

## 国际刑事法院的司法能动主义：实践、反思及限制

朱 丹

**内容提要：**国际刑事法院对《罗马规约》近年来的解释中呈现出司法能动主义的趋势，即背离约文的字面含义和立法者的原意，扩张国际刑事法院管辖下犯罪的定义和可受理案件的范围。国际刑法的混合性质、先前国际刑事法庭的司法能动主义政策以及《罗马规约》适用法条款和解释规则的不确定性都是导致国际刑事法院司法能动主义的原因。作为非经授权的司法立法行为，国际刑事法院的司法能动主义不但违背国家主权原则和罪刑法定主义，而且损害了国际社会通过其追究国际犯罪的信心。构建对其司法能动主义进行规制的关键在于厘清和协调《维也纳条约法公约》中的解释规则、罪刑法定原则下的严格解释以及存疑有利于被告解释方法三者《在《罗马规约》解释中的适用范围及适用关系。

**关键词：**司法能动主义 国际刑事法院 条约解释 罪刑法定主义 严格解释

朱丹，复旦大学法学院讲师。

### 一 引言

国际刑事法院对《国际刑事法院罗马规约》（*Rome Statute of the International Criminal Court*，下称“《罗马规约》”）近年来的解释中呈现了司法能动主义的趋势：一方面扩张法院在补充性管辖权下的案件受理范围；另一方面扩大《罗马规约》管辖下国际犯罪的定义范围。司法能动主义（judicial activism）起源于国内法（domestic law），然而并没有统一的定义。<sup>[1]</sup> 根据《布莱克法律大词典》，司法能动主义指司法机构在审理案件的具体过程中，不因循先例和遵从成文法的字面含义进行司法解释的一种司法理念及基于此理念的行为。<sup>[2]</sup> 司法能动主义存在着通过法律而超越法律这一重要内涵，即使这不能涵盖司法

[1] Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, *California Law Review*, Vol. 92 (2004), p. 1441.

[2] Henry C. Black, *Black's Law Dictionary* (6<sup>th</sup> edition), West Publishing Co., 1990, p. 847.

能动主义的全部。<sup>[3]</sup> 但是,司法能动主义与经授权的用于填补法律空白的司法立法行为是不同的,虽然两者都属于司法政策制定的组成部分。考夫曼(Kaufmann)认为:“长久以来,人们已经摆脱法秩序的全备性与无漏洞性的信条,并且因为不能改变不得以无法律而拒绝审判的禁令,而赋予法官填补漏洞的创造性任务。”<sup>[4]</sup> 司法立法行为是指,当立法对于司法裁判过程中所涉争议中的某一方面没有明确规定时,由司法裁判者做出的立法行为,这意味着立法者实际上在某种程度上将填补法律空白的权限授予了司法机关。相比之下,司法能动主义则意味着在司法裁判过程中司法裁判者对立法者原意的背离。

司法政策制定涉及司法权与立法权的博弈,这种对抗在国际司法裁判过程中也同样存在。填补法律空白的司法立法行为在国际法上也是得到认可的现象,并被认定为法院司法职能实施的一部分。<sup>[5]</sup> 正如国际法学者劳特派特(Hersch Lauterpacht)所言,“司法立法行为,只要不采取违背既存法的形式,就应该是健康的和不可避免的。”<sup>[6]</sup> 然而,对于违背条约约文和立法者原意的司法能动主义,其正当性是受到质疑的。<sup>[7]</sup> 与大部分国内法院不同,国际司法裁判机构对案件的审理过程既包括对实体性问题的审理,也包括对案件管辖权和可受理性等程序性问题的审理,并通常以判决的形式作出。国际司法裁判机构的管辖权一般都建立在国家同意的基础上,<sup>[8]</sup> 而在确定国家所同意接受的管辖权范围过程中则涉及对条约约文的解释和对立法者原意的解读,即法官自由裁量权的运用,因此,国际司法能动主义也相应地延伸至案件管辖权的确立阶段。在国际司法裁判实践中,国际法院、国际海洋法法庭、世界贸易组织、欧洲人权法院和联合国特别刑事法庭都在不同程度上呈现出司法能动主义的倾向并受到学术界的关注。<sup>[9]</sup>

这种非经授权的司法立法行为不但违背了《罗马规约》的明文规定,也与立法者的原意不符,同时还威胁到国际刑事法院司法的权威性及其存续的合法性。由于国际刑事法院具有特殊的性质,作为审判犯罪的刑事法院和由条约所设立的国际组织,既要适用刑法上的基本法律原则,又要遵行国际法上的条约解释规则,因此在司法能动的问题上更为突出和复杂,值得反思和深入研究。

## 二 国际刑事法院司法能动主义的近年实践

### (一) 肯尼亚授权调查案

2009 年 11 月 26 日,时任国际刑事法院检察官的路易斯·奥坎波(Luis Mereno Ocampo)

[3] 参见李辉著:《论司法能动主义》,中国法制出版社 2012 年版,第 48 页。

[4] [德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 73 页。

[5] Michael Reisman, Judge Shigeru Oda: Reflections on the Formation of a Judge, in Nisuke Ando and others, eds., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 1, Springer, 2002, p. 66.

[6] Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London: Stevens and Sons, 1958, p. 156.

[7] Fuad Zarbiyev, Judicial Activism in International Law-A Conceptual Framework for Analysis, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 2 (2012), p. 253.

[8] Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, Series B, No. 5, PCIJ Reports (1923), p. 27.

[9] See Lara M. Pair, Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 8 (2001), p. 184.

向法院第二预审分庭递交了《根据〈规约〉第 15 条进行调查的授权请求》,要求预审分庭授权开始对肯尼亚在 2007 年至 2008 年发生的选举之后的暴力事件进行调查。<sup>[10]</sup> 预审分庭在决定批准检察官对肯尼亚情势进行调查的请求时需要判定国际刑事法院对肯尼亚情势中的犯罪是否具有属物管辖权,即是否存在《罗马规约》管辖下的危害人类罪。《罗马规约》第 7 条第 1 款规定,危害人类罪是指“在广泛地或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,并在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为……”,《罗马规约》第 7 条第 2 款第 1 项进一步规定,“‘针对任何平民人口进行的攻击’是指根据或推行国家或组织攻击平民人口的政策而实施的。”根据检察官的授权请求,肯尼亚选举后暴乱中的大部分攻击行为是由“年轻人的团伙”所实施的,而这些团伙在某种程度上受到了肯尼亚相关政党(民主团结党和橙色民主运动)及高级政治、商业领导人的支持。<sup>[11]</sup> 为了确定国际刑事法院在肯尼亚情势中是否具有属物管辖权,预审分庭需要判断的问题之一便是这些团伙所实施的行为是否与“国家或组织政策”有关。

虽然《罗马规约》对“组织”本身没有设定明确的标准,但是无论从《罗马规约》的上下文还是立法者的原意,都可以得知这里的“组织”应该具有较高的门槛。正如莎巴斯(William A. Schabas)所主张的,虽然从字面上理解,“组织”可以包含任何类型的人的群体,例如俱乐部、社团、商会或公司等,但《罗马规约》第 7 条的起草人并没有打算给予其如此宽泛的定义,这主要是基于先前历史上存在的所有对危害人类罪的审判都涉及国家政策的实施,或者是推行那些试图控制国家领土并获取政权的“类国家”实体的政策,例如塞族共和国,此外,由国际刑事法院或法庭对国际犯罪尤其是危害人类罪进行追究的初衷是为了避免这些犯罪由于政府的参与而在国内法院无法得到追究,然而,在对一般非政府实体所犯罪行(例如恐怖犯罪)的追究上则不存在类似的问题,通常都是由国家之间通过双边司法协助的形式来实现的。<sup>[12]</sup> 因此,如果不严格解释第 7 条项下“组织”的含义,将违背《罗马规约》的序言中关于国际刑事法院管辖“国际社会关注的最严重犯罪”的属物管辖权,第 17 条对国内法院的补充性管辖权以及第 22 条罪刑法定原则的规定。

然而,在肯尼亚授权调查案中,预审分庭的多数法官并没有遵从《罗马规约》上下文的规定以及立法者的原意,而是将组织扩大解释为任何“有能力实施损害基本人类价值行为的”非国家实体——多数意见并不认为只有“类国家”实体才能够制定《罗马规约》第 7 条意义上的政策,因此也反对将“群体的正式性及其组织的层次”作为判断标准,根据多数法官所主张的以“能力”为基础的判断标准,预审分庭认为在肯尼亚局势中的“各种团体包括与两个政党相关联的地方领袖、商人和政客”都构成《罗马规约》第 7 条意义上的“组织”——由此,法庭判定检察官所申请调查的肯尼亚情势中的犯罪符合法

[10] Office of the Prosecutor, Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, ICC-01/09, 26 November 2009, para. 56.

[11] Office of the Prosecutor, Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, ICC-01/09, 26 November 2009, paras. 72, 73, 74, 75, 80.

[12] See William A. Schabas, State Policy as an Element of International Crimes, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98 (2008), pp. 954, 972, 974.

院的属物管辖权。<sup>[13]</sup>

预审分庭的多数意见受到了少数派法官和学者的质疑。卡尔(Hans-Peter Kaul)法官反对多数意见将“组织”的范围扩大化,而不是将其限定为类国家实体。在其反对意见中,卡尔法官指出,《罗马规约》第7条项下的“组织”应该是类国家实体,并具有国家的某些特征,包括有等级划分,并有能力让其成员实施其政策并处罚相关成员。在卡尔法官看来,那些不具有上述特征的非国家实体无法实施《罗马规约》第7条意义上的政策,例如有组织犯罪群体、暴徒、平民群体和犯罪集团都不满足第7条关于组织的要求。因此,卡尔法官反对多数法官将“组织”扩大地解释为任何“有能力实施损害基本人类价值行为的”非国家实体。其提出的反对意见认为,在肯尼亚的情势中,地方领袖、商人、政客和宗教领袖对暴徒的支持活动不存在一个等级分明、长期存续的“组织”,因此不符合《罗马规约》第7条关于危害人类罪的规定,不属于国际刑事法院的管辖范围。此外,卡尔法官特别强调需要将《罗马规约》第7条下的危害人类罪与国内刑法上的普通犯罪划清界线,而将两者混淆的做法会损害国家主权,影响国内法院对犯罪行为的管辖,并且将无限地扩大国际刑事法院的管辖范围。<sup>[14]</sup> 预审分庭多数法官通过司法能动主义扩大《罗马规约》管辖下犯罪定义范围的做法也受到了部分学者的批判。例如,斯塔尔(Carsten Stahn)认为,对“组织”采取以“能力”为基础的判断标准会使《罗马规约》第7条项下的“政策”要件变得毫无意义,继而违背《罗马规约》的约文以及立法者的原意。<sup>[15]</sup> 贾洛(Charles C. Jalloh)也指出预审分庭多数法官对“组织”的扩大解释“违背了《罗马规约》的序言及其根本性条款,例如第17条关于补充性管辖权的规定。”<sup>[16]</sup>

## (二) 利比亚管辖权质疑案

自2011年2月联合国安理会将利比亚情势引介到国际刑事法院之后,国际刑事法院的检察官于当年3月决定对利比亚情势展开调查,法院的预审分庭于同年6月批准了检察官关于对利比亚前情报部长阿卜杜拉·塞努西发布逮捕令的申请。<sup>[17]</sup> 2013年3月,利比亚政府向国际刑事法院提交了关于塞努西案件可受理性的质疑意见,利比亚政府提出,利比亚国内司法系统正在积极地对犯罪嫌疑人的相关国际罪行展开调查,因此,此案在国际刑事法院不具有可受理性。<sup>[18]</sup> 针对利比亚政府对国际刑事法院管辖权提出的质疑,预

[13] See Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 March 2010, paras. 90, 117.

[14] 本部分相关意见参见 Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, ICC-01/09, 31 March 2010, paras. 9, 10, 44, 51, 52, 150.

[15] Carsten Stahn, Justice Delivered or Justice Denied? The Legacy of the Katanga Judgment, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12 (2014), p. 818.

[16] Charles C. Jalloh, What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity, *The American University International Law Review*, Vol. 28 (2013), p. 547.

[17] ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-1, 27 June 2011.

[18] Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-307-Red2, 2 April 2013, paras. 42-52.

审分庭需要依据《罗马规约》第17条中有关案件的可受理性标准来判断国际刑事法院在该案中是否可以行使补充性管辖权。

《罗马规约》第17条主要规定了国际刑事法院可以行使补充性管辖权的两个标准:有管辖权的国内法院“不能够”或“不愿意”对相关案件进行管辖,而在塞努西提出的管辖权质疑中主要涉及的是对后者的判断。对于“不愿意”管辖,《罗马规约》第17条第2款规定,法院应根据国际法承认的正当程序原则来考虑国内已经或者正在进行的诉讼程序是否存在以下三种情形:(1)“是为了包庇有关的人”;(2)诉讼程序存在着“不正当的延误”;(3)“没有以独立而无偏倚的方式进行”,并且这种延误或者不独立的方式“不符合将有关的人绳之以法的目的”。应该说以上三种情形在某种程度上都存在着包庇当事人的意图,但是塞努西案并不符合任何一种情形,甚至与包庇当事人的意图相反,可以利比亚当局正积极地寻求在国内法院对塞努西追究刑事责任。但是由于历史和政治上的原因,犯罪嫌疑人的正当程序权利在利比亚国内法院的诉讼中无法得到保障。据此,塞努西的律师指出如果利比亚政府无法保证被告人在国内诉讼中的公正审判权,国际刑事法院就有权介入。<sup>[19]</sup> 这里产生的问题是:是否一国国内法院的诉讼程序不符合国际人权标准就应该被认定为“不愿意”管辖呢?

从《罗马规约》第17条的文本规定可以看出,第17条第2款的前言以及下面三项情形是应该并列适用的,即国际刑事法院只有在一国的国内诉讼程序既违反了“国际法承认的正当程序原则”又同时满足了第17条第2款下三种情况之一时才可以判定一个国家不愿意管辖。作为第17条第2款前言的“国际法承认的正当程序原则”不能与其项下的三种情况分开来解释,而这三种情况都包含有包庇当事人的目的要求。因此,如果一国国内法院法律程序的进行是为了使相关犯罪嫌疑人更难以被定罪,则国际刑事法院可以介入并行使补充性管辖权;而如果国内法律程序的进行会使其更容易被定罪,则国际刑事法院应该允许国内法院行使管辖权,即使这些法律程序不公正,因为这种不公正并不与“将有关的人绳之以法的目的”相违背。<sup>[20]</sup> 此外,从对立法者意图的考察中也可以得出同样的结论。在《罗马规约》的谈判过程中,意大利代表团曾提议将国际刑事法院对国家“不愿意”管辖的审查范围扩张至犯罪嫌疑人在国内审判中的基本人权保障,但此提议最终并没有被采纳。<sup>[21]</sup>

虽然国际刑事法院的预审分庭和上诉庭都对塞努西案作出了不予受理的决定,但上诉庭在其判决中指出,如果一国国内法院对犯罪嫌疑人公正审判权的侵犯极其严重,那么国家也会被认定为不愿意管辖,在这种情况下,国际刑事法院即有权行使其补充性管辖权。<sup>[22]</sup>

[19] Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, ICC-PTC I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 October 2013, para. 220.

[20] Kevin J. Heller, The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process, *Criminal Law Forum*, Vol. 17 (2006), p. 258.

[21] Draft Proposal by Italy, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.3/IP.4, 5 August 1997.

[22] Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, ICC-AC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014, para. 230.

显然上诉庭的解释违背了《罗马规约》约文的明确规定和立法者的原意,将法院的职权范围扩张到了对一国国内司法体系中程序性人权保障的监督,实际上行使了传统的国际人权法院的职能。大部分学者主张,一国国内的诉讼程序是否按照国际人权条约规定的标准来保护被告人的基本诉讼权利并不应该成为国际刑事法院审查的对象,更不应该成为其行使补充性管辖权的理由,<sup>[23]</sup>然而上诉庭的法官们仍试图通过司法能动主义扩张国际刑事法院补充性管辖权下的案件受理范围。

### 三 国际刑事法院司法能动主义产生的原因

#### (一) 国际刑法的混合性质

国际刑法是不同分支法律的“混血儿”,是国际人权法、国际人道法、国内刑事实体法和程序法结合的产物。<sup>[24]</sup>而这种结合本身就导致了国际刑法天然地具有某些内在冲突并产生了其自身的“身份危机”。国际人权法或人道法关注的是对被害人的保护,而刑法追究的是犯罪的刑事责任并遵循罪刑法定原则。由于不同的立法目的,刑法和国际人权及人道法在解释方法方面存在着根本的不同。刑法的罪刑法定原则要求对约文进行严格解释,而国际人权法或人道法则在一定程度上允许对犯罪定义进行扩大性的解释以逐渐实现对人的尊严和自由更大程度的保护。由于这些固有的内在冲突,国际刑法中对国际犯罪的追究经常被理解为实现被害人基本人权的救济措施,并因此导致司法实践者依据人权法上的方法论来解释国际犯罪的司法能动主义。例如,在肯尼亚授权调查案中,国际刑事法院的法官正是运用了人权法上的“以受害人为中心”的目的解释而扩大了危害人类罪的犯罪定义。当然,刑事法律规范和国际人权规范在目的上也存在着某些一致性,例如,在审判过程中对被告人公正审判权的保障既是刑事程序法的要求同时也是国际人权保护的标准(例如《公民权利与政治权利国际公约》第 14 条第 3 款详细规定了保障受刑事控告者审判权利的最低限定标准)。国际刑法不但吸收了这些规范的内容,而且在有限的范围内承担着按照“国际法承认的正当程序原则”审查国内诉讼程序的功能,而这种功能的实现过程则为司法实践者提供了通过司法能动主义扩张国际刑事法院职能范围的空间。正如在利比亚管辖权质疑案中,国际刑事法院上诉庭的法官们运用司法能动主义将国际刑事法院的审查范围扩张至国际人权标准在国内的实施和履行,继而将监督国内刑事诉讼中的人权保护纳入了国际刑事法院的职权范围。

此外,国际人权法或国际人道法规制的一般是集合实体的行为,例如政府或交战的双方,而刑法或国际刑法追究的则是个人的刑事责任。违反国际人权法或国际人道法适用

[23] Kevin J. Heller, *The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process*, *Criminal Law Forum*, Vol. 17 (2006), p. 258. Markus Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight Against Impunity*, *Max Planck Yearbook of UN Law*, Vol. 7 (2004), p. 607.

[24] Antonio Cassese, *International Criminal Law (2<sup>nd</sup> edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 6-7. 此外,伴随着 2018 年国际刑事法院启动对侵略罪的管辖权,国际公法上的诉诸武力规则也成为了国际刑法来源的一部分。

类似民事责任的救济措施(例如停止不法行为、道歉和经济赔偿等),而违反刑事实体法的救济措施则是针对个人自由、财产乃至生命的限制和剥夺。尽管刑法和国际人权法及人道法在结构上有着诸多差异,但国际刑法中的大部分禁止性规定都来源于或相似于国际人权法和人道法中的禁止性规定。这种规范内容上的混合性在某种程度上为国际刑事司法裁判过程中的司法能动主义提供了空间。在面对规范内容上类似的条款时,国际刑事司法实践者倾向于将国际人权法或人道法领域的概念和判例移植或借鉴到国际刑法中。例如,在前南刑庭的哈德奇赛诺维奇(Hadžihasanović)案有关指挥官责任的问题上,亨特(David Hunt)法官就在不同意见书中援引了《日内瓦公约》第一附加议定书以及国际人道法将指挥官刑事责任进行了扩展,即指挥官对其下级人员在指挥官就任前所实施的国际犯罪行为不予追究的不作为也会产生指挥官刑事责任。<sup>[25]</sup>这种援引实际上忽略了国际人权法或人道法的禁止范围与国际刑法的惩罚范围之间的不同,而这种范围上的不同被部分学者认为是“漏洞”和“允许犯罪逍遥法外的后退”,<sup>[26]</sup>继而为国际刑事法庭的法官们通过司法能动主义“填补立法漏洞”提供了理论支持。

## (二) 先前国际刑事法庭司法能动主义的司法政策

根据《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》(*Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*)第5条的规定,危害人类罪必须发生在国际或国内武装冲突中。然而在塔迪奇(Tadic)案中,上诉庭的法官指出,“目前习惯国际法已确立的规则是危害人类罪不需要与武装冲突有任何联系。”<sup>[27]</sup>然而,在确立国际习惯法下的危害人类罪是否要与武装冲突相关联的过程中,前南刑庭并没有依照国际习惯法的两个构成要件,即国家实践和心理确信来对犯罪的定义进行全面地判断,而是简单地列举了《纽伦堡国际军事法庭宪章》[*The Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg)*];《第十号令:针对战争罪,危害和平罪和危害人类罪的惩罚》(*Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*,下称“《第十号法令》”)、1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》(*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*)(下称“《灭种公约》”)和1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(*International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime Apartheid*)的相关规定。事实上,在1993年前南刑庭设立时,国际习惯法并没有发展到摒弃危害人类罪中的武装冲突要件。虽然后来在建立国际刑事法院的过程中,《罗马规约》的通过本身代表着认可和平时危害人类罪的普遍性国家实践和心理确信,<sup>[28]</sup>但在塔迪奇案审判时,前南刑庭对危害人类罪定义的扩大解释违背了《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》的规定,并超越了当时的习惯国际法,是典型的司法能动主义。

[25] Prosecutor v. Hadžihasanović, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt, Case No. IT-01-47-AR72, 16 July 2003, para. 22.

[26] 参见 Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005, p. 301.

[27] Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 140.

[28] 《罗马规约》第7条中的危害人类罪不需要与武装冲突相联系。

《卢旺达国际刑事法庭规约》(Statute of the International Criminal Tribunal for the Rwanda)第 2 条有关灭绝种族罪的定义照搬了 1948 年联合国《灭种公约》有关灭绝种族罪的规定。《灭种公约》第 2 条规定,“灭绝种族系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。”虽然公约中所列举的四类团体是穷尽的,卢旺达刑庭在阿卡耶苏(Akayesu)案中却将《灭种公约》中保护的团体扩张到包括所有“稳定的与永久性的群体”,审判庭认为,“根据《灭种公约》的缔约历史可以推断出种族灭绝罪针对的是‘稳定的’团体、永久性地存在并且其成员资格是出生即获得的,由此可以排除那些通过个人自愿加入的‘流动的’团体,例如政治的或经济的团体”,据此,审判庭得出结论:即使一个团体不属于《灭种公约》所列举的四类团体,只要其具有稳定性和永久性,便可被认定为《灭种公约》和《卢旺达国际刑事法庭规约》中种族灭绝罪定义下的团体。<sup>[29]</sup> 阿卡耶苏案的此种解释在卢旺达刑庭后续的判例中也得到了确认。<sup>[30]</sup> 然而在《灭种公约》的起草文件中并没有证据证明起草者保护“稳定与永久性群体”的意图,受公约保护的民族与宗教团体都是非稳定与非永久性的团体,任何人都可以自由加入与退出。<sup>[31]</sup> 卢旺达刑庭运用司法能动主义对种族灭绝罪定义的扩大解释不但违背了《灭种公约》的约文,而且违背了立法者的原意,因此也受到了广泛的批判。<sup>[32]</sup>

前南刑庭和卢旺达刑庭的司法能动主义政策文化主要通过两种途径影响着国际刑事法院的司法实践:第一,国际刑事法院的各方参与主体在其诉讼过程中都会在某种程度上援引先前国际刑庭的司法判例,虽然这些判例对国际刑事法院不具有任何拘束力;第二,国际刑事法院的大部分工作人员都具有在特设国际刑庭工作的经历和背景,因此倾向于继承特设法庭的司法政策,包括其司法能动主义。

### (三)《罗马规约》法律适用条款和解释规则的不确定性

《罗马规约》第 21 条在国际刑法发展的历史上第一次对国际刑事法庭可适用的法律种类作出了规定。第 21 条在一定程度上复制了《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice)第 38 条有关法律渊源的内容,同时在某些方面又背离了国际法的一般渊源体系,目的是为了消除或者缓解国际刑法的内在冲突,并减少类似在特设法庭中的司法能动主义。<sup>[33]</sup> 然而,由于此法律适用条款存在的模糊性和不确定性,不仅没有起到消除国际刑法内在冲突的作用,反而激化了这种矛盾。此外,国际刑法的内在冲突还体现在《罗马规约》的解释方法上:究竟是适用国际公法上的条约解释方法还是一般刑法上的解释方法?如何协调两种解释方法之间的冲突?而《罗马规约》解释规则及其适用顺序的不确定性也不可避免地预留了国际刑事法院司法能动主义的空间。

#### 1. 《罗马规约》法律适用条款的不确定性

《罗马规约》第 21 条第 1 款规定法院应首先适用《罗马规约》《犯罪要件》(Elements of

[29] Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgment, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 510.

[30] See Prosecutor v. Musema, Trial Chamber Judgment, ICTR-96-13-T, 27 January 2000, para. 162.

[31] 参见李世光、刘大群、凌岩著:《国际刑事法院罗马规约评释》,北京大学出版社 2006 年版,第 62 页。

[32] See Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005, p. 230.

[33] McAuliffe de Guzman, Article 21 Applicable Law, in Otto Triffterer and Kai Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, C. H. Beck, 2016, p. 436.

*Crimes*)和《程序与证据规范》(*Rules of Procedure and Evidence*)。其次视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则,其中包括在武装冲突中使用的国际法规则。当无法适用上述法律时,适用本法院从世界各法系的国内法,包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则。除此之外,第21条第2款规定法院还可以适用其之前的裁判所阐释的法律原则和规则。最后,第3款要求依照本条适用和解释法律,必须符合国际承认的人权。

此条规范与《国际法院规约》第38条有关国际法的“渊源”最明显的区别在于:首先,《罗马规约》第21条明确规定了国际刑事法院在适用法律上的层次步骤和先后次序。其次,第21条并没有明确提及《国际法院规约》下的国际习惯法作为国际刑事法院的适用法律之一。最后,第21条第3款中提及的“国际承认的人权”,是《国际法院规约》的法律渊源中所没有的。上述几个方面对一般国际法渊源的变更反映了《罗马规约》的立法者意图通过第21条创设一个独立、有次序的国际刑法渊源的“自治”体系以尽量满足罪刑法定原则的要求。然而,由于此条款自身的模糊性,实际上为法院的司法能动主义进一步创造了空间。

一方面,第21条第3款的性质应如何界定,是独立的法律渊源还是解释规则?虽然被列入《罗马规约》第21条适用法条款下,第3款与本条前两款的结构完全不同,据此有学者主张第3款构成了对适用和解释前两款中列举的法律渊源的一般性解释规则,而非独立的法律渊源。例如沙巴斯(William Schabas)认为此款没有创设新的法律渊源,只是要求法院适用的所有法律需符合“国际承认的人权。”<sup>[34]</sup>然而贝利(Stephen Bailey)则认为,第21条第3款是独立的法律渊源,具有填补法律空白的功能。<sup>[35]</sup>在实践中,国际刑事法院的预审分庭和上诉庭曾在多个决定中认定第21条第3款为独立的法律渊源,具有填补《罗马规约》《犯罪要件》和《程序与证据规范》漏洞的作用。由此,法院在实践中既可以援引人权法的内容拒绝适用国际刑法的规范,又可以根据人权法的内容填补国际刑法的漏洞,这实际上给予了国际刑事法院法官极大的自由裁量权和司法能动的空间。例如在利比亚管辖权质疑案中,国际刑事法院的检察官就曾主张法院应该依据第21条第3款“国际承认的人权”来对国内诉讼程序进行审查,<sup>[36]</sup>这实际上会扩大国际刑事法院依据《罗马规约》第17条可受理性标准的审查范围。

另一方面,本规约中人权的内涵是什么?《罗马规约》第21条第3款在某种程度上是以人权优先的方式来解决国际刑法的内在冲突,但其并没有同时界定人权的内涵。“国际承认的人权”没有被限定于国际强行法规范或基本人权,而是包含一切国际承认的人权。虽然本条款中的“人权”显然涵盖被告人的人权,但也不能排除将其适用于被害人的

[34] William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 385.

[35] Stephen Bailey, Article 21 (3) of the Rome Statute: A Plea for Clarity, *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, p. 549.

[36] Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, ICC-AC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014, para. 188.

人权,因此容易导致法官通过司法能动主义扩大解释犯罪的定义而实现对被害人的人权的保护。此外,由于“国际承认的人权”在范围上小于普遍承认的人权,此条款也无法排除某些区域性承认的人权规范的适用。<sup>[37]</sup> 实际上,国际刑事法院在实践中曾大量依赖欧洲人权法院和美洲人权法院的判例来解释人权的内涵。由此,国际刑事法院的法官有了更广泛的空间援引人权规范来拒绝适用《罗马规约》的明文规定。

## 2. 《罗马规约》解释方法的不确定性

一方面,在实践中,国际刑事法院在解释《罗马规约》和《犯罪要件》时曾多次明确引用《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条中的解释方法来解释《罗马规约》,但容易产生质疑的地方在于,《维也纳条约法公约》第 31 条的目的解释方法是否适合解释刑法规范? 传统上,《维也纳条约法公约》(*Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*) (下称“《维也纳公约》”)适用于解释国家之间的争议,而不涉及对个人自由的剥夺。《罗马规约》的序言指出,建立国际刑事法院最直接的目的是为了“使(整个国际社会关注的最严重)的犯罪不逍遥法外”,而《罗马规约》的目的通常被理解为对受害人的保护。如果以此目的为导向来解释《罗马规约》,就可能会导致对犯罪定义的扩大解释。例如,在肯尼亚调查授权案中,预审分庭的大部分法官就以保护“最基本人类价值”为目的而将《罗马规约》第 7 条危害人类罪中的“组织”扩大到几乎所有的非政府实体。而在此之前国际刑事法院也存在着目的解释的倾向,在卢班加(Lubanga)案中,法院在《罗马规约》第 61 条第 9 款和《法院条例》(*Regulations of the Court*)第 55 条有关更改事实的法律定性问题上就采取了目的解释的方法。上诉庭的法官们认为,该条款应解释为允许审判分庭在审判开始前自行修改事实的法律定性,否则会产生“被判无罪的风险”,即由于在预审阶段确认的法律定性被证明不正确而导致犯罪嫌疑人被判无罪,这会违反《罗马规约》“使犯罪不再逍遥法外”的目的。<sup>[38]</sup>

另一方面,《罗马规约》也规定了一般刑法上的解释方法。第 22 条第 2 款规定,当犯罪定义含义不明时,对定义作出的解释应有利于被告人。此款规定相当于普通法上的宽大处理规则,也熟知为严格解释,要求法院在解释法律中的含混之处时遵循有利被告的解释方法。<sup>[39]</sup> 由此产生的问题在于“存疑有利于被告”的解释方法与维也纳公约下相关解释规则的适用顺序如何——是法官在发现《罗马规约》有关犯罪的定义存在含混之处就立即作出有利于被告的解释,还是应该首先利用《维也纳公约》下的解释规则对《罗马规约》作出解释后再判定是否仍存在含混之处? 适用顺序的不同,会产生不同的解释结果:(1)如果将有利被告的解释方法优先适用于包括目的解释在内的《维也纳公约》下的解释规则,或放在与其相同的适用位阶上,那么最终的解释结果应该是对犯罪定义作出有利于被告人的限制解释;(2)如果将有利被告的解释方法在适用顺序上置于其他的解释方法

[37] See Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, 10 February 2006, Annex I to decision issued on 24 February 2006, ICC - 01/04 - 01/06 - 8 - Corr. , para. 12.

[38] *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55 (2) of the Regulations of the Court, Case No. ICC - 01/04 - 01/07 OA 8, 14 July 2009, para. 77.

[39] See Zachary Price, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, *Fordham Law Review*, Vol. 72 (2004), p. 72.

之后,那么在大部分情况下,犯罪的定义在根据其他解释方法解释后将不再存有含混之处,也就不需要有利于被告的解释方法的适用。正如鲁宾逊(Darryl Robinson)所指出的,在国际刑法中适用对被害人最大化保护的目的是解释意味着将不再需要存疑有利于被告的解释,因为所有的含混之处都已通过不利于被告的方式进行了解释。<sup>[40]</sup>然而正是由于刑法上的严格解释方法与《维也纳公约》解释规则在《罗马规约》解释问题上适用顺序的不明确,预留了国际刑事法院司法能动主义的空间。在肯尼亚案授权调查案中,由于预审分庭的大部分法官首先采取目的解释方法将含混之处以有利于被害人的方式进行了解释,实际上使得有利被告的解释方法形同虚设。

## 四 限制国际刑事法院司法能动主义的理论依据

### (一) 国家主权原则的要求

#### 1. 国家主权原则要求国际立法权的可预见性

作为国际条约的缔结者,国家在行使国际社会立法权的同时也承受着相关立法对其国家主权的限制。以《罗马规约》为例,刑事管辖权是国家主权的一个重要方面。在《罗马规约》的谈判过程中,各国代表们所要解决的一个根本问题是如何界定国际刑事法院与国内法院的关系。大多数国家在支持建立常设国际刑事法院的同时不愿意创设一个可以侵犯其主权的司法机构,而补充性管辖权原则就成了缓解各国关于主权担忧的重要机制。如果一国不愿意或不能调查或审判《罗马规约》管辖下的犯罪时,将由国际刑事法院管辖,而这些犯罪的极其严重性使得对国家主权的限制具有正当性,因此,无论是《罗马规约》下关于犯罪的定义还是补充性管辖权的规定都反映了国家同意将其国内司法主权让渡给国际刑事法院的程度。按照国家主权原则,在对《罗马规约》的解释和适用过程中不但要尊重立法者的原意,而且要遵照条约约文以保证其可预见性,即国家在行为之前就清楚其与法院合作的义务范围以及根据补充性原则让渡管辖权的范围。

#### 2. 司法立法权行使的原则与禁止

国家主权原则并不完全排斥司法立法行为,关键在于区分授权的和非经授权的司法立法行为。

在国际条约的拟定过程中,如果缔约主体意图使用一些模糊性的语言,司法裁判者便成了“被授权的立法者”,但这种司法立法权的行使必须符合立法者意图授权的范围。从《罗马规约》的缔约历史可以得知,各国谈判代表有意在一定程度上将立法权授予国际刑事法院的法官,以澄清《罗马规约》的一些模糊性条款或填补其立法上的漏洞。例如在《罗马规约》中有关“性别”的定义就是立法者为了达成一致而有意采取的“有建设性的定义不明”,<sup>[41]</sup>而司法实践者之后对其进行的解释便属于授权立法的行使,也是符合国家主

[40] Darryl Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21 (2008), p. 934.

[41] See Valerie Oosterveld, *The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice*, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18 (2005), pp. 57–58.

权原则的。虽然《罗马规约》的语言存在着含混之处,但如果立法者有意将一些特定的行为排除在《罗马规约》的管辖范围之外,就相当于限定了授权司法立法的范围,任何将国际刑事法院的管辖范围扩展到这些行为的司法解释都是有违国家主权原则的。例如国际刑事法院关于化学武器的管辖问题上,《罗马规约》第 8 条战争罪关于“使用毒物或有毒武器”和“使用窒息性、有毒或其他气体”的规定可以被解释为包括化学武器,然而在《罗马规约》的缔约过程中,各国谈判代表为了在核武器问题上达成妥协曾明确拒绝将化学武器的使用纳入国际刑事法院的管辖范围。<sup>[42]</sup> 在肯尼亚授权调查案中 also 面临着类似的情形,虽然危害人类罪中的“组织”从字面含义上可以包含任何类型的组织,但《罗马规约》的缔约者意图将本该由各国国内法院管辖的非“类国家”实体犯罪排除在国际刑事法院管辖之外,因此预审分庭多数法官对组织的扩张解释显然违背了立法者的原意和国家主权原则。

当《罗马规约》的语言明确且清晰时通常意味着缔约国并没有意图将其立法权授予司法实践者,此时国际刑事法院的法官应遵循严格解释,任何扩大、更改或者推翻约文字面含义的司法能动主义都是违背国家主权原则的。《罗马规约》第 17 条明确规定,国际刑事法院只有在对案件有管辖权的国家不愿意或不能够切实进行调查和起诉时,才可以受理该案。然而,预审分庭在卢班加案中创设了《罗马规约》明文规定之外的第三个标准——“没有诉讼行为”,即如果一国国内没有正在进行的国内调查或者起诉,国际刑事法院即可受理该案。<sup>[43]</sup> 国际刑事法院违背《罗马规约》约文的司法能动主义还体现在利比亚管辖权质疑案中,虽然《罗马规约》明确规定,即使一国国内法院诉讼程序中存在着对正当程序原则的违反,只要这种违反不是其第 17 条第 2 款规定的三种情况之一或不是出于包庇当事人的目的(或不与将当事人绳之以法的目的相违背),就不应该受到国际刑事法院的审查与介入管辖,但国际刑事法院的上诉庭却违背《罗马规约》约文将国际刑事法院的案件可受理范围扩大到所有国内法院对当事人诉讼权利严重侵犯的情形。实际上,国际刑事法院并不是一个国际人权法院或者国际人权条约机构。如果将保护当事人在国内诉讼程序中的人权也纳入到国际刑事法院的职能范围内,就会违背各缔约国设立国际刑事法院的初衷,即追究犯有严重国际罪行的个人刑事责任。国际刑事法院通过司法能动主义扩大犯罪定义范围和案件可受理性范围是非经授权的司法立法行为或至少超越了国家同意的授权立法范围,因此违背了国家主权原则。

## (二) 罪刑法定原则的要求

### 1. 早期国际刑事审判实践对罪刑法定原则适用的拒绝

罪刑法定原则也称为“合法性原则”或“法制原则”,其源自于国内法,最早可追溯到罗马法,但现代意义上的罪刑法定原则是 18 世纪启蒙运动的产物。<sup>[44]</sup> 作为法律的一般

[42] Caroline Davidson, How to Read International Criminal Law: Strict Construction and the Rome Statute of the International Criminal Court, *St. John's Law Review*, Vol. 91, No. 1 (2017), p. 90.

[43] Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, *Prosecutor v. Lubanga*, Pre-Trial Chamber I, ICC - 01/04 - 01/06 - 8, 10 February 2006, para. 29.

[44] 参见[意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 11 页。

原则,罪刑法定原则已为各国刑法典所广泛遵循,但是容易产生质疑的是:罪刑法定原则是否或者在多大程度上适用于国际刑法?在国际刑法发展早期,二战后国际军事法庭的审判实践曾明确肯定国内刑法中“罪刑法定原则”和“法不溯及既往”的规定并不能严格适用于对战争罪犯的审判。<sup>[45]</sup>这种主张也得到了当时学界和后来各同盟国依照《第十号法令》所设立的审判庭的认可。

联合国在20世纪90年代设立的前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭的规约中也都没有提及罪刑法定原则,而两个法庭在司法实践中也明确拒绝对罪刑法定原则的严格适用。例如,前南国际刑庭曾指出,在国内刑事体系中以国内立法的形式对相关行为犯罪化时可以明确禁止的时间以及禁止的内容,而在国际刑事体系中对行为的犯罪化则需要通过国际条约或国家的习惯性实践。因此,罪刑法定原则在国际刑法中的适用和标准都应该不同于国内刑法。<sup>[46]</sup>

## 2.《罗马规约》对罪刑法定原则的正式认可

与特设国际刑事法庭的规约文件不同,国际刑事法院的规约对罪刑法定原则有着全面而综合的规定。《罗马规约》第22条规定了“法无明文不为罪”,即“只有当事人的行为在发生时构成本法院管辖范围内的犯罪,该人才根据本规约负刑事责任”。该条不仅禁止在定罪时溯及既往,还规定了该原则衍生出的两项要求:严格解释,即禁止将罪行通过类推扩大适用;如出现含义不明,应作出有利于被告的解释。由此,《罗马规约》在国际刑法中真正确立了罪刑法定原则。此原则不但作为一个立法上的原则,同时也限制着在司法过程中对犯罪定义的扩张性解释。然而,《罗马规约》对罪刑法定原则的正式认可并没有解决此原则是否能够与在国内刑法中相同的程度上适用于国际刑法的问题。

一方面,《罗马规约》对罪刑法定原则“精确性”的要求难以满足。尽管罪刑法定原则在各国立法上的实施不尽相同,但该原则在立法上通常的要求为:法的可预见性、法的精确性以及法的成文化。与国内刑事立法程序不同,《罗马规约》是由相对缺乏刑事立法技巧的各国外交代表通过谈判制定的,而且为了协调缔约各国立场的不同,《罗马规约》使用了一些相对模糊性的语言。虽然缔约国大会后来通过了《犯罪要件》来进一步明确《罗马规约》中有关犯罪的定义,但《犯罪要件》仅具有辅助解释《罗马规约》的效力,而不具有直接适用的效力。此外,由于无法穷尽对所有犯罪行为的列举,《罗马规约》的立法者对于某些犯罪的定义使用了“兜底条款”。例如《罗马规约》第7条关于危害人类罪的定义中采取了“其他性质相同的不人道行为”作为兜底条款,而该条款囊括了潜在的和广泛的犯罪行为,因此很难满足罪刑法定原则有关犯罪定义“精确性”的要求。与国内立法不同,《罗马规约》不可避免地存在一定的“授权司法立法”,因此不严格满足罪刑法定原则在立法上的要求,但这不能成为国际刑事法院司法能动主义正当化的理由。

另一方面,《罗马规约》第22条第2款的规定,在对犯罪定义的解释过程中需要遵循严格解释和有利被告的解释要求,这与国内刑法中罪刑法定原则在司法适用上的要求并

[45] 参见黄芳:《论罪刑法定原则与国际刑法的关系》,《法学家》2002年第3期,第9页。

[46] See Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998, paras. 403-405.

无差别。按照严格解释的要求,“当事人从相关条款的措辞中可以得知,或者在需要的情况下,借助于法院的解释可以得知什么样的作为或者不作为行为会产生刑事责任”。<sup>[47]</sup>如果法官对犯罪定义做扩大解释就相当于将新的刑法规则溯及既往地适用,因此,对于上下文的考虑,目的考量以及其他的协助解释工具都不能用来扩大、更改或者推翻约文的字面含义。在面对《罗马规约》“刻意的”模糊性规定或立法上的漏洞,国际刑事法院的法官在行使司法立法权或填补立法漏洞的“授权司法立法”职能时尚需遵循严格解释和存疑有利于被告的解释要求,而国际刑事法院违背《罗马规约》的明文规定和立法者的意图,以实现被害人最大化保护为目的扩大解释《罗马规约》管辖下犯罪定义范围的司法能动主义,显然违反了罪刑法定原则的要求。

## 五 限制国际刑事法院司法能动主义的路径

由于《罗马规约》具有特殊性质,其既是一个国际条约,也是一个国际组织章程,还兼有刑法和刑事诉讼法的内容,因此在《罗马规约》的解释上既涉及《维也纳公约》的解释规则,也适用一般刑法上的解释方法。在限制国际刑事法院非经授权的司法能动主义的同时,也要保证法院经授权的司法立法职能的正常行使,其限制路径构建的关键在于如何厘清和协调两类解释规则的适用范围和适用关系,具体分解如下。

首先,对于《罗马规约》中的刑法类条款尤其是关于犯罪的定义条款,应适用《罗马规约》第 22 条所规定的罪刑法定原则及其解释方法,即严格解释和存疑有利于被告的解释规则,同时应明确排除《维也纳条约法公约》中与严格解释规则相冲突的解释方法的适用,例如目的解释方法。国际刑事法院曾多次在司法实践包括肯尼亚授权调查案中运用维也纳公约中的目的解释方法以“使犯罪不逍遥法外”为目的扩大解释了《罗马规约》下的犯罪定义范围,不但违背了严格解释规则,也与存疑有利于被告的解释规则相冲突,因此应予以排除适用。

其次,对于维也纳公约中的其他与严格解释不相冲突的解释方法可以适用于解释《罗马规约》中的犯罪定义条款,但是必须与刑法上的存疑有利于被告的解释规则处于同样的适用位阶上或位于其后。在犯罪的定义上,可能存在着授权司法立法的模糊性规定,在适用严格解释方法之后仍然含义不明时可以适用维也纳公约中的其他解释方法,但对于上下文的考虑以及缔约历史等的考量都不能用来做出不利于被告的解释。

再次,虽然《罗马规约》第 22 条的罪刑法定原则仅适用于国际刑事法院管辖下的犯罪定义的解释,无法用于解释《罗马规约》中有关刑事诉讼法的内容,但在关于国际刑事法院的补充性管辖权及可受理性标准的解释上应优先适用维也纳公约中与严格解释规则相一致的解释规则,例如文本解释和上下文的考量,同时确保解释的结果不违背立法者的原意和《罗马规约》的立法目的。

最后,对于《罗马规约》中只涉及到国际组织章程的部分,原则上可以适用《维也纳公

[47] Kokkinakis v. Greece, ECHR (1994) Series A. No. 260 - A, para. 52.

约》中的所有解释方法,其中包括可能与严格解释规则不一致的方法。例如维也纳公约第31条中“嗣后协定”和“嗣后惯例”的解释方法由于其违背了法不溯及既往原则而不宜适用于对刑法条款的解释,但这不影响其适用于国家之间的权利义务关系的解释。

## 六 结 语

“肯尼亚授权调查案”和“利比亚管辖权质疑案”等案件表明,国际刑事法院在司法实践中逐渐呈现司法能动主义的倾向,即违背《罗马规约》的约文和立法者的原意而扩大法院管辖下犯罪的定义和案件的可受理范围。这种非经授权的司法立法行为既违背国家主权原则也违反罪刑法定主义,动摇了国际刑事法院司法的权威性及其存续的合法性,损害国家通过国际刑事法院追究国际正义的信心,不但影响《罗马规约》成员国对法院的支持,而且关系到非成员国有关是否加入《罗马规约》的考量,因此应该加以规制。从文中的分析和探讨可以看出,国际刑法的内在冲突、先前国际刑事法庭的司法能动主义政策的影响以及《罗马规约》法律适用条款与解释规则的不确定性都是导致国际刑事法院司法能动主义的原因,但这种非经授权的司法立法行为的实现则是通过对相关解释规则的运用而推翻了《罗马规约》的字面含义和立法者的原意,因此规制国际刑事法院司法能动主义的关键在于对《罗马规约》解释规则的协调和统一。

---

[Abstract] There is a growing tendency towards judicial activism in the International Criminal Court (ICC)'s recent interpretation of the Rome Statute. By engaging in judicial activism, the Court has expanded the definitional and jurisdictional scopes of the crimes under the Rome Statute, which contravenes both the text of the Statute and the intent of its drafters. The hybrid nature of international criminal law, the *ad hoc* tribunals' prevalent policy of judicial activism, and the uncertainties surrounding the Statute's applicable provisions and interpretative rules have all contributed to the ICC's judicial activism. As unauthorized judicial law-making, the ICC's judicial activism not only violates state sovereignty and the principle of legality, but also jeopardizes the international community's confidence in pursuing accountability for international crimes through the Court. The key to regulating the ICC's judicial activism is to clarify and coordinate the scope and relations of the application of the interpretative rules under the Vienna Convention of the Law of Treaties, as well as the strict construction and the principle of giving the accused the benefit of the doubt that are required by the principle of legality, in the interpretation of the Rome Statute.

---

(责任编辑:贾元)