

基礎權利的憲法與政治： 當代美國實體正當程序的司法理論爭議 及其啟示*

蘇彥圖**

<摘要>

在一個容認有未列舉之憲法權利存在的自由民主成文憲法秩序下，司法審查與尋常政治程序在是否以及如何保障一項憲法未列舉權利這件事情上，究竟應該如何分工與互動，才能實踐、體現出自由憲政民主秩序對於個人自由與社群民主的雙重承諾？傳統論 v. 理性論這項當代美國實體正當程序的司法理論爭議，無疑為這項難題的討論，提供了豐富的素材與資源，並且引領我們省思關於自由憲政民主的不同理解與想像。傳統論者認為，實體正當程序所得承認並給予實質保護的基礎權利，必須是、而且只能是「深植於本國的歷史與傳統」且「內含於有秩序可言之自由」的。理性論者則認為，「內含於有秩序可言之自由」的基礎權利，其意義與可能，終須法院本於自由的

* 本文初稿曾發表於「憲法解釋與憲法上未列舉之權利：司法院大法官106年度學術研討會」（司法院主辦，2017年12月2日）。作者感謝張文貞教授以及兩位匿名審查人的評論與建議，另感謝孟庭女士協助本文研究資料的整理。由於研究與寫作時程上的限制，本文無法論及美國聯邦最高法院於2022年6月24日做成的 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 一案判決的憲政成因、意義與影響，還請讀者諒察。

** 中央研究院法律學研究所研究員。

E-mail: yentusu@sinica.edu.tw

- 投稿日：04/16/2021；接受刊登日：09/24/2021。
- 責任校對：賴俊穎、李樂怡、辛珮群。
- DOI:10.6199/NTULJ.202212_51(4).0002

憲政義理，做成講理的判斷。本文嘗試梳理這項論辯的經過，並對它可能提供的啟示，提出觀察與評論。本文認為，傳統論的退位與理性論的復甦，公平化了基礎權利的司法論爭場域，並從而有助於憲政社群在社群民主與個人自由之間，探尋出比較妥適的平衡；至於一個自由憲政民主社群是否以及何時肯認一項未受成文憲法列舉的基礎權利，終須取決於基礎權利的政治，而司法政治毋寧只是其中的一個部分而非全部。本文據此檢討了美國聯邦最高法院的 *Obergefell* 案判決以及臺灣司法院釋字第 748 號解釋，並對這兩項基礎權利決策的道德正當性，提出肯定論。

關鍵詞：基礎權利、未列舉權利、民主、實體正當程序、同性婚姻