

“9·11”事件后美国言论自由案例的新分析路径

吴昱江

摘要：“9·11”事件后，美国立法与行政机关出台并修订了一系列法律和政策以保障国家安全，其中包括限制言论自由的相关条款。在此背景下，涉及美国宪法第一修正案权利保障的案件区分了国家安全与非国家安全相关案例，开辟了围绕国家安全案例展开的全新审判分析路径。在涉及国家安全的言论自由案件中，美国联邦各级法院响应时局之变，与立法和行政机关积极配合，在法律分析过程中作出相应调整，预防性地阻止了很多恐怖主义袭击的发生。而在非国家安全相关的判例中，美国言论自由保护的审判分析路径则没有受到新分析路径的影响，保留了传统的审查标准和先例效力。总体来说，此“二分法”产生了两套平行并内在自洽的审判分析路径，到目前为止有效地服务了平常状态下和受到恐怖主义威胁的两个“美国”。

关键词：美国国家安全；言论自由；分析路径；二分法

[中图分类号] D971.21 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 06-0131-16

引言

2020年1月3日，美国总统特朗普下令并刺杀了伊朗革命卫队指挥官苏莱曼尼。毫不意外，此次刺杀引发了中东地区紧张局势的迅速升级，在国际舆论中也掀起惊涛骇浪。据媒体2020年1月15日报道，苏莱曼尼被刺杀后，美国社交媒体脸书（Facebook）主动删除旗下Instagram上拥护苏莱曼尼的言论，并声明目的是遵从美国政府对伊朗革命卫队制裁的相关规定。^{〔1〕}很快，此举受到了美国法律界的密切关注：多个在美国颇具影响力的法学家一齐发声，主张脸书的行为在已经聚讼纷纭的美国联邦最高法院裁决的Holder v. Humanitarian Law Project案（下称HLP案）的基础上进一步限制了言论自由。哈佛大学法学院教授Laurence Tribe对此评论道：脸书可能错误地把反对特朗普刺杀苏莱曼尼的言论解读成了对伊朗革命卫队及其指挥官苏莱曼尼的间接支持，此举明显违反美国长期以来对言论自由的高度保护，甚至已经侵蚀了HLP案所划定的言论自由边界。^{〔2〕}

【作者简介】吴昱江，清华大学学生部讲师，法学博士。

〔1〕 Bulletin of the Atomic Scientist, *Facebook removes pro-Soleimani Instagram content, calling it support for terrorism. Laurence Tribe says FB has it wrong*, <https://thebulletin.org/2020/01/facebook-removes-pro-soleimani-instagram-content-calling-it-support-for-terrorism- laurence-tribe-aclu-say-fb-got-it-wrong/> (last visited Jan. 15, 2020).

〔2〕 *Id.*

“9·11”事件后，美国联邦最高法院和各州联邦巡回法院在宪法第一修正案相关案件中开辟出了一条新分析路径。这条路径的“鼻祖”即是 Tribe 提及的 HLP 案。从 HLP 案开始，所有涉及美国国家安全的言论自由案件的司法分析路径发生了本质上的转变。笔者剖析了这个新路径背后美国所面临的大环境转变与法官审判逻辑的发展。在涉及国家安全的言论自由保护领域，美国联邦各级法院应对时局之变，与立法和行政机关积极配合，在法律分析过程和实施结果上都作出了相应调整，预防性地阻止了很多恐怖主义袭击。

笔者选择美国作为研究对象主要有两个原因。第一，美国拥有非常丰富的言论自由司法判例，这其中很重要的原因在于，“美国是世界上最早建立司法复核制度的国家”⁽³⁾，同时也拥有相较于其他国家更多司法判例的积累。第二，在研究我国香港特别行政区的言论自由及其边界时，很多学者也将目光投向美国，希望从其丰富的言论自由判例中，探索出一条合法言论与非法言论的边界。⁽⁴⁾笔者希望通过美国言论自由司法制度的研究，对我国香港特别行政区在未来解决类似法律难题提供一些不成熟的思考。

一、美国言论自由案例的两条分析路径

任何言论自由学者对美国言论自由的传统“主线”都不会陌生。这条发端于申克案的言论自由分析框架和逻辑，虽然经历过数次演变、修正甚至对先例的完全推倒和颠覆，但最终尘埃落定，被著名的布兰登伯格案确定了下来。美国联邦最高法院在布兰登伯格案中清晰地划定了合法言论和非法言论的边界。在布兰登伯格案影响下的绝大部分言论自由案例里，美国各级法院均适用了最严格的审查标准来判定限权措施的合宪性。

但在 HLP 案之后，这条分析路径发生了如此大的转变，以至于本文不得不将其定性为一条全新的分析路径。一旦案件涉及美国国家安全，此分析路径即被触发：法院不再考虑适用布兰登伯格先例所确立下来的分析路径，转而适用通过 HLP 案确立下来的新分析路径。这条新路径与传统分析路径有两个最重要的区别：第一，法院的审理逻辑发生了质的转变。由于“9·11”事件后美国国家安全面临的新情况，美国法院不再认为由布兰登伯格案确立下来的保护言论自由的标准可以有效地保障国家安全。在此背景下，法院在审理涉及美国国家安全的言论自由时，一律跳过布兰登伯格先例，直接适用 HLP 先例。第二，法院的审理标准发生了质的转变。美国法院将传统分析路径中对限权措施所适用的“严格审查标准”替换为一般甚至非常宽松的审查标准。

(3) 王振民：《关于香港“司法复核”的若干问题》，载王振民：《“一国两制”与基本法——二十年回顾与展望》，江苏人民出版社 2017 年版，第 335 页。

(4) Fu Hualing, *Past the Future Offences of Sedition in Hong Kong, in NATIONAL SECURITY AND FUNDAMENTAL FREEDOMS-HONG KONG'S ARTICLE 23 UNDER SCRUTINY 217*, see generally (Fu Hualing, Carole J. Peterson, Simon N.M. Young ed., Hong Kong University Press 2005).

（一）美国言论自由案例的传统分析路径

美国宪法第一修正案规定：国会不得制定……剥夺言论自由的法律。⁽⁵⁾从美国言论自由案例的“长河”中我们了解到，第一修正案所透露出的“绝对”口吻并非如此。不管是在言论自由第一案申克案⁽⁶⁾中发展出来的“明显而即刻的危险”原则，还是转变思路后的霍姆斯与布兰戴斯这两位“永恒少数”⁽⁷⁾在亚布拉姆斯案中开始推崇的“言论的自由市场”原则⁽⁸⁾；不管是言论自由学者都耳熟能详的“再全面的言论自由保护也不会允许在剧院里大叫着火了”⁽⁹⁾，还是“给予我们所仇恨的那些思想的自由”⁽¹⁰⁾，这些判例和论述都表明，美国宪法第一修正案对言论自由的保护是全面的但不是绝对的，是高度保护的但有其边界的。但是这个边界是什么，在哪里，以及背后的法律理由，都是争议不休的话题。

后来的故事，跌宕起伏，一波三折，但在 2010 年以前，该争论似乎已经盖棺论定，拥有了一个“完美”的结局。1951 年，在麦卡锡主义的笼罩下⁽¹¹⁾，美国最高法院维持《史密斯法》的有效性，裁定了让后人唏嘘不已的丹尼斯案。⁽¹²⁾但很快，在不到 10 年后的叶瓷案⁽¹³⁾与诺托案⁽¹⁴⁾里，最高法院修订了丹尼斯案的结论，回归了亚布拉姆斯案所确立的结合“明显而即刻的危险”原则和“言论的自由市场”原则的分析路径。然后，在 1969 年，美国迎来了布兰登伯格案。⁽¹⁵⁾美国联邦最高法院的 9 名大法官一致推翻了下级法院对被告布兰登伯格的定

(5) United States Constitution Amendment I: “Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech....”

(6) 9 名联邦最高法院的大法官一致认为，当言论造成明显而即刻的危险时，对这些言论的限制即是合宪的。同样，在另外两个 1919 年 3 月裁定案件里，对煽动性言论的定罪同样得到了以霍姆斯为代表的联邦最高法院的一致维持。See *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919); *Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919); *Debs v. United States*, 249 US 211 (1919).

(7) Anthony Lewis, *Freedom for the Thought That We Hate- A Biography of the First Amendment* 34 (Basic Books 2007).

(8) 霍姆斯大法官在亚布拉姆斯案中延续了他的“明显而即刻的危险”原则，但是，他在此原则中却着重强调了一个非常重要的元素，那就是暴力或非法行为的“迫在眉睫”。霍姆斯在判决书中强调，只有当言论对国家与社会的损害是迫在眉睫之时，法院才应当予以禁止。否则，那些看似让人不适的言论，应该让它们在思想的自由市场中，与其他言论一起竞争，获得听众。在霍姆斯看来，“市场”的力量会自动淘汰掉这个社会所不需要的言论。这就是霍姆斯在此案中推出的非常著名的“思想的自由市场”理论。See *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919).

(9) *Schenck v. United States*, 249 US 47, 52 – 53 (1919).

(10) 这是霍姆斯大法官在 *United States v. Schwimmer* 案的异议判决书中的一句名言。See *United States v. Schwimmer*, 279 US 644 (1929).

(11) Marjorie Heins, *The Supreme Court and Political Speech in the 21st Century: The Implications of Holder v. Humanitarian Law Project*, 76 ALBANY LAW REV. 561, 564 (2012/2013).

(12) 美国联邦最高法院在此案中似乎放松了“明显而即刻危险”原则的要求。法院认为，当政府被推翻的风险非常显著之时，政府不需要去证明这些言论有“迫在眉睫的危险”就可以制裁发表言论者。同时，美国联邦最高法院确认了《史密斯法》的合宪性，进而使得鼓吹暴力推翻美国政府的言论为刑事犯罪。See *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951).

(13) 联邦最高法院在随后 1957 年的叶瓷案与 1978 年的博克斯案中，对申克与丹尼斯案中的观点进行了限缩与修正。联邦最高法院认为，《史密斯法》只可以禁止对具体的暴力行动的主张与提倡，却不可以对抽象的、与具体行动分离的暴力鼓吹采取限制。See *Yates v. United States*, 354 US 298 (1957); *Burks v. United States*, 437 US 1 (1978).

(14) 在本案中，最高法院区分了抽象的煽动性言论和会指向迫在眉睫的具体暴力行为的言论。See *Noto v. United States*, 367 US 290 (1961).

(15) 布兰登伯格在一个集会上向公众宣布，美国的黑人应该被送回非洲，犹太人应该被送回以色列。See *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

罪⁽¹⁶⁾，认为没有证据证明他的种族主义言论是为了煽动迫在眉睫的非法行为，也没有证据证明这样的非法行为很可能发生。布兰登伯格案给后人留下的最重要遗产是划定合法言论边界的“煽动测试”。⁽¹⁷⁾最高法院维持，可以被合法禁止的言论必须同时满足以下两个条件：（1）言论的目的是煽动或产生迫在眉睫的非法行为；（2）该言论很可能导致此非法行为的发生。⁽¹⁸⁾

布兰登伯格就此成为一个经典的指导性先例（controlling precedent）⁽¹⁹⁾，它的生命在后续的案例中得到了延续和成长，特别是在煽动测试定义的进一步完善和明确上。例如，在4年后裁定的赫斯案⁽²⁰⁾里，美国最高法院重申，鼓吹暴力和非法行为的言论是受到美国宪法第一修正案保护的，条件是此言论不会造成迫在眉睫的暴力或非法行为。法院在此案中对布兰登伯格先例中的“迫在眉睫”进行了进一步解释，强调如果暴力或非法行为在几周或数月后发生，则不能满足“迫在眉睫”这一要求。⁽²¹⁾这也意味着，某些言论在未来造成的非法暴力行为不足以作为剥夺第一修正案保护的充分理由。⁽²²⁾在1982年裁定的克莱伯恩案中，法院引用了布兰登伯格和赫斯先例，裁定在没有证据证明言论会直接煽动暴力行为时，言论受到第一修正案保护。⁽²³⁾在20年后的阿什克罗夫特案中，最高法院根据赫斯先例，也再次申明：言论不能因为可能在某个不可预见的未来产生非法行为而被禁止。⁽²⁴⁾很多美国言论自由学者感叹：美国言论自由发展历史的道路是曲折的，但结局是光明的。从申克案开始的美国言论自由发展“主线”的历史，似乎已经终结于布兰登伯格先例，直到2010年的HLP案。

（二）由 Holder v. Humanitarian Law Project 案开启的新分析路径

HLP案是“9·11”事件之后，美国联邦最高法院第一次就言论自由与国家安全冲突作出裁决。⁽²⁵⁾最高法院在2010年宣判HLP案之前，官司足足打了12年，横跨两个世

〔16〕同时，美国联邦最高法院认定俄亥俄州《反工团主义法》违反美国第一以及第十四修正案而无效。联邦最高法院对本案的判决在实质意义上推翻了1927年同样由最高法院裁决的惠特尼案。在惠特尼案中，最高法院禁止了暴力鼓吹进而影响国家政治经济秩序与国家安全的言论。Whitney v. California, 274 US 357 (1927); Brandenburg v. Ohio, 395 US 444 (1969).

〔17〕Dycus, Berney, Banks, & Raven-Hansen, NATIONAL SECURITY LAW 984 (Fifth ed., Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer Law & Business 2011).

〔18〕在这一系列先例中，我们不难看出布兰登伯格案在美国言论自由发展史上是有里程碑意义的。它不仅对以前颇具影响力的先例进行了修正，在很大程度上扩大了美国宪法第一修正案对公民言论自由的保护，并且同时给未来涉及暴力煽动性言论的案件设立了一个明确的标杆。在布兰登伯格案之后，美国法院给予言论自由权的优先保护（preferred position）是毋庸置疑的。

〔19〕Kathleen Ann Ruane, *The Advocacy of Terrorism on the Internet: Freedom of Speech Issues and the Material Support Statutes*, Congressional Research Service R44626, 9-10 (2016).

〔20〕Hess v. Indiana, 414 US 105 (1973).

〔21〕Hess v. Indiana, 414 US 105 (1973).

〔22〕Nikolas Abel, *United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror*, 54 B.C. L. REV. 711, 719-720 (2013).

〔23〕NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 US 886, 928 (1982).

〔24〕Ashcroft v. Free Speech Coal., 535 US 234, 253 (2002).

〔25〕David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 147, 148 (2012).

纪。⁽²⁶⁾ HLP 案所涉及的是《美国法典》第 18 卷“罪行和刑事诉讼”中的两条法律：18 U.S.C. § 2339A 和 18 U.S.C. § 2339B。这两条法律分别禁止了对恐怖主义罪行和恐怖组织的物质支持。⁽²⁷⁾ 据统计，在“9·11”事件后的十年里，这两条法律一共被适用了百余次⁽²⁸⁾，是近二十余年来美国司法部通过预防性起诉打击恐怖主义最重要⁽²⁹⁾ 和最常被适用的⁽³⁰⁾ 刑事法律。

在 HLP 案中，美国联邦最高法院维持了 18 U.S.C. § 2339B 的合宪性，并以禁止对恐怖组织的物质支持为名禁止了 Humanitarian Law Project 对两个组织的培训和法律援助。⁽³¹⁾ 原告和被上诉人 Humanitarian Law Project 是一个设立在美国的非营利性组织，希望对两个被美国国务卿认定为“境外恐怖组织”的团体提供法律援助和培训等帮扶，例如讲授如何使用法律武器在联合国维权，以促进这些组织的合法与非暴力运作。⁽³²⁾ 这是美国联邦最高法院在历史上第一次禁止以合法与非暴力为目的的言论⁽³³⁾，原因是此言论可能会促进未来某个时间段的恐怖袭击。⁽³⁴⁾ 在对这些组织的支持与帮扶中，HLP 都尝试说服它们远离暴力，用和平和法律手段去争取自己的权益。⁽³⁵⁾

HLP 案的重大意义有两个，一是审查逻辑上的，二是审查标准上的。第一，在布兰登伯格先例及其影响的一系列重要判例中，我们看到了最高法院对言论自由的高度保护态度：虽然有些言论有可能在未来某个时间点产生非法或暴力行为，但法院认定，不能因为这个无法量化的可能性而禁止言论。⁽³⁶⁾ 但是，在本案中，联邦最高法院强调的却是，禁止对恐怖组织的（包括纯粹言论在内的）物质支持可以有效降低恐怖袭击成功的概率。⁽³⁷⁾ 最高法院在本案中说明，此物质支持条款的立法目的不是为了惩罚恐怖主义行为，而是为了禁止促进袭击发生的物质支持。⁽³⁸⁾ 第二，最

(26) Katherine R. Zerwas, *No Strict Scrutiny-The Court's Deferential Position on Material Support to Terrorism in Holder v. Humanitarian Law Project*, 37 WM. MITCHELL L. REV. 5337, 5338 (2011).

(27) 在 1993 年世界贸易组织炸弹袭击（1993 World Trade Center Bombings）后，美国国会通过 18 U.S.C. § 2339A，目的是禁止对恐怖分子的“物质支持”（material support）。而在 1995 年的俄克拉荷马炸弹袭击后，美国国会为了降低检方在 2339A 诉讼中遇到的阻力，通过了一个新的“物质支持”条款即 18 U.S.C. § 2339B 和一个指定（designating）境外恐怖组织的条款即 8 U.S.C. § 1189。简单来说，2339A 禁止个人对具体恐怖主义罪行（crimes）的贡献与支持，而 2339B 禁止个人对境外恐怖组织（organizations）的贡献与支持。

(28) Pyetranker, *Innocent, Sharing Translations or Supporting Terror? An Analysis of Tarek Mehanna in the Aftermath of Holder v. Humanitarian Law Project*, 2 NAT'L SEC. L. BRIE 21, 25-26 (2012).

(29) Abdulrahman Alwattar, *The Material Support Statutes and Other Tenuous Relationship with the Constitution*, 20 U. PA. J. CONST. L. 473, 473 (2017).

(30) *Supra* note (26), at 5337-5338.

(31) 在这里，培训和法律援助都属于言论的范畴。

(32) *Supra* note (28), at 26.

(33) 这个裁决结果在美国言论自由历史上前所未有，因为就算回到臭名昭著的丹尼斯案，被告的言论都指向某种暴力行为，尽管可能是抽象的、非具体的行为。但在美国历史上，还从未有过禁止推进合法目的的言论。参见吴昱江：《试论比例原则在国家安全与言论自由平衡下的使用——以美国司法判例为鉴》，《政法论丛》2016 年第 3 期，第 46 页。

(34) *Supra* note (25), at 157.

(35) *Supra* note (25).

(36) *Hess v. Indiana*, 414 US 105, 108 (1973); *Ashcroft v. Free Speech Coal.*, 535 US 234, 253 (2002).

(37) *Supra* note (28), at 40.

(38) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1, 35 (2010).

高法院在 HLP 案中的审查标准,在很多学者看来,偏离了法治原则的要求。⁽³⁹⁾ 更具体来说,最高法院多数意见所使用的“严格审查”标准完全偏离了此标准所要求的最低审查力度,在事实上使得“严格审查”标准名存实亡,取而代之的是一般甚至是极其尊让的审查标准。以下第三和第四部分将分别展开分析这两个重要的转变。

二、新分析路径下法院审理逻辑的转变

(一) 导致审理逻辑转变的原因

其实早在申克案中,美国联邦最高法院即透露出了一条对未来几十年美国司法界都影响深远的见地,那就是:在平常状态下所能被容忍的行为与言论,在一个国家经历战争状态时,便可以变为非法。⁽⁴⁰⁾ 在这里,美国最高法院使用了一个二分法逻辑,区分了国家与社会所可能处于的两种形态:平常状态与战争状态。但是,此二分法在经历惠特尼⁽⁴¹⁾ 和丹尼斯⁽⁴²⁾ 等“冤案”后,在诺托案⁽⁴³⁾ 和布兰登伯格案⁽⁴⁴⁾ 的修正下被摒弃了。最高法院认为,不存在需要特别禁止的言论。煽动性的、有可能导致暴力行为的言论,不管在战时还是平常时期,所需要的是同一套衡量标准,这才能彰显法治的公平。此话不假:在诺托案和丹尼斯案所处的冷战时期,美国法院认为政府对一些支持苏联的言论未免有些紧张过头了,像丹尼斯这样因为组织学习了列宁和斯大林的著作而获刑的案例着实让美国最高法院名声扫地。⁽⁴⁵⁾ 但是,这个由申克案开始的二分法逻辑,在“9·11”事件之后因为言论媒介和具体事实的变化,开始在最高法院多数意见里回归。20世纪90年代末在美国本土发生的一系列恐怖袭击⁽⁴⁶⁾ 和新千年的“9·11”事件,让美国法院和政府开始察觉,互联网时代的恐怖分子并不是布兰登伯格案中所设想的一个带有极端种族主义思想的“街头发言者”。⁽⁴⁷⁾ 互联网时代的恐怖主义宣传的触及面和潜在破坏力是史无前例的。

虽然最高法院在前互联网时代也意识到了媒介的重要性⁽⁴⁸⁾,作为言论媒介的互联网所产生的变化却是难以估量的。美国有诸多案例证明,很多恐怖主义袭击的罪魁祸首就是恐怖组织在互联网

(39) 持有此观点的学者包括乔治城大学法学院教授 David Cole、布鲁克林法学院教授 William Araiza 和波士顿学院法学院教授 George D. Brown 等。

(40) 霍姆斯大法官在判决书中论及,“当一个国家处于战争状态时,很多在平时能说的话,在战时却因为言论对战事的不利影响而不能被忍受,也没有法院会认为这样损害国家利益的言论是受宪法保护的”。*Schenck v. United States*, 249 US 52 (1919).

(41) *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927).

(42) *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951).

(43) *Noto v. United States*, 367 US 290 (1961).

(44) *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

(45) *Supra* note (17), at 988.

(46) 例如 1993 年的世界贸易组织炸弹袭击和 1995 年的俄克拉荷马炸弹袭击 (1995 Oklahoma City Bombings)。

(47) 左亦鲁:《告别“街头发言者”美国网络言论自由二十年》,《中外法学》2015 年第 2 期,第 426 页。

(48) 例如最高法院曾允许限制广播言论 (broadcast speech) 的门槛降低,原因是广播言论尤其容易影响儿童和青少年。See *FCC v. Pacifica Found.*, 438 US 749 (1978).

网上的洗脑式宣传。⁽⁴⁹⁾很多美国学者与官员认为,这个“基于媒介”的转变⁽⁵⁰⁾导致布兰登伯格和赫斯先例中的“迫在眉睫”要求失去意义,因为很多恐怖主义宣传可能数月甚至数年后才被一个极端分子吸收并付诸行动。⁽⁵¹⁾这样的结果导致的是无法估量的人员伤亡和财产损失。

美国前检察长 Alberto Gonzalez 曾论及,“预防性措施是打击恐怖主义犯罪的重中之重,因为我们不能也不会等到犯罪真的发生再行动”。⁽⁵²⁾这个整体分析逻辑的转变远远超越了言论自由的范畴,例如在针对恐怖主义行为的处罚中,美国检方和法院越来越将犯罪链条前移(例如适用合谋罪),甚至开始模糊犯罪思想与犯罪行为的界限。⁽⁵³⁾实施这些法律程序与标准在“9·11”事件前是难以想象的。但在“9·11”事件后的美国,这些措施又是必需的。这是因为,首先,“9·11”事件和其他一系列恐怖主义袭击告诉我们,大部分有极端倾向的恐怖分子对死亡无所畏惧,所以事后的法律惩罚没有任何震慑作用。其次,允许恐怖主义袭击发生后再进行惩罚的代价太大,美国社会无法承受多个像“9·11”事件这样的打击。所以,政府在这类极端犯罪行为的介入时机变早,犯罪的因果关系链条也向前端转移⁽⁵⁴⁾,目的就是将恐怖主义计划扼杀于襁褓之中。一个研究报告指出,在2001年至2010年间,在所有与恐怖主义相关的定罪中,有94.2%是预防性起诉(preventive prosecution)。⁽⁵⁵⁾

早在1990年,美国联邦最高法院就已经承认,越来越多的恐怖主义活动导致立法机关权力的扩张和司法管辖范围的扩大。⁽⁵⁶⁾美国联邦法院前大法官史蒂文斯在一份1997年的不同意见书⁽⁵⁷⁾中将这个逻辑展现得淋漓尽致:他主张,国家所面临的一些紧急状态⁽⁵⁸⁾足以作为加强联邦政府限制公民权利的正当理由。史蒂文斯大法官举例说明了一些可以增加国会和总统紧急权力的情况,例如战时全国紧急征兵的权力和为了预防疫情而强制儿童注射疫苗的权力等。⁽⁵⁹⁾但在恐怖主义盛行的时代,政府所拥有的扩张性权力,似乎不需要真正的国家紧急状态的存在。此状态产生的威胁和可能性,便足以让美国政府采取预防性措施,去阻止恐怖袭击的发生。⁽⁶⁰⁾

(49) *Supra* note (19), at 1-2.

(50) 左亦鲁:《告别“街头发言者”美国网络言论自由二十年》,《中外法学》,2015年第2期,第425页。

(51) *Supra* note (22), at 747.

(52) George D. Brown, *Notes on a Terrorism Trial-Preventive Prosecution, “Material Support” and The Role of the Judge after United States v. Mehanna*, 4 HARV. NAT'L SEC. J. 1, 2 (2012).

(53) 在证据的采纳上,美国联邦各级法院越来越多地开始接受描述嫌疑犯“思想”的证据,目的是证明嫌犯是一个“有极端倾向的人”。这些证据放在“9·11”事件前大概率会因为其偏见性(prejudicial nature)而不被采纳。*See id.*, at 4.

(54) *Supra* note (29).

(55) *Supra* note (29).

(56) Wadie E. Said, *Humanitarian Law Project and the Supreme Court's Construction of Terrorism*, 2011 BYU L. REV. 1455, 1478 (2011).

(57) 在本案中,最高法院多数意见裁定一条允许美国各州对潜在手枪购买者背景搜查的法律违宪,史蒂文斯大法官在此案中有一段非常精彩的反对词。*See Printz v. United States*, 521 US 939-940 (1997).

(58) 在本案中,史蒂文斯主张在美国肆虐泛滥的枪支暴力就是一种紧急状态。

(59) *Supra* note (56).

(60) *Supra* note (56), at 1454-1455.

这也解释了为什么以罗伯茨为代表的最高法院的多数意见在 HLP 案中旗帜鲜明地捍卫了“物质支持”法的合宪性，因为它们对美国的整体反恐战略至关重要。这也侧面揭示了为什么多数意见拒绝在该案中适用布兰登伯格案中的“煽动测试”。以罗伯茨大法官为代表的最高法院显然不可能等到实质上的恐怖袭击发生后再对这些行为和言论进行事后的规制和惩罚。这让笔者想到了美国法律界的一句名言：“美国的宪法不是一个自杀性协议。”（The Constitution is not a suicide pact.）

（二）新的审查逻辑在美国联邦下级法院的广泛适用

以 HLP 案为代表的新审理逻辑很快得到了美国联邦下级法院的引用和认可，并被广泛运用在规制对恐怖组织或恐怖主义行动的言论支持上。这也直接证明了，HLP 案不是一个基于案件基本事实的有限裁决，它代表了此类案件对布兰登伯格先例的整体拒绝。2011 年美国联邦第一巡回法院裁定的 *United States v. Mehanna* 案是第一个联邦下级法院适用 HLP 先例的案件。在本案中，第一巡回法院直接跳过了布兰登伯格先例，维持了身为美国公民的 Mehanna 数项为恐怖分子协调“物质支持”的定罪，其中他给恐怖分子提供的最主要的“物质支持”是他独立翻译的圣战文本。Mehanna 最终被判处 17 年 6 个月监禁。⁽⁶¹⁾ 2014 年 10 月，美国联邦最高法院拒绝了此案的上诉。在另一个适用 HLP 先例的案例 *United States v. Farhane* 中，身为医护人员的 Farhane 发誓对基地组织忠诚，承诺在基地组织成员受伤时随时待命并给予医疗帮助，并把电话号码提供给了一名乔装成基地组织成员的美国情报人员。这又是一个基于纯粹言论的定罪，因为 Farhane 还没来得及与真正的基地组织产生联系就被捕了。美国联邦第二巡回法院在此案中的逻辑是，Farhane 已经尝试将自己（作为资源）贡献给基地组织，并会在成为成员后促进其暴力非法行径。⁽⁶²⁾ 最后，法院维持了被告 Farhane 被判处的 13 年监禁。⁽⁶³⁾ 2018 年 2 月 1 日，在一个挑战量刑的上诉里，美国联邦第七巡回法院维持了被告 Van Haften 的量刑。⁽⁶⁴⁾ Van Haften 多次宣称要报复美国政府，杀掉美国士兵，并加入圣战中的“兄弟们”。Van Haften 曾前往土耳其，尝试前往叙利亚加入伊斯兰国（ISIS）极端恐怖组织，但无果。在庭审中，Van Haften 的言论成了证明他前往中东意图的重要证据，他因尝试为恐怖组织提供物质支持而被判处 10 年监禁。⁽⁶⁵⁾ 此新分析路径的共识与贯彻，在笔者写作之时还在继续。2020 年 2 月 19 日，美国第六巡回法院维持了对上诉人 Hendricks 的定罪。⁽⁶⁶⁾ 本案也是一起基于纯粹言论而触发物质支持罪行的案例。上诉人 Hendricks 用社交账户多次联系极端分子和美国联邦调查局（FBI）卧底，发表了支持圣战、支持暴力复仇美国的相关言论，并

(61) Robert M. O'Neil with J. Joshua Wheeler, *Freedom of Expression*, in NATIONAL SECURITY LAW & POLICY, 3rd ed., 1131, 1167 (John Norton Moore, Guy B. Roberts, Robert F. Turner ed., Carolina Academic Press 2015).

(62) *Supra* note (52), at 23–24.

(63) *United States v. Farhane*, 634 F.3d 127 (2d Cir. 2011).

(64) *United States v. Van Haften*, No. 17–1508 (7th Cir. 2018).

(65) *United States v. Van Haften*, No. 17–1508 (7th Cir. 2018).

(66) *United States v. Hendricks*, No. 19–3232 (6th Cir. 2020).

声称要在美国本土建立一个恐怖分子训练营。他最后被判处 15 年监禁。⁽⁶⁷⁾

在上述所有案件中，法院都没有适用布兰登伯格先例。尽管很多对恐怖分子的“物质支持”属于纯粹言论的范畴，但这些下级法院很明显已经接受了 HLP 案的判决意见：最高法院在此案中已经解决了与第一修正案相关的法律问题⁽⁶⁸⁾，下级法院只需要按部就班地执行物质支持条款即可。这与美国联邦下级法院对上述审理逻辑和美国国家大环境改变的认同不无关系。

三、新分析路径下法院审查标准的转变

如果我们了解 HLP 案中审查标准的转变，那么我们对判决结果的理解就会更加清晰。在本部分，我们将探寻，在新的分析路径指导下，美国最高法院在该案中是如何转变审查标准的，以及该标准与以往美国法院适用的标准有何区别。

（一）联邦最高法院在审查标准上的妥协与尊让

在美国，司法审查一般分为三个等级：第一，严格审查（strict scrutiny）。法院在这里会追问：（1）限权法律是否服务于一个紧迫的国家利益（a compelling state interest）；（2）限权法律是否是不过于宽泛的（narrowly tailored）。⁽⁶⁹⁾ 第二，中等审查（intermediate scrutiny）。法院在这里会追问：（1）限权法律是否服务于一个重要的国家利益（an important state interest）；（2）限权法律与目的之间是否有密切的联系。⁽⁷⁰⁾ 第三，合理基础审查（rational basis test）。法院在这里会追问：（1）限权法律是否服务于一个正当的国家利益（a legitimate state interest）；（2）限权法律与目的之间是否有合理关联（rational connection）。很显然，这三个等级的审查在力度上是全然不同的。

在言论自由的范畴中，当美国法院认定限权法律是“基于内容”（content-based）而不是“内容中立”（content neutral）时，法院则会使用力度最强的审查标准：严格审查。⁽⁷¹⁾ 一般来说，很少有限权法律能通过严格标准下的审查，大部分案例都以政府败诉、法律失效而告终。⁽⁷²⁾ 斯坦福大学法学院教授 Gerald Gunther 曾有一句名言：严格审查在“理论上是严格的，在事实上是致命的”。⁽⁷³⁾ 这是因为，严格审查几乎永远是限权法律的死刑。严格审查背后代表了美国法院的这一价值取向：审查言论内容的法律是对言论自由最大的威胁。这些法律可能导致某一种暂时不受欢迎或者代表某个少数群体特殊利益的表述完全从公共表达中消失，这可能间接导致“多数人的暴

⁽⁶⁷⁾ *United States v. Hendricks*, No. 19-3232 (6th Cir. 2020).

⁽⁶⁸⁾ 例如，法院认定 *Mehanna* 案中不存在基于第一修正案的挑战，因为最高法院已经裁定，物质支持条款符合第一修正案的要求。所以，在本案的初审中，法院指导陪审团在讨论案件时不需要考虑第一修正案。*Supra* note (22), at 735.

⁽⁶⁹⁾ 在这里，“不过于宽泛”也可以被理解为“量身定制的”（narrowly tailored）、“最小侵害的”（least intrusive means）和“必须的”（necessary）。

⁽⁷⁰⁾ Cornell Law School Legal Information Institute, *Intermediate Scrutiny*, https://www.law.cornell.edu/wex/intermediate_scrutiny (last visited Apr. 9, 2020).

⁽⁷¹⁾ *Supra* note (19), at 3-4.

⁽⁷²⁾ *Supra* note (22), at 717.

⁽⁷³⁾ *Supra* note (25).

政”，使得“言论的自由市场”不再能产生公平公正的竞争，使得公民失去不偏不倚的公共信息去“更好地投票”⁽⁷⁴⁾，使得公民作为有自由意志、能够独立判断个体的权利受到侵犯。⁽⁷⁵⁾而在“内容中立”的言论自由审查中，一般情况下法院会适用中等审查标准，前提是此法律对言论的限制是不基于内容，而是基于表达的时间、地点或形式，同时，此观点可以通过其他合法渠道表达。而合理基础审查，一般只在不涉及基本权利的案例中才被适用。⁽⁷⁶⁾

在 HLP 案中，最高法院认同 18 U.S.C. § 2339B 是一个基于言论内容的审查，所以必须对限权法律采用严格审查标准。⁽⁷⁷⁾这意味着法院斩钉截铁地拒绝了检方所主张的基于内容中立的“中等审查”。但是，以罗伯茨为代表的多数意见却避免使用先例中反复出现的“严格”（strict）一词，取而代之的是“高要求的”审查（demanding scrutiny）。⁽⁷⁸⁾如果仔细阅读判决书，很明显，最高法院实际上运用的却是最尊让的审查标准。⁽⁷⁹⁾诚然，最高法院在本案中使用的严格审查标准是后布兰登伯格时代闻所未闻、见所未见的。

最高法院在严格审查的第一步中，很快就得出肯定的结论：此限权法律无疑服务于一个紧迫的国家利益。⁽⁸⁰⁾严格审查的第二步中，在政府证据是否充分被质疑的情况下，最高法院不仅没有将此案驳回下级法院继续搜集证据⁽⁸¹⁾，6 位法官们却自己下场（*sua sponte*），阐释了一些连政府自己都没有提供的论据⁽⁸²⁾，然后又对一个简单的国会调查结果（legislative finding）和政府的行政宣誓书（executive affidavit）全盘接受，没有论述限制言论的必要性，也没有提供任何更具体的证据去证明为何需要采取如此尊让的态度，并声称案件的结论通过常识和上述证据即可得出。⁽⁸³⁾

布莱耶大法官一针见血地揭露了这面目全非的严格审查标准，他在不同意见书中毫无保留、义正词严地批判了多数意见急剧偏离第一修正案先例与原则的事实。⁽⁸⁴⁾他写道，多数意见没有要求政府提供更具体的证据，也没有充分论证限权法律与目的之间是否相称、是否超出必要限度。

(74) 左亦鲁：《告别“街头发言者”美国网络言论自由二十年》，《中外法学》2015 年第 2 期，第 422 页。

(75) 侯健：《表达自由的法理》，上海三联出版社 2008 年版，第 94–95 页。

(76) Cornell Law School Legal Information Institute, *Rational Basis Test*, https://www.law.cornell.edu/wex/rational_basis_test (last visited Apr. 9, 2020).

(77) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 19 (2010).

(78) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1, 28 (2010).

(79) *Supra* note (25).

(80) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1, 28 (2010).

(81) *Supra* note (25), at 154.

(82) 例如，最高法院在判决书中声称，教授恐怖组织如何进行和平谈判会使得它们能够换取更多的时间（means of buying time）去准备下一次袭击。很多最高法院在本案中的论证和主张都不基于政府提供的证据或论证。See *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 37 (2010).

(83) *Supra* note (25), at 158, 176.

(84) William D. Araiza, *Citizens United, Stevens, and Humanitarian Law Project: First Amendment Rules and Standards in Three Acts*, 40 STETSON L. REV. 821, 832–833 (Spring 2011).

这一系列错误导致多数意见剥夺了原告所应有的第一修正案保护。乔治城大学法学院教授、HLP案的代理律师 David Cole 也对此评价道：这是比“尊让”还要恶劣的对行政机关的彻底缴械投降。⁽⁸⁵⁾在布鲁克林法学院 William D. Araiza 教授看来，独立的司法分析与判断似乎消失得无影无踪了。⁽⁸⁶⁾

通常来说，司法机关尊让背后的逻辑是基于此概念：在一些必要的判断上，行政与立法机关通常比司法机关有更多的信息也更加专业。历史告诉我们，在涉及国家安全和外交相关的议题时，美国法院在合适的时候会对政治机关尊让。但是，在言论自由领域，历史上从未出现过本案里适用的“严格”审查标准，这与传统意义上的严格审查标准大相径庭。⁽⁸⁷⁾这也是为什么很多学者将 HLP 案中的“严格审查”讽刺地称为“尊让的严格审查”（deferential strict scrutiny）。⁽⁸⁸⁾

从上文得知，HLP 成了一个指导性先例，经常被联邦下级法院引用。这也意味着，从 HLP 案开始，在涉及美国国家安全的言论自由案例中，美国联邦最高法院和联邦巡回法院不再在“基于内容”的言论自由案例中适用“原汁原味”的严格审查标准。这个审查标准上的转变是符合上述大逻辑和大环境变化的，同时，这也侧面展现了美国法官对美国宪法立法原意的尊重：个人的权利保障固然重要，但如果美国作为一个国家的存在受到威胁，政府无法保障人民的人身和财产安全，那么再多字面上的权利保障都是苍白的。宪法需要存在才能发挥其作用和功效，而宪法实施的重要前提条件是国家和社会的稳定和存续。

（二）两种分析路径下的差异化处理

与布兰登伯格等指导性先例相比，可以看出 HLP 案所开辟的一套新的言论自由审理逻辑：就算限权法律是基于内容的审查，但是最高法院可以灵活调整严格审查标准的实质要求。但是，如果我们去分析美国最高法院在 HLP 案同期（same Term）和翌期（next Term）审理的言论自由案件，则可以得出一个更明确的结论：新的分析路径没有推翻或取代旧的分析路径，它只局限于与国家安全相关的庭审。

在与 HLP 案同期的庭审中，最高法院下达了 *Citizens United v. FEC* 案⁽⁸⁹⁾的意见，宣布一个限制公司政治献金⁽⁹⁰⁾的法律违宪。肯尼迪大法官在多数意见书中强调，国会受到宪法限制的，当国会违反宪法要求时，法院即没有义务尊让于国会的主张。⁽⁹¹⁾很明显，在 *Citizens United* 案中，法院适用了我们熟悉的、原汁原味的“严格审查”标准，在没有理由和充分证据的情况下，法院拒绝对国会尊让。在另一个同期宣判的 *Stevens* 案中，最高法院宣布一个限制贩卖虐待动物画

(85) *Supra* note (25), at 158.

(86) *Supra* note (84), at 832.

(87) *Supra* note (25), at 158.

(88) *Supra* note (25), at 158; *supra* note (84), at 832.

(89) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 US 310 (2010).

(90) 政治献金在美国属于言论范畴，所以受到言论自由条款的保护。

(91) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 US 310 (2010).

像的法律违宪。⁽⁹²⁾在HLP案翌期的庭审中,最高法院在Brown案中裁定:禁止暴力电子游戏的法律违宪。⁽⁹³⁾法院在适用了严格审查标准后,认定此法律在服务于一个紧迫的政府利益时过于宽泛。同时,法院裁定,没有足够的证据证明,暴力电子游戏会导致青少年的暴力行为。所以,抛开HLP案不看的话,联邦最高法院的大法官们似乎完全没有忘记“严格审查”标准所赋予他们的责任和义务,尤其在面对基于内容的言论审查案件中,最高法院表示出的对限权法律和政府的“敌意”,再一次回归了“严格审查”标准的真谛。

更有趣的是,该司法分析逻辑的差异,不仅体现在最高法院的多数意见中,还表现在法官个人在不同案例的处理方法上。罗伯茨大法官同时撰写了Stevens案和HLP案的多数意见书。⁽⁹⁴⁾他在两个案例中透露出来的南辕北辙的分析路径,进一步证明了此范式转变的存在及适用范围(即只适用于与国家安全相关的案例)。在Stevens案中,美国政府在论证限制贩卖虐待动物画像的法律是合理与必需之时,引用了一句先例中的名言:当一个言论的社会价值是如此渺小以至于任何从这些言论中得到的好处是明显被维系社会公序良俗的价值所超越的时候⁽⁹⁵⁾,此言论即不受第一修正案保护。罗伯茨大法官全盘拒绝了政府的这一论据。他写道:“政府在此的逻辑是危险的,第一修正案对言论自由的保护不仅仅限于临时平衡(ad hoc balancing)社会的成本和收益而被允许的那些言论……美国政府不可以因为一些言论没有价值或者没有必要而囚禁任何人,亦不可以因为简单衡量限制言论的相对成本和收益,就倾向于维护限权法律的合宪性。”⁽⁹⁶⁾在这里,罗伯茨表现出的是第一修正案背后的刚性逻辑:我们不能因为一些临时的权益平衡,而宣布某些言论是不值得存在的。他认为,这不符合美国的立国原则和民主需求。但是在HLP案中,罗伯茨大法官却用了完全不同的逻辑嘲笑了以布莱耶大法官为代表的不同意见,讽刺他们的审理逻辑若放到二战时,会保护给予日本帝国的物质支持。⁽⁹⁷⁾罗伯茨大法官的言下之意是,不同意见对支持恐怖组织言论的保护,对整个国家来说无疑是危险和愚蠢的。斯卡利亚大法官和肯尼迪大法官,也都在HLP案中加入多数意见,拥护物质支持法律的合宪性;但他们在上述三个非国家安全相关的案件中,又和罗伯茨大法官一起,“倒戈”并支持第一修正案对言论自由的保护。除此之外,阿利托大法官、托马斯大法官和史蒂文斯大法官,也都在加入HLP案多数意见的基础上,转而支持了前述一部分案例中的言论自由保护立场。⁽⁹⁸⁾这些看似矛盾的审理标准和逻辑进一步证明了:不

(92) *United States v. Stevens*, 559 US 460 (2010).

(93) *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 US 786 (2011).

(94) *Supra* note (84), at 823.

(95) *United States v. Stevens*, 559 US 460, 466 (2010).

(96) *United States v. Stevens*, 559 US 460, 466 (2010).

(97) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1, 38 (2010).

(98) 尽管这三位法官分别在上述(非国家安全相关)案件之一中支持了限制言论自由的立场,但这不影响本文的总体分析。史蒂文斯大法官痛恨政治献金的制度设计,认为此制度严重影响美国民主的公平与公正,所以选择在*Citizens United*案中加入少数意见。而阿利托大法官则认为禁止描绘动物暴力的艺术品会减轻动物被虐待的现象,所以他在Stevens案中成了唯一的少数意见。最后托马斯大法官则认为Brown案中的多数意见曲解了第一修正案的立法原意,他主张第一修正案的立法原意不会允许暴力电子游戏的合法化。在这三个案例中,这三位法官所遵循的还是旧的分析路径,与先例保持一致。

管是作为整体的最高法院，还是作为个人的大法官，都在与国家相关的言论自由案例中开始接受并使用新的审理标准和逻辑，而在与国家安全无关的案例中，则继续适用长期沉淀下来的法律原则和标准。

四、新分析路径的反思

总体来说，笔者对美国法院适用的二分法是支持的。美国面临的反恐战争（War on Terror）事态严峻，其时长和范围都难以确定^{〔99〕}，这与美国在历史上与其他主权国家发生的战争迥然不同。这是大部分人都接受的一个客观事实。在法律上如何回应时局之变，学界则产生了两种截然相反的观点。与本文所介绍的新分析路径针锋相对的是一种“粉饰太平”的观点，此观点认为，在法律体系中开垦出一条专门应对国家安全相关案件的理论路径会损害法律的安定性与统一性。此逻辑主张，与其“绕开”诸如布兰登伯格等先例，不如在紧急情况下直接灵活地适用它们。例如，美国第一修正案学者 Anthony Lewis 曾论及，在一些极具煽动性的言论上，我们不应该给控方设立过高的举证门槛。^{〔100〕}他主张，在危害国家安全言论的管控上，应该适当降低布兰登伯格先例中“迫在眉睫”要求的门槛。他认为，这不仅是合理的，也符合美国的立宪原意。^{〔101〕}诚然，如果我们把美国言论自由判例看成一个逻辑自洽的整体，同时作为指导性先例而存在的 HLP 案和布兰登伯格案似乎摧毁了此自洽性，这是很多美国学者所担忧的。但是，如果我们仔细审视，这种“粉饰太平”的分析路径会带来一个严重的“副作用”：虽然表面上法治的统一性得到了维持，但是判例法及相关法律内部已经开始产生不可调和的矛盾。例如，如果布兰登伯格先例在 HLP 案中可以“灵活地”理解适用，那么，美国最高法院该如何指导下级法院，何时该“死板刚性”地运用此先例，何时又该“灵活”？这对布兰登伯格先例精神内核的伤害是极大的。

如果适用本文所描述的二分法逻辑，在涉及恐怖主义行为和国家安全案例中适用 HLP 先例，而在其他案例中适用布兰登伯格等先例，所产生的结果是更完善的。一方面，这给予了下级法院一个更明确的指导，这在前文的分析中已被证明。同时，法院在非国家安全领域中毫不妥协的司法审理逻辑得以保存，例如上文提及的 Stevens 案、Citizens United 案和 Brown 案。再进一步，布兰登伯格先例的标准也没有因为某些“当下的特殊需要”而被扭曲。这意味着，今后如果美国法院继续适用布兰登伯格先例，我们可以立即回顾此先例所带来的一系列标准，比如言论必须指向具体的暴力行为，同时此暴力行为必须被证明是迫在眉睫的。这也能够比较好地解释，为什么 HLP 先例在没有推翻布兰登伯格先例的前提下，却提出了与此先例有重大张力的分析过程和结果。基于此“二分法”的审理逻辑，当我们把美国第一修正案判例看成是两条独立的“支线”

〔99〕 *Supra* note (22), at 712.

〔100〕 *Supra* note (7), at 162.

〔101〕 *Supra* note (7), at 162, 167.

而不是单一的“主线”时，上面所有的逻辑就能顺畅自洽地融合进来。

当然，这个二分法也不是没有缺陷的。在这里，笔者认为有必要对此二分法进行“正当性”反思，从另一个角度思考此司法实践的潜在缺陷，以更加全面客观地了解这个新的分析路径。如果不审慎地适用，它很可能带来一系列问题，甚至可能对整个社会的福祉和基本权利产生负面影响。通过二分法开辟一条新分析路径的实践让笔者想到了德国法学家与政治哲学家卡尔·施米特的“例外状态”理论：当社会遇到紧急状态之时，所有对法律灵活适用的正当性均来自“当下的迫切需要”。施米特把自我保存的权利看作是至高无上的：“人们可以说，在非常状态下国家是根据自我保存的权利终止法律”。⁽¹⁰²⁾在施米特的理论里，“法治”这个概念无论如何都不可以阻挡一个国家为自己的生存所作的努力，因为在很多时候，僵化的法律条文会妨碍一个国家在面临严重危机时进行必要的自我保护。⁽¹⁰³⁾施米特认为，规范生效的前提条件是稳定的社会秩序。一个健全的宪法秩序必须建立在根本安谧的社会基础之上，而例外状态恰恰却是“那种无法以概念规定的状态”。⁽¹⁰⁴⁾因为“规范要求同质的中介”，所以这个世界上根本不可能存在“运用于混乱状态的规范”。⁽¹⁰⁵⁾一个国家的法秩序预先假定了这个法秩序所需要的物质条件（也就是稳定的社会秩序），而这个物质条件却不是法秩序本身可以保证的。⁽¹⁰⁶⁾

其实，这个二分法的逻辑，正如上文所提及，并不是发端于 HLP 案，只不过这个逻辑被以布兰登伯格案为代表的先例否定罢了。纵观美国言论自由案件的历史，申克案、丹尼斯案到后来的 HLP 案和 *Mehanna* 案，都可以被认为是美国法院在宪法第一修正案保护中开垦出来的“例外状态”。回顾这段历史时，我们不得不说，美国法院在很多时候根据社会需要而作出的反应是恰当的、及时的与必须的。但是，美国法院也有过一些不太光彩的历史，因为对二分法的过度运用，导致了“例外状态”逻辑被适用到本该被定义为“平常状态”下的案例，所以产生了像丹尼斯案这样的“冤案”。

施米特理论可能的副作用，历史上已经写下了血淋淋的一页，在此无须赘述。考虑到前车之鉴，必须严格管控“例外状态”案例的适用范围。法院绝对不应当在社会没有迫切需要之时，过度适用新的分析路径。在这里，笔者认为，主动承认此二分法背后的“施米特”，反而能让该分析方法被更审慎地运用，最后达到更好的效果。

(102) [德] 卡尔·施米特：《政治的神学》，刘宗坤、吴增定等译，上海人民出版社 2015 年版，第 29-30 页。

(103) Mark Tushnet, *Emergencies and the Idea of Constitutionalism*, in *THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY* 39, 48 (Mark Tushnet ed., Duke University Press 2005).

(104) George Schwab, AN INTRODUCTION BY GEORGE SCHWAB, *POLITICAL THEOLOGY*, LI (the University of Chicago Press 2005).

(105) [德] 卡尔·施米特：《政治的神学》，刘宗坤、吴增定等译，上海人民出版社 2015 年版，第 30 页。

(106) Sotirios A. Barber and James E. Fleming, *War, Crisis, and the Constitution*, in *THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY* 232, 236 (Mark Tushnet ed., Duke University Press 2005).

五、结论与展望

一言蔽之，美国通过新的立法和 HLP 先例开辟出来的一套处理国家安全和言论自由相关案例的分析路径，有效地分离了“正常”案例与“例外”案例。这使得例外案例中的法律“规则”在侵蚀到普通案例之前，有一道必须跨越的防火墙。这也就是为什么，这两套平行并内在自洽的分析路径，到目前为止有效地服务了平常状态下和受到恐怖主义威胁的两个“美国”。但同时，美国法院不应当把这个“防火墙”看成是理所当然的。这道“防火墙”需要法院和行政机关一起坚守，因为一旦新的分析路径开始侵蚀“平常状态”下的案例，这对美国法治和公民权利保障的负面影响是不可估量的。诚然，施米特的“例外状态”理论给这个二分法的逻辑提供了理论基础，但是，此理论的教训让我们清楚地知道它背后潜在的危险。

另外，在我国香港特别行政区进入了一个新的、未知时长和范围的“常态”之时，笔者希望本文的分析对香港特别行政区的法律实践能有一些间接的借鉴意义。⁽¹⁰⁷⁾一方面，香港特别行政区的高度法治化和公民自由来之不易，由来已久的法治原则和权利自由应当毫不妥协地有保障。另一方面，香港特别行政区的社会秩序和我国的总体国家安全在此常态下持续受到严重的威胁，一些暴力非法活动开始带有恐怖主义倾向，并危害到我国的政权安全。所以，一旦案件涉及我国国家安全和领土完整，不可因为一些“平常状态”下的法律条文和先例而墨守成规，成为有效防范此类威胁的掣肘。要深刻认识到，一个繁荣、稳定的香港特别行政区是保障法治和公民自由的必要前提条件。笔者希望看到，我国香港特别行政区法官能够像美国法官一样，抛弃意识形态和政治成见，站在“国家安全”的角度思考问题。站高方能望远：普通法的逻辑永远不可能只是纠结于法律条文和法律传统。法官需要认识到问题的大逻辑、大前提。这个逻辑和前提就是国家的安全和繁荣稳定。在此方面，美国法官已经非常清楚地作出了普通法地区的表率。

〔107〕例如，武汉大学的秦前红教授与黄明涛副教授在比较中国香港特别行政区终审法院与美国联邦最高法院的司法理论和实践时写道：“香港特别行政区的司法制度与法律思维的风格原本发端于英国的法治传统，但是随着《基本法》的实施和特别行政区宪政架构的逐步调试，其公法理论和实践越来越多地表现出美国特色，终审法院也在一系列案件——尤其是公民权利案件中——大量引入美式司法审查‘产品’。”参见秦前红、黄明涛：《表达自由的理念与限度——香港特别行政区终审法院国旗案与美国最高法院焚烧国旗案比较研究》，《北方法学》2012年第5期，第42、45页。

A New Analytical Path of Post-“9 · 11” Freedom of Speech Cases in the United States

WU Yujiang

Abstract: After “9 · 11”, the Legislative and Executive branches of the United States passed as well as amended a series of statutes and policies to enhance national security, including statutes that would infringe upon the rights to freedom of speech. Correspondingly, the judicial analytical path of the First Amendment protections saw a fundamental transformation, separating normal and national security related cases. In national security cases that burden the freedom of speech, the Federal Courts of the United States reacted to the needs of the moment, by actively cooperating with the Legislative and Executive branches, and through adjustments in the analytical path, the Federal Courts preemptively thwarted many potential terrorist attacks. In non-national-security cases, nonetheless, the original judicial analytical path saw no effect from this transformation. Overall, this dichotomy has created two parallel yet internally consistent analytical paths, so far effectively serving two different “United States”, one operates in normalcy and one threatened by terrorism.

Keywords: National Security of the United States; Freedom of Speech; Analytical Path; Dichotomy

（责任编辑：李泮桦）