

对美国单边制裁的思考与法律挑战

近年来，越来越多的中国企业成为美国单边制裁的对象。而一旦被美国列入单边制裁名单，这些企业的生产经营往往会受到严重影响。

美国是三权分立国家，美国对中国企业的单边制裁通常由美国行政机关执行，主要的执行部门包括美国商务部（两用物项的出口管制）、美国国务院（武器的出口管制）和美国财政部（经济制裁）等。近年来，美国对中国企业单边制裁的一个显著特点是作为立法机关的美国国会也开始越来越多地直接针对中国企业制定具有制裁性质的立法。在美国三权分立的体制设计下，美国法院有权对美国立法机关的立法行为进行合宪性审查或对美国行政机关的行政行为进行合宪性及合法性审查。本文中，我们将结合华为诉美国案、小米诉美国案与溢达诉美国案三个具体案例（下文所有案件信息均来源于公开可查的法院判决）来介绍、分析美国法院在制裁领域的司法审查功能。善用美国法院的司法审查制度，一定程度上可以帮助中国企业在美国维护自身权益。

一、华为诉美国案

2018年8月，美国国会通过《2019财年国防授权法案》。其中，第889(a)(1)(A)节禁止美国联邦机构采购、延长或续签合同采购“任何设备、系统或服务”，如果华为产品构成系统的“实质性或重要组成部分”或“关键技术”；第889(a)(1)(B)节禁止美国联邦机构与使用由华为产品构成的任何“设备、系统或服务”的实体签订、扩展或更新合同；第889(b)条禁止行政机构提供贷款或赠款以获得或续签任何“设备、系统或服务”合同，如果华为产品构成系统的“实质性或重要组成部分”或“关键技术”。

2019年3月6日，华为技术有限公司及华为技术有限公司作为原告，在美国德克萨斯东区联邦地区法院提起诉讼，指控《2019财年国防授权法案》第889节的相关规定违背美国宪法。

华为基于三个理由挑战《2019财年国防授权法案》第889节违宪：(1)第889节违反了美国宪法“褫夺公权法案条款（Bill of Attainder Clause）”；(2)第889节违反了美国宪法正当程序条款（Due Process Clause）；(3)第889节违反了美国宪法违反归属条款（Vesting Clauses）。其核心诉由是美国宪法的“褫夺公权法案条款（Bill of Attainder Clause）”。

对于一项立法是否构成“褫夺公权法案”，美国法院判例确定了两分法的宪法测试，即一项立法如果通过了以下两项测试，则构成“褫夺公权法案”：第一，立法具有特定性吗（has the legislature acted with specificity）？须直接具体地针对特定个体或群体；第二，立法施加了惩罚吗（has it imposed punishment）？

《2019财年国防授权法案》第889节的规定直接指向华为，该立法的特定性没有争议。因此，案件的争议聚焦在于该立法是否施加了惩罚？

对于何为“惩罚”？判例法确定的标准是，“惩罚（punishment）”高于“负担（burden）”。为了查明一项立法是否施加了惩罚，美国最高法院确立的判断标准是三要素测试：（1）历史测试——立法是否落入惩罚性立法的历史含义内（falls within the historical meaning of legislative punishment）？（2）功能测试——从所施加的负担的类型和严重程度来看，立法是否可以合理

地说是为了促进非惩罚性立法目的 (“viewed in terms of the type and severity of burdens imposed, reasonably can be said to further nonpunitive legislative purposes”) ? (3) 动机测试——立法记录是否表明国会有惩罚的意图?

在历史测试方面, 华为主张《2019 财年国防授权法案》第 889 节从三个方面落入惩罚性立法的历史含义内: (1) 不忠和背叛的标签 (brand of disloyalty and infamy); (2) 业务禁令 (employment bar); (3) 驱逐 (banishment)。

在对比了《2019 财年国防授权法案》第 889 节与之前的先例特别是卡斯基案 (Kaspersky Lab) 之后, 美国德克萨斯东区联邦地区法院得出结论, 与卡斯基案一样, 《2019 财年国防授权法案》第 889 节不过是反映了客户决定与其他人进行交易 (“represents no more than a customer’s decision to take its business elsewhere.”), 虽然国会的这一决定会使华为承担成本, 但没有落入惩罚性立法的历史含义内。

对于华为“业务禁令”的主张, 法院认为华为并没有被禁止参与其所选择的业务, 因为除了美国联邦机构, “任何潜的其他个人和公司客户仍然可以自由购买和使用华为产品。”

对于华为“驱逐”的主张, 法院引述之前判例的观点“驱逐传统上与剥夺公民资格有关, 而不仅仅是限制一个人去或停留在哪里的自由: 它常常摧毁一个人的社会、文化和政治存在。”而华为没有被剥夺公民资格, 甚至没有被永久性地禁止在美国展开业务, 因此也不满足“驱逐”的历史含义。

在功能测试方面, 美国法院之前的判例确认, 功能测试不需要国会在施加的负担与其寻求促进的目标或减轻的威胁之间进行精确的校准, 功能测试只要求国会避免施加完全不必要的额外负担。美国政府主张《2019 财年国防授权法案》第 889 节是预防性的 (prophylactic), 其主要目的是保护联邦机构、承包商的网络安全来促进国家安全和信息安全, 另外也是为了确保联邦税款不被用来采购或者帮助扩张对美国有

网络威胁的中国产品。法院认定美国政府所主张的这两个目的都是合法的, 合理平衡了施加的负担和其寻求促进的目标。

在动机测试方面, 华为主张, 在法案的国会辩论期间, 多位议员表明了立法的惩罚意图。之前的判例确定, 立法史在反映国会整体目的方面的有用性具有明显限制, 在缺乏‘明确无误的惩罚意图证据’的情况下, 这一测试本身并非决定性的。法院认为, 因为《2019 财年国防授权法案》第 889 节已经通过了历史测试和功能测试, 华为要赢得动机测试就需要提供“惩罚性意图的‘确凿证据’” (“smoking gun” evidence of punitive intent); 而华为最多也就只是提供了国会议员关于华为是一个应当被惩罚的坏公司的零星意见而已, 这不构成“惩罚性意图的‘确凿证据’”。

法院最后认定, 《2019 财年国防授权法案》第 889 节通过了历史测试、功能测试和动机测试, 因此该立法没有对华为施加惩罚, 不属于“褫夺公权法案”。

华为也主张《2019 财年国防授权法案》第 889 节立法违反了美国宪法第五修正案的正当程序条款。美国宪法第五修正案规定, “不经正当法律程序, 任何人不得……被剥夺生命、自由或财产。”华为主张, 正当程序条款禁止有选择地剥夺自由, 而《2019 财年国防授权法案》第 889 节有选择性地将华为单挑出来, 禁止华为依法向联邦机构、承包商和受赠方出售其业务范围内的设备和服务, 从而剥夺了华为的自由。

法院认为立法不能仅仅因为其有针对性就被推定违宪, 立法机关并不是只能够制定普遍适用的法律。法院表示先例表明, “法院推定调整经济生活的负担和利益的立法是合宪的……提出违反正当程序指控的一方有义务证明法律是武断和非理性的 (arbitrary and irrational)。”法院认为, 华为没有证明《2019 财年国防授权法案》第 889 节与合法的立法目之间不存在合理的关系。法院得出结论, 尽管《2019 财年国防授权法案》第 889 节是有针对性的, 对华为当前

和未来的合同关系的会产生影响，但是它与合法的国会目的之间具有合理联系，因此没有侵犯华为的正当程序权利。

华为诉美国案以华为败诉告终。

二、小米诉美国国防部案

2021年1月14日，美国国防部发布新闻，宣布在与美国财政部会商后，根据美国《1999财年国防授权法》第1237节，将小米集团列入中国涉军企业（Communist Chinese Military Company（“CCMC”））名单。被列入名单后，美国政府禁止所有美国人购买或以其他方式拥有小米公开交易的证券或上述证券的任何衍生品。

2021年1月29日，小米集团及其3名个人股东在美国哥伦比亚特区地方法院起诉美国国防部和美国财政部，宣称美国政府的行为违反了《行政程序法》（Administrative Procedure Act）、超越了《1999财年国防授权法》第1237节的授权、并构成未经正当程序剥夺财产和自由从而违反了美国宪法第五修正案。在这三个诉由中，小米诉美国案的主要争议点在于美国国防部将小米指认为中国涉军企业是否违反了美国《行政程序法》的规定。

《行政程序法》于1946年在美国国会通过，后经多次修订，规定了美国联邦行政机关行为的一般程序性原则，同时授予法院司法审查行政机关行为的权力。《行政程序法》要求法院裁定行政机关的下列行为非法并宣布其无效：(A) 武断、任意、滥用自由裁量权（arbitrary, capricious, an abuse of discretion）或以其他方式违反法律规定的行政行为；(C) 超出法定权限或限制，或缺乏法定权利的行政行为（in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right）；或(F) 不被事实所支持的行政行为。

在涉及国家安全的案件中，法院将给予行政机关的决定更多的尊重（heightened deference），但是法院仍然保持重要的角色以确保行政机关

所做的决定是合理的（engaged in reasoned decision making）。合理的决定要求行政机关“为其行为提供令人满意的解释”、“在发现和做出的选择之间存在合理的联系”。对于“基于记录的事实结论（record-based factual conclusion[s]），当行政机构的最终决定被实质性证据（substantial evidence）支持时，行政机构的决定将被认为是合理的。一个机构做出合理的决定时，该机构的最终确定“有大量证据支持”。相反，当行政机构“为其决定提供的解释与该机构面前的证据相违，或该解释是如此难以置信以至于不能归因于专业观点或解读的差异”时，法院必须认定行政机关的行为是任意和武断的（arbitrary and capricious）。

小米主张美国国防部对于小米的指认在三个方面违反了《行政程序法》：第一、美国国防部为其行为提供的解释是不充分（inadequate）的，因此不能满足《行政程序法》对于行政机关“为其行为提供令人满意的解释”的要求。第二、小米不符合美国《1999财年国防授权法》第1237节规定的中国涉军企业的法定标准，美国国防部的指认因此超越了其职权。第三、美国国防部对小米的指认缺乏《行政程序法》要求行政机关在做出事实结论时所必需的“实质性证据”。法院全面支持了小米的上述三项指控。

第一、美国国防部对于将小米指认为中国涉军企业的解释不充分。

美国国防部在将小米指认为中国涉军企业时并没有公布其做出这一决定的依据。在诉讼过程中，美国国防部提供了其做出这一决定所依据的一份两页纸的备忘录。法院发现，美国国防部的备忘录中存在大量的错误和遗漏，备忘录在重复了法律规定之后就直接得到了结论，跳过了最关键的将事实与结论联系起来的分析，因此，美国国防部的备忘录没有充分解释其结论的基础，美国国防部的行为是任意和武断的（arbitrary and capricious）。

第二、小米不符合美国《1999财年国防授权法》第1237节规定的中国涉军企业的法定标

准。

《1999 财年国防授权法》第 1237 节所设定的中国涉军企业标准是：(1) 由中国人民解放军或中国政府部门拥有、控制或与其存在关联的 (affiliated with)，或由与中国国防工业基础存在关联的实体拥有、控制；且 (2) 从事提供商业服务、制造、生产或出口。小米是上市公司，显然不属于“由中国人民解放军或中国政府部门拥有、控制”的情形，美国国防部主张其将小米指认为中国涉军企业是因为“小米与中国军队和国防机构存在关联 (affiliated with the Chinese military and defense establishment)”。问题的焦点在于如何解释第 1237 节所设定的中国涉军企业标准中“与其存在关联 (affiliated with)”的含义。

美国国防部主张，根据字典对“相关的 (affiliated)”一词的定义，如果小米被发现与另一个实体具有“共同目的 (common purpose)”、“共同特征 (shared characteristics)”，或者与另一个通常处于依赖或从属地位的实体密切相关 (closely associated with another typically in a dependent or subordinate position)，那么小米就可以被认为是与这个实体“存在关联 (affiliated with)”。

然而，在英语中“与其存在关联 (affiliated with)”的普通含义就是一个公司被另一个公司所控制或者与其他公司一起被共同所有或受到共同控制。这一定义被美国国会、行政机关、法院所广泛采纳，甚至美国国防部自己的规章也采用了类似的定义。法院因此拒绝美国国防部对《1999 财年国防授权法》第 1237 节中“存在关联的 (affiliated with)”一词的扩大解释。这样，美国国防部对于小米中国涉军企业的指认就超越了《1999 财年国防授权法》第 1237 节的授权，因此违反了《行政程序法》。

第三、美国国防部的指认缺乏“实质性证据”。

美国国防部对小米的指认行为与基于记录

的事实结论密切相关 (bound up with a record-based factual conclusion)。对于这种“基于记录的事实结论”，法院需要审查行政机关的结论是否受到“实质性证据”的支持。

在适用该标准时，法院不能替代行政机关在两种相互矛盾的观点之间所做出的选择，即使如果法院重新单独考虑这一问题的话将有理由做出与行政机关不同的选择。相反，法院需要考虑的是，一个理性的人是否会接受证据记录足以支持行政机关的结论。

美国国防部对于小米中国涉军企业的指认基于两个证据。其一、小米在 2019 年年报中承认公司正大力投资于 5G 和人工智能 (AI) 技术，而美国国防部认为这是两种对于现代军事行动很重要的技术。其二、小米的创始人和 CEO 雷军被中国工信部授予了“优秀中国特色社会主义事业建设者”称号，而工信部是中国帮助管理军民融合战略的机构。美国国防部主张，考虑到中国整体军民融合战略，上述两个证据足以支持国防部认定小米与中国人民解放军、中国政府部门或与中国国防工业基础存在关联 (affiliated with)。

法院认为，小米是一家消费电子产品，而 5G 与人工智能技术正迅速成为消费电子设备的行业标准，5G 和人工智能技术也可以应用于军事应用不足以支持将小米指认为中国涉军企业，否则任何涉及具有潜在军事用途技术的中国企业就都可以被指认为中国涉军企业了。至于美国国防部的第二项证据，法院注意到，得到“优秀中国特色社会主义事业建设者”称号的中国企业家来自多个部分，其企业生产的产品包括生产婴儿奶粉、辣椒酱等，这些显然与军民融合没有什么关系。

法院因而得出结论，美国国防部显然缺乏“实质性证据”来充分支持其对于小米中国涉军企业的认定。

因为法院已经支持了小米基于《行政程序法》所提出的指控，法院就没有继续处理小米基

于美国宪法第五修正案正当程序条款所提出的指控。然而，法院也指出其注意到小米在这个问题上也提出了严肃的关切，而其中很多已经被美国国防部所承认。

最终，美国法院支持小米的主张，发布临时禁令，冻结美国国防部对其的涉军企业认定。其后，小米与美国国防部达成和解，被从中国涉军企业名单中移除。

三、溢达诉美国商务部案

昌吉溢达纺织有限公司（下文简称“溢达”，英文 Changji Esquel Textile Co. Ltd.）在中国某西北地区运营了一个纺织厂。2020年7月22日，美国商务部基于其在美国《出口管制改革法》下的授权将溢达列入出口管制实体清单。

美国商务部基于美国《出口管制改革法》下的授权制定《出口管制条例（EAR）》。《出口管制改革法》第744.11(b)节规定如果美国商务部“基于具体和特定的事实，有合理理由相信，一个实体参与了或正在参与违反美国国家安全或外交利益的活动，或构成参与违反美国国家安全或外交政策利益活动的重大风险”，则美国商务部可以将该实体列入出口管制实体清单。具体而言，做出这一认定决定的是由包括美国商务部、美国国务院、美国国防部、美国能源部、美国财政部（在适当情况下）代表组成的最终用户审查委员会(ERC)。

在2020年7月20日所发布的公告中，美国商务部表示：最终用户审查委员会根据《出口管制条例》第744.11(b)节中规定的标准做出了必要的决定。最终用户审查委员会认定溢达 forced labor 正在从事违反美国外交政策利益的活动。

2021年7月6日，数家溢达关联公司作为原告在美国哥伦比亚特区联邦地区法院发起诉讼，挑战美国商务部将溢达列入出口管制实体清单的决定。溢达主张，美国商务部越权行事（acted ultra vires）违反了《出口管制改革法》及《出口管制条例》、超越法定授权违反了美国

《行政程序法》及违反了《美国宪法》第五修正案的正当程序条款。

虽然溢达在起诉书中提出了美国《行政程序法》下的指控，但是与之前分析的小米诉美国国防部一案不同的是，《出口管制改革法》明确规定，除了有限的例外，行政机关根据其规定行使的职能，不受《行政程序法》所规定的司法审查。溢达曾发布声明称，美国商务部将其列入实体清单没有事实依据；多家第三方独立审计机构使用国际公认的行业标准对其进行了审计，其中包括实地考察工厂并对部分群体系员工进行随机独立访谈，所有审计结果均明确显示，没有任何证据证明昌吉溢达在任何情况下存在 forced labor 的行为。溢达的上述声明如果能够被认定属实，对于美国《行政程序法》下的司法审查而言将构成美国商务部违法行政的强大证据，但是由于美国商务部的行为已经被从《行政程序法》下的司法审查中排除，溢达关于美国商务部对于案件的事实认定部分的指控，或是其他基于美国《行政程序法》的指控，都完全没有成功的可能。

在排除了《行政程序法》下的司法审查可能之后，该案争议的焦点就在于美国商务部是否越权行事（acted ultra vires）。然而，根据法院先例，越权行事（acted ultra vires）的司法审查其范围极其有限（extremely limited scope），基于越权行事（acted ultra vires）的指控很少能够成功；越权行事（acted ultra vires）的司法审查仅仅限于对法律的表面违反（“‘facial’ violations” of statutes），不能用于审查行政机关命令的事实认定或解释。

为了能够在越权行事（acted ultra vires）诉讼中胜诉，原告必须证明：1、法律对于司法审查的排除是暗含的而不是明示的；2、对于指控不存在其他替代程序；3、行政机关的行为明显超出了其被授权的范围并且违反了法律中明确和强制性的（clear and mandatory）特定禁止规定。其中，要满足第3项要求是特别困难的，只有对法律的明显的错误解释（patently a

misconstruction of the Act)、无视法律具体且明确的指令 (disregards a specific and unambiguous statutory directive)、或违反法律的某些具体要求 (violates some specific command of a statute) 才能够满足这一条件。司法判例将违反法律中明确和强制性的 (clear and mandatory) 特定禁止规定解释为: 可以被视为管辖权或几乎等同于管辖权的极端错误 (the error is so extreme that one may view it as jurisdictional or nearly so)。

对于涉及外交事务的案件, 美国法院存在一个对行政机关的习惯性的尊重政策, 法院将给予行政机关实质性的尊重 (substantial deference)。与之类似, 美国法院也尊重行政机关在如何最好地保护国家安全方面的判断。之前的判例确认, 这些原则要求法院在审查行政机关在外交政策和国家安全问题上对法律的行政解释时需要给予更多的额外尊重 (an additional layer of deference)。这就使得一个额外的审查行政解释的尊重层次涉及外交政策和国家安全的法规, 则事关外交政策和国家安全问题的越权行事 (acted ultra vires) 诉讼中的原告更加难以满足苛刻的越权行事标准。

溢达在本案中的核心主张是, 美国商务部将公司列入实体清单的理由不属于美国国会所批准的原因之一, 因此属于越权行事 (acted ultra vires)。

《出口管制改革法》授予商务部部长各种权力与职责, 代表总统行事; 也指出了美国在出口管制方面的各种国家安全和外交政策利益。

《美国法典》中第 50 章第 4813(a)节规定了商务部部长在《出口管制改革法》下的职责。

《美国法典》第 4813(a)(2)节规定: 在代表总统执行本章时, 商务部部长, 在与国务卿、国防部长、能源部长和其他适当联邦机构的负责人协商之后, 应“根据本篇第 4811(2)(A)节规定的政策, 建立并维护一份被确定为对美国国家安全和外交政策构成威胁的外国人和最终用途名单”。

《美国法典》第 4811(2)(A)节规定:

美国的国家安全和外交政策要求出于以下目的控制物项的出口、再出口和国内转移以及美国人的特定活动, 无论其位于何处:

(A) 控制用于以下用途的物品的放行——

(i) 大规模毁灭性武器或常规武器的扩散;

(ii) 获得破坏稳定的数量或类型的常规武器;

(iii) 恐怖主义行为;

(iv) 可能对美国或其盟国的安全构成威胁的军事项目; 或者

(v) 专门为对关键基础设施造成重大干扰或破坏而开展的活动。

正是基于《美国法典》第 4813(a)(2)节和第 4811(2)(A)节的规定, 溢达主张, 美国国会在《美国法典》第 4811(2)(A)节中明确列出了美国商务部可以将外国实体列入出口管制实体清单的 5 种理由, 而美国商务部以第 4811(2)(A)节规定的 5 中理由之外的所谓人权原因将公司列入实体清单超越了其职权 (acted ultra vires)。

对此, 美国商务部主张, 其将溢达列入实体清单所依据的并非《美国法典》第 4813(a)(2)节和 4811(2)(A)节, 而是《美国法典》第 4813(a)(16)节和 4811(2)(D)节。

《美国法典》第 4813(a)(16)节规定: 在代表总统执行本章时, 商务部部长, 在与国务卿、国防部长、能源部长和其他适当联邦机构的负责人协商之后, 应“采取法律没有另外禁止的执行本章所必需的任何其他行动”。

《美国法典》第 4811(2)(D)节规定:

美国的国家安全和外交政策要求出于以下目的控制物项的出口、再出口和国内转移以及美国人的特定活动, 无论其位于何处:

(D) 执行美国的外交政策, 包括保护人权和促进民主。

基于对《美国法典》第 4813(a)节和第 4811(2)节这些明确的法律条文的直白解读（plain reading），法院同意美国商务部对《出口管制改革法》的解读：虽然《美国法典》第 4813(a)节没有独立且明确授权商务部长基于侵犯人权的原因将相关个人或公司列入实体清单，但是也没有明确地禁止商务部长这么做。相反，法院认为将溢达因为违反人权的原因列入实体清单明确落入《美国法典》第 4813(a)(16)节规定的直白含义（plain meaning）之内，因此美国商务部并没有超越其职权（acted ultra vires）。

溢达关于美国商务部越权行事（acted ultra vires）的主张先后在美国哥伦比亚特区联邦地区

法院及美国哥伦比亚联邦巡回上诉法院受挫。截至 2023 年 3 月份，该案尚未最终判决，虽然形式上只是溢达关于临时禁令的动议请求先后被两级法院驳回，但因为法院在驳回动议的时候实际上已经处理了案件的核心争议（越权行事（acted ultra vires）指控），溢达诉美国商务部一案实际上已无胜诉的可能。

综合分析华为、小米、溢达集团在美国法院针对美国单边制裁发起的上面三起典型诉讼，可以看到中国企业要在美国法院成功挑战美国的单边制裁行为难度不小，需要深入分析相关美国法律及法院判例，精准把握诉讼策略方有可能。

周 勇 顾 问	电话：86 10 8519 1296	邮箱地址：zhouyong@junhe.com
王 进 律 师	电话：86 10 8553 7636	邮箱地址：wangjin@junhe.com
刘路雅惠 律 师	电话：86 10 8540 8712	邮箱地址：liulyh@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

