# 移民反对移民

## ——美国当代移民法的历史透视

韩 驰*

【内容摘要】 谢炳灿诉合众国案是美国宪法史上的经典判例,确立了美国对外关系法和移民法领域的政治机关全权原则。就法律问题而言,联邦巡回法院认为案件事实没有争议,通篇讨论国会立法的合宪性问题;在上诉文书中,双方律师针对谢炳灿的宪法权利和联邦政府的宪法权力展开充分辩论。联邦最高法院却另辟蹊径,将宪法问题彻底政治化,重述华人移民史,建构"华工潮"的国家安全叙事,以归谬方式借国家主权构造联邦事权,绕开对宪法中有关联邦及国会授权的解释,以及宪法修正案中的民权条款,将身份政治包装成宪法解释。实际上,谢炳灿案反映出后重建时代美国持续至今的种族焦虑,是后重建时代身份建构的司法表达:以身份操纵制造边界,以赋权统治术移动边界,以昭昭天命强化边界,持续生产"建构性他者",借此维系整全国民身份、正当化对外扩张。自19世纪下半叶至今,美国移民管控政策不断强化谢炳灿案的基本结论,维持国民与外人的二元宪法结构,确保国家统合,却撕裂美国社会。

【关键词】 谢炳灿案 身份政治 排华法 国家安全叙事 建构性他者 昭昭天命

### 一、引言

美国作为移民国家,移民问题长期处于公共政策的论辩之中。美国现代移民法的政治机关全权(plenary power)和出生公民权两项重要原则,都成为特朗普政府移民政策讨论的核心问题。有趣的是,联邦最高法院确立这两项原则的案件都与19世纪在美华人的际遇密切相关,前者源自谢炳灿诉合众国案,[①]后者则源自合众国诉黄金德案。[②]当年排斥华人移民的戏码,反复在现实政治中重演,形成美国社会

* 韩驰,清华大学法学院。

① See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U.S. 581 (1889). 此前国内研究根据联邦最高法院判决书所载的Chae Chan Ping,将本案上诉人音译为柴禅平,这是错的。加州北区巡回法院向联邦最高法院移交的案件记录副本(transcript of record)中,誊抄旧金山海关在其离境时发放的身份证明,将其写作"Ping Chan Chae",上诉人律师提交的文书中,将其写作"Ping, Chan Chae"。See Chae Chan Ping *v.* United States, Transcript of Record, p. 6; Brief for Appellant, p. 3. 有学者曾就此提出质疑,并认为上诉人的名字应该是"Chae, Ping Chan",但没有提出证据。See Rose Cuison Villazor, *Chae Chan Ping v. United States*, in Bennett Capers et al. eds., Critical Race Judgments: Re-Written U.S. Court Opinions on Race and the Law, Cambridge University Press, 2022, p. 74 n. 1. 现已找到美国国家档案馆藏证明显示该观点是正确的,加州北区巡回法院案件记录原件中收藏的身份证明原件,其中清楚写明,本案上诉人的名字是"Ping Chan",姓氏是"Chae",在身份证明背面记载,其中文名为"谢炳灿",是南海人,隶属丰源栈商馆。See Certificate No. 53778, Custom House, Port of San Francisco, in National Archives, NAID: 348093145, pp. 1-2.

② See United States *v.* Wong Kim Ark, 169 U.S. 649 (1898). 有关黄金德案的研究,参见郑今轶《华裔移民权利与十九世纪美国宪法共同体的铸造》,载《当代法学》2026年第2期,第53-55页。



中国知网 https://www.cnki.net

“移民反对移民”的独特现象。

2017 年，特朗普发布行政令，以保护美国国家安全为由“阻止外国恐怖分子进入美国”，[①]旋即引起巨大争议。华盛顿、夏威夷等州政府向联邦地区法院提起针对特朗普的诉讼，要求法院颁发临时禁令，阻断行政令生效。华盛顿州政府在动议中直言，该行政令与百余年前排华案所涉立法没有本质区别，“接纳总统的主张，就将重蹈历史覆辙，彼时，基于原国籍的差别待遇被视作天经地义的自然秩序，而非像现在这样，被作为极其恶劣的歧视而遭到禁止。”[②]然而，在上诉过程中，美国政府却避而不谈这个对自身主张有利的判例。《大西洋报》称“谢炳灿的名字从未出现在特朗普的诉请和夏威夷州的答辩中，但他的幽灵却始终萦绕在整个案件”。[③] 最终，美国联邦最高法院裁定，总统具有暂缓外国人入境的权力，认为行政令合法有效，但只字未提这份有利于论证法院观点的判例。[④]

美国政府当然不愿意回想这段种族主义往事，尤其参众两院曾相继通过决议，对 19 世纪以来因族裔(ethnicity)颁布歧视性排华法律深表遗憾(regret)。[⑤] 联邦最高法院在援用政治机关全权原则时，只是掩耳盗铃地引用 1977 年费亚罗案的经典表述“政府政治机构行使主权属性的行为在很大程度上免于司法审查”，[⑥]强调该项原则已逾百年，也没有继续向前追溯。然而，这非但不会造就全权原则与谢炳灿案的断裂，反而证实它在诞生之初就带有种族主义“胎记”。这恰恰验证国际难民援助项目案判决后，《华盛顿邮报》援引谢炳灿案发表的评论“永远不要指望最高法院能阻止特朗普的旅行禁令”。[⑦] 因此，只要联邦最高法院尚未推翻谢炳灿案，我们就有必要全景式考察这份堪称为“幽灵”的判决，语境化思考其形成原因与底层逻辑。

近年来，美国学界不断重述谢炳灿案及其衍生的全权原则，[⑧]批评联邦最高法院的论证融合和混淆

---

① See Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States, 82 Fed. Reg. 8977(2017), superseded by 82 Fed. Reg. 13209 (2017).

② Washington *v.* Trump, Motion for Temporary Restraining Order, 2017 WL 511013 (W.D. Wash. 2017), p. 20.

③ Garrett Epps, *The Ghost of Chae Chan Ping*, The Atlantic, 20 January 2018.

④ See Trump *v.* Hawaii, 585 U.S. 667 (2018).

⑤ See S. Res. No. 201, 112th Cong., 1st Sess. (2011); H. Res. 683, 112th Cong., 2nd Sess. (2012).

⑥ Trump *v.* Hawaii, 585 U.S. 667, 702 (2018), citing Fiallo *v.* Bell, 430 U.S. 787, 792 (1977).

⑦ Katy Long, *Don't Count on the Supreme Court to Stop Trump's Travel Ban*, Washington Post, 5 July 2017; See Trump *v.* IRAP, 582 U.S. 571 (2017).

⑧ 在谢炳灿案判决 125 周年时，《奥克拉荷马法律评论》专门组织论坛探讨该案和全权原则。See generally, Kit Johnson, *Chae Chan Ping at125 : An Introduction*, 68 Oklahoma Law Review 3, 3 – 7 (2015); See also, Sarah H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 Texas Law Review 1, 123 – 150 (2002); Michael Kagan, *Is the Chinese Exclusion Case Still Good Law? (The President Is Trying to Find Out)*, 1 Nevada Law Journal Forum 80, 80 – 91 (2017); Adam B. Cox, *The Invention of Immigration Exceptionalism*, 134 Yale Law Journal 329, 357 – 385 (2024).



中国知网 https://www.cnki.net

主权概念。[①] 详细梳理谢炳灿案至今,联邦最高法院通过"身份操纵"(status manipulation),[②]将特定种族或族裔的外国移民视为"建构性他者"(constitutive other),[③]忽视或不当解释宪法第五修正案的正当程序条款和第十四修正案的平等保护条款,[④]将宪法权利保障变成身份政治实践。我国学界也集中探讨全权原则的宪法依据与界限,[⑤]重新审视该原则的当代适用,[⑥]由此延及美国对外关系的宪法主权论(constitutional sovereign)进路。[⑦] 国际关系学者也以谢炳灿案为例,说明美国政治文化中"普遍平等的、个体本位的自由主义原则与白人新教精英主义的实践政治原则"共存的结构性矛盾。[⑧]

然而,作为美国移民法历史上最重要的排华案,国内外学界均无针对本案的专题研究,其中尘封的历史细节及其符号意义被宏大议题淹没。据此,本文旨在通过分析谢炳灿案相关的司法与外交档案,结合新闻报道,复现案件历史细节,展现联邦最高法院如何在宪法解释过程中运用法律说理,力图将移民问题国家安全化,展现其政治考量。在此基础上,揭示后重建时代美国联邦最高法院如何通过司法塑造美国国民身份,从历史维度重新透视当代美国移民法律制度,揭示其通过持续生产"建构性他者"塑造"美国人"的政治逻辑。

## 二、"不准复来"的幽灵:谢炳灿案缘起

1888 年 10 月 8 日,《纽约时报》发布新闻称,蒸汽船比利时号(Belgic)昨日到埠旧金山,近 600 名华人被旧金山海关禁止入境,多名华工拟提起诉讼,质疑新近排华法的效力,希望能够获准入境继续在美国居留。[⑨] 他们依据 1884 年《排华法》[⑩]合法取得复境身份证明。1888 年 10 月 1 日,总统克利夫兰(Grover. Cleveland)签署《斯科特法》(Scott Act),其中规定"此例准行后,凡华工无论前曾在美,或现时,

---

① See Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 Harvard Law Review 853, 854 – 863 (1987); Andrew B. Ayers, *International Law as a Tool of Constitutional Interpretation in the Early Immigration Power Cases*, 19 Georgetown Immigration Law Journal 125, 133 – 138 (2004).

② See Sam Erman, *Status Manipulation in Chae Chan Ping v. United States*, 121 Michigan Law Review 1091, 1091 – 1099 (2023); Sam Erman, *Truer U. S. History: Race, Borders, and Status Manipulation*, 130 Yale Law Journal 1188, 1216 – 1225 (2021); Liav Orgad & Theodore Ruthizer, *Race, Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years after the Chinese Exclusion Case*, 26 Constitutional Commentary 237, 242 – 249 (2010).

③ See Teemu Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Harvard University Press, 2013, p. 142.

④ See Jim Rosenfeld, *Deportation Proceedings and Due Process of Law*, 26 Columbia Human Rights Law Review 713 (1995); Rose Cuison Villazor, *Chae Chan Ping v. United States*, in Bennett Capers et al. eds., Critical Race Judgments: Re – Written U. S. Court Opinions on Race and the Law, Cambridge University Press, 2022, pp. 74 – 84, 733 – 737.

⑤ 参见邹奕《排华法案的宪法争议——美国排华判例中"国会全权"原则检讨》,载《环球法律评论》2013 年第 5 期,第 136 – 149 页。

⑥ 参见武文扬《特朗普政府旅行禁令的合法性研究——基于"特朗普诉夏威夷案"的视角》,载《美国研究》2020 年第 4 期,第 125 – 126 页。

⑦ 参见蒋超翊《文本主义与功能主义——美国对外关系法的解释进路与演进及其对中国的启示》,载《中国法律评论》2022 年第 1 期,第 66 页。

⑧ 参见唐士其《美国政治文化的二元结构及其影响》,载《美国研究》2008 年第 2 期,第 18 – 19 页。

⑨ See *To Test the Exclusion Law*, New York Times, 8 October 1888, at 1.

⑩ See Chinese Exclusion Act of 1884, 23 Stat. 115 (1884).



中国知网 https://www.cnki.net

或将来，一离美境，均不准复来居住。其或新例未行之前回华，尚未回美者，概不准复来。……前例第四、第五两款，所准发给执照，作为回美之据者，嗣后概不发给。即前经按例发给者，今亦作为废纸。凡华工欲藉此项执照复来美国者，概不允准。”①此前，就已经有一位在西雅图长期居住的华工，曾前往英属哥伦比亚，但因未能在《斯科特法》生效前返回美国而被遣返。②

旧金山海关同样据此拒绝持合法复境身份证明的华工入境，比利时号船长沃克（W. H. Walker）旋即将这些华工扣押在船上。10 月 9 日，时任驻旧金山总领事的梁廷赞就此事电函驻美二等参赞徐寿朋，希望通过外交途径解决此等困境。次日，徐寿朋致函美国国务卿贝亚德（Thomas F. Bayard），认为应当允许这些持合法复境身份证明的华工入境，或者经美国转口他处，请求其与美国财政部交涉。③ 10 月 18 日，助理国务卿莱夫斯（George L. Rives）回函徐寿朋，财政部长认为《斯科特法》中包含强制性规定，禁止已出境的华工复境，不再允许颁发身份证明，已经颁发的身份证明无效，10 月 2 日，财政部已传通令，指示海关关员严格执行。鉴于比利时号在法令通过后到埠，财政部长认为自己无权停止执行法案并允许华工入境。④ 莱夫斯却丝毫没有提及，这些华工已经在加州提起诉讼，并且加州北区巡回法院已经就此案作出初审判决。⑤ 美国政府或许也从未考虑过，这个不起眼的案件及提起诉讼的华工谢炳灿，日后会成为影响美国移民法百余年之久的“幽灵”。

推动这起案件的是中华会馆（Chinese Six Companies）。在 1887 年清政府驻旧金山总领事馆建立以前，中华会馆长期协助排除华侨出入境时遇到的阻碍，承担为受歧视及不公平待遇的华侨据法力争的职能，⑥会馆聘请律师托马斯·里奥丹（Thomas Riordan）为其代理诉讼业务。⑦ 比利时号事件发生后，里奥丹就准备好将此案变成确立重要法律规则的标准案件（test case），由于力图确立裁判标准的案件要求双方对案件事实没有争议，因此他精挑细选谢炳灿作为本案原告，向联邦法院申请人身保护令。⑧ 谢炳灿 1875 年作为华工赴美，在旧金山生活近 12 年。1887 年 6 月 2 日，谢炳灿乘坐盖尔号汽轮（Gaelic）离开旧金山，旧金山海关征税副官斯科特（H. H. Scott）依据 1882 年和 1884 年两部排华法签署了准许复境的

---

① Scott Act of 1888, 25 Stat. 504 (1888). 中文译文见王彦威、王亮辑编《清季外交史料》（第 4 卷），李育民等点校，广西师范大学出版社 2015 年版，第 1649 – 1650 页。

② See *They Cannot Come In*, New York Times, 6 October 1888, at 2; *The First Chinaman to Suffer*, New York Times, 7 October 1888, at 2.

③ See *Mr. Shu Cheou Pon to Mr. Bayard*, in Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, Transmitted to Congress, with the Annual Message of the President, December 3, 1889 (hereinafter cited as FRUS 1889), Government Printing Office, 1890, p. 115.

④ See *Mr. Rives to Mr. Shu Cheou Pon*, in FRUS 1889, pp. 115 – 116.

⑤ See *In re* Chae Chan Ping, 36 F. 431 (C. C. N. D. Cal. 1888).

⑥ See L. Eve Armentrout Ma, *Chinatown Organizations and the Anti – Chinese Movement*, 1882 – 1914, in Sucheng Chan ed., Entry Denied: Exclusion and the Chinese Community in America, 1882 – 1943, Temple University Press, 1991, pp. 147 – 169. 有关中华会馆及其前身六大行商，以及它们在华人移民史上的作用，参见［美］孔飞力《他者中的华人：中国近现代移民史》，李明欢、黄鸣奋译，江苏人民出版社 2018 年版，第 210 – 212 页。

⑦ 里奥丹曾代理包括周衡案（Chew Heong *v.* United States, 112 U. S. 536 (1884)）、谢炳灿案和黄金德案等许多重要的排华案，后来成为旧金山总领事馆的法律顾问。

⑧ See Charles J. McClain, *In Search of Equality: The Chinese Struggle against Discrimination in Nineteenth – Century America*, University of California Press, 1994, pp. 194 – 195.



中国知网 https://www.cnki.net

身份证明。[①] 1888 年 9 月 7 日,谢炳灿自香港乘坐比利时号离开中国,其间《斯科特法》颁布,谢炳灿被拒绝复境。

按照当时美国立法,各级联邦法院以及最高法院、巡回法院法官本人都有权签发人身保护令,并且可由他人代为申请。[②] 里奥丹原本想在联邦地区法院申请人身保护令,因此早在 10 月 10 日,里奥丹就已经以谢文棠(Jaia Mon Tong)的名义,代谢炳灿向加州北区地区法院申请令状,谢文棠在公证官普尔(John P. Poole)面前宣誓,并在申请书上签字。[③] 但考虑到减少司法审查流程,快速上诉至联邦最高法院,他还是决定等待尚在俄勒冈的第九巡回法院法官洛伦佐·索耶(Lorenzo Sawyer)返回旧金山。10 月 11 日,加州北区地区法院法官霍夫曼(Ogden Hoffman, Jr.)指示里奥丹,可以在联邦地区法院尽快提起诉讼。申请书刚刚提交地区法院,索耶法官就回到了旧金山,里奥丹遂直接将申请中的地区法院改成巡回法院。霍夫曼本想直接拒绝签发令状,以此获得在联邦最高法院的更早排期,在给予充分聆讯权利保障的情况下,将这些华工尽早驱逐出境,但索耶却认为总统签署《斯科特法》时,当事人已行至公海,到埠前根本无从得知该法已经生效,[④]因此指令书记官索耶(L. S. B. Sawyer)给沃克船长签发令状,要求他在 10 月 12 日上午 11 点将谢炳灿带至加州北区巡回法院受审。[⑤]

10 月 12 日,联邦检察官凯瑞(John T. Carey)介入案件,认为谢炳灿不符合人身保护令的申请条件,法院完全没有必要传唤谢炳灿,直接按照《斯科特法》,将其驱逐出境即可。[⑥] 即便如此,索耶和霍夫曼还是审理了此案。[⑦] 经过两天审理,索耶在 10 月 15 日作出初审判决。索耶首先指出,《斯科特法》的表述不存在任何法律解释问题,立法意图已经得到清晰表述,所用表述不可能被解释为将谢炳灿这类人士排除在法律适用范之外。尽管部分参议员和总统都曾要求增加例外条款,准许类似谢炳灿这类人士复境,但遭到国会拒绝,[⑧]这就说明国会根本不想创设任何例外。如果法院允许其入境,那便彻底违反了国会立法。

在确定谢炳灿属于《斯科特法》语词涵摄范围后,索耶开始回应三位律师[⑨]提出的两项核心主张:第

---

① See Certificate No. 53778, Custom House, Port of San Francisco, National Archives, NAID: 348093145, pp. 1 – 2.

② See Judiciary Act of 1789, § 14, 1 Stat. 73, 81 – 82 (1789); Habeas Corpus Act of 1867, § 1, 14 Stat. 385, 385 – 386 (1867).

③ 在巡回法院移交联邦最高法院的案件记录副本中,记录的时间仍然是 10 月 10 日,与原件存在明显差异。从原件来看,申请书将被监禁需要人身保护令的人写成了 Jaia Chan(即谢灿),后又修改成为 Chae Chan,并在后面加上了 Ping,这才造成本案原告人/上诉人的名字出现错误。此后人身保护令、法警的执行回单、保释证明等文书上,都存在姓名涂改的痕迹。See National Archives, NAID: 348093145, p. 28; Chae Chan Ping *v.* United States, Transcript of Record, pp. 1 – 2.

④ See *The Right to Writs under the Scott Law, to Be Argued*, Morning Call, 12 October 1888, at 7.

⑤ See Chae Chan Ping *v.* United States, Transcript of Record, p. 2.

⑥ Ibid., pp. 4 – 5.

⑦ 1891 年《司法机构法》(Judiciary Act of 1891, 26 Stat. 826)出台前,美国没有专门的巡回法院建制。按照 1789 年《司法机构法》第 4 条的规定,巡回法院由一名最高法院法官和一名地区法院法官组成;1869 年《巡回法官法》(Circuit Judges Act of 1869, 16 Stat. 44)首次设立了专职巡回法官,同年,格兰特总统提名索耶成为第九巡回区的巡回法官。据此,索耶与霍夫曼共同审理此案。

⑧ See S. Exec. Doc. No. 273, 50th Cong., 2nd Sess. (1888), at 5; 19 Cong. Rec. 8215 – 8216 (1888).

⑨ 这三位律师分别是里奥丹、莱曼·莫里(Lyman I. Mowry, 1848 – 1928)和阿尔伯特·里基茨(Albert H. Ricketts, 1848 – 1938)。



中国知网 https://www.cnki.net

一，身份证明是美国政府与谢炳灿缔结的契约，《斯科特法》剥夺谢炳灿依条约和国会立法取得的既得权；第二，《斯科特法》违反宪法中关于国会不得颁布事后法（*ex post facto* law）的条款。针对前者，索耶认为契约说完全是“滥用语词”，[①]身份证明和限制性立法本质上是主权性的命令与禁止，无论华工是否愿意，都必须遵循。更何况，双方不存在对价（consideration），也就不可能成立契约。谢炳灿的入境权是中美条约派生出来的权利，国会立法符合1880年《安吉里条约》（Angell Treaty）允许美国立法暂停华工入境的规定。[②] 不仅如此，索耶还提出，“条约或其条款从待履行状态转变为完全履行状态，确实可以增加某些权利，并且使其成为不可被废除的既得权，比如依约取得财产所有权。但往返两国之特权不在此列。在境内享有居留权是一回事，自愿离境同时享有复境权则是另一回事。”[③]针对后者，索耶认为“基于公共政策变更，为保护美国人民利益，规定离境华工不得复境条款，绝非对离境行为施加惩罚或处罚”，[④]因此与宪法中禁止制定事后法的条款无关。

至于《斯科特法》是否违反条约，索耶援引联邦最高法院和巡回法院判决，强调法院的工作是适用法律，即便两者确有冲突，只要国会立法不违宪，法院也无权拒绝承认国会立法的效力，其本质并非司法问题。不仅如此，按照美国宪法第6条的规定，两者都是美国的最高法律（supreme law），没有位阶高低的区分，那么国会自然可以颁布新法修正或完全取代条约，也就是在法律适用问题上，要遵循“后法优于先法”原则。[⑤] 这等于公然承认国际法最基本的“有约必守”原则（*pacta sunt servanda*）在美国法院体系中可以不被信守。联邦最高法院最终全盘接受该论断，并指出，“主权意志的最终表达具有决定地位”。[⑥]

据此，索耶判决认为，《斯科特法》无疑是有效的，谢炳灿并没有被非法限制人身自由。[⑦] 判决宣布以后，里奥丹当即代表谢炳灿提出上诉，巡回法院指令将谢炳灿羁押原处，[⑧]广利行（Quong Lee & Co.）和济隆兴行（Chy Lung & Co.）每家支付三千美金为谢炳灿作保，当日就将其保释直至上诉结束。[⑨] 12月1日，巡回法院将案件移送至联邦最高法院。1889年1月7日，谢炳灿的代表律师提出提早审理动议（motion to advance），[⑩]称旧金山总领事馆告知，返美权遭剥夺的华工在美财产利益总额高达数百万美

---

① *In re* Chae Chan Ping, 36 F. 431, 434 (C. C. N. D. Cal., 1888).

② See Angell Treaty, 22 Stat. 826 (1880), art. 1.

③ *In re* Chae Chan Ping, 36 F. 431, 434 (C. C. N. D. Cal., 1888).

④ *In re* Chae Chan Ping, 36 F. 431, 436 (C. C. N. D. Cal., 1888).

⑤ 索耶共援引了四个判决，判决要旨基本类似。这四个案件分别是亚龙案（*In re* Ah Lung, 18 F. 28 (1883)）、亚平案（*In re* Ah Ping, 23 F. 329 (1885)）、人头税案（Head Money Case, 112 U. S. 580 (1884)）和惠特尼诉罗伯特森案（Whitney *v.* Robertson, 124 U. S. 190 (1888)）。其中亚龙案和亚平案都是索耶本人作出的判决。

⑥ Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U. S. 581, 600 (1889).

⑦ 尽管索耶在判决中指出，“自身职责在于坚定不移地维护华工根据《中美条约》及实施该条约之国会法案所享有之权利”，但据麦克莱研究，索耶在后续两个华工入境案的判决，以及与俄勒冈地区法院法官马修·迪迪（Matthew Deady）的通信，都表明其不认同海关严格执行《斯科特法》的做法，甚至有意行使司法裁量权维护华人权益。See Charles J. McClain, *In Search of Equality: The Chinese Struggle against Discrimination in Nineteenth - Century America*, University of California Press, 1994, p. 346 n. 22; Lorenzo Sawyer to Deady, 18 October 1888, Deady Paper, Oregon Historical Society Library, Doc. 10/S551.

⑧ See National Archives, NAID: 348093145, p. 52.

⑨ See Chae Chan Ping *v.* United States, Transcript of Record, pp. 16 - 18.

⑩ See *Questions the Scott Law*, Milwaukee Journal, 7 January 1889, at 1.



中国知网 https://www.cnki.net

元,要求联邦最高法院尽快确定《斯科特法》是否合宪,以便华工入境或采取措施保全其财产利益。[①] 联邦最高法院在 1 月 14 日批准动议,决定将案件排至 3 月 11 日审理,[②]最终在 3 月 28 日开庭。[③]

## 三、法律人的交锋:上诉人的权利与被上诉人的权力

从巡回法院的判决来看,索耶认为案件事实没有争议,问题只在于《斯科特法》是否合宪,即国会是否有权通过该法律,是否有权通过立法废除条约,以及该法律是否构成事后法。上诉过程中,尽管美国政府律师偶有猜度国会立法的目的,[④]但双方律师的法律意见书仍然围绕谢炳灿的宪法权利和联邦政府的宪法权力展开论证,通过援引此前判例和权威学说解释联邦宪法及其修正案的含义。

谢炳灿案在当时吸引不少美商关注,他们甚至为谢炳灿聘请了堪称"梦之队"的精英律师团。除里奥丹外,剩下三位分别是加州民主党律师哈维·布朗(Harvey S. Brown)、俄亥俄州前州长乔治·哈德利(George Hoadly)和著名法学家詹姆斯·卡特(James C. Carter)。其中,邀请哈德利这位民主党州长出山担任本案首席律师的四位金主分别是:国会民主党参议员乔治·赫斯特(George Hearst)、[⑤]建设美国首条跨洲铁路的铁路巨头亨廷顿(C. P. Huntington)、[⑥]纽约州商会(New York Chamber of Commerce)和太平洋邮轮公司(Pacific Mail Steamship Co.)。[⑦]

3 月 18 日,哈德利与卡特向联邦最高法院提交长达 81 页的法律意见书,[⑧]主张排华法颁布前,谢炳灿就已在旧金山合法居留,旧金山是其法律意义上的住所地(domicile)。根据中美条约和美国国会立法,谢炳灿已经取得居留权与离境后凭身份证明复境的权利。哈德利提出:第一,谢炳灿与美国政府存

---

① 提出动议的是布朗、里奥丹和哈德利。See Chae Chan Ping *v.* United States, Transcript of Record, p. 22.

② See *The Scott Law Test Case*, Daily Evening Bulletin, 14 January 1889, at 3.

③ 有消息称联邦最高法院发出推迟令,要求延后两周审理。See *The Chae Chang Ping Case*, Morning Call, 20 February 1889, at 2. 后被指没有任何根据。See *The Chae Chang Ping Case has not Been Postponed a Few Days*, Sacramento Union, 20 February 1889. 双方律师最终达成协议,希望开庭日期推迟至 3 月 23 日。See *The Famous Chinese Test Case Likely to Be Continued*, San Francisco Examiner, 24 February 1889, at 1. 但 3 月 22 日大法官斯坦利·马修斯(Stanley Matthews)逝世,诸位法官参加葬礼,本想 27 日返程后开庭,但碍于未达到法定人数,遂再次推迟至 28 日。See *Chae Chan Ping*, *The Supreme Court to His Case Today*, Los Angeles Times, 28 March 1889, at 4.

④ See Chae Chan Ping *v.* United States, Brief by Counsel (Johnson), p. 8; Argument of John F. Swift and Stephen M. White, p. 14.

⑤ 乔治·赫斯特是南达科他州霍姆斯特克矿场的开发者和投资者,在 19 世纪七八十年代曾大量雇佣华工,由此形成美国史上较早的华人聚居区戴德伍德唐人街。See Grant K. Anderson, *Deadwood's Chinatown*, 5 South Dakota History 266, 266 – 285 (1975).

⑥ 有学者指出,正是廉价的华工拯救了这条铁路。See Richard White, *Railroad: The Transcontinentals and the Making of Modern America*, W. W. Norton & Co., 2012, p. 30.

⑦ See *Workingmen in Arms Against the 'Examiner's' Attack on Exclusion Bill*, Daily Evening Bulletin, 12 January 1889, at 2.

⑧ 联邦最高法院记录副本记载的时间是 1889 年 3 月 25 日,但据《洛杉矶时报》报道,该意见应该是 3 月 18 日提交;另据旧金山《每日晚报》3 月 25 日报道,美国政府律师当日提交的法律意见中,援引上诉意见,推测其应在此前就已提交。See *The Chinese View of the Case Set forth in a Brief*, Los Angeles Times, 19 March 1889, at 4; *Chae Chan Ping*, *Points in the Brief of Counsel for California*, Daily Evening Bulletin, 26 March 1889, at 4; Chae Chan Ping *v.* United States, Argument of John F. Swift and Stephen M. White, pp. 6, 9 – 10.



中国知网 https://www.cnki.net

在契约，即便不是严格意义上的契约。《安吉里条约》、两部排华法以及复境身份证明中的“授予”（entitle）语义相当明确，该权利类似于土地所有权的财产权，“非经征用程序或处于战争状态，不得剥夺。”[①]第二，宪法规定州政府不得通过损害契约义务的法律，联邦政府也是如此。即便契约说不成立，授权也不得随意撤销，必须遵循法定程序。[②] 第三，住所具有自由与财产的双重意义，谢炳灿申请复境身份证明表明其无意丧失在旧金山的住所，《斯科特法》导致其作为宪法意义上的“任何人”（any person）无法复境，直接剥夺其自由与财产利益，违反宪法第五修正案和第十四修正案的正当程序条款。[③] 第四，驱逐移民不是各州的警察权，而是联邦事权，但无法落入宪法“商业权力”，因此联邦宪法并没有赋予国会相应权力通过该立法。[④] 第五，适用《斯科特法》的直接结果是谢炳灿被驱逐出境，应被视为实质意义上的刑罚，违反宪法禁止溯及既往条款。[⑤]

此前，布朗与里奥丹也提交了法律意见，[⑥]其中不仅重申契约论，而且还援引索耶法官的“劳动即财产”（labor is property）论，强调“劳动权如同财产权一样不可侵犯，因为财产本身是劳动的产物。劳动权也如生命权一样神圣，剥夺劳动权等于剥夺生命权。”[⑦]谢炳灿显然依据中美条约获得了与美国公民相同的特权与豁免。国会不得随意剥夺美国公民离境后仍享有的相关权利，那么根据条约也相应地不能随意剥夺华工权利。[⑧] 不仅如此，两位律师还指出，《斯科特法》禁止华工入境的唯一原因是族裔。[⑨]

美国政府的代表也有四位，分别是美国副总检察长詹克斯（G. A. Jenks）、[⑩]加州总检察长约翰森（G. A. Johnson）、副州长兼临时议长怀特（Stephen M. White）和参与 1880 年《安吉里条约》缔约的加州众议员斯威夫特（John F. Swift）。[⑪] 这四位虽然党派利益不同，但都坚持《斯科特法》合宪。斯威夫特在被任命为加州高级代表律师时，非常笃定排华是美国内政，国会当然有权废除那些可憎的条约，并且自信地表示“联邦最高法院一定会维持索耶法官的判决”。[⑫]

---

① Chae Chan Ping *v.* United States, Brief for Appellant (Hoadly & Carter), p. 35.

② See Ibid., pp. 39 – 41, 44 – 61. 哈德利以联邦党人运用国会战争权为 1798 年《外国人法》合宪性辩护为参照，认为《斯科特法》在中美和平时期通过并意图实施，将其适用于合法身份证明持有人是违宪的。See *ibid.*, pp. 44 – 61.

③ See Ibid., pp. 62 – 67.

④ See Ibid., pp. 67 – 69.

⑤ See Ibid., p. 69 – 80, citing *In re* Wy Shing, 36 F. 553 (C. C. N. D. Cal., 1888).

⑥ 没有确切证据证明这份法律意见书提交的时间，但从哈德利与卡特的行文中，可推知该意见书提交在先。See Ibid., p. 40.

⑦ Chae Chan Ping *v.* United States, Argument on Behalf of Appellant (Brown & Riordan), p. 7, citing *In re* Tiburcio Parrott, 1 F. 481, 498 (C. C. D. Cal. 1880). 有关该论断的详细分析，参见 Rose Cuison Villazor, *Chae Chan Ping v. United States: Immigration as Property*, 68 Oklahoma Law Review 137, 137 – 164 (2015)。

⑧ See Chae Chan Ping *v.* United States, Argument on Behalf of Appellant (Brown & Riordan), p. 9.

⑨ Ibid., pp. 13, 15 – 16.

⑩ 2 月 12 日，美国司法部考虑聘请詹克斯为政府律师，2 月 16 日，詹克斯就已向联邦最高法院提交法律意见书。See *The Philadelphia Lawyer to Defend the Scott Exclusion Act*, Sacramento Union, 13 February 1889, at 4; *An Outline of the Brief Prepared by Solicitor – General Jenks*, Morning Call, 17 February 1889, at 1.

⑪ 怀特和斯威夫特的任命在加州议会引起巨大争议，从 1 月中旬到 2 月中旬，几乎每次会议都会讨论政府律师的人选与经费问题。See *Debate on the Bill to Send White and Swift to Washington*, Morning Call, 8 February 1889, at 8.

⑫ *Chae Chang Ping, a History of the Case Now before the United States Supreme Court*, Daily Evening Bulletin, 15 February 1889, at 1. See *John F. Swift Speaks of the Importance of the Issue*, Morning Call, 15 February 1889, at 7.



中国知网 https://www.cnki.net

政府律师支持《斯科特法》合宪的理由包括:第一,合众国具有完整主权,国会有权立法、修改立法或废除条约,是否允许已经离境的外国人复境,完全是国会可自行决定的政治问题;①第二,居留权并非法律权利(perfect rights),也非契约性权利,只是政府许可的纯粹特权(mere privileges),就算能够赋予相对人期待,也不构成可以诉请法院强制执行的权利,美国政府可以随时撤销许可;②第三,谢炳灿是否知悉法律并不构成法律合宪性的判断标准,不得因其不知悉法律而主张复境权;③同时,谢炳灿作为自愿离境而非在美居留的外国人,即便主张其具有宪法正当程序权利,"国会立法禁止其重新进入美国的行为本身也已满足正当程序要求";④第四,《斯科特法》并没有回溯性适用于谢炳灿在美居留的行为,不构成因犯罪所受的惩罚,不涉及禁止溯及既往条款的适用。⑤

事实证明,斯威夫特的判断是正确的。在终审判决作出前,许多加州媒体推测联邦最高法院必然认可巡回法院的判决,⑥奥唐奈(C. C. O'Donnell)等排华政治家还在加州和华盛顿等地发表演讲,制造反华舆论。⑦ 联邦最高法院 3 月 28 日开庭审理此案,5 月 13 日作出终审判决。主笔法官菲尔德(Stephen J. Field)直接援用国会立法的道德逻辑,尊让其立法意图和政治决断,以主权为中心展开论证,最终全体一致维持索耶的判决。

## 四、政治家的考量:"华工潮"的国家安全叙事

联邦最高法院的终审判决无意回应,甚至有意回避谢炳灿与美国政府的宪法争议。双方律师争议的焦点是:谢炳灿能否基于条约与国会立法取得既得权?旧金山海关在其离境时签发的复境身份证明性质为何?《斯科特法》是否违反宪法第 1 条第 9 款和第五修正案?菲尔德法官的回答是:美国作为主权国家有权排斥甚至驱逐外国人,国会立法可以废除相悖的全部或部分条约条款,国会是否决定违反条约属于不受司法审查的政治问题,谢炳灿没有获得既得权。⑧ 菲尔德自始至终都没有解释任何宪法文本,以确定法律的合宪性,而是花费大量篇幅诉诸 1844 年以来的中美交往与华人移民史,详细梳理缔结《望厦条约》《天津条约》《蒲安臣条约》《安吉里条约》和制定 1882 年、1884 年、1888 年三部排华法的历史与社会背景,⑨建构出移民问题的"国家安全叙事"。

---

① See Chae Chan Ping *v.* United States, Brief for the United States (Jenks), pp. 5 – 11; Brief by Counsel (Johnson), pp. 5 – 7; Argument of John F. Swift and Stephen M. White, pp. 3 – 4.

② See Chae Chan Ping *v.* United States, Brief for the United States (Jenks), pp. 11 – 13; Brief by Counsel (Johnson), p. 2; Argument of John F. Swift and Stephen M. White, p. 8.

③ 詹克斯的论证略显矛盾。他认为法律无须专门向外国或其公民公布,外国国家或公民应被推定为不知悉法律;但他又认为所有与法律相关之人都应推定为知悉法律,因此,谢炳灿作为《斯科特法》的规制对象,应该终局性推定其知悉。See Chae Chan Ping *v.* United States, Brief for the United States (Jenks), p. 12.

④ Chae Chan Ping *v.* United States, Brief by Counsel (Johnson), p. 8.

⑤ See Chae Chan Ping *v.* United States, Brief for the United States (Jenks), pp. 13 – 14; Brief by Counsel (Johnson), pp. 9 – 10; Argument of John F. Swift and Stephen W. White, pp. 14 – 15.

⑥ See Evening Mail, 25 January 1889, at 2; Morning Call, 18 March 1889, at 1; Los Angeles Herald, 5 April 1889, at 4; Los Angeles Herald, 21 April 1889, at 2; Daily Examiner, 13 May 1889, at 4.

⑦ See *Dr. C. C. O'Donnell Delivers an Address in Washington*, Morning Call, 7 March 1889, at 8.

⑧ See Chae Chan Ping *v.* United States, Syllabus, 130 U. S. 581, 581 (1889).

⑨ See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U. S. 581, 590 – 599 (1889).



中国知网 https://www.cnki.net

菲尔德首先指出,《蒲安臣条约》缔结后,早期以劳工身份赴美的华人移民"勤勉节俭,很少拖家带口又几乎没有花销",[①]但深刻影响了美国的劳动力市场和竞争环境,其中加州尤其如此;而且他们"自成天地,固守故国习俗,似乎无法融入我国,不愿改变自身习性与生活方式"。[②] 美国政府意识到数以百万计生存压力且面临的中国人涌入美国将带来危机,只有"限制中国某些阶层移民,方能保障太平洋沿岸安宁,维系文明存续。"[③]中美 1880 年商定新约最终决定"大清国准大美国可以或为整理,或定人数年数之限,并非禁止前往。至人数年数,总须酌中定限,系专指华人续往美国承工者而言,其余各项人等均不在限制之列。所有定限办法,凡续往承工者,只能令其按照限制进口,不得稍有凌虐。"[④]据此,国会在 1882 年出台排华法,暂停新赴美的华工入境,规定在美居留华工的离境身份证明制度。对于符合复境要求并获发身份证明的华工,"授予其返回及再次进入美国之权利,但须在寻求再次入境之海关辖区向海关关员出示并交付此证书。"[⑤]菲尔德援引众议院报告指出,由于华人信用缺失,绝大多数当事人居留情况证词的可信度存疑,排华法执行受阻,[⑥]国会在 1884 年修订排华法,细化身份证书制度,但依然无法解决居留情况证明问题,国会遂直接立法禁绝所有离境华工复境。

菲尔德认为,这足以说明国会制定排华法的道德逻辑,并且将其概括为"人潮涌入论",[⑦]直接将大批移民等同于外国侵略。华工移民显然不再是创造商业利益的工具,而是制造国家安全问题的隐患,甚至直接将华工类比为乞丐、罪犯或患绝症之人,认为这类人的存在本身就已经构成对国家的伤害,或者是某种危险源。[⑧] 菲尔德用看似中立的笔触写道"维护国家独立,抵御外来侵略与蚕食,实为国家至高无上之职责。为此,几乎所有其他考量均须退居次要。至于此种侵略与蚕食以何种形式呈现,是来自外国政府以国家名义的行动,抑或其民众如潮水般涌入,实则并无区别。……因此,一旦美国立法机关代表政府认定,国境内不愿同化之异族外侨的存在危及国家和平与安全,则不得因当下与该外侨所属国无敌对状态而中止排斥措施。"[⑨]

正常情况下,要想论证国会有权通过《斯科特法》,必须确定排斥移民是联邦事权,并且落入国会权

---

① Chae Chan Ping *v*. United States, 130 V. S. 581, 595 (1889). 这不过是美国政府排华的托辞,判决书后文提到国务卿在 1881 年给美国驻瑞士大使的公函中指出,"根据宪法与法律,我国欢迎诚实勤勉的移民"。Chae Chan Ping *v*. United States, 130 V. S. §81. 608 – 609 (1889). citing Francis Wharton ed., *A Digest of the International Law of the United States*, vol. 2, 2nd edition, Government Printing Office, 1887, p. 520. 实际上,从服务贸易的视角来看,拒绝消费的自然人存在无法为美国创造足够的服务贸易价值,但仍需从美国赚取外汇,扩大美国对华的贸易顺差,这显然无法被美国政府接受。

② Chae Chan Ping *v*. United States, 130 V. S. 581, 595 (1889).

③ Chae Chan Ping *v*. United States, supera note 1, p. 594. See H. R. No. 572, 46th Cong., 2nd Sess. (1879).

④ Angell Treaty, 22 Stat. 826 (1880), art. 1. 中文本引自《申报》1881 年 8 月 21 日,第 2 版。

⑤ Chinese Exclusion Act of 1882, §4 22 Stat. 58, 59 – 60 (1882).

⑥ See H. R. No. 614, 48th Cong., 1st Sess. (1884), at 2. 菲尔德法官是选择性地援引众议院报告,外交委员会主席兰姆(John E. Lamb)提交给众议院的报告中,至少提出了四项修改排华法的理由:定义宽泛并且司法解释分歧严重、可以利用商人和旅行者的身份规避华工身份、伪造证件和作伪证,以及联邦法院案件积压严重。可以说,修改排华法最直接且最根本的原因在于立法本身存在漏洞,而非华工刻意作伪证。

⑦ See Margaret H. Taylor & Kit Johnson, *"Vast Hordes … Crowding in Upon Us": The Executive Branch's Response Mass Migration and the Legacy of Chae Chan Ping*, 68 Oklahoma Law Review 185 (2015).

⑧ See Chae Chan Ping *v*. United States, 130 V. S. §81. 608 – 609 (1889).

⑨ Chae Chan Ping *v*. United States, 130 U. S. 581, 606 (1889).



中国知网 https://www.cnki.net

力的范围。但菲尔德建构的“国家安全叙事”利用归谬逻辑,将排斥移民理解为合众国的主权行为,并且主张国家如果无权禁止华工入境,就无法维护独立权和行使自卫权,从而绕开有关宪法对国家机关授权的讨论,直接从国际法主权论证国家在排斥移民上的全权,认定国会有权立法。正是这种论证方式,深刻影响美国当代移民法,甚至整个对外关系法有关政治机关全权原则的理解,即主权国家固然拥有独立权和自卫权,但这是否意味着宪法未明定的,包括移民管控权在内所有对外关系权力,都可以作为国家主权的必要组成部分,由联邦政府掌握?进而由国会或行政机关掌握?[①] 行使这些权力是否需要宪法授权?又是否受到宪法规限?

菲尔德的法律论证逻辑是精巧的结构性诡计,生动体现了国家及其主权在宪法与国际法上的二重地位。[②] 国家在宪法层面是主权者的政治身体,在国际法层面同样具有国际法律人格。菲尔德的论证是借用国家主权,来构造联邦事权。他援引马歇尔大法官(John Marshall)的经典论断“国家在其领土范围内享有排他且绝对的管辖权”,[③]以此说明合众国作为国际人格者,当然具有限制甚至禁止华工入境的权力,以此解决国家安全危机。紧接着,菲尔德援引科恩诉弗吉尼亚州案和法定货币案,[④]试图证明宪法有关联邦与州的分权模式是“地方事务治理权委诸地方当局,国家事务则托付于联邦政府”,[⑤]而在处理对外关系问题时,合众国政府是唯一具有国家性(character of nationality)的政府。换言之,国际法只承认合众国政府是具有对外交往能力的唯一实体。面对移民引发的国家安全问题,如果联邦政府没有移民排斥权,美国国家本身就不复存在。既然如此,宪法到底明示还是默示授权,甚至宪法到底有没有授权就毫无意义,援引特定宪法条款论证联邦政府的权力也就没有必要,联邦政府必然具有规制移民的全权。[⑥] 因此,在菲尔德的理论建构中,国会面对危害国家安全的移民具有排斥权,是一种根植于维护美国国家存续这一宪法根本目的“不成文宪法”规则。

如此,《斯科特法》的合宪性在国会权限方面并无障碍,但这种主权权力仍受限于“宪法本身以及多少约束所有文明国家行为的公共政策和公义”。[⑦] 然而,菲尔德没有继续讨论双方律师提出的民权限制,而是主张联邦政府的移民排斥权本质上源于宪法创设的公共信托(public trust),它不能成为任何交易或契约的对价,以此否认上诉人律师提出的既得权契约论。[⑧] 此外,谢炳灿的入境权并非财产性私权,而是

---

① See Kleindienst *v.* Mandel, 408 U.S. 753, 765 (1972); David A. Martin, *Why Immigration's Plenary Power Doctrine Endures*, 68 Oklahoma Law Review 29, 31 (2015).

② 有关国家地位问题的讨论,参见陈晓航《等待“野蛮人”:国家理论、帝国秩序和国际法史》,载《北大国际法与比较法评论》(第 15 卷),法律出版社 2018 年版,第 3 – 13 页。

③ The Schooner Exchange *v.* McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812). 有关国家主权论证的法理批判,以及马歇尔法官此论断的具体语境及其与本案的差异,参见后文第四部分。

④ See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 V. S. 581, 604 – 605 (1889), citing Cohens *v.* Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 413 (1821), and Legal Tender Case, 79 U.S. (12 Wall.) 457, 555 (1870).

⑤ Chae Chan Ping *v.* United States, 130 V. S. 581, 605 (1889).

⑥ 有关全权原则的宪法基础及其法理限制的讨论,参见邹奕《排华法案的宪法争议——美国排华判例中“国会全权”原则检讨》,载《环球法律评论》2013 年第 5 期,第 139 – 149 页。

⑦ Chae Chan Ping *v.* United States, 130 V. S. 581, 604 (1889). 这与 1936 年苏瑟兰大法官(George Sutherland)判决合众国诉柯蒂斯 – 莱特出口公司案的解释完全不同,苏瑟兰认为这种与主权密切相关的权力并非源于宪法,而是源于国际法,彻底使外部主权脱离宪法控制。See United States *v.* Curtiss – Wright Export Corporation, 299 U.S. 304, 318 (1936).

⑧ See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U.S. 581, 609 (1889).



中国知网 https://www.cnki.net

特权性许可，具有人身性和不可转让性，政府可依公共政策随时撤销许可。换言之，谢炳灿不能以政府此前本有权采取措施禁止其入境而未采取为由，主张其享有既得权。[①] 因此，为了自我保全，国会有权制定《斯科特法》，也有权立法修改或取代条约，该法固然“违反 1868 年条约和 1880 年补充条约的明确规定，但并不因此无效或执行受限”。[②] 此外，针对立法违背条约的问题，联邦最高法院认为，“法院无权就国会行为的动机作出判决；只要确认其有权通过法律，我们的任务就是在特定案件中解释与适用法律”。[③] 联邦最高法院最终判定《斯科特法》合宪，维持巡回法院判决。[④]

判决公布以后，迅速引发舆论和外交反响，将案件的种族主义属性和政治考量暴露无遗。加州媒体欣喜若狂，旧金山《每日观察者》报在 5 月 14 日的头版头条发布报道，直呼本案乃“标志性胜利”，[⑤]圣贝纳迪诺《每日时报》大字标题写道“谢炳灿必须滚回中国！”[⑥]此前，时任清政府驻旧金山领事官的傅列秘（Frederick A. Bee）始终坚信美国政府会履行与离境华工的合同，但判决结果让他大失所望。同样感到失望的还有里奥丹，他在接受《每日观察者》采访时，表示，“谢炳灿案已在我国最高司法机关审理，但禁止其入境之法令的合法性仍被确认。中华会馆接受终审判决，也不再采取其他措施挑战其合宪性”。[⑦]

驻美公使张荫桓对此早有预测，“余每谓总察院与各省臬司同操此术，断不能自相矛盾”，[⑧]联邦最高法院不太可能推翻判决。张荫桓不满于华工受加州律师唆摆贸然起诉，[⑨]但还是在 7 月 8 日，就案件判决和国会立法照会国务卿布莱恩（James G. Blaine）。面对联邦最高法院判决明确承认国会立法违反条约，认为“这是国会行使主权的结果，必须作为国家最高法律尊重和遵守，……即使国会意愿明显违反条约，也必须予以服从”的说法，张荫桓以反讽语气表示“我对如此庄严的法庭宣告此等理论表示惊讶。我本人与该法庭成员素来深怀敬意。这让我深信，我旅居贵国三年，却始终未能充分正确地理解贵国政府的原则和制度。”[⑩]张荫桓援引外交档案、议会辩论记录和国际法原则与学说，强烈抗议联邦最高法院歪曲事实，认为美国单方面立法取代美法条约的理由根本无法适用于本案，该立法明显违反条约，美国政府没有履行条约义务，忽视条约对中美双方的拘束力。不仅如此，张荫桓认为本案判决象征着美国政府“对现有诸条约的公然非难，甚至是向中国要求终止所有外交和商业关系”，是对中国的侮辱，要求美国政府必须对因执行国会法案而造成的一切伤害和损失承担责任。[⑪]

---

① See Ibid., pp. 609 – 610.

② See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U.S. 581, 600 (1889).

③ See Ibid., p. 603.

④ 亚当·考克斯反对这种解读，提出谢炳灿案始终处于 19 世纪宪法传统框架中。联邦最高法院注重区分私权与特权，将权力分立本身视为剥夺自由与财产的正当程序。谢炳灿律师的核心主张可以归结为：第一，国会无权通过普通立法废除条约承诺；第二，国会无权单方面剥夺既得权，只有依据宪法第三条设立的法院才有最终裁决权，剥夺生命、自由或财产方面的私权。因此，菲尔德法官始终围绕权力分立本身展开。See Adam B. Cox, *The Invention of Immigration Exceptionalism*, 134 Yale Law Journal 329, 357 – 365 (2024).

⑤ See *A Signal Victory*, Daily Examiner, 14 May 1889, at 1.

⑥ *Chae Chang Ping Must Go back to China*, Daily Times – Index, 14 May 1889, at 2.

⑦ *A Signal Victory*, Daily Examiner, 14 May 1889, at 1.

⑧ 张荫桓《三洲日记》（下册），岳麓书社 2016 年版，第 495 页。

⑨ 参见同上注。

⑩ *Mr. Chang Yen Hoon to Mr. Blaine*, in FRUS 1889, p. 133.

⑪ See *Mr. Chang Yen Hoon to Mr. Blaine*, in FRUS 1889, pp. 133 – 139.



中国知网 https://www.cnki.net

张荫桓的批评具有充分依据,他依据的正是欧洲国际法中重要的有约必守原则,但并没有得到实质性回应。[①] 后来担任美国驻华公使的田贝(Charles Denby)也指出:"若两国缔约,除非双方同意或发生战争,否则就需要根据正义和道德原则信守条约。如若不然,为何还要缔约?不幸的是,正是我国在全世界范围内开启了立法废止条约的恶例。国会完全忽视和拒斥了我们与中国的条约。"[②]1890 年 3 月 26 日,继任公使崔国因再次向美国政府发出长篇照会,援引联邦最高法院判例和惠顿(Henry Wheaton)的学说,要求就违反条约的行为作出解释。[③] 但美国政府这次非但没有回复,甚至连回执都没有发给公使馆,迫使崔国因 10 月 1 日再次照会国务卿布莱恩,希望美国政府尽快回复;10 月 6 日,布莱恩复函称"您提出的问题始终是本届政府认真考虑的议题,我希望能够尽早以充分正式的方式向您转达总统的观点",然而,直至国会再度休会,该问题也未能妥善解决。[④] 有关谢炳灿案的外交与司法折冲就此告一段落。美国国会随后在 1892 年通过继续排华的《基瑞法》(Geary Act),由此而来的冯越亭案开启了中美就移民问题的新一轮对话。[⑤]

## 五、谁是美国人:后重建时代"美国人"的身份建构

1889 年 8 月 23 日,旧金山《晨报》报道称谢炳灿最终被美国当局遣送回国。为确保谢炳灿不会中途逃跑,副警长霍普金斯直接将其押送至阿拉伯号(Arabic)蒸汽船上,锁进特等舱房,直至轮船驶入公海,才允许其离开。船长布莱恩特向其索要船资,谢炳灿用蹩脚英语大喊:"我不愿回国,我想留在加州。既然强迫我回去,就该代付船资。我毫不在意,也分文不出。"航运公司也无法逼其就范,"终使这位华人得以航运公司贵宾之姿重返故土"。[⑥] 此后,再没有官方档案和新闻报道提及他的下落。

谢炳灿,或者更确切地说是 Chae Chan Ping,就好像斯皮瓦克(Gayatri Spivak)研究的舍摩国王妃(Rani of Sirmur)。这个甚至被美国官方文献误记的名字就如同"幽灵",它早与肉身脱嵌,成为美国宪法史的符号,只有需要论证联邦政府具有排斥移民的全权时,才会出现在公众视野。[⑦] 1889 年后,类似历史场景不断复现,针对特定族裔的排斥运动从没有停止,百余年前亚裔移民与当今墨西哥、伊斯兰国家移民并无本质不同,只是移民规制的手段越来越精细化。在具体案件中,联邦政府规制移民的手段和理由千差万别,甚至很难说与谢炳灿案具有实质联系,但都是美国"移民反对移民"现象的结构性复现。美国移民政策始终是联邦政府通过各种身份操纵手段,生产"建构性他者",吸纳某些移民进入美国社会,赋

---

① 助理国务卿沃顿(William F. Wharton)在 7 月 15 日复函张荫桓:来函收悉,将尽快回复。但未见回转。See *Mr. Wharton to Mr. Chang Yen Hoon*, in FRUS 1889, p. 140.

② Charles Denby, *China and Her People, Being the Observations, Reminiscences, and Conclusions of an American Diplomat*, L. C. Page & Co., 1905, pp. 97 – 98.

③ See *Mr. Tsui to Mr. Blaine*, in FRUS 1890, pp. 211 – 219.

④ See *Mr. Tsui to Mr. Blaine*, in FRUS 1890, pp. 228 – 229; *Mr. Blaine to Mr. Tsui*, in FRUS 1890, p. 229; *Mr. Tsui to Mr. Blaine*, in FRUS 1890, pp. 229 – 230.

⑤ See Geary Act, 27 Stat. 25 (1892); Fong Yue Ting *v.* United States, 149 U. S. 698 (1893); Ellen D. Katz, *The Six Companies and the Geary Act: A Case Study in Nineteenth – Century Civil Disobedience and Civil Rights Litigation*, 8 Western Legal History 227, 227 – 272 (1995).

⑥ *Chae Chan Ping, He Leaves Very Reluctantly by the* Arabic, Morning Call, 23 August 1889, at 3.

⑦ See Silas W. Allard, *A Constellation of Foundings: Chae Chan Ping, Chinese Exclusion, and the Making of America*, CSLR Research Paper, No. 9.2022 – AFF, pp. 9 – 10.



中国知网 https://www.cnki.net

予其公民权，排斥其他移民，建构“身份壁垒”和流动的身份边界，被排斥的移民遭受各种歧视性待遇甚至可能代际传承和再生产。

### （一）制造边界：身份操纵与移民排斥权

谢炳灿案在百余年间持续承载国家政治机关全权原则的宪法意义，它反映出美国自后重建时代持续至今的种族焦虑（racial anxiety），这是美国政治无法避免又无法解决的问题，是根植于移民国家形成过程的结构性矛盾。西进运动的领土扩张和南北战争的民族重建后，美国必须在“第二次建国”过程中，回答百年前没有妥善回答的身份认同问题：谁是美国人？或者说，更准确的说法是，谁不是美国人？美国社会应该由哪些移民构成？哪些人有权力“承认”谁是美国人？①

没人可以准确回答这些问题，联邦最高法院也无能为力。重建意味着国家的重新统合，但制宪者和释宪者都清楚，建构自我须以建构他者为前提，②因此，若要塑造共同身份，就只能不断生产“建构性他者”作为对立面。在谢炳灿案中，联邦最高法院刻意模糊谢炳灿的美国居民身份，忽视其已经在旧金山取得合法住所，以及加州已经成为其属人法连结点的重要事实，反而刻意突显其在法律意义上仍是清政府臣民的身份地位，宣称其在美居留会对美国国家安全产生重要影响。这就是埃尔曼（Sam Erman）所谓的“身份操纵”，其本质就是通过调整身份的具体内容，刻意强化“身份地位”（status）本身可被任意变更的特性。③ 因此，将非国民居民还原性地建构为“不愿同化之异族外侨”，是一种去主体性的法律修辞，其中暗含美国人身份的本体论假定，将有违美国利益的族裔设定为身份异化并加以排斥，从而论证美国人身份确实存在。这便是种族身份政治，它“将种族意识或集体记忆和经验，作为解释所有其他社会群体的行为和利益的基本框架”。④

对于联邦最高法院而言，这本身是个悖论：正当化种族身份政治需要通过司法审查，确定法律的合宪性，但如果联邦最高法院释宪，就必须寻找国会立法的依据，也无法绕开第五修正案和第十四修正案的适用，结果很可能无法达成区分种族身份的政治目的。因此，联邦最高法院必然走向“战略性立宪主义”（strategic constitutionalism）的路径，⑤绕开宪法主权结构，凭借国际法主权证成“不愿同化”这种排华理由。⑥ 从国际法来看，国家主权论是成功的，对内主权和对外主权都能说明合众国具有排斥移民的权

---

① 参见［美］埃里克·方纳《第二次建国：内战与重建如何重铸了美国宪法》，于留振译，商务印书馆2020年版，第11－29；72－79页；胡晓进《联邦制国家的司法转型：屠宰场案与美国宪法的重塑》，当代中国出版社2023年版，第119－172页。

② See Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton University Press, 2004, p. 5. 国际社会的建构及其内部成员“文明国家”的识别也是如此。参见韩驰《国际法普遍性的建构与解构》，载《国际法研究》2024年第4期，第82－84页。

③ See Sam Erman, *Status Manipulation and Spectral Sovereigns*, 53 Columbia Human Rights Law Review 813, 813 (2022); Sam Erman, *Status Manipulation in Chae Chan Ping v. United States*, 121 Michigan Law Review 1091, 1095－1096 (2023).

④ Manning Marable, *Building Coalitions among Communities of Color: Beyond Racial Identity Politics*, in James Jennings ed., Blacks, Latinos, and Asians in Urban America: Status and Prospects for Politics and Activism, Praeger, 1994, p. 35.

⑤ See Lee Epstein, Jack Knight & Andrew D. Martin, *Constitutional Interpretation from a Strategic Perspective*, in Mark C. Miller & Jeb Barnes eds., Making Policy, Making Law: An Inter－Branch Perspective, Georgetown University Press, 2004, pp. 170－188.

⑥ See Chae Chan Ping *v.* United States, 130 U.S. 581, 604 (1889).



中国知网 https://www.cnki.net

力;但从宪法来看,国家主权始终无法解决人民主权原则下的分权问题。[①] 马歇尔的论断无法为此提供支撑。马歇尔面临的问题是,被诉商船"交易号"(The Exchange)已被法国收归国有,被委任为法国海军的军舰,更名为"巴劳号"(The Balaou),在这种情况下,美国法院对友好国家的公共武装军舰不具有管辖权。[②] 因此,马歇尔强调的是国家管辖权不受外部干涉,并没有触及国家内部的权力分配和运作模式。易言之,国家主权无法直接推导出联邦事权,其中依然缺少解释宪法的中间环节。

即便如此,针对移民排斥权,这种基于身份操纵形成的国家主权论证被奉为圭臬,得到反复援引。[③] 联邦最高法院不再讨论权力来源问题,而是默认联邦政治机关的全权,甚至创造新的"国家安全叙事",自我强化既有的结论。比如,联邦最高法院尊让国会立法和司法部的自由裁量,设定意识形态标准,以有违国家安全为由,禁止马克思主义理论家曼德尔入境。[④] 道格拉斯(William O. Douglas)大法官在异议意见中,严厉批判这种论证逻辑,认为其极其荒谬,并指出种族和意识形态都无法构成判断国家安全问题的标准,极易造成国家安全理由的泛化。[⑤] 然而,联邦政府百余年来的移民排斥权,都建基于这套以身份政治为内核的宪法秩序。联邦最高法院就像联邦政治机关的"橡皮图章",[⑥]利用身份操纵绘制身份边界,为系统性歧视和排斥其他种族移民的行为提供合宪性背书。这也证明美国司法体系与政治机关"并非始终处于对抗地位,而是在不同领域、不同时段展现出动态的适应性特征"。[⑦]

### (二)移动边界:赋权的统治术

迈克尔·曼(Michael Mann)指出,美国宪法具有平等主义与民主精神,但同时"定居者民主越是深入发展,其族裔排他性就越是加剧"。[⑧] 这具体表现为定居者赋权其他族裔的统治术,即随着既有建构性他者的革命或反抗,定居者逐步赋予其国民身份和公民权,同时生产新的建构性他者,如此循环往复。

重建修正案及此后确立的宪法身份秩序就是这种统治术的具体实践。内战后,美国试图巩固领土

---

① 路易斯·亨金指出,菲尔德的判决无法从宪法文本论证移民排斥权,甚至维护国家安全的权力为何不是州政府保留的警察权,毕竟它并非联邦政府或者国会的明确列举权力。See Louis Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 Harvard Law Review 853, 857 (1987). 时至今日,斯卡利亚(Antonin Scalia)大法官也认为,州政府保有排斥移民的权力。See Arizona *v.* United States, 567 U.S. 387, 417 (2012).

② See The Schooner Exchange *v.* McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 137 – 138 (1812).

③ 联邦最高法院在各类排斥移民和拒绝入境的案件中,都遵循谢炳灿案的先例,通过国际法层面的国家主权论证国会的宪法权限。See Fong Yue Ting *v.* United States, 149 U.S. 698, 704 – 712 (1893); Lem Moon Sing *v.* United States, 158 U.S. 538, 547 (1895); Boutilier *v.* Immigration and Naturalization Service, 387 U.S. 118, 123 (1967); Fiallo *v.* Bell, 430 U.S. 787, 792 (1977); Zadvydas *v.* Davis, 533 U.S. 678, 695 (2001); Trump *v.* Hawaii, 585 U.S. 667, 702 (2018).

④ See Kleindienst *v.* Mandel, 408 U.S. 753, 765 – 767 (1972).

⑤ See Kleindienst *v.* Mandel, 408 U.S. 753, 770 – 773 (1972) (Douglas J., dis. op.); Harisiades *v.* Shaughnessy, 342 U.S. 580, 598 (1952) (Douglas J., dis. op.); Galvan *v.* Press, 347 U.S. 522, 533 (1954) (Douglas J., dis. op.).

⑥ 益和行诉霍普金斯案并非有力地反证,因为该案涉及州立法不得违背联邦宪法修正案的问题。联邦政府的行动逻辑与州政府无异,但却得到联邦最高法院的认可。有学者认为这并非对种族平等的承诺,实际上是最高法院早期介入推翻经济管制的尝试。See Yick Wo *v.* Hopkins, 118 U.S. 356 (1886); Kevin R. Johnson, *The "Huddled Masses" Myth: Immigration and Civil Rights*, Temple University Press, 2004, p. 20.

⑦ 刘晗《算法铁幕:TikTok 案如何被"国家安全"化》,载《文化纵横》2025 年第 4 期,第 112 页。

⑧ Michael Mann, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press, 2005, p. 107.



中国知网 https://www.cnki.net

与国家认同，形成“跨越种族与地域的国家重新构想”，[①]就必须面对南方的“黑人问题”、西部的“印第安原住民问题”和“华人问题”。[②] 重建修正案赋予黑人法律身份，将自我与他者这种原本外部化的区分，内部化为均质的国民（national）身份。1870 年修改的《归化法》（Naturalization Act）甚至允许“非洲出生的外国人及非裔人士”归化入籍，[③]但同时实质性架空黑人权利，宣告“隔离但平等”原则的普莱西诉弗格森案就是最典型的例证。[④] 面对印第安人，美国政府同样承认其国民身份，但始终认为其处在美国监护下，不能取得完整公民身份（citizenship）。于是，联邦政府通过《道斯法》（Dawes Act）的土地私有化摧毁种族认同，通过卡伽玛案使其成为国会全权规制的对象，促使其文明化和同化。[⑤]

重建修正案确保法律层面不能排斥黑人，也不能否认原住民的国民地位，这直接导致盎格鲁－撒克逊白人新教徒（WASP）塑造自我身份的建构性他者被消解。若要维持这种身份秩序，确保核心国民所具有的“美国性”（Americanness）不受挑战，仍需生产新的建构性他者，内战前后大量涌入美国的亚裔群体自然就成为遭受排斥的主要对象。一定程度上，华人受到歧视性待遇，与非裔美国人在法律上取得自由与公平待遇密切相关，究其本质是针对黑人问题的种族主义与本土主义观念外化。[⑥] 彼时，华人移民（特别是华工）数量众多，在美国西部聚居，甚至影响加州众议员人数的分配。[⑦] 他们依据条约和国会立法，不得归化入籍，但却可以取得住所，[⑧]对美国社会影响至深。因此，美国需要华人移民，乃至此后所有亚裔移民，成为新的“建构性他者”，创造无形的移民墙，重新塑造身份边界。[⑨] 总体而言，信仰差异和科学种族主义的“黄祸”（yellow peril）论，仍然是美国建构异质性身份的手段。但面对大量华工移民，美国政治和舆论选择以内战后自由劳动意识形态嫁接排华议题，使华工存在本身变成美国社会的政治不正确。

有趣的是，排华运动最坚定的支持者是那些曾遭受宗教和种族排外双重压迫，在内战前后才被纳入“自由白人”行列的爱尔兰人。[⑩] 这些新近被接纳的定居者移民群体比盎格鲁－撒克逊白人新教徒更具

---

① Joshua Paddison, *American Heathens: Religion, Race, and Reconstruction in California*, University of California Press, 2012, p. 5.

② See Beth Lew－Williams, *The Chinese Must Go: Violence, Exclusion, and the Making of the Alien in America*, Harvard University Press, 2018, pp. 20－21.

③ Naturalization Act of 1870, 16 Stat. 254 (1870), art. 7.

④ See Plessy *v.* Ferguson, 163 U. S. 537 (1896); Trina Jones, *Plessy v. Ferguson*, in Bennett Capers et al. eds., Critical Race Judgments: Re－Written U. S. Court Opinion on Race and the Law, Cambridge University Press, 2022, pp. 85－103.

⑤ 有关印第安人规制与美国主权空间建构的关系，参见刘晗《合众为一：美国宪法的深层结构》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 189－194 页。

⑥ See Kevin R. Johnson, *The “Huddled Masses” Myth: Immigration and Civil Rights*, Temple University Press, 2004, p. 19.

⑦ 参见［美］埃里克·方纳《第二次建国：内战与重建如何重铸了美国宪法》，于留振译，商务印书馆 2020 年版，第 68 页。有关亚裔移民与美国宪法互动的讨论，还可参见胡晓进《尚未完成的美国宪法重塑——从〈第二次建国〉谈起》，载《美国研究》2021 年第 4 期，第 144－147 页。

⑧ See Burlingame Treaty, 16 Stat. 739 (1868), art. 6; Chinese Exclusion Act of 1882, §14, 22 stat. 58, 61(1882).

⑨ 参见伍斌《例外论与 19 世纪美国对外来移民的排斥》，载《中国历史研究院集刊》（第 3 辑），社科文献出版社 2021 年版，第 273－276 页。

⑩ See Patrick O’Malley, *Irish Whiteness and the Nineteenth－Century Construction of Race*, 51 Victorian Literature and Culture 167, 167－198 (2023).



中国知网 https://www.cnki.net

有维持身份边界的动力,通过排斥在文化和种族上更具异质性的华工,向主流权力交纳投名状,甚至表现出皈依者狂热。比如,爱尔兰移民丹尼斯·科尼(Denis Kearney)就成为 19 世纪排华运动的急先锋。1877 年,他在旧金山创立加州工人党(Workingmen's Party of California),每次演讲结束,他都会高呼"中国佬滚出去!"(The Chinese Must Go!)。这些排华领袖常用带有歧视性色彩的"苦力"(coolie)或"新奴隶"来标识华工,[①]谴责他们抢夺劳动力市场导致白人失业,挤占白人工人阶级的生存空间,以此作为其维护工人利益的方式。这也成为排华运动的主流政治话语与舆论叙事。[②]

实际上,白人工人阶级面临的劳动力竞争和全国性的劳工运动,到底完全是美国社会现实,还是像乔里(Andrew Gyory)所说,只是镀金时代政治精英基于选举算计设置的政治议程,实则无关紧要。[③] 但这套说辞在当时是成功的,其内核就是宣扬移民占据新定居者移民群体的生存空间,引发危机意识与安全叙事,激起强烈的排外主义情绪,迅速将尚未被赋权的新移民生产为"建构性他者",完全阻碍新移民被赋权。正因加州的积极推动,国会在 1882 年通过《排华法》。此后,来自日本、意大利和其他东欧国家移民在美国的境遇,也为这种统治术提供了证明。[④]

(三)强化边界:昭昭天命的空间政治

身份操纵与赋权统治术具有共同的种族意识形态基础。正因如此,国家安全叙事与生存空间论才具有如此坚实的心理基础,能够在排斥移民问题上取得巨大成功。盎格鲁-撒克逊白人新教徒的"昭昭天命"(Manifest Destiny)观念认为,西部注定是专属于他们的领地,如今这块领地却被宗教与文化上无法同化的亚裔移民占据,种族意识所潜藏的安全利益受到挑战,无论华人还是其他亚裔移民都必然遭到排斥。[⑤] 然而,所谓安全利益背后却潜藏着经济考量与基督教天命观的结构性矛盾:美国大资产阶级发展的确需要廉价劳动力为西部经济发展提供支持,因而也就需要移民填充劳动力市场,但移民不得挤占这些新教徒的生存空间。因此,谢炳灿案确立的政治机关全权原则,实质上是以法律形式明确,当移民突破共同身份空间的边界时,政治机关的决断具有终局地位,确保实现昭昭天命的诫命,即建立领土横跨大陆且白人基督教文明绝对主导的民族国家。

---

① 19 世纪中后期,"苦力"是具有法律含义的政治标签。华人劳工移民主要存在两种形态:一是以债务奴隶(debt slavery,或称契约劳工)的形式被运往国外,这些人通常被称为"苦力";二是以赊单工制度(credit-ticket)入境,在法律上是自由劳工,在这种制度下,中介预先支付工人的船票费用,控制他们的劳动,直到他们全额偿还债务,中介不得将劳动合同转让给雇主。契约苦力贸易主要流向古巴、秘鲁,赴加州华人则主要是自由劳工。1862 年和 1863 年美国总统林肯分别签署《禁止苦力贸易法》和《解放黑人奴隶宣言》,奴隶贸易走向终结。这里将华工指认为"苦力",实际上是将其排除"自由劳动"范畴。See Charles J. McClain, *Chinese Immigration: A Comment on Cloud and Galenson*, 27 Explorations in Economic History 363, 363-378 (1990).

② See John Soennichsen, *The Chinese Exclusion Act of1882* , Greenwood Press, 2011, pp. 52-54; Alexander Saxton, *The Indispensable Enemy: Labor and the Anti-Chinese Movement in California*, University of North Carolina Press, 1971, pp. 113-137.

③ See Andrew Gyory, *Closing the Gate: Race, Politics, and the Chinese Exclusion Act*, University of North Carolina Press, 1998, pp. 1, 15, 46-47.

④ 参见伍斌《例外论与 19 世纪美国对外来移民的排斥》,载《中国历史研究院集刊》(第 3 辑),社科文献出版社 2021 年版,第 279-284 页。

⑤ See Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton University Press, 2004, pp. 17-18; Silas W. Allard, *A Constellation of Foundings: Chae Chan Ping, Chinese Exclusion, and the Making of America*, CSLR Research Paper, No. 9.2022-AFF, pp. 12-14.



中国知网 https://www.cnki.net

这意味着后重建时代，美国需要在领土范围内确定均质化的国民身份，保障最低程度的共识性身份认同，防止国家再度陷入分裂。同时，若美国的种族意识形态需要不断跨越领土边界，就需要明确哪些人可以进入身份空间，从而重整身份边界。[①] 因此，昭昭天命主导的身份空间建构，与门罗主义主导的地理空间建构类似，都以否定性话语形式，"将其防备和打击的势力界定为政治空间的入侵者与异质分子，来伸张自身的扩张诉求"。[②] 从这个角度看，谢炳灿案中的身份操纵就更具有空间政治意涵，联邦最高法院对谢炳灿这类非国民居民的排斥，正是将地理空间中禁止外国人入境的权力移用在身份空间，从而强化美国人与外国人的身份边界，全然不顾地理空间内部保障人权的普遍主义诫命。

不仅如此，19 世纪末，排华法构筑的身份体系成为美国延展物理疆界的工具，物理边界的延展更进一步引发既有身份边界的强化和重塑。韦伯(Kent J. Weber)指出，夏威夷的白人寡头为迎合美国国内强烈的排华情绪并顺利促成美国吞并，专门通过了效仿美国的排华和限制法律。排华法案的执行机构甚至先于其他联邦政府的文官体系进驻夏威夷，成为美国国家官僚机器降临新殖民地的标志。古巴的情形也颇为类似，美国军队撤离古巴前强制将排华法写入了古巴国家法律体系。这使得美国能够在没有直接统治的情况下，继续左右古巴的边境管理与国家主权，确保古巴的社会和人口结构符合美国的帝国利益。[③]

## 六、结语：移民反对移民

"移民反对移民"是美国移民法持续且稳定的底层逻辑，移民国家的国民身份只能依靠持续不断生产"建构性他者"才能维系。长期以来，美国是包容性移民国家的观念深入人心。拜登政府任期内，美国人口、难民和移民局还在政策文件中表明每个移民都应享有尊严和人权，美国的移民政策促进融合与包容。这种光辉叙事显然有意抹去种族移民排斥运动时期那段不光彩的历史。19 世纪 50 年代，加州政府和联邦政府开始对华人移民的系统性和制度性排斥，1868 年《蒲安臣条约》承诺华人赴美自由移民但永远不得归化。此后更是通过数部排华法，限制华人移民入境。直至 1943 年《麦诺森法》(Magnuson Act)颁布，华人移民的歧视性待遇才在形式上宣告终结，但该法系战时因应之举，防止日本以排华法为口实进行战争宣传。1965 年《移民和国籍法》彻底废除国籍来源配额，却同时以新的数量限制生产出新的"建构性他者"，即非法移民(illegal immigrants)。[④] 源自排华时代的政治机关全权原则同样至今仍没有宣告终结。

自 1882 年《排华法》和谢炳灿案以来，联邦政府往往以族裔、地缘等标准进行身份操纵，伴随着联邦政府的各种政治目的，以国家安全和防范恐怖主义之名调整移民法律与政策，给尚未归化或不得归化的移民以歧视性待遇，实质性剥夺其宪法权利保障。联邦政府正是通过不断生产"建构性他者"，制造、移动和强化身份边界及其流动性，确保维持宪法与民权法"保障人权"诫命，同时正当化政府对外人的宰

① See Amy Kaplan, *The Anarchy of Empire in the Making of U. S. Culture*, Harvard University Press, 2005, p. 15.

② 章永乐《此疆尔界 "门罗主义"与近代空间政治》，生活·读书·新知三联书店 2021 年版，第 78 页。

③ See Kent J. Weber, *Chinese Exclusion and U. S. Empire in Hawai'i and Cuba, 1874 – 1943*, Ph. D. Dissertation, University of Minnesota, 2020, pp. 136 – 221.

④ See Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton University Press, 2004, pp. 263 – 270.



中国知网 https://www.cnki.net

制,[①]使人权这种“本应作为保护弱势群体免受强权侵害的道德与法律屏障,却屡屡被强势行为体挪用”。[②] 这种否认人权保护普遍性价值的法律与政策最终却受制于政治机关全权原则,法院几乎无权审查。这种逻辑体现的是美国人平等身份的相对普遍性,也是自由主义理念原则与白人新教精英主义实践政治原则的结构性矛盾。美国学界基于批判种族理论(Critical Race Theory)的移民史研究表明,[③]美国政府通过国内立法与国际条约进行边界管控,不断调整移民政策,生产“建构性他者”来塑造“美国人”,已经成为美国政治生活的常态。

近年来,美国许多公法学者也主张政治机关全权原则是极端种族主义和排外主义历史条件下的产物,这项原则早该成为历史。[④] 这固然是正确的,但全景式梳理与考察谢炳灿案让我们意识到,这场身份政治实践深深根植于美国政治文化,它与美国社会的身份认同问题紧密相关,若要废除这项规则也绝非易事。在美国保守主义观念和“美国至上论”甚嚣尘上的今天,无论是美墨边境墙、非法移民管控,还是特朗普政府的旅行禁令,这些移民限制举措与百余年前排华运动的基本逻辑具有连续性和强关联性,种族与宗教标准再度被用以生产国家安全的新叙事。联邦最高法院的判决也都是谢炳灿案在当代美国的复现,其目的也是维持国民与外人(alienage)的清晰界限。如果全权原则最终被宣告违宪,其结果未见得就是民权法的进步。相反,当外来移民大量涌入美国社会,难以识别以盎格鲁-撒克逊白人新教徒为核心,兼及边缘群体范围流动性特征的整全美国人身份时,曾经针对“建构性他者”的宰制或将再度内化成为剥夺或限制特定身份人群民权的举措,届时,撕裂的就不只是美国社会,而是整个美国国家。

---

① See Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, 2006, pp. 10, 28-30.

② 刘晗《论人权的相对普遍性》,载《人权》2025年第5期,第78页。

③ See Dale T. Knobel, *"America for the Americans": The Nativist Movement in the United States*, Twayne Publishers, 1996, pp. xvii-xxviii; Erika Lee, *At America's Gates: Chinese Immigration during the Exclusion Era, 1882-1943*, The University of North Carolina Press, 2003, pp. 223-252; Daniel Kanstroom, *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Harvard University Press, 2010, pp. 1-20, 91-130.

④ See Michael Kagan, *Plenary Power is Dead! Long Live Plenary Power*, 114 Michigan Law Review First Impressions 21, 21-29 (2015).



中国知网 https://www.cnki.net

# Migrants against Immigrants: A Historical Study of Modern Immigration Law in the United States

Han Chi

**Abstract:** When the Supreme Court sustained the entry restrictions challenged in Trump *v.* Hawaii, neither the opinion nor the government's briefs named the 1889 decision that had supplied the authority being exercised. This article treats silence as diagnostic. Chae Chan Ping *v.* United States established the plenary power of the political branches over the admission and exclusion of aliens, a doctrine that remains the organizing principle of American immigration law and a load-bearing element of its foreign relations law; yet it can no longer be named, because its reasoning discloses what the doctrine is made of. Plenary power is not a doctrine of separated powers that happens to have a racist history. It is a constitutional technique whose form was fixed by the function it was built to perform: producing those who do not belong, *i. e.*, the constitutive Other.

The article's first claim is that the case was juridified below and de-juridified above. Below, the controversy proceeded entirely within ordinary constitutional grammar—vested right against revocable license, domicile as protected liberty and property, the reach of universal guarantees to non-citizens. The Supreme Court refused to answer the constitutional question, and relocated it from constitutional law, where the universalist terms of the Fifth and Fourteenth Amendments, and the competence of Congress, would have had to be confronted, into sovereignty, where they have no purchase. Textless constitutional interpretation thus warrants analysis as a technique in its own right rather than as judicial carelessness.

The principal doctrinal contribution is a diagnosis of the inference on which plenary power rests. The opinion establishes that the United States, as a state, may exclude aliens and then proceeds as though it followed that Congress may do so constitutionally and unreviewably. Between these propositions lies a step never taken. Sovereignty, in the sphere of international law, describes the standing of a state among states; in the sphere of constitutional law, describes the distribution of authority among organs of government and between government and persons. Moving from one to the other requires constitutional interpretation. The point is pressed against the authority the opinion invokes: John Marshall's proposition on exclusive territorial jurisdiction concerned a friendly sovereign's public vessel, and secures freedom from external interference rather than allocating internal authority. The prevailing criticism holds that the Court conflated constitutional with international sovereignty. This was substitution rather than confusion: international legal personality was borrowed to manufacture a domestic competence because the constitutional derivation was unavailable, and plenary power has therefore never possessed the foundation it is assumed to rest upon.

Why was that derivation unavailable? The answer lies in a structural predicament. Sustaining racial exclusion through judicial review required interpreting the Constitution; but interpretation would have compelled engagement with amendments whose terms extended to "any person," at a moment when disagreement about national membership was politically intolerable. Textless interpretation was not an avoidance of the judicial



中国知网 https://www.cnki.net

function but the only available means of discharging it. This strategic constitutionalism is self – perpetuating by construction: once sovereignty rather than text supplies the ground, later courts need only reaffirm deference and supply a fresh characterization of the threat, and the foundation is never reopened because nothing in the doctrine requires reopening it.

For foreign – related rule of law, the decisive move is the holding that statutes and treaties occupy an identical rank, so that a later statute may abrogate a prior treaty. What the equivalence accomplishes is structural: it does not merely permit a breach, but removes breach from the category of legal wrong by relocating it to political decision. The opinion acknowledged that the statute contravened the governing treaties while holding that courts may not adjudicate legislative motive. Acknowledgment and disclaimer together constitute the doctrine's international posture: the obligation is conceded and simultaneously rendered legally inconsequential in the only forum competent to enforce it. *Pacta sunt servanda* was not denied but declared irrelevant to adjudication—a far more durable result, since a principle openly rejected can still be argued, whereas a principle held non – justiciable cannot be litigated at all.

The diplomatic archive shows the structure in operation. Successive Chinese ministers advanced an argument unanswerable on its own premises, and received no substantive reply, on one occasion not even an acknowledgment of receipt. The asymmetry is itself the finding. A state that has domesticated an international question through non – justiciability need not answer international arguments, having already ensured that no answer can be compelled. The case is thus a paradigm of how domestic constitutional technique performs work ordinarily attributed to foreign policy. It is a lesson applicable wherever entry, status, and mobility are governed by characterizations of national security.

Why such a technique was required is explained through three operations upon the boundary of status. Boundaries are made through status manipulation, which means redescription of a long – domiciled resident as an unassimilable foreign subject, so that exclusion at once presupposes and constitutes the identity it defends. They are moved through a governmentality of enfranchisement: once Reconstruction rendered former internal Others legally unexcludable, the dominant group had to generate an external one, incorporation and exclusion proving successive phases of one process rather than opposites. They are reinforced through spatial politics and exclusion traveling with empire. The monocausal reading of the title might invite is resisted throughout: capital wanted the labor that ideology demanded be expelled.

What the decision installed is a binary constitutional structure rather than a policy: citizens governed by law, aliens governed by sovereignty, the boundary between them fixed by the political branches beyond review. It has proved compatible with successive liberalizations, each generating a successor Other, and has never been repudiated. Hence, a deliberately uncomfortable conclusion: striking the doctrine down would not by itself advance rights, since a polity constituted through exclusion that can no longer draw the line outward may redirect inward the domination it once directed at aliens.

**Keywords:** *Chae Chan Ping* Case; identity politics; Chinese Exclusion Act; national security narrative; constitutive other; manifest destiny

(责任编辑: 关博豪)



中国知网 https://www.cnki.net