

《歐美研究》第三十九卷第四期（民國九十八年十二月），671-711
http://euramerica.ea.sinica.edu.tw/
© 中央研究院歐美研究所

即使戰爭，也要人權—— *Hamdi* 及 *Hamdan* 判決評論*

廖福特

中央研究院法律學研究所籌備處
11529 台北市研究院路二段 128 號
E-mail: ftliao@gate.sinica.edu.tw

摘要

本文分析 *Hamdi* 及 *Hamdan* 判決，以探討武裝衝突下之權利保障，本文認為兩個判決結論都值得贊同，但是對於論證內容，本文有不同看法。在 *Hamdi* 案，本文認為可以直接認定國會沒有授權行政拘禁，亦未暫停人身保護令，因此當事人人身自由應受到保護。在 *Hamdan* 案，本文認為應認定美國攻打阿富汗為國際武裝衝突，因而依據「日內瓦公約」，當事人不應由軍事委員會審判，同時審判過程亦應符合公平審判權之內容。

本文認為由於最高法院幾位法官之堅持及部分法官對於「日內瓦公約」之重視，才能堅持權利保障。

關鍵詞：人身保護令、正當程序、軍事委員會、日內瓦公約、反恐戰爭

投稿日期：97.6.2；接受刊登日期：98.9.16；最後修訂日期：98.9.30

責任校對：李俊達、胡貴鳳、張滌之

* 作者感謝兩位匿名審查人提供諸多指正及建議，使本文得以改善，當然文責應由作者負責。

壹、前言

二〇〇一年九月十一日美國發生「九一一事件」，當時有四架民航機遭劫持，約有超過三千人因而喪生，此攻擊行為引起國際再次對恐怖主義之警覺及重視，也導致聯合國、各區域國際組織及各國採取各種反恐措施，希望打擊恐怖主義及恐怖行為。

在蓋達 (al Qaeda) 組織發動對美國攻擊約一星期之後，美國國會通過決議授權總統「使用必要及適當之武力，以打擊總統所認為計畫、授權、執行、協助恐怖攻擊之國家、組織或個人」、「或是隱匿這些組織或個人」之國家、組織或個人，以預防未來對美國之國際恐怖攻擊。¹ 於是當時美國總統布希 (George W. Bush, Jr.) 下令出兵阿富汗，任務為擊垮蓋達組織及摧毀支持蓋達組織之塔利班政權 (Taliban Regime)。

確實恐怖主義及恐怖行為非常有可能嚴重違反人權，例如其行為可能導致剝奪他人生命，進而違反生命權之保障，而其他行為亦可能侵犯他人之人身自由等權利，因而各國際組織及國家均呼籲國際合作，以打擊恐怖主義。

但是相對地，當各國際組織及國家採取措施打擊恐怖主義的同時，亦有可能使反恐成為藉口，進而傷害各種人權，而其結果是以反恐之名而行危害人權之實，因此如何兼顧反恐與人權已成為國際人權界近幾年來非常關心之議題，也是必需確實實踐之理念，否則當安全高度凌駕人權之上，將是對人權之極大傷害 (廖福特，2006: 39)。

在武裝衝突過程中，必定有人被逮捕，於是後續之法律問題為確認被逮捕之人是否為敵對戰鬥員？是否為戰俘？是否得拘禁？

¹ Authorization for Use of Military Force, September 18, 2001, Public Law 107-40 (S. J. RES. 23).

是否得長久拘禁？是否得提起人身保護令之請求？應由何機制審判？審判機制應符合哪些要件？這些問題之抉擇都會影響權利保障之範疇。

美國攻打阿富汗之後，捕獲本國及外國籍敵對者，也形成在最高法院之訴訟，因此本文希冀藉由分析兩個最高法院之判決，以探討最高法院如何平衡反恐作為及權利保障。本文於第貳節探討 *Hamdi* 判決，其有關美國本國人之權利，本文分析本案的三個核心議題：國會授權、長期拘禁、人身保護令。第參節探究 *Hamdan* 判決，其有關如何在武裝衝突中審判外國敵對戰鬥員，因而亦分析本案之三個核心議題：得否設立軍事委員會 (Military Commission)、軍事委員會之程序、「日內瓦公約」(Geneva Convention) 之適用。另外在兩個判決中，有部分法官表達不同之意見，乃於第肆節探索這些意見轉換之意涵。而因為 *Hamdan* 判決之後，美國國會訂定新法律賦予總統更多權力，因而於第伍節探究其對權力分立之影響。最後，本文於第陸節做結論。

貳、本國人之人身自由

在 *Hamdi v. Rumsfeld* 中，² 當事人漢迪 (Yaser Esam Hamdi) 是美國人，一九八〇年生於路易斯安那，他於童年時與其家庭遷居至沙烏地阿拉伯，但是在二〇〇一年前居住於阿富汗。³ 他於美國攻擊蓋達組織及塔利班政權之武裝衝突中被北方聯盟 (Northern Alliance) 捕獲，於二〇〇二年一月被送至美國在古巴關達那摩灣 (Guantanamo Bay, Cuba) 之海軍基地，在得知當事人之美國籍身分

² 542 U.S. 510 (2004). Decided on June 28, 2004.

³ 542 U.S. 511 (2004).

之後，他於二〇〇二年四月被轉送至美國維吉尼亞海軍基地，後轉至南卡羅萊納。美國政府將漢迪認定為「敵對戰鬥員」(enemy combatant)，因而主張可以長期拘禁，且無正式起訴，直到其被起訴之後，才得聘請律師。⁴ 二〇〇二年六月其父親提出人身保護令之請求，指稱自從二〇〇一年漢迪被拘禁之後，無法與其見面，無法聘請律師，亦無法得知任何起訴。他指稱這些情形違反美國憲法增修條文第 5 條及第 14 條。⁵

最高法院認為，雖然國會授權拘禁敵對戰鬥員，但是基於正當程序，任何被以敵對戰鬥員身分拘禁之本國人，都有在中立之決策者 (neutral decisionmaker) 之前挑戰其事實基礎之機會。本判決由奧康納 (Sandra Day O'Connor) 法官主稿，布萊爾 (Stephen Breyer)、甘迺迪 (Anthony Kennedy)、倫奎斯特 (William Rehnquist) 等三位法官贊同意見，金斯伯格 (Ruth Bader Ginsburg) 及蘇特 (David Hackett Souter) 兩位法官則是認為國會沒有授權行政拘禁，不過參加前述四位法官所指有關任何被以敵對戰鬥員身分拘禁之本國人，都有在中立之決策者之前挑戰其事實基礎的機會之意見，因而兩位發表部分協同及部分反對意見，⁶ 然而因為兩位法官之加入，進而形成未獲過半數支持的多數意見 (plurality opinion)。另外史卡利亞 (Antonin Scalia)、史帝文斯 (John Paul Stevens)、⁷ 湯瑪士 (Clarence Thomas)⁸ 等三位法官則是提出不同意見書。形式上其結果是 6:3 之判決，但是實質上是只有湯瑪士法官認定行政部門勝訴；金斯伯格、史卡利亞、蘇特及史帝文斯等四位法官認定國會沒有

⁴ *Id.*

⁵ 542 U.S. 512 (2004).

⁶ 542 U.S. 540 (2004).

⁷ 542 U.S. 555 (2004).

⁸ 542 U.S. 580 (2004).

授權行政拘禁；奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認定漢迪應該要有提供證據證明其非敵對戰鬥員之機會。因而其實有八位法官認定行政部門敗訴，但是理由不同，且各佔一半，最後金斯伯格及蘇特兩位法官加入奧康納等四位法官之部分意見，因而形成未獲過半數支持的多數意見。

本案包括三項核心議題：第一，行政權所為之拘禁是否得到國會授權；第二，得否長期拘禁；第三，是否得就相關事項進行司法審查。這些議題都牽涉權力分立。

一、國會授權

在判斷拘禁本案當事人是否有國會授權時，其中牽涉兩個議題，第一是武裝衝突時行政拘禁是否需要國會授權；第二是如果需要的話，本案中國會是否已作此授權。

就此而言，九位法官其實是分為三種意見，第一種意見認為最高法院根本不應審查此議題。湯瑪士認為拘禁漢迪是基於政府之戰爭權力，而最高法院缺乏專業及能力以考量之，因而重點不是政府是否有國會之授權，而是基於國家利益，應由聯邦政府在戰爭時全權決定之。⁹

第二種意見認為國會並未授權，史卡利亞及史蒂文斯認為二〇〇一年之國會決議並未立法暫停人身保護令，因此國會並未授權行政部門得以拘禁當事人。¹⁰ 金斯伯格及蘇特也認為國會根本沒有授權行政部門得以拘禁敵對戰鬥員，他們認為一九七〇年廢除緊急拘禁法 (Emergency Detention Act) 之後，行政部門拘禁之授權都必須是基於「國會之立法」(pursuant of an Act of Congress)，而非單

⁹ 542 U.S. 582 (2004).

¹⁰ 542 U.S. 575 (2004).

純之決議。¹¹ 他們從立法過程中導出，國會不只是以法律限制行政權限縮國內刑法程序，同時也立法禁止行政權以戰爭時期安全為理由而作行政監禁，而這正是*Hamdi*案之核心。他們認為二〇〇一年之國會決議只是授權使用武力，其中並未提到監禁之權力，他們進而提到政府指稱「日內瓦公約」適用於塔利班拘禁人，因而漢迪應被認為是「日內瓦第三公約」(Third Geneva Convention) 所稱之戰俘。而美國是此公約之締約國，依據此公約之規定，在一有權機制決定之前，戰爭中捕獲之人應被推定為戰俘，¹² 因此漢迪應由司法機制決定是否為無辜者而應立即釋放。

第三種意見則是認定國會已授權，奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認定，因為國會之授權使用武力決議，行政部門拘禁漢迪是得到國會之授權的。¹³ 而且行政部門得以認定本國人為敵對戰鬥員，因為本國人也可能是與美國敵對團體之成員，或是支持與敵對之團體。¹⁴ 而拘禁敵對戰鬥員是為了阻止此人回到戰場，這是戰爭時之基本作法，既然國會已授權使用「必要及合適之武力」，應可認定國會已明確且無誤地授權拘禁敵對戰鬥員。

不過有趣的是，金斯伯格及蘇特兩位法官雖然認定國會沒有授權行政部門得以拘禁，但是他們加入其他四位法官之意見，進而形成多數意見，否則本案中九位法官將形成 4:4:1 之難解局面。而也因為金斯伯格及蘇特兩位法官加入多數意見，使得本判決不是那麼激進，沒有直接否決行政拘禁之合法性，但是其影響是認定國會授權使用武力之決議同時即包括行政拘禁之權力，因而任何在武裝衝

¹¹ 542 U.S. 543 (2004).

¹² 542 U.S. 551 (2004).

¹³ 542 U.S. 518 (2004).

¹⁴ 542 U.S. 520 (2004).

突所為之逮捕及拘禁都被先推定為合法的。

二、長期拘禁

就行政權是否得長期拘禁本國敵對者而言，除了湯瑪士法官認為基於國家利益，應由聯邦政府在戰爭時全權決定之外，其他八位法官都認為行政權不得長期拘禁當事人。

金斯伯格及蘇特兩位法官指出，美國「愛國者法」(U.S. Patriot Act)也只授權得拘禁外國恐怖分子七天 (Murphy, 2006: 227)，因而無法相信國會已授權長期拘禁國民，即使行政權得以在國家危急時拘禁國民，但是當最高法院審理此案時，漢迪已被拘禁超過兩年，實在無法解釋。¹⁵

史卡利亞及史帝文斯兩位法官則認為，盎格魯撒克遜 (Anglo-Saxon) 權力分立系統所確保之自由核心為：不能因為行政權之意志而長期拘禁任何人。他們引述英國之法律歷史而強調人身保護令是「第二大憲章」(Second Magna Charta)，而此是唯一普通法 (common law) 令狀被納入美國成文憲法的。¹⁶ 他們從制憲歷史及意旨得出，只有在兩種情況可以停止人身保護令，一者是刑事起訴，另一者是國會立法暫停之，而且不會因為戰爭時期協助敵人而有所區別。他們也認為二〇〇一年之國會決議，並未立法暫停人身保護令，他們認為多數意見先認為已有國會授權拘禁，再思考程序之合法性，好像是在「寫新憲法」(writing a new constitution)，¹⁷ 他們指出，人身保護令之職責是決定行政拘禁是否合法，而不是填補使行政拘禁合法化之遺漏程序。因而他們認為如果拘禁漢迪是違憲

¹⁵ 542 U.S. 544 (2004).

¹⁶ 542 U.S. 556 (2004).

¹⁷ 542 U.S. 558 (2004).

的，就應准許人身保護令，而行政權自應將其起訴或是釋放，他們認為多數意見所用之方法是「修補意識先生」(Mr. Fix-it Mentality)。¹⁸ 他們認為如果在戰爭時期人權應受限制，應如憲法所要求公開且民主地為之，而不是以最高法院之意見而消弭權利之侵蝕。

奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認定國會並未授權行政部門得以長期地拘禁敵對戰鬥員，他們認為「反恐戰爭」(war on terror) 下之國家安全議題，雖然非常重要，但是卻也非常廣泛具延展性。美國政府主張，因為「反恐戰爭」之非傳統性，此衝突無法以正式之停火協議終止之，但是奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官指出，如果美國政府認為此非傳統戰爭甚至無法在兩個世代獲勝，而釋放漢迪可能使其回到戰場，那麼其似乎認為可以終身拘禁漢迪。¹⁹ 奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官贊同漢迪之論述，認為不能因為調查證據之原因，而長期地拘禁當事人。多數意見進而指出，戰爭法之既定原則是拘禁不得超過實際之戰鬥情況，因而如果紀錄顯示美國軍隊依然參與在阿富汗之戰鬥，那麼拘禁便是「必要及合適武力」之一部分，也是受到國會之授權的。²⁰

但是奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官也認為，在判決本案當時，美國確實還有軍隊在阿富汗進行戰鬥。因而其似乎認為，就此個案而言，因為在審判時美國還有軍隊在阿富汗，所以美國政府拘禁漢迪是符合戰爭法之規範。²¹ 也因此奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官沒有直接說本案中當事人被拘禁

¹⁸ 542 U.S. 575 (2004).

¹⁹ 542 U.S. 521 (2004).

²⁰ 542 U.S. 522 (2004).

²¹ 542 U.S. 524 (2004).

超過兩年是違法的，而將重心放在人身保護令 (writ of habeas corpus) 及正當程序條款 (Due Process Clause) 之確保。

奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認為行政權沒有長期拘禁之權力，其權限止於實際之戰鬥情況結束時，但是卻又迴避當事人已被拘禁超過兩年是否違反此原則，而其理由是美國還有軍隊在阿富汗，因而其矛盾之處是認為美國仍有軍隊在阿富汗，便是戰爭之持續，但是所謂有軍隊駐紮，不一定有實際之戰鬥情況，其可能只是維持戰後之秩序，四位法官所稱拘禁敵對戰鬥員是為了防止其回到戰場，此情形不必然會發生。其次，如果四位法官認為因為美國仍有軍隊在阿富汗，即代表戰爭之持續，而且如前述多數意見認為行政拘禁是得到國會授權的，那麼顯然司法權亦不得介入審查之，四位法官此部分之論述恐怕是有瑕疵的，如其所自稱的，如果美國政府認為此非傳統戰爭甚至無法在兩個世代獲勝，而釋放漢迪可能使其回到戰場，那麼其似乎認為可以終身拘禁漢迪，但是四位法官卻又認為，美國有駐軍於阿富汗即是戰爭進行中，似乎是認為只要美國持續在阿富汗駐軍，即可在國內繼續行政拘禁武裝衝突中捕獲之本國人，兩者似有矛盾之處。

三、人身保護令及正當程序

因為其他意見在前面兩個階段都已確認或否定國會之授權，或是確認拘禁之違法性，因此無須做進一步之論證。但是奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認為國會有授權，卻又認為武裝衝突還在進行中，拘禁是有理由的，因而其必須進一步論證有關人身保護令及正當程序之審查。奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認為，即使拘禁敵對戰鬥員是有合法授權，如果當事人爭執其是否為敵對戰鬥員時，仍須檢視程序之合憲性。而此議題

必須審慎檢視人身保護令及正當程序條款。奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官指出，除非國會暫停人身保護令，否則任何人在美國被拘禁都適用人身保護令，而本案中國會並無暫停人身保護令之情況，因而漢迪當然得提出此訴求。

但是如上所述，四位法官除了認為國會已授權行政拘禁，也認為武裝衝突還在持續中，但是此部分之論證核心是任何人在美國被拘禁都適用人身保護令，國會也未暫停人身保護令，前者之論證著重於武裝衝突此特別情狀下之人身保護，後者是平時之人身保護。四位法官一方面贊同前者之論述，但是又堅持後者之保障，然而如果前者成立的話，即可能限制後者有關平時之人身保護，因而為了避免論證之矛盾，四位法官在前面之論述本來就應堅持基本原則，即使在武裝衝突之下，如果國會未暫停人身保護令，任何美國公民，不論是否因為武裝衝突被逮捕，不論是否被認定是敵對戰鬥員，都應享有人身保護令之保障。

特別值得注意的是，奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官亦反駁美國政府所提出之兩項認為得以拘禁當事人之訴求。第一，美國政府表示當事人在戰區中被逮捕是不爭之事實，但是奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官認為某人住在戰爭發生區域，不代表此人即是在戰爭衝突區域中被逮捕，更不表示此人即是支持或參加與美國敵對之團體。²²

第二，美國政府認為，因為是處於戰爭狀態，法院應該基於「最低證據原則」(some evidence principle) 來審查行政部門對於是否為敵對戰鬥員之決定。奧康納等四位法官認為此時個人權利與國家利益必須權衡之，其認為本文中因為缺乏足夠正當程序而剝奪個人自由之危機是確實存在的，而當戰鬥還在持續中，於本文中建構適當

²² 542 U.S. 527 (2004).

之憲法平衡是非常重要的，此時正是美國對於正當程序的承諾受到最嚴重挑戰及不確定之時，而當美國在國外為此而奮戰時，吾人更應在國內堅守此承諾，²³ 因此四位法官認為，當國民挑戰其是否為敵對戰鬥員時，應可了解此項認定之事實證據，同時應有於法院中挑戰此事實證據之機會。因而當政府提出可靠證據證明當事人為敵對戰鬥員後，此時舉證責任便轉換至當事人應舉證證明其非敵對戰鬥員。²⁴ 奧康納等四位法官認為，就個人權利而言，即使是在戰爭狀態，亦非給總統空白支票，而是必須由三權分立平衡之，除非國會暫停人身保護令，否則個人均得在法院中提起之。²⁵ 四位法官認為其過去使用「最低證據原則」，是作為司法審查之原則，但是對於確認是否為敵對戰鬥員時，不能使用最低證據原則作為證明之基準，而且亦不應由被逮捕當事人之自己決定是否構成敵對戰鬥員之狀態。²⁶

其實，以上論述才是奧康納、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特等四位法官最重要之內容，其不僅確認司法權得以審查武裝衝突中被逮捕之人是否為敵對戰鬥員，更重要的是審查標準不應只是「最低證據原則」，此意見是區別武裝衝突時之違憲審查基準及檢視人身保護令保障之準則，就此而言，檢視人身保護令保障之準則應該有更高之標準，而且是由行政部門首先負擔舉證責任，進而進入辯論之程序。

就本判決整體而言，最重要的是 *Hamdi* 判決再次明確確認，在美國沒有人是在法律之上，戰爭法限制拘禁之範疇，行政決定拘禁

²³ 542 U.S. 533 (2004).

²⁴ 542 U.S. 535 (2004).

²⁵ 542 U.S. 536 (2004).

²⁶ 542 U.S. 537 (2004).

某人而不受審判，必須有司法審查 (Paust, 2007: 81)。亦有學者指出，*Hamdi* 判決清楚地確認，即使「敵人」狀態是由行政權單方設定的，或是被監禁人被認為是叛徒，有意義之司法審查不只是可能的，在諸多案件中是有憲法必要性 (Vladeck, 2007: 963, 986)。

誠如 Paust 教授所言，面對恐怖主義及國家安全威脅，司法機關不應扮演剝奪自由及程序正義之角色。如果司法機關妥協，那將會成為恐怖份子摧毀人權之共犯。毀壞美國價值、弱化民主機制及非法執行，可能滿足恐怖份子之野心，也比真實之恐怖攻擊更具威脅性 (2007: 84)。

其實本判決一方面認定國會授權使用武力即包括行政拘禁之權力，同時認為只要有駐軍依然持續，即可繼續行政拘禁，其並沒有直接挑戰武裝衝突下之行政權，但是另一方面則堅持國會沒有停止人身保護令，因此得以司法救濟，審查當事人事實上是否為敵對戰鬥員，以維持當事人之人身自由。雖然本判決之論證內容或許有所妥協之處，但是其維持最基本底線之堅持，使得美國本國人即使可能參與敵對行為，仍然得以受到美國憲法增修條文第 5 條及第 14 條所規定的「不得未經正當法律手續剝奪自由」之保障。

參、外國人之公平審判

因為 *Hamdi* 案有關本國人，根據史卡利亞法官之說法，只有兩位美國本國人被拘禁，²⁷ 因此其牽涉並不廣。但是學者指出，在二〇〇二年一月之後，有來自於 49 個國家 759 人被送至關達那摩灣之海軍基地，在二〇〇六年時，其依然拘禁 450 人 (Knoops, 2007: 599, 601)。也有人認為，關達那摩灣海軍基地已監禁超過 770 位非

²⁷ 542 U.S. 559 (2004).

法戰鬥員 (Greenberger, 2007: 805, 817)，還有約 300 人被監禁在關達那摩灣海軍基地 (Johnson, 2007: 943-962)。但是據研究指出，只有 10 位被起訴 (Greenberger, 2007: 817)，只有 8% 關達那摩灣海軍基地之監禁人是被依蓋達組織戰鬥員起訴，低於 50% 的被監禁人被認定為有敵對於美國之行爲，只有 5% 被監禁人是美國所逮捕的，超過 85% 的被監禁人是由巴基斯坦或北方聯盟逮捕的 (Johnson, 2007: 951)。而這些被逮捕或拘禁之人都是非美國人，因此在美國攻打蓋達組織之後，絕大部分權利受影響者都是非美國人。

而 *Hamdan v. Rumsfeld* 則是此領域之重要判決，²⁸ *Hamdan* 判決爲一指標性案件，因爲這是最高法院第一次必須決定以軍事委員會審判恐怖份子之合法性 (Knoops, 2007: 601)。本案中當事人翰登 (Salim Ahmed Hamdan) 在二〇〇一年十一月，美國攻擊蓋達組織及塔利班政權之武裝衝突中被逮捕，二〇〇二年六月他被送至美國在古巴關達那摩灣之海軍基地，翰登是葉門人，美國政府將翰登認定爲「敵對戰鬥員」。二〇〇一年十一月美國總統布希發布「軍事命令：反恐戰爭中非公民之拘禁、待遇及審判」(Military Order: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism)，²⁹ 並且依據此軍事命令認定翰登可由軍事委員會審判，二〇〇三年七月一位軍法律師被指派爲其辯護人。

翰登要求人身保護令，且認爲應由依據「統一軍法」(Uniform Code of Military Justice) 所設立之軍事法院 (court-martial) 來審判。其主要基於兩點理由：第一，並無國會法律授權或是普通戰爭法 (common

²⁸ 548 U.S. 557 (2006). Decided on June 29, 2006. Corn, (2007: 29, 31).

²⁹ Federal Register: November 16, 2001 (Volume 66, Number 222), Presidential Documents, Pages 57831-57836 (資料引自 Liao, 2004: 513)。

law of war) 之依據得以軍事委員會審判共謀 (conspiracy) 戰爭罪。第二，軍事委員會之程序違反軍事及國際法，包括被告得知證據之權利。

最高法院認定軍事委員會之組織及程序違反「統一軍法」及「日內瓦公約」，因而無權審判翰登。然而本判決其實包括多種意見，本判決由史帝文斯法官主稿，布萊爾、金斯伯格、甘迺迪及蘇特等四位法官參加判決中的絕大部分意見；不過判決中有一部分，甘迺迪法官並未參加，³⁰ 因而有部分判決是未獲過半數支持的多數意見。而阿利托 (Samuel Alito)、史卡利亞及湯瑪士等三位法官認為得由軍事委員會審判翰登，因此他們聯合提出三份不同意見書。最高法院院長羅伯茨 (John G. Roberts) 因為曾經參與下級上訴法院之審理，所以沒有參加最高法院本案審理。³¹ 有論者認為，依其在下級法院之意見觀之，羅伯茨院長應該會提出不同意見 (Greenberger, 2007: 811-812)。

本案之主軸也是有關權力分立，其涵蓋三個核心議題：第一是行政權得否設立軍事委員會；第二是軍事委員會之程序是否合法；第三是得否適用「日內瓦公約」。在 *Hamdan* 判決中，最高法院主要基於兩個理由，一者是對於法律之詮釋，另一者是基於權力分立 (Fallon & Meltzer, 2007: 2029, 2050)。

一、得否設立軍事委員會

少數意見認為得以軍事委員會審判當事人，阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官之聯合不同意見書強調，設立軍事委員會的最主要原因是基於軍事需要，此部分對於遏阻「九一一事件」恐怖分

³⁰ Kennedy 法官並未參加判決的 V 及 VI-D-iv 部分，其最主要認為本案中以軍事委員會，並未得到「統一軍法」及「日內瓦公約」之授權，因而無需審查是否需適用「日內瓦公約」之共通第 3 條。參見 548 U.S. 565 (2006)。

³¹ 548 U.S. 566 (2006)。

子特別有必要，他們認為多數意見是使司法部門與行政權直接衝突，而且在此領域行政權擁有最大職權，但司法權並無權力。³² 他們也強調，美國與蓋達組織之武裝衝突與傳統戰爭有不同本質，傳統戰爭面對的是其他國家，但是與蓋達組織之武裝衝突則是面對一個全球性且狂熱的組織，且該組織對美國進行自殺攻擊，並廣為散播這些影像，同時虐待被俘之美國軍人。³³

然而多數意見認為，軍事委員會不是憲法或是法律所創設之審判機制，而是因為軍事需要而設立，於一八四七年開始適用之。³⁴ 多數意見認為，當然單純的緊急情況不能作為設立及適用憲法未規定之刑事審判庭之正當化理由，必須有其他憲法依據，而此時只有戰爭時期共同付託於總統及國會之權力才能導出此授權。其認為，「統一軍法」第 21 條賦予軍事法院審判權，但並未剝奪設立軍事委員會之管轄權。而此條文基本上與戰爭法第 15 條的語句相同。過去最高法院在奎瑞案 (*Ex parte Quirin*) 判決認定，³⁵ 國會有權授權總統設立軍事委員會。³⁶

多數意見並沒有直接認定總統是否得以在無國會授權之情形下設立軍事委員會，其認為在奎瑞案判決中，最高法院已表示，依據憲法及普通戰爭法，國會保留此權力，總統設立軍事委員會，必須符合戰爭法之規定。而多數意見認為，國會之武力授權決議、「統一軍法」及「拘禁人待遇法」(Detainee Treatment Act) 都不足以認定國會有授權總統設立軍事委員會。³⁷ 多數意見認為，國會共同

³² 548 U.S. 681 (2006).

³³ 548 U.S. 688 (2006).

³⁴ 548 U.S. 591 (2006).

³⁵ 317 U.S. 1 (1942).

³⁶ 548 U.S. 595 (2006).

³⁷ *Id.*

決議確實授權總統啓動戰爭武力，但是從其過程及內容觀之，甚至無任何內容暗示已擴張或修改「統一軍法」第 21 條之內容。另外，多數意見也認為，「拘禁人待遇法」是總統決定以軍事委員會審判翰登後訂定的，其無任何內容授權設立軍事委員會。因而多數意見認為，國會之武力授權決議、「統一軍法」及「拘禁人待遇法」只是一般性地規定，總統得於符合憲法及包括戰爭法等法律規定時設立軍事委員會，因而多數意見認為，本案必須作更仔細之分析。

於此有部分判決是布萊爾、金斯伯格、蘇特、史蒂文斯等四位法官之意見，他們認為由歷史觀之，軍事委員會可區分為三種類型，第一種是當戒嚴令頒布之後取代民事法院；第二種是在戰爭中佔領地無法設立平時政府時以審判一般人；第三種是對於戰鬥員之審判，並決定是否處罰之 (Knoops, 2007: 600-601)。

他們舉溫瑟若上校 (Colonel William Winthrop) 之意見，認為設立軍事委員會必須符合四個要件：第一，只有受戰爭威脅時才可設立；第二，只管轄戰爭進行之行爲；第三，在沒有戰爭法授權或是佔領狀態之下設立軍事委員會，只能審理違反戰爭法之敵對軍隊成員或是其他違反戰爭法之行爲，或是自己的成員，在戰爭時期其無法由軍事法院審理；第四，軍事委員會只有兩項罪名之管轄權，即違反戰爭法或是軍事規章，而無法由軍事法院審判。³⁸ 他們認為，雙方當事人對此論述並無爭議，也同意這些論述已納入「戰爭法」(Articles of War) 第 15 條及「統一軍法」第 21 條之成文法中，因此他們認為，應該確認對翰登之訴訟，是否符合上述要件。然而他們認為，美國政府對翰登之罪刑論述時期涵蓋一九九六年至二〇〇一年十一月，長達五年之久，而罪刑中並無與賓拉登 (Osama bin Laden) 有關，或是構成戰爭罪，而且沒有任一罪行是在「九一

³⁸ 548 U.S. 599 (2006).

一事件」之後實行的，或是構成違反戰爭法。而且他們也強調，以軍事委員會作為審判機制，必須是在戰爭持續中，不包括戰爭前之行爲。因此他們認定，不論是從訴追之罪刑、犯罪時間、犯罪地點觀之，都不符合上述要件。其亦強調，如不謹守這些要件，將賦予軍隊超過憲法及法律規範範疇之審判及處罰權力。

美國政府以戰爭罪之「共謀犯」(conspiracy) 起訴翰登，但是四位法官認為美國國內法從未以軍事委員會審判戰爭罪之「共謀犯」，主要有關戰爭法之國際條約，例如「海牙公約」及「日內瓦公約」，亦無此規定。

四位法官認為，設立軍事委員會之最重要前提是「軍事需要」(military necessity)，但是審判翰登的軍事委員會並不是由在戰爭中的軍事將領所任命，而是在非戰區之退休軍事將領任命之，而其時間點不是在戰爭威脅之下，而是「九一一事件」發生幾年之後。因而翰登之行爲可能是犯罪，但不是可由軍事委員會審判之違反戰爭法的罪刑。

其實以「反恐戰爭」稱之，表示只要有任何可能恐怖攻擊，美國就是處於戰爭狀態，美國將永遠無法得到勝利，永遠無法停止衝突，而戰爭時期之措施或立法將長久持續 (Weiner, 2007: 997, 1019)。而也是因爲此理念，美國行政部門才會設立軍事委員會，也才會認為有軍事需要必需設立軍事委員會，但是其可能是虛擬的，自我假設依然在現實進行中，未來可能發生不代表現在仍然進行中。由此觀之，在實際武裝衝突發生過後才設立軍事委員會之必要性是難以成立的。另外，如本文後續所論證的，美國與阿富汗之武裝衝突，應被認為是國際武裝衝突，當事人應是戰俘，依據「日內瓦第三公約」，當事人本就應由軍事法院或是一般法院審判，並無設立軍事委員會之必要。

二、軍事委員會之程序

同樣地少數意見認為軍事委員會之程序無違法之問題，阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官之聯合不同意見書強調，軍事委員會之程序均有國會之授權，因而沒有違法之問題。他們認為並無法律或是判決前例要求軍事委員會之程序必須與軍事法院一致。³⁹

但是 *Hamdan* 判決認定總統之軍事命令不符合「統一軍法」之「一致要件」，即軍事委員會必須對於被告有高度保障程序 (Greenberger, 2007: 807)。*Hamdan* 判決的最主要依據是權力分立，雖然最高法院沒有明確說明，行政權及國會是否可以立法以軍事委員會審判之，但是最高法院清楚地表示，總統不得單方忽視「統一軍法」之規範 (Stone, 2007: 137)。

多數意見認為，「統一軍法」第 36 條對於總統設立軍事委員會，訂定兩種限制：第一是軍事委員會之程序不能與「統一軍法」衝突或不一致；第二是軍事委員會與軍事法院之程序應該盡可能一致，除非有實際之困難。但是多數意見認為本案中無任何情況顯示，軍事委員會也適用軍事法院之程序是有困難的，美國政府提出的唯一理由是國際恐怖主義之危險性，多數意見認為這是不夠充分的，因而多數意見認為，本案中的軍事委員會應適用與軍事法院一樣之程序。⁴⁰

多數意見同時認為審判翰登的軍事委員會有許多程序瑕疵，例如：第一、審判人員得以決定被告及其律師無法得知部分證據；第二、只要審判人員同意，可以提出任何認為相關證據；第三、被告及其律師無法得知被認定為「應保密之資訊」(protected infor-

³⁹ 548 U.S. 658 (2006).

⁴⁰ 548 U.S. 621 (2006).

mation)。因而多數意見認定，此軍事委員會之程序違反「統一軍法」第 36 條。⁴¹

上述多數意見之內容其實已清楚論述美國國內法之法律依據及內容，就此而言，軍事委員會之程序，實難以構成公平審判，當審判者由行政部門決定，且其程序亦由行政部門訂定，並可排除諸多保障程序，難以被認為是公平審判之程序。

三、「日內瓦公約」之援用

本案判決中必須詮釋「統一軍法」第 21 條有關戰爭法之規定，因而其牽涉是否援用「日內瓦公約」的規範意旨，進而延伸出幾個問題：第一是美國攻打阿富汗、塔利班政權或是蓋達組織的國際法本質為何？其是否為武裝衝突？如果是的話，究竟是國際武裝衝突還是非國際武裝衝突？此牽涉本案是否應援用「日內瓦公約」，或是得否援用「日內瓦公約」共同第 3 條 (Common Article 3 to the Geneva Conventions)；第二，如果應援用「日內瓦公約」的話，對於美國而言，「日內瓦公約」是否為自動履行公約？進而延伸最高法院可否適用「日內瓦公約」之問題；第三，如果援用「日內瓦公約」的話，應如何詮釋其內容？

針對第一個問題，美國政府主張，因為蓋達組織並非「日內瓦公約」之締約國，美國之出兵阿富汗並非「日內瓦公約」共同第 2 條所稱之國際武裝衝突，因此本案無須適用「日內瓦公約」。美國總統認為蓋達組織不適用「日內瓦公約」，因為蓋達組織不是「日內瓦公約」之締約國，而是非法戰鬥員，沒有穿軍服且殺害平民 (Kmiec, 2007: 573, 583)。

⁴¹ 548 U.S. 623 (2006).

而阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官之聯合不同意見書則是強調，總統認為「日內瓦公約」共同第 3 條於本案不適用之詮釋是合理的，也應該維持。⁴²

最高法院在決定翰登是否為戰俘時，其實是用了非常特殊之推論方式，最高法院一方面不認同行政部門之主張，可是另一方面卻也認為其「不需要實質決定」(need not decide the merits) 當事人是否為戰俘，但是最高法院認為當事人受「日內瓦公約」共同第 3 條之保障。⁴³ 最高法院之最主要依據是「日內瓦公約」之文字及一些國際組織之詮釋內容 (Sloss, 2007: 497, 504)。

多數意見對於美國政府之主張並未直接回應，但是多數意見卻認為，本案應可援用「日內瓦公約」共同第 3 條，其規定非國際武裝衝突，即在某一締約國領域內之武裝衝突，締約國亦應保護參與戰鬥之人。⁴⁴ 多數意見認為，此條所稱之「非國際武裝衝突」，是與多數國家間之武裝衝突相對應的，多數意見舉出「日內瓦公約」之官方評述，⁴⁵ 認為應盡可能擴大此條文之適用範圍，多數意見甚

⁴² 548 U.S. 720 (2006).

⁴³ 548 U.S. 630 (2006).

⁴⁴ 原文為：“In the case of armed conflict not of an international character occurring *in the territory of one of the High Contracting Parties*, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: . . . the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: . . . (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by *a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples . . .*” (emphases added).

⁴⁵ GC III Commentary 35.

至提到，最後一版之評述省略了此條文也適用於「內戰、殖民衝突及宗教衝突」，因此認定美國與蓋達組織間之武裝衝突，屬於「日內瓦公約」共同第3條所稱之非國際武裝衝突，因此「日內瓦公約」共同第3條所規定之保障亦應適用於翰登身上。⁴⁶

值得注意的是，在 *Hamdi* 判決中，金斯伯格及蘇特兩位法官認為，美國政府指稱「日內瓦公約」適用於塔利班拘禁人，因而應被認為是「日內瓦第三公約」所稱之戰俘，而美國是此公約之締約國，依據此公約之規定，在一有權機制決定之前，戰爭中被逮捕之人應被推定為戰俘。可是兩位法官並沒有在 *Hamdan* 判決中堅持此點。

有學者亦認為，美國於二〇〇一年攻打阿富汗，應該認為是國際武裝衝突：第一，蓋達組織有與國家一樣的武力足以構成武裝衝突；第二，蓋達組織有相當完整之組織性；第三，蓋達組織是因為政治目的而使用武力；第四，在二〇〇一年十月之後美國已用盡非武力途徑以阻止蓋達組織之安全威脅 (Weiner, 2007: 1005-1007)。

以上對於美國攻打阿富汗之論述其實包含三種意見，第一種認為是國際武裝衝突，第二種認為是非國際武裝衝突，第三種認為是「反恐戰爭」，但是不適用「日內瓦公約」。

首先應解釋的是美國政府及部分學者主張，如果敵對對方未依循「日內瓦公約」，即無「日內瓦公約」之適用，例如有學者認為 *Hamdan* 判決沒有區分合法戰鬥員及非法恐怖份子，是誤導地將兩者認定為戰俘。其強調美國從未批准「日內瓦第一公約」(First Geneva Convention)，而其主要原因就是認為不應將非法戰鬥員認為是戰俘，而最高法院卻未注意此重點 (Kmiec, 2007: 583)。但是美國政府之誤認對於反恐戰爭而言，「日內瓦公約」是過時的且無法處理複雜之議題 (Falk, 2007: 31, 36)。然而國際人道法並無漏

⁴⁶ 548 U.S. 632 (2006).

洞，在武裝衝突中，某人不是平民，即是戰鬥員，而且無論是合法或是非法戰鬥員，都受到「日內瓦公約」之保護 (Falk, 2007: 33)。因此本案中根本不需要認定翰登是否是敵對的，只要是其參與或是被迫涉入武裝衝突中，都有「日內瓦公約」之適用，而其變數有二：一者是武裝衝突的本質——國際武裝衝突或非國際武裝衝突；另一者是當事人之特質——戰俘或平民。依此兩變數而有不同之保障，但是絕無在武裝衝突中不受「日內瓦公約」保障之狀況。

就本案武裝衝突的本質而言，其實「日內瓦公約」將武裝衝突區分為國際武裝衝突及非國際武裝衝突。所謂國際武裝衝突是指兩個以上國家間之武裝衝突；而「日內瓦公約」所稱非國際武裝衝突，是指某一締約國國內之武裝衝突。本來國際條約應該只是用於多數國家間之議題，但是有鑑於國內武裝衝突對於平民及戰俘亦有重大影響，因此「日內瓦公約」也將國內武裝衝突納入規範。

事實上美國在一九九五年批准「日內瓦第三公約」(Knoops, 2007: 605)，其中包含國際武裝衝突及非國際武裝衝突之詮釋，美國不應忽略國際上對於這兩種武裝衝突本質之認定。多數意見提到，官方最後一版之評述省略了「日內瓦公約」共同第 3 條也適用於「內戰、殖民衝突及宗教衝突」之意見，因而認定美國出兵阿富汗是非國際武裝衝突。但是多數意見所作之引述，其實與美國出兵阿富汗的本質認定無關，官方評述確實認為「日內瓦公約」應盡可能擴大適用，但是就算官方評述提到「日內瓦公約」共同第 3 條也適用於「內戰、殖民衝突及宗教衝突」，與本案也不一定有直接關係，其論述主要是強調國內武裝衝突包括多種類型，因此其認為包括內戰、殖民衝突及宗教衝突等類別，但是本質上這些武裝衝突是在某一締約國領域內 (territory of one of the High Contracting Parties)，才會被稱為是非國際武裝衝突。

筆者認為，多數意見認為武裝衝突存在於美國與蓋達組織，是不完全正確之認知，因為事實上当美國想要攻打蓋達組織時，其不可能憑空直接攻打蓋達組織，而是在阿富汗的國境內攻打之，即武裝衝突是存在於美國及阿富汗兩個國家之間，而非美國與蓋達組織之間。相對而言，如果有任何國家聲稱要以武力攻打在美國的某一組織，其亦不可能認定這是只存在於此國家與在美國的某組織間之武裝衝突而已，如果此理論可被接受，那麼實際上其他國家可藉此理由對美國進行武裝攻擊。誠如論者所言，最高法院指稱「美國與蓋達組織間之戰爭」(the United States' war with al Qaeda) 或是「與蓋達組織之衝突」(conflict with al Qaeda)，但是此邏輯是否只適用在蓋達組織上？或是也包括其他恐怖組織？而使得美國也與其他恐怖組織有戰爭或武裝衝突 (Weiner, 2007: 1017)。如果多數意見之邏輯成立的話，因為美國將許多組織都認為是恐怖組織，是否意味著美國將與多數組織戰爭，而且這些戰爭都是非國際戰爭，如果美國未來攻打位於其他國家之恐怖組織，也只是美國與這些組織之戰爭，這些組織所身處之國家便需被迫忍受美國在其國家領域內進行戰爭，這些論證明顯地違反其他國家之領域主權。因此美國攻打蓋達組織，因為蓋達組織身處於阿富汗境內，其本質應是國際武裝衝突，不論美國是否認同，都應適用「日內瓦公約」。

第二，就「日內瓦公約」是否為自動履行公約而言，阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官之聯合不同意見書則是強調，「日內瓦公約」並非自動履行條約，不具美國國內法院之實踐性。⁴⁷

多數意見迴避了是否得以直接引用「日內瓦公約」賦予個人權利之問題，而是認為用「日內瓦公約」已為「統一軍法」所規定

⁴⁷ 548 U.S. 720 (2006).

(Greenberger, 2007: 807)，因而符合「日內瓦公約」賦予個人權利規定，是得以設立軍事委員會之前提 (Boeving, 2007: 463, 498)。所以多數意見認為不需要認定「日內瓦公約」是否為自動履行條約 (Mayerfeld, 2007: 89, 135)，但是最高法院並沒有就此引述任何先例 (Greenberger, 2007: 808)。而判決中透過美國國內法已將「日內瓦公約」納入，而非直接認定可以直接適用「日內瓦公約」，乃是因為史帝文斯法官之意見 (Greenberger, 2007: 828)。

當美國國會批准「日內瓦公約」時，不論是否以國內法將其納入，依據美國憲法此公約即成為美國法律之一部分 (Greenberger, 2007: 834)。依據美國憲法第 6 條第 2 項規定：「本憲法與依據本憲法所制定之法律，及以合眾國之權力所締結之條約，均為全國之最高法律。即使與任何州之憲法或法律牴觸，各州法院之法官均應遵守而受其拘束。」因此美國所批准之國際條約直接有國內法之效力，但是美國憲法沒有直接規定國際人權條約之法律地位高於聯邦法律 (廖福特，2002: 153-224)。因此當美國最高法院面對國際條約時，是不能完全不予理會的。其次，其實只要一個條約明示或隱含賦予個人權利，即可稱為自動履行條約 (Paust, 2007: 71)，而「日內瓦公約」便是保障戰俘及平民權利之條約，實不宜被認定為非自動履行條約，否則締約國將可依此理論而逃避其國際責任。

第三，就應如何詮釋「日內瓦公約」之內容而言，「日內瓦公約」共同第 3 條規定，應由能夠確保「文明人們所承認之不可或缺的所有司法保障」(all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples) 之「正常組成之法院」(regularly constituted court) 進行審判決及執行。

多數意見認為，所稱之「正常組成之法院」，指的是一般軍事法院，而且絕對排除所有特別審判庭。「正常組成之法院」是指國

家內依據既有法律及程序設立及組成，而對於美國而言，軍事法院才是國會立法授權設立之審判機制，軍事委員會只有在特別實際需要時，才能稱爲是「正常組成之法院」，但是多數意見認爲並無此特別實際需要存在。⁴⁸

所謂確保「文明人們所承認之不可或缺的所有司法保障」，多數意見認爲，「日內瓦公約」並未對此作定義，但是應該認爲其包括習慣國際法所承認之審判保障，而其內涵呈現於「日內瓦公約第一附加議定書」第 75 條。多數意見認爲，雖然美國拒絕批准「日內瓦公約第一附加議定書」，但是並未反對第 75 條之內涵，其中包括被告出庭之權利，惟美國政府設立軍事委員會之命令並未確保此權利。另外多數意見認爲，雖然美國政府有迫切利益拒絕翰登接近某些敏感的文件，但是除非有明確法律限制之外，作爲判決某人犯罪之資訊必須讓被告得知。⁴⁹

於是多數意見結論認爲，很明顯地「日內瓦公約」共同第 3 條對於審判在武裝衝突中逮捕之人有相當之彈性，其只做一般規定，但是這些規定依然是法定要件，而美國政府所設立之軍事委員會並不符合這些要件。

布萊爾、金斯伯格、甘迺迪及蘇特等四位法官聯合提出部分協同意見書，其中認爲由軍事委員會審判有關最高之權力分立憲法秩序，其亦認爲「日內瓦公約」共同第 3 條是條約之一部分，而美國已批准此條約，因此已接受其有法律拘束力，但是他們認爲直接以國內法詮釋本條文所稱之「正常組成之法院」即可，他們認爲美國國內法所指之「正常組成之法院」，是指軍事法院，而軍事委員會並不符合軍事法院之規範，因而是違法的。因爲在最高法院判決

⁴⁸ 548 U.S. 633 (2006).

⁴⁹ 548 U.S. 634 (2006).

時，對翰登之審判尚未開始，他們也認為不需要論證其程序是否符合「日內瓦公約」共同第 3 條所認為之應確保「文明人們所承認之不可或缺的所有司法保障」，因而也不需要論證「日內瓦公約第一附加議定書」第 75 條是否為習慣國際法，或是否對於美國有拘束力。⁵⁰

而阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官之聯合不同意見書認為美國與蓋達組織之武裝衝突具有國際性質，如果要適用「日內瓦公約」共同第 3 條，其中所稱之「正常組成之法院」，應是指依據此締約國國內法而設立及任命之法院，他們認為如果「日內瓦公約」共同第 3 條所稱之「正常組成之法院」是指軍事法院，那麼起草人應該早已明確規定之，他們舉第 84 條及第 66 條為例，其中規定戰俘及平民只能由軍事法院審判之，因而當「日內瓦公約」共同第 3 條沒有明確說明的話，其並非要求一定要由軍事法院審判。⁵¹

然而如上所述，是否適用「日內瓦公約」共同第 3 條與認定美國攻打蓋達組織或是阿富汗之本質有關，因為多數意見將其認定為非國際武裝衝突，才必須適用「日內瓦公約」共同第 3 條，也才會有多數意見與少數意見對於軍事委員會是否為其所稱之「正常組成之法院」之爭執，以及多數意見以將「日內瓦公約第一附加議定書」第 75 條為習慣國際法而引用之思路。而亦有論者指出，最高法院並沒有認為提審權 (right to be present) 適用「日內瓦公約」共同第 3 條所稱之「文明人們不可或缺之司法保障」的一部分 (Boevig, 2007: 501)。

但是如上所述，筆者認為本質上美國攻打阿富汗應該被認為是國際武裝衝突，而翰登應被認為是「日內瓦第三公約」第 4 條所稱

⁵⁰ 548 U.S. 644 (2006).

⁵¹ 548 U.S. 734 (2006).

之戰俘 (prisoner of war)，其所受有關公平審判之保障，最基本規定為「日內瓦第三公約」第 84 條，其中明確規定只有軍事法院得審理戰俘，而拘禁戰俘之國家也得以一般法院審判之，而且其明確規定，任何審判戰俘之法院必須是獨立且公平的，同時能保障「日內瓦第三公約」第 105 條所指之權利，⁵² 其中包括自行選擇辯護律師、傳喚證人等權利。「日內瓦第三公約」第 102 條及第 106 條也保障由軍事或一般法院判決及上訴之權利，而這亦是美國沒有確保之權利 (Liao, 2004: 541)。因而由此論證便可明顯得出美國以軍事委員會審判翰登是違反「日內瓦第三公約」的，美國為本公約之締約國，自應實踐之。

另外很可惜地，最高法院只著重「日內瓦公約」，卻未重視「公民及政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights) 及「禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (Mayerfeld, 2007: 135)，這兩個公約是保障被拘禁人待遇及公平審判之重要人權條約，而且其不只是適用於平時，亦適用於武裝衝突時。美國也是這兩個公約之會員國，當然也有實踐這兩個公約之義務，最高法院在論述相關議題時，也應以更完整之角度適用國際條約，如此也才能善盡最高法

⁵² 原文為：“A prisoner of war shall be tried only by a military court, unless the existing laws of the Detaining Power expressly permit the civil courts to try a member of the armed forces of the Detaining Power in respect of the particular offence alleged to have been committed by the prisoner of war. In no circumstances whatever shall a prisoner of war be tried by a court of any kind which does not offer the essential guarantees of independence and impartiality as generally recognized, and, in particular, the procedure of which does not afford the accused the rights and means of defence provided for in Article 105.”

院之職責，同時也才能確保公平審判權。

有學者主張，美國行政部門以軍事委員會審判武裝衝突逮捕之人，其主要原因是美國長期以來不願意將國際人權法納入其國內法體系中，而因為美國使國際人權法邊緣化，使得布希政府非常容易進行恣意之行爲 (Mayerfeld, 2007: 95)。有論者認爲，早期最高法院對於行政部門之條約解釋都沒有不同意見，特別是有關國家安全之條約解釋，雖然行政部門還是主導條約事務，但是最高法院對於外交事務，逐漸有與行政部門不同之看法，基於此，*Hamdan* 判決也才會有與行政部門不同之意見 (Sloss, 2007: 524)。而有關係約解釋，*Hamdan* 判決有兩大特徵，第一，最高法院推翻總統對於條約之個人詮釋；第二，本條約解釋攸關國家安全 (Sloss, 2007: 503-504)。在 *Hamdan* 判決之前，相關加入國際人權條約及國際人道條約之意見是稀少且謹慎的，但是判決之後，這些猶豫的態度便大幅下降 (Mayerfeld, 2007: 137)。有學者論證認爲，*Hamdan* 判決凸顯將國際人權法納入國內法之重要性 (Mayerfeld, 2007: 135)。

最後，有關本案之一般評論，有人認爲最高法院 *Hamdan* 判決是反院長羅伯茨 (anti-Roberts) (Kmiec, 2007: 574)，同時其認爲，憲法確實是國家最高法律，但憲法不能變成自殺方案，於是批判 *Hamdan* 判決。首先，此判決低估制憲先賢所賦予總統之角色，其舉聯邦論第七十篇爲例；第二，沒有認知總統在外交事務之特殊角色及職權；第三，此判決忽視總統對國際事務之裁量權；第四，在戰爭時期總統對於外交事務應有相當裁量權，而此部分會有模糊地帶，但是最高法院卻忽略了；第五，對於戰爭事務最高法院應有所節制，但是本判決並沒有；第六，過去最高法院從未懷疑過總統對於戰爭事務之判斷，而本判決並未體會反恐戰爭之敏感性，其非傳統真正的武裝衝突，亦非冷戰；第七，國會已取消最高法院之管轄

權，但是最高法院卻置之不理 (Kmiec, 2007: 576-579)。因而其批判認為最高法院是在戰爭時期充當指揮官 (Kmiec, 2007: 579)。

有學者認為最高法院會在 *Hamdan* 判決認定軍事委員會違法，完全是個意外 (Devins, 2007: 1562, 1586)。有學者認為，有五項原因使得最高法院作成 *Hamdan* 判決。第一，延續倫奎斯特法庭以來所進行之司法優位判決；第二，布希總統以使其在相關案件陷入極端之處境，其認為可以作任何決定；第三，行政部門本來聲稱沒有任何酷刑發生，但是在本案言詞辯論過程中，卻呈現相反之事實；第四，證實有酷刑之後，最高法院比較不用擔心國會之反彈；第五，不會導致行政部門不遵守判決，因為沒有改變行政部門之政策，只是導入司法審查程序 (Devins, 2007: 1566-1567)。亦有學者認為，*Hamdan* 判決技巧地將其情勢轉換成飢渴權力的行政部門與脆弱的國會兩者之緊張關係 (Devins, 2007: 1588)。

然而筆者相信，*Hamdan* 判決可在戰爭時期制衡總統之權力 (Boeving, 2007: 477)。*Hamdan* 判決不只是單一之個案而已，而是對於總統所稱反恐戰爭之挑戰 (Devins, 2007: 1586)。*Hamdan* 判決的重要意義是，即使是在戰爭時期，總統的作為亦必須受司法審查 (Knoops, 2007: 605)。憲法信任民主之方式，而最高法院 *Hamdan* 判決只是單純地作相同之確信 (Young, 2007: 787, 802)。雖然或許是爲了爭取多數之認同，最高法院之論證有所不備之處，但是基於權力分立之堅持，本判決確保武裝衝突中被逮捕的外國戰鬥員權利保障之可能性。

肆、法官意見

在兩個判決中，最高法院各法官呈現不同意見，爲了方便後續之分析，茲將 *Hamdi* 及 *Hamdan* 判決各法官之意見列表如後：

| | <i>Hamdi</i> | <i>Hamdan</i> |
|------|-------------------------------|---|
| 多數意見 | 奧康納 (主稿)、蘇特、金斯伯格、布萊爾、甘迺迪、倫奎斯特 | 史帝文斯 (主稿)、蘇特、金斯伯格、布萊爾、甘迺迪 |
| 少數意見 | 史卡利亞、湯瑪士、史帝文斯 | 史卡利亞、湯瑪士、阿利托 院長羅伯茨法官沒有參與，但是在下級審之意見相近 |

從以上列表可以看出，除了奧康納後來退休，阿利托是新任，這兩位無法得知其意見轉變之外，其他法官意見之不變與變化是值得觀察的。其包括幾個現象，首先是布萊爾、金斯伯格、甘迺迪及蘇特等四位法官都是在多數意見，而史卡利亞及湯瑪士等兩位法官則是在少數意見；其次，主要變化為史帝文斯由少數意見轉成為多數意見，甚至是 *Hamdan* 判決之主稿人；第三，形式上看不出來的是甘迺迪在 *Hamdan* 判決之角色。

就第一個現象而言，因為四位法官之堅持，使得多數得以形成，也因而確保當事人之權利，他們在兩個判決中有一貫之意見。湯瑪士也維持一貫之意見，只是其認為應尊重行政權之戰爭權力；比較特別的是，史卡利亞在 *Hamdi* 案中認為如果沒有國會暫停人身保護令，便需適用之，但是在 *Hamdan* 案，史卡利亞卻完全不提此意見，甚至反對美國憲法權利條款適用於外國人，確實相當令人不解。

其次，雖然形式上史帝文斯在 *Hamdi* 判決是少數意見，而在 *Hamdan* 判決轉換為多數意見，但實質上史帝文斯在兩個判決都堅持保障當事人之權利，其實是有五位法官在兩個案件中都相當堅持，因而形成多數。

第三，比較特別的是，甘迺迪認為應適用「日內瓦公約」共同第 3 條的意見受到高度重視 (Greenberger, 2007: 824-825)。甘迺迪對於外國法之親近，可說是最高法院這幾年來的重大發展。甘迺迪的外國經

歷，例如：他曾經在倫敦政經學院唸書；在墨西哥當執業律師；當他擔任第九巡迴上訴法院法官時，他擔任南太平洋島嶼各法院之導師，因而他必須前往帛琉、關島、塞班、薩摩亞、澳洲、紐西蘭、日本；他連續十幾年都到奧地利薩爾斯堡，參加「薩爾斯堡討論會」(Salzburg Seminar)，在一九九〇年代東歐民主化的過程中，他提供制憲或修憲之建言，他也是美國律師公會對中國法官及律師諮詢之成員 (Toobin, 2005)。於是甘迺迪認為「我們必須了解世界之情形，雖然這些不能拘束我們，但是我們不能假裝他們不存在」、「自由不只是用來輸出的而已」。⁵³ 他在 *Lawrence v. Texas* 及 *Roper v. Simmons* 判決中，引用「歐洲人權公約」及「兒童權利公約」等國際人權條約，作為其憲法解釋之權源。

然而 *Hamdan* 判決之後引起國會之反彈，有些國會議員甚至提議應該罷免甘迺迪法官 (Greenberger, 2007: 828)。其中也可見美國對於國際條約之部分態度，最高法院引用國際條約，包括國際人權條約，做為其判決之依據，恐怕不是完全順暢之路。如前所述，有論者在 *Hamdan* 判決之後有比較樂觀之態度，但是實質上是否真的如此，恐怕還需要進一步觀察。

伍、後續發展

因為 *Hamdi* 案有關本國人，在 *Hamdi* 判決之後，美國政府釋放當事人 (Martin, Schnably, Simon, Tushnet, & Wilson, 2006: 400)，同時在判決過程中及判決後，國會並沒有訂定新法律賦予行政權更大的權力，也因此美國本國人有關與蓋達組織武裝衝突之司法救濟問題，從此獲得解決。

⁵³ *Id.*

但是 *Hamdan* 案有非常不同之發展，其實 *Hamdan* 案的過程是一場權力分立之角力。不論是在 *Hamdan* 判決之前或之後，除了行政權強力主張其使用武力、行政拘禁及設立軍事委員會之權力之外，國會也授權武力之行使，同時以新立法賦予行政權更廣泛之權力，這引發三權分立之平衡，同時也形成 *Hamdan* 判決之後之不確定狀態。

於此先探討 *Hamdan* 判決前之發展，本案最基本議題之一是最最高法院是否有審理本案之管轄權 (Calabresi, & Lawson, 2007: 1002)，在最高法院受理 *Hamdan* 案之後，國會於二〇〇五年十二月三十日通過「拘禁人待遇法」(Detainee Treatment Act)，其中規定沒有任何法院或是法官得以審理被國防部拘禁在古巴關達那摩灣海軍基地之人或其代理人所提起之人身保護令狀，於是美國政府在二〇〇六年二月十三日請求駁回此案。另外，美國政府也主張，即使最高法院有法律管轄權，但是基於禮讓原則 (comity)，因為軍事行為還在繼續，最高法院不應介入。

但是最高法院不贊同美國政府之見解，多數意見認為「拘禁人待遇法」並不拘束在此法通過時已繫屬最高法院之案件，因此最高法院對本案有管轄權。同時最高法院也認為，即使軍事行為還在繼續，也應審理設立軍事委員會是否合法。

然而阿利托、史卡利亞及湯瑪士等三位法官聯合提出不同意見書，他們認為在古巴關達那摩灣之海軍基地，是在美國的領域管轄之外，而且翰登是外國人，在領域管轄之外的敵對外國人是不受美國憲法之保護。而且即使認為在領域管轄之外的敵對外國人可以受美國憲法之保護，「拘禁人待遇法」已排除最高法院之人身保護令狀管轄權，因此最高法院應不受理。但是他們卻又認為「拘禁人待遇法」賦予華盛頓特區巡迴法院為專屬之針對軍事委員會審判之上

訴法院，而最高法院可基於華盛頓特區巡迴法院之上級法院之理由，依然擁有管轄權，因而他們認為「拘禁人待遇法」只是「延遲」(defer) 最高法院之管轄權，而非剝奪管轄權。

但是有論者認為，史卡利亞的論證犯了內涵錯誤 (textually wrong)，其認為美國憲法賦予國會設立或是不設立下級聯邦法院之權力，但是憲法沒有賦予國會設立或是指定下級聯邦法院職權，而剝奪最高法院最終決定之權力。⁵⁴

有學者認為，*Hamdan* 判決之後，軍事委員會審判必須符合「日內瓦公約」共同第 3 條之標準，即審判必須由「正常組成之法院為之，並能提供文明人們無可或缺之司法保障」(Trahan, 2007: 780, 782-783)。布萊爾亦在 *Hamdan* 判決的協同意見書中鼓勵國會應以其認為適當之方式立法授權軍事委員會之設立。然而事實上 *Hamdan* 判決之後引起國會之反彈，有些國會議員認為，最高法院借用外國法羞辱美國憲法，因而應該移除國際法律對於美國法院之影響，美國人可能失去自己決定刑事制度之權力，而由國際法律或是外國法控制 (Greenberger, 2007: 828)。

有論者認為，國會可有三種方式面對有關「軍事委員會法」之立法。第一種是不作為，使軍事委員會無以為繼；第二種是完全贊同總統之立場，將本來總統命令轉換為立法；第三種是允許軍事委員會審判恐怖份子，但是改善其程序之不足 (Boeving, 2007: 503)。

後續之發展證實國會選擇第三種途徑，因為後來國會制定「軍事委員會法」(Military Commission Act)，⁵⁵ 並修正之前總統命令設立軍

⁵⁴ 兩位作者曾經是 Scalia 的助理，他們將此篇文章獻給 Scalia，以尊崇他們從 Scalia 學到的「原文客觀意義原則」(principle of objective-meaning textualism)，但是他們表明，即使站在巨人的肩膀上，亦可表示與巨人不同之意見 (Calabresi & Lawson, 2007: 1003)。

⁵⁵ Public Law 109-366, 109th Congress, October 17, 2006. (Bornstein, 2007: 1077,

事委員會之內容。二〇〇六年六月二十九日，最高法院做成*Hamdan* 判決，二〇〇六年十月十七日，布希總統簽署「軍事委員會法」(Office of the Press Secretary, 2006)。布希認為總統簽署法案而可以拯救美國人性命之機會並不多，而其簽署「軍事委員會法」便是難得的特權，其同時認為「軍事委員會法」是最重要的反恐立法之一。⁵⁶

亦有論者支持「軍事委員會法」，其認為本法已有程序保障，同時其認為以軍事委員會審判蓋達組織成員之理由為：第一，蓋達組織成員非正規戰鬥員；第二，總統考量刑事正義之整體性，在恐怖份子摧毀社會秩序時，無法以一般法院審判之；第三，軍事委員會審判已被扭曲，其有程序保障 (Kmiec, 2007: 592)，例如無罪推定、禁止酷刑取得證據、交互詰問等 (Kmiec, 2007: 586)。

但是有論者認為，「軍事委員會法」是對 *Hamdan* 判決之報復 (Devins, 2007: 1579; Greenberger, 2007: 813; Mayerfeld, 2007: 137)，但是在立法時，國會議員卻聲稱他們尊重最高法院之憲法解釋，因而將 *Hamdan* 判決內容納入法規中 (Devins, 2007: 1566-1579)。

且讓吾人先檢視「軍事委員會法」之內容。「軍事委員會法」將「違法敵對戰鬥員」(unlawful enemy combatant) 定義為「從事、或故意、或實質支持敵對美國、或是其共同叛亂者非合法敵對戰鬥員(包括蓋達組織、塔利班或相關組織之成員)，或是在軍事委員會法制定之前或之後，被戰鬥員地位審查庭⁵⁷ 或是總統或國防部長授權設立之機制認定

1100)

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ 是否為敵對戰鬥員是由「戰鬥員地位審查庭」(Combatant Status Review Tribunals) 審查之，但是 Thomas R. Johnson 批評「戰鬥員地位審查庭」像是「戲院」(theater)，當事人參與其無法理解之程序，其無法構成有意義之參與 (Johnson, 2007: 943, 946)。

為非法敵對戰鬥員者」。本法授權總統得設立軍事委員會，並聲稱依本法所設立之軍事委員會，符合「日內瓦公約」共同第 3 條所稱之「正常設立之法院」之規定，並賦予「所承認的文明人們不可或缺之司法保障」。其亦規定外國違法敵對戰鬥員不得引用「日內瓦公約」做為權源。其明確規定「日內瓦公約」是非自動履行之條約。因而很明顯地「軍事委員會法」是排除*Hamdan*判決之內容，使得*Hamdan*判決實質上無適用之可能性。

事實上「軍事委員會法」的內容可能有以下之問題：其規定軍事檢察官在呈現證據於軍事委員會時，得以不揭露其來源與美國的作為方式及活動、其無規定軍事法官得以要求公開保密之資訊、其允許被告不在場的單獨 (*ex parte*) 審查檢察官之論述 (Boeving, 2007: 509-511)。

其次，「軍事委員會法」所稱之外國人是指無美國國籍者。因而有論者認為，此項規定是將數百萬擁有美國綠卡及數十億全球人口，都列為不同的審判程序歸類，並且受到比美國人較少之保障 (Katyal, 2007: 1365, 1368)。

再者，「軍事委員會法」給予布希總統設立軍事委員會之立法授權，但是此法也設定諸多可能違反「日內瓦公約」之行為，例如酷刑、不人道待遇、生物實驗、謀殺、強暴、性侵害等 (Bornstein, 2007: 1077, 1100)。然而國際法基本原則是一個國家不能自行決定其國際義務之範疇，而這卻是「軍事委員會法」想要達成的。不論美國國內的規定為何，事實上 *Hamdan* 判決內容是對美國國際義務的比較完善之詮釋 (Happold, 2007: 418-431)。

二〇〇七年二月二日翰登又再次被起訴 (Happold, 2007: 430)，可預期地最高法院不久將面臨有關「軍事委員會法」之案件，有學者預期最高法院將中性處理相關案件，不挑戰「軍事委員會法」之合憲

性 (Devins, 2007: 1593)。其亦建議最高法院可以認定國會授權其決定有關法規人身保護令之範疇，或是認定「軍事委員會法」所稱之人身保護令是法規性的，而有關非法戰鬥員之人身保護令是憲法性的 (Devins, 2007: 1595)，因而最高法院不僅有權審理，更得以做實質之判斷。

無論如何，不是國會制定「軍事委員會法」之後，便已確定對待反恐之拘禁人的方式，而是最高法院應該有權作最終之判斷 (Greenberger, 2007: 826)。誠如學者指出，如果說 *Hamdan* 判決是法治之勝利，那麼也不應該讓「軍事委員會法」消除法治之勝利 (Note, 2007: 1848; Tushnet, 2007: 1451)。「九一一事件」之後的權利奮戰已歷經多年，但是可惜的是卻還沒有結束，在 *Hamdan* 判決中，最高法院面臨的是行政權設立軍事委員會，但是未來則是必須面對國會立法是否違反權利保障之問題，此議題不只牽涉權力分立，更是攸關權利保障，美國不應只保障本國人之公平審判權利，卻忽視外國人之相關權利，從國際人權條約觀之，兩者的權利保障是相同的，最高法院已在 *Hamdi* 及 *Hamdan* 判決中堅持此理念，也希冀未來最高法院能繼續堅持。而在堅持人權的過程中，或許美國應該拋棄美國法是全世界最好法律之理念 (Kalshoven, 2007: 592)，進而思考如何實踐國際人權條約，如此美國也才能被稱為是人權國家。

陸、結語

「九一一事件」發生之後，美國國會授權使用武力攻打蓋達組織，在美國與阿富汗武裝衝突中逮捕多人，其中包括本國人及外國人，因而引發於最高法院訴訟，其中主要包括 *Hamdi* 及 *Hamdan* 判決，這些判決牽涉武裝衝突下之權利保障，特別是本國人之身

自由及外國人之公平審判等權利。

本文認為兩個判決結論都值得贊同，但是對於論證內容，本文有不同看法。在 *Hamdi* 案，本文認為可以直接認定國會沒有授權行政拘禁，亦未暫停人身保護令，因此當事人的人身自由應受到保護；在 *Hamdan* 案，本文認為應認定美國攻打阿富汗為國際武裝衝突，因而依據「日內瓦第三公約」，當事人不應由軍事委員會審判，同時審判過程亦應符合公平審判權之內容。

本文認為最高法院法官在面對本國人及外國人權保障時有不同之態度，相對而言外國人之權利較不受重視。而因為幾位法官之堅持及部分法官對於「日內瓦公約」之重視，才能堅持權利保障。另外，本文也認為因為國會之立法，*Hamdan* 判決之實質內涵遭遇挑戰，未來最高法院應肩負起審查此法律是否侵犯權利而違憲之責任。

參考文獻

- 廖福特 (2002)。〈引進國際人權準則：比較分析與台灣借鏡〉，《東海大學法學研究》，17: 153-224。(Liao, F. T. [2002]. Bringing international human rights home—Comparative analyses and Taiwans. *Tunghai University Law Review*, 17: 153-224.)
- 廖福特 (2006)。〈是共存，非衝突——歐洲理事會如何平衡打擊恐怖主義與人權保障〉，《月旦法學》，132: 39-57。(Liao, F. T. [2006]. Co-existence, not conflict—How the Council of Europe Offers balance between combating terrorism and protection of rights. *The Taiwan Law Review*, 132: 39-57.)
- Boevig, J. N. (2007). The right to present before military commissions and federal courts: Protecting national security in an age of classified information. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30: 463-577.
- Bornstein, H. R. (2007). The Alien Tort Claims Act in 2007: Resolving the delicate balance between judicial and legislative authority. *Indiana Law Journal*, 82: 1077-1100.
- Calabresi, S. G., & Lawson, G. (2007). The unitary executive, jurisdiction stripping, and the hamdan opinions: A textualist response to Justice Scalia. *Columbia Law Review*, 107: 1002-1047.
- Corn, G. S. (2007). Questioning the jurisdictional moorings of the Military Commission Act. *Texas International Law Journal*, 43: 29-39.
- Devins, N. (2007). Congress, the Supreme Court, and enemy combatants: How lawmakers buoyed judicial supremacy by placing limits on federal court jurisdiction. *Minnesota Law Review*, 91: 1562-1595.
- Falk, B. J. (2007). The global war on terror and the detention debate: the applicability of Geneva Convention III. *Journal of International Law and International Relations*, 3: 31-60.
- Fallon, R. H., & Meltzer D. J. (2007). Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror. *Harvard Law Review*, 120: 2029-2112.
- Greenberger, M. (2007). You ain't seen nothing yet: The inevitable

- post-Hamdan conflict between the Supreme Court and the political branches. *Maryland Law Review*, 66: 805-834.
- Happold, M. (2007). *Hamdan v. Rumsfeld* and the law of war. *Human Rights Law Review*, 7, 2: 418-431.
- Johnson, T. R. (2007). Combatant status review tribunals: An ordeal through the eyes of one “enemy combatant”. *Lewis & Clark Law Review*, 11: 943-962.
- Kalshoven, F. (2007). *Reflections on the law of war collected essays*. Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Katyal, N. (2007). Equality in the war on terror. *Stanford Law Review*, 59: 1365-1394.
- Kmiee, D. W. (2007). The separation of powers: *Hamdan v. Rumsfeld* – the anti-Roberts. *Pepperdine Law Review*, 34: 573-597.
- Knoops, G.-J. A. (2007). The proliferation of the law of international criminal tribunals within terrorism and “unlawful” combatancy trials after *Hamdan v. Rumsfeld*. *Fordham International Law Journal*, 30: 599-641.
- Liao, F. T. (2004). Rights to liberty and fair trial: Sacrificed in the name of anti-terrorism. *EurAmerica*, 34, 3: 511-553.
- Martin, F. F., Schnably, S. J., Simon, J. S., Tushnet, M. V., & Wilson, R. J. (2006). *International human rights & humanitarian law treaties, cases, & analysis*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Mayerfeld, J. (2007). Playing by our own rules: How U.S. marginalization of international human rights law led to torture. *Harvard Human Rights Journal*, 20: 89-140.
- Murphy, S. D. (2006). *United States practice in international law volume 2: 2002-2004*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Note (2007). Laser beam or blunderbuss? : Evaluating the usefulness of determinate sentencing for military commissions and international criminal law. *Harvard Law Review*, 120: 1848-1869.
- Paust, J. J. (2007). *Beyond the law the Bush administration's unlawful responses in the “war” on terror*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

- Office of the Press Secretary. (2006, October 17). President Bush Signs Military Commissions Act of 2006. Washington, DC: The White House.
- Sloss, D. (2007). Judicial deference to executive branch treaty interpretations: A historical perspective. *New York University Annual Survey of American Law*, 62: 497-523.
- Stone, G. R. (2007). *War and liberty an American dilemma: 1790 to the present*. New York: W. W. Norton.
- Toobin, J. (2005, September 12). Swing shift how Anthony Kennedy's passion for foreign law could change the Supreme Court. *The New Yorker*.
- Trahan, J. (2007). Military commission trials at Guantanamo Bay, Cuba: Do they satisfy international and constitutional law? *Fordham International Law Journal*, 30: 780-835.
- Tushnet, M. (2007). The political constitution of emergency powers: Some lessons from *Hamdan*. *Minnesota Law Review*, 91: 1451-1472.
- Vladeck, S. I. (2007). Enemy aliens, enemy property, and access to the courts. *Lewis & Clark Law Review*, 11: 963-996.
- Weiner, A. S. (2007). *Hamdan*, terror, war. *Lewis & Clark Law Review*, 11: 997-1021.
- Young, G. G. (2007). Youngstown, *Hamdan*, and "inherent" emergency presidential policymaking powers. *Maryland Law Review*, 66: 787-804.

Even in Wartime, Rights Are Needful — Comments on *Hamdi* and *Hamdan*

Fort Fu-Te Liao

Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Academia Sinica
No. 128, Sec. 2, Academia Rd., Taipei 11529, Taiwan
E-mail: ftliao@gate.sinica.edu.tw

Abstract

This essay, through an analysis of two judgments, *Hamdi* and *Hamdan*, explores rights under conditions of armed conflicts. It agrees with the conclusions of these two judgments, but offers different arguments. This essay argues that in *Hamdi* it is better for the Supreme Court to say, since the Congress neither authorized administrative detention nor suspended the writ of habeas corpus, personal liberty should be guaranteed. It also argues that in *Hamdan*, the war between the US and Afghanistan should be regarded as an international armed conflict. *Hamdan*, according to the Third Geneva Convention, should be therefore treated as a prisoner of war and tried by a military or civil court. This essay considers that due to the insistence of several judges, and reference to the Geneva Convention, rights were protected.

Key Words: writ of habeas corpus, Due Process Clause, Military Commission, Geneva Convention, war on terror