

日商对华投资面临的若干法律问题

後藤武秀 著 黄龙翔 译

I. 前 言

1997年正值1972年日本与中国邦交正常化以来的第25个年头。回顾这25年来的历程,我们可以看到它在扩大经济活动方面的成绩特别显著。两国的贸易额达到邦交正常化当时的60倍。从日本看来,中国是仅次于美国的第二贸易伙伴,而从中国看来,日本则已成为第一贸易伙伴。日本向中国的直接投资已达到一年44亿美元的水平,是次于港澳、中国台湾省和美国、列第4位。同时,以日元贷款为中心的经济合作已达到2万亿日元。过去的25年是日本与中国经济交流日益扩大、并已成为经济活动的重要伙伴的时期。这一认识大家都会一致同意的。我们可以容易地预见到就是进入21世纪、日中两国的经济交流还会继续扩大下去,也必须继续使它扩大下去。

我们知道,倘若日本对中国的投资增加、去中国投资的企业日益增多的话,当然,由此而引发的纠纷的比例也会增大。实际上我们并不了解已经发生过多少次纠纷。但按中国国家工商行政管理局所公布的信息,至1994年4月为止,中国已批准约有18万家外商企业来中国开业。与此同时,被取消营业执照的也已达7万多件。既然投资办企业是人所进行的经济活动,而且政治、意识形态和经济体制有所不同,再加上文化背景的不同、人们相互间思考问题的方法也有所不同,因而不论在投资设厂阶段也好、营业阶段也好,都不可避免地会发生各种纠纷。问题是在于如何去合理地解决这些争端。按照合理的标准,取得争端双方都能理解的解决,乃是经济交流稳定发展的重要基础条件。但是,在日本企业中也有些人不能正确理解中国的解决争端的操作程序。所以,本报告不仅将论述中国对解决争端的操作程序及其存在的问题,而且还将对21世纪发生争端的处理方法,提出个人的看法。

II. 过去的投资动向和法律上的争端的性质

1978年中共第十一届“三中全会”决定实施改革、开放政策,并从第二年起批准引进外资。到目前为止,在此期间大致曾出现三次投资热。

第一次投资热发生在1984和1985两年。在此期间,广东省的深圳、珠海、汕头市以及福建省的厦门市被指定为经济特区,以作为对外开放的窗口,并对去上述地区投资的外资企业均给予税制方面的优惠待遇。接着,上海、天津、大连、青岛、福州和广州等14个沿海城市被指定为开放城市。而长江三角洲、珠江三角洲及闽南三角地区则被指定为沿海经济开发区。中国政府对向设在这些地区内的经济技术开发区投资的外资企业采取按经济特区的标准给予优惠措施。

在该时期去中国投资的是以港澳华侨的资本为中心。日本企业与其说是去投资倒不如说是为了加强对中国的贸易为好。日本企业的投资目的大多是为了扩大贸易。

第二次投资热发生在1988和1989两年。该次投资热是1988年初,当时党中央提出“两头在外”、“大进大出”的口号,实施沿海地区经济发展战略为契机而引起的。这一口号标榜原材料的供应和制成品的销售仰赖国外,把扩大贸易作为中国的政策。这也就是说要扩大长江三角洲、珠江三角洲和闽南三角地区的经济开发区,开放辽东半岛、山东半岛等一部分市和县、进而将海南岛升格为海南省、并指定它为第五个经济特区。

在这期间,有不少日本企业也参加了投资的行列。特别是很多产品出口型企业去中国投资设厂的目的是为了降低成本并以此作为对日元升值的对策。

第三次投资热始于1992年并延续至今。此次投资热的契机是邓小平1992年在视察深圳、珠海等地的经济特区之际所发表的“南巡讲话”。讲话宣告改革派所尝试的改革开放的理论与实践的成功。该讲话提出,把一面维持社会主义、同时引进市场经济原理的这一社会主义市场经济论作为肩负中国未来的基本理论。19世纪末以后,社会主义经济论和市场主义经济论被理解成为两者是完全对立、矛盾的原理。但到了20世纪末,其矛盾与对立停止了,取而代之的是正在形成的人类至今还未曾体验过的调和。人类对调和进行历史性的实验从此开始。社会主义市场经济论是作为中共党的代表大会决议被通过并进而获得宪法上的地位。它已开始迈出其坚定不移的步伐。

这样,随着中国开始迈向市场经济的道路,她就开始采取引进外资的政策。首先,把对上海浦东的开发作为实质性进行重点地区开发开放的一个开端。上海浦东地区的开发是1990年正式决定下来的。在1992、1993年的全国人民代表大会上也强调了开发浦东的重要性,并把浦东地区列为改革开放的重点地区。其意图是要把地区作为“龙头”以形成长江沿岸地区经济区。其次,开放内地城市,将黑龙江省、吉林省这些与俄罗斯远东地区接壤的城市、内蒙古自治区的城市,进而又将与越南等南亚、西亚等国家交界的城市——予以开放。由于实施这样的政策,开放地区有了显著增加。由此也创造出良好的引进外资的环境。

其次重要的是扩大对产业领域和行业的开放度。以前引进与农业相关的行业和制造业是受到奖励的,但1992年以后规定可以引进第三产业并将批准其中部分外资。也就是在1992年,中共中央和国务院公布了“关于发展第三产业的决定”,决定规定将在金融、保险、不动产和信息产业等范围广泛的领域中引进外资。不用说,对于开放第三产业是有很多附带条件的。所以还达不到完全开放的地步。

在这样的背景下进行的第三次投资热过程中,日本企业不仅是为对付日元升值而采取设立生产据点这一形式的投资,而是把中国本身看作为一个消费市场,从而正式开始把中国国内市场作为经济活动的对象而进行的一种投资而且由于中国市场容量大,同时对上海浦东地区为代表的开发投资正朝着大型化方向的发展也推动了外商对中国的大规模投资。

综上所述,在此之前,中国有过三次投资热。但必须指出的是发生在不同时期的纠纷却带有某种程度的倾向性。

在出现第一次投资热时,频频发生有关开设企业的合同纠纷。外商在中国投资总觉得在中国缺少一些能提供建议或忠告的专家。倘若在日本等国家投资,通常在签订合同之前,要设想将来可能发生的纠纷,并为了使它防患于未然,就要把详细的、经双方达成一致意见的条款写进合同中去。但是,投资者在事前如没有能做到这一点,可以说这就是发生合同纠纷的最大

原因。问题发生的背景是人们认为当时有关经济活动的法规虽然还不完备,但却又不得不同意中方的主张,所以才发生这样的纠纷。可是,如果合同条款订得过于简单,那就理所当然地成为发生纠纷的原因了。今天,从这个时期反思的角度出发,双方要努力做到,合同的条款要确认双方已相互达成一致之点。不仅如此,合同要将双方达成一致的条款详细地规定下来,以此把在将来也许可能发生的争端防患于未然。

在第二次投资热的时候,围绕企业经营管理的纠纷增多了。产生了象人事权和质量管理等这种关系到企业活动根基的所谓的“合法权益”问题。“合法权益”必须受到保护乃是中国的基本态度。对此大家可在宪法 14 条以及合资企业法第 2 条、外资企业法第 4 条、第 11 条等随处可以看到。可是,对于“合法权益”的意思和内容却未必是明确的。特别是人们可以看到这种争端是由于外方或中方或有关当局之间理解不一致而引发出来的。例如,按合资企业法第 10 条的规定外方合资企业的当事人可以将纯利汇往国外。但是用人民币获得的利润必须兑换成外币以后才准予汇出。可是由于中国实施外汇管制政策,兑换外币受到限制,所以这就意味着外方的“合法权益”有时也会受到限制。在这一时期,可以说双方对此也并不是充分理解的。

在第三次投资热中,有关劳动的纠纷、有关税制的纠纷以及有关知识产权的纠纷是这一时期发生争端的主要特征。特别是人们一致认为知识产权今后将越来越成为一个重要问题。

III. 中国处理争端的机制及其存在的问题

如上所述,外商对中国的投资正日益扩大,而随之而来的争端也越来越多。实际上现在已出现因被卷入争端而从中国撤退的企业。还有很多去中国发展的企业甚至处于多少都存在一些纠纷的地步。我们认为能不能稳定地发展经济活动、巩固日本同中国联系的关键是中国有没有一个合理地解决各种各样争端的操作程序。因此接下来将探讨在中国争端是用什么样的形式加以解决的,而在解决过程中又将会遇到什么样的问题。

(a) 中国处理争端的机制

作为解决争端的方式,目前已形成制度的是调解、仲裁和诉讼。除此以外,还有争端双方的当事人之间独自自主解决的“私了”这一方式。在通常情况下,在合资合同中有明文规定在发生争端时应通过友好协商解决问题的内容。由于“私了”既不费时间又不化费用,所以在中国这一解决争端的方式大行其道那是不言而喻的。

调停(调解)分为 5 种。这就是人民调解、行政调解、法院调解、涉外调停机构的调解和涉外仲裁机构的调解。

人民调解是中国独特的解决纠纷的方式。它原来是在人民中国成立以后,人民政府的目标是从司法制度初创阶段到使之逐步完善的这一段时间里,由在发生纠纷现场的群众的直接参与而进行解决争端的一种方式。当时担任最高法院副院长的马锡五由于积极推进人民调解这一方式,因而被称之为马锡五方式。即使在司法制度日益完善的今天,按照 1989 年人民调解委员会组织条例,人民调解委员会也仍然承担着处理民间纠纷的任务。但是,法律规定对外国人不能用调解的方式处理争端。可是在中国投资的场合,解决劳动争端可以列为调解的对象。关于调解员,依照 1993 年的中国企业劳动纠纷处理条例第 7 条规定,劳动调解委员会要设在企业内,它由职工代表、企业代表和企业工会的代表三方组成。

行政调解是由国家规定的行政管理机关的调解,由区政府和市政府等地方行政机关进行调解。但在日本是不存在这样的制度的。

法院的调解是对由法院起诉的案件则是在诉讼进行必要的程序过程中进行的调解。这在日本也是如此进行的。两者基本没有差异。但在中国,诉讼与调解相结合乃是一个原则问题。所以对法院不能提出只进行调解的要求。在日本,对简易法院(译注:处理简单案件的最基层的法院)是可以提出只进行调解的要求的。

涉外调停机构的调解是指由北京调解中心的调解。该机构成立于1987年,在这里处理国际商事争端和海事争端。涉外仲裁机构的调解有两个机关。其一是由处理调解国际商事争端的中国国际经济贸易仲裁委员会进行的调解;其二是处理海事争端的中国海事仲裁委员会的调解。以上机关虽是仲裁机关、但其特征是在仲裁必要的程序过程中进行调解。

我们概观了以上有关各种调解的制度。但是调解的问题是在于双方当事人取得一致意见的调解书是否具有强制执行的效力。在由法院调停的情况下,是不会有问题的。但在由涉外调停机构以及涉外仲裁机构调停的情况下,民事诉讼法就没有关于强制执行的规定。在委员会的规定中是载有担保其执行能力的条文,所以在法律的结构上是否应该在民事诉讼法上也对此制定一个明确的规定。

下面让我们概观有关仲裁的问题。仲裁是处理经济合同纠纷的一种方法。1993年,中国对经济合同法作了部分的修改。由于明确规定了调解优先的原则,故在合同文本中即便商定载有仲裁的条款,但还是需要优先进行调解。在“私了”和调解最终破裂的情况下,才进行仲裁。不过需要双方当事人对接受仲裁一事达成谅解。因此,只有在双方一致同意仲裁的场合,当事人才可向仲裁机关声明要求仲裁。有关仲裁的问题容当后论。

最后再概观一下有关由诉讼取得解决争端的做法。在法院最终解决争端一事,在日本和中国都是一样的。但是,在制度方面,日本采用三审制、而中国则采用四审制。这就是属于一般性的案件由基层人民法院进行一审、属于重大的涉外案件则由中级人民法院进行一审。由此看来,我们可以说,中国是关心涉外案件的专门处理的。诉讼所要进行的必要程序,日本和中国几乎是相同的。不过也有若干不同。有关证据的收集,在日本只有当事人提出的证据才能作为判决的材料,而在中国,人民法院在职权范围内可以收集证据。又在作出判决之前,必须试行调解。在日本,有时可以试行调解,但它并不是作为义务进行的。在中国,诉讼和调解两者是密不可分的。所以调解被作为一种义务规定下来,乃是中国司法的特征。

(b) 中国在处理争端中存在的问题

在处理经济纠纷方面按什么程序、找什么机关去解决争端这一点大家是明白的。但更重要的是要明确。在双方当事人按照共同的规则谋求解决争端的地方,解决经济争端的公平性是存在的。在日本、解决争端的操作程序都依据法律、法律的运作都归口到法院。所以共同规则的确认是比较容易的。但是,中国的情况似乎就有若干不同之处。

在中国,基本上也是用法律去解决争端一事是不容置疑的。但是,言及法律并不意味着只制定成文的法律,政府机关的通告、判例等也具有作为法律的机能。在中国,我们必须预先确认诸如通告和判例是处于什么样的位置关系。所以在这里我们从法律基本原理的观点对“解释”、判例”以及“政策”进行探讨。

关于“解释”,1955年全国人民代表大会常务委员会关于解释法律的决议中规定法律条文

的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。对于在裁判过程中的具体适用,其解释权则属于最高人民法院审判委员会。这个方针在1981年召开的全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议中也被沿用并延续至今。这就是说,在1981年决议中规定拥有最终解释权的是1.对法律、法令条文本,属于全国人民代表大会常务委员会;2.对在审判过程中的具体问题,属于最高人民法院;3.在检察活动中的具体问题,属于最高人民检察院;4.在最高人民法院和最高人民检察院的解决出现分歧的场合,属于全国人民代表大会常务委员会;5.对在审判、检察以外的活动中产生的具体问题,属于国务院及其主管部门;6.对地方性法规条文本,属于该省人大常委会;7.对地方性法规的具体问题,属于该省的政府主管部门。

由此我们明白法令的解释权并不是单一由最高人民法院统一起来的。制定法律的主体拥有最终解释权已成为基本原则。因此可以说,法律的解释同时具有成为新的立法的性质。所以在实际审判时,审判官产生法令适用上的疑义时,规定要向法院内审判委员会进行咨询,并服从其作出的决定。在基层法院审判的审判委员会不能解决问题的时候,规定要向最高法院请示。而当制定法令的主体的解释被问及时,从理论上讲是规定要逐级请示直至全国人民代表大会常务委员会。这样,司法机关未必拥有最终解释权。这就给经济活动的当事人和争端的当事人带来解决争端的合理的预见性的困难。

其次,关于“判例”,先看存在的问题。在中国,“判例”不具有法律的效力,也不承认用它作为上诉的理由。在1950年的政务院关于加强司法工作的指示中指出了研究判例的重要性。但在日本的审判中,却与中国截然不同,判例没有象在中国那样受到重视。

“判例”是法院从法律解释的操作过程中完成的法律原则。它对法律的稳定性与“解决争端”的预见可能性非常有利。如前所述,中国法令的解释权不单由法院一家统起来的。所以给法院产生的判例授与具有法源性的做法恐怕是没有道理的,不过,将来倒是可以考虑的。顺便补充一句,人们所说的案例乃是法院的决定,虽说它是学习研究的资料,可是它却并不是在法院被确立起来的在法律基本原理意义上通常被采用的“判例”。

最后,对“政策”的法源性进行评价。“政策”具有法源性乃是中国的特色。从中华人民共和国成立至今一直采用这一方针。其出发点是在1949年,中共中央关于废除国民党六法全书与确立解放区的司法原则的指示和华北人民政府为废除国民党的六法全书及一切反动法律的训令中,否定了国民党政府的法令,规定要依据人民政府的法令。并且规定在没有法令的场合,则要依据政策。这一方针就是在开始采用改革开放政策的1978年宪法以后也没有改变。例如1986年的民法通则第6条规定,在法律没有规定的场合要服从国家的政策。在1989年的商业纠纷调解试行办法第18条内,规定调解的内容必须符合政策。在同一年的人们调解委员会组织条例第6条的政策已被刊登在调解的标准内了。

这样,国家的政策具有法源性是无可争辩的,但共产党的政策也一般应被理解为具有法源性为好。

如上所述,“政策”具有法源性质;“判例”不具有法源性质。又“解释”不只由法院进行,而由法令的制定主体进行。法院的“解释”不是最后的决定等诸如此类的说法和做法,可以说这在日本和中国根本是完全不同的。

下面就仲裁问题加以探讨。

1989年的中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则和1995年的中国仲裁法,它们作为有关仲裁的法律规定早已付诸实施了。以上两法与民事诉讼法相配合,那么可以说相关法律的规

定已经完备了。但是,从国内仲裁和涉外仲裁被分开一事来看,它们还存在一些问题。也就是对于发生有关中国企业与外国企业之间签订的合资企业合同、劳务合同等的涉外经济交易的纠纷时,进行涉外仲裁。而对设在中国国内的合资企业、合作企业和独资企业这些所谓的三资企业从在中国国内进行的经济活动中产生的纠纷则进行国内仲裁。但是若考虑到三资企业的涉外性质,对于在中国国内进行的经济活动所产生的纠纷则一律进行国内仲裁一事是否恰当,这可能是问题之所在。这是因为,在仲裁员的构成,仲裁委员会与仲裁法庭之间的关系以及时效等三个方面,国内仲裁和海外仲裁是有所不同的。关于仲裁员的构成,在国内仲裁的情况下,它由设在由省、自治区等设置的工商行政管理机构设立的经济合同仲裁委员会指定仲裁员;而在涉外仲裁的场合,则可由双方当事人从由中国国际经济贸易促进委员会设立的中国国际贸易仲裁委员会的仲裁员名单中指定仲裁员。因此可以说,涉外仲裁在操作程序上是重视当事人的意向。关于仲裁委员会和仲裁法庭之间的关系,国内仲裁的场合,委员会可以干预法庭,但涉外仲裁却不能。关于时效问题,在国内仲裁的场合,从当事人得知争端发生之日起 4 年内必须提出;而在涉外调解的场合规定是在一年之内提出。

这样,国内仲裁与涉外仲裁在制度上是有若干不同的。一般而言,国内仲裁可以被认为它强烈地表现出行政的性质,而从仲裁又是司法活动的一个环节来看,却又希望具有司法的性质。与此同时,我们认为最重要的是要创造一个企业能够预见公布仲裁事例的进展和解决争端所应有的理想环境的机制。

IV. 结 语

综上所述,中国与日本对于解决争端的做法和解决之际,必须依据的规则的现实情况都有所不同。既然是两个采用相互不同的政治制度和经济体制的国家,那么就应该相互理解这种差异。这对双方国家来说都非常必要的。但是,在 21 世纪,争端将肯定会不断增加。例如,在对付知识产权纠纷的时候,正因为它带有强烈的国际纠纷的性质,所以从国际化的角度来看,应该谋求合理而又公平的解决。为此,重要的是解决争端的标准要明示,并能够容易地让人们知晓这种标准。所以要议论与日本那样,在法院之下谋求解决纠纷的标准要单一化好,还是像中国那样“政策”处于优势地位以谋求解决争端为好,要如此议论这两者之中哪个值得欢迎一事我认为是不妥当的,因为这是相互国家的体制问题。重要的是要使解决争端的标准透明化,要赋予企业活动的预见性。

(作者单位:日本东洋大学法学部)

