

## 从“限制权力”到“未列举权利”

### ——时代变迁中的《美国联邦宪法第九修正案》

郭春镇

**内容提要：**对于《美国联邦宪法第九修正案》的含义有“限制权力派”和“未列举权利派”的争议，双方各自从历史、语境和文本论证自己观点的正当性。前者更接近制宪者的“原意”，后者则体现了对第九修正案的当前理解。在宪法实践中，二元联邦制终结前，大法官们把《第九修正案》理解为限制联邦权力的解释规则；二元联邦制终结后至今，随着联邦权力的扩张而逐渐将其理解为保护个人未列举权利规范依据。这一变化是大法官们立足于现实，以实用主义的态度运用司法技术回应时代转型和社会需求的结果。

**关键词：**第九修正案 限制权力 未列举权利

郭春镇，厦门大学法学院助理教授，吉林大学法学院博士后研究人员。

1791年12月批准的《美国联邦宪法第九修正案》(以下简称《第九修正案》)规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利。”这一条款产生的历史渊源、丰富意涵及其在司法适用方面所具有的潜力本应使其成为学界研究的宠儿。但令人惊讶的是，直至174年后的格里斯伍德案(Griswold v. Connecticut)，它才第一次得到关注，之后的罗伊案(Roe v. Wade)和凯西案(Planned Parenthood v. Casey)等案件使其进一步吸引了学界和实务界的目光。对于《第九修正案》的意涵、立法目的、适用范围、沿革与发展、其与联邦宪法其他规范的关系等诸多问题，学界与实务界的人士各持己见、甚至针锋相对。

### 一 《第九修正案》的理论争议

依照对《第九修正案》意涵的不同理解，学术界大体分为两派别：“未列举权利派”和“限制权力派”。尽管学者们的观点并不能直接具有规范效力，但他们的立场与观点被联邦最高法院的大法官们分别接受，大法官们对《第九修正案》的观点分属这两大派别或其中的某个亚种，因此，这两大派别的观点被大法官们在学理上认可与在实践中应用的次数和程度，在某些时候可能会直接影响到某种权利的获取与丧失。

“未列举权利派”认为《第九修正案》提供了以司法强制的方式来保护未列举权利。即,《第九修正案》允许法院执行并没有在宪法文本中写明的宪法权利,<sup>[1]</sup>比如隐私权。“限制权力派”则认为,《第九修正案》澄清了在前八条修正案中列举的权利,表明没有授予联邦政府未列举的权力,<sup>[2]</sup>即《第九修正案》被用来对联邦权力进行限制性的解释以防范联邦权力的扩张。

### (一)“未列举权利派”

“未列举权利派”的观点有三个主要来源:历史、语境与文本。<sup>[3]</sup>从历史方面来看,在美国宪法生成的过程中,一直存在着联邦主义和反联邦主义之争,联邦主义的“核心问题就是赞成强化‘联邦’或者总体权威”,优先考量“联邦”的整体利益。1787年宪法设计的联邦制的目的是要建设一个真正的国家,一个“更完善的联盟”。以“能够抵抗外来力量,可以自己维持下去而内部不致腐化”。<sup>[4]</sup>这一主张遭到反联邦主义者的反对,他们更强调州是个人自由的自然家园以及州与地方政府的自治,担心一个过于强大的联邦对地方自治和他们平等、自由生活的威胁,因此他们强调在宪法中增加《权利法案》,在联邦宪法规范中对州和人民所享有的列举和未列举的权利进行保护。面对这两种意见尖锐的对立,制宪会议的伟大调和者、“宪法之父”麦迪逊促成了两党达成政治共识。为了使联邦宪法得到批准,最初反对增加《权利法案》的麦迪逊坚决地向反联邦主义者做出了让步,明确地表明要保护一些不受联邦政府掌控的基本权利。<sup>[5]</sup>因此,其结论是《第九修正案》必须保护未列举权利。<sup>[6]</sup>

“未列举权利派”的第二个理由是语境。该派认为,《第十修正案》规定:宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力,由各州各自保留,或由人民保留。据此,他们认为,《第十修正案》明确规定了对没有授予联邦的权力由各州或人民保留,这就是对联邦政府的限制。如果还认为《第九修正案》也是限制政府权力,那么两条修正案的意思就一样了,因此限制政府派的主张会导致《第九修正案》成为多余。<sup>[7]</sup>因此,将《第九修正案》置于整个宪法体系中,限制政府派的观点是会导致《第九修正案》与《第十修正案》的意涵重复,对于经过各派反复讨论的《权利法案》而言,出现这样低级的失误是无法想象的,因而《第九修正案》应该是对未列举权利的保护。

“未列举权利派”的第三个理由是文本。他们认为,对于未列举权利,宪法《第九修正案》的文本已经进行了明晰的说明,对这些文字的字义进行最平实直接的解释就是“对某些权利的具体列举不得被解释为否认在法律体系内未列举权利的同等存在”。<sup>[8]</sup>基于文义解释这种法学解释中最基本和重要的解释方式,不难得出宪法《第九修正案》的文本就是对宪法规范中没有列举权利的保护,这意味着对“限制权力”派观点不言自明的反驳。

[1] Cameron S. Matheson, "The Once and Future Ninth Amendment", 38 *B. C. L. Rev.* 186 (1996).

[2] Thomas B. McAfee, "The Original Meaning of the Ninth Amendment", 90 *Colum. L. Rev.* 1307 (1990).

[3] Sanford Levinson, "Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment", 64 *Chi. - Kent. L. Rev.* 140-42 (1988).

[4] [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第43-44页。

[5] Russell L. Caplan, "The History and Meaning of the Ninth Amendment", 69 *Vir. L. Rev.* 252-253 (1983).

[6] 同上。

[7] Sanford Levinson, "Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment", 64 *Chi. - Kent. L. Rev.* 140-42 (1988).

[8] Sanford Levinson, "Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment", p. 141.

## (二)“限制权力派”

“限制权力派”也分别从历史、语境和文本方面进行反驳。

从历史的角度来看,他们认为发现《第九修正案》意涵的关键在于对宪法是否应该包括《权利法案》的争论。他们引用了“未列举权利派”承认的史实——作为坚定的联邦主义者的麦迪逊对《权利法案》的态度。<sup>[9]</sup> 威尔逊、汉密尔顿和麦迪逊都明确表示反对将《权利法案》置于宪法之中。但州会议坚持在《权利法案》中增加两个独立的修正案,第一个要宣布列举的联邦权力,没有授予的权力由州保留。第二个要宣布对联邦列举的权力进行限制性的解释。麦迪逊建议的《权利法案》草案包括两个反映州会议主张的条款:对保留的、没有授予的权力予以宣告和对联邦宪法的解释规则进行阐明,即禁止联邦权力不正当的扩张和保护人民保留的权利。<sup>[10]</sup> 最后,这成为第九和第十修正案。不知为何,《第九修正案》的最后版本去掉了禁止权力扩张的语句,留下了权利保留的语句。尽管麦迪逊坚持说《第九修正案》意义不变,但弗吉尼亚会议却未被说服并延迟了批准,因为他们要求对联邦列举权力进行限制性解释的规则没有得到考虑。为此,麦迪逊在众议院作了个演讲,陈述了《第九修正案》与《第十修正案》的起源和意涵。按照他的说法,这两个修正案的目的是限制联邦政府权力,以防止其干涉本属于地方或州控制的事项。弗吉尼亚州因此批准了《权利法案》。

“限制权力派”的第二个理由是语境。“限制权力”论的解释并未架空《第九修正案》使其显得“多余”,因为该派区分了《第九修正案》与《第十修正案》。<sup>[11]</sup> 根据该派的解释,“《第十修正案》明确了联邦政府权力是法定权力之一,宪法只是将有限的权力授予政府。尽管《联邦宪法》第1条中的“必需而适当”条款对限制政府的目标有所暗示,但《第十修正案》出台之前,宪法确未明示权力赋予的有限性。在“限制权力”论者看来,《第九修正案》表明《权利法案》不能以任何方式改变明示权力的联邦体系。因此,他们认为《第十修正案》消除的是因缺乏明确规定联邦政府只能行使法定权力的宪法条文的威胁,而《第九修正案》消除的则是由《权利法案》带来的威胁。”<sup>[12]</sup>

“限制权力派”的第三个理由也是文本。相对于“未列举权利派”,“限制权力派”就文本对其观点支持的程度和所进行的论证力度似乎有所不及。他们认为《第九修正案》将联邦政府权力限制于宪法的明确规定,没有考虑到对其所用的“权利”和“人民”的概念进行严格的区分。根据“限制权力”论,制宪者几乎是交互使用了“权力”和“权利”两个概念。<sup>[13]</sup> 因此,有些论者认为《第九修正案》的条文规定并未驳斥“限制权力”对该修正案的解读。<sup>[14]</sup>

## (三)小结

值得注意的是,在两派不同意见看似激烈的交锋中,有一点似乎双方都有意无意地忽略、却被拉什(Kurt T. Lash)教授捕捉到了:他注意并强调了对不同历史阶段《第九修正案》的理解,他还间接提到了两种不同的宪法规范解释方法——原意主义与客观解释——对双

[9] Thomas B. McAfee, "The Original Meaning of the Ninth Amendment", pp. 1259 - 1260.

[10] Kurt T. Lash, "The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment", 83 *Tex. L. Rev.* 360 (2004).

[11] Thomas B. McAfee, "The Original Meaning of the Ninth Amendment", pp. 1306 - 1307.

[12] Cameron S. Matheson, "The Once and Future Ninth Amendment", 38 *B. C. L. Rev.* 187 (1996); Thomas B. McAfee, "The Original Meaning of the Ninth Amendment", p. 1307.

[13] 对于政府的权利与权力的产生与转化问题,刘星教授有精当的类比和分析。刘星:《法理学导论》,法律出版社2005年版,第130-135页。

[14] Cameron S. Matheson, "The Once and Future Ninth Amendment", p. 186.

方观点的影响。<sup>[15]</sup>就“未列举权利派”而言,他们对于《宪法第九修正案》的解读是基于当前自由主义和个人主义的立场而进行的,将《第九修正案》视为保护宪法没有列举的、人之为人的自然权利的规范依据。因此,他们更强调从当前社会的价值立场与社会背景理解《第九修正案》,以此时的“读者”眼光对文本进行“客观”的解释。这种立场当然是可以理解的,毕竟《第九修正案》是当前生效的宪法规范文本。而对于“限制权力派”来说,他们更强调《第九修正案》的“原意”,从《权利法案》产生的联邦主义的历史背景、州会议的提议、制宪者在协调与平衡各方立场的考量出发来分析其意涵,对它所蕴含的“原初意思”通过历史追溯和理论跋涉来进行探求,以此为基础得出《第九修正案》与《第十修正案》一起,从不同角度对联邦权力进行限制与约束,以保护基于人民主权而存有的州和人民的权利。此时,他们追求的是“作者”的“真实意思”。因此,就两派的观点而言,其实是根据其研究方法和对宪法规范的解释方式的不同而产生的争议,如果进行简化分类的话,可以分别代表随着时代的变迁而产生的“阶段式理解”。“限制权力派”是基于对制宪者原意探究的立场,其观点侧重于制宪时《第九修正案》的含义;而“未列举权利派”则是基于现代自由主义和个人主义立场,对宪法文本的当前应该具有的含义进行的探求,其观点侧重于对《第九修正案》的当前理解。由此可见,两派的观点不存在非此即彼的对错之分,他们之间的纷争是基于其各自不同的立足点和观察眼光在此产生的交错而非对视。

## 二 宪法实践中的《第九修正案》

学术理论争议可以一直存续下去,而法律判决则没有这么“幸运”——它必须在限定的时间与空间内对特定的法律争议做出裁判。美国法院对《第九修正案》的适用可以让我们看到在实证法学的框架内《第九修正案》的定位及其在相应案件中所起到的作用,这也是对“未列举权利派”和“限制权力派”的理论争议在司法实践中的验证。

通过梳理,可以看到在二元联邦制下,《第九修正案》在宪法实践中一直作为“限制联邦权力”的解释规则而存在;在二元联邦制后期,《第十四修正案》的出现使得联邦权力有所扩张并对《第九修正案》的传统理解发生偏离,而“新政”则基本终结了这种解读。在后二元联邦制阶段,《第九修正案》经由大法官的解释,成为“保护个人未列举权利”的规范依据。

### (一) 二元联邦制下对《第九修正案》的解释

美国独立之后所面临的严峻现实使其迫切需要一个强有力的中央政府,而邦联制无法满足其需求,因此联邦党人主张各州联合,成立大共和国,组建强有力的联邦政府,以满足现实需求。但这与反联邦党人的观点发生了直接冲突,后者虽然也主张各州联合,但更强调重要的事务应当由州一级的政府单元来处理,强调小共和国(即州)的作用。两者就国家制度妥协的结果,即所谓“二元联邦制”的产生,其目的意在把大国的力量与小国的自由结合起来。其分工体现在中央政府负责外交、国防和州际间事务,州政府全权负责州内事务。一般而言,从建国制宪到20世纪30年代被视为二元联邦制时期。

[15] Kurt T. Lash, "The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment", p. 427.

## 1. 二元联邦制确立期间对《第九修正案》的解释及其“原意”

1791年2月2日,麦迪逊在众议院发表了演讲,质疑成立合众国第一银行的合宪性。<sup>[16]</sup>麦迪逊宣布银行案侵犯了州的权利——《第九修正案》规定的州免受侵害的权利。麦迪逊的主要观点是:联邦宪法规范没有授予联邦成立股份银行的权力。他坚信联邦政府是一个具有有限列举权力的政府。麦迪逊相信“巨大和重要的权力”不能源自默示的方式,而要求明确的列举;成立一个银行不能被认为是一个附属的权力,如果它对联邦的确是必要的,它就应该得到列举。因此,麦迪逊明确表示银行的成立会“直接干涉州的权力”。<sup>[17]</sup>麦迪逊认为,联邦宪法结构蕴含了正确的解释规则,联邦主义者对州会议所做的陈述中明确表达了该规则并使其体现在《第十一修正案》和《第十二修正案》的文本中。《第十一修正案》,意在防止对联邦权力进行扩张性的解释;而《第十二修正案》,则意在排除所有宪法规范中没有列入的权力。<sup>[18]</sup>

但麦迪逊的观点并没有体现在这一阶段的司法实践中。1818年发生了著名的美国银行案<sup>[19]</sup>:马里兰州议会立法规定对合众国第二银行设在马里兰州巴尔的摩市的分行征收年税并在第二银行没有按照州的规定交税后,将麦卡洛克(分行的出纳员)告到州法院。最后该案到了联邦最高法院。由马歇尔担任首席大法官的联邦最高法院判定马里兰州议会对美国银行征税的法律因违宪而无效。马歇尔依据的是《宪法》第1条第8款,即“必需而适当”条款,该款规定国会有权制定为行使宪法赋予国会的权力和由宪法授予联邦政府的一切其他权力“所必需而适当的任何法律”。据此,他认为政府不仅拥有宪法所列举的权力,还拥有默示的权力。由此,“必需而适当”条款与马歇尔所阐发的默示权力论成为后来美国联邦权力扩大的重要依据。

## 2. 二元联邦制发展期间对《第九修正案》的解释

美国内战使得南北平衡被打破,但二元联邦制仍在存续和稳步发展。在《第十四修正案》产生之前的二元联邦制平衡构架稳定存续期间,麦迪逊对《第九修正案》的解释一再被适用于银行案之后的一些案件中,该观点成为在宪法实践中的“通说”。在19世纪,与《第九修正案》所涉的案件很少,主要有:美国诉罗宾斯(United States v. Robins)案、<sup>[20]</sup>休斯顿诉摩尔(Huston v. Moore)案、<sup>[21]</sup>霍姆斯诉詹尼林(Holmes v. Jennison)案<sup>[22]</sup>和罗素诉梅耶尔(Roosevelt v. Meyer)案。<sup>[23]</sup>

在这些案件中,基于《第九修正案》提起的个人权利诉求都被法院拒绝。可见,联邦最

[16] 有关麦迪逊演讲的概述,参见 Gazette of the United States (Philadelphia), Feb. 23, 1791, reprinted in William Charles DiGiacomantonio et al. eds. *Documentary History of the First Federal Congress, 1789-1791*, (Baltimore: Johns Hopkins University Press 1994), p. 367.

[17] James Madison, Speech in Congress Proposing Constitutional Amendments (June 8, 1789), in James Madison, *Writings* 283 (Jack N. Rakove ed, 1999). 转引自 Kurt T. Lash, “The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment”, 83 *Tex. L. Rev.* 602 (2005).

[18] James Madison, Speech in Congress Proposing Constitutional Amendments (June 8, 1789), in Jack N. Rakove ed. *James Madison Writings* (1999), p. 489. 转引自 Kurt T. Lash, “The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment”, 83 *Tex. L. Rev.* 489 (2004)。需要说明的是,这里的第十一、十二修正案是指后来的第九与第十修正案。因为在所提议的12项修正案中,1791年批准了10项。于是其中的最后两条称为后来的第九和第十修正案。

[19] *McCulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

[20] *United States v. Robins*, 27 Fed. Cas. 825, no. 16,175 D.S.C. (1799).

[21] *Huston v. Moore*, 18 U.S. 1 (1820).

[22] *Holmes v. Jennison*, 39 U.S. 14 Pet. 540 (1840).

[23] *Roosevelt v. Meyer*, 68 U.S. 512 (1863).

高法院至此都没有将《第九修正案》视为保障个人权利的规范依据,而只是用来对联邦权力进行限制性解释。此外,主张蓄奴主义者与废奴主义者的纷争也可以从侧面表明《第九修正案》的规范意涵:废奴主义者一致主张对个人自由进行重新评估和扩展性的理解,但是他们一直没有将《第九修正案》视为一种权利来源或对更多的个人自由的文本支持。《第九修正案》如果被认为是对个人反抗州的自由的间接支持,那么废奴主义者的言论中对此遗漏则是难以解释的。在美国内战前,废奴主义者一直以最高的敏感度、尽最大的努力来寻求宪法上可用的支持来反对奴隶制。实际上,他们曾求助于《独立宣言》、自然法、圣经解释、普通法,甚至包括对《权利法案》进行自由主义至上式的解读,他们求助于其他所有途径,就是没有求助于《第九修正案》。<sup>[24]</sup> 这种对第九修正案的联邦主义式解读贯穿了整个19世纪。<sup>[25]</sup>

### 3. 二元联邦制结束过程中对《第九修正案》的解释

在二元联邦制下,《权利法案》仅仅适用于联邦政府,保护诸如言论、信仰、人身自由是联邦政府的义务却不是州政府的义务。在南北战争结束后不久的1868年通过的《第十四修正案》,实际上是为了防止南方各州的奴隶制卷土重来而设的。<sup>[26]</sup> 但它的通过意味着州政府也必须开始遵守《权利法案》,在实际上宣告了“二元联邦制”的终结。<sup>[27]</sup> “二元联邦制”的终结是一个过程,基于论述的便利,本文将二元联邦制结束的过程分为起始、发展与终结阶段。起始阶段指《第十四修正案》产生初始阶段,发展阶段是指自屠宰场案至罗斯福“新政”后其改革、复兴、救济政策所遭遇的宪法案事,终结阶段是指罗斯福“宪法革命”的成功。<sup>[28]</sup>

《第十四修正案》的产生,引发了对《第九修正案》新的理解。如果此时作为解释规则的《第九修正案》被理解为个人权利的保证的话,那么对这一条款的新理解可以并入《第十四修正案》以防个人权利被州侵犯。可以说,《第十四修正案》将废奴主义者为自己观点而四处寻求的权利来源的窘境消除了:《第十四修正案》将《权利法案》的并入让废奴主义者在学理与规范上有了坚实的基础。

#### (1) 起始阶段之联邦最高法院的犹疑

在《第十四修正案》产生之后的4年内,发生了两个牵涉联邦权力的重要案件:法定货币案<sup>[29]</sup>和屠宰场案。<sup>[30]</sup> 这两个案件的过程和结果似乎表明联邦最高法院开始仔细考虑对《第九修正案》和《第十修正案》重新进行解释和定位。在法定货币案中,联邦最高法院开始接近放弃对列举权力进行限制的原则。而在屠宰场案中,法院回到了它在内战前对联邦国会和联邦法院进行的限制性解释的老路上来。这似乎表明了联邦最高法院还没有废弃《第九修正案》和《第十修正案》背后的原则。<sup>[31]</sup>

[24] Kurt T. Lash, "The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment", p. 648.

[25] 同上。

[26] 崔之元:《关于美国宪法第十四条修正案的三个理论问题》,《美国研究》1997年第3期,第123页。

[27] 崔之元:《关于美国宪法第十四条修正案的三个理论问题》,第123页。

[28] 崔之元:《关于美国宪法第十四条修正案的三个理论问题》,第123页。

[29] *Hepburn v. Griswold*, 79 U. S. 12 Wall. 457 (1870).

[30] *The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company*, 83 U. S. 36 (1873).

[31] Kurt T. Lash, "The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment", p. 648.

在法定货币案中,首席大法官蔡斯(Salmon P. Chase)对联邦权力进行了限制性的解释,认定国会发行纸币非法。<sup>[32]</sup>以斯特朗(Strong)大法官为主导的多数派推翻该案的判决结果,对联邦权力进行了扩张性的解释,认为国会“有权自由地运用各种不受禁止的、必要的手段来履行其被承认的职责。”<sup>[33]</sup>由于《第十四修正案》的“加盟”,屠宰场一案更为著名。1869年,路易斯安那州立法规定将新奥尔良屠宰业的专营权授予一家公司,并禁止维持其他屠宰场。对此,新奥尔良的屠宰场主们指控州政府制定的法律违反了联邦宪法《第十四修正案》“正当法律程序”原则,剥夺了他们为宪法所保护的财产权。但米勒大法官拒绝了这种观点:即认为《第十四修正案》将一些州合并成一个共同的政府,在这个共同政府中,所有的特权与豁免可以在国家层面上被控制。因此,路易斯安那州对新奥尔良屠夫交易所强加的约束不能作为对其财产的剥夺理由。

可见,在二元联邦制终结过程的起始阶段,对于如何理解和定位《第九修正案》中所蕴含的宪法解释规则,有着一定的犹疑和反复。在法定货币案中,以斯特朗大法官为代表的多数派一定程度上脱离了对《第九修正案》“原意”的理解,开始尝试将联邦权力扩大适用。或许,战争导致的财政危机使得联邦最高法院的法官们也不得不面对这一事实。另外,重建时期国会控制了联邦最高法院法官的人数,其于1869年4月规定的法官终身薪金制及重建时期国会中激进共和党人的主导地位使得大法官们对联邦权力范围的解释有所扩张。而在屠宰场案中,《第十四修正案》作为“重建”修正案中的一条,<sup>[34]</sup>其主要目的是帮助实现林肯对新近获得自由的奴隶所说的“自由的崭新诞生”。<sup>[35]</sup>尽管国会对于《第十四修正案》的辩论在目的和范围上很少是不含糊的,但其明确的重点是在种族歧视上,而不在公民自由上,<sup>[36]</sup>所以米勒大法官或许基于这种“立法目的”和联邦主义传统的影响,继续着麦迪逊以来的观点,将《第九修正案》作为对联邦权力限制性解释的规则予以适用。

## (2) 发展阶段之联邦主义解释方式的坚持

《第九修正案》“限制联邦权力派”的观点在其后一些案件中保持了相当稳定,在一些牵涉联邦规制的案件中,如对卖淫、<sup>[37]</sup>药品、<sup>[38]</sup>不公平交易、<sup>[39]</sup>贿赂<sup>[40]</sup>以及童工案<sup>[41]</sup>等进行规制的案件中,《第九修正案》常被用来对抗联邦权力,认为联邦管理这些事项的法律违反了《第九修正案》所包含的解释原则,而联邦的规制被认为企图插手国会无权过问的纯粹州内事务。

这些案件中,最为著名的是童工劳动案(Hammer v. Dagenhart)。《童工法》(the Keating-Owen Child Labor Act)禁止14岁以下儿童生产的产品在州际贸易中流通。因为国会没

[32] Hepburn v. Griswold, 75 U. S. 603 (1870).

[33] Hepburn v. Griswold 79 U. S. (12 Wall.) 457 (1870).

[34] 另外两条分别是1865年的《第十三修正案》和1870年的《第十五修正案》。

[35] 《第十四修正案》要求非经正当程序,州不得剥夺任何人生命、自由和财产。或许该条主要针对的是某些以前主张蓄奴的州而定的。

[36] [美]保罗·布莱斯特等编著:《宪法决策的过程:案例与材料》(第四版·上册),张千帆等译,中国政法大学出版社2002年版,第315页。

[37] Hoke v. United States, 227 U. S. 308, 319-320 (1913).

[38] United States v. Charter, 227 F. 331 (N. D. Ohio 1915).

[39] T. C. Hurst & Son v. FTC, 268 F. 874, 875-886 (E. D. Va. 1920).

[40] Dropps v. United States, 34 F. 2d 15 (8th Cir. 1929).

[41] Hammer v. Dagenhart, 247 U. S. 251 (1918).

有办法直接禁止各州使用童工,它只能利用管制州际贸易的权力来限制童工产品的流通,从而间接地限制使用童工。在该案中,联邦最高法院以5:4判定《童工法》违宪。虽然在该案中戴伊大法官只提到了《第十修正案》,但其对联邦权力解释的方式却是对《第九修正案》的联邦主义式理解一以贯之的坚持。

富兰克林·罗斯福总统的“新政”在整顿金融、复兴经济和救济工作方面收效显著的同时,也引发了一系列的宪法案件。由于牵涉到对联邦权力范围的解释和界定,《第九修正案》在此期间一再登上舞台,成为持保守立场的法官们坚持司法克制、质疑“新政”的合宪性和反对联邦规制和管理的规范依据。“新政”期间颁布的《国家工业复兴法》是司法克制瞄准的靶心,在诸多案件中,该法的合宪性是争论的焦点。据学者不完全统计,从1935年开始,仅在短短的16个月之内就连续有12个关于“新政”的案件判决政府一方败诉。<sup>[42]</sup> 这些案件的判决体现了在联邦权力扩张阶段,法院和法官们对《第九修正案》“限制联邦权力”解释规则的坚持。

### (3) 最后阶段之被放弃

据学者拉什统计,在内战期间和“新政”期间,有一些案件已经开始将《第九修正案》作为未列举权利来源。他自己发现了有5个州级案件试图将《第九修正案》作为独立的未列举权利的来源。这与内战之前没有一个类似主张的案件形成对比。<sup>[43]</sup> 这些案件似乎意味着在州的层级上将《第九修正案》作为个人权利来源的主张已经萌芽。

促使对《第九修正案》的理解和解释发生根本性转变的还是罗斯福总统。正是他的努力,使得联邦最高法院以判例的方式认同了政府对经济的干预,从而使联邦权力得以扩张。开始,“新政”遭到了以联邦最高法院为代表的保守主义者的强烈反对,最高法院动用司法审查权判定包括《国家工业复兴法》和《农业调整法》等重要法律在内的政府新政立法违宪。对此,罗斯福在1936年第二次当选之后提出了“法院改组计划”。他借口减轻年迈大法官的工作压力,建议国会通过法律,规定只要大法官年逾七旬且任期超过10年,总统就可加派一位新的大法官,最多加派6人,以此来改组最高法院。总统对大法官的提名权和国会对罗斯福新政的支持,将意味着罗斯福可以把自己信任的6人用“掺沙子”的办法送进最高法院。<sup>[44]</sup>

不知道是罗伯茨(Roberts)大法官对这个计划的担忧还是个人的认知有了变化,抑或是联邦最高法院想体面地进行“战略性撤退”,他突然发生了“及时的转变”,<sup>[45]</sup> 转而支持他曾经强烈反对的扩张联邦权力的观点。这明显体现在著名的帕里什案中,<sup>[46]</sup> 华盛顿州为了保护妇女和未成年人,确立了妇女和未成年人最低工资以及劳动条件的基本标准。帕里什(Parrish)是一家名为西岸宾馆(West Coast Hotel)的清理房间的服务员,她的工资低于每小时35美分的最低标准。她和丈夫提起诉讼要求补足差额。该案最终到了联邦最高法院,以5:4的微弱多数认定上述州法合宪。此后,联邦最高法院再没有以这一理论判决过社会经

[42] 参见法治斌:《人权保障与释宪法制》,台北:月旦出版公司1985年版,第246页。

[43] Kurt T. Lash, “The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment”, p. 674.

[44] 参见任东来等:《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,中国法制出版社2004年版,第159页。

[45] Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of A Constitutional Revolution*, (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 45.

[46] *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

济立法因违宪而无效。因此,有了“1937年的宪法革命”之说。

“宪法革命”还意味着传统的二元联邦制的崩溃,联邦与州的平衡在某种意义上被打破,联邦取得了优势乃至主导地位,联邦的权力得到了扩张。相应地,在二元联邦制下的纯属“正解”的、对《第九修正案》作为“限制联邦权力”的解读也基本就此作古。在二元联邦制终结过程中,并没有对《第九修正案》直接的解释与应用,但帕里什案的判决意味着在司法实践中摒弃以往《第九修正案》的解释方法。而且,在对《第九修正案》的理解发生变化之时,明智的方式不是公开宣告之前如何解释和现在如何解释《第九修正案》,因为这无助于保护宪法的稳定和权威,也不利于维系地位尴尬、正在接受来自民众和其他权力机关质疑的释宪者的权威。因此,将《第九修正案》置于一旁不再提及(冷处理)而对该案件“就事论事”地解决应该是最为沉静和稳妥的解决方式了。在帕里什案中,大法官们其实也对《第九修正案》做出了解释,只是这种解释是以“不作为”的方式做出的,通过不谈及《第九修正案》以默示的方式接受了联邦权力的扩张,从而颠覆了既往对《第九修正案》作为“限制联邦权力”解释规则的理解。自此,联邦最高法院开始构建一个新的框架以保护前八条修正案中所列举的个人权利,《第九修正案》和《第十修正案》则被放弃了。在其后的30余年里,它们都没有在任何联邦法院中被成功地用作诉讼理由。<sup>[47]</sup>

本来用作“限制联邦权力”扩张的《权利法案》也适用于州,这意味着州的权力开始受到该法案的限制和约束,因此,《第十四修正案》的出现意味着二元联邦制开始终结。随着经济的发展,美国进入了垄断资本主义时期,包括经济危机、贫困问题等在内的很多社会问题在州的层面无法解决,必须要在整个国家的层面上进行整体的考量才能妥当解决。因此,联邦的权力不断扩张,州的权力不断在事实上和法律上限缩。在这个新形成的权限范围内,联邦与州相互连接和相互配合,形成一种新的稳定状态。<sup>[48]</sup>

## (二)后二元联邦制下对《第九修正案》的解释

随着“新政”的进展和“宪法革命”的发生,联邦权力也不断扩张,原来被用于对其进行限制解释的《第九修正案》在被短暂遗忘了30年后,以一种新的面孔出现了。而这种面孔不仅与以前的样子不同,甚至是截然相反。

在格里斯伍德案中,原告格里斯伍德(Griswold)是康涅狄格州计划生育协会的执行主任,布克斯顿(Buxton)是一名执业医生和耶鲁医学院教授,还是计划生育协会纽黑文中心的医学主任。两人由于违反了康州法律为已婚人士提供有关避孕方法的信息、指导和医学建议,为妇女进行体检并开出最佳的避孕器具和药物以供她们使用而被捕和定罪。最后,他们以所适用的州法违反《第十四条修正案》为由上诉至联邦最高法院。联邦最高法院于以明显优势认定康州法律侵犯了婚姻中的隐私权,并推翻原判决。

在该案中,大法官道格拉斯(Douglas)和金伯格(Goldberg)都借助了《第九修正案》用以支持隐私权的主张。不同的是前者借助的是“伴影”理论,把《第九修正案》与《权利法案》中所列举的权利结合起来;后者则是将其与两条正当程序条款的修正案结合起来。金伯格大法官特别强调《美国宪法第九修正案》对于该案的关联性与重要性。他以《权利法案》制

[47] Kurt T. Lash, “The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment”, p. 648.

[48] 胡晓进:《美国伦奎斯特法院保守性初探——以联邦主义问题的相关判决为中心》,《南京大学学报》(人文社科版)2004年第3期,第32-33页。

定者麦迪逊法官的见解为理论基础,通过对《第九修正案》的语言和历史意涵的探寻,主张在前八项修正案中没有明确列举出来的基本权利也是制宪者所坚持的。在此基础上,“婚姻中的隐私权是一项如此重要和基本的根植于我们社会的权利”,“该基本权利因为没有在宪法前八条修正案或其他地方的术语中提到而不受宪法保护的司法解释是明显违背《宪法第九修正案的》。”<sup>[49]</sup>金伯格对于《第九修正案》的诠释,对《权利法案》中未列举的权利提供宪法保障拓展了可能空间。

但把《第九修正案》与其他修正案结合起来保护未列举宪法权利的主张并不是大法官们的一致意见。在反对意见中,布莱克(Hugo Black)大法官嘲笑金伯格大法官的观点是对《第九修正案》“最近的发现”,<sup>[50]</sup>他说一个历史系的学生也知道《第九修正案》的目的是“联邦宪法的所有条款的目的是限制联邦明示的或必需的默示的权力”。<sup>[51]</sup>尽管有来自大法官和学界诸多的反对意见,但《第九修正案》作为支持个人权利的主张毕竟已经成为规范事实。在格里斯伍德案中所发生的对《第九修正案》解释的根本性转变,对其后的案件有着直接的影响。这首先体现在罗伊案中。<sup>[52]</sup>1969年,杰恩·罗伊(Jane Roe)挑战德克萨斯州刑法,她声称自己被强奸而怀孕但她不愿意也无力生育和抚养孩子。而此时德州依然执行着1854年通过的反堕胎法律。该法规定除了依照医嘱、为拯救母亲生命而进行堕胎之外,其他一切堕胎均为刑事犯罪。原告认为,一个孕妇有权单独决定在什么时间、以什么方式、为何种理由而终止妊娠,这是一种绝对权利,德州刑法剥夺了她的选择权,因此违宪。1973年,联邦最高法院做出多数意见的裁定:德州刑法禁止堕胎的规定过于宽泛地限制了妇女的选择权,侵犯了宪法《第十四修正案》正当程序条款所保护的 personal liberty。

在判决书中,布莱克门(Blackmun)大法官认为:个人具有宪法保护的隐私权,“隐私权的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利。”他指出:无论是《权利法案》提供的特定保障、《第九修正案》确认的“人民保留的其他权利”,还是《第十四修正案》确认的、未经正当程序不可剥夺的个人“自由”,都隐含着隐私权的宪法保护,都足以包括一个妇女自行决定是否终止其怀孕的权利。个人隐私属于宪法所称的“基本权利”或者“法定自由”,德州法律侵犯了妇女受到宪法保护的基本权利。<sup>[53]</sup>可见,在格里斯伍德案中经大法官道格拉斯和金伯格由于对《第九修正案》的“误读”而空手“套”来的、作为个人权利的隐私权俨然跻身于基本权利的行列,成为受宪法判例保护并形成前例约束的宪法基本权利,并受到大法官们的普遍认同。<sup>[54]</sup>

### (三)小结

从《第九修正案》在宪法实践中的应用来看,其涵义由最初的对联邦权力进行限制的解解释规则转化为支持个人宪法基本权利的文本支持——虽然这种文本支持需要和其他宪法修正案协作。

《第九修正案》的意涵是伴随着美国历史发展过程中联邦与州权力的此消彼长、反反复复

[49] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 493 (1965).

[50] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 518 (1965).

[51] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 520 (1965).

[52] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

[53] 参见方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩》,《比较法研究》1998年第1期,第7页。

[54] 在该案中,肯定与否定罗伊主张的大法官比例为7:2。

复而逐渐演化的,贯穿于其间的是时代变迁和联邦司法机关的保守特质。在二元联邦制下,联邦与州的权力边界保持着适度的平衡,而这种平衡是在制宪时联邦党人与反联邦党人互相妥协而成的。因此,在此期间,《第九修正案》一直作为制宪时联邦党人的承诺,进而起着限制联邦权力、尊重和维持州与地方权力与权利的作用。《第十四修正案》将前八条修正案“并入”,<sup>[55]</sup>使得联邦的权力开始扩张,二元联邦制开始走向终结之路。但这条路并不平坦,“新政”初期的一些具有显著联邦权力扩张色彩的联邦规制,均被联邦最高法院宣告违宪。在这段时间里,《第九修正案》固守着其“原意”,阻碍着“新政”的实施,以致罗斯福总统不得不考虑“法院改组计划”。或许是来自总统的压力,或许是感受到了来自选民的力量,<sup>[56]</sup>或许是基于联邦最高法院“体面撤退”的考量,罗伯茨大法官顺应时代和选民要求而产生的立场转变成为压死《第九修正案》制宪者“原意”解释的“最后一根稻草”。自此,《第九修正案》“制宪者”的原意解释被放弃了。但是事情并未到此为止,30年后,在格里斯伍德案中,第九修正案重新登场。这次,它站在了相反的方向——它不仅不用来如“限制权力”派所期待的那样限制联邦权力,反而被用来支持个人隐私权。在这个案件背后,我们看到了19世纪60年代民权运动和女权主义的身影以及联邦最高法院司法积极主义的律动。可见,时代的发展、社会的潮流、民众的需求等种种合力造就了第九修正案含义的“转向”。

### 三 结 语

“未列举权利派”和“限制权力派”对《第九修正案》的认识在真理性方面并非“非此即彼”式的直接尖锐对立。前者是对二元联邦制终结后到如今这段历史时期《第九修正案》在宪法实践中适用情形的一个总结;后者则是基于对《第九修正案》自产生到二元联邦制终结前这段历史时期在宪法实践中适用情形及对制宪者制定《第九修正案》“原意”的探究而得出的结论。两派观点各有其可取与值得肯认之处。相比较而言,“限制权力派”的观点从学理到实践更具有说服力。但就当前《第九修正案》的适用而言,其意涵的确发生了变化,即从“限制联邦权力”转为“维护个人宪法未列举权利”,并充满戏剧性地产生了隐私权这一宪法没有列举的基本权利。

贯穿于《第九修正案》意涵由“限制联邦权力”到“保护个人未列举权利”这一演变过程核心的是对待宪法和法律的现实主义传统和实用主义哲学。美国的法律现实主义立足于社会现实,强调法律是达到社会目的的手段,法与社会和公共政策之间有着密切的关系。社会变迁先于和快于法律,需要不断检视审查法律是否与社会需要相适应并根据社会发展而进行调整。当然,这种调整未必是以立法的方式进行,对既有文本结合现实需要进行开放性和成长性解读是一种既能在一定程度上维护法的安定性,又能达致回应实践需求的稳健选择。因此,这一传统“充满了能动主义的创造性”,<sup>[57]</sup>并在立法和司法上对公民权利和社会福利产生了巨大的积极影响。

对《美国宪法第九修正案》的理解和解释从“限制联邦权力”到“维护个人权利”这种变

[55] 当然,这种“并入”的程度与范围尚需进一步的探讨。

[56] 此时罗斯福再次当选总统。

[57] 范瑜:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,《中国法学》2006年第4期,第39页。

化的规范基础是《第十四修正案》对州正当程序的要求及《第十四修正案》对《权利法案》的“并入”。产生这种变化的方式是联邦最高法院对该修正案的在不同历史时期采用了不同的解释方法。产生这种变化的法律背景与契机是“司法能动主义”在联邦最高法院居于优势地位的特定时期。这种变化能够维系得益于普通法遵循先例的传统和联邦最高法院的保守特质。产生这种变化并最终能使这种变化维系的学理依据在于从制宪者到司法者都秉持的实用主义哲学及由此产生的直面社会现实的务实态度。

然而,影响和决定《第九修正案》意涵变化的决定性因素是其社会基础:无论是“新政”前后联邦最高法院的法官态度变化,还是隐私权的产生,看似偶然的、受个别人士观点转变而根本地改变判决的情形,其背后的影响因素却是巨大的时代转型和汹涌的社会思潮。哈耶克即认为,1936年总统大选的结果似乎也使最高法院认识到罗斯福“新政”得到美国选民的广泛赞同,据此,最高法院才改变了自己的立场。<sup>[58]</sup>而隐私权及与之相关的罗伊案、凯西案背后涌动的却是民权运动、女权运动的暗流。联邦最高法院践行了实用主义理念,对《第九修正案》的文本根据社会的需要做出了相应的解释,既维护了规范的稳定性,又最大限度地满足了人们的现实要求,在遵守宪法规范,依据法律逻辑判断和保障个人权利、满足社会变迁的需要之间达到了一种平衡。《第九修正案》这个为了满足当时人们的需求而建造的“建筑物”,为了满足已发生变化的欲求而不断地被修理、改造和重建。

总之,是时代的发展、社会的需求使得一个本来不存在的、规范意义上个人所享有的宪法未列举权利借助于一个限制联邦权力的条款横空出世,并在之后的案件中受到肯定和尊重。在这个过程中,释宪者的这种对过去的文本在当前情形下进行开放性解读的方式,既尊重了宪法的安定性和逻辑性,又积极回应了时代的发展和社会变迁的需求。在将《第九修正案》意涵转变的过程置于其文化背景和时代背景下进行结构主义观察时,可以发现这种既不刻舟求剑又不削足适履的“两全”思路值得借鉴。

---

[Abstract] There are two academic understandings of the Ninth Amendment of the United States: those advocating “limited government” approach and those upholding “unenumerated rights” view. Both of them try to justify their understandings from the aspects of history, context and text. The former understanding is close to the Founders’ original intention while the latter embodies the current perspective of the Ninth Amendment. In the constitutional practice, before the ending of dual federalism, the Justices regarded the Ninth Amendment as a rule of interpretation to limit the federal government’s power. After the ending of dual federalism and up till today, with the expansion of the federal power, the Justices have gradually deemed the Ninth Amendment as a norm to protect individuals’ unenumerated rights. This change is the result of the Justices’ pragmatic response to the changes of times and the needs of society by the use of judicial techniques.

---

(责任编辑:支振锋)

[58] [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第242-243页。