大陸臺商
商務合同實務解析手冊

行政院大陸委員會　編印

行政院大陸委員會主任委員序

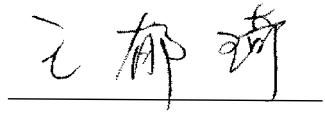
自政府開放臺商赴大陸投資已逾 20 年，大陸臺商對於兩岸經貿發展以及兩岸互動，扮演著關鍵的角色，並發揮極重要的功能。近年來，政府循序漸進推動兩岸經貿鬆綁措施，包括放寬大陸投資 40%上限規定、解除小三通限制、增加兩岸直航班機、開放大陸人民來臺觀光、開放陸資來臺投資、實施人民幣在臺兌換等，這些鬆綁措施旨在營造臺灣高度自由化、國際化的經營環境，加強臺灣經濟與國際市場的連結，以激發臺商的經營活力，提升因應全球經濟變局的能力。

同時，政府亦積極促成並恢復兩岸制度化協商。自 97 年 6 月以來，兩岸迄今已簽署 18 項協議並達成 2 項共識，包括：海空運直航、大陸觀光客來臺、食品安全、郵政合作、共同打擊犯罪與司法互助、金融合作、農產品檢疫檢驗、標準計量檢驗認證、漁船船員勞務合作、兩岸經濟合作架構協議（ECFA）、智慧財產權保護，醫藥衛生合作、核電安全合作、投資保障和促進、海關合作等項協議，以及「陸資來臺投資」與「海峽兩岸投資保障和促進協議」人身自由與安全保障等 2 項共識，不僅進一步確立兩岸制度化協商機制，也為兩岸良性互動寫下歷史新頁。

臺商長期以來期望的兩岸投保協議已於 101 年 8 月 9 日完成簽署，該協議係建構保障臺商投資權益的重要基礎，也是建置臺商赴大陸投資安全的第一步，將有助於臺商投資保障的全面化、制度化及投資環境的健全化。

近幾年大陸投資環境遽變，臺商在經營上面臨越來越多的挑戰，又遭遇到全球金融海嘯及歐債危機的衝擊，經營風險節節升高，部分臺商甚至面臨企業生存保衛戰。值此關鍵時刻，尤需兩岸政府給予臺商更大的關注，並協助其渡過難關。

本會為進一步提供臺商必要的協助，除持續推動兩岸經貿發展及協商外，特別委託台北市企業經理協進會編撰「大陸臺商商務合同實務解析手冊」、「大陸臺商智慧財產權實用手冊」、「大陸臺商海關實務解析手冊」三本專書，希望針對臺商經營面遭遇的各種問題，由臺商張老師等專家提供最新的資訊及專業的諮詢服務，以期協助臺商提升競爭力，進而能夠更有力地因應經濟變局。在其付梓之際，特為之序，並與臺商共勉之。

行政院大陸委員會主任委員 

102 年 5 月

編者序

大陸臺商面對大陸地區投資經營環境的持續轉變，除了不斷提升企業因應環境變遷的能力之外，也需要持續關注投資環境之變遷，與可能的法令環境變化。由於大陸臺商所面對的外部經營環境，最大的變化來自於廠商間競爭的激烈化，因應環境變化的方式，也需要有所改變。其中，中國大陸經營環境法制化的發展，各項涉及企業經營的法令，將逐漸成為企業經營者不可缺的基本認知。

中國大陸持續制定或修訂頒佈有關於企業經營的相關法令，都是在中國大陸從事投資經營活動的臺商，需要深入了解與依循的重要內容。然而，法令內容相當繁雜，各項規定又是鉅細靡遺；平常已經忙於各項經營活動，通常對於這些法令的內容，就很難深入探究。因而，可能就會因為涉及法令規定而導致經營損失。所以，將已經頒佈施行、而且影響大陸臺商運作程度較高的法令，設法編撰成為實用的參考手冊，將是協助大陸臺商提升拓展中國大陸市場效能的途徑之一。

雖然行政院大陸委員會成立的台商張老師服務團隊，邀請各方面的學者專家，隨時為大陸臺商提供解決經營管理上所遭遇的問題之建議；海峽交流基金會也有類似服務。但是，這類型的服務，可能都只能在事後服務，也就是大陸臺商遇到問題之後，才設法尋求問題之解決。因而，撰寫與編輯各式涉及大陸臺商經營管理與相關法令之實用手冊，將是更為具體而務實的方式，來協助提升營運效能。

台北市企業經理協進會，在上述的構想與動機之下，特別邀請「台商張老師」服務團隊之法律與相關實務專家，針對與大陸臺商營運有密切關係的智慧財產權、商務合同、海關運作等三項課題，配合大陸臺商的營運特性與相關法令的實務運作，提出大陸臺商之因應措施與建議。另外，依據平常最常被提問的各項案例之中，也彙集有關於上述三項課題之相關問題，並用「問答集」的方式呈現，期望這些內容，確實對於大陸臺商在日常的經營管理與營運作業上，能夠發揮效能，充分運用各項法令所帶來的經營上的助益，以及減少因為不了解法令內容而遭致的損失。三本專書的書名，分別為「大陸臺商智慧財產權實用手冊」、「大陸臺商商務合同實務解析手冊」、「大陸臺商海關實務解析手冊」。

鑒於大陸臺商經常在中國大陸遭遇到產品仿冒、品牌冒用等問題，嚴重危及企業經營權益。因而，善用智慧財產權保護之相關法令，保護企業應有的權益，是相當關鍵的課題。大陸臺商智慧財產權實用手冊，一共分為四大部分。第一部份說明知識財產權之基礎知識，分別針對專利權、著作權、商標權、商業秘密等四章節，深入詳細說明。第二部分探討訴訟實務，分別針對智慧財產權訴訟的基本知識、專利訴訟、著作權訴訟、商標權訴訟、商業秘密訴訟等章節，詳細說明不同的訴訟標的實務作為。第三部分討論常見的知識產權問題，分別針對馳名商標認定實務、商標遭惡意請註處理、企業名稱與商標衝突處理、知名商品特有名稱、包裝、裝潢不正當競爭訴訟等內容，進行說明。第四部分，則是針對常見的 44 項問題，以問題提問與回答之方式，詳細說明這些問題的意涵，與處理之建議。

大陸臺商在法制環境下，需要充分了解商務合同所能產生的作用，以及避免因為交易雙方行為的任一方變更而導致權益受損。討論商務合同的重要性，以及用最淺顯的方式說明合同的意義、不同形式與目的所使用的合同範例等，協助大陸臺商善用合同維護最大的交易利益。本手冊共分為總論、各論、與 18 則常見問題之回應等部分。第一部份之總論，分為合同主體、合同之訂立、有效、無效－合同與法令之關係、合同與價格法、合同之批准、合同之準據法、合同範本之拘束力、定金、違約金、合同之履行、債務不履行、違約責任、合同之爭議、執行等章。第二部份之各論，則分別討論不同目的的合同加以說明，並提供合同範本作為參考運用，包括：合資合同、土地使用權出讓合同、買賣合同、租賃合同、融資租賃合同、經銷合同、借款合同、承攬合同、貨物運輸合同、技術合同、保證合同、抵押合同、動產質權合同、權利質權合同、併購合同等 15 種合同。本手冊也提供了 18 則常見的合同問題與解答，以供臺商參考。

多數大陸臺商的業務經營活動，都與進出口有密切相關，海關作業流程是每一臺商企業必然需要執行的重要工作。本手冊第一部份討論大陸通關制度，包括：大陸海關通關制度、通關的法律責任、進出口的貨物申報、報關單的申報及填置重點、保稅貨物的深加工結轉、來料加工貿易的內容與通關規定、進料加工貿易的內容與相關規定、ＥＣＦＡ的具體規定與解析等章。第二部份討論大陸海關常見的六套帳務處理，包括：海關帳、財務帳的差異，海關帳的主要內容，海關的六套帳，海關

帳、財務帳與倉庫帳的分析，保稅庫存的掌握與調整等內容。海關實務手冊提供了 35 則常見的問題與建議，以供臺商朋友參考。

這套實務手冊的出版，感謝行政院大陸委員會的鼎力支持，以及各手冊的撰寫人熱心付出，以及諸位審閱者的愷切指導，使得本書謬誤之處減到最低，更具參考價值，並得早日問世，以嘉惠兩岸臺商。

台北市企業經理協進會 理事長 陳振祖

大陸臺商商務合同實務解析手冊目錄

前　言 1

壹、總論 4

第一章 合同主體 4

第二章 合同之訂立、有效、無效—合同與法令之關係 10

第三章 合同與價格法 13

第四章 合同的批准 20

第五章 合同之準據法 25

第六章 合同範本之拘束力 30

第七章 定金 33

第八章 違約金 38

第九章 合同之履行、債務不履行 42

第十章 違約責任 49

第十一章 合同之爭議、執行 55

貳、各論 (重要合同) 63

第一章 合資合同 63

第二章 土地使用權出讓合同 72

第三章 買賣合同 85

第四章 租賃合同 94

第五章 融資租賃合同 104

第六章 經銷合同.....115
第七章 借款合同.....119
第八章 承攬合同.....124
第九章 貨物運輸合同.....127
第十章 技術合同.....131
第十一章 保證合同.....137
第十二章 抵押合同.....142
第十三章 動產質權合同.....151
第十四章 權利質權合同.....158
第十五章 併購合同.....166
台商商務合同常見Q&A.....179
一、「中外合資經營企業」臺商甲公司依「中外合資合同」的約定出資，而中方公司卻未完全盡出資義務，臺商甲公司該怎麼辦？.....179
二、雙方訂立「中外合資合同」，經審批通過並完成合資公司的設立登記。嗣後雙方私下另行簽訂「合資經營協議」，此一「合資經營協議」的效力如何？.....181
三、大陸臺商於中國大陸的國有土地上，取得「有償出讓土地使用權」並興建廠房，則關於「土地登記」部分，應注意何事項？若臺商遭受徵收，可以請求補償、依法救濟嗎？.....182
四、臺商於大陸湖北武漢買了一戶「預售商品房」

，其嗣後發現該房地產開發商尚未取得「商品房預售許可證」，臺商該怎麼辦？ 185
五、臺商大大公司將房產交付張大管領使用，卻仍遲未將房產所有權移轉「登記」於張大，張大如欲保障自身權益究竟要如何主張？臺商大大公司能否以既未辦房產移轉登記為由，而主張該買賣合彤「無效」？ 188
六、臺商甲股份有限公司向大陸乙有限公司訂購貨物一批，雙方訂有合同及備忘錄。臺商甲公司未依合同所訂時間通知大陸乙公司裝船，隨後進行換袋發現在袋口附近有煤屑污染、袋子外側有水濕的現象。大陸乙公司向臺商甲公司請求損害賠償是否有理？ 190
七、大陸臺商甲與陸民乙簽訂房屋租賃合同，應注意哪些事項以免糾紛？ 191
八、借款合同違約時的救濟手段有哪些？ 196
九、大陸地區的臺資企業與非金融企業及自然人簽訂借款合同時應注意事項為何？ 197
十、臺商與大陸的中資企業合資雙方各佔 50%，臺商委由其大陸親戚代為履行成立中外合資企業的出資義務，代向李乙借了美金五萬元。嗣後經營失敗，大陸親戚要求臺商應返還上述財產美金五萬元，臺商是否有返還之責？ 198

十一、大陸臺商甲商場與陸企乙服裝廠簽訂「浮花雕長袖對衫定作合同」，如何避免發生糾紛？.... 199
十二、格式合同規定貨物丟失按運價的三倍賠付，是否有效？..... 204
十三、臺商甲在中國大陸經商，其機械設備廠與大陸乙市研究所技術開發中心簽訂一份「保溫燃煤爐」技術開發合同，該技術開發合同主要條款為何？應特別注意何事項？..... 205
十四、陸企廠商向臺商借款，陸企委請當地人民政府出具《承諾函》，承諾「負責解決」、「不讓貴企在經濟上蒙受損失」等字句，是否構成大陸《擔保法》意義上的「保證」？.....211
十五、臺商甲在中國大陸經商，其好友另一台商乙向甲商借款項，臺商甲礙於情面難以拒絕，此時可用何方法確保債權？臺商如何在中國大陸辦理動產抵押？..... 214
十六、質權人是否可以將質物轉質押？..... 218
十七、質權人如何行使動產質押的權利？..... 219
十八、臺商甲在中國大陸經商，事業發展順利而欲併購陸企，整個併購流程為何？..... 220

大陸臺商商務合同實務解手冊

前　言

臺商宜重視商務合同(慎交結，明契券)

一、 慎交結，明契券

各位臺商於大陸經商，宜重視與交易關係人簽訂商務合同，防止日後可能發生商務糾紛。重點有兩項：其一、謹慎選擇交易對象即訂立合同之對象(慎交結)，人對什麼都對，人不對什麼都不對；其二、訂明、訂好合同內容(明契券)。

二、 合同大？還是法律大？

然而，大陸畢竟不同於臺灣，關於合同，大陸有什麼特殊需要注意的地方呢？首先，編者想先請教一下各位讀者一個基本問題:請問「在臺灣合同(契約)比較大？還是法律比較大？」您贊成下列那一個？請打∨

1. □法律大於合同，所以合同抵觸法律無效？
2. □合同大於法律，所以合同優先、有效？

筆者 20 年來，常在陸委會、海基會、電電公會、工業總會、商業總會、大陸各地臺商協會所舉辦超過 300 場以上的講課中，詢問臺商朋友上述問題，幾乎每一場的臺商朋友中超過 80%比例以上的人會答「法律大於合同」，只有 10%到 20%的人不這麼回答。

只是，在臺灣這 80%的人都錯了!但在大陸能對，邏輯相反，顯示在大陸各合同的危險性。

在臺灣，正確答案是:3、☑原則上，合同(契約)大於法律!

也就是說：原則上合同(契約)大於法律，例外是:像勞動基準法、消保法等少數屬於「強制規定」的法律，效力才大於合同(契約)。

在臺灣，為什麼會這樣承認「原則上，合同大於法律」呢？這是因為自由市場經濟給商人方便!商人多不是唸法律的、不一定請律師，就可以透過雙方協商，以白紙黑字把談好的內容寫成書面，自己就可以訂立合同了!方便又節省交易成本(律師費)!反之，如果像 80%的多數人所認知的「法律大於合同」那麼簽訂合同

的商人不是唸法律的，不知幾個法律條文，又未透過律師簽訂合同，在「法律大於合同」的邏輯下，實在很危險!還好，在臺灣，原則上，合同(契約)大於法律，只有少數的例外(有原則，就有例外)，所以，不諳法律的商界人士在臺灣也可以很容易的自己訂立合同(契約)，真是「身在福中不知福」啊!

反之，臺商到了大陸，在大陸簽訂合同時，情況就完全不一樣了。多數的 80%的認知「法律大於合同」就幾乎是大陸簽合同的實況了，而且，還不只是「法律」大於合同，連「法律」的兒子(子法)、孫子(孫法)即一大堆各層級的行政法規也大於合同，於是，合同抵觸法律、行政法規，合同被認為無效的情況就多了!不諳法律、行政法規的臺商簽訂大陸商務合同造成無效的可能性變多了。臺商在大陸簽合同，如果仍然抱著和在臺灣簽契約一樣的邏輯和心態，十分危險!因為，同樣的合同、契約文字，但兩岸「合同大？法律大？」的前提基本上是不同的!合同有效、無效的結果會很不同啊!

雖然，大陸於 1999 年公佈施行的「合同法」第 52 條第(五)款規定「違反法律、行政法規的強制性規定，合同無效」，劃時代的出現只有「強制性規定」才使合同無效，但實務面因「行政法規」多如牛毛，且公權力強大，顯少認為行政法規不是「強制性規定」，那結果就不一樣了，不像臺灣中央法規標準法第 5 條第 2 款規定:關於人民之權利、義務者應以法律定之(法律保留原則)，排除「行政法規」對合同所涉私權之干預，臺灣讓「私法自治」、「合同自由」有相當大之空間，和大陸不同。

合同成立前之「先合同義務」[1]，係依《合同法》第 42 條規定，當事人在訂立合同過程中有下列情形之一，給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任:(一)假借訂立合同，惡意進行磋商；(二)故意隱瞞與訂立合同有關的重要事實或者提供虛假情況；(三)有其他違背誠實信用原則的行為。第 43 條規定，當事人在訂立合同過程中知悉的商業祕密，無論合同是否成立，不得洩露或者不正當地

[1] 締約過失責任（先合同義務）是合同訂立中及合同因不成立、無效或被撤銷所生之義務（在合同訂立階段之損害賠償責任）與有效成立之合同關係所產生之違約責任不同。

使用。洩露或者不正當地使用該商業祕密給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任。締約過失責任在彌補合同法和侵權行為法功能上的欠缺。

合同成立後之大陸合同法適用規定係依《合同法》第 123 條規定，其他法律對合同另有規定的，依照其規定。第 124 條規定，本法分則或者其他法律沒有明文規定的合同，適用本法總則的規定，並可以參照本法分則或者其他法律最相類似的規定；合同法範圍規定係依《合同法》第 3 條規定，合同當事人的法律地位平等，一方不得將自己的意志強加給另一方。第 4 條規定，當事人依法享有自願訂立合同的權利，任何單位和個人不得非法干預。第 5 條規定，當事人應當遵循公平原則確定各方的權利和義務。第 6 條規定，當事人行使權利、履行義務應當遵循誠實信用原則。第 7 條規定，當事人訂立、履行合同，應當遵守法律、行政法規，尊重社會公德，不得擾亂社會經濟秩序，損害社會公共利益。合同之效力規定係依《合同法》第 8 條規定，依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保護。

此外，依《合同法》第 61 條規定，合同生效後，當事人就質量、價款或者報酬、履行地點等內容沒有約定或者約定不明確的，可以協議補充；不能達成補充協議的，按照合同有關條款或者交易習慣確定。

因此，臺商在大陸簽合同宜注意法律、行政法規的規定，以免遭致合同無效，以下分述之。

壹、總論

第一章 合同主體

一、 合同當事人

簽訂合同，首先要弄清楚由何主體或誰來簽訂？尤其，對方的簽訂主體是誰或何單位？這涉及到誰負合同的義務或責任，有無實力負責？

（一）主體：自然人、法人、其他組織

《合同法》第 2 條規定，本法所稱合同是平等主體的自然人[2]、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。婚姻、收養、監護等有關身份關係的協定，適用其他法律的規定。」合同是平等主體之間訂立的民事權利義務關係的協議，屬於民事法律關係。不屬於民事法律關係的其他活動，例如身分關係，不適用合同法。

此外，除平等主體的自然人、法人、其他組織之間問題外，合同特定主體之間，如中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同等，合同成立須經由國家機關批准成立，則該合同的轉讓也必須經原合同批准。

1. 應注意相關之行政法規，特別是地方性法規、規章是否已經廢除或修改。

   《合同法》第 428 條規定，本法自 1999 年 10 月 1 日起施行，《中華人民共和國經濟合同法》、《中華人民共和國涉外經濟合同法》、《中華人民共和國技術合同法》同時廢止。因此對於對過去根據經濟合同法、涉外經濟合同法和技術合同法制定的行政法規，特別是

[2] 《民法通則》第 2 條規定，中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係和人身關係。大陸學者有認為，《民法通則》公民的概念與自然人概念意義相同。魏振瀛，民法，北市大學出版社出版，2000 年 9 月第 1 版，第 12 頁。

地方性法規、規章有關合同的規定，均應加以注意是否已經廢除或修改適用。

2. 合同用新法，對舊合同採不溯及既往為原則。

最高人民法院關於適用《中華人民共和國合同法》若干問題的解釋（一）(下稱《合同法解釋(一)》)第 1 條規定，合同法實施以後成立的合同發生糾紛起訴到人民法院的，適用合同法的規定；合同法實施以前成立的合同發生糾紛起訴到人民法院的，除本解釋另有規定的以外，適用當時的法律規定，當時沒有法律規定的，可以適用合同法的有關規定。因此新合同用新法，對舊合同以不溯及既往為原則，以溯及既往為例外，以適用舊法為原則，以適用新法為例外、補充。

（二）合同法之主體比較

將《經濟合同法》、《技術合同法》、《涉外經濟合同法》及《合同法》之主體整理以表格如下：

經濟合同法	涉外經濟合同法	技術合同法	合同法
1981 年施行	1985 年施行	1987 年施行	1999 年 10 月 1 日施行
平等民事主體的法人、其他經濟組織、個體工商戶、農村承包經營戶相互之間	中國的企業或者其他經濟組織與外國企業和其他經濟組織或者個人之間訂立的經濟合同	法人之間、公民之間以及公民與法人相互之間訂立的技術合同	中國、外國的自然人之間、法人之間、組織間以及自然人與法人或組織之間
不包括公民之間、以及公民與法人、其他組織之間的合同	不包括中國公民與外國企業和其他組織或者個人之間的經濟合同	不包括涉外技術合同	

施行後之合同法擴大了民法通則主體的適用範圍[3]，含括了「其他組織」[4]。故依合同法包括自然人之間、法人之間、組織間以及自然人與法人或組織之間訂立的合同，均在適用範圍之列。

二、 各種合同之主體

（一）自然人

指基於自然規律出生的、有血、有兩足直立行走、有高度抽象思維能力的高級哺乳動物[5]。包括具有中國國籍的自然人、具有外國籍的自然人以及無國籍的自然人。

依 1988 年 8 月 9 日最高人民法院發布《關於人民法院處理涉臺民事案件的幾個法律問題》「去臺人員和臺胞與大陸同胞一樣，享有同等的繼承權」、「去臺人員或者臺胞回大陸後均可以向人民法院起訴」；最高人民法院並於 2010 年 12 月 29 日正式公佈了《最高人民法院關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》「根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用臺灣地區民事法律的，人民法院予以適用。」大陸對於臺灣人民適用大陸民商法案件以司法解釋為之，目前大陸認為臺灣人為主體，惟因兩岸區域法律衝突之現實情況，再以司法解釋予以解釋補充之。故臺商個人得為合同法上之主體。

（二）法人

具有民事權利能力和民事行為能力，依法獨立享有民事權利和承擔民事義務的組織。包括企業法人[6]、機關法人、事業單位法人、及社會團體法人及外國法人。

---

[3] 民法通則第 2 條「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係和人身關係。」即民法通則採用二元結構，將主體架構區分為公法與法人。

[4] 按照民法通則的推理，這個“其他組織”應當包括個人獨資企業、合夥企業、分支機構等。淺談合夥的民事主體地位——以民事主體理論為視角，王濤，北京市子悅律師事務所，北大法律資訊網，2011 年。

[5] 江平，中華人民共和國合同法精解，中國政法大學出版社，1999 年 3 月 1 版，第 3 頁。

[6] 《民法通則》第 48 條規定，全民所有制企業法人以國家授予它經營管理的財產承擔民事責任。集體所有制企業法人以企業所有的財產承擔民事責任。中外合資經營企業法人、中外合作經營企業法人和外資企業法人以企業所有的財產承擔民事責任，法律另有規定的除外。

《民法通則》第 36 條第 2 款規定，法人的民事權利能力和民事行為能力，從法人成立時產生，到法人終止時消滅。

（三）其他組織

依最高人民法院《關於適用〈民事訴訟法〉若干問題的意見》第 40 條規定，其他組織是指合法成立，有一定的組織機構和財產，但又不具備法人資格的組織。故其他組織係依法成立，有自己的名稱、組織機構和場所，不是自然人的簡單結合，具有組織的特性，是一種組織體。但它又不同於法人，不能獨立承擔民事責任。其概念類似我國「非法人團體」的概念[7]。

至於非法人團體之具體範圍，依最高人民法院《關於適用〈民事訴訟法〉若干問題的意見》第 40 條列舉了 9 種，其中最後一項為兜底條款。具體包括：（1）依法登記領取營業執照的私營獨資企業、合夥組織；（2）依法登記領取營業執照的合夥型聯營企業；（3）依法登記領取我國營業執照的中外合作經營企業、外資企業；（4）經民政部門核准登記領取社會團體登記證的社會團體；（5）法人依法設立並領取營業執照的分支機構；（6）中國人民銀行、各專業銀行設在各地的分支機構；（7）中國人民保險公司設在各地的分支機構；（8）經核准登記領取營業執照的鄉鎮、街道、村辦企業；（9）符合本條規定條件的其他組織。大陸現行的法律中僅有概括對其他組織為規定，可預期將會隨著社會生活實踐的發展而不斷增加其內涵。

三、大陸各種法人及其他組織之表格整理

（一）法人

須向國家工商行政管理局的企業登記機關辦理登記的稱為企業法人[8]；其餘的稱之為非企業法人。以下以表格整理之：

[7] 黃陽壽，有當事人能力之非法人團體之權利能力論，臺北市，自版，民國 85 年 2 月出版，第 6 頁。

[8] 企業法人指依據《中華人民共和國企業法人登記管理條例》、《中華人民共和國公司登記管理條例》等，經各級工商行政管理機關登記註冊，領取《企業法人營業執照》，取得法人資格的企業。

企業法人	全民所有制企業法人
	集體所有制企業法人
	中外合資經營企業法人
	中外合作經營企業法人
	外資企業法人
	公司[9]
	合夥企業
非企業法人	機關法人[10]
	事業單位法人[11]
	社會團體法人[12]

（二）其他組織

「其他組織」，民法理論一般稱為「非法人團體」，以下介紹以「非法人團體」介紹之。

大陸非法人團體的成立，是取得能以自己名義參加民事活動的能力，取得方式須依法設立(審批登記)。以下以表格整理之：

依法登記的非法人企業	例如： 1990 年 5 月 11 日通過之《鄉村集體所有制企業條例》第 10 條規定，鄉村集體所有制企業經依法審查，具備法人條件的，登記後取得法人資格[13]，廠長(經理)為企業的法定代表人。

[9] 《公司法》第 3 條規定，公司是企業法人，有獨立的法人財產，享有法人財產權。公司以其全部財產對公司的債務承擔責任。有限責任公司的股東以其認繳的出資額為限對公司承擔責任；股份有限公司的股東以其認購的股份為限對公司承擔責任。

[10] 機關法人依據法律或行政命令成立，所以無須進行核准登記即可取得法人資格。

[11] 大多數事業單位法人同機關法人一樣是以政府規定或行政命令而設定的，自其成立之日起便具有了法人資格。而部分事業單位法人，准由自然人或法人自願組建必須經過核准登記才得以取得法人資格。余能斌，民法學，中國人民公安大學出版社，2003 年 7 月第 1 版，第 122 頁。

[12] 《社會團體登記管理條例》第 2 條規定，本條例所稱社會團體，是指中國公民自願組成，為實現會員共同意願，按照其章程開展活動的非營利性社會組織。國家機關以外的組織可以作為單位會員加入社會團體。

[13] 所領取者為「企業法人營業執照」。

	反面解釋，未經登記不具法人資格，登記後領取《營業執照》[14]。
法人分支機構	例如： 1995 年 7 月 1 日起施行之《商業銀行法》第 19 條規定，商業銀行根據業務需要可以在中華人民共和國境內外設立分支機構。設立分支機構必須經中國人民銀行審查批准。在中華人民共和國境內的分支機構，不按行政區劃設立。 第 21 條規定，經批准設立的商業銀行分支機構，由中國人民銀行頒發經營許可證，並憑該許可證向工商行政管理部門辦理登記，領取營業執照。
個體工商戶、農村承包經營戶、合夥	(1)個體工商戶：《民法通則》第 26 條。 (2)農村承包經營戶：《民法通則》第 27 條。 (3)合夥：《民法通則》第 30 條、第 33 條。

大陸對於未依法設立存在之非法人團體，認為屬於非法經營，列為取締對象，因此臺商在欲以非法人團體營業時，宜避免。

四、 經營範圍超出與合同效力

依《民法通則》第 42 條、公司法第 12 條規定：「企業法人應當在核准登記的經營範圍內從事經營。」，惟為保障善意第三人的合法利益和交易安全，最高人民法院《合同法解釋(一)》第 10 條規定，當事人超越經營範圍訂立合同，人民法院不因此認定合同無效。但違反國家限制經營、特許經營以及法律、行政法規禁止經營規定的除外。

[14] 郭葉瑋，中國大陸民事主體之研究，東吳大學法律系在職專班碩士論文 90 年 7 月，第 180 頁。

第二章　合同之訂立、有效、無效—合同與法令之關係

在大陸，簽訂合同被司法機關認定為無效的可能性較臺灣大多了，例如：企業與企業間簽訂的借貸(款)合同經常被認定無效、企業在集體所有之土地上蓋房子出售之合同也被認定無效。白劭翔律師是廈門一位實務與理論兼備的優秀律師，他寫了一篇「違法合同效力研究」分析合同違反法令而無效之情況，並建議如何縮小合同無效之認定而讓合同有較大的生存空間，進而提高簽合同的當事人之誠信，和世界接軌!由該論文洋洋灑灑 27 頁，可見此問題之嚴重性。

在像日本、德國、臺灣等市場經濟較發達的地方，企業幹部或社長常常必須代表公司和他公司簽訂契約(合同)，他們絕大多數不是唸法律的，對法律的規定，基本上是不太熟悉的，但是仍然可以簽訂合同，而且也簽的大致不會離譜，大致不致於使契約變成無效，這是因為為了落實市場經濟，在法律上設計了三個制度，儘量減少了法律對合同的干預，其一、將法律分為公法和私法，如合同違反公法，合同仍然有效，頂多依公法的規定行政處罰；其二、將私法的規定分為強行規任意規定，合同違反強行規定，合同(條款)無效，反之，合同之效力高於任意規定，而且，強行規定很少，絕大多數任意規定；第三、合同的位置高於行政法規，合同違反行政法規不致於使合同變成無效。因此，在這三個制度下，經營企業的人，於簽訂合同時，只要將意思清楚地寫成合同，基本上就有效，不必太耽心合同是否違反法律、行政法規而無效，也因為這樣，經濟活動才能發達。

例如，為了規範臺灣與中國大陸的關係，臺灣頒佈了「臺灣地區人民與大陸地區人民關係條例」及行政法規，依該條例，禁止臺灣企業去中國投資部分行業，有兩家企業簽訂合同，共同出資去中國大陸投資禁止之行業，後來有一家企業不履行，另外一方提起訴訟請求違反合同的一方損害賠償，違反合同者無法主張該合同違反「關係條例」這一條法律而無效，因為，「關係條例」中規範投資的部分屬於公法性質，違反該規定，不影響合同的效力。

以上看似平凡的三個制度，在大陸簽訂合同就大大不一樣了？

在大陸，我們看不到上述「公法與私法」的分類，直到一九九九年以前也看不到法律有「強行規定任意規定」的分類，其結果是：合同處處受法律甚至行政法規的限制，合同時常因違反法律、行政法規而無效。在大陸合同無效的機會大得多了。

在一九九九年合同法施行前，擔任主要規範功能的「經濟合同法」及「涉外經濟合同法」、「對外貿易法」、「技術合同法」均一再地規定合同不得違反法令、行政法規，合同的空間很小，中國民法通則第五十八條第(五)款規定，違反法律的民事行為無效。民法通則至今仍然有效、施行中。

經濟合同法第四條規定:訂立經濟合同，必須遵守法律和行政法規……第七條規定，違反法律和行政法規的經濟合同無效。

涉外經濟合同法第四條規定:訂立合同,必須遵守中華人民共和國法律,……第九條規定:違反中華人民共和國法律或者公共利益的合同無效……「最高人民法院關適用涉外經濟合同法若干問題的解答」三、9.規定「合同的內容違反我國法律的基本原則或者我國社會公共利益的，應當確認無效」。

中華人民共和國對外貿易法(一九九四)第二十七條規定:對外貿易經營者對外貿易經營活動中，應當依法經營，公平競爭，不得有下列行為:……(五)違反法律、行政法規定其他行為。此法律仍然有效、施行中。

技術合同法第三條規定，訂立合同必須遵守法律和行政法規。

勞動法第十七條第一款規定，勞動合同不得違反法律、行政法規；第十八條規定:下列勞動合同無效：(一)違反法律、行政法規的勞動合同。此法律仍然有效、施行中。

因此，各行各業的企業在大陸簽訂合同，必須瞭解各行各業相關的法律和行政法規，從土地取得、技術取得、勞工聘僱、銷售、流通、物價、廣告等等各階段商業行為，注意相關的法律及行政法規。否則，極易造成合同無效的結果。

要言之，上述規定中的「法律」、「行政法規」，範圍很廣，不分公法和私法，也不分強制禁止規定和任意規定，不像臺灣民法第七十一條和日本民法第一

條的規定，只有在法律行為違反強制、禁止規定時，合同、法律行為始為無效，而且，只有違反「私法」性質的強制性法律時，法律行為(包括合同)始為無效，如此，於企業經營、簽訂合同時，企業經營者才能在充分發揮「市場經濟」精神之下，「自由簽訂合同」。

直到一九九九年中國頒佈並施行「中華人民共和國合同法」，於第五十二條第五款規定，合同違反法律、行政法規的強制性規定的無效，同時廢止經濟合同法、涉外經濟合同法、技術合同法。這個規定十分十分重要，可以說是「劃時代」的規定，其精神非常了不起，在大陸一向強調公權力而公法強大於私法的環境中，企圖縮小法律、行政法規對合同的干預，將法律、行政法規劃分為「強制性法律」及「非強制性法律」兩類，規定只有強制性質規定始影響合同的效力，試圖提高合同的自主性及地位。

唯「徒法不足以自行」，上述合同法第五十二條第五款的突破性規定，試圖「解放」合同處處受法律、行政法規的干預，但在實際究竟多少執法人員能有多少認識並非所有法律、行政法規均能幹預合同的效力，仍有待考驗!換言之，「強制性規定」的範圍如何實有待考驗，我們擔心，在行政權強大的大陸，執法者恐怕已根深蒂固，多認為法律、行政法規都是強制性的。我們認為，實施「社會主義的市場經濟」，在法制上必須落實「合同自由原則」，而減少法律、行政法規對合同的干預，才能落實合同自由原則，也才能實現社會主義的市場經濟。令人佩服的是，合同法的立法者、起草者已有此遠見，作了劃時代的規定，但它只是「精神」象徵，由於眾多的「行政法規」莫不被認為係「強制性的」，導致實際上合同因違反眾多的行政法規而被認為無效，訂合同仍然很危險!這也是為什麼大陸明明有「物權法」，但一旦要「打房」，可以用行政法規規定外地人不能買或不能買第二套房或不能貸款的原因!

在這種情況下，臺商要格外的小心，簽合同宜找律師看看會不會無效，不宜再沿用臺灣的習慣。

第三章　合同與價格法

臺商於大陸簽訂商務合同，涉及價格應注意「價格法」的相關規定：

一、 立法目的

1998 年 5 月 1 日起施行中華人民共和國價格法(下稱價格法)，依價格法第 1 條規定「為了規範價格行為，發揮價格合理配置資源的作用，穩定市場價格總水準，保護消費者和經營者的合法權益，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。」故政府直接以「宏觀調控」有效控制「市場價格形成」，以達成「合理配置資源的作用，穩定市場價格」。價格法單獨立法，以價格法主管機關為「發展與改革委員會」，自有其歷史因素。惟價格法亦有遵循市場基本規則的條文，如第 3 條規定:「國家實行並逐步完善宏觀經濟調控下主要由市場形成價格的機制。價格的制定應當符合價值規律，大多數商品和服務價格實行市場調節價，極少數商品和服務價格實行政府指導價或者政府定價。」

臺商在大陸經營，尤其是從事內銷，應該特別注意價格法的施行。價格法法律的特殊性，是在臺灣及其他自由市場經濟的社會裡，從來沒有的法律觀[15]。綜上，大陸政府對價格總水準進行調控，並認為穩定市場價格總水準是國家重要的宏觀經濟政策目標。所以有《價格法》第四章之內容；另一方面，強調政府對市場價格行為的管制，防止和制止價格壟斷行為，則屬於競爭法範疇。

二、 價格法主要內容

依《價格法》第 2 條規定，在中華人民共和國境內發生的價格行為，適用本法。

本法所稱價格包括商品價格和服務價格。商品價格是指各類有形產品和無形資產的價格。服務價格是指各類有償服務的收費。本法係由全國人民代表大會常務委員會過，屬於法律，在大陸境內均適用。主要內容包括：

將企業的定價分為：

[15] 呂榮海，中國投資法律暨案例研究，蔚理有限公司出版，2002 年 6 月，第 96 頁。

（一）「市場調節價」、「政府指導價」及「政府定價」

1. 市場調節價

依《價格法》第 3 條第 2 款規定，市場調節價係指由經營者自主制定，通過市場競爭形成的價格。同條第 3 款規定，本法所稱經營者是指從事生產、經營商品或者提供有償服務的法人、其他組織和個人。

2. 政府指導價

依《價格法》第 3 條第 4 款規定，政府指導價是指依照本法規定，由政府價格主管部門或者其他有關部門，按照定價許可權和範圍規定基準價及其浮動幅度，指導經營者制定的價格。

3. 政府定價

依《價格法》第 3 條第 5 款規定，政府定價，是指依照本法規定，由政府價格主管部門或者其他有關部門，按照定價許可權和範圍制定的價格。

上述乃《價格法》對價格機制、價格形式所作出之規定。大多數商品和服務價格實行市場調節價，極少數商品和服務價格實行政府指導價或者政府定價[16]，有限度的開放由市場決定價格，但「社會主義市場經濟」的特殊性，仍無法排除政府對價格的干預。

關於政府定價和政府指導價，主要集中於藥品、原油、糧食、電力以及其他重要公共事業。在價格法中有原則性規定，進一步的相關配套規則，如《藥品政府定價辦法》、《石油價格管理辦法（試行）》、《政府制定價格聽證辦法》、《國家發展改革委關於印發電價改革實施辦法的通知》、《跨區域輸電價格審核暫行規定》、《政府制定價格行為規則》、《政府制定價格成本監審辦法》等。對於上述不同商品，政策亦有差異。例如：糧食一般

[16] 《價格法》第 6 條規定，商品價格和服務價格，除依照本法第十八條規定適用政府指導價或者政府定價外，實行市場調節價，由經營者依照本法自主制定。

是政府最低收購價，也可有較高的市場價格。似乎中國大陸政府有管制價格，是有選擇性的管制。

（二）企業之標價義務

《價格法》第 13 條規定，經營者銷售、收購商品和提供服務，應當按照政府價格主管部門的規定明碼標價，註明商品的品名、產地、規格、等級、計價單位、價格或者服務的專案、收費標準等有關情況。經營者不得在標價之外加價出售商品，不得收取任何未予標明的費用。

惟如小攤、集市和趕場、趕墟中的價格，大量的是通過討價還價形式成交的，不容易都做到明碼標價，還有由於行業特點需要減少標價簽內容或者某些特殊商品不宜標價的，如藝術珍品、古董等，也不宜都做到明碼標價。因此，明碼標價制度實施的一定範圍由價格主管部門具體規定。

（三）企業不得有不正當的定價行為

《價格法》第 14 條規定，經營者不得有下列不正當價格行為：（一）相互串通，操縱市場價格，損害其他經營者或者消費者的合法權益；（二）在依法降價處理鮮活商品、季節性商品、積壓商品等商品外，為了排擠競爭對手或者獨佔市場，以低於成本的價格傾銷[17]，擾亂正常的生產經營秩序，損害國家利益或者其他經營者的合法權益；（三）捏造、散佈漲價資訊，哄抬價格，推動商品價格過高上漲的；（四）利用虛假的或者使人誤解的價格手段，誘騙消費者或者其他經營者與其進行交易；（五）提供相同商品或者服務，對同等交易條件的其他經營者實行價格歧視；（六）採取抬高等級或者壓低等級等手段收購、銷售商品或者提供服務，變相提高或者壓低價格；（七）違反法律、法規的規定牟取暴利[18]；（八）法律、行政法規禁止的其他不正當價格行為。

[17] 出於正當的經營銷售的需要而依法降價處理某些特定的商品，因為這是有的是客觀上的原因，有的是為了解決經營中的困難，是法律所允許的。

[18] 依價格法第 14 條第 7 項，違反法令、法規的規定牟取暴利，屬於不正當的價格行為。禁止暴利的法規可見於競爭法領域，如《反壟斷法》禁止壟斷高價；至於禁止違反政府指導價或政府定價之規定，視為禁止暴利，1995 年的《制止牟取暴利的暫行規定》，值得注意其適用範圍，第 2 條規定：「本規定適用於對國民經濟和社會發展有

（四）禁止亂收費及政府定價之聽證制度

《價格法》第 47 條規定，國家行政機關的收費，應當依法進行，嚴格控制收費專案，限定收費範圍、標準。收費的具體管理辦法由國務院另行制定。利率、匯率、保險費率、證券及期貨價格，適用有關法律、行政法規的規定，不適用本法。

《價格法》第 23 條規定，制定關係群眾身利益的公用事業價格、公益性服務價格、自然壟斷經營的商品價格等政府指導價、政府定價，應當建立聽證會制度，由政府價格主管部門主持，徵求消費者、經營者和有關方面的意見，論證其必要性、可行性。

上述二規定，使臺商於面對行政機關亂收費的時候，有了依法力爭的依據。且臺商可多利用各地的臺資企業協會，與當地物價局多多溝通。

（五）法律責任及效力

1. 經營者不執行政府指導價、政府定價以及法定的價格

《價格法》第 39 條規定，經營者不執行政府指導價、政府定價以及法定的價格干預措施、緊急措施的，責令改正，沒收違法所得，可以併處違法所得五倍以下的罰款；沒有違法所得的，可以處以罰款；情節嚴重的，責令停業整頓。

違反了法律對經營者應履行義務的規定，是一種價格違法行為，要承擔相應的行政責任，依法給予行政處罰。根據大陸《行政處罰法》

重大影響的和與居民生活有密切關係的商品和服務（以下簡稱商品和服務）。」「前款規定的商品和服務的專案，由國務院價格主管部門按照國務院的有關規定公佈、調整；其中實行國家定價的，按照國家定價和國務院有關價格管理的規定執行。」「省、自治區、直轄市人民政府可以根據本地方的實際情況，在國務院價格主管部門公佈的商品和服務的專案的基礎上，決定適當增加與本地方居民生活有密切關係的商品和服務的專案，予以公佈，並報國務院價格主管部門備案。」惟此一規定與實際上的執行有無落差，仍有待實務發展與觀察。各地方有關於禁止暴利行為的規定，如《江蘇省制止不正當價格行為和制止牟取暴利規定》（1997）、《山東省制止牟取暴利和價格欺詐行為暫行規定》（1996）等。需要注意的是最近關於此類規定有若干被廢止，如深圳市 2002 年廢止《深圳經濟特區制止牟取暴利規定》，成都市 2009 年廢止《成都市反價格欺詐和牟取暴利條例》；廣東、湖南、河南、天津、廈門等地的相關規定均有修改；《合肥市制止牟取暴利實施辦法》1995 年制定，後於 2007 年修改，再後於 2010 年廢止。國家計畫委員會經國務院批准也在 1995 年發佈了《制止牟取暴利的暫行規定》，在其中就規定了商品的價格和服務的收費標準（統稱價格）做出規範。

的規定，應當責令當事人改正或者限期改正違法行為，實施行政處罰必須首先糾正違法行為原則的規定。

2. 不正當價格行為的法律責任

《價格法》第 40 條規定，經營者有本法第十四條所列行為之一的，責令改正，沒收違法所得，可以並處違法所得五倍以下的罰款；沒有違法所得的，予以警告，可以並處罰款；情節嚴重的，責令停業整頓，或者由工商行政管理機關吊銷營業執照。有關法律對本法第十四條所列行為的處罰及處罰機關另有規定的，可以依照有關法律的規定執行。有本法第十四條第（一）項、第（二）項所列行為，屬於是全國性的，由國務院價格主管部門認定；屬於是省及省以下區域性的，由省、自治區、直轄市人民政府價格主管部門認定。

3. 經營者因價格違法行為之民事法律責任

《價格法》第 41 條規定，經營者因價格違法行為致使消費者或者其他經營者多付價款的，應當退還多付部分；造成損害的，應當依法承擔賠償責任。

《價格法》第 41 條為民法通則第 134 條之特別規定，自應優先適用。

4. 違反明碼標價規定的法律責任

《價格法》第 42 條規定，經營者違反明碼標價規定的，責令改正，沒收違法所得，可以並處五千元以下的罰款。

5. 經營者不遵守政府價格主管部門關於暫停相關營業和登記保存規定的行政責任

《價格法》第 43 條規定，經營者被責令暫停相關營業而不停止的，或者轉移、隱匿、銷毀依法登記保存的財物的，處相關營業所得或者轉移、隱匿、銷毀的財物價值一倍以上、三倍以下的罰款。

6. 拒絕按照政府價格主管部門的規定提供監督檢查所需資料或者提供虛假資料的行政責任。

《價格法》第 44 條規定，拒絕按照規定提供監督檢查所需資料或者提供虛假資料的，責令改正，予以警告；逾期不改正的，可以處以罰款。

7. 其他《價格法》相關的部門規章，如《國家計委關於認真貫徹<價格法>嚴格規範市場價格競爭秩序的通知》，及《反壟斷法》施行後，對《反價格壟斷規定》等關於價格壟斷配套規則，亦應予一併注意。

（六）小結

上述規範內容，對於臺商的影響，大體有二：其一、在內銷方面，臺商的定價行為，受到價格法的規範，且企業不得有不正當的定價行為；其二、在一般經營方面，臺商採購原料取得服務，也可以引用價格法來保護自己或企業的消費權益。

1. 政府可以實行政府指導價或者政府定價之範圍

《價格法》第 18 條規定，下列商品和服務價格，政府在必要時可以實行政府指導價或者政府定價：（一）與國民經濟發展和人民生活關系重大的極少數商品價格；（二）資源稀缺的少數商品價格；（三）自然壟斷經營的商品價格；（四）重要的公用事業價格；（五）重要的公益性服務價格。

根據這個規定，政府指導價或者政府定價的定價權限和適用範圍，應當根據當地經濟運行情況，按照規定的定價許可權和程式適時調整。按照本法規定，只有省級以上人民政府價格主管部門才有權制定價目錄，省、自治區、直轄市人民政府以下各級地方人民政府不得制定定價目錄。具體實施上，臺商宜注意中央及省級以上人民政

府具體定價目錄的公佈。例如《國家發展改革委定價藥品目錄》、《政府定價目錄》等。

附帶一提，國家行政機關收費、原油、成品油價格、城市基準地價公佈價格和私有住房、廉租住房租賃價格仍按現行有關規定管理。

2. 違反價格法之契約條款效力

大陸的價格法，不只是公權力的執法，同時也創造了眾多的交易相對人依該法拒付貨款的機會，人民法院及仲裁庭也可能判決合同中的價格條款無效。

2005 年 9 月 2 日佛山市中級人民法院民事判決書可參考「在訟爭《商品房買賣合同》附件四明確約定「另付水、電、電視、通信等工程費用 6000 元/戶。」此款雙方當事人約定的收費專案是上訴人匯雄公司、九江分公司在雙方所簽訂的《商品房買賣合同》中約定的商品房價格外，另列名目收取的費用。對房地產市場的這種銷售形式，在 2000 年 7 月 1 日前是為當地物價管理部門所默許，但在 2000 年 5 月 25 日，南海市人民政府南府[2000]57 號文件印發了《南海市新建商品房交易價格管理辦法》，明確了自 2000 年 7 月 1 日水、電、電視、通信等工程費用是商品房成本的一部分，應當計入商品房價款中，不得另行收取。上訴人匯雄公司、九江分公司於 2000 年 7 月 1 日後仍收取商品房價格外的水、電、電視、通信等工程費用的行為不僅違反了地方政府價格主管部門的規定，同時也違反了《中華人民共和國價格法》第十三條的規定，該價外收費行為係無效行為」（參見(2005)佛中法民五終字第 710 號）。

第四章 合同的批准

一、 概說

批准是有權審批機關依據法律、行政法規規定，對於當事人所簽訂的合同依法進行審核批准。審批或批准的性質是行政審批或行政許可，是一種國家行政管理手段，屬於公法的範疇。乃是國家為了國家利益或社會公共利益的需要，對某些特殊的行業或經營項目須經國家相關的機關或部門進行審批[19]。

這類合同，除應由當事人達成意思表示一致而成立外，還應將合同書及有關文件提交國家有關主管機關審查批准。瞭解各種合同應否提交審查批准，有助於確定合同生效的時間。

《合同法》第 44 條第 2 款規定，法律、行政法規規定的合同應當辦理批准、登記等手續才生效，在一審法庭辯論終結前當事人仍未辦理批准手續的，或者仍未辦理批准、登記等手續的，人民法院應當認定該合同未生效。

二、 批准、許可、登記、備案等行政行為之認識

（一）批准

行政當局依據其法定職責，根據法律規定預先設定標準，對當事人所欲從事的某些行為的設立、開辦、運行等的條件，予以核查後准予辦理的行政行為。包括審批。該項方式為事先（前）監管方式，實行的是實質審查，一般為國家宏觀方面涉及的事項。主要的是：國家統一實施的標準等。其基本特徵是，得不到批准，不得實施，並且必須事先辦理，直接影響合同效力。

（二）許可

指對某些規定行為准予符合條件的審報人從事的行政行為。該項方式為事先（前）監管方式，實行的是實質審查，要求程度次於批准，但有時二者又有統一。其範圍最廣、適用率高，主要為經濟管理過程中，其基本特徵是，

[19] 王德山、姜曉林，從本案談合同登記與批准對合同效力的影響，《淮北職業技術學院學報》2008 年第 16 期。

未經許可，不得從事。主要的是：執業許可、經營許可等。一般對合同效力有影響。

（三）登記

指就某些行為的實施被要求提供相應條件資料報行政管理當局審核，並將所提供的資料留存記錄的行政行為。該方式大多為事先（前）核查的實質性行為，但有些行為只要求將材料登錄，並不實質審查，主要的是：工商企業登記、婚姻登記、房產登記、車輛船舶登記等。其基本特徵是，不登記得不到認可，範圍條件窄些，一般不影響合同效力。

（四）備案

指將已經完成或者正在履行的某些專案資料報告提交到有關行政當局處存檔備查的一種行政行為。該項方式為事後形式行為，主要的是：建設項目備案、農業承包合同備案等，其基本要求是：一般不強制，只要求形式材料齊全、個案。不影響合同效力。

三、 合同登記和批准的效力有兩種類型

《合同法解釋(一)》第 9 條規定，依照合同法第 44 條第 2 款的規定，法律、行政法規規定合同應當辦理批准手續，或者辦理批准、登記等手續才生效，在一審法庭辯論終結前當事人仍未辦理批准手續的，或者仍未辦理批准、登記等手續的，人民法院應當認定該合同未生效；法律、行政法規規定合同應當辦理登記手續，但未規定登記後生效的，當事人未辦理登記手續不影響合同的效力，合同標的物所有權及其他物權不能轉移。合同法第七十七條第二款、第八十七條、第九十六條第二款所列合同變更、轉讓、解除等情形，依照前款規定處理。

因此，合同登記和批准的效力區分成下列兩種類型：

（一）生效要件

依合同法解釋(一)》第 9 條前段規定，欠缺合同登記和批准人民法院應當認定該合同未生效。例如《擔保法》第 41 條規定，當事人以本法第 42 條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。

必須注意以下情形：

1. 須是法律、行政法規對此所作的規定，而不包括部門規章、地方法規。
2. 明確規定了合同「自登記之日起生效」[20]。
3. 法律、行政法規排除了當事人對合同生效時間的約定，即便當事人有相反約定也不得對抗法律規定。

合同未生效的情況下，當事人可以在一審法庭辯論終結前通過補辦相關手續[21]，對合同進行補正而使合同生效。

（二）對抗要件

依《合同法解釋(一)》第 9 條前段規定，欠缺合同登記和批准不影響合同的效力，僅產生合同標的物所有權及其他物權不能轉移之效果。例如：《物權法》第 24 條規定[22]、《擔保法》第 43 條規定。

（三）小結

法律或行政法規未明確規定合同登記是合同的生效要件或對抗要件者，合同登記制度對合同效力無任何影響，該種登記是一種行政管理手段。。

例如《城市房地產管理法》第 44 條第 1 款、第 53 條之規定，上述條款雖然規定合同應當進行登記，但對合同本身效力沒有影響。

[20] 《城市房地產管理法》第 53 條規定，房屋租賃，出租人和承租人應當簽訂書面租賃合同，約定租賃期限、租賃用途、租賃價格、修繕責任等條款，以及雙方的其它權利和義務，並向房產管理部門登記備案。

[21] 批准或登記的截止時間為一審法庭辯論終結前。

[22] 《物權法》第 24 條規定，船舶、航空器和機動車等物權的設立、變更、轉讓和消滅，未經登記，不得對抗善意第三人。

絕大多數登記或審批對合同效力不產生任何影響，特別是合同登記制度應區別於物權登記制度。但《合同法解釋(一)》第 9 條之規定至今仍未消除司法實務中對合同法第 44 條第 2 款規定的錯誤理解[23]。

四、 臺商應注意哪些合同須經「政府審批」(批准)、登記？

大陸目前至少有 10 多部法律、行政法規規定了合同的審批或者登記問題，赴大陸投資的臺商即應特別注意，以免訂立無效的合同而不知法定審批或者登記的合同類型介紹：

(一) 中外合資經營企業、合作經營企業合同

1. 2001 年 7 月 22 日修訂實施的《中華人民共和國中外合資經營企業法實施條例》第 20 條規定，合營一方向第三者轉讓其全部或者部分股權的，須經合營他方同意，並報審批機構批准，向登記管理機構辦理變更登記手續。違反這些規定的，轉讓無效。

2. 1988 年 4 月 13 日施行之《中外合作經營企業法》第 5 條至第 7 條。

(二) 對外合作開採石油合同

2011 年 11 月 1 日起施行之《國務院關於修改〈中華人民共和國對外合作開採海洋石油資源條例〉的決定》第 7 條。

(三) 與華僑、港澳臺企業合資、合作經營企業的合同

1. 1994 年 3 月 5 日施行之《臺灣同胞投資保護法》第 8 條、第 9 條。

2. 1990 年 8 月 19 日施行之《關於鼓勵華僑和香港、澳門同胞投資》第 15 條、第 19 條。

(四) 保證合同

依照《擔保法》第 8 條的規定，為使用外國政府或者國際經濟組織貸款進行轉貸，由國家機關作為保證人的保證合同，應當報經國務院批准。

(五) 房地產轉讓合同

依照《城市房地產管理法》的規定，房地產轉讓合同應當辦理過戶登記。

[23] 王德山、姜曉林，從本案談合同登記與批准對合同效力的影響，《淮北職業技術學院學報》2008 年第 16 期。

（六）房屋買賣合同

《城市私有房屋管理條例》規定，房屋所有權轉移須到主管部門辦理登記手續。

（七）土地使用權轉讓合同

依照《土地管理法》的規定，改變土地權屬、用途的，應當辦理土地變更、登記手續；按照《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》規定，土地使用權轉讓合同既應報審批，又應辦理過戶登記。

（八）技術合同

《技術合同法實施條例》規定了列入國家計畫等三類合同須報審批。

（九）技術引進合同

《技術引進合同管理條例》規定技術引進合同須報審批。

（十）運輸工具轉讓合同

《海商法》、《民用航空法》都規定，運輸工具所有權的取得、轉讓和消滅，應向主管部門登記。

（十一）抵押合同

依照《擔保法》第 41 條的規定，包括城市房地產或者鄉村企業的廠房等建築物、航空器。船舶、林木、無地上定著物的土地使用權、企業的設備和其他動產的抵押都應辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。

（十二）質押合同

依照<擔保法>第 78 條、第 79 條規定，以依法可以轉讓的股票、商標專用權、專利權、著作權中的財產權出質的，須向主管部門辦理出質登記，質押合同自登記之日起生效。

五、未辦理批准、登記等手續之違約責任

按照合同約定應當辦理手續的當事人，仍未辦理批准手續，或者仍未辦理批准、登記等手續的，因為該合同未生效，人民法院可以按照締約過失原則追究該當事人的民事責任，但不宜認定該當事人違約由其承擔違約責任。

第五章　合同之準據法

一、 約定準據法之依據

基於意思自治原則，合同的準據法應該由雙方當事人的訂立合同時共同選擇決定。例如：「本合同受 XX 國法律支配」或「有關本合同的一切爭議應該依 XX 國法律解決」。

二、 得約定以臺灣法為適用法

（一）選擇處理民商事合同爭議所適用的法律的原則

根據 2010 年最高人民法院關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定，涉臺民商事案件的法律適用，參照適用民法通則第八章以及涉外民事關係法律適用法等規定的內容。涉外民事關係法律適用法第 2 條更進一步規定，涉外民事關係適用的法律，依照本法確定。其他法律對涉外民事關係法律適用另有特別規定的，依照其規定。民法通則第 145 條[24]亦有同樣的規定。

其他如《民法通則》第 142 條第 3 款規定，當中國法律或國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。

（二）選擇處理民商事合同爭議所適用的特別規定

特別規定如《合同法》第 126 條規定，涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，但法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。在中華人民共和國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，適用中華人民共和國法律。

三、大陸司法解釋之介紹

在過去大陸涉臺案件中，審理法院一開始是理所當然地以大陸地區的法律作為準據法。注意到兩岸民商事法律的區別之後，法院在判決中開始說明管轄和準

[24] 《民法通則》第 145 條規定，涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯係的國家的法律。

據法適用依據，將此類涉臺案件作為或比照涉外案件處理，適用或比照適用《民法通則》第八章「涉外民事關係的法律適用」的規定，以相應的衝突法規則指引據以裁判的準據法。

大陸《涉外民事關係法律適用法》於 2010 年 10 月 28 日頒布，2011 年 4 月 1 日實施後，最高人民法院並於 2010 年 12 月 29 日正式公佈了《最高人民法院關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》（法釋[2010]19 號，以下簡稱《本規定》），2011 年 1 月 1 日起實施。

隨著兩岸經貿交流、人員往來日益頻繁，涉臺婚姻、繼承、經貿投資等民商事糾紛越來越多，案件涉及的法律和審判規範也越來越複雜。最高人民法院為明確涉臺民商事案件的法律適用規範，對於人民法院準確適用法律，正確審理涉臺民商事案件，切實保障兩岸當事人的正當權益，有效維護兩岸民商事交往的正常秩序，最高人民法院作出的一項重要司法解釋。

《本規定》第 1 條規定，人民法院審理涉臺民商事案件，應當適用法律和司法解釋的有關規定。根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用臺灣地區民事法律的，人民法院予以適用。第 2 條規定，臺灣地區當事人在人民法院參與民事訴訟，與大陸當事人有同等的訴訟權利和義務，其合法權益受法律平等保護。第 3 條規定，根據本規定確定適用有關法律違反國家法律的基本原則或者社會公共利益的，不予適用。

《本規定》共 3 條，主要解決人民法院審理各類涉臺民商事案件的法律適用問題，同時對臺灣地區當事人的民事訴訟法律地位也作出了明確規定。《本規定》第 1 條是該司法解釋的核心內容，明確規定了涉臺民商事案件的法律適用問題。根據該條第 1 款，人民法院審理涉臺民商事案件，應當適用法律和司法解釋的有關規定，並根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則確定應當適用的實體法。這裡所講的實體法既包括兩岸的法律，也包括其他有關國家或地區的法律。該條第二款進一步明確，人民法院可以根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定臺灣地區法律為案件所應適用的實體法，並予以適用。同時，《本規定》第

3 條規定，適用該有關法律不得違反國家法律的基本原則、不得損害社會公共利益。該條中「選擇適用法律的規則」指的是參照適用的涉外民商事關係的法律適用規則，也即衝突規範，包括民法通則第八章以及全國人大常委會今年通過的《涉外民事關係法律適用法》等規定的內容。因此 2010 年 12 月 29 日後，在訂定合同內容時，得依大陸的選法規則[25]，選擇最後適用之實體法得為臺灣實體法、大陸實體法或外國實體法。

三、 管轄權準據法規定

依 2002 年 3 月 1 日施行之《最高人民法院關於涉外民商事案件訴訟管轄若干問題的規定》第 5 條規定，涉及香港、澳門特別行政區和臺灣地區當事人的民商事糾紛案件的管轄，參照本規定處理。第 1 條規定，第一審涉外民商事案件由下列人民法院管轄：

（三）國務院批准設立的經濟技術開發區人民法院；

（四）省會、自治區首府、直轄市所在地的中級人民法院；

（五）經濟特區、計畫單列市中級人民法院；

（六）最高人民法院指定的其他中級人民法院；

（七）高級人民法院。

上述中級人民法院的區域管轄範圍由所在地的高級人民法院確定。

故依上述涉臺民商事案件之管轄，涉外涉港澳臺民商事案件的當事人，不得協議選擇沒有涉外民商事案件管轄權的法院管轄，否則該協議應認定無效。惟 2011 年 1 月 1 日起《最高人民法院關於審理涉臺民商事案件法律適用問題的規定》開始實施後，人民法院得否以當事人已約定解決紛爭之管轄法院而駁回起訴者，仍有待其將來做出相關實務見解。

四、 合同準據法約定

（一）選擇適用之準據法以避免大陸法官之任意裁量

[25] 陳文琪，兩岸司法互助協議之沿革與實踐，月旦法學雜誌，195 卷，頁 152-175，2011 年 8 月。

依《涉外民事關係法律適用法》第 41 條規定，當事人可以協議選擇合同適用的法律。當事人沒有選擇的，適用履行義務最能體現該合同特徵的一方當事人經常居所地法律或者其他與該合同有最密切聯繫的法律。因此在當事人沒有明確約定選擇的法律時，一般都以大陸與合同有最密切關聯而適用大陸法律處理。

（二）約定仲裁條款、選擇仲裁機構方面

根據中華人民共和國臺灣同胞投資保護法實施細則第 29 條之規定，直接投資之臺商依照合同中的仲裁條款或者事後達成的書面仲裁協議，提交中國的仲裁機構仲裁，不同於外商（包括間接投資之臺商）相關規定：依照中華人民共和國合同法第 128 條、中華人民共和國仲裁法及 1958 年紐約公約(Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards)之規定，可以在簽訂合同時載明「仲裁條款」，並約定任何公約締約國的國際仲裁委員會。至於直接投資之臺商，如同上述之規定，僅能提交中國大陸的仲裁機構仲裁。這樣的差異規定，實有悖於國際思潮，亦扭曲兩岸目前相互認可仲裁判斷與執行規定之法理基礎。

此外，臺灣雖非「承認和執行外國仲裁裁決公約」之締約國，但在中國大陸已認可臺灣仲裁判斷與民事判決的情況下，臺商約定交付由臺灣仲裁機構予以仲裁，亦有同樣的法理基礎！

（三）約定管轄條款方面

根據大陸《民事訴訟法》第 242 條、第 244 條之規定，涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協定選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。選擇中華人民共和國人民法院管轄的，不得違反本法關於級別管轄和專屬管轄的規定。此乃尊重當事人自治原則之體現。惟例如依據同法第 244 條之規定，因在中國大陸履行「中外合資經營企業合同」、「中外合作經營企業合同」、「中外合作勘探開發

自然資源合同」發生糾紛提起的訴訟，只能由中國人民法院專屬管轄，而不得由合同當事人約定管轄。又依照同法第 243 條涉外民事訴訟的被告對人民法院管轄不提出異議，並應訴答辯的，視為承認該人民法院為有管轄權的法院。

第六章　合同範本之拘束力

一、 概說

合同範本是指根據法律法規和行業交易慣例制定的具有示範作用的書面契約範本。

大陸「國家工商行政管理局市場規範管理司」編有《中國最新合同範本》一書，由工商出版社出版發行。

二、 合同範本之功能

現代商業交易，要式合同逐漸取代不要式合同而成為合同的主要方式，兩岸商業交流頻繁，交易內容日趨多樣化和複雜化，合同訂約內容也越來越精緻。發展中國家交易當事人，於合同訂立時為避免或減少因經驗不足而導致不公平的交易，聯合國和有關國際組織從七十年代起，為發展中國家編制各種合同範本或指南，於引進外國投資和技術、建築工程項目、國際貨物買賣等方面的合同談判和訂立時提供幫助。

製作合同範本有兩大意義：

（一）將商業交易積累之商務經驗予以類型化、技術化並將法律規範入合同，提供合同當事人商事行為法律依準，避免合同不清楚時、未予規範或規範不足之爭議。

（二）交易當事人在訂立合同時參考合同範本的基礎規定，使合同條款儘量考慮到合同雙方的權利和義務，有利於保證交易的公平進行。

三、 合同範本之特性

1. 非強制性

締約當事人雙方簽訂合同時通過協商，合意確定條款，合同範本僅給訂約雙方訂立合同提供了參考，不具強制性。

2. 公正性

合同範本是由工商行政管理部門制訂或工商行政管理部門與其他有關主管部門聯合制訂的，包括合同主要條款和式樣，具有規範性、

指導性的合同文本格式。因為制定方是公信力的部門，合同範本具有公正性以及權利義務的平衡性。

3. 可變動性

合同範本乃為反覆使用而預先制定的，但合同範本僅為訂約的參考，因此是可以協商修改的。

4. 準確性

將商業交易積累之商務經驗予以類型化、技術化並將法律規範入合同，避免合同約定不清楚、未予規範或規範不足時之爭議。

四、 合同範本之法律依據

1999 年頒佈實施的《合同法》第 12 條第 2 款規定，當事人可以參照各類合同的示範文本訂立合同。而 1999 年合同法施行前，則依 1990 年國務院批准，由全國工商行政管理部門逐步推行合同範本。

工商行政管理部門是推行合同示範文本的主管機關。以上海為例，《上海市合同格式條款監督條例》第 10 條規定，合同示範文本由有關行政主管部門或者行業組織制定。上海市工商行政管理局可以參與合同示範文本的制定。有關行政主管部門、行業組織自行制定合同示範文本的應當報市工商局備案。由此可見，工商行政管理部門是制定和推行合同示範文本的重要主管機關。

因此，《合同法》第 12 條第 2 款規定，訂立合同可以參照各類合同的示範文本，其目的與同條第 1 款同，乃是為了使當事人訂立合同更加認真、更加規範，儘量減少合同規定缺款、少項、容易引起糾紛的情況。

不動產買賣則以各地房產局的房地產買賣範本為據，具有很強的影響力。

五、 使用合同範本應注意之問題

（一）整體性

一般的涉外經濟合同大體上包括商務條款（包括技術條款）和法律條款兩個部分，而這兩個部分又是相互配合不可分割的。所以，在使用時，應注

意保持合同的完整性，不應為在某些條款（如價格條款）上的討價還價而放棄其他重要的條款（如解決爭議條款）。

（二）正確性

在使用合同範本時，應結合具體交易的性質正確選擇文本中所提供的選擇項條款或術語（例如進出口合同中的 FOB、CIF 等），防止因認識不清而錯誤套用。

（三）專業審查

在訂立與重大的或內容複雜的交易專案有關的合同時，應向法律專家諮詢。

六、 合同範本之性質屬於行政指導不具拘束力

行政指導就是國家行政機關在其管轄事務的範圍內，對於特定的人、企業、社會團體等，運用非強制手段，獲得相對人的同意或協助，以實現一定行政目的的行為。

行政指導作為一種新型的行政行為，其具有輔導和服務作用。在行政管理的一定階段行政主體採用強制手段尚無必要或者效果並不一定理想時，行政主體可以採取行政指導的手段來達到同樣的目的。對行政相對人來說，也希望行政主體通過建議、勸告、指引等方式來對其實施指導，可見行政指導相對行政主體的其他行政手段有時是一種行政行為的輔助手段。

因此，行政指導是一種基於行政相對人同意或協作的、不具權力強制力的柔性行為，故行政指導不具拘束力。

推行合同示範文本之行政主體為工商行政管理部門，推行範本行為之目的在為鼓勵、引導相對人使用合同示範文本，避免不公平交易，具有公益特性，行為方式採用宣傳、推廣、說服、鼓勵等非強制的方式，行為結果是使相對人使用或不使用示範文本訂立合同。因此推行合同示範文本是一種行政指導行為，只是給訂約雙方訂立合同提供了參考，本是一種不具有強制力的行政行為。

第七章　定金

一、 概說

定金，是指合同當事人為了確保合同的履行，依據法律規定或者當事人雙方的約定，由當事人一方在合同訂立時，或訂立後、履行前，按合同標的額的一定比例，預先給付對方當事人的金錢或其他代替物。大陸《民法通則》將定金規定於債權總則第 89 條第 3 項中，《合同法》則規範於第 115 條，大陸《擔保法》第 89 條至第 91 條更規定了定金得為擔保內容。

二、 適用範圍

依《中華人民共和國擔保法》第六章及最高人民法院通過《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》中關於定金部分的解釋對定金所作專門規定、《合同法》第 115 條，當事人可以依照《中華人民共和國擔保法》約定一方向對方給付定金作為債權的擔保。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行約定的債務的，無權要求返還定金；收受定金的一方不履行約定的債務的，應當雙倍返還定金[26]。《民法通則》第 89 條第 3 款規定，當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。

因此，依上述法律及司法解釋對定金的適用範圍之規定，原則上定金合同可以於合同法之各種有名合同，如買賣合同、貨物運輸合同、加工承攬合同、建設工程勘察設計合同等，故債權人需要以擔保方式保障其債權實現的，得依照主合同規定設立定金擔保合同。

三、 定金之特徵

（一）定金是一種擔保方式，擔保主合同的主給付，不屬於債務的履行範疇。

（二）定金合同，獨立且從屬於主債關係。

（三）定金一般是一次性交付。

（四）定金的交付通常是在合同訂立時或者履行前，具有預先給付的特點。

[26] 此即為「定金罰則」之規定。

（五）定金的數額低於主合同的標的額，且不得超過法定的比例。

（六）定金具有在一方違約時發生定金喪失或雙倍返還的效力。

四、 定金的性質

（一）從屬性

《擔保法》第 5 條 1 款規定，擔保合同是主合同的從合同，主合同無效，擔保合同無效。擔保合同另有約定的，按照約定。

（二）實踐性

《擔保法》第 90 條規定，定金合同從實際交付定金之日起生效。定金的交付轉移了定金的所有權。最高人民法院《關於適用<中華人民共和國擔保法>若干問題的解釋》(下稱擔保法解釋)第 119 條規定，實際交付的定金數額多於或者少於約定數額，視為變更定金合同；收受定金一方提出異議並拒絕接受定金的，定金合同不生效。

（三）金錢性

定金是通過一方當事人向對方當事人交付一定數量的金錢或其他代替物。《擔保法》第 91 條規定，定金的數額由當事人約定，但不得超過主合同標的額的 20%。《擔保法》司法解釋補充規定，超過的部分，人民法院不予支援。

（四）要式性

係指定金合同必須符合法定的形式始能成立。《擔保法》第 90 條規定，定金應當以書面形式約定。惟《合同法》第 36 條規定，法律、行政法規規定或者當事人約定採用書面形式訂立合同，當事人未採用書面形式但一方已經履行主要義務，對方接受的，該合同成立。如果沒有書面約定而實際交付了定金，對方並已接受且承認的，也可認為定金合同成立。

（五）預先給付式

將定金抵作價款是當事人的義務，為定金的預先給付性。依《擔保法》第 89 條規定，債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。選擇抵作價

款或收回，乃為當事人的權利，得由當事人自主選擇。如果選擇了收回而沒有抵作價款，此時定金沒有預先給付性。

五、 定金的種類及其效力

（一）成約定金

成約定金，是指作為合同成立要件的定金，因定金的交付，合同才成立。

擔保法解釋第 116 條「當事人約定以交付定金作為主合同成立或者生效要件的，給付定金的一方未支付定金，但主合同已經履行或者已經履行主要部分的，不影響主合同的成立或者生效。」此種定金合同，不發生定金罰則的效力。

（二）證約定金

證約定金，是指以定金為訂立合同的證據，惟這種定金不是合同的成立要件。

擔保法解釋第 116 條規定，成約定金的效力是，定金的交付使主合同成立，不交付則原則上主合同不成立，不發生定金罰則的效力。證約定金的效力在於證明合同成立，也不具有定金罰則的效力。

（三）違約定金

違約定金，是指交付定金的當事人若不履行債務，接受定金的當事人有權不予返還；接受定金的一方若不履行債務，則需雙倍返還定金。

《擔保法》第 89 條「當事人可以約定一方向對方給付定金作為債權的擔保。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行約定的債務的，無權要求返還定金；收受定金的一方不履行約定的債務的，應當雙倍返還定金。」。此種定金屬於擔保性質，與違約金性質相同，有間接強制當事人履行債務的效力，兩者的不同表現為定金是事先交付，而違約金是違約責任成立之後支付。違約定金通常兼有證約定金的作用。

（四）解約定金

解約定金，是指以定金為保留合同解除權的代價，也就是交付定金的當事人可以拋棄定金以解除合同，而接受定金的當事人也可以雙倍返還定金來解除合同。

大陸《民法通則》、《擔保法》和《合同法》均未規定解除定金，但《擔保法》司法解釋明確承認此類定金，擔保法解釋第 117 條規定，定金交付後，交付定金的一方可以按照合同的約定以喪失定金作為代價而解除主合同，收受定金的一方可以雙倍返還定金作為代價而解除主合同。

（五）立約定金

立約定金，是指為保證正式締約的定金。此類定金的效力為，交付定金的當事人若拒絕立約，則喪失定金；接受定金的法事人若拒絕立約，則應加倍償還定金。

擔保法解釋第 115 條規定，當事人約定以交付定金作為訂立主合同擔保的，給付定金的一方拒絕訂立主合同的，無權要求返還定金；收受定金的一方拒絕訂立主合同的，應當雙倍返還定金。

六、 定金合同應注意問題

（一）同時注意審查主合同是否有效

蓋依《擔保法》第 5 條 1 款規定，擔保合同是主合同的從合同，主合同無效，擔保合同無效。擔保合同另有約定的，按照約定。

（二）以書面形式簽訂

依《擔保法》第 90 條規定，定金應當以書面形式約定。雖《合同法》第 36 條規定，法律、行政法規規定或者當事人約定採用書面形式訂立合同，當事人未採用書面形式但一方已經履行主要義務，對方接受的，該合同成立。惟為避免爭議，仍以訂立書面為宜。

（三）定金數額須約定佔合同標的額 20%範圍內

《擔保法》第 20 條規定，定金的數額由當事人約定，但不得超過主合同總額的 20%，併參擔保法解釋第 121 條，當事人約定的定金數額超過主合同標的額百分之二十的，超過的部分，人民法院不予支援。

（四）定金交付的期限應明確、具體

《擔保法》第 90 條規定，當事人在定金合同中應當約定交付定金的期限。定金合同從實際交付定金之日起生效。

（五）合同應明確寫明為「定金」

擔保法解釋第 118 條，當事人交付留置金、擔保金、保證金、訂約金、押金或者訂金等，但沒有約定定金性質的，當事人主張定金權利的，人民法院不予支援。

七、 定金與違約金

《合同法》第 116 條規定，當事人既約定違約金，又約定定金的，一方違約時，對方可以選擇適用違約金或者定金條款。應指針對同一違約行為同時規定違約金與定金責任時須選擇其中之一主張，不可併罰。

第八章 違約金

一、 概說

指按照當事人的約定或者法律直接規定，一方當事人違約的，應向另一方支付的金錢。違約金的標的物是金錢，但當事人也可以約定違約金的標的物為金錢以外的其他財產。

二、 規範目的

（一）擔保債務履行

督促債務人積極履行。

（二）避免舉證困難

事先達成協議，避免將來違反合同後再對損害舉證，省卻時間、勞力、費用，及避免無法舉證之風險。

（三）預先限定責任

預先確定了將來的責任，預定責任範圍，亦有對於責任限定之用意。

三、 違約金種類及其功能

（一）賠償性違約金

指當事人約定的違約金是雙方預先確定的違約損害賠償，其功能是為了彌補一方因另一方違約所遭受的損失，具有補償功能。《合同法》第 114 條第 2 款規定，約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。此一規定表明違約金具有補償的性質，由人民法院或仲裁機構，減少高於損失或增加不足的損失以彌補損害過與不及。

（二）懲罰性違約金

指對債務人的違約行為進行懲罰，以確保合同得以履行，因此，它不僅具有法律責任的救濟功能和擔保功能，還具備了懲罰功能。《合同法》第 114 條第 3 款規定，當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還

應當履行債務。該條規定當事人在支付違約金後還應履行債務，表明違約金是專為遲延履行行為予以懲罰而設定的，具有懲罰作用。

上述違約金之約定，基於當事人意思自由原則，得由當事人約定，也可以不約定。

違約金之性質，有約定的，從其約定；沒有約定的，其性質應從是否有實際損失方面界定。違約沒有造成實際損失或者違約金高於實際損失的，此時的違約金是懲罰性的；違約造成了實際損失，約定的違約金數額低於或相當於實際損失時，此時的違約金是補償性的。另外，如果法律規定或合同約定當事人在支付違約金後，還可以請求強制實際履行，此時的違約金亦屬懲罰性違約金。

四、 如何認定違約金的性質？

《合同法》第 61 條規定，合同生效後，當事人就質量、價款或者報酬、履行地點等內容沒有約定或者約定不明確的，可以協議補充; 不能達成補充協議的，按照合同有關條款或者交易習慣確定。故沒有約定或者約定不明確的，視當事人能否達成違約金性質的補充協議，如果達成補充協議，則根據當事人的補充協議來認定違約金的性質;不能達成補充協議，則採用體系解釋的方法來確定當事人之間違約責任的性質;也可以根據當事人之間的交易習慣來確定違約金的性質。上述方法均已用盡，但仍不能確定當事人之間違約金的性質時如何處理，《合同法》第 62 條作為任意性法律規範，對此沒作具體規定。在解釋上應當解釋為違約金具有賠償和懲罰的雙重屬性方稱合理。但應認為賠償性違約金為原則，懲罰性違約金為例外。而不能解釋為懲罰性為原則，賠償性為例外。

五、 違約金責任構成要件

（一）主債之關係的有效存在，有違約行為。

（二）以違約方有過錯為要件[27]。

[27] 有論者以為，是否須以「過錯」為要件應區分以下四種情形： (1)如果當事人明確約定了違約金以過錯為要件，遵照其約定；(2)懲罰性違約金是對於違約行為的懲罰，是有過錯的違約，應該強調以過錯為要件；(3)《合同法》

（三）要有違約行為與實際損失的事實之間的因果關係。

（四）違約金的發生不以損害的發生為必要[28]。

六、 合同解除後仍得為違約金請求

依據 2009 年 7 月 7 日，《最高人民法院關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見》（下稱《合同糾紛指導意見》），二、依法合理調整違約金數額，公平解決違約責任問題中的第 8 項規定，合同解除後，當事人主張違約金條款繼續有效的，人民法院可以根據合同法第九十八條的規定進行處理。

《合同法》第 98 條規定，合同的權利義務終止，不影響合同中結算和清理條款的效力。依法賦予了結算與清理條款的獨立性。故大陸最高人民法院見解，將合同解除後的違約金條款視為具有獨立性的合同條款，不因合同解除而受其影響，故兩者之間能夠並存。

七、 《合同法》第 114 條第 2 款裁量標準

《合同法》第 114 條第 2 款規定，約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。

依《合同糾紛指導意見》二、依法合理調整違約金數額，公平解決違約責任問題中的第 7 項規定，人民法院根據《合同法》第 114 條第 2 款調整過高違約金時，應當根據案件的具體情形，以違約造成的損失為基準，綜合衡量合同履行程度、當事人的過錯、預期利益、當事人締約地位強弱、是否適用格式合同或條款等多項因素，根據公平原則和誠實信用原則予以綜合權衡，避免簡單地採用固定比例等“一刀切”的做法，防止機械司法而可能造成的實質不公平。

八、 訴訟上提出違約金調整請求

「分則」中規定了一些合同類型是過錯責任的，如保管合同、委託合同等，這些合同中的違約金也應當是以過錯為要件的；(4)除此之外其他的合同類型，原則上不必強調以過錯為要件。

[28] 此要件有爭議，亦有認為至少應證明有損害事實，惟就損害具體數額大小無庸證明之。

依《合同糾紛指導意見》，二、依法合理調整違約金數額，公平解決違約責任問題中的第 8 項規定，為減輕當事人訴累，妥當解決違約金糾紛，違約方以合同不成立、合同未生效、合同無效或者不構成違約進行免責抗辯而未提出違約金調整請求的，人民法院可以就當事人是否需要主張違約金過高問題進行釋明。人民法院要正確確定舉證責任，違約方對於違約金約定過高的主張承擔舉證責任，非違約方主張違約金約定合理的，亦應提供相應的證據。

另依《合同法解釋（二）》第 28 條規定，當事人依照合同法第 114 條第 2 款的規定，請求人民法院增加違約金的，增加後的違約金數額以不超過實際損失額為限。增加違約金以後，當事人又請求對方賠償損失的，人民法院不予支持。

九、 按日累計的違約金與訴訟時效

以商品房買賣合同為例，當事人明確約定了交付房屋的時間（比如 2005 年 10 月 30 日），如果違反，出賣人向買受人給付違約金，違約金每日按房價款的 0.2‰累加計算。大陸實務見解認為，雙方當事人在合同中僅約定了違約金的計算方法，並沒有約定違約金的支付期限。對於沒有支付期限的債務，債權人任何時候都可以主張，只有當債務人明確表示不履行時，才能認定債權人「知道或者應當知道權利受到侵害」，訴訟時效才可依法起算。

十、 定金與違約金

《合同法》第 116 條規定，當事人既約定違約金，又約定定金的，一方違約時，對方可以選擇適用違約金或者定金條款。應指針對同一違約行為同時規定違約金與定金責任時須選擇其中之一主張，不可併罰。

第九章　合同之履行、債務不履行

一、 合同之履行

（一）概說

合同的履行是債的履行之一種。在債法上，所謂債的履行，是指債務人按照合同的約定或者依照法律的規定全面履行自己所承擔的義務。《民法通則》第 84 條規定，債權人有權要求債務人按照合同的約定或者依照法律的規定履行義務。

（二）區分

1. 合同債權

合同權利人請求債務人作為或不作為的權利，通常具有請求給付之權能、受領給付之權能、請求保護之權能、處分之權能和保權之權能。

2. 合同債務

所謂合同債務，是合同義務人為滿足合同權利人的請求，而依照合法有效合同的約定為或不為一定行為的義務。

按照合同義務在合同履行中的地位和效力不同，可以將合同義務分為給付義務、附隨義務和間接義務。

《合同法》第 60 條第 1 款規定，當事人應當按照約定全面履行自己的義務，此款規定的義務應為給付義務。

第 60 條第 2 款規定，當事人應當遵循誠實信用原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務。此款規定的義務即為附隨義務。

《合同法》第 119 條規定，當事人一方違約後，對方應當採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失要求賠償。此條規定中防止損失擴大的義務即為間接義務。

（三）合同履行之原則

合同履行不僅要遵循合同法的基本原則，也要遵循民法的基本原則，如平等原則、誠實信用原則、公平原則等。但作為實現合同債權的基本手段，合同履行有其自身的特有原則。

1. 全面履行原則

又稱為正確履行原則，是指當事人按照合同規定的實際標的及其品質、數量，由適當的主體在適當的履行期限、履行地點以適當的履行方式，全面完成合同義務的履行原則。《合同法》第 60 條第 1 款規定，當事人應當按照約定全面履行自己的義務。

2. 協作履行原則

指當事人雙方不僅要各盡其應盡的義務，而且還要協助對方履行義務。《合同法》第 60 條第 2 款規定，當事人應當遵循誠實信用原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務。

3. 經濟合作原則

是指在合同履行過程中，應講求經濟效益，付出最少的成本取得最佳的合同效益。如一方因另一方違約時，應採取適當措施防止損失的擴大，否則，不得就擴大的損傷要求賠償。《合同法》第 119 條規定，當事人一方違約後，對方應採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失要求賠償。當事人因防止損失擴大支出的合理費用，由違約方承擔。

4. 情勢變更原則

合同依法成立後，因不可歸責於雙方當事人的原因發生了不可預見的情勢變更，致使合同的基礎喪失或動搖，若繼續維護合同原有效力則顯失公平，允許變更或解除合同的原則。2009 年《合同法解釋（二）》第 26 條規定，合同成立以後客觀情況發生了當事人在訂立合同時無法預見的、非不可抗力造成的不屬於商業風險的重大變化，繼續履行

合同對於一方當事人明顯不公平或者不能實現合同目的，當事人請求人民法院變更或者解除合同的，人民法院應當根據公平原則，並結合案件的實際情況確定是否變更或者解除。

（四）合同履行之例外

合同履行中的三大抗辯權，同時履行抗辯權、先履行抗辯權、不安抗辯權。這些抗辯權利，使當事人在法律明文情形下，可以對抗對方的請求權，使當事人的拒絕履行不構成違約，並可更好地維護自己的利益。

1. 同時履行抗辯權

《合同法》第 66 條規定，當事人互負到期債務，沒有先後履行順序的，應當同時履行。一方在對方履行之前有權拒絕其履行要求，一方在對方履行債務不符合約定時，有權拒絕其相應的履行要求。

2. 先履行抗辯權

《合同法》第 67 條規定，當事人互負債務，有先後履行順序，先履行一方未履行的，後履行一方有權拒絕其履行要求。先履行一方履行債務不符合約定時，後履行一方有權拒絕其相應的履行要求。

3. 不安抗辯權

不安抗辯權的行使分為兩個階段：

(1) 第一階段：中止履行

《合同法》第 68 條規定，應當先履行債務的當事人，有確切證據證明對方有下列情況之一的，可以中止履行：(一)經營狀況嚴重惡化；(二)轉移財產、抽逃資金，以逃避債務；(三)喪失商業信用；(四)有喪失或者可能喪失履行債務能力的其他情形。

(2) 第二階段：解除合同

《合同法》第 69 條規定，當事人依照本法第六十八條的規定中止履行的，應當及時通知對方。對方提供適當擔保時，應當恢復

履行。中止履行後，對方在合理期限內未恢復履行能力並且未提供適當擔保的，中止履行的一方可以解除合同。

二、 債務不履行

（一）概說

指因債務人不履行已生效之合同債務之行為。所指之合同債務，包括當事人在合同中約定的義務，又包括法律直接規定的義務，還包括根據法律原則和精神的要求，當事人所必須遵守的義務。

債務人不履行已生效之合同債務之行為，將產生相應的違約責任，屬於債務不履行的責任，被視為債的效力範疇[29]。因此在介紹違約責任前，先來介紹債務不履行。

（二）構成要件

《民法通則》對於債務不履行並沒有一般性之規定，參照《合同法》第七章違約責任之構成要件如下：

1. 違約行為客觀存在。
2. 歸責原則採「無過錯原則」。

《合同法》第 107 條規定，當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。因此合同法原則上採取「無過錯原則」，但亦有例外[30]。

3. 違約方無法證明有免責事由。

免責事由包括不可抗力[31]、免責條款及債權人因素。

（三）合同法違約行為態樣

[29] 江平，中華人民共和國合同法精解，中國政法大學出版社，1999 年 3 月 1 版，第 89 頁。

[30] 《合同法》第 189 條贈與合同、第 303 條第 1 款客運合同中承運人對旅客自帶物品的毀損責任、第 374 條保管合同、第 394 條倉儲合同、第 406 條委託合同。

[31] 《合同法》第 117 條，因不可抗力不能履行合同的，根據不可抗力的影響，部分或者全部免除責任，但法律另有規定的除外。當事人遲延履行後發生不可抗力的，不能免除責任。本法所稱不可抗力，是指不能預見、不能避免並不能克服的客觀情況。

根據違約行為違反合同義務的性質和特點而對違約為分類如下：

<table>
<tr><td>履行期屆至前</td><td colspan="2">預期違約制度</td></tr>
<tr><td rowspan="4">履行期屆至後</td><td rowspan="2">不履行</td><td>不能履行</td></tr>
<tr><td>拒絕履行</td></tr>
<tr><td rowspan="2">不適當履行</td><td>履行遲延</td></tr>
<tr><td>不完全履行</td></tr>
<tr><td colspan="3">其他違約行為</td></tr>
</table>

以下就違約行為態樣介紹：

1. 預期違約(履行期屆至前之拒絕履行)

《合同法》第 94 條第 2 款規定，在履行期限屆滿之前，當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行主要債務的，當事人可以解除合同。一般稱之為「因預期違約而生之法定解除權」。

《合同法》第 108 條規定，當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行合同義務的，對方可以在履行期限屆滿之前要求其承擔違約責任。故又可區分為「明示預期違約」與「默示預期違約」兩種類型。

《合同法》第 94 條第 2 款之法定解約權與第 108 條違約賠償請求權競合，發生競合時，債權人得擇一行使其權利。

2. 實際違約

(1) 不履行(履行期屆至後之拒絕履行)

不履行合同義務，包括合同當事人「不能履行」[32]或者「拒絕履行」合同義務。《合同法》第 107 條規定，當事人一方不履行合同義

[32] 指債務人由於某種情形，事實上已經不可能再履行債務。

務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。

(2) 不能履行

係可歸責於債務人之事由致不能履行者，債務人應承擔違約責任。

2.1 拒絕履行

係指債務人能夠履行債務而拒不履行。《合同法》第 94 條第 4 款規定，當事人一方遲延履行債務或者有其他違約行為致使不能實現合同目的者，當事人可以解除合同。

(3) 不適當履行

指履行合同義務不符合約定。不適當的含義很廣，它包括不履行以外的一切違反合同義務的情況。包括履行遲延及不完全履行。《合同法》第 107 條規定，當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。

3.1 履行遲延

《合同法》第 94 條第 3 款規定，當事人一方遲延履行主要債務，經催告後在合理期限內仍未履行，當事人可以解除合同。

3.2 不完全履行

指債務人未完全按照債務的內容履行合同義務。再區分為瑕疵給付[33]與加害給付。

3.2.1. 瑕疵給付

瑕疵給付是債務人的給付是含有瑕疵的給付，例如數量不足、品種不合、地點不妥、時間不宜或者方法不當等。

[33] 例如：《合同法》第 162 條給付數量不完全、第 155 條給付品質不符、第 138 條第 1 款和第 141 條第 1 款履行時間與履行地點不當、第 156 條履行方法不符合約定。

3.2.2. 加害給付

《合同法》第 122 條規定，因當事人一方的違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或依照其他法律要求其承擔侵權責任。

(4) 其他違約行為

《合同法》第 123 條規定，其他法律對合同另有規定的，依照其規定。

第十章　違約責任

一、 概說

指合同當事人因違反合同所應承擔的繼續履行、賠償損失等民事責任。違約責任是債務不履行所導致的結果，故以債務存在為前提，屬於債的效力範疇。

本章乃就一般合同違約責任介紹，具體合同之違約責任應參酌各種有名契約之規定。

二、 制度目的

保障債權實現及督促債務人履行債務的重要措施。

三、 構成要件

根據法律的規定，構成違約責任應具備的要件有：

（一）有不履行或者不完全履行合同義務的行為。

（二）當事人的違約行為造成了損害事實。

（三）違約行為和損害結果之間存在著因果關係。

四、 違約責任之特性

（一）當事人之間須存在合同關係。

（二）承擔者違反了約定義務所生的責任。

（三）違約行為所侵害的是相對權，違約責任只在相對人之間，不及於第三人。

（四）違約損害賠償僅限於財產損失。

（五）違約責任約定之任意性。

五、 違約責任之種類

依《合同法》第七章的規定，違約責任的構成體系包括：繼續履行、採取補救措施、賠償損失。《合同法》第 107 條規定，當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。

1. 繼續履行合同

指違反合同的當事人不論是否已經承擔賠償金或者違約責任，都必須根據對方的要求，在自己能夠履行的條件下，對原合同未履行的部分繼續履行。

國家對違約方施以強制力，對違約者懲戒的性質，因此，繼續履行也應認為是一種違約責任形式。

除《合同法》第 107 條外，第 109 條、第 110 條等條款規定，金錢債務應當實際履行，非金錢債務在特殊情況下不適用實際履行[34]。

2. 採取補救措施

指違反合同的事實發生後，為防止損失發生或者擴大，而由違反合同行為人採取修理、重作、更換等措施。

例如品質不符合約定，應當按照當事人的約定承擔違約責任，如無約定或約定不明確的，非違約方可根據標的性質和損失的大小，合理選擇要求對方採取修理、更換、重做、退貨、減少價款或報酬等措施。《合同法》第 112 條規定，受損害方在要求違約方採取合理的補救措施後，若仍有其他損失，還有權要求違約方賠償損失。

3. 賠償損失

（1）定義

一方當事人違反合同造成對方損失時，應以其相應價值的財產予以補償。它是一種最重要最常見的違約補救方法。

（2）法律依據

2.1 《合同法》第 109 條規定，當事人一方未支付價款或者報酬的，對方可以要求其支付價款或者報酬。本條規定金錢債務的違約責

[34] 特殊情況即指：(1)法律上或事實上不能履行；(2)債務的標的不適於強制履行或履行費用過高；(3)債權人在合理期限內未要求履行。

任，債權人可要求債務人繼續履行或要求支付違約金或逾期利息，雖本條沒有明說，但違約者承擔違約責任理所當然[35]。

2.2 《合同法》第 110 條規定，當事人一方不履行非金錢債務或者履行非金錢債務不符合約定的，對方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事實上不能履行；（二）債務的標的不適於強制履行或者履行費用過高；（三）債權人在合理期限內未要求履行。本條規定非金錢債後的違約責任，體現在兩方面：繼續履行或賠償損失[36]。

2.3 《合同法》第 114 條規定，當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金，也可以約定因違約產生的損失賠償額的計算方法。約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務。

2.4 《合同法》第 115 條規定，當事人可以依照《中華人民共和國擔保法》約定一方向對方給付定金作為債權的擔保。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行約定的債務的，無權要求返還定金；收受定金的一方不履行約定的債務的，應當雙倍返還定金。

(3) 損失賠償額的確定及最高額限制

《合同法》第 113 條第 1 款規定，當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定，給對方造成損失的，損失賠償額應當相當於因違約所造成的損失，包括合同行後可以獲得的利益，但不得超過違

[35] 江平，中華人民共和國合同法精解，中國政法大學出版社，1999 年 3 月 1 版，第 91 頁。

[36] 江平，同上揭註。

反合同一方訂立合同時預見到或者應當預見到的因違反合同可能造成的損失。

（4）違約金約定過高之酌減

已於違約金[37]一章介紹，不再贅述。

（5）約定定金為債權之擔保

已於定金一章介紹，不再贅述。

六、 違約責任之部分或全部免除

《合同法》第 117 條規定，因不可抗力不能履行合同的，根據不可抗力的影響，部分或者全部免除責任，但法律另有規定的除外。當事人遲延履行後發生不可抗力的，不能免除責任。本法所稱不可抗力，是指不能預見、不能避免並不能克服的客觀情況。第 118 條並規定不可抗力不能履行合同一方當事人所負的通知義務和提供證明的義務。

七、 非違約方的減輕損害義務

《合同法》第 119 條規定，當事人一方違約後，對方應當採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失要求賠償。當事人因防止損失擴大而支出的合理費用，由違約方承擔。

八、 雙方違約

《合同法》第 120 條規定，當事人雙方都違反合同的，應當各自承擔相應的責任。

九、 第三人的原因造成違約責任

《合同法》第 121 條規定，當事人一方因第三人的原因造成違約的，應當向對方承擔違約責任。當事人一方和第三人之間的糾紛，依照法律規定或者按照約定解決。

十、 違約責任與侵權責任的競合

[37] 《合同法》第 116 條規定，當事人既約定違約金，又約定定金的，一方違約時，對方可以選擇適用違約金或者定金條款。

《合同法》第 122 條規定，因當事人一方的違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任。故違約責任與侵權責任的競合時，只能選擇一種責任形式提出請求，法院也只能滿足受害人的一種請求，而不能使兩種責任同時並用。

以下比較違約責任與侵權責任：

區別面	違約責任	侵權責任
歸責原則	無過錯責任為原則，過錯責任為例外。	過錯責任為原則，多重歸責原則為例外。
舉證責任	違約方應當證明無過錯	受害人證明加害人有過錯
義務內容	當事人約定之合同義務為內容	侵權行為之內容而定
時效的區別	一般為 2 年 例外依各種有名契約而定	一般為 2 年 人身損害賠償為 1 年
責任構成要件	違反合同義務	構成侵權行為要件
免責條件	法定的免責條件，如不可抗力。 事先約定不承擔責任的情況，如故意或重大過失的責任免除。	只能法有明文，不得事先約定免責條件
責任形式	違約金形式 支付並不以對方發生損害為條件	損害賠償形式 以實際發生的損害為前提條件
責任範圍	主要是財產損失的賠償，不包括對人身傷害的賠償和精神損害的賠償責任 法律採取「可預見性」標準來限定賠償的範圍	財產損失的賠償，而且包括人身傷害和精神損害的賠償 賠償範圍不僅應包括直接損失，還應包括間接損失
對第三人的責	債務人首先應向債權人負責，	行為人僅對因自己的過

任	然後才能向第三人追償	錯致他人損害的後果負責，不為第三人責任負責
訴訟管轄	被告住所地或者合同履行地人民法院管轄 得經書面合同協議	侵權行為地或者被告住所地人民法院管轄 須法律明文

從上述分析可知，違約責任與侵權責任有著相當大的差距，所以存在責任競合的情況時，採取之責任適用不同，將導致不同的法律效果，包括訴訟上之舉證、管轄等，將影響訴訟成本、勝敗之結果。如何選擇採取違約責任與侵權責任，仍應依個案具體判斷之。

第十一章 合同之爭議、執行

一、 合同之爭議

（一）概說

合同爭議又稱合同糾紛，是指合同當事人之間對合同訂立、履行等相關內容及因此產生的法律後果所產生的各種糾紛。

（二）合同爭議之解決

《合同法》第 128 條規定，當事人可以通過和解或者調解解決合同爭議。當事人不願和解、調解或者和解、調解不成的，可以根據仲裁協定向仲裁機構申請仲裁。涉外合同的當事人可以根據仲裁協定向中國仲裁機構或者其他仲裁機構申請仲裁。當事人沒有訂立仲裁協定或者仲裁協定無效的，可以向人民法院起訴。當事人應當履行發生法律效力的判決、仲裁裁決、調解書；拒不履行的，對方可以請求人民法院執行。故合同發生爭議時，有四種解決方法：

1. 雙方當事人自行協商(和解)

   和解仍基於當事人民事權利自治合意訂定，相當於新訂立之合同，因不具執行力，不得向人民法院聲請強制執行。

2. 第三人調解

   (1) 人民調解

   2011 年 1 月 1 日施行之《人民調解法》第 7 條規定，人民調解委員會是依法設立的調解民間糾紛的群眾性組織。故調解協議的制作主體是民間組織。

   《人民調解法》第 33 條第 2 款規定，人民法院依法確認調解協議有效，一方當事人拒絕履行或者未全部履行的，對方當事人可以向人民法院申請強制執行。

(2) 行政調解

根據國家工商行政管理總局《合同爭議行政調解辦法》的規定，工商行政管理機關調解當事人間合同爭議，實行自願原則。行政調解屬於訴訟外調解。行政調解達成的協議也不具有強制約束力。

(3) 仲裁調解[38]

仲裁庭在作出裁決前，可以先行調解。當事人自願調解的，仲裁庭應當調解。調解不成的，應當及時作出裁決。調解達成協議的，仲裁庭應當製作調解書或者根據協定的結果製作裁決書。調解書與裁決書具有同等法律效力。調解書經雙方當事人簽收後，即發生法律效力。在調解書簽收前當事人反悔的，仲裁庭應當及時作出裁決。

(4) 法院調解[39]

依大陸《民事訴訟法》規定，人民法院進行調解，可以由審判員一人主持，也可以由合議庭主持，並盡可能就地進行。人民法院進行調解，可以用簡便方式通知當事人、證人到庭。

人民法院進行調解，可以邀請有關單位和個人協助。被邀請的單位和個人，應當協助人民法院進行調解。

3. 提交仲裁機關仲裁

《仲裁法》第 16 條規定，仲裁協議包括合同中訂立的仲裁條款和以其他書面方式在糾紛發生前或者糾紛發生後達成的請求仲裁的協定。仲裁協定應當具有下列內容：（一）請求仲裁的意思表示；(二)仲裁事項；（三）選定的仲裁委員會。第 17 條規定，有下列情形之一的，仲裁協議無效：（一）約定的仲裁事項超出法律規定

[38] 《仲裁法》第 51 條規定。

[39] 大陸《民事訴訟法》第 86 條。

的仲裁範圍的[40]；(二)無民事行為能力人或者限制民事行為能力人訂立的仲裁協議；（三）一方採取脅迫手段，迫使對方訂立仲裁協議的。第 18 條規定，仲裁協議對仲裁事項或者仲裁委員會沒有約定或者約定不明確的[41]，當事人可以補充協議；達不成補充協定的，仲裁協定無效。

值得注意的是，大陸仲裁法對「請求仲裁的意思表示」要求嚴格，如一方擁有訴訟或仲裁的選擇權，等同於同時約定訴訟或者仲裁，將被視為缺乏請求仲裁的有效意思表示。

4. 提請人民法院訴訟解決

人民法院分為四級，上級法院對下級法院具有監督、指導的職能，訴訟實行級別管轄和地域管轄。根據當事人之間發生的爭議的具體情況來確定由哪一級法院及由哪個地區的法院管轄。無管轄權的法院不得隨意受理案件，當事人也不得隨意選擇。

（三）仲裁

當事人雙方可以在簽訂合同時就選擇，並把選擇出的方法以合同條款形式寫入合同，也可以在發生爭議後就解決辦法達成協議。目前應用最廣泛的爭議解決方式主要是訴訟和仲裁，二者均得據此向人民法院申請執行。前者實行級別管轄和地域管轄，無管轄權的法院不得隨意受理案件，當事人也不得隨意選擇。因此就較能符合當事人意思爭議解決之「仲裁」予以介紹。訂立仲裁條款應注意以下幾點：

1. 仲裁協議之訂定出於完全行為能力人之自由意志。
2. 當事人就選擇仲裁解決糾紛的意思表示必須明確。

[40] 最高人民法院《關於適用<中華人民共和國民事訴訟法>若干問題的意見》第 146 條規定不符，該條規定，當事人在仲裁條款或協議中選擇的仲裁機構不存在，或者選擇裁決的事項超越仲裁機構許可權的，人民法院有權依法受理當事人一方的起訴。

[41] 最高人民法院《關於僅選擇仲裁地點而對仲裁機構沒有約定的仲裁條款效力問題的函》稱：合同仲裁條款中雙方當事人僅約定仲裁地點，而對仲裁機構沒有約定。發生糾紛後，當事人就仲裁機構達不成補充協議，則「認定本案所涉仲裁條款無效」，與《仲裁法》第 18 條的規定符合。

實務上，多將「仲裁多重管轄條款」[42]（也稱選擇性仲裁管轄條款）訂入合同中。根據這類條款的規定，合同一方必須將合同項下所有爭議提交給仲裁或者訴訟解決，而合同另一方則有權選擇仲裁或者訴訟解決爭議。

3. 約定的仲裁事項須在法律規定的仲裁範圍內。
4. 選定的仲裁地點及委員會須明確。

《仲裁法》第 31 條大陸的仲裁制度，各方各選一個仲裁人，第三名仲裁員由當事人共同選定或者共同委託仲裁委員會主任指定[43]。《仲裁法》允許當事人得合意選任仲裁員，以下就臺籍仲裁名單[44]介紹：

仲裁委員會	仲裁委員
中國國際經濟貿易仲裁委員會	李永然、李念祖、陳長文、朱偉雄（美國籍）、陳東璧（加拿大籍）、謝啟大
中國海事仲裁委員會	邱錦添
北京仲裁委員會	賴文平、張耿銘
蘇州仲裁委員會	賴文平、張耿銘
廣州仲裁委員會	韋玉龍、石賜亮
天津仲裁委員會	姜志俊
鄭州仲裁委員會	朱高正
武漢仲裁委員會	李永然
青島仲裁委員會	吳再豐、姜志俊
西安仲裁委員會	李永然

[42] 仲裁多重管轄條款往往出現在交易地位不對等的當事人之間的合同，例如雇傭合同（雇主有選擇權）、國際信貸合同（貸款行有選擇權）、租船合同（船東有選擇權）等。

[43] 大陸仲裁案例研析，呂榮海，兩岸經貿網 http://www.seftb.org，2009 年 12 月號。

[44] http://start_an_undertaking.51docs.com/P_2424753.htm

汕頭仲裁委員會	呂榮海、姜志俊、羅懷家、李樺佩
大連仲裁委員會	姜志俊、羅懷家

二、 聲請人民法院強制執行

（一）須有執行名義：發生法律效力的民事判決、裁定調解書、仲裁機構的裁決及其他應當由人民法院執行的法律文書。

《民事訴訟法》第 212 條規定，發生法律效力的民事判決、裁定，當事人必須履行。一方拒絕履行的，對方當事人可以向人民法院申請執行，也可以由審判員移送執行員執行。調解書和其他應當由人民法院執行的法律文書，當事人必須履行。一方拒絕履行的，對方當事人可以向人民法院申請執行。第 213 條規定，對依法設立的仲裁機構的裁決，一方當事人不履行的，對方當事人可以向有管轄權的人民法院申請執行。受申請的人民法院應當執行。故合同爭議提取調解、仲裁判斷及法院確定判決解決者，具有執行力，債權人得向人民法院聲請強制執行。

附帶一提，執行中，當事亦得協議和解，此時執行程式停止[45]，執行中之和解協議仍不具執行力，惟和解不成，將來債權人仍得再予執行。

（二）執行由第一審人民法院管轄

《民事訴訟法》第 201 條規定，發生法律效力的民事判決、裁定，以及刑事判決、裁定中的財產部分，由第一審人民法院或者與第一審人民法院同級的被執行的財產所在地人民法院執行。法律規定由人民法院執行的其他法律文書，由被執行人住所地或者被執行的財產所在地人民法院執行。

（三）案件之終結執行

《民事訴訟法》第 233 條規定，有下列情形之一的，人民法院裁定終結執行：（一）申請人撤銷申請的；（二）據以執行的法律文書被撤銷的；（三）

[45] 人民法院執行中，當事人亦得試行和解。《最高人民法院關於人民法院執行工作若幹問題的規定（試行）》第 107 條規定，人民法院執行案件，一般應當在 6 個月內執行結案，但中止執行的期間應當扣除。執行中，雙方當事人達成和解協議，執行程式實際處於中止狀態。如果和解協議規定的履行期限在 6 個月以內，案件可裁定中止執行，和解協議履行完畢後做執行結案處理。如果和解協議履行期限在 6 個月以上，由於超過了法定的 6 個月的結案期限，法院可依法裁定終結本次執行程式，向申請執行人發放債權憑證，被執行人不履行和解協議申請執行人可憑債權憑證重新立案執行。

作為被執行人的公民死亡，無遺產可供執行，又無義務承擔人的；（四）追索贍養費、扶養費、撫育費案件的權利人死亡的；（五）作為被執行人的公民因生活困難無力償還借款，無收入來源，又喪失勞動能力的；（六）人民法院認為應當終結執行的其他情形。案件執行終結類型有：申請人撤銷申請的；據以執行的法律文書被撤銷的；作為被執行人的公民死亡，無遺產可供執行的；追索贍養費、撫養費、撫育費案件的權利人死亡的；作為被執行的公民因生活困難無力償還借款，無收入來源，又喪失勞動能力的；人民法院認為應當終結執行的其他情形。

2001 年以後，最高人民法院向全國各級人民法院轉發《浙江省高級人民法院關於執行中實施債權憑證制度若干規定（試行）》，肯認債權憑證制度是一種案件終結執行的制度。債權憑證是在當事人雙方權利義務尚存在的情況下僅是被執行人暫無履行能力的情況下發放的，不符合權利義務根本消滅的特徵。

因此，執行無結果時，債權人得向人民法院申請發放債權憑證，將來債務人有財產可執行時，債權人可憑債權憑證重新立案執行。

(四) 臺灣之民事判決、裁定、調解書、支付命令，以及仲裁機構裁決之執行

大陸最高人民法院 1998 年 1 月 15 日通過「最高人民法院關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的規定」(法釋字第(1998)11 號)司法解釋，並自同年 5 月 26 日起施行、1999 年 4 月 9 日，大陸最高人民法院審判委員會第 1053 次會議通過法釋第（1999）10 號司法解釋「最高人民法院關於當事人持臺灣地區有關法院民事調解書或者有關機構出具或確認的調解協議書向人民法院申請認可人民法院應否受理的批復」、「關於當事人持臺灣地區有關法院支付令向人民法院申請認可人民法院應否受理的批復」(法釋〔2001〕13 號)及「關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的補充規定」(法釋〔2009〕4 號)，均明確肯認申請認可內容包括臺灣地區有關法院

的法院民事判決、裁定、調解書、支付命令，以及臺灣地區仲裁機構裁決，從而使申請認可案件的範圍擴大。

三、大陸仲裁判斷在臺灣法院認許

我國臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條規定，在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。

前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。

臺北地方法院 95 年度抗字第 71 號民事裁定，按「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」兩岸條例第 74 條定有明文。次按大陸地區最高人民法院審判委員會第 957 次會議於 87 年通過「最高人民法院關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的規定」，於 89 年 1 月 24 日公告「在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，已得聲請大陸地區法院裁定認可」在案。又「當事人聲請法院承認之外國仲裁判斷，有下列各款情形之一者，法院應以裁定駁回其聲請：一、仲裁判斷之承認或執行，有背於中華民國公共秩序或善良風俗者。二、仲裁判斷依中華民國法律，其爭議事項不能以仲裁解決者。外國仲裁判斷，其判斷地國或判斷所適用之仲裁法規所屬國對於中華民國之仲裁判斷不予承認者，法院得以裁定駁回其聲請」、「仲裁事件當事人之一方，就仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，或有其他情事足認仲裁欠缺正當程序者，該方當事人得於他方當事人聲請法院承認該外國仲裁判斷程序中收受通知後 20 日內聲請法院駁回其聲請，仲裁法第 49 條、第 50 條第 3 款分別定有明文。次按「有下列各款情形之一者，法院應駁回其執行裁定之聲請：一仲裁

判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者。但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限。二、仲裁判斷書應附理由而未附者。但經仲裁庭補正後，不在此限。三仲裁判斷，係命當事人為法律上所不許之行為者」為仲裁法第 38 條所明定。

準此，外國仲裁判斷之承認，須依仲裁法第 49、50 條之規定加以審查，而關於在我國所作成之仲裁判斷，就執行裁定之聲請，法院尚須審查有無仲裁法第 38 條規定之情形，如有亦應駁回執行之聲請。而在大陸地區所作成之仲裁判斷依現在我國與大陸地區之關係，固難謂係外國仲裁判斷，亦難認係我國仲裁判斷，其許可與否之審查，縱不與外國仲裁判斷等同視之，亦不應較我國仲裁判斷為寬鬆。

然如僅形式須審查大陸地區仲裁判斷有無違反公序良俗即可，於認可後即可為執行名義，反較我國國內所作成仲裁判斷審查為寬鬆，此當非立法本意。本院參照上情認大陸地區仲裁判斷與外國仲裁判斷均非依我國仲裁相關法律之仲裁判斷，且均須經認可後始得為執行名義，則仲裁法有關承認外國仲裁判斷之審查事由規定，或係基於公益理由，或係為保護本國人民，應可解釋為兩岸條例第 74 條規定之「臺灣地區公共秩序及善良風俗」，於認可大陸地區仲裁判斷時予以類推適用，故於大陸地區仲裁判斷如有仲裁人之選定或仲裁程序應通知之事項未受適當通知，或有其他情事足認仲裁欠缺正當程序者，自得不予認可。」故我國法院明確表示大陸地區仲裁判斷得類推適用我國相關法律予以裁定認可，許可強制執行。

貳、各論（重要合同）

第一章　合資合同

一、 臺商在中國大陸與中方企業成立「中外合資經營企業」，對「董事會」的成立與運作應注意的問題：

（一） 臺商在中國大陸設立企業的投資有「中外合資經營企業」，簡稱「合資」（Equity Joint Venture）、「中外合作經營企業」，簡稱「合作」（Contractual Joint Venture）及「外商獨資經營企業」之分，又稱「三資企業」。

（二） 臺商採用「中外合資經營企業」者，又稱「股權式的合營」，即雙方依照約定的出資比例，承擔風險及盈虧[46]。中國大陸依《中外合資經營企業法》批准外商在中國大陸境內，與中國的「公司」、「企業」或「其他經濟組織」共同舉辦「合營企業」；而合營企業的形式是「有限責任公司」。因而依照大陸《中外合資經營企業法》的規定，中外合資經營企業是合營各方對合營企業的責任以各自認繳的出資額為限，合營各方按「註冊比例」分享利潤和分擔風險及虧損[47]。而依大陸《公司法》第 218 條規定，外商投資的有限責任公司和股份有限公司適用本法；有關外商投資的法律另有規定的，適用其規定。故臺商除應遵守大陸《中外合資經營企業法》之特別規定外，也應遵守大陸《公司法》之一般規定。

（三） 按中外合資經營企業的內部機構，有「董事會」及「經營管理機構」，又以「董事會」最為重要，臺商於成立中外合資時，對此一問題應謹慎談判及處理，筆者建議應注意以下三點：

[46] 姜勵男，國際投資法概要，五南圖書出版公司印行，1994 年 5 月初版一刷，頁 51。

[47] 趙相林、曹俊主編：外商投資法律實務，2002 年 11 月第 1 版第 1 次印刷，中信出版社出版發行，頁 103～104。

1. 董事會的組成由合營各方協商：依大陸《中外合資經營企業法》第 6 條第 1 款規定：合營企業的董事會，其「人數組成」由合營各方協商。惟其成員不得少於「三人」；且其名額的分配，由合營各方參照出資比例協商確定（參見大陸《中外合資經營企業法實施條例》第 31 條）。
2. 董事會的組成方式應於「中外合資合同」及「章程」中確定：按申請設立合營企業，由中外合營者共同向「審批機構」報送相關檔，其中包括「中外合營合同和章程」；而「合營企業合同」依大陸《中外合資經營企業法實施條例》第 11 條第 1 款第（5）項的規定，應包括「合營企業董事會的組成、董事名額的分配」；至於「合營企業章程」依大陸《中外合資經營企業法》第 13 條第（5）項也規定，應包括「董事會的組成、職權和議事規則，董事的任期，董事長、副董事長的職責」[48]。
3. 董事會的職權及決議的方式：臺商除應注意上述兩點之外，還應注意董事會的職權及決議的方式。依大陸《中外合資經營企業法》第 6 條第 2 款規定，董事會的職權是按合營企業章程規定，討論決定合營企業的一切重大問題：企業發展規劃、生產經營活動方案、收支預算、利潤分配、勞動工資計畫、停業，以及總經理、副總經理、總工程師、總會計師、審計師的任命或聘請及其職權和待遇等。
4. 董事會的會議應由三分之二以上董事出席方能舉行，而其決議，面對下述事項要由「出席董事會會議的董事一致通過」，方可作出決議：（１）合營企業章程的修改；（２）合營企業的中止、解散；（３）合營企業註冊資本的增加、減少；（４）合營企業的合併、分立。至於「其他事項」，可以根據「合營企業章程」載明的「議事規則」作出決議（參見大陸《中外合資經營企業法實施條例》第 33 條）。

[48] 董事的任期為「四年」，可以連任。「董事長」是合營企業的法定代表人，董事長不能履行職責時，應當授權副董事長或其他董事代表合營企業。

二、 以「合營」形態投資訂立「中外合資合同」或「中外合作合同」時，應如何防範風險的發生：

按臺商採用合營的投資，可分為「中外合資經營企業」，簡稱：「合資」（Equity Joint Venture）；及「中外合作經營企業」，簡稱：「合作」（Contractual Joint Venture）[49]。

不論採取何一形態，合營各方均需訂立「合同」，亦即採用「中外合資」方式，應訂立「中外合資合同」，並經審批機關審批；採用「中外合作」方式，則應訂立「中外合作合同」，並經審批機關審批。

合同訂立時應注意以下三點：

（一）注意中方投資者的資信問題：有些中方常表示出資能力沒問題，成立中外合資企業之後，卻發生資金無法到位之情事，因而應於合同內特別加強資金到位的要求及其期限。

（二）注意中方出資違約處理問題：依照大陸《中外合資經營企業法》第 11 條第 1 款第 11 項規定：合營企業合同應包括「違反合同的責任」，因此，為了防止合營一方違反出資義務，合營企業的合同及章程中應當嚴格規定具體之違約責任，甚至可以考慮提出必要的「出資擔保」。

（三）注意管理機構的組成問題：此可分兩部分說明之；

1. 中外合資企業：其內部機構有「董事會」及「經營管理機構」，由於董事會的會議應由三分之二以上董事出席方能舉行，而其決議，面對下列事項要由出席董事會會議的董事一致通過，方可作出決議：（ａ）章程的修改，（ｂ）企業的中止、解散；（ｃ）註冊資本的增加、減少；（ｄ）企業的合併、分立。所以，臺商應注意董事會的組成，取成一定席次的董事，藉以控制企業。

2. 中外合作企業：依大陸《中外合作企業法》第十二條規定：合作企業應當設立「董事會」或者「聯合管理機構」，如係採用「董事會」，

[49] 李永然，大陸投資法律通，2003 年 11 月初版，臺灣工商稅務出版社出版，頁 15。

則有「董事長」、「副董事長」的設置；如係採用「聯合管理機構」，則有「主任」、「副主任」的設置。又以「董事會」言，中外合作企業的章程修改、註冊資本增減、解散、資產抵押、合併、分立和委託經營等事項應由出席董事會會議之董事一致通過才能作出決議[50]。大陸臺商自亦應注意如何組成管理機構及有效控制。

三、 範例：

合資合同

第一章 總則

中國_公司和_國_公司，根據《中華人民共和國中外合資經營企業法》和中國的其他有關法律法規，本著平等互利的原則，通過友好協商，同意在中華人民共和國_省_市共同投資舉辦合資經營企業，特訂立本合同。

第二章 合資雙方

第一條 合資合同雙方：

中國_公司（以下簡稱甲方）是一個按中華人民共和國（以下簡稱“中國”）法律組織和存在的企業法人，在中國註冊，持有編號為_的營業執照。

法定地址：_

法人代表：_

_公司（以下簡稱乙方）是一個按_國法律組織和存在的企業法人，在_註冊，持有編號為_的營業執照。法定地址：_ 法人代表：_各方均表明自己是按中國法律或_國法律合法成立的有做法人，具有締結本合資合同並履行本合同義務所需的全部法人許可權。

第三章 合資公司的成立

第二條 按照中國的合資企業法和其他有關法律和法規，合同雙方同意在中國境內_省_市建立合資公司。

第三條 合資公司的中文名稱為:_合資公司的英文名稱為:_法定地址：

[50] 洪彬、李少璧主編：常用合同法律風險分析與防範，2004 年 11 月第 1 版，暨南大學出版社出版發行，頁 126～139。

第四條 合資公司為中國法人，受中國的法律、法規和有關規章制度（以下簡稱“中國法律”）的管轄和保護，在遵守中國法律的前提下，從事其一切活動。

第五條 合資公司的法律形式為有限責任公司，合資公司的責任以其全部資產為限，雙方的責任以各自對註冊資本的出資為限。合資公司的利潤按雙方對註冊資本出資的比例由雙方分享。

第四章 生產和經營的目的範圍和規模

第六條 合資公司的經營目的：合資雙方希望加強經濟合作和技術交流，從事第七條所規定的經營活動，……（根據具體情況寫），為投資雙方帶來滿意的經濟利益。

第七條 合資公司生產和經營範圍：

第八條 合資公司生產規模：

第五章 投資總額與註冊資本

第九條 合資公司的投資總額為_。

第十條 合資公司的註冊資本為_，其中：甲方出資_，佔註冊資本的_%；乙方出資_，佔註冊資本的_%。

第十一條 雙方將以下列作為出資：

１１．１．甲方：現金_元

機械設備_元

廠房_元

工地使用費_元

工業產權_元

其他_元 共_元

１１．２．乙方：現金_元

機械設備_元

工業產權_元

其他_元，_元

第十二條 合資公司註冊資本由甲、乙方按其出資比例分期繳付，每期繳付的數額如下：

第十三條 資本轉讓：除非得到另一方的同意並經審批機關批准，合同任何一方都不得將其認繳的資本股份全部或部份轉讓給協力廠商。如果一方將其認繳的資本股份全部或部分轉讓給協力廠商，則另一方具有優先受讓的權利，受讓的條件不得苛刻於轉讓給協力廠商的條件。另一方特此表示，如果自己不行使優先受讓權，即為同意上述轉讓。

第十四條 抵押和擔保：未經董事會一致同意，任何一方都不得將其認繳的資本股份全部或部分用作抵押，也不得用作擔保。

第六章 合資雙方的責任

第十五條 甲、乙方應各自負責完成以下各項事宜：

甲方責任（可以根據具體情況寫，主要有：）

——按第五章規定出資並協助安排資金籌措；

——辦理為設立合資公司向中國有關主管部門申請批准、登記註冊、領取營業執照等事宜；

——向土地主管部門辦理申請取得土地使用權的手續；

——協助合資公司組織合資公司廠房和其他工程設施的設計、施工；

——協助辦理乙方作為出資而提供的機械設備的進口報關手續和在中國境內的運輸；

——協助合資公司聯繫落實水、電、交通等基礎設施；

——協助合資公司申請所有可能享受的關稅和稅務減免以及其他利益或優惠待遇；

——協助合資公司招聘中方管理人員、技術人員、工人和所需的其他人員；

——協助外籍工作人員辦理所需的入境簽證、工作許可證和旅行手續等；

——負責辦理合資公司委託的其他事宜。

乙方責任：

——按第五章規定出資並協助安排資金籌措；

——辦理合資公司委託在中國境外選購機械設備、材料等有關事宜；

——提供需要的設備安裝、調試以及試生產技術人員、生產和檢驗技術人員；

——培訓合資公司的技術人員和工人；

——如乙方同時又是技術轉讓方,則應負責合資公司在規定期限內按設計能力穩定地生產合格產品;

——負責辦理合資公司委託的其他事宜。

第七章 董事會

第十六條 合資公司註冊登記之日,為合資公司董事會成立之日。

第十七條 董事會由_名董事組成,其中甲方委派_名,乙方委派_名。董事長由甲方委派,副董事長由乙方委派。董事、董事長和副董事長任期三年,經委派方繼續委派可以連任。

第十八條 董事會是合資公司的最高權力機構,決定合資公司的一切重大事宜:(可由企業自行決定)

1. 修改合資公司的章程;
2. 終止或解散合資公司;
3. 與其他經濟組織合併;
4. 合資公司註冊資本的增加、減少;
5. 採納、更改或終止集體勞動合同、職工工資制度和集體福利計畫等;
6. 分紅;
7. 批准年度財務報表

第十九條 董事會的所有決議均需全體董事的多數表決方能通過,但第二十四條款所列事項需全體董事一致同意後方能通過。

第二十條 董事長是合資公司的法定代表。如果董事長不能行使其職責,應書面授權副董事長或其他董事代理。

第二十一條 董事會會議每年至少召開一次,由董事長召集並主持會議。經三分之一以上的董事提議,董事長可召開董事會臨時會議。會議紀要歸合資公司存檔。任何一名董事如不能出席會議,應以書面委託的形式指定一名代理出席會議和行使表決權。如果董事既不出席會議也不委託他人參加會議,應視作棄權。

第八章 勞動管理

第二十二條 合資公司職工的招聘、處罰、辭退、合同期限、工資、勞動保險、生活福利等事宜，按照《中華人民共和國勞動法》和《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定》及其實施辦法，經董事會研究制定方案，由合資公司和合資公司工會組織集體或個別地訂立勞動合同。勞動合同訂立後，報當地勞動管理部門備案。

第三十六條 外籍職工有關的勞動事務詳細規定見附件。

第九章 合資公司的期限及正常終止

第三十七條 合資公司的期限為 年。合資公司的成立日期為合資公司營業執照簽發之日經一方提議，董事會會議一致通過，可以在合資期滿6個月前向原審批機構申請延長合資期限。

第三十八條 合資期滿或提前終止合資，應按可適用法律和公司章程所規定的有關條款進行清算。

第十章 合同的修改、變更和終止

第三十九條 對合同及其附件所作的任何修改，須經合同雙方在書面協議上簽字並經原審批機構批准後方能生效。

第四十條 由於不可抗力，致使合同無法履行，或是由於合資公司連年虧損，無力繼續經營，經董事會一致通過，並報原審批機構批准，可以提前終止合同。

第四十一條 由於一方不履行合同、章程規定的義務，或嚴重違反合同、章程的規定，造成合資公司無法經營或無法達到合同規定的經營目的，視作違約方片面終止合同，對方除有權向違約方索賠外，並有權按合同規定報原審批機構批准終止合同。

第十一章 違約責任

第四十二條 如果任何一方未及時繳納第十二條規定的註冊資本金額，則每拖欠一個月該方即應支付相當於出資額__%的違約賠償金。如逾期3個月仍未提交，

除累計支付出資額的__%作為違約金外，守約一方有權按本合同第四十九條規定終止合同，並要求違約方賠償損失。

第四十三條 由於一方違約，造成本合同及其附件不能履行或不能完全履行時，由違約方承擔違約責任；如屬雙方違約，根據實際情況，由雙方分別承擔各自應負的違約責任。

第十二章 爭議的解決

第四十四條 凡因執行本合同所發生的或與本合同有關的一切爭議，雙方應通過友好協商解決，如果協商不能解決，應提交北京中國國際貿易促進委員會對外經濟貿易仲裁委員會根據該會的仲裁程式暫行規則進行仲裁。或，應提交 國地 仲裁機構根據該仲裁機構的仲裁程式進行仲裁。或，仲裁在被訴人所在國進行。仲裁裁決是終局的，對雙方都有約束力。第五十五條在仲裁過程中，除雙方有爭議正在進行仲裁的部分外，本合同應繼續履行。

第十三章 合同生效及其他

第四十五條 按照本合同規定的各項原則訂立的如下附屬協議檔，包括：技術轉讓協議、銷售協議……，均為本合同的組成部分。

第四十六條 本合同及其附件，自中華人民共和國審批機構批准之日起生效。

第四十七條 雙方發送通知，如用電報、電傳時、凡涉及各方權利、義務的，應隨之以書面信件通知。合同中所列雙方的法定地址為收件地址。

第四十八條 本合同於_年_月_日由雙方指定的授權代表在中國__簽署。

中國__公司代表：__國__公司代表[51]：

[51] http://big5.mofcom.gov.cn/gate/big5/tradeinservices.mofcom.gov.cn/local/2011-08-18/92039.shtml。

第二章　土地使用權出讓合同

一、 在中國大陸，土地的所有權人若不是「國家所有」，或稱「全民所有」（具體由各地政府土地管理部門來代表國家行使權利），就是由農村的集體經濟組織「集體所有」；但一般人仍可經由取得「使用權」的方式，在一定年限內合法使用土地。需特別注意者，乃只有「國家所有」之土地使用權才能出讓；至於「集體所有」的土地，則只能夠經由「徵用」的方式，轉變成為「國有」後，方可辦理國有土地使用權的有償出讓[52]。而大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 13 條第 1 款規定，土地使用權出讓可以採取下列方式：（一）協議；（二）招標；（三）拍賣。另大陸《城市房地產管理法》第 13 條第 1 款規定，土地使用權出讓，可以採取拍賣、招標或者雙方協議的方式。大陸《城市房地產管理法》第 13 條第 2 款更規定，商業、旅遊、娛樂和豪華住宅用地，有條件的，必須採取拍賣、招標方式；沒有條件，不能採取拍賣、招標方式的，可以採取雙方協議的方式。

二、 中國大陸對於土地使用權的權利內容，若依其取得方式來作區別，原則上可分為以下幾種類型：[53]

1. 以「有償出讓方式」取得的國有土地使用權：此種土地使用權，可以在使用年限內轉讓(包括出售、交換和贈與等)、出租、抵押、作價入股或用於其他經濟活動，其權利內容已涵蓋佔有、使用、收益和處分等所有權利內容。
2. 以「劃撥方式」取得的國有土地使用權：此種土地使用權，在使用年限內僅能「使用」，而不得出租、轉讓或設定抵押，而市縣人民政府根據城市建設發展需要和城市規劃的要求，可以無償收回。臺商被當地政府

[52] 《城市房地產管理法》第 9 條：「城市規劃區內的集體所有的土地，經依法徵用轉為國有土地後，該幅國有土地的使用權方可有償出讓。」。

[53] 土地使用權的權利內容有那些？海基會兩岸經貿網：諮詢問題與答覆。參考網址：http://www.seftb.org/mhypage.exe?HYPAGE=/online/onlineqa_content.asp&qaid=6&idx=85。

以一紙行政公文予以收回土地使用權的，通常是屬於這種類型的土地使用權。

3. 集體所有的建設用地使用權：依大陸《土地管理法》第 4 條第 3 款中段之規定，所謂「建設用地」，係指建造建築物、構築物的土地，包括城鄉住宅和公共設施用地、工礦用地、交通水利設施用地、旅遊用地、軍事設施用地等。而依同法第 11 條第 2 款之規定：「農民集體所有的土地依法用於非農業建設的，由縣級人民政府登記造冊，核發證書，確認建設用地使用權。」舉凡此種類型的土地使用權，原則上皆應向縣級以上之政府申請登記並核發證書，方能合法使用。
4. 租賃的集體土地使用：臺商以一紙「租賃合同」租賃某集體土地使用權而用於從事農業經營。該租賃合同應依據大陸《農村土地承包法》所規範的法律程序予以租得土地使用權。

三、 土地使用權的「出讓」與「轉讓」，在概念上並不相同：

1. 所謂土地使用權出讓，是指國家將國有土地使用權在一定年限內出讓給土地使用者，由土地使用者向國家支付土地使用權出讓金的行為[54]；至於出讓之方式，原則上可以採取拍賣、招標或是雙方協議等方法[55]，由土地使用者支付土地使用權出讓金後，在一定年限內使用之。
2. 所謂的土地使用權轉讓，則係指土地使用者在經由出讓方式取得國有土地後，再自行將該土地使用權單獨或隨同地上建築物移轉給他人之行為[56]；移轉的方式包括出售、交換或贈與。

[54] 《城市房地產管理法》第 8 條。另外，依《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 8 條規定：「土地使用權出讓是指國家以土地所有者的身份將土地使用權在一定年限內讓與土地使用者，並由土地使用者向國家支付土地使用權出讓金的行為。土地使用權出讓應當簽訂出讓合同。」。

[55] 《城市房地產管理法》第 13 條。另外，依《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 13 條規定：「土地使用權出讓可以採取下列方式：（一）協議；（二）招標；（三）拍賣。依照前款規定方式出讓土地使用權的具體程式和步驟，由省、自治區、直轄市人民政府規定。」。

[56] 《城市房地產管理法》第 37 條。另外，依《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 19 條規定：「土地使用權轉讓是指土地使用者將土地使用權再轉移的行為，包括出售、交換和贈與。未按土地使用權出讓合同規定的期限和條件投資開發、利用土地的，土地使用權不得轉讓。」。

3. 另外，土地使用權的「出讓」與「轉讓」之法律性質，亦不相同。國家或土地管理機關在一定限定的條件下，將土地使用權限讓與出來，賦予受讓人有權利用與開發土地，性質上屬於「行政行為」；若受讓人有違反出讓限制之規定，而遭國家或土地管理機關收回土地使用權，受讓人若有不服，依法可經由行政爭訟程式主張權利。至於土地使用權的轉讓，因係受讓人與再受讓人兩造間基於主體平等地位所為的一種轉讓行為，性質上則屬「民事法律關係」，與出讓屬於行政行為，二者有所不同；轉讓行為的受讓人與再受讓人之間產生糾紛時，原則上是經由民事訴訟來解決，而非經由行政爭訟程式。

4. 至於「置換」，則是「轉讓」的另一種特殊形式。大陸國土資源部即曾明確指出[57]：「一般意義上的轉讓即買賣，出讓方交付物或權利，受讓方支付價款。而在置換中，一方在交付物或權利時，從另一方受領的不是價款，而是另一物或權利，表現為物或權利的交換，這種形式上的差別不能改變轉讓的本質，適用相關的法律調整當無異議。」[58]。

四、 臺商在中國大陸投資，取得土地使用權的方式，往往以「有償出讓方式」取得的國有土地使用權，進而興建廠房，因土地使用權有償出讓，係一種要式法律行為，無論採取上開拍賣、招標、雙方協議等三種之一等方式出讓，均要形成一定的法律檔，主要包括土地使用權出讓合同、出讓要求和使用條件等。一般而言，土地使用權出讓協議是由地方人民政府及土地管理部門擬定土地出讓方案，包括土地出讓位置、面積、用途、年限、出讓方式和其他條件，並向有意受讓人提供出讓地塊的有關資料和文件，有意受讓人在規定的時間內，向土地出讓主管部門提交土地開發經營方案和出讓費、付款方式等有關檔，經過協商取得一致後，由土地主管部門與受讓

[57] 「土地置換」要依法辦理，2007 年 10 月 24 日，中華人民共和國國土資源部官方網頁：政策法規，參考網址：http://big5.lm.cn/gate/big5/www.mlr.gov.cn/bsfw/cjwtjd/zc/200710/t20071024_89652.htm。

[58] 李永然、吳任偉，「(一) 土地被徵收，不必然會獲得補償？！」，98 年度大陸臺商經管診斷與投資糾紛案例，經濟部出版，頁 297-300。

人簽訂土地出讓合同，並經公證機關公證生效。土地使用權協議出讓的具體程式是：1.當地土地部門向有意受讓土地使用權人提供出讓地塊的必要資料和有關規定；2.有意受讓土地使用權人在得到資料後，應在規定時間內向土地部門提交土地開發建設方案和包含出讓金、付款方式等在內的檔；3.市土地局在接到按第二項規定提交的檔後，應在30天內給予回復；4.經過協商取得協議後，土地部門與受讓人簽定出讓合同，並由受讓人支付定金；5.受讓人按合同規定支付出讓金，向土地部門領取土地使用證，並在規定的時間內向登記處辦理土地使用權登記手續。而土地使用權出讓合同主要包括以下條款：1.土地使用權出讓的地塊；2.出讓地塊的位置與四周範圍、面積、現狀；3.出讓地塊的使用用途、規劃要求；4.出讓地塊的使用條件與使用年限；5.出讓金與使用金的標準、支付時間、支付方式；6.違約責任[59]。

五、 範例：

國有土地使用權出讓合同

第一章 總則

第一條 本合同當事人雙方：出讓人：_____省（自治區、直轄市）_____市（縣）_____；受讓人：_____.

根據大陸《土地管理法》、大陸《城市房地產管理法》、大陸《合同法》和其他法律、行政法規、地方性法規，雙方本著平等、自願、有償、誠實信用的原則，訂立本合同。

第二條 出讓人根據法律的授權出讓土地使用權，出讓土地的所有權屬大陸。國家對其擁有憲法和法律授予的司法管轄權、行政管理權以及其他按大陸法律規定由國家行使的權力和因社會公眾利益所必需的權益。地下資源、埋藏物和市政公用設施均不屬於土地使用權出讓範圍。

第二章 出讓土地的交付與出讓金的繳納

[59] 蔡世明，房地產投資案例解析，http://www.chinabiz.org.tw/chang/monthly2001/038-200106/038-04.asp。

第三條　出讓人出讓給受讓人的宗地位於_____，宗地編號為_____，宗地總面積大寫_____平方米（小寫_____平方米），其中出讓土地面積為大寫_____平方米（小寫_____平方米）。宗地四至及界址點座標見附件《出讓宗地界址圖》。

第四條　本合同項下出讓宗地的用途為_____.

第五條　出讓人同意在_____年_____月_____日前將出讓宗地交付給受讓人，出讓方同意在交付土地時該宗地應達到本條第_____款規定的土地條件：

（一）達到場地平整和周圍基礎設施_____通，即通_____.

（二)周圍基礎設施達到_____通，即通_____，但場地尚未拆遷和平整，建築物和基礎地上物狀況如下：_____.

（三）現狀土地條件。

第六條　本合同項下的土地使用權出讓年期為_____，自出讓方向受讓方實際交付土地之日起算，原劃撥土地使用權補辦出讓手續的，出讓年期自合同簽訂之日起算。

第七條　本合同項下宗地的土地使用權出讓金為每平方米人民幣大寫_____元（小寫_____元）；總額為人民幣大寫_____元（小寫_____元）。

第八條　本合同經雙方簽字後_____日內，受讓人須向出讓人繳付人民幣大寫_____元（小寫_____元）作為履行合同的定金。定金抵作土地使用權出讓金。

第九條　受讓人同意按照本條第_____款的規定向出讓人支付上述土地使用權出讓金。

（一）本合同簽訂之日起_____日內，一次性付清上述土地使用權出讓金。

（二）按以下時間和金額分_____期向出讓人支付上述土地使用權出讓金。

第一期人民幣大寫_____（小寫_____元），付款時間：_____年_____月_____日之前。

第二期人民幣大寫_____（小寫_____元），付款時間：_____年_____月_____日之前。

第_____期人民幣大寫_____（小寫_____元），付款時間：_____年_____月_____日之前。

分期支付土地出讓金的，受讓人在支付第二期及以後各期土地出讓金時，應按照銀行同期貸款利率向出讓人支付相應的利息。

第三章　土地開發建設與利用

第十條　本合同簽訂後_____日內，當事人雙方應依附件《出讓宗地界址圖》所標示座標實地驗明各界址點界樁。受讓人應妥善保護土地界樁，不得擅自改動，界樁遭受破壞或移動時，受讓人應立即向出讓人提出書面報告，申請複界測量，恢復界樁。

第十一條　受讓人在本合同項下宗地範圍內新建建築物的，應符合下列要求：

主體建築物性質_____；

附屬建築物性質_____；

建築容積率_____；

建築密度_____；

建築限高_____；

綠地比例_____；

其他土地利用要求_____.

第十二條　受讓人同意在本合同項下宗地範圍內一併修建下列工程，並在建成後無償移交給政府：

（一）_____；

（二）_____；

（三）_____.

第十三條　受讓人同意在_____年_____月_____日之前動工建設。

不能按期開工建設的，應提前 30 日向出讓人提出延建申請，但延建時間最

長不得超過一年。

第十四條　受讓人在受讓宗地內進行建設時，有關用水、用氣、污水及其他設施同宗地外主管線、用電變電站介面和引入工程應按有關規定辦理。

受讓人同意政府為公用事業需要而敷設的各種管道與管線進出、通過、穿越受讓宗地。

第十五條　受讓人在按本合同約定支付全部土地使用權出讓金之日起 30 日內，應持本合同和土地使用權出讓金支付憑證，按規定向出讓人申請辦理土地登記，領取《國有土地使用證》，取得出讓土地使用權。

出讓人應在受理土地登記申請之日起 30 日內，依法為受讓人辦理出讓土地使用權登記，頒發《國有土地使用證》。

第十六條　受讓人必須依法合理利用土地，其在受讓宗地上的一切活動，不得損害或者破壞周圍環境或設施，使國家或他人遭受損失的，受讓人應負責賠償。

第十七條　在出讓期限內，受讓人必須按照本合同規定的土地用途和土地使用條件利用土地，需要改變本合同規定的土地用途和土地使用條件的，必須依法辦理有關批准手續，並向出讓人申請，取得出讓人同意，簽訂土地使用權出讓合同變更協定或者重新簽訂土地使用權出讓合同，相應調整土地使用權出讓金，辦理土地變更登記。

第十八條　政府保留對本合同項下宗地的城市規劃調整權，原土地利用規劃如有修改，該宗地已有的建築物不受影響，但在使用期限內該宗地建築物、附著物改建、翻建、重建或期限屆滿申請續期時，必須按屆時有效的規劃執行。

第十九條　出讓人對受讓人依法取得的土地使用權，在本合同約定的使用年限屆滿前不收回；在特殊情況下，根據社會公共利益需要提前收回土地使用權的，出讓人應當依照法定程式報批，並根據收回時地上建築物、其他附著物的價值和剩餘年期土地使用權價格給予受讓人相應的補償。

第四章　土地使用權轉讓、出租、抵押

第二十條　受讓人按照本合同約定已經支付全部土地使用權出讓金，領取《國有土地使用證》，取得出讓土地使用權後，有權將本合同項下的全部或部分土地使用權轉讓、出租、抵押，但首次轉讓（包括出售、交換和贈與）剩餘年期土地使用權時，應當經出讓人認定符合下列第_____款規定之條件：

（一）按照本合同約定進行投資開發，完成開發投資總額的百分之二十五以上；

（二）按照本合同約定進行投資開發，形成工業用地或其他建設用地條件。

第二十一條　土地使用權轉讓、抵押，轉讓、抵押雙方應當簽訂書面轉讓、抵押合同；土地使用權出租期限超過六個月的，出租人和承租人也應當簽訂書面出租合同。

土地使用權的轉讓、抵押及出租合同，不得違背國家法律、法規和本合同的規定。

第二十二條　土地使用權轉讓，本合同和登記檔中載明的權利、義務隨之轉移，轉讓後，其土地使用權的使用年限為本合同約定的使用年限減去已經使用年限後的剩餘年限。本合同項下的全部或部分土地使用權出租後，本合同和登記檔中載明的權利、義務仍由受讓人承擔。

第二十三條　土地使用權轉讓、出租、抵押，地上建築物、其他附著物隨之轉讓、出租、抵押；地上建築物、其他附著物轉讓、出租、抵押，土地使用權隨之轉讓、出租、抵押。

第二十四條　土地使用權轉讓、出租、抵押的，轉讓、出租、抵押雙方應在相應的合同簽訂之日起 30 日內，持本合同和相應的轉讓、出租、抵押合同及《國有土地使用證》，到土地行政主管部門申請辦理土地登記。

第五章　期限屆滿

第二十五條　本合同約定的使用年限屆滿，土地使用者需要繼續使用本合同項下宗地的，應當至遲於屆滿前一年向出讓人提交續期申請書，除根據社會公共利益需要收回本合同項下土地的，出讓人應當予以批准。

出讓人同意續期的，受讓人應當依法辦理有償用地手續，與出讓人重新簽訂土地有償使用合同，支付土地有償使用費。

第二十六條　土地出讓期限屆滿，受讓人沒有提出續期申請或者雖申請續期但依照本合同第二十五條規定未獲批准的，受讓人應當交回《國有土地使用證》，出讓人代表國家收回土地使用權，並依照規定辦理土地使用權註銷登記。

第二十七條　土地出讓期限屆滿，受讓人未申請續期的，本合同項下土地使用權和地上建築物及其他附著物由出讓人代表國家無償收回，受讓人應當保持地上建築物、其他附著物的正常使用功能，不得人為破壞，地上建築物、其他附著物失去正常使用功能的，出讓人可要求受讓人移動或拆除地上建築物、其他附著物，恢復場地平整。

第二十八條　土地出讓期限屆滿，受讓人提出續期申請而出讓人根據本合同第二十五條之規定沒有批准續期的，土地使用權由出讓人代表國家無償收回，但對於地上建築物及其他附著物，出讓人應當根據收回時地上建築物、其他附著物的殘餘價值給予受讓人相應補償。

第六章　不可抗力

第二十九條　任何一方對由於不可抗力造成的部分或全部不能履行本合同不負責任，但應在條件允許下採取一切必要的補救措施以減少因不可抗力造成的損失。當事人遲延履行後發生不可抗力的，不能免除責任。

第三十條　遇有不可抗力的一方，應在_____小時內將事件的情況以信件、電報、電傳、傳真等書面形式通知另一方，並且在事件發生後_____日內，向另一方提交合同不能履行或部分不能履行或需要延期履行理由的報告。

第七章　違約責任

第三十一條　受讓人必須按照本合同約定，按時支付土地使用權出讓金。如果受讓人不能按時支付土地使用權出讓金的，自滯納之日起，每日按遲延支付款項的_____‰向出讓人繳納滯納金，延期付款超過6個月的，出讓人有權解除合同，收回土地，受讓人無權要求返還定金，出讓人並可請求受讓人賠償因違約造成的其他損失。

第三十二條　受讓人按合同約定支付土地使用權出讓金的，出讓人必須按照合同約定，按時提供出讓土地。由於出讓人未按時提供出讓土地而致使受讓人對本合同項下宗地佔有延期的，每延期一日，出讓人應當按受讓人已經支付的土地使用權出讓金的_____‰向受讓人給付違約金。出讓人延期交付土地超過6個月的，受讓人有權解除合同，出讓人應當雙倍返還定金，並退還已經支付土地使用權出讓金的其他部分，受讓人並可請求出讓人賠償因違約造成的其他損失。

第三十三條　受讓人應當按照合同約定進行開發建設，超過合同約定的動工開發日期滿一年未動工開發的，出讓人可以向受讓人徵收相當於土地使用權出讓金 20%以下的土地閒置費；滿 2 年未動工開發的，出讓人可以無償收回土地使用權；但因不可抗力或者政府、政府有關部門的行為或者動工開發必需的前期工作造成動工開發遲延的除外。

第三十四條　出讓人交付的土地未能達到合同約定的土地條件的，應視為違約。受讓人有權要求出讓人按照規定的條件履行義務，並且賠償

延誤履行而給受讓人造成的直接損失。

第八章　通知和說明

第三十五條　本合同要求或允許的通知和通訊，不論以何種方式傳遞，均自實際收到時起生效。

第三十六條　當事人變更通知、通訊位址或開戶銀行、帳號的，應在變更後 15 日內，將新的位址或開戶銀行、帳號通知另一方。因當事人一方遲延通知而造成的損失，由過錯方承擔責任。

第三十七條　在締結本合同時，出讓人有義務解答受讓人對於本合同所提出的問題。

第九章　適用法律及爭議解決

第三十八條　本合同訂立、效力、解釋、履行及爭議的解決均適用大陸法律。

第三十九條　因履行本合同發生爭議，由爭議雙方協商解決，協商不成的，按本條第_____款規定的方式解決：

（一）提交_____仲裁委員會仲裁；

（二）依法向人民法院起訴。（註：就前列（一）或（二）的方式擇一）

第十章　附則

第四十條　本合同依照本條第_____款之規定生效。

（一）本合同項下宗地出讓方案業經_____人民政府批准，本合同自雙方簽訂之日起生效。

（二）本合同項下宗地出讓方案尚需經_____人民政府批准，本合同自_____人民政府批准之日起生效。

第四十一條　本合同一式_____份，具有同等法律效力，出讓人、受讓人各執_____份。

第四十二條　本合同和附件共_____頁，以中文書寫為准。

第四十三條　本合同的金額、面積等項應當同時以大、小寫表示，大小寫數額應當一致，不一致的，以大寫為準。

第四十四條　本合同於_____年_____月_____日在_____省（自治區、直轄市）_____市（縣）簽訂。

第四十五條　本合同未盡事宜，可由雙方約定後作為合同附件，與本合同具有同等法律效力。

出讓人（蓋章）：_____　受讓人（蓋章）：_____

住所：_____住所：_____

法定代表人（簽字）：_____　法定代表人（簽字）：_____

電話：_____電話：_____

傳真：_____傳真：_____

開戶銀行：_____開戶銀行：_____

帳號：_____帳號：_____

郵遞區號：_____郵遞區號：_____

_____年____月____日_____年____月____日

簽訂地點：_____簽訂地點：_____

附件

出讓宗地界址圖（注明邊長（米））

北↑｜｜

｜界

｜址

｜圖

｜粘

｜貼

｜線比例尺1：

一、《國有土地使用權出讓合同》包括合同正文和附件《出讓宗地界址圖》。

二、本合同的出讓人為有權出讓國有土地使用權的人民政府土地行政主管部門。

三、合同第四條土地用途按《城鎮地籍調查規程》規定的土地二級分類填寫，屬於綜合用地的，應注明各類具體用途及其所占的面積比例。

四、合同第五條中的土地條件按照雙方實際約定選擇和填寫。屬於原劃撥土地使用權補辦出讓手續的，選擇第三款；屬於待開發建設的用地，應根據出讓人承諾交地時的土地開發程度選擇第一款或第二款，出讓人承諾交付土地時完成拆遷和場地平整的，選擇第一款，未完成拆遷和場地平整的，選擇第二款，並注明地上待拆遷的建築物和其他地上物面積等狀況。基礎設施條件按雙方約定填寫“七通”、“三通”等，並具體說明基礎設施內容，如“通路、通電、通水”等。

五、合同第九條土地使用權出讓金支付方式的規定中，雙方約定土地使用權出讓金一次性付清的，選擇第一款，分期支付的，選擇第二款。

六、合同第二十條中，屬於房屋開發的，選擇第一款；屬於土地成片開發的，選擇第二款。

七、合同第四十條關於合同生效的規定中，宗地出讓方案業經有權人民政府批准的，按照第一款規定生效；宗地出讓方案未經有權人民政府批准的，按照第二款規定生效[60]。

[60] 法律教育網， http://www.chinalawedu.com/news/19000/191/2008/8/wy181678531788002875-0.htm

第三章　買賣合同

臺商在中國大陸從事投資，經營或交易的活動，往往會運用「買賣合同」，例如：商品房買賣合同、工業品買賣合同…等等，而中國大陸自西元 1999 年 10 月 1 日已施行《合同法》，該法中也規範「買賣合同」，因而臺商在中國大陸訂立買賣合同，一定要瞭解該規定。

一、 買賣合同的特徵：

按大陸《合同法》第 130 條規定：買賣合同是出賣人轉移標的物所有權予買受人，買受人支付價款的合同。基於上述規定可知買賣合同的法律特徵為：

（一）買賣合同是「有名合同」，因其在大陸《合同法》分則中明文規定。

（二）買賣合同是「有償合同」，因買受人要支付價金，其與賣方具有對價關係存在。

（三）買賣合同是雙務合同：因買、賣雙方均因此一合同而互負債務。

（四）買賣合同是諾成合同：買賣雙方只須對標的物、數量、價金達成一致，合同即因而成立。

（五）買賣合同是轉移買賣標的物所有權的合同：其不同於「租賃合同」，租賃合同僅涉及「使用權」。

二、 訂立買賣合同的書寫要求：

（一）遵循大陸《合同法》所要求的原則：

1. 平等原則：大陸《合同法》第 3 條規定：合同當事人的法律地位平等，一方不得將自己的意志強加給另一方。
2. 自願原則：大陸《合同法》第 4 條規定：當事人依法享有自願訂立合同的權利，任何單位和個人不得非法干預。
3. 公平原則：大陸《合同法》第 5 條規定：當事人應當遵循公平原則確定各方的權利和義務。
4. 誠信原則：大陸《合同法》第 6 條規定：當事人行使權利、履行義務應當遵循誠實信用原則。

5. 合法原則：大陸《合同法》第 7 條規定：當事人訂立、履行合同，應當遵守法律、行政法規，尊重社會公德，不得擾亂社會經濟秩序，損害社會公共利益。

（二）內容具體：當事人對於合同的內容要相當重視，尤其須注意合同的內容須有可能、確定，而且不得與法律的強行規定相抵觸；依大陸《合同法》第 52 條第（5）款規定：合同違反法律、行政法規之強制性規定的，無效。

（三）用語精確：合同內容與當事人權利、義務息息相關，為了避免產生爭議，所用的文字用語，自應準確、精練、標準化。

（四）條款齊全：大陸《合同法》第 12 條第 1 款規定：合同的內容由當事人約定，一般包括下列條款：

1. 當事人的名稱或者姓名和住所；
2. 標的；
3. 數量；
4. 質量；
5. 價款或者報酬；
6. 履行期限、地點和方式；
7. 違約責任；
8. 解決爭議的方法；

又大陸《合同法》第十二條第二款還規定：當事人可以參照各類合同的「示範文本」訂立合同。大陸國家工商行政管理局與其他主管部門，也依據上述規定，制訂了合同示範文本匯編－《中國最新合同範本》一書，在書中對合同的格式、內容均作了規範性、法定的要求[61]。足見條款齊全的重要。

訂立買賣合同，參酌前述規定，其條款可包括：

1. 當事人；

[61] 劉金華編著：合同書與協議書寫作， 2002 年 1 月第 1 版，中國法制出版社出版，頁 2～3。

2. 標的物條款；
3. 數量條款；
4. 質量條款；
5. 價款條款；
6. 合同的履行條款；
7. 免責條款 62；
8. 違約責任條款；
9. 日期條款；
10. 其他條款：如「合意管轄條款」、「公證條款」…等等。

三、 範例：

商品房買賣合同

根據《中華人民共和國合同法》、《中華人民共和國城市房地產管理法》及其他有關法律、法規之規定，買受人和出賣人在平等、自願、協商一致的基礎上就買賣商品房達成如下協議：

第一條 項目建設依據。

出賣人以_____方式取得位元於_____、編號為_____的地塊的土地使用權。【土地使用權出讓合同號】【土地使用權劃撥批准檔號】【劃撥土地使用權轉讓批准檔號】為_____。

該地塊土地面積為_____，規劃用途為_____，土地使用年限自_____年_____月_____日至_____年_____月_____日。

[62] 所謂「免責條款」是指合同中雙方當事人考慮有些會影響合同正常履行的情形，及某些情況發生時，可以免除法律責任之約定者。

出賣人經批准，在上述地塊上建設商品房，【現定名】【暫定名】_____
_____。建設工程規劃許可證號為_____，施工許可證號為__
_____。

第二條 商品房銷售依據。

買受人購買的商品房為【現房】【預售商品房】。預售商品房批准機關為_____
_____，商品房預售許可證號為_____。

第三條 買受人所購商品房的基本情況。

買受人購買的商品房（以下簡稱該商品房，其房屋平面圖見本合同附件一，房號以附件一上表示為準）為本合同第一條規定的項目中的：第_____【幢】【座】_____【單元】【層】_____號房。

該商品房的用途為_____，屬_____結構，層高為_____，建築層數地上_____層，地下_____層。

該商品房陽臺是【封閉式】【非封閉式】。

該商品房【合同約定】【產權登記】建築面積共_____平方米，其中，套內建築面積_____平方米，公共部位與公用房屋分攤建築面積_____平方米（有關公共部位與公用房屋分攤建築面積構成說明見附件二）。

第四條 計價方式與價款。

出賣人與買受人約定按下述第_____種方式計算該商品房價款：

1. 按建築面積計算，該商品房單價為（_____幣）每平方米_____元，總金額（_____幣）_____千_____百_____拾_____萬_____千_____百_____拾_____元整。
2. 按套內建築面積計算，該商品房單價為（_____幣）每平方米_____元，總金額（_____幣）_____千_____百_____拾_____萬_____千_____百_____拾_____元整。

3. 按套（單元）計算，該商品房總價款為（_____幣）_____千_____百_____拾_____萬_____千_____百_____拾_____元整。

第五條 面積確認及面積差異處理。

根據當事人選擇的計價方式，本條規定以【建築面積】【套內建築面積】（本條款中均簡稱面積）為依據進行面積確認及面積差異處理。

當事人選擇按套計價的，不適用本條約定。

合同約定面積與產權登記面積有差異的，以產權登記面積為準。

商品房交付後，產權登記面積與合同約定面積發生差異，雙方同意按第_____種方式進行處理：

1. 雙方自行約定：_____。

2. 雙方同意按以下原則處理：

2.1 面積誤差比絕對值在3%以內（含3%）的，據實結算房價款；

2.2 面積誤差比絕對值超出3%時，買受人有權退房。買受人退房的，出賣人在買受人提出退房之日起30天內將買受人已付款退還給買受人，並按_____利率付給利息。

買受人不退房的，產權登記面積大於合同約定面積時，面積誤差比在3%以內（含3%）部分的房價款由買受人補足；超出3%部分的房價款由出賣人承擔，產權歸買受人。產權登記面積小於合同約定面積時，面積誤差比絕對值在3%以內（含3%）部分的房價款由出賣人返還買受人；絕對值超出3%部分的房價款由出賣人雙倍返還買受人。

面積誤差比＝(產權登記面積－合同約定面積)合同約定面積100%

因設計變更造成面積差異，雙方不解除合同的，應當簽署補充協議。

第六條 付款方式及期限。（略）

第七條 買受人逾期付款的違約責任。

買受人如未按本合同規定的時間付款，按下列第_____種方式處理：

1. 按逾期時間，分別處理（不作累加）

（1）逾期在_____日之內，自本合同規定的應付款期限之第二天起至實際全額支付應付款之日止，買受人按日向出賣人支付逾期應付款萬分之_____的違約金，合同繼續履行；

（2）逾期超過_____日後，出賣人有權解除合同。出賣人解除合同的，買受人按累計應付款的_____%向出賣人支付違約金。買受人願意繼續履行合同的，經出賣人同意，合同繼續履行，自本合同規定的應付款期限之第二天起至實際全額支付應付款之日止，買受人按日向出賣人支付逾期應付款萬分之_____（該比率應不小於第（1）項中的比率）的違約金。本條中的逾期應付款指依照本合同第六條規定的到期應付款與該期實際已付款的差額；採取分期付款的，按相應的分期應付款與該期的實際已付款的差額確定。

2. _____。

第八條 交付期限。

出賣人應當在_____年_____月_____日前，依照國家和地方人民政府的有關規定，將具備下列第_____種條件，並符合本合同約定的商品房交付買受人使用：

1. 該商品房經驗收合格。

2. 該商品房經綜合驗收合格。

3. 該商品房經分期綜合驗收合格。

4. 該商品房取得商品住宅交付使用批准檔。

但如遇下列特殊原因，除雙方協商同意解除合同或變更合同外，出賣人可據實予以延期：_____。

第九條 出賣人逾期交房的違約責任。

除本合同第八條規定的特殊情況外，出賣人如未按本合同規定的期限將該商品房交付買受人使用，按下列第_____種方式處理：

1. 按逾期時間，分別處理（不作累加）

（1）逾期不超過_____日，自本合同第八條規定的最後交付期限的第二天起至實際交付之日止，出賣人按日向買受人支付已交付房價款萬分之_____的違約金，合同繼續履行；

（2）逾期超過_____日後，買受人有權解除合同。買受人解除合同的，出賣人應當自買受人解除合同通知到達之日起_____天內退還全部已付款，並按買受人累計已付款的_____%向買受人支付違約金。買受人要求繼續履行合同的，合同繼續履行，自本合同第八條規定的最後交付期限的第二天起至實際交付之日止，出賣人按日向買受人支付已交付房價款萬分之_____（該比率應不小於第（1）項中的比率）的違約金。_____。

第十條 規劃、設計變更的約定。

經規劃部門批准的規劃變更、設計單位同意的設計變更導致下列影響到買受人所購商品房品質或使用功能的，出賣人應當在有關部門批准同意之日起10日內，書面通知買受人：_____。

買受人有權在通知到達之日起15日內做出是否退房的書面答覆。買受人在通知到達之日起15日內未作書面答覆的，視同接受變更。出賣人未在規定時限內通知買受人的，買受人有權退房。

買受人退房的，出賣人須在買受人提出退房要求之日起_____天內將買受人已付款退還給買受人，並按_____利率付給利息。買受人不退房的，應當與出賣人另行簽訂補充協議。_____。

第十一條 交接

商品房達到交付使用條件後，出賣人應當書面通知買受人辦理交付手續。雙方進行驗收交接時，出賣人應當出示本合同第八條規定的證明文件，並簽署房屋交接單。所購商品房為住宅的，出賣人還需提供《住宅品質保證書》和《住宅使用說明書》。出賣人不出示證明文件或出示證明文件不齊全，買受人有權拒絕交接，由此產生的延期交房責任由出賣人承擔。

由於買受人原因，未能按期交付的，雙方同意按以下方式處理：

第十二條 出賣人保證銷售的商品房沒有產權糾紛和債權債務糾紛。因出賣人原因，造成該商品房不能辦理產權登記或發生債權債務糾紛的，由出賣人承擔全部責任。

第十三條 出賣人關於裝飾、設備標準承諾的違約責任。出賣人交付使用的商品房的裝飾、設備標準應符合雙方約定（附件三）的標準。達不到約定標準的，買受人有權要求出賣人按照下述第_____種方式處理：

1. 出賣人賠償雙倍的裝飾、設備差價。
2. _____。

第十四條 出賣人關於基礎設施、公共配套建築正常運行的承諾。（自填）

第十五條 關於產權登記的約定。

出賣人應當在商品房交付使用後_____日內，將辦理權屬登記需由出賣人提供的資料報產權登記機關備案。如因出賣人的責任，買受人不能在規定期限內取得房地產權屬證書的，雙方同意按下列第_____項處理：

1. 買受人退房，出賣人在買受人提出退房要求之日起_____日內將買受人已付房價款退還給買受人，並按已付房價款的_____%賠償買受人損失。
2. 買受人不退房，出賣人按已付房價款的_____%向買受人支付違約金。
3. _____。

第十六條 保修責任。

買受人購買的商品房為商品住宅的，《住宅品質保證書》作為本合同的附件。出賣人自商品住宅交付使用之日起，按照《住宅品質保證書》承諾的內容承擔相應的保修責任。

買受人購買的商品房為非商品住宅的，雙方應當以合同附件的形式詳細約定保修範圍、保修期限和保修責任等內容。

在商品房保修範圍和保修期限內發生品質問題，出賣人應當履行保修義務。因不可抗力或者非出賣人原因造成的損壞，出賣人不承擔責任，但可協助維修，維修費用由購買人承擔。_____

_____。

第十七條 雙方可以就下列事項約定：

1. 該商品房所在樓宇的屋面使用權_____；
2. 該商品房所在樓宇的外墻面使用權_____；
3. 該商品房所在樓宇的命名權_____；
4. 該商品房所在小區的命名權_____。

第十八條（略）

第十九條 本合同在履行過程中發生的爭議，由雙方當事人協商解決；協商不成的，按下述第_____種方式解決：

1. 提交_____仲裁委員會仲裁。
2. 依法向人民法院起訴。

第二十條 本合同未盡事宜，可由雙方約定後簽訂補充協議。

第二十一條至二十四條及附件部分略[63]。

[63] http://big5.china.com.cn/zhuanti2005/txt/2002-09/16/content_5204968.htm。

第四章　租賃合同

一、大陸臺商赴中國大陸做生意，近來已日漸瞄準中國大陸的內需市場，為了做生意有些須承租店面，有些須承租辦公室，這時就會運用到「租賃」，藉以取得房屋的使用權。而大陸臺商於租賃房屋，究竟要注意那些法律規定？現剖析如下：

（一）注意租賃合同的意義與內容：

所謂「租賃合同」係指出租人將租賃物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。而合同內容至多應包括：租賃當事人、租賃物的名稱、數量、用途、租賃期限、租金及其支付期限和方式、租賃物維修等條款；除前述條款外，雙方當事人也可依自己之需要而約定。例如：能否轉修、裝修、優先購買權行使的方式等。

（二）注意租賃合同的無效：

（三）其次大陸臺商須注意訂立合同，不要有「無效」的情形發生。大陸《合同法》第 52 條規定：合同有下列情形之一的，合同無效：

1. 一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害「國家利益」；
2. 惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益的；
3. 以合法形式掩蓋非法目的；
4. 損害社會公共利益；
5. 違反法律、行政法規的「強制性規定」[64]。

二、實務上，大陸臺商還須注意「建設工程規劃許可證」，像下述情形所簽訂的租賃合同，恐構成無效的情事：

（一）出租人就未取得「建設工程規劃許可證」或者未按照「建設工程規劃許可證」的規定建設的房屋，與承租人訂立的租賃合同「無效」；但

[64] 大陸的法位階順序為憲法、法律、行政法規。行政法院係由大陸國務院依據憲法和法律而制訂（參見大陸《立法》第 56 條第 1 款）。

在第一審法庭辯論終結前取得「建設工程規劃許可證」或者經主管部門批准建設的，人民法院應當認定「有效」（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 2 條）。

（二） 出租人就未經批准或者未按照批准內容建設的「臨時建築」，與承租人訂立的租賃合同「無效」；但在第一審法庭辯論終結前經主管部門批准建設的，人民法院應當認定為有效（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 3 條）。

三、注意租賃期限：

再者，租賃合同依其合同有無期限的約定，可分為「固定期限租賃」和「無固定期限租賃」。固定期限租賃不得超過「20 年」；超過「20 年」的，超過部分無效（參見大陸《合同法》第 214 條第 1 款）。

又租賃轉租須經出租人同意，承租人經出租人同意將租賃房屋轉租給「第三人」時，「轉租期限」不得超過承租人剩餘租賃期限，如超過時，人民法院將認定超過部分的約定「無效」，除非出租人與承租人另有約定（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 15 條）。

四、注意將租賃合同向房產管理部門登記備案：

又租賃合同雙方一旦簽訂原則上即成立生效，但承租人可以運用向「房產管理部門」登記備案，藉以確保自身權益。大陸《城市房地產管理法》第 54 條規定：房屋租賃，出租人和承租人應當簽訂「書面」租賃合同，約定租賃期限、租賃用途、租賃價格、修繕責任等條款，以及雙方的其他權利義務，並向「房產管理部門」登記備案。大陸臺商須明白前述的「登記備案」並非生效要件，但卻可保障自身權益。尤其是在「一屋數租」的情形。亦即出租人就「同一房屋」訂立

「數份租賃合同」，在合同均有效的情形下，承租人均主張履行合同的，人民法院按照下列順序確定履行合同的承租人：

（一）已經合法佔有租賃房屋的；

（二）已經辦理「登記備案」手續的；

（三）合同成立在先的[65]（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 6 條第 1 款）。

五、注意優先購買權的規定：

（一）優先購買權的性質和種類

首先臺商須瞭解優先購買權的性質，其屬於「形成權」，此一權利基於有權利的當事人之一方的意思，可以使現已成立的法律關係發生變化的權利[66]。至於其種類，依其產生方式的不同，有「法定優先購買權」和「約定優先購買權」之分。就以承租人依大陸《合同法》第 230 條規定而享有的「優先購買權」，係基於「法律」規定而生，自屬「法定優先購買權」。

（二）出租人的注意事項：

其次，出讓人如欲出售其尚有承租關係的房屋，務必踐行在「合理期限」內通知承租人以「同等條件」可以優先購買；否則，因而侵害承租人的「優先購買權」時，承租人可以請求出租人承擔賠償責任（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 21 條前段）。

至於出租人以「同等條件」通知承租人優先購買，應該是「相對等同說」，而且主要是指「價格條件」，至於其他條件不是絕對考慮，而只要適當考慮[67]。

（三）承租人的注意事項：

[65] 參見格立新主編：最高人民法院審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件司法解釋理解與運用，頁 2，2009 年 9 月第 1 版，中國法制出版社出版。

[66] 參見楊立新主編：最高人民法院關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件司法解釋理解與運用，頁 148~149，2009 年 9 月第 1 版，中國法制出版社出版。

[67] 參見楊立新著：前揭書，頁 151~152。

再者，承租人如果欲行使優先購買權，一方面應注意運用「財產保全」，切勿讓房屋登記於善意購買之第三人的名下；另一方面接到出租人的通知後，一定要明確表示購買；如於出租人履行通知義務，而承租人卻在「十五日」內未明確表示購買，將被認定為已放棄優先購買權（參見大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第 24 條第（三）項）。

六、結語：

綜上所述，大陸臺商在中國大陸訂立房屋租賃合同時，法律疏忽不得，以上謹就數項問題點提出剖析，其他如：租賃物的擴建、房屋的裝飾裝修、租賃物使用等等，均會涉及法律的相關規定。大陸臺商唯有具備強烈的「法律意識」，事先注意法律規定，才能避免無謂的法律爭議[68]。

七、範例

房屋租賃合同[69]

本合同當事人

出租方（以下簡稱甲方）：

承租方（以下簡稱乙方）：

根據大陸《合同法》及相關法律法規的規定，甲、乙雙方在平等、自願的基礎上，就甲方將房屋出租給乙方使用，乙方承租甲方房屋事宜，爲明確雙方權利義務，經協商一致，訂立本合同。

第一條 甲方保證所出租的房屋符合國家對租賃房屋的有關規定。

第二條 房屋的座落、面積、裝修、設施情況

1. 甲方出租給乙方的房屋位於（省、市）（區、縣）；門牌號爲

2. 出租房屋面積共 平方米（建築面積/使用面積/套內面積）。

[68] 李永然，臺商於大陸面對房屋租賃的法律須知！http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=臺商於大陸面對房屋租&idno=6230&keywords=。

[69] http://www.sc.gov.cn/bsfw/fwly/zf/fwzl/201011/P020101110549834406473.doc。

3. 該房屋現有裝修及設施、設備情況詳見合同附件。

該附件作爲甲方按照本合同約定交付乙方使用和乙方在本合同租賃期滿交還該房屋時的驗收依據。

第三條 甲方應提供房產證（或具有出租權的有效證明）、身份證明（營業執照）等檔，乙方應提供身份證明檔。雙方驗證後可複印對方文件備存。所有複印件僅供本次租賃使用。

第四條 租賃期限、用途

1. 該房屋租賃期共_____個月。自_____年____月____日起至_____年____月____日止。

2. 乙方向甲方承諾，租賃該房屋僅作爲_____使用。

3. 租賃期滿，甲方有權收回出租房屋，乙方應如期交還。

乙方如要求續租，則必須在租賃期滿 個月之前書面通知甲方，經甲方同意後，重新簽訂租賃合同。

第五條 租金及支付方式

1. 該房屋每月租金爲_____元（大寫____萬____仟____佰____拾____元整

租金總額爲_____元（大寫____萬____仟____佰____拾____元整）。

2. 房屋租金支付方式如下：

甲方收款後應提供給乙方有效的收款憑證。

第六條 租賃期間相關費用及稅金

1. 甲方應承擔的費用：

1.1 租賃期間，房屋和土地的產權稅由甲方依法交納。如果發生政府有關部門徵收本合同中未列出專案但與該房屋有關的費用，應由甲方負擔。

1.2 _____ 。

2. 乙方交納以下費用：

2.1（1）_____。

2.2（2）_____。

乙方應按時交納自行負擔的費用。

甲方不得擅自增加本合同未明確由乙方交納的費用。

第七條 房屋修繕與使用

1. 在租賃期內，甲方應保證出租房屋的使用安全。該房屋及所屬設施的維修責任除雙方在本合同及補充條款中約定外，均由甲方負責（乙方使用不當除外）。

   甲方提出進行維修須提前___日書面通知乙方，乙方應積極協助配合。

   乙方向甲方提出維修請求後，甲方應及時提供維修服務。

   對乙方的裝修裝飾部分甲方不負有修繕的義務。

2. 乙方應合理使用其所承租的房屋及其附屬設施。如因使用不當造成房屋及設施損壞的，乙方應立即負責修復或經濟賠償。

   乙方如改變房屋的內部結構、裝修或設置對房屋結構有影響的設備，設計規模、範圍、工藝、用料等方案均須事先徵得甲方的書面同意後方可施工。租賃期滿後或因乙方責任導致退租的，除雙方另有約定外，甲方有權選擇以下權利中的一種：

   2.1 依附於房屋的裝修歸甲方所有。

   2.2 要求乙方恢復原狀。

   2.3 向乙方收取恢復工程實際發生的費用。

第八條 房屋的轉讓與轉租

1. 租賃期間，甲方有權依照法定程式轉讓該出租的房屋，轉讓後，本合同對新的房屋所有人和乙方繼續有效。

2. 未經甲方同意，乙方不得轉租、轉借承租房屋。

3. 甲方出售房屋，須在_____個月前書面通知乙方，在同等條件下，乙方有優先購買權。

第九條 合同的變更、解除與終止

1. 雙方可以協商變更或終止本合同。

2. 甲方有以下行爲之一的，乙方有權解除合同：

2.1 不能提供房屋或所提供房屋不符合約定條件，嚴重影響居住。

2.2 甲方未盡房屋修繕義務，嚴重影響居住的。

3. 房屋租賃期間，乙方有下列行爲之一的，甲方有權解除合同，收回出租房屋；

3.1 未經甲方書面同意，轉租、轉借承租房屋。

3.2 未經甲方書面同意，拆改變動房屋結構。

3.3 損壞承租房屋，在甲方提出的合理期限內仍未修復的。

3.4 未經甲方書面同意，改變本合同約定的房屋租賃用途。

3.5 利用承租房屋存放危險物品或進行違法活動。

3.6 逾期未交納按約定應當由乙方交納的各項費用，已經給甲方造成嚴重損害的。

3.7 拖欠房租累計_____個月以上。

4. 租賃期滿前，乙方要繼續租賃的，應當在租賃期滿 個月前書面通知甲方。如甲方在租期屆滿後仍要對外出租的，在同等條件下，乙方享有優先承租權。

5. 租賃期滿合同自然終止。

6. 因不可抗力因素導致合同無法履行的，合同終止。

第十條 房屋交付及收回的驗收

1. 甲方應保證租賃房屋本身及附屬設施、設備處於能夠正常使用狀態。

2. 驗收時雙方共同參與，如對裝修、器物等硬體設施、設備有異議應當場提出。當場難以檢測判斷的，應於___日內向對方主張。

3. 乙方應於房屋租賃期滿後，將承租房屋及附屬設施、設備交還甲方。
4. 乙方交還甲方房屋應當保持房屋及設施、設備的完好狀態，不得留存物品或影響房屋的正常使用。對未經同意留存的物品，甲方有權處置。

第十一條 甲方違約責任處理規定

1. 甲方因不能提供本合同約定的房屋而解除合同的，應支付乙方本合同租金總額__%的違約金。甲方除應按約定支付違約金外，還應對超出違約金以外的損失進行賠償。
2. 如乙方要求甲方繼續履行合同的，甲方每逾期交房一日，則每日應向乙方支付日租金_____倍的滯納金。甲方還應承擔因逾期交付給乙方造成的損失。
3. 由於甲方怠於履行維修義務或情況緊急，乙方組織維修的，甲方應支付乙方費用或折抵租金，但乙方應提供有效憑證。
4. 甲方違反本合同約定，提前收回房屋的，應按照合同總租金的 %向乙方支付違約金，若支付的違約金不足彌補乙方損失的，甲方還應該承擔賠償責任。
5. 甲方因房屋權屬瑕疵或非法出租房屋而導致本合同無效時，甲方應賠償乙方損失。

第十二條 乙方違約責任

1. 租賃期間，乙方有下列行爲之一的，甲方有權終止合同，收回該房屋，乙方應按照合同總租金的__%向甲方支付違約金。若支付的違約金不足彌補甲方損失的，乙方還應負責賠償直至達到彌補全部損失爲止。

1.1 未經甲方書面同意，將房屋轉租、轉借給他人使用的；

1.2 未經甲方書面同意，拆改變動房屋結構或損壞房屋；

1.3 改變本合同規定的租賃用途或利用該房屋進行違法活動的；

1.4 拖欠房租累計個月以上的。

2. 在租賃期內，乙方逾期交納本合同約定應由乙方負擔的費用的，每逾期一天，則應按上述費用總額的__%支付甲方滯納金。
3. 在租賃期內，乙方未經甲方同意，中途擅自退租的，乙方應該按合同總租金 %的額度向甲方支付違約金。若支付的違約金不足彌補甲方損失的，乙方還應承擔賠償責任。
4. 乙方如逾期支付租金,每逾期一日,則乙方須按日租金的 倍支付滯納金。
5. 租賃期滿，乙方應如期交還該房屋。乙方逾期歸還，則每逾期一日應向甲方支付原日租金 倍的滯納金。乙方還應承擔因逾期歸還給甲方造成的損失。

第十三條 免責條件

1. 因不可抗力原因致使本合同不能繼續履行或造成的損失，甲、乙雙方互不承擔責任。
2. 因國家政策需要拆除或改造已租賃的房屋，使甲、乙雙方造成損失的，互不承擔責任。
3. 因上述原因而終止合同的，租金按照實際使用時間計算，不足整月的按天數計算，多退少補。
4. 不可抗力系指“不能預見、不能避免並不能克服的客觀情況”。

第十四條 本合同未盡事宜，經甲、乙雙方協商一致，可訂立補充條款。補充條款及附件均爲本合同組成部分，與本合同具有同等法律效力。

第十五條 爭議解決

本合同項下發生的爭議，由雙方當事人協商或申請調解；協商或調解解決不成的,按下列第____種方式解決(以下兩種方式只能選擇一種):

1. 提請 仲裁委員會仲裁。
2. 依法向有管轄權的人民法院提起訴訟。

第十六條 其他約定事項

1. _____
2. _____

第十七條 本合同自雙方簽（章）後生效。

第十八條 本合同及附件一式____份，由甲、乙雙方各執____份。具有同等法律效力。

甲方：	乙方：
身份證號（或營業執照號）：	身份證號：
電話：	電話：
傳真：	傳真：
地址：	地址：
郵遞區號：	郵遞區號：
房產證號：	
房地產經紀機構資質證書號碼：	
簽約代表：	
簽約日期：年　月　日	簽約日期：　年　月　日
簽約地點：	簽約地點：

第五章 融資租賃合同

一、 概說

中國大陸國家融資租賃制度建制，如 1999 年通過之《中華人民共和國合同法》第十四章「融資租賃合同」專章、《企業會計準則第 21 號》、《金融租賃公司管理辦法》、《外商投資租賃的管理辦法》，以及《稅法》之法制建立[70]，融資租賃制度堪謂較臺灣為明確且規範完善。且從實務面而言，大陸融資租賃公司至 2010 年總數是 182 家，其中金融租賃公司 20 家，內資試點 45 家，外商投資企業是 117 家[71]。大陸商務部並於 2011 年 12 月 15 日發布《「十二五」期間促進融資租賃業發展的指導意見》[72]，有為大陸 2007 年以後金融租賃公司的發展史之「恢復活力期」[73]再創融資租賃業蓬勃發展的重要時代意義。

融資性租賃，係指需用機器、設備之企業，在機器、設備供給者（製造者或經銷商）之處，看中機器、設備，不願以購買方式籌措資金或苦無資金而又無法從銀行等金融機構獲得融資購買，乃申請租賃公司出資向機器設備供給者買下該機器，再由租賃公司出租於該需要機器之企業，而由該承租之企業按期給付租金，以令租賃公司收回購買標的物之本金、利息、利潤及其他費用之經濟活動[74]。

《合同法》第 237 條規定，融資租賃合同是出租人根據承租人對出賣人、租賃物的選擇，向出賣人購買租賃物，提供給承租人使用，承租人支付租金的合同。

融資租賃兼具買賣、信貸和租賃的屬性，是一種自成特色的交易，大陸《合同法》和《國際融資租賃公約》已將類型化為一種新式的典型契約[75]。

---

[70] 黃耀輝，中國大陸《融資租賃法》（草案）立法研究－以融資租賃交易爲中心，兼論臺灣融資租賃法制現況與未來，東吳大學法律專業碩士班碩士論文，98 年 7 月，第 42 頁。

[71] 姜仲勤，中國融資租賃 30 年回顧，中國二手設備及租賃報，2011 年 4 期，第 11 頁。

[72] 根據中華人民共和國第十一屆全國人民代表大會 2011 年 3 月 13 日第四次會議審議通過《國民經濟和社會發展第十二個五年規劃綱要》頒布。

[73] 姜仲勤，前揭書，第 10 頁。

[74] 呂榮海，融資性租賃契約第一冊，融資租賃雜誌社編輯，第 1 頁。

[75] 臺灣學者楊淑文教授認為，融資性租賃非屬物或權利之買賣契約、消費借貸契約、委任契約，而係非典型之租賃契約，而為新型契約。

二、 融資租賃之特徵

（一）出賣人向承租人交付標的物。

（二）出賣人向承租人負擔瑕疵擔保責任，承租人直接對出賣人行使索賠權。

（三）出租人不負維修義務。

（四）出租人不負租賃物侵權責任。

（五）出租人不負瑕疵擔保責任。

（六）屬於要式合同[76]。

三、 權利義務關係

（一）出賣人與出租人之間的買賣合同。

1. 出賣人直接向承租人交付標的物。

《合同法》第 239 條規定，出租人根據承租人對出賣人、租賃物的選擇訂立的買賣合同，出賣人應當按照約定向承租人交付標的物，承租人享有與受領標的物有關的買受人的權利。

2. 承租人對出賣人有直接索賠權，出租人應當協助。

《合同法》第 240 條規定，出租人、出賣人、承租人可以約定，出賣人不履行買賣合同義務的，由承租人行使索賠的權利。承租人行使索賠權利的，出租人應當協助。

3. 出租人根據承租人對出賣人、租賃物的選擇訂立的買賣合同，未經承租人同意，出租人不得變更與承租人有關的合同內容。《合同法》第 241 條定有明文。

（二）出租人與承租人之間的融資性租賃性合同。

1. 出租人之特殊法律利益。

（1）出租人不承擔物的瑕疵擔保責任。

[76] 《合同法》第 238 條。

《合同法》第 244 條規定，租賃物不符合約定或者不符合使用目的的，出租人不承擔責任，但承租人依賴出租人的技能確定租賃物或者出租人幹預選擇租賃物的除外。

(2) 出租人不承擔租賃物件致人損害責任。

《合同法》第 246 條規定，承租人佔有租賃物期間，租賃物造成第三人的人身傷害或者財產損害的，出租人不承擔責任。

(3) 出租人不承擔維修義務。

《合同法》第 247 條規定，承租人應當妥善保管、使用租賃物。承租人應當履行佔有租賃物期間的維修義務。

2. 出租人負有交付租賃物的義務，並由出賣人作為出租人的履行輔助人。而承租人則視為買賣合同關係中買受人(出租人)的受領輔助人來接受出賣人的履行。

《合同法》第 246 條規定，出租人根據承租人對出賣人、租賃物的選擇訂立的買賣合同，出賣人應當按照約定向承租人交付標的物，承租人享有與受領標的物有關的買受人的權利。

(三) 租賃物所有權歸屬

《合同法》第 246 條規定，出租人享有租賃物的所有權。承租人破產的，租賃物不屬於破產財產。

《合同法》第 250 條規定，出租人和承租人可以約定租賃期間屆滿租賃物的歸屬。對租賃物的歸屬沒有約定或者約定不明確，依照本法第 61 條的規定仍不能確定的，租賃物的所有權歸出租人。

四、 融資租賃登記制度

融資租賃交易特色乃租賃物的佔有者和所有者的分離，以佔有為動產之公示方法已難以使出租人的權利內容為公眾所知，融資租賃登記制度於是而生。

融資租賃登記核心功能在於「公示」、「公證」兩個層面，使交易關係透明化，避免同一物上的法律風險，第三人通過查詢融資租賃登記系統，迅速、便捷、

清楚地瞭解租賃交易關係，避免同一物之上的交易風險。中國人民銀行徵信中心目前已建成了應收賬款質押登記公示系統(簡稱「應收賬款登記系統」)和融資租賃登記公示系統(簡稱「融資租賃登記系統」)兩個動產融資登記系統[77]。

惟臺商應注意的是,2006 年中國人民銀行徵信中心的企業徵信系統上線運行須經批准方得使用，目前僅有金融租賃公司得以接入。商務部監管的外商投資和內資試點融資租賃公司，目前還沒有實現與企業徵信系統對接，此為中國人民銀行徵信中心將會陸續推行。

五、 融資租賃合同無效及處理

(一) 無效情形

1996 年 5 月 27 日《關於審理融資租賃合同糾紛案件若干問題的規定》(下稱《審理融資租賃規定》)第 5 條規定，融資租賃合同所涉及的項目應當報經有關部門批准而未經批准的，應認定融資租賃合同不生效。

《審理融資租賃規定》第 6 條規定，有下列情形之一的，應認定融資租賃合同為無效合同：(一) 出租人不具有從事融資租賃經營範圍的；(二) 承租人與供貨人惡意串通，騙取出租人資金的；(三) 以融資租賃合同形式規避國家有關法律、法規的；(四) 依照有關法律、法規規定應認定為無效的。

(二) 處理方式

《審理融資租賃規定》第 7 條規定，融資租賃合同被確定為無效後，應區分下列情形分別處理：(一) 因承租人的過錯造成合同無效，出租人不要求返還租賃物的，租賃物可以不予返還，但承租人應賠償因其過錯給出租人造成的損失；(二) 因出租人的過錯造成合同無效，承租人要求退還租賃物的，可以退還租賃物，如有損失，出租人應賠償相應損失；(三) 因出租人和承租人的共同過錯造成合同無效的，可以返還租賃物，並根據過錯大小各

[77] 王曉明：融資租賃登記核心功能在於公示與公證，中國經濟網，http://big5.xinhuanet.com。

自承擔相應的損失和賠償責任。租賃物正在繼續使用且發揮效益的，對租賃物是否返還，可以協商解決；協商不成的，由法院根據實際情況作出判決。

六、 承租人擅自轉讓或處分租賃設備之情形。

依《審理融資租賃規定》第 10 條規定，在租賃合同履行完畢之前，承租人未經出租人同意，將租賃物進行抵押、轉讓、轉租或投資入股，其行為無效，出租人有權收回租賃物，並要求承租人賠償損失。因承租人的無效行為給第三人造成損失的，第三人有權要求承租人賠償。

惟 2007 年 10 月 1 日起《物權法》施行後，上述規定因與《物權法》關於善意取得的相關規定相衝突而 2008 年 12 月 24 日廢止失效。故臺商若為出租人時，為了有效保障自身財產權，應搭配「融資租賃登記制度」，以避免第三人善意取得，承租人又無財產可供賠償時之求償無門的困境。

七、 涉訟時管轄法院

《審理融資租賃規定》第 3 條規定，融資租賃合同糾紛案件的當事人，可以協議選擇與爭議有實際聯繫地點的法院管轄。當事人未選擇管轄法院的，應由被告住所地或合同履行地法院管轄。租賃物的使用地為融資租賃合同的履行地。《審理融資租賃規定》第 4 條規定，涉外融資租賃合同糾紛案件的當事人可以協議選擇處理合同爭議所適用的法律；當事人沒有選擇的，適用承租人所在地的法律。

建議臺商在訂定為融資租賃合同時，一併將紛爭解決地法院及準據法一併訂入融資租賃合同中，事先取得先機，以保障臺商權利及預防風險。

八、 訴訟時效

《關於審理融資租賃合同糾紛案件若干問題的規定》第 21 條規定，融資租賃合同當事人請求法院保護其權利的訴訟時效應適用《中華人民共和國民法通則》第一百三十五條的規定。《民法通則》第 135 條規定，向人民法院請求保護民事權利的訴訟時效期間為二年，法律另有規定的除外。

因此臺商，應特別注意融資租賃合同所生請求權之短期訴訟時效規定。

九、範例：

融資租賃合同[78]

出租方（甲方）：地址：_____電話：_____傳真：_____銀行帳戶號：____

承租方（乙方）：地址：_____電話：_____傳真：_____銀行帳戶號：____

甲乙雙方同意按照下列條款簽訂本租賃合同(以下簡稱“合同”)以資共同遵守：

第一條 合同依據和租賃物件

甲方根據乙方租賃委託書的要求，買進_____（以下簡稱租賃物件）出租給乙方使用。租賃物件的名稱、規格、型號、數量和使用地點詳見本合同附表第1、5項，該附表為本合同不可分割的組成部分。

第二條 租賃物件的所有權

1．在租賃期內，附表所列租賃物件的所有權屬於甲方。乙方對租賃物件只有使用權，沒有所有權。乙方不得在租期內對租賃物件進行銷售、轉讓、轉租、抵押或採取其它任何侵犯租賃物件所有權的行為。

2．在租賃期滿後，甲方可同意乙方續租或按附表第11項所列名義貨價將租賃物件售與乙方。名義貨價同最後一期租金一併支付。名義貨價交清後，該租賃物件的所有權隨時轉歸乙方。

第三條 租金的計算和支付

1．租金以租賃物件的總成本為基礎計算。租賃物件的總成本包括租賃物件的價款、海運費、保險費和融資利息（融資利息從甲方支付或甲方實際負擔之日起計算）及銀行費用等。總成本是甲方用外匯和人民幣分別支付上述全部金額、費用的合計額。

2．租金用美元額度支付時：

乙方應在簽訂本合同後的30天內將本合同預計所需要的美元額度採用銀行劃撥的方式_____次劃入甲方中國銀行總行營業部的美元額度戶頭。

[78] 法律教育網，http://www.chinalawedu.com/news/19000/195/2009/1/ji54465533942190021034 0-0.htm。

租金用甲方向國外支付租賃物件價款的同一貨幣計價。在每期對國外支付的租金的當月按中國銀行的外匯牌價兌換成美元，並以貿易內部結算價格（1 美元兌換_____元人民幣）同乙方結算。乙方用人民幣支付租金，由甲方通過中國人民銀行向乙方托收。

3．租金直接用外幣支付時：

租金用租進或購進租賃物件的同一貨幣計價和支付。

每期租金，由乙方在規定的支付日期內直接匯入甲方在中國銀行總行營業部的帳戶。

美元帳號：_____；日元帳號：_____；歐元帳號：_____。

4．租金用調劑美元支付時：

租金用甲方向國外支付租賃物件價款的同一貨幣計價。在每期對國外支付租金的當日按中國銀行的外匯牌價兌換成美元，並以中國銀行調劑美元價格（1 美元兌換_____元人民幣）同乙方結算。

乙方用人民幣支付租金，由甲方通過中國人民銀行向乙方托收。

第四條 租金的變更和罰款利息

1．在租賃期內，由於我國政府或租賃物件出口國政府增減有關稅項、稅率等因素必須變更租金時，甲方用書面通知乙方這種變更並提出新的實際租金，乙方承認這種變更。

2．租賃物件的總成本與其概算租金不符時，甲方在租賃物件全部交貨後，用書面通知乙方實際租金的金額，並以此金額為准對概算租金作出相應的變更，乙方承認這種變更。

3．乙方延遲支付租金時，甲方將按照延付時間計算，每日加收延付金額的萬分之五的利息。

第五條 租賃物件的交貨和驗收

1．租賃物件在附表第 4 項所列的卸貨港（以下簡稱交貨地點），由甲方（或其代理人）向乙方交貨。因政府法律、不可抗力和延遲運輸、卸貨、報關等不屬於甲方責任而造成租賃物件延遲交貨時，甲方不承擔責任。

2．租賃物件運達安裝或使用地點後，乙方應在 30 天內檢查租賃物件，同時將簽收蓋章後的租賃物件的驗收收據交給甲方。

3．如果乙方未按前項規定的時間辦理驗收，甲方則視為租賃物件已在完整狀態下由乙方驗收完畢，並視同乙方已經將租賃物件的驗收收據交付給甲方。

4．如果乙方在驗收時發現租賃物件的型號、規格、數量和技術性能等有不符、不良或瑕疵等情況屬於賣方的責任時，乙方應在接貨後 90 天內從中國商品檢驗局取得商檢證明並應立即將上述情況用書面通知甲方。甲方將根據與賣方簽訂的購貨協定規定的有關條款協助乙方對外進行交涉，辦理索賠等事宜。

第六條 品質保證及事故處理

1．租賃物件的品質保證條件同甲方與賣方簽訂的購貨協定中的品質保證條件相符。如果在品質保證期內發生品質問題屬於賣方責任時，甲方同意將購貨協議規定的索賠權轉讓給乙方，並協助乙方辦理索賠事宜。當需要賣方派人來華時，甲方負責辦理邀請外商來華的手續。

2．在租賃期內，因乙方責任事故致使租賃物件遭受損失時，乙方應對此承擔全部賠償責任。

3．如發生以上任何情況，都不影響本合同的繼續執行和效力。

第七條 租賃物件的使用、維修、保養和費用

1．租賃物件在租賃期內由乙方使用。乙方應負責日常維修、保養，使設備保持良好狀態，並承擔由此產生的全部費用。

2．租賃物件在安裝、保管、使用等過程中致使第三者遭受損失時，由乙方對此承擔全部責任。

3．租賃物件在安裝、保管、使用等過程中發生的一切費用、稅款，均由乙方負擔。

第八條 租賃物件的損壞和毀滅

1．乙方承擔在租賃期內發生的租賃物件的毀損（正常損耗不在此限）和滅失的風險。

2．在租賃物件發生毀損或滅失時，乙方應立即通知甲方，甲方可選擇下列方式之一由乙方負責處理並承擔其一切費用：

（1）將租賃物件復原或修理至完全能正常使用的狀態；

（2）更換與租賃物件同等型號、性能的部件或配件，使其能正常使用；

（3）當租賃物件滅失或毀損至無法修理的程度時，乙方應按附表第 9 項規定的預定損失金額，賠償甲方。

第九條 租賃物件的保險

1．FOB 或 C&B 條件交貨時，由甲方辦理租賃物件的進口運輸保險手續。

2．租賃物件自運抵乙方安裝或使用地點之日起由甲方向中國人民保險總公司投保財產險（保險期至本合同終結時為止），以應付自然災害所引起的租賃物件的毀損風險。

3．在租賃期間，如發生保險事故，乙方應立即通知甲方和中國人民保險總公司在當地的分公司，並向甲方提供檢驗報告和有關資料，會同甲方向中國人民保險總公司索賠。

本條各項保險費均計入總租金內用外幣支付，由乙方負擔。

根據第八條應由乙方支付給甲方的款項，可在保險賠償金內減免抵償。

第十條 租賃保證金

1．本合同一經簽訂乙方即向甲方支付附表第 8 項規定的租賃保證金，作為履行本合同的保證。

2．租賃保證金不計利息，在租賃期滿時歸還乙方或抵最後一期租金的全部或一部分。

3．乙方違反本合同任何條款時，甲方將從租賃保證金中抵扣乙方應支付給甲方的款項。

第十一條 違反合同時的處理

1．除本合同第四條所規定的條款外，未經對方書面同意，任何一方不得中途變更或解除合同。任何一方違反本合同將按我國《合同法》的有關條款處理。

2．乙方如不支付租金或違反本合同的任何條款時，甲方有權採取下列措施：

（1）要求乙方及時付清租金或其它費用的全部或一部分。

（2） 終止本合同，收回或要求歸還租賃物件，並要求乙方賠償甲方的損失。

3．租賃物件交貨前，由於乙方違反本合同而給甲方造成的一切損失，乙方應負責賠償。

第十二條 經濟擔保

乙方委託_____為本合同乙方的經濟擔保人，不論發生何種情況乙方未按照本合同附表的要求支付租金時，乙方經濟擔保人將按《合同法》及《擔保法》的規定承付乙方所欠租金。

第十三條 爭議的解決

1．有關本合同的一切爭議，甲乙雙方及乙方的經濟擔保人應首先根據我國《合同法》等法規的有關條款來解決。如不能解決時，提請人民法院裁決。

2．甲方與外商簽訂的購貨協定或租賃合同需要仲裁時乙方有責任提供的資料並協助甲方對外進行交涉。

第十四條 本合同的附件

本合同附件是本合同不可分割的組成部分，與本合同正文具有同等法律效力。本合同附件；

1．租賃合同附表（略）；

2．租賃委託書及附表（略）；

3．租賃設備確認書（略）；

4．甲方購貨協定副本（協定號：_____（略）；

5．乙方租金償還擔保與還款計畫書（略）。

第十五條 其它

1．本合同正本一式二份，自甲乙雙方簽章後生效，雙方各執一份正本為憑。合同副本除乙方經濟擔保人必須持一份外，其它需要份數由雙方商定。

2．對本合同內容的任何修改、補充或變更（除第四條外）須採用書面形式，經雙方加蓋公章後正式生效。本合同修改、變更部分應視為本合同不可分割的組成部分。經雙方確認的往來信函、傳真、電子郵件等，將作為本合同的組成部分，具有合同的效力。

甲方：_____（章）

經理：_____業務員：_____

乙方：_____（章）

代表：_____

_____年____月____日

第六章　經銷合同

一、 經銷商不僅僅持有貨品，更進一步擁有所販賣物品的所有權，所以其不同於「業務代表」；經銷商通常並不被認為是製造商的代理人，通常僅代表自己的行為。傳統上，多是向製造商購買貨品，加上邊際效益，再轉售出去[79]。

二、 製造商與經銷商間的關係往往靠一經銷合約予以界定，所以經銷合約須包括下述內容：

（一） 指派：指派經銷商的經銷地區；

（二） 契約期限；

（三） 雙方的關係；

（四） 經銷商的義務；

（五） 製造商的義務；

（六） 貨品的訂單；

（七） 保固責任；

（八） 價格及付款條件；

（九） 損害賠償；

（十） 智慧財產權；

（十一） 專賣經銷權的終止；

（十二） 契約終止時產品的購回；

（十三） 契約權利的讓與等[80]。

[79] 卡拉 C・希比 Karla C. Shippey 著，陳泰和譯：實用商務契約，2000 年 8 月 28 日，中國生產力□ 中心出版，頁 263。

[80] 卡拉 C・希比 Karla C. Shippey 著，陳泰和譯，前揭書，頁 263～277。

三、 範例：

獨家經銷合同書範本

經雙方友好協商，甲方願意委任大眾健康網作為在_____銷售其產品的獨家經銷商。為了明確雙方的權利和義務，特訂立本協議。

甲方：公司（以下簡稱甲方）

地址：

電話：傳真：Email：

乙方：

地址：

電話：傳真：Email：

第一條 雙方關係：在本協議的有效期內，甲方和_____公司的關係純屬賣方和買方的關係。本協定不產生代理權，任何一方不能向第三者代表另一方，若由此而致使另一方受損，則越權的一方須承擔賠償責任和法律責任。

第二條 產品。本協定所稱的產品，系指甲方所製造的產品。

第三條 經銷權甲方給予_____公司在的範圍內以獨家進口並銷售其產品的權利。

第四條 專營權除_____公司外，甲方不得再委任範圍內的其他公司為其經銷商和代理商。

第五條 價格甲方必須向乙方提供最優惠的價格。最優惠的價格即必須低於正常貿易的價格。

第六條 交易方式發生在雙方間的每一筆交易都必須訂立合同，雙方均須受到每一個合同的約束

第七條 賣方責任

一、 自費向乙方提供新產品的樣品，每個樣品為 1-2 個。

二、 同意乙方在進行業務推廣時向客戶介紹甲方的網站，並表明其獨家經銷的身份。

三、 在協議的有效期限內：甲方如獲得專利產品的註冊、或商標、或其他商業標誌，均須立即向乙方提供。

四、 甲方必須將希望與其建立商業關係的境內新客戶轉給乙方。

五、 不斷提供有助於推銷產品的意見和資料。

第八條 經銷商責任

一、 自費維持一個有經營能力的機構，切實地為甲方推銷產品。

二、 自費參加一些交易會或製作為了推銷甲方產品的網站、目錄等廣告物。

三、 在本協議的有效時限內，第一年的每個月的交易額必須達到萬元，以後每年遞增 20%。

四、 向甲方提供一個由甲方認可的銀行為結算銀行。

五、 不得購買和銷售其他公司的同類產品

六、 不斷地向甲方提供國內相關的商業情報

第九條 有效時限本協議自_____生效，有效期為___年。期滿前三個月內，雙方如未能在續簽本協定上達成一致，則本協定在期滿時自動失效，雙方再不受其約束。

第十條 違約本協議的任何一方發生了違約行為，另一方得以書面的形式通知其糾正。如若違約一方在三個月內仍未糾正其違約行為，則另一方有權中止本協議。

第十一條 一般條款

一、 不可抗力：本協議的任何一方如遭遇到所力不能及的事由，以致全部或部份無法履行本協議，則可在下列範圍內免除其責任。如：火災、水災、海嘯、地震、雷擊、颱風、旋風、疫病、爆炸、機械事故、戰爭、暴亂、制裁、勞工糾紛或政府的政策性行為，或其他的確實非人力所能抗拒的原因。但一方必須將得到政府或有關機構證明的不可抗力原因的書面通知，以最快的速度送達另一方並直到另一方確認收到該通知時為止。

二、 轉讓：本協議在任何一方在未徵得另一方以書面的方式明確表示同意之前，任何涉及本協議所規定的權利和義務的轉讓均屬無效。

三、 商業機密本協議的任何一方均不得在有效期內及期滿的一年內向第三者洩漏雙方之間的商業秘密，若由此而造成另一方的利益損失，則另一方有追索洩漏商業秘密一方的經濟責任的權利。

四、 仲裁凡因本協議或其相關的事情而導致爭執時，雙方應當友好協商解決，解決不成，應提請中國貿易促進委員會進行仲裁，該仲裁是終局的，雙方由於進行仲裁而發生的合理費用均由敗訴方負擔。

五、 協定文本本協定以英文和中文兩種文字書，就如若兩種文字在字義上產生抵觸時，必須按照兩種文字的意義做出折中判斷。本協議一式份，雙方各執一份。本協議經雙方簽字後將於所約定的時間生效。

簽訂地點

甲方　乙方

年　月　日[81]

[81] http://www.dzjkw.com/html/30100355/26725.html。

第七章　借款合同

一、 前言：

臺商赴中國大陸投資，不論是投資或購置不動產，往往會與銀行機構打交道借貸的必要，此時即涉及訂立「借款合同」。按大陸《合同法》第 196 條規定：「借款合同」是借款人向貸款人借款，到期返還借款並支付利息的合同。而訂立借款合同時，其內容至少包括借款種類、幣種、用途、數額、利率、期限和還款方式等條款（參見大陸《合同法》第 197 條第 2 款）。

二、 借款合同的條款：

（一）借款的種類：即依借款的用途而定；

（二）借款的用途：大陸《合同法》規定，借用人必須按約定的借款用途使用貸款。如果借款人未按照約定的借款用途使用借款的，貸款人可停止發放借款、前收回借款或者解除合同（參見大陸《合同法》第 203 條）；所以，合同中必然要對借款的用途加以訂明；

（三）借款的金額：此屬一般合同中的「數量條款」；

（四）借款期限：即借款的返還期限；

（五）還款資金來源及還款方式：還款方式如：一次性還本付息或分期返還；

（六）擔保條款：按大陸《合同法》第 198 條規定，訂立借款合同，貸款人可以要求借款人提供「擔保」；擔保依照大陸《擔保法》的規定；

（七）借款的利率：按大陸《合同法》第 204 條規定：「辦理貸款業務的金融機構」貸款的利率，應當按照「中國人民銀行」規定的貸款利率的上下限確定。中國大陸貸款基準利率由「中國人民銀行總行」制訂，各專業銀行可以在此基礎上上下浮動 20%左右，利率可分「固定資產貸款利率」和「流動資金貸款利率」兩大類[82]；

（八）違約責任：可以於合同內約定「違約金」；

[82] 陳伯禮等編著：合同訂立技巧與合同範本，2002 年 3 月第二次印刷，遼寧人民出版社出版發行，頁 565。

（九）爭議的解決方式：如透過「仲裁」或「訴訟」；又採用「訴訟」時，也可約定「合意管轄法院條款」；

（十）當事人約定的其他條款[83]。

三、 擔保方式的運用：

臺商須瞭解辦理貸款業務的金融機構為了確保債權，一般會注意下述問題：1、借款人的資格；2、加強對借款人信用度的調查、分析；3、擔保方式的選用。所以，「擔保」相當重要。一般有以「擔保合同」做為借款合同的「從合同」，譬如：

（一）保證擔保合同：即由第三人為借款合同提供保證，此又可分為「一般保證」和「連帶保證」兩種形式。

（二）物權擔保合同：包括「抵押」、「質押」、「留置」擔保[84]。

四、 大陸地區設立的臺資企業間的借款問題

臺商根據中國大陸地區的法律、法規設立公司，取得中國大陸地區的企業法人資格，應依照該企業的性質遵守大陸相關的法律、法規進行經營活動。大陸地區《公司法》第十一條第三款規定：公司應當在登記的經營範圍內從事經營活動。雖然 1999 年大陸最高人民法院關於適用《合同法》若干問題的解釋（一）中第十條規定，當事人超越經營範圍訂立合同，人民法院不因此認定合同無效。但違反國家限制經營、特許經營以及法律、行政法規禁止經營規定的除外。由於貨幣經營屬於國家特許經營的範圍，因此非金融機構的企業與其他企業間簽訂的「借款合同」是無效的。

大陸地區對非金融企業向其他企業借款的性質界定一直沒有以法律條文的形式出現。最早涉及該方面內容的是 1990 年大陸最高人民法院發佈的法（經）發（1990）27 號《關於審理聯營合同糾紛案件若干問題的解答》中第 4 條第 2

[83] 寧致遠主編：中國律師文書範本，1999 年 7 月第二版第一次印刷，中國民主法制出版社出版發行，頁 840～841；陳伯禮等編著：前揭書，頁 554～556；劉金華編著：合同書與協議書寫作，2002 年 4 月第一版第二次印刷，中國法制出版社出版，頁 36～37。

[84] 參見劉金華編著：前揭書，頁 37；陳伯禮等編著：前揭書，頁 566。

款規定：「企業法人、事業法人…明爲聯營，實爲借貸，違反了有關金融法規，應當確認合同無效。除本金可以返還外，對貸款人已取得或約定取得的利息應於收繳，對另一方則應處於相當銀行利息的罰款」隨後，大陸最高人民法院於 1996 年發佈的法複(1996)2 號《關於企業相互借貸的合同出借方尚未取得的約定利息，人民法院應當如何裁決的問題的解答》中也規定了：對企業間相互借貸的出借方或明爲聯營，實爲借貸的出資方尚未取得約定利息，人民法院應當依法向借款方收繳。

由此可見，中國大陸地區對非金融企業與其他企業間的「借款合同」是界定爲「無效」的。因此臺資企業無論是出借方還是借款方都應該注意防範風險，不要簽訂無效合同，否則出借方約定的利息無法獲得法律支持，僅能請求返還本金，而合同中約定的利息則由人民法院向借款方「沒收」或「追繳」。

五、 大陸地區設立的臺資企業與大陸自然人的借款問題

在中國大陸設立的「臺資企業」具有「中國法人」主體資格，其與公民間的借款合同之效力在中國大陸地區是認可的；相關的法律法規及司法解釋如下：

中國大陸 1987 年頒佈執行的《民法通則》第 90 條規定「合法的借貸關係受法律保護」。1991 年 7 月 2 日大陸最高人民法院審議通過法(民)發(1991)第 21 號《關於人民法院審理借貸案件的若干規定》中明確了：公民之間的借貸、公民與法人之間的借貸、公民與其他組織之間的借貸是合法的。1999 年 1 月 26 日，最高人民法院發佈了《關於如何確認公民與企業之間借貸行爲效力問題的批復》，批復意見爲：公民與非金融企業之間的借貸屬於「民間借貸」。只要雙方當事人意思表示真實即可認定有效。但是，具有如下情形的應當認定無效：（一）企業以借貸名義向職工非法集資；（二）企業以借貸名義非法向社會集資；（三）企業以借貸名義向社會公衆發放貸款；（四）其他違反法律、行政法規的行爲。同時該批復還特別強調：如果雙方當事人約定的借貸利率超過銀行同期同類貸款

利率四倍的，則按照大陸最高人民法院法（民）發（1991）21 號《關於人民法院審理借貸案件的若干意見》的有關規定辦理[85]。

六、 大陸境內設立的臺資企業與在臺灣設立的企業、臺商自然人間的借款問題

中國大陸地區對企業間的借貸關係的限制是指借款合同的雙方都是中國大陸境內設立的非金融機構的企業。如果借貸雙方中任何一方是外國企業、法人、單位、經濟組織，則不受上述司法解釋的限制。

在大陸地區港、澳、臺的資金都視同爲「外資」處理。因此，若在大陸設立的臺資企業因資金緊張，向在臺灣設立的企業舉債的話，則不受上述借款合同無效之限制。但是大陸地區以外的企業、法人及單位借款給在中國大陸設立的臺資企業的行爲在大陸地區構成了「境外債務」，則必須根據中國大陸地區外匯管理法令的有關規定申請「境外借款」，經核准後該舉債方爲合法有效的。

七、 範例

借款合同

借款方：_____（簡稱甲方）

貸款方：_____銀行（簡稱乙方）

甲方為承包_____國（地區）_____工程項目所需人民幣周轉資金，經乙方審查，同意在_____銀行總行_____號檔核定的貸款指標範圍內發放貸款。雙方除遵守《_____銀行關於中央級對外承包工程公司貸款辦法》（以下簡稱《貸款辦法》）的規定外，協商同意下列各項內容，簽訂本合同，共同遵守。

一、 乙方同意根據批准的貸款申請書，貸給甲方人民幣（大寫）_____元。

二、 乙方憑甲方報送的詳細用款計畫和具體用途清單，作為付款時審核依據，並作為本合同的附件。

[85] 大陸《關於人民法院設立借貸案件的若干意見》中第 6 條規定：民間借貸的利率可以適當高於銀行的利潤，各地人民法院可以根據本地區的實際情況具體掌握，但最高不得超過銀行同類貸款利率的四倍（包括利率本數）。超過此限度的，超出部分的利息不予保護。

三、 乙方提供貸款的期限是_____年_____個月。甲方保證從簽訂合同之日起至_____年_____月_____日止，還清全部本息，並附分次還款具體計畫作為本合同的附件。

四、 貸款利息在合同規定還款期內，按月息_____‰計算。超過還款期限，逾期部分加收_____%利息；貸款被挪作其他用途的，挪用部分加收_____%利息。貸款利息每季計收一次。

五、 乙方提供貸款的專案，如果甲方中止對外施工合同，應即通知乙方，並還清貸款本息。

六、 甲方擔保人是_____。甲方到期不能如數歸還時，由甲方的擔保人負連帶清償責任。

七、 本合同經甲乙雙方和甲方擔保單位簽章後生效，至全部貸款本息還清後失效。合同一式_____份，上述三方各執_____份。

甲方（蓋章）：_____乙方（蓋章）：_____

法定代表人（簽字）：_____ 法定代表人（簽字）：_____

_____年____月____日_____年____月____日

簽訂地點：_____簽訂地點：_____

擔保單位（蓋章）：_____

法定代表人（簽字）：_____

_____年____月____日

簽訂地點：_____[86]

[86] http://www.diyifanwen.com/fanwen/jiekuanhetong/201010742246482386510.htm。

第八章　承攬合同

一、 承攬合同是指承攬人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人給付報酬的合同（參見大陸《合同法》第 251 條）。而依大陸《合同法》第 252 條規定，承攬合同的內容包括承攬的標的、數量、質量、報酬、承攬方式、材料的提供、履行期限、驗收標準和方法等條款。

二、 除前述內容之外，下述內容亦可於承攬合同內約定：

（一）主要工作能否交由第三人完成：

承攬工作中的「輔助工作」承攬人固可將之交由第三人完成（參見大陸《合同法》第 254 條前段）；但承攬工作中的「主要工作」，原則上承攬人應以自己的設備、技術和勞力加以完成，當事人另有約定的除外（參見大陸《合同法》第 253 條第 1 款）。所以，如有上述約定時，應於合同內訂明。

（二）定作人的協助：

承攬工作有時需要定作人的協助，究竟有哪些工作需要定作人的協助，雙方可以於合同內訂明，一旦訂明；則承攬人可以依大陸《合同法》第 259 條第 1 款：「承攬工作需定作人協助的，定作人有協助的義務」的規定，向定作人主張。

（三）留置權：

大陸《合同法》第 264 條規定：「定作人未向承攬人支付報酬或者材料費等價款的，承攬人對完成的工作成果享有留置權，但當事人另有約定的除外。」依上述規定，定作人亦可不同意承攬人對完成的工作成果享有「留置權」；但必須事先與承攬人於承攬合同中訂明。

（四）爭議的解決：

定作人與承攬人如因合同的履行發生爭議，究竟是透過「訴訟」或「仲裁」解決？如透過訴訟，可以於合同內約定「合意管轄法院」的條款；如透過仲裁，則必須於合同內訂明「仲裁條款」[87]。

[87] 李永然，跟著律師訂契約「大陸經商契約」，永然文化出版股份有限公司，2002 年 10 月，頁 152-153。

三、 範例

承攬合同[88]

簽訂日期：_____年____月____日

承攬方（全稱）：_____

定作方（全稱）：_____

經雙方協商，簽訂本合同，以資共同信守。

1. 品名、規格、數量、價格、交提貨日期

   品名

   規格

   單位

   數量

   單價

   金額

   分期交（收）貨數量

   超欠幅度%

   總金額（大寫） 佰 拾 萬 仟 佰 拾 元 角 分$_____

2. 質量標準、驗收方法及地點：_____

3. 原材料來源及互利方法：_____

4. 交（收）貨方法、地點及運雜費負擔：_____

5. 貨款結算時間及方法：_____

6. 包裝要求及包裝物回收辦法、費用負擔：_____

7. 違約責任：_____

8. 其他：_____

9. 不可抗力_____

10. 本合同自簽訂之日起，雙方蓋章簽字後生效。

[88] 法律教育網，http://www.chinalawedu.com/new/19000a194a2012/2012113yishua14959.shtml。

11. 本合同在有效期內任何一方違約，雙方都有權向仲裁機關提出書面申訴，要求調解、仲裁處理。
12. 本合同正本兩份，雙方各執一份_____
13. 本合同有效期自_____年____月____日至_____年____月____日止。

承攬人：

法人委託書號碼_____

營業執照號碼

定作人：

法人委託書號碼_____

營業執照號碼

承攬人：

法定代表人：

開戶銀行：

帳號：

電話號碼：

住址：

定作人：（蓋章）

法定代表人：

開戶銀行：

帳號：

電話號碼：

住址：

第九章　貨物運輸合同

一、 定義與特徵[89]

貨物運輸合同，是承運人將貨物從起運地運輸到目的地，由託運人或收貨人支付運輸費用的合同。貨物運輸合同具有如下特徵：

（一） 運輸合同表現形式多樣，包括貨運合同、多式聯運合同等。

（二） 運輸合同是雙務、有償的合同，並且大多是格式合同。

（三） 運輸合同的客體是承運人將貨物運送到目的地的運輸行為。

二、 託運人的告知義務[90]

（一）貨運合同應當採用書面形式，託運人發出的要約也應當採用書面形式。因貨運合同是格式合同，託運人辦理託運手續時，一般首先需填寫託運單。

託運單是合同的組成部分，儘管是承運人事先印刷好的，但託運單上記載的項目必須由託運人填寫。因此，已經由託運人填寫好的託運單可視為託運人向承運人發出的要約。託運單一般也包括收貨人的名稱或者姓名或者憑指示的收貨人、收貨地點、貨物的性質、重量、數量等有關貨物運輸的必要情況。

（二）承運人根據託運人提出的要約內容或者是在託運單上填寫的內容來決定是否同意為託運人運輸，經審查同意的，即在要約規定的期限內向託運人作出承諾，託運人以填寫託運單的形式發出要約的，承運人可以在託運單上簽署同意運輸的意見，一般而言，承運人在對欲運輸的貨物查驗後，認為託運人交付的貨物與託運單上填寫的內容一致時，才簽發託運單。

（三）因託運人在辦理運輸手續時向承認人表明的有關收貨人的名稱或者姓名或者憑指示的收貨人、收貨地點、貨物的性質、重量數量等有關貨物運輸的必要情況是貨運合同的重要內容，將成為承運人履行其運輸

[89] 王懷祿主編，新編合同範本全書，中國法制出版社，2011 年 1 月第 1 版，頁 308。

[90] 謝玲玉主編，中華人民共和國合同法註解與配套，中國法制出版社，2008 年 9 月第 1 版，頁 203-204。

義務和承擔運輸責任的依據，故託運人表明的內容必須真實、準確，不得有任何隱瞞、遺漏、虛假的陳述。

（四）如果因託運人申報不實或者遺漏重要情況，造成承運人損失的，託運人應當承擔損害賠償責任。託運人承擔損害賠償責任時，不以託運人對申報不實或遺漏重要情況是否存有過錯為條件。

三、 相關法條

（一） 大陸《合同法》第 290 條規定：「運輸合同是承運人將旅客或者貨物從起運地點運輸到約定地點，旅客、託運人或者收貨人支付票款或者運輸費用的合同。」。

（二） 大陸《合同法》第 306 條規定：「託運人應當按照約定的方式包裝貨物。對包裝方式沒有約定或者約定不明確的，適用本法第一百五十六條的規定。託運人違反前款規定的，承運人可以拒絕運輸。」。

（三） 大陸《合同法》第 311 條規定：「承運人對運輸過程中貨物的毀損、滅失承擔損害賠償責任，但承運人證明貨物的毀損、滅失是因不可抗力、貨物本身的自然性質或者合理損耗以及托運人、收貨人的過錯造成的，不承擔損害賠償責任。」。

（四） 大陸《合同法》第 312 條規定：「貨物的毀損、滅失的賠償額，當事人有約定的，按照其約定；沒有約定或者約定不明確，依照本法第六十一條的規定仍不能確定的，按照交付或者應當交付時貨物到達地的市場價格計算。法律、行政法規對賠償額的計算方法和賠償限額另有規定的，依照其規定。」。

四、 運輸合同陷阱防範[91]

（一）運輸合同通常是格式合同，託運人和承運人的權利義務都是由法律或者承運人的規章來規定的，承運人和託運人之間資訊不對等，因此託運人需要詳細瞭解自身的權利與義務，以免落入合同陷阱中。運輸合

[91] 王懷祿主編，新編合同範本全書，中國法制出版社，2011 年 1 月第 1 版，頁 315。

同中特別應加以注意者包括：運費的收取遲到期限、限額賠償的標準、聲明價值的收費標準、發生意外事故如何處理等，在簽訂合同前都必須事先予以瞭解。

(二) 在貨運合同的交接環節上，一定不能疏忽大意，必須要有書面的簽字，託運人交付或務實，應當要求收貨人簽字確認；而承運人接受貨物時，也應要求託運人簽字確認；收貨人接受貨物時，要經過當事人的簽字認可。

(三) 如果是託運價值較高的貨物，要注意運輸保險，託運人在聲明價值運輸或者投保貨物運輸險兩種方式中任選其一，一旦發生貨物損失的情況，都能夠獲得足額的補償。

五、 範例

貨物運輸合同

訂立合同雙方：

托運人：_____

承運人：_____

托運人詳細地址：_____

收貨人詳細地址：_____

根據國家有關運輸法律法規的規定，雙方經充分協商，就_____(貨物名稱)運輸事宜達成如下協定：

一、 貨物名稱、規格、數量、價款(可以列表寫明，也可以用文字直接表述)。

二、 貨物的包裝(寫明包裝的條件、標準等內容)。

三、 貨物的起運地點：_____

貨物的到達地點：_____

四、 貨物承運日期：_____

貨物運輸期限：_____

五、 貨物運輸品質及安全要求：_____

六、 貨物的裝卸責任及方法：_____

七、 收貨人領取貨物及驗收辦法：_____

八、 運輸費用及結算方式：_____

九、 托運人是否聲明價格，是否辦理貨物運輸保險：_____

十、 雙方當事人的權利義務：_____

十一、 違約責任：_____

十二、 本合同一式_____份，合同雙方各執一份，送_____單位存查_____份。

十三、 本合同自雙方簽字之日起生效。

托運人(章)： 承運人(章)：

代表人(簽名)： 代表人(簽名)：

地址： 地址：

電話： 電話：

開戶銀行： 開戶銀行：

帳號： 帳號：

簽訂日期： 年月日

第十章　技術合同

一、 大陸臺商從事高科技或生物科技，往往涉及「技術」的研發、轉讓、授權、諮詢或服務，此時即有訂立「技術合同」的必要。

大陸臺商想在技術合同的訂立，能立於不敗之地，勢必要注重「法律」。大陸《合同法》於第十八章中，以專章規定「技術合同」。

所謂「技術合同」是當事人就技術開發、轉讓、諮詢或者服務訂立的確立相互間權利和義務的合同（參見大陸《合同法》第 322 條）。

大陸臺商於訂立技術合同時，應注意以下三點[92]：

（一） 認識技術合同的種類

共分以下四大類，即：

1. 技術開發合同：是指當事人之間就新技術、新產品、新工藝或者新材料及其系統的研究開發所訂立的合同。此類合同又包括「委託開發合同」和「合作開發合同」。此類合同為「要式合同」，應採用「書面」形式訂立（參見大陸《合同法》第 330 條）。
2. 技術轉讓合同：其包括「專利權轉讓合同」、「專利申請轉讓合同」、「技術秘密轉讓合同」及「專利實施許可合同」，這類合同也是「要式合同」，應當採用「書面」形式訂立（參見大陸《合同法》第 342 條）。
3. 技術諮詢合同：其包括就特定技術項目提供可行性論證、技術預測、專題技術調查、分析評價報告等合同（參見大陸《合同法》第 356 條第 1 款）。
4. 技術服務合同：此乃指當事人一方以「技術知識」為另一方解決特定技術問題所訂立的合同，不包括「建設工程合同」和「承攬合同」（參見大陸《合同法》第 356 條第 2 款）。

[92] 李永然，大陸臺商訂立技術合同的法律須知，http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=大陸臺商訂立技術合同&idno=5899&keywords=技術合同。

（二） 注意訂立技術合同的主要條款

技術合同固有前述的四大類，而訂立技術合同時，相關條款的周延性甚為重要。大陸《合同法》第 324 條，容許當事人自由約定合同內容，然仍規定應注意的相關條款：

1. 項目名稱；
2. 標的內容、範圍和要求；
3. 履行的計畫、進度、期限、地點、地域和方式；
4. 技術情報和資料的保密；
5. 風險責任的承擔；
6. 技術成果的歸屬和收益的分成辦法；
7. 驗收標準和方式；
8. 價款、報酬或者使用費及其支付方式；
9. 違約金或者損失賠償的計算方法；
10. 解決爭議的方法；
11. 名詞和術語的解釋。

雖大陸《合同法》第 324 條列有「技術合同」的一般條款供參考，而實務上往往會因不同的技術合同，而有不同的著重點。就以「專利權轉讓合同」為例，則其條款應注意以下各點：(1)項目名稱；(2)發明創造名稱和內容；(3)專利申請日、申請號、專利號和專利權的有效期限；(4)專利實施和實施許可的情況；(5)技術情報和資料的清單；(6)價款及其支付方式；(7)違約金或者損害賠償的計算方法；(8)爭議的解決辦法[93]。

（三） 注意權益的確保

因訂立技術合同，而遭他人詐欺之情形，時有所聞，想訂立技術合同，而又能確保自身權益，應注意以下七點：(1)選擇並調查簽約對象；(2)瞭解對方當事人的資格；(3)應進行必要的可行性研究；(4)應齊備相關合同的條

[93] 參見徐杰、趙景文主編：合同法教程，頁 540，2000 年 1 月第 1 版，法律出版社出版發行。

款；(5)注意擔保的運用及其合法性；(6)合同的內容應合法；(7)加強企業的內部管理[94]。

二、 範例

技術開發合同[95]

專案名稱：_____

委託方：_____

（甲方）

研究開發方：_____

（乙方）

簽訂地點：_____省_____市（縣）

簽訂日期：_____年____月____日

有效期限：_____年____月____日至_____年____月____日

依據大陸《合同法》的規定，合同雙方就_____專案的技術開發，經協商一致，簽訂本合同。

1. 合同標的技術的內容、形式和要求：

2. 應達到的技術指標和參數：

3. 研究開發計畫：

4. 研究開發經費、報酬及其支付或結算方式：

(1) 研究開發經費是指完成本項研究開發工作所需的成本；報酬是指本專案開發成果的使用費和研究開發人員的科研補貼；

本專案研究開發經費及報酬：_____元

其中：甲方提供_____元

如開發成果實報實銷，雙方約定如下：

(2) 經費和報酬支付方式及時限（採用以下第_____種方式）：

[94] 參見李建平主編：合同簽訂技巧與反欺詐，頁 784～790，2001 年 6 月第 2 版，中國方正出版社出版發行。

[95] 法律教育網，http://www.chinalawedu.com/new/19000a199a2011/2011216lifei164724.shtml。

2.1 一次總付：_____元，時間：_____

2.2 分期支付：_____元，時間：_____

2.3 按利潤：_____元，時間：_____

2.4 按銷售額：_____%提成，期限：_____

2.5 其他方式：_____%提成，期限：_____

5. 利用研究開發經費購置的設備、器材、資料的財產權屬：

6. 履行的期限、地點和方式：

本合同自_____年____月____日至_____年____月____日在_____（地點）履行。

本合同的履行方式：

7. 技術情報和資料的保密：

8. 技術協作和技術指導的內容：

9. 風險責任的承擔：

在履行本合同的過程中，確因在現有水準和條件以難以克服的技術困難，導致研究開發部分或全部失敗所造成的損失，風險責任由____承擔。（1.乙方；2.雙方；3.雙方另行商定）

經約定，風險責任甲方承擔_____%

乙方承擔_____%

本專案風險責任確認的方式爲：

10. 技術成果的歸屬和分享：

(1) 專利申請權：

(2) 非專利技術成果的使用權、轉讓權：

11. 驗收的標準和方式：

研究開發所完成的技術成果，達到了本合同第二條所列技術指標，按_____標準，採用_____方式驗收，由_____方出具技術專案驗收證明。

12. 違約金或者損失賠償額的計算方法：

違反本合同約定，違約方應當按合同法規定承擔違約責任。

（1） 違反本合同第_____條約定，_____方應當承擔違約責任，承擔方式和違約金額如下：

（2） 違反本合同第_____條約定，_____方應當承擔違約責任，承擔方式和違約金額如下：

13. 爭議的解決方法：

在本合同履行過程中發生爭議，雙方應當協商解決，也可以請求_____進行調解。

雙方不願協商、調解解決或者協商、調解不成的，雙方商定，採用以下第_____種方式解決。

13.1 因本合同所發生的任何爭議，申請_____仲裁委員會仲裁；

13.2 按司法程式解決。

14. 名詞和術語的解釋：

15. 其他（含仲介方的權利、義務、服務費及其支付方式、定金、財產抵押、擔保等上述條款未盡事宜）：

訂立本合同時注意：

（1） 技術開發合同是指當事人之間就新技術、新產品、新工藝和新材料及其系統的研究開發所訂立的合同。技術開發合同包括委託開發合同和合作開發合同。

（2） 標的技術的內容、形式：

包括開發專案應達到的技術經濟指標、開發目的、使用範圍及效益情況，成果提交方式及數量。

提交開發成果可採取下列形式：

15.2.1 產品設計、工藝規程、材料配方和其他圖紙、論文、報告等技術文件；

15.2.2 磁片、磁帶、電腦軟體；

15.2.3 動物或植物新品種、微生物菌種；

15.2.4 樣品、樣機；

15.2.5 成套技術設備。

(3) 研究開發計畫：

包括當事人各方實施開發專案的階段進度，各個階段要解決的技術問題，達到的目標和完成的期限等。

(4) 技術情報和資料的保密：

包括當事人各方情報和資料保密義務的內容、期限和洩漏技術秘密應承擔的責任。雙方可以約定，不論本合同是否變更、解除、終止，本條款均有效。

(5) 其他

合同如果是通過仲介機構介紹簽訂的，應將仲介合同作爲本合同的附件。如果雙方當事人約定定金、財產抵押及擔保的，應將給付定金、財產抵押及擔保手續的複印件作爲本合同的附件。

(6) 委託代理人簽訂本合同書時，應出具委託證書。

委託方：地址：_____

電話：_____

帳戶：_____

開戶銀行：_____

法定代表人或負責人簽章：_____

研究開發方：地址：_____

電話：_____

帳戶：_____

開戶銀行：_____

法定代表人或負責人簽章：_____

仲介方：地址：_____

電話：_____

帳戶：_____

開戶銀行：_____

法定代表人或負責人簽章：_____

第十一章 保證合同

一、 保證合同是指保證人和債權人約定，當債務人不履行債務時，保證人按照約定履行債務或承擔責任的合同（參大陸《擔保法》第 6 條規定）。而簽訂保證合同應注意以下事項[96]：

（一） 保證合同應採書面形式（參大陸《擔保法》第 13 條規定）。

（二） 保證合同應包括以下內容：被保證的主債權種類、數額；債務人履行債務的期限；保證的方式；保證擔保的範圍；保證的期間；雙方認為需要約定的其他事項。而保證合同不完全具備前述內容時，才可以補正（參大陸《擔保法》第 15 條規定）。

（三） 具有代為清償能力的法人、其他組織或公民，可以作保證人。國家機關不得為保證人，但經國務院批准為使用外國政府或國際經濟組織貸款進行轉貸的除外。學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位元、社會團體不得為保證人。企業法人的分支機構、職能部門不得為保證人。企業法人的分支機構有法人書面授權的，可以在授權範圍內提供保證（參大陸《擔保法》第 7 條、第 8 條、第 9 條、第 10 條規定）。

（四） 保證人與債權人可以就單個主合同分別訂立保證合同，也可以協議在最高債權額限度內就一定期間連續發生的借款合同或者某項商品交易合同訂立一個保證合同（參大陸《擔保法》第 14 條規定）。

（五） 當事人在保證合同中約定，債務人不能履行債務時，由保證人承擔保證責任，為「一般保證」。一般保證的保證人在主合同糾紛未經審判或仲裁，並就債務人財產依法強制執行仍不能履行債務前，對債權人可以拒絕承擔保證責任（參大陸《擔保法》第 17 條規定）。

（六） 當事人在保證合同中約定保證人與債務人對債務承擔連帶責任，為

[96] 孫林主編，企業常用法律文書範本，法律出版社，1998 年 1 月，頁 883-884。

「連帶責任保證」。連帶責任保證的債務人在主合同規定的債務履行期屆滿沒有履行債務時，債權人可以要求債務人履行債務，也可以要求保證人在其保證範圍內承擔保證責任（參大陸《擔保法》第18條規定）。

（七） 債權人與債務人協議變更主合同，應當取得保證人書面同意，未經保證人書面同意，保證人不再承擔保證責任。保證合同另有約定時，按照約定（參大陸《擔保法》第24條規定）。

二、 範例

保證合同[97]

甲方：

地址：

郵編：

電話：

乙方：

地址：

郵編：

電話：

甲、乙雙方爲攜手合作，促進發展，滿足利益，明確責任，依據大陸有關法律之相關規定，本著誠實信用，互惠互利原則，結合雙方實際，協商一致，特簽訂本合同，以求共同恪守：

第一條 丙方保證金額爲甲方根據 年 字第 號合同(以下稱主合同)向乙方借用的（幣種）資金本金（大寫）整及其相應的利息、費用。

第二條 丙方對上條所列條項承擔連帶清償責任。如甲方不按主合同的約定償付借款本息和相應費用，乙方有權直接向丙方追償。丙方保證在接到乙方書面索款通知後個營業日清償上述款項。

[97] 法律教育網，http://www.chinalawedu.com/news/19000/208/2009/1/ji98223738494219002891 7-0.htm。

第三條 丙方的保證責任不因甲方上級單位元的任何指令、甲方地位及財力狀況的改變、甲方與任何單位簽訂任何協定或條件及本保證合同所擔保的主合同的無效或解除而免除。

第四條 丙方機構若發生變更、撤銷，丙方應提前_____天書面通知乙方和甲方，本保證合同項下的全部義務由變更後的機構承擔；或由甲方和丙方落實爲乙方所接受的新的保證人。

第五條 本合同生效後，甲方和乙方如需要延長主合同項下借款期限或者變更主合同其他條款，應徵得丙方同意，由甲乙丙三方達成書面協定。

第六條 本合同生效後，丙方有權對甲方的資金和財產情況進行監督，有權要求甲方提供其財務報表等材料，甲方應如實提供。

第七條 本合同的擔保金額隨甲方償還或丙方代爲清償本合同第二條約定的本金、利息、費用的數額而相應扣減。

第八條 丙方代甲方清償借款本息、費用後，有權向甲方追償。

第九條 在本合同有效期內，甲乙丙任何一方不得擅自變更或解除本合同。需變更本合同條款時，應經三方協商同意，達成書面協定。

第十條 違約責任

一、 丙方違反本合同第二條約定，爲按期代爲清償到期債務，乙方有權委託丙方開戶金融機構從丙方存款帳戶中直接扣收，並可視情況按擔保總額的%向丙方收取違約金。

二、 丙方違反本合同第四條約定，應由變更後的機構按擔保總額的%向乙方支付違約金。給乙方造成經濟損失，且違約金數額不足以彌補，所受損失還應賠償乙方直接經濟損失。

三、 甲方違反本合同第四條約定，乙方有權停止發放新貸款，並提前收回已發放的貸款本息。

四、 甲方和乙方違反本合同第五條約定，未經丙方同意擅自延長主合同項下借款期限或者變更主合同其他條款，丙方可以自行解除擔保義務。

五、 本條所列違約金的支付方式，甲、乙雙方商定如下：

第十一條 爭議的解決方式：

甲、乙、丙在履行本合同中發生的爭議，由三方協商或通過調解解決。協商或調解不成，可以向合同簽訂地人民法院起訴，或者向合同簽訂地的合同仲裁機構申請仲裁。

第十二條 甲、乙、丙三方商定的的其他事項：

第十三條 本合同由甲乙丙三方法定代表人或法定代表人授權的代理人簽字並加蓋單位公章，並自主合同生效之日起生效。

第十四條 本合同正本一式三份，甲乙丙三方各執一份。

甲方：

代表人：

年 月 日

乙方：

代表人

年 月 日

丙方：

代表人：

年 月 日

保證合同使用說明

一、 適用範圍：本合同是借款合同當事人以外第三人應借款人的要求爲借款人履行合同債務提供擔保時與借款人和貸款人共同簽訂的擔保合同。

二、 合同中如有兩個以上（包括兩個）保證人提供擔保時，則多個保證人同時作爲丙方參與簽訂保證合同。各個保證人之間的保證責任，由各方協商一致後在第十二條“當事人商定的其他事項”中約定。

三、 第二條、第四條日期前的空格，由各方當事人協商一致後填寫具體期限。

四、 第十條違約金的比例及支付方式均由各方當事人協商一致後填寫。

五、 合同當事人認爲應當在合同中約定的其他事項，而本合同條款未涉及的，由各方協商一致後在第十二條中填寫。

六、 第十三條是對合同簽字人的生效日期的約定。合同必須由甲乙丙各方的法定代表人或者法定代表人授權的代理人簽字並加蓋單位公章後才能生效，其他任何人的簽字和除單位公章之外的任何章都無效。如果合同當事人不具備法人資格，則由其主要負責人或主要負責人授權的代理人簽字。

第十二章 抵押合同

一、 「抵押權」是指為擔保債務的履行，債務人或者第三人不移轉對財產的佔有，將該財產抵押給債權人的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。在這法律關係中，債務人或者第三人為「抵押人」，債權人為「抵押權人」，抵押人和抵押權人簽訂有關抵押事項的合同，即為「抵押合同」。

二、 抵押合同的成立要件

抵押合同爲合同的一種，當事人須依照訂立合同的一般規則，即要約和承諾訂立抵押合同。抵押合同成立於抵押人和抵押權人就抵押擔保債權的行爲達成合意並作成書面形式之時。由此可見，抵押合同的成立須具備一般成立要件與特別成立要件。

（一）抵押合同的一般成立要件

同一般合同的成立要件一樣，抵押合同的成立也須具備當事人、標的與意思表示這三項，下面分別加以介紹。

1. 當事人。抵押合同屬於法律行爲中的雙方法律行爲，自然也應有當事人雙方，即抵押權人與抵押人。其中，抵押權人是指享有抵押權的人，抵押權人原則上爲主合同中的債權人，二者在多數情形下是一致的。抵押人則是指以自己享有處分權的財產爲自己或者他人債務提供抵押擔保的人。抵押人可以是債務人本人，也可以是第三人，該第三人又稱爲物上保證人。在第三人爲抵押人的情況下，債務人並非抵押合同的當事人，該抵押合同的訂立也無須債務人的同意。在抵押合同中，抵押人與抵押權人雙方的利益和行爲目的是對立的，因此分屬於對立的雙方。

2. 標的。抵押合同的標的具有特殊性，這種特殊性表現在它是抵押合同雙方當事人共同指向的物件，即爲被擔保的債權設定抵押權。抵押人

與抵押權人訂立抵押合同僅僅是一種手段，其目的顯然並不在於簽訂抵押合同本身，而在於通過訂立抵押合同設立抵押權，並以該抵押權擔保債權的實現。因此，抵押合同中雙方當事人所共同指向的物件是抵押權，而非抵押物。抵押物則不過爲該抵押權的物質載體，抵押權所著眼者乃抵押物上所存的價值，這種價值並不因抵押物的毀損滅失而消滅，而是繼續存在於抵押物的代位物之上，並以該代位物來繼續對主債權進行擔保，此時雖然擔保物的形式有所改變，但其價值並沒有發生改變。從這一角度來看，抵押合同的標的與標的物不是同一回事，對此應予區分。

3. 意思表示。抵押合同中的意思表示是指抵押人與抵押權人通過要約與承諾方式表達的意欲發生抵押權設定效果的內容。儘管抵押合同的成立與一般的債權合同有所差異，但同樣須經過要約與承諾這一過程，並在該過程中達成合意。只有抵押人與抵押權人之間在抵押權的設定上意思表示達成一致，才能確定是否設定抵押權以及設定怎樣的抵押權，從而使債權的實現有抵押擔保的保障。如果抵押當事人雙方在抵押權設定問題上不能達成合意，則抵押合同不能成立，抵押權就成了空中樓閣。因此，意思表示一致是抵押合同成立的根本標誌。

（二）抵押合同的特別成立要件

合同的特別成立要件是指在法定或約定情形之下，特定的合同必須具備的特有形式，欠缺該特定形式，合同不能成立。大陸《擔保法》第 38 條規定：「抵押人與抵押權人應當以書面形式訂立抵押合同。」，大陸《物權法》第 185 條第 1 款亦規定：「設立抵押權，當事人應當採取書面形式訂立抵押合同。」。根據上述法律規定，抵押合同必須採取書面形式訂立，這裏的書面形式是指合同書、信件和資料電文（包括電報、電傳、傳真、電子資料交換和電子郵件）等可以有形地表現所載內容的形式。抵押合同的書面形式，不以獨立於被擔保的債權合

同而另行訂立的抵押協定爲限，在被擔保的債權合同中約定抵押條款，亦屬有效[98]。法律之所以規定抵押合同應當採取書面形式，是因爲抵押涉及的財產數額較大，法律關係比較複雜、而且要在一段時間內爲債權擔保[99]。因大陸《擔保法》和《物權法》均要求抵押合同應當採用書面形式，這說明，大陸法律規定的抵押合同爲要式合同，在訂立抵押合同時，除抵押人與抵押權人意思表示達成一致外，法律還要求當事人將該意思表示記載於書面上。書面形式是由法律規定的抵押當事人必須履行的特定方式，爲抵押合同特有的要件，欠缺該法定形式，縱然當事人間在口頭上已達成合意，法律也不承認該抵押合同的存在，抵押合同不能成立。例如，大陸《城市房地產抵押管理辦法》第 25 條規定：「房地產抵押，抵押當事人應當簽訂書面抵押合同。」，該辦法第 32 條同時規定，辦理房地產抵押登記，應當向登記機關交驗抵押合同。大陸《動產抵押登記辦法》第 3 條亦規定辦理動產抵押登記，應當向動產抵押登記機關提交經抵押合同雙方當事人簽字或者蓋章的《動產抵押登記書》，而根據大陸《動產抵押登記辦法》第 4 條的規定，大陸《動產抵押登記書》顯然就是抵押當事人簽訂的書面合同[100]。而全國人大常委會法制工作委員會在解讀《物權法》時也指出，設立抵押權是抵押人與抵押權人之間的法律行爲，該種行爲不僅要求當事人雙方意思表示一致，還要求採用書面形式訂立抵押合同[101]。故如果抵押當事人不以書面形式記載其抵押合同的內容，在進行抵押權登記時就無從向登記機關交驗抵押合同，也就無法辦理抵押登記。

[98] 梁慧星主編：《中國物權法研究》，法律出版社 1998 年版，頁 823-824。

[99] 參見全國人大常委會法制工作委員會民法室編：《中華人民共和國擔保法釋義》，頁 57。

[100] 大陸《動產抵押登記辦法》第 4 條規定：“《動產抵押登記書》應當載明下列內容：（一）抵押人及抵押權人名稱（姓名）、住所地；（二）代理人名稱（姓名）；（三）被擔保債權的種類和數額；（四）擔保的範圍；（五）債務人履行債務的期限；（六）抵押財產的名稱、數量、質量、狀況、所在地、所有權歸屬或者使用權歸屬；（七）抵押人、抵押權人簽字或者蓋章。”從《動產抵押登記書》記載的內容可以看出，它實質上就是抵押當事人訂立的書面抵押合同。

[101] 王勝明主編：《中華人民共和國物權法解讀》，中國法制出版社 2007 年版，頁 398。

三、 抵押合同成立與否的法律後果

（一）抵押合同成立的法律後果

抵押合同成立的法律後果是指抵押合同成立後所具有的效力。大陸《合同法》第 8 條規定：「依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保護。」，根據上述規定，抵押合同具備成立要件，即在雙方當事人之間產生一定的效力，這種效力表現在：（1）自抵押合同依法成立時起，雙方當事人都要受該抵押合同的約束；（2）如果情況發生變化需要變更或者解除抵押合同時，應由抵押當事人按照合同約定或者法律的規定進行協商解決，任何一方當事人都不得擅自變更或者解除已經成立的抵押合同；（3）除不可抗力等法律規定的免責事由外，當事人不履行抵押合同約定的義務，或者履行合同義務不符合約定時，應向對方當事人承擔違約責任。

（二）抵押合同不成立的法律後果

抵押合同欠缺成立要件，則抵押合同無法成立，雙方當事人並未就抵押權的設定達成合意，當事人不必受各自意思表示的約束。對於抵押合同不成立時抵押人應否承擔民事責任不可一概而論，應視該抵押人對此有無過錯而定。如果抵押人對抵押合同不成立無過錯，自然不應承擔民事責任，債權人無權就抵押人的財產行使抵押權。即使債權人因此遭受損失，抵押人也無須承擔賠償責任。然而，如果抵押人對於抵押合同不成立具有過錯時，則應依法承擔相應的民事責任，此種責任即爲「締約過失責任」，其承擔責任的法律基礎，是建立在誠實信用原則之上的先合同義務。在抵押合同締結之際，因抵押人的過失而使合同不成立，從而給債權人造成損害時，抵押人應當承擔民事責任。例如：抵押人承諾以其財產設定抵押權於債權人，以擔保該債權實現，但嗣後該抵押人違背誠實信用原則，拒絕與債權人簽訂書面抵押合同，而債權人因信賴抵押人會設定抵押權於己，從而放棄其他擔保機會，現因抵押合同欠缺法定形式要件而不成立，造成債權人損失，由於雙方當事人

之間不存在合法有效的合同關係，受損害的債權人無法依合同請求損害賠償，此時，有過錯的抵押人即應承擔締約過失責任。這種責任既不是基於當事人雙方的合意而產生的責任，也不是以侵權法來衡量的過失責任，而是依契約法所要求的締結契約過程中的誠信義務而生的責任[102]。

四、 範例

抵押合同[103] [104]

抵押人（以下稱甲方）：_____

住所：_____

電話：_____

傳真：_____

郵遞區號：_____

開戶銀行：_____

帳號：_____

抵押權人（以下稱乙方）：_____

住所：_____

電話：_____

傳真：_____

[102] 王校賢，論抵押合同的成立，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=44031。

[103] 找法網，http://china.findlaw.cn/info/wuquanfa/diyaquan/diyahetong/62106.html。

[104] 孫林主編，企業常用法律文書範本（下冊），法律出版社，1998 年 1 月，頁 865-872。

郵遞區號：_____

開戶銀行：_____

帳號：_____

爲了明確甲、乙雙方各自責任、權益和義務，恪守信用，以確保實現借款合同編號為_____項下的債權，甲乙雙方經過協商，依法達成如下協議，以茲共同遵守。

第一條 甲方自願以「抵押物清單」（附後）所列之財產設定抵押權，擔保甲方_____與_____銀行於_____年_____月_____日簽訂之借款合同，按期履行債務償還借款。該貸款種類爲_____，金額_____萬元，用於_____。貸款期限爲_____年_____月至_____年_____月。借款合同編號爲_____。

第二條 當甲方不能依合同約定按期償還借款時，乙方有權依照大陸法律規定以抵押物折價或者以拍賣、變賣抵押物的價款優先得到償還。

第三條 甲方對「抵押物清單」中所列財產依照國家法律規定擁有_____（所有權或經營管理權），並在抵押期內將所有抵押財產的產權證書交由乙方占管。

第四條 _____抵押物在此之前已設有抵押，抵押額爲：_____萬元；抵押期限爲_____。

第五條 經雙方協商此項抵押的抵押額爲_____萬元，抵押率爲_____%，抵押期限爲_____年，隨_____號借款合同變更、解除或終止。甲方在已設定抵押物的抵押價值額內不得重復抵押。在抵押價值額外再行設定抵押權的，應在再行設定抵押數之前書面通知乙方。

第六條 根據協商，雙方占管抵押物採取下列方式：

1. 下列抵押物由甲方占管、使用：

_____

2. 下列抵押物及有關文件由乙方占管：

_____

產權證書：_____，共_____件；

保險單：_____，共_____張；

保險金額：_____萬元；

證明文件：_____，共_____份。

3. 下列抵押物就地封存，不得使用：

_____

第七條 抵押登記

1. 抵押必須進行登記，抵押登記由甲方負責辦理。自登記日起 5 日內，甲方應將抵押登記及保險單、抵押物權證件原件等有關文件交付乙方。

2. 乙方有權對抵押登記情況到相關部門核查。對此，甲方應提供足夠協助。

第八條 抵押公證

1. 無抵押物法定登記機關，必須進行抵押公證。抵押公證由甲方負責辦理。自公證之日起 3 日內，甲方應將有關公證文件交付乙方。

2. 其他依法登記生效的抵押，經乙方要求，甲方也須辦理抵押公證。

第九條 抵押物保險

1. 本合同生效後，發現抵押物未辦保險，乙方有權依法代辦，甲方須提供必要的協助，費用由甲方承擔。

2. 抵押期間，發生保險事故的，保險賠償金作為抵押財產，應當用於提前清償乙方債權。

第十條 抵押權的實現

1. 債務到期，乙方未受清償，甲方及/或借款合同債務人應於到期之日起 30 日內通知乙方，由乙方委託仲介機構進行抵押物折價或拍賣、變賣。

2. 甲方無條件且不可撤銷地授權乙方委託仲介機構進行折價或拍賣、變賣，而無須另行簽訂授權委託書。甲方及/或借款合同債務人應為折價或拍賣、變賣提供一切便利條件，不得設置任何障礙。
3. 如仲介機構接受委託後 3 個月內不能將抵押物出售（變現）的，甲方也不能自行變賣的，經雙方協商，將抵押物作價清償債務。協商不成的，乙方可以繼續委託仲介機構進行折價或拍賣、變賣。
4. 抵押物折價或拍賣、變賣所得價款不足以清償債務的，由甲方及/或借款合同債務人繼續清償。

第十一條 違約責任

1. 甲方隱瞞抵押物共有爭議、被查封、被扣押、重複抵押、毀損、出（合）資、轉讓抵押物、保險以及虛假登記等其他嚴重危害抵押權實現事項，應向乙方支付借款合同項下總金額_____%的違約金。乙方有權提前終止履行借款合同義務，或提前收回債權，或提前實現抵押權，或採取其他補救措施。
2. 甲方於發生抵押物毀損或滅失時，應立即通知乙方，否則甲方須承擔毀損或滅失之日起，擔保債權按日萬分之五的違約金。

第十二條 獨立性

本合同獨立於借款合同，借款合同（或有些條款）無效，並不導致本合同無效。借款合同中有關擔保的內容與本合同約定不同的，以本合同為準。

第十三條 合同生效

本合同自抵押登記或抵押公證之日起生效，其有效期限至擔保的債權全部實現為止。抵押擔保的借款合同，自本合同生效之日同時生效。

第十四條 爭議解決

本合同當事人對本合同發生任何爭議，應通過協商解決，協商不成或任何一方不願協商解決，均有權通過訴訟解決。

第十五條 其他事項

本合同一式二份，由甲乙雙方各持一份。

甲方：_____

法定代表人：

____年____月____日

乙方：_____

法定代表人：

____年____月____日

第十三章 動產質權合同

一、 動產質權的定義：

其乃指為擔保債務的履行，債務人或者第三人將其動產出質債權人佔有的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，債權人有權就該動產優先受償（參見大陸《物權法》第 208 條第 1 款）。

二、 設定動產質權的要件：

設立動產質權也是「要式行為」，其包括以下二項：

（一）訂立質權合同：設立質權，當事人應當採取「書面形式」，訂立質權合同；此一合同包括下列條款：1、被擔保債權的種類和數額；2、債務人履行債務的期限；3、質押財產的名稱、數量、質量、狀況；4、擔保的範圍；5、質押財產交付的時間(參見大陸《物權法》第 210 條)。

（二）交付質押財產：質權自出質人交付質押財產時設立（參見大陸《物權法》第 212 條）。

三、 最高限額質權：

抵押權有「一般抵押權」及「最高額抵押權」之分，動產質權也可以設立「最高額質權」；最高額質權除適用大陸《物權法》第十七章第一節有關規定外，參照該法第十六章第二節「最高額抵押權」的規定(參見大陸《物權法》第 222 條)。

四、 範例：

動產質權擔保合同

出質人：_____

法定住址：_____

電話：_____

傳真：_____

質權人：_____

法定住址：_____

電話：_____

傳真：_____

為確保_____合同（以下稱主合同）的履行，出質人願意以其有權處分的財產作質押，質權人經審查，同意接受出質人的財產質押，雙方根據有關法律規定，經協商一致，約定如下條款：

第一條　質押擔保範圍

本質押擔保合同擔保範圍為主債權及利息、出質人應支付的違約金和損害賠償金以及實現債權的費用（包括律師費和訴訟費）。

質押擔保合同另有約定的，按照約定。

若出質人和質權人對質押擔保範圍沒有約定或約定不明確，出質人應當對上述全部債權承擔責任。

第二條　質押動產及孳息

1. 質物名稱：_____。

   質物數量：_____。

   質物質量：_____。

   質物所在地：_____。

2. 評估價值：質物評估價值_____元，實際質押額為_____元。

3. 質押期限自設定質押之日起至擔保範圍內全部債務清償完畢止。

4. 質押合同中對質押的財產約定不明，或者約定的出質財產與實際移交的財產不一致的，以實際交付佔有的財產為准。

5. 質權人有權收取質物所生的孳息。孳息應當先充抵收取孳息的費用。

6. 質押的效力及於質押物的從物、從權利和孳息。但是，從物未隨同質物移交質權人佔有的，質權的效力不及於從物。

7. 合同中未對質物產生的孳息歸屬明確約定，孳息的所有權屬出質人，但質權人有權收取質物所生的孳息。

第三條　質押物權屬

1. 出質人保證對質押財產依法享有所有權或經營管理權。

2. 出質人以其不具有所有權但合法佔有的動產出質的，不知出質人無處分權的質權人行使質權後，因此給動產所有人造成損失的，由出質人承擔賠償責任。
3. 出質人和質權人在合同中不得約定在債務履行期屆滿質權人未受清償時，質物的所有權轉移為質權人所有。

第四條　保險

1. 出質人應辦理質押財產在質押期間的財產保險。財產保險的第一受益人為質權人。保險單證由質權人代為保管。
2. 本合同項下有關的評估、鑒定、保險、保管、運輸等費用均由出質人承擔。
3. 質押期間，質押財產如發生投保範圍的損失，或者因第三人的行為導致質押財產價值減少的，保險賠償金或損害賠償金應作為質押財產，存入質權人指定的帳戶，質押期間雙方均不得動用。

第五條　出質人權利義務及賠償責任

1. 質權人不能妥善保管質物可能致使其滅失或者毀損的，出質人可以要求質權人將質物提存，或者要求提前清償債權而返還質物。
2. 出質人在質權人實現質權後，有權向債務人追償。
3. 出質人以其不具有所有權但合法佔有的動產出質的，不知出質人無處分權的質權人行使質權後，因此給動產所有人造成損失的，由出質人承擔賠償責任。
4. 出質人未按質押合同約定的時間移交質物的，因此給質權人造成損失的，出質人應當根據其過錯承擔賠償責任。
5. 質物有隱蔽瑕疵造成質權人其他財產損害的，應由出質人承擔賠償責任。但是，質權人在質物移交時明知質物有瑕疵而予以接受的除外。
6. 出質人因隱瞞質押財產存在共有、爭議、被查封、被扣壓或已設定質押權等情況而給質權人造成經濟損失的，應向質權人支付主合同項下金額_____%的違約金，違約金不足以彌補質權人損失的，出質人還應就不足部分予以賠償。質權人有權就違約金、賠償金直接與出質人存款帳戶中的資金予以抵銷。

第六條　質權人權利義務及賠償責任

1. 質權人有權收取質物所生的孳息。
2. 質權人負有妥善保管質物的義務。因保管不善致使質物滅失或者毀損的，質權人應當承擔民事責任。
3. 質物有損壞或者價值明顯減少的可能，足以危害質權人權利的，質權人可以要求出質人提供相應的擔保。出質人不提供的，質權人可以拍賣或者變賣質物，並與出質人協議將拍賣或者變賣所得的價款用於提前清償所擔保的債權或者向與出質人約定的第三人提存。
4. 債務履行期屆滿債務人履行債務的，或者出質人提前清償所擔保的債權的，質權人應當返還質物。
5. 債務履行期屆滿質權人未受清償的，可以與出質人協議以質物折價，也可以依法拍賣、變賣質物。
6. 因不可歸責於質權人的事由而喪失對質物的佔有，質權人可以向不當佔有人請求停止侵害、恢復原狀、返還質物。
7. 質權人在質權存續期間，未經出質人同意，擅自使用、出租、處分質物，因此給出質人造成損失的，由質權人承擔賠償責任。
8. 質權人在質權存續期間，未經出質人同意，為擔保自己的債務，在其所佔有的質物上為第三人設定質權的無效。質權人對因轉質而發生的損害承擔賠償責任。
9. 債務履行期屆滿質權人未受清償的，質權人可以繼續留置質物，並以質物的全部行使權利。出質人清償所擔保的債權後，質權人應當返還質物。
10. 債務履行期屆滿，出質人請求質權人及時行使權利，而質權人怠於行使權利致使質物價格下跌的，由此造成的損失，質權人應當承擔賠償責任。

第七條　發生下列情況之一，質權人有權提前處分質押財產實現質權

1. 出質人被宣告破產或被解散；
2. 出質人違反本合同的約定或發生其他嚴重違約行為；

3. 主合同履行期間出質人被宣告破產、被解散、擅自變更企業體制致質權人債權落空、捲入或即將捲入重大的訴訟（或仲裁）程式、發生其他足以影響其償債能力或缺乏償債誠意的行為等情況。

第八條　質權人依法處分質押財產所得的價款，按下列順序分配：

1. 支付處分質押財產所需的費用；
2. 清償出質人所欠質權人主債權利息；
3. 清償出質人所欠質權人主債權數額、違約金（包括罰息）和賠償金等；
4. 支付其他費用。

第九條　聲明及保證

出質人：

1. 出質人有權簽署並有能力履行本合同。
2. 出質人簽署和履行本合同所需的一切手續（_____）均已辦妥並合法有效。
3. 在簽署本合同時，任何法院、仲裁機構、行政機關或監管機構均未作出任何足以對出質人履行本合同產生重大不利影響的判決、裁定、裁決或具體行政行為。
4. 出質人為簽署本合同所需的內部授權程式均已完成，本合同的簽署人是出質人法定代表人或授權代表人。本合同生效後即對合同雙方具有法律約束力。

質權人：

1. 質權人有權簽署並有能力履行本合同。
2. 質權人簽署和履行本合同所需的一切手續（_____）均已辦妥並合法有效。
3. 在簽署本合同時，任何法院、仲裁機構、行政機關或監管機構均未作出任何足以對質權人履行本合同產生重大不利影響的判決、裁定、裁決或具體行政行為。
4. 質權人為簽署本合同所需的內部授權程式均已完成，本合同的簽署人是質權人法定代表人或授權代表人。本合同生效後即對合同雙方具有法律約束力。

第十條　通知

1. 根據本合同需要一方向另一方發出的全部通知以及雙方的檔往來及與本合同有關的通知和要求等，必須用書面形式，可採用_____（書信、傳真、電報、當面送交等）方式傳遞。以上方式無法送達的，方可採取公告送達的方式。
2. 各方通訊位址如下：_____。
3. 一方變更通知或通訊位址，應自變更之日起_____日內，以書面形式通知對方；否則，由未通知方承擔由此而引起的相關責任。

第十一條　合同的變更

本合同履行期間，發生特殊情況時，甲、乙任何一方需變更本合同的，要求變更一方應及時書面通知對方，徵得對方同意後，雙方在規定的時限內（書面通知發出_____天內）簽訂書面變更協定，該協定將成為合同不可分割的部分。未經雙方簽署書面檔，任何一方無權變更本合同，否則，由此造成對方的經濟損失，由責任方承擔。

第十二條　爭議的處理

1. 本合同受中華人民共和國法律管轄並按其進行解釋。
2. 本合同在履行過程中發生的爭議，由雙方當事人協商解決，也可由有關部門調解；協商或調解不成的，按下列第_____種方式解決：

2.1　提交_____仲裁委員會仲裁；

2.2　依法向人民法院起訴。

第十三條　不可抗力

1. 如果本合同任何一方因受不可抗力事件影響而未能履行其在本合同下的全部或部分義務，該義務的履行在不可抗力事件妨礙其履行期間應予中止。
2. 聲稱受到不可抗力事件影響的一方應盡可能在最短的時間內通過書面形式將不可抗力事件的發生通知另一方，並在該不可抗力事件發生後_____日內向另一方提供關於此種不可抗力事件及其持續時間的適當證據及合同不能履行或者需要延期履行的書面資料。聲稱不可抗力事件導致其對本合同的履行在客觀上成為不可能或不實際的一方，有責任盡一切合理的努力消除或減輕此等不可抗力事件的影響。

3. 不可抗力事件發生時，雙方應立即通過友好協商決定如何執行本合同。不可抗力事件或其影響終止或消除後，雙方須立即恢復履行各自在本合同項下的各項義務。如不可抗力及其影響無法終止或消除而致使合同任何一方喪失繼續履行合同的能力，則雙方可協商解除合同或暫時延遲合同的履行，且遭遇不可抗力一方無須為此承擔責任。當事人遲延履行後發生不可抗力的，不能免除責任。
4. 本合同所稱“不可抗力”是指受影響一方不能合理控制的，無法預料或即使可預料到也不可避免且無法克服，並于本合同簽訂日之後出現的，使該方對本合同全部或部分的履行在客觀上成為不可能或不實際的任何事件。此等事件包括但不限於自然災害如水災、火災、旱災、颱風、地震，以及社會事件如戰爭（不論曾否宣戰）、動亂、罷工，政府行為或法律規定等。

第十四條　質押合同效力

1. 質權與其擔保的債權同時存在，債權消滅的，質權也消滅。
2. 出質人代質權人佔有質物的，質押合同不生效；質權人將質物返還於出質人後，以其質權對抗第三人的，人民法院不予支持。
3. 本合同自雙方或雙方法定代表人或其授權代表人簽字並加蓋單位公章或合同專用章之日起生效。有效期為_____年，自_____年_____月_____日至_____年_____月_____日。
4. 本合同正本一式_____份，雙方各執_____份，具有同等法律效力。

出質人（蓋章）：_____　質權人（蓋章）：_____

法定代表人（簽字）：_____　法定代表人（簽字）：_____

委託代理人（簽字）：_____　委託代理人（簽字）：_____

簽訂地點：_____簽訂地點：_____

_____年____月____日_____年____月____日[105]

[105] http://hetong.110.com/hetong_9651.html。

第十四章 權利質權合同

一、 權利質權的定義：

指為擔保債務的履行，債務人或者第三人將其「權利」（如：匯票、本票、支票、債券、存款單、倉單、提單……）出質，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，債權人就該權利優先受償（參見大陸《物權法》第 223 條）。

二、 權利質權的要件：

（一） 成立權利質權除應訂立「書面合同」。

（二） 應注意是否要辦理「出質登記」，例如：

1. 以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質的：自「權利憑證」交付質權人時設立；如沒有「權利憑證」的，質權自有關部門辦理出質登記時成立。
2. 以註冊商標專用權、專利權、著作權出質的：質權自有關主管部門辦理出質登記時設立。
3. 以應收帳款出質的：質權自信貸徵信機構辦理出質登記時設立。

三、 範例：

權利質押合同 [106]

出質人（甲方）：_____

法定代表人：_____

法定住所：_____

郵遞區號：_____

電話：_____

傳真：_____

基本帳戶開戶行：_____

106 http://www.diyifanwen.com/fanwen/jiekuanhetong/20101074224648896174.htm

帳號：_____

質權人（乙方）：_____

法定代表人：_____

法定住所：_____

郵遞區號：_____

電話：_____

傳真：_____

簽約時間：_____

簽約地點：_____

為保障實現編號為_____的借款合同（以下簡稱借款合同）項下債權，甲方願意以其有權處分的權利作質押，乙方經審查同意接受甲方的質押擔保。甲乙雙方依照我國有關法律、法規，經協商一致，訂立本合同。

第一條　被擔保債權的種類、金額、利率和期限

一、　被擔保債權為借款合同項下_____（短期／中期／長期）貨款，本金為（幣種）_____（大寫）_____（小寫）_____，利率為_____，期限自_____年_____月_____日始至_____年_____月_____日止。

二、　借款合同上述情況有變化的，以借款憑證為准。

第二條　質物

一、　甲方保證

1. 本質物項下權利為甲方合法所有或依法享有處分權；
2. 本質物不存在瑕疵、爭議、轉質、申請掛失、提起公示催告程式或涉及訴訟、仲裁等情況；
3. 本質物上設定的質權未超出質物評估價值；
4. 已完成與質押有關的審批手續，並取得所有必要的授權；
5. 提供與質押有關的所有檔、材料，均真實、準確、合法、有效。

二、 質物情況

1. 質物名稱_____，編號_____ ，數量_____（質物清單及權利憑證或有效證書原件附後）。

2. 質物有效期限 _____

三、 質物評估價值為人民幣（大寫） _____（小寫）_____

質物評估價值由甲乙雙方商定。如有爭議，由乙方指定的法定評估機構進行評估。

四、 質押率為百分之_____質物評估價值與質押率的乘積不得小於擔保債權。

第三條 質押擔保的範圍

甲方質押擔保的範圍為借款合同項下貸款本金、利息、複利、罰息、違約金、損害賠償金、質物保管費用和乙方為實現質權而發生的費用（含拍賣費、乙方律師費等）以及所有其他應付費用（以下簡稱擔保債權）。

第四條 權利質押的登記與記載

一、 以依法可以轉讓的股票出質的，甲乙雙方應于本合同簽訂之日起三日內共同到證券登記機構辦理出質登記；

二、 以有限責任公司的股份為公司其他股東或經全體股東過半致同意為股東以外的借款人出質的，甲方須辦理將股份出質記載於股東名冊的有關事項，乙方有權核查記載事項並取得必要的記載證明，甲方對此應提供足夠的協助；

三、 以依法可以轉讓的商標專用權、專利權和著作權中的財產權出質的，甲乙雙方應于本合同簽訂之日起三日內共同到有關管理部門辦理出質登記。

第五條 質物需要由簽發銀行等有關協力廠商簽章核押的，由其出具質物真實有效並保證不接受申請質物掛失或提前支取的書畫證明，同時，協力廠商應保證質權的實現及承擔相應的責任。

第六條 質物移交與保管

一、 甲方于本合同簽訂之日起五日內，向乙方移交權利憑證原件、權利證書原件及與登記、記載有關的檔。

二、 自移交之日起，上述權利憑證、權利證書及與登記記載有關的檔由乙方保管，保管期限至本合同終止時，保管費為人民幣（大寫）_____（小寫）_____ ，由甲方一次性支付。

三、 乙方應妥善保管質物。因保管不善致使質物滅失或者毀損的，乙方應承擔相應責任。

乙方不能妥善保管質物可能致使其滅失或者毀損的，甲方可以要求乙方將質物向與乙方約定的第三人提存或者要求提前清償擔保債權而返還質物。

四、 因不可抗力造成質物毀損的，乙方不承擔賠償責任。

第七條　質押的費用

質物的評估、保管、提存、運輸和質押登記、公證、鑒定等質押費用和質物的折價、拍賣或變賣等實現質權的費用由甲方或借款合同項下借款人承擔。由乙方代繳的，甲方授權乙方從其帳戶直接扣收。

第八條　質押的效力

一、 質押期間，甲乙雙方及有關協力廠商不得轉讓、出租、許可他人使用、提前支取或以其他方式處分質物，除乙方外的其他各方不得申請掛失或提起公示催告程式。

二、 質押期間，質物所產生的法定孳息包括隨附於債權證書的利息、股票、股份所得分配盈利等作為質物的組成部分。金錢形式的孳息，乙方可以直接用於清償擔保債權；其他形式的孳息，由甲乙雙方協議，以該孳息變價的價款優先清償擔保債權，或向與乙方約定的第三人提存。

前款收取的孳息應依次充抵收取孳息的費用、擔保貸款的利息，擔保貸款的本金。

三、 質押期間，甲方必須轉讓、許可他人使用或處分質物的，經乙方書面同意後，其所得價款應向乙方提前清償擔保債權或向與乙方約定的第三人提存，不足部分由甲方和／或借款合同項下借款人繼續清償。甲方也可以提供乙方認可的新的擔保，以保證乙方債權的實現。

四、 質押期間，經甲方書面同意，乙方出借、回購或以其他方式處分質物取得的收益，作為本質物的組成部分共同擔保債權的實現。

五、 質押期間，非因乙方原因如發生自然災害、被盜竊、被搶劫等造成質物毀損、滅失或價值明顯減損的，乙方應於事故發生之日起十五日內，書面通知甲方損失情況，並依法採取必要的補救措施，甲方應提供必要的協助。補救不成時，乙方有權要求甲方和／或借款合同項下借款人提供乙方認可的新的擔保或提前清償擔保債權。

因毀損、滅失所得的賠償金，作為質押財產，乙方有權優先抵償所擔保債權，不足以抵償部分，乙方有權另行追索。

六、 質物有損壞或者價值明顯減少的可能，足以危害乙方權利的，乙方有權要求甲方提供新的擔保。甲方不提供的，乙方可以拍賣或者變賣質物，並與甲方協議將拍賣或者變賣所得價款用於提前清償擔保債權或向與乙方約定的第三人提存。

七、 質物兌現或者提貨期限先於貸款履行期限屆滿的，乙方可以在貸款履行期限屆滿前兌現或者提貨，並與甲方協議將兌現的價款或者提取的貨物用於提前清償擔保債權或者向與甲方約定的第三人提存。

八、 甲方和／或借款合同項下借款人以質押方式提供新的擔保的，按照本合同的約定執行。

九、 因質物所徵收的一切稅費均由甲方承擔。

第九條　質權的實現

一、 質押期間，甲方和／或借款合同項下借款人可能或已經發生停業整頓、解散（撤銷）、破產、關閉等情況時，應及時通知乙方乙方有權要求甲方和／或借款合同項下借款人提供由乙方認可的新的擔保，或採取停止發放貸款，並／或提前收回貸款等措施而提前實現質權。

二、 質押期間，借款合同項下借款人未履行合同義務，乙方按照合同約定採取停止發放貸款，並／或提前收回貸款措施時，乙方有權在債權未受到清償時提前實現質權。

三、 貸款期限（含展期）屆滿，乙方債權未受清償的，甲方應在乙方送達書面通知的十五日內，與乙方協議折價轉讓或由乙方委託有關仲介機構拍賣、變賣質物，從而實現質權。所得價款不足以清償的，由甲方和／或借款合同項下借款人繼續清償。

四、 貸款按次分期歸還的，如果某期應還款項已屆清償期而未受清償的，乙方有權依法處分全部或部分質物。

五、 乙方對質物享有優於其他任何債權人的受償權。

六、 甲方採取其他方式清償擔保債權的，須經乙方書面同意。

第十條 質物的返還

貸款期限（含展期）屆滿，借款合同項下借款人履行還款義務或者甲方提前清償擔保債權的，乙方應當返還質物。

甲方應及時收回質物。甲方不收回的，乙方有權向協力廠商提存質物，費用由甲方承擔。

第十一條 違約責任

一、 甲方隱瞞質物共有、瑕疵、爭議、物質或申請掛失、提起公示催告程式或提前支取，或偽造、變造權利憑證，或涉及訴訟、仲裁等其他情況嚴重危害質權實現時，應向乙方支付，擔保債權數額百分之_____的違約金，並將質物恢復到乙方認可的原狀，或提供乙方認可的新的擔保。並且，乙方有權採取停止發放貸款，並／或提前收回貸款等措施從而提前實現質權，或由甲方提供乙方認可的新的擔保等其他補救措施。

二、 發生質物毀損或滅失，乙方未按本合同約定及時通知甲方的，應承擔相應責任。

三、 由於甲方的原因，致使乙方不能及時實現質權的，甲方應承擔妨礙清除前擔保債權數額每日萬分之_____ 的違約金。

第十二條 甲方和／或借款合同項下借款人違約給乙方造成經濟損失超過違約金的，應就超過部分向乙方支付損害賠償金。

第十三條 甲方不是借款合同項下當事人的，甲方保證，發生質物不足以清償擔保債權時，由其承擔連帶賠償責任。

第十四條 本合同項下違約金、損害賠償金的支付方式為甲方主動支付乙方帳戶，乙方有權從甲方帳戶直接扣收。

第十五條 甲乙雙方或／和借款合同項下借款人等有關各方發生合併、分立、股份制改造等體制變更時，本合同對其繼受人仍具有法律約束力。

第十六條 借款合同項下貸款展期或債權轉讓，無需經過甲方同意；甲方繼續承擔本合同項下擔保責任。

第十七條 借款合同項下債務轉讓，須經甲方同意；否則甲方免除債務轉讓後的擔保責任。

第十八條 甲方不是借款合同項下當事人的，在乙方實現質權的，有權向借款合同項下借款人追償。

第十九條 本合同不因借款合同的無效或解除、甲方財務狀況、經營方式、自身體制或法律地位等發生變化或甲方簽訂的其他任何協定或檔而無效。

第二十條 質押期間，甲方法人名稱、法定代表人、法定住所等發生變化而未書面通知乙方時，乙方按本合同所載資料向甲方發送的所有文書，視同送達。

第二十一條 本合同自_____（質物移交乙方佔有/出質登記／出質記載於股東名冊）之日起生效，至擔保債權全部清償時終止。

質押登記機關要求明確質押期限的，質押期限為本合同生效之日起，至借款合同項下或展期協議項下貸款期限屆滿後兩年止。

第二十二條 其他約定

本合同未盡事宜，依照有關法律、法規執行，法律、法規未作規定的，甲乙雙方可以達成書面補充協定，作為本合同附件，與本合同具有同等法律效力。

第二十三條 爭議解決方式

一、 甲乙雙方在本合同履行中發生爭議，應協商解決；協商不成的，任何一方在不違背專屬管轄或國際慣例的情況下，應向_____（乙方住所地人民法院）起訴／_____仲裁委員會申請仲裁。

二、 甲乙雙方在協商、訴訟或仲裁期間，對不涉及爭議的本合同項下其他條款，仍須執行。

第二十四條　合同文本

一、 本合同一式_____份，甲乙雙方各執_____份，具有同等法律效力。

二、 乙方已採取合理方式提請甲方注意本合同項下免除或限制其責任的條款，並按甲方要求對有關條款予以充分說明；甲乙雙方對本合同所有條款內容的理解不存在異議。

第二十五條　合同附件

本合同項下有關附件為本合同組成部分，與本合同具有同等法律效力。

甲方蓋章：_____

甲方法定代表人

或授權代表簽字：_____

乙方蓋章：_____

乙方法定代表人

或授權代表簽字：_____

第十五章 併購合同

一、 併購合同是整個併購進行的基礎，併購雙方就所有的併購問題達成一致意見的表現，也是實際併購操作的準則和將來爭議解決的根據。併購合同應該用最直接、專業和沒有歧義的語言製作，以減少今後的糾紛。一般來說，併購合同包括首部、主文和附件三部分。

（一） 首部

合同首部主要寫明合同當事人的各種基本情況，包括名稱（姓名），住所，法定代表人姓名、職務、國籍等。

（二） 主文

主文包括先決條件條款、陳述和保證條款、擬轉讓的國有資產和股權的基本情況條款、保密條款、風險分擔條款、不可抗力條款、企業債權債務的處理條款、職工安置條款、經營管理條款、索賠條款和提存條款、過渡期安排條款、價格條款、支付期限條款和股權或資產移轉條款、支付方式條款、併購後外商投資企業的註冊資本和出資比例條款、併購後外商投資企業的投資總額條款、爭議解決條款、法律適用條款和定義條款等。

1. 先決條件條款

先決條件是指只有當這些條件成就後，併購合同才能生效的特定條件。設立先決條件需要考慮哪一方當事人有責任促使該條件的成就，如何判斷該條件成就，未成就時會帶來何種後果，以及放棄先決條件對其他相關合同的影響等諸多因素。先決條件條款是併購合同能夠實際履行的前提。

先決條件條款一般包括以下內容：

(1) 併購所需要的所有行政審批。包括產業進入審批、反壟斷審批、國有資產管理部門的同意轉讓的審批和其他的行政審批。

(2) 併購雙方股東會對併購的同意。

(3) 買方融資過程中需要的各種審批。

（4）所有必要的稅務許可。

（5）協力廠商許可。比如目標企業的債權人、合作人、供應商、特許權許可方等。在所有先決條件的條款都完備以後，資產或股權轉讓和對價支付的行爲才能夠進行。

2. 陳述和保證條款

陳述和保證條款是併購合同中極爲重要的部分。陳述和保證條款的基本內容，就是目標企業或者併購方保證自己不會就合同他方關心的問題進行虛假陳述，如果出現虛假陳述，他應該承擔什麼樣的責任。該條款的目的是爲了避免併購雙方照顧不到的風險。陳述和擔保條款主要包括那些一方知悉而對方不易核實的事實陳述，如合同當事人是否有簽約權，以及簽約是否會導致該方違反其他合同或者相關法律，該方是否有其他債務等等。此外，還需要注意陳述和擔保的這些事實是針對簽約日做出，還是生效日或者其他特定日期做出的。

對併購方來說，陳述和保證條款是化解併購風險的最好辦法。併購方雖然對目標企業已經進行了徹底的盡職調查，但是並不能保證自己掌握了目標企業的全部真實資料。如果目標企業提供虛假的資料和資訊，而併購方又沒有發覺，則會遭受重大損失。爲了最大限度地維護自己的利益，併購方就設置出陳述和保證條款，讓目標企業就併購方關心的問題陳述並保證自己提供的資料的真實性。如果有假，併購方則可以就此追究目標企業的法律責任。

對目標企業來說，陳述和保證條款也能最大限度地保障自己的利益。特別是在外資併購中，由於併購方是外國投資者，目標企業要對併購方進行全面的調查事實上存在諸多困難。爲了避免併購風險，目標企業可以通過陳述和保證條款要外國投資者保證對目標企業關心的問題的陳述真實，以及存在虛假陳述應該承擔的責任。

在企業併購中，併購方要目標企業作出的陳述和保證條款主要包括但不限於以下內容：（1）目標企業的主體的合法性。主要是保證目標企業是合法成立的，其成立文件、營業執照是真實的，其年檢手續已經合法辦理等；（2）保證轉讓的股權或資產的合法性和真實性以及其對轉讓的股權或資產合法擁有的權利範圍及限制的陳述的真實性；（3）保證對企業資產與負債情況的陳述的真實性；（4）保證對與目標企業有關的合同關係的陳述的真實性；（5）保證對勞資關係陳述的真實性；（6）對目標企業投保情況的陳述的真實性；（7）保證目標企業對與其有關的環境保護問題陳述的真實性；（8）保證對目標企業的或然負債的陳述的真實性；（9）保證對目標企業的生產經營現狀陳述的真實性；（10）保證對目標企業人員情況的陳述的真實性，包括在職職工和退休職工的人數、職位設置、社會保障基金的繳納情況等；（11）保證對目標企業納稅情況和納稅的合法性的陳述的真實性；（12）保證對與目標企業有關的重大訴訟、仲裁和行政處罰等情況的陳述的真實性。

目標企業一般會要求併購方的陳述和保證條款包括以下內容：（1）併購方主體的合法性。如果是法人，就要保證併購方成立的合法性和真實性。如果是自然人，就要保證其國籍、姓名、年齡、住址等基本情況的真實性；（2）保證併購方併購動機的真實性和合法性。併購方的併購動機各種各樣，有的是爲了配合企業發展戰略，加強原有企業的核心競爭力，有的是想炒作資產或股權以便轉手牟利，還有的可能是爲了實現非法目的。目標企業一般都希望併購方將目標企業作爲一項實業好好經營，而不喜歡其倒賣資產或股權，更不希望併購方通過併購實現其非法目的。因此，目標企業可以要求外國投資者在陳述和保證條款中對其併購動機進行陳述和保證；（3）保證對併購方具有目標企業所需的經營資質和技術水準的陳述的真

實性；(4)保證對併購方具有良好的商業信譽和管理能力的陳述的真實性；(5)保證對併購方具有良好的財務狀況和經濟實力的陳述的真實性；(6)保證對改善目標企業治理結構和促進目標企業持續發展的能力的陳述的真實性。

3. 介紹轉讓的國有資產和國有股權的條款

該條款主要是說明併購交易的標的。如果是國有資產，則要詳細說明資產的組成、數量、座落位置、使用年限等，如果是國有股權，則要詳細說明股權的基本情況。

4. 保密條款

在陳述和保證條款部分，併購雙方已經就各自關心的重要問題作了如實陳述，實際上已經涉及到各自的許多的商業秘密。爲了防止這些商業秘密的洩露，併購雙方在併購合同中設置保密條款，要求各自承擔相應的保密義務。

5. 風險分擔條款

在陳述與保證條款部分，併購雙方都就自己關心的問題要對方進行了陳述並保證陳述的真實性。但是，有些問題是併購雙方無法預測的。所以，在陳述與保證條款部分，併購雙方通常以「就本方所知」作爲陳述和保證的前提條件。併購方最擔心目標企業的或有債務。雖然已經進行盡職調查，目標企業也進行了陳述與保證，但是有些債務事實上連目標企業自己也不知道。對這種風險的分擔，是外國投資者關心的重點。因此，併購方一般要求訂立「或有債務在交割時由目標企業自行負擔」的條款，以及「交割後發現的或有債務如目標企業未曾如實陳述，無論是否爲故意過失，均由目標公司負擔」的條款。當然，風險分擔的範圍、方式和程度往往取決於併購價款。在高價前提下，併購方往往要求目標企業承擔較重的風險責任；反之，在低價情況下，併購方則會同意目標企業分擔較小的風險責任。

6. 不可抗力條款

不可抗力是指無法預見、不能避免、不能克服的情況。不可抗力可以是自然原因釀成的，也可以是人爲因素引起的。前者如地震、水災、旱災、突發疫情等，後者如戰爭、政府禁令、罷工、暴亂等。不可抗力條款的主要內容包括：雙方約定的不可抗力的具體內容；遭遇不可抗力事故的一方向另一方提出事故報告和證明檔的期限和方式；遭遇不可抗力事故一方的責任範圍。如因不可抗力使合同無法履行，則應解除合同。如不可抗力只是暫時阻礙合同履行，則一般採取延期履行合同的方式。凡發生不可抗力事故，如果當事人已盡力採取補救措施但仍未能避免損失的情況下，可不負賠償責任。

7. 企業債權債務處理條款

債權債務條款一般會規定一個基準日，作爲目標企業債權債務的承擔的分界線。同時，爲了防止目標企業的或有債務，併購方會要求目標企業的在陳述和保證條款中保證目標企業除債權債務清單中列明的負債之外再無其他負債。

8. 職工安置條款

職工安置條款關係到目標企業的切身利益，相關法規對該問題進行了詳細規定。這裏主要介紹在外資併購中，外國投資者和目標企業在職工安置條款的設置上要注意以下幾個問題：（1）不得損害職工的合法權益。大陸《利用外資改組國有企業暫行規定》已經把「不得損害職工的合法權益」作爲該規定的基本原則。這也是外國投資者和目標企業設置職工安置條款的出發點；（2）職工安置條款的內容一定要經目標企業職工代表大會審議通過；（3）仔細研究地方政府的不同規定。在實踐操作中，各省、市對於國有企業改制的職工安置問題往往都有自己的規定。這些規定有的合法，有的則是和中央法律政策相違背的。此外，這些規定中的職工安置方式和費用並

不完全相同。因此，在設置職工安置條款時，有必要對地方政府有關職工安置的規定和政策進行仔細研究，以便正確評估目標企業在職工安置中所要支付的款項和承擔的風險。

9. 經營管理條款

該條款主要是規定併購後成立或保留的企業的經營管理問題，如經營戰略的規劃，高級管理人員的安排等。

10. 索賠條款和提存條款

索賠條款主要是規定併購一方的違約後的賠償責任。提存條款主要是併購方爲了配合索賠條款設置的。如果目標企業違約，併購方就會要求目標企業承擔賠償責任。爲防止出現目標企業無法賠償的情況，併購方就通過提存條款，將併購價款存放在雙方信任的協力廠商那裏，或者是放在律師事務所，或者是會計師事務所，以供索賠之用。

11. 過渡期安排條款

當併購合同簽訂至合同履行交割前，併購雙方尤其是目標企業須維持目標企業的現狀，不得修改章程和分派股利及紅利，不得將擬出售資產或股份再行出售、轉移或設定擔保。維持現狀條款主要是爲了減少收購方的併購風險。2004 年 1 月 7 日，大陸證監會發佈的《關於規範上市公司實際控制權轉移行爲有關問題的通知》明確規定：「以協定方式進行上市公司收購的，控股股東和收購人應當在收購協定中明確約定，雙方在簽訂收購協定後至相關股份過戶前的過渡期間各自的權利、義務，並採取切實有效措施保證控制權轉移期間上市公司經營管理的平穩過渡。」，從這條規定中，我們可以看出過渡期安排條款的重要性。

12. 價格條款

主要規定擬收購的資產或股權的價格和評估依據。

13. 支付期限條款和股權或資產移轉條款

這裏我們要特別注意外資併購的特別規定。中國大陸法律對外資併購中的外國投資者的支付期限有明確的規定。大陸《利用外資改組國有企業暫行規定》第 11 條規定：「以轉讓方式進行改組的，外國投資者一般應當在外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內支付全部價款。確有困難的，應當在營業執照頒發之日起 6 個月內支付價款總額的 60%以上，其餘款項應當依法提供擔保，在一年內付清。」，大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 16 條規定：「外國投資者併購境內企業設立外商投資企業，外國投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內向轉讓股權的股東，或出售資產的境內企業支付全部對價。對特殊情況需要延長者，經審批機關批准後，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內支付全部對價的 60%以上，1 年內付清全部對價，並按實際繳付的出資比例分配收益。外國投資者認購境內公司增資，有限責任公司和以發起方式設立的境內股份有限公司的股東應當在公司申請外商投資企業營業執照時繳付不低於 20%的新增註冊資本，其餘部分的出資時間應符合《公司法》、有關外商投資的法律和《公司登記管理條例》的規定。其他法律和行政法規另有規定的，從其規定。股份有限公司為增加註冊資本發行新股時，股東認購新股，依照設立股份有限公司繳納股款的有關規定執行。外國投資者資產併購的，投資者應在擬設立的外商投資企業合同、章程中規定出資期限。設立外商投資企業，並通過該企業協議購買境內企業資產且運營該資產的，對與資產對價等額部分的出資，投資者應在本條第一款規定的對價支付期限內繳付；其餘部分的出資應符合設立外商投資企業出資的相關規定。　　外國投資者併購境內企業設立外商投資企業，如果外國投資者出資比例低於企業註冊資本 25%，投資

者以現金出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清；投資者以實物、工業產權等出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清。」，根據以上法規，外國投資者的對價支付期限有以下幾種情況：

(1) 在股權轉讓中，外國投資者一般應當在外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內支付全部價款。確有困難的，應當在營業執照頒發之日起 6 個月內支付價款總額的 60%以上，其餘款項應當依法提供擔保，在一年內付清。

(2) 在通過增資形式進行的股權併購中，外國投資者應在擬變更設立的外商投資企業合同、章程中規定出資期限。規定一次繳清出資的，投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清；規定分期繳付出資的，投資者第一期出資不得低於各自認繳出資額的 15%，並應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清。

(3) 通過增發股份形式進行的股權併購中，相關法規沒有對外國投資者的對價支付方式進行規定。但是，外國投資者一旦認購目標企業增發的股份，目標企業就成爲外商投資股份公司。大陸《關於設立外商投資股份有限公司若干問題的暫行規定》沒有規定外商投資股份公司的資本繳納制度。但其第 25 條規定：「本暫行規定未規定的公司的其他事宜，按《公司法》、《國務院關於股份有限公司境外募集股份及上市的特別規定》及有關規定辦理。」，因此，外國投資者應該在擬變更設立的外商投資企業領取營業執照之前一次性繳納。

(4) 在資產併購中，如果外國投資者先設立以併購爲目的的空殼企業，然後通過空殼企業購買目標企業的資產，對與資產對價等額部分的出資，外國投資者應自外商投資企業營業執照頒發之

日起 3 個月內向出售資產的境內企業支付全部對價。對特殊情況需要延長者，經審批機關批准後，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內支付全部對價的 60%以上，1 年內付清全部對價，並按實際繳付的出資比例分配收益。其餘部分的出資應在擬變更設立的外商投資企業合同、章程中規定出資期限。規定一次繳清出資的，投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清；規定分期繳付出資的，投資者第一期出資不得低於各自認繳出資額的 15%，並應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清。

(5) 在資產併購中，如果外國投資者購買境內企業的資產，以該資產出資設立外商投資企業，外國投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內向出售資產的境內企業支付全部對價。對特殊情況需要延長者，經審批機關批准後，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內支付全部對價的 60%以上，1 年內付清全部對價，並按實際繳付的出資比例分配收益。

(6) 外國投資者在設立的外商投資企業的出資比例低於 25%的，投資者以現金出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清；投資者以實物、工業產權等出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清。

一般來說，併購合同會在規定併購方的對價支付期限的同時，設置股權或資產移轉條款。併購雙方可以約定股權或資產一次性移轉，也可以約定分批移轉，還可以約定辦理股權或資產移轉的手續由誰負責以及程式怎麼設置等問題。在股權或資產移轉條款中，特別要確定標的移轉日和變更登記日，以便做好移轉程式的上下銜接工作，同時也便於併購雙方控風險。

14. 支付方式條款

支付方式一般是現金、股票或者現金和股票的綜合運用。這裏要注意外資併購中的特別規定。大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 17 條規定：「作為併購對價的支付手段，應符合國家有關法律和行政法規的規定。外國投資者以其合法擁有的人民幣資產作為支付手段的，應經外匯管理機關核准。外國投資者以其擁有處置權的股權作為支付手段的，按照本規定第四章辦理。」，大陸《利用外資改組國有企業暫行規定》第 10 條規定：「外國投資者應當以境外匯入的可自由兌換貨幣或其他合法財產權益支付轉讓價款或出資。經外匯管理部門批准，也可以用在中國境內投資獲得的人民幣淨利潤或其他合法財產權益支付轉讓價款或出資。上述其他合法財產權益包括：（1）外國投資者來源於大陸境內舉辦的其他外商投資企業因清算、股權轉讓、先行回收投資、減資等所得的財產；（2）外國投資者收購國有企業或含國有股權的公司制企業的國有產權或資產；（3）外國投資者收購國有企業的債權人的債權；（4）法律法規規定的其他出資方式。註冊會計師在爲外國投資者辦理驗資時，應當按照財政部、國家外匯管理局《關於進一步加強外商投資企業驗資工作和健全外資外匯登記制度的通知》（財會[2002]1017 號）的規定履行驗資程式、出具驗資報告。」，因此，併購雙方在設置對價支付方式條款時，一定要遵守上述法規的規定。

但是，如果是收購上市公司國有股權，外商應當以自由兌換貨幣支付轉讓價款。已在大陸境內投資的外商，經外匯管理部門審核後，也可用投資所得人民幣利潤支付。外商在付清全部轉讓價款十二個月後，可再轉讓其所購股份。

15. 併購後外商投資企業的註冊資本和出資比例條款

該條款是外資併購中的特有條款。外商投資企業的註冊資本是投資各方在企業登記管理機關認繳的出資額總和。註冊資本是計算併購各方在新設的外商投資企業的出資比例的基礎。大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 18 條規定：「外國投資者協議購買境內公司股東的股權，境內公司變更設立為外商投資企業後，該外商投資企業的註冊資本為原境內公司註冊資本，外國投資者的出資比例為其所購買股權在原註冊資本中所占比例。外國投資者認購境內有限責任公司增資的，併購後所設外商投資企業的註冊資本為原境內公司註冊資本與增資額之和。外國投資者與被併購境內公司原其他股東，在境內公司資產評估的基礎上，確定各自在外商投資企業註冊資本中的出資比例。外國投資者認購境內股份有限公司增資的，按照《公司法》有關規定確定註冊資本。」。

16. 併購後外商投資企業的投資總額條款

這也是外資併購的特有條款。外商投資企業的投資總額是指按照企業章程規定的生產規模需要投入的基本建設資金和生產流動資金的總和。它由投資各方繳納的註冊資本和以外商投資企業的名義舉借的債務兩部分組成。我國法規對併購後外商投資企業的投資總額進行了詳細的規定。大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 19 條規定：「外國投資者股權併購的，除國家另有規定外，對併購後所設外商投資企業應按照以下比例確定投資總額的上限：（一）註冊資本在 210 萬美元以下的，投資總額不得超過註冊資本的 10/7；（二）註冊資本在 210 萬美元以上至 500 萬美元的，投資總額不得超過註冊資本的 2 倍；（三）註冊資本在 500 萬美元以上至 1200 萬美元的，投資總額不得超過註冊資本的 2.5 倍；（四）註冊資本在 1200 萬美元以上的，投資總額不得超過註冊資本的 3 倍。」。

該條款是外資併購中的特有條款。外商投資企業的註冊資本是投資各方在企業登記管理機關認繳的出資額總和。註冊資本是計算併購各方在新設的外商投資企業的出資比例的基礎。大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 18 條規定：「外國投資者協議購買境內公司股東的股權，境內公司變更設立為外商投資企業後，該外商投資企業的註冊資本為原境內公司註冊資本，外國投資者的出資比例為其所購買股權在原註冊資本中所占比例。外國投資者認購境內有限責任公司增資的，併購後所設外商投資企業的註冊資本為原境內公司註冊資本與增資額之和。外國投資者與被併購境內公司原其他股東，在境內公司資產評估的基礎上，確定各自在外商投資企業註冊資本中的出資比例。外國投資者認購境內股份有限公司增資的，按照《公司法》有關規定確定註冊資本。」。

16. 併購後外商投資企業的投資總額條款

這也是外資併購的特有條款。外商投資企業的投資總額是指按照企業章程規定的生產規模需要投入的基本建設資金和生產流動資金的總和。它由投資各方繳納的註冊資本和以外商投資企業的名義舉借的債務兩部分組成。我國法規對併購後外商投資企業的投資總額進行了詳細的規定。大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 19 條規定：「外國投資者股權併購的，除國家另有規定外，對併購後所設外商投資企業應按照以下比例確定投資總額的上限：（一）註冊資本在 210 萬美元以下的，投資總額不得超過註冊資本的 10/7；（二）註冊資本在 210 萬美元以上至 500 萬美元的，投資總額不得超過註冊資本的 2 倍；（三）註冊資本在 500 萬美元以上至 1200 萬美元的，投資總額不得超過註冊資本的 2.5 倍；（四）註冊資本在 1200 萬美元以上的，投資總額不得超過註冊資本的 3 倍。」。

說明以下三項內容：A.請求仲裁的意思表示；B.仲裁事項；C.選定的仲裁委員會。大陸《仲裁法》第 18 條規定：「仲裁協定對仲裁事項或者仲裁委員會沒有約定或者約定不明確的，當事人可以補充協定；達不成補充協定的，仲裁協定無效。」，爲避免出現不必要的糾紛，併購方最好能按照法律要求將仲裁條款表述清楚。

(3) 如果約定訴訟的方式解決爭議，則要注意大陸法律的相關規定。大陸《民事訴訟法》第 25 條規定：「合同的雙方當事人可以在書面合同中協定選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地人民法院管轄，但不得違反本法對級別管轄和專屬管轄的規定」。同時大陸《最高人民法院關於適用大陸〈民事訴訟法〉若干問題的意見》第 24 條規定：「合同的雙方當事人選擇管轄的協定不明確或者選擇民事訴訟法第 25 條規定的人民法院中的兩個以上人民法院管轄的，選擇管轄的協定無效，依照民事訴訟法第 24 條的規定確定管轄」。因此，併購雙方只能在法律規定的地域管轄和專屬管轄範圍內約定訴訟的法院，同時不能超越級別管轄的規定[107]。

（三） 附件

附件主要包括財務審計報告、資產評估報告、土地使用權轉讓協定、政府批准檔、財產清單、職工安置方案、會議紀要、談判筆錄等。

[107] 唐清林，企業併購律師實務——企業併購合同的製作，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=6749。

臺商商務合同常見Q&A

一、「中外合資經營企業」臺商甲公司依「中外合資合同」的約定出資，而中方乙公司卻未完全盡出資義務，臺商甲公司該怎麼辦？

答：

中國大陸容許外資的合營形態，包括「中外合資」及「中外合作」，前者稱之為「股權式合營」，後者則稱之為「契約式合營」。

中外合資經營企業即係外國公司、企業和其他經濟組織或個人，經大陸人民政府批准，在中國大陸境內與中方的公司、企業或其他經濟組織共同舉辦的企業。

中外合資企業的形式為「有限責任公司」，合營各方按「註冊資本」比例分享利潤和分擔風險及虧損。所以，合營各方均負出資義務，其出資可以「現金、實物、工業產權」等進行投資。

就以本案例而言，中方乙公司依雙方合營合同約定既負有出資義務，卻遲未盡出資義務，則臺商甲公司應依雙方合同之約定催告中方乙公司，倘若中方乙公司仍置之不理，則臺商甲公司應循求法律途徑救濟。

按大陸《中外合資經營企業法》第 15 條規定：「Ⅰ、合營各方發生糾紛，董事會不能協商解決時，由中國仲裁機構進行調解或仲裁，也可由合營各方協議在其他仲裁機構仲裁。Ⅱ、合營各方沒有在合同中訂有仲裁條款的或者事後沒有達成書面仲裁協議的，可以向人民法院起訴。」由前述規定，可知糾紛解決的途徑，包括：

1. 在董事會內雙方進行協商；
2. 如雙方於「中外合資合同」內訂由「仲裁條款」，則由該仲裁機構於接到一方之申請後，進行調解或仲裁；

如雙方未訂有「仲裁條款」，糾紛發生後，也未達成「仲裁協議」，則向管轄之大陸人民法院提起訴訟。

大陸臺商赴中國大陸投資，採用合資方式，卻頻傳合資雙方之糾紛。大陸臺商務必注意糾紛的預防，預防之道不外有六：

1. 慎選合資夥伴，事前徵信極為重要，寧缺勿濫；
2. 慎訂合資合同的條款，此可參考大陸《中外合資經營企業法》第 11 條的規定；
3. 注意出資的方式，如以實物出資，應注意作價；如以工業產權或專有技術出資，也應注意作價，及技術移轉的約定；
4. 採用「仲裁」條款，應先明辨「仲裁」與「訴訟」的區別。另外，訂立仲裁條款應思考仲裁機構，如已發生糾紛，則尚應考慮「仲裁員」（如：臺籍仲裁員、…）；
5. 注意董事會的組成，因為「董事會」是合營企業的最高權力機構，決定合營企業的一切重大問題；又董事會成員不得少於３人；董事名額的分配由合營各方參照「出資比例」協商確定（參見大陸《中外合資經營企業法》第 30 條、第 31 條）；
6. 注意「註冊資本」與「投資總額」的區別，因為中外合資企業的資本由兩部分構成：「註冊資本」和「借入資本」，兩者合稱為「投資總額」。至於「註冊資本」，則是為設立合營企業在登記管理機構登記的資本總額，其為合營各方認繳出資額之總額。

二、 甲、乙雙方訂立「中外合資合同」，經審批通過並完成合資公司的設立登記。嗣後雙方私下另行簽訂「合資經營協議」，此一「合資經營協議」的效力如何？

答：

設立「中外合資經營企業」應適用大陸《中外合資經營企業法》、《中外合資經營企業法實施條例》，依《中外合資經營企業法》第三條前段規定：合營各方簽訂的合營協議、合同、章程，應報「國家對外經濟貿易主管部門」審查批准。同法第四條第三款規定：合營各方按註冊資本比例分享利潤和分擔風險及虧損。

所以，「中外合資經營」具下述特點：（1）中國法人；（2）共同經營；（3）共同投資；（4）共負虧損、共擔風險；（5）責任有限[108]。

就以本案例而言，甲與乙合資，雙方固應簽訂「中外合資合同」，且應經審批；縱使有修訂的必要，亦須合於大陸《中外合資經營企業法》、《中外合資經營企業法實施條例》的規定，且須經主管機關審批。所以，其雙方嗣後所擬訂之「合資經營協議」也須經審批，且須合於《中外合資經營企業法》等相關法令之規範。

然本案例之「合資經營協議」，因有下述情事存在而無效：

1. 此係一私下協議，而未送主管機關審批；
2. 內容違背了大陸《中外合資經營企業法》、《中外合資經營企業法實施條例》及《關於承包經營中外合資經營企業的規定》，不符合合資雙方應對合資企業共同投資、共同經營、共擔風險、共負盈虧的基本要求[109]。

由本案例給大陸臺商一個啟示，即在中國大陸進行中外合資，所有簽訂的法律檔宜諮詢法律專家的意見，否則，一旦違反規定，落到「無效」的命運，真可謂白忙一場！

[108] 許世憑，大陸臺商海關工作實務，2004 年 5 月初版，臺灣兩岸投資企業協會發行，頁 5。

[109] 王政，「合資企業中的出資與保底利潤」乙文，載中國國際商會仲裁研究所編：典型國際經貿仲裁案例評析，1999 年 6 月第 1 版，法律出版社出版發行，頁 289。

三、 大陸臺商於中國大陸的國有土地上，取得「有償出讓土地使用權」並興建廠房，則關於「土地登記」部分，應注意何事項？若臺商遭受徵收，可以請求補償、依法救濟嗎？

答：

大陸臺商如設廠或進行土地開發，必須涉及「土地」，中國大陸已施行「土地登記」制度；所謂「土地登記」乃指將國有土地使用權、集體土地所有權、集體土地使用權和土地抵押權、地役權以及依照法律、法規之規定需要登記的其他土地權利，記載於「土地登記簿」公示的行為。大陸臺商為了確保自己的土地權利，務必注意土地登記的相關要點，筆者特提出以下五點：

（一） 認識土地權利證書：中國大陸《土地登記辦法》中所規定的「土地權利證書」，包括以下四種，即：1、國有土地使用證；2、集體土地所有證；3、集體土地使用證；4、土地他項權利證明書。

（二） 認識各種登記的不同：大陸之《土地登記辦法》所規定的登記，有「初始登記」、「變更登記」、「註銷登記」及「其他登記」，現分述之如下：

1. 初始登記：乃指土地總登記之外對設立的土地權利進行的登記。
2. 變更登記：乃指因土地權利人發生改變，或者因土地權利人姓名或者名稱、地址和土地用途等內容發生變更而進行的登記。
3. 註銷登記：乃指因土地權利的消滅等而進行的登記。
4. 其他登記：大陸《土地登記辦法》第七章所指的「其他登記」，包括「更正登記」、「異議登記」、「預告登記」和「查封登記」。

（三） 瞭解「預告登記」的運用：在臺灣的《土地登記規則》中，也有「預告登記」。大陸《土地登記辦法》第 62 條第 1 款規定：當事人簽訂「土地權利轉讓的協議」後，可以按照約定轉讓協議申請「預告登記」。一旦有了「預告登記」時，於「預告登記期間」未經「預告登記權利人」的同意，不得辦理土地權利的變更登記或者土地抵押

權、地役權登記（參見大陸《土地登記辦法》第 62 條第 4 款）。

（四） 瞭解「查封登記」：依大陸《土地登記辦法》第 69 條規定：被「人民法院」依法查封、預查封的土地使用權，在查封、預查封期間，不得辦理土地權利的「變更登記或者土地抵押權、地役權登記」。

（五） 運用公開查詢的制度：大陸臺商在處理土地相關權利時，一定要先瞭解土地的相關登記狀況；此時可運用「土地登記資料公開查詢制度」，依該規定，土地權利人、利害關係人可以申請查詢土地登記資料（參見大陸《土地登記辦法》第 72 條、《土地登記資料公開查詢辦法》）[110]。

其次，又近來常聽聞中國大陸人民政府進行徵收，而臺商於遭受徵收，可以請求補償嗎？又如可以請求，卻不足額補償，臺商可以依法救濟嗎？

（一） 徵收必須具有公共利益的需要：

首先臺商須注意大陸國務院於 2011 年元月 19 日通過《國有土地上房屋徵收與補償條例》，該條例並於同年元月 21 日公佈，且自公佈之日起施行。依大陸《國有土地上房屋徵收與補償條例》第 8 條的規定，要有下列情形之一，確需徵收房屋的，才由市、縣級人民政府作出房屋徵收的決定：

1. 國防和外交的需要；
2. 由政府組織實施的能源、交通、水利等基礎設施建設的需要；
3. 由政府組織實施的科技、教育、文化、衛生、體育、環境和資源保護、防災減災、文物保護、社會福利、市政公用等公共事業的需要；
4. 由政府組織實施的保障性安居工程建設的需要；
5. 由政府依照城鄉規劃法有關規定組織實施的對危房集中、基礎設施落後等地段進行「舊城區改建」的需要；

[110] 李永然，http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=大陸與臺商對土地登記&idno=5945&keywords=國有土地。

6. 法律、行政法規規定的其他公共利益的需要。

（二） 大陸人民政府徵收必須依法公告：

大陸《國有土地上房屋徵收與補償條例》規定：市、縣級人民政府作出徵收決定前，「徵收補償費用」應當足額到位、專戶存儲、專款專用。該條例第 13 條第 1 款還規定：市、縣級人民政府作出房屋徵收決定後當及時「公告」，「公告」應當載明「徵收補償方案」和「行政覆議、行政訴訟權利」等事項。

大陸臺商透過上述「公告」，可以明白自己的房屋是否在該徵收範圍；倘在徵收範圍內，而大陸臺商對此一決定有所不服，可以依法申請「行政覆議」；倘遭到不利時，仍可再依法提起「行政訴訟」（參見大陸《國有土地上房屋徵收與補償條例》第 14 條）。

（三） 大陸臺商對補償範圍及標準的認識：

再者，臺商的房屋遭到市、縣級人民政府徵收，大陸臺商可以請求補償，而其補償的範圍如何呢？

1. 被徵收房屋價值的補償；

2. 因徵收房屋造成的搬遷、臨時安置的補償；

3. 因徵收房屋造成的停產業損失的補償。

過去實務上，曾有些為獲得較多補償者，於徵收範圍確定後，進行搶建，這些部分不能獲得補償。大陸國務院於該條例第 16 條第 1 款明文規定：房屋徵收範圍確定後，不得在房屋徵收範圍內實施新建、擴建、改建房屋和改變房屋用途等不當增加補償費用的行為；違反規定實施的，不予補償。

（四） 臺商是否已有十足的保障？

又如上所述，中國大陸的徵收，似乎已有一新公佈的法令可資憑據；惟大陸《國有土地上房屋徵收與補償條例》，並不是由全國人大或人大常委會所通過的「法律」，而僅是由大陸「國務院」所通過的「行政法規」；

與臺灣的《土地徵收條例》係由「立法院」所通過者有所不同。

再者，該條例未來仍應視其實際落實的執行情形，其執行仍有待觀察。尤其是「補償價格」，該條例第 19 條第 1 款雖規定：對被徵收房屋價值的補償，不得低於房屋徵收決定公告之日被徵收房屋類似房地產的「市場價格」。被徵收房屋的價值，由具有相應資質的「房地產評估機構」按照「房屋徵收評估辦法」評估確定；但過去大陸臺商對補償價格迭有怨言，「房地產評估機構」的公正客觀仍有待加強。

（五） 結語

綜上所述，大陸臺商在中國大陸投資，仍須注意自身權益的保障，遇上徵收的事，切勿等閒視之，而應找值得信賴的專業人士協助，藉以為自己爭取較為有利的補償條件；同時也期盼大陸人民政府應注意補償精神的落實，保障臺商的權益，方不致傷害臺灣人民的感情[111]。

[111] 李永然，http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=大陸臺商廠房遭徵收時&idno=6168&keywords=國有土地。

四、 臺商於大陸湖北武漢買了一戶「預售商品房」，其嗣後發現該房地產開發商尚未取得「商品房預售許可證」，臺商該怎麼辦？

答：

中國大陸商品房買賣分為「預售商品房」及「現售商品房」，大陸係實施「商品房預售許可制度」，房地產開發商應持「土地使用權證」、「施工許可證」、「建設工程規劃許可證」、「投入開發建設之資金佔工程建設總投資比例符合規定條件的證明」、「關於施工進度的說明」、「工程施工合同」、「商品房預售方案」等資料，向房地產主管機關申請「預售許可證」，符合大陸《城市商品房預售管理辦法》即發給「預售許可證」；倘未取得「商品房預售許可證」房地產開發商不得預售商品房。

就以本案例而言，房地產開發商尚未取得「預售許可證」，卻已出售並訂立「商品房預售合同」，依大陸＜最高人民法院《關於審理商品房買賣合同糾 紛適用法律若干問題的解釋》＞第 2 條規定：出賣人未取得「商品房預售許可證明」，與買受人訂立的商品房預售合同，應當認定「無效」；但是在起訴前取得商品房預售許可證明的，可以認定「有效」。所以，臺商張大可以依大陸＜最高人民法院《關於審理商品房買賣合同糾紛適用法律若干問題的解釋》＞第 9 條：「出賣人訂立商品房買賣合同時，具有下列情形之一，導致合同 無效…的，買受人可以請求返還已付購房款及利息、賠償損失，並可以請求出賣人承擔不超過已付購房款一倍的賠償責任：（一）故意隱瞞沒有取得商品房預售許可證明的事實或者提供虛假商品房預售許可證明；…」的規定[112]，向出賣人房地產開發商主張。

買受人要如何查詢或識別房地產開發商已否取得預售許可證？其途徑有三：

1. 向當地人房地產政府主管機關之網站查詢，因主管機關之網站會對房地產預售的許可情形進行公示；

[112] 靳允聰、姜正雲主編：《江蘇省合同監督管理辦法》釋義及應用，2003 年 7 月第 1 版第 1 次印刷，南京大學出版社出版發行，頁 281～283。

2. 直接向物業所在地之房地產的主管機關瞭解該物業是否已獲得預售許可證；
3. 查看售樓之處所是否有懸掛《商品房預售許可證》、售樓廣告和說明書上是否有註明《商品房預售許可證》編號；如有時，還要確認該許可證是否有虛假的情事存在[113]。

[113] 雅爾德律師事務所編著：中國房地產 100 問，2005 年 1 月初版，明報出版社有限公司出版發行，頁 4。

五、 臺商大大公司將房產交付張大管領使用，卻仍遲未將房產所有權移轉「登記」於張大，張大如欲保障自身權益究竟要如何主張？臺商大大公司能否以既未辦房產移轉登記為由，而主張該買賣合同「無效」？

答：

按臺灣民眾或臺商在中國大陸買賣房產者相當多，買賣房產的當事人務必特別注意以下三點：

1. 買賣標的物的確認，包括：面積、使用用途、產權的合法性、証件的齊備。
2. 買賣合同的訂立：中國大陸不論《城市房地產管理法》、《合同法》對於買賣合同的條款均有相關規定，尤其為確保合同的履行，雙方可以於合同內訂立「違約金」，依大陸《合同法》第 114 條規定：「Ⅰ、當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金，也可以約定因違約產生的損失賠償額的計算方法。Ⅱ、約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。Ⅲ、當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務。」即可明白；又雙方也於合同內可以約定「解除權」。
3. 買賣標的物所有權的移轉登記：中國大陸也實施不動產登記制度，「登記」是房產所有權移轉的必經程式。

在前述案例，臺商大大公司與張大訂立房產買賣合同，大大公司已交付房產予買受人，買受人也已交付價金於出賣人大大公司，大大公司不能以尚未登記為由反悔出售，而主張買賣合同無效；因為，房屋買賣合同能否成立，是取決於合同當事人的意思表示是否真實、合同訂立的程式是否合法、合同的內容是否違反法律和社會公共利益；而「登記」是作為房屋買賣合同所追求的法律後果，是房

屋產權有效轉移的要件，而不是房屋買賣合同的生效要件[114]。所以，大大公司反悔不賣，以未移轉登記為由而主張買賣合同無效，藉以對抗買受人張大依法是不能成立的！

至於張大面對大大公司的遲延移轉房產所有權，可以向管轄人民法院提起民事訴訟，請求判決移轉並主張違約所受之損害的賠償，倘雙方於合同內訂有「違約金」時，更可依此約定而請求違約金！

[114] 張如曦著：金善朝訴鄭光榮房屋買賣糾紛案，載朱珍鈕主編：涉臺審判實務與案例評析，2001 年 11 月第 1 版，人民法院出版社出版，頁 201。

六、 臺商甲股份有限公司向大陸乙有限公司訂購貨物一批，雙方訂有合同及備忘錄。臺商甲公司未依合同所訂時間通知大陸乙公司裝船，隨後進行換袋發現在袋口附近有煤屑污染、袋子外側有水濕的現象。大陸乙公司向臺商甲公司請求損害賠償是否有理？

答：

本案涉及「買賣合同」的履行，依大陸《合同法》第 130 條規定：買賣合同是出賣人移轉標的物所有權於買受人，買受人支付價款的合同。

合同約定後，雙方即負有依內容履行的義務，惟合同是當事人意思自治的產物，可以經過雙方當事人的協商，變更合同的各項條款[115]，合同變更須符合下述條件：1、須原來的合同關係合法有效；2、須合同的內容發生變化；3、須依當事人的協議或是法律的規定；4、須符合法律要求的形式[116]。此由大陸《合同法》第 77 條：「Ⅰ、當事人協商一致，可以變更合同。Ⅱ、法律、行政法規規定變更合同應辦理批准、登記等手續的，依照其規定。」的規定，即可明白。

就以本案例而言，臺商甲股份有限公司與大陸乙有限公司雙方原有訂立之合同，臺商甲股份有限公司雖有遲延通知乙公司出貨，但雙方嗣後已「變更合同」，乙公司亦未追究臺商甲股份有限公司之遲延責任；臺商甲股份有限公司對於變更後合同之履行，並無違約之情事發生。存放港口之貨物，裝貨之袋子口有煤屑污染、染子外側有水濕的現象，此不應由臺商甲股份有限公司負責；臺商甲股份有限公司有拒絕受領之權利，大陸乙公司不得藉此主張臺商甲股份有限公司違約，並請求損害賠償！

[115] 合同條款內容的變更，如：「標的物數量之增減」、「價款或酬金之變化」、「標的物質量之改變」、「履行地點之變化」、「履行期限或方式之變化」、「付款方式之變化」…等。

[116] 熊琳主編：中日經濟訴訟名案法律解析，頁 19～20，2004 年 1 月第 1 版，中國檢察出版社出版發行。

七、 大陸臺商甲與陸民乙簽訂房屋租賃合同，應注意哪些事項藉以避免發生糾紛？

答：

在探討本案例之前，須先對租賃合同的生效要件予以剖析。

（一）租賃合同生效要件包括以下四個方面：

1. 訂立租賃合同的當事人（即甲方、乙方）要具備合法的簽約資格：

出租人可以是：

(1) 租賃物的所有權人（即物的主人），這可以從房地產證、購房合同、行車證、營業執照等證照原件查核證明。

(2) 租賃物所有權人的代理人。如果所有權人是自然人，代理人應持有所有權人的授權委託書，該委託書或者由出租人在承租人面前親筆書寫，或者經過公證處公證，否則難免發生偽造委託書的行為；如果租賃物是幾個人共有（如夫妻共有房屋），應由所有共有人在租賃合同上以出租人的身分簽名；如果租賃物是企業、事業等單位的財產，出租人應是該單位，並在租賃合同上蓋單位公章或合同專用章，經辦人應向承租人提交法人代表身分證明（證明單位法定代表人的職務，並蓋該單位公章）和單位蓋章的授權委託書，並在租賃合同上以代理人（代表或經辦人）名義簽字。

(3) 經企事業法人授權的企事業單位元的分支機構和職能單位元，該分支機構和職能單位應向承租人提交蓋單位公章的授權委託書。

(4) 無權出租的人事後得到所有權人的同意。

(5) 經所有權人同意其轉租的承租人可以轉租。

承租人可以是：

(1) 自然人。

(2) 機關、團體、企事業單位。

2. 訂立租賃合同的雙方經要約和承諾階段，意思表示真實一致，沒有詐欺、脅迫、重大誤解、乘人之危等情形：

所謂「要約」，是指一方向另一方提出的訂約建議，要約須內容具體明確，須有經對方同意，即遵守要約的表示。「承諾」是指對要約表示完全同意的答覆，承諾應同時符合三項條件才成立：

（1）由接到要約的人發出。

（2）內容與要約完全相同，任何部分或全部的修改，均視為對要約的拒絕，原要約失效，該修改後的提議構成新要約。

（3）承諾應在要約人規定的答覆期內到達要約人。

所謂意思表示真實一致，是指出租人和承租人遵守誠實不欺的原則，不欺騙、不脅迫，無重大誤解，雙方發自內心真實的意願達成協議。凡因被騙、被脅迫或因重大誤解而簽訂的協議，屬意思表示不真實的協議。

3. 租賃合同的內容應當合法

（1）租賃物應當合法，否則會導致合同全部無效，如以違法建築出租，不符合安全、防災等工程建設強制性標準出租等。

（2）租賃物用途應當合法，否則會導致合同全部無效。如未經批准，把教育用房作為商業用房出租，即租賃雙方改變了租賃物用途。惟如出租人不知情，承租人單方改變租賃物用途，租賃合同有效，出租人有權解除合同。

（3）租賃期限應當合法。大陸《合同法》第 214 條規定，租賃期限不得超過二十年。超過二十年的，超過部分無效。租賃期間屆滿，當事人可以續訂租賃合同，但約定的租賃期限自續訂之日起不得超過二十年。

（4）合同規定的雙方權利義務應當合法。

4. 租賃合同的形式應當合法

（1）大陸《合同法》第 215 條規定，租賃期限六個月以上的，應當採用書

面形式。當事人未採用書面形式的，視為不定期租賃。大陸《合同法》第 232 條規定，不定期租賃，當事人可以隨時解除合同。

(2) 大陸《商品房屋租賃管理辦法》第 7 條規定，房屋租賃當事人應當依法訂立租賃合同。房屋租賃合同的內容由當事人雙方約定，一般應當包括以下內容：

2.1 房屋租賃當事人的姓名（名稱）和住所；

2.2 房屋的座落、面積、結構、附屬設施，傢俱和家電等室內設施狀況；

2.3 租金和押金數額、支付方式；

2.4 租賃用途和房屋使用要求；

2.5 房屋和室內設施的安全性能；

2.6 租賃期限；

2.7 房屋維修責任；

2.8 物業服務、水、電、燃氣等相關費用的繳納；

2.9 爭議解決辦法和違約責任；

2.10 其他約定。

故就本案例，大陸臺商甲應注意前述規定，除此之外，還應注意以下兩點：

1、房屋租賃當事人應當在房屋租賃合同中約定房屋被徵收或者拆遷時的處理辦法。

2、房屋租賃合同依法應提交建設（房地產）主管部門辦理房屋租賃登記備案，但該登記不是租賃合同生效的要件，不登記時租賃合同仍然有效，但房屋租賃合同訂立後三十日內，房屋租賃當事人未到租賃房屋所在地直轄市、市、縣人民政府建設（房地產）主管部門辦理房屋租賃登記備案，直轄市、市、縣人民政府建設（房地產）主管部門可依大陸《商品房屋租賃管理辦法》第 23 條規定，責令限期改正；個人逾期不改正的，處以一千元以下罰款；單位逾期不改正的，處以一千元以上一萬元以下罰款。

另再舉一案例，先將案例事實臚列於後：

（二）案例事實

陸民丙與陸民戊簽訂房屋租賃合同，租得一處兩居室住房，設施俱全，每月只需付租金 600 元人民幣，租期為兩年。不久，陸民丙結識大陸臺商丁，大陸臺商丁欲租一房作為住所，陸民丙便向大陸臺商甲表示，可以將自己的住房出租，租金每月 2500 元人民幣，每年 3 萬元人民幣，租期一年半，需一次性付清一年半的租金 4.5 萬元人民幣。大陸臺商丁以陸民丙為產權人與之簽訂了租賃合同，便搬遷進去居住。一年後，房主陸民戊路過自己的住房，順便上門查看，才得知自己的住房早已易主換人，大吃一驚，遂要求大陸臺商丁退出住房。大陸臺商丁深感委屈，出示其租約，不肯退房，而房主陸民戊則出示其房產證，堅決主張權利，雙方遂發生糾紛，由房主陸民戊起訴至法院。法院在查明事實的基礎上認定，陸民丙將自己承租的住房轉租給他人，擅自行使所有權人的權利卻未得到許可，屬違約行為並同時侵犯了他人的所有權，而且，由於陸民丙未將所出租房屋的真實情況告知承租人大陸臺商丁，致使承租人大陸臺商丁與之簽訂了租賃合同，其行為已構成詐欺，故陸民丙與大陸臺商丁所簽訂的租賃合同不能產生法律效力，大陸臺商丁應將所租之房退還給房主陸民戊。大陸臺商丁所受之損失應由陸民丙賠償。而實際結果，大陸臺商甲雖退還了住房，但由於陸民丙早就將所得之財產揮霍殆盡，無力賠償大陸臺商甲的損失。

就本案中，陸民丙冒充屋主，將自己無權出租的房屋出租，已違反了大陸《合同法》第 224 條規定，即未經出租人陸民戊同意而將租賃物轉租給第三人大陸臺商丁，除構成違約行為並同時侵犯了陸民戊的所有權，陸民戊依法可解除租賃合同外，陸民丙與大陸臺商丁所簽訂的租賃合同無效，大陸臺商丁應將所租之房退還給房主陸民戊。

而陸民丙之所以得逞，正因為利用了承租人大陸臺商丁貪便宜及怕麻煩的心理弱點，而未查看出租人的身分證原件和房產證等原件。如何避免類似陷阱，應從以下幾點著手：

1. 查驗房地產證或房屋所有權證原件，並與出租人一同前往房地產管理局檔案室核查其真偽。
2. 與上述真實房產證記載的產權人簽約，要求其出示身分證，看身分證上記載的姓名與房產證上的產權人姓名是否一致，只有一致才合法，同時持身分證去相應的派出所核查真偽。
3. 如屬產權人委託代理人出租，則要求其出示委託書、委託人身分證原件、代理人身分證原件，並查驗其真實性。
4. 向合法的房屋租賃仲介機構租房，風險會相對減少。
5. 租房前應前往該房屋查看，尤其可選在晚上。
6. 必要時委託律師調查。

八、 借款合同違約時的救濟手段有哪些？

答：

如借款人無法依合同返還借款，貸款人可採用下述手段進行追償與救濟：

（一） 如有擔保物時，可從擔保物取償；

（二） 申請支付令；即貸款債權人可依大陸《民事訴訟法》第 191 條等規定，申請法院發「支付令」給借款債務人，借款債務人收到支付令 15 天內，如果不向法院以「書面形式」提出「異議」，貸款債權人可以運用確定之支付令向人民法院申請執行。

（三） 申請「財產保全」；貸與人為了防止借用人脫產，並為了維護自己的權益，會申請「財產保全」，保障將來判決或仲裁裁決的執行；

（四） 仲裁或訴訟。

九、 大陸地區的臺資企業與非金融企業及自然人簽訂借款合同時應注意事項為何？

答：

（一） 借貸合同的對方當事人不能爲在中國大陸地區設立的企業，否則該借款合同是無效的；

（二） 借款利息必須約定，若無約定或約定不明確，視爲不需支付利息；

（三） 借貸合同約定的利率不得高於同期大陸地區人民銀行規定的貸款利率的四倍；

（四） 如果借貸合同對方當事人是在臺灣設立的企業或臺商自然人的，則應根據大陸《外匯管理條例》的規定履行相應的審核程式；

（五） 借款合同應簽訂「書面」，且應包括如下要素：當事人名稱、位址、居民身份證號碼（企業營業執照號）、借款金額、借款幣種、借款期限（包括償還本金期限及償還利息的期限）、交付方式、利率、逾期利率、借款用途、擔保條款、訴訟或仲裁的約定、當事人簽字蓋章等。

十、 臺商與大陸的中資企業合資雙方各佔 50%，臺商委由其大陸親戚代為履行成立中外合資企業的出資義務，代向李乙借了美金五萬元。嗣後經營失敗，大陸親戚要求臺商應返還上述財產美金五萬元，臺商是否有返還之責？

答：

此一案例涉及王甲是臺商大大公司在中國大陸的代理人，大陸《民法通則》第 63 條規定：「Ⅰ、公民、法人可以通過代理人實施民事法律行為。Ⅱ、代理人在代理權限內，以被代理人的名義實施民事法律行為。被代理人對代理人的代理行為，承擔民事責任。」。至於代理行為依大陸《民法通則》第 65 條規定：「Ⅰ、民事法律行為的委託代理，可以用書面形式，也可以用口頭形式。法律規定用書面形式的，應當用書面形式。Ⅱ、書面委託代理的授權委託書應當載明代理人的姓名或者名稱、代理事項、權限和期間，並由委託人簽名或者蓋章。」。

代理人所為的法律行為既對委託人本人發生效力，代理人代委託人向他人借貸的款項，委託人自負有清償之責。依大陸《民法通則》第 90 條規定：「合法的借貸關係受法律保護。」；如果委託人拒不清償，代理人該如何是好呢？依大陸《民法通則》第 66 條第 2 款規定：「代理人不履行職責而給被代理人造成損害的，應當承擔民事責任。」。

就以本案例而言，臺灣大大公司既由王甲提任代理人，其欲成立「南京大大合資企業」，卻未履行出資義務，而由代理人王甲向李乙借貸，此一款項又未清償。代理人王甲自可依大陸《民法通則》第 63 條、第 65 條、第 90 條、第 134 條第 1 款第（4）項為依據，向管轄的人民法院提起訴訟，由人民法院判決給付，返還財產（參見南京市棲霞區人民法院 2001 棲民初字第 805 號民事判決書）。

臺商在中國大陸的投資行為，固可委由代理人為之，惟此一代理人以慎選為宜，中國大陸投資涉及的事務相當複雜，如未能親自為之，以不投資為宜；倘仍要投資，務必慎選「代理人」，切莫於投資失敗而反悔不認帳，此反而損反自己的信譽！

十一、 大陸臺商甲商場與陸企乙服裝廠簽訂「浮花雕長袖對衫定作合同」，如何避免發生糾紛？

答:

就此一案例，涉及承攬合同，以下先探討承攬合同的主要條款。

（一）承攬合同的主要條款

「承攬合同」作為一種雙務、有償合同，帶有典型的交易性質。其主要內容是承攬人完成定作人交付的工作並交付工作成果，定作人給付報酬。承攬合同分為一般的承攬合同和建設工程承包合同。

承攬合同的內容由必要條款和非必要條款所組成。為了明確當事人雙方的權利義務，避免糾紛發生後的舉證困難，對於履行期限較長的以及價款或報酬數額巨大的承攬合同，應當採取「書面」形式。承攬合同應當包括承攬的標的、數量、質量、報酬、承攬方式、材料的提供、履行期限、驗收標準和方法等條款。除上述條款外，當事人還可以約定其他認為必須予以訂明的條款。此外，與承攬合同有關的技術資料、圖紙，以及雙方往來的電報、電傳、傳真、電子郵件等文件，也是合同的有效組成部分。而一般承攬合同主要條款的議定如下[117]：

1. 承攬的品名或項目

   承攬的品名或項目就是指承攬方按照定作方提出的要求完成工作成果，也是就合同的標的物。在加工合同和定作合同中，標的物一般稱為品名，而在其他加工承攬合同中標的物被稱為項目。無論是品名還是項目，都要在合同中註明，要用全稱、準確、具體，不能含糊其詞。這一條款是加工承攬合同必須具備的首要條款。沒有品名或項目，或者品名或項目不明確的加工承攬合同，當事人雙方權利義務就無法特定，合同就不能成立，也就無法履行。

2. 數量、質量、包裝、承攬方法

[117] 胡占國主編，新編常用合同簽約技巧（怎樣防範合同簽約漏洞與詐欺），藍天出版社，2002 年 4 月 1 版，頁 86、97-104。

數量是衡量合同標的物的尺度，不但包括承攬完成的工作成果的數目，還包括零配件的要求。質量是指合同標的物的內在素質和外觀型態優劣程度的標誌，且在質量方面，技術標準、標量、代號、標準名稱都要寫明並附圖紙，如需製作並保存樣品，樣品要由雙方當面封簽，妥善保存，作為驗收及解決糾紛的依據。另包裝不善常常導致定作物受損，造成糾紛。包裝一般由承攬方負責，根據國家標準或專項標準的規定進行包裝。定作方如有特殊要求，或者定作方提供原材料，應在合同中註明。承攬方用哪種承攬方法也應在合同中註明，如是自己加工還是部分轉讓給第三者加工。

3. 原材料的提供規格、數量、質量

如承攬合同原材料由定作方提供，則價款酬金就較低，違約時給承攬方造成損失較小；反之，如合同的原材料由承攬方自己提供，無論價款或酬金還是違約時給承攬方造成的損失都較大。因此，在合同中要註明原材料是由定作方提供還是由承攬方提供，以及所提供原材料的規格、數量和質量。

4. 價款或酬金

在原材料由承攬方提供時，定作方支付給承攬方的價金稱為價款，它包括承攬方提供的輔助材料、燃料動力、包裝費用、勞務費等項的價金總額。在原材料由定作方提供時，定作方支付給承攬方的價金稱為酬金，它是承攬方提供勞務服務的費用。價款和酬金，國家或主管部門有統一定價時，按照規定的定價計算；定作方因特殊需求需要另行定價的，由雙方協商確定，但不得任意抬價或壓價，為了擔保合同的確實履行或為了滿足承攬方的需要，雙方還可商定支付一定數量的定金或預付款。

5. 履行的期限、地方、方式

承攬方和定作方應當按照完成特定工作任務的具體情況議定履行的期限、地點和方式，不得簽訂沒有交付日期、地點和方式的加工承攬合同，因履行的期限，不僅關係定作方能否及時使用定作物，而且也關係到承攬

方能否及時取得價金。定作物交（提）的地點和方式一經在合同中規定，就不得隨意變更。

6. 驗收標準和方法

驗收標準是判定交驗的定作物是否符合合同規定的定作物的規格質量等尺度。驗收方法是指驗收定作物所採用的方法，有抽樣檢驗和全面檢驗，有憑封印驗收，憑樣品驗收，憑技術資料驗收。無論採用哪種驗收方法，雙方當事人在商定後均應在合同中註明。

7. 結算方式、開戶銀行、帳號

承攬方和定作方應當要在合同中明確規定結算方式是憑現金結算，還是通過銀行轉帳結算。而透過銀行轉帳結算，通常使用的有三種方式：托收承付，銀行匯票和商業匯票。故在合同中應寫明當事人雙方和開戶銀行、帳號，不得含混不清。

8. 違約責任

關於違約金比例的範圍，可以由雙方於合同內約定。

9. 雙方約定的其他條款

雙方可以規定定作方向承攬方交付定金，定作方不履行合同，無權請求返還定金，承攬方不履行合同的，應加倍返還定金。

（二）案例事實：

大陸臺商甲商場與陸企乙服裝廠簽訂「浮花雕長袖對衫定作合同」，合同規定，商場提供樣品，由服裝廠購料加工對衫 1,100 件，每件原料費人民幣（以下同）15 元，加工費 3 元。用料與商場提供的樣品相同，以所封存的樣品為檢驗產品質量的依據。分三批交貨，第一批 100 件，第二批 600 件，第三批 400 件。每次交貨後 5 天內付款。第一批貨，陸企乙服裝廠正確、全面履行合同。但第二批產品交貨後，大陸臺商甲商場經檢驗，發現了嚴重的質量問題，與樣品完全不相符。因此大陸臺商甲商場要求陸企乙服裝廠停止加工，雙方解除合同，並賠償因錯過銷售旺季而造成的經濟損失。陸企乙服裝廠則提出，該批服

裝已轉給丙童裝廠加工，質量問題應由丙童裝廠承擔責任。雙方協商不成，大陸臺商甲商場向法院提起訴訟，要求陸企乙服裝廠賠償損失。

法院查明，雙方合同簽訂後，因陸企乙服裝廠又與丁外貿公司簽訂了出口服裝加工合同，陸企乙服裝廠全部設備與勞力投入到加工出口服裝中，故將加工對衫的合同義務，在未經與定作人即大陸臺商甲商場協商的情況下，交由設備及技術皆落後的丙童裝廠完成，而形成訴訟。

（三）案例分析

本案涉及承攬合同履行過程中承攬人能否將其承攬的工作交由第三人完成的問題，其爭點是陸企乙服裝廠將定作工作交由第三人丙童裝廠完成的行為是否有效，陸企乙服裝廠是否應就丙童裝廠的工作成果向大陸臺商甲商場負責。

「承攬合同」屬於完成工作成果的合同，其具有較強的人身信任的性質。定作人正因為信任承攬人的技術條件和工作能力，才與其簽訂承攬合同。所以，承攬人有義務親自完成自己所承攬的工作任務，通過其自身行為，實現定作人的要求。完成工作成果，從而取得報酬，除非經定作人同意，承攬人不得將工作交由第三人完成。大陸《合同法》第 253 條第 1 款規定：「承攬人應當以自己的設備、技術和勞力，完成主要工作，但當事人另有約定的除外。」。再者，承攬合同的標的物具有特定性，使其具有不可替代性，這就要求承攬人在完成工作的過程中必須具有高度的責任心，認真細緻地進行工作，否則，即使承攬人負賠償責任，有時也不可能在實際上使定作人的損失得以彌補，故承攬合同的承攬人不經定作人同意，不得將主要工作轉交第三人。

在本案中，大陸臺商甲商場正是相信陸企乙服裝廠的技術條件、工作能力和信譽適合其要求，才與該陸企乙服裝廠訂立合同，陸企乙服裝廠擅自將其承擔的工作任務交由第三人丙童裝廠完成，勢必使大陸臺商甲商場的信任落空，利益受損。亦即，本案中陸企乙服裝廠未經大陸臺商甲商場同意，擅自將其承攬的對衫

加工工作交由第三人丙童裝廠完成，其行為無效，陸企乙服裝廠應就丙童裝廠的工作成果向大陸臺商甲商場負責[118]。

[118] 胡占國主編，前揭書，頁 113-114。

十二、 格式合同規定貨物丟失按運價的三倍賠付，是否有效？

案例：2008 年 7 月，阿明從阿德經營的電訊經營部購買了一支手機，但該手機在 10 月便發生故障，於是阿明便將手機交回阿德處進行修理，阿德將手機用盒子包裝交付阿翔經營的某汽車貨運配載站從甲地送到乙地經營部修理，阿德支付了運費 10 元，阿翔交給阿德貨物簽收單第 3 聯，其上註明「貨物按實際價值保險，如遇意外本站按保價賠償（未投保發生意外，本站按運價的三倍賠付）」的格式條款。結果阿翔在運輸過程終將阿德託運的手機遺失，阿德賠償阿明一支新手機，並向阿翔要求賠償，阿翔拒絕賠償，雙方因此發生糾紛，阿德至人民法院起訴，請求人民法院判令阿翔對阿德的損失承擔賠償責任[119]。

答：

大陸《合同法》第 312 條規定：「貨物的毀損、滅失的賠償額，當事人有約定的，按照其約定；沒有約定或者約定不明確，依照本法第六十一條的規定仍不能確定的，按照交付或者應當交付時貨物到達地的市場價格計算。 法律、行政法規對賠償額的計算方法和賠償限額另有規定的，依照其規定。」。在貨運合同中，當事人可以對貨物的毀損、滅失的賠償條款進行約定，但本案承運人對於「未投保發生意外，只能按運價的三倍賠付」的條款是為減輕自己賠償責任而加重託運人的負擔，因為運價 10 元的三倍即 30 元與手機的價值相差甚遠，所以該條款違反公平原則，損害託運人的合法權利。

大陸《合同法》第 40 條規定：「格式條款具有本法第五十二條和第五十三條規定情形的，或者提供格式條款一方免除其責任、加重對方責任、排除對方主要權利的，該條款無效。」；另大陸《消費者權益保護法》第 24 條規定：「經營者不得以格式合同、通知、聲明、店堂告示等方式作出對消費者不公平、不合理的規定，或者減輕、免除其損害消費者合法權益應當承擔的民事責任。格式合同、通知、聲明、店堂告示等含有前款所列內容的，其內容無效。」。因此，「貨

[119] 參王懷祿主編，前揭書，頁 312-313。

物按實際價值保險，如遇意外本站按保價賠償（未投保發生意外，本站按運價的三倍賠付）的格式條款」應屬無效，本案中阿翔應對阿德的損失予以賠償。

十三、 臺商甲在中國大陸經商，其機械設備廠與大陸乙市研究所技術開發中心簽訂一份「保溫燃煤爐」技術開發合同，該技術開發合同主要條款為何？應特別注意何事項？

答：

（一）技術合同的主要條款

技術合同的主要條款是合同當事人權利義務關係的集中表現，是當事人雙方履行合同和承擔法律責任的依據。技術合同的種類不同、雙方當事人的具體權利義務要求不同，因而合同的條款也有所差別。大陸《合同法》從一般意義上規定了合同的條款應當包括以下幾點[120]：

1. 項目名稱

技術合同的項目大多是特定，有些還是前所未有的，因此，在填寫項目名稱時，有通用名稱，應儘量使用通用名稱；沒有通用名稱，也應對該項目作出恰當的命名，以名符其實。

2. 合同標的的內容、範圍和要求

寫明技術合同的類型、技術範圍和對技術的具體要求。屬於專利技術，應寫明專利的類型，發明專利的名稱，申請日、公佈日、批准日、有效期限；非專利技術，要寫明轉讓方是否還將技術轉讓給其他方等。

技術合同類型，即所訂立的技術合同是技術開發合同、技術轉讓合同，還是技術服務合同或技術諮詢合同。

技術範圍，即合同中規定的開發、轉讓和服務的對象，雙方必須根據需要加以明確。例如轉讓產品製造技術，就需要明確產品品種範圍及其具有的系列、型號、規格。

對技術的具體要求。即訂約者所希望的該技術應達到的標準與水準，有個全面、統一、正確的認識，並在合同中明確加以規定。

[120] 胡占國主編，新編常用合同簽約技巧（怎樣防範合同簽約漏洞與詐欺），藍天出版社，2002年4月1版，頁546-548。

3. 履行的計畫、進度、期限、地點和方式

   技術合同的標的不是一般的工作成果，而是一種複雜的勞動，週期性較長、風險較大的勞動。因此，雙方當事人應在合同中明確規定合同履行的計畫、進度和期限，以及合同履行的地點、方式、作為雙方當事人恪守合同，履行義務的依據。

4. 技術情報與資料的保密

   技術商品作為無形的知識型態的商品，在交換過程中，可以同時為多個主體所佔有和使用，尤其對那些沒有取得或不能取得專利保護的技術，只有當其處於極為少數人掌握的情況下，擁有技術者才能保持在競爭中的優勢。因此，技術合同當事人有權對自己佔有的技術要求保密，並且在雙方訂立合同中加以規定，明確對方當事人的保密義務及違反義務時的責任。

5. 風險責任的承擔

   在訂立技術合同時，當事人對合同的履行存在著一定的不確定因素與風險，失敗也是在所難免。如果視為一方當事人違約而讓其承擔全部責任，也顯失公平。因此，訂約時雙方當事人應合理預見可能遇到的風險，並在合同中約定風險責任的分擔方法；也可在合同中約定由委託方支付一定數額不可預見費，以此作為委託方承擔風險責任的方式。

6. 技術成果的歸屬和收益的分成方法

   係指在履行技術合同中所產生的技術成果歸誰所有，如何分配等，因技術合同在履行過程中，往往會產生新的技術成果，有時是訂立合同當事人未預見到的成果，從而出現對這些成果分享和知識產權歸屬的問題，這也是誘發合同爭議的因素，因此，當事人在簽訂技術合同時，要根據情況將技術成果的歸屬與分享問題加以明確規定。

7. 驗收標準與方法

這裡包括技術資料的交付驗收和項目實施後對其技術經濟指標的驗收。在技術轉讓合同中，轉讓方按合同規定的期限，依約定提供技術資料後，受讓方根據清單清點驗收，這是技術資料的交付驗收。項目實施後經濟技術指標的驗收較為複雜，常引起合同爭議的因素之一。因此，驗收標準與方法應由雙方當事人根據不同的項目制定詳細的驗收方案，而且要做到明確、具體、準確。

8. 價款報酬或者使用費及其支付方式

價款或報酬及其支付方式是雙方當事人都關心的問題，應在合同中加以明確約定並確定一個合理的範圍、價款或酬金的數額，從技術開發方、技術轉讓方、服務方及諮詢方來看，應考量該技術或智力勞動所付出的各種成本，再加上合理的利潤來定價；從技術委託方來看，要考慮該技術或智力勞動能給自己帶來多少利潤或利益；另外，還要考慮如市場情況、技術的先進程度、技術的控制情況等因素來合理確定價格。

9. 違約金或損失賠償額的計算方法

違約責任條款，是對一方當事人違約時對合同的補救措施；另一方面，也對合同的履行發揮擔保作用，能保證當事人正確的履行合同，但違約金的約定不能超過國家規定的限制規定。

10. 爭議的解決方法

當事人可以約定，技術合同發生爭議時，通過協商或調解來解決爭議，或通過仲裁解決爭議。當事人一方不同意，也可以向大陸人民法院提起訴訟以解決雙方爭議。

11. 名詞和術語的解釋

對合同中出現關鍵性名詞或術語，或在合同文本中重複出現而被簡化的略稱等，當事人應在合同中說明其使用範圍與確切含義，防止糾紛發生。

（二）案例事實

1993 年 7 月，臺商甲的機械設備廠與大陸乙市研究所技術開發中心簽訂一份「保溫燃煤爐」技術開發合同。合同規定，臺商甲的機械設備廠向大陸乙市研究所技術開發中心提供人民幣 4 萬元經費，用於研製適用於北方農村使用的煤爐。大陸乙市研究所技術開發中心在合同簽訂後二個月向臺商甲的機械設備廠提供樣爐一台，驗收合格後，到臺商甲的機械設備廠協助製作煤爐，並對工人進行技術培訓，直到臺商甲的機械設備廠生產出合格產品並於市場上銷售。臺商甲的機械設備廠連續三年從產品銷售額中提供 5%予大陸乙市研究所技術開發中心作為報酬，該合同在樣爐的驗收標準條款中規定：「冬季取暖能帶動暖氣或直接取暖，保證在環境溫度 0 度 C 情況下，室溫達 18 度 C 左右。」，但未規定驗收方法。

技術開發合同簽訂後，臺商甲的機械設備廠一次性給付經費人民幣 4 萬元。1993 年 8 月底大陸乙市研究所技術開發中心交付技術圖紙，並派技術人員和工人各一名到臺商甲的機械設備廠製作樣爐。9 月初試製出樣爐一台，雙方進行現場測試，當時室外溫度為-3 度 C，測試現場為會議室，面積 70 平方米，經測試，室溫達 16 度 C，12 月大陸乙市研究所技術開發中心又組裝完成一台樣爐，臺商甲的機械設備廠在大陸乙市研究所技術開發中心人員不在場的情況下點火試驗，為此，雙方發生爭執，因協商不成，大陸乙市研究所技術開發中心撤走技術人員。

1994 年 2 月，臺商甲的機械設備廠以樣爐質量達不到合同規定的標準為由向人民法院起訴，要求解除合同，由大陸乙市研究所技術開發中心退還研究開發經費人民幣 4 萬元，並賠償經濟損失人民幣 2 萬元。大陸乙市研究所技術開發中心辯稱：第一台樣爐已基本達到合同的要求，當時雙方並無異議。第二台樣爐製作完成後，臺商甲的機械設備廠未經大陸乙市研究所技術開發中心許可，在爐瓦尚未風乾時強行點火，致使爐體破壞，造成合同不能繼續履行，因此，不同意退回研究開發經費。

（三）案例分析

本案為一起委託開發合同糾紛，引起爭議的爭點問題則為研究開發成果的驗收標準與方法。儘管雙方當事人對合同爭議觀點不同，事實上，雙方所訂立的合同本身存在問題，驗收標準和驗收方法條款不完善，僅僅在合同在樣爐的驗收標準條款中規定：「冬季取暖能帶動暖氣或直接取暖，保證在環境溫度 0 度 C 情況下，室溫達 18 度 C 左右，.....」等語，既不明確又不細緻；而驗收方法則根本未予規定，這正是引起爭議的關鍵所在，故臺商在大陸簽訂技術開發合同時，針對驗收標準和驗收方法條款應規定明確，避免衍生不必要的爭議。

十四、 陸企廠商向臺商借款，陸企委請當地人民政府出具《承諾函》，承諾「負責解決」、「不讓貴企在經濟上蒙受損失」等字句，是否構成大陸《擔保法》意義上的「保證」？

（一）案例事實

1. 大陸佛山市政府分別於 1994 年 5 月 8 日、1996 年 10 月 24 日及 1996 年 10 月 30 日向香港交行出具《承諾函》稱：「中亞企業有限公司(ZHONG YA ENTERPRISES LIMITED，以下簡稱中亞公司)是我市駐港機構。爲進一步發展該公司對外貿易業務，該公司特向貴行申請 1000 萬美元授信額度。上述申請授信額度業經我市政府研究批准同意。請貴行根據該駐港公司的業務發展實際需要，給予支援。本政府願意督促該駐港公司切實履行還款責任，按時歸還貴行貸款本息。如該公司出現逾期或拖欠貴行的貸款本息情況，本政府將負責解決，不讓貴行在經濟上蒙受損失。」、「中亞公司是我市駐香港機構。爲進一步發展該公司的對外貿易業務，該公司特向貴行申請以下銀行便利：用該公司位於香港灣仔摩利臣山道 16F、17F、18F 物業按揭貸款港幣 6262 萬元，期限二年。上述申請業經本政府研究批准同意，請貴行根據該駐香港公司的業務發展實際需要，給予支援。本政府願意督促該駐香港公司切實履行還款責任，按時歸還貴行貸款本息。如該公司出現逾期或拖欠貴行的貸款本息情況，本政府將負責解決，不讓貴行在經濟上蒙受損失。」及「景山有限公司(PEAK GARDEN LIMITED，以下簡稱景山公司)是我市駐港機構。爲進一步發展該公司的對外貿易業務，該公司特向貴行申請以下銀行便利：用該公司位於香港灣仔摩利臣山道 11F、12F、15F 物業按揭貸款港幣 6150 萬元，期限二年。上述申請業經本政府研究批准同意，請貴行根據該駐香港公司的業務發展實際需要，給予支援。本政府願意督促該駐香港公司切實履行還款責任，按時歸還貴行貸款本息。如該公司出現逾期或拖欠貴行的貸款本息情況，本政府將負責解決，不讓貴行在經濟上蒙受損失。」。

2. 2000年8月9日香港破產管理署基於香港交行的申請對中亞公司發出清盤令，載明截至於2001年4月24日，中亞公司對香港交行的總結欠數爲86896642.21元港幣(注：此數額爲預先按估價值130萬港元扣除抵押房屋款，現實際所得爲889320港元，故現香港交行對中亞公司的債權爲87307322.21港元)。2002年3月7日香港高等法院以2001年第4924號《最終判決書》確定景山公司須對香港交行支付(1)港幣78293395.48元；(2)本金港幣6150萬元之利息，以年息9.75%或每日港幣16428.08元計算，直到全數清還爲止；(3)本金港幣4907870．91元之利息，以年息9.75%或每日港幣1311.01元計算，日期由2001年10月20日開始至本判決日爲止，其後以法庭判決的利率計算，直到全數清還爲止；(4)本金港幣2481571.07元之利息，以法庭判決的利率計算，日期由2000年9月1日開始至本判決日爲止，其後以法庭判決的利率計算，直到全數清還爲止；(5)固定訴訟費港幣1745元。

（二）香港交行的訴訟請求爲：「請求判令佛山市政府在中亞公司和景山公司對其債務不能清償部分的範圍內，承擔賠償二分之一的民事責任。」，請求的依據是佛山市政府在《承諾函》中承諾：「本政府願意督促該駐港公司切實履行還款責任，按時歸還貴行貸款本息。如該公司出現逾期或拖欠貴行的貸款本息情況，本政府將負責解決，不讓貴行在經濟上蒙受損失。」，顯然，香港交行是請求佛山市政府承擔無效擔保的賠償責任。故本案的爭議焦點爲：佛山市政府出具的《承諾函》是否構成擔保?

1. 從名稱來看，《承諾函》並非「擔保函」，對於其是否能構成擔保應根據其內容來認定。其次，從《承諾函》的內容來看，「負責解決」、「不讓貴行在經濟上蒙受損失」等字句，並無明確的承擔保證責任或代爲還款的意思表示。再次，在香港交行向中亞公司和景山公司出具的授信函中，在「抵押品及法律檔」項下，除了佛山市政府的《承諾函》外，還有不動產的抵押、保證及存單的質押等，且《承諾函》均在這些授信函

中被列入區別於「保證」的「其他」文件項下，這說明香港交行明知《承諾函》並非保證函。

2. 佛山市政府從向香港交行出具的書面文件上，到實際的行動上，從未有過承擔保證責任或代所屬企業還款的意思表示，其向香港交行出具的《承諾函》並不構成大陸《擔保法》意義上的「保證」。故香港交行關於佛山市政府應根據《承諾函》承擔擔保無效的賠償責任的訴訟請求沒有事實和法律依據，本院不予支援。佛山市政府關於《承諾函》不構成保證，其不應承擔法律責任的上訴請求應予支持，佛山市政府不應對香港交行承擔任何法律上的責任[121]。

（三）依上開大陸最高人民法院民事判決之見解，債權債務關係以外的第三人向債權人出具《承諾函》承諾「負責解決」、「不讓貴行在經濟上蒙受損失」等字句，從名稱來看，《承諾函》並非擔保函，「負責解決」、「不讓貴行在經濟上蒙受損失」並無明確的承諾保證責任或代爲還款的意思表示。而且有足夠的證據表明債權人明知第三人出具的《承諾函》並非保證函的，可以表明第三人無論從出具的書面文件上，到實際的行動上，從未有過承擔保證責任或代債務人還款的意思表示，因此，其向債權人出具的《承諾函》並不構成大陸《擔保法》意義上的保證。故臺商在大陸經商而借款予往來陸企廠商時，千萬不要因陸企廠商能提供由當地人民政府出具《承諾函》，承諾「負責解決」、「不讓貴企在經濟上蒙受損失」等字句，而誤以為當地人民政府於債務人即往來陸企廠商不能履行借款債務時，由其承擔保證責任。

[121] 佛山市人民政府與交通銀行香港分行擔保糾紛案，【載《最高人民法院公報》2005 年第 11 期（總第 109 期）】，http://www.ishenglaw.com/article/showarticle.asp?articleid=3177。

十五、 臺商甲在中國大陸經商，其好友另一台商乙向甲商借款項，臺商甲礙於情面難以拒絕，此時可用何方法確保債權?臺商如何在中國大陸辦理動產抵押？

答：

（一）臺商甲、乙二人之間的行為涉及「借款合同」，所謂「借款合同」是借款人向貸款人借款，到期返還借款並支付利息的合同（參見大陸《合同法》第 196 條）。臺商甲如願將款項貸予臺商乙，甲可以考慮要求乙提供「擔保」，而「擔保」則依照大陸《物權法》及《擔保法》的規定。

臺商甲可以考慮運用「保證」、「抵押」或「質押」的擔保，現分述之如下:

1. 保證:臺商甲可要求乙提供具有代為清償債務能力的法人、其他組織或者公民，作為保證人（參見大陸《擔保法》第 7 條）;不過甲必須與該保證人間成立「書面」的「保證合同」，而合同內可包括以下內容:（1）被保證的主債權種類、數額;（2）債務人履行債務的期限;（3）保證的方式;（4）保證擔保的範圍;（5）保證的期間;（6）雙方認為需要約定的其他事項（參見大陸《擔保法》第 13 條、第 15 條）。
2. 抵押:此乃指債務人或者第三人不轉移「財產」（如:房屋、機器、交通、運輸工具、國有土地使用權等）的佔有，將該財產作為債權的擔保。甲如要求乙提供抵押，應當要求以「書面」形式，訂立「抵押合同」，而該合同應包括以下內容:（1）被擔保的主債權種類、數額;（2）債務人履行債務的期限;（3）抵押物的名稱、數量、質量、狀況、所在地、所有權權屬或者使用權權屬;（4）抵押擔保的範圍;（5）當事人認為需要約定的其他事項。除此之外，尚須依規定向相關部門辦理抵押登記（參見大陸《物權法》第 185 條、第 188 條；大陸《擔保法》第 38 條、第 39 條、第 42 條）。

3. 質押:質押按其標的之不同，可分為「動產質押」及「權利質押」;就以「動產質押」為例，其係指債務人或者第三人將其動產移交「債權人」佔有，將該動產作為債權的擔保。臺商乙如願提供動產臺商甲質押，雙方須依規定以「書面」訂立「質押合同」（參見大陸《物權法》第 210 條；大陸《擔保法》第 63 條、第 64 條）。

綜上所述，欲確保債權，必須借助於「擔保」，而「擔保」則必須依法為之，方具有法律效力[122]!

（二）臺商如何在中國大陸辦理動產抵押？

大陸《物權法》於 2007 年 10 月 1 日正式施行，與此配套的一些實行辦法紛紛公佈或修改，日前中國大陸「國家工商總局」頒佈了《動產抵押登記辦法》，該辦法自 2007 年 10 月 17 日施行，彌補了大陸《擔保法》上關於「動產抵押」的規定上存在的一些不足及加強其可操作性。臺商在中國大陸有運用到動產抵押的機會，特將其規定加以介紹。

1. 抵押人與抵押物

所謂「動產抵押」，是指債務人或第三人以動產作為債權的擔保，並且不轉移對動產的佔有，當債務人不履行債務時，債權人有權依法以該「動產」折價(或以拍賣、變賣該動產的價款)優先受償。

動產抵押的抵押人，依照大陸《動產抵押登記辦法》第 2 條的規定，包括了「企業」、「個體工商戶」、「農業生產經營者」；「抵押物」則包括了現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品。

2. 登記機關與登記內容

動產抵押的登記，「抵押合同」雙方當事人須提交經抵押合同雙方當事人簽字或者蓋章的《動產抵押登記書》和抵押合同雙方當事人主體資格證明

[122] 李永然，臺商應善用擔保，藉保債權! http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=臺商應善用擔保，藉保&idno=5853&keywords=抵押合同。

或者自然人身份證明檔，共同或委託代理人向「抵押人住所地」的縣級工商行政管理部門登記。

《動產抵押登記書》應當載明抵押人及抵押權人名稱（姓名）、住所地；代理人名稱（姓名）；被擔保債權的種類和數額；擔保的範圍；債務人履行債務的期限；抵押財產的名稱、數量、品質、狀況、所在地、所有權歸屬或者使用權歸屬；抵押人、抵押權人簽字或者蓋章。

大陸《動產抵押登記辦法》的出臺，對於抵押的登記部門作了明確的指示，相較於大陸《擔保法》第 42 條對不同的抵押物有不同的登記部門而言，動產抵押的登記機關較爲統一，對於第三人要查詢動產是否抵押也較爲便利，並降低重複抵押的可能。

3. 變更登記及註銷登記

動產抵押合同變更、《動產抵押登記書》內容變更的,抵押合同雙方當事人或者其委託的代理人可以持原《動產抵押登記書》、抵押合同雙方當事人簽字或者蓋章的《動產抵押變更登記書》、抵押合同雙方當事人主體資格證明或者自然人身份證明文件（委託代理人辦理動產抵押變更登記的，還應當提交代理人身份證明文件和授權委託書），到「原動產抵押登記機關」辦理「變更登記」。

又在主債權消滅、擔保物權實現、債權人放棄擔保物權等情形下，動產抵押合同雙方當事人或者其委託的代理人可以持原《動產抵押登記書》、《動產抵押變更登記書》、抵押合同雙方當事人簽字或者蓋章的《動產抵押註銷登記書》、抵押合同雙方當事人主體資格證明或者自然人身份證明文件（委託代理人辦理動產抵押註銷登記的，還應當提交代理人身份證明文件和授權委託書），到「原動產抵押登記機關」辦理註銷登記。

大陸《動產抵押登記辦法》施行後原來的《企業動產抵押物登記管理辦法》即告廢止，此後「個體工商戶」、「農業經營者」也被納入「抵押人」範

圍，能夠憑現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品經工商部門進行抵押，實現透過動產抵押進行融資，擴大抵押人的範圍。

大陸《動產抵押登記辦法》中對於未經登記的，不能對抗「善意第三人」的規定，則排除了「惡意」第三人，也是對大陸《擔保法》第 43 條第 2 款「當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人」中，未區分第三人是為「善意」或「惡意」的進一步完善，此一規定將第三人範圍確定，對司法機關的審判也較爲有利。現大陸《物權法》第 188 條就動產抵押效力部分，已明確規定：「未經登記，不得對抗善意第三人」。上述簡要說明，供大陸臺商朋友們於處理動產抵押時可以參酌[123]。

[123]李永然、孫敏敏，臺商如何在中國大陸辦理動產抵押？
http://www.law119.com.tw/newdesign/comptaipei/personview.asp?kname=李永然&ktop=臺商如何在中國大陸辦&idno=5503&keywords=抵押合同。

十六、質權人是否可以將質物轉質押？

答：

質權人與出質人成立動產質押，質權人佔有質物，其可能將之再交付第三人佔有，為第三人設定質權呢？亦即能否成立「轉質押」？

依大陸最高人民法院＜關於適用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋＞第 94 條第 1 款規定：質權人在質權存續期間，為擔保自己的債務，經出質人同意，以其所佔有的質物為第三人設定質權的，應當在原質權所擔保的債權範圍之內，超過的部分不具有優先受償的效力；轉質權的效力優於先質權。足見，「轉質權」必須是在原質權存續期間，且須經「出質人同意」。

倘質權人在質權存續期間，竟「未經出質人同意」，為擔保自己的債務，在其所佔有的質物上為第三人設定質權的「無效」；質權人還必須對因轉質而發生的損害承擔賠償責任（參見大陸最高人民法院＜關於適用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋＞第 94 條第 2 款）。

十七、質權人如何行使動產質押的權利？

答：

又如質押合同中所約定的債務人履行債務期限屆至，而債務人仍未向質權人清償債務的，質權人可以如何行使質押的權利？現分述之如下：

（一）債務履行期屆滿，質權人未受清償的，質權人可以繼續「留置」質物，並以質物的全部行使權利；

（二）可以與出質人協議以質物折價；

（三）可以依法拍賣、變賣質物（參見大陸《擔保法》第 71 條第 2 款）。

不過質權人須注意，當債務履行期屆滿，而有出質人請求質權人及時行使權利，而質權人怠於行使權利，致使質物價格下跌的，由此造成的損失，質權人應當承擔賠償責任（參見大陸最高人民法院＜關於適用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋＞第 95 條第 2 款）。

十八、臺商甲在中國大陸經商，事業發展順利而欲併購陸企，整個併購流程為何？

答：

近來針對臺商在中國大陸投資發展的困境，有人常提及產業升級，而有些外資企業在中國大陸也以併購的方式，藉以達成產業升級的目的。

中國大陸對於外資在大陸進行併購，政策已有轉變，此可由 2007 年中共的「十七大報告」看出端倪。筆者願藉本文探討中國大陸的政策、併購的法律規範、法律程式，藉以提醒有意進行併購的臺商，注意權益的保障。

（一）大陸十七大報告的內容及解釋：

2007 年大陸的「十七大報告」，提及外資的利用如下：「…五、促進國民經濟又好又快發展…(八)拓展對外開放廣度和深度，提高開放經濟水準。…創新利用外資方式，優化利用外資結構，發揮利用外資在推動自主創新、產業升級、區域協調發展等方面的積極作用。」。

對於上述內容，相關部門於所出版的《十七大報告學習輔導百問》中，做如下的解釋：

1. 共產黨的十七大報告提出的這兩個創新，是在中國大陸抓住經濟全球化深入發展機遇，充分利用國際、大陸兩個市場、兩種資源，已連續 16 年位列發展中國家吸收外資的首位，正在成長為新興的對外投資大國的基礎上，對全面提高對外開放水準提出的新的更高要求。
2. 資本的國際流動是生產力發展到一定水準的產物。在生產要素流動中，最靈活、規模最大、作用最大的是資本流動，即國際投資。商品和服務國際流動形成了世界市場，而國際資本流動形成了世界生產，從而使生產方式進入了新的發展階段。資本的國際流動能極大地促進生產要素跨國界優化組合，使生產要素在更高水準上得以配置。從國際看，間接投資已經超過直接投資成為國際流動資本流動的主導形式，特別是「併購」已成為當前跨國投資的新形式。進入新世紀新階段，全球併購發展迅速，

跨國公司 80%的對外投資時通過併購方式實現的，2005 年全球跨國併購超過 7100 億美元。

3. 創新利用外資方式是提高中國大陸開放型經濟水準的迫切需要。改革開放以來，中國大陸利用外資主要採取綠地投資方式，間接投資僅占外資總額 30%左右。2006 年跨國公司在中國併購合同額不到 50 億美元，約占同期所有外商投資 2.5%。當前中國利用外資的內外部條件都發生了質的變化，現有的引資方式不能完全適應經濟發展的要求。著眼於提高利用外資的品質，引導跨國併購向優化產業結構方向發展，放寬中西部地區外資進入的行業限制。完善併購環境，建立跨國併購的法律體系；繼續優化軟硬體環境建設，切實加強知識產權保護，支援外資研發機構與中國企業和科研院校開展合作，更好地發揮技術共用、合作研究、人才交流等方面的溢出效應；鼓勵跨國公司在中國設立外包企業承接本公司集團和其他企業的外包業務，提高中國承接國際服務外包的水準；有效利用境外資本市場，鼓勵具備條件的境外機構參股國內證券公司和基金管理公司，初步擴大合格境外機構投資者規模。

由以上資料可知，大陸地區是從政策引導及建立法律體系等方式來創造併購的外部環境。

（二）併購的意義與法律規範：

明瞭中國大陸目前對於外資在中國大陸進行併購的政策轉變之後，進而說明併購的意義及中國大陸對併購的法律規範。

1. 併購的意義：

併購的內涵非常廣泛，一般是指兼併(Merger)和收購(Acquisition)，簡稱 M&A。

(1) 兼併：1989 年 2 月 19 日國家體改委、國家計委、財政部、國家國有資產管理局聯合頒佈的《關於企業兼併的暫行辦法》規定：「本辦法所稱的企業兼併，是指一個企業購買其他企業的產權，使其他企

業失去法人資格或改變法人實體的一種行為，不通過購買方式實行企業之間的合併，不屬於本辦法規範。」。

(2) 收購：指一家企業用現金或有價證券購買另一家企業的股票或資產。以獲得對該企業的全部資產或某項資產的所有權，或獲得對該企業的控制權，包括「股份收購」和「資產收購」兩種。

2. 併購的法律規範

大陸地區的公司企業分為「內資企業」和「外資企業」，兩者的法律適用不同，三資企業法及《公司法》有銜接上的問題，不同的併購主體及被併購的標的公司在法律的適用上將有所不同。若境外公司在大陸地區已設立三資企業中的「中外合資企業」或「中外合作企業」，想進一步擴大投資購買中方所持有的合資公司股權，這時法律依據為《外商投資企業投資者股權變更的若干規定》；若境外公司在中國設立了外商獨資公司，而以該公司併購其他企業，此時法律依據為《關於外商投資企業境內投資的暫行規定》；如果是境外公司直接以其名義併購境內企業，此時法律依據則為《關於外國投資者併購境內企業的規定》。所以，主體不同或被併購物件不同將有法律適用的區別。

（三）外資併購大陸之中國企業的風險：

外資併購大陸之中國企業固有其好處，但務必注意其相關風險，這些風險主要可分成兩大部分，即：

1. 財務風險：

(1) 不良資產過高。

(2) 現金流量不足。

(3) 負債比率偏高。

(4) 以冒進之財務會計政策創造帳面利潤。

(5) 以關係人交易創造信用，相互擔保。

(6) 非正常操作之資產重組、資產評估。

(7) 獲利率虛增。

(8) 財務報告揭露不足。

(9) 稅務風險。

(10) 目標公司之資產如土地廠房等等價值，因為歷史之因素導致難以查知其來源與限制，例如土地使用權是否存在，使用之年限、權利之擔保瑕疵、土地出讓金是否付清等等，均需要在事前進行詳細之詢問與審查。對於目標公司稅務是否完全清償、是否有故意逃稅之虞，尤應注意。

2. 潛在的法律風險：

中國大陸在《國民經濟和社會發展之第十五年計畫綱要》中一再強調依法治國是未來推行的工作目標，對於法律之增修更是不遺餘力，所以瞭解法律是一項不可輕忽之工作。目前仍然存在以下之情況：

(1) 管理人員對法律缺乏完整之認識所導致之訴訟風險。

(2) 管理人員缺乏守法意識。

(3) 盲目對外擔保造成糾紛。

(4) 對於知識產權之風險：

對於目標公司現存與可能發生之潛在訴訟風險進行分析，此部分可由現存與客戶間之合約關係、交易關係，或其他與勞動爭議有關之潛在訴訟等等進行深入之評估。知識產權在中國大陸亦仍屬在發展中之領域，對於該目標企業所宣稱擁有之知識產權調查，應該注意是否原始取得、繳費狀況、權利金狀況等等，才能明確評估其價值所在。

(5) 管理階層經營及操守風險：

經營人員之理念與操作方式往往決定了企業發展之方向，中國大陸之企業經理人有時會出現下列情況：

甲、殺雞取卵，誤認企業發展目標；

乙、過於短視近利，忽略企業永續發展；

丙、錯誤價值觀誤導。

(6) 面對政策、法令及執行風險：

由於中國大陸幅員遼闊，執法隊伍之建設將會是一個比法律制定更漫長之過程。外資併購國有企業，肯定有地方政府之介入，併購與否與當地政府之態度非常重要，因身為國有企業之擁有者，亦係政府之財政來源，當地政府在與併購方談判後，未來有可能以各種不同名目的工商、環保、稅收、土地等名義，向併購後之公司收取，這也是地方保護主義之腐敗之處。另外對於外資併購中國大陸國有企業之產業風險，需要對於中國大陸法律政策面對於該產業領域之准入程度而定：

甲、政策錯估及變動風險；

乙、政策與法令之落差風險；

丙、法令與執行之落差風險[124]。

（四）併購的流程與盡職調查（Due Diligence）：

外資進入中國大陸進行併購，除注意風險之外，還應注意其流程及相關的盡職調查（Due Diligence），現分述之如下：

1. 併購的流程：

雖然法律規範有所不同，但在併購的過程中有些流程還是接近，以下流程可供參考：

(1) 企業決策機構做出併購決議。

(2) 確定併購對象。

(3) 簽訂併購意向書（包括買賣標的、對價、時間表、先決條件、擔保、聲明和保證、職工安置方案、排他性交易、保密條款、費用支付等）。

(4) 盡職調查「Due Diligence」，並提出併購的具體方案。

(5) 如果目標企業是國有企業，或者涉及「國有產權」的，報請國有資產管理部門審批。

[124] 陳柏超著：中國大陸外資併購相關法律問題之研究，頁 110～111，2007 年 7 月，東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班碩士論文。

(6) 進行資產評估。

(7) 確定成交價格。

(8) 簽署併購協定。

(9) 辦理產權轉讓的法律手續。

(10) 發佈併購公告（大陸最高人民法院《關於審理與企業改制相關民事糾紛案件若干問題的規定》第 28 條執行）。

2. 盡職調查（Due Diligence）：

在上述流程中，有一流程即「盡職調查」。併購的成敗取決於完善的前期調查，這也是避免買到「地雷股」的風險規避。根據收購方式的不同情況，Due Diligence 的範圍和重點也會有所區別。但總的來說，盡職調查的範圍應包括「資產」、「業務」和「人員」三方面。在一般情況下，Due Diligence 應當主要包含如下內容：

(1) 主體資格（合法成立及有效存續）；

(2) 對外投資及設立的分支機構；

(3) 財產權屬，包括但不限於房屋、土地使用權、重要機器設備、存貨、商標、專利、專有技術、電腦軟體等；

(4) 重大債權債務；

(5) 所有者權益（主要為實收資本和公積金）

(6) 擔保，包括「保證」、「抵押」、「質押」等；

(7) 重大合同；

(8) 訴訟、仲裁、行政處罰；

(9) 特許權、許可證、執照、證書；

(10) 保險；

(11) 員工；

(12) 稅收；

(13) 環保；

（14） 外匯。

（五）併購尚須注意反壟斷審查：

境外投資者併購境內企業時必需經有關部門的審批，此時審批的重點之一就是「反壟斷審查」，避免境外投資者因併購後造成在大陸市場的壟斷現象，這也是為保護國家經濟安全許多國家的通行作法，其法律依據為大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》及《反壟斷法》中的相關規定。對於大陸《關於外國投資者併購境內企業的規定》應注意以下四點：

1. 「Ⅰ、外國投資者並購境內企業有下列情形之一的，投資者應就所涉情形向『商務部』和『國家工商行政管理總局』報告：

（一）併購一方當事人當年在中國市場營業額超過 15 億元人民幣；

（二）1 年內併購國內關聯行業的企業累計超過 10 個；

（三）併購一方當事人在中國的市場佔有率已經達到 20%；

（四）併購導致並購一方當事人在中國的市場佔有率達到 25%。

Ⅱ、雖未達到前款所述條件，但是應有競爭關係的境內企業、有關職能部門或者行業協會的請求，商務部或國家工商行政管理總局認為外國投資者並購涉及市場份額巨大，或者存在其他嚴重影響市場競爭等重要要因素的，也可以要求外國投資者作出報告。

Ⅲ、上述併購一方當事人包括與外國投資者有關聯關係的企業。」(該規定第 51 條)。

2. 「外國投資者併購境內企業涉及本規定第 51 條所述情形之一，商務部和國家工商行政管理總局認為可能造成過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益的，應自收到規定報送的全部檔之日起 90 日內，共同或經協商單獨召集有關部門、機構、企業以及其他利害關係方舉行聽證會，並依法決定批准或不批准」（該規定第 52 條）。

3. 「境外併購有下列情形之一的，併購方應在對外公佈併購方案之前或者報所在國主管機構的同時，向商務部和國家工商行政管理總局報送併購

方案。商務部和國家工商行政管理總局應審查是否存在造成境內市場過度集中，妨害境內正當競爭、損害境內消費者利益的情形，並做出是否同意的決定：

（一）境外併購一方當事人在中國境內擁有資產 30 億元人民幣以上；

（二）境外併購一方當事人當年在中國市場上的營業額 15 億元人民幣以上；

（三）境外併購一方當事人及與其有關聯關係的企業在中國市場佔有率已經達到 20%；

（四）由於境外併購，境外併購一方當事人及與其有關聯關係的企業在中國的市場佔有率達到 25%；

（五）由於境外併購，境外併購一方當事人直接或間接參股境內相關行業的外商投資企業將超過 15 家」（該規定第 53 條）。

4. 「有下列情形之一的併購，併購一方當事人可以向商務部和國家工商行政管理總局申請審查豁免：

（一）可以改善市場公平競爭條件的；

（二）重組虧損企業並保障就業的；

（三）引進先進技術和管理人才並能提高企業國際競爭力的；

（四）可以改善環境的」（該規定第 54 條）。

另外，在《反壟斷法》的規定中，則應注意該法第 31 條規定，即「對外資並購境內企業或者以其他方式參與經營者集中，涉及國家安全的，除依照本法規定進行經營者集中審查外，還應當按照國家有關規定進行國家安全審查」。

外資企業進入中國大陸進行併購，固然有其利基，但亦不得忽略風險，所以在進行目標企業的挑選相當重要；另外，對於相關法律的規範限制及

流程也必須注意，尤其是盡職調查；倘在這方面自身能力有所欠缺時，務必借助專家的協助，方能確保自身權益[125]。

[125] 李永然，臺商在大陸進行併購的法律須知，
http://taipei.law119.com.tw/personview.asp?kname=%A7%F5%A5%C3%B5M&ktop=%A5x%B0%D3%A6b%A4j%B3%B0%B6i%A6%E6%A8%D6%C1%CA%AA%BA&idno=5686&keywords=。

國家圖書館出版品預行編目資料

大陸臺商商務合同實務解析手冊 / 陳振祥等編輯 . --
第一版 . -- 臺北市：陸委會 , 民 102, 06
面； 公分
ISBN 978-986-03-7131-4(平裝)

1. 商法 2. 中國

587.92 102011164

書　　名：大陸臺商商務合同實務解析手冊
出版機關：行政院大陸委員會
發 行 人：行政院大陸委員會
編 輯 群：台北市企業經理協會 陳振祥等人
地　　址：臺北市濟南路一段2之2號15-18樓
網　　址：http://www.mac.gov.tw
E - m a i l：macst@mac.gov.tw
電　　話：02-23975589
傳　　真：02-23975281
電子版本：http://www.mac.gov.tw/public/MMO/RPIR/book557.pdf
出版年月：中華民國102年6月
版　　次：第一版第一刷
印 刷 廠：新北市維凱創意印刷庇護工場
電　　話：02-82266239
展 售 處：行政院大陸委員會經濟處
展 售 處：臺北市松江路209號1樓 / 臺中市中山路6號
定　　價：新臺幣250元

GPN : 1010201240
ISBN : 978-986-03-7131-4

◎本書保留所有權利，欲利用本書全部或部分內容者，須徵求行政院大陸委員會經濟處同意或書面權，請電洽：02-23975589

行政院大陸委員會
臺北市濟南路一段二之二號十五～十八樓
電話：886-2-23975589
傳真：886-2-23975281
網址：http://www.mac.gov.tw
電子信箱：macst@mac.gov.tw

ISBN 978-986037131-4
00250
9 789860 371314