

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

◆目次◆

壹、前言

貳、正當程序傳統論

一、歷史與傳統

二、謹慎描述

三、消極自由

參、正當程序理性論

一、自由的義理

二、活的傳統

肆、基礎權利的政治

一、基礎權利論爭的公平化

二、超越司法政治

伍、「勉力」的智慧：簡評司法院釋字第 748 號解釋

陸、結論

壹、前言

在過去的三十多年間，美國憲法對待同性戀者／同志的態度，有了根本而且巨大的典範轉變¹。在 1986 年的時候，美國聯邦最高法院在 *Bowers v. Hardwick*（以下簡稱 *Bowers* 案）一案判決，猶以 5 票對 4 票的比數，認定喬治亞州處罰男性間之性交行為的刑法規定是合憲的²。主筆 *Bowers* 案法院意見的大法官 White，斷然否定了同性戀者有從事合意、私密之性行為的基礎權利（fundamental right）；他甚至形容這項主張「是可笑的。³」不過，這個在當時已極具爭議的判決先例，到了 2003 年的時候，就被 *Lawrence v.*

¹ 為了反映並尊重非屬異性戀者之性少數群體內部的多元差異，在 1990 年代以後的許多公共、運動與學術論述，多已採用 LGBT 或其衍生型（例如 LGBT+、LGBTI、LGBTIQ、LGBTQ+……等），來表稱傳統上被略稱為同性戀者／同志的多元性別者。以 LGBTQ+ 一詞為例，這項英文縮寫詞依序涵括了女同性戀者（lesbian）、男同性戀者（gay）、雙性戀者（bisexual）、跨性別者（transgender）、酷兒（queer/questioning）以及其他（+）；關於多元性別群體及其表稱方式，主要參見行政院性別平等處（編）（2020），《多元性別權益保障》，行政院。由於本文所討論的諸多法院意見，大多仍以同性戀者一詞表稱多元性別者，本文基於討論對焦的需要，也沿用此等用語而不另做修改。關於美國同性戀者之憲法權利發展的一項早期華文介紹，參見張宏誠（2002），《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，學林文化。

² *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). 本案起因於 1982 年間某日，Michael Hardwick 於自家臥房內與另一名男性友人從事兩願的性行為時，被一位亞特蘭大市的警察撞見並予以逮捕。Hardwick 事後未因違反喬治亞州的性悖軌法（sodomy law）而被起訴，但仍以喬治亞州的檢察總長 Michael Bowers 為被告，訴請聯邦法院宣告該州之性悖軌法違憲無效。承審該案之聯邦地方法院判決不受理該案，但於 Hardwick 上訴後，聯邦第十一上訴巡迴法院則是判定系爭法律確實侵犯了 Hardwick 的憲法權利。聯邦最高法院於 1985 年受理了喬治亞州所提出的移審聲請，並於 1986 年間做成本案判決，認定該州之性悖軌法合憲。關於 *Bowers* 案的華文介紹，另參見法治斌、張宏誠（節譯）（2003），〈*Bowers, Attorney General of Georgia v. Hardwick et al.*〉，司法院（編），《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯》，頁 138-155，司法院。

³ *Bowers*, 478 U.S. at 194.

Texas (以下簡稱 *Lawrence* 案) 一案判決給徹底推翻了⁴。主筆 *Lawrence* 案法院意見的大法官 Kennedy 明白指出, *Bowers* 案判決自始至終是一個錯誤, 因為憲法對於兩情相願的私密性生活的尊重與保障, 當然應該及於同性戀者: 「[德州]政府不可以藉由將[同志間的]私密性行為當作犯罪處罰, 去貶低他們的存在, 或者控制他們的命運。⁵」

就跟異性戀者一樣, 很多同性戀者也希望與所愛之人步入婚姻, 並從而獲得社會的祝福與法律的保障。不過, 爭取同性婚姻/婚姻平權的權利運動, 旋即就遭遇到了美國社會保守派的強力反對, 因為他們堅信, 婚姻作為一種社會制度, 必須而且只能存在於一男一女之間。從 1970 年代以降, 特別是在 1990 年代以後, 美國社會就此經歷了一場激烈的文化戰爭; 除了力爭民意與人心的向背, 這項議題的正反陣營, 也在美國的各個政治層級, 展開了一連串的政治角力與司法攻防⁶。在這個漫長的爭戰過程中, 美國聯邦

⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). 本案起因於1998年間某日, John Geddes Lawrence Jr.於其公寓內與另一名男性從事私密、合意之性行為時, 被因獲報有持械滋擾事件而前來的休士頓警察撞見並予以逮捕。Lawrence及其伴侶因違反德州之性悖軌法而被起訴並被判處罰金。在Lambda Legal Defense and Education Fund此一同志運動組織的協助下, Lawrence訴請德州法院宣告該州之性悖軌法違反聯邦憲法與州憲法, 惟承審該案的德州上訴法院引用*Bowers*案之判決先例, 認定系爭刑法規定合憲。聯邦最高法院於2002年受理了Lawrence所提出的移審聲請, 並於2003年間以6:3的比數做成本案判決, 認定德州處罰同性之二人間從事若干私密之性行為的刑法規定, 已違反了美國憲法增補條款第14條之正當法律程序條款而無效。關於*Lawrence*案的華文介紹, 另參見劉定基、張宏誠(節譯)(2003), 〈*Lawrence et al. v. Texas*〉, 司法院(編), 《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯》, 頁156-184, 司法院; 陳宜倩(2013), 〈尊重生命尊嚴、墮胎權與女性人權之論述生產與社會變革: 美國最高法院*Gonzales v. Carhart*一案評析〉, 《歐美研究》, 43卷3期, 頁595-635。

⁵ *Lawrence*, 539 U.S. at 578.

⁶ 關於美國的同性婚姻運動史, *see, e.g.*, R. CLAIRE SNYDER, *GAY MARRIAGE AND DEMOCRACY: EQUALITY FOR ALL* (2006); THE POLITICS OF SAME-SEX MARRIAGE (Craig A. Rimmerman & Clyde Wilcox eds., 2007); EVAN GERSTMANN, *SAME-SEX MARRIAGE AND THE CONSTITUTION* (2d ed. 2008); MICHAEL J. KLARMAN, *FROM THE CLOSET TO THE ALTAR: COURTS, BACKLASH, AND THE STRUGGLE FOR SAME-SEX MARRIAGE* (2013); JASON PIERCESON, *SAME-SEX MARRIAGE IN THE UNITED STATES: THE ROAD TO THE*

最高法院並不乏介入、裁決這項重大道德議題的機會，不過該院一再選擇不這麼做⁷。一直到了 2013 年間，該院才在 *United States v. Windsor*（以下簡稱 *Windsor* 案）一案判決，將美國國會於 1996 年制定之《婚姻保衛法》（Defense of Marriage Act; DOMA）的核心規定宣告違憲⁸。到了 2015 年間，在美國已有 35 個州先後經由司法、立法或者直接民主程序實現了婚姻平權之後，美國聯邦最高法院始於 *Obergefell v. Hodges*（以下簡稱 *Obergefell* 案）一案判決，以 5 票對 4 票的比數，宣告婚姻自由這項該院歷來基於實體正當程序（substantive due process）而予以肯認、保障的基礎權利，也及於同性婚姻⁹。*Obergefell* 案無疑是一個影響深遠的劃時代判決。直接引用 *Obergefell* 案

SUPREME COURT AND BEYOND (2014); KIMBERLY D. RICHMAN, LICENSE TO WED: WHAT LEGAL MARRIAGE MEANS TO SAME-SEX COUPLES (2014); WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. & CHRISTOPHER R. RIANO, MARRIAGE EQUALITY: FROM OUTLAWS TO IN-LAWS (2020). 關於美國 1970 年代至 2010 年代之同婚訴訟的華文介紹，另參見張宏誠（2011），〈雖不獲亦不惑矣：美國同性婚姻平等保障司法判決之回顧與展望〉，《成大法學》，22 期，頁 143-228。

⁷ See *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972)（以欠缺實質聯邦問題為由拒絕受理一項對於明尼蘇達州之同婚禁止的合憲性所為挑戰）；*Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013)（認定加州第 8 號創制之原提案人並無代表加州就宣告該創制違憲之聯邦地方法院判決提出上訴的當事人適格，並從而未對該創制禁止同婚之違憲爭議進行實質審查）。關於 *Hollingsworth v. Perry* 案的華文介紹，另參見廖元豪（2014），〈革命即將成功，同志仍須努力：簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決〉，《月旦法學雜誌》，224 期，頁 26-31。

⁸ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013). Edith Windsor 於 2009 年間繼承了配偶過世後所留下的遺產，惟因《婚姻保衛法》並不承認同婚而需繳納 36 萬多美元的聯邦遺產稅，無法適用配偶繼承免稅的聯邦遺產稅法規定。Windsor 聲請退稅遭拒後乃訴請聯邦法院宣告《婚姻保衛法》第 3 條規定違憲，並先後於聯邦地方法院與聯邦第二上訴巡迴法院獲得勝訴。聯邦最高法院於 2012 年受理了美國司法部所提出之移審聲請，並於 2013 年間以 5:4 的比數做成本案判決，認定《婚姻保衛法》第 3 條規定之拒絕承認同性婚姻，已違反了美國憲法增補條款第 5 條之正當程序條款而無效。關於 *Windsor* 案的華文介紹，另參見廖元豪，前揭註 7，頁 31-34。

⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015). 本案合併了由 14 對同婚配偶以及 2 位未亡人所提出的 6 件聯邦訴訟案件；這些案件的原告分別挑戰了密西根州、肯塔基州、俄亥俄州與田納西州拒絕承認同性婚姻的相關規制，並且都在聯邦地方法院的層級獲得勝訴。不過，這些案件的被告均提出了上訴，而在合併審理後，聯邦第六上訴巡迴法院於 2014 年間做成了 *DeBoer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 一案判決，認定州

判決並且基於類似的論理，我國司法院大法官於 2017 年做成的釋字第 748 號解釋，也明白宣告：

「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違」¹⁰。

同志權利的憲法保護是當代自由憲政民主（liberal constitutional democracy）文明的歷史新頁，而美國、臺灣與其他一些國家，則是展演了以憲法訴訟／司法審查「憲法化」（constitutionalize）同性婚姻權的政治可能¹¹。這種作法在司法理論（doctrinal theory）上之所以可行，基本上是因為法院所適用的成文憲法，一來並沒有明文限定婚姻只能存在於一男一女之間¹²，二來還提供了某種規範文本基礎，讓法院得據以將同性婚姻權這種未明定、列舉於憲法的權利（unenumerated right），界定成一種能夠制霸（trump）社群多數決策的憲法權利¹³。這種容認並保障未列舉權利的成文憲法規範，

政府並無認許同性婚姻或者承認州外之同性婚姻的憲法義務，並從而廢棄了這些聯邦地方法院判決。聯邦最高法院於 2015 年 1 月間受理了 James Obergefell 等多位聲請人所提出的移審聲請，並於同年 6 月做成本案判決，認定在美國憲法增補條款第 14 條規定的規範要求底下，系爭各州均須(i)認許同性婚姻以及(ii)承認於州外合法締結的同性婚姻。關於 Obergefell 案的華文介紹，另參見賴英照（2017），〈伸張人權或司法政變：Obergefell v. Hodges 案的論辯〉，《法令月刊》，68 卷 5 期，頁 1-22。

¹⁰ 司法院釋字第 748 號。

¹¹ 截至 2020 年，除了美國（2015）與臺灣（2017）以外，經由司法審查促成肯認同性婚姻的國家，大概上還包括了哥斯大黎加（2020）、厄瓜多（2019）、奧地利（2019）、哥倫比亞（2016）、巴西（2013）、墨西哥（2009）以及南非（2006）。關於同性婚姻在全球的發展概況，see David Masci et al., *Same-Sex Marriage Around the World*, PEW RESEARCH CENTER (Oct. 28, 2019), <https://www.pewforum.org/factsheet/gay-marriage-around-the-world/> (last visited Aug. 25, 2022).

¹² 愛爾蘭的憲政經驗顯示，如果成文憲法已有保障異性戀者之婚姻自由的明文規定，則修憲就可能會被該國的憲政行動者認為是實現同性婚姻之自由保障的必經路徑；see Oran Doyle, *Minority Rights and Democratic Consensus: The Irish Same-Sex Marriage Referendum*, 15 NAT'L. TAIWAN. U. L. REV. 21 (2020).

¹³ 關於未列舉權利在美國憲法上所引發的理論爭議，see, e.g., Randy E. Barnett, *Unenumerated Constitutional Rights and the Rule of Law*, 14 HARV. J. L. & PUB. POL'Y

在我國是憲法第 22 條規定；美國憲法則是在諸多歷史偶然的影響下，於 19 世紀後期逐步發展出了實體正當程序這項憲法原則，也就是以美國憲法增補條款第 5 條或第 14 條的正當程序條款，作為承認、保障未列舉權利的憲法文本依據¹⁴。不過，一如先前關於 *Bowers* 案、*Lawrence* 案與 *Obergefell* 案的討論所示，在適用實體正當程序這項憲法原則的時候，美國的法院還會先探問一個問題：系爭的未列舉權利是否為一項基礎權利？這是因為一般而言，只有當系爭案件涉及基礎權利，法院才會對系爭的政府規制進行比較嚴格的審查；反之，法院就只會對系爭的政府規制，進行相當寬鬆、謙讓的合理性審查，而讓政治部門享有寬廣的決策空間¹⁵。在從 *Bowers* 案到 *Obergefell* 案

615 (1991); Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381 (1992); Richard A. Posner, *Legal Reasoning from the Top down and from the Bottom up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, 59 U. CHI. L. REV. 433 (1992); David Crump, *How Do the Courts Really Discover Unenumerated Fundamental Rights: Cataloguing the Methods of Judicial Alchemy*, 19 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 795 (1996); Ken I. Kersch, *Everything Is Enumerated: The Developmental Past and Future or an Interpretive Problem*, 8 U. PA. J. CONST. L. 957 (2006); Frank I. Michelman, *Unenumerated Rights under Popular Constitutionalism*, 9 U. PA. J. CONST. L. 121 (2006); Lawrence B. Solum, *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*, 9 U. PA. J. CONST. L. 155 (2006); Mark Tushnet, *Can You Watch Unenumerated Rights Drift?*, 9 U. PA. J. CONST. L. 209 (2006); Michael W. McConnell, *Ways to Think about Unenumerated Rights*, 2013 U. ILL. L. REV. 1985 (2013).

¹⁴ 關於實體正當程序這項美國憲法原則的華文介紹，參見例如林超駿（1997），〈從法制史與憲法解釋之觀點評析釋第三八四號解釋〉，《法學叢刊》，42卷1期，頁63-77；湯德宗（2000），《行政程序法論》，頁270-76，元照。關於實體正當程序如何從諸多選項中勝出、成為美國憲法保障未列舉權利之規範文本依據的司法理論簡史，see DAN FARBER, *RETAINED BY THE PEOPLE: THE "SILENT" NINTH AMENDMENT AND THE CONSTITUTIONAL RIGHTS AMERICANS DON'T KNOW THEY HAVE* 73-83 (2007)；另參見本文註103-105之相關內文討論。

¹⁵ See generally RICHARD H. FALLON, JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 140-41 (2004); E. THOMAS SULLIVAN & TONI M. MASSARO, *THE ARC OF DUE PROCESS IN AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (2013); Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, in *THE NATURE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS: THE INVENTION AND LOGIC OF STRICT JUDICIAL SCRUTINY* 179 (2019).

這一系列事關同志憲法權利的憲法裁判中，我們可以看到美國聯邦最高法院內部存在一個相當明顯的立場分歧：向來被歸屬為自由派的大法官肯認，同志的性自由乃至結婚自由，應當屬於實體正當程序所要保障的基礎權利，而向來被歸屬為保守派的大法官——除了大法官 Kennedy 以外——則不這麼認為。這兩派大法官之所以會對「同志的性自由或結婚自由是否該當於基礎權利」這個問題做出相反的結論，相當程度上可以歸因於他們對於「一項基礎權利必須具備何種條件」這項前提問題，有著細膩但是重要的見解歧異：Kennedy 除外的保守派大法官堅持，法院對於實體正當程序的解釋與適用，必須忠於傳統，並且極其謹慎；Kennedy 與自由派的大法官，則嘗試藉由思辯自由（liberty）的義理，促成基礎權利保護的與時俱進。援用學者 Cass Sunstein 所提出的分析架構，我們可以將這兩派大法官所主張的審查方法，分別界稱為正當程序傳統論（due process traditionalism）（簡稱傳統論）與正當程序理性論（due process rationalism）（簡稱理性論）¹⁶。這項司法理論爭議，相當程度上形塑了當代美國憲法關於實體正當程序的具體規範內涵。如果我們希望對於墮胎、安樂死、同志權利等當代美國實體正當程序的一階（first-order）憲政爭議，能有更深刻的理解與思辯，我們必須掌握並參與這場「正當程序傳統論 v. 正當程序理性論」的論辯。

運用實體正當程序與基礎權利等司法理論工具（doctrinal tools），來識別成文憲法所該特別保障的未列舉權利——這或許是非常美國的一種做法。不過，在一個容認有未列舉之憲法權利存在的成文憲法秩序下，（憲法）法院究竟該如何判定一項被主張之未列舉權利是否應受憲法秩序的肯認與實質保護，則是考驗著許多自由憲政民主社群的共同習題。在這個抽象層次上，我們無疑可以探問這項美國憲法實務及其理論爭議所具有的一般意義與啟示。或許有些人會對討論司法理論這件事的意義與實益，提出更根本的質疑：判決理由中的憲法論理，往往不過是用來證成司法決策的修辭，不是一項司法決策如何做成的決定性原因；一個憲法法院是否會憲法化某項未列

¹⁶ CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE 213 (2009).

舉權利，可能終究取決於憲法法官們的政治意向／意識型態¹⁷。然而，即便我們承認司法政治的存在與作用，也不表示我們必須成為司法理論的虛無主義者。就算司法理論的具體適用只是一種作文比賽，法院終須仰賴它們來援引法的權威，並且嘗試以理服人¹⁸。當代美國實體正當程序的傳統論與理性論，尤其反映出了不同的基礎權利觀、不同的司法哲學觀（亦即對於「法院應該扮演何種角色」這個問題的不同看法）乃至對於自由憲政民主的不同理解與想像，其間的取舍選擇，有待我們在憲政理論（constitutional theory）的高度上，再加深思。

基於上述想法，本文嘗試梳理當代（截至 2010 年代後期）美國實體正當程序的司法理論論辯，並對這項論辯的發展及其啟示（特別是其對於臺灣的司法院大法官在憲法第 22 條規定下從事類似決策時所可能提供的借鑑），提出本文的觀察與評論。主要參考學者 Sunstein、Laurence Tribe 與 Kenji Yoshino 等人所做的司法理論分析¹⁹，本文在第貳與第參部分，依序介紹並

¹⁷ See, e.g., JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED* (2002); RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* (2008); LEE EPSTEIN ET AL., *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* (2013).

¹⁸ See MARK TUSHNET, *TAKING BACK THE CONSTITUTION: ACTIVIST JUDGES AND THE NEXT AGE OF AMERICAN LAW* 3-18 (2020).

¹⁹ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 93-121; Kenji Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, 129 HARV. L. REV. 147 (2015); Laurence H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV. 1893 (2004) [hereinafter Tribe, *Lawrence v. Texas*]; Laurence H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, 129 HARV. L. REV. F. 16 (2015) [hereinafter Tribe, *Equal Dignity*]. 關於當代美國實體正當程序的司法理論分析，see also Daniel O. Conkle, *Three Theories of Substantive Due Process*, 85 N.C. L. REV. 63 (2006); Ronald Turner, *On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism*, 66 S.M.U. L. REV. 841 (2013) [hereinafter Turner, *Discretionary Traditionalism*]; Ronald Turner, *Same-Sex Marriage and Due Process Traditionalism*, 49 U. RICH. L. REV. 579 (2015); William N. Eskridge, Jr., *The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory*, 2014-2015 CATO SUP. CT. REV. 111 (2016); Ronald Turner, *Marriage Equality and Obergefell's Generational (Not Glucksberg's Traditional) Due Process Clause*, 23 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 145 (2016); Peter Nicolas, *Fundamental Rights in a Post-Obergefell World*,

討論正當程序傳統論與正當程序理性論這兩派主張，並簡要評述其間的差異與演進。本文的第四部分，則是首先嘗試對於形構基礎權利的憲法與政治，進行超越個案議題乃至美國憲政脈絡的憲法理論反省。本文就此試圖論證兩項論旨：(i)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。(ii)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，終須取決於一個可被界稱為基礎權利的政治（politics of fundamental rights）的憲政事態，而司法政治毋寧只是其中的一個部分而非全部。本文也將嘗試以 *Obergefell* 案作為範例，從基礎權利的政治的分析觀點評論這項判決的正當性。

在檢討並一般化了關於基礎權利（及其憲法變遷）的美國憲法理論後，本文第五部分嘗試對於我國司法院釋字第 748 號解釋所引生的正當性爭議，提出評論。司法院大法官在這號解釋中，採取了類似於正當程序理性論的論理模式，促成了基礎權利所受憲法保護的與時俱進，卻也因此招致了主要來自我國社會保守派人士的猛烈抨擊，甚至觸發了 2018 年的「愛家公投」這樣的政治反彈（political backlash）。我們是否能就此質疑釋字第 748 號解釋不夠明智、審慎（prudent）、甚至欠缺正當性呢？本文嘗試回答這個問題。本文基本上認為，就基礎權利的政治在臺灣的發展而言，司法院大法官對於同性婚姻這項道德爭議，已難以置身事外、明哲保身；在保守民粹浪潮的席捲下，許多人對於司法審查作為對抗、防範多數暴政的法門，或許還會有更加殷切的期許。不過，若將這一切歸功（或者歸咎）於司法英雄，而忘卻或

27 YALE J.L. & FEMINISM 331 (2016); Matthew R. Grothouse, *Implicit in the Concept of Ordered Liberty: How Obergefell v. Hodges Illuminates the Modern Substantive Due Process Debate*, 49 J. MARSHALL L. REV. 1021 (2016); Richard S. Myers, *Obergefell and the Future of Substantive Due Process*, 14 AVE MARIA L. REV. 54 (2016); Glen Staszewski, *Obergefell and Democracy*, 97 B.U. L. REV. 31 (2017); Dave Rodkey, *Making Sense of Obergefell: A Suggested Uniform Substantive Due Process Standard*, 79 U. PITT. L. REV. 753 (2018); Jesse H. Choper & Stephen F. Ross, *The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process*, 20 U. PA. J. CONST. L. 983 (2018).

者輕估了成就司法英雄的政治條件，這不僅無助於捍衛司法決策的正當性，還有可能助長其他政治行動者的責任推諉。我們應該謹記，在追尋自由憲政民主的道路上，智慧與勇氣受到考驗的，不是只有憲法法院，而是整個憲政社群。

貳、正當程序傳統論

大約是從 1990 年代前後開始，美國聯邦最高法院有一派大法官主張，實體正當程序所要保護的基礎權利，必須是、而且只能是那些深植於源遠流長之歷史傳統的自由權益。換句話說，這派大法官認為，法院在判斷一項憲法未列舉的權利主張是否屬於美國憲法增補條款第 5 條或第 14 條之正當程序條款所要保護的基礎權利時，完全只問一件事——也就是美國既存的歷史與傳統，是否已經認許、支持了該項權利主張。我們可以將這項司法理論主張，界稱為正當程序傳統論。在美國聯邦最高法院關於實體正當程序的判例法上，「歷史」與「傳統」很早就是該院裁判時會加以審酌的重要因素。不過，這項將憲法未列舉之基礎權利完全定置、框限在歷史與傳統之上的作法，毋寧是直到相當晚近才被提出、並與該院以往之傳統作法有別的一種「法學上的新發現」。許多評論者將正當程序傳統論的誕生時刻，追溯自 1997 年由首席大法官 Rehnquist 撰寫、大法官 O'Connor、Scalia、Kennedy 與 Thomas 加入的 *Washington v. Glucksberg*（以下簡稱 *Glucksberg* 案）一案法院意見²⁰。在本案的法院意見中，首席大法官 Rehnquist 把「『深植於本國的歷史與

²⁰ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). 華盛頓州法以刑罰禁止加工自殺。Harold Glucksberg 醫師與其他 3 位醫師、3 位後來身故的病患以及 Compassion in Dying 此一非營利組織認為，這項規定妨礙了「身心健全的臨終病患在醫師協助下自殺」此項應受實體正當程序保障的基礎權利，乃訴請聯邦法院將之宣告違憲。Glucksberg 等原告的主張，先後獲得了聯邦地方法院判決以及聯邦第九上訴巡迴法院之聯席判決的支持。聯邦最高法院則是於 1996 年受理了華盛頓州的移審聲請，並於 1997 年間做成本案判決，認定系爭規定並未違反美國憲法增補條款第 14 條之正當程序條款——因為受協助自殺之權利並非實體正當程序所保障的基礎

傳統』或『內含於有秩序可言之自由(ordered liberty)這個概念』。這個 *Bowers* 案法院意見就基礎權利所為定義中的「或」(or)字，改成了「且」(and)²¹。「一字千金」，這一字之差，毋寧就容許論者將 *Glucksberg* 案的法院意見，解讀成是正當程序傳統論的獨立宣言²²。

在 *Glucksberg* 案的法院意見中，首席大法官 Rehnquist 把正當程序傳統論形容為「[美國聯邦最高法院]從事實體正當程序分析的既定方法」²³。實情是，獨尊歷史與傳統的 *Glucksberg* 案法院意見，本身就是告別（判例法）傳統之作，而且首席大法官 Rehnquist 相當清楚他在做什麼：傳統論的每一個環節，都在試圖框限法院就基礎權利所為的認定，「以免正當程序條款所保障的自由，被巧妙地轉化成本院成員的政策偏好」²⁴。從 1970 年代以降，美國聯邦最高法院的新任大法官就大多是由共和黨籍的總統所任命，而且從 Burger 法院、Rehnquist 法院一直到現在的 Roberts 法院，該院總體的政治意向，也愈趨保守。在 *Roe v. Wade*²⁵（以下簡稱 *Roe* 案）這項因肯認懷孕女

權利，而系爭規定與維護醫療倫理、保護弱勢群體免受不當壓力以及維繫人類生命等正當的政府利益，具有合理關聯。關於 *Glucksberg* 案的華文介紹，另參見張兆恬（2020），〈醫師協助自殺禁令的合憲性分析：比較法的觀點〉，司法院（主辦），《大法官109年度學術研討會：「科技、風險與人權保障」》。

²¹ Compare *Bowers*, 478 U.S. at 194, with *Glucksberg*, 521 U.S. at 720-21.

²² Yoshino, *supra* note 19, at 151-152; Neal Devins, *Substantive Due Process, Public Opinion, and the "Right" to Die*, in THE REHNQUIST LEGACY 327, 330 (Craig Bradley ed., 2006). Cf. Randy E. Barnett, *Scrutiny Land*, 106 MICH. L. REV. 1479, 1489 (2008).

²³ *Glucksberg*, 521 U.S. at 720.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) *overruled by* *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022). 本案起源於化名Jane Roe的女性原告於1970年以德州達拉斯郡之地區檢察長Henry Wade為被告所提出的聯邦訴訟。根據系爭的德州法規定，除非是基於醫囑且為拯救懷孕女性之生命所必要，否則墮胎均屬違法。*Roe*主張系爭規定過於模糊，而且侵害了她受美國憲法增補條款多條規定保障的個人隱私權。在聯邦地方法院判決*Roe*勝訴後，德州直接上訴聯邦最高法院；該院則是於1973年初，以7:2的票決比數，做成本案判決。本案由大法官Blackmun主筆的法院意見，一來肯認懷孕女性自主選擇墮胎之自由係受實體正當程序保障的隱私權，二來提出根據三孕期階段來權衡懷孕女性之選擇自由與政府管制利益的審查標準，並從而認定系爭規定違憲。關於*Roe*案的華文介紹，參見劉后安

性擁有自主選擇是否墮胎之基礎權利而被美國社會保守派人士視為眼中釘的判決先例還屹立不搖的那個年代，保守派的大法官顯然試圖藉由正當程序傳統論的提出，去避免該院日後再度鑄下類似 *Roe* 案那樣的「錯誤」²⁶。然而，這些年來，這派大法官卻只能眼睜睜地看著 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案一個接著一個突破了傳統論所設下的重重防線，而這些判決的主筆者，竟然還是曾經加入 *Glucksberg* 案法院意見的大法官 Kennedy——這或許就令他們更加惱怒了。存在於這三案之眾多不同意見的一個共通命題，就是在譴責多數意見，背棄、違反了傳統論。

一、歷史與傳統

「一如我們在所有涉及正當程序的案件中所做的，我們的論證始於檢驗我們國家的歷史、法律傳統以及實務運作。²⁷」如果傳統論所主張的，就是把歷史與傳統當作實體正當程序分析的起點，那麼，由 *Glucksberg* 案法院意見所發展出來的傳統論，確實不過是在重述一個關於實體正當程序的司法理論傳統，而且也不會因此就對法院所為基礎權利決策，產生更強的限縮作用。不過，對於當代的傳統論者來說，實體正當程序分析中的歷史與傳統，應該具有更高的規範權威與／或認識論權威。對他們來說，基礎權利之所以基礎，最主要是因為 (i) 這些權利「『深植於本國的歷史與傳統』[...]』是如此深植於傳統以及我們人民的良知中』」，而且因為 (ii) 這些權利同時也「『內含於有秩序可言之自由 (ordered liberty) 這個概念』，以至於『倘若它們被犧牲，自由與正義將不復存在』」²⁸。基於這樣的看法，法院在判斷實體正當程序的保障有無及於系爭的權利主張時，必須而且只能夠「向後看」

(1999)，《論美國與台灣墮胎法律制度合憲性問題之研究》，頁24-36，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；關於美國墮胎權之發展與爭議，另參見陳宜倩，前揭註4。

²⁶ See, e.g., *Lawrence*, 539 U.S. at 588 (Scalia, J., dissenting); *Windsor*, 570 U.S. at 808 (Alito, J., dissenting); *Obergefell*, 576 U.S. 737 (Alito, J., dissenting).

²⁷ *Glucksberg*, 521 U.S. at 710.

²⁸ *Id.*, at 720-21.

(backward-looking) 而不可以「向前看」(forward-looking)²⁹；法院就此所要做的，就只是去發現、確定並保護早就存在於長遠傳統中的那些基礎權利，以免它們受到一時之間那種逆反傳統的政治侵害。

在 *Glucksberg* 一案中，美國聯邦最高法院所要回答的問題是：醫生協助自殺 (physician-assisted suicide) 算不算是一項受到實體正當程序保障的基礎權利？該院最後是以 9:0 的票數，拒絕了這項在當時獲得著名的「哲學家的法庭之友意見」(“the Philosophers’ Brief”) 支持的權利主張³⁰。不過，除了由首席大法官 Rehnquist 所主筆的法院意見外，本案另有 5 位大法官分別提出了協同意見。或許是為了爭取大法官 Kennedy 的支持，*Glucksberg* 案的法院意見，通篇不曾提及同樣非常強調傳統的 *Bowers* 案法院意見³¹。有趣的是，由大法官 Kennedy 所主筆的 *Lawrence* 案法院意見，也通篇沒有引用、討論 *Glucksberg* 案這個先例。不過，由大法官 Scalia 主筆、首席大法官 Rehnquist 與大法官 Thomas 加入之 *Lawrence* 案不同意見，基本上就是以業經 *Glucksberg* 案法院意見加工過的傳統論，來為否認同志的性自由受到實體正當程序保護的 *Bowers* 案判決辯護。除了強調 *Glucksberg* 案已經弱化了 *Roe* 案以及再次肯認 *Roe* 案之核心要旨的 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*³² (以下簡稱 *Casey* 案) 作為判決先例的地位，大法官

²⁹ Yoshino, *supra* note 19, at 152-53.

³⁰ Ronald Dworkin, et al., *Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief*, N. Y. REV. OF BOOKS, Mar. 27, 1997, at 41, 43-47. 對於這份法庭之友意見的批判，*see, e.g.*, RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY* 130-34 (1999).

³¹ Devins, *supra* note 22, at 330.

³² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) *overruled by* *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022). 賓州於 1988-1989 年間修正了該州的《1982 年墮胎控制法》，對墮胎程序設下 (i) 知情同意、(ii) 24 小時猶豫期、(iii) 未成年人墮胎之父母知情同意、(iv) 已婚女性之告知配偶以及 (v) 墮胎診所之通報義務等多項要求。在這些規定生效前，數間墮胎診所以及數位醫師向聯邦法院提起本件訴訟，挑戰此等規定的合憲性。聯邦地方法院認定系爭所有規定均屬違憲；聯邦第三上訴巡迴法院則認定僅有要求已婚女性告知配偶之規定違憲。聯邦最高法院於 1992 年間，以 5:4 的比數做成本案判決。由大法官 O’Connor、Kennedy 與 Souter 共同提出的本案法院意見，再次肯認了 *Roe* 案的核心要旨，但也提出了不當負擔 (undue burden) 這項新審查標準，並據此認定

Scalia 等人的 *Lawrence* 案不同意見，還對基礎權利所據以存立的傳統，做了相當嚴格的界定：「不論如何，一個『形成中的意識』(emerging awareness) 在定義上就不是『深植於本國的歷史與傳統』的[...]。憲法權利並不會因為有些州選擇去減輕或消除其對若干行為的刑事制裁，就這麼應運而生。³³」有些評論者試圖以「時過境遷」來解釋、合理化從 *Bowers* 案到 *Lawrence* 案的轉折³⁴。我們無法得知大法官 Scalia (及其同道) 會不會接受這樣的「活的傳統 (living tradition) 觀」，不過他顯然認為，像是 *Lawrence* 案這樣的判決，就傳統論的觀點而言，還是來得太早了。在 *Windsor* 案與 *Obergefell* 案這兩個關於同性婚姻的憲法判決中，採取傳統論的大法官也堅持，既然同性婚姻並沒有「深植於本國的歷史與傳統」，法院根本就不應該承認其為實體正當程序所要保障的基礎權利³⁵。

藉由嚴格化基礎權利的承認規則，傳統論確實會在相當程度上實質縮限實體正當程序的適用範圍。問題是，美國聯邦最高法院為何應該這麼做？由大法官 Alito 所提出、大法官 Thomas 加入的 *Windsor* 案不同意見，以及由大法官 Scalia 所提出、大法官 Thomas 加入的 *Obergefell* 案不同意見，主要強調了兩項理由：(i) 國民主權／民主原則，以及 (ii) 憲法列舉與憲法未列舉之憲法權利間的差異³⁶。*Glucksberg* 案的法院意見，以及由首席大法官 Roberts 所提出、大法官 Scalia 與 Thomas 加入的 *Obergefell* 案不同意見，則

要求已婚女性告知配偶之規定違憲、其餘系爭規定合憲。關於 *Casey* 案判決的華文介紹，另參見鄭哲民 (1995)，〈美國墮胎權的爭議：Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., v. Robert P. Casey, et al., etc 一案最高法院判決理由分析〉，焦興鎧 (編)，《美國最高法院重要判例之研究：1990~1992》，頁 105-128，中央研究院歐美研究所；劉后安，前揭註 25，頁 46-58。

³³ *Lawrence*, 539 U.S. at 598 (Scalia, J., dissenting).

³⁴ See Conkle, *supra* note 19; JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM 213 (2011).

³⁵ See *Windsor*, 570 U.S. at 794 (Scalia, J., dissenting); *Windsor*, 570 U.S. at 807-808 (Alito, J., dissenting); *Obergefell*, 576 U.S., at 686-713 (Roberts, C.J., dissenting); *Obergefell*, 576 U.S., at 737-38 (Alito, J., dissenting).

³⁶ See *Windsor*, 570 U.S. at 810 (Alito, J., dissenting); *Obergefell*, 576 U.S., at 717-18 (Scalia, J., dissenting).

是聚焦於 (iii) 司法自制的考量³⁷。這些理由是否足以讓傳統論從實體正當程序的司法理論競爭中勝出，本文將於第肆部分做進一步的檢討。

二、謹慎描述

在申論基礎權利必須植基於歷史與傳統之後，*Glucksberg* 案法院意見接著指出：「在涉及實體正當程序的案件中，[本院]向來要求，對所主張之基礎自由利益，須做『謹慎描述』(careful description)。³⁸」根據學者 Yoshino 的分析，儘管用語有別，這項要求基本上承襲自——並且延續了——*Michael H. v. Gerald D.*³⁹一案由大法官 Scalia 主筆之相對多數意見所提出的特定 (specificity) 要求⁴⁰：大法官 Scalia 在該意見中主張，在檢討某項基礎權利是否存在的問題時，法院必須在最為特定的 (具體-抽象) 層次 (the most specific level (of generality)) 上，判定相關之傳統究竟有無保障該項權利主張⁴¹。謹慎描述這項要求，特別是對於傳統論者而言，是極為重要的，因為一項權利主張是怎麼被描述與界定的，往往就決定了法院所要審酌的，會是何種相關的歷史與傳統⁴²。不過，本文認為，由「最為特定」到「謹慎描述」的用語轉變，多少為傳統論創造了更多運作上的彈性，而且容留這樣的彈性，對試圖縮限基礎權利之主張可能的傳統論來說，未嘗不好，因為愈是特定的權利描述，並不必然就愈難以被歷史與傳統所認同。以 *Glucksberg* 案為例。雖然 *Glucksberg* 法院的 9 位大法官，都不認為在美國的憲法秩序下，人民

³⁷ *Glucksberg*, 521 U.S. at 720-22; *Obergefell*, 576 U.S., at 698-99 (Roberts, C.J., dissenting).

³⁸ *Glucksberg*, 521 U.S. at 721.

³⁹ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989) (認定婚生子女之真實生父無從依實體正當程序主張其有探訪子女之親權；系爭有關婚生推定的加州法並未違反美國憲法增補條款第 14 條之正當程序條款)。

⁴⁰ See Yoshino, *supra* note 19, at 154-55.

⁴¹ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S., at 127 n.6 (plurality opinion).

⁴² See also Adam B. Wolf, *Fundamentally Flawed: Tradition and Fundamental Rights*, 57 U. MIAMI L. REV. 101, 126-28 (2002); Tribe, *Lawrence v. Texas*, *supra* note 19, at 1921-25; Turner, *Discretionary Traditionalism*, *supra* note 19; Nicolas, *supra* note 19, at 337-41.

擁有醫生協助自殺如此一般取向的基礎權利，不過，在本案提出協同意見的5位大法官也表示，如果系爭的權利主張是「臨終之病患得要求醫生協助減輕痛苦，即使痛苦之減輕亦會導致死亡」，那又另當別論了⁴³。

問題是，法院要怎麼界定、描述一項基礎權利主張，才算「謹慎」呢？*Bowers* 案判決所描述與否認的「男同性戀者從事性交行為的權利」，不可不謂特定，但是受到了大法官 Kennedy 在 *Lawrence* 一案法院意見中的嚴厲批判：「就如同婚姻不過是性交的權利這種說法貶低了已婚配偶，把 *Bowers* 案所涉議題說成是從事某種性行為的權利，也貶低了[聲請人]所提出的權利主張。⁴⁴」援引 *Loving v. Virginia* 案⁴⁵（以下簡稱 *Loving* 案）、*Turner v. Safley* 案⁴⁶、*Zablocki v. Redhail* 案⁴⁷（以下簡稱 *Zablocki* 案）以及 *Lawrence* 案等判決先例，大法官 Kennedy 在 *Obergefell* 案法院意見中，更明白表示，*Glucksberg* 案所提出的謹慎描述這項作法，不該被用於這一系列涉及婚姻權利與同志權

⁴³ See FALLON, JR., *supra* note 15, at 151-52.

⁴⁴ *Lawrence*, 539 U.S. at 567.

⁴⁵ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). 居住於維吉尼亞州的 Mildred Jeter（黑人女性）與 Richard Loving（白人男性）於 1958 年在哥倫比亞特區結婚。他們在返回維吉尼亞州之後被控違反了該州的反異族通婚法，並被判有罪確定。在 American Civil Liberties Union (ACLU) 的協助下，Loving 夫婦一路從維吉尼亞州最高法院上訴到了聯邦最高法院。聯邦最高法院於 1967 年以一致決做成本案判決，認定系爭的反異族通婚法不僅違反了美國憲法增補條款第 14 條的平等保護條款，也因侵犯結婚自由此項基礎權利而違反了該條的正當程序條款。

⁴⁶ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)（認定受刑人於在監期間仍享有並得行使結婚自由此項基礎權利）。

⁴⁷ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978). 本案的相對人 Roger C. Redhail 於 1974 年在密爾瓦基郡申請結婚，但是其申請遭到該郡書記官 Thomas E. Zablocki 的拒絕，因為根據威斯康辛州法的相關規定，負有支付子女扶養費義務之人，須按時履行該項義務，才能獲得其申請結婚所須的法院許可，而當時 Redhail 已積欠了近兩年的子女扶養費，無從獲得該項法院許可。Redhail 之後在聯邦法院提起一項以 Zablocki 及該州所有郡書記官為被告的集體訴訟，並於聯邦地方法院獲得勝訴。聯邦最高法院受理了 Zablocki 等人所提出之上訴，並於 1978 年間以 5:4 的比數做成本案判決，認定系爭規定違反了美國憲法增補條款第 14 條的平等保護條款。大法官 Marshall 於本案法院意見指出，由於系爭規定限制了結婚權這項基礎權利，其所為差別待遇須受法院的批判性檢驗 (critical examination)；*Zablocki*, 434 U.S., at 383。

利的案件：「倘若權利的定義是建立在過往由誰行使權利，那麼既往的實務本身就可以成為讓它們得以繼續存在的正當理由，而新群體也無從主張他們過去所沒有的權利了。⁴⁸」大法官 Kennedy 因此認為，*Obergefell* 案所涉及的基礎權利主張，就是婚姻權，而不該被窄化為同性間的婚姻權。在其所提 *Obergefell* 案不同意見中，首席大法官 Roberts 也承認，對於歷史與傳統的探求，不能僅止於受到挑戰的個別法律⁴⁹。不過，他堅持，本案所爭執的基礎權利主張，就是締結同性婚姻的自由，而與傳統定義下的婚姻自由有別。「多數意見在此部分至少是坦率的。沒有人可以嚴正譴責多數[意見]採取了一項謹慎[描述]的作法。⁵⁰」首席大法官 Roberts 如此嘲諷。

三、消極自由

除了申論「締結同性婚姻的權利，絕非深植於歷史與傳統，所以根本不是實體正當程序所要保障的基礎權利」以外，首席大法官 Roberts 在其所撰寫的 *Obergefell* 案不同意見，還試圖在權利屬性這件事情上，將 *Obergefell* 案與美國聯邦最高法院從 *Griswold v. Connecticut* 案⁵¹（以下簡稱 *Griswold* 案）到 *Lawrence* 案這一系列關於隱私權保障的判決先例，切分開來：「不同於禁止避孕用品與男性間性交行為的刑法規定，系爭的婚姻法無涉政府的侵入。它們既沒有設立罪名，也沒有施加處罰。同性伴侶依舊可以自由地共同生活、從事親密行為，乃至隨心所欲地撫養家庭。⁵²」對於不少人來說，

⁴⁸ *Obergefell*, 576 U.S., at 671.

⁴⁹ *Obergefell*, 576 U.S., at 698 (Roberts, C.J., dissenting).

⁵⁰ *Id.*, at 702-703.

⁵¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). 系爭的康乃狄克州法以刑罰禁止以藥物、醫療器材或設備避孕。本案的上訴人是康乃狄克州計畫生育聯盟的執行長以及一位醫師；他們於1961年在新港市開設了一家診所協助已婚人士避孕，並從而被以系爭規定之幫助犯論罪確定。聯邦最高法院於1965年間以7:2的比數做成本案判決，宣告系爭規定因侵害婚姻隱私而違憲。由大法官Douglas主筆的本案法院意見，認定婚姻隱私這項權利，係因多項憲法增補條款的月暈（penumbra）效應而受憲法保障；*Griswold*, 381 U.S., at 483-85。關於*Griswold*案的華文介紹，另參見法治斌、張宏誠（節譯），前揭註2，頁130-137。

⁵² *Obergefell*, 576 U.S., at 701 (Roberts, C.J., dissenting).

這段話（還有它的下一句）讀起來，是十分冷酷無情的，可是首席大法官 Roberts 或許試圖藉此反襯、凸顯同性婚姻這項權利主張，所求為何：「[...] [本案之]聲請人並不尋求隱私。恰恰相反的，他們所尋求的，是對於他們之關係的公眾認可，以及隨之而來的由政府所授予的利益。⁵³」在他看來，這項差異，不僅意謂著 *Obergefell* 案的多數意見，無法從保障隱私權的判決先例中獲得支持，而且同性婚姻作為一項要求政府積極作為的基礎權利主張，還抵觸了該院有關實體正當程序的判例法的一項傳統見解：「我們以往的案例，向來都不容許訴訟當事人將憲法上自由所提供之盾，轉換成要求政府積極賦權之劍。⁵⁴」換句話說，在傳統論者的觀念裡，實體正當程序所得保障之自由，僅限於免於政府干預、侵入的消極自由（negative liberties），而不可以要求政府（或他人）積極作為的正向權利（affirmative rights）。在其所撰寫的 *Obergefell* 案不同意見中，大法官 Thomas 也表達了類似（但是更加極端）的看法⁵⁵。

相較於 *Glucksberg* 案法院意見所明白宣示的前兩項傳統論教義，「只有消極自由可以受到實體正當程序之保護」這項見解，主要發展自否認受教育權是一項基礎權利的 *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* 案⁵⁶，以及否定政府基於實體正當程序之憲法要求負有保護人民之自由（免於受到其他私人之侵害）的積極作為義務的 *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* 案⁵⁷ 這兩項判決先例。藉由選擇性地遵循並且引申這兩項不是沒有爭議的判決先例，以首席大法官 Roberts 為首的當代的

⁵³ *Id.*, at 702.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Obergefell*, 576 U.S., at 728-32 (Thomas, J., dissenting).

⁵⁶ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973)（認定受教育權並非基礎權利，所以即使德州公立學校系統的財政制度安排導致學區間在教育經費多寡上存在顯著差距，此項差別待遇也並未違反美國憲法增補條款第14條的平等保護條款）。

⁵⁷ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989)（認定州政府之未能保護一位孩童免受其父親的虐待，並未侵害該孩童受美國憲法增補條款第14條之正當程序條款保障的自由權）。

正當程序傳統論者，試圖將「*Lawrence* 案無關同性關係之正式承認」這項大法官 Kennedy 就 *Lawrence* 案論理之效力範圍所為宣示⁵⁸，解讀成一項涇渭分明的範疇限制，而不只是一種——特別是在逐案權衡／最小主義之司法取徑下——法院常做的暫時保留。有趣的是，大法官 Scalia 在其所撰寫的 *Lawrence* 案不同意見中，已經預見到 *Obergefell* 案這項判決的來臨，只是早晚之事：「只有對那些認為原則與邏輯跟本院所為決策無關的人來說，[*Lawrence* 案]才會『無涉』同性婚姻這項議題。⁵⁹」為了「實現自由的全部承諾」⁶⁰，由大法官 Kennedy 主筆的 *Obergefell* 案判決，毫不遲疑地跨越了消極自由這道傳統論者所劃設的防線。至於這項突破是否僅限於婚姻權這個事務領域，或者會根本改寫實體正當程序的司法理論，則還有待時間的驗證⁶¹。

參、正當程序理性論

在 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案相繼掙脫了傳統論的束縛後，許多論者注意到，某些被 *Glucksberg* 案法院意見視而不見、被傳統論者當成殷鑑的判決先例——特別是肯認懷孕女性之墮胎權的 *Roe* 案與 *Casey* 案，似乎又重見天日了⁶²。「[多數意見]對於實體正當程序的霸氣適用，明顯背離了數十載以來的判決先例，並讓 *Lochner* 那種沒有節度的作法在本院復辟。⁶³」首席大法官 Roberts 所撰寫的 *Obergefell* 案不同意見，則是再三指責

⁵⁸ *Lawrence*, 539 U.S. at 578.

⁵⁹ *Lawrence*, 539 U.S. at 605 (Scalia, J., dissenting).

⁶⁰ *Obergefell*, 576 U.S., at 667.

⁶¹ See Yoshino, *supra* note 19, at 167-69; Nicolas, *supra* note 19; Myers, *supra* note 19.

⁶² See, e.g., Tribe, *Lawrence v. Texas*, *supra* note 19, at 1924-25; Katherine Watson, When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling *Obergefell* and *Glucksberg*, 21 LEWIS & CLARK L. REV. 245 (2017).

⁶³ *Obergefell*, 576 U.S., at 699 (Roberts, C.J., dissenting).

本案法院意見重蹈了 *Lochner v. New York*⁶⁴ (以下簡稱 *Lochner* 案) 的覆轍。美國聯邦最高法院在 *Lochner* 時期 (1897-1937) 以契約自由受到實體正當程序之保障為由而廢棄多項經濟管制立法的作為，向來被日後美國的主流憲政思維認定為是一種錯誤，而這樣的決策錯誤，相當程度上被歸因於該院在運用實體正當程序憲法化某項基礎權利時，自以為是而又無所節制⁶⁵。儘管 *Lochner* 時期已成過去，*Lochner* 的陰魂仍然糾纏著該院在實體正當程序下所做的基礎權利決策。*Roe* 案與 *Casey* 案判決，均曾被質疑是被 *Lochner* 的幽靈附身了⁶⁶。*Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案會被反對者如此批評，似乎也不令人意外。

某些東西確實又回來了。不過，回來的與其說是洛赫勒化 (*Lochnerized*) 或洛赫勒式的抗多數決實體正當程序決策，不如說是在後 *Lochner* 時期的判例法傳統上足以與 *Glucksberg* 案所代表之傳統論分庭抗禮的「一個開放的普通法取徑」 (an open-ended common law approach)⁶⁷。援用學者 Sunstein 所提出的分析架構以及用語，本文將這項於晚近復出、重生的司法理論，界

⁶⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). 紐約州的烘培坊法禁止麵包師傅每天工作超過10小時或每週工作超過60小時。Joseph Lochner是一家烘培坊的店主；他因讓手下的麵包師傅超時工作而受罰。聯邦最高法院於本案判決中，認定系爭的最高工時規定違反了契約自由這項受實體正當程序保障的憲法權利。本案判決開啟了該院以保護實體正當程序／契約自由之名宣告多項經濟管制立法違憲的 *Lochner* 時期。雖然該院並未正式推翻 *Lochner* 案這項判決先例，一般認為在 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) 一案判決後，*Lochner* 時期已告終結；*see Casey*, 505 U.S. at 861-862.

⁶⁵ *See, e.g.*, David E. Bernstein, *Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism*, 92 GEO. L.J. 1 (2003); Victoria F. Nourse, *A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights*, 97 CALIF. L. REV. 751 (2009).

⁶⁶ 針對 *Roe* 案的批評，*see, e.g.*, John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L.J. 920 (1973). 針對 *Casey* 案的批評，*see, e.g.*, *Casey*, 505 U.S. 979 (Scalia, J., concurring in part and dissenting in part, joined by Rehnquist, CJ., White and Thomas J.J.). *See also* James E. Fleming, *Fidelity, Basic Liberties, and the Specter of Lochner*, 41 WM. & MARY L. REV. 147 (1999).

⁶⁷ Yoshino, *supra* note 19, at 149.

稱為正當程序理性論⁶⁸。作為一項針對實體正當程序之解釋與適用的司法理論，理性論的要義最早出現於大法官 Harlan II 在 1961 年時所撰寫的 *Poe v. Ullman*⁶⁹一案（以下簡稱 *Poe* 案）不同意見：

「正當程序未曾被簡化成任何公式；它的內涵無法被任何成規所決定。關於正當程序，我們充其量只能說，經由本院就此所為決策，它體現了以尊重個人自由作為立國原則的我們這個國家，在[個人]自由與有序社會（organized society）的需求間，所尋求與獲致的平衡。如果說這項憲法概念之內涵的充實，始終而且必然要是一項理性的程序，[這個程序]顯然不會是任由法官隨興漫遊的那種程序。我所說的平衡，是在考量了歷史所由生的傳統以及歷史所打破的傳統之後，由我們這個國家所確立下來的。這樣的傳統是有生命的。一個基進地偏離了[此等傳統]的本院判決，是不可能長存的；一個立基於那些存活下來的[判決先例]而做成的判決，則有可能是允當的。在[實體正當程序]這個領域，沒有公式可以替代判斷與節制。⁷⁰」

針對「實體正當程序究竟要保障哪些未被憲法列舉的基礎權利」這項難題，大法官 Harlan II 進而表示：

「由正當程序條款所保障之自由的整個射程範圍，是無法從這部憲法提供之其他特定保障所採確切用語中得知的，而且也無法被如此限定。此項『自由』，並不是由像是財產之徵收、言論、出版與宗教自由、擁槍權、免於不合理之搜索與扣押之自由這些分別存在的權利所組成的序列集合。[此項自由]毋寧是一個理性的連續體（a rational continuum）。概略而言，其含括了一種免於所有實為恣意強制與無謂限制之自由，[...]而且其也承認，[...]，

⁶⁸ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 213.

⁶⁹ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). *Poe* 夫婦與另一位女性提起本件訴訟挑戰康乃狄克州禁止避孕規定的合憲性。由大法官 Frankfurter 主筆的本案相對多數意見，則以原告均尚未受罰而欠缺當事人適格為由，將其上訴駁回，而未實質審理本件爭議。

⁷⁰ *Poe*, 367 U.S. at 542 (Harlan, J., dissenting).

當某些利益受到限制的時候，[法院]就必須對據以正當化所為限制的政府需求，做格外嚴謹之審查。⁷¹」

對大法官 Harlan II 與受其啟發的理性論者來說，實體正當程序的解釋與適用，終究有待法院做成講理之判斷（reasoned judgment）⁷²；在做成這項判斷的時候，法院固然應當充分審酌歷史與傳統，可是歷史與傳統既不能獨佔憲法未列舉之基礎權利的定義權，它們本身也絕非一成不變。基於這套重視個人自由與政府利益之權衡的審查方法，大法官 Harlan II 在他所撰寫的 *Poe* 案不同意見中，即已認定禁止避孕之系爭刑法規定違憲⁷³。美國聯邦最高法院先是在 4 年之後的 *Griswold* 案判決，呼應了大法官 Harlan II 在 *Poe* 案的先知卓見⁷⁴。大法官 O'Connor、Kennedy 與 Souter 共同提出的 *Casey* 案法院意見，猶大幅引用並高度推崇大法官 Harlan II 的 *Poe* 案不同意見⁷⁵；這件不同意見在實體正當程序之判例法上的地位，至此獲得確立。在宣告這項判例法傳統的強勢回歸之餘，由大法官 Kennedy 主筆的 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案判決，也為理性論提供了進一步的說理，並且為實體正當程序的未來，開創出一些具有新意的規範想像。

一、自由的義理

理性論與傳統論的根本差異，就在於二者對於基礎權利，有著相當不同的規範想像。傳統論者認為，「內含於有秩序可言之自由（ordered liberty）這個概念」的憲法未列舉權利，必然也要是「深植於本國的歷史與傳統的」，才可被法院論定為是實體正當程序所要保障的基礎權利。理性論者則認為，「有秩序可言之自由」作為基礎權利的核心內涵，其意義與可能，並未為既存的歷史與傳統所窮盡，所以法院可以而且應該基於這項憲政義理，對相關

⁷¹ *Id.*, at 543.

⁷² *Casey*, 505 U.S. at 849.

⁷³ *Poe*, 367 U.S. at 539 (Harlan, J., dissenting).

⁷⁴ *Griswold*, 381 U.S. 479.

⁷⁵ *Casey*, 505 U.S. at 848-49.

的歷史與傳統，進行理性的批判⁷⁶。對傳統論者而言，基礎權利的認定，首先而且主要是一個歷史的實證問題；對理性論者而言，這項課題則還有哲學與規範的面向，是法院應當要去考慮的。針對 *Casey* 案、*Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案這幾件當代之正當程序理性論的代表作，一個常見的批評是：這些判決的修辭宏偉有餘，但在法律論理（legal reasoning）上，則有未洽⁷⁷。不過，雖然說此等判決風格，在相當程度上反映的是主筆大法官 Kennedy 個人的憲政人格特質⁷⁸，這些判決之以寬廣、深遠的修辭來思辯、反省自由的憲政義理，從理性論的角度觀之，不僅有其必要，甚至還值得鼓勵⁷⁹。

如果說自由是「一個理性的連續體」，那麼，是什麼樣的憲政義理，可以把一個又一個美國聯邦最高法院歷來所承認的基礎權利連結起來呢⁸⁰？在理性論的判例法傳統下，一項逐步發展出來的關於自由的基本原則，事關自由作為個人自治（individual autonomy），而法院就此所要擔負的任務，主要就是針對「個人就系爭之事務是否應該保有自主決定、自我選擇的決策權限」這個問題，做成講理之判斷。回顧該院過往有關決策型隱私（decisional privacy）的一系列判決先例，*Casey* 案法院意見，就實體正當程序所保障的個人自治，作了如下的歸納：

「在我們的法秩序下，涉及婚姻、生育、避孕、家庭關係、子女之扶養以及教育的個人決定，是受到憲法的保障的。[...]這些事情對於增補條款第 14 條所要保護的自由來說，是至為重要的；它們關係到了一個人一生中所會做的最為親密與私人的抉擇，而且這些抉擇攸關個人的尊嚴與自治。自由之真諦，就在於個人有權決定自己要怎麼看待存在、意義、這個世界、以及

⁷⁶ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 119.

⁷⁷ See Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 19, at 16 n.2.

⁷⁸ 關於大法官 Kennedy 的憲政人格，see CASS R. SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE: HEROES, SOLDIERS, MINIMALISTS, AND MUTES* 8, 39 (2015). 關於大法官 Kennedy 的司法哲學與憲政思想，see, e.g., Mitchell N. Berman & David Peters, *Kennedy's Legacy: A Principled Justice*, 46 *HASTINGS CONST. L.Q.* 311 (2019).

⁷⁹ See Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 19, at 23-28.

⁸⁰ See Tribe, *Lawrence v. Texas*, *supra* note 19, at 1899.

人類生命之奧秘。倘若關於這些事情的信念，受到了政府的強制，它們將無法界定出一個人的人格特質。⁸¹」

由大法官 Kennedy 主筆的 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案法院意見，基本上就傳承了 *Casey* 案法院意見所揭示的這項基本道理，讓在歷史與傳統上向來備受歧視的同志，得以不再因為受到法律的壓迫與屈辱而無法「活出自己」。 *Casey* 案與 *Lawrence* 案法院意見已經約略指出，此等至為親密與私人的個人抉擇，關乎個人的尊嚴，是個人所屬憲政社群必須予以尊重的。

除了強調個人的尊嚴與自治，當代的正當程序理性論對於「自由」這項憲法概念所為詮釋，還試圖融通美國憲法增補條款第 14 條所保障的另一項重要憲政價值：平等⁸²。在論證 *Roe* 案判決所創造的信賴利益時，*Casey* 案法院意見指出：「女性平等參與我國之經濟與社會生活的能力，業已得助於她們掌握自身子宮的能力。⁸³」在 *Lawrence* 案法院意見，大法官 Kennedy 進一步申論了自由的肯認如何可以促進平等：

「平等處遇與[實體]正當程序權（也就是要求對受到自由之實體保障的行為給予尊重的權利）二者，在若干重要面向上是連動的，而且一個就後者所做的判決，對二者均有裨益。倘若受保障之行為被當成犯罪，而將之入罪的法律的實體合憲性仍未受審查，則縱使該法律基於平等保護之理由而不得被執行，其所創造的污名烙印仍將存續。當同性性行為被該項州法宣告為是一種犯罪，該項宣告本身就在鼓勵人們在公領域及私領域均對同志有所歧視。本案已對 *Bowers* 案的核心要旨提出挑戰，而且本院就此應當做出回應。[*Bowers* 案]作為判決先例的續存，貶抑了同志的生命。⁸⁴」

在 *Obergefell* 案法院意見，大法官 Kennedy 則是引用了 *Loving* 案與 *Zablocki* 案等關於婚姻自由的判決先例，進一步闡釋了存在於美國憲法增補

⁸¹ *Casey*, 505 U.S. at 851.

⁸² See *Yoshino*, *supra* note 19, at 174-79; *Tribe*, *Equal Dignity*, *supra* note 19; *Watson*, *supra* note 62.

⁸³ *Casey*, 505 U.S. at 856.

⁸⁴ *Lawrence*, 539 U.S. at 575.

條款第 14 條的正當程序條款與平等保護條款這兩項保障之間的加乘效應（synergy）：「自由以及平等保護——這其中的每一個概念，都會強化我們對於另一個概念的理解。⁸⁵」大法官 Kennedy 繼而指出，拒絕承認同性婚姻的系爭州法，就跟被 *Lawrence* 案判決宣告違憲的性犯罪刑法一樣，不僅侵害了同性戀者的自由，也抵觸了平等的核心誠命：

「在此，由相對人所執行的婚姻法，究其實質而言是不平等的：同性配偶無從享有法律賦予異性配偶的所有利益，而且不得行使一項基礎權利。在他們的關係備受社會非難的長遠歷史脈絡下，這項對於同性配偶之結婚權利的否定，尤其會對[同志配偶]造成一個嚴重而且持續的傷害。將這項障礙加諸男同志與女同志身上，不過是在讓他們不被尊重、被當成次等公民看待。從而，平等保護條款，一如正當程序條款，禁止這項對於結婚此一基礎權利的不當侵害。⁸⁶」

「法律之前的平等尊嚴（equal dignity in the eyes of the law）」⁸⁷這個大法官 Kennedy 在 *Obergefell* 案法院意見文末所提出的概念，毋寧就可以被理解為是自由與平等這兩項憲政義理在融通後所形成的一個思想結晶。對於認真看待自由與平等這類實體憲政價值的德沃金們（Dworkinians）來說，這個寓意深遠的說法，無疑充實並深化了我們對於「有秩序可言之自由」的理解與想像⁸⁸。然而，對於正當程序傳統論者來說，再怎麼莊嚴的義理修辭，終究掩飾不了大法官個人價值偏好的偷渡，以及父權司法的價值強制⁸⁹。首席大法官 Roberts 批評，*Obergefell* 案法院意見關於平等保護的論理，迥異於該院判例法所確立的審查模式⁹⁰。「美國聯邦最高法院，已從 John Marshall

⁸⁵ *Obergefell*, 576 U.S. at 673.

⁸⁶ *Obergefell*, 576 U.S. at 675.

⁸⁷ *Obergefell*, 576 U.S. at 681. See also Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 19, at 19-23; Eskridge, Jr., *supra* note 19.

⁸⁸ 關於德沃金們的憲政思想，see RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* (1996); JAMES E. FLEMING, *SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE CASE OF AUTONOMY* (2006).

⁸⁹ See, e.g., *Obergefell*, 576 U.S., at 720 (Scalia, J., dissenting).

⁹⁰ *Obergefell*, 576 U.S. at 706-708 (Roberts, C.J., dissenting).

與 Joseph Story 的嚴謹法律論理，墮落到幸運餅乾裡的奧妙箴言了。」大法官 Scalia 更如此表達了對於大法官 Kennedy 所為憲政義理論述的輕蔑與嫌惡⁹¹。

法院在正當程序理性論下就自由的義理所做的論證檢討，是否非要一絲不苟地適用既有的司法理論工具，並且應當謹慎避免在判決意見中揮灑如詩的（poetic）文藻，才能確保其所做成的基礎權利決策，具備足夠的法律正當性（legal legitimacy）——這無疑值得我們做進一步的檢討⁹²。不過，問題的關鍵或許還是在於(i)法院究竟應否從事關於憲政義理的道德論理（moral reasoning），以及(ii)法院就此做成的實體判斷是否正確。如果我們對(i)與(ii)均持肯定論，則大法官 Kennedy 在 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案這一系列判決所做的憲政義理論述，再怎麼說，都是瑕不掩瑜的。在正當程序理性論的實踐脈絡下，從「自由作為個人自治」到「自由作為平等尊嚴」這種對於「有秩序可言之自由」的再詮釋，不僅合於憲政義理作為一種道德許諾、完善誠命的當為要求，也是促成憲政進步的重要動力⁹³。

二、活的傳統

自由的憲政義理並不存在於真空之中，也不是什麼先驗性的自然法則。「我們的義務是去界定屬於所有人的自由，而不是去要求大家遵循我們自己所遵循的道德守則。⁹⁴」基於這樣的認知，理性論者當然也要認真看待歷史與傳統。不過，理性論者並不是像傳統論者那樣的唯歷史與傳統是問，也不會不加思索地就全盤接受既有的歷史與傳統對於憲政義理所做的詮釋與判斷。「歷史與傳統引導並且約束了[實體正當程序之]探究，但是不會設下這

⁹¹ *Obergefell*, 576 U.S. at 719 n. 22.

⁹² 關於法律正當性這項概念的解析，see RICHARD H. FALLON, JR., *LAW AND LEGITIMACY IN THE SUPREME COURT* 35-41 (2018).

⁹³ See FLEMING, *supra* note 88; DANIEL A. FARBER & SUZANNA SHERRY, *JUDGMENT CALLS: PRINCIPLE AND POLITICS IN CONSTITUTIONAL LAW* (2009); SUNSTEIN, *supra* note 78.

⁹⁴ *Casey*, 505 U.S. at 850.

項探究的外部疆界。[...]這樣的方法尊重我們的歷史，並且讓我們得以向歷史學習，但是不會任憑過去這麼一件事情本身，就統治了現在。⁹⁵」*Obergefell* 案法院意見，如此簡明地交代了理性論對於歷史與傳統所抱持的態度。

有趣的是，集傳統論之大成的 *Glucksberg* 案法院意見，並沒有論及傳統論者所要捍衛的，究竟是什麼樣的歷史與傳統，反倒是大法官 Harlan II 的 *Poe* 案不同意見這個當代理性論的先聲，對此做了很直白的表示：「這樣的傳統是有生命的。⁹⁶」在 *Obergefell* 案法院意見，大法官 Kennedy 進一步說明了何以理性論底下的自由、歷史與傳統，是會與時俱進的：

「不義的本質是，我們並不總能在我們自己所身處的時代發現它的存在。制定與批准權利憲章以及[憲法增補條款]第 14 條的那些世代之人，並未自以為他們對於自由在其所有面向之幅員廣狹，均已知之甚詳，所以他們託付給未來的世代一個保障所有人之權利的憲章，讓我們得以享有自由，並持續探求[自由]之意義。當新洞見點出了存在於憲法之核心保障與既有法律限制間的齟齬時，自由之主張就必須加以審理。⁹⁷」

在這樣的設想底下，理性論所要探問、斟酌的歷史與傳統，基本上可說是一個動態的過程，而且這個過程，並沒有終結於過去的某個歷史時刻，而是一直延展到了當代——是一個憲政社群持續探求、追尋憲政自由的過程。正因為這樣的歷史與傳統一直在持續演進當中，沒有終點可言，它們當然無法為實體正當程序的探究，設下某種疆界，或者說，讓受到實體正當程序保護的基礎權利清單，封閉、靜止於過去的某個歷史時刻。更重要的或許是，在理性論的認知裡，由歷代之人所成就出來的歷史與傳統，縱然可謂集結了眾人的智慧，或者可謂通過了演化的時間檢驗，還是可能因為受到系統性偏見、資訊瀑流（informational cascade）、名聲瀑流（reputational cascade）乃至威權主義等諸多因素的影響，而無法對於我們所服膺、追尋的憲政義理，

⁹⁵ *Obergefell*, 576 U.S. at 663-64.

⁹⁶ *Poe*, 367 U.S. at 542 (Harlan, J., dissenting).

⁹⁷ *Obergefell*, 576 U.S., at 664.

做出正確的認識或判斷⁹⁸。正因為歷史與傳統有可能是錯誤的，或者可能囿於時空限制，而根本未曾對一項新興的基礎權利議題有什麼深刻的思慮可言，在基礎權利的識別／肯認這件事情上，正當程序理性論者不會怯於質疑、挑戰歷史與傳統的認識論權威。

光是強調歷史與傳統的「活絡生命」而非「長久」（long-standing），或許就可對於一項新興基礎權利的司法肯認，產生某種程度的加速作用。畢竟，如果一項新興的權利主張，業已經由高度的憲政思辯而蔚成憲政社群的主流共識，則即使其歷時尚短而無法宣稱是「深植於本國的歷史與傳統的」，法院就其所為追認，充其量也只不過是從善如流而已⁹⁹。不過，藉由強調憲政義理的思辯以及批判歷史與傳統的偏差與／或侷限，當代的正當程序理性論，似乎還讓法院取得了更多的能動性（agency），而這也使得法院究應採取何種論證策略，而其所為決策又是否明智、審慎乃至正當，成為採理性論的法院無可迴避的問題。這些問題的回答，有待我們進一步省思：我們所擁抱與追尋的，究竟是什麼樣的自由憲政民主——或者更確切地說，什麼樣的基礎權利的政治？

肆、基礎權利的政治

大法官 Oliver Wendell Holmes Jr. 在其所提出之 *Lochner* 案不同意見，曾經提到：「[憲法] 增補條款第 14 條並沒有將 Herbert Spencer 先生所寫的《社會靜態學（*Social Statics*）》這本書入法。[...] [憲法] 並不試圖內建一個特定的經濟理論，不論這個理論是關於家父長主義以及國民與政府之間的有機連帶，抑或是關於自由放任。¹⁰⁰」首席大法官 Roberts 在其所撰寫的 *Obergefell* 案不同意見，則是批評道：「[...] 我們的憲法並未將關於婚姻的任何一個理論入法。一州之人民[理應]有權將婚姻擴及同性伴侶，抑或維持[婚姻]之歷

⁹⁸ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 101-07.

⁹⁹ See BALKIN, *supra* note 34, at 208-19.

¹⁰⁰ *Lochner*, 198 U.S. at 75 (Holmes, J., dissenting).

史定義。¹⁰¹」在分隔這兩份意見的一百多年來，按照學者 Bruce Ackerman 的看法，美國的憲法經歷了至少兩度的重大典範變遷¹⁰²。然而，關於基礎權利的實體正當程序保障，在美國一直備受爭議。而且，儘管受到爭議的基礎權利，早已從 *Lochner* 時期的契約自由，轉進到了 1970 年代以降的墮胎權，乃至晚近 30 餘年來的同志權利與同性婚姻，「憲法並未將○○理論入法」這個反對法院肯認某項基礎權利的修辭句型，似乎依然歷久彌新。面對這樣的歷史，我們毋寧可以跳脫「憲法應否肯認○○基礎權利」這類個別的一階憲政爭議，而將矛頭指向承載、處理這些實體爭議的司法理論，也就是實體正當程序。我們要追問：讓法院援引實體正當程序而去肯認、保護某項憲法所未列舉的基礎權利——這項做法，本身是否就有什麼可議之處？如果實體正當程序下的司法審查，確如部分論者所言，並不是一個處理墮胎、安樂死、同性婚姻等重大道德爭議的好辦法，那麼為什麼從 *Lawrence* 案到 *Obergefell* 案，大法官 Kennedy 還是捨此不由？難道沒有其他更好的辦法嗎？

實體正當程序這項法理本身，是否確有足夠堅固的憲法規範基礎？這在美國的憲法釋義學上，似乎已經是一個無關宏旨的老問題了。不可否認的，還是有論者認為，實體正當程序這個說法，根本語帶矛盾，也曲解了美國憲法增補條款第 5 條與第 14 條之正當程序條款的規範原義¹⁰³。不過，不論此等批評是否有理，論者終究可以援引普通法憲政主義（common law constitutionalism），來證立實體正當程序的規範權威¹⁰⁴。一直以來，也有一些論者主張，美國憲法增補條款第 9 條規定，或者增補條款第 14 條的特權

¹⁰¹ *Obergefell*, 576 U.S. at 686-87 (Roberts, C.J., dissenting).

¹⁰² See BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE, VOLUME 2: TRANSFORMATIONS* (2000); BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE, VOLUME 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION* (2014).

¹⁰³ See, e.g., JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 14-21 (1980); Nathan S. Chapman & Michael W. McConnell, *Due Process as Separation of Powers*, 121 *YALE L. J.* 1672 (2012). Cf. Ryan C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, 120 *YALE L. J.* 408 (2010); Jamal Greene, *The Meming of Substantive Due Process*, 31 *CONST. COMMENT.* 253 (2016).

¹⁰⁴ 關於普通法憲政主義，see generally DAVID A. STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION* (2010).

或豁免權條款（Privileges or Immunities Clause），都比正當程序條款更適於作為法院保護某項憲法所未列舉之基礎權利的規範依據¹⁰⁵。不過，就算這種規範依據的置換是可能的，我們還是很難宣稱，在此等同樣也是言簡意賅的憲法規定底下，法院所做的基礎權利決策，就會比較沒有爭議。實體正當程序之所以饒富爭議，從而並不是因為它在憲法釋義學上有什麼無可救藥的宿疾，而是因為它容許法院藉由司法審查，去將一項成文憲法所未明白揭示的基礎權利憲法化；當法院這麼做的時候，「法院憑什麼這麼做？」這樣的正當性質疑，就會接踵而來。又由於這樣的憲政實踐，基本上就在挑戰成文憲法主義（written constitutionalism）並凸顯其侷限，要想從憲法文本上找到什麼足以定紛止爭的解答，毋寧只是在緣木求魚¹⁰⁶。

由於實體正當程序的主要用意，就在辨識、肯認一項基礎權利的存在，而這麼做的主要效果，則是讓法院可以對系爭的政府行為，進行比較嚴格的審查，進而使得憲政社群在尋常民主政治程序下所做成的相關決策，更有可能被法院所廢棄，所以在很大的程度上，關於實體正當程序的論爭，也可以被轉述為是在爭辯法院（司法審查）與政治部門（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的權限分際問題¹⁰⁷。我們可以將這項問題在整個憲政社群中的爭論過程及其結果，概稱為基礎權利的政治，而不論是司法審查程序中有關實體正當程序的司法理論論爭，抑或是在公民社會中進行的文化戰爭，均可以被理解為是它的一個側面或者環節。我們可

¹⁰⁵ See, e.g., ELY, *supra* note 103, at 22-30; FARBER, *supra* note 14; BALKIN, *supra* note 34, at 208-219; McConnell, *supra* note 13.

¹⁰⁶ See Michelman, *supra* note 13. 對於成文憲法主義的批判與反省，see also Frank I. Michelman, *Constitutional Authorship*, in CONSTITUTIONALISM : PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 64 (Larry Alexander ed., 1998); 蘇彥圖（2017），〈憲政民主的死人之手問題：憲法規範權威的初步反省〉，李建良（主編），《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁135-199，中央研究院法律學研究所。

¹⁰⁷ See, e.g., Stephen M. Feldman, *(Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an Emphasis on Obergefell v. Hodges)*, 24 WM. & MARY BILL RTS. J. 341 (2015); Staszewski, *supra* note 19; Choper & Ross, *supra* note 19.

以而且終究也必須在憲政理論的高度上，認真省思基礎權利的政治，因為我們就此所做的政治抉擇，相當程度上決定了我們會支持法院就此採取何種司法理論路徑，也會深刻影響我們對於特定基礎權利決策（例如 *Obergefell* 案判決）的認同與否。

一、基礎權利論爭的公平化

「如果你是同性婚姻的支持者，[...]請盡情歡慶今日的這個決定。[...]不過，莫為這部憲法歡慶。*[Obergefell 案判決]*跟[這部憲法]一點關係也沒有。¹⁰⁸」我們並不難理解何以首席大法官 Roberts 在其所提出的 *Obergefell* 案不同意見，會如此質疑 *Obergefell* 案判決的法律正當性。在他看來，法院在解釋與適用實體正當程序的時候，必須而且只能遵循傳統論，而在傳統論的司法理論取徑底下，同性婚姻在 2015 年的美國，是不可能具備基礎權利的資格的。如果傳統論是實體正當程序問題的唯一正解，那麼 *Obergefell* 案判決確實可謂超越了憲法的授權範圍。首席大法官 Roberts 的批判還算是含蓄、客氣的；大法官 Scalia 甚至用了「司法政變」（“judicial Putsch”）這麼重的詞彙，來指控 *Obergefell* 案判決¹⁰⁹。問題是，傳統論真的是美國聯邦法院解釋與適用實體正當程序的不二法門嗎？本文的第貳與第參部分，已經從一個描述與詮釋的角度，說明了美國聯邦最高法院有關實體正當程序的判例法發展，對傳統論者來說，是如何地事與願違。不過，傳統論與理性論二者孰是孰非，終究是一個有待我們在憲政理論（而不僅是針對個別憲法規定的憲法解釋／釋義）的層次上進行論證、檢討，進而做出判斷、抉擇的規範問題。我們在此或可探問：總體而且長遠而言——也就是從規則後果主義（rule consequentialism）的評價觀點而言¹¹⁰，由傳統論與理性論所分別框限、形塑的基礎權利的政治，何者比較適當？

¹⁰⁸ *Obergefell*, 576 U.S. at 703-704 (Roberts, C.J., dissenting).

¹⁰⁹ *Obergefell*, 576 U.S. at 718 (Scalia, J., dissenting).

¹¹⁰ 關於規則後果主義作為司法審查、憲法解釋理論的一個評價觀點及其應用，see ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION* 280-1 (2006).

不論傳統論與理性論的背後，是否隱藏有什麼關於墮胎、同性婚姻等重大社會道德議題的價值偏好，它們都試圖以中立於這些一階道德爭議的規範理由，來證立自身的理論主張；而對傳統論者來說，他們所倚重的最主要理由，就是民主／國民主權。我們可以將這種「試圖維護憲政社群在尋常政治程序下的民主決策空間、避免其受到司法審查的不當壓縮或者干預」的規範考量，概稱為民主論理（democracy rationale）。事實上，這類論理，也是那些反對法院以實體正當程序（或者任何其他替代理論）將一項新興權利憲法化的論者所提出來的最主要規範訴求。在無法完全否定「在成文憲法秩序下，還是有憲法未列舉之基礎權利的存在空間」這件事的情況下，試圖嚴格縮限實體正當程序之射程範圍的傳統論，毋寧只是致力落實民主的憲政民主論者（constitutional democrats）「退而求其次」的次佳選項¹¹¹。而在強調、重視民主論理、卻又不想因之全盤質疑、否定成文憲法主義與司法審查的情況下，有些論者則是非常強調憲法列舉權利與憲法未列舉權利這組區分；「憲法並未將○○理論入法」這項許多論者慣用的反對修辭句型，基本上就植基於一個緊扣著這組區分的民主論理。大法官 Scalia 的 *Obergefell* 案不同意見，就此做有相當簡明扼要的闡述：

「除非受到業經人民所認許之憲法禁令的限制，州大可採用任何它們想要的法律，即使這麼做會冒犯了備受敬重的大法官所做的『講理之判斷』。一個讓人民必須臣服於由九位非民選的法律人所組成的委員會的政府制度，不配被稱為民主。¹¹²」

在細數了美國聯邦最高法院的人事組成是如何不具代表性之後，大法官 Scalia 進而指控，「由這麼一個秀異的、貴氣的、極度不具代表性的九人組來議決同性婚姻這項政策議題，勢必違反一項比無代表即無稅更為根本的原則：無代表，即無社會轉型（no social transformation without representation）。¹¹³」這無疑是一個十分生猛有力的規範訴求——特別是當系爭的議題可以被

¹¹¹ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 111-112, 113-114.

¹¹² *Obergefell*, 576 U.S. at 717 (Scalia, J., dissenting).

¹¹³ *Obergefell*, 576 U.S. at 718 (Scalia, J., dissenting).

界定為是一項存在合理異議（reasonable disagreement）的「政策」問題，或者是一項民有、民治、民享的社會制度¹¹⁴。然而，如果系爭的議題同時也事關個人的自由／權利，則至少對於認真看待權利的憲政自由論者（constitutional liberals）來說，多數決原則下的政治民主程序是否確是裁決相關爭議的適當決策機制，又該另當別論了¹¹⁵。在 *Obergefell* 案法院意見，大法官 Kennedy 對於基礎權利、民主與司法審查的三角關係，是這麼詮釋的：

「在我們的憲政系統的運作中，個人在主張一項基礎權利以前，並不需要等待立法行動。這個國家的法院是開放給權利受到侵害之人的；他們到法院來，就是為了伸張他們在我們這部基本憲章底下所享有的直接的與個人的權益。當一個人的權益受損時，即便受到廣眾之反對，即便立法部門拒絕採取行動，他或她還是可以主張受有憲法保障之權利。這部憲法的用意，『就是要把某些事情從政治爭議的起起伏伏中抽離出來，讓它們毋需聽命於多數與政府，並且將它們確立為法院所適用的法規範原則。』[...]這是何以『基礎權利毋需交付投票；它們並不取決於任何選舉之結果。』[...]」¹¹⁶

為了貫徹憲政社群的民主自決，傳統論者認為，一項未被憲法明文規定、也沒有深植於本國之歷史與傳統的新興權利主張，除非透過修憲，否則無從取得憲法權利的資格。在這樣的憲政遊戲規則底下，主張此等新興權利之人，只能經由尋常的民主政治程序，努力爭取社群多數的認同與支持，據以獲取法律位階的權利保護；如果他們在這個過程中不幸落敗了，就算有再多的委屈與不平，它們也只能再接再厲，而無法轉而尋求法院的幫忙¹¹⁷。大法官

¹¹⁴ See Jeremy Waldron, *Waldron, J., dissenting, in* WHAT OBERGEFELL V. HODGES SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S SAME-SEX MARRIAGE DECISION 281, 283-85 (Jack M. Balkin ed., 2020).

¹¹⁵ 關於對抗社群多數決策的權利觀，See generally RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1997). 對於傳統自由主義權利觀的批判與反省，see, e.g., Jamal Greene, *Rights as Trumps*, 132 Harv. L. Rev. 28 (2018); JAMAL GREENE, *HOW RIGHTS WENT WRONG: WHY OUR OBSESSION WITH RIGHTS IS TEARING AMERICA APART* (2021).

¹¹⁶ *Obergefell*, 576 U.S. at 677.

¹¹⁷ See, e.g., *Obergefell*, 576 U.S., at 710-11 (Roberts, C.J., dissenting).

Kennedy 顯然並不認同這樣的看法。在他看來，基礎權利本來就是要讓個人可以據以對抗社群多數的壓迫或宰制的，所以認為自身的基礎權利受到公權力侵害之人，當然可以尋求司法救濟；獨立而公正地裁決此等存在於個人與憲政社群間的權利爭議，更是法院無可旁貸的憲政責任。這是一個典型的權利論述（rights discourse）；我們也可以稱之為自由主義論理（liberalism rationale）。

也許分析到最後，大法官 Scalia 與 Kennedy 的這項論辯，終會連結到「民主 v. 自由」這個內建於自由憲政民主的價值衝突，而憲政民主論者與憲政自由論者，也終將分道揚鑣，做出不同的價值選擇¹¹⁸。不過，即使我們終究要在民主與自由之間做出選擇，我們在此還是可以暫時擱置這項難題，而去探問一個相對而言比較簡單的問題：憲法列舉權利與憲法未列舉權利，真的應該如大法官 Scalia 等人所設想的那般涇渭分明嗎？我們也可以換個方式表述這個問題：一項未被憲法明文規定、也沒有深植於本國之歷史與傳統的新興權利主張，真的就不能或不該成為一項受到司法審查實質保護的（憲法）基礎權利嗎？

基於以下分析，本文反對以憲法列舉權利與憲法未列舉權利這組區分，來決定自由與民主的孰先孰後。首先，許多重要的、常用的憲法權利條款，基本上都是抽象的；即使在解釋與適用一個向來被認為是屬於列舉的憲法權利（例如言論自由）時，釋憲者所受到的文本指引與／或拘束，其實都是極其有限的。另一方面，即使是一個向來被認為是屬於未列舉的憲法權利，也終究有其憲法文本依據¹¹⁹——除非我們偏執地認為，像是正當程序條款與特權或豁免權條款這類概括性的憲法權利條款，從來就只是無從經由司法審查兌現的憲政空白支票。學者 Mark Tushnet 就此直言：「所有的憲法權利，

¹¹⁸ 關於自由憲政民主秩序中自由與民主的價值衝突，See Michelman, *supra* note 106; 蘇彥圖，前揭註106，頁176-79。

¹¹⁹ See, e.g., Kersch, *supra* note 13; Douglas NeJaime & Reva B. Siegel, *NeJaime and Siegel, JJ., concurring, in* WHAT OBERGEFELL V. HODGES SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S SAME-SEX MARRIAGE DECISION 112, 117-18 (Jack M. Balkin ed., 2020).

都同樣地既是列舉的，也是未列舉的。¹²⁰」在無法論證出這兩類權利有什麼實質差異的情況下，我們就此所做的分類，必然只是形式的（例如一項具體權利主張所引據的，是憲法上的特定權利條款，或是概括權利條款），而這樣的形式區分，終究也僅是一個歷史的偶然——也就是制憲者的說多說少。如果硬要在如此形式與偶然的區分上製造出司法審查上的實質差異，那麼我們無異於讓憲法權利禁錮在某種成文憲法決定論。可是，這是一個連制憲者都透過概括權利條款的制定而明白表示反對的憲法理論。

首席大法官 Roberts 另以司法自制這類審慎（prudence）層次的考量，為傳統論辯護。首席大法官 Roberts 的論證大概是：〔前提 1〕如果沒有受到有意義的約束，法官對於憲政義理的探求，終究只會探求到其自身所認同的價值，而據此作成的司法決策，蘊含有很高的錯誤風險（想想 *Lochner*）；〔前提 2〕唯有歷史與傳統，才能對實體正當程序之司法決策，提供有意義的約束；〔結論〕為了避免決策錯誤，法院應當採取正當程序傳統論，而去拒絕肯認任何並未深植於本國之歷史與傳統的基礎權利主張，例如同性婚姻¹²¹。這項論證存在諸多問題。實情可能是，如果我們同意 *Lochner* 案判決是一項積極錯誤決策，而 *Bowers* 案判決是一項消極錯誤決策，則傳統論恐怕既未必能夠避免前者的出現，還有可能導致後者的出現，或者會延遲其錯誤之改正¹²²。除了忽略了傳統本身所可能蘊含的諸多偏差¹²³，首席大法官 Roberts 恐怕也錯解了 *Lochner* 的歷史教訓：真正能夠約束法官的，從來就不是司法理論，而是憲法政治¹²⁴。

我們至此可以回答傳統論 v. 理性論這項當代美國實體正當程序的司法理論辯論所帶來的憲法理論習題了。傳統論是一種範疇式的取徑（categorical

¹²⁰ Tushnet, *supra* note 13, at 218.

¹²¹ See, *Obergefell*, 576 U.S. at 698-99 (Roberts, C.J., dissenting).

¹²² See also Rodkey, *supra* note 19, at 775-76.

¹²³ See SUNSTEIN, *supra* note 16, at 101-07; see also Wolf, *supra* note 42.

¹²⁴ See Daniel E. Ho & Kevin M. Quinn, *Did a Switch in Time Save Nine?*, 2 J. Legal Analysis 69 (2010); NOAH FELDMAN, *SCORPIONS: THE BATTLES AND TRIUMPHS OF FDR'S GREAT SUPREME COURT JUSTICES* (2010).

approach)；它試圖確保民主論理在憲法未列舉權利這個形式範疇內勝出。理性論則是一種權衡式取徑 (balancing approach)；它試圖在民主論理與自由主義論理之間，找到適當的動態平衡。本文贊同傳統論的退位與理性論的復甦。消極而言，這項發展並不必然會提高 *Lochner* 式的司法決策錯誤風險。積極而言，這項發展還有助於公平化 (leveling the playing field) 基礎權利的司法論爭場域：它一來讓憲政自由論者得與憲政民主論者平起平坐、共議基礎權利的內涵與外延，二來也讓保守派大法官「關閉實體正當程序這項憲政渠道」的長期政治盤算落空了。我們在傳統論與理性論之間所做的選擇，終究取決於我們所設想與期許的，究竟是什麼樣的基礎權利的政治。如果我們所擁抱與追尋的基礎權利的政治，是要我們既認真看待民主，也認真看待權利，進而努力尋求這兩種憲政價值的磨合，那麼我們恐怕無法接受傳統論這種鋸箭法式的司法理論方案，更不會像已故法官 Robert Bork 那樣，把明白宣示列舉權利之非排他性的美國憲法增補條款第 9 條規定，當成是制憲者留下的無意義的墨斑吧¹²⁵。

二、超越司法政治

在理性論所建構的實體正當程序這項憲法原則底下，像是 *Roe* 案、*Lawrence* 案與 *Obergefell* 案這類肯認了某種新興基礎權利的司法決策，其法律正當性（也就是一項判決在法律論理上的實質合理性）或許已無大礙。不過，在評價一項判決是否正當的時候，法律正當性只是其中的一項標準；除了不能逾越法所劃設的界線，一項判決還必須具備起碼的道德正當性 (moral legitimacy) ——也就是在政治道德 (political morality) 這個層次的規範評價上具有一定的合理性，才能在規範的世界裡被認為是正當的、值得敬重的¹²⁶。在法院必須就一項政治上顯著的 (politically salient) 公共議題做成某種務實

¹²⁵ 關於 Robert Bork 對於美國憲法增補條款第 9 條的看法，see Randy E. Barnett, *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, 85 TEX. L. REV. 1, 10 (2006). 關於司法審查以及憲法政治之循環式發展的憲法理論，see also JACK M. BALKIN, *THE CYCLES OF CONSTITUTIONAL TIME* (2020).

¹²⁶ 關於道德正當性這項概念的解析，see FALLON, JR., *supra* note 92, at 22-35.

的 (practical) 道德判斷的場合，我們甚至還會對它的決策品質做出更多要求：我們會期待法院就此所為決策，是良善的 (sound)、睿智的、或者審慎的，而不只是在政治道德上「說得過去」而已¹²⁷。面對 *Obergefell* 案判決這種理性論底下的重大基礎權利決策，我們從而還必須追問：它在所屬憲政社群的政治道德上，是否夠正當？又是否確為明智之舉？

這項提問，某個意義上來說，或許只是「司法審查的抗多數決困境」這項古典論題的另類或衍生表述，而致力於保護個人／社群少數免於多數暴政迫害的憲政自由論，則是用以證成一項積極司法決策的古典論理公式¹²⁸。然而，即使是在肯認司法審查確有可能循此公式而得正當地限制或者補強民主決策的情況底下，民主論理以及司法自制的規範訴求，仍然需要被認真看待。畢竟，系爭的議題可能還是容有合理的異議，有待民主的溝通、審議與折衝妥協；司法程序並不當然比政治程序更能探求出道德真理；少數幾位法官做成的決策，也未必會比蘊含於歷史與傳統的集體智慧 (collective wisdom) 來得高明¹²⁹。在無從主張或預設司法決策結果一定會比民主決策結果來得優越的情況下，學者 Richard Fallon 認為，司法審查作為一種制衡民主決策的權利保護機制，其正當性終究只是建立在「權利的過度保護 (over-enforcement) 好過保護不足 (under-enforcement)」這樣的規範預設¹³⁰。Fallon 進而勸說法院，應以更謙卑、謹慎的態度行使司法審查權，而將這項權力的積極行使，盡可能地縮限在確有真正的道德急迫 (genuine moral urgency) 可言的場合¹³¹。

問題是，Fallon 所說的道德急迫，究竟是甚麼意思？我們又該如何判斷像是 *Obergefell* 案判決這樣的決策，是否確有真正的道德急迫可言呢？

¹²⁷ *Id.*, at 34-35.

¹²⁸ *Id.*, at 162-64; see also ELY, *supra* note 103.

¹²⁹ 關於司法審查決策與代議民主決策的評量比較，see Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *POLITICAL POLITICAL THEORY: ESSAYS ON INSTITUTIONS* 195 (2016); Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 *HARV. L. REV.* 1693 (2008).

¹³⁰ See FALLON, JR., *supra* note 92, at 45.

¹³¹ *Id.*, at 164.

Fallon 就此並未細說分明；他雖然明白肯認美國聯邦最高法院諸多針對反同志歧視的判決確有道德急迫可言，但是對於 *Obergefell* 案判決，他似乎則是有所保留、欲言又止的¹³²。本文認為，作為判斷、評量一項司法決策在政治道德上是否妥當的一種可能標準，道德急迫或許可以被理解為是在要求一項司法的積極決策，要有「非這麼做不可」的政治必要——或者說，具備某種政治道德上的重大理由（compelling reasons）；而有無這個政治必要／重大理由的判斷，終究還是繫於法院在系爭案件中（也就是系爭議題的政治脈絡下）對於自由與民主所做的權衡與取捨，能否獲得論者的認同。如果我們有相當理由認為，系爭權利難以經由尋常的民主程序獲得適正的保護，而法院的積極決策又不致產生適得其反的結果，大概不會有多少論者會去質疑這項積極決策的政治必要／道德急迫性。不過，如果在尋常民主程序的運作下，系爭權利受到社群的肯認與保護已是指日可期，為了避免司法的強硬介入徒然弱化了系爭權利本可獲取的民主正當性，甚至引發親痛仇快的政治反彈，有些論者可能就會呼籲權利運動者以及法院，要對民主程序抱持更大的信心與耐心，不要操之過急。在當代美國，不少論者便是基於上述考量，而對 *Roe* 案判決的妥當性多所批評¹³³；在同性婚姻成為一項嚴肅、重大的政治議題之後，有些論者也力勸法院要量力而為、步步為營，不要步入 *Roe* 案判決的後塵¹³⁴。

然而，*Obergefell* 案判決終究還是循著實體正當程序理性論的理路問世了，而且事後看來，它也成功地確立了同性婚姻作為基礎權利的穩固憲法地位¹³⁵。為什麼 *Obergefell* 案判決與 *Roe* 案判決的命運大不同？如果說那些直

¹³² *Id.*, at 163.

¹³³ See, e.g., Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 375, 385-86 (1985).

¹³⁴ See, e.g., GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 339-419 (2d ed. 2008); but cf. William N. Eskridge, Jr., *Backlash Politics: How Constitutional Litigation has Advanced Marriage Equality in the United States*, 93 B.U. L. REV. 275 (2013); KLARMAN, *supra* note 6.

¹³⁵ See, e.g., Adam Deming, *Backlash Blunders: Obergefell and the Efficacy of Litigation to Achieve Social Change*, 19 U. PA. J. CONST. L. 271 (2016); ESKRIDGE, JR. & RIANO,

斷 *Obergefell* 案判決會成為下一個 *Roe* 案判決的論者預測失準或者過慮的話，那或許是因為他們過於重視大法官在個案中所做的道德與政治判斷，而忽略或者低估了其他許多政治行動者的所作所為，也會深刻地影響到憲政社群對於一項新興基礎權利的認許或者排斥——也就是本文所界稱的基礎權利的政治。在 *Obergefell* 案的法院意見中，大法官 Kennedy 就對同性婚姻這項議題在美國的發展，提出了下述觀察：

「在系爭的這些案件中，有些人的直觀反應或許是要我們步步為營、謹慎前行，以靜待進一步的立法、訴訟、以及辯論。相對人警告，既有的民主商議還不足以決定婚姻的定義如此基本的議題。在聯邦上訴法院就系爭案件所為裁判中，其多數意見亦提出了一項有力的主張，認為相對人所屬之州如擬在進一步的公共討論與政治作為後才去肯認同性婚姻，實不為過。[...]

然而，[我們的憲政社群]對於同性婚姻這項議題所做的審議，遠比上述這項論點所承認的多得多。針對這項議題，我們已有公民投票、立法辯論、草根倡議，以及數不勝數的研究、論文、書籍以及其他的通俗與學術著作。我們在州法院與聯邦法院已為此爭訟多時。[...]裁決這項議題的司法意見，業已聽取了當事人及其律師所提出的各種主張，而這些主張則是反映了過去數十年來我們對同性婚姻及其意義所做的更為廣泛的社會討論。一如提交予本院的上百份法庭之友意見所明白顯示的，美國社會的許多重要機構——州政府與地方政府、軍方、大型企業與小店家、工會、宗教組織、執法部門、公民團體、專業人士組織、以及大學——已經對這項問題多所關注。這一切已經強化了我們對於這項議題的理解，而這樣的理解，也反映在此際有待本院秉於憲法做成裁決的各項論點之中。¹³⁶」

對於證立 *Obergefell* 案判決的道德正當性來說，上述這段話或許比大法官 Kennedy 接著所申論的自由主義論理來得更加重要，因為它解答了一項至為關鍵的問題：為什麼肯認同性婚姻作為基礎權利的 *Obergefell* 案判決，應該出現在 2015 年間，而不是某個更早或者更晚的時刻？時機真的很重要。

supra note 6.

¹³⁶ *Obergefell*, 576 U.S., at 675-77.

儘管至遲到了 1990 年代中期以後，關於同性婚姻的基礎權利論理已然發展成形，在那時候，沒有什麼人膽敢實際測試美國聯邦最高法院對於這項論理的接受度，也少有論者會對該院的默不作聲有所非難¹³⁷；相反地，如果該院在那時就做出肯認同性婚姻的判決，許多論者恐怕還會嚴詞譴責該院過於傲慢與前衛¹³⁸。時序進入 2000 年代，同性婚姻這項觀念的民意支持度雖然已有相當的成長，不過社會保守派與自由派人士就此展開的文化戰爭，毋寧也愈趨激烈；當 Theodore Olson 與 David Boies 這兩位曾在 *Bush v. Gore*¹³⁹ 一案交手的著名律師，決定聯手在聯邦法院挑戰 2008 年加州第 8 號創制（Proposition 8）¹⁴⁰ 的合憲性時，許多同志運動者猶憂心忡忡，因為他們認為，聯邦憲法訴訟的時機還未成熟¹⁴¹。

然而，時序進入 2010 年代以後，婚姻平權已然發展成為美國社會的主流民意；過往僅支持同性伴侶締結民事結合（civil union）而反對同性婚姻的時任總統 Barack Obama，便在 2012 年間轉而公開支持同性婚姻¹⁴²。在判決前已有 35 州肯認同性婚姻的情況下，*Obergefell* 案判決的全國主義（nationalist）色彩，毋寧更甚於它的抗多數決色彩¹⁴³；它實際上只不過是加

¹³⁷ 關於同性婚姻作為基礎權利的論理主張，see WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *THE CASE FOR SAME-SEX MARRIAGE: FROM SEXUAL LIBERTY TO CIVILIZED COMMITMENT* (1996).

¹³⁸ See, e.g., Richard A. Posner, *Should There Be Homosexual Marriage? And if So, Who Should Decide? The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, 95 Mich. L. Rev. 1578 (1997).

¹³⁹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)（認定佛羅里達州就 2000 年美國總統選舉所為人工驗票作業，因無法確保驗票標準的一致適用而違反美國憲法增補條款第 14 條的平等保護條款）。

¹⁴⁰ 加州選民最後是以 52.3% : 47.7% 的票數比，通過這項將婚姻限於一男一女的州憲創制。

¹⁴¹ See ESKRIDGE, JR. & RIANO, *supra* note 6, at 396-429; Jack M. Balkin, *The Long and Winding Road to Marriage Equality*, in *WHAT OBERGEFELL V. HODGES SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S SAME-SEX MARRIAGE DECISION 3*, 32-36 (Jack M. Balkin ed., 2020). 關於加州第 8 號創制及其後續訴訟的華文介紹與評論，另參見廖元豪，前揭註 7。

¹⁴² See ESKRIDGE, JR. & RIANO, *supra* note 6, at 454-81.

¹⁴³ Jack M. Balkin, *A Player, Not a Mirror; A Catalyst, Not a Brick Wall*, in *WHAT*

速了婚姻平權在少數幾個保守州的實現。論者當然還是可以質疑該院為何不給這幾個州的政治程序多一些時間。不過，如果考量到這幾個州的保守政治生態，這樣的等待是否可能開花結果、又是否值得，恐怕就容有見仁見智的餘地了¹⁴⁴。在關於同性婚姻這件事的基礎權利的具體政治脈絡下，我們因此可以這麼證立 *Obergefell* 案判決具有道德急迫（或者說，具備相當於道德急迫這項標準所期待的政治必要／重大理由）¹⁴⁵：落實、普遍化婚姻平權之基礎權利保護的民主代價，既是美國聯邦最高法院在 2015 年間負擔得起的，該院就該這麼做¹⁴⁶；而該院之所以能夠負擔這麼做的民主代價，則是因為它關於同性婚姻作為基礎權利的一階道德確信，在許多行動者的努力之下，已經獲得了相當程度的美國民意支持¹⁴⁷。

上述這項正當性論證，呼應了學者 Robert Post 與 Reva Siegel 所提出的民主憲政主義（democratic constitutionalism）；他們認為，關於（美國）憲法意義的論爭，是在司法、政治與文化等多個場域中同時進行的，而且這些不同的場域的論爭，還會交互影響¹⁴⁸。本文所界稱的基礎權利的政治，也正是這麼一種創造憲法意義的複雜政治社會過程；在這個過程中，法院會是一個具有一定之政治與道德能動性的行動者，但是司法政治只會是基礎權利的

OBERGEFELL V. HODGES SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S SAME-SEX MARRIAGE DECISION 62, 63 (Jack M. Balkin ed., 2020).

¹⁴⁴ See Eskridge, Jr., *supra* note 19, at 135.

¹⁴⁵ 為了避免道德急迫這項概念的字義縮限了我們對於它所試圖標定之規範事態的理解與想像，我們也可以將這項概念置換成「道德上具有重大理由」（morally compelling）或者其他能夠表徵某種較高標準之道德正當性的類似概念。本文就此感謝審查人之一的評論與建議。

¹⁴⁶ 這項正當性論證預設了肯認同性婚姻作為基礎權利的司法決策，在結果論取向的道德論證上，可被認為是正確的、可欲的。關於結果論取向的正當性論證，see Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 AM. J. JURIS. 25 (1998); JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION: ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON 361-64 (2009); *but cf.* Waldron, *supra* note 129, at 217-26.

¹⁴⁷ See also Richard A. Posner, *Eighteen Years On: A Re-Review - The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*, 125 YALE L. J. 533 (2015).

¹⁴⁸ See Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).

政治的一部分，不是全部。在這樣的憲政結構底下，一項新興基礎權利的主張者若想要成功地獲得法院的保護，往往需要先在政治與文化場域中，爭取到一定程度的社會認同與支持；法院就此所為決策，往往也未必能夠定紛止爭，但是有機會形塑、影響日後的公共論辯與政治動員¹⁴⁹。對於純粹的憲政自由論者與純粹的憲政民主論者來說，這樣的憲政生活，或許過於複雜與不確定。但是，自由憲政民主從來就不是一件容易的事。如果我們希望實踐、彰顯自由憲政民主秩序對於自由以及對於民主的雙重承諾，我們恐怕沒有更好的辦法。本文就此認為，儘管 *Obergefell* 案判決在政治道德上的妥當與否，容有見仁見智的餘地，但是它究竟是一項美國社會的重要憲政共業／集體成就，也需要我們如此看待。

伍、「勉力」的智慧：簡評司法院釋字第 748 號 解釋

在析論、檢討了關於基礎權利的法與政治的當代美國經驗以後，我們或許可以援用這樣的比較憲政經驗及其所蘊含的豐富理論資源，來觀照並反省一個深受美國聯邦最高法院之 *Obergefell* 案判決（乃至當代美國實體正當程序的司法理論）影響的司法院大法官解釋：司法院釋字第 748 號解釋（以下簡稱釋字 748）。作為一個肯認同性婚姻受到我國憲法保護的劃時代判決，釋字 748 在臺灣的公共與學術論壇上，已經引發了非常熱烈的議論。關於釋字 748 與 *Obergefell* 案判決之間的異同，既有文獻上也已有深入的比較研究¹⁵⁰。本文在此無法完整回顧既有文獻的研究成果，也不擬對釋字 748 進行詳

¹⁴⁹ *Id.*; see also Balkin, *supra* note 143; ESKRIDGE, JR. & RIANO, *supra* note 6, at 634-40.

¹⁵⁰ 參見例如李立如（2017），〈司法解釋與同性婚姻平權運動：從美國經驗談起〉，《婦研縱橫》，107期，頁60-73；Ming-Sung Kuo & Hui-Wen Chen, *The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light*, 31 COLUM. J. ASIAN L. 72 (2017); 湯德宗（2020），〈司法院大法官釋字第748號解釋解析〉，虞平（主編），《法治流

盡的判決評釋。不過，藉由申論釋字 748 之論理主要所受到的兩重美國影響，本文嘗試討論一個針對釋字 748 整體的基本規範評價問題：在關於基礎權利的法與政治的當代臺灣脈絡上，釋字 748 是一個睿智的正當決定嗎？

讓我們先從基礎權利的法理談起。釋字 748 與 *Obergefell* 案判決在法律論理上很顯著的一個共通點，就是二者都是循著「擴張婚姻自由的傳統保障對象、使之不僅限於一男一女之間，也及於同性別的二人之間」這樣的理路，而讓同性婚姻與異性婚姻一樣，同受婚姻自由這項憲法未列舉權利的實質保護。這樣的近似性，恐怕不是出於英雄所見略同的那種同時發現，而是臺灣憲法法院跟隨、仿效美國聯邦最高法院所創先例的結果。基於類似的憲法規範結構（婚姻自由在美國與臺灣均非憲法列舉權利）以及類似的裁判法傳統（婚姻自由的憲法權利地位早已受到法院肯認），*Obergefell* 案判決的理路對於司法院大法官來說，無疑是極有參考價值以及仿效可能的。不過，*Obergefell* 案判決與釋字 748 在知識系譜上的連結關係之所以能夠成立，主要或許是因為司法院大法官在釋字 748 還做了一件事：它微調了關於我國憲法第 22 條之未列舉權利的司法理論，使之得以向當代美國實體正當程序的司法理論進一步看齊。在闡釋婚姻自由的要義時，釋字 748 指出：

「適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含『是否結婚』暨『與何人結婚』之自由（本院釋字第 362 號解釋參照）。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第 22 條之保障。¹⁵¹」

這段引文中的「重要之基本權」，其實就是本文所界稱與討論的基礎權利，其在美國法的脈絡上，主要就在指涉那些得以啟動法院進行較嚴格之實體正當程序審查的憲法未列舉權利¹⁵²。除了(i)將基礎權利這項美國實體正當

變及制度構建：兩岸法律四十年之發展——孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集》，頁 200-229，元照。

¹⁵¹ 司法院釋字第 748 號解釋理由書第 13 段。

¹⁵² 類似意見參見陳宗憶（2018），〈憲法第 22 條之詮釋：以司法院釋字第 748 號解釋為例〉，《法令月刊》，69 卷 4 期，頁 95 註 43；陳仲麟（2018），〈我國憲法上未列舉權利之發展〉，《憲政時代》，44 卷 2 期，頁 57。

程序的核心概念導入我國，從而讓憲法第 22 條對於未列舉權利的保障內涵，有了進一步的層次之別，這段簡短的引文也顯示，(ii) 司法院大法官所採納的基礎權利觀，不是傳統論的，而是比較接近理性論的。我們或許很難斷言，如果沒有進行這些司法理論上的整備與調校，司法院大法官在我國憲法第 22 條的傳統釋義理論下，是否還會做出釋字 748¹⁵³。不過，基礎權利與理性論的引入，對於釋字 748 發展成為臺灣版的 *Obergefell* 案判決，應可謂有相當的實質助益，而且也有豐富、深化我國關於憲法未列舉權利之司法理論的積極意義¹⁵⁴。

在賦予法院更高的政治／道德能動性、讓法院得以在自由與民主之間有所權衡的同時，理性論的規範思維無疑也責成法院，必須審慎、睿智地運用這項權力。一個運用理性論將一項新興的權利予以憲法化的司法決策，其道德正當性尤其會受到社會各界的嚴格檢視。人們就此常會質問兩個互有關聯的問題：(i) 為什麼是法院（為何系爭議題應由法院而不是其他政治部門來做決定）？以及(ii) 為什麼是現在（為何此時會是法院介入系爭議題之公共討論與決策的適當時機）？在釋字 748 的言詞辯論程序，大法官湯德宗就單刀直入地叩問了這組問題：

「[...]本案的問題比較特殊的是，現在有關於同性婚姻應不應該合法化以及怎麼合法化的議題，立法院正在審議。我們已經看到立法院一讀大體是完成了，好多個版本要一起送院會，而且主管機關法務部也要提出對案。此時是否適合由大法官介入來進行審查，就變成很有趣的問題。因為如果我們現在介入，等於說現在剛要開始的民主思辯程序，可能會因為我們的介入而停下來。立法院作為一個民意機關，不僅有權力、更有義務要對這種社會爭議的問題先做成決定。而且現在尚未做成決定前，看起來我們也無法判斷代議制度是否失靈了，所以要用違憲審查制度來補強。所以我的第一個問題是，

¹⁵³ 我國學者陳淑芳認為，如果司法院大法官採取的是「婚姻作為制度性保障」這樣的規範觀點，則司法院大法官至多僅能推認立法者有承認同性婚姻的形成自由，而難以認定民法之未承認同性婚姻構成違憲；參見陳淑芳（2018），〈司法釋憲與立法權之分際：評司法院釋字第748號解釋〉，《法令月刊》，69卷4期，頁36。

¹⁵⁴ 有關我國憲法未列舉權利的文獻回顧，主要參見陳仲嶙，前揭註152。

此時由大法官介入並做成實質決定來解釋，這個程序，時間點上是否恰當？畢竟，民主（democracy）是人民當家作主，包含透過直接跟間接民主方式來做決定，它畢竟不等於由法官統治，跟所謂 juristocracy 是不一樣的。用德文來說的話，我們追求的法治國（Rechtsstaat），也不會等於法官國（Richterstaat）。[...]¹⁵⁵」

這是一個直指房間裡的大象的大哉問：它讓「論證司法決策的道德正當性」這件事情，成為釋字 748 無可迴避的挑戰。問題是，釋字 748 該要如何證立自己的道德正當性呢？於本案言詞辯論中擔任鑑定人之一的學者張文貞，在回答大法官湯德宗的這項提問時，就很明確地建議司法院大法官，可以去參考 *Obergefell* 案法院意見的相關論理¹⁵⁶。司法院大法官後來似乎也是這麼做的；從釋字 748 所提出的正當性論證中，我們不難察覺到 *Obergefell* 案判決的身影。在概述了(i)聲請人之一的祁家威逾三十年爭取同性婚姻的運動歷程，以及(ii)立法院十餘年來就同性婚姻相關法案的審議經過後，釋字 748 的解釋理由指出：

「本件聲請涉及同性性傾向者是否具有自主選擇結婚對象之自由，並與異性性傾向者同受婚姻自由之平等保護，為極具爭議性之社會暨政治議題，民意機關本應體察民情，盱衡全局，折衝協調，適時妥為立（修）法因應。茲以立（修）法解決時程未可預料，而本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院懷於憲法職責，參照本院釋字第 585 號及第 601 號解釋意旨，應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷。爰本於權力相互尊重之原則，勉力決議受理，並定期行言詞辯論，就上開憲法爭點作成本解釋。¹⁵⁷」

¹⁵⁵ 司法院（2017），〈106/03/24釋憲案件言詞辯論（司法院釋字第748號解釋：同性二人婚姻自由案）：憲法法庭實況錄影〉，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=89&id=117072&cat=1>（最後瀏覽日：04/09/2021）。（引文之逐字記錄係由謝孟庭整理）。

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ 司法院釋字第748號解釋理由書第10段。

一如大法官 Kennedy 在 *Obergefell* 案法院意見中所做的正當性論證，釋字 748 主要是訴諸人權保障的自由主義論理，來回應「為什麼是法院」這項提問；雖然未若 *Obergefell* 案法院意見那般直白地論證司法介入的時機已然成熟，釋字 748 似乎也有意藉由回顧並展望同性婚姻議題在臺灣的爭議與發展，來回應「為什麼是現在」這項質問¹⁵⁸。我們或許可以這麼理解上述引文中的「勉力」一詞：參與做成釋字 748 的大法官們認為，此時此刻，他們已經不再能對同性婚姻的釋憲聲請相應不理了；他們深知這會是一項吃力不討好的決策，可是為了不負作為憲法法官的職責，他們只能硬著頭皮這麼做。換句話說，「勉力」一詞，似乎傳達了多數大法官的某種「使命感」與歷史意識，而他們就此項釋憲議程所做的實際政治／道德判斷，最終也引領他們，在民主論理與自由主義論理之間，做成了一個「讓基礎權利勝出」但是附加日出期限的權衡、妥協決定¹⁵⁹。

藉由這項試圖兼顧自由與民主的衡平作法，釋字 748 樹立了某種深謀遠慮、用心良苦的司法政治家風範 (judicial statesmanship)。不過，就跟許多政治妥協一樣，釋字 748 所做的努力是兩邊都不討好的。有些論者批評釋字 748 太過瞻前顧後，以致有為德不卒之憾¹⁶⁰。有些論者則是批評釋字 748 過於自以為是，僭越了立法者的權限¹⁶¹。在 2018 年 11 月舉行的全國性公民

¹⁵⁸ 關於釋字 748 解釋理由書第 8、9 段回顧事件脈絡的論理評析，另參見葉智超 (2019)，〈論司法院大法官裁決同性婚姻之正當性爭議〉，頁 128-131，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁵⁹ 針對釋字 748 就其效力宣告所為權衡決策的分析與評釋，參見林建志 (2019)，〈迎接司法國的到來？以釋字第 748 號解釋為例〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 916-22；葉智超，前揭註 158，頁 131-135。

¹⁶⁰ 參見例如黃舒芃 (2018)，〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？—評司法院釋字第 748 號解釋—〉，《輔仁法學》，55 期，頁 1-48。

¹⁶¹ 參見例如曾品傑 (2017)，〈為人抬轎的大法官解釋第七四八號〉，《月旦法學雜誌》，266 期，頁 69-86；葉光洲 (2017)，〈從破碎中修復：淺論大法官釋字第七四八號解釋〉，《月旦法學雜誌》，266 期，頁 87-92。

投票，由反同人士推動的第 10 案¹⁶²與第 12 案¹⁶³，分別以 72.48% 以及 61.12% 的同意票比率獲得通過，而由同志團體所推動的第 14 案¹⁶⁴，則僅獲得 32.74% 之有效票數的支持而未獲通過。這樣的公投結果雖然無從推翻釋字 748，卻也讓釋字 748 就保障同性二人之婚姻自由所劃設的規範基準能否獲得遵循，蒙上了一層很大的陰影。在蔡英文／民主進步黨政府於 2019 年間推動通過《司法院釋字第七四八號解釋施行法》——也就是以繞過相關法律名稱與用語爭議的方式來落實釋字 748 之後，這場文化戰爭才趨於平息。我們無從得知，如果司法院大法官在釋字 748 做了一個更加進步或者比較保守的決定，事情又會如何演變發展。不過，作為一項抗多數決色彩濃厚的基礎權利決策，釋字 748 看來已經挺過了短期、一時的政治反彈，也確立了司法院大法官作為臺灣同性婚姻的催生者的歷史地位。

美國關於實體正當程序的憲政經驗告訴我們，再怎麼強勢的法院，也只是基礎權利的政治中的其中一個行動者；基礎權利的政治是在政治、社會與文化等場域中持續發展的一個動態過程，而人們對於一項基礎權利議題的看法，或者對於一項法院判決的評價，也往往會隨著時過境遷而有所改變。如果我們臺灣人所認同與追尋的，也是這樣一個富有活力又充滿挑戰的自由憲政民主，那麼我們顯然還需要從一個更開闊的、非以法院為中心的視角，在一個更長遠的歷史尺度上，對同性婚姻在臺灣的憲政發展，進行更深刻的思辯與反省，然後才能對釋字 748 在其間所做的貢獻及其侷限，做出一個比較客觀公允的評價¹⁶⁵。在對這項基礎權利的本土政治進行更深入、周延的考察

¹⁶² 全國性公民投票第 10 案主文：「你是否同意民法婚姻規定應限定在一男一女的結合？」

¹⁶³ 全國性公民投票第 12 案主文：「你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？」

¹⁶⁴ 全國性公民投票第 14 案主文：「你是否同意，以民法婚姻章保障同性別二人建立婚姻關係？」

¹⁶⁵ 關於臺灣的同性婚姻運動史的考察與反省，參見例如簡至潔（2012），〈從「同性婚姻」到「多元家庭」：朝向親密關係民主化的立法運動〉，《台灣人權學刊》，1 卷 3 期，頁 187-201；陳昭如（2017），〈從男女平權到異同平權：釋憲運動要到什麼樣的平等？〉，《婦研縱橫》，107 期，頁 10-23；官曉薇（2019），〈婚姻

以前，本文在此僅能就釋字 748 的道德正當性爭議，提出以下兩項粗淺的看法。

首先，本文認為，在 2010 年代中期前後的臺灣，同性婚姻固然還未能成為一項可行的 (viable) (也就是有機會在尋常民主程序中得到政治多數支持) 立法主張，卻已經發展成為一項可行的、要被憲法法院認真看待的基礎權利主張。這是一個由社會運動、文化變遷等諸多因素促成的結果。一如美國總統 Obama 在 2012 年間從反對轉向支持同性婚姻的立場轉變，蔡英文於 2016 年總統大選期間對於婚姻平權做出公開許諾的這個動作本身，就有重要的象徵意義可言：它至少意謂著一位臺灣主要政黨的總統候選人，已經不會因為擔心流失選票，而怯於在這項人權議題上表態。在這樣的背景脈絡下，面對臺北市政府與祁家威於 2015 年間先後提出的釋憲聲請，司法院大法官恐怕已難以訴諸消極的美德 (passive virtues) 來讓自己置身事外了¹⁶⁶。一方面，它無法臉不紅、氣不喘地引用「聲請人所陳，僅係以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已具體指明……法令有何抵觸憲法之處」這個不受理決議的標準句型，來終結這兩件釋憲聲請，因為在同性婚姻的基礎權利主張已有相當公信度的情況下，這麼做只會減損司法院大法官的形象與聲望¹⁶⁷。它也很難以禮讓立法先行為由，一再推遲司法介入的時點，因為如果沒有足以克服現狀偏差 (status quo bias)、打破政治慣性 (political inertia) 的情事發生，立法者對於這項議題，極可能只會以拖待變、議而不決，讓大

平權與法律動員：釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動》，《臺灣民主季刊》，16卷1期，頁1-44；Hsiao-wei Kuan, *LGBT Rights in Taiwan: The Interaction Between Movements and the Law*, in TAIWAN AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: A STORY OF TRANSFORMATION 593 (Jerome A. Cohen, William P. Alford & Chang-fa Lo eds., 2019)；葉智超，前揭註158，頁10-62。

¹⁶⁶ 關於司法審查上的消極的美德，see ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2d ed. 1986)；黃昭元 (2002)，〈抗多數困境與司法審查正當性：評Bickel教授的司法審查理論〉，李鴻禧 (等著)，《台灣憲法之縱剖橫切》，頁301-342，元照。

¹⁶⁷ 針對司法院大法官不受理決議所提理由之批判，另參見蘇彥圖 (2014)，〈釋憲時刻：初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應〉，《憲政時代》，39卷4期，頁51-56。

法官乃至社會的等待落空。另一方面，司法院大法官，特別是在 2016 年底完成人事更迭後，對於本案的審理，可能還有相當強烈的使命感，以及事不宜遲的體認。畢竟，基礎權利的主張與論理，句句都在召喚憲法法院，也創造出了臺灣社會對於本案解釋的殷切期待。就此而言，司法院大法官在釋字 748 所做的受理與時機決策，應該說不上是什麼艱難或者勉強的決定。

然而，司法院大法官的政治智慧，終究是受到考驗的；它必須在自由與民主之間，就是否以及如何讓同性婚姻獲得憲法權利保護一事，做出一個妥適的政治／道德判斷。這項考驗的困難在於，如果我們期許憲法法院既認真看待權利，也認真看待民主，那麼在 2017 年的臺灣，就同性婚姻這項議題而言，並不存在一個著毋庸議的唯一正解；司法院大法官終究必須在規範論理上可能的多個方案／決策選項間，做出它的判斷與抉擇，也無從迴避隨之而來的輿論公評。在認定民法未肯認並保障同性婚姻係屬違憲之後，「慮及本案之複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間；又為避免立法延宕，導致規範不足之違憲狀態無限期持續」¹⁶⁸，釋字 748 援用了司法院大法官晚近新開發出來的一種宣告／救濟模式：它一來給予政治部門兩年的時間完成相關法制改革，二來建置了一個保險裝置（fail-safe），讓同志在政治部門逾期未完成立法或修法的情況下，得依民法結婚。換句話說，釋字 748 並未像 *Obergefell* 案判決那樣即刻合法化了同性婚姻，而是如同南非憲法法院於 2005 年所作的 *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* 一案判決¹⁶⁹，對於同志得以行使這項基礎權利的起始時點，做了暫時性的展延

¹⁶⁸ 司法院釋字第 748 號解釋理由書第 17 段。

¹⁶⁹ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005)（認定南非普通法與婚姻法之不承認同性婚姻已構成違憲，另以附加日出期限的方式給予國會一年的時間完成修法）。關於本案判決的華文介紹，參見張宏誠（2014），〈同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探：南非憲法法院 *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* 一案判決之借鏡〉，《月旦法學雜誌》，224 期，頁 57-92；Albie Sachs（著），陳毓奇、陳禮工（譯）（2013），《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，頁 251-260，麥田。

¹⁷⁰。本文認為，藉由敦促政治部門積極行動，從而讓同性婚姻在臺灣仍有機會獲得社群的民主認可與政治部門的協力保護，釋字 748 的這項抉擇，某個意義上縮限、降低了其所為抗多數決之基礎權利決策的民主代價，應有強化釋字 748 整體之道德正當性的相當用意與效果。如果我們所認同與追尋的基礎權利的政治，不是那種「成也法院、敗也法院」的司法政治，而是一種人人有責的憲政生活方式，那麼，我們對於釋字 748 在自由與民主之間所做的權衡與妥協，或許會有更加同情的理解¹⁷¹。這是本文對於相關爭議的第二個看法。

陸、結 論

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（或謂法）與尋常政治程序（或謂政治）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？這是一個困難而且具有現實重要性的憲政習題。除了考驗憲法法院的個案決策以及司法理論，它也推促我們要在憲政理論上省思——作為一個憲政社群，我們所認同與追尋的，究竟是什麼樣的自由憲政民主。關於這項習題，美國憲法上已經累積了豐富的實務經驗以及理論討論：「正當程序傳統論 v. 正當程序理性論」這項當代美國實體正當程序的司法理論爭議，尤其反映出了不同的基礎權利觀、司法哲學觀，乃至不同的自由憲政民主觀，值得我們參考與深思。

在美國，一項憲法未列舉權利必須取得「基礎權利」的法院認證，才能獲得實體正當程序的實質保護（也就是啟動法院對於系爭的政府行為進行比較嚴格的司法審查）。換句話說，實體正當程序提供了一種讓一項憲法未列舉權利得以被憲法化的機制，但前提是，它必須重要到可被法院將之界稱為

¹⁷⁰ 另參見林建志，前揭註159，頁904-05。

¹⁷¹ 類似意見參見葉智超，前揭註158，頁150-157。

一種基礎權利。然而，實體正當程序所要保護的，究竟是什麼樣的實體權利？法院又該如何判定一項未列舉權利，是或不是基礎權利？傳統論者與理性論者就此展開了熱烈的論辯。傳統論者認為，基礎權利(i)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，(ii)其內涵必須被法院謹慎地描述、界定，而且(iii)其功能僅限於防止、排除政府之干預，而無法要求政府積極作為。理性論者則認為，(i)「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憲政義理（從「自由作為個人自治」到「自由作為平等尊嚴」）做成講理的判斷；(ii)歷史與傳統固然重要，但其認識論權威絕非不容置疑，而且也會與時俱進，所以無從封閉基礎權利的清單。對於傳統論者來說，實體正當程序的目的，僅在保護那些歷史悠久的基礎權利，使其免受一時之間逆反傳統的政治侵害。對於理性論者來說，實體正當程序則另有更新基礎權利保護、促成憲政進步的用意與可能。在過去的三十多年來，美國聯邦最高法院內的這兩派論者，在關於同志權利的一系列憲法訴訟案件中，展開了激烈的論辯與攻防。從被以刑法相繩的不法之徒（outlaws）轉變成能與他人結為姻親（in-laws）¹⁷²——美國同志權利在這些年來的巨幅演進，一定程度上應可歸因於傳統論的敗陣與理性論的重生。

總體而且長遠而言，傳統論與理性論何者比較適當呢？這項規範問題的回答，有待我們在憲政理論的層次上，省思與檢討基礎權利的政治，也就是整個憲政社群探尋乃至創造一項基礎權利的政治社會過程及其結果。本文分析指出，試圖嚴格縮限實體正當程序之射程範圍的傳統論，主要訴諸一個緊扣著「憲法列舉權利 v. 憲法未列舉權利」這組區分的民主論理；作為一種範疇式的司法理論取徑，它試圖維護、確保憲政社群，在尋常政治程序下，就涉及憲法未列舉權利之事務，得有不受司法審查不當壓縮、干預的寬廣民主決策空間。主張實體正當程序可以用於保護新興基礎權利的理性論，則主要是建立在保障個人權利不受社群多數之壓迫或宰制的自由主義論理；作為一種權衡式的司法理論取徑，它試圖在民主與自由之間，探尋出適當的動

¹⁷² Eskridge, Jr. & Riano, *supra* note 6.

態平衡。儘管我們可能終究要在民主與自由之間做出選擇，本文反對以列舉權利與未列舉權利的形式與偶然區分，論斷自由與民主的孰先孰後。本文也不認為在司法自制的審慎考量底下，傳統論的表現（錯誤成本）必然優於理性論。本文就此認為，傳統論的退位與理性論的復甦，有助於公平化基礎權利的司法論爭場域，進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。

理性論賦予了法院更高的政治／道德能動性，但是這並不表示民主論理與司法自制的規範訴求，因此就毋須被法院認真看待；一項理性論底下的重大基礎權利決策，其道德正當性尤其會受到社會各界的嚴格檢視。以 *Obergefell* 案判決為例，本文進一步討論並修正了學者 Fallon 所提出的道德正當性標準：真正的道德急迫。本文指出，作為關於一項司法決策在政治道德上是否必要的一種判斷標準，真正的道德急迫（或者說，道德上具有重大理由），可能終究取決於論者是否認同法院在系爭案件中對於自由與民主所做的權衡與取捨。時機的或早或晚，無疑是影響這項判斷的一項關鍵因素，而一項基礎權利決策時機的成熟與否，相當程度上則是繫於法院外的基礎權利的政治發展。有鑑於同性婚姻作為基礎權利這項看法，在許多政治行動者的努力之下，在 *Obergefell* 案判決出爐前夕，已經獲有相當程度的美國民意支持，並已在 35 個州獲得實現，本文認為，在所要付出之民主代價已然相對有限的情況下，美國聯邦最高法院已可證成 *Obergefell* 案判決的道德急迫性／正當性。這項強調其他政治行動者之貢獻的正當性論證，也呼應了學者 Post 與 Siegel 所提出的民主憲政主義。本文就此強調，基礎權利的政治，不只是、也不應只是司法政治。

順著 *Obergefell* 案判決所提供的論理路線圖，我國司法院大法官在 2017 年間做成的釋字 748，也讓婚姻自由這項基礎權利所受憲法保障，擴及到了同性婚姻，只是另以兩年為期，暫時展延了同性婚姻受到肯認與保護的起始時點，據以敦促政治部門適時完成相關法制改革。除了做出與 *Obergefell* 案判決相近的一階／實體決策，司法院大法官在釋字 748 也引入了理性論及其所蘊含的基礎權利觀，並且仿效 *Obergefell* 案法院意見所做的正當性論

證，來申論其為何必須「勉力……作成本解釋」。本文認為，在 2010 年代中期前後的臺灣，同性婚姻作為一項基礎權利主張，已經需要被憲法法院認真看待，所以本案之受理並無勉強之慮。不過，司法院大法官就是否以及如何讓同性婚姻獲得憲法保護一事，還是需要在規範論理上可能的多個方案間，做出判斷與抉擇，而司法院大法官就此所做出的決定，基本上是一個試圖降低基礎權利保護之民主代價的政治妥協。不論我們是否贊同釋字 748 就此所樹立的司法政治家風範，我們需要跳脫法院中心主義，宏觀省察基礎權利的政治。與其問憲法法院做了什麼，我們或許更該問其他政治行動者——乃至我們自己——做了什麼。畢竟，基礎權利的肯認與保護，從來就是整個憲政社群的事。

參考文獻

一、中文部分

- Albie Sachs (著), 陳毓奇、陳禮工 (譯) (2013), 《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，麥田。
- 司法院 (2017), 《106/03/24 釋憲案件言詞辯論 (司法院釋字第 748 號解釋：同性二人婚姻自由案)：憲法法庭實況錄影》，載於：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=89&id=117072&cat=1>。
- 行政院性別平等處 (編) (2020), 《多元性別權益保障》，行政院。
- 李立如 (2017), 〈司法解釋與同性婚姻平權運動：從美國經驗談起〉，《婦研縱橫》，107 期，頁 60-73。 <http://doi.org/10.6256/FWGS.2017.107.60>
- 官曉薇 (2019), 〈婚姻平權與法律動員：釋字第 748 號解釋前之立法與訴訟行動〉，《臺灣民主季刊》，16 卷 1 期，頁 1-44。
- 林建志 (2019), 〈迎接司法國的到來？以釋字第 748 號解釋為例〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 873-965。
[http://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48\(3\).0002](http://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48(3).0002)
- 林超駿 (1997), 〈從法制史與憲法解釋之觀點評析釋字第 384 號解釋〉，《法學叢刊》，42 卷 1 期，頁 63-77。
- 法治斌、張宏誠 (節譯) (2003), 〈Bowers, Attorney General of Georgia v. Hardwick et al.〉，收於：司法院 (編)，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯》，頁 138-155，司法院。
- 張兆恬 (2020 年 12 月), 〈醫師協助自殺禁令的合憲性分析：比較法的觀點〉，發表於：《大法官 109 年度學術研討會：「科技、風險與人權保障」》，司法院 (主辦)，臺北。
- 張宏誠 (2002), 《同性戀者權利平等保障之憲法基礎》，學林文化。
- (2011), 〈雖不獲亦不惑矣：美國同性婚姻平等保障司法判決之回顧與展望〉，《成大法學》，22 期，頁 143-228。

- (2014), 〈同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探：南非憲法法院 Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another 一案判決之借鏡〉, 《月旦法學雜誌》, 224 期, 頁 57-92。
<http://doi.org/10.3966/102559312014010224004>
- 陳仲嶙 (2018), 〈我國憲法上未列舉權利之發展〉, 《憲政時代》, 44 卷 2 期, 頁 51-101。
- 陳宗憶 (2018), 〈憲法第 22 條之詮釋：以司法院釋字第 748 號解釋為例〉, 《法令月刊》, 69 卷 4 期, 頁 84-98。
[http://doi.org/10.6509/TLM.201804_69\(4\).0004](http://doi.org/10.6509/TLM.201804_69(4).0004)
- 陳宜倩 (2013), 〈尊重生命尊嚴、墮胎權與女性人權之論述生產與社會變革：美國最高法院 Gonzales v. Carhart 一案評析〉, 《歐美研究》, 43 卷 3 期, 頁 595-635。
[http://doi.org/10.7015/JEAS.201309_43\(3\).0003](http://doi.org/10.7015/JEAS.201309_43(3).0003)
- 陳昭如 (2017), 〈從男女平權到異同平權：釋憲運動要到什麼樣的平等？〉, 《婦研縱橫》, 107 期, 頁 10-23。
<http://doi.org/10.6256/FWGS.2017.107.10>
- 陳淑芳 (2018), 〈司法釋憲與立法權之分際：評司法院釋字第 748 號解釋〉, 《法令月刊》, 69 卷 4 期, 頁 26-55。
[http://doi.org/10.6509/TLM.201804_69\(4\).0002](http://doi.org/10.6509/TLM.201804_69(4).0002)
- 曾品傑 (2017), 〈為人抬轎的大法官解釋第七四八號〉, 《月旦法學雜誌》, 266 期, 頁 69-86。
<http://doi.org/10.3966/102559312017070266004>
- 湯德宗 (2000), 《行政程序法論》, 元照。
- (2020), 〈司法院大法官釋字第 748 號解釋解析〉, 收於：虞平 (主編), 《法治流變及制度構建：兩岸法律四十年之發展——孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集》, 頁 200-229, 元照。
- 黃昭元 (2002), 〈抗多數困境與司法審查正當性：評 Bickel 教授的司法審查理論〉, 收於：李鴻禧 (等著), 《台灣憲法之縱剖橫切》, 頁 301-342, 元照。
- 黃舒芃 (2018), 〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？——評司法院釋字第 748 號解釋——〉, 《輔仁法學》, 55 期, 頁 1-48。

- 葉光洲(2017),〈從破碎中修復:淺論大法官釋字第七四八號解釋〉,《月旦法學雜誌》,266期,頁87-92。
<http://doi.org/10.3966/102559312017070266005>
- 葉智超(2019),《論司法院大法官裁決同性婚姻之正當性爭議》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)。
- 廖元豪(2014),〈革命即將成功,同志仍須努力:簡評美國聯邦最高法院同性婚姻之判決〉,《月旦法學雜誌》,224期,頁20-37。
<http://doi.org/10.3966/102559312014010224002>
- 劉后安(1999),《論美國與台灣墮胎法律制度合憲性問題之研究》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)。
- 劉定基、張宏誠(節譯)(2003),〈Lawrence et al. v. Texas〉,收於:司法院(編),《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯》,頁156-184,司法院。
- 鄭哲民(1995),〈美國墮胎權的爭議:Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., v. Robert P. Casey, et al., etc 一案最高法院判決理由分析〉,收於:焦興鎧(編),《美國最高法院重要判例之研究:1990~1992》,頁105-128,中央研究院歐美研究所。
- 賴英照(2017),〈伸張人權或司法政變:Obergefell v. Hodges 案的論辯〉,《法令月刊》,68卷5期,頁1-22。
<http://doi.org/10.6509/TLM.2017.6805.01>
- 簡至潔(2012),〈從「同性婚姻」到「多元家庭」:朝向親密關係民主化的立法運動〉,《台灣人權學刊》,1卷3期,頁187-201。
<http://doi.org/10.29733/THRJ.201212.0012>
- 蘇彥圖(2014),〈釋憲時刻:初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應〉,《憲政時代》,39卷4期,頁25-69。
- (2017),〈憲政民主的死人之手問題:憲法規範權威的初步反省〉,收於:李建良(主編),《憲法解釋之理論與實務第九輯》,頁135-199,中央研究院法律學研究所。

二、英文部分

- Ackerman, B. (2000). *We the People, Volume 2: Transformations*. Belknap Press of Harvard University Press. <http://doi.org/10.2307/j.ctvjk2z0k.1>
- (2014). *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*. Belknap Press of Harvard University Press. <http://doi.org/10.4159/harvard.9780674416499>
- Balkin, J. M. (2011). *Living Originalism*. Belknap Press of Harvard University Press. <http://doi.org/10.4159/harvard.9780674063037>
- (2020). *The Cycles of Constitutional Time*. Oxford University Press. <http://doi.org/10.1093/oso/9780197530993.001.0001>
- (2020). The Long and Winding Road to Marriage Equality. In J. M. Balkin (Ed.), *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision* (pp. 3-61). Yale University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv18sqxw1>
- (2020). A Player, Not a Mirror; A Catalyst, Not a Brick Wall. In J. M. Balkin (Ed.), *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision* (pp. 62-70). Yale University Press. <http://doi.org/10.12987/yale/9780300221558.003.0002>
- Barnett, R. E. (1991). Unenumerated Constitutional Rights and the Rule of Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14(3), 615-643.
- (2006). The Ninth Amendment: It Means What It Says. *Texas Law Review*, 85(1), 1-82.
- (2008). Scrutiny Land. *Michigan Law Review*, 106(8), 1479-1500.
- Berman, M. N., & Peters, D. (2019). Kennedy's Legacy: A Principled Justice. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 46(2), 311-384.

- Bernstein, D. E. (2003). Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism. *Georgetown Law Journal*, 92(1), 1-60. <http://doi.org/10.2139/ssrn.395620>
- Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed.). Yale University Press.
- Chapman, N. S., & McConnell, M. W. (2012). Due Process as Separation of Powers. *Yale Law Journal*, 121(7), 1672-1807.
- Choper, J. H., & Ross, S. F. (2018). The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 20(5), 983-1042.
- Conkle, D. O. (2006). Three Theories of Substantive Due Process. *North Carolina Law Review*, 85(1), 63-148.
- Crump, D. (1996). How Do the Courts Really Discover Unenumerated Fundamental Rights: Cataloguing the Methods of Judicial Alchemy. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19(3), 795-916.
- Deming, A. (2016). Backlash Blunders: Obergefell and the Efficacy of Litigation to Achieve Social Change. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 19(1), 271-298.
- Devins, N. (2006). Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die. In C. Bradley (Ed.), *The Rehnquist Legacy* (pp. 327-344). Cambridge University Press.
- Doyle, O. (2020). Minority Rights and Democratic Consensus: The Irish Same-Sex Marriage Referendum. *National Taiwan University Law Review*, 15(1), 21-48. <http://doi.org/10.3966/181263242020031501002>
- Dworkin, R. (1992). Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. *The University of Chicago Law Review*, 59(1), 381-432. <http://doi.org/10.2307/1599941>

- (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press.
- (1997). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R., Nagel, T., Nozick, R., Rawls, J., Thomson, J. J., & Scanlon T. (1997, March 27). Assisted Suicide: The Philosophers' Brief. *The New York Review of Books*, 41-47.
- Ely, J. H. (1973). The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. *Yale Law Journal*, 82(5), 920-949. <http://doi.org/10.2307/795536>
- (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Epstein, L., Landes, W. M., & Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Harvard University Press.
- Eskridge, W. N., Jr. (1996). *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*. Free Press.
- (2013). Backlash Politics: How Constitutional Litigation has Advanced Marriage Equality in the United States. *Boston University Law Review*, 93(2), 275-324.
- (2016). The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory. *Cato Supreme Court Review, 2014-2015*, 111-138.
- Eskridge, W. N., Jr., & Riano, C. R. (2020). *Marriage Equality: From Outlaws to In-Laws*. Yale University Press. <https://doi.org/10.12987/9780300255744>
- Fallon, R. H., Jr. (2004). *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511511103>
- (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, 121(7), 1693-1736.

- (2018). *Law and Legitimacy in the Supreme Court*. Belknap Press of Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674986114>
- (2019). *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108673549>
- Farber, D. A., & Sherry, S. (2009). *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Farber, D. (2007). *Retained by the People: The "Silent" Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans Don't Know They Have*. Basic Books.
- Feldman, N. (2010). *Scorpions: The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*. Twelve.
- Feldman, S. M. (2015). (Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an Emphasis on Obergefell v. Hodges). *William & Mary Bill of Rights Journal*, 24(2), 341-368.
- Fleming, J. E. (1999). Fidelity, Basic Liberties, and the Specter of Lochner. *William & Mary Law Review*, 41(1), 147-176.
- (2006). *Securing Constitutional Democracy: The Case of Autonomy*. University of Chicago Press.
- Gerstmann, E. (2008). *Same-Sex Marriage and the Constitution* (2nd ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511619762>
- Ginsburg, R. B. (1985). Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade. *North Carolina Law Review*, 63(2), 375-386.
- Greene, J. (2016). The Meming of Substantive Due Process. *Constitutional Commentary*, 31(2), 253-294.
- (2018). Rights as Trumps. *Harvard Law Review*, 132(1), 28-132.
- (2021). *How Rights Went Wrong: Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*. Mariner Books.

- Grothouse, M. R. (2016). Implicit in the Concept of Ordered Liberty: How Obergefell v. Hodges Illuminates the Modern Substantive Due Process Debate. *John Marshall Law Review*, 49(4), 1021-1076.
- Ho, D. E., & Quinn, K. M. (2010). Did a Switch in Time Save Nine?. *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 69-113. <http://doi.org/10.1093/jla/2.1.69>
- Kersch, K. I. (2006). Everything Is Enumerated: The Developmental Past and Future or an Interpretive Problem. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 8(5), 957-982.
- Klarman, M. J. (2013). *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*. Oxford University Press.
- Kuan, H. (2019). LGBT Rights in Taiwan: The Interaction Between Movements and the Law. In J. A. Cohen, W. P. Alford, & C.-F. Lo, (Eds.), *Taiwan and International Human Rights: A Story of Transformation* (pp. 593-607). Springer. <http://doi.org/10.1007/978-981-13-0350-0>
- Kuo, M.-S., & Chen, H.-W. (2017). The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light. *Columbia Journal of Asian Law*, 31(1), 72-150.
- Masci, D., Sciupac, E., & Lipka, M. (2019, October 28). *Same-Sex Marriage Around the World*. Pew Research Center. <https://www.pewforum.org/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>
- McConnell, M. W. (2013). Ways to Think about Unenumerated Rights. *University of Illinois Law Review*, 2013(5), 1985-1997.
- Michelman, F. I. (1998). Constitutional Authorship. In L. Alexander (Ed.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations* (pp. 64-98). Cambridge University Press.
- (2006). Unenumerated Rights under Popular Constitutionalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9(1), 121-153.

- Myers, R. S. (2016). Obergefell and the Future of Substantive Due Process. *Ave Maria Law Review*, 14(1), 54-70.
- NeJaime, D., & Siegel, R. B. (2020). NeJaime and Siegel, JJ., concurring. In J. M. Balkin (Ed.), *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision* (pp. 112-128). Yale University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv18sqxw1.8>
- Nicolas, P. (2016). Fundamental Rights in a Post-Obergefell World. *Yale Journal of Law and Feminism*, 27(2), 331-361.
- Nourse, V. F. (2009). A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights. *California Law Review*, 97(3), 751-799.
- Pierceson, J. (2014). *Same-Sex Marriage in the United States: The Road to the Supreme Court and Beyond*. Rowman & Littlefield.
- Posner, R. A. (1992). Legal Reasoning from the Top down and from the Bottom up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights. *The University of Chicago Law Review*, 59(1), 433-450. <http://doi.org/10.2307/1599942>
- (1997). Should There Be Homosexual Marriage? And if So, Who Should Decide? [Review of *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*]. *Michigan Law Review*, 95(6), 1578-1587. <https://doi.org/10.2307/1290019>
- (1999). *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Belknap Press of Harvard University Press.
- (2008). *How Judges Think*. Harvard University Press.
- (2015). Eighteen Years On: A Re-Review [Review of *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment*]. *Yale Law Journal*, 125(2), 533-542.
- Post, R., & Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42(2), 373-434.

- Raz, J. (1998). Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence*, 43, 25-52. <http://doi.org/10.1093/ajj/43.1.25>
- (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press
<http://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199562688.001.0001>
- Richman, K. D. (2014). *License to Wed: What Legal Marriage Means to Same-Sex Couples*. New York University Press.
- Rimmerman, C. A., & Wilcox, C. (Eds.). (2007). *The Politics of Same-Sex Marriage*. University of Chicago Press.
- Rodkey, D. (2018). Making Sense of Obergefell: A Suggested Uniform Substantive Due Process Standard. *University of Pittsburgh Law Review*, 79(4), 753-802. <http://doi.org/10.5195/lawreview.2018.575>
- Rosenberg, G. N. (2008) *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (2nd ed.). University of Chicago Press.
- Segal, J. A., & Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511615696>
- Snyder, R. C. (2006). *Gay Marriage and Democracy: Equality for All*. Rowman & Littlefield.
- Solum, L. B. (2006). The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9(1), 155-208.
- Staszewski, G. (2017). Obergefell and Democracy. *Boston University Law Review*, 97(1), 31-102.
- Strauss, D. A. (2010). *The Living Constitution*. Oxford University Press.
- Sullivan, E. T., & Massaro, T. M. (2013). *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*. Oxford University Press.

- Sunstein, C. R. (2009). *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press.
- (2015). *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes*. Oxford University Press.
- Tribe, L. H. (2004). Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name. *Harvard Law Review*, 117(6), 1893-1955.
<http://doi.org/10.2307/4093306>
- (2015). Equal Dignity: Speaking Its Name. *Harvard Law Review Forum*, 129, 16-32.
- Turner, R. (2013). On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism. *SMU Law Review*, 66(4), 841-894.
- (2015). Same-Sex Marriage and Due Process Traditionalism. *University of Richmond Law Review*, 49(2), 579-641.
- (2016). Marriage Equality and Obergefell's Generational (Not Glucksberg's Traditional) Due Process Clause. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 23(2), 145-162.
- Tushnet, M. (2006). Can You Watch Unenumerated Rights Drift?. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9(1), 209-220.
- (2020). *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. Yale University Press.
- Vermeule, A. (2006). *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press.
- Waldron, J. (2016). *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Harvard University Press.
- (2020). Waldron, J., dissenting. In J. M. Balkin (Ed.), *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision* (pp. 281-301). Yale University Press.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv18sqxw1.17>

- Watson, K. (2017). When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling Obergefell and Glucksberg. *Lewis & Clark Law Review*, 21(1), 245-276.
- Williams, R. C. (2010). The One and Only Substantive Due Process Clause. *Yale Law Journal*, 120(3), 408-512.
- Wolf, A. B. (2002). Fundamentally Flawed: Tradition and Fundamental Rights. *University of Miami Law Review*, 57(1), 101-156.
- Yoshino, K. (2015). A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges. *Harvard Law Review*, 129(1), 147-179.

**The Constitutional Law and Politics of Fundamental Rights:
Lessons from the Contemporary Substantive Due Process
Jurisprudence in the United States**

*Yen-Tu Su**

Abstract

In a liberal constitutional democracy that recognizes and protects rights not specifically identified in the written Constitution, how should the courts work with the political branches when an unenumerated right is at issue? When it comes to such controversial issues as abortion and same-sex marriage, what division of labor between judicial review and ordinary political process works best to honor and implement the dual commitment of liberal democracy—i.e., a constitutional order that strives to be both liberal and democratic? These questions have been heatedly debated in the contemporary substantive due process jurisprudence in the United States, and the traditionalism vs. rationalism debate invites us to rethink and reimagine the kind of liberal constitutional democracy we want to achieve. The traditionalists argue that the fundamental rights that warrant substantive due process protection must be “deeply rooted in the Nation’s history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty.” In addition, the traditionalists contend that such fundamental rights must be carefully described and can only function as protections against government intrusion. The rationalists, on the other hand, argue that the recognition of fundamental rights call upon the courts to exercise “reasoned judgment” in light of the constitutional morality as entailed in the concept of ordered liberty. The rationalists refuse to take for granted the epistemic authority of the history and tradition. They also embrace the idea of “living tradition.”

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan.
E-mail: yentusu@sinica.edu.tw

This article details how this doctrinal debate has shaped the modern substantive due process jurisprudence of the U.S. Supreme Court. It also seeks to draw lessons from the development of American constitutionalism to inform our normative considerations about written constitutionalism and unenumerated rights in constitutional theory. This article argues that the revitalization of the due process rationalism serves to level the playing field of judicial contestation over fundamental rights. The balancing approach also enables us to strike a proper balance between liberalism and democracy. This article further concurs with the democratic constitutionalism as proposed by Robert Post and Reva Siegel, and calls for an enlarged understanding of the politics of fundamental rights. In view of the respective politics of gay rights in the United States and Taiwan, this article examines and affirms the moral legitimacy and political wisdom of the *Obergefell v. Hodges* (2015) and the J.Y. Interpretation No. 748 (2017), the two landmark rulings for same-sex marriage in these two countries.

Keywords: fundamental rights, unenumerated rights, democracy, substantive due process, same-sex marriage