

傳統、義理與基礎權利的政治： 初探當代美國實體正當程序的憲法法理論

蘇彥圖

(中央研究院法律學研究所)

壹、前言

貳、正當程序傳統論的敗陣

一、歷史與傳統

二、謹慎描述

三、消極自由

參、正當程序理性論的重生

一、自由的義理

二、傳統的活化

肆、基礎權利的政治：代結論

參考文獻

壹、前言

在過去的 30 年間，美國憲法對待同性戀者的態度，有了根本而且巨大的典範轉變。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，認定喬治亞州處罰雞姦（sodomy）的刑法規定是合憲的¹。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。²」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. Texas*（以下簡稱 *Lawrence* 案）一案判決給全面推翻了³。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 [同性戀者間的] 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。⁴」就跟異性戀者一樣，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。在 *Lawrence* 案判決之後，美國的 LGBT 同志權利運動乃致力於爭取同性婚姻／婚姻平權，而美國的社會保守派人士，則竭力捍衛只認許「一男一女」結婚的傳統制度。經過了十餘年的文化戰爭（cultural war）（其間包括這項議題的正反陣營在美國各州所展開的一連串政治角力與／或司法攻防）⁵，美國聯邦最高法院在 2013 年間，以 *United States v. Windsor*（以下簡稱 *Windsor* 案）一案判決，將美國國會於 1996 年制定的《婚姻保衛法》（the Defense of Marriage Act; DOMA）宣告違憲——也就是說，兩位同性戀者依州法所成立的合法婚姻關係，美國的聯邦法必須予以尊重，不得有所歧視⁶。美國聯邦最高法院繼而在 2015 年間做成了 *Obergefell v. Hodges*（以下

¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

² 478 U.S. at 194.

³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁴ 539 U.S. at 578.

⁵ See, e.g., Pierceson, 2014.

⁶ *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013).

簡稱 *Obergefell* 案) 一案判決，宣告美國憲法所肯認與保障的婚姻自由這項基礎權利，也及於同性婚姻——也就是說，基於美國憲法第 14 增補條文之正當程序條款的規範意旨，美國各州均必須肯認並保障同性戀者結婚的自由⁷。Windsor 案與 *Obergefell* 案這兩個劃時代的判決，都是由大法官 Kennedy 主筆法院意見。身為 Roberts 法院迄今為止的舉足輕重的中位大法官 (the median Justice)，Kennedy 大法官的意向，也是自由派的憲法意見最終得以從這兩件 5:4 的非一致性判決中勝出的關鍵。

從 *Bowers* 案到 *Obergefell* 案，在這一系列事關同志憲法權利的裁判法中，自由派與保守派大法官的立場，基本上是壁壘分明的，而他們最主要的意見分歧，則是在於實體正當程序 (substantive due process) 這項憲法法理論的解釋與適用：自由派的大法官肯認，同志群體的性自由與結婚自由，應當屬於美國憲法第 14 增補條文之正當程序條款所要保障的基礎權利，而保守派的大法官就此則持否定論。這些關於自由的權利主張究竟是或者不是基礎權利，是決定它們是否會受到實體正當程序這項憲法法之實質保障的關鍵，因為如果它們不是基礎權利的話，法院就只會對系爭的政府規制，進行相當寬鬆、相當謙讓的合理性審查⁸。值得注意的是，這兩派大法官不只是在「應否基於實體正當程序的法理而將同志群體所主張的權利憲法法化」這個問題上，做出了相反的結論；他們對於「法院應該如何判定一項憲法未列舉的權利 (unenumerated right) 是否該當於實體正當程序所要保障的基礎權利」這個憲法解釋、司法審查上的方法論問題，毋寧也有細膩但是重要的見解歧異：保守派大法官堅持，法院對於實體正當程序這項憲法法理論的解釋與適用，必須忠於傳統，並且極其謹慎；自由派大法官則嘗試以關於自由 (liberty) 這個憲法規範概念之義理 (justice and reason) 的思辯與批判，促成實體正當程序的與時俱進。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

⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015). 另參見賴英照，2017。

⁸ See generally Fallon, 2004: 140-41; Sullivan and Massaro, 2013.

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）⁹。

自由派與保守派的大法官在同志權利議題上的意見對立，或許只是再次驗證了關於司法決策之意向模型（the attitudinal model）的解釋力¹⁰。不過，保守派的大法官每每強調，他們全然是根據傳統論這項司法理論取徑（doctrinal approach）在認事用法的，而他們之所以認同、採取傳統論，也無關他們個人在同志權利議題上的一階（first-order）價值或政策偏好，而純粹是基於他們對「法院就此應該扮演何種角色」這項權力分立與／或司法哲學層次的二階（second-order）課題所做的深刻反省。保守派的大法官與評論者進而強力抨擊，由大法官 Kennedy 主筆的 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案之法院意見，不過是以自由的權利修辭，掩飾父權的司法價值強制。「[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。¹¹」首席大法官 Roberts 在其所提出、並獲大法官 Scalia 與 Thomas 加入的 *Obergefell* 案不同意見書中，數度將本案與 *Lochner v. New York* (1905)¹²（簡稱 *Lochner* 案）這個美國憲法史上的著名惡例相提並論，據此控訴本案法院意見的自以為是、無所節制¹³。「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* 案的決定]跟[這部憲法]一點關係也沒有。¹⁴」首席大法官 Roberts 如此論結。

在當代美國的主流憲政思維中，美國聯邦最高法院在 *Lochner* 時期（1897-1937）以保障契約自由之名而推翻經濟管制立法的諸多判決，以及

⁹ Sunstein, 2009: 213.

¹⁰ See Segal and Spaeth, 2004.

¹¹ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip op., at 15).

¹² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹³ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip op., *passim*).

¹⁴ *Id.* at 20.

其在 1857 年所做的 *Dred Scott v. Sandford* 一案判決¹⁵，都被視為那些年——特別是在實體正當程序這個憲法法脈絡上——美國聯邦最高法院曾經鑄下的嚴重歷史錯誤。對不少論者來說，*Lochner* 似乎是陰魂不散的，因為當聯邦最高法院基於實體正當程序這項由普通法實務所發展出來的憲法原則而去保護一個憲法未明文列舉的基礎權利的時候，其就此所為決策，某個意義上就是在創造、建構一項新的憲法法規範（也就是將某項權利主張加以憲法法化），而不認同此項實體決策的論者，很難不去質疑：9 位大法官中的多數所做的司法決策，憑什麼可以就這麼廢棄或者壓縮、限制了憲政社群的多數決？當 *Roe v. Wade* (1973)¹⁶（以下簡稱 Roe 案）一案判決肯認了懷孕女性擁有自主選擇是否墮胎的憲法權利時，以及當 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)¹⁷（以下簡稱 Casey 案）一案判決再次肯認了 Roe 案的這項核心要旨時，部分論者即曾質疑、指責，美國聯邦最高法院被 *Lochner* 的幽靈附身了¹⁸。

不過，保守派大法官對於 *Obergefell* 案判決所做的批判，除了試圖再次召喚人們對於洛赫勒化（*Lochnerized*）的憲政決策可能會有的疑懼乃至反彈，似乎還多了一些怨懟。怎麼說呢？從 1970 年代以降，多數的大法官就是由日趨保守的共和黨籍總統所任命的。保守派的大法官儘管未能推翻 *Roe* 案這個社會保守派人士的眼中釘，不過，在 1997 年由首席大法官 *Rehnquist* 所主筆的 *Washington v. Glucksberg*（以下簡稱 *Glucksberg* 案）一案法院意見中¹⁹，他們總算為正當程序傳統論彙整出了一套比較完整的作業準則。他們試圖藉此避免日後再發生類似 *Roe* 案那樣的「錯誤」。然而，近二十年來，保守派的大法官卻只能眼睜睜地看著 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案一個個突破了 *Glucksberg* 案所設下的重重防線，而這些判決的主筆者，

¹⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

¹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁸ [To be supplemented].

¹⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

竟然還是曾經加入 *Glucksberg* 案法院意見的大法官 Kennedy。首席大法官 Roberts 的 *Obergefell* 案不同意見，還算含蓄而斯文的。大法官 Scalia 的 *Windsor* 案不同意見所傳達的惱怒，則是更具針對性的，只差沒有指名道姓而已：「我們的社會就婚姻制度所做的論辯，將會受到司法的扭曲——儘管只有本院的一位成員會認為說，這場論辯看來有待我們 [這些大法官] 的笨拙『協助』。」²⁰

晚近 30 年來的美國聯邦最高法院，究竟是如何判斷某件事情，即使並未明文規定於美國憲法，仍應被界定為是實體正當程序所要保障的基礎權利？在操作適用這項引申自美國憲法第 14 增補條文之正當程序條款的憲法法理論來接納或者拒絕承認一項新的基礎權利的時候，為什麼有些大法官如此執著於歷史與傳統，而另外一群大法官則比較願意去思辯自由的憲政義理？從憲法理論的規範觀點，我們又該如何評價這套由歷史與政治所形塑出來的憲法法理論？藉由分析、詮釋相關的裁判法理論，並且回顧、討論相關的重要學術文獻，本文嘗試描述、說明當代美國實體正當程序之憲法法理論的發展概況，並且提出本文就這項憲法法理論論爭的初步看法。主要參考學者 Laurence Tribe 與 Kenji Yoshino 等人所做的司法理論分析²¹，本文在第貳與第參部分依序介紹並討論正當程序傳統論與正當程序理性論這兩派主張及其間之差異與演進。本文於第肆部分提出本文對於這項方法論爭的初步看法。本文初步認為，傳統論的退位與理性論的復甦，在某個意義上公平化了保守派與自由派大法官就實體正當程序這件事情的論爭場域，而且有助於憲政社群在民主決策與個人自由之間，探尋出比較妥適的平衡。作為披著民主外衣的保守司法理論取徑，傳統論既未必能夠避免 *Lochner* 之流的積極錯誤決策，還有可能導致類如 *Bowers* 案判決這樣的消極錯誤決策。理性論要求法院勇於承擔決斷一項基礎權利主張是否有理的

²⁰ *Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (Scalia, J., dissenting) (slip. op., at 24).

²¹ See Yoshino, 2015; Tribe, 2003; Tribe, 2015. See also Conkle, 2006; Turner, 2014; Eskridge, 2014; Turner, 2016; Nicolas, 2016; Myers, 2016; Staszewski, 2017.

憲政責任，不過這從不表示，在追尋憲政義理的道路上，法院可以一意孤行。在傳統／保守與義理／進步之間，如何做出有智慧的政治判斷，始終考驗著每一位大法官。任何試圖去政治化關於基礎權利之憲政司法決策的司法理論嘗試，不僅是徒勞的，還可能是有害的。

貳、正當程序傳統論的敗陣

在過往的 30 年間，美國聯邦最高法院有一派大法官堅持，實體正當程序所要保護的基礎權利，如果並未被憲法明文列舉的話，就必須是、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，美國聯邦最高法院據以判斷、界定美國憲法第 14 增補條文之正當程序條款所要保護之實體自由／基礎權利的承認規則（或者說，司法理論方法），完全只討論一件事情：「客觀而言，在美國既存的歷史與傳統，是否已經認許、支持系爭的特定權利主張」。在美國聯邦最高法院的判例法傳統上，歷史與傳統很早就是該院在裁決關於實體正當程序之爭議時所會審酌的重要因素。不過，這項進一步將實體正當程序所保護之未列舉的憲法（基礎）權利完全「鎖在」歷史與傳統的司法理論取徑（亦即本文所界稱的正當程序傳統論），毋寧是直到相當晚近才被發展出來的，而且這項「獨尊」歷史與傳統的司法理論主張，相對於美國聯邦最高法院在實體正當程序此一憲法法脈絡上的傳統作法而言，也可謂是十分基進的。許多評論者將這項屬於當代的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 加入之 *Glucksberg* 一案法院意見。除了為傳統論整理出一套作業準則，首席大法官 Rehnquist 在該案的法院意見中還做了一件事：他把「『深植於本國的歷史與傳統』或『內含於有秩序可言之自由（*ordered liberty*）這個概念』」這個 *Bowers* 案法院意見就未列舉之基礎權利所為歸納定性中的「或」

(or) 這個字，改成了「且」(and)²²。一字千金。若謂這一字之差，可讓 *Glucksberg* 一案法院意見於日後被解讀成是正當程序傳統論的獨立宣言，應不為過。

在 *Glucksberg* 一案的法院意見中，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，獨尊傳統論的 *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實體正當程序之基礎權利所為認定，「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。不論美國聯邦最高法院先前是怎麼做關於實體正當程序之司法決策的，當代有一派大法官認為，從 *Glucksberg* 案以後，傳統論就是（或者說，應該是）法院從事實體正當程序分析的不二法門了。然而，這派大法官終究只能看著 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案一個接著一個破繭而出，而他們唯一能做的，就只是在不同意見書中，譴責這三案的多數意見，離棄了傳統論。

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。²⁵」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

²² Yoshino, 2015: 151-152; Devins, 2006: 330.

²³ *Glucksberg*, 521 U.S. at 720.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 710.

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』」²⁶。基於這樣的看法，關於實體正當程序的憲法分析，必須而且只能夠「向後看」(backward-looking) 而不可以「向前看」(forward-looking)²⁷；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憲法基礎權利？美國聯邦最高法院最後是以 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²⁸。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²⁹。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* 案與 *Casey* 案作為判決先例的地位，並且多次重申實體正當程序的基礎權利必須深植於歷史與傳統，大法官 Scalia 等人的 *Lawrence* 案不同意見，還對基礎權利所據以存立的傳

²⁶ *Id.* at 720-21.

²⁷ Yoshino, 2015: 152-53.

²⁸ [To be supplemented].

²⁹ Devins, 2006: 330.

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。³⁰」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³¹。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的憲法所要保障的基礎權利³²。

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這項憲法原則的適用範圍。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) 列舉與未列舉之憲法權利間的差異³³。*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，則是聚焦於 (iii) 司法自制的考量³⁴。這些理由究竟是如何推論出來的，又分別具有多少說服力，還有待進一步的討論。

³⁰ *Lawrence*, 539 U.S. at 598 (*Scalia*, J., dissenting).

³¹ See *Conkle*, 2006; *Balkin*, 2011: 213.

³² *Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (*Scalia*, J., dissenting) (slip. op., at 17-18); *Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (*Alito*, J., dissenting) (slip. op., at 7); *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (*Roberts*, C.J., dissenting); *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (*Alito*, J., dissenting) (slip op., at 2-3).

³³ *Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (*Alito*, J., dissenting) (slip. op., at 9-10); *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (*Scalia*, J., dissenting) (slip op., at 5-6).

³⁴ *Glucksberg*, 521 U.S. at 720-22; *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (*Roberts*, C.J., dissenting) (slip. op., at 14-15).

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）。³⁵」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.* (1989) 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：大法官 Scalia 在該意見中主張，在檢討是否存在某項基礎權利的時候，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保障抑或拒絕保障該項權利主張³⁶。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。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一些運作上的彈性，而且容留這樣的彈性，對試圖縮限基礎權利之主張可能性的傳統論來說，是件好事，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，人民擁有醫生協助自殺如此一般性的基礎權利，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³⁷。

³⁵ *Glucksberg*, 521 U.S. at 721.

³⁶ See Yoshino, 2015: 154-55.

³⁷ See Fallon, 2004: 151-52.

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「同性戀者從事雞姦的權利」，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。³⁸」援引宣告跨種族通婚之禁止違憲的 *Loving v. Virginia* (1967)³⁹、宣告一項對受刑人結婚之限制違憲的 *Turner v. Safley* (1987)⁴⁰、宣告一項禁止未盡扶養子女義務之父親結婚之州法違憲的 *Zablocki v. Redhail* (1978)⁴¹ 以及 *Lawrence* 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，不該被用於涉及婚姻權利與同志權利的案件：「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。⁴²」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⁴³。不過，他堅持，同性婚姻這項基礎權利主張，終究不是傳統定義下的婚姻權利。「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。⁴⁴」首席大法官 Roberts 只能如此嘲諷。

³⁸ *Lawrence*, 539 U.S. at 567.

³⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁴⁰ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

⁴¹ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

⁴² *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (slip op., at 18).

⁴³ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip. op., at 14).

⁴⁴ *Id.* at 19.

三、消極自由

除了申論「同性婚姻作為一項基礎權利主張，絕非深植於歷史與傳統，所以根本通不過 *Glucksberg* 案法院意見就實體正當程序之適用所設下的司法門檻」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* (1965) 案⁴⁵（以下簡稱 *Griswold* 案）到 *Lawrence* 案這一系列保障隱私權的判決先例，切分開來：「不同於禁止避孕用品與雞姦的刑法規定，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。⁴⁶」對於不少人來說，這段話（還有它的下一句）讀起來，是極其冷酷無情、不知人間疾苦的，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。⁴⁷」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，還牴觸了美國聯邦最高法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。⁴⁸」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），而不可以是要政府（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⁴⁹。

⁴⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁶ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip. op., at 17).

⁴⁷ *Id.* at 18.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Thomas, J., dissenting) (slip. op., at 9-13).

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* (1973)⁵⁰，以及否定政府在實體正當程序之憲法法下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* (1989)⁵¹ 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⁵²，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。⁵³」為了「實現自由的全部許諾」⁵⁴，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領域，或者會根本改寫實體正當程序的憲法法理論，則還有待時間的驗證⁵⁵。

⁵⁰ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁵¹ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 482 U.S. 189 (1989).

⁵² *Lawrence*, 539 U.S. at 578.

⁵³ *Lawrence*, 539 U.S. at 605 (Scalia, J., dissenting).

⁵⁴ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (slip op., at 14).

⁵⁵ See Yoshino, 2015: 167-69.

參、正當程序理性論的重生

在 *Lawrence* 案、*Windsor* 案與 *Obergefell* 案相繼掙脫了傳統論的束縛後，許多論者都注意到，某些不為傳統論者所喜、被 *Glucksberg* 案法院意見棄之如敝履的先例——特別是由大法官 O'Connor、Kennedy 與 Souter 共同主筆之 *Casey* 案判決意見，又再度扮演起了指引法院從事關於實體正當程序之審查與決策的重要角色。某些東西確實又回來了。不過，回來的與其說是首席大法官 Roberts 在其 *Obergefell* 案不同意見中多次提到的美國聯邦最高法院在 *Lochner* 時期的作法，不如說是在後 *Lochner* 時期的判例法傳統上足與 *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）⁵⁶。援用學者 Sunstein 所提出的二元分析架構以及用語，本文將這項於晚近復出、重生的司法理論，界稱為正當程序理性論。作為一項針對實體正當程序之解釋與適用，而且已有相當實務經驗可言的司法理論，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*⁵⁷ 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⁵⁸。」

⁵⁶ See *id.* at 149.

⁵⁷ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

⁵⁸ *Poe*, 367 U.S. at 542 (Harlan, J., dissenting).

針對「實體正當程序究竟要保障哪些憲法所未列舉的權利」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，[…]，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。⁵⁹」

對大法官 Harlan II 與受其啟發的理性論者來說，實體正當程序這項憲法法的解釋與適用，終究有待法院做成講理之判斷（reasoned judgment）⁶⁰；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是違憲的」。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⁶¹。該院於 1992 年做成的 *Casey* 案判決，猶大幅引用、高度推崇大法官 Harlan II 的 *Poe* 案不同意見⁶²；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。

⁵⁹ *Id.* at 543.

⁶⁰ *Casey*, 505 U.S. at 849.

⁶¹ *Griswold*, 381 U.S. 479.

⁶² *Casey*, 505 U.S. at 848-49.

一、自由的義理

理性論與傳統論的根本差異，就在於二者對於未列舉之基礎權利這件事情，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」的未列舉權利主張，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，對相關的歷史與傳統，進行理性的批判⁶³。對傳統論者而言，未列舉基礎權利的認定這項課題，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⁶⁴。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⁶⁵，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⁶⁶。

如果說自由是「一個理性的連續體」，那麼，是什麼樣的憲法原則／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而且繼續保護的未列舉權利連結起來呢⁶⁷？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。回顧過往有關決策型隱私（decisional privacy）的一系列判決先例，

⁶³ See Sunstein, 2009:119.

⁶⁴ See Tribe, 2015: 16 (n.2).

⁶⁵ [To be supplemented].

⁶⁶ See Tribe, 2015: 23-28.

⁶⁷ See Tribe, 2004: 1899.

美國聯邦最高法院在 *Casey* 案法院意見中，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。[...] 這些事情對於第 14 增補條文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。⁶⁸」

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。經由融通自由與平等的憲政義理，*Obergefell* 案法院意見進一步引申表示，保障個人得以追尋、實現「法律之前的平等尊嚴（equal dignity in the eyes of the law）」⁶⁹，亦是實體正當程序所要保障之基礎自由的一項核心價值。從「自由作為個人自治」到「自由作為平等尊嚴」——當代正當程序理性論的實踐經驗顯示，在擴大自由的權利主體範圍的同時，法院對於自由作為一項憲政義理的詮釋與建構，也往往會有所調整。這樣的改變有可能是微幅而且遲緩的。不過，從 *Casey* 案到 *Obergefell* 案的演進告訴我們，憲政義理上的一小步，就有可能會是憲政歷史上的一大步。

⁶⁸ *Casey*, 505 U.S. at 851.

⁶⁹ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (slip op., at 28). See also Tribe, 2015: 19-23; Eskridge, 2014.

二、傳統的活化

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。⁷⁰」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。⁷¹」*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。⁷²」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]第14增補條文的那些世代之人，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。⁷³」

⁷⁰ *Casey*, 505 U.S. at 850.

⁷¹ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (slip op., at 10-11).

⁷² *Poe*, 367 U.S. at 542 (Harlan, J., dissenting).

⁷³ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (slip op., at 11).

如果說傳統論試圖將未列舉之基礎權利「凍齡」在過去的某個歷史時刻，理性論所關切的歷史與傳統，毋寧是一個動態的過程，而且理性論所特別重視的，應該是「當代的」歷史與傳統——也就是我們當代人對於憲政自由的理解、追尋與實踐。基於類似的權利演化觀，學者 Jack Balkin 強調新興權利「由下而上」的生成過程，而主張法院的任務，僅在追認已經蔚為主流的權利論述⁷⁴。不過，Balkin 的理論，似乎無法完全解釋何以 *Lawrence* 案判決並不認為 *Bowers* 案判決純粹只是「昨是今非」，也未必能夠充分說明何以 *Obergefell* 案判決來得正是時候。那麼，當代之正當程序理性論的司法實踐，又是如何看待義理與歷史／傳統之間的關係，以及法院在其間所要扮演的角色呢？這項問題無疑有待進一步的觀察與討論。本文在此謹提出兩項初步的看法：(i) 在追尋憲政進步的道路上，採理性論的法院，可能既非「帶風向」的意見領袖，也不盡然只是從善如流的事後諸葛。憲政義理賦予法院一定的能動性（agency），不過，如果系爭的權利主張（還）沒有獲得相當程度的社會支持，理性論者的法院，大概也不會有什麼「雖千萬人吾往矣」的勇氣與確信。(ii) 在 *Lawrence* 案與 *Windsor* 案判決，大法官 Kennedy 都採取了某種「深而窄」（deep and narrow）的論述策略——也就是提出意義深長的自由論理，但是又聲明，此等論理之射程，僅及於系爭之議題⁷⁵。大法官 Scalia 強力抨擊這樣的聲明，認為它們根本就是「此地無銀三百兩」⁷⁶。大法官 Kennedy 為什麼要這麼做？這項問題的回答，或許有助於我們進一步探索義理與傳統在理性論中的互動與辯證。

⁷⁴ See Balkin, 2011: 208-19.

⁷⁵ See Sunstein, 2001: 16-19.

⁷⁶ *Lawrence*, 539 U.S. at 604-05 (Scalia, J., dissenting); *Windsor*, 570 U.S. ___ (Scalia, J., dissenting) (slip op., at 21-22).

肆、基礎權利的政治：代結論

大法官 Holmes 在其所提出之 *Lochner* 案不同意見，曾經提到：「[憲法] 第 14 增補條文並沒有將 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。⁷⁷」在一個世紀之後，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] 之歷史定義。⁷⁸」在分隔這兩份意見的一百多年來，按照學者 Bruce Ackerman 的看法，美國的憲法法經歷了至少兩度的重大典範變遷⁷⁹。然而，關於未列舉之基礎權利的實體正當程序保障，似乎一直是美國憲法法上備受爭議的一項課題。而且，儘管這項爭議所涉及的一階議題脈絡，早已從 *Lochner* 時期的經濟管制，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，「憲法並未將○○理論入法」這個反對法院肯認某項基礎權利之論者所樂用的修辭句型，依然歷久彌新。為什麼在 *Lochner* 這項判決先例作古將近 80 年之後，首席大法官 Roberts 還要、而且還能夠套用大法官 Holmes 的這句名言，來反對 *Obergefell* 案這個劃時代的實體正當程序判決呢？為什麼實體正當程序的憲法法理論，是如此爭議不斷，卻又這麼屹立不搖呢？

一項關於實體正當程序的常見質疑是，法院憑什麼可以把一項憲法未列舉的權利主張憲法法化？本文初步認為，這項質疑最終指向了「司法審查與政治民主程序間的互動與分際」這個司法憲政主義 (judicial constitutionalism) 的根本難題，而憲法的文本——或者說，成文憲法主

⁷⁷ *Lochner*, 198 U.S. at 75 (Holmes, J., dissenting).

⁷⁸ *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip. op., at 2).

⁷⁹ See Ackerman, 2000; Ackerman, 2014.

義 (written constitutionalism) —— 終究還是問題的一部分，無法提供什麼足以定紛止爭的確切解答⁸⁰。比如說，有些論者批評，「引用正當程序條款來對基礎權利提供實體保護」這項作法，根本就是文不對題，錯解了這項條款的規範意旨⁸¹。問題是，就算此等批評是有道理的，也不表示我們因此就應該推翻、否定實體正當程序這項由普通法憲政主義 (common law constitutionalism) 所發展出來的憲法原則⁸²。又比如說，有些論者認為，美國憲法第 9 增補條文與第 14 增補條文的特權或豁免權條款 (the Privileges or Immunities Clause)，都比第 14 增補條文的正當程序條款，更適於作為法院據以保護基礎權利的規範依據／授權基礎⁸³。不過，就算美國聯邦最高法院在 *The Slaughter-House Cases* (1872)⁸⁴ 對特權或豁免權條款所做的狹隘解釋，確是一項歷史錯誤，這項錯誤，恐怕早已無關緊要了。我們不難想像，即使沒有這些憲法釋義學上的爭議，許多論者還是會基於他們所抱持的憲政理念，而去嚴厲質問：「法院憑什麼這麼做？」⁸⁵

在這場跨世代的盛大論辯中，有些論者主要是基於民主的原則／規範考量，而反對法院以實體正當程序（乃至任何其他憲法法）將一項未被成文憲法列舉的權利憲法法化。簡單地說，這些論者認為，法院這麼做的話，勢必會縮限、干預了憲政社群的民主決策空間，可是此際法院並無法理直氣壯地說，它非這麼做不可，因為是憲法明白要求它這麼做的⁸⁶。大多數執此看法的論者，或許不會（或者不敢？）像著名的已故保守派法官 Robert Bork 那樣，把明白宣示列舉權利之非排他性的美國憲法第 9 增補條文，當成是制憲者留下的無意義墨斑⁸⁷。不過，對他們來說，憲法列舉的權利與未被憲法列舉的權利之間，至少在司法審查上，還是存有重要的差異：特

⁸⁰ See also Michelman, 2006.

⁸¹ See, e.g., Ely, 1980: 14-21; Chapman and McConnell, 2012. Cf. Williams, 2010; Greene, 2016.

⁸² On the idea of common law constitutionalism, see generally Strauss, 2010.

⁸³ See, e.g., Ely, 1980: 22-30; Farber, 2007; Balkin, 2011: 208-219; McConnell, 2013.

⁸⁴ *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1872).

⁸⁵ Cf. Farber, 2007: 85.

⁸⁶ See Calabresi ed., 2007: 126-130.

⁸⁷ See Barnett, 2006: 10.

別是在只涉及後者的場合，民主的多數決策，應該受到法院更大程度的尊重⁸⁸。對這些論者來說，傳統論或許會比理性論來得可取，因為就算傳統並不必然能與民主劃上等號，藉由嚴格限定基礎權利的資格，傳統論或可為社群民主保留更為寬廣的決策空間——至少傳統論者是這麼主張的⁸⁹。

然而，對支持一個比較開放之實體正當程序的論者來說，「民主誠可貴，自由價更高」。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。』[...]⁹⁰」

為了避免司法決策陷於抗多數決困境，傳統論者認為，法院應該避免肯認既有（傳統）社群多數所不認同的基礎權利主張。傳統論者甚至建議，與其冀望司法的特別關愛，主張新興基礎權利之人，最好還是循民主政治程序，努力爭取社群多數的認同與支持⁹¹。大法官 Kennedy 顯然不認同這樣的看法；他的這段話透露出一個相當明確的訊息：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治的，所以確認與伸張個人基礎

⁸⁸ See, e.g., *Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (Alito, J., dissenting) (slip. op., at 9-10).

⁸⁹ See Sunstein, 2009:111-112, 113-114.

⁹⁰ *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (slip. op., at 24).

⁹¹ See, e.g., *Obergefell*, 576 U.S., at ____ (Roberts, C.J., dissenting) (slip. op., at 27).

權利的憲政決策機制，根本不應該是民主政治程序，而應是一個能夠比較獨立而公正地裁決個人與憲政社群／間之爭議的機制，例如司法審查。相較於代議民主或直接民主程序下的各種憲政決策機制（甚至包括憲法之制定與修改），司法審查之所以會比較契合於基礎權利之確認與伸張的一項機制，不僅是因為司法決策講求原則論理而非偏好的加總，也因為在司法的合議決策機制下，權利主張者所要承擔的說服成本是最低的——其僅需說服法院之多數，而不是議會或者社群之多數。根據這樣的想法，一項權利是否被憲法明文列舉，就僅是一個歷史的偶然，而且這個偶然不會也不應決定個人是否享有該項權利⁹²。對於許多憲政自由論者（constitutional liberals）來說，這項由正當程序理性論所投射出來的基礎權利觀，無疑會比正當程序傳統論所設想的「成文憲法決定論」與「未列舉權利之民主決定論」，更加契合於他們對憲政民主的理解與想像⁹³。這項看法的有力存在，相當程度上也解釋了何以在後 *Lochner* 時期，許多論者仍然選擇擁抱實體正當程序這項憲法法理論⁹⁴。

在憲法法的天平並不理所當然地倒向傳統／民主與義理／自由之任何一邊的情況下，首席大法官 Roberts 仍試圖以司法自制這類審慎（prudence）層次的考量，來替傳統論辯護。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這項司法理論取徑，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⁹⁵。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

⁹² See, e.g., Dworkin, 1992; Seidman, 2010.

⁹³ See, e.g., Fleming, 2006.

⁹⁴ See Bernstein, 2003; Nourse, 2009.

⁹⁵ See, *Obergefell*, 576 U.S., at ___ (Roberts, C.J., dissenting) (slip. op., at 14-15).

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。為什麼這項論證極可能是禁不起檢驗的呢？除了忽略了傳統本身所可能蘊含的諸多偏差⁹⁶，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，而是廣義的司法政治⁹⁷。

民主的溝通、論辯與折衝妥協確實極為重要，但是確保個人享有不受社群干預、壓迫的自由空間與平等尊嚴也是。歷史與傳統無疑蘊藏智慧，不過憲政義理也不能只顧過去、不講未來。如何在這些互有衝突而未必能夠周全的憲政價值間求取適切的平衡，終究取決於大法官們的政治判斷，也考驗著大法官們的政治智慧。這就是本文試圖描述與肯定的基礎權利的政治（the politics of fundamental rights），而晚近美國聯邦最高法院有關實體正當程序之司法理論的發展——也就是傳統論的退位與理性論的復甦，則有公平化基礎權利之政治論爭場域（leveling the playing field of the political contestation about fundamental rights）的積極意義，應該值得我們肯定與學習。

⁹⁶ See Sunstein, 2009: 101-07; see also Wolf, 2002.

⁹⁷ See Ho and Quinn, 2010.

參考文獻

賴英照 (2017)，伸張人權或司法政變— Obergefell v. Hodges 案的論辯，
法令月刊，第 68 卷，第 5 期，頁 1-22.

Ackerman, Bruce. *We the People: Volume 2: Transformations*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

_____. *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Balkin, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Bernstein, David E. “Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism.” *Georgetown Law Journal* 92 (2003): 1-60.

Barnett, Randy E. “The Ninth Amendment: It Means What It Says.” *Texas Law Review* 85, no. 1 (2006): 1-82.

Calabresi, Steven G., ed. *Originalism: A Quarter-Century of Debate*. Washington, DC: Regnery Publishing, 2007.

Chapman, Nathan S., and Michael W. McConnell. “Due Process as Separation of Powers.” *The Yale Law Journal* 121 (2012): 1672-1807.

Conkle, Daniel O. “Three Theories of Substantive Due Process.” *North*

Carolina Law Review 85, no. 1 (2006): 63-148.

Devins, Neal. “Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die.” In *The Rehnquist Legacy*, edited by Craig Bradley, 327-344. New York, NY: Cambridge University Press, 2006.

Dworkin, Ronald. “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled.” *The University of Chicago Law Review* 59 (1992): 381-432.

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

Eskridge Jr, William N. “The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory.” *Cato Supreme Court Review* (2014): 111-138.

Fallon, Jr. Richard H. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*. New York, NY: Cambridge University Press, 2004.

Farber, Daniel A. *Retained by the People: The “Silent” Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans Don't Know They Have*. New York, NY: Basic Books, 2007.

Fleming, James E. *Securing Constitutional Democracy: The Case of Autonomy*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2006.

Greene, Jamal. “The Meming of Substantive Due Process.” *Constitutional Commentary* 31 (2016): 253-294.

Ho, Daniel E., and Kevin M. Quinn. “Did a Switch in Time Save Nine?” *Journal of Legal Analysis* 2 (2010): 69-113.

Michelman, Frank I. “Unenumerated Rights Under Popular Constitutionalism.” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 9 (2006): 121-153.

Myers, Richard S. “Obergefell and the Future of Substantive Due Process.” *Ave Maria Law Review* 14 (2016): 54-70.

Nourse, Victoria F. “A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights.” *California Law Review* 97, no. 3 (2009): 751-799.

Nicolas, Peter. “Fundamental Rights in a Post-Obergefell World.” *Yale Journal of Law & Feminism* 27, no. 2 (2016): 331-361.

Pierceson, Jason. *Same-Sex Marriage in the United States: The Road to the Supreme Court and Beyond*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2014.

Segal, Jeffrey A., and Harold J. Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

Seidman, Louis Michael. “Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism.” *California Law Review* 98 (2010): 2129-2159.

Staszewski, Glen. “*Obergefell and Democracy*.” *Boston University Law*

Review 97 (2017): 31-102.

Strauss, David A. *The Living Constitution*. New York, NY: Oxford University Press, 2010.

Sunstein, Cass R. *One Case at A Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

Sullivan, E. Thomas, and Toni M. Massaro. *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*. New York, NY: Oxford University Press, 2013.

Tribe, Laurence H. “Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name.” *Harvard Law Review* 117 (2003): 1893-1955.

_____. “Equal Dignity: Speaking Its Name.” *Harvard Law Review Forum* 129 (2015): 16-32.

Turner, Ronald. “Same-Sex Marriage and Due Process Traditionalism.” *University of Richmond Law Review* 49 (2014): 579-641.

_____. “Marriage Equality and Obergefell’s Generational (Not Glucksberg’s Traditional) Due Process Clause.” *Duke Journal of Gender Law & Policy* 23 (2016): 145-162.

Wolf, Adam B. “Fundamentally Flawed: Tradition and Fundamental Rights.” *University of Miami Law Review* 57 (2002): 101-156.

Williams, Ryan C. “The One and Only Substantive Due Process Clause.” *The Yale Law Journal* 120 (2010): 408-512.

Yoshino, Kenji. “A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges.” *Harvard Law Review* 129 (2015): 147-179.