臺商在中國大陸簽訂合同應注意事項



行政院大陸委員會 編印

前　言

臺商在中國大陸投資，經常發生合同糾紛，因此，了解中國大陸合同法的立法、特徵及合同種類，及最高院司法解釋在法院審理合同糾紛時的效力，針對臺商常見的合同糾紛類型，提供臺商簽約時應注意的條款，並告知臺商律師在簽訂合同時能提供的幫助，成為臺商在中國大陸投資時的重要課題。此外，目前臺灣民眾前往中國大陸創業者日多，對於中國大陸的創業法規及創業合同內容，亦應加強了解，從而，如何提供臺灣民眾赴中國大陸創業應注意事項，及創業者與創投公司簽訂融資合作合同應注意事項，亦成為刻不容緩的課題。為協助臺商及臺灣民眾在中國大陸簽訂合同時了解中國大陸法規及合同內容，及其應注意事項，甚至於履行合同後如何確保債權與追償債務等相關事務，均應一體重視，因此，編輯「臺商在中國大陸簽訂合同應注意事項」手冊，期能對於臺商及臺灣民眾有所幫助。

大綱

第一章　臺商常見的合同糾紛類型 …… 01

第一節　臺商在中國大陸投資風險與糾紛概述 …… 01

第二節　中國大陸合同法的立法、特徵及合同種類 …… 05

第三節　臺商常見的合同糾紛類型 …… 13

第二章　臺商簽約時應注意的條款 …… 16

第一節　中國大陸合同示範文本簡介 …… 16

第二節　臺商簽訂合同時應注意事項 …… 20

第三節　臺商簽訂合同應注意條款分析 …… 25

第三章　中國大陸最高人民法院司法解釋在法院審理合同糾紛時的效力 …… 31

第一節　司法解釋的發展歷程 …… 31

第二節　司法解釋的法律地位 …… 32

第三節　合同法司法解釋（一）、（二）及買賣合同司法解釋的理解與法院審理時的適用 …… 37

第四章　律師在簽訂合同時能提供的幫助 …… 71

第一節　概述 …… 71

第二節　合同管理流程 …… 72

第三節　買賣合同條款分析 …… 73

第五章　青創公司企業硬體設施、優惠條件等如何藉由簽訂合同獲得保障 ····· 90
第一節　如何藉由簽訂合同獲得保障 ····· 90
第二節　臺商如何確保債權與追償債務 ····· 99
第三節　中國大陸關於財產保全責任保險的最新規定與實務操作 107
第六章　創業者與創投公司簽訂融資合作合同應注意事項·· 118
第七章　結語····· 121
附錄····· 122
一、Q&A ····· 122
二、參考法規 ····· 156
三、孵化器入駐合同 ····· 157
四、科技企業孵化器入孵合同 ····· 161
五、〇〇眾創空間合作協議 ····· 167
六、創業扶持公益資助協議書 ····· 170
七、創業孵化服務協議書 ····· 176
八、〇〇高新技術產業開發區企業孵化協議書 ····· 178
九、中國大陸青年創業相關參考資訊 ····· 184

第一章　臺商常見的合同糾紛類型

第一節　臺商在中國大陸投資風險與糾紛概述

一、投資風險

臺商遠渡重洋赴中國大陸投資，一般而言是想賺錢，但過去常有臺商在中國大陸投資發生糾紛導致失敗，嚴重者還身陷囹圄；所以，臺商想在中國大陸投資成功賺錢，一定要具備「風險意識」，這樣才能預防糾紛的發生、避免違法，甚至在發生糾紛時，也能使自己權益保障立於不敗之地。

臺商在中國大陸投資經商應注意的風險，具體而言，不外下述五者：

（一）法律風險：進入中國大陸投資就應遵守中國大陸當地的法律，如：《合同法》、《公司法》、《民法通則》、《票據法》、《刑法》……等，倘對於中國大陸法律不瞭解時，則一定要請教專業律師。

（二）合營風險：臺商在中國大陸有時侯採用「中外合資」、「中外合作」方式，此時有合營的夥伴，對於該夥伴應事先做好「徵信」，臺商應避免與不誠信之合營夥伴合作。即使臺商與臺灣人間的合作或幹部的選用，也要徵信其「品德」，如有不誠信者也應避免，這樣才不會被自己人坑殺；過去也傳聞不少「老臺欺新臺」的案例。

（三）合同風險：臺商在中國大陸投資做生意，一定會用到合同，如買賣合同、租賃合同、國有土地使用權出讓、轉讓合同、借貸合同、承攬合同、中外合資企業合同……等；訂立合同一定要謹慎周詳，如不了解時，一定要請專業律師協助；過

去有些臺商便宜行事，逕自採用對方所提供或抄襲別人曾使用過的合同，而未予以審酌調整，導致落入對方陷阱或發生牛頭不對馬嘴的情事，而使自己的權益不保！

（四）稅務風險：投資、做生意一定要繳稅，臺商過去有些因逃漏稅，甚至涉及「走私」，而遭追究法律責任，所以，臺商不得輕忽稅務，對此不瞭解一定要請教專業會計師，甚至事先做好「節稅」的租稅規劃，這才是上策。

（五）行政侵權風險：中國大陸幅原遼闊，各地人民政府之行政措施的水準參差不齊，臺商投資應慎選地點，如果，有些投資環境不佳，行政措施低劣的地方，臺商避免前往，才不會發生行政侵權風險。

由於中國大陸與臺灣的法律極不相似，所以臺商進入中國大陸自然不得忽視法律，臺商要面對諸多法律，如：臺商決定投資或貿易形態後，為了投資建廠，有使用土地的需要，須先瞭解中國大陸實施「社會主義土地公有制」，其土地所有權不得私有，中國大陸之國有土地基於「兩權分離」，國有土地使用權可以由私人取得；但國有土地使用權又分為「行政劃撥」與「有償出讓」，前者乃指就國家機關使用的土地及城市公共設施等用地，經相關級別的政府批准後，將「土地使用權」無償交付給土地使用者使用稱之；後者則指國家將「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」，並進行開發建設的土地，臺商也要加以分辨。

再者，臺商在中國大陸進行房地產開發或投資建廠，有取得「建設用地使用權」的必要，此時也須瞭解建設用地使用權的取得有多種方式。

又臺商如欲另行在其他地方投資設廠或營業規模無須利用到全部的土地廠房時，則原本或未利用部分的土地廠房就有出租的必要；另有臺商瞄準中國大陸的內需市場，有可能在商場或辦公大樓承租店面或辦公室做生意，此時即有承租房屋的需求，此時即有瞭解「房屋租賃」的必要。

臺商承租店面或辦公室做生意時，往往須進行內銷為商品交易，除了須瞭解不得有不正當競爭行為，也應注意《產品質量法》外，此時也有運用「保留所有權買賣」及「留置權」的必要。再者，臺商在中國大陸進行交易，有些標的物為「不動產」（如：房屋所有權、土地使用權），有些則是「動產」；倘若該動產為「特定物」，而非「種類物」，而又出賣「一物二賣」，此時該如何履行？亦即，「一物二賣」涉及就「同一標的物」先後訂立數個買賣合同，導致只有一個合同能履行，而其他合同則無法履行，此時須瞭解如何處理，才能確保自身權益。

又臺商在中國大陸進行內銷，將貨物出售，最重要的不外是貨款的取得；倘貨物出售，卻收不到貨款該怎麼辦？臺商除可依中國大陸《合同法》規定以對方「給付遲延」為由，行使「法定解除權」而解除合同外；也可按中國大陸《民事訴訟法》所規定「財產保全」於起訴前提出申請，藉以確保債權人將來訴訟獲得勝訴判決，其結果得以實現，而債務人不得脫產。但臺商須注意申請「訴前財產保全」措施，依法必須提供「擔保」，倘不提供擔保的，則人民法院將駁回其申請。

二、投資糾紛

臺商遭遇糾紛時，通常在當地透過臺商協會、臺辦或海基會解決。兩岸兩會（海基會與中國大陸海協會）於 2012 年 8 月 9 日簽署

「海峽兩岸投資保障和促進協議」，並於 2013 年 2 月 1 日正式生效，協議簽署後，臺商與陸方政府間投資爭端 (P-G) 糾紛，可透過投保協議行政協處機制進行協處，雙方協處窗口受理投資人請求協處案件，送請對方積極協調相關單位處理投資人請求協處案件，並持續追蹤案件進展。至於兩岸投資人經貿糾紛 (P-P) 案件，則由海基會與中國大陸海協會溝通平臺予以協商。

依據經濟部臺商聯合服務中心統計，投保協議簽署後至 2017 年 7 月底止，受理臺商投資糾紛案共計 289 件，每件均提供法律諮詢服務，其中 175 件送請陸方進行行政協處，61% 案件經協處已獲得結果，共計 107 件，包括 102 件完成協處程序，有 5 件因臺商未諳當地法令或司法判決確定，致行政協處空間有限，其餘 68 件協處中之案件，均已促成臺商與陸方政府部門進行協商中，盡力縮短糾紛雙方之歧見。未來仍將持續落實投保協議，並就執行情況定期檢討，以提升協議成果。

依據海基會統計，該會受理臺商申訴案件，截至 2017 年 12 月底累計 7,640 件，其中人身安全投訴案件 3,744 件，財產法益投訴案件 3,896 件（其中包括大陸人民及廠商投訴累計 168 件）；從海基會歷年受理臺商申訴案件統計資料可知，臺商在中國大陸經貿糾紛發生次數逐年上升，2013 年發生糾紛次數為 2,811 次，2014 年為 3,123 次，2015 年為 3,515 次，2016 年為 3,654 次，而 2017 年升至 3,728 次。

此外，法務部政務次長陳明堂於 2017 年 6 月 6 日表示：臺商企業在中國大陸貿易糾紛頻傳，面對糾紛臺商應隨時關注中國大陸法規制度的變動，並聘請專業的律師及會計師以保障自身權益。因此，臺商於中國大陸投資布局的同時，應審時度勢，隨時追蹤中國

大陸投資法規的動態，並在糾紛發生時找尋相關管道，以維護企業的利益與權利。

另依 2014 年臺灣電機電子工業同業公會所作中國大陸投資環境與風險調查顯示，2014 年，臺商在中國大陸投資所面對的經貿糾紛類型中，以「勞動糾紛」件數最高（965 件），占比為 27.46%；次之為「合同糾紛」（384 件），占比為 10.93%；「買賣糾紛」（355 件）、「債務糾紛」（324 件）、「土地廠房」（303 件）為前五大經貿糾紛類型，而經貿糾紛成長數最多的為「合營糾紛」（如股權爭議、人頭借用、隱名股東等）排名第一（85.34%）；「知識產權」（如專利侵權、商標侵權等）糾紛的成長數則名列第 2（49.31%）；排名第 3 的糾紛類型則屬「買賣糾紛」（如廠商貨款未付、貨品有瑕疵、房地產開發商所交付商品房有瑕疵等）（15.97%）。

第二節　中國大陸合同法的立法、特徵及合同種類

一、中國大陸合同法之立法與特徵

中國大陸在 1999 年 3 月 15 日第九屆全國人大第二次全體會議上通過《合同法》，這是整合了之前《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》及《技術合同法》三個合同法為基礎，以《民法通則》為指導，並移植和借鑒外國立法而成的產物，共 23 章 428 條，包括總則八章，即一般規定、合同的訂立、合同的效力、合同的履行、合同的變更和轉讓、合同的權利義務終止、違約責任、其他規定；分則十五章，即買賣合同、供用電、水、氣、熱力合同、贈與合同、借款合同、租賃合同、融資租賃合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同；及附則 1 條。與以往所有的合同法不同。首先，它第一

次確認了合同自由原則，並以此為基點構建起整個合同法律制度；第二，《合同法》對有名合同做了較為具體的規定；第三，《合同法》充分的反應了社會主義市場經濟體制的要求，它不僅體現了商品經濟的合同觀念，而且以自由為根本取向構成整個合同法律制度。《合同法》的頒行，標誌著中國大陸合同立法實現了從計畫型的合同價值規範體系到建立了市場經濟體制的自由型的合同價值；第四，《合同法》為制定民法典奠定了基礎，它規定了一部分相當於債法總則的內容，在此基礎上增訂無因管理和不當得利等制度就可成為日後民法典的債編。

隨著中國大陸民法法典化進程的不斷推進，民法法典化是中國大陸民事立法的必經之路，也是大陸法系的固有傳統。合同法成為民法典的一部分已經成為了合同法發展的必然選擇。但是。在中國大陸未來的民法典中，是設債權法編還是設合同法編，民法學界曾有長時間的討論。但在現有的民法法典化的國家中，合同法作為債法的一部分加以規定是主流。民法典中的合同篇章結構問題，就是指通過何種方式來安排合同法的各個制度，使之成為一個安排科學、佈局合理、富有邏輯的制度體系，並與其他民事制度和諧共存。

合同又稱「契約」，泛指一切確立平等主體之間權利義務關係的協議。中國大陸《合同法》第 2 條規定：「本法所稱合同是平等主體的自然人、法人、其他組織之間的設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。婚姻、收養、監護等有關身分關係的協議適用其他法律規定。」根據該法律條文可以得知，中國大陸《合同法》規定的合同是具有財產關係的民事合同，不包括涉及身分關係的合同。一般說來，大陸的《合同法》分則列出了以下 15 種合同，分別是：買賣合同、供應水電氣熱力合同、贈與合同、借款合同、租賃合同、

融資租賃合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同與居間合同等。基本上這 15 種合同在法學理論上稱為「有名合同」，但是並非只有有名合同才是有效的，凡是人們自願訂立合同，只要不違反中國大陸的法律法規與社會的公序良俗，即使《合同法》沒有專門列出也是有效的。

中國大陸的合同法的規定，大致歸納有以下四種特徵：

第一，合同是平等主體之間的民事法律關係。合同當事人的法律地位平等，也沒有高低或從屬之分，不存在命令者與被命令者，管理者與被管理者的區別。亦即不論所有制性質、也不問單位大小與經濟實力的強弱等地位，都不可以將自己的意志強加給另一方。

第二，合同是多方當事人的法律行為。合同的主體必須有兩個或兩個以上，合同的成立是各方當事人意思表示一致的結果。

第三，合同是從法律上明確當事人之間特定權利與義務關係的協議。合同在當事人之間設立、變更、終止民事權利義務關係，以實現當事人的特定經濟目的。

第四，合同是具有相應法律效力的協議，合同依法成立生效之後對當事人就具有法律上的拘束力。具體而言，合同只在一般特定的當事人間發生效力，亦即所謂「契約相對性」原則，與物權的絕對性原則不同。

此外，從法律角度而言，合同之所以能夠產生法律效力，就在於當事人的意思表示符合法律規定。對合法的意思表示法律賦予其法律上的拘束力，合法的合同不得違反法律的強行規定。所謂強行規定是指必須由當事人遵守，不得透過其協商加以改變。

一般而言，在法律條文中，任意性的規範通常以「可以」做什

麼來表示，他不要求當事人必須執行，而只是提供了行為的標準。而強行性的規範通常以「應該」、「不得」等詞語表示，他要求當事人必須嚴格遵守，不得通過其協議加以改變。合同不違反法律，主要是指合同的內容合法。及合同的各項條款都必須符合法律、法規的規定。

合同的內容是指當事人雙方訂立的合同條款可以確定當事人雙方權利義務的內容。合同的內容合法，同時也不得違反公序良俗或傷害社會公共利益。

二、中國大陸合同法規定的合同種類

中國大陸合同法分別規定了 15 種有名合同，簡介如下：

（一）買賣合同

買賣合同，是出賣人轉移標的物的所有權於買受人，買受人支付價款的合同。買賣合同的內容除依照合同法第 12 條的規定以外，還可以包括包裝方式、檢驗標準和方法、結算方式、合同使用的文字及其效力等條款。出賣的標的物，應當屬於出賣人所有或者出賣人有權處分。法律、行政法規禁止或者限制轉讓的標的物，依照其規定（中國大陸合同法第 130 條至第 132 條規定參照）。

（二）供用電、水、氣、熱力合同

供用電合同是供電人向用電人供電，用電人支付電費的合同。供用電合同的內容包括供電的方式、質量、時間，用電容量、地址、性質，計量方式，電價、電費的結算方式，供用電設施的維護責任等條款。供用電合同的履行地點，按照當事人約定；當事人沒有約定或者約定不明確的，供電設施的產權分界處為履行地點。（中國大陸合同法第 176 條至第 178 條規定參照）。

（三）贈與合同

贈與合同是贈與人將自己的財產無償給予受贈人，受贈人表示接受贈與的合同。贈與人在贈與財產的權利轉移之前可以撤銷贈與；具有救災、扶貧等社會公益、道德義務性質的贈與合同或者經過公證的贈與合同，不適用前項規定。贈與的財產依法需要辦理登記等手續的，應當辦理有關手續。（中國大陸合同法第 185 條至第 187 條規定參照）。

（四）借款合同

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。借款合同採用書面形式，但自然人之間借款另有約定的除外。借款合同的內容包括借款種類、幣種、用途、數額、利率、期限和還款方式等條款。立借款合同，貸款人可以要求借款人提供擔保。擔保依照《中華人民共和國擔保法》的規定。訂立借款合同，借款人應當按照貸款人的要求提供與借款有關的業務活動和財務狀況的真實情況。（中國大陸合同法第 196 條至第 199 條規定參照）。

（五）租賃合同

租賃合同是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。租賃合同的內容包括租賃物的名稱、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。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。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。（中國大陸合同法第 212 條至第 215 條規定參照）。

（六）融資租賃合同

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。融資租賃合同的內容包括租賃物名稱、數量、規格、技術性能、檢驗方法、租賃期限、租金構成及其支付期限和方式、幣種、租賃期間屆滿租賃物的歸屬等條款。融資租賃合同應當採用書面形式。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。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。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。（中國大陸合同法第 237 條至第 241 條規定參照）。

（七）承攬合同

承攬合同是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。承攬包括加工、定作、修理、複制、測試、檢驗等工作。承攬合同是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。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。承攬人將其承攬的主要工作交由第三人完成的，應當就該第三人完成的工作成果向定作人負責；未經定作人同意的，定作人也可以解除合同。（中國大陸合同法第 251 條至第 253 條規定參照）。

（八）建設工程合同

建設工程合同是承包人進行工程建設，發包人支付價款的合同。建設工程合同包括工程勘察、設計、施工合同。建設工程合同應當採用書面形式。建設工程的招標投標活動，應當依照有關法律的規定公開、公平、公正進行。（中國大陸合同法第 269 條至第

271 條規定參照）。

（九）運輸合同

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。從事公共運輸的承運人不得拒絕旅客、託運人通常、合理的運輸要求。承運人應當在約定期間或者合理期間內將旅客、貨物安全運輸到約定地點。承運人應當按照約定的或者通常的運輸路線將旅客、貨物運輸到約定地點。（中國大陸合同法第 288 條至第 291 條規定參照）。

（十）技術合同

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之間權利和義務的合同。訂立技術合同，應當有利於科學技術的進步，加速科學技術成果的轉化、應用和推廣。技術合同的內容由當事人約定，一般包括以下條款：（一）項目名稱；（二）標的的內容、範圍和要求；（三）履行的計劃、進度、期限、地點、地域和方式；（四）技術情報和資料的保密；（五）風險責任的承擔；（六）技術成果的歸屬和收益的分成辦法；（七）驗收標準和方法；（八）價款、報酬或者使用費及其支付方式；（九）違約金或者損失賠償的計算方法；（十）解決爭議的方法；（十一）名詞和術語的解釋。與履行合同有關的技術背景資料、可行性論證和技術評價報告、項目任務書和計劃書、技術標準、技術規範、原始設計和工藝文件，以及其他技術文檔，按照當事人的約定可以作為合同的組成部分。技術合同涉及專利的，應當註明發明創造的名稱、專利申請人和專利權人、申請日期、申請號、專利號以及專利權的有效期限。（中國大陸合同法第 322 條至第 324 條規定參照）。

（十一）保管合同

保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，並返還該物的合同。寄存人應當按照約定向保管人支付保管費。當事人對保管費沒有約定或者約定不明確，依照合同法第 61 條的規定仍不能確定的，保管是無償的。保管合同自保管物交付時成立，但當事人另有約定的除外。（中國大陸合同法第 365 條至第 367 條規定參照）。

（十二）倉儲合同

倉儲合同是保管人儲存存貨人交付的倉儲物，存貨人支付倉儲費的合同。倉儲合同自成立時生效。（中國大陸合同法第 381 條至第 382 條規定參照）。

（十三）委託合同

委託合同是委託人和受託人約定，由受託人處理委託人事務的合同。委託人可以特別委託受託人處理一項或者數項事務，也可以概括委託受託人處理一切事務。（中國大陸合同法第 396 條至第 397 條規定參照）。

（十四）行紀合同

行紀合同是行紀人以自己的名義為委託人從事貿易活動，委託人支付報酬的合同。行紀人處理委託事務支出的費用，由行紀人負擔，但當事人另有約定的除外。行紀人占有委託物的，應當妥善保管委託物。（中國大陸合同法第 414 條至第 416 條規定參照）。

（十五）居間合同

居間合同是居間人向委託人報告訂立合同的機會或者提供訂立合同的媒介服務，委託人支付報酬的合同。居間人應當就有關訂立合同的事項向委託人如實報告。居間人故意隱瞞與訂立合同有關的重要事實或者提供虛假情況，損害委託人利益的，不得要求支付報

酬並應當承擔損害賠償責任。（中國大陸合同法第 424 條至第 425 條規定參照）。

第三節　臺商常見的合同糾紛類型

雖然在中國大陸合同法中規範了 15 種各種形式的合同，但是對臺商而言，主要會遇到的合同糾紛為買賣合同糾紛、借款合同糾紛、購房合同糾紛、租賃合同糾紛、勞動合同糾紛與委託合同糾紛等六大類。以下針對前述六大類糾紛作一簡單的說明：

一、買賣合同糾紛

買賣合同具有以下五種法律特徵，分別是：不要式合同、轉移標的物所有權的合同、雙務合同、有償合同與諾成合同。

買賣合同發生糾紛時，被告所在地的人民法院具有管轄權，但是如果買賣雙方分別在兩個地區選擇對方所在地為起訴地的話，恐怕會增加極大的訴訟成本。因此，當事人在簽定書面買賣合同時應訂立約定管轄的條款，直接選擇與合同有關聯的某一個法院作為管轄法院。

二、借款合同糾紛

中國大陸合同法規定，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。借款合同可以分成民間借款合同和金融機構貸款合同兩大類。借款合同具有以下六種的法律特徵，分別是：借款合同的標的物是金錢、借款合同是轉讓貨幣所有權的合同、借款合同大部分為要式合同、借款合同為諾成合同、借款合同為雙務有償合同與借款利率有一定的限制性。

三、購房合同糾紛

依照《城市房地產管理法》和《城市商品房預售管理辦法》的

相關規定:房地產開發企業進行商品房預售必須取得「五證」,即《國有土地使用權證》、《建設工程規劃許可證》、《建設用地規劃許可證》、《建設工程開工許可證》與《商品房預售許可證》。

四、租賃合同糾紛

根據中國大陸合同法第 212 條規定：「租賃合同是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。」租賃合同的法律特徵有下列五種：租賃合同事轉移財產法益權的合同；租賃合同的標的物為有形的、非消耗的特定物；租賃合同是雙務有償合同、租賃合同是諾成合同；租賃合同一般是要式合同。

五、勞動合同糾紛

根據中國大陸勞動合同法第 16 條規定：「勞動合同是勞動者與用人單位確立勞動關係、明確雙方權利和義務的協議。建立勞動關係應訂立勞動合同」。

根據不同的標準可以對勞動合同做出不同的分類，按照勞動合同的期限劃分，勞動合同可以分為有固定期限的勞動合同、無固定期限的勞動合同以及完成一定的工作為期限的勞動合同三種。一般而言，勞動合同應該具備某些重要條款，茲簡述如下：

（一）用人單位的名稱、住所和法定代表人或主要單位負責人。

（二）勞動者的姓名、住址和居民身分證或其他有效身分證件號碼。

（三）勞動合同期限，用人單位與勞動者約定終止合同的時間。

（四）工作內容和工作地點。

（五）工作時間和休息休假。

（六）勞動報酬，包括報酬形式，如何計算薪籌、工資如何發放等。

（七）社會保險，用人單位應當依照法律、法規為勞動者繳納社會保險費用的社會保險項目。

（八）勞動保護、勞動條件和職業危害防護。

除上述八項事務以外，勞動合同還應載明法律、法規規定應當納入勞動合同的其他事項。除此之外，勞資雙方還可以根據實際情況進行以下條款的約定：（一）試用期條款，（二）有關培訓的條款，（三）保守商業秘密和競業限制條款，（四）補充保險和福利待遇條款。

六、委託合同糾紛

委託合同是委託人和受託人約定，由受託人處理委託人事務的合同。委託人可以特別委託受託人處理一項或者數項事務，也可以概括委託受託人處理一切事務。（中國大陸合同法第 396 條至第 397 條規定參照）。委託合同具有以下的法律特徵：委託合同的標的物是勞務；委託合同是諾成、雙務合同；委託合同可能是有償的，也有可能是無償的。

第二章　臺商簽約時應注意的條款

第一節　中國大陸合同示範文本簡介

中國大陸合同制度經歷了三次大的發展：第一次是在 1950 年至 1956 年經濟建設開始階段；第二次是在 1961 年至 1965 年經濟調整、鞏固、充實、提高階段；第三次是在 1978 年中國共產黨的十一屆三中全會以後。

隨著改革開放後中國大陸合同制度的再一次確立和發展，合同示範文本孕育而生。1990 年 8 月 2 日，國家工商行政管理局根據中國大陸經濟合同法和《國務院辦公廳轉發國家工商行政管理局關於在全國逐步推行經濟合同示範文本制度請示的通知》的規定，頒布了《經濟合同示範文本管理辦法》，對經濟合同示範文本的制定、發布、修訂、印製和監督管理等事項作出規定，該《辦法》實施後，合同示範文本管理制度得到了切實推行和落實，該《辦法》對合同示範文本的推廣使用發揮了重要作用。以安徽為例，合同示範文本管理制度推行以來，全省制定和發佈合同示範文本 143 種；查處擅自制定、冒用合同示範文本等行為的案件 215 件；每年印刷和發放合同示範文本 350 萬份，極大地規範和引導了當地的合同行為，增強了當地企業的合同法律意識。合同示範文本管理制度已成為從源頭上規範市場交易秩序的有效手段和方法，其對於市場經濟和社會誠信的積極作用非常明顯。

1999 年合同法完成立法，《經濟合同示範文本管理辦法》遭到廢止，合同示範文本管理制度也同時被廢止，合同示範文本的推廣使用受到了很大影響，合同管理也出現了一些問題。比如，合同簽約率低，簽約行為不規範，有些當事人在沒有完全理解合同內容

的情況下草草簽名，一些企業和個人甚至不知道如何制定合同條款，合同內容缺款少項嚴重；合同欺詐行為突出，利用合同實施違法行為的現象屢禁不絕；合同侵權行為嚴重，霸王條款在一些行業和領域普遍存在。

中國大陸國家工商總局乃於 2015 年 11 月 11 日發布《關於制定推行合同示範文本工作的指導意見》，對於合同示範文本的概念、基本原則、制定主體、文本內容、起草程序、推行使用、文本管理等事項分別規定，期能有效規範市場交易秩序與安全：

一、概念：本意見所稱合同示範文本，是指工商和市場監管部門根據《合同法》及相關法律法規規定，針對特定行業或領域，單獨或會同有關行業主管部門制定發佈，供當事人在訂立合同時參照使用的合同文本。

二、基本原則：合同示範文本的制定推行工作應遵循以下原則：

（一）合法合規：合同示範文本內容應當符合各項法律法規規定。對於法律法規未作具體規定的，應當符合相關法律原則以及行業慣例。

（二）公平合理：合同示範文本的制定應當持中立立場，對合同當事人的權利義務進行合理分配，確保各方當事人權利義務對等。

（三）尊重意思自治：合同示範文本供當事人參照使用，合同各方具體權利義務由使用人自行約定；使用人可以根據自身情況，對合同示範文本中的有關條款進行修改、補充和完善。

（四）主動公開：制定機關應當主動公開其制定的合同示範文本，供社會各界參照使用。

三、制定主體：合同示範文本由省級或省級以上工商和市場監管部門單獨或會同有關行業主管部門制定。市級及市級以下工商和市場監管部門可以制定合同範本，在本轄區內推行，供當事人參照使用。省級工商和市場監管部門對上述合同範本審定後，可以以合同示範文本的形式向社會發佈。

四、制定工作的啟動：工商和市場監管部門應根據各類市場活動的需求、自身或相關行業主管部門、自律組織的規範管理工作需要，開展合同示範文本制定工作。

五、合同示範文本的內容：合同示範文本內容，一般應當包括各方當事人的名稱或者姓名和住所、標的、數量、品質、價款或者報酬、履行期限、地點和方式、違約責任和解決爭議的方法等基本內容。內容應當儘量全面詳實，並充分考慮文本適用行業或領域的特殊性。合同示範文本不宜含有政府有關部門對行業或領域監管要求的內容。

六、起草程式：合同示範文本的起草一般應經過前期調研論證、文本編寫、組織研究討論、向社會或有關行業公開徵求意見等程式，然後形成草案。上述工作可部分或全部由協力廠商機構或者相關行業主管部門、行業協會開展。

七、審定與發佈：合同示範文本草案經過審定後，應當以正式檔形式發佈，並向社會公開。

八、文本修訂：由於市場經濟發展、有關法律法規修訂等情形，合同示範文本中有關內容不適宜繼續使用的，原發佈機關可以對該合同示範文本進行修訂。合同示範文本的修訂工作應參照文本制定程式的有關要求開展。

九、推行工作主體：各級工商和市場監管部門可以依據法律法規規

定和自身職責，推薦相關行業或領域內合同當事人參照使用合同示範文本訂立合同。各級工商和市場監管部門可以聯合有關行業主管部門或者行業自律組織，開展合同示範文本的推行工作。

十、免費提供：工商和市場監管部門可以通過提供電子版下載、印製發放紙質文本等方式向社會免費提供合同示範文本。

十一、自願參照使用：合同示範文本供合同當事人自願參照使用，工商和市場監管部門不得強制要求當事人使用合同示範文本。

十二、合同條款的解釋：當事人參照合同示範文本訂立合同的，應充分理解合同中條款的內容，並自行承擔合同訂立履行所發生的法律後果。當事人對合同條款理解發生爭議時，應按照有關法律法規規定對條款進行解釋。工商和市場監管部門不負責對當事人訂立的合同內容進行解釋。

十三、推行使用中的問題：各級工商和市場監管部門在合同示範文本推行使用過程中發現文本內容存在問題的，應當及時報告該文本的制定機關。由制定機關適時以適當方式對該問題進行糾正。

十四、合同示範文本管理：對於合同當事人利用、冒用合同示範文本，實施侵害消費者權益、危害國家利益和社會公共利益等合同違法行為的，各級工商和市場監管部門一經發現，應當按照《合同違法行為監督處理辦法》以及其他有關規定進行處理。

長期以來，合同示範文本制定推行工作受到社會各界的普遍歡迎和認可，中國大陸臺商在簽訂相關合同時，可以初步參考相關行

業或領域的合同示範文本，以避免合同內容缺款少項而不完整，影響自己應有的權益。

第二節　臺商簽訂合同時應注意事項

一份合法有效的合同可以確定交易存在，而一份規劃妥當的合同則可以避免交易風險。為保障臺商的投資權益，預防糾紛的發生，說明常簽訂的重要合同及簽訂合同應注意事項。

一、一般合同

一般合同的條款通常包括當事人的名稱或姓名和住所；標的；數量；品質；價款或報酬；履行期限、地點和方式；違約責任；解決爭議的方法。在撰擬合同時，用詞要準確，避免含糊不清；雙方分工應約定清楚，責任明確，同時注意雙方約定的合同義務是否有實現的可能性。

履行合同難免會產生爭議，解決爭議的方法通常有四種：爭端雙方友好「協商」、第三人出面「調解」雙方爭端、訴訟及仲裁。約定仲裁條款時，常見的錯誤是合同約定發生爭議時「可以向仲裁機構申請仲裁，也可以向法院起訴」。這種約定原則上是無效的。只有在一方向仲裁機構申請仲裁，另一方未在仲裁庭首次開庭前提出異議時，始例外的有效。另一種常見錯誤是「未約定仲裁機構」，這種情形可以由當事人以補充協議補正。若雙方達不成補充協議的，則仲裁協議無效。臺商在約定爭議解決方法時，應注意避免上開常見錯誤情形。

二、項目投資合同

所謂項目投資合同乃地方人民政府、人民政府之派出機構（例如經濟開發區管理委員會）或者基層群眾性自治組織（例如村民委

員會）與企業簽訂，由地方負責協助提供土地、廠房或建設所需之條件，由企業負責項目投資、開發、建設、生產，共同在地方建設發展項目而簽訂之合同。

項目投資合同內容大多包括：1. 項目名稱、地址及運作模式；2. 項目建設內容及規模；3. 項目投資方式；4. 雙方權利、義務及相關承諾；5. 違約責任；6. 解決爭議的方式及程序。

項目投資合同往往會約定地方應提供土地給臺商開發建設，除面積外，臺商應注意土地的位置及範圍，以免未來履行時發生爭議。另外，臺商是否需要另外支付項目用地徵收的費用，在簽訂合同時也必須明確。項目投資合同雖然約定由地方提供土地，然實際上用地取得仍須符合中國大陸土地制度，否則合同恐有被認定無效之風險。

另外值得注意的是，自從 2014 年國務院發布《關於清理規範稅收等優惠政策的通知》（62 號文）以來，未經國務院批准，各地區一律不得自行制定稅收優惠政策，也嚴禁地方對企業以優惠價格或零地價出讓土地。因此，未來臺商在簽訂項目投資合同時必須注意相關優惠政策的合法性。至於已經簽訂合同的優惠條件，國務院已經以 25 號文揭示其繼續有效，不溯及既往。

三、合資合同

所謂合資合同，係為設立合資企業，就相互權利、義務關係達成一致意見而訂立之合同。其主要內容如下：

（一）合資各方的名稱、註冊國家、法定地址和法定代表人的姓名、職務、國籍；

（二）合資企業名稱、法定地址、宗旨、經營範圍和規模；

（三）合資企業的投資總額，註冊資本，合資各方的出資額、出資

比例、出資方式、出資的繳付期限以及出資額欠繳、股權轉讓的規定；

（四）合資各方利潤分配和虧損分擔的比例；

（五）合資企業董事會的組成、董事名額的分配以及總經理、副總經理及其他高級管理人員的職責、許可權和聘用辦法；

（六）財務、會計、審計的處理原則；

（七）有關勞動管理、工資、福利、勞動保險等事項的規定；

（八）合資企業期限、解散及清算程式；

（九）違反合同的責任；

（十）解決合資各方之間爭議的方式和程式；

（十一）合同文本採用的文字和合同生效的條件。

合資合同在 2016 年 10 月 1 日前規定，須經審批機構批准後始生效力。臺商往往將審批及登記手續交由陸方股東辦理，陸方股東究竟有無辦理審批，臺商不得而知。因此，曾發生陸方股東未按合同盡出資義務，待臺商訴至法院，請求陸方股東依約出資時，臺商始知合資合同未經審批，遭法院認定為無效之案例。2016 年 10 月 1 日《中外合資經營企業法》實施修改後，對於不涉及實施准入特別管理措施的項目，則進行備案管理，無須審批，應能減少上述糾紛類型。

合資合同最常見的糾紛即是合資一方未按合同履行出資義務。因此，合資各方資信能力相當重要。在簽訂合同之前，臺商應對合資對象有所瞭解。為避免臺商先行投入大量資金，而合資方資金卻遲遲不到位，導致臺商進退兩難的窘境，在設計合資合同時，可以安排合資各方相應分段出資，以降低風險。同時，可以將合資一方不履行出資義務作為違約及解除合同事由，並約定遲延違約金之給

付，以促進合資各方履行合同義務。

四、國有土地使用權出讓合同

所謂國有土地使用權出讓合同，係指土地所有者（國家）將土地使用權在一定年限內，讓與土地使用者，土地使用者向土地所有者支付土地出讓金的協議。簽訂出讓合同的主體為市、縣人民政府土地管理部門與土地使用者。國有土地使用權出讓合同的主要內容有：

（一）出讓土地界址、面積；

（二）出讓土地用途、土地條件、出讓年期；

（三）出讓價款、定金、付款方式及時間；

（四）土地開發建設及利用；

（五）違約責任；

（六）法律適用及爭議解決。

早期臺商赴中國大陸取得土地使用權多半是以協議方式取得，2002 年 7 月 1 日起商業、旅遊、娛樂和商品住宅等各類經營性用地則必須以招、拍、掛方式出讓土地使用權；工業用地則於 2006 年 8 月 31 日起落實招、拍、掛方式出讓，此後，除特殊情況外，土地使用權之取得已無協議取得之空間，臺商在投資前必須瞭解此運作方式，以評估風險。

另須強調說明者，出讓之標的必須為國有土地，主體必須為市、縣級人民政府土地管理部門（國土局）。若出讓合同由鎮政府簽訂，或土地為集體土地者，其出讓合同將有被認定違反土地管理規範及土地政策而為無效之風險。

國有土地使用權出讓合同最常見之糾紛為「未依約開發建設」。中國大陸《土地管理法》、《城市房地產管理法》及《閒置土地處

置辦法》規定，超出出讓合同約定動工開發日期滿一年未動工開發的，土地管理部門應向土地使用權人徵「土地閒置費」；未動工開發滿二年者，土地管理部門則應「無償收回」土地使用權。國有土地使用權出讓合同往往也有相同的約定，臺商應注意建設期程安排，以免投資血本無歸。

五、房屋租賃合同

房屋租賃合同是出租人將房屋交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。房屋租賃合同主要的內容包括：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。

臺商赴中國大陸設廠投資，除購地建廠外，也可能選擇租賃廠房方式為之。其中，在為企業量身定作廠房之租賃方面，臺商應注意簽訂租賃合同時，建築規劃設計需求必須明確具體，最好在合同簽訂前雙方即對廠房建築平面圖、效果圖達成一致意見，以避免爭議。在預付租金方面，宜按工程進度分期給付，避免臺商繳清全部預付款後，廠房未按臺商需求興建，或者因故停建，造成損失。

另外，簽訂房屋租賃合同時，應注意約定「房屋被徵收時的處理辦法」。由於 2011 年 1 月 21 日起《國有土地上房屋徵收與補償條例》的施行，取代舊法《城市房屋拆遷管理條例》，徵收及簽訂補償協議的對象由「房屋所有權人」及「承租人」，改為只向「房屋所有權人」為之，因此承租人在徵收時之權益，則有賴租賃合同之約定。臺商應於房屋租賃合同中約定房屋被徵收時，承租人與出租人如何分配徵收補償款（包括停產停業損失、裝潢補償款等）。

臺商在中國大陸簽訂合同若能注意相關規範及細節，預先設想可能的風險，尋求專業協助設計合同條文，預防及降低風險，將可

確保投資獲得保障。

第三節　臺商簽訂合同應注意條款分析

依照中國大陸合同法第 12 條規定，合同的內容由當事人約定，一般包括以下條款：（一）當事人的名稱或者姓名和住所；（二）標的；（三）數量；（四）質量；（五）價款或者報酬；（六）履行期限、地點和方式；（七）違約責任；（八）解決爭議的方法。當事人可以參照各類合同的示範文本訂立合同。因此茲就當事人條款、簽約人條款、標的物條款、合同生效條款、違約金條款、合同解除條款及爭議處理條款，分別說明如下：

一、當事人條款

為避免合同主體帶來的法律風險，需要在訂立合同之前對交易主體進行審查。交易主體審查是合同利益維護的若干審查的一種，也是企業在普通交易中容易忽略的一個環節。多數企業都會注意到合同權利義務（合同條款）的審查，對合同交易的商業價值的審查，但常常忽略對主體資格和資信審查。

防範法律風險的審查主體方式：

（一）審查對方當事人的情況

若對方當事人為自然人，審查主要針對當事人是否具有完全民事行為能力。若對方當事人為法人，包括企業單位、事業單位、機關、社團等，需要審查其《企業法人營業執照》。若對方當事人為其他組織，如獨資企業、合夥人、企業分支機搆等，無獨立法人資格，要審查其《營業執照》，對於分支機搆還需要審查其總公司的相關情況。

（二）調查合同主體履約能力

合同利益的實現，不僅需要合同主體合法性的客觀可行，而且需要合同當事人履約能力的配合。該履約能力與當事人簽約資格之間具有主觀性的模糊分離，因此審查對方的合同履約能力同樣重要，如資信情況、商業信譽、歷史履約情況等。

一般來說，對當事人履約能力狀況調查應包括以下內容：

1、對方的情況，首先要從總的經濟活動來瞭解對方的經營狀況：①企業的性質：分佈在哪個行業，所處的經濟時期。②企業的產品處在市場的哪個階段，產品是處於初期階段，成熟階段，還是衰退階段。③企業所在的地區是否交易方面的傳統。④企業的人員構成、營業額，人員構成指人員的組織結構比例；營業額指成本與利潤的比例，由此可初步瞭解該企業的營銷及管理能力。

2、註冊資本和淨資產，它是合同當事人為有限責任公司對外承擔責任的財產基礎。這裏需要強調的是，目前公司註冊資本與公司實際的經濟能力之間缺乏必要的聯繫，不能單純依此作為判斷標準。

3、法定地址，它是合同當事人經營活動的中心，有無法定地址往往能反映當事人其他方面的情況，而能為其他方面的調查工作提供線索。而且一旦發生糾紛，法定地址也是送達法律文件的確定標準。

4、公司帳號，是保障企業在發生糾紛時，確定對方資產的最有效的途徑。

二、簽約人資格條款

合同主體即民事主體，是指在民事法律關係中獨立享有民事權利和承擔民事義務的人。交易主體包括自然人、法人和其他組織。合同主體與簽約主體是兩個不同的概念，前者是實際承擔權利義務

的民事主體，而後者是實際簽署合同的人，可能是代理人或者代表人。

中國大陸《合同法》規定，合同經法定代表人簽字或加蓋單位公章生效。因此，這類人員簽訂合同無需另外授權，並且其超越許可權訂立的合同，除相對人知道或應當知道的外，該合同是有效的。但並不能因為是法定代表人簽訂合同就可以掉以輕心，應要求其出示身分證件，與《營業執照》上的姓名相核對。當簽約人為委託代理人時，應審查是否有授權委託書或單位介紹信，審查時注意授權是否清楚，許可權的範圍及是否已失效。

三、標的物條款

標的物涉及交易的不動產或動產，一般包含數量、質量、價款或者報酬，這些條件當事人都要約定清楚，如果沒有約定清楚的，依照中國大陸合同法第 61 條、第 62 條及 63 條規定處理：

（一）中國大陸合同法第 61 條：「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。」

（二）中國大陸合同法第 62 條：「當事人就有關合同內容約定不明確，依照本法第 61 條的規定仍不能確定的，適用下列規定： 1、質量要求不明確的，按照國家標準、行業標準履行；沒有國家標準、行業標準的，按照通常標準或者符合合同目的的特定標準履行。2、價款或者報酬不明確的，按照訂立合同時履行地的市場價格履行；依法應當執行政府定價或者政府指導價的，按照規定履行。3、履行地點不明確，給付貨幣的，在接受貨幣一方所在地履行；交付不動產的，在不動產

所在地履行；其他標的，在履行義務一方所在地履行。4、履行期限不明確的，債務人可以隨時履行，債權人也可以隨時要求履行，但應當給對方必要的準備時間。5、履行方式不明確的，按照有利於實現合同目的的方式履行。6、履行費用的負擔不明確的，由履行義務一方負擔。」

（三）中國大陸合同法第 63 條：「執行政府定價或者政府指導價的，在合同約定的交付期限內政府價格調整時，按照交付時的價格計價。逾期交付標的物的，遇價格上漲時，按照原價格執行；價格下降時，按照新價格執行。逾期提取標的物或者逾期付款的，遇價格上漲時，按照新價格執行；價格下降時，按照原價格執行。」

四、合同生效條款

合同有效性是指符合法律規定，所訂立的條款對當事人各方具有法律約束力，並受國家法律強制力保護的合同。依法成立的合同，自成立時生效；法律、行政法規規定應當辦理批准登記等手續的，必須辦理完有關手續合同才能生效。此外，合同是否發生效力，可以附條件或附期限的約定為之：

（一）當事人對合同的效力可以約定附條件；附加「生效條件」的合同，自條件成就時生效。附「解除條件」的合同，自條件成就時失效。當事人為自己的利益不正當地阻止條件成就的，視為條件已成就，不正當地提出條件成就的，視為條件不成就。

（二）當事人對合同的效力可以約定附期限。附加「生效期限」的合同，自期限屆止時生效。附加「終止期限」的合同，自期限屆滿時失效。

五、違約金條款

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。

中國大陸合同法第 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。

中國大陸合同法第 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。

六、合同解除條款

合同的解除形式分為法定解除、協議解除和約定解除。

（一）法定解除是由於在合同尚未履行完畢前，發生了法律所規定的事由，當事人依法行使解除權以解除合同。

中國大陸合同法第 94 條規定，有下列情形之一的，當事人可以解除合同：

1、因不可抗力致使不能實現合同目的；

2、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；

3、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；

4、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；

5、法律規定的其他情形。

（二）協定解除是當事人在簽訂合同後尚未完全履行完畢之前，雙方當事人於事後就合同的解除達成了一致的合意以解除合同。此觀中國大陸《合同法》第 93 條第 1 項規定「當事人協商一致，可以解除合同」即明。

（三）合同的約定解除則是當事人事先在合同中就解除合同的條件與情況做出約定，在合同尚未履行完畢之前，一旦出現合同所約定的事由或情況，當事人可以通過行使解除權來解除合同。此即中國大陸《合同法》第 93 條第 2 項規定「當事人可以約定一方解除合同的條件。解除合同的條件成就時，解除權人可以解除合同」。

七、爭議處理條款

因合同糾紛提起的訴訟，由被告住所地或者合同履行地人民法院管轄。同時合同糾紛的當事人可以書面協定選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地等與爭議有實際聯繫的地點的人民法院管轄。

《民事訴訟法》第 34 條　合同或者其他財產權益糾紛的當事人可以書面協議選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地等與爭議有實際聯繫的地點的人民法院管轄，但不得違反民事訴訟法對級別管轄和專屬管轄的規定。

第三章　中國大陸最高人民法院司法解釋在法院審理合同糾紛時的效力

第一節　司法解釋的發展歷程

司法解釋已經成為大陸法律體系的重要組成部分，所以必須先瞭解司法解釋的發展過程。曾任中國大陸最高法院審判委員會、辦公廳主任、研究主任的周道鸞先生在回顧中國大陸的司法解釋時將其發展分為四個階段（注：周道鸞，《最高人民法院司法解釋全集（第一卷）》第 4 頁）：第一個階段是 1949 年 10 月 1 日即「中華人民共和國」成立至 1956 年社會主義改造基本完成前（1946 ～ 1956）。1954 年中國大陸第一部《憲法》和《人民法院組織法》通過之前，最高法院司法解釋工作的特點：（一）人民法院審理案件主要不是依據法律而是依據政策；（二）在內容上刑事審判工作的主要任務是配合土改、鎮反、「三反」、「五反」等大規模群眾運動，鎮壓反革命殘餘勢力，保障社會改革運動的順利進行。民事審判工作的主要任務是貫徹中國大陸第一部婚姻法。1954 年中國大陸第一部《憲法》和《人民法院組織法》通過之後．司法解釋工作的特點：（一）明確規定最高法院設立審判委員會，並享有司法解釋權；（二）用總結經驗的形式規範人民法院的審判活動；（三）是最高法院與有關機關聯合制發的文件較多，且名稱多樣。第二個階段是 1957 年「反右派鬥爭」擴大到「文革」前（1957 ～ 1966）。這一階段最高法院司法解釋工作曲折而行，前期遭到破壞，1962 年之後有所恢復。第三個階段是 1966 年 5 月「文革」開始到 1976 年「四人幫」被粉碎（1966 ～ 1976）。這一時期，最高法院名存實亡，司法解釋工作基本陷入停頓。第四個階段是 1977 年特別是 1978

年 12 月黨的十一屆三中全會到 1993 年八屆人大一次會議(1977～1993)。這一階段司法解釋工作的特點：（一）制定司法解釋的指導思想明確，即為「一個中心，兩個基本點」基本路線服務，為維護國家和社會穩定、為改革開放和經濟建設服務；（二）對新頒佈的法律進行比較全面、系統的解釋；（三）制定司法解釋必須經最高法院審判委員會討論通過；（四）司法解釋應當在指定的刊物一《中華人民共和國最高人民法院公報》上刊登；（五）與行政機關等聯合制發司法解釋的基本問題得到解決。另根據，紀城，《最高人民法院司法解釋一個初步的考察》，第 12 頁的分類，根據最高院司法解釋的數量和形式，可以將其發展大致分為四個階段。（一）第一個階段：最高人民法院司法解釋的起步期，即「建國」後到文革前（1949—1956）。（二）第二個階段：最高人民法院司法解釋的重大挫折期。即整個文革期間，從 1966 年至 1976 年。（三）第三個階段:最高人民法院司法解釋的繁榮階段,是文革後至 1996 年。（四）第四個階段：最高人民法院司法解釋的規範化時期，從 1997 年開始到現在，它是第三階段的延續和深化，最重要的標誌是 1997 年 6 月最高人民法院發佈了《關於司法解釋工作的若干規定》（法發[1997]15 號）。這是中國大陸自 1949 年以來最高法院發佈的第一個專門規範司法解釋工作的檔，有點相當於最高法院司法解釋工作中的「立法法」，它標誌著最高院司法解釋工作進入全面規範的階段。

第二節　司法解釋的法律地位

一、關於法律的解釋權，究竟哪些機關有權來行使？依據有關法律規定如下：

《中華人民共和國憲法》第 67 條：全國人民代表大會常務委員會行使下列職權：（一）解釋憲法，監督憲法的實施；（二）制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律；（三）在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸；（四）解釋法律；（五）在全國人民代表大會閉會期間，審查和批准國民經濟和社會發展計畫、國家預算在執行過程中所必須作的部分調整方案；（六）監督國務院、中央軍事委員會、最高人民法院和最高人民檢察院的工作；（七）撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決定和命令；（八）撤銷省、自治區國家權力機關制定的同憲法、法律和行政法規相抵觸的地方性法規和決議；（九）在全國人民代表大會閉會期間，根據國務院總理的提名，決定部長、委員會主任、審計長、秘書長的人選；（十）在全國人民代表大會閉會期間，根據中央軍事委員會主席的提名，決定中央軍事委員會其他組成人員的人選；（十一）根據最高人民法院院長的提請，任免最高人民法院副院長、審判員、審判委員會委員和軍事法院院長；（十二）根據最高人民檢察院檢察長的提請，任免最高人民檢察院副檢察長、檢察員、檢察委員會委員和軍事檢察院檢察長，並且批准省、自治區、直轄市的人民檢察院檢察長的任免；（十三）決定駐外全權代表的任免；（十四）決定同外國締結的條約和重要協定的批准和廢除；（十五）規定軍人和外交人員的銜級制度和其他專門銜級制度；（十六）規定和決定授予國家的勳章和榮譽稱號；（十七）決定特赦；（十八）在全國人民代表大會閉會期間，如果遇到國家遭受武裝侵犯或者必須履行國際間共同防止侵略的條約的情況，決定戰爭狀態的宣佈；（十九）決定全國總動員或者局部動員；（二十）決定全國或者個別省、

自治區、直轄市進入緊急狀態；（二十一）全國人民代表大會授予的其他職權。以及《中華人民共和國立法法》第 42 條：法律解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。法律有以下情況之一的，由全國人民代表大會常務委員會解釋：（一）法律的規定需要進一步明確具體含義的；（二）法律制定後出現新的情況，需要明確適用法律依據的。依據以上兩個中央級的法律規定，法律解釋權應該是由「全國人民代表大會常務委員會」來行使。至於全國人民代表大會常務委員會如何具體行使？ 1981 年 6 月 10 日第五屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議通過了《全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議》作為行使解釋權的依據，《決議》內容為：第五屆全國人民代表大會第二次會議通過幾個法律以來，各地、各部門不斷提出一些法律部問題要求解釋。同時，在實際工作中，由於對某些法律條文的理解不一致，也影響了法律的正確實施。為了健全社會主義法制，必須加強立法和法律解釋工作。現對法律解釋問題決定如下：一、凡關於法律、法令條文本身需要進一步明確界限或作補充規定的，由全國人民代表大會常務委員會進行解釋或用法令加以規定。二、凡屬於法院審判工作中具體應用法律、法令的問題，由最高人民法院進行解釋。凡屬於檢察院檢察工作中具體應用法律、法令的問題，由最高人民檢察院進行解釋。最高人民法院和最高人民檢察院的解釋如果有原則性的分歧，報請全國人民代表大會常務委員會解釋或決定。三、不屬於審判和檢察工作中的其他法律、法令如何具體應用的問題，由國務院及主管部門進行解釋。四、凡屬於地方性法規條文本身需要進一步明確界限或作補充規定的，由制定法規的省、自治區、直轄市人民代表大會常務委員會進行解釋或作出規定。凡屬於地方性法規如何具體應用的問題，

由省、自治區、直轄市人民政府主管部門進行解釋。換言之，對於法律的解釋權從全國人民代表大會常務委員會，擴大到最高人民法院、最高人民檢察院、國務院及主管部門等機關。

最高人民法院解釋權的法律依據，除上述《全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議》外，就是《人民法院組織法》第 32 條：最高人民法院對於在審判過程中如何具體應用法律、法令的問題，進行解釋。以及《最高人民法院關於司法解釋工作的若干規定》（法發〔1997〕15 號）第 1 條：為規範司法解釋工作，根據《中華人民共和國人民法院組織法》和《全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議》的有關規定，制定本規定。第 2 條：人民法院在審判工作中具體應用法律的問題，由最高人民法院作出司法解釋。第 3 條：最高人民法院發佈的司法解釋，必須經審判委員會討論通過。第 4 條：最高人民法院制定並發佈的司法解釋，具有法律效力。第 5 條：司法解釋的立項，由最高人民法院各審判業務庭、室，根據審判工作中應用法律的問題，提出意見，經研究室協調後，分別報分管副院長批准。最高人民法院審判委員會認為需要作出司法解釋的，由有關審判業務庭、室直接立項。司法解釋立項後，送研究室備案。第 6 條：司法解釋的起草，由最高人民法院各審判業務庭、室負責。第 7 條：經論證、修改的司法解釋草案，送研究室協調提出意見後，由起草部門報請分管副院長審核。第 8 條：司法解釋經審判委員會討論通過後，以最高人民法院公告的形式在《人民法院報》上公開發佈，並下發各高級人民法院或地方各級人民法院、專門人民法院。第 9 條：司法解釋的形式分為「解釋」、「規定」、「批復」三種。對於如何應用某一法律或者對某一類案件、某一類問題如何適用法律所作的規定，採用「解

釋」的形式。根據審判工作需要，對於審判工作提出的規範、意見，採用「規定」的形式。對於高級人民法院、解放軍軍事法院就審判工作中具體應用法律問題的請示所作的答覆，採用「批復」的形式。第 10 條：司法解釋在首部寫明司法解釋的名稱，×××× 年 ×× 月 ×× 日最高人民法院審判委員會第 ××× 次會議通過；文件編號；如屬「批復」，還應寫明主送機關。在正文部分，寫明司法解釋的具體內容。第 11 條：司法解釋以在《人民法院報》上公開發佈的日期為生效時間，但司法解釋專有規定的除外。第 12 條：司法解釋在頒佈了新的法律，或在原法律修改、廢止，或者制定了新的司法解釋後，不再具有法律效力。第 13 條：司法解釋需要補充、修改或者廢止的，由原起草司法解釋的審判業務庭、室提出具體意見，按照本規定辦理。第 14 條：司法解釋與有關法律規定一併作為人民法院判決或者裁定的依據時，應當在司法文書中援引。援引司法解釋作為判決或者裁定的依據，應當先引用適用的法律條款，再引用適用的司法解釋條款。第 15 條：司法解釋的清理、編纂由最高人民法院審判委員會決定，具體工作由研究室負責，各審判庭、室參加。第 16 條：最高人民法院對地方各級人民法院和專門人民法院在審判工作中應用司法解釋的情況實行監督。上級人民法院對下級人民法院在審判工作中應用司法解釋的情況實行監督。第 17 條：本規定自 1997 年 7 月 1 日起施行。

二、該條文確實明白無誤地賦予了最高法院對法律進行解釋的權力。然而，對該條文仍然需要進行進一步理解。

（一）該條規定了最高法院對法律進行解釋的時間範圍是「審判過程中」。因此，在公民、法人、行政機關或其他國家機關實施法律的過程中對法律的含義產生的爭執如果

沒有起訴到法院，那麼最高法院不應主動之進行解釋，即使進行了解釋，該解釋也不具有法律效力。

（二）最高法院的解釋應針對「如何具體應用法律的問題」進行解釋。這也就是說最高法院不應對「抽象地應用法律問題進行解釋」。那麼什麼才是「具體應用法律問題」呢？毫無疑問，當法官審理某一具體案件發現可能適用的法條存在多種可能的含義、或者界限模糊、存在矛盾等情況時，這時對法律的解釋自然是對具體應用法律問題所作的解釋。然而，最高法院的司法解釋並不都是這樣，像「批復」這樣的司法解釋不僅適用於下級法院請示的案件，並且對今後類似的案件也具有約束力。目前司法解釋中還有很大一部分，如《最高法院關於審理證券市場因虛假陳述引發的民事賠償案件的若干規定》（法釋[2003]2 號），雖然其制定有特定的問題背景，但顯然其在形式上決不是針對具體案件的。因此可以這麼說，現在最高法院制定的司法解釋不能被視力是針對「如何具體應用法律問題」所作的解釋，而是在「抽象應用法律」。（注：紀城，《最高人民法院司法解釋一個初步的考察》，第 76 頁）

第三節　合同法司法解釋（一）、（二）及買賣合同司法解釋的理解與法院審理時的適用

以下針對日常接觸較多的《合同法》，法院在審判時運用較多的司法解釋，簡單加以論述。自 1999 年 10 月 1 日《合同法》施行以來，為妥善處理合同糾紛的案件，最高院陸續出臺了以下重要的

司法解釋：1999 年 12 月 19 日的《關於適用合同法若干問題的解釋（一）》；2003 年 4 月 28 日的《關於審理商品房買賣合同糾紛案件適用法律若干問題的解釋》；2004 年 10 月 25 日的《關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律若干問題的解釋》；2007 年 7 月 23 日的《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》；2009 年 4 月 24 日的《關於適用合同法若干問題的解釋（二）》；2012 年 5 月 10 日的《關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》；2015 年 9 月 1 日的《關於審理民間借貸案件適用法律若干問題的規定》等一系列的司法解釋。本文針對其中幾個適用較多的司法解釋簡單分析如下：

一、合同法司法解釋（一）、（二）的重點問題

（一）合同法司法解釋（一）

1、有關代位權制度，《合同法》僅用一個條文作出簡單規定，而該解釋則用了多達 12 個條文加以詳細規範：

第 11 條　債權人依照合同法第 73 條的規定提起代位權訴訟，應當符合下列條件：

（一）債權人對債務人的債權合法；

（二）債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害；

（三）債務人的債權已到期；

（四）債務人的債權不是專屬於債務人自身的債權。

第 12 條　合同法第 73 條第 1 款規定的專屬於債務人自身的債權，是指基於扶養關係、撫養關係、贍養關係、繼承關係產生的給付請求權和勞動報酬、退休金、養老金、撫恤金、安置費、人壽保險、人身傷害賠償請求權等

權利。

第 13 條　合同法第 73 條規定的「債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害的」，是指債務人不履行其對債權人的到期債務，又不以訴訟方式或者仲裁方式向其債務人主張其享有的具有金錢給付內容的到期債權，致使債權人的到期債權未能實現。

次債務人（即債務人的債務人）不認為債務人有怠於行使其到期債權情況的，應當承擔舉證責任。

第 14 條　債權人依照合同法第 73 條的規定提起代位權訴訟的，由被告住所地人民法院管轄。

第 15 條　債權人向人民法院起訴債務人以後，又向同一人民法院對次債務人提起代位權訴訟，符合本解釋第 13 條的規定和《中華人民共和國民事訴訟法》第 108 條規定的起訴條件的，應當立案受理；不符合本解釋第 13 條規定的，告知債權人向次債務人住所地人民法院另行起訴。

受理代位權訴訟的人民法院在債權人起訴債務人的訴訟裁決發生法律效力以前，應當依照《中華人民共和國民事訴訟法》第 136 條第五項的規定中止代位權訴訟。

第 16 條　債權人以次債務人為被告向人民法院提起代位權訴訟，未將債務人列為第三人的，人民法院可以追加債務人為第三人。

兩個或者兩個以上債權人以同一次債務人為被告提起代位權訴訟的，人民法院可以合併審理。

第 17 條　在代位權訴訟中，債權人請求人民法院對次債務人的財產採取保全措施的，應當提供相應的財產擔保。

第 18 條　在代位權訴訟中，次債務人對債務人的抗辯，可以向債權人主張。

債務人在代位權訴訟中對債權人的債權提出異議，經審查異議成立的，人民法院應當裁定駁回債權人的起訴。

第 19 條　在代位權訴訟中，債權人勝訴的，訴訟費由次債務人負擔，從實現的債權中優先支付。

第 20 條　債權人向次債務人提起的代位權訴訟經人民法院審理後認定代位權成立的，由次債務人向債權人履行清償義務，債權人與債務人、債務人與次債務人之間相應的債權債務關係即予消滅。

第 21 條　在代位權訴訟中，債權人行使代位權的請求數額超過債務人所負債務額或者超過次債務人對債務人所負債務額的，對超出部分人民法院不予支援。

第 22 條　債務人在代位權訴訟中，對超過債權人代位元請求數額的債權部分起訴次債務人的，人民法院應當告知其向有管轄權的人民法院另行起訴。

債務人的起訴符合法定條件的，人民法院應當受理；受理債務人起訴的人民法院在代位權訴訟裁決發生法律效力以前，應當依法中止。

2、另外，有關撤銷權制度，《合同法》以二個條文作出簡單規定，而該解釋也用了相對多的條文加以規範：

第 23 條　債權人依照合同法第 74 條的規定提起撤銷權訴訟的，

由被告住所地人民法院管轄。

第 24 條　債權人依照合同法第 74 條的規定提起撤銷權訴訟時只以債務人為被告，未將受益人或者受讓人列為第三人的，人民法院可以追加該受益人或者受讓人為第三人。

第 25 條　債權人依照合同法第 74 條的規定提起撤銷權訴訟，請求人民法院撤銷債務人放棄債權或轉讓財產的行為，人民法院應當就債權人主張的部分進行審理，依法撤銷的，該行為自始無效。

兩個或者兩個以上債權人以同一債務人為被告，就同一標的提起撤銷權訴訟的，人民法院可以合併審理。

第 26 條　債權人行使撤銷權所支付的律師代理費、差旅費等必要費用，由債務人負擔；第三人有過錯的，應當適當分擔。

因此，合同法司法解釋（一）在這兩項合同法的重要制度（代位權、撤銷權）上，起到了法律解釋的補充功能。

（二）合同法司法解釋（二）

1、懸賞廣告：

該《解釋》第 3 條：懸賞人以公開方式聲明對完成一定行為的人支付報酬，完成特定行為的人請求懸賞人支付報酬的，人民法院依法予以支持。但懸賞有合同法第 52 條規定情形的除外。

懸賞廣告，是指以廣告聲明對完成一定行為之人給予報酬。大陸法系國家對懸賞廣告多有規定，但中國大陸《合同法》對懸賞廣告並未作規定。雖然許多學者等理論界多承認懸賞廣告的效力，但

由於缺法律依據，法院對懸賞廣告的認識差異較大，案件的處理結果極不相同。因此，該《解釋》就懸賞廣告作了一般規定，以明確懸賞廣告的法律地位。換言之，該《解釋》是創設了一項《合同法》沒有的法律制度，這是非單純的「對於在審判過程中如何具體應用法律、法令的問題，進行解釋」。有必要詳細瞭解該制度。依據沈德詠、奚曉明主編的「最高院關於合同法司法解釋（二）理解與適用」一書，第 39 頁以下的說明，最高院在設計此一法律制度時，深入探討了許多內容，摘錄如下供讀者參考：

（1）懸賞廣告的法律性質

懸賞廣告的法律性質，是事關懸賞廣告案件認定和處理的根本性問題，也是目前爭議最大的問題。目前，學理上對懸賞廣告的性質主要有「單獨行為說」和「契約說」兩種觀點。

「契約說」這種觀點認為，懸賞廣告人對於特定人或不特定人作出的懸賞意思表示是一個要約，相對人完成懸賞廣告指定行為是一個承諾，行為完成時，則契約成立。相對人在契約成立時，即有報酬之請求權。「契約說」是懸賞廣告最為傳統的觀點。依此觀點，懸賞廣告應適用民法關於法律行為和契約的一般規定，懸賞廣告也要求訂立契約雙方當事人之間必須有合意，即成立合同的意思表示一致。所以，法官在處理懸賞廣告案件時，就必須按照合同法的原則來確定當事人之間的權利義務。對「契約論」提出挑戰的主要有兩點：一是不知道有懸賞廣告的人完成了懸賞廣告確定的行為的，有沒有按照懸賞廣告取得報酬的權利？二是無民事行為能力人完成懸賞廣告確定的行為的，是否享有懸賞廣告確定的報酬請求權？按照通常的契約理論，顯然不能認定於此上述兩種情形時，合同已經成立，並產生合同法上的債權和債務。因為按照合同成立的原則，

雙方當事人的要約和承諾之間應當具有合致，而相對人完成行為事根本不知存在要約，則其完成行為不能認定為承諾。同樣，合同成立的前提是合同主體必須適格，即具備相應的民事行為能力，無民事行為能力人不能訂立合同。

「單獨行為說」認為，懸賞廣告是因廣告人一方的意思表示而負擔債務，在相對方面則無需承諾，僅以一定行為之完成為停止條件。換言之，懸賞廣告人為意思表示並非要求相對方之承諾，其效力之發生僅以一定行為之完成。懸賞廣告的單獨行為說，可以很好地解決契約說面臨的兩大挑戰，不知懸賞廣告存在的人完成懸賞廣告確定的行為，無民事行為能力人完成懸賞廣告行為的，均可以享有報酬請求權。單獨行為說認為，懸賞廣告自作出時即產生法律約束力，其後完成懸賞廣告確定的行為，只是作為取得報酬的一個條件，而不是一種承諾。所以，完成行為人主觀認識和行為能力則不在報酬支付的考慮因素之內。同樣，單獨行為說也存在自身的問題，其不能說明懸賞廣告的撤回、撤銷以及因撤銷所生之損害賠償問題。

但究竟是採用契約說還是單獨行為說，實屬理論上之爭議，而觀各國和地區懸賞廣告之制度設計，處理結果大致相同。「契約說」通過對無行為能力人和不知道懸賞廣告存在之人完成懸賞行為之報酬請求權作特別規定後，仍然得到充分之支援，此與采單獨行為說無異。同樣，採用「單獨行為說」的，也對懸賞廣告之撤回或撤銷制度予以規定，肯定懸賞廣告人之懸賞自由。正如臺灣知名學者王澤鑒先生所指出的，「懸賞廣告法律性質的爭論，嚴格言之，是一個法律學方法論上的問題」。「對具體問題之解決，並不因為採用何說而異，僅是說明方法不同而已」。

本次司法解釋將懸賞廣告規定其中，在懸賞廣告的性質上當然

可以解釋為採用了「契約說」。由於此處只是對懸賞廣告作了原則性規定，以期使懸賞廣告能夠取得普遍效力的法律依據，但規定過於簡單，法官處理各類懸賞廣告案件時必須充分進行解釋，準確把握懸賞廣告制度全部內涵和體系結構，以避免簡單采契約說而忽視特別情形的規範。

(2) 懸賞廣告的構成及效力

懸賞廣告之成立，按「契約說」，即須有要約和承諾，成立懸賞廣告合同。懸賞廣告是不要式合同、不要物合同、有償合同和雙務合同。具體而言：

① 懸賞廣告之要約

懸賞廣告的要約，就是懸賞人以公開聲明的方式對完成特定行為的人支付報酬的意思表示。

A、懸賞人。從懸賞廣告實踐來看，懸賞人的範圍很廣，懸賞人可以是自然人也可以是法人或其他組織，並無特別限制。法人中既有民事主體的公司、企業，也有事業法人，現在越來越多的國家機關法人也成為懸賞廣告的主體。近年廣泛引發社會關注的懸賞廣告案件，多數與國家機關行使職權有關，如犯罪線索懸賞、執行懸賞、交通違法懸賞等等，都曾引發社會熱議。懸賞人必須是具有民事行為能力的人，無民事行為能力人和限制行為能力人發佈懸賞廣告的，可以按照《合同法》和《民法通則》有關合同效力的規定處理。

對於懸賞人在發佈懸賞廣告後死亡或喪失行為能力的，該懸賞廣告所產生的報酬支付債務如何來承擔，通說認為應當按照繼承法之規定處理，由繼承人承受其權利義務；如果屬於法人的，則應納入法人清算程式處理，仍由該公司享有權利，並以其財產承擔債務。

B、以公開方式發佈懸賞廣告。懸賞應當以公開形式與以聲明，即以「廣告形式」作出懸賞的意思表示。以「廣告形式」其意在於要求懸賞應當以針對不特定人而聲名，而不僅限於廣告法規定的廣告方式。既可以在報刊上登載，也可以在廣播電視上播放；既可以在公開場合進行張貼，也可以當街喊叫；既可以是文字方式，也可以是語言方式。不特定人，以屬於多數為已足，一定範圍之人，亦無不可。

C、須有一定行為的完成。完成一定行為是懸賞廣告要約的實體內容之一，它是懸賞人和相對人之間權利義務產生的基礎。一定行為，既可以是積極的作為，也可以是不作為，既可以是對懸賞人有利益的行為，也可以是對懸賞人不利益的行為，既可以涉及公利的行為，也可以涉及私利的行為，既可以是只有特定人能夠完成的行為，也可以是多數人都能完成的行為。完成一定行為，懸賞廣告中應當有一定期限的限制，行為之完成應當在期限內，超出期限的，不能產生懸賞廣告中完成一定行為的效果。

② 懸賞廣告的承諾

懸賞廣告的承諾與一般合同的承諾不同。一般的承諾是一種意思表示，並須向要約人作出，以承諾到達要約人時生效。懸賞廣告的承諾，是以完成一定行為為意思表示的方式，完成一定行為時承諾生效。此即懸賞人聲明「對完成一定行為的人支付報酬，完成特定行為的人請求懸賞人支付報酬的，人民法院應當依法予以支持」之本意。當然通常情況下，懸賞廣告的承諾應當以行為人知道有懸賞廣告存在為前提，即完成行為以對懸賞廣告要約之承諾為目的。但這只是通常情況，對於特殊的兩種情況，應當特別對待：一是對不知道有懸賞廣告的人完成一定行為的，不能以行為人當時不知懸

賞廣告存在為由使其不享有報酬請求權。對此有兩種解釋：擴大承諾範圍，懸賞廣告的承諾以完成行為即為成立，不以知道懸賞廣告為必要；將不知懸賞廣告存在之情形設為特例，准用懸賞廣告承諾的法律效果，即享有報酬請求權。兩種解釋方法其結果相同，均無不可。對此各國法律均設特別規定。二是無行為能力人完成一定行為的，是否享有報酬請求權。懸賞廣告是契約行為，承諾人應當是適格的合同主體，以有行為能力為必要。因此，無民事行為能力人完成一定行為的，原則上不能當然作為承諾，在處理上，可以根據《民法通則》和《合同法》關於無民事行為能力人訂立合同的有關規則，由法定代理人追認而確定其生效，當然也可以享有報酬請求權。儘管如此，可能使無民事行為能力人在理論上權利保護不足，但實踐中無民事行為能力人完成懸賞廣告行為的情形很少見，加之法定代理人的追認制度，似可解決好這一問題。

2、違反「後合同義務」的責任：

該《解釋》第 22 條：當事人一方違反合同法第 92 條規定的義務，給對方當事人造成損失，對方當事人請求賠償實際損失的，人民法院應當支持。而《合同法》第 92 條規定：「合同權利義務終止後，當事人應當遵循誠實信用原則，根據交易習慣履行通知、協助、保密等義務。」本條規定了後合同義務。後合同義務，是指在合同終止後，當事人根據誠實信用原則而應當履行的旨在維護給付效果或者妥善處理合同終止事宜的通知、協助、保密等義務。

《合同法》將誠實信用的民法基本原則運用到《合同法》中，對合同義務進行擴張，將後合同義務作為合同履行的義務群之一，在立法上使合同形成了完備的合同義務體系。然而，《合同法》第 92 條雖然明確規定了後合同義務，但是對違反了該項義務規定造成

損失的應當如何承擔民事責任卻未作規定，致使因違反後合同義務發生糾紛訴至人民法院時，對如何解決糾紛產生分歧。本次司法解釋對此進行了漏洞補充，作了上述規定。

（1）後合同義務的特性

①後合同義務是合同終止後當事人應當履行的義務。有效合同成立是後合同義務存在的前提。合同未成立、合同無效或合同可撤銷都不會產生後合同義務。當然，這裡的合同終止是指合同的相對終止，是由於合同履行、解除、抵銷、提存、免除、混同等原因，而使當事人之間的約定債權債務關係的消滅。如果後合同義務已經履行完畢，合同關係徹底消滅，合同就是絕對終止了。②後合同義務不是根據合同雙方當事人約定的義務，而是基於誠實信用原則和交易習慣而產生的義務。因此，後合同義務是一種法定義務，一種強行性義務。③後合同義務的目的是維護給付效果或者妥善處理合同終止事務，因此違反《合同法》第 92 條規定的義務給雙方當事人造成損失的，應當承擔賠償責任。

（2）違反後合同義務的責任

違反後合同義務要承擔相應的責任，這種責任是根據法律直接規定而產生的債，與不當得利、無因管理、侵權行為、合同、締約過失共同構成債的體系，因而是一種獨立的民事責任，與其他民事責任是並列的、平行，不是補充性的民事責任。

違反後合同義務的責任構成要件：違反義務的行為發生在合同終止之後；行為人違反了後合同義務；造成了他人損害，主要是財產的損失，包括直接損失和間接損失；違反合同義務的行為與損害事實之間有因果關係；行為人主觀上有過錯，主要是以過錯推定原則來認定行為人是否有過錯。

違反後合同義務的責任承擔方式主要有停止侵害、強制履行、賠償損失等。實踐中，法院可以根據受損害方的訴訟請求和案件具體情況由法官自由裁量。在某些情況下，違反後合同義務的一方既要承擔繼續履行後合同義務，又要承擔損害賠償責任。

違反後合同義務應依債務不履行的規定，負損害賠償責任，其內容是當事人所受到的人身或者財產損害，財產損害的具體範圍應當限於實際損失。可見，後合同責任的損失賠償範圍不同於中國大陸《合同法》「違約責任」中的有關規定的範圍，即包括財產實際損失和可得利益的損失。《合同法》第 113 條的規定，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，損失賠償額應相當於因違約所造成的損失，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違反合同一方訂立合同時遇見到或者應當欲見到的因違反合同可能造成的損失。將違反後合同義務的賠償範圍限於實際造成的損失，其原因在於：首先，《合同法》第 113 條規定的賠償範圍是違約責任的賠償範圍，是針對不履行合同和履行合同不符合約定兩種情況。其次，可得利益的損失是根據訂立合同時的客觀情況預見或應當預見的損失，也即合同利益是可以預見的，而違反後合同義務造成的損失當事人是無法預見的，只能根據實際損失賠償。

3、對合同解除的異議期：

該《解釋》第 24 條：當事人對合同法第 96 條、第 99 條規定的合同解除或者債務抵銷雖有異議，但在約定的異議期限屆滿後才提出異議並向人民法院起訴的，人民法院不予支持；當事人沒有約定異議期間，在解除合同或者債務抵銷通知到達之日起三個月以後才向人民法院起訴的，人民法院不予支持。《合同法》第 96 條規定：

「當事人一方依照本法第 93 條第 2 款、第 94 條的規定主張解除合同的，應當通知對方。合同自通知到達對方時解除。對方有異議的，可以請求人民法院或者仲裁機構確認解除合同的效力。」

當事人一方依照《合同法》第 93 條第 2 款、第 94 條規定解除合同，應當遵守下列程式規定：(1) 必須具備法定解除合同的條件。《合同法》第 93 條第 2 款、第 94 條對約定解除和法定解除作了規定，按照這兩條規定，具備以下條件，不必經對方當事人同意，只需向對方作出解除合同的意思表示，就可以解除合同：1 當事人約定的解除合同的條件成就；2 因不可抗力致使不能實現合同目的；3 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；4 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；5 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；6 法律規定的其他情形。不具備上述條件，一方當事人不能解除合同。(2) 行使解除權應當通知對方當事人。當事人一方行使解除合同的權利，必然引起合同的權利義務的終止，為了防止一方當事人因不知道對方已行使合同解除權而仍為履行的行為，從而遭受損害，當事人根據約定解除權和法定解除權主張解除合同的，應當通知對方。合同自通知到達對方時解除。對於當事人接到解除合同的通知後，認為不符合約定的或者法律規定的解除合同的條件，不同意解除合同的，可以請求人民法院或者仲裁機構確認能否解除合同。(3) 法律、行政法規規定解除合同應當辦理批准、登記手續的，未辦理有關手續。合同不能終止。比如，《中外合資經營企業法》規定：合營企業如發生嚴重虧損、一方不履行合同和章程規定的義務、不可抗力等，經合營各方協商同意，報審查批准機關批准，並向國家工商行政管理部門登記，可終止合同。

如果沒有履行法律規定的批准登記手續，中外合資經營合同沒有終止。

《合同法》賦予合同一方享有解除權的同時，賦予合同另一方異議權。合同法賦予合同另一方異議權的目的有二：一是為了防止享有合同解除權的一方濫用解除權；二是為了維護合同非解除方的利益。合同的解除對非解除權方會產生重大影響，非解除權方維護自己利益的最好辦法就是阻止享有合同解除權方行使解除權，即合同非解除方有權對行使解除權方解除合同的行為提出異議。《合同法》第 96 條明確規定：享有合同解除權的一方「主張解除合同的，應當通知對方。合同自通知到達對方時解除。對方有異議的，可以請求人民法院或者仲裁機構確認解除合同的效力。」由此可見，中國大陸《合同法》對非解除權人異議權作了規定。

《合同法》規定，合同解除權人行使解除權時，應通知對方，合同自通知到達對方時解除，無須徵得對方同意，這對於保護合同解除權人的合法權益具有重大意義，但解除權是一種形成權，只需權利人的單方行為，而不必徵得相對人同意，便能達到解除合同的目的。這有可能造成合同當事人間權益的失衡和不對等。因此，為了平衡雙方的利益，法律在保障一方行使解除權時，同時賦予另一方即相對人異議權，即在解除通知到達對方當事人後，如果對方當事人對解除合同的效力有異議的，可以提起確認之訴。《合同法》採取了裁判方式作為行使異議權的方式，這種方式增加了行使異議權的成本，但一定程度上可以抑制異議權的濫用。但僅此還不夠，更重要的應當對異議期限作出明確規定，因為，根據《合同法》第 96 條的規定，相對方可以就合同解除行為提出異議。若相對方不及時行使異議權，則會使解除合同的效力長期處於不確定和不穩定狀

態，既不利於對合同解除權人合法權益的及時有效保護，也不利於維護合同交易的安全和穩定。因此，從平等保護合同雙方合法權益的目的出發，在賦予合同解除相對方對合同解除的異議權的同時，也應對異議權的行使期限作出明確限定，促使其及時行使異議權，使合同的效力及早穩定下來。雙方沒有約定異議期間，直接適用司法解釋關於異議間的規定，這種制度僅可以防止異議權的濫用，更重要的是可以使經濟關係迅速地確定下來。

異議期間的確定應當與解除權的行使期限的確定相當。根據合同自由原則，應當允許當事人在合同中對異議期間作出約定。根據以上的原則，司法解釋對異議期間的確定規定了兩種方式：

一是當事人約定異議期間。即在約定解除權時，事先約定異議權的行使期間，異議期間屆滿相對方沒有表示異議的，相對方的異議權消滅。解除權人也可以在行使解除權時提出合理的異議期間，如果對方表示同意，即可視為對異議期間作出了約定。

二是司法解釋規定異議期間。在雙方沒有事先約定異議期間，事後也無法就異議期間達成協議時，法律需要確定非解除權人行使異議的期間。但該異議期間不能過長，否則會使法律關係長期不穩定，也使得法律關於解除權的規定落空。當然，該異議期間也不能過短，否則非解除權人就沒有合理的時間行使異議權。綜合各方的意見，結合審判實踐的需要，司法解釋將異議期間確定為三個月。

非解除權人在約定的異議期間或者法定的異議期間內沒有行使異議權，會導致什麼樣的法律後果呢？司法解釋規定，在約定的異議期限屆滿後才提出異議並向人民法院起訴的，人民法院不予支持；當事人沒有約定異議期間的，在解除合同或者債務抵銷通知到達之日起三個月以後才向人民法院起訴的，人民法院不予支持。

合同解除權是形成權，一旦解除通知到達相對人，合同即行解除。異議權是一種請求權，是請求撤銷合同解除行為。儘管異議權被認為是為了保護相對人即非解除權人的合法權益，防止解除權人濫用解除權，而賦予非解除權人的一種對解除權表示異議的權利，但對非解除權人來說，也必須謹慎地行使而不能濫用異議權。異議期限屆滿非解除權人沒有表示異議的，應當認為非解除權人的異議權消滅。非解除權人未在約定或法定期限行使異議權的，異議權喪失，合同無爭議地解除。非解除權人在約定或法定期限屆滿後向人民法案起訴的，人民法院不予支持。

4、情勢變更原則：

該《解釋》第 26 條：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。

合同法草案中曾經規定了情勢變更，但在最終定稿時卻把它刪除。所以，《合同法》並沒有明文規定情勢變更。該《解釋》又創設了一項《合同法》沒有的法律制度，而且該制度對合同的履行有重大的影響，因此有必要詳細瞭解該制度。依據沈德詠、奚曉明主編的「最高院關於合同法司法解釋（二）理解與適用」一書，第 189 頁以下的說明，最高院在設計此一法律制度時，深入探討了許多內容並詳細介紹此一制度在外國法上的運用，非常值得參考，故摘錄如下：

（1）情勢變更原則的涵義

情勢變更原則，是指合同有效成立後，因不可歸責於雙方當事

人的事由發生重大變化而使合同的基礎動搖或者喪失，若繼續維持合同會顯失公平，因此允許變更合同內容或解除合同的原則。也即合同成立之後，因與雙方當事人無關的原因，發生了社會環境的異常變動，在這種情況下造成當事人一方遭受重大的損害，這個時候雙方當事人就應該重新協商，如果達不成協議，受損害的一方可以請求人民法院來解除合同、變更合同。

所謂「情勢」，是指客觀情況，具體泛指一切與合同有關的客觀事實，如戰爭、經濟危機、政策調整等。概念的重點，在「與合同有關」這個限制上。客觀事實的發生與合同無關或對合同影響甚微，就不屬於「情勢」之列。關於情勢的類型，經過多年司法實踐，德國法上總結得較為完整，其類型化可資借鑒。在德國法上「情勢」主要被總結為以下幾類：

第一，貨幣貶值。在以貨幣作為履行目標的長期雙務合同中，貨幣貶值是一種影響平衡關係的常見類型。有這樣的案例：某股份有限公司的董事在退休後，主張其維持生活的費用比 20 年前增加了 40%，要求法院變更退休金的數額。法院認為，這種情況已經構成了情勢變更，支持了其主張。

第二，法律變動與行政行為。法律變動通常為當事人所不能預見，往往會構成履行不能或情勢變更。主要有以下幾種情況：其一，徵收。其二，稅法的變動。德國最高法院的基本意見是，除非當事人對稅收的結果在合同中作出明確約定，否則稅法變動的結果由當事人自己承擔。其三，兩德統一後的法律變動。兩德統一後，貨幣合併、土地私有化等進程導致原來東德境內的合同和許多東、西德之間的合同喪失了原來的基礎。對此，除了專門立法加以解決外，還有很多個案，法院適用情勢變更原則作出了相應的判決。其四，

經濟管理法律的變動。

第三，災難。天災人禍大多不能預見、不能避免、不能克服。但是能否成為「情勢」，還要看其與合同的關聯程度。另外，在戰爭和其他災難後，國家會特別制定一些法律加以處理。所以，總的來說，在德國，基於災難而是用情勢變更原則的情況不多。就中國大陸而言，在出現災難的情況下，可以直接通過適用《合同法》第 117 條的不可抗力條款加以解決。

第四，其他經濟因素的變化。這裡的經濟環境，包括影響民事主體生產和經營的各種客觀因素。其一，成本增加。但只是在特別的情況下，外界因素導致成本異乎尋常地增高，才有適用情勢變更的餘地。其二，技術發展。技術德發展也可以導致合同目標貶值。

以上是德國法上關於情勢的類型的舉例，也只是不完全地列舉一些案例類型，以作參考。上述類型化中的第二、四項特別值得關注，對於司法實踐具有一定的參考意義。而中國大陸於 2003 年初，發生重大的「非典型肺炎」，造成許多合同履行的障礙，當時最高人民法院《關於在防治傳染性非典型肺炎期間依法做好人民法院相關審判、執行工作的通知》（法〔 2003 〕 72 號）第 3 條關於依法妥善處理好與「非典」防治有關的民事案件中規定：「……（二）當事人以與「非典」防治相關事由對醫療衛生機構等提起損害賠償訴訟或者對防治「非典」的醫療衛生機構等提起的其他相關訴訟，人民法院暫不予受理。（三）由於「非典」疫情原因，按原合同履行對一方當事人的權益有重大影響的合同糾紛案件，可以根據具體情況，適用公平原則處理。因政府及有關部門為防治「非典」疫情而採取行政措施直接導致合同不能履行，或者由於「非典」疫情的影響致使合同當事人根本不能履行而引起的糾紛，按照《中華人民

共和國合同法》第 117 條和第 118 條的規定妥善處理。」

而所謂「變更」，則指「合同賴以成立的環境或基礎發生異常之變動」。這種合同成立的基礎或環境的客觀基礎的變動有可能導致合同當事人預期的權利義務嚴重不對等，從而使原先的合同失去其本來的意義。

總體上說，如果合同訂立的時候是公平的，在合同生效後由於社會環境發生重大變化，使一方當事人遭受重大的損害，造成雙方當事人顯失公平，這種情況下應該適用情勢變更原則。情勢變更原則實際上就是借助法院變更合同的內容或者解除合同，以此來平衡由於社會的異常變動所引起的當事人雙方的利益失衡，實質上就是在法律的框架下，由雙方當事人來分擔由於異常損害所造成的風險，這是符合法律的公平原則的。

（2）情勢變更原則的適用條件、效力及適用範圍

① 情勢變更原則的適用條件

情勢變更原則的適用有以下幾項條件：（1）應有情勢變更的事實，也就是合同賴以存在的客觀情況確實發生變化。這裡應嚴格把握對「情勢」、「變更」等概念的理解。（2）情勢變更，須為當事人所不能預見的。如果當事人在訂立合同時能夠預見到相關的情勢變更，即表明其知道相關情勢變更所產生的風險，並甘願承擔，在這種情況下情勢變更原則就並不適用。（3）情勢變更必須不可歸責於雙方當事人，也就是由除不可抗力以外的其他意外事故所引起。如果可歸責於當事人，則應由其承擔風險或違約責任，而不適用情勢變更原則。（4）情勢變更的事實發生於合同成立之後，履行完畢之前。這是一個重要的時間要件。如果在訂立合同時就已經發生情勢變更，就表明相關當事人已經認識到合同的基礎發生了變化，且

對這個變化自願承擔風險。（5）還有一個很重要的條件，情勢發生變更後，如繼續維持合同效力，則會對當事人顯失公平。根據最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 72 條的規定，一方當事人利用優勢或者利用對方沒有經驗，致使雙方的權利與義務明顯違反公平、等價有償原則的，可以認定為顯失公平。只要達到由於情勢變更的事實發生，致使合同雙方的權利義務明顯違反公平、等價有償原則的，可以認定顯失公平。最高人民法院 1992 年的一個函即是對顯失公平最好的詮釋。此函是針對一個購銷煤氣表的合同糾紛。最高人民法院在函當中認為，在合同履行過程中，由於發生了當事人之間無法預見和防止的情勢變更，即生產煤氣表散件的主要原材料鋁錠原來是每噸 4,400 至 4,600 元，後來國家一下上調到每噸 16,000 元。在這種情況下要求按原來的合同履行，對供方顯失公平，對於對方由此而產生的糾紛，可依照《中華人民共和國經濟合同法》（注：現已廢止）第 27 條第 1 款第 4 項的規定，根據本案實際情況，酌情予以公平合理地解決。這是用判例的形式確立了情勢變更原則。有學者認為顯失公平應按照理性人的看法加以判斷，包括履行特別困難、債權人受領嚴重不足、履行對債權人無利益。

② 情勢變更原則的效力

適用情勢變更原則對於當事人來講主要有兩個效力：（1）變更合同。變更合同可以使合同雙方的權利義務重新達致平衡，使合同的履行變得公正合理。變更可以對合同的主要條款進行變更，如合同目標的數額的增減、目標物的變更、履行方式等。（2）解除合同。根據案件的具體情況並結合適用情勢變更原則的具體規定，如果變更合同尚不能消除雙方顯失公平的結果，就可以進行解除合同。

解除合同的場合通常包括：在合同目的因情勢變更而不能實現場合，或者合同履行因情勢變更而成為不可期待的場合，或者合同履行因情勢變更而喪失意義的場合，在這類場合下，一般就可以解除或終止合同。

上述兩個效力的層次是不同的，也就是法院在認定變更或解除合同方面應遵循一定的順序。按照合同嚴守的原則，法律優先考慮在最大的限度範圍內維持原有的合同關係。因此，如果合同有變更的可能，應該首先變更合同，如果變更合同還不能消除雙方顯失公平的結果，則考慮解除合同。如果當事人堅持解除合同，而該合同達到司法解釋所認定的「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」，法院可以認定直接解除合同。

有學者認為，適用情勢變更產生一種「再交涉義務」。原《合同法》草案第 77 條規定：「由於國家經濟政策、社會經濟形勢等客觀情勢發生巨大變化，致使履行合同將對一方當事人沒有意義或者造成重大損害，而這種變化是當事人在訂立合同時不能預見並且不能克服的，該當事人可以要求對方就合同的內容重新協商……」，受不利益的當事人就合同的內容進行重新協商就是「再交涉」。我們認為，司法解釋雖然沒有規定此方面的內容，但可以肯定的是，由於外界的變化導致合同的基礎發生重大變更後，當事人進行協商以期根據新的情況重新締結合同，這種行為本身是一種體現誠實信用原則的行為，應該值得鼓勵。當然，這種協商並不是強制性的，是否能夠重新締結合同也是不確定的，這完全依靠雙方的充分協商和談判。

③情勢變更原則的適用範圍

情勢變更原則的規定符合國際上合同法律制度的發展趨勢，但

在實踐中一定要慎重適用。由於對情勢變更的認定較為複雜，為了避免在執行中對情勢變更的理解不一而出現影響合同履行的情況，情勢需要加以類型化，才能在具體的判斷中得以適用，從而避免對情勢變更的恣意擴大。如上文所述，德國法上的情勢的類型化可資借鑒。總地來説，情勢變更原則主要針對經濟形勢、經濟政策的巨帶變化，與國家對經濟生活干預有直接關係，比如價格調整，經濟危機、通貨膨脹，等等。但現實生活中的情勢是複雜多變的，相應地，司法實踐根據具體個案作出合法合理的判斷。以下情形一般可以認定為情勢變更：（1）物價飛漲（需要量化）；（2）合同基礎喪失（如合同目標物滅失）；（3）匯率大幅度變化；（4）國家經濟貿易政策變化。當然，上述只是列舉了可能是用情勢變更原則的典型，具體還應結合個案。情勢的類型化應當在案件審判的過程中不斷得到豐富和總結。

(3) 適用情勢變更原則的注意事項

① 適用情勢變更的特殊程式

適用情勢變更的合同糾紛案件，案情較為複雜，在事實的認定和實體處理上都有一定的難度，而且認定的結果對於相關當事人的利益影響很大；由於對處理情勢變更的合同糾紛案件沒有具體規定可循，雖然本司法解釋對情勢變更作了原則性的規定，但在運用其解決實踐中的案件往往伸縮性很大，有時判定的尺度往往很難統一。特別是在當前正處於國際金融危機的情況下，如何發揮本條司法解釋在充分發揮統一司法標準、保障和服務金融業健康穩定運行、保持經濟平穩較快發展方面的積極作用，減少因對本司法解釋不準確地適用而對經濟造成不良的影響，因此，在司法實踐中如何具體適用本條司法解釋的規定至關重要。對此，最高人民法院就如何具體

適用本解釋的第 26 條也即情勢變更發佈了一個通知，該通知對如何適用情勢變更進行了嚴格的程式上的規定。該通知要求各級人民法院對情勢變更務必正確理解、慎重適用、嚴格適用程式，如果根據案件的特殊情況，確需在個案中適用的，應由高級人民法院審核。必要時應報請最高人民法院進行審核。因此，根據此通知，情勢變更條款適用必須經過審核程式，原則上以高級人民法院審核為主，高級人民法院認為必要時報請最高人民法院審核。這樣可以及時總結經驗，指導類似案件的審理，盡可能達到司法的統一、協調與公正，使審判工作達到法律效果與社會效果的統一。

② 情勢變更的提出主體

在即使規定了情勢變更原則的情況下，還應引起注意的是，情勢變更原則的意義在於通過司法權力的介入，強行改變合同已確定的條款或者撤銷合同，在合同雙方當事人訂約意志之外，重新分配交易雙方在交易中應當獲得的利益和風險，這就賦予了法官一定的自由裁量權，可能造成法官對情勢變更判斷的恣意。這也是當初合同法草案沒有引入情勢變更原則的主要原因。

《合同法》的立法精神體現了當事人自治的當事人主義，雖然對情勢變更原則的規定是對合同自由的一種修正，其目的是為了實現合同正義，但如果允許法官依職權對合同的內容作變更，這顯然是對合同自治的干涉。因此，對於情勢變更，法院應按照當事人的請求，根據公平和誠實信用原則並結合案件的實際情況進行確定，而不能依職權直接進行認定。

以上是《合同法司法解釋二》的幾個重要問題。

（三）《買賣合同司法解釋》的背景介紹

依據最高院副院長奚曉明在其主編的「最高院關於買賣合同司

法解釋理解與適用」一書的序言第 2 頁中所描述該司法解釋的制定過程，「……為了保障人民法院正確適用《合同法》第九章（筆者注即：買賣合同）及相關規定，公正審理買賣合同糾紛案件，保護當事人的合法權益，規範市場交易行為，提高買賣合同法則的可操作性，最高人民法院於 2000 年 3 月正式立項，決定制定《關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》（以下簡稱《解釋》），並委派民二庭負責起草。最高人民法院民二庭對該司法解釋進行了深入調研和充分論證，廣泛徵求各級人民法院、全國人大法工委、國務院法制辦、商務部、國家工商總局、住房和城鄉建設部、中國人民銀行等各部門意見。特別多次地徵求《合同法》主要起草人梁慧星教授、王利明教授、崔建遠教授以及合同法專家韓世遠教授、王軼教授、劉凱湘教授、李永軍教授的意見。為了使司法解釋更符合市場交易實際和審判實踐的要求，更好地保護各方當事人的合法權益，我們還通過最高人民法院網向社會公開徵求意見。該司法解釋起草工作歷時 12 年，起草了 12 稿。2012 年 3 月 31 日最高人民法院審判委員會第 1545 次會議討論通過了《解釋》。」由以上說明可知，該《解釋》的難度和時間跨度，均可稱為司法解釋的重大工程。

（四）《買賣合同司法解釋》幾個重點問題

1、預約合同：

該《解釋》第 2 條 當事人簽訂認購書、訂購書、預訂書、意向書、備忘錄等預約合同，約定在將來一定期限內訂立買賣合同，一方不履行訂立買賣合同的義務，對方請求其承擔預約合同違約責任或者要求解除預約合同並主張損害賠償的，人民法院應予支持。

因為該《解釋》創設了「預約合同」的制度，接下來針對此一

法律制度，摘錄奚曉明主編的「最高院關於買賣合同司法解釋理解與適用」一書，加以簡單介紹。

預約的法律性質

交易實踐和審判實踐中，由於對預約合同與本約的關係認識不足或者出於某種自身利益的需要，預約與本約的關係經常被混淆：有的將預約合同等同於本約合同，誤以為本約合同的履行即為預約合同的履行；有的無視預約合同的存在，誤認為預約合同沒有實際履行內容；有的對預約合同的違約責任見解各異，各取所需。對於預約合同的性質或者預約合同與本約合同的關係，理論界爭議頗大。因此，在制定該《解釋》時有必要釐清預約與本約的關係，明確界定預約合同的法律性質。關於預約與本約的關係或者預約合同的性質問題，理論界和實務界基本存在四種觀點。1. 前契約說。該觀點認為，預約處於本約成立前的前契約階段，是本約成立的其中一個過程，是一項沒有法律拘束力的協議，因此不構成合同。2. 從合同說。該觀點認為，預約是本約之鋪墊，是本約成立的保證，而本約的成立並不以預約的存在為條件，故預約對本約而言具有從屬性，是本約的從合同。3. 附停止條件本約說。該觀點認為，預約實質為附停止條件的本約。如預約中規定以開發商取得商品房銷售許可證為簽訂本約的條件，條件成就時商品房買賣合同成立並生效。4. 獨立契約說。該觀點認為，預約為獨立的合同，其既有預設的本約合同中的民事權利義務關係，同時也有預約合同本身中的目標即雙方負有訂立本約合同的權利義務。其於《合同法》雖係無名合同，但完全符合《合同法》的規範並受其調整，故預約合同和本約合同均為各具效力之獨立契約。

綜觀四種觀點，司法解釋起草小組傾向於獨立契約說。理由在

於：(1) 預約合同可以具備合同成立要件。根據《合同法》的規定，合同的有效成立應當具備四個條件，即主體適格、內容合法、意思表示真實合致、合同形式合法。只要具備上述四個條件，合同即可宣告有效成立。雖然預約簽訂於本約成立之前階段，但完全可以同時具備合同有效成立的四要件。(2) 預約與本約雖然存在牽連關係，但並無主從關係。預約成立於本約之前，目的在於締結本約，故兩者存在一定的牽連關係，但兩者並非主從關係。主從合同之間存在前提和制約關係，從合同主要以主合同存在為前提；而預約與本約之間則不同，預約訂立之時，本身就存在著本約能否訂立的兩種可能，其不以本約存在為前提。(3) 預約合同有別於附停止條件的合同，附停止條件合同是從合同效力角度出發進行的合同分類，由於停止條件是否成就並不確定，故合同是否生效亦不確定。在預約合同，由其效力決定，除非法定事由，本約的簽訂是可以預見的。在附停止條件合同，當事人之間的債權債務明確，停止條件成就時，合同生效，當事人得依約要求對方履行義務；在預約合同，本約尚未成立，當事人不得請求對方履行本約義務，但預約合同已生效，可以請求對方履行締結本約之義務，否則對方構成違約。誠如鄭玉波先生所言，" 預約乃約定將來成立一定契約之契約 "，預約合同是單獨發生法律效力的獨立合同。有鑑於此，我們認為，預約與本約之間既相互獨立，又相互關聯，兩者之間是手段和目的之關係。預約的目的在於訂立本約，預約的目標須是在一定期限內簽訂本約，履行預約合同的結果是訂立本約合同。所以，不能否定預約的獨立性，不能將預約合同當作磋商本約過程中的檔和本約合同的附件。

2、交付發票的依據：

依據《解釋》第 7 條：合同法第 136 條規定的「提取標的物單

證以外的有關單證和資料」，主要應當包括保險單、保修單、普通發票、增值稅專用發票、產品合格證、品質保證書、品質鑒定書、品質檢驗證書、產品進出口檢疫書、原產地證明書、使用説明書、裝箱單等。《合同法》第 136 條規定的「出賣人應當按照約定或者交易習慣向買受人交付提取目標物單證以外的有關單證和資料」的義務，屬於合同義務群中的從合同義務，其存在於合同履行階段。筆者常遇到一些臺商糾紛的案件中，有些分期付款買賣合同的情況，出賣方因交付的標的物存在品質瑕疵，買方拒絕後續的付款，賣方因此訴訟至法院，而作為買方的臺商因品質瑕疵舉證不足而敗訴，必須付款，但賣方卻不開具相應發票給買方，使得買方的財務流程發生問題，可是買方以賣方必須開出相應發票作為訴訟請求，是否為法院受理而產生困擾。本條司法解釋就是為了解決此一問題。

通常而言，交易可分為三個階段：第一階段是談判階段，即從雙方為交易而進行的第一次接觸到雙方當事人之間達成合意的期間。在此階段，雙方當事人負有遵守誠實信用原則進行善意談判的義務，稱之為「先合同義務」。《合同法》第 42 條、第 43 條規定的就是先合同義務，主要有善意談判義務、資訊批露義務和保密義務。違反先合同義務，應當承擔的損害賠償責任是締約過失責任，藉以保護對方當事人的信賴利益。第二階段是履行階段，即合同成立生效後到合同履行完畢，該階段當事人承擔的是合同義務，違反合同義務承擔的是違約責任。第三階段是後合同階段。在合同終止後，基於誠實信用原則要求，雙方仍負有一定的義務，我們稱之為「後合同義務」，合同終止後的階段為後合同階段。後合同義務主要體現在《合同法》第 92 條之規定。

本條《解釋》針對的是合同履行階段，即從雙方達成合意至合

同履行完畢這個階段產生的合同義務。在此階段，雙方互相履行合同義務並享有合同權利，在合同所規定的義務履行完畢後，合同就歸於終止。一方違反合同義務要承擔的是違約責任。合同義務保護的是對方當事人的履行利益，如果一方當事人違反了合同約定的明確義務造成對方損失，那麼賠償的範圍就限於對方當事人在合同正常履行的情況下可以得到的利益。在實踐中，履行階段的合同義務具有非常豐富的內涵，基本可以分為主合同義務、從合同義務、附隨義務三種：第一種是主合同義務，亦稱主給付義務。是指合同關係固有的、必備的，並用以決定合同類型的基本義務。在《合同法》中，主合同義務通常規定在某一種有名合同的定義性條款中，例如《合同法》第 130 條關於買賣合同的規定。根據該條規定，出賣人的義務是交付目標物及轉移目標物所有權給買受人，買受人的義務是支付價款。主合同義務的特點是：主合同義務的變化會導致合同種類和性質的變化；主合同義務的違反將產生同時履行抗辯權或先履行抗辯權；違反主合同義務而導致合同目的不能實現的，對方當事人有權解除合同。第二種是從合同義務，亦稱從給付義務。本條司法解釋的規定就是界定出賣人履行交付單證和資料等從合同義務（從給付義務）的具體範圍。從合同義務不決定合同的性質和類型，但具有輔助主合同義務之功能，是確保債權人利益能夠獲得最大滿足、合同能夠完整履行所必不可少的義務。從合同義務發生的主要原因包括：(1) 基於法律的明文規定。例如，《消費者權益保護法》第 21 條規定：經營者提供商品或者服務，應當按照國家有關規定或著商業慣例向消費者出具購貨憑證或者單據；消費者索要購貨憑證或者服務單據的，經營者必須出具。(2) 基於當事人的約定和交易習慣。例如合同約定出賣人應向買受人交付環保達標手續；基於當事

人的交易習慣，出賣人應開具增值稅專用發票。《合同法》第 136 條已經通過法律規定的形式將約定或交易習慣的方法法定化，該條規定：出賣人應當按照約定或者交易習慣向買受人交付提取目標物單證以外的有關單證和資料。(3) 基於誠實信用原則及補充的合同解釋。例如買賣機器設備，出賣人應交付安裝和使用説明書。違反從合同義務，債權人可以獨立請求履行，亦可以請求損害賠償。第三種義務是附隨義務。學界認為，附隨義務具有三個特點：(1) 附隨義務不能單獨訴請履行；(2) 附隨義務的違反，不產生同時履行抗辯權；(3) 違反附隨義務造成損害，受害方有權要求損害賠償。附隨義務是債務人依誠信原則於契約及法律所規定的內容之外所附有的義務。其法理依據是民法上的誠實信用原則及公平原則，是法官在裁判過程中發展出的一種義務，是一種事後義務，是法官依賴職權確定的義務。

在奚曉明主編的「最高院關於買賣合同司法解釋理解與適用」一書，第 137 頁中，特別指出以下幾點，值得參考：

人民法院在審判實踐中適用本條規定時，應當注意以下三個問題：

（一）注意正確理解「有關單證和資料」的範圍

本條司法解釋從審判需要出發，對「提取目標物以外的有關單證和資料」進行了一般性的列舉，以方便操作。列舉範圍中的「等」，應作「等外」理解。列舉的單證和資料具體哪些需要以及還有那些沒有列舉因，具體案件而異，需要通過當事人的具體約定或交易習慣以及法律規定進行判定。國內買賣和國際貿易對單證和資料的要求是不一樣的，法律法規的特殊要求也會對出賣人提交的單證和資料範圍產生影響。例如，普通貨物買賣無須進出口許可證；在 FOB

或 CFR 條件下，由於買受人自己辦理保險，出賣人當然無義務提供保險單或保險憑證；在 DDP 條件下，出賣人則必須提供證明已經完成進口完稅手續的單證。

（二）注意可以單獨訴請交付「有關單證和資料」

如前所述，出賣人按照約定或交易習慣向買受人交付「提取目標物單證以外的有關單證和資料」屬於從合同義務。出賣人違反該義務的，需承擔違約責任。從合同義務的不具獨立性，是相對於主合同義務而言的，但不影響其在訴訟中的獨立請求。買受人可以單獨訴請人民法院強制出賣人履行交付「提取目標物單證以外的有關單證和資料」的義務和請求賠償損失。因為在該義務是雙方當事人約定的情況下，不履行或不完全履行既是一種違約行為，也是違反法律規定的行為；在該義務源於交易習慣或誠實信用原則的情況下，不履行或不完全履行則違反了法律規定。如果該義務之違反致使主合同義務無法履行的，因此產生的損害賠償責任範圍應以主合同義務要求的範圍為限，即履行利益之範圍。在出賣人按照約定或者交易習慣向買受人交付提取目標物單證以外的有關單證和資料後，必須對這些單證和資料所載的內容承擔責任。例如，出賣人將保修卡交付於買受人後，必須在保修卡規定的範圍、時間內承擔保修責任。

（三）「有關單證和資料」交付與否不影響目標物的風險移轉

出賣人交付「提取目標物單證以外的有關單證和資料」是從合同義務，與目標物所有權移轉無關，所以亦不影響目標物毀損、滅失風險的移轉。《合同法》第 147 條規定：「出賣人按照約定未交付有關目標物的單證和資料的，不影響目標物毀損、滅失風險的移轉。」這裡的「有關目標物的單證和資料」指向的是《合同法》第 136 條規定的「提取目標物單證以外的有關單證和資料」，是從合

同義務中的「有關單證和資料」。影響目標物所有權的轉移以及目標物毀損、滅失的風險負擔的單證交付應是指「提取目標物單證」的交付。因為交付提取目標物的單證即視為交付目標物，所以根據《合同法》第 142 條的規定，目標物毀損、滅失的風險，在提取目標物的單證交付之前由出賣人承擔，交付之後由買受人承擔，但法律另有規定或者當事人另有約定的除外。這裡的交付義務指向的是《合同法》第 135 條規定的義務，是主合同義務中的交付。因此，出賣人是否依照約定或者交易慣例履行向買受人交付「提取目標物單證以外的有關單證和資料」的義務，均不影響到目標物所有權的移轉和目標物毀損、滅失風險的轉移。

3、損失賠償額與違約金的關係

該《解釋》第 26 條：買賣合同因違約而解除後，守約方主張繼續適用違約金條款的，人民法院應予支持；但約定的違約金過分高於造成的損失的，人民法院可以參照合同法第 114 條第 2 款的規定處理。本條規定其實是要解決違約金與損害賠償之間的關係。合同解除後違約金條款的適用，涉及以下三個具體問題亟待明確：（1）合同解除之後損害賠償的範圍如何確定？（2）違約金請求權利與解約後的損害賠償請求權的關係如何？（3）懲罰性違約金與當事人的過錯關係如何？

（1）合同解除之後的賠償範圍

根據《合同法》第 97 條之規定，合同解除後，當事人有權要求賠償損失，藉以保護守約方的利益。但由於該條關於合同解除後的賠償損失規定得過於抽象化，導致學界和實務界關於該「賠償損失」的範圍一直存有爭議。即如果合同利益包括履行利益，信賴利益、固有利益三種形態，該條規定研究竟是指何種損害賠償抑或是

均包括在內？關於該問題的爭議焦點主要圍繞合同解除後是否有溯及力來判斷賠償範圍，形成「賠償信賴利益說」和「賠償可得利益說」兩種觀點。「賠償信賴利益說」認為，合同解除後有溯及力的場合，當事人之間的合同關係歸於消滅，合同當事人之間恢復到締約前的狀態，可得利益只有在合同被完全履行後才能實現。守約方選擇合同解除，除了意味著其不願繼續履行合同，也同時處分了合同被適當且完全履行後所能獲得之利益。而且，合同被解除將發生溯及的效力，解除權人有返還原物請求權。因此，合同解除後，違約方的賠償範圍應當為信賴利益和返還利益。而「賠償可得利益說」認為，解除合同雖然可使合同溯及地歸於消滅，但是在賠償問題上應對溯及力加以限制，仍應按可得利益損失進行賠償，並且在賠償可得利益之後，當事人的訂約費用、履約準備費用等信賴利益就能當成交易成本從可得利益中獲得補償；而且，可得利益應當由締結合同時當事人可預見的規劃控制其賠償的範圍。在合同解除後無溯及力之情形，合同效力僅向將來終止，此時賠償的範圍不僅包括只因恢復原狀就能完全彌補解除權人因對方的債務不履行而蒙受的損失，還應該包括可得利益（履行利益）的損失，但必須扣除解除權人因被免除債務或者請求返還已為給付而得到的利益，即進行損益相抵。

司法解釋起草小組認為，「賠償信賴利益說」雖然能夠體現合同解除效力在於使合同恢復到締約前之狀態，但其不能反映解除權人的真實意思，忽視了守約方依法享有的免除給付的權利，武斷地認為解除權人不應享有履行利益。而「賠償可得利益說」在邏輯推理方面比較完美，能夠較好地保護守方利益，卻區分未作出履行和作出履行的情形同樣享有履行利益，明顯不符合常理，反而又鼓勵

當事人積極解除合同之嫌，使《合同法》第七章「違約責任」的相關條款有落空之虞。依據上述奚曉明主編的「最高院關於買賣合同司法解釋理解與適用」一書第 426 頁的說明分析來看，司法解釋起草小組，似乎也未有結論性的意見。

（2）違約金與損害賠償請求權

由於《合同法》上的違約金系以「補償性為主、以懲罰性為輔」的違約金，補償性乃其主要屬性。因此，就違約金的補償性而言，違約金本質上屬於損害賠償額之預定，其主要功能在於填補守約方損失，相當於履行之替代。根據《合同法》第 114 條第 2 款和《合同法解釋（二）》第 28 條和第 29 條之規定，當事人在確定違約金條款時，應當估計到一方違約可能給另一方所造成的損失，違約金數額不應與將來違約所造成的損失不相稱。如果違約金數額過分高於因違約造成的損失的，當事人可以請求適當減少；當違約金數額低於因違約造成的損失的，當事人可以請求增加。因此，違約金的損失填補功能和替代履行作用決定了若違約金請求權與合同解除後損害賠償請求權指向的是同一損害，則應避免同時適用，否則將會出現債權人雙重獲益之結果。

（3）懲罰性違約金與當事人的過錯

需要特別說明的是，如果違約金過分高於違約解除合同所造成的損失，懲罰性的違約金能否與解除權並存？有觀點認為，「在懲罰性違約金場合，由於其目的在於給債權人心裡上製造壓力，促使其積極履行債務，同時，在債務不履行場合，表現為對過錯的懲罰，因而，應當要求以債務人的過錯作為其承擔懲罰性違約金的要件。」因此，當違約方對合同的解除存在過錯時方能適用懲罰性違約金，在無過錯時不能適用。司法解釋起草小組認為，合同解除作為當事

人救濟方式，不管是約定解除，抑或是法定解除，均不以過錯為前提。只要約定的解除條件成就及法定的解除條件出現，當事人即可行使解除權。既然解除合同不以當事人具有過錯為前提，那麼違約金這一賠償損失的責任方式亦不須以此為前提。如果違約金與違約解約造成的損失相差較大，則可以參照《合同法》第 114 條第 2 款的規定予以適當增加與減少。由於審判實踐中突出的問題是違約金過分高於損失之情形，因此本條解釋特別規定：「約定的違約金過分高於造成的損失的，人民法院可以參照合同法第 114 條第 2 款的規定處理。」

第四章　律師在簽訂合同時能提供的幫助

第一節　概述

依過去輔導臺商投資中國大陸的經驗，有不少臺商是老闆或公司法務主管自己寫合同與對方談判並簽訂相關合同的，憑藉著語言、文字相通的優勢，一切自己動手。以下則是一份典型的購銷合同：「甲方下訂單時需支付訂單金額 10% 的預付款（並非一般常見的「定金」或「訂金」）作為訂單生效的前提條件，甲方應在發出訂單七個工作日內支付預付款，乙方在收到預付款項後立即進行原材料的採購工作。甲方安排檢驗人員到乙方生產線進行產品檢驗，驗收合格後七個工作日內，向乙方支付訂單金額 30% 的貨款。收到貨款後，乙方安排出貨。貨到後兩個月內支付 50%。剩餘訂單金額 10% 的貨款作為質保金，甲方應在提貨後的 12 個月內支付給乙方。」以上合同條款隱藏了：預付款非定金，萬一買方違約得不到保障；賣方收到 10% 貨款即採購原材料並生產；賣方收到 40% 貨款即發貨；貨到後二個月的賬期；最後質保金是否能回收等法律風險。

其實兩岸之間法律雖有相似，但存在大量「法律名稱相同，法律意義大不同」的問題，如：1. 保證：臺灣的《民法》第 745 條：保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償。第 272 條：數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。而中國大陸的《擔保法》第 16 條：保證的方式有：（一）一般保證；（二）連帶責任保證。第 17 條：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的，為一般保證。一般保證的保證人在主合同糾紛未經審

判或者仲裁，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。第 18 條：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的，為連帶責任保證。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的，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。第 19 條：當事人對保證方式沒有約定或者約定不明確的，按照連帶責任保證承擔保證責任。換言之，臺灣的法律是一般保證為原則，連帶責任保證為例外，而中國大陸的規定剛好相反。2. 本票：臺灣的《票據法》第 3 條：稱本票者，謂發票人簽發一定之金額，於指定之到期日，由自己無條件支付與受款人或執票人之票據。中國大陸《票據法》第 73 條：本票是出票人簽發的，承諾自己在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據。票據法所稱本票，是指銀行本票。所以，臺灣有“商業本票，一般公司即可簽發，而中國大陸本票僅有銀行本票一種。3. 時效中斷制度：臺灣的《民法》第 129 條：消滅時效，因左列事由而中斷：1、請求。2、承認。3、起訴。第 130 條：時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。而中國大陸《民法通則》第 140 條：訴訟時效因提起訴訟、當事人一方提出要求或者同意履行義務而中斷。從中斷時起，訴訟時效期間重新計算。因此，臺灣的債權人在發出「存證信函」催告後六個月必須提起訴訟才能中斷時效，而中國大陸的債權人僅發出催告即可中斷時效。

第二節　合同管理流程

臺商老闆多認為，合同條款在大家有共識的情況下，由律師整理一下就可以，在簽訂合同的過程中將律師角色定位為「秘書」或

者是「代書」，如果能多參考律師的專業意見，就能降低隱藏的投資風險。以下藉由會計行業的資料，說明簽署合同時可能產生的法律風險，以會計師的角度來看可能比較具有客觀性。依據：《企業內部控制應用指引第 16 號—合同管理》（財政部會計司）第 1 條：為了促進企業加強合同管理，維護企業合法權益，根據《中華人民共和國合同法》等有關法律法規和《企業內部控制基本規範》，制定本指引。第 2 條：本指引所稱合同，是指企業與自然人、法人及其他組織等平等主體之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。企業與職工簽訂的勞動合同，不適用本指引。第 3 條：企業合同管理至少應當關注下列風險：（一）①未訂立合同、②未經授權對外訂立合同、③合同對方主體資格未達要求、④合同內容存在重大疏漏和欺詐，可能導致企業合法權益受到侵害。（二）⑤合同未全面履行或監控不當，可能導致企業訴訟失敗、經濟利益受損。（三）⑥合同糾紛處理不當，可能損害企業利益、信譽和形象。第 4 條：企業應當加強合同管理，確定合同歸口管理部門，明確合同擬定、審批、執行等環節的程式和要求，定期檢查和評價合同管理中的薄弱環節，採取相應控制措施，促進合同有效履行，切實維護企業的合法權益。律師畢竟接觸的法律糾紛較多，協助當事人簽訂的合同經驗也較多，應該可以說明當事人避免合同內容存在重大的疏漏，所簽訂的合同漏洞較少，日後一旦發生爭議，至少可以依據相應條款來解決彼此的糾紛。

第三節　買賣合同條款分析

因為商場上需要簽署的合同各式各樣，彼此間千差萬別，所以，以下就僅以「買賣合同」為代表，簡單分析，供讀者參考。一般而言，

買賣合同應當包括以下條款：1、買賣雙方的名稱或者姓名和住所；2、標的物名稱、規格、型號、生產廠商、產地、數量及價款。3、品質要求。買賣合同應對貨物品質重點加以約定，以便驗收，避免糾紛；4、包裝方式。貨物的包裝方式對於貨物的安全運輸非常重要，包裝不善就可能發生貨損，侵害買方的利益。對於包裝方式無約定的，應當按照通用的方式包裝，沒有通用方式的，應當採取足以保護標的物的包裝方式；5、交貨時間、地點、方式。交貨的時間、地點和方式是交易的關鍵內容，它涉及雙方利益實現和標的物損滅失風險承擔問題。一般情況下，標的物的所有權自交付時轉移，風險承擔隨之轉移；6、檢驗的標準、時間、方法。標的物的檢驗是指買方在收到賣方交付的標的物時，對其等級、品質、重量、包裝、規格等的情況查驗、測試或者鑒定。合同中應當規定檢驗的時間、地點、標準和方法、買方發現品質問題提出異議的時間及賣方答覆的時間、發生品質爭議的鑒定機構。7、結算方式。買賣合同中買方的義務還有按照約定的數額、地點、時間支付價款等，賣方的義務還有按照合同約定或者交易習慣交付相關單證和資料。8、違約責任。9、解決爭議的方法。其主要包括協商、訴訟、仲裁。正確選擇對己方有利的方法能夠起到降低成本、提高效率的良好作用。具體介紹如下：

（一）主體資格的審核內容及示範條款

簽訂合同時，第一步就是要確認對方的法律主體資格，檢查營業執照、簽約代表的授權書等法律檔，企業主往往因為與對方熟識而忽略此一重要問題，到日後想要訴訟時，連被告的基本資料都不全。

【示範條款】

賣　　方：A 有限公司（以下簡稱「甲方」）

住　　所：（營業執照登記地址）

聯繫地址：（如實際辦公地點與營業執照上不同時需注明，避免日後送達法律檔時，無法投遞）

法定代表人：

電　　話：（區號 + 電話號碼）

傳　　真：（區號 + 傳真號碼）

買　　方：B 有限公司（以下簡稱「乙方」）

住　　所：（營業執照登記地址）

聯繫地址：（如實際辦公地點與營業執照上不同時需注明，避免日後送達法律檔時，無法投遞）

法定代表人：

電　　話：（區號 + 電話號碼）

傳　　真：（區號 + 傳真號碼）

（二）標的物、數量、品質、檢驗條款的審查及示範條款

買賣合同的標的物是合同的重點，需要在合同條款中詳細列明，但標的物的品質也是很關鍵的問題，所以，雙方如何確定標的物的品質和發生爭議時的驗收標準，甚至檢驗機構，最好在合同條款中也事先約定，避免日後產生爭議時，各說各話。

法律依據：《合同法》第 157 條：買受人收到標的物時應當在約定的檢驗期間內檢驗。沒有約定檢驗期間的，應當及時檢驗。第 158 條：當事人約定檢驗期間的，買受人應當在檢驗期間內將標的物的數量或者品質不符合約定的情形通知出賣人。買受人怠於通知的，視為標的物的數量或者品質符合約定。當事人沒有約定檢驗期間的，買受人應當在發現或者應當發現標的物的數量或者量不符合

約定的合理期間內通知出賣人。買受人在合理期間內未通知或者自標的物收到之日起兩年內未通知出賣人的，視為標的物的數量或者品質符合約定，但對標的物有品質保證期的，適用品質保證期，不適用該兩年的規定。出賣人知道或者應當知道提供的標的物不符合約定的，買受人不受前兩款規定的通知時間的限制。另《最高人民法院關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》第 15 條：當事人對標的物的檢驗期間未作約定，買受人簽收的送貨單、確認單等載明標的物數量、型號、規格的，人民法院應當根據合同法第 157 條的規定，認定買受人已對數量和外觀瑕疵進行了檢驗，但有相反證據足以推翻的除外。第 16 條：出賣人依照買受人的指示向第三人交付標的物，出賣人和買受人之間約定的檢驗標準與買受人和第三人之間約定的檢驗標準不一致的，人民法院應當根據合同法第 64 條的規定，以出賣人和買受人之間約定的檢驗標準為標的物的檢驗標準。第 17 條：人民法院具體認定合同法第 158 條第 2 款規定的「合理期間」時，應當綜合當事人之間的交易性質、交易目的、交易方式、交易習慣、標的物的種類、數量、性質、安裝和使用情況、瑕疵的性質、買受人應盡的合理注意義務、檢驗方法和難易程度、買受人或者檢驗人所處的具體環境、自身技能以及其他合理因素，依據誠實信用原則進行判斷。合同法第 158 條第 2 款規定的「兩年」是最長的合理期間。該期間為不變期間，不適用訴訟時效中止、中斷或者延長的規定。第 18 條：約定的檢驗期間過短，依照標的物的性質和交易習慣，買受人在檢驗期間內難以完成全面檢驗的，人民法院應當認定該期間為買受人對外觀瑕疵提出異議的期間，並根據本解釋第 17 條第 1 款的規定確定買受人對隱蔽瑕疵提出異議的合理期間。約定的檢驗期間或者品質保證期間短於法律、行政法

規規定的檢驗期間或者品質保證期間的，人民法院應當以法律、行政法規規定的檢驗期間或者品質保證期間為准。第 19 條：買受人在合理期間內提出異議，出賣人以買受人已經支付價款、確認欠款數額、使用標的物等為由，主張買受人放棄異議的，人民法院不予支持，但當事人另有約定的除外。第 20 條：合同法第 158 條規定的檢驗期間、合理期間、兩年期間經過後，買受人主張標的物的數量或者品質不符合約定的，人民法院不予支持。出賣人自願承擔違約責任後，又以上述期間經過為由翻悔的，人民法院不予支持。

【示範條款】

第 × 條　產品名稱、種類、規格、單位、數量和品質

1、商品名稱、種類、規格、單位、數量

品名	種類	規格	單位	數量	備註

2、產品的技術標準（包括品質要求），按下列第（　）項執行：

（1）國家標準執行；

（2）按部頒標準執行；

（3）由甲乙雙方商定技術要求執行。

（在合同中必須寫明執行的標準代號、編號和標準名稱。對成套產品，合同中要明確規定附件的品質要求；對某些必須安裝運轉後才能發現內在品質缺陷的產品，除主管部門另有規定外，合同中應具體規定提出品質異議的條件和時間；實行抽檢品質的產品，合同中應注明採用的抽樣標準或抽驗方法和比例；在商定技術條體後需要封存樣品的，應當由當事人雙方共同封存，分別保管，作為檢驗的依據。）

第 × 條　交付和驗收

1、運輸方式及費用負擔

（1）運輸方武：汽運。

（2）運輸及費用：

①由甲方負責設備運輸至乙方工廠內，運輸費用甲方承擔。

②由乙方負責設備卸車及就位，費用乙方負責。

2、驗收標準

(1) 驗收標準依照本合同附件內規定的技術條款執行（合同附件的技術條款需要由公司技術人員確認）。

(2) 整機設備在提貨前由甲方先作空車運轉驗收。

(3) 甲方應在貨到乙方 7 日內負責到乙方現場調試服務，由乙方在調試過程中作總體驗牧，如調試驗收不合格則由乙方出具書面通知，並責令甲方限期整改。乙方不簽署調試完工單亦無其它書面通知而自行投入生產則視為本設備調試合格。

（三）對價款支付條款的審查及示範條款

買賣合同中作為賣方肯定關注款項的收取，而買方希望拖長付款期減輕資金壓力，所以，在兩者間就需要取得平衡。

【示範條款】

第 × 條　結算方式及期限

1、本合同簽訂生效後 3 日內，乙方向甲方支付合同總價款的 20%，作為定金。

2、乙方將設備生產完成後通知甲方，甲方應在通知後 7 日內在乙方工廠內進行驗收，經甲驗收合格後 3 日內支付合同總價款的

50%；乙方將設備運至交貨地區且設備安裝調試完畢正常運轉一個月後 10 日內再支付合同總價款的 30%；剩餘 10% 的合同總價款作為品質保證金。

3、品質保證金在質保期（自設備安裝調試正常運轉 1 年或貨到驗收合格後　個月，以先到者為准）滿後 1 個月內結清（無息）。

4、乙方以支票、電匯等雙方認可的方式向甲方支付貨款。甲方向乙方開具發票。

收款單位：北京 A 有限公司

開戶行：_____

帳　號：_____

（四）對違約責任條款的審查及示範條款

談合同一定要有「先小人後君子」的心態，先將可能發生的糾紛事先溝通並談妥解決方案作為條款，一旦日後履行合同時有所依據，所以，違約責任條款是合同中重要組成部分，絕對不可輕忽。

法律依據：《合同法》第 113 條：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，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違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。經營者對消費者提供商品或者服務有欺詐行為的，依照《中華人民共和國消費者權益保護法》的規定承擔損害賠償責任。第 114 條：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。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。第 116 條：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。第 119 條：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。另《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（二）》第 27 條：當事人通過反訴或者抗辯的方式，請求人民法院依照合同法第 114 條第 2 款的規定調整違約金的，人民法院應予支持。第 28 條：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。第 29 條：當事人主張約定的違約金過高請求予以適當減少的，人民法院應當以實際損失為基礎，兼顧合同的履行情況、當事人的過錯程度以及預期利益等綜合因素，根據公平原則和誠實信用原則予以衡量，並作出裁決。當事人約定的違約金超過造成損失的百分之三十的，一般可以認定為合同法第 114 條第 2 款規定的「過分高於造成的損失」。以及《最高人民法院關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》第 24 條：買賣合同對付款期限作出的變更，不影響當事人關於逾期付款違約金的約定，但該違約金的起算點應當隨之變更。買賣合同約定逾期付款違約金，買受人以出賣人接受價款時未

主張逾期付款違約金為由拒絕支付該違約金的，人民法院不予支持。買賣合同約定逾期付款違約金，但對帳單、還款協議等未涉及逾期付款責任，出賣人根據對帳單、還款協議等主張欠款時請求買受人依約支付逾期付款違約金的，人民法院應予支持，但對帳單、還款協定等明確載有本金及逾期付款利息數額或者已經變更買賣合同中關於本金、利息等約定內容的除外。買賣合同沒有約定逾期付款違約金或者該違約金的計算方法，出賣人以買受人違約為由主張賠償逾期付款損失的，人民法院可以中國人民銀行同期同類人民幣貸款基準利率為基礎，參照逾期罰息利率標準計算。第 26 條：買賣合同因違約而解除後，守約方主張繼續適用違約金條款的，人民法院應予支持；但約定的違約金過分高於造成的損失的，人民法院可以參照合同法第 114 條第 2 款的規定處理。第 27 條：買賣合同當事人一方以對方違約為由主張支付違約金，對方以合同不成立、合同未生效、合同無效或者不構成違約等為由進行免責抗辯而未主張調整過高的違約金的，人民法院應當就法院若不支持免責抗辯，當事人是否需要主張調整違約金進行釋明。一審法院認為免責抗辯成立且未予釋明，二審法院認為應當判決支付違約金的，可以直接釋明並改判。第 28 條：買賣合同約定的定金不足以彌補一方違約造成的損失，對方請求賠償超過定金部分的損失的，人民法院可以並處，但定金和損失賠償的數額總和不應高於因違約造成的損失。第 29 條：買賣合同當事人一方違約造成對方損失，對方主張賠償可得利益損失的，人民法院應當根據當事人的主張，依據合同法第 113 條、第 119 條、本解釋第 30 條、第 31 條等規定進行認定。第 30 條：買賣合同當事人一方違約造成對方損失，對方對損失的發生也有過錯，違約方主張扣減相應的損失賠償額的，人民法院應予支持。第

31 條：買賣合同當事人一方因對方違約而獲有利益，違約方主張從損失賠償額中扣除該部分利益的，人民法院應予支持。

【示範條款】

第 × 條　違約責任

1、甲方無正當理由拒收貨物的，甲方向乙方償付拒收貨款總值的百分之一違約金。

2、甲方無故逾期驗收和辦理貨款支付手續的，甲方應接逾期付款總額每日萬分之五向乙方支付違約金。

3、乙方逾期交付貨物的，乙方應按逾期交貨總額每日千分之六向甲方支付違約金，由甲方從待付貨款中扣除。逾期超過約定日期 10 個工作不能交貨的，甲方可解除本合同。乙方因逾期交貨或因其他違約行為導致甲方解除合同的，乙方應向甲方支付合同總值 5% 的違約金，如造成甲方損失超過違約金的，超出部分由乙方繼續承擔賠償責任。

4、乙方所交的貨物品種、型號、規格、技術參數、品質不符合合同約定及招標檔規定標準的，甲方有權拒收該貨物，乙方願意更換貨物但逾期交貨的，按乙方逾期交貨處理。乙方拒絕更換貨物的，甲方可單方面解除合同。

（五）對爭議解決方式條款的審查及示範條款

既然買賣雙方簽署合同就是希望，日後如果發生糾紛時能夠有所依據處理雙方爭議，那到哪裡處理爭議就成為必須考慮的重點。

【示範條款】

第 × 條　爭議的解決

甲乙雙方在履行本合同過程中發生的爭議，應通過友好協商解決，協商不成的，可以向乙方所在地的人民法院提起訴訟。或者約

定仲裁方式解決爭議，如果選擇仲裁方式，則示範條款如下：

第 × 條　爭議解決

1、因履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。

2、如雙方在爭議發生後六十日內通過協商不能達成協議時，則應提交_____仲裁委員會按該會的仲裁規則進行仲裁。仲裁在_____進行，仲裁語言為_____文。

3、仲裁裁決是終局裁決，對雙方均有約束力。

4、仲裁費由敗訴方負擔。

5、在爭議的處理過程中，除正在進行仲裁的部分外，合同的其他部分將繼續履行。

中國大陸的上海仲裁委員會下設涉臺仲裁中心，專門處理涉臺仲裁案件，簡單介紹如下：

上海仲裁委員會成立於 1995 年 9 月 18 日，是根據《中華人民共和國仲裁法》組建的常設仲裁機構。自成立後，已經裁處了 15,000 多件案件，涉案爭議金額總計達人民幣 500 多億元。上海仲裁委員會的辦事機構為秘書處。秘書處內設立案部、仲裁一部、仲裁二部、仲裁三部和行政部。 第五屆上海仲裁委員會共聘請了 783 名仲裁員。仲裁員由國內外法律、經濟領域的著名教授、研究員、高級經濟師、高級會計師、高級工程師、高級律師和在仲裁、審判、經濟管理等工作中經驗豐富的人士擔任，來自商業、房地產、金融（包括期貨、保險）、品質、智慧財產權、建築工程、海事海商、國際貿易、運輸、公司、廣告、電子商務、資訊產業、WTO 事務等專業領域。

上海仲裁委員會遵循中國法律、參照國際慣例、按照本會規則，

獨立、公正、專業、高效地仲裁國內或者涉外合同糾紛和其他財產權益糾紛。上海仲裁委員會受理案件的範圍是：房地產糾紛、建設工程糾紛、金融糾紛（含保險、期貨、證券、融資等糾紛）、產品品質責任糾紛、智慧財產權糾紛（含專利、版權、商標等糾紛）、海事海商糾紛、運輸糾紛以及國際貿易、國際代理、國際工程項目、國際投資和國際技術合作等經濟糾紛。

為進一步促進滬臺兩地經貿合作，2009 年 2 月 25 日市臺辦與上海仲裁委員會聯合成立了上海涉臺仲裁中心。上海涉臺仲裁中心由市臺辦和上海仲裁委員會共同管理，主要受理和裁決兩岸地區法人和自然人之間的各項民商事爭議。（來源：2010 年上海仲裁委員會網站）

筆者常常被問到是選擇訴訟好還是仲裁好？其實任何一項制度的存在都有它存在的價值和必要，如果一項制度只有缺點那一定會被淘汰。所以，需要瞭解訴訟和仲裁的優缺點，按照自身的需求加以選擇，才是最理性的方式。以下簡單比較訴訟與仲裁兩個制度，供讀者參考。

（一）訴訟與仲裁各自的特點

1、兩者的性質不同。訴訟審判是國家司法權的體現；仲裁則是帶有民間性的居中裁決，是私權處分權的授予。

2、受案範圍不同。訴訟對一切因私權發生的糾紛均可受理；仲裁只能受理當事人有處分權的私權的爭議。

3、受案的方式不同。訴訟只要一方當事人起訴合法就受理；仲裁必須有雙方當事人事前或事後達成的仲裁協定才能受理。

4、案件的管轄不同。訴訟有地域、級別和專屬的強制性管轄；仲裁無級別和地域、專屬的限制，實施協議管轄。

5、審級制度不同。訴訟實行四級二審終審、一般兩審終審，還可以申請再審；仲裁實行一裁終結。

6、在審限上，仲裁的審限是 4 個月（簡易程式 2 個月），從仲裁庭組成之日起計算；一審訴訟的審限為 6 個月，二審訴訟的審限為 3 個月，均從立案之日起計算。

7、仲裁員和法官來源、形成不同。訴訟實行法官專職化，由人大任命，實行任命制；仲裁員實行兼職，由各仲裁機構根據仲裁法規定的條件從有關方面進行聘任，聘任條件較高，專業性較強，體現了專案專辦。

8、審判庭組成不同。訴訟由法院指定審判庭和審判庭組成人員，審判權由法院行使，有的案件還要交審委會討論；仲裁是當事人選定仲裁庭人員，其中也有當事人意見不一致而由仲裁委主任指定的情形。

9、審理的方式不同。訴訟一般等應當公開審理，允許旁聽、採訪。只有涉及隱私、商業秘密、國家機密和離婚案件中當事人申請不公開審理的除外；仲裁不公開審理，不允許旁聽，只有經雙方當事人協議公開的除外。

10、強制力不同。訴訟可以傳呼證人，追加當事人，可直接保全證據和財產，法院可強制執行生效的裁判文書；仲裁不能傳呼證人，追加當事人，證據和財產保全通過法院進行。一方當事人不履行裁決，另一方當事人依法向法院申請強制執行。

（二）仲裁與訴訟制度相互比較的優劣點

仲裁優勢：

1、從大的方面講，仲裁與訴訟相比有下列優勢：

（1）尊重當事人意思自治。選定仲裁機構、仲裁規則、仲裁員、

乃至適用的法律、仲裁語言、仲裁形式，提起仲裁均以當事人意思表示為准，仲裁機構、仲裁員絕不干涉（違法的情形除外）。

（2）私密性強。仲裁審理不公開，確保了當事人隱私、商業秘密不被洩露。

（3）審理週期短。訴訟有一審、二審，甚至可能發生重審、再審。一個訴訟案件若經過一審、二審，最短需要半年時間，最長有可能達三年之久甚至更長。仲裁即使延長審限一般也不會超過一年。

（4）費用低。訴訟因有一審、二審，若一審屬於自己起訴，二審又要上訴，則需要支付兩次訴訟費；仲裁因屬一裁定局，只需繳納一次費用。另外如聘請律師，因律師收費大部分實行一案一結即一審收了律師費，二審還得收。

（5）少干擾，公信度高。訴訟充滿了地方保護色彩，存在較多的關係案、人情案。訴訟裁判結果不是合議庭或獨任審判員所能決定的，得請示庭長同意或院長批示或由審判委員會定奪。仲裁機構相對中立（人、財、物較少受政府控制），仲裁員人格相對獨立（仲裁結果由仲裁庭或首席仲裁員決定），地方保護色彩較淡，加之仲裁員的素質普遍較高，均是社會精英，較注重職業操守，故仲裁的公信度高於訴訟的公信度。

（6）涉外案件仲裁執行比判決方便。許多國家在承認與執行前還要對外國法院的判決進行實質性的審查或對外國法院的判決僅作為一種證據，需重新向該國法院提起訴訟。另外，在案件的管轄上，各國的規定不盡相同，外國法院往往還

會對我國法院的管轄權提出異議。以上種種因素造成我國法院的判決難以得到外國法院的承認與執行。如果選擇仲裁就不存在上述這些問題。

首先，目前國際上有一個《聯合國承認和執行外國仲裁裁決公約》，參加國家達 70 多個，中國大陸也已參加。該公約涉及的國家較多，對各國立法實踐以及其他有關條約的影響較大，反映了本世紀以來國家對承認和執行外國仲裁裁決的主要實踐，較為成熟。其次，根據公約規定，一國法院對外國仲裁裁決一般不進行實質性審查，只要不存在公約中所規定的可以拒絕承認和執行的情況，就應該承認並按本國的法律予以執行，並且對執外國仲裁裁決所規定的條件不應比執行國內仲裁裁決規定的條件繁多，收取的費用也不應高於執行本國仲裁裁決所審的費用。

2、從細微角度看，仲裁與訴訟相比還有下列優勢：

服務好，講規範，透明度高。無論是諮詢立案、還是文書受理送達、開庭審理，仲裁機構工作人員比較熱情。仲裁開庭時，您可以暢所欲言；訴訟開庭，您想多說幾句，法官可能就會制止，甚至要訓斥您幾句；仲裁延期裁決，仲裁庭會書面告知您為何延期（理由不重要）；法院延期判決，一般不會給您一個理由。仲裁開庭，您不能準時到達，說明理由就行；訴訟開庭，若遲到，有可能遭缺席判決或按自動撤訴處理；仲裁裁決較全面地反映了仲裁過程包括當事人權利主張、抗辯理由、爭議焦點、仲裁庭分析；訴訟判決對此常語焉不詳。

仲裁劣勢：

1、仲裁被申請人受限制

仲裁只有雙方或三方具有有效的仲裁協議才可申請仲裁。仲裁

很難同時列兩個身分不同的被申請人。只有仲裁申請人和兩個被申請人三方同時簽訂了仲裁協定的前提下才可以，這樣給某些必須列兩個被申請人的案子或有第三人情況的案件帶來巨大的實體上的風險。

2、仲裁機構無法獨立採取保全措施

在仲裁程式申請證據或財產保全，均需要通過仲裁委向法院申請，當事人不僅需要瞭解仲裁程式，同時還需要瞭解法院有關保全程式。

3、仲裁裁決一裁終局，當事人無上訴權

仲裁裁決一裁終局，除非有法律規定的撤銷或不予執行程式，否則裁決作出即生效。當事人如果認為案件裁決錯誤，無上訴權利。

（三）仲裁與訴訟如何選擇？

仲裁與訴訟是解決糾紛的兩種基本方式，本身各有特點，各有優劣，當事人需要根據個案判斷採取仲裁或訴訟。因仲裁對受理範圍有嚴格限制，故在仲裁受理範圍內才考慮選擇仲裁或訴訟。一般考慮因素如下：

1、案情複雜情況和當事人的要求。一般而言，法院必須以事實為依據，以法律為準繩，故其審理程式嚴格要求查清事實，適用法律。而仲裁規則要求以事實為依據，在法律範圍內作出裁決。故法院更強調客觀事實，如合同無效、主體資質缺失等會受到嚴格要求，而仲裁原則考慮雙方真實意思，如雙方當事人已經確認的事實，又未違反法律強制規定，則可以認為有效，在此基礎上作出裁決故如雙方當事人簽訂合同存在某方面瑕疵，但雙方也同意按照合同約定確定權利義務的，仲裁更可能取得雙方希望的結果。如當事人希望還原事實所有真相，並要求法律對行為的合法

性作出明確判斷，並給予司法上否定或肯定的，則訴訟判決體現了國家機關的意思，更具權威。

2、對方當事人情況：因訴訟案件一般在被告所在地或合同履行地、簽訂地等法律特定的地點起訴。有管轄權的人民法院與對方當事人可能存在某種地域聯繫，可能受到人脈關係或地方保護主義影響。而仲裁可以選擇協力廠商管轄，且仲裁庭是由雙方選擇仲裁員或仲裁委主任隨機選擇的仲裁員組成，故地方保護主義可能性甚微。

3、當事人對案件裁決時間預期：當事人如希望儘快解決糾紛，則仲裁顯然較為優勢。相反，當事人如果因各種原因，不希望迅速解決糾紛的，則可以選擇訴訟。

4、案件標的與費用：案件標的較小時，仲裁委與法院的收費差距比例較大；而案件標的較大時，兩者收費差距比例較小。律師費方面，仲裁與訴訟一般差別不大，但如前述，仲裁一裁終局所以一般都是一次收費，而訴訟一般按照一審一收費的原則收取律師費。

5、是否涉外：一方係涉外（包括涉港澳臺）當事人，採取仲裁程式較為有利。一則仲裁對涉外程式的特別規定較為人性化，可能節約雙方仲裁的間接費用支持，另一方面如前述，仲裁境外執行比法院判決更為簡便。

第五章　青創公司企業硬體設施、優惠條件等如何藉由簽訂合同獲得保障

青創公司企業的硬體設施、優惠條件等要獲得保障，除了事先藉由簽訂合同保障之外，對於事後發生履約糾紛，如何確保債權及追償債務，以及中國大陸最新興起的財產保全保險制度，亦需同時注意，如此才可以全面的保障臺商在中國大陸設立青創公司企業的合法權益。

第一節　如何藉由簽訂合同獲得保障

合同審查是律師最常做的工作，但是在工作中，律師發現很多自以為擬定很完善的合同，都存在重大紕漏，甚至一些內容是直接從其他類型的合同中嫁接內容，導致經營業務不適用的情形。為防止出現類似情況，結合實踐經驗，梳理出審查合同的基本要點，作為臺灣青創企業在簽訂合同的重要指引。

一、形式審查

（一）將合同檔本身分為三部分：

1、開頭（合同名稱、編號、雙方當事人和合同前言）

2、正文（第 1 條至最後 1 條）

3、簽署部分（即雙方簽字蓋章和簽署時間）

形式審查就是檢視一份合同是否具備這三部分，這三部分是否完整，是否有前後矛盾的地方。常見的錯誤有：當事人名稱不一致、不完全、錯誤或矛盾，合同名稱與實質內容不符、時間簽署前後不一樣，位址、法定代表人錯誤等。

（二）形式審查還要看是否附有對方營業執照、其他證書、法定代

表人身分證明書、委託書等相關材料。看相關檔之間內容是否有矛盾之處。

二、實質審查

主要是對合同正文的審查，這是合同最關鍵的內容，包括：

（一）合同條款是否完備、合法；

（二）合同內容是否公平，是否嚴重損害社會公共利益；

（三）條款內容是否清楚，是否存在重大遺漏或嚴重隱患、陷阱。

中國大陸有關青創公司企業的合同文本，因各地方提供的條件不同，而有孵化器入駐合同、科技企業孵化器入孵合同、〇〇眾創空間合作協議、創業扶持公益資助協議書、創業孵化服務協議書、〇〇高新技術產業開發區企業孵化協議書，為便於大家參考使用，分別將上述三個合同列為本書附錄三至八。茲以科技企業孵化器入駐合同為例，將合同條款是否完備的審查標準如下：

1、雙方名稱或姓名和住所。

2、前言：

為將科技創新成果迅速、高效地轉變為社會生產力，培育中小型科技企業成功創業和快速成長，甲方提供孵化場地，創辦科技企業孵化器，吸納自願入駐創業園企業（項目）、人才入孵。乙方符合甲方的孵化條件，自願申請入孵。按照《中華人民共和國合同法》等相關法律法規規定，經雙方友好協商達成本協定，雙方共同遵守。

3、孵化場地、期限：

（1）孵化場地位於____層____房間，建築面積（含公攤面積）計____平方米。

(2) 孵化期限為__年，自__年__月__日至__年__月__日止。

4、場地使用費及相關費用：

在孵化期間乙方需向甲方交納孵化場地使用費、物業服務費、諮詢服務費等費用。數額如下：

孵化場地使用費每月__元 / 平方米，全年計__元；

物業服務費（包括物業管理費、電梯、衛生等）每月__元 / 平方米，全年計__元；

諮詢服務費每月__元 / 平方米，全年計__元；履約保證金__元；

其他業務：_____，上述業務合計全年費用為人民幣（大寫）__拾__萬__仟__佰__拾__元（￥__元）。

5、付款方式：

付款方式為（一季度、半年、一年）一付。第一次付款時間為合同簽訂後三日內（遇法定節假日可向後順延），乙方將應付款項以現金或支票形式存入或轉入甲方指定銀行帳戶，款到帳後，乙方即可入住；在上一期費用到期前一周內（遇節假日應向前順延），乙方將下一期應付費用按照同樣方式存入或轉入甲方指定銀行帳戶。甲方每年為乙方開具一次正式的發票，若是按季度、按半年支付費用，未滿一年，甲方為乙方暫時開具內部收款收據，年底由甲方統一換正式發票。

6、甲方的權利義務：

（1）協調各部門關係，保證水、電等基礎配套設施的正常運轉。

（2）為乙方提供相關科技仲介服務和各項代理、代辦服務。

（3）保守乙方的技術秘密和商業機密。

（4）組織乙方參加各類培訓、會務、展示等科技活動，定期瞭解乙方真實的研發、生產、經營、財務狀況。

（5）發現違法經營問題，可提出警告，不聽勸阻或問題嚴重的可向有關部門報告，並終止合同。

（6）發現乙方研發工作停滯不前、或經營管理不善，甲方有權提出指正，並有權要求乙方限期整改。

（7）乙方拖欠各項費用，甲方可採取相關措施催交。

（8）幫助乙方申辦國家、省、州、縣有關科技計畫。

（9）協助乙方辦理工商註冊、稅務登記、技術創新基金申報工作。

（10）協助乙方申請國家專項扶持基金、科技貸款擔保或風險投資的資金支援。

7、乙方的權利義務：

（1）遵守國家法律、法規，從事合法的研究、開發、生產和經營活動。

（2）遵守甕安縣創業園企業孵化器的管理制度。

（3）按時交納各項費用。

（4）愛護孵化場地的建築及附屬設施，不得擅自改動建築結構及附屬設施，必要的裝潢施工，需書面徵得甲方同意後，方可實施。

（5）按期（每月 5 日前）向甲方提供上月真實、可靠、準確的項目進展、經營狀況及相關統計報表。

（6）徵得甲方同意，乙方可在孵化場地進行必要的裝飾。

（7）乙方的自主經營權不受侵犯，企業的人事、財務、生產、行銷、技術、市場、規劃等管理，均自主決策。

（8）未經甲方同意，乙方不得將生產經營場地轉作他用或轉租他人使用。

（9）乙方使用標準廠房期間的裝修費、維護管理費等費用由乙方自行承擔。

8、特別約定事項：

（1）甲方安裝標準貨運電梯設備，任何情況下，該電梯只能承運貨物。如乙方違規使用電梯給甲方或第三人造成損失的，由乙方按照損失金額的二倍以上標準進行賠償。

（2）在租賃期間，乙方自行組織開展生產經營活動的管理，所產生的水、電、氣、物管等費用由乙方自行承擔，按照規定直接向相關部門交納。

（3）在租賃期內，乙方應嚴格遵守《中華人民共和國安全生產法》、《中華人民共和國消防法》等相關法律法規，作好安全生產及消防工作，乙方因管理不善而造成責任事故的，應承擔由此造成的全部責任及損失。

（4）若乙方生產經營項目造成環境污染，乙方應承擔相關責任並賠償由此造成的一切損失，並退出創業園。

（5）乙方應按《中華人民共和國勞動法》等法律規定，建立和完善勞動用工、勞動保護等制度，不得損害勞動者的合法權益。

（6）乙方在使用廠房期間，應承擔標準廠房的管理和維護義務，由於乙方管理不善給甲方或第三人造成財產損失或者人身傷害的，乙方須承擔責任並賠償。確屬該標準廠房設計、建造原因所引起的建築品質事故，甲方承擔相應的責任。

（7）孵化期滿，乙方添置在標準廠房上的可移動物品自行拆除，但附著在標準廠房上的固定裝修物不得拆除和破壞，同時甲方不給任何補償。

（8）甲、乙雙方僅為孵化服務和被孵化服務關係。甲方提供的服務與乙方的經營活動沒有任何經濟的或法律連帶責任。乙方在孵化期間若違反國家法律法規等政策，甲方有權解除孵化協議，終止合同。

9、**違約責任：**

（1）甲方不能保證孵化場地各項基礎設施正常運轉，影響乙方的正常工作，乙方可拒付有關費用，直至設施正常運轉為止。

（2）不能按照合同約定按期足額交納各項費用，視為乙方違約，乙方除應及時、如數補交外，還應向甲方交納所欠費用總額日萬分之五的滯納金。乙方拖欠費用超過1個月以上的，甲方有權終止合同。合同終止後，乙方仍應向甲方支付所欠全部費用和滯納金。

（3）未經甲方同意，擅自改動房產結構，甲方有權制止，直至終止合同並有權要求乙方將改動過的房產恢復原樣，給甲方造成損失，由乙方負責。

（4）乙方違反規定或違規操作，造成房產、設施、設備損壞，或引起火災、水患、安全隱患，乙方負責修繕，給甲方或協力廠商造成的經濟損失，由乙方負責賠償。

（5）如遇不可抗力導致合同無法繼續履行，雙方各自承擔損失。

10、**合同解除：**

（1）有下列情形之一的，雙方可以解除合同：

① 雙方協商不一致；

② 因不可抗力或國家法律、行政法規發生變化，導致合同目的不能實現；

③ 因一方嚴重違約給另一方造成重大經濟損失，導致合同沒有繼續履行的必要；

④ 國家法律、行政法規規定的其他情形。

（2）有下列情形之一的，甲方可以解除合同：

① 未經甲方同意，乙方擅自轉租、改變標準廠房用途、改變標準廠房結構或者逾期 2 個月未支付租金的；

② 乙方將標準廠房閒置達 2 個月以上，或者投資、生產經營規模未達到開發區《標準化廠房管理暫行辦法》規定標準的；

③ 因乙方管理不善，造成重大安全責任事故的；

④ 長期拖欠工人工資，導致工人集體信訪，影響社會治安的，甲方有權單方解除合同，提前收回廠房，且不賠償乙方任何損失；

⑤ 甲方因上述原因解除合同後，乙方已支付給甲方的租金和保證金，甲方在扣除相關費用後無息退還。

（3）有下列情形之一的，乙方可以解除合同：

① 甲方無故干涉乙方的獨立自主經營活動，給乙方造成重大經濟損失的；

② 甲方提供標準廠房確實存在品質安全隱患，導致乙方不能正常使用的。

（4）解除後續事務的處理

① 合同解除生效後，雙方應進行結算、清理。

② 因一方違約導致合同解除，不影響未違約方權利的開展。

11、不可抗力：

（1）本合同所稱不可抗力是指地震、颶風、水災、火災等自然災害、戰爭以及其他不能預見、不可避免且不能克服的客觀情況。

（2）當事人因不可抗力不能履行合同的，受不可抗力影響的一方應在不可抗力發生之日起五日內以書面形式通知對方，並及時向對方提供公證機關證明事件的存在和影響的證明文件。受不可抗力影響的一方可據此免除全部或部分責任。

（3）不可抗力發生後，受不可抗力影響的一方應採取合理措施，繼續履行合同，減少損失發生。不可抗力發生的期間從租賃期間中扣除。

12、未盡事宜：

本合同未盡事宜，雙方可協商解決或另簽補充合同，補充合同與本合同具有同等法律效力。

13、爭議的解決：

選擇訴訟或者仲裁其中之一作為爭議解決方法，不要出現既由法院管轄又由仲裁機構裁決，也不要出現「由法院管轄或者仲裁機構仲裁」的條款。約定通過訴訟解決的，還可以約定管轄法院；約定由仲裁機構裁決的，應寫明具體仲裁機構名稱。

14、合同生效條款：

一般應當寫明：「合同自合同雙方（或者各方）法定代表人或者授權代表簽字並加蓋單位公章（合同專用章）之日起生效」。如合同有固定期限的，還應當寫明：本合同有效期自某年某月某日至某年某月某日止。對於法律法規規定應當經批准或者登記後生效的，

或者合同約定須經公證等生效條件的，應當在合同中寫明並及時辦理相關手續。

15、清潔文本條款：

合同中應當寫明：「本合同正文為清潔列印文本，如雙方對此合同有任何修改及補充均應另行簽訂補充協定。合同正文中任何非列印的文字或者圖形，除非經雙方確認同意，不產生約束力。」在簽署過程中，應注意：當合同中有清潔文本條款時，合同中的所有條款文字與數位（簽署人簽字、時間簽署與蓋章除外）均應當事先列印完成，不得在合同簽字過程中出現合同正文裡有手寫文字或者空白未填寫的情況存在。

合同審查時重點關注違約責任的約定是否清楚、完整、公平，是否嚴重損害一方利益或者是否存在陷阱。

合同條款內容是否合法，其實就是要審查合同條款或者內容是否違反國家的法律法規，是否構成無效的情形。在這裡，熟悉相關合同法條文是最起碼的要求。

合同條款是否公平，是否清楚，審查時沒有固定的方法，只有逐字逐行地看，認真地看，提高文字理解和駕馭能力也是相當重要的。

三、溝通、參照

一般的合同，經過第一步形式審查、第二步實質審查後，一些初級的問題都能予以解決。為防止審查出現重大遺漏和差錯，做好第三步就顯得十分必要。

（一）溝通：指的是與合同經辦人、起草人甚至對方進行溝通，就合同談判、協商及合同目的等內容進行交流，合同條款中不清楚或者含糊的條款，也需要他們作出明確的解釋和說明。

（二）參照：找到與所審合同相關的國家合同示範文本、行業推薦的示範合同文本、企業的合同範本等，對照在條款和內容上有何重大差別，分析或者詢問原因。也就是尋找法律依據。在合同審查中，一定要對照合同法和相關司法解釋的規定來判斷送審的合同內容是否合法、合理、可行，要不要修改、應當怎樣修改，需要尋找肯定或者否定的法律依據、司法實踐依據和經濟依據。審查有名合同，要看合同法總則和分則對該合同的專門規定；審查無名合同，更是要審慎行事。

四、注意事項

（一）簽章：合同對方如果是企業法人或其他組織，在簽章處應當加蓋單位印章及授權代表簽字，如果是公民個人，則要求其本人簽名。對於超過一頁的合同，還應當加蓋騎縫章。所有的印章和簽字均應當清晰、完整。

（二）合同附件：要注意合同有無附件以及附件與主合同的關係，審查附件的內容是否與主合同一致。相當多的合同其附件的內容是非常重要的，應該按照主合同予以同等對待。

（三）簽約時間：合同落款處應當有簽訂的具體時間，這關係到合同生效的時間以及其合同履行期限的確定等問題，不可小視。提醒簽署合同領導和授權代表，簽字時留下時間這個資訊是非常重要的。

第二節　臺商如何確保債權與追償債務

一、前言

「從搖籃到墳墓」，「從身分到契約」，「人為財死 / 鳥為食亡」，此為一般人耳熟能詳的事，從法律上來說，這也描述一個人

從出生到死亡，除了人格權、身分權外，財產權亦形重要。因此，不論從個人生活到商業經營，如何確保債權與追償債務，乃成為任何人不可不知的重要課題。

二、債權確保

就中國大陸法律而言，債權擔保可分為人保、物保與其他擔保三大方面。

（一）就人保方面，有人的保證，票據保證與債之移轉：

1、保證人：具有代為清償債務能力的法人、其他組織或者公民，可以作保證人。至於國家機關、學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體均不得為保證人。此外，企業法人的分支機關、職能部門不得為保證人，但經法人書面授權，可以在授權範圍內提供保證。

關於同一債權既有人的保證又有物的擔保的，保證人對「物的擔保」以外的債權承擔保證責任，即其就物的擔保範圍不負保證責任；又債權人放棄「物的擔保」的，保證人在其放棄權利的範圍內免除保證責任，換言之，物保有優先於人保的效力。

2、票據保證：中國大陸《票據法》對於匯票、本票都有保證的規定，債權人可以要求債務人在匯票及本票上另找保證人，以增加人的擔保範圍（票據法 §45 Ⅰ、§48、§50、§51、§79）。

3、債之轉移：可分為債權讓與、債務承擔二項，當事人經協商一致，可以變更合同的主體或內容，透過合同主體的變更，不論是債權轉讓或是債務移轉，亦可達到保障債權的效果（合同法 §79-§88）。

（二）就物保而言，可分為定金、抵押、質押與留置。

1、定金：定金可以約定作為債權的擔保，且定金合同從實際交付定

金之日起生效。至於定金的數額，原則上雖由當事人自由約定，但最高不得超過主合同標的額的 20%。(擔保法 § 89 至 § 91)。

2、抵押：抵押方式有一般抵押與最高額抵押。

（1）一般抵押：

①可以抵押的財產：包括不動產和動產，此與我國關於不動產之抵押是規定在民法物權編，動產抵押則規定在動產擔保交易法不同。此外，中國大陸物權法第 180 條擴大了抵押財產的範圍，例如：生產設備、原材料、半成品、產品以及交通運輸工具；正在建造的建築物、船舶、航空器等。

②不得抵押的財產：對於禁止抵押的財產，擔保法第 37 條採取例示規定如下：土地所有權；耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權；學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；所有權、使用權不明或者有爭議的財產；依法被查封、扣押、監管的財產；其他依法不得抵押的財產。

③抵押物登記部門：對於抵押物的登記部門，在原先是看抵押物種類分屬不同部門，但中國大陸自 2015 年 3 月 1 日實施不動產登記暫行條例不動產統一登記以後，即統一由各地的不動產登記中心辦理抵押物登記。

（2）最高額抵押：所謂最高額抵押，是抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生的債權作擔保。另外，最高額抵押的主合同債權不得轉

讓，這些都是債權人在設定抵押時應該注意的事項（擔保法 §60、§61）。中國大陸物權法第 203 條規定，最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍，擴大抵押權擔保範圍，有利抵押權人優先受償的額度。

3、質押：質押可以分為動產質押和權利質押兩種：

（1）動產質押：質押合同自質物（動產）移交於質權人（債權人）占有時生效。

（2）權利質押：擔保法 75 條規定，可以質押之權利：包括票據（匯票、支票、本票）、債券、存款單、倉單、提單；依法可以轉讓的股份、股票；依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權；其他依法可以質押的權利。物權法第 223 條增加基金份額、應收帳款和註冊商標專用權、專利權、著作權以外的其他知識權中的財產權，擴大了權利質權的範圍。

4、留置：因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人對占有債務人的動產有留置權；債務人不按照合同約定的期間履行債務的，債權人可以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償。當事人也可以在合同中約定不得留置標的物，債權人對此須加注意（擔保法 §82、§84）。

（三）債權擔保之其他

1、公證之債權文書：中國大陸《公證法》規定，即對於追償債款、物品的文書，認為無疑義的，在該文書上証明有強制執行效力的，可以省去訴訟的時間冗長與金錢花費，不但方便快捷，免受訟累，還可以維持債權人、債務人之間的友好關係及日後的合

作。但須注意的，並非所有的債權文書都能一經公證即具有強制執行效力。根據中國大陸最高人民法院會同司法部於 2000 年 9 月 1 日發布《關於公證機關賦予強制執行效力的債權文書執行有關問題的聯合通知》，公證的債權文書具有強制執行效力必須具備內容特定、債務明確及債務人必須就強制執行條款作出承諾等三個要件。

2、所有權保留條款：中國大陸合同法第 134 條規定：當事人可以在買賣合同中約定買受人未履行支付價款或者其他義務的，標的物的所有權屬於出賣人。這與我國動產擔保交易法中所規定的附條件買賣類同，不過附條件買賣須經登記始生效力，中國大陸合同法第 134 條所規定的出賣人保留所有權條款則未規定須經登記，臺商如居於出賣人的地位，自可善加利用此一規定，以加強買賣價款債權的確保，並可催促買受人儘速履行買賣價款的給付義務。

3、違約金條款：中國大陸《合同法》第 114 條第 1 款規定：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。

4、財產保全：財產保全相當我國的假扣押或假處分，可以分為訴前財產保全及訴訟財產保全。採取財產保全前，必須先調查債務人的財產情況，包含房地產、銀行存款、汽車、機器設備等財產。一般提出財產保全申請必須提供擔保，原則上是足額擔保，但是也可以向法院要求一定比例的現金，或提出法院可以接受的房地產及信用擔保。至於財產保全的措施，有查封、扣押、凍結等方法。

三、債務追償：茲就追償方式及追償注意事項分別說明。

（一）追償方式

1、律師函 / 存證信函（公證信函）：為了追償債務，債權人可以委請律師發出律師函，而進行協商還款。此外，臺灣有郵局存證信函，可以作為追索債務的證據；中國大陸並無存證信函，可以請求公證處作成公證信函，以保留追償債務的證據。

2、調解：中國大陸的調解方式有法院調解、人民調解委員會調解與仲裁委員會調解。

3、支付令：我國稱為支付命令，是法院裁定之一種，具有強制執行的法律效力。

4、訴訟：中國大陸法院審判案件是採取四級（基層、中級、高級、最高）二審制，原告起訴所要具備的條件為：原告是與本案有直接利害關係的公民、法人和其他組織；有明確、具體的被告；有具體的訴訟請求和事實、理由；屬於人民法院受理訴訟的範圍。而且必須依照規定繳納訴訟費用。

5、仲裁：自 1995 年 9 月 1 日起施行的中國大陸《仲裁法》第 4 條規定：「當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協議。沒有仲裁協議，一方申請仲裁的，仲裁委員會不予受理。」仲裁協議應當具備：（一）請求仲裁的意思表示（二）仲裁事項及（三）選定的仲裁委員會三項要件。

6、強制執行：債權人向人民法院申請強制執行，必須提出生效的法律文書，例如法院裁判、仲裁裁決等，而且該項法律文書應當具備權利義務主體明確及給付內容明確的條件。此外，申請執行的期間為二年，從法律文書規定履行期間的最後一日起計算；法律文書未規定履行期間的，從法律文書生效之日起計算，債權人應特別注意，以免超過時間喪失執行的權利。

中國大陸最高人民法院於 2015 年 7 月 20 日以法釋〔2015〕16 號公布《關於審理拒不執行判決、裁定刑事案件適用法律若干問題的解釋》，共 8 條，自同年 7 月 22 日起施行，其中規定：被執行人、協助執行義務人、擔保人等負有執行義務的人對人民法院的判決、裁定有能力執行而拒不執行，情節嚴重的，應當依照刑法第 313 條的規定，以拒不執行判決、裁定罪處罰。

又，中國大陸最高人民法院於 2015 年 7 月 20 日修改公布《關於限制被執行人高消費及有關消費的若干規定》，共修改 13 項，自同年 7 月 22 日起施行，其中規定：被執行人未按執行通知書指定的期間履行生效法律文書確定的給付義務的，人民法院可以採取限制消費措施，限制其高消費及非生活或者經營必需的有關消費。納入失信被執行人名單的被執行人，人民法院應當對其採取限制消費措施。

7、兩岸民事裁判之認可與執行

中國大陸最高人民法院於 2015 年 6 月 29 日以法釋〔2015〕13 號公布《關於認可和執行臺灣地區民事判決的規定》，共 23 條，自同年 7 月 1 日起施行，該規定所稱臺灣地區法院民事判決，包括臺灣地區法院作出的生效民事判決、裁定、和解筆錄、調解筆錄、支付命令等。申請認可臺灣地區法院在刑事案件中作出的有關民事損害賠償的生效判決、裁定、和解筆錄的，適用本規定。申請認可由臺灣地區鄉鎮市調解委員會等出具並經臺灣地區法院核定，與臺灣地區法院生效民事判決具有同等效力的調解文書的，參照適用本規定。

又，中國大陸最高人民法院於 2015 年 6 月 29 日以法釋〔2015〕14 號公布《關於認可和執行臺灣地區仲裁裁決的規定》，共 22 條，

自同年 7 月 1 日起施行，除適用範圍（第 2 條：本規定所稱臺灣地區仲裁裁決是指，有關常設仲裁機構及臨時仲裁庭在臺灣地區按照臺灣地區仲裁規定就有關民商事爭議作出的仲裁裁決，包括仲裁判斷、仲裁和解和仲裁調解）外，其餘內容與上述法釋〔2015〕13 號規定大抵相同。

（二）追償注意事項

1、訴訟時效（請求權時效）

中國大陸民法通則第 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 2 年；第 136 條規定，下列的訴訟時效期間為 1 年：身體受到傷害要求賠償的，出售質量不合格的商品未聲明的，延付或拒付租金的，寄存財物被丟失或毀損的。第 137 條規定，訴訟時效期間從知道或者應當知道權利被侵害時起計算，但是從權利被侵害之日起超過 20 年的，人民法院不予保護。

另須注意者，超過訴訟時效期間，當事人自願履行的，不受訴訟時效限制（第 138 條）。換言之，過了訴訟時效期間，義務人履行義務後，又以超過訴訟時效為由反悔的，人民法院不予支持。

2、管轄法院

當事人提起訴訟，應當向適格的法院提起，例如：專屬管轄法院、合意管轄法院等是；向不適格的法院提起訴訟，會遭到裁判駁回的後果。

3、邊控境管（限制出境）

中國大陸《中華人民共和國出入境管理法》第 28 條規定：外國人有下列情形之一的，不准出境：（一）被判處刑罰尚未執行完畢或者屬於刑事案件被告人、犯罪嫌疑人的，但是按照中國與外國簽訂的有關協定，移管被判刑人的除外；（二）有未了結的民事案件，

人民法院決定不准出境的；（三）拖欠勞動者的勞動報酬，經國務院有關部門或者省、自治區、直轄市人民政府決定不准出境的；（四）法律、行政法規規定不准出境的其它情形。

第三節　中國大陸關於財產保全責任保險的最新規定與實務操作

一、中國大陸有關財產保全的現行法律規定

（一）訴訟保全：中國大陸《民事訴訟法》第 100 條規定：人民法院對於可能因當事人一方的行為或者其他原因，使判決難以執行或者造成當事人其他損害的案件，根據對方當事人的申請，可以裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為；當事人沒有提出申請的，人民法院在必要時也可以裁定採取保全措施。

人民法院採取保全措施，可以責令申請人提供擔保，申請人不提供擔保的，裁定駁回申請。

人民法院接受申請後，對情況緊急的，必須在 48 小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。

（二）訴前保全：中國大陸《民事訴訟法》第 101 條：利害關係人因情況緊急，不立即申請保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在提起訴訟或者申請仲裁前向被保全財產所在地、被申請人住所地或者對案件有管轄權的人民法院申請採取保全措施。申請人應當提供擔保，不提供擔保的，裁定駁回申請。人民法院接受申請後，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。申請人在人民法院採取保全措施後三十日內不依法提起訴訟或者申

請仲裁的，人民法院應當解除保全。

此外，中國大陸《民事訴訟法》第 102 條規定：「保全限於請求的範圍，或者與本案有關的財物。」又同法第 103 條規定：「財產保全採取查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法。人民法院保全財產後，應當立即通知被保全財產的人。財產已被查封、凍結的，不得重複查封、凍結。」

（三）中國大陸《民事訴訟法》第 104 條規定：財產糾紛案件，被申請人提供擔保的，人民法院應當裁定解除保全。又同法第 105 條規定：申請有錯誤的，申請人應當賠償被申請人因保全所遭受的損失。

二、中國大陸最高人民法院司法解釋

中國大陸最高人民法院 2016 年 11 月 7 日公布《關於人民法院辦理財產保全案件若干問題的規定》，自同年 12 月 1 日起施行，共 29 條，其主要內容

（一）申請材料：利害關係人申請財產保全，應當向人民法院提交申請書，並提供相關證據材料。申請書應當載明下列事項：1、申請保全人與被保全人的身份、送達位址、聯繫方式；2、請求事項和所根據的事實與理由 ;3、請求保全數額或者爭議標的；4、明確的被保全財產資訊或者具體的被保全財產線索；5、為財產保全提供擔保的財產資訊或資信證明，或者不需要提供擔保的理由；6、其他需要載明的事項。法律文書生效後，進入執行程式前，債權人申請財產保全的，應當寫明生效法律文書的製作機關、文號和主要內容，並附生效法律文書副本。

（二）裁定期限：人民法院接受財產保全申請後，應當在五日內作

出裁定；需要提供擔保的，應當在提供擔保後五日內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當在五日內開始執行。對情況緊急的，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。

（三）擔保金額：人民法院依照民事訴訟法第一百條規定責令申請保全人提供財產保全擔保的，擔保數額不超過請求保全數額的百分之三十；申請保全的財產系爭議標的的，擔保數額不超過爭議標的價值的百分之三十。利害關係人申請訴前財產保全的，應當提供相當於請求保全數額的擔保；情況特殊的，人民法院可以酌情處理。財產保全期間，申請保全人提供的擔保不足以賠償可能給被保全人造成的損失的，人民法院可以責令其追加相應的擔保；拒不追加的，可以裁定解除或者部分解除保全。

（四）保險擔保：保險人以其與申請保全人簽訂財產保全責任險合同的方式為財產保全提供擔保的，應當向人民法院出具擔保書。擔保書應當載明，因申請財產保全錯誤，由保險人賠償被保全人因保全所遭受的損失等內容，並附相關證據材料。

（五）金融擔保：金融監管部門批准設立的金融機構以獨立保函形式為財產保全提供擔保的，人民法院應當依法准許。

（六）免供擔保：當事人在訴訟中申請財產保全，有下列情形之一的，人民法院可以不要求提供擔保：1、追索贍養費、扶養費、撫育費、撫恤金、醫療費用、勞動報酬、工傷賠償、交通事故人身損害賠償的；2、婚姻家庭糾紛案件中遭遇家庭暴力且經濟困難的；3、人民檢察院提起的公益訴訟涉及損害賠償的；4、因見義勇為遭受侵害請求損害賠償的；5、案件事實清楚、

權利義務關係明確，發生保全錯誤可能性較小的；6、申請保全人為商業銀行、保險公司等由金融監管部門批准設立的具有獨立償付債務能力的金融機構及其分支機搆的。法律文書生效後，進入執行程式前，債權人申請財產保全的，人民法院可以不要求提供擔保。

三、訴訟財產保全責任保險

（一）訴訟財產保全責任保險的背景與定義

訴訟財產保全是指法院審理案件時，在做出判決前為防止當事人（被告）轉移、隱匿、變賣財產依職權對財產做出的保護措施，以保證將來判決生效後能得到順利執行。具體措施一般有查封、扣押、凍結。財產保全一般由當事人申請，由人民法院審查決定是否采取財產保全措施。《中華人民共和國民事訴訟法》第一百條規定：「人民法院采取保全措施，可以責令申請人提供擔保，申請人不提供擔保的，裁定駁回申請。」因此，提供擔保是申請訴訟財產保全的重要條件。傳統的擔保方式主要為現金擔保、實物擔保和保證擔保三種。然而，在司法實踐中存在諸多痛點：

1、增加當事人的負擔。由當事人（被告）提供現金、房產擔保，導致當事人資產凍結，影響經營，給當事人造成沉重的經濟負擔。

2、銀行出具擔保函的要求頗高。銀行保函隻有信用極好的大公司才能申請開具，並需有等量的銀行存款或授信。

3、擔保公司保證擔保費用較高，而且擔保公司本身的資信、實力相對不足，令人不放心。

訴訟財產保全責任保險是對民事訴訟財產保全制度的一種創新。即投保人向保險公司提出申請，經保險公司核準後繳納保險費，保險公司為投保人提供財產保全擔保，並承擔賠償責任的一種保險。

其保險責任指在保險期間內，被保險人向法院提出訴訟財產保全申請，如被保險人訴訟財產保全申請錯誤致使被申請人遭受損失的，經法院判決由被保險人承擔損害賠償責任而被保險人沒有予以賠償的，保險人按照保單和保險條款的約定負責賠償。保險人承擔保險責任必須同時滿足以下條件：

1、財產保全被申請人確有實際損失的存在；

2、財產保全被申請人的損失的出現與被保險人的訴訟保全申請錯誤有因果關係；

3、財產保全被申請人的損失經法院判決，確認具體損失金額。

（二）訴訟財產保全責任保險的作用與優勢

1、訴訟財產保全責任保險的作用

作為訴訟風險的一種社會轉化方式，在民事案件中引入訴訟財產保全責任保險，由保險公司為財產保全提高擔保的做法，對於案件當事人、法院和保險公司各方都是共贏的。首先，降低了訴訟門檻，可維護弱勢當事人的權益，尤其是保險費率低且無需再擔保，極大地降低了維權成本。其次，可緩解執行難問題，提高人民法院實施財產保全案件率，利於法院判決的執行，從而樹立和維護司法公正及權威。再次，可分散擔保風險，由於申請財產保全錯誤給被申請人造成損失的，由保險公司承擔賠償責任，有效保護被申請人的合法權益，降低當事人的擔保風險。最後，保險公司介入訴訟保全，猶如在財產保全「保險鎖」高牆邊搭建一個梯子，幫助一部分缺乏經濟基礎的民眾從對司法救助的期待中轉向購買保險，均衡投入與回報，更能實現司法救助的合理化和效用最大化。

2、訴訟財產保全責任保險的優勢

中國大陸民事訴訟法雖然規定了財產保全擔保規則，但並沒有

限制擔保物的形式，在司法實踐中訴訟擔保的需求愈來愈廣泛，擔保金額也越來越高，相較於傳統的擔保方式，創新的訴訟財產保全責任險優勢凸顯，具體如下：

（1）有利於保護當事人利益

當前社會現象是有錢人才打得起官司，立案費、律師費、保全費等，大部分當事人會考慮訴訟成本。訴訟財產保全中，因保全申請人無法提供貨幣、實物財產作擔保，或進行財產保全時因時間限制而無法完成手續，進而損害申請人利益的情形時有發生。這無疑增加了當事人與法院的摩擦，也不利於案件的合法公正解決。訴訟保全引入保險擔保機制，由申請人出具其與保險公司簽訂的保單保函，保險公司承擔訴訟保全擔保責任，可全方位地保障當事人的權利、利益。

（2）有利於排除擔保公司潛在風險

近年來，為解決當事人訴訟財產保全擔保困難，各級法院紛紛引進擔保公司提供保全擔保服務，但在實踐中出現了一些問題：一是擔保公司資質狀況良莠不齊，倒閉、卷款跑路事件時有發生，如全國第二大擔保公司——河北融投擔保集團喪失擔保能力，震驚整個金融業；二是擔保公司收費高昂，擔保公司的收費標準為擔保標的額的 1% 至 1.5%，有些案件當事人僅擔保費就要支付上百萬元，人為地增加了當事人的訴訟成本；三是法院實行擔保公司入圍，製造壟斷，尤其是一些擔保機構與律師事務所之間存在股東相同、利益輸送的不正之風。

訴訟保全引入保險機制，能有效解決上述問題。訴訟財產保全責任保險已由中國保監會批準備案，保險費率僅為擔保費率的三分之一，而保險公司的資信遠遠高於擔保公司。這樣不僅能排除擔保

公司給法院帶來的潛在風險，還能大幅降低當事人的訴訟成本，尤其保單保函既擔保又擔責的特點是普通擔保函所不具備的。

（3）有利於法院案件審理

對於法院而言，訴訟保全引入保險機制，有利於增加控制風險的手段，提高保全政績，推進立案時效，加快結案效率。在依法治國的導向下，每年的案件量明顯增加，如天津 2014 年審結金融商事糾紛案 15572 件，較 2013 年同比上升 18.3%。而保全難是司法改革的重中之重，法院作為居中的裁判者，對案件雙方當事人的合法權益都需予以保護。在訴訟保全案件中，申請人敗訴後被申請人因訴訟保全所遭受的損失能否得到賠償，申請人與被申請人都要承擔一定的保全風險。訴訟財產保全責任險可幫助司法有效控制這種風險。一旦發生保全錯誤，導致保全財產遭受損失，被申請人得到及時的追償，有利於整個涉及訴訟財產保全案件的正常審理和執行工作的順利開展。

（4）有利於市場接受和推廣

訴訟財產保全責任險在中國大陸保險領域還是一片「藍海」，市場新、潛力大、專業程度高，各家保險公司積極創新和拓展，呈現如下特點：保險機構資本雄厚，承保和償付能力有保障；保險條款通俗易懂，責任明確；保險費率合理定價，報行一致；風險審核嚴格，資料標準細化，投保流程簡便，理賠服務優質。作為一種責任保險，訴訟財產保全責任險的開發兼具社會管理功能，旨在為申請人提供保全擔保之便利，維護法律秩序公平，因此，在訴訟財產保全責任保險試點期間，若當事人需求強烈、接受程度較高，則易於市場推廣。例如，在上海市律師協會浦東工委組織的業務培訓中，參會的律師對該保險表現出濃厚的興趣。

（三）訴訟財產保全責任保險的操作實務

1、風險分析和控制

在前期審查階段，首先要審查企業營業執照、起訴狀及相關的證據材料或能夠證明申請人對被申請人享有債權的其他文書材料、訴訟保全申請書、律師出具的法律意見書和被申請人營業執照等基本資料。如果是法院已經受理的案件，還需對法院受理案件的通知書、開庭通知及其他訴訟文書進行審查，重點在於查明：

（1）是否存在訴訟爭議，且爭議的解決是否具有財產給付之內容；

（2）是否具備訴訟保全的理由，如不立即采取財產保全措施將有可能使利害關係人的合法權益遭受難以彌補的損害；

（3）申請人是否具備原告的主體資格；

（4）訴訟請求是否適當以及證據材料是否確實、充分；

（5）被申請人是否為合適的被告，以及申請保全的財產權屬是否明確；

（6）申請人的資產狀況、生產經營狀況以及履約信用等情況。

2、投保流程及資料

當事人向保險公司申請→業務受理→業務調查審核→申請人繳納保費→保險公司出具保險單和保函→保單交給客戶，保函交法院。

訴訟財產保全責任保險投保資料包括：

（1）起訴狀、仲裁申請書；

（2）訴訟保全申請書；

（3）原、被告的身份證明；

（4）法人身份證複印件；

（5）證明原被告法律關係存在的證據；

（6）證明被告違約或侵權事實的證據；

（7）證明申請人訴訟請求及訴訟保全金額計算依據的證據；

（8）財產保全標的物明細清單；

（9）財產保全標的物權屬證明；

（10）上年度財務報表；

（11）調查問卷填寫。

（四）訴訟財產保全責任保險的發展現狀

在很多西方國家，訴訟保險制度已經成為一種相當規範化、體係化的制度，能夠充分保障當事人的訴訟權，實現接近正義的客觀需要，有助於緩解政府實施法律援助的壓力。在國內，隨著中國大陸保險市場的逐步放開和保險法律規範的出臺，為訴訟財產保全責任保險提供了土壤和發展的可能，尤其是“新國十條”為責任保險的發展提供了契機。

自 2012 年開始，雲南、深圳、福建等地法院先行試點，各方反響較好，天津、上海、北京、浙江等地紛紛效仿。

2012 年，雲南省保監局同意誠泰保險在雲南試點兩年財產保全責任險；

2014 年，上海浦東新區法院受理首起以保險公司作為擔保的股權轉讓糾紛案，保全標的為 6000 萬元銀行存款；

2015 年 7 月，北京市高級人民法院在其審理的一起借款合同糾紛案件中做出民事裁定：接受平安保險出具的保單保函，進而支持原告的財產保全申請……

雖然《財產保全規定》並未將申請人向保險公司投保的訴訟財產保全責任保險明確納入擔保形式，但各地的基層法院已大膽嚐試，並積累了許多成功的案例。

近年來，各家保險公司已認識到訴訟財產保全責任保險這片「藍海」商機無限、潛力巨大，列入公司重點拓展業務領域。誠泰、平安、人保、安信、太平、陽光等多家保險公司已向中國保監會報備該類產品，群雄逐鹿，搶灘布局，業務開展的主要形式是與當地的法院或律師事務所進行合作。以平安保險為例，自 2014 年 7 月開辦此險種以來，目前已與全國 330 個法院建立合作，擔保金額約 100 億元，單筆最大擔保金額為 9 億元。

訴訟保全引入保險擔保機制，能否得到受訴法院的認可與支持至關重要。筆者欣喜地看到部分地區法院明確表態要全力滿足當事人在新形勢下便民便利的新期待，對符合條件的訴訟風險有序引入訴訟財產保全責任保險並加以規範使其成為法院的全新擔保形式，為申請人保全擔保拓寬渠道。如《天津市高級人民法院關於進一步規範保全擔保工作的通知》（津高法 [2015]1 號）規定：「保全擔保形式有實物、現金、權利憑證擔保、銀行、經保監會批準備案的保險公司等有代償能力的法人、其他組織或者自然人提供的擔保等，以上擔保形式可以單獨適用，也可組合適用。」又如《浙江省高院關於同意中國人民財產保險股份有限公司浙江省分公司、中國平安財產保險股份有限公司浙江分公司試行訴訟財產保全責任保險擔保的通知》（浙高法辦 [2015]50 號）。

當然訴訟財產保全責任保險作為一種新興的財產保全擔保方式，其專業性、創新性、社會性既賦予了它強大的生命力，也決定了它在司法實踐中的漫漫征途。一些地區的法院對於沒有得到最高法院明文規定的保險擔保方式持似是而非或觀望的態度，甚至有法官持否定的態度，由此也造成了訴訟財產保全責任保險目前在司法適用中得不到廣泛應用的現狀，但這更加需要各界以包容、開放和

創新的態度予以應對和解決。訴訟財產保全保險機制在很多方面仍有待完善，如適用範圍、制度建設和政策宣導方面等。

在訴訟財產保全中引入責任保險擔保機制既是國際慣例，也在國內取得了豐富的實踐經驗，不但能更好地發揮保險公司專業風險管理的作用和輔助社會管理的功能，而且為解決案件糾紛、保障當事人合法權益、破解案件執行難題提供了利器。在當前司法改革和創新的背景下，未來有著廣闊的發展空間。

第六章　創業者與創投公司簽訂融資合作合同應注意事項

創業者一般不缺點子不缺創意，但往往缺資金、缺經驗，而創投公司卻不缺資金可是欠缺好的投資項目，兩者互補是很好的組合，可是創業者在與創投公司簽訂合作合同引入創投資金時，對於合同中幾個特別條款（一般會稱為「對賭條款」，關於對賭條款或稱為「對賭協定」的具體內容，請參考後附的補充資料）還是要有基本的認知。其實按照一般創投行業如 PE 或者 VC 基金的運作方式，其實他們投資一個企業，最看重的是投資回報的問題，也就是現金出去時間到了必須現金回來，所以他們在合同中基本上是需要設計出一個順利退出的通道條款，這與創業者想要長期經營公司的心態是完全不同的。正是基於退出的考量，引入創投資金的合同中大概會有三個必備且重要的條款：股份回購條款、領售權（或稱為：強制隨售權）條款、清算優先權條款。

1、股份回購條款：因為優先股是以財務投資為目的，因此在合同中一般會設定一個退出時間，如投資 3 年或 5 年內公司可以 IPO，這時優先股即可順利退出並獲得預期回報。但如果無法在預期的時間內上市，依據合同條款約定如果大多數優先股股東同意，公司應該從第 5 年開始分 3 年回購已經發行在外的優先股，回購價格等於原始發行價格加上已宣佈但尚未支付的紅利。當然，合同約定股份回購的觸發方式，也可以不是由優先股股東投票表決，而是由條款約定具體的某一時間觸發，例如 4 年或者 5 年之內企業未能實現 IPO，也可以觸發股份回購條款。

按照過去處理過的案例，提供一般條款模式供讀者參考：

「（優先股的贖回權）優先股有權要求公司在某年月日後贖回部分或全部的優先股。在贖回時，被贖回的優先股可以轉化成 12 個月的應付債務或簽訂一個公司與要求贖回的優先股雙方同意的時間表。贖回金額應該是優先股購買價格加上償還期 25% 的年息，如每年每股獲利未分配或僅部分分配，而累計獲利率高於每年 25% 以上時，則以此獲利率為計算基礎。」

2、領售權（或稱為：強制隨售權）條款：領售就是領銜出售也叫強制隨售權，因為優先股是財務投資人，一般不會佔有公司過半的股權，正常情況下不具體經營公司，但是如果有其他投資人想要以優先股認為合適的價格購買公司時，優先股就必須有相應條款取得最終決定權，才能夠順利退出。也就是因為這個條款一旦觸發的話，會強制創始人股東即普通股股東隨優先股一起出賣股份。這個條款一般是這樣約定的，如果多數優先股股東同意出售或者清算公司，剩餘的優先股股東及普通股股東應該同意此交易，並以同樣的價格和條件出售他們的股份。領售權條款約定的效果，意味公司出售與否的決定權並不按照一般人理解是依據持股多少來投票，而是依據合同約定的條款內容來執行的。

3、清算優先權條款。因為優先股是財務投資人，一般不會經營公司，所以公司經營的成敗，優先股是不需要承擔責任，因此如果公司引起了清算事件，優先股股東有權優先於普通股股東獲得原先購買價格若干倍的回收，不會產生任何損失，即使公司有任何損失均由普通股承擔。這裡所謂清算不單只是一般所理解的企業資不抵債無法經營下去的破產清算，如果說公司因為合併、被收購，或者出售控股權從而導致公司現有的股東在存續公司的股權比例低於 50%，一般同樣也被視作清算事件，引發該條款的適

用。

按照過去處理過的案例，提供一般條款模式供讀者參考：「（清算優先權）在公司被清算的情況下，優先股應該被給付相當於優先股每股 1.2 倍的購買價，加上公司已記帳但未付的股息。優先股的欠款和股息需在其他所有股東之前被給付。且在公司資產付完其他股東的欠款和已記帳但未付的股息之後，如還有剩餘，優先股有權在轉換成普通股的基礎上和其他股東共同參與分配。出現公司資產全部或大部分被出售，或確定將被併購，此時上述的清算優先權將被適用。」

以上這些條款都是創投公司為保障自身利益及退出機制而設計的，往往創業者與創投公司在融資的談判過程中，因為雙方的角色處於一個不平等的立場，資金方一般較為強勢，創業者急於取得資金以便公司發展，都會草率簽下合同，當公司運作不如預期時，創投公司行使上述條款內容時，對創業者就是極大傷害了，因此與創投公司簽訂融資合作合同，不可不慎。

中國大陸正在大力推動「大眾創業、萬眾創新」，並且以創業帶動就業，把創業和就業結合起來，是從中央到地方的一貫政策，如果臺灣青年要到中國大陸發展，切記要考慮可能面臨的風險並強化自己的競爭力，才能面對激烈的競爭。

第七章　結語

為協助臺商及臺灣青年在中國大陸簽訂合同時了解中國大陸合同相關法規及合同內容，並注意簽訂合同應注意事項，本手冊除分列六章分別說明臺商常見的合同糾紛類型（包括臺商在中國大陸投資風險與糾紛概述、中國大陸合同法的立法、特徵及合同種類、臺商常見的合同糾紛類型）、臺商簽約時應注意的條款（包括中國大陸合同示範文本簡介、臺商簽訂合同時應注意事項、臺商簽訂合同應注意條款分析）、中國大陸最高人民法院司法解釋在法院審理合同糾紛時的效力（包括司法解釋的發展歷程、司法解釋的法律地位、合同法司法解釋（一）、（二）及買賣合同司法解釋的理解與法院審理時的適用）、律師在簽訂合同時能提供的幫助（包括概述、合同管理流程、買賣合同條款分析）、青創公司企業硬體設施、優惠條件等如何藉由簽訂合同獲得保障（包括如何藉由簽訂合同獲得保障、臺商如何確保債權與追償債務、中國大陸關於財產保全責任保險的最新規定與實務操作），創業者與創投公司簽訂融資合作合同應注意事項。此外，為了解決簽訂合同經常發生的糾紛，特別整理 25 個 Q&A 作為附錄一，將中國大陸青年創業相關法規作為附錄二，將孵化器入駐合同、科技企業孵化器入孵合同、〇〇眾創空間合作協議、創業扶持公益資助協議書、創業孵化服務協議書、〇〇高新技術產業開發區企業孵化協議書列為附錄三至附錄八，並將中國大陸青年創業相關參考資訊（包括對賭協議或稱對賭條款的含義、類型及中國大陸法院判決），均列為附錄九之參考資訊，期能對於臺商及臺灣青年在中國大陸創業簽訂合同時有所幫助。

附錄

一、Q&A

Q1：中國大陸合同法之立法概況與特徵為何？

A：（一）中國大陸合同法之立法概況

中國大陸在 1999 年 3 月 15 日第九屆全國人大第二次全體會議上通過《合同法》，這是整合了之前《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》及《技術合同法》三個合同法為基礎，以《民法通則》為指導，並移植和借鑒外國立法而成的產物，共 23 章 428 條，包括總則八章，即一般規定、合同的訂立、合同的效力、合同的履行、合同的變更和轉讓、合同的權利義務終止、違約責任、其他規定；分則十五章，即買賣合同、供用電、水、氣、熱力合同、贈與合同、借款合同、租賃合同、融資租賃合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同；及附則 1 條。與以往所有的合同法不同。首先，它第一次確認了合同自由原則，並以此為基點構建起整個合同法律制度；第二，《合同法》對有名合同做了較為具體的規定；第三，《合同法》充分的反應了社會主義市場經濟體制的要求，它不僅體現了商品經濟的合同觀念，而且以自由為根本取向構成整個合同法律制度。《合同法》的頒行，標誌著中國大陸合同立法實現了從計畫型的合同價值規範體系到建立了市場經濟體制的自由型的合同價值；第四，《合同法》為制定民法典奠定了基礎，它規定了一部分相當於債法總則的內容，在此基礎上增訂無因管理和不當得利等制度就可成為日後民法典的債編。

（二）中國大陸的合同法的規定，大致歸納有以下四種特徵：

1、合同是平等主體之間的民事法律關係。合同當事人的法律地位平等，也沒有高低或從屬之分，不存在命令者與被命令者，管理者與被管理者的區別。亦即不論所有制性質、也不問單位大小與經濟實力的強弱等地位，都不可以將自己的意志強加給另一方。

2、合同是多方當事人的法律行為。合同的主體必須有兩個或兩個以上，合同的成立是各方當事人意思表示一致的結果。

3、合同是從法律上明確當事人之間特定權利與義務關係的協議。合同在當事人之間設立、變更、終止民事權利義務關係，以實現當事人的特定經濟目的。

4、合同是具有相應法律效力的協議，合同依法成立生效之後對當事人就具有法律上的拘束力。具體而言，合同只在一般特定的當事人間發生效力，亦即所謂「契約相對性」原則，與物權的絕對性原則不同。

Q2：中國大陸合同法規定了哪 15 種有名合同？

A：中國大陸合同法規定的有名合同有下列 15 種：

（一）買賣合同

買賣合同，是出賣人轉移標的物的所有權於買受人，買受人支付價款的合同。買賣合同的內容除依照合同法第 12 條的規定事項以外，還可以包括包裝方式、檢驗標準和方法、結算方式、合同使用的文字及其效力等條款。

（二）供用電、水、氣、熱力合同

供用電合同是供電人向用電人供電，用電人支付電費的合同。供用電合同的內容包括供電的方式、質量、時間，用電容量、地址、性質，計量方式，電價、電費的結算方式，供用電設施的維護責任等條款。

（三）贈與合同

贈與合同是贈與人將自己的財產無償給予受贈人，受贈人表示接受贈與的合同。贈與人在贈與財產的權利轉移之前可以撤銷贈與；具有救災、扶貧等社會公益、道德義務性質的贈與合同或者經過公證的贈與合同，不適用前項規定。

（四）借款合同

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。借款合同採用書面形式，但自然人之間借款另有約定的除外。借款合同的內容包括借款種類、幣種、用途、數額、利率、期限和還款方式等條款。立借款合同，貸款人可以要求借款人提供擔保。擔保依照《中華人民共和國擔保法》的規定。

（五）租賃合同

租賃合同是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。租賃合同的內容包括租賃物的名稱、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。租賃期限不得超過二十年。超過二十年的，超過部分無效。

（六）融資租賃合同

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。融資租賃合同的內容包括租賃物名稱、數量、規格、技術性能、檢驗方法、租賃期限、租金構成及其支付期限和方

式、幣種、租賃期間屆滿租賃物的歸屬等條款。

（七）承攬合同

承攬合同是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。承攬包括加工、定作、修理、複制、測試、檢驗等工作。承攬合同是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。

（八）建設工程合同

建設工程合同是承包人進行工程建設，發包人支付價款的合同。建設工程合同包括工程勘察、設計、施工合同。建設工程合同應當採用書面形式。

（九）運輸合同

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。從事公共運輸的承運人不得拒絕旅客、託運人通常、合理的運輸要求。承運人應當在約定期間或者合理期間內將旅客、貨物安全運輸到約定地點。

（十）技術合同

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之間權利和義務的合同。訂立技術合同，應當有利於科學技術的進步，加速科學技術成果的轉化、應用和推廣。

（十一）保管合同

保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，並返還該物的合同。寄存人應當按照約定向保管人支付保管費。當事人對保管費沒有約定或者約定不明確，依照合同法第 61 條的規定仍不能確定的，保管是無償的。保管合同自保管物交付時成立，

但當事人另有約定的除外。

（十二）倉儲合同

倉儲合同是保管人儲存存貨人交付的倉儲物，存貨人支付倉儲費的合同。倉儲合同自成立時生效。

（十三）委託合同

委託合同是委託人和受託人約定，由受託人處理委託人事務的合同。委託人可以特別委託受託人處理一項或者數項事務，也可以概括委託受託人處理一切事務。

（十四）行紀合同

行紀合同是行紀人以自己的名義為委託人從事貿易活動，委託人支付報酬的合同。行紀人處理委託事務支出的費用，由行紀人負擔，但當事人另有約定的除外。

（十五）居間合同

居間合同是居間人向委託人報告訂立合同的機會或者提供訂立合同的媒介服務，委託人支付報酬的合同。居間人應當就有關訂立合同的事項向委託人如實報告。

Q3：臺商常見的商務合同糾紛類型有哪些？

A：臺商主要會遇到的商務合同糾紛有下列五種：

（一）買賣合同糾紛

買賣合同發生糾紛時，被告所在地的人民法院具有管轄權，但是如果買賣雙方分別在兩個地區選擇對方所在地為起訴地的話，恐怕會增加極大的訴訟成本。因此，當事人在簽定書面買賣合同時應訂立約定管轄的條款，直接選擇與合同有關聯的某一個法院作為管轄法院。

（二）借款合同糾紛

借款合同可以分成民間借款合同和金融機構貸款合同兩大類。民間借款合同常因有無交付借款而發生糾紛，另外沒有約定利息而產生利率的糾紛，此外還有名為借款實為買賣的糾紛；至於金融機構貸款合同，常因無法如期繳納貸款本息，或者抵押擔保物不足，而遭銀行追索產生糾紛。

（三）購房合同糾紛

房地產開發企業進行商品房預售必須取得「五證」，即《國有土地使用權證》、《建設工程規劃許可證》、《建設用地規劃許可證》、《建設工程開工許可證》與《商品房預售許可證》，五證不齊全的商品房交易，經常會發生購屋糾紛。

（四）租賃合同糾紛

租賃合同是雙務有償合同，租賃期限超過半年的必須訂立書面合同，租賃期限不得超過二十年。因為租賃合同違反上述規定而造成糾紛，或者房東在租期未屆滿前任意提高租金，造成臺商經營成本提高，也會經常發生此類租屋糾紛。

（五）委託合同糾紛

委託合同是委託人和受託人約定，由受託人處理委託人事務的合同。委託人可以特別委託受託人處理一項或者數項事務，也可以概括委託受託人處理一切事務。因為受託人沒有遵照委託人的指示，或者受託人超出委託人的授權範圍而處理事務，經常也會發生糾紛。

Q4：臺商簽訂一般合同時，應注意哪些事項？

A：一份合法有效的合同可以確定交易存在，而一份規劃妥當的合同則可以避免交易風險。為保障臺商的投資權益，預防糾紛的發生，簽訂一般合同應注意下列事項：

（一）一般合同的條款通常包括當事人的名稱或姓名和住所；標的；數量；品質；價款或報酬；履行期限、地點和方式；違約責任;解決爭議的方法。在撰擬合同時，用詞要準確，避免含糊不清；雙方分工應約定清楚，責任明確，同時注意雙方約定的合同義務是否有實現的可能性。

（二）履行合同難免會產生爭議，解決爭議的方法通常有四種：爭端雙方友好「協商」、第三人出面「調解」雙方爭端、訴訟及仲裁。約定仲裁條款時，常見的錯誤是合同約定發生爭議時「可以向仲裁機構申請仲裁，也可以向法院起訴」。這種約定原則上是無效的。只有在一方向仲裁機構申請仲裁，另一方未在仲裁庭首次開庭前提出異議時，始例外的有效。另一種常見錯誤是「未約定仲裁機構」，這種情形可以由當事人以補充協議補正。若雙方達不成補充協議的，則仲裁協議無效。臺商在約定爭議解決方法時，應注意避免上開常見錯誤情形。

Q5：臺商簽訂合同時應審查對方當事人的哪些情況？

A：為防範簽訂合同時的法律風險，臺商應審查合同主體內容如下：

（一）審查對方當事人的情況

若對方當事人為自然人，審查主要針對當事人是否具有完全民事行為能力。若對方當事人為法人，包括企業單位、事業

單位、機關、社團等，需要審查其《企業法人營業執照》。若對方當事人為其他組織，如獨資企業、合夥人、企業分支機搆等，無獨立法人資格，要審查其《營業執照》，對於分支機搆還需要審查其總公司的相關情況。

（二）調查合同主體履約能力

合同利益的實現，不僅需要合同主體合法性的客觀可行，而且需要合同當事人履約能力的配合。該履約能力與當事人簽約資格之間具有主觀性的模糊分離，因此審查對方的合同履約能力同樣重要，如資信情況、商業信譽、歷史履約情況等。

一般來說，對當事人履約能力狀況調查應包括以下內容：

1、對方的情況，首先要從總的經濟活動來瞭解對方的經營狀況：①企業的性質：分佈在哪個行業，所處的經濟時期。②企業的產品處在市場的哪個階段，產品是處於初期階段，成熟階段，還是衰退階段。③企業所在的地區是否交易方面的傳統。④企業的人員構成、營業額，人員構成指人員的組織結構比例；營業額指成本與利潤的比例，由此可初步瞭解該企業的營銷及管理能力。

2、註冊資本和淨資產，它是合同當事人為有限責任公司對外承擔責任的財產基礎。這裏需要強調的是，目前公司註冊資本與公司實際的經濟能力之間缺乏必要的聯繫，不能單純依此作為判斷標準。

3、法定地址，它是合同當事人經營活動的中心，有無法定地址往往能反映當事人其他方面的情況，而能為其他方面的調查工作提供線索。而且一旦發生糾紛，法定地址也是送達法律文件的確定標準。

4、公司帳號，是保障企業在發生糾紛時，確定對方資產的最有效的途徑。

Q6：臺商簽訂合同時，對於簽約人資格及標的物內容應注意哪些事項？

A：臺商簽訂合同時，對於簽約人資格及標的物內容應注意事項如下：

（一）簽約人資格方面

合同主體即民事主體，是指在民事法律關係中獨立享有民事權利和承擔民事義務的人。交易主體包括自然人、法人和其他組織。合同主體與簽約主體是兩個不同的概念，前者是實際承擔權利義務的民事主體，而後者是實際簽署合同的人，可能是代理人或者代表人。

中國大陸《合同法》規定，合同經法定代表人簽字或加蓋單位公章生效。因此，這類人員簽訂合同無需另外授權，並且其超越許可權訂立的合同，除相對人知道或應當知道的外，該合同是有效的。但並不能因為是法定代表人簽訂合同就可以掉以輕心，應要求其出示身分證件，與《營業執照》上的姓名相核對。當簽約人為委託代理人時，應審查是否有授權委託書或單位介紹信，審查時注意授權是否清楚，許可權的範圍及是否已失效。

（二）標的物內容方面

標的物涉及交易的不動產或動產，一般包含數量、質量、價款或者報酬，這些條件當事人都要約定清楚，如果沒有約定清楚的，依照中國大陸合同法第 61 條、第 62 條及 63 條規定處理：

1、中國大陸合同法第 61 條：「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。」

2、中國大陸合同法第 62 條：「當事人就有關合同內容約定不明確，依照本法第 61 條的規定仍不能確定的，適用下列規定： 1、質量要求不明確的，按照國家標準、行業標準履行；沒有國家標準、行業標準的，按照通常標準或者符合合同目的的特定標準履行。2、價款或者報酬不明確的，按照訂立合同時履行地的市場價格履行；依法應當執行政府定價或者政府指導價的，按照規定履行。3、履行地點不明確，給付貨幣的，在接受貨幣一方所在地履行；交付不動產的，在不動產所在地履行；其他標的，在履行義務一方所在地履行。4、履行期限不明確的，債務人可以隨時履行，債權人也可以隨時要求履行，但應當給對方必要的準備時間。5、履行方式不明確的，按照有利於實現合同目的的方式履行。6、履行費用的負擔不明確的，由履行義務一方負擔。」

3、中國大陸合同法第 63 條：「執行政府定價或者政府指導價的，在合同約定的交付期限內政府價格調整時，按照交付時的價格計價。逾期交付標的物的，遇價格上漲時，按照原價格執行；價格下降時，按照新價格執行。逾期提取標的物或者逾期付款的，遇價格上漲時，按照新價格執行；價格下降時，按照原價格執行。」

Q7：臺商簽訂合同如何才能發生效力？

A：中國大陸合同法第 44 條規定：「依法成立的合同，自成立時生效。法律、行政法規規定應當辦理批准、登記等手續生效的，依照其規定。」因此，合同要發生效力，應該符合上述法律的規定；合同生效後，所訂立的條款對當事人各方具有法律約束力，並受國家法律強制力保護的合同。從而，依法成立的合同，自成立時生效；法律、行政法規規定應當辦理批准登記等手續的，必須辦理完有關手續合同才能生效。

此外，中國大陸合同法第 45 條規定，合同是否發生效力，可以附條件或附期限的約定為之，詳言之：

（一）當事人對合同的效力可以約定附條件；附加「生效條件」的合同，自條件成就時生效。附「解除條件」的合同，自條件成就時失效。當事人為自己的利益不正當地阻止條件成就的，視為條件已成就，不正當地提出條件成就的，視為條件不成就。

（二）當事人對合同的效力可以約定附期限。附加「生效期限」的合同，自期限屆止時生效。附加「終止期限」的合同，自期限屆滿時失效。

Q8：臺商訂定合同時，應該如何約定違約金條款？

A：依照中國大陸合同法第 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。此外，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。

合同當事人訂定合同時，如果當事人既約定違約金，又約定定金的，依照中國大陸合同法第 116 條規定，一方違約時，對方可以選擇適用違約金或者定金條款。

Q9：臺商簽訂合同時，如何解除合同？

A：合同的解除形式分為法定解除、協議解除和約定解除，其情形分別如下：

（一）法定解除：是由於在合同尚未履行完畢前，發生了法律所規定的事由，當事人依法行使解除權以解除合同。中國大陸合同法第 94 條規定，有下列情形之一的，當事人可以解除合同：

1、因不可抗力致使不能實現合同目的；

2、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；

3、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；

4、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；

5、法律規定的其他情形。

（二）協定解除：是當事人在簽訂合同後尚未完全履行完畢之前，雙方當事人於事後就合同的解除達成了一致的合意以解除合同。此觀中國大陸《合同法》第 93 條第 1 項規定「當事人協商一致，可以解除合同」即明。

（三）約定解除：是當事人事先在合同中就解除合同的條件與情況做出約定，在合同尚未履行完畢之前，一旦出現合同所約定的事由或情況，當事人可以通過行使解除權來解除合同。此即中國大陸《合同法》第 93 條第 2 項規定「當事人可以約定一方解除合同的條件。解除合同的條件成就時，解除權人可以解除合同」。

Q10：臺商在中國大陸簽訂「國有土地使用權轉讓合同」時，應注意哪些事項？

A：依照中國大陸《城市房地產管理法》以及《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》的規定，中國大陸的國有土地使用權之取得有兩種方式：一為「出讓」，二為「劃撥」，兩種土地使用權轉讓之條件不同。因此，受讓人簽訂土地使用權轉讓合同，應事先對土地使用權的整體情況進行調查了解，例如：（一）土市使用權取得之方式；（二）土地使用權出讓金繳納之情況；（三）房地產建設是否符合出讓合同約定之期限及條件；（四）投資開發之狀況；（五）是否具備權屬證書；（六）共有人是否已書面同意；（七）土地上是否附有負擔；（八）土地使用剩餘年限。

另外，值得注意的是，因為經常發生「一地多賣」的情形，縱使有數份合同，仍均有效。但土地使用權如何歸屬，則按下列順序決定之：（一）已辦理土地使用權變更登記手續之受讓方；（二）已先行合法占有投資開發土地的受讓方；（三）先行交付土地轉讓款的受讓方；（四）依法成立在先的合同受讓方。至於未能取得土地使用權的受讓方，請求解除合同、損害賠償的，即按照合同法之相關規定辦理。

Q11：臺商在中國大陸簽訂「租賃合同」時，應注意哪些事項？

A：依照中國大陸《城市房地產管理法》、《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》，以及《城市房屋租賃管理辦法》等規定，臺商在中國大陸簽訂合同時應注意事項如下：（一）房屋租賃應簽訂書面租賃合同；（二）應向房屋管理部門登記備案；（三）經人民政府房地產管理部門審查合格後，會頒發「房屋租賃證」；（四）《商品房屋租賃管理辦法》第 7 條規定，租賃合同應當具備以下條款如下：1、房屋租賃當事人的姓名（名稱）和住所；2、房屋的坐落、面積、結構、附屬設施、傢俱和家電等室內設施狀況；3、租金和押金數額、支付方式；4、租賃用途和房屋使用要求；5、房屋和室內設施的安全性能；6、租賃期限；7、房屋維修責任；8、物業服務、水、電、燃氣等相關費用的繳納；9、爭議解決辦法和違約責任；10、其他約定。

此外，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，並應注意哪些土地及房屋是不得出租，例如：1、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，土地使用權不得出租；2、未依法取得房屋所有權證的；3、司法機關和行政機關依法裁定，決定查封或者以其他形式限制房地產權利的；4、共有房屋未取得共有人同意的；5、權屬有爭議的；6、屬於違法建築的；7、不符合安全標準的；8、已抵押，未經抵押權人同意的；9、不符合公安、環保、衛生等主管部門有關規定的；10、有關法律、法規規定禁止出租的其他情形。

Q12：臺商在中國大陸簽訂簽訂「中外合資企業合同」時，應注意哪些事項？

A：根據中國大陸《中外合資經營企業法實施條例》以及《中外合資經營企業合營期限暫行規定》，臺商在中國大陸簽訂簽訂「中外合資企業合同」時，應注意下列事項：

（一）合資合同應包括下列主要內容如下；

1、各方名稱、法定地址、宗旨、經營範圍和規模；

2、合營企業名稱、法定地址、宗旨、經營範圍和規模；

3、合營企業的投資總額，註冊資本，合營各方的出資額、出資比例、出資方式、出資繳付期限以及出資額欠繳、股權轉讓的規定；

4、合營各方利潤分配與虧損分擔的比例；

5、合營企業董事會的組成、董事名額的分配以及總經理、副總經理及其他高級管理人員的職責、權限和聘用辦法；

6、採用的主要生產設備、生產技術及其來源；

7、原材料購買和產品銷售方式；

8、財務、會計、審計的處理原則；

9、有關勞動管理、工資、福利、勞動保險等事項的規定；

10、合營企業期限、解散及清算程序；

11、違反合同的責任；

12、解決合營各方之間爭議的方式和程序；

13、合同本文採用的文字和合同生效的條件。

（二）合資合同中雖不一定要約定合營期限，但下列行業必須約定合營期限；

1、服務性行業的，如飯店、公寓、寫字樓、娛樂、飲食、出租汽車、採擴洗像、維修、諮詢等；

2、從事土地開發及經營房地產的；

3、從事資源勘查開發的；

4、國家規定限制投資項目的；

5、國家其他法律、法規規定需要約定合營期限的。

（三）下列為合營企業解散之事由；

1、合營期限屆滿；

2、企業發生嚴重虧損，無力繼續經營；

3、合營一方不履行合營企業協議、合同、章程規定；

4、因自然災害、戰爭等不可抗力遭受嚴重損失無法繼續經營；

5、合營企業未達到經營目的，同時又無發展前途；

6、合營企業合同、章程所規定的其他解散原因已經出現。

前述第 2、4、5、6 款情況發生時，由董事會提出解散申請書，報審批機關批准；第 3 款情況發生由履行合同之一方提出申請，報審批機關批准。

Q13：司法解釋的效力是怎樣的？

A： 依據《中華人民共和國憲法》及《中華人民共和國立法法》的相關規定，全國人民代表大會常務委員會有行使解釋法律的職權。另依據《全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議》、《人民法院組織法》以及《最高人民法院關於司法解釋工作的若干規定》的規定，人民法院在審判工作中具

體應用法律的問題，由最高人民法院作出司法解釋，這是司法解釋的由來。而根據司法實踐的需要，沒有法律、法令為依據的、具有「立法性質」的司法解釋，如符合習慣法的內、外部條件的，則形成中國大陸以司法解釋為形式的「習慣法」，具有法律效力；其他沒有法律、法令為依據且不符合習慣法形成條件的司法解釋，應視為司法政策，僅在一定時期內指導法院的司法活動，而其效力也有所不同。

Q14：合同簽訂後，符合哪些條件才可以適用情勢變更原則？並請舉例說明。

A：情勢變更原則的適用必須符合以下幾項條件：（1）應有情勢變更的事實，也就是合同賴以存在的客觀情況確實發生變化。這裡應嚴格把握對「情勢」、「變更」等概念的理解。（2）情勢變更，須為當事人所不能預見的。如果當事人在訂立合同時能夠預見到相關的情勢變更，即表明其知道相關情勢變更所產生的風險，並甘願承擔，在這種情況下情勢變更原則就並不適用。（3）情勢變更必須不可歸責於雙方當事人，也就是由除不可抗力以外的其他意外事故所引起。如果可歸責於當事人，則應由其承擔風險或違約責任，而不適用情勢變更原則。（4）情勢變更的事實發生於合同成立之後，履行完畢之前。這是一個重要的時間要件。如果在訂立合同時就已經發生情勢變更，就表明相關當事人已經認識到合同的基礎發生了變化，且對這個變化自願承擔風險。（5）還有一個很重要的條件，情勢發生變更後，如繼續維持合同效力，則會對當事人顯失公平。根據最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的

意見（試行）》第 72 條的規定，一方當事人利用優勢或者利用對方沒有經驗，致使雙方的權利與義務明顯違反公平、等價有償原則的，可以認定為顯失公平。只要達到由於情勢變更的事實發生，致使合同雙方的權利義務明顯違反公平、等價有償原則的，可以認定顯失公平。

關於情勢變更適用的例子，最高人民法院 1992 年的一個函即是對顯失公平最好的詮釋。此函是針對一個購銷煤氣表的合同糾紛。最高人民法院在函當中認為，在合同履行過程中，由於發生了當事人之間無法預見和防止的情勢變更，即生產煤氣表散件的主要原材料鋁錠原來是每噸 4400 至 4600 元，後來國家一下上調到每噸 16000 元。在這種情況下要求按原來的合同履行，對供方顯失公平，對於對方由此而產生的糾紛，可依照《中華人民共和國經濟合同法》（注：現已廢止）第 27 條第 1 款第 4 項的規定，根據本案實際情況，酌情予以公平合理地解決。這是用判例的形式確立了情勢變更原則。有學者認為顯失公平應按照理性人的看法加以判斷，包括履行特別困難、債權人受領嚴重不足、履行對債權人無利益。

Q15：買賣合同應包含哪些條款？

A：買賣合同條款應包括哪些內容？依據《合同法》第 12 條及第 131 條的規定，應有如下內容：買賣雙方的名稱或者姓名和住所；標的物名稱、規格、型號、生產廠商、產地、數量及價款品質要求；貨物品質；包裝方式；交貨時間、地點、方式；結算方式；買賣合同中買方的義務還有按照約定的數額、地點、時間支付價款等，賣方的義務還有按照合同約定或者交易習慣交付相關

單證和資料；違約責任；合同使用的文字及其效力；解決爭議的方法。當然特殊標的物的買賣合同，應該隨著標的物的特性，增加相應條款來約定買賣雙方的權利義務。

Q16：臺商企業如何做好合同管理流程？

A：臺商老闆多認為，合同條款在大家有共識的情況下，由律師整理一下就可以，在簽訂合同的過程中將律師角色定位為「秘書」或者是「代書」，如果能多參考律師的專業意見，就能降低隱藏的投資風險。以下藉由會計行業的資料，說明簽署合同時可能產生的法律風險，以會計師的角度來看可能比較具有客觀性。財政部會計司發布《企業內部控制應用指引第 16 號—合同管理》，為了促進企業加強合同管理，維護企業合法權益，根據《中華人民共和國合同法》等有關法律法規和《企業內部控制基本規範》，制定本指引。本指引所稱合同，是指企業與自然人、法人及其他組織等平等主體之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。企業與職工簽訂的勞動合同，不適用本指引。企業合同管理至少應當關注下列風險，否則可能損害企業利益、信譽和形象：（一）未訂立合同；（二）未經授權對外訂立合同；（三）合同對方主體資格未達要求；（四）合同內容存在重大疏漏和欺詐，可能導致企業合法權益受到侵害；（五）合同未全面履行或監控不當，可能導致企業訴訟失敗、經濟利益受損；（六）合同糾紛處理不當。此外，企業應當加強合同管理，確定合同歸口管理部門，明確合同擬定、審批、執行等環節的程式和要求，定期檢查和評價合同管理中的薄弱環節，採取相應控制措施，促進合同有效履行，切實維護企業的合法權益。律

師畢竟接觸的法律糾紛較多，協助當事人簽訂的合同經驗也較多，應該可以說明當事人避免合同內容存在重大的疏漏，所簽訂的合同漏洞較少，日後一旦發生爭議，至少可以依據相應條款來解決彼此的糾紛。

Q17：臺商因履行合同而發生糾紛時，選擇訴訟或仲裁，其程序有何不同？

A：關於訴訟與仲裁有其各自的特點，其程序不同之處如下：

（一）兩者的性質不同。訴訟審判是國家司法權的體現；仲裁則是帶有民間性的居中裁決，是私權處分權的授予。

（二）受案範圍不同。訴訟對一切因私權發生的糾紛均可受理；仲裁只能受理當事人有處分權的私權的爭議。

（三）受案的方式不同。訴訟只要一方當事人起訴合法就受理；仲裁必須有雙方當事人事前或事後達成的仲裁協定才能受理。

（四）案件的管轄不同。訴訟有地域、級別和專屬的強制性管轄；仲裁無級別和地域、專屬的限制，實施協議管轄。

（五）審級制度不同。訴訟實行四級二審終審、一般兩審終審，還可以申請再審；仲裁實行一裁終結。

（六）在審限上，仲裁的審限是 4 個月（簡易程式 2 個月），從仲裁庭組成之日起計算；一審訴訟的審限為 6 個月，二審訴訟的審限為 3 個月，均從立案之日起計算。

（七）仲裁員和法官來源、形成不同。訴訟實行法官專職化，由人大任命，實行任命制；仲裁員實行兼職，由各仲裁機構根據仲裁法規定的條件從有關方面進行聘任，聘任

條件較高，專業性較強，體現了專案專辦。

（八）審判庭組成不同。訴訟由法院指定審判庭和審判庭組成人員，審判權由法院行使，有的案件還要交審委會討論；仲裁是當事人選定仲裁庭人員，其中也有當事人意見不一致而由仲裁委主任指定的情形。

（九）審理的方式不同。訴訟一般等應當公開審理，允許旁聽、採訪。只有涉及隱私、商業秘密、國家機密和離婚案件中當事人申請不公開審理的除外；仲裁不公開審理，不允許旁聽，只有經雙方當事人協議公開的除外。

（十）強制力不同。訴訟可以傳呼證人，追加當事人，可直接保全證據和財產，法院可強制執行生效的裁判文書；仲裁不能傳呼證人，追加當事人，證據和財產保全通過法院進行。一方當事人不履行裁決，另一方當事人依法向法院申請強制執行。

Q18：退出機制下引入創投資金的合同中必備的重要條款有哪些？

A：基於退出的考量，引入創投資金的合同中會有三個必備且重要的條款，分別為：股份回購條款、領售權（或稱為：強制隨售權）條款、清算優先權條款。1、股份回購條款：因為優先股是以財務投資為目的，如果無法在預期的時間內上市，依據合同條款約定如果大多數優先股股東同意，公司應該從第 5 年開始分 3 年回購已經發行在外的優先股，回購價格等於原始發行價格加上已宣佈但尚未支付的紅利。2、領售權（或稱為：強制隨售權）條款：領售就是領銜出售也叫強制隨售權，因為優先股

是財務投資人，一般不會佔有公司過半的股權，正常情況下不具體經營公司，但是如果有其他投資人想要以優先股認為合適的價格購買公司時，優先股就必須有相應條款取得最終決定權，才能夠順利退出。也就是因為這個條款一旦觸發的話，會強制創始人股東即普通股股東隨優先股一起出賣股份。3、清算優先權條款。因為優先股是財務投資人，一般不會經營公司，所以公司經營的成敗，優先股是不需要承擔責任，因此如果公司引起了清算事件，優先股股東有權優先於普通股股東獲得原先購買價格若干倍的回收，不會產生任何損失，即使公司有任何損失均由普通股承擔。

Q19：何為對賭協議或對賭條款？

A：對賭協定（Valuation Adjustment Mechanism，VAM），又稱估值調整協定，是私募股權投資（PE）中常用的一種價值調整機制與合同安排。「對賭協議」並非真正的賭博合同，而是近幾年來在中國大陸資本市場上出現由投資者與原始創業者，針對被投資目標企業的估值，所作的約定安排，即以「估值調整機制」為基礎的融資方式，其核心條款是對於目標企業是否可以實現原始創業者對投資者所承諾的某種業績或目標，做出正反兩種或然性的約定，其實質是投融資雙方對股權投資價值的或然性安排，是一種投資保障工具、價格發現工具和管理層激勵工具。即當目標達成時，投資方將繼續持有股份，融資方可按原約定獲得溢價投資帶來的回報；相反假如目標沒有實現，則融資方需按約定溢價回購投資方股權作為對投資者的補償。

Q20：對賭協定的常見類型有哪些？是否有法律效力？

A：按照投資者投資方式的不同分為：基於增資的對賭或基於股權轉讓的對賭；按照對賭主體的不同分為：投資方和目標企業的大股東（實際控制人）對賭或投資方與目標企業間的對賭；按照對賭標的的不同分為：「賭目標企業的業績」或「賭目標企業的上市」：按照對賭結果的不同分為：現金對賭（即現金補償投資者）或股權對賭（股權回購或轉讓）即賭輸的原始創業者無償或以很低的價格轉讓給另投資者一定比例的股權（一般稱：補股）或一定價格回購投資方的全部股權，而回購價格往往是投資者投資款本金並加計一定比例的利息的總和。至於法院對對賭協議效力的立場為何？中國大陸的最高人民法院在被稱為「對賭協議第一案」中認定了無效情形僅限於以目標企業為主體的回購和補償條款，而對於目標企業的股東與投資方簽訂的補償承諾，不違反法律法規的禁止性規定，是當事人的真實意思表示，應屬有效。所以法院不承認投資方與融資方（目標企業）之間的對賭協議，該類對賭無效；但投資方與目標企業股東和其他方的對賭是有效的。

Q21：中國大陸有關債權確保的方式規定為何？

A：就中國大陸法律而言，債權擔保可以分為人保、物保與其他擔保三大方面，茲分別說明如下：

（一）就人保方面，有人的保證，票據保證與債之移轉：

1、保證人：具有代為清償債務能力的法人、其他組織或者公民，可以作保證人。至於國家機關、學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體均不

得為保證人。此外，企業法人的分支機關、職能部門不得為保證人，但經法人書面授權，可以在授權範圍內提供保證。

關於同一債權既有人的保證又有物的擔保的，保證人對「物的擔保」以外的債權承擔保證責任，即其就物的擔保範圍不負保證責任；又債權人放棄「物的擔保」的，保證人在其放棄權利的範圍內免除保證責任，換言之，物保有優先於人保的效力。

2、票據保證：中國大陸《票據法》對於匯票、本票都有保證的規定，債權人可以要求債務人在匯票及本票上另找保證人，以增加人的擔保範圍（票據法 §45 Ⅰ、§48、§50、§51、§79）。

3、債之轉移：可分為債權讓與、債務承擔二項，當事人經協商一致，可以變更合同的主體或內容，透過合同主體的變更，不論是債權轉讓或是債務移轉，亦可達到保障債權的效果（合同法 §79-§88）。

（二）就物保而言，可分為定金、抵押、質押與留置：

1、定金：定金可以約定作為債權的擔保，且定金合同從實際交付定金之日起生效。至於定金的數額，原則上雖由當事人自由約定，但最高不得超過主合同標的額的 20%。（擔保法 §89 至 §91）。

2、抵押：抵押方式有一般抵押與最高額抵押。

（1）一般抵押

① 可以抵押的財產：包括不動產和動產，此與我國關於不動產之抵押是規定在民法物權

編，動產抵押則規定在動產擔保交易法不同。此外，中國大陸物權法第 180 條擴大了抵押財產的範圍，例如：生產設備、原材料、半成品、產品以及交通運輸工具；正在建造的建築物、船舶、航空器等。

② 不得抵押的財產：對於禁止抵押的財產，擔保法第 37 條採取例示規定如下：土地所有權；耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權；學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；所有權、使用權不明或者有爭議的財產；依法被查封、扣押、監管的財產；其他依法不得抵押的財產。

③ 抵押物登記部門：對於抵押物的登記部門，在原先是看抵押物種類分屬不同部門，但中國大陸自 2015 年 3 月 1 日實施不動產登記暫行條例不動產統一登記以後，即統一由各地的不動產登記中心辦理抵押物登記。

（2）最高額抵押：所謂最高額抵押，是抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生的債權作擔保。另外，最高額抵押的主合同債權不得轉讓，這些都是債權人在設定抵押時應該注意的事項（擔保法 §60、§61）。中國大陸物權法第 203 條規定，最高額

抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍，擴大抵押權擔保範圍，有利抵押權人優先受償的額度。

3、質押：質押可以分為動產質押和權利質押兩種：

（1）動產質押：質押合同自質物（動產）移交於質權人（債權人）占有時生效。

（2）權利質押：擔保法 75 條規定，可以質押之權利：包括票據（匯票、支票、本票）、債券、存款單、倉單、提單；依法可以轉讓的股份、股票；依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權；其他依法可以質押的權利。物權法第 223 條增加基金份額、應收帳款和註冊商標專用權、專利權、著作權以外的其他知識權中的財產權，擴大了權利質權的範圍。

4、留置：因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人對占有債務人的動產有留置權；債務人不按照合同約定的期間履行債務的，債權人可以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償。當事人也可以在合同中約定不得留置標的物，債權人對此須加注意（擔保法 §82、§84）。

（三）債權擔保之其他

1、公證之債權文書：中國大陸《公證法》規定，即對於追償債款、物品的文書，認為無疑義的，在該文書上証明有強制執行效力的，可以省去訴訟的時間冗長與

金錢花費，不但方便快捷，免受訟累，還可以維持債權人、債務人之間的友好關係及日後的合作。但須注意的，並非所有的債權文書都能一經公證即具有強制執行效力。根據中國大陸最高人民法院會同司法部於2000 年 9 月 1 日發布《關於公證機關賦予強制執行效力的債權文書執行有關問題的聯合通知》，公證的債權文書具有強制執行效力必須具備內容特定、債務明確及債務人必須就強制執行條款作出承諾等三個要件。

2、所有權保留條款：中國大陸合同法第 134 條規定：當事人可以在買賣合同中約定買受人未履行支付價款或者其他義務的，標的物的所有權屬於出賣人。這與我國動產擔保交易法中所規定的附條件買賣類同，不過附條件買賣須經登記始生效力，中國大陸合同法第 134 條所規定的出賣人保留所有權條款則未規定須經登記，臺商如居於出賣人的地位，自可善加利用此一規定，以加強買賣價款債權的確保，並可催促買受人儘速履行買賣價款的給付義務。

3、違約金條款：中國大陸《合同法》第 114 條第 1 款規定：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。

4、財產保全：財產保全相當我國的假扣押或假處分，可以分為訴前財產保全及訴訟財產保全。採取財產保全前，必須先調查債務人的財產情況，包含房地產、銀

行存款、汽車、機器設備等財產。一般提出財產保全申請必須提供擔保，原則上是足額擔保，但是也可以向法院要求一定比例的現金，或提出法院可以接受的房地產及信用擔保。至於財產保全的措施，有查封、扣押、凍結等方法。

Q22：臺商在中國大陸追償債務要注意哪些事情？

A：臺商在中國大陸追償債務要注意訴訟時效（請求權時效）、管轄法院、邊控境管（限制出境），茲分別說明如下：

（一）訴訟時效（請求權時效）

中國大陸民法通則第 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；第 136 條規定，下列的訴訟時效期間為一年：身體受到傷害要求賠償的，出售質量不合格的商品未聲明的，延付或拒付租金的，寄存財物被丟失或毀損的。第 137 條規定，訴訟時效期間從知道或者應當知道權利被侵害時起計算，但是從權利被侵害之日起超過二十年的，人民法院不予保護。

另須注意者，超過訴訟時效期間，當事人自願履行的，不受訴訟時效限制（第 138 條）。換言之，過了訴訟時效期間，義務人履行義務後，又以超過訴訟時效為由反悔的，人民法院不予支持。

（二）管轄法院

當事人提起訴訟，應當向適格的法院提起，例如：專屬管轄法院、合意管轄法院等是；向不適格的法院提起訴訟，會遭到裁判駁回的後果。

（三）邊控境管（限制出境）

中國大陸《中華人民共和國出入境管理法》第 28 條規定：外國人有下列情形之一的，不准出境：（一）被判處刑罰尚未執行完畢或者屬於刑事案件被告人、犯罪嫌疑人的，但是按照中國與外國簽訂的有關協定，移管被判刑人的除外；（二）有未了結的民事案件，人民法院決定不准出境的；（三）拖欠勞動者的勞動報酬，經國務院有關部門或者省、自治區、直轄市人民政府決定不准出境的；（四）法律、行政法規規定不准出境的其它情形。

Q23：中國大陸有關財產保全的現行法律規定為何？

A：中國大陸有關財產保全的現行法律規定，分為訴訟保全與訴前保全，茲分別說明如下：

（一）訴訟保全：中國大陸《民事訴訟法》第 100 條規定：人民法院對於可能因當事人一方的行為或者其他原因，使判決難以執行或者造成當事人其他損害的案件，根據對方當事人的申請，可以裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為；當事人沒有提出申請的，人民法院在必要時也可以裁定採取保全措施。

人民法院採取保全措施，可以責令申請人提供擔保，申請人不提供擔保的，裁定駁回申請。

人民法院接受申請後，對情況緊急的，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。

（二）訴前保全：中國大陸《民事訴訟法》第 101 條：利害關

係人因情況緊急，不立即申請保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在提起訴訟或者申請仲裁前向被保全財產所在地、被申請人住所地或者對案件有管轄權的人民法院申請採取保全措施。申請人應當提供擔保，不提供擔保的，裁定駁回申請。人民法院接受申請後，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。申請人在人民法院採取保全措施後三十日內不依法提起訴訟或者申請仲裁的，人民法院應當解除保全。

此外，中國大陸《民事訴訟法》第 102 條規定：「保全限於請求的範圍，或者與本案有關的財物。」又同法第 103 條規定：「財產保全採取查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法。人民法院保全財產後，應當立即通知被保全財產的人。財產已被查封、凍結的，不得重複查封、凍結。」

（三）中國大陸《民事訴訟法》第 104 條規定：財產糾紛案件，被申請人提供擔保的，人民法院應當裁定解除保全。又同法第 105 條規定：申請有錯誤的，申請人應當賠償被申請人因保全所遭受的損失。

Q24：中國大陸最高人民法院有關財產保全的最新司法解釋要點為何？

A：中國大陸最高人民法院 2016 年 11 月 7 日公布《關於人民法院辦理財產保全案件若干問題的規定》，自同年 12 月 1 日起施行，共 29 條，其主要內容如下：

（一）申請材料：利害關係人申請財產保全，應當向人民法院提交申請書，並提供相關證據材料。申請書應當載明下列事項：1、申請保全人與被保全人的身份、送達位址、聯繫方式；2、請求事項和所根據的事實與理由;3、請求保全數額或者爭議標的；4、明確的被保全財產資訊或者具體的被保全財產線索；5、為財產保全提供擔保的財產資訊或資信證明，或者不需要提供擔保的理由；6、其他需要載明的事項。法律文書生效後，進入執行程式前，債權人申請財產保全的，應當寫明生效法律文書的製作機關、文號和主要內容，並附生效法律文書副本。

（二）裁定期限：人民法院接受財產保全申請後，應當在五日內作出裁定；需要提供擔保的，應當在提供擔保後五日內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當在五日內開始執行。對情況緊急的，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取保全措施的，應當立即開始執行。

（三）擔保金額：人民法院依照民事訴訟法第一百條規定責令申請保全人提供財產保全擔保的，擔保數額不超過請求保全數額的百分之三十；申請保全的財產系爭議標的的，擔保數額不超過爭議標的價值的百分之三十。利害關係人申請訴前財產保全的，應當提供相當於請求保全數額的擔保；情況特殊的，人民法院可以酌情處理。財產保全期間，申請保全人提供的擔保不足以賠償可能給被保全人造成的損失的，人民法院可以責令其追加相應的擔保；拒不追加的，可以裁定解除或者部分解除保全。

（四）保險擔保：保險人以其與申請保全人簽訂財產保全責任

險合同的方式為財產保全提供擔保的，應當向人民法院出具擔保書。擔保書應當載明，因申請財產保全錯誤，由保險人賠償被保全人因保全所遭受的損失等內容，並附相關證據材料。

（五）金融擔保：金融監管部門批准設立的金融機構以獨立保函形式為財產保全提供擔保的，人民法院應當依法准許。

（六）免供擔保：當事人在訴訟中申請財產保全，有下列情形之一的，人民法院可以不要求提供擔保：1、追索贍養費、扶養費、撫育費、撫恤金、醫療費用、勞動報酬、工傷賠償、交通事故人身損害賠償的；2、婚姻家庭糾紛案件中遭遇家庭暴力且經濟困難的；3、人民檢察院提起的公益訴訟涉及損害賠償的；4、因見義勇為遭受侵害請求損害賠償的；5、案件事實清楚、權利義務關係明確，發生保全錯誤可能性較小的；6、申請保全人為商業銀行、保險公司等由金融監管部門批准設立的具有獨立償付債務能力的金融機構及其分支機搆的。法律文書生效後，進入執行程式前，債權人申請財產保全的，人民法院可以不要求提供擔保。

Q25：訴訟財產保全責任保險具有何等優勢？

A：中國大陸民事訴訟法雖然規定了財產保全擔保規則，但並沒有限制擔保物的形式，在司法實踐中訴訟擔保的需求愈來愈廣泛，擔保金額也越來越高，相較於傳統的擔保方式，創新的訴訟財產保全責任險優勢凸顯，具體如下：

（一）有利於保護當事人利益

當前社會現象是有錢人才打得起官司，立案費、律師費、保全費等，大部分當事人會考慮訴訟成本。訴訟財產保全中，因保全申請人無法提供貨幣、實物財產作擔保，或進行財產保全時因時間限制而無法完成手續，進而損害申請人利益的情形時有發生。這無疑增加了當事人與法院的摩擦，也不利於案件的合法公正解決。訴訟保全引入保險擔保機制，由申請人出具其與保險公司簽訂的保單保函，保險公司承擔訴訟保全擔保責任，可全方位地保障當事人的權利、利益。

（二）有利於排除擔保公司潛在風險

近年來，為解決當事人訴訟財產保全擔保困難，各級法院紛紛引進擔保公司提供保全擔保服務，但在實踐中出現了一些問題：一是擔保公司資質狀況良莠不齊，倒閉、卷款跑路事件時有發生，如全國第二大擔保公司——河北融投擔保集團喪失擔保能力，震驚整個金融業；二是擔保公司收費高昂，擔保公司的收費標準為擔保標的額的 1% 至 1.5%，有些案件當事人僅擔保費就要支付上百萬元，人為地增加了當事人的訴訟成本；三是法院實行擔保公司入圍，製造壟斷，尤其是一些擔保機構與律師事務所之間存在股東相同、利益輸送的不正之風。

訴訟保全引入保險機制，能有效解決上述問題。訴訟財產保全責任保險已由中國保監會批準備案，保險費率僅為擔保費率的三分之一，而保險公司的資信遠遠高於擔保公司。這樣不僅能排除擔保公司給法院帶來的潛在風險，還能大幅降低當事人的訴訟成本，尤其保單保函既擔保又擔責的特點是普通擔保函所不具備的。

（三）有利於法院案件審理

對於法院而言，訴訟保全引入保險機制，有利於增加控制風險的手段，提高保全政績，推進立案時效，加快結案效率。在依法治國的導向下，每年的案件量明顯增加，如天津 2014 年審結金融商事糾紛案 15572 件，較 2013 年同比上升 18.3%。而保全難是司法改革的重中之重，法院作為居中的裁判者，對案件雙方當事人的合法權益都需予以保護。在訴訟保全案件中，申請人敗訴後被申請人因訴訟保全所遭受的損失能否得到賠償，申請人與被申請人都要承擔一定的保全風險。訴訟財產保全責任險可幫助司法有效控制這種風險。一旦發生保全錯誤，導致保全財產遭受損失，被申請人得到及時的追償，有利於整個涉及訴訟財產保全案件的正常審理和執行工作的順利開展。

（四）有利於市場接受和推廣

訴訟財產保全責任險在中國大陸保險領域還是一片「藍海」，市場新、潛力大、專業程度高，各家保險公司積極創新和拓展，呈現如下特點：保險機構資本雄厚，承保和償付能力有保障；保險條款通俗易懂，責任明確；保險費率合理定價，報行一致；風險審核嚴格，資料標準細化，投保流程簡便，理賠服務優質。作為一種責任保險，訴訟財產保全責任險的開發兼具社會管理功能，旨在為申請人提供保全擔保之便利，維護法律秩序公平，因此，在訴訟財產保全責任保險試點期間，若當事人需求強烈、接受程度較高，則易於市場推廣。例如，在上海市律師協會浦東工委組織的業務培訓中，參會的律師對該保險表現出濃厚的興趣。

二、參考法規

中國大陸現行青年創業相關法規，分為中央級與地方級，詳如下述：

中央級：

1. 國務院《關於進一步做好新形勢下就業創業工作的意見》（國發〔2015〕23 號）
2. 國務院辦公廳《關於深化高等學校創新創業教育改革的實施意見》（國辦發（2015）36 號）
3. 國務院辦公廳轉發人力資源社會保障部等部門《關於促進以創業帶動就業工作指導意見的通知》（國辦發（2008）111 號）

地方級：

1.《關於鼓勵和支持臺灣青年來魯創業就業的意見》（魯人社發〔2016〕13 號）。
2.《福建省人民政府關於鼓勵和支持臺灣青年來閩創業就業的意見》（閩政〔2015〕28 號）。
3.《中共浙江省委組織部等 5 部門關於做好臺生和其他臺灣居民來浙江就業創業工作的意見》
4.《關於做好臺生和其他臺灣居民來浙江就業創業工作的意見》（浙人社發〔2013〕107 號）
5.《溫州市扶持臺灣青年創業就業優惠政策》
6.《臺灣大學生來杭創業就業實習的有關政策待遇》
7.《廈門市湖裡區鼓勵和支持臺灣青年創業實施辦法》

三、孵化器入駐合同

甲方：

乙方：

法定代表人：

聯繫電話：

地址：

為優化互聯網創業創新環境，培育互聯網企業成功創業和快速成長，北京_____提供_____（以下簡稱乙方）符合甲方的孵化條件，自願申請入駐。經雙方協商一致，達成以下協定：

一、孵化場地、期限、場地服務費及相關費用：

1、孵化場地位於_____，建築面積（含公攤面積）計_____平方米。

2、孵化期限為個月，自____年____月____日起至____年____月____日止。

3、在孵化期間乙方需向甲方交納孵化場地服務費，孵化場地服務費為_____元 / 人－月。費用包含：房租、水、電、網路、辦公桌椅、日常辦公服務等內容。

4、孵化期個月，孵化期滿乙方必須離開孵化場地。

二、乙方團隊人員：_____人（人員如有變動，乙方向甲方提交申請後再行簽訂補充合同）。孵化期合計場地服務費人民幣：_____元，共計_____。

三、付款方式及期限

付款方式為每月 1 日，一次性付清當月場地服務費_____元。第一次付款時間為合同簽定後三個工作日內（遇法定節假日順延），

乙方將應付款項以現金形式交予甲方財務處，甲方確認收到款項後，乙方即可入住；

如有人員變動則根據變動情況三個工作日內交款，已繳納款項不可退回。

四、甲方的義務

1、協調關係，保證水、電、空調、網路等基礎配套設施的正常運轉。

2、為乙方提供企業註冊、登記諮詢、相關投融資推介、技術知識培訓和企業合作對接等服務，聯合辦公秘書，行政支援服務。

3、組織乙方參加各類培訓、會務、展示等科技活動。

4、保守乙方的技術秘密和商業機密。

5、甲方若因特殊情況需終止合同，須提前壹個月書面通知。

五、乙方義務

1、遵守國家法律、法規，從事合法的研究、開發、生產和經營活動。

2、遵守_____管理制度。

3、按時交納各項費用。

4、愛護孵化場地的建築及附屬辦公設施，不得擅自改動建築結構及損壞附屬設施。

5、乙方若因特殊情況需終止合同，須提前壹個月書面通知並且要得到甲方同意方可終止。

6、乙方在本協議簽訂之前，需向甲方提交以下資料並對資料的真實性承擔責任

（1）企業商業計畫書和近期經營情況報表；

（2）企業法人代表及主要科技、管理人員簡歷及身份證（驗原件，交影本）；

（3）項目的專利證書、鑒定證書或科技成果獎勵證書等（驗原件，交影本）；

（4）企業營業執照、法人代碼證（驗原件，交影本）。

7、乙方的經營行為由乙方獨立承擔法律責任。

六、違約責任：

1．任何一方未能履行本合同規定的條款或違反國家法律、以及雙方簽訂的其他協定（合同），另一方有權提前解除合同，所造成的損失有由責任一方承擔。

2．甲方逾期交付孵化場地，每逾期一日按月租金的萬分之五向乙方交付違約金。

3．乙方逾期交付場地服務費，每逾期一日由甲方按月租金的萬分之五向乙方加收違約金。

4．乙方承租期滿逾期騰退孵化場地，每逾期一日由甲方按月場地服務費的百分之十向乙方加收罰金，並承擔由此造成甲方的其他經濟損失。

5、如因不可抗拒的原因而使孵化場地、設備損壞以及人身傷亡的，雙方互不承擔責任。

七、本合同在履行中若發生爭議，甲乙雙方應相互協商，協商不成時，任何一方均可依法向甲方所在地有管轄權的人民法院起訴。

八、本合同未盡事宜，甲乙雙方可另行議定，其補充議定書經雙方簽章後與本合同具有同等效力，補充協定與本協定不一致的，以補充協議為准。

九、本合同經雙方簽章後生效；暫未取得執照的企業雙方簽字後即

生效，但取得執照後立即補蓋公章。

十、如乙方提供本協定約定以外的有償服務專案，雙方將另行簽訂專項孵化服務協議書。

十一、雙方約定的其他事項：

甲方（簽章）：　　法定代表人：

年　月　日

乙方（簽章）：　　法定代表人：

年　月　日

四、科技企業孵化器入孵合同

合同編號：[號]

創業園科技企業孵化器

入孵合同

簽訂時間：　年　月　日

甲方：

住所：

郵編：

法定代表人：

乙方：

住所：

郵編：

法定代表人：

為將科技創新成果迅速、高效地轉變為社會生產力，培育中小型科技企業成功創業和快速成長，甲方提供孵化場地，創辦科技企業孵化器，吸納自願入駐創業園企業（項目）、人才入孵。乙方符合甲方的孵化條件，自願申請入孵。按照《中華人民共和國合同法》等相關法律法規規定，經雙方友好協商達成本協定，雙方共同遵守。

一、孵化場地、期限、場地使用費及相關費用：

1、孵化場地位於__層__房間，建築面積（含公攤面積）計__m^2。

2、孵化期限為_____年，自_____年_____月_____日至_____年_____月_____日止。

3、在孵化期間乙方需向甲方交納孵化場地使用費、物業服務費、諮詢服務費等費用。數額如下：

孵化場地使用費每月_____元 / ㎡，全年計_____元；

物業服務費（包括物業管理費、電梯、衛生等）每月__元 / ㎡，全年計_____元；

諮詢服務費每月_____元 / ㎡，全年計_____元；履約保證金__元；

其他業務：_____。上述業務合計全年費用為人民幣（大寫）_____拾_____萬_____仟_____佰_____拾_____元（￥_____元）。

4、付款方式

付款方式為（一季度、半年、一年）一付。第一次付款時間為合同簽訂後三日內（遇法定節假日可向後順延），乙方將應付款項以現金或支票形式存入或轉入甲方指定銀行帳戶，款到帳後，乙方即可入住；在上一期費用到期前一周內（遇節假日應向前順延），乙方將下一期應付費用按照同樣方式存入或轉入甲方指定銀行帳戶。甲方每年為乙方開具一次正式的發票，若是按季度、按半年支付費用，未滿一年，甲方為乙方暫時開具內部收款收據，年底由甲方統一換正式發票。

二、甲方的權利義務

1、協調各部門關係，保證水、電等基礎配套設施的正常運轉。

2、為乙方提供相關科技仲介服務和各項代理、代辦服務。

3、保守乙方的技術秘密和商業機密。

4、組織乙方參加各類培訓、會務、展示等科技活動，定期瞭解乙方真實的研發、生產、經營、財務狀況。

5、發現違法經營問題，可提出警告，不聽勸阻或問題嚴重的可向有關部門報告，並終止合同。

6、發現乙方研發工作停滯不前、或經營管理不善，甲方有權提出指

正，並有權要求乙方限期整改。

7、乙方拖欠各項費用，甲方可採取相關措施催交。

8、幫助乙方申辦國家、省、州、縣有關科技計畫。

9、協助乙方辦理工商註冊、稅務登記、技術創新基金申報工作。

10、協助乙方申請國家專項扶持基金、科技貸款擔保或風險投資的資金支援。

三、乙方的權利義務

1、遵守國家法律、法規，從事合法的研究、開發、生產和經營活動。

2、遵守甕安縣創業園企業孵化器的管理制度。

3、按時交納各項費用。

4、愛護孵化場地的建築及附屬設施，不得擅自改動建築結構及附屬設施，必要的裝潢施工，需書面徵得甲方同意後，方可實施。

5、按期（每月 5 日前）向甲方提供上月真實、可靠、準確的項目進展、經營狀況及相關統計報表。

6、徵得甲方同意，乙方可在孵化場地進行必要的裝飾。

7、乙方的自主經營權不受侵犯，企業的人事、財務、生產、行銷、技術、市場、規劃等管理，均自主決策。

8、未經甲方同意，乙方不得將生產經營場地轉作他用或轉租他人使用。

9、乙方使用標準廠房期間的裝修費、維護管理費等費用由乙方自行承擔。

四、特別約定事項

1、甲方安裝標準貨運電梯設備，任何情況下，該電梯只能承運貨物。如乙方違規使用電梯給甲方或第三人造成損失的，由乙方按照損失金額的二倍以上標準進行賠償。

2、在租賃期間，乙方自行組織開展生產經營活動的管理，所產生的水、電、氣、物管等費用由乙方自行承擔，按照規定直接向相關部門交納。

3、在租賃期內，乙方應嚴格遵守《中華人民共和國安全生產法》、《中華人民共和國消防法》等相關法律法規，作好安全生產及消防工作，乙方因管理不善而造成責任事故的，應承擔由此造成的全部責任及損失。

4、若乙方生產經營項目造成環境污染，乙方應承擔相關責任並賠償由此造成的一切損失，並退出創業園。

5、乙方應按《中華人民共和國勞動法》等法律規定，建立和完善勞動用工、勞動保護等制度，不得損害勞動者的合法權益。

6、乙方在使用廠房期間，應承擔標準廠房的管理和維護義務，由於乙方管理不善給甲方或第三人造成財產損失或者人身傷害的，乙方須承擔責任並賠償。確屬該標準廠房設計、建造原因所引起的建築品質事故，甲方承擔相應的責任。

7、孵化期滿，乙方添置在標準廠房上的可移動物品自行拆除，但附著在標準廠房上的固定裝修物不得拆除和破壞，同時甲方不給任何補償。

8、甲、乙雙方僅為孵化服務和被孵化服務關係。甲方提供的服務與乙方的經營活動沒有任何經濟的或法律連帶責任。乙方在孵化期間若違反國家法律法規等政策，甲方有權解除孵化協議，終止合同。

五、違約責任

1、甲方不能保證孵化場地各項基礎設施正常運轉，影響乙方的正常工作，乙方可拒付有關費用，直至設施正常運轉為止。

2、不能按照合同約定按期足額交納各項費用，視為乙方違約，乙方除應及時、如數補交外，還應向甲方交納所欠費用總額日萬分之五的滯納金。乙方拖欠費用超過 1 個月以上的，甲方有權終止合同。合同終止後，乙方仍應向甲方支付所欠全部費用和滯納金。

3、未經甲方同意，擅自改動房產結構，甲方有權制止，直至終止合同並有權要求乙方將改動過的房產恢復原樣，給甲方造成損失，由乙方負責。

4、乙方違反規定或違規操作，造成房產、設施、設備損壞，或引起火災、水患、安全隱患，乙方負責修繕，給甲方或協力廠商造成的經濟損失，由乙方負責賠償。

5、如遇不可抗力導致合同無法繼續履行，雙方各自承擔損失。

六、合同解除

1、有下列情形之一的，雙方可以解除合同：

（1）雙方協商不一致；

（2）因不可抗力或國家法律、行政法規發生變化，導致合同目的不能實現；

（3）因一方嚴重違約給另一方造成重大經濟損失，導致合同沒有繼續履行的必要；

（4）國家法律、行政法規規定的其他情形。

2、有下列情形之一的，甲方可以解除合同：

（1）未經甲方同意，乙方擅自轉租、改變標準廠房用途、改變標準廠房結構或者逾期 2 個月未支付租金的；

（2）乙方將標準廠房閒置達 2 個月以上，或者投資、生產經營規模未達到開發區《標準化廠房管理暫行辦法》規定標準的；

（3）因乙方管理不善，造成重大安全責任事故的；

（4）長期拖欠工人工資，導致工人集體信訪，影響社會治安的，甲方有權單方解除合同，提前收回廠房，且不賠償乙方任何損失；

（5）甲方因上述原因解除合同後，乙方已支付給甲方的租金和保證金，甲方在扣除相關費用後無息退還。

3、有下列情形之一的，乙方可以解除合同：

（1）甲方無故干涉乙方的獨立自主經營活動，給乙方造成重大經濟損失的；

(2) 甲方提供標準廠房確實存在品質安全隱患，導致乙方不能正常使用的。

4、解除後續事務的處理

（1）合同解除生效後，雙方應進行結算、清理。

（2）因一方違約導致合同解除，不影響未違約方權利的開展。

七、不可抗力

1、本合同所稱不可抗力是指地震、颶風、水災、火災等自然災害、戰爭以及其他不能預見、不可避免且不能克服的客觀情況。

2、當事人因不可抗力不能履行合同的，受不可抗力影響的一方應在不可抗力發生之日起五日內以書面形式通知對方，並及時向對方提供公證機關證明事件的存在和影響的證明文件。受不可抗力影響的一方可據此免除全部或部分責任。

3、不可抗力發生後，受不可抗力影響的一方應採取合理措施，繼續履行合同，減少損失發生。不可抗力發生的期間從租賃期間中扣除。

八、本合同未盡事宜，雙方可協商解決或另簽補充合同，補充合同

與本合同具有同等法律效力。

九、合同期內，甲、乙雙方發生爭議，應協商解決，協商不成，可訴諸房產所在地人民法院裁決。

十、本合同一式四份，甲方執三份，乙方執一份，簽字即生效。

甲 方：　　乙 方：

法定代表人：　　法定代表人：

或委託代理人：　　或委託代理人：

年　月　日　　年　月　日

五、〇〇眾創空間合作協議

協議編號：

甲方：　　乙方：〇〇省〇〇有限公司

甲、乙雙方為園區以及〇〇市內外的企業提供優惠便捷的創業服務的原則，就雙方共同開拓〇〇眾創空間（以下簡稱空間），推動〇〇市創企的繁榮和發展，達成如下合作協定：

一、合作關係：

乙方負責搭建運營〇〇眾創空間，為〇〇以及其他省市的的創業人群、中小企業提供創業服務平臺，且享受甲方提供的政策扶持等補助。甲方是在企業入駐孵化方面擁有卓越經驗的創業園區，且甲方授權乙方管理運營空間。

二、合作方式

甲方為乙方提供空間辦公場地，地址即：合作期限為_____年，自_____年_____月_____日起至_____年_____月_____日止，期滿後甲方有優先續約權。乙方在簽約期內有權使用眾創空間名稱進行合法經營活動。甲方提供的辦公場地由乙方負責提供資金進行

裝修，甲方補助　費用用於乙方裝修補貼以及後續的運營支持。

三、權利與義務

（一）甲方的權利與義務

1. 甲方負責制定空間物業管理規定並按照規定對空間的物業情況進行管理。
2. 甲方有義務為乙方提供優惠的物業管理合同，內容包括水費、電費、暖氣費、寬頻費、物業費等減半或減免的優惠。
3. 甲方有權對乙方的業務運營情況進行監督，確保園區空間的合理合規化運營。
4. 在眾創空間運營期間，在乙方需要甲方出面協助提供一定資源的情況下，甲方需提供一定的協助共推園區空間發展。
5. 甲方需對乙方開展的創業培訓、市場運營、企業入駐引導、活動資本對接等服務支援給予每年補貼_____元 / 年。
6. 甲方有義務向乙方提供政策性諮詢服務，協助乙方引導入駐企業成長發展

（二）乙方的權利與義務

1. 乙方負責制定年度空間創業團隊、企業引進計畫、企業孵化計畫、企業服務優惠扶持政策，並按照甲乙雙方共同制定的年度計畫完成任務。
2. 乙方負責監管空間運營期間的各項工作進度和業務情況。
3. 乙方有義務為優秀的創業團隊以及公司提供政府優惠政

策上的扶持。

4. 乙方在經營管理空間期間應嚴格遵守國家相關法律法規、不得損害社會公共利益，自覺接受社會以及甲方監督。

5. 乙方應遵守甲方的各項管理規定定期提交運營報告。

6. 乙方在空間運營期間應提供如下基本服務：

（1）宣傳服務

通過互聯網媒介平臺和開展講座的形式吸引青年創業群體和小微企業參與。

（2）推廣服務

以線上互聯網經營和線下結合的模式對園區入駐的企業進行推廣。

（3）培訓服務

對園區以及空間的創業人群、小微企業、規模達標企業進行交流培訓等服務。

（4）行銷服務

建立線上項目推薦機制，使創業人群和企業更加便捷的利用互聯網管道實現線上和線下的配套行銷服務。

（5）創業融資服務

為具備一定實力的創業團隊或公司提供融資管道。

四、資源配置

（一）資金方面，乙方負責空間的全部管理運營費用。乙方獨立運

營，自負盈虧。

（二）資源方面，甲方負責提供園區空間辦公場地以及園區其他優惠政府扶持。

（三）物業方面，協議期內乙方負責承擔空間的所有物業費用，甲方提供一定的優惠減免。

五、其他

（一）本協議未盡事宜，由甲、乙雙方協商解決。

（二）本協議自簽訂之日起生效，有效期為____年。

（三）本協議一式兩份，由甲、乙雙方各執壹份，具有同等法律效力。

甲方（公章）：	乙方（公章）：
法人代表	法人代表
（或授權代表）：	（或授權代表）：
聯 系 人：	聯 系 人：
聯繫電話：	聯繫電話：
傳 真：	傳 真：
簽署日期：	簽署日期：

六、創業扶持公益資助協議書

協議編號：

甲方：〇〇省〇〇基金會

乙方：_____ 身份證號：

身份證號：

身份證號：

鑒於：

1、甲方系在〇〇省民政廳依法註冊成立的從事慈善事業的社會福利

機構，為了實現房地產業及創業環境的良性發展，解決廣大群眾發展創業的願望，協助政府解決廣大群眾創業經濟壓力大的問題，建立了創業扶持公益資助機制。

2、乙方是在甲方指定的商業房屋內選房，經乙方書面申請，甲方審核通過，符合甲方創業扶持公益資助條件的個人。

經甲乙雙方友好協商，本著自願、友好的原則，參照國務院令第 400 號《基金會管理條例》、《關於規範基金會行為的若干規定》、根據《中華人民共和國合同法》等相關法律法規，達成協議如下：

一、資助房屋基本情況

第一條　甲方與房地產開發商 （以下稱“開發商”）合作推出的創業扶持公益資助房屋提供給乙方選擇，房屋項目名稱：_____；項目位址：_____ 。

第二條　乙方已在上述合作項目中選定房屋，並於____年____月____日向開發商購買了上述專案創業扶持公益資助房屋住宅一套，選定住宅編號為（下稱“資助房屋”）。乙方已與開發商簽訂了《商品房買賣合同》，合同編號：_____。該房建築面積：____㎡，套內建築面積：____㎡，約定合同價款總額 ￥____元，大寫：人民幣____元整。

第三條　就資助房屋申請創業扶持一事，乙方已於____年____月____日向甲方提出資助申請並遞交了相關資料。甲方經過審核，已書面通知乙方同意為其提供創業扶持公益資助。

二、資助款項及資助方式

第四條　依據乙方申請創業扶持公益資助遞交的資料，經甲方核准，乙方可享受資助房屋合同總價款 50% 的創業扶持公益資助款，即 ￥_____元整，大寫：人民幣_____元整。

第五條　創業扶持公益資助款甲方將分為 240 個月，按每月 1 期向乙方提供資助款項的方式提供創業扶持公益資助，創業扶持公益資助款在民政部門監管下由甲方委託的 銀行按期劃至乙方指定的銀行帳戶。

第六條　乙方可獲資助金額按月計算為 ￥_____元整，大寫：人民幣_____元整，即乙方每月可獲資助款計算方式為：約定合同總價 ×50%÷240 期（以上計算精確到元，金額不足 1 元時，按 0 元處理）。

第七條　甲乙雙方確認，甲方支付資助款的日期為每月____日（遇本月無此日期的，以當月最後一日為發放日）。

第八條　乙方應向甲方提供收取創業扶持公益資助款的專用銀行帳戶。乙方收款專用銀行帳戶資訊為：

戶 名：

開 戶 行：

銀行帳號：

乙方收款專用銀行帳戶資訊出現變更情況的，應當在當月甲方劃款日前至少 15 個工作日向甲方提交書面變更申請書及相關申請資料（包括但不限於乙方身份證件、新舊銀行卡影本等資料），甲方在收到乙方書面申請後通知劃款銀行，最終變更日期以劃款銀行通過申請之日為准。乙方認可劃款銀行在同意帳戶變更日前仍將資助款劃入原指定帳戶。

因乙方收款專用銀行出現緊急情況（如遺失）需要暫時停止劃款的，乙方應當在緊急情況出現之日立即向甲方提出口頭說明並在1個工作日內補充書面申請。甲方收到乙方書面申請後，通知劃款銀行停止當月及此後的劃款（若當月已經劃款，則從次月開始停止劃款）。乙方帳戶恢復正常可接收款項時，應當通過書面方式通知甲方恢復劃款。甲方在收到乙方書面通知後，從次月開始恢復劃款。

三、甲乙雙方權利義務

第八條　甲方權利義務

1、甲方將創業扶持公益資助款委託 銀行進行專項資金監管，由其按月準時、足額劃撥至乙方指定銀行帳戶，保障創業扶持公益資助款的準時劃撥。

2、甲方保證甲方資助活動由民政部門全程監管，乙方提交的申請資料及本協定需向民政部門備案，甲方確保創業扶持公益資助資金的安全運作。

3、甲方有權對乙方接受創業扶持資助的真實性進行考察和評估，同時甲方有權監督乙方將且僅將該創業扶持資助款用於合作房屋的購買。甲方發現乙方提供虛假、偽造的資料或存在利用創業扶持資助謀取不當利益的，有權單方面解除本協議並立即停止提供創業扶持資助，同時甲方有權要求乙方將已收取的資助款全額返還甲方。

4、甲方有權使用乙方在獲得公益資助過程中提供的資料或訊息等用以宣傳慈善活動。

第九條　乙方權利義務

1、乙方有義務保證創業扶持公益資助款受益人僅限

於乙方，乙方出現亡故、離異等情況，需要對受益人進行變更的，乙方應按照本協議約定及相關法律法規向甲方提出相應變更申請。

2、乙方應積極主動參加由甲方發起的其他慈善活動。

四、關於受資助主體變更的約定

第十條　乙方在本協議書生效之日起，五年內不得將資助房屋轉售協力廠商。若乙方未遵守本協議在五年內將資助房屋轉售的，則從乙方轉售之日起（以乙方與協力廠商簽訂《商品房買賣合同》之日為准），甲方有權單方面立即終止向乙方發放創業扶持資助款。

第十一條　乙方在本協議書生效日起，五年後可將資助房屋轉售，轉售後的新購房者需要承繼乙方創業扶持資助補貼的，應當與乙方共同向甲方提交書面申請辦理變更並獲得甲方書面同意。否則甲方的資助款將繼續支付至乙方指定帳戶。

第十二條　乙方因身故、離異、債務等原因導致資助房屋產權變更，則甲方及乙方權利繼承人應根據相關法律法規規定或有效裁判文書確定的內容，由資助房屋新的產權所有人向甲方提交書面變更手續並提供相關產權變更證明材料，由甲方審核確認後將剩餘創業扶持款項按本協定約定方式發放給新的產權所有人。

第十二條　乙方將原資助房屋出售後，又重新購買甲方提供的資助房屋的，應當重新申請辦理創業扶持公益資助手續並由甲方重新審核資助資格。

但當創業扶持公益資助的房屋供應量暫時與市場需求不匹配時，甲方有權優先向對社會做出貢獻的人員供應，如革命烈士家屬、榮獲見義勇為稱號的人士、榮獲市級政府以上嘉獎的人士、獲得政府榮譽稱號的勞動模範、優秀教師、優秀醫務工作者、科技人員、軍人及社會公益服務群體等。

五、違約責任

第十三條　在本協議履行過程中，甲方無正當理由逾期向乙方提供資助款的，乙方有權向民政部門投訴，並要求甲方向乙方支付相應的滯納金。甲方應付滯納金以甲方逾期支付的資助款項為基數，按日以千分之五為比例，計算至甲方支付之日為止。

第十四條　乙方提供虛假資料、資訊，或利用創業扶持公益資助款謀取不正當利益，造成甲方損失的，應當向甲方賠償雙倍損失。

第十五條 除本協議另有約定外，一方違反本協議約定的，守約方有權要求違約方向守約方支付人民幣____元（￥____）的違約金。

六、其他

第十六條　未經甲方書面許可，乙方有義務對甲方提供的公益資助活動過程中所知悉的甲方不公開的資訊或資料予以保密。

第十七條　因本協定產生的爭議，雙方可以通過協商解決，協商內容應當簽訂補充協定明確。協商不成的，任何一方均有權向甲方所在地人民法院提起訴訟解決。

第十八條　本協議自甲乙雙方簽約之日起生效，有效期為至資

助款全部發放完畢之日為止。

第十九條　本協議一式四份，甲乙雙方、甲方民政主管部門及劃款銀行各執一份，具有同等法律效力。

（以下無正文）

甲方（公章）　　乙方（簽字捺印）

法定代表人（簽章）

____年____月____日

簽訂地點：

七、創業孵化服務協議書

甲方（社會合作機構）：

乙方（創業人員）：

身份證號：

為幫助和促進我市戶籍勞動力自主創業，進一步提高自主創業人員創業的成功率，甲方作為受市人力資源局委託的創業孵化服務社會合作機構，為乙方提供創業孵化服務，經雙方協商一致，簽訂本協議，雙方共同遵守。

一、甲方的責任和義務

（一）根據乙方自主創業的要求提供以下服務：

1、專案評估；2、項目選址；3、開業指導；4、協助辦理工商註冊及稅務登記；5、企業管理諮詢；6、培訓服務；7、融資服務。

（二）在為乙方提供服務過程中，應建立服務檔案。

（三）在乙方創業專案開業後，應進行跟蹤管理，提供專案的後續指導服務。

（四）保守乙方的商業機密，未經乙方同意，不得向協力廠商透露本協議履行過程中所涉及的內容。

二、乙方的責任和義務

（一）乙方在創業過程中，應當自覺遵守國家的政策、法律和法規，由於經營不當造成的虧損以及由此帶來的債權、債務等經濟責任均由乙方獨立承擔。甲方對乙方不承擔法律連帶責任。

（二）乙方應保守甲方的服務機密，未經甲方同意，不得向協力廠商透露本協議履行過程中所涉及的內容。

（三）乙方在甲方提供孵化服務過程中，對甲方提供的《創業孵化服務記錄表》予以確認並簽名。

（四）如孵化成功，乙方應向甲方提供相關證照資料，配合甲方申領“創業孵化成功服務費”。

三、協議解除約定

（一）經甲乙雙方一致同意時，本協議可以解除。

（二）在約定合約期內，乙方對甲方的服務滿意率未達 80%，任一方可解除本協議。

（三）如出現下列情況之一的，甲方可單方面解除本協議：

1、乙方故意欺瞞基本資料、過往被服務記錄，致使甲方蒙受損失的；

2、未經甲方許可，擅自利用甲方進行宣傳的；

3、乙方無故不履行本協議，或者有其他違反政策規定行為、並侵害到甲方合法利益的。

（四）如出現下列情況之一的，乙方可單方面解除本協議：

1、協定期間甲方未能履行本協議義務的；

2、甲方擅自將約定服務職責轉交協力廠商代辦的；

3、有其他違反本協議規定或其他違法違規行為的。

（五）協議期間遇有政策調整或客觀情況變化，致使本協定無法繼續履行的。

（六）任何一方提出解除本協議時，均需提前 10 天以書面形式通知對方。

四、本協定未盡事宜，雙方可根據公平、合理原則及其他有關法律法規的規定，另行協商確定。

五、本協議規定的孵化期限自____年____月____日至____年____月____日止。

六、本協議一式三份，甲、乙雙方各執一份、報市人力資源局備案一份。

甲方：　　（簽名或蓋章）

乙方：　　（簽名）

代表人：

簽訂日期：　　簽訂日期：

八、○○高新技術產業開發區企業孵化協議書

孵化企業：

簽訂日期：

合同編號：

為創造良好的創新創業環境，加快高新技術成果的轉化，推動科技型中小企業發展，經甲乙雙方協商，自願構成孵化與被孵化的關係。現就有關孵化事宜達成協議如下：

第一條　協議各方

甲方： ○○高新生物園發展有限公司

乙方：

第二條　乙方必須符合下列條件

1、工商註冊、稅務登記均在高新區，並依法納稅；

2、申請進入孵化器時，企業成立時間不超過 24 個月；

3、企業成立時的註冊資金不超過人民幣 500 萬元；

4、主要從事國家科技部規定範圍內高新技術及其產品的研究開發、生產銷售和技術服務，智慧財產權明晰，具有較強的高新技術研發和產業化能力；

5、原則上職工具有大專以上學歷的科技人員占企業職工人數的 70% 以上；

6、企業團隊具有開拓創新精神，對技術、市場、經營和管理有一定駕馭能力。留學生和大學生企業的團隊主要管理者或技術帶頭人，由其本人擔任。

7、產權關係明晰，有嚴格的財務管理制度、健全的財務管理機構和合格的財務人員。

8、其他條件

第三條　甲方的權利義務

1、甲方同意為乙方提供孵化場地，房屋使用的相關事宜雙方簽訂附屬合同《房屋租賃合同》另行約定。

2、乙方入駐後，甲方按《○○高新生物園發展有限公司科技企業孵化器、加速器管理辦法》的規定給予乙方相關優惠政策。

3、乙方入駐期間，甲方及時向乙方傳達國家和省、

市的有關政策和規定，提供政策指導，積極協助乙方申報高新技術企業及國家、省、市火炬計畫、科技攻關計畫、科技部中小企業創新基金等各類計畫和基金，協助企業爭取各項優惠政策並進行跟蹤管理和服務。

4、甲方就下列服務給予乙方必要協助：工商註冊及稅務登記、銀行開戶、專利申請、IS09000 品質認證諮詢服務、資產評估服務、企業管理諮詢、商務服務、培訓服務、人才招聘、技術職稱資格評定、法律諮詢及物業管理等。

5、乙方若在 3 年內達到畢業條件，可優先進入加速器進行加速，或者到高新區內購買或租賃土地、廠房，甲方將給予協助。

6、甲方定期組織企業間的聯誼活動，交流企業發展經驗，開展業務合作。

7、甲方協調銀行等金融機構加大對入駐企業的貸款支持，幫助企業疏通資金管道、搭建融資平臺。

8、其他權利義務

第四條　乙方的權利義務

1、乙方保證按照約定的科研開發用途使用入駐場地。

2、乙方發生工商註冊、經營範圍、股東股權、地址、合併重組、註銷等工商變更或主要研發、管理人員和研發專案變動等情況時，應提前 15 日通知甲方，並在變更後 3 日內到甲方備案。

3、乙方應自甲方向其交付房屋之日起 15 日內入駐孵

化器並開展工作，逾期不入駐的，將取消其孵化資格。

4、乙方在生產經營活動中，必須自覺遵守國家的政策、法律和法規，由於經營不當造成的虧損以及由此而帶來的債權、債務等經濟責任均由乙方獨立承擔，與甲方無關。

5、乙方應甲方的要求需及時向甲方提供以下資料，甲方承諾將予以保密：

1）按要求按時如實報送財務報表和稅務申報表（影本），認真完成政府部門交辦的各項財政、統計等資訊報送工作，特別是財政月報、每年一度的火炬統計和每 3 年一度的國家級孵化器覆核等工作；

2）主要管理人員的資料。

6、乙方應每半年向甲方提供項目孵化進展報告，年底提供一年的工作總結及財務報告。甲方將對入孵企業每年實行一次末位元動態化管理，有權根據《企業入駐申請表》、財務和稅務報表、進展報告及其他資料和調查，視情況對乙方做出繼續或終止孵化協議的決定。

7、乙方應服從甲方的統一管理，嚴格履行協議規定，及時交納水、電、網路、房租和物業管理等費用。

8、乙方應嚴格遵守甲方所制定的對孵化企業的一切規章制度，維護孵化器的正常工作秩序。

9、根據政府職能部門要求，配合甲方做好有關工作，

積極參加甲方組織的各項活動。

10、其他權力義務

第五條　乙方在孵化期內的孵化目標

1、第一孵化年度

2、第二孵化年度

3、第三孵化年度

第六條　孵化關係的解除

（一）甲方有權在下列情況出現後，書面通知乙方糾正或整改。經甲方書面通知仍不糾正整改的，甲方有權對乙方做出終止孵化決定，解除孵化關係並收回乙方使用的房屋：

1、乙方未按協議規定時間入駐孵化器並開展工作；

2、乙方業務進展緩慢，企業發展未達到孵化預期的；

3、乙方提供虛報報告、資料及報表，造成惡劣影響的；

4、乙方進行違法活動，嚴重違反規章制度，不服從管理；

5、乙方房屋面積未能充分利用，或擅自將房間轉租給協力廠商的；

6、乙方不及時提交本協議第六條、第七條所述資料；

7、乙方未能按有關規定及時交納房租費及其它費用；

8、乙方有其他違反本協議書及其附屬合同約定的行為。

（二）乙方在孵化期間出現不滿足本協議第二條所述條件的情況，甲方有權對乙方做出終止孵化決定，解除孵化關係並收回乙方使用的房屋。

（三）乙方提前達到《〇〇高新生物園發展有限公司科技企業孵化器、加速器管理辦法》所規定的畢業條件，協議可提前終止；本協議書終止、解除的，雙方簽訂的附屬合同同時終止或解除。

（四）乙方在孵時限一般為 5 年，按《〇〇高新生物園發展有限公司科技企業孵化器、加速器管理辦法》中規定的畢業條件，孵化期滿後，經甲方核准，符合條件即可畢業，並頒發畢業證書；如果乙方經 5 年時間孵化仍無明顯發展的，甲方有權解除孵化關係，並辦理相關遷出孵化器的手續。

第七條　乙方孵化滿 3 年，經審核認定工作領導小組評審，符合“創新人才推進計畫”及“海外高層次人次引進計畫”的人才及創業企業，如需繼續孵化，應於本協議到期前 30 天向甲方提出繼續孵化的申請，配合相關部門進行考察、評議，通過審批後，續簽孵化協議。

第八條　從企業入駐之日起，每滿一年為一個孵化年度，本協議規定的孵化期限自_____年_____月_____日起至_____年_____月_____日止。

第九條　本協議一式兩份，甲乙雙方各執一份。自簽訂之日起

生效。

甲方：　　（蓋章）

法人代表或授權代理人：

乙方：　　（蓋章）

法人代表或授權代理人：

簽訂時間：____年____月____日

九、中國大陸青年創業相關參考資訊

【補充資料】對賭條款的含義及法院的見解

（一）何為對賭協議或對賭條款

對賭協定（Valuation Adjustment Mechanism，VAM），又稱估值調整協定，是私募股權投資（PE）中常用的一種價值調整機制與合同安排。「對賭協議」並非真正的賭博合同，而是近幾年來在中國大陸資本市場上出現由投資者與原始創業者，針對被投資目標企業的估值，所作的約定安排，即以「估值調整機制」為基礎的融資方式，其核心條款是對於目標企業是否可以實現原始創業者對投資者所承諾的某種業績或目標，做出正反兩種或然性的約定，其實質是投融資雙方對股權投資價值的或然性安排，是一種投資保障工具、價格發現工具和管理層激勵工具。即當目標達成時，投資方將繼續持有股份，融資方可按原約定獲得溢價投資帶來的回報；相反假如目標沒有實現，則融資方需按約定溢價回購投資方股權作為對投資者的補償。對賭協定的產生一方面為作為投資方私募基金的投資安全提供了保護傘，另一方面則對於目標企業的經營者起到了充分的激勵作用。

（二）對賭協議的常見類型

1、按照投資者投資方式的不同分為：基於增資的對賭或基於股權轉讓的對賭。

2、按照對賭主體的不同分為：投資方和目標企業的大股東（實際控制人）對賭或投資方與目標企業間的對賭。

3、按照對賭標的的不同分為：「賭目標企業的業績」或「賭目標企業的上市」。

4、按照對賭結果的不同分為：現金對賭（即現金補償投資者）或股權對賭（股權回購或轉讓）。即賭輸的原始創業者無償或以很低的價格轉讓給另投資者一定比例的股權（一般稱：補股）或一定價格回購投資方的全部股權，而回購價格往往是投資者投資款本金並加計一定比例的利息的總和。

（三）法院對對賭協議效力的立場

最高人民法院在被稱為「對賭協議第一案（具體判決附後）」中認定了無效情形僅限於以目標企業為主體的回購和補償條款，而對於目標企業的股東與投資方簽訂的補償承諾，不違反法律法規的禁止性規定，是當事人的真實意思表示，應屬有效。所以法院不承認投資方與融資方（目標企業）之間的對賭協議，該類對賭無效；但投資方與目標企業股東和其他方的對賭是有效的。

中華人民共和國最高人民法院
民 事 判 決 書

（2012）民提字第 11 號

申請再審人（一審被告、二審被上訴人）：A 公司。
住所地：甘肅省定西市安定區〇〇鎮〇〇村。
法定代表人：陸〇，A 公司總經理。
委託代理人：孫〇，甘肅〇〇律師事務所律師。

申請再審人（一審被告、二審被上訴人）：B 公司。
住所地：香港特別行政區尖沙咀〇〇〇〇〇〇。
法定代表人：陸〇，B 公司總經理。
委託代理人：孫〇，甘肅〇〇律師事務所律師。

被申請人（一審原告、二審上訴人）:C 公司。住所地：江蘇省蘇州工業園區〇〇〇〇〇〇。
法定代表人：張〇〇，C 公司執行董事。
委託代理人：計〇〇，〇〇律師事務所律師。
委託代理人：塗〇〇，〇〇律師事務所律師。

一審被告、二審被上訴人：陸〇，女，漢族，〇〇年〇月〇〇日出生，住上海市楊浦區仁德路〇〇弄〇〇號〇〇室，現住甘肅省定西市安定區〇〇〇〇〇〇。

委託代理人：孫〇，甘肅〇〇律師事務所律師。

申請再審人甘肅 A 公司、B 公司為與被申請人 C 公司、陸〇增

資糾紛一案，不服甘肅省高級人民法院(2011)甘民二終字第 96 號民事判決，向本院申請再審。本院以(2011) 民申字第 1522 號民事裁定書決定提審本案，並依法組成合議庭於 2012 年 4 月 10 日公開開庭進行了審理。A 公司、B 公司、陸〇的委託代理人孫〇，C 公司的委託代理人計〇〇到庭參加了訴訟，本案現已審理終結。

2009 年 12 月 30 日，C 公司訴至蘭州市中級人民法院，請求判令 A 公司、B 公司和陸〇向其支付協議補償款 1,998.2095 萬元並承擔本案訴訟費及其它費用。

甘肅省蘭州市中級人民法院一審查明：2007 年 11 月 1 日前，D 公司、C 公司、B 公司、陸〇共同簽訂一份《〇〇公司增資協議書》(以下簡稱《增資協議書》)，約定：D 公司註冊資本為 384 萬美元，B 公司占投資的 100% 。各方同意 C 公司以現金 2,000 萬元人民幣對 D 公司進行增資，占 D 公司增資後註冊資本的 3.859 毛，B 公司 96.15%。依據協定內容，B 公司與 C 公司簽訂合營企業合同及修訂公司章程，並於合營企業合同及修訂後的章程批准之日起 10 日內一次性將認繳的增資款匯入 D 公司指定的帳戶。合營企業合同及修訂後的章程，在報經政府主管部門批准後生效。C 公司在履行出資義務時，陸〇承諾於 2007 年 12 月 31 日之前將四川省峨邊縣五渡牛崗鉛鋅礦過戶至 D 公司名下。募集的資金主要用於以下項目：1、收購甘肅省境內的一個年產能大於 1.5 萬噸的特冶煉廠；2、開發四川省峨邊縣牛崗礦山;3、技入 500 萬元用於迴圈冶煉技術研究。第 7 條特別約定第 1 項：本協議簽訂後，D 公司應儘快成立「公司改制上市工作小組」；著手籌備安排公司改制上市的前期準備工作，工作小組成員由股東代表和主要經營管理人員組成。協議各方應在條件具備時將公司改組成規範的股份有限公司，並爭取在境內證券

交易所發行上市。第 2 項業績目標約定：D 公司 2008 年淨利潤不低於 3,000 萬元人民幣。如果 D 公司 2008 年實際淨利潤完不成 3,000 萬元，C 公司有權要求 D 公司予以補償，如果 D 公司未能履行補償義務，C 公司有權要求 B 公司履行補償義務。補償金 =(1-2008 年實際淨利潤 /3,000 萬元)x 本次投資金額。第四項股權回購約定：如果至 2010 年 10 月 20 日，由於 D 公司的原因造成無法完成上市，則 C 公司有權在任一時刻要求 B 公司回購屆時 C 公司持有之 D 公司的全部股權，B 公司應自收到 C 公司書面通知之日起 180 日內按以下約定回購金額向 C 公司一次性支付全部價款。若自 2008 年 1 月 1 日起，D 公司的淨資產年化收益率超過 10%，則 B 公司回購金額為 C 公司所持 D 公司股份對應的所有者權益帳面價值；若自 2008 年 1 月 1 日起，D 公司的淨資產年化收益率低於 10 呢），則 B 公司回購金額為 (C 公司的原始投資金額 - 補償金額）x（1 + 10%x 投資天數 /360)。此外，還規定了資訊批露約定、違約責任等，還約定該協議自各方授權代表簽字並加蓋了公章，與協議文首注明之簽署日期生效。協議未作規定或約定不詳之事直，應參照經修改後的 D 公司章程及股東間的投資合同 (若有) 辦理。

2007 年 11 月 1 日，C 公司、B 公司簽訂《中外合資經營〇〇有限公司合同》（以下簡稱《合資經營合同》），有關約定為：D 公司增資擴般將註冊資本增加至 399.38 萬美元，C 公司決定受讓部分股權，將 D 公司由外資企業變更為中外合資經營企業。在合資公司的設立部分約定，合資各方以其各自認繳的合資公司註冊資本出資額或者提供的合資條件為限對合資公司承擔責任。C 司出資 15.38 萬美元，占註冊資本的 3.85%；B 公司出資 384 萬美元，占註冊資本的 96.15% 。C 公司應於本合同生效後十日內一次性向合資公司

繳付人民幣 2,000 萬元，超過其認繳的合資公司註冊資本的部分，計入合資公司資本公積金。在第 68 條、第 69 條關於合資公司利潤分配部分約定：合資公司依法繳納所得稅和提取各項基金後的利潤，按合資方各持股比例進行分配。合資公司上一個會計年度虧損未彌補前不得分配利潤。上一個會計年度未分配的利潤，可併入本會計年度利潤分配。還規定了合資公司合資期限、解散和清算事宜。還特別約定：合資公司完成變更後，應儘快成立「公司改制上市工作小組」，著手籌備安排公司改制上市的前期準備工作，工作小組成員由股東代表和主要經營管理人員組成。合資公司應在條件具備時改組成立為股份有限公司，並爭取在境內證券交易所發行上市。如果至 2010 年 10 月 20 日，由於合資公司自身的原因造成無法完成上市，則 C 公司有權在任一時刻要求 B 公司回購屆時 C 公司持有的合資公司的全部股權。合同於審批機關扯准之日起生效。《中外合資經營〇〇有限公司章程》（以下簡稱《公司章程》）第 62 條、63 條與《合資經營合同》第 68 條、69 條內容相同。之後，C 公司依約於 2007 年 11 月 2 日繳存 D 公司銀行帳戶人民幣 2,000 萬元，其中新增註冊資本 114.7717 萬元，資本公積金 1,885.2283 萬元。2008 年 2 月 29 日，甘肅省商務廳甘商外資字【2008】79 號檔《關於〇〇有限公司增資及股權變更的批復》同意增資及股權變更，並批准「投資雙方於 2007 年 11 月 1 日簽訂的增資協定、合資企業合營合同和章程從即日起生效」。隨後，D 公司依據該批復辦理了相應的工商變更登記。2009 年 6 月，D 公司依據該批復辦理了相應的工商變更登記。2009 年 6 月，D 公司經甘肅省商務廳批准，到工商部門辦理了名稱及經營範圍變更登記手續，名稱變更為〇〇資源再利用有限公司。另據工商年檢報告登記記載，D 公司 2008 年度生

產經營利潤總額 26,858.13 元，淨利潤 26,858.13 元。

一審法院認為，根據雙方的訴辯意見，案件的爭議焦點為：1、《增資協議書》第 7 條第 (2) 項內容是否具有法律效力；2、如果有效，A 公司、B 公司、陸〇應否承擔補償責任。

經審查，《增資協議書》系雙方真實意思表示，但第 7 條第 (2) 項內容即 A 公司 2008 年實際淨利潤完不成 3,000 萬元，C 公司有權要 A 公司補償的約定，不符合《中華人民共和國中外合資經營企業法》第 8 條關於企業利潤根據合營各方註冊資本的比例進行分配的規定，同時，該條規定與《公司章程》的有關條款不一致，也損害公司利益及公司債權人的利益，不符合《中華人民共和國公司法》第 20 條第 1 款的規定。因此，根據《中華人民共和國合同法》第 52 條 (5) 項的規定，該條由 A 公司對 C 公司承擔補償責任的約定違反了法律、行政法規的強制性規定，該約定無效，故 C 公司依據該條款要求 A 公司承擔補償責任的訴請，依法不能支持。由於 C 公司要求 A 公司承擔補償責任的約定無效，因此，C 公司要求 A 公司承擔補償責任失去了前提依據。同時，《增資協議書》第 7 條第 (2) 項內容與《合資經營合同》中相關約定內容不一致，依據《中華人民共和國中外合資經營企業法實施條例》第 10 條第 2 款的規定，應以《合資經營合同》內容為准，故 C 公司要求 B 公司承擔補償責任的依據不足，依法不予支持。陸〇雖是 A 公司的法定代表人，但其在 A 公司的行為代表的是公司行為利益，並且《增資協議書》第 7 條第 (2) 項內容中，並沒有關於由陸〇個人承擔補償義務的約定，故 C 公司要求陸〇個人承擔補償責任的訴請無合同及法律依據，依法應予駁回。至於陸〇未按照承諾在 2007 年 12 月 31 日之前將四川省峨邊縣五渡牛崗鉛鋅礦過戶至 A 公司名下，涉及對 A 公司及其

股東的違約問題，不能成為本案陸〇承擔補償責任的理由。

綜上，一審法院認為 C 公司的訴請依法不能支持，A 公司、B 公司、陸〇不承擔補償責任的抗辯理由成立。依照《中華人民共和國合同法》第 52 條 (5) 項、《中華人民共和國公司法》第 6 條第 2 款、第 20 條第 1 款、《中華人民共和國中外合資經營企業法》第 2 條第 1 款、第 2 款、第 3 條、《中華人民共和國中外合資經營企業法實施條例》第 10 條第 2 款之規定，該院於 2010 年 12 月 31 日作出 (2010) 蘭法民三初字第 71 號民事判決，駁回 C 公司的全部訴訟請求。

C 公司不服一審判決，向甘肅省高級人民法院提起上訴。

二審查明的事實與一審一致

二審法院認為：當事人爭議的焦點為《增資協議書》第 7 條第 (2) 項是否具有法律效力。本案中，C 公司與 A 公司、B 公司、陸〇四方簽訂的協議書雖名為《增資協議書》，但縱觀該協議書全部內容，C 公司支付 2,000 萬元的目的並非僅享有 A 公司 3.85% 的股權 (計 15.38 萬美元，折合人民幣 114.771 萬元)，期望 A 公司經股份制改造並成功上市後，獲取增值的股權價值才是其締結協議書並出資的核心目的。基於上述投資目的，C 公司等四方當事人在《增資協議書》第 7 條第 (2) 項就業績目標進行了約定，即「A 公司 2008 年淨利潤不低於 3,000 萬元，C 公司有權要求 A 公司予以補償，如果 A 公司未能展行補償義務，C 公司有權要求 B 公司履行補償義務。補償金額 =(1-2008 年實際淨利潤 /3,000 萬元)x 本次投資金額」。四方當事人就 A 公司 2008 年淨利潤不低於 3,000 萬元人民幣的約定，僅是對目標企業盈利能力提出要求，並未涉及具體分配事宜；

且約定利潤如實現，A 公司及其股東均能依據《中華人民共和國公司法》、《合資經營合同》、《公司章程》等相關規定獲得各自相應的收益，也有助於債權人利益的實現，故並不違反法律規定。而四方當事人就 A 公司 2008 年實際淨利潤完不成 3,000 萬元，C 公司有權要求 A 公司及 B 公司以一定方式予以補償的約定，則違反了投資領域風險共擔的原則，使得 C 司作為投資者不論 A 公司經營業績如何，均能取得約定收益而不承擔任何風險。參照《最高人民法院關於審理聯營合同糾紛案件若干問題的解答 >》第 4 條第 2 項關於「企業法人、事業法人作為聯營一方向聯營體投資，但不參加共同經營，也不承擔聯營的風險責任，不論盈虧均按期收回本息，或者按期收取固定利潤的，是明為聯營，實為借貸，違反了有關金融法規，應當確認合同無效」之規定，《增資協議書》第 7 條第 (2) 項部分該約定內容，因違反《中華人民共和國合同法》第 52 條第 (5) 項之規定應認定無效。C 公司除已計入 A 公司註冊資本的 114.771 萬元外，其餘 1,885.2283 萬元資金性質應屬名為投資，實為借貸。雖然 A 公司與 B 公司的補償承諾亦歸於無效，但 C 公司基於對其承諾的合理依賴而締約，故 A 公司、B 公司對無效的法律後果應負主要過錯責任。根據《中華人民共和國合同法》第 58 條之規定，A 公司與 B 公司應共同返還 C 公司 1,885.2283 萬元及佔用期間的利息，因 C 公司對於無效的法律後果亦有一定過錯，如按同期銀行貸款利率支付利息不能體現其應承擔的過錯責任，故 A 公司與 B 公司應按同期銀行定期存款利率計付利息。

因陸〇個人並未就《增資協議書》第 7 條第 (2) 項所涉補償問題向 C 公司作出過承諾，且其是否於 2007 年 12 月 31 日之前將四川省峨邊縣五渡牛崗鉛鋅礦過戶至 A 公司名下與本案不屬同一法律

關係，故 C 公司要求陸〇承擔補償責任的訴請無事實及法律依據，依法不予支持。

關於 A 公司、B 公司、陸〇在答辯中稱《增資協議書》已被之後由 C 公司與 B 公司簽訂的《合資經營合同》取代，《增資協議書》第 7 條第 (2) 項對各方已不具有法律約束力的主張。因《增資協議書》與《合資經營合同》締約主體不同，各自約定的權利義務也不一致，且 2008 年 2 月 29 日，在甘肅省商務廳甘商外資字【2008】79 號《關於〇〇公司增資及股權變更的批復》中第 2 條中明確載明「投資雙方 2001 年 11 月 1 日簽訂的增資協定、合資企業合營合同和章程從即日起生效」。故其抗辯主張不予支持。該院認為一審判決認定部分事實不清，導致部分適用法律不當，應予糾正。依照《中華人民共和國民事訴訟法》第 153 條第 (2) 項、第 (3) 項、第 158 條之規定，該院判決：

一、撤銷蘭州市中級人民法院 (2010) 蘭法民三初字第 71 號民事判決；

二、A 公司、B 公司於判決生效後 30 日內共同返還 C 公司 1,885.2283 萬元及利息 (自 2007 年 11 月 3 日起至付清之日止按照中國人民銀行同期銀行定期存款利率計算)。

A 公司、B 公司不服甘肅省高級人民法院 (2011) 甘民二終字第 96 號民事判決，向本院申請再審，請求裁定再審，撤銷二審判決，維持一審判決。理由是：

一、C 公司的訴訟請求是要求 A 公司、B 公司和陸〇支付利潤補償款 19,982,095 元，沒有請求將計入合資公司資本金的 18,852,283 元及利息返還。因此二審判決判令 A 公司、B 公司共同返還 18,852,283 元及利息超出了 C 公司訴訟請求和上訴請

求，程式違法。同時，18,852,283 元及利息已超過 2,200 萬元，明顯超出訴訟標的。

二、二審判決將 C 公司繳付並計入合資公司資本公積金的 18,852,283 元認定為「名為投資實為借貸」，沒有證據證明，也違反法律規定。

三、二審判決參照最高人民法院《關於審理聯營合同糾紛案件若干問題的解答》，適用法律錯誤。C 公司與 B 公司、A 公司之間不存在聯營關係。

四、《合資經營合同》第 97 條約定：該合同取代雙方就上述交易事宜做出的任何口頭或書面的協議、合同、陳述和諒解。所以《增資協議書》對各方已不具有約束力。B 公司並未依照《增資協議書》第 7.2 條或《合資經營合同》取得任何款項，判令 B 公司承擔共同返還本息的責任沒有事實根據。

C 公司答辯稱：

一、《增資協議書》是四方當事人為達到上市目的而簽訂的融資及股份制改造一攬子協議書，不是《合資經營合同》所能容納得了的。

二、二審法院判令 A 公司和 B 公司返還的是股本金之外的有特別用途的溢價款，不涉及抽逃出資問題。

三、陸〇在《增資協議書》中只代表其個人，是合同當事人的個人行為，因其違反《增資協議書》的約定應承擔補償責任。

四、陸〇的行為涉嫌刑事犯罪，其採取虛報註冊資本的手段誘使 C 公司誤信其公司的經濟實力，騙取 C 公司資金。請求調取證據查證事實或將此案移交公安機關偵查。

本院審查查明的事實與一、二審查明的事實一致。

本院認為：2009 年 12 月，C 公司向一審法院提起訴訟時的訴訟請求是請求判令 A 公司、B 公司、陸〇向其支付協議補償款 19,982,095 元並承擔本案訴訟費用及其它費用，沒有請求返還投資款。因此二審判決判令 A 公司、B 公司共同返還投資款及利息超出了 C 公司的訴訟請求，是錯誤的。

C 公司作為企業法人，向 A 公司投資後與 B 公司合資經營，故 A 公司為合資企業。A 公司、C 公司、B 公司、陸〇在《增資協議書》中約定，如果 A 公司實際淨利潤低於 3,000 萬元，則 C 公司有權從 A 公司處獲得補償，並約定了計算公式。這一約定使得 C 公司均投資可以取得相對固定的收益，該收益脫離了 A 公司的經營業績，損害了公司利益和公司債權人利益，一審法院、二審法院根據《中華人民共和國公司法》第 20 條和《中華人民共和國中外合資經營企業法》第 8 條的規定認定《增資協議書》中的這部分條款無效是正確的。但二審法院認定 C 公司 18,852,283 元的投資名為聯營實為借貸，並判決 A 公司和 B 公司向 C 公司返還該筆投資款，沒有法律依據，本院予以糾正。

《增資協議書》中並無由陸〇對 C 公司進行補償的約定，C 公司請求陸〇進行補償，沒有合同依據。此外，C 公司稱陸〇涉嫌犯罪，沒有證據證明，本院對該主張亦不予支持。

但是，在《增資協議書》中，B 公司對於 C 公司的補償承諾並不損害公司及公司債權人的利益，不違反法律法規的禁止性規定，是當事人的真實意思表示，是有效的。B 公司對 C 公司承諾了 D 公司 2008 年的淨利潤目標並約定了補償金額的計算方法。在 D 公司 2008 年的利潤未達到約定目標的情況下，B 公司應當依約應 C 公司

的請求對其進行補償。B 公司對 C 公司請求的補償金額及計算方法沒有提出異議，本院予以確認。

根據 C 公司的訴訟請求及本案《增資協議書》中部分條款無效的事實，本院依照《中華人民共和國合同法》第 60 條、《中華人民共和國民事訴訟法》第 153 條第 1 款第 2 項、第 186 條的規定，判決如下：

一、撤銷甘肅省高級人民法院(2011)甘民二終字第 96 號民事判決；

二、本判決生效後三十日內，B 公司向 C 公司支付協議補償款 19,982,095 元。如未按本判決指定的期間履行給付義務，則按《中華人民共和國民事訴訟法》第 229 條的規定，加倍支付延遲履行期間的債務利息；

三、駁回 C 公司的其他訴訟請求。

一審案件受理費 155,612.3 元、財產保全費 5,000 元、法院郵寄費 700 元、二審案件受理費 155,612.3 元，合計 316,924.6 元，均由 B 公司負擔。

本判決為終審判決。

審判長　陸〇〇
審判員　楊〇〇
代理審判員　楊〇〇
二〇一二年十一月七日
書記員　許〇〇

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

臺商在中國大陸簽訂合同應注意事項 / 姜志俊 蔡世明作；
臺北企業經理協進會編著 ..-- 第 1 版 .--
臺北市：陸委會，民 107.06
面； 公分
ISBN 978-986-05-6216-3（平裝）
1. 契約 2. 兩岸經貿
584.31 107010213

臺商在中國大陸簽訂合同應注意事項
出版機關：行政院大陸委員會
地 址：臺北市濟南路一段 2 之 2 號 17 樓
電 話：2397-5589
傳 真：2397-5281
編著者：臺北企業經理協進會
作 者：姜志俊 蔡世明
網路地址：http://www.mac.gov.tw
電子信箱地址：macst@mac.gov.tw
印 刷 者：伊果文創印刷庇護工場
電 話：（02）2939-2169
電子版本：http://www.mac.gov.tw/public/MMO/RPIR/book624.pdf
版次：第 1 版
出版日期：中華民國 107 年 6 月
印 量：300 冊
定 價：新台幣 250 元

GPN 1010700872
ISBN 978-986-05-6216-3（平裝）

行政院大陸委員會
臺北市濟南路一段二之二號十七樓
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

9 789860 562163