



# 赴中國大陸投資 事前規劃與風險預防

文／李書孝

## 一、前言

中國大陸近年來推出「三中一青」、「大眾創業、萬眾創新」等政策，吸引台灣中小企業及青年赴大陸投資、創業。至2016年8月止，大陸國務院台灣事務辦公室授牌設立41個海峽兩岸青年創業基地和12個海峽兩岸青年就業創業示範點，作為台灣青年赴大陸創業的平台，或是台灣中小企業進入大陸內銷市場的發展基地。

中小企業或青年往往被大陸市場的潛在商機所吸引，而輕忽赴陸投資可能存在的風險，加上本身資源不足，容易受錯誤資訊誤導，增加投資失利的風險。本文目的即在提醒中小企業及青年在赴大陸投資前應該注意的風險，降低投資糾紛的發生！

## 二、簽訂投資框架協議書應注意事項

投資框架協議書或稱合作協議書，在商業習慣上為簽約當事人於洽商初期階段用於表達彼此有投資或合作意願之約定，內容多為原則性或抽象性的聲明，至於具體的權利義務內容則有待雙方進一步協商。正因如此，台商常常忽略其可能存在的風險，輕率的與他人簽訂投資框架協議書，招致未來違約的風險！在法律上，投資框架協議書的本質仍是契約（即合同），簽約當事人將受約定內容所拘束。問題關鍵在於協議書約定內容是否具體，而不是契約或合同的名稱為何，所以投資框架協議書對於權利義務的約定通常只是作原則性的描述，保留彈性預留日後雙方協商的空間。

在實務案例，曾有台商簽訂投資架協議書，而該協議書中對於台商的出資義務已約定的非常明確，包括台商出資幣別、出資金額、繳款日期及遲延繳款的遲延利息及違約金計算等等，如此已不是簡單表達投資意願的框架協議，實質上為正式合同。因為出資義務內容已相當明確，無再協商的彈性或空間，台商即應依約履行，否則就要承擔違約責任。相對的，協議書中對於合作對象義務的約定多使用抽象性描述，例如「協助取得」、「全力爭取」、「大力支持」、「給予優惠」等，為日後履約工作保留相當大的彈性與空間。如此不對等的約定，往往造成台商認知與履約結果間存有落差，自然容易引發糾紛。

要提醒台商的是，不要因為使用「投資框架協議書」的名稱而輕忽協議書內容，簽訂任何協議前都必須要詳細審閱協議書全部內容，不要心存僥倖或是過度樂觀。倘若雙方協商尚未成熟、或是對履約能力尚無把握時，切記要保留彈性或日後調整的空間，不宜倉促作出具體承諾，使自身陷入違約的風險中。另一方面，台商應該要想清楚希望合作對象承諾的義務內容為何？是否抵觸大陸法令？合作對象有無能力履行？合作對象之義務與台商本身義務間有無互為條件的關係？合作對象之違約責任？等，並充分的表達在投資框架協議書中或日後的正式協議中，以降低合作對象違約的風險。

### 三、與創投公司簽訂合作協議書應注意事項

台商如與大陸當地創投公司（或風險基金、天使基金之類）合作時應該要有正確的認知，不可以一廂情願。創投公司的投資效益來自於被投資公司的成功經營，所以創投公司與被投資公司的目標基本上是一致的。但創投公司強調資金投資效率，更追求短期間之投資報酬率最大化，與

被投資公司期盼企業永續穩健發展，不盡相同。所以台商在與創投公司間簽訂合作協議書時，應特別注意公司營運績效設定的合理性，以及績效未達設定目標時創投公司的退場條件。因為創投公司的退場條件會對被投資公司造成衝擊，有時可能造成被投資公司倒閉或創業者失去對被投資公司之經營權。故在洽談合作條件時應審慎評估，不可過度樂觀而率然同意。

創投公司設定的投資期限多為3至5年。期限屆滿時，倘若被投資公司營運績效（例如產品銷售額、淨利率或市占率等）未達設定的目標者，創投公司可依約定條件抽回投資資本並要求一定報酬。常見的條件有股權對賭條款（被投資公司未達績效者，創業者必須無償或以象徵性代價移轉股份給創投公司）；現金找補條款（被投資公司未達績效者，創業者應支付一定報酬給創投公司）；股權稀釋條款（被投資公司未達績效者，被投資公司應以極低價格發行新股給創投公司，以稀釋創業者持股比例）；股權回購條款（被投資公司未達績效者，創業者必須以原始投資金額加計一定比例報酬購回創投公司持股）；領售條款（被投資公司未達績效者，風險基金公司出售股份予第三人時，創業者必須配合出售）；清算優先條款（被投資公司清算時，創投公司對於公司剩餘財產有優先分配權）。上述合作條件雖然在大陸司法實務上涉及是否構成公司股東抽逃資金或濫用股東權利而無效等爭議，惟一旦發生爭議仍對於公司營運造成負面影響，台商宜避免之。

另一方面，台商應理解創投公司之所以提出各種條件，主要也是出於對被投資公司的不瞭解及對未來市場變化的不確定性使然。故如何在事前慎選創投公司並使其充分瞭解公司營運狀況，合理分擔市場風險才是締造雙贏的上策。

## 四、借名投資（隱名投資）之風險

借名投資的態樣很多，例如台商借用其他台商或大陸人作為人頭從事投資；或是公司借用員工名義購房地產或從事其他投資；或是台商推派一人出名投資，其他股東或投資人不出名；或是台商推派一人，再由該人借用大陸人名義從事投資等等。凡實際投資而不出名者皆為借名投資或稱隱名投資。借名投資潛藏著相當大的風險，筆者一再提醒台商切不可採行。縱使隱名投資人與出借名義人間具有相當的信賴關係，但仍無法避免出借名義人死亡後其繼承人是否承認「借名」的風險，台商應避免之。

在台灣司法實務上隱名投資人或許可以主張信託關係來維護本身權益。然大陸《最高人民法院關於審理外商投資企業糾紛案件若干問題的規定（一）》第14條規定：「當事人之間約定一方實際投資、另一方作為外商投資企業名義股東，實際投資者請求確認其在外商投資企業中的股東身份或者請求變更外商投資企業股東的，人民法院不予支持。同時具備以下條件的除外：（一）實際投資者已經實際投資；（二）名義股東以外的其他股東認可實際投資者的股東身份；（三）人民法院或當事人在訴訟期間就將實際投資者變更為股東徵得了外商投資企業審批機關的同意。」是在大陸明文規定不承認借名投資（隱名投資）。如隱名投資人與名義投資人間發生投資財產權（包括股權）歸屬糾紛；或投資利潤分配糾紛；或名義投資人擅自轉讓或處分股份糾紛、甚至投資財產遭第三人侵占等糾紛時，隱名投資人均無法主張權利，投資權益無法獲得法律保障。

## 五、利用第三地間接投資時之風險

台商赴大陸投資除直接投資外，亦透過第三地公司間接投資，究其原因有出於兩岸政治法令規定

之考量外，另有出於跨境稅務安排或是隱藏投資者身份等因素。但在全球反恐、反洗錢及反避稅等浪潮下，台商如繼續利用免稅天堂來規避稅賦或隱藏利潤者，可能有被認定為逃漏稅的違法風險。因此在選擇第三地時應考量第三地與大陸間之自由貿易協定及租稅協定，合法適用貿易優惠及避免雙重課稅。

大陸企業所得稅法規定，居民企業在大陸境內、境外所得均應繳納企業所得稅，稅率為25%。為防止企業利用海外關聯企業來逃避稅捐，大陸2015年實行《特別納稅調整實施辦法》；2016年公布《關於完善關聯申報和同期資料管理有關事項公告》（簡稱42號公告）對前揭實施辦法部分章節進行修正，要求企業揭露海外關聯交易資訊，提供年度關聯業務往來報告。同時依循「獨立交易原則」來檢視關聯企業間交易是否不合常規。倘若發現企業利用與關聯企業間往來的機會作不合理成本分攤、移轉定價、債權性投資的利息、不分配利潤或減少利潤等不具合理商業目的之情形時，大陸政府有權調整該企業十年內之納稅。企業除需辦理補繳稅外還要支付遲延利息。

另外，大陸為回應全球反洗錢及稅務資訊透明化，將於2017年施行《非居民金融帳戶涉稅訊息調查辦法》（俗稱肥咖條款），清查存款在人民幣600萬元以上非居民個人帳戶，檢視有無逃漏稅捐。所以台商不論直接投資或間接投資均應誠實納稅。

## 六、投資與繼承問題

投資本質上為置產，台商在從事跨境投資時往往忽略海外財產繼承的問題，例如自然人直接赴大陸設立公司或在第三地設立公司赴大陸投資，在大陸或第三地即可能發生股份繼承問題，台商在規劃海外投資時應將繼承問題一併納入考量。一般要考

量三個面向，一、財產所在地之遺產稅；二、財產所在地的繼承程序；三、繼承時適用之準據法。目前大陸、香港、新加坡是不課遺產稅。不過傳聞大陸正規劃實施遺產稅，台商應注意。在程序上，台商繼承人繼承大陸地區遺產，相關繼承文件需經兩岸文件驗證，尚稱便利。但要繼承香港地區遺產者，須經香港地區法院裁定，台商應評估申請裁定所需時間及相關費用。關於繼承適用之準據法方面，大陸規定遺產如為動產者適用被繼承人住所地法，不動產者適用不動產所在地法。以台商為例，股份或現金等動產適用中華民國法律；在大陸地區的房產則適用大陸法令。而兩岸的繼承規定存有差異，例如在台灣第一順位繼承人為配偶及子女等直

系血親卑親屬；在大陸則尚包括父母。所以台商應注意兩岸繼承差異，以免日後發生繼承糾紛。

## 七、結語

大陸市場雖然充滿商機，也有相當風險，而且兩岸語言相通，有時更容易讓人忽略投資的風險。但唯有降低投資風險，才能確保投資權益，中小企業或青年赴陸投資時除審慎簽訂合同外，更重要的是要知法守法！這幾年來大陸投資環境改變，台商不應該再因循舊思維，靠「講關係」或僥倖心態經營，應該要更積極的瞭解大陸法令並落實遵法，如此才是永續穩健經營的基礎。🌟

（本文作者為環宇法律事務所主持合夥律師）