會轉介蘇丹達佛的局勢，檢察官敘明達佛於法院管轄範圍內發生大量殺戮、大規模強姦和其他形式的極其嚴重的性別暴力和其他罪行。檢察官陳明其首先會先對所有發生在達佛的所有罪行蒐集相關證據，接下來會挑選部分特別嚴重之事件案件進行進一步調查<sup>217</sup>。而本案已經由法院給出逮捕令<sup>218</sup>，但由於查德、肯亞、馬拉威、吉布地等諸多國家的疏失，使得主要調查對象—蘇丹時任總統巴希爾 (Al-Bashir) 至今仍逃亡在外<sup>219</sup>。

## B. Prosecutor v. Abu Garda

當預審分庭對此案為判決時，《檢察官辦公室條例》已出版，而預審分庭除了同意該條例所列的四個參考要素 (規模、性質、罪行的犯罪方法和影響) 外<sup>220</sup>，更進一步指出罪行所造成損害的程度，特別是對受害者及其家屬造成的傷害、非法行為的性質和犯罪方法，無論是罪行的「量」或「質」皆須納入參考因素<sup>221</sup>。

相對於如先前判決一樣著重在犯罪者的地位，相反地，在 Abu Garda 案中預審分庭從被害人的觀點出發，探究罪行所造成之損害及其受害方所受之影響<sup>222</sup>。

查 Abu Garda 於 2007 年被指控其擔任蘇丹反叛組織正義與平等運動 (Sudanese rebel group Justice and Equality Movement) 的指揮官期間攻擊非洲聯盟維和部隊 (African Union Mission in Sudan, AMIS)，因此被起訴三項戰爭罪；針對該案「嚴重程度」的問題，由於 Abu Garda 方之襲擊、殺戮及掠奪，使 AMIS 的行動受到嚴重的破壞，進而使得 AMIS 停止其援救。預審分庭認為除 AMIS

---

<sup>217</sup> ICC, Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593, (2005), pp. 2-3.

<sup>218</sup> ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-1, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir (2009).

<sup>219</sup> What just happened with Al-Bashir in South Africa?, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20150618/what-just-happened-al-bashir-south-africa> [accessed 25 May 2019].

<sup>220</sup> Prosecutor v. Abu Garda, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the confirmation of Charges [*Abu Garda Decision*] (2010), para. 31.

<sup>221</sup> Rules of Procedure and Evidence of International Criminal Court, International Criminal Court, 2002, Rule 145(1)(c). 原此條文係為法官量刑的參考依據，但預審分庭 Abu Garda 案中，法院認為這些要素亦可以當作裁量「嚴重程度」，參 *Supra* n220 Abu Garda Decision, para. 32.

<sup>222</sup> Megumi Ochi, *Gravity Threshold Before the International Criminal Court: An Overview of the Court's Practice*, International Crimes Database (2016), p. 8.

人員及其家人為 Abu Garda 方攻擊的直接受害者外，原本等待救援因攻擊而影響到的數百萬需要人道救援及保護的達佛人民，亦為 Abu Garda 方攻擊所造成的巨大影響<sup>223</sup>，故肯定本案之嚴重程度已達國際刑事法院可受理之程度<sup>224</sup>。

## 2. Situation in Iraq (英國於 2003 年入侵伊拉克)

首先，檢察官在判斷該情勢時，敘明「受害者之人數」為判斷一案件嚴重程度最主要的要素<sup>225</sup>。查 2003 年，在沒有聯合國安理會批准的情況下，美國及英國聲稱欲摧毀擁有大量毀滅性武器的薩達姆·海珊 (Saddam Hussein) 政權而進軍伊拉克。兩國 2003 年至 2008 年的入侵導致多年的暴力事件和數千名平民死亡。但由於伊拉克不是國際刑事法院成員國，而檢察官初步審查的重點是國際刑事法院成員國國民在伊拉克境內犯下的潛在罪行<sup>226</sup>。檢察官最終係認定英國入侵伊拉克時所發生之武裝衝突並無達到一定的嚴重程度，而不受理此情勢，檢察官指出縱然有眾多平民死傷，但檢方所獲得的證據得證明攻擊方「故意」並且以嚴重違反人道法的方式攻擊平民的人數卻很少<sup>227</sup>，檢方更以此案與同時調查的其他情勢相比，檢方指出發生在烏干達北部、剛果民主共和國及達佛的武裝暴力行為總共造成五百萬人民流離失所，且有大規模的性暴力犯罪發生，故檢方最終認定英國入侵伊拉克之情勢不足以讓檢方繼續調查<sup>228</sup>。

## 3. Second Congo War (Democratic Republic of Congo)

DRC 自 1996 年的第一次剛果內戰以來經歷了長期衝突；甚至在 1998 年的第二次剛果內戰，剛果政府部隊與多達 25 個武裝團體發生衝突，縱使剛果政府與反叛團體已於 2004 年達成和平協議，但這幾年的武裝衝突中發生諸多國際罪行，包括大規模屠殺、非法使用兒童兵、性犯罪和基於性別的犯罪、被迫流離失

<sup>223</sup> *Supra* n220 Abu Garda Decision, para. 33.

<sup>224</sup> 但在實質戰爭罪之審理上，預審分庭認為檢察官所提出之證據不足，故不同意檢察官之起訴，嗣後，該法院亦再駁回檢察官之上訴。

<sup>225</sup> ICC, OTP response to communications received concerning Iraq [*OTP response to Iraq*] (2006), p. 9.

<sup>226</sup> Iraq, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/iraq> [accessed 25 May 2019].

<sup>227</sup> *Supra* n225 OTP response to Iraq, pp. 6, 9.

<sup>228</sup> *Supra* n225 OTP response to Iraq, p. 9.

所等，由於該國無法自己將這些罪行的肇事者繩之以法，DRC 政府於 2004 年自行轉介至國際刑事法院<sup>229</sup>。

#### **A. Situation in the Democratic Republic of Congo**

當檢察官對於 DRC 所發生之武裝衝突欲展開調查時，檢察官對於嚴重程度之評估，考量到「該地區於管轄之時間範圍內最為嚴重的罪行」、「最嚴重的（武裝暴力）事件」及「追溯最需負責任之人」。檢察官通過對整個國家進行的嚴重程度檢驗，認為於 2003 年 7 月間之武裝衝突，伊圖利為最為嚴重之地區<sup>230</sup>。

但在檢察官所釋出的聲明中，檢方亦承認其當時（2005 年）在挑選情勢時，尚未有一明確的參考標準，但是對於明顯為國際上最糟糕的罪行，如涉及數百起犯罪，或有數千人遭殺害或遭性侵的情勢，檢察官必然會著手進行調查，但基於預算及政策上之考量，數百人死亡的情勢無法保證國際刑事法院必然會介入調查，也使得有許多人認為正義無法伸張<sup>231</sup>。

#### **B. Prosecutor v. Lubanga**

本案與下個 Ntaganda 案皆發生於 DRC 的伊圖利地區，如上於剛果情勢所述，伊圖利係 DRC 東部長期武裝衝突中受影響最嚴重的地區之一。從 1999 年開始，Hema 及 Lendu 二族即因土地分配、利潤豐厚的金礦和貿易路線在伊圖利地區發生衝突。獲得烏干達之支持，剛果解放愛國力量（Patriotic Forces for the Liberation of Congo, FLPC）所發動的武裝暴力行為愈趨擴大，甚至控制伊圖利的首都布尼亞（Bunia），並在這些地區採取計劃性的攻擊非 Hema 族的平民。於國際刑事法院具有管轄權的 2002 年至 2003 年期間，伊圖利至少有 5000 名平民死

---

<sup>229</sup> 但由於國際刑事法院的不溯及原則，故縱然 DRC 之內戰從 1998 年即已開始，但國際刑事法院僅能針對 2002 年後發生的罪行進行調查。參 Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04, International Criminal Court, available at: <https://www.icc-cpi.int/drc>.

<sup>230</sup> Luis Moreno-Ocampo, Statement at The Informal Meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs (2005), available at [http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO\\_20051024\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_20051024_English.pdf), p. 2, 7-9.

<sup>231</sup> *Supra* n230 Luis Moreno-Ocampo, p. 9.

亡<sup>232</sup>。而 Lubanga 為當時 FLPC 的創始領導人，亦為 DRC 軍隊的總司令<sup>233</sup>；Ntaganda 為是 FLPC 的副軍事負責人，為第三階層之軍事長官，為 Lubanga 的直接下屬<sup>234</sup>。

預審分庭首先提出兩大應列入考慮的重點：首先，案件主要罪行的模式必須係有系統性的大規模的，以排除孤立的犯罪活動；其次，該罪刑可能在國際社會引起的社會警示<sup>235</sup>。

預審分庭認為「嚴重程度」應更深入地探討三個問題：（一）系爭罪行是否為系統性的大規模案件的行為（還應適當考慮相關行為是否驚動了國際社會）？（二）相關人員在其所屬的國家機關、組織或武裝團體中的地位，嫌疑人是否為最高級別領導人？（三）在考慮上個問題時，該相關人員及其所屬的國家機關、組織或武裝團體為（國際刑事）法院管轄範圍內的罪行所引發之作用<sup>236</sup>。預審分庭 Lubanga 案有達到一定程度的嚴重性，但同時提出的 Ntaganda 案卻沒有。

### C. Prosecutor v. Ntaganda

如上所述，預審分庭否定 Ntaganda 案的嚴重程度，因此檢察官對此提起上訴，檢察官認為預審分庭所列的參考要素不合適地限縮檢察官的裁量空間，且該分庭所列之參考要素使得國際刑事法院無法處罰到相對較低位階的犯罪者<sup>237</sup>。而上訴分庭同意檢察官的觀點，認為預審分庭所要求的「大規模或有系統性，並能驚動國際社會」此一要求並無法律依據<sup>238</sup>，並駁回預審分庭所列的參考因素，然而，上訴分庭並無提出新的參考要素。

<sup>232</sup> Bosco Ntaganda, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/node/637> [accessed 26 May 2019].

<sup>233</sup> Thomas Lubanga Dyilo, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/node/111> [accessed 26 May 2019].

<sup>234</sup> *Supra* n232 Bosco Ntaganda.

<sup>235</sup> *Supra* n204 Lubanga Decision Annex I, para. 46

<sup>236</sup> ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Public Redacted Version of Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, para. 63 (10 February 2006).

<sup>237</sup> ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", para. 66 (13 July 2006). 學者 Susana SáCouto 及 Katherine A. Cleary 亦採此見解認為預審分庭於 Lubanga 案所列之要件過於嚴苛，參 *Supra* n210 p.838.

<sup>238</sup> *Supra* n237, para. 73.

#### 4. Situation in Uganda

烏干達政府和武裝叛亂團體—聖主抵抗軍 (Lord's Resistance Army, LRA) 之間發生了長期衝突。雙方都涉嫌犯下戰爭罪和危害人類罪。LRA 一直針對烏干達北部平民為野蠻的攻擊襲擊。1987 年至 2006 年期間，至少有 2 萬名兒童被綁架成為童兵、僕人和性奴隸，而僅烏干達北部就有 190 多萬平民被迫流入政府營地、數千名平民死亡和遭綁架<sup>239</sup>。烏干達為第一個將自己領土上的情況提交給國際刑事法院的國家。經過簡短的初步審查，檢察官辦公室於 2004 年 7 月對烏干達北部的局勢展開了全面的刑事調查。

烏干達北部當時有三支武裝團體皆犯下相關罪行<sup>240</sup>，當國際刑事法院檢察官在挑選該法院第一個於烏干達北部的案件時，檢察官僅起訴 LRA 的其中五名成員<sup>241</sup>，而檢察官篩選的首要因素即為「嚴重程度」，檢察官分析烏干達北部發生之罪行，由 LRA 所為之罪行明顯較其他兩支武裝團體嚴重許多，故選擇 LRA 為調查對象<sup>242</sup>。

#### 5. 2007-08 post-election violence in Kenya

檢察官於 2009 年要求第二預審分庭授權調查肯亞的情況時，查該案源於肯亞於 2007 至 2008 年所發生之選舉後暴力事件，2007 年，肯亞時任總統姆 Wai Kibaki 在競爭激烈的肯亞總統競選中獲勝，然其對手 Odinga 和其反對黨—橙色民主運動 (ODM) 拒絕承認結果和隨後發生的大規模暴力事件。

選舉後暴力事件的規模導致數千名平民傷亡，900 多起強姦紀錄及其他形式的性暴力罪行，35 萬人在國家內流離失所，社會和經濟結構受要嚴重影響，且藉機肆意破壞事件層出不窮；肯亞的 8 個地區中有六個地區已淪落，且包括首都及重要的地區皆包括在內。其中，諸多案件皆大規模、有計畫性地針對相對較弱勢

---

<sup>239</sup> Uganda, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/uganda> [accessed 26 May 2019].

<sup>240</sup> Press Release, ICC, President of Uganda Refers Situation Concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC (2004).

<sup>241</sup> ICC, Luis Moreno-Ocampo, Statement by the Chief Prosecutor on the Uganda Arrest Warrants (2005), pp. 4-6.

<sup>242</sup> *Supra* n241 Luis Moreno-Ocampo, pp. 2-3.

的種族進行大規模的攻擊；再者，由於大規模的性暴力犯罪，造成諸多婦女染上愛滋病毒及其他性傳播疾病，往往造成這些受害婦女遭其丈夫及家庭遺棄，甚至需接受社會的唾棄，進而造成婦女及兒童被迫離開原居住地，產生大量的國內流離失所者（internal displaced person, IDP）；這些罪行對於肯亞在安全、社會結構、經濟、司法失靈等方面皆有沉重的影響<sup>243</sup>。

#### **A. Situation in Kenya**

當此案仍在檢察官初步審查階段，檢察官仍在決定是否要進行調查的階段，此階段的目的係在找出「潛在的案件」（potential case），所以檢察官會針對未來能形成案件的相關人員及在法院管轄範圍內之罪行進行調查<sup>244</sup>。

然對於「情勢」的嚴重程度斷定標準，本案件的法官並無給出一明確的參考因素或標準，法官在決定書中僅列出發生於肯亞的種種足以認定該地區所發生之罪行，但我們不難發現法官亦是按照《檢察官辦公室條例》第 29 條所列之罪行的規模、性質、犯罪方法和影響，這四個參考要素的脈絡進行評估。最後，法院認同檢察官欲對肯亞進行調查之行動。

#### **B. Prosecutor v. Uhuru Kenyatta**

此案即承接上一段，國際刑事法院針對肯亞所發生之暴力行為所為之調查及審判。首先對於「嚴重程度」的斷定標準，該法院列出數個要素：罪行的規模、性質、方式、對受害者的影響，是否有加重情節的情事存在，及其他法官在量刑時之參考要素<sup>245</sup>；此外，第二預審分庭於此案重申被告的地位於審查衝突嚴重程度時無須納入考慮。本案之三名共同被告：Francis Muthaura、Uhuru Kenyatta 及 Hussein Ali 皆所屬於肯亞 2007 至 2008 年選舉之勝選方—Party of National Unity

---

<sup>243</sup> ICC, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-3, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15 [*Kenya Request*] (2009), paras. 56-9.

<sup>244</sup> *Supra* n243 Kenya Request, para. 51.

<sup>245</sup> ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute [*Kenyatta Decision*] (2012), para. 50.

之陣營<sup>246</sup>，其中僅有 Hussein Ali 有對於罪行之嚴重程度提出抗辯，Hussein Ali 曾抗辯系爭罪行僅為警方對嫌疑人或其指揮下的人員採取的不作為，並無達到一定的嚴重程度<sup>247</sup>。但預審分庭不同意被告之抗辯，法院認為羅馬規約並無排除不作為的可責性，被告方如此限縮性解釋係縮減國際刑事法院的管轄範圍，此外，法院更說明被告所認為：僅當領導者或直接正犯為被告的案件始具有足夠的嚴重性此一觀點，並無法律根據<sup>248</sup>。

查 Hussein Ali 被指控以警察局長的身份，在兩天內的兩個地點所犯下之罪行，造成嚴重的傷亡、大規模人民流離失所及性暴力的發生，系爭罪行所為之方式特別殘忍，例如斬首受害者和焚燒受害者等，故預審分庭否定 Hussein Ali 的抗辯，並同意該案之嚴重程度<sup>249</sup>。

## 6. Situation in the Republic of Côte d'Ivoire

預審分庭認為在評估「嚴重程度」時，除對於案件整體進行評估外，該時空背景下可能之潛在案例亦須列入考慮。而對於判斷是否為「潛在案件」，預審分庭提出二參考要素：（一）可能成為調查對象的個人或團體是否包括可能對遭指控的罪行承擔最大責任的人；（二）在可能成為調查對象的事件中犯下的罪行的嚴重性（嚴重程度可參考：其規模、性質、犯罪者、罪行對受害者的影響，及任何加重情節）<sup>250</sup>；此外，該可能成為調查對象其級別和影響力亦列為考量因素<sup>251</sup>。

象牙海岸共和國 2010 至 2011 年的選舉，發生一連串為期五個月的暴力事件，時任總統勞倫特·巴博（Laurent Gbagbo）對其競爭對手 Allasane Ouattara 的結果提出質疑，並拒絕放棄權利。隨後發生的暴力事件導致至少 3000 人死亡、數千人受傷、失蹤和被強姦、10 萬多人流離失所。由於該次暴力事件打著該國

---

<sup>246</sup> ICC, Uhuru Kenyatta, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/uhuru-kenyatta> [accessed 26 May 2019].

<sup>247</sup> *Supra* n245 Kenyatta Decision, paras. 40-8.

<sup>248</sup> *Supra* n245 Kenyatta Decision, paras. 46-7.

<sup>249</sup> *Supra* n245 Kenyatta Decision, para. 49.

<sup>250</sup> ICC, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14-Corr, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire" [*Côte d'Ivoire Decision*] (2011), paras. 202, 204.

<sup>251</sup> *Supra* n250 Côte d'Ivoire Decision, para. 205.

2002 至 2007 年內戰的復興，故當國際刑事法院法官批准檢察官對該國有爭議的選舉產生的危害人類罪的全面調查時，法官授權擴大調查範圍，涵蓋 2002 至 2010 年<sup>252</sup>。最終，預審分庭亦肯認象牙海岸共和國所發生之情事足以成為此法院日後的「潛在案件」，故同意檢察官進行偵查。

## 7. Situation in Gaza

此件國際刑事法院最新針對嚴重程度進行分析的「情勢」。與以往案件／情勢不同，此件法院要求檢察官重新考慮其不啟動調查的決定。在判斷該案「嚴重程度」時，此案並未有新的判斷標準，大部分沿用在肯亞情勢中第二預審分庭所提出的判斷標準，但檢察官並未對於犯罪者的地位進行探討<sup>253</sup>。

查於 2010 年，以色列國防軍（Israeli Defense Forces, IDF）登上三艘加薩救助艦隊（Gaza Aid Flotilla）—Mavi Marmara、Eleftheri Mesogios、Rachael Corrie，系爭罪行係 IDF 登上並攻擊 500 位平民開往加薩走廊的 Mavi Marmara，造成 10 人身亡、大約 50 至 55 人受傷。

檢察官對於死傷人數認為，相較於其他目前國際刑事法院所審理之案件，本案之受害者人數尚未達到法院可受理之程度；再者，針對罪行之性質，縱然「故意殺害」、「故意使身體或健康遭受重大痛苦或嚴重傷害」及「損害個人尊嚴，特別是侮辱性和有辱人格的待遇」皆為戰爭罪，但檢察官認為由於本案並無明顯虐待及不人道待遇之情事；此外，針對犯罪手法，本案 IDF 使用海事封鎖（naval blockade）的方式，檢察官認為 IDF 並非蓄意攻擊、殺害或傷害平民，或是以特別殘忍的計劃、政策所造成，且其攻擊僅造成七分之一的艦隊遭到攻擊；最後是罪行所造成之影響，檢察官肯認 IDF 的行為會對於受害者家屬造成不利影響，但檢方認為 IDF 之攻擊並未波及到加薩地區之平民，且原本欲運送至加薩地區之

---

<sup>252</sup> Côte d'Ivoire, The Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/cote-divoire> [accessed 26 May 2019].

<sup>253</sup> ICC-OTP, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report [Comoros Report] (2014), paras. 134-136.

物資最終亦送達<sup>254</sup>，故綜合遭指控罪行的規模、犯罪之方法及其所造成之影響後，檢察官決定不調查加薩地區此海事艦隊情事<sup>255</sup>。

### （三）小結

綜上，國際刑事法院對於嚴重程度似能尋出些許脈絡：

1. 嚴重程度在法院的每一階段皆會一再地被檢驗，無論是檢察官在初步審查時、預審分庭在審查檢察官有無續行調查之必要時、檢察官對一情勢進行調查時、再到確定起訴後，預審分庭在確認檢察官之起訴時、及嗣後的審判程序，法院及檢察官皆會一再地審視該情勢或案件是否有達到一定的嚴重程度。但當然每個階段及每個角色所要進行的方向會稍有不同；在情勢階段，法院係要篩選出潛在的案件，為日後調查方向塑型，而在案件的挑選上，法院係在畫界法院的管轄權及受理性範圍，故兩階段的目的不同。
2. 兩階段檢視的參考因素亦有所不同，但皆基於《檢察官辦公室條例》所列之四要素—規模、性質、罪行的犯罪方法和影響。在第一階段，檢察官會著重未來可能形成案件的相關人員及在法院管轄範圍內之罪行進行調查，而犯罪者的地位及角色會是檢察官／法院於此階段著重之處；而第二階段的審查基本上即是前述的四要素，從案件可知，法院僅特別要求審查須全面向地從「質」與「量」中進行探討。
3. 針對本文所提及未進入國際刑事法院調查程序之二案件—伊拉克及加薩情勢，檢察官於其聲明或決定書中皆清楚的表示，國際刑事法院對於數百人之傷亡暫無可受理性，且縱然提交的局勢有明顯嚴重違反國際人道法或羅馬規約的罪行，但如沒有明顯惡意或以非人道待遇處之時，檢察官仍暫不介入調查<sup>256</sup>。對此觀點，本文較為失望，縱審視案件時，國際刑事法院的補充性、法院的經費等皆為必要列入參考之要素，但從檢察官釋出之聲明中，檢察官以「比較」的方式拒絕該國之提交，像是於審理伊拉克情勢時，檢察官將伊拉克情勢與烏

<sup>254</sup> *Supra* n253 Comoros Report, paras. 138-141.

<sup>255</sup> *Supra* n253 Comoros Report, para. 142.

<sup>256</sup> *Supra* n253 Comoros Report, paras. 145-8.

干達北部、DRC 及達佛等其他地區的武裝暴力行為相比，認為其他案件皆動輒數百萬人流離失所，相比之下，伊拉克之情況並無如此嚴重<sup>257</sup>。本文認為，檢察官將「死傷人數」提出作為比較，此舉稍有不恰當。

綜合第一部分之武裝衝突定義之探討及可受理性與第二部分管轄權，本文認為在目前國際刑事法院的操作下，無論是國際性武裝衝突（特別是兩國或多國直接的武裝暴力行為）或非國際性武裝衝突，其所造成的嚴重程度似乎對於武裝衝突的建立而言不那麼重要，因為在實質地探討武裝衝突是否有成立前，必須先經過可受理性之檢驗，而其中一項即係嚴重程度，在依照目前國際刑事法院對嚴重程度的判斷標準觀之，死傷人數非數千人、受影響的平民人數並非數百萬人、系爭罪行並非故意地已違反人道法之手段為之，則皆不會被國際刑事法院所受理，故武裝衝突嚴重程度之討論極有可能淪為學說之爭論。

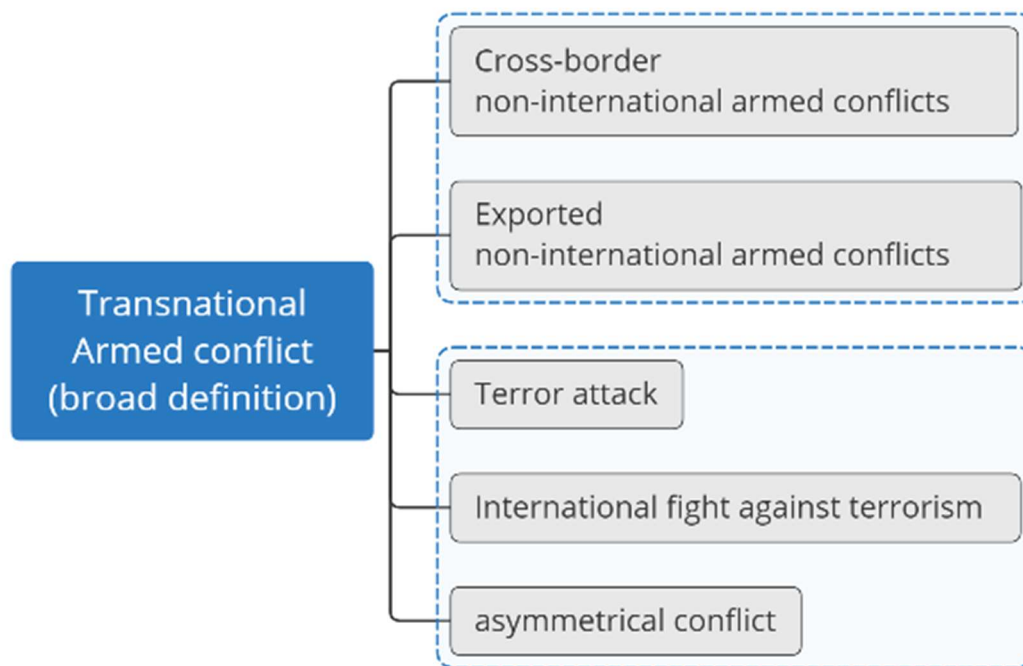
## 陸、超國界武裝衝突

### 一、概說

廣義言之，超國界武裝衝突係指一政府軍與非政府武裝團體間於多國領土上的武裝暴力行為<sup>258</sup>。超國界武裝衝突形成的原因有二：一是原本發生在一國境內的武裝衝突，因各種因素而使其影響範圍擴張至他國境內，因而形成跨國境的武裝衝突，亦為狹義的超國界武裝衝突，學者多稱為「transnational armed conflict」或「transnational conflict」（本文以下以「超國界武裝衝突」稱之），狹義的超國界武裝衝突又分為二類型：（1）跨國界非國際性武裝衝突（Cross-border non-international armed conflicts）及（2）輸出的非國際性武裝衝突（Exported non-international armed conflicts）；二是近十餘年各國針對恐怖組織所為的打擊或恐怖組織本身所發動的恐怖攻擊。

<sup>257</sup> *Supra* n225 OTP response to Iraq, p. 9.

<sup>258</sup> Andreas Paulus & Mindia Vashakmadze, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization* (International Review of the Red Cross, vol. 91, 2009), p. 110. 此種武裝衝突與非國際性武裝衝突的相異處在於前者武裝暴力行為發生於多國領土，而後者發生於一國領土內。



因為這些武裝暴力行為發生在兩個或多個國家境內，與傳統僅活動於一國境內的非國際性武裝衝突不同<sup>259</sup>；反之，非兩國家軍隊間的武裝衝突亦無法被歸類為國際性武裝衝突<sup>260</sup>；另外，近年來令人聞風喪膽的恐怖攻擊，以蓋達組織為例（Al-Qaeda）<sup>261</sup>，該組織在巴基斯坦、阿富汗和烏干達都有訓練場地，而他們攻擊的地點包括在馬德里、倫敦、巴厘島、卡拉奇和紐約等地<sup>262</sup>，對於這樣機動性較高、使用較輕型的武器、無針對特定單一種族的攻擊，使其無法歸類於傳統的武裝衝突類型，故有所謂「超國界武裝衝突」之概念產生。最初係在 2001 年美

<sup>259</sup> 非國際性武裝衝突存在於國家間或政府當局與有組織的武裝團體之間或國家內的此類團體之間持久的武裝暴力。故「超國界武裝衝突」的跨國境衝突會使得此種武裝衝突無法被歸類為非國際性武裝衝突。

<sup>260</sup> 國際性武裝衝突存在於兩個或兩個以上國家間的衝突；而此種武裝衝突亦延伸到一國對另一國領土部分或全部的佔領，且無論該佔領是否遭到另一國武裝抵抗。此外，當另一國通過其部隊干預衝突（直接干預），或（ii）國內武裝衝突的參與者事實上係代表另一國行事（間接干預）者，這兩種情形已有可能使原在一國家領土上爆發的國內武裝衝突國際化，或同時存在國內及國際性武裝衝突。故在「超國界武裝衝突」一方為國家軍隊、一方為非國家武裝團體的情況皆不符合國際性武裝衝突的四種態樣。尤其在國際人道法的規範下，其對於國際性武裝衝突的定義限縮在兩「締約國」間的武裝衝突，所以像是各個國家的國家軍隊打擊蓋達組織等恐怖組織，因恐怖組織並非國家，更非國際人道法範疇中各公約的締約國，因此這種打擊恐怖組織的衝突更無法被歸類為國際性武裝衝突。

<sup>261</sup> *Transnationality, War and the Law - Roundtable Report* (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, 2006), p.9.

<sup>262</sup> Anna Marie Brennan, *Investigating the accountability of Transnational Armed Groups under International Law for armed attacks* (The Boolean, 2011), pp.6-10.

國發生 911 恐怖攻擊後，布希政權對該次攻擊所發表的言論中隱喻超國界武裝衝突為一種武裝衝突，但並無國際人道法之適用<sup>263</sup>。然亦有學者認為這樣的暴力行動不應認定為武裝衝突，因此適用國際人權法即可，國際人權法原則上禁止使用致命性武器，僅在「絕對必要」時才例外地允許該種武器的使用。像是歐洲人權法院於 1995 所作的 McCann 案即明確表明武力使用必須以防禦他人非法暴力之絕對必要性為前提；此判決至今仍為歐洲許多國家建立人權面板的重要參考指標<sup>264</sup>。

對此種非典型國際刑法下的武裝衝突類型，若找尋不到合適的法律歸責會使得對於武裝衝突參與者的保護形成嚴重的斷層<sup>265</sup>；故本文以下將列出目前超國界武裝衝突的態樣及其適用國際人道法或國際刑法之可能性，若無法以國際刑法歸責，則本文將試尋出國際刑法外得解決該衝突之辦法。而目前國際刑事判決尚未對此種新型超國界武裝衝突有案例，但美國最高法院 Hamdan 案為各研究此議題學者必提及之案件，縱然 Hamdan 案僅為美國國內法之案件，但因其內提及共同第三條之適用及非國際性武裝衝突的範圍，與本文所欲討論的超國界武裝衝突息息相關，故特此提出討論。

## 二、 Hamdan v. Rumsfeld (2006)

本案原告 Salim Ahmed Hamdan（以下稱「Hamdan」）為奧薩瑪·賓·拉登（Osama bin Laden）的貼身保鏢兼司機，當美國於 2001 年入侵阿富汗時，Hamdan 被民兵部隊俘虜並移交給美方，隔年被移到古巴的居留營後，Hamdan 於 2004 年以共謀實施恐怖主義的罪名遭起訴。時任的布希政府安排由其於 2002 年由國防部成立的軍事委員會審判，嗣後產生如軍事委員會之合憲性、人身保護令（habeas

<sup>263</sup> George W. Bush, *Humane treatment of Taliban and al Qaeda detainees* (2002), available at [www.pegc.us/archive/White\\_House/bush\\_memo\\_20020207\\_ed.pdf](http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf) (last visited August 17, 2019).

<sup>264</sup> 參 European Court of Human Rights (ECHR), *McCann and Others v. United Kingdom*, Judgment, 27 September 1995, Series A, No. 324, para. 148.

<sup>265</sup> Schondorf, Roy S., *Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 37, No. 1 (2005) pp. 35-40.

corpus) 之聲請等問題。但美國最高法院於判決書中亦討論到國際人道法之相關問題。

最高法院的複數意見書指出該國與蓋達組織間的武裝暴力行為係非國際性武裝衝突，因而共同第三條應適用之；最高法院認為非國際性武裝衝突的係以「armed conflict of not of an international character」稱之，而相反概念的「armed conflict of international character」專指國家與國家間之國際性武裝衝突，且共同第二條保護之範圍僅包括經過宣戰的戰爭及國家間之武裝衝突，因此縱使國家與非國家武裝部隊所為之暴力行動超出一國國境亦得認為為非國際性武裝衝突<sup>266</sup>。

### 三、 國際人道法之適用

#### (一) 跨國境非國際性武裝衝突 (Cross-border non-international armed conflicts)

##### 1. 跨國境非國際性武裝衝突之意義

跨國境非國際性武裝衝突存在於一國國家軍與位於鄰國領土內的非政府武裝團體發生衝突，且此武裝團體並未在該國政府的輔助下主動為軍事行動。2006 年的「以黎衝突」即屬於此種衝突類型，2006 年，以摧毀以色列為宗旨的真主黨 (Hezbollah)，實施了一項名為 True Promise 的行動，攻擊靠近黎巴嫩邊境的以色列城鎮、軍事基地、車輛及以色列士兵，並俘虜 2 名以色列士兵至黎巴嫩；以色列以空襲做為報復，空襲摧毀黎巴嫩南部的橋樑、平民建築及真主黨設於市區的軍事基地，以色列與真主黨 (Hezbollah) 於黎巴嫩的領土上發生武裝衝突。(詳細衝突背景事實參附件一)

##### 2. 跨國境非國際性武裝衝突適用國際人道法

聯合國人權事務委員會 (United Nations Human Rights Council) 原認為縱使黎巴嫩國家軍並未參與武裝衝突，但因該委員會認定真主黨可謂「隸屬於」黎巴嫩國家軍，已符合日內瓦第三公約第 4 條第 2 項之要件，因此以色列及真主黨間

---

<sup>266</sup> Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 632-3 (2006).

之衝突為國際性武裝衝突<sup>267</sup>。但學者認為黎巴嫩政府對於真主黨間之影響尚未因而使此武裝衝突變成國際性武裝衝突，以色列和真主黨間的衝突僅屬於非國際性武裝衝突，但以色列對黎巴嫩非法使用武力則構成以色列和黎巴嫩間的國際性武裝衝突<sup>268</sup>。此外，像是烏干達及盧安達在 DRC 的攻擊、哥倫比亞 2008 年於厄瓜多的攻擊，甚至美軍於葉門、索馬利亞、巴基斯坦等地攻擊與蓋達組織相關人員等皆得被視為此種類型之武裝衝突<sup>269</sup>。

因此，本文可認定第一種情況應歸類為非國際性武裝衝突，但回顧本文前於論述國際性及非國際性武裝衝突之部分，有二種類似於此種情況，但卻不能被歸類為非國際性武裝衝突：第一種是原本一國內部發生非國際性武裝衝突，但參戰的非政府武裝部隊事實上為他國政府所控制（他國間接干預）；第二種為國家軍雖與非政府武裝部隊為衝突，但事實上為軍事占領，此二種情況應歸類為國際性武裝衝突，像是國際刑事法院中的 Lubanga 案，國際刑事法院認定烏干達佔領 DRC 的伊圖利省所衍生之衝突唯一國際性武裝衝突<sup>270</sup>。當無上述二種情形，武裝衝突的參戰方為二不同國家的政府軍與非政府武裝團體時，則得視為非國際性武裝衝突。。

## （二） 輸出的非國際性武裝衝突 (Exported non-international armed conflicts)

另一種造成超國界武裝衝突的情形為原本為一典型非國際性武裝衝突，因鄰國明確或默許之情況下繼續在一個或多個他國的領土上戰鬥。與前述情形不同的是，前一種情況並未先有一典型非國際性武裝衝突存在，一有衝突時即為一國政軍與他國武裝團體之衝突<sup>271</sup>；此情形亦因非二個或多個國家間之武裝衝突，因此

---

<sup>267</sup> Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2, UN, Human Rights Council, Commission of Inquiry on Lebanon, para. 55 (2006).

<sup>268</sup> Sylvain Vite, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, International Review of the Red Cross, International Committee of Red Cross (2009), p. 92.

<sup>269</sup> Dapo Akande, *Are Extraterritorial Armed Conflicts with Non-State Groups International or Non-International?*, EJIL: Talk! (2011). Retrieve from: <https://www.ejiltalk.org/are-extraterritorial-armed-conflicts-with-non-state-groups-international-or-non-international/>

<sup>270</sup> *Supra* n64 Lubanga Pre-Trial Decision, para. 220; ICC, Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges (2008), para. 240.

<sup>271</sup> *Supra* n268 Sylvain Vite, p. 90.

無國際性武裝衝突存在。此種情況學者有二種觀點，第一種，學者認為國際人道法之適用無地域性之限制（Territory Unbounded Approach），此種觀點認為國際人道法適用決定之決定因素並非發生衝突之地域，而係該罪行／暴力行為與武裝衝突間的關聯性，以該行為是否為「戰爭行為」（acts of war），因此，故縱使該個人已脫離原武裝衝突之範圍，只要任何基於武裝衝突相關原因的暴力行為皆為國際人道法適用之範圍<sup>272</sup>；此外，國際法其他領域中亦有限制或禁止暴力行為的相關規範，無論是否得適用國際人道法，則此為檢驗發動武裝衝突理由正當性（*ius ad bellum*）所需探討之問題。另一種觀點認為為共同第三條之嚴格解釋說，非國際性武裝衝突應僅限於發生於一國境內之武裝衝突，超出一國領土之範圍不在非國際性武裝衝突之範圍；此外，由於非交戰國本就並非其他武裝團體間武裝衝突的參與者，因此本就不會有國際人道法之適用<sup>273</sup>。對於此種衝突型態，如上於分析非國際性武裝衝突的國際人道法土地適用範圍時，ICRC 的態度始終認為衝突的性質並不會僅因跨國境而有所改變（此結論先撇除被侵入國為維護主權所衍生之其他法律問題或因而與鄰國武裝部隊所產生之國際性武裝衝突之問題），ICRC 認為在此種衝突至少有共同第三條及習慣國際人道法之適用<sup>274</sup>。

確定於此種情況下有共同第三條之適用後，接續需探究的問題是超出國界的部分是否亦有嚴重程度及組織性的要求？若原為直接參與非國際性武裝衝突的平民（即 DPH）其活動範圍跨境至非交戰國時，該 DPH 之性質為何？ICRC 認為該 DPH 並不會「攜帶」著非國際性武裝衝突的情況至各國，若承認非國際性武裝衝突會因其活動範圍而擴展，將會造成許多國家對該 DPH 為相關的武裝暴力行為皆有國際人道法之適用<sup>275</sup>，否認全球戰場（global battlefield）之情況存在<sup>276</sup>。

<sup>272</sup> 這種看法仍為少數說，且大部分國家皆未對此看法表達同意之看法。

<sup>273</sup> ICRC 同意此種看法，並進一步認為如在非交戰國所為之罪行則有國際人權法及其他規範系爭罪行的相關公約所制約。

<sup>274</sup> *Supra* n35 31<sup>st</sup> ICRC Conference Report, p. 9.

<sup>275</sup> *Supra* n35 31<sup>st</sup> ICRC Conference Report, p. 22.

<sup>276</sup> *Ibid.*

### （三） 恐怖攻擊（Terror attack）

從 2001 年美國 911 恐怖攻擊後，國際上對非難恐怖組織之議題探討延續不斷，是否有國際人道法或國際刑法之適用亦為一大問題但像是恐怖組織利用汽車炸彈單一次性的攻擊，非國際性武裝衝突最基本的「嚴重性」及「武裝團體組織性」要件，大部分恐怖攻擊無法滿足此要件，無法將攻擊如前二種跨國境武裝衝突般劃分在非國際性武裝衝突的分類之下<sup>277</sup>。首先，對於「恐怖主義」的定義，目前國際上仍無定論，國際法學者亦普遍認為這亦為國際間協調反恐措施及國際司法有效合作的重大阻礙<sup>278</sup>；此外，由於刑法最基本的「罪刑法定原則」，如無統一的定義，則欲以國際刑法將恐怖攻擊加以非難實屬困難。而本文以下先就目前最被國際學者肯認之恐怖主義定義為簡介，再就目前現有國際上針對「恐怖主義」刑罰化之現況為整理：

#### 1. 恐怖主義之定義

首先是 1996 年聯合國大會通過的 1994 年《消除國際恐怖主義措施宣言》和 1996 年補充 1994 年《消除國際恐怖主義措施宣言》(Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, 1994, and the 1996 Supplementary Declaration thereto) 的宣言將恐怖攻擊定義為：「為了政治目的而故意或蓄意在一般公眾、某一群人或某些人之中引起恐怖狀態的犯罪行為，不論引用何種政治、思想、意識形態、種族、人種、宗教或其他性質的考慮作為藉口，在任何情況下都是無正當理由可言的<sup>279</sup>。」；再者是 1999 年聯合國大會通過並於 2002 年施行的《制止向恐怖主義提供國際資助的國際公約》(Convention for the Suppression of the

<sup>277</sup> 對於非國際性武裝衝突的「嚴重程度」要求，美洲人權委員會曾在阿根廷案中認為為期兩天的衝突即有國際人道法之適用。參 Inter-America Commission on Human Rights, Report No. 55/97, 11.137, Argentina, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 38 (1997).

<sup>278</sup> Kovac, Matija, *International Criminalization of Terrorism* (2007). Hrvatski Ljetopis za Kazneno Pravo i Praksu, Vol. 14, p. 268, 2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1695551>

<sup>279</sup> General Assembly resolution 51/210, Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, 1994, and the 1996 Supplementary Declaration thereto, A/RES/51/210 (17 December 1996), available from [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dot/dot\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dot/dot_e.pdf)

Financing of Terrorism) <sup>280</sup>：「意圖致使平民或在武裝衝突情勢中未積極參與敵對行動的任何其他人死亡或重傷的任何其他行為，如這些行為因其性質或相關情況旨在恐嚇人口，或迫使一國政府或一個國際組織採取或不採取任何行動。」

最後，於 2001 年美國發生 911 恐怖攻擊後，聯合國安理會於 2004 年第 1566 號決議對恐怖主義的內涵提供稍微更明確一點的描述：「… 針對平民的犯罪行為，意圖製造死亡或身體上的嚴重傷害，或是進行綁架，目的在製造社會大眾或特定團體的恐懼狀態，強迫民眾、政府或國際組織去採取或不採取某種行動，這些行為違反了國際公約的規範<sup>281</sup>…」。

## 2. 「恐怖主義」作為條約法下之罪行<sup>282</sup>

各國所簽訂之條約或公約將其達成共識的行為認定為恐怖行為，但對於這些罪行並不會產生國際刑事責任，同時這些條約/公約並不會影響各國檢察官以其國內法調查起訴相關被告<sup>283</sup>，與國際刑事法院相同，條約法所形成額外的管轄權僅具有補充性，非替代性；實質上，這些條約使得締約有「引渡或起訴之義務」（*aut dedere aut prosecute principle*），恐怖分子的逮捕地國對該名被告即具有管轄權，除非該國將其引渡至更便利法庭，而基本上在程序上仍為國內刑事審判之程

<sup>280</sup> 該公約係為切斷恐怖主義犯罪的資金來源，將支助恐怖主義列為犯罪，規定金融機構的責任，要求加強對金融機構的監管，金融機構要確立對客戶識別的規則，禁止任何人以任何手段，直接或間接地非法和故意地提供或募集資金，其意圖是將全部或部分資金用於恐怖主義活動，或者明知全部或部分資金將用於實施恐怖主義活動。資金系指有各種資產，不論是有形或無形資產、是動產還是不動產、不論以何種方式取得，和以任何形式。任何人如有此行為，即構成犯罪，每一締約國應在本國國內法中規定此罪行為刑事犯罪，並以適當刑懲治這些罪行。

<sup>281</sup> United Nation Security Council Resolution 1566, S/RES/1566 (8 October 2004), available from <https://www.un.org/ruleoflaw/files/n0454282.pdf>

<sup>282</sup> 目前反恐怖主義的公約如：1963 年《關於在航空器內的犯罪和其他某些行為的東京公約》、1970 年《關於制止非法劫持航空器的海牙公約》、1971 年《關於制止危害民用航空安全的非法行為的蒙特利爾公約》、1973 年《關於防止和懲處侵害應受國際保護人員包括外交代表的罪刑的紐約公約》、1979 年《反對劫持人質國際公約》、1988 年《制止危及大陸架固定平台安全非法行為議定書》、1997 年《制止恐怖主義爆炸的國際公約》、1999 年《制止向恐怖主義提供國際資助的國際公約》、2005 年《國際反核恐怖主義公約》、2010 年《制止與國際民用航空有關的非法行為的公約》等。

<sup>283</sup> 縱然起訴與嗣後的司法互助或引渡並無關連，但目前反恐怖主義的相關公約亦希望各國檢察官得盡到起訴在其管轄權／領土內之恐怖攻擊。參 *Supra* n278 Kovac, Matija, p. 276.

序，僅在調查及懲罰方面有必要時須與其他締約國合作，但這並非規約所制定的罪行自動涉及國際刑事責任<sup>284</sup>。

對於「引渡或起訴之義務」之產生，即有「普遍管轄權」(universal jurisdiction)之疑義產生；普遍管轄權即被告之國籍、居住國或與起訴國關係為何，甚至是否有關聯性皆不論，即使該罪行是在起訴國領土之外犯下的，該國也可以對該人行使刑事管轄權。目前條約法下對於恐怖主義的非難仍僅限於各國在司法互助及合作上之規範，對於散播恐怖主義或為恐怖攻擊之組織及個人並無相當之歸責制度。

### 3. 恐怖攻擊是否得構成戰爭罪或危害人類罪

ICTY 在 Galić 案<sup>285</sup>及 ICTR 在其規約<sup>286</sup>中皆曾表明，以傳播恐怖主義為目的，在武裝衝突中攻擊平民及其他應受保護之人，可能構成戰爭罪；然 ICC 的羅馬規約於各國在談判時，明確地將恐怖攻擊於戰爭罪中剔除。ICRC 反對將增加另外的「打擊恐怖組織的武裝衝突」類型，而是有條件地將打擊恐怖組織得攻擊歸類為國際性或非國際性的武裝衝突，而有愈來愈多學者同意此種劃分的方法<sup>287</sup>，像是美國與蓋達組織間的衝突，蓋達組織顯然已具有構成非國際性武裝衝突的一定組織性。

然而，如同前所討論有關國際人道法的土地適用範圍問題，目前學者皆傾向當非國際性武裝衝突超越一國邊界時，超出之部分亦有國際人道法之適用，但如此之解釋是否會造成非國際性武裝衝突無邊境化，進一步形成全球戰場的現象，從實然面言之，恐怖組織成員通常會在世界各地流竄，實施恐怖攻擊，縱使他們的各個攻擊皆是一系列有計畫性的攻擊之一，但國際人道法皆得適用在每次的攻擊嗎？對於此問題 ICRC 及學者<sup>288</sup>皆採反對的意見，對於國際人道法的適用範圍，其認為應從個案判斷。反對將打擊恐怖組織的攻擊歸類為國際性武裝衝突的原因，

<sup>284</sup> *Supra* n278 Kovac, Matija, p. 274.

<sup>285</sup> ICTY, Prosecutor v. Galić, IT-98-29-T, Trial Judgement (2003), para. 113-129.

<sup>286</sup> Article 4(d) of ICTR Statute.

<sup>287</sup> Derek Jinks, *September 11 and the Laws of War*, 28 Yale Journal of International Law (2003), p.38.

<sup>288</sup> N. Lubell, *The War(?) Against Al-Qaeda*, in E. Wilmschurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (Oxford University Press, 2012), pp. 421, 434-437.

主要係因國際性武裝衝突賦予參戰方的成員具有戰鬥員之身分，亦即其可合法攻擊他方戰鬥員，同時亦成為合法攻擊的目標，而此身分的「特權」僅在國際性武裝衝突始發生，非國際性武裝衝突參戰的武裝團體的成員無法獲得此種「特權」，故學者認為如將打擊恐怖組織的武裝暴力行為歸類為國際性武裝衝突，則會使得恐怖份子具有合法戰鬥員的資格保護；另一方面，這樣的武裝暴力行為是否可歸類為非國際性武裝衝突，反對的學者認為恐怖組織的組織性是否如一般要求參與非國際性武裝衝突的武裝團體般具有一定程度的結構性尚非無疑；另外，恐怖組織是否有能力履行武裝團體為軍事行為時對國際人道法之尊重亦有疑慮<sup>289</sup>。

故目前學者們偏向將恐怖攻擊歸類於危害人類罪，如前所述，相對於戰爭罪必發生於武裝衝突，無論戰時或平時在一定條件下即可構成危害人類罪。將恐怖攻擊認定為一種危害人類罪的實益係因危害人類罪亦被視為強行法(*jus cogens*)的罪行<sup>290</sup>。學者認為，如此之認定係有責任的並非任意決定之權利，否則強行法不會構成國際法的強制性規範<sup>291</sup>。承認某些國際罪行為強行法之一的後果係起訴或引渡的責任，不論其地點、行為者、類型、受害者或其發生的背景，任一國家皆對此類罪行的普遍管轄權。

#### (四) 打擊恐怖組織 (International fight against terrorism)

近年來，非國家武裝部隊再次崛起，並伴隨訴諸恐怖主義，且時常集結更多其他非國家武裝部隊<sup>292</sup>，對於這些武裝部隊所為危害人類生命安全之行為，國家對其採取應對確保國家安全之行為毫無疑問地為合理的，然當國家採取措施時，仍必須遵守國際人道法和國際人權法中的相關規定。

在各項打擊恐怖主義的攻擊手段中，以色列的「定點清除」(target killing)係一種低成本、高效率的軍事手段。「定點清除」係指國家故意和有預謀地展開

<sup>289</sup> *Supra* n258 Andreas Paulus & Mindia Vashakmadze, p. 117

<sup>290</sup> Bassiouni, C. Introduction to International Criminal Law (New York: Transnational Publishers, 2003), pp. 141-2.

<sup>291</sup> *Supra* n290 pp. 168-9.

<sup>292</sup> Homs, Terrorism, counter-terrorism and international humanitarian law, International Committee of Red Cross (2016), available from: <https://www.icrc.org/en/document/terrorism-counter-terrorism-and-international-humanitarian-law> (last viewed: 2019/9/1)

致命武力行動獵殺事先鎖定的不在其羈押或控制之下的特定個人。如 1988 年 4 月以色列情報及特殊使命局—摩薩德（The Institute for Intelligence and Special Operations）策劃將數十名以色列突擊隊員喬裝成突尼西亞特種部隊人員進入突尼西亞，暗殺了法塔赫創始人阿拉法特的副手阿布·吉哈德。許多學者皆認為定點清除係違法行為，該行為破壞國際人道法的重要性<sup>293</sup>。

進一步，關於定點清除的合法性，關於此議題，應該視定點清除所實行的時間點為不同的討論：

### 1. 在武裝衝突情況下實施定點清除（in the context of armed conflict）

在武裝衝突的情形下，國際人道法及國際人權法皆得適用<sup>294</sup>，而對於特定定點清除行動是否為合法須以個案認定，基於「特別法優位於一般法」(*Lex specialis derogat legi generali*) 的法理<sup>295</sup>，在武裝衝突的情形下，國際人道法及國際人權法合者應優先適用？ICRC 認為在國際性武裝衝突下，國際人道法應優先適用；然在非國際性武裝衝突下，則應個案認定，認定的標準以能最大保護應受保護之人為優先適用<sup>296</sup>。

### 2. 在非武裝衝突情形下實施定點清除（outside the armed conflict）

在非武裝衝突的情形下實施定點清除時，須適用國際人權法，尤其是當攻擊方使用致命性武器。在國際人權法的規範下，僅當武器的使用係為保護生命且無其他傷害更小的手段以防止對生命的威脅時，國家始得使用致命性武器<sup>297</sup>；換言

<sup>293</sup> Alston, Philip, The CIA and Targeted Killings Beyond Borders, Harvard National Security Journal, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-64, 6 (September 16, 2011); Jane Mayer, The Predator War The New Yorker (2019), <https://www.newyorker.com/magazine/2009/10/26/the-predator-war> (last visited Jul 17, 2019).

<sup>294</sup> 在大多數情況下，這兩部法律並不相互矛盾，僅其中一法較另外一個規範更多細節，因此構成特別法。

<sup>295</sup> Lex specialis | How does law protect in war? - Online casebook, Casebook.icrc.org (2019), <https://casebook.icrc.org/glossary/lex-specialis> (last visited Jul 21, 2019).

<sup>296</sup> 有些學者採相反見解，認為無論何種情況，國際人道法皆優先適用，或至少在國際人道法有規定的情況下，國際人道法即優先適用。參 IHL and human rights | How does law protect in war? - Online casebook, Casebook.icrc.org (2019), [https://casebook.icrc.org/law/ihl-and-human-rights#ii\\_1](https://casebook.icrc.org/law/ihl-and-human-rights#ii_1) (last visited Jul 21, 2019).

<sup>297</sup> Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary, or arbitrary executions, Philip Alston, U.N. Doc. A/61/311 (Sept. 5, 2006) ¶para. 33-45. 在此規範中包含「比例原則」及「必要性原則」；此處的比例原則將嫌疑犯對他人構成的威脅做為衡量國家使用武器強度的標準；而必要性原則要求國家有儘量減少武器強度的義務。

之，在國際人權法的規範下，國家故意地、有預謀地、蓄意地殺害其定義上的恐怖份子係非法行為<sup>298</sup>。

但此結論並非指國家執法部門無法應對恐怖分子，特別是自殺式炸彈襲擊者構成的威脅。這須回歸國際人權法規範的本質，國際人權法規定各國有義務尊重及確保生命權受到保障<sup>299</sup>，國家有義務進行「盡職調查」(due diligence)，以保護個人的生命免受包括恐怖分子在內的罪犯的攻擊<sup>300</sup>；但拯救生命係直接必要的，國際人權法仍會認為該致命性武器的使用係合法的<sup>301</sup>。

另外，關於使用武力的合法性 (*jus ad bellum*)，當實施定點清除國家在他國實施，在討論個別行動係應該用國際人道法或國際人權法規範前，國家主權的相關問題會先產生。聯合國憲章 (Charter of the United Nations) 禁止各國在另一國領土上使用武力<sup>302</sup>。定點清除僅在 (1) 他國同意；(2) 攻擊國之攻擊係因聯合國憲章第 51 條所認定之自我防衛 (self-defense)，時<sup>303</sup>，該行動始為合法；而國際法允許在以致命性武器做為自我防衛的手段時，該武力的使用仍須符合必要性及比例原則<sup>304</sup>。

### (五) 不對稱衝突 (asymmetrical conflict)

交戰各方的軍事能力的不平衡已成為當代武裝衝突的特徵。隨著愈來愈多非國家武裝部隊參與武裝衝突，交戰方間的差距逐步增加，各種當代武裝衝突似乎在結構上越來越不對稱，如美軍聯盟於伊拉克間之衝突、阿富汗戰爭、或是本文

---

<sup>298</sup> Supra n297 Report of the Special Rapporteur, paras. 44-54.

<sup>299</sup> UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 17, Article (2)(1).

<sup>300</sup> Luis Asdrúbal Jiménez Vaca v. Colombia, CCPR/C/74/D/859/1999, UN Human Rights Committee (2002), para. 7.3.

<sup>301</sup> 有些學者認為國際人權法所列之規則、限制是不合時宜的，且在反恐攻擊中更是不恰當的。

<sup>302</sup> United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, Article 2(4): “All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state...”.

<sup>303</sup> 根據聯合國憲章第 51 條規定，聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦法，以維持國際和平及安全以前，本憲章不得認為禁止行使單獨或集體自衛之自然權利。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立向安全理事會報告，此項辦法於任何方面不得影響該會按照本憲章隨時採取其所認為必要行動之權責，以維持或恢復國際和平及安全。

<sup>304</sup> Supra n38 Nicaragua Judgment, para. 194. 目前國際法院僅承認防禦性手段符合聯合國憲章之要求，該武力使用的規模、性質、期間皆為被檢討之要件。

上述提及以色列政府軍與真主黨於黎巴嫩之衝突，學者稱此種實力不相當之衝突為不對稱衝突 (asymmetrical conflict)<sup>305</sup>。但為何參戰雙方軍事力量的「對稱性」對於國際人道法而言係重要的？「對稱性」不僅是事實上軍事實力的不對等，此議題涉及「互惠原則」(reciprocity)<sup>306</sup>及國際人道法基本原則之遵守。

## 1. 互惠原則

互惠原則即當一國依據某國際法規範向對方國家主張權利時，該國本身亦受到該規範之拘束。而《日內瓦公約》共同第一條規定：「各締約國承諾在一切情況下尊重本公約並保證本公約之被尊重。」<sup>307</sup>亦即無論交戰他方是否有履行國際人道法所規範之義務，締約國皆須無條件地遵守《日內瓦公約》內所制定的規範、尊重國際人道法<sup>308</sup>，但回溯當初《日內瓦公約》制定時，各國係假定參戰各方的軍事實力相當，然像是非國際性武裝衝突本質上即為武器不對等的不對稱衝突，而從目前國際局勢觀之，愈來愈多非政府軍的武裝團體積極地參與武裝衝突，使得交戰雙方的軍事力量差距逐步增加<sup>309</sup>，且無論是軍事實力較強的一方或較弱的一方皆有動機不遵守國際人道法之規範；首先，當武裝衝突為不對稱時，軍事實力較弱的一方，從衝突一開始就較沒有機會在軍事上贏過軍事實力較強的一方，因此實力較弱的一方時常採取像是詐術(perfidy)<sup>310</sup>、綁架人質(hostage-taking)、使用平民作為人肉盾牌(human shield)等明顯違反國際人道法的手段作為作戰

<sup>305</sup> 目前對於不對稱衝突的定義仍未統一，亦稱為「fourth-generation warfare」或「non-linear war」。但原則上係指交戰雙方的軍事力量不對等，而這裡所謂的軍事力量並非專指武器的威力、武器科技的進步程度或是動用的部隊人數，亦得指軍事上採取的策略、手段，只要能使得對方的戰力無法與我方匹敵即可認為係不對稱戰爭；像是游擊戰、隨機人肉炸彈等。參蔡昌言、李大中，不對稱戰爭相關理論及其應用於中國對臺戰略之研析(遠景基金會季刊第八卷第三期，2007年7月)，頁2-7。

<sup>306</sup> 亦稱為「對等原則」，係國際法中一項基本原則；互惠原則即如果一國依據某國際法規範向對方國家主張權利時，該國本身亦受到該規範之拘束。

<sup>307</sup> Geneva Conventions of 1949, Article 1: "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances."

<sup>308</sup> *Supra* n258 Andreas Paulus & Mindia Vashakmadze, p. 109; 日內瓦公約共同第一條規定：「各締約國承諾在一切情況下尊重本公約並保證本公約之被尊重。」

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> Eyal Benvenisti, *The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare*, 20 Duke Journal of Comparative & International Law 344 (2010).

策略，以平衡相差之軍事實力<sup>311</sup>。以伊拉克國防軍為例，在其與美國聯軍之衝突或與真主黨間之衝突，由於武器不平等之情況造成伊拉克軍隊在衝突過程中廣泛地不遵守國際人道法；如使用人體盾牌、濫用紅十字和紅新月標誌，使用反步兵地雷（anti-personnel mines）、在清真寺和醫院等保護區域內放置軍事物品等；然而，相對軍事實力較強的武裝團體議會採取像是不分青紅皂白的攻擊（discriminate attack）、非法訊問（illegal interrogation）等不法手段攻擊，為了以速戰速決的方式結束武裝衝突<sup>312</sup>。

## 2. 國際人道法基本原則之遵守

首先，區分原則為國際人道法最基本之原則，但在目前不對稱衝突的情況裡，無論是軍事能力優勢或是劣勢方皆會策略性地規避區分原則之違反；鑒於國際人道法給予平民各種形式之保護，在伊拉克戰爭中，事實上許多伊拉克是平會丟棄他們的制服，是他們成為合法受保護之客體，但在國際人道法之範疇下，只要這些事實上之戰鬥員沒有在如此掩護下發動攻擊，則此策略並非非法，依據日內瓦第三公約第4條規定，沒有備有可從遠處識別之固定的特殊標誌，僅會使戰鬥員失去其地位和相應之特權<sup>313</sup>。學者認為若將此種行為認定為策略之表現，在武裝衝突情況下，個人地位將有相當大的不確定性，進而削弱基本且不可侵犯的區分原則<sup>314</sup>。或如以黎衝突時，真主黨將其火箭和軍事設備藏在平民居住區裡，以操縱以色列方攻擊比例原則之衡量<sup>315</sup>。

### （六） 第三種武裝衝突類型—超國界武裝衝突

上述的各種武裝衝突，事實上仍在原本國際人道法的框架下將其類型化並適用合適的法律，但有學者認為實在無須將國際刑法禁錮在國際人道法或是國際紅

---

<sup>311</sup> Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, (1968), p. 453.

<sup>312</sup> *Ibid.*

<sup>313</sup> Knut Dörmann, *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, International Review of the Red Cross, Vol. 85, No. 849, (2003), pp. 45–74.

<sup>314</sup> ICJ, *Advisory Opinion of 8 July 1996 on the legality of the threat or use of nuclear weapons*, ICJ Report (1996), para. 79.

<sup>315</sup> Robin Geiß, *Asymmetric conflict structures*, International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 864, (2006), p. 765.

十字會所立下的範圍中<sup>316</sup>，僅分類國際性及非國際性武裝衝突兩種態樣太過於狹隘<sup>317</sup>，因此認為應另外有第三種—超國界武裝衝突<sup>318</sup>。採此見解的學者並不再進一步區別每一種形成超國界武裝衝突的原因，無論原本是否即有武裝衝突發生，亦無論係基於何種原因產生國家與非國家武裝部隊間之衝突，凡有事實上國家與非國家武裝部隊間有武裝暴力行為即可被歸類為第三種武裝衝突類型<sup>319</sup>。

如此見解擴大武裝衝突的定義，幾乎等同使國際人道法得適用再其餘所有武裝衝突，以彌補共同第二條及共同第三條所無法包括的範圍，採此見解的學者認為目前部分國家軍事部門亦採取如此之看法：如美國國防部戰爭法計畫中明確指出美國的軍事行動無論是否於武裝衝突情形下，皆需要符合戰爭法、戰爭法之精神及原則<sup>320</sup>。學者認為在適用國際人道法前，武裝暴力行為事實上早已發生，如此政策得對武裝部隊於執行軍事行為時有所規範，使其重視國際人道法<sup>321</sup>。

進一步，如何斷定超國界武裝衝突是否成立，學者認為須按照國家對抗非國家武裝部隊所使用武力及手段的性質，國家使用武力的原因係基於維護國家主權或是自我防衛，若非基於自我防衛時，即有承認武裝衝突存在之必要。而在超國界武裝衝突下，國際人道法的最基本原則—軍事必要原則（principle of military necessity）、區分原則、比例原則及人道原則需要被遵守<sup>322</sup>。學者認為，相對於共同第三條之土地適用之限制，學者所提出此種武裝衝突並無區域之限制，以最大化地達到國際人道法之宗旨<sup>323</sup>。

#### 四、小結

---

<sup>316</sup> Natasha Balendra, *Defining Armed Conflict* (New York University School of Law, 2007), p. 55.

<sup>317</sup> Geoffrey S. Corn, *Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict* (2007), p. 296.

<sup>318</sup> *Supra* n317 Geoffrey S. Corn, p. 331.

<sup>319</sup> *Supra* n317 Geoffrey S. Corn, p. 299.

<sup>320</sup> United States of America Department of Defense, *Department of Defense Law of War Manual* (2015), p. 72.

<sup>321</sup> *Supra* n317 Geoffrey S. Corn, pp. 317-8. 學者指出如美國於1989年至1990年入侵巴拿馬事件之地位為何？該次事件是否有戰爭法之適用仍處不確定地位，另外，在索馬利亞，美國與該國非政府武裝部隊有激烈的暴力行為，但始終未被定性為武裝衝突。這些情況皆事實上有嚴重的暴力行為，但卻沒有被定性為武裝衝突，因而未有國際人道法之適用。

<sup>322</sup> *Supra* n317 Geoffrey S. Corn, pp. 351-5.

<sup>323</sup> *Supra* n317 Geoffrey S. Corn, p. 348.

綜上，大部分的跨國境非國際性武裝衝突皆得適用非國際性武裝衝突的相關規定，但並非所有跨國境外之部分皆得適用國際人道法，當跨國境之部分涉及到非交戰國，則於非交戰國之局勢仍須達到構成非國際性武裝衝突最基本的嚴重程度及參戰武裝團體的組織性，此時非交戰國所發生之武裝暴力行為始有國際人道法適用之餘地<sup>324</sup>。

在恐怖組織所為恐怖攻擊部分，從目前國際實務判決觀之，國際法庭傾向將恐怖攻擊以危害人類罪繩之以法；相對於戰爭罪，危害人類罪無須構成武裝衝突，在構成要件上即無須探求該武裝衝突係國際性或非國際性，但須證明該攻擊係大規模和有系統性的攻擊。

再者，關於各國針對恐怖組織所為之攻擊。如該攻擊係發生在武裝衝突情況下，則需視該武裝衝突之性質，如為國際性武裝衝突則應適用國際人道法；如為非國際性武裝衝突，則應視該情況適用國際人道法或國際人權法何者較為合適，以斷應適用何種法律。若於非武裝衝突狀態下所為攻擊，因大部分針對恐怖組織之打擊並不會以大規模之攻擊方式，故實難如恐怖攻擊般以危害人類罪拘束之，在國際人道法的範疇下亦難尋出一可約束之規範，因此需藉國際人權法及該武力使用正當性之層面為探究。

最後，在許多當代衝突中，存在許多不對稱衝突，雖然這種衝突模式並非錢所未有，但這種衝突模式並非前所未有，在國際武裝衝突中，交戰雙方的軍事技術落差日益擴大，如美國每年的國防預算總額動輒數億美元，遠超過世界其他國家，對於軍事實力較弱者，合法地為軍事行動的動機日益減損；再者，在非國際性武裝衝突中，遵守互惠原則的比例遠比國際武裝衝突少得多，因此，國際人道法之擴張適用有其必要性。

#### 柒、國際刑事法院面對的挑戰

---

<sup>324</sup> *Supra* n20 32<sup>nd</sup> ICRC Conference Report, p. 19.

首先，針對國際刑事法院的強制性、威嚇性。縱然現在已有 123 個國家為羅馬規約的締約國，但一些主要大國，包括中國、印度、俄羅斯和美國卻無簽署；再者，國際刑事法院並無執行權，亦無自己的執行機關，因此無法直接執行其所為之決定，國際刑事法院所為之任何決定需要倚賴國家、聯合國和其他組織之配合。ICTY 亦有相似的問題，ICTY 時任主席 Cassese 曾在聯合國大會說：「我們的法庭就像一個沒有手腳的巨人。走路和工作都需要義肢，而這些義肢便是國家當局<sup>325</sup>。」；對此，在比利時政府的倡議下，各國於 2016 年的締約國大會（Assembly of States Parties）上開始對於「國際刑事法院特權及豁免協議」（Agreement on Privileges and Immunities of the International Criminal Court; APIC）表示保證履行的承諾<sup>326</sup>。但於 2017 年，當時蘇丹共和國前總統 Omar Al-Bashir 已被國際刑事法院，但許多國際刑事法院締約國卻無盡到合作義務，明知 Al-Bashir 在該國領土內卻無逮捕 Al-Bashir，使得國際刑事法院在調查此案增加諸多困難<sup>327</sup>。

第二是法院的偏見，非洲許多國家在近幾年皆向國際刑事法院提出抗議，認為該法院故意針對非洲國家進行調查，目前法院著手進行調查的 11 件案件中有 10 件即是於非洲國家<sup>328</sup>。2017 年位於東非的蒲隆地（Burundi）成為第一個正式退出國際刑事法院的國家便是國際刑事法院與非洲國家間長期對抗的例子<sup>329</sup>。因此法院擴大調查範圍之工作迫在眉睫，但法院於 2018 年準備要針對阿富汗地區所發生之罪行進行調查時<sup>330</sup>，由於調查範圍會包括美國武裝部隊成員和中央情報

---

<sup>325</sup> Judge Cassese, in a speech to the UN General Assembly (1995): “Our tribunal is like a giant who has no arms and legs. To walk and work, he needs artificial limbs. These artificial limbs are the state authorities.”

<sup>326</sup> APIC 為一國際條約，旨在保證締約國對於國際刑事法院作為一完全獨立的司法機構會為其所需的國家合作（state cooperation），以協助國際刑事法院及其成員執行其任務。目前有大約 70 幾個國家簽署 APIC。

<sup>327</sup> Omar al-Bashir, The Coalition of The International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/omar-albashir> (last viewed 2019/8/23).

<sup>328</sup> ICC, Situations under investigation, <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx> (last viewed 2019/8/20).

<sup>329</sup> The Guardian, Burundi becomes first nation to leave international criminal court (2017), <https://www.theguardian.com/law/2017/oct/28/burundi-becomes-first-nation-to-leave-international-criminal-court> (last viewed 2019/8/20).

<sup>330</sup> 最後，國際刑事法院並未針對阿富汗之局勢進行進一步之調查，國際刑事法院認為由於該案須回溯至 2006 年，由於該地區的政權以轉變，且當時檢察官欲開始調查時，即已無法獲得該國之合作，為考量司法利益（The interest of justice），法院優先考慮有更大機會取得成功的局勢。

局的相關人員，美國國家安全顧問便在其首次公開演講時譴責國際刑事法院<sup>331</sup>，甚至國際刑事法院檢察官 Fatou Bensouda 的美國簽證已被撤銷<sup>332</sup>，使得亦需要外交支持的國際刑事法院亦陷入一大困境。

## 捌、結論

綜合以上關於國際刑事法院之管轄權及案件可受理性問題、目前國際刑法領域對於武裝衝突之見解，及最後目前學界對於新興的超國界武裝衝突其法律適用問題之看法，本文認為在國際人道法領域中，對於武裝衝突之構成要件及成立標準的討論，極可能因現實層面國際刑事法院受理案件的標準，使得武裝衝突在目前國際刑事法院的認定標準拉高，

如本文先前提到檢察官於判斷一情勢是否有進一步調查之必要性時，若非所謂國際上最嚴重之犯行，死傷人數非數千人、受影響的平民人數並非數百萬人、系爭罪行並非故意地已違反人道法之手段為之，則國際刑事法院不會予以受理。

惟現實中世界各地違反人道的消息又層出不窮，國際刑事法院管轄權之補充性原則係對於國家主權之尊重，固然為最基本之原則，然有諸多案件係國家司法系統不願意或無法處理違反人道法案件，但又礙於國際刑事法院案件之篩選條件，使得這些案件落入兩體系法院空集合的窟窿；藉此研究計畫，本文發現礙於現實層面，其實學者之研究與實務法院操作上仍有一大落差，本文希望藉由此研究計畫之研析能為未來國際人道法適用與發展盡一份心力。

---

參 International Criminal Court, ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation, ICC-CPI-20190412-PR1448 (2019), available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448> [accessed 26 May 2019].

<sup>331</sup> The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack (2018), <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech>

<sup>332</sup> BBC News, US revokes visa of International Criminal Court prosecutor (2019), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47822839>.

## 玖、参考文献

### 一、文献资料

1. Anna Marie Brennan. Investigating the accountability of Transnational Armed Groups under International Law for armed attacks (The Boolean, 2011).
2. Anthony Cullen. Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f). 12 J. Conflict & Sec. L. 419 (2007)
3. Antonio Cassese. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia (The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4, 2007)
4. Cullen, A. The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law. (Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010).
5. Dapo Akande. Are Extraterritorial Armed Conflicts with Non-State Groups International or Non-International? (EJIL: Talk! 2011).
6. Deidre Willmott. Removing the distinction between international and non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court.
7. Derek Jinks. September 11 and the Laws of War. (28 Yale Journal of International Law, 2003).
8. Dieter Fleck (ed.). The Handbook of International Humanitarian Law. (Oxford University Press, Oxford, 2013).
9. Djemila Carron. When is a conflict international? Time for new control tests in IHL. (International Review of the Red Cross, 2016).
10. E. Benvenisti. The International Law of Occupation. (Princeton University Press, Princeton, 1993).
11. Frits Kalshoven. Implementation of International Humanitarian Law. (Hague Academy of International Law, Center for Studies and Research, 1989)
12. George H. Aldrich. The Laws of War on Land. (American Journal of International Law, Vol. 94, No. 1, 2000).
13. H.-P. Gasser. International Humanitarian Law: An Introduction, separate print from Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement (Henri Dunant Institute, 1993)
14. Hortensia D. T. Gutierrez Posse. The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals. (International Review of Red Cross, International Committee of Red Cross, 2006)

15. ICRC. How is the term ‘Armed Conflict’ defined in international humanitarian law? Opinion Paper (ICRC, 2008)
16. ICRC. International Humanitarian law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, (2011).
17. John Holmes. Complementarity: National Courts versus the ICC’ in Antonio Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. (Oxford University Press 2002)
18. Kenneth Watkin and Andrew J. Norris (ed.). *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*. (Naval War College Newport, Rhode Island, 2012).
19. Liesbeth Zegveld. *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. (Cambridge University Press, 2002).
20. Luis Moreno-Ocampo. Statement at The Informal Meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs (2005)
21. Margaret Bruce. *International Humanitarian Law and International Criminal Justice: An Introductory Handbook*. (The Commonwealth, 2014).
22. Megumi Ochi. Gravity Threshold Before the International Criminal Court: An Overview of the Court’s Practice. (International Crimes Database, 2016).
23. Michael N. Schmitt (ed.). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. (Cambridge University Press, Cambridge, 2013).
24. Noam. Lubell. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. (Oxford University Press, 2010)
25. Provost, R. *International Human Rights and Humanitarian Law*. (Cambridge University Press, 2002).
26. Rod Rastan. What is “Substantially the Same Conduct”? Unpacking the ICC’s ‘First Limb’ Complementarity Jurisprudence. (Journal of International Criminal Justice, Volume 15, Issue 1, 2017).
27. SáCouto. Susana and Katherine A. Cleary, *The Gravity Threshold of the International Criminal Court*. (American Journal of International Law 23, no. 5, 2008).
28. Sandesh Sivakumaran. *The Law of Non-International Armed Conflict*. (Oxford University Press, Oxford, 2012).
29. Sassoli M. *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*. (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, 2006).
30. Schmitt, Michael N. *Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict*. (Military Law and the Law of War Review, 2013).

31. Schondorf, Roy S. Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime? (New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 37, No. 1, 2005).
32. Theodor Meron. The Humanization of Humanitarian Law. (American Journal of International Law, 2000).
33. Tristan Ferraro. The ICRC's legal position on the notion of armed conflict involving foreign intervention and on determining the IHL applicable to this type of conflict. (International Review of the Red Cross, International Committee of Red Cross, 2015).
34. W. J. Fenrick. Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes. (International Criminal Court, 2004).
35. William A. Schabas. The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute. (Oxford University Press, 2010).

## 二、國際法院案件

1. ICC, Libyan Government's consolidated Reply to the Responses by the Prosecution, Defence and OPCV to the Libyan Government's Application relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-403-Red2 (2013).
2. ICC, OTP response to communications received concerning Iraq (2006)
3. ICC, Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the confirmation of Charges (2010).
4. ICC, Prosecutor v. Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (2009)
5. ICC, Prosecutor v. Bemba, Trial Chamber Judgment (2016)
6. ICC, Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, "Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'" (2011)
7. ICC, Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, Prosecution's Response to "Libyan Government's further submissions on issues related to the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi" (2013).
8. ICC, Prosecutor v. Katanga, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case (2009).
9. ICC, Prosecutor v. Katanga, Trial Chamber Judgment (2014)
10. ICC, Prosecutor v. Lubanga Trial Chamber Judgment (2012)
11. ICC, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, ICC-01/04-01/06-8 (2006), para. 30, 41

12. ICC, Prosecutor v. Lubanga, Pre-Trial Chamber Decision (2007)
13. ICC, Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (2012).
14. ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir (2009).
15. ICC, Prosecutor v. Ongwen, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen (2016)
16. ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute (2012).
17. ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi (2013)
18. ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Public Redacted Version of Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58 (2006).
19. ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision Concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo (2006), Annex 1.
20. ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (2012).
21. ICC, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Art.19(2)(b) of the Statute
22. ICC, Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593, (2005)
23. ICC, Situation in Lybia, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi (2013), para. 202.
24. ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ¶ 65 (January 2006).
25. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58" (2006).
26. ICC, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire" (2011).
27. ICC, Situation in the Republic of Kenya, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, (2009).
28. ICC, Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report (2014)

29. ICC, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report (2014).
30. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement, 19 December 2005, I.C.J. Reports 2005.
31. ICJ, Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, ICJ Reports (1986)
32. ICTY, Prosecutor v Ramush Haradinaj and others, IT-04-84-T, Trial Chamber Judgment (2008).
33. ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Trial Judgment (2000).
34. ICTY, Prosecutor v. Delalić et al., IT-96-21-T, Trial Judgment (1998)
35. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Judgment, Appeals Chamber (1999).
36. ICTY, Prosecutor v. Limaj et al., Trial Chamber Judgement.
37. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Appeal Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (1995).
38. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Appeal Judgment (1999).
39. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen (1999).

# 附件一：部分重要案件背景事實概述

| 情勢      | 背景事實概述                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 利比亞     | <p>2011 年一名利比亞人權活動分子在班加西(Benghazi)被捕，引發安全部隊與平民間的衝突，嗣後迅速成為反對格達費(Gaddafi)政權的反獨裁起義。由於政府的強力鎮壓造成反對派組織—全國過渡委員會(National Transitional Council, NTC)的興起，並控制了利比亞，當 NYC 將權力交給新當選的議會時，發生數起違反國際人道主義法的行為，如酷刑，強迫失蹤，攻擊平民或醫療單位等。</p> <p>但利比亞並非羅馬規約之締約國，因為聯合國安理會將利比亞局勢提交給國際刑事法院調查危害人類罪相關罪行，國際刑事法院於 2011 年 3 月開始調查，格達費與他的兒子賽義夫·格達費(Saif Al-Islam)及該國軍事情報局局長阿卜杜拉·塞努西(Abdullah Al-Senussi)隨後獲得國際刑事法院之逮捕令。</p>                               |
| 剛果民主共和國 | <p>本文主要談論的事件為「第二次剛果戰爭」，此次事件從 1998 年延續至 2003 年，可謂自第二次世界大戰後，世界上最致命的武裝衝突之一。自 1998 年起，剛果政府軍與 25 個分別由 8 個不同非洲國家支持的武裝部發生武裝暴力行動，尤其在該國東部發生之武裝衝突甚為嚴重。雖然政府與叛亂團體於 2004 年達成和平協議，隨後於 2007 年在伊圖利，2009 年在基伏(Kivu)亦簽訂類似協議；但在隨後數年裡，該國東部仍持續發生武裝衝突，衝突中發生諸多嚴重的國際罪行，包括大規模屠殺、非法使用童兵、性犯罪及其他基於性別的犯罪，及被迫流離失所。導致總計有超過 100 萬人被迫流亡，大量遷移至周邊國家。</p> <p>由於剛果民主共和國本身無法將這些罪行的犯罪者繩之以法，因此剛果民主共和國政府將此局勢自行轉介給國際刑事法院。Lubanga、Katanga、Ntaganda 皆為此局勢中的犯罪者。</p> |
| 烏干達     | <p>自烏干達總統約韋里·穆塞韋尼(Yoweri Museveni)於 1986 年首次執政以來，烏干達北部與烏干達政府和武裝叛亂團體—聖主抵抗軍(Lord's Resistance Army, LRA)之間發生了長期衝突。雙方都涉嫌犯下戰爭罪和危害人類罪。LRA 一直針對烏干達北部平民為野蠻的攻擊襲擊。1987 年至 2006 年期間，至少有 2 萬名兒童被綁架成為童兵、僕人和性奴隸，而僅烏干達北部就有 190 多萬平民被迫流入政府營地、數千名平民死亡和遭綁架。</p>                                                                                                                                                                          |

|         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 蘇丹      | <p>主要的武裝衝突係 2003 年到 2008 年在達佛所發生，在蘇丹政府、其金戈威德民兵盟友（Janjaweed militia allies）與蘇丹解放運動（Sudanese Liberation Movement/Army, SLM/A）、公義平等運動（Justice and Equality Movement, JEM）等蘇丹南部的叛亂團體間的武裝衝突。此次的武裝衝突源於 1989 年巴席爾（Omar al-Bashir）於 1989 年所領導的軍事政變，因而衍生出種族、宗教的緊張局勢。雙方於 2005 年簽署了「全面和平協議」，使蘇丹南部自治長達六年，並於 2011 年於獨立公投後成為國際公認的獨立國家。</p> <p>聯合國統計該次衝突造成多達 30 萬人死亡、270 萬人流離失所到難民營、並有 20 萬人被驅逐至鄰國。2005 年 3 月，聯合國安理會第 1593 號決議確定蘇丹達佛局勢對國際和平與安全構成威脅，並將這種情況提交國際刑事法院。</p> <p>國際刑事法院所頒布的逮捕令包括時任總統巴希爾總統，關於其種族滅絕之犯罪外，法院亦對一名金戈威德的司令及其他叛亂團體中的高階軍官發出傳票。</p> |
| 肯亞      | <p>肯亞時任總統姆 Wai Kibaki 於 2007 年競爭激烈的肯亞總統競選中獲勝，然其對手 Odinga 和其反對黨—橙色民主運動（ODM）拒絕承認結果和隨後發生的大規模暴力事件，此事件稱為「2007 至 2008 年選舉後暴力事件」，此次暴力事件造成 1000 多人死亡，60 多萬人流離失所，數百名女性和男性遭受性侵犯。</p> <p>肯亞當局曾三次未能建立調查和起訴責任人的國家機制。檢察官辦公室於 2010 年首次以自主調查之方式，介入調查肯亞 2007 至 2008 年選舉後暴力事件；2011 年 3 月，國際刑事法院向肯亞雙方共六名嫌疑人發出傳票。因犯罪嫌疑人中其中有兩人將繼續擔任肯亞總統職位，最終因缺乏證據而被撤回。但此案促成反對國際刑事法院的運動，包括威脅退出羅馬規約以及肯亞政府試圖干涉國際刑事法院判決等。</p>                                                                                                                                                |
| 象牙海岸共和國 | <p>象牙海岸共和國 2010 至 2011 年的選舉，發生一連串為期五個月的暴力事件，時任總統勞倫特·巴博（Laurent Gbagbo）對其競爭對手 Allasane Ouattara 的結果提出質疑，並拒絕放棄權力。隨後發生的暴力事件導致至少 3000 人死亡、數千人受傷、失蹤和被強姦、10 萬多人流離失所，最終在法國領導的國際軍事干預下結束衝突。由於該次暴力事件打著該國 2002 至 2007 年內戰的復興，故當國際刑事法院預審分庭於 2011 年批准檢察官自主對該國有爭議的選舉產生的危害人</p>                                                                                                                                                                                                                                                                    |

|           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|           | 類罪的全面調查時，法官授權擴大調查範圍，涵蓋 2002 至 2010 年的相關違反國際人道法之犯罪。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 克羅埃西亞獨立戰爭 | <p>克羅埃西亞於 1991 年 6 月宣布從南斯拉夫社會主義聯邦共和國（Socialist Federal Republic of Yugoslavia, SFRY）獨立後，克羅埃西亞獨立戰爭從 1991 年持續至 1995 年。主要發生衝突發生在克羅埃西亞軍事部隊與由賽族（Serbs）控制的南斯拉夫人民軍（Yugoslav People's Army, JNA）、其他賽族軍事部隊間。</p> <p>獨立戰爭的背景係大多克羅埃西亞人希望克羅埃西亞離開南斯拉夫並成為一個主權國家，但許多生活在克羅埃西亞的塞族人反對分裂。JNA 最初試圖通過佔領整個克羅埃西亞使得克羅埃西亞得留在南斯拉夫境內，但此行動失敗，塞族部隊反而在克羅埃西亞境內自成塞爾維亞克拉伊納共和國（Republic of Serbian Krajina, RSK）。JNA 於 1992 年與克羅埃西亞簽訂停火協議，且於該年克羅埃西亞成為國際承認主權獨立之國家，聯合國保護部隊（United Nations Protection Force, UNPROFOR）甚至已至前線部署，但在之後的三年裡仍不斷有武裝衝突；在此期間，RSK 涵蓋的面積已超過克羅埃西亞領土的四分之一。1995 年，克羅埃西亞發動了兩次名為「閃電行動」（Operation Flash）和「暴風行動」（Operation Storm）的大規模軍事行動，有效地結束此次的獨立戰爭。而聯合國當時派駐當地的聯合國東斯拉夫尼亞、巴拉尼亞與西錫爾米烏姆過渡機構（United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium, UNTAES）的地區亦於 1998 年回歸克羅埃西亞。此次戰爭共造成 20,000 多人喪生。</p> |
| 波士尼亞戰爭    | <p>主要交戰方是波士尼亞與赫塞哥維納部隊與黑塞哥-波士尼亞克羅埃西亞共和國（Herzeg-Bosnia）、塞族共和國（Republika Srpska）間之武裝衝突，而後二者分別有塞爾維亞及克羅埃西亞之領導及支持，此獨立戰爭從 1992 年持續至 1995 年。繼斯洛維尼亞（Slovenian）及克羅埃西亞於 1991 年獨立後，波士尼亞與赫塞哥維納 1992 年 2 月 29 日通過了獨立公民投票。</p> <p>在波士尼亞與赫塞哥維納宣布獨立並獲得國際承認後，波士尼亞賽族人及 JNA 多萬卡拉季奇領導並得到斯洛博丹米洛舍維奇和南斯拉夫人民軍在波士尼亞與赫塞哥維納發動武裝行動，為保全塞族的領土，並伴隨著種族清洗。</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

|                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>2006 年以黎衝突<br/>（以色列與黎巴嫩）</p> | <p>此衝突雙方為 真主黨武裝部隊（Hezbollah paramilitary forces）及以色列國防軍（the Israel Defense Forces, IDF）。2006 年 7 月 12 日，以摧毀以色列為宗旨的真主黨（Hezbollah），實施了一項名為 True Promise 的行動，攻擊靠近黎巴嫩邊境的以色列城鎮、軍事基地、車輛及以色列士兵，並俘虜 2 名以色列士兵至黎巴嫩；以色列以空襲做為報復，空襲摧毀黎巴嫩南部的橋樑、平民建築及真主黨設於市區的軍事基地。衝突共為其 34 天，直到聯合國介入使促使雙方停火。衝突造成 1000 多名黎巴嫩人和 165 名以色列人死亡約 100 多萬黎巴嫩人和 30 至 50 萬名以色列人流離失所。</p> |
| <p>2009 年以巴衝突<br/>（以色列與哈馬斯）</p> | <p>2008 年 12 月 26 日，以色列聲稱哈馬斯（巴勒斯坦伊斯蘭抵抗運動，Hamas）從加薩走廊向以色列境內攻擊，已威脅到以國人民安全，因此向哈馬斯發動空襲，2009 年 1 月 3 日以色列地面部隊亦進入加薩，阻止武裝人員向以國境內發射火箭彈，因此引發一系列的武裝暴力行為。</p>                                                                                                                                                                                              |

## 附件二：國際刑事法院之建立流程

國際刑事法院係世界上第一個獨立、常設的國際刑事法院。1998 年時，來自全球 160 個國家的代表在義大利羅馬召開外交大會（Diplomatic Conference），磋商國際刑事法院規約條文，同時有 33 個政府間組織及 236 個非政府組織在場觀察。經過五個星期激烈的協商，最後化做 128 個條文<sup>1</sup>。

國際刑事法院之建立最早可回溯至 1948 年，聯合國大會第 260 號決議中提及：歷史上所有時期的種族滅絕皆帶給人類巨大的損失，大會確信為使人類擺脫此種禍害，國際合作係必須的；並通過《防止及懲治滅絕種族罪公約》（Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide），該公約將種族滅絕罪定性為國際法下的一種罪行；在同一決議中，聯合國大會亦請國際法委員會研究設立一國際司法機關以審判被控種族滅絕罪之人之可能性。

在國際法委員會肯定設立之可行性後，聯合國大會設立一專門之委員會用以編寫相關之設立提案，雖然該委員會於 1953 年即已提出草案，但由於對於「侵略」的定義不一致，因此大會推遲審議規約草案，直到 1989 年，為非難國際販毒罪行，大會始要求國際法委員會恢復國際刑事法院設立的相關工作；但在 1993 年前南斯拉夫便爆發嚴重的種族清洗，聯合國提前的成立前南斯拉夫問題特設國際刑事法庭，要求個人對這些暴行負責。

不久之後，國際法委員會完成國際刑事法院規約草案之工作，並於 1994 年向聯合國大會提交規約草案。而為審議規約中重要實質性的議題，聯合國大會設立國際刑事法院特設委員會（Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court），委員會於 1995 年的二次會議後，向大會提交了報告書；大會嗣後便再設立國際刑事法院設立籌備委員會（Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court），而此委員會設立之目的係

---

<sup>1</sup> Philippe Kirsch and Darryl Robinson, *Reaching Agreement at the Rome conference*, in Antonio Cassese et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, volume I, p. 67 (2002).

編寫一份可以獲得廣泛接受的草案提交給外交會議進行討論，最後籌備委員會於 1998 年完成草案。

大會最終決定於 1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日在意大利羅馬召開聯合國設立國際刑事法院全權代表外交會議（United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court），並於會議後通過最終定稿，確定設立國際刑事法院。

資料來源：<http://legal.un.org/icc/general/overview.htm>

### 附件三：國際刑事法院之案件處理流程

羅馬規約將案件審理流程分為三個層級：預審分庭（Pre-trial chamber）、審判分庭（Trial chamber）及上訴分庭（Appeal chamber）<sup>2</sup>。真正的審判程序僅有審判分庭及上訴分庭二階層，預審分庭雖然係由法官主持，但其角色與英美法系陪審團制中的大陪審團角色較為相似，其功能主要係判斷檢察官是否已提出相當之證據以支持其所欲控告之罪名。

依羅馬規約第 13 條規定，國際刑事法院的案件來源有三：（1）規約締約國依照規約第 14 條規定，向檢察官提交涉及已經發生一項或多項犯罪的情勢<sup>3</sup>；（2）聯合國安全理事會根據《聯合國憲章》第七章，向檢察官提交已經發生一項或多項犯罪的情勢；（3）檢察官依照規約第 15 條自行根據有關犯罪的資料開始調查的情形（an investigation *proprio motu*）。

首先，若為檢察官自行開始調查程序的情形，有許多情況係由個人或團體將其知悉的犯罪告訴檢察官，而在國際刑事法院中，個人或團體將罪行告訴檢察官之訴狀稱為「communication」<sup>4</sup>，自法院 2002 年成立以來，國際刑事法院已收到超過 10,000 份訴狀，如 2017 年巴勒斯坦人權組織曾向檢察官提交 communication 控訴許多以色列高級官員在約旦河西岸（West Bank）及耶路撒冷東部犯下戰爭罪和危害人類罪<sup>5</sup>。

---

<sup>2</sup> How the Court works, Icc-cpi.int (2019), <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works> (last visited Jul 2, 2019).

<sup>3</sup> 包括「由羅馬規約締約國國民所犯」、「發生在締約國領土內」、或「雖非締約國但接受國際刑事法院管轄權國家的領土內實施」的犯罪，而目前這樣締約國的自我轉介（self-referral）為國際刑事法院最主要的案件來源。值得一提的是，自 2018 年 2 月以來，國際刑事法院持續地對委內瑞拉境內涉嫌犯下的罪行進行初步審查，而此案件係第一次由非事發地締約國轉交給國際刑事法院。參 Twenty Years On: The Rome Statute of the International Criminal Court - HillNotes, HillNotes (2019), <https://hillnotes.ca/2018/12/18/twenty-years-on-the-rome-statute-of-the-international-criminal-court/> (last visited 2019/08/26); Venezuela: Six States Request ICC Investigation, Human Rights Watch (2019), <https://www.hrw.org/news/2018/09/26/venezuela-six-states-request-icc-investigation> (last visited 2019/08/26).

<sup>4</sup> How to file a communication to the ICC-Prosecutor, Coalition for the International Criminal Court, available from: <http://coalitionfortheicc.org/how-file-communication-icc-prosecutor> (last viewed 2019/8/25).

<sup>5</sup> Palestinian human rights orgs submit West Bank communication to ICC, Coalition for the International Criminal Court, available from: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170920/palestinian-human-rights-orgs-submit-west-bank-communication-icc> (last viewed 2019/08/25)

其次，在由聯合國安理會轉介之情況，此種轉介方式在犯罪者為非羅馬規約締約國的國家的情況即可用上。如因為緬甸並非羅馬規約的締約國，在加拿大呼籲聯合國安理會須對於緬甸政府對待羅興亞人的罪行提交給國際刑事法院，而國際刑事法院的預審分庭於 2018 年九月亦認為，因為緬甸政府將羅興亞人從緬甸境內驅逐到孟加拉此行為，可被視為大規模、有組織性地攻擊平民，並有可能構成「違反人類罪」，並且因為犯罪發生地之一——孟加拉為羅馬規約締約國，所以國際刑事法院對此罪行有管轄權<sup>6</sup>。而 2005 年發生在蘇丹及 2011 年發生在利比亞違反羅馬規約的罪行，聯合國安理會亦曾行使其提交權。在 2014 年 5 月，58 個成員國曾聯合發表聲明，呼籲聯合國安理會將敘利亞的大規模違反人權及人道的罪行（非締約國）轉介到國際刑事法院。但聯合國安理會的兩個常任理事國——中國和俄羅斯行使了否決權<sup>7</sup>。

最後，無論檢察官如何得知有犯罪情事，檢察官進一步需為初步審查（preliminary examinations），檢察官辦公室正式開始著手調查前會依照訴狀所載之事實及相關法律規定為初步審查，以確定是否為下一步調查（investigation）之必要。若檢察官認為有合理根據進行調查，則會請求預審分庭授權調查。預審法庭在審查請求及綜合其他輔助資料後，如認為有合理依據，並認為案件顯然屬於國際刑事法院管轄權內的案件，應授權開始調查。但此授權與否之決定此並不妨礙法院嗣後就案件的管轄權和可受理性問題作出斷定<sup>8</sup>。

預審階段終結於檢察官起訴或終止調查，而檢察官之調查工作是否續行完全取決於檢察官，無須預審分庭的同意，不續行調查之決定依羅馬規約第 53 條第 4 項之規定，並無一事不再理原則之適用，檢察官可隨時根據新事實或資料，就先前是否開始調查或進行起訴之決定為複議。若檢察官決定起訴則會由法院為確

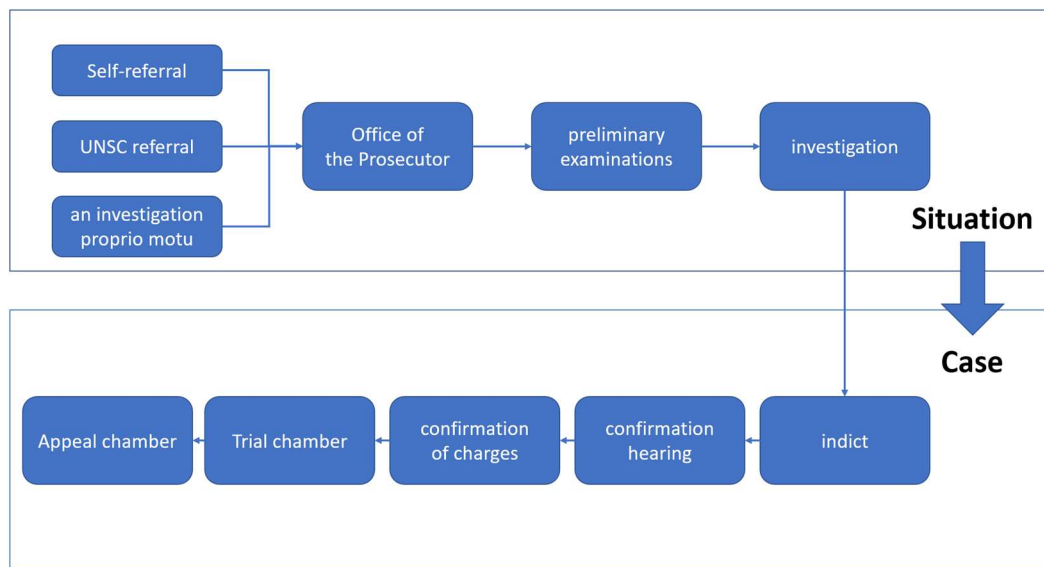
---

<sup>6</sup> International Criminal Court, ICC Pre-Trial Chamber I rules that the Court may exercise jurisdiction over the alleged deportation of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh, Icc-cpi.int (2019), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1403> (last visited Aug 19, 2019).

<sup>7</sup> Ian Black, Russia and China veto UN move to refer Syria to international criminal court the Guardian (2014), <https://www.theguardian.com/world/2014/may/22/russia-china-veto-un-draft-resolution-refer-syria-international-criminal-court> (last visited Jul 2, 2019).

<sup>8</sup> Article 15 of Rome Statute.

認聽證會；此時，預審分庭會視情況發出逮捕令（warrant of arrest）或拘票（summon），前者係當法院認為被告不會自動出現在法院，且會破壞法院程序或調查，或被告會持續犯罪時，法院會發出逮捕令；反之，若法官相信被告會自配合且自願出現在法院時，法官則會以拘票傳喚之<sup>9</sup>。若預審分庭法官最終認定檢察官以其出足夠的證據使法官有合理的基礎相信被告有犯檢察官所控之罪行，預審分庭會將案件移送至審判分庭為進一步審判。



<sup>9</sup> Pre-Trial Stage, International Criminal Court, available from: <https://www.icc-cpi.int/Pages/Pre-Trial.aspx> (last viewed: 2019/8/30).