

## 16. Lawrence et al. v. Texas

539 U.S. \_\_\_\_ ( No. 02-102 ) ( 2003 )

劉定基、張宏誠 節譯

### 判 決 要 旨

德州將同性之二人間從事某些私密之性行為定為犯罪之立法，違反聯邦憲法正當法律程序條款之規定，應為無效。

( The Texas statute making it a crime for two persons of the same sex to engage in certain intimate sexual conduct violates the Due Process Clause. )

1. 本案如何決斷，繫於上訴人身為成年人得否於正當法律程序條款保障下行使其自由權，以從事某些私密行為，對此問題，本院認為有重新審視 Bowers 案判決之必要。本院於該案判決之論理命題「本案爭點在於，聯邦憲法是否賦予同性戀者從事肛交之基本權利」凸顯本院於該案未能洞悉系爭權利之實質內涵。若謂 Bowers 案之爭點，僅屬從事某些性行為之權利無異貶低個人所提出之主張（編者按：係指德州刑法侵害上訴人之自由權），其情形猶若貶低配偶雙方其結婚是否僅為取得性交之權利。Bowers 案與本案所牽涉之法律無非均在禁止某一特定性行為，然其刑罰與立法目的要皆有深遠影響，觸及人類行為中最私密之性行為，以及其最私密之場所，即住宅。不論當事人間之關係於法律上是否有權獲得正式承認，州顯在意圖控制當事人於無患刑事處罰下所得自由選擇之私人關係。憲法所保障之自由權，容許同性戀人間於其住宅內及其私人生活中，自由選擇形塑親密關係，並保有自由之身所應享之人性尊嚴。

( Resolution of this case depends on whether petitioners were free as adults to engage in private conduct in the exercise of their liberty under

the Due Process Clause. For this inquiry the Court deems it necessary to reconsider its *Bowers* holding. The *Bowers* Court's initial substantive statement – "The issue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy," 478 U.S., at 190 – discloses the Court's failure to appreciate the extent of the liberty at stake. To say that the issue in *Bowers* was simply the right to engage in certain sexual conduct demeans the claim the individual put forward, just as it would demean a married couple were it said that marriage is just about the right to have sexual intercourse. Although the laws involved in *Bowers* and here purport to do not more than prohibit a particular sexual act, their penalties and purposes have more far-reaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home. They seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to choose to enter upon relationships in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. )

2. 由於對當事人所提出自由權主張之誤解，本院於 *Bowers* 案中竟陳述禁止肛交之歷史根源。事實上於我國針對同性性行為作為單獨事由而立法定制之歷史並不久遠。早期肛交立法，並非針對同性性行為而為規範，而是在禁止異性間或同性間非生育性之性行為。更甚者，早期肛交立法似非以經雙方同意並於私密場所從事此類性行為之成年人為施行對象。因肛交而遭受控訴通常多涉及對無同意能力或未為同意者之蹂躪，諸如成年男性與未成人間、使用暴力行為之成人間、身分地位不平等之成人間、或人與獸間。同性肛交之在刑事上長期懸為厲禁，並經 *Bowers* 案據以為判決，與非生育性之性行為應嚴加制裁相一致，因係出於對同性間性行為予以訴究所已確立之傳統。所謂有其「歷史根源依據」，實際上，事實並非

盡能如此，關於同性戀伴侶立法，須至二十世紀七〇年代後始有其進展。時至今日，亦僅九個州就同性戀者關係立法而為刑事控訴。因此，*Bowers* 案所依據之歷史基礎，遠較該案判決之多數意見與首席大法官 Burger 之協同意見所謂者複雜，其說明尚非無疑，甚而有誇大其詞之嫌。本院 *Bowers* 案判決無非在強調幾世紀來曾存有譴責同性性行為為不道德之強大聲音，惟本院職責乃在詮釋並界定憲法上之自由權，非在確立其自身之道德律。過去半世紀中人民日益覺醒自由權對成年人於其決定如何從事有關性行為之私密生活所賦予之保護，此一法制與傳統演進與本案判決有極密切之關連。

(Having misapprehended the liberty claim presented to it, the *Bowers* Court stated that proscriptions against sodomy have ancient roots. 478 U.S., at 192. It should be noted, however, that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter. Early American sodomy laws were not directed at homosexuals as such but instead sought to prohibit nonprocreative sexual activity more generally, whether between men and women or men and men. Moreover, early sodomy laws seem not to have been enforced against consenting adults acting in private. Instead, sodomy prosecutions often involved predatory acts against those who could not or did not consent: relations between men and minor girls or boys, between adults involving force, between adults implicating disparity in status, or between men and animals. The longstanding criminal prohibition of homosexual sodomy upon which *Bowers* placed such reliance is as consistent with a general condemnation of nonprocreative sex as it is with an established tradition of prosecuting acts because of their homosexual character. Far from possessing "ancient roots," *ibid.*, American laws targeting same-sex couples did not develop until the last third of the 20th century. Even now, only nine States have singled out same-sex relations for criminal prosecution. Thus, the historical grounds relied upon in *Bowers* are more complex than the majority opinion and the concurring opinion by Chief Justice Burger there indicated. They are not without doubt and, at the very least, are

overstated. The *Bowers* Court was, of course, making the broader point that for centuries there have been powerful voices to condemn homosexual conduct as immoral, but this Court's obligation is to define the liberty of all, not to mandate its own moral code, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850. The Nation's laws and traditions in the past half century are most relevant here. They show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex. See *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 857. )

3. 本院 *Bowers* 案判決之缺失於其宣示後數年中益行明顯。立法禁止 *Bowers* 案所指之性行為之州數，現已從二十五州降至十三州，其中四州僅對同性性行為實施此項法律。包括德州在內，至今仍禁止同性或異性間肛交之各州中，普遍存有對經雙方同意之成人間於私密場所所從事之性行為不為取締之類型。本院於 *Casey* 案判決中曾肯認正當法律程序對人民關於婚姻、生育、懷孕、家庭關係、子女養育及教育之決定提供保護；於 *Romer* 案判決中，本院亦曾宣告科羅拉多州針對同性戀於分類基礎上所制定之修憲案違憲，在在使 *Bowers* 案判決之合憲性更行可疑。系爭德州刑法所加置於當事人之污名不能等閒視之，雖然此項犯行僅構成輕罪，但仍然是對被告人性尊嚴具有深遠影響之犯罪行為，此項犯罪紀錄將註記於各項個人資料，求職申請書，並須依州法為性犯罪者之登記。當一則判決之法理基礎遭到腐蝕，來自各方之批評自具深義，而不容忽視。自 *Bowers* 案宣判以來，美國各界對該案之批評不僅實質上深入制度面，並亦持續不斷，對該案所持之法理無不持否定之見解，非僅限於該案所為之歷史假設。至就 *Bowers* 案所依賴與廣大文明國家共享之價值而言，該案之論理與判決已為歐洲人權法院所不採，甚而有些國家採取與肯認同性戀成人享有從事經雙方同意之私密性行為之權利相一致之作為。於我國從未有任何事證顯示政府對人民性偏好之限制所具之公共利益有其更高的正當性與更大的急迫性。

「判決先例拘束原則」非為不可違逆之指令，*Bowers* 案判決既未致人民因善意信賴而遭受損害，則於其具有重大理由足以推翻該判決時，本院何以不得為之。

( *Bowers'* deficiencies became even more apparent in the years following its announcement. The 25 States with laws prohibiting the conduct referenced in *Bowers* are reduced now to 13, of which 4 enforce their laws only against homosexual conduct. In those States, including Texas, that still proscribe sodomy ( whether for same-sex or heterosexual conduct ) , there is a pattern of nonenforcement with respect to consenting adults acting in private. *Casey, supra*, at 851 – which confirmed that the Due Process Clause protects personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education – and *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 624 – which struck down class-based legislation directed at homosexuals – cast *Bowers'* holding into even more doubt. The stigma the Texas criminal statute imposes, moreover, is not trivial. Although the offense is but a minor misdemeanor, it remains a criminal offense with all that imports for the dignity of the persons charged, including notation of convictions on their records and on job application forms, and registration as sex offenders under state law. Where a case's foundations have sustained serious erosion, criticism from other sources is of greater significance. In the United States, criticism of *Bowers* has been substantial and continuing, disapproving of its reasoning in all respects, not just as to its historical assumptions. And, to the extent *Bowers* relied on values shared with a wider civilization, the case's reasoning and holding have been rejected by the European Court of Human Rights, and that other nations have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent. *Stare decisis* is not an inexorable command. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828. *Bowers'* holding has not induced detrimental reliance of

the sort that could counsel against overturning it once there are compelling reasons to do so.)

4. *Bowers* 案判決持論經不起續密審視分析。大法官 Stevens 於該案所提不同意見書中即點出：(1) 某一州執政之多數黨傳統上視某一特定作為為不道德之事實，尚不足以維護此一禁止規範之充分理由，及(2) 個人關於肉體親密關係之決定，縱其意圖不在繁衍子嗣，亦屬憲法之正當法律程序條款所保障之自由權態樣之一。此項論理分析當年既應適用於 *Bowers* 該案，自亦應適用於本案。*Bowers* 案所作成之判決於當時並不正確，於今日更復如是，理應加以推翻。且本案並未涉及未成年人、有受脅迫或傷害之人、輕率無經驗不知如何表示同意之人或公然猥褻或賣淫。本案所涉及者，無非是兩名成年人彼此間完全合意，從事同性戀者生活形態中常見之性行為。憲法正當法律程序條款所保障上訴人之自由權利，賦予其從事私密行為之權利，而不受政府之干涉。系爭德州刑法不具任何正當公共利益，足以認其涉入人民個人私密生活為正當。

(*Bowers'* rationale does not withstand careful analysis. In his dissenting opinion in *Bowers Justice Stevens* concluded that (1) the fact a State's governing majority has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice, and (2) individual decisions concerning the intimacies of physical relationships, even when not intended to produce offspring, are a form of "liberty" protected by due process. That analysis should have controlled *Bowers*, and it controls here. *Bowers* was not correct when it was decided, is not correct today, and is hereby overruled. This case does not involve minors, persons who might be injured or coerced, those who might not easily refuse consent, or public conduct or prostitution. It does involve two adults who, with full and mutual consent, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. Petitioners' right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in private conduct without government intervention. *Casey, supra*, at 847. The Texas statute furthers no legitimate state

interest which can justify its intrusion into the individual's personal and private life.)

### 關 鍵 詞

homosexuals (同性戀); sodomy law (肛交法); fundamental rights (基礎權利); rational basis review (合理審查基準); *stare decisis* (判例先例拘束原則); European Court of Human Rights (歐洲人權法院); Due Process Clause (正當法律程序條款)

(本案判決由大法官 Kennedy 主筆撰寫)

### 事 實

本案事實為德州休士頓哈里斯郡警察局警員接獲民眾線報有藏匿武器等情事,火速趕至該報案私人住宅現場。本案警察進入民宅應具有其正當性。當其進入本案上訴人之一 John Geddes Lawrencen 所居住之公寓時,發現其與另一名男子 Tyron Garner 正從事性行為,兩名上訴人隨即遭逮捕,於警局當場予以收押後拘禁一晚,乃以系爭犯罪為一種「同性間異常的偏差性交行為,亦即所謂同性間之肛交性行為。」而遭起訴,並於治安法庭 (Justice of the Peace) 判刑確定。

本案所適用之法律,係德州二〇〇三年刑法典彙編 (Tex. Penal

Code Ann.) 第 21.06(a) 條規定:「同性間所從事偏差之異常性交行為,構成肛交罪。」所謂「偏差之異常性交行為」之定義,則規定於同法第 21.01(1) 條,係指以下兩種情形:

「(A) 以其性器 (genitals) 與他人口腔或肛門 (anus) 從事任何性行為者。

(B) 以器物進入 (penetration) 他人性器或肛門之行為亦同。」

上訴人不服,乃向哈里斯郡地方法院刑事法庭 (Criminal Court) 聲請再審 (trial *de novo*), 並主張系爭德州刑法之規定,違反聯邦憲法第十四增修條文之正當法律程

序條款，以及與上述聯邦憲法規定相似之德州憲法第一條第三之 a 項之規定，應為無效。該聲請遭裁定駁回，上訴人分別遭處以二百元罰金及負擔全部訴訟費用。上訴人不為抗辯亦不認罪（*nolo contendere*）而逕予提起上訴。

德州第十四上訴法院雖就上訴人所提出聯邦憲法中平等保障及正當法律程序條款等主張予以考量，最後經全院法官出席（*en banc*）審查後，以相對多數之判決意見駁回上訴人所稱違憲主張，而維持原敗訴判決。上訴法院於其多數意見中指明，本院於 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) 一案判決先例之意見，關於本案上訴人所主張聯邦憲法中正當法律程序條款之認定，有其拘束力，因而認定 *Bowers* 一案的拘束效力，應屬適當合法。

本院同意核發移審令以審查下列爭點：

1. 上訴人於德州刑法所謂「同性戀性行為條款」——即僅為規範同性伴侶間所為之親密性行為之犯罪處罰規定，而不包括異性伴侶間所為之相同行為——之刑事處罰，是否違反憲法第十四增修

條文中所謂法律上平等保障條款？

2. 上訴人於其住宅中所為之成年人間合意親密性行為之刑事處罰規定，是否違反憲法第十四增修條文中，正當法律程序條款所保障之自由權利及隱私權等重要權益？

3. 本院 *Bowers v. Hardwick* 一案之判決先例是否有推翻其適用之必要性？

基於以上三項爭點，本院認為有其重要性，爰同意核發移審令以審查該案相關爭點之合憲性？

## 判 決

原判決廢棄，並發回更審。

## 理 由

憲法對於人民自由權之保障，係使其住宅或私人場所免於政府非法之侵擾行為。吾國傳統上，州政府權力並非隨時隨地存在於人民住宅中。吾人於住宅之外其他生活或生存領域，州政府亦未必得予以全然支配或介入。吾人自由已然擴展至外在限制。所謂自由係預設任何個人自治，包括思想、信仰、表意或特定親密行為之自由。



本案乃涉及人民其外在及超乎一般常規的自由面向。

## I

（此部分判決為事實摘要，已如譯文事實部分說明，不贅。）

## II

由於本案爭點之前提，在於決定上訴人身為成年人，是否得自由從事私人間之親密性行為，而從事此種行為之權利是否為聯邦憲法第十四增修條文之正當法律程序條款所保障之範圍，因此有必要就 *Bowers* 一案判決先例之意旨予以重新審視。

本院曾於之前相關判決先例，諸如 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) 及 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) 等案中，對於正當法律程序條款所保障之自由權利，採取較為寬鬆的實質意義的認定。惟多數爭議焦點仍肇始於本院 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 之判決先例。

於 *Griswold* 一案中，對於禁止使用避孕藥物或器材，或對於該避孕措施之使用提供諮詢或予以協助之相關系爭州法律，本院判決

認違反憲法第十四增修條文而宣告無效。本院認為，系爭保障利益，在於人民隱私權的保障，並且強調是人民婚姻關係的保障，同時保障人民臥房的場所隱私權。同上，第 485 頁。

於 *Griswold* 一案作成判決之後，本院進一步將人民關於其性行為之自主決定權之保障範圍，延伸至婚姻關係之外之相關領域。於 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) 一案中，本院則宣告禁止販售避孕器材予未婚者之州法律違憲而無效。該案之判決依據係憲法平等保障條款之規定，同上，第 454 頁；惟就未婚者之權利保障，本院進一步指出其基本論據仍在於，系爭該法限制其個人自由權利之行使。本院引用上訴法院對於該法侵害人民基本人權之見解，並進一步陳述該案多數意見如下：

「誠然，*Griswold* 一案中所爭論的隱私權，係基於婚姻關係下所建構。惟，若稱隱私權有其憲法上之價值，無疑是其屬於國家任何一位人民所得共同享有之權利，無分婚嫁與否，對於任何可能影響人民決定是否生養子女之權利，均得主張不受政府非經合法程序取得相關令狀之侵

擾。」同上，第 453 頁。

*Griswold* 及 *Eisenstadt* 二案的判決見解實為構成本院於 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 一案判決的部分基礎。眾所周知，該案涉及認系爭德州禁止墮胎之法律違憲者，同樣亦將影響對其他各州相關禁止墮胎法律之合憲性爭議問題。雖然本院判決認定婦女人身自由權利並非受憲法絕對性保障，其選擇墮胎之權利，並非如同其行使憲法正當法律程序條款所保障之自由權利般，享有同等確實及實質的保障。本院分別援引僅得受若干保障與得受較多保障案件並就兩者加以區別。*Roe* 一案判決先例肯認婦女有權對影響其人性尊嚴之基本決定加以選擇，並再次重申，憲法正當法律程序條款所保障之自由權利，對闡釋人民權利內涵有其具備基本重要性的實質面向。

於 *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977) 一案中，本院所審查者係紐約州對於十六歲以下之人民，禁止予以販售或散發避孕器材之法律，雖然該案中本院宣告該法違憲而無效之判決，並未予以明確判決理由說明。惟 *Eisenstadt* 與 *Carey* 兩案本於與 *Roe* 一案之相同判決見解論證依據，肯認 *Griswold* 一案判決之論

證依據，並非僅限於對已婚成年人之權利予以保障。凡此，均為本院於審理 *Bowers v. Hardwick* 一案時均已判決確定，而需予以尊重依循之判決先例。

*Bowers* 一案的事實與本案有其若干相似之處。於 *Bowers* 一案中，原告 *Hardwick* 對於警察人員進入其住宅，並於其臥房中發現其與另一名成年男子發生親密性行為之權源正當性並未加以質疑。而該行為確係違反系爭喬治亞州對於從事肛交性行為予以刑事處罰之規定。惟 *Bowers* 一案與本案系爭法律規範之差異在於，喬州系爭該法律無論從事該性行為之當事人性別為何，凡從事該性行為者一律加以處罰，而本案系爭德州法律，如吾人所知，則僅就同性間從事該性行為之當事人予以處罰。其次，*Bowers* 一案中，原告 *Hardwick* 並未受訴追判決之處分，仍就該法律是否違憲向聯邦法院提起訴訟。其主張就身為同性戀者而言，系爭法律禁止從事該性行為，係侵害其受憲法所保障之權利。該案由大法官 *White* 主筆之本院多數意見，判認該法合憲。首席大法官 *Burger* 及大法官 *Powell* 雖連署多數意見，仍各自發表一份協同意見書。其餘四位大法官持不同意見。分別由大法官 *Blackmun* 主筆、大

法官 Brennan、Marshall 及 Stevens 等連署 (478 U.S., at 199), 及 Stevens 大法官主筆, 大法官 Brennan 及 Marshall 連署 (同上, 第 214 頁) 各自發表一份不同意見書。

本院於 *Bowers* 一案中進一步對實體問題討論分析如下:「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)<sup>1</sup> 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?」同上, 第 190 頁。該項爭點, 就本案例中本院之認定, 於 *Bowers* 一案中本院並未就系爭之自由權利內涵予以闡述。詳言之, *Bowers* 一案之爭點僅係人民所主張, 從事特定性行為之權利是否受侵害, 如同已婚者是否即須認為, 凡婚姻者僅係得合法發生性行為之權利者, 而得限制其從事避孕之自由權利。 *Bowers* 一案及本案兩者所涉及之法律, 無疑僅係涉及得否禁止一項特殊性行為。縱使兩者

其刑罰類型、行度及立法目的不盡相同, 兩者甚至天差地遠, 然均觸及人類行為中最私密之性行為, 及其最私密的場所: 住宅。凡法律意圖控制人民私人關係之行為, 無論是否於法律條文中予以明示或默示, 均屬人民不因其所選擇從事之行為, 即應受如罪犯認定有罪而加以處罰之權利範圍, 不容侵犯。

對於自己關係的界定或劃定其界限, 其一般性原則在於, 不對他人造成傷害或對於法律所保障的權利予以濫用, 則國家甚至司法機關都無置喙餘地, 人民均應起而反之。對於本院而言, 則必須確保成年人有權在其住宅或其個人私人生活中, 自由選擇形成何種親密關係, 並且保有如自由之身所應享有之人性尊嚴。唯有當為親密行為有性猥褻或過度暴露之情形發生時, 該行為始為限制人民個人自由之要件, 惟亦僅為其要件之一。在憲法所保障之自由權利範圍下, 同性戀者亦享有為該選擇自由之權利。

<sup>1</sup> 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)。

由於對系爭自由權利主張之誤解，本院於 *Bowers* 一案中界定其爭點在於，原告從事成人間合意肛交性行為，是否為憲法上所保障之基礎權利，進而認定：「對於該行為之刑事處罰，其來有自，有其歷史淵源。」同上，第 192 頁。在歷來學術論著，及專家學者應本院要求所提出之鑑定報告書等協助本院於本案中釐清爭點之資料觀之，對於 *Bowers* 一案中多數意見及協同意見所依據之歷史論證前提，均提出許多根本性問題予以批評。參照卡多公共政策研究基金會 (Cato Institute)<sup>2</sup> 鑑定報告書 (*Amici Curiae*) 第 16-17 頁；全美自由公民聯盟 (American Civil Liberties Union) 等同志組織所提鑑定報告書第 15-21 頁；歷史學者等人所提鑑定報告書第 3-10 頁。本院無須就歷史發展予以爭辯以獲致明確結論，然而對於 *Bowers* 一案中多數意見本於其對歷史的認知所為之明確結論，本院則有以下質疑。

首先必須說明的是，我國法制史上對同性性行為認定為一偏差

行為的時間並不長。殖民地時期初期對於肛交性行為之禁止，係源自英國在一五三三年宗教改革後成立之國會 (Reformation Parliament) 首次通過之刑法規定。通說認為英國此一禁止規定，其處罰對象包括男女間及同性間所為之行為。參照英國最高法院 *King v. Wiseman*, 92 Eng. Rep. 774, 775 (K. B. 1718) 一案判決(解釋一五三三年該刑法中所稱之「人」包括成年婦女及女孩)。我國十九世紀刑法學者普遍認為刑法中有關肛交性行為、同性戀性行為及違反自然之犯罪等處罰規定，係一體適用於男女間及同性間特定行為或關係。參見 2 J. Bishop 等人所著相關刑法教科書及專論。根據相關學者認為同性戀者此一概念之形成，用以作為指涉特定族群之用語，係十九世紀末期始為出現，是以得部分說明何以其時法律並未專就同性戀性行為予以禁止。參照 J. Katz 著，發現異性戀，第 10 頁 (1995 年)；J. D'Emilio 與 E. Freedman 合著，親密關係：美國性史，第 121 頁(二版，1997 年)(「現代用語中所稱

<sup>2</sup> 卡多基金會取名源自美國獨立革命時一群自由主義者所寫之書信集書名 (Cato's letters)，由 Edward H. Crane 於一九七七年設立，總部設於美國首都華盛頓哥倫比亞特區。該基金會相關資料詳見官方網站：<<http://www.cato.org/index.html>> (as of 10 August, 2003)。

『同性戀』及『異性戀』等名詞，並無法適用於吾人尚未清楚劃分其界線之相關學術領域中」。因此，早期我國肛交法並未如現代法律中，有用以特別指涉同性戀者所為之性行為者，而係普遍的禁止任何不具繁衍後代目的之性行為。惟此亦非謂其時對同性戀性行為予以肯認。然而其確實說明肛交性行為此一特殊行為態樣，並非用以視為一種特定獨立的類型，而與異性戀者所為之性行為有所不同。

法律禁止肛交性行為之規定，似乎未曾適用於成年人私人間合意所為之性行為而予以處罰。就現存已有之紀錄資料顯示，觸犯肛交法而受起訴判刑之案件數量，多數是對於無法或未表示同意之性騷擾行為（assault），例如對於未成年人或性騷擾被害人所為之行為。就上述經起訴判刑之案件而言，法律所為禁止規定，其目的在於確保犯罪類型之涵蓋，不因該行為之犯罪行為人僅係構成性騷擾之犯罪，而非成立刑法上強姦罪。因此，十九世紀存在的典型肛交法之處罰規定，係強調成年男子對於未成年少女或少男所為之侵略行為（predatory acts）。然而不同於法律著重於合意成年人私人間所為之行為或關係，十九世紀對於違反肛交法之起訴，除了涉及成年男

子與未成年少女或少男之典型案例外，亦包含成年人間涉及暴力脅迫、階級地位差別及人獸間等所為之性行為或關係。

由於對於上述行為起訴處罰行為普遍存有質疑，十九世紀所採行之證據法則，係將舉證責任賦予檢察機關，而使得該行為之起訴與判刑愈加困難，遑論該同意行為一般係於私人間發生，亦不易予以發現。於之後刑事證據法則之通說見解，行為人不得根據與其合意所為行為之另一當事人之證詞（testimony），即為予以認定構成肛交法上之犯罪行為，因該當事人一般視為該行為之共犯（accomplice）。唯有對該行為未表示同意之行為當事人一方，其本身為未成年人或未能表示同意之無行為能力者，該自白始為法律所採納。參見 F. Wharton 著，刑法，第 443 頁（二版，1852 年），及同作者，刑法，第 512 頁（八版，1880 年）。此項證據法則固可部分解釋，何以系爭案件起訴比例並不高。惟此類案件起訴比例之低，並非即謂此種成年人私人間所為之合意行為即可予以嚴厲而系統性的處罰，並為吾人社會所贊同。本院於 *Bowers* 一案判決先例中所據為判決基礎，即對於同性戀者間所為之肛交性行為予以刑事處罰有

其長遠之歷史,只能視為是該行為具有同性戀性質的特徵,而與對於不具繁衍後代目的之性行為予以刑事訴追之既存歷史一致。

對於成年人間合意私人行為予以處罰之政策,於早期法律文獻中並無太多討論。吾人推測其原因在於該行為之私密性不同所致。且不論此類行為起訴判刑比例甚低,由於社會大眾普遍對於同性戀者之批評與偏見始終存在,致使有意藉維持刑法對於同性戀性行為之處罰規定,以嚇阻同性戀現象之發生。但絕非如 *Bowers* 一案所稱,有其「久遠之歷史淵源」, 478 U.S., at 192。事實上,我國法律注意到同性戀伴侶之規範必要性,也不過是二十世紀七〇年代後的事。被上訴人所指稱於一八八〇年至一九九五年間已有相當判例,已涉及對於成年人私人間所為之同性戀肛交性行為之起訴判刑案件,絕大部分其細節均不明確,但多數案件則係因為涉及公然猥褻之事實。參見全美自由公民聯盟 (American Civil Liberties Union) 等同志組織所提鑑定報告書第 14-15 頁及註 18。

直至一九七〇年代之前並非全美各州均對同性戀者間之行為或其親密關係課予刑事處罰,而僅有九州法律規定該行為予以刑事

處罰。參照相關法律規定。於本院 *Bowers* 一案判決後,甚至其中有數州不為依循限制同性戀性行為之既定政策。令人驚訝的是,近十年來,禁止同性行為之州法律規定亦逐漸將該法予以修正或廢除。參照 *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992) 等相關司法判決案例及 1993 Nev. Stats. p. 518 (repealing Nev. Rev. Stat. §201.193) 等相關法律之修正。

綜上所述,本院於 *Bowers* 一案判決先例中所依據的歷史資料基礎,遠比該案多數意見與本院前首席大法官 Burger 之協同意見書中所稱者複雜得多。其所援引之歷史論證前提不僅不無質疑之處,且尚有誇大其詞之嫌。

誠然,本院必須再次強調,本院於 *Bowers* 一案中對於長期以來視同性戀性行為唯一不道德之行為,應予以譴責之有力見解予以過度解讀,採取較為寬鬆之認定。其譴責之形成來自宗教信仰。對於何者為正確而為社會接受之行為概念以及對於傳統家庭觀念之尊

重。對多數人而言，是否接受倫理或道德法則作為引導或決定其生活各層面並不全然重視關心，但該法則卻仍發揮其廣泛而深入的影響力。然而，上述相關考量並不足以解決本案中所面臨之問題。本案爭點在於社會多數人可否藉由政府的力量，透過刑法的執行、運作而將其價值觀強加於全體社會成員之上。「本院職責乃是對憲法上自由權利的概念加以全面性的闡釋，而不是透過判決建立屬於大法官自己的道德法則。」本院 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 一案判決先例參照。

本院前首席大法官 Burger 於 *Bowers* 一案中雖然支持多數意見的結論，但於其協同意見書進一步闡釋其意見如下：「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。對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。」478 U. S., at 196。如同大法官 White 對於同性戀性行為管制的歷史假設，首席大法官 Burger 所稱，對於該行為之管制包括成年人私人間合意所為之同性行為，學者間對於該說法本身已提出若干質疑，參照 William N. Eskridge 著，*Hardwick* 一案及其管

制演進史，1999 U. Ill. L. Rev. 631, 第 656 頁。無論如何，本院認為我國近半世紀來的法律規定與管制歷史，始與本案最具關連性。上揭相關引述資料僅得說明吾人開始注意憲法上對自由權利之保障，是否應賦予成年人於其私人生活中，「性」行為所扮演角色之決定權予以充分保障。「本院對於審查實質正當法律程序保障要件之相關案件時，歷史與傳統僅為一始點而非終點。」參照本院 *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833, 857 (1998) 一案判決先例中，大法官 Kennedy 所提之協同意見書

當 *Bowers* 一案作成後，此項自由權利之關注日漸明顯。美國法律學會 (American Law Institute) 於一九五五年提案修正模範刑法典 (Model Penal Code)，並明確表示刑法不應要求或作為對「私人間所為之合意性行為或關係予以刑事處罰」。美國法律學會編著，模範刑法典第二一三條第二項，註釋二 (Comment 2)，第 372 頁 (1980 年) 其提出三項修正理由為：一、對於人民以刑事處罰禁止其從事日常行為將大幅降低人民對於法律之尊崇；二、受刑法管制之私人間行為並未對他人造成傷害；三、系爭法律可能有執法上之恣意、偏頗或因此造成有心人以之作為勒

索他人 (blackmail) 的危險性。同上，立法總說明 (Commentary) 第 277 至 280 頁 (第四修正草案, 1955 年) 於一九六一年伊利諾州即依據模範刑法典而修正其刑法規定。我國其他各州亦陸續跟進。參見卡多公共政策研究基金會鑑定報告書第 15-16 頁。

於 *Bowers* 一案中，本院提出一項事實證據，在一九六一年之前全美各州均對肛交性行為予以刑事處罰，迄至本院審理該案作成判決時，全美尚有二十四州及哥倫比亞特區等維持對該行為予以處罰之規定。478 U.S., at 192-193. 大法官 Powell 亦指出系爭相關禁止規定通常不被加以重視，甚至如系爭法律之喬州當地，業已數十年未執行該法律之規定。同上，頁 197-198，註二 (「該法律未有執行之歷史事實，正足以說明對於私人間合意行為之處罰規定，時至今日已日暮西山」)。

本院前首席大法官 Burger 所引述之西方文明歷史及猶太與基督教之道德觀與倫理標準，並未就反對者權威見解予以考量。英國國會於一九五七年即曾就是否廢除同性戀者之性行為處罰規定，組成一委員會進行研究調查，並於一九

六三年作成俄芬登報告 (Wolfenden Report)，即同性戀犯罪及娼妓賣淫委員會調查報告 (Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (1963))。<sup>3</sup> 英國國會並於十年後，採納對該報告廢除同性戀性行為處罰規定之建議，於一九六七年修正該國性犯罪防治法 (Sexual Offences Act 1967) 第一條之規定。

更重要的是，於 *Bowers* 一案判決五年後，歐洲人權法院 (European Court of Human rights) 亦面臨與 *Bowers* 一案及本案相同爭點之案件。一名北愛爾蘭成年男子宣稱其身為同性戀者，必得合意從事同性戀性行為，而北愛爾蘭系爭法律卻剝奪其相關權利。其並主張長期以來均被視為犯罪嫌疑人，其住家常遭警察機關搜索致使其長期處於遭受刑事處罰恐懼之中。人權法院判決認定處罰系爭同性性行為之法律規定，違反歐洲人權公約 (European Convention on Human Rights) 而宣告為無效。參照歐洲人權法院 *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981)，邊碼第 52。<sup>4</sup> 歐洲人權法院判決於歐洲聯盟會員國(判決其時為二十一會員國，現已具有四

<sup>3</sup> 有關該報告之內容，詳見譯者 (張宏誠) 拙著，前揭 (譯註一) 書，頁 109 以下。

<sup>4</sup> 該案之事實及判決評釋，參見拙著，前揭 (譯註一) 書，頁 240-241。



十五會員國)中具有權威性,而本院 *Bowers* 一案中所為論證前提卻與該判決格格不入,實難謂為吾人西方文明所普遍接受。

於我國的憲法體系內,本院 *Bowers* 一案判決之違失,隨著其作成後,近年來越顯清楚。*Bowers* 一案所援引施行禁止系爭性行為法律之各州數目,已從當時二十五州減少至今日之十三州,其中四州之法律則僅處罰同性戀者間所為之性行為。該四州中其法律規範所謂肛交行為,無論係同性戀或異性戀所為,基於對此種成年人間所為合意行為之尊重,有其執法上默許而不為取締之成規存在。德州政府亦承認,截至一九九四年該州軍未就系爭案件之行為人予以起訴。參照 *State v. Morales*, 869 S.W. 2d 941, 943 一案判決。

*Bowers* 一案作成後,本院陸續作出兩個判決,都對 *Bowers* 該案判決內容加以質疑。於 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) 一案判決先例中,本院再次重申憲法正當法律程序條款所保障之自由權利有其實質效力。*Casey* 一案再次確認我國法律及歷史中,對涉及婚姻、繁殖後代、避孕、家庭關係、子女養育及教育等個人自主權,係受憲法所保障之權利。同上,第

851 頁。為闡釋憲法對個人為上述決定之自主權予以尊重及保障,本院提出以下說明:

「本案所論及者,包括個人一生中所為最私密且最私人的選擇,關乎其人性尊嚴與個人自治範圍中最重要的選擇,乃憲法第十四增補條款所保障之自由權利中最至為重要的。所謂自由的核心概念,在於個人有權對其存在的價值、其生命意義、宇宙觀及人類生命的奧妙等予以詮釋。而州政府的強制措施,對人民於形成其人格完整性之上述概念之詮釋毫無助益。」

於同性戀關係中之個人為達成上述目的所企求的自主權,應與異性戀者所欲追求者同。本院於 *Bowers* 一案中之判決卻拒絕賦予其應有之權利。

*Bowers* 一案作成後第二個主要相關的判決先例是 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) 一案。於該案中本院判決認定系爭法律以同性戀作為差別待遇的立法標準,係抵觸憲法平等保障條款而宣告無效。*Romer* 一案中宣告系爭科羅拉多州憲法修正案無效者,係因其針對男同性戀者、女同性戀者、

雙性戀者，以「性傾向、行為模式、實際作為或關係」等，同上，第 624 頁，將其視為特定族群（solitary class），而剝奪其該州反歧視法所賦予之相關權利保障。本院因而判決認定系爭憲法修正條款係「出自對於該族群的莫名歧視與惡意偏見（animosity）」，而與系爭條款所欲追求之正當政府利益間，並無合理關連性之存在。同上，第 634 頁。

本案上訴人辦護律師及參與鑑定之專家學者提出另一項論點，即根據本院 *Romer* 一案判決先例之基礎，於憲法平等保障條款之下得主張系爭德州刑法違憲，應為無效。此項論點不失為一有利主張，惟本院以為，本案爭點在於決定 *Bowers* 一案判決先例之效力應否予以維持。設若本院以平等保障條款而判決宣告系爭法律無效，則須就與本案系爭規定不同規範，即無論同性間或男女間之肛交性行為一律禁止之處罰規定效力為何之問題加以一併判斷。

主張平等對待，以及於正當法律程序條款對自由權利實質保障下，而得主張特定行為應受尊重之權利，兩者有其重要共通點，惟就後者加以判斷即可同時獲致兩者應有利益之保障。假設憲法所保障之權利予以刑事處罰，而該法律未

就其實質效力予以審查，即便以所謂權利平等保障為由而不予執行，該法所隱含之污名影響仍為存在。因此，當州法律對同性戀性行為予以處罰，處罰本身及其宣示意義都可能因此在公共或私人領域對同性戀者造成歧視。本案對 *Bowers* 一案判決的核心意旨所為之質疑應予重申。*Bowers* 一案判決先例若繼續維持其效力，必然對同性戀者之生活造成傷害。

尤有甚者，系爭刑法所隱含對同性戀者的污名影響（stigma），並非微不足道。雖該犯罪僅屬第三級犯罪，僅為德州法律體系中之輕微犯罪，然本質上仍屬刑事犯罪，而可能對犯罪行為人之人格造成一定程度的影響，上訴人該犯罪紀錄將顯示於個人資料。雖然就在本會期，本院才就相關州法律將性犯罪行為人納入個人資料登記管制範圍之規定為限之主張予以駁回。參照 *Smith v. Doe*, 538 U.S. \_\_\_ (2003) 及 *Connecticut Dept. v. Public Safety v. Doe*, 538 U.S. 1 (2003) 二案判決。上訴人聲請本院頒發移審令即主張，假如本案系爭德州該法律以私人間合意同性性行為而處罰成年人，可能因為其犯罪行為於至少四個州法律規定下，其性犯罪行為將納入個人資料登記管制範圍。此項規定不僅強化

附隨於刑法禁止規定之犯罪處罰的結果論本質，及以州政府主觀意思為主的道德譴責（state-sponsored condemnation），同時更使得德州刑事處罰在該處罰本身之外，必然伴隨附加的不利後果，諸如該犯罪紀錄將顯示於求職表格之類。

*Bowers* 一案業已於本院新近 *Casey* 及 *Romer* 二案判決作成後，其判決基礎已造成嚴重毀壞。當本院判決先例因此削弱其拘束力，來自各方之批評便更具重要性。我國對於 *Bowers* 一案的批評始終廣泛而持續地討論，對該案判決論理各方面均難以苟同，不僅是其對同性性行為規範歷史的假設而已。參照 C. Fried 著，秩序與法律：論雷根革命—目擊回顧，頁 81 至 84（1991 年）；R. Posner 著，性與理性，頁 341 至 350（1992 年）。<sup>5</sup> 此外，我國亦有五個州法院，依據其各州州憲法相對於聯邦憲法第十四增修條文中之正當法律程序條款予以

詮釋並作出違憲判決，參見 *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332（2002）；*Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24（1998）；*Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112（1997）；*Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250（Tenn. App. 1996）；*Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487（Ky. 1992）等判決。

對於 *Bowers* 一案所援引的一般文明社會所共享的價值觀，本院必須說明的事，於 *Bowers* 一案中所為之論理與判決見解，早已為其他國家所不採。誠然，歐洲人權法院其所遵循的是其本身所建立 *Dudgeon v. United Kingdom* 一案判決先例。參照歐洲人權法院 *P.G. & J.H. v. United Kingdom*, App. No. 00044787/98, 56（Eur. Ct. H. R., Sept. 25, 2001）；*Modinos v. Cyprus*, 259 Eur. Ct. H. R.（1993）；*Norris v. Ireland*, 142 Eur. Ct. H. R.（1988）等案之判決。<sup>6</sup> 其他國家

<sup>5</sup> Posner 法官主要是認為律師對性知識掌握的程度，乃性爭議案件中法官判決之重要依據。其認為，對性議題的認識，若僅停留於道德價值判斷與社會禁忌之認定中，使得法官對於特定案件所應具備的知識越少，便越有可能僅憑其偏見做出判決，並就法官如何看待「性自主權」（sexual autonomy）在憲法基本權利保障系譜中之地位，提出兩項關鍵性的「法律性格」：其一，以一種切合世俗的精神，接納功利主義思想、務實的、科學的論證途徑而針對系爭政策加以質疑；其二，願以其信仰之憲法原則與精神，宣告系爭法律違憲而失效，而無懼於此違憲宣告缺其憲法明文規範。中文譯本，參見高忠義譯，性與理性（下）：性規範，頁522至536（2002年6月）。

<sup>6</sup> 相關判決評述，詳見譯者（張宏誠）拙著，論歐洲人權公約對同性戀者之保障，收於

亦有早已採取積極承認作為，保障同性戀成年人合意所為私人行為之權利。參照 Mary Robinson 等人所提出之鑑定報告書第 11 至 12 頁。本案上訴人所欲主張之權利，業已內化為人類自由權利觀之一部分，並為全球其他多數國家所接受。吾人並不認為，我國在規範個人私人生活選擇自由上，已證明有更具正當性與急迫性之政府利益存在。

鑑於對本院判決的尊重與維持法律體系的安定性，判決先例拘束原則 (*stare decisis*) 確有其必要性。惟，該原則並不是一個不可違逆的命令。參照本院 *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 一案判決 (「判決先例拘束原則並不是一個不可違逆的命令；其勿寧是一項政策性原則，亦非對於本院久遠判決一律遵從之機械式定律。」 (引自本院 *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940) 一案判決先例)) 於 *Casey* 一案中，本院指出，當聲請人主張推翻系爭案件所適用之判決先例時，必須明確指出個人或社會對系爭判決先例所認定之憲法上自由權利或利益之存在，不會因為該判決先例之推翻而受到特別影響，505 U.S., 頁

855-856，並請參照同案第 844 頁 (「自由權利無法在對法院所建立的判決原則產生懷疑時仍可受到保障」)。然而，*Bowers* 一案中所為之判決，與所謂承認人民個人權利之相關判決先例而言，並未造成人民信賴判決先例的不利影響。事實上，當客觀上有優位事由存在而必須推翻 *Bowers* 一案判決先例時，並無任何個人或社會對於該案的信賴存在，足以反對如此為之。*Bowers* 一案判決對之前及其後判決先例之核心部分，均造成判斷上與預測的不確定性。

*Bowers* 一案判決論理禁不起縝密審視分析。該案中大法官 Stevens 於其所提不同意見書中即明白點出下列結論：

「綜合本院歷來判決先例，吾人清楚得出兩項原則。其一，州政府多數統治階級傳統上視某一特殊行為係不道德之事實，尚不足構成一充分理由，支持以法律禁止該行為。其次，已婚者之個人決定，涉及其實際上之親密關係，既使其有意避孕之行為，亦屬憲法第十四增修條文規定之正當法律程序條款範圍

何春蕤編，同志研究，第117頁以下，第121至130頁（2001年6月）；拙著，前揭（譯註一）書，頁236以下。

內，其所保障之自由權利態樣之一。尤有甚者，此項保障範圍亦應延伸至未婚者所為之私人親密關係相同決定。」478 U.S.，第 216 頁。

大法官 Stevens 上開論理分析為本院所贊同，該意見當年即應適用於 *Bowers* 該案，本案自亦有其適用。

*Bowers* 一案於其判決作成之時即為錯誤，時至今日未改。該案已不應再成為本院具拘束力之判決先例。*Bowers v. Hardwick* 之判決本即應予以推翻，本院於此正式宣告該判決相關意旨不再適用。

本案並無未成年人涉入其中。其亦未涉及當事人間之強暴、脅迫或傷害行為，輕率無經驗之人不易表示同意，公然猥褻或性交易等情事，亦非涉及同性戀者間所成立之關係，而要求政府必須給予形式上合法承認。本案所涉及者，無非是兩名成年人彼此間完全合意，而從事同性戀者生活形態中常見之性行為。上訴人其私人生活應予以同等尊重。州政府不得藉由將同性戀者間所為之私人性行為予以入罪，而抹滅其存在價值或操控其人格尊嚴。同性戀者享有憲法上正當法律程序條款所保障之自由權利，得從事其私人行為而不受政

府的干涉、侵害。「個人自由存在一個不容政府予以介入的領域，為憲法所保障。」本院前引 *Casey*, 847 一案判決參照。系爭德州刑法亦不具任何正當的政府利益，足以對其介入人民個人私人生活提供任何正當性基礎。

誠然，假如當年負責起草與修正聯邦憲法第五增修條文或第十四增修條文之正當法律程序條款的制憲先賢們已經盡其所能地，對該權利內涵充分瞭解，其自然會有更詳盡細部的規定，顯然爾等並不認為應該有預設規定此一深謀遠慮。其深知時間往往會使吾人無法認清真相，而後代子孫自會隨著時間經過，認識其當時所認為符合當代需求且合宜之法律規範，實際上是被用以壓迫少數人之工具。不同世代的人民自然可以發展出屬於其當代原則，並以之追求屬於他們更廣泛的自由權利。

德州第十四區上訴法院判決廢棄，本案發回更審，並依據本院判決另為適當裁判。

爰判決如上。

大法官 O'Connor 之協同意見書(節錄)

本院多數意見於本案中推翻本院前此 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) 一案之判決先

例。本席忝為參與 *Bowers* 一案判決之一員，本不應支持連署本案多數意見而推翻 *Bowers* 該案判決先例。惟本席對於本案多數意見認定系爭德州刑法僅處罰同性間之肛交性行為之規定違憲之結論，則表贊同。參照德州二〇〇三年刑法典彙編 (Tex. Penal Code Ann.) 第 21.06 (a) 條之規定。不同於本案多數意見基於憲法第十四增修條文之正當法律程序條款之實質內涵而宣告系爭法律無效，本席獲致結論之論證依據則係基於憲法第十四增修條文之平等保障條款之規定，爰提協同意見如下。

(大法官 O'Connor 緊接回顧聯邦最高法院對於憲法平等保障條款之適用及其審查基準為概略說明，不贅。)

\*\*\*\*\*

本案系爭法律規定肛交性行為為構成刑法上之犯罪行為，僅限於行為人「與其同性之另一行為人所為之偏差性交行為」者始予以處罰。參照德州二〇〇三年刑法典彙編 (Tex. Penal Code Ann.) 第 21.06 (a) 條之規定。而異性戀者間所為之肛交性行為在該州則不構成犯罪。是以德州法律單純基於參與性行為當事人之性別不同，而對同一犯罪行為態樣予以不同處置。系爭法律乃係人民具有同性戀性傾

向之權利造成侵害，而同性戀者無疑是最常從事系爭該法所禁止行為之族群。

德州系爭法律透過該法對於特定行為——亦僅以該行為為唯一標準——刑事處罰之不同規範，而對同性戀者產生不平等的差別對待。事實上該行為於德州肛交法下遭起訴者亦極為罕見。參照 *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943 一案判決。(該案提及系爭刑法規定於一九九四年其時，「對於成年人私人間所為之合意性行為之處罰規定從未予以執行取締，可預見的將來亦不會執行。」) 惟由本案可知系爭法律據以執行起訴之情形確為發生。雖然本案上訴人所受處罰相對而言仍算輕微，但其判刑確定後所造成的影響則非原處分本身所可比擬。如同本院多數意見所指出，一旦上訴人判刑確定，將使其無法從事各種專業領域之工作或對其能力造成限制，包括從事醫護工作、健身訓練及市內設計等。參照各該特別法之規定。實際上，上訴人尚有可能因為遷居至愛荷華、路易西安那、密蘇里及南卡羅來納等四州，因其犯罪前科而需登記為性犯罪前科人以受管制。

德州肛交法之影響不僅止於遭受刑事訴追之威脅及判刑確定後之後果。德州肛交法基本上即視

所有同性戀者為犯罪行為人，並因此附加同性戀者較一般人於相同行為之處置上更不利之對待。事實上，德州州政府對系爭法律之附隨效果（collateral effects）亦早已預見，例如該州即曾出現刑法以外相關法律，「對於同性戀者法律適用上的歧視與差別待遇」，包括在「工作職場、家庭議題及房屋租賃」等各領域。參照 *State v. Morales*, 826 S. W. 2d 201, 203 (Tex. App. 1992) 一案判決。

被告德州州政府認為系爭法律具有促進社會道德觀之正當政府利益，足以符合合理審查基準之要求，而主張系爭法律本身及其法律效果應具備憲法正當性。\*\*\*

本案涉及爭點與前述 *Bowers* 一案判決先例並不相同，本案所涉及者在於：於憲法平等保障條款之規範意旨下，道德上之否定是否得成為一正當政府利益，而使僅為處罰同性戀肛交行為而不兼及異性戀者之相同行為之系爭法律，亦得具備憲法上之正當性。答案是否定的。對於同性戀此一族群道德上之否定，如同赤裸裸地企圖傷害該族群，並不足以構成平等保障條款下，對合理審查基準要求之正當政府利益。參照 *Department of Agriculture v. Moreno*, 同上，第 534 頁；*Romer v. Evans*, 517 U. S.,

第 634 至 635 頁等案判決先例。\*\*\*

對於特定族群道德上之否定，之所以無法構成憲法平等保障條款要求下支政府利益，其原因在於法律上所為分類標準，不得基於藉由法律對該族群造成不利影響之意圖而為之。\*\*\*德州肛交法「確實以其對特定族群人民之惡意偏見而賦予其法律上不利益，造成對該族群無法避免的影響。」同上，第 634 頁。

\*\*\*\*\*

事實上，德州法律承認系爭肛交法直接視同性戀者為一特定族群。於德州，宣稱他人為一同性戀者，其本質上即為一毀謗行為，因為同性戀者一詞隱含觸犯法律之犯罪行為。參照 *Plumley v. Landmark Chevrolet, Inc.*, 122 F. 3d 308, 310 (CA5 997) (引用德州法律) 一案之判決；*Head v. Newton*, 596 S. W. 2d 209, 210 (Tex. App. 1980) 判決一併參照。德州州政府亦承認，因為肛交法確實使得同性戀者背負犯罪行為人之原罪。參照 *State v. Morales*, 826 S. W. 2d, at 202-203 一案判決。（「系爭肛交法基本上即是所有同性戀者為犯罪行為人，且既使於刑法以外相關法律，對於同性戀者予以法律適用上的歧視與差別待遇」）\*\*\*

\*\*\*\*\*

且不論肛交法於其效力或適用上是否中立，該爭點則係是否牴觸憲法正當法律程序條款之實質正當法律程序內涵之問題，非本案所為認定之範圍。然本席深信，只要憲法平等保障條款之意旨，在於要求肛交法應平等適用於同性戀者與異性戀者所為相同之私人間合意性行為，則本案系爭法律之規定將不見容於吾人之民主社會。

\*\*\*

基於憲法平等保障條款之規範意旨，而宣告本案涉及私人間合意性行為之系爭法律違憲，並非即謂凡所有區分同性戀者與異性戀者之其他相關法律，於合理審查基準之下均應宣告違憲。本案係因被告德州州政府未能提出任何正當之政府利益，諸如國家安全或維護婚姻的傳統制度等而受敗訴判決。然而本案州政府以對於同性戀關係道德上之否定所提出之政府利益，仍不脫對於受排擠群體所為單純道德上之否定，，除非提出如維持婚姻制度等政府利益，否則仍無法通過合理審查基準之要求。

凡法律單純基於州政府對於特定族群以及該族群所為之行為道德上之否定，即將該族群視為犯罪行為人，無論適用何種審查基準，均與憲法與平等保障條款所保障的基本價值背道而馳。本席因此

贊同本院多數意見之判決，認定系爭德州肛交法僅禁止同性成年人間所為之偏差性交行為，而未兼及異性戀成年人所為合意之相同性行為之規定違憲，惟其論證理由則不儘相同，爰提協同意見書如上。

大法官 **Scalia** 主筆，首席大法官 **Rehnquist** 及大法官 **Thomas** 連署之不同意見書（節錄）

「自由權利無法在對法院所建立的判決原則產生懷疑時仍可受到保障」參見 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 844 (1992) 一案之判決先例。本院就當年意圖尋求推翻本院 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) 一案之判決先例者，乃以近乎箴言之語而回應，此言既出距今不過十餘年。對歷經十七年誓言推翻本院 *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986) 判決先例之運動參與者而言，本案多數意見所為之回應，顯於首開見解大不相同。對於法律安定性與確定性之需求，不因存在任何阻礙而稍減。

本案多數意見大部分與其實體判決無涉—即系爭德州法律正當政府利益足以支持其對上訴人所為刑罰之正當性，得通過合理審查基準之檢驗（推翻 *Bowers* 一案之判決先例另一極端則是認為喬



治亞州反肛交法符合合理審查基準之要求而予維持其效力。)即便多數意見稍有提及「基本命題」及「基本決定」,然而本案多數意見則全篇不曾闡釋同性戀肛交性行為,是否屬於憲法正當法律程序條款所保障之「基礎權利」;亦未說明同性戀肛交性行為,若係屬於憲法正當法律程序條款所保障之「基礎權利」,系爭德州刑法就應適用何項審查基準較為適宜(似應適用嚴格審查基準)。因此,當推翻 *Bowers* 一案判決之結論時,本院多數意見卻絲毫未曾其核心法律見解:「上訴人訴請本院肯認從事同性戀肛交性行為屬於憲法所保障之『基礎權利』。此實為本院所不願為之者。」478 U. S., 第 191 頁。反之,本院多數意見對此僅以上訴人之行為係屬其「憲法自由權利之行使」- 對此亦未曾加以質疑——一語輕描淡寫,同時進一步適用合理審查基準前所未聞的判斷方式,已為本案所得涵蓋的範圍之外。

## I

在判決先例拘束原則之適用下,法院所為推翻判決先例之要件有三:一、該判決先例之論證基礎為其後相關判決所「侵蝕」;二、

該判決先例持續遭受實質內容的批評;三、社會大眾或個人尚未對該判決先例形成一定之信賴,以致不應推翻該判決先例之效力。其進一步以上述三要件逐一審查本案適用判決先例拘束原則,以推翻 *Bowers* 一案判決先例是否有理由。

## II

即便不為考量判決先例拘束原則之適用問題,本案多數意見仍須就何以 *Bowers* 一案之判決先例係為誤判,而本案系爭德州法律始為上訴人所指稱者,應為違憲。*Bowers* 一案中,多數意見判決認定同性戀肛交性行為並不構成憲法所保障之「基礎權利」,而適用合理審查基準宣告系爭喬州刑法合憲。而本案多數意見,一方面認為成年人私人間從事同性戀性行為構成憲法所保障之基礎權利,即聯邦最高法院歷來判決從憲法第十四增修條文之正當法律程序條款之實質內涵,進一步導出基礎權利之概念,另一方面又不為主張正當法律程序條款所一慣適用之嚴格審查基準。既然適用合理審查基準,又未就 *Bowers* 一案中所稱「歷史與傳統」之政府利益予以判斷是否合法,貿然推翻 *Bowers* 一案之

判決先例，顯為不當。

### III

首先若干判決先例所適用之基礎係為憲法平等保障條款，與本案無涉；其次，對於肛交法之立法及處罰歷史，其重點在於「處罰本身」，而非系爭法律之處罰規定是否針對同性性行為，本案多數意見亦承認對同性行為之「處罰」由來已久，自與 *Bowers* 一案判決所主張之事實不生牴觸問題。就美國對同性行為處罰的歷史與該行為受起訴判刑之數量，法律學者研究之數據不可採。所謂「私人間之行為」（acting in private）並無可能存在，凡遭查獲證據者即無所謂「私人間」之問題。假如真是關起門來「做愛作的事」，本案多數意見所稱該行為遭起訴之案例極為罕見自然不足為奇。

另一方面，多數意見所稱美國社會大眾對所謂「性自主權」之「意識日漸高漲」（emerging awareness），亦不足以即認為構成憲法所保障之基礎權利。既然是美國社會大眾的意識與美國的「歷史與傳統」，亦與「西方文明社會」無涉，援引歐洲人權法院之判決更毫無意義。

### IV

所謂「社會多數人的道德價值判斷」是否可以構成合理審查基準中之正當政府利益一事，本席認為凡形諸法律者，實際上莫非為社會多數人道德價值判斷的結果。若多數人對性道德觀的判斷不足以成為正當政府利益，將沒有任何法律可以通過合理審查基準而為合憲。

### V

就上訴人平等保障條款之主張及大法官 O'Connor 協同意見書本席認同德州婚姻法中亦區分同性戀者與異性戀者，而僅承認異性戀婚姻的合法效力為由，因而本案系爭法律未違反憲法平等保障條款；同時大法官 O'Connor 適用合理審查基準既無清楚說明其理論基礎，其以「維護婚姻傳統制度」等州政府所為主張並不足以構成正當政府利益云云，亦淪為以法官個人價值判斷，作為審查的唯一基礎，例如支持者視「維護社會傳統」為正當政府利益宣告合憲，反對者即以「單純表示道德上的否定」不足以構成正當政府利益而宣告違憲。

\*\*\*

本案今日判決係法院所為之

產物，亦為法律專家文化下之產物，係大規模地為所謂「同性戀侵逼現象」(homosexual agenda)予以背書，本席所謂進程，係指某些同性戀平權運動者有計畫地鼓吹平權運動的進程，意圖一步一步地降低傳統附加在同性戀性行為之道德上的譴責(opprobrium)\*\*\*<sup>7</sup>

然而顯而易見的是，本院多數意見已在這場文化戰爭選邊站(the Court has taken sides in the culture war)，偏離其所被賦予之角色，一個中立的裁決者，並依循其職務運作的民主原則。我國多數民眾並不願於其工作崗位上與公開承認從事同性戀性行為之同性戀者共事，不願同性戀作為其子女的童子軍指導員，不願同性戀者為其子女之學校教師或其家庭的寄宿生。爾等視該立場係為保護其自身與家庭成員，遠離其所認為不道德且墮落、敗壞的生活形態。本案多數意見反而視其為一種「歧視」，一種用以制止該歧視行為的法院判決的功能。本院受法學界反歧視同性戀之風潮影響如此之深，以致於似乎未曾意識到該風潮之立場顯非「社會主流見解」(mainstream)；本院多數意見所稱對從事同性戀性行為者之「歧

視」，於我國各州絕大多數卻視其理所當然得合法予以禁止；本院多數意見所謂基於民權法第七編(Title VII)而主張禁止該「歧視」，卻多次遭國會反對退回，參照一九九四年工作平等法(Empolymnt Non-Discrimination Act of 1994), S. 2238, 103d Cong., 2d Sess. (1994)；Civil Rights Amendments, H.R. 5452, 94th Cong., 1st Sess. (1975)；於某些情形下，甚至是聯邦法律執行而造成其所謂「歧視」，參照美國法典(U.S.C.)第10編第654(b)(1)條之規定(對軍隊中曾經發生獲意圖從事同性戀性行為之服役官兵得逕予解雇)；甚至某些情形下該歧視反而是憲法所保障的權利，參照本院 Boy Scouts of America v. Dale, 530 U. S. 640 (2000)一案之判決先例。

本席在此必須澄清的是，本席對於同性戀者本身並無先入為主之特定立場，也不反對任何團體，爾等自可經由正常民主管道表達、鼓吹其對特定議題之見解。社會大眾對於性或道德議題的感知能力，或許會隨著時間而改變，社會各個團體當然有權利以其認為正確的觀點，進而說服其同胞。從

<sup>7</sup> 由於Scalia大法官不同意見最後此部分處處充滿情緒性用語，為配合原文用語情緒之傳達，中文譯文風格則較有不同，合先敘明。

德州僅為我國少數各州中仍對同性戀者私人間所為合意性行為予以刑事處罰之一州的事實以觀，儼然證實同性戀者其主張權利平等保障之意圖以獲致若干成就。然而，說服其同胞接受其觀點是一回事，未經民主多數決之程序而將其主張強加於他人之上，則又是另一回事。本席既不要求州政府對該同性戀性行為予以入罪化 - 或某程度地宣示其對該行為道德上的否定 - 也不要求禁止其為之。德州州政府所為立法只不過是傳統民主立法程序之一環，而州政府亦尚未介入人民生活，侵害其不及經由民主程序自然演變，而須由法院創設之新型「憲法權利」。誠如多數意見所稱「而後代子孫自會隨著時間經過，認識其當時所認為符合當代需求且合宜之法律規範，實際上是被用以壓迫少數人之工具」；若真如此，後代人民自為唾棄該法律。然而我國制度設計係將該決定交由人民為之，而非由自以為何者為佳之某一統治階級之少數人強加其上。

由人民決定該行為管制與否，而非由法院為之，其優點之一是，人民與法官不同，人民無須依循邏輯判斷決定是非。人民可以覺得其對於同性戀性行為的反感，僅係反對承認同性婚姻，尚不足以對

同性戀者私人間所為之性行為予以刑事處罰，並可以具體法律定之。本院多數意見於本案誇口其亦具有同等規範自由，故而無須擔心如日前於加拿大所發生，由司法機關承認同性婚姻之合法性之類似情形（該判決加國政府已然決定放棄上訴而告確定），參照 *Halpern v. Toronto*, 2003 WL 34950 (Ontario Ct. App.) 一案之判決；*Cohen, Dozens in Canada Follow Gay Couple's Lead*, *Washington Post*, June 12, 2003, p. A25。本案多數意見於其判決一捨本院所建立之合理審查基準之判決基礎不用—最後辯稱，本案「亦非涉及同性戀者間所成立之關係，而要求政府必須給予形式上合法承認。」別傻了！本案貧乏而毫無道理的判決，必將因此蠱惑人民，死命地抓住本院早期判決中透露的隻字片語，亦即憲法保障人民有權對「涉及婚姻、繁殖後代、避孕、家庭關係、子女養育及教育等個人自主權」，係受憲法所保障之權利，進而宣稱「於同性戀關係中之個人為達成上述目的所企求的自主權，應予異性戀者所欲追求者同。」同上，第 13 頁。本案多數意見捨棄憲法架構下，承認對同性戀伴侶與異性戀婚姻兩者加以區別，而可能進而正式承認同性婚姻之合法

性，始為本席所憂心忡忡者。假如真如同多數意見所稱，對於同性戀性行為道德上之否定，而限制該行為，其目的不足以構成所謂「正當政府利益」，同上，第 18 頁；且如多數意見欲言又止 囁嚅其詞地道著 (coos) (所謂法律適用之中立性完全避而不談)，「唯有當為親密行為有性猥褻或過度暴露之情形發生時，該行為始為限制人民個人自由之要件，惟亦僅為其要件之一。」同上，第 6 頁；而當同性戀伴侶主張其「受憲法所保障之自由權利」，而拒絕承認其結婚權之正當性事由又當為何？既然不孕者及老年人都可自由結婚，自然在無法以其不能生育子女作為藉口。本案「要不涉及」任何同性婚姻合法

化之議題，只有異想天開地相信，憲法原則與事物之必然邏輯與本案多數意見判決毫無關連。我國多數人民寧願相信本案多數意見所信誓旦旦對其保證的話是真的。

本案系爭爭點適當解決之道惟三：德州系爭禁止肛交性行為之法律既未侵害憲法上任一「基礎權利」(此為本院多數意見所未爭執)，其與憲法上所認定之正當政府利益間亦非不具合理關連性，亦未抵觸憲法法律平等保障之原則。本席對本案多數意見其判決結論與論證理由均無法贊同，爰提出不同意見書如上。

大法官 Thomas 之不同意見書(略)