

前言

目前这部《〈国际刑法典〉施行法》政府草案由联邦内阁于 2002 年 1 月 16 日通过。这一立法规划应当在本届立法期之内——即 2002 年秋季以前——完成。此项立法从一开始就是为了尽可能使《国际刑法典》先于《国际刑事法院罗马规约》而生效。

这部草案的很大一部分内容源自一个专家小组所做的预备工作。该小组由负责这一立法程序的联邦司法部于 1999 年秋季任命，其成员包括精通相关领域的学术界专家(最初是五名，后增至六名，他们分别是波鸿的 Horst Fischer 教授、科隆的 Thomas Weigend 教授、柏林的 Gerhard Werle 教授、目前在基尔的 Andreas Zimmermann 教授、弗赖堡/慕尼黑的 Kai Ambos 博士和科隆的 Claus Kreß 博士)以及来自联邦司法部、外交部和国防部的专业人士。

经过一年半的工作，该专家小组于 2001 年 5 月提交了一份工作草案，之后，联邦司法部在此基础上于 2001 年 6 月完成了部门草案。截至 2001 年底，汇总了各有关团体和部门的意见，联邦司法部的部门草案又被进一步加工整理成现在的政府草案。

《国际刑法典》是德国第一部专门为灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪而制定的特别刑法。这部草案的目的正如联邦政府所表达的意愿一样，是为了使德国的刑事实体法与《罗马规约》和一般国际人道主义法相协调(参见《〈国际刑事法院规约〉法》草案，《联邦议会印刷品》第 14/2682 号，第 7 页[BT-Drs. 14/2682, S. 7])，因此它特别侧重于将《罗马规约》中的刑法规定转化为国内法；但与此同时，只要有确定的国际习惯法作为相应的基础，《国际刑法典》草案对某些事项的可罚性规定得比《罗马规约》范围更广。对于这样一部处在国际法和刑法交叉点上的法律而言，迄今为止尚无范本。根据这部法律，即使行为人不是德国人，并且行为也不是在德国或针对德国国民实施，德国法院同样可以对国际法上的犯罪进行追诉。

其他一些国家同样面临着如何将《罗马规约》转化为国内法的问题，而上述立法规划的各项特征会极大地促使这些国家对德国所选择的解决方式产生浓厚兴趣。本译文将有助于人们逾越语言障碍，就与《国际刑法典》相联系的问题进行交流和深入讨论。

联邦司法部
Michael Gebauer 博士

《〈国际刑法典〉施行法》草案*

一、需要解决的问题和立法的目的

德意志联邦共和国的刑事实体法应当与 1998 年 7 月 17 日通过的《国际刑事法院罗马规约》以及其他得到普遍认可的国际法规范相协调。

二、解决方式

为实现上述目的，特制定单行的《国际刑法典》，以使触犯国际法的罪行受到刑罚处罚，从而反映国际人道主义法和国际刑法的发展。对《国际刑法典》所规定的犯罪均适用“普遍管辖权原则”，而不需要与本国的连结点。《国际刑法典》的草案包括一个《总则》部分以及一个规定灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的犯罪构成的《分则》部分。

同时《〈国际刑法典〉施行法》还包含一个配套的程序规则，以确定对依照《国际刑法典》应处以刑罚的行为免于追诉的裁量权问题。此外还规定了对《刑法典》和其他法律所必要的相应修订。

三、变通的解决方式

无。

四、对公共财政预算的影响

1、执行费用以外的预算支出

无。

2、执行费用

对于公共财政预算而言，在国际刑法涉及的犯罪领域引入新的犯罪构成以及确立“普遍管辖权原则”可能会使刑事追诉机构产生更多开支，而目前尚难准确地估计这些开支的范围。但是即使不制定这一法律，情况的发展也不会有实质性的不同，因为联邦法院在有关德国法院行使管辖权时本国连结点的必要性问题上的最新判例已经预示了向“普遍管辖权原则”的转变。

五、其他费用

无。

* 赵阳、魏武译。

《〈国际刑法典〉施行法》草案

联邦议会兹通过如下法律：

第一编 《国际刑法典》

第一章 总 则

第一条 适用范围

本法适用于其中所规定的一切违反国际法的犯罪行为；对于本法规定的重罪¹，即使行为是在国外实施并且与本国没有联系，本法亦应适用。

第二条 一般法的适用

对于本法所规定的行为，适用一般刑法，但是本法第一条以及第三条至第五条有特别规定的除外。

第三条 服从命令或指令的行动

为执行军事命令或者有同样的实际拘束力的指令而实施本法第八条至第十四条规定的行为，不属于过错，但是行为人明知该命令或指令违法，或者该命令或指令明显违法的除外。

第四条 军事指挥官和其他上级的责任

第一款 怠于制止其部属实施本法所规定的行为的军事指挥官或者文职上级，应当视同其部属所实施行为的行为人之一受到刑罚处罚。《刑法典》第十三条第二款的规定在此不予适用²。

¹ 在德国刑法中，“重罪”（Verbrechen）是指一切法定最低刑不轻于一年有期徒刑的“犯罪行为”（Straftaten）；这里对于减轻（或者加重）情节——例如本草案第八条第五款——不予考虑（参见《刑法典》第十二条）。因此在本草案中，除了第十三条、第十四条所规定的犯罪行为以外，其余犯罪行为均属“重罪”（Verbrechen）（参见条文说明中第二部分——关于第一编，第一条）。——译注

² 《刑法典》第十三条的内容为：

“第十三条 以不作为的方式实施

第一款 怠于防止属于刑法规定的犯罪构成要件的结果发生的，只有当其负有防止该结果发生的法定义务，并且其不作为相当于通过作为而实现法定的犯罪构成要件时，才能依照本法处罚。

第二款 对于不作为犯，可以按照第四十九条第一款的规定从轻或减轻处罚。”

第四十九条的内容为：

“第四十九条 法定从轻或减轻处罚的理由

第一款 法律规定或者允许按照本条从轻、减轻处罚的，适用下列规定：

（一）以不低于三年的有期徒刑代替无期徒刑；

（二）有期徒刑最高可以判处法定最高刑期的四分之三；对于罚金刑的日罚金最高数额亦适用此标准；

（三）被提高的有期徒刑最低刑期，按以下标准降低：

最低刑期为十年或五年的，减为两年；

最低刑期为三年或两年的，减为六个月；

最低刑期为一年的，减为三个月；

第二款 在军队中行使实际上的命令、指挥权和控制力的人视同军事指挥官。在文职机构或企业中行使实际上的领导权和控制力的人视同文职上级。

第五条 不受时效限制

追诉本法所规定的重罪³以及执行因这些重罪而判处的刑罚，不受任何时效限制。

第二章 违反国际法的犯罪行为

第一节 灭绝种族罪和危害人类罪

第六条 灭绝种族罪

第一款 以全部或部分消灭某一民族的、种族的、宗教的或者族裔的团体为目的，实施下列行为之一的，判处无期徒刑：

(一) 杀害该团体的成员；

(二) 使该团体的成员遭受严重的身体或精神伤害，特别是《刑法典》第二百二十六条所规定的伤害⁴；

(三) 将该团体置于能够导致其肉体上全部或部分毁灭的生活状况之下；

(四) 采取措施阻止该团体内的生育；

(五) 将该团体的儿童强制转移至另一团体。

其他情形的，减为法定最低刑期。

第二款 法院依法可以按照本条酌情从轻、减轻处罚的，可以将刑罚减至法定最低刑或者以罚金代替徒刑。”

(本译文脚注中的德国法律条文，凡未作特别说明者，均根据慕尼黑 C. H. Beck 出版社出版的活页本《舍恩菲尔德德国法律汇编》[Schönfelder, Deutsche Gesetze]中所收录的各该法律文本译出。条文的标题，未加任何标记的，系该法律本身所具有；用方括号括出的，系《舍恩菲尔德德国法律汇编》的编者所加；标题中个别用圆括号括出的文字，则系译者为翻译的需要而加。)——译注

³ 参见注 1。

⁴ 《刑法典》第二百二十六条的内容为：

“第二百二十六条 严重的身体伤害

第一款 伤害他人身体，对被害人造成下列后果之一的，判处一年至十年有期徒刑：

(一) 丧失单眼或双眼的视力、听力、语言功能或者生育能力；

(二) 丧失或者长期无法使用某一重要肢体；

(三) 身体外部形态长期严重被毁、长期罹患重病、瘫痪、罹患精神疾病或产生精神障碍。

第二款 行为人为人蓄意造成第一款所规定后果，或者明知会造成第一款所规定后果的，判处不低于三年的有期徒刑。

第三款 犯第一款规定之罪，情节较轻的，判处六个月至五年有期徒刑；犯第二款规定之罪，情节较轻的，判处一年至十年有期徒刑。”——译注

第二款 实施第一款第二项至第五项规定的行为，情节较轻的，判处不低于五年的有期徒刑。

第七条 危害人类罪

第一款 在广泛或者有系统的针对平民的攻击中，实施下列第一项和第二项所规定行为的，判处无期徒刑；实施下列第三项至第七项所规定行为的，判处不低于五年的有期徒刑；实施下列第八项至第十项所规定行为的，判处不低于三年的有期徒刑：

(一) 杀人；

(二) 以全部或部分消灭某一地区的居民为目的，将该地区居民或者其中的一部分置于能够导致其全部或部分毁灭的生活状况之下；

(三) 贩卖人口，特别是贩卖妇女或儿童，或者以其他方式奴役他人并且无理主张对该人拥有所有权；

(四) 将在某一地区合法居住的人员驱逐出境或强行迁移，即违背国际法的普遍准则，通过驱逐或者其他强制措施将其转移至另一国家或地区；

(五) 对由其羁押或者以其他方式处于其控制之下的人员实行酷刑，即对该人员造成身体或精神的重大伤害或痛苦，而该伤害或痛苦并非仅仅由于国际法所允许的制裁；

(六) 性压迫、强奸、强迫卖淫、强迫绝育或者以影响某地域人口的族裔构成为目的拘禁被强迫怀孕的妇女；

(七) 以使他人长期丧失法律保护为目的，通过下列方式迫使他人失踪：

甲、受国家或政治组织的指使或经其同意而绑架他人或者以其他严重方式剥夺他人的人身自由，并且事后在受到询问时不立即提供有关人员命运和下落的真实信息；或者

乙、受国家或政治组织的指使或者违背法律义务，拒绝立即提供在甲目规定的条件下被剥夺人身自由的人员命运和下落的信息，或者提供虚假的信息；

(八) 使他人遭受严重的身体或精神伤害，特别是《刑法典》第二百二十六条所规定的伤害⁵；

(九) 违背国际法的普遍准则，以严重方式剥夺他人的人身自由；或者

(十) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别或者国际法的普遍准则所不允许的其他理由，以剥夺或者严重限制基本人权的方式迫害任何可以识别的团体或集体。

⁵ 参见注 4。

第二款 实施第一款第二项规定的行为，情节较轻的，判处不低于五年的有期徒刑；实施第一款第三项至第七项规定的行为，情节较轻的，判处不低于两年的有期徒刑；实施第一款第八项和第九项规定的行为，情节较轻的，判处不低于一年的有期徒刑。

第三款 实施第一款第三项至第十项规定的行为，致人死亡的，在第一款第三项至第七项规定的情形，判处无期徒刑或者不低于十年的有期徒刑；在第一款第八项至第十项规定的情形，判处不低于五年的有期徒刑。

第四款 实施第三款规定的行为，情节较轻的，在第一款第三项至第七项规定的情形，判处不低于五年的有期徒刑；在第一款第八项至第十项规定的情形，判处不低于三年的有期徒刑。

第五款 以维持一个种族团体有系统地压迫和统治另一个种族团体的体制化制度为目的，实施第一款所规定的重罪的，判处不低于五年的有期徒刑，除非该行为按照第一款或第三款的规定应当受到更重的处罚。情节较轻的，判处不低于三年的有期徒刑，除非该行为按照第二款或第四款的规定应当受到更重的处罚。

第二节 战争罪

第八条 针对人员的战争罪行

第一款 在国际性或非国际性武装冲突中实施下列第一项所规定行为的，判处无期徒刑；实施下列第二项所规定行为的，判处不低于五年的有期徒刑；实施下列第三项至第五项所规定行为的，判处不低于三年的有期徒刑；实施下列第六项至第八项所规定行为的，判处不低于两年的有期徒刑；实施下列第九项所规定行为的，判处不低于一年的有期徒刑：

(一) 杀害按照国际人道主义法应予保护的人员；

(二) 将按照国际人道主义法应予保护的人员扣为人质；

(三) 通过造成身体或精神的重大伤害或痛苦，特别是通过酷刑或致残，残酷或者非人道地对待按照国际人道主义法应予保护的人员；

(四) 对按照国际人道主义法应予保护的人员进行性压迫、强奸、强迫卖淫、强迫绝育，或者以影响某地域人口的族裔构成为目的拘禁被强迫怀孕的妇女；

(五) 为军队强制征募不满十五周岁的儿童，或者将他们编入军队或武装团体，或者利用他们积极参与敌对行动；

(六) 将在某一地区合法居住并且按照国际人道主义法应予保护的人员驱逐出境或强行迁移，即违背国际法的普遍准则，通过驱逐或者其他强制措施将其转移至另一国家或地区；

(七) 未经公正并且提供在国际法上视为必不可少的权利保障的正式司法程序宣判，即对按照国际人道主义法应予保护的人员判处或者执行重刑，特别是死刑或者徒刑；

(八) 通过下列方式使按照国际人道主义法应予保护的人员面临死亡或者健康严重受损的危险：

甲、事先未得到该人员自愿、明确的同意，即对其进行实验；或者既不是由于医学上的必要，也不是为该人员的利益，而对其进行实验；

乙、为移植的目的提取该人员的身体组织或器官，但是事先得到该人员自愿、明确的同意，为了治疗而依照普遍认可的医学原则提取血液或皮肤的除外；

丙、对该人员施用医学上未被认可的治疗方法，除非由于医学上的必要并且事先得到该人员自愿、明确的同意；

(九) 以严重方式对按照国际人道主义法应予保护的人员实施有损尊严或者有辱人格的待遇。

第二款 在国际性或非国际性武装冲突中伤害已经无条件投降或者在其他情况下丧失战斗力的敌方军队成员或敌方战斗员的，判处不低于三年的有期徒刑。

第三款 在国际性武装冲突中实施下列行为之一的，判处不低于两年的有期徒刑：

(一) 非法拘禁或者无正当理由而延误释放根据第六款第一项应予保护的人员；

(二) 作为占领军的成员将本国平民人口的一部迁入被占领土；

(三) 通过暴力或者可感受到的恶意胁迫，迫使根据第六款第一项应予保护的人员在其敌对方军队中服役；

(四) 通过暴力或者可感受到的恶意胁迫，迫使敌方人员参与针对其本国的战争行动。

第四款 实施第一款第二项至第六项规定的行为，致被害人死亡的，在第一款第二项规定的情形，判处无期徒刑或者不低于十年的有期徒刑；在第一款第三项至第五项规定的情形，判处不低于五年的有期徒刑；在第一款第六项规定的情形，判处不低于三年的有期徒刑。实施第一款第八项规定的行为，致人死亡或者致人健康严重受损的，判处不低于三年的有期徒刑。

第五款 实施第一款第二项规定的行为，情节较轻的，判处不低于两年的有期徒刑；实施第一款第三项和第四项以及第二款规定的行为，情节较轻的，判处不低于一年的有期徒刑；实施第一款第六项以及第三款第一项规定的行为，情节较轻的，判处六个月至五年有期徒刑。

第六款 按照国际人道主义法应予保护的人员系指：

(一) 国际性武装冲突中按照诸项《日内瓦公约》以及第一号《附加议定书》(本法之附件)的规定应予保护的人员，即伤员、病员、遇难船只的乘员、战俘和平民；

(二) 非国际性武装冲突中的伤员、病员、遇难船只的乘员以及处于敌方力量控制之下但并未直接参与敌对行动的人员；

(三) 国际性和非国际性武装冲突中已经放下武器或者以其他方式失去自卫能力的敌方军队成员和敌方战斗员。

第九条 针对财产和其他权利的战争罪行

第一款 在国际性或非国际性武装冲突中，实施抢劫或者并非出于武装冲突本身的需要而以违反国际法其他方式大规模毁坏、侵占或没收处于己方力量控制之下的敌方财产的，判处一年至十年有期徒刑。

第二款 在国际性武装冲突中违反国际法，下令取消或停止敌方全部或相当一部国民的实体权利和诉讼权利，或者下令在法院中对这些权利不予理会的，判处一年至十年有期徒刑。

第十条 针对人道主义行动和标志的战争罪行

第一款 在国际性或非国际性武装冲突中实施下列行为之一的，判处不低于三年的有期徒刑：

(一) 对依照《联合国宪章》进行的人道主义援助或维持和平行动所涉及的，按照国际人道主义法应当视同平民或者民用目标而予以保护的人员、设施、物资、单位或车辆实施攻击；

(二) 对依照国际人道主义法使用诸项《日内瓦公约》所规定的保护性标志的人员、建筑、物资、医疗单位或者救护用运输设备实施攻击。

实施上述行为，情节较轻，特别是没有使用军事手段进行攻击的，判处不低于一年的有期徒刑。

第二款 在国际性或非国际性武装冲突中滥用诸项《日内瓦公约》所规定的保护性标志、休战旗或者敌方或联合国的旗帜、军事标志或制服，致人死亡或重伤(参照《刑法典》第二百二十六条⁶)的，判处不低于五年的有期徒刑。

第十一条 交战中采用被禁止的方法的战争罪行

⁶ 参见注 4。

第一款 在国际性或非国际性武装冲突中实施下列行为之一的，判处不低于三年的有期徒刑：

(一) 采用军事手段针对平民人口本身或者未直接参与敌对行动的个别平民实施攻击；

(二) 采用军事手段针对民用目标实施攻击，如果该民用目标本身受到国际人道主义法的保护，即属于专门用于宗教、教育、艺术、科学或者慈善事业的建筑、历史纪念物、医院及伤病人员收容场所、不设防的城市、村庄、居民点或建筑、非军事区或者危险装置和设施；

(三) 采用军事手段发动攻击，而该攻击预期一定会导致平民伤亡或者民用目标的损坏，并且其程度与预计能够得到的具体、直接的整体军事利益相比明显超过必要限度；

(四) 将按照国际人道主义法应予保护的人员作为屏障，以防止敌方对特定的目标发起军事行动；

(五) 以断绝平民的食物作为战争方法，即扣留为其生存所必需的物品或者违反国际人道主义法而阻碍救济物资的提供；

(六) 作为指挥官而下令不准纳降或者以不予纳降相威胁；或者

(七) 以背信弃义的方式杀、伤敌方军队成员或敌方战斗员。

实施上述第二项规定的行为，情节较轻的，判处不低于一年的有期徒刑。

第二款 实施第一款第一项至第六项规定的行为，导致平民或者按照国际人道主义法应予保护的人员死亡或者重伤(参照《刑法典》第二百二十六条⁷)的，判处不低于五年的有期徒刑。故意致人死亡的，判处无期徒刑或者不低于十年的有期徒刑。

第三款 在国际性武装冲突中采用军事手段发动攻击，而该攻击预期一定会导致自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏，并且其程度与预计能够得到的具体、直接的整体军事利益相比明显超过必要限度的，判处不低于三年的有期徒刑。

第十二条 交战中采用被禁止的手段的战争罪行

第一款 在国际性或非国际性武装冲突中实施下列行为之一的，判处不低于三年的有期徒刑：

(一) 使用毒物或有毒武器；

(二) 使用生物或化学武器；或者

⁷ 参见注 4。

(三) 使用在人体内易于自行膨胀或变得扁平的子弹，特别是外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹。

第二款 实施第一款规定的行为，导致平民或者按照国际人道主义法应予保护的人员死亡或者重伤(参照《刑法典》第二百二十六条⁸)的，判处不低于五年的有期徒刑。故意致人死亡的，判处无期徒刑或者不低于十年的有期徒刑。

第三节 其他犯罪行为

第十三条 违背监督义务

第一款 军事指挥官出于故意或者过失而未对由其指挥或实际控制的部属实行适当监督的，应当因违背监督义务而受到刑罚处罚，如果该部属实施了本法所规定的行为而该行为事先可以为该指挥官所知晓并且制止。

第二款 文职上级出于故意或者过失而未对由其管辖或实际控制的部属实行适当监督的，应当因违背监督义务而受到刑罚处罚，如果该部属实施了本法所规定的行为而该行为事先可以为该文职上级所容易知晓并且制止。

第三款 第四条第二款的规定在此相应适用。

第四款 故意违背监督义务的，判处不超过五年的有期徒刑；过失违背监督义务的，判处不超过三年的有期徒刑。

第十四条 怠于报告犯罪行为

第一款 军事指挥官或者文职上级怠于将其部属实施的、本法所规定的行为立即向有权调查或追诉该行为的主管机关报告的，判处不超过五年的有期徒刑。

第二款 第四条第二款的规定在此相应适用。

本法第八条第六款第一项之附件

本法所称诸项《日内瓦公约》系指：

一、1949年8月12日通过的《关于改善战地武装部队伤病员境遇的日内瓦公约》（《联邦法律公报》1954年第II卷第781、783页）；

二、1949年8月12日通过的《关于改善海上武装部队伤病员和遇难船只乘员境遇的日内瓦公约》（《联邦法律公报》1954年第II卷第781、813页）；

三、1949年8月12日通过的《关于战俘待遇的日内瓦公约》（《联邦法律公报》1954年第II卷第781、838页）；以及

⁸ 参见注4。

四、1949年8月12日通过的《关于在战时保护平民的日内瓦公约》（《联邦法律公报》1954年第II卷第781、917页）。

本法所称第一号《附加议定书》系指：

1977年6月8日通过的、对1949年8月12日关于保护国际性武装冲突的受害者的诸项《日内瓦公约》的《附加议定书》（《联邦法律公报》1990年第II卷第1550、1551页）。

第二编 《〈刑法典〉修正案》

对1998年11月13日公布（《联邦法律公报》第I卷第3322页）、最近一次由2000年6月19日的法律（《联邦法律公报》第I卷第1142页）作了修订的《刑法典》文本作出如下修订：

（一）在目录中对第二百二十条、第二百二十条之一的说明修改为：

“第二百二十条及第二百二十条之一（删除）”⁹；

（二）废除第六条第一项¹⁰；

（三）从第七十八条第二款中删去“第二百二十条之一（灭绝种族罪）及”字样¹¹；

⁹ 该处说明原为：

“第二百二十条（删除）

“第二百二十条之一 灭绝种族罪”。——译注

¹⁰ 《刑法典》第六条的内容原为：

“**第六条 针对受到国际保护的法益的国外行为**

“德国刑法亦应适用于下列在国外实施的行为，而无需考虑行为地的法律规定：

（一）灭绝种族罪（第二百二十条之一）；

（二）第三百零七条、第三百零八条第一款至第四款、第三百零九条第二款以及第三百一十条所规定的利用原子能、爆炸物或辐射实施的重罪；

（三）攻击空中及海上交通罪（第三百一十六条之三）；

（四）贩卖人口罪（第一百八十条之二）及情节严重的贩卖人口罪（第一百八十一条）；

（五）未经许可而经销麻醉药物；

（六）第一百八十四条第三款及第四款所规定的传播淫秽读物罪；

（七）伪造货币、有价证券罪（第一百四十六条、第一百五十一条及第一百五十二条），伪造支付卡及欧洲支票样张罪（第一百五十二条之一第一款至第四款），以及为上述伪造行为所进行的准备（第一百四十九条、第一百五十一条、第一百五十二条及第一百五十二条之一第五款）；

（八）骗取补贴罪（第二百六十四条）；

（九）根据对德意志联邦共和国有拘束力的国际条约的规定，即使在国外实施亦应予以追诉的行为。”——译注

¹¹ 《刑法典》第七十八条的内容原为：

“**第七十八条（追诉）时效期限**

“**第一款** 追诉时效期限届满，即不得再对犯罪行为进行惩罚或给予处分（第十一条第一款第八项）。第七十六条之一第二款第一句第一项的规定不受影响。

“**第二款** 追诉第二百二十条之一（灭绝种族罪）及第二百一十一条（谋杀罪）所规定的重罪，不受任何时效限制。

“**第三款** 追诉受到时效限制的，适用下列时效期限：

（一）有可能判处无期徒刑的行为，经过三十年；

(四) 从第七十九条第二款中删去“因灭绝种族罪(第二百二十条之一)而判处的刑罚及”字样¹²;

(五) 在第一百二十六条第一款第二项中, 将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”¹³;

(二) 法定最高刑为超过十年的有期徒刑的行为, 经过二十年;

(三) 法定最高刑为超过五年但不超过十年的有期徒刑的行为, 经过十年;

(四) 法定最高刑为超过一年但不超过五年的有期徒刑的行为, 经过五年;

(五) 其他行为, 经过三年。

“**第四款** 追诉时效期限的计算以确定犯罪构成要件的法律规定为准, 对《总则》中规定的加重或减轻处罚, 以及为情节特别严重或情节较轻的情形规定的加重或减轻处罚, 不予考虑。”——译注

¹² 《刑法典》第七十九条的内容原为:

“第七十九条 (执行)时效期限

“**第一款** 执行时效期限届满, 即不得再执行依法作出并且具有法律效力的刑罚判决或处分(第十一条第一款第八项)决定。

“**第二款** 执行因灭绝种族罪(第二百二十条之一)而判处的刑罚及无期徒刑, 不受任何时效限制。

“**第三款** 执行时效期限如下:

(一) 超过十年的有期徒刑, 经过二十五年;

(二) 超过五年但不超过十年的有期徒刑, 经过二十年;

(三) 超过一年但不超过五年的有期徒刑, 经过十年;

(四) 不超过一年的有期徒刑及超过三十单位日罚金的罚金刑, 经过五年;

(五) 不超过三十单位日罚金的罚金刑, 经过三年。

“**第四款** 执行保安监管不受任何时效限制。其他处分的执行时效期限为十年。但是被判处行为监督或者初次被判处由戒除瘾癖机构收容的, 其执行时效期限为五年。

“**第五款** 同时被判处徒刑和罚金, 或者被判处刑罚并且附加宣告剥夺自由的保安处分、追缴、没收或封存的, 其中某一项刑罚或处分的执行时效期限不应先于其他刑罚或处分的执行时效期限届满。但是被同时判处保安监管的, 刑罚和其他处分的执行时效期限不受影响。

“**第六款** 执行时效期间自判决或决定生效时开始计算。”——译注

¹³ 《刑法典》第一百二十六条的内容原为:

“第一百二十六条 以实施犯罪相威胁从而扰乱公共秩序

“**第一款** 通过足以扰乱公共秩序的方式, 威胁实施下列犯罪行为之一的, 判处不超过三年的有期徒刑或者罚金:

(一) 第一百二十五条之一第二句第一项至第四项所规定的破坏社会安定的行为;

(二) 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一);

(三) 严重的身体伤害(第二百二十六条);

(四) 第二百三十四条、第二百三十四条之一、第二百三十九条之一或第二百三十九条之二所规定的针对人身自由的犯罪行为;

(五) 抢劫罪或抢劫性的敲诈勒索罪(第二百四十九条至第二百五十一条或第二百五十五条);

(六) 第三百零六条至第三百零六条之三、第三百零七条第一款至第三款、第三百零八条第一款至第三款、第三百零九条第一款至第四款、第三百一十三条、第三百一十四条、第三百一十五条第三款、第三百一十五条之二第三款、第三百一十六条之一第一款或第三款、第三百一十六条之三第一款或第三款、第三百一十八条第三款或第四款所规定的危害公共安全的重罪; 或者

(七) 第三百零九条第六款、第三百一十一条第一款、第三百一十六条之二第一款、第三百一十七条第一款、第三百一十八条第一款所规定的危害公共安全的轻罪。

“**第二款** 明知不是事实, 而通过足以扰乱公共秩序的方式, 伪称将会有人实施第一款所规定的不法行为的, 按照第一款的规定处罚。”——译注

(六) 在第一百二十九条之一第一款第一项中, 将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”¹⁴;

(七) 在第一百三十条第三款中, 将“第二百二十条之一第一款”修改为“《国际刑法典》第六条第一款”¹⁵;

¹⁴ 《刑法典》第一百二十九条之一的内容原为:

“第一百二十九条之一 建立恐怖组织

“第一款 建立以下列犯罪为目的或者从事下列犯罪活动的组织, 或者作为成员参加此类组织的, 判处一年至十年有期徒刑:

(一) 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一);

(二) 第二百三十九条之一或第二百三十九条之二所规定的针对人身自由的犯罪行为;

(三) 第三百零五条之一所规定的犯罪行为或者第三百零六条至第三百零六条之三、第三百零七条第一款至第三款、第三百零八条第一款至第四款、第三百零九条第一款至第五款、第三百一十三条、第三百一十四条、第三百一十五条第一款、第三款或第四款、第三百一十六条之二第一款或第三款、第三百一十六条之三第一款至第三款所规定的危害公共安全的犯罪行为。

“第二款 行为人是头目或者幕后策划者的, 判处不低于三年的有期徒刑。

“第三款 为第一款所规定的组织提供支持或进行宣传的, 判处六个月至五年有期徒刑。

“第四款 在第一款和第三款规定的情形, 行为人罪责轻微并且仅起次要作用的, 法院可以酌情从轻或减轻处罚(第四十九条第二款)。

“第五款 第一百二十九条第六款的规定在此相应适用。

“第六款 行为人被判处不低于六个月有期徒刑的, 法院可以同时宣告剥夺行为人担任公职和参加公共选举的权利(第四十五条第二款)。

“第七款 在第一款和第二款规定的情形, 法院可以命令对行为人实行行为监督(第六十八条第一款)。”——译注

¹⁵ 《刑法典》第一百三十条的内容原为:

“第一百三十条 民族煽动

“第一款 通过足以扰乱公共秩序的方式实施下列行为之一的, 判处三个月至五年有期徒刑:

(一) 煽动对某一部分人口的仇恨或者要求对某一部分人口采用暴力或采取专横措施; 或者

(二) 以辱骂、恶意藐视或诽谤某一部分人口的方式侵犯他人的尊严。

“第二款 实施下列行为之一的, 判处不超过三年的有期徒刑或者罚金:

(一) 将煽动对某一部分人口或某一民族的、种族的、宗教的或具有特定民族性的团体的仇恨, 或者要求对某一部分人口或上述各类团体采用暴力或采取专横措施, 或者以辱骂、恶意藐视或诽谤某一部分人口或上述各类团体的方式侵犯他人尊严的读物(第十一条第三款)

甲、加以散发;

乙、进行公开陈列、张贴、放映或以其他方式使他人有机会获得;

丙、提供、转让给不满十八周岁的人或者使其有机会获得; 或者

丁、以按照甲目至丙目规定的方式使用或使他人得以如此使用上述读物或其片段为目的, 制造、获取、交付、储存、提供、预告、宣扬、进口或出口上述读物; 或者

(二) 通过广播播发具有第一项所规定内容的节目。

“第三款 在公开场合或公共集会中, 通过足以扰乱公共秩序的方式, 对纳粹统治时期所为的、属于第二百二十条之一第一款所规定性质的行为表示赞同、予以否认, 或者为这些行为开脱的, 判处不超过五年的有期徒刑或者罚金。

“第四款 第二款的规定亦适用于含有第三款所规定内容的读物(第十一条第三款)。

“第五款 对于第二款规定的情形、第二款结合第四款规定的情形以及第三款规定的情形, 相应适用第八十六条第三款的规定。”——译注

(八) 在第一百三十八条第一款第六项中, 将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”¹⁶;

(九) 在第一百三十九条第三款第二项中, 将“第二百二十条之一第一款第一项”修改为“《国际刑法典》第六条第一款第一项”¹⁷;

(十) 废除第二百二十条之一¹⁸。

¹⁶ 《刑法典》第一百三十八条的内容原为:

“第一百三十八条 怠于报告计划中的犯罪行为”

“第一款 对于下列犯罪的计划, 或者实施下列犯罪的举动, 在尚能阻止其实施或者尚能防止其后果发生时即已确知, 而怠于及时向有关当局或受到威胁者报告的, 判处不超过五年的有期徒刑或者罚金:

(一) 准备发动侵略战争罪(第八十条);
 (二) 第八十一条至第八十三条第一款所规定的叛逆罪;
 (三) 第九十四条至第九十六条、第九十七条之一或第一百条所规定的叛国罪或危害国家外部安全罪;

(四) 第一百四十六条、第一百五十一条、第一百五十二条所规定的伪造货币、有价证券罪或者第一百五十二条之一第一款至第三款所规定的伪造支付卡及欧洲支票样张罪;

(五) 第一百八十一条第一款第二项或第三项所规定的情节严重的贩卖人口罪;

(六) 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一);

(七) 第二百三十四条、第二百三十四条之一、第二百三十九条之一或第二百三十九条之二所规定的针对人身自由的犯罪行为;

(八) 抢劫罪或者抢劫性的敲诈勒索罪(第二百四十九条至第二百五十一条或者第二百五十五条); 或者

(九) 第二百零六条至第二百零六条之三、第二百零七条第一款至第三款、第二百零八条第一款至第四款、第二百零九条第一款至第五款、第三百一十条、第三百一十三条、第三百一十四条、第三百一十五条第三款、第三百一十五条之二第三款、第三百一十六条之一或第三百一十六条之三所规定的危害公共安全的犯罪行为。

“第二款 对于第一百二十九条之一所规定的犯罪行为的计划, 或者实施该犯罪行为的举动, 在尚能阻止其实施时即已确知, 而怠于立即向有关当局报告的, 按照第一款的规定处罚。

“第三款 确知违法行为的计划或实施该行为的举动, 由于轻率而未予报告的, 判处不超过一年的有期徒刑或者罚金。”——译注

¹⁷ 《刑法典》第一百三十九条的内容原为:

“第一百三十九条 怠于报告计划中的犯罪行为而可以免于处罚的情形”

“第一款 在第一百三十八条所规定的情形, 如果有关的犯罪行为未被着手实施, 可以免于处罚。

“第二款 神职人员对其基于牧师身份而获知的事项, 没有报告的义务。

“第三款 怠于告发亲属的, 如果认真努力阻止该亲属实施犯罪行为或防止犯罪结果发生, 不予处罚, 但是涉及下列犯罪的除外:

(一) 谋杀罪或杀人罪(第二百一十一条或第二百一十二条);

(二) 第二百二十条之一第一款第一项所规定的灭绝种族罪; 或者

(三) 抢劫性的敲诈勒索罪(第二百三十九条之一第一款)、劫持人质罪(第二百三十九条之二第一款)或者通过恐怖组织(第一百二十九条之一)攻击空中及海上交通罪(第三百一十六条之三第一款)。

在同样条件下, 律师、辩护人或医生对其基于职业身份而获知的事项, 没有报告的义务。

“第四款 虽未报告, 但是通过其他方式阻止犯罪行为的实施或防止犯罪结果发生的, 不予处罚。负有报告义务的人即使不作为, 犯罪行为也不会被实施或者犯罪结果也不会发生的, 只要该义务人为防止犯罪结果的发生进行了认真的努力, 即不予处罚。”——译注

¹⁸ 《刑法典》第二百二十条之一的内容原为:

“第二百二十条之一 灭绝种族罪”

第三编 《〈刑事诉讼法典〉修正案》

对 1987 年 4 月 7 日公布(《联邦法律公报》第 I 卷第 1074、1319 页)、最近一次由 2001 年 6 月 25 日的法律(《联邦法律公报》第 I 卷第 1206 页)作了修订的《刑事诉讼法典》文本作出如下修订:

(一) 在第一百条之一第一句第二项中, 将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”¹⁹;

第一款 以全部或部分消灭某一民族的、种族的、宗教的或者具有特定民族性的团体为目的, 实施下列行为之一的, 判处无期徒刑:

- (一) 杀害该团体的成员;
- (二) 使该团体的成员遭受严重的身体或精神伤害, 特别是第二百二十六条所规定的伤害;
- (三) 将该团体置于能够导致其肉体上全部或部分毁灭的生活状况之下;
- (四) 采取措施阻止该团体内的生育;
- (五) 将该团体的儿童强制转移至另一团体。

第二款 实施第一款第二项至第五项规定的行为, 情节较轻的, 判处不低于五年的有期徒刑。”——译注

¹⁹ 《刑事诉讼法典》第一百条之一的内容原为:

第一百条之一 [监听电信往来]

“当特定的事实使得有理由怀疑某人曾经实施或参与实施下列犯罪行为之一, 或者曾经——在未遂亦应受到刑罚处罚的情形——企图实施这些行为或通过犯罪为这些行为进行准备时, 如果通过其他方式不可能或者极难查清案情或查明被指控人的下落, 可以命令对其电信往来实行监听和记录:

(一) **甲**、危害和平罪、叛逆罪、危害民主法治国家罪、叛国罪及危害国家外部安全罪(《刑法典》第八十条至第八十二条、第八十四条至第八十六条、第八十七条至第八十九条、第九十四条至第一百条之一, 《社团法》第二十条第一款第一项至第四项);

乙、妨害国防罪(《刑法典》第一百零九条之四至第一百零九条之八);

丙、扰乱公共秩序罪(《刑法典》第一百二十九条至第一百三十条, 《外国人法》第九十二条第一款第七项);

丁、非军人煽动或帮助军人逃离部队, 或者煽动军人违抗命令(《军事刑法》第十六条、第十九条结合第一条第三款);

戊、危害驻扎在德意志联邦共和国境内的、德国以外的《北大西洋公约》组织成员国的军队的安全, 或者危害驻扎在柏林州的、三个占领国之一的军队的安全的犯罪行为(《刑法典》第八十九条、第九十四条至第九十七条、第九十八条至第一百条、第一百零九条之四至第一百零九条之七, 《军事刑法》第十六条、第十九条结合第四部《刑法修订法》第七条);

(二) 伪造货币、有价证券罪(《刑法典》第一百四十六条、第一百五十一条、第一百五十二条), 《刑法典》第一百八十一条第一款第二项及第三项所规定的情节严重的贩卖人口罪, 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一), 针对人身自由的犯罪行为(《刑法典》第二百三十四条、第二百三十四条之一、第二百三十九条之一、第二百三十九条之二), 团伙盗窃罪(《刑法典》第二百四十四条第一款第二项)或情节严重的团伙盗窃罪(《刑法典》第二百四十四条之一), 抢劫罪或抢劫性的敲诈勒索罪(《刑法典》第二百四十九条至第二百五十一条、第二百五十五条), 敲诈勒索罪(《刑法典》第二百五十三条), 职业性营销赃物罪、团伙营销赃物罪(《刑法典》第二百六十条)或者职业性团伙营销赃物罪(《刑法典》第二百六十条之一), 《刑法典》第二百六十一条第一款、第二款或第四款所规定的洗钱罪、隐匿非法所得罪, 《刑法典》第三百零六条至第三百零六条之三、第三百零七条第一款至第三款、第三百零八条第一款至第三款、第三百零九条第一款至第四款、第三百一十条第一款、第三百一十一条、第三百一十二条、第三百一十三条、第三百一十四条、第三百一十五条第三款、第三百一十五条之二第三款、第三百一十六条之一、第三百一十六条之三所规定的危害公共安全的犯罪;

(三) 《武器法》第五十二条之一第一款至第三款、第五十三条第一款第一句第一项及第二项以及第二句所规定的犯罪行为, 《对外经济法》第三十四条第一款至第六款所规定的犯罪行为, 《战争武

(二) 在第一百条之三第一款第三项甲目中, 将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”²⁰;

器管制法》第十九条第一款至第三款、第二十条第一款或第二款以及这几款分别结合第二十一条或第二十二条之一第一款至第三款所规定的犯罪行为;

(四) 符合《麻醉药物法》第二十九条第三款第二句第一项涉及的规定中所列举条件的犯罪行为, 或者《麻醉药物法》第二十九条之一、第三十条第一款第一项、第二项、第四项、第三十条之一或第三十条之二所规定的犯罪行为;

(五) 《外国人法》第九十二条之一第二款、第九十二条之二所规定的犯罪行为, 或者《难民申请程序法》第八十四条第三款、第八十四条之一所规定的犯罪行为。

监听和记录电信往来的命令只能针对被指控人本人, 或者针对基于特定事实而有理由认为其曾经为被指控人或从被指控人接收或传递信息、或者被指控人曾经利用其通讯线路的人员。”——译注

²⁰ 《刑事诉讼法典》第一百条之三的内容原为:

“第一百条之三 [不经当事人知晓的措施]

“第一款 不经当事人知晓,

(一) 如果通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落难以取得成果或者比较困难,

甲、可以拍摄照片、摄制录像;

乙、如果所调查的是十分重大的罪行, 可以采用其他专门用于监视的技术手段调查案情或侦查行为人的下落;

(二) 当特定的事实使得有理由怀疑某人实施了第一百条之一所列举的犯罪行为, 而通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落不可能取得成果或者极其困难, 可以采用技术手段监听和记录非公开的谈话;

(三) 当特定的事实使得有理由怀疑某人实施了下列犯罪行为之一, 而通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落异常困难或者不可能取得成果, 可以采用技术手段监听和记录被指控人在住宅中的非公开谈话:

甲、伪造货币、有价证券罪(《刑法典》第一百四十六条、第一百五十一条、第一百五十二条)或者伪造支付卡及欧洲支票样张罪(《刑法典》第一百五十二条之一), 《刑法典》第一百八十一条第一款第二项、第三项所规定的情节严重的贩卖人口罪, 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一), 针对人身自由的犯罪行为(《刑法典》第二百三十四条、第二百三十四条之一、第二百三十九条之一、第二百三十九条之二), 团伙盗窃罪(《刑法典》第二百四十四条第一款第二项)或情节严重的团伙盗窃罪(《刑法典》第二百四十四条之一), 情节严重的抢劫罪(《刑法典》第二百五十条第一款或第二款)、致人死亡的抢劫罪(《刑法典》第二百五十一条)或抢劫性的敲诈勒索罪(《刑法典》第二百五十五条), 符合《刑法典》第二百五十三条第四款第二句所列举条件的敲诈勒索罪(《刑法典》第二百五十三条), 职业性营销赃物罪、团伙营销赃物罪(《刑法典》第二百六十条)或者职业性团伙营销赃物罪(《刑法典》第二百六十条之一), 《刑法典》第二百六十一条第一款至第四款所规定的洗钱罪、隐匿非法所得罪, 索贿受贿罪(《刑法典》第三百三十二条)或行贿罪(《刑法典》第三百三十四条);

乙、《武器法》第五十二条之一第一款至第三款、第五十三条第一款第一句第一项及第二项以及第二句所规定的犯罪行为, 《对外经济法》第三十四条第一款至第六款所规定的犯罪行为, 《战争武器管制法》第十九条第一款至第三款、第二十条第一款或第二款以及这几款分别结合第二十一条或第二十二条之一第一款至第三款所规定的犯罪行为;

丙、符合《麻醉药物法》第二十九条第三款第二句第一项涉及的规定中所列举条件的犯罪行为, 或者《麻醉药物法》第二十九条之一、第三十条第一款第一项、第二项、第四项、第三十条之一或第三十条之二所规定的犯罪行为;

丁、危害和平罪、叛逆罪、危害民主法治国家罪、叛国罪及危害国家外部安全罪(《刑法典》第八十条至第八十二条、第八十五条、第八十七条、第八十八条、第九十四条至第九十六条, 并结合《刑法典》第九十七条之二、第九十七条之一、第九十八条至第一百条之一);

戊、《刑法典》第一百二十九条第四款结合第一款、第一百二十九条之一所规定的犯罪行为;

己、《外国人法》第九十二条之一第二款、第九十二条之二所规定的犯罪行为, 或者《难民申请程序法》第八十四条第三款、第八十四条之一所规定的犯罪行为。

(三) 在第一百一十二条第三款中，在“犯罪行为规定于”字样之后加入“《国际刑法典》第六条第一款第一项或者”字样；删去“第二百二十条之一第一款第一项、”字样²¹；

(四) 对第一百五十三条之三作以下修改²²：

“第二款 第一款规定的措施只能针对被指控人本人。如果通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落取得成果的希望甚微或者极其困难，可以针对其他人员采取第一款第一项甲目规定的措施。对于其他人员，只有当特定的事实使得有理由相信其与行为人有联系，或者有理由相信其与行为人的联系使得采取第一款第一项乙目或第二项规定的措施能够查清案情或查明行为人的下落，并且通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落不可能取得成果或极其困难时，才能对其采取第一款第一项乙目或第二项规定的措施。第一款第三项规定的措施只能在被指控人的住宅中采取。只有在特定的事实使得有理由相信被指控人在其他人员的住宅中逗留，并且仅仅通过在被指控人的住宅中采取措施不足以查清案情或查明行为人的下落，而通过其他方式调查案情或侦查行为人的下落异常困难或者不可能取得成果的情况下，才允许在其他人员的住宅中采取第一款第三项规定的措施。

“第三款 上述措施即使不可避免地涉及第三人，亦得采取。”——译注

²¹ 《刑事诉讼法典》第一百一十二条的内容原为：

“第一百一十二条 [拘捕的条件；拘捕的理由]

“第一款 当被指控人有重大犯罪嫌疑，并且存在拘捕的理由时，可以命令将被指控人拘捕。但是与案件的实际意义、可能判处的刑罚或者矫正措施、保安处分相比，拘捕明显过于严厉的，则不得拘捕。

“第二款 具有下列情形之一，即存在拘捕的理由：

基于特定事实，

(一) 可以确定被指控人潜逃或隐匿；

(二) 通过评估具体案情，可以认定存在被指控人逃避刑事诉讼的危险(逃脱的危险)；或者

(三) 可以认为被指控人的行为表明其有实施下列举动的重大嫌疑，并且因此而存在难以查明事实真相的危险(真相难以查明的危险)：

甲、毁灭、变造、藏匿、压制或伪造证据；或者

乙、通过不正当的方式对其他被指控人、证人或鉴定人施加影响；或者

丙、促使他人实施上述行为。

“第三款 对于被指控人，如果其有重大嫌疑的犯罪行为规定于《刑法典》第一百二十九条之一第一款、第二百一十一条、第二百一十二条、第二百二十条之一第一款第一项、第二百二十六条、第三百零六条之二或第三百零六条之三，或者规定于《刑法典》第三百零八条第一款至第三款并且该行为威胁到他人的身体或生命，则无需第二款所规定的拘捕理由即可命令将其拘捕。”——译注

²² 《刑事诉讼法典》第一百五十三条之三的内容原为：

“第一百五十三条之三 [对国外行为免于追诉]

“第一款 具有下列情形之一的，检察机关可以对犯罪行为免于追诉：

(一) 该犯罪行为是在本法效力空间以外实施，或者该犯罪行为是由在本法效力空间以外采取的行动的参加者在该范围内实施；

(二) 该犯罪行为是由外国人在位于本国境内的外国船舶或飞行器内实施；

(三) 如果被指控人已经由于该行为而在国外被执行刑罚，并且该刑罚与在德国可能判处的刑罚折抵后，剩余的刑罚已不再具有决定性意义；或者被指控人在国外已被依法有效地判决实施该行为无罪。

“第二款 如果犯罪行为是通过在本法效力空间以外作出的举动而在本法效力空间以内实施，并且进行诉讼程序有对德意志联邦共和国造成严重不利后果的危险，或者追诉该行为与其他重大公共利益相抵触，检察机关也可以对该犯罪行为免于追诉。

“第三款 在第一款第一项、第二项以及第二款规定的情形，已经起诉的，如果进行诉讼程序有对德意志联邦共和国造成严重不利后果的危险，或者追诉该行为与其他重大公共利益相抵触，检察机关可以在诉讼程序的任何阶段撤回起诉，从而终止诉讼程序。

“第四款 诉讼程序所追诉的是《法院组织法》第七十四条之一第一款第二项至第六项以及第一百二十条第一款第二项至第七项所规定的犯罪行为时，上述职权由联邦总检察长行使。”——译注

甲、对第一款作以下修改：

子、将第二项中的分号改为句号²³；

丑、在第二项之后加入一句：

“对于按照《国际刑法典》的规定应当受到刑罚处罚的行为，适用第一百五十三条之六。”

寅、原第三项改为第二款，在款的序号之后加入“检察机关可以对犯罪行为免于追诉，”字样。

乙、原第二款至第四款改为第三款至第五款。

(五) 在第一百五十三条之五之后加入一条，作为第一百五十三条之六，内容如下：

“第一百五十三条之六

“**第一款** 对于按照《国际刑法典》第六条至第十四条的规定应当受到刑罚处罚的行为，在本法第一百五十三条之三第一款第一项和第二项规定的情形，如果被指控人不在并且也不会在本国停留，检察机关可以免于追诉。但是在本法第一百五十三条之三第一款第一项规定的情形，如果被指控人是德国人，则只有当该行为已受到某一国际法庭、行为实施地所在国或者行为受害者国籍国的追诉时，才能免于追诉。

“**第二款** 对于按照《国际刑法典》第六条至第十四条的规定应当受到刑罚处罚的行为，在本法第一百五十三条之三第一款第一项和第二项规定的情形，符合下列条件的，检察机关应当免于追诉：

(一) 不存在德国人实施该行为的嫌疑；

(二) 该行为不是针对德国人而实施；

(三) 实施该行为的嫌疑人不在并且也不会在本国停留；并且

(四) 该行为已受到某一国际法庭、行为实施地所在国、行为的嫌疑人国籍国或者行为受害者国籍国的追诉。

对于在本国停留、因某一在国外实施的行为而受到指控的外国人，如果符合第一句第二项和第四项规定的条件，而将其移交至某一国际法庭或引渡至追诉国是允许的并且有此意图，则同样适用本款规定。

²³ 此处修改原文为“将第二项中的逗号改为句号”，所涉及的法律条文原文中亦仅有一处逗号而无分号。但是由于中、德文在语法方面的巨大差异，译者在翻译法律条文时只能保证译文中句号的使用和原文完全保持一致，而无法使其他标点符号与原文一一对应，因此在涉及到对标点符号的修改时，也不得不根据译文的需要而作出相应变通，特此说明。——译注

“**第三款** 在第一款或第二款规定的情形，已经提起公诉的，检察机关可以在诉讼程序的任何阶段撤回起诉，从而终止诉讼程序。”

第四编 《〈法院组织法〉修正案》

对 1975 年 5 月 9 日公布(《联邦法律公报》第 I 卷第 1077 页)、最近一次由 2001 年 11 月 26 日的法律(《联邦法律公报》第 I 卷第 3138 页)作了修订的《法院组织法》文本作出如下修订：

在第一百二十条第一款第八项中，将“(《刑法典》第二百二十条之一)”修改为“(《国际刑法典》第六条)”²⁴。

²⁴ 《法院组织法》第一百二十条的内容原为：

“第一百二十条 [(高等州法院)对第一审刑事案件的管辖权]

“第一款 辖区包括州政府所在地的高等州法院，对于本州内发生的下列刑事案件，行使第一审的审理和决定权：

(一) 《刑法典》第八十条所规定的危害和平罪；

(二) 叛逆罪(《刑法典》第八十一条至第八十三条)；

(三) 叛国罪、危害国家外部安全罪(《刑法典》第九十四条至第一百条之一)以及《专利法》第五十二条第二款所规定的犯罪行为、《实用新型法》第九条第二款结合《专利法》第五十二条第二款所规定的犯罪行为或者《半导体保护法》第四条第四款结合《实用新型法》第九条第二款与《专利法》第五十二条第二款所规定的犯罪行为；

(四) 攻击外国国家机构和代表罪(《刑法典》第一百零二条)；

(五) 《刑法典》第一百零五条、第一百零六条所规定的针对宪法机构的犯罪行为；

(六) 违反《刑法典》第一百二十九条之一有关禁止结社的规定的行为；

(七) 《刑法典》第一百三十八条所规定的怠于报告犯罪行为，如果所怠于报告的是属于高等州法院管辖的犯罪行为；以及

(八) 灭绝种族罪(《刑法典》第二百二十条之一)。

“第二款 下列刑事案件第一审的审理和决定权亦应由前述各高等州法院行使：

(一) 第七十四条之一第一款所规定的犯罪行为，如果由于案件的特殊意义而由联邦总检察长按照第七十四条之一第二款的规定行使追诉权；

(二) 谋杀罪(《刑法典》第二百一十一条)、杀人罪(《刑法典》第二百一十二条)以及《刑法典》第一百二十九条之一第一款第二项和第三项所规定的犯罪行为，如果该行为与某一不存在于或不仅存在于德国、以这一类犯罪为目的或从事这一类犯罪的组织的活动有联系，并且由于案件的特殊意义而由联邦总检察长行使追诉权；

(三) 谋杀罪(《刑法典》第二百一十一条)、杀人罪(《刑法典》第二百一十二条)、劫持人质罪(《刑法典》第二百三十九条之二)、情节严重或情节特别严重的纵火罪(《刑法典》第三百零六条之一、第三百零六条之二)、致人死亡的纵火罪(《刑法典》第三百零六条之三)、《刑法典》第三百零七条第一款及第三款第一项所规定的利用原子能引发爆炸罪、《刑法典》第三百零九条第二款和第四款所规定的滥用电离辐射罪、《刑法典》第三百一十三条第二款结合第三百零八条第二款及第三款所规定的决水罪、《刑法典》第三百一十四条第二款结合第三百零八条第二款及第三款所规定的危害公共安全的投毒罪以及《刑法典》第三百一十六条之三第一款及第三款所规定的攻击空中及海上交通罪，如果该行为在具体情况下目的在于并且足以

甲、危及德意志联邦共和国的存在或者其外部或内部安全；

乙、废除宪法原则、使其失效或将其埋没；或者

丙、危害驻扎在德意志联邦共和国境内的《北大西洋公约》组织的军队或者该组织中德国以外的成员国的军队的安全；

并且由于案件的特殊意义而由联邦总检察长行使追诉权。上述案件如不存在特殊意义，在第一项规定的情形，前述各高等州法院应在审判开始时将案件移送州法院；在第二项和第三项规定的情形，移送州法院或地方法院。

第五编 《〈法院组织法施行法修订法〉修正案》

对 1977 年 9 月 30 日公布(《联邦法律公报》第 I 卷第 1877 页)、由 1980 年 3 月 28 日的法律(《联邦法律公报》第 I 卷第 373 页)作了修订的《〈法院组织法施行法〉修订法》作出如下修订:

在第二条第一款第一句第一项中,将“谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一)”修改为“谋杀罪、杀人罪(第二百一十一条、第二百一十二条)或者灭绝种族罪(《国际刑法典》第六条)”²⁵。

第六编 《〈原德意志民主共和国国家全部档案资料法〉修正案》

对 1991 年 12 月 20 日公布(《联邦法律公报》第 I 卷第 2272 页)、最近一次由 1999 年 6 月 17 日的法律(《联邦法律公报》第 I 卷第 1334 页)作了修订的《原德意志民主共和国国家全部档案资料法》作出如下修订:

在第二十三条第一款第一句第一项乙目中²⁶,

“第三款 在由前述各高等州法院按照第一款或第二款的规定行使管辖权的案件中,第七十三条第一款所称的各项决定亦由这些高等州法院做出。针对高等州法院调查法官(《刑事诉讼法典》第一百六十九条第一款第一句)所做处置提出的申诉,在《刑事诉讼法典》第三百零四条第五款规定的情形,亦由前述各高等州法院决定。

“第四款 针对按照第七十四条之一的规定行使管辖权的法院所做处置和决定提出的申诉,亦由前述各高等州法院决定。

“第五款 法院的地域管辖,适用一般规定。对于根据第一款至第四款的规定应由高等州法院行使的职权,有关各州可通过协商确定某一州据此规定具有管辖权的法院亦得对另一州的案件行使这些职权。

“第六款 在联邦根据第一百四十二条之一的规定对追诉刑事案件具有管辖权的情形,前述各高等州法院根据《基本法》第九十六条第五款的规定行使管辖权。”——译注

²⁵ 《〈法院组织法施行法〉修订法》第二条的内容原为:

“第二条 过渡规定

“第一款 《〈法院组织法〉施行法》第三十一条至第三十八条的规定相应适用,如果因在押人员有建立犯罪组织(《刑法典》第一百二十九条)的嫌疑已经或者正在对其提起刑事诉讼,并且该犯罪组织以下列犯罪为目的或者从事下列犯罪活动:

(一) 谋杀罪、杀人罪或者灭绝种族罪(第二百一十一条、第二百一十二条或者第二百二十条之一);

(二) 第二百三十九条之一或第二百三十九条之二所规定的针对人身自由的犯罪行为;或者

(三) 第三百零六条至第三百零八条、第三百一十条之二第一款、第三百一十一条第一款、第三百一十一条之一第一款、第三百一十二条、第三百一十六条之三第一款或第三百二十四条所规定的危害公共安全的犯罪行为。

上述规定亦应相应适用,如果第三十一条第二句第二分句所要求的重大行为嫌疑涉及到《刑法典》第一百二十九条所规定的犯罪行为,并且该犯罪行为符合第一句第一项至第三项所规定的条件。

“第二款 在押人员已经由于上述犯罪行为被依法有效判决的,适用前款规定。”

(本条根据《联邦法律公报》1977 年第 I 卷第 1879 页[BGBI. 1977 I, S. 1879]译出)——译注

²⁶ 《原德意志民主共和国国家全部档案资料法》第二十三条的内容原为:

“第二十三条 为刑事追诉和防止危险的目的而使用档案资料

“第一款 含有当事人或第三人个人信息的档案资料得在必要的范围内使用,

(一) 从而追诉

甲、与原德意志民主共和国的统治相关联的犯罪行为,特别是与国家安全机构、其他安全机关、刑事追诉机关、刑罚执行机关以及法院的活动相关联的犯罪行为;

- (一) 删去“或第二百二十条之一”字样；
- (二) 在第一道横杠之前加入一行以横杠引导的文字，内容如下：
- “- 《国际刑法典》第六条；”。

第七编 废除德意志民主共和国《刑法典》中一条继续有效的规定

根据 1990 年 8 月 31 日的《统一条约》附件二第三章丙类事项第一节第一项结合 1990 年 9 月 23 日的法律(《联邦法律公报》第 II 卷第 885、1168 页)第一条的规定, 1968 年 1 月 12 日公布、1988 年 12 月 14 日又以新文本形式公布(《德意志民主共和国法律公报》第 I 卷第 3 号第 33 页)、由 1990 年 6 月 29 日的第六部《刑法修订法》(《德意志民主共和国法律公报》第 I 卷第 39 号第 526 页)作了修订的德意志民主共和国《刑法典》第八十四条在德国统一后继续有效; 现将该条予以废除²⁷。

第八编 生效

本法自公布次日起生效。

乙、《刑法典》第二百一十一条、第二百一十二条或第二百二十条之一、第二百三十九条之一、第二百三十九条之二、第三百零六条至第三百零八条、第三百一十条之二第一款、第三百一十一条第一款、第三百一十一条之一第一款、第三百一十二条、第三百一十六条之三第一款或者第三百一十九条所规定的重罪, 以及下列规定所列举的犯罪行为:

- 《武器法》第五十二条之一第一款至第三款、第五十三条第一款第一句第一项及第二项以及第二句;
- 《战争武器管制法》第十九条第一款至第三款、第二十条第一款或第二款以及这几款分别结合第二十一条或第二十二条之一第一款至第三款;
- 《麻醉药物法》第二十九条第三款第一项及第四项、第三十条第一款第一项及第二项;
- 《麻醉药物法》第三十条第一款第四项, 如果该犯罪行为系职业性进行或者为团伙成员所实施;

丙、与纳粹统治相关联的犯罪行为;

丁、本法第四十四条所规定的犯罪行为;

(二) 从而防止威胁公共安全的重大危险, 特别是防范即将实施的犯罪行为。第五条第一款的规定在此不予适用。《刑事诉讼法典》中有关禁止使用的规定不受影响。

“第二款 其他档案资料亦得使用, 如果该使用为追诉其他犯罪行为包括刑事案件的司法协助所必需, 以及为防止对公共安全的重大危险, 特别是防范犯罪行为所必需。”

(本条根据《联邦法律公报》1991 年第 I 卷第 2280、2281 页[BGBI. 1991 I, S. 2280f.]译出)——译注

²⁷ 原德意志民主共和国《刑法典》第八十四条的内容为:

“第八十四条 对破坏和平罪、危害人类罪、侵犯人权罪以及战争罪不适用时效

“本法有关时效的规定不适用于破坏和平罪、危害人类罪、侵犯人权罪以及战争罪。”

(本条根据《德意志民主共和国法律公报》1989 年第 I 卷第 3 号第 51 页[GBI. 1989 I, Nr. 3, S. 51]译出)——译注

条文说明

目录

第一部分 一般说明

- 一、立法的动机
- 二、制定《国际刑法典》的目的
- 三、草案的指导思想及其与一般刑法的关系
- 四、与《国际刑事法院罗马规约》相关联的其他立法规划
- 五、立法权限

第二部分 关于第一编：《国际刑法典》

第一章 总则

- 关于第一条：适用范围
- 关于第二条：一般法的适用
- 关于第三条：服从命令或指令的行动
- 关于第四条：军事指挥官和其他上级的责任
- 关于第五条：不受时效限制

第二章 违反国际法的犯罪行为

第一节 灭绝种族罪和危害人类罪

- 关于第六条：灭绝种族罪
- 关于第七条：危害人类罪
 - 一、第七条第一款规定的基本犯罪构成要件
 - 二、第一款规定的犯罪中情节较轻的情形
 - 三、特殊定性

第二节 战争罪

一、一般说明

二、战争罪的客观构成要件

三、战争罪的主观构成要件

四、各项具体犯罪构成要件

关于第八条：针对人员的战争罪行

关于第九条：针对财产和其他权利的战争罪行

关于第十条：针对人道主义行动和标志的战争罪行

关于第十一条：交战中采用被禁止的方法的战争罪行

关于第十二条：交战中采用被禁止的手段的战争罪行

第三节 其他犯罪行为

关于第十三条：违背监督义务

关于第十四条：怠于报告犯罪行为

第三部分 关于第二编：《〈刑法典〉修正案》

第四部分 关于第三编：《〈刑事诉讼法典〉修正案》

第五部分 关于第四编：《〈法院组织法〉修正案》

第六部分 关于第五编：《〈法院组织法施行法修订法〉修正案》

第七部分 关于第六编：《〈原德意志民主共和国国家全部档案资料法〉修正案》

第八部分 关于第七编：废除德意志民主共和国《刑法典》中一条继续有效的规定

第九部分 关于第八编：生效

第一部分 一般说明

一、立法的动机

1998年7月17日,120个国家的授权代表出席了在罗马举行的外交会议,会上为将要在海牙设立的国际刑事法院通过了《国际刑事法院罗马规约》²⁸。在《罗马规约》中,国际社会首次就设立独立于其他机构的常设国际刑事法院达成了共识。这项共识是一个广泛、深入的谈判过程所获得的成果,而德意志联邦共和国亦参与了这一过程并且在其中发挥了决定性的作用。

然而国际社会在决定设立这样一个新的、非同寻常的国际司法机构之前,却走过了一条漫长的道路。早在1872年,国际红十字会最初的主席之一Gustave Moynier即首次正式提出了设立这样一个法院的倡议。但是直到几十年后,第二次世界大战的世纪性灾难才导致了纽伦堡和东京军事法庭的设立。其后不久,1948年通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》第六条亦提出应当设立一个国际刑事法院。但这一构想并未得以实现。在此之后又经过了近半个世纪,南斯拉夫战争和在卢旺达进行的种族屠杀才促成设立临时性的刑事法庭。联合国安全理事会先后于1993年和1994年通过决议,设立了前南斯拉夫问题国际刑事法庭(UN Doc. S/Res/827, 1993年5月25日; BT-Drs. 13/57, Anl. 1 und 2)和卢旺达问题国际刑事法庭(UN Doc. S/Res/955, 1994年11月8日; BT-Drs. 13/7953)。

同在1994年,为制定法典以惩治国际法上的罪行,联合国国际法委员会提出了一份草案(Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/51/10)。之后联合国任命了一个筹备工作小组,该小组最终为常设国际刑事法院草拟了一份规约。

《罗马规约》要求设立的法院,按照其前言的规定“对整个国际社会关注的最严重犯罪具有管辖权”,该法院将对国内刑事管辖权——《罗马规约》第十七条已确认这一管辖权原则上具有优先地位——起补充作用。其补充作用将体现在对裁判下列罪行的管辖权,即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪以及侵略罪——但关于最后一点尚需缔约国取得一致。嗣后《罗马规约》获得60个国家的批准而生效,将诞生历史上第一个以惩罚国际法上最严重的罪行为己任的常设性国际机构。²⁹

为使德国的刑事实体法与《罗马规约》相协调,也为了便于行使具有优先地位的国内刑事管辖权,应当制定一部在很大程度上自成一体《国际刑法典》。制定这一法典时,首要的任务是将《罗马规约》中的刑法规定转化为国内法。但是在个别的事项中,既定的国际习惯法已经超越了《罗马规约》的规定。因而《国际刑法典》亦包含这样一些个别规定,它们与《罗马规约》相比,扩大了惩罚的范围。例如我们在个别情况下考虑到了作为习惯法而存在的、范围更加广泛的国际刑法规范,这些规范尤其来自于1977年通过的、对1949年诸项《日内瓦公约》的第一号《附加议定书》

²⁸ 以下如无特殊需要,一律简称《罗马规约》。——译注

²⁹ 2002年4月11日,波斯尼亚-黑塞哥维那、保加利亚、柬埔寨、刚果、爱尔兰、约旦、蒙古、尼日尔、罗马尼亚和斯洛伐克的代表在纽约联合国总部向联合国秘书长交存了批准书,从而使《罗马规约》的批准国增至66个(但上述10国同被视为关键性的第60个批准国),根据《罗马规约》第一百二十六条第一款的规定,《罗马规约》于2002年7月1日正式生效。——译注

(BGBI. 1990 II, S. 1551)以及 1999 年通过的、对 1954 年《关于在武装冲突中保护文化财产的公约》的第二号《附加议定书》(38 International Legal Materials 769, 1999)。藉此,《国际刑法典》亦考虑到了《罗马规约》第十条,该条明确规定,除了为规约本身的目的以外,《罗马规约》第二编——这其中包括为各类罪行规定的定义——不得解释为限制或损害现有的或发展中的国际法规范。

二、制定《国际刑法典》的目的

制定《国际刑法典》是为了实现以下目的:

首先,是为了比现行的一般刑法更好地归纳违反国际法的罪行的特殊恶性;其次,将有关的罪行规定在一部法律之中有利于使法律更清晰,在实践中更具有可操作性;再次,考虑到国际刑事法院在追诉犯罪方面的管辖权是补充性的,制定《国际刑法典》无疑可以保证德国有能力自行追诉那些属于国际刑事法院管辖的罪行;最后,制定这样一部相关的国内法可以促进国际人道主义法的发展和传播。

应当指出,德国现行刑法中所规定的犯罪构成要件已经最大限度地涵盖了那些根据《罗马规约》应当受到刑罚处罚的单项犯罪行为,这些行为大多数都可以根据某一项或者某一组犯罪构成要件而被认定为“普通的”犯罪行为。但是德国的现行刑法却并未专门涉及这些行为所特有的、国际法意义上的恶性。例如,在危害人类罪方面,犯罪行为的实施与广泛或者有系统的针对平民的攻击之间的有机联系并未得到充分考虑;在战争罪方面,犯罪行为与武装冲突的关联、与有组织地使用暴力这个大背景——这一背景使得有关的犯罪更容易实施——之间的关联,同样被忽视。

此外,对于某些《罗马规约》规定的犯罪行为,很难或者根本无法套用一般刑法中的犯罪构成要件,例如交战方宣布不予纳降,或者占领军违反国际法而将本国平民人口的一部迁入被占领土。

而德国的《国际刑法典》则反映了国际人道主义法和国际刑法的发展,并且为这一特殊领域提供了独立的刑法规范。相对于迄今为止德国适用法律的实践——即将一般刑法规范适用于国际法上最重要的犯罪行为,《国际刑法典》的前述特点无论从法律体系还是从法律政策的角度而言,都是一个极大的进步,同时也促进了国际刑法的统一化。

三、草案的指导思想及其与一般刑法的关系

迄今为止,国际刑法所涉及的绝大多数犯罪行为按照德国《刑法典》同样要受到刑罚处罚。在这方面《国际刑法典》并没有带来任何变化。因此也就产生了一个问题:《国际刑法典》和一般刑法之间是一种什么关系?这个问题的答案要从《国际刑法典》草案的指导思想中寻找。

出于法律确定性的考虑,并且也为了使法律在实践中更易于操作,《国际刑法典》草案的《总则》部分(第一条至第五条)尽可能地舍弃了特别规定。《刑法典》的《总则》部分原则上同样适用于《国际刑法典》所规定的犯罪构成。只是为了将《罗马规约》转化为国内法,才在必要时作出特别规定。《国际刑法典》草案第一条至第

五条只是在其所涉及的领域内排除了《刑法典》中不同规定的适用，但是在一般刑法涉及的领域，《刑法典》的这些规定效力不受影响。如果某一行为在《刑法典》和《国际刑法典》中均有规定，则对于该行为可能会有不同的一般法规定可供适用。

与此相反，在《国际刑法典》草案的《分则》(第六条至第十四条)中，则为各项应受刑罚处罚的行为规定了特殊的犯罪构成要件。从内容上看，这些犯罪构成要件是以《罗马规约》的规定以及国际人道主义法的其他具有拘束力的渊源为蓝本，此外还参照了国际刑事法院筹备委员会于2000年6月30日通过的《犯罪要件》(UN Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2; 参见《罗马规约》第九条)，并且参考了前述各个国际刑事法庭的审判实践以及各国的一般做法。但是就表述方式而言，《国际刑法典》草案中的规定与《罗马规约》的相关条款有诸多不同，这是为了与德国通用的概念以及德国刑法的结构相协调。在战争罪方面，《国际刑法典》草案从结构上即与《罗马规约》有显著的不同：草案中将相似、相关的规定归纳到一起，与《罗马规约》相比，结构上更清晰，适用时也更为简便。另外，草案在有些地方虽然与德国的一般刑法使用了相同或近似的概念，但是在《国际刑法典》的《分则》中这些概念是被用于自成一体的法律规定，将来对其进行解释时必须对国际刑事法院和其他国际性刑事法庭的审判实践给予特别考虑。

对于在武装冲突中或者在针对平民进行的攻击中所实施的犯罪行为，《国际刑法典》并未完全加以特别规定。对那些按照一般刑法应当受到刑罚处罚的行为，即使《国际刑法典》未就其刑罚作出规定，仍可按《刑法典》的规定加以惩罚。但是这里需要注意的问题是，采用国际法所允许的交战手段，例如在武装冲突中杀、伤敌方战斗员，按照通常的原则是不得处罚的，因此对这些行为也就不能根据诸如《刑法典》第二百一十一条及其以下几条的规定处罚。但这只适用于行为人遵守对其有拘束力的、有关的国际战争法规范的情况；如果其行为被国际法所禁止，那么即使国际法本身并未规定刑罚，对其仍可以按德国刑法处以刑罚。例如飞行员在投放炸弹时无视国际法所规定的谨慎义务(可参见第一号《附加议定书》第五十七条第二款)，从而造成平民死亡的，即使国际刑法没有要求对这种行为进行惩罚，但只要按照《刑法典》第三条至第七条的规定可以适用德国法，那么对这一行为就可以根据德国刑法的规定按故意杀人论处。

如果某一行为同时符合一般刑法和《国际刑法典》所规定的犯罪构成要件，则应适用有关犯罪构成竞合的一般规定。在通常情况下，这意味着应当按“特别法优先于一般法”的原则而适用《国际刑法典》；但是根据具体案情，也可以考虑按一般刑法认定为“单一行为”(《刑法典》第五十二条)。由于《国际刑法典》只规定了《罗马规约》或者国际习惯法所涉及的犯罪构成要件，而德国刑法在有关领域规定了更为广泛的刑罚处罚，因此为避免在刑罚方面产生漏洞，不宜在任何情况下都将《国际刑法典》毫无例外地视为“特别法”。而且还有一点很重要，就是在这种情况下按照一般刑法判为“单一行为”可以使法律状态得以澄清。

四、与《国际刑事法院罗马规约》相关联的其他立法规划

与本草案相关联的尚有另外五个立法项目，其中两个已得到实施：

(一) 作为一部条约法, 《〈国际刑事法院规约〉法》为《罗马规约》的生效创造了德国方面所必需的条件(BGBI. 2000 II, S. 1393)。德意志联邦共和国已于 2000 年 12 月 11 日批准了《罗马规约》。

(二) 在同时进行的另一立法程序中, 对《基本法》第十六条第二款作了修改, 此修改为德国向国际刑事法院移交德国人创造了宪法上的前提条件。对《基本法》第十六条第二款所作的补充规定授权议会通过法律, 从而使向特定的国际法庭移交德国人成为可能(BGBI. 2000 I, S. 1633)。

(三) 另外, 目前正在制定一部《〈国际刑事法院规约〉施行法》草案, 该法第一编包含一部《与国际刑事法院合作法》的草案。在诸如德国与国际刑事法院在刑法方面的合作、人员的移交和过境运送、国际刑事法院所做决定的执行、其他司法协助的实施以及对在德国领土上进行诉讼活动的容忍等方面, 《〈国际刑事法院规约〉施行法》的有关规定将使德国国内的法律状况与《罗马规约》相协调。

(四) 除此之外, 还有制定一部《〈基本法〉修订法》的计划, 通过该法, 可以创造宪法上的前提条件, 从而使目前根据《法院组织法》(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) 第一百二十条第一款的规定由高等州法院行使的第一审管辖权统一适用于《国际刑法典》所规定的全部犯罪构成要件。为此目的, 应对《基本法》第九十六条第五款作出补充, 使其将来除了象现在一样适用于灭绝种族罪以外还能适用于因危害人类罪和战争罪而引起的刑事诉讼。

(五) 在计划修改《基本法》的同时, 还有重新制定《法院组织法》第一百二十条第一款第八项的立法计划。这项新规定应当——在必要的宪法基础具备之后——规范高等州法院对《国际刑法典》规定的所有犯罪行为的第一审管辖权。藉此亦使联邦总检察长得以根据《法院组织法》第一百四十二条之一第一款的规定集中行使追诉权。

五、立法权限

就草案第一编至第五编以及第七编而言, 联邦的立法权来自于《基本法》第七十四条第一款第一项(刑法、诉讼程序、法院组织)。第六编所涉事项的性质决定了联邦享有专属立法权, 因为该项修正案涉及到一条后续规定, 根据该规定, 《统一条约》(参见《统一条约》附件一第二章, 乙类事项, 第二节, 第二项, 乙目)得以在新州加入联邦后实施。

第一编的立法权由联邦行使, 其依据在于《基本法》第七十二条第二款第二种情况。第一编中的各项规定有助于维护法律的统一性, 它们将会在全联邦范围内为追诉触犯国际法的罪行提供统一的法律框架, 这符合国家的整体利益。问题的关键在于, 将触犯国际法的罪行的特殊恶性归纳于一份在联邦的全部领土内统一生效的规范性文件中, 可以在全联邦范围内使国内刑事追诉简便易行。此外, 鉴于国际刑事法院追诉管辖权的补充性质, 无疑应当确保德国法院在全联邦范围内能够随时自行追诉属于国际刑事法院管辖的犯罪, 这一点是无法通过州一级法律实现的。草案第一编的这些规定对于在联邦内统一、有效地追诉触犯国际法的罪行而言, 也是必不可少的。

第二编至第五编由联邦法律加以规范，其必要性在于：这几项修正案涉及到《刑法典》、《刑事诉讼法典》、《〈法院组织法〉施行法》以及《法院组织法》本身，而这些领域已经由联邦法律所规范，并且对联邦法律规范的需求依旧存在，因为追诉犯罪、刑事诉讼以及法院的组织这些问题一如既往地必须有联邦统一的法律基础。作出这些修改只是由于《国际刑法典》第一条确立了“普遍管辖权原则”以及将灭绝种族罪的犯罪构成要件收入了《国际刑法典》。

第七编有关废除原德意志民主共和国《刑法典》第八十四条的决定只能由联邦作出，因为该条在德国重新统一之后是作为联邦法律而保有其效力。

第二部分 关于第一编：《国际刑法典》

第一章 总则

关于第一条：适用范围

《国际刑法典》所规定的犯罪全部是针对国际社会至关重要的利益，《罗马规约》将它们称为“整个国际社会关注的最严重犯罪”。所以这些犯罪具有跨国性的特征，因而在此应当适用“普遍管辖权原则”。由于这些罪行的特殊的侵犯对象，即使对外国公民实施的国外行为进行判决，也不属于被禁止的干涉他国主权。因此对于《国际刑法典》规定的犯罪，将德国刑法适用于国外行为也无需存在特别的“本国连结点”（参见 Lagodny/Nill-Theobald, JR 2000, 205, 206; Eser, in: Festgabe 50 Jahre BGH, S. 26ff., 两篇文章均有更充分的论据）。鉴于联邦法院迄今为止在解释《刑法典》第六条时对这个问题持不同观点（参见 BGHSt 45, 64, 66; 另见联邦法院 2001 年 2 月 21 日的判决, 3 StR 372/00），《国际刑法典》第一条的措辞明确指出，对于其中规定的重罪无论如何不需要特殊的本国连结点。但是需要注意，对《国际刑法典》规定的国外行为进行起诉的义务，其适用受到《〈国际刑法典〉施行法》第三编第五项所规定的《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六的特殊限制。《国际刑法典》第十三条和第十四条所规定的犯罪行为，其重要性不及第六条至第十二条所规定的核心罪行，因而应当归为轻罪，对这些罪行仍然适用《刑法典》第三条至第七条的一般规定；特别是在没有任何本国连结点的情况下，原则上将不必再了解等级的结构以及命令的程序——而要对《国际刑法典》第十三条、第十四条规定的行为进行正常调查，这些了解是不可缺少的。但这并不影响《罗马规约》第二十八条在国际刑事法院的管辖权问题上的更为广泛的适用。

关于第二条：一般法的适用

第二条澄清了一个问题，即《国际刑法典》仅仅是就其第一条以及第三条至第五条而言，排除了一般刑法——特别是《刑法典》——的适用。

因此根据第二条，《刑法典》中《总则》编前三章的规定以及在德国刑法中得到普遍认可的不成文准则——诸如故意和过失的前提——原则上均应适用。这样《国际刑法典》所规范的事项依旧被纳入德国的一般刑法。只有当《国际刑法典》第一条以及第三条至第五条含有特别规定时，才应按照第二条而排除一般规定的适用，因为在此范围内存在《罗马规约》的强制性规定。

鉴于第二条只是在其所详尽列明的范围内作了排他性的特别规定，因此对于按照《国际刑法典》应当受到刑罚处罚的行为方式，《刑法典》的整个《分则》部分依然适用。遇到同时违反《国际刑法典》和《刑法典》的情形，应适用第二条的指定中所包含的德国刑法的竞合规则(参见上文第一部分第三项)。这一点同样适用于《国际刑法典》与《军事刑法》(Wehrstrafgesetz, WStG)的规定竞合的情形，后者适用于联邦国防军军人实施的犯罪行为。

在《刑法典》的《总则》所涉及的某些问题上，尽管《罗马规约》中的相应规定有不同的表述，仍应按草案第二条的规定适用德国刑法。其实在有关事项中，并不存在本质上的差别，以至于一定要采纳《罗马规约》的规定(以及由此而产生的与德国一般刑法的不同之处)。具体而言，这里指的是下列领域：

一、罪刑法定原则

《罗马规约》第二十二条至第二十四条所体现的罪刑法定原则，在德国已经由《基本法》第一百零三条第二款和《刑法典》第一条作了规定。

二、刑事责任年龄

尽管《罗马规约》第二十六条规定国际刑事法院只对实施行为时已满十八周岁的人具有管辖权，但在这个问题上，没有必要在《国际刑法典》中加入一条与《刑法典》第十九条不同的关于刑事责任年龄的规定。因为《罗马规约》第二十六条并非关于少年的刑事责任问题的国际刑法特别规定，它只是将这一类人排除在国际刑事法院的管辖权之外；这是出于实际的考虑，因为在违反国际法的罪行中，少年在大多数情况下并不处于领导地位，但是为审判少年而制定特别的程序和惩罚规则，却会造成过于庞大的开支。但上述考虑并不妨碍根据国内法——在德国，这意味着根据《少年法庭法》(Jugendgerichtsgesetz, JGG)——审判少年行为人。对于年龄已满十八周岁但不满二十一周岁的青年，则应适用《少年法庭法》第一百零五条。

三、故意

根据《罗马规约》第三十条，构成故意行为的前提是：就行为本身而言，行为人有意从事之；就行为的后果和附带造成的情势而言，行为人至少对其可能性应当“知晓”。“故意”也涵盖对诸如《国际刑法典》第七条所称的“广泛或者有系统的针对平民的攻击”或者第八条所称的“武装冲突”是否存在的认识。然而《罗马规约》第三十条为“故意”规定的定义却不能涵盖这种情况，即行为人仅仅“设想”到可能会发生某种后果，但对该后果是否发生采取听之任之的态度。按照德国法的理解，在这种情况下同样存在“(有条件的)故意”。《罗马规约》为“故意”规定的更为严格的定义没有被《国际刑法典》所采纳，因为就其中所规定的罪行而言，即使仅仅以“有条件的故意”而实施，也不能认为这些犯罪与德国法中规定的行为人“认为可能”即足以导致按故意论处的其他情形相比，可以少受谴责。假如行为人虐待处于其力量控制下的人员，并且在此过程中虽然不确知，但却听任被害人遭受“身体或精神的重大伤害”，那么他就是“故意”实施了酷刑这一恶行(《国际刑法典》第七条第一款第五项)。因而在按“故意”科处刑罚的问题上，与德国刑法的一般规定保持一致而

超越《罗马规约》所限定的最低前提，似乎并无不妥。但是当犯罪构成要件已明确规定了行为必须具有某种目的这一前提时——例如《国际刑法典》第十一条第一款第一项所称的“针对平民人口……实施攻击”（参见对第十一条的说明），则不能仅仅根据“有条件的故意”而按故意论处。

四、同意

就同意的效力问题作出特别规定是不必要的。尽管也可以考虑明确强调以保护个人为目的的各项权利不得放弃（例如 1949 年第四项《日内瓦公约》第八条），但是《国际刑法典》规定的全部罪行亦同时侵犯了超出个人之外的法益，这是个人无权处置的，仅凭这一点，原则上即不应由于个人的同意而认为行为人的举动合法——《国际刑法典》第八条第一款第八项明确规定的例外情况不在此列。如果被害人的认可已经排除了实现犯罪构成的可能性——例如属于战争罪的“强奸”（参见《国际刑法典》第八条第一款第四项），则该行为亦失去了可罚性；而这同德国的一般刑法并无二致，因此也无需特别加以规定。

五、正当防卫

尽管《罗马规约》第三十一条第一款第三项是有关正当防卫的专门规定，并且该规定与《刑法典》第三十二条相比有所不同，但是在《国际刑法典》中采纳《罗马规约》的这一规定并非绝对必要。无论如何，当被保护的和被损害的利益相比明显不合比例时，德国法院的判例同样否认正当防卫的“必需”。因此也就不必明确提及《罗马规约》中所列出的对“适当性”的要求。在《罗马规约》中指明可以通过正当防卫加以保护的标的，这仅仅是事先以抽象的方式对“适当性原则”的具体化，从而无需在这方面另行作出关于正当防卫的特别规定。毋宁认为，《刑法典》第三十二条第二款的法律定义与对第一款中“必需”这一要件的解释相结合，即足以使《罗马规约》提出的要求得到考虑，况且将来在有关案件中适用和解释《刑法典》第三十二条时，也应当顾及《罗马规约》的相关规定。另外，为正当防卫作特别规定可能会在适用法律时造成问题，并且还会使人产生错觉，似乎《国际刑法典》规定的、实现犯罪构成的行为在正当防卫时一概可以实施。

六、报复措施

在《刑法典》的《总则》所涉及的领域中，《国际刑法典》第二条的指定并未排除对国际习惯法规范的补充适用。这里尤其应当考虑到报复措施，人们历来将其作为一条使国际法上的罪行——特别是战争罪——合法化的理由而讨论（详可参阅 BGHSt 23, 103, 107ff.），但是其适用范围越来越受到限制。所谓报复措施是指某一国际法主体为使另一实施了违反国际法的行为的国际法主体屈服，而实施的同样违反国际法的行为（BGH, a. a. O., S. 107）。而从国际法角度讲，报复措施即使是允许的，这种允许也会受到严格的条件限制：这些措施必须由国家或军队的最高领导层下令采取；其运用必须适当；这些措施只能作为行使或恢复权利的最后手段而采取——即在和平解决争端的努力失败后并且事先发出过威胁的情况下，因此也就不能仅仅作为复仇手段，同时还必须顾及人道主义方面的考虑（参见国际法委员会关于国家对其违法行为承担责任问题的草案最新文本第 50 条以下，UN Doc. A/CN. 4/L. 600, 2000 年 8 月 11 日）。

鉴于这些一般限制，即不能将和平时期实施的、满足灭绝种族罪或危害人类罪构成要件的行为当作报复措施而视为合法。

反之，与武装冲突相关联的、满足战争罪构成要件的行为，在个别情况下可以考虑视为合法的报复措施。一种可设想的情形是：以本身违反国际法的作战手段——例如针对战斗人员使用被禁止的武器——作为报复措施，从而阻止对方继续实施(同样的)违法行为。还有部分人主张，国际习惯法在严格的条件下(甚至)还允许对平民采取报复措施(例如 Greenwood, *Netherlands Yearbook of Humanitarian Law* 20 [1989], p. 47f.)。国际法院在其为使用核武器的国际法评价问题出具的意见书中回避了就此明确表态(ICJ Reports 1996, No. 46)。德意志联邦共和国在 1991 年曾声明保留在“严重并且有计划地违反”第一号《附加议定书》——尤其是其第五十一条和第五十二条——的情况下，“采取国际法所允许的一切手段做出反应”的权利(《关于加入第一号和第二号〈附加议定书〉的声明》第六项, BGBI. 1991 II, S. 968, 969)。此举表明，对于第一号《附加议定书》以条约法的形式新倡导的禁止报复，德国至少没有完全视之为国际习惯法的体现。这种法律观点尤应适用于非国际性的武装冲突，在这一领域条约法并未禁止报复。

国际人道主义法的最新发展却预示了对报复措施的广泛禁止。1949 年的诸项《日内瓦公约》即已规定在国际性武装冲突中全面禁止报复措施(参见第一项《日内瓦公约》第四十六条、第二项《日内瓦公约》第四十七条、第三项《日内瓦公约》第十三条第三款、第四项《日内瓦公约》第三十三条、第三十四条及第一百四十七条)，这不仅作为国际条约法而有效，而且也是国际习惯法的反映。据此，尤其不得对处于有关冲突方控制下、按照国际人道主义法应予保护的人员采取报复措施。在这一核心领域，人们长期以来已经认为，即使在非国际性武装冲突中，国际习惯法亦禁止采取报复措施(Kalshoven, *Netherlands Yearbook of International Law* 21 [1990], 78f.; 国际红十字会主编: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*, 1987, p. 1372f.)。这一观点通过对 Tadic 案的管辖权决定(Tadic, IT-94-1-AR 72, 1995 年 10 月 2 日, para. 87ff., 137)中的论断得到了举足轻重的确认，该决定称：国际人道主义法在非国际性武装冲突和国际性武装冲突这两个领域内已经非常趋同。

第一号《附加议定书》则更向前进了一步，它普遍禁止在国际性武装冲突的战斗行动中，针对敌方平民采取报复措施(第一号《附加议定书》第五十一条以下，特别是第五十一条第六款、第七十五条第二款第三项)。第一号《附加议定书》新倡导的禁止报复已经得到国际习惯法的确认，前南斯拉夫问题国际刑事法庭亦对此予以接受(Kupreskic et al., IT-95-16-T, 2000 年 1 月 14 日, para. 527-536, 533)，而未区分国际性和非国际性武装冲突(Kupreskic et al., *ibid.*, para. 534)。

鉴于国际法这一正在进行中的发展走向，将报复措施作为合法化理由规定于《国际刑法典》之中是不足取的。对于目前尚可考虑将报复措施视为合法化理由的狭小领域，可以在具体案件中由司法机关在权衡当时的国际人道主义法发展状况之后作出决定。

七、责任能力

《罗马规约》第三十一条第一款第一项关于精神病人不承担责任的规定与《刑法典》第二十条相符。至于《罗马规约》第三十一条第一款第二项有关自行造成醉态者应承担责任的規定，虽然在德国《刑法典》中没有与之直接相应的条文，但是现行的德国刑法仍能保证行为人在此情况下的可罚性，其途径有二：如果可行，可以通过适用“原因中的自由行为”原则；否则至少也可以通过《刑法典》第三百二十三条之一所规定的可罚性。因此，在这样一个有争议并且从法律政策角度而言还在发展中的问题上，为触犯国际法的罪行中的很小一部分制定特别规定，是不可取的。

八、错误

就其所涉及的事项而言，《罗马规约》第三十二条第一款有关“错误”的规定相当于《刑法典》第十六条。但是与《刑法典》第十七条相反，《罗马规约》第三十二条第二款结合第三十三条的规定对于哪怕是不可避免的“禁止的错误”也普遍不予考虑——执行命令的紧急状况这种特殊情况除外。而要将这一规定纳入德国法却受制于宪法方面的考虑，因为在英美法中得到广泛认可的“法律错误不赦”原则有悖于德国宪法中所确立的“过错原则”。同样可以放弃以《罗马规约》第三十三条第二款为蓝本制定特别规定，因为在实际适用《国际刑法典》时，有关“错误”的规定与《罗马规约》的条款在结果上是相当的：由于德国判例对于《刑法典》第十七条意义上的“禁止的错误”的可避免性提出的高标准要求（可参见诸如 BGHSt 39, 1, 32-35），很难设想灭绝种族罪、危害人类罪或战争罪的行为人能够在德国成功地援引“不可避免的禁止的错误”为自己辩护。

九、免除责任的紧急状况

《罗马规约》第三十一条第一款第四项规定的“威胁”基本上相当于《刑法典》第三十五条对免除责任的紧急状况的规定，区别只有两点：仅仅为了维护本人的（行动）自由而为的行为，根据《刑法典》第三十五条可以免责，但是根据《罗马规约》第三十一条第一款第四项却不能免责；另外，按照《罗马规约》的规定，只有当行为人意图造成的伤害不比所避免的伤害更严重时，才能免除刑罚。但是当紧急状况下所为的行为造成的后果与所挽救的利益相比明显不相称时，按照德国现行法，根据《刑法典》第三十五条第一款第二句的规定，同样不能免责（Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 35, Rn. 33, 该处援引了更充分的论据）。所以几乎不能设想会存在这样的情况，即行为人为确保其本人（或其亲属）的行动自由而实施了《国际刑法典》所规定的重罪后，可以根据《刑法典》第三十五条而免责，因为《国际刑法典》所保护的法益在任何情况下都明显比行动自由更加重要。因此从总体上看，制定一条与《刑法典》第三十五条相对的特别规定似属多余之举。

十、官方身份的无关性

由于德国刑法中根本没有普遍排除政府成员和议会议员刑事责任的规定，因此这里也就没有对《罗马规约》第二十七条第一款意义上的官方身份对刑罚的无关性问题作出规定。《罗马规约》第二十七条第二款要求对国内法或国际法中有关豁免的规定不予考虑，这涉及的并非可罚性，而是国际刑事法院对于触犯国际法的罪行的可追诉性。最后，《基本法》第四十六条第二款至第四款关于议员豁免的规定以及各州宪法中与之相应的规定也不会在此造成问题。议员如果有实施触犯国际法重罪的嫌疑，

可以由议会在具体案件中视情况废除其豁免权，这对于按照《罗马规约》具有优先地位的国内追诉来说已经足够了。议员对其在议会中发表的意见免责，与此并不冲突。

《法院组织法》第十八条至第二十条的规定亦对《罗马规约》无碍，因为《罗马规约》第二十七条第二款并未使德国承担自行追诉上述规定所涉及的外国行为人的义务。关于与国际刑事法院的合作，《与国际刑事法院合作法》草案(见上文第一部分第四项)规定：《法院组织法》第十八条至第二十条并不妨碍向国际刑事法院移交人员。

十一、正犯，共犯，未遂

对《罗马规约》第二十五条关于个人刑事责任的规定无需专门进行转化，因为该规定实质上相当于《刑法典》第二十五条至第二十七条关于正犯和共犯的规定以及第二十二至第二十四条关于未遂的规定。《刑法典》第二十七条同样包含了《罗马规约》第二十五条第三款第四项规定的团伙行为共犯，后者的特殊之处仅仅在于帮助犯的支持举动涉及某一团伙的(至少是企图实施的)犯罪行为，而这一差别不足以成为制定专门规定的理由。

十二、法律后果和量刑

草案未对法律后果和量刑问题作出一般性的特别规定。《罗马规约》第七十七条、第七十八条和第一百一十条在这方面为国际刑事法院的独立司法活动制定了根本性的规则，《程序和证据规则》(参见 UN Doc. PCNICC/2000/1/Add. 1, Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, 2000年11月2日, Rules 145-148)中的有关规定又对此作了补充。《罗马规约》规定的刑罚包括最低刑期不限、最高刑期三十年的有期徒刑、无期徒刑以及未加任何限制的罚金刑，但是罚金刑只能附加于徒刑而科处。《罗马规约》并未对其第五条至第八条列举的犯罪构成要件规定特别的量刑范围；对缓刑——无论是判处时宣告缓刑还是对剩余刑罚的缓期执行——亦未规定；但第一百一十条还是提供了事后减刑的可能，所谓事后是指至少执行了有期徒刑三分之二的刑期以后或者被判处无期徒刑但已经执行了二十五年以后。

上述规定回旋空间很大，而德国宪法却要求法律应具有确定性，并且与按照一般刑法被判决的人员相比，还有一个平等对待的问题，因而上述规定对于德国法来说是有疑问的。但是对于德国法院在国际刑法方面的司法活动而言，这些规定并非直接的标准。国际刑事法院的管辖权仅仅是补充性的，只有当某个国家不愿或不能自己进行适当追诉时，国际刑事法院才行使其管辖权(参见《罗马规约》第十七条、第二十条第三款)。为了保证国内刑事追诉相对于国际刑事法院管辖权的优先地位，只需要注意一个问题，即本国的法律规定必须包含惩罚，并且该惩罚在《罗马规约》的刑法规定以及国际刑法司法实践的背景下不能由于过轻而被认为明显不当。

因此在草案中对各项犯罪构成要件都规定了具体的量刑范围，划定这些范围时考虑到了抽象的“恶性等级”。鉴于这里所涉及的犯罪的严重程度，草案和《罗马规约》一样只规定了徒刑的惩罚方式。此外，出于前文提到的考虑，既不需要也不宜制定与一般刑法相对的特别规定。尤其应指出，《罗马规约》第七十八条第一款以及《程序和证据规则》的有关规定并未对具体量刑问题提出特别要求，从而使现行的关于量刑的法律和司法实践不再适宜。

为各项犯罪构成要件划定具体量刑范围时的指导思想如下：首先，《国际刑法典》所惩罚的是破坏人类和平共处的最严重犯罪，即灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪，因此它为这些犯罪确定的量刑尺度原则上高于一般刑法为相应的犯罪构成要件规定的量刑尺度；其次，鉴于危害人类罪与“广泛或者有系统的针对平民的攻击”存在有机联系，因此在通常情况下应当为这些罪行规定比战争罪更高的刑罚，尽管后者就举动本身而言与前者具有可比性；再次，在各大类犯罪中厘清具体犯罪构成之间的轻重关系也是草案的任务，尽管《国际刑法典》是单行法，但在确定这些关系时很大程度上可以借助于《刑法典》对量刑范围的划分，如果不考虑与“武装冲突”或“广泛或者有系统的针对平民的攻击”之间的关联，那么《刑法典》在很多情况下也包含了相同的犯罪构成，联邦德国立法者对于“恶性”的评价标准通过其划定的量刑范围得到了体现，而这些标准对于确定《国际刑法典》中各项犯罪构成之间的轻重关系同样适用；最后还要注意，各项具体的刑罚——在包括了可能存在的情节较轻或情节严重的情形后——应当构成一个内部和谐的体系，鉴于草案设定了较高的法定最低刑，在犯罪构成要件所包容的范围很广因而在确定行为的严重程度时有较大的裁量空间的情况下，草案特别对情节较轻的情形作了规定。

十三、一事不再理

在与国际刑事法院的关系问题上无需规定“一事不再理”原则（《罗马规约》第二十条），因为《〈国际刑事法院规约〉法》草案中已经就国际刑事法院与德国法院的关系问题作了相应的规定（参见《〈国际刑事法院规约〉法》草案第三条、第七十条）。

关于第三条：服从命令或指令的行动

虽然《刑法典》第十七条有关“禁止的错误”的规定同样适用于《国际刑法典》所涉及的领域，但是仍然不能不对服从命令的行动作出规定，这样一则规定一方面与《罗马规约》第三十三条、另一方面与《军事刑法》第五条相联系。和《军事刑法》第五条一样，《国际刑法典》第三条有关“错误”的规定对于服从军事命令或者有同等效力的文职指令的行为人来说比《刑法典》第十七条更有利，因此基于“普遍管辖权原则”也不能舍弃这一规定。

草案的条文以《军事刑法》第二十二条为基础，该条对于有拘束力的和无拘束力的（即违反刑法或人权法的）命令加以区分。只要部属执行的是有拘束力的命令，那么在《国际刑法典》的范围内就不具有可罚性，因为按照《军事刑法》第二十二条第一款所规定的定义，有拘束力的命令不能要求人进行违反刑法或人权法的活动（亦参见《军人法》[Soldatengesetz, SoldG]第十一条第一款第三句）。因而《国际刑法典》第三条只涉及这种情况，即部属所执行的命令本身并无拘束力。《军事刑法》第五条在此构成一项特殊的免除责任事由，也是一项关于“禁止的错误”的特别规定，该条要求只有当命令明显违法时才能认定为过错，这是给予军人的一项特殊待遇，与《刑法典》第十七条的规定有所不同，根据后者，只要关于恶性的错误能够避免，即认定为有过错。《罗马规约》第三十三条作了相同的规定，但由于该条第二款对“明显违法”所作的法律假定，该规定实际上只适用于战争罪。《国际刑法典》没有采纳上述假定，这个假定从“过错原则”的角度看是有疑问的；如果从一开始就将第三条的适用范围限定于第二章的第二节和第三节（实际上我们也是这样做的），则上述假定从立

法技术角度看也是多余的。这里对第二章第三节规定的犯罪行为同样给予考虑，其原因可以通过下面的例子加以说明：一项不准报告危害人类罪的命令，与一项实施这类犯罪的命令，其违法性的“明显”程度并不相同。

至于草案中要求行为人“明知”——而不是“知道”——命令违法，这仅仅是出于语言上的考虑，即为了与《军事刑法》第五条的措辞相适应，这里不存在内容上的变动。但在草案中关键的是命令违法，而《军事刑法》则要求行为违法，这一措辞上的差别则是由于草案与《罗马规约》严格保持一致的缘故。这个差别在实践中却应无关宏旨，因为《罗马规约》默示了任何要求实施《国际刑法典》所规定行为的命令均属违法，因而行为人只有在不知道这一违法事由的情况下才能免责。

《罗马规约》将给予有错误认识的部属的特殊待遇广泛延伸到了文职上级发布指令的情况，《国际刑法典》第三条则将此限制在“有同样的实际拘束力的指令”的范围，其判断标准在于：在被占领土的文职长官及其部属之间是否存在通常与军事命令紧密相连的那种上下等级关系。

关于第四条：军事指挥官和其他上级的责任

本条从一个方面采纳了《罗马规约》第二十八条关于上级对部属所实施犯罪行为承担责任的规定。德国刑法中并没有这类一般规定，但是如果上级有意纵容受其命令约束的部属实施犯罪行为，那么或者根据《刑法典》第十三条，或者无论如何根据《刑法典》第三百五十七条的特别规定，该上级都应受到刑罚处罚。和《刑法典》第三百五十七条一样，《国际刑法典》第四条亦规定上级应与部属受到同等处罚，尽管如果机械地按照理论划分，上级的不作为只能被归为“帮助”。由于上级所负有的特殊责任，本条第一款第二句明确规定，在此不考虑按照《刑法典》第十三条第二款从轻或减轻处罚。根据第二款，前述规定不仅适用于正式的，而且还适用于有实而无名军事或者文职上级，这里关键取决于是否存在事实上的指挥权和控制力，如果存在则默示了阻止有关行为的可能性。

如果上级对于部属即将实施的犯罪行为一无所知，那么根据德国刑法的基本原则，由于缺少“故意”，该上级不能视为故意犯罪的行为人受到惩罚。因此在《国际刑法典》的《总则》中不能象《罗马规约》第二十八条第一款第一项那样根据“上级责任”的原则扩大正犯的概念，将仅仅出于过失而未阻止犯罪行为者也列为正犯。但是这一类情况应当被包括在《国际刑法典》的《分则》中有关违背监督义务(第十三条)和怠于报告犯罪行为(第十四条)的规定之中。

关于第五条：不受时效限制

《罗马规约》第二十九条规定对国际刑事法院管辖权内的所有犯罪——因而也就是对《罗马规约》第五条所称的“整个国际社会关注的最严重犯罪”——不适用任何时效。这一严格的规定由《国际刑法典》第五条转化成了国内法。联邦宪法法院的判例赋予了立法者广阔的创制空间，而立法者通过制定上述有关不适用时效的规定充分利用了这一空间，以避免人们指摘德国的规定缺乏互补性。考虑到《刑法典》，为确保“法律面前人人平等”，上述规定只涉及《国际刑法典》中的重罪，因为第十三条和第十四条规定的轻罪性质并不严重。然而不容否认，上述规定尤其是在战争罪中

不太严重的情形下会导致与德国一般刑法的冲突，一般刑法只规定对于谋杀罪和灭绝种族罪不适用时效（《刑法典》第七十八条第二款）。但是也应看到，对于其他可能判处超过十年的有期徒刑的犯罪行为，《刑法典》第七十八条第三款第一项和第二项规定的时效期限为20年或30年，这实际上通常等于不受时效限制。况且在《国际刑法典》规定的犯罪中常常会出现这样的情况，即那些首先有责任进行刑事追诉的国家（行为地国、行为人国籍国）没有切实可行的追诉意愿，因而追诉长期受到阻碍（参见《刑法典》第七十八条之二第一款第二项）。为了在这种情况下经过很长时间仍能对《国际刑法典》第六条至第十二条规定的重罪进行追诉，似有充分理由全面废除时效期限。

迄今为止，《刑法典》第七十九条第二款规定执行因灭绝种族罪而判处的刑罚不受时效限制，与此相应，《国际刑法典》第五条更进一步规定，执行因《国际刑法典》所规定的重罪而判处的刑罚同样不受时效限制。

不同的规定只存在于《国际刑法典》第十三条和第十四条的情形，既然这里涉及的仅仅是轻罪，根据《国际刑法典》第二条，对这些犯罪构成适用《刑法典》第七十八条第三款第五项或者第七十九条第三款规定的一般时效期限。鉴于这些行为性质并不严重，如此规定似乎也是合理的。

第二章 违反国际法的犯罪行为

第一节 灭绝种族罪和危害人类罪

由于所涉及的问题紧密相关，灭绝种族罪和危害人类罪被规定在同一节之中。迄今为止进行过的诉讼程序证明有关灭绝种族罪犯罪构成的规定是合适的，这些规定几乎被原封不动地从《刑法典》中采纳过来。关于危害人类罪犯罪构成的规定则在措辞上尽可能严格依照《罗马规约》。

关于第六条：灭绝种族罪

本条的措辞基本上与迄今为止由《刑法典》第二百二十条之一所规定的灭绝种族罪犯罪构成相当。这项规定以1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》（BGBl. 1954 II, S. 729）第二条规定的定义为基础，因而也和《罗马规约》第六条相符。

本条第一款第一项、第二项和第五项的句首部分行文与《罗马规约》第六条和《刑法典》第二百二十条之一有所不同，从而阐明：即使实施行为的举动只针对一个人，也可以满足灭绝种族罪的前提条件。³⁰对犯罪构成的这种措辞考虑到了有关《罗马规约》第六条的犯罪要件，也确认了迄今为止对灭绝种族罪犯罪构成的解释（参见 Jähnke, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 220a, Rn. 10; Eser, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl., § 220a, Rn. 4）。如果实施行为的举动针对数人，

³⁰ 本译文注18中所译《刑法典》第二百二十条之一，其第一款第一项、第二项和第五项的文字与正文中《国际刑法典》第六条第一款第一项、第二项和第五项的译文完全相同。但是二者的原文是有区别的：在《刑法典》中“成员”和“儿童”两词均为复数；在《国际刑法典》中则为带不定冠词的单数。因此《国际刑法典》中的这几项如严格按字面直译分别应为“杀害该团体的一名成员”、“使该团体的一名成员遭受严重的身体或精神伤害……”、“将该团体的一名儿童强制转移至另一团体”。另外，“成员”和“儿童”两词在原文中均位于句首，这一点由于语法的差异无法在译文中体现。——译注

则显然应认定为“单一行为”（参见 BGHSt 45, 65, 85ff.）。本条第一款第三项和第五项与《刑法典》第二百二十条之一的其他不同之处仅仅是语言上的差别。

本条仿效《罗马规约》的用语，用“族裔的”这一概念取代了《刑法典》第二百二十条之一所使用的犯罪构成要件“具有特定民族性的”团体；第七条第一款第十项为与《罗马规约》保持一致也使用了同一概念。但是规定的客观含义并无变化。

至于公然煽动灭绝种族，其可罚性在《罗马规约》中由第六条结合第二十五条第三款第五项作出规定，在德国则仍然适用《刑法典》第一百一十一条和第一百三十一条之一。

关于第七条：危害人类罪

本条规定以《罗马规约》第七条为基础，其文字表述中则体现了一系列现有的国际法规范，特别是《纽伦堡国际军事法庭规约》第六条之三、第十号《管制委员会法令》第二条第一项之三、《远东国际军事法庭规约》第五条之三、《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第五条以及《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第三条。危害人类罪包含一组独立于战争罪的犯罪构成，以惩罚严重侵犯人权的行为。这些罪行既可以在和平时，也可以在国际性或非国际性武装冲突中实施。

本条对犯罪构成的表述尽量以《罗马规约》第七条为准。在有些地方对个别犯罪构成要件加以具体说明，这是考虑到宪法对于确定性原则的要求。各项具体犯罪构成的排列顺序与《罗马规约》第七条第一款不同，这一方面是因为将种族隔离罪作为一种特殊定性（请比较《罗马规约》第七条第一款第十项与《国际刑法典》第七条第五款）；另一方面，第一款中对各项具体行为的排列是依照其严重程度，这可以从为各种行为所规定的量刑范围中体现出来。

一、第七条第一款规定的基本犯罪构成要件

危害人类罪的客观构成要件以至少实现一种第七条第一款第一项至第十项详尽列出的犯罪构成为前提。在各项具体的犯罪构成所涉及的行为方式中，绝大多数本身已被《刑法典》中的刑罚规定所涵盖。这些行为只有在“广泛或者有系统的针对平民的攻击中”实施，即与这样的攻击存在有机联系时——这是严格效仿《罗马规约》的规定——才具备危害人类罪抑或触犯国际法的犯罪的特征，各个单独行为必须与攻击这一“整体行为”相适应。

从主观角度看，至少要存在有条件的构成要件故意（《刑法典》第十五条）。一方面，这种故意必须意在使行为与“广泛或者有系统的针对平民的攻击”相适应——在这种攻击是否存在的问题上也只要具备有条件的故意；另一方面，这种故意必须意在实现（至少）一种第七条所规定的犯罪构成。

甲、整体行为

解释“针对平民的攻击”这一犯罪构成要件时要以《罗马规约》第七条第二款第一项的法定定义为准。根据该规定，“针对平民的攻击”是指“根据国家或组织攻

击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施(第七条)第一款所述行为的行为过程”。因此在这种攻击的幕后必须存在一个集体，典型的这类集体是国际法意义上的国家，但是并不局限于此。这样一来实现犯罪构成也就不以国际人道主义法意义上的军事攻击(参见第二号《附加议定书》第四十九条)为前提。

乙、单独行为

关于第七条第一款第一项：故意杀人

本项规定以《罗马规约》第七条第一款第一项为基础，其设定的先决条件是行为人为人造成一人或多人死亡。

关于第七条第一款第二项：灭绝

本项规定的依据是《罗马规约》第七条第一款第二项。这一犯罪构成与灭绝种族罪的犯罪构成有紧密的客观联系。本项的措辞偏离了《罗马规约》第七条第二款第二项而效仿《刑法典》第二百二十条之一第一款第三项，加入了“以全部或部分消灭某一地区的居民为目的”这一犯罪构成要件，以同灭绝种族罪的犯罪构成相适应，这有利于对可罚性的前提作出符合客观情况的准确描述。

与灭绝种族罪的犯罪构成不同的是，危害人类罪中的“灭绝”这一犯罪构成不限于特定的群体，从而尤其包括了政治或社会团体。与灭绝种族罪一样，并不一定要产生具体的危害后果。在个案中，如果实现了目前《刑法典》第二百二十条之一第一款第三项或者规划中的《国际刑法典》第六条第一款第三项的犯罪构成前提，则可能会产生与本项犯罪构成的想象竞合。

关于第七条第一款第三项：奴役

本项规定基于《罗马规约》第七条第一款第三项。“奴役”这一犯罪构成使对他人无理行使所有权的行为，特别是贩卖妇女或儿童这种典型行为，受到刑罚处罚。对这一犯罪构成进行解释时尤应以1956年9月7日通过的《废除奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》(BGBI. 1958 II, S. 205)以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判实践(Kunarac et al., IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, 2001年2月22日, para. 515ff.)为依据。

关于第七条第一款第四项：驱逐出境或强行迁移

本项规定以《罗马规约》第七条第一款第四项为依据。这一犯罪构成要求将某人从其合法居住的地区强行转移。

与《罗马规约》第七条不同的是，《国际刑法典》第七条第一款第四项并不要求对“人口”(《罗马规约》第七条第一款第四项)或者多“人”(《罗马规约》第七条第二款第四项)实行强制转移。与《罗马规约》的措辞相比，本项对犯罪构成的规定范围更广，这符合《犯罪要件》的规定，不如此不足以涵盖应受刑罚处罚的恶行。和第一项、第三项以及第五项至第九项一样，只要有一个人受害，即可实现本项的犯罪构

成。在此同样是单独行为与整体行为的有机联系导致恶性极大增强。关于某人是否在某一地区“合法”居住的问题，不以违反国际法的国内法为依据。

行为必须以对国际法的违反为基础，方能构成触犯国际法的罪行。本项采用“国际法的普遍准则”这一措辞，与《罗马规约》有所差异，这里要参照《基本法》第二十五条，因而尤其要参考《国际法院规约》第三十八条第一款第二项意义上的国际习惯法。鉴于《基本法》第二十五条只包含具有普遍效力的国际习惯法，本项确认德国法涉及的行为方式只是那些按照普遍有效的标准属于应受刑罚处罚的恶行。仅仅违反国际条约法规范或者地区性国际习惯法的驱逐措施不符合构成要件。

没有客观依据的驱逐措施应认定为违背国际法的普遍准则，例如在所谓的“种族清洗”政策下，纯粹出于种族原因而将人口群体的全部或部分驱逐出其世代居住的地区。与此相反，针对诸如在某一地区非法居留的外国人采取的结束其居留的合法措施，则根本不属于本项规定的适用范围。本项规定同样不适用于出于保护目的而对人口群体进行的迁移，例如为使其免受自然灾害或者在武装冲突中免受军事行动的打击。

关于第七条第一款第五项：酷刑

本项规定根据的是《罗马规约》第七条第一款第六项。“以其他方式”一语表明本项也包括那些性质上相当于羁押的控制情形。

但是国际法允许的制裁所造成的后果则与酷刑无关。国际法允许的制裁一方面是指符合国际法的普遍准则的制裁。因此现行的国际习惯法未予禁止的行为，诸如在某个国家采取符合国际法的方式执行死刑，不属于酷刑。与第七条第一款第四项和第九项不同的是，本项规定不仅涉及到具有普遍效力的国际习惯法，那些为地区性国际习惯法所允许的法律制裁同样不能满足酷刑的犯罪构成。因此第七条第一款第五项只将为全世界所谴责的惩罚方式作为酷刑，范围更广的刑事化则缺乏国际习惯法的基础；依据其他规定的可罚性不受影响。

关于第七条第一款第六项：性暴力

本项规定的基础是《罗马规约》第七条第一款第七项。与《罗马规约》的行文不同，本项的表述中加入了“性压迫”这一犯罪构成要件(参见《刑法典》第一百七十七条)。这个基本概念保证了本项犯罪构成可以涵盖《罗马规约》列举的犯罪构成要件“性奴役”以及“严重程度相当的任何其他形式的性暴力”。另外，将按照德国刑法视同性压迫而受到刑罚处罚的行为列入危害人类罪也符合国际习惯法，这已为前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判例所验证(Kunarac et al., IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, 2001年2月22日, para. 436ff.)。

对“强迫怀孕”这一犯罪构成要件的表述则严格依照《罗马规约》第七条第二款第六项的法定定义。据此，主观上要求具有“影响任何人口的族裔构成的目的”。关于堕胎的规定(《刑法典》第二百一十八条至第二百一十九条)不受影响。

关于第七条第一款第七项：强迫失踪

本项规定依据的是《罗马规约》第七条第一款第九项。这里涉及的行为已被1994年的《美洲国家间关于强迫人员失踪的公约》(OEA/Ser. P, AG/doc. 3114/94 rev. 1)认定为危害人类罪，本项规定则将有关行为刑事化。但是在确定个人刑事责任时，《罗马规约》第七条第二款第九项的法定定义不能满足德国法对于确定性的要求。因此《国际刑法典》第七条第一款第七项仿照《罗马规约》所附的《犯罪要件》，对剥夺自由和拒绝提供信息这两种行为进行了区分。

关于第七条第一款第七项甲目

甲目规定的犯罪构成，核心在于剥夺自由，其特征在犯罪构成中有进一步描述。“以严重方式”一语表明，尤其是短期的剥夺自由不属于本目的适用范围。此外，剥夺自由必须是受国家或政治组织的指使或者经其同意而为之。实现这一犯罪构成还需要一项条件，即事后尽管受到询问——例如受害人亲属的询问，但被剥夺自由人员命运和下落的信息仍没有被立即提供，也就是说没有任何客观理由可以为延误辩解。反之，仅仅是没有提供相关信息，而并不存在相应的询问，则不足以实现强迫失踪的犯罪构成。不提供有关信息本身即是一项纯正的犯罪构成要件，行为人的故意必须包括这一点。因此要按照第七条第一款第七项甲目考虑行为的可罚性，除了剥夺自由之外还必须满足：信息未被提供，行为人对此有故意以及存在必要的目的。错误信息不是充分的信息，这一点从立法目的出发即已明了，尽管如此，为清晰起见，还是规定了“真实”这一要件。甲目涉及的行为人并不一定要亲自拒绝提供或者提供信息，但是如果信息已被立即提供，则行为人无论如何不能再因强迫失踪既遂而受到刑罚处罚。

关于第七条第一款第七项乙目

乙目规定的是第二种情况，即在绑架或严重剥夺人身自由以后拒绝立即提供信息。因而这一犯罪构成也以询问为前提，没有询问则拒绝亦无从谈起。此处所说的询问就是甲目规定的询问，所以前文的有关阐述同样适用于此。但是与甲目不同，在这里仅仅经国家或有关政治组织的同意而拒绝提供信息是不够的。实现这一犯罪构成，或者要存在相应的指使，或者虽然拒绝提供信息并非受国家或政治组织的指使，但行为人出于自愿而决定奉行强迫失踪的国家政策并且违背了提供信息的法律义务。这种法律义务可以来自国内法——例如刑事诉讼法或宪法，但也可以来自国际法。与第七条第一款第七项甲目相一致，这里也规定，在其他前提条件已具备的情况下，故意提供虚假信息等同于拒绝提供信息。无论如何，在乙目的情形中犯罪构成故意还应涉及这种状况，即受害人——关于其命运的信息被拒绝提供或者有人对此提供了虚假信息——此前已在甲目规定的条件下被绑架或被以其他方式剥夺人身自由。

从主观角度看，本规定除故意外还要求具有使人“长期丧失法律保护”的目的。

关于第七条第一款第八项：造成严重的身体或精神伤害

本项规定基于《罗马规约》第七条第一款第十一项。与《罗马规约》不同的是，考虑到确定性的要求，本项的犯罪构成中未包括“其他性质相同的不人道行为”。本

项犯罪构成中“严重的身体或精神伤害，特别是《刑法典》第二百二十六条所规定的伤害”一语是借用迄今为止《刑法典》第二百二十条之一第一款第二项的表述。

关于第七条第一款第九项：剥夺自由

本项规定以《罗马规约》第七条第一款第五项为基础。这一犯罪构成的前提是行为人阻止一人或多人自由离开其居留地。这里也包括人的身体行动自由虽未被完全剥夺，但这一自由却被限定于某一地区的情况，例如被送入某一营地。“以严重方式”一语尤其排除了短期的剥夺自由。

本项涉及的行为须以违反国际法为基础才具有触犯国际法的罪行的性质。“国际法的普遍准则”一语不同于《罗马规约》的规定，它再次要求参照《基本法》第二十五条，因而只包括具有普遍效力的国际习惯法规范。

关于第七条第一款第十项：迫害

本项规定的基础是《罗马规约》第七条第一款第八项和第二款第七项。下令剥夺或者严重限制基本人权即属于本项规定的犯罪构成。除其他权利外，尤其是生命权、健康权或行动自由的权利应当视为基本人权。与《罗马规约》不同，本项并不要求迫害罪与《国际刑法典》意义上的其他重罪“结合”发生。诚如前南斯拉夫问题国际刑事法庭近来屡次明确指出，对这种“结合”的要求并不符合国际习惯法的现状(Kupreskic et al., IT-95-16-T, 2000年1月14日, para. 580; Kordic and Cerkez, IT-95-14/2-T, 2001年2月26日, para. 193ff.)。

行为人必须是出于特定的、法律所明文规定的动机行事。第一款第十项所规定的“基于……国际法的普遍准则所不允许的其他理由”这一要件为国际习惯法向尊重人权的方向进一步发展预留了空间。例如，基于性别而进行的迫害本身目前还不能作为危害人类罪而受到刑罚处罚。在为制定《罗马规约》而举行的谈判中，尽管进行了深入的讨论，但是赞成对这一行为加以明确规定的人并未能使其主张获得通过。因此不能认为一般国际习惯法中存在相应的禁止性规范，而考虑到普遍管辖权原则，没有这样的规范就不能将这种行为列入《国际刑法典》。但是本项规定的表述方式为相应的国际习惯法在将来逐步形成敞开了大门。

二、第一款规定的犯罪中情节较轻的情形

关于第七条第二款：情节较轻的情形

对于第一款第二项至第九项规定的犯罪中情节较轻的情形，第二款设定了较低的量刑尺度。通过这个途径可以妥善解决一些案件，在这些案件中，考虑到具体的单独行为的严重程度，或者考虑到行为人本人的过错有所减轻——例如由于其处在一种命令与服从的关系中因而自身受到威胁，通常的量刑范围不再适宜。由于严重限制基本人权的犯罪不可能存在情节较轻的情形，因此第七条第二款没有提及迫害的犯罪构成。

三、特殊定性

关于第七条第三款：致人死亡的危害人类罪

如果行为至少是过失（《刑法典》第十八条）导致了他人死亡，则第七条第三款为这种情况而将最低刑期提高。

关于第七条第四款：第三款中情节较轻的情形

在情节较轻的情形，第七条第四款允许将前述被提高的量刑尺度降低。

关于第七条第五款：种族隔离罪

本款规定的依据是《罗马规约》第七条第一款第十项和第二款第八项。由于南非现已废除了种族隔离制度，因此在《罗马规约》中规定种族隔离罪的意义首先是高度象征性的。

与《罗马规约》不同，《国际刑法典》没有将种族隔离罪作为一项单独的犯罪构成，而是作为一种特殊定性加以规定。根据《罗马规约》，只要实施了“性质与第一款所述行为相同的不人道行为”，即为种族隔离罪。这一点由于确定性原则而无法被接受。因而第七条第五款第一句规定的前提是实施了符合第一款所列构成要件的重罪。就主观角度而言，这一特殊定性的要件与《罗马规约》相一致，要求“以维持一个种族团体有系统地压迫和统治另一个种族团体的体制化制度为目的”。

如果行为按照第一款或第三款应受到更重的处罚，则不适用第五款。

第二句则为情节较轻的情形规定了较低的量刑尺度，除非行为按照第二款或第四款应受到更重的处罚。

第二节 战争罪

一、一般说明

“战争罪”这一节中所规定的是在国际性或非国际性武装冲突中实施的触犯国际法的罪行。这里首先考虑的是已列入《罗马规约》的犯罪构成。但是除此之外草案还包括一些德意志联邦共和国基于国际法义务而须转化的国际法规范，即第一号《附加议定书》中的规定；另外还考虑到了1999年通过的、对1954年《关于在武装冲突中保护文化财产的公约》的第二号《议定书》。但只有在符合确定的国际习惯法现状时，《国际刑法典》的刑罚规定才超越《罗马规约》的范围；这一现状则体现于国家实践以及与之相伴的法律信念之中。国家在武装冲突中的国际法实践、国家的有关表态——特别是在军事操典中的表述以及被普遍接受的由最重要的国际组织机构所发表的有关声明均受到重视。

对于确定战争罪领域的国际习惯法，作为习惯法法典的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》以及这两个国际刑事法庭在这方面的现有判例具有根本性的意义，后者在过去几年中对国际习惯法的确认、巩固和继

续发展做出了重大贡献。此外《国际刑法典》还与德意志联邦共和国的实践相一致，正如联邦国防军 1991 年第 15/2 号《中心服役条例》(Zentrale Dienstvorschrift, ZDv)所规定，德国在所有海外军事部署的场合都适用国际武装冲突法。

以刑罚处罚违反重要国际人道主义法规范的行为经历了一个历史发展过程，这个过程的结果之一是在诸项《日内瓦公约》中加入了关于所谓“严重破坏”的规定(第一项《日内瓦公约》第四十九条、第二项《日内瓦公约》第五十条、第三项《日内瓦公约》第一百二十九条、第四项《日内瓦公约》第一百四十六条、第一号《附加议定书》第八十五条)。《国际刑法典》中包含了“战争罪”一节，从而顾及了上述发展过程。但是这并不意味着国际人道主义法所禁止的一切战争行动都同时具有《国际刑法典》意义上的可罚性，因为并非对所有国际法禁止的行为均可以基于国际习惯法而处以刑罚。《国际刑法典》只将刑法领域现行的国际习惯法转化为德国法，但另一方面也无意限制国际人道主义法的发展。

与《罗马规约》对犯罪构成的编排不同，《国际刑法典》中战争罪的体系以国际人道主义法的实质进展为指针，几十年来，这一进展打上了区别对待的烙印，即一方面是保护人员和财产(在日内瓦通过的法律)，另一方面是限制采用特定的战争方法和手段(在海牙通过的法律)。由此产生了——同时也注意到确定性的要求——一目了然的分类，即针对人员的战争罪行(第八条)、针对财产和其他权利的战争罪行(第九条)、针对人道主义行动和标志的战争罪行(第十条)以及交战中采用被禁止的方法(第十一条)和手段(第十二条)的战争罪行。此外，《罗马规约》对于国际性武装冲突中的战争罪和非国际性武装冲突中的(内战)战争罪加以区分，并以此作为法律构建的重要的结构性原则，而《国际刑法典》草案则放弃了这一区分，从而有利于简化法律适用。在法律上对国际性和非国际性武装冲突同等对待，这一趋势不仅体现于《罗马规约》本身，而且首先体现于前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例。《国际刑法典》草案现在使得这一趋势从犯罪构成的外部形态上即显而易见，这些犯罪构成通常既适用于国际性、也适用于非国际性武装冲突，因为今天大多数战争罪的犯罪构成均适用于任何形式的武装冲突。在目前国际习惯法尚不允许对国际性和非国际性武装冲突一视同仁的场合，则加入特殊的构成要件以保留对二者的区分。

下面的一览表指明了《罗马规约》中的具体规定以及其他国际法规范与《国际刑法典》各项规定的对应关系：

针对人员的战争罪行(《国际刑法典》第 8 条)	针对财产和其他权利的战争罪行(《国际刑法典》第 9 条)	针对人道主义行动和标志的战争罪行(《国际刑法典》第 10 条)	交战中采用被禁止的方法的战争罪行(《国际刑法典》第 11 条)	交战中采用被禁止的手段的战争罪行(《国际刑法典》第 12 条)
《罗马规约》				
第 8 条第 2 款 第 1 项第 1 目; 第 8 条第 2 款 第 1 项第 2 目; 第 8 条第 2 款	第 8 条第 2 款 第 1 项第 4 目			

第 1 项第 3 目; 第 8 条第 2 款 第 1 项第 5 目; 第 8 条第 2 款 第 1 项第 6 目; 第 8 条第 2 款 第 1 项第 7 目; 第 8 条第 2 款 第 1 项第 8 目				
第 8 条第 2 款 第 2 项第 6 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 8 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 10 目;第 8 条第 2 款第 2 项第 15 目;第 8 条第 2 款第 2 项 第 21 目;第 8 条 第 2 款第 2 项第 22 目;第 8 条第 2 款第 2 项第 26 目	第 8 条第 2 款 第 2 项第 8 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 14 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 16 目	第 8 条第 2 款 第 2 项第 3 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 7 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 24 目	第 8 条第 2 款 第 2 项第 1 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 2 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 4 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 5 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 9 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 11 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 12 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 23 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 25 目	第 8 条第 2 款第 2 项第 17 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 18 目; 第 8 条第 2 款第 2 项第 19 目; 第 8 条第 2 款 第 2 项第 20 目
第 8 条第 2 款 第 3 项第 1 目; 第 8 条第 2 款 第 3 项第 2 目; 第 8 条第 2 款 第 3 项第 3 目; 第 8 条第 2 款 第 3 项第 4 目				
第 8 条第 2 款 第 5 项第 6 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 7 目; 第 8 条第 2 款第 5 项第 11 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 8 目	第 8 条第 2 款 第 5 项第 5 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 12 目	第 8 条第 2 款 第 5 项第 2 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 3 目	第 8 条第 2 款 第 5 项第 1 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 4 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 9 目; 第 8 条第 2 款 第 5 项第 10 目	

第一号《附加议定书》				
第 11 条第 1 款第 2 句; 第 11 条第 2 款第 1 项; 第 11 条第 2 款第 2 项; 第 11 条第 2 款第 3 项; 第 11 条第 4 款		第 85 条第 3 款第 6 项	第 85 条第 3 款第 1 项; 第 85 条第 3 款第 2 项; 第 85 条第 3 款第 3 项; 第 85 条第 3 款第 4 项; 第 85 条第 4 款第 4 项	
第 85 条第 4 款第 1 项; 第 85 条第 4 款第 2 项; 第 85 条第 4 款第 3 项; 第 85 条第 4 款第 5 项				
1999 年第二号《海牙议定书》				
			第 15 条	

《罗马规约》中有些概念实质上是以制定规约的罗马会议本身的指导性文件为依据，而对于将来转化《罗马规约》并无决定性意义，对这些概念《国际刑法典》未予采纳。例如《罗马规约》区分“严重破坏”诸项《日内瓦公约》和所谓“其他严重违反”，这种术语上的区分有其历史原因，而《国际刑法典》则没有接受这一区分，因为它对于《国际刑法典》这样一部广泛适用的国内法来说已经没有意义。而另一方面，对于《罗马规约》中那些反映了普遍接受的国际法的概念，《国际刑法典》未加任何特殊解释即予采用。

在部分情况下，合法的——即国际法所允许的——战争行动由于未满足有关的犯罪构成要件，即不具有《国际刑法典》意义上的可罚性，例如摧毁军事目标或者在战斗中击毙敌方战斗员。但是在造成所谓“并发损失”的情况下，同样可以使可罚性丧失，例如在遵守了诸如“适当性原则”等等其他国际人道主义法规范的攻击中，作为附带损失而导致应予保护的人员被杀害或者民用目标被摧毁。

二、战争罪的客观构成要件

甲、与武装冲突的关联

战争罪的客观构成要件始终以实施《国际刑法典》第八条至第十二条的某项具体行为为前提。这些具体行为中绝大多数本身已被《刑法典》的刑罚规定所包括，而这些行为在武装冲突中实施则具备了战争罪——也就是触犯国际法的罪行——的特征。只有在这个条件下，《罗马规约》前言将其列入“整个国际社会关注的最严重犯

罪”才是合理的。而与危害人类罪不同的是，战争罪并不要求行为是在广泛或者有系统的针对平民的攻击中实施。但是战争罪也经常是“作为一项计划或政策的一部分……或……在大规模实施这些犯罪中所实施”（参见《罗马规约》第八条第一款）。

从功能上看，与武装冲突的关联要从这个意义上去理解，即仅仅是在武装冲突中“随机”实施的行为不包括在内。在交战中采用被禁止的方法和被禁止的手段的战争罪行中，与武装冲突的关联是显而易见的。前南斯拉夫问题国际刑事法庭已明确认定，如果“……罪行是在某一地区战事已经结束而战斗行动尚未停止时，为促进或利用战事造成的局面而实施”，则同样存在与武装冲突的关联（Kunarac et al., IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, 2001年2月22日, para. 568）。这在实践上应当对《国际刑法典》草案第八条具有重大意义。行为并不一定要在武装冲突的时间范围内——即在武力交战过程中——实施，只要在适用国际人道主义法的实质性行为规范的场合，例如在对待处于监禁中的战俘的问题上，即使战争行动已经中止或者结束，同样可以实施战争罪行。与战争行动在空间上的特别接近同样是不必要的，战争罪也可以在交战区以外的国土或者战线后方实施。前南斯拉夫问题国际刑事法庭通过以下表述确认这一原则适用于一切形式的冲突：“……人道主义法还适用于交战国的全部领土或者——在国内冲突中——一方控制的全部地域，而无论该地是否实际发生战斗”（Tadic, IT-94-I-AR72, 1995年10月2日, para. 70; Delalic et al. 一案对此亦予确认, IT-96-21-T, 1998年11月16日, para. 183）。

乙、国际性或非国际性武装冲突

《国际刑法典》使用了“国际性武装冲突”和“非国际性武装冲突”的概念，以阐明其所适用的具体情形。这样也就遵循了被普遍接受并且得到国际、国内法院判决确认的实践。这里的“国际性武装冲突”与日内瓦四公约共同第二条的规定相一致，是指两国或多国间进行的战争或其他形式的武力争端。而与《罗马规约》第八条第二款第六项相一致，“非国际性武装冲突”一语是指一国境内军队与有组织的武装集团之间，或者这种集团相互之间的战斗冲突，只要这种战争行动持续一定的时期。与1977年第二号《附加议定书》第一条第一款相比，有关非国际性武装冲突的规定的适用范围扩大了，这种扩大现已被视为确定的国际习惯法，并且也和前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一贯判例相一致（参见Tadic, IT-94-1-AR 72, 1995年10月2日, para. 70）。还是与《罗马规约》第八条第二款第四项和第六项第一句相一致——这两处规定则重复了第二号《附加议定书》第一款第二项并且反映了现行的国际习惯法，对于不能算作武装冲突的内部动乱、紧张局势、暴动、零星出现的暴力行为和其他相似的行为，不适用本节的规定。

第八条第三款、第九条第二款和第十一条第三款只适用于国际性武装冲突；本节规定的其他犯罪构成则既适用于国际性武装冲突也适用于非国际性武装冲突。

丙、行为人的范围

只要符合犯罪构成的前提，并且行为与武装冲突存在特殊关联，则任何人——也包括平民——都可以成为战争罪的行为人。

三、战争罪的主观构成要件

就主观方面而言，所有的战争罪都必须是故意（《刑法典》第十五条）实施。这里对所有战争罪都适用从《刑法典》中概括采纳并且在《国际刑法典》中详尽列明的前提（参见对第二条的说明第三项）。

四、各项具体犯罪构成要件

关于第八条：针对人员的战争罪行

关于第八条第一款第一项：故意杀人

本项规定以《罗马规约》第八条第二款第一项第一目和第二款第三项第一目为基础。行为人造成按照国际人道主义法应予保护的人员死亡是适用本规定的前提。在武装冲突中，本项犯罪构成所包括的典型行为是杀害战俘或者杀害被拘禁的平民。反之，击毙直接参与战争行动的敌方人员则不符合本项构成要件，因为在这种情况下并未涉及到《国际刑法典》第八条第六款意义上的“应予保护的人员”。同样，无论在国际性还是在非国际性武装冲突中，根据第八条第一款第一项，杀害不处于攻击方力量控制下的、第八条第六款意义上的平民的行为也不具有可罚性。对这种通过“远距离攻击”杀害平民的行为，可以考虑根据第十一条、第十二条有关交战方法的规范或者根据一般刑法处以刑罚。

杀害以何种手段进行，对于实现第八条第一款第一项的构成要件无关紧要，这里并非一定要使用典型的战争武器。

战俘和平民只有处于敌方力量控制下才有可能成为第八条第一款所规定行为的受害人；而与此不同的是，对于通过“远距离攻击”杀害其他按照第八条第六款“应予保护的人员”——例如伤员、病员、遇难船只的乘员以及第八条第六款第三项所称的“失去自卫能力的”战斗员，原则上可以考虑按照第八条第一款第一项处以刑罚。但是在个案中，如果导致应予保护的人员被杀害的战争行动是合法的——例如在符合国际法的、针对战斗员或其他军事目标的攻击中，则可以排除行为的可罚性。

此外，关于一般刑法中杀人罪构成要件在这里的适用问题，详见前文第一部分第三项。

关于第八条第一款第二项：扣留人质

本项规定的根据是《罗马规约》第八条第二款第一项第八目以及第二款第三项第三目。《罗马规约》没有对构成要件作进一步描述。扣留人质这一恶行的核心在于：行为人绑架或缉拿应予保护的人员，从而迫使敌方在武装冲突中作为、容忍或者不作为。对于实施绑架或缉拿的举动可以适用《刑法典》第二百三十九条之二。要对犯罪构成要件进一步具体化，则尤其可以参照《犯罪要件》（UN Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2）以及各国际司法机构的判例。

关于第八条第一款第三项：残酷或者非人道的待遇

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第一项第二目、第二款第一项第三目、第二款第二项第十目、第二款第三项第一目以及第二款第五项第十一目，这几处规定与第一号《附加议定书》第十一条第二款和第八十五条第四款第三项一样，使得各种造成严重的身体或精神伤害的行为受到刑罚处罚。这里明文提到了酷刑和致残以及非人道或者残酷的待遇。

将残酷和非人道的待遇刑事化即足以涵盖《罗马规约》各项具体规定的内容。专门强调酷刑和致残则是由于历史已证明这类罪行在武装冲突中发生得尤为频繁。对酷刑的概念要作出与《国际刑法典》第七条第一款第五项相同的理解。

如果因合法的战争行动而导致身体或精神的伤害或痛苦，则根据一般的国际法原则，有关行为不具有可罚性。

关于第八条第一款第四项：性暴力

本项规定基于《罗马规约》第八条第二款第二项第二十二目和第二款第五项第六目。这一规定与《国际刑法典》第七条第一款第六项的文字几乎完全相同，因而前文有关第七条第一款第六项的阐述在此同样适用。与《国际刑法典》第七条第一款第六项不同的是，此处涉及的群体是“按照国际人道主义法应予保护的人员”。本项犯罪构成尤其包括这样的行为，即一名或多名行为人使得针对受害者实施性暴力成为可能，例如在武装冲突中经常发生的、在专为此目的而设的营地或房屋中强迫卖淫的情况。而合法的战争行动造成生育能力受损的情形——例如战斗员因在战斗中负枪伤而生育能力受到损害——则不属于刑罚处罚的范围。

关于第八条第一款第五项：儿童军人

本项规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第二十六目和第二款第五项第七目。这两处规定均使强制征募儿童加入武装集团以及利用他们参与敌对行动的行为受到刑罚处罚。与《罗马规约》相一致，《国际刑法典》第八条第一款第五项既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。《国际刑法典》保留了《罗马规约》所规定的十五周岁的年龄界限，在《国际刑法典》涉及的所有冲突方式中，这一年龄界限均符合目前普遍接受的军队和武装团体的最低年龄限制（参见 UN Doc. S/2001/40 结合 UN Doc. S/2000/1234）。2000年通过的、为《联合国儿童权利公约》制定的《关于儿童参与武装冲突的任择议定书》（UN Doc. A/Res/54/263）虽然禁止不满十八周岁的人直接参加敌对行动，但是这项新的保护性规定尚不具有国际习惯法的拘束力，因此考虑到普遍管辖权原则，不能规定更为广泛的可罚性。

存在武装冲突是强制征募或编入武装团体的行为具有可罚性的前提条件。如果武装冲突尚未最终结束——例如暂停交火，那么在此期间也可以实现强制征募和编入武装团体的犯罪构成。

利用儿童积极参与敌对行动不仅包括将儿童投入战斗，也包括利用他们进行支援行动。但是如果事先并未强制征募或编入武装团体，则只有当支援行动本身即构成直接参与敌对行动时——例如支援运送弹药或者排雷，利用儿童进行支援行动才具有可罚性。

关于第八条第一款第六项：驱逐或者强行迁移平民人口

本项规定以《罗马规约》第八条第二款第一项第七目和第二款第五项第八目为基础，它保留了这两处规定的实体内容，并将二者合并。与《国际刑法典》第七条第一款第四项一样，本项规定使针对平民人口的驱逐行动受到刑罚处罚，并且驱逐一人即可满足本项构成要件。前文关于《国际刑法典》第七条第一款第四项的说明同样适用于此。因此特别是因迫切的军事理由或因平民人口的安全而被迫进行的迁移不违背国际法的普遍准则(参见第四项《日内瓦公约》第四十九条第二项)。

关于第八条第一款第七项：未经正式司法程序而判处刑罚

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第一项第六目和第二款第三项第四目。本项合并了《罗马规约》为国际性或非国际性武装冲突所列举的、在刑事诉讼中破坏权利保障的不同行为，而未作实质性变更。这一犯罪构成涵盖了任何形式的处罚，只要该处罚是由无视国际习惯法所要求的基本权利保障——例如日内瓦四公约的第一号《附加议定书》第七十五条和第二号《附加议定书》第六条——的司法程序作出。但是只有判处重刑才属于本项构成要件，从而将轻微案件排除在本项规定的适用范围之外。无论是判处刑罚的机关还是其进行的程序都必须满足国际法提出的最低要求。

关于第八条第一款第八项

第八条第一款第八项规定的行为均属于危险犯，这些行为会造成死亡或健康严重受损的具体危险。

关于第八条第一款第八项甲目：医学和其他实验

本规定的基础是《罗马规约》第八条第一款第二项第十目、第二款第五项第十一目以及第一号《附加议定书》第十一条第二款第二项。实验的概念包含所有《罗马规约》明确提及的医学、科学和生物实验方式。具体的行为可以有不同的形式，从对受害人身体的直接作用到特定实验对身体的间接后果。因此无论是直接植入病原体或毒物，还是研究人体对特定气候环境条件的反应——例如高温或低温实验，均包括在犯罪构成要件之内。不存在医学上的必要是指该处置既非为了治疗，也不是为预防疾病，而仅仅是为了与受害人利益不相关的实验目的。

既不是出于医学上的必要，也不是为了受害人的利益而进行实验，是在任何情况下都应受刑罚处罚的，即使受害人事先表示了同意。而有医学根据或者其他为受害人的利益而进行的实验，也只有在事先得到自愿同意的情况下才不具有可罚性。这样的明文规定在《罗马规约》和第一号《附加议定书》中均不存在，它满足了全面保护自决权的目的，也使人有可能为受害人的利益而采取维护生命或健康的必要措施。

关于第八条第一款第八项乙目：提取组织和器官

本规定的基础是第一号《附加议定书》第十一条第二款第三项结合第一款，它符合当前的国际习惯法。第一号《附加议定书》将这一规定的适用范围限定于国际冲突，《国际刑法典》则取消了这个限制，因为有理由认为，国际习惯法已经将对处于敌方控制下的人员的保护扩大到了所有形式的冲突中。也就是说，这里所规定的提取组织和器官仅仅应被看作普遍禁止的非人道待遇中的一种情形；如果在这里区分国际冲突和非国际冲突，对于第八条第一款第八项乙目与第八条第一款第三项规定的禁止非人道待遇之间的关系而言，是不合适的。

受到刑罚处罚的是为移植目的而提取组织和器官。事先得到按照国际人道主义法应予保护的人员明确自愿的同意，为了治疗的目的而遵循医学原则提取血液或皮肤的，不在此列。对某些负伤的军人来说，输血和植皮是维持其生命的最重要手段，而这一规定符合传统的、现在仍然有效的认识，即关于什么样的医学措施对这些伤员必不可少的认识。反之，其他器官对于医治伤员的作用则是次要的。

关于第八条第一款第八项丙目：施用未被认可的治疗方法

本规定的基础是第一号《附加议定书》第十一条第一款第二句，根据国际习惯法，这一规定现在既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突，其理由与提取组织和器官的情形相同。本项犯罪构成所包含的不是甲目和乙目规定的医学实验和提取组织器官，而是其他任何未被认可的治疗方法。这里既包括施用不适合的药品，也包括过量施用某种特定药物或者以外科手术代替所缺的药物。

只有出于医学上的必要并且事先得到明确自愿的同意，对按照国际人道主义法应予保护的人员施用医学上未被认可的治疗方法才不受刑罚处罚。

关于第八条第一款第九项：有损尊严或者有辱人格的待遇

本项规定以《罗马规约》第八条第二款第二项第二十一目和第二款第三项第二目以及第一号《附加议定书》第八十五条第四款第三项为依据。这一规定是对国际上关于保护个人免受有损尊严和有辱人格的待遇的各项原则的应用，这些原则在德国亦通过《军事刑法》第三十一条得以确立。这项构成要件在武装冲突中有着重要的现实意义。冲突一方经常会对处在其力量控制下的人员——例如战俘——施以有损尊严或有辱人格的待遇，以迫使敌方采取诸如停止进攻一类的军事行动或者提出讲和条件等等外交步骤。此外，在有族裔动机的武装冲突中，有损尊严或有辱人格的待遇还被作为战争手段而采用。

原则上任何形式的有损尊严或有辱人格的待遇均足以实现本项犯罪构成，尤其是对被羁押人员进行体罚、将其供人围观或者对其进行羞辱。但是“以严重方式”一语表明本项犯罪构成不适用于轻微的侮辱。

关于第八条第二款：伤害丧失战斗力的人员

本款的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第六目、第二款第三项以及第一号《附加议定书》第八十五条第三款第五项。这一规定在现实中很重要，因为丧失战斗力的战斗人员常常被与之交战的敌方军人俘获并由此而面临被伤害的危险。

当前的国际习惯法比《罗马规约》的规定范围更广，因为根据第一号《附加议定书》第八十五条第三款第五项，国际习惯法还包括已丧失战斗力但并未放下武器或以其他方式投降的情形。因此《国际刑法典》也包括这样的情形，即应予保护的人员显然已丧失战斗力，但由于其特殊处境，例如因负伤而失去知觉，而不可能投降。

杀害丧失战斗力的军队成员或战斗员的行为已由《国际刑法典》第八条第一款第一项加以规定，因为该款涉及到按照国际人道主义法应予保护的人员，而根据第六款的定义，丧失战斗力的军队成员和战斗员属于这类人员。因此《国际刑法典》不必象《罗马规约》第八条第二款第二项第六目那样为杀害丧失战斗力的人员作出专门规定。

因合法的战争行动而造成伤害的，不受处罚。

关于第八条第三款第一项：非法拘禁

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第一项第七目以及第一号《附加议定书》第八十五条第四款第二项。这一规定只适用于国际性武装冲突，因为在非国际性武装冲突中，迄今为止尚没有充分的证据表明习惯法已确立了相应的以刑罚为后盾的禁止性规范。

合法拘禁的理由已丧失而仍不予释放，或者不遵循在审查拘禁是否合法时应予保障的程序，同样应视为非法拘禁。

《罗马规约》并未明文提到延误释放，而是以非法拘禁为准，在这一点上，《国际刑法典》的措辞超出了《罗马规约》的范围。但是从客观角度看，应当在《国际刑法典》中加入延误释放的行为，因为有关非法剥夺自由的基本规定即包括了多数延误释放的情形。此外，诸项《日内瓦公约》中有关释放被羁押的平民和战俘的规定在国际习惯法上是有充分依据的。因此可以在《国际刑法典》中对无正当理由而延误释放作出规定，这也是为了遵循全面通过刑罚处罚非法拘禁的法律政策目标。

非法拘禁可以由文职或军事机关以诸多方式进行。法院下达的非法命令并不是前提条件。有关行为的受害人既可以是平民也可以是战俘。延误释放同样可以有多种形式，或者仅仅是继续羁押，或者是将被拘禁人员带至某一地区后释放，而该地区的自然条件或地理位置使得有关人员难以归国或返家。至于对这两项犯罪构成均很重要的概念“应予保护的人员”，要参见第八条第六款第一项，该项将此概念作为“按照国际人道主义法应予保护的人员”中的一类加以进一步描述。

关于第八条第三款第二项：占领军迁移本国平民人口

本项规定亦在国际习惯法中得到确认，其基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第八目以及第一号《附加议定书》第八十五条第四款第一项，这一规定只适用于国际性武装冲突。本项规定对《罗马规约》和第一号《附加议定书》关于犯罪构成要件的措辞作了简化，但没有变更其实体内容，《罗马规约》有关“迁移”这一行为的措辞得到了采纳。

本项规定的目的在于保护居住于被占领土的平民人口，因而迁移占领军一方的平民人口中的几个人即可满足这一构成要件。这同样适用于向无人居住的地区迁移人口以宣示占领状态的情形。

“迁移”可以通过直接或间接的行动实施。典型的直接迁移是令本国人口移居至被占领土；而为本国国民移住被占领土提供财政或其他诱惑等等，可以被视为间接迁移。鉴于这些行为明显包括在本项规定的范围之内，因此在构成要件中不必重复《罗马规约》的表述方式。

无论如何，“迁移”都要以持续一定时间为前提。

关于第八条第三款第三项：强迫在敌方军队中服役

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第一项第五目，其适用范围仅限于国际性武装冲突。本项规定的行为是迫使有关人员在敌对方军队中服役，仅仅是强迫有关人员为军队服务——例如帮助运送武器或其他军事物资，而没有将其编入军队的，不足以实现犯罪构成。为准确说明“迫使”的概念，在犯罪构成中采用了《刑法典》第二百四十条关于强迫手段的规定。而《刑法典》第二百四十条中的“违法”这一要件则可以放弃，因为出于本项规定的目的而采用强迫手段被普遍视为卑劣行径，就象《罗马规约》和《犯罪要件》中规定的一样。与第八条第三款第一项相同，关于“应予保护的人员”的概念要参照第八条第六款第一项。

关于第八条第三款第四项：强迫参与战争行动

本项规定基于《罗马规约》第八条第二款第二项第十五目，它同样只适用于国际性武装冲突。所谓“战争行动”既包括积极参与战争行动，也包括使敌对方有可能进行作战的支援行动，诸如制造弹药、挖掘战壕以及运送武器等等。但是根据限制性解释的要求，诸如从事为军队生产食品的农业劳动不属于参与战争行动。象第八条第三款第三项一样，这里也仿照《刑法典》第二百四十条而对犯罪构成作了准确描述，但是摒弃了关于违法性的条款。

按照《罗马规约》第八条第二款第十五目，强迫敌方国民参加反对他们本国的作战行动应受刑罚处罚，“即使”这些人在战争开始前已为该交战国服役。这样的措辞对于《国际刑法典》和《罗马规约》规定的犯罪构成是不重要的，也是多余的，因为以前在交战国服役并不能改变实现了犯罪构成的事实，也不能成为合法化的事由。

关于第八条第四款：特殊定性

第八条第四款规定在两种情况下将最低刑期提高，即第一款第二项至第六项规定的行为至少是过失地（《刑法典》第十八条）导致被害人死亡；或者在第一款第八项规定的行为中，具体的危险因被害人死亡或者受到严重的身体或精神伤害而实现。

关于第八条第五款：情节较轻的情形

第八条第五款为第一款第二项至第四项、第六项、第二款以及第三款第一项中情节较轻的情形规定了较低的量刑尺度。

关于第八条第六款：按照国际人道主义法应予保护的人员

本款解释了“按照国际人道主义法应予保护的人员”的概念，这个概念关系到第八条第一款中几乎所有的犯罪构成。将各类应予保护的人员群体置于统一的概念下，体现了《罗马规约》有关针对人员的罪行的各项规定中共同的实质内容。这里涉及的所有人员的共同点是他们未直接参与或不再继续直接参与敌对行动，因而应给予国际人道主义法的特殊保护。这些人员首先是指平民而不是战斗员，在非国际性武装冲突中亦首先是指平民而不是敌方军队成员和战斗员，但也包括由于负伤或其他原因而丧失战斗力的战斗员。

“按照国际人道主义法应予保护的人员”的概念考虑到了有关人员所处的、使其应受保护的特殊境遇。例如对根据相关的国内法有权参加战争行动的战斗员本身发动攻击是符合国际法的，但是当有关人员丧失了战斗力因而也就不应再对之发动攻击时，他就成为《国际刑法典》意义上的“按照国际人道主义法应予保护的人员”。

关于第八条第六款第一项

对于国际性武装冲突，第八条第六款第一项援引了日内瓦四公约和第一号《附加议定书》中应予保护的人员的概念，其中包括第一项《日内瓦公约》第十三条规定的伤员和病员、第二项《日内瓦公约》第十二条规定的伤员、病员或遇难船只的乘员、第三项《日内瓦公约》第四条规定的战俘以及第四项《日内瓦公约》第四条规定的平民；还包括第一号《附加议定书》第四十四条第四款规定的落入敌手的战斗员，他们由于先前违反了国际法而不被视为战俘；此外还包括第一号《附加议定书》第七十三条第一款规定的难民和无国籍人。

平民的概念中还包括参与人道主义援助或维持和平行动而没有为某一方参加冲突的人员，即使他们身着本国的制服或佩带国际组织的军事标志。这不仅是根据第一号《附加议定书》第五十条结合第三项《日内瓦公约》第四条第一节第一款、第二款、第三款、第六款以及第一号《附加议定书》第四十三条，而且是根据《罗马规约》第八条第二款第二项第三目以及与之措辞相同的第八条第二款第五项第三目。后者明确指出，参与维持和平行动的人员原则上应视同国际人道主义法意义上的平民。只有当有关人员作为军队成员参与《联合国宪章》第七章(执行和平)规定的军事强制措施时，才适用其他规定。

但是在此涉及的只能是日内瓦四公约或第一号《附加议定书》意义上的应予保护的人员，因此第八条第六款第一项并不包括所有平民，而只包括——根据第四项《日内瓦公约》第四条——不具有行为人的国籍并且在行为人看来处于己方控制下的平民。然而需要注意，按照前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判例，这里的关键不在于有关人员在国籍法上的形式归属，而要看受害人实际上是否属于敌方人员(前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一贯判例，最近一次由 Kordic and Cerkez 一案确认，IT-95-

14/2-T, 2001年2月26日, para. 152; 联邦法院亦遵循了这些判例, 参见2001年2月21日的判决, 3 StR 372/00)。

第八条第六款使用了“按照国际人道主义法应予保护的人员”这一概念, 从而使第八条在犯罪构成方面即与其他规定特别是第十一条相区别, 后者援引的是交战法规。平民只有处于己方力量控制之下, 才可能对其实施第八条第一款规定的针对人员的战争罪行。反之, 通过远距离攻击伤害不处于己方控制下的平民, 无论是蓄意攻击还是附带伤害, 则应考虑适用交战法规的有关规定, 但也可以考虑认定为触犯诸如《国际刑法典》第十条以及一般刑法的规定。

关于第八条第六款第二项

对非国际性武装冲突, 第八条第六款第二项规定的应予保护的人员与第一项的规定相对应。这一点对于伤员、病员和遇难船只的乘员来说是显而易见的, 第二项又一次明文列举了这几类人员。在国际性武装冲突中应予保护的是战俘, 在非国际性武装冲突中则是被俘的敌方战斗员, 他们就象处在敌方力量控制下的平民一样被列为“处于敌方力量控制之下但并未直接参与敌对行动的人员”, 藉此也就与第八条第六款第一项一样包含了参与人道主义援助和维持和平行动的人员。

关于第八条第六款第三项

根据第八条第六款第三项, 在国际性和非国际性武装冲突中按照国际人道主义法应予保护的人员还包括不再参与敌对行动并且已经投降或者以其他方式失去自卫能力, 而尚未处于其对手控制下的敌方军队成员和敌方战斗员。这一规定的客观必要性在于: 此类人员即使已经放下武器、应予保护, 但他们只要还没有处在对手控制下而成为战俘或者被俘的战斗员, 就不具有第八条第六款第一项和第二项规定的身份。对这种“失去自卫能力”的战斗员予以保护符合国际习惯法, 在国际性武装冲突中, 这种保护规定于第一号《附加议定书》第四十一条; 在非国际性武装冲突中, 这种保护规定于诸项《日内瓦公约》的共同第三条以及第二号《附加议定书》第四条。

关于第九条: 针对财产和其他权利的战争罪行

关于第九条第一款: 抢劫和毁坏财产

本款规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第十六目、第二款第二项第十三目、第二款第五项第五目以及第二款第五项第十二目。本款把《罗马规约》中的上述几处规定合并为一则条文, 因为这几处规定的实质内容紧密相关。鉴于《国际刑法典》第九条第一款和《刑法典》第一百二十五条之一第二句第四项是以对概念的一致理解为基础, 因此无需进一步解释抢劫的概念。同样, 对于毁坏、侵占和没收的行为也要作与一般刑法相一致的理解。第一款规定的所有行为, 其前提都是有关财产处于行为一方的力量控制之下。对抢劫以及侵占、没收行为的叙述即已表明了这一点; 就毁坏而言, 这项限制意味着通过远距离攻击毁坏敌方财产不符合犯罪构成要件, 但是这种远距离攻击可能会根据第十一条或者一般刑法而受到刑罚处罚。

但是财产处于己方力量控制之下并不意味着己方一定要对有关地区实施第四项《日内瓦公约》意义上的占领，而毋宁以行动一方事实上对财产的控制——即使只是在有限的时间内——为已足。因此在进攻性军事行动中同样可以实施第九条第一款规定的行为。

抢劫在任何情况下都是违法的；而毁坏、侵占、没收敌方财产，只有在不是出于武装冲突本身的需要而为时，才具有可罚性。本款意义上的军事需要仅仅是指使交战方有可能采取战争行动的情势。这里没有采用《罗马规约》条文中所谓军事上的“迫切”需要的提法，因为这个提法既没有实质上的不同，也不是对“需要”的准确描述，而只会造成解释上的困难³¹。此外，称有关行为“违反国际法”表明，尽管不是出于军事需要，但是属于合法的战争行动因而不触犯国际法的毁坏、侵占和没收，不能根据第九条第一款加以处罚。

与《罗马规约》第八条第二款第二项第十三目和第五项第十二目所规定的毁坏财产不同，《国际刑法典》规定的构成要件中加入了“大规模”这一限制性的“门槛”。这种与《罗马规约》在措辞上的差别是合理的，因为有关规定所保护的核心并未被触动，所排除的只是轻微案件。

关于第九条第二款：取消和停止实体权利和诉讼权利

本款规定基于《罗马规约》第八条第二款第二项第十四目，它只适用于国际性武装冲突。本项犯罪构成不仅包括经济战争——这类战争过去常以取消和停止敌方国民的权利作为达到目的的手段，也可以包括其他歧视措施和权利限制。

《国际刑法典》引入了一条《罗马规约》并未明文规定的对可罚性的限制，即“敌方全部或相当一部国民”，从而体现了《罗马规约》第八条第二款第二项第十四目的宗旨和目的，即重要的是有计划有系统的行动而非个别行为，各国代表在罗马会议上议定规约时亦明确了这一点。鉴于有关行为的方式多种多样，这样规定也就排除了个别的剥夺权利的事件。

既然只有违反国际法的措施才受刑罚处罚，这里也就根本不包括基于联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章所作决议而采取的禁运等措施。

关于第十条：针对人道主义行动和标志的战争罪行

第十条使攻击人道主义行动和标志的行为受到刑罚处罚。保护人道主义行动的前提是，参与人道主义援助或维持和平行动必须符合《联合国宪章》。但是第十条并不是封闭性的，只要参与人道主义援助和维持和平行动的人员属于应予保护的平民(参

³¹ 《罗马规约》中文作准文本第八条第二款第二项第十三目和第五项第十二目均使用“……除非是基于……的必要”的措辞，这与英文、法文作准文本略有不同，英文本和法文本在上述两处规定中的相应用语分别为：“...unless...be imperatively demanded by the necessities...”和“...sauf...seraient/sont impérieusement commandées par les nécessités...”，即“……除非是基于……的迫切需要”。德国使用的《罗马规约》标准译本(BT-Drs. 14/2682, S. 9ff.)与英文、法文作准文本相一致，其译文为“...sofern diese nicht durch die Erfordernisse...zwingend geboten ist”。《国际刑法典》第九条第一款则删去了《罗马规约》德文译本中的“zwingend”（迫切）一词。——译注

见对第八条第六款的说明)，也可以考虑对有关的攻击按照第八条第一款或第十一条第一款进行处罚。

关于第十条第一款第一句第一项：攻击援助行动和维持和平行动

本项规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第三目以及与之措辞相同的第八条第二款第五项第三目，这两处规定在刑法层面上确立了对参与人道主义援助或维持和平行动的人员的保护，国际习惯法以及联合国安全理事会的一系列决议均对这种保护予以确认(可参见诸如 UN Doc. S/Res/1258, 1999 年 8 月 26 日；最近的文件有 2000 年 2 月 9 日安理会主席关于保护联合国工作人员和参与人道主义援助人员的声明, UN Doc. S/PRST/2000/4)。

本项规定原则上包括任何形式的针对人道主义援助或维持和平行动的攻击。攻击的概念则涵盖了任何形式的诉诸暴力，而不论所使用的是何种武器。无论攻击参与维持和平行动的国家的军人，还是攻击参与援助的平民——只要他们有权得到国际人道主义法给予平民和民用目标的保护，都属于本项规定的适用范围。而假如军队或者参与援助的平民以其装备直接参与了敌对行动，他们就不再享有国际人道主义法给予平民和民用目标的保护。

攻击军用目标不属于本项规定的适用范围。判断有关目标是否属于军用要依据作为习惯法而有效的第一号《附加议定书》第五十一条和第五十二条的规定。

行为人进行攻击时，其故意必须涉及到构成要件所涉人员和目标享有的特殊保护；并且行为人必须认为攻击所造成的后果一定会发生或者希望该后果发生。

关于第十条第一款第一句第二项：攻击使用《日内瓦公约》规定的保护性标志的人员和目标

本项规定以《罗马规约》第八条第二款第二项第二十四目和第二款第五项第二目为基础，这两处条文措辞相同，均要求以刑罚处罚针对使用诸项《日内瓦公约》规定的保护性标志的人员和目标进行的攻击。本规定对国际性和非国际性武装冲突均适用。尽管此处没有象《国际刑法典》第十一条第一款第一项那样明确提到国际人道主义法给予的保护的丧失问题，但是只有满足以下两个条件，行为才具有本项规定以及当前国际习惯法意义上的可罚性：首先，标志的使用必须符合国际法；其次，应予保护的目標和人員所享有的保護并未因第一号《附加议定书》的规定而丧失——后者在这方面亦是国际习惯法的反映。

攻击的概念与第十条第一款第一句第一项相同。

关于第十条第一款第二句：情节较轻的情形

第二句为情节较轻的情形规定了较低的量刑尺度。特别是在没有使用军事手段进行攻击时，应认定为情节较轻的情形。

关于第十条第二款：滥用公认的保护性标志

本款依据的是《罗马规约》第八条第二款第二项第七目以及第一号《附加议定书》第八十五条第三款第六项。与《罗马规约》不同，《国际刑法典》的这一规定既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。如果没有得到认可的、对人员和目标均适用的、向冲突各方宣示有关行动的中立性的保护性标志，则在任何形式的冲突中都不可能执行人道主义使命。对人员和目标的保护以及他们使用的标志之间这种解不开的联系要求将本规定的适用范围扩大至非国际性武装冲突，这也符合得到巩固的国家实践。如果不以刑罚惩罚对保护性标志的滥用，那么在冲突的事态使人很难区分战斗人员和无关人员的情况下，《国际刑法典》第十条第一款规定的禁止攻击就会成为一纸空文。因此国际社会在一致谴责针对人道主义使命的攻击时，并未区分不同的冲突形式(UN Doc. S/PRST/2000/4, 2000年2月9日, 以及产生该文件的基础性辩论; 1997年12月16日联合国大会关于保护参与人道主义援助人员的决议, UN Doc. A/Res52/167)。《国际刑法典》的这一规定还可以从1994年12月15日通过的《联合国人员和有关人员安全公约》(BGBI. 1997 II, S. 230)中找到依据, 该公约适用于任何形式的冲突, 保护有关行动免受任何有碍执行使命的行为的侵犯。

典型的案例是通过滥用有关符号和标志而背信弃义地杀、伤敌方人员。因此在交火过程中的滥用行为——例如从标有红十字标志的车辆中向敌方士兵射击——一般属于本规定所适用的重要情形。但是其他行为也可以实现本项犯罪构成, 例如违法使用得到认可的标志即属此列, 如果该使用被敌方发现后会促使其原则上对使用该标志的人员和目标进行攻击以避免军事上的失利, 此处谨举一例说明, 即被禁止的将红十字标志用于运送弹药, 如果此行为导致敌方对使用红十字标志的伤员运输开火。

行为必须造成人员的死亡或重伤。

关于第十一条：交战中采用被禁止的方法的战争罪行

关于第十一条第一款第一项：攻击平民人口

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第一目、第二款第五项第一目以及第一号《附加议定书》第八十五条第三款第一项, 其目的是使以攻击平民作为战争手段的行为受到刑罚处罚。与《国际刑法典》第八条第一款规定的杀、伤平民不同, 第十一条只涉及以军事手段发动的攻击。

只有攻击“针对平民人口本身”时, 才适用本规定, 这一点对于行为可罚性的主观前提颇为重要: 行为人必须以攻击有关目标为明确的目的, 此外他还必须知道所攻击的是平民人口或未直接参与敌对行动的个别平民。因此从对构成要件的描述看, 有条件的故意是不够的。如果行为人只是使用了军事手段, 但并不知道其行为指向的是敌方军人还是平民, 则主观构成要件并未实现。如果行为人目的明确地攻击军事目标并且在攻击时考虑到可能会造成附近平民死亡, 则同样没有实现主观构成要件, 因为在这种情况下根本不存在“针对平民人口本身”的攻击。但是如果行为人违背了国际人道主义法所要求的区分军用和民用目标的义务(可参见第一号《附加议定书》第五十七条第二款第一项第二目), 那么他采取的是违反国际法的作战行动, 对在这种情况下杀害平民的行为虽然不能按照《国际刑法典》处以刑罚, 但是可以按照德国法(《刑

法典》第二百一十一条以下)处罚, 只要根据《刑法典》第三条至第七条的规定可以适用德国刑法。

关于第十一条第一款第二项: 攻击民用目标

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第二目、第二款第二项第五目、第二款第二项第九目、第二款第五项第四目以及 1977 年第一号《附加议定书》第八十五条第四款第四项。在《罗马规约》中, 只有对专门列举的目标——例如教堂——发动攻击, 才是在任何形式的冲突中都应受刑罚处罚的行为; 而对“民用”目标本身(参见第一号《附加议定书》第五十二条第一款)以及其他被提及的目标——例如不设防城市——发动攻击, 只是在国际性武装冲突中才受刑罚处罚。这一复杂的区别有其历史原因, 所依据的是对各种具体目标的不同保护性规定, 《国际刑法典》则放弃了这个区分。

《国际刑法典》将《罗马规约》中散见于多处的规定加以合并, 以刑罚惩罚有关行为, 而不论其是在国际性还是在非国际性武装冲突中实施。将有关行为归纳到攻击民用目标的总概念之下, 符合国际习惯法的现状, 这一现状在各个国际法庭的新近判例以及国际社会的有关论断中均得到体现, 即在所有形式的冲突中将平民人口的保护和对民用目标的保护予以结合(1999 年 9 月 17 日安理会关于在武装冲突中保护平民人口的决议, UN Doc. S/Res/1265; Kupreskic et al., 2000 年 1 月 14 日, IT-95-16-T, para. 521)。

前述判例允许将《罗马规约》中提及的所有目标同时列入受到保护的民用目标, 只要这些目标受到国际人道主义法的保护。在决定哪些情况下可以取消这种保护并将其中某一目标归入允许攻击的军事目标时, 可以根据作为习惯法而有效的第一号《附加议定书》第五十二条给出的定义。该定义得到了其他国际习惯法规定的前提的补充, 例如根据第四项《日内瓦公约》第十九条, 民用医院即使被用于敌对行动, 也只有在提出过警告并限期改正的情况下才能对之发动攻击。

本规定现在的文本还考虑到了 1999 年通过的、对 1954 年关于保护文化财产的《海牙公约》的第二号《议定书》第十五条的核心内容, 该条亦属现行的国际习惯法, 规定应普遍以刑罚惩罚攻击文化财产的行为, 并规定了所谓的“对文化财产的扩大保护”。

关于主观上的前提适用前文有关《国际刑法典》第十一条第一款第一项的说明。在第二项的情形, 行为人也必须明确地针对受保护的民用目标发动攻击, 也就是说他必须确知(而不是仅仅考虑到可能性)有关建筑等等不是军用目标而是受保护的民用目标, 并且确实希望击中该目标。

第一款第二句规定为情节较轻的情形减轻刑罚, 从而为损失不大以及没有产生长期损失的情形规定了适当的处罚。

关于第十一条第一款第三项: 导致超出限度的平民损失的攻击

本项规定依据的是《罗马规约》第八条第二款第二项第四目以及第一号《附加议定书》第八十五条第三款第二项和第三项。鉴于当前的国际习惯法对于在非国际性武装冲突中造成过度损失的行为亦规定以刑罚处罚，因此本项规定也适用于非国际性武装冲突，尽管《罗马规约》并未如此规定。国际法院在其为使用和威胁使用核武器问题出具的意见书中(ICJ Rep. 1986, Notes 30-33)，以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 Kupreskic 一案的判决中(Kupreskic et al., IT-95-16-T, 2000年1月14日, para. 524)，均对适当性原则的习惯法效力予以确认，而没有区分特定的冲突形式。此外，国际社会曾通过一系列关于在特定的国内或国际冲突中使用武力问题的文件，其中均以不同的措辞谴责了过度使用武力(联合国秘书长关于科索沃问题的报告，UN Doc. S/1998/912；安理会 1998年6月12日关于安哥拉问题的决议，UN Doc. S/Res/1173；安理会 2000年10月7日关于中东问题的决议，UN Doc. S/Res/1322)。

本项规定并未通过特殊的构成要件具体说明何为超过限度。但是在解释本规定时要注意第一号《附加议定书》第五十七条，其中规定的衡量标准目前已发展成为习惯法，适用于这里涉及的一切损失。

行为人必须以军事手段进行攻击。本项犯罪构成以刑罚处罚第一号《附加议定书》第五十一条所禁止的不加区分的攻击，但是根据国际习惯法，该攻击只有造成平民的过度伤亡或者民用目标的过度损坏时，才具有可罚性(参见第一号《附加议定书》第八十五条第三款第二项)。

“攻击”这一要件表明行为人必须在主观上有“直接故意”，这包含两层意思：一方面他必须意在攻击某一目标；另一方面，他在攻击时必须“确切地预计到”该攻击会造成过度的“并发损失”。至于行为人是否明知，可以从他在攻击时对当地情况的一般了解加以推断，即使他予以否认。例如行为人如果知道所攻击的军事目标位于居民区内，即可认定为明知。

在预期造成的损失与预期可以得到的军事利益相比是否“明显超过必要限度”的问题上，只要行为人知道导致过度的重要事实，即构成故意。行为人只是错误估价了有关利益之间的关系，原则上并不能排除其故意，对这种情况要根据关于错误的一般规定处理。

关于第十一条第一款第四项：滥用人员作为人体屏障

本项规定的根据是《罗马规约》第八条第二款第二项第二十三目。本规定涉及到《国际刑法典》第八条第六款提及的所有人员，从而反映了国际刑法的现状，即以刑罚处罚滥用诸项《日内瓦公约》所保护的人员——例如战俘——作为所谓“人体盾牌”的行为。这是一方面。另一方面，鉴于前南斯拉夫问题国际刑事法庭所确认的习惯法的发展欲在所有形式的冲突中全面保护平民，同时广泛的国家实践亦将在非国际性武装冲突中滥用平民作为“人体盾牌”的行为视作应受刑罚处罚的、对国际法的触犯，因此有必要将非国际性武装冲突纳入本规定的适用范围。在这方面作出实质性的区分，对于非国际性武装冲突中的“人体盾牌”问题是不公正的，也是对国际刑法最新发展的否定。

关于第十一条第一款第五项：断绝平民食物

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第二十五目；与《罗马规约》不同的是，这一规定既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。本规定与《国际刑法典》中其他犯罪构成的客观联系要求扩大其适用范围。《国际刑法典》普遍以刑罚处罚任何形式的冲突中针对平民和民用目标的攻击，这符合国际习惯法。断绝平民的食物，其效果与直接攻击平民人口和民用目标并无不同。将本规定的适用范围扩大至非国际性武装冲突的必要性还在于：《国际刑法典》和《罗马规约》均以刑罚处罚对他人的非人道待遇，而并未对冲突的形式加以区分。

如此规定亦同新近的国际习惯法相一致，后者体现于联合国的一系列文件，同时还特别体现于国际社会所提出的要求，即在非国际性武装冲突中使有关平民能够得到援助物资(安理会 1999 年 9 月 17 日关于在武装冲突中保护平民的决议，UN Doc. S/Res/1265；联合国大会 1999 年 12 月 17 日关于苏丹问题的决议，UN Doc. A/Res/54/182；联合国大会 1999 年 12 月 17 日关于刚果问题的决议，UN Doc. A/Res/54/179；联合国大会 1999 年 12 月 17 日关于阿富汗问题的决议，UN Doc. A/Res/54/185)。

关于第十一条第一款第六项：交战中不予纳降

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第十二目和第二款第五项第十目，它以刑罚惩罚这种战争手段，即要求在任何情况下都将敌人击毙而不是俘获；威胁或者命令采取此种手段的，即应受到刑罚处罚。

根据为《罗马规约》而制定的《犯罪要件》，这里加入了“指挥官”这一要件，从而阐明，一定的命令权是实现犯罪构成所必需的。没有命令权，这样的命令或威胁也就不可信；同时，命令权还是有计划地采用此种手段的一个证据(UN Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2)。出于同样的原因，为准确起见，《国际刑法典》用“下令……或者以……相威胁”取代了《罗马规约》使用的概念“宣告”。这同刑罚的根据相符，之所以处以刑罚，其根据并不在于个别情况下的不准纳降，而在于有计划地采用这种极为严酷的战争手段。

关于第十一条第一款第七项：背信弃义的杀、伤

本项规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第十一目以及第二款第五项第九目。自 1907 年通过《海牙陆战公约》(RGB1. 1910, 132)第二十三条第二项以来，以背信弃义的方式杀、伤敌方战斗员即被视为战争罪行。从 1907 年开始使用并得到普遍承认的关于“背信弃义”行为的概念，与《刑法典》第二百一十一条第二款中的“狠毒”这一要件不同(参见 BGHSt 30, 105, 115f.)，其前提是利用通过特殊行为骗取的信任，例如伪装成平民或假装受伤。

判处刑罚并非由于杀、伤敌人的行为本身，而是由于背信弃义的行为方式。杀、伤敌方战斗员是国际法所允许的，但当这种行为破坏了对国际人道主义法所给予的保护的信任时，则应受刑罚处罚。而且背信弃义的行为还会带来这样的危险，即在以后的战争行动中国际人道主义法的保护性规定不再被普遍遵守。例如行为人伪装成平民并且借助这种诡诈的方式杀死了敌方战斗员，那么敌方战斗员此后恐怕也会违背

国际人道主义法而杀害平民，因为他们会认为被杀害的平民也是经过伪装的军人。以上分析表明应将以背信弃义的方式杀、伤敌人的犯罪行为列入被禁止的交战方法而不是针对人员的战争罪行；同时也说明了为什么对以背信弃义方式杀人的行为判处的刑罚轻于《国际刑法典》第八条第一款第一项和《刑法典》第二百一十一条为杀人规定的刑罚。

本规定包括以背信弃义的方式在国际性武装冲突中杀死敌方军队成员和在非国际性武装冲突中杀死战斗人员。对于内战中非政府一方的战斗员来说，使用“敌方战斗员”的措辞在国际法上比《罗马规约》的德文译本更精确，因为非国际性武装冲突中并不存在所谓“敌国人员”。

关于第十一条第二款：特殊定性

第十一条第二款为这种情形而将最低刑期提高，即第一款第一项至第六项规定的行为导致平民或者按照国际人道主义法应予保护的人员死亡，或者造成这类人员身受《刑法典》第二百二十六条意义上的重伤。对平民造成如此的特殊后果时，对于结果加重而言，该人员在行为人看来是否处于己方力量控制之下并不重要，这一点不同于第八条第六款。

如果行为人是故意造成他人死亡，则量刑尺度更加提高。

关于第十一条第三款：在国际性武装冲突中破坏环境

本款规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第四目，所包括的是对环境造成特别大规模破坏，并且该破坏与构成要件中具体说明的军事利益相比明显超过必要限度的攻击。在实际应用时，本规定通常只处罚那些至少造成某一地区环境污染并且与所追求的军事利益相比明显超过必要限度的行为。

本规定的适用范围目前未及于非国际性武装冲突，因为对此尚无确凿证据证明存在相应的国际习惯法规范。

关于第十二条：交战中采用被禁止的手段的战争罪行

关于第十二条第一款第一项：使用毒物或有毒武器

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第十七目，其适用范围则扩大至非国际性武装冲突，即包括《罗马规约》所提及的任何形式的冲突。自 1907 年通过《海牙陆战公约》以来，使用毒物即被视为严重违反国际人道主义法。

在罗马会议上，《海牙陆战公约》的条文被《罗马规约》原封不动地采纳；而该次会议的特殊政治条件使得《罗马规约》未能象国际习惯法所要求的那样，将本规定扩大适用于非国际性武装冲突。但是这种扩大却符合当前的法律状况，现在的法律要求考虑在非国际性武装冲突中使用毒物对平民人口造成的巨大威胁。例如《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第三条亦规定了使用毒物的犯罪构成，而该法庭上诉庭在 Tadic 一案的管辖权决定中，为解释第三条而援引了普遍认可的准则，即禁止在国

际性武装冲突中使用的武器亦不得在任何其他情况下使用(Tadic, IT-94-1-AR 72, 1995年10月2日, para. 119)。

关于第十二条第一款第二项：使用生物或化学武器

本项规定的基础是《罗马规约》第八条第二款第二项第十八目，与《罗马规约》不同之处在于它既适用于国际性，也适用于非国际性武装冲突。这种适用范围的扩大同样有国际习惯法以及对德意志联邦共和国有拘束力的、关于使用生物和化学武器的条约法规范作为充分根据。在任何形式的冲突中，使用生物或者化学武器均为条约法所禁止(1972年4月10日通过的《关于禁止发展、制造和贮存细菌(生物)武器和有毒武器的公约》，BGBl. 1983 II, S. 132; 1993年1月13日通过的《关于禁止发展、制造和贮存化学武器的公约》，BGBl. 1994 II, S. 806)。前南斯拉夫问题国际刑事法庭在Tadic一案中根据国家实践而确认，在非国际性武装冲突中亦应禁止使用化学武器(Tadic, IT-94-1-AR 72, 1995年10月2日, para. 124)。

本项规定的措辞强调生物或化学武器，这并不是对《罗马规约》内容上的变动，而是与对德意志联邦共和国有拘束力的上述国际公约中的有关规定相协调。对于生物或化学武器的概念无需进一步解释，因为在德国法中，《〈化学武器公约〉法》(见前文)已包含了这种解释。在《国际刑法典》中规定对使用生物或化学武器处以刑罚，其必要性在于：《〈化学武器公约〉施行法》(CWÜAG, BGBl. 1994 I, S. 1954)第十七条和《〈基本法〉第二十六条第二款施行法》(《战争武器管制法》，BGBl. 1990 I, S. 2506)第二十条虽然规定以刑罚处罚制造、出口生物或化学武器等等一系列行为，但是其中却不包括使用这类武器。此外，《〈化学武器公约〉施行法》第十七条尽管适用于德国人在国外实施的行为，但是为《国际刑法典》中的行为所规定的普遍管辖权原则在这里却并不适用。

关于第十二条第一款第三项：使用所谓的“达姆子弹”

本项规定的依据是《罗马规约》第八条第二款第二项第十九目。尽管《罗马规约》中的规定不涉及非国际性武装冲突，但是《国际刑法典》的这项规定却既适用于国际性武装冲突，又适用于非国际性武装冲突。这项禁止性规定自1899年《海牙第二宣言》以来即发生效力并被普遍接受，而以刑法的形式出现的这项规定，和有关使用毒物以及化学和生物武器的规定一样，现在已作为国际习惯法适用于非国际性武装冲突。

《国际刑法典》中没有关于使用其他常规武器的犯罪构成。虽然存在一系列对德意志联邦共和国有拘束力的、关于禁用防步兵地雷和激光武器的条约法规范——例如1997年《渥太华公约》(BGBl. 1998 II, S. 778)对防步兵地雷的普遍禁用，但是以刑罚保障这些禁止性规定目前尚未被国际社会普遍接受，因而现在未在《国际刑法典》中作出规定。如果这样的禁止性规范在条约法或习惯法层面上得到了刑罚的保障，则未来的立法者应当在适当的时候考虑在《国际刑法典》中加入相应规定。

关于第十二条第二款

第十二条第二款——同第十一条第二款一样——规定，如果第一款的行为导致平民或按照国际人道主义法应予保护的人员死亡或者身受《刑法典》第二百二十六条意义上的重伤，则将最低刑期提高。如果行为人故意造成死亡，则量刑尺度被进一步提高。

第三节 其他犯罪行为

关于第十三条：违背监督义务

第四条遵循《刑法典》第三百五十七条的模式，规定上级知道部属即将实施犯罪时，应当承担行为人的责任；而第十三条则单独将违背监督义务规定为犯罪，从而涵盖了仅仅由于过失而未能阻止部属实施犯罪的情形，《罗马规约》第二十八条将这种情形与故意的情形相提并论。此处仿照《违反秩序法》(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG)第一百三十条和《军事刑法》第四十一条，规定具有抽象危险性的、故意或者过失——根据第四款后半句，对于后者处刑较轻——违背监督义务的行为只有造成客观后果才受刑罚处罚，所谓客观后果即部属实施了上级可以预见并加以阻止的犯罪行为。如此规定符合过错原则，也使刑罚名正言顺；反之，鉴于第一条规定的普遍管辖权原则，如果适当监督只能大大增加实施行为的困难，则不足以据此处罚违背监督义务的行为。

对于文职上级，第二款特别要求有关犯罪行为的实施须为该上级所容易预见，这与《罗马规约》第二十八条第二项第一目规定的区分相一致。

关于第十四条：怠于报告犯罪行为

根据《罗马规约》第二十八条第一项第二目，怠于报告部属所实施的行为，在可罚性方面与行为人实施行为等同。这种处置明显过分，按照德国法在学理上也讲不通。本条规定同样足以促使上级报告其所获知的、部属实施的行为。这项义务由于《罗马规约》第二十八条而被国际法所确认，它优先于公务员或者军人在法律上的沉默义务(参见《联邦公务员法》[Bundesbeamtengesetz, BBG]第六十一条第二款；《军人法》第十四条第二款)；但是在内部要求上级按照规定的官方途径报告却是允许的。此外，本条要求的是“立即”而不是“迅即”报告；由于客观障碍或军事上的必要而造成的延误报告，尚不足以实现本项犯罪构成。

第十四条规定的可罚性，其依据在于：上级的不作为造成(或者提高)了应承担责任的部属逃脱惩罚的危险。本罪的恶性与阻碍刑罚或职务上的阻碍刑罚(《刑法典》第二百五十八条、第二百五十八条之一)大致相当，而明显超过《军事刑法》第四十一条规定的在刑事诉讼中不予配合，因此判处最高刑期为五年的有期徒刑是合适的。

第三部分 关于第二编：《〈刑法典〉修正案》

在第一编中，《国际刑法典》第一条为该法涉及的一切重罪规定了普遍管辖权原则，其中也包括现在已收入《国际刑法典》的灭绝种族罪；而迄今为止的《刑法典》第六条第一项所援引的是《刑法典》中规定的灭绝种族罪，因此应予废除。此外，第二编还包含了将《刑法典》第二百二十条之一收入《国际刑法典》第六条所附带引

起的必要变更。此处没有超出附带变更的必要范围而对有关的犯罪行为目录进行修改，因为在这些目录中加入《国际刑法典》规定的其他罪行或者全部罪行，可能会打破平衡并且引发一些不严重推迟本次立法程序不足以解决的争议问题。因此对《国际刑法典》所带来的协调问题，应当独立于本草案而在各自的专门领域研究解决。

第四部分 关于第三编：《〈刑事诉讼法典〉修正案》

关于第三编第一项至第三项

第一项至第三项修正案涉及的是将灭绝种族罪收入《国际刑法典》而附带引起的必要修订。出于与第二编相同的考虑，这里同样没有超出附带修订的范围而援引其他《国际刑法典》规定的重罪作为适当的关联罪行。

关于第三编第四项(第一百五十三条之三)

《刑事诉讼法典》第一百五十三条之三第一款第一项和第二项授予了检察机关广泛的裁量权，以决定对国外行为和外国人在位于本国境内的外国船舶上实施的行为免于追诉；而对于按照《国际刑法典》应处以刑罚的行为，这一裁量权受到了《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六的特殊限制。因此第三编第四项规定，将按照《国际刑法典》应受刑罚处罚的行为排除在《刑事诉讼法典》第一百五十三条之三第一款第一项和第二项的适用范围之外。但是以特别规定取代第一项和第二项并不排斥其他免于追诉或终止诉讼的可能性，这种可能性可以根据《刑事诉讼法典》，也可以根据诸如计划中的《与国际刑事法院合作法》(参见前文第一部分第四项)第二十八条——这是有关与国际刑事法院关系问题的特别规定。

关于第三编第五项(第一百五十三条之六)

新增加的《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六从诉讼法角度为实行《国际刑法典》第一条确立的普遍管辖权原则创造了条件。对于其他国外行为，检察机关享有裁量权；而对于《国际刑法典》涉及的国外行为，新规定限制了这一裁量权，并在两个方面规制了裁量权的行使：对于具有本国连结点的情形，《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六规定原则上具有追诉义务(起诉法定原则)，以防止国际罪行不受惩罚；另一方面，德国刑事追诉机关可以在特定的情况下不行使追诉权，而给予外国或国际刑事追诉机构优先权。总的来说，立法者通过《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六的规定，在一定范围内免除了检察机关的负担，使它们不必决定是否应追诉一桩在国外实施的国际罪行——这种决定有时在政治上是敏感的。在个别案件中，调查案情可能耗费巨资；对此，第一百五十三条之六包含了一项重要的调整措施，以有效应对德国侦查资源可能面临的重负——但这需要与计划中的对《基本法》和《法院组织法》的修改(参见前文第一部分第四项)相结合。

具体而言，《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六基于以下指导思想：原则上，按照《国际刑法典》第一条，德国司法机关对《国际刑法典》规定的所有犯罪行为具有管辖权，而不论行为地和有关人员的国籍；根据起诉法定原则，检察机关也有干预的义务。既然要通过刑事诉讼方面的国际协作优先保证犯有触犯国际法的罪行的人不会逃脱惩罚，调查和追诉的义务也就不限于与德国有连结点的行为；即使不存在与德

国的连结点，在德国进行调查所取得的结果对于在外国或者某个国际刑事法庭进行的诉讼程序也会有所裨益。另一方面，也要防止与德国无关并且进行调查也未必带来可观成果的案件对德国侦查资源造成重负。此外还要考虑到，即使在适用普遍管辖权的情形中，管辖权的优先性也是有次序的：首先应当由行为地国、行为人或受害者国籍国以及有管辖权的国际法庭进行追诉；而第三国（本身所享有）的管辖权应视为“备用管辖权”，它是为了防止罪犯逃脱惩罚，除此之外则不应武断排斥有优先地位的管辖权。行为地国以及行为人或受害者国籍国享有优先权，这既是因为它们在刑事追诉方面有着特殊利益，也是出于通常便于就近取证的考虑。准备受理案件的国际刑事法庭则最能够遵循国际协作的思想，也更有可能通过刑法方面的（纵向）合作收集证据。只要刑事追诉的优先权得到国际刑事法院的承认，它就不违背《罗马规约》第十七条规定的补充性原则，该原则不能解释为鼓励某个在具体案件中仅仅依据普遍管辖权原则而进行刑事追诉的国家以其管辖权对抗国际刑事法院。

上述考虑为按一定次序限制追诉义务提供了依据。具体次序如下：

关于第一百五十三条之六第一款

如果因国外行为而受到指控的外国人不在并且也不会在本国停留，则在德国进行刑事诉讼通常也不会取得什么成果。因此根据第一款第一句，在这种情况下原则上由检察机关裁量，或者尽可能进行追诉——有时也要考虑到将来可能会有司法协助的请求，或者放弃追诉。被指控人只要在德国出现——哪怕只是暂时的，即属在本国停留。为过境而出现即满足这一条件；被指控人在本国停留的时间只需长到足以将其抓获即可。至于在德国出现是出于自愿还是非自愿，则无关紧要。

如果不在并且也不会在本国停留的行为嫌疑人是德国人，则应当提出引渡嫌疑人的请求并进行追诉，这是德意志联邦共和国对其公民实施的触犯国际法的罪行负有的特殊责任所决定的。但是也可能会有很好的理由让某一国际法庭或者诸如行为地国去审判，因此在该行为已经开始受到具有优先地位的管辖权追诉的范围内，检察机关享有裁量权（第一款第二句）。本规定的宗旨表明：在国外进行的追诉如果只是一种假象或者并无严肃的追诉意愿，其目的在于使被指控人免受其他的刑事追诉，则不能因此而根据《刑事诉讼法典》第一百五十三条之六免于追诉。

关于第一百五十三条之六第二款

如果行为与德国无关，行为嫌疑人也不会在本国停留，并且某个国际刑事法庭或者某个与行为有直接关系因而享有优先管辖权的国家已经按照司法程序对该行为进行追诉，通常就应当根据补充性原则而放弃在德国进行刑事追诉（第二款第一句）。但是在例外情况下（例如在行为地国开始的追诉可能由于政治原因而受到妨碍，或者重要证人居住在德国），对这类案件也应当保留本国刑事追诉的可能性。和第一款一样，在其他地方进行的“虚假追诉”不足以成为免于追诉的理由。根据这一相对严格的规定，只是缺乏本国连结点或者只是在外国已开始追诉，并不影响起诉法定原则——第一款规定的情形除外。这是合理的：尽管行为没有本国连结点，但是如果享有优先管辖权的司法机关还没有开始调查，那么根据起诉法定原则结合普遍管辖权原则，德国刑事追诉机关至少应当在可能的范围内努力进行调查，以为将来的刑事追诉（不管是在德国还是在外国）做准备。反之，如果某个国家或国际刑事法庭已开始调查案件，但是行

为、行为嫌疑人或者受害者与德国有关，则出于国际协作的原因，不论是否存在具体的司法协助请求，德国当局都应当基于与德国的连结点而尽可能进行调查，从而尽力支持在国外进行的诉讼，并且也为将来可能由德国接管案件而做好准备。

如果追诉由某一享有优先管辖权的国际或外国司法机关进行，而外国行为嫌疑人停留在德国，则向进行追诉的司法机关引渡或移交该人员一般应优先于补充性的德国刑事追诉利益。但是这只适用于允许引渡有关人员并且事实上也有此意图的情况。第二款第二句为这种情况而同样规定“应当”免于进行本国刑事追诉。

关于第一百五十三条之六第三款

根据第三款，在第一款或第二款规定的情形中，业已提起公诉的，检察机关可以撤回起诉而终止诉讼程序。

第五部分 关于第四编：《〈法院组织法〉修正案》

第四编涉及的这项必要修订是由于将灭绝种族罪的犯罪构成纳入《国际刑法典》而产生。

第六部分 关于第五编：《〈法院组织法施行法修订法〉修正案》

第五编涉及的这项必要修订是由于将灭绝种族罪的犯罪构成纳入《国际刑法典》而产生。

第七部分 关于第六编：《〈原德意志民主共和国国家全部档案资料法〉修正案》

第六编涉及的各项必要修订是由于将灭绝种族罪的犯罪构成纳入《国际刑法典》而产生。

第八部分 关于第七编：废除德意志民主共和国《刑法典》中一条继续有效的规定

本项规定废除了德意志民主共和国《刑法典》第八十四条，该条是关于不适用时效的特别规定，根据《统一条约》，该条在新的联邦州依然有效；之所以将其废除是因为《国际刑法典》第五条已使该规定过时。

第九部分 关于第八编：生效

本编规定了本法的生效。