

## 排华法案的宪法争议\*

### ——美国排华判例中“国会全权”原则检讨

邹奕

**内容提要:**“国会全权”原则是美国最高法院支持排华立法的理论基石。基于这一原则,在移民事务中,特别是在拒绝外国人入境、递解外国人出境的事项上,法院往往服膺于国会的意志,对其相关立法的合宪性一般不加置喙。该原则由最高法院创立于一系列排华判例,并一直持续至今。它在很大程度上使得外国人权利保障沦为了美国宪政的“化外之地”。将这一司法学说置于美国排华这一历史语境下进行检视具有现实意义。在一系列排华判例中,最高法院对国会排华权力的论证缺乏明确的宪法依据。更重要的是,最高法院忽视了这一权力的宪法界限:其一,国会的立法权存在固有的禁区;其二,这一权力应当受到缔约权与司法权的制约;其三,该权力的行使有必要顾及外国人基本权利的保障。

**关键词:**排华法案 排华判例 “国会全权”原则 外国人权利保障 种族歧视

邹奕,中国人民大学法学院博士研究生。

## 一 引言:排华法案的历史钩沉

美国女诗人埃玛·娜莎罗其(Emma Lazarus)在其名篇《新巨人》中写道:“那些疲乏、贫困的,蜷曲拥挤而渴望自由呼吸的芸芸众生,那些熙熙攘攘的被遗弃在海岸的苦难之人。将这些无家可归、颠沛流离的人们一起交给我吧,我伫立在金门,高举自由的灯火!”<sup>[1]</sup>该诗深沉隽永、经久传唱。它被镌刻在自由女神像基座上,象征着美国接纳世界各地移民的包容精神与恢弘气度。但讽刺的是,1880年代,正值这首《新巨人》成稿及出版之时,成千上万的华人却因排华法(*Chinese Exclusion Act*)等一系列严苛的国会立法被拒之于美利坚的国门之外。当代的美国学者评论道:“《排华法》对整个民族扣上了国门,不仅改变了美国的政策也

\* 本文系教育部国家留学基金“2012年国家建设高水平大学公派研究生项目”(201206360039)的研究成果。

[1] Emma Lazarus, *The Poems of Emma Lazarus*, Vol. 1, Boston, MA: Houghton Mifflin Harcourt, 1889, p. 2.

颠覆了美国的传统,永久地改变了美国作为贫穷者和受压迫者之希望灯塔和避难港湾的国家形象。”〔2〕

尽管这些立法早在半个世纪以前就被《麦诺森法》(*Magnuson Act*)〔3〕等后来的国会立法所废止,但美国政府正式的官方致歉案却直到最近才得以通过。〔4〕2011年10月和2012年6月,美国的参议院和众议院分别以全票通过了两个决议案。前者表示:“六十年间通过的立法直接针对中国人民进行身体上和政治上的排斥,基于这些歧视性的法律,华人和作为华人后代的美国公民遭遇了不公,参议院对此深表遗憾。”〔5〕后者表示:“一系列立法基于民族的原因曾经给合众国境内的华裔带来了消极的影响,众议院就这些立法的通过表示遗憾。”〔6〕两个致歉案均承认:排华立法有悖于独立宣言和美国宪法的原则。

那么,在举世公认的移民国家和法治国家,严苛的排华立法究竟何以通过由司法部门所把守的宪法之门呢?这就不得不提到最高法院在一系列排华判例中所创立的“国会全权”原则(Plenary Congressional Power Doctrine)了。该原则的基本意旨如下:无论在战时还是和平时,国会均享有充分而绝对的权力,以其认为适当的理由禁止任何外国人群体入境,或递解其出境,这些权力可以授予给行政机关予以实施,对此,司法部门不宜进行干预。正是基于这一司法学说,最高法院为国会的排华立法开启了宪法之门。由此观之,当代的宪法学者和移民法学者在反思美国国会排华立法的同时,也有必要检视美国最高法院的“国会全权”原则。

在人口跨国流动日益频繁的全球化时代,如何依据作为国内最高法秩序的宪法来处理本国利益与外国人权利之间的纠葛与矛盾,越来越成为各国不得不面对的现实法治问题。将该问题置于美国一系列排华判例这一历史语境下进行探讨,不论是对于我国境内的外国人权利保护,还是对于我国境外公民、特别是旅美公民的权益保障均不乏借鉴意义。

## 二 多数人的意志与少数人的权利—— 最高法院的宪法难题

华人向美国的大规模移民始于19世纪中叶,当时,统治中国的清王朝已走过了“康乾盛世”,正处于落日残阳之中。对于饱受压迫和战乱之苦的中国普通民众而言,即使不得不背井离乡、远渡重洋,万里之遥的美利坚仍不失为谋生创业的理想去处。当时的美国正在开采金矿和修建铁路,出于对大量廉价劳动力的需求,美国政府于1868年7月同清政府签订了《蒲安臣条约》(*Burlingame Treaty*)〔7〕该条约第五条规定:“大清国与大美国切念民人前往各国,或常驻入籍、或随时来往,总听其便,不得禁阻。为是现在两国人民互相来往,或游历、

〔2〕 Andrew Gyory, *Closing the Gate: Race, Politics and the Chinese Exclusion Act*, Chapel Hill, NC: The University of North Carolina, 1998, p. 1.

〔3〕 Also known as Chinese Exclusion Repeal Act of 1943, see Act of Dec. 17, 1943, ch. 656, 64 Stat. 427.

〔4〕 1943,富兰克林·罗斯福总统(President Franklin D. Roosevelt)在敦促国会废止排华立法时曾表示:“和个人一样,国家也会犯错误。我们必须有足够的勇气承认过去的错误,并加以改正。”但是,罗斯福总统的这一表态更多的是出于联合中国、对抗日本的战争需要。See *The President Urges the Congress to Repeal the Chinese Exclusion Laws*, October 11, 1943, 1943 Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt 427, 427-428 (1950).

〔5〕 S. Res. 201, 112th Cong., 157 Cong. Rec. S6353, S6354 (2011).

〔6〕 H. Res. 683, 112th Cong., 158 Cong. Rec. H3715, H3716 (2012).

〔7〕 又称中美《天津条约续增条约》(*Additional Articles to the Treaty between the United States and China*, of June 18, 1858)。

或贸易、或久居,得以自由,方有利益。”<sup>[8]</sup>根据《蒲安臣条约》以及美国当时的自由移民政策,从 19 世纪四、五十年代开始,大量华工由中国的东南沿海横渡太平洋进入美国西海岸,为美国经济和社会的发展作出了卓越的贡献。

然而,好景不长,华工低廉的劳动力价格、勤勉的品质以及节俭的习惯在一定程度上对美国当地劳工阶层的生活造成了冲击。随着 1869 年横贯大陆铁路的竣工以及 1873 年开始出现的经济萧条,美国社会中的排华情绪渐趋高涨,排华运动此起彼伏。但事实上,经济因素仅仅是导致美国排华的一个面向。政治层面的两党竞选以及意识形态层面的种族主义都是推动美国排华的重要动因。为了争取民心 and 选票,民主、共和两党的政界人士刻意迎合社会中的排华情绪,并大肆加以渲染。另外,应运而生的“华人威胁论”<sup>[9]</sup>和早已根深蒂固的“白人至上主义”相互勾连,在观念层面为排华运动推波助澜。1870 年以后,美国的排华诉求已从劳工阶层蔓延至社会上层,由加州等西部各州扩展到全国。1880 年 11 月,应美国政府的要求,中美两国又签订了《安吉尔条约》(*Angel Treaty*)<sup>[10]</sup>该条约第一款规定:“如有时大美国查华工前往美国,或在各处居住,实于美国之益有所妨碍,或与美国内及美国一处地方之平安有所妨碍,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。”<sup>[11]</sup>根据这一规定,美国政府可以限制华工进入美国。<sup>[12]</sup>

修约成功以后,国会接连通过了一系列排华立法。这其中,1882 年的《排华法》(*Chinese Exclusion Act*)是美国依据种族和国别所通过的第一部针对特定族群的全国性移民立法。它通过的那一年也被认为是美国移民史中“开放时代”与“监管时代”的分水岭。<sup>[13]</sup>该法第一节明确规定:“自本法通过后的九十天期满之时,到本法通过后的十年期满之时,中止华工进入合众国;在中止进入期间,任何华工进入合众国,或者,已于上述九十天期满后进入合众国并逗留在合众国,均为非法。”<sup>[14]</sup>《排华法》专门为合法华工的出入境建立了身份证明制度,准许因故暂时离境的合法华工返回美国。1888 年的《斯科特法》(*Scott Act*)对华工的权利进行了变本加厉的限制。根据该法第二节,《排华法》中所规定的身份证明文件“将不再签发;此前签发的所有证书依照此规定均被宣布失效,请求入境的华工因此而不被准许进入

[8] 中英文对照文本可见 *Treaties, Conventions, Etc., China and Foreign States*, Vol. 1, Shanghai: The Statistical Department of the Inspectorate General of Custom, 1917, p. 731.

[9] 作为美国西海岸最大的移民群体,华人移民一度引起了美国白人社会的疑惧,一些白人团体甚至制造舆论称:中国企图向美国西海岸进行殖民渗透。当时一幅名为《历史会重演吗?》(*Will History Repeat Itself?*)的漫画反映了排华主义者的假想和臆测:欧洲殖民者初到美国东海岸时,在饥寒交迫的困境中得到了当地印第安人的帮助,打下根基以后,殖民者却野蛮地驱逐后者。而今,穷困潦倒的华工来到了西海岸,一旦白人社会接纳了他们,白人确有可能重蹈昔日印第安人的覆辙。Andrew Gyory, *Closing the Gate: Race, Politics and the Chinese Exclusion Act*, p. 144.

[10] 又称中美《续修条约》(*Treaty between the United States and China, concerning immigration*)。

[11] 中文文本可见王铁崖:《中外旧约章汇编》(第一册),上海:三联书店 1957 年版,第 378-379 页。英文文本可见 22 Stat. 826, 826 (1880)。

[12] 若将所引条款第二句的英文文本直译过来,应为:“中国政府同意美国政府可以对华工的入境或居住进行调整、限制或暂停但不能绝对禁止。”中美两国的部分华人移民史学者认为:该条约的中英文本有所出入,英文文本对华工来美的限制显然更强。中文文本并没有暂停引入华工的意思。该观点可见梁建:《郑藻如的护侨努力与构想述略》,《历史档案》2011 年第 1 期。

[13] 美国移民史学家通常将美国移民史划分为五个时期:(1)殖民时代(1609-1776 年);(2)开放时代(1776-1881 年);(3)监管时代(1882-1923 年);(4)管制时代(1924-1964 年);(5)解放时代(1965 年至今)。See Hyung-chan Kim ed., *Asia Americans and the Supreme Court: a documentary history*, New York, NY: Greenwood Press, 1992, p. 3.

[14] Act of Mar. 6, 1882, ch. 126, § 1, 22 Stat. 58, 59.

合众国。”<sup>[15]</sup>当时,在美国谋生的合法华工绝大部分为男性。根据这一规定,他们必须作出或去或留的艰难抉择:若继续留在美国,尚未婚配的华工难以找到配偶,已经婚配的华工则难以与妻儿团聚。若选择回到中国,他们则无权以华工身份再度来美就业。如果说《排华法》只是试图将未到美国的华工拒之门外,或许还能勉强符合《安吉尔条约》,那么,《斯科特法》则是企图将已在美国的华工推出门外,公然与《安吉尔条约》相违背。

事实上,在此之前三七年,加利福尼亚州(以下简称“加州”)就通过了一系列排斥外国人的州法,其中的大部分限制性条款均涉及华人甚至主要针对华人。<sup>[16]</sup>1879年,该州的制宪会议进一步将针对华人的歧视性规定写入了州宪法。最初,加州宪法直接将“华人”(Chinese)作为第19条的标题,该条第2款禁止企业雇佣华人,第3款禁止华人担任公职,第4款禁止包括华人在内的亚洲“苦力”劳动。<sup>[17]</sup>对此,加州的华人团体积极通过州法院和联邦法院,依据《蒲安臣条约》、《安吉尔条约》以及当时刚刚通过的联邦《宪法》第十四修正案进行抗争。结果,加州宪法和法律中的部分歧视性规定因被判违反联邦的宪法和法律而失效。但在许多案件中,法院宣布州法违宪的主要依据在于:各州的立法违反了宪法中的贸易条款,侵犯了联邦政府管理对外贸易与州际贸易的专属权力。<sup>[18]</sup>

1882年之后,随着一系列排华立法在国会的陆续通过,法院所审理的排华案件开始涉及到联邦法律的合宪性问题。与州法不同,国会制定的联邦法律是全体美国公民这一政治共同体之意志的体现,国会议员们支持排华的基本立场在很大程度上反映着全国的政治风向和民心向背。此前,州法院和联邦法院对华人权利的维护客观上造成了法院和公民团体间的对立,加州旧金山市的公民团体甚至要求弹劾法官,并成立了一个委员会就法院在华人案件中的举动进行报告。<sup>[19]</sup>1888年以后,面对接踵而至的排华案件,最高法院不得不在两个群体的诉求间作出抉择:一边是对排华立法表示拥护和默许的多数美国公民,一边是对其表示反对的华工及其他华人。这种多数人与少数人之间的博弈和对峙很容易让人联想到美国国父们所提出的“反多数难题”：“在不同阶级的公民中必然存在着不同的利益。如果多数人由一种共同利益联合起来,少数人的权利就没有保障。”<sup>[20]</sup>一系列排华判例的情形与其类似。有所不同的是,这里被排斥和压迫的少数群体是不具备公民资格的少数族裔——华人,他们不在政治共同体之中,无法通过民主程序来影响立法,这就进一步加剧了其在美国社会中的弱势地位。<sup>[21]</sup>面对一系列严苛的联邦法律,他们只能寄希望于最高法院对于宪法原则的持守。

[15] Act of Oct. 1, 1888, ch. 1064, § 2, 25 Stat. 504, 504.

[16] See, e. g. : Act of Apr. 28, 1855, ch. 153, 1858 Cal. Stat. 194; Act of Apr. 26, 1858, ch. 529, 1858 Cal. Stat. 295; Act of Apr. 26, 1862, ch. 339, 1862 Cal. Stat. 462; Act of Mar. 18, 1870, ch. 230, 1870 Cal. Stat. 330; Act of Mar. 18, 1870, ch. 231, 1869-70 Cal. Stat. 332.

[17] Cal. Const. art. XIX, § 2-4 (1879) (Original text).

[18] 在吉琅诉弗里曼案(Chy Lung v. Freeman)中,正是依据贸易条款,最高法院推翻了加州限制移民的州法。See Chy Lung v. Freeman, 92 U. S. 275 (1875).

[19] See Lucy E. Salyer, *Laws Harsh as Tigers: Chinese Immigrants and the Shaping of Modern Immigration Law*, Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press, 1995, p. 20.

[20] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第266页。

[21] 在著名的“第四脚注”(Footnote 4)中,斯通大法官(J. Stone)将那些不能或者难以通过政治过程来挑战歧视性立法的群体称之为“隔绝而孤立的少数群体”,并将外国人归入这一类别之中。在他看来,基于外国人身份而进行的立法分类应当接受严格的审查。See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-152 n. 4 (1938). 然而,在美国排华的初期,这一理论尚未提出。

### 三 排华判例中“国会全权”原则的提出

长期以来,对于国会有关移民事务的立法,最高法院一直坚守着司法消极主义,而这一立场正是始自一系列排华判例。在这些案件中,多数大法官认为,作为全国性的代议机关和立法机构,国会可以全权管理涉及华人移民的各项事务,司法部门对于这些事务不宜置喙。这里提到的各项事务并不限于华人的入境和居留,还包括就业、纳税、地产、教育、社会福利、选举等诸多事项,但是,特定华人群体是否有权进入美国以及在美国居留,不仅是排华立法的核心内容,也是一系列排华判例的焦点问题。有鉴于此,下文将主要就此展开述评。华人的入境和居留问题涉及到两项相互联系的国会职权:拒绝外国人入境的权力和递解外国人出境的权力。<sup>[22]</sup> 在一系列排华判例中,柴禅平诉合众国案(Chae Chan Ping v. United States)<sup>[23]</sup>和冯越亭诉合众国案(Fong Yue Ting v. United States)<sup>[24]</sup>无疑是最富代表性和最具影响力的案件,也正是在这两个案件中,最高法院首次提出了“国会全权”原则,分别对上述两项国会职权的合宪性表示肯定。

#### (一) 拒绝华人入境的权力——以柴禅平诉合众国案为中心

柴禅平诉合众国案(以下简称柴禅平案)是《排华法》通过之后最高法院审理的第一起排华案件。当代美国的宪法学者和移民法学者一般认为:“这一影响深远的案件开创了所谓的全权原则,该原则赋予国会和行政部门以不受拘束的权力来处理移民问题,它们在宪法上受到一系列宽泛的豁免。移民成为超越宪法之外的领域。”<sup>[25]</sup>

在该案中,上诉人柴禅平(音译)是一名合法的华工,他从1875年到1887年一直居住在加州的旧金山(San Francisco)。1887年6月2日,柴禅平暂时离美返华,离境时,美国政府根据《排华法》向其签发了身份证明文件。1888年10月8日,他持该证明文件抵达旧金山港口。然而,港口的税务官<sup>[26]</sup>根据《斯科特法》拒绝了他的入境申请。正如前文所述,该法第二节撤销了业已签发之身份证明文件的效力,剥夺了合法华工再次进入美国的权利。柴禅平的诉讼代理人辩称:《斯科特法》的上述规定侵犯了上诉人依据宪法所应当享有的正当法律程序和平等法律保护。<sup>[27]</sup> 该代理人还主张:再次进入美国是上诉人依据《排华法》所享有的一项既有权利,“上诉人与合众国之间存在一个契约,根据该契约后者必须准许上诉人

[22] 从英文的字面意思来看,排华立法和一系列排华判例中的“Chinese Exclusion”是指禁止华人入境,但实际上,其中的许多立法和案件也涉及递解华人出境的问题。

[23] 该案由最高法院于1889年5月13日作出裁决。菲尔德大法官(J. Field)撰写了法院意见,当时在任的大法官还有:富勒首席大法官(C. J. Fuller)、米勒大法官(J. Miller)、布拉德利大法官(J. Bradley)、哈兰大法官(J. Harlan)、格雷大法官(J. Gray)、布拉奇福德大法官(J. Blatchford)以及拉马尔大法官(J. Lamar)。(根据资历排序)最高法院当时缺员两人。

[24] 该案由最高法院于1893年5月15日作出裁决。格雷大法官(J. Gray)撰写了法院意见,当时在任的大法官还有:富勒首席大法官(C. J. Fuller)、菲尔德大法官(J. Field)、哈兰大法官(J. Harlan)、布拉奇福德大法官(J. Blatchford)、布鲁尔大法官(J. Brewer)、布朗大法官(J. Brown)、夏伊拉斯大法官(J. Shiras)以及杰克逊大法官(J. Jackson)。(根据资历排序)

[25] Liav Orgad & Theodore Ruthizer, Race, Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years after the Chinese Exclusion Act, *Constitutional Commentary*, vol. 26, 2010, p. 248.

[26] 根据《排华法》的相关规定,各港口的税务官直接负责华人的出入境事宜。

[27] See Chae Chan Ping v. United States, 130 U. S. 581, 584 (1888).

返回。”<sup>[28]</sup>“1888年的法律(《斯科特法》)是违宪的,它是……溯及既往的法律。”<sup>[29]</sup>

然而,最高法院却并未支持上诉方的这些主张,其宣称:“合众国政府通过立法部门的法律可以禁止外国人入境,对此,我们认为没有争论的余地。”<sup>[30]</sup>“本院并非针对其他政府部门的道德审查机构;本院并未被授权就它们行为之目的进行判断。国会享有通过法律的权力,这一点业已确定,因此,我们的职责仅仅是:当它们被提交本院裁判时,对其进行解释并将其适用于个案。”<sup>[31]</sup>由菲尔德大法官(J. Field)撰写的法院意见重述了国会的立法宗旨并对其合理性表示肯定:“限制特定的中国移民对于太平洋沿岸的社会秩序是必要的,或许,对于我们文明的存续也是必要的。”<sup>[32]</sup>该意见列举了宪法第一条第八款明示的下述国会权力:宣布战争、镇压叛乱、抵御侵略、管理对外贸易、给予他国属民以公民资格,<sup>[33]</sup>但至于国会究竟是依据上述哪项权力来限制华工入境的,法院意见却语焉不详。最高法院强调了主权之于国家的重要性,继而声称主权性的权力应由联邦政府予以实施。据此推论:“禁止外国人入境的权力是主权的伴生之物,该权力作为主权性权力的一部分由宪法所授予,当政府断定有必要因国家的利益而禁止外国人入境时,行使该权力的权利不能因其他任何利益被剥夺抑或被限制。”<sup>[34]</sup>另外,最高法院并不否认《斯科特法》已经违反了《蒲安臣条约》和《安吉尔条约》,但其认为:“条约在本质上是国家间的契约,其特点是:它的约束力通常仅在于要求立法来实施其规定。而这样的立法日后可以被废除或修正。”<sup>[35]</sup>法院据此认为上述两个条约并不具有比《斯科特法》更强的法律强制力,与前者不符的国会立法并不因此而失效或受到限制。<sup>[36]</sup>特别值得一提的是,对于宪法中的“禁止溯及既往条款”、“正当程序条款”、“平等保护条款”可能给国会权力所施加的限制,法院意见一概未予提及。

国会管理华人入境的权力一贯为最高法院所认可。在柴禅平案之前,最高法院还审理了案情与之类似的周衡诉合众国案(*Chew Heong v. United States*)<sup>[37]</sup>。该案发生于《排华法》通过之后、《斯科特法》通过之前。《排华法》第十二条规定:“华人(指华工)乘船舶入境时,若未向有关海关官员出示本法所要求的身份证明文件,将被禁止进入合众国。”<sup>[38]</sup>在该案中,作为合法华工的周衡(音译)于《排华法》通过之前已暂时离开美国,因而未能得到美国政府所签发的身份证明文件。当他意欲回到美国时,税务官却以缺乏身份证明文件为由拒绝其入境。结果,最高法院支持了周衡的入境请求。应当看到,尽管该案与柴禅平案的判决结果大相径庭,但最高法院却表明了前后一致的司法立场:国会有权决定外国人能否入境。在周衡诉合众国案中,对于《排华法》是否能溯及既往地适用于周衡,最高法院并未作出任

[28] 130 U. S. 581, 586-587 (1888).

[29] 130 U. S. 581, 589 (1888).

[30] 130 U. S. 581, 603 (1888).

[31] 130 U. S. 581, 602-603 (1888).

[32] 130 U. S. 581, 594 (1888).

[33] See 130 U. S. 581, 604 (1888).

[34] 130 U. S. 581, 609 (1888).

[35] 130 U. S. 581, 600 (1888).

[36] See 130 U. S. 581, 600 (1888).

[37] 该案由最高法院于1884年12月8日作出裁决。哈兰大法官(J. Harlan)撰写了法院意见,当时在任的大法官还有:韦特首席大法官(C. J. Waite)、米勒大法官(J. Miller)、菲尔德大法官(J. Field)、布拉德利大法官(J. Bradley)、伍兹大法官(J. Woods)、马修斯大法官(J. Matthews)、格雷大法官(J. Gray)以及布拉奇福德大法官(J. Blatchford)。(根据资历排序)

[38] Act of Mar. 6, 1882, ch. 126, § 12.

何宪法层面的判断,而是认为:国会立法的目的在于忠实地履行中美两国间的条约,法律的语言并未表明国会意欲溯及既往地拒绝周衡这一类华工再次入境。<sup>[39]</sup> 由此观之,虽然最高法院在该案中作出了有利于华人的判决,但其并非认为国会的立法本身违宪,而是主张国会并无将该法溯及既往的意图。<sup>[40]</sup> 结合柴禅平案可以看出,它始终遵循着国会立法的意旨。

而在柴禅平案三年之后,最高法院又审理了另一起拒绝华人入境的案件——王诚诉合众国案(Wan Shing v. United States)<sup>[41]</sup>。在该案中,上诉人王诚(音译)自称是一名华商,主张自己不在《排华法》禁止入境的华工这一群体之列。但最高法院认定王诚提供的证据未满足证明要求,仍认定他为华工。这一次,最高法院未经详细论证即采用了柴禅平案的结论:“那个民族的劳工(指华工)不得进入合众国,即使他们曾经在我国定居且离开时有意返回,其在离境以后也不得入境”<sup>[42]</sup>。

## (二) 递解华人出境的权力——以冯越亭诉合众国案为中心

1892年,继《排华法》和《斯科特法》之后,国会又通过了《基瑞法》(Geary Act)。该法将《排华法》禁止华工入境的期限延长了十年。<sup>[43]</sup> 该法的第六条还规定:美国境内的所有华工必须申请并持有政府所签发的居住证明文件,否则将被作为非法移民而遭到逮捕和遣返。<sup>[44]</sup> 此外,根据第四节的规定,在被强迫离境之前,触犯该法的华人及其后裔还将被处以一年以内的监禁及劳役。<sup>[45]</sup> 当时,在所有定居于美国的外籍劳工当中,仅有华工受到了国会立法的这一“特殊关照”,而且,在行政机关严厉的执法之下,华工通常需要随身携带居住证明文件。这些规定是否合宪成为了冯越亭诉合众国案(以下简称冯越亭案)的核心问题。在该案中,冯越亭、王全、李乔(均为音译)均为定居美国的华工。《基瑞法》通过之后,李乔被拒绝签发居住证明文件。而冯越亭和王全则在中华会馆(Chinese Consolidated Benevolent Association)的支持下决定“以身试法”,为了通过诉讼来挑战该法的合宪性,二人拒绝申请居住证明文件。而根据《基瑞法》,三人均面临遣返以及监禁。

多数大法官对《基瑞法》的合宪性表示支持,作出了不利于三名华工的判决。格雷大法官(J. Gray)撰写的法院意见认为:“这些外国人是否可以、在何种情形下可以获准继续留在合众国境内,这一问题有待于政府的政治部门来决定,通过行使宪法所授予的权利,国会就该问题制定了相关措施,而对于这些措施的明智性、策略性和公正性,法院不宜发表意见。”<sup>[46]</sup>

菲尔德大法官曾为柴禅平案撰写过多数意见,但在该案中,他对国会的立法表示质疑,

[39] See *Chew Heong v. United States*, 112 U. S. 536, 549, 559 (1884).

[40] 就《排华法》第十二条能否适用于该法施行前已经离境的合法华工,最高法院存在两种解释的可能。显然,该法院所选择的解释进路避免了该节规定与宪法中禁止溯及既往之规定的冲突。应当肯定,最高法院在该案中对于回避宪法问题规则的采用是成功的。但是,在其他的大多数排华案件中,上述规则并不存在适用空间。

[41] 该案由最高法院于1891年5月11日作出裁决。菲尔德大法官(J. Field)撰写了法院意见,当时在任的大法官还有:富勒首席大法官(C. J. Fuller)、布拉德利大法官(J. Bradley)、哈兰大法官(J. Harlan)、格雷大法官(J. Gray)、布拉奇福德大法官(J. Blatchford)、拉马尔大法官(J. Lamar)、布鲁尔大法官(J. Brewer)以及布朗大法官(J. Brown)。(根据资历排序)

[42] *Wan Shing v. United States*, 140 U. S. 424, 428 (1891).

[43] See Act of May 5, 1892, ch. 60, § 1, 27 Stat. 25, 25.

[44] See Act of May 5, 1892, ch. 60, § 6.

[45] See Act of May 5, 1892, ch. 60, § 4.

[46] *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U. S. 698, 731 (1892).

富勒首席大法官(C. J. Fuller)和布鲁尔大法官(J. Brewer)也加入了他的这一阵营。菲尔德大法官指出,“禁止华人入境的立法——即阻止他们进入我国——和遣返那些已根据对外条约取得定居资格的华人的立法存在巨大而实质的差别。”<sup>[47]</sup>在他看来,美国宪法不仅可以保护本国公民,也可以保护外国人,<sup>[48]</sup>当然,这种保护只针对属地管辖内的外国人,即美国境内的外国人。他据此认为:不同于柴禅平案中的华工,该案中的华工受到宪法的保护,相应地,国会递解其出境的权力也应当受到宪法的限制。<sup>[49]</sup>

尽管如此,多数大法官坚持认为:“禁止外国人入境的权力和驱逐其出境的权力建立在同一个基础之上,它们的来源相同,受到相同理由的支持,事实上就是同一种权力的不同方面。”<sup>[50]</sup>论及所谓的权力“基础”和“来源”,法院意见基本上回到了柴禅平案的进路,它并没有援引具体的宪法条款来证成国会遣返华工的权力,而只是笼统地宣称:将特定华工递解出境是主权事项与政治问题,宪法已经将此交由联邦政府的政治部门来处理和决断,最高法院不宜对此发表意见。<sup>[51]</sup>

在三年后的王温诉合众国案(Wong Wing v. United States)<sup>[52]</sup>中,最高法院再一次遇到了《基瑞法》第四节和第六节是否合宪的问题。法院意见一方面认为:该法第四节——科处监禁及劳役的规定违反了第六修正案,<sup>[53]</sup>另一方面则依然坚持冯越亭案的基本立场:“排华立法针对两个群体实施——其中一个群体是经合众国许可而入境的那些人,另一个群体是未经同意、无视法律而进入合众国的那些人。我们先前的判决业已裁定:国会享有宪法权力来遣返上述两类人”<sup>[54]</sup>。

## 四 排华判例中“国会全权”原则之检讨

由于“国会全权”原则的存在,外国人权利保护在某种意义上沦为了美国宪政的“化外之地”。该原则一再强调美国的国家主权和国家利益,却未能给予外国人权利以必要的关照。下文将结合一系列排华判例,从两个方面对最高法院的“国会全权”原则予以检讨:其一,国会排华的权力是否具有宪法依据;其二,该权力是否存在着宪法界限。

### (一) 国会排华权力的宪法依据

基于限权政府的理念,作为联邦政府的立法部门,国会的所有权力均源于宪法的授权,而通过立法排斥外国移民的权力自然也不应例外。然而,在柴禅平案、冯越亭案及其他排华案中,最高法院却没有提及排华权力具体来源于美国宪法的何条何款。总体来看,最高法院更倾向于认为它是一项默示的宪法权力。

[47] 149 U. S. 698, 746 (1892).

[48] See 149 U. S. 698, 749 (1892).

[49] See 149 U. S. 698, 760-761 (1892).

[50] 149 U. S. 698, 713 (1892).

[51] See 149 U. S. 698, 712-713 (1892).

[52] 该案由最高法院于1896年5月18日作出裁决。夏伊拉斯大法官(J. Shiras)撰写法院意见,当时在任的大法官还有:富勒首席大法官(C. J. Fuller)、菲尔德大法官(J. Field)、哈兰大法官(J. Harlan)、格雷大法官(J. Gray)、布鲁尔大法官(J. Brewer)、布朗大法官(J. Brown)以及佩卡姆大法官(J. Peckham)。(根据资历排序)最高法院当时缺员一人。

[53] 《基瑞法》的第四节为遣返华人设置了严厉的附带性处罚,但却未规定由陪审团提供迅速及公开的审判,因而被判违宪。

[54] Wong Wing v. United States, 163 U. S. 228, 234-235 (1895).



## 1. 明示的宪法权力

美国《宪法》对于国会权力的列举集中于第一条。虽然该条并未明确规定国会有权拒绝外国人入境及递解其出境,但从表述来看,其中的三个条款均在不同程度上涉及到了国会的上述权力——迁居、入境条款,入籍条款以及贸易条款。这三个条款、尤其是贸易条款在很大程度上可以证立国会排华的权力,但是,最高法院在法院意见中却并未加以采用。

### (1) 迁居、入境条款

在美国宪法中,迁居、入境条款是唯一一个明确涉及外来人口入境问题的条款,其表述如下:“现有任何一州批准入境之人移居或入境时,在一千八百零八年以前,国会不得禁止,但入境每人得课以不超过十元之税金。”<sup>[55]</sup>从字面来看,该条款并没有授权国会拒绝外来人口入境,相反地,它在一个时间段内禁止国会行使这一权力。但是,若对此进行反向推论,则不难得出如下结论:迁居、入境条款对于这一权力的特别限制恰好说明了宪法已将其概括性地授予给了国会。

当然,仅凭这一条款并不足以支持国会排华的权力。首先,迁居、入境条款只涉及拒绝入境问题而不涉及递解出境问题。其次,该条款在一定程度上可以验证国会禁止外国人入境这一权力的存在,但其本身毕竟不是授权条款,上述权力仍需由其他的宪法规定予以支持。最后,若按照宪法的原初意图进行狭义的解读,该条款中的“人”并非泛指所有外来人口,而是专指黑人奴隶。在1787年的费城之夏,部分制宪代表曾主张:该条款就应当直截了当地使用“奴隶”(slaves)一词<sup>[56]</sup>,而不应当采用“人”(persons)这类隐晦的措辞。毋庸讳言,迁居、入境条款与五分之三条款(Three-fifths Clause)、逃亡奴隶条款(Fugitive Slave Clause)都是制宪者为保留蓄奴制而在宪法中刻意所作的曲笔,体现了自由州与蓄奴州、废奴主义者与蓄奴主义者之间的妥协。

### (2) 入籍条款

根据入籍条款,国会有权“制定合众国统一的入籍规定以及破产法”<sup>[57]</sup>。外国人的入籍与其入境和居留之间存在密切的联系。一般而言,外国移民必须先行进入侨居国并且在该国定居达一定时间,方才可能加入侨居国的国籍。从这个意义上说,既然国会有权统一管理外国人的入籍,那么对于外国人能否进入美国以及在美国居留,国会也应当享有话语权。正是依据这一条款,《排华法》第十四条明确禁止华人取得美国公民身份<sup>[58]</sup>。

尽管如此,入籍条款也不足以证成国会排华的权力。不容否认,外国人的入籍与他们的入境、居留确有联系,但这种联系却不是必然的因果关系。并非所有合法入境和居留的外国人都入籍的意愿,也并非所有入籍的外国移民会长期定居于其所入籍的国家。当然,更为重要的是,前者与后者之间在性质上存在差异。入籍是外国人加入本国政治共同体的过程,他们藉此可以完全参与到本国的政治过程当中。但时至今日,各国的宪法理论和实践鲜有将入籍作为一种宪法权利加以对待的。不论是依据国际法抑或国内法,本国政府通常都没

[55] U. S. Const. art. I, § 9 cl. 1.

[56] 特拉华的代表约翰·迪金森(John Dikenson)曾建议将这一条款的表述改为:“允许进口奴隶到这些州,联邦议会在1808年以前不得立法禁止。”但是,他的这一建议未能获得通过。See James Madison, *The Records of the Federal Convention of 1787*, volume II, Edited by Max Farrand, New Haven, CT: Yale University Press, 1966, pp. 414 - 417. 该书的中文版可见[美]麦迪逊:《辩论——美国制宪会议记录》(下),尹宣译,辽宁教育出版社2003年版。

[57] U. S. Const. Art. I, § 8 Cl. 4.

[58] See Act of Mar. 6, 1882, ch. 126, § 14.

有给予外国人以本国国籍的义务。相比之下,外国人的入境和居留则并非全然如此。在一系列排华判例中,对于那些已在美国定居的合法华工而言,能否再次入境以及能否继续居留直接关系到宪法所保障的自由和财产。

### (3) 贸易条款

根据贸易条款,国会有权“管理与外国的贸易、各州间的贸易以及与印第安部落的贸易”<sup>[59]</sup>,这三项权力在国会的权力谱系中占据着非常重要的地位。而其中,管理对外贸易的权力可以为国会的排华立法提供宪法基础。

将华工的移民行为与美国的对外贸易联系起来,可能存在以下两种理解:其一,中国政府与美国政府之间存在以华工的人身为对象的贸易,这一理解必然贬损甚至否定华工的人格,与第十三修正案中废除奴隶制或强制劳役的规定<sup>[60]</sup>相抵触,难以成立;其二,中国劳工与美国企业之间存在以前者的劳动力为对象的贸易,这一解读可以与其他的规定相融通,也基本符合中美两国对于大量华工移民美国的认知,比较合理。<sup>[61]</sup>

事实上,在最高法院早期的部分移民案件中,“国会拒绝外国人入境的权力被认为源自于管理与外国之贸易的权力。”<sup>[62]</sup>最高法院在人头税系列案(Head Money Cases)中指出:“可以肯定地说,国会有权通过法律来管理移民,这是管理对外贸易的一部分,我们认为国会据以行使此项权力的法律并不与宪法的任何一个部分相违背。”<sup>[63]</sup>

综上所述,若以贸易条款为基础,再辅之以迁居、入境条款以及入籍条款,最高法院本来可以充分地证成国会排华的权力。而遗憾的是,该法院并未依从这一进路,而是倾向于在默示的宪法权力之中寻找答案。

## 2. 默示的宪法权力

联邦政府特别是国会是否享有以及在何种程度上享有默示的权力,这是美国宪法理论和实践中的重要课题。早在建国初期,亚历山大·汉密尔顿(Alexander Hamilton)和托马斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)对此就各执一词。而在麦卡洛克诉马里兰州案(McCulloch v. Maryland)中,马歇尔首席大法官(C. J. Marshall)秉持着强化联邦权力的立场,倾向于从广义层面来解读国会的权力边界:“如果目的是合法的,如果它又是在宪法所规定的范围内,那么,一切手段只要是适当的,只要是明显适合于这一目的,只要从未被禁止过,并且与宪法的文字和精神相一致,就都是合乎宪法的。”<sup>[64]</sup>基于这一理论以及宪法序言对立宪目的的宣传——“确保国内治安”、“增进总体福利”,最高法院确实有可能将国会排华的权力作为一种默示的权力加以证成。这也是该法院在多数排华案件中所选择的进路。但应当看到,这一进路离开了宪法的明文规定,试图从宪法文本的字里行间解读出国会排斥外国人的权力,其论证负担较重。而面对该进路中存在的逻辑悖论,法院意见并未予以顾及。

[59] U. S. Const. Art. I, § 8 Cl. 3.

[60] See U. S. Const. Amend. XIII, § 1.

[61] 在吉本斯诉奥格登案(Gibbons v. Ogden)的法院意见中,马歇尔首席大法官(C. J. Marshall)对于贸易条款中的贸易(Commerce)一语作了更为广义的阐释:它不仅仅是“买卖”或“物品交换”,更是一种流通。“它涵盖的是国与国之间、不同国家地区之间所有形式的贸易流通”。See Gibbons v. Ogden, 22 U. S. 1, 189 (1824)。依照这一解释,美国大量输入华工这一事实本身更容易被理解为一种对外贸易。

[62] Developments in the Law: Immigration Policy and the Rights of Aliens, *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1299.

[63] Head Money Cases, 112 U. S. 580, 600 (1884).

[64] McCulloch v. Maryland, 17 U. S. 316, 420 (1819).

### (1) 制宪者的意图——原旨解释的进路

当代美国的移民法教授斯蒂芬·利戈姆斯基(Stephen H. Legomsky)曾提出不言自明理论:制宪者之所以不曾将政府排斥外国移民的权力写入宪法,是因为他们认为该权力的必要性显而易见,无需对这一权力专门加以规定。<sup>[65]</sup> 最高法院在部分排华案件中主张,决定华人的去留是宪法所授予国会的权力。可是,法院意见并未指明具体的宪法文本依据。有理由推测,多数大法官或许就是不言自明理论的支持者。而在利戈姆斯基教授看来,该理论的依据主要有二:其一,建国以前,“各殖民地的立法机关曾通过法律来阻止特定的移民群体——通常是贫民、罪犯以及不受欢迎的教派成员。”<sup>[66]</sup> 其二则是国会于1798年通过的《外国人法》(*Act concerning Aliens*)。该法规定,对于可能危及美国和平与安全的外国人或有密谋反对政府之嫌疑的外国人,总统有权命令将其递解出境。<sup>[67]</sup> 不言自明理论希图通过制宪以前各殖民地的立法与制宪以后国会的立法来推测制宪者的原初意图。除了上述两点以外,如下事实或许也可以为该理论提供支持:考虑到本国的安全、秩序以及当时的国际形势,制宪会议代表对于外国移民确实存在着担忧和警惕。<sup>[68]</sup> 在制宪会议上,当论及国会两院议员的任职资格时,有人提议要将非本生公民排除出去,有人则主张针对外国移民的入籍时间设立门槛。而后一种意见最终成为了共识。<sup>[69]</sup>

然而,从严格意义上说,这种原旨解释的进路依然较为牵强。其一,在制定时间和制定者的构成方面,各殖民地的移民立法以及国会的《外国人法》都与宪法存在着差异,制宪前后议员的主张并不必然就是制宪会议代表的观点。其二,在《宪法》第一条第八款所列举的国会权力之中,对外贸易权、宣战权等多项权力都可以说是主权国家不言而喻的权力。既然制宪者已将上述权力一一明示于《宪法》之中,也就不太可能故意让管理移民的权力遁于无形了。窃以为,国会排斥移民的权力并非缺乏宪法依据,而是已经包含在明示的《宪法》条款之内了。其三,多数制宪代表确实主张以入籍时间来限制非本生公民进入国会两院。<sup>[70]</sup> 但整体而言,制宪会议的代表们对外国人移民美国是持欢迎态度的。就《美国制宪会议记录》来看,代表们并没有明确谈及排斥外国人这一问题。<sup>[71]</sup>

### (2) 宪法的权力配置——结构解释的进路

最高法院在柴禅平案中主张:“根据我们的宪法以及政府的结构,大量的地方事务由地方政府来管理,在与外国及其臣民或公民的关系中,合众国是一个国家,其所享有的权力属于独立的国家,该权力的行使是为了保证其完全的独立以及所有领土之内的安全。”<sup>[72]</sup> 结合该案法院意见的其他部分,可以得出这样一条结构解释的进路:管理移民的权力对于一国之

[65] 利戈姆斯基教授只是不言自明理论的总结归纳者。事实上,他本人对这一理论学说是持怀疑立场的。See Stephen H. Legomsky, *Immigration and the Judiciary: Law and Politics in Britain and America*, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 187 - 190.

[66] Stephen H. Legomsky, *Immigration and the Judiciary: Law and Politics in Britain and America*, p. 188.

[67] See Act of Jun. 25, 1798, ch. 58, § 1, 1 Stat. 570, 570 - 571.

[68] 当时的美国是新生的共和国,其政治、军事实力难以与英国等欧洲列强相匹敌,制宪会议的代表们担心:在欧洲强权的授意和支持之下,部分移民可能会煽动暴乱以颠覆政府。

[69] See James Madison, *The Records of the Federal Convention of 1787*, volume II, pp. 235 - 239, 267 - 273.

[70] 根据美国宪法,非本生公民入籍时间未满七年不得当选为众议员,入籍时间未满九年不得当选为参议员。See U. S. Const. art. I, § 2, cl. 2 & art. I, § 3, cl. 3.

[71] See James Madison, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Edited by Max Farrand, New Haven, CT: Yale University Press, 1966.

[72] 130 U. S. 581, 604 (1888).

主权不可或缺,属于主权性的权力,《宪法》并未将这项权力授予各州,也未将其交给联邦政府的司法部门。主权性的权力仅存在于联邦政府的政治部门,其中,国会有权制定移民政策,而行政机关则可以经国会的委托而执行上述政策。根据这一阐释,国会管理移民的权力是主权性权力的一部分,而后者已经被概括性地赋予给联邦政府的政治部门了。

与原旨解释的进路相比,这一结构解释的进路或许更为合理,但是,它也存在两个不容小觑的问题:第一,通过对国会权力条款的文义解释,国会排华的权力已然可得证成,从这个意义上说,这一结构解释的进路就不免有舍近求远之嫌;第二,最高法院宣称宪法将主权性的权力概括性地授予给了国会,这一点与有限政府的宪法理念始终存在隔阂,客观上可能造成国家主权与分权制衡的割裂,使二者难以圆融于移民事务之中。下文还将细述。

### 3. 宪法之外的权力?

1930年代,最高法院在合众国诉柯蒂斯-莱特出口公司案(United States v. Curtiss-Wright Export Corp)中提出了更为极端的观点:“通过发现和占领而取得领土的权力……驱逐不受欢迎的外国人的权力……签署国际条约而不在宪法意义上批准它们……无一由宪法所确认,但它们在本质上与主权国家的地位不可分离。本院承认这些权力且……认为这一结论的理据不在于宪法的条款,而在于国际法之中。”<sup>[73]</sup>言下之意,国会排斥外国人的权力既不是明示的宪法权力,也不是默示的宪法权力,该权力完全超然于宪法之外,故而不存在所谓的宪法界限。

针对上述的柯蒂斯-莱特理论(Curtiss-Wright Theory),路易斯·亨金(Louis Henkin)教授驳斥道:“宪法本身、制宪会议记录、联邦党人文集以及当时的辩论均未表明:新生的合众国政府享有宪法之外的重要权力。”<sup>[74]</sup>显然,柯蒂斯-莱特理论选取了“去文本化”的宪法解释路径,该理论企图在宪法之外为联邦政府寻求排斥移民的权力,但其无论是在国内法语境中还是国际法语境中都难以自圆其说。在国内法层面,宪法是最高法,它的第十修正案明确了有限政府的原则:“本宪法未授予合众国或未禁止各州行使的权力,均由各州或人民保留。”<sup>[75]</sup>据此,联邦政府的权力并非漫无边际,而是局限于明示的或默示的宪法条文之内。而在国际法层面,尽管排斥外国移民不失为国家主权的具体表现,但该权力的行使仍需要遵循国际人权保障的规则,必须审慎。实际上,柯蒂斯-莱特理论对于国际法是一种以本国利益为中心的选择性适用:凡于我有利者则尽其所用,凡于我不利者则置若罔闻。

较之于柯蒂斯-莱特理论,最高法院在一系列排华判例中的论证尚未离开宪法这一基本场域。虽然法院意见对主权问题着墨颇多,却始终不曾否认:主权性的权力依然来源于宪法。但遗憾的是,对于国会排华权力的宪法界限,多数大法官并未加以重视。

### (二) 国会排华权力的宪法界限

诚然,贸易条款等相关宪法条款可以作为国会排华权力的依据,而且,近现代国际法的理论和实践也不否认国家拥有拒绝外国人入境、递解外国人出境的权力。但这并不意味着,该权力是没有边界、横行无忌的“全权”。在一系列排华判例中,最高法院将国会排华的权力与主权事项、政治问题紧紧勾连在一起。多数大法官不仅忽视了国会立法固有的禁区以及

[73] United States v. Curtiss-Wright Export Corp, 299 U. S. 304, 318 (1936).

[74] Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Oxford & New York: Oxford University Press Inc., 1996, pp. 19 - 20.

[75] U. S. Const. Amend. X.

各种政府权力之间的制衡,也罔顾了华人应当享有的基本权利,以致未能对国会排华的宪法界限进行合理的度量和把握。

### 1. 立法权本身的禁区

“本宪法所授予之立法权,均属于由参议院和众议院组成的合众国国会。”<sup>[76]</sup>美国宪法正文一开篇即将联邦的立法权专门授予给了国会。由此,国会可以在宪法所明示的职权范围内制定联邦法律。但与此同时,《宪法》第一条第九款又为国会的立法权划定了几处禁区,其中就包括“不得通过……溯及既往的法律”<sup>[77]</sup>。作为英国普通法中的一项重要原则,“法不溯及既往”载入了美国宪法之中。根据这一规定,国会的立法必须有可预期性,遵循信赖保护原则。而在柴禅平案中,《斯科特法》无疑踏入了宪法的这一禁区。此前,美国政府签发的身份证明文件是合法华工再次进入美国的唯一书面凭证,而《斯科特法》第二节却公然否定了所有身份证明文件的法律效力。由于这一溯及既往的规定,大约两万名持有身份证明文件的华工被拒绝再次入境,其中有 600 人正在返回美国的途中。<sup>[78]</sup>正如前文所述,柴禅平的法律代理人曾依据宪法的禁止溯及既往条款对《斯科特法》的合宪性提出质疑,而最高法院并没有予以理会。

### 2. 缔约权与司法权的制约

“如果说,在与加利福尼亚州及该州各城市当局的抗争中,华人是 19 世纪晚期平等观念的获益者,那么,在就一系列排华立法与联邦政府的抗争中,他们则是国家主权这一传统观念的受害人。”<sup>[79]</sup>在一系列排华判例中,最高法院一再声称:通过立法来排斥华人是美国作为独立国家所必需的主权性权力,该权力已由宪法授予给国会行使。<sup>[80]</sup>初略观之,国会独享这一主权性的权力似乎并不为过,因为该权力涉及到美国的对外关系和对内政策,应当由民意代表机关行使。然而,若从人民主权这一美国基本的制宪理念来考量,上述论证在逻辑上却并非无懈可击。一方面,所谓国会的立法是全体公民意志的体现不过是一种“多数决”意义上的拟制。且不论所有公民的意志能否完全、真实地传达给国会,在绝大多数情况下,公民之间及议员之间的意见往往是冲突和对立的。1882 年,当国会两院就《排华法》的通过分别进行表决时,议员们的投票呈现出明显的党派差异和地域差异:民主党议员较之于共和党议员、西部议员较之于东部议员更加主张排华。众议院以 167 票对 66 票(59 人弃权)通过了《排华法》<sup>[81]</sup>;而参议院则以 32 票对 15 票(29 人弃权)通过了该法。<sup>[82]</sup>显然,反对排华的议员以及保持中立的议员均占有相当的比重,并非寥寥无几。另一方面,从根本上说,所有的国家权力,包括各州的权力以及联邦政府的三权都内在于人民主权之中,国会仅仅是代行人民主权的国家机构之一部分。诚然,作为一个全国性的民选代议机关,它拥有最为直接和广泛的民意代表基础,但这并不意味着:在任何情形下,国会对于任何主权事项都能作出不可变更的政治决断。必须看到,联邦政府其他分支的设置及其对国会的制衡已然存在于

[76] U. S. Const. art. I, § 1.

[77] U. S. Const. art. I, § 9, cl. 3.

[78] See S. Res. 201, 112th Cong. .

[79] Charles J. McClain, *In Search of Equality: The Chinese Struggle against Discrimination in Nineteenth-Century America*, Berkeley & Los Angeles, CA: University of California Press, 1994, p. 281.

[80] 这里所谓之“宪法的授权”,仅仅是最高法院的论断,宪法文本并没有明示这一授权。

[81] 13 Cong. Rec. H2227, H2227 (1882).

[82] 13 Cong. Rec. S3412, S3412 (1882).

宪法的原则和文本之中,而这些原则和文本长久以来一直为全体美国公民所信奉。一言以蔽之,在美国宪法的语境下,无论是国家的主权还是政府的分权都来源作为主权者的全体公民。在对外关系中,联邦政府可以也有必要作为一个整体进行决策,但没有理由认为,国会就应当垄断所有的决策权。

### (1) 双边条约对排华立法的拘束

法律和条约的关系是一系列排华判例无法回避的问题。在柴禅平案和冯越亭案中,最高法院并不避讳排华立法与双边条约之间的冲突。但多数大法官声称:后来的国会立法在效力上可以优先于先前的双边条约。在前一个案件中,法院意见认为:“如果条约要通过自身的强制力得以实施,且涉及到国会权力范围内的事项,它可能被认为仅仅与立法机关的法律相等同,可以由国会随意地废除或修改。无论是哪种情形,主权者的最后表态才是决定性的。”<sup>[83]</sup>而在后一个案件中,法院意见主张:“根据宪法的授权,国会就任何其他问题通过的法律规定如果清楚而明确,法院必须予以支持,即使该规定与已缔结条约的明文规定相冲突。”<sup>[84]</sup>综上,面对条约与法律的冲突,最高法院所奉行的是国际法、国内法平行说,它否认与中国缔结的条约具有高于本国联邦法律的效力。双边条约仅被最高法院视为一种特殊的法律,因此,依据后法优于前法的法律冲突适用规则,先前的双边条约无法约束后来的国会立法。不仅如此,在该法院看来,中美两国间的双边条约还需要通过美国国会的立法进行“转化”方才能够适用。值得注意的是,在上述两个案件当中,为证明先前的条约不能拘束后来的立法,最高法院援引了宪法中的至上条款:“本宪法,依照本宪法制定的合众国法律及经合众国授权已经缔结或将来缔结之条约均为本国的最高法”<sup>[85]</sup>。该法院据此得出的结论是:“根据宪法,依据宪法制定之法律以及经合众国授权而缔结之条约均被宣布为本国之最高法,二者之间不存在最高的权威。”<sup>[86]</sup>

法律与条约的冲突实质上反映了立法权与缔约权的博弈,根据宪法第一条第一款和第七款,除了受总统行政否决的有限制约<sup>[87]</sup>以外,前者由国会独享;根据宪法第二条第二款,后者由总统与参议院分享。那么,在一系列排华判例中,前者是否应受到后者的拘束呢?窃以为如此。最高法院对于至上条款的解释存在很大的漏洞,它对“均为最高法”进行了片面的解读,忽视了法律和条约本身各自不同的性质。实际上,仅仅依据该条款的文义都不难驳倒最高法院的解释。该条款中“最高法”的英文原文是单数形态的“the supreme law”而非复数形态的“the supreme laws”,因此,至上条款应当是将宪法、法律以及条约作为一个整体加以对待的。“均为最高法”一语所界定的并非三者之间的关系,而是该三者与其他法规、特别是州法之间的关系。若果真要据此认为:法律和条约在效力上并无高下之分,故而后来的立法可以推翻先前的条约,那么,是否也应当承认:宪法与法律的效力同样不分伯仲,晚近

[83] 130 U. S. 581, 600 (1888).

[84] 149 U. S. 698, 720 (1892).

[85] U. S. Const. art. VI, § 2.

[86] 130 U. S. 581, 600 (1888).

[87] 事实上,就在《排华法》通过以前,针对国会通过的《排华法案》(Chinese Exclusion Bill),切斯特·阿瑟总统(President Chester A. Arthur)曾行使过行政否决。阿瑟总统之所以否决这一法案,主要是基于两个方面的考虑:一方面,法案在20年内禁止华工来美,期限过长,而且,法案针对华工设立登记制度和通行证制度,剥夺了华工可享受的“国民待遇”,这些都与美中两国间的双边条约相悖;另一方面,法案的生效和实施会对美中之间的贸易造成不利影响。See Veto Message of President Chester A. Arthur, 13 Cong. Rec. 2551, 2551-2552 (1882).

生效的法律可以违反早已生效的宪法呢?事实上,“宪法”、“法律”和“条约”本身的语义就已经基本上决定了三者之间的关系。“条约必须遵守原则”是国际法上的基本原则,其源起于罗马法中“协议必须遵守”(Pacta Sunt Servanda)的准则。若两国已经生效的双边条约可以公然被其中一国的国内法所变更或废止,那么国际法的权威性必然会受到影响,该国的国际信誉也将大打折扣。

就法律与条约之间的效力关系而言,最高法院至今都没有完全放弃其在一系列排华判例中的基本立场,该立场是“美国例外主义”(American Exceptionalism)这一意识形态在其国际法践行上的重要反映,后来的学者已对此进行了反思和检讨。本文认为,若以宪法中法律和条约的生效程序<sup>[88]</sup>来判断二者在效力上的高下,后者至少不会低于前者。条约由总统来缔结,当然需要他本人的认可才有生效的可能,而法律的生效则未必要得到总统的批准。另外,若法律和条约均能得到总统的赞同,前者需要参众两院各半数以上的议员支持;后者则需要出席之参议员中三分之二以上的人支持,尽管条约不需要众议院的表决,但其在参议院获得通过的难度要明显大于法律。可见,宪法为条约专门设置了严格的生效程序,因为其关系到美国的对外关系和国家利益,一旦缔结生效就会对美国政府产生实质的拘束力,必须谨慎从事、不能等闲视之。如果后来的法律可以将先前的条约随意变更,就很难解释宪法为何要为条约的生效设定如此之高的门槛了。

### (2) 司法审查对排华立法的制约

就逻辑目标而言,最高法院的司法过程与国会的政治过程存在差别,前者偏重正义而后者偏重利益。当然,这并不是说,最高法院可以完全超然于本国利益之外。作为美国联邦政府的一部分,最高法院在涉及对外关系的案件中维护美国自身的独立、安全、秩序和发展,这一点无可厚非。然而,作为不具有民主问责性的反多数机构,最高法院必须将国家利益与外国人权利一同置于宪法规范中进行权衡。<sup>[89]</sup> 因为“立法者和其他官员只是顺从他们选民的指令,而将认真对待宪法的任务留给法院”<sup>[90]</sup>。但是,在一系列排华判例中,最高法院轻易地放弃了这一任务,很大程度上将排华视为纯粹的主权事项和政治问题,交由政治过程来决断。正如该法院在冯越亭案中所宣称的:“本院必须注意避免对政治问题发表意见,这类问题的最终决定权已由宪法委托给政府的其他部门。”<sup>[91]</sup>

1803年的马伯里诉麦迪逊案(Marbury v. Madison)确立了最高法院两项至关重要的权力——审查法律和解释宪法的权力。行使这两项权力时,最高法院不仅需要依据宪法来厘定其他政府机关的权力界限,也必须依据宪法来定位自身的权力边界。在这一过程当中,适度的司法谦抑固然必要,但过分的司法妥协却会纵容其他政府权力的滥用。<sup>[92]</sup> 在一系列排华判例中,最高法院所阐发的“国会全权”原则即属于后面一种情况。

## 3. 宪法权利的保障

国会的一系列排华立法与宪法的多项权利条款相抵牾。就华工的再次入境及居留而

[88] See U. S. Const. art. I, § 7, cl. 2 and art. II, § 2, cl. 2.

[89] 美国宪法具有世界影响,但毕竟不是一部“世界宪法”,它是美利坚民族的政治契约。无论是宪法序言的宣示还是宪法第一条和第二条对联邦立法权和行政权的规定,都体现了宪法文本对本国利益较为充分的关照。

[90] Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford & New York: Oxford University Press, 2008, p. 32.

[91] 149 U. S. 698, 712 (1892).

[92] 最高法院是联邦法院系统的最高审级,基于美国的司法体制,该法院的宪法解释对于整个司法体系都具有拘束力,另外,受制于遵循先例原则(stare decisis),最高法院先前的宪法解释会对司法理论的革新造成一定的负担。而在司法体系以外,除了可能性很小的修宪以外,其他任何政府机关均无法改变最高法院的司法理论。

言,最为重要的宪法条款莫过于第五修正案的正当程序条款(Due Process Clause)和第十四修正案的平等保护条款(Equal Protection Clause)。当然,若只是从字面上进行狭义的理解,前者仅保障华人的程序性权利,而后者所防御的对象是州权而非联邦权力,二者对于华工的保障均存在局限。但是,如果依照最高法院当时既有的宪法解释和司法学说,上述两个条款无疑可以为华人提供强有力的保障。

一方面,早在美国内战前夕,最高法院就已经在德雷德·斯科特诉桑福德案(Dred Scott v. Sandford)中提出了实体性正当程序这一概念。<sup>[93]</sup>而显然,《斯科特法》不仅直接禁止了境外的合法华工返回美国,还间接限制了境内的合法华工暂时离境,这无疑剥夺了华工在实体性正当程序之下的自由和财产。<sup>[94]</sup>另一方面,在王温诉合众国案中,最高法院采用了“反向合并”的宪法解释路径,“尽管从字面上看,第十四修正案的平等保护要求仅针对州行为”,但该案的司法解释“使其同样针对联邦政府,将其作为第五修正案中正当程序的一个方面。”<sup>[95]</sup>换句话说,所谓的“平等法律保护”既可以针对各州,也可以指向联邦。由此推论,因为国会的排华立法不仅将华人与本国公民相区别,还将华人与其他国家的移民相区分,所以这些立法分类当然需要经受平等保护条款的检验。而令人叹惋的是,对于正当程序条款、平等保护条款及其他宪法权利条款,最高法院在一系列排华判例中要么根本未予提及,要么不做深究。针对华工的宪法权利诉求,多数大法官提出了下述理论加以应对。

### (1) 优待理论

为证成国会遣返合法华工的“全权”,优待理论在一系列排华判例中应运而生。该理论的基本意涵如下:外国移民、特别是不能入籍或无意入籍的外国移民所享有的宪法权利是可以酌情予以削减或取消的“优待”,宪法对外国移民和本国公民的保障存在性质上的差异。在冯越亭案中,最高法院断定:“他们(华工)仍然是外国人,未曾设法入籍抑或依据移民法无法入籍,因而,一旦确定他们的离开对于公共利益而言是必要或有利的,国会有权驱逐他们出境,或令其离境、将其遣返。”<sup>[96]</sup>依据这一法院意见,美国宪法对于外国移民和本国公民似乎具有两张不同的面孔。中国移民俨然是暂时寄居在美国主人家中避难的不速之客,可以随时予以驱逐。<sup>[97]</sup>

国会的立法过程伴随着各方利益的博弈,而国际、国内形势的变化往往会打破利益之间的平衡,从而改变国会对于特定移民群体的基本政策。每当国际关系紧张、国内矛盾激化之时,移民群体往往会受到牵累。从这个意义上说,较之于法律,宪法对移民的保障更为可靠而稳定。上述优待理论实际上架空了华人所应当享有的宪法保障,使他们受制于国会因时

[93] 尽管斯科特判决被公认为最高法院历史中声名狼藉的判决,但该判决确实开创了实体性正当程序之先河。该案的法院意见认为:“财产权利与人身权利相结合,同样确立于宪法第五修正案的基础之上,该修正案规定:未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。当合众国公民不曾触犯国会的其他法律,仅仅因为他将自己的财产带入合众国的一个特定准州,国会立法就剥夺他的自由或财产,这样的立法有损正当法律程序之名。”See *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. (19 How.) 393, 450 (1857).

[94] 如前所述,根据《基瑞法》第四节和第六节的规定,在美国的华工若未依法持有居住证明文件,不仅将遭到遣返,还将在未经陪审团审判的情形下被先行处以监禁及劳役。上述规定既违反了实体性正当程序,也违反了程序性正当程序。但是,多数排华立法只涉及实体性正当程序问题。

[95] Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law*, New York, NY: Foundation Press, 2001, p. 601.

[96] 149 U. S. 698, 724 (1892).

[97] 在1976年的马修斯诉迪亚兹案(Mathews v. Diaz)中,最高法院直接以“来客”(guests)来表述外国人的地位。See *Mathews v. Diaz*, 426 U. S. 67, 80 (1976).



而变的对内对外政策。在冯越亭案中,少数大法官的反对意见对这种优待理论提出了尖锐的反驳,布鲁尔大法官诘问道:“据称……宪法中所称之‘生命、自由和财产’的保障是给予他们的恩惠而非他们的权利。那么,诸如此类的保障又有何用处呢?”<sup>[98]</sup>

除了现实的利益因素以外,种族主义的意识形态也为最高法院的优待理论提供了支持。最高法院认为:“对于这片土地而言,他们(华人)仍然是外来者,他们与我们的人民分开居住,遵循着他们本国的传统和习俗。他们似乎不可能与我们的人民同化,也不可能对他们的生活习惯或模式作任何改变。”<sup>[99]</sup>该法院片面地强调华人无法融于美国社会,却回避了白人社会对于华人的隔离和排拒。在多数大法官看来,对于无法及时接受主流文化和价值的外来移民,政府有权将他们“礼送出境”。事实上,这种带有种族意识的政治共同体观念在建国者的言论中就曾不时有所体现。约翰·杰伊(John Jay)有言曰:“我经常注意到,上帝乐于把这个连成一片的国家赐予团结的人民——该人民是同一祖先的后裔,语言相同,宗教信仰相同,隶属于政府的相同原则,风俗习惯非常相似”<sup>[100]</sup>。

### (2) 递解出境并非惩罚

在冯越亭案等涉及遣返华人的案件中,最高法院之所以拒绝适用宪法权利条款,还有另外一个理由:“递解出境的命令不是对犯罪的处罚”,“递解出境只不过是强制外籍公民回归本国的手段而已”。华人“不曾在未经正当法律程序的情况下被剥夺生命、自由和财产,宪法中的一系列条款——确保接受陪审团审判之权利,禁止无理搜查与剥夺、残酷与非寻常的刑罚——无从适用。”<sup>[101]</sup>显然,法院意见试图否认排华立法对于华工权利的伤害。

这一论点显然站不住脚,居留地点的强制性变更本身就是对华人自由的极大限制,更遑论与之相关的诸多利益的损失。同样是在冯越亭案中,布鲁尔大法官的反对意见指出:“递解出境是一种惩罚。它首先涉及到拘捕,这是对自由的剥夺,其次,它意味着被迫离开家庭、家族、事业、财产”,“往往还是最为严厉和残酷的惩罚。”<sup>[102]</sup>且不论递解出境究竟能否构成美国法上的“惩罚”,该政府行为对于合法华工的宪法权利必然造成巨大的现实损害。而仅凭这一点,国会遣返华人的立法就应当受到合宪性的审查。所谓“递解出境并非惩罚”,只是最高法院借以回避审查国会立法的开脱之词。

### (3) 宪法边界理论

“宪法没有超领土的效力,那些尚未合法进入我们领土的人不能依据其规定主张任何保护。全国性政府可以全面管理涉及外国的所有事项,可以说,它有权在我们的国界上构建长城,绝对禁止外国人进入。”<sup>[103]</sup>宪法边界理论由冯越亭案的反对意见所提出。少数大法官认为:美国宪法对于华人的保护存在着边界,这一边界即美国的国界。处于美国境外的华人无法基于属人管辖或属地管辖而要求美国宪法的保障。

不得不承认,这一理论确实独辟蹊径,具有一定的说服力。依据该理论,国会拒绝外国人入境的权力不存在宪法上的障碍,因为宪法的效力不能及于国境以外的外国人。该理论

[98] 149 U. S. 698, 743 (1892).

[99] 130 U. S. 581, 595 (1888).

[100] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,第8页。

[101] 149 U. S. 698, 730 (1892).

[102] 149 U. S. 698, 740 (1892).

[103] 149 U. S. 698, 730 (1892).

的合理性在于:许多外国人、特别是那些未曾到过美国的外国人在美国一般没有工作、福利、财产和住房,他们在美国没有现实的利益可言,因此拒绝其入境也就算不上是对其宪法权利的侵犯了。<sup>[104]</sup> 尽管如此,该理论依然难以适用于美国排华的具体语境之中。在柴禅平案等排华案件中,作为当事人的华工均非第一次赴美,他们都曾在美国合法地长期定居,与该国存在密切的联系。因此,拒绝其再次入境无疑会对他们的现实利益构成巨大的损害,他们无法再见到在美国的亲友、继续在美国的事业以及有效管理在美国的财产。从这个意义上说,在侵权结果上,拒绝合法华工再次入境与将其递解出境其实并无二致。<sup>[105]</sup> 最高法院只是片面地强调:要求再次入境的合法华工处于美国宪法的“边界”之外,却没有顾忌这一群体的现实利益仍处于这一“边界”之内。由于这些现实利益的存在,美国宪法就不应当只是保障那些身在美国国境以内的外国人。

排华时代结束以后,某些大法官试图限制宪法边界理论的适用范围,认为它只应针对首次赴美的外国人。譬如,在1945年的布里奇斯诉威克森案(Bridges v. Wixon)中,墨菲大法官(J. Murphy)的协同意见就主张:“对于试图第一次从这些海岸入境的外国人而言,宪法不具有救济的效力。然而,一旦外国人合法地入境并在我国定居,宪法就将保障他们被赋予的权利,就像保障我国境内所有人的权利一样。”<sup>[106]</sup> 然而,这一见解并非总是能够支配最高法院的司法哲学。

## 五 结语:最高法院对种族歧视的沉默

在“国会全权”原则这一司法学说的发展谱系中,一系列排华判例并非终点,而仅仅是一个开端。从1880年代到1940年代,一系列排斥华人移民的国会立法陆续得以通过。1898年,美国兼并夏威夷之后,国会两院迅速通过联合决议以禁止夏威夷的华人进入美国本土,不仅如此,该决议还同时禁止华人向夏威夷移民。<sup>[107]</sup> 此后,美国国会又于1917年和1924年通过了两部移民法,前者不仅禁止中国移民入境,也禁止来自亚洲大部分地区以及太平洋岛屿上的移民入境;<sup>[108]</sup> 后者则规定:美国境内包括华人在内的亚洲人不得入籍、不得拥有土地、也不得与白人通婚。<sup>[109]</sup> 对于上述明显带有歧视性的移民立法,最高法院在个案中却总是保持沉默。<sup>[110]</sup>

从某种意义上说,一系列排华判例已经成为了最高法院在移民案件中“超级先例”(superprecedents)或“准超级先例”(semi-superprecedents)<sup>[111]</sup>。尽管国会早在20世纪四、五十年

[104] 这类外国人当然可以依据实体性正当程序而主张旅行的自由,但这一点难以对涉及本国利益之国会立法的合宪性构成挑战。在司法实践中,美国法院通常拒绝使用正当程序条款为尚在美国境外的外国人提供宪法保障。

[105] 根据近代国际法的理论和实践,国家没有义务允许外国人进入其领土,然而,一旦该国允许外国人入境,则必须以文明的方式对待他们。当代国际法学者以此原则为基础,进一步提出:若外国人曾进入内国并与该国建立了较为密切的联系,如在该国有近亲属或者房产,内国政府就不得随意拒绝其再次入境。

[106] Bridges v. Wixon, 326 U. S. 135, 161 (1945).

[107] See Joint Resolution of Jul. 7, 1898, No. 55, 30 Stat. 750.

[108] Also known as “the Asiatic Barred Zone Act”, see Act of Feb. 5, 1917, ch. 29, 39 Stat. 874.

[109] See Act of May 26, 1924, ch. 190, 43 Stat. 153.

[110] 截止2008年,最高法院未曾推翻任何一项禁止某类外国人入境的联邦法律。See David S. Tanenhaus ed. in chief, *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States* (Volume 3), Farmington Hills, MI: Gale, 2008, p. 429.

[111] 这两个概念由劳伦斯·却伯(Laurence H. Tribe)教授所提出,意指最高法院判决中那些影响深远、难以变更的先例。但它们并非总是在正面意义上使用的。See Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution*, pp. 19 - 20.

代就自行废止了排华立法,尽管两院近两年来已分别就排华立法象征性地<sup>[112]</sup>表示“遗憾”,但一系列排华判例给移民权利保障所带来的阴影并未消散,肇始于排华时期的“国会全权”原则依然支配着司法领域。基于这一原则,最高法院在移民事务上往往服膺于联邦政治部门尤其是国会的决断。正因为如此,20 世纪初期的东欧移民、20 世纪上半叶的亚洲移民以及今天的拉美移民都在不同程度上重复着中国移民的故事,他们受制于国会歧视性的移民立法和政策,却难以得到宪法的充分保障。

事实上,在美国的法学理论界和法律实务界,对于该法院一贯秉持的谦抑立场,相关的讨论与反思多年来从未间断,而今形成了比较一致的共识:“最高法院确有必要抛弃其在 19 世纪的案件中所提出的陈词滥调,根据当代的宪法理论对排斥外国人的权力再作评估。”<sup>[113]</sup>

---

---

[Abstract] The Plenary Congressional Power Doctrine is a theoretical cornerstone upon which the Supreme Court upholds Chinese exclusion acts. Based on this doctrine, in the immigration affairs, especially in the aliens' exclusion and deportation, courts are usually deferential to the will of Congress and often don't have questions about the constitutionality of related congressional acts. Established by the Supreme Court in the Chinese exclusion acts and enduring till these days, the Plenary Congressional Power Doctrine causes in some sense the protection of alien's rights to be a deserted area in American constitutionalism. The review of this judicial doctrine in the context of Chinese exclusion is of practical significance. In the Chinese exclusion cases, the Supreme Court justified congressional power of Chinese exclusion without a definite constitutional foundation. Worse still, the Court ignored the boundary of the power: the Constitution clearly sets forbidden areas for the power; the treaty-making power and judicial power could check the legislative power; the protection of aliens' fundamental rights is supposed to attract attentions when Congress exercises its power.

---

---

(责任编辑:支振锋)

---

[112] 参众两院的致歉案均为单院决议案 (simple resolution), 不具备实际的法律效力, 而且二者的免责声明表示: 致歉案不能成为向合众国要求金钱赔偿或衡平法之救济的依据。See: S. Res. 201, 112th Cong.; H. Res. 683, 112th Cong. .

[113] Richard F. Hahn, Constitutional Limits on the Power to Exclude Aliens, *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982, p. 997.