

武装冲突中的性暴力： 对国际人道法和 人权法的违反

格洛丽亚·加焦利* 著/李强** 译

.....

摘要

在当代武装冲突中性暴力是一种普遍现象。国际人道法和人权法绝对禁止在任何时间针对任何人的所有形式的性暴力；此外，国际刑法还规定了性犯罪行为人的个人刑事责任。在这个领域，这三种法律体系是相辅相成的。现场的实际情况和法律之间的差异是我们关注的焦点，不能仅以潜在的法律空白或不确定性来解释。我们需要做的是找到一条新路径，在国内和国际层面改善对现有法律的实施。

* 格洛丽亚·加焦利 (Gloria Gaggioli) 拥有国际法博士学位，现为日内瓦大学法学院国际公法与国际组织系助理教授、卓越奖获得者。格洛丽亚·加焦利直到最近才担任红十字国际委员会的专题法律顾问，专门负责有关性暴力的项目。不过，本文仅代表作者个人观点，并不必然反映红十字国际委员会的观点。作者要感谢伊丽丝·米勒 (Iris Müller)，她对本文初稿的评论十分有帮助，作者还要感谢玛丽亚·焦万纳·彼得罗保罗 (Maria Giovanna Pietropaolo) 对“性暴力作为武器或作战方法”这一部分所作的详细研究和投入。

** 李强，法学博士，中国政法大学法学院副教授，主要研究方向为武装冲突法和国际刑法。

关键词：强奸；性暴力；国际人道法；国际人权法；国际刑法；基于性别的暴力；与冲突有关的性暴力；武器；作战方法；酷刑；残忍、不人道或有辱人格的待遇；危害人类罪；灭绝种族行为；实施；起诉。

在全世界的武装冲突中，一直都有性暴力发生。在当代许多武装冲突中，这种情况仍然很普遍，例如在中非共和国、哥伦比亚、刚果民主共和国、马里、南苏丹和叙利亚。¹一些组织²和研究机构³提供的数字触目惊心，但这些数据可能只是冰山一角。有关性暴力的一个特有的问题是，由于罪恶感或羞耻感、害怕报复或禁忌，受害者不愿站出来说出真相，所以性暴力一直是一种“看不见”的犯罪。物质障碍也可能会妨碍受害者寻求帮助，例如安全风险、物理距离和交通成本。对于想要防止性暴力和应对受害者需求的人道组织来说，这是一项挑战。因此红十字国际委员会最近在其行动工作中采用了一种新的方法。它假设性暴力发生在武装冲突中，并且即使在缺乏指控的情况下，也努力为性暴力的受害者提供适当的人道响应。⁴

1 Peter Maurer, *ICRC President Calls for Action on Sexual Violence in Conflict*, statement of 12 June 2014, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/2014/06-12-sexual-violence-statementmaurer.htm (所有互联网资源均访问于2014年10月)。

2 根据联合国的数据，自武装冲突开始以来，刚果民主共和国已有超过20万名妇女遭受了性暴力；1994年卢旺达大屠杀期间，有25至50万名妇女被强奸；20世纪90年代初的波黑冲突期间，有2至5万名妇女被强奸。See UN Resources for Speakers on Global Issues, “Ending Violence Against Women and Girls”, available at: www.un.org/en/globalissues/briefingpapers/endviol/.

3 2014年，来自哈佛大学肯尼迪学院、奥斯陆和平研究所和耶鲁大学的研究者们公布了“武装冲突中的性暴力数据集”，回顾了最近20多年的时间里参与武装冲突的武装分子针对平民（男人、女人、男孩和女孩）实施的与冲突有关的性暴力活动的报告。根据他们的报告，在所分析的各个冲突中，有57%存在与冲突有关的性暴力，有14%的冲突中性暴力最为严重。See Dara Kay Cohen and Ragnhild Nordås, *Sexual Violence in Armed Conflict Dataset*, 4 November 2014, available at: www.sexualviolencedata.org/; Dara Kay Cohen and Ragnhild Nordås, “Sexual Violence in Armed Conflict: Introducing the SVAC Dataset, 1989–2009”, *Journal of Peace Research*, Vol. 51, No. 3, May 2014, p. 423.

4 见本期《评论》中对红十字国际委员会主席彼得·毛雷尔的访谈。See also Pierre Krähenbühl, “Sexual Violence in Armed Conflicts: Addressing the Causes and the Consequences”, interview, 19 December 2013, video available at: www.youtube.com/watch?v=mXRTFfJrpU0; Pascale Meige, “Sexual Violence in Armed Conflicts: An Invisible Tragedy”, interview, 7 March 2014, video available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/audiovisuals/video/2014/03-07-sexual-violence-pascale-meige.htm.

性暴力，包括与冲突有关的性暴力在内，通常与性欲无关，而是与力量、支配地位和滥用职权相关。⁵虽然妇女和女孩尤为弱势，但是男人和男孩也可能成为性暴力的受害者，⁶可能受到各种各样行为人的侵害：国家机关工作人员、有组织的非国家武装团体成员、维和人员、私营军事安保公司人员或个人。通常，性暴力都不是单独实施的，都伴随着其他的侵害，例如非法杀害、征募儿童、毁坏财产或抢劫。性暴力的起因（直接和间接的）多种多样，包括武装冲突中猖獗的有罪无罚的风气、缺乏明确的命令/指示来禁止性暴力、用于威胁受害者的小武器和轻武器的扩散、武装冲突受害者（国内流离失所者、移民、寡妇等）日益脆弱以及社区纽带与个人应对机制遭到破坏。武装冲突各方也可能以战略或战术的方式使用性暴力。在所有情况下，性暴力都有着灾难性的后果——当然，主要还是受害者自身，因为性暴力会带来身体、心理、社会和经济方面的负面影响，但对受害者的亲属而言，他们也可能面对创伤、耻辱感和未能保护好亲人的内疚感。当性暴力造成恐惧并破坏了社会结构时，还可能对整个社区产生影响。⁷

尽管很普遍，但性暴力并非战争和暴力无法避免的结果。像任何其他侵害一样，它是可以预防的。做到这一点的前提条件是强有力的法律框架以及存在稳固的制度，以执行性暴力的禁止性规定。本文将阐明，根据国际法——更准确地说是国际人道法和人权法——性暴力是受到绝对且充分禁止的。此外，在过去的20年里，国际刑法也有了相当大的进步，已在国际层面

5 See, among many others, Dara Kay Cohen, Amelia Hoover Green and Elisabeth Jean Wood, “Wartime Sexual Violence: Misconceptions, Implications, and Ways Forward”, *Special Report of the United States Institute of Peace*, No. 323, February 2013, p. 6, available at: www.usip.org/sites/default/files/wartime%20sexual%20violence.pdf; Patrick Chiroro, Gerd Bohner, G. Tendayi Viki and Christopher Jarvis, “Rape Myth Acceptance and Rape Proclivity: Expected Dominance Versus Expected Arousal in Acquaintance-Rape Situations”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 19, No. 4, 2004, pp. 427–442.

6 对妇女和女孩更容易遭受强奸和其他形式性暴力这一假定提出质疑的作品，见本期《评论》中克里斯·多兰 (Chris Dolan) 的意见摘录。

7 关于性暴力现象，见ICRC, “Sexual Violence: Questions and Answers”, 10 November 2013, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/sexual-violence-questionsand-answers.htm. See also ICRC, “Engaging with Students and Professors on the Issue of Sexual Violence in Armed Conflicts: Workshop”, 25 August 2014, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/feature/2014/08-25-sexual-violence-workshop-tool.htm.

将最严重的性暴力形式犯罪化。在这个领域，国际法的这三种法律体系强力互补并相互产生积极影响。这并不是说性暴力不会引起法律争议，而是说国际法本身——即使并不完美——已提供了足够且充分的规则。但是，仍需要在国际和国内层面强化对这些规则的实施，以有效地消除或至少减少性暴力的发生。

在概述国际人道法、人权法和国际刑法项下关于性暴力的国际法律框架之前，将会先定义诸如性暴力和强奸这样的关键术语。最后一节将会讨论法律 and 实际情况之间的差异并提出可能的解决方案。

何谓强奸和性暴力？

性暴力定义

在“阿卡耶苏”案中，卢旺达国际刑事法庭审判庭认为性暴力是“在强迫的情况下对一个人实施的任何带有性色彩的行为”。⁸“带有性色彩的行为”一语的含义是非常宽泛的。其含义可能从插入到带有性暗示的评论不等。“强迫”必须广义地理解为不仅包括人身强制，还包括“威胁、恫吓、敲诈和其他形式的会使人陷入恐惧或绝望的胁迫”。⁹审判庭进一步认为“性暴力并不局限于对人身体的侵入，还可能包括不涉及插入甚或没有身体接触的行为”。¹⁰从这个定义来看，很明显性暴力包括强奸但比强奸更广泛。但在强迫的情况下实施时，若将一个行为视为“性暴力”，其严重程度有最低门槛吗？

这个问题没有明确的答案。《国际刑事法院规约》将“性奴役、强制卖淫、强迫怀孕、强制绝育或其他任何形式的严重程度相当的性暴力”列为犯

8 ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4, Judgment (Trial Chamber), 2 September 1998, para. 688; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13, Judgment (Trial Chamber), 27 January 2000, para. 965.

9 *Ibid.*

10 ICTR, *Akayesu*, above note 8, para. 688.

罪。¹¹这份清单没有穷尽国际刑事法院管辖的最严重的性暴力形式，无助于界定属于“性暴力”行为的严重程度的最低门槛。不过，判例法和法律著作额外提供了很多性暴力的具体例子：例如，为性剥削贩卖人口¹²、毁损性器官¹³、性剥削（例如作为对食物或保护的回报获得性服务）¹⁴、强迫堕胎¹⁵、强制避孕¹⁶、性侵犯、¹⁷逼婚¹⁸、性骚扰（例如强迫脱衣）¹⁹、强制检查童贞²⁰以及已被界定为性暴力的强迫在公共场合裸体。²¹

世界卫生组织将性暴力定义为“无论当事人双方是何种关系，以及在何种情形下（包括但不限于在家里和工作中）任何人通过强迫手段使另一方与其发生任何形式的性行为、企图发生性行为、令人厌恶的性暗示或性骚扰、买卖行为或其他另行说明的行为”。²²如果接受这一定义，那么看起来严重程度这一门槛是很低的，而且“暴力”一词不仅包括身体暴力，还包括口头或心理暴力。²³

11 《国际刑事法院罗马规约》（简称《罗马规约》），1998年7月17日通过，2002年7月1日生效，UN Doc. A/CONF.183/9，第7条第1款第7项、第8条第2款第2项第22目、第8条第2款第5项第6目。

12 见《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，2000年11月15日通过，2237 UNTS 319（议定书），第3条。

13 ICTR, *Prosecutor v. Théoneste Bagosora*, Case No. ICTR-96-7, Judgment (Trial Chamber), 18 December 2008, para. 976.

14 Megan Bastick, Karin Grimm and Rahel Kunz, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2007, p. 19. See also World Health Organization (WHO), *World Report on Violence and Health*, ed. Etienne G. Krug, 2002, p. 149.

15 M. Bastick, K. Grimm and R. Kunz, above note 14, p. 19; WHO, above note 14, p. 149.

16 M. Bastick K. Grimm and R. Kunz, above note 14, p. 19.

17 见《关于战时保护平民的日内瓦公约》，日内瓦，1949年8月12日（《日内瓦第四公约》），第27条；《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，1977年6月8日（《第一附加议定书》），第75条第2款第2项；《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》，1977年6月8日（《第二附加议定书》），第4条第2款第5项；《罗马规约》，第8条第2款第5项第6目；《卢旺达国际刑事法庭规约》，1994年11月8日，第4条第5款；《塞拉利昂特别法庭规约》，2002年1月16日，第3条第5款；联合国东帝汶过渡行政当局，第2000/15号章程，第6条第1款第5项第6目。

18 M. Bastick K. Grimm and R. Kunz, above note 14, p. 49; WHO, above note 14, p. 149.

19 ICTR, *Akayesu* (Trial Judgment), above note 8, para. 693.

20 M. Bastick K. Grimm and R. Kunz, above note 14, p. 19; WHO, above note 14, p. 150.

21 ICTR, *Akayesu* (Trial Judgment), above note 8, para. 688; ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and Others*, Case No. IT-96-23&23/1 (Trial Chamber), 22 February 2001, paras 766–774.

22 WHO, above note 14, p. 149.

23 See also “Definitions of Sexual and Gender-based Violence”, IRIN, available at: www.irinnews.org/indepthmain.aspx?InDepthId=20&ReportId=62847.

还应该注意的是即使国际刑事法院只起诉达到特定严重程度的性暴力，也并不意味着根据其他条约或国内立法，达不到那样严重程度的性暴力就不能被认为是国际罪行。这已经被一些事实所证明，例如，《塞拉利昂特别法庭规约》——在危害人类罪下——就将“强奸、性奴役、强制卖淫、强迫怀孕和任何其他形式的性暴力”列为犯罪。²⁴

强奸定义

在国际层面，卢旺达和前南斯拉夫国际刑事法庭基本上通过三个主要的案子对强奸进行了定义。第一个案子是卢旺达国际刑事法庭的“阿卡耶苏”案，在该案中，审判庭（以及后来的上诉庭）采用了非常广泛和一般的强奸定义。²⁵卢旺达国际刑事法庭简单地认为强奸是“在强迫的情况下对人实施的带有性色彩的身体侵犯”。²⁶

尽管前南斯拉夫国际刑事法庭最初似乎是要遵循卢旺达国际刑事法庭采取的方法²⁷，但是在“富伦基亚”案中它采用了更准确的强奸定义。²⁸有人会说前南斯拉夫国际刑事法庭没有彻底地脱离卢旺达国际刑事法庭的定义，而是提供了一些关于被认为是强奸行为构成要素的额外细节。²⁹在注意到不可能从国际条约或习惯法中得出强奸的要素之后，前南斯拉夫国际刑事法庭审判庭进行了比较法分析，以推论出主要法系刑法中关于强奸的“共同点”。法庭的结论是，强奸的客观要素（构成要件）包括：

24 《塞拉利昂特别法庭规约》，关于“危害人类罪”的第2条。

25 ICTR, *Akayesu* (Trial Chamber), above note 8; see also Judgment (Appeals Chamber), 1 June 2001.

26 *Ibid.* (Trial Chamber), paras 596–598, 686–688. See also ICTR, *Musema*, above note 8, para. 965.

27 ICTY, *Prosecutor v. Zejnil Delalić and Others (Celebici case)*, Case No. IT-96-21, Judgment (Trial Chamber), 16 November 1998.

28 ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17-1, Judgment (Trial Chamber), 10 December 1998, para. 185.

29 ICTR, *Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, Case No. ICTR-95-1B, Judgment (Trial Chamber), 28 April 2005, paras 547–551.

(1) 性器官的插入，无论多么轻微：1) 行为人的阴茎或行为人所使用的任何其他物体插入受害者的阴道或肛门，或者2) 行为人的阴茎插入受害者的嘴巴；(2) 对受害人或第三人强迫、使用武力或武力威胁。³⁰

在“库纳拉茨”案中，审判庭认为“富伦基亚”案中的定义太狭窄了。³¹ 尽管它保留了定义的第一部分，但是通过澄清——或更确切地说是扩展了——第二部分而更进一步。对审判庭来说，性器官插入的行为构成强奸不仅是要伴随着“对受害人或第三人强迫、使用武力或武力威胁”，还要有其他的因素使行为对受害人一方来说是“不同意或不自愿的”。因此关键的标准是缺乏同意或自愿的参与。审判庭进一步认为“在实践中，缺乏真实的和自由表达的同意或自愿参与可由……很多因素……的存在予以证明——例如武力、武力威胁或者利用无法抵抗的人”。³² 换言之，这些因素不是强奸罪的构成要素，而是缺乏真实同意的证据。因此审判庭在“库纳拉茨”案中用“未经受害人同意的性器官插入”“取代”了“富伦基亚”案中定义的第二部分。³³

国际刑事法院的《犯罪要件》融合了这些判例法的发展，并且给出了更为精确的强奸定义。一项行为构成强奸，如果：

1. 行为人通过插入行为侵犯他人身体，无论如何轻微，无论是受害者身体的任一部分或者行为人用性器官，或者用任何物体或身体的任何其他部分插入受害者的是肛门或生殖孔。2. 侵犯行为是通过强迫、或者威胁强迫或胁迫实施的，例如害怕暴力、监禁、拘留、心理压迫或滥用权力针对这样的人或另一人，或者利用强制的环境，或者侵犯了不能表达真实同意的人。³⁴

30 ICTY, *Furundžija* (Trial Chamber), above note 28, para. 185.

31 ICTY, *Kunarac* (Trial Chamber), above note 21, para. 438.

32 *Ibid.*, para. 458.

33 *Ibid.*, para. 460. See also ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and Others*, Case No. IT-96-23&23/1 (Appeals Chamber), 12 June 2002, paras 125–133. 在本案中，上诉庭明确表示拘留可以代替不同意。

34 例如，见国际刑事法院《犯罪要件》，2011，第8条第2款第2项第22目之一，网址：www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf.

国际社会普遍认为这一定义是最权威的。³⁵很多国内立法都采用或修改后纳入国际刑事法院定义的强奸罪和其他性犯罪。³⁶

性暴力与基于性别的暴力

与强奸和性暴力不同，“基于性别的暴力”没有国际认可的定义。因此，关于这一术语可以找到很多不同的定义。

联合国消除对妇女歧视委员会在1992年的第19号一般性建议中将基于性别的暴力定义为“因为她是一名女性而直接针对其使用的暴力，或者严重影响女性的暴力。它包括造成身体、心理或性伤害或痛苦的行为，威胁要实施这类行为，强迫和其他剥夺自由的行为”。³⁷尽管该定义中涵盖的行为很广泛，但涵盖的人似乎很有限。基于性别的暴力被描述成专门针对女性的某种形式的歧视。³⁸这种限定可能是因为联合国消除对妇女歧视委员会的授意，或者在实践中可能事实上妇女和女孩是（或者至少被认为）最容易受到基于性别暴力影响的人，因为在大量社会体系中相较于男人和男孩来说，妇女和女孩处于较低的地位。现今，“基于性别的歧视”一词通常被理解为不仅包括妇女和女孩，还包括男人和男孩。正如机构间常设委员会所指出的，³⁹尽管“基于性别的暴力”一词经常与“针对妇女的暴力”一词混用，但是男人和男孩

35 譬如，世界卫生组织似乎就依托国际刑事法院的定义，尽管该组织的工作定义似乎没那么准确和全面。See WHO, above note 14, p. 149: “性暴力包含强奸。强奸是指一方通过身体或其他形式的暴力将阴茎、身体其他部位或物体强行插入对方外阴或肛门的行，即使这种插入很轻微。”

36 见让-马里·亨克茨与露易丝·多斯瓦尔德-贝克：《习惯国际人道法第一卷——规则》，法律出版社，2007年版（以下简称ICRC《习惯国际人道法研究》），与规则93相关的实践所提到的澳大利亚、比利时、加拿大、格鲁吉亚、新西兰、韩国、南非和英国的国内立法。See also, e.g., Philip Weiner, “The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law”, *Boston College Law Review*, Vol. 54, No. 3, 2013, p. 1218. 譬如，一些国际组织的报告已表明，刚果民主共和国于2007年通过了一部关于强奸和性暴力的新法律，就是受《罗马规约》的启发。See Victim’s Rights Working Group, *The Impact of the Rome Statute System on Victims and Affected Communities*, April 2010, p. 27, available at: www.vrwg.org/VRWG_DOC/2010_Apr_VRWG_Impact_of_ICC_on_victims.pdf.

37 CEDAW Committee, General Recommendation No. 19, 1992, para. 6.

38 *Ibid.*, para. 7.

39 On the IASC, see www.humanitarianinfo.org/iasc/pageloader.aspx?page=content-about-default.

也可能成为基于性别的暴力的受害者——尤其是性暴力⁴⁰——这基于社会决定的、与对男性看法有关的角色、期望和行为。因此，机构间常设委员会给出了一个宽泛的——而且经常使用的——基于性别的暴力的定义，即“基于社会赋予的男性和女性之间的（性别）差异，违背他人意愿实施任何有害行为的一个综合性术语”。⁴¹同样，红十字国际委员会将基于性别的暴力定义为“一个综合性术语，包括性暴力和其他类型基于性别但不必然基于性的（暴力），而不必须是基于性的”。⁴²接着，红十字国际委员会将“性别”定义为：

男人和女人基于以性别为基础赋予他们的角色、态度和价值在文化上可预期的行为，这里“性别”一词是指一个人的生物学和身体特征。取决于特定的社会、经济和政治环境，性别角色在同一文化内和不同文化间都有很大的差别。⁴³

基于性别的暴力的例子包括家庭暴力、强奸、性剥削/虐待、强迫卖淫、性交易、逼婚/早婚、女性割礼、荣誉谋杀以及强制绝育或流产。⁴⁴

从这些定义和例子中，首先可以推断出，基于性别的暴力通常比性暴力更加广泛。事实上，基于性别的暴力不仅包括性暴力行为，例如强奸、性切除（如乳房切除）以及其他形式的性虐待，还包括没有性色彩的行为，例如某些形式的家庭暴力（如殴打）或荣誉谋杀（新娘因嫁妆不够而被烧死）。其次，区分“基于性别的暴力”与任何其他形式的暴力的不是行为本身（如杀戮、强奸、殴打、残伤肢体），而是这种行为“以性别为导向”。换言之，暴力行为的实施是“基于社会赋予的男性与女性之间的（性别）差异”或者是因为受害者的性别。例如，如果一个人因为他是变性人或同性恋而被谋杀，

40 IASC, *Guidelines for Gender-Based Violence Interventions in Humanitarian Settings: Focusing on Prevention of and Response to Sexual Violence in Emergencies*, September 2005, p. 4; See also UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Gender-Based Violence”, available at: www.irinnews.org/indepthmain.aspx?InDepthId=20&ReportId=62847.

41 IASC, above note 40. 另见欧洲性别平等研究所的定义，网址：<http://eige.europa.eu/content/what-is-gender-based-violence>。对机构间常设委员会2005年《指南》的批判性评价，见本期《评论》中克里斯·多兰的意见摘录。

42 Charlotte Lindsey, *Women Facing War Study*, ICRC, Geneva, 2001, pp. 35–36.

43 See Charlotte Lindsey-Curtet *et al.*, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2004, p. 7; C. Lindsey, above note 42, p. 35.

44 IASC, above note 40; CEDAW Committee, above note 37; C. Lindsey, above note 42, pp. 35–36.

这就是基于性别的犯罪。从这个意义上来说，有时可以认为性暴力比基于性别的暴力更为广泛。一个被拘留者在拘留期间可能会被强奸——作为酷刑的一种方法——这与他/她的性别或社会赋予的角色无关。但是，有时也有人主张，性暴力总是基于性别的暴力的形式之一，因为性与性别之间的联系太复杂而难以分辨。这不是本文作者的观点——这种解释会混淆性与性别的含义，而正如上文所说，它们是不同的。

国际人道法对性暴力的禁止

国际人道法是否忽视了性暴力？

国际人道法条约有时会受到批评，因为有人声称这些条约没有适当地考虑武装冲突中妇女的需要，而且没有以充分且强有力的方式禁止和惩罚性暴力。⁴⁵有人辩称，这种批评过于严苛。尽管1949年四个《日内瓦公约》和1977年两个《附加议定书》在处理性暴力方面可能不完美，但它们针对强奸和其他形式的性暴力提供了必要的保护性和禁止性规定。这是通过不同的方式来完成：第一，明确禁止强奸；第二，禁止强奸和其他形式的性暴力也包含在一些不太明确的条款里，例如禁止虐待和酷刑、损害个人尊严、非礼侵犯和强迫卖淫的规定以及那些旨在确保尊重人身和荣誉的规定。

著名的1863年《利伯守则》中已经明确禁止强奸。其第44条规定：

所有针对被侵入国家民众所实施的肆无忌惮的暴行……所有的强奸、致伤、致残或屠杀本地居民，都是被禁止的，违者可判处死刑或者其他与这类犯罪严重程度相当的严厉惩罚。军人，上至军官下至列兵，若犯有这种暴行且不服从上级制止这种行为的命令，其上级可依法就地处决。⁴⁶

45 Judith Gardam, “Women, Human Rights and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, No. 324, September 1998, pp. 421–432; Judith Gardam and Michelle Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2001. See also, on the criticisms made by these authors, Helen Durham, “Women, Armed Conflict and International Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847, 2002, pp. 655–659.

46 *Lieber Code: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, General Order No. 100, 24 April 1863, Art. 44, available at: www.icrc.org/ihl/INTRO/110.

有意思的是，处罚——死刑——是相当严厉的。

在早期规范武装冲突的条约中，1899年和1907年的《海牙章程》保护占领地居民的“家族荣誉和权利”。⁴⁷1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》规定战俘应享受“人身及荣誉”之尊重以及“对于妇女(战俘)之待遇应充分顾及其性别”。⁴⁸从早期阶段来看，国际人道法条约就已经意识到武装冲突期间的性暴力并旨在预防，但作为那个年代的产物，这些条约没有使用明确的措辞来处理这一问题。

在当代国际人道法条约中，无论国际性还是非国际性武装冲突，都禁止强奸和其他形式的性暴力。在国际性武装冲突中，1949年《日内瓦第三公约》继续规定战俘“在一切情况下应享受人身及荣誉之尊重”以及“对于妇女之待遇应充分顾及其性别”。⁴⁹起草者们使用了与1929年战俘公约一样的措辞。《日内瓦第四公约》更加明确，其规定平民“妇女应受特别保护以免其荣誉受辱，尤须防止强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯”。⁵⁰尽管《日内瓦第四公约》——1949年通过的第一个在武装冲突期间专门保护平民居民的条约——明确涉及强奸和其他形式的性暴力，但这种措辞还是受到了批评，因为强奸和性暴力看起来被定性为对受害者荣誉的侵犯，因而没有反映出犯罪的严重程度，即对受害者身心健康的侵犯。⁵¹这种措辞在今天看来是委婉和过时的，但“荣誉”的概念在当时有着完全不同的含义。尽管现在这些词看起来很弱且只是象征性的，但在1949年及以前，荣誉的概念(如骑士原则)被视为战争中极其重要的制约，也是国际人道法规则的核心。⁵²无论如何，因为价值观和社会规范的根本改变，在晚近的国际人道法条约已很

47 《陆战法规和惯例公约》(《海牙第二公约》)及其附件《陆战法规和惯例章程》，1899，第46条；《关于战争开始的公约》(《海牙第三公约》)，1907年，第46条。

48 《关于战俘待遇的日内瓦公约》，1929年7月27日，第3条。

49 《关于战俘待遇的日内瓦公约》，1949年8月12日(《日内瓦第三公约》)，第14条。

50 《日内瓦第四公约》，第27条。

51 J. Gardam, above note 45; C. Lindsey, above note 42, p. 57.

52 Terry D. Gill, “Chivalry: A Principle of the Law of Armed Conflict”, in M. Matthee et al. (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 33–51. See also Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, “International Humanitarian Law and Human Rights Law”, *International Review of the Red Cross*, No. 293, March–April 1993, pp. 94–119.

少出现性暴力与荣誉之间的联系了。⁵³1977年《第一附加议定书》规定“对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身份的待遇，强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”“在任何时候和任何地方，也不论是平民或军人的行为，均应禁止”。⁵⁴还有两个额外条款专门保护妇女免遭“强奸、强迫卖淫和任何其它形式的非礼侵犯”⁵⁵以及保护儿童免遭“任何形式的非礼侵犯”。⁵⁶

在非国际性武装冲突中，四个《日内瓦公约》共同第3条——国际法院形容其反映了“人道主义的基本要素”且适用于所有类型的武装冲突⁵⁷——也默示地禁止性暴力，将“对生命与人身施以暴力，特别如……残伤肢体、虐待及酷刑”以及“损害个人尊严，特别如侮辱和降低身份的待遇”非法化。1977年《第二附加议定书》对此进行了补充，如果适用，它在基本保证的条文中，禁止对“一切未直接参加或已停止参加敌对行动的人”（即平民和丧失战斗力的人）“侵犯其人身尊严，特别是侮辱性和降低身份的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”。⁵⁸这是第一个明确禁止强奸且不区分男女的国际人道法规定。

习惯国际人道法同样禁止强奸和其他形式的性暴力。⁵⁹根据红十字国际委员会出版的《习惯国际人道法研究》，国际性和非国际性武装冲突中均适用这一禁止性规定，该规定保护妇女、女孩、男孩和男人。⁶⁰《习惯国际人道法研究》以大量国内和国际实践为基础——尤其是诸如军事手册、国内立法和国内判例法、国际判例法以及联合国决议——才得出这个结论。⁶¹

53 C. Lindsey-Curtet, above note 43, p. 12.

54 《第一附加议定书》，第75条第2款第2项。

55 《第一附加议定书》，第76条第1款。

56 《第一附加议定书》，第77条第1款。

57 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaraguav. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1986, para. 218. See also ICJ, *The Corfu Channel Case*, Judgment, ICJ Reports 1949, p. 22.

58 《第二附加议定书》，第4条第2款第5项。

59 ICRC 《习惯国际人道法研究》，前注36，规则93。

60 同上。

61 For the practice, see the Customary International Humanitarian Law Online Database, available at: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule93.

哪些“与冲突有关的”性暴力违反国际人道法？

性暴力可以发生在和平时期、武装冲突或者其他暴力局势期间。各种各样的行为人为了各种各样的目的都可能犯下这种罪行。即使发生在武装冲突期间，性暴力也不必然是“与冲突有关的”。

国际人道法条约并没有使用“与冲突有关的性暴力”一词，它不是正式的法律用语。但是这个词越来越多地被使用⁶²，而且有时会被理解为性暴力（已构成违反国际人道法的行为）的同义词。不同的机构对“与冲突有关的性暴力”的定义也不同。例如，联合国将“与冲突有关的性暴力”描述为：

发生在冲突中、冲突后或其他令人关切的局势（如政治纷争）中的性暴力……它们还与冲突或政治纷争本身存在直接或间接联系，即时间、地理和/或因果关系。嫌疑犯罪（根据具体情况，可能是战争罪、危害人类罪、种族灭绝或其他严重侵犯人权的行为）除具国际性质外，与冲突的联系还可能以下列形式体现：犯罪人特征与动机、受害人特征、有罪不罚现象/国家崩溃、跨界因素和/或犯罪行为违反了某停火协议的条款。⁶³

如果认同这个宽泛的“与冲突有关的性暴力”的定义——从人道和实际操作的角度来看是可以理解的——那么很明显，不是所有的与冲突有关的性

62 See note 63 below. See also UN Women, *Addressing Conflict-Related Sexual Violence: An Analytical Inventory of Peacekeeping Practice*, June 2010, available at: www.unwomen.org/~media/Headquarters/Media/Publications/en/04DAnAnalyticalInventoryofPeacekeepingPracti.pdf; UN Department of Political Affairs, *Guidance for Mediators: Addressing Conflict-Related Sexual Violence in Ceasefire and Peace Agreements*, New York, 2012, available at: www.un.org/wcm/webdav/site/undpa/shared/undpa/pdf/DPA%20Guidance%20for%20Mediators%20on%20Addressing%20Conflict-Related%20Sexual%20Violence%20in%20Ceasefire%20and%20Peace%20Agreements.pdf; Sarah S. Shteir, *Conflict Related Sexual and Gender-Based violence: An Introductory Overview to Support Prevention and Response Efforts*, Civil-Military Occasional Papers, Australian Civil-Military Centre, January 2014, available at: <http://fr.slideshare.net/CivMilCoE/occasional-paper-12014-conflictrelated-sexual-and-genderbased-violence>; Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), *Combating Impunity for Conflict-Related Sexual Violence in Bosnia and Herzegovina: Progress and Challenges*, Sarajevo, February 2014, available at: www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?lng=en&id=179069.

63 *Conflict-Related Sexual Violence: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/66/657-S/2012/33, 13 January 2012, para. 3; see also “Analytical and Conceptual Framing of Conflict-Related Sexual Violence”, Stop Rape Now, available at: www.pakresponse.info/LinkClick.aspx?fileticket=QmSWiCA4rUw%3D&tabid=71&mid=433.

暴力都违反国际人道法并构成战争罪。⁶⁴国际人道法只适用于武装冲突以及与武装冲突有着直接的(或至少是充分的)关联或联系的行为。⁶⁵

确实,国际人道法条约中没有联系的概念,它主要是在国际刑法判例中发展起来的,目的是确定法庭的管辖权或者,换言之,确定是否犯有战争罪。⁶⁶不过有人提出,联系这一要求可将战争罪/其他违反国际人道法的行为与武装冲突期间实施但与该冲突毫无关系的普通犯罪区别开来,它在国际人道法和国际刑法中都存在。在这个特定语境下,联系的概念在国际刑法和国际人道法中应该用相似的方式加以定义。⁶⁷最终,若认为是战争罪,就必须适用国际人道法,因为战争罪是严重违反国际人道法的行为。为了在这一背景下阐明联系的概念,可以思考下面的例子。

在非国际性武装冲突的背景下,如果一位军事指挥官在军队营区强奸了一个下属士兵,以此作为一种惩罚的形式——因为他在平时可能已经这么做过——这种行为与武装冲突没有任何关联,国际人道法不能适用于该行为。然而这种强奸是且应当是国内法所禁止的。它还构成侵犯人权,如果该军事指挥官是利用其公职身份犯下强奸罪的话(即利用他的权威地位和职务手段)。另一方面,在同样的武装冲突中,如果军事指挥官强奸了因与武装冲突相关的理由而被拘留的人,这种行为就明显违反国际人道法(和人权法)。

64 应当注意的是,并非所有违反国际人道法的行为都构成战争罪;战争罪是严重违反国际人道法的行为。见本文下一部分“性暴力总是相当于严重破坏行为和/或战争罪吗?”。

65 ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Judgment (Trial Chamber), 7 May 1997, para. 572; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Judgment (Trial Chamber), 26 February 2001, para. 32. 应当注意的是,不像国际刑事法院筹备委员会,前南斯拉夫国际刑事法庭明显将交战联系仅作为行使管辖权的一个要件。See Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 27. 同样,卢旺达国际刑事法庭使用了与武装冲突“直接联系”、“直接关联”或“直接相关”等术语。Cf. ICTR, *Akayesu* (Trial Chamber), above note 8, para. 643; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment (Trial Chamber), 21 May 1999, paras 602–603, 623; ICTR, *Musema* (Trial Chamber), above note 8, para. 260; ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Case No. ICTR-96-10 and ICTR-96-17-T, Judgment (Trial Chamber), 21 February 2003, para. 861.

66 *Ibid.*

67 根据国际人道法,交战联系的概念还被用在诸如直接参加敌对行动这个概念之定义的语境下。See Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009, pp. 58–64. 不过,该语境是不同的,因为交战联系的概念被用于回答另一个问题,即“行为相当于直接参加敌对行动吗?”,而不是“行为违反了国际人道法吗?”

联系源自如下大量因素：行为人的身份（军事指挥官）、受害者的身份（出于与武装冲突有关的理由而被拘留的人）和背景（被拘留人相对于拘留当局来说处于弱势地位）。

尽管这些例子似乎很明显，但与武装冲突的联系并不总是这么容易判断。⁶⁸不是说因为在某个地点、某个时间国际人道法是适用的，那么在此背景下发生的所有行为就都应受国际人道法约束。前南斯拉夫国际刑事法庭的判例法进一步阐明，对于联系的存在，在指控的犯罪实施的时间和地点并不需要实质的冲突正在进行。⁶⁹指控的犯罪只要与发生在冲突各方控制地区的其他部分的敌对行动有紧密的关联就足够了。⁷⁰要求犯罪是“冲突一方正式批准或容忍的政策或实践的一部分，或者该行为是实际推行与从事战争有关的政策或冲突一方实际利益的一部分”是没有必要的。⁷¹在“库纳拉茨”案中——确切地说这是定义联系这一要求的参考案例——上诉庭认为：

最终区分战争罪与纯粹国内犯罪的是，战争罪受其实施的环境，即武装冲突的环境，所影响或者取决于该环境。它不需要有计划或者受到某种政策的支持。武装冲突与犯罪之间不需要有因果联系，但武装冲突的存在必须至少对行为人实施犯罪的能力、实施犯罪的决定、实施犯罪的方式或实施犯罪的目的起到实质性作用。因此，正如在本案中，如果能够确定行为人的行为受武装冲突促成或以武装冲突为幌子，那么就足以得出其行为与武装冲突密切联系的结论。⁷²

“以武装冲突为幌子”这一表述有时会受到批评，因为其过于宽泛。⁷³不过，卢旺达国际刑事法庭的解释十分有用，“‘以武装冲突为幌子’这一表述并不仅仅意味着‘在武装冲突发生的同时’和/或‘某种程度上由武装

68 表明确定交战联系之难点并尝试（以一种限制性的方式）澄清这一概念的文章，见Harmenvander Wilt, “War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 5, 2012, pp. 1113–1128.

69 *Ibid.* See also ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Judgment (Trial Chamber), 3 March 2000, para.69; ICTY, *Kunarac* (Appeals Chamber), above note 33, para. 57.

70 *Ibid.*

71 ICTY, *Blaškić* (Trial Chamber), above note 69, paras 69 ff.; ICTY, *Tadić* (Trial Chamber), above note 65, para. 573.

72 ICTY, *Kunarac* (Appeals Chamber), above note 33, para. 58.

73 H. van der Wilt, above note 68, p. 1125.

冲突导致的任何情况’”。⁷⁴法庭举了一个例子，一名非战斗员利用警察在因武装冲突导致混乱的情况下效率较低这一点，谋杀了他憎恨多年的邻居，法庭确认如果没有更多证据的话，这不构成战争罪。⁷⁵反之，军人和平民杀害图西族平民被视为与当时发生的卢旺达政府军与卢旺达爱国阵线（由图西族人组成的有组织的非国家武装团体）之间的武装冲突有联系，从而构成战争罪。作为少数族裔的图西族被等同于卢旺达爱国阵线、军人参与杀戮的事实以及将鉴别来自卢旺达爱国阵线的间谍作为屠杀图西族人的所谓动机的的事实都被认为是存在联系的迹象。⁷⁶

在“库纳拉茨”案中，上诉庭还确定了若干要素，用于判断一项所指控的罪行是否与武装冲突有关联而足以构成战争罪（因而违反国际人道法）。这些要素包括：

行为人是战斗员；受害人是非战斗员；受害人是敌方人员；行为据称服务于军事行动的最终目标；犯罪是行为人官方职责的一部分或者在其官方职责的背景下实施。⁷⁷

这些要素并非穷尽式列举；它们也不累加适用。例如，不仅是战斗员，平民也可能犯有战争罪，即使他们与冲突一方没有特别的关系也可能犯下此种罪行。⁷⁸“库纳拉茨”案确定的要素仅仅是用来举例证明，判断联系的存在时可以考虑哪些要素。通过这些例子的佐证，特设法庭一直用“客观标准”来判断联系的存在；它们不要求任何心理要件。⁷⁹

沿着特设法庭判例法的路线，国际刑事法院的《犯罪要件》规定，若要证明存在战争罪，它的实施必须“在武装冲突情况下并且与该冲突有关”。⁸⁰“在

74 ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-A, Judgment (Appeals Chamber), 26 May 2003, para. 570.

75 *Ibid.*

76 ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, Judgment (Trial Chamber), 15 May 2003, paras 518 ff.

77 ICTY, *Kunarac* (Appeals Chamber), above note 33, para. 59.

78 ICTR, *Akayesu* (Trial Judgment), above note 8, para. 444. See also ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Judgment (Trial Chamber), 29 November 2002, para. 57; and contra, H. van der Wilt, above note 68, p. 1128.

79 K. Dörmann, above note 65, p. 27. See also Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 45.

80 例如，见《犯罪要件》，前注34，第8条第2款第1项第1目之一。

武装冲突情况下”是指存在武装冲突，而“与武装冲突有关”是指联系这一要求。因此，与冲突有关的性暴力必须由一个人（无论战斗员还是平民）在武装冲突情况下实施且与该冲突有关，才能构成《罗马规约》项下的战争罪。

《罗马规约》并不比前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭的判例法更加精确。不过，在理论上界定判断联系存在的精确标准，从而为所有可能的场景提供充分的应对措施，这是很困难的。这种判断需要逐案作出。

性暴力作为武器或作战方法？

武装冲突中的性暴力，尤其是强奸，有时被认为是“战争武器”和/或“战争方法”。⁸¹

根据国际人道法，不存在一个普遍公认的“武器”定义，尽管为限定这一概念曾做过一些尝试。粗略地分析一下国内和国际层面采用的不同定义，发现在这一概念的理解上存在两个共同要素：“武器”是指（1）一种物体、材料、仪器、机械装置、设备或物质，用于（2）杀害、杀伤、损害、威胁或

81 For the UN, see, for instance, UNGA Res. 48/143 (1993); UN Doc. A/RES/48/143; Office of the High Commissioner for Human Rights, “Rape: Weapon of War”, available at: www.ohchr.org/en/newsevents/pages/rapeweaponwar.aspx; UNICEF, “Sexual Violence as a Weapon of War”, available at: www.unicef.org/sowc96pk/sexviol.htm. For the media, see, for instance, Laura Smith-Spark, “How Did Rape Become a Weapon of War?”, BBC News, undated, available at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/4078677.stm>; Kate McGuinness, “Rape as a Weapon of War”, *Huffington Post*, 28 November 2012, available at: www.huffingtonpost.com/kate-mcguinness/rape-as-a-weapon-of-war_b_2202072.html; “Hague And Jolie Hail Anti-Rape Military Action”, Sky News, 28 March 2014, available at: <http://news.sky.com/story/1233609/hague-and-jolie-hail-anti-rape-military-action>. 根据后一篇文章，英国外交大臣威廉·海格说“强奸被不正当地视为一种‘次要’犯罪……只是在最近才被理解为一种作战方法”。See also Global Justice Center, *Rape as a Weapon of War*, available at <http://globaljusticecenter.net/index.php/our-work/geneva-initiative/rapeas-a-weapon-of-war>; Janet Benshoof, *The Other Red Line: Holding States Accountable for the Use of Rape as an Unlawful Weapon or Tactic of Warfare*, excerpts on file with the author. 作者写道：“尽管战略性强奸被谴责为一种战争武器，但一些国际人道法专家仍狭义地予以描述，坚持战略性强奸是一种战争的‘战术’或‘方法’，而没有指明诸如阴茎这类潜在的武器正被用于完成战略性强奸……在实践中，‘战术’一词的实际效果是使其无法在国际人道法的武器框架下进行进一步的详细研究。”对学者而言，例如，见Anna Maedl, “Rape as a Weapon of War in the Eastern DRC? The Victims’ Perspective”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, No. 1, 2011, pp. 128–147; Judith Gardam, “Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, p. 59; “在前南斯拉夫冲突中，强奸带有作战方法的特征。”

毁坏。⁸²如果接受这个定义，那么很明显，强奸或其他形式的性暴力作为战争武器的特征从严格的国际人道法意义上说是不准确的。相反，性暴力是非法行为和犯罪行为。⁸³

与此相反，“作战方法”通常被理解为使用武器的方式⁸⁴，或者旨在压制或削弱对手的敌对行动中采用的任何具体的战术或战略方法。⁸⁵有时，性暴力被用作压制或削弱对手的战术或战略方法，直接或间接地伤害被认为支持敌人的平民居民。如果有系统地实施性暴力并涵盖整个指挥链，情况尤其如此。正是在这个意义上，性暴力有时可能被认为是“作战方法”。不过，需要重点指出的是，强奸或其他性暴力的这种特征可能会混淆严格和技术意义上的敌对行为（以及在这一背景下使用的合法或非法的方法）与落于敌手之人的待遇。某种武器或作战方法的合法性或非法性最终取决于它们是否具有不分皂白的性质，是否会引起过分伤害或不必要痛苦或二者兼有。⁸⁶而性暴力本身被禁止针对任何人实施，不论该人是何身份。事实上，性暴力只能针对处于行为人控制之下的人实施。对落于敌手之人实施任何类型的暴力——例如性暴力，都是国际人道法关于人身待遇的规则所绝对禁止的。从定义来看，性暴力是不必要的或“过分的”，因为它针对的对象已经丧失战斗力。因此在这种情况下，援引禁止过分伤害或不必要痛苦的规定是多余的，甚至

82 ICRC, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, ICRC, Geneva, 2006, p. 9, fn. 17. 该指南提供了几个国家关于武器的定义。See also Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2009, p. 6: 武器是指“战斗行动中所使用的作战手段，包括枪炮、导弹、炸弹和其他弹药等，它们能导致(1) 人员受伤或者死亡，或者(2) 物体的损害或毁坏等”。另见日内瓦国际人道法和人权法研究院编写的《武器法百科全书》(*Weapons Law Encyclopedia*) 提出的定义：“武器是一种被建造、改造或用于杀伤、迷惑或威胁人员或者对物体造成损害的装置。武器可通过动能或其他手段发挥作用，诸如电传输、化学物质或生物制剂扩散、声音或者电磁波。”

83 最好是，“武器”这一通称能包括艾滋病病毒携带者的体液。后者已经被美国法院定义为“致命武器”（与阴茎并列）。See Court of Appeals of Texas, *Jose Fonseca Najera v. The State of Texas*, Case No. 03-96-00189-CR, 1997.

84 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, on AP I, Art. 51, para. 1957.

85 Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 2011, p. 280.

86 见1907年《海牙章程》，第23条第5款；《第一附加议定书》，第35条第2款、第51条第4款第2项和第3项。关于这些规则的习惯法性质，见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注36，规则70和71。

可能是错误的，因为该规定与敌对行为（从技术意义上理解）相关，而与绝对保护落于敌手之人免遭不人道待遇无关。所以，将强奸或其他形式的性暴力界定为一种作战方法，并不会强化国际人道法中绝对禁止此类行为的规定。

将强奸定性为“战争武器”或“作战方法”如今非常常见，但这些术语通常都是在非技术意义上使用的⁸⁷，以便给强奸罪打上耻辱烙印⁸⁸，指出强奸不仅仅是战争的副产品——它不是偶然或随机实施的，而可能是战略的一部分。⁸⁹为了维持这一重要内涵和耻辱的烙印，避免与国际人道法关于敌对行为的规则和原则相混淆，因此可能要更准确的将性暴力界定为武装冲突期间的非法的政策、战术或战略。

人权法对性暴力的禁止

人权法任何时候都可适用。⁹⁰因此有必要简要分析武装冲突期间有可能禁止性暴力并补充国际人道法的人权法规则（尤其是与武装冲突没有联系的性暴力行为），以及为解释和适用国际人道法中禁止性暴力的规则提供有用的指南。

87 例如，见，联合国大会1993年第48/143号决议（UN Doc. A/RES/48/143）反复提到强奸为“战争武器”。譬如，该决议称“这一罪恶行径（强奸和虐待妇女）是一种蓄意安排的战争武器，用以实现……‘种族清洗’政策”。因此，该决议用“武器”一词来定义一种实践，即便武器的概念通常只包括物体、物质和材料，而非实践。

88 例如，见Global Justice Centre, *Fact-Sheet: Stopping the Use of Rape as a Tactic of War: A New Approach*, June 2014, available at: http://globaljusticecenter.net/index.php?option=com_mtree&task=att_download&link_id=412&cf_id=34：“在规制战术和武器合法性的战争法条款中嵌入作为战略的强奸会增加耻辱感，这已经证明是阻止使用其他罪恶武器和战术的关键。”

89 在这个意义上，见L. Smith-Spark, above note 81.

90 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1996*, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 2004*, para. 106; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *ICJ Reports 2005*, paras 216–217. 不过，有一种少数派观点认为，人权法不适用于武装冲突。See ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1996*, para. 24.

大多数人权条约中没有禁止性暴力的具体规定

令人感到惊讶的是，大多数人权条约，无论全球性的还是地区性的，都没有包含明确或具体的禁止性暴力的规定。⁹¹甚至1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》也没有包含任何这种规定。只有“贩卖妇女和迫使妇女卖淫以进行剥削的行为”是被明确禁止的。⁹²因此，国际人道法条约——即使是1949年的《日内瓦公约》——在禁止性暴力方面总体上看起来都比人权条约更为明确、具体和准确。

有少量例外。例如，在国际层面，1989年《儿童权利公约》规定缔约国必须保护儿童免受任何形式的性剥削和性虐待，包括采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施。⁹³缔约国尤其应该防止：“(a) 引诱或强迫儿童从事任何非法的性活动；(b) 利用儿童卖淫或从事其他非法的性行为；(c) 利用儿童进行淫秽表演或充当淫秽题材。”⁹⁴因此，国家有义务防止和保护儿童免受国家工作人员以及私人的性侵犯(注意义务)。

在地区层面，1994年《美洲国家间预防、惩罚和消除对妇女暴力公约》禁止“对妇女的暴力”，这不仅包括身体和心理上的暴力，还包括性暴力，不论是发生在公共领域还是私人领域。⁹⁵该公约从没有约束力的1993年《联合国消除对妇女的暴力宣言》中汲取的灵感，后者包含有类似的规定。2003年《〈非洲人权和民族权宪章〉关于非洲妇女权利的议定书》(《马普托议定书》)以类似的方式禁止对妇女的暴力并包含了若干旨在保护妇女免受性暴力的规定。⁹⁶其中有一条专门涉及武装冲突，其规定：

缔约国保证保护寻求庇护的妇女、难民、释放回来的人以及国内的流离失所者，免受一切形式的暴力、强奸和其他形式的性剥削，并且保

91 例如，见《公民及政治权利国际盟约》，1966；《欧洲人权公约》，1950；《美洲人权公约》，1969；《非洲人权和民族权宪章》，1981。

92 《消除对妇女一切形式歧视公约》，1979，第6条。

93 《儿童权利公约》，1989，第19条第1扣款和第34条。

94 同上，第34条。

95 Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, 1994, Arts 1-3.

96 See Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights of Women in Africa, 2003 (Maputo Protocol), Arts 3(4), 4(2), 11(3), 12(1)(c)(d), 13(c), 14(2)(c), 22(b), 23(b).

证此类行为会被认定为战争罪、灭绝种族和/或危害人类罪，而这些行为人会存在有刑事司法管辖权的法院被绳之以法。⁹⁷

在欧洲的制度中，没有关于性暴力或保护妇女的专门条约。但是，2002年，欧洲理事会通过了一项关于对妇女的暴力的提案，将对妇女的暴力定义为包括强奸和其他形式性暴力在内的行为，并特别建议成员国“惩罚强奸、性奴役、强迫怀孕、强制绝育或任何其他其他形式的、与不可容忍的侵犯人权、危害人类罪以及如果在武装冲突背景下实施而构成的战争罪的严重程度相当的性暴力。”⁹⁸

尽管没有条约，但有很多没有约束力的人权文件涉及了性暴力问题。在第四次世界妇女大会上通过的《北京宣言》和《行动纲领》特别值得一提，因为它在1995年就确定“对妇女的暴力”和“妇女与武装冲突”这两个主题是需要采取紧急行动的重点关注领域，并且强调“对妇女的暴力行为包括在武装冲突局势中侵犯妇女人权，尤其是……有系统的强奸、性奴役和强迫怀孕”。⁹⁹

性暴力作为酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

大多数人权条约没有包含禁止性暴力的具体规定这一事实并不意味着这些条约不禁止强奸和其他形式的性暴力。禁止酷刑或残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚这一不可克减的禁止性规定（甚至是强行法¹⁰⁰）存在于所有的一般性人权条约¹⁰¹中，为实际上始终禁止一切形式的性暴力提供了强有力的基础。

97 *Ibid.*, Art. 11(3).

98 Council of Europe, Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Women against Violence, adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies, available at: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=280915>.

99 Beijing Declaration and Platform for Action, adopted at the Fourth World Conference on Women, 1995, paras 112–130 on “Violence against Women” and paras 131–149 on “Women and Armed Conflict”, available at: www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf.

100 See, e.g., Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Juan E. Méndez, UN Doc. A/HRC/25/60, 10 April 2014, para. 40: “禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，这种规定享有强行法或一般国际法强制规范的强势地位。”

101 见《公民及政治权利国际盟约》，第7条；《欧洲人权公约》，第3条；等。

《联合国禁止酷刑公约》将酷刑定义为：

为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。¹⁰²

强奸可以被推定为一直引起“剧烈疼痛或痛苦”。¹⁰³此外其通常是“蓄意造成的”。强奸可能有着特定的目的，例如获取情报，并很可能总是带有强迫受害者的目的。后面这种强迫要素可以认为是武装冲突局势所固有的。¹⁰⁴最后，《禁止酷刑公约》要求酷刑的实施或多或少要有公职人员的直接参与。但这并不是说，私人实施的酷刑不会导致人权问题。国家有责任保护人们免受来自私人的酷刑。¹⁰⁵此外，欧洲人权法院认为禁止将人驱逐至可能在那遭受酷刑的第三国，即使是非国家行为体发出的酷刑威胁（倘若“接受国当局不能提供适当的保护措施来消除风险”）。¹⁰⁶

禁止酷刑问题特别报告员在1986年就已经注意到性虐待是各种身体酷刑的方法之一。¹⁰⁷人权机构的判例法提供了大量具体的实例，其中性暴力都被认为构成酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。尤其是强奸，经常被认为

102 《联合国禁止酷刑公约》，1984，第1条。另见1985年《美洲国家间预防和惩治酷刑公约》对酷刑的定义，规定的条件类似。

103 在“库纳拉茨”案中，上诉庭认为“（非强奸的）性暴力必然产生身体上或精神上的剧烈疼痛或痛苦，因此有理由将其界定为酷刑行为”。ICTY, *Kunarac* (Appeals Chamber), above note 33, para. 150.

104 ICTY, *Delalić* (Trial Chamber), above note 27, para. 495: “强奸造成生理和心理的剧烈疼痛和痛苦。社会和文化条件还可能加剧强奸给人造成的心理痛苦，这种痛苦尤其严重和持久。此外，很难设想出这样的情况，由公职人员实施、或在其唆使之下实施、或者在官员的同意或默许之下实施的强奸行为，是为了一个在某种程度上不涉及惩罚、强迫、歧视或恐吓的目的而发生的。在审判庭看来，这是武装冲突局势所固有的。” See also ICTY, *Prosecutor v. Brdanin*, Case No. IT-99-36, Judgment (Trial Chamber), 1 September 2004, para. 485; ICTY, *Prosecutor v. Stanisić and Zupljanin*, Case No. IT-08-91-T, Judgment (Trial Chamber), 27 March 2013, para. 48; ICTY, *Kunarac* (Appeals Chamber), above note 33, para. 151; ICTR, *Akayesu* (Trial Judgment), above note 8, para. 682.

105 See, e.g., Human Rights Committee (HRC), *General Comment 20/44: Prohibition of Torture*, 3 April 1992, para. 2.

106 See European Court of Human Rights (ECtHR), *HLR v. France*, Application No. 24573/94, Judgment, 29 April 1997, para. 40.

107 Report of the Special Rapporteur on Torture, UN Doc. E/CN.4/1986/15, 19 February 1986, para. 119.

是酷刑。例如，美洲人权委员会认为，秘鲁士兵强奸一位疑似属于反政府团体且其丈夫被秘鲁军队所绑架的妇女，构成《美洲国家间预防和惩治酷刑公约》意义上的酷刑，因为这是公职人员出于亲自惩罚和恐吓她的目的而蓄意实施的。¹⁰⁸有意思的是，美洲人权委员会特别援引国际人道法来支持其主张：

当前的国际法认定，安全部队成员实施的性虐待，无论是国家推动的蓄意行动的结果还是国家未能阻止该犯罪发生的结果，均构成侵犯受害者人权，尤其是身体和精神的完整权。¹⁰⁹

欧洲人权法院得出过类似的结论，值得注意的是1997年的“艾登诉土耳其”案，在该案中，一名17岁的女孩被安全部队拘留并强奸，因安全部队怀疑她或她的家人与库尔德工人党成员有勾结。法院指出，出于获取情报目的的强奸（还有其他的虐待：申请人被蒙住眼睛，受到殴打，被剥光衣服以及被扔在轮胎内用高压水枪喷射）构成酷刑。¹¹⁰前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭的判例法都确认强奸构成酷刑。¹¹¹

不仅是强奸，其他形式的性虐待也可能构成酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。例如，美洲人权委员会认为强迫某人目睹其近亲属被强奸就构成“侵犯人道待遇权的羞辱和侮辱人格”。¹¹²禁止酷刑委员会认为，强制进行非自愿的绝育构成残忍的待遇。¹¹³欧洲人权法院认为，有女性监狱官员在场的情况下对男性囚犯进行脱衣检查构成有辱人格的待遇。¹¹⁴前南斯

108 IACHR, *Raquel Martín de Mejía v. Peru*, Case No. 10.970, Report No. 5/96, Annual Report 1995, OEA/Ser. L/V/II.91 Doc. 7 rev. (1996), p. 185.

109 *Ibid.*

110 ECtHR, *Aydin v. Turkey*, Application No. 57/1996/676/866, Judgment, 25 September 1997, paras 83–86. 法院指出：“国家公职人员强奸被拘留人必须被视为极其严重和残暴的虐待形式，因为施暴者很容易剥削这一弱势群体并削弱受害人的反抗。此外，强奸会给受害人带来严重的心理创伤，不像其他形式的人身和精神暴力那样随着时间的流逝很快就会过去。申请人还经历了强制插入带来的剧烈身体疼痛，这一定会带给她羞耻感并在身体和情感上都受到伤害……法院相信，针对申请人的人身和精神暴力行为的叠加以及她所遭受的极其残酷的强奸行为构成酷刑，违反了本公约第3条。事实上，法院根据上述任何一个理由都能得出这一结论。”

111 See notes 103 and 104 above.

112 IACHR, *Ana, Beatriz and Celia González Pérez v. Mexico*, Case No. 11.565, Report No. 53/01, Annual Report 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. p. 1097 (2001), para. 53.

113 Committee against Torture, “Concluding Observations, Peru”, UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

114 ECtHR, *Valasinas v. Lithuania*, Application No. 44558/98, Judgment, 24 July 2001.

拉夫国际刑事法庭认为性侵犯（包括将警棍塞入被拘留人的肛门或强迫男性囚犯对彼此进行口交，有时还当着其他囚犯的面）构成酷刑。¹¹⁵禁止使用任何形式的性暴力作为官方处罚也是有明确规定的。¹¹⁶这份清单远没有穷尽。

最后，应当注意的是，联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》明确规定了尽速和公正调查的义务，只要有合理的理由相信实施了酷刑行为。¹¹⁷尽管一般性的人权条约没有规定类似的条款，但是人权判例法已经阐明，考虑到禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的根本性质，如果一国未有效调查此类侵犯人权的指控，也没有起诉——并最终惩罚¹¹⁸——行为人，根据程序规则和/或有效救济之权利，仅仅这一事实就单独构成违反禁止酷刑或其他虐待之规定的行为。¹¹⁹

在性暴力方面人权条约对国际人道法的解释性价值

人权法对酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的定义，以及人权判例法中大量涉及将强奸和其他形式的性暴力作为酷刑和其他虐待形式的人权判例法的实例，不仅有助于在人权法项下解释这些概念，还有助于在国际人道法和国际刑法项下进行解释。例如，在“库纳拉茨”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭审判庭强调，国际人道法没有包含任何酷刑定义。¹²⁰因此，法庭参考人权法来定义《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第3条（违反战争法规和惯例）和第5条（危害人类罪）中的“酷刑”。重要的是，审判庭强调：

115 ICTY, *Prosecutor v. Simić, Tadić and Zarić*, Case No IT-95-9, Judgment (Trial Chamber), 17 October 2003, paras 728 and 772.

116 CEDAW Committee, above note 37, para. 8. 另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注36，规则93。

117 《禁止酷刑公约》，第12条。

118 正如ICRC《习惯国际人道法规则》（前注36）规则93所强调的，越来越多的人承认，有必要惩治一切性暴力责任人。例如，见联合国大会第48/104号决议，即《消除对妇女的暴力行为宣言》，第4条第3款；CEDAW Committee, above note 37, para. 9.

119 ECtHR, *Aydin*, above note 110, para. 103（依据《欧洲人权公约》第13条）；ECtHR, *M.C. v. Bulgaria*, Application No. 39272/98, Judgment, 4 December 2003（依据《欧洲人权公约》第3条和第13条），paras 169–187；IACHR, *Mejía v. Peru*, above note 108（依据《美洲人权公约》第1条第1款、第8条第1款和第25条）。

120 ICTY, *Kunarac* (Trial Chamber), above note 21, paras 465–497.

由于国际人道法领域缺乏先例，法庭在很多时候都要求助于人权法领域的规定和实践。因为它们在目标、价值和术语等方面的相似性，这种求助一般来说是受欢迎的，也需要它们帮助确定人道法领域内习惯国际法的内容。¹²¹

但是，这并不意味着在这些不同的法律体系中适用完全相同的定义：一定程度的转化或变换是必要的。必须牢记每一法律体系的特殊性。¹²²尤其是，前南斯拉夫国际刑事法庭审判庭还必须确定，为了国际人道法和《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第3条的目的，涉及公职人员的标准是否属于习惯国际法。审判庭的结论是，尽管人权法要求这项标准，但国际人道法并不要求，因为在这两个国际法体系中，国家的地位和作用有着关键的结构性差异。¹²³简言之，即使酷刑——以及作为酷刑或其他不人道或有辱人格待遇的强奸——的定义在人权法、国际人道法和国际刑法中并不完全相同，但很显然，人权法提供的定义有着极其重要的解释性价值。

性暴力侵犯了其他人权？

取决于具体的情况，性暴力也可能会侵犯其他人权。例如，广义的禁止奴役就包括性奴役。¹²⁴有很多人权条约和文件要求国家预防、制止并惩罚为了卖淫或其他形式性剥削目的的贩卖人口。¹²⁵欧洲人权法院和美洲人权法院

121 *Ibid.*, para. 467.

122 *Ibid.*, para. 470.

123 国际人道法适用于所有武装冲突当事方，而人权法在法律上只拘束国家。

124 See, e.g., ECtHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04, Judgment, 7 January 2010, paras 272–309.

125 例如，见《消除对妇女一切形式歧视公约》，第6条。关于贩卖人口的人权条约，特别见《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》，1949年12月2日联合国大会第317(IV)号决议核准；《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，2000年11月15日联合国大会第55/25号决议通过；South Asian Association for Regional Cooperation, *Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution*, 2002. 另见下列不具有拘束力的文件：UN High Commissioner for Human Rights, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, text presented to the Economic and Social Council as an addendum to the report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc. E/2002/68/Add.1, 2002; ECOWAS, *Declaration on the Fight against Trafficking in Persons*; OAS Inter-American Commission of Women, Res. CIM/RES 225 (XXXI-0/02); “Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons”, developed by the Human Rights Caucus of the International Human Rights Group and a number of NGOs and distributed by the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the OSCE, January 1999.

还认为性暴力侵犯了隐私权或私生活的权利。¹²⁶最后，基于性别的暴力——在很多情况下包括性暴力——构成歧视。¹²⁷

再次强调，人权实践和判例法可能是非常有用的解释工具，如碰到国际人道法和国际刑法中都有的诸如奴役或歧视的概念时。人权法还通过提供额外的权利/禁止性规定来补充国际人道法，例如禁止贩卖人口、隐私权或私生活权利，国际人道法中没有实际对等的內容。

构成国际犯罪的性暴力

性暴力总是构成严重违反国际人道法的行为和/或战争罪吗？

对国际性武装冲突来说，1949年《日内瓦公约》和1977年《第一附加议定书》通过专门的严重破约制度将某些严重违反国际人道法的行为定为犯罪。¹²⁸其规定，各缔约国有义务制定必要之立法对嫌犯处以有效之刑事制裁，搜捕他们，不分国籍和犯罪地点，并予以起诉或引渡至另一缔约国审判。¹²⁹要求各缔约国将被指控的行为人“不分国籍，送交各该国法院”时，严重破约制度强调，这些缔约国不仅要审判他们自己的国民，还有被指控犯有严重破约行为的外国国民。后一项义务——为了在下列情况下进行起诉：作为传统管辖权基础的嫌犯国籍不清以及（这一点虽未明确予以表述）诸如受害者国籍或属地管辖等其他传统管辖权基础也不清晰——是普遍管辖原则的标志，而该原则是严重破约制度的重要特征之一。

126 See, for instance, IACHR, *Mejía v. Peru*, above note 108; ECtHR, *X and Y v. The Netherlands*, Application No. 8978/80, Judgment, 26 March 1985.

127 CEDAW Committee, above note 37.

128 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（《日内瓦第一公约》），日内瓦，1949年8月12日，第49-50条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》（《日内瓦第二公约》），日内瓦，1949年8月12日，第50-51条；《日内瓦第三公约》，第129-130条；《日内瓦第四公约》，第146-147条；《第一附加议定书》，第11条、第85-86条。

129 《日内瓦第一公约》，第49条；《日内瓦第二公约》，第50条；《日内瓦第三公约》，第129条；《日内瓦第四公约》，第146条。

《日内瓦公约》和《第一附加议定书》项下的严重破约行为清单相当短，没有明确包括强奸和其他形式的性暴力。¹³⁰一些作者分析，缺乏明确规定意味着当时各国不认为强奸和其他形式的性暴力属于需要专门列为犯罪的最可怕的罪行。¹³¹人们只能推测1949年甚或1977年的情况是否如此，但直到20世纪90年代前南斯拉夫和卢旺达两个特设国际刑事法庭出现，强奸和其他形式的性暴力才在国际层面上被起诉，则是不争的事实。¹³²

如今，如果强奸和其他形式的性暴力是在国际性武装冲突背景下或与之有关的情况下针对被保护人实施的，它们显然构成严重破约行为，此时这些行为就属于“酷刑或不人道待遇”或者“故意对身体或健康造成巨大的痛苦或严重伤害”。在红十字国际委员会出版的《习惯国际人道法研究》中，对规则156（“战争罪的定义”）的评注进行了如下解释：

尽管《日内瓦公约》禁止强奸行为，但是该行为在公约或是《第一附加议定书》中并未被明确列举为严重破约行为。只有在强奸行为达到不人道待遇或故意对身体或健康造成巨大痛苦或严重伤害的情况下，它才会被认定为严重破约行为。¹³³

在1993年8月30日至9月1日在日内瓦召开的“保护战争受难者国际会议”上，参会人员走得更远，宣称“明显针对妇女和儿童的性暴力行为……构成国际人道法上的严重破约行为”。¹³⁴国际刑事法庭的判例法已经表明，强奸显然构成酷刑¹³⁵，因此，可以根据严重破约条款予以起诉。例如，在“德拉里奇”案中，根据《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第2条（严重破约），一些被告——负责看管悲惨的“切莱比奇”集中营——因强奸行为被

130 《日内瓦第一公约》，第50条；《日内瓦第二公约》，第51条；《日内瓦第三公约》，第130条；《日内瓦第四公约》，第147条；《第一附加议定书》，第11条、第85-86条。

131 See, for example, J. Gardam, above note 45.

132 See C. Lindsey, above note 42, p. 19. For some rare examples, see *W. Awochi Case*, in UN War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 13, 1949, p. 125 (on enforced prostitution); and *Hoess Trial*, in UN War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 7, 1948, p. 15 (on enforced sterilization).

133 ICRC 《习惯国际人道法研究》，前注36，规则156。

134 Final Declaration of the International Conference for the Protection of War Victims, para. I.3, reprinted in *International Review of the Red Cross*, No. 296, September–October 1993, p. 377.

135 见前文讨论，尤其是注103和104。

判犯有酷刑罪。¹³⁶其他形式的严重性暴力也根据严重破约条款予以起诉；例如，在“普尔利奇”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭审判庭认为，《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第2条第2款（严重破约）所指的不人道待遇包括“通过威胁、恐吓或武力手段给一个人的身体和道德完整施加的任何性暴力，是一种侮辱或羞辱受害人的方式”。¹³⁷或者说，在国际性武装冲突中，强奸和其他形式的性暴力不必被单列为严重破约行为，也可被认定为战争罪。尤其重要的是要注意那些不属于严重破约具体分类或针对不属于被保护人范畴的人实施的性虐待。

在英国的引领之下，在其制定的《预防冲突中性暴力之倡议》（PSVI）的背景下¹³⁸，各国于2003年通过两项宣言，忆及“武装冲突中的强奸和其他形式的严重性暴力属于战争罪并且构成严重破坏《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的行为”。¹³⁹我们尚不清楚这些宣言是否旨在为严重破约行为清单增加一种新的类别，抑或只是简单地忆及强奸和其他形式的性暴力构成严重破约行为，而它们已经属于“酷刑或不人道待遇”或“故意对身体或健康造成巨大痛苦或严重伤害”的范畴并且是在国际性武装冲突中针对被保护人实施的。在宣言中使用动词“忆及”似乎意味着后者，并且一位来自英国的代表也确认了这种解释。¹⁴⁰此外，在性暴力前加上形容词“严重”则倾向于表明，一般来说，并不是所有形式的性暴力都必然会构成严重破约行为和战争罪。正如上文所讨论的，因为界定一种行为是性暴力的更低门槛仍然不清晰¹⁴¹，有人提出一切都取决于采纳何种“性暴力”的定义。例如，如果性

136 ICTY, *Delalić* (Trial Chamber), above note 27.

137 Emphasis added. ICTY, *Prosecutor v. Prlić*, Case IT-04-74-T, Judgment (Trial Judgment), 29 May 2013, para. 116.

138 关于英国制定的《预防冲突中性暴力之倡议》，见：www.stabilisationunit.gov.uk/how-to-get-involved/preventing-sexual-violenceinitiative.html.

139 第一项宣言于2013年4月在八国集团峰会上通过。Available at: www.gov.uk/government/publications/g8-declaration-on-preventing-sexual-violence-in-conflict. 第二项宣言于2013年9月在联合国大会部长周期间通过，现在已有140多个国家表示支持。Available at: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/244849/A_DECLARATION_OF_COMMITMENT_TO_END_SEXUAL_VIOLENCE_IN_CONFLICT_TO_PRINT...pdf.

140 Theo Rycroft, “Criminalization and Prosecution of Sexual Violence in Armed Conflict at the Domestic Level: Grave Breaches and Universal Jurisdiction”, *Proceedings of the Bruges Colloquium: Vulnerabilities in Armed Conflicts – Selected Issues, 14th Bruges Colloquium, 17–18 October 2013*, College of Europe/ICRC, 2014, pp. 77, 79.

141 见上一节“性暴力定义”。

暴力被理解为包括世界卫生组织所建议的令人厌恶的性暗示或性骚扰¹⁴²，那么很可能这种行为就会被认为低于严重破坏《日内瓦公约》和《第一附加议定书》以及更一般地说战争罪的严重程度门槛。

至于非国际性武装冲突，如今也许令人惊讶的是，对于违反调整非国际性武装冲突的国际人道法的行为，《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第二附加议定书》都没有规定要列为犯罪或予以起诉。但是，正如在“塔迪奇”案中所明确的那样，严重违反共同第3条的行为也构成战争罪。¹⁴³共同第3条及《第二附加议定书》都明示或默示地禁止强奸和其他形式的性暴力。¹⁴⁴从强奸和其他形式的性暴力构成严重违反这些规定的意义上说，如果在非国际性武装冲突中实施了上述行为毫无疑问也构成战争罪。在《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》中，非国际性武装冲突期间实施的且可予以起诉的罪行中（即第3条关于违反战争法规和惯例的规定）没有提到强奸和其他形式的性暴力。不过，这并不妨碍前南斯拉夫国际刑事法庭考虑将强奸和其他形式的性暴力定为非国际性武装冲突中的战争罪。众所周知，《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第3条被解读成涵盖规约其他条款没有涉及的严重违反国际人道法行为的剩余条款。¹⁴⁵“塔迪奇”案中详细说明了属于规约第3条所列违法行为的确定条件（即著名的“塔迪奇四要件”）。¹⁴⁶在此基础上，例如在“库纳拉茨”案中，3名被告受到起诉并被判有罪，明显是因为在1992-1993年间波黑发生的非国际性武装冲突中实施的强奸、酷刑及损害个人尊严的行为违反了战争法规和惯例。¹⁴⁷该案涉及波斯尼亚的塞族军队和富察地区的一个塞族小分队成员主要在私人住宅和公寓中有系统地强奸穆斯林妇女和女孩的行为。在《卢旺达国际刑事法庭规约》中，第4条（违反《日内瓦公

142 前注22。

143 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision (Appeals Chamber), 2 October 1995, paras 71 ff.

144 见上一节“国际人道法禁止性暴力”。

145 ICTY, *Tadić* (Appeals Chamber), above note 143, paras 89, 91. 146 *Ibid.*, para. 94.

146 *Ibid.*, para. 94.

147 ICTY, *Kunarac* (Trial Chamber), above note 21; see also the Appeals Chamber Judgment of 12 June 2002. 前南斯拉夫国际刑事法庭审理的另外一个涉及违反战争法规或惯例之强奸罪案件，见ICTY, *Prosecutor v. Kvočkaetal.*, Case No IT-98-30/1 (Trial Chamber), 2 November 2001; see also the Appeals Chamber Judgment of 28 February 2005.

约》共同第3条和《第二附加议定书》的行为)明确把强奸、强迫卖淫及任何形式的非礼侵犯列为犯罪。例如,在“穆塞马”案中,被告是一家茶厂的经理,被明确指控犯有《卢旺达国际刑事法庭规约》第4条规定的强奸罪,因为他在卢旺达的非国际性武装冲突期间强奸了一名图西族妇女并且鼓动其雇员也去这么做。¹⁴⁸

而且,目前各国已经明确承认,无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,强奸和其他形式的性暴力都是单独的一类战争罪(即严重破约或严重违反共同第3条,是独立于酷刑或不人道待遇、故意对身体或健康造成巨大痛苦或严重伤害这一类别的)。1998年各国通过的《罗马规约》规定“强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕……强迫绝育或构成严重破坏《日内瓦公约》的任何其他形式的性暴力”或“严重违反共同第三条的行为”分别构成国际性和非国际性武装冲突中的战争罪。¹⁴⁹这份清单意味着必须要达到一定的严重程度门槛,但它并非穷尽式列举,从而给法理解释留下了一些空间。¹⁵⁰针对国际性武装冲突的“构成严重破约的任何其他形式的性暴力”以及针对非国际性武装冲突的“构成严重违反共同第3条的任何其他形式的性暴力”的措辞也不是完全清晰。这是否意味着“其他形式的性暴力”必须已构成严重破约/严重违反共同第3条才能根据《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第22目或第8条第2款第5项第6目来定罪呢?如果答案是肯定的,这一规定的附加值(有效性)就相当低了。国际刑事法院的《犯罪要件》倾向于表明,真正重要的是“行为的严重程度与严重违反《日内瓦公约》的行为相若”或“与严重违反四项《日内瓦公约》共同第3条的行为相若”。¹⁵¹没有达到这一严重程度门槛的性暴力行为仍然可能构成国际犯罪,例如根据《罗马规约》第8条第2款第2项第21目在国际性武装冲突中“损害个人尊严,特别是侮辱性和有辱人格的待遇”。

148 不过,在该指控下他被判无罪,因为检察官未能建立该行为与武装冲突之联系。See ICTR, *Musema* (Trial Chamber), above note 8. See also ICTR, *Bagosora* (Trial Chamber), above note 13.

149 见《罗马规约》,适用于国际性武装冲突的第8条第2款第2项第22目以及适用于非国际性武装冲突的第8条第2款第5项第6目。第2款第5项所指非国际性武装冲突是指“在一国境内发生的武装冲突,如果政府当局与有组织武装集团之间,或这种集团相互之间长期进行武装冲突”(见第8条第2款第6项)。

150 See, in this sense, K. Dörmann, above note 65, p. 332.

151 见《犯罪要件》,前注34。

现今，有大量国家的判例法承认，强奸和其他形式的性暴力如果在武装冲突情况下实施并且与该冲突有关——不论是国际性或非国际性的——就构成战争罪，并且倾向于表明现在这构成习惯法的一部分。¹⁵²

性暴力能构成危害人类罪和/或灭绝种族行为吗？

在武装冲突局势中，不仅可能犯有战争罪，还可能犯有危害人类罪和灭绝种族行为。因此，有必要分析强奸和其他形式的性暴力能否导致危害人类罪和灭绝种族行为。如果答案是肯定的，这就意味着即使性暴力行为与武装冲突无直接关联也可能构成国际犯罪。

第二次世界大战后的管制委员会第10号法令是第一个明确将强奸纳入危害人类罪清单的国际法律文件。¹⁵³随后还有《卢旺达国际刑事法庭规约》、¹⁵⁴《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》¹⁵⁵和《国际刑事法院规约》。¹⁵⁶后者将构成危害人类罪的性行为添入该清单：“性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫节育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力”（类似于构成战争罪的性犯罪清单¹⁵⁷）。不过，要构成危害人类罪，性犯罪必须是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分”而实施的。换言之，必须要有政策或实践表明一个政府或事实上的当局容忍或纵容犯罪。孤立的一起强奸很难被认定为危害人类罪。就强奸和其他形式的性暴力构成危害人类罪这一点而言，可援引“库纳拉茨”案作为例证。¹⁵⁸被告——波斯尼亚塞族军队或塞族部队的成员——被确定犯有危害

152 China, War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence, *Takashi Sakai case*, Judgment, 29 August 1946; Germany, Federal Prosecutor General, *Charges against Two Alleged Leading Officials of the “Democratic Forces for the Liberation of Rwanda” (FDLR)*, press release, 17 December 2010; United States, Court of Military Appeals, *John Schultz case*, Judgment, 5 August 1952; United States, District Court of Columbia, *Comfort Women case*, Memorandum Opinion and Judgment, 4 October 2001. 更多案例，见ICRC《习惯国际人道法研究》，与规则93相关的实践。

153 Control Council Law No. 10, available at: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>.

154 《卢旺达国际刑事法庭规约》，第3条第7款。

155 《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》，第5条第7款。

156 《罗马规约》，第7条第1款第7项。

157 见上一节“性暴力总是构成严重违反国际人道法的行为和/或战争罪吗？”

158 ICTY, *Kunarac*, above notes 21 and 33.

人类罪之强奸、酷刑和奴役，因为他们定期带走穆斯林妇女和女孩，强奸并奴役她们，助长富察地区的种族清洗行为。¹⁵⁹

如果是蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体而实施的，性暴力甚至可能构成灭绝种族行为。¹⁶⁰强奸和其他形式的性暴力可能属于不同类别的灭绝种族行为，尤其是“致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害”、“故意使该团体处于某种生活状况下，毁灭其全部或局部的生命”或“强制施行办法，意图防止该团体内的生育”。¹⁶¹性犯罪被视为灭绝种族行为的最著名案例是“阿卡耶苏”案。¹⁶²让·保罗·阿卡耶苏于1993年4月至1994年6月担任卢旺达塔巴公社的社长，被确认犯有危害人类罪和灭绝种族罪，显然是因为他明知胡图族联攻派民兵成员有系统地对图西族女孩和妇女实施了强奸和其他形式的性暴力，而没有采取任何措施阻止或惩罚施暴者，而且还命令、唆使、帮助和教唆性暴力。¹⁶³审判庭强调：

尤其就强奸和性暴力而言，审判庭希望强调如下事实，即审判庭认为它们像任何其他行为一样可以构成灭绝种族罪，只要实施这些行为时有全部或局部消灭某一特定群体的特定意图，并以这种名义攻击该群体。确实，强奸和性暴力肯定会给受害人的身体和精神造成严重伤害，而且在审判庭看来，这甚至是最糟糕的给受害人带来伤害的方式之一，因为他或她要承受身体和精神损害的双重痛苦。根据在法庭上出示的证据，审判庭确信上述强奸和性暴力行为是单独针对图西族妇女实施的，她们中的很多人还遭受了最糟糕的公开羞辱、残伤肢体以及多次强奸，经常是当众、在市政办公场所或其他公共场所内，而且经常不止一个施暴者。这些强奸行为从身体和心理上摧毁了图西族妇女及其家庭和社区。性暴力是这个摧毁过程中不可或缺的一部分，尤其是它以图西族妇女为目标并有助于摧毁这些妇女以及整个图西族。对图西族妇女的强奸是有系统的，而且针对所有图西族妇女且只针对她们实施。¹⁶⁴因此，强奸和其他形式的性暴力也可能构成灭绝种族罪。

159 *Ibid.* See, in particular, Trial Judgment, above note 21, paras 436–464.

160 《卢旺达国际刑事法庭规约》，第2条；《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》，第4条；《罗马规约》，第6条。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948年12月9日。

161 《罗马规约》，第6条第1款第2项、第3项和第4项。

162 ICTR, *Akayesu* (Trial Judgment), above note 8.163 *Ibid.*, paras 449–452.

164 *Ibid.*, paras 731–732.

法律和现实之间的差异

国际法中没有空白

强奸和其他形式的性暴力不只是违反人权法和国际人道法从而导致国家责任；正如上文所讨论的，它们还可能构成国际犯罪，本身就导致个人刑事责任。

禁止强奸和其他形式的性暴力是国际人道法、人权法和国际刑法朝着同一方向前进的领域之一，彼此互补和促进。看到人权机构和国际刑事法庭如此频繁地互相引用以强化它们在性暴力领域的分析，确实相当精彩。例如，在“德拉里奇”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭就特别援引了欧洲人权法院和美洲人权委员会的判决，以得出强奸构成酷刑的结论。¹⁶⁵在“佩雷斯诉墨西哥”案中，美洲人权委员会出于同样地目的明确引用了前南斯拉夫国际刑事法庭和欧洲人权法院的判决。¹⁶⁶例如，后者在“M.C.诉保加利亚”案（该案涉及两名成年男子强奸一名14岁的女孩）中就参考了前南斯拉夫国际刑事法庭的判决结果，以否定武力是强奸的必要要件并得出结论：未经受害者同意的任何性侵入行为都构成强奸。¹⁶⁷有些学者将这种不同国际法分支之间的交流现象称作“取长补短”。¹⁶⁸

在此基础上，正如前文所阐释的，可以有把握地说，在国际层面对强奸和其他形式性暴力的禁止和犯罪化是强有力且相当充分的。这并不是说国际法在这方面很完美。有些法律上的不确定性一直存在：例如，某个行为构成性暴力有更低的门槛吗？武装冲突期间何时实施性暴力会构成战争罪？构成

165 ICTY, *Delalić* (Trial Chamber), above note 27, paras 480–493.

166 IACHR, *González Pérez v. Mexico*, above note 112, paras 45–48.

167 ECHR, *M.C. v. Bulgaria*, above note 119, para. 163.

168 Gloria Gaggioli, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Pedone, Paris, 2013, p. 196 (包含引用其他作者所提到的这种“取长补短”)。See also Gloria Gaggioli, “The Relevance of International Criminal Law for Interpreting and Applying Human Rights Treaties: A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights”, in Robert Kolb and Damien Scalia, *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012, pp. 397–422; Olivier de Frouville, “The Influence of the European Court of Human Rights’ Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman and Degrading Treatment”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, No. 3, 2011, pp. 633–649.

严重违反国际人道法的性暴力的严重程度有更低的门槛吗？强奸构成酷刑的概念在人权法、国际人道法和国际刑法的框架下应以相同的方式解释吗？¹⁶⁹ 不过，在实践中，这些灰色地带的影​​响是相当有限的。

有人可能认为，即使国家实践和国际判例法已经澄清了大量问题，但是缔结一项新的有约束力的条约，将这些发展进行汇编和/或将国际人道法、人权法和国际刑法关于性暴力的规则整合在一起，仍然很有帮助。考虑到现有已经强有力的国际法律框架、目前各国对制定新条约缺乏动力以及每一次缔约过程中所固有的风险（即公开那些已通过判例法和其他实践解决的谈判点，从而危及既有的法律框架），这样做很可能得不偿失。

话虽如此，但国际法对强奸和其他形式的性暴力所做禁止和定罪却与武装冲突局势中此类犯罪的猖獗之间存在着令人震惊的差距。不过，有人认为这种差距不能被解释为国际法存在空白或缺乏明确性。迫切需要的不是更多的国际法规则，而是在国内层面更好地实施既有规则，并在国内及国际层面有效起诉性犯罪的实施者。

需要更好地实施和起诉

禁止性暴力并将其列为犯罪的国际法规则如果在国内层面得不到适当实施就仍然是一纸空文。这意味着国际法规则首先必须被纳入国内法。国内法律框架必须以适当的方式并按照国际规则和标准，禁止性暴力并将其列为犯罪。警察和军事部门的命令、守则、交战规则等也必须遵照国际和国内关于禁止性暴力并将其列为犯罪的规定。但即便存在强有力的国内法律和行政框架也并​​不足够。

这些规则要想有效，必须要有强有力的国家机构予以支持。安全部门（即警察、军队和其他安全部队）需要配备人员并进行适当培训。警察和武装部队必须遵循适当的程序，以便国家公职人员能适用纪律和刑事制裁来预防和惩罚性暴力。他们还必须接受培训，以便在性暴力发生时能够进行分辨，

¹⁶⁹ 关于这个问题，见G. Gaggioli, “The Relevance of International Criminal Law”, above note 168.

保护居民免受非国家行为人实施的此类犯罪的侵害。司法系统需要配备人员并进行适当培训，以便能够调查性犯罪指控，起诉并制裁行为人。在很多国家，强奸和其他形式的性暴力是被禁止并列为犯罪的，但对这类犯罪的起诉实际上并不存在。原因可能是多方面的：有时，受害者不愿诉诸法律是因为可能根本没有受害者可以援用的机制，或者可以预见到法律程序太过冗长。还有时，对国家机构缺乏信任也使得性暴力受害者对司法救济望而却步。司法系统可能也会因为错将性犯罪认作较轻的罪行而缺乏起诉的意愿。最后，强有力的卫生体系——配有受过特别培训可识别性暴力并为受害者提供必要帮助的人员——也是必需的。性暴力的受害者通常首先会向医疗系统寻求帮助；因此，医务人员的作用就是识别性暴力，并在受害者有此意愿时带其求助于适当的警察和司法当局。显然在这种情况下，尊重医疗道德和保密原则绝对是至关重要的。帮助性暴力受害者并不仅限于医疗援助。还可能需要经济援助：性暴力受害者可能缺乏谋生手段，譬如因为他们被家庭和社区排挤。经常需要对受害者，还有他们的家庭以及整个社区进行心理干预，尤其是发生大规模性暴力时。援助受害者间接上还能预防性暴力再次发生，因为它有助于降低相关人员和社区的脆弱性。因此，消除并预防性暴力可能需要深远的改革。¹⁷⁰在和平时期就能够并应当采取这些措施，而在武装冲突和冲突后的环境中则更加需要。

在武装冲突的背景下，有组织的非国家武装团体在预防性暴力方面也发挥着重要作用。他们也必须执行相关规范，防止其成员和其控制领土内的平民实施强奸和其他形式的性暴力。¹⁷¹尽管武装团体通常没有像国家一样的“机构”而且无法“起诉”强奸和其他形式的性暴力，但他们可以采取有效措施预防性暴力：明确命令禁止任何形式的性暴力、对武装团体成员进行适当培训以及执行纪律措施和制裁行为人，这些都是真正有助于消除和预防性暴力的基本措施。

170 正如朱迪思·加德姆 (Judith Gardam) 在1998年就已指出的，“要想有效，任何关于武装冲突中性暴力的禁止性规定的执行制度都必须纳入程序性改革”。J. Gardam, above note 45.

171 “事实上，如果武装团体执行相关规范，防止平民以及战斗员实施强奸 (包括婚内强奸)，战争期间强奸发生的频率就会显著低于和平时期的水平。” Elisabeth Jean Wood, “Armed Groups and Sexual Violence: When is Wartime Rape Rare?”, *Politics and Society*, Vol. 37, No. 1, 2009, pp. 131–161.

在2011年举行的第31届红十字与红新月国际大会上，《实施国际人道法四年行动计划》强调了在性暴力领域促进实施国际人道法的必要性，综合为一项“预防针对妇女的性暴力和其他基于性别的暴力”的目标。该《行动计划》规定：

各国保证采取一切可行的措施，预防一切涉及针对妇女的性暴力和其他形式的基于性别的暴力的严重违反国际人道法的行为。这些措施包括：在部署前或行动期间对武装部队进行关于其职责以及妇女和女孩的权利、特别需求和保护的性别培训；诸如报告性暴力事件的要求以避免有罪无罚等军事纪律措施和其他措施；保证女性被拘留人由妇女监管并与男性被拘留人分开关押，除非以家庭为单位安置一家人；尽可能保证讯问女性被拘留人时有女性工作人员在场；以及尽可能保证在和平进程中有女性参与决策。¹⁷²

自那时起，红十字国际委员会在联合国机构多次发言，特别确认促进实施禁止性暴力并将其列为犯罪的国际人道法及其他国际规则的迫切需求。¹⁷³已经有人建议，应把性暴力这一主题纳入即将于2015年12月召开的第32届红十字与红新月国际大会的议程。¹⁷⁴

联合国也强调，有必要找出性暴力发生的直接而深刻的原因，尤其是在安理会关于武装冲突中保护平民、妇女与和平与安全以及儿童与武装冲突的专题决议中。在这些决议中，安理会将性暴力问题与和平与安全日程联系在一起。¹⁷⁵安理会采取了具体的行动，甚至对在刚果民主共和国境内共谋实施

172 ICRC, *31st International Conference 2011: Resolution 2 – 4-Year Action Plan*, 2011, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-2-2011.htm.

173 See, e.g., UN General Assembly, 69th session, Third Committee, item 27 of the agenda, statement by the ICRC, New York, 17 October 2014, available at: www.icrc.org/en/document/advancement-women-icrcstatement-united-nations-2014#.VHeG8BzP87k; UN General Assembly, 69th session, Third Committee, item 64 of the agenda, statement by the ICRC, New York, 17 October 2014, available at: www.icrc.org/en/document/promotion-and-protection-rights-children-icrc-statement-united-nations-2014#.VHeHqBzP87k; UN HRC, 25th regular session, statement by the ICRC, Geneva, 25 March 2014, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/2014/03-25-human-rights-council-combating-sexual-violence-drc.htm.

174 See Council of Delegates, *Report on the Workshop “Movement Response to Sexual and Gender-Based Violence in Armed Conflict and Disaster”*, 2013, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/red-crossrescresent-movement/council-delegates-2013/cod13-ws9-sgbv-final-report-eng.pdf.

175 联合国安理会第1820号决议（2008年），执行部分第1段；第1888号决议（2009年），执行部分第1段；第1960号决议（2010年），执行部分第1段；第2106号决议（2013年），执行部分第11段。

大规模和有系统的性暴力行为的个人进行了制裁。¹⁷⁶联合国还将性暴力问题与“过渡司法”议程相联系¹⁷⁷，从而表明联合国相信广泛的“体制改革是必要的，以防止再次发生基于性别的暴力和性暴力”。¹⁷⁸这些发展旨在提高禁止性暴力的规定在国际层面的实施力度。

尽管有这些积极的发展，更好地实施相关规则并起诉性暴力的需求在国际层面依然存在。缺乏国际人道法的遵守机制以识别、预防并终止违反国际人道法的行为（包括性暴力）以及建立新机制的必要性是一个更为广泛的问题，也是各国在瑞士和红十字国际委员会联合提出“加强对武装冲突受害者的法律保护”（“遵守机制的路径”）之倡议的背景下正在争论的主题。¹⁷⁹

至于起诉，国际刑法在过去的20年中已取得巨大进步。但是，实践中针对性暴力的国际起诉仍然很少（相比于特设法庭和国际刑事法院处理的局势中这些犯罪的发生率）。例如，在“卢班加”案中，有一些批评意见是因为国际刑事法院的检察官没有提起关于性暴力的指控，尽管在法庭上出示的证据表明发生了针对儿童兵的大规模性暴力；还因为法官没有在既有的战争罪指控中重新认定性暴力的证据，特别是征募儿童兵或者利用儿童参加敌对行动的罪行。¹⁸⁰但是，确实存在实体和程序上的障碍。在实体方面，检察官认

176 联合国安理会第1807号决议（2008年），第13段第5款。

177 对联合国来说，过渡司法意味着：“与一个社会努力处理过去遗留下来的大规模侵权问题所相关的全部进程和机制，目的是为了确保问责、实现正义以及和解。过渡时期司法既有司法的进程和机制，也有非司法的进程和机制，包括起诉的发起、寻求真相、赔偿方案、体制改革或者将以上两者适当地相结合。此外还举行全面的国内协商，特别是与人权受到侵犯的人进行协商，作为过渡时期司法的一个关键内容。” See UN Doc. A/HRC/27/21, 30 June 2014, para. 6.

178 UN Doc. A/HRC/27/21, 30 June 2014.

179 进一步信息，见www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm。

180 See Dissenting Opinion of Juge Odio Benito in ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment (Trial Chamber), 14 March 2012. See also International Federation for Human Rights (FIDH), *Crimes of Sexual Violence and the Lubanga Case: Interview with Patricia Viseur Sellers*, 12 March 2012, available at: www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/Africa/democratic-republic-of-congo/DRC-ICC/Crimes-of-sexual-violence-and-the. See also Dov Jacobs, “Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts”, *Opinio Juris*, 18 March 2012, available at: <http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>; Lisa Gambone, “Failure to Charge: The ICC, Lubanga and Sexual Violence Crimes in the DRC”, *Foreign Policy Association*, 22 July 2009, available at: <http://foreignpolicyblogs.com/2009/07/22/failure-to-charge-the-icc-lubanga-sexual-violence-crimes-in-the-drc/>.

为起诉期间修改起诉书有悖于被告的正当程序权利。在程序方面，国际刑事法院上诉庭认为，法官不得改变对事实的法律认定以便将与性暴力相关的犯罪包括进来。¹⁸¹

性暴力很少受到起诉的可能原因之一是其通常都是看不见的，并且在收集必要的证据以证明实施了性犯罪以及辨认为行为人方面有着固有的困难。另一个可能的原因是国际刑事法院和法庭通常起诉的都是高阶官员，而在实践中，要证明他们需对其下属实施的性犯罪负责尤为困难，特别是如果他们并没有发出过带有这种意思的命令而且只是容忍了性犯罪的话。因此，在《预防冲突中性暴力之倡议》中，英国起草了——在咨询了该领域的众多专家后——一份《记录和调查武装冲突中性暴力的国际议定书》，并于2014年启动。¹⁸²这份没有约束力的议定书的目的是，通过帮助全世界国内和国际的法律从业人员调查和记录性暴力，从而终结对性暴力行为人有罪无罚的现象。它为实践中记录性暴力提供了指南并且解决了诸如记录/制定调查计划、找到幸存者和目击证人、证人证言、面谈和信息存储等问题。

国际社会近些年来非常积极地努力通过多种多样和互补的方式与性暴力作斗争。我们希望这些努力最后都会有成果。

结 论

国际人道法和国际人权法均绝对禁止强奸和其他形式的性暴力。《日内瓦公约》及其《附加议定书》明确禁止强奸。它们还将残忍或不人道的待遇和酷刑、损害个人尊严、非礼侵犯和强迫卖淫都非法化，并且要求尊重人身和荣誉。国际人道法禁止强奸和其他形式性暴力的规定适用于国际性和非国际性武装冲突，也是习惯法的一部分。人权法在任何时候都禁止性暴力。做到这一点首先是通过禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待

181 See ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Case No ICC-01/04-01/06, Judgment (Trial Chamber), 14 March 2012, paras 629–630. 另见上一个脚注中几篇文章对此的讨论。

182 该议定书可参考如下网址：www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/319054/PSVI_protocol_web.pdf.

遇或惩罚。其他的人权也与之相关，例如禁止性奴役、禁止为卖淫或其他形式性剥削的目的而贩卖人口、隐私权或私生活权以及禁止歧视。强奸和其他形式的性暴力可能构成国际犯罪——战争罪、危害人类罪和灭绝种族行为——当这些犯罪的要件（包括背景要件）得以满足时。就这一点而言，它们会导致个人刑事责任。

因此，禁止性暴力并将其犯罪化的国际法律框架是相当有力的，尽管并不完美。性暴力是不同的国际法分支（国际人道法、人权法、国际刑法）都有响应并且相互促进的领域之一，彼此提供必要的互补。

尽管存在这些法律成就，但现实是令人震惊的。为了填补法律与现实之间的空白，迫切需要加强实施禁止性暴力的国际规定并在国内和国际层面起诉性暴力。在国内层面，正确实施禁止性暴力的规定并不仅仅是将国际法转化成国内规则，有时还需要大规模的机构改革以保证尊重法律。在国际层面，需要有效的国际人道法的遵守机制，而且还需要进一步努力以保证国际司法机构适当调查和起诉性犯罪。

消除武装冲突中的性暴力是一项艰巨的任务——有些人还会说是乌托邦。但是，国家和人道工作者们不能屈服，因为性暴力既非不可避免，也不是武装冲突固有的组成部分。