

最佳書狀

仲裁聲請狀

文化大學

聲請人：Arrow工程公司
法定代理人：Mark Schroeder
代理人：第206組律師團

相對人：興業股份有限公司
法定代理人：唐中明

為右當事人間履約爭議事件，依法聲請仲裁事：

仲裁聲明

- 一、請求確認相對人終止契約之行為並不合法，系爭契約仍然存在。
- 二、聲請人就已履行之部分工程，有報酬請求權，且就合約違法之終止，請求因該違法終止所生之損害 賠償(合新台幣十一億三千萬元整)。
- 三、相對人應返還聲請人本合約之履約保證金(合新台幣六億元整)。
- 四、本件仲裁費用由相對人負擔。

事實與理由

壹、程序部分

一、本件履約爭議事件，有分包合約第十九條之適用：

- (一)按依本件台灣綠島跨海大橋分包合約(下稱分包合約)一般條款之第十九條之規定，若承包人與分包人發生紛爭，而此一紛爭與分包合約有關或因執行分包工作而產生，包括任何與承包人或業主之決定、意見、指令及指示之爭議或任何其他相關爭議，上述爭議應依照中華民國仲裁法交由中華民國仲裁協會，於台北進行仲裁(聲證一)。
- (二)查系爭台灣綠島跨海大橋工程之承包人即本件相對人於民國(下同)九十一年四月二十二日，依據前揭分包合約第十八條之約定以書面通知 Titan 公司終止該契約乙節，係主張分包人有違約等情事，易言之，此一紛爭係與系爭分包合約之履約有關，且亦屬因分包人執行本件分包合約所約定之工程而產生者，從而就該承攬工程之分包人與相對人間之履約爭議及有無違約等情事，其爭議之處理自應受前揭分包合約第十九條約定之拘束，合先敘明。惟查本件聲請人究有無主張該仲裁條款之權利，則應視本件聲請人是否具有前開分包合約中分包人之適格，易言之，聲請人是否仍係系爭分包合約之分包人，首應加以確認。

二、聲請人縱係未經認許之外國法人，亦可提起本件仲裁聲請：

- (一)按國際商務係由不同國籍之自然人及法人共同參與，如要求外國法人須經內國政府認許後，始得從事交易活動，則不僅不利於該國對外之經濟發展，更將嚴重影響國際貿易之安全。正因如此，英國法院即一向承認未經認許之外國法人有在英國法院起訴或應訴之資格，而國際法學會亦曾於一八一九年決議：「依本國法成立之股份有限公司，毋庸經一般的或特別的認許，均享有在他國法院為訴訟之權利」(聲證二)。
- (二)次查聲請人係由 Titan 公司依普列文共和國(Republic of Previn)(下稱普國)公司合併及分割法之規定(聲證三)，所設立之獨立公司，依普國民法第二百二十六條之規

定(聲證四)，聲請人係具有完全之權利能力，而查「外國法人有無一般權利能力，應視該外國人是否確係法人或是否已有人格為斷，此應與自然人同，依法人之本國法定之，而不能僅以國內法律為準。」此有學者著作可參(聲證五)，是聲請人既依普國法享有權利能力，則提起本件仲裁自亦具有當事人能力。

(三)退步言之，縱相對人就聲請人是否具有權利能力乙節仍有爭執，惟查「未經認許其成立之外國法人，雖不得認其為法人，但仍不失為非法人之團體，苟該非法人團體設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第四十條第三項規定，自有當事人能力。至其在台灣是否有事務所或營業所則非所問。」、「被上訴人係在日本依法成立之公司，設有代表人，雖未經我國政府許可，在我國不能認其為法人，但仍不失為非法人之團體，不論被上訴人在台灣是否設有事務所或營業所，依民事訴訟法第四十條第三項之規定，自有當事人能力。」亦迭經中華民國最高法院五十年台上字第一八九八號判例、七十年台上字第四四八〇號判決釋示在案(聲證六)。准此以言，則聲請人縱係未經中華民國政府認許之外國法人，亦不影響本件仲裁之聲請。

(四)另查中華民國最高法院六十五年台抗字第一六二號判例亦謂：「管轄權之有無，應依原告主張之事實，按諸法律關於管轄之規定而認定，與其請求之是否成立無涉」(聲證七)。依前開判例意旨，則相對人自不能以 Arrow 公司與 Mercury 公司之合併，係違反分包契約之規定，而主張聲請人非契約當事人，否則本件仲裁判斷將陷入先實體後程序之謬誤，其理甚明。

三、仲裁庭有無管轄權端視 Arrow 公司組織調整所應適用之準據法：

(一)查原於九十年十一月十七日與相對人簽訂系爭分包合約(同聲證一)之 Arrow 股份有限公司(下稱 Arrow 公司)，業於九十一年二月二日與普國之 Mercury 化工公司新設合併而設立 Titan 公司，嗣再於同年二月三日依照普國公司合併及分割法之規定分割成立 Arrow 工程公司即本件聲請人。而按普國公司合併及分割法之規定，有關公司之合併與分割僅須於法院指定之場所，公告該組織之調整事宜，而毋庸個別通知或取得相關債權人之同意。

(二)次查普國法院係指定於 Arrow 公司、Mercury 公司、Titan 公司以及聲請人公司之公司網路上進行公告，而前開公司均已依照法院指定之方式，完成組織調整之公告，故該合併與分割程序係完全符合普國公司合併及分割法之規定。且按普國公司合併及分割法(聲證六)與民法(聲證七)之規定，聲請人乃概括承受分割前 Titan 公司有關本件工程業務之全部權利義務，而該新設合併之 Titan 公司則係承受原 Arrow 公司之權利義務及前揭分包合約之當事人地位。由此可知，聲請人與 Arrow 公司實具有當事人同一性，而依法當然概括承受該分包合約之分包人地位，從而聲請人自得基於該合約第十九條之仲裁條款(同聲證一)，主張鈞庭就本件履約爭議享有管轄權，惟此仍以適用「普國法」為前提。而因 Arrow 公司組織調整之準據法，確實關係本件「仲裁管轄權」與履約爭議甚鉅，茲爰將其應以「普國法」為準據法之理由臚列於后。

四、Arrow 公司組織調整之準據法決定：

(一)涉外成分(foreign element)之判斷：

按判斷法人之國籍為何，立法例上固有「準據法說」及「住所地法說」之不同標準，惟因聲請人係依普國法律所設立之公司，且聲請人公司之主事務所亦設立於普國，故無論採取上開何種見解，聲請人均係一外國公司無疑。茲就本件契約爭議言，因聲請人為外國公司，相對人興業股份有限公司(下稱興業公司)為中華民國公司，故本仲裁事件係具有涉外成分(foreign element)，應有中華民國涉外民事法律適用法之適用，合先敘明。

(二)公司合併與分割程序之定性—法律行為：

1、按定性者，即在確定某一法律上概念或名詞之意義，俾選擇適當之適用法則，而加以正確之適用(聲證八)，蓋關於涉外法律關係，各國縱有相同之適用法

則，然由於對同一法律概念或名詞定性之差異，是以致各國於判斷上仍難免產生疑義，遂應加以定性以俾確實掌握其適用之法則，並進而判定其準據法。茲查 Arrow 公司、Mercury 公司、Titan 公司及本件聲請人公司均係普國公司，即有涉外成分已如前述，爰就其所進行之公司合併與分割程序之效力認定，自有判定其準據法並加以適用之必要，亦因此首應就「公司之合併及分割」加以定性。

- 2、定性應依何種法律解決，亦即定性之標準問題，學者對此見解不一，茲有：法庭地法說(Lex Fori)、本案準據法說(Lex Causae)、分析法理學及比較法說(Analytical jurisprudence and comparative law)、初步及次步定性說(Primary and secondary characterization)等不同主張(聲證九)，而基於實際上便利之考量，現今各國實證法或判例多採取「法庭地法說」，我國實務亦從之，茲有台灣台北地方法院四十五年度訴字第二四八號判決(聲證十)在案足證，從而本件公司合併及分割之定性，應以中華民國之相關法律而為判斷標準，合先敘明。
- 3、次按法律行為者，係以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法效果之法律要件或事實之謂(聲證十一)，而依其性質大略有單獨行為、契約行為及合同行為之三種分類。再按股份有限公司之合併者，謂兩個或兩個以上之公司，訂立合併契約，而依公司法之規定，免經清算程序而歸併成一個公司之行為，是就其本質，可謂係直接發生公司解散與變更或設立之團體法上或組織法上之固有的一種特別契約行為(聲證十二)；而縱亦有學者主張此係合同行為(同聲證十二)，然均無礙其係「法律行為」之性質。而股份有限公司分割之基本構造者，係公司將其既有之包括人、物之組織予以切割分離，並移轉至新設之他公司(新設分割)，或既存之他公司(吸收分割)之謂，其性質亦與公司合併同屬法律行為無疑，蓋公司分割或與他公司合併時，董事會首應就分割、合併有關事項，作成分割計劃或合併契約，並提出於股東會，而俟有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之決議通過後，始生效力，中華民國公司法第三百十六條及第三百十七條之一至之三定有明文(聲證十三)，此即公司訂立契約，且其意思決定機關為意思表示而生「合併與分割之私法上『權義主體與地位變更』效果」之主要例證，是以公司之合併與分割程序確係私法上之法律行為無疑。

(三)關於公司合併及分割之通知程序之定性—法律行為之方式：

- 1、按法律行為之要件，可分為有形式要件及實質要件，而當事人為法律行為時所應踐行之程序上要件，如通知、公告等，均屬該法律行為之「方式」。而就該方式之踐行，法律常設有明文，籍以督促當事人留意該形式要件之履行，是姑不論該形式要件屬生效要件或對抗要件，均應認其係屬法律行為之「方式」。
- 2、查相對人主張 Arrow 公司於合併前應先為告知，而因 Arrow 公司未通知相對人，即逕與 Mercury 公司合併，應構成違約云云。惟按普國公司合併及分割法之規定，Arrow 公司所為之合併及分割，均毋庸個別通知或取得相關債權人之同意(參聲證三)，因此本件合併及分割之效力如何，端視「就踐行該『通知程序』所應通用之準據法」為何而定；而選擇準據法之前提首應就系爭事實加以「定性」。承上所言，公司合併及分割乃一「法律行為」，而倘要求公司合併前應踐行「通知」程序者，自像就法律行為之「方法」所為之限制，換言之，本件合併程序之準據法判斷，應由「就『法律行為之方式』所明定之連繫因素(connecting factors)法則」加以認定之。從而以觀，此自屬中華民國涉外民事法律通用法第五條第一項中就「法律行為之方式」所為規定之適用範疇至明，容後詳述。

(四) Arrow 公司之合併及分割方式，應以普國法為準據法：

1、場所支配行為理論之援引

(1)按場所支配行為原則(Locus regit actum)係指於某地發生之法律關係應依「『行為地』之法律」決定之謂，其理論基礎則有：法則區別說、主權說、意思服從說、各國默許說、證明便利說及便利說等不同主張(聲證十四)，而主要之理念乃係著眼於當今內外國交往頻繁，內國人於外國為法律行為之機會甚高，外國人在內國為法律行為者亦有之，是以，為便利確定當事人之事實及法律關係，且考量法律行為之所在地法律實乃該國主權運用之當然結果，故凡在該地為法律行為者當應服從當地之主權及法價值，而一般於該行為地國為法律行為者，亦多可推定有服從行為地國法律之默示，因此肯認「行為地」得為決定準據法之一項連繫因素(connecting factors)，進而「行為地法」自可作為適用該等法律關係之準據法。

(2)查 Arrow 公司所進行之合併與分割程序，除關係其組織之規模外，更直接影響該公司於普國之一切相關法律關係，且進行合併前之 Arrow 公司與分割前之 Titan 公司，均於普國境內經營事業，並於普國進行各項商業交易行為，因此其與普國當地之其他公司及一般民眾之接觸可謂最屬頻繁，而普國其他公司及人民，更自然會依普國法之相關規定，以作為「與 Arrow 公司、Titan 公司、甚至是聲請人即 Arrow 工程公司進行一切商業交易行為」之準則，從而亦將對 Arrow 公司依普國法所進行之公司改組程序，抱以高度之信賴。

(3)再查倘就 Arrow 公司之改組過程有合法性及妥適性等之爭議者，自以援引「當地相關法令」予為規範者最屬正確，且亦較符合普國境內之社會價值，更有確保普國當地金融市場交易安定性之高度實益。倘設今設立並營業於普國已久之 Arrow 公司，其內部組織之運作與改組等各種效力，僅因其與他國之某一公司之簽約或涉訟乙事，則須完全改取決於他國法律之規定者，則此非但與吾人通念與社會價值相左，更勢將打擊普國人民之正當信賴，並嚴重危害當地之交易安全。是結而言之，Arrow 公司之合併與後續之分割程序，事涉公司所在地即普國當地之交易秩序甚鉅，基於場所支配行為與保護交易安全之理念，援引「普國法」作為判斷 Arrow 公司合併與分割之基礎自較妥適。

2、中華民國涉外民事法律適用法第五條第一項但書之適用：

查 Arrow 公司合併及分割程序所應否踐行「通知」之爭議，乃定性屬「法律行為之方式」，業經前載。是核其定性，則其所應適用之選法條文，依法庭地法乃中華民國涉外民事法律適用法第五條就「就法律行為之方式」所為之規定。茲按該法第五條第一項係規定：法律行為之方式，依該行為所應適用之法律，但依「行為地法」所定之方式者，亦為有效(聲證十五)。故而可見，本件有關 Arrow 公司組織調整方式之決定準據法之連繫因素(connecting factors)，乃包括「Arrow 公司之『合併及分割所在地』」，即普國地區仍決定此準據法之連繫因素(connecting factors)，因此，「普國法」自應為 Arrow 公司合併與分割時有關「方式部分」之準據法。

3、分包人之組織調整實與分包合約就爭議處理之準據法條款無關：

(1)查本件系爭分包合約第二十四條第二項雖有約定，就有關分包工程之「爭議處理」，係以中華民國法律為準據法(參聲證一)，然就「分包合約當事人本身有關『內部組織調整』之方式部分」，是否仍應概以「分包合約之約定準據法」為斷，實有疑問。

(2)承上所言，Arrow 公司乃位於普國境內，而其基於公司營運之策略性考量，而就內部組織所為之改組運作者，實無礙其分包合約當事人地位之同一

性，且充其量亦僅影響該公司本身之營運與績效，當與契約之履行部分無涉。是而此一「當事人內部之組織調整」與「合約履行之爭議處理」究屬何干，殊難想像，即此公司合併與分割部分誠無系爭分包合約第二十四條適用之餘地，自不待言。

- (3)退萬步言，縱認 **Arrow** 公司之合併與分割部分乃系爭分包合約履約爭議之「先決問題」，然該先決問題是否即應一概受原合約有關準據法條款之拘束，實容有爭議。按所謂之附隨問題(incidental question)或先決問題(preliminary question)者，像指受訴訟法院於審理本案過程中，其他次要、附隨之含有涉外成分之法律關係亦產生疑義，而關於其就應依何國國際私法以定其適用法律之問題(聲證十六)。而就附隨問題之解決，雖早期有採「法庭地法說及本案準據法說」二種見解，然就晚近之趨勢言，已有多數學者提出主張，即應視個案情況而定，而無一定原則可循(同聲證十六)。回歸本案事件，**Arrow** 公司、**Titan** 公司及聲請人公司均遠位於普國，倘僅因「其與中華民國之某一家公司簽約乙事」即要求「系爭合約分包人 **Arrow** 公司之內部組織調整方式」均應受制中華民國法律之約束。實不無疑問；且查 **Arrow** 公司經合併與分割後均業由聲請人概括承受其合約分包人之地位，即契約當事人實質上並未有所變更，故倘一味持以早期見解主張應受原法庭地法之拘束等話，而忽略就具體個案情況應有之考量，當屬可議。因此，綜上所述，就 **Arrow** 公司之合併與分割方式，自應以「普國法」為其所應適用之準據法為當。

五、仲裁庭就本件履約爭議自有管轄權：

- (一)前言：按本件系爭工程分包合約第十九條之仲裁條款已約定：若承包人與分包人發生糾紛者，而此一紛爭與分包合約有關或因執行分包工作而產生之相關爭議，均應依照中華民國仲裁法「交由 鈞庭加以仲裁」(同聲證一)，業於前述，是以該分包契約之締約當事人即 **Arrow** 公司及相對人均應受其拘束，自無疑義。

(二)**Arrow** 公司與聲請人係具有法律上之同一性：

- 1、查有關 **Arrow** 公司合併及分割程序所應踐行之方式部分之準據法，實係「普國之公司合併及分割法」，亦經前述。而按普國公司合併及分割法規定，本件 **Arrow** 公司之此項組織調整事宜，僅須向法院所指定之場所加以公告即可，毋庸個別通知或取得相關債權人之同意(參聲證三)，因此，**Arrow** 公司依普國法言，既已於「法院所指定之 **Arrow** 公司、**Mercury** 公司、**Titan** 公司及 **Arrow** 工程公司即聲請人公司之公司網站」上加以公告，則縱未通知相對人或取得相對人之同意，亦當然無礙於 **Arrow** 公司合併與分割之效力。從而就普國公司合併及分割法第七十一條第一、二項之規定以觀(參聲證三)，數公司得以「合併」之方法將整體權利義務由新設公司「概括繼受」之，再由該新設公司以「分割」方法將原整體權利義務轉由分割後之再新設公司「概括繼受」，因此 **Arrow** 公司既經「有效」之合併與分割程序而設立本件聲請人公司，其原有之權利義務包括分包契約之當事人地位當然亦由聲請人繼受，易言之，聲請人仍屬系爭分包契約之分包人而與原 **Arrow** 公司具有法律上之當事人同一性，至無疑義。
- 2、次查系爭分包合約第二條第三項雖規定：「在未取得承包人之書面許可前，分包人不得轉讓分包合約之全部或部分權益，亦不得再分包全部或部分之分包工作」(參聲證一)，惟相對人尚不得據此驟謂 **Arrow** 公司與 **Mercury** 公司之合併係違反前開契約規定，茲說明如后：
 - (1)按前開分包合約第二條第三項所稱之「轉讓」，應係指「分包人將分包合約之權益『個別』讓與於第三人」，而不包括「分包人在契約成立後，因公司合併或分割，而由他公司『概括承受』分包人法律上一切權利義務之情形」在內，此由「中華民國民法第二百九十四條至第二百九十九條，與

同法第三百零五條及第三百零六條(聲證十七)，係分別就債權之『讓與』及營業之『概括承受』設有不同之規定」，觀之自明。

(2)次按「轉讓」一詞，其文義解釋應係指當事人將權益讓與於「自己以外之第三人」，而不包括「當事人同一性並未改變之權利繼受」。對此，由普國國立 Heisenberg 大學法律學院民法及商法教授 Karl Strawson(卡爾•史陶生)，於二〇〇二年六月三日針對此項爭議所出具之法律意見書乙紙，即已明確表示：「.....一個『契約上權益』之『轉讓』(assign)，係指當事人將其契約上之權利交與第三人，而『轉讓』一詞，在國際間商務法上亦經常被用到，而與上述意義相同之意義。因此，『轉讓』一詞之意義十分清楚：一個與轉讓人不同之第三人依其與轉讓人之契約，取代轉讓人而成爲契約之當事人.....」、「.....根據普國法之規定，這種型態之整體繼受替代(即指 Arrow 股份有限公司被 Arrow Construction 股份有限公司整體繼受之法律性質)並不構成所謂「契約上權益之轉讓」，因爲從法律的觀點而論，Arrow Construction 股份有限公司與 Arrow 股份有限公司是同一人.....」、「.....Arrow 股份有限公司與 Mercury 股份有限公司合併並成立 Titan 股份有限公司後，再由 Titan 股份有限公司將之以部分資產出資方式出資與 Arrow Construction 股份有限公司，其法律效果 Arrow Construction 股份有限公司並非依『契約上之權益之轉讓』方式，而係以 Arrow 股份有限公司之法定繼受人之地位，除當然繼受 Arrow 股份有限公司與興業公司之分包合約外，並在法律讓當然整體繼受 Arrow 股份有限公司土木工程部門之所有一切權利、資產、契約及義務。因此，分包合約第二條第三項之約定於本案並不適用.....」(聲證十八)。

(3)綜上所述，聲請人係依普國公司合併及分割法之規定，而在法律上取代 Arrow 公司並進而成爲系爭合約之當事人，是相對人據前開合約條款主張聲請人違約云云，洵屬無據。

(三)綜上所云，聲請人與相對人實屬前揭分包合約之當事人，而均應受該合約中仲裁條款之拘束，從而 鈞庭受理本件分包契約有關履約爭議之仲裁聲請案，於法誠屬有據，即相對人之主張 鈞庭無管轄權等語確無理由至明。

(四)退步言之，縱 鈞庭認聲請人得否本於契約條款聲請仲裁乙節尚有爭議，惟單就「國私法理及仲裁法理」而論，亦足證 鈞庭就本件爭議具有仲裁管轄權無疑。茲分述如后：

1、國私法理：

按本件相對人興業公司係主事務所設於台北市之中華民國公司，而系爭分包合約之履行地亦爲中華民國，故由中華民國境內之機構進行紛爭解決，無論循訴訟程序，抑或仲裁程序，就相關事證與資料之蒐集而言均較屬便利；且因紛爭解決程序之進行係於中華民國境內爲之，此對相對人興業公司而言亦可減省勞力、時間及費用等，之額外支出，避免程序上之不利益，故可認聲請人提起本件仲裁聲請實符合國際私法上之「便利法庭原則」。

2、仲裁法理：

一般而言，國際商務之紛爭解決程序多循仲裁程序，而非訴訟程序，學者對此即曾明確指出：「.....在單純國內爭議會發生決定仲裁抑訴訟問題，且可能優劣互見，不易作成決定，而要斟酌各個案情形而定，但如爭議是國際性質，則肯定要以仲裁爲優.....」、「.....在國際案件仲裁判斷之執行通常比法院判決之執行容易，反之法院判決要在外國執行通常要靠國際間之睦誼，故常常阻礙重重」(聲證十九)。是按本件爭議係有關於工程合約之履行，且契約之一方當事人爲外國公司，故考量專業性及國際商務慣例，此種國際工程案件應循仲裁程序加以解決較爲妥適，是由 鈞庭管轄本件爭議，實較訴訟程序更

符合兩造之利益，且更有助於實質發揮仲裁法理之精神。

六、綜上結論，聲請人本於前揭準據法即「普國法」之規定而概括繼受系爭分包合約之分包人地位，從而自得援引該合約第十九條之規定而向 鈞庭提付仲裁；矧且按前揭合約第二條第三項有關「轉讓」一詞之詮釋，以及基於上開所述「國私法理與仲裁法理」之精神，均益足證 鈞庭就本件履約爭議確實有管轄權，是 鈞庭自應就本件履約爭議逕為實體之決定。

貳、實體部分

一、聲請人確實無違約情事：

(一) Arrow 公司之改組縱未通知相對人或得相對人之同意，亦不構成違約：

1、Arrow 公司合併與分割程序之適用準據法為普國法：

查 Arrow 公司係普國公司而非中華民國公司，故有涉外成分(foreign element)，合先敘明。次按公司之合併與分割行為實乃法律行為之性質，而其進行組織調整所應踐行之方式如須否進行「通知」者，自得定性為「法律行為之方式」而有中華民國涉外民事法律適用法第五條第一項之通用，換言之，本件 Arrow 公司進行合併與分割時之「須否通知相對人疑義」之判定，依前揭條文意旨係應以普國法為應適用之準據法。再者基於「場所支配行為原則(Locus regit actum)」之精神，且 Arrow 公司之改組實涉普國當地各行各業之商業行為與交易安全甚鉅，因此更足證以「普國之公司合併及分割法與民法」為判斷 Arrow 公司組織調整效力之準據法，誠屬於法有據。此均業已詳述於前開之「程序部分」足參，茲再予敘明。

2、按普國法之規定，Arrow 公司之組織調整事宜實毋庸個別通知或取得相關債權人如相對人公司之同意(參聲證三、四)，此並為相對人所不爭。而承上所言，Arrow 公司之組織調整所應踐行之方式應以「普國法」為應適用準據法，因此足見，Arrow 公司就合併與分割本無踐行通知相對人公司之契約義務，從而 Arrow 公司縱未通知相對人亦與違約無涉。又聲請人既基於有效之合併與分割程序而概括承受 Arrow 公司之分包合約分包人之地位，則相對人對聲請人所主張之「違約與終止合約」云云，亦均屬無理由至明。

(二) 相對人不得以分包合約中禁止轉讓之約定主張聲請人違約

1、按法律對於公司合併及分割所設之程序，其目的除為維護債權人之權益外，同時亦涉及交易安全及股東權益之保障，是以學者乃謂：「...因合併而消滅之公司，其權利義務，應由合併後存續或另立之公司承受。此種承受為『概括之承受』，因此不得就其中權利或義務之一部份逕以特約排除...」(聲證二十)，故應認公司合併及分割之程序係屬強行法規，不許當事人以約定方式排除適用。按系爭分包合約第二條第三項所稱之「轉讓」，應不包括「概括承受」及「當事人同一性未變更」之情形在內，均已詳如前述。茲須再予說明者，乃相對人如堅持主張依該條規定，Arrow 公司不得與 Mercury 公司合併，則該條約定亦將抵觸普國公司合併及分割法之規定，依法應屬無效。

2、為保護交易安全，中華民國民法第二百九十四條第二項則規定，善意第三人並不受當事人間「債權禁止轉讓」約定之拘束，而「違反禁止債權轉讓契約所為之讓與，依民法第二百九十四條第一項第二款之規定固屬無效，為此項不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人，為同法第二項所明定，若第三人不知有此特約其讓與應為有效」業經中華民國最高法院五十年台上字第五三九號判例(聲證二十一)闡釋甚詳。準此以言，因 Mercury 公司與 Arrow 公司合併時並不知分包合約上有禁止轉讓之約定存在，故相對人自不得以此特約而否認 Arrow 公司與 Mercury 公司合併之效力。

(三) 相對人無權要求 Titan 公司擔任系爭合約之連帶保證人：

1、按聲請人係由 Titan 公司依普國公司合併及分割法之規定所另行設立之獨立公司，而依普國公司合併及分割法第八十七條準用同法第二節之規定，聲請人

係當然繼受 Titan 公司有關係爭合約之權利義務，亦即聲請人已合法取代 Titan 公司而成爲系爭合約之當事人，故相對人依法並無權請求 Titan 公司擔任連帶保證人。

- 2、其次，無論係在人員、能力、經驗、設備等各方面，聲請人均與 Arrow 公司具有相同之條件，故由聲請人繼續完成系爭合約，對相對人並無不利益，更何況系爭合約尚有 Satern 銀行所提供，價額爲工程款百分之十之履約保證金，可作爲聲請人繼續施工之擔保，是以就系爭契約之經濟考量而言，相對人亦無必要強令 Titan 公司擔任連帶保證人。

二、相對人終止合約顯不合理

(一) 違反權利濫用禁止原則

按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人爲主要目的，中華民國民法第一百四十八條第一項有明文，而學界與實務亦認爲因「權利行使而取得之利益」倘與「他人因此所受之損害」不相當時，即構成權利濫用，此有最高法院四十五年台上字第一〇五號判例足資參照(聲證二十二)。今相對人悍然終止系爭分包合約，勢將造成台灣本島與綠島間之跨海大橋公共工程停擺，嚴重影響公共利益至明；而原分包人 Arrow 公司經合併及分割後由聲請人取代其原有地位，不僅專業能力未受影響，且聲請人之財務結構亦因此而更佳，是以相對人因合約終止所取得之「利益」與因此而生之「損害」，殊不相當，應構成權利濫用。

(二) 違反誠實信用原則：

次查「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」，乃中華民國民法第一百四十八條第二項所明定。按本件聲請人係由 Titan 公司依普國公司合併及分割法之規定，將 Arrow 公司原負責系爭合約履行之工程部門，以部分資產出資之方式所另行設立之公司，因此無論就施工人員、技術經驗及工程設備而言，聲請人實與 Arrow 公司相同，故現實上不致發生聲請人施工能力不足之疑慮，而聲請人之財務結構及償債能力甚較原來更爲良好，孰料相對人在此情形下，仍不顧系爭工程合約已履行至相當程度，仍執意終止合約並請求鉅損之損害賠償，是其權利之行使顯有違誠信原則。

三、相對人於工作完成前終止合約，應對聲請人負損害賠償責任：

按相對人不得因 Arrow 公司與 Mercury 公司合併而終止合約，亦不得強令 Titan 公司擔任分包合約之連帶保證人，其理由均詳如前述。此外，依中華民國民法第五百十一條之規定，承攬契約之定做人因得於工作完成前終止契約，但此時定做人仍應賠償承攬人因契約終止而生之損害，是以相對人如主張依前開規定終止契約，則其仍須賠償聲請人因契約終止而生之損害，自不待言。

參、綜上所述，本件相對人所辯均無可採。狀請 鈞庭明鑒，惠賜判斷如聲請人仲裁聲明，以維權益，並符法紀。

謹 狀

中華民國仲裁協會

具狀人：Arrow 工程公司

法定代理人：Mark Schroeder

代理人：206 組律師團

聲請人所呈證物表列如次：

- 聲證一：Arrow 公司與興業公司之台灣綠島跨海大橋分包合約一般條款(節錄)。
- 聲證二：馬漢寶主編，國際私法論文選輯(上)，第一六四頁。
- 聲證三：普國公司合併及分割法譯文(節錄)。
- 聲證四：普國民法譯文(節錄)。
- 聲證五：馬漢寶著，國際私法總論，第一六八頁。
- 聲證六：最高法院五十年台上字第一八九八號判例及七十年台上字第四四八〇號判決。
- 聲證七：最高法院六十五年台抗字第一六二號判例。
- 聲證八：劉鐵錚、陳榮傳合著，國際私法論，第五九四至五九八頁。
- 聲證九：劉鐵錚、陳榮傳合著，國際私法論，第五九八至六〇二頁。
- 聲證十：台灣台北地方法院四十五年度訴字第二四八號判決。
- 聲證十一：王澤鑑著，民法實例研習叢書(二)一民法總則，第一八八至一九五頁。
- 聲證十二：柯芳枝著，公司法論，第七十二至七十三頁。
- 聲證十三：中華民國公司法第三百十六條及第三百十七條之一至之三之條文規定。
- 聲證十四：馬漢寶著，國際私法總論，第一〇七至一〇八頁；劉鐵錚、陳榮傳合著，國際私法論，第三二二至三二四頁。
- 聲證十五：中華民國涉外民事法律適用法之條文規定。
- 聲證十六：劉鐵錚、陳榮傳合著，國際私法論，第六二七至六三四頁。
- 聲證十七：中華民國民法第二九四至二九九條與第三〇五至三〇六之條文規定。
- 聲證十八：Karl Strawson 於二〇〇二年六月三日所出具之法律意見書(中譯本節錄)。
- 聲證十九：李念祖等七人合著，仲裁法新論，第十四至第十九頁。
- 聲證二十：柯芳枝著，公司法論，第八十一頁。
- 聲證二十一：最高法院五十年台上字第五三九號判例。
- 聲證二十二：最高法院四十五年台上字第一〇五號判例。

