

出口管制理论研究

何婧^{1,2}

(1. 中国长城工业集团有限公司, 北京 100054; 2. 北京大学 法学院, 北京 1000871)

摘要:出口管制是针对特定商品或技术出口施加特殊许可证要求的一系列法律法规的集合。当前学术界对出口管制中出口的范围、概念、立法目的、利益平衡等研究还有明显不足,运用比较分析法,横向对比美国、欧盟、俄罗斯、中国、印度的出口管制立法,探讨出口的范围,厘清出口管制的概念,明确出口管制的立法目的,论证出口管制的利益冲突和平衡。研究认为,出口管制是为了实现特定目的,利用法律手段,对特定出口贸易设置条件并进行审查的法律制度,这里的出口概念包括贸易性出口、视同出口、再出口、经纪等行为;出口管制适用对象是出口活动,实施手段是管制行为,出口和管制构成了出口管制立法的两大核心要素,二者既是立法的出发点,又是利益冲突的本质原因;国家安全和经济利益是出口管制立法的基本目的,在不同利用集团产生不同利益需求时,应当以国家安全为优先,兼顾经济利益,通过加紧或放松出口管制达到调节目。的。

关键词:出口;出口管制;立法目的;国家安全;经济利益;利益平衡

中图分类号:D999.2;D996.1 文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2017)06-0079-07

Research on export control

HE Jing^{1,2}

(1. China Great Wall Industry Corporation, Beijing 100054, China;

2. School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Export control is a collection laws and regulations that impose special permits on the export of certain goods and technologies. However, at present, the relative researches in the field of export control which contained the scope, definition, legislative purpose and interest balance of export were not adequate enough. Research applied a comparative analysis to compare the export legislation in the United States, European Union, Russia, China and India to discuss the scope of export, to clarify the definition and legislative purpose of export control, and to demonstrate the conflict and balance of

收稿日期:2017-09-15

作者简介:何婧(1987-),女,陕西汉中,中国长城工业集团有限公司法律顾问,北京大学国际法学博士。

interests within export control. The research shows that the export control is legal system to set up conditions and examinations for specific export trade by legal means in order to achieve specific purpose. The export concepts include trade exports, deemed export, re-export, brokerage and so on; the application subjective of export control is export behavior, the application method of export control is regulatory act, thus export and control are two core elements of export control legislation, the starting points of legislation and the essences of interest conflict; the legislative purposes of export control legislation are national security and economic interest. Therefore, if different interest groups generate different interest demands, the priority should be given to national security and the economic interest should be taken into consideration at same time to achieve the purpose of adjustment by stepping up or easing export controls.

Key words: export; export control; legislative purpose; National security; economic benefit; interest balance

出口管制并不是一个法定概念,而是一系列法律法规的集合。目前学术界对出口管制的研究大多仅限于介绍立法历史和背景,较少涉猎到实质性内容,几乎没有对基础理论问题展开论证。出口管制最基础的理论问题,就是理解出口的范围包括哪些、什么是出口管制、为什么要实行出口管制、出口管制是否存在利益冲突,即出口的范围、出口管制的概念、出口管制的立法目的、出口管制的利益平衡。加强对出口管制的理论研究,对于制定和完善出口管制立法很有必要。

一、出口的范围

出口管制由来已久,作为贸易保护的一种重要方式延续至今^[1],是与自由贸易相对的一种政策类型^[2]。传统意义上的出口是指商品在物理意义上离开一国境内的贸易行为。新的历史时期下,出口的范围已经迅速扩展。很多国家在出口管制法律法规中规定了出口的定义,为出口赋予了新的内涵。

(一) 美国

美国规范出口管制的基本法律之一——《出口管理法》(Export Administration Act, EAA)第16节从原则上规定了什么是出口。出口包括以下3种形式:一是商品或技术通过实际的运送、转让、传送给

开美国;二是位于美国的商品或技术向受管制国家的大使馆或关联机构转让;三是在美国国内或美国国外的商品或技术在明知或有意的情况下将向未经许可的接收方运送、转让、传送。《出口管理条例》(Export Administration Regulation, EAR)第734节对出口的范围进行了进一步细化。出口是指,属于《出口管理条例》管辖的物项通过实际运送或传送的方式离开美国,或者属于《出口管理条例》管辖的技术或软件在外国公布或者向外国人公布。另外,将受管制技术向在美国的外国人公布,被视同向外国人的国家或国籍国出口,也就是所谓的视同出口,这是美国立法的一个显著特点。《国际武器贸易条例》(International Traffic in Arms Regulations, ITAR)基于对武器出口的严格管制,对出口概念的规定更加详细和严密。《国际武器贸易条例》第120节规定,出口包括以下6种形式:一是以任何方式将国防物项发送或者带出美国,不包括由含有技术数据的个人知识通过个人旅行方式离开美国;二是在美国国内或美国国外,将《美国军品清单》管辖的任何航空器、船只、卫星向外国人转让登记权、控制权或所有权;三是在美国将任何国防物项向任何外国政府的大使馆、专门机构或分支机构(例如外交使团)披露(包括口头或视觉披露)或转让;四是在美国国内或美国国外将技术数据向外国人披露(包括

口头或视觉披露)或转让;五是在美国国内或国外,代表外国人或外国人的利益,执行国防服务;六是运载工具或载荷不应当由于其自身的发射活动被视为本节所说的出口。但是,根据本章第126.1节规定,基于特定的限制性目的,本章的管制可以适用于国防物项或国防服务的任何销售、转让、销售提议或转让。

美国立法对出口规定的另一个特点是将再出口纳入其中,为行使域外管辖提供了法律基础。《出口管理条例》规定,再出口是指属于《出口管理条例》管辖的物项从一个外国向另一个外国进行实际上的运送或传送,或者属于《出口管理条例》管辖的技术或软件向在美国之外的外国人公布。《国际武器贸易条例》规定,再出口是指通过本章规定的许可、书面批准、例外豁免方式向之前未被授权的最终用途、最终用户、目的地转让国防物项或国防服务。

美国立法的第三个特点是从事经纪行为也属于出口活动的范围。根据《国际武器贸易条例》规定,“经纪人”是指作为他人代理的任何人,从事国防物项或国防服务的合同协商或安排、销售、转让,获得费用、佣金或其它报酬作为回报。“经纪活动”是指,经纪人从事的行为,包括融资、运输、货运代理、促进国防物项或国防服务制造、出口、进口的任何其它活动,无论国防物项或国防服务的来源。通过对经纪行为的限制,美国对出口的关联行为也进行管辖,将出口管制的范围进一步扩大。

(二) 欧盟

欧洲理事会第428/2009号立法《关于设立欧盟层面的两用物项出口、转让、经纪和过境管制制度》也对出口的概念做出了明确规定。“出口”包括:符合欧洲理事会1992年第2913号规定(共同体海关法)的出口流程;除过境项之外,符合共同体海关法第182条规定的再出口;以含传真、电话、电子邮件或任何其他方式在内的电子媒介发送软件或技术到欧共体之外的目的地的情况,其中包括以电子方式向共同体外的法人、自然人和合伙机构提供软件

和技术。通过电话描述技术,也同样构成以口头发送的形式进行出口的行为。第三种情形即视同出口。此外,欧盟也将经纪活动纳入其中,并规定了经纪服务的定义。“经纪服务”是指从第三国购买,向另一第三国销售或者供应两用物项,或者销售或者购买位于第三国的两用物项,并转让给另一第三国,为上述活动开展谈判或安排交易。

欧盟规定与美国立法有很多共同之处,也将视同出口、再出口、经纪活动纳入出口范围。其区别在于,欧盟规定经纪活动的范围要窄于美国。欧盟立法认为,仅提供辅助性服务不属于经纪服务范围,并列举了辅助性包括运输服务、金融服务、保险或再保险服务,或者一般性的广告或推销服务。而在美国,上述辅助性服务应当属于经纪服务。

(三) 俄罗斯

俄罗斯《对外军事技术合作法》(Federal Law on the Military-technical Cooperation of the Russian Federation with Foreign States)没有规定出口,但是定义了对外经济活动。笔者认为,鉴于俄罗斯《对外军事技术合作法》是俄罗斯出口领域的基本法律之一,这里的对外经济活动应当等同于出口。对外经济活动指的是对外贸易、投资和其它活动,包括合作性生产,商品、信息、作品、智力成果的国际性交易。俄罗斯立法的规定较为简单,且范围较为狭窄。

(四) 中国

中国《军品出口管理条例》规定了军品出口,是指用于军事目的的装备、专用生产设备及其他物资、技术和有关服务的贸易性出口。《军品出口管理条例》对出口行为的规定仅限定为贸易性出口,所涵盖的范围有限。《导弹及相关物项和技术出口管制条例》对出口的概念有所扩展,除了贸易性出口,还包括了物理意义上离开境内的对外赠送、展览、科技合作、援助、服务和以其他方式进行的技术转移。

(五) 印度

2010年印度修订后的《对外贸易法(发展和规范)》(Foreign Trade (Development and Regulation)

Act)将商品和服务(或技术)分为两类,进行了分别说明。对于商品来说,出口是将任何商品以陆运、海运、空运的方式带离印度。对于服务和技术来说,出口是指以下4种方式:一是商品或技术从印度进入其他国家的领土;二是在印度向任何其他国家的服务消费者提供服务或技术;三是通过商业存在的方式在其他任何国家的领土上通过印度的服务供应商提供服务或技术;四是通过自然人存在的方式在其他任何国家的领土上通过印度的服务供应商提供服务或技术。2015至2020年印度《对外贸易政策》(Foreign Trade Policy)第7章规定了视同出口。与所提供的商品没有离开印度境内有关的贸易,即为视同出口。尽管没有单独规定再出口、经纪活动的定义,但印度立法将出口、转让、再转让、转口、转运、经纪同等对待,等同于再出口和经纪活动被纳入广义上的出口,适用出口管制规定。

总体来说,出口管制立法中的出口概念要比传统意义上的出口广泛得多,不仅包括贸易性出口,也包括视同出口、再出口、经纪等行为。

二、出口管制的概念

俄罗斯《对外军事技术合作法》对出口管制进行了明确的定义。出口管制是指,能够被用于发展大规模杀伤性武器及其运载系统,以及其它类型的武器和军事设备的商品、信息、作品、服务和智力成果,确保上述对外经济活动开展程序的规定及一系列措施。除此之外,美国、欧盟、中国、印度立法中都没有出现关于出口管制的定义或说明。

尽管较少从立法的角度找到明确的定义,但学术界对出口管制的概念进行了有益的研究和探讨。有学者认为,出口管制可以被界定为一国为达到特定的政治、军事和经济目的,对于其国内公司和个人的出口进行审议和控制的过程和行为,是管制制度在贸易出口领域的具体运用^[3]。也有学者认为,高新技术产品出口管制是指一些国家从其本身的政治、军事和经济利益出发,通过国家法令和行政措施,对本国高新技术产品出口贸易实行管理和控

制^[4]。另有学者认为,出口管制制度是大多数国家贸易政策的重要组成部分,通过单方面的制定法律法规来对出口进行控制^[5]。有学者认为,为了达到其一定的政治、军事和经济的目的对其国内的某些商品,尤其是涉及国家安全、资源紧缺的物资及高新技术实行限制或禁止出口^[3]。还有学者认为,出口管制是指一个国家或者集团为达到特定的政治、军事和经济目的,所采取的限制和禁止某些物资或技术出口的法律和政策措,往往采取否定贸易特权、刑事诉讼或者没收非法交易的物品等制裁措施来迫使一个国家管辖范围内的个人与公司服从出口管制的相关规定^[6]。

上述对于出口管制的定义,均具有“为了特定目的”“通过法律手段”和“非自由贸易”的要素。笔者认为,出口管制是为了实现特定的目的,利用法律手段,对特定出口贸易设置条件并进行审查的法律制度。

三、出口管制的立法目的

各国在出口管制立法中通过对立法目的进行阐述,表达了希望出口管制法律制度实现的成果。

(一) 美国

在美国,出口攸关美国国家政治、经济和安全等多重利益^[7]。美国《武器出口管制法》(Arms Export Control Act, AECA)从管制武器出口的角度出发,将维护美国的国家安全视为重点。《武器出口管制法》规定,美国的最终目的是保持世界免受战争威胁和军备负担,为了实现这一目的,美国鼓励区域武器管制和达成避免军备竞赛的裁军协定。所有被批准的武器销售应与美国外交政策利益保持一致,美国应在国际社会减少武器贸易和区域冲突威胁中发挥领导作用。《武器出口管制法》的核心,就是实现美国的安全目的,以及《联合国宪章》的目的和原则。另外,《武器出口管制法》也将加强军贸合作、促进军贸市场有序发展作为侧重点。美国致力于在主要武器供应国和购买国之间就国际

武器贸易管制开展多边磋商,力图管制常规武器流向发展中国家。《武器管制法》强调,维护和促进国际和平与安全环境,对于社会、经济、政治发展至关重要。

美国《出口管理法》则从对外贸易的角度出发,将发展经济和促进贸易置于优先地位。《出口管理法》多处突出表达了出口贸易的重要性,将美国公民参与国际贸易视为美国政策的最基本关切。出口贸易的作用在于,既对美国经济的良好发展产生重要影响,又能促进世界经济的稳定。由于不合理的出口限制将造成世界政治和经济的不稳定,对国际体系产生严重的负面影响,应当谨慎使用。《出口管理法》鼓励美国的个人和实体与美国有外交或贸易关系的所有国家开展贸易往来,并且力图将出口管制政策的不确定性最小化。出口限制应当仅在必要的情况下实行:一是出口可能提高个别国家的军事潜力,危害美国国家安全;二是出口将损害美国外交政策的实现或所承诺国际义务的履行;三是国内供应短缺。《出口管理法》肯定了出口贸易发挥的基础性作用,认为利用经济资源和贸易潜力,实现经济的增长和稳定,能够促进实现国家安全和外交政策目的。

(二) 欧盟

欧盟关于出口管制的两部立法都将以防扩散为核心的国际和区域安全视为首要目的。《关于设立欧盟层面的两用物项出口、转让、经纪和过境管制制度》规定,根据联合国安理会 1540 号决议及欧盟《关于防止大规模杀伤性武器扩散的行动计划》(又称塞萨洛尼基行动计划),为保障成员国在防扩散方面作出的国际承诺和履行责任,欧盟必须充分利用手中的一切手段防范、威慑、阻止以及在可能的情况下,消灭可在全球层面造成忧虑的扩散行为,因此特别要求加强出口管制政策和实施。第 2008/944/CFSP 号《关于建立军事技术和装备出口管制共同规则的共同立场法案》规定,各成员国希望在共同外交与安全政策的框架内,在军用技术和装备出口方面加强合作并促进融和,决定对可能用

于国内镇压或国际侵略或造成区域不稳定的军用技术和装备的出口进行管制。

(三) 俄罗斯

俄罗斯两部出口管制立法对于立法目的的规定都是综合性的,并未特别强调某一目的的绝对重要性。俄罗斯《对外军事技术合作法》规定,为实现以下目的,开展对外军事技术合作:一是加强俄罗斯在世界多个区域的军事和政治地位;二是维持俄罗斯在常规武器和材料出口领域的水平;三是发展国防工业、研究机构和组织的科技和试验基础;四是获取军备生产、转化、处置和重建国防生产企业需要的外汇储备;五是为参与武器和军事物品及材料研发和生产的组织提供社会保护。俄罗斯《出口管制法》(Federal Law on Export Control)规定,出口管制的主要目的在于:一是保护俄罗斯的国家利益;二是履行俄罗斯加入的关于防止大规模杀伤性武器及其运载系统扩散、军事和两用物品出口管制的国际条约规定的义务;三是为俄罗斯经济融入世界经济创造必要的条件。

(四) 中国

中国出口管制立法较为分散,维护国家安全和社会公共利益是多部出口管制法律法规的共同目的。《军品出口管理条例》规定,为了加强对军品出口的统一管理,维护正常的军品出口秩序,制定本条例。《导弹及相关物项和技术出口管制条例》规定的立法目的:加强对导弹及相关物项和技术出口的管制,维护国家安全和社会公共利益。《两用物项和技术进出口许可证管理办法》将立法目的阐述为,维护国家安全和社会公共利益,履行中国在缔结或者参加的国际条约、协定中所承担的义务,加强两用物项和技术进出口许可证管理。

(五) 印度

印度没有单独的出口管制立法,相关规定融和在对外贸易法律法规及政策之中,因此印度对于出口管制的立法目的更多倾向于对外贸易和出口的立场。2015 至 2020 年《对外贸易政策》规定,促进贸易是印度政府的优先考虑,要通过削减贸易成本

和时间,来促进印度出口贸易更具有竞争力。出口政策也强调,除非因禁止、限制或国家专营等原因受到限制,所有商品应当自由出口。

由此可见,各国出口管制的立法目的是多样化的。出口管制可以服务于对外威慑、封锁制裁、不扩散、维护霸权地位等目标,保障和促进多种政治、经济、军事、安全利益的实现^[8]。但是,无论出于防扩散等原因强调对出口的管制,还是出于发展经济等原因突出对出口的促进,都体现了国家安全和经济利益二者作为出口管制基本立法目的,存在着本质上的矛盾。

四、出口管制的利益冲突与平衡

(一) 利益冲突

产生利益冲突的根本原因在于,不同利益集团的利益需求不同。出口管制存在着天然的矛盾^[9]。

国家安全是国家利益的核心内容^[10],维护国家安全是一国生存的基础,是发展的前提和出发点^[11]。主张国防、军事、外交的利益集团自然将国家安全作为最优先考虑。军事上的需要或国家安全的特殊重要性决定了科学技术成就或者首先应用于军事,或者产生于军事,这是20世纪90年代以前的普遍现象^[12]。国防与军事是国家安全的基础,二者的密切联系促使任何与国防或军事相关的事件都可以上升到国家安全的高度。美国出口政策具有多重非经济功用^[13],立法中的国家安全出口管制,就是对战略物资和技术资料的出口和再出口实行控制,以防这些资源流向令美国担心的国家。确保对手的弱势,等同于确保自己的强势,也就保证了国家安全,这是指导美国对国家安全进行出口管制的思路。随着国际关系的发展,外交政策也逐步上升为出口管制领域的一个重要方面。从外交政策的目的出发,出口管制是介于外交抗议和军事威胁/干预的中间手段,既可强化外交抗议的力量,也可避免军事干预的风险^[6]。最明显的例子就是,美国在1969年的《出口管理法》中没有单独列举基于

外交政策的出口管制,仍然把基于外交政策的出口管制纳入国家安全或者国际义务的管制范围^[6]。1977年对《出口管理法》进行修改的过程中,直接引入了“基于外交政策的出口管制”的概念^[6]。美国立法中列明的外交政策出口管制原因包括:犯罪控制、地区稳定、打击恐怖活动、不扩散化学和生物武器、导弹技术、核不扩散。

经济对于一个国家发展的重要性更是不言而喻,既为国防力量和国民生活提供物质保障,又为军事建设和创造效益打下工业基础。经济是国家、民族赖以存在的基础,是国家、民族赖以发展的基本条件^[12]。经济安全是对国家、民族的经济利益的维护与拓展,是国家、民族最基本的生存安全,是其他国际安全关系的基础^[12]。经济利益在推动各国出口方面的作用不断凸显^[14]。

维护国家安全是必须要付出成本和代价的,有时甚至是以牺牲其他利益为代价来获取的。经济活动的主要参与者是市场主体,其目标是追逐利益最大化。因此,国家安全与经济利益的倾向是完全相反的,本质是对立的,发生冲突也是不可避免的。这种矛盾关系也得到了学术界认同。有学者认为,1969年的《出口管理法》中包含着一种内在矛盾:为加强美国经济的竞争力,需要鼓励对外贸易,从战略利益出发,又必须对出口贸易实行某种程度的管制^[15]。

(二) 利益平衡

出口管制本质上是一种贸易政策的法律工具。要讨论如何平衡不同的利益需求,有必要了解什么因素决定了一国贸易政策的制定。经济学家认识到贸易政策的制定不能只从市场理性出发,必须还要考虑其他因素,提出了5种贸易政策学说:体系中心论、社会中心论、政府中心论、观念中心论和待售保护论^[16]。笔者认为,出口管制应当适用观念中心论。茱迪斯·古德斯坦强调,除了政治家拥有的理念之外,一国占据主导地位的贸易理念也能够限制政策的可接受范围^[16]。这就将本身对立的国家安全和经济利益两种理念统一起来。

国家安全与经济利益是缺一不可的。一方面经济发展了,军事力量却没有得到相应的发展,仍然处于较为落后的状态,该国的经济仍然会有衰落的可能性。另一方面,拥有强大的军事力量未必就会拥有强大的经济实力^[4]。

国家安全与经济利益是相辅相成的。在与对手贸易时,政府不得不在国家安全和福利的双重压力下寻求平衡,但这不意味着政府没有选择的弹性^[16]。作为外交战略的贸易政策和一般贸易政策的最大区别在于前者的最终目的指向政治或安全上,而非仅仅是经济或贸易上的^[16]。和军事战略一样,作为外交战略的贸易政策同样可以为国家安全服务^[16]。经济因素对军事政治安全的影响,主要是经济力量和经济能力对国家权力和军事力量的支撑^[17]。相对地,国家安全也能够为经济和贸易发展创造稳定的环境。美国调整卫星出口管制政策是出口管制利益平衡的重要实例,旨在促进商业卫星出口的同时,保持其太空技术优势,以做到经济利益和安全利益之间的平衡^[18]。

作为政府主体,不可能只考虑国家安全,支撑国计民生的经济活动利益也不可忽视。作为市场主体,不可能不计后果地追逐利润,维护国家安全也是应尽的职责。因此,出口管制的重心不可能完全倒向任何一边,更不可能在二者之中择一选择。应当以国家安全为优先,兼顾经济利益,通过加紧或放松出口管制实现调节作用,以保持国家安全和经济利益之间的平衡。

五、结语

出口的范围在出口管制法律制度中得到了大幅度扩张,除了贸易性出口,还将视同出口、再出口、经纪行为等纳入其中。出口管制是为了实现特定的目的,利用法律手段,对特定出口贸易设置条件并进行审查的法律制度。虽然各国出口管制的立法目的不尽相同,但国家安全和经济利益是共同的基本要素。由于分别具有完全不同的诉求,国家安全和经济利益之间的冲突是客观存在的。国家

安全和经济利益应当统一起来,维持动态平衡关系。

参考文献:

- [1] 彭爽,曾国安.美国出口管制政策的演变与启示[J].理论月刊,2014(1):185-188.
- [2] 陈兰兰.我国出口贸易管制措施法律问题研究[D].重庆:西南政法大学,2011.
- [3] 汪玮敏.出口管制法律问题研究[D].合肥:安徽大学,2012.
- [4] 张群卉.高新技术产品出口管制研究[D].武汉:武汉大学,2012.
- [5] 揣莉坤.美国技术出口管制制度对中国的启示及借鉴[J].湖北函授大学学报,2014,27(11):66-67.
- [6] 何永江.美国贸易政策[M].天津:南开大学出版社,2008.
- [7] 何剑.70年代以来美国国家出口战略的演进[J].财经问题研究,2005(12):80-90.
- [8] 赵冰.美国出口管制政策解析[C]//中国国际关系学会.国际关系研究:探索与创新——2009年博士论坛,2009:232-245.
- [9] 何婧.出口管制法律制度基本问题探析[J].长安大学学报:社会科学版,2016,18(3):131-135.
- [10] 祖彦,黄凤志.国家安全利益的理论探析——兼谈中国东北亚国家安全利益[J].社会科学家,2011(2):37-41.
- [11] 秦嗣毅.国家“安全利益——竞争优势”体系构建的必要性及决定因素[J].学术交流,2014(12):94-99.
- [12] 王逸舟.全球化时代的国际安全[M].上海:上海人民出版社,1999.
- [13] 叶青.美国对华技术出口政策的非经济功用[J].当代亚太,2001(11):10-13.
- [14] 王斌.出国际战略博弈中的武器出口研究[D].北京:中共中央党校,2016.
- [15] 崔丕.美国的冷战战略与巴黎统筹委员会、中国委员会(1945年~1994年)[M].北京:中华书局,2005.
- [16] 宋国友.平衡社会利益和国家安全——政府对外贸易战略选择[M].北京:时事出版社,2007.
- [17] 万君康,肖文韬,冯艳飞.国家经济安全理论述评[J].学术研究,2001(9):74-78.
- [18] 何奇松.简析美国卫星出口管制政策调整[J].现代国际关系,2012(12):37-41.