

15. Bowers, Attorney General of Georgia v. Hardwick et al.

478 U.S. 186 (1986)

法治斌、張宏誠 節譯

判 決 要 旨

1. 聯邦憲法並未賦予同性戀者從事肛交之基本權利。本院歷來有關家庭關係、婚姻或生育判決所揭示之基本權利，無一得以類推適用於本案。
(The Constitution does not confer a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy. None of the fundamental rights announced in this Court's prior cases involving family relationships, marriage, or procreation bear any resemblance to the right asserted in this case.)
2. 面對多數州曾經及現仍以肛交為犯罪行為這一背景，竟而主張從事此一性行為之權利係深植於吾國歷史與傳統，或係隱涵於憲法所稱之其他人民自由，豈僅無稽而已。
(Against a background in which many States have criminalized sodomy and still do, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" or "implicit in the concept of ordered liberty" is, at best, facetious.)
3. 擴張正當法律程序條款，以涵攝新生之基本權利，似存有極大之阻力。若否，司法機關於無憲法授權下，當不至自外於其治理國家之權限。本案所主張之權利，尚不足以克服此項阻力。
(There should be great resistance to expand the reach of the Due Process Clauses to cover new fundamental rights. Otherwise, the Judiciary necessarily would take upon itself further authority to govern

the country without constitutional authority. The claimed right in this case falls far short of overcoming this resistance.)

4. 同性性行為發生於私人住宅之事實並不影響判決之結果。本院 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 之判決先例於本案無適用餘地。
(The fact that homosexual conduct occurs in the privacy of the home does not affect the result. Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, distinguished.)
5. 肛交禁止法不因多數人以肛交不道德之信念不足以成為支持此項法律之合理性基礎而應無效。
(Sodomy laws should not be invalidated on the asserted basis that majority belief that sodomy is immoral is an inadequate rationale to support the laws.)

關 鍵 詞

homosexuals (同性戀); sodomy law (肛交禁止法); fundamental rights (基礎權利); victimless crimes (無被害人犯罪); Due Process Clause (正當法律程序條款)

(本案判決由大法官 White 主筆撰寫)

事 實

一審原告 Michael Hardwick (即本案之「被上訴人」) 是一名男同性戀者, 居住在喬治亞州 (以下簡稱「喬州」) 蓋靈堡 (Gatlinburg) 市, 經營一家健康食品專賣店。一九八一年, 被上訴人應朋友之邀前往亞特蘭大 (Atlanta) 市, 並於當地一家同性

戀酒吧工作。一九八二年八月某日, 當其早晨七時準備下班前與朋友小酌啤酒, 離開酒吧時, 便將啤酒瓶順手棄置於酒吧旁之垃圾桶, 當時正好一輛警車通過便為攔檢, 警方以其當街喝酒, 乃開立罰單, 罰款繳費期限星期二卻誤寫為星期三。星期二當天早上, 一名警官 Torick 便持拘票前往被上訴人之公寓, 惟其不在, 當天下午其室

友告知警察持拘票來過，其原不解，後因前往法院繳納罰款，始知繳納期限誤寫，簡易法庭法官裁定罰款美金五十元，被上訴人隨即亦將罰款繳清結案。

三星期後某晚，被上訴人因工作緣故，與朋友相約先至其公寓等候，待其返家時，其朋友已醉臥客廳沙發上，其亦因疲累乃倒頭就睡，臥房房門並未上鎖，而半掩著（ajar）。隔日早晨，該名警官又持拘票前往被上訴人的公寓，究其實，該拘票業已失效，惟其友人並不知其已返家，仍讓警方進入查看，待其經過被上訴人之臥房時，從門縫窺見其正在與另一名男子相互口交，隨即進入臥房，以觸犯喬州肛交禁止法¹現行犯將被上訴人逮捕。譯註一在警局拘禁十二小時之後，地區檢察官決定予以不起訴處分。惟被上訴人仍向地方法院提起訴訟，主張喬州肛交禁止法違反聯邦憲法應為無效，雖這次行為獲不起訴處分，其仍然可能繼續從事該性行為，是以，其將陷於隨時受逮捕之急迫危險中，難保下次不因此而遭起訴。誠然，其所為該主張並無具體理由，其亦承認無法明確提出因從事同性性行為可能遭

到逮捕的機率為何，被上訴人乃進一步主張隱私權受到侵害，因其係於自家住所中遭受非法逮捕。

地方法院援引本院 *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond*, 403 F. Supp. 1199 (ED. Va. 1975), *aff'd*, 425 U.S. 901 (1976) 一案，認為原告單純害怕刑法的處罰，並不足以主張刑法處罰同性性行為違憲，況法院對於法律規定是否適當並不加以判斷，故而認定原告敗訴。原告進而提起上訴。第十一巡迴上訴法院推翻了地方法院的見解，760 F. 2d 1202 (1985)，認為地方法院援引所的 *Doe* 一案與本案有所區別，因此，基於聯邦最高法院歷來針對隱私權之判決先例，即 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)、*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)、*Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969) 及 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 等案見解，系爭喬州刑法確實侵害原告的基本權利，因為原告所從事的同性性行為係一種私人的、親密的交往，基於聯邦憲法增修條文第九條及第十四條（正當法律程序條款）之規定，政府不得加以介入、管制。

¹ 一九八四年喬治亞州法典彙編（*Georgia Code Ann.*）第 16-16-2 條規定：「(a) 主動或被動以其性器與他人人口腔或肛門從事任何性行為者均構成肛交罪。(b) 犯前項之罪者，處一年以上二十年以下有期徒刑。」

因此發回更審,同時諭令地方法院必須要求被告州政府提出「優位的政府利益」(compelling interests),以及達成該目的的手段兩者間必須有緊密關連(narrowly drawn)。被告州政府則提出上訴。聯邦最高法院基於統一各法院對於類似案件的見解,因此發出「移審令」(certiorari)就本案加以審查。

判 決

上訴法院原判決廢棄。

理 由

本案無須判斷系爭肛交禁止法究係處罰任何成年人間合意性行為之一般規定,或係僅就同性戀者從事該性行為加以處罰之特殊規定,及該法上述處罰類型何者為佳或較為可取;亦與州立法部門制訂處罰同性戀者肛交性行為之法律,或州司法部門基於州憲法規定宣告系爭相關法律無效之判決是否正確或妥適無涉。本案爭點在於,究竟聯邦憲法是否承認同性戀者從事同性性行為係一基礎權利(fundamental rights)譯註二而應受保障,因而必須將行之有年之各州管制非法性行為之相關法律宣告無效?同時,本案亦涉及聯邦最

高法院作為實踐憲法賦予(constitutional mandate)之角色,其界限何在?

本席首先應就本院建構憲法上隱私權概念歷來判決先例加以澄清。上訴法院判決見解及被上訴人主張均以其保障得含括同性戀者間肛交性行為,其保障目的及內容均應於本案中加以適用。按本院歷來就隱私權概念詮釋之先例中,有處理子女養育及教育問題,如 *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 685 (1977)、*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) 及 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); 有涉及家庭關係者,如 *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); 有涉及子女生殖者,如 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942); 有涉及婚姻者,如 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); 有涉及避孕行為者,如 *Griswold v. Connecticut* 及 *Eisenstadt v. Baird*; 有涉及墮胎者,如 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 等相關案例。前揭後三件判決先例係基於有無構成憲法增修條文第十四條之正當法律程序條款下隱含之基礎權利,以判斷得否生育或養育子女,參照本院前揭 *Carey v. Population*

Services International 之判決意旨

本院有義務應依循前揭判決先例之意旨，惟本席以為，本院前揭相關判決先例承認基礎權利之保障類型，於本案系爭同性戀者從事肛交性行為是否構成憲法所保障之基礎權利爭議一端，顯無可類推適用而得援引者。本家中上訴法院或被上訴人亦均未就同性性行為與家庭、婚姻或子女生殖彼此間之關連性予以闡釋。尤有甚者，前揭判決先例所承認之權利，亦非表示即足以支持凡成年人間所為之私人間合意性行為均受憲法保障，而得免於政府刑事訴追。事實上，本院前揭 Carey 一案中即兩度強調，憲法上隱私權之保障範圍，並非如 Griswold 一案依據憲法正當法律程序條款所承認者如此廣泛。

除程序要件不論，如同上訴法院所稱，被上訴人亦向本院主張，聲請本院宣告從事同性戀者間之肛交行為，係憲法所保障之基礎權利之一。惟，此非本院所願。究其實，縱不論憲法第五及第十四增修條文所稱正當法律程序條款，顯係明文單指人民生命、自由、財產受剝奪時之程序保障，前揭諸判決先例則係該條款所引伸之實質正當法律程序內涵下擴張適用之結果，賦予其具體憲法權利，以免於

聯邦或州政府之管制與刑事訴追，上述諸判決先例皆係憲法條文規範意旨不明或未有明文規定，Meyer、Prince 及 Pierce 等案者是，自 Griswold 至 Carey 相關隱私權案例亦同。

為確保本院其他大法官及一般社會大眾對本院判決之信賴，特別是本院於憲法無明文規範下，所創設之其他受憲法保障之權利類型，且為避免有本院大法官將其自身價值判斷強加於各州及聯邦政府之嫌，本院曾試圖以符合較嚴密之司法審查標準界定其權利本質。於 Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325, 326 (1937) 一案中，本院即曾表示該範圍及於「隱含於傳統自由概念下」之相關基本自由權，而「非人民單純之自由或公平正義受侵害即足以當之」。其他如本院於 Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494, 503 (1977) (由 Powell 大法官執筆之意見) 一案中所闡釋者，憲法保障之自由需係「深植於吾國歷史與傳統」。本院 Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 506 一案一併參照。

本案顯而易見者係，上述原則均無由得延伸前述基礎權利保障之概念，使同性戀者間所為之合意肛交性行為亦受憲法保障。對於該性行為之處罰有其歷史淵源。參見

憲法隱私權於同性性行為保障適用可行性調查報告, 40 U. Miami L. Rev. 521, 525 (1986)。肛交性行為於普通法上早被視為是一種刑事犯罪, 且可追溯至北美十三州最初制訂權利法案 (Bill of Rights) 時即為禁止之列。於一八六八年修正通過憲法增修條文第十四條時, 全美三十七州中即有五州已有處罰肛交性行為之刑法存在。事實上, 於一九六一年全美五十州中有七州, 乃至今日仍有二十四州及華盛頓哥倫比亞特區等地均保有相關法律, 對於成年人私人間合意從事肛交性行為予以刑事處罰, 參照前揭調查報告第五二四頁註九。無視於上述歷史背景與事實, 主張得從事該性行為之權利係深植於吾國歷史與傳統, 或係隱含於憲法所稱之其他人民自由, 藉以反對現今吾國多數州曾為及仍處罰肛交性行為之現狀, 乃無稽之談也。

本院亦無意自我擴權而於正當法律程序條款所無概念下, 創設其他新型之基礎權利類型。本院處理憲法條文規範或整體憲法架構意旨不明、甚或顯無規定時, 而由法官造法 (judge-made) 之相關案件時, 其正當性自易遭受質疑與批評, 此於一九三〇年代本院與行政部門間, 為拒絕降低本院詮釋憲法增修條文第五及第十四條實質內

容之標準, 彼此怒顏相向可見一斑。因此, 對於擴張解釋上述憲法條款之實質內涵, 特別是需要對權利範圍重新界定何謂構成基礎權利者, 本院尤應戒慎而不得輕易為之, 否則司法機關將無可避免地逾越憲法授權, 承受原非其統治國家之權力。本案系爭權利即遠非本院所得置喙。

另一方面, 被上訴人主張若同性戀者肛交性行為發生於私人住宅中, 其判決結果應有所不同, 乃援引本院 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969) 一案判決先例中, 認憲法增修條文第一條, 係禁止於私人住宅中持有或閱覽色情物品加以處罰, 其謂: 「若憲法增修條文第一條有其意義者, 即係國家對人民端坐家中應閱讀何種書籍、應觀賞何種影片無置喙餘地。」

Stanley 該案判決確係擴張隱私權保障至原不受保障之住所以外之行為, 其亦部份限制國家執行查禁風化相關法律, 然該判決有其憲法增修條文第一條之明文依據。本案被上訴人所主張之權利於憲法條文中並無可適用之相同依據, 本案系爭權利亦不足以構成憲法增修條文第十四條相關原則之適用要件, 其限制本院無法任意忽視。誠然, 並非所有於住宅中所從事之行為均無以構成非法行為, 所

謂「無被害人之犯罪」(victimless crimes), 諸如持有與使用毒品(非法藥品), 即不因其於住宅中所為而阻卻違法。Stanley 該案判決中亦明白表示其效力不及於住宅中所持有之毒品、槍砲彈藥及贓物等物品之保障。既使被上訴人主張其憲法所保障之權利應及於成年人間合意自願之性行為, 然此例一開, 若承認同性戀者所為之肛交行為受憲法保障, 將使得於住宅中所發生之通姦、亂倫等性犯罪行為無法可管, 本院無意開此惡例。

即便從事系爭性行為並非憲法所保障之基礎權利, 被上訴人則另主張系爭法律仍應具有立法之合理基礎, 而本案中系爭法律之制訂, 僅因喬州多數選民以同性戀者間之肛交性行為係非道德, 且為其無法接受之成見, 認為其間並無合理基礎可言, 亦即該預設立場並不足以作為支持系爭法律合憲性之適當論證依據。無可諱言地, 系爭法律確係基於人民道德觀而制定, 惟若凡法律僅因其存在可能之道德抉擇, 而認違反正當法律程序條款致宣告無效者, 可預期本院將面臨實際上沉重案件負擔。被上訴人雖無明白主張該論點, 但仍堅稱本院應宣告系爭立法僅因多數人

民對同性戀之道德情感, 其立法基礎並不允適, 本院就此不表贊同, 亦不願僅依此論點²即宣告多達二十五州之現行處罰肛交性行為之法律無效。

基於以上各點, 上訴法院該判決應予以廢棄。

首席大法官 **Burger** 之協同意見書

多數意見本席均表贊同, 惟就憲法條文規範就從事同性戀者肛交性行為絕無所謂基礎權利存在者, 本席略感不足, 乃另行提出協同意見如下。

如同本案多數意見所述, 對於肛交性行為之禁絕自古皆然, 淵远流長。自西方文明肇始, 個人關於從事同性戀者肛交性行為之自主決定權即受國家予以干預、介入。予以該行為之非難亦深植於猶太與基督教之道德觀與倫理標準中。於羅馬法中, 同性戀者肛交性行為係處以極刑。於英國十六世紀宗教改革(English Reformation), 將司法審判權由宗教法庭移轉於世俗國王法庭時, 即通過首部法律處罰肛交性行為。英法儒 Blackstone 就該行為有以下描述: 「一種違反自然之不名譽犯罪」、「罪大惡極尤勝強姦行為」,

² 被上訴人並未主張本案應適用憲法增修條文第九條、平等保障條款及增修條文第八條等規定。

「凡論及違反人性之不名譽犯罪必有之」，「以『罪』名之尚不足以形容」。吾國喬州及其他北美十三州繼受英國習慣法，其中並包括禁止肛交性行為。系爭法律於一八一六年由喬州立法部門通過後，沿用迄今絲毫未改。本院若一舉宣告同性戀者肛交性行為係受憲法基礎權利之保障，將置吾人近千年道德教化於何地！

本案並非單純涉及個人偏好 (preferences)，而係州政府立法權行使問題。本席以為依據憲法規定，本院無由限制州政府制訂系爭法律之憲法上所賦予權力。

大法官 Powell 之協同意見書

本席支持多數意見之見解，本案並非如被上訴人 Hardwick 所主張及上訴法院所判認者，具有聯邦憲法正當法律程序條款下具體權利，即所謂基礎權利之存在。惟此非即謂被上訴人不受憲法增修條文第八條之保障。本案系爭喬州法律賦予法院僅因一私人間合意肛交性行為即得處以有期徒刑最高二十年之量刑裁量權，就本席而言，此行為之幾乎終身監禁處罰刑度，乃有違反憲法增修條文第八條之虞，係因於喬州刑法下，既使於私人住宅中所為肛交性行為，仍與其他如重傷罪 (aggravated battery)

一級縱火罪 (first-degree arson) 及強盜罪 (robbery) 等重罪刑度相近。

就其實，本案被上訴人並未受審判，遑論受有罪判決與執行刑罰。此外，被上訴人亦未就是否抵觸憲法第八增修條款予以主張，本院自亦無需論及。

大法官 Blackmun 主筆，大法官 Brennan、Marshall 及 Stevens 連署之不同意見書

本案非如本院多數意見所述，僅涉及「同性戀者從事肛交性行為之基礎權利」有無之問題而已，如同本院於 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969) 一案論及觀賞色情電影是否構成基礎權利，或於 Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967) 一案論及者。本案毋寧係涉及「現代文明社會中，最為人熟知且最為人重視之權利」，即所謂人民享有「獨處不受干擾之權利」(the rights to be let alone)。參照本院 Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928) 一案中大法官 Brandeis 之不同意見書。

本案系爭法律，即一九八四年喬州法律彙編第 16-6-2 條規定，剝奪人民對於其從事私人間合意之特殊性行為之個人自決權。本院

多數意見以該法為吾國多數州現行法，仍視該行為係非法行為之規定，且該法已行之有年，因而判認系爭法律合憲。然如系爭法律所突顯之道德上判斷，對吾人而言，或許是再自然且熟悉不過的事實，但不足以據為本院就系爭法律是否牴觸聯邦憲法此一問題之判斷依歸，參見本院 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 117 (1973) 一案，援引 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) 一案中大法官 Holmes 之不同意見書。***本席以為，本院應於憲法隱私權保障之價值判斷下，據以分析被上訴人 Hardwick 所為之相關主張。所謂隱私權之真諦，毋寧是喬州政府於其人民所為涉及其生活最親密層面之選擇予以刑事處罰，須就所為該選擇之處罰，非僅主張係「基督徒所不恥之可憎犯罪者」即可為之，參見 *Herring v. State*, 46 S.E. 876, 882 (Ga. 1904) 一案。

I

本院多數意見輕忽系爭法律所受質疑之處，僅以附註附帶說明，同時迴避本案相關程序問題，急於推翻上訴法院判決，而認為憲法並未「明文賦予同性戀者從事肛交性行為之基礎權利。」細究系爭

法律規定及原告主張，顯見本院多數意見係已扭曲本案爭點所在。

其一，本院多數意見過度強調同性戀者行為本身，既使從寬解釋系爭喬州法律亦難以證立其主張。喬州立法者並未於立法目的中假設同性戀者異於常人，因而當其行為可能限制其他人的選擇時，得較嚴格方式規範或控制其生活，即便該方式可能超出同性戀者所得承受。相反的，喬州系爭法律僅規定「主動或被動以其性器與他人口腔或肛門從事任何性行為者均構成肛交罪。」從事該行為之人，其性別或狀態與該系爭州法之適用無關。事實上，就本席最寬鬆的解讀，系爭喬州一九六八年所制定之該法，其目的反而擴張其適用範圍，將異性戀者如同同性戀者一般納入其適用範圍。是以無論就該法律適用結果，或是基於喬州州政府提出之答辯書要旨，亦或其言詞辯論所為陳述探知之立法者原始目的，本席均無法理解本院判決多數意見將本案系爭法律視為僅禁止同性戀者從事該性行為之基礎何在。原告當事人適格 (standing) 要件之成立，或許僅得基於喬州州政府明顯傾向於單方面取締同性戀者而非異性戀者之重要爭點上。而原告於本案主張系爭該法為牴觸憲法之隱私權不當侵害，及其

係成立私人關係相關權利者，亦全然未論及該法不當侵害係基於其性傾向 (sexual orientation) 所為之歧視。

其二，對於本院多數意見拒絕判斷系爭法律有無牴觸憲法增修條文第八、第九或第十四條中之平等保障條款之相關規定，本席亦不表贊同。按被上訴人業已明白主張系爭法律牴觸增修條文第九條之規定，並援引本院 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965) 一案判決先例之意見，指出憲法增修條文係賦予隱私權生命及實質內含之特殊憲法規定。更重要的是，本案程序性意義在於，本院應就上訴法院對被上訴人提出之主張，其判斷有無理由加以細究。本案所涉及者係，「被上訴人所提出之異議因不具理由即予以裁定駁回人民之不服主張，不得僅因當事人未就其主張提出相關法律理論即予以駁回，乃因法院有義務就當事人所提出之異議加以判斷，並決定是否要求其提出相關佐證資料或理論加以說明。」參照上訴法院 *Bramlet v. Wilson*, 495 F.2d 714, 716 (CA8 1974) 等相關判決。即便被上訴人未基於憲法增修條文第八、第九或第十四條之平等保障條款為其有利之主張，然而若

上述相關規定有其得援引主張者，本院即不得予以駁回其異議。惟本案中，被上訴人既以明確主張系爭法律侵害其憲法所保障之隱私權及結社自由權，本席以為無須就其是否牴觸憲法增修條文第八或第十四條之平等保障條款之爭點加以討論。然而，無論主張上述何者，增修條文第八條或平等保障條款之規定與本案均非即謂毫無關連，而應予以斷然駁回。本案多數意見就此爭點雖有若干簡短說明，惟並不具任何說服力。

II

「憲法規範意旨中即隱含個人自由之特定私人領域，受憲法最大範圍保障而不容政府輕易介入，此項意旨業經本院歷來判決先例所肯認。」參照本院 *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747, 772 (1986) 一案之判決先例。為建構此項隱私權之內涵，經長期努力下，本院建立以下兩道防線。第一，本院承認人民於適宜由其個人所為決定具有隱私權之保障利益。***第二，本院承認，個人從事特定行為之場所亦具有隱私權保障之利益存在。***

A

本案多數意見認為，本院涉及免於政府干涉之個人自決權之相關判決先例，與本案被上訴人所為同性戀者從事肛交性行為係憲法上所保障之權利該主張，並無適用之餘地。即使上述判決先例定性為須與家庭保障相關者為無誤，參照本院 *Roberts v. United States Jaycees*, 486 U.S. 609, 619 (1984) 一案。本院多數意見無意將該權利其適用範圍加以延伸，無疑將輕忽本院於 *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 501 (1977) 一案之警示：「不應忽視構成家庭之權利，其何以相互調和之基本緣由，係因其受憲法增修條文第十四條之正當法律程序條款之保障。」吾人保障上述權利並非其得直接或間接有助於一般社會大眾之福祉，而係其為構成個人生活中核心之部分。「隱私權概念其具體實現，為個人為其自我主宰，而非從屬於他人或社會群體之必然事實。」參照本院 *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S., at 777 一案大法官 Steven 之協同意見書，註五援引相關文章。又，吾人保障是否結婚之自決權，係婚姻關係是「一種追求共同生活方式的結合，而不是一種利害

關係；是一種生活調和，沒有任何政治信念；彼此之間相互忠誠、信賴，而不是一種交易或者其他社會目的。」參照本院 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., at 486 一案之判決先例。吾人保障是否生養子女之自決權，係因親子關係於其個人自我任之過程中，扮演極重要之角色，而非人口統計上之考量，或聖經上繁衍後代之訓令。又，吾人保障家庭關係，係因其大大有助於個人幸福，而非其作為家居操持之制式表現象徵。本院於前揭 *Roberts* 一案中承認：「得獨立自主地認知個人特質之能力，係所有『自由』概念之核心部分，此能力自無法由空虛人生中得加以全然實現，而需依恃與他人緊密來往關係所建立之情感上之豐盈。」

性之親密關係係人類其生存之意義及其主要之人際關係所在，為家庭生活、社會福祉及個人人格發展之中心，此一事實只在有意視而不見始得加以掩蓋，參照本院 *Paris adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 63 (1973) 一案。個體經由與他人發生親密關係之特殊方式，而建立其自我認知之事實，正足以說明，如吾國之多元社會，或許存在建立此等關係之其他許多「正確」方式，但此關係之豐富性更來自個人如何營造深入其

私人生活型探與本質之自由選擇權。參照 Karst 所著，親密關係之形成自由，89 Yale L. J. 624, 637 (1980) 一文。

B

本院於 Stanley 一案中引用大法官 Brandeis 於 Olmstead 一案中之不同意見，其重要意義在於，將未涉及憲法增修條文第一條爭點之該案，基於本院對增修條文第四條與第一條之共通性認知而加以一併適用。實際上，於 Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973) 一案中，本院嘗以增修條文第四條不僅得作為 Stanley 一案之判決依據，事實上亦有其必要性：假如增修條文第一條本身不為保障之色情刊物，得藉由憲法保障之隱私權之月暈效果而受保障，則本院不必然應以住所隱私權之嚴格基準而據以裁判，蓋其無異僅重申「住所為人民其堡壘」(a man's home is his castle) 該原則而已。依增修條文第四條之明文保障，人民僅得於其住所內所受確保之權利，乃多項憲法條文所提供吾人對隱私權之明確認知，是以對本案多數意見所稱嚴格文義解釋，系爭權

利並無憲法條文上之依據，本席無法贊同。實際上，就本席而言，於私人住所內所為涉及其親密關係之行為，適足以構成憲法上所保障之隱私權之核心概念。

III

本院多數意見未能瞭解本案中所影響之自由權利利益受侵害之嚴重性，致使其輕忽代表州政府之上訴人是否提出相當證據，足以支持喬州系爭法律侵害上述利益之合法性。本席以為上訴人所提出系爭法律兩項有力證據，並無法回應被上訴人主張法律違憲之挑戰。

首先，上訴人主張系爭法律為保障一般社會大眾之健康及利益之重要目的，始將該行為以法律加以處罰，諸如該性行為可能散佈傳染病或助長其他犯罪行為。本席對於地方法院關於本案初審判決並不意外，本案相關犯罪紀錄，欠缺任何證據支持上訴人之主張，就上述犯罪紀錄而言，本案多數意見意圖將系爭私人間合意所為之性行為，等同本院於 Stanley 一案中否定憲法基本權利保障，及於私人住宅裡持有毒品、武器及贓物等行為，然而於 Stanley 一案中所論及之行為均非可視為係無犯罪被害人之行為者，例如藏有毒品及武器

者均有潛在之危險性，參照本院 *McLaughlin v. United States*, 476 U.S. 16 (1986) 一案。又如遭竊動產等贓物則是之前非法侵奪之結果矣。然而本案之相關證據均無法說明系爭法律所禁止之行為有任何實質危險性，無論是涉入其中的行為人或旁人。

上訴人最主要之抗辯主張是認為被上訴人或其他涉入系爭法律所禁止之行為，係「影響或干涉喬州政府為維持該州一個崇禮社會應有權力之運作」，參照本院 *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S., at 59-60 一案判決先例所引首席大法官 Warren 於本院 *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 199 (1964) 一案之不同意見書。如同上訴人所主張而本院多數意見所肯認者，系爭法律所規範之行為之事實，係「數百年甚至數千年來均普遍被視為不道德的行為」，而足以成為准許州政府於今時今地立法加以禁止之正當性基礎。

本案不論是多數意見經審查後認定該刑罰程度（刑期長短）合憲，或過度激情為其無須重新立法而辯解者，本席均表反對立場。本院相關判決先例如 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 等案參照。如同大法官 Jackson 於 *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319

U.S. 624, 641-642 (1943) 一案所主筆之意見書謂：「吾人援用憲法之約制，乃因無懼於知識或精神之多元，甚至互相矛盾，將可能使得社會組織解體。異己之自由並不僅存在於無關痛癢之事物上，因其僅為自由之陰影而已。其內容之真正判斷標準在於不一樣的自由涉及現存秩序之核心領域。」正因為本案所論及之爭議，係碰觸到何以個體之所以成就自我之重要核心領域，吾人自應對該可能引起社會多數人不悅之權利選擇特別小心謹慎。

本案所涉及之性行為，乃以「猶太及基督教傳統價值理應禁止者」，並不足以提供系爭法律之正當性基礎。即使有部分宗教團體——尚且非全部宗教團體——譴責本案系爭之性行為，亦非即許州政府得將其決定強加諸於全體人民身上。世俗法律的正當性係取決於政府得否為其立法行為及法律本身提出相當正當性基礎，而非單純依據其宗教上之確信。例如本院 *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 429-453 (1961) 及 *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980) 等案判決先例可資參照。上訴人訴諸於 *Leviticus*、*Romans* 及 *St. Thomas Aquinas* 之說法，以及中世紀視肛交性行為為異端之立場，並不足以

支持其本案所持之論點,反而降低其認為系爭法律使用世俗強制力,以達成上述目的正當性之說服力。政府不得因為種族敵視而立法處罰人民某種行為,正如同不得因為宗教上無法接受,即得以立法途徑處罰人民私領域之行為。「憲法無法掌控歧視不義之行為,但非即謂可容忍該行為。私人間之歧視或許非法律所得置喙,但法律絕不得因此而直接或間接造成歧視結果。」參照本院 *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 433 (1984) 一案。無論本院歷來相關判決多數意見可能會使社會某些族群感到不悅,本院仍堅持「僅憑單純一般社會大眾的無法容忍 (intolerance) 或敵意 (animosity), 即剝奪個人自由權利者,尚不足以取得憲法上之正當性基礎。」參照本院 *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563, 575 (1975) 一案。本院 *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) 及 *United States Dept. of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973) 兩案判決先例一併參照。

喬州州政府以「道德中立」(morally neutral) 立場而行使所謂「維護公眾良善環境」之權力,亦不足以取得系爭法律之正當性基礎。參照本院 *Paris Adult Theatre*

I, 413 U.S., at 66-68 一案判決先例。誠然,若干私人行為可能影響整體社會結構。一名有理智之人可以分辨特殊性行為道德或不道德,但「吾人有充分證據相信人們通常不會捨棄道德觀的堅持,不會認為謀殺、殘忍或不誠實之行為可取,更不會單純因為對若干私人行為深惡痛絕,而認為不應該以法律加以處罰。」引自哈特(H. L. A. Hart)所著「非道德與叛逆」一文,重刊於一九六一年 L. Blom-Cooper 所編「法律與文學」一書頁二二〇以下、第二二五頁。上訴人及本院多數意見未能洞察法律作為維護公眾感受及強制灌輸特定個人道德觀兩者間之差異。法律禁止公然從事性行為之自由,與保護個人關於性關係之決定自由權利應完全一致:上述個人自決之決定,應受法律保障以免於政府侵害、干涉,同理,亦應承認人民有免於非自願地涉入他人性行為之法律保障。然而,於公眾場所從事個人私密行為應受法律處罰之事實,尚不足以命令或指示政府應如何管制私領域所發生之私密行為,參照本院 *Paris Adult Theatre I*, 413 U.S., at 66 一案判決先例註十三。(本院於 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 一案中則承認,法律得禁止夫妻間於街角或戲

院內所為之性行為，該行為並不受憲法保障。）

本案並無涉及他人權利的實質侵害，單純否定個人價值體系之信念 (knowledge)，並非法律上所承認之合法利益。當人民選擇異於旁人之生活方式時，其住所、心靈與精神層面等均仍應免於公權力之侵害或干涉。

IV

本院費時三年始發現 *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940) 一案之論理違失，進而承認其過度強調，拒絕向國旗敬禮之於國家團結威脅之重要性，勝於對此一強制敬禮行為本身所蘊含價值之威脅。本席僅得於此期盼，本院得就其剝奪人民應如何經營其私人親密關係自主決定權，係對深植於吾國歷史之價值體系的威脅，遠勝維持社會和諧一致而應儘速重新省思。本席因認本案多數意見違背本院歷來所建立之價值規範，爰提出不同意見書如上。

大法官 **Stevens** 主筆，大法官 **Brennan** 及 **Marshall** 連署之不同意見書

一如本案系爭法律，本院多數意見論據係以該法律所禁止之性

行為，一視同仁地適用於全體人民，不論已婚未婚，抑或相同或不同性別對象之間。無可否認地，肛交性行為於習慣法判例形成伊始即被視為一種令人厭惡的、具有道德上犯罪之行為。此既定成見對凡異性戀者或同性戀者從事該性行為者均予以譴責，甚至於已婚者間亦不得從事肛交性行為，得同居並生育合法後代並非即謂亦得從事被視為違反自然之犯罪之性行為。

本案系爭之喬州法律足以清楚說明傳統上異性戀者及同性戀者間之肛交性行為均為禁止之列。實際上，於二十世紀當時，喬州該法律曾一度修法准許女同性戀者得合法從事某些性行為，即使該性行為於異性戀者仍為非法而受禁止。本案多數意見引用系爭法律立法經過，以作為論證肛交性行為不受憲法所保障之依據，僅係說明該法一律禁止異性戀者與同性戀者間之肛交性行為而已。

由於喬州系爭法律立法沿革清楚說明立法者視肛交性行為係一種非道德之行為態樣，無論從事該性行為之行為人身份為何，本席以為，本案若欲充分判斷系爭法律合憲性，應進一步考量下列兩問題：其一，州政府得否以一律適用於所有人民而無例外之形式中立

法律，禁止人民從事系爭性行為？若否，則州政府得否以該法律僅處罰同性戀者而拒絕修法？以下分述之。

I

本院歷來判決先例明顯呈現兩種截然不同之立場。其一，各州多數統治階級傳統上視某一特殊行為係不道德之事實，尚不足為得支持法律以禁止該行為之充分理由。禁止異族通婚法律之歷史或傳統即不足以使其免於合憲性之判斷。其二，已婚者之個人決定，涉及其實際上之親密關係，致使其有意避孕之行為，亦受憲法增修條文第十四條正當法律程序條款所保障之自由權利態樣之一，參照本院 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 一案。尤有甚者，該保障得延伸至未婚者之私密決定，而與已婚者同受保障。參照本院 *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977) 及 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) 二案判決先例。

可見本案有其兩難之處，本院上述判決先例可解釋為，各州不得禁止於婚姻關係中最神聖臥房內

從事肛交性行為，如前揭 *Griswold* 一案，或如 *Eisenstadt* 一案，實際上也包含未婚之異性戀者在內。無論如何，喬州政府對系爭喬州刑法典第 16-6-2 條規定所處罰之行為，不得為全然禁止之規定，自屬無疑。

II

即便系爭喬州法律係該州基於保障多數人民之自由而立法限制該行為，系爭法律仍因州政府需就其選擇性執法正當性提出合理說明（舉證責任），致使其並無法確實予以執行，若非喬州州政府所欲適用該法之特定對象並無法主張與其他人相同之自由保障，否則州政府必須提出合理理由說明，何以性質上一律適用於所有人民之法律，實際執法時卻僅適用於少數特定人民而不及於其他人民。

第一個假設實際上無法成立。所謂「人皆生而平等」（all men are created equal）之原則，其意涵雖未臻明確，然其意涵必然包括任何自由人民，於多數人共同享有之「自由」均應有相同利益。從個人觀點而言，同性戀者與異性戀者於決定其如何活出其自我生命，更狹

隘的說，其於私人間或自願性地與旁人交往時應如何自處之決定，均應受相同保障。國家無論干涉二者何人之私人行為時，均應負相同之舉證責任。

第二個可能性亦無法令人信服。選擇性執法之政策必須具有一中立且合法之政府利益，需要以較習慣性厭惡或故意忽略不受歡迎團體為由更具體者，始得承認其合憲性。本案中喬州州政府或本院多數意見均未指明有任何符合上述要件之政府利益存在。本院多數意見以喬州多數選民普遍認為同性行為係不道德，且為其無法接受之假設，而推定系爭法律已具備合法性基礎，然本席無由推知喬州選民有表明上述意見之任何跡象，毋寧是系爭法律之立法者，以凡肛交行為均係不道德且為其無法接受之想當然爾！除非本院多數意見以認定系爭法律具備合憲性，否則實不應單憑喬州立法者制訂法律之事實，即以之為其判決之理由。究其實，喬州系爭法律似未有視同性戀者為不同社會階級，而應予以特殊不利益待遇之意涵。

又實際上，本案予以起訴之喬州檢方，亦非認為所有違反系爭法律之同性戀者均應予以處罰。由本案被告於訴訟中不斷主張其既為

從事該性行為，且仍有再次從事且持續為之之意圖，而州政府亦選擇對本案當事人不起訴處分之事實觀之，上述結論不證自明。甚如本案 Powell 大法官所指出，喬州禁止私人間、合意肛交行為之法律規定，業已數十年未予執行。從本案及過往數十年間系爭法律未予執行之結果而言，則與檢察總長所稱，系爭法律為一般有效適用之法律，而州政府對該選擇性執法具重要性之說法，顯不一致。

是以，於本案中，無論是喬州系爭法律及喬州檢察部門，雖主張同性戀者肛交行為係該州普遍視為無法接受之行為，卻均完全無法提出任何足以支持其論點之說法，以滿足其證明該法正當性之舉證責任。

III

本院多數意見駁回被上訴人之異議，無視於系爭法律係禁止所有肛交行為，無視於承認該限制於異性戀者應屬違憲之事實，無視於州政府單純基於事實假設之選擇性執法，是以，本席認為被上訴人主張系爭法律應屬違憲成立，系爭法律應予以宣告無效廢棄。

譯者註

- 1 原判決事實部分簡略，若就案發經緯充分瞭解將有助於釐清本案相關爭點，爰以譯者（張宏誠）所著「同性戀者權利平等保障之憲法基礎」一書內容加以補充。多數意見原註釋，除節譯註一及註八外，註五及註六分別列舉美國一七九一年及一八六八年各州肛交禁止法規範之依據，其與餘註均略。
- 2 此處所謂的"fundamental rights"，與國內學者一般所稱之「基本權利」有所不同。後者乃泛稱一切憲法上之權利，而前者僅限於憲法權利中，被認定係其他權利之基礎者。亦即在憲法

所列的各項權利中，尚劃出不同等級，使其中某些權利受到更嚴密的保護。早期係於美國聯邦憲法有關「正當法律程序」條款之適用，發展出所謂「實質正當法律程序」之概念，而以「基礎權利」涵涉一種「自由權」概念的下位概念（subset）或特殊部分；而發展至今，法院多運用此概念於審理涉及平等權保障相關案件上。其相關文獻之整理與分析，參見譯者（張宏誠）拙著，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，頁 175 至 176，註 275（2002 年 6 月）。