

## 美國反恐戰爭之國際法爭議及 最高法院判決分析\*

莊坤龍

憲兵學校刑事實驗教學組

E-mail: kuchuang@gmail.com

### 摘要

九一一攻擊事件後，恐怖主義形成安全威脅，國際社會以聯合國憲章、安理會決議案、條約及習慣法等國際法文件，架構反恐機制與行動。美國對阿富汗、伊拉克發動軍事行動，並稱之為反恐戰爭；引起自衛權與先制攻擊的國際法的爭議。布希政府認為所俘獲的恐怖分子，不適用戰爭法與國際刑法的規範，意圖創設出一個國際法的「灰色地帶」。虐囚事件曝光後，關達納摩基地的監禁人員是否適用「日內瓦公約」的爭議再起，美國最高法院對於恐怖分子提起人身保護令訴狀的相關判決，雖然以總統戰爭權與自由權的憲法議題為訴訟爭點，但對於恐怖主義的國際法爭議，仍具有相當的釐清作用。

**關鍵詞：**戰爭法、武裝衝突法、恐怖主義、自衛權、戰俘

---

投稿日期：95.1.17；接受刊登日期：95.5.29；最後修訂日期：95.7.27

責任校對：林碧美、陳蕙仔、謝旻熹

\* 感謝國科會「千里馬專案」補助作者於就讀政治作戰學校政研所博士班期間，赴美國印第安那大學法學院接受Joseph L. Hoffmann教授為期一年的研究指導，補助編號 094-2917-I-135-001。

恐怖主義 (terrorism) 這個名詞，源自於法國革命時期激進黨分子 (Jacobin Reign) 的恐怖行爲，這是歷史上首次將這種行爲歸屬於國家行爲，並且當作政治上鎮壓與社會控制工具。當革命政府建立之後，激進黨的恐怖行爲被機構化與合法化。而真正將政府或國家的恐怖主義，變成革命過程中一部份的說法，只是最近兩百餘年的事 (Friedlander, 1979: 6)。自從法國革命以來，恐怖主義與游擊戰 (guerrilla) 相互糾葛，甚至被稱爲是革命的恐怖主義。游擊戰這個字，是小規模戰爭 (little war) 的意思，原意是指一八〇八年拿破崙 (Napoleon Bonaparte) 進犯伊伯利亞半島 (Iberian Peninsula) 時，所進行的反抗運動行爲。第一次世界大戰爆發之前，巴爾幹半島變成國際爭端與革命暴力的火藥庫，一九一四年六月二十八日塞爾維亞人暗殺奧匈帝國皇位繼承人斐迪南大公 (Archduke Francis Ferdinand) 的案件，被懷疑可能是跨國性的政治暗殺事件，歷史學家甚至將其歸就爲第一次世界大戰爆發的原因之一 (Friedlander, 1979: 14-17)。直至第二次世界大戰結束後，恐怖的意識形態與運用恐怖暴力已經變成二十世紀歷史過程中的永久部分 (Friedlander, 1979: 34)。種族、宗教、語言的極端主義伴隨恐怖主義，加上納粹、史達林主義推波助瀾，形成集體主義的暴力，在自決權的掩護下，以自由運動或政治暴力的方式，協助殖民國家獲得獨立的地位 (Rehman, 2003: 444-445)。當暴力與政治建立聯繫關係時，就很難以單純的概念或定義判斷恐怖主義的是非曲直。一九七〇年代，現代形態的國際恐怖主義誕生，並開始對全世界與美國造成衝擊。二十世紀末，直接影響美國利害關係的第二階段「新恐怖主義」開始，一九九三年紐約世貿中心爆炸事件、一九九五年奧克拉荷馬市穆拉聯邦大樓爆炸事件，

以及一九九八年美國駐非洲兩處大使館爆炸事件等，而二〇〇一年九一一攻擊事件造成的人命傷亡與財產損失更是難以估計 (Smith & Thomas, 2001: 1-2)。

恐怖主義造成的危害，國際社會與各國皆視為政治、法律問題，作為對應恐怖主義的基本架構，本文主要探討九一一事件之後，美國發動對阿富汗及伊拉克軍事行動引發的自衛權與先制攻擊爭議；「日內瓦公約」的戰俘人道待遇問題；國際法懲治恐怖分子遭遇到的難題，並以美國的反恐經驗，研析聯邦最高法院近期反恐的重要判決，期能對遏阻與消弭恐怖主義提出建言。

## 壹、國際法爭議問題分析

### 一、反恐戰爭的新概念

恐怖攻擊現象應該被歸類為犯罪或戰爭？是一個非常具爭議的議題(Feldman, 2002: 466)，美國布希政府所稱的「反恐戰爭」(War on Terror) 可以區分為兩個層次分析，一是將恐怖主義當作是一個現象，亦即類似刑事犯罪看待；另一個則是將打擊賓拉登 (Osama Bin Laden) 及塔利班 (Taliban) 政權的軍事行動，當作是傳統的戰爭型態，即必須受到戰爭法的節制與拘束 (Heng, 2002: 227)。反恐戰爭這個概念，以國際法的觀點檢視，布希總統宣示的反恐戰爭是否屬於戰爭法及其慣例法所定義的戰爭呢？爭辯的焦點在於一方面認為賓拉登不是某個國家 (state, nation)、交戰團體 (belligerency)、叛亂團體 (insurgent group) 的領導人，因此在國際法上與美國之間，不可能存在戰爭的情況；另一方面認為受到蓋達組織 (Al Qaeda) 成員以非國家、非交戰國、非叛亂團體的形式發動武裝攻擊，情況又與國家形式的武力攻擊類似，美國能否引用聯合國憲章

的自衛權，以國家軍隊加以反擊呢？美軍在外國領土與賓拉登對抗，能不能說美國與蓋達組織之間存在有戰爭狀態 (Paust, 2003: 1335-1364)？恐怖攻擊所使用的手段、所造成的巨大損失與危害，都遠超過原來刑事法制裁設計規範的範圍，而接近戰爭的破壞力，若以刑法制裁恐怖分子，將受到程序正義等原則的羈束而緩不濟急，賓拉登、蓋達組織團體又不符合傳統戰爭法的條件與資格，難以戰爭法規範其行動，因而陷入「戰爭」與「刑事犯罪」的兩難問題。

論及恐怖主義與戰爭法的關係，美國政府、國際紅十字會、國際人道或人權組織對此議題關注的核心焦點在於：(1) 戰爭法與其他特別規範可以適用於反恐怖主義的軍事行動嗎？(2) 反恐怖主義軍事行動與戰爭法的國際協定有些不同，可以將戰爭法適用於這種情況嗎？(3) 被捕獲的恐怖主義團體成員符合戰俘的法律條件嗎？如果他們不屬於戰俘，有法律可以規範這種不同的情況嗎？現行的國際法下，有那些標準可以適用於對待這些俘虜？(4) 當代的反恐怖主義作戰的特殊環境下，是否有可以修正現行戰爭法規範的案例存在 (Roberts, 2003a: 176)？由於國際社會缺乏司法實體、行政機構與執行力，以國際法規範對抗恐怖主義的努力一直存在許多困難 (Rehman, 2003: 446)。國際法上對恐怖主義的定義，雖然沒有獲得一致性的同意，但這個努力卻未曾停歇，學界對恐怖主義定義的統計多達一〇九種 (Schmid, 1988: 28)，<sup>1</sup> 透過國際組織作出的定義以國際聯盟為始，一九三七年在國際聯盟的支持下，預防和鎮壓恐怖主義的國際協定對恐怖主義的定義如下：「直接對抗政府或意圖使特殊人士、團體或一般大眾產生心理恐怖的犯罪行為。」但是這國

---

<sup>1</sup> 史密特 (Schmid) 蒐集一百個以上的恐怖主義定義，並且將之量化統計分類成各種類型，可參考其著作 Schmid (1988)。

際協定從來沒有真正的使用過，只是表達出國際間曾經嘗試打擊恐怖主義，而且這協定並不是用來處理恐怖主義，而是用來限制某些特殊的行爲 (Keijzer, 2003: 119)。一九九四年十二月九日聯合國大會通過A/RES/49/60 決議案，宣布恐怖活動是一種刑事犯罪行爲，同時也是違反聯合國憲章的行爲，威脅國家安全與領土完整，其以政治目的，對公共領域、特定團體或個人發動恐怖攻擊，無論在政治、哲學、意識型態、種族、宗教或其他考量，這種攻擊手段與方式都是不正義的。<sup>2</sup> 依此定義，恐怖主義有下列三個要素：第一、在多數國家的法律系統，該行爲都被認爲是刑事犯罪行爲 (例如殺人、綁架、縱火等)；第二、他們必須以公眾或特別團體的人員爲恐怖攻擊的目標；第三、他們必須有政治上的動機 (Cassese, 2001: 258-259)。<sup>3</sup>

依照戰爭法的規定，戰爭的當事國或團體必須符合一定的條件，很明顯地蓋達組織不是代表某一國家的合法政府，因而在國家層級並沒有戰爭法所定義的戰爭存在。再以較低層級的作戰或武裝衝突，叛亂團體也必須符合一些要件，通常有政府的形式外觀；軍隊的組織；控制重要部份的領土；有屬於自己的穩定人口或相當人口的支持基礎，蓋達組織也並不符合這些要件。交戰團體的狀態與叛亂團體的要件大致相同，只增加有一個以上的國家承認它的國家地位，目前也沒有任何一個國家承認蓋達組織是一個國家，因此交戰團體的要件也不符合。蓋達組織也不曾表明其具有民族、國家、交戰團體、叛亂團體的特徵。依上述的分析，蓋達組織與美國之間，

<sup>2</sup> General Assembly, United Nations, *Measures to eliminate international terrorism*, A/RES/49/60, 84th plenary meeting, December 9, 1994.

<sup>3</sup> 由於恐怖主義的類型態樣繁多，難以歸納出獲得共識的定義，目前國際法對於恐怖主義並沒有一致性的定義，各國皆在其本國法內做出定義，因此以國際法制裁恐怖主義仍有相當的困難存在。

並不能算是處於戰爭狀態或適用戰爭法的情形，因此蓋達組織成員不能稱之為戰鬥員 (combatants)，更不能稱作敵人 (much less enemy)，也不能稱為非法戰鬥員 (unlawful combatants) 或戰俘 (prisoners of war)，這些名詞在國際法與美國法上都有特別的定義。九一一攻擊事件的攻擊目標，以挾持民航機撞擊世界貿易中心，挾持民航機與對民間建築的攻擊都屬於違反國際刑事法的行為，並且有普遍管轄權的適用，同時也構成違反人道罪，但是由於恐怖團體缺乏國家、交戰團體或叛亂團體的特徵，因而不能以戰爭法相繩 (Paust, 2003: 1341-1342)。

目前布希政府受到的質疑的根本問題在於如何界定與處置恐怖分子。在適用戰爭法與國際刑法之間，美國行政部門顯然地意圖創設出「恐怖主義不屬於戰爭法，也不屬於國際刑法規範的灰色地帶」，美國出兵伊拉克軍事行動的合法性、關達納摩基地 (Guantanamo Bay, Cuba) 監禁人員的法律身分、美國國內的國土安全防衛所引發侵害人權的問題，都肇因於行政部門將「反恐戰爭」模糊化，卻又提不出具體的標準可供遵循。從九一一事件迄今，隨著時間的拖延，美國行政部門遭遇國際與國內反對的聲音愈來愈大，更益加深探討恐怖主義本質問題的急迫性。

## 二、自衛權與先制攻擊

九一一恐怖攻擊事件所造成的傷亡與財產損害，類似傳統武裝攻擊事件的損失，因此，九一一攻擊事件是否屬於聯合國憲章第五十一條的規範範圍？對此美國政府倡議要求國際社會接受「自衛權」的解釋，但這個解釋與現存的法律解釋不同，對國際法律體系隱含潛在的危險，因而備受質疑 (Gill, 2003: 32)。憲章第五十一條：「聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦

法維持國際和平及安全以前，本憲章不禁止行使單獨或集體自衛之自然權利。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立即向安全理事會報告，此項辦法於任何方面不得影響按照本憲章，隨時採取其所認為必要行動之權責，以維持或恢復國際和平及安全。」就文義解釋而言，國家以自衛權為由使用武力，是受到國際法所肯定的，但是憲章第五十一條並沒有賦予武裝攻擊發生前 (predated) 的自衛權，武裝攻擊的時間必須先於發動自衛權之前，武裝攻擊前的武力展示或干預，並不構成合法發動自衛權的理由。而對於武裝攻擊的定義，並不限於以軍事武力由一個國家向另一個國家侵犯領土；只要國家受到來自他國的威脅，國家就可以武力作出反應，這種解釋暗示來自他國的威脅可以視為武裝攻擊。然而，問題在於並沒有指出武裝攻擊必須是由「國家」所發動，美國向安理會提出的報告中說明出兵的理由，以行使自衛權為由，認定以阿富汗為基地的恐怖組織，就是發動九一一恐怖攻擊的團體，由於阿富汗政府並未同意交出恐怖分子，因此美國以軍事行動對抗恐怖組織與塔利班政權。<sup>4</sup>

九一一攻擊事件後的第二天，聯合國安理會全體一致通過第一三六八號決議案，<sup>5</sup> 再度確認聯合國憲章的原則與目的、堅決對抗威脅國際和平與安全的恐怖活動，並且再確認憲章第五十一條個別或集體自衛的自然權利 (inherent right)。美國依此決議案認為國際社會已經接受運用自衛權的觀點，並且認為攻擊事件是屬於對和平的威脅，這種觀點在後來的決議案中，繼續使用並且為各國所接

---

<sup>4</sup> Security Council, United Nations, *Letter dated 7 October 2001 from the permanent representative of the United State of America to the United Nations addressed to the President of Security Council*, S/2001/946.

<sup>5</sup> United Nations Security Council Resolution 1368, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, S/RES/1368, at 4370th meeting, September 12, 2001.

受；但認為自衛權的擴大將會帶來潛藏的風險，也引起模糊與爭議。自衛權的行使的確存在許多爭議，例如武裝攻擊是否必須先發生於前，自衛權才能行使於後？以大規模毀滅性武器為例，如果必須先受到攻擊才能還擊，由於武器的殺傷力過大，很難期待國家面對潛在的威脅時，局限自己的行動。另一個質疑則懷疑國家如何具備評估未來武裝攻擊的能力？並且符合國際法的要求 (Buergenthal & Murphy, 2002: 327)。將攻擊事件認定為武裝攻擊 (armed attack) 或戰爭行爲 (act of war)，美國主張適用憲章第五十一條自衛權，北大西洋公約組織支持美國這種主張，安理會一三六八號決議案也支持這種見解。但美國攻打阿富汗的行動，以實質證據認定來看，阿富汗並不是「直接」支持恐怖主義的國家，僅構成攻擊事件後的庇護團體而已，在缺乏直接證據的情況下，很難將使用武力合理化 (Than & Shorts, 2003: 251)。

二〇〇一年九月二十八日聯合國安理會通過第一三七三號決議案，<sup>6</sup> 基於憲章第七章的授權，要求所有國家（不僅是會員國）遵守並採行下列行動：(1) 預防與遏阻恐怖行動的財務支持；(2) 宣布故意支持恐怖主義財務的行爲是非法行爲；(3) 凍結恐怖分子或團體的資產；(4) 拒絕提供恐怖主義安全庇護地；(5) 防止在領土內有提供恐怖主義目的使用的情形；(6) 確認將恐怖分子交付審判；(7) 協助恐怖主義的刑事追訴與調查程序；(8) 以有效的邊境管制，防止恐怖分子的移動。美國將安理會一三六八及一三七三號決議案，解讀為由於蓋達組織持續在阿富汗國境內訓練與支持恐怖分子、攻擊美國及其盟邦的人民，安理會決議案已經直接承認美國行使自衛權 (Buergenthal & Murphy, 2002: 324-326)。這種將先制攻擊等同

---

<sup>6</sup> United Nations Security Council Resolution 1373, S/RES/1373, at 4328th meeting, September 28, 2001.



於自衛權的解釋，非常具有爭議性。另一個說法則持相反的看法，質疑為何不透過安全理事會依憲章第七章對付恐怖主義，由於安理會事實上就是聯合國實際委託維護國際和平與安全的機構，反恐怖主義本來就是安理會的權限之一。此說法認為安理會一三六八與一三七三號決議案並未授權行使聯合國體系內的集體安全防衛，因此美國必須主張保留行動的自由權，美國可以依自己的觀點作出軍事行動的反應 (Kohen, 2003: 279-280)。這兩種意見雖然提出不同的推論，一是直接承認安理會的決議案的效力，另一個則是以聯合國作為維護國際和平的機構，但是認為安理會仍不足以維護美國的安全。正、反兩個意見，都同意不能僅以國際法的理由，限制美國的軍事行動自由。

二〇〇三年一月二十日安理會第一四五六號決議案再度確認恐怖主義威脅的嚴重性，<sup>7</sup> 呼籲所有國家採取積極的行動，預防與遏阻所有支持恐怖主義的活動，並頒布三項行動計畫：(1) 所有成員國共同合作，在國境內提升打擊恐怖主義的能力；(2) 頒布協助計畫以達成上述目標；(3) 設立全球國際與區域性組織；決議案也要求任何打擊恐怖主義的行動必須符合國際法律規範，尤其是國際人權、難民和人道法等法律措施。而集體安全防衛制度，以北大西洋公約組織為例，由十七個歐洲國家、加拿大與美國組成，依據條約第五條的規定，<sup>8</sup> 所有會員國同意，對任何一個歐洲或北美洲會員國的攻擊，將被視為對所有會員國的武裝攻擊。恐怖攻擊事件是否為武裝攻擊？是否安理會承認自衛權即代表著自衛權的擴大適

---

<sup>7</sup> United Nations Security Council Resolution 1456, *Decided to adopt the attached declaration on the issue of combating terrorism*, S/RES/1456, at 4688th meeting, January 20, 2003.

<sup>8</sup> The North Atlantic Treaty, April 4, 1949, 63 STAT. 2241, 34 U.N. T.S. 243.

用？學者基爾 (Terry D. Gill) 認為傳統上自衛權爭議或武裝攻擊都被認為是對和平的威脅，恐怖攻擊團體屬於非國家型態，並不會影響這個法律見解，也不需要對此觀點深入探討，因為國際法的判決先例已經廣泛支持這個見解，而聯合國安理會也不會因為這個見解，而擴大自衛權的使用範圍。攻擊事件是否屬於對於和平威脅的問題？並不是一個新的看法，安理會認為國際恐怖主義是對於和平的威脅，並且在聯合國憲章第七章的授權基礎上，採取各種方法遏阻恐怖主義。安理會第一三三三號決議案要求各國採取若干措施：凍結恐怖組織的資產；加強執法機構的國際司法合作；重申遏止恐怖分子的職責；會員國領土內不能成為恐怖分子的安全天堂等。事實上自衛權的爭議並未出現，相反的，以軍事及非軍事手段回應恐怖攻擊被認為是必要的。國際社會已經清楚的表達九一一攻擊事件是屬於武裝攻擊，也是對國際和平的威脅，同時也承認適用自衛權；從法律觀點來看，美國及其同盟國運用軍事武力打擊恐怖分子、發動阿富汗反恐戰爭、反制蓋達組織成員等，都是屬於聯合國集體安全體系必要的措施 (2003: 33-34)。在這些強烈的意見下，以軍事行動回應恐怖主義的國際法爭議，就美國的觀點而言，似乎成為適當且必要的手段，<sup>9</sup> 而不顧原本就非常模糊的自衛權與先制攻擊國際法界線。

---

<sup>9</sup> Public Law No: 107-140, Authorization for Use of Military Force, SEC. 2. (a) IN GENERAL-That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons. 依本法國會授權總統採取必要且適當的方式對抗恐怖主義，這個權力相當廣泛，也成為美國出兵阿富汗與伊拉克的重要法律依據。

二〇〇二年九月十七日美國公布《國家安全策略》，<sup>10</sup> 特別指出美國遭受到恐怖主義的安全威脅，並以此策略作為調整美國國家安全政策的指標性文件。九一一事件後，美國官方認為恐怖主義與大規模毀滅性武器的擴散問題，是美國國家安全的主要威脅，因而調整預防戰爭與政權更迭 (regime change) 的策略，採取預防措施以阻止敵人攻擊，成為普遍應用的方法之一，單邊使用武力成為美國的標準策略，同時這個策略認為預防戰爭與立即、全面地將獨裁政權推翻並建構成為民主政體，是美國達成國家安全的手段之一，恐怖主義、大規模毀滅性武器與獨裁政權成為美國布希政府的三項國家安全威脅因素 (Haley, 2004: 462-463)。國家安全戰略報告提出先制攻擊的作法。所稱的先制攻擊就是指不讓敵人先動手，<sup>11</sup> 在法律上自衛權與先制攻擊的界線很難劃分，這使得反恐怖主義問題更加複雜。自衛權的概念可否適用於對付恐怖主義？一九八六年美國在調查西柏林酒吧的炸彈攻擊案件時，發現是由利比亞 (Libyan) 政府領導人格達費 (Muammar Qaddafi) 支持的行動，因而轟炸的黎波里 (Tripoli)，美國國務卿舒茲 (George P. Shultz) 在為該次軍事行動合法化時辯說：

我們承認在國際關係上使用武力或威脅使用武力，包括特殊情況時的自衛權，都必須受到聯合國憲章的限制。但是以此種理由禁止美國在國際水域或領空緝捕恐怖分子；即使是為了解救人質、對付支持、訓練、庇護恐怖分子或游擊隊也在

<sup>10</sup> The White House, The national security strategy of the United States of America, September 17, 2002.

<sup>11</sup> 原文 “We cannot let our enemies strike first,” 引自美國《國家安全策略》第五章防止美國及其盟國遭受敵人使用大規模毀滅性武器威脅的說明 (The White House, 2002)。

禁止之列，這種國際法爭辯是非常荒謬的。<sup>12</sup>

美國於二〇〇三年三月二十日對巴格達發動空中攻擊，第二次波灣戰爭正式開打，對於聯合國安理會來說，由於各常任理事國並未達成共識，因此此次軍事行動並未獲得安理會的授權，因而引起國際法學界和政治界等各種不同的評價。對安理會而言，各國只是想以安理會運作的模式，限制美國在超強的優勢情況下，仍能夠維持多邊的交流，即使以和平方式解決伊拉克問題的努力並未達成，但也說明在聯合國安理會的運作模式下，各主要國家仍希望透過合作的方式，可以有限度的限制美國的行為。安理會在國際組織運作雖然受到很多的批評，但就現實的政治情況而言，仍然是各國必須參與運作的主要國際機構，各國仍以維持安理會的運作為主要考量 (Fenton, 2004: 202-204)。也因而削弱各國質疑美國出兵阿富汗、伊拉克正當性的聲浪。

以戰爭手段對抗所有被貼上「恐怖分子」標籤的團體，這種方式回應九一一恐怖攻擊事件被認為是不成比例的 (disproportionate)；將敵人區分成戰鬥員與非戰鬥員也是不恰當的 (Bellamy, 2005: 291-292)。美國居於世界超強的地位，但其行動與國際社會的機制與規則，並不相容。第一、以自衛權為由，藉由軍事力量，干預對美國形成安全威脅國家的國內事務；第二、將先制攻擊合法化，以利其對無立即威脅可能性的國家，使用武力；第三、強烈為美國的軍事行動合理化作抗辯；第四、對國際事務的限制，認為美國國內法比國際法，更具優先性 (Dunne, 2003: 316)。如果承認國際法在限制發動戰爭上具有重要的指標性，就不應該受到某些模糊概念的影響，以美國國家安全策略作為發動軍事行動的藉口，理由

---

<sup>12</sup> 轉引自 Byers (2005: 61-62)。

必須非常清晰，不能有絲毫的模糊 (Brunnee & Toope, 2004: 418)。英國倫敦政經學院巴朗斯科特 (Felix Sebastian Berenskoetter) 教授分析美國的國家安全策略時認為，美國採取的是全球的角度思考布局，以自由世界的秩序與人性尊嚴為責任基礎，維持美國的霸權地位；面對恐怖主義、「流氓國家」與「回教世界」，以大規模毀滅性武器等各種不同類型的安全威脅，採取軍事力量與自由意識為號召，以本國強制性的手段或聯合其他盟國「預防戰爭」的發生。這個策略的問題在於美國自我任命擔任「世界警察」的角色，過度依賴軍事武力及「單極霸權」的傾斜方向，因而難以獲得其他各國的認同 (2005: 88)。

### 三、戰俘身分的認定與監禁措施

隨著國際法的發展，交戰國家雙方對所屬武裝團體成員的行為，都必須負起國家責任，任何時間國家都必須負起維持紀律、法律與秩序的義務。所屬成員都必須服從所屬國家的軍事法與其他刑罰法，成員自己的過錯必須接受國家法庭審判與制裁。然而僅依賴自律 (self-discipline) 並不足夠，因此國際法也允許其他國家——特別是敵對國家，有權起訴犯罪的人員 (Dinstein, 2004: 228)。

傳統國際法的觀點，宥於戰爭的發動者限定於國家，藉此理由認為交戰團體、民兵組織、倡導民族自決、革命武力等組織的軍事行動，都不是「戰爭」，強辭認為這些軍事行動不符合「日內瓦公約」的定義，因而不必受到公約的拘束；第一次大戰前的軍事強權國家，甚至以戰爭必須以宣戰與否為成立條件，意圖藉此理由，逃避對於戰俘的保護規定 (Detter, 2000: 5-9)。傳統國際法認為國家才是國際法的主體，因此戰爭行為也就被歸類為國家的集體責任 (Jorgensen, 2003: 3-4)。美國認為九一一攻擊事件是由蓋達組織所造

成的，但蓋達組織是非國家組織，並且受到塔利班政權的庇護，而塔利班政權雖然在二〇〇一年成爲阿富汗境內武力最強的民兵組織，但它不能實行正常的外交關係，也未善盡國際關係的義務，它也拒絕聯合國安全理事會一二一四、一二六七、一三三三號決議案，依獨立的媒體評估，實際上塔利班政權是臣屬於蓋達組織，並且受到其控制，並不能獨立與其他國家交往 (Terry, 2003: 441-442)。因此以各種國際條約而言，蓋達組織並不具有國家法人的資格，因而也不具有締約當事國的能力。由於這種見解，無法依照傳統國際法追訴其國家責任，只能進行恐怖分子個人責任的審判。

蓋達組織與塔利班政權在反恐行動中被俘獲人員的地位爲何？一直是世界各國、政治、媒體、輿論等關注的問題。美軍將這些人員送至古巴的關達納摩基地監管，這些人是否符合一九四九年「日內瓦第三公約——戰俘待遇公約」(Geneva Convention [III] relative to the Treatment of Prisoners of War) 有關戰俘的規定呢？根據「日內瓦第三公約」第四條A款第二項詳細列出四個要件規定：(1) 有一爲其部下負責之人統率；(2) 備有可從遠處識別之固定的特殊標幟；(3) 公開攜帶武器；(4) 遵守戰爭法規及慣例進行戰鬥。符合這四個要件的情況下，都被歸類爲戰俘，屬於國家的正規部隊，都被推論爲符合上述要件，即使某些情況，例如突擊或空降作戰，只要穿著制服從事戰鬥行爲，就被認爲符合上述資格。反面推論，衝突雙方都有義務提供明顯的識別文件，證明個人符合戰俘的資格。另外有些情況，例如在敵國境內工作，從事情報工作，如果被俘虜了，並不符合「日內瓦公約」的條件，當然這個部份是有爭議的。又如，二〇〇一年美國特種作戰部隊，並未穿著制服或配戴特殊識別記號，在阿富汗從事軍事行動，美國就避免使用嚴格的定義

而給予戰俘的待遇。事實上在以往的戰爭中，即使俘虜並未完全符合所有的戰俘要件，通常也都會給予比較寬鬆的認定，使俘獲的人員享有戰俘的待遇。根據「日內瓦第三公約」第五條的規定，戰俘認定標準有疑義時，應該優先給予戰俘的待遇，直到法院適當的裁定為止。一九七七年「日內瓦公約第一附加議定書」第四十五條有更詳盡的規定，被俘獲的人，在審判之前，有權利主張自己符合戰俘的資格，並且允許法庭程序，有適當考量的空間。這些程序可以在法庭外舉行，也可以以國家安全為由祕密進行。<sup>13</sup>

由於俘虜應該如何處理的問題變得急迫，美國政府因此開始釐清戰俘的爭議。二〇〇二年一月十一日，國防部長倫斯斐德 (Donald H. Rumsfeld) 在國際紅十字會的要求下，宣稱將透過適當的分類程序，正確處理這個問題，但他還是認為「非法戰鬥員」不能享有「日內瓦公約」的權利。一月十九日，媒體上刊出許多虐待俘虜的照片，一月二十二日，國防部長倫斯斐德改口宣稱，所有「非法戰鬥員」在「日內瓦公約」規範下可以獲得適當的人道待遇 (Roberts, 2003a: 83-84)。二月七日，白宮發表政策聲明：(1) 美國政府願意對關達納摩的俘虜，在軍事必要性的範圍內，提供適當且合宜的人道待遇，以符合一九四九年「日內瓦第三公約」的要求；(2) 總統決定依照「日內瓦公約」，對於被監禁的塔利班人員提供適當待遇，但不包括蓋達組織成員；(3) 蓋達組織不是「日內瓦公約」的會員國，它是一個國外的恐怖組織團體，因此其成員不符合戰俘的資格；(4) 阿富汗政府是「日內瓦公約」的會員國，雖然美國並未承認塔利班

---

<sup>13</sup> 參閱《日內瓦公約第一附加議定書》第四十五條條文。有關「日內瓦公約」的適用問題，端視美國出兵進攻阿富汗及伊拉克在國際法上究竟是國際武裝衝突，抑或非國際武裝衝突？如為前者適用《日內瓦公約第一附加議定書》，如為後者始有《日內瓦公約第二附加議定書》之適用。

政權代表阿富汗政府的合法性，總統仍然決定承認塔利班政權的「日內瓦公約」會員國的資格，但是仍認為塔利班成員不是「日內瓦公約」所定義的戰俘；(5) 塔利班與蓋達組織成員都不符合戰俘的資格；(6) 雖然監禁人員不符合戰俘資格，不能享有戰俘待遇，但美國仍願意提供監禁人員某些戰俘待遇，作為一項政策 (Office of the Press Secretary, 2002: 1)。

美國對於反恐怖戰爭俘虜人員的基本態度，並不是根據戰俘的國際法標準而是基於實務上的考量：(1) 戰俘的監管問題，公約只規定俘虜必須提供姓名、階級、出生日期、編號等資料，但是由於美國急切地想取得更多情報，因此將俘虜分開並且加以偵訊，雖然公約並沒有明文排除這些作法，但是這些做法的確引起許多爭議。(2) 戰俘的釋放問題，公約規定戰俘在戰爭結束後，應給予釋放並遣送回國，但是反恐戰爭卻引發另外三個問題：首先，敵對狀態並沒有明確的結束時間，阿富汗的戰爭沒有明確的結束日期，美國及其他盟國曾說過反恐戰爭可能需要持續數十年。次而，不像一般的傳統戰爭，恐怖分子在釋放後，危險性仍然持續著並未減少，在訓練後更有可能犯下恐怖罪行的動機，而且缺乏政府單位可以管制。最後，他們的原屬國拒絕接納遣返 (Roberts, 2003b: 81)。以此角度觀察戰俘與恐怖分子的確有所不同，也更加深戰俘處理的複雜性。

國際紅十字會與其他的學者專家則有不同的看法，認為如果被俘獲的人員不是屬於戰俘，那就應該屬於平民，一九四九年「日內瓦第四公約」(Geneva Convention [IV] relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War) 第四條前段：

公約所保護的對象，不管是軍事衝突或占領，衝突的任何一方或占領軍所俘虜的人，無論屬於何種國籍，都受到公約的保護。



根據以上的說明，在反恐怖戰爭中所俘虜的人員，即使被否認不具有戰俘或平民的身分，也並不意謂著他們沒有法律上的權利。發生國際武裝衝突，依一九七七年「日內瓦公約第一附加議定書」第四十五條參加敵對行動之人的保護措施；第七十五條對於所有符合或不符合公約規定的俘虜人員，都必須提供最基本的法律保障。雖然美國與阿富汗都不是一九七七年「日內瓦公約第一附加議定書」的簽約國，然而美國官方一再忽略公約的條文內容與反恐怖戰爭俘虜的關係，大多數國家皆認為所有的俘虜，必須符合日內瓦公約的規範，獲得適當的待遇，已經成為國際法的重要內涵。美國的反恐戰爭除了戰爭法規範的爭議外，人權議題也是關心的重點，反恐戰爭製造出沒有法律的領域 (legal no-man's lands)，其意義為在國際法之下人類有不受法律保護的區域，但這個概念卻是違反國際法的。關達納摩基地是美國與古巴政府簽訂條約，以海軍油料補給目的 (Naval Coal-Refueling Station) 所設置的基地，它不是戰爭的占領地；某些戰爭法並不能適用在關達納摩基地，但是美國擁有完整的管轄權與控制，因此監禁在關達納摩基地的人，也應該相同享有美國憲法上的權利 (Paust, 2003: 1347-1350)。此外在關達納摩基地所監禁的人員，美國以特殊利益為由，拒絕公布人員的名單，也沒有以審判的方式而是逕自宣布安全威脅，就將其監禁。依照國際法或美國對外關係法第三次重述 (Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States)，這種行為明顯違反國際法的強制規範，也違反人權法慣例；而「國際人權與政治公約」也宣布未通知的監禁 (unacknowledged detention) 是違法的行為。監禁人員應該享有探視權 (the right to visit)，這些問題都顯示出反恐戰爭侵犯人權的現象，而飽受批評 (Paust, 2003: 1353-1356)。

#### 四、虐囚審訊與國際反酷刑公約

爲什麼要把俘獲的恐怖分子監禁在關達納摩基地呢?依據二〇〇三年四月十四日由美國國防部軍法部長 (General Counsel of the U.S. Department of Defense) 任命組成之法律工作小組提出的機密報告指出:美國政府現有的州與聯邦刑法皆足夠應付反酷刑公約的條約義務,美國簽署該公約時已經提出了保留宣告書,規定反酷刑公約禁止範圍必須符合美國憲法第五、八及十四修正案的條件下,才有適用的餘地。該報告也認爲關達納摩基地符合公約條文中美國的特殊海上與領土管轄權的定義 (definition of the special maritime and territorial jurisdiction of the United States),因而監禁於關達納摩人員的偵訊,不會受到酷刑公約的拘束。報告又認爲美國總統基於憲法的戰爭權,對於敵對武力,可以自由、任意地採取必要的行動 (Murphy, 2004: 592-593)。因此將捕獲的恐怖分子監禁在美國領域外的關達納摩海軍基地。藉由審問監禁犯人的方式以獲得情報資料,已經成爲關達納摩監獄的重要工作。至二〇〇四年六月爲止,監禁設施開設二年半以來,並沒有依先前總統軍事命令 (Military Order) 所指定的軍事法庭審判,<sup>14</sup> 其中六百位監禁人員當中,只有三個案件因爲涉及其他恐怖攻擊而在其他法院審判。二〇〇四年二月國防部長倫斯菲德說:「監禁敵人的戰鬥員還有其他目的,它能提供預防恐怖攻擊的情報,拯救生命與加速獲得勝利;瞭解蓋達組織的領導架構、運作方式、財務機制、通信模式、訓練與選員程序、機動方式、攻擊美國與其盟國基礎設施的模式等。(Rose, 2004: 82-83)」關達納摩的監禁人員是屬於恐怖組織成員,有

<sup>14</sup> President's Military Order, Detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism, Military Order of November 13, 2001, 66 F.R 57833, November 16, 2001.

關國際法的模糊地帶，理由如前述。另一個美伊戰爭的戰俘問題，則是軍事作戰的戰俘，應該享有「日內瓦公約」的保護，但在美國監管下，仍發生虐囚事件。

國際上對這個問題的注意開始於二〇〇一年十一月二十三至二十四日，塔利班與蓋達組織成員在庫德族區域被俘獲，十一月二十五日至十二月一日之間，瓜拉伊漢基堡 (Qala-e Jhangi Fort) 發生暴亂，此時並沒有必須積極處理俘虜的訊息出現，但是出現了若干現象：某些俘虜屬於宗教狂熱分子，認為投降是一種詛咒；接收、監管的安排與過程，使得他們認為被歸類為特殊的分子；未能依照國際標準給予待遇，疏於溝通；某些俘虜並未交出他們所有的武器；某些俘虜居住的地方甚至放置許多武器，使得他們可以隨手取得；某些人害怕遭到殺害，不畏懼失去所有，因而參加暴亂；某些人害怕中央情報局的審訊。當暴亂發生時，負責俘虜與管理監獄的北方聯盟 (Northern Alliance) 軍隊造成重大的傷亡，最後美國只能以轟炸方式、英國特種部隊的狙擊才將暴亂平息下來。檢討原因未能妥善準備接收工作、解除俘虜的武裝為主要原因，另外，北方聯盟軍隊在監獄中虐待與殺害塔利班與蓋達組織成員，根據二〇〇一年十二月的報告指出，有許多俘虜死於運輸過程、被鞭打或射殺，雖然這些報告都遭到國防部的否認，但是根據國際紅十字會的報告，七千人的俘虜當中只有四千人在監獄中有登錄的記載，這些明顯違反戰爭法的案件，真相到底如何？仍待進一步的調查 (Roberts, 2003a: 77)。

發生在伊拉克的阿布拉比 (Abu Ghraib) 監獄的虐待戰俘的事件，震驚了世界各國，虐待戰俘的行為違反了國際法一九四九年簽訂的「日內瓦第三公約」，從美軍的訓練制度與法令規章的完備性來看，虐待戰俘的醜聞是難以想像的。負責監獄監管工作的美國憲

兵第八〇〇旅，成爲媒體報導的目標，陸軍少將塔庫帕 (Major General Antonio M. Taguba) 負責調查此一事件。所提交的調查報告摘述如下：

早在二〇〇四年一月十九日美國駐伊拉克指揮官桑奇士中將 (Lieutenant General Ricardo S. Sanchez) 就已經請求中央指揮部派遣高階軍官調查憲兵第八〇〇旅從二〇〇三年十一月起，在伊境內的戰俘管理工作，調查的主要對象是憲兵第三二七連、憲兵第三二〇營及憲兵第八〇〇旅，並且也調查由陸軍少將米勒 (Major General Geoffrey D. Miller) 所領導的國防部反恐怖審訊暨監禁行動工作小組。評估小組認爲米勒領導的小組並未對監禁在伊位克與古巴關達納摩基地的人員作區別，是有明顯的疏失，前者只是單純的戰俘，而後者則是恐怖分子，認爲兩者並不具備相同的情報價值。憲兵第八〇〇旅下轄八個營，第一一五、三二四、四〇〇、七二四、三一〇、三二〇、五三〇、七四四營，負責伊拉克境內四個戰俘營 (Camp Ganci, Vigilant, Bucca, TSP Whitford) 以及一個高度價值拘留營 (high value detention)，調查報告發現第八〇〇旅接受的留置與收容勤務 (internment and resettlement) 的訓練不完整，整個陸軍只有二個營專責戰俘處理工作，一個營在阿富汗，另一個營則在科威特的阿瑞發戰俘營 (Camp Arifjan, Kuwait)。雖然各項準則皆規定戰俘營中，憲兵必須提供情報單位必要的設施與地點，也嚴格規定憲兵不得參與軍事情報的審訊工作，但低階執勤人員顯然混淆了這個分際，第八〇〇旅並未對此種情況作出適當的管制措施，但是也沒有直接證據證明憲兵參與審訊工作。整個虐俘事件的發生，手段極爲殘酷，裸體、鞭打、性虐待等計有二十一種之多，而阿布拉比監獄虐俘事件的案件數量超過預期，因而被推斷屬於有計畫性、系統性的安排，因此，指揮官陸軍准將卡斯姬 (Janis L. Karpinski) 就被暫停職務接受調查。調查中建議應立即加強駐伊美軍在留置與收容勤務的訓練，指派專家輔

導國際法、情報技術、戰俘設施管理、審訊技術、阿拉伯的文化認知等方面，每一戰俘營都必須建立標準作業程序 (Standing Operating Procedures)，加派熟悉國際法的軍法官協助勤務執行。(2004: 7-10)

酷刑 (torture) 是違反人性尊嚴的犯罪行爲，並且被當成國際性犯罪來處理。自一九四五年起聯合國通過了許多國際性條約，例如「世界人權公約」、「公民權利與政治權利國際公約」以及三個地區性的國際人權公約，都有消除酷刑行爲的條款。這些以條約爲基礎的人權條款，在被大多數國家接受後，轉變成爲國際法慣例，進而對所有國家都具有拘束力。一九八四年「禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約」(United Nations, Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) 草案於同年三月獲得聯合國大會確認，開始送交各國參與批准，至目前爲止則有一二八個國家參加 (Rehman, 2003: 408-409)。美國於一九八八年四月十日提出保留宣告書 (declaration) 後簽署，一九九四年十月二十一日加入本公約。<sup>15</sup> 公約對酷刑定義如下：「意圖使某人達到某種目的，而施加身體或精神上的劇烈疼痛或痛苦 (severe pain or suffering)。此種目的包括從他人或第三人獲得訊息或自白；懲罰他人或第三人因承認或被懷疑犯下某種行爲；威嚇或強制他人或第三人；或以任何原因歧視他

---

<sup>15</sup> Economic and Social Council, United Nations (1996), E/CN.4/1997/28. Commission on Human Rights, 53rd Session, Items 8 (b) of the Provisional Agenda, Annex, List of States Which have signed, ratified or acceded to the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment at November 1, 1996. The United States of America made a declaration under 21 of the convention, date of signature April 18, 1988, date of receipt of the instrument of ratification, accession or succession at October 21, 1994.

人或第三人。這種疼痛或陷入痛苦的行為，必須是由政府官員或其他具有官方能力之人教唆、同意或默許下實施，但不包含僅是形式上或本質上或伴隨合法制裁行為而發生的疼痛或痛苦。」<sup>16</sup> 由以上的定義可知，酷刑僅適用於官方教唆、同意或默許的行為，由於這個定義排除了非國家或私人的殘酷行為，因而限制了適用的範圍。而整個問題的核心在於所謂的反酷刑的定義，在被戲稱「酷刑備忘錄」的岡薩雷斯對總統提出的法律意見備忘錄，<sup>17</sup> 由美國現任司法部長岡薩雷斯所提出的法律見解，認為只有在產生極度痛苦 (extreme pain) 的情形下，才會違反美國法典第十八章二三四〇A條的酷刑條款，也由於這個行政部門的法律意見，具體且大量限縮公約的適用範圍，其目的在於便利美國反恐的情報搜集與訊問，實際則戕害人權，原屬於機密性的文件，曝光後受到學者與輿論的撻伐，唯實際司法的作用，除虐囚人員已經因案而受到法律制裁外，這個文件目前仍然拘束行政部門，有待行政部門的修正、國會的立法或實際的法院判決出現，才有改變的可能 (Hathaway, 2004: 209)。

有關恐怖分子或戰俘的處置作為方面，美國並沒有根據「日內瓦公約」，以法庭決定俘獲人員是否為戰爭罪犯，反而依據二〇〇一年十一月十三日的總統軍事命令，將非公民 (non-citizens) 的恐怖分子拘留與審訊，也未依「日內瓦公約」提供戰俘人道待遇。在廣義上而言，美國可將世界上任何符合何恐怖分子定義之人，運送到關達納摩基地拘留，這種以非公民的身分作為判定恐怖分子監禁的標準，不僅未顧及國際反歧視與公平審理原則，也實際違反一九八

---

<sup>16</sup> General Assembly, United Nations, Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. A/RES/39/46, 39 UN GAOR, Supp. No. 51, UN Doc. A/39/51, December 10, 1984.

<sup>17</sup> U.S. Department of Justice Office of Legal Counsel, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, August 1, 2002.

四年「禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約」的規定，無論嫌犯身負何種罪行，都絕對禁止將他們轉移到將會面臨酷刑的地方。而戰俘的人道待遇部分，美國應該遵守「日內瓦公約」的規範，不可放任一再發生虐囚事件。

## 貳、美國軍事法審判途徑分析

以美國法律懲罰恐怖分子的提案，有三種選擇：(1) 聯邦法院 (federal district court)；(2) 美國軍事法 (courts-martial)；(3) 設立特別的軍事委員會 (military commission)。軍事委員會是習慣法的戰爭法庭，並不是依據法律設立也不是依憲法特別設立的，簡單地說軍事委員會是在軍事單位權限之外，於戰爭或武裝衝突期間，為了懲罰各種不同形態的刑事犯罪的權宜設計 (Burriss, 2005: 45-47)。美國國內的刑事法有三項法律：美國法典、統一軍法典及國際人道法，可以懲罰違反國際人道法的行為。美國法典只禁止某些特殊的違反國際人道法的行為，統一軍法典則列舉特殊的禁止規定並且納入戰爭法的參考文件。在適用時，聯邦法院僅能對違反美國法典的行為擁有管轄權；軍事法庭可以審判所有違反統一軍法典、戰爭法、與美國法典非死刑條款 (non-capital provision) 的犯罪行為；而軍事委員會屬於普通法的戰爭法庭，可以審判所有違反國際人道法的案件而不受到美國法典或統一軍法典的拘束 (Burriss, 2005: 53)。

### 一、軍事法庭

美國對於恐怖分子的審判，目前為止還沒有很明確的程序及標準。雖然一再宣稱對於蓋達組織成員與塔利班分子，要採取適當的法律制裁，但是如何處理仍不很明確。對於戰俘審判，美國似乎不願意依照「日內瓦第三公約」第一〇二條：「對於戰俘之判決只有

經審判拘留國武裝部隊人員之同一法院，按照同樣程序，宣布並遵照本公約之各項規定者，始屬有效。」要求必須依照監管國家軍人相同的程序，在相同的法庭實施。如果依照這個條款，恐怖分子就必須在美國的軍事法庭接受審判。但是問題在於在美國軍事法庭審判之後，仍然享有上訴到美國最高法院的權利，如此的話則戰俘就可能在一般的法院審判，美國官方憂慮如此就提供蓋達組織成員與律師，能夠延長訴訟時間，並且吸引大眾的注意，反而達到宣傳的效果；而且在一般法院審判，被告不必負擔配合訴訟程序的義務，對於證據的要求標準與容許性也更高，許多有價值的情報也可能因此而曝光，甚至蓋達組織可能因而獲取有價值的資訊，進而分析美國的弱點再加以攻擊 (Roberts, 2003b: 87)。

美國國會於一九五〇年通過統一軍法典，作為刑事司法機關維持美軍紀律與執法的法律條款，對軍事人員、敵人、戰俘或其他違反戰爭法之人都擁有管轄權。依據第十八條的規定，軍事法庭對任何違反戰爭法之人擁有管轄權，並將其送交軍事法庭審判。但是根據第二十一條的規定：「本章所列各條賦予軍事法庭的管轄權不會剝奪軍事委員會、軍事法庭 (provost courts) 或其他軍事委員會關於違反法律或戰爭法的罪犯之共同管轄權 (concurrent jurisdiction)。」目前運作中的軍事法庭，在此次反恐戰爭中，除了審判美軍本身虐囚的個案外，並未發生實質的作用。

## 二、特別軍事委員會

軍事法庭與軍事委員會對任何違反戰爭法的行為，擁有共同管轄權，由於軍事委員會並沒有實際的法條可資應用，依第二十一條的條文解釋上，授權總統或其他軍事指揮官可以依據情況的實際需要，召集軍事法庭或設置軍事委員會。依照布希總統發布的軍事命



令，反恐戰爭的法庭設置，依憲法第二條戰爭權的固有權限，布希總統有權設置軍事委員會(Earley, 2004: 86-87)。儘管有許多反對的聲浪，但依照美國的國內法，總統行政權的確可以做出此種措施。依美國軍事法學者溫斯羅普 (William Winthrop) 的解釋：

軍事委員會是源自於憲法賦予國會宣戰與給養軍隊的權力，授權發動戰爭、運用必要且適當機構採取正當的起訴程序，由法庭裁決懲罰。這與發動戰爭或行使軍事政府或軍事法權力是相同的，歸屬於國會的宣戰權與總統身為三軍統帥在戰爭期間的統帥權，使得軍事委員會成為有效率運作的機構 (instrumentality)，國會已經特別承認軍事委員會是適當的戰爭法庭，可以審判某些罪犯，一般來說，國會也授權給總統與軍事指揮官可以運用軍事委員會，有必要時可以調查與懲罰違反戰爭法及其他未納入軍事法的犯罪行為。(1920: 831)

但是國會並沒有將軍事委員會的組織架構與運用法典化，而是以統一軍法典承認軍事委員會在戰爭期間的相關法律效力，特別是援引第三十六條，賦予總統設置軍事法庭與軍事委員會的審判程序。

軍事委員會實務運作的判決昆瑞 (*Ex parte Quirin*) 案，<sup>18</sup> 發生於一九四二年六月，八位德國破壞分子，接受特種訓練後，秘密從紐約和佛羅里達州上岸，以破壞戰爭相關的工業設施為目標，隨即被聯邦調查局逮捕。一九四二年七月，羅斯福總統下令設置軍事委員會審判德國破壞分子，宣稱他們是違反戰爭法的非法敵方戰鬥員 (unlawful enemy combatant) (Roosevelt, 1942: 5101)，後來被告雖然上訴至最高法院，最高法院裁決：

---

<sup>18</sup> 317 U.S. 1 (1942).

自有歷史以來，法庭已經承認與適用將戰爭法當作國內法的一部分，包括戰爭行為、法律、敵對國家及個人的權利與義務等...依據戰爭法，特別是第十五條條文，軍事委員會對於違反戰爭法的犯罪行為擁有管轄權，國會已經明確提供合憲性的法律基礎。此外國會也立法通過，軍事機構可以在憲法的架構下，依據國家法律與戰爭法，定義與懲罰違反國家法律的罪犯，軍事委員會也擁有審判罪犯的管轄權。國家法律已經確認軍事法庭的權力，當總統以三軍統帥身分宣布進入戰爭狀態時，戰爭法就已經開始適用。<sup>19</sup>

昆瑞案宣示總統有權以軍事委員會審判「非法敵方戰鬥員」；另一個案例，麥克阿瑟以遠東最高統帥身分，設置軍事委員會審判日本駐菲律賓的司令官山下奉文 (Tomoyuki Yamashita) 將軍，以戰犯罪名起訴，被告是以「敵方戰鬥員」(enemy combatant) 的身分接受審判，這兩個案例都認為軍事委員會擁有違反戰爭法及慣例法之敵方戰鬥員與非法敵方戰鬥員的管轄權 (Earley, 2004: 96)。

美國總統布希二〇〇一年十一月十三日頒布軍事命令，設立軍事委員會審判某些恐怖分子，審判對象為違反戰爭法與其他相關法律的蓋達組織成員，但不包含美國公民，制定某些特殊規則並且授權國防部長制定更詳細的特殊規則。這個做法引起許多法律與政治上的辯論，並且涉及美國憲法權利的爭論，雖然目前軍事委員會並沒有實際的案例，但討論的議題仍時常出現 (Roberts, 2003b: 87-89)。布希總統所簽發軍事命令，在軍事委員會審判恐怖分子如同審判戰犯一樣，採用這個程序的最大優點在於將陪審團、法官與法庭遠離恐怖主義的重大風險，允許政府可以使用機密情報當作證據，而不會危害情報與軍事工作，同時可以迅速即時地完成審判，

<sup>19</sup> Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942) at 27-28.

不會受到耗時長久的預審程序與上訴程序羈絆 (Terry, 2003: 451)。

反對以軍事委員會或軍事法庭審理恐怖分子的意見，從恐怖攻擊的事實區分切入問題，恐怖攻擊真實情況應該被歸類為刑事犯罪或戰爭犯罪直接相關？認為以美國法律的觀點分析：

1. 軍事命令第二項 (Section 2) 不以國籍為區分，任何個人 (any individual) 只要是屬於蓋達組織成員或庇護其成員或組織，都以軍事委員會審判，雖然軍事命令明訂恐怖分子必須接受審判的規定，但仍然無法在恐怖主義與戰爭劃下界線。此外事實上並無急迫性需要立即以設置特別法庭的方式審判，一九四二年審判德國破壞分子的案件，事實上所應用的法條是在案件發生前二個月就已經發布，對比九一一攻擊事件的處理，至今仍無具體的方案發布，可見仍有商榷的餘地。
2. 軍事委員會是一個特別設置的法庭，必須依照國會授權或普通法慣例才能運作，以聯邦法或戰爭法兩個法規檢視，事實上國會並未允許以軍事委員會審判恐怖分子，而統一軍法典第二十一條應該解釋為軍事委員會並不是用來審判恐怖分子，而是保留給依法律與戰爭法設置的軍事法庭，以審判罪犯之用。早在一九一八年司法部長就已經宣示，除非基於戰爭法或戒嚴法，軍事法庭不能審判非軍事團體成員，而蓋達組織並不是戰爭法上的武裝團體，恐怖攻擊也不是武裝衝突，這些見解一九九六年至一九九八年間美國在草擬「羅馬規約」管轄權定義時，認為恐怖主義缺乏一致性的定義，因而反對納入，就已經表明此一立場。
3. 最高法院從未同意以軍事委員會審判外國恐怖分子，最高法院同意的是在戰時與美國處於戰爭狀態國家的外國人

民，可以使用軍事審判，顯然軍事命令過度擴大軍事法庭的管轄權 (overly broad jurisdiction for military tribunals)。昆瑞案與山下奉文案，最高法院使用狹義的解釋，認為只有在戰爭期間，法庭才擁有被俘軍人的管轄權。米耿 (*Ex Parte Milligan*) 案，最高法院判決美國公民在非戰爭期間，不可以施加軍事監禁的方式。布希政府引用這些案件，只是用來強調恐怖攻擊當時是戰時 (time of war)；外國恐怖分子是敵人的戰鬥員 (enemy combatants)，意圖合法化以軍事命令方式將外國人民監禁在關達納摩基地的行為 (Stoelting, 2003: 428-435)。

軍事委員會自外於傳統的軍事審判體系之外，由總統發布軍事命令的方式設置，並且援引最高法院早期的案例作為佐證，強化其合法性的基礎，但其也暴露重大的法律爭議，首先，歷史上其他類似的軍事委員會完全排除恐怖主義的適用而是以審判戰犯為主；次而，軍事命令混淆長期以來法律區別恐怖主義與戰犯的界線；最後，軍事委員會被限制用來審判具有國家武裝組織形式的成員，而從未用來審判恐怖分子 (Stoelting, 2003: 427)。事實上美國總統以軍事委員會審判罪犯的情形，在正當程序 (due process) 的理論下，實務上受到嚴格的限制。雖然最高法院認同軍事委員會的管轄權，但是以軍事委員會的形式，適用美國法典或統一軍法典懲罰違反國際人道法的行為，仍然受到許多質疑。尤其當美國法典與統一軍法典特殊的禁止行為不能適用時，軍事委員會以戰爭習慣法審判所有的戰犯，自然備受質疑。甚至於外國或內戰時的領土占領，軍事委員會並沒有起訴違反戰爭法罪犯的權力，誠如最高法院所陳述的意見：「軍事委員會不能審判罪犯，除非他是以違反戰爭法起訴。」 (Burris, 2005: 53)。

懲罰恐怖分子的司法程序，以美國的國內法律制度也是另一個途徑，並且逐漸形成主流的看法，美國海軍戰爭學院 (U.S. Naval War College) 二〇〇二年六月二十四日所舉辦的研討會上，代表美國軍方意見的多數學者或官員，都抱持這種看法 (Mullerson, 2003: 89)。對於這種看法的批評在美國國內審判，採用陪審團制度，以九一一攻擊世貿大樓案件為例，陪審團將難以居於完全公平正義的立場，被告可能無法受到公平審判的機會，與美國司法制度的精神有違 (Greenwood, 2003: 364)。

就美國的國內法而言，反恐戰爭是屬於美國總統身為三軍統帥 (Commander-in-Chief) 的戰爭權<sup>20</sup> 或國會的宣戰權 (to declare war)，<sup>21</sup> 這個議題的爭議，長期以來就爭論不斷，布希政府與國會之間，由於國會二〇〇一年通過「授權使用武力法案」。<sup>22</sup> 授權以必要且適當的方式對抗恐怖主義的威脅，因此雖然學界的看法時有爭論，由於授權法案是以抽象原則拘束行政權，總統擁有廣泛的行政解釋權 (Doodman & Jinks, 2005: 2653)。雖然國會對此議題的爭辯一直持續，但仍沒有演變成以提起司法訴訟方式解決。在戰爭權的爭議下，行政部門擁有龐大的權力而少受拘束，司法訴訟方式的案件也就顯得少量，但近期聯邦最高法院對於恐怖主義相關案件的判決，對恐怖主義與戰爭概念的混淆，仍具有相當的釐清作用。

## 參、聯邦最高法院的判決及其理由

美國在反恐的軍事行動中，俘獲的人員可以區分為美國公民與

---

<sup>20</sup> U.S. Const. art. I, 8.

<sup>21</sup> U.S. Const. art. II, 2.

<sup>22</sup> Public Law No. 107-40, 115 Stat. 224, Authorization for use of military force. 107th Congress, 2001.

非美國公民；逮捕地點可以區分為美國境內與外國領土，依人員的國籍與逮捕地，美國最高法院作出了三個決定性的判決，漢迪 (*Hamdi*) 是美國公民在外國遭到逮捕的案件；帕迪拉 (*Padilla*) 則是美國公民在美國國境內被逮捕的案件；拉蘇爾 (*Rasul*) 則是非公民在外國被俘獲的案件，目前仍未有審理非美國公民在美國領土內被逮捕的案件。

### 一、漢迪案(*Hamdi*)

漢迪案<sup>23</sup> 發生於二〇〇一年秋天，美國公民漢迪 (*Yaser Esam Hamdi*) 在阿富汗被盟軍部隊逮捕，隨即與蓋達及塔利班成員被送到關達納摩基地愛克斯光營 (*Camp X-Ray*)，二〇〇二年四月美國得知他的美國公民身分，因此將其移送到維吉尼亞州諾福克斯海軍基地的監獄 (*Norfolk Naval Station Brig in Virginia*)，行政部門認為他屬於敵方戰鬥員，有搜集情報的需要，依照戰爭法及慣例將他監禁，但是並沒有對他起訴任何罪名。二〇〇二年六月，漢迪的父親向維吉尼亞州東區聯邦法院提起人身保護令的訴狀，宣稱沒有起訴就監禁他是違憲的，第四上訴法院判決認為最高法院先前的判例一向尊重行政機關對於敏感的外交事務、國家安全、軍事事務的決定權，因此對於戰時個人是否合於戰鬥員的認定亦持相同的態度，漢迪被認定是敵方戰鬥員，監禁的行為是合法的。<sup>24</sup> 法庭也認為行政機關不將漢迪當作刑事犯罪的方式對待；其監禁的法源依據是憲法第二條戰爭權的權力。<sup>25</sup> 法院並引用昆瑞案的原則：在外國領土內拿武器對抗美國的行為，無論他的國籍為何，都可以認定是敵方戰

---

<sup>23</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F.3d 278 (4th Cir. 2002).

<sup>24</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F.3d 278 (4th Cir. 2002) at 283.

<sup>25</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F.3d 278 (4th Cir. 2002) at 473.

鬥員，並且以此對待。<sup>26</sup>

案件上訴至最高法院，最高法院以他是美國公民為由，可以享受美國憲法上的權利，並且將案件發回更審。<sup>27</sup>

漢迪案的結局更令人驚訝，由於他出生在美國，因而獲有美國公民的資格，同時他也有沙烏地阿拉伯國籍，兩國政府為此僵持不下，沙烏地官方堅持他應該無條件釋放，並且沒有任何談判餘地，雖然美國認為在逮捕時，漢迪手中握有武器；漢迪則稱他是無罪的，他與恐怖分子無任何關聯，稱說他是因為反恐戰爭邊境封閉，才無法回到沙烏地阿拉伯，他是被北方聯盟以二萬美元交易掉的。最後美國同意漢迪返國，二〇〇四年十月十一日回到利雅德 (Riyadh, Saudi Arabia)，沙國內政部宣稱當他步下飛機時，就已經不再是美國公民，隨即送赴巴亞 (Al Jubayl) 接受警方的訊問，警方發表：「對我們而言他是無罪的，我們一直這麼認為，我們會持續依據我們的法律規定行事。(To us he is innocent, and we still think he is, but we are just doing our work based on our laws)」美國官方最後說這個交易只是讓沙烏地阿拉伯覺得舒坦些，讓他們瞭解我們的安排，知道我們正在要求他們做什麼。漢迪的律師當翰 (Frank W. Dunham) 認為這個案件表達出如果你是美國公民，政府不能在缺乏正當程序的法律下監禁你的法律見解 (Brinkley & Lichtblau, 2004: A15)。

## 二、帕迪拉案 (*Padilla*)

另一個帕迪拉案，<sup>28</sup> 與漢迪案相同，爭議焦點在於總統是否有

---

<sup>26</sup> Hamdi v. Rumsfeld, 296 F.3d 278 (4th Cir. 2002) at 475.

<sup>27</sup> Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, United States Supreme Court (2004).

<sup>28</sup> Padilla v. Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002).

權認定美國公民是非法的戰鬥員，在未經過審判的情形下，就可以對其實施監禁行爲？這兩個案例的不同之處在於逮捕地點，漢迪是在美國境外；而帕迪拉 (Jose Padilla) 發生於美國境內的芝加哥機場。帕迪拉也是美國公民，出生於紐約，後來移居埃及 (Egypt)，二〇〇一年在阿富汗擔任賓拉登的高級顧問，提議偷竊放射性材料，製成核彈 (radiological dispersal device “dirty bomb”) 經過計劃和討論後，至美國偵察與執行此項工作，二〇〇二年五月八日在芝加哥機場，司法部持重要證人逮捕令 (Material Witness Warrant) 逮捕他，調查他與九一一恐怖攻擊事件的關聯，六月九日行政部門撤回逮捕令，認爲他屬於敵方戰鬥員，與漢迪相同，被送到國防部所屬監獄監禁，並且沒有起訴任何罪名。<sup>29</sup> 帕迪拉向聯邦地區法院 (Federal District Court) 提起人身保護令的訴狀，主張他是美國公民，在美國的領土內，被依戰爭法監禁，認定爲敵方戰鬥員，對總統的行政權提出質疑。<sup>30</sup> 地區法院判決無論是依據憲法第二條總統的戰爭權或是依據國會的聯合決議 (Joint Resolution)，行政部門所作的監禁措施都屬於合法的行爲。<sup>31</sup>

上訴法院的見解與地區法院完全不同，認爲國內案件，總統的固有權不能任意擴展，不可以在美國境內，監禁具有美國公民身分的敵方戰鬥員；非監禁法 (Non-Detention Act) 也禁止在未經國會授權下的監禁行爲；如果總統認爲他的權力不足以應付當前局勢，應該向國會請求授權；法院判決國防部應該在三十天之內釋放帕迪拉，將其轉送到適當的監所，以刑事法起訴他。<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Padilla v. Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002) at 569.

<sup>30</sup> Padilla v. Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002) at 571.

<sup>31</sup> Padilla v. Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002) at 590.

<sup>32</sup> Padilla v. Rumsfeld, United States Court of Appeals, Second Circuit, 2003, 352 F.3d 695, rev'd and remanded for lack of jurisdiction, 542 U.S. 426 (2004).



後來案件上訴聯邦最高法院，法院以上訴應該以監所主管為對象而非國防部長；而且監獄所在地南卡羅來納州 (South Carolina) 才擁有管轄權，而不是紐約州南區聯邦法院 (the district court for the Southern District of New York)，將案件發回更審。<sup>33</sup> 帕迪拉隨即向南卡羅來納州聯邦法院提起訴訟，法官依最高法院的指示給予簡易判決 (summary judgment)，認為應該以刑事程序處理本案，美國政府提起上訴，<sup>34</sup> 目前帕迪拉仍監禁在南卡羅來納州的軍事監獄。

美國公民在海外刑事犯罪的難題，在二〇〇〇年軍事跨領域管轄權法與「愛國者法」(Patriot Act) 通過後，<sup>35</sup> 擴張特殊的戰爭期間，將領土管轄權延伸到海外的軍事設施，美國法典已經將違反戰爭法納入，使得聯邦法院的管轄權得以擴大，透過這些規定，國會允許聯邦法院可以審理美軍軍人與敵方戰鬥員違反戰爭法的案件，而不再限於軍事法庭或軍事委員會，這個規定也將三個法庭管轄權的界線模糊化了 (Burriss, 2005: 40)。

### 三、拉蘇爾案 (*Rasul*)

從二〇〇二年起，關達納摩基地已經監禁六百多名被美軍在阿富汗捕獲的敵對人員，關達納摩基地是美國向古巴租借的土地，美國亦承認古巴擁有最高的主權，但是美國擁有完全的管轄權與控制權。二名澳洲籍哈比 (Mamdouh Habib) 和漢克斯 (David Hicks)

<sup>33</sup> 542 U.S. 426 (2004).

<sup>34</sup> Padilla v. Hanft, No. 2: 04-2221-26 AJ, 2005 WL 465691 (D.S.C. Feb. 28, 2005).

<sup>35</sup> Public Law No. 106-523, 114 STAT. 2488, Military extraterritorial jurisdiction act of 2000. 106th Congress, 2000. 愛國者法案的全稱Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism act of 2001. 107th Congress, 1st Session, HR 3162 RDS.

與歐達哈 (Fawzi Khalid Abdullah Fahad Al Odah) 等其他十一名科威特籍的監禁人員，向美國哥倫比亞特區地區法院 (the United States District Court for the District of Columbia) 提起人身保護令的訴狀。原告否認參與或秘謀攻擊美國的行動；宣稱他們的監禁，沒有任何指控的犯罪行爲，也不允許會見律師或法庭陳述，是違反美國法律的規定。地區法院認爲關達納摩基地不是屬於美國的主權領土，依 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950) 的案例，及「聯邦訊問法」(the Federal-question Statute, 28 USCS 1331) 與「外國人士侵權法」(the Alien Tort Statute, 28 USCS 1350) 及「聯邦人身保護令條款」(federal habeas corpus provision, 28 USCS 2241 [c] [3])，外國人被監禁在美國領土外，不適用人身保護令請求書的規定，拒絕原告的請求。<sup>36</sup>

美國哥倫比亞特區上訴法院 (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) 亦支持地區法院的判決，認爲美國法庭的訴訟權，並不能擴展到監禁於美國領土以外的軍事監所的外國人。<sup>37</sup>

案件上訴到最高法院，法院認爲美國法典第二十八章第二二四一條賦予地區法院審理上訴人所提出關達納摩基地的監禁行爲是否合法的人身保護令請求的管轄權，大法官甘乃廸 (Anthony M. Kennedy) 在協同意見書中特別提到：對敵人的監禁行爲，在沒有法庭程序下，如果監禁時間長達數月或數年之久，它的正當性就會愈薄弱。法院判決在下列情形下，下級法院可以審查原告的監禁是否合法：

---

<sup>36</sup> 215 F. Supp. 2d 55, at 73 (D.D.C. 2002).

<sup>37</sup> 355 US App DC 189, 321 F.3d 1134 (DC Cir. 2003).

1. 原告所屬國家並未與美國處於戰爭狀態；
2. 推論國會立法反對治外法權的說法，不適用於二二四一條關於美國領土管轄權之人身監禁的規定；
3. 關於二二四一條地理範圍區分是依照監禁者的國籍而有不同的規定，有幾個理由可以思考國會的立法意旨：
  - (1) 聯邦法院的管轄權高於被監禁在關達納摩基地的美國公民請求權；
  - (2) 美國公民與外國人在聯邦的監禁行為並沒有任何區別；
4. 監禁於關達納摩基地的人員，適用二二四一條的規定，合乎人身保護令權利是法院的一貫見解；
5. 沒有任何人會質疑地區法院的管轄權高於原告的管理人。

最高法院推翻原判決並將案件發回更審。<sup>38</sup>

這個判決，由於被告是以外國人的身分請求人身保護令，雖然法院並未完全同意被告的請求，但是判決本身將影響關達納摩基地監禁人員的重大法律利益，也影響整個反恐戰爭的性質屬性，美國國防部在本案判決之後，即隨調整若干行政措施以回應法院的判決。

#### 四、拉蘇爾案判決後的最新發展

最高法院的判決認為監禁人員可以享有美國憲法第五修正案的權利，而認定敵方戰鬥員的程序過於模糊，也違反正當程序的要求，法院也認為監禁人員基於「日內瓦第三公約」所提出的聲明是正當的主張。二〇〇四年七月七日，判決後九天，國防部副部長伍

---

<sup>38</sup> 542 U.S. 466 (June 28, 2004).

夫維茲 (Paul Wolfowitz) 簽署設置戰鬥員資格審查庭 (Combatant Status Review Tribunal)，重新檢視關達納摩基地所有監禁人員的資格，其中特別定義：

塔利班、蓋達組織或其所屬分支；與美國或其盟國發生軍事敵對行為的武裝團體，包括任何已經發生交戰行為，或已經直接支持幫助敵方武力的軍事敵對行為的團體，轄屬於上述組織或團體之人，稱之為敵方戰鬥員。(Dycus, Berney, Banks, & Raven, 2005: 265-266)

這個命令同時也設定程序，讓監禁人員可以主張自己認為處於何種情形，也可以提出證據，至少可以檢討證據是否具有相關性與合理地運用 (reasonably available)，監禁人員可以享有指定的軍官擔任其個人代表 (personal representative)，但仍不能享有律師的會面權利，以瞭解程序與案件的進度，但個人仍不能知道細節與機密性的證據。整個審查庭的法律問題由軍法參謀長 (Staff Judge Advocate) 負責；海軍部長 (Secretary of the Navy) 擔任個人代表，最後由軍法參謀長提出審查建議案，由審查庭批准或送回繼續調查程序。行政部門將以審查庭的認定作為監禁人員是否達到敵方戰鬥員的認定標準，而監禁人員將被持續監禁，直至總統宣布反恐戰爭已經結束；或總統或其指定人員認定監禁人員對國家安全已經不具有威脅時 (Dycus et al., 2005: 265-266)。

但是面對的問題並不僅是單純的執法問題，而是非國家行為的武裝衝突，必須以軍事行動才能有效率地回應，恐怖組織與叛亂活動已經具備軍事敵對的狀態，不能認為只有敵對國家 (enemy state) 才具有攻擊能力，因而布希政府明確主張這是一場反恐戰爭，設置軍事委員會懲治蓋達組織成員，這也間接說明蓋達組織已經達到軍事武裝衝突的層級，這個政策將偏向聯邦法院的法律管轄，又往軍

事法庭與軍事委員會修正。聯邦法院、軍事法院與軍事委員會三者管轄權重疊的爭議，仍待美國法律實務進一步的釐清 (Burris, 2005: 83)。

## 肆、國際法體系懲治恐怖主義的難題

設置跨國機構 (supra-national authority) 制裁恐怖主義的議題擬案。第一個方案由聯合國安全理事會依據聯合國憲章第七章的規定，以決議案的方式要求各國遵循配合。第二方案由國際刑事法院審判 (Morris, 2003: 134-136)。自一九三七年十一月在日內瓦舉行的籌備設置國際刑事法庭的國際會議 (International Conference for the Creation of an International Criminal Court) 開始，國際社會就已經表明不以國際條約制裁恐怖主義的立場。<sup>39</sup> 因為將恐怖主義納入「國際刑事法院規約」中，將嚴重衝擊國內的刑事司法體系，國際刑事法院屬於常設性質，擁有處理違反國際人道法等案件的管轄權，而處理此類案件時，國內的司法管轄權將被置於國際刑事法院之下，這也是為何美國不願意簽署「羅馬規約」的原因之一 (Newton, 2003: 342)。

### 一、國際刑事法院

一九九八年的「羅馬規約」並沒有將恐怖主義納入制裁，以下的分析當中，嘗試以「羅馬規約」三種罪行，分析恐怖主義是否可能以現存的國際法實施制裁？

---

<sup>39</sup> League of Nations, Convention for the prevention and punishment of terrorism, opened for signature November 16, 1937, 19 League of Nations O.J. 23 (1938), 轉引自Newton (2003: 330)。

### (一) 滅絕種族罪

滅絕種族是一種意圖摧毀全部或部份的國民、種族、民族、或宗教團體等，但並不以大量的殺害作為犯罪成立的要件。九一一恐怖攻擊事件是否符合滅絕種族罪的犯罪構成要件呢？以犯罪意圖分析，恐怖分子可能只是要摧毀美國的和平或摧毀美國的社會架構，很難說恐怖攻擊是要殺害全部或部份的美國人民。由賓拉登所說的言論，分析他的意圖，並不構成滅絕種族的情況證據 (circumstantial evidence)。另一個案例，巴勒斯坦恐怖分子宣稱，要讓以色列從地圖上消失，將以色列人民丟到海中，並且採取自殺炸彈攻擊的方式。這種採取對以色列國民任意殺害的方式，的確符合意圖殺害國民或宗教團體的犯罪要件，然而目前為止，這種案件仍僅止於個案而已 (Keijzer, 2003: 125)。

### (二) 違反人道罪

若以違反人道罪來制裁恐怖分子，犯罪要件的重點在於是否廣泛或系統性的直接攻擊任何平民百姓。依據「羅馬規約」第七條第二項 a 款：攻擊任何平民人口 (attack against any civilian population)，意思是依照或根據國家或組織的政策，推動各種不同的犯罪行為對付平民百姓。表面上分析九一一恐怖攻擊似乎符合系統性的攻擊要件，而且這種攻擊也是出自於組織的政策，然而困難的是，所謂的任何 (any) 人民是否包括外國人？所謂的平民 (civilian) 指的是什麼？違反人道罪的處罰源自於紐倫堡審判，納粹德國對於猶太人、吉普賽人等屬於自己國家的人民，以反對納粹政權為理由而遭到殺害，因此並不適用於外國人。對於敵對國家的人民實施不人道的行為，法律上是屬於戰爭法的範疇，由於相關案件都是適用於同一個國家的人民，但是也並不排除適用於外國人民，因此恐怖攻

擊事件可能構成違反人道罪。但是對於攻擊美國五角大廈的行為來說，由於對象是軍人，是否也可以適用違反人道罪呢？在紐倫堡與前南斯拉夫審判庭違反人道罪的懲罰，都是在國際衝突下才適用，違反人道罪的處罰範圍很明顯的限定在平民百姓與戰爭期間，相反的在戰爭當中攻擊敵軍並不是不合法的行為。因此「羅馬規約」第七條處罰攻擊軍事人員的恐怖分子是否能適用呢？有部份人認為，在平常時期，任何人即使是軍人也都含蓋於人民的概念，但是規約第二十二條第二項對於犯罪定義應該採取嚴格的解釋 (strictly construction)，因此規約第七條不應該適用於對於軍事人員的違反人道罪 (Keijzer, 2003: 126-127)。

### (三) 戰爭罪

是否適用於戰爭罪呢？戰爭罪的適用通常以國際性的武裝衝突為主，部份適用於國內的武裝衝突。要適用「羅馬規約」第八條的規定首先必須要符合武裝衝突期間的規定，零星的暴力例如恐怖攻擊等並不屬於國際武裝衝突期間的概念，換言之，要適用本條必須先有武裝衝突的發生，並且適用戰爭法及其戰爭慣例的法規，因此恐怖攻擊事件很難以戰爭罪的犯罪要件制裁 (Keijzer, 2003: 128)。

國際刑事法院審判的困難在於「羅馬規約」的處罰罪名目前僅限於滅絕種族罪、戰爭罪、違反人道罪三項罪名，因此恐怖分子的犯罪行為必須符合這三項法律要件才能適用。而「羅馬規約」第十二條案件管轄權的規定，管轄權必須以犯罪嫌疑人所屬的國籍作為當事國或行為地國願意提交至法庭；非簽約國不能提交本案至法庭。另外如果被告不是屬於簽約國的國民，而犯罪行為地國是簽約國，法庭才可以擁有管轄權。因此以國際刑事法院審判，存在著許多困

難而難以突破。

## 二、設立國際特別反恐怖刑事法庭

聯合國安全會以決議案的方式，設置特別刑事法庭，也是另一種懲治途徑。恐怖分子的行為屬於私人的行為，不像前南斯拉夫的情況，也不像盧安達的狀況，兩者最起碼還是由國際機制所支持的腐敗國家。恐怖分子不屬於國家體系，因而以國家當作行為者，當作懲治的對象，有國際法上的困難 (Newton, 2003: 341)。若以追訴個人責任的方式，由於各國司法體系都有類似的規定，使得各國同意設置國際特別刑事法庭的意願不高。

成立特別法庭懲治恐怖分子的犯罪可能花費很多錢，以及支出龐大的政治善意。國際外交的現實面，要求必須以國際社會的利益衡量，才有可能創造特別法庭懲治恐怖主義。但如果以繁複、昂貴、緩慢的特別法庭取代國內的刑事體系審判恐怖分子，可能會造成實質鼓勵恐怖主義的反效果 (Newton, 2003: 344)。以第二次世界大戰後的戰犯審判庭為例，甚至有人認為對納粹罪行的起訴，是因為遭受到納粹攻擊的人，能夠運用武力擊敗他們。然而恐怖主義的國際法問題更多，以國家武力對付恐怖主義——例如阿富汗的情況，是屬於國際衝突的交戰規則 (*jus in bello*) 的規範範圍內；如果認為對蓋達組織的作戰行動也同樣屬於這個規範。這種看法將產生一些爭議與疑點。因為如此認定這些恐怖組織有交戰權，那些成員就將具有戰犯的身分，依此見解，他們應該如同第二次世界大戰後成立的軍事審判庭，接受軍法審判 (Greenwood, 2003: 357)。

另一個司法運作實務的難題是引渡，由於引渡需要各國司法單位的相互合作，有關引渡條件以兩國或多國間的條約為依據，以現行的國際引渡案例經驗，引渡本身反而變成被告者的護身符，被告



經常以國際人權條約為擋箭牌，甚至以政治因素得到豁免，引渡在實際司法運作上，變得相當困難 (Greenwood, 2003: 366)。任何國家只要願意對恐怖分子施以國內刑罰體系的懲罰，就可以拒絕他國的引渡要求；同時這些協定也未建立其他途徑，可以在普遍管轄權之外提供控訴與審判的司法基礎。因此各國都以國際法習慣的方式，針對某些形態的恐怖主義施以懲罰，因而未能達到全面懲治恐怖主義的法律基礎 (Bottini, 2004: 542-543)。現存的國際審判庭，前南斯拉夫與盧安達刑事審判庭是為特別的個案而設立的，無法涵蓋恐怖攻擊事件。評估以聯合國安全理事會的決議案作為懲治恐怖分子的管轄基礎，面對現實的國際政治環境，目前成立特別法庭的可能性並不高。

### 三、國際條約的效力與限制

為了因應恐怖主義各種不同方式的暴力模式，國際社會發展出以條約為基礎的反恐怖協定。一九六三年「東京公約」(Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, Tokyo, 14 September 1963)、一九七〇年「海牙公約」(Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, 16 December 1970)、一九七一年「蒙特婁公約」(Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, Montreal, 23 September 1971)，這三個公約都是為了保護空中航運安全而簽定的；一九七三年「防止對國際保護人員犯罪公約」(The Convention on the Prevention of Crimes against Internationally Protected Persons)、一九七九年「反對劫持人質公約」(International Convention against the Taking of Hostages, New York, 17 December 1979)；以上這些公約雖然都是與對抗恐怖主義相關，但是在公約

當中，卻未曾出現恐怖主義這個字。一九七七年「制止恐怖主義歐洲公約」(European Convention on the Suppression of Terrorism) 這個公約名稱雖然出現恐怖主義這個字，但是在條文當中也未出現恐怖主義，公約當中並未包含恐怖主義的定義，只是提出各種不同的暴力犯罪行爲，例如民用航空器安全威脅、國際性人員保護、挾持人質、使用炸彈或用核子武器的威脅等。一九九七年「制止恐怖分子爆炸國際公約」(International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings) 在紐約簽訂，這個公約仍然沒有恐怖主義的定義，只提到使用爆裂物、或包含有毒化學、生物、核子物質等其他致命性武器的防治。一九九九年「制止向恐怖主義提供資助國際公約」(International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism)，這個公約是防制提供或幫助任何引起一般民眾或非戰鬥員死亡或嚴重身體傷害的行爲人或團體資金，其中提到行爲目的(purpose of conduct)，當此種行爲的目的，在本質上或內容上對人民採取敵對行爲、強迫政府或國際組織做某些事、或限制不能做某些事，就符合該條約的規範。現行的國際體系已經在聯合國之下締結了多項反恐怖主義的條約，但以此追訴對付恐怖分子仍然是失敗的。意圖發展出以聯合國爲中心、全面性對抗恐怖主義的條約，由於如何定義國際懲治恐怖主義的見解，各國的意見仍爭執不休，無法達成一致性的協議 (Newton, 2003: 345)。

二〇〇五年三月十日聯合國秘書長安南在馬德里召開的「民主、恐怖主義和安全問題國際高峰會議」首次提出國際反恐戰略的5D原則，勸阻 (dissuade)、剝奪 (deny)、阻止 (deter)、發展 (develop)、捍衛 (defend)，其意涵爲勸阻那些對當權者不滿的團體，不要把恐怖主義當作一個策略；剝奪恐怖主義分子發動襲擊的手段；阻止各國支持恐怖主義分子；建立各國防範恐怖主義的能力；

捍衛人權。<sup>40</sup> 但對恐怖主義而言，無論是國際或跨國的恐怖主義，都不僅僅是政治問題，也是心理問題與道德問題。雖然恐怖主義基本違反了法律規則，可以當作法律問題處理，但是問題在於：誰的規則？那一個法律？恐怖分子不以合法性當作首要的目標，政府以寬恕、妥協、鎮壓的方式，都被認為是不滿意的方法，政治協議與外交方案也都無從替代。恐怖分子不承認既有的法律規則，因為恐怖團體一旦成功取得政權，過往的歷史都變成其嘲弄的對象 (Friedlander, 1979: 71)。換言之，恐怖主義的政治性目的才是影響其發展或消弭的主要因素。

## 伍、結論

美國在九一一恐怖攻擊事件後，發動反恐戰爭引起的國際法爭議問題，一直層出不窮。不顧聯合國安理會、歐盟等國際社會的反對，宣稱擁有單邊使用武力的權力，以國家安全威脅為由，卻衍生戕害人權的虐囚事件，違背長期以來堅守的民主、自由價值，受到諸多的批評。

反恐怖主義的軍事行動是否屬於戰爭法的規範範圍，一直是高度爭議性的問題。以戰爭法檢視，由於恐怖分子的活動含有非國家的特徵；恐怖團體組織並不符合戰爭法有關國家、交戰團體或叛亂團體的標準；恐怖分子也並未接受或同意國際規則；恐怖攻擊的對象是平民而較少軍事目標；其攻擊手段類似軍事行動，所造成的破壞力又與戰爭相當，恐怖主義與傳統戰爭的概念有些類似但又不完全相同，因此很難以國際法規範。美國布希政府將恐怖主義，在戰

---

<sup>40</sup> Secretary-General's keynote address to the closing plenary of the international summit on democracy, terrorism and security, A global strategy for fighting terrorism, May 10, 2005.

爭法與國際刑法之間，創設出另一個灰色地帶，混淆兩者之間長期的明確界線，以此避免國際公約的限制，並且選擇性地適用有利於己的法庭規則，這個概念的屬性，仍屬高度的政治性與法律爭議。

反恐戰爭發生選擇執法的問題。當外界質問出兵入侵他國時，以聯合國憲章的自衛權為理由，輔以模糊的國際法慣例，為其軍事行動辯解。依聯合國憲章合法使用武力必須符合自衛權或由安理會決議案授權的情形，才算合法使用武力。布希政府主張美國出兵阿富汗與伊拉克的軍事行動，符合聯合國憲章的精神，甚至以先制攻擊的國家安全策略，為其軍事行動合法化與正當化。戰俘身分的認定，美國行政部門認為蓋達組織或塔利班成員並不符合「日內瓦第三公約」的規定。以軍事命令監禁恐怖分子，但實質監禁行為卻又不符合刑事法的規定，認定恐怖組織成員屬於非法戰鬥員的身分，以規避「日內瓦公約」等國際條約的規範，將俘獲人員監禁在關達納摩基地，且不得享有戰俘的待遇，也未給予法律上的權利。以維護國家安全之名，採取選擇性的解釋，而不顧長期以來建立的法律架構，因而受到國際社會與美國國內的眾多批評。為了蒐集情報的需要，發生虐囚事件，成為國際人權關注的焦點，更重創美國民主的聲譽。

以美國國內法懲治恐怖分子的途徑有三種選擇：聯邦法院、軍事法庭、設立特別軍事委員會。依布希總統發布的總統軍事命令，授權國防部成立軍事委員會追訴恐怖分子，唯至今尚未有實際案件。反而恐怖分子以人身保護令為由，向聯邦法院提起訴訟，判決雖未完全同意被告的請求，但認為監禁的人員應該享有美國憲法上的權利，使得行政部門調整若干監管措施，唯法院判決僅屬個案性質，仍未形成通則性的法規，雖然美國行政部門隨即調整若干措施，但恐怖主義造成的人權爭議，未來發展仍待進一步的觀察。國

際社會爲了因應恐怖主義的活動，簽訂多項國際條約或公約，已有相當的規範，以推動國際合作。以國際法懲治恐怖主義有國際刑事法院或聯合國特別刑事法庭等途徑；由於所犯的罪行是否適用「羅馬規約」罪名的問題，因而很難在現行的國際法架構下施行。設置特別國際刑事法庭遭遇到管轄罪名、起訴程序、經費等問題更複雜，在目前國際環境下，評估成立特別法庭的可能性並不高。由於國際社會缺乏司法實體、行政機構與執行力，僅以國際法規範對抗恐怖主義，實際懲治措施非常有限。單純採取法律或軍事的反制手段，固然能使恐怖分子受挫，卻無法徹底摧毀或肅清。國際社會要以國際法遏阻與懲治恐怖主義，仍待國際法學界的努力與突破。

## 參考文獻

- Bellamy, A. J. (2005). Is the war on terror just? *International Relations*, 19, 3: 275-296.
- Berenskoetter, F. S. (2005). Mapping the mind gap: A comparison of US and European security strategies. *Security Dialogue*, 36, 1: 71-92.
- Bottini, G. (2004). Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court. *New York University Journal of International Law and Politics*, 36, 2: 503-562.
- Brinkley, J., & Lichtblau, E. (2004, October 12). U.S. releases Saudi-American it had captured in Afghanistan. *The New York Times*, p. A15.
- Brunnee, J., & Toope, S. J. (2004). Slouching towards new just wars: The hegemony after September 11th. *International Relations*, 18, 4: 405-423.
- Buergenthal, T., & Murphy, S. D. (2002). *Public international law in a nutshell*. St. Paul, MN: West Group.
- Burris, C. C. (2005). Time for congressional action: The necessary of delineating the jurisdictional responsibility of federal district courts, courts-martial, and military commissions to try violations of the laws of war. *Federal Courts Law Review*, 4: 1-86.
- Byers, M. (2005). *War Law*. London, UK: Atlantic.
- Cassese, A. (2001). *International law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Detter, I. (2000). *The law of war* (2nd ed.). London, UK: Cambridge University Press.
- Dinstein, Y. (2004). *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Doodman, R., & Jinks, D. (2005). International law, U.S. war powers, and the global war on terrorism. *Harvard Law Review*, 118, 8: 2653-2662.
- Dunne, T. (2003). Society and hierarchy in international relations.

- International Relations*, 17, 3: 303-320.
- Dycus, S., Berney, A. L., Banks, W. C., & Raven, P. H. (2005). *National security law, 2005-2006 supplement* (3rd ed.). New York, NY: Aspen.
- Earley, W. B. (2004). The war on terrorism and the enemy within: Using military commissions to prosecute U.S. citizens for terrorist-related violations of the laws of war. *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 30, 1: 75-103.
- Feldman, N. (2002). Choices of law, choices of war. *Harvard Journal of Law of Public Policy*, 25, 2: 457-485.
- Fenton, N. (2004). *Understanding the UN Security Council: Coercion or consent?* Burlington, VT: Ashgate.
- Friedlander, R. A. (1979). *Terrorism: documents of international and local control*. Dobbes Ferry, NY: Oceana.
- Gill, T. (2003). The eleventh of September and the right of self-defense. In W. P. Heere (Ed.), *Terrorism and the military: International legal implications* (pp. 23-37). Hague, the Netherlands: T.M.C. Asser.
- Greenwood, C. (2003). Terrorism: The proper law and the proper forum. In F. L. Borch & P. S. Wilson (Eds.), *International law and the war on terror* (pp. 353-370). Newport, RI: Naval War College.
- Haley, P. E. (2004). A defensive grand strategy for the United States. *Armed Force and Society*, 30, 3: 461-481.
- Hathaway, O. A. (2004). The promise and limits of the international law of torture. In S. Levinson (Ed.), *Torture: A collection* (pp. 199-212). New York, NY: Oxford University Press.
- Heng, Y. K. (2002). Unraveling the war on terrorism: A risk-management exercise in war clothing? *Security Dialogue*, 33, 2: 227-242.
- Jorgensen, N. H. B. (2003). *The responsibility of states for international crimes*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Keijzer, N. (2003). Terrorism as a crime. In W. P. Heere (Ed.), *Terrorism and the military: International legal implications* (pp. 115-132). Hague, the Netherlands: T.M.C. Asser.

- Kohen, M. G. (2003). The use of force by the United States after the end of the cold war, and its impact on international law. In M. Byers & G. Nolte (Eds.), *United States hegemony and the foundations of international law* (pp. 197-283). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Morris, M. (2003). Prosecuting terrorism: The quandaries of criminal jurisdiction and international relations. In W. P. Heere (Ed.), *Terrorism and the military: International legal implications* (pp. 133-154). Hague, the Netherlands: T.M.C. Asser.
- Mullerson, R. (2003). Jus ad bellum and international terrorism, international law and the war on terror. In F. L. Borch & P. S. Wilson (Eds.), *International law and the war on terror* (pp. 75-128). Newport, RI: Naval War College.
- Murphy, D. S. (2004). Contemporary practice of the United States relating to international law. *The American Journal of International Law*, 98, 2: 579-609.
- Newton, M. (2003). International criminal law aspects of the war against terrorism. In F. L. Borch & P. S. Wilson (Eds.), *International law and the war on terror* (pp. 323-352). Newport, RI: Naval War College.
- Office of the Press Secretary (2002, February 7). *Status of detainees at Guantanamo*. Washington DC: the White House.
- Paust, J. J. (2003). Post-9/11 overreaction and fallacies regarding war and defense, Guantanamo, the status of persons, treatment, judicial review of detention, and due process in military commissions. *Notre Dame Law Review*, 79, 4: 1335-1364.
- Rehman, J. (2003). *International human rights law: A practical approach*. New York, NY: Longman.
- Roberts, A. (2003a). The law of war in the war on terror. In F. L. Borch & P. S. Wilson (Eds.), *International law and the war on terror* (pp. 175-230). Newport, RI: Naval War College.
- Roberts, A. (2003b). The law of war in the war on terror. In W. P. Heere (Ed.), *Terrorism and the military: International legal*



- implications* (pp. 65-92). Hague, the Netherlands: T.M.C. Asser.
- Roosevelt, F. D. (1942). Proclamation No. 2561 of 2 July 1942, Denying certain enemies access to the courts of the United States. *Federal Register*, 7, 32: 5101.
- Rose, D. (2004). *Guantanamo: The war on human rights*. New York, NY: New Press.
- Schmid, A. P. (1988). *Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*. Amsterdam, the Netherlands: North-Holland.
- Smith, J. M., & Thomas, W. C. (2001). Terrorism threat and response: A policy perspective. In *The terrorism threat and U.S government response: Operational and organizational factors* (pp. 1-16). Springs, CO: US Air Force Academy.
- Stoelting, D. (2003). Military commission and terrorism. *Denver Journal of International Law and Policy*, 31: 427-436.
- Taguba, M. A. (2004, May 4). *Article 15-6 investigation of the 800th Military Police Brigade*. Retrieved October 28, 2005, from [http://www.npr.org/iraq/2004/prison\\_abuse\\_report.pdf](http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf)
- Terry, J. (2003). Al Queda And Taliban detainees: An examination of legal rights and appropriate treatment. In F. L. Borch & P. S. Wilson (Eds.), *International law and the war on terror* (pp. 441-459). Newport, RI: Naval War College.
- Than, C. de, & Shorts, E. (2003). *International criminal law and human rights*. London, UK: Sweet & Maxwell.
- The White House (2002, September 17). *The national security strategy of the United States of America*. Washington DC: The White House.
- Winthrop, W. (1920). *Military law and precedents* (2nd ed.). Washington DC: Government Printing Office.

## **The Controversies of International Law in America's "War on Terror" and Analysis of Decisions of the Supreme Court of the United States**

*Kun Lung Chuang*

### **Abstract**

After the 911-terror attacks, people realized that terrorism posed a serious, global security threat. While the international community looked to counter terrorism through mechanisms and actions flowing from the Charter of the United Nations, resolutions of the Security Council, treaties and custom of international law, America launched military operations in Afghanistan and Iraq as part of its "war on terror"; discrepancies between the two approaches gave rise to controversies concerning the doctrines of self-defense and preemption in international law. Bush administration created a "gray zone" between the laws of war and international criminal law. Could prisoners detained in Guantanamo Bay be treated according to the rules of the Geneva Convention? Recently the Supreme Court of the U.S. passed judgments which applied the right of *habeas corpus* to war powers claimed by the president. Although the legal issues may not concern terrorism directly, the opinions of court nonetheless clearly have some role to play in clarifying the controversies surrounding international law regarding the war of terror.

**Key Words:** laws of war, law of armed conflict, terrorism, self-defense, prisoner of war