



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/12

2 July 2004

CHINESE

Original: ENGLISH

人权委员会

增进和保护人权小组委员会

第五十六届会议

临时议程项目 3

司法、法治和民主

弗朗索瓦·汉普森女士关于严重性暴力行为之定罪、调查和起诉问题的工作文件*

* 本工作文件迟交，是为了使专家有充分时间完成她的研究。

概 要

小组委员会在第 2003/108 号决定中决定，请弗朗索瓦·汉普森女士编写一份关于严重性暴力行为之定罪、调查和起诉问题的工作文件。弗朗索瓦·汉普森女士在她的工作文件中，论述了有关的国际罪行的定义和控告的惯例。她指出，涉及议事规则、证据规则和保护证人的机制的问题不在她的报告的范围之内。

汉普森女士在讨论有关国际罪行的定义时，研究了强奸和其他形式的性暴力的定义，广泛征引了国际法和法学。在本报告论述控告惯例的部分，汉普森女士详细说明了一名被控犯有强奸、性攻击或另一种形式的性暴力行为怎样可能在某些情况下不被控告犯有该具体罪行，而被控犯有酷刑、危害人类罪、战争罪或种族灭绝罪。然而，她指出，为了主张后几种罪行，除了证明犯有强奸、性攻击或性暴力罪所必要的要素之外，还必须证明其他一些要素。汉普森女士通过广泛征引国际法和法学，描述了在何种情况下强奸、性攻击和其他形式的性暴力行为可以构成酷刑、危害人类罪、战争罪或种族灭绝罪。

汉普森女士在她的结论中提出了若干问题。她询问，司法问题会期工作组是否希望继续审议有关性暴力罪行的问题，其重点是否仅限于涉及国际刑法的案件，或者说，国家刑法司法系统处理这类案件的方式是否包括在内，因为那样可以收集关于好的和坏的做法的证据。如果将考察国家刑法司法系统一般是如何处理性暴力罪行的问题的话，那么她问，这种考察是否会把成人和儿童都包括在内，以及色情制品是否视为性暴力行为的一种形式。她还指出，小组委员会已经决定在其第五十六届会议审议国际刑法问题，但是不清楚这只是指在国际刑事法庭管辖范围内的罪行，还是说有意更加广泛地对国际刑法进行考察。汉普森女士又询问，工作组是否希望继续收集国际刑法最近的发展所产生的有关人权法问题的资料，或者是否要通过一项工作计划，对特定时期的特定问题进行考察。

导 言

1. 增进和保护人权小组委员会第五十五届会议通过的司法问题会期工作组报告(E/CN.4/Sub.2/2003/6)中商定,将武装冲突时期或在广泛或有系统针对任何平民人口进行的攻击中实施的严重的性暴力行为定为刑事犯罪,对之进行调查和起诉问题作为第五十六届会议的一项议程项目。

2. 本报告论述这个问题的两个方面:有关的国际罪行的定义和控告的惯例。涉及议事规则、证据规则和保护证人的机制的问题不在她的报告的范围之内。她指出,涉及议事规则、证据规则和保护证人的机制的问题属于阿库图阿里索女士的报告的范围。本报告不讨论诸如煽动、合资企业的责任和指挥责任等一般性的罪责问题。这类问题常常在涉及性暴力行为的个别案件中有非常重要的作用,但并不是这类犯罪所特有的。

A. 罪行的定义和控告惯例事项

3. 第一个问题是,为什么冲突时期的性暴力罪行问题产生困难。从历史上看,无论是在国际冲突和非国际冲突时期,这种罪行都是很普遍的,这就是说,发生在许多不同的地方,而且非常盛行,也就是说发生率很高。¹ 人们对于这种现象提出各种解释,其中包括对军队缺乏有效的约束,正常禁制的削弱,军队感到他们有权获得某种形式的酬报,以及羞辱被打败的敌人的愿望等。² 几乎与这种罪行的高发率相仿的是,普遍没有对犯罪者采取有效的法律行动。尽管这个问题可以部分归咎于法律方面的困难,例如对在国外所进行的行为的管辖权问题等,但是看来这种不采取行动是由于普遍没有认真看待这些罪行。

4. 应该指出,这个问题不限于在冲突时期发生的性暴力罪行。许多管辖地区普遍抱怨,性暴力罪行没有受到国家刑事法庭的有效处理。困难不仅包括对罪行的定义,还包括警方调查罪行的方式、有关起诉的决定的根据、议事规则和证据规则等。在过去的三十年里,一些国家处理这类罪行的方式发生了巨大的变化。

5. 在国际一级,20世纪90年代初产生了两项重大的发展。对于波斯尼亚-黑塞哥维那的报道将大量的注意力投向在冲突中利用性暴力行为作为一种工具的问题。这不仅是因为冲突产生了大量性暴力的机会。有人指出,这种做法是有意和有

步骤的行为。这种加强的认识推进到对在卢旺达发生的冲突和种族灭绝行为的看法，并从那时起一直是在冲突时期受到媒体大量关注的对象，最近的例子是在刚果民主共和国和苏丹的 Darfur 地区。³

6. 随着认识的加强，在法律上也出现了重大发展。前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南国际法庭)和卢旺达问题国际刑事法庭(卢旺达国际法庭)的建立，产生了一个处理性暴力问题的机会。非常有效的游说活动，特别是妇女团体的游说活动，促使这种罪行受到了检察人员和法官本身的认真对待。其结果不仅是调查、起诉、诉讼程序和判罪。此外，法庭还采用了特别的证据规则和议事规则来处理这类问题，以及特别的机制来满足证人和受害人的需要。法庭的工作表明了只要有政治意志就能够做出些什么事。⁴

7. 继此之后，是通过了《国际刑事法庭罗马规约》，以及缔约国代表通过了罪行要素和议事规则。这时，妇女团体再次进行有效的游说活动，确保了基于从前南国际法庭和卢旺达国际法庭的经验所吸取的教训纳入有关规定。⁵

8. 尽管这些发展都是值得欢迎的，但是仍然存在一个非常现实的问题。要指望国际刑事法庭在处理潜在处于其管辖范围内的案件的一小部分之外再多处理一些，是不现实的。虽然《规约》写明，国际刑事法庭拥有补充国家管辖权的管辖权，但实际上更准确地说，它是从属于国家管辖权的。第一优先是由国家法院行使管辖权。只有当国家法院不能或不愿行使管辖权时，才产生国际法庭的管辖权问题。因此，在处理冲突时期的性暴力罪行时，确保国家法律系统采用国际法庭审判性暴力罪行时所适用的关于罪行、证据规则和议事规则的定义，是至关重要的。如果不是这样做，就会产生国际法庭审判时不会出现的宣判无罪。⁶

9. 可以举出一些假设的例子来说明这种危险。前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法清楚规定，“强奸”的非法行为是指用阴茎插入阴道、肛门或口腔，或用某种其他物体插入阴道或肛门。在某些管辖权中，虽然对于男子的性暴力行为很可能是有罪的，但不会被定性为强奸。这对于看待罪行的方式，常常对于判刑具有影响。在其他一些管辖地区，强奸可能限于用阴茎插入阴道或肛门。因此，用瓶子或短棍插入就不包括在内。虽然这种行为是有罪的，但如果仅仅把它定性为性攻击，则该指控就不能确切反映出所发生的事情的严重性。在某些管辖地区，就作为辩护的同意证明，以及在确定判罪之前需要由证人确定等问题上产生了类似的问题。⁷

10. 《罗马规约》只对缔约国具有约束力。但是，前南国际法庭和卢旺达国际法庭声称，它们的判例法不仅以其各自的规约作为依据，而且也以习惯法作为依据。这两个法庭是依据习惯法来确定在它们管辖范围内的罪行的。在这个范围内，前南国际法庭和卢旺达国际法庭提出的关于罪行的定义显然代表了国际刑事法庭一般对这些罪行的定义。这一点对于在国内执行 1949 年《日内瓦公约》和 1977 年《议定书》具有重要的影响。此外，这些定义目前对于人权法项下的其他概念，如酷刑等也有影响。因此，国际刑法的发展不仅在《国际刑事法庭规约》缔约国的案件中有考虑的必要。它影响到所有国家。

11. 可能有必要对国内刑法进行有系统的监测，以确保关于罪行的定义考虑到国际刑法的发展，至少在有关行为构成一项国际罪行时需要加以考虑。为了这些目的，一项国际罪行是指任何国家可以在它们的领土或管辖范围内自由对一个人行使管辖权的行为，而不论疑犯或受害人是什么国籍，或据称发生该行为的地点是哪块领土。

B. 罪行的定义⁸

12. 必须将罪行本身和控告该项罪行方式区别开来。例如，在有的情况下，强奸可以被指控为酷刑、严重违反《日内瓦公约》的行为、违反在国际和非国际冲突期间适用的法律和战争惯例的行为、危害人类罪，或甚至是种族灭绝罪。本节讨论罪行的问题。下一节将讨论控告惯例的证据问题。这两个概念有一个重叠之处。例如，性嘲弄本身可能不是一项罪行，但是可以构成侮辱性的或有辱人格的待遇，在某些情况下就是一项罪行。

13. 研究罪行的定义的方法，首先是通过考察前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法，然后是考察《罗马规约》的规定和罪行的要素。

14. 主要的罪行是强奸和性攻击。其他形式的性剥削也可以是违反国际刑法的行为。

1. 强 奸

15. 强奸被认为比其他形式的性攻击更加严重，但是两者都是受到禁止的。⁹ 国际条约法，特别是 1949 年《日内瓦公约》和 1977 年《议定书》，明确禁止强奸，并且在 1949 年《公约》总则第三条中通过必要的含义予以禁止。国际条约法中没有关于强奸的定义。¹⁰

16. 确定强奸定义的第一个特设法庭是卢旺达国际法庭。在 Akayesu 一案中，被告被控犯有构成危害人类罪和违反《日内瓦公约》总则第三条的行为的强奸罪。¹¹ 因此，法庭必须对强奸下定义，但是法庭并不是在要求它审查罪行本身的要素的情况下这样做的，法庭称：

“审判庭认为，强奸是一种侵害的形式，机械地叙述物体和身体部位无法抓住强奸罪的中心要素。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》在其关于酷刑的定义中没有列举具体的行为，而是将重点放在国家许可的概念框架工作上。这个方法在国际法中比较有用。和酷刑一样，强奸被用于诸如 对一个人进行恫吓、侮辱、歧视、惩罚，或对其进行控制或加以毁灭等目的。和酷刑一样，强奸行为如果由政府人员或以官方身份行事的其他人员犯下，或在其煽动下或在得到其同意或默认的情况下犯下，事实上就构成酷刑。”

“审判庭将强奸的定义界定为在胁迫的情况下对某人实施的具有性性质的人身侵犯。包括强奸在内的性暴力行为，被视为是在胁迫的情况下对某人实施的具有性性质的任何行为。”¹²

17. 其后不久，前南国际法庭在它必须确切确定构成犯罪的行为和缺乏允许所采取的确切形式的情况下，被要求作出强奸的定义。为了确定强奸的要素，法庭研究了若干国家的国内法。在这方面，它提出：

“在若干国家的国内立法中可以发现有一种扩大强奸的定义的趋势，所以现在强奸包括以前列为比较而言不那么严重的罪行，即性攻击或猥亵攻击。这个趋势表明，在国家一级，各国倾向于对严重形式的性攻击采取一种更加严格的态度：强奸的恶名现在施于数量越来越多的那一类性犯罪，当然这些行为必需符合某些要求，主要是强迫插入身体部位的要求。”¹³

18. 在同一个案件里，审判庭注意到“公诉人在其审判前的节略中无异议地提出强奸是一种强迫行为：这就是说，该行为是指‘以暴力或威胁使用暴力对受害者或第三者所达到的，威胁使用暴力可以是明示或暗示，且必须使受害者感到相当的恐惧，担心如果不顺从，他或她或第三者会遭受暴力、拘留、胁迫或心理迫害。’该行为是指用阴茎插入阴道、肛门或口腔，或用某种其他物体插入阴道或肛门。在这方面，它包括用阴茎——不管是怎样轻微地——插入阴道口、肛门或口腔，而对阴道口和肛门的性插入不限于用阴茎。”¹⁴ 并且提到了上面第 16 段所提及的卢旺达国际法庭在 *Akayesu* 一案中对强奸所下的定义。

19. 这个定义意味着，在某些情况下，对于一名男子的性攻击可以构成强奸。在 *Cesic* 一案中，被告承认，他有意地强迫被拘押在 *Luka* 营的两名穆斯林兄弟当着其他人的面相互吮吸阴茎。*Ranko Cesic* 承认，他完全知道这件事是在没有得到受害者允许的情况下做的。¹⁵ 这件事被视为一个特别严重和堕落的强奸的例子。

20. 在不同的管辖地区差异最大的方面，是对于强迫性的口腔奸入定罪的问题。虽然这种行为实际上总是某种形式的性攻击，但是在某些管辖地区并不列为强奸。法庭解释了为什么它将这类行为视为属于强奸的定义之内，并且解释了为何即使根据被告本国的法律这个行为不被列为一种严重攻击，也不会产生“无法律即不构成犯罪”的问题。¹⁶

21. 法庭得出结论认为，下列几点可以被接受为强奸的客观要素：

“(一) 性奸入，不论此种奸入多么轻微：

- (a) 犯罪者将阴茎或用任何其他物体插入受害人的阴道或肛门；或
- (b) 犯罪者将阴茎或插入受害人的口腔；

(二) 对受害人或第三者采用胁迫手段或武力或威胁使用武力。”¹⁷

22. 这个决定由 *Foca* 一案的审判庭所确认，在该案中，法庭澄清了上面第二个要素，即胁迫性的环境。¹⁸ 法庭研究了各国的国内法，以确定为了确定为强奸罪行而必须证明的背景：

“有很大的一系列不同的要素将有关的性行为列为强奸罪。这些要素大部分可以认为属于三个广泛的类别：

- (一) 性行为伴有对受害人或第三者施加武力或武力威胁；

(二) 性行为伴有武力或使受害人特别脆弱或无能力在了解的情况下拒绝；或

(三) 性行为未经受害人同意。”¹⁹

23. 法庭研究了这些概念之后提出，关键要素不是武力的存在，而是未经同意。
法庭申明：

“Furundzjia 案的定义所查明的事项——武力、武力威胁或胁迫——确实是许多法律系统的有关考虑因素，但是该案件的判决中所提到的整个一系列规定表明，使得各种系统统一起来的公分母可能是对侵犯性自主的行为进行判罪这条更广泛或更基本的原则。Furundzjia 一案的判决本身表明，相关因素不仅是武力、武力威胁和胁迫，而且还有未经同意或自愿参加，该案的判决认为：

‘[……]审判庭调查过的所有管辖权都要求有武力、胁迫、威胁，或未经受害人同意行事这些因素：对武力进行了广义的解释，其中包括使受害人无能力。’

对 Furundzjia 案的判决所调查的各法律系统，以及其它一些管辖权有关规定的进一步考察表明，上面所提出的将重点放在严重侵犯性自主上的解释是正确的。”²⁰

24. 法庭在 Furundzjia 一案中作出了下列分析：

“根据上面的考虑，法庭理解，国际法中的“强奸”非法行为由下列因素构成：(a) 罪犯的阴茎或罪犯使用的任何其他物体插入受害人的阴道或肛门；或(b) 罪犯的阴茎插入受害人的口腔；而此种性插入的发生未经受害人同意。为此所作的同意必须是根据周围的情况所估定的，出于受害人的自由意志所自愿作出的同意。犯罪意图是想达到性插入的意图，以及明知此种情况的发生未经受害人同意。”²¹

25. 对 Kunarac 一案的判决根据各种理由进行了上诉，其中之一就是对强奸的定义。上诉庭驳回了上诉人的主张，即必须表明有连续不断的反抗才能确定未经同意。²² 上诉庭审议了武力与未经同意之间的关系；换言之，它审议了法庭对 Kunarac 一案的结论对于它对 Furundzjia 一案的分析所进行的一项重大变化的程度。上诉庭申明：

“武力或武力威胁为未经同意提供了明确的证据，但是武力并不是强奸本身的一个要素。上诉庭特别想解释的是，有“[除了武力以外的]要素使得一次性插入行为是未经受害人同意或不是出于受害人的自由意志的”。如果狭义地把重点放在武力或武力威胁上，就可能使得罪犯利用不是依赖身体武力的胁迫性的情势，来逃避对进行未经对方同意的性行为的责任。”²³

26. 法庭又进了一步。在某些情势下，人们特别容易受制于胁迫，一个明显的例子就是被拘押。在某些管辖权中，处于特别脆弱的状况中的人被视为无能力作出自愿同意。由于这个原因，至少在法律上，与这样一个人发生的任何性活动都不能认为是经过同意的。法庭申明：

“在极大程度上，本案上诉人被判强奸被拘押在事实上的军事指挥部、拘留中心和用作士兵住所的公寓房屋里的妇女。该情势的最坏方面是，受害人被视为拘捕她们的人的当然性捕获物。典型的情况是，妇女被不止一个罪犯强奸，其经常程度几乎难以想象(那些一开始寻求帮助或反抗的人受到了格外野蛮的对待)。这样的拘押等于一种充满胁迫以至于不存在作出任何同意的可能性的情势。

最后，上诉庭同意审判庭的确定，即本案所存在的胁迫情势使得不可能对上诉人的即时性行为作出同意。”²⁴

27. 上诉庭的推理在行为 and 情势方面都在 *Stakic* 一案中加以应用。²⁵

28. 国际刑事法庭《罗马规约》明确在危害人类罪(第七条第一款第7项)及国际和非国际性冲突中的战争罪(第八条第二款第(22)项和第五款第(6)项)²⁶ 的上下文中明确提到了强奸。在处理罪行要素的筹备委员会的报告中，缔约国对强奸下了定义。定义把强奸说成是一种危害人类罪或一种战争罪。强奸本身的具体要素是：

“1. 行为人侵入某人体，其行为导致以性器官不论如何轻微地进入被害人或行为人体任一部位，或以任何物体或身体任何其他部位进入被害人的肛门或生殖器官。

2. 侵入以武力实施，或以针对该人或另一个人实行武力威胁或胁迫，例如以暴力恐惧心理、强迫、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成胁迫情况的方式实施，或利用胁迫环境实施，或者是针对无能力给予真正的同意的人实施的。”²⁷

在每一个明确提及强奸的地方，这些要素都是相同的。前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法对于这些要素的定义的影响是显而易见的。

2. 其他形式的性暴力行为

29. 受到尽管不是采取上面定义的强奸形式的性暴力侵害的被害人所遭受的伤害，其性质是非常严重的。这一点已经为两个特设法庭所确认。这两个法庭审议这个问题的场合通常是对身体或精神健康的严重伤害或对侮辱性和有辱人格的待遇的一项指控。尽管如此，这两个法庭把重点放在伤害的与性有关方面的性质上，因此就要求在这个方面进行处理，而不仅仅将它视为一个控告惯例的问题。

30. 卢旺达国际法庭在 *Akayesu* 一案申明：

“包括强奸在内的性暴力行为被认为是一种由一个人在胁迫性的情况下所做的与性有关的行为。[.....]性暴力行为不限于对人体的肉体侵犯，还可能包括不涉及奸入或甚至肉体接触的行为。证人 KK 所描述的事件，即被告命令 *Interahamwe* 把一名学生的衣服脱光，并且强迫她在区公所的公共大院里当着一大群人的面，裸身做体操，构成了性暴力行为。法庭指出，在该场合，胁迫性的情况不必用表明有身体武力来证实。以利用恐惧或绝望心理为目的的威胁、恫吓、逼迫和其他形式的强迫可以构成胁迫，而胁迫在某些情势下可能是固有的，例如武装冲突或 *Interahamwe* 武装人员在区公所里的图西难民妇女中间的存在等。性暴力行为属于法庭《规约》第 3(i)条所规定的“其他不人道行为”、《规约》第 4(e)条所规定的“对个人尊严的侵犯”，以及《规约》第 22(2)(b)条所规定的“严重身体或精神伤害”的范围。”²⁸

这里提供了一个否定性的定义——性暴力行为不需要奸入或甚至肉体接触——但是必须加以证实的肯定性的要素是什么却不清楚。该法庭提供的不涉及强奸的其他例子都涉及在公共场合赤身裸体。²⁹

31. 前南国际法庭将这个问题联系到禁止酷刑和对个人尊严的侵犯来加以审议。在考察国际刑法、国际人道主义法和国际人权法之间可能存在的关系的同时，该法庭一直在努力地将它们区分开来。³⁰ 该法庭在分析 *Kunarac* 一案时，做到了根据它早先在 *Delalic* 案件和 *Aleksovski* 案件³¹ 时所作的两项决定来分析这些概念。

构成酷刑所必须通过行为或不行为施加的伤害的性质是“不管是身体上还是精神上的严重痛苦或折磨。”³² 还必须确定其他各种要素，但是在这个场合下，唯一的问题是性暴力行为能够构成一种或另一种形式的被禁止行为。关于对个人尊严的侵犯问题，法庭明确申明，伤害不一定是长期的，但是一定必须具有严重性。³³ 法庭还裁定了对于什么情况是侮辱性和有辱尊严的测试是客观性的。法庭确定：

“侵犯个人尊严罪需要：

- (一) 被告有意地实施或参与一种通常认为会引起严重的侮辱、有辱尊严，或以其他方式对人类尊严进行严重打击的行为或不行为，以及
- (二) 被告明知这种行为或不行为可能会有影响。”³⁴

上诉庭在其 2002 年 6 月 12 日的判决中，确认了对一种客观测试的利用。³⁵ 性暴力行为显然可以归入这样一种公式。

32. 在 Furundzija 一案中，法庭明确讨论了性攻击的问题。法庭指出，东京军事法庭在对丰田将军和松井将军有关南京事件提出的诉讼中，强奸和性攻击这两个问题都谈到了。³⁶ 法庭得出结论认为：

“无可争辩的是，武装冲突期间强奸和其他严重的性攻击产生罪犯的刑事责任。”³⁷

33. 法庭试图给严重的性攻击下定义：

“如上面所指出，国际刑法规则不仅惩罚强奸，也惩罚任何其他尚未达到实际奸入的严重性攻击行为。看起来，这个禁令包括通过胁迫、武力威胁或恫吓在内的手段，以侮辱性的或有辱受害人的尊严的方式损害一个人的肉体 and 道德的所有与性有关的虐待。由于国际法对这两类行为都予定罪，这两者的区别基本上是为了量刑的目的的实体区别。”³⁸

不清楚该法庭只限于对性攻击判罪，还是判罪可以适用于其他形式的性暴力行为。攻击通常要求有实际的或威胁的身体接触。认为强奸与性攻击的区别基本上是程度的区别，因此基本上只与量刑有关的看法可能意味着，该法庭至少在这个意见中将自己限定于性攻击。

34. 在一般处理性暴力行为方面，《罗马规约》可能比前南国际法庭要走得远。除了诸如强迫卖淫和性奴役等罪行之外，《规约》一般性提到了性暴力行为。根据《规约》第七条第一款第 7 项、第八条第二款第(22)项和第五款第(6)项，在国际和

非国际性冲突期间，该行为可以构成危害人类罪和/或战争罪。这条罪行就其与性暴力有关的范围而言，而不是就为了确定为危害人类罪或战争罪所需要的额外的要素而言，其要素是：

“1. 行为人对一人或多人实施一项与性有关的行为，或迫使这些进行一项与性有关的行为，并为此采用武力，或针对这些人或另一人实行武力威胁或胁迫，例如以暴力恐惧心理、强迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成胁迫情况，或利用胁迫环境或这些人无能力给予真正同意的情况。

2. 行为的严重程度与《规约》第七条第一款第 7 项所述的其他犯罪相若。

3. 行为人明知确定行为严重程度的事实情况。”³⁹

关于性暴力的定义在它使用的三处上下文中是相同的。

C. 控告惯例

35. 由上可见，当被告被控犯有强奸、性攻击或另一种形式的性暴力行为时，他/她可以在某些情况下被控不仅犯有该具体罪行，而且可以被控犯有酷刑、危害人类罪、战争罪，甚至种族灭绝罪。为了将该行为归入这些类别之一，除了有强奸、性攻击或性暴力行为所需要的要素之外，还需要证明进一步的一些要素。

36. 重要的是，在国家刑事法庭出庭的公诉人必须考虑到国际控告惯例。给一项罪行所贴的标签影响到一项判决所附的恶名的程度，而且通常影响到量刑。就象对一件强奸男子案判为性攻击是不适当的一样，在强奸构成危害人类罪或战争罪的情况下，将其判为强奸同样也是不适当的。如果缔约国没有对某些形式的行为定罪，以及控告与罪行的严重程度不相称，这些国家就可能违反它们根据人权法所承担的义务。⁴⁰ 当被告没有被适当控告时，对于国际刑事法庭来说，就可能产生国家刑事诉讼不适当的问题。⁴¹

37. 因此，必须研究强奸、性攻击或其他形式的性暴力行为在什么情况下可能构成酷刑、危害人类罪、战争罪或种族灭绝罪的问题。前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法在很大程度上提供了指南。本节将不讨论将强奸作为强奸控告，或将强奸、性攻击或其他形式的性暴力行为作为侮辱性和有辱人格的待遇控告的问题，这些问题事实上在上一节里已经讨论过了。

1. 将性暴力行为作为酷刑控告

38. 酷刑不是一个分别的罪行类别。它可以根据情况构成一项危害人类罪或战争罪。⁴² 在本报告中，唯一的问题是，有些形式的性暴力行为是否可以构成酷刑。为了使酷刑构成一项危害人类罪或战争罪，将需要确定一些额外的要素。

39. 前南国际法庭在 **Kunarac** 一案中确定：

“但是，《酷刑公约》所载的三项确定酷刑的要素是没有争议的，被公认为代表了习惯国际法就这个主题的立场：

- (一) 酷刑包括通过行为或不行为施加不管是身体上还是精神上的严重痛苦或折磨。
- (二) 该行为或不行为必须是故意的。
- (三) 该行为必须是达到另外一个目的的手段，即施加痛苦的目的必须为了达到某一个目标。”⁴³

法庭继续申述：

“根据习惯国际法，没有要求该行为必须仅仅是为了被禁止的目的之一而实施的。正如审判庭在 **Delalic** 一案中所申述的那样，被禁止的目的只需要是该行为背后的动机之一部分，不需要是占优势的或唯一的目的。”⁴⁴

上诉人 **Kunarac** 和 **Vukovic** 在上诉中声称，他们唯一的动机是性方面的。⁴⁵ 上诉庭确认了审判庭的观点，即“行为不必仅仅是为了被国际法禁止的目的之一而实施的。如果该行为完成了一个被禁止的目的，则此种行为还意在达到一个未经列入的目的(即使是性方面的目的也罢)这个事实，是不重要的。”⁴⁶

40. 处理强奸案件的 **Kunarac** 一案的上诉庭确认了审判庭的下列调查结果：

“一旦证实犯有强奸罪，就可以认为酷刑罪的定义所要求的严重痛苦或折磨就已经被确定了，因为强奸行为必定意味着这种痛苦或折磨。因此，上诉庭认为，受害人所遭到的无论是身体还是精神方面的严重痛苦或折磨是无可质疑的，审判庭合理地得出结论，认为该痛苦或折磨足以将上诉人的行为定性为酷刑。”⁴⁷

41. 审判庭经对人权法和国际人道主义法进行了仔细分析之后，得出结论认为：

“国际人道主义法对于酷刑的定义不是由与人权法通常适用的酷刑定义同样的要素所构成的。审判庭特别认为，酷刑过程中有国家官员或任何其他行使权威的人士在场，对于将该罪行按照国际人道主义法被认为是酷刑，并不是必要的。

在上面所述的基础上，审判庭认为，在国际人道主义法的领域内，根据习惯国际法，酷刑罪的要素如下：

- (一) 通过行为或不行为施加不管是身体上还是精神上的严重痛苦或折磨。
- (二) 该行为或不行为必须是故意的。
- (三) 该行为或不行为的目的必须是为了获得情况或供认，或为了惩罚、恫吓或胁迫受害人或第三者，或根据任何理由对受害人或第三者实施歧视。”⁴⁸

应该指出，国际人道主义法并不要求行为人必须是一名国家代理人。

42. 既然审判庭详尽解释了按照人权法与按照国际人道主义法确定酷刑的要素的不同点，所以看起来，Kunarac 案的法庭的分析应该比卢旺达国际法庭和前南国际法庭先前在 Akayesu 案和 Mucic et al 案的主要依据人权法的分析更加可取。审判庭在 Furundzija 一案中的分析更加近似于对 Kunarac 案的分析。⁴⁹

43. 当所有这些要素都存在时，强奸可以构成酷刑：⁵⁰

“在评估所造成的损害的严重程度时，将考虑到对于身体或精神健康的损害。审判庭注意到，相当于酷刑的虐待不一定要涉及身体伤害，因为精神损害是一种施加酷刑的普遍形式。例如，对于被迫观看对一位亲属的严重虐待的人所造成的精神折磨将上升到酷刑罪所需要的严重程度。同样，Furundzija 案的审判庭确定，被迫观看对一位女性熟人的严重性攻击，对于被迫观看的人而言就是酷刑。旁观者，尤其是家庭成员的在场，也对受到强奸的人造成了相当于酷刑的严重精神损害。”⁵¹

44. 国际刑事法庭《罗马规约》第七条第二款第 5 项对于可以作为一项危害人类罪或战争罪提出控告的酷刑的定义是“故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦。”

2. 将性暴力行为作为危害人类罪控告

45. 虽然本分节一般论述性暴力行为，但是必须指出，广义上与性有关的其他活动也可以构成危害人类罪，例如强迫卖淫、强迫怀孕及强迫绝育等。⁵² 审判庭特别在 *Kunarac* 一案中讨论了奴役作为一项危害人类罪的定义，并且指出，在可以表明奴役的许多情况中，除其他之外，性剥削可以是一种指标。⁵³ 前南国际法庭在对 *Tadic* 一案的判决中得出结论认为，“为了判决一名被告犯有危害人类罪，必须证实该罪行有关(在武装冲突期间发生的)对于平民人口的攻击，以及被告明知他的罪行有这样的关系。”⁵⁴ 根据其规约的规定，前南国际法庭必须确定与一次武装冲突的联系，以便在规约第 5 条项下提起公诉。但是，在有关危害人类罪的方面，这一点并不总是对的，《罗马规约》第七条规定，只需要确定该行为涉及广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击就足够了。没有必要就所有的危害人类罪确定有一种歧视性的意图，只有那些基于迫害的罪行才需要这样。⁵⁵

46. 卢旺达国际法庭在 *Akayesu* 一案中，对“广泛或有系统地攻击”作了如下的解释：

“广泛的概念”可以定义为浩大、频繁、大规模的行动，由集体开展，具有相当大严重性，目标针对许多受害人。“有系统的概念”可以定义为在一项涉及大量公共资源或私人资源的共同政策的基础上，经过充分的组织，并且遵循一种常规模式。没有要求这项政策一定要作为一个国家的政策正式采取。但是必须有某一项预先考虑停当的计划或政策。

“攻击的概念”可以定义为规约第 3 条(a)至(l)款所列举的那种非法行为之一。诸如谋杀、消灭、奴役等。一次攻击也可以是非暴力性质的，如强行实施一种种族隔离制度，该制度在 1973 年的《禁止种族隔离公约》第一条中宣布为一种危害人类的罪行；又如对人口施加压力，以一种特定的方式行事，如果这是大规模或系统性地组织起来的，就可以列入攻击的范围内。”⁵⁶

47. 国际刑事法庭《规约》第七条第二(1)款将“广泛或有系统地攻击”定义为“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施《规约》第七条第一款所述行为的行为过程。”⁵⁷ 筹备委员会确定，“这

些行为不必构成军事攻击。据理解，‘进行这种攻击的政策’要求国家或组织积极推动或鼓励这种对平民人口的攻击。”⁵⁸

48. 必须表明，被告“……知道该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。”

49. 凡是符合这些要求，严重的性暴力行为就可以以危害人类罪提起控告。

3. 将性暴力行为作为战争罪控告

50. 战争罪是违反战争法律和惯例行为的另一种说法。它可以有两种形式。如果违反行为发生在国际武装冲突期间，它可以是对 1949 年《日内瓦公约》和 1977 年《第一附加议定书》的“严重违反行为”。“严重违反行为”这一词语是一个技术词语。或者，仍然在国际武装冲突的场合中，这种行为可以是违反适用于这类冲突的法律和惯例的行为。这第二类涉及对适用于非国际冲突的规则违反行为。这些行为包括违反《日内瓦公约》总则第三条和 1977 年《第二附加议定书》的行为，而且，由于前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法确认了这样一类别的存在，也包括违反适用于非国际冲突的法律和惯例的行为。

51. 首先，必须确定冲突是国际性还是非国际性的；其次，要确定该行为与冲突之间的联系。第一个问题不是该罪行的要素，但第二个问题是一个要素。⁵⁹

52. 关于对冲突定性的问题，国际刑事法庭《规约》第八条第二(4)和(6)款确定了应用适用于非国际武装冲突的规则的最高标准。但是这一条没有给国际武装冲突下定义，无论是与最低水平的冲突的关系还是与其国际/非国际性质不明确的一场冲突之间的关系。这样一种定性的需要所产生的困难在前南国际法庭所审判的案件中多次得到澄清。上诉庭在 Tadic 一案中就对冲突应该如何定性的问题给予指导，推翻了审判庭正在进行中的大部分案件。⁶⁰

53. 关于所要求的行为与冲突之间的联系的问题，并不是说该行为必须要推进冲突。这项要求仅仅是行为与冲突之间有联系。

54. 这一点在性暴力行为案件中可能产生困难，这种行为很容易被声称为与冲突没有关系，而仅仅是一名私人的私人行为。⁶¹ 然而，事实上由于前面所讨论的前南国际法庭和卢旺达国际法庭的判例法已予澄清，法庭在实践中可以容易地将两者区别开来。

55. 筹备委员会对所要求的与冲突之间的联系下了定义。除了该项罪行所特别需要的要素之外，为了确定该行为是一项战争罪，必须确定下列要素：

“行为在国际冲突情况下发生并且与该冲突有关。

“行为人知道据以确定存在武装冲突的事实情况。”⁶²

筹备委员会对这一点作了进一步的如下说明：

“关于为每项犯罪开列的最后两个要素：

“不要求行为人作出法律评价，断定是否存在武装冲突，或断定冲突系属国际性质或非国际性质；

“在这方面，不要求行为人知道据以确定冲突的国际性质或非国际性质的事实；

“‘在……情况下发生并且与该冲突有关’一语意指，仅需知道据以确定存在武装冲突的事实情况。”⁶³

56. 为了将一种性暴力行为作为战争罪控告，如果提及国际刑事法庭《规约》某些特定规定，则首先需要确定该冲突是国际性质还是非国际性质的，然后要确定与武装冲突之间的联系。

4. 将性暴力行为作为种族灭绝罪控告

57. 一般人可能认为，种族灭绝罪只发生在有关人口相当大的一部分被消灭的时候，事实上并非如此。为了控告一个人种族灭绝罪。必须能够证明至少实施过列表的五种行动中的一种，并且要证明被告在实施该行动时怀有特定的意图。根据卢旺达国际法庭对 Akayesu 一案的审判，性暴力行为在某些情况下可以归入那些规定的行为的范围之内。第二种类型的行为是：“致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害。”⁶⁴ 卢旺达国际法庭在对该案的审判中，将遭受伤害的性质和程度解释为“不管是身体上还是精神上的酷刑行为、不人道或有辱人格的待遇、迫害”（第 504 段）。第三种类型的行为是：“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。”很难看出怎样可以将个别的性暴力行为归入这个定义，但是，当性暴力行为是针对被奴役的人发生的时候，这些人的状况可能归入这个要求之内。⁶⁵ 最后，该法庭指出，关于“意图防止该团体内的生育的措施”的问题，这些措施“可以是身体上的，但也可以是精神上的。例如，如果被强奸的人受到强奸之

后拒绝生育，同样，如果该团体的成员可能被通过创伤的威胁导致不生育的话，则强奸可以是一种意图防止生育的措施。”(第 508 段)。

58. 为了成功地控告种族灭绝罪，必须表明，受害人不是个别地作为目标的，而是由于他们是他们所属的团体的一员的原因而被选定的。(Akayesu 案，第 508 段)。

59. 种族灭绝罪的一个最不一般的特点，是为了确保判罪而必须证实的这个非常具体的意图。公诉人必须确定，被告在采取所列行动之一的时候，具有“毁灭一个特定团体的全部或局部的意图。”⁶⁶

60. 卢旺达国际法庭在 Akayesu 一案中指出：

“意图是一个精神因素，很难，甚至不可能予以确定。这就是为什么在没有被告的供词的情况下，他的意图可以从对事实的若干数量的假设推导出来。法庭认为，可以从有系统地针对该团体所实施的其他有罪行为——不论这些行为是同一个犯罪人还是其他人干的——这个总框架出发对于一项特定行为提出的控告中推断出其中固有的种族灭绝意图。其他一些因素，诸如所实施的暴行的规模、其总的性质、在某个地区或国家，或者进一步而言，如由于受害人是某一特定团体的成员而被故意和有系统地定为目标，在此同时其他团体的成员则不包括在内这个事实等，能够使得法庭推断出一项特定行为的种族灭绝意图。”

61. 基于对他提出的所有控告，其中包括但是不限于纵容和/或鼓励性暴力行为，Jean-Paul Akayesu 被判犯有种族灭绝罪，以及指示及公开煽动实施种族灭绝罪。

62. 《罗马规约》第六条禁止种族灭绝罪，对这项罪行的定义与《惩治灭绝种族罪公约》下的定义相同。潜在的种族灭绝行为是相同的。关于“致使一人或多人身体的或精神上遭受严重伤害”的情况，筹备委员会的报告明确指出，“行为可以包括但不限于酷刑、强奸、性暴力或不人道或有辱人格待遇。”对于其他潜在的种族灭绝行为的意义，没有结合它们在各种性暴力模式的适用性来加以说明。特别没有提到实施意图防止该团体内的生育的措施是否被认为潜在适用于那些由于性暴力行为的缘故选择不生育的妇女，或者那些由于她们性暴力行为的体验而在身体方面不能生育的妇女。

63. 筹备委员会在它对于该罪行的定义外添加了一个范围的要素。在每一件案子中，必须表明“行为是在针对该团体的类似的行为的明确模式中发生的，或是其本身就可以造成这种毁灭的行为。”

D. 结 论

64. 如果司法问题会期工作组希望继续审议有关性暴力罪行的问题，则最好确定是否将重点仅仅限于涉及国际刑法的案件，或者它是否也想审议国家刑法司法系统处理这类案件的方式，以便收集关于好的和坏的做法的证据。

65. 看起来存在着两个分别的问题。第一个是上面段落所提到的问题——即国家刑法司法系统通常处理这类案件的方式。如果要进一步考察这个问题，就必须确定这个问题是否会把成人和儿童都包括在内，以及 McDougall 女士的报告所下定义的色情制品和性奴役是否也视为性暴力行为的一种形式。

66. 第二个问题特别关系到国际刑事法庭管辖权范围内的国际罪行。小组委员会已经决定在其第五十六届会议审议国际刑法问题，但是不清楚这只是指在国际刑事法庭管辖范围内的罪行，还是说有意更加广泛地对国际刑法进行考察。考察是否包括国际或区域司法合作，至少是在国际罪行方面的司法合作？本报告的一些问题与这方面有关，尤其是确保《罗马规约》缔约国的国内刑法不但在形式上而且还在实质上都要与《规约》一致的问题。在讨论国际刑法的范围内提交的其他各份报告，很可能提出有关行动或未来考虑的各种建议。McDougall 女士在她的报告中提出的建议也需要在这个范围内进行审议。工作组很可能在第五十六届会议期间需要考虑是否要继续收集国际刑法最近的发展所产生的有关人权法问题的资料，或是否需要通过一项工作计划，对特定时期的特定问题进行考察。

注

¹ Update to the final report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict (E/CN.4/Sub.2/2000/21), paras. 10-19. The principal focus of that report was sexual slavery and slavery-like practices. The focus of the present report is sexual violence.

² Ibid., paras. 20-21.

³ “DR Congo’s shameful sex secret: young refugees sell their bodies to UN peacekeepers”, Kate Holt, BBC, 3 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3769469.stm>); “Sudanese tell of mass rape”, Alexis Masciarelli and Ilona Eveleens, BBC, 10 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3791713.stm>).

⁴ See Ms. McDougall’s report, op. cit. (see note 1 above), paras. 44-67.

⁵ Ibid., paras. 23-43.

⁶ Ibid., para. 42.

⁷ Ibid., para. 83.

⁸ I should like to thank Michael Duttwiler and Maurice Voyaume for research assistance with the case law of the two ad hoc tribunals.

⁹ *Furundžija* (IT-95-17/1), “Lasva River Valley”, judgement of Trial Chamber II, 10 December 1998, para. 175.

¹⁰ See also *Mucic et al.* (IT-96-21), “Celebici”, Trial Chamber II, judgement of 16 November 1998, which was concerned principally with the circumstances in which rape can be charged as torture. It did not focus on the definition of rape but simply endorsed the approach of ICTR in *Akayesu* (see note 11 below).

¹¹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998.

¹² Ibid., paras. 597-598.

¹³ *Furundžija*, op. cit. (see note 9 above), para. 179; see para. 180 for variations in domestic laws discussed by the Court.

¹⁴ Ibid., para. 174.

¹⁵ *Ranko Cesic* (IT-95-10/1), “Brcko”, Trial Chamber I, Sentencing judgement of 11 March 2004. The issue before the Court was whether the particularly severe humiliation was an aggravating element which should be taken into account when sentencing. The Court determined that, where the charge was humiliating and degrading treatment, the humiliation was not an aggravating element because it is part of the charge. It is not, however, explicitly an element of the crime of rape, even though it is an inherent feature of rape. It can, therefore, be treated as an aggravating element in the sentencing for rape. Two elements were seen as aggravating the humiliation: the fact that the men were brothers and the fact that others were watching. See also *Mucic et al.*, op. cit. (see note 10 above).

¹⁶ *Furundžija*, op. cit. (see note 9 above), paras. 182-184. International humanitarian law and human rights law are based on protecting human dignity. Such assaults are a “most humiliating and degrading attack upon human dignity”. “... [S]o long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex - and sentenced in accordance with the sentencing practice in the former Yugoslavia for such crimes, pursuant to Article 24 of the Statute and Rule 101 of the Rules - then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault. His only complaint can be that a greater stigma attaches to being a convicted rapist rather than a convicted sexual assailant. However, one should bear in mind the remarks above to the effect that forced oral sex can be just as humiliating and traumatic for a victim as vaginal or anal penetration. Thus the notion that a greater stigma attaches to a conviction for forcible vaginal or anal penetration than to a conviction for forcible oral penetration is a product of questionable attitudes. Moreover, any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape”. (ibid., para. 184).

¹⁷ Ibid., para. 185.

¹⁸ *Kunarac et al.* (IT-96-22 and IT-96-23/1), judgement of Trial Chamber II, 22 February 2001.

¹⁹ Ibid., para. 442.

²⁰ Ibid., paras. 440-441.

²¹ *Furundžija*, op. cit. (see note 9 above), para. 185.

²² *Kunarac...*, judgement of the Appeals Chamber, 12 June 2002, paras. 125 and 128.

²³ Ibid., para. 129.

²⁴ Ibid., paras. 132-133. There is an analogy with the approach taken by certain human rights bodies dealing with allegations of torture. Where, for example, a detainee is uninjured at the time of detention but is injured at the time of release, the European Court of Human Rights puts the burden of proof on the respondent Government to provide a plausible explanation as to how the applicant sustained the injuries. If no explanation is forthcoming or if it is not regarded as plausible in the circumstances of the case, the State will be found responsible for some form of ill-treatment. See European Court of Human Rights, *Tomasi v. France*, judgement of 27 August 1992 and *Ribitsch v. Austria*, judgement of 4 December 1995.

²⁵ *Stakic* (IT-97-24) “Prijedor”, Trial Chamber II, judgement of 31 July 2003.

²⁶ The Statute also refers to concepts such as “inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” (art. 7, subpara. k), under which rape could also be charged; see, generally, the next section.

²⁷ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II (Finalized draft text of the Elements of Crimes) (PCNICC/2000/1/Add.2). The concept of “invasion” is intended to be broad enough to be gender-neutral. As concerns the notion of consent, it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This also applies to other relevant provisions of article 7.

- 28 *Akayesu* (see note 11 above), paras. 598 and 688.
- 29 See *ibid.*, paras. 692-694 and 697.
- 30 See, for example, *Kunarac et al.* (see note 18 above), paras. 470-496.
- 31 *Delalic*, see *Mucic et al.* (note 10 above); *Aleksovski* (IT-95-14/1) “Lasva Valley”, Trial Chamber I, judgement of 25 June 1999.
- 32 *Kunarac et al.* (see note 18 above), para. 497.
- 33 *Ibid.*, para. 501.
- 34 *Ibid.*, para. 514.
- 35 *Kunarac ...* (see note 22 above), para. 162.
- 36 *Furundžija* (see note 9 above), para. 168.
- 37 *Ibid.*, para. 169. See also *Mucic et al.* (see note 10 above), paras. 476-477.
- 38 *Ibid.*, para. 186.
- 39 Report of the Preparatory Commission ... (see note 27 above).
- 40 European Court of Human Rights, *X and Y v. the Netherlands*, judgement of 26 March 1985.
- 41 See para. 8 above.
- 42 See Ms. McDougall’s report, *op cit.* (see note 1 above), para. 34.
- 43 Para. 483 of the judgement; see also note 32 above.
- 44 *Ibid.*, para. 486.
- 45 Para. 137 of the appeals judgement (see above).
- 46 *Ibid.*, para. 155.
- 47 *Ibid.*, para. 151.
- 48 *Ibid.*, paras. 496-497.
- 49 See, in particular, paras. 159-164.
- 50 See, for example, *Kvočka et al.* (IT-98-30/1), “Omarska and Keraterm camp”, judgement of 2 November 2001, para. 145.
- 51 *Ibid.*, para. 149.
- 52 See para. 34 above.
- 53 “... enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. Thus, the Trial Chamber finds that the *actus reus* of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The *mens rea* of the violation consists in the intentional exercise of such powers. [...] Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual’s autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of

some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking. [...] The 'acquisition' or 'disposal' of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement" (paras. 539-542 of the judgement).

⁵⁴ *Tadic*, Appeal Chamber (IT-94-1) "Prijedor", 15 July 1999, para. 271.

⁵⁵ *Ibid.*, paras. 284 and 292. Ms. McDougall, op. cit., with regard to article 7 of the Rome Statute, states in her report: "It is particularly noteworthy that article 7 (1) (h), in stating that '[p]ersecution against any identifiable group or collectivity' may constitute a crime against humanity, includes gender among the grounds for persecution 'that are universally recognized as impermissible under international law'." This recognition of gender as an individual and collective identity which, like race, ethnicity and religion, is capable of being targeted for persecution, and thus merits specific protection under international law, is an explicit articulation of what has been an obvious omission in earlier codifications and formal definitions of crimes against humanity" (para. 31).

⁵⁶ *Akayesu* (note 11 above), paras. 580-581.

⁵⁷ The acts referred to include enslavement, torture, "rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity", "persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender ... grounds" and "other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health". The inclusion of apartheid in the list may suggest that an attack does not need to be violent in nature, as indicated by ICTR.

⁵⁸ *Report of the Preparatory Commission ...* (see note 27 above).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Tadic* (note 55 above), paras. 83-145.

⁶¹ Ms. McDougall's report, op cit. (see note 1 above), para. 30.

⁶² *Report of the Preparatory Commission ...* (see note 27 above). Every war crime defined in the elements of the crime.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ The definition of genocide in article 2 of the Statute of the ICTR comes verbatim from articles 2 and 3 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

⁶⁵ As discussed by ICTY in *Kunarac et al.*; see note 53 above.

⁶⁶ This is a requirement of the Convention on Genocide, the Statute of ICTR and the Rome Statute.

-- -- -- -- --