

队伍编号：1号

2005年“理律杯”模拟法庭辩论赛

仲裁申请书

申请人： 意志国 X 公司

被申请人： 迦丹国 A、B、C、D 公司及项目公司

目 录

第一部分 请求事项	2
第二部分 案件主要事实	2
第三部分 申请意见	4
一、仲裁庭对请求事项第一项之争议具有管辖权.....	4
（一）项目公司作为本案第一项争议之仲裁当事人是适格的.....	4
（二）A、B、C、D 公司作为本案第一项争议之仲裁当事人是适格的.....	6
（三）根据《国际商会仲裁规则》，仲裁庭对请求事项第一项之争议具有管辖权..	6
二、仲裁庭对请求事项第二项之争议具有管辖权.....	7
（一）请求事项第二项之争议属于的“一切争议”的范围.....	7
（二）A、B、C、D 公司与项目公司有将其之间争议提交仲裁的意愿.....	8
（三）仲裁庭对请求事项第二项之争议行使管辖权有利于争议的彻底解决.....	8
（四）仲裁庭可以一并审理第二项之争议.....	8
三、法律适用及其他.....	8
（一）法律适用.....	8
（二）仲裁地.....	8

(三) 举证责任.....	8
四、A、B、C、D公司及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失.....	9
(一) 企业联盟协议书第 4.3 条是有效的预约合同.....	9
(二) 申请人可以就磁浮铁路机电系统供应契约主张要求项目公司与之缔约.....	10
(三) 项目公司未与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约, 构成债务不履行..	11
(四) 企业联盟协议书第 6.8 条规定未排除项目公司未与申请人缔约之责任.....	12
(五) 申请人可请求 A、B、C、D 公司及项目公司负损害赔偿责任.....	13
(六) A、B、C、D 及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失.....	14
五、A、B、C、D公司及项目公司应返还申请人一百亿元之不当得利.....	16
(一) 依据迦丹民法第 172 条的规定, 项目公司构成不当得利.....	16
(二) 项目公司应返还申请人不当得利共计一百亿元.....	19
(三) A、B、C、D 公司对返还申请人一百亿元之不当得利承担连带责任.....	21
六、以上请求权可以并存.....	21
(一) A、B、C、D 公司及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失.....	21
(二) A、B、C、D 公司及项目公司应返还申请人一百亿元之不当得利.....	21
(三) 上述请求可以并存.....	21
七、申请人可代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿.....	22
(一) A、B、C、D 公司对项目公司应当负损害赔偿责任.....	22
(二) 申请人有权代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿.....	23
八、被申请人应承担本案之仲裁费用和申请人所支出之律师费用及其他费用.....	24
附件一: 证据列表	24
附件二: 参考资料	25
附件三: 本申请状副本 6 份	26

仲裁申请书

申请人: 意志国 X 公司

被申请人: 迦丹国 A、B、C、D 公司及项目公司

请求事项:

- 一、请求仲裁庭支持申请人基于企业联盟协议和迦丹民法之规定所提出的以下主张:
 - 1. 请求 A、B、C、D 公司及项目公司赔偿八亿元之备标费用;
 - 2. 请求 A、B、C、D 公司及项目公司赔偿一百亿元之所失利益;
 - 3. 请求 A、B、C、D 公司及项目公司返还一百亿元之不当得利;
- 二、请求仲裁庭支持申请人依据迦丹国公司法, 以项目公司股东身份, 代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求 208 亿损害赔偿的主张;
- 三、请求 A、B、C、D 公司及项目公司承担本案之仲裁费用和申请人支出的律师费用及其他费用。

案件主要事实

迦丹国于 2003 年初宣布兴建磁浮铁路一条, 为引进民间投资及设计, 以 BOT 方式邀请国内、外有兴趣和实力之厂商参与竞标, 并于 2003 年 4 月 1 日发布公告, 有意争取该规划

项目之民间厂商必须符合下列条件：

(1) 须由二家以上厂商组成一企业联盟；

(2) 企业联盟所有成员的实收资本额总计须达 500 亿元；

(3) 企业联盟中须有一家厂商具有设计、制造、安装磁浮铁路机电系统的实绩，且该系统必须经过商业运转并验证其安全性及可靠度无虞；¹

(4) 得标的企业联盟应在三个月内成立一项目公司，与迦丹国政府签订本规划项目的 BOT 合约，负责执行本规划项目。投标须知另外规定，非经过迦丹国同意，企业联盟成员不得变更；同时项目公司一旦成立后，必须承担企业联盟于投标阶段所为之一切承诺及义务。投标须知的其它相关规定见附件一。

鉴于申请人在意志国及槟特尔国均曾参与类似磁浮铁路项目，同时负责机电系统之供应，该类项目现已投入商业运转，成效良好，迦丹国 A、B、C、D 四公司联合申请人共同组成必胜企业联盟。为界定彼此间合作竞标关系，A、B、C、D 及 X 五家公司于 2003 年 4 月 1 日签订企业联盟协议书，其中第 4.3 条规定“鉴于 X 公司对于设计、兴建及营运磁浮铁路系统的经验，X 公司应负责设计、供应及兴建本项目所需的机电系统，项目公司并应就上述事项与 X 公司签署契约。”

企业联盟协议书签订后，五家公司即依各自分工范围协力竞标，并最终击败由 Y 公司所参与的功成企业联盟而中标，接着成立项目公司，并与迦丹国政府签订 BOT 合约。申请人认为与必胜企业联盟有关机电供应契约之条件尚未谈妥，依然投资 3 千万元于项目公司（占项目公司股权 5%），其余 95% 之股份则由 A、B、C、D 公司持有。项目公司共有五席董事，均由 A、B、C、D 公司指定代表担任，并由 A 公司之董事长兼任项目公司董事长。

随即，A、B、C、D 公司就不断与 Y 公司接触，并且迦丹国政府为协助其国营事业 Z 公司取得町尼国石油探勘权，对此采取鼓励态度。项目公司随即宣布本规划项目机电系统之供应合约由申请人及 Y 公司以竞标方式争取。X 公司虽然多次以口头或书面方式表示异议，认为项目公司此举有违企业联盟协议书 4.3 条之规定，但迫于现实情况不得不参与竞标。但项目公司简单地依据投标报价，选择与报价低了 10 亿元的 Y 公司，签订本规划项目机电系统供应合约。

之后，项目公司则依照企业联盟协议书中所载成员之分工规定将相关项目发包给 A、B、C、D 公司。有所不同的只是由 Y 承建本来应由申请人所承建的项目，另 D 公司则担任 Y 公司之下包。根据合理估算，A、B、C、D 四家公司大约可从本项目中共获得五百亿元之利润。

申请人为争取本规划项目，已投入约八亿元之备标费用，故依企业联盟协议书之规定，向国际商会提起针对 A、B、C、D 公司及项目公司的仲裁，请求赔偿八亿元之备标费用，以及返还一百亿元之不当得利及赔偿一百亿元之利益损失。X 公司与项目公司随即签署仲裁范围约定书，开始仲裁程序。

此外，在申请人提起仲裁后，A、B、C、D 四公司为避免仲裁缠身并承担潜在之责任，乃透过其所控制之项目公司董事会，通过董事会决议由项目公司应诉，并表明若仲裁庭认定 X 公司确有法律上之请求权，则由项目公司独家承担所有责任，与 A、B、C、D 公司无关，申请人认为 A、B、C、D 公司身为项目公司之大股东，并控制董事会，却违背对公司之忠实义务，让项目公司承担大股东违约之责任，另外在申请人提出仲裁请求时（2005 年 2 月 1 日），项目公司因多次增资，原 A、B、C、D 公司所持有之股份，业被稀释至约 20%。于是在 2005 年 4 月 1 日申请人以项目公司股东身份追加请求代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿。

¹ 当时全球有能力供应磁浮铁路机电系统的厂商只有意志国的申请人和町尼国 Y 公司。

申请意见

一、仲裁庭对请求事项第一项之争议具有管辖权

(一) 项目公司作为本案第一项争议之仲裁当事人是适格的

当事人要成为某一仲裁案件的当事人，一般要求当事人之间存在有效的仲裁协议，并且当事人之间发生的特定争议须属于仲裁协议中约定的通过仲裁方式解决的争议的范围。据此本案中项目公司作为本案仲裁当事人是适格的，理由如下：

1. 申请人与项目公司之间存在有效的仲裁协议

(1) 申请人与项目公司之间存在有效的仲裁协议，企业联盟协议书第 16 条约定了“与本契约有关的一切争议，契约各方应依国际商会仲裁规则于迦丹国首都以仲裁方式解决。”且此约定约束项目公司

第一，对于企业联盟协议书中的第 4.3 条应将其定性为预约(对此本申请书第二部分有详细说明)，其是 A、B、C、D 公司以项目公司发起人的身份与申请人所签订的契约。项目公司应当履行企业联盟协议书第 4.3 条之预约。在公司法上，发起人作为设立中的公司的执行机关，它基于其发起资格在其权限范围内代表设立中的公司而产生的权利义务不归属于发起人等出资者，而归属于设立中的公司。在本案中，A、B、C、D 四公司为了能够与申请人合作最终中标而与申请人签订了第 4.3 条，其目的显然是为了设立项目公司(没有申请人，则必胜企业联盟则很难满足迦丹国政府公告所要求条件的第三项²，因而就不可能中标，项目公司也就不可能成立)，因而在项目公司成立后，项目公司应当继受 A、B、C、D 四公司为设立公司而承受的权利和义务(在 BOT 工程中，项目公司的发起人通常将其设立公司过程中的义务规定在公司的章程中，以保证项目公司在成立后能够承担其为设立公司而承担的责任)。具体到申请人来说，即是应当履行企业联盟协议书的 4.3 条的预约。

第二，仲裁条款对项目公司有约束力。上述的公司对发起人在设立公司过程中为公司设立的权利和义务的继受，与合同法上的合同的承受相类似，但又有所不同。合同的承受又称合同概括转让，即合同的一方当事人将合同的整体权利义务全部转让给受让人，受让人不仅享有合同中所规定的权利，也应当履行其中所规定的义务。在合同承受的情形下，各国商事仲裁实践都普遍适用“自动移转规则”(automatic assignment rule)³根据该规则，合同的转让人经合同另一方或者其他方当事人的同意，将其在合同中的权利和义务概括移转给受让人，如果合同中订有仲裁条款，该仲裁条款对合同的受让人与合同的其他方当事人具有约束力，除非受让人或债务人在合同转让时或得到合同转让通知时明确反对仲裁条款继续适用。在一般意义上，合同转让时其中的仲裁条款是否一同转让，是转让协议的解释问题，归根结底，这一解释要服从当事人的意愿。⁴在本案中，合同的出让人为发起人 A、B、C、D 四公司，合同的受让人为项目公司，合同的另一方当事人为申请人。对于 A、B、C、D、申请人而言，从其后来的行为⁵可以看出其是赞同仲裁条款的转移的，但是项目公司在企业联盟协议书签订时尚未成立，因而就更谈不上其对仲裁条款有何意愿，这就是本案与合同承受的不同之处。根据上述对公司应当承受公司发起人行为的法律后果的分析，公司发起人在公司设立过程中所做出的行为的意思表示实质上是代表了未成立公司的意思表示，这实际上是各国立法为了方便公司发起人设立公司以及保护交易安全的需要所作的一种法律上的推定，本

² 参见案件事实材料第 2 项。

³ Sigvard Jarvin, "Assignment of Rights under a Contract Containing an Arbitration Clause: Assignee Bounded to Arbitrate", Decision by Sweden's Court in the 'EMIA' Case", *Swedish and International Arbitration 1997 Yearbook of the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*, p.65.

⁴ 参见宋连斌：《国际商事仲裁管辖权问题研究》，法律出版社 2000 年版，第 163 页。

⁵ 申请人向国际商会对 A、B、C、D 公司以及项目公司提起仲裁，A、B、C、D 公司通过控制董事会通过董事会决议由项目公司应诉。

案中，在项目公司成立之后到项目公司增资之前股东只有 A、B、C、D、X 五家公司，而这五家公司又是企业联盟协议书的当事人，也即为企业联盟协议书第 4.3 条预约的当事人，因此，完全有理由推定，事实上也是如此，发起人 A、B、C、D 公司的意思表示代表了项目公司的意思表示。因此，企业联盟协议书中的第 16 条即仲裁条款对项目公司是有约束力的，进而申请人与项目公司之间存在仲裁协议。

第三，申请人与项目公司之间的仲裁协议是有效的

企业联盟协议书的第 16 条仲裁条款是符合仲裁协议有效所需要的形式要件和实质要件，⁶因而是有效的。

(2) 企业联盟协议书的第 16 条仲裁条款并不随着企业联盟协议书的终止或无效而终止或无效

仲裁协议在符合上述的形式要件和实质要件时即已有效，但实践中通常会发生仲裁条款所依附的合同无效或者终止的情况，这就引起了仲裁条款独立性理论的产生。仲裁条款的独立性，或称仲裁条款的可分割性或自治性 (doctrine of separability or severability or autonomy of the arbitration clause)，指仲裁协议与基础合同相分离，独立存在，并不受有关基础合同的效力主张或认定的影响。其主要是依据合同的可分性，并非每个合同的每一部分都是不可分割的，合同的若干条款可以与其他部分相分离⁷，另外承认仲裁条款的独立性也有利于争议的高效率解决。现在多数仲裁立法以及仲裁机构的仲裁规则都采纳了仲裁条款的独立性原则，确定仲裁条款独立性原则是国际上对此问题的普遍做法。例如，《国际商会仲裁规则》第 6 条第 4 项的规定：除非有相反约定，只要仲裁庭认为仲裁协议有效，仲裁庭将不会因为存在任何合同无效或不存在的主张，而停止对案件行使管辖权。即使合同不存在或者无效，仲裁庭仍应继续行使管辖权，以决定当事人各自的权利并对其请求和主张作出裁判。在本案中，企业联盟协议书第 9.1 条规定：“本契约于项目公司成立，并与迦丹国政府签署 BOT 合约时自动终止。”但由于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款规定，争议是依据《国际商会仲裁规则》解决，而根据上述分析《国际商会仲裁规则》对仲裁条款的独立性原则是采取支持态度的，因而第 16 条仲裁条款并不随着企业联盟协议书的终止而终止。因此，在申请人向国际商会对项目公司提起仲裁时，仲裁条款依然是有效的。

基于上述分析，申请人与项目公司之间存在有效的仲裁协议的。

2. X 公司与项目公司之间发生的争议属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中所规定的“与本契约有关的一切争议”

“与本契约有关的一切争议”，包括了双方当事人对合同成立与否、合同成立的时间、合同的内容的解释、合同的履行、违约的责任，以及合同的变更、中止、转让、解除、终止等发生的争议。在本案中企业联盟协议书第 16 条所指的“本契约”是指企业联盟协议书，自然也包括了第 4.3 条。因而该条当中所提及的“一切争议”应当包含由 4.3 条所引起的争议，本案中 X 公司与项目公司的争议根据案情分析可知是由于项目公司未履行 4.3 条的预约所引起的，因而 X 公司与项目公司之间发生的争议属于企业联盟协议书第 16 条中“与本契约有关的一切争议”的范围。

3. 在申请人提起仲裁后，申请人和项目公司签订的仲裁范围约定书进一步明确了项目公司是本案的仲裁当事人

本案中，申请人和项目公司签订的仲裁范围约定书即是《国际商会仲裁规则》(1998 年 1 月 1 日)中所规定的审理范围书，其是由仲裁员和当事人之间的协商而制作的一种仲裁文

⁶ 一般说来，形式要件主要是采取书面形式，实质要件是意思表示一致、协议当事人的能力以及仲裁事项的可仲裁性。

⁷ 参见林一飞：《国际商事仲裁法律与实务》，中信出版社 2005 年版，第 111 页。

书或一种仲裁策略，是用来确定仲裁员的任务以及完成任务的一种程序上的形式。⁸根据国际商会仲裁规则第 18 条第 1 款⁹的规定，审理范围书包括以下内容：当事人和仲裁员的基本情况、当事人各自的请求摘要、待决事项清单、仲裁地点以及应适用的具体仲裁程序规则等。从中可以看出，审理范围书的一个重要作用就是明确仲裁案件的当事人。由于几乎所有提交国际商会仲裁的案件，其仲裁条款都是双方当事人争议发生之前签订的，而在争议发生时，以前签订仲裁条款的当事人可能已经发生变化，如公司名称的变化、公司发生分立或合并。因此，通过审理范围书可以明确当事人的身份。在本案中，申请人和项目公司签订了仲裁范围约定书，根据上述分析，我们可以据此进一步明确项目公司是本案的仲裁当事人。

另一方面，在当事人于争议发生之前未签订仲裁协议的情况下，审理范围书甚至可以直接代替仲裁协议，成为仲裁庭行使管辖权的依据。也就是说，当事人如果在争议发生之前未签订仲裁协议，但若在争议发生之后签订了审理范围书，即可推定当事人之间有将其争议提交仲裁解决的意愿，仲裁庭据此即可以行使管辖权。本案中，在申请人向国际商会提起仲裁后，由于项目公司与其签订了仲裁范围约定书，即使企业联盟协议书无仲裁条款或对项目公司没有约束力，我们也可以从此仲裁范围约定书来认定项目公司作为本案的仲裁当事人是适格的。

(二) A、B、C、D 公司作为本案第一项争议之仲裁当事人是适格的

根据上文对项目公司是本案第一项请求的适格仲裁当事人的分析，A、B、C、D 公司同样满足作为仲裁当事人所须之条件。

1. X 公司与 A、B、C、D 公司之间存在有效的仲裁协议

企业联盟协议书第 16 条的约定“与本契约有关的一切争议，契约各方应依国际商会仲裁规则于迦丹国首都以仲裁方式解决。”其中契约各方即是指 A、B、C、D、X 公司，因此 X 公司与 A、B、C、D 公司之间存在仲裁协议。并且，根据上文的论述，该仲裁条款是有效的，因此，X 公司与 A、B、C、D 公司之间存在有效的仲裁协议。

2. X 公司与 A、B、C、D 公司之间的争议属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中所规定的“与本契约有关的一切争议”。

依据本申请书第二部分以及第五部分的论述，A、B、C、D 公司应对申请人之损害与项目公司承担连带责任，可见 X 公司与 A、B、C、D 公司之间的争议依然是关于企业联盟协议书第 4.3 条之履行的争议，根据上文论述，该争议属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中所规定的“与本契约有关的一切争议”。

基于上述论述，A、B、C、D 公司作为本案第一项之请求的仲裁当事人是适格的。

(三) 根据《国际商会仲裁规则》，仲裁庭对请求事项第一项之争议具有管辖权

从《国际商会仲裁规则》第 6 条第 2 款¹⁰可以看出，国际商会判断其对当事人所提起的仲裁是否有管辖权的主要依据就是当事人之间存在有效的仲裁协议。而在本案中，根据上述的论述，申请人与项目公司以及 A、B、C、D 公司之间存在有效的仲裁协议，即企业联盟协议书第 16 条的仲裁条款，因而仲裁庭对本案有管辖权。此外即使企业联盟协议书无仲裁

⁸ 参见汪祖兴：《国际商会仲裁研究》，法律出版社 2005 年版，第 190 页。

⁹ 《国际商会仲裁规则》第 18 条第 1 款：受到秘书处转来的案卷后，仲裁庭应尽快根据书面材料或者会同当事人并根据其最新提交的材料，拟订界定审理范围的文件。该文件包括下列内容：(1) 当事人的全称和基本情况；(2) 可送达仲裁过程中的通知和通讯的当事人地址；(3) 各方当事人的请求和所寻求救济的摘要，如有可能应说明请求或反请求的金额；(4) 待决事项清单，但仲裁庭认为不适宜时除外；(5) 仲裁员的全名、基本情况和地址；(6) 仲裁地；以及 (7) 明确应适用的程序规则，若当事人授权仲裁庭充任友好仲裁人或依公允及善良原则作出决定，亦应注明。

¹⁰ 《国际商会仲裁规则》第 6 条第 2 款：如果被申请人未按照第 5 条的规定提交答辩，或者对仲裁协议的存在、效力或范围提出异议，在不影响其实体主张及其应否采纳的情况下，仲裁庭若依据表面证据即可认定，可能存在依照国际商会仲裁规则进行仲裁的协议，则可以决定仲裁程序继续进行。在此情形下，仲裁庭的管辖权由仲裁庭自行决定。如果仲裁庭认为相反，则通知当事人仲裁程序不能进行。在这种情况下，当事人仍有权要求有管辖权的法院对是否存在有拘束力的仲裁协议作出认定。

条款或对项目公司没有约束力,国际商会仲裁庭也可以依据申请人和项目公司签订的仲裁范围约定书行使管辖权。

二、仲裁庭对请求事项第二项之争议具有管辖权

如前所述,仲裁庭有管辖权的主要依据是争议当事人之间存在有效的仲裁协议。因此,本案中,仲裁庭判断其对申请人依公司法向 A、B、C、D 公司所提出之请求是否有管辖权的标准是项目公司与 A、B、C、D 公司之间是否存在有效的仲裁协议。在本案中,申请人以项目公司股东身份代位向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿,其不仅身份发生了转换,而且根据国际商会仲裁规则第 19 条¹¹的规定,申请人在表面上提出了新请求(申请人与项目公司之间签订的仲裁范围约定书即为第 19 条中的审理范围书)。除此之外,申请人以项目公司股东身份依公司法向 A、B、C、D 公司提起仲裁,仲裁庭有管辖权的依据是项目公司与 A、B、C、D 公司之间存在有效的仲裁协议。而在本案中项目公司与 A、B、C、D 公司之间并不存在有关大股东忠实义务的仲裁协议。但是当今商事仲裁法发展的一个特点就是:尊重当事人仲裁的意愿和实现当事人的仲裁意愿具有首要地位,只有当事人对仲裁约定之初衷进行反悔是不允许的。另外,在确立当事人是否有仲裁的意愿以及是否可以受到仲裁协议的约束时,不是刻板的拘泥于形式上的要求,而是根据当事人之间内在的关系及联系程度、当事人的实际行为等事实,并类推适用现有的一些学说或规则,作出相对客观和合理的解释、分析和判定。¹²

因而,对于本案并不能简单地从表面来判断仲裁庭是否有管辖权。基于如下理由,我们认为仲裁庭对于申请人依公司法向 A、B、C、D 公司所提出之请求有管辖权。

(一) 请求事项第二项之争议属于的“一切争议”的范围

本案争议与企业联盟协议书第 4.3 条之履行的争议存在密切的联系,其应当属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中的“一切争议”的范围。

在公司法上,以公司的外部控制关系为标准,公司可分为母公司和子公司。母公司是指拥有其他公司一定比例的股份,能够控制、支配其他公司的公司,其是一种控制性公司。子公司就是被控制的公司。¹³

在本案中,项目公司成立之后,由于申请人只投资 3 千万元于项目公司(占项目公司股权 5%),其余 95%之股份则由 A、B、C、D 公司持有,并且项目公司的五席董事,均由 A、B、C、D 公司指定代表担任,并由 A 公司之董事长兼任项目公司董事长。可以看出,A、B、C、D 公司与项目公司之间是母公司与子公司的关系,并且,这几家母公司在实际上控制了项目公司,其后来的行为也体现了其控制力。A、B、C、D 公司通过控制项目公司的董事会使项目公司违反企业联盟协议书第 4.3 的预约,未与申请人签订有关设计、供应及兴建本项目所需的机电系统的契约,不顾申请人为企业联盟中标做出的巨大贡献而采取公开招标方式,并最终仅因 Y 公司报价低了 10 亿元就与 Y 公司签约,给申请人造成了巨大损失。除此之外,在申请人向国际商会提起仲裁后,A、B、C、D 四公司为避免仲裁缠身并承担潜在之责任,乃透过其所控制之项目公司董事会,通过董事会决议由项目公司应诉,并表明若仲裁庭认定 X 公司确有法律上之请求权,则由项目公司独家承担所有责任,与 A、B、C、D 公司无关。从上述行为可以看出,本案争议与关于企业联盟协议书第 4.3 条之履行的争议存在密切的联系,其是由后者直接引起的,应当属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中的“一切争议”的范围。

¹¹ 《国际商会仲裁规则》第 19 条:在审理范围书签署或经仲裁院批准之后,任何当事人均不得在审理范围书之外提出新请求或反请求,除非仲裁庭在考虑该项新请求或反请求的性质、仲裁进行的阶段以及其他有关情况之后予以准许。

¹² 参见韩健:《刍议派生仲裁请求权和代位仲裁请求权》,载《国际私法年鉴》2000 年第三卷 572 页。

¹³ 参见冯果:《公司法要论》,武汉大学出版社,2003 年版,第 11 页。

(二) A、B、C、D 公司与项目公司有将其之间争议提交仲裁的意愿

项目公司与 A、B、C、D 公司之间有将其之间关于大股东之忠实义务的争议提交仲裁的意愿，企业联盟协议书第 16 条仲裁条款可以约束项目公司和 A、B、C、D 公司。

本案中，A、B、C、D 公司以项目公司发起人的身份与 X 公司签订企业联盟协议书第 4.3 条的预约，并且约定通过仲裁的方式来解决。根据上文的论述，由于此争议属于企业联盟协议书第 16 条仲裁条款中的“一切争议”的范围，因而可以推断 A、B、C、D 公司在签订企业联盟协议书时有将关于大股东之忠实义务的争议提交仲裁的意愿。该意愿不得随后随意废止和改变。

(三) 仲裁庭对请求事项第二项之争议行使管辖权有利于争议的彻底解决

首先，由于申请人也是项目公司的股东（虽然是小股东），项目公司利益受损直接会导致申请人利益的损失，而项目公司的损失却是由 A、B、C、D 公司控制项目公司造成的，理应由 A、B、C、D 公司承担。

其次，在申请人对项目公司提起仲裁时，即 2005 年 2 月 1 日，项目公司因多次增资，已加入许多其他投资人，原 A、B、C、D 公司所持有之股份，业被稀释至约 20%。若此时只让项目公司承担责任，则会损害其他新加入股东的利益。

因此，申请人依公司法代位项目公司向 A、B、C、D 公司提起仲裁是为了其向项目公司所提之请求更为公正的实现，仲裁庭对此请求行使管辖权有利于争议的最终解决。

基于上述分析，我们认为申请人可以代位项目公司向 A、B、C、D 公司提起仲裁，仲裁庭对申请人依公司法向 A、B、C、D 公司所提出之请求有管辖权。

(四) 仲裁庭可以一并审理第二项之争议

申请人以项目公司股东的身份代位项目公司向 A、B、C、D 公司提起的仲裁是为了同一救济请求的实现而提出的，即向项目公司所提之请求的实现而提出，是属于审理范围书之内的请求¹⁴。因此，仲裁庭可以一并审理第二项之争议。

三、法律适用及其他

(一) 法律适用

1. 程序上，依据企业联盟协议书第 16 条：与本契约有关的一切争议，契约各方应依国际商会仲裁规则于迦丹国首都以仲裁方式解决，适用国际商会仲裁规则。

2. 实体法

(1) 根据企业联盟协议书第 14 条：本契约的准据法为迦丹国法律，所以首先应适用迦丹国法律。

(2) 迦丹国最高法院关于不当得利之案例的重要裁判可资参考。¹⁵

(3) 大陆法系民法权威学者王泽鉴教授有关不当得利之著作，在本件中有重要参考价值。¹⁶

(二) 仲裁地

依据企业联盟协议书第 16 条：与本契约有关的一切争议，契约各方应依国际商会仲裁规则于迦丹国首都以仲裁方式解决，仲裁地应为迦丹国首都。

(三) 举证责任

主张权利或法律关系存在、变更或消灭的当事人，就权利或法律关系存在、变更或消灭的事实承担证明责任；否认权利或法律关系存在、变更或消灭的当事人，就阻碍权利或法律关系发生、变更或消灭的事实承担证明责任。特定的证明责任分配由仲裁庭根据具体情况决

¹⁴ See Award in ICC Case No.6309(1991),*ICC Arbitral Awards 1991-1995*,p.401.

¹⁵ 参见本案事实材料第 11 项。

¹⁶ 参见本案事实材料第 11 项。

定。

四、A、B、C、D 公司及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失

项目公司有与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约之义务，项目公司擅自将项目采用开放竞标方式已属违约，应承担相应责任，赔偿八亿元之备标费用及一百亿元所失利益。理由如下：

（一）企业联盟协议书第 4.3 条是有效的预约合同

1. 企业联盟协议书第 4.3 条是契约

契约，系指债权契约，即由双方当事人互相意思表示一致，而以发生债权债务为内容而成立的法律行为。

企业联盟协议书第 4.3 条规定：「鉴于申请人对于设计、兴建及营运磁浮铁路系统的经验，申请人应负责设计、供应及兴建本项目所需的机电系统，项目公司并应就上述事项与申请人签署契约。」该条款的订约主体存在多方当事人。并且，各当事人已就将来签订磁浮铁路机电系统供应契约的事项达成合意。该条款是以发生双方缔结磁浮铁路机电系统供应契约之债权债务为内容而成立的法律行为，是为契约。

2. 企业联盟协议书第 4.3 条是有效的契约

首先，A、B、C、D 公司与申请人均具有公司法人的民事主体资格，有相应的民事行为能力。不仅如此，企业联盟所有成员的实收资本额总计超过 500 亿元，且申请人具有设计、制造、安装磁浮铁路机电系统的实绩，该系统也经过商业运转并验证其安全性及可靠度无虞。因此，A、B、C、D 公司与申请人有资格获得该 BOT 工程，签订磁浮铁路机电系统供应契约亦属可能。

其次，A、B、C、D 公司与申请人在缔约时皆为其自身利益着想，意思表示真实。

再次，4.3 条以书面的形式达成协议，具备法律所要求的形式。

并且，4.3 条不违反法律和社会公共利益。A、B、C、D 公司与申请人签订 4.3 条之目的在于争取承包下 BOT 工程，其固以盈利为动机，也是为响应政府的招标，未违背迦丹国之禁止性法律规定。

3. 企业联盟协议书第 4.3 条是预约合同

预约是当事人双方约定将来订立一定合同的合同。企业联盟协议书第 4.3 条正是经 A、B、C、D 公司与申请人约定，由申请人与项目公司将来签订磁浮铁路机电系统供应契约的合同，是预约合同。

（1）4.3 条是申请人与项目公司为了缔结本约而达成的合意

在不具备订立本约条件的情况下，A、B、C、D 公司已与申请人就将来缔结磁浮铁路机电系统供应契约，即本约之事项达成合意。本案中，A、B、C、D 公司作为设立中的项目公司之机关，为了促使申请人尽力投标并协助项目公司的设立，故于 4.3 条中作出了将来与申请人订立磁浮铁路机电系统供应契约的意思表示。而申请人在条件尚未成熟的情况下，为了避免错过交易机会也通过 4.3 条，约定一定期限后与项目公司签订本约，与 A、B、C、D 公司意思表示一致。

（2）4.3 条的内容具体确定

①预约合同所要求“具体确定”的程度

预约合同的目的只是约定当事人于条件成熟时订立本约，因此预约合同的内容不必明确到清晰地规定了当事人的权利和义务，以至于当事人可以直接依照预约合同履行本约，那样预约则与本约无异。当然，预约亦不能模糊到只能仅表达双方当事人将订立本约的意向。若以预约建立的契约义务并不充分确定，亦无法解释确定预约的内容，则其义务及预约均不发

生效力。就预约的确定性，应依个案的情况斟酌当事人的利益判定之。¹⁷也即在联系个案的前提下，若一项预约明确到足以依此解释确定预约的内容，并进而确定本约的内容，即可认定此项预约成立。

②结合本案实际情况，4.3条满足预约“具体确定”的条件

首先，依4.3条即可明确解释该预约的内容，即要求令项目公司与申请人于条件成熟之时签订由申请人负责设计、供应及兴建本BOT项目所需之机电系统之契约。

其次，依该4.3条可确定本约及其标的之内容。本约乃规定由申请人承包项目公司之磁浮铁路机电系统供应工程之相关事项。具体包括申请人负责对该机电系统的设计、供应及兴建工作。虽然作为一供应合同的预约合同，该4.3条未明确提出该供应契约标的之具体情况及其价金，然结合订约之具体背景，这些内容应视为默示条款蕴含于4.3条款之中。原因在于，必胜企业联盟按照迦丹国的要求，于投标书中已提出具体明确的一现行机电系统作为『机电参考系统』，该『机电参考系统』为一完整、业经验证、使用良好、安全性及可靠度高，且已正常营运、技术成熟的最新系统。而按照迦丹国的要求，申请人所提供的机电系统应符合参考系统的功能、品质及安全标准。¹⁸故而，4.3条中所约定的本约标的之具体情况，比照必胜企业联盟所提出的『机电参考系统』即可，该标的之价金亦应比照『机电参考系统』的市场价格确定。且由于该系统庞大，技术描述复杂，于4.3条中重新叙述一遍多有不便，故而隐去，但其依然可视其为4.3条之默示条款。

(3)4.3条符合预约合同的形式要求

预约合同为诺成性合同，没有合同形式的绝对要求，预约可以像本约那样采取口头、书面或其他形式。虽在特殊情况下，如本约要式之目的是为令当事人慎重考虑或是当事人约定应为要式，才对预约形式有所要求。然本案中，A、B、C、D公司与申请人一方面未约定预约形式，一方面其采用了较为正式的书面形式订立4.3条。故而此处4.3条之预约符合法律所要求的形式。

综上，企业联盟协议书之4.3条已具备了契约的成立和生效要件，且已构成预约合同。其效力为直接约束申请人及项目公司于BOT工程中标后签订磁浮铁路机电系统供应契约。

(二) 申请人可以就磁浮铁路机电系统供应契约主张要求项目公司与之缔约

1. 依据迦丹国公告的投标须知之规定，项目公司应与申请人订立本约

迦丹国于2003年4月1日公告的民间参与首都与科技城间磁浮铁路BOT案投标须知中规定：「项目公司一旦成立后，必须承担企业联盟于投标阶段所为之一切承诺及义务。」¹⁹

本案中，项目公司与X公司签订磁浮铁路机电系统供应契约是企业联盟于投标阶段对X公司作出的承诺。同时也是企业联盟为未成立的项目公司设定的义务。项目公司成立后，依照迦丹国该规定，必须承担企业联盟于投标阶段所为之一切承诺和义务，故其必须与X公司签订本约。据此，X公司当然可以要求成立后的项目公司与其签订磁浮铁路机电系统供应契约。

2. 企业联盟协议书4.3条直接约束项目公司，申请人可要求项目公司与之订立本约

企业联盟作为项目公司的发起人，视为设立中公司的机关。由于作为公司机关的发起人因公司设立所生权利义务，由成立后的公司承担，所以4.3条虽为企业联盟订立，但其效力直接约束项目公司。

(1) 企业联盟是项目公司的发起人

发起人，即进行公司设立活动的人。²⁰本案中，虽然企业联盟订立企业联盟协议书之直接目的为安排BOT工程竞标相关事宜，以期中标。但设立项目公司则是其中不可缺少的环节。

¹⁷ 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第48页。

¹⁸ 参见本案材料附件一、本项目投标须知之相关规定

¹⁹ 参见本案材料迦丹国投标须知，案件事实第2项。

²⁰ 参见江平：《公司法教程》，法律出版社1987年版，第53页。

企业联盟协议书亦可视为创办项目公司的协议。企业联盟一方面以企业联盟协议书的形式订立了创办公司的协议，另一方面积极筹措项目公司成立相关事宜，认购了项目公司全部的股份，并对公司设立承担责任，是谓项目公司的发起人。

(2) 企业联盟订立 4.3 条是为项目公司之设立

在 4.3 条缔结之时，项目公司尚未成立。企业联盟订立此条款是为设定申请人与项目公司日后就磁浮铁路机电系统供应缔约之权利义务。一则为了通过允诺于 BOT 工程中标后，给予申请人承包磁浮铁路机电系统供应工程之利益，而促使其为项目公司的设立及 BOT 工程的备标工作全力以赴；一则为了保证 BOT 工程中标后，申请人能够承担磁浮铁路机电系统供应之工作，使项目公司能够正常运转。由此，企业联盟签订 4.3 条是为完成项目公司设立之目的，乃是尽发起人执行职务之义务。4.3 条之缔结是在项目公司设立的过程中，是为了项目公司之设立考虑。

(3) 企业联盟为项目公司设立所生之权利义务，由成立后的项目公司承担

发起人乃设立中公司之机关，质言之，在公司成立前，应属无权利能力的社团之机关。发起人所取得的权利或负担的义务，在公司成立后移转由公司享受或负担。²¹企业联盟为设立中的项目公司的执行机关，为其订立公司章程、创办公司的协议，筹集资金以便公司的设立。发起人设立行为的直接目的在于成立公司，故项目公司的成立为企业联盟的理想结果，企业联盟与项目公司在利益上具有同一性，其之间表现为行为人和行为结果的关系，企业联盟因项目公司设立所生之权利义务应由成立后的项目公司承担。故而，企业联盟在企业联盟协议书之 4.3 条中为项目公司设定的义务亦应日后直接归属于成立后的项目公司。

故而，企业联盟协议书之 4.3 条的效力可以直接约束项目公司。该条款之当事人均享有要求对方与己订立该契约的权利，亦负有与对方签订磁浮铁路机电系统供应契约的义务。因此，申请人当然可以就磁浮铁路机电系统供应契约主张要求项目公司与之缔约。

(三) 项目公司未与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约，构成债务不履行

基于 4.3 条之预约合同，项目公司有应申请人的要求与之签订本约之义务。然项目公司在必胜企业联盟中标后，公然宣布将本规划项目机电系统之供应合约采用开放竞标方式签订，已构成债务不履行。

1. 项目公司实际未履行 4.3 条所定之合同义务

基于 4.3 条的约束，就本项目 BOT 工程之磁浮铁路机电系统之供应工程，项目公司应与申请人协商并缔约。申请人如何承包该工程的方式亦应由双方协商解决。项目公司未经申请人允许私自决定采取竞标获得磁浮铁路机电系统供应工程之方式已属违约，其后单凭 Y 公司报价仅仅低于申请人 10 亿元，而完全置申请人于前期所作的巨大贡献于不顾，而将该磁浮铁路机电系统供应工程发包给 Y 公司，更属严重违约。

2. 项目公司未与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约无正当理由

(1) 项目公司就订立磁浮铁路机电系统供应契约事项与申请人达成合意是客观可能的申请人与必胜企业联盟有关机电供应契约某些条件尚未谈妥，但双方仍有很大的磋商余地。一方面，BOT 工程中标后，申请人虽与必胜企业联盟有关机电供应契约之条件只是暂时的意见相左，并非两者之间根本无法达成合意，尚有能为进一步的协商；另一方面，申请人只是与必胜企业联盟就相关条件未达成合意，而此时之必胜企业联盟只是项目公司之股东，不能代表项目公司。真正项目公司与申请人之磋商尚未进行。故项目公司无理由单方放弃磋商之机会。

(2) 申请人未导致项目公司履行 4.3 条之预约义务成为不可能

申请人未放弃要求项目公司与其订立本约的权利，更以实际行动表示愿与项目公司继续协商。作为债权人，申请人未致使债务不可履行。

²¹ 参见梁宇贤：《公司法论》，台湾三民书局印行 1971 年版，第 252 页。

依迦丹国对投标之企业联盟组成的硬性要求,申请人是必胜企业联盟中唯一不可缺少的成员。故对于申请人而言,其获得该工程之承包亦是其为投标付出巨大努力以及其关键性地位之对价。故在 4.3 条中申请人所享有的和项目公司缔结本约的权利是任何人都不可以随意剥夺的。本案中,申请人在与必胜企业联盟初步磋商未果之情况下,并未放弃与项目公司磋商的机会,依然投资 3 千万于项目公司表示愿意继续与项目公司协商。甚至于项目公司宣布本规划项目机电系统之供应合约采用开放竞标方式签订时,依然积极备标。申请人以积极的参与态度表明其并未放弃其缔约的权利,更没有为本约的缔结设立障碍。

(3) 迦丹国之鼓励意向不可构成项目公司不履行契约义务之正当事由

在 BOT 工程中,国家作为工程的招标人为普通民事主体,与工程投标人处于平等的法律地位。故而迦丹国的意向对于项目公司而言不具有任何法律上的约束力。在 4.3 条作为有效契约之前提下,项目公司应当毫无选择地首先遵从 4.3 条之规定。招标人单纯的意向无法要求项目公司必须执行,当然不构成项目公司不履行契约义务之正当理由。

由此可见,项目公司弃合同约定于不顾,基于非正当法律原因之考虑而将工程发包给 Y 公司已经构成了债务不履行。

(四) 企业联盟协议书第 6.8 条规定未排除项目公司未与申请人缔约之责任

企业联盟协议书第 6.8 条约定:「就契约任何一方因未能签约,或因丧失契约或商业机会,或受到任何间接、特殊或衍生的损失或损害,契约其它方均不必对其负责。」单从字面理解,该条款意味着无论何种事由,企业联盟之任何成员因未缔约所丧失之商机其他成员概不负责。由此,似乎已排除 A、B、C、D 公司对项目公司未与申请人缔约所应负之责任。但是对于企业联盟协议书第 6.8 条不应从字面断章取义地理解,依据迦丹国的相关规定与合同之有效解释原则,该条款应解释为「在出现法定正当事由之情况下,就契约任何一方因未能签约,或因丧失契约或商业机会,或受到任何间接、特殊或衍生的损失或损害,契约其它方均不必对其负责。」

1. 将第 6.8 条解释为排除当事人一切责任条款之矛盾

(1) 依据迦丹国民法之规定,第 6.8 条不可排除当事人之任何责任

迦丹国民法第 290 条规定:「故意或重大过失的责任,不得预先免除。」若仅从字面解释,6.8 条排除了一切情况下,企业联盟之一方当事人对于其他方当事人未能缔约而受损失应承担的责任。其中当然包括一方当事人故意或重大过失而导致对方未能缔约所应承担之责任。如此解释,令该条款违反了迦丹国法律之禁止性规定,使此协议条款无效。

(2) 将第 6.8 条解释为排除当事人一切责任条款违背诚实信用原则

诚实信用原则要求当事人在从事民事活动时,应诚实守信,以善意的方式履行其义务,不得滥用权利及规避法律或合同规定的义务。²²该原则就是通过要求当事人不损人利己,在民事活动中尽到善良管理人之义务,从而达到维持民事法律关系中双方当事人利益之平衡。因此,在合同中,免除任何一方当事人在任何情况下所应承担的责任无疑会造成:即使由于此方当时人之故意令己方受益,而令对方受损,反倒致损方不承担任何责任。这样之条款不仅成为滥用权利当事人之保护伞,而且致使双方当事人之利益明显失衡,有违诚实信用原则。故而 6.8 条若作完全免责条款之解释,显然违背诚实信用原则,实属不当。

(3) 将第 6.8 条解释为排除当事人一切责任条款导致企业联盟协议书体系之冲突

①与第 4.3 条之冲突

企业联盟协议书之 4.3 条乃预约性合同。项目公司与申请人皆负有与对方签订磁浮铁路机电系统供应契约之义务。除非正当法定事由的发生,若一方未履行该项合同义务,而致另一方当事人损害,则致害方当事人当应负违约之责任。由于此处之正当事由,范围有限,乃指因不可抗力致债务人无法履行预约义务;或是由于情势变更致履约为显失公平;或债权人

²² 参见[日]森田三男:《债权法总论》,学阳书房 1978 年版,第 28 页。

导致债务无法履行；或预约合同之双方当事人皆基于诚实信用之原则而尽到了最大磋商之义务尚不可达成协议。除此之外，项目公司基于任何其他事由之考虑而违约皆应承担相应之责任。据此，将 6.8 条作完全免责条款之解释显然不当。

②与第 6.6 条之冲突

企业联盟协议书第 6.6 条规定：「因履行本协议书或相关事项所发生的损失或其它因此而产生的费用，如系可归责于契约任何一方者，应由该契约方负担之，其余契约方不负责任；如系非可归责于契约任何一方之事由并系依据契约各方的一致指示者，契约各方同意依其投资比例分别负损害赔偿责任。」

依企业联盟协议书之 6.6 条可知，可归责契约任何一方者，该致害方当事人应对其所造成的损失负责；即便非可归责于契约任何一方之事由，契约各方均应按投资比例分别负损害赔偿责任。可知，若由项目公司之责任而致使其与申请人无法缔约，则申请人由此所受损害之责任应由项目公司承担；即使非可归责于双方的原因造成本约无法缔结，其给双方造成的损失亦应由项目公司与申请人分担。显然若将 6.8 条理解作完全免责之条款亦与企业联盟协议书之 6.6 条相左。

2. 结合合同有效解释原则，不应将第 6.8 条解释为排除当事人一切责任之条款

6.8 条作为企业联盟协议书之有机组成部分，应当结合其他条款以及相关法律制度作合理的解释。单从字面上对其解释为任何情况下的免责条款无疑会与该协议书之 4.3 条及 6.6 条相违背。由于 6.8 条之该种解释方法还与迦丹国法律与诚实信用原则相抵触，因此基于合同有效解释的原则，应当结合该协议书之其他条款将该 6.8 条作有效解释，即：「在出现法定正当事由之情况下，就契约任何一方因未能签约，或因丧失契约或商业机会，或受到任何间接、特殊或衍生的损失或损害，契约其它方均不必对其负责。」如上所述，因项目公司未履行预约之义务非基于正当事由，故企业联盟协议书第 6.8 条规定当然未排除项目公司未与申请人缔约之责任。

3. 第 6.8 条未排除项目公司之违约责任

正确解释之 6.8 条并未排除项目公司由于故意违反第 4.3 条所应承担的损害赔偿赔偿责任。即使申请人是由于己方未能签约而受到了备标费用及期待利益的损失，然该损失是由于项目公司违反第 4.3 条之预约合同所造成。且项目公司违反预约义务之行为无任何法定正当事由。本案中，项目公司一方面为获得迦丹国政府之政治利益，一方面考虑到由于 Y 公司未参与必胜企业联盟备标 BOT 工程之工作，可以要求其相对于企业联盟成员以更低的价格承包磁浮铁路机电系统供应工程，而为违约行为。然项目公司所考虑之原因既非因不可抗力，也非因情势变更或由于债权人的原因导致债务无法履行，即其乃非基于法定正当事由而未履行债务。项目公司对申请人之因违约所遭受的损失当然应负赔偿责任，该责任并未被第 6.8 条所免除。

（五）申请人可请求 A、B、C、D 公司及项目公司负损害赔偿赔偿责任

项目公司作为预约义务人不履行预约合同之债务，已构成违约，应当向申请人承担相应之责任。

1. 申请人可请求项目公司负损害赔偿赔偿责任

依迦丹国民法第 270 条规定：「因可归责于债务人的事由，致给付不能者，债权人得请求损害赔偿。」本案中，由于项目公司之过错而导致第 4.3 条之给付不能，X 公司得请求项目公司损害赔偿。

（1）项目公司因可归责于其自身的事由而为违约行为

项目公司为 4.3 条款之直接当事人，应当履行于 BOT 工程中标后与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约之合同义务。然而在项目公司与申请人订立本约尚为客观不能的情况下，项目公司基于自身利益、政治因素等的考虑，完全将预约义务与申请人在 BOT 投标过程中所

作出的贡献弃之不顾，公然与 Y 公司签订磁浮铁路机电系统供应契约。项目公司故意实施了违约行为，是可归责于其自身的原因。

(2) 项目公司的违约行为致使 4.3 条预约合同之给付不能

由于项目公司违反了 4.3 条预约合同的规定，使 Y 公司最终取代了申请人的地位，完成了磁浮铁路机电系统供应工作。因为该项 BOT 工程独一无二，项目公司的行为已经直接导致第 4.3 条赋予申请人的权利无法实现，致使该合同给付不能。

(3) 申请人得向项目公司请求损害赔偿

由于 4.3 条之给付不能，申请人遭受了巨大的损害，得向项目公司请求损害赔偿。本案中，申请人基于预约而相信项目公司会依约来订立本约。出于信赖，申请人为 BOT 工程之投标及项目公司之设立做出了各种准备。其间，申请人放弃寻找其他商机，并耗费巨大精力为订立本约及将来履行本约而努力。然而项目公司却违反了预约，致使申请人各种准备工作之目的落空并丧失了承包磁浮铁路机电系统供应工程之可得利益。此乃因可归责于项目公司之事由，令预约合同给付不能所致，故 X 公司对于该项损失得向项目公司请求损害赔偿。

2. 针对申请人之损害，A、B、C、D 公司与项目公司负连带赔偿责任

(1) A、B、C、D 公司本身应对申请人丧失缔约机会负责任

A、B、C、D 公司有义务促使项目公司与申请人缔结本约，但怠于履行该义务致申请人丧失缔约机会，应对申请人之损失负责。A、B、C、D 公司与申请人于企业联盟协议书之第 4.1 条中明确规定：「契约各方应依其专长及营业范围，分工合作及相互配合已完成本协议书的的目的。」由于企业联盟协议书中对项目公司成立后之若干事项皆有安排，可知该协议书之目的非仅仅为获得 BOT 工程之中标，更为能顺利完成该工程，令企业联盟成员皆能从中获取丰厚的利润。故依企业联盟协议书之规定及其目的，A、B、C、D 公司有义务促使项目公司与申请人缔结磁浮铁路机电系统供应契约。A、B、C、D 公司不仅未尽到促进之义务，反而控制项目公司，令其与 Y 公司缔约。对此，A、B、C、D 公司本身即应当为申请人之损失负责。

(2) 依据迦丹国法律规定，A、B、C、D 公司应对申请人之损害与项目公司承担连带责任

依迦丹国公司法第 36 条之规定：「公司负责人应忠实执行业务并尽善良管理人的注意义务，如有违反致公司遭受损害者，负损害赔偿责任。公司负责人对于公司业务的执行，如有违反法令致他人遭受损害时，应与公司共同对他人负连带赔偿之责。」

本案中，A、B、C、D 公司于项目公司成立后持有其 95% 之股份，且项目公司共有之五席董事均由 A、B、C、D 公司指定代表担任，并由 A 公司之董事长兼任项目公司董事长。即 A、B、C、D 公司可视为项目公司之负责人。然其于执行项目公司业务期间，不仅未尽企业联盟成员之协助义务，且违反合同法及诚实信用原则之法律规定，令项目公司陷入违约之境地，致使申请人遭受重大的损失，依法应当与项目公司共同对申请人之损害负连带赔偿之责任。

综上，A、B、C、D 公司及项目公司因其自身义务之未履行而致申请人损害，申请人可请求 A、B、C、D 公司及项目公司负损害赔偿责任。

(六) A、B、C、D 及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失

项目公司违反合同约定，应由其承担违约的责任。违约责任形式一般包括实际履行、损害赔偿和违约金等。由于 BOT 工程已告结束，令项目公司实际履行，缔结本约已无实际意义，且预约合同中并未约定违约金等事项，故而申请人得请求项目公司及 A、B、C、D 公司赔偿其所受之损害。

迦丹国第 280 条规定：「损害赔偿，除法律另有规定或契约另有约定外，应以填补债权人所受损害及所失利益为限。依通常情形，或依已定的计划、设备或其它特别情事，可得预期的利益，是为所失损失。」依此，A、B、C、D 公司及项目公司对申请人的赔偿应包括两个

部分：其一为申请人所受之实际损害；其二为申请人依通常情形，或依已定的计划、设备或其他特别情事，可得预期的利益。

1. A、B、C、D公司及项目公司应赔偿申请人八亿元之备标费用

(1) 八亿元之备标费用是申请人之实际损害

申请人前后两次备标，共耗费8亿元²³，为其财产利益之直接减少，是申请人所受之实际损害。虽然在BOT工程中标之前，申请人的备标费用可能由于企业联盟未能中标，作为商业风险而成为正常损失。但在企业联盟已经中标的前提下，申请人备标费用之经济目的仍无法实现，是为其损害。

(2) 该项损害的产生可归责于A、B、C、D公司及项目公司

申请人两次备标行为之经济目的无法实现是项目公司之违约行为所造成。申请人因为相信项目公司会遵守预约合同之约定，为BOT工程投标作准备。然而项目公司却因为非法定正当事由而拒绝与申请人缔约，致使申请人第一次备标费用之目的无法达到而成为损失。与此同时，申请人为挽回损失，继续第二次备标，乃是项目公司违反预约行为的直接导致的结果。由于项目公司与Y公司订约，使申请人第二次备标费用之目的亦落空。申请人两次备标费用共计八亿元之损失完全可归责于项目公司。

申请人两次之备标费用与项目公司之违约行为有直接的因果关系，又由于A、B、C、D公司及项目公司应对该损失负连带责任，因此，A、B、C、D公司及项目公司应赔偿申请人八亿元之备标费用。

2. A、B、C、D公司及项目公司应赔偿申请人一百亿元之所失利益

(1) 依已定计划，申请人应获得与项目公司缔约之机会，从而取得磁浮铁路机电系统供应之工程

基于企业联盟协议书4.3条之预约，非基于法定之正当事由，项目公司于企业联盟中标后必须与申请人就设计、供应及兴建该项目所需之机电系统事项缔约。由于该联盟以较为优惠的条件获得了该工程，那么依据4.3条之已定计划安排，申请人完全应当获得与项目公司缔约之机会，从而取得磁浮铁路机电系统供应之工程。

(2) 依通常情况，申请人可顺利完成该项工程获取丰厚的利润

依通常情况，申请人可顺利完成该项工程获取预期的利益，该利益可比照其他企业联盟成员之收益，据合理估计为100亿元。

在技术方面，申请人在意志国及宾特尔国均曾参与类似磁浮铁路项目，同时负责机电系统之供应，该类项目现已投入商业运转，成效良好。同时，由申请人负责撰写之核心机电系统投标书亦获得了迦丹国政府之认同。且事实上，作为与申请人资质相仿的Y公司已顺利完成该项目。这说明申请人依据4.3协议之安排，于获得磁浮铁路机电系统供应工程后，依照通常情况，可以成功地完成工作。

在营利方面，由于申请人与Y公司均为技术型公司，因此不论磁浮铁路机电系统供应工程由哪家公司承包，对于该承包公司本身而言，其盈利不会有太大差距。而本案中，A、B、C、D四家公司大约可从本项目中共获得五百亿元之利润。作为企业联盟成员之一，比照A、B、C、D公司的收入，申请人如依企业联盟协议书原本之安排顺利承包该工程，应可盈利100亿。

(3) 申请人对于该100亿可得预期利益的丧失直接归责于项目公司之违约行为

首先，申请人之所以未依已定计划获得与项目公司缔约之机会，乃是由于项目公司无视4.3条之法律效力，撕毁预约合同所致；而申请人进一步丧失因承包该工程可得之丰厚利润，是因项目公司在毁约的基础上，无视申请人因备标BOT工程所应获得的优先地位，将其与其他投标者置于同等地位。并仅仅由于申请人报价高过Y公司10亿元即令Y公司获得优先议

²³ 参见本案事实材料第8项。

约权。项目公司之行为显示公平，违反了合同之约定及诚实信用原则，直接导致了申请人期待利益的丧失。

综上，申请人依通常情形及已定的计划本可得之预期利益，由于项目公司之违约及违背诚信原则之行为丧失，应当由项目公司及 A、B、C、D 公司赔偿其一百亿元之所失利益。

五、A、B、C、D 公司及项目公司应返还申请人一百亿元之不当得利

项目公司无法律上的原因而取得利益，致申请人利益受到损害，依据迦丹国民法第 172 条的规定，构成不当得利，申请人得以不当得利请求权为基础，要求项目公司返还不当得利；并且，依据迦丹国民法第 184 条和第 185 条的规定，项目公司应返还申请人不当得利之范围共计一百亿元；同时，依据迦丹国公司法第 36 条的规定，A、B、C、D 公司凭借在项目公司中的控股股东地位，控制项目公司损害申请人利益，应与项目公司对申请人的损害承担连带责任。理由如下：

（一）依据迦丹国民法第 172 条的规定，项目公司构成不当得利

迦丹国民法第 172 条规定：“无法律上的原因而取得利益，造成他人损害者，应将取得的不当得利返还受损害的人。或虽有法律上的原因，但该原因随后消失者，亦适用前款规定。”本款规定不当得利的构成要件包括：一方取得利益，致他方受损害，无法律上的原因，且该受利益与受损害之间应有因果关系的存在。²⁴

本案事实表明：必胜企业联盟在申请人的参与和协助下，才得以中标，之后设立项目公司，与政府签署 BOT 协议，取得本项目的巨大商机，并从中受益。而项目公司却违反企业联盟协议书第 4.3 条之规定，未与申请人就本项目机电系统之供应合约尽最大努力协商签约，使得申请人之前为此所作出的一切努力和投资付之东流，受到极大的损失。同时，项目公司侵害申请人基于企业联盟协议所赋予的优先议约权，以低了十亿元的报价与 Y 公司签约，从而获得交易差价利益，降低项目公司的成本；并且迎合政府的政策诱导，获得可能的政策利益。综上，项目公司无法律上原因获得利益，造成申请人的严重损失，并且损失与项目公司取得利益的行为具有直接的因果关系，依据迦丹国民法第 172 条规定，构成不当得利。依据不当得利的构成要件，结合本案事实分析如下：

1. 项目公司受有利益

迦丹国民法第 172 条中，“取得利益”包含两类：其一，在给付的不当得利中，一方基于他方给付而受有利益。其所受利益，实际上即一方当事人自他方当事人依其特定给付行为所受领的个别具体的给付利益。一方当事人的给付是有意识的，基于一定目的而增加他人的财产。其二，在非给付的不当得利中，权益侵害不当得利类型，是因侵害他人权益而受利益。²⁵

（1）项目公司基于申请人的给付而受有利益

本案中，申请人参与必胜企业联盟为竞标作出实质性重大贡献。

首先，申请人是全球仅有的两家供应磁浮铁路机电系统能力的厂商之一，其在意志国和槟特兰国曾参与类似磁浮铁路项目，同时负责机电系统之供应，该类项目现已投入商业运转，成效良好。以其良好的商业信誉、优秀的资质和雄厚的实力业绩，成为必胜企业联盟能够中标的重要因素。²⁶

其次，申请人参与必胜企业联盟后，积极备标，并且依项目投标须知的规定：“投标商应提出一套业经验证、使用良好、安全性高、可靠度高、维修容易并已商业营运的最新可靠且技术成熟的磁浮铁路机电系统作为机电参考系统”，提出了一整套严格符合机电规范的机

²⁴ 参见最高法院七十七年度台上字第一六五号判决、八十六年度台上字第二六五六号判决。

²⁵ 参见王泽鉴：《债法原理》（第二册不当得利），中国政法大学出版社 2002 年版，第 37-41、第 139-143 页。

²⁶ 参见本案事实材料第 3 项。

电参考系统。

最后,申请人与企业联盟其他各方协力备标,并协助制定中标后本项目的相关计划工作,尽其努力投入备标工作的投资和各项付出。

因此,申请方认为,就本项目的复杂工程而言,鉴于申请人具有设计、制造、安装磁浮铁路机电系统的能力和实绩,并积极参与上述各项备标工作,符合政府投标须知的要求,成为政府评选的核心所在。在申请人的参与和协助下,必胜企业联盟才得以中标,继而成立项目公司,与迦丹国政府签署 BOT 合约,获得了科技城与首都之间磁浮铁路兴建这一项目和其预示着的巨大商机利润。所以,项目公司基于申请人的给付而取得本项目,并从中获得利益。

(2) 项目公司侵害申请人的优先议约权而受有利益

本案中,项目公司与迦丹国政府缔结 BOT 合约后,就不断与 Y 公司有所接触。而迦丹国政府为了协助其国营事业 Z 公司取得町尼国石油探勘权,也鼓励必胜企业联盟及项目公司与町尼国之 Y 公司多合作。²⁷ 于是,项目公司违反企业联盟协议书 4.3 条:“项目公司并应就上述事项(指代前款所言的设计、兴建及营运本项目所需的家电系统)与申请人签署契约”所赋予申请人的优先议约权,在与申请人就有关机电系统供应契约之条件尚未谈妥的情况下,放弃了与申请人进行具体协商签约的努力,随即宣布本规划项目机电系统之供应合约改采开放竞标方式签订,以较低的报价决定与 Y 公司签约,使得项目公司直接赢得了十亿元的交易差价,并且获得了政府可能的政策优惠利益。²⁸

因此,申请方认为,项目公司违反企业联盟协议的规定,以侵害了申请人的优先议约权为代价,使得项目公司从中赢得了十亿元的交易差价,和政府可能性的优惠政策利益。

2. 申请人受到损害

迦丹国民法第 172 条中,“致他人受损害”包含两类:其一,在给付的不当得利中,一方当事人因他方当事人为给付而受利益,即为他方的损害。²⁹ 在迦丹国最高最高法院一九八七年宝上字第五五六号裁判中认为:不当得利的功能并不在于填补损害。而是使受领人返还其无法律上原因而受的利益,故“损害”即系一方当事人因他方当事人未给付而受的利益,即为他方的损害。³⁰ 其二,在非给付的不当得利中,侵害他人权益不当得利的类型,只要因侵害应归属于他人权益而受利益,即可认为给予同一事实“致”他人受“损害”,不以有财产的移转为必要。³¹

(1) 项目公司因申请人的给付而受益,即为申请人的损害,具有因果关系

本案中,申请人参与 A、B、C、D 公司组成必胜企业联盟后,为了企业联盟能够中标,为了使自己能够最终获得本项目机电系统的供应合约,申请人凭借其良好的商业信誉和资质能力为必胜企业联盟增加了中标的砝码;同时,申请人应政府投标须知的要求,提出一整套机电参考系统,并为了此次招标积极进行各项备标工作。作为企业联盟中的核心,在其倾力协助下,企业联盟才得以中标,继而项目公司才得以与政府签署 BOT 合约。然而,此时项目公司却违反企业联盟协议的规定,改采开放竞标方式,并简单的从报价数额上决定较低的 Y 公司中标。³²

因此,申请方认为,项目公司因申请人的给付而受益,却并没有履行其义务,未能尽最大努力与申请人进行协商签约。在条件尚未谈妥之时,便不断与 Y 公司接触,随即改采开放竞标方式,并简单的依据报价选择 Y 公司签约,其实质就是一脚将申请人踢开,使得申请人为此项目的所有付出都付之东流,明显给付达不到目的,即为申请人受到的损害。

²⁷ 参见本案事实材料第 6 项。

²⁸ 参见本案事实材料第 6 项。

²⁹ 参见王泽鉴:《债法原理》(第二册不当得利),中国政法大学出版社 2002 年版,第 43 页。

³⁰ 参见本案材料附件四之四-迦丹国最高最高法院一九八七年宝上字第五五六号裁判。

³¹ 参见王泽鉴:《债法原理》(第二册不当得利),中国政法大学出版社 2002 年版,第 143 页。

³² 参见本案事实材料第 2 页。

(2) 项目公司侵害申请人的优先议约权, 使得申请人受到损害, 具有因果关系

本案中, A B C D公司及项目公司违反企业联盟协议之 4.3 条的规定:“鉴于申请人对于设计、兴建及营运磁浮铁路系统的经验, 申请人应负责设计、供应及兴建本项目所需的机电系统, 项目公司并应就上述事项与申请人签署契约。”

对于该条的理解, 从契约的解释而言, 企业联盟协议书是契约各方依专长及营业范围相互约定分工合作及其权利义务关系。第 4.3 条是企业联盟协议书中的一个重要条款, 涉及本项目的核心—即磁浮铁路机电系统的供应。因此从契约的整体而言, 该条应视为鉴于申请人在企业联盟中的重要作用, 契约各方经合意约定申请人承担负责本项目机电系统的义务; 同时契约各方作为未来项目公司的发起人, 约定成立后的项目公司应与申请人签署契约, 即表明赋予申请人就本项目机电系统供应合约的优先议约权。申请人基于对企业联盟的非常贡献, 可依据优先议约权获得较其他公司优先与项目公司协商签约的机会。

因此, 申请方认为, 项目公司违反企业联盟协议的规定, 在与申请人尚未谈妥签约条件的情况下, 未能尽到最大努力的磋商义务, 而是随即以开放竞标方式简单地依据报价选择 Y 公司签约。项目公司此举侵害了申请人的优先议约权, 使得申请人本着对企业联盟协议的信赖, 基于优先议约权而可能获得的预期的商业利益成为泡影。

3. 无法律上的原因

迦丹民法第 172 条前款规定的“无法律上的原因”, 在给付不当得利中, 应指给付欠缺目的; 在非给付的不当得利中, 侵害权益不当得利的类型, 侵害应归属于他人的权益内容而受利益, 致他人受损害, 欠缺正当性, 应构成无法律上的原因。³³

第 172 条第二款规定“虽有法律上的原因, 但该原因随后消失者, 亦适用前款规定。”在迦丹国最高法院一九七三年宝上字第二一二号当事人间请求给付报酬事件的案件中, 高等法院认为, 民法第一百七十二条规定的所谓“法律上的原因”, 并非专指债的关系而言, 倘受益人系因他人的给付行为而受利益, 则所谓“法律上的原因”, 系指该他人与受益人所欲达成的经济上的目的。迨契约终止后, 倘若当事人为给付所欲达成的经济目的未能达成, 是原有法律上的原因, 其后因契约的终止而不复存在。³⁴

(1) 申请人给付目的不达, 即项目公司无法律上的原因而受有给付利益

本案中, 申请人作为磁浮铁路机电系统的供应厂商, 参与 ABCD 公司组成必胜企业联盟, 投标政府的 BOT 项目, 不难看出申请人的经济目的是非常明确的, 是希望能够得到本项目机电系统的供应合约。

从企业联盟协议第 4.3 条规定的:“鉴于申请人对于设计、兴建及营运磁浮铁路系统的经验, 申请人应负责设计、供应及兴建本项目所需的机电系统, 项目公司并应就上述事项与申请人签署契约。”可以看出, 首先, 契约各方当事人认可了申请人的资质和实力, 合意决定由申请人承担负责本项目机电系统的设计、兴建及营运等具体事项的责任。其次, 契约各方作为未来项目公司的发起人, 约定成立后的项目公司应与申请人签署契约, 即表明赋予申请人就本项目机电系统供应合约的优先议约权。可知, 申请人基于企业联盟协议书所赋予的优先议约权, 希望能够优先取得本项目机电系统的供应之合约是其给付的目的。

因此, 申请方认为, 申请人积极备标为给付, 是有意识的, 其直接经济目的就是最终取得本项目机电系统的供应合约, 所以申请人才会不惜人力物力财力对企业联盟有目的地为给

³³ 参见王泽鉴:《债法原理》(第二册不当得利), 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 54 页, 第 143 页。

³⁴ 参见本案材料附件四之二, 原审认为, 契约的终止, 仅使契约嗣后归于消灭, 并无溯及效力, 定作人在承揽契约有效期内因承揽人所为工作, 所受利益, 系本于承揽契约而来, 并非无法上的原因, 自不构成不当得利。当事人上诉后, 高等法院认为, 所谓“法律上的原因”, 并非专指债的关系而言, 倘受益人系因他人的给付行为而受利益, 则所谓“法律上的原因”, 系指该他人与受益人所欲达成的经济上的目的。迨契约终止后, 因为工作尚未完成, 上诉人不能就该部分依约请求给付报酬, 当事人初为给付所欲达成的经济目

付。然而，申请人基于企业联盟协议为给付时的目的已因项目公司违约而使目的不达，项目公司基于申请人的给付而受有的利益，即为有法律上的原因而后消失者。

(2) 项目公司侵害申请人优先议约权的不当性，即为无法律上的原因

本案中，企业联盟协议第 4.3 条规定的“项目公司并应就上述事项与申请人签署契约”，从其字面理解，业已表达了契约各方当事人立约时的真意，乃是以发起人的身份在设立行为权限范围内，为成立后的公司设定义务。项目公司理应遵守契约的约束，妥善履行与申请人积极协商签约的义务。

同时，依据政府投标须知的规定：“项目公司一旦成立，必须承担企业联盟于投标阶段所为之一切承诺及义务。”³⁵ 因此项目公司成立后应承继企业联盟对于申请人的承诺。并且，依据公司法之规定，发起人在其权限范围内为设立公司所为之行为产生的权利义务由成立后的公司承继。³⁶ 所以契约各方在企业联盟中的约定应对于项目公司有约束的效力，项目公司依据企业联盟协议的框架性合约，应该与申请人就具体事项协商签约。

然而，项目公司成立后，未能积极与申请人就具体事项协商签约，而是违反企业联盟协议的约束，改采开放竞标方式，并简单地依据报价决定与 Y 公司签约。对于本案磁浮铁路机电系统这样既复杂又精密的项目，其开放竞标应当详细的考察所有竞标者的过往实绩，业务实力和综合资质等等的具体测评，而不应简单的以其报价的高低作为依据，这无疑是不负责任的，是以此为借口，实质是侵害了申请人的优先议约权使自己获得利益。

因此，项目公司侵害了申请人基于企业联盟协议所赋予的优先议约权，用公开招标的方式作为幌子，而使得自己获得交易的差价利益和可能的政府优惠政策利益，明显带有不正当性，即为无法律上的原因而获得利益。

综上所述，项目公司无法律上的原因取得利益，（或虽有法律上的原因，而后该原因消失），造成申请人的损害，构成不当得利，依据迦丹民法第 172 条的规定，应将取得的不当得利返还受损害的申请人。

(二) 项目公司应返还申请人不当得利共计一百亿元

依上述证明，项目公司无法律上的原因而取得利益，致申请人受到损害，应返还其利益。依据迦丹民法第 184 条和 185 条规定，项目公司应返还不当得利所受之利益；同时，项目公司已知无法律上的原因而取得利益，应付加利息一并偿还。理由如下：

1. 申请人可以不当得利请求权为基础，要求项目公司返还不当得利所受之利益

(1) 不当得利请求权的客体

迦丹民法第 184 条规定：“不当得利的获取者，除返还其所取得的利益外，如基于该利益获取更多利益，应一并返还。但依其利益的性质或因其它情形不能返还者，应偿还期其价额。”

本款规定的不当得利请求权的客体包括：所受利益，本于该利益更有所取得的利益以及价款偿还。所受之利益，是受领人因给付或非给付所受利益本身；所受利益依其利益的性质或因其它情形不能返还的应偿还其价额。³⁷

依据通说认为，在不当得利法上应返还的范围，损害大于利益时，应以利益为准，利益大于损害时，则应以损害为准。（1972 年台上字第 1695 号判例）所受利益依其性质或其他情形不能返还时，其应偿还的价额，系交易上的客观价额。³⁸

在迦丹国最高法院一九六一年宝上字第一一八八号裁判认为：按依不当得利之法则请求返还不当得利，以无法律上之原因而受利益，致他人受有损害者为其要件，故其请求返还的

³⁵ 参见本案事实材料第 2 项。

³⁶ 参见冯果：《公司法要论》，武汉大学出版社 2003 年版，第 37-38 页。

³⁷ 参见王泽鉴：《债法原理》（第二册不当得利），中国政法大学出版社 2002 年版，第 201-207 页。

³⁸ 参见王泽鉴：《债法原理》（第二册不当得利），中国政法大学出版社 2002 年版，第 211 页。

范围，应以对方所受之利益为度，非以请求人所受损害若干为准。”³⁹

(2) 申请人可以项目公司受益为度，请求项目公司偿还不当得利所受之利益的价额

本案中，申请人基于对企业联盟协议的信赖，积极进行全方位的备标工作，项目公司因此获得政府 B O T 项目的无限商机，是基于申请人的给付而受有的利益。其后，项目公司侵害申请人的优先议约权，从中获得十亿元的交易差价利益，并且从政府获得可能的政策优惠利益。A B C D 公司在项目公司分包下依其分工得到相应工程的承包，据合理估算，A B C D 四家公司大约可从本项目中共获得五百亿元之利润。在独享利润的同时，却排斥了 X 公司在优先议约权基础上也可能获得的巨大商业利润。

因此，申请方认为，X 公司可以不当得利请求权为基础，以 ABCD 公司及项目公司所受之利益为度，要求其返还不当得利，范围包括：其一，基于 X 公司的给付而受有的能够中标的利益；其二，侵害 X 公司优先议约权从中获得的十亿元差价，以及从政府获得的可能的优惠政策等等交易利益；依其利益的性质或因其它情形不能返还的依客观交易价额折算偿还。

2. 申请人请求项目公司返还一百亿元之不当得利的合理性

(1) 不当得利请求权的返还范围

迦丹民法第 185 条规定：“不当得利的获取者，如不知无法律上的原因，而其所受的利益已不存在者，免于承担返还或偿还价额的责任。获取者于获益时，已知无法律上的原因或其后知之者，应将获取时所得的利益，或已知无法律上原因时所现存的利益，附加利息，一并偿还；如有损害，并应赔偿。”

本款对于不当得利之获益者的返还义务范围，因获益人的主观善意抑或恶意而设定了不同的规定。获益人于获益时已知无法律上的原因或其后知晓的，即为恶意，其返还范围包括所受利益，附加利息；若有损害，还应赔偿。此乃加重了恶意收益人的返还义务。其中的损害赔偿部分，是恶意受领人返还其所受利益后，仍不足以赔偿受损人的损失，就其不足部分，并应另行损害赔偿，此非属于侵权行为的损害赔偿，不以故意或过失为要件。其范围包括积极损害外，还包括消极损害。⁴⁰

(2) 项目公司已知无法律上的原因而取得利益，其不当得利的返还应依恶意受益人的返还范围为准

本案中，申请人积极协助项目公司取得本项目，而项目公司未能履行优先与申请人协商签约的义务，在与申请人初未谈妥的情况下，随即剥夺申请人的优先议约权，改采开放竞标方式与报价较低的 Y 公司签约，从而获得交易利益。此举的主观恶意是非常明显的。依据迦丹民法第 185 条第二款的规定，对于项目公司应加重其返还范责任。其返还范围应包括基于申请人给付所得之利益以及侵害申请人优先议约权所得到的交易利益，依客观折算为交易价额，并就所受之利益按法定利率附加利息；此外，就侵害 X 公司优先议约权所导致的预期利益的巨大损失，应另予赔偿。

因此，申请方认为，申请人对于恶意受益人项目公司，可依据迦丹民法第 185 条第二款的规定，以项目公司所受有的给付利益，以及侵害申请人权益所得交易利益，折合为客观交易价额，一并附加利息，请求返还共计一百亿元之不当得利。

综上所述，申请人可以不当得利请求权为基础，依据迦丹民法第 184 条规定的不当得利返还的客体，依据迦丹民法第 185 条的规定的不当得利的返还范围，要求恶意受益人项目公司返还不当得利共计一百亿元，当属法理之所在。

³⁹ 参见本案材料附件四之一：当事人间返还不当得利事件，法院认为按依不当得利之法则请求返还不当得利，以无法律上之原因而受利益，致他人受有损害者为其要件，故其请求返还的范围，应以对方所受之利益为度，非以请求人所受损害若干为准。无权占有他人土地，可能获得相当于租金的利益为社会通常的观念，地价税为土地所有人所应缴纳，而与本上诉人的占有无关。

⁴⁰ 参见王泽鉴：《债法原理》（第二册不当得利），中国政法大学出版社 2002 年版，第 233 页。

(三) A、B、C、D 公司对返还申请人一百亿元之不当得利承担连带责任

依据迦丹国公司法第 36 条第二款的规定：“公司负责人对于公司业务的执行，如有违反法令致他人遭受损害时，应与公司共同对他人负连带赔偿之责。”A、B、C、D 公司与项目公司对申请人的损害共同承担连带赔偿之责任。

1、A、B、C、D 公司是项目公司的实际负责人

项目公司成立后，A、B、C、D 公司持股 95%，项目公司的五席董事均由 A、B、C、D 公司指定代表担任，并由 A 公司之董事长兼任项目公司董事长。由此明显得知，项目公司的董事会已由 A、B、C、D 公司控制，A、B、C、D 公司实际成为项目公司的负责人，控制着项目公司的商业决策和业务实施。

2、A、B、C、D 公司违反法令，对申请人造成损害

A、B、C、D 公司作为项目公司的负责人，未能尽最大努力履行项目公司应与申请人协商签约的义务，控制项目公司违反迦丹民法关于不当得利的相关规定，如前所述，无法律上的原因取得利益，造成申请人损害。一方面致使申请人为了本项目的所有给付达不到目的，导致申请人基于对企业联盟协议的信赖所为的付出全部付之东流；另一方面，侵害了申请人的优先议约权，导致申请人基于优先议约权所可能取得的一切利益的损失。

因此，申请方认为，A、B、C、D 公司作为项目公司的实际负责人，违反迦丹民法关于不当得利的相关规定，使得项目公司无法律上的原因取得利益，造成申请人的损害；并通过在项目公司中的绝对控股股东地位，将项目公司不当得利之利益转化为己之利润。依据迦丹国公司法第 36 条的规定，A、B、C、D 公司对返还申请人一百亿元之不当得利承担连带责任。

六、以上请求权可以并存

(一) A、B、C、D 公司及项目公司应赔偿申请人一百零八亿元之损失

项目公司有与申请人签订磁浮铁路机电系统供应契约之义务，项目公司擅自将项目采用开放竞标方式已属违约，应承担相应责任，赔偿八亿元之备标费用及一百亿元所失利益。

理由如下：

1. 应赔偿八亿元备标费用之损失

本案中，X 公司对投入巨资与 A、B、C、D 公司协力备标，并投资入股项目公司。但项目公司却违反约定公开招标，迫使 X 公司与未有先期投入的 Y 公司同等竞标，最终以 Y 公司报价略低为借口予以转签。X 公司为准备本约的履行前后两次共投入八亿元备标费用。故被申诉方应赔偿八亿元备标费用之积极损失。

2. 应赔偿申请人一百亿元所失利益之损失

申请人依通常情形及已定的计划本可得之预期利益，由于项目公司之违约及违背诚信原则之行为丧失，应当由项目公司及 A、B、C、D 公司赔偿其所失利益。而本案中，A、B、C、D 四家公司大约可从本项目中共获得五百亿元之利润。作为企业联盟成员之一，比照 A、B、C、D 公司的收入，申请人如依企业联盟协议书原本之安排顺利承包该工程，应可盈利 100 亿。项目公司及 A、B、C、D 公司赔偿其所失利益 100 亿元。

(二) A、B、C、D 公司及项目公司应返还申请人一百亿元之不当得利

项目公司侵害了申请人基于企业联盟协议所赋予的优先议约权，用公开招标的方式作为幌子，而使得自己获得交易的差价利益和可能的政府优惠政策利益，明显带有不正当性，即为无法律上的原因而获得利益。

依据迦丹民法第 185 条第二款的规定，项目公司所享有的给付利益，以及侵害申请人权益所得交易利益，折合为客观交易价额，一并附加利息，共计一百亿元之不当得利应返还给申请人。

（三）上述请求可以并存

迦丹国判例学说一向肯定不当得利请求权的独立性，可与其他请求权并存。

1. 损害赔偿请求权与不当得利返还请求权之差异

虽然损害赔偿请求权与不当得利返还请求权同属于债权请求权，但二者之间存在差别：

（1）构成要件不同。前者虽以一方遭受损失为构成要件，但并不以另一方获得利益为构成要件，后者以一方遭受损失而另一方获得利益为构成要件；前者以行为人的过错为构成要件，后者不以受益人的过错为构成要件。

（2）规范目的不同。前者的规范目的在于填补相对人的损害，后者的规范目的不在于填补相对人的损失而在于让受益人返还所受的利益。

（3）责任形式不同。前者的责任形式只有一种，即返还不当利益，后者的责任形式具有多样性，恢复原状或赔偿损失，均无不可。

2. 违约损害赔偿请求权与不当得利返还请求权之并存

违约损害赔偿与不当得利返还是不同的责任，应该区分其各自的适用范围，对于因不同的事实行为既造成损害又存在不当得利，当事人只有同时主张违约损害赔偿和不当得利返还才可以获得全部补偿。

本案并非上述三种请求权竞合的情况。申请方乃是基于被申请方不同的事实行为提出损害赔偿与不当得利返还，以补偿其全部损失，故请求可以并存。

3. 违约损害赔偿与不当得利返还的互补性

违约损害赔偿与不当得利返还是相辅相存的。损害赔偿请求之数额以所受损害为标准，而不当得利返还以受利人所得之利益为标准。违约损害赔偿旨在保障债务的履行和债权的实现，维护交易的正常秩序，而不当得利返还也通过当事人之间利益的平衡，防止各种不正当交易的发生。两者配合发挥作用，对保障当事人的利益具有重要意义。

综上，本案中，申请方就不同的事实基础提出八亿元备标费用、一百亿元所得利益的损失及一百亿元不当得利返还三项请求是可以并存的。

七、申请人可代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿

（一）A、B、C、D 公司对项目公司应当负损害赔偿责任

迦丹国公司法 36 条规定：“”公司负责人应忠实执行业务并尽善良管理人的注意义务，如有违反致公司遭受损害者，负损害赔偿责任。⁴¹

1. A、B、C、D 公司实质上是项目公司的负责人

公司负责人一般指公司的董事，但在很多情况下，控制股东才是真正的公司的负责人。所谓控制股东是指直接或间接对一个公司的经营管理或政策拥有决定性或控制性影响的股东。控制股东对公司实施控制的方式有直接控制和间接控制两种。直接控制是通过股东会或董事会直接影响公司的经营决策或或直接对公司的执行机关发号施令；间接控制主要是通过控制公司的人事，即通过向董事会委派或选派董事，控制公司的决策层进而对公司经营活动施加影响。⁴²控制股东基于其控制地位及其他方面的优势，而对公司的人事、业务及决策施加具有支配性的影响，使公司按照符合自己的利益的方式经营，因而控制股东侵害公司利益或其他小股东利益的可能性很大。本案中，在项目公司成立之后，A、B、C、D 公司持有项目公司 95% 的股份，并且项目公司的五席董事，均由 A、B、C、D 公司指定代表担任，并由 A 公司之董事长兼任项目公司董事长。从董事会的组成可以看出，A、B、C、D 公司在实质上控制了项目公司的董事会，因而对项目公司形成一种控制地位。此外，A、B、C、D 公司的

⁴¹ 迦丹国公司法第 36 条规定：公司负责人应忠实执行业务并尽善良管理人的注意义务，如有违反致公司遭受损害者，负损害赔偿责任。

⁴² 参见冯果：《公司法要论》，武汉大学出版社 2003 年版，第 116 页。

一系列行为也显示了其对项目公司的支配性的影响,项目公司对企业联盟协议书第 4.3 条预约的违反以及后来参与仲裁,都是 A、B、C、D 公司利用其控制地位使然。因而,可以说,A、B、C、D 公司不仅是项目公司形式上的负责人(四公司都是项目公司的董事),而且是实质上的负责人。

2. A、B、C、D 公司作为项目公司的负责人违反了其对项目公司应尽的忠实义务和注意义务,应当承担项目公司因此遭受的任何损害

鉴于控制股东有可能滥用其控股地位及其他方面的优势而对公司或其他小股东的利益造成损害,现代公司法在承认控制股东对公司拥有控制权的同时,也要求其对公司尽一定的义务。现代公司法理论将其称为控制股东的诚信义务。就诚信义务内容之性质而言,一般认为,诚信义务包括注意义务和忠实义务。注意义务是一种积极义务,它要求受信人对所托之事必须履行一个善良管理人应尽的义务,即必须以诚信的方式、以普通谨慎之人应有的注意从事活动不得怠于履行职责。忠实义务则是一种消极义务,它要求受信人在处理相关事务时不得为个人利益而损害或牺牲受托人或受益人之利益,是道德义务的法律化。⁴³其主旨是控制股东不得使自己的义务与个人私利发生冲突,其强调控制股东所实施的与公司 and 少数股东有关的行为必须具有公正性,必须符合公司的整体利益。具体到本案中,A、B、C、D 公司违反的主要是对项目公司的忠实义务,主要表现为其控制项目公司违反企业联盟协议书第 4.3 的预约,并且在申请人向国际商会提起仲裁后,A、B、C、D 四公司为避免仲裁缠身并承担潜在之责任,乃透过其所控制之项目公司董事会,通过董事会决议由项目公司应诉,并表明若仲裁庭认定 X 公司确有法律上之请求权,则由项目公司独家承担所有责任,与 A、B、C、D 公司无关。其这种行为使项目公司存在损失的巨大风险,其是典型的违反忠实义务的行为,因此,A、B、C、D 公司应当承担项目公司由其行为所遭受的任何损失。

(二) 申请人有权代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿

迦丹国公司法第 321 条⁴⁴中规定的股东的这种权利被称为派生诉讼权,其是指当公司怠于通过诉讼追究公司机关成员责任及实现其他权利时,具备法定资格的股东为了公司的利益而依据法定程序代公司提起诉讼的权利。⁴⁵在通常情况下,当公司的利益受到侵犯时,只有公司本身才可以提起诉讼。然而,当公司的控制者或部分股东不顾其他股东的反对,作出不利于公司的行为,并因此使得无法或难以以公司的名义起诉时,股东便可以代表公司起诉。股东的此种诉讼权系由公司的原始诉讼权派生而来,是一种派生的诉讼权。而当公司与他人之间存在有效的仲裁协议时,股东此时代表公司提起请求的权利,应该是公司原始仲裁权所派生的仲裁请求权,而不再应该是向法院提起诉讼的权利。

在本案中,申请人作为发起人于 2004 年 1 月 31 日项目公司成立时投资三千万于项目公司,占项目公司股权的 5%,A、B、C、D 公司持有项目公司股权的 95%。由于到 2005 年 2 月 1 日项目公司因多次增资,已加入许多其他投资人,原 A、B、C、D 公司所持有之股份,业被稀释至约 20%,通过合理计算,可知申请人 2005 年 4 月 1 日提起仲裁时,其股份大概占项目公司股份的千分之十点五,并且从 2004 年 1 月 31 日止 2005 年 4 月 1 日,继续时间已达一年零三个月,因而申请人符合迦丹国公司法第 321 条所规定的条件,即继续一年以上,持有已发行股份总数千分之五以上,因而申请人享有上述的派生诉讼权或派生仲裁请求权。

基于上述的论述,申请人可代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿。

⁴³ 参见冯果:《公司法要论》,武汉大学出版社 2003 年版,第 118 页

⁴⁴ 迦丹国公司法第 321 条:继续一年以上,持有已发行股份总数千分之五以上的股东,得以书面请求监察人代表公司对董事提起诉讼。监察人自有前项的请求日起,三十日内不提起诉讼时,前项的股东,得代表公司提起诉讼;股东提起诉讼时,法院因被告的申请,得命起诉的股东,提供相当的担保;如因败诉,致公司受有损害,起诉的股东,对于公司负赔偿的责任。

⁴⁵ 参见刘俊海:《论股东的代表诉讼提起权》,载王保树主编:《商事法论丛》,法律出版社 1997 年版,第 85 页。

八、被申请人应承担本案之仲裁费用和申请人所支出之律师费用及其他费用

申请人依企业联盟协议书之规定，向国际商会提起针对 A、B、C、D 公司及项目公司的仲裁，请求 A、B、C、D 及项目公司赔偿八亿元之备标费用、一百亿元之所失利益以及返还一百亿元之不当得利。由此仲裁所生之费用应由被申请人 A、B、C、D 公司及项目公司承担。

申请人依据公司法代位项目公司向 A、B、C、D 公司请求损害赔偿的仲裁所生之费用，依据迦丹国公司法 322 条规定⁴⁶，应当由 A、B、C、D 公司承担。

申请人为本仲裁所支出之律师费用及其他费用共计 500 万元应由被申请人承担。

综上，申请人请求仲裁庭支持其请求，裁决：A、B、C、D 公司及项目公司赔偿八亿元之备标费用和一百亿元之所失利益，返还申请人一百亿元之不当得利；A、B、C、D 公司赔偿申请人代位项目公司之 208 亿元之损害；被申请人承担本案之仲裁费用和申请人所支出之律师费用及其他费用。

此致

国际商会仲裁院

附件一：证据列表

1. 企业联盟协议书之相关规定：

(1) 企业联盟协议书第 4.3 条：鉴于 X 公司对于设计、兴建及营运磁浮铁路系统的经验，X 公司应负责设计、供应及兴建本项目所需的机电系统，项目公司并应就上述事项与 X 公司签署契约。

(2) 企业联盟协议书第 9.1 条：本契约于项目公司成立，并与迦丹国政府签署 BOT 合约时自动终止。

(3) 企业联盟协议书第 14 条：本契约的准据法为迦丹国法律，所以首先应适用迦丹国法律。

(4) 企业联盟协议书中的第 16 条：“与本契约有关的一切争议，契约各方应依国际商

⁴⁶ 迦丹国公司法 322 条：提起前条第二项诉讼所依据的事实，显属虚构，经终局判决确定后，提起此项诉讼的股东，对于被诉的董事，因此诉讼所受的损害，负赔偿责任。提起前条第二项诉讼所依据的事实，显属实在，经终局判决确定时，被诉的董事，对于起诉的股东，因此诉讼所受的损害，负赔偿责任。

会仲裁规则于迦丹国首都以仲裁方式解决。”

2.项目投标须知的相关规定：

(1) 第 C.5.1 “投标商应提出一套业经验证、使用良好、安全性高、可靠度高、维修容易并已商业营运的最新可靠且技术成熟的磁浮铁路机电系统作为机电参考系统。”

(2) 另外规定“项目公司一旦成立后，必须承担企业联盟于投标阶段所谓的一切承诺与义务。”

(3) 附件 C 第 C.5 节「机电规范」第 C.5.1 条：「投标商应提出一套业经验证、使用良好、安全性高、可靠度高、维修容易并已商业营运的最新可靠且技术成熟的磁浮铁路机电系统作为机电参考系统。此系统并须为一完整的系统。」第 C.5.3 条：「本系统所采用的机电系统应符合参考系统的功能、品质及安全等标准，并须符合本规范所增列的特殊要求。」

3.X 公司是全球仅有的两家供应磁浮铁路机电系统能力的厂商之一，其在意志国和宾特尔国曾参与类似磁浮铁路项目，同时负责机电系统之供应，该类项目现已投入商业运转，成效良好。

4.A、B、C、D 公司持有项目公司 95% 的股份，并且项目公司的五席董事均由 A、B、C、D 公司指定代表担任，并由 A 公司制董事长兼任项目公司董事长。

5.迦丹国政府鼓励必胜企业联盟及项目公司与 Y 公司多合作。

6.X 公司多次以口头和书面方式对项目公司改采公开招标表示异议。

7.公开招标仅因 Y 公司报价低了十亿元而决定 Y 公司中标。

8.X 公司为争取本项目规划，积极备标，已投入八亿元备标费用。

9.据合理估算，A、B、C、D 四家公司大约可从本项目共获得五百亿元之利润。

10.数则加丹国最高法院的裁判：

(1) 一九六一年宝上字第一一八八号

(2) 一九七三年宝上字第二一二号

(3) 一九八七年宝上字第五五六号

(4) 七十七年度台上字第一六五号

(5) 八十六年度台上字第二六五六号

附件二：参考资料

一、中文主要参考资料

- 1.林一飞：《国际商事仲裁法律与实务》，中信出版社 2005 年版。
- 2.宋连斌：《国际商事仲裁管辖权问题研究》，法律出版社 2000 年版。
- 3.汪祖兴：《国际商会仲裁研究》，法律出版社 2005 年版。
- 4.刘晓红：《国际商事仲裁协议的法理与实证》，商务印书馆 2005 年版。
- 5.韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社 2002 年修订版。
- 6.李井灼：《仲裁协议与裁决法理研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。
- 7.黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2002 年修订版。
- 8.冯果：《公司法要论》，武汉大学出版社 2003 年版。
- 9.江平：《公司法教程》，法律出版社 1987 年版。
- 10.梁宇贤：《公司法论》，台湾三民书局印行 1971 年版。

- 11.王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版。
- 12.毛亚敏：《公司法比较研究》，中国法制出版社 2001 年版。
- 13.王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社 2003 年版。
- 14.黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版。
- 15.王泽鉴：《债法原理》（第二册不当得利），中国政法大学出版社 2002 年版。
- 16.曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版。
- 17.王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2003 年修订版。
- 18.王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版。
- 19.王利明，崔建远著：《合同法新论》，中国政法大学出版社 2000 年修订版。
- 20.王利明：《合同法研究（第二卷）》，中国人民大学出版社 2003 年版。
- 21.王泽鉴：《民法学说与判例研究》，中国政法大学出版社 2005 年修订版。
- 22.武钦殿：《合同效力的研究与确认》，吉林人民出版社 2001 年版。
- 23.韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 2001 年版。
- 24.王保树主编：《商事法论丛》，法律出版社 1997 年版。
- 25.陈忠五：《契约的解释》，理律杯资料。

二、外文主要参考资料

- 1.*Swedish and International Arbitration 1997 Yearbook of the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce.*
- 2.Award in ICC Case No.6309(1991),*ICC Arbitral Awards 1991-1995.*
- 3.*Yearbook Commercial Arbitration xxii(1997).*
- 4.[日]森田三男：《债权法总论》，学阳书房 1978 年版。

附件三：本申请状副本 6 份

申请人：意志国 X 公司
2005 年 4 月 1 日