案件：17-60529 文件：00514689202 页：1 提交日期：10/19/2018

在美国联邦上诉法院

第五巡回审判区

美国联邦上诉法院

案号 17-60529

第五巡回审判区
已提交
2018年10月19日

Lyle W. Cayce

书记官

MANUEL LOPEZ VENTURA,

又名 Manuel A. Lopez-Ventura,

申请人,
诉

JEFFERSON B. SESSIONS, III,

美国司法部长,

被申请人。

对移民上诉委员会命令的上诉

由巡回法官 SMITH、CLEMENT 和 COSTA 审理。

JERRY E. SMITH，巡回法官：

Manuel Lopez Ventura，多米尼加共和国公民及国民，

且为美国合法永久居民（“ LPR ”），对持有

AB-CHMINACA 认罪，违反《路易斯安那州修订法规》

§ 40.966(C)。在其被捕后、但定罪前，AB-CHMINACA 被

列入联邦管制物质附表。定罪后，

Lopez Ventura 前往多米尼加共和国。返美后，他

以 LPR 身份申请入境。但国土安全部

依据《移民与国籍法》指控其因路易斯安那州定罪而

不可入境（“ INA ”）。见 8 U.S.C. § 1182(a)(2)-

(A)(i)(II)。Lopez Ventura 否认该指控，依据是

AB-CHMINACA 在其被捕时并非管制物质。

移民上诉委员会（“ BIA ”）最终认定其不可入境，理

由是 AB-CHMINACA 在其定

罪之日为管制物质。由于将 § 1182(a)(2)(A)(i)(II) 适用于 Lopez Ventura

构成不被允许的溯及适用，我们准予复审申请，撤销 BIA

的命令，并发回 BIA 裁定 Lopez Ventura 是

被判持有大麻还是 AB-CHMINACA。

I.

2014年，Lopez Ventura 因持有雪茄烟及

AB-CHMINACA（一种合成大麻素）被捕。2015年2月，他被指控

持有管制物质及吸毒用具，分别违反

《路易斯安那州修订法规》§§ 40:966(C) 和 40:1023。2015年

2015年4月16日，他认罪持有大麻和毒品用具——

具认罪。被捕时，AB-CHMINACA 并非联邦管制

物质。见 21 C.F.R. § 1308.11（2014年3月7日至2015年1月29日生效）。

然而至其被指控并认罪时，缉毒

局已依据 21 U.S.C. § 811(h) 的授权将 AB-CHMINACA 列入管制物质

依据《美国法典》第21编第811(h)条授权的规则。1

外国人因违反任何与联邦管制物质相关的州法律而被定罪的，

作为 LPR 不可入境。见 8 U.S.C. § 1182(a)(2)-

(A)(i)(II)。Lopez Ventura 主张其可入境，因为其路易斯安那州

定罪涉及 AB-CHMINACA，而该物质在其犯罪之日并非管制物质

1 见 80 Fed. Reg. 5042 – 01（2015年1月30日）（将 AB-CHMINACA 列入管制物质附表）；21 C.F.R. § 1308.11(h)(29)（2015年1月30日至2015年3月19日生效）；§ 1308.11(h)(21)（2015年3月20日至2015年7月16日生效）。

2

案号 17-60529

。

移民法官（“ IJ ”）驳回该动议，理由是在 Lopez Ventura 定

罪之日 AB-CHMINACA 为管制物质。

Lopez Ventura 申请复议并请求依据 INA 免于

遣返。2 IJ 驳回该动议，认定 Lopez Ven-

tura 实际上是被判持有大麻——而非

AB-CHMINACA——因此其所持有的毒品一直是管制物

质。IJ 随后以某种自相矛盾的方式认定，

Lopez Ventura 不符合 § 1182(h) 救济资格，因为他曾被

判持有 AB-CHMINACA，而非大麻。

Lopez Ventura 以相同论点向 BIA 上诉。但

他首次明确援引反溯及适用推定，

引用 Vartelas v. Holder, 566 U.S. 257 (2012)。BIA 维持原裁定。其认定

就 § 1182(a)(2)(A)(i)(II) 而言，相关日期为

定罪之日，且 AB-CHMINACA 在

Lopez Ventura 被定罪时为管制物质。其进一步认定 Lopez Ventura 已放弃

其关于 § 1182(a)(2)(A)(i)(II) 被以溯及方式适用的主张。

然而 BIA 从未裁定 Lopez Ventura 是否系被判

持有大麻而非 AB-CHMINACA。

Lopez Ventura 申请复审，主张将

§ 1182(a)(2)(A)(i)(II) 适用于其案件具有溯及力，因为该条款对其持有

AB-CHMINACA 附加了新的法律后果。并且，如 Lopez Ventura

所述，法规中没有任何内容足以推翻反

溯及适用推定。政府答复称 Lopez Ventura 已放弃其上诉中

2 见 8 U.S.C. § 1182(h)（规定司法部长可以豁免涉及简单持有三十克大麻的某些罪行的不可入境性）。同见 Martinez v. Mukasey, 519 F.3d 532, 541 – 42 (5th Cir. 2008)。

3

论点的关键部分。此外，其坚持认为，由于法定

文本、类别化方法以及支撑 INA 的政策均聚焦于

定罪，法院必须考虑该物质在

定罪之日而非实施之日是否为管制物质。最后，政府主张

§ 1182(a)(2)(A)(i)(II) 无论如何均明确具有溯及力。

II.

我们对 BIA 的法律裁定进行重新审查，对事实认定按“ 实

质性证据 ” 标准审查。Lopez-Gomez v. Ashcroft, 263 F.3d 442, 444 (5th Cir. 2001)。

我们仅在“ 其影响了 BIA ” 的范围内考虑 IJ 的决定。

Shaikh v. Holder, 588 F.3d 861, 863 (5th Cir. 2009)。BIA 的命令由

BIA 单一成员作出，不具有先例效力。3 由于该

命令因此缺乏法律效力，其仅享有 Skidmore 尊重。4

“ 即便如此，仍将仔细审查其说服力。 ” Dhuka,

716 F.3d at 156。

BIA 裁定 Lopez Ventura 已放弃其关于将

§ 1182(a)(2)(A)(i)(II) 适用于其路易斯安那州定罪将构成不被允许的溯

及适用的主张。我们不同意。反溯及适用推定仅是

法律解释的工具，而非独立的救济请求。见 Falek v. Gonzales,

475 F.3d 285, 290 (5th Cir. 2007)。从一开始，Lopez Ventura 就

一贯主张，经正确解释的 § 1182(a)(2)(A)(i)(II)

不适用于犯罪涉及在实施之日并非管制物质的

情形。尽管他直至向 BIA 上诉时才明确援引反溯及适用

3 见 8 C.F.R. § 1003.1(e)(6)(ii)（规定若案件需要确立先例，可分配给三人合议庭）；另见 Dhuka v. Holder, 716 F.3d 149, 155 (5th Cir. 2013)（“ 该法规不承认单一成员决定具有先例效力…… ”）。

4 见 Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 140 (1944)；Dhuka v. Holder, 716 F.3d 149, 155 (5th Cir. 2013)。

4

案号 17-60529

推定，Lopez Ventura 始终主张

对 INA 作与该推定相吻合的解释。5 事实上，

主张 § 1182(a)(2)(A)(i)(II) 不应适用于该物质在

犯罪行为之后才成为管制物质的情形，就是主张此种适用构成不当

溯及适用。6

即使 Lopez Ventura 未在 IJ 面前清晰提出其溯及适用主张，

该论点仍通过复审申请得以保留。既定

做法是，要在复审中予以考虑，某一问题通常必须已

在下级裁判机构中被“ 提出或裁断 ”。7 尽管 BIA 认定

Lopez Ventura 已放弃其溯及适用主张，但其裁定 § 1182(a)(2)(A)(i)(II) 下的相关

根据 § 1182(a)(2)(A)(i)(II)的询问是，某物质在以下日期是否属于受管制物质：

定罪之日是否为管制物质。BIA 以此明确拒绝了 Lopez Ventura

对法规的解读，并隐含裁定将 § 1182(a)(2)-

(A)(i)(II) 适用于其并非不被允许的溯及适用。由于 BIA 因此

裁断了 Lopez Ventura 的主张，我们可以在复审申请中

考虑其论点。

III.

反溯及立法推定产生于“ 涉及在诉讼事件之后颁布的联邦

法规的案件 ”。Landgraf v. USI

5 政府援引 Falek, 475 F.3d at 289 – 90，主张溯及适用是一个必须用尽的问题。但与 Lopez Ventura 不同，Falek 中的申请人完全未在 BIA 面前质疑该法规的适用性。Id. at 288。

6 出于类似理由，政府坚持 Lopez Ventura 已放弃其在本复审申请中的大部分论点，这是错误的。据政府称，Lopez Ventura 仅质疑 BIA 的决定是否构成不被允许的溯及适用——而非 BIA 聚焦于定罪之日是否错

误。但这些论点是同一枚硬币的两面。主张 BIA 的裁定错误地具有溯及力，就是主张定罪之日不应起决定作用。

7 McGoldrick v. Compagnie Generale Transatlantique, 309 U.S. 430, 434 (1940)；同见 19 JAMES WM. MOORE ET AL., MOORE'S FEDERAL PRACTICE ¶ 205.05（第3版 2018）。

5

Film Prods., 511 U.S. 244, 280 (1994)。该推定“ 深深植根于

我们的判例法，并体现了一项比我们的共和国还要早数个世纪的

法律原则。 ” Id. at 265。因此，“ 行为的法律效果通常

应依据行为发生时存在的法律来评估。 ” 8

国会可以制定溯及性立法，只要不触犯特定的

宪法禁令。Id. at 267 – 68。但法院要求国会

立法时须有明确的溯及适用声明。Id.

为确定某法规是否构成不被允许的溯及适用，我们必须

首先问“ 国会是否明确规定了该法规的适当

适用范围 ”，其次问“ 新法规是否会产生溯及效果。 ” Id.

at 280。该框架同样适用于确定法规的溯及

效果。9

A.

认定明确溯及指令的标准“ 要求很高 ”。

I.N.S. v. St. Cyr, 533 U.S. 289, 316 (2001)。法规必须包含

完全明确的语言表明其具有溯及力。10 例如，

“ 加重重罪 ” 的定义“ 明确适用于‘ 在法规颁布日期之前、当日或之后作出的定罪 ’ ”，

足以推翻该推定。11 但法规的生效日期或全面性可能无法

推定。11 但法规的生效日期或全面性可能不

同上，第316 – 18页。

8 Landgraf, 511 U.S. at 265.（引述Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. Bonjorno, 494 U.S. 817, 855 (1990)（Scalia 大法官协同意见））。

9 参见Perez Pimentel v. Mukasey, 530 F.3d 321, 326 (5th Cir. 2008)；Kankamalage v. I.N.S., 335 F.3d 858, 862 – 63 (9th Cir. 2003)。

10 St. Cyr, 533 U.S. at 316（引述Lindh v. Murphy, 521 U.S. 320, 328 n.4 (1997)）（认定法规语言必须“ 如此明确，以至于[能够]仅维持一种解释 ”以支持溯及力）。

11 Vartelas, 566 U.S. at 267（已清理）（引述8 U.S.C. § 1101(a)(43)）。

6

案件：17-60529 文件：00514689202 第7页 归档日期：10/19/2018

第17-60529号

政府试图回避Lopez Ventura的溯及力

主张，坚称没有任何法规或规章曾被修改以适用于

颁布前的行为。并非如此：《联邦法规汇编》中的管制物质清单

是在Lopez Ventura被指控持有AB-CHMINACA之后

才被修改以将其列入的。该修改的时间点至少

引发了溯及力的疑虑，使我们不得不考虑AB-CHMINACA的增列

是否意在具有溯及力。

在DEA的最终命令、12 该规章13 或授权颁布

命令、12 该规章、13 或授权颁布该规章的制定法

管制物质附表。14 尽管最终命令规定其应

“ 自2015年1月30日起生效 ”，但仅有生效日期不足以

确立溯及力。参见同上，第317页。如果法规意在

具有溯及力，国会本可明确规定某药物的增列

将适用于定罪，无论该物质何时成为管制物质。

国会在此并未如此规定。

政府还主张，《反毒品滥用法》（“ ADAA ”）

包含针对 § 1182(a)(2)(A)(i)(II)的明确溯及力声明。在

1986年，ADAA修订了 § 1182关于被判犯有管制

物质犯罪的外国人的条款。在修订时，ADAA规定此类修正 “ 应

适用于在本条颁布日期之前、当日或之后发生的定罪。 ”

Pub. L. 99-570, § 1751(c), 100 Stat. 3207-47 (1986)。但该

语言无关紧要。尽管它确立了1986年修正案

意在具有溯及力，但它对管制物质附表的未来增列

12 80 Fed. Reg. 5042（2015年1月30日）。

13 21 C.F.R. § 1308.11(h)(29)（2015年1月30日至2015年3月19日生效）；同上§ 1308.11-(h)(21)（2015年3月20日至2015年7月16日生效）。

14 参见21 U.S.C. § 811（授权对管制物质进行分类）；21 U.S.C. § 812（列明管制物质附表）。

7

是否具有溯及力只字未提。在

缺乏任何明确相反语言的情况下，我们因此推定

AB-CHMINACA的增列并非意在具有溯及力。

然而，政府提出，法规语言、分类

方法及基本政策考量足以推翻反对溯及力的

推定。正如政府所观察到的， § 1182(a)(2)(A)(i)(II)

以定罪为表述方式：“ 任何外国人被判犯有 ” 违反与管制物质有关的州法律的

行为，均不可入境。（着重号为原文所加。）因为

INA “ 询问的是非公民被判犯有何种罪行，而非他

实施了何种行为 ”，法院在解释该法规时采用 “ 分类

方法 ”。15 该方法要求法院 “ 不看特定

先前案件的事实，而是看界定定罪罪行的州法规

……是否必然涉及等同于一般联邦

罪行的事实。 ” Moncrieffe, 569 U.S. at 190（已清理）。总之，分类

方法反映了国会的意图，即 “ 以定罪而非行为

作为驱逐的前提 ”。Mellouli v. Lynch, 135 S. Ct. 1980, 1986 (2015)（内部引文

省略）。

据政府称，若认定管制物质的增列

不具有溯及力，将在原本结构良好的分类方法上

炸出一个大洞。政府的推理是，如果法院

必须询问申请人实际实施犯罪的时间，那么法院将

超越比较罪行要素的范围，转而审视定罪的

事实。而如果法院一旦进行此种审查，政府担心

外国人将有充分动机对犯罪时间提出争议。更糟的是，

定罪记录可能缺乏关于实施日期的信息，迫使

15 Moncrieffe v. Holder, 569 U.S. 184, 191 (2013)（引文省略）；另参见Omari v. Gonzales, 419 F.3d 303, 307 (5th Cir. 2005)。

8

BIA进行小型审判以确定实施日期。政府断言，分类

方法将化为灰烬。

单独来看，分类方法并不能反驳反对溯及力的

推定，因为它仅是立法意图的表达。

它的存在仅仅是因为国会颁布了要求采用此种

方法的法规。尽管分类方法由来已久，16 但它并非绝对，

且在某些情况下法规语言要求偏离

该方法。参见Nijhawan v. Holder, 557 U.S. 29, 36 – 39 (2009)。

相反，反对溯及力的推定作为规范性和描述性

解释准则绝对适用。17 它体现了“ 比我们共和国还要古老几个世纪的

法律原则 ”，其根基在于

从溯及既往条款到正当

程序条款的众多宪法规定。Landgraf, 511 U.S. at 265 – 66。它要求，

为具有溯及力，所有国会表述——包括分类

方法——都必须包含明确的法规语言。18 因此，尽管

国会意图分类方法普遍适用，国会

也必须明确表述驱逐是以定罪——而非

行为——为前提，即使这样做会产生溯及效力。19 由于该法

规及 accompanying 规章不包含此类声明，该推定

16 Moncrieffe, 569 U.S. at 191（指出分类方法“ 在我国移民法中有着悠久的谱系 ”）。

17 Landgraf, 511 U.S. at 286（“ 反对法定溯及力的推定建立在关于一般政策和实践的合理考量之上，并与关于立法通常运作方式的长期持有且广泛共享的期望相一致。 ”）。

18 参见Vartelas, 566 U.S. at 266；St. Cyr, 533 U.S. at 315 – 16；Lindh, 521 U.S. at 324 – 25；Landgraf, 511 U.S. at 270, 273；United States v. Heth, 3 Cranch 399, 413 (1806)；另参见Garrido-Morato v. Gonzales, 485 F.3d 319, 322 (5th Cir. 2007)；Ojeda-Terrazas v. Ashcroft, 290 F.3d 292, 300 (5th Cir. 2002)。

19 比较St. Cyr, 533 U.S. at 317（认定移民法的全面性不足以推翻该推定）。

9

反对溯及力的推定未被推翻。

此外，政府关于分类方法持续可行性的担忧

很可能被夸大了。尽管管制物质清单

必须经常扩充以应对犯罪分子的创造力，

但大多数物质已被管制多年。20 而犯罪

日期几乎总是出现在起诉文件中，该文件可在

分类方法下予以考虑。因此，暗示溯及力的情形

可能很少。因此，“ 无溯及力 ” 的认定

不太可能扰乱分类方法的未来运作。

B.

当法规或规章不包含明确的溯及力

命令时，我们必须判断其是否具有溯及效力。参见同上

第280页。这 “ 要求作出常识性的、功能性的判断，即

新条款是否对在其颁布之前已完成的事件

附加新的法律后果。 ” St. Cyr, 533 U.S. at 321（内部引文省略）。

当法规 “ 会损害当事人在行为时享有的权利、增加当事人对过去行为的责任，或对已完成交易

施加新义务 ” 时，即具有溯及效力。

Landgraf, 511 U.S.

第280页。“ [关]于公平通知、合理信赖和

既定期望的熟悉考量 ” 有助于指导分析。同上，第270页。

Lopez Ventura主张，由于他在AB-CHMINACA

被列入附表之前持有该物质，依据INA指控其

不可入境，对其持有行为附加了新的法律后果。政府

回应称，法规关注的是定罪，而非 underlying 行为。

20 参见，例如，21 C.F.R. § 1308.11(b)（列明所有“ 阿片类物质，包括其异构体、酯类、醚类、盐类及异构体、酯类和醚类的盐类 ”）。

10

因此，政府坚持认为，将联邦附表的增列适用于在该增列之后被定罪的人，

不产生溯及力问题。

此外，政府主张，Lopez Ventura本可通过谈判达成

有利的认罪协议或进入审判，来避免AB-CHMINACA增列

所带来的后果。

政府的立场站不住脚，因为法院已在Vartelas案中

审议并驳回了非常相似的推理。该案涉及

一项法定修改，禁止有某些定罪的LPR出国旅行。

Vartelas, 566 U.S. at 260。尽管申请人是在

法定修正案之前被定罪的，但他在修正案之后旅行时被拒绝重新入境。

同上，第260 – 61页。Scalia大法官在异议中主张，

溯及力应取决于“ 法规意图规范的活动 ”。同上

第277页（Scalia大法官异议意见）。由于该法规关注的是“ 重新进入

美国 ”，Scalia大法官认定不存在溯及适用，因为该

申请人在法律变更后试图重新入境。Id. at 277 – 78。

此外，Scalia大法官指出，申请人本可以避免该制定法修正案的

后果，“ 只需留在美国

境内，或者，在离开后，留在[国外]。 ”Id. at 278。

该异议意见中的推理与政府在此处的推理惊人地相似。

Scalia大法官和政府都希望我们审视“ 该法规规制的是什么活动 ”，

无论是重新入境还是定罪。两者都会问，申请人是否

能够以某种方式避免法律变更的后果。

两者都希望我们在相关行为发生在修正案之后的情况下

认定不存在溯及适用。

但法院不同意，解释说，附加于申请人的任何无能力

都是“ 在该制定法变更之前多年前实施的一起单一犯罪 ”的结果。

Id. at 267 – 72。此外，法院驳回了这样一种观念，即

11

申请人“ 本可以避免该修正案的任何不利后果 ”，

方式是“ 仅仅留在美国国内的家中 ”。Id. at 268。

大致相同的是，Lopez Ventura被指控不可入境，

因为他持有AB-CHMINACA——该犯罪发生在该毒品被列入

附表之前。因此， § 1182(a)(2)(A)(i)(II)具有

溯及适用效力，因为它将一项新的无能力（不可入境）附加于

监管变更之前已完成的行为。Lopez Ven-

tura本可以通过寻求更有利的认罪协议或进入审判来

避免其持有行为的 adverse 后果，这完全无关紧要。

诚然，Vartelas法院并未直接处理当一项新的无能力附加于

被告的行为或定罪——两者均发生在制定法变更之前——时

是否发生溯及适用的问题。21 尽管如此，

每当法院阐述溯及适用的检验标准时，它都将

该检验标准表述为将新的无能力附加于“ 已经过去的交易或对价 ”， 22

已经过去的 ”22“ 已完成的行为， ”23或“ 在……之前已完成的事件

已完成的事件 ”。24因此，就溯及适用分析而言，

起控制作用的是被告行为的时间，而非其定罪的时间。

“ 关于公平通知、合理信赖和既定预期的常见考量 ”

仅用于确认该结论。St. Cyr, 533 U.S. at 321

（内部引文省略）。当Lopez Ventura持有

AB-CHMINACA时，他并未得到通知，即此类犯罪会带来

21 另见St. Cyr, 533 U.S. at 326（涉及一名在制定法变更之前被定罪的被告）；Carranza-De Salinas v. Holder, 700 F.3d 768, 774 (5th Cir. 2012)（同上）。

22 Landgraf, 511 U.S. at 269（内部引文省略）。

23 Vartelas, 566 U.S. at 267。

24 St. Cyr, 533 U.S. at 321（内部引文省略）。

12

不可入境的后果。尽管该无能力仅因他的

定罪而附加，但正是持有行为首先使他面临定罪。

一旦他实施了该犯罪，Lopez Ventura就使自己走上了

通往定罪及由此产生的任何法律后果的道路。但在

实施犯罪时，他并未得到通知，即其中一项法律后果

是不可入境。

不过，有人可能会主张，在如本案这样，被告在制定法变更之后

在完全知悉其认罪的法律后果的情况下作出有罪答辩时，

通知考量并不直接涉及。然而，

最高法院已明确裁定，不存在实际的不利信赖

并不具有决定性。见Vartelas, 566 U.S. at 273。那将是一种 “ 奇怪的

推定……仅在证明实际信赖时才产生。 ” 25 因此，

溯及适用的检验标准不是申请人是否实际信赖

先前法律，而是 “ 新条款是否将新的法律后果

附加于其颁布之前已完成的事件 ” 。Id.（内部引文

省略）。因为添加AB-CHMINACA正是如此，所以它具有溯及

适用效力。并且因为 § 1182(a)(2)(A)(i)(II)并未克服

反对溯及适用的推定，将其适用于Lopez Ventura构成不被允许的

溯及适用。

因此，我们准予调卷申请，撤销BIA的命令，

并发回重审，由BIA处理其未解决的事项：即，

Lopez Ventura是被判定犯有持有大麻罪，还是被判定犯有

AB-CHMINACA罪。

25 Vartelas, 566 U.S. at 273（已清理）；另见Carranza-De Salnias, 700 F.3d at 772 – 73（指出确立溯及适用并不需要“ 实际的、主观的信赖 ”）。

13