

作为两用物项管制稀土出口的外贸制度探析

王永杰,张友连

(浙江理工大学经济管理学院,杭州 310018)

摘要:因稀土出口措施案败诉,中国取消了稀土出口限制。中国对稀土的开采、出口不加限制,势必导致新一轮滥采乱挖、破坏生态环境现象的发生。更为重要的是,稀土是军事工业重要的原材料,在尖端武器上应用广泛。大量的稀土出口,提升了美日等国武器装备水平,必然对中国的国家安全构成威胁。为国家安全战略考虑,中国应当将稀土列为军民两用物项,以GATT第21条安全例外为法律依据实施出口管制。在借鉴美国管制两用物项经验基础上,中国应建立以出口企业许可登记和验证最终用户制度为核心的稀土出口管制制度。

关键词: 稀土;两用物项;GATT第21条;出口许可证;对外贸易

中图分类号: F741.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1673-3851(2016)01-0001-05 **引用页码:** 020101

稀土是一系列金属元素的总称。稀土是重要的工业原料,广泛地运用于新能源、新材料、航空航天、军事等工业领域。国务院2012年发布的《中国的稀土状况与政策》白皮书数据显示,中国的稀土储量约占世界总储量的23%,却占有90%以上的世界市场份额。我国稀土的过量出口带来了资源过度开发、生态环境破坏等问题。为此,中国政府采取了一系列限制稀土开采和出口的政策^[1]。

中国限制稀土的政策遭到了美日欧等国的强烈反对。2012年3月15日,美国、欧盟和日本向WTO提出申诉,指控中国限制稀土出口等措施违反了WTO的相关规定。2014年3月26日和2014年8月7日,WTO争端解决机构就该案分别发布了专家组报告和上诉机构报告,该两份报告认定中国针对稀土采取的出口配额措施违反了WTO的相关规定。2014年12月31日,商务部、海关总署公布的《2015年出口许可证管理货物目录》(公告2014年第94号)规定,稀土出口凭出口合同即可申领出口许可证。中国的稀土出口配额制度就此取消。

有学者提出,在限制稀土出口措施案败诉后,中

国可以提高资源税、减少出口退税,放开配额管制,严惩违法开采^[2]。诚然,中国的确可以通过采取此类措施,达到限制稀土开采、提高稀土国际价格的目的。但笔者认为,中国政府应当以更高的战略眼光看待稀土出口问题。由于之前的乱采滥挖、无序开采,中国稀土储量在逐年下降。控制开采量和出口量,保护稀土这一不可再生能源已经到了刻不容缓的地步。更为重要的是,中国出口稀土给美国、日本等发达国家,这些国家利用稀土制造尖端武器,反过来对中国的国家安全构成了严重的威胁。因此,中国管制稀土出口,特别是管制出口稀土禁止用于军事用途显得尤为必要。

若要实现上述目的,笔者认为可行的办法是将稀土列为军民两用物项,使得对其管制符合GATT第21条安全例外的相关规定。这种管制措施也是美国等发达国家通常采用的方法。

一、GATT第21条具有不可司法裁决性

GATT第21条“安全例外”规定:
本协定的任何规定不得解释为:

(a)要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;

(b)阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动:

(i)与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;

(ii)与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动;

(iii)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;

(c)阻止任何缔约方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

(一)“认为”表达的“不可司法裁决性”

GATT第21条(a)和(b)都有“其认为……”的表述。根据上下文可知,“其认为……”含义是成员认为披露信息会违背其基本安全利益的,都可以不披露;成员认为保护其基本国家安全利益所必需的任何行动,都可以采取。不披露信息或采取行动是完全由成员单方面主观意志决定的吗?一种观点主张,“认为”一词带有明显的主观判断的色彩,表明应当由成员自行判断其行为是否符合GATT第21条,由于只有成员才能解释其行为的合法性,所以GATT第21条具有“不可司法裁决性”^[3]。另一种观点主张,“认为”措词并不妨碍安全例外条款具有客观标准。该主张认为当对危害国家安全利益的风险评估明显存在错误时,不能以“认为”为借口,逃避WTO争端解决机制的审查^[4]。笔者认为GATT/WTO历来崇尚严格按照字面意义解释协定,而严格按照字面意义解释协定得出的结论是:WTO成员有权自行决定是否披露信息或是否采取某种行动以确保国家安全利益。因此GATT第21条安全例外具有不可司法裁决性。

(二)基本安全利益的“不可司法裁决性”

GATT第21条(a)和(b)规定WTO成员可以基于基本安全利益采取某种行动。这种为了安全利益采取行动的权利对WTO成员的重要性不言而喻。这种重要性也使得任何成员的安全是否受到侵害或威胁只能由该成员自己判断,其他成员的“客观判断”无法代替成员自己的判断。将自己的安全形

势交由其他成员作出判断,这是任何成员都无法接受的。所以基本安全利益在主体上带有主观判断性,应由WTO成员自行解释,也就是说,基本安全利益具有不可司法裁决性^[5]。

(三)所必需行动的“不可司法裁决性”

GATT第21条(b)规定WTO不得阻止任何成员采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动。WTO成员采取维护其基本安全利益措施是否属于“所必需的”,这个主观判断是否存在客观标准?笔者认为第21条规定“所必需的”是WTO成员“认为”“所必需的”。某一项维护基本安全利益的措施是否必需应由成员主观判断,不能由WTO其他成员或争端解决机构进行判断。在军事安全、领土完整遭受损害时,一成员必须果断采取行动,此时要求该成员对所有可能的措施进行评估,然后选择对贸易限制最小的措施,这种要求将会拖延该成员迅速采取行动,危及国家安全。所以,第21条“所必需的”行动是GATT第21条的援引方(以下简称“援引方”)“认为”的行动,不是WTO争端解决机构“认为”的^[6]。因此一项行动是否属于维护基本安全利益“所必需的”具有不可司法裁决性。

二、美国对军民两用物项的出口管制

目前世界各国对于军民两用物项的出口皆有管制。美国对军民两用物项出口管制主要规定于《出口管理条例》中。

(一)美国军民两用物项出口管理体制

《出口管理条例》将管制出口的产品或技术分为十大类:0类为核材料设备设施及其他相关物项;1类为化学品、微生物和毒素材料的特殊材料和相关设备(美国食品药品监督管理局和药品强制管理局负责该类物项的出口审查);2类为材料加工;3类为电子器件;4类为计算机;5类为电信与信息安全;6类为传感器和激光器;7类为导航和航空电子设备;8类为海洋技术;9类为航空航天及其推进系统。上述每一类被管制出口的物项又被分为从A到E五组,分别为:A组为设备、组装和零部件;B组为设备的测试、检查和制造;C组为材料;D组为软件;E组为技术。上述每组中的每一个物项都有一个出口管制分类编号。每一个编号由一系列数字和一个字母组成。从左数第一个数字代表被出口管制的物项属于

十大类中的哪一类;紧接着的字母表示该物项属于五组中的哪一组;后面三个数字代表出口管制的理由。条例还将出口国分为A、B、C、D、E五组。A组有52个国家和地区,对应6种出口管制理由。B组有156个国家和地区,许可证的例外适用于B组国家和地区的所有目的地。在相同的出口管制分类编号下的商品的净价值不超过该项目运输物品价值限额。C组为空缺。D组有52个国家和地区,对应5个出口管制理由。E组包括朝鲜、古巴、伊朗等国。

(二)美国针对中国的出口管制规定

《出口管理条例》规定只允许民用产品出口、再出口或转让至中国。如果出口、再出口或转让的物项对中国的军事能力有直接和重大贡献,则不予颁发出口许可证。军事能力是指条例第742条附件7中规定的主要武器系统,即主战坦克、装甲战斗车辆、大口径火炮系统、作战飞机、攻击直升机、军舰、导弹和导弹发射器、进攻性太空武器、指挥、控制、通信、计算机、情报、监视和侦察(C4ISR)、精确制导武器包括“智能炸弹”和夜视设备等11种武器。条例规定向中国出口商品时,除在商业管制列表中指定物项许可证要求外,出口商不得出口、再出口或转让条例第744条附件2清单中的任何物项,向中国出口的物项不得全部或部分用于中国的军事用途。从条例的出口管制国别图表可以很清楚地看到,在CB生化武器、NP核不扩散、NS国家安全、MT导弹技术、RS区域稳定、FC武器公约、CC控制犯罪和AT反恐等出口管制八项理由中,只有FC武器公约和AT反恐两种情况下不对中国出口限制。

三、中国管制稀土出口的立法建议

中国应当借鉴美国管制军民两用物项经验,在中国现有出口管制法律制度基础上,建立稀土出口管制法律制度。

(一)中国军民两用物项出口管制制度概述

中国的出口管制法律体系可以分为三个层面。第一层面是法律,如《对外贸易法》。第二层面是行政法规,如《核出口管制条例》等。第三层面是部门规章,如《两用物项和技术进出口许可证管理办法》等。中国军民两用物项出口管制的措施体现在两个方面。

1. 许可证制度

《两用物项和技术出口许可证管理办法》规定,两用物项和技术出口时,出口经营者应当向海关出具两用物项和技术出口许可证,依照海关法的有关规定,海关凭两用物项和技术出口许可证接受申报并办理验放手续。两用物项和技术出口许可证实行“一批一证”制和“一证一关”制。同一合同项下的同一商品如需分批办理出口许可证,出口经营者应在申领时提供相关行政主管部门签发的相应份数的两用物项和技术出口批准文件。同一次申领分批量最多不超过十二批。出口经营者知道或者应当知道,或者得到国务院相关行政主管部门通知,其拟出口的物项和技术存在被用于大规模杀伤性武器及其运载工具风险的,无论该物项和技术是否列入《两用物项和技术进出口许可证管理目录》,都应当申请出口许可,并办理两用物项和技术出口许可证。出口经营者在出口过程中,如发现拟出口的物项和技术存在被用于大规模杀伤性武器及其运载工具风险的,应及时向国务院相关行政主管部门报告,并积极配合采取措施中止合同的执行。

2. 最终用户和最终用途证明制度

《民用航空零部件出口分类管理办法》规定,出口经营者在《出口许可批件》有效期截止后30日内,将其在该《出口许可批件》项下出口的民用航空零部件的最终用户、最终用途等有关情况报商务部。《有关化学品及相关设备和技术出口管制办法》规定,有关化学品及相关设备和技术出口的接受方应当保证,未经中国政府允许,不得将中国提供的有关化学品及相关设备和技术用于申明的最终用途以外的用途或者向申明的最终用户以外的第三方转让。《导弹及相关物项和技术出口管制条例》规定,导弹相关物项和技术出口的接受方应当保证,未经中国政府允许,不将中国供应的导弹相关物项和技术用于申明的最终用途以外的其他用途,不将中国供应的导弹相关物项和技术向申明的最终用户以外的第三方转让。《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》和《核出口管制条例》都规定,出口申请者需要向商务部提交最终用户证明。

最终用户和最终用途证明要求进口商承诺不得将进口的两用物项转让给第三方,也不得将其用于储存、加工、生产、处理大规模杀伤性武器及其运载

系统以及申明以外的其他用途。出口商必须提交《最终用户和最终用途证明》的正本一份。该证明必须由真正的最终用户出具,由其主要负责人亲笔签字,并打印注明签字人全名和职务,加盖最终用户企业印章。出口商负责提供中文译本,并加盖出口商企业印章。

(二)中国制订《稀土两用物项出口管制条例》的立法建议

笔者认为中国应在上述出口管制体制基础上制订《稀土两用物项出口管制条例》。该条例应当包括以下内容。

第一,条例应当开宗明义地表明其立法目的是为了维护国家安全、保护不可再生资源、维护国家对自然资源永久主权。条例应当表明其立法目的与 GATT 第 21 条安全例外规定和 WTO 的相关裁决相一致^[7]。

第二,确认稀土作为战略资源的法律地位。条例应当阐明稀土在军事工业、国防建设中的重要地位,同时阐明稀土出口他国对中国国家安全构成威胁的可能性。

第三,确立稀土出口许可登记制度。条例应当规定国家对稀土出口实行许可登记管理制度。从事稀土出口的经营者,须经商务部登记。未经登记,任何单位或者个人不得经营稀土出口。

第四,建立最终用户和最终用途证明制度。条例应当规定,出口商取得稀土出口许可证时必须得到进口商如下承诺:不得将稀土用于进口商声明以外的用途,特别需要明确指出稀土不得用于任何军事设备设施或其他军事用途;不得将稀土转让给任何第三方,或者在取得政府同意的条件下可以转让给第三方,该第三方必须保证稀土不得于任何军事设备设施或其他军事用途。出口商出口稀土时必须提交最终用户和最终用途证明和其他相关材料。

第五,建立验证最终用户制度。中国政府官员应当进入进口商的生产基地考察稀土的使用情况,确认进口商是否违反了不得转让、不得用于军事用途的承诺。为此,中国政府需要与进口商所属政府签订《关于经验证最终用户现场访问协议》^[8]。

第六,设立违法处罚制度。出口商、进口商以及相关行政管理人员在稀土出口、使用过程中存在违

法行为的,应当承担相应的民事、行政或刑事责任。出口商违法出口稀土时,应当吊销出口许可证、甚至取消其出口稀土的资格,并给予罚款,构成犯罪的,依法追究其刑事责任。进口商转让稀土或未按照承诺使用稀土的没收其保证金、取消进口稀土的资格。行政管理人员在稀土出口过程中违法的,依法追究其行政责任和刑事责任。

四、结 语

稀土是一种特殊的不可再生资源,具有极其重要的军事价值。不能仅仅从商业利益的角度考虑其出口问题,更要考虑稀土出口可能造成的潜在国家安全风险。当前某些国家不断抛出遏制我国的政策,甚至在我国周边地区制造事端。在此背景下,处理好稀土出口与国家安全问题显得尤为必要。WTO 裁定我国不能通过出口配额等方式管理稀土出口。因此,将稀土纳入两用物项出口管制体系,既不影响其商业价值,又能防止其被用于军事用途,是较为稳妥地方法。

参考文献:

- [1] 中华人民共和国国务院办公厅. 中国的稀土状况与政策[M]. 北京:人民出版社,2012:4-5.
- [2] 彭德雷. 美国诉中国稀土出口规制措施的法律争议评析[J]. 国际商务:对外经济贸易大学学报,2014(5):92-100.
- [3] WHITT R S. Politics of procedure: an examination of the GATT dispute settlement panel and the article XXI Defense in the Context of the US Embargo of Nicaragua[J]. Law & Pol'y Int'l Bus, 1987(1):604-616.
- [4] 陈卫东. WTO 例外条款解读[M]. 北京:对外经济贸易大学出版社,2002:376-385.
- [5] 马忠法. 论条约的整体解释法:以美日欧诉中国稀土等产品出口措施案为例[J]. 当代法学,2014(4):142-152.
- [6] 刘瑛. 论中国稀土案中一般例外对出口税承诺的适用[J]. 东方法学,2015(2):69-77.
- [7] 韩永红. 论我国出口管制法律体系的重构:基于“稀土案”的思考[J]. 商业研究,2015(5):185-192.
- [8] 杨宏,金惠卿. WTO 对中国稀土案初裁结果及完善稀土出口管理的思考[J]. 国际贸易,2014(9):39-42.

Analysis on Foreign Trade System of Controlling Rare Earth Export as Dual-use Item

WANG Yongjie ZHANG Youlian

(School of Economics and Management, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: China has cancelled rare earth export restrictions due to the failure in export measure case. The government of China does not restrict rare earth mining and export, which will be bound to lead to a new round of indiscriminate digging and destruction of the ecological environment. More importantly, rare earth is an important raw material of military industry, which is widely used in sophisticated weapons. A large number of rare earth exports will improve weapons and equipment level of foreign countries such as America and Japan. It will inevitably pose a threat to national security of China. In view of national security strategy, China should regard rare earth as a dual-use item. China should implement rare earth export controls on the basis of GATT Article XXI Security Exceptions. Based on referring to the experience of U. S. in dual-use item control, China should establish a rare earth export control system which includes export enterprise license system and End-Use Certificate system.

Key words: rare earth; a dual-use item; GATT article XXI; export license; foreign trade

(责任编辑: 陈和榜)