



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1998/13
22 June 1998
CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会
防止歧视及保护少数小组委员会
第五十届会议
临时议程项目 6

当代形式奴隶制

特别报告员盖伊·J·麦克杜格尔女士提交的
关于武装冲突期间蓄意强奸、性奴役和
类似奴役做法的最后报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导言.....	1 - 6	3
一、 报告的目的和内容.....	7 - 19	4
A. 目的.....	9 - 12	4
B. 内容.....	13 - 19	6
二、 罪行的定义.....	20 - 33	7
A. 性暴力, 包括强奸.....	21 - 26	8
B. 奴役、包括性奴役.....	27 - 33	9
三、 根据国际法起诉包括强奸在内的性奴役和 性暴力的法律框架.....	34 - 73	10
A. 危害人类罪.....	38 - 45	11
B. 奴役.....	46 - 47	13
C. 灭绝种族.....	48 - 52	13
D. 酷刑.....	53 - 55	14
E. 战争罪.....	56 - 73	15
四、 追究个人责任.....	74 - 84	19
五、 搜寻和起诉战争罪犯的义务.....	85 - 87	21
六、 获得有效补救的权利和赔偿义务.....	88 - 90	22
七、 国家一级的起诉.....	91 - 100	23
A. 国家起诉的意义.....	91 - 94	23
B. 国内法和程序的常见弱点.....	95 - 100	24
八、 建议.....	101 - 109	26
九、 结论.....	110 - 115	29

附 录:

对日本政府就在第二次世界大战期间设立的“慰安所” 所付法律责任的分析.....	37
--	----

导 言

1. 防止歧视及保护少数小组委员会第四十五届会议注意到其当代形式奴隶制问题工作组向小组委员会转交的关于战时对妇女的性剥削以及其他形式的强迫劳动的资料，决定委托琳达·查维兹女士担任特别报告员，请她深入研究战争期间，包括国内武装冲突期间蓄意强奸、性奴役和类似奴役做法的情况。小组委员会请特别报告员向第四十六届会议提交初步报告，并向第四十七届会议提交最后报告。

2. 小组委员会第四十六届会议考虑到人权委员会第 1994/103 号决议请小组委员会重新考虑其关于建议展开一些研究的决定，决定请查维兹女士在不涉及到经费的情况下就这一问题向其第四十七届会议提交一份工作文件。

3. 查维兹女士按时提交了其工作文件(E/CN.4/Sub.2/1995/38)。小组委员会在第 1995/14 号决议中欢迎该文件，并决定，由于这一专题需要认真和全面的调查，因此任命查维兹女士为特别报告员。特别报告员向第四十八届会议提交了其初步报告(E/CN.4/Sub.2/1996/26)，概述了这项研究的目的和范围，蓄意强奸作为一种政策工具的历史、有关国际准则、责任和赔偿义务问题、审判肇事者的形式和管辖权、对侵权者的可能制裁和可能的赔偿形式。

4. 1997 年 5 月，查维兹女士通知人权事务高级专员/人权事务中心，她无法向小组委员会第四十九届会议提交最后报告，并表示，她希望由小组委员会的另一名成员继续这项研究(E/CN.4/Sub.2/1997/12)。小组委员会第四十九届会议在其第 1997/114 号决定中任命盖伊·J·麦克杜格尔女士为特别报告员，请她就武装冲突期间，包括国内武装冲突期间蓄意强奸、性奴役和类似奴役做法编写一份最后报告。¹

5. 利用性奴役和性暴力作为战争策略和武器是一种极为普遍但往往被忽略的暴行，需要国际社会对此采取一致和坚决的行动。尽管需要采取一系列对策，但本最后报告首先着眼于制定国际刑事法，作为在国家 and 国际各级采取有效行动的富有成效的方面，以制止包括性奴役在内的奴役和包括强奸在内的性暴力不受惩罚的现象的循环。本报告还提出了一些政策和实际建议，可以指导调查、起诉和防止武装冲突期间的性奴役和性暴力。

6. 作为小组委员会决定委托进行这项研究的一个重要动力，国际舆论越来越承认第二次世界大战期间 20 多万名被日本军队奴役的妇女在“慰安所”所遭受损害

的实际范围和性质。本报告附件充分分析了对这些危害人类罪仍然负有的法律赔偿责任，承认有必要处理过去未加纠正的涉及性奴役和性暴力的侵犯人权、违反人道主义法和国际刑法的行为。

一、报告的目的和内容

7. 当代国际和国内武装冲突的各方在展开敌对行动时，越来越多地将平民作为目标。妇女，包括女孩在这种处于危险境地的目标人口中居多。她们不仅遭到随着任何战争应运而生的暴力和破坏，而且还遭到由于其性别而专门针对妇女的各种暴力。世界人权会议承认对于妇女的基本权利历来缺乏保护，并在《维也纳宣言和行动纲领》中强调：“在武装冲突中一切侵害妇女人权的行为都是违反国际人权和人道主义法律的基本原则。[因此]需要作出特别有效的反应。”

8. 为了作出有效的反应，对于性暴力和性奴役行为必须适当地以文件证明，将肇事者绳之以法并向受害者提供充分有效的补救。另外还必须适当地将这些行为定性为奴役、危害人类罪、灭绝种族、严重违反日内瓦四公约、战争罪或酷刑的国际罪行。这些罪行作为任何时候和任何情况下都应予以禁止的强制法罪行而具有特别的法律后果。此外，本报告强调，将妇女拘留在“强奸集中营”或“慰安所”里、强迫妇女与士兵临时“结婚”和包括将妇女作为奴隶的其他做法在事实上和法律上都是奴隶制形式，因此违反了关于禁止奴隶制的强制性规范。

A. 目 的

9. 本报告的第一个目的是重申呼吁对武装冲突期间利用性暴力和性奴役作出反应。必须承认，这些行为对肉体、心理和精神都产生了不可估量的损害。在和平时期，妇女遭到一切形式的基于性别的迫害、歧视和压迫，包括性暴力和性奴役行为，而即使在专门刑事司法制度里也往往不受惩罚。武装冲突期间妇女面临的恐怖在数量、频度和严重程度方面严重加剧，而且并不限于针对性别的虐待。然而妇女在武装冲突情况下遭到的性暴力和性奴役的危险显然大大增加，这种危险是不能接受的，也是无法容忍的。此外，与此同时，武装冲突期间对妇女的虐待有所增加，但实施这种暴力而不受惩罚的程度也可能与此增长。妇女的条件在武装冲突的情况

下全面恶化，其原因不仅仅是武装冲突造成社会约束体制崩溃和天下大乱，而且在许多情况下是由于战斗员出于战略性考虑而蓄意决定通过强奸和奴役被看成是敌对团体成员的妇女，从而恐吓和摧毁整个“敌方”。

10. 本报告的第二个目的是强调被武装冲突各方强奸、性虐待和奴役的妇女所遭受损害的实际性质和程度。无数的以事实材料为依据的报告说明妇女在武装冲突中遭到性暴力。这些文件披露了妇女在其家里并当着其家庭成员的面遭到轮奸的事例；妇女被关押在拘留所或军事基地里，每天多次遭到强奸，长达几周甚至几个月；妇女在“结婚”的幌子下反复遭到士兵的强奸；妇女受到控制、从事强迫劳动(作为厨子、搬运工、扫雷人)和强迫色情；据报告，有些妇女遭到残害、屈辱和性酷刑，然后被人杀害，或受伤后自行死去。必须通过起诉和其他形式的补救，包括赔偿来揭开对这种暴力保持沉默的面纱，确保主持正义，恢复尊严并防止今后的侵权行为。

11. 本报告的第三个目的是审查惩处和防止武装冲突期间对妇女犯下的国际罪行的起诉策略。本研究报告并非创造新的罪行或刑罚，也无意为国家行为者或非国家行为者提出任何新的责任标准。本报告主要是重申和强调已经适用但并非总是得到应用的既定法律。此外，本报告确定了现有法律框架的进一步阐明和制订将推动更有效起诉的一些方面。

12. 尽管有些国家和国际法律机构经常未能履行按照已有国际准则和标准将武装冲突期间强奸和奴役的罪犯绳之以法的义务，但仍然有理由保持乐观。在制止逍遥法外现象循环方面正在取得进展。第二次世界大战之后，对奴役行为的起诉甚少，对强奸行为的起诉更少。在撰写本报告时，前南斯拉夫国际刑事法庭发出了一些起诉书，指控性暴力罪行，卢旺达国际法庭在越来越大的压力下加紧调查和起诉性暴力罪。在委托编写和完成本报告期间，不仅在特设国际刑事法庭方面，而且还在拟议设立的常设国际刑事法院方面，解决武装冲突中针对性别的暴力方面也进展极大。因此，本研究报告是在发展国际刑事法的极佳时期提出的，目的是推动目前正在进行的关于可能有利地推动国内法院、特设国际刑事法庭和拟议设立的常设国际刑事法院对性暴力和性奴役提起起诉的适当途径、规则和程序的讨论。为此目的，本报告提出了这些罪行的定义，并提出了一定程度的特征，目的是协助查明一项罪行的要素和各有关国家行为者或非国家行为者的法律责任，包括属于某一指挥系统的个人和通过其共谋行为促成犯罪的个人。

B. 内 容

13. 正如许多国际法律评论员所指出，国际法，包括国际人道主义法，人权法和刑法是以男性生活、特别是权势人物的生活为典范发展起来的。² 由于未能考虑到妇女的经历，人权法律框架未能承认各种形式的对妇女的暴力应引起国际国家责任。然而大会 1993 年 12 月 20 日第 48/104 号决议获得通过，这证明边缘化的遗留问题已经开始转变。大会在该决议中回顾，经济及社会理事会承认“针对对妇女的暴力... ..必须采取紧急有效的步骤，消除这种行为”，并公布《消除对妇女一切形式歧视公约》。同样，人道主义法未能一致充分地解决武装冲突期间对妇女暴力的问题，例如未能明确规定强奸为严重违反日内瓦四公约的行为。由于前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际法庭更多地注意和解决对妇女的暴力，而且拟议设立的常设国际刑事法院也可望这样做，这种缺陷也开始转变。

14. 尽管本报告审议武装冲突情况下可能产生的性暴力和性奴役的许多事例和形式，但本报告的具体任务涉及到“武装冲突期间，包括国内武装冲突期间蓄意强奸、性奴役和类似奴役做法”的影响。根据这一重点，需要理解以下几个关键问题。

15. 首先，国际公认的观点是，武装冲突中实施的性暴力无论显然是盗匪兵零星的行为，还是作为系统的攻击和恐吓目标人口的全面计划，必须承认、谴责和起诉所有性暴力行为，包括强奸。战争期间一贯普遍地利用性暴力和性奴役，因为这显然是破坏对方士气的一种有效的手段。³ 为了削弱这些野蛮行为和做法的作用，国际社会必须追究造成所有这些侵权行为者的责任。

16. 第二，国际人道主义法以及国内法往往载有关于保护妇女的“名誉”的规定，这意味着，性暴力的幸存者在攻击中受到一定程度的“耻辱”。本报告认为，这种定性是不正确的，因为任何强奸或任何性暴力的情况下失去名誉的唯一一方是肇事者。尽管强奸对人的尊严和人体健全确实是一种污辱，但首先是一种暴力罪行。

17. 第三，关于本报告的标题，“蓄意”作为一个形容词用来说明某些形式的强奸，并不意味着创造为了起诉某种强奸罪而必须规定的一种新的罪行或新的举证责任。同样，“性”一词在本报告中作为一个形容词来说明一种奴役，而并非意味着一种单独的罪行。在这一方面，“性”这一说明性词语的用法强调了历史现实和当代

现实，即奴役相当于将人作为奴隶对待，这往往包括性机会和强迫性活动。在本报告的任务中，强奸和奴役之间的联系并非是偶然的，武装冲突期间许多性暴力案件最适合于作为奴役起诉。

18. 第四，本报告还承认，极有必要全面分析对女性和男性的性暴力的性质和后果，同时明确理解性暴力在性别方面产生的影响。正如《北京宣言》和《行动纲要》所指出，妇女无疑更容易遭到性暴力并在所有各级和所有司法系统中寻求纠正这些侵权行为方面遇到与性别有关的障碍。除了性暴力造成身心创伤以外，由于妇女和女孩处于从属地位而且其在社会上的作用被贬低，性暴力的妇女幸存者还在家庭里和社区里遭到针对性别的歧视和虐待。这些障碍往往阻碍妇女维护自己免遭性暴力的权利，但更为严重的是，社会不愿意就一般性别和性问题，特别是性暴力问题进行建设性和认真的对话。此外，比掩盖强奸和性暴力的沉默的面纱损害性更大的是忽视对妇女的暴力行为的倾向。通过把对于性别理解⁴纳入针对蓄意强奸和性奴役的法律框架，才可以认真地表明冲突的所有各方的全部义务和法律责任，才可以概述具体的步骤，确保适当地进行预防、调查和提出刑事和民事纠正办法，包括对受害者给予赔偿。⁵

19. 本报告揭露这样一种自相矛盾的现象，即尽管现在存在起诉的框架，而且第二次世界大战之前就存在，但令人不安的是，对武装冲突中实施的性暴力行为极少提起起诉。有些政府在提到这种未能起诉的现象时声称，这种法律是新的，或根本不存在。然而比较准确地说，之所以缺乏这种先例，是因为未能作为必须完全依法报告、调查、起诉和赔偿的严重罪行对于对妇女的暴力，特别是性暴力行为作出反应。

二、罪行的定义

20. 本报告中所载的关于包括“强奸”在内的“性暴力”罪和包括“性奴役”在内的“奴役”罪的定义既包括行为本身，又包括有关形式，例如“未遂”和“共谋”犯罪、“煽动”和“诱惑”他人犯罪和“教唆”犯罪。

A. 性暴力、包括强奸

21. 强奸属于较广泛的“性暴力”范畴，本报告将之确定为通过性手段或以性活动为目标的任何身心暴力。⁶ 性暴力涵盖针对人的性特点的肉体和心理攻击，例如强迫某人当众脱光衣服，残害某人的生殖器，或割去妇女的乳房。⁷

22. 性暴力的特点还包括两个受害者被迫相互进行性行为或以性方式相互损害。这种罪行往往意在严重凌辱受害人，当其他人被迫观看性暴力行为时，其目的往往是恐赫更多的人。例如前南斯拉夫国际刑事法庭检察官办公室在以违反战争法规和危害人类罪起诉的一起案件中，波斯尼亚塞尔维亚战俘集中营里的一名囚犯在看守的威逼之下当着其他囚犯的面咬下另一名囚犯的睾丸。⁸ 在另一个拘留所中发生的另一起案件中，一名波斯尼亚塞族警长被控告强迫两名被拘留者“当着其他几名囚犯和看守的面进行性行为。”⁹

23. 国际人道主义法和人权法中对于强奸都没有任何明确的定义，而在国内法律体系中对强奸却有许多不同的规定。¹⁰ 本研究报告中提出的强奸的定义反映了当今国际审议的结果、现代运用情况、国内法和惯例衍生的事例、检察官办公室提交前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际法庭的强奸的工作定义和各国际人权非政府组织采用的定义。

24. “强奸”应理解为在武力、强迫或胁迫的条件下，任何物体(包括但不限于阴茎)插入受害者的阴道或肛门；或在武力、强迫或胁迫的条件下，阴茎插入受害者的口腔。强奸的定义是中性的、因为男子和女子都是强奸的受害者。¹¹ 然而必须指出，妇女更可能遭到性暴力犯罪并在寻求纠正方面遇到针对性别的障碍。尽管本报告保留强奸定义中“奸人”一词，但人们历来着眼于奸人行为，这显然基本上是由于男子专注于确保妇女的贞操并查明儿童父亲的身份。然而重要的是，必须谴责和防止一切形式的性暴力，包括但不限于强奸。

25. 根据由于胁迫情节或受害者的年龄等原因而缺乏同意或缺乏同意的能力，可以将国内法规定的合法性活动同非法性活动区别开来。在所有武装冲突情况下存在明显的胁迫情节，因此可以作不同意的推定，并否定了起诉方证实缺乏同意为一项犯罪因素的必要性。此外，如果考虑到在武装冲突的情况下上级军官命令或助长强奸等犯罪的指挥责任，同意就不是一个法律问题或事实问题。然而，同意问

题可以作为前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际法庭制定的一般规则和惯例中规定的积极辩护提出。¹² 这种情况下的辩护必须首先使审理案件的司法机构相信，同意的证据是“有关和可信的”。¹³

26. 本报告中采用的“蓄意”一词是用来说明某些形式强奸的一个形容词，并不意味着创造一种新的罪行或起诉强奸行为而必须确认的新的举证责任。强奸行为除了其本身作为一种罪行以外，可能属于对某一目标群体的普遍攻击或出于政策目的的攻击的较广泛的情况，因而正如本报告第三节 A 部分中讨论的那样，确定了危害人类罪的要素。然而没有必要以危害人类罪起诉某项强奸行为来证明“蓄意强奸”的发生，正如没有必要对危害人类罪提出指称而证明“蓄意谋杀”或“蓄意酷刑”。

B. 奴役，包括性奴役

27. 1926 年《禁奴公约》提出了第一个全面的现在最普遍公认的奴役定义。对 1926 年《禁奴公约》修改以后，“奴役”应理解为对一人行使附属于所有权的任何或一切权利的地位或状况，包括通过强奸或其他形式的性暴力的性取得。

28. 除了条约法以外，在习惯国际法中，禁止奴役是一项强制法准则。奴役罪并不需要政府参与或国家行为，无论是国家行为者还是个人所为，均构成一种国际罪行。此外，尽管一人遭受的奴隶待遇构成奴役，但一人没有被买卖或交易的事实绝不意味着关于奴役的指称失效。

29. 奴役定义中隐含着关于限制自主、移徙自由和决定自己性活动问题的权力的概念。¹⁴ 如果有人得以冒着极大的人身伤害危险摆脱奴役状况，仅仅这一点不应解释为使关于奴役的指称失效。在所有情况下，还必须进行主观和意识到性别的分析，以便解释被奴役者对于伤害的合理担心或对胁迫的感受。如果受害者在国内或国际武装冲突期间身处战斗区并被认同为反对派团体或派别的成员，就更是如此。

30. 本报告中“性”一词作为一个形容词说明一种形式的奴役，并不意指一种单独的罪行。在所有方面并在所有情况下，性奴役是一种奴役，禁止性奴役是一项强制法准则。第二次世界大战期间日本军队保持的“慰安所”（见附件）和前南斯拉夫境内证据确凿的“强奸集中营”¹⁵ 是极其令人震惊的性奴役事例。性奴役还包

括妇女和女孩被迫“结婚”、沦落家庭奴役或最终涉及到强迫性活动的其他强迫劳动的情况，包括被其捕获者强奸。例如除了卢旺达和前南斯拉夫记载的案件以外，根据来自缅甸的报告，妇女和女孩在被迫“结婚”或被迫为军方担任搬运工或扫雷人以后遭到强奸或性虐待。¹⁶ 在利比里亚，根据类似的报告，妇女和女孩被战斗员强迫担任厨子，并被作为性奴役关押。¹⁷

31. 性奴役还包括多数甚至所有形式的被迫卖淫。“被迫卖淫”或“被强迫卖淫”这些措词见诸于国际公约和人道主义公约，但没有得到充分的理解，也没有得到一贯的运用。“被迫卖淫”通常系指对被他人为了性活动的目的提供其服务的人的胁迫控制的状态。

32. 以前关于被迫卖淫的定义要么着眼于以含糊的措词说明对妇女的“名誉”的“不道德”的污辱，要么与似乎比较确切地说明奴役状况的定义几乎没有区别。尽管存在这种局限性，但由于日内瓦四公约及其附加议定书中明确宣告这一罪行为犯法，这仍然是今后起诉武装冲突情况下性暴力的一种可能采用而有限的手段。

33. 作为一项一般原则，看来在武装冲突的情况下，可以称为被迫卖淫的多数事实情节也相当于性奴役，因此比较适合和比较易于定性为奴役并对此提起起诉。

三、根据国际法起诉包括强奸在内的 性奴役和性暴力的法律框架

34. 起诉性奴役和性暴力的法律框架至少从三个不同的法律渊源演变而成，其中包括人权法、人道主义法和国际刑法，每种法律都具有不同的习惯来源和条约来源和历史性先例。由于妇女在全世界各社会上处于从属地位，国际刑法，包括禁止奴役、危害人类罪、灭绝种族、酷刑和战争罪的国际刑法的明文规定中并非总是充分反映性奴役和性暴力行为。¹⁸ 本报告审查对武装冲突期间的性奴役和性暴力提起国际和国内起诉所依据的已有法律根据的多种来源。

35. 起诉国际罪行的框架往往借用和借鉴国内一级的惯例。有时对起诉国际罪行的政策关注类似于对国内起诉的关注。然而在许多情况下，国际刑法试图提出专门针对国际或跨国行动需要的政策目标。因此并非总是适宜从国内法律体系中推断国际标准。本报告着眼于陈述武装冲突背景下产生的罪行，尽管其中许多罪行根据

国内法可以作为平时罪行加以起诉，但为了防止、调查和起诉武装冲突期间的性奴役和性暴力而进行的法律分析是以对国际法律背景的特别政策关注为动机的。

36. 武装冲突期间的性奴役和性暴力可能在某些情况下被定性为常规违反强制法准则。《维也纳条约法公约》第 53 条界定强制法准则为“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改”的标准。此外强制法罪行被公认为普遍关注的不法行为，因此任何国家均可对强制法罪行正当地提起起诉，即使起诉国与罪犯或受害者的国籍没有任何联系，或者与犯罪没有任何属地联系，并无法正当要求管辖权。

37. 相当于违反这些强制法准则的各种国际罪行包括奴役、危害人类罪、灭绝种族、某些战争罪和酷刑。¹⁹ 根据习惯国际法，这些罪行受到普遍管辖，并在多数情况下不受任何起诉时效法规的拘束。²⁰ 各国，包括继承政府，有义务确保违反这些准则者不得逃避惩罚，并通过该国内起诉或引渡到另一国起诉，将其绳之以法。²¹ 尽管战争罪从定义上来说应该涉及到武装冲突，但对奴役、危害人类罪、灭绝种族和酷刑的禁止适用于所有情况，包括所有武装冲突、内战和平时时期。

A. 危害人类罪

38. 对于平民的普遍或蓄意攻击²²，包括基于种族、族裔、宗教、政治或其他原因的普遍或蓄意迫害，可作为危害人类罪起诉。²³ 必须指出，尽管危害人类罪往往是在武装冲突的情况下被指控的，但无需涉及到任何武装冲突²⁴。此外，国家行为者和非国家行为者都可以因危害人类罪而受起诉。

39. 通常认为，政策、计划或企图的证据是起诉危害人类罪的必要要素。²⁵ 如对普遍或蓄意攻击平民的行为未能采取行动就足以证实政策、计划或企图的必要要素。

40. 为了更有效迅速地处理利用性奴役和性暴力作为策略普遍或蓄意攻击平民的情况，应该承认性别是起诉危害人类罪的一个依据。根据基本公正原则，任何有可能成为攻击目标的群体由于其个人或集体属性的某些方面尚未正式或明确得到承认而被剥夺国际准则的保护，这是不可原谅的。²⁶ 因此，本报告列举的被禁止

的迫害的原因应视为举例说明，而不是包览无遗，应该考虑保护性别以及目标群体的其他属性免遭危害人类罪。

41. 包括强奸在内的性暴力属于《纽伦堡国际军事法庭宪章》(纽伦堡宪章)、《第 10 号管制委员会法》和《远东国际军事法庭宪章》(东京宪章)中²⁷ 关于危害人类罪的传统提法中予以普遍禁止的“不人道行为”。²⁸ 令人遗憾的是，第二次世界大战以后，性暴力很少作为危害人类罪被起诉。

42. 最近的编纂工作不是依赖关于禁止不人道行为的剩余规定，而是明确规定在国内或国际武装冲突中对任何平民实施的强奸行为为危害人类罪，即使现在明确规定，危害人类罪根本无需涉及武装冲突。特别是为了起诉前南斯拉夫和卢旺达境内发生的国际罪行而于 1993 年和 1994 年设立的两个特设国际刑事法庭的规约单独将强奸列为危害人类罪定义下的一项单独规定的罪行。此外，这两个法庭都以性暴力为依据提出了危害人类罪指控。

43. 包括强奸在内的任何一个严重性暴力案件均可以作为起诉危害人类罪的依据，只要检察官将这单一侵权行为同证明普遍或蓄意攻击平民的一系列侵犯基本人权或违反人道主义法的行为联系起来。

44. 奴役早已被确认为危害人类罪。为了推动第二次世界大战之后在德国国内起诉战争犯而制定的《纽伦堡宪章》和《第 10 号管制委员会法》都将奴役列入危害人类罪章节。同样，《东京宪章》第 5 条也规定奴役和对任何平民实施的其他不人道行为为危害人类罪。最近的危害人类罪规定编纂包括《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》，²⁹ 第 5 条和《卢旺达国际法庭规约》³⁰ 第 3 条，这两个规约都明确规定奴役构成危害人类罪。

45. 前南斯拉夫国际刑事法庭最近以危害人类罪名义对奴役提出了起诉，指控一支塞尔维亚准军事精锐部队的成员和福查镇的一名准军事领导人由于实施强奸和奴役行为而犯有危害人类罪。³¹ 这些被告被指控将九名妇女关押在一套私人公寓里，经常对她们进行性凌辱并强迫她们从事家里家外劳动。根据该起诉，其中 4 名妇女最终被卖给其他士兵。这些妇女被拘留并被命令从事体力劳动，同时不断遭受到性凌辱，这显然表明以危害人类罪对奴役行为提起起诉是合理的。此外，应该指出，用其中一些妇女换钱并不是犯罪的一项必要要素；这仅仅表明塞尔维亚准军事部队士兵如何利用其对这些妇女的拥有权所带来的权力。

B. 奴 役

46. 除了指控奴役为危害人类罪或战争罪以外，还可以在战时或平时对国家行为者和私人单独提出奴役的指控。实际上对奴役和类似奴役做法的禁止属于取得习惯国际法强制性准则即强制法地位的第一批禁令。³² 这种基本人权准则是在十九世纪开始演变的，到二十世纪初，国际上对奴役和奴隶贩卖的禁止显然已经取得了习惯国际法的地位。³³

47. 对奴役的习惯国际禁止在一定程度上是由于为了解决艰难的管辖权问题而演变起来的，因为奴隶贩子象海盗一样历来是在公海上活动的，因此并不一定受到任一国家的主权控制或管辖。有鉴于此，国际社会承认有必要追究所有犯罪者的个人刑事责任，而无论犯罪地点、国家参与程度或任何国家的法律或惯例可能制裁这种行为的程度如何。因此根据国际法，当代禁止奴役的规定允许在涉及到奴役或奴隶贩卖的任何情况下对任何国家行为者或非国家行为者行使纯粹的普遍管辖权。这种地位可能特别有助于起诉武装冲突期间性奴役的各起案件，因为这种起诉无需证实国家是否参与或默认，是否存在普遍或一贯的侵权行为或犯罪或武装冲突之间是否有任何联系。

C. 灭绝种族

48. 种族灭绝本身作为一项危害人类罪，因此对这种罪行的禁止显然取得了强制法地位。³⁴ 在某些情况下，强奸、性奴役或其他性暴力行为还可以定性为《防止及惩治灭绝种族罪公约》(《灭绝种族罪公约》)第 2 条界定的灭绝种族罪的构成行为。灭绝种族罪的关键因素是犯罪者蓄意全部或局部消灭某一受到保护的团体，即某一民族、人种、种族或宗教团体。性别没有被《灭绝种族罪公约》列为一种受保护的团体。然而针对某一受保护的团体并攻击其女性成员的行为足以构成灭绝种族罪。

49. 起诉时无需证实在国内或国际上消灭整个团体的意图。只要有消灭某一受保护团体的大量成员或重要的分支或破坏一国特定地区内某一受保护团体的生存的意图，就有充分理由对灭绝种族提起起诉。此外在冲突期间，国境可能开放，几乎

所有地方性灭绝种族运动显然有可能着眼于全部或最终消灭整个团体。而且往往会引起规模更大的全国性运动来实现这个绝灭种族的目标。

50. 还必须指出，从犯罪者的行动可以推断必要的灭绝种族的意图。根据安全理事会第 780(1982)号决议设立旨在审查前南斯拉夫境内冲突中违反人道主义法行为的专家委员会认定，在一些灭绝种族的案件中，“可能会出现一定程度的关于作为或不作为的证据，因此可以合理地假定被告已经意识到其行为的后果，因此相当于证实了意图”。³⁵

51. 前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达问题国际法庭检察官办公室作为灭绝种族罪的构成行为对性暴力和强奸提起起诉。这些起诉是对被指控实际上实施这种行为者并对同一指挥系统中的上级提出的。

52. 如果具有必要的意图要素，即使单一的强奸行为也可能在理论上作为起诉灭绝种族罪的依据，只要这一行为涉及更多的一系列行为，而这些行为都旨在消灭某一目标团体。³⁶ 此外，灭绝种族罪无需涉及武装冲突或国家行动。

D. 酷刑

53. 对酷刑的禁止也作为不得减损的强制法准则出现。酷刑罪为习惯准则所禁止，这种罪行必须是故意造成严重精神或肉体疼痛或痛苦，而且必须涉及政府到行为或不行为。在本报告叙述的多数案件乃至所有案件中，武装冲突期间的强奸和严重性暴力也可以作为酷刑受到起诉。³⁷ 此外，欧洲人权法院、美洲人权委员会和许多国内法院也认定羁押强奸行为构成酷刑。

54. 《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》(《酷刑公约》)第 1 条将酷刑界定为“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者第三者，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受其唆使、同意或默许下造成的。”

55. 消除对妇女歧视委员会承认，由于其是女性而针对某一妇女的暴力，包括“造成肉体、精神或性损害或痛苦的行为”，是严重抑制妇女享受人权和自由的能力

的一种歧视。³⁸ 因此在许多情况下,《酷刑公约》的酷刑定义中歧视部分也可以作为以酷刑罪起诉强奸和性暴力的一个依据。

E. 战争罪

56. 战争罪作为一种国际罪行,包括严重违反 1949 年日内瓦四公约和其他违反行为、违反 1907 年《海牙公约》和《条例》以及违反战争法规和惯例的行为。在某些情况下,性奴役和性暴力行为可以构成战争罪。与奴役、危害人类罪、灭绝种族和酷刑不同,战争罪按照定义必须与武装冲突有关,因此在国际武装冲突期间,对平民和战斗员提供了极其广泛的人道主义法保护。然而这些构成违反强制法准则行为的罪行,在所有武装冲突期间都受禁止,而无论敌对活动的性质或程度如何。

1. 国际武装冲突中的战争罪

57. 日内瓦四公约中关于严重违约的规定已经取得了习惯国际法的地位,³⁹ 而且日内瓦四公约许多关于严重违约的规定和其他规定也取得了强制法的地位。⁴⁰ 必须承认:“[日内瓦四公约]各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人,并将此种人,不分国籍,送交该国法庭。”⁴¹ 如同习惯国际法适用国际武装冲突一样,只要这些关于严重违约的规定及其程序方面可以适用,这种义务也适用没有加入这些公约的国家。

58. 敌方或占领军在国际冲突中实施的性暴力行为,包括强奸,⁴² 可以构成严重违反日内瓦四公约的行为。⁴³ 红十字国际委员会指出,《日内瓦第四公约》第 147 号中关于严重违约的规定“显然”包括强奸,这条禁止“故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害。”⁴⁴ 此外,强奸为关于酷刑或不人道待遇的严重违约规定所禁止。⁴⁵

59. 《日内瓦第四公约》第 27 条也明确禁止强奸,其中规定:“妇女因受特别保护以免荣誉受辱,尤须防止强奸、被迫为娼或任何形式的非礼之侵犯”,而且《第一附加议定书》第 76 条(1)款规定:“妇女应是特别尊重的对象,并应受保护,特别防止强奸、强迫卖淫或任何其他形式的非礼侵犯”。

60. 除了日内瓦四公约中关于强奸的规定以外，明确被视为取得习惯国际法地位的 1907 年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》⁴⁶ 在其所附《条例》第 46 条中保证保护“家庭荣誉和权利”，因此应理解为包括强奸罪。然而必须指出，强奸作为破坏名誉而不是作为暴力行为的概念掩盖了这一罪行的暴力性质，不适当地转移视线，归咎于受害者受到耻辱，而避而不谈肇事者强奸、污辱和损害的意图。此外，《海牙条例》第 46 条在性别上是中性的，均适用于武装冲突期间实施的性暴力的男女受害者。

61. 有些人认为，由于几个交战方不是《海牙公约》的缔约方，因此纽伦堡国际军事法庭不应运用这一公约。纽伦堡法庭在驳斥这些论点时认定，《海牙条例》中的禁令“被所有文明国家所承认，并被认为表明了《[纽伦堡]宪章》第 6(b)条中提到的战争法规和惯例。”⁴⁷

62. 第二次世界大战之后，巴塔维亚的一个荷兰法院判定，第二次世界大战期间参与在“慰安所”奴役 35 名荷兰妇女和女孩的日本军人被告由于强奸、胁迫妇女卖淫、拐骗妇女和女孩并逼迫她们卖淫和虐待囚犯等行为而犯有战争罪。⁴⁸ 正如上文所指出的那样，最近前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际法庭发出了一些起诉书，根据性暴力指控一些犯有战争罪。

63. 正如《纽伦堡宪章》和纽伦堡法庭的裁决所表明，奴役也早已被确认为战争罪，1945 年《纽伦堡宪章》第 6(b)条将驱使平民从事“奴役劳动”列为战争罪，根据这一条对奴役提出的起诉多数提到 1907 年《海牙条例》所载的原有禁令。⁴⁹

64. 1949 年日内瓦四公约也可以从广义上理解为，这些公约中关于严重违约的规定禁止奴役，包括性奴役。⁵⁰ 尽管《日内瓦第四公约》第 147 条没有明确将强奸、强迫卖淫和性虐待等奴役列为严重违约行为，但根据红十字国际委员会对第 147 条的解释，“不人道待遇”应从广泛上理解为包括这些罪行。⁵¹ 此外，强奸、强迫卖淫和其他形式的性虐待，包括性虐待目的的奴役，也应该理解为禁止“酷刑”、“不人道待遇”、“故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”和“非法驱逐、转移或监禁平民”，所有这些行为都被明确列为严重违约行为。

65. 在作为战争罪起诉奴役行为时，如果在战争中存在具体的胁迫情节，特别是违背受害者的意愿将其送到战区，迫使其提供日内瓦四公约或战争法规和惯例可能允许的强迫劳动以外的其他服务，就可以表明有必要的要素证明占有或控制的必

须迹象。此外，由于人道主义法绝不允许强奸，胁迫下的性“服务”始终构成严重违反人道主义法的行为。

66. 最近前南斯拉夫国际刑事法庭检察官办公室对为了强迫劳动和性凌辱目的拘留九名妇女的波斯尼亚塞族士兵发出了奴役罪起诉书。⁵² 起诉书指出，这些妇女可自由离开作为其拘留地点的私人住宅，她们甚至持有该住宅的钥匙，但这些妇女无法真正逃离，因为“她们四周都是塞族士兵和平民，因此无处可逃。”⁵³

2. 非国际武装冲突中的战争罪

67. 当今世界上多数武装冲突是非国际性冲突，即国内冲突。⁵⁴ 根据许多份报告，最近在国内冲突期间实施性暴力的事件包括：在推翻海地阿里斯蒂德总统政府的军事政变以后实施的性暴力；在秘鲁政府军队和光辉道路叛乱分子之间长达 15 年之久的冲突期间的性暴力；阿尔及利亚、缅甸、乌干达和苏丹南部的持续敌对行动中的性暴力。据报道，在阿尔及利亚，武装团体绑架妇女和女孩，强迫她们临时“结婚”，因此使被俘妇女和女孩遭到强奸、性虐待，并往往受到残害和杀害。据报告在乌干达，上帝抵抗军绑架儿童，迫使他们充当士兵和劳工，并迫使女孩充当性奴隶。这些性奴役和性暴力的显著事例说明有必要在非国际性冲突期间保护平民和战斗员。

68. 至少自从 1907 年以来，随着《海牙第四公约》序言中马尔顿条款获得通过，国际社会承认，即使在人道主义条约未加规定的那些冲突或情况下，战斗员和平民“仍然受到国际法原则的保护和制约，因为这些原则源自文明民族中间形成的惯例、人道主义法律和公众良知的驱使。”特别是构成习惯国际法的日内瓦四公约共同第 3 条规定了冲突所有各方，包括日内瓦四公约未加规定的国内冲突的所有各方必须尊重的那些保护。共同第 3 条由于规定了国家行为者和非国家行为者在国内冲突中的行为而具有重要的意义。正如秘书长在关于最低限度人道主义标准问题的一份分析报告中指出，马尔顿条款和共同第 3 条中所载的基本保护的重要性“不应低估” (E/CN.4/1998/87, 第 74 和第 85 段)。

69. 《海牙第四公约》第 27 条和日内瓦四公约共同第 3 条作为一个习惯国际法问题明文禁止国家行为者和非国家行为者在国内或国际武装冲突中实施的性暴力

和强奸行为。前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭最近证实了这一立场，判定共同第 3 条以及《海牙公约》所有规定作为习惯法广泛适用于所有国际和国内武装冲突。⁵⁵ 对提交国际法院的一起案件的重要裁决也证实了这一立场，其中国际法院判定，共同第 3 条规定的禁止构成在所有武装冲突中必须尊重的“基本人道主义考虑”。⁵⁶

70. 尽管共同第 3 条的覆盖范围广泛，但有人表示关注，对日内瓦四公约一般适用范围的限制性解释可能会使共同第 3 条对国内冲突的适用复杂化。毫无疑问，在日内瓦四公约的背景下，开列在“非国际性”武装冲突中必须提供的保护的共同第 3 条和“发展和补充”共同第 3 条的《第二附加议定书》都包括国内武装冲突中实施的性暴力和强奸行为。⁵⁷ 然而问题在于，日内瓦四公约通常未能确定导致运用共同第 3 条规定可能需要的冲突或内战的程度。⁵⁸

71. 红十字国际委员会和其他方面的一些评注表明，导致运用共同第 3 条可能需要的暴力的限度是相当大的。根据限制性最大的观点，运用共同第 3 条的要求是，武装冲突在性质上基本上类似于国际武装冲突，“双方武装部队处于敌对状态。”⁵⁹

《第二附加议定书》中关于共同第 3 条的讨论也具有相当大的限制性，其中特别指出，《第二附加议定书》“不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”（第一(2)条）。因此根据这些限制性观点，国内冲突中往往存在的战争的程度可能并不总是足以使共同第 3 条或《第二附加议定书》直接适用某一场冲突。

72. 尽管有人表示这些关注，但本研究报告认为，共同第 3 条始终意在广泛适用，⁶⁰ 共同第 3 条所载的现有人道主义法律标准必须适用所有冲突的情况。国际社会不能低估共同第 3 条的重要性，在没有可能适用于所有程度的国内冲突的具有同等强制性的新的人道主义标准的情况下，国际社会应该从广义上理解共同第 3 条在所有冲突中对所有国家武装团体和非国家武装团体的适用和共同第 3 条实际规定的广泛的保护。

73. 除了可能适用于国内武装冲突的一些人道主义标准以外，还必须承认，在所有情况下，而不论武装冲突的程度如何，甚至在没有武装冲突的情况下，根据现行法律准则，性暴力也可以作为奴役、危害人类罪、灭绝种族或酷刑受到起诉。此外，由于这些罪行可以在任何现有管辖权范围内受到起诉，如果罪行实施所在国没

有直接运行的司法论坛，这事实本身并不限制国际社会在其他运行的国内或国际论坛上审判这些侵权行为者的能力。

四、追究个人责任

74. 历史经验告诉我们，范围广泛的行为者助长武装冲突期间的国际犯罪，因此为了防止国际犯罪，必须谴责所有各级的应负责任者。为了指定责任以实现预防、威慑和保护的政策目标，本报告承认，对于极其严重的国际罪行，特别是对大规模迫害人的国际罪行的责任，存在几种重叠和交错的责任。

75. 对国际罪行的最显著的一类责任归于在武装冲突期间确实实施构成奴役、危害人类罪、灭绝种族、战争罪或酷刑的性奴役或性暴力行为者。这些犯罪者的责任通过证明包括具体意图等必要的犯罪意图在内的罪行的要素来决定。另外还可以确定对有关形式的国际罪行的责任，例如未遂犯罪或同谋犯罪或煽动、诱使或教唆犯罪。重要的是，根据上级命令行事这一事实不能作为犯罪的辩解理由，但可以考虑减轻处罚。⁶¹

76. 根据指挥责任的法律学说，指挥员、上级和其他官员应对其下属犯罪负责。任何指挥员或其他官员，如命令下属实施性奴役或性暴力行为，或知晓或本应知晓这种行为可能实施但未能采取步骤防止这些行为，就应对这些行为构成的国际犯罪完全负责，包括战争罪、危害人类罪、奴役、灭绝种族或酷刑。⁶² 指挥责任法规适用于强奸和性暴力行为，正如它适用于所有其他严重违反国际刑法的行为一样，例如，关于前南斯拉夫交战各方的违法行为，一个负责调查该地区违反人道主义法律行为的联合国专家委员会得出了具体结论：

“‘种族清洗’、性攻击和强奸是某些方面有系统地进行的活动，强烈显示这是政策性的产物。持续性地不能阻止这种犯罪，持续性地不能将这些罪行的罪犯起诉和惩处，显然证实了存在着策略性地忽略。这一结论的后果是，可以确立指挥部的责任。”⁶³

77. 只要有一些指挥环节转递命令和监督下属，指挥系统的正规或组织程度就无关紧要。此外，指挥责任的概念并不限于军事结构或准军事结构，许多据认为处于指挥地位的人是政治领导人、政府官员和文职官员。

78. 例如，前南斯拉夫国际刑事法庭检察官办公室对波斯尼亚和黑塞哥维那一个城市的高级文官提出了起诉，因为他“知晓或有理由知晓”该地区的警察局长准备迫使他人实施性攻击行为或已经实施了这种行为，而在他注意到这些行为以后未能采取“必要和合理的措施”来防止这种行为或惩处警察局长。⁶⁴ 在这起案件中，该文职行政官被指控对警察局长的作为或不作为负有责任，包括由于强奸和其他形式的性攻击(包括对男子的性攻击)行为而被指控犯有危害人类罪。⁶⁵

79. 因此指挥责任法规完全适用于在国际犯罪所在国家、地区或地方有权作出决定、制订政策和对发布命令具有影响力的身居高位的所有人。对指挥员、上级和其他官员执行一种“知晓或本应知晓”的标准有利于确定这一级的责任，如果普遍或众所周知地发生了性奴役或性暴力行为，将假定这些被告知晓这些行为和对这些行为的国际禁止。当然，参与实施性暴力行为或当时在场的指挥员作为罪犯直接负有责任，或者可以被指控唆使犯罪。

80. 指挥责任的习惯国际法还体现于日内瓦四公约关于严重违约的规定和《第一附加议定书》第 86(1)条，这一条要求所有交战各方：“取缔有作为义务而不作为所引起的严重破坏各公约或本议定书的行为，并采取必要措施制止有作为义务而不作为所引起的任何其他破坏各公约或本议定书的行为。”性暴力犯罪的背景突出了指挥责任学说规定的这项义务的关键重要性，因为交战各方历来未能取缔这种违约行为，因而助长了武装冲突中性奴役和性暴力行为不受惩罚现象的持续循环。

81. 另一类法律责任适用于鼓动、煽动或教唆犯下极其严重国际罪行者。这一类罪犯包括制造政治或社会气氛促成这种犯罪，例如蓄意死抱住种族、族裔、宗教、性别或其他陈腐偏见不放或有可能引起针对这种陈腐偏见攻击对象的暴力的鼓吹者。例如，许多人认为，有人在卢旺达的灭绝种族中火上浇油，并在这场灭绝种族中蓄意利用对妇女的性暴力，其部分原因是报纸和电台广播中传播对图西妇女的种族和性别陈腐偏见。⁶⁶ 毫不奇怪，卢旺达和前南斯拉夫的强奸和其他性暴力的许多受害者谈到，据报告，这些罪犯在性攻击之前，期间和之后对妇女作了基于族裔的性议论。⁶⁷

82. 尽管鼓吹者很少受到起诉，但确定他们作为奴役、危害人类罪或灭绝种族等国际罪行煽动者的责任并不是一项新的工作。鼓吹和煽动灭绝种族至少是纽伦堡法庭两次审判的主题，在一起案件中，一名纳粹出版商由于通过其反犹太人的杂志

煽动仇恨和消灭犹太人而被判定犯有危害人类罪。⁶⁸ 在这种情况下似乎应该执行一种具体意图或轻率忽视的标准。

83. 另一类个人法律责任适用于通过在促成奴役、危害人类罪、灭绝种族、酷刑和战争罪得成的官僚制度或政治进程中执行某些行为或履行某些职责同谋国际犯罪者。这些罪犯往往是文职人员，而且往往不属于任何指挥系统。由于他们的职务或职位的分工可能相当细，因而实际上可能不完全了解不法行为，应该对他们执行合理调查的标准。例如，第二次世界大战期间法国维希政府中一名高级官员莫利斯·帕蓬最近被法国一个法院判定同谋危害人类罪。⁶⁹ 他由于参与大屠杀，特别是参与处理几千名被赶到集中营里的犹太人的档案而被判处 10 年监禁，并对评估损害罚款 460 万法郎(748,000 美元)。帕蓬因同谋罪受到的惩罚没有实际罪犯会受到的惩罚那样严厉，然而由于他无条件地执行值得怀疑的行为，实际上助长了危害人类罪，因此他被正当地追究同谋罪。

84. 按照同谋罪理论追究个人责任是极为重要的，特别是因为涉及到武装冲突期间性奴役和性暴力的国际罪行往往是国家机构中的官僚、公务员和其他官员通常实际执行的精心策划的政策产物。

五、搜寻和起诉战争罪犯的义务

85. 各国、包括继承国政府有义务在本国法庭起诉奴隶制、反人类罪、种族灭绝罪、酷刑和某些战争罪；或者按另一国或合法建立的国际刑事法庭的要求，将被告交付审判，而不论被告的平民或军事级别如何。如同本报告前几节所指出的那样，这些罪行都要求普遍司法管辖，犯罪者可以由任何有权力的本国或国际法庭审判。

86. 本报告所描述的这类侵犯可能构成对日内瓦各公约的严重违反，各缔约国有附加义务，根据第四号日内瓦公约第 146 条，“酌情对被控犯有、或下令犯有……严重违反行为”，并“将他们、不论其国籍如何，移交其自身的法庭审判。”这一义务也可适用于并非日内瓦公约缔约国，只要认为它至少也适用所有国际武装冲突的国际习惯法。逮捕和起诉罪犯，这是对犯有国际罪行者绳之以法的普遍义务之一方面；而另一些方面可包括对受害者赔偿，以其他形式补救，如本报告下文第 6 节所

探讨的那样。在完成将违反国际法的犯罪者绳之以法的义务时，各国对根除武装冲突中的性奴役和性暴力采取了一个重要的必要步骤。

87. 现已公认，对于严重违反国际法的起诉不存在法定时限。小组委员会关于违背政治权利和公民权利者不受惩罚问题的特别报告员路易·儒瓦内先生在向小组委员会提交的最后报告中指出：“时效在严重违反国际法的罪行中是不适用的……[和]在实际补救办法不能取得时，它对任何违法行为都不适用” (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1,Para.31)。这个现代的立场是纽伦堡法庭先例的自然延伸，并且在若干国际条约中得到确认，这些条约涉及这一问题并规定禁止法定时效适用于某些战争罪行和反人类罪行。例如关于法定时效不适用战争罪行和反人类罪行的公约(1968年)和欧洲关于法定时效不适用于反人类罪行和战争罪行的公约(1974年)。某些国内法庭实际上在近50年以后，对二次世界大战中纳粹战犯的国际罪行仍继续判罪，尽管被告方面提出关于时限方面关切的论据。⁷⁰ 类似的推论就禁止法定时效规定适用于对严重违反行为的索赔，如同后文将要讨论的那样。

六、获得有效补救的权利和赔偿义务

88. 小组委员会关于严重违反人权和人道主义法的受害者获得赔偿权利问题的特别报告员特奥·范博芬先生在经修订的一套原则和方针中指出：所有严重违反国际法行为的受害者有权获得公正适当的赔偿，此类赔偿“应当通过取消和纠正不法行为的后果以及预防和遏制违法行为以伸张正义” (E/CN.4/Sub.2/1996/17,Para.7)。赔偿，如同国际法所界定和本报告的理解，是涉及所有期待由违反国际法的国家采取的各种措施，包括向受害者支付货币赔偿、惩罚违法者、道歉或赎罪、保证不重犯等等以及其他和违法行为严重程度相应的满足方式。⁷¹

89. 得到有效补偿的权利显然在克服武装冲突中性奴役、强奸和其他性暴力行为的逍遥法外和不负法律责任方面具有重大意义，而这些暴行的受害者的权利应当得到伸张和补救。如果不能为补救违法的权利找到任何论坛或机制，就显然会变成对国际准则和义务的进一步违反，对有关妇女行使补救权利的任何歧视也构成进一步违反。例如国内法包括习惯法要求仅有男性亲属可以以严重违法行为受害妇女的

名义索赔和取得赔偿，就是违反国际法原则的。妇女应在与男子平等的基础上享有法律权利，以自己的名义索赔并获得赔偿。

90. 同样，范博芬先生作出结论：索赔的法定时限在不存在有效补偿的时期也不适用(E/CN.4/Sub.2/1996/17,Para.9)。范博芬先生还指出：在国际法现状下，有关严重违反人权和人道主义法的民间索赔要求不应受任何时限(同上)。国际接受的原则是：不存在实现法定时限，来限制对人权和人道主义法严重违反的审判和索赔，这是具有重大意义的。由于人们关切：遭受严重侵犯的妇女，包括性奴役侵犯的妇女，常常面对特别严重的社会和法律障碍，妨碍她们及时提出申诉。这类障碍由于某些政府和交战实体蓄意隐瞒侵犯的真实性质和规模而变得格外严重。

七. 国家一级的起诉

A. 国家起诉的意义

91. 在处理逍遥法外问题时，重要的是注意到在国家法庭订立了适足的诉讼方式以保障受害者和被告双方权利的情况下，本国起诉有关违反人权和人道主义法的罪行经常优于国际法庭起诉。1973年，大会通过第3074(XXVIII)号决议，题为《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》，其中特别指出：“各国有权审判其本国国民所犯战争罪和危害人类罪”。这一原则同样应适用于性暴力案件，显然国际社会应当承认：严重的性方面的罪行要求特定的诉讼和取证保障，以确保本国的起诉适应于违犯的性质。

92. 当决定是否要在国际或本国法庭起诉战争期间性奴役和性暴力行为时，显然有好几个重叠的关切应当予以考虑。一般说来，在发生罪行及性奴役和武装冲突期间性暴力的司法管辖范围内的本国起诉，如果在进行时考虑到性别敏感的问题；通常更能满足受害者的基本权利，便于了解事实真相，因此多半优于国际起诉(E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1,Para.16)。然而，在可能时，这些案件应在本国法庭作为国际罪行、而不是国内罪行起诉，但可以任择按国内法定罪，如果作为国际罪行的必要要素不能确立的话。

93. 在某些案例中，违反的恶劣性质和巨大规模可能使人认为，只有由国际法庭起诉才能适当反映这类罪行对整个国际社会所造成的伤害。这是特别真实的，对

于被指控犯下或命令犯下大规模违反强制法准则的罪行，包括性奴役和性暴力罪行的高级政治军事领导人的起诉尤其如此。作为可在任何法庭被适当审判的普遍关切的案件，大规模违反强制性准则和国际习惯法的罪行当然会成为整个国际社会注意的焦点。因此，在极端情况下，应以国际刑事程序予以处理。

94. 在涉及有关性奴役或性暴力的申诉案件中，当地起诉可能在防止未来侵犯方面有更大效应，因为可便于受害者回到战争前的社区，方法是消除某些经常可能、但不适当地加诸于性暴力受害者身上的罪名。然而，由于在文化上保存性别方面的陈规定型观念，并不是显而易见地就可以证明：所有这类侵犯的幸存者会愿意或能够站出来，或者是因为她们害怕招致更大的恶名，或者是因为害怕报复。因此冲突后程序中的当地法庭应当被评估，其依据是它们能不能够确保受害者和被告双方的权利都能在独立和公正的法庭前得到公正对待。

B. 国内法和程序的常见弱点

95. 在评估本国司法制度审判国际罪行权力中一个关键性的内容，是在什么程度上能适当地作为普遍关切的问题，保护妇女权利使她们能够与男子平等地向法庭提出法律申诉并维护自己。在本国的起诉中，武装冲突中性奴役和性暴力罪行一般应作为国际、而非国内罪行审判，因此将适用国际诉讼规则、包括接受证据等。然而，如某些国内刑事诉讼法或证据法规则仍适用，就还会有基于性别的陈规旧套和国内诉讼法的偏差，在评估国内法庭判决针对妇女侵犯人权和人道主义法的案件时的普遍权力方面应当将这些因素考虑在内。例如，在某些法制中，强奸罪没有适当地被界定为针对个人人身的暴力行为。而在另一些法制中，证据规则将妇女出庭提出的证据降低法律分量，造成法律障碍。这种方法必然阻挠对针对妇女的罪行顺利起诉。同样，一种法制对性暴力行为、包括强奸和性奴役罪所采取的一般性方法也是附加、但同样重要的要素，在评估对武装冲突中发生的强奸行为和性奴役行为是进行本国还是国际起诉更为有益的全面情况时应予考虑。例如，某些法制强调强奸幸存者的非道德地位，而不是强调犯罪者所犯罪行的暴力性质。

96. 对国内法制进行的普遍调查显示：以下一些基于性别的歧视已在各国刑事法和法律体系中被编纂为法律，例如：强奸和其他形式的性攻击被界定为对群体而

非对个人受害者的罪行，尽管非性的攻击却被界定为是对个人受害者的罪行；强奸被界定为男人对女人(这个女人不是他的妻子)的犯罪行为，尽管男人也可以成为性暴力的受害者；诉讼法要求妇女独立地通过检察长办公室对强奸行为的诉讼启动；证据法对妇女提出的证据给予较轻的重视；证据法在强奸和性攻击案件中，要求妇女提供男人的旁证；实质性法律规定：一个已婚女人如果不能确证她曾被强奸，就可被控与人通奸；性暴力的量刑，竟允许被裁定犯有强奸罪的男人，如果娶受害者为妻则可以免受惩罚；有些法律禁止妇女担任法官或事实调查者；有些法律禁止妇女接触堕胎、避孕或生殖方面的资料；同时还缺少适当的、以性别为特征的证据保护方案——使性和性别暴力的幸存者可能受到报复性攻击的伤害，或者在保护方面受男性亲属支配——，而正是这些亲属经常把幸存者看成是“有辱家门的女人”。

97. 性别偏差和歧视同样在许多家庭和个人地位的各国法律中表现出来。例如，在某些国内法制中，妇女被认为处于男性亲属法律监护之下，因此被否认具有法律能力签订有关劳工或服务的合同，被否认可拥有或支配财产，或被否认有权以自己的名义为遭到的损失或伤害索赔或领取赔偿。人道主义法关于“家庭荣誉”概念的焦点成为一种历史性联系，有助于这种现代的否认，使妇女在法律面前不具有个人人格。

98. 由于国内法和诉讼程序上的常见弱点，本报告呼吁对正在起草的国际刑事法庭规约草案(A/CONF.183/2/Add.1)给予广义理解，该规约草案可以要求对这类罪行在法庭的司法管辖范围内进行国际起诉，如果拥有对这类罪行司法管辖权的国家不愿意或不能够进行调查或起诉，或者如果国内法或诉讼程序不能够在保障受害者伸张正义，以及被告得到公正审判的权利方面不能做到、或无效的话。

99. 在审议评估一个国内法制的权力方面的一个重要的要素，即评估它能否裁判国际罪行、包括涉及性奴役或性暴力的罪行，就在于关于死刑的可能执行问题。由于国际社会已承诺逐步消除死刑判决以及其他野蛮的刑法，看起来这将不符合国际原则和目标，即促进对人的生命和尊严的尊重；因而不允许法庭对国际罪行判决死刑，除非事先放弃可能的死刑执行。

100. 然而，虽然有上述各种各样、相互关联的关切涉及国内程序法，在适当的时候，一般说来本国起诉仍优于国际起诉，以用于大部分性奴役或性暴力罪行，作为调查这类罪行和防止重犯的有效手段。虽然国际社会现在期待即将建立的国际

刑事法庭，看来关键在于国内法庭将继续在本国一级起诉在武装冲突中犯下的国际罪行，因为国际起诉的程序、即使在国际刑事法庭，看来只能用于每年所犯下的违法行为中的很少一部分。

八、建 议

101. 结束目前存在着的武装冲突中性暴力和性奴役行为遭受惩罚的循环，看来要求国际社会的政治意愿以及协调行动，包括联合国、各国政府和非政府的行动者。发挥现有法律框架的效能和可行性是这类行动的一个关键要素。至少以下的实际步骤应立即采取：

102. 本国立法。各国应当颁布特别立法，包含将国际刑事法列入国内法律制度中。本国法律有关国际刑事法的编纂应特别惩处奴役行为以及性暴力行为、包括强奸，作为对日内瓦各项公约的严重违反、战争罪行、酷刑和反人类罪行以及种族灭绝罪行的构成行为。军事条例、行为准则以及着制服人员和军队的培训资料都应当明文规定禁止武装冲突中的性暴力和性奴役行为。各国应根据第四次日内瓦公约第 146 条搜寻并将犯有严重违背日内瓦各项公约的犯罪者绳之以法。各国还应当仿效比利时和加拿大，颁布立法，对包括国家或非国家行动者犯下性奴役和性以及性别有关的暴行，也包括武装集团不在国家权力之下所犯此类罪行的普遍司法管辖范围。小组委员会与其他联合国相关机构协调，应当促成由秘书长作出公开报告，阐明已采取那些步骤，将人道主义法纳入本国法律制度，以及在什么程度上本国法律规定了裁判范围，以起诉在领土范围内或国家裁判管辖内的那些人员，如果他们被控犯有严重违反日内瓦公约的罪行、以及在其他国家犯下的反人类罪、奴役、种族灭绝或酷刑罪。小组委员会可能希望要求本报告作者促成召集一次专家会议，包括总检察长办公室、司法部、本国检察官(来自不同法律体系)、前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际法庭检察长办公室的代表、联合国人权事务高级专员办事处的代表和联合国其他各相关方案、机构的代表以及专家(例如预防犯罪和刑事司法委员会的专家)或委员会关于对妇女暴力问题的特别报告员，以及其他相关的国际、政府和非政府组织的代表，以便编写和散发有关在本国法庭有效起诉性暴力国际罪行的指导方针。

103. 在国内法和国内诉讼程序中消除性别偏向。各国应确保其法律制度在各级符合国际公认的准则，并能够裁判国际罪行和在没有性别偏差的情况下管理司法。本国法庭以及正式和习惯法和惯例都不应歧视妇女，在实质性的法律定义或证据程序问题方面均应如此。不过应重新审议并修订本国法律和做法，以确保促进男女在平等的基础上伸张正义；各级和所有法律制度部门、在适当的地方还应包括军事或宗教法庭，应规定实际补救途径和形式以纠正对国际法的违反，包括起诉犯罪者和赔偿受害者。为使联合国各机构和实体、特别是有关对妇女暴力问题特别报告员的努力取得成功，并根据行动纲领的要求，小组委员会应同联合国系统内其他有关机构和方案一起，促进发表定期资料，说明在本国法律制度的各个级别取证和诉讼程序的法律和规则方面有碍惩处暴力、特别是针对妇女的性暴力有哪些不利因素，以及关于采取了哪些措施按照国际人权标准来克服这些因素。

104. 对受害者和证人提供足够的保护。在有关国际罪行、包括涉及性暴力(不论是在国际或本国一级)的程序，重要的是保护所有受害者和证人免受威胁、打击和报复，在诉讼和其后各阶段均应如此，尤其是这类性暴力国际罪行的罪犯或嫌疑犯尚未被逮捕时。看来有必要采取措施转移证人住址、或保护其身份。应动员各种资源、结构和足够的人员以支持保护证人的方案并预先准备帮助受害者和证人的协助措施，包括在审判全过程中雇用女性口译人员，不论审判是在国际或国内一级进行(也包括其后必要的时期)。

105. 对受害者提供适当协助服务。除去诉讼本身所需的调查和法律服务外，性暴力受害者应享受适当支持、特别是心理社会咨询及法律协助、紧急医疗服务和性知识健康服务，以适应于性暴力造成的灾难性后果，包括非自愿怀孕、性传染病和器官残害。既然强奸继续被人道主义法各项规定认为是对荣誉的损害，即应认为是对任何人人格固有荣誉和尊严的损害。将强奸等同基于性别的所谓“妇女荣誉观”的概念，其本身就特别包含着这样的危险：即低估对受害者的后果及无意中使受害者受辱，结果却限制了寻求补救和赔偿的途径，并妨碍受害者的身心健康。性暴力行为受害者经常面临各方抵制和家属以及社区的歧视，它们的某些成员认为她们是“被沾污的”或已以某种形式被“剥夺了荣誉”。这就使她们回归社会的前景变得更加黯淡。这种对性暴力行为受害者的毁灭性态度应当积极地反对之，以当局展开和当地妇女协会协同的运动进行，并根据各国有国际义务终止在男女性别上侮辱性的

陈规旧套而予以制止。各国应重新审议并在必要时修订有关提供庇护和难民地位的程序，以便在实际上承认在武装冲突时期，所有遭性迫害或基于性别迫害的人获得难民地位。为便于提出申诉，应提供合格的口译员和律师。

106. 国际常设刑事法庭的方案。联合国人权事务高级专员应促进在各种负责实施国际刑事法庭规约的实体代表间进行经常对话，包括人权委员会有关专家和小组委员会及前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际法庭检察官处的代表。为促进这种对话，高级专员应召开一次会议，以编写有关原则并评估可动员哪些资源以在调查和程序中充分注意国际刑事法庭的作用；并在工作人员征聘和运作中充分考虑有关性别特点的各种因素。为此应实施的战略包括在各级培训注意到性别特征的工作人员，以及起草有关就性暴力问题采取司法行动中的方针，包括有关与非政府及妇女协会合作求证的有效技术问题。

107. 认证事实以便开始法律起诉。联合国人权事务高级专员应在当地任务内和其他活动范围内，领导那些旨在收集武装冲突中性暴力行为证据和便利确认证据的活动。为此联合国人员应得到特殊培训。高级专员本人应承诺优先考虑此种活动。应采取若干措施以保证女性口译人员参与高级专员办事处进行或协调的所有监督工作，包括某些机构协调的工作，应动员这些机制保护敢于亮相的证人和受害者的身份。认证事实的工作应在可能对负责任者进行起诉的前景下组织，应考虑有可能设立一些机制，以便在国际法庭采取法律程序。在就武装冲突中发生的性暴力取证的调查过程中，应协调各种努力并与本国或国际调查组织和非政府人道主义组织、援救机构、医疗人员、记者和所有其他的行动者合作，同时不要使受害者和证人受到震动，让他们叙述自己的经历。认定事实和调查性暴力罪行的方法应估计到有可能从其他可信来源收集资料，如地方妇女协会、人权观察员和医务人员。

108. 在敌对行动终止时应采取的措施。在敌对行动终止时，越来越经常发生的情况是：有关各方在和平协定中列入“有关人权的章目”，使各方承诺批准和遵守人权国际文书和原则。另一方面，起诉罪犯并对武装冲突中国际罪行受害者赔偿，一般不列入和平谈判和和约所涉各种问题。实际上，经常出现这样的情况：严重违反日内瓦公约的罪行或违法的责任者以及其他战争罪行、反人类罪行、奴役、种族灭绝和酷刑的责任者竟被赦免。在所有武装冲突结束时，其他敌对行动和任何导致国家权力转移的情况发生时，各国应在和约中明文列入旨在打破逍遥法外怪圈的条

款，并确保性奴役和性暴力、包括强奸，应实际导致被调查和进行补偿。此外，和约在赔偿和其他任何法律补偿方面，不应归结为取消人权遭到违反受害者的权利，除非和约本身即已构成这方面适用的行政程序机制。国际社会、特别是联合国应对恢复有效国家法律制度提供最大限度的支持，使这种制度能为停止敌对行动发挥作用，且不具有歧视性，并使在冲突中犯下国际罪行的罪犯、特别是性暴力行为的罪犯得到应有追究。

109. 考虑到性别特点而有效进行的工作。当有关人权的国际法以及人道主义法规适用于大部分性暴力行为和奴役的男女犯罪者，以性别为特征的性质和后果应在所有司法行动或司法外行动中予以考虑，以便对此种现象进行斗争，特别是在预防、调查、起诉和赔偿程序等各项措施中，以及在参与冲突的人员培训中均应如此。这种考虑性别差别的态度，旨在使任何性暴力行为不能继续逍遥法外。显然妇女经常很容易遭到性暴力。这个危险由于她们受到所有法律制度、和一般说来在整个社会都遭到歧视就更为加剧，尽管在各地程度不等。这种歧视特别常见，如果除了妇女地位之外还加上属于种族、民族或宗教中的少数人的话。同时当我们提到武装冲突时，特别不应忘记性暴力受害者同样大多数也饱受其他形式暴力之苦。例如应避免仅仅把妇女看成“强奸的受害者”，这个概念并没有反映出这些妇女遭受的全面损害。将性别特点列入所建立的法律框架内以便对蓄意强奸和性奴役进行斗争，有助于仔细确定一次冲突各方所应承担的全部义务和责任，并有助于制订一些具体措施，以确保预防、调查和刑事及民事补救，包括对受害者进行赔偿。

九、结 论

110. 正如马歇尔女士在最后报告中所指出：“如果说象暗杀和酷刑这类行为早就被列入战争罪行的类别中，强奸在长时期里被降为次要的、不可避免的、令人遗憾的战争现象(A/51/306,第91段)。但我们有关刑事诉讼程序就在武装冲突期间发生的性暴力已出现态度上的变化，而被列入严重国际罪行的范围。国际社会多方努力，以便终止此类罪行逍遥法外的恶性循环，使受害者和罪犯者得到公正对待和处理。现已有前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际法庭和即将建立的国际刑事法庭，这

是正在进步的迹象。这一运动是为了申张正义，我们有理由对此表示欢迎。希望这些法庭能够竭尽全力，以便在这方面实施尽可能的最佳做法。

111. 国际人道主义法以及人权法和现有刑法的法律框架应惩罚在武装冲突时期犯下的性暴力罪行，虽然有时缺少明确性，但仍然毫不含糊地禁止并加罪于性暴力和性奴役，在大多数情况下也规定了司法管辖的普遍性。国际法还必须更好地考虑妇女的经历以及加诸她们的种种苦难、特别是在武装冲突下的真实性质，并以对妇女有利的一贯做法建立法律框架，这应成为主要的努力目标。同样重要的是，缺少政治意愿将成为在武装冲突时犯下的性暴力和性奴役行为得到切实惩罚和给予有效赔偿的主要障碍。

112. 当我们掌握必要因素以认定性暴力构成同奴役、反人类罪、种族灭绝罪、酷刑或战争罪同样严重的国际犯罪行为时，即应以这样的性质来论处，并导致被控、起诉和赔偿。应立即采取具体措施，包括在现正处于武装冲突或暴力状态的那些国家中，以便：(a) 使性暴力和性奴役的案例被一一调查，并辅以证据；(b) 法律文书付诸实施并且将此种行为的犯罪者绳之以法；(c) 这些做法的受害者应在民事和刑事方面得到充分补偿，包括必要时以赔偿金形式补偿。有关奴役、包括性奴役的国际犯罪成为极重要和有益的基础，可用以反对在武装冲突时期对妇女犯下恶劣暴力罪行，因为禁止奴役包括性奴役的国际犯罪是一种强制法准则，自然导致裁判管辖权的普遍性。

113. 犯下奴役行为、反人类罪、种族灭绝罪、酷刑罪和战争罪的那些个人，不管是否代表国家，都应当在本国和国际一级被认为对其行为负责，依据案情和存在可公正审判这类案件的法庭并申张正义的情况处理。严格实施国际法律，有关指挥责任问题的准则，适用于特定等级结构中的一切权力拥有者，可防止未来武装冲突中性暴力行为和其他针对妇女的罪行，并有助于实现保护、惩处和遏制的诸项目标。经常出现的情况是：毫无疑问更有效的办法是把资源集中于起诉在国际一级对诸如反人类或种族灭绝罪负有责任、或不曾采取措施以防止针对妇女和女孩的性暴力或性奴役的军官，并在本国裁判管辖范围内以相应国际罪名起诉上述行为的执行者。此外，挑动或推动第三者犯下国际罪行或作为同谋参与罪行者，也应对其行为或酌情对无所作为承担责任。

114. 对我们所有人不体面的事实是，国际社会耽误过多时间，才关心前南斯拉夫和卢旺达的冲突，尽管有种种消息已报道对男男女女生命和自由的大规模侵犯，包括使用强奸和其他形式性暴力作为战争中的战术。当此种行为数目众多、经常出现并逍遥法外时，强奸和其他形式的性暴力是正在出现大冲突的重要前兆，而这些征兆应像有关大规模处决和放逐等信息一样具有同等严重性。国际社会应迅速对此种武装冲突形势的早期警报迅速作出反应，而人道主义、外交和预防性干预应包括对此类性暴力或基于性别的暴力进行斗争的手段。

115. 武装冲突加剧了每时每刻、到处见的针对妇女的歧视和暴力。为结束暴力行为不断升级，应保护并促进妇女在参与社会的经济、社会和文化生活方面的平等的权利。如果没有妇女的全面平等和充分参与，任何防止武装冲突时期蓄意强奸和奴役的措施和重建战后社会结构的努力都将归于失败。

注

¹ 特别报告员感谢下列人员协助编写本报告： Stephen Bowen 、 Mark Bromley 、 Alice M. Miller 和 Alison N. Stewart 。此外，特别报告员还感谢下列人员在编写本研究报告期间提供专家指导： Kelly Askin 、 M. Cherif Bassiouni 、 Diane Orentlicher 、 Patricia Viseur Sellers 和 David Weissbrodt 。

² 关于讨论情况，见 Hilary Charlesworth ， Christine Chinkin and Shelley Wright ， “ Feminist approaches to international law ”， American Journal of International Law ， vol.85,1991 。

³ Madeline Morris ， “ By force fo arms： rape ， war ， and military culture ”， Duke Law Journal ， vol.45,1996 。

⁴ “性别(gender)”一词系指妇女和男子在公共生活和私人生活中的社会构成作用，性别(gender)有别于“生理性别(sex)”，后者是生物定性。 Donna Sullivan ， Integraton of Women’s Human Rights into the Work of the Special Rapporteurs ， (New York： UNIFEM ， 1996)。

⁵ 见《北京宣言》和《行动纲要》(A/CONF/177/20)第 131-149 段；特别报告员拉迪卡·库马拉斯瓦米关于对妇女的暴力、其根源和后果的报告(E/CN.4/1998/54)，第 8-18 段。

⁶ M. Cherif Bassiouni ， Sexual Violence： An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia ， Occasional Paper No. 1, International Human Rights Law Institute ， DePaul University College of Law (1996)， p. 3 。

⁷ Human Rights Watch , *Shattered Lives : Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath* , New York , 1996,p.62 。

⁸ 见前南斯拉夫国际刑事法庭(前南法庭),检方诉 Tadic 案, IT-94-1-T 号案件(1997 年 5 月 7 日审判庭判决)。

⁹ 前南法庭,对米尔科维奇和其他人的起诉书, IT-95-9-I 号案件(1995 年 7 月 21 日), 第 31 段。

¹⁰ 强奸和性攻击:法律研究报告。依照安全理事会第 780(1992)号决议设立的联合国专家委员会的最后报告(S/1994/674/Add.2(Vol.I)附件二), 第 2 段。

¹¹ 同上,注 4(其中指出:“国际人道主义法中没有明确提到同性恋性质的暴力罪行……国际人道主义法提供保护使人免遭强奸和其他性攻击,因此既适用于妇女,也适用于男子,这一点是毫无疑问的,因为不受歧视(此处是基于性别的歧视)的国际人权不得减损。”)。

¹² 前南法庭《程序和证据规则》(1997 年 7 月 25 日修正),第 96 条(性攻击的证据);卢旺达国际法庭《程序和证据规则》于 1995 年 6 月 29 日生效。

¹³ 同上。

¹⁴ M. Cherif Bassiouni , “Enslavement as an International Crime”, *New York University Journal of International Law and Politics* vol. 23 (1991) p. 458 。

¹⁵ 例如,见前南法庭,对 Gagovic 和其他人的起诉书, IT-96-23-I 号案件(1996 年 6 月 26 日) [以下称为福查起诉书]。

¹⁶ 例如,见 Betsy Apple , *School for Rape : The Burmese Military and Sexual Violence* (1998), p. 49 。

¹⁷ 库马拉斯瓦米(E/CN.4/1998/54,第 42 段)。毫无疑问,武装冲突期间性奴役和性暴力的许多受害者是儿童,秘书长任命进行武装冲突对儿童的影响之研究的专家格拉萨·马希尔女士在其最后报告(1996 年 8 月 26 日 A/51/306 号文件,第 45 段)中指出,

“在危地马拉,反叛集团利用女童做饭,伺候伤员和洗衣服,女童还可被迫提供性服务。在乌干达,被上帝的援兵的军队劫持的女童被“嫁给”反叛领导人。如果这个男人死了,该女童守在一旁进行清洗仪式,然后被嫁给另一个反叛者。”

¹⁸ 马希尔;同上,第 91 段。“尽管长期以来人们把诸如谋杀和酷刑之类的虐待作为战争罪行谴责,但却把强奸轻描淡写为不幸但却是不可避免的战争的副作用。”

¹⁹ M. Cherif Bassiouni , *International Crimes : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* , in Bassiouni and Madeline H. Morris , (eds.), *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* , 1996, p. 68 。

²⁰ 同上,第 65-66 页。

²¹ 同上。

²² 见前南法庭，Tadic 案件，第 VI.D.2.ii.a. 节。前南法庭的一个审判庭指出，“现在完全确定，如果这些行为是普遍或蓄意实施的，就符合关于行为是针对平民‘人口’的要求。以上任何一种情况都足以排除孤立的行为或任意的行为”。

²³ 《纽伦堡国际军事法庭宪章》(1945 年)第 6(c)条将危害人类罪界定为“在战前或战时，对平民施行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他任何非人道行为；或基于政治的、种族的或宗教的理由，而为执行或有关于本法庭裁决权内之任何犯罪而做出的迫害行为，致其是否违反犯罪之国内法在所不问。”另见依照安全理事会第 780(1994)号决议设立的联合国专家委员会最后报告(S/1994/674)，第 83 段。

²⁴ 前南法庭，Tadic 案件，上诉庭 1995 年 10 月 2 日关于管辖权的裁决，第 141 段(其中指出，习惯国际法的既定规则是，危害人类罪无需涉及国际武装冲突)。

²⁵ Theodor Meron, “Rape as a crime under international humanitarian law”, American Journal of International Law, Vol. 87, 1993, p. 428。

²⁶ M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1992), p. 251。作者指出：

“不可想像的是，任何目标群体，不论其亲和力如何，竟然被排除在[免遭危害人类罪的理由]之外。歧视的因素证明了这一罪行的集体性质其范围不应受任何限制，对于应列入受歧视群体的人不应有任何数量或数字标准。”

²⁷ 《纽伦堡国际军事法庭宪章》第 6(c)条；《远东国际军事法庭宪章》第 5(c)条；关于“惩处犯有危害和平和人类战争罪者”的《第 10 号盟国管制委员会法》第 1(c)条。(译者注：由于中文顺序的原因，注 27 和 28 对调)

²⁸ 同注 26。另见专家委员会的报告(S/1994/674)，第 107 段。

²⁹ 安全理事会第 827(1993)号决议，附件。

³⁰ 安全理事会第 955(1994)号决议，附件。

³¹ 福查起诉书，见以上注 15，起诉理由 56、57、61 和 62，第 12.2 和 12.5 段。

³² 《巴塞罗那有轨电车、电灯和电力有限公司案(比利时诉西班牙)，1970 年 2 月 5 日判决书：国际法庭 1970 年报告》，第 32 页。

³³ John P. Humphrey, The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century, reprinted in Richard B. Lillich, International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice(2nd ed.,)(Boston, Toronto: Little Brown & Co., 1991), p. 1。

“至 1885 年，《中非问题柏林会议总文件》申明：“按照国际法原则，禁止贩卖奴隶”。1889 年，布鲁塞尔会议不仅谴责奴役和奴隶贩卖，而且议定了取缔这种行为的措施，其中包括相互授权搜查、拦截和讯问贩奴船舶。国际联盟和联合国继续展开这项工作。”

³⁴ 《国际法院关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》所作保留的咨询意见，国际法院 1951 年报告》，第 15 页。

³⁵ 专家委员会的报告(S/1994/674)，第 313 段。

³⁶ Yoram Dinstein, “International criminal law”, Israel Yearbook on Human Rights, vol. 5, 1975, reprinted in Henry J. Steiner and Philip Alston, International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals(Oxford, Clarendon Press, 1996), pp. 1025, 1028(其中指出,“如果谋杀某人的行为是旨在消灭该受害者所属群体的一系列行为之一部分,该行为也可定性为灭绝种族。”)

³⁷ 酷刑问题特别报告员提交人权委员会第四十二届会议的报告(E/CN.4/1985/15,第 119 段); International Human Rights Law Group, Token Gestures: Women’s Human Rights and UN Reporting, 1993, pp. 6-11。

³⁸ 消除对妇女歧视委员会,第 19 号一般性建议(1992 年,第十一届会议),第 6 段。

³⁹ 《尼加拉瓜境内针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国), 1986 年 6 月 17 日判决书,国际法院 1986 年报告》,第 114 页。(其中认定,日内瓦四公约共同第 3 条阐述的规则表明了习惯国际法,因此代表基本人道考虑)。

⁴⁰ 《国际法委员会第三十二届会议工作报告,大会第三十五届会议正式记录,补编第 10 号》(A/32/10)(1980)。

⁴¹ 《改善战地武装部队伤者、病者境遇日内瓦(第一)公约》第 49 条;《关于战时保护平民之日内瓦(第四)公约》第 146 条。

⁴² 一般来说,1949 年日内瓦四公约关于严重违约的规定意在使“受保护者”受益,《日内瓦第四公约》第 4 条对“受保护者”的定义为“在冲突或占领之场合,于一定期间内及依不论何种方式,处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人”。关于严重违约的规定还旨在适用涉及到一个或若干个日内瓦四公约缔约国的国际武装冲突。四公约共同第 3 条和《日内瓦公约第二附加议定书》在非国际性冲突中提供比较有限的保护。

前南法庭上诉庭(在 Tadic 案中)裁决,即使作为习惯国际法,日内瓦四公约关于严重违约的规定也仅仅适用于国际武装冲突的情况。然而评论员们批评此项决定,认为它的范围不够广泛。Theodor Meron, “The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law”, American Journal of International Law, vol. 90, p. 243。

⁴³ 单一的强奸行为就足以构成战争罪。专家委员会的报告(S/1994/674),第 105 段和关于强奸和性攻击的报告(S/1994/674/Add.2(Vol.I),附件二,第 16 段。

⁴⁴ International Committee of the Red Cross, Aide-Mémoire, 3 December 1992。See also Meron, supra note 25. p. 26。

⁴⁵ 同上,另见 Amnesty International, Bosnia and Herzegovina: Rape and Sexual Abuses by Armed Forces, 1993。

⁴⁶ 应该认为，1907年《海牙第四公约》所附的《条例》至少在1939年已取得了习惯国际法的地位。Judgement of the Nuernberg Tribunal, in American Journal of International Law, vol. 41, 1947。

⁴⁷ 同上。

⁴⁸ U. Dolgopol and S. Paranjape, Comfort Women: An Unfinished Ordeal, International Commission of Jurists, 1993, pp. 135-136。

⁴⁹ 多数纽伦堡奴役劳动案件指称，《海牙公约条例》关于家庭荣誉的第46条以及关于可能需要平民进行的强迫劳动类别的第52条受到了违反。另见Bassiouni supra, 以上注14。

⁵⁰ 重要的是，《日内瓦第四公约》第27条和第147条直接提及奴役或类似奴役做法的某些方面。《关于战俘待遇之日内瓦(第三)公约》第49-57条提及奴役有关罪行，这几条对战俘的劳动，特别是对有害健康、危险或有辱人格的劳动作出了具体规定。此外，《日内瓦第三公约》第130条认定“故意杀害、酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”的行为为严重破坏公约行为。与第130条结合起来理解，《日内瓦第三公约》第49-57条禁止作为严重破坏公约行为的各种形式的奴役。Bassiouni supra, 以上注14, 第510-512页。

⁵¹ Jean S. Pictet et al.(eds.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War(Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958), p. 598(commentary on art. 147); Meron, supra note 25; Anne Tierney Goldstein, Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law, 1993, pp. 9-11。

⁵² 福查起诉书，以上注31。

⁵³ 同上，第10.2段。

⁵⁴ 本报告承认，目前各国正在查明和纠正确实存在的现行准则适用于国内暴力情况任何限制。秘书长根据人权委员会第1997/21号决议提交的分析报告，努力确定一个最低限度人道主义标准的框架，并将人权法的局限性和缺点归纳为以下三大类：(1)对减损的关注；(2)关于人权标准规定武装团体责任的问题；以及(3)人权标准缺乏针对性因而无法有效运用于国际暴力的情况(E/CN.4/1998/87, 第40段)。

⁵⁵ 前南法庭，Tadic案，上诉庭决定，第84和第89段。

⁵⁶ 《尼加拉瓜诉美国案》，以上注39, 第14页。

⁵⁷ 另见《第二附加议定书》第4(2)(5)条(其中禁止“对人身尊严的侵犯，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 Theodor Meron, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection (Cambridge, Grotius Publ., 1987), pp. 44-50。

⁵⁹ Pictet, 见上注 51, 第 36 页。

⁶⁰ 同上 (其中指出, 第 3 条的适用范围“必须尽可能广泛”, 因为第 3 条“仅仅要求尊重某些规则, 这些规则早在该公约签署之前就已被确认为所有文明国家必须遵守并载于有关国家国内法。”)

⁶¹ 《前南法庭规约》第 7 条; 《卢旺达法庭规约》第 6 条。

⁶² 专家委员会的报告(S/1994/674), 第 55 段。

⁶³ 同上, 第 313 段。

⁶⁴ 前南法庭, 对米尔科维奇的起诉书, 第 31、33 和第 34 段。

⁶⁵ 同上。

⁶⁶ Human Rights Watch, supra note 7, pp. 15-19; Jamie Frederic Metzl, “Rwandan genocide and the international law of radio jamming”, American Journal of International Law, vol. 91, pp. 628-634, 650。

⁶⁷ Ibid., p.18; Human Rights Watch, War Crimes in Bosnia-Herzegovina, vol. II, 1993, pp. 166-167。

⁶⁸ Metzl, supra note 66, p. 636(citing Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuernberg, 1947, p. 548)。

⁶⁹ Edith Coron, “Papon verdict condemns a collaborator and an era”, The European, 6 April 1998。

⁷⁰ For example, the French courts in 1987 upheld the conviction of Nazi war criminal Klaus Barbie for crimes against humanity. International Law Review, vol. 78, 1988。

⁷¹ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4th ed., (Oxford: Clarendon Press, 1990), p. 485。

附 录

对日本政府就在二次世界大战期间设立的 “慰安所”所付法律责任的分析

导 言

1. 在 1932 年至第二次世界大战结束期间，日本政府和日本皇军强迫约 20 万妇女在亚洲各处的强奸中心从事性奴役。这些强奸中心经常被以令人厌恶的方式委婉地说成“慰安妇营”。这些“慰安妇”¹ 大多数来自朝鲜，然而还有许多是从中国、印度尼西亚、菲律宾和其他由日本政府控制的亚洲国家中强征来的。在过去十年内，由越来越多的从这些暴行之中幸存下来的妇女站出来要求就这些罪行得到赔偿。本附件完全根据由日本政府本身审查日本军官在第二次世界大战期间设立、监督和维持强奸中心的过程中所确立的事实。本附件以日本政府供认的这些事实为根据寻求评估日本政府对第二次世界大战期间在“慰安所”中奴役和强奸妇女目前所负的法律責任。虽然这种责任可能有很多原因，本报告侧重于有关奴役、危害人类罪和战争罪行等最为严重的国际罪行。该附件还说明了以国际刑法为依据的法律框架并审查了幸存者可能提出的有关赔偿的索赔。

一、日本政府的立场

2. 在许多年以来一直闭口不谈日本军方在多大程度上直接参与了在第二次世界大战期间设立和监督强奸中心之后，在 1993 年 8 月 4 日日本内阁外务参事室的一份题为“有关战时‘慰安妇’问题”的官方研究报告和在同一天官房长官的声明中日本政府对其本身在多大程度上参与设立“慰安所”最终予以了承认。该研究报告包括对战时档案的审查以及对军方人士和前“慰安妇”的采访。正如在本附件中所讨论的，1993 年的研究报告强调了“慰安妇”缺乏个人和性自主权并且对这些妇女的健康以将她们视作奴隶的方式对待。

3. 日本政府最近对“慰安妇”的“问题”作了若干公开道歉。最为引人注意的是，1995 年 7 月，在第二次世界大战结束 50 周年之际，日本首相村山富市注意

到，“战争的创伤还很深”及“所谓‘战时慰安妇’的问题就是这样一个创伤，该创伤和当时日本军队的参与，严重玷污了许多妇女的尊严和体面。这是完全不可原谅的。对所有那些作为战时慰安妇身心受到永远无法弥合的创伤的人，我深表歉意。”²

4. 尽管有这些道歉和承认，日本政府继续否认对日本军方在有关“设立和管理”慰安所方面之行动负有法律责任。(见 E/CN.4/1996/137)。尤其是，在答复人权委员会关于对妇女暴力行为问题特别报告员拉迪卡·库马拉斯瓦米女士的一份报告(E/CN.4/1996/53/Add.1)中，日本政府举出若干重大理由坚决否认负有法律责任，其中最为重要的理由包括：(a) 不可回溯性适用国际刑法最近的发展或进展；(b) 奴役罪不能确切地说明通过“慰安所”所设立的制度及，根据第二次世界大战期间所适用的国际法，禁止奴役无论如何也未被确立为习惯规则；(c) 1907年海牙第4号公约所附的规章及第二次世界大战期间有效的可适用之国际法习惯规则均为禁止武装冲突期间的强奸行为；及(d) 战争法无论如何只能适用于由日本军方对敌国国民从事的行为，因而无法适用于日本军方针对日本或朝鲜国民的行为，因为朝鲜在第二次世界大战期间被并入日本。(上引)。

5. 在日本政府对日本军方直接参与“慰安所”道歉之后，日本政府于1995年7月设立了亚洲妇女基金“以保护日本和世界的妇女人权。”³ 亚洲妇女基金对“采取步骤减轻妇女今天所面临之问题”的妇女非政府组织提供资助；向妇女提供咨询服务；支持研究与学术活动；举行讨论影响妇女之问题的会议和大会；以及在“慰安妇”方面，通过从日本公众捐款直接筹集的“赎罪”基金，而推动向那些妇女转达日本人民想诚挚道歉和感到内疚的愿望”。⁴

6. 在有关索要法律赔偿方面，日本政府称，个别的“慰安妇”没有权利得到这类赔偿。此外，日本政府还称，这些妇女就赔偿所可能持有的任何个人索赔已经由在第二次世界大战结束之后日本和其他亚洲国家之间的和平条约和国际协议而得到了充分的满足。最后，日本政府还称，与第二次世界大战强奸中心有关的任何民事案件或刑事案件根据可适用之时效法规的规定，目前会有时效的限制(见 E/CN.4/1997/37)。

二、强奸中心的性质和范围

7. 目前很清楚，日本政府和军方在第二次世界大战期间均直接参与亚洲各地强奸中心的设立。在这些中心遭日本军方奴役的妇女——其中许多人年龄在 11 岁至 20 岁之间——均被安排住在日本人控制的亚洲各地，在这些地方，她们不得不每天承受多次强奸，蒙受残酷的人身侮辱并且冒着性传染疾病的危险。⁵ 据说，在这些妇女中仅有 25 % 的人能够从这种整天的摧残中死里逃生。⁶ 为获得这些“慰安妇”，日本军方使用了人身暴力、绑架、恫吓和欺骗。⁷

8. 由政府间组织和非政府组织进行的初步调查表明，存在三类“慰安所”：(1) 由日本军方直接管理和控制的“慰安所”；(2) 那些名义上归民间商人管理，但实际上属军方控制并完全供军方及其文职雇员使用的“慰安所”；及(3) 那些由私营实体管理，军方优先享用，但也向日本平民开放的“慰安所”。⁸ 第二类“慰安所”据信最为普遍。⁹ 显然日本政府承认对日本军方参与这些行动负有“道义上的责任”，日本始终否认所有法律上的责任。¹⁰

9. 日本政府自己的报告着重说明了下述有关事实。

- (a) 设立慰安所的原因：“慰安所在各地的设立是为了满足当时军事当局的请求。那一时期的内部政府文件所列举的有关设立慰安所的原因包括，防止因日本军人在当时由日本军方占领的地区对当地居民进行强奸和从事其他非法行为而造成反日情绪滋生的需要，防止因梅毒和其他疾病造成兵力消耗的需要及防止间谍的需要”；(见 E/CN.4/1996/137,14 页)
- (b) 时期和地点：“某些文件指出，在 1932 年所谓上海事件发生时，为驻扎在那里的部队在上海设立了慰安所，据猜测，大约自那时以后一直到第二次世界大战结束慰安所一直存在。随着战争的展开，后来慰安所的设施在规模和地理区域上均有所扩大，”(上引，第 14 至 15 页)。
- (c) 对民间经营人的军事控制：“许多慰安所是由民间经营人管理的，虽然在某些地区，有当时军方直接经营慰安所的情况。即使在慰安所由民间经营人管理的情况下，当时日本军方也通过下述方式直接参与设立和管理慰安所：准许开设慰安所、为慰安所提供设备、制订为慰安所

确定营业时间和税收的条例并且就使用慰安所预防措施等事项作出规定。”(上引,第16页)

- (d) 对健康条件的军事监督:“在监督慰安妇方面,为了对慰安妇和慰安所的卫生进行控制,当时的日本军方采取了种种措施,包括作为慰安所条例之一部分强制使用避孕剂并由军医对慰安妇进行有关梅毒和其他疾病的定期检查。”(上引)
- (e) 对行动自由的限制:“某些慰安所通过限制慰安妇的假期及根据慰安所条例限制慰安妇在假期的去向,而对慰安妇进行控制。显然,无论如何,在战区,这些妇女在军方一直控制之下被迫与军方一起行动而且她们被剥夺了自由并且不得不忍受苦难。”(上引)
- (f) 招募:“在许多情况下,私营招募者根据那些代表军方意图的慰安所经营者之意旨招募慰安妇。由于随着战争的扩展对慰安妇的需要增加,这些招募者在许多情况下使用欺骗和恫吓的手段强行招募这些妇女,而且有时甚至发生行政人员/军事人员直接参与招募的情况。”(上引,第17页)。
- (g) 运输:“在许多情况下,这些妇女是由军事船只和车辆运往战区的,在某些情况下,在日本失败而溃退过程中,这些妇女被扔在了后面。”(上引)。

10. 由日本政府提供的这些事实明确表明,与一再声称所谓“慰安妇”在私营妓院“工作”的说法相反,许多当时仍然是孩子的妇女实际上在强奸中心直接受到日本军方的奴役,或者在日本军方完全知情并支持下遭到奴役。在这些“慰安所”内被强行拘押的妇女和儿童当时所遭到的强奸和性暴力其规模之大唯有用危害人类罪这种说法方可恰当地描述该犯罪的性质。

三、实质性习惯国际法的主要规则

11. 本附件考虑到可适用于日本政府和日本皇军在第二次世界大战期间奴役“慰安妇”的习惯国际法规则,尤其重点考虑到将奴役和强奸作为战争罪行和危害人类罪而予以禁止的习惯国际规则。

A. 奴役和奴隶贩卖

12. 毫无疑问，早在“慰安所”设立之前奴役和奴隶贩卖就已经被禁止。在第二次世界大战之后的纽伦堡审判只是“明确无误的说明了在这之前国际法所暗含的内容，即，灭绝、奴役或驱逐平民系国际罪行。”¹¹ 实际上，禁止奴役尤其明确获得了绝对法的地位。¹² 因此，日本军方在第二次世界大战期间奴役亚洲各地的妇女既使在当时也明确违反了禁止奴役的习惯国际法。

13. 十九世纪初，许多国家已禁止输入奴隶，¹³ 在这一禁令的同时还制订了许多国际协议，根据这些协议，各国试图终止奴役和奴隶贩卖。¹⁴ 早在 1855 年就有一则国际仲裁案称，奴隶贩卖“为所有文明国家所禁止并违反万国法。”¹⁵ 自 1900 年，作为其基本形式的奴役制已几乎在大多数国家被完全根绝¹⁶ 尤其是，早在 1872 年一则案件中，日本判定秘鲁商人犯有奴役罪，从而似乎宣布日本事实上有史以来一直禁止奴隶贩卖。¹⁷

14. 自 1932 年，已拟定的以制止奴隶贩卖、奴役制或与奴役制有关的惯例为内容的国际协议至少有 20 个。¹⁸ 而且，作为能体现 1944 年各国情况之一一个典型意义的范例，几乎所有各国，包括日本在内，均在其国内法中禁止奴役。¹⁹ 例与在第二次世界大战之前国际上普遍谴责奴役，由国联制订，并且将奴役定义为“对人身地位或条件实施与所有权有关的任何或所有权利，”的 1926 年禁奴公约至少在第二次世界大战时显然被宣示为习惯国际法。²⁰

15. 禁止奴役的习惯性质也同样体现在平民待遇法的战争规则中。本世纪所通过的有关战争法的最为基本的国际文书之一，1907 年第四号海洋法公约，载有保护平民和交战方免受奴役和劳役的重要规定。第二次世界大战以后对纳粹战犯的纽伦堡审判再次确认，至第二次世界大战时，1907 年的海牙公约显然属于对习惯国际法的公开说明。²¹

16. 根据纽伦堡法庭正式宪章第 6 条(c)款，盟国判定被指控犯有“战争罪行”的若干战犯有罪。纽伦堡宪章中所载战争罪行尤其包括“对被占领土或被占领土上平民予以虐待或将他们驱赶作奴役或出于其他任何目的。”远东国际军事法庭宪章第 5 条(c)载有类似的措词。必须再次承认，根据国际法的这些规定对日本战犯和德国

战犯进行起诉显然是以以前存在的标准为根据的，²² 包括明确在第二次世界大战之前禁止奴役的标准为依据。²³

B. 作为战争罪行的强奸

17. 除奴役外，战争法还禁止强奸和强迫卖淫。有关战争规则的若干早期权威性渊源——最为显著的是 1983 年利伯规则——明确禁止在战争期间强奸或虐待妇女。²⁴ 而且，在第二次世界大战以后部分根据有关强迫卖淫和强奸的指控而对若干人进行了起诉，这进一步说明这些行为是非法的。²⁵ 1907 年海牙公约条例进一步规定，“家庭的尊严和权利必须得到尊重。”²⁶ 实际上，被视作宣示为习惯国际法并纳入海牙公约早先“家庭尊严”之措词的第四号日内瓦公约第 27 条²⁷ 明确说明“尤其应保护妇女使其尊严免遭任何攻击，尤其是免遭强奸、强迫卖淫、或任何形式的下流袭击。”虽然将强奸定义为危害妇女尊严罪，而不是暴力罪令人遗憾并且是不正确的，但至少自第一个“慰安所”设立时根据习惯国际法禁止强奸和强迫卖淫已成为不争的事实。²⁸

C. 危害人类罪

18. 在至少半个世纪以来，对个人进行全面或彻底的奴役也一直被公认为危害人类罪。对在武装冲突期间从事这类罪行尤其如此，尽管与武装冲突之联系已不再被视为危害人类罪的一个必要要素。

19. 纽伦堡宪章第 6 条(c)款和监督委员会(该委员会是为了加强进一步在全国范围内对二次世界大战以后在德国起诉战犯而设立的)第 10 号法令将“对平民进行的奴役、驱逐或其他非人道行为”列为危害人类罪。同样，东京国际远东军事法庭宪章第 5 条也将奴役、驱赶作奴工和其他不人道行为列为危害人类罪。

20. 除奴役外，根据纽伦堡宪章和东京国际远东军事法庭宪章所载对危害人类罪的传统表述，全面或有计划强奸行为也属于需全面禁止的“非人道行为”。²⁹ 最近有关危害人类罪的法规没有依赖有关“其他非人道行为”的附加规定，而是将在国内武装冲突或国际武装冲突期间所犯并针对任何平民的强奸明确列为危害人类罪。这一类对危害人类罪最近以法律形式的规定包括前南斯拉夫国际刑事法庭规约

第 5 条和卢旺达国际法庭第 3 条，这两条均明确地将奴役和强奸列为构成危害人类罪的行为。

21. 在就危害人类罪进行起诉方面，有关筹划、政策或蓄意企图之证据被普遍视为一个必要的要素。³⁰ 然而，面对大规模侵权行为而不采取行动就足以使该必要之要素得以成立。³¹ 此外，位居某种职位的军事人员和平民也可对危害人类罪负责。

四、实体法的适用

22. “慰安妇”所受之待遇符合“奴隶制”及“奴隶贩卖”的通常用法和 1926 年禁奴公约对奴隶制的定义，该公约将奴隶制定义为“对一人行使附属于所有权的任何或一切权利的地位或状况。”根据上文注意到的日本政府自己所承认的内容，这些妇女“被剥夺了自由”并且“被强行征募”。而且，某些妇女是被买来的并因而理所当然的符合传统形式的奴隶制。然而，金钱交换不是奴隶制唯一或甚至最为重要的标志。由于任何或所有“慰安妇”均在很大程度上丧失了自主，从而造成日本军方对待她们的作法与对待奴隶的作法类似，因此上述罪行的肇事者及其长官均显然应对奴役负刑事责任。就“慰安妇”的特殊情况而言，日本政府本身的研究报告再一次说明了这些与军队和军事设备一起进出战区的妇女在多大程度上被剥夺了个人自由，和性自主权及为了保护军队免受性传染疾病而使其生殖健康遭到象奴隶一样的荒唐的管制。

23. 在那些属于日本政府可声称技术上不符奴隶制定义的为数有限的情况中，“慰安妇”仍显然遭到了强奸并被关押在其关押条件至少不符合可允许之“牢狱”形式的条件下。³² 在有关被迫卖淫和强奸方面，日本政府承认，其行为严重伤害了许多妇女的体面和尊严。虽然未得到明确承认，但很明显，妇女所受到的伤害包括经常遭到强奸和被迫的性行为。因此，这些行为可理所当然地被定义为违犯战争法的强奸和被迫卖淫。

24. 由于这些犯罪之规模很大及日本军方显然参与了设立、维持和管理这些强奸中心，卷入或对“慰安所”负责的日本军官也可同样对危害人类罪负责。因此，

日本政府本身也负有就这些妇女和女孩因日本军方的行为而遭伤害予以赔偿的持续的义务。

五、 日本政府的辩护

A. 法律的追溯适用

25. 在纽伦堡审判期间，被告和某些评论者抗议说，对危害人类罪的起诉违反了法律原则(无法律即不构成犯罪)，因为这些罪行刚刚在法庭的宪章中得到界定，因而，被告的行为在行为发生时未违反国际法。³³ 日本就前“慰安妇”指控日本在奴役和强奸亚洲各地“慰安妇”上违反了习惯国际法也作了类似的声辩。³⁴

26. 如上文讨论的，日本政府声称日本军方在第二次世界大战期间的行为在行为发生时未遭禁止是因为在第二次世界大战期间未作为习惯规则明确禁止强奸和奴役的国际犯罪，这种说法很容易予以驳斥。类似的论调五十年前在纽伦堡审判期间第一次提出时没有说服力，出于上述原因今天他们仍然没有说服力。

B. 禁止奴隶制

27. 至第二次世界大战时，有关禁止奴隶制的国际习惯规则显然已予以确立，并被列在东京和纽伦堡宪章之中的，这两份宪章为在第二次世界大战结束之后的刑事审判作准备而将这些禁令编纂成习惯国际法。作为习惯国际法，禁止奴隶制的规定可根据战争法予以适用；或作为对重大侵权行为的禁止而予以单独适用，而不论武装冲突的性质或存在。

C. 强奸和强迫卖淫

28. 日本政府试图驳斥有关 1907 年第四号海牙公约使用“家庭体面”之语言保护“慰安妇”说法。它称，该公约“仅规定了若干一般原则，该公约缔约国可将这些原则作为对武装劳动力的指示等形式的国内法予以接受。”³⁵ 日本政府实际上声称，在第二次世界大战期间，强奸行为没有被海牙公约或战争法明确禁止。如上文所讨论的，下述事实证明这一解释不值一驳，即，海牙公约被接受为指导战争法

的习惯国际法，其他战争法渊源确认国际上禁止在武装冲突期间强奸平民。因此，“家庭体面”之语言中所载对强奸的禁止体现了一则在第二次世界大战期间具有约束力的国际法规则。

D. 朝鲜的地位

29. 日本还想以下述说法为由推脱责任，即，朝鲜妇女得不到禁止奴役和强奸的习惯国际法规则的保护，因为这些规则是以仅保护被占领土之平民而不是本国之平民的战争法为依据的。由于朝鲜在内阁期间已被割让给日本，该论调声称，这类规则不适用于朝鲜妇女。

30. 甚至在这些情况下，日本也无法免于负责。如上文所述，有关奴隶制的禁令并不完全依战争罪行为依据。作为在战时与和平时均可适用的习惯国际罪行和作为危害人类罪，这些行为均因其粗暴违反了习惯国际法被明确禁止，而无论罪行发生时朝鲜半岛的领土地位。因此，这些规则同样适用于朝鲜妇女，而无论她们是否是被占领土的平民。

六 补 偿

31. 根据习惯国际法，日本政府必须就针对“慰安妇”所犯下的暴行提供赔偿。赔偿应采取日本政府向前“慰安妇”给予个别赔偿的形式。另外一种形式是由国家代表那些以前曾是“慰安妇”的本国国民代为寻求赔偿。这些国家因此必须设立将这些资金分发给受害者的机制。此外，如上文所述，政府和军事人员也必须就他们在设立和维持强奸中心方面的罪责而受到起诉。

A. 个别刑事责任

32. 干了非法行为的个别日本军官和士兵必须对他们造成的伤害承担个人责任。鉴于50年已经过去了，凡可收集到足够的证据，则能够并必须将这些个人绳之以法。

33. 进行这类起诉的先例很多。1946年，由荷兰政府在印度尼西亚巴达维亚设立的临时法院军事法庭裁定9名日本士兵为强迫卖淫和强奸而犯有绑架女孩和妇

女的罪行。³⁶ 同样，菲律宾法庭裁定一名日本军官犯有强奸罪并判处他无期徒刑。³⁷ 纽伦堡法庭和东京法庭运用习惯国际法也裁定个别的军官、其指挥官、德国政府和日本政府对犯下战争罪和危害人类罪负有责任。1946年，联合国大会1946年12月第5(I)号决议重申，国际军事法庭宪章和国际远东军事法庭宪章中所提出的国际法原则系联合国成员国普遍承认的习惯国际法。

34. 而且，旧金山条约第11条规定，日本必须接受远东国际军事法庭和日本内外其他盟国审理战争罪行的法庭所作的判决。此外，虽然纽伦堡宪章在提及“危害人类罪”时使用了新的术语，但它实际上并未创立新的法律或者使以前为习惯国际法所允准之行为非法。据奥本海默称：

“整个战争法是以下述假定为依据的，即，其指令对各国及其国民均有约束力，而无论军人与否。就这点而言，在惩治欧洲轴心国主要战犯方面，作为1945年8月8日协议之附件的宪章没有任何创新的意思，因为该宪章确定了对战争罪行本身及它所称危害人类罪的个别责任。……”³⁸

根据这些先例，个别官员显然能够并应该因其罪行而受到惩治。

35. 除每一个个别士兵的责任外，军官和政府官员也应该对属于他们指挥的这些士兵和官员建立和维持“慰安所”负责。指挥责任说规定，上级官员必须对其下属所干的非法行为负责：(a) 如果上级知道并有理由知道这类行为即将发生并且没有采取任何预防行动；或者(b) 如果这些行为已经发生而上级未采取任何措施以防止这些行为的重新发生。³⁹ 该学说首先用作国际起诉的基础是在美国军事委员会审讯期间，该委员会审讯结果是裁定日本将军山下奉文对杀害数以万计的菲律宾和美国战俘负有罪责。然而，该学说之基本原则至少在第二次世界大战期间时就已经出现，当时在凡尔塞有人建议将德国的凯塞尔作为战犯予以审讯，因为他及他属下的指挥官“本来至少可以减缓在战争期间”其下属“所犯的暴行”。⁴⁰ 评说者将指挥者有责任的根据一直追溯至15世纪的法国⁴¹ 和公元前19的罗马帝国。⁴² 若干纽伦堡审判和战后对美国上校迈丁纳就1969年越南迈莱屠杀而进行的审判——应该注意到，是适用以前存在的习惯规则的起诉——最为清楚地阐明了这项原则。

36. 日本军方普遍和有计划地参与设立和管理“慰安所”可以肯定日本军方的高级官员必须是实际了解或经推断可以了解“慰安所”的存在的。也应该注意到，

曾参与或对“慰安所”负责的日本中级军官不可以“上级命令”作辩护而逃脱刑事责任，因为只有减轻实际给予的任何惩治方面方可考虑这样一种声称。⁴³

37. 在对具体执行“慰安所”制度方面负责的人进行刑事起诉方面，日本显然是最为适当的地点。声援被日本征作性奴役之妇女的朝鲜委员会于1994年向东京总检察长提出控诉，寻求对参与“慰安所”之活动的日本军官和其他人提出刑事起诉。⁴⁴ 日本政府应作为紧急事项就此控诉采取行动并应寻求对那些曾经营或经常光顾军事强奸中心的任何还在世的个人提出起诉。

38. 其他国家的法院也可审理刑事诉讼，尤其是因为与奴隶制、危害人类罪和战争罪行等有关之案件方面的普遍管辖原则实际上使得任何捉获这类普遍受到谴责之罪行的肇事者的国家均可对这类犯罪予以起诉。⁴⁵ 然而，虽然，国际法允许行使普遍管辖，约实际进行起诉则必须要有国内权利授予法。⁴⁶ 例如在加拿大，这一法律根据是刑法第7条第3款71项，它规定，任何在加拿大境外犯下危害人类罪或战争罪行的人均可作为在加拿大犯罪者予以审讯。⁴⁷ 在根据这一规定所试图进行的第一则起诉案中，被告是加拿大一名宪兵，该宪兵曾帮助在纳粹指挥下强迫监禁犹太人。⁴⁸ 其他权力管辖机构也应采取所有一切必要步骤在其国内法庭上起诉那些曾参与或对“慰安妇”负责的日本军官和政府官员，包括，但不仅限于，行使就这类犯罪给予管辖权的国内法及向受害者提供法律救助和口译人员。

39. 可在此时对个别官员或指挥官员提出的刑事起诉不受时间限制。危害人类罪和战争罪行不受任何追溯时效法规的限制。这些罪行不会因时间的流逝而消失。实际上在1953年，有关犯罪国际管辖权的一份联合国报告(A/2645)称，追溯时效法规的概念“在现行国际法中不存在”。⁴⁹ 在对巴比的起诉中，法国最高上诉法院同样认定，习惯国际法不承认有关危害人类罪的诉讼时效法规。⁵⁰ 另外，条约法确认，国际法不会因关心诉讼时效法规而阻止对粗暴违反国际法，诸如战争罪行或危害人类罪提出起诉。

40. 即使可以想象援引诉讼时效法规，该法规在新的重大事实最近被披露这种情况下也不适用。直至1992年，才对“慰安所”进行第一次正式审理，直到1993年，日本政府才承认日本军方在设立和管理“慰安所”方面所起的作用。鉴于使得“慰安妇”无法适当进行其起诉及日本政府无法证实日本军方在设立和维持这些强

奸中心上所起之作用的特殊情况，法律利益要求任何可适用之诉讼时效法规开始产生法律效力之日期不会早于日本政府 1992 年所承认之日期。

B. 国家责任和支付赔偿的责任

41. 在第二次世界大战之前，根据“最初责任”的理论，对一国政府从事的行为及“低一级代理人的行为或在政府指挥下或得到政府授权之个人的行为”，一国政府及其官员应对违反国际法的情况负责。⁵¹ 最初对违反国际法负责的国家犯下了“国际失职”的行为。“国际失职”包括“一国元首或政府违反国际法律义务对另一国所造成之任何伤害。与元首和政府之行为相等的行为包括得到元首或政府指示或授权之官员的行为或其他个人的行为。”⁵² 应负责任之国家因而有义务“对其官员虽未获授权但属于其义务正常范围内的侵害行为支付赔偿”⁵³ 因此，如果一国代理人对在其国境内的某外国人造成非法伤害，则该国被视为对造成伤害一事负责。所以，日本应对其军方及其任何代理人之行为负责，包括应日本军方之请求经营“慰安所”并从中获益之个人的行为负责。⁵⁴

42. 日本政府还应对其未能防止给“慰安妇”造成伤害一事负责。根据习惯国际法，国家应对未能采取行动防止给外国人造成伤害一事负责。自第二次世界大战时反映习惯国际法的 1907 年第 4 号海牙公约第 3 条规定，如 1907 年公约一方违反该公约之规定，则它有义务对违反之规定支付赔偿并且“应该对其武装部队之一部分的人士所犯下之任何行为负责。”这一有关责任和赔偿的原则被称作向长官负责制原则延伸至万国法，从而使得各国对其军队的行为承担义务。⁵⁵ 根据海牙公约第 3 条，各国负有义务防止、调查和惩治粗暴违反人权和违反基本自由之情况。因此，日本政府对未能防止给“慰安妇”造成伤害并惩治犯罪者应单独承担责任。⁵⁶

43. 这些法律规则至少可追溯至 1920 年代。例如，在 1927 年，在简司案件中，一般索赔审理委员会向一名寡妇发放了损害赔偿金，以补偿墨西哥政府未逮捕和起诉在革命期间谋杀该妇女丈夫的人。⁵⁷ 该委员会称，墨西哥政府应“对未履行积极起诉并适当惩治犯罪者负责。”⁵⁸ 在其裁决中，该委员会明确驳斥了那种所谓一国未惩治违法犯罪者应被视为准许该犯罪行为观点，这从而使得该国政府成为谋杀案本身的同谋。相反，该委员会称，一国未起诉和惩治触犯外国人的犯罪的是国家

的一项单独的犯罪。因此，损害赔偿金包括对简司死亡的补偿金及就缺乏惩治之有辱尊严的行为而向该人家属提供的额外补偿。⁵⁹

44. 日本政府还称，由于传统的国际法被视为是调解各国之间的关系的，而不是调解个人与国家之间的关系，因此个别“慰安妇”不可对日本提出诉讼。⁶⁰然而，这种说法显然是毫无道理的，因为自1920年后期，国际法就承认，如果一国伤害了另一国的国民，则它对该外国进行了伤害并因而有责任对受伤害之个人提供全部赔偿。而且，国际法承认，个人也是“由国际法给予之权利和施加之义务的主体。”⁶¹

1. 个别赔偿

45. “慰安妇”曾表示她们相信，日本政府应提供：真诚和个别的道歉；承认日本政府和军队指挥官的参与；承认违反国际法的性质和范围；对个别受害者予以赔偿。(见 E/CN.4/1996/53/Add.1)。如上文所注意到的，国际法的几则渊源已驳斥了日本政府所谓个人不是国际法主体之说法，这包括：1907年第15号海牙公约；1919年巴黎和会(凡尔赛条约)；东京审理战争罪犯法庭宪章；及习惯国际法。这些法律文件和理论表明国家有义务对违反国际法支付赔偿。此外，正如特弗·范·博韦在他的研究报告中所注意到的，国家对违反国际义务所持结论意味着个人具有类似和相应的因这类违反而获赔偿的权利。例如，凡尔赛条约规定，个人可以对德国提出损害赔偿。

46. 海牙公约第3条“主要宗旨”尤其是从一开始就规定个人有权就他们因违反这些条例之行为而遭损害寻求赔偿。”⁶²虽然第3条未使用这一措词，但“该条的起草过程令人毫无疑问的相信这正是其目的。”⁶³尤其是，虽然“赔偿”这个词可采用归还、补偿、金钱赔偿或清偿等形式。⁶⁴“第3条特别并仅仅使用了‘赔偿(compensation)’这个词，⁶⁵该词根据其定义是指“付一笔钱支付赔偿……。”⁶⁶因此，“使用这个词，而不是更为笼统的‘补偿’(reparation)可被视为再一次表明……本条款起草者考虑到个人、战争法受害者的情况，有些人希望就他们所遭受之伤害或损害提出赔偿。”⁶⁷

47. 此外，常设国际法院在有关 Chorzow Factory 案件的裁决中裁定，如果无法恢复违反国际法之行为发生前的状况(例如归还之财产)，则必须提供赔偿。⁶⁸ 由于显然无法将“慰安所”受害者恢复到其在遭侵犯之前的状况，必须支付赔偿。其他常设国际法院的裁决同样确认了在国际法中存在着包括对个人提供赔偿等的权利。⁶⁹ 实际上，日本本身已承认有可能——甚至必须——对侵犯国际法的行为提供个人赔偿。日本与某些同盟国所签订之协议具体提及个别补偿，这不同于仅提及国家索赔的与朝鲜和菲律宾所签订之协议。⁷⁰ 例如，希腊——日本协议，联合王国——日本协议，及加拿大——日本协议均载有对日本政府根据国际法负有责任之……在战争状况存在之前所发生之个人伤害或死亡”提供赔偿之规定。⁷¹ 尤其是鉴于该国政府以前所承认之情况——根据许多条约而执行——政府所谓不得允许将个别赔偿作为补偿政府侵权行为之方法的论调是根本不可信的。

48. 简而言之，个别的“慰安妇”显然有权利就她们在日本政府和军官手中所遭受之伤害而得到适当赔偿。

2. 要求赔偿的民事诉讼

49. 如果日本政府不采取适当行动履行其持续的法律义务，则幸存的“慰安妇”或许是可以向法庭提出民事诉讼，要求赔偿的。在日本各法庭或许是有可能提出这类赔偿的，如果日本法院未准予适当赔偿，则可以在其他司法机构提出这类赔偿。鉴于所造成之损害的性质和规模，应无论时间之流逝而寻求这类赔偿。

50. 显然，日本是提出与“慰安妇”惨剧据有关之民事诉讼最为合适的场所。最近在 1998 年 4 月山口地区法院下关分部所作的有关日本政府对“慰安妇”之责任的法院裁决值得欢迎，他表明，这些妇女中有一些人或许最终可通过日本法院获得法律补偿。⁷² 在最近的这一案件中，一日本地区法院裁定，日本政府有义务颁布法规赔偿慰安妇，该法院还称，“被告国[日本]许多年来一直无视慰安妇，从而使痛苦加剧并造成了一个新的伤害。”⁷³ 而且，该法院注意到：

“对本案所提出之事实进行审查之结果表明，慰安妇制度在性别和种族方面极具歧视性，它使妇女受辱，践踏了种族自豪感并可被视为违反了与日本国家宪法第 13 节所表述之核心价值有关的基本人权。”⁷⁴

51. 该法院裁决最终裁定日本政府有责任并下令向三名系大韩民国国民的妇女每人支付 30 万日元(约计 2,300 美元)。⁷⁵ 菲律宾、朝鲜⁷⁶、荷兰⁷⁷ 和中国⁷⁸ 公民的团体及居住在日本的朝鲜人⁷⁹ 也提出了其他几则诉讼。第一则诉讼是在 1991 年提出的,⁸⁰ 而且自 1996 年 7 月止至少有六组不同的妇女提出了诉讼。⁸¹

52. 如果日本国内现有补救办法经事实证明不够,则“慰安妇”也可以在就这类犯罪准予管辖的其他国家的法院寻求赔偿。例如在美国,外国人侵权索赔法准予美国法院有权审理就违犯万国法或美国条约法之侵权行为而提出的民事诉讼。“慰安妇”应将其作为寻求补偿的潜在场所而积极探索这一途径。

3. 理赔协议

53. 日本政府在否认对支付赔偿有任何责任的同时又称,赔偿要求不管怎么样已通过战事结束之后由日本缔结的和平条约而予以解决或被宣布放弃。在有关大韩民国国民的索赔要求方面,日本政府依据由日本和朝鲜所签订之 1965 年解决协议第二条,在该条中各方一致认为,“与财产、两缔约方及其国民(包括在法律意义上的人)之权益有关的问题,即缔约方与其国民之间有关索赔问题已得到全部和最终的解决。)”

54. 在有关其他国民方面,日本政府同样称,所有索赔要求已经由它于 1951 年 9 月 8 日在旧金山与同盟国所签署之和平条约而解决了。该条约第 14 条更为详细地说明了日本对前同盟国的赔偿。第 14 条中还有一节公开放弃条约未说明之所有索赔要求的部分。日本凭着公开放弃的规定称,该条约对前“慰安妇”的索赔不予考虑。公开放弃的规定第 14 条(b)款如下:

“除本条约另有规定者外,各盟国之放弃其一切赔偿要求,盟国及其国民对由日本及其国民在作战过程中所采取行动而产生的其他要求,以及盟国对于占领的直接军事费用的要求。”

55. 日本政府试图通过这些条约而逃避责任的企图在以下两个方面失败了:(a) 条约缔结时日本直接参与设立强奸营的事实被隐瞒了,鉴于这一关键事实,出于平等的原因,目前必须禁止日本凭着这些条约而回避责任的任何企图;即(b) 这些条

约朴实无华的措词表明，这些条约并不是要排斥个人就日本军方违反人权或人道主义法而造成之伤害寻求赔偿。

56. 在这些条约和其他战后条约签署之时，日本政府隐瞒了日本军方参与残酷对待“慰安妇”之程度，⁸²虽然在朝鲜、菲律宾、中国和印度尼西亚，妇女和女孩在战争期间遭奴役和强奸的情况已熟为人知，但日本皇军有计划的参与，在战后被日本掩盖了。私营的“企业家”，而不是日本军方，成了这些强奸中心出现而被怀疑的原因并经常成为指责的对象。

57. 鉴于日本政府在这样长的一段时间内隐瞒其参与这些罪行的情况，并鉴于它实际上继续否认对这些罪行所承担的法律 responsibility，日本不应该称，理赔协议或其他任何战后条约的目的是解决与“慰安妇”有关的所有索赔要求。缔约国不可能考虑要解决就当时没人相信与日本军方有直接联系的行为而提出的索赔。

58. 1965年日本和大韩民国之间在解决与财产和索赔要求有关的问题及在经济合作方面的协议表明，这是一个解决国家之间“财产”索赔要求的协议，它未涉及人权问题。⁸³在条约中未提及“慰安妇”，强奸、性奴役和其他任何由日本对朝鲜平民犯下的暴行。该条约中的规定只提及两国之间的财产和商业关系。事实上，据说，日本的谈判者曾在条约会谈期间允诺日本将要就日本人对朝鲜人造成的任何暴行而向大韩民国赔款。⁸⁴

59. 而且，朝鲜驻日本代表对索赔所作概述表明，“谈判未涉及由于战争罪行、危害人类罪、违反《禁奴公约》、《禁止贩卖妇女公约》、或习惯国际法规则而造成的侵犯个人权利的情况。”⁸⁵虽然日本在其与西方大国的条约中曾明确道歉并同意支付个人伤害赔偿，但它没有与日本这样做。⁸⁶因此，必须结合这一事实背景理解理赔协议第二条下通用“索赔”这个词。显然，由日本根据理赔协议所提供之基金只是用于经济恢复，而没有用于对日本暴行的受害者进行个别赔偿。就其本身而言，1965年条约——尽管它的措词似乎涵盖一切——只是放弃了两国之间的经济和财产赔偿，而不是个人索赔，而且日本必须仍然对其行动负责。⁸⁷

60. 正如上文注意到的，1951年和平条约第14条(b)款所用朴实无华的语言放弃了“一切赔偿要求，盟国及其国民对由日本及其国民在作战过程中所采取的行动而产生的其他要求”。通过区分“赔偿”的要求和“其他要求”，该措词明显表明，放弃规定不适用于对盟国国民的赔偿。在放弃规定中所设想之唯一的赔偿系盟国本

身的赔偿。放弃规定所设想之盟国国民唯一的索赔要求系赔偿以外的要求，因此，前“慰安妇”的索赔要求根本未被放弃规定所禁止，这是因为这些要求不属于该条约中所讨论的索赔要求。

61. 此外，虽然中国不是 1951 年和平条约的缔约国，该条约的确讨论了战后中国对日本的权利，有意思的是，该条约第 21 称，中国享有确定日本具体赔偿额的第 14 条甲款乙项规定的利益，但未具体说明中国受第 14 条乙款放弃规定的限制。因为放弃规定不适用于中国，日本政府声称该条约使中国国民不得向日本寻求赔偿是毫无根据的。

62. 而且，正如日本和朝鲜之间的 1965 年理赔协议，既然日本政府在条约时未透露日本军方参与设立、维持和管理慰安所一切方面的程度，公平和正义的利益必须使得日本不得依据 1951 年的和平条约避免承担责任。⁸⁸ 作为另一条平等原则，在援用绝对法准则时，不得允许被指控违反这类基本法的国家用雕虫小计避免责任。而且，无论如何，必须强调，为促进显然符合公平与正义利益的行动，对于它们所拥有就责任以条约为根据的申辩，日本总是有可能自愿的将这些申辩搁置一边。

C. 建 议

1. 对确保刑事起诉之机制的需要

63. 联合国人权高级专员应在日本和具有管辖权的其他地方努力将那些应对现在已查明与日本军方在设立日本强奸营方面之行动有联系的暴行负责的人绳之以法。联合国应确保日本充分履行其追查并惩治如今仍然活着的那些对“慰安所”负责的人的义务。其他国家应同样尽全力帮助捉获并惩治属其他地方管辖的犯罪者。因此，高级专员应该与日本官员一起努力：(a) 搜集那些在第二次世界大战期间可能曾设立、支助或光顾日本强奸中心的个别军人和文职人员；(b) 采访受害者；(c) 将被审案件的准备工作提交给日本检查官；(d) 与其他国家和幸存者组织合作查明、逮捕和惩治在其管辖权范围内的犯罪者；及(e) 以所有各种方式帮助各国制订法规，俾使其能在其管辖范围内惩治这类罪犯。

2. 设立以提供法律补偿为目的之机制的需要

64. 小组委员会同其他联合国机构一起“欢迎”于1995年设立亚洲妇女基金。日本政府出于对“慰安妇”道义上的责任感而于1995年7月设立了亚洲妇女基金，该基金设想成为支助以关心“慰安妇”需要为目的之非政府组织工作的一个机制并从非官方来源筹集用于“慰安妇”幸存者的“赎罪”钱，⁸⁹然而，亚洲妇女基金没有达到日本政府向曾经为“慰安妇”之惨剧受害者的个别妇女提供官方赔偿、法律赔偿的责任，因为来自亚洲妇女基金的“赎罪”钱不是为了承认日本政府对第二次世界大战期间所发生之罪行负法律责任。

65. 由于亚洲妇女基金根本没有提供法律补偿，应该设立一个由国际社会酌情派代表参加的以提供这类补偿为目的之新的行政基金。为完成这一目的，联合国人权高专也应协同日本政府指定一个由国家和国际领导人组成的小组，该小组应有权决定迅速设立一个适当的赔偿机制，以便向“慰安妇”提供官方赔偿、金钱赔偿。因此，这一新设立的小组的作用可以是：(a) 确定适当的赔偿额，借鉴在相应情况下可能提供之赔偿；(b) 设立一个有助于使众人了解该基金并查明受害者的卓有成效的制度；并(c) 在日本设立一个行政机构以便迅速审理所有“慰安妇”的索赔要求。⁹⁰而且，鉴于慰安妇年事已高，应尽可能快地采取这类步骤。

3. 适当赔偿

66. 应根据诸如侵犯行为的严重性、范围和发生频率、所犯罪行是否蓄意所为、背弃公众信任的政府官员在多大程度上负有罪责、以及已过去的大量时间(并因此而形成货币现行价值的丧失及由于在司法救助方面的大量拖延而造成的心理伤害)。一般来说，赔偿适用于任何在经济上可予以评估的损害，诸如身心创伤；悲痛、痛苦和感情上的创伤；包括教育等失去的机会；失去收入和挣钱的能力；合理的医疗开支和其他康复开支；对生育或尊严的伤害及为获得赔偿所花的法律救助或专家救助的合理开支及费用。鉴于这些因素，应不加拖延地提供适当赔偿。⁹¹也应在某种程度上考虑需作为某种威慑力量的赔款额，以确保这类摧残以后不再发生。

4. 对报告的要求

67. 最后，应要求日本政府至少每年两次向联合国秘书长提交一份报告详细说明在寻找“慰安妇”并向她们提供赔偿及将罪犯绳之以法等方面所取得之进展。应分别以日文和朝鲜文提供这份报告并将它们积极地在日本内外予以分发，尤其是分发给“慰安妇”本人及她们目前居住的国家。

七、结 论

68. 现行报告的结论是，日本政府仍然应对粗暴违反人权和人道主义法的情况负责，这种违反就其总体而言相当于危害人类罪。日本政府相反的论调，包括试图攻击制止奴役和强奸的根本人道主义法的论调，在五十多年前纽伦堡战争罪行审理法庭上首次提出时毫无说服力，今天也仍然毫无说服力，此外，日本政府所谓日本通过战后的和平条约和赔款协议已解决了第二次世界大战以来的所有索赔要求的说法也同样毫无说服力。这在很大程度上是由于直到最近日本政府一直拒绝承认日本军方直接参与设立和维持这些强奸中心的规模。在战争结束以后日本与其他亚洲各国政府议定和平与赔款协议时日本政府对这一点保持沉默必须作为一项法律和正义问题俾使日本今天无法凭借这些和平条约推脱在这些问题上的责任。

69. 在战事结束之后多达五十多年以来未解决这些索赔要求表明妇女的生活在多么大的程度上继续被低估，悲哀的是，未解决在第二次世界大战期间的大规模性犯罪助长了今天类似犯罪逍遥法外的情况。对第二次世界大战期间在“慰安所”遭残酷对待的约 20 万妇女和女孩被强奸和遭奴役一事，日本政府已采取某些步骤表示道歉并进行赎罪。然而，唯日本政府充分并毫无保留地接受法律责任及由这类责任所产生之后果方是恰当之举。现在日本政府必须采取必要的最终步骤以提供适当的补偿。

注 *

¹ 这个术语显然含有贬义并且用来指这一特别的暴行时是完全根据其历史背景而予以使用的。从许多方面来讲，不幸的选择这样一个委婉术语描绘该罪行说明整个国际社会，尤其是日本政府，在多大程度上寻求轻描淡写违反的性质。

² 亚洲妇女基金转载的(官方计划的说明)1995年7月日本首相村山富市的声明，还可见提交给人权委员会第52次会议的日本有关对妇女和“慰安妇”的暴力问题的政策(E/CN.4/1996/137,附件)。

³ 亚洲妇女基金，上引。

⁴ 上引。

⁵ Karen Parker and Jennifer F. Chew, “Compensation for Japan’s World War II warrape victims”, *Hastings International and Comparative Law Review* vol.17,1994,pp.497,498-499。

⁶ 上引,第499页和注6(援引了日本国会自民党议员荒船清四郎1975年的一则声明,即,145,000名朝鲜性奴隶在第二次世界大战期间死去。)

⁷ 上引。

⁸ 有关日本军方“慰安妇”问题的第一份报告,有关日本战争责任的研究与文献中心,1944年3月31日,第3-4页。

⁹ 上引。

¹⁰ 上引,第5-16页及E/CN.4/1996/137,附件。也见有关适用公约与建议的专家委员会的报告,国际劳工大会,第八十三届会议,1996年,第三份报告(第4A部分),第103-107段,第114段。

¹¹ R.Jackson, *The Nuremberg Case* xiv-xv, 1971(援引了致纽伦堡审判庭长的最后报告)。

¹² 见 Parket and Chew; 上文注5,第52页和注135; Bassiouni, 主要报告,注14。

¹³ 通常见 Renee Colette Redman, “The League of Nations and the right to be free from enslavement: the first Human rihgt to be recognixed ad customary international law”, *Chicago-Kent Law Review*, vol.70,1994,pp.759,760。奴隶制,由小组委员会特别报告员本杰明·威塔克提交的报告,联合国出版物,销售号E.84.XIV.1),他对1966年提交给小组委员会的默罕穆德·阿旺德有关奴隶制的报告作了修订(联合国出版物,销售号E.67.XIV.2)。

¹⁴ 汉弗莱,主要报告,注33。

* 主要报告中已援用之参考在附件中不再重复;请读者参阅主要报告中的适当说明。

¹⁵ 劳伦斯，在 J.B.Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol.3,1989,pp.2824,2825 中所援引的案件。

¹⁶ 从 M.Cherif Bassiouni, *International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985*,vol.1,1986,p.419 and main report, 注 14(详细阐述了在国际上禁止奴隶制的渐进的历史)。

¹⁷ 见国际和解联谊会，就“性奴隶制”对日本的建议，1994年2月7日(致日本政府的函文)。

¹⁸ Bassiouni, 主要报告，注 14。

¹⁹ 上引，第 283-287 页(注意到虽然在 1944 年之前的日本刑法中未具体谈及奴役问题，但奴役罪被归在绑架和强迫监禁之可适用罪行的名下)。

²⁰ 见例如有关日本军方“慰安妇”之问题的第一份报告，上文注 8,第 79 页；还见 Redman, 上文注 13,第 763 页(说明自 1937 年开始《禁奴公约》成为习惯国际法)。

²¹ 还见 Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, 1996,.180-182。

²² *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol.1,p.218。

²³ 1946 年 12 月 11 日题为“确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际原则”的大会 95(1) 决议；1946 年大会文件 A/64/Add.1；Yvonne P. Hsu, “‘Comfort women’ from Korea: Japan’s sex slaves and the legitimacy of their claims for reparations”, *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol.2,1993,pp.97,110；有关日本军方“慰安妇”之问题的第一份报告，上文注 8,第 76 页。

²⁴ 通常见 Meron, 主要报告，注 25；Frits Kalshoven, 1907 年 10 月 18 日在海牙签署的有关陆战法和习惯公约(四)第 3 条，载于“Remembering what we have tried to forget”, *ASCENT*, 1997,pp.16-30。

²⁵ 见 John A.Appleman, *Military Tribunals and International Crimes*, 1954,p.299。(援用承认强迫卖淫为犯罪之 1946 年印度尼西亚巴达维亚的 Washio Awachi 的案件)；Hsu, 上文注 23,第 109-110 页；Meron, 主要报告，注 25,第 426 页，注 13；巴达维亚临时军事法庭第 231 号判决(将“劫持女孩和妇女强迫卖淫”，“胁迫卖淫”及“强奸”等指定为战争罪行并根据这些原因将若干名被告定罪)。

²⁶ 见 Hsu, 上文注 23,第 107 页(援用“家庭体面”的措词以支持国际法禁止虐待慰安妇的论点；U.Dolgopoi 及 S.Paranjape, 主要报告，注 48,第 160 页(“家庭体面的概念包括妇女有权在家庭中不受强奸行为的凌辱。”)。

²⁷ Pictet, 主要报告, 注 51, 第 201 页, 注 1(说明, 日内瓦公约第 27 条的规定起源于海牙公约条例第 46 条); Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*(Oxford: Clarendon Press, 1989), p.47

²⁸ 见例如, Hsu, 上文注 23, 第 111 页和注 97(称, 日内瓦公约只是将以前存在的习惯国际法编纂成册并予以延伸); Pictet, 主要报告, 注 11, 第 205 页(称, 与保护妇女有关的规定是依据在 1929 年纳入战争囚犯公约的一项规定。)

²⁹ 见主要报告中的讨论。

³⁰ Meron, 主要报告, 注 25。

³¹ 强奸和性攻击, 主要报告, 注 10。

³² 有关日本军方“慰安妇”之问题的第一份报告, 上文注 8, 第 76 页。

³³ 通常见 Bassiouni, 主要报告, 注 26, 第 114 至 139 页; Appleman, 上文注 25, 第 16 至 53 页; Hsu, 上文注 23, 第 109 页, 注 84。

³⁴ 日本政府对于由消除对妇女暴力行为特别报告员所介绍之报告附件一(E/CN.4/1996/53/Add.1)的立场, 由日本政府在人权委员会第五十一届会议上非正式散发的文件, 第 15 至 19 页, 23 页。

³⁵ 上引, 第 24 页。

³⁶ 见日本律师协会联合会有关“慰安妇”之问题的建议, 1995 年 1 月, 第 26 页; David Boling, “Mass rape, enforced prostitution, and the Japanese Imperial Army: Japan eschews international legal responsibility”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.32,1995, pp. 533,545.

³⁷ 日本律师协会联合会, 上引。

³⁸ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, H. Lauterpacht(ed.), 7th ed., (London, New York: Longmans Green, 1948-1952), see.153.

³⁹ 见 Christopher N. Crowe, “Command responsibility in the former Yugoslavia: the chances for successful prosecution”, *University of Richmond Law Review*, vol.29,1994, pp. 191,192; Security Council resolution 827(1993).

⁴⁰ Crowe, 上引(援引向和会预备会议介绍之报告, 载于 Leon Friedman(ed.), *The Law of War: A Documentary History*, vol.1(New York: Random House, 1972), pp. 842-853-854).

⁴¹ L.C. Green, “Command responsibility in international humanitarian law”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol.5,1995,pp. 319,320.

⁴² Crowe, 上文注 39, 第 194 页。

⁴³ 通常见 Anthony D'Amato, “Superior orders vs. command responsibility”, *American Journal of International Law*, vol.80,1986, p. 604; Liandover 城堡案件,

对 Dithmar and Boldt 中尉案件作的判决，莱比锡最高法院，1921 年 7 月 16 日。

《American Journal of International Law》，vol.16,1922, p. 708.

⁴⁴ 见“Complaint” <<http://www.peacenet.or.kr/~jdh/e-comfort/library/complaint/comp.htm>.

⁴⁵ 一般见 Theodor Meron，“International criminalization of internal atrocities”，American Journal of International Law，vol 89,1995,p554；Filartigq v. Pena-Irala，630F.2nd876(United States 2nd Cir. 1980).

⁴⁶ Meron，上引，第 569 页。

⁴⁷ 见赖格纳诉芬塔，88 C.C.C.3d.417(1994).

⁴⁸ 上引。

⁴⁹ 还见 Friedl Weiss，“Time limits for the prosecution of crimes against international law”，British Yearbook of International Law，vol.53,1982；pp. 163,185.

⁵⁰ 载于国际法评论中的被驱赶者和被拘禁的抵抗分子及爱国者全国联盟诉巴比，主要报告，注 70。

⁵¹ 奥本海默，上文注 38，第 140 节。

⁵² 上引，第 151 节。

⁵³ 上引，第 150 节。

⁵⁴ 也可能有少数案件，在这些案件中，日本军方无法对第三类慰安所中妇女的待遇负直接责任。然而，在这些案件中，根据“代理责任”的理论，军方仍可被认定为有责任，按照奥本海默的定义(上引，第 149 节)，这些案件适用于 [国家] 代理人、国家的国民、甚至当时居住于该国领土上外国人等某些未经许可的有害行为。”

⁵⁵ Kalshoven，上文注 24，第 9 页。

⁵⁶ 见 E/CN.4/Sub.2/1996/17；日本律师协会联合会“上文注 36，第 22 至 25 页) 已承认，这些原则迫使日本有责任对慰安妇提供赔偿。

⁵⁷ Janes 案件(美国诉墨西哥)，联合国国际裁决的报告，第 4 卷，1926 年，第 82 页。

⁵⁸ 上引，第 82 页。

⁵⁹ 上引，第 89 页。

⁶⁰ 日本政府的观点，上文注 34，第 28 至 32 页。

⁶¹ 奥本海默，上文注 38，第 1、7 节。

⁶² Kalshoven，上文注 24，第 11 页。

⁶³ 上引。

⁶⁴ 上引。

⁶⁵ 上引, 第 12 至 13 页。

⁶⁶ 上引, 第 12 页。

⁶⁷ 上引。

⁶⁸ 霍茹夫工厂(梅利茨), 国际常设法院, 第 13 号判决, 系列 A, 第 8 至 17 号, 1927 年, 第 29 页。还见 Boven 的研究。

⁶⁹ 常设国际法院咨询性意见第 15 号, 系列 B, 第 15 号, 第 17 至 18 页。

⁷⁰ 与希腊、联合王国、瑞士、瑞典和丹麦的协议均载有就个人伤害进行赔偿的规定, 而与于以前被日本占领领土之国家的解决办法通常没有类似的规定。Hsu, 上文注 23, 第 103 至 104 页。

⁷¹ Richwrd B. Lillich and Burns H. Weston, *Interantional Claims, Their Settlemet by Lump Sum Agreements. Part II: Yhe Agreements* (Charlottesville: Univ.Press of Virginia, 1975), pp. 334, 231, 249.

⁷² “对 慰安妇和妇女自愿劳工队予以赔偿的要求和要求对妇女自愿劳工队及慰安妇正式道歉”, 1998 年 4 月 27 日的决定(根据 1997 年 9 月 29 日的口头意见), 山口地区法院下关部(非正式译文)。

⁷³ 上引。

⁷⁴ 上引。

⁷⁵ 上引。见 Dan Grunebaum, “WWII sex slaves win historic lawsuit”, *United Press International*, 28 April 1998.

⁷⁶ Boling, 上文注 36, 第 545 页。

⁷⁷ 见 “Eight Dutch citizens sue Japan over war”, *New York Times*, 26 January 1994, p. A9. 原告至少包括慰安所的一名受害者。

⁷⁸ 见 “Two Chinese wartime sex slaves to testify in court”, *Japan Economic Newswire*, 3 July 1996.

⁷⁹ 见 “Japan-based Korean ‘comfort women’ rape fund scheme”, *Asian Political News*, 15 July 1996.

⁸⁰ 见 Dolgopol and Paranjape, 主要报告, 注 48。

⁸¹ 见 “Former ‘comfort women’ testifies in court”, *The Daily Yomiuri*, 20 July 1996, p. 2.

⁸² 见 Parker and Chew, 上文注 5, 第 502 页。

⁸³ 见 Tong Yu, “Reparations for former comfort women of World War II”, *Harvard International Law Journal*, vol.36,1995, pp. 528,535-536.

⁸⁴ 见 Hsu, 上文注 23,第 118 页。

⁸⁵ 见 Dolgopol and Paranjape, 主要报告, 注 48。

⁸⁶ 见 Hsu，上文注 23，第 103-104 页。

⁸⁷ 见 Parker and Chew，上文注 5，第 538 页；Dolgopol and Paranjape，主要报告，注 48，第 164-165 页。

⁸⁸ 见 Yu，上文注 83，第 535 页。

⁸⁹ 亚洲妇女基金，上文注 2，第 1 页。

⁹⁰ 见 Dolgopol and Paranjape，主要报告，注 48。

⁹¹ 见 Parker and Chew，上文注 5，第 544-545 页。

-- -- -- -- --