共和国还是帝国？
——对“道恩斯诉比得维尔”案的分析

叶蕤[*]

内容提要：本文通过对美国联邦最高法院著名案例“道恩斯诉比得维尔”的分析，考察美国国家结构及宪法中的共和国传统和帝国传统。作者认为，美国是共和国与帝国的复合结构，在本土体现为以契约论为基础、边界清晰、结构相对稳定的宪政共和国，在本土以外体现为边界不清、易受历史情势影响、游离于《美利坚合众国宪法》之外的帝国。共和国是美国的核心，而帝国在不伤害共和国的前提下，为美国提供更多的发展可能性。这种独特的国家结构是由独立战争、联邦宪法、西进运动、独立战争、美西战争，以及二十世纪初的“海岛案”判例造就的，并在“道恩斯诉比得维尔”一案中，较为充分地展现了出来。对该案进行细致分析，不仅可以加深对美国宪法及美国国家结构的认识，还能够更深入地理解政治理论、宪政制度，以及历史和地理因素在国家建构过程中的互动。

一、 引言

政治社会的起源和国家的建立是现代政治哲学的重要课题，其中影响最为深远的莫过于社会契约论。霍布斯、洛克等契约论理论家史无前例地将国家理解为一种完全人为（artificial）的建构，并将其建立在一群拥有理性，却无需分享任何历史和共同情感的人的同意（Consent）之上。[1]这个过程始于“自然状态”（the State of Nature），经历了著名的“社会契约”（the Social Contract），最终建立国家（State），进入公民社会或政治社会（Civil Society）。[2]而国家和政治社会的目的便在于保护个体的生命、自由、财产。[3]虽然契约论在理论上遭到了许多挑战和批评，并且越发显得过时，但对于现代人对国家的想象而言，契约论的影响仍然存在。社会契约的思想依旧是宪法学教科书时常提及的内容，[4]而“国家建立在人民的同意之上”之类的自由主义宪政理念也还是颇具神圣性的政治原则。[5]

尽管自由主义宪政理论大行其道，世界上大多数国家的建立与延续却无法遵

---

[*] 北京大学法学院法理专业研究生。本文是在北京大学学士学位论文基础上修订而成，感谢强世功教授的指导以及刘晗、徐斌诸学长的提点。本文的写作也得益于李猛老师“自然法”课程内容的启发。特此致谢。本文可能的错误由作者承担。

[1] 参见霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 1985 年版，第 128—132 页；洛克：《政府论（下篇）》，叶启芳等译，商务印书馆 1964 年版，第 59—76 页。

[2] 同上。

[3] 同上。

[4] 参见张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。

[5] 在美国联邦法院的法官在法律意见中经常提到这个原则，甚至在近些年的判决书中也都还在出现。更不用说中国的宪法学者了。

循标准的契约论建国过程。[6]从现代国家构建的角度上看，在所有大国中只有美国是最“标准”的现代国家，美国的建国过程也最具有契约论的形式特征（formal）：美国是在一片几乎没有历史包袱的处女地上，由一群拥有理性和天赋权利的个体通过缔结《美利坚合众国宪法》建立起来的，并实现着保障“生命权、自由权和追求幸福的权利”的目的。[7]事实上，美国也经常被作为现代国家及自由主义宪政制度的典范，并为许多国家所羡慕。

但近年来，美国的全球战略和扩张备受争议，本土之外的军事基地频频爆出酷刑虐囚的丑闻并成为困难的宪法问题，甚至美国国内对于美国堕落的谴责也越来越多。在许多人眼中，美国这个令人羡慕的自由主义宪政国家，正逐渐堕落为无视宪法、无视人权、无视人民同意的野蛮帝国。[8]甚至有许多人开始重新思考：为什么这个曾是人类历史上最先进最现代的政治体会成为最保守最野蛮的西方国家；美国到底是不是一个标准的自由主义现代国家；社会契约和共和主义的建国基础对于美国到底意味着什么；美国政治和美国宪法中是否一开始就埋藏着帝国的种子。[9]随着这些问题的凸显，一些美国宪法研究长期忽视的问题重新浮出水面，其中便包括“海岛案”（*the Insular Cases*）。[10]

1898 年，美国赢得了美西战争的胜利。战败国西班牙将加勒比海和太平洋中的一些岛屿割让（ceded）给了美国，而美国以殖民地或至少在法律构造上类似于殖民地的形式将这些岛屿保留了下来。1901 年前至 1922 年间，美国联邦最高法院曾就这些本土之外的新领土的宪法地位做出过一系列判决，以处理美国与这些新领土之间的关系。这些判决被统称为“海岛案”。按照联邦最高法院大法官们在“海岛案”中最重要的案件——“道恩斯诉比得维尔”（*Downes v. Bidwell*）中的表述，这些新领地（Territories）虽然处于美国的主权之下，但却不是美国的一部分；“在国际法层面不是外国……但在国内层面，却仍然是外国”（though not a foreign country in an international sense, it continued to be foreign…in a domestic sense）；[11]在这些新领土上，美国联邦宪法不完全适用。[12]“海岛案”及相关的岛屿在当时的美国掀起了一场非常激烈的政治和法律争论，甚至影响了当时的总统选

---

[6] 当然，对自然状态和社会契约建国过程的理解有很多，也的确有不少理论家和学者倾向于将霍布斯和洛克的故事理解为一个抽象的过程。但本文不是一篇政治哲学论文。

[7] 《独立宣言》

[8] 参见查莫斯·约翰逊：《帝国的警钟——美国共和制的衰亡》，周洁译，三联书店 2009 年版；查莫斯·约翰逊：《帝国的悲哀——黩武主义、保密与共和国的终结》，任晓等译，上海人民出版社 2005 年版

[9] 在政治话语中，这些冲突通常体现为作为“共和国”的美国与作为“帝国”的美国之间的冲突。See Richard H. Immerman, *Empire for Liberty: a History of American Imperialism from Benjamin Franklin to Paul Wolfowitz*, Princeton University Press, 2010; 参见彼得·本德尔：《美国——新的罗马》，夏静译，中央编译出版社 2005 年版；罗伯特·卡根：《危险的国家：美国从起源到 20 世纪初的世界地位》，袁胜育等译，社会科学文献出版社 2011 年版；托马斯·F·梅登：《信任帝国》，孙饴等译，学林出版社 2009 年版；奈尔·弗格森：《巨人：美国大帝国的代价》，李承恩译，华东师范大学出版社 2007 年版。

[10] 在美国法律史和宪法史著作中，“海岛案”的出现频率远不如“马伯里诉麦迪逊”“布朗诉教育委员会”等案件，即使出现，其所占在篇幅上也比这些经典大案少很多。参见保罗·布莱斯特，杰克·巴尔金等编著，《宪法决策的过程：案例与材料》，张千帆等译，中国政法大学出版社，2002 年，第 284—296 页。

反恐战争开始后，美国在本土之外建立的军事基地频繁发生虐囚事件，有不少战犯及家属向美国法院提起诉讼，希望通过美国联邦的宪法、法律及诉讼程序获得救济。如果军事基地和军事行动被认为是主权的体现，那么美国联邦宪法是否能够随着美国主权的进入而适用于这些海外据点，就是关键的法律问题之一。美国法院在处理这些问题的时候，经常援引“海岛案”，而相关的论文也经常将“海岛案”作为重点。典型的例子 See Christina Duffy Burnett, “a Convenient Constitution? Extraterritoriality after Boumediene”, *Columbia Law Review*, Vol. 109, 2009, pp. 973-982; Andrew Kent, “Boumediene, Munaf, and the Supreme Court's Misreading of the Insular Cases”, *Iowa Law Review,* Vol. 97, No. 101, 2011; Sanford Levinson, “Why the Canon Should Be Expanded”, *Constitutional Commentary*, Vol 17, 2000.

[11] *Downes v. Bidwell,* 182 U.S. 244, 372 (1901), White Concurring.

[12] Ibid.

举。[13]在政治层面，这些争论涉及美国是否能够或应当拥有殖民地，以及美国是否应当成为一个帝国或帝国主义国家。在法律层面，涉及美国在扩张过程中与海外领地之间的关系，美国联邦宪法是否“跟着国旗走”（whether the U.S. Constitution follows the flag），以及帝国主义式的扩张是否违背美国的共和宪法原则。一方面，“海岛案”作为美国历史的一次关键转折，“为美利坚帝国开辟了道路”，[14]另一方面，这些判例又在共和制度与帝国之间挣扎，努力地尝试着实现“共和国”与“帝国”的统一。

换言之，“海岛案”为共和国与帝国在美国政治、历史和宪法中的冲突提供了一个剧场，让我们看到美国“标准的”国家建构理念与现实的“不标准”的国家建构历史之间的张力和冲突是如何凸现出来，而美国政治家，尤其是法律人政治家（lawyer statesmen）又是如何理解、面对和处理这种冲突的。通过这个反常的例子，我们或许可以重新审视，契约论之下的现代国家建构理论意味着什么，至少对美国来说意味着什么。

本文将从共和国与帝国的角度入手，对“海岛案”中最重要的判例，即“道恩斯诉比得维尔”（*Downes v. Bidwell*）[15]进行分析，以加深对美国宪法及美国国家建构的理解。本文的第二部分将简单介绍美国两种政治传统，即共和传统和帝国传统，以此作为分析道恩斯案的理论、政治与历史背景。第三部分将探讨案件中冲突最为激烈的两个法律意见，即布朗大法官在判决书中使用的“扩展理论”（Extension Theory），及富勒大法官等人在反对意见中主张的“契约理论”（Contractarianism）。这两种理论可以说是共和宪法传统与帝国主义的路线之争，前者试图为美国的“帝国主义扩张”和殖民地治理扫清道路；而后者则反对帝国主义和殖民扩张，认为这会破坏美国的共和传统。第四部分将超越路线之争，回顾美国建国的历史，并着重分析怀特大法官的附议及其使用的新理论，即“合并理论”（Incorporation Theory），由此更深入地讨论帝国与共和国的关系，以及现代国家建构问题的复杂性。结论部分将讨论“道恩斯诉比得维尔”所塑造的国家形态及其启示。

二、 两种传统

“共和国”与“帝国”问题，可以贯穿于整个美国历史。从建国开始，美国就被认为是共和主义的一次伟大实践，因为它在帝国般辽阔的疆域上建立起了自由民主的政治制度，用成文宪法缔造了幅员辽阔的“联邦共和国”。[16]联邦党人的政治雄心，就是通过“大国共和”的方式破解西方历史上的政治难题，将共和国的自由及公共性，与帝国的强大结合起来，另一方面能保障公民的自由，一方面又拥有足够的力量抵御外部的侵略。[17]

---

[13] See Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State*, 1888-1910, Cambridge University Press, 2006, pp. 225-230; Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, Duke University Press, 2001, pp. 2-12; J. Rogers Hollingsworth ed., *American Expansion in the Late Nineteenth Century: Colonialist or Anticolonialist*, Robert E. Krieger Publishing Company, 1983, “Introduction”, 参见奈尔·弗格森：《巨人：美国大帝国的代价》，同注 9，第 35—45 页。

[14] Christina Duffy Burnett, “Untied States: American Expansion and Territorial Deannexation”, *The University of Chicago Law Review*, Volume 72, 2005, pp. 815-817.

[15] *Downes v. Bidwell*.

[16] 参见汉米尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年版，第 19—42 页。

[17] 参见强世功：“联邦主权与州主权的迷思”，载《中国法学》2006 年第 4 期。

然而，这个“大共和国”的建国历程，却有着两种不同的叙述方式。在制度层面，美国的建国历程可以被描述为，在帝国广大的土地上践行共和制度。而在地理意义上，这却是美国人不断拓展共和国的边界（boundary），形成帝国版图的过程——在购买了路易斯安那，并由此将美国的国土面积扩大了一倍之后，杰弗逊曾在与麦迪逊的通信中表示，他希望美利坚合众国扩展到古巴，甚至加拿大，成为“一个从开天辟地以来从未有过的自由帝国”（am empire for liberty）。[18]如果将美国和“共和国”联系在一起，我们便会顺理成章地回顾美国的各项宪政制度及其发展，包括成文宪法、三权分立、联邦制、有限政府，以及自由平等之类的政治理念。而提起“帝国”，我们就更倾向于历史叙事，回顾美国野蛮血腥的扩张历程，无论是过去的领土扩张，还是现在的军事扩张。前者关乎美国的制度与政治理念，而后者关乎更加现实的历史与领土，在“自由帝国”或“大共和国”的发展过程中，两者都起到了非常关键的作用。因此，要分析“海岛案”及其背后的问题，就需要对美国的共和国传统和帝国传统有所了解。

(一)共和国：普遍主义的与特殊主义的

作为两个重要的政治哲学概念，“共和国”和“帝国”都有着非常丰富的意涵。而美国政治话语中所用的“共和国”与“帝国”，自然也不可能穷尽这两个概念的全部内容。“共和国”这个古老的概念，其源头可以追溯到古希腊和古罗马的政治思想，在西方政治史和政治思想史中，关于共和国及共和制度的论述可以说不计其数。然而在某种意义上，美国人，尤其是建国初期的政治精英之所以对“共和国”（the Republic）青睐有加，多少是因为相对于很多别的政治概念来说（例如“民主”），这是一个“好词”。虽然有些拿来主义的成分，但在美国的建立和发展过程中，“共和”的核心内涵也逐渐稳定了下来，成为了美国的“精神内涵”。简言之，对美国人来说，“共和国”是他们对自己的想象，以及对自己独特制度的坚持，因此也是美利坚共和国拥有或认为自己拥有的“精神”。正如联邦宪法序言中所写的一样，美国人要建立一个“更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，提供共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由的幸福”。[19]除了美国的宪法及相关的制度和文化，美国共和传统中还有两个特别值得注意的特点，而这两个特点在“共和国”与“帝国”问题中起着相当关键的作用。第一，美国的共和传统作为美国人对自己的想象，很大程度上是出自对 18 世纪欧洲政治现实和思想方式的排斥和决裂。第二个特点，是美国的共和传统中的现代精神和自由主义特质，而这一特质让美国的共和传统具有巨大的包容性和不确定性。

从独立战争开始，美国就把自己描述为自由平等的“新世界”，以区别于欧洲这个“旧世界”。这种政治想象，不仅仅是政治意义上的脱离，更包含了对欧洲思想方式的反感与排斥：欧洲是专制的帝国，欧洲所有国家的历史和现实都充满了专制和压迫；而美国则是一个全新的开始，与欧洲不同，美国人要在文化上独立于旧世界，[20]建立一个没有君主、没有专制、没有暴政的新国家。[21]美国革命“创造了这样一种幻觉，即在这个充满压迫的世界上，美国是自由的唯一避难所，这

[18] Thomas Jefferson to the President of the United States (James Madison), Apr 27, 1809, *in 12 The Writing of Thomas Jefferson* 275, 277 (Albert Ellery Bergh ed., 1905), quoted in Gary Lawson and Guy Seidman, *the Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History,* Yale University Press, 2004.

[19] 《美利坚合众国宪法》序言。

[20] See Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, Oxford University Press, 2009, pp. 543-575.

[21] 参见汉密尔顿等：《联邦党人文集》，同注 16；托马斯·F·梅登：《信任帝国》，同注 9，第 10—17 页；丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，谢廷光等译，上海译文出版社 2009 年版，第 517 页。

种幻觉在当今美国的政治文化中仍然存在。”[22]由于这种对立的想象，美国在政治行动和政治思想上始终保持着对欧洲的警惕，不断地强调并以一种相当固执的态度坚持自己的独特性。例如，美国革命虽然在很大程度上受了启蒙运动时期英国和法国政治哲学思想的影响，但在法国大革命的形势发生逆转后，美国不少政治精英，尤其是联邦党人就忙不迭地将美国革命和法国大革命区别开来，认为两者决不可同日而语，并且在之后的很长一段时间，都与法国政府保持着距离。[23]这种独立性在制度层面体现得更为显著。英国人非常强调“主权”，认为主权是不可分割，不能分散的，[24]但美国却用宪法实现了联邦制和三权分立，建立起一种当时的欧洲人无法想象的“复合帝国”；[25]在英国，“宪法”是一些用以管理政府的宪章、法令、宣言和传统习惯的综合，而 1787 年的《美利坚合众国宪法》却开创了成文宪法模式，“政府只能在成文宪法框架内活动”成为了美国最高的政治原则和法律原则。[26]这些政治理念、原则和制度常常被统归于“共和国”的名称之下，作为“新世界”的特征将美国与“旧世界”区别开来，成为美国人形成自我意识并寻求自我肯定的源泉。美国政治历来对此非常珍视，而自由平等的“共和制度”在某种意义上成为了神圣的检验标准，也是任何政治行动都绕不开的问题。

另一个需要注意的问题，是美国共和传统中的自由主义特征。虽然“共和国”在古希腊古罗马时代便已成为重要的政治概念，美国的政治精英在建国时期也喜欢用古罗马共和国与自己类比，但美国的共和传统却与古典的“共和国”不同。[27]实际上，美国的共和传统更多地受到了欧洲启蒙时代思想家的影响，将国家建立在人人平等、天赋权利、理性主义、社会契约的基础上。[28]这种自由主义的共和国传统的一个重要特征，是倾向于用“忽略差别”而非“同质化”的方式实现不同群体之间的平等。相对于英国人对自由的民族主义理解，美利坚共和国的“自由”更为普遍和“天赋”，因而也更民主化。[29]美国人在反叛英国，与英国世袭贵族制度决裂的时候，便试图彻底抛弃人类生而不平等的思想；“当他们将自由作为抽象的与生俱来的自然权利时，自由概念就与平等无法割裂了”。[30]正如《独立宣言》中所写的那样：“人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人类才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，是经被治理者的同意而产生的”。[31]另一方面，自由主义的共和传统倾向于用理性和推理解决政治问题，而不是诉诸于文化、习俗和传统——伏尔泰、卢梭等法国思想家“喜欢关心各种同政府有关的问题，严格

[22] 埃里克·方纳：《美国自由的故事》，商务印书馆 2002 年版，第 23 页。

[23] Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic, 1789—1815*, supra note 20, p. 177.

[24] 霍布斯：《利维坦》，同注 1，第 139—141 页。

[25] 参见丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 21，第 516—527 页。

[26] 同上，第 533—534 页。

[27] 虽然罗马的政治与法律也被认为具有普遍主义特征，也会强调“自然法”和“理性”，但这仍旧与近代的自由主义理念不同。参见列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2006 年版，第 121 页以下。

[28] 美国的革命和建国深受霍布斯和洛克的影响，而《独立宣言》与法国的《人权宣言》在行文与内容上也非常相似。法国大革命爆发后，雅各宾派等法国革命者得到了美国人的一致认同和支持，只是到法国革命开始逐渐走向无政府主义和多数人的暴政后，美国联邦党的政治精英才开始强调美国革命与法国革命的区别。See Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, supra note 20, pp. 174-209.

[29] 参见埃里克·方纳：《美国自由的故事》，同注 22，第 36 页—57 页；托克维尔：《论美国的民主》董果良译，商务印书馆 1988 年版，第 194—276 页。

[30] 值得注意的是，在当时的欧洲，英国可以说是最自由平等的国家，因此北美殖民地的反叛本身就是非常激进的做法。

[31] 《独立宣言》

地考察其结构，批判其总设计，认为应该用简单而基本的、从理性与自然法中汲取的法则来取代统治当代社会的复杂的传统习惯”。[32]虽然美国革命没有像法国大革命一样变成革命、混乱和暴政的恶性循环，但这更多地是由于盎格鲁-美利坚人骨子里的贵族特色，即他们的“民情”（mores）和“旧制度”。[33]换言之，“民情”只是抑制了其消极后果，存在于共和国传统中自由主义原则却没有被消除。即使是在奴隶制问题上也是如此：1787 年的美国宪法虽然在制度上为奴隶制提供了某种保障，但在文本上避讳了“奴隶”或“奴隶制”等词，实际上从独立战争时开始，奴隶制就被许多人认为是行进在自由之路上的美国必须扫开的一个障碍。[34]如果不是因为自由主义带来的理性和无差别倾向，历代美国政治家和法官也不用在“我们人民”的定义和范围上绞尽脑汁、大做文章。

在任何时刻，美国共和传统中的自由主义倾向，都会被民情、习俗和传统克制。但长期来看，“‘所有人生而平等’实际上宣誓了一个颇为激进的原则，当时没有人能够预测它所包含的全部涵义”[35]——在这种理念之下，除了平等自由等共和国原则，及《美利坚合众国宪法》，似乎没有什么是绝对“不可以”的。这种普遍性和包容性中，包含了太多不确定和可变的因素：这种可变性最终让美利坚共和国及其宪法放弃了对女人和黑人的歧视，甚至承认了其他少数族裔的平等权利。

而在“共和国”领土扩张的过程中，自由主义的共和传统所产生的不确定性和模糊性也一直存在。这种以契约论、天赋人权为基础的自由主义共和国传统的核心，是以普遍的人类天性为基础的政治安排。在理想的状况下，国家的面积和地缘在这种理论体系中所占的位置非常边缘化。纵观《利维坦》这本近代自由主义的奠基之作，其中关于主权的地理边界的论述非常少。[36]作为美国建国基础的“社会契约”理论，始终保留了革命的权利和可能性，它甚至是“民族自决”（self-determination）最主要的理论来源之一；[37]而作为一项政治原则，“民族自决”的发端之一恰巧是美国革命。[38]可以说，自由主义的共和国传统对“领土”和“边界”的意识是非常模糊的。而对边界问题的漠然，一方面为美国领土的扩张提供可能，[39]另一方面也为联邦内存在的分裂主义和美国内战埋下了隐患。

(二)“自由帝国”：向西部扩张的共和国

与“共和国”一样，“帝国”也是西方历史和政治思想中的一个重要词汇，关于“帝国”的讨论和关于“共和国”的讨论同样多。在美国人的意识中，“帝国”至少有两个层面的意涵。首先，与“共和国”相对，“帝国”意味着腐朽堕落的欧洲国家、君主制、专制暴政，以及不自由不平等的生活。第二，它带入了一个在“共和国”语境下不怎么被正式考虑的问题——领土。

从罗马开始，“帝国”与领土面积、中央集权、不平等及扩张的欲望紧密联系在一起。在罗马帝国崩溃后，不列颠帝国、法兰西帝国等殖民帝国继承了罗马的

[32] 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆 1992 年版。
[33] 参见托克维尔：《论美国的民主》，同注 29；托克维尔：《旧制度与大革命》，同上。
[34] 参见埃里克·方纳：《美国自由的故事》，同注 22，第 67 页。
[35] 同上，第 41 页。
[36] 参见霍布斯：《利维坦》，同注 1。
[37] See Lee Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation,” *Yale Journal of International Law,* Vol. 16, 1991, pp.179-180.
[38] Ibid.
[39] 参见罗伯特·卡根：《危险的国家：美国从起源到 20 世纪初的世界地位》，同注 9。

传统及“帝国”的特征和概念，而美国人对“帝国”的理解也由此而来。[40]因此，“帝国传统”在美国突出地表现为其扩张的历史。[41]事实上，自从第一批清教徒和商人踏上北美的土地，美国就一直在扩张；不仅如此，美国仅用了四百多年的时间，便从殖民地发展为当今世界唯一的超级大国，这不得不说是人类历史上的奇迹，而在美国的发展过程中，领土扩张，或“扩张主义”（expansionism）被史学界认为是推动美国发展最主要的力量之一。[42]然而有趣的是，美国的扩张至少能分为差别甚大的两个阶段，即美国内战之前各州及联邦政府向西的领土拓展，以及美西战争之后在全球范围内的扩张。

在整个十九世纪，领土扩张都是美国最重要的政治问题之一。虽然杰弗逊曾对古巴、加拿大等地区抱有幻想，但他所谓“自由帝国”中的“帝国”主要指广阔的领土面积，而并没有典型意义上“殖民扩张”的意思。实际上，它与《联邦党人文集》中所说的“大共和国”以及“联邦共和国”非常相似，都是指“一个幅员辽阔的，由许多附属于联邦的自治州组成的政治实体”。[43]严格地讲，这一阶段的领土扩张更应当被理解为“共和国”面积的拓展，因此也就没有遭到太多的非议。西进运动中最为人诟病的便是美国人对印第安人的驱逐和屠杀。然而在当时，印第安人被认为是“前进道路上令人讨厌的绊脚石”，[44]而美国人是为那些“因长期无人管理而荒芜不堪”的土地带去文明与生产力的先驱者，蔓延整个北美大陆是上帝赋予美国人的任务，是美国的“天定命运”。[45]同时，“共和国”的想象，在这一过程中也起到了麻醉剂的作用。“由于他们相信自己的国家是一个自由的帝国，美国人也因此有意漠视了西进扩张中的一些令人极不愉快的事实”[46]——当时英国和法国在北美洲中部和西部的殖民势力仍然强大，在美国人看来，对这些土地来说，与其受英法等国的殖民统治，还不如留在美国这个“自由帝国”手中。另外，由于西进运动发生在只有美国人、欧洲殖民者及印第安人的北美洲内部，而帝国扩张问题通常发生在国与国之间，或者同样拥有文明的民族之间，因此向西部的扩张并没有被太多人看作帝国的扩张。[47]最后，这些西部的新领土最终都被授予了州的地位，并成为联邦的组成部分，共同构成了美国的版图，因此扩张过程中发生过的不愉快，都被皆大欢喜的结局掩盖了。简单来说，向西部扩张，是共和国“自然”的成长过程，[48]美国以自己独特的自由平等的成文宪法、联邦制、分权制、民主制度以及以平等的方式将领地接纳为州的实践经验，成就了这个“自由帝

---

[40] Richard H. Immerman, *Empire for Liberty: a History of American Imperialism from Benjamin Franklin to Paul Wolfowitz*, supra note 9, pp. 7-8.

[41] 在美国的历史和政治中，“帝国”概念的使用几乎总是与“领土”及“领土扩张”问题同时出现。在许多关于“美利坚帝国”的著作中，“领土扩张”也是最重要、占篇幅最多的问题。参见托马斯·F·梅登：《信任帝国》，同注 9；罗伯特·卡根：《危险的国家：美国从起源到 20 世纪初的世界地位》，同注 9；See Richard H. Immerman, *Empire for Liberty: a History of American Imperialism from Benjamin Franklin to Paul Wolfowitz*, supra note 9.

[42] See J. Rogers Hollingsworth ed., *American Expansion in the Late Nineteenth Century: Colonialist or Anticolonialist*, supra note 13, “Introduction”; 参见雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，周小松等译，商务印书馆 1991 年版。

[43] Gary Lawson and Guy Seidman, *the Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, supra note 18, p. 3.

[44] 雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 42，第 28 页。

[45] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901). 参见雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 42，第 26—30 页；埃里克·方纳：《美国自由的故事》，同注 22，第 85—87 页，罗伯特·卡根：《危险的国家：美国从起源到 20 世纪初的世界地位》，同注 9，第 10—11 页。

[46] 参见埃里克·方纳：《美国自由的故事》，同注 22，第 86 页。

[47] See Richard H. Immerman, *Empire for Liberty: a History of American Imperialism from Benjamin Franklin to Paul Wolfowitz*, supra note 9.

[48] Ibid., p. 9; See William M. Sloane, “The World Aspects of the Louisiana Purchase”, *The American Historical Review*, Vol. 9, No. 3, 1904.

国”，亦或是“大共和国”。

但这一阶段的领土扩张过程中，也有两个特别值得注意的问题。首先，新领土问题曾引发过非常严重的争议。最初，西部的许多新领土是由各州取得的。在建立邦联的过程中，国父们要求各州将这些领土，以及领土扩张过程中的主导权让与联邦。但由于严重损害各州土地公司的利益，各州在《邦联条例》的批准过程中发生了激烈的争议，[49]而这些争议“险些让邦联的计划破产”。[50]因为拒绝交还领土，马里兰州直至 1781 年才批准了《邦联条例》。即使是在《联邦宪法》通过后，各州对西部新领土的争夺也还在继续。

第二，美国领土向西部的扩张，是一个缓慢啃噬的过程。这些领土一块接着一块地被取得并开垦，随着新领土的开辟，不同特征的移民分批到来，有的留下，有的则在短暂的停留后继续向西迁徙，最终形成了美国马赛克式的地图。[51]在这个过程中，每一块领地都获得了鲜明的独特性，因此天然地形成了“种植园的边疆”“农民的边疆”“商人的边疆”“采矿者的边疆”“运输业的边疆”和“牧牛者的边疆”。这些内部的“边疆”将美国本土分裂成了差异性非常明显的区域，而不同的政治诉求经常以地域分歧的形态体现出来。这一时期的美国政治，甚至可以说是“地理的副产品”[52]。而这也为分离主义提供了物质的基础。

(三)走向帝国：道路的选择？

美国内战爆发之前，西进运动已经结束，美国的领土终于从大陆的东海岸扩张到了西海岸，形成了今天的“大陆边界”（continental boundaries）。[53]1897 年，时任美国总统威廉·麦金利（William McKinley）宣称，他反对“取得任何本土以外的新土地”。[54]然而，无论是否出于美国人的意愿，美国的扩张仍在继续。前一阶段扩张主要以扩大领土为目的；而这一阶段的扩张，则融入了更多理念和制度上的“帝国因素”。

1898 的美西战争被认为是美国历史的转折点。战争爆发后，美国仅用了几个月就取得了战争的胜利。与越南战争等不同，这场“辉煌的小战争”（a splendid little war）[55]本身没有引起太大的争议，但战利品却引发了不小的争议。战后，美国和西班牙签订了《巴黎条约》（Treaty of Paris），在条约中西班牙把自己在加勒比海和太平洋上的一些殖民地割让给了美国，这些殖民地包括波多黎各、古巴和菲律宾。西进运动虽然轰轰烈烈，但其结果只是一个放大了的美利坚合众国，而非广阔的殖民地；同时，1900 年前后西方大国在全球掀起了瓜分狂潮，当美国处理完西进运动、南北战争和重建而终于回过神来时，殖民地已经被瓜分得差不多了。因此，美西战争为美国赢得了一个难得的机会：这些被割让给美国的小岛，让这个尚显稚嫩的新强国有机会尝试着行使一种前所未有的巨大权力，将它粉嫩的爪子伸向原本只属于欧洲的殖民地。[56]

---

[49] 参见雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 42，第 275—297 页。

[50] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

[51] 参见雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 42，第 9—22 页。

[52] 丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 21，第 528 页。

[53] Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, P. 227.

[54] Quoted in Samuel E. Morison, Henry S. Commager, and William E. Leuchetenberg, *The Growth of the American Republic*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 1980), 2: 249; See Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910,* supra note 13, p.227.

[55] Quoted Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, p. 226.

[56] See Richard H. Immerman, *Empire for Liberty: a History of American Imperialism from Benjamin*

然而，殖民地实践并没有得到所有人的支持。这些岛屿随即在美国引发了激烈的争论，而争论核心便是美国作为一个自由平等的共和国，是否能够拥有殖民地。在具体的讨论过程中，这个核心问题被分解许多更为技术的问题，其中最主要的是以下两点：第一，美国是否能够从西班牙手中取得这些岛屿？第二，如果美国取得了这些岛屿，美国应当如何治理它们，它们与美国的关系如何？在争论过程中，美国的政治和法律精英分裂为了两派。其中的一派旗帜鲜明地支持美国在全球的扩张，认为美国的主权像欧洲国家的主权一样完整，在他们看来，要美国束缚住自己的手脚而在殖民扩张问题上退缩，不仅没有道理，还会让美国尊严扫地，最重要的是，这会使美国在与欧洲国家的竞争中处于下风。[57]另一派则坚决反对美国接手这些岛屿并将其作为殖民地保留下来，因为这违背了美国自由平等的共和原则，将不平等施加给了这些岛屿及其居民，而这是欧洲君主制的邪恶帝国才会做的事；不仅如此，他们还害怕殖民扩张摧毁美国的共和制度及原则，将生活在本土的美国人置于专制统治的危险下。[58]随着论战的升温，两派之间的分歧越来越大，仿佛处于“光谱的两极”[59]，毫无调和的余地。美利坚合众国似乎走到了历史的岔路口，政治精英和法律精英们正面临一个艰难的“道路选择”：是坚持“共和国”的原则和精神，还是从此义无反顾地踏上“帝国之路”。

尽管政界和学术界硝烟弥漫，但像许多政治问题一样，这两个问题在现实中很快便有了结果：国会参众议员分别在 1899 年二月和三月批准了《巴黎条约》，同年四月，美国和西班牙互换批准书，并正式宣告条约成功缔结，美利坚合众国据此取得并确认了对这些海岛的主权，并开始对它们进行行政管理。[60]最初，美国政府在当地采取了军事统治的形式，随后，国会针对这些岛屿制定了法案，在这些海外领地上建立起了文官政府——但无论如何，美国显然没有直接将联邦宪法适用于这些新领地，无论是在政治权利还是在经济关系上，国会为它们制定的法律都与联邦宪法有所出入。[61]从具体结果来看，“殖民主义者”（colonialist）取得了政治上的成功，但在道义上，“反殖民主义者”（anticolonialist）的声音不仅没有消失，似乎还略占上风——面对反殖民主义者的指责，殖民主义者遮遮掩掩地把“机会”解释为了“责任”。[62]例如，麦金利总统在解释自己态度的转变时，是这样说的：

“我每晚都在白宫的地板上踱步，直至深夜……不止一次，我甚至屈下双膝，希望全能的上帝能给我一些指引和启示。一天夜里，我得到了启示——我不知道是怎么回事，可结论就这么出现在了我心中——第一，我们不能将这些岛屿还给西班牙，这样做既怯懦又不光彩；第二，我们不能把这些岛屿转手给法国或德国

Franklin to Paul Wolfowitz, supra note 9.

[57] See James Bradley Thayer, “Our New Possessions”, *Harvard Law Review*, Vol. 12, No. 7, 1899, pp. 466-470 ; C. C. Langdell, “Status of Our New Territories”, *Harvard Law Review*, Vol. 12, No. 6 , 1899; Robert E. Osgood,“Ideals and Self-interest in Foreign Policy”, and Julius W. Pratt, ”The Business Point of View”, in Rogers Hollingsworth ed., *American Expansion in the Late Nineteenth Century: Colonialist or Anticolonialist*, supra note 3.

[58] See Simeon E. Baldwin, “The Constitutional Questions Incident to the Acquisition and Government by the United States of Island Territory”, *Harvard Law Review*, Vol. 12, No. 6, 1899; Carman F. Randolph, “Constitutional Aspects of Annexation, Part First”, *Harvard Law Review,* Vol. 12, No. 5, 1898.

[59] Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, p. 236.

[60] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.

[61] See Gary Lawson and Guy Seidman, *the Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, supra note 18, pp. 121-129.

[62] Julius W. Pratt, “The Ideology of American Expansionism”, in Rogers Hollingsworth ed., *American Expansion in the Late Nineteenth Century: Colonialist or Anticolonialist*, supra note 13.

——它们是我们在东方的贸易对手——这样做既不划算又丢脸；第三，我们不能把这些岛屿搁置不管，因为自治政府（self-government）不适合它们，如果允许它们自治，这些岛屿上很快就会出现比西班牙更糟糕的独裁和暴政；第四，我们只能接手这些岛屿，并教育那些菲律宾人，让他们信仰基督，从而使他们得到进步与文明……”[63]

这些说法固然像是政客的矫情，但即使是上帝的启示让麦金利总统作出了决定，但上帝终究没有帮总统和国会完全说服反殖民主义者，或“共和主义者”。在麦金利总统的态度发生转变，并成功游说了国会后，这场争论最终通过“海岛案”来到了联邦最高法院法院这座“最后的堡垒”，并在“道恩斯诉比得维尔”一案中得到了最完整的展现。

三、 帝国与共和国的交锋

道恩斯（Downes）在波多黎各拥有一家贸易公司（S.B. Downes & Co.）。1900 年 11 月，道恩斯的公司将一批橘子从波多黎各岛（the Island of Puerto Rico）的圣胡安港（the port of Sun Juan）被运送至纽约。此前，国会通过的《富瑞克法案》（the Foraker act）规定，[64]对从波多黎各进口的类似商品，必须征收 50%的关税。纽约港收税员比得维尔（Bidwell）据此要求道恩斯公司对这批橘子缴纳关税。虽然遭到了道恩斯公司的抗议，比得维尔仍向道恩斯强行征收了总额为 659.35 美元的关税。事后，道恩斯在纽约南部巡回法院对纽约港的收税员提起诉讼，请求返还所缴纳的税款。巡回法官驳回了原告起诉状，于是，道恩斯向最高法院申请裁决。[65]

最高法院维持了巡回法院的判决结果。然而，最高法院在本案中的内部分歧非常大。多数派仅以 5:4 的微弱优势胜出，而最高法院针对本案撰写的法律意见

[63] Quoted in James F. Rhodes, *The McKinley and Roosevelt Administration*, 1897-1909 (New York: Macmillan, 1922), 106-107; See Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910,* supra note 13, p.227.

[64] 《富瑞克法案》是美国国会针对新的海外领地——波多黎各制定的法案，为波多黎各建立文官政府，并调整波多黎各与美国之间的关系。《富瑞克法案》可以说是波多黎各领地的“基本法”。该法案于 1900 年 4 月 12 日颁布，主要内容如下：1）为波多黎各创设了公民政府（civil government），包括一位总督（Governor），一位秘书长（Secretary），一位高级检察官（Attorney General），以及其他由总统提名，经国会建议并同意的官员；他们与另外五个以相似方式任命的人一同组成了行政管理委员会（executive council）；2）当地的立法权被赋予了立法院（legislative assembly），该立法院由行政管理委员会和由选举产生的代表院（a house of delegates）组成；3）在当地建立了法院，波多黎各构成一个司法管辖区，并拥有由合众国总统任命，任期四年的区法官、检察官、行政法官各一人；区法院被命名为“合众国波多黎各地区法院”（the District Court of the United States for Puerto Rico），而联邦巡回法院有权管辖该区域中的所有案件；同时，波多黎各最高法院和联邦地区法院审判的案件可以获得纠错令（writ of error），并被上诉至联邦最高法院，纠错令请求及上诉的程序依照对联邦州最高法院判决进行上诉；4）波多黎各居民可以继续在波多黎各居住，他们在割让条约公布之后出生的子嗣（那些选择效忠西班牙王室的人除外）是定居于波多黎各的合众国公民；这些人共同以“波多黎各人民”（The People of Puerto Rico）的名义构成一个政治实体，并享有从此以后被授予的统治权、提起诉讼及被诉的权利；5）从合众国运至波多黎各的商品，以及从波多黎各运至合众国的商品都应当被征收关税（duties）；波多黎各制造并运往合众国的物品，以及以消费或贸易的方式回流到波多黎各的物品都应当缴税（taxes），税率与对美国国内同类商品的税率相同；5）对波多黎各向国外进口货物和从合众国运至波多黎各的货物所征收的关税，以及依照法案条款对从波多黎各运至合众国的货物所征收的关税和税款，列为专项经费，由合众国总统处分，用于波多黎各的管理，以增进波多黎各的利益，直到当地政府组建完毕，届时，所有在本法案之下的赋税及关税都将被支付给波多黎各的国库，而不再支付给合众国财政部。Quoted in *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.

[65] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

竟多达 5 份。布朗大法官（Justice Brown）传达了法院的判决意见，但这份“多数意见”显然名不副实——讽刺的是，在判决意见上署名的只有他一个人。在多数派中，怀特大法官（Justice White）和葛雷大法官（Justice Gray）都撰写了各自的附议，其中怀特大法官的法律推理与布朗大法官的明显不同。在四位少数派法官中，富勒首席大法官（Chief Justice Fuller）和哈兰大法官（Justice Harlan）分别独立作出了反对意见。在美国法律史上，“道恩斯诉比得维尔”被许多人认为是 *Dred Scott* 案后最具争议的判决之一，[66]而正是在这些争议中，富勒法院的大法官们不仅直面了波多黎各的地位问题，更是把共和国与帝国的争论展现在了我们面前。

(一)问题的由来：“斯科特诉桑福德”

案件最直接的法律问题，在于《富瑞克法案》中关税征收条款是否违反《美利坚合众国宪法》第一条第八款中“所有关税、进口税及其他财产税在合众国范围内应统一征收”[67]，即“关税统一条款”（Uniform Clause）的规定。进一步说，《富瑞克法案》的合宪性取决于该宪法条款是否适用于波多黎各这块新获得的领土。在“海岛案”之前，这个问题已经在著名的“逃亡奴隶案”——“斯科特诉桑福德”（*Scott v. Sandford*）中被联邦最高法院明确提出了。[68]

斯科特案的判决主要由两个部分构成。最广为人知也是最为人诟病的一部分是关于黑奴身份的。坦尼（Taney）法院否认了所有黑人的公民身份，拒绝将其作为美利坚政治共同体的一部分。就法学界的一般观点来看，坦尼大法官最大的失误（如果可以说是“失误”的话），在于他坚持对宪法进行“历史解释”，即把黑人奴隶解释为联邦宪法第五修正案中所谓的“财产”——正是这种解释违背了美国这个自由平等的共和国的精神实质，坦尼法院才被钉在了历史的耻辱柱上。关于黑人平等地位和权利的问题，最终通过美国内战之后的宪法修正案得到了解决，至少得到了形式上的解决。[69]

而案件的另一部分则涉及国会对西部新领土所行使的权力，以及联邦宪法在这些新领土上的可适用性。斯科特案发生时，黑人奴隶斯科特已经进入了明尼苏达准州（the Minnesota Territory）范围内。明尼苏达准州是美国通过路易斯安那购买（the Louisiana Purchase）从法国手中取得的大片土地中的一块。1820 年，美国国会通过了著名的“密苏里妥协”（the Missouri Compromise），在明尼苏达准州禁止了奴隶制。黑人奴隶斯科特认为，只要他来到一片自由的新土地，就能获得自由。[70]坦尼通过宣布“密苏里妥协”违反宪法，从而驳回了斯科特的请求。而要宣布“密苏里妥协”违宪，除了将黑人奴隶解释为联邦宪法第五修正案中所说的“财产”外，[71]还需要解决一个关键的技术性问题，即国会是否能超越宪法为新领土单独制定法律。

---

[66] Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 13, p. 7.

[67] 《美利坚合众国宪法》第一条第八款。

[68] *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

[69] See Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, p.230. ; 参见保罗·布莱斯特，杰克·巴尔金等编著，《宪法决策的过程：案例与材料》，同注 10，第 177—199 页。

[70] *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857); 参见保罗·布莱斯特，杰克·巴尔金等编著，《宪法决策的过程：案例与材料》，同上。

[71] *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

在审查联邦宪法后，坦尼大法官发现，与新领土相关的宪法规定只有一条，即联邦宪法第四条第三款。根据该条款，国会有权“准许新州加入联邦”并“有权处置合众国之众属地（territories）及其它产业，并制定有关这些属地及产业的一切必要的法规和章则”。[72]但坦尼却认为，按照国父们的立法意图，该条款旨在解决联邦建立时各州对于西部领土的争议，[73]因而不能被适用于路易斯安那购买案涉及的新领土。同时，即使将该条款适用于明尼苏达领地，“领地条款”的最后一句也特别强调，“本宪法中任何条文，不得作有损于合众国或任何一州之权利的解释”，因此坦尼法官认为，就算国会有权为这些新领地立法，其立法权也必须受到宪法的约束，不得违背宪法的文本、原则和精神。在这一前提下，坦尼通过对宪法第五修正案的解释，判定“密苏里妥协”非经正当程序剥夺了合众国公民的“财产”，最终宣布其无效。

斯科特案的判决结果虽然被新的宪法修正案推翻了，但斯科特案判决的“技术前提”，即“国会不能超越宪法为新领土立法”，或者说“宪法必须跟着国旗走”，却从未被质疑过。而无论是当时的多数争论还是后来的多数研究，都将斯科特案提出的问题作为“道恩斯诉比得维尔”案的核心。[74]

(二)帝国之路：“扩展理论”

联邦最高法院的判决由布朗大法官做出。判决意见认为，宪法税收条款所谓“联邦”（the United States）不包括波多黎各，因此，除非国会通过相应的单独立法，该宪法条款不适用于波多黎各。

显然，布朗大法官站在“光谱”的“帝国主义”一极上：无论出于何种考虑，他在政治上支持麦金利总统及国会的扩张政策；而他必须完成的任务，就是在法律上为“美利坚帝国”开辟道路。为了处理《富瑞克法案》的合宪性问题，布朗大法官回到了斯科特案的逻辑前提，即取得新领土的权力，以及为新领土立法的权力。

在判决书中，布朗首先回顾了建国时期的领土争议。当时，各州在西部都拥有广阔的土地，而对这些土地及其利益的争夺，甚至“差点让邦联的计划破产”。[75]在布朗看来，正是为了让各州将西部的新领土交还给联邦政府，国父们才特别在宪法中加入了“领地条款”，授权国会“处置合众国之属地及其它产业，并制定有关这些属地及产业的一切必要的法规和规章”。由此，布朗得出结论，认为“领地条款”与联邦建立之后才获得的领土无关，而在取得和处置新领土权力的问题上，联邦宪法是沉默的。为此，布朗大法官还举出了路易斯安那购买案的例子，并引用了杰弗逊在购买路易斯安那之后与一名国会议员的通信。在通信中，杰弗逊请求国会通过专门的法案批准路易斯安那购买，并对这片新领土的地位进行规定，因为他认为“宪法中没有条款允许合众国持有外国领地，更没有条款授权合众国政府将他国纳入联邦。行政权为了极大程度地增进国家利益，抓住了一个稍

[72] 《美利坚合众国宪法》第四条第三款。

[73] 参见本文第二部分。

[74] 当时主要的文章有四篇，即 Simeon E. Baldwin, “The Constitutional Questions Incident to the Acquisition and Government by the United States of Island Territory”, supra note 58 ; Carman F. Randolph, “Constitutional Aspects of Annexation, Part First”, supra note 58; James Bradley Thayer, “Our New Possessions”, supra note 57; C. C. Langdell, “Status of Our New Territories”, supra note 57. 前两篇认为“宪法应当跟着国旗走”，而后两篇认为“宪法不需要跟着国旗走”；布朗的判决书、富勒和哈兰的异议，以及当时的大多数研究和讨论都深受这四篇文章的影响。See Charles E. Littlefield, “The Insular Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 15, No. 3, 1901; Carman F. Randolph , “The Insular Cases”, *Columbia Law Review*, Vol. 1, No. 7, 1901.

[75] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901). 参见本文第二部分。

纵即逝的机会，但这一行为却超越了宪法”。[76]因而在“领地条款”问题上，布朗与坦尼法官的意见是一致的。

但与坦尼不同，尽管承认宪法在这一问题上是沉默的，布朗大法官却没有含糊其辞，而是试图在宪法中为这项权力找到基础。布朗接着回顾了美国的扩张史，证明国会长期以来一直在行使取得新领土的权力，以及在这些领地上建立地方政府、为其制定法律的权力。更重要的是，联邦最高法院默许了这一权力的存在。在确认该权力存在的事实后，布朗开始对它的性质、来源及相关的宪法规定进行分析。

布朗将宪法条款分为了两类，第一类是“针对国会权力的根源的禁令”，[77]以及涉及生命、自由、财产等“自然权利”的禁令，[78]其效力不受时间和地点的影响；而第二类是“我们自己的法律体系所独有的”，[79]只在“合众国境内”、所有州内或几个州内有效。之所以区分出这两种宪法规定，是因为这两种禁令对应着联邦政府的两种权力。一种权力来源于各州的授权，宪法对这种权力的规定实际上是在处理联邦政府与各州的关系，是联邦与各州之间的契约，因此这些规定只适用于将其特定权力让渡给联邦政府的各州。在布朗看来，联邦宪法第一条第八款中“所有关税、进口税及其他财产税在合众国范围内应统一征收”的规定，属于第二类禁令，因此只在所有州内有效。但各州不能将它们没有的权力授予联邦。根据联邦宪法，各州无权取得新领土，因此“国会取得新领地的权力当然也就不可能是各州授予的”。相反，它是另一种类型的权力，不是来自于各州的授权，而是源于主权本身，是“主权国家”的应有之义，是所有主权国家都同样拥有的权力。[80]缔结条约的权力（treaty-making power）是这种权力的典型例子，而取得并治理新领地的权力也是一样。正如布朗在判决书中写道的，“如果我们能够自由地取得外国领土，就可以推定，我们对这些领地享有的权力和之前占有它们的国家对其行使的权力相同”，“如果国会有权取得新领地（这已经被证实了），那么国会对这些领地进行治理的权力便不能被宪法条款所阻碍”。[81]因此，国会对波多黎各这片新领土拥有“无限的权力”（plenary power），[82]而不受那些“我们自己的法律体系所独有”的宪法条款的限制。只有当国会通过特别立法，将这种条款扩展（extend）到新领地时，这些条款才能被适用。

通过以上的推理，布朗大法官得出了结论：《富瑞克法案》的关税条款，来源于国会治理新领土的权力，不受“关税统一条款”的限制。而该法案本身表明，国会不准备将“关税统一条款”扩展到波多黎各，因此《富瑞克法案》没有违背宪法的规定，是有效的。简言之，国会为波多黎各制定的《富瑞克法案》与联邦宪法中的“关税统一条款”是两回事，将它们放在一起比较就是完全错误的。

但宪法在取得和治理新领地的权力问题上，毕竟没有任何明确或隐含的规定，而布朗的结论很大程度上是用逻辑推理得出的。因此，布朗大法官最后用充满修辞的语言解释了宪法在这一问题上的空白：

---

[76] Quoted in *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).
[77] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).
[78] Ibid.
[79] Ibid.
[80] See James Bradley Thayer, “Our New Possessions”, supra note 57, p.469.
[81] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).
[82] See Christina Duffy Burnett, “Untied States: American Expansion and Territorial Deannexation”, *The University of Chicago Law Review*, Volume 72, 2005, pp.815-819; Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, pp.233-236.

“在继续讨论本案及类似案件所涉及的问题之前，我们应该回顾以下事实：虽然宪法想要为各州建立起一种永久的政府形式，能够充分利用各州的优势条件，即使面对不确定的未来也不会动摇，但事实上宪法的设计者们却无法预测到未来的众多可能性。各州在不久之前才从与欧洲最强大的一些国家的战争中脱身；因为邦联的失败而灰心丧气，并对建立一个更强大的联盟的可行性深表怀疑。它们的领土被限制在大西洋沿岸北至加拿大，南抵佛罗里达的狭窄地带上，以及阿勒格尼山脉（the Alleghenies）之外的一些边界不明确的领地上——对我们充满敌意的印第安部落与各州争夺这些领地的主权，据很多人说，这些部落还得到了英国的支持，而这些印第安部落从来都不会用缔结和平条约的方式解决领土争端。密西西比河之外的广大领地，之前都被法国占有，在 1762 年之后属于西班牙，但后者仍是一个强大的国家，并拥有西半球的很多土地。在这些情况下，是否应该将这些领地合并入联邦并未成为一个值得讨论的问题，这一点都不奇怪。因为很多州对联邦的强烈反对，将各州结成联盟的任务十分艰巨，宪法的制定者们集中了全部精力去找寻克服这些障碍的方法。他们仅用了一个条款便打发了关于领地的问题，并且，该条款只适用于当时已经存在的领地，授权国会去治理和处分它们。……如果宪法的制定者们在深思熟虑后发现获得其他领土是可能的，如果有人能预见到仅在百年之后，我们就注定能取得大西洋和太平洋之间的广阔土地，甚至能取得俄国在美洲占有的领地及太平洋上的遥远岛屿，那么没有条款为这些领地做出规定的情况就不会出现了，而宪法的效力是否能扩展到这些领地的问题肯定也早就解决了。”[83]

在布朗大法官看来，联邦宪法在取得并治理新领土的权力问题上的空白，只是一个无可厚非的疏漏。换言之，国父们绝不会阻止美国走上这条“帝国之路”，而任何符合美利坚合众国利益的扩张都一定能得到宪法制定者们的支持。

至此，布朗大法官突破了斯科特案确立的原则，为“美利坚帝国”扫清了法律上的障碍，将取得和治理领土的权力完整地交给了国会，而他的推理过程被称为“扩展理论”（Extension Theory）。[84]

(三)共和国的包袱：“契约理论”

布朗大法官的法律意见遭到了最高法院的 4 名反帝国主义者的反对——富勒首席大法官撰写了一份少数意见，哈兰大法官、布鲁尔大法官（Justice Brewer）、佩克汉姆大法官（Justice Peckham）也在上面署了名；除此之外，哈兰大法官还单独撰写了一份异议。反对派认为，布朗的判决结果和法律意见至少在两个问题上违背了美国共和制度的基本原则和精神。

首先，在反对派的大法官们看来，布朗的“扩张理论”实际上是一种“完全超越宪法的政府权力理论”（a theory of wholly extra-constitutional governmental power）[85]——在某种意义上，布朗自己也承认，对总统和国会来说，他的理论有可能提供了行使专制权力（arbitrary power）的空间，而这很可能“与一个自由政府的根

[83] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

[84] Owen Fiss, *History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910*，supra note 13, pp.236-240.

[85] Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 13, p.8; Simeon E. Baldwin, “The Constitutional Questions Incident to the Acquisition and Government by the United States of Island Territory”, supra note 58; Carman F. Randolph, “Constitutional Aspects of Annexation, Part First”, supra note 58.

本原则冲突”。[86]富勒大法官和哈兰大法官在反对意见中详细的论证了这一点。富勒援引了“马伯里诉麦迪逊”（Marbury v. Madison），指出该案确立了一个原则，即美国联邦政府是有限权力政府，政府权力只能在宪法所规定的边界内行使。根据马歇尔大法官（Justice Marshall）的论述，该原则基础在于，联邦政府是由美国人民建立的，是人民的代理人，因而只能行使人民通过宪法授予的权力。一直以来，联邦最高法院都没有质疑过该原则。因此富勒认为，宪法的限制是在为政府权力划定边界；相应的，人民授予其代理人，即联邦政府的权力不会“随着权力行使范围的扩张而扩大”，[87]即使是美国与西班牙之间的条约（《巴黎条约》）也不能扩大国会的权力。为此，富勒还引用了库里法官（Judge Cooley）的话：

“宪法绝不会向条约或其他法案妥协；在理论上，它也不会随着时间或情势而变化。它只在自己允许的情况下被修订；因为它是‘统治者和人民共同的法律，在战时与和平时期都一样有效，在任何时候、任何情况下，其保护的范围都及于所有阶层的人’，即使是出于所谓巨大危机之下的必要，宪法的原则也不能被搁置。‘在认为宪法的任何规定都可以因为政府面对的任何重大紧急情况下而被悬置的观点，是人类智慧所能创造的所有事物中最为有害的一个。’”[88]

富勒甚至激烈地谴责道：“坚持相反的观点就是在颠覆我们宪法的根基，甚至在后果上，会让‘联邦政府是由州创建，而非由人民创建’的观点重新抬头”。[89]对于布朗将宪法在新领土治理问题上的疏漏，富勒也提出了相反的看法，坚持认为“宪法是为未来制定的，宪法睿智的制定者们非常清楚他们所从事的事业将会有多么光明远大的未来”，[90]而布朗对宪法的解释无疑是恣意妄为的，因为“政治理由不是司法解释原则的必需品”。按照流行的归纳，富勒等反对派法官认为在美国的共和原则下，“宪法必须跟着国旗走”，任何相反的观点都是对联邦宪法及美利坚合众国精神的违背。

第二，对于如何处置新领地，布朗大法官没有直接适用联邦宪法，因此这些领地的地位及其与合众国之间的关系取决于国会的自由裁量，换言之，波多黎各等海外领地的地位完全变成了国会的决断问题。尽管布朗为这一决断提供了某种可能的标准，例如“种族、宗教、风俗、法律、税收方式及思维模式”，[91]但他的结论仍旧不能获得少数派法官们的认同。如前所述，“共和国”包含了某种普遍主义的因素，这种普遍主义倾向于忽略“差别”，因为“社会契约”建立在普遍的人类天性上，而无需建立在某个民族特定的传统上[92]——这些“差别”正是布朗所提供的标准。在反对派看来，某一块土地及其人民是否是共和国的一部分，不依赖于标准和判断，而只需要进行一次决断。尤其是在宪法第十三和第十四修正案取消了对黑人的歧视后，这些基于种族等标准的判断显得越发不合时宜。但必须注意的是，在富勒法官等人所坚持的共和国传统中，“国旗”和“宪法”是一体的，因此这个决断只可能发生“一次”。而在道恩斯案中，是否让波多黎各加入美利坚合众国的决断，在《巴黎条约》签订时就已经作出了。按照哈兰大法官在另一篇异议

[86] “an exercise of arbitrary power inconsistent with the underlying principles of a free government”, *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).
[87] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.
[88] Quoted in *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.
[89] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.
[90] Ibid.
[91] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).
[92] 参见霍布斯：《利维坦》，同注 1。

中的说法：

“某个特定种族是否应当与我们的人民融合……在决定是否缔结取得领土的条约时，这些问题就应当被考虑。在取得领土的过程中犯下的错误——虽然在当时看来取得该领土似乎是必要的——不能成为违反宪法，或拒绝让宪法条款发生效力的理由。宪法不会因为我们历史中某些特殊的危急情况，而被选择性地遵守或不遵守。……通过割让，某片土地一旦被完全取得，宪法就必然变成这片新领土的最高法律，政府的任何部门都没有被授予与宪法条文不一致的权力。”[93]

显然，在哈兰看来，将“宪法”与“国旗”分离的后果，比将宪法完整地适用于波多黎各的后果严重得多：后者最多只是有损于美国的现实利益，而前者却动摇了共和国的根基。而富勒法官更进一步指出了布朗判决结果可能带来的现实危害：一方面，根据布朗的法律意见，国会就有权让波多黎各等新领地，及未来可能获得的新领土在长短不确定的时间段中持续处于一种暧昧不清的状态，“就像脱离了躯体的影子一样”；[94]另一方面，由于对各州货物征税的权力，与对波多黎各货物征税的权力同样来源于宪法，而布朗的判决书却允许国会的征税权脱离宪法的约束，如此一来，“征税的权力中便蕴含了破坏的权力，并且关税的征收会影响政府管辖范围内所有地方的所有人民”，[95]在逻辑上，“国会甚至可以完全禁止州与领地之间的贸易，或者在某一领地制定某种税收规则而在另一领地制定另一种完全不同的规则”。[96]

另外，布朗的判决书似乎还伤及了“共和国”的骄傲与纯洁性：因为布朗的判决书实际上建立了一种双重结构，即一个由宪法约束的政府——这是美国的荣耀；以及另一个“由国会维系，独立于宪法之外，像世界上的其他国家那样行使权力”的政府，[97]——这意味着美国共和制度的堕落，意味着“新世界”在向欧洲这个“旧世界”低头。[98]对此，哈兰大法官言辞激烈地写道：

“我们这个国家处于在一部成文宪法统治之下，宪法是这片土地上的最高法律，也是我们的政府及其任何分支或机构的唯一权力来源。君主制政府和专制政府是不受成文宪法约束的，他们对自己的新领土采取的许多行为，是我们的政府在遵守我们的基本法的情况下做不到的。相反的观点即是承认，国会可以通过宪法之外的行动，将一个君主制政府下的殖民体系嫁接到我们的共和政体上。显然，这一结构是宪法之父们无论如何都不可能认同的。如果宪法文本包含了任何一个可能暗含这种结果的字眼，那么它绝不可能被合众国人民所接受。”[99]

在对布朗大法官的判决书进行批判之后，反对派提出了自己的观点：在他们看来，虽然联邦宪法条文中交错地使用了“各州”“领地”“合众国范围内”等不同的词汇，但根据美国的建国原则及宪法的精神，美利坚合众国的宪法和主权是统一的，所有处于美国主权之下的土地和人民，也都处于宪法的平等保护之下。在波多黎各这一个案中，波多黎各岛的新主人是美利坚合众国，“一个拥有有限权力

[93] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Harlan Dissenting.
[94] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Fuller Dissenting.
[95] Ibid.
[96] Ibid.
[97] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Harlan Dissenting.
[98] 参见本文第二部分
[99] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Harlan Dissenting.

的合宪的政府”，因而没有任何理由不将联邦宪法中的“关税统一条款”适用于波多黎各与美国本土的贸易。由此，反对派法官们认定《富瑞克法案》中对关税的规定违反联邦宪法，是无效的。富勒大法官和哈兰大法官的推理过程，来源于“社会契约”理论，因此被法学界称为“契约理论”。[100]

然而无论如何，在这场帝国与共和国的交锋中，“契约理论”败给了“扩展理论”，至少在判决结果上如此。

四、 永恒的共和国与变动的帝国

(一)中间地带

在道恩斯案中，帝国主义者们赢得了胜利，至此“帝国主义策略”在行政、立法、司法部门都获得了支持。然而，美国是否就此抛弃了共和原则，而走上了帝国的道路，却是个问题。20 世纪以来，尽管美国的全球扩张愈演愈烈，“美国正在变成专制的帝国”“美国的共和制度正在败坏”的声音也不绝于耳，但事实上，美国却处于某种中间地带。一方面，美国国内的共和制度似乎依然充满活力，并仍旧被其他国家的许多学者作为自由、平等、民主、法治和宪政的典范；另一方面，虽然美国在本土外的扩张行为被许多国家指责，但美国人却常常看不到或不能理解这些负面反应，相反，许多美国人深信“美利坚帝国”的建立只是无心插柳的结果，甚至是处于某种责任，而这个伟大的帝国将领导全球，建立一个自由平等的新世界。[101]

同样的，而当我们搁置“帝国”与“共和”的路线之争，更细致地分析道恩斯案的判决书，就会发现，“扩张理论”和“契约理论”看起来水火不容，但实际上无论是案件的多数派还是少数派，都在一些关键问题上含糊其辞。

一方面，少数派对布朗判决书的反驳可以说是站得住脚的。而奇怪的是，布朗不仅没有直接批评少数意见的理论基础，还反倒作了许多看似多余的解释。首先，布朗区分出了两种宪法条款，其中一种是涉及“自然权利”，而这种条款的效力不受时间和地点的影响，也就是说，在波多黎各等新领地也一样有效。这些“自然权利”包括“持有及表达自己的宗教观点的权利，或依据自己的良心信仰上帝的权力；享有个人自由和财产的权利；言论和新闻自由；获得法律的公正审判、正当程序及平等保护的权利；免受不合理搜查、掠夺、残忍和非常规处罚的权利，以及其他对于一个自由政府来说必不可少的权利”。[102]虽然布朗没有详尽完全地列举出宪法中的此类条款，但他无疑也不认为国会对波多黎各的立法权是“绝对的”或应该是“绝对的”。其次，布朗承认这些权力也有可能被滥用，然而为了打消反对派们的担忧，他指出，“人类的智慧尚未设计出一种完美的政府形式”，[103]即使是受到宪法限制的权力也有被滥用的可能，但“如果国会胆敢冒险，公然地为某种私利进行立法，那么它马上就会受到人民的斥责”[104]——这一表述的背后，显然有人民主权理论和社会契约理论的影子。最后，他指出，国会为波多黎各制

[100] Owen Fiss, History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910，supra note 13, p.235.

[101] 参见托马斯·F·梅登：《信任帝国》，同注 9。

[102] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

[103] Ibid.

[104] Ibid.

定专门的法案而没有直接适用宪法对其进行治理，完全是为了波多黎各的利益：如果将宪法完全适用于波多黎各，该地区也就被纳入了美国本土的税收体系，印花税、执照、其他财产税以及其他相关各种制度都也都将被应用到了这些领地，而对波多黎各人来说，这些税负“都是不堪忍受的负担”。[105]虽然“平等保护”是否支持多波多黎各等领地的“优待”还值得商榷，但布朗以上的论述至少表明了他的态度：他并不想抛弃或推翻美国的共和制度与原则。

另一方面，布朗判决书也不是没有理由的——因为“海岛案”中最要命的问题在于，最高法院只管得了宪法的适用，却管不了领土的扩张。联邦最高法院固然可以宣布立法违宪，但面对战争、条约和领土取得这些问题，司法的被动性和滞后性却让最高法院无可奈何。纵观两篇异议，少数派的主要观点只及于问题的后半部分：如果领土扩张或取得新领土已成为事实或必然的趋势，那么美国主权的延伸必须伴随着联邦宪法的延伸，国旗所到之处，宪法皆可适用。无论是富勒还是哈兰，都既没有否认《巴黎条约》，也没有质疑总统和国会取得新领土的权力。如果富勒和哈兰将其反对意见建立在“社会契约理论”之上，他们也就必须面对该理论中带来的另一个问题，即新成员或新领土的加入是否可以要求，或者在何种程度上对社会契约进行更新。无论是在理论上还是在效果上，新领土的取得与取得后的治理是无法截然分开的连续的过程。总统和国会在取得新领土的问题上“犯下的错误”不会因领土取得事实的实现而终结，其后果必然会延续到治理新领土的过程中。[106]而具体到“海岛案”，少数派无法避免的难题在于：在领土取得阶段造成的错误或隐患是否可能颠覆美国的共和制度。对此，反对派法官们选择了沉默。在这一点上，布朗大法官的态度无疑更为勇敢和务实：

“在一些情况下，大政治实体对小政治体的自然吸引，或是一场胜利的战争，都可能成为一些条件，让获得并合并偏远地区的土地变得可欲。而如果这些土地上居住着外来种族，其宗教、风俗、法律、税收方式及思维模式都与我们的不同，那么根据盎格鲁-撒克逊原则所设立的行政及司法体系，在一段时间内很可能无法运转。这马上就带来了一个问题：为了让我们自己的理念最终在这些领地上实现，将宪法之下自由政府的的恩惠扩展到这些领地上，即使在这段制度无法正常运转的时间内，我们是否也不能做出让步？”[107]

当然，哈兰法官固执地反对这种“让步”，而没有直面布朗的疑虑。但由于在理论和逻辑上回避了如此关键的问题，他终究只能将共和国的平安寄托于总统和国会的明智——而这种态度，又何尝不是另一种尴尬和妥协？

实际上，在“道恩斯诉比得维尔”案中，无论是多数派还是少数派，都没有彻底地穷尽和坚持自己的原则，既没有单纯地选择“帝国之路”，也没有单纯地选择“共和之路”。相反，富勒法院的法官们像现实中的美国一样，游走于某种中间地

[105] Ibid. 另外，为了说明将宪法适用于波多黎各将损害当地人民的利益，布朗大法官还接着引用了参议院负责富瑞克法案的委员会对波多黎各到的研究报告。该委员会在对事实进行了仔细研究后发现：波多黎各岛上的产业背负了约 30,000,000 美元的私人债务；该岛各从来没有税收系统征收财产税，如果要引入一个税收系统并获得稳定的税入，可能需要花费两年的时间；当地的税入主要来源于进出口关税，如果将美国的税法适用于该岛，当地许多人的利益将受到毁灭性的打击。该委员会判断，如果在波多黎各征收和国内一样的税，当地人可能会因为实在无法交税而大规模地违反税法，而这些违法行为甚至会多得根本检举不过来，更重要的是，如果出现这种情况，税收问题就会损害甚至摧毁波多黎各岛与美国的友谊，以及当地人对合众国的良好意愿和期望。Quoted in *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

[106] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), Harlan Dissenting.

[107] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

带，羞羞答答地选择了某种“折中说”。而迫使他们作出妥协和折中的动机，才是道恩斯案中最重要的问题。

(二)不可突破的底线：内战与国家统一

在判决书中，布朗大法官谨慎地写下了这么一段话：

“对于是否应该取得这样或那样的领地，爱国而明智的人们往往会有分歧，但这仅仅是一个政治问题。我们只能对案件的另一个方面做出判断：宪法文本及其解释都表明，国会针对每一个个案权衡利弊。对首席大法官马歇尔所谓的“美利坚帝国”的发展来说，任何一个判断的失误都可能是致命的（fatal）。”[108]

而这个“致命的问题”，就是领土边界的模糊性与不稳定性，以及盘旋在美国上方的分离主义的幽灵。[109]

理论上，美国的共和制度的自由主义特质造就了其变动的地理边界，同时孕育了分离主义的种子。[110]实践上，自建国以来的美国历史也包含了无数分离主义的尝试。首先，美利坚合众国就是在脱离中产生的。其次，美国革命最初并没有建成一个国家，而是造就了十三个国家。由此而来的，就是建立联邦的痛苦过程。1777 年，十三个殖民地决定成立联邦政府，并起草了《邦联条例》，但由于对西部新领土的争夺，建立统一政府的计划几乎流产；[111]《邦联条例》最终有惊无险地生效了，但最终却被证明是一个失败的构想；为了建立一个更稳固、更强大的联邦，联邦党人试图制定了一部新宪法，而这部新宪法与《邦联条例》一样来之不易；[112]最要命的是，1787 年的《美利坚合众国宪法》的通过，并没有将北美的土地和人民紧密地、不可分割地粘合在一起。联邦党人和反联邦党人的竞争持续到了《联邦宪法》生效后，而联邦党人的构想是通过“马伯里诉麦迪逊”“麦卡洛克诉马里兰州”等案件才逐渐被确立为宪法原则的。同时，“联邦主权”虽然成为了宪法原则，但它还远没有落实在美国人的意识中。在很长的一段时间内，“合众国”（the United States）通常被用来指代所有的州——就连美国国父之一的汉密尔顿（Hamilton）在论及联邦时也是这样写的：“The United States are a young nation”。[113]而直到内战结束，“the United States”后的动词，才由复数的“are”，变为了单数的“is”。[114]而随着边疆的不断向西推移，由于各州对新领土的争夺，内战前的联邦曾遭遇过多次重大危机。为了挽救联邦，国会不断在各州高度分裂的立场上折中，形成了如“密苏里妥协”、“1850 年妥协”等著名的妥协案。[115]用历史学家的话来讲：

---

[108] Ibid.

[109] 参见丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 21，第 527 页。关于分离主义的研究很多，在此不一一介绍讨论。See Lee Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation,” Yale Journal of International Law Vol. 16, 1991.

[110] 参见本文第二部分。

[111] 参见本文第二部分。

[112] 参见丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 20，第 517—526 页；See Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, supra note 19, pp. 95-140.

[113] Papers of Hamilton, quoted in Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, supra note 19, p. 184.

[114] Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, supra note 19, p. 184

[115] 丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 20，第 550—552 页；雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 42，第 233—259 页；See Esmond Wright, *An Empire for Liberty from Washington to Lincoln*, Blackwell Publishers, 1995, pp. 408-416.

“在内战前的四十年中，国会简直是一个‘联邦拯救’机构，或者可以说是一个‘帝国拯救’机构，它将自己的精力花在制定那些使西部居民成为东部斗争工具的‘妥协案’上。”[116]

但这些伟大的妥协不仅没有化解各州的分歧，反倒是带来更大的问题。这些妥协案没有在意见上“折中”，而是在地理上“折中”，并由此将立场的分裂与地域的分割更紧密地结合在了一起。“密苏里妥协”就是这样一个失败的例子。为了协调南北双方在奴隶制存废上的分歧，国会却非常讽刺地划了一条地理的界限，而地理上的区隔无疑更容易使分裂成为可能。[117]一旦带着这个问题再次审视斯科特案，就会发现美国内战前的坦尼法院正面临着巨大的危机。事实上，如果把维护联邦、阻止分裂趋势作为目标，坦尼法院在斯科特案中的判决是无可厚非的：“占山为王”“各自为政”终究不是办法，唯一的选择只能是统一认识、统一立场。在这个意义上，斯科特案判决的思路，与内战后的宪法修正案是一致的。但最高法院的力量显然不足以扭转分裂的局势。这场危机终于被奴隶制问题引爆了。

“分裂之家不能持久”的呼吁没有阻止内战的爆发，无数美国人在葛底斯堡留下的鲜血才最终将美国本土的土地和人民结合为了一体。毕竟，仅靠机会主义和宪法文本无法让一个国家“持久的存在下去”（long endure），[118]因为国家最终是靠牺牲建立的；[119]幸运的美国人“不会永远逃得了沙文主义的代价：为了缔造国家而以仇恨和鲜血支付的代价”。[120]南北战争用鲜血祭奠了联邦宪法，在合众国宪法中植入了一条真正意义上的“反分裂国家原则”，或“国家统一原则”：无论多大的制度分歧、理念分歧或权利诉求，都不能提出任何“领土要求”，而只能通过党派斗争或权利运动的方式寻求解决之道。[121]由此，南北战争奠定了美国本土的疆界，让这个“大共和国”获得了持久的力量，真正地成为了“永久的联邦”（permanent union）。[122]

在很大程度上，富勒法院是被美国内战“鲜活而惨痛的记忆”塑造起来的，[123]而这条用美国人的生命铸就的“国家统一原则”，就是他们绝不愿突破的底线。不幸的是，这条不可突破的底线似乎刚刚被划定，美国就进入了或者说被“卷入了”新的隐患，即波多黎各等新领地。这些在地理上远离美国本土，在种族、文化和生活方式上与美国迥异的领地被放置到了美国的主权之下。在无法预见的将来，只有上帝知道这些领地是否会以某种理由要求脱离美利坚合众国的管辖。[124]在许多年后，古巴和菲律宾的确在轰轰烈烈的“民族解放运动”中宣布了独立。美利坚合众国的国旗被插到了海外的新土地上，于是共和国的边界又重新变成了一个说

[116] 丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 20，第 551 页。

[117] 参见本文第二部分。

[118] 亚伯拉罕·林肯：《葛底斯堡演说》。

[119] See Paul W. Kahn, *Sacred Violence: Toture, Terreor and Sovereignty*, The University of Michigan Press, 2008.

[120] 丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 20，第 527 页。

[121] 黑人争取自由和平等地位的斗争一直在继续，但在内战后，即使是最激烈的斗争，也只表现为民权运动，而不再包含领土要求。

[122] 乔尔·巴洛在 1787 年 7 月 4 日的演讲，转引自丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 20，第 545 页。

[123] “a recent, violent memory for many Americans”, Owen Fiss, History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910，supra note 13, p. 230

[124] See Owen Fiss, History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910，supra note 13, p.236.

不清的问题——如此一来，我们就不难理解，为什么在布朗大法官眼中，领土扩张问题上的失误有可能是“致命的”。

这个“致命的”问题随即就通过“海岛案”来到了富勒法院的法官们面前。然而“国家统一原则”不是可以在任何地点任何时刻随意使用的“万精油”。一方面，“反国家分裂”更像是政治原则而非宪法或法律条款，因此在处理“法律问题”时应当尽可能地回避。另外，从根本上讲，这条用血的代价书写的原则是特殊主义的，要求区分“敌人和朋友”“我们和他们”，在很多情况下，是由美国充满特殊性的历史支撑的，而不像自由主义原则一样能够普遍适用。更棘手的是，随着国力的不断增强，美国国际地位的提高将会使美国对国际事务的参与越来越深——在这种趋势下，“道恩斯诉比得维尔”绝不会是孤案，[125]在这种情况下，最高法院的法官们即使想要“头脑清醒地对付或糊弄过去”了，[126]也必须得花费不少心思。因此，既为了处理眼前的案件，也为了尽可能地消除未来的隐患，最高法院必须用某种法律技术再次确认共和国的边界。

(三)共和国的边界：地理、历史与“合并理论”

实际上，“道恩斯”案最关键的问题并不是“道路的选择”——这个问题的答案其实非常清楚。无论是少数派还是多数派的法官，都不会允许美国（至少是美国本土）变成帝国。但在这个前提下，两派都必须尽可能地确保来之不易的共和国不会因当时或未来的扩张而再次经历剧烈的动荡。

从这个视角来看，少数派的法官们试图将联邦宪法完整地扩展到波多黎各，让波多黎各等新领地成为“美利坚合众国”的一员。但如上所述，让美利坚合众国所有的州和人民成为不可分割地整体的，不仅是联邦宪法，更是美国内战。“反分裂原则”似乎不太可能跟随《美利坚合众国》一同来到这些新领地。同时，按照多数派法官的意思，波多黎各、古巴等领地与美国各州拥有同样的政治和宪法地位，但这似乎太一厢情愿了：对美国来说，本土各州和海外领地本来就是不同的；另一方面，这些海岛也不一定愿意成为美利坚合众国不可分割地一部分。在不可预见的将来，一旦这些领地要求脱离联邦，那么无论怎么处理都会显得尴尬和怪异。毕竟，国家的边界绝不是随便划出的。对绝大多数土地而言，并不是插上美国国旗并适用联邦宪法，就可以宣称“不可分割”。谦逊地说，最终的结果很可能由不得美国人——如果想要统一就能统一，想不分裂就不分裂，那么“独立运动”“分离运动”“国家统一”与“反分裂”等问题就让许多国家头疼不已了。

多数派法官们则选择了更务实的思路：他们考虑的不是如何将“反分裂原则”适用于波多黎各等新领地，而是如何划清本土各州与新领地之间的界限，从而守住美国本土的边界和底线。

但很可惜，布朗大法官的判决书没能抓住重点。布朗将“道恩斯”案的问题概括为了“宪法的有效性和适用范围”，并区分了联邦政府的“两种权力”以及宪法的“两种限制”。这实际上是创造了“两部宪法”，而正如富勒和哈兰法官所指出的，这种推理的缺陷太过明显，很容易被认为违背了美国的共和原则。更重要的是，布朗判决书没有正面处理“领土边界”问题，除了表达出对这些拥有“种族、宗教、

[125] 虽然“孤立主义”是美国外交政策的一贯原则，但美国的政治精英一直很清醒地认识到自己的国家不可能独善其身。参见罗伯特·卡根：《危险的国家：美国从起源到 20 世纪初的世界地位》，同注 9；托马斯·F·梅登：《信任帝国》，同注 9。

[126] 苏力：“《波斯纳文丛》译序”，载理查德•波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版。

风俗、法律及思维模式”的遥远领土的担忧，[127]布朗始终没有明确本土各州与海外领地到底有什么不同。

多数派中的另一位法官，怀特大法官为本案撰写了一份附议。在这份附议中，怀特法官创造了一种被称为“合并理论”（Incorporation Theory）的新理论。[128]怀特大法官的意见，得到了除布朗以外的所有多数派法官的支持。而在之后许多相似的判决中，“合并理论”最终获得了全面胜利。[129]

首先，怀特大法官对反对派的意见归纳如下：

“合众国政府被授予了取得（acquire）领土的权利，而宪法的所有条款在适用于新获得的领土时都是有效的，因为一经取得，这些领土就被完全地合并进了联邦（incorporated）”。[130]

怀特将这种观点称为“立即合并说”（immediate incorporation），而他的附议就建立在对“立即合并说”的分析和批判上。

怀特将新领土问题分为了两个阶段，其一是新领土的“取得”，其二是取得新领土后的“治理”。按照“立即合并说”，第二个阶段是第一阶段的必然结果——“取得”（acquisition）本身就产生“合并”（incorporation）的效果。怀特虽然没有定义什么是“合并”，但他却给出了“被合并”状态的范例——美国本土的各州。于是，怀特将富勒等人的异议转换为了以下观点：“某块土地一旦被取得，就必须被给予州的地位”。[131]这意味着美利坚合众国主权下的领土只有一种类型，“领地”与“州”的区别只是名义上的。

而这显然与美国长期以来的领土扩张实践不符。对此，怀特举出了建国初期弗吉尼亚州割让西北准州（the Northwest Territory）的例子。弗吉尼亚州同意将西北准州让与联邦政府后，国会于 1787 年通过《西北准州法案》（the Northwest Territory Act），为西北准州建立政府。按照该法令的规定，“上述领地及随后可能建立的州，从此以后都将是美利坚合众国邦联的一部分，受到邦联条例，及其以合宪方式所做的修订的约束，受到联邦国会制定的法案和规章的约束……自此，准州的居民承担缴税的责任，按合众国的分配规则缴纳税款，以支付他们在公债和政府开支中相应的部分……准州范围内废除奴隶制”。[132]怀特还列举出列举加利福尼亚、密西西比，路易斯安那、佛罗里达等例子，在取得这些领土后，国会都通过了特别立法，对其与联邦政府的关系作出规定。[133]按照“立即合并说”，一旦被美国取得，这些新领地就获得了州的地位，它们与美国的关系也就由联邦宪法确定下来了。如此一来，国会针对这些领地所指定的法案，就纯属多此一举，而宪法赋予国会的许多权力，也由此被取得领土的权力（波多黎各岛是通过条约

[127] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901).

[128] “合并理论”最早是 Lowell 教授在一篇文章中提出的，而怀特大法官在附议中使用并完善了这一理论，最终让它成为最高法院的先例。See Abbott Lawrence Lowel , “The Status of Our New Possessions: A Third View”, *Harvard Law Review,* Vol. 13, No. 3, 1899; Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 13.

[129] See Owen Fiss, History of the Supreme Court of the United States: Troubled Beginning of the Modern State, 1888-1910，supra note 13, PP. 246-252; Christina Duffy Burnett, “Untied States: American Expansion and Territorial Deannexation”, supra note 75.

[130] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), White Concurring.

[131] Ibid.

[132] Quoted in *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), White Concurring.

[133] Ibid.

割让取得的，因此在道恩斯案中，取得领土的权力体现为缔约权）架空了：

“如果缔约权意味着将外来土地纳入联邦的权利，那么国会——合众国人民的代表——将变成什么，宪法所赋予它的功能又还剩下什么呢？即使众议院很可能不愿意将某些外来种族纳入联邦，它对业已形成的结果也无能为力；所有授权国会管理贸易、征税（宪法规定，关于征税的法案只能由众议院提出）、制定在合众国境内统一适用的归化条例的宪法条文，都会因为缔约权的行使而变得毫无意义。而美国人民在未来也无法对其后果——合并（incorporation）——再享有支配权，或进行补救，因为在条约缔结的一瞬间，外来领土就被立即合并进了联邦，任何纠正或改变都是奢望”。[134]

具体到道恩斯案，如果宣布《富瑞克法案》关于关税的规定无效，那么该法案中不同于联邦宪法的所有规定都无效，甚至连该法案本身都毫无意义——而反对派法官们显然不这么认为。

另一方面，怀特指出，“立即合并说”不但架空了国会的其他权力，同时也妨碍了缔约权等领土取得权力的行使。怀特认为，在很多情况下，国家取得新土地并不是为了扩张其宪法和制度的适用范围，而是出于其他目的。例如，美国可能会因为建立海军基地而需要取得某个岛屿，也可能为了某条重要的运河而需要取得运河两岸的土地，但这些土地上的居民却很可能不适合或不愿意成为美国公民，生活在美国的宪法之下。[135]然而根据“立即合并说”，美国只有两种选择：第一，放弃这些土地——这会使“美国在国际大家庭中处于不幸的地位”，[136]因而绝不是宪法的设计者们希望看到的结果；第二，取得这些领土，并强制性地、不可逆转地将这些土地及其居民放置在联邦宪法下——这不仅可能违背当地人民意愿，还有可能“摧毁（合众国的）政府结构和宪法原则”。[137]这样一来，“立即合并说”扭曲了领土取得权，让它变成了最无力却又最不受约束的权力。

怀特认为，“领土的取得”与“领土的处置”是两回事，“领土取得的权力”与“处置领土的权力”在严格意义上也是相互独立的。因此，根据“对宪法及其精神的正确理解”，[138]“州”与“领地”有着实质意义上的区别，前者是“被合并的领土”（incorporated territory）；后者是“未被合并的领土”（unincorporated territory），“在国际法层面不是外国……但在国内层面，却仍然是外国”。[139]而这些“未被合并的领土”与联邦的关系，由国会决定；在未经国会明示或默示同意的情况下，取得领土的权力不能将外来领土合并进合众国。

最后，怀特回到波多黎各到这个具体案例。他审查了《巴黎条约》和《富瑞克法案》，而没有发现任何将波多黎各“合并”到合众国内部的承诺或暗示。因此，怀特得出了结论：联邦宪法的“关税统一条款”不适用于波多黎各，《富瑞克法案》的相关规定有效。

但值得注意的是，怀特大法官回避了一个重要的实质问题：波多黎各等海外领地，与西进运动时期的领地或“准州”是完全不同的。这需要回到怀特法官提过的《西北准州法令》。《西北准州法令》不仅仅是在为新领地立法，实际上，该法

[134] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), White Concurring.
[135] Ibid.
[136] Ibid.
[137] Ibid.
[138] Ibid.
[139] Ibid.

令是在规定准州（territories）从受国会的全面控制到最后成为在联邦内拥有平等地位的新州所必须经历的几个阶段。它建立了一种范式，即“从专制的殖民统治到自治和重归国家管理的可预见的进程”[140]，而这一范式正是西进运动时期美国的国家发展方式。[141]从《西北准州法令》到美国内战，所有的新领地都无一例外地被承诺成为联邦的一部分，因而从“领地”变成“州”只是一个时间和程序的问题。但当波多黎各等岛屿被割让给美国时，美利坚合众国已经完成了国家建构，而不再轻易作出合并的许诺。可以说，它们与美国之间的关系没有任何先例可循，而完全取决会国会：[142]国会或许会让它们成为州，[143]也可能让它们独立，[144]当然也可以无限期地搁置这一问题。[145]看起来，怀特大法官区分了“州”和“领地”，但更准确地说，他区分的是“终究会成为州的领地”，以及“不一定会成为州的领地”。这一区分的背后，是美国历史的两个阶段，前一个阶段以“共和国”的建构为主题，而后一个阶段或许就是真正的“帝国时代”。

怀特大法官隐秘地将美国的历史划为两段，并用历史的界线为美国划出了两条地理的边界。一条边界是共和国的边界，由五十个州和一个联邦直辖特区组成；而另一条边界则是富有弹性的，变动的帝国边界，由美国主权所及却又未被合并的土地组成；前者最终通过内战，构成不可分裂的“永久的联邦共和国”。而对于后者，美国可以采取一种机会主义的态度：根据国家利益、国际局势或“天定命运”，美国能够取得并管理这些土地，并同时保留了分离的可能，一旦情势发生变更——例如当地人民学会自治并要求独立——美国便可以全身而退。[146]

的确，“道恩斯诉比得维尔”等案件为美国的帝国时代开辟了道路，但“合并理论”与“海岛案”的真正意义在于，它们建立起了一套退出机制，[147]为帝国的扩张保留了后路，让这个好不容易建立起来的共和国，免于在扩张的过程中因为内部的分离和瓦解而毁于一旦的命运。如此一来，美国在本土以外的活动能力也会增强——这些活动可能引发情绪性的反应，但不会对本土的共和国造成过于严重的威胁。作为最高法院的法官，他们很难左右美国的国家战略，但他们成功地守住了底线：即使美国不能成为“伟大的帝国”，它至少也是“永久的联邦”，“永久的共和国”。

---

[140] 丹尼尔·J·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，同注 14，第 552—556 页。

[141] 同上，第 553 页；参见雷·艾伦·比林顿：《向西部扩张：美国边疆史》，同注 35，第 274—298 页；see Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic*, *1789—1815*, supra note 13, pp.174-209.

[142] Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 3.

[143] 如夏威夷和阿拉斯加。阿拉斯加于 1959 年 1 月 3 日成为美国第 49 个州；夏威夷于 1959 年 8 月 21 日正式成为美国第 50 个州。

[144] 如古巴和菲律宾。古巴于 1902 年 5 月 20 日成立“古巴共和国”，但美国于 1903 年在古巴租借两处海军基地，至今仍占领关塔那摩基地；而菲律宾于 1946 年 7 月 4 日宣布独立，

[145] 如波多黎各。美国总统福特曾于 1977 年向国会提交《波多黎各立州法》，主张把波多黎各变成美国的第 51 州；里根总统在 1982 年也曾发表声明，支持波多黎各成为美国的州，但均未成功。1993 年 11 月，波多黎各再次就与美国的关系举行全民公决，其中 48%的人赞成保持美国联邦领土地位，46%赞成拥有美国州的地位，4%的人赞成完全独立。See Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 3, “Preface”.

[146] Christina Duffy Burnett, “Between the Foreign and the Domestic”, in Christina Duffy Burnett and Burke Marshall ed., *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion and the Constitution*, supra note 3.

[147] See Christina Duffy Burnett, “Untied States: American Expansion and Territorial Deannexation”, *The University of Chicago Law Review*, Volume 72, 2005, p. 877. (“the Insular Cases of 1901 facilitated American imperialism at the turn of the twentieth century in a counterintuitive way-not by authorizing the extension of empire, but by enabling its retreat.”)

五、 结语：共和国的守护神

美国被认为是现代国家及国家制度的典范之一。然而美国终究不是逻辑和理论，也不是“共和国”或“帝国”的理想类型。相反，它是一个“有血有肉”的有机体，一个由制度、文化、传统、历史和边界共同构成的国家。从“道恩斯诉比得维尔”案可以看出，美国既是共和国，也是帝国。正如怀特大法官所说，存在于“美利坚合众国”名号下的，是“双重意义上的政府理念”。[148]作为共和国的美国，由美国革命和南北战争建立，以五十个州和一个联邦直辖特区为边界，统一于《美利坚合众国宪法》之下；作为帝国的美国，诞生于美西战争，以美国主权在全球的活动范围为边界，游离于联邦宪法之外。通过历史的沉淀、边界的划定，以及联邦宪法及“海岛案”等判例所作出的制度安排，共和国与帝国最终在“道恩斯诉比得维尔”案之后被组合在了一起。其中，共和国是美国的核心，而帝国则在不伤害共和国的前提下，为美国提供了更多的机遇、余地和可能性。尽管不像我们通常想象地那么纯粹，但作为一个国家，美国仍然是非常幸运的。作为共和国，它不仅拥有令许多人向往的自由平等，还成功地克服了党争和分离主义；作为帝国，它的强大让许多国家羡慕，不仅如此，虽然它常常卷入海外战争，但其本土却依旧稳定得惊人。仿佛在杰弗逊充满希望地提出“自由帝国”的时候，美利坚合众国就注定会被上帝保佑。

然而必须明白的是，这种幸运的结合经历了一次又一次的危机和风险——因为关于人类政治社会的每一个美妙构想都有其自身的成本和代价。如果严肃地对待这些理论及其背后的精神和伦理价值，那么在很多具体的事件中，政治家就不能为所欲为，就必须以勇气和智慧去直面政治乌托邦背后的魔咒。或许美国，或者许多人所羡慕的美国之所以幸运，是因为这个国家拥有一群忠诚而智慧的护卫者。“道恩斯”案的法官们珍视自己的共和传统，但不回避其局限和底线，并通过高超的法律技术在在美国宪法之下建立起了另一种独特的帝国结构，既守护了共和国的边界，又为不可预见的未来创造了无限可能的空间。他们既尊重传统，也直面现实；讲政治却不耍流氓。或许，怀特、布朗、富勒、哈兰，以及从华盛顿、杰弗逊以来历代美国政治精英的忠诚与智慧，才是这个“联邦共和国”真正的守护神。

美国的国家结构和建国历程可能无法被完全复制，但和美国一样，每个国家都会因为其独特的价值选择和历史际遇，而遭遇独特的问题。然而，可能只有当一个国家的政治精英真正严肃认真地对待传统的约束、现实的利益和未来的方向，严肃认真地对待自己的文化、法律、历史和地理环境时，它才能得到命运的眷顾，并获得真正的尊严。

[148] *Downes*, 182 U.S. 244, 372 (1901), White Concurring.