

最佳書狀

仲裁答辯書

政治大學

案號：○○年○○字○○號
股別：○○股

相對人：專業公司及 A、B、C、D 公司	地址：○○○
法定代理人：○○○	地址：同上
代理人：○○○	地址：○○○

聲請人：X 公司	地址：○○○
法定代理人：○○○	地址：同上
代理人：○○○	地址：○○○

為右當事人間損害賠償、返還不當得利等事由，依法提請仲裁事：

一、 仲裁聲明：

- (一) 駁回聲請人聲請。
- (二) 仲裁費用應由聲請人負擔。

二、 事實及理由：

(一) 事實部分：

甲國欲發展高科技產業，提升國家競爭力，進而開發一科技專區，而欲聯絡科技專區與首都間交通，甲國計畫於科技專區與首都間建立一磁浮快速鐵路，同時為避免國家財政負擔，決議以 BOT 模式引進民間技術與資金，邀請國內外廠商參與競標，並於 2003 年 4 月 1 日公開招標。

緣聲請人 X 公司與 A、B、C、D 公司共組必勝企業聯盟，與甲國另三間公司所組成之必成企業聯盟角逐磁浮鐵路計畫案，於 2003 年 10 月 31 日投標截止日前，因必勝企業聯盟表示無須甲國政府出資，且表示將於日後經營利潤中提出百分之五回饋政府，因而擊敗必成企業聯盟，標得甲國磁浮鐵路興建計畫的 BOT 合約，而按企業聯盟協議書中約定，契約各方應籌辦設立專案公司，並應以合理市場價格或交易條件向專案公司承接工作。

然於專案公司與甲國締結 BOT 合約後，甲國政府積極鼓勵專案公司與同樣具供應磁浮鐵路機電系統能力之丁國 Y 公司合作，專案公司並於過程中知悉，Y 公司所能提供之機電系統品質與聲請人所提供者不分軒輊，然聲請人所報價格卻高於 Y 公司十億元之譜。在市場競爭的必然現象下，專案公司考量其合理成本，決定與 Y 公司簽訂機電系統供應契約。

然聲請人竟未能虛心自檢，反逕向國際商會對專案公司與 A、B、C、D 公司提起仲裁，請求八億元之備標費用及一百億元的所失利益與一百億元不當得利返還。

其後專案公司董事會決議，雖專案公司非企業聯盟協議書之當事人，但仍由專案公司應訴，並與聲請人簽訂仲裁範圍約定書，其後開始仲裁程序。詎料聲請人於數日後，又突以專案公司股東身份，於仲裁協議之外，追加代位專案公司向 A、B、C、D 公司請求違反忠實義務之損害賠償。

(二)理由部分：

1. 程序部分：

(1) 專業公司並非企業聯盟協議書之當事人，故可拒絕應訴。

在學理上，公司未成立前之階段區分為「籌備前法人」與「籌備中法人」，兩者以章程訂立為分界點。籌備前法人，乃是數人合意創設法人。此合意同時為合夥契約與預約，預備以訂立章程為目的。一旦章程訂定，籌備前法人即消滅，籌備中法人從而誕生，而創設法人合夥契約之合夥人亦取得發起人地位。

何以為此種之區別，係因兩者法律關係大相逕庭。法人於籌備前無法人格，亦無任何權利能力，對內對外關係全為合夥。然籌備中法人具備有限度之權利能力，發起人亦為籌備中法人之機關，原則上公司本身為責任主體，僅在公司未能成立時，始負個人無限責任。

是以此二者並非為一體，專案公司僅需承擔「設立中公司」之發起人在機關權限範圍內，法律上與經濟上屬於公司設立所必要之行爲，因而負擔之權利義務關係。所以說專案公司並不當然承受企業聯盟內部間所約定之仲裁契約之拘束。故 X 公司應不得對於欠缺仲裁當事人適格之專案公司提出仲裁。

(2) 仲裁庭就 X 公司依公司法對專案公司董事 A、B、C、D 公司所提出之請求無管轄權。

i. 關於國際商會仲裁規則之規定

查企業聯盟協議書第 16 條之規定：「與本契約有關的一切爭議，契約各方應依國際商會仲裁規則於甲國首都以仲裁解決。」就所謂「與本契約有關的一切爭議」，在解釋上應僅係指企業聯盟直接相關之對內與對外權利義務關係之事項，而不包括專案公司與其他之相關當事人間(例如與其董事間)之權利義務關係，蓋因該仲裁協議約款訂立之時，專案公司尚未成立，實無爭議之發生。

且再從企業聯盟協議書 9.1 條：「本契約於專案公司成立，並與甲國政府簽署 BOT 合約時自動終止」，可見當初雙方當事人就仲裁之約定，應僅針對企業聯盟內部間及與政府間之權利義務關係事項，所為之仲裁約定，並不當然包含專案公司內部相關事項在內。

而本案 X 公司依公司法之規定對於專案公司 A、B、C、D 董事所提出之損害賠償請求，其請求權之基礎似乎係基於公司法第 36 條、255 條之規定(雖 A、B、C、D 公司仍否認有此一責任之存在)，實乃專案公司與董事間委任關係與忠實義務關係之事項，與企業聯盟對內或對外事項實無直接相關連，是以並非為「與本契約有關之一切爭議」之事項，故專案公司與 A、B、C、D 既無仲裁協議之存在，該事項亦非為企業聯盟仲裁協議之事項，是以本仲裁庭並無管轄權。

再者，依據國際商會仲裁規則第 19 條之規定「在審理範圍書簽署或經仲裁院批准之後，任何當事人均不得在審理範圍書之外提出新請求或反請求」，而本案 X 公司與專案公司簽署仲裁範圍約定書，並開始仲裁程序後數日，才以專案公司股東身份追加請求代位專案公司向 A、B、C、D 請求損害賠償，實已違背第 19 條之規定，是以仲裁庭應駁回 X 公司之請求。

再退萬步言之，探究國際商會仲裁規則第 19 條之規定，原則上並不允許提出新請求。其法理之基礎乃在於為免仲裁相對人應訴答辯之煩，並造成防禦上之不利益。僅在得以節省當事人另為訴訟之時間與勞費，並不甚礙相對人之防禦及訴訟終結，且為防止裁判之抵觸之例外情形下，才得以為新請求之追加合併。

惟本案 X 公司代位專案公司向 A、B、C、D 提出之新請求在性質上，實不適合追加合併於該仲裁程序為判斷，蓋因 X 公司對於專案公司所提出之主張乃係不當得利、債務不履行與締約上過失等請求權，其請求之基礎事實，實與

代位專案公司向 A、B、C、D 所提出之委任關係與忠實義務之違反所生之損害賠償，在仲裁資料並無重疊之部分，是以 A、B、C、D 公司必須另行蒐集訴訟資料，必然甚礙相對人仲裁程序之終結，自難認另行追加本非為仲裁當事人之 A、B、C、D 公司於本仲裁程序內解決紛爭具有正當理由。

ii. 關於公司法規定部分：

按公司法第 321 條規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數千分之五以上的股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項的請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項的股東，得為公司提起訴訟。」是以少數股東得代位公司對董事提起訴訟的要件有三：一為少數股東必須為繼續一年以上，持有已發行股份總數千分之五以上的股東；二者為需供擔保；三為必須以書面向監察人請求提起訴訟而未果。

然查本案之情形，雖 X 公司因專案公司增資而股份業以被稀釋至僅存持有約百分之一點零五之比例，而仍符合千分之五之規定，惟於本案中 X 公司卻未踐行必要之前置程序，旋即提起股東代位訴訟，顯與公司法第 321 條有違，X 公司既未向監察人請求，欠缺訴訟實施權限，故仲裁庭當無受理 X 公司代位專案公司追加向 A、B、C、D 請求損害賠償之理(A、B、C、D 仍否認有此一責任)。

2. 實體部分：

(I) X 公司不得依甲國民法第 270 條關於給付不能之規定，向專案公司及 A、B、C、D 公司請求一百億之所失利益。

專案公司之抗辯

i. 專案公司不受企業聯盟協議書之拘束

同前二、(二)、1、(1)所述，專案公司僅需承擔「設立中公司」之發起人在機關權限範圍內，法律上與經濟上屬於公司設立所必要之行為，因而負擔之權利義務關係。故專案公司不當然承受企業聯盟內部間所約定之協議書相關約定之拘束。

故 X 公司不得依債務不履行之規定向專案公司請求一百億元之損害賠償。

ii. 縱專案公司受企業聯盟協議書之拘束，仍不負債務不履行責任。

按預約屬契約之一種，就亦受契約明確性原則拘束，故而若無從自雙方協議之內窺得締約義務之範圍，亦無法以解釋確定預約的內容，則其義務及預約本身均不生效力。次按協議書第 4.3 條：『鑑於 X 公司對於設計、興建及營運磁浮鐵路系統的經驗，X 公司應負責設計、供應與興建本案所需的機電系統。專案公司應就上述事項與 X 公司簽署契約。』

查該條文僅指出就設計、供應與興建與 X 公司締約，然設計磁浮鐵路系統的何項設施、採用何種規格、供應與營運的成本與交易價格等，一般契約中常見的要素皆無約定，故於此專案公司主張該條約欠缺明確性。

次查本投資案為金額高達數百億的興建計畫，雖 X 公司主張該條款為預約性質，然因牽連利益甚大，縱為預約仍需要詳盡契約內容，否則僅依數行字句即認為專案公司有與 X 公司成立預約，且按其預約有與 X 公司訂立電機系統交易本約的義務，似有失公平。

綜上所述，企業聯盟協議書第 4.3 條規定非預約性質，專案公司不負債務不履行責任。

退步言之，縱使聲請人認為企業聯盟協議書第 4.3 條為預約，觀企業聯盟協議書中第 6.8 條：「就契約任一方因未能簽約，或因喪失契約或商業機會而受到任何間接、特殊或衍生的損失或損害，契約其他方均不必對其負責。」按上述條文，專案公司得依此排除未與 X 公司締約之責任。

假誠如聲請人所述，企業聯盟協議書 4.3 條得拘束專案公司且其為預約性質。X 公司也僅得請求專案公司履行訂立本約的義務，若本約未成立，尚不得盡依預約內容請求賠償其可預期的一百億所失利益。(註¹)

A、B、C、D 公司之抗辯

同前所述，企業聯盟協議書第 4.3 條之規定，僅概略指出專案公司應與 X 公司簽訂機電系統供應契約，若如同聲請人所主張該 4.3 條規定為預約性質，該數百億之供應契約以了了數字規範，似過於草率，且按契約成立需具備一定明確性，於該等重大工程契約，應更要求其內容明確，故不得逕視企業聯盟協議書 4.3 條為預約性質。

承上所述，企業聯盟協議書第 4.3 條規定非預約性質，故 A、B、C、D 公司不負債務不履行責任。

退步言之，縱使聲請人認為企業聯盟協議書第 4.3 條為預約，觀企業聯盟協議書中第 6.8 條，專案公司得依此排除未與 X 公司締約之責任。

縱誠如聲請人所述，企業聯盟協議書 4.3 條得拘束專案公司且其為預約性質。X 公司也僅得請求專案公司履行訂立本約的義務，若本約未成立，尚不得盡依預約內容請求賠償其可預期的一百億所失利益。

(2) X 公司不可依甲國民法第 172 條關於不當得利之規定，向 A、B、C、D 公司請求一百億之所受利益。

i. X 公司所主張之給付型不當得利請求權不成立

按甲國民法 172 條：「無法律上原因而受有利益，造成他人損害者，應當將取得的不當利益返還受損害的人。雖有法律上的原因，而其後已不存在者，亦同。」

根據某國學者王澤鑑關於不當得利之著作，依據不當得利請求權的發生原因，可分為「給付型不當得利」與「非給付型不當得利」兩種基本類型。

在「給付型不當得利」的情形下，必須滿足「基於給付而受利益」、「當事人間具有給付關係」、「給付欠缺目的」三個基本要件。其中，「給付」所指稱者，為有意識地，基於一定目的而增加他人財產。換而言之，此項增加他人財產的給與行為須基於給付者的主觀意思，並須基於一定目的。(註²)

查 X 公司未曾對於 A、B、C、D 公司抑或是專案公司為給付行為，換而言之，不論是 X 公司與 A、B、C、D 公司之間或是 X 公司與專案公司之間皆未發生財產移轉，不符合「給付型不當得利」之基本要件。

次查 A、B、C、D 公司於本案中唯一受領之利益，為五百億之利潤，其來源、為 A、B、C、D 公司因與專案公司簽訂本計畫相關契約，扣除履約成本後所獲得之利益，與 X 公司無涉，亦非基於 X 公司之給付行為所生。

承上，本文中，由於 X 公司對於 A、B、C、D 公司或專案公司皆未為給付行為，而 A、B、C、D 公司從此磁浮鐵路興建計畫中所獲得之五百億利潤，亦非基於 X 公司之給付行為，不成立給付型不當得利的請求權，故 X 公司不得向 A、B、C、D 公司或專案公司請求一百億元不當得利之返還。

ii. X 公司所主張之非給付型不當得利請求權亦不成立

在「非給付型不當得利」的情形，若 X 公司主張本案情形為「基於受益人行為而生之不當得利」，則此項請求權的成立，必須滿足「因侵害他人權益而受利益」、「致他人受損害」、「無法律上原因」三個基本要件。(註³)

按「權益」又可分為絕對權和相對權。就絕對權而言，X 公司於本文中並無

¹參閱中華民國最高法院七四年台上字第一一一七號判決「預約與本約之性質及效力均有不同，一方不依預約訂立本約時，他方僅得請求對方履行訂立本約之義務，尚不得逕依預定之本約內容請求賠償其支付或可預期之利益。」

²王澤鑑，債法原理(二)不當得利，頁 43-44。

³同上註，頁 166-167。

絕對權遭侵害之情事；就相對權而言，按 X 公司與 A、B、C、D 公司所簽訂之企業聯盟協議書中第 4.3 條雖載明：「鑑於 X 公司對於設計、興建及營運磁浮鐵路系統的經驗，X 公司應負責設計、供應及興建本案所需的機電系統，專案公司並應就上述事項與 X 公司簽署契約。」，惟按同一企業聯盟協議書中第 4.4 條亦載明：「契約任一方(或其關係人)向專案公司承接工作或提供服務的契約條件，應以合理的市場價格或交易條件為之，不得要求不當利潤或故意杯葛。」

查在 X 公司與其全球唯一競爭對手 Y 公司競標之後，由於 Y 公司報價低了十億元，在正當的經濟考量、市場競爭之下，專案公司選擇與 Y 公司訂定契約。惟本協議書賦予 X 公司的本非絕對的債權，透過協議書中第 4.4 條之約定，反而明示了可以比較市場價格的機制。又按企業聯盟協議書第 6.8 條：「就契約任一方因未能簽約，或因喪失契約或商業機會而受到任何間接、特殊或衍生的損失或損害，契約其他方均不必對其負責。」，故雖專案公司並未與 X 公司訂定機電供應契約，X 公司並沒有專屬的權益遭到侵害。

退步言之，縱然認定 X 公司於本案之中有預約之債權被侵害，又查 A、B、C、D 公司雖於本案例中總共獲有五百億之利益，如同二、(二)、2、(2)、ii 中所述，其來源為 A、B、C、D 公司因與專案公司簽訂本計畫相關契約，扣除履約成本後所獲得之利益，與是否和 X 公司簽訂機電供應契約無涉，故並未自侵害 X 公司之權益中獲取利益。

承上，X 公司之權益未遭到侵害。縱 X 公司可主張協議書中的權利，企業聯盟協議書其他契約方亦未從其權益侵害中獲得利益，故不成立不當得利之請求權，X 公司即無由向 A、B、C、D 公司請求一百億元之不當得利返還。

(3) X 公司不可依甲國民法第 300 條關於締約上過失之規定，向專案公司及 A、B、C、D 公司請求八億備標費用。

按甲國民法第 300 條：「契約未成立時，當事人未準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信其契約能成立致受損害的他方當事人，負損害賠償責任：一、就訂約有重要關係的事項，對他方的詢問，惡意隱匿或為不實的說明者。二、知悉或持有他方的秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實信用方法者。」

此項請求權之成立要件其一，即為第一款至第三款之情形擇一。查專案公司及 A、B、C、D 公司於本案例中，並未對 X 公司惡意隱匿，亦未有洩漏 X 公司之商業機密之情形，前兩款之規定明顯不符合本案之情事，故以下就第三款：「其他顯然違反誠實信用方法者。」為檢視。

聲請人主要主張者，為專案公司未與 X 公司訂立機電供應契約，而與 Y 公司合作，有中斷締約之疑，應負締約上過失責任。按「中斷締約」原本為私法自治下契約自由所允許之範圍，若要成為「顯然違反誠實信用方法」，必須當事人經長期談判商議，且使其契約之一方有一定的信賴基礎。(註⁴)

查 X 公司雖與專案公司有商議契約條件之情形，惟企業聯盟協議書內有關契約訂定之條款，如前二、(二)、2、(1)、ii 點所述，未訂明預約之相關事項，本欠缺明確性，其中亦有許多例外規定或排除條款，如第 4.4 或 6.8 條，顯不足以構成 X 公司之信賴基礎。承上，縱然專案公司未與 X 公司簽訂機電供應契約，也不致違反誠實信用原則。

故 X 公司不得依甲國民法 300 條締約上過失之相關規定，向專案公司及 A、B、C、D 公司請求八億元之備標費用。

⁴王澤鑑，債法原理(一)基本原理 債之發生，頁 276。

(4) 聲請人公司不可依甲國公司法第 36 及 255 條之規定，向 A、B、C、D 公司請求一百億之所受利益

按甲國公司法第 36 條規定：「公司負責人應忠實執行業務並進善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人與公司負連帶賠償之責。」次按第 255 條規定：「董事會的決議，除本法令有規定外，應有過半數董事的出席，出席董事過半數的同意行之。董事對於會議的事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他董事行使其表決權。」

i. 注意義務

董事就公司業務之執行與商業之決定確實應盡「善良管理人之注意義務」，而所謂「善良管理人之注意義務」乃指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所必須具備之注意。是以董事在為商業決定時應以自身之經驗，為公司之利益謀求最大之利潤，而原則上若一決定係利益大於損害之結果而言，我們仍會認為此一決定乃係符合公司之利益，董事並不因公司必須承擔比較小之不利而需負有損害賠償之責。

是以在本案中，雖專案公司並未與 X 公司訂立機電系統供應契約，而可能需對 X 公司負有損害賠償之責，惟縱認專案公司必須承受企業聯盟之約定(專案公司仍持反對之見解)，而按照企業聯盟與 X 公司所簽定之契約，在定性上其性質仍應較近似於預約，是以專案公司所需賠償之範圍僅限於「信賴利益的損害賠償」，並不包含履行利益的損害賠償，且對於 X 公司因喪失契約或商業機會，或受到任何間接、特殊或衍生的損害損失，均不必負責(參見企業聯盟協議書第 6.8 條)。在這樣的情形下，專案公司所需支出的損害賠償費用僅為八億元，

惟將工程轉交與 Y 公司承包而得以節省之成本則為十億元，二者之差額為二億元，是以專案公司因此決策的結果則可額外的獲利二億元，此一決策並非對於專案公司顯有不利益，惟 X 公司僅單就 A、B、C、D 決議專案公司必須承擔八億元的損害賠償部分，故意忽略因此所節約之成本以及因此所得獲得之利益，而主張 A、B、C、D 董事違反善良管理人之注意，而應對專案公司負損害賠償之責，實然顯無理由。

ii. 忠實義務

X 公司既然於前述皆主張專案公司必須承擔企業聯盟所為之約定，是以從承擔之法理而言，除積極債務必須承擔之外，對於消極債務亦有承擔之責，是以於企業聯盟所生之債權債務關係，專案公司皆必須概括承受。故 X 公司對於 A、B、C、D 所主張之債權(A、B、C、D 仍否認有此一債務關係之存在)勢必為專案公司所承受，是以 A、B、C、D 透過董事會決議通過由專案公司承擔本應由專案公司承受之債務，此舉並無違背公司法第 36 條忠實義務之規定，且本既為專案公司之責任，A、B、C、D 董事自無迴避之法定義務存在，此足以顯見 X 公司主張 A、B、C、D 董事違反忠實義務而對專案公司負有損害賠償之責並無理由。

再者，董事於公司之權能及其權限內，基於合理的根據、善意且為公司最大利益，所為之決定或獨立的裁量和判斷，法院不應對其交易事後必須承擔較小之損害，即認董事之判斷為違法。是以已如上述所言，A、B、C、D 為專案公司所為之商業決策，乃係於兩相利害關係權衡下，所選擇對專案公司得具有最大利益之決定，因此不應單從 A、B、C、D 董事決議專案公司必須承擔此一債務，而旋即認定 A、B、C、D 董事違反忠實義務，X 公司之主張實有所偏顯無理由。