

华为诉美国政府违宪：贸易战硝烟下的司法博弈

3月7日，华为在深圳总部召开媒体发布会，正式宣布起诉美国政府，挑战《2019国防授权法案》（简称“**2019NDAA 法案**”）第889条的合宪性。

华为是中国最大的科技公司、5G技术的领军企业、全球最大的电信网络设备供应商之一，但其在美国的业务活动却一直遭受不平等的待遇和歧视。2019 NDAA 法案是美国对于华为占领全球 5G 市场的一次打击，反映了美国对于以华为为代表的中国制造企业进入上游研发领域的担忧，也是全面遏制中国战略在经贸层面的表现。在中美贸易战和美国外国投资委员会（简称“**CFIUS**”）加强对外来投资监管的大背景下，华为此次起诉所涵盖的意义远远超越诉讼本身。中美经济往来日益密切，双边经贸摩擦难以避免。熟悉国外政治环境和法律体系，尊重法律且能够运用法律维权，已成为中国企业“走出去”的必经之路。从这个角度来说，华为基于美国宪政体制起诉，在成熟的法治和司法体系内部寻求救济，而不仅仅依赖政府进行沟通，对其自身乃至中国企业，都迈出了有意义的一步。

本文将首先简要介绍本案诉讼进展及华为在起诉状中的事实主张，其次将对 2019NDAA 法案第 889 条及华为起诉的宪法依据进行分析，最后为中国投资者在美投资提出针对性建议。

一、诉讼进展与案情概述

（一）诉讼进展

3月7日，华为美国技术有限公司（简称“**华为美国**”）及华为技术有限公司（简称“**华为中国**”）正式向美国得克萨斯州东区联邦法院提交起诉状，请求法院判定 2019 NDAA 法案第 889 条因违宪而无效，并寻求解除相关禁令。在起诉状中，华为将美国政府及美国总务署署长、劳工部部长等六名政府部长一并列为被告，并组建一支由 7 名顶尖律师组成的律师团为其进行辩护。

目前，美国的联邦法院已经就华为起诉美国政府一案向美国政府及教育部长、劳工部长等政府部长发去传票，并在 3 月 7 日和 8 日分别公布了 4 份华为 7 人律师团中 4 名律师的“出庭通知书”(Notice of Attorney Appearance)。根据联邦法院诉讼程序的规定，美国政府方面需要在收到传票后的 60 天内（不包括收到传票之日）作出回应。

（二）事实主张及诉求

在起诉状中，华为请求法院判定禁止适用 2019NDAA 法案中相关条款，并在“事实陈述”（Factual Allegations）部分阐述了如下内容：

1、 华为是没有政府背景的独立私营企业

华为是一家由私人董事会控制的私营企业，没

有上市，“所有权归属于 96768 名持股员工”¹，没有任何政府背景及利益牵扯：（1）华为中国由其创办人和员工所有，中国政府没有持有华为的任何股份，17 名董事会成员均不在中国政府担任任何职务；（2）华为美国未被中国政府持股，董事会成员亦均不在中国政府担任任何职务。

2、无证据认定华为威胁美国网络安全

首先，根据起诉状所述，美国早在 1998 年就开始了网络安全风险的识别和防范。根据美国政府的多份供应链风险评估报告，“技术产品和服务在本质上是全球性的”，因此“不能仅凭产品外壳上的名字来判断究竟是谁生产了产品中的部件”。因此根据来源国因素将华为置入黑名单是没有意义和不符合规则的行为。

其次，华为主张美国政府从未呈现任何实质性证据证明华为曾设置后门获取用户数据。虽然近年来美国国内发生了多起恶意网络攻击事件，但是根据政府调查结果，华为均未牵涉其中。与之相反，华为一直是“全世界最开放、最透明、接受审查最多的公司”²，其向超过 170 个国家提供服务，至今从未出现安全问题，也从未有任何审查显示华为故意设置安全漏洞或向中国政府提供用户数据。

总之，供应链风险的解决应诉诸于全面的供应链策略与规范，及国际层面对网络卫生安全的统一协作，美国“政治化的做法无法保障网络安全”。

¹澎湃新闻：《任正非答外媒 22 问纪要》，2019 年 1 月 22 日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1623320912411574629&wfr=spider&for=pc>。

²华为集团网站：《华为起诉美国政府销售限制法案违宪》，2019 年 3 月 7 日，<https://www.huawei.com/cn/press-events/news/2019/3/huawei-sues-the-us-government>。

二、2019 NDAA 法案第 889 条“禁令”分析

《国防授权法案》（National Defense Authorization Act, NDAA）是美国每年度用以明确国防部年度预算和开支的法律，立法精神在于审核、授权国防预算，决定国防相关机构的权责，确立资助水平及预算实施规则。

2019 NDAA 法案第 889 条禁止美国联邦机构购买任何“高危险通讯设备”，并直接指明“华为、中兴”的产品为本条所述“高危险通讯设备”，成为此次华为起诉美国的直接原因。

（一）2019 NDAA 法案第 889 条具有争议性

2018 年 8 月 13 日，特朗普正式签署了 2019NDAA 法案。实际上，早在 2019NDAA 法案出台前，美国各界包括美国总统都曾表达过对该法案会影响三权分立的重大担忧，且法案部分规定模糊不清，留给双方很大的辩论空间。

“禁令”（Prohibition）在美国历年《国防授权法》中是一个常见的条款类别，过去也曾有不少国家被列入其中，只是像今年第 889 条这样直接点名具体公司的做法较为少见。

目前华为仅提交了一份起诉状，美国政府及其他被告尚未提交答辩状，未来双方可能会进行多轮证据和材料提交，我们目前只掌握了案件事实的冰山一角，但是可以预见的是华为和美方谈判的空间及条文的修改空间都较大。

（二）在“高危险通讯设备”中点名华为

2019NDAA 法案第 889 条“禁止特定通信及视频监控服务或设备”规定在“采购政策、采购管理

和相关事务”一章中，项下共六款，其中在（f）款“定义”中明确界定该条文“所涵盖的外国”（Covered foreign country）为“中华人民共和国”，明确指明华为为“高风险通讯设备”，“以立法的形式裁定它与中国政府有关联”，而不是交给行政机关和法院来做出此类的指控并予以裁决。

法案中不仅禁止美国政府自身购买华为设备及其服务，并且禁止政府跟其他购买或者使用华为的第三方签订合同，向其拨款或者提供贷款。虽然本条规定了与该条款相关实体申请豁免的权利，但是可操作性很低。具体而言，美国行政机构的主管可以申请与华为的交易豁免，在提交“强有力的证据”给相关的行政机构主管及国会委员会审查，若该种交易满足“符合美国国家安全利益”的条件则可以获得豁免。但是这审查过程繁杂冗长，该项豁免规定的实际效果不大。

（三） NDAA 条文对华为的实质性损害

虽然该 2019NDAA 法案的条款尚未生效，但是对华为已经造成了经济、竞争力以及声誉上“实际的、持续和立即”的损害，阻止了华为进入美国通信设备和服务市场的核心区域。

在法案通过过程中，众多议员攻击华为是“中国的特洛伊木马”，认为其“无非是中国的情报机构”，“不应该在美国从事任何商业活动”。该等言论严重损害了华为的商誉和信用，给华为造成了直接的重大经济损失，具体表现包括：现有的客户和政府承包商拒绝签署合同或者终止双方正在进行的磋商；总务署、宇航局及国防部提议修改《联邦收购条例》以配合 2019 NDAA 法案第 889 条的实施；佛蒙特州对其行政机关下达禁止与华为签署或续签合同的命

令；佐治亚州政府以华为缺乏“履行能力”等理由拒绝华为参与其政府项目投标。

华为正在遭受持续的、重大的、有针对性的损害，而 2019 NDAA 法案是上述一切损害的直接原因。因此，华为请求判令禁止适用该条款，以恢复商誉，停止损害。

三、法律依据

华为在其起诉状“宪法规定”部分第 21 至 24 条中列出了美国政府侵犯华为权益而华为可以获得救济的宪法依据。主要是三条美国宪法基本原则：

（1）“剥夺公民权法案”（Bill of Attainder Clause，来自美国宪法第一条第九款第三项）；（2）“正当程序条款”（Due Process Clause，来自美国宪法第五修正案）；以及（3）“归属条款”（Vesting Clauses，来自美国宪法第一至三条的第一款）。这三条宪法原则也是华为在此前北京时间 3 月 7 日的新闻发布会上一直着重强调的三点。

（一） 剥夺公民权法案 (Bill of Attainder Clause)

美国宪法第一条第九款第三项“剥夺公民权法案”规定“不得通过任何剥夺公民权的法案”。这项条文的真正含义在于禁止立法机关，即美国国会，不经过掌握司法权的法院审判，直接在某一法律或法案中宣称某一个人、群体或某一实体有罪。违反这条法案的典型行为之一在于在国会通过的某一法案中单独列明（Single Out）某一个体，不经过法院审判而对其进行处罚。

在起诉状第 96 至 100 条，华为明确地提出美国政府违反“剥夺公民权法案”。正如上文所述，2019 NDAA 法案的第 889 款条文将华为与其子公司和附

属机构单独列明，明确禁止美国政府、其承包商及联邦赠款和贷款接受者使用华为和中兴企业所生产或提供的设备和服务。起诉状指出，第 899 款条文明显地违反了上述的“剥夺公民权法案”，因为它并未经过美国法院的审判，就直接对华为企业进行了惩罚。华为在起诉状中称，“这项惩罚是一种永久性、沉重的、不可负担的惩罚，其程度不亚于美国法院的审判惩罚，但却未经正当的审判程序”。

但是，即使法院在一定程度上认同华为的这项主张，法院很有可能还需审查 2019NDAA 法案第 889 条针对华为的惩罚有无正当依据（Legitimate Basis）。虽然美国政府还未就华为的起诉状作出回应，但从《国防授权法案》(NDAA)中禁令的目的来看，国会很有可能以《国防授权法案》中条文的“国家安全”作为其依据进行抗辩。一般而言，美国法院对于国会以“国家安全”为由出台的法案大多予以支持。尤其考虑到本案性质事关国家整体的网络安全，行业性质较为特殊，可能涉及来自境外国家的威胁，故即使国会有违宪情形，法院也会以美国国家整体的安全利益为先，可能难以判其违宪。

2018 年俄罗斯防毒软件公司卡巴斯基（Kaspersky）的诉讼案件与华为起诉美国争议一案请求较为相似。美国政府声称卡巴斯基的杀毒软件是俄罗斯收集情报的工具，因此禁止联邦机构使用。2018 年 11 月，美国联邦法院审理了卡巴斯基起诉美国政府的案件，但是卡巴斯基的诉讼最终被驳回。卡巴斯基公司败诉的一个主要原因就是法院考虑到国会的禁令是基于对于美国国家安全的“合法的保护”。但是，卡巴斯基案件与华为不同的之处在于卡巴斯基公司在美国的市场份额较小，联邦机构的禁止使用不足以造成卡巴斯基实质性的损害。所以这

项禁令仅仅是“预防性措施”，而不是“惩罚性”伤害。而华为产品美国的使用率较卡巴斯基更高，《国防授权法案》的禁令对华为的伤害远比对卡巴斯基的禁令更为严重。倘若华为能够证明 2019NDAA 法案导致华为的伤害是永久性的、沉重的、难以负担的惩罚，联邦法院或许会做出不同的判决。

(二) 正当程序条款(Due Process Clause)

美国宪法第五修正案中的“正当程序条款”规定：“没有正当法律程序，任何人不得…被剥夺生命、自由或财产。”也即，政府在剥夺公民的生命、自由或财产权利时，必须有足够的理由，并且遵守法律规定的公平正当的程序，如给予被剥夺权利方听证、解释和申诉的机会等。这条宪法原则包含美国宪法中赋予公民的基本权利，是美国宪法原则的基石。

华为在起诉状中着重强调的违反正当程序的依据在于，2019NDAA 法案没有遵循正当的法律程序。政府没有采用一般法律(General Laws)来发布禁令，而是通过选择性法规(Selective Deprivations)剥夺了华为的自由和财产权。例如，2019NDAA 的第 889 条单独列明了华为和中兴两家公司，禁止政府购买其设备等。华为在起诉状中称，正当程序条款仅仅允许政府基于一般法的程序剥夺公民的自由和财产权，而不是像 2019NDAA 法案中那样选择性地只在法案中明确列明某个或某些实体从而剥夺其权利。

早在 2014 年就有我国工程机械制造商三一重工起诉 CFIUS 并取得胜诉的先例。CFIUS 要求三一重工关闭其在美国注册的公司的四个风电投资项目。CFIUS 提出的关闭三一重工的投资项目的理由也是出于对三一重工的风电投资项目威胁美国国家安全的担忧。法院最终判决 CFIUS 禁令违反正当程序，

三一重工取得胜诉。但是，三一重工案件和此次华为的诉由略有不同。三一重工案件中联邦法院着重强调了政府需要给公司提供申辩的机会，并且公开程序相关决定所依据的信息。更重要的是，当时被终止的项目周边还有大量其他国家投资者的项目，仅中国的投资者被要求终止，CFIUS 的不正当针对性较为明显。

华为的情况虽然与三一重工略有不同，但是从三一重工的案件来看，美国法院对于以“国家安全”为由发布对某一国家实体的禁令的国会法案并非全部赞同而不进行审查。倘若华为能够利用有效证据证明国会 2019NDAA 法案仅仅是为了打击华为的 5G 通信技术发展，不顾宪法规定的正当程序，法院不会对此违宪性损害置之不顾。

(三) 归属条款 (Vesting Clause)

美国宪法的“归属条款”其实是由宪法中的三条授权条文组成的，也即在宪法中将政府的三项重要权力分别授予美国政府的三个分支。美国宪法第一条第一款赋予了国会立法权 (Legislative Power)；第二条第一款赋予了总统行政权力 (Executive Power)；第三条第一款赋予了法院司法权 (Judicial Power)。据此，也就构成了美国政府权力的“三权分立”。三个分支分别在自己的权力范围内执行，不得越权。

在起诉状中，华为指出宪法仅仅赋予了国会立法权，而没有赋予其对某个个体适用立法规则的权力。根据三权分立原则，对个体适用立法规则的权力属于行使行政和（或）司法的权力范围。就本案而言，2019NDAA 法案第 889 条将华为单独列明进行处罚，实际上是以立法的形式，代替司法机关对

华为进行了审判和处罚，并代替行政机构进行了执法。国会利用《国防授权法案》剥夺了行政机关和司法机关的职能。因此，华为也就失去了这些机构在行使职能时可能得到的保护（例如，行政咨询的机会和随后的司法审查，以及重新审议的可能性）。

华为提出的这一条法律依据其实与上述两条宪法原则的内在原理大致相同。华为所要逾越的障碍仍然是法院对于“国家安全”为由的国会法案的妥协性。华为需要拿出足够的证据证明政府的违宪程度之高，其主张的“国家安全”理由仅仅是个打击中国企业 5G 通信发展的幌子。

四、对中国投资者启示

信息产业是近年来发展最为蓬勃的产业，也是全球化的产物。华为事件为中国赴美投资者在信息产业遇到的机遇与挑战带来了一定的启示。

首先，中国赴美投资者，尤其是信息产业等较为敏感、可能涉及美国国家网络安全的产业，要提早注意 CFIUS 对其进行国家安全的审查风险。投资者除了要有商业、技术方面的专业能力，也要对美国审查政策、法律政策有基本的敏锐度。倘若能够事先做好规划，主动咨询专业的律师团相关政策，提早申报相关部门审查，一旦出现相应危机，也能适时作出商业决策上的调整，及时止损。

其次，华为的此次起诉也提示了投资者运用法律武器的重要性。投资者在面对美国政府指控时，与其采取消极防守方式，不如主动运用法律武器，通过司法手段合法地维护自身权益。直接在法庭上接受美国法院的检验，以此反击美国政府不符实的制裁或惩罚。

最后，中国投资者还需注意舆论导向和公关措施。华为的此次起诉行为，不仅是一次法律行动，也可以视为一次较为成功的公关措施。华为通过起诉美国政府，对危害美国“国家安全”的指控坚决否认，在法庭上直面美国并宣告华为企业的清白。

无论此次诉讼的最终结果如何，华为都希望利用这一诉讼为其在美国国内民众的舆论导向，以及美国或世界其他地区的市场形象起到一定的正面影响和作用。

杜江 合伙人 电话：1-212 7038703

邮箱地址：duj@junhe.com

刘义婧 律师 电话：1-646 2059966

邮箱地址：liuyijing@junhe.com

(感谢实习生王璇、宗笑萌对本文的贡献)

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”。

