

队伍编号： 2号

2010年“理律杯”模拟法庭辩论赛

被申请人方仲裁代理意见

申请人： 新泰国辉运能源投资有限公司

被申请人： 中国福元市电力公司



## 目 录

<b>第一部分 申请人的主张不能成立，提请仲裁庭予以驳回</b> .....	<b>2</b>
一、在本案管辖权与诉讼时效上，申请人的主张错误 .....	2
（一）仲裁庭对本案没有管辖权 .....	2
1、合作双方达成了仲裁协议 .....	2
2、XXX 分会不是仲裁协议中约定的仲裁机构，不具有仲裁管辖权 .....	2
（二）申请人对本案纠纷提起仲裁已超过仲裁时效，应予以驳回 .....	3
1、仲裁时效适用诉讼时效有关规定 .....	3
2、本案中的仲裁时效起算点为 2001 年 7 月 9 日 .....	3
3、本案中并没有发生导致诉讼时效中断的事由 .....	4
二、申请人将合同终止原因归于被申请人方的主张不能成立 .....	5
（一）被申请人的行为不构成违约 .....	5
1、主观上，民事责任采取过错原则，被申请人没有过错 .....	5
2、客观上，被申请人全面、正确履行了有关合同义务 .....	7
3、被申请人的行为是在行使先履行抗辩权 .....	9
（二）合同终止的原因在于国家政策法律的变化及申请人没有履行有关合同义务 .....	10
1、国家政策法律发生变化是造成合同终止的主要原因 .....	10
2、申请人没有履行合同有关义务是造成合同中止的重要原因 .....	11
<b>第二部分 合同有关电量、电力收购和中方“兜底责任”的约定违法并无效</b> .....	<b>14</b>
一、《修订合同》中排除法定不可抗力强制适用的条款违法并无效 .....	14
（一）法定不可抗力 .....	14
（二）法定不可抗力的强制适用 .....	15
（三）《修订合同》中排除法定不可抗力强制适用的条款违法并无效 .....	15
二、《购电协议》中有关“保底利润”的约定违法并无效 .....	16
（一）合作公司属于中国法律规定的法人型联营 .....	16
（二）联营中的保底条款无效 .....	16
1、违反了《中外合作经营企业法》关于收益分配的规定 .....	16
2、违反了《公司法》有关股东不得抽逃出资的规定与股东承担有限责任的规定 .....	17
3、违反了我国《民法通则》及其有关司法解释的原则和精神 .....	17
<b>第三部分 申请人违约行为给被申请人造成了损失，应负赔偿责任</b> .....	<b>18</b>
一、申请人存在违约行为 .....	18
二、给被申请人造成了损害事实 .....	18
（一）给被申请人造成了实际财产损失 .....	18
（二）给被申请人造成了可得利益的损失 .....	19
三、被申请人的损失与申请人的违约行为存在因果关系 .....	19
四、申请人不存在免责事由 .....	19
五、申请人应赔偿损失，并承担全部仲裁费用 .....	20
（一）申请人应赔偿损失 .....	20
（二）申请人应承担全部仲裁费用 .....	20
<b>第四部分 结论</b> .....	<b>20</b>
<b>参考文献</b> .....	<b>22</b>

# 福元发电公司中外合作经营合同争议案

## 被申请人仲裁代理意见

案号：国际商贸仲裁字第 HUA X2004111 号

尊敬的首席仲裁员、仲裁员：

依照法律规定，受本案被申请人中国福元市电力公司的委托和 XX 律师事务所的指派，律师 XX 和律师 XX 担任被申请人的代理人参加本案的各项仲裁活动，经过仲裁庭的调查，在全面了解本案基本事实，认真研究相关证据后，代理人认为，本案双方的争议焦点在于《合作合同》项下双方当事人的义务范围及双方的履约情况，具体表现为：

- 1、被申请人是否已依约履行合同义务；
- 2、造成合作公司提前中止的主要原因是什么；
- 3、《合作合同》和《购电协议》的内容是否全部合法有效；
- 4、申请人是否存在阻挠合作公司运营的行为，构成违约；

在本案中，被申请人福元市电力公司本着诚信合作的态度，与申请人新泰国辉能源有限公司接洽合作，订立《合作合同》，成立合作公司，以期能早日收回投资并展开其他方面的合作。在合作公司成立后，被申请人更是本着合同严守的原则，不仅依约履行了出资义务和继续建设义务，而且为挽救合作公司之存续尽了最大努力，对合作公司经营之现状无需承担任何责任。因此，被申请人提请仲裁庭依法驳回申请人的仲裁请求。

此外，与被申请人积极、主动履约相比，申请人在合作过程中缺乏合作诚意，不仅伤害了被申请人缔约的善意和信赖，更是合作公司日后不能正常运营的根源。此外，申请人拒绝缴纳上网配套费的行为违反了法律规定和合同约定，不仅表明其无合作的态度，而且更是破坏了合作公司的正常运营并最终导致合作公司的提前中止。时至今日，合作公司无法存续之现状均系申请人所引起，其应对此承担责任，应赔偿被申请人因此所造成的损失。

据此，根据上述观点，代理人兹发表代理意见如下：

## 第一部分 申请人的主张不能成立，提请仲裁庭予以驳回

### 一、在本案管辖权与诉讼时效上，申请人的主张错误

#### (一) 仲裁庭对本案没有管辖权

##### 1、合作双方达成了仲裁协议

仲裁在本质上是合意的体现，双方当事人必须以仲裁协议的方式确定同意仲裁，这是仲裁的原则和出发点。<sup>1</sup>作为一种民间机构，仲裁机构不享有法定仲裁权，其仲裁权只能来自当事人双方在仲裁协议中的授权。当事人的授权是仲裁机构享有仲裁权的基础和前提。判断一个仲裁机构对某一案件有无仲裁权，就要看其是否属于仲裁协议中所约定的仲裁机构。我国《仲裁法》第4条规定，“没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”所谓仲裁协议，是指双方当事人在自愿、协商、平等互利的基础之上将他们之间已经发生或者可能发生的争议提交仲裁解决的书面文件，是申请仲裁的必备材料。从书面仲裁协议的存在形式看，仲裁协议有三种类型：仲裁条款、仲裁协议书和其他文件中包含的仲裁协议。

在本案中，仲裁协议表现为合同中的仲裁条款。合作双方在1994年3月1日签订的《中外合作经营福元发电公司合同》（下称《合作合同》）和《福元发电公司章程》（下称《公司章程》）设置了仲裁条款，即第二十条：“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议……应提交中国国际经济贸易仲裁委员会申请仲裁。”这是仲裁协议的一种重要形式。在修订后的合同中，并没有对此进行修改，依旧保留了这一仲裁条款。依仲裁协议独立性原则，当事人在合同中约定的仲裁条款“独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力”，所以《合作合同》的提前终止不影响合同中仲裁条款的效力。

##### 2、XXX分会不是仲裁协议中约定的仲裁机构，不具有仲裁管辖权

仲裁委员会是受理仲裁案件的机构。仲裁协议应明确选定仲裁机构，即将争议提交哪个仲裁委员会仲裁应该明确。按照我国仲裁法的规定，仲裁委员会不实行级别管辖和地域管辖，到底由哪个仲裁委员会裁决争议，完全由当事人自己选定。但是值得注意的是，当事人必须明确仲裁委员会的名称。在明确仲裁委员会的名称时，应注意其名称的规范性和准确性。

在本案中，合作双方在《合作合同》和《公司章程》中设置的仲裁条款约定“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议……应提交中国国际经济贸易仲裁委员会申请仲裁。”根据本案中双方签订的这一仲裁条款，享有仲裁管辖权的应该是中国国际经济贸易仲裁委员会。在没有特别指明为某一分会的情况下，按照习惯性的通常理解，应默认为位于北京的中国国际经济贸易仲裁委员会总会。原因在于：尽管北京总会与XXX分会同属一个仲裁委员会，但现实中的情况是是中国国际经济贸易仲裁委员会由北京总会和华南、上海两分会所组成。由于仲裁地点的选择属于仲裁协议的重要组成部分，因此除非当事人双方在仲裁协议里作出特别约定，明确约定由分会仲裁，否则应当由位于北京的中国国际经济贸易仲裁委员会总会享有管辖权，XXX分会没有仲裁管辖权。

因此，申请人向中国国际经济贸易仲裁委员会XXX分会申请仲裁违反了合作双方的仲裁协议，被申请人请求仲裁庭予以驳回。

<sup>1</sup> Dr. Marc Blessing: 《论仲裁协议——法律和实务中的重要问题》，载《国际商事仲裁文集》，中国对外经贸出版社1998年版，第49页。

## （二）申请人对本案纠纷提起仲裁已超过仲裁时效，应予以驳回

### 1、仲裁时效适用诉讼时效有关规定

仲裁时效，是指权利人向仲裁机构请求保护其权利的法定期限，也就是说如果权利人在法定期限内没有行使权力，即丧失提请仲裁以保护其权益的权利。

在中国现行法律当中，并未见涉及商事仲裁时效的特别规定。由此，依照《仲裁法》第74条的规定：“法律对仲裁时效有规定的，适用该规定。法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。”因此商事仲裁时效适用《中华人民共和国民事诉讼法》第135条有关诉讼时效的规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”

在本案中，合作公司是根据中国的法律在中国境内共同举办的由中外合作者提供投资或者合作条件进行合作经营的企业，属于中外合作经营企业，根据《中外合作经营企业法》的有关内容<sup>2</sup>，其纠纷仲裁也适用《民法通则》关于时效的一般规定，即仲裁时效期间为两年。同时，本案案由是中外合作经营纠纷，不涉及《民法通则》及《合同法》中关于时效的特殊规定。

### 2、本案中的仲裁时效起算点为2001年7月9日

《民法通则》第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。根据该法的规定，在我国诉讼时效期间的起算点包含着两个方面：第一，在客观上权利受到侵害；第二，在主观上权利人知道或应当知道权利受到侵害。

所谓“知道”，就是指权利人已经事实上了解其权利受到侵害的事实。所谓“应当知道”是指按照一个合理的人的标准来判断，权利人作为一个合理的人在当时的情况下应当知道其权利受到侵害的事实。在不能确定权利人是否应当知道的时候，则按照实际情况，确定一个权利人是否应当知道的标准判断权利人是否知道，而不完全按照权利人的主观感受来确定。

<sup>3</sup>

据此标准，本案的诉讼时效应当自2001年7月9日起应该开始计算。其理由如下：在客观上，合作公司从未运营更无从盈利，申请人只有投资而没有回报，合作合同的终止确实使申请人的财产权利受到了损失。在主观上，2001年7月9日，合作公司清算委员会完成了公司财务清算工作，并向合作公司董事会提交《福元市福元电力有限公司清算结束报告》。《清算报告》对合作公司的财产状况、债权债务状况以及公司的资产总额做出了详尽的说明。申请人完全可以据此了解其对合作公司的投资的亏损情况，并了解到其财产权利受到侵害的事实，完全符合《民法通则》中关于诉讼时效“自知道或应当知道权利被侵害之日起”的计算标准。

申请人辩称称，申请人与被申请人多次就善后工作的安排、投资损失责任问题进行磋商，但鉴于进口设备尚未向海关申请办理退运手续，双方未能达成共识。其言外之意，是最终损失数额不确定，因而不能自2001年7月9日起开始计算仲裁时效。而我国立法中关于仲裁时效的计算标准是权利受到侵害的事实，而不要求在提请仲裁时就明确具体权利受到了多少侵害。前者是质的判断，而后者是量的判断，两者有着本质区别。因此申请人对于仲裁时效计算起始点的主张是不能成立的。

因此，被申请人认为，仲裁时效应当从合作公司清算委员会向合作公司董事会提交《福

<sup>2</sup> 该法第二十六条规定“中外合作者履行合作企业合同、章程发生争议时，应当通过协商或者调解解决。中外合作者不愿通过协商、调解解决的，或者协商、调解不成的，可以依照合作企业合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，提交中国仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁”。

<sup>3</sup> 王利明著：《民商法研究（第六辑）》，法律出版社2004年版，第147页。

元市福元电力有限公司清算结束报告》之日，即2001年7月9日起开始计算。

### 3、本案中并没有发生导致诉讼时效中断的事由

诉讼时效的中断，是指在诉讼时效进行中，因法定事由的发生，推翻了诉讼时效存在的基础，因此使已进行的期间，全归于无效，诉讼时效重新计算。<sup>4</sup>而根据民法通则第140条的规定<sup>5</sup>，诉讼时效的中断的事由主要包含以下几种：1、提起诉讼。2、当事人一方提出要求。3、义务人同意履行义务。

在本案中，双方的争议焦点在于诉讼时效是否已经因申请人“提出要求”而中断。所谓“当事人一方提出要求”是指权利人在诉讼程序外向义务人明确提出要求其履行义务的意思通知。这种意思通知，只要将催告之意思传达于相对人，并于事后能证明。包括权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人提出催告。<sup>6</sup>另外两种导致时效中断的事由可以轻易排除：自时效开始计算之日起，申请人并没有提起诉讼或仲裁；被申请人也始终没有承认己方对合同终止承担责任，更没有同意履行赔偿申请人损失的义务，因而不构成“提起诉讼”和“当事人一方同意履行义务”这两种诉讼时效中断的情形，在这一点上，双方没有争议。

一般而言，构成“当事人一方主张权利”应该符合以下几个条件<sup>7</sup>：第一、权利人或其代理人应当做出主张权利的意思表示；第二、权利人应当做出主张权利的意思表示应当向义务人或其代理人做出；第三、主张权利的意思表示实际到达或者应当到达义务人。根据以上理论和司法实践，结合案情，被申请人认为，本案中并没有仲裁时效中断的事由，申请人的行为不能导致时效的中断，理由如下：

(1) 申请人没有做出明确的主张权利的意思表示。

所谓意思表示，是指向外部表明意欲发生一定私法上法律效果之意思的行为。意思表示由效果意思、表示意思和表示行为构成。<sup>8</sup>

在本案中，申请人仅仅是就“合作公司清算委员会善后工作的安排、投资损失责任问题及土地厂房管理工作交接等问题”进行了磋商。而分析磋商的内容，善后工作安排和土地厂房管理交接等工作属于对善后工作的事务性安排，并不涉及损害赔偿的问题。而在投资损失责任问题上，双方争议较大。在这一点上，被申请人认为，双方的磋商不构成主张权利的意思表示，理由如下：

首先，双方的磋商行为不构成主张权利的意思表示行为。从文本表述来看，双方商讨的是合作公司的投资损失问题，而非申请人的投资损失责任问题。也就是说，双方磋商的是合作公司的整体实际损失，而非合作某一方的损失。在多次磋商中，双方始终围绕着合作公司的投资损失这一中心问题，申请人也始终没有基于其自身的财产权利受到的侵害即自身的经济损失向被申请人主张权利，不存在意思表示行为。

再者，双方都是抱着商讨的心态，没有表示意思。最终的责任如何分配尚不确定，申请人在这个过程中要求被申请人赔偿其经济损失更无从谈起。在整个磋商过程中，被申请人从未收到过申请人主张其自身权利的明确的意思表示。

最后，申请人的行为也没有意欲发生私法上的法律效果，不具备效果意思。双方进行的仅仅是非正式的磋商，并没有出具关于要求损害赔偿的书面文件，也没有达成关于损害赔偿的一致意思表示，没有造成法律关系的产生、消灭或变更，从而不是一种法律行为，不能

<sup>4</sup> 王泽鉴：《民法通则（增订版）》，中国政法大学出版社2001年版，第533页。

<sup>5</sup> 该条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”

<sup>6</sup> 张雪梅：《“当事人一方提出要求”的理解与认定》，载于《法律适用》2008年第11期。

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第102、103页。

产生私法上的法律效果。

因此，申请人没有做出明确的主张权利的意思表示，不符合“当事人一方提出要求”的条件不能导致仲裁时效的中断。

(2) 申请人的行为在形式上不符合认定“提出要求”的标准

根据法院在受理案件中的司法实践，所谓“当事人一方提出请求”一般是指以下几种情况：① 当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；② 当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的。在认定中，采取“到达主义”即诉讼时效的中断还需具备意思表示到达对方当事人的要件。<sup>9</sup>

在本案中，自2001年7月9日起至2003年7月9日，被申请人一方从未收到过申请人直接或者用数据电文形式送交的主张权利文书，而仅仅是就投资责任损失等问题进行过多次磋商，这种非正式的形式不能产生法律效果。不仅如此，磋商过程中，双方一直围绕着合作公司的有关事宜进行讨论，申请人也从未要求被申请人赔偿其自身的经济损失。根据“到达主义”原则，即使申请人做出了相应的意思表示，这种意思表示也没有处于被申请人的“已了解状态”，所以不能认定申请人已经“提出要求”。

综上，因为当事人既没有做出明确的主张权利的意思表示，其行为在形式上亦不符合认定“提出要求”的标准，所以当事人的行为不构成“当事人一方提出要求”，没有发生导致诉讼时效中断的事由。时效制度的立法原意，要是为了维护现有社会秩序的稳定，督促权利人行使其权利。所以法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权的，人民法院就不再予以保护。时效届满后，虽然实体权利本身并没有归于消灭，但是权利请求人的胜诉权丧失，不再受到人民法院的保护。在本案中，申请人于2004年12月16日才申请仲裁，已经丧失了胜诉权，被申请人提请仲裁机构依法驳回其仲裁申请。

## 二、申请人将合同终止原因归于被申请人方的主张不能成立

### (一) 被申请人的行为不构成违约

申请人在其《仲裁申请书》中主张，被申请人违反《合作合同》规定的出资和继续建设义务，应向申请人赔偿因此而遭受的损失。然而从主观要件与客观要件两方面看，被申请人既没有主观的过错，亦无违约之行为。合作公司不能继续运营之状况均系申请人之行为所造成，与被申请人无关。因此，被申请人认为，申请人有关被申请人违约的主张不能成立，被申请人无需承担任何责任。

#### 1、主观上，民事责任采取过错原则，被申请人没有过错

依民法通则及有关法律的规定，我国民事责任以过错责任为主，以无过错责任、公平责任为例外。过错责任原则是我国民事责任的一般归责原则。申请人在《仲裁申请书》中反复主张被申请人故意违反合同，在主观上具有不履行的恶意。而事实证明，被申请人在履行合同过程中并无违反合同的故意。

(1) 民事责任的基本归责原则是过错责任原则

过错责任原则是指以行为人的主观过错作为价值判断标准，判断行为人对其造成的损害应否承担侵权责任的归责原则。过错责任原则是我国民事责任的一般归责原则。根据这一原

<sup>9</sup> 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第443-444页。



则,除法律另有规定外,行为人只有在主观上有过错的情况下,才承担民事责任,没有过错则不承担责任。作为民事特别法的《经济合同法》不仅强调了过错作为确定违约责任的依据,而且明确了过错为确定违约责任范围的重要标准;《涉外经济合同法》和《技术合同法》亦没有完全否定过错责任原则。综上可知,过错责任制是民事责任的基本归责原则,这对于确定本案中双方责任分配具有重要意义。这里需要说明的是,虽然随着1999年新《合同法》的实施,上述三部法律已自动失效,但考虑本案争议发生的时间,根据法律的溯及力规则,仍需适用上述法律,其立法原则也必须结合当时的案件背景一并为仲裁庭所借鉴。

司法实践中,我国人民法院一贯重视以过错作为确定违约责任的依据。如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国经济合同法〉若干问题的意见》第二部分“关于违反经济合同的责任问题”之(一)规定:“在查明经济合同案件的事实后,按照《经济合同法》第三十二条第一款关于过错方应当承担违约责任的规定,明确合同当事人的违约责任,是解决纠纷的基础。”<sup>10</sup>

## (2) 被申请人在主观上无过错

民法上的过错是指当事人明知或应知自己的行为可能给他人的合法权利带来损害,在主观上对这种损害持放任或者希望的态度。在本案中,是国家政策法律变化而非被申请人的行为给申请人的合法财产权利带来损失,而且对于这种损失被申请人也没有持希望或放任的态度。在本案中,被申请人在主观上没有过错,具体原因如下:

首先,被申请人没有任何故意违反合同的意图。申请人在《仲裁申请书》中指责被申请人故意违反合同,给申请人带来损失,我方认为,本案有大量事实可以证明被申请人没有任何故意违反合同导致合同终止的意图:

① 被申请人前期投入大量资金。从1994年4月项目获得批准开工开始,被申请人按合同约定投入了包括三通一平土地在内的大量投资。这充分证实了被申请人参与合作公司建设的诚意。

② 在配套资金被挪用后,被申请人积极寻求解决。合作公司建设工程开工不久,被申请人的配套投资资金被市政府违规挪用,被申请人多方努力未果。这一不可抗力事件直接导致了被申请人的出资困难从而影响到工程建设。被申请人积极与申请人以及政府方面协商。1996年1月22日,在被申请人的努力下,福元市市委、市政府在合作公司召开了现场会议,并做出《关于加快福元电力有限公司3.5万千瓦电厂建设现场办公会议纪要》。以上事实充分体现了被申请人积极履行合同义务,保障合同顺利履行的诚意

③ 在情势变更发生时,依照诚实信用原则与申请人友好协商修订合同,并争取担保。在配套投资资金被福元市政府违规挪用后,被申请人本着诚实信用原则与申请人友好协商,重新修订了双方的权利与义务,保障了合同的顺利完成。同时在被申请人的努力下,福元市财政局等五家作为《购电协议》的担保方,向合作公司出具了《履约担保》,亦充分证明了被申请人的诚意。

④ 被申请人得知上网配套费的收取和限制电量的政策后,第一时间通知了申请人,履行了告知义务。1997年9月《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》解密,被申请人获知后,当即交给了申请人,商量如何解决。这一行为本身也充分证明了前者努力寻求解决公司困境的意愿。

⑤ 被申请人多次申请减免上网配套费。1998年3月11日被申请人向省电力局呈送《关于免征上网配套费的请示报告》,争取免交上网配套费。

其次,被申请人的告知合作公司缴纳上网配套费之行为并非出于其主观意愿。申请人在《仲裁申请书》中指出:“由于被申请人突然以‘国家法律规定’为由,要求合作公司支付高额的‘上网配套费’并限制其上网电量,导致其不能并网发电,乃至无法经营”。并由此

<sup>10</sup> 叶知年:《论违约责任中的过错归责原则》,载于《中国律师》2003年第10期,第33页。

指控被申请人违反合同义务。在这里，申请人混淆了福元市电力公司、福元市电力局、福元市供电局等主体，进而错误地认为上网配套费收取和限制电量的行为，是出于被申请人意志，是其故意违反合同的体现，基于这一错误的认识基础，申请人的指控并不成立。

福元市电力公司的前身福元市电力局作为原电力主管部门，在九十年代的机构改革中由事业单位改制成为企业单位，即福元市电力公司，继续履行电力方面的公共服务职能。福元市供电局隶属南方电网，负责福元市电力的采购与销售，并履行监管等政府职能。福元市供电局的上级主管部门为福元市水利局。

明确此点，申请人提出的有关上网配套费收取权已由省下发到福元市方面而福元市仍征收1800元每千瓦的上网费证明了后者违背诚实信用原则的故意，这一观点不攻自破。福元市电力公司作为企业单位，无权决定上网费的征收与否，这一权利即使下发到福元市层级，也是由福元市供电局履行，与福元市电力公司的意志无关。因此，被申请方并无征收乃至高额征收上网费的故意。

## 2、客观上，被申请人全面、正确履行了有关合同义务

被申请人全面正确履行了合同义务，其行为在客观上不构成违约，申请人对被申请人违反合同约定的指责缺乏依据。

申请人在其《仲裁申请书》中主张，被申请人违反《中外合作经营福元发电公司合同》的约定是造成提前终止合同的主要原因，应向申请人赔偿因此而遭受的损失。然事实上，被申请人已依约履行了出资义务和建设义务，亦依合同法原则履行了告知、注意等合同随附义务。合作公司不能继续运营之状况均系申请人之行为所造成，与被申请人无关。因此，被申请人认为，申请人有关被申请人违约的主张不能成立，被申请人无需承担任何责任。

### （1）被申请人履行了出资、提供合作条件等合同主义务

《涉外经济合同法》第十六条的规定“合同依法成立，即具有法律约束力。当事人应当履行合同约定的义务，任何一方不得擅自变更或者解除合同。”这实际上是“严守契约”原则在法律上的体现。在本案中，被申请人严格按照合同约定和法律规定履行了自己的义务。

#### ①被申请人负有出资义务。

在本案中，申请人与被申请人为成立合作公司、共同建设福元电厂，于1994年3月1日，以申请人为甲方、被申请人为乙方，签订了《中外合作经营福元发电公司合同》（以下简称《合作合同》）和《福元发电公司章程》（以下简称《公司章程》）。双方又于1997年1月17日，在充分协商的基础上，签订《中外合作经营福元发电公司合同（修订本）》（下称《修订合同》）和《福元发电公司章程（修订本）》（下称《修订章程》），对双方的出资比例重新做了规定，增加了申请人在投资总额和注册资金中所占比例。在《合作合同》、《修订合同》中，申请人与被申请人依法就各自在出资及继续建设合作公司等方面的权利义务做出了明确的约定，其中有关双方出资范围和方式的约定还在《章程》中得到了确认。纵观《合作合同》的产生过程，其系双方当事人自愿、平等条件下就其权利义务所作的约定，内容明确具体，因此双方当事人订立《合作合同》的行为应视为有效，《合作合同》依法成立。与此同时，《章程》在《合作合同》约定的基础之上，对合作公司成立后的相关事宜做出了安排，亦应依法成立。在《合作合同》和《章程》依法成立后，根据《中外合作经营企业法》第五条的规定：“申请设立合作企业，应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府（以下简称审查批准机关）审查批准……”申请人持《合作合同》和《章程》等必要文件，向福广省对外经济贸易委员会报批，并于1997年1月28日获得批准。根据《中外合作经营企业法实施细则》第十一条之规定：“合作企业协议、合同、章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效……”。因此，《修订合同》和《修订章程》于1997年1月28日依法生效。

根据《中外合作经营企业法》第九条第一款之规定：“中外合作者应当依照法律、法规的规定和合作企业合同的约定，如期履行缴足投资、提供合作条件的义务。”因此，被申请人的出资义务应根据《修订合同》、《修订章程》中的具体约定来确定。根据《合作合同》、《修订合同》相关约定，中方合作条件为：“以‘三通一平’的土地使用权作价 68.97 万美元；中方的出资额为 183.604 万美元”。中方出资期限为“(1) 在取得营业执照后一个月内投入土地使用权及出资进口设备 CIF 总价款的 5%，即 91.65 万美元；在取得营业执照后三个月内投入相当于 43.18 万美元的人民币现金；(2) 其余认缴的出资额在取得营业执照后十个月内全部投入。”<sup>11</sup>

#### ②被申请人履行了出资和建设义务。

本案双方根据 1994 年 3 月 1 日《合作合同》《公司章程》及 1997 年 1 月 17 日《修订合同》《修订章程》之规定，共同进行中外合作经营福元发电公司的成立和建设。在此期间，被申请人积极履行合同约定的建设任务。中方按出资期限与出资约定提供“三通一平”土地之使用权，并投入大量前期资金。

在发生资金难以到位的情况时，被申请方积极寻求协商解决，全力保障工程顺利进行。1996 年 1 月 22 日，福元市市委、市政府在合作公司召开了现场会议并做出《关于加快福元电力有限公司 3.5 万千瓦电厂建设现场办公会议纪要》，承诺并解决被申请人投资款项不到位的问题。

为维护双方合作的继续，1997 年 1 月 17 日，被申请人本着友好协商的精神与申请人协商修改了合作合同和公司章程，重新调整了双方的责任分配，确保了工程的继续进行。同时，为了保障工程的顺利建设完工。1997 年 1 月 17 日，在被申请人的努力下福元市财政局、福元市经济委员会、福元市水利电力局、福元市大地水泥厂、福元市锻造总厂等五家作为《购电协议》的担保方，向合作公司出具了《履约担保》。

在双方的共同努力下，1998 年 6 月 5 日，合作项目建设完工，并通过了验收。至此，被申请人的合同规定的出资和建设义务业已完成。

#### (2) 被申请人履行了告知、注意等合同附随义务

##### ① 本案中被申请人负有随附义务

附随义务指法律无明文规定，当事人亦无明确约定，为保护对方利益和稳定交易秩序，当事人依诚实信用原则所应承担的义务。<sup>12</sup>1999 年《合同法》第 60 条规定：当事人应当按照约定履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用的原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。在本案合同履行过程中，该法出台，在其出台后，本案可以参照新合同法的这一规定。该条款中所说的通知、协助和保密的义务，就是当事人履行合同时的附随义务。

本案中由于国家政策的突然变化，给合作公司的运行带来重大困难，面对重大不可抗力的发生，被申请人基于民法诚实信用的基本精神，产生了对申请人的告知义务和协助义务，及对于合同约定内容的补救义务。为了保证合同能够正常履行，合同目的不致落空，并本着诚实信用的基本原则，被申请人有义务通知申请人需要交纳上网配套费的政策变化，并有义务协助申请人克服政策变化造成的困难，协助申请人继续履行《合作合同》。

##### ② 被申请人履行了附随义务

首先，被申请人积极履行了通知义务。通知义务又称告知义务，是指债务人负有对有关债权人利益的事项的通告使其知晓的义务。合同的履行及合同目的的实现，需要当事人通力配合，其中有很多需要双方互通信息的情形。《中华人民共和国合同法》第一百一十八条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可

<sup>11</sup> 《中外合作经营福元发电公司合同》、《福元发电公司章程》。

<sup>12</sup> 张弛、鲍治：《附随义务论》，载于《法学论坛》，1999 年第 6 期，第 23 页。

能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”《联合国国际货物销售合同公约》规定：“如果当事人一方未及时通知而给对方造成损害的，仍应负赔偿责任。”

本案中1997年9月国家五部委《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》解密，被申请人获知上网配套费和限制上网电量的政策后，第一时间通知了申请人，并积极协商解决方案。上网配套费的征收对于合作公司以及申请人的利益影响巨大，是事关其利益的重要事项，被申请人在第一时间将这一事实通告了申请人并使其知晓。因而，被申请人履行了基于合同的告知义务，不应对由此产生的损失负有法律责任。

其次，被申请人积极履行了补救与协助的义务。协助义务又称为协作义务，指合同当事人应互为对方行使合同权利，履行合同义务提供照顾和便利，促使合同目的圆满实现。

在合作公司面临上网配套费征收和限制上网电量等突然地政策变化时，被申请人积极协助申请人，寻求补救措施。为了给申请人履行合同提供资金上的照顾和便利，减轻其履行合同义务的负担，被申请人付出了很大努力。被申请人与合作公司于1998年3月11日向省电力局呈送《关于免征上网配套费的请示报告》，争取免交上网配套费。后经被申请人多方努力，福广省电力局指出征收上网配套费，是国家行政法规规定的，但考虑到该厂建设有其历史原因，又属于福元市地方项目，其发电量自产自销，因此，上网配套费可由福元市供电局掌握执行。虽然最终没能达到免征上网配套费得结果，但是不能以此来抹杀被申请人在这个过程中所付出的巨大努力，更不能抹杀被申请人履行协助义务等合同附随义务的事实。

### 3、被申请人的行为是在行使先履行抗辩权

申请人指控被申请人违反《中外合作经营福元发电公司合同》的约定，要求合作公司支付高额的“上网配套费”并限制其上网电量，导致其不能并网发电，乃至无法经营。针对这一指控，被申请人认为，被申请人的行为不构成违约，而是在行使先履行抗辩权的合法行为。

#### (1) 被申请人享有先履行抗辩权

先履行抗辩权，是指依照合同约定或法律规定负有先履行义务的一方当事人，届期未履行义务或履行义务严重不符合约定条件时，相对方为保护自己的期限利益或为保证自己履行合同的条件而中止履行合同的权力。<sup>13</sup>我国1999年颁布实施的《合同法》第六十七条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。”先履行抗辩权的构成要件包括以下三个：双方当事人互负债务；两个债务有先后履行顺序；先履行一方不履行或不适当履行。

在本案中，被申请人法人行为符合上述三个要件，依据《合同法》第六十七条享有先履行抗辩权：

第一，合作双方基于《修订合同》互负债务。《修订合同》是一个具有对待性的双务合同，在履行上具有牵连性。根据《修订合同》的约定，申请人负有提供资金、进口设备以及保证合作公司发电、保证合作公司正常运营的义务，因此相对应，被申请人负有提供土地使用权、提供资金、收购电力、将合作公司所发电力并入电网的义务。

第二，根据《修订合同》的约定，双方债务的履行具有先后顺序。《修订合同》第七条关于重组后电力的销售做出了这样的约定：“双方同意合作公司所生产的全部电力（每年不少于12000万千瓦时），由中方收购并入地方供电网安排使用”。仔细推敲合同文本，“中方收购并入地方供电网安排使用”的是“合作公司所生产的全部电力”，这里面“的”字表明了一种已然状态，即合作公司已经生产出了电力，被申请人才负有收购电力并入地方电网的义务。申请人履行让合作公司发电的义务是被申请人收购电力并入电网的前提和基础，而事

<sup>13</sup> 隋彭生：《先履行抗辩权刍议》，载于《政法论坛》1997年第3期。

实上,本案中申请人阻挠了合作公司发电和其正常运营。只有在申请人已经履行了义务之后,被申请人才能够履行“收购并入地方供电网安排使用”的义务,这也是符合常识常理的。因而,从此可以合理推断出,申请人履行义务在先,而被申请人履行义务在后。

第三,应该先履行的申请人拒绝履行,构成了实际违约。实际违约主要指的是在履行期限到来以后,当事人不履行或不完全履行合同义务的情形。根据具体情形的不同可以将实际违约分为履行迟延、履行不能、拒绝履行和不完全履行。<sup>14</sup>

在本案中,申请人因拒绝履行而构成了实际违约。所谓拒绝履行,是债务人能履行而违法地对债权人表示不履行合同。在多次磋商中,申请人虽然有资金实力能够继续履行合同,但又一直明确表示拒绝缴纳上网配套费,一方面没有履行让合作公司生产电力的合同义务,另一方面没有履行保持合作公司正常运行的合同义务。其行为属于拒绝履行,已然构成实际违约,而且这种不履行没有法定或约定的免责事由。

### (2) 被申请人的行为是在行使先履行抗辩权

先履行抗辩权的产生原因,是一方当事人先期违约。先履行抗辩权的成立及行使可使后履行一方一时中止履行自己债务的效力,以对抗先履行一方的履行请求。后履行一方行使先履行抗辩权没有促使对方履行,或者没有促使对方对瑕疵履行采用救济措施的,可以根据《合同法》第94条的规定通知对方解除合同。

在本案中,申请人一方的违约,首先表现为是合作公司并未生产出电力,其次是申请人控制合作公司拒绝缴纳上网配套费。因而被申请人作为后履行一方享有了先履行抗辩权,有对抗先履行的一方的履行请求,没有收购电力并限制上网电量,可以说是依法中止履行自己债务的行为。

### (3) 被申请人行使先履行抗辩权的行为不构成违约

先履行抗辩权本质上是对违约的抗辩,在这个意义上,先履行抗辩权可以称为违约救济权。其在实体法上的效力表现为拒绝履行权,行使这项权利可以使迟延履行责任归于消灭。<sup>15</sup>先履行抗辩权阻却合同履行效力的发生,纯粹是单方行为,这种权利的行使,在符合法定条件时,依一方的意思已足,不必借助对方的行为和意思表示。行使先履行抗辩权而未通知另一方并不构成合同责任。

在本案中,被申请人享有先履行抗辩权并正确行使了先履行抗辩权。并且这种权利的履行,不必借助申请人的行为和意思表示,也就是说无需申请人的同意。而且,被申请人行使了这项权利,其违约责任也就归于消灭。就可以因此,被申请人行使先履行抗辩权的行为可以作为对违约的正当抗辩,被申请人不能成立违约责任。

综上,被申请人在主观上没有过错,在客观上全面正确履行了合同义务,而申请人所指责的所谓“违约行为”实际上是在行使先履行抗辩权的表现,因而,被申请不构成违约,不应承担违约责任,没有理由进行损害赔偿。申请人的全部仲裁请求没有事实和法律依据,应予驳回。

## (二) 合同终止的原因在于国家政策法律的变化及申请人没有履行有关合同义务

### 1、国家政策法律发生变化是造成合同终止的主要原因

(1) 对小火电征收上网配套费是国家法律的强制性规定。

上网配套费征收的依据《小火电机组建设管理暂行规定》属于国务院出台的部门规章,

<sup>14</sup> 韩世远著:《履行障碍法的体系》,法律出版社2006年版,第7页。

<sup>15</sup> 韩世远著:《履行障碍法的体系》,法律出版社2006年版,第166页。

具有强制执行的法律效力。而上网配套费是国家计委等五部委于1995年12月25日联合下发的“计机轻[1995]2372号文”中首次出现的规定。“对于小火电建设要严格审批。并入国家电网的小火电应当交纳上网配套费。上网配套费数额和缴纳办法由各省、自治区和直辖市主管部门根据情况决定。”<sup>16</sup>。1998年8月7日，电力工业部关于印发《小火电机组建设管理暂行规定》的通知。该《暂行规定》明确规定了并入国家电网的小火电应缴纳上网配套费及相应的缴纳办法并规定了限制上网电量的相关情形。《小火电机组建设管理暂行规定》第八条：“并入电网运行的小火电机组（含并入电网的自备电厂小火电机组），必须按计机轻（1995）2372号文件规定交纳上网配套费，标准为1500~2000元/千瓦。对已投入运行的小火电机组，凡未按规定交纳上网配套费的，必须补交。”“并网运行的自备电厂应坚持自发自用原则，严格控制上网电量，严禁设立供电营业区”<sup>17</sup>值得注意的是《暂行规定》第八条中的“必须按计机轻（1995）2372号文件规定交纳上网配套费”的规定。“必须”两个字明确赋予了上网配套费的强制征收效力，是一种强制性规定，是不能够抗拒也不能够避免的。

（2）不缴纳上网配套费，必然会产生无法并网发电的不利后果。

《小火电机组建设管理暂行规定》对不缴纳上网配套费的后果做了明确规定，即“对已投入运行的小火电机组，凡未按规定交纳上网配套费的，必须补交。凡拒交上网配套费的，要从上网电费中扣缴或解列运行”。在本案中，申请人一方控制下的合作公司拒绝缴纳上网配套费，那么根据上述规定，如果进行了发电也要在上网电费中扣缴或解列运行。解列运行必然导致合作公司所发的电力无法并入电网，从而造成巨大的损失和浪费。

（3）被申请人无权决定是否要收上网配套费

申请人在《仲裁请求说明书》中指责被申请人推卸违约责任，将其归结为政策变化，并指出在“省电力公司把是否收取‘上网配套费’，以及收取多少数额的权力交给了福元市电力主管部门”<sup>18</sup>的情况下，被申请人仍征收上网配套费体现了其违约的故意。然而事实上，被申请人无权决定是否征收以及征收多少上网配套费。申请人混淆了福元市电力公司和福元市电力主管部门这两者的概念，其主张是建立在错误的认识基础上得出的错误结论。

1998年8月7日《福广省电力局回复省外经委函》指出“合作公司上网电量是否收取上网配套费或收取多少，由福元市供电局根据其电网实际情况确定。”<sup>19</sup>1998年11月19日《福广省电力局发文》规定：“考虑到合作公司建设的历史原因，又属福元市地方项目，发电量自产自销，因此，上网配套费的收取由福元市供电局掌握执行。”<sup>20</sup>根据上述规定可知，省电力部门明确将上网配套费具体执行权委托给了福元市供电局。福元市供电局是市级政府电力主管部门，被申请人作为一个下级企业无法影响其决策。换言之，被申请人无权决定上网配套费的征收。更何况，福元市电力主管部门所做的决定也是合理合法的。一方面1997年8月7日电力工业部下发的《小火电机组建设管理暂行规定》第八条规定“并入电网运行的小火电机组（含并入电网的自备电厂小火电机组），必须按计机轻（1995）2372号文件规定交纳上网配套费”，强调的“必须”，是强制性的必须收取的。另一方面，合作公司的小火电确实给福元市的电力管理和环境保护造成了一定压力，征收上网配套费不无道理，考虑到历史和现实状况也已经给予了一定优惠。

## 2、申请人没有履行合同有关义务是造成合同中止的重要原因

（1）申请人不履行合同义务，具有违约行为。

<sup>16</sup> 详见关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》（计机轻（1995）2372号）（秘密）。

<sup>17</sup> 详见电力工业部关于印发《小火电机组建设管理暂行规定》的通知。

<sup>18</sup> 详见《仲裁请求说明书》。

<sup>19</sup> 详见《福广省电力局回复省外经委函》。

<sup>20</sup> 详见《福广省电力局发文》。

第一, 申请人没有履行让合作公司生产电力的合同义务。《合作合同》的第七条约定“双方同意合作公司所生产的全部电力(每年不少于12000万千瓦时), 由中方收购并入地方电网安排使用。”不难看出, 中方履行“对全部电力收购并入电网”的合同义务的前提是合作公司生产出每年不少于12000万千瓦时的电力。根据合同相对性的原理, 合作仅对签订合同的双方发生效力。<sup>21</sup>合作公司不是虽然《合作合同》的一方当事人, 但在经营管理上, 是合同双方当事人组成的董事会在决定合作企业的重大问题。<sup>22</sup>对于合同约定的生产每年不少于12000万千瓦时的电力的义务, 主要是合作公司董事会来保证履行的。合同双方都应该履行合同义务, 保证合作公司每年发出不少于12000万千瓦的电。而在1998年6月5日合作公司建设完成之后到2001年5月15日《合作合同》终止的将近三年的时间里, 合作公司没有运行发电过。

合作公司之所以没有按照合同计划正常发电, 是由合作公司的决策机构——董事会决定的, 而董事会的有关决定事实上就是申请人的意思表示, 原因在于: 首先、从双方修订后的《合作合同》中规定的双方出资比例来看, 外方出资占到了总投资额的93.81%, 外方这一较高的出资比例, 无疑会使得外方对董事会的决策掌握着最终的决定权。其次、从实际中双方具体分工来看, 由于外方负责进口核心设备, 并操作、使用、维护这些设备, 这也在实际上把持着合作公司是否生产电力的决定权。最后、最具有说服力的一点是, 正是申请人掌控着董事会从而控制着合作公司的经营决策权, 否则合作公司会依照被申请人的意愿, 缴纳上网配套费, 并且正常发电运行。因此, 合作公司之所以没能发电, 根本的原因在于申请人没有履行让合作公司生产电力的合同义务, 申请人具有显而易见的违约行为。

第二, 申请人没有履行保持合作公司正常运行的合同义务。

这是从合同目的得出的合同的当然义务。合作双方之所以合作, 获取利润是其共同目的。而合作之所以能够获取利润的关键就在于合作公司的运营状况。在提前终止合作公司的问题上, 虽然是董事会做出的决议, 但是正如上所述, 合作公司董事会中拥有更大决策权力的是申请人一方, 由于申请人一方拒不缴纳上网配套费, 导致合作公司不能正常运营, 并最终导致了合作公司的提前终止。可以说, 合作公司最后提前终止, 主要是申请人一方的意志。

综上, 申请人不遵守国家法律法规, 拒绝缴纳上网配套费, 并且违反合同的约定义务, 造成合作公司不能按计划发电, 并导致合作公司不能正常运行。被申请人因申请人的不配合、不协助而无法保证收购合作公司所发的电力。

#### (2) 申请人的违约行为不具备免除事由

违约责任的免除事由又称违约责任的免责条件, 是法律规定的或当事人约定的免除违约的当事人承担违约责任的情况。违约责任的构成条件解决的是违约责任能够成立的问题, 而违约责任的免责条件解决的是在违约责任可以成立的条件下违约当事人可以不承担责任的问题。违约责任的免除事由分为法定的免除事由和约定的免除事由。<sup>23</sup>在本案中, 申请人一方不具备任何的免除事由, 可以认定其所应承担的违约责任。

##### ① 不具备法定免除事由。

所谓法定免除事由是指有法律规定的免除违约当事人承担违约责任的事由。法定的免除事由一般包括两种: 不可抗力和债权人的过错。《涉外经济合同法》第二十四条第一款规定: “当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的, 免除其全部或者部分责任。”

<sup>21</sup> 合同主要在特定的当事人之间发生法律效力, 只有合同当事人一方能基于合同向对方提出请求或提起诉讼, 而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求, 也不能擅自为第三人设定合同上的义务, 合同债权也主要受合同法的保护。详见王利明:《论合同的相对性》,《中国法学》,1996年第4期。

<sup>22</sup> 《中外合作经营企业法》第十二条第一款规定:“合作企业应当设立董事会或者联合管理机构, 依照合作企业合同或者章程的规定, 决定合作企业的重大问题。”

<sup>23</sup> 郭明瑞、房绍坤主编:《合同法学(第二版)》, 复旦大学出版社, 第217-218页。

可见不可抗力的免责需要具备两个条件：一是要发生了不可抗力事件，而是要因不可抗力事件而不能履行合同的全部或者部分义务。而所谓不可抗力事件，是指不能预见、不能避免、不能克服的客观现象。

在本案中，不能认定申请人的违约责任具备法定的免除事由。虽然发生了国家政策法律变化的不可抗力事件，但是并不满足另外一个条件——不可抗力事件导致合同义务的不能履行。也就是说，合同还具备继续履行的可能性，申请人也具备相应的履行能力。以下对这两点详述之：

一方面，合同还具备继续履行的可能性。理由在于：

首先，合同基础仍然存在。合同赖以存在的社会环境没有发生异常变动，双方合作的社会环境和电力紧张的现实情况没有改变。在双方进行接触，合作之初被申请人一直寄希望于通过合作公司所发电缓解福元市当地电力缺口，服务于当地经济发展和满足居民生活需要。即使是在国家出台政策法律限制小火电的建设之后，由于福元市经济的迅速发展，仍然有很大的电力缺口。

其次，合同的目的仍可以实现。公司的目的在于盈利，而从公司的收入和支出上看，是可以保证合作公司的收入大于支出的。通过合作公司生产电力、中方收购并入电网，最后卖给广大用电户，可以实现营利的合作目的。在国家出台政策法律要求交纳上网配套费之后，并没有给合作公司带来致命性打击，没有断绝合作公司营利的可能性。从公司的收入和支出上看，是可以保证合作公司的收入大于支出的。在上网配套费的征收标准上，按国家政策规定，每千瓦 1500 元-2000 元，为表示对该项目优惠，决定按每千瓦装机收取配套费 1800 元。按照双方“在福元市建设、经营装机总容量为 3.5 万千瓦的柴油发电厂”的约定来计算，合作公司应当缴纳的数额为  $3.5 \text{ 万} \times 1800 = 6300$  万人民币，按照当时人民币与美元的固定汇率 8.28 来换算，折合 760.86957 万美元。这笔款项的数额不小，但是就合作公司的资本实力<sup>24</sup>来看，是可以支付的。而在收入上，根据《合作合同》和《购电协议》的约定，每年不少于 12000 万千瓦时的发电量，不低于 0.70 元每千瓦时的基价，可以使合作公司至少收入  $12000 \times 0.70 = 8400$  万人民币，远大于 6300 万人民币的上网配套费。

况且，《小火电机组建设管理暂行规定》第八条规定“综合利用和热电联产机组投产运行一年后，经网、省电力公司核定，燃料热值与炉型，供电煤耗与热电比均达到设计标准的，其上网配套费值可全额返还。”也就是说，只要合作公司改进技术，达到国家标准，其之前缴纳的上网配套费是可以被返还的。其回报率也会大大提高。从这里我们可以看出，只要合作公司的继续维持下去是可以实现盈利的，只是可能暂时无法达到预期的回报率。但是在改进技术的状况下，回报率又可以大大提高。总之，合同的目的是可以实现的。

另一方面，申请人也具备相应的履行能力。从公司的投资总额来看，是有资金支付上网配套费的。修订后的《合作合同》第三条约定“合作公司的投资总额为 2957.1043 万美元”。根据合同第三条的约定“中方出资进口设备 CIF 总价款的 5%，即 91.65 万美元”进口设备 CIF 的总价款是  $91.65 / 5\% = 1833$  万美元，加上“三通一平”的土地使用权作价 68.97 万美元，以上两项支出合计  $1833 + 68.97 = 1901.97$  万美元。也就是说，在双方按照合同约定按时履行了出资义务的情况下，合作公司还有  $2957.1043 - 1901.97 = 1055.1343$  万美元的资金。虽然合作公司还要支付设备运费、厂房建设费等费用，但是合作公司还是有足够的资金拿来缴纳上网配套费。退一步说，即使流动资金不够，也完全可以采取贷款的方式解决资金问题。

因此，根据以上种种数据分析，申请人一方所主张的“被申请人要求合作公司支付高额的‘上网配套费’并限制其上网电量，导致其不能并网发电，乃至无法经营”是没有根据的，

<sup>24</sup> 根据《修订合同》、《修订章程》，合作公司总投资为 2957.1043 万美元。因此，上网配套费仅占总投资额的 25.7%。此外，综合考虑双方均有担保人担保资金来源，及上网费在一年后可以全额偿还等因素，该笔上网费的支付确在合作公司承担范围之内。



是申请人推脱责任，意图违约的借口。

综上所述，虽然在合同履行过程中发生了政策法律变化的不可抗力事件，但是该不可抗力事件并没有导致申请人所负合同义务不能履行。因而不能作为免除申请人违约责任的法定事由。

## ② 不具备约定免除事由

约定的免责条件。是指合同当事人在合同中约定的虽然违约但可不承担违约责任的情况，该约定条款一般称为免责条款。免责条款必须由当事人以明示的方式在合同中预先约定，当事人才能援引其作为抗辩，才能导致当事人的责任的减轻或免除。<sup>25</sup>法律从维护社会秩序、公共道德和利益，保护受害当事人利益的需要出发，我国《合同法》对免责条款的效力设有如下限制：违反法律、行政法规的强制性规定的免责条款无效；免除造成对方人身伤害的免责条款无效；免除因故意或重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。<sup>26</sup>

在本案中，《修订合同》中做出了如下约定：“双方确认合作公司所发的电不能上网或中国法律、法规、条例及政策的变化因素导致合作公司不能正常运作所产生的亏损及债务由甲方（即中方）承担”。“双方确认因福元市方面的原因使合作公司未能足额发电或未能足额收取电费所出现的财务问题，由甲方（即中方）承担全部责任”。但是上述条款都违反了《民法通则》和《涉外经济合同法》的有关规定，属于无效条款。（这一点会在本意见后面的有关部分中作出详述）所以在本案中，也不具备约定的免责事由。

## 第二部分 合同有关电量、电力收购和中方“兜底责任”的约定违法并无效

在本案中的《修订合同》有关风险责任承担和《购电协议》中有关“保底利润”的约定均违反了我国法律，可以认定合同中的这些部分无效。根据我国现行合同法规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。<sup>27</sup>因此，认定合同上述条款无效，申请人产生了返还基于上述无效条款的不当得利义务和赔偿被申请人方的相关损失的义务。

### 一、《修订合同》中排除法定不可抗力强制适用的条款违法并无效

#### （一）法定不可抗力

《涉外经济合同法》将不可抗力分为法定不可抗力和约定不可抗力，并在其 24 条的第三款和第四款分别加以规定。第 24 条第 3 款是有关法定不可抗力的条款，即“不可抗力事件是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的事件。”从我国《民法通则》第一百五十三条对不可抗力的定义以及我国有关法律对不可抗力的规定来看，在我国，不可抗力的范围包括：（一）自然灾害：地震、洪水、海啸、火灾等，因自然灾害

<sup>25</sup> 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社，2000年修订版，第344页。

<sup>26</sup> 我国《合同法》第52条、第53条。

<sup>27</sup> 《中华人民共和国合同法》第58条。

导致合同不能履行的，应使当事人被免除合同责任。（二）政府<sup>28</sup>行为：它是指当事人的合同订立以后，政府当局颁布新的法律、政策、行政措施而致使合同不能履行。（三）社会异常事件：主要是指一些偶发的事件阻碍合同的履行，如罢工、骚乱等。这些事件是社会人为的行为，但对于合同当事人来说，在订约时是不可预见的，因此也可以成为不可抗力事件。

29

在本案中，存在“政府行为”这种法定不可抗力。由于政府行为的相对人是广大的社会公众，其被认定为法定不可抗力必须以被特定的行政相对人所知晓为前提。国务院电力工业部1997年8月7日下发的《小火电机组建设管理暂行规定》是在合作合同1997年1月17日修改之后颁布的新的法律、政策和行政措施。国家计委，国家经贸委、中国人民银行、电力部、机械部1995年12月25日联合下发的《关于严格控制小火电设备生产建设的通知》（计机轻〔1995〕2372号文件）具有“秘密”字样，只下发到省属电力部门，在1997年初双方修订合同时并不被合作双方所知晓。被申请人于1997年6月才获知此文件，从效果上看，也是在合同修订后新被双方知晓的政策。因此，本案中涉及的两个政策和法律文件都属于法定的不可抗力。

在《涉外经济合同法》中还包括了关于约定不可抗力的内容，即24条第4款所规定的“不可抗力事件的范围，可以在合同中约定。”在本案中，并没有对不可抗力的范围加以约定，并不涉及约定不可抗力的问题。

## （二）法定不可抗力的强制适用

我国法律对于不可抗力做出了明确规定。《民法通则》第107条规定：“因不可抗力不能履行合同或造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外”。《涉外经济合同法》第24条第一款规定“当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的，免除其全部或者部分责任。”这些条款中都没有附加“当事人另有约定的除外”，言外之意就是法定不可抗力的免责具有强制适用性，法定不可抗力的免责效力不因当事人的合同约定而受到影响，更不能被合同约定所排除。由于法定不可抗力具有适用的强制性，当事人是否在合同中做出约定并不影响其适用，当事人更不能在合同中约定排除法定不可抗力的适用。<sup>30</sup>

## （三）《修订合同》中排除法定不可抗力强制适用的条款违法并无效

在本案中，《修订合同》很明显地排除了法定不可抗力的强制适用。《修订合同》第十四条中关于风险责任的承担问题上有这样约定：“双方确认合作公司所发的电不能上网或中国法律、法规、条例及政策的变化因素导致合作公司不能正常运作所产生的亏损及债务由甲方（即中方）承担”；“双方确认因福元市方面的原因使合作公司未能足额发电或未能足额收取电费所出现的财务问题，由甲方（即中方）承担全部责任”。

合同中所提到的“中国法律、法规、条例及政策的变化因素”属于政府行为，就是上述典型的法定不可抗力。这些政府行为，是当事人在当时不能预见的，而且，尽管被申请人做出了很大努力，但是征收上网配套费的政策和法律仍然是不能克服和避免的。政府行为造成的合同履行不能所带来的损失，本不应由合同的当事人来承担，但是合同条款中将法定不可抗力的免责效力通过合同约定加以排除，要求中方承担因政府行为造成的风险和损失，不仅

<sup>28</sup> 当然，对政府行为的外延必须作限制性解释，所谓政府，仅指那些具有行政规章制定权、实施权的政府部门，如国务院、国务院各部委、省政府、市政府等，而不包括各级政府下设的局、处、科、室进行日常工作颁发的文件。

<sup>29</sup> 苏号朋 著：《合同法教程》，中国人民大学出版社2008年版。

<sup>30</sup> 刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期。

违反了《涉外经济合同法》“平等互利”的原则<sup>31</sup>，更不符合《民法通则》第107条、《涉外经济合同法》第24条的强制性规定。由于《修订合同》的第十四条违反了法律法规的强制性规定，因而属于无效条款。

## 二、《购电协议》中有关“保底利润”的约定违法并无效

《购电协议》约定了中方要向外方支付“保底利润”，即中方对于所生产电力的购买与销售负有义务：“如因甲方（即中方）或福元市方面的原因，未能使发电厂按年最低发电量生产和销售电力，甲方仍需向合作公司支付年最低发电量12000万千瓦时的电费。”上述有关“保底利润”的条款依据中国法律属于无效条款。

### （一）合作公司属于中国法律规定的法人型联营

《民法通则》第五十一条规定，企业之间或者企业、事业单位之间联营，组成新的经济实体，独立承担民事责任，具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格。<sup>32</sup>按照上述规定，本案中由外方新泰国辉运能源公司和中方福元市电力公司合法组成新的经济实体福元电力有限公司，并取得法人资格，属于法人型联营。

### （二）联营中的保底条款无效

联营合同中的保底条款，通常是指联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款。<sup>33</sup>本案中《购电协议》第二条规定，如因甲方（即中方）或福元市方面的原因，未能使发电厂按年最低发电量生产和销售电力，甲方仍需向合作公司支付年最低发电量12000万千瓦时的电费。上述条款规定即使发电厂未能按最低发电量生产和销售电力，即处于亏损状态时，申请人仍然可以收取固定利润，这样的规定属于中国法律明令禁止的保底条款。

最高人民法院出台的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第一款明确规定：保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此，应当确认无效。联营企业发生亏损的，联营一方依保底条款收取的固定利润，应当如数退出，用于补偿联营的亏损，如无亏损，或补偿后仍有剩余的，剩余部分可作为联营的盈余，由双方重新商定合理分配或按联营各方的投资比例重新分配。<sup>34</sup>

合作企业合同的保底条款之所以无效，其根本原因就在于保底条款违反了中外合作经营企业各方共同投资、共负盈亏、共担风险的原则；违反了有限责任公司股东不得抽回出资、承担有限责任的原则；也违反了联营企业合同中联营一方不得收取固定收益的原则。

#### 1、违反了《中外合作经营企业法》关于收益分配的规定

《中外合作经营企业法》第22条规定，“中外合作者依照合作合同的约定，分配收益或者产品，承担风险和亏损”。《中外合作经营企业法实施细则》第43条则对收益分配细化为：“中外合作者可以采用分配利润、分配产品或者合作各方共同商定的方式分配收益”。

如上所述，外商投资的中外合作经营企业确实比中外合资经营企业更趋灵活。但是，这里

<sup>31</sup> 参见《涉外经济合同法》第三条“订立合同，应当依据平等互利、协商一致的原则。”

<sup>32</sup> 《民法通则》第51条。

<sup>33</sup> 上述内容详见最高法院1990年11月12日出台的司法解释《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第一款。

<sup>34</sup> 《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第一款。

的前提条件是合作企业必须有“收益”，然后才能谈得上按约定如何分配收益。将中外合作企业合作方可按约定分配收益解释为合作一方不论在任何情况下都可以享有固定收益，这是对《中外合作经营企业法》的曲解。法律从来没有赋予合作企业一方当事人可以在企业亏损的情况下仍然可以获取收入的特权。即使对于依法可以在合作期限内先行收回投资的外方合作者，法律都要求其与合作企业的债务承担责任，并在企业的亏损未弥补前，不得先行收回投资。<sup>35</sup>

## 2、违反了《公司法》有关股东不得抽逃出资的规定与股东承担有限责任的规定

《公司法》第23条规定：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额”。该法第34条又规定：“股东在公司登记后，不得抽回出资”。根据“保底条款”的规定，如果合作企业发生亏损或者其利润小于合作一方收取的“固定收益”时，合作企业仍然必须向合作一方支付“固定收益”。很显然，当合作企业的净资产等于其注册资本时，实际上这时合作企业向其支付的已经不是“企业收益”，而是企业的注册资本了，合作一方收取的也是其向合作企业的出资了。这样，合作一方通过“保底条款”的形式，就能在合作企业发生亏损的情况下，顺利地实现抽逃出资的目的。<sup>36</sup>

另外，根据《购电协议》中“保底条款”的规定，如果合作企业发生亏损而无方向合作一方（即申请方）支付“固定收益”时，由合作另一方（即被申请人方）负责向其支付。<sup>37</sup>这一内容也完全是和《公司法》的精神背道而驰的。《公司法》第3条规定：“有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任”。合作企业《购电协议》的“保底条款”从根本上违反了《公司法》的规定和精神。按照“保底条款”的规定，如果合作企业亏损，被申请人也必须以保障12000万千瓦时电费给付的形式给予享有固定收益的申请人以“固定收入”，即使被申请人支付的数额已超过其在公司的出资，其向申请人支付“固定收益”的责任仍然不能免除。由此可见，实际上在“保底条款”的规定中，负有支付“固定收益”义务的合作一方（即被申请人）承担的是无限责任，这和《公司法》的基本原则是相违背的。

## 3、违反了我国《民法通则》及其有关司法解释的原则和精神

根据《民法通则》的规定，联营企业有三种类型：法人型、合伙型和协作型。不论联营企业形式如何，有一个法律特点是相同的，即联营各方都必须共同投资、共担风险，不允许任何一方以任何名义收取固定收益，联营合同不得含有“保底条款”，法律对此的规定是明确的。

最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件的司法解释（1990年11月12日）规定，“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，……不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。”<sup>38</sup>

综上，《购电协议》第二条之规定明确违反了《中华人民共和国民法通则》及《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》等法律、司法解释的禁止性规定，并违背了中外合作

<sup>35</sup> 《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第十九条 合营企业在合营期内不得减少其注册资本。因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机构批准。

<sup>36</sup> 王叔良：《试论中外合作经营企业合同保底条款》，载于《政治与法律》1999年第1期。

<sup>37</sup> 根据《购电协议》第二条，即使发电厂未能按年最低发电量生产和销售电力，被申请人仍需向合作公司支付年最低发电量12000万千瓦时的电费。这一规定变相规定了由被申请人保障申请人“固定收益”的义务。

<sup>38</sup> 《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二款。

经营企业合作各方共同投资、共负盈亏、共担风险的原则；违背了有限责任公司股东不得抽回出资、承担有限责任的原则；也违背了联营企业合同中联营一方不得收取固定收益的原则，应当确认该条款无效。

### **第三部分 申请人违约行为给被申请人造成了损失，应负赔偿责任**

根据法律规定，不履行合同约定义务的一方要承担损害赔偿的责任。《涉外经济合同法》第18条规定：“当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后，尚不能完全弥补另一方受到的损失的，另一方仍然有权要求赔偿损失。”在损失的确定上，最高人民法院印发《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》的通知中明确规定：“损失一般应包括财产的毁损、减少、灭失和为减少或者消除损失所支出的费用，以及合同如能履行获得的利益，但不得超过违约一方当事人在订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

在本案中，由于申请人一方不履行合同义务导致合作合作提前终止和合作公司的解散，给被申请人造成了实际损失以及预期利益的损失，被申请人有权要求损害赔偿。一般说来，损害赔偿的适用条件包括：（一）一方当事人违约；（二）另一方有损失；（三）另一方的损失与乙方的违约行为存在因果关；（四）没有免责事由。被申请人的行为完全符合上述几个要件。具体说来：

#### **一、申请人存在违约行为**

如本代理意见中第一部分第二点关于“申请人没有履行合同有关义务是造成合同中止的重要原因”所述，申请人不遵守国家法律法规，拒绝缴纳上网配套费，并且违反合同的约定义务，造成合作公司不能按计划发电，并导致合作公司不能正常运行。申请人没有履行让合作公司生产电力的合同义务，也没有履行保持合作公司正常运行的合同义务，存在严重的违约行为。由于前文已经详细论述，再此不再赘述。

#### **二、给被申请人造成了损害事实**

损害，按一般理解，是指因故意或过失行为造成的权利和利益的不利益状态。损害的客观存在是确定损害赔偿责任的必要条件，只有在合同一方因对方违反合同遭受到损害的情况下，违约方才承担赔偿责任。不履行合同约定义务合同相对方造成的损失主要包括实际损失和可得利益损失，在本案中，申请人的行为造成了这两种损失：

##### **（一）给被申请人造成了实际财产损失**

在本案中，申请人的违约给被申请人带来了严重的实际财产损失，这些损失包括被申请人的投资收入及相应的利息。

1998年6月5日，合作项目建设完工，并通过了验收。在1994年3月1日，双方签订的《合作合同》和《公司章程》中定中方提供的合作条件有“三通一平”的土地使用权。另外，根据1997年1月17日，双方签订的《修订合同》和《修订章程》合作公司的投资总额为2957.1043万美元，其中中方投资183.604万美元，占总投资额的6.2%；合作公司的注册资本为1182.8417万美元，其中方的出资额为183.604万美元，占注册资本的15.52%。

1998年6月5日,合作项目终于建设完工,并通过了验收。按照《修订合同》约定的出资期限,可以推知,中方即被申请人是履行了出资义务的,不仅投入了“三通一平”的土地使用权,而且投入了数额可观的资金。

而由于因申请人导致的公司解散,中方的部分前期投入的财产受到了损毁。中方投入的部分资金由于设备的进出口运输所付运费而有所消耗且无法挽回,中方在厂房建设,实现“三通一平”等方面也投入了大量资金。由于这些都是为合作公司特别建设的,适用于合作公司,即使另作它用也需要再花费大笔的改造费用,所以这些资金都随着合作公司的解散而灭失在公司清算后仍无法挽回,给被申请人带来了不小的财产损失。

## (二) 给被申请人造成了可得利益的损失

被申请人更大的损失在于可得利益的损失。根据我国《合同法》113条,可得利益是指在合同履行后就可得到的利益。也就是说只要违约方不违反违约而履行合同,权利人就可得到的利益。<sup>39</sup>然而,可得利益的损失要受到“可预见原则”的限制。合同法中违约损害赔偿的可预见规则,是指合同当事人一方因违约给另一方当事人造成损害时,只就违约方在缔约时预见到或者应当预见到的因违约造成的损失负责赔偿,超过预见范围的损失不予赔偿。<sup>40</sup>

具体到本案来说,本案中被申请人的可得利益主要有自身销售电力的利润及利息,并且这种可得利益是根据常理可以预见到的。合作公司生产电力由中方收购并入电网,进而卖给用电户,在这个过程中,被申请人福元市电力公司可以赚取其中的差价从而实现营利。只要合作公司正常发电,被申请人凭借其在电力供应领域的特殊优势地位,是可以保证将所收购的电力销售出去并营利的。可以预见,只要申请人不违约,是合作公司正常运营下去,被申请人可以得到可观的经营收益。然而由于申请人的违约,这笔可得利益便失去了存在的可能,被申请人有权就这部分利益要求损害赔偿。

## 三、被申请人的损失与申请人的违约行为存在因果关系

违约当事人仅对违约而给对方造成的损失负赔偿责任。而检验违约行为是否为另一方受到损失的原因事实时主要适用的是必要条件规则。该规则指的是,如果要是没有违约行为,损害就不会发生,反过来,违约行为就是损害发生的原因。必要条件规则在具体操作上有剔除法和代换法两种方法。<sup>41</sup>

在本案中,如果将申请人违约的部分剔除出去,合作公司缴纳了上网配套费,能够正常上网发电,虽然得到的利润会比预期的少一些,但是仍然可以盈利,而断然不会造成损失,即损害无从发生。因此,可以认定申请人的违约行为就是损害发生的原因。

并且这种因果联系具有直接性。申请人操纵合作公司,拒不缴纳上网配套费,那么按照国家政策和法律规定,合作公司所发的电力就无法上网,合作合同的目的就会落空,合作无法继续进行。那么完全可以认定那么申请人的违约行为与被申请人的损害后果之间具有直接的因果关系。

## 四、申请人不存在免责事由

违约责任的免除事由又称违约责任的免责条件,是法律规定的或当事人约定的免除违约的当事人承担违约责任的情况。违约责任的构成条件解决的是违约责任能够成立的问题,而违约责任的免责条件解决的是在违约责任可以成立的条件下违约当事人可以不承担责任的

<sup>39</sup> 郭明瑞、房绍坤主编:《合同法学(第二版)》,复旦大学出版社,第236页。

<sup>40</sup> 毛瑞兆:《论合同法中的可预见规则》,载于《中国法学》2003年第四期

<sup>41</sup> 韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社,1999年版,第156页。

问题。违约责任的免除事由分为法定的免除事由和约定的免除事由。<sup>42</sup>如被申请人在答辩部分所详述，在本案中，申请人一方不具备任何的免除事由，可以认定其所应承担的违约责任，在此不再赘述。

## 五、申请人应赔偿损失，并承担全部仲裁费用

### （一）申请人应赔偿损失

如上所述，本案中申请人存在违约行为，给被申请人造成了损害事实，并且违约行为与损害事实之间存在因果关系，且不具备免责事由，因而申请人应当对被申请人的损失进行赔偿。

申请人应赔偿因其拒不履行国家法律规定和合同义务而导致合作公司无法并网发电和合作公司解散给被申请人造成的经济损失。《中华人民共和国中外合作经营企业法》第四十八条规定的合作企业解散情形的第三项中规定：“中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营，合作企业在出现此情形时合作企业解散。”该条文表明，不履行合作企业合同、章程规定的义务的中外合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任；履行合同的一方或者数方有权向审查批准机关提出申请，解散合作企业”。此外，《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》第二十一条规定：“未按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方，应当向已按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的他方承担违约责任。”因而被申请人依法向仲裁庭提请裁决申请人赔偿因其拒不履行国家法律规定和合同义务而导致合作公司无法并网发电和合作公司解散给被申请人造成的实际损失和可得利益损失合计人民币10,000,000元。

### （二）申请人应承担全部仲裁费用

仲裁费用的承担，是指仲裁机构在案件审理结束后，在裁决书或者调解书中确定仲裁费用在当事人之间如何承担。《仲裁法》中关于仲裁费用的负担并没有做出明确的规定，但是根据《仲裁委员会仲裁收费办法》的规定，按结案方式不同仲裁费用的承担有以下两种做法：1、案件经裁决结案法。这种情况下诉讼费原则上由败诉方承担法。当事人部分胜诉、部分败诉的，由仲裁庭根据当事人各方责任大小确定其各自应当承担的仲裁费用的比例法。2、当事人自行和解或者经仲裁庭调解结案的，当事人可以协商确定各自承担仲裁费用的比例。

在本案中，仲裁费用应由申请人承担。首先，合同双方没有就仲裁费用的承担进行过事先的约定，所以不存在协商以及按比例承担的问题。其次，申请人的违约行为和所要承担的违约责任都清楚明确，出于法律的公平正义应该由申请人一方承担败诉的结果，根据《仲裁收费办法》的规定，仲裁费用应该由申请人一方全部承担。

因此，被申请人提请仲裁庭裁决申请人承担反请求案全部仲裁费用。

## 第四部分 结论

在本案中，被申请人福元市电力公司本着诚信合作的态度，与申请人新泰国辉能源有限公司接洽合作，订立《合作合同》，成立合作公司，以期能早日收回投资并展开其他方面的合作。在合作公司成立后，被申请人更是本着合同严守的原则，不仅依约履行了出资义务和继续建设义务，而且为挽救合作公司之存续尽了最大努力，对合作公司经营之现状无需承担

<sup>42</sup> 郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学（第二版）》，复旦大学出版社，第217-218页。

任何责任。因此，被申请人提请仲裁庭依法驳回申请人的仲裁请求。

此外，与被申请人积极、主动履约相比，申请人在合作后期没有合作之诚意，不仅伤害了被申请人缔约的善意和信赖，更是造成合作公司日后不能正常运营的根源。此外，申请人拒绝缴纳上网配套费的行为违反了中国法律规定和合同约定，不仅表明其无合作的态度，更是破坏了合作公司的正常运营并最终导致合作公司的提前中止。时至今日，合作公司无法存续之现状均系申请人所引起，其应对此承担责任，赔偿被申请人因此所造成的损失。

因此，被申请人认为仲裁庭应依法做出裁定，支持被申请人的请求：

- 1、裁决本案已过诉讼期限并依法驳回仲裁申请；
- 2 裁决合作经营的提前终止是国家法律规定改变的必然结果，被申请人对此没有任何法律责任；
- 3、裁决确认《合作合同》第七条和第十四条有关电量、电力收购和中方“兜底责任”的约定违反中国法律、行政法规的强制性规定，从而无效；
- 4、裁决申请人赔偿因其拒不履行国家法律规定和合同义务而导致合作公司无法并网发电和合作公司解散给被申请人造成的经济损失人民币 10,000,000 元；
- 5、裁决申请人承担反请求案全部仲裁费用。

此致

国际商贸仲裁委员会

代理人\*\*\*,代理人\*\*\*

2007年11月18日



## 参考文献

- 《国际商事仲裁文集》，北京：中国对外经贸出版社 1998 年版
- 王利明著：《民商法研究（第六辑）》，北京：法律出版社，2004 年版；
- 王泽鉴：《民法通则（增订版）》，北京：中国政法大学出版社，2001 年版；
- 史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年版；
- 佟柔：《中国民法》，北京：法律出版社，1990 年版；
- 郭明瑞、房绍坤：《合同法学（第二版）》，上海：复旦大学出版社；
- 王利明：《违约责任论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年修订版；
- 韩世远：《违约损害赔偿研究》，北京：法律出版社，1999 年版；
- 韩世远：《履行障碍法的体系》，北京：法律出版社，2006 年版；
- 苏号朋著：《合同法教程》，北京：中国人民大学出版社 2008 年版
- 梁慧星：《民商法论丛》，北京：法律出版社，1999 年版；
- 马俊驹、余延满：《民法原论》，北京：法律出版社，2005 年版；
- 魏振瀛：《民法》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社 2006 年版；
- 王泽鉴：《民法概要》，北京：中国政法大学出版社，2003 年版；
- 王泽鉴：《民法物权》第 1 册，台北：三民书局，1992 年版；
- 王泽鉴：《侵权行为法》第 1 册，北京：中国政法大学出版社，2002 年版；
- 杨紫烜主编：《经济法（第四版）》北京：北京大学出版社、高等教育出版社 2010 年版
- 王建文、范健著：《公司法（第二版）》北京：法律出版社 2008 年版
- 甘培忠：《企业与公司法学》，北京：北京大学出版社，2007 年版；
- 曾世雄：《损害赔偿法原理》，北京：中国政法大学出版社，2001 年版；