

陆资来台进行兼并投资风险之需知

郭清宝*

- 壹、前言（ECFA 下之两岸投资）
- 贰、陆资来台进行兼并投资之相关法律
- 叁、投资合同中法律风险之几点意见
- 肆、ECFA 后之新契机（结论与建议）

壹、前言（ECFA 下之两岸投资）

2009 年大陆商务部、国台办于 5 月 17 日联合发布《关于大陆企业赴台湾地区投资或设立非企业法人有关事项的通知》，首度明确大陆企业赴台投资办理程序。大陆商务部将按照 2009 年颁布的“境外投资管理办法”负责赴台投资或设立非企业法人的核准任务。地方企业由所在地省级商务主管部门向商务部提出申请，中央企业向商务部提出申请。相关企业在台湾注册后 15 个工作日内报商务部和国台办备案。而 2009 年台湾出现前所未有的热点，那就是开放陆资来台并且颁布《大陆地区人民来台投资许可办法》及《大陆地区之营利事业在台设立分公司或办事处许可办法》可见两岸之投资热络将是可预期。关于两岸签署两岸经济合作架构协议 ECFA¹（Economic Cooperation Framework Agreement）对台湾的利弊得失，不同意见纷纭，但签署这样的协定还是好事。海峡两岸关系协会与海峡交流基金会为于南京举行的第三次陈江会，于 2009 年四月中旬在台北的会前会针对两岸 ECFA 初步交换了意见。最近海峡两岸关系协会会长陈云林与海峡交流基金会董事长江丙坤于 2010 年 6 月 29 日于重庆市进行了两岸经济合作架构协议 ECFA 之会谈，终于签署了 ECFA。台湾并且公布早期收获清单，获得重要关注，也是陆资来台必需关切之处。

另外，全球海外或是区际之投资即以兼并最为盛行及快速。现今台湾之许多产业拥有其市场价值及潜力，因此，全球投资者对于台湾市场仍将之作为一重要市场。台湾政府对于吸引外资投资，是采取鼓励等之政策，但是仍须为一定之制约及管制（regulation）。当然陆资来台除前揭提及之特别规定外，其它相关之企业并购法、公司法、劳动法及智慧财产

* 郭清宝 台湾律师/华东政法大学法学博士/中国国际经济贸易仲裁委员会暨郑州仲裁委员会台籍仲裁员。

¹ 「两岸经济合作架构协议」，是规范两岸之间经济合作活动之基本协议，的英文名字为 ECFA (Economic Cooperation Framework Agreement)。

法规及公平竞争法等，均成为制约企业活动于市场活动中之准绳。至于两岸关系之互动，对于陆资来台是否会因领导者之意识形态不同而有所严格及宽松之调整，此一定是陆资企业最关心之政治风险议题，这同样是台湾到大陆之投资企业所关心之政治风险议题。唯无论如何，大陆及台湾均值得投资。但是仍须有完整法律框架，以避免将来之风险。

贰、陆资来台进行兼并投资之相关法律浅析（以下法律为台湾地区之法律）

（一）、公平交易法分析

投资方式可以成立可以采取直接投资（FDI）、并购模式及进行设立分公司等，而并购行为乃属台湾公平交易法第 11 条规定的结合行为，依台湾公平交易法之规定是必须申请许可，为何必须申请许可，乃因为并购之行为，将形成产业集中度提高，甚至形成市场寡占、垄断以及限制竞争等情形。因此，并购之企业结合行为，必须符合「整体经济利益 > 限制竞争之不利益」²，公平交易委员会方许可结合，因此，企业进行并购之策略时，必须详细评估市场结构以及产业集中度之情形。

（二）、公司法分析

1、合并类型分析

1) 合并契约及决议：（公司法第 172、316、317 之 1 条）

各该公司董事会作成合并契约提交股东会决议（不得列临时动议且必须经由股东会之重度特别决议）

2) 少数股东股份收买请求权：（公司法第 317、186、187、188 条）

就合并案异议股东得于股东会前或集会中以书面或口头经记录表示异议，请求依公平价格收买其股份，并于决议后 20 日内提出记载股份种类及数额之书面，公司应于决议后 90 日内支付价款。因此，异议之股东必需注意程序及时效问题。

3) 履行保护公司债权人程序：（公司法第 319、73、74 条）合并公司各自编造资产负债表及损益表；向债权人分别通知及公告，若债权人有异议时，公司应清偿或供担保。参公司法第 73 条第二项规定：「公司为合并之决议后，应即向各债权人分别通知及公告，并指定三个月以上期限，声明债权人得于期限内提出异议。」，此

² 大陆《反垄断法》第二十八条 经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是，经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

际公司应对提出异议之债权人清偿或提供担保（公司法第 74 条第一项）

4) 公司合并之后续动作：（公司法第 318 条、公司登记及认许办法第 5、16 条）

召开股东会或创立会为合并事项报告变更或订立章程，15 日内办理合并或解散登记。

5) 公司之解散：（公司法 315）

与他公司合并为被并公司解散事由之一

6) 合并之效果：（公司法 75）—概括承受

因合并而消灭公司其权利义务应由合并后存续或另立之公司承受。

2、资产收购分析

1) 让与或受让主要营业或财产（公司法第 185 条），应经已发行股份总数三分之二

以上股东出席，出席股东过半数同意行之

2) 留意少数股东并有股份收买请求权（公司法第 187、188 条）

3) 注意公开发行公司取得或处分资产处理要点之特别事项

3、股权收购分析

1) 设立登记后一年内不得转让：

发起人股份转让之禁止³（公司法第 163 条）

2) 投资总额之限制：（公司法第 13 条）

除章程另规定，不得超过实收资本额 40%⁴

3) 董监事应尽善良管理人注意义务、忠实义务；继续一年以上，持股 3% 以上之股东得以书面请求监察人对董事提起诉讼控制公司之赔偿责任（公司法第 214 条）

4) 关系企业之规范：（公司法第 369 之 4、369 条之 12 条）

³ 公司股份之转让，不得以章程禁止或限制之，但非于公司设立登记后不得转让。发起人股份非于公司设立登记一年后，不得转让。

⁴ 公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人；如为他公司有限责任股东时，其所有投资总额，除以投资为专业或公司章程另有规定或经依左列各款规定，取得股东同意或股东会决议者外，不得超过本公司实收股本百分之四十：

一、无限公司、两合公司经全体无限责任股东同意。

二、有限公司经全体股东同意。

三、股份有限公司经代表已发行股份总数三分之二以上股东出席，以出席股东表决权过半数同意之股东会决议。

公司因接受被投资公司以盈余或公积增资配股所得之股份，不计入前项投资总额。

公司负责人违反第一项规定时，各科新台币六万元以下罚金，并赔偿公司因此所受之损害。

股权收购后，则易形成公司法所规范之关系企业等集团企业情形，因此，必须注意关系企业之相关规范，此部份，应参考公司法第 369 条以下以及编制合并营业报告书及合并财务报表之规定。

（三）证券交易法分析

1、持股申报(证交法第 43-1 I 条)

取得已发行股份总额 10%以上应于 10 日内向行政院金融监督委员会申报

2、公开收购股权(证交法第 43-1 II 条)

不经集中市场或 OTC 对非特定人公开收购则须经行政院金融监督委员会核准

3、征求委托书

依公开发行公司出席股东会使用委托书规则办理

4、重大讯息揭露、公开财务预测，收购股东会或合并后之临时股东会一个月 及次一年度继续公开。

5、内线交易规范(证交法第 157-1 条)

6、募集发行有价证券(证交法第 22 条；发行人募集及发行有价证券处理准则)依 据发行人募集及发行有价证券处理准则第七、八及十二条检视申报生效或申请 核准以及退回或不核准之认定

7、无影响市场秩序及或损害公益之虞者(证交法第 156 条)

8、上市上柜公司合并应注意事项(89.02.16(89)台财证第 00482 号函)

(1) 公开前保密

(2) 信息公开揭露之时点、方式及内容

(3) 换股比例订定及变更专家出具意见并提报股东会

(4) 同一天召开董事会及股东会决议合并事项

(5) 拟再与其它公司合并, 部份已完成之程序须重新来过

（四）、劳动基准法分析

1、员工之资遣及留用（劳基法第 16、17、20 条）

人力资源之重要于合并案中，更彰显其意义，前面提及并购动机之一乃为藉由并购获得优质技术人才以提升管理绩效（如被并购公司之人力资源【Human Resources】丰富），然而文化差异却是并购纠纷之主要原因，而劳动基准法第 20

条规定：事业单位改组或转让时，除新旧雇主商用留定之劳工外，其余劳工应依第16条规定期间预告终止契约，并应依第17条规定发给资遣费。其留用劳工之工作年资，应由新雇主继续予以承认。

（五）、智慧财产权法规分析

智慧财产权一般是包含专利权、商标权、著作权等权利，特别是目前市场上以科技主导之电子、软件行业更是以拥有专利及著作权之独占性保护，同时形成公司品牌及商标之高价性，台湾之电子行业如鸿海、台积电、联电、宏碁等公司之市场价值，已经是智慧财产权之价值。是并购过程中智慧财产权分析极为重要且应着重二个方面：（一）智慧财产权之未来前瞻性（二）智慧财产权之价值评估。

（六）、企业并购法（2002年2月6日）

- 1、公司之并购，依本法之规定；本法未规定者，依公司法、证券交易法、促进产业升级条例、公平交易法、劳动基准法、外国人投资条例及其它法律之规定。（该法第2条）
- 2、公司进行并购时，得以股东间书面契约或公司与股东间之书面契约合理限制（该法第11条）
- 3、公司合并契约应以书面为之，并应记载应有之事项（该法第22条）
- 4、公司以概括承受或概括让与方式进行收购之程序（该法第27条）
- 5、并购所生之租税减免（该法第34条）

叁、投资合同中法律风险之几点意见

一、 纷争解决模式的陷阱

纷争是契约规范中所欲避免的，然而投资契约签订及履行的过程中仍不免发生争议，此际必需了解及熟稔纷争解决的法律规定（此一领域是专业的过程），而纷争解决不外乎以调解、和解、诉讼及仲裁等模式，至于涉外投资因为涉及复杂的流程及商业知识，因此，以调解及和解模式进行及成功的机率甚低，准此，约定以诉讼及仲裁方式解决者居多。而经分析可分为如后三种形态：（此种陷阱条款并非晦暗不明，其实充满着市场的议价力的现象）

（一）准据法陷阱

涉外投资及兼并过程除契约内容所约定为双方权利义务之基准外，未约定的部分又须加以适用者，当以法律补充，而该适用何国（何地区）的法律及何种法律？此即准据法的问题⁵，契约当事人依其偏好当会选择有利其为商业活动及熟悉的法律归范。在同属一国的公司间兼并，经验上将选择国内法为准据法，但在跨国公司且非属同一国公司间的投资兼并，其准据法的适用及选择，将涉及契约当事人谈判力量的推拉作用（push & pull）具有主导地位的合同当事人通常将主导契约的内容当然包括准据法⁶。

（二）诉讼管辖约定陷阱

依照台湾之民事诉讼法第 24-26 条规定有合意管辖之规定。当事人得以合意定第一审管辖法院。但以关于由一定法律关系而生之诉讼为限。前项合意，应以文书证之。被告不抗辩法院无管辖权，而为本案之言词辩论者，以其法院为有管辖权之法院。前二条之规定，于本法定有专属管辖之诉讼，不适用之。

另依照中华人民共和国法律规定，合同双方当事人可以在合同中约定，发生纠纷时由哪个法院管辖；并且此种约定管辖优先于一般管辖。《中华人民共和国民事诉讼法》第 25 条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

约定纷争的诉讼管辖地点即成为诉讼成本⁷（cost of suit）的重要因素。而且诉讼管辖约定尚有人所诟病的与法院关系等特殊因素⁸。基此，合同的诉讼管辖约定可谓是明示的陷阱，亦是谈判力量及实力优势的一方所掌控。

⁵ 准据法 (Applicable law) 是指冲突规范援引更具体确定涉外民事法律关系当事人权利义务的特定国家的实体法，参丁伟等着，1996 年 9 月，冲突法论，法律出版社，第 56 页。

⁶ 三类外资并购合同之管辖之准据法排除当事人约定，参最高人民法院发布《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件有关适用法律若干问题的规定》，自 2007 年 8 月 8 日起施行。三类外资并购合同，商务部等国务院六部委于 2006 年 8 月联合出台《关于外国投资者并购境内企业的规定》，明确规定外国投资者订立股权购买协议、境内公司增资协议和资产购买协议等并购协议的，应当适用中国法律，由具有相应权限的审批机关审批。

⁷ 按诉讼是必须支出高额成本如律师成本及诉讼审级拖延之时间成本等，管辖地点遥远必需支付应诉成本。

⁸ 人民对司法之信赖度仍是相当低落认为法院是不公平而且是靠关系或金钱方行得通的机构。

（三）仲裁条款（arbitration）的陷阱⁹

仲裁制度自欧洲发展以来，已经成为国际贸易、工程纠纷等商务事件，常适用的纷争解决模式，主要是因其具有当事人自愿原则、一次解决的迅速性、纷争解决专业性高等优于法院解决模式。而事实上相当多的契约条款，已普遍舍弃诉讼解决纷争模式，因为诉讼冗长的时间成本及庞大律师等费用。

然而，仲裁条款的约定是否即对当事人均属有利，例如仲裁规则及仲裁地点的约定，都将不利于相对弱势的一方。在台湾投资将纷争约定由中华仲裁协会进行仲裁是可以考虑之选择。

二、两岸纷争解决之判决及仲裁裁决认可与执行

海峡两岸关系协会会长陈云林与海峡交流基金会董事长江丙坤于2009年4月26日在南京签署《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》其中第三章司法互助第十条规定：裁判认可，条为「双方同意基于互惠原则，于不违反公共秩序或善良风俗之情况下，相互认可及执行民事确定裁判与仲裁裁决(仲裁判断)」。紧接着大陆最高人民法院出台的《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》，从2009年5月14日正式公布起开始生效。该《补充规定》是最高人民法院为执行《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》中关于认可及执行民事裁判与仲裁裁决（仲裁判断）的有关规定，对于两岸有关之司法裁决等认可作出的重要性司法解释，相当可贵。而台湾之规定较为缺乏。

一、台湾地区认可之规定：

（一）主要法律依据：《台湾地区与大陆地区人民关系条例》

《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第74条规定：

该规定为：在大陆地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者，得声请法院裁定认可。前项经法院裁定认可之裁判或判断，以给付为内容者，得为执行名义。前二项规定，以在台湾地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，得声请大陆地区法院裁定认可或为执行名义者，始适用之。仅有一个条文规范，该规定未如《补充规定》之完善，不足部份应准用或类推适用台湾民事诉讼法及非讼事件法及强制执行法之相关规定。

⁹ Arbitration 仲裁条款范条款（CIETAC）：凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

1、适用范围：

谨明文适用在大陆地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，并未兼及将大陆法院所做成之『民事调解书』及『支付令』及『劳动争议仲裁裁决』。

2、财产保全：

准用台湾民事诉讼法中有关保全程序之规定。

三、两岸财产保全启动之重要性（附表一：保全程序于两岸法律现况及差异之比较）

两岸经济贸易以及相关权益保障议题将成为未来海峡两岸不可忽视之议题，特别是司法互助中之有关裁判等之认可及执行及财产保全等。而进行权益救济过程中之财产保全程序乃更形重要，例如当诉讼及仲裁程序于大陆地区管辖及审理时，而债权人（原告或是声请人）必须于台湾地区对于债务人（被告或是相对人）之财产进行保全程序时，『时间将彰显一切』『高效及迅速将代表着正义与权利』，如何对于两岸之财产保全程序，声请要件，担保金制度等有一定认知，藉由迅速之文书认证及司法协助之程序高效及时协助权利人将权利进行保全，是迫切而且重要之议题。

肆、ECFA 后之新契机（结论与建议）

海峡两岸之投资及发展只有不断前进，对于台湾内部之政治发展，个人认为此一政策及方向，不论是何一政党领导台湾，所生之政治风险应该不大，倒是投资者对于法令之尊重，于全球各地均属一样，台湾之法治及透明度仍已健全，但是法律风险之规划及趋避，是必备之功课，选择适合之退场机制，将风险处理成本降低，同时熟悉财产保全程序及操作，以利债权之实现，其实也是必须关心之议题。而 ECFA 后之两岸之商务及经贸交流，基于开放之项目及减免关税等互惠，将是两岸经贸之新时代。

附表一：保全程序于两岸法律现况及差异之比较

		台湾地区（保全程序）	台湾法令	大陆地区（诉讼保全、财产保全）	大陆法令
1	种类不同	假扣押、假处分、定暂时状态之假处分。	1.假扣押：民事诉讼法第 522 条~第 532 条 2.假处分：民事诉讼法第 532 条~第 536 条 3.定暂时状态之假处分：民事诉讼法第 538 条~第 538-4 条	1.诉讼中财产保全 2.诉前财产保全 3.诉前行为保全	民事诉讼法第九十二条及九十三条。 2000 年修订的《专利法》第 61 条规定、2001 年修正的《商标法》第 57 条、《著作权法》第 49 条
2	要件	1.假扣押：债权人就金钱请求或得易为金钱请求之请求。 2.假处分：债权人就金钱请求以外之请求。 3.定暂时状态之假处分：于争执之法律关系，为防止发生重大之损害或避免急迫之危险或有其它相类之情形而有必要时，得声请为定暂时状态之处分、以其本案诉讼能确定该争执之法律关系者为限。	1.假扣押：民事诉讼法第 522 条 2.假处分：民事诉讼法第 532 条 3.定暂时状态之假处分：民事诉讼法第 538 条第 1、2 项	1.诉讼中财产保全 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其它原因，使判决不能执行或者难以执行的案件。 2.诉前财产保全 利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施	民事诉讼法第九十二条及九十三条
3	声请或是职权（略有不同）	皆依声请。除人事程序可依职权为之。	民事诉讼法第 522 条第 1 项、第 532 条第 1 项、第 538 条第 1 项	1.诉讼中财产保全 可以根据对方 当事人的申请 ，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院 在必要时也可以裁定 采取财产保全措施。 2.诉前财产保全 人民法院 接受申请 3. 涉外事件之财产保全 当事人的申请。	1.民事诉讼法第九十二条 2.民事诉讼法第九十三条 3.民事诉讼法第二百四十九条
4	管辖法院（地域管辖及级别管辖不同）	皆为本案管辖法院或假扣押标的所在地之地方法院管辖。	1.假扣押：民事诉讼法第 524 条 2.假处分：民事诉讼法第 533 条、第 524 条 3.定暂时状态之假处分：民事诉讼法第 538-4 条、第 533 条、第 524 条	1.诉讼中财产保全 必须向受诉人民法院 2.诉前财产保全 诉前财产保全，由当事人向 财产所在地的人民法院申请。 3.涉外仲裁之财产保全管辖	2.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 第 31 项 3.民事诉讼法第二

				<p>当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的<u>中级人民法院裁定。</u></p> <p>4 对当事人不服一审判决提出上拆的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。</p> <p>5.当事人在起诉前申请海事请求保全，应当向被保全的财产所在地海事法院提出。</p> <p>6.一方当事人因另一方的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。</p>	<p>百五十六条</p> <p>4 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 103</p> <p>5.海事诉讼特别程序法第十三条</p> <p>6.仲裁法第二十八条</p>
5	法院审查（声请及要件）	<p>1.假扣押：是否有日后不能强制执行或甚难执行之虞者。</p> <p>2.假处分：因请求标的之现状变更，有日后不能强制执行，或甚难执行之虞者。</p> <p>3.定暂时状态之假处分：为防止发生重大之损害或避免急迫之危险或有其它相类之情形而有必要时、以其本案诉讼能确定该争执之法律关系者为限。</p> <p>审理方式</p> <p>1.假扣押：原则系书面审</p>	<p>1.假扣押：民事诉讼法第 523 条</p> <p>2.假处分：民事诉讼法第 532 条</p> <p>3.定暂时状态之假处分：民事诉讼法第 538 条第 1、2 项</p> <p>1.假扣押、假处分：基于隐蔽</p>	<p>（一）原则性</p> <p>1. 必须是情况紧急，不采取财产保全将会使申请人的合法财产权益受到难以弥补的损害；</p> <p>2. 必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请，法院不依职权主动采取财产保全措施；</p> <p>3. 申请人必须提供担保否则法院将驳回申请。</p> <p>4. 案件必须有给付内容，属给付之诉；</p> <p>5. 必须是由当事人一方的</p>	

		<p>理。</p> <p>2.假处分：原则系书面审理。</p> <p>3.定暂时状态之假处分：原则上为言词审理</p>	<p>性，以免债务人脱产或现况遭破坏。</p> <p>3.定暂时状态之假处分：民事诉讼法第 538 条第 4 项</p>	<p>行为可能使判决难以执行的；</p> <p>6. 必须在诉讼过程中提出申请。法院在必要时也可以依职权裁定采取诉讼财产保全措施；</p> <p>7. 申请人提供担保。法院未责令提供担保的不在此限。</p> <p>（二）民事诉讼法第九十七条第（三）项规定的紧急情况，包括：</p> <p>（1）需要立即停止侵害、排除妨碍的；</p> <p>（2）需要立即制止某项行为的；</p> <p>（3）需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；</p> <p>（4）追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。</p>	<p>最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 107、</p>
6	担保金（以假扣押为主） 金额多寡不同	<p>1.担保金的数额： 法院职权定之，实务多以请求数额的 1/3 定担保金之数额；然家庭生活费用、扶养费、赡养费、夫妻剩余财产差额分配担保金不得超过 1/10。</p> <p>2.担保金的返还：</p> <p>(1)应供担保之原因消灭者。</p> <p>(2)供担保人证明受担保利益人同意返还者。</p> <p>(3)诉讼终结后，供担保人证明已定二十日以上之期间，催告受担保利益人行使权利而未行使，或法院依供担保人之声请，通知受担保利益人于一定期间内行使权利并向法院为行使权利之证明而未证明者。</p>	<p>1.民事诉讼法第 526 条第 4 项</p> <p>2.民事诉讼法第 104 条、第 106 条</p>	<p>1. 诉讼中财产保全 人民法院采取财产保全措施，<u>可以责令</u>申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。 人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。</p> <p>2. 诉前财产保全 申请人<u>应当提供担保</u>，不提供担保的，驳回申请。</p> <p>3. 人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，<u>提供担保的数额应相当于请求保全的数额。</u></p> <p>4 在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保</p>	<p>1.民事诉讼法第 92 条</p> <p>2.民事诉讼法第 93 条</p> <p>3.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 98、</p> <p>4 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若</p>

				5. 依照民事诉讼法第二百五十八条的规定，我国涉外仲裁机构将当事人的财产保全申请提交人民法院裁定的，人民法院可以进行审查，决定是否进行保全。裁定采取保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。	于问题的解释 (一) 第十七条 5.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 317、
7	反担保	1.假扣押：假扣押系以保全金钱请求之强制执行为目的，故 <u>法院定债务人欲停止或撤销假扣押时应供担保之金额，应以请求及从请求之金额及其它程序费用为准。</u> 2.假处分：原则不得反担保，然保全之请求，得以金钱之给付达其目的，或债务人将因假处分而受难以补偿之重大损害，或有其它特别情事者。 3.定暂时状态之假处分：法无明文，然依其性质，应不适于反担保，应无538-4 准用规定之适用。	1.假扣押：最高法院 23 抗 286 判例 2.假处分：民事诉讼法第 536 条第 1 项	1.被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。 2.执行异议审查和复议期间，不停止执行。 3.被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。	民事诉讼法第九十五条 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释第十条
8	救济 (以假扣押为主)	1.以抗告行之 2.言词审理 3.抗告程序得提出新事实、新证据	1.民事诉讼法第 528 条第 1 项 2.民事诉讼法第 528 条第 2 项 3. 最高法院 97 台抗 775 判决	当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。	民事诉讼法第九十九条
9	撤销原因 (以假扣押为主) 或是保全解除	1.于限定期间内未起诉。 2.假扣押之原因消灭、债权人受本案败诉判决确定或其它命假扣押之情事变更者。 3.民事诉讼法第 529 条期间是裁定期间。	1.民事诉讼法第 529 条 2.民事诉讼法第 530 条 3. 最高法院 65 台抗 392 判例	被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全 申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。	民事诉讼法第九十五条 民事诉讼法第九十三条
10	损害赔偿 (以假扣押为主)	1. 自始不当撤销要件： (1)假扣押裁定因自始不当而撤销，或因第五百二十九条第四项及第五百三十条第三项之规定而	1.(1)民事诉讼法第 531 条(2) 最高法院 60 台上 4703 判例 2. 最高法院 58	申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。 当事人申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因	民事诉讼法第九十六条 最高人民法院关于适用《中华人民

		<p>撤销者,债权人应赔偿债务人因假扣押或供担保所受之损害。</p> <p>(2)自始不当撤销之情形 债务人确因假处分受有损害,且损害与假处分之间具有因果关系,始得请求赔偿。</p> <p>2. 假扣押声请之债权人败诉判决确定之赔偿时:是否有民法债篇侵权行为规定之适用?(即是否以故意过失为必要?) 假扣押声请之债权人败诉判决确定且须有故意或过失,始负责侵权行为之责任</p>	<p>台上 1421 判例、最高法院 75 台上 2723 判例</p>	<p>而给被申请人造成财产损失引起诉讼的, <u>由采取该财产保全措施的人民法院管辖</u></p>	<p>《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 32、</p>
11	国家赔偿	<p>1.执行机关人员疏未告知地政机关关系争土地已为假扣押,致使债务人可任意移转不动产,造成债权人无法获得清偿,该执行机关公务员应负国家赔偿责任。</p> <p>2.地政机关人员知悉有查封情形,仍将不动产转移予第三人,致使债权人受有损害时,依法应负赔偿责任。</p> <p>3. 关于执行人员之监督考核</p>	<p>1.最高法院 92 台上 1783 判决、国家赔偿法第 2 条 2.最高法院 73 年台上 2304 判决、土地法第 68 条 3. 办理强制执行事件应行注意事项第 73 点</p>	<p>根据国家赔偿法第三十一条的规定, 人民法院在民事、行政诉讼过程中, 违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其它生效法律文书执行错误, 侵犯公民、法人和其它组织合法权益造成损害的, 依法应由国家承担赔偿责任。</p>	<p>最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释第一条。 法释【2007】27 号</p>
12	查封、扣押期限	<p>债权人收受假扣押或假处分裁定后已逾三十日者,不得声请执行。已逾本法第一百三十二条第二项规定之三十日期限者,执行法院应以裁定驳回之。</p>	<p>强制执行法第 132 条第 2 项、办理强制执行事件应行注意事项第 69 点</p>	<p>人民法院冻结被执行人的银行存款及其它资金的期限不得超过六个月, 查封、扣押动产的期限不得超过一年, 查封不动产、冻结其它财产权的期限不得超过二年</p>	<p>最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定。(法释(2004)15 号)</p>