

本书为教育部人文社会科学青年基金项目
“转型期积极权利的法律保障研究”的最终成果
(项目号10YJC820034)

转型期权利的 法律保障研究

——以未列举权利及其推定为例

郭春镇 张薇薇◎著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

C13067638

D923.04
214

转型期权利的 法律保障研究

——以未列举权利及其推定为例

郭春镇 张薇薇◎著

- 本书为上海市普通高等学校人文社会科学重点研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院资助项目“美国宪法未列举权利发达史研究”最终及后续成果
- 本书为中国法学会部级课题“比较法视野中的中国宪法未列举权利研究”最终成果(项目编号: CLSD0921)
- 本书获中国博士后科学基金第四十九批面上资助和第四批特别资助



北航

C1675461

D923.04

214



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

转型期权利的法律保障研究:以未列举权利及其推定为例/郭春镇,张薇薇著. —厦门:厦门大学出版社,2013.7

ISBN 978-7-5615-4649-9

I. ①转… II. ①郭…②张… III. ①权益保护-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 107471 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:12 插页:2

字数:202 千字 印数:1~1 200 册

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

作者简介

郭春镇,男,山东聊城人,厦门大学法学院副教授,法学博士,吉林大学理论法研究中心博士后,福建省法学会法理学专业委员会秘书长,华东政法大学外国法与比较法研究院客座研究员,厦门大学立法学研究中心副主任,厦门大学法学院法律与认知神经科学研究中心研究员,厦门大学知识论与认知科学研究中心研究员,芝加哥大学访问学者,伊利诺伊大学访问学者。

著有《法律父爱主义及其对基本权利的限制》(法律出版社2010年版)一书,参与翻译《审判故事》(人民出版社2012年版)一书;曾在《中国社会科学》《学术月刊》《法学研究》《环球法律评论》《法制与社会发展》《法律科学》《法学评论》《北大法律评论》等期刊发表多篇学术论文和译文,其中多篇被《新华文摘》中国人民大学报刊复印资料等全文转载;主持国家社科基金和省部级课题多项;获福建省社会科学优秀成果奖、吉林省优秀博士后等多项省部级奖。

张薇薇,女,河南许昌人,厦门大学法学院讲师,法学博士,福建省法学会法理学专业委员会理事,厦门大学法学院法律与认知神经科学研究中心研究员。

著有《宪法未列举权利比较研究》(法律出版社2011年版)一书,曾在《国外社会科学》《法学评论》《武汉大学学报》(哲社版)等期刊发表多篇学术论文,其中有文被中国人民大学报刊复印资料全文转载,参与国家社科基金和省部级课题多项,获中国法学会“第七届中青年宪法学者优秀科研成果奖”等多项省部级奖。

目 录

引言	1
第一章 未列举权利的产生与权利推定	6
第一节 第九修正案的理论争议	7
第二节 宪法实践中的第九修正案	14
第三节 作为概括性人权条款的《德国基本法》第2条第1款	32
第二章 未列举权利推定的背景	
——权利本位范式	37
第一节 权利推定的价值基础——自然法	37
第二节 权利本位——自然法的中国表达	50
第三章 中国宪法未列举权利的文本基础	63
第一节 作为宪法原则的“人权条款”	63
第二节 作为未列举权利文本的“人权条款”	74
第三节 “人权条款”中的“人权”意蕴	80
第四章 未列举权利的推定理念、原则与技艺	88
第一节 未列举权利推定的理念	89
第二节 未列举权利的推定原则	95
第三节 未列举权利推定的技艺	103
第五章 转型期中国宪法未列举权利的推定内容	120
第一节 转型期的宪法未列举权利诉求	120
第二节 源自既有宪法权利的宪法未列举权利	125
第三节 源自实然的宪法未列举权利	130

第四节 新兴未列举权利·····	135
结语 从“应然”到“实然”	
——未列举权利的前景与未来·····	139
附录 无过去的怀念与无基础的想象	
——就《我国宪法人权条款之实施》一文与夏泽祥博士商榷·····	143
参考文献·····	176
后记·····	183

引言

权利被认为是“法律思想的起点”^①和“法的真谛”^②。权利之于人的意义,是不言自明和一言难尽的。说它不言自明,是因为对权利的需求和渴望不仅是人类根深蒂固的一种向往,^③在某种意义上它还是人之为人之所赖,正是它的存在,才使得人真正成为万物之灵长,成为有活力和尊严的主体。说它一言难尽,不仅是因为人们观察权利的视角多种多样,权利呈现出“谱系化”特点,就像棱镜折射出的光芒,有不同的波长并呈现不同的色彩;而且因为权利的范围仍是一个聚讼纷纷的论题,它是仅限于法律规范明文列示的文本之中,还是除了明示权利之外,尚包含那些“隐匿”于文本之中并因此需要解释、推定乃至“挖掘”的权利,仍存在着种种分歧与争议。也正是由于权利的这些特点,才使得它如同磁铁一样吸引学人尤其是法学人的关切,关于权利的各类不胜枚举、汗牛充栋的著作和论文即是明证。

有法谚云:对于自己权利的无知,无害于该权利。^④ 这里的无知,可以理解为法律文本规定了某项权利而主体却浑然不知,但这种不知并不影响当事

① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 6 页。

② 张文显:《从义务本位到权利本位是法的发展规律》,载《社会科学战线》1990 年第 3 期。

③ [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社 2001 年版,第 278 页。

④ 其拉丁文表述为:Ignorantia juris sui non praejudicat juri. 英文表述为: Ignorance of one's right does not prejudice the right.

人在规范意义上对该权利的享有。而这些权利,既包括法律文本中明文直接规定的权利,也包括文本虽然没有直接规定但可以从中推导而出的权利,甚至在特定情况下还包括文本没有规定但主体应当享有的某些权利。那些文本没有明文直接规定而推导出来的权利和主体基于人之为人而应当享有的权利,都涉及权利的推定。

当然,一项权利应否在法律意义上存在,并不完全取决于主体的“知”或“无知”。“无知”不影响权利的存在与被享有。“知道”自己“应该”享有也并不意味着法律规则或原则就一定会予以规范性表达,更不意味着社会现实就能承受这些权利的存在。一项权利在法律意义上应否存在,涉及几个不同的维度。一是权利的范围,它包括权利的主体与客体,前者是指谁拥有权利,后者是指权利针对的对象;二是权利的内容,即不同的权利要求;三是权利的力度,即这种权利是否和与其相互抗衡的一个或多个对手在衡量时能够获得更重要的分量,并因而被承认为一种权利。就后二者而言,权利主张的力度决定了权利的内容,如果权利主张 A 的力度超越了 B 和 C,那么 A 就有资格被承认为权利的内容。衡量不同权利主张者谁具有权利主体地位和权利力度标准的问题,在李泽厚那里被称为“度”,^①即“掌握分寸,恰到好处”,亦即对不同的权利主张进行综合、适切的衡量,这个“度”产生和出现在生产技艺中。这种“恰到好处”的结构和形式,是在实践—实用中形成的。

宪法未列举权利(unenumerated constitutional rights),意指那些宪法文本中没有列举出来的宪法权利。这个术语自身的表达方式注定了它必须先就“权利”这一概念进行界定,否则就会沦为无源之水和无本之木。按照应然—实然这种二分框架,权利可以分为应然权利与实然权利,前者是指权利主体应该享有的权利,包括道德上的应然权利和法律上的应然权利(亦称法定权利),后者是指权利主体实际享有的权利。在我国,通常将其细化为应有权利(道德上应该享有的权利)、法定权利(法律规定人们应该享有的权利)和实有权利(权利主体实际上所享有的权利)。② 对这三种权利的着力点的不同也是自然法学、规范法学和法社会学分野的标准之一。宪法未列举权利则在这三者之间横跨和交错,因此其范围和力度尤其容易引发纷争,并由此影响人们对某些宪法权利的享有与实践。

① 李泽厚:《历史本体论》,三联书店 2002 年版,第 1~4 页。

② 李步云:《论人权的三种存在形态》,载《法学研究》1991 年第 4 期。

宪法未列举权利这一表述所引发的核心问题是:对于那些宪法文本中没有明确列举的基本权利,是否就不是宪法权利?对于这个问题的回答,有两大类不同的答案,第一类是否定式的,即基于规范法学进行最为狭义的理解:宪法中没有列举的权利,当然就是不受宪法保护的权利。第二类是肯定式的,其中又可分为以下几种:(1)从自然法学的立场来看,有些基本权利,哪怕在宪法文本中并没有列举,由于它们之于人们的基础性价值与作用,因此也应该为人们所享有,这些权利可以视为宪法没有列举的权利。如我国《宪法》并没有明文规定公民的生命权与生存权,但这并不意味着人们没有这些权利。(2)从规范法学的立场来看,有些基本权利,虽然在宪法文本中没有明文的表达,但可以通过对宪法文本的合理解释推导出来。如我国《宪法》中并没有规定良知自由、学术自由等宪法权利,但可以从《宪法》第35条和第36条关于言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由和宗教自由等规范中解释而来。(3)从社会实证的立场来看,有些基本权利虽然没有在宪法文本中规定,但在实际生活中人们已经在不同程度上享有,这些权利具有基本权利的重要性,需要并可以上升为宪法权利,适于进行宪法性保护。如隐私权和某些自我决定的权利。

“推定”在中文里的含义被解释为“推测判定”、“推举决定”,^①显然,权利推定和未列举权利推定这一名词中的“推定”意指前者。对应的英文是 inference 或 presumption。对于 presumption,由于其更多地作为证据法中的专有名词来使用,是指从其他经司法认知或经证明或承认为真实的事实[一般称为基础事实(basic facts)]中推断出某一事实成立或为真实。^②因此本书所用的“推定”一词为前者。对于该词,有这样的解释:infer, reach(an opinion) from facts or reasoning; conclude sth. [(根据事实或推理)推断,推定(一想法)]。^③就推定一词的基本内容而言,无论在英文还是中文里,其所对应的意涵有两类:一类是指推理、推论、推断的过程,一类是推断的结果和推导而得出的结论。^④作为法律用语,权利推定有以下含义:(1)权利推定是通过事实或推理来确定某项权利的过程;(2)权利推定内在包含着通过事实或推理来确定某项

① 在线新华字典, <http://xh.5156edu.com/html5/101311.html>, 访问日期:2011年10月5日。

② 元照英美法词典, <http://www.lawdata.com.tw>, 访问日期:2011年10月5日。

③ 《牛津高阶英汉双解词典》,商务印书馆1997年第4版,第762页。

④ 元照英美法词典, <http://www.lawdata.com.tw>, 访问日期:2011年10月5日。

权利的技术;(3)权利推定的结果是确定某项权利。

在既有的文献中,在探讨权利推定时,郭道晖教授主张权利推定的方式是从权利推导出权利,从义务推导出权利,从宪法和法律的基本原则、精神和立法宗旨以及“法不禁止则自由”的理念推导出新的权利。^①霍红霞博士主张从法律概念、规则和原则来推导出新的权利。^②在这里,相对于郭道晖教授的权利推定四方式说,作者进行了有说服力的整合,将“法不禁止则自由”作为权利推定的原则之一种。把郭道晖教授的从权利推导出权利、从义务推导出权利整合到从规则推导出权利这一部分中,同时进一步细化和条理化,在这部分增加了从责任推导出权利的内容。此外,作者还通过对法律概念进行分析,认为通过对概念进行与时俱进的解释,可以推导出新的权利。但从作者论述的内容看,有些被推导出的新权利,与其说是“新”权利,不如说是对某些法律上已经规定的权利范围进行扩张性的解释;有些被推导出的是新权利,与其说是“新”权利,不如说是通过对权利主体进行更清晰的界定使其享有了某些权利,而这些权利是法律已经确认或规定的权利。^③刘星教授就“法不禁止则自由”这一原则进行了更为精致的分析,指出该原则自罗马法时代开始,就为部分国家所接受,并在1789年法国《人权宣言》和1791年的《法兰西共和国宪法》中有明确的规定。^④在法律规则出现漏洞或法律规定模糊的情况下,虽然对某些行为并没有作出明确禁止性规定,但也不适用于径行推导出某些权利。如对于自己曾审判过的案件,离退休法官是否可具有担任上诉审、再审一方当事人的代理人的权利,虽然当时并没有法律对此作出明确的禁止性规定,但从有关法律的立法精神与目的来看,如果允许其代理,有可能会影响到案件的公正判决,因此应予禁止。又如法律并没有明确禁止人们自杀,但据此就说人们有自杀的权利也未必合理,更难说具有法定的权利甚至“求死”的权利。此外,在适用法律规则时,也可能会出现权利推定的情况,有些民事行为法律并没有明文禁止,从这个意义上说是不直接违反法律的明文规定,但有可能违反社会道德、政策或公共利益而不应认定其应享有权利,这在《民法通则》第6条中也有

① 郭道晖:《论权利推定》,载《中国社会科学》1991年第4期。

② 霍红霞:《论权利推定》,吉林大学2008届博士学位论文,第87~115页。

③ 霍红霞:《论权利推定》,吉林大学2008届博士学位论文,第109~115页。

④ 《人权宣言》第5条规定:法律只能禁止有害于社会的行为;凡是法律不禁止的,都是许可的。

所体现。^① 总之,无论在民事领域,还是在行政法乃至宪法领域,这一原则都应该结合具体的规范与现实情况进行审慎对待,而不是笼统地得出不禁止则有权利这种脸谱化和粗线条的结论。^② 在这里,作者对权利推定所赖的重要原则“法不禁止则自由”进行了反向分析,从权利限制的角度进行探讨,丰富了对权利推定的理解。

就宪法未列举权利的推定而言,我国已经有部分文献涉及对未列举权利的探讨,^③这些论著分别从宪法未列举权利的内涵、宪法未列举权利的产生与沿革、宪法未列举权利的部分推定主体、宪法未列举权利如何认定和保护、如何通过宪法保护此类权利、美国式与德日式宪法未列举权利保护的比较及各自的特点等诸方面进行了分析与探讨,丰富了对宪法未列举权利的研究。但就该权利如何产生、推定主体、推定方式(直接进行宪法性保护还是进行制度性保障)、推定方法、被推定而得的权利内容等问题,仍可进行更为深入的研究。本书的工作即是试图对这些问题进行探析,出于表述便利的考虑,除了在探讨中国宪法未列举权利时以全称称谓外,一般将其称为未列举权利。

① 该条规定:民事行为必须遵守法律,法律没有明文规定的,应当遵守国家政策。

② 刘星:《对“法不禁止则自由”的重新审视》,载《法律科学》1995年第5期。

③ 可参见张薇薇:《“人权条款”:宪法未列举权利的“安身之所”》,载《法学评论》2011年第1期;夏泽祥:《未列举权利的认定方法与判断标准》,载《山东社会科学》2010年第7期;郭春镇:《从“限制权力”到“未列举权利”》,载《环球法律评论》2010年第2期;张卓明:《法官能否推定未列举权利?——格里斯沃尔德诉康涅狄格州案述评》,载《云南大学学报》(法学版)2008年第2期;王广辉:《论宪法未列举权利》,载《法商研究》2007年第5期;屠振宇:《未列举基本权利的认定方法》,载《法学》2007年第9期;屠振宇:《未列举基本权利的宪法保护》,载《中外法学》2007年第1期;秦季芳:《概括条款之研究》,台湾大学1993年硕士学位论文;李雅萍:《概括的权利保障》,辅仁大学法律学研究所1995年硕士学位论文;林俊言:《论非列举权利之宪法保障》,台湾政治大学法律学研究所2001年硕士学位论文;李震山:《多元、宽容与人权保障》,台湾元照出版公司2005年版。

第一章

未列举权利的产生与权利推定

宪法是保护人的基本权利之法,一般而言,一个国家的宪法总是用专章或专门的宪法性文件来对人们的基本权利予以昭示和规定。但在某些情况下,这些文本无法全面涵盖对基本权利的保障,进而无法完全满足人们对基本权利的需求。这一方面是因为人类自身理性与认知能力的有限性,使其在制定宪法中的权利保护规范时无法毫无遗漏地将人们的基本权利包容进来。一方面是时代的发展与社会的进步,使得人们随着这种发展与进步产生了新的权利诉求,而且这些新权利对于人们的重要性也达到了基本权利的程度,但在之前制定的宪法文本中无法直接找到保护这些权利的文本依据。还有一种可能就是尽管某些权利诉求可能已经被某些制宪者所意识到,但由于在宪法文本的形成阶段没有形成基本共识而最终没有成文。这是因为自近代以来,包括宪法在内的任何法律文本都是规则的制定者们经过反复讨论、争辩乃至博弈的结果,是一种达成基本共识的产物。无共识则无法律,因此这些权利主张并没有形诸文本。

在这些情况下,为了更为全面和恰当地保护人们的基本权利,可以通过两种方式对宪法进行两种完善。其一是修改宪法,对那些新兴的权利和通过新共识而认可的权利进行保障,其二是通过对宪法中的某些兜底性的权利保障条款进行解释来推定人们享有这些新的权利。众所周知,由于大多数国家的宪法都属于“刚性宪法”,因此修宪的门槛很高,难度很大。尤其在一个价值多元或多样的国家,就修宪与否和如何修改宪法内容达成共识是一项艰巨的任务。因此,发挥释宪者的积极性与能动性,通过对那些兜底性的条款进行与时俱进的解释,几乎就成了现代社会一定程度上克服人的有限理性,适应社会发

展与新权利诉求的重要方式。这些兜底性条款,有两种表达方式,未列举权利条款大致包含以美国为代表的间接规范方式和以德国为代表的直接规范方式两种表达类型。^① 作为间接规范方式的美国未列举权利条款体现在 1791 年 12 月批准的《美国联邦宪法》第 9 条修正案上,该条规定:“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。”作为直接规范方式的德国未列举权利条款体现在《德意志联邦共和国基本法》(1949)第 2 条第 1 项上,该条款规定:“人人都有自由发展个性的权利,但不得侵犯他人的权利或触犯宪法秩序或道德准则。”由于美国是未列举权利条款的肇始国,其对该条款的理解与解释的过程、对未列举权利推定过程中联邦最高法院解释宪法的技艺都颇值得我们研究和学习,因此本书以对美国宪法未列举权利条款的研究作为探析宪法未列举权利的开端。

第一节 第九修正案的理论争议

《美国联邦宪法》第 9 条修正案规定:“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,但令人讶异的是,直至其被批准 174 年后的 *Griswold v. Connecticut* 案,它才第一次被关注,之后的 *Roe v. Wade* 和 *Planned Parenthood v. Casey* 等案件使其进一步吸引来学界和实务界的目光。第九修正案,宛若一个“睡美人”,在沉睡了一个半世纪后,在聚光灯下闪亮登场,以艳丽的姿容吸引了众多学者、法官注目的同时,也让人有了惊艳之余的不知所措。它的意涵、立法目的、适用范围、沿革与发展、它与联邦宪法其他规范的关系等诸多问题使学界与实务界的人士各持己见,甚至针锋相对。这些争议愈发增加了第九修正案的魅力。

在引发对第九修正案研究“井喷”的 *Griswold* 案中,第九修正案首次在联邦最高法院的宪法权利的推导中发挥保障个人权利的作用——尽管只是辅助作用。道格拉斯(Douglas)大法官在其主笔的多数意见中以第一、三、四、五、九修正案为基础,创造性地运用“伴影”(Penumbras)理论,推导出婚姻中的隐

^① 张薇薇:《宪法未列举权利比较研究》,法律出版社 2011 年版,第 13 页。

私权这一实体性的宪法未列举权利。^① 发表独立协同意见的金伯格(Goldberg)大法官则引用第九修正案作为第五和第十四修正案正当程序条款推导权利的文本支持。^② 至此,尽管对于隐私权这一所谓的宪法未列举权利应否存在和产生渊源尚有争议,^③但隐私权就此已在规范意义上产生了。而第九修正案即便不是“孕育”,但至少“催产”了这一权利。对第九修正案的诸多讨论由此而生,并随着其后相关案件的产生与进展一度形成风潮。^④

其实,在学界就第九修正案是限制联邦权力还是维护个人权利展开激烈争论之前,第九修正案在实践中已经以或隐或显的方式被长期适用了。因此,尽管学界的分歧依旧,但实践中第九修正案的确经历了从限制权力的宪法解释规则到保护未列举权利的宪法规范依据的演变,而引发和推进这一演变的,是日益变化的社会需求与思潮。

以对第九修正案的意涵的不同理解,学界大体分为两派别:未列举权利派(unenumerated rights)和限制权力派(limited government)^⑤。尽管学者们的观点并不直接具有规范效力,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。^⑥ 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宪法文本中没有写明的宪法权利,^⑦比如隐私

① Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 484(1965).

② Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 499(1965).

③ 布莱克(Black)和斯图尔特(Stewart)大法官发表了不同意见。

④ 根据笔者对目前所搜集到的以第九修正案和未列举权利为题目的文献梳理可知,对美国宪法第九修正案研究的第一个高潮在20世纪80年代末90年代初;第二个高潮体现在1996—2000年度有二十余篇关于第九修正案的文章陆续发表在芝加哥肯特学院的几期专刊中;第三个高潮体现在2006年度宾州大学宪法学期刊对第九修正案的集中研究中。

⑤ 参见Cameron S. Matheson, The Once and Future Ninth Amendment, 38 B. C. L. Rev. 186. 1996.

⑥ 参见Cameron S. Matheson, The Once and Future Ninth Amendment, 38 B. C. L. Rev. 182. 1996.

⑦ Cameron S. Matheson, The Once and Future Ninth Amendment, 38 B. C. L. Rev. 184. 1996.

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,^①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。有限制权力派的学者进一步指出第九修正案与第十修正案是双生(twin)的关系,它们结合起来,分别从权利与权力的面向约束与限制联邦权力,维护联邦主义。^②比如,宪法没有赋予联邦政府任命州法院法官的权力。

一、未列举权利派

支持未列举权利派观点的有三个主要来源:历史(historical)、语境(contextual)与文本(textual)。^③

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”。^④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、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》,对州和人民的在联邦宪法规范中列举和未列举的权利进行保护。

对于反联邦党人坚决要求增加《权利法案》的主张,^⑤联邦党人认为,“宪法不是个人之间的,而是主权独立的各州之间的契约”,^⑥是限制和规范政府权力的基本规则,而且各州宪法中已经包含了《权利法案》的内容,因此没有必

① Thomas B. McAfee, The Original Meaning of the Ninth Amendment, 90 *Colum. L. Rev.* 1307(1990).

② Kurt T. Lash, The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment, 83 *Tex. L. Rev.* 427. 2004.

③ Sanford Levinson, Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 140~142 (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 [美]赫伯特·J.斯托林:《反联邦党人赞成什么》,汪庆华译,北京大学出版社2006年版,第25页。

⑥ [美]赫伯特·J.斯托林:《反联邦党人赞成什么》,汪庆华译,北京大学出版社2006年版,第121页。

要它们再写入联邦宪法中。联邦主义者担心将《权利法案》包括到宪法中去有两个理由。第一,威尔逊和汉密尔顿表示,《权利法案》将意味着联邦政府拥有列举权力之外的权力;第二,麦迪逊表示,不对权利进行列举是可以更全面地保护权利,列举就意味着没有列举的权利不存在。^① 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。为了使联邦宪法被批准,最初反对增加《权利法案》的麦迪逊坚决地向反联邦主义者作出了让步,明确地表明要保护一些不受联邦政府掌控的基本权利。^② 根据未列举权利派的这些历史文献,麦迪逊草拟的第十修正案解决了联邦主义者担心的第一个问题,第九修正案解决了第二个。^③ 因此,其结论是第九修正案必须保护未列举权利。^④

未列举权利派的第二个理由是语境。他们认为,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。^⑤ 正如马歇尔大法官所说的那样,“不能设想宪法中的任一条款在制定的时候是不期望让它有实际效果的”。^⑥ 因此,将第九修正案置于整个宪法体系中,限制政府派的观点会导致第九、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,因此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

① Sanford Levinson, Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 140~141 (1988).

② Russell L. Caplan, The History and Meaning of the Ninth Amendment, 69 *Vir. L. Rev.* 252~253 (1983).

③ Sanford Levinson, Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 141 (1988).

④ Suzanna Sherry, Commentary on the Symposium Interpreting the Ninth Amendment: The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1001 (1988).

⑤ 参见 Sanford Levinson, Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 142 (1988).

⑥ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

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”^①。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。

二、限制权力派

限制权力派也从历史、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。^② 威尔逊、汉密尔顿和麦迪逊都明确表示,将《权利法案》包括进去意味着联邦政府就拥有了在《宪法》中列举的权力之外的权力。^③ 州会议坚持在《权利法案》中增加两个独立的修正案。第一个原则是宣布列举的联邦权力,没有授予的权力由州保留。第二个是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》草案包括两个条款,反映了州会议的主张: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。^④ 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权力扩张的语句,留下了权力保留的语句。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考虑被忽略了。为此,麦迪逊在众议院做了个演讲,陈述了第九、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,包括采矿、农业和商业。州担心那些没有被《权利法案》明确否定

① Sanford Levinson, Symposium on Interpreting the Ninth Amendment: Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment, 64 *Chi.-Kent. L. Rev.* 141 (1988).

② Thomas B. McAfee, The Original Meaning of the Ninth Amendment, 90 *Colum. L. Rev.* 1259~1260 (1990).

③ Thomas B. McAfee, The Original Meaning of the Ninth Amendment, 90 *Colum. L. Rev.* 1285 (1990).

④ Kurt T. Lash, The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment, 83 *Texas L. Rev.* 360 (2004).