

2007年第五届“理律杯”模拟法庭辩论赛

---

---

# 书面代理意见

中国陇西省江州市宏源产业有限公司（申请人）呈递

第五号参赛队

2007年10月30日

# 目 录

<b>第一部分 基本事实</b> .....	<b>4</b>
<b>第二部分 仲裁请求</b> .....	<b>5</b>
<b>第三部分 法律适用</b> .....	<b>6</b>
<b>1. 程序方面的主要法律适用</b> .....	<b>6</b>
<b>2. 实体方面的主要法律适用</b> .....	<b>6</b>
1.1. 合同法的适用 .....	6
1.2. 公司法的适用 .....	6
1.3. 《中外合作经营企业法》及其相关法律法规的适用 .....	7
<b>第四部分 代理意见</b> .....	<b>8</b>
<b>1. 被申请人提出的反请求不符合仲裁程序规定，仲裁庭不应考虑</b> .....	<b>8</b>
1.1. 被申请人的第 1、3 条抗辩构成反请求 .....	8
1.2. 被申请人的反请求不符合仲裁程序规定，仲裁庭应不予考虑 .....	8
<b>2. 被申请人未能履行依法按约出资的义务</b> .....	<b>8</b>
2.1. 以“往来款”出资，不符合法律规定，也违反了公司合作章程 .....	8
2.1.1. 被申请人利用“往来款”进行出资不符合法律规定 .....	8
2.1.2. 被申请人利用“往来款”进行出资违反《合作章程》 .....	9
2.1.3. 被申请人以“往来款”作为出资违背“资本三原则” .....	10
2.1.4. 申请人以“往来款”作为出资不合理 .....	10
2.1.5. 小结 .....	11
2.2. 被申请人向高级法院账户汇入的 180 万美元不构成出资 .....	11
2.2.1. 从法律的规定来看，180 万美元不符合法律规定的出资形式 .....	11
2.2.2. 从情理上来说，被申请人也不具有将 180 万美元作为出资的目的 .....	11
<b>3. 被申请人违反了继续建设银星大厦的义务</b> .....	<b>12</b>
3.1. 被申请人有继续建设银星大厦的合同义务 .....	12
3.2. 被申请人事实上没有履行继续建设银星大厦的义务 .....	12
3.3. 被申请人对不履行继续义务没有法定免责事由 .....	12
<b>4. 被申请人应当返还银星商场的所有权和经营权</b> .....	<b>13</b>
4.1. 银星商场不属于申请方对合作公司注册资本的出资 .....	13
4.1.1. 从《中外合作合同》和《合作章程》的约定看，银星商场不是申请人对注册资本的 出资 .....	13

4.1.2.	从设立合作公司的目的看, 银星商场不是申请人对注册资本的出资 .....	14
4.1.3.	银星商场也不属于申请人新增的注册资本 .....	14
<b>4.2.</b>	<b>银星商场也不属于申请方对合作公司非注册资本的出资 .....</b>	<b>15</b>
4.2.1.	《中外合作合同》的约定排除了银星商场作为非注册资本出资的可能性 .....	15
4.2.2.	银星商场也不属于申请人对合作公司新增的非注册资本出资 .....	15
<b>4.3.</b>	<b>合作公司不享有银星商场的所有权和经营权 .....</b>	<b>16</b>
4.3.1.	合作公司对于银星商场所有权和经营权的占有构成不当得利 .....	16
4.3.2.	被申请人阻挠申请人恢复行使对银星商场的所有权和经营权 .....	16
<b>5.</b>	<b>被申请人应向申请人支付七年来银星商场租金损失人民币 2100 万元及相应利息 .....</b>	<b>17</b>
5.1.	被申请人的行为违反合同约定, 应依法承担违约责任 .....	17
5.2.	被申请人侵犯了申请人的财产权利, 应承担侵权责任 .....	17
5.2.1.	申请人对作为辅楼的银星商场享有使用收益的财产权利 .....	18
5.2.2.	被申请人的行为在客观上构成了对申请人财产权利的侵犯 .....	18
5.2.3.	被申请人对于其侵权行为, 主观上存在过错 .....	18
5.3.	被申请人应承担的民事责任包括 2100 万元租金及相应利息 .....	19
5.3.1.	被申请人的行为构成违约责任与侵权责任的竞合 .....	19
5.3.2.	被申请人的赔偿范围包括 2100 万元租金及相应利息 .....	19
5.3.2.1.	银星商场 7 年租金人民币 2100 万元及相应利息属于申请人的可得利益 .....	19
5.3.2.2.	租金和利息的损失, 被申请人在订立合同之初就能够预见到 .....	20
5.4.	小结 .....	20
<b>6.</b>	<b>鉴于被申请人根本违约, 应当解除《中外合作合同》, 解散合作公司 .....</b>	<b>20</b>
6.1.	被申请人不履行《中外合作合同》及《合作章程》规定的义务 .....	21
6.2.	被申请人的违约行为致使合同目的无法实现, 应当解除合同 .....	21
6.3.	被申请人的违约行为导致合作公司无法继续经营, 合作公司应当解散 .....	21
6.4.	合同解除后没有溯及力, 被申请人无权要求返还其全部投资及相应利息 .....	21
6.5.	被申请人未履行合作合同、章程规定的义务, 应当对履行合同的申请人承担赔偿责任 .....	22
6.5.1.	被申请人未依约履行义务, 申请人享有同时履行抗辩权 .....	22
6.5.2.	被申请人无权撤销《中外合作合同》 .....	23
6.5.2.1.	被申请人并未恶意隐瞒银星大厦已经设立抵押权的事实 .....	23
6.5.2.2.	被申请人丧失对《中外合作合同》的撤销权 .....	23
6.5.3.	被申请人应赔偿申请人的损失 .....	24
<b>7.</b>	<b>被申请人应承担本案的仲裁费用 .....</b>	<b>24</b>
<b>第五部分 附件 .....</b>		<b>25</b>
1.	附件一: 授权委托书 .....	25
2.	附件二: 证据清单 .....	26

3. 附件三：本书面代理意见副本 6 份 ..... 26

**申请人：**中国陇西省江州市宏源产业有限公司

地址：中国陇西省江州市锦程路8号

法人代表：张宏源

联系地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXXXX

**申请人代理人：XXXA，XXX 律师事务所律师**

律师事务所地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXXXX

**申请人代理人：XXXB，XXX 律师事务所律师**

律师事务所地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXXXX

**被申请人：**德曼国慕尼荷有限公司

地址：德曼国巴伐利州尼斯镇6号

法人代表：李安东

联系地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXXXX

尊敬的首席仲裁员、仲裁员：

我们接受本案申请人中国陇西省江州市宏源产业有限公司的委托，依据《民事诉讼法》和《仲裁法》的有关规定，担任 A2006008 号银星有限公司合同争议案的代理人。本代理人接受委托后，经调查取证、与被申请人多次交谈，对案情有了深刻的认识 and 了解，现根据事实和法律提出代理意见，请仲裁庭予以充分考虑。

## 第一部分 基本事实

### 1. 与被申请人合作前

申请人于 1994 年 2 月 1 日，获得江州市人民政府划拨的江州市南城街以东 10 亩土地，于 1994 年 9 月 1 日，获得江州市规划管理局颁发的《修建许可证》，之后便利用自有资金和江州市商业银行贷款，开始建设主楼 30 层、辅楼 6 层的银星商业大厦，主楼被称为银星大厦，辅楼被称为银星商场。至 1997 年底，申请人已完成辅楼银星商场的土建、装修，银星商业开始投入使用，其中位于辅楼第六层的歌舞厅曾在 1998、1999 两年被江州市电视台用作春节联欢晚会会场。银星大厦同期（即 1997 年底）也已建至 10 层。

### 2. 与被申请人协商合作过程

申请人完成上述工程后，无力单独继续建设银星大厦（即银星商业大厦主楼）。1999 年 4 月，被申请人开始与申请人接洽合作银星大厦事宜，并于 1999 年 6 月 2 日签订了共建银星大厦的《合作意向书》。

1999 年 6 月 20 日，申请人与被申请人签订了《中外合作江州银星有限公司合同》（以下简称《中外合作合同》）及《中外合作江州银星有限公司合作章程》（以下简称《合作章程》），共同成立了江州银星有限公司（下称“合作公司”）。双方签订的《中外合作合同》和《章程》明确规定了合作经营的目的是建设、经营一综合性现代化服务中心，在此基础上进行其他方面的合作，以尽快收回双方的投资。关于公司的资本，双方约定，合作公司的注册资金为 800 万美元，申请人出资占 49%，以现有银星商业大厦的部分面积作价投入；被申请人出资占 51%，主要以现汇投入。《中外合作合同》于 1999 年 7 月 15 日获得陕西省政府批准。同年 7 月 24 日，合作公司获得国家工商总局颁发的企业法人营业执照。

### 3. 合作公司成立后

合作公司成立后，申请人着手合作事宜，但被申请人未待中外双方对银星商业大厦进行评估和办理验资手续，便通过合作公司迅速把持和控制了银星大厦，原本不属于申请人出资范围的银星商场也一并归入了合作公司名下。随后，申请人通过验资，确认了银星大厦及银星商场的价值，明确了己方的出资范围。但当申请人向被申请人要求其返还不属出资范围的银星商场时，被申请人不仅不予理睬和配合，反而利用其把持合作公司的便利，将该商场随意改建，并擅自以合作公司的名义出租给江州百货有限公司，每年收取租金 300 万元。后在申请人的强烈抗议下，江州百货有限公司于 2002 年初退租。

申请人与被申请人签订的《中外合作合同》第 14 条，明确规定了乙方的出资义务和期限：“合同经批准后，乙方按付款计划表付款。……在领取营业执照三十天内，乙方应认缴其出资额的 15%；在领取营业执照的三个月内，乙方应认缴其出资额的 50%；在领取营业执照的半年内，乙方应认缴其全部出资额。”但合作公司除了在第一期出资期限内收到被申请人汇入的 62 万美元外，第二、第三次被申请人出资期限届满的时候，合作公司都没有收到被申请人的出资款。被申请人提出，其商业伙伴广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入 1400 万人民币，是被申请人的投资。后认为其第三期出资已汇入陇西省高级人民法院帐户。但这两笔资金都不是被申请人的出资。

被申请人的上述行为，使申请人对其履约能力、合作目的和诚信产生怀疑，但为实现互利共赢，申请人一再忍让，并与被申请人不断沟通，而被申请人却没有表示出合作的诚意。在申请人收回银星商场的控制权后，被申请人还一直恶意阻挠，经常唆使保安对商场进行封门、断水或断电，致使银星商场实际上无法出租和经营，给申请人造成巨大经济损失。合同成立后，被申请人从未对银星大厦未完工部分进行建设，而是想方设法从申请人已建成的部分收取利润。申请人曾要求终止合作合同，但被申请人坚决不同意。然而合作公司所有业务早已陷于停顿，甚至从 2002 年起再没有办理年检和税务登记，合作公司法律上和事实上都名存实亡，中外合作江州有限公司成立的目的已无法实现，申请人遭受了极大的损失。

## 第二部分 仲裁请求

申请人请求仲裁庭支持如下仲裁请求：

1. 裁定被申请人违反《中外合作合同》规定的出资和继续建设银星大厦的义务；
2. 裁定被申请人向申请人交还超过申请人出资额部分的银星商业大厦辅楼的产权和经营权；
3. 终止双方 1999 年 6 月 20 日签订的《中外合作合同》，解散合作公司，并向申请人赔偿因此而遭受的损失
4. 裁定被申请人向申请人支付七年来银星商场租金损失人民币 2100 万元及相应利息；
5. 裁定被申请人承担本案仲裁费用。

## 第三部分 法律适用

### 1. 程序方面的主要法律适用

本案程序上适用《中华人民共和国仲裁法》、《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。

### 2. 实体方面的主要法律适用

#### 2.1. 合同法的适用

1985年7月1日起施行的《中华人民共和国合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）第2条规定：“本法的适用范围是中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同。”《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）于1999年10月1日开始实施，《涉外经济合同法》同时废止。《最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）》第1条规定：“合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，除本解释另有规定的以外，适用当时的法律规定，当时没有法律规定的，可以适用合同法的有关规定。”第2条规定：“合同成立于合同法实施之前，但合同约定的履行期限跨越合同法实施之日或者履行期限在合同法实施之后，因履行合同发生的纠纷，适用合同法第四章的有关规定。”

申请人与被申请人的《中外合作合同》签订于1999年6月20日，故本案应适用《涉外经济合同法》及1987年最高人民法院发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解释》，法律没有规定的，可以适用新《合同法》的有关规定。此外，根据《中外合作合同》第14条<sup>1</sup>及有关合作经营的其他条款，<sup>2</sup>合同约定的履行期限跨越了合同法实施之日，故因履行合同发生的纠纷，适用新《合同法》第四章“合同的履行”的相关规定。

#### 2.2. 公司法的适用

1993年《公司法》实施后，分别经1999.12.25、2004.8.28、2005.10.27三次修订。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》第1条规定：“公司法实施后，人民法院尚未审结的和新受理的民事案件，其民事行为或事件发生在公司法实施以前的，适用当时的法律法规和司法解释。”第2条规定：“因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的，如当时的法律法规和司法解释没有明确规定时，可参照适用公司法的有关规定。”

本案中外合作江州银星有限公司于1999年7月24日获得企业法人营业执照，公司营业执照签发日期为公司成立日期<sup>3</sup>，故本案应适用1993年12月29日通过、1994年7月1日施行的《公司法》和1995年12月18日通过、1996年3月1日起施行的《公司注册资本登记管理暂行规定》。1993年《公司法》和《公司注册资本登记管理暂行规定》没有明确规定时，可参照适用2005年《公司法》的有关规定。

<sup>1</sup> 《中外合作合同》第14条规定：“合同经批准后，乙方按付款计划表付款。……在领取营业执照三十天内，乙方应认缴其出资额的15%；在领取营业执照的三个月内，乙方应认缴其出资额的50%；在领取营业执照的半年内，乙方应认缴其全部出资额。”故乙方履行第二期和第三期出资义务的最后期限为领取营业执照后三个月和半年也即1999年10月24日和2000年1月24日，这两期的履行期限跨越了合同法实施之日。

<sup>2</sup> 《中外合作合同》第7条、第9条、第17条、第18条，分别对合作经营的目的、经营范围、利润分配等问题予以规定，双方履行合作经营江州银星有限公司相关义务也跨越1999年10月1日。

<sup>3</sup> 《公司法》第7条。

### 2.3. 《中外合作经营企业法》及其相关法律法规的适用

《中华人民共和国中外合作经营企业法》（以下简称《中外合作经营企业法》）于 1988 年 4 月 13 日起施行。1988 年对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第 10 条规定：“中外合作经营企业合作各方的出资参照本规定执行。” 1997 年 9 月 29 日外经贸部、国家工商行政管理局发布的《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》第 3 条规定：“中外合作经营企业和外商独资经营企业比照本规定执行。”《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》（以下简称《中外合作经营企业实施细则》）于 1995 年 9 月 4 日发布并实施。

本案中外合作江州银星有限公司成立于 1999 年 7 月 24 日，应适用上述四部有关中外合作经营的法律、法规。

## 第四部分 代理意见

### 1. 被申请人提出的反请求不符合仲裁程序规定，仲裁庭不应考虑

#### 1.1. 被申请人的第 1、3 条抗辩构成反请求

被申请人的抵抗行为可以分为消极性抵抗和积极性抵抗两种。消极性抵抗是指被申请人仅针对对方所主张的大前提、小前提的真实性、有效性和逻辑性进行抗辩，通过找出对方的漏洞来主张对方的权利无法成立；而积极性抵抗，是指被申请人并非从对方所主张权利不成立的角度进行抵抗，而是通过建立自己的三段论逻辑推理出自己所享有的权利，这种权利可以延迟、抵消或消灭对方所主张的权利，从而抵抗对方仲裁请求的目的。<sup>4</sup> 抗辩就是消极性抵抗，反请求则为积极性抵抗。是否针对对方的主张，是判断抗辩与反请求的关键。

本案中，被申请人提出的第 2 点主张“裁定申请人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，阻挠合作公司正常经营，构成严重违约”，以及由此延伸的第 3 点“裁定申请人返还被申请人的全部投资及相应的利息”，并不属于对申请人的主张的抗辩，而是主张自己新的权利。因此，被申请人实质上提出的是反请求。

#### 1.2. 被申请人的反请求不符合仲裁程序规定，仲裁庭应不予考虑

根据 2005 年 5 月 1 日施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 13 条第 2 款规定：“被申请人提出反请求时，应在其反请求书中写明具体的反请求及其所依据的事实和理由，并附具有关的证明文件。”第 4 款规定：“仲裁委员会认为被申请人提出反请求的手续已完备的，应将反请求及其附件发送申请人。”

从以上规定可以看出，反请求的提出必须符合以下条件：1. 以书面的形式明确提出被申请人的反请求；2. 办理一定的手续；3. 必须独立制作反请求书，并发送给申请人。

本案中，被申请人提出的反请求，仅仅在答辩书中提出，既不办理相关的手续，也未制作独立的反请求书，发送于申请人，违反了仲裁规则的规定。被申请人的第 2、3 条请求，既不符合反请求的法定形式，也不是针对申请人的主张的抗辩。根据我国民法上“不告不理”的原则，仲裁庭不应审理该部分内容。因此，申请人请求仲裁庭仅围绕申请人的主张进行审理。

### 2. 被申请人未能履行依法按约出资的义务

根据《中外合作合同》以及《合作章程》的规定，被申请人应该出资 408 万美元。而广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入合作公司的 1400 万人民币（2.1.），以及被申请人汇入陇西省高级人民法院账户的 180 万美元（2.2.）都不符合出资形式要求，不符合法律规定，也违反了公司合作章程，不应被认定为出资。因此，被申请人仅汇入合作公司账户 62 万美元，未能充分履行其出资义务。

#### 2.1. 以“往来款”出资，不符合法律规定，也违反了公司合作章程。

##### 2.1.1. 被申请人利用“往来款”进行出资不符合法律规定

首先，“往来款”不属于外汇，不符合法律规定。被申请人对中外合作公司的出资属于外商投资。因此，被申请人的出资必须符合中华人民共和国外汇管理方面的法律规定，具体包括：1996 年 4 月 1 日起施行、经 1997 年 1 月 14 日修正的《中华人民共和国外汇管理条例》及 1988 年国家外汇管理局《关于对外商投资企业外方以人民币投资问题的批复》。

其中，1988 年国家外汇管理局《关于对外商投资企业外方以人民币投资问题的批复》中明确指出：外商投资必须以外汇投入。《中华人民共和国外汇管理条例》第 3 条则详细解

<sup>4</sup> 参见魏超：《抗辩与反请求》，载《北京仲裁》2005 年第 3 期。

释了“外汇”的内涵和外延：

本条例所称外汇，是指下列以外币表示的可以用于国际清偿的支付手段和资产：

- (一) 外国货币，包括纸币、铸币；
- (二) 外币支付凭证，包括票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等；
- (三) 外币有价证券，包括政府债券、公司债券、股票等；
- (四) 特别提款权、欧洲货币单位；
- (五) 其他外汇资产。

在本案中，合作公司于1999年10月20日前分三次收到广州庆德服装有限公司以“往来款”的名义汇入的1400万元的人民币，与《中华人民共和国外汇管理条例》第3条所规定的外汇形式不符。因此，这些“往来款”违背了我国外汇管理规定，不属于合法的出资，应予以扣除。

其次，“往来款”的出资不是自有财产，不是合法的出资形式。根据1988年4月13日起施行的《中外合作经营企业法》、1988年对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》、<sup>5</sup>1997年9月29日外经贸部、国家工商行政管理局发布的《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》。<sup>6</sup>1995年《中外合作经营企业法实施细则》相关的法律规定可以得出，合营双方应当以自己所有的财产或财产权利作为出资或合作条件，而以货币出资方必须以自己所有的现金作为合作条件。<sup>7</sup>

关于“自有的”理解是确定往来款出资形式是否合法的关键。虽然当时的法律条文和解释都没有对“自己所有的现金”给出明确内涵和外延，但在《商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文具体应用问题予以解释的函》中明确指出：“现金属于种类物，作为动产中的特别动产，其所有权是以实际占用为表现特征的，占有即视为所有。”<sup>8</sup>此外，根据2004年7月1日实施的《公司注册资本管理规定》第7条的规定，公司股东或者发起人必须以自己的名义出资。从上述两个法律文件可以看出，作为中外合作经营企业的出资的现金，必须是出资人自己占有，而且必须以出资人自己的名义出资。

在案件中，合作公司分三次收到广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入的1400万人民币，既不符合占有要件，也不符合法律规定的“以出资方的名义进行出资”。往来款只能说明是广州公司支付给被申请人公司的合同内容的支付款。在本案中，往来款直接汇入了合作公司，被申请人并没有真正占有这笔现金。同时，由于1400万元人民币是以“往来款”的名义汇入的，汇入方是广州庆德服装有限公司。因此，“往来款”以第三方的名义投入的资本，不是被申请人的出资。

总之，被申请人以“往来款”的出资，既违反了我国外汇管理的相关规定，也不符合公司法中关于出资形式的规定。由于该出资违反了法律出资形式的要求，应该认定不属于出资。

### 2.1.2. 被申请人利用“往来款”进行出资违反《合作章程》

公司章程是公司实行内部管理和对外经济交往的基本依据，是公司及相关主体的基本行为准则。<sup>9</sup>公司的股东不得违反章程的规定。在本案中，被申请人利用“往来款”进行出资的行为正违反了合作公司的章程。

<sup>5</sup> 该法第10条规定：“中外合作经营企业各方的出资参照本规定执行。”

<sup>6</sup> 该法第3条规定：“中外合作经营企业和外商独资经营企业比照本规定执行。”

<sup>7</sup> 参见1988年对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》的第2条，1995年《中外合作经营企业法实施细则》第19条，1988年4月13日起施行的《中外合作经营企业法》第19条等规定。

<sup>8</sup> 商法函[2004]27号。

<sup>9</sup> 参见施天涛主编：《公司法论》，法律出版社2005年版，第18页。

根据《合作章程》第 11 条的规定，被申请人认缴的为 193 万美元（折合人民币 3264 万元）出资额应主要以现汇投入，其中部分资金可按照外汇抵押人民币的办法用美元向有关银行抵押人民币贷款投入。现汇是指由国外汇入或由境外携入、寄入的外币票据和凭证，在我们日常生活中能够经常接触到的主要有境外汇款和旅行支票等。<sup>10</sup>

而在本案中，广州德庆服装有限公司以“往来款”的名义汇入合作公司的资金，并不属于现汇，其原因在于：首先，出资途径不符合：该笔款项不是由国外汇入或者境外携入或寄入的；其次，出资的货币形式不符：该款项不属于外币票据或凭证。因此，往来款由于不属于现汇投入，也不属于按照外汇抵押人民币的办法用美元向有关银行抵押人民币贷款投入这两种出资方式，不符合章程对于出资方式的要求。

因此，被申请人以“往来款”进行出资的行为，不仅不应当被认定为被申请人的出资，如果给公司造成了损失，更要承担相应的赔偿责任。

### 2.1.3. 被申请人以“往来款”作为出资违背“资本三原则”

“往来款”与合作公司没有直接的法律关系，认定“往来款”为出资，会使合作公司的资本额处于不确定的状态，造成注册资本的减少，违背资本确定、资本维持和资本不变三原则。

我国公司法规定的是法定资本制，公司必须贯彻资本确定、资本维持和资本不变的原则。根据资本三原则，公司的注册资本总额与实收资本总额必须一致。公司必须在章程中明确规定资本总额，并由股东全部认足，否则公司不能成立。公司在其存续过程中，必须维持与公司资本总额相应的注册资本。公司非依法定程序变更章程，不得增减资本总额。<sup>11</sup> 而往来款则包括暂付款、应收票据、应收账款、预付账款、其他应收款等，其适用于两个经常性的商业伙伴。<sup>12</sup>

具体到本案而言，广州德庆公司与被申请人是商业合作伙伴，往来款是其相互之间法律关系的标的之一，无论本案中涉及的是哪一类型的帐款，其效力都依赖与被申请人与广州德庆公司的商业合同的效力以及双方在履行合时的具体情况。在被申请人不履行或瑕疵履行与广州德庆公司的对应合同的情况下，作为付款方的广州德庆公司可以要求对方返还 1400 万元的支付款。虽然这笔支付款已经汇入了合作公司的银行账户，但广州德庆公司与合作公司并无任何业务往来，不存在直接的权利义务关系，广州德庆公司完全可以所支付的 1400 万元的往来款构成不当得利为由，要求合作公司予以返还，合作公司的资本便可能出现不足。因此，将第三方的往来款作为出资，势必将公司的资本置于不确定状态，违背了资本确定原则。<sup>13</sup>

### 2.1.4. 申请人以“往来款”作为出资不合理

被申请人可能主张，出资就是投入资本，只要资金实际到位即可。而按照法律的规定，由被申请人现先回收广州德庆有限公司的往来款，再通过外汇途径进行出资多此一举。然而，考虑到现实中可能出现的种种违法可能，法律正是对出资形式作出了一系列的形式上的强制性要求，必须予以遵守。事实上，这一系列关于出资的形式要求所涉及到的法律问题非常复杂，例如广州德庆公司与被申请人商业往来的税收问题，合同履行及纠纷解决问题；国家对于外汇的管理问题等。被申请人直接以“往来款”作为出资，显然漠视了其间国家的税收利益，规避了国家在外汇管理方面的要求，不符合诚实信用的原则。

<sup>10</sup> <http://www.ib043.cn/viewthread.php?tid=156>，访问日期：2007 年 10 月 28 日。

<sup>11</sup> 参见赵中孚主编：《商法总论》1999 年第 1 版，第 256～257 页。

<sup>12</sup> 参见梁秀华、韩雪霏、陈国军：《建立内部控制制度完善往来帐款的管理》，载《时代经贸》2007 年第 7 期。

<sup>13</sup> 正因为如此，于 2004 年 7 月 1 日开始实施的《公司注册资本管理规定》第 7 条明确规定：必须以出资人自己的名义出资。

值得一提的是，认定“往来款”不属于出资，并不会对被申请人造成损害。虽然认定被申请人该部分不属于出资，但不会直接消灭其对这笔资金的请求权。这笔往来款对于合作公司是不当得利，权利方是广州德庆服装有限公司。当1400万元最终被认定不属于出资的情况下，权利人可以要求合作公司返还这笔不当得利。被申请人作为广州德庆服装有限公司的商业伙伴，是这笔回收款应然的接受方。通过这种途径，被申请人可以回收这笔资金。

### 2.1.5. 小结

利用往来款进行出资，不仅不符合合作公司的公司章程，而且违反了法律对于外汇管理的规定以及对于合作公司出资形式的要求，是不合法的。此外，往来款作为出资形式，不利于公司资本的确定，不符合诚实信用的原则，也是不合理的。以往来款出资，于法于理不合，所以请求仲裁庭认定其不属于被申请人的出资。

## 2.2. 被申请人向高级法院账户汇入的180万美元不构成出资

### 2.2.1. 从法律的规定来看，180万美元不符合法律规定的出资形式

1993年《公司法》第25条的规定：“股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”依此，股东的出资应满足以下条件：（1）应依公司章程的规定足额缴纳；（2）货币出资的，应将款项足额存入准备设立的有限责任公司的临时账户；（3）非货币出资的，应依法办理财产权的转移手续。而在本案中，被申请人的180万美元汇款未按规定汇入合作公司的专用账户，不构成对合作公司的出资。

在本案中，《中外合作合同》第13条规定：

“甲、乙双方按下列方式出资，总投资1600万美元，其中：注册资本800万美元，甲方：49%，共计392万美元（折合人民币3136万元）（已投入）。以昂：51%，共计408万美元（折合人民币3246万元），以现金支付。剩余投资800万美元（折合人民币6400万元）有合作公司向中国的银行贷款解决。”

因此，被申请人应以现金（即货币）出资，其出资应该满足法律对于货币出资的规定。

根据1993年《公司法》第25条的规定，股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户。1996年3月1日起施行的《企业法人登记管理条例》第7条也规定：“注册资本中以货币出资的，股东应当将其认缴的出资足额存入新设立公司所在地银行的‘专用账户’。公司成立前，任何单位和个人不得动用‘专用账户’内的资金。”因此，股东的货币出资义务的履行必须将足额资金存入指定账户，即以汇入公司独立账户为要件；汇入其它账户的，即使是出于出资的目的，也不构成对公司的出资。

在本案中，被申请人于2000年1月30日将180万美元汇入了陇西省高级人民法院的账户用以偿还申请人欠银行的贷款本息，并非将180万美元汇入合作公司的专用账户。根据以上对于股东货币出资的规定可以看出，争议的180万美元并不构成被申请人对合作公司的出资。

因此，从法律的规定来看，被申请人汇入陇西省高级法院账户的180万美元不构成其对合作公司的出资。

### 2.2.2. 从情理上来说，被申请人也不具有将180万美元作为出资的目的

首先，如果被申请人意图将180万美元作为其对合作公司的出资，他就没有理由直接将180万美元汇入陇西省高级法院的账户而不是合作公司的账户。作为一家有经验的外国投资企业，被申请人没有理由不了解正常的出资程序及要求，也没有理由会天真地认为向法院的汇款能够等同于对合作公司的出资。更何况，从时间上看，法院直到2000年2月底才将作

为抵押物的银星商业大厦查封，而被申请人早在 2000 年 1 月底就已经将 180 万美元汇入法院。如果被申请人汇款的直接目的是出资，那么他完全有时间也有义务先将该款项汇入合作公司的账户，以合法的方式完成其出资义务，再尝试通过董事会决议将该笔资金用于帮助申请人偿还贷款本息，而不是不通过合作公司的任何程序就直接将款项汇入法院。

其次，被申请人主张其汇款行为经过了合作公司的同意因此构成出资，但事实上被申请人明知对银行欠款属于申请人个人债务并予以偿还，该行为与合作公司无关。虽然当时银星商业大厦仍然是作为该债务的抵押物，但被申请人承认于 2000 年 3 月才知道申请人将银星商业大厦作为其个人债务的担保的事实。可见，在向法院汇入 180 万美元之时，被申请人主观上认定该债务属于申请人的个人债务，因此其汇款的目的在于替申请人偿还其欠银行的贷款本息。虽然被申请人主张其汇款行为经过了合作公司同意因此应构成出资，但事实上，这只是申请人与被申请人双方之间的资金往来行为，与其股东身份及合作公司都没有直接的关系。2000 年初，由于申请人个人的原因，无法向银行如期偿还贷款，因此以私人身份同被申请人协商，希望被申请人能够帮助申请人偿还贷款，缓解申请人的信贷压力。被申请人完全是出于对申请人的友谊才同意帮助偿还贷款。由于双方同为合作公司的股东，又是合作公司仅有的两名股东，因此被申请人牵强的将双方私人之间的合意（请求与应允）等同于合作公司的同意，并以此主张汇款构成出资，这是无法成立的。

综上，从情理上来说，被申请人在向法院汇入 180 万美元时不可能具有向合作公司出资的目的，其行为充其量只是以私人身份帮助申请人偿还贷款、缓解其信贷压力的行为。

### 3. 被申请人违反了继续建设银星大厦的义务

我国《合同法》第 107 条规定，当事人一方不履行合同义务或是履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。我国合同法以无过错责任为一般原则，<sup>14</sup> 所以无论被申请人有无不履行义务的故意或过失，其实际未履行合同约定的继续建设银星大厦义务的行为，构成了违约。

#### 3.1. 被申请人有继续建设银星大厦的合同义务

《江州市宏源产业有限公司与慕尼荷有限公司合作意向书》第 3 条明确双方合作方向为：在江州银星大厦半拉子工程的基础上继续建设银星大厦，并从事经营和管理综合服务业务。而《中外合作合同》第 7 条明示：双方合作目的在于建设、经营一座集吃、住、购物、娱乐于一体的综合性现代化服务中心。可见，合作意向书以及合作合同都约定了被申请人负有继续建设银星大厦的义务。

#### 3.2. 被申请人事实上没有履行继续建设银星大厦的义务

由于被申请人出资占 51%，为合作公司的控股股东，因此被申请人对公司享有控制权和经营管理权。与此权利相对应，被申请人负有合理经营管理公司，并按照合同约定继续建设银星大厦的义务。本案事实表明，从 1999 年 7 月 24 日获得营业执照到 2006 年申请人提请仲裁的几年内，合作公司都没有继续建设银星大厦的。申请人寻找合作方正是为了能够继续建设银星大厦，因此不可能阻碍建设的进行，甚至是热切希望工程的继续。而作为控股的被申请人，尽管拥有公司的控制权和决策权，却一直未对继续建设工作作出实际安排，反而一味要求分享申请人已经建成并投入使用的银星商场的收益。因此，被申请人违反了继续建设银星大厦的义务，应当对申请人的损失予以赔偿。

#### 3.3. 被申请人对不履行继续义务没有法定免责事由

被申请人主张在履行继续建设商场的义务中，由于申请人存在过错，借此免除自己的违约责任。被申请人提出，申请人“没有合作的态度，拒不执行董事会的决议，也不向董事会

<sup>14</sup> 参见徐杰：《合同法中的违约责任制度》，载《中国法学》1999 年第 3 期。

提供正确的资产负债表，并把合作公司的有关印章私自查封，使得合作公司无法继续从事正常建设和经营业务。”这里是被申请人的一面之辞，没有提供任何相应的证据证明。而从双方合作的目的看，申请人寻找合作者，正是为了继续建设银星大厦，不具有阻挠工程建设的主观可能性。对于董事会决议方面，并没有证据显示有具体建设银星大厦的方案和计划，只是政策性的提出“双方同意继续建设、装修、经营和对外出租银星大厦。”这样的决议不能也不可能拒绝履行。可见，被申请人这里指的不执行的决议是对于辅楼的控制权和经营权的决定。由于辅楼的归属存在争议，而申请人对自己私有财产的法律保护，理应对此不合法也不合理的决定，作出拒绝执行。所以以申请人对辅楼主张所有权而实施的行为，作为被申请人不履行继续建设主楼的义务是不合理的。申请人不存在阻挠被申请人继续建设主楼义务的过错，因此这个免责事由应予以排除。

综上所述，被申请人没有履行继续建设银星大厦的合同义务，应当承担相应的法律责任。

#### 4. 被申请人应当返还银星商场的所有权和经营权

在有限责任公司中，股东以出资额为限，对公司的债务承担责任。所谓出资额，应当是指股东出资折合成的货币价值量，即以货币单位表现的出资价值数额。《中外合作经营企业法实施细则》第16条规定，合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，再工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。1999年《公司法》第26条亦规定，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认缴的出资额。可见，注册资本是以向登记机关登记为外在表现形式的股东出资。此外，注册资本仅是投资总额的一部分，<sup>15</sup> 股东的出资还包括其对非注册资本的出资。

在本案中，银星商场既不是申请方对合作公司注册资本的出资（4.1.），也不构成申请方对合作公司非注册资本的出资（4.2.）。合作公司对于银星商场所有权和经营权的占有于法无据，构成不当得利，应当予以返还（4.3.）。

##### 4.1. 银星商场不属于申请方对合作公司注册资本的出资

银星商场是由申请人独立建成并投入使用的。在本案中，不论从双方在有关合作文件中的约定出发（4.1.1.），还是从设立合作公司的目的考量（4.1.2.），都不够成对合作公司注册资本的原始出资。从新增注册资本的法定程序和由此产生的法律效力看，银星商场也不属于申请人新增的注册资本（4.1.3.）。

##### 4.1.1. 从《中外合作合同》和《合作章程》的约定看，银星商场不是申请人对注册资本的出资

中外合作者举办合作企业，应当在合作企业合同中约定投资或者合作条件，这一点在《中外合作经营企业法》第2条和《中外合作经营企业法实施细则》第12条中已经明确规定。<sup>16</sup> 此外，《中外合作企业法》第9条中也规定：“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。”可见，投资双方在合作合同中对出资额做出明确的约定是有关法律的要求。有鉴于此，合作双方在《中外合作合同》第12条中明确约定：“合作公司的注册资本800万美元。其中甲方投入392万美元，占49%；乙方投入408万美元，占51%；”。而根据《陕西省毕华会计师事务所资本验证报告》（附件二）：“银星大厦主楼14000平方米，计价人民币3136万元（折合美元392万）。”

<sup>15</sup> 根据《中外合作经营企业法实施细则》对合作企业投资总额的定义，投资总额是指按照合作企业合同、章程规定的生产经营规模，需要投入的资金总和。

<sup>16</sup> 1988年《中外合作经营企业法》第2条规定：“中外合作者举办合作企业，应当依照本法的规定，在合作企业合同中约定投资或者合作条件”，《中外合作经营企业法实施细则》第12条规定：“合作企业合同应当载明下列事项，……（三）合作企业的投资总额，注册资本，合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限……”

《中外合作经营企业法实施细则》第13条规定，合作企业章程应当载明合作企业的投资总额、注册资本，合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限。在本案中，《合作章程》第11条规定：“甲方：认缴出资额为392万美元（折合人民币3136万元），占注册资本的49%。主要以现有江州银星商业大厦的部分建筑面积作价投入。”《合作章程》中这一规定与双方签订的《中外合作合同》关于注册资本部分出资的约定是一致的，这里作为注册资本出资的“部分建筑面积”即指银星商业大厦的主楼（银星大厦）。其理由有二，其一是银星商业大厦只能被合理区分为建好十层的主楼——银星大厦和已建好的辅楼——银星商场两部分；其二是十层的银星商业大厦主楼的价值为3136万元（折合美元392万），恰为甲方应缴注册资本的出资额。

可见，主楼银星大厦建成部分的价值已经完全满足了双方达成的合作合同要求的注册资本的出资额，作为辅楼的银星商场并不在这一出资范围之内。1985年《涉外经济合同法》和1999年的《合同法》分别确立了平等互利原则和公平原则。<sup>17</sup>要求申请人超过《中外合作合同》和《合作章程》的约定出资，实际上是对申请人单方面义务的加重，违反了平等、公平的民法基本原则。因此，银星商场不属于约定的注册资本出资范围。

被申请人以《合作意向书》约定，“以申请人近期无力建设的江州银星大厦半拉子工程为基础，建立一个合作有限公司”和“申请人以已建成房产入股”主张申请人的出资是已经建成的全部工程。一方面，银星大厦所指的就是银星商业大厦的主楼，<sup>18</sup>所以，被申请人对《合作意向书》的理解是有误的；另一方面，即使被申请人对《合作意向书》的理解是正确的，根据《中外合作经营企业法实施细则》第10条的规定，“合作企业协议、章程的内容与合作企业合同不一致的，以合作企业合同为准”，《合作意向书》可以被理解为双方就合作事宜达成的初步协议，其法律效力是低于合作企业合同的，所以被申请人的主张是没有法律依据的，只有银星商业大厦的主楼才是申请人对合作公司注册资本的出资。

#### 4.1.2. 从设立合作公司的目的看，银星商场不是申请人对注册资本的出资

一般来讲，公司是一种营利性法人，这构成了公司的本质属性。具体到股东而言，便表现为后者对投资回报的追逐。<sup>19</sup>这种追逐回报的意图和行为包括两层含义：一是设立公司并从事经营活动的目的在于实现资本增值；二是公司在实现资本增值、将获取的利润分配给股东。<sup>20</sup>其中，公司的股东要想通过公司的经营活动获取利益，其前提条件就是注入公司的资本有实现增值的可能性。

本案中，中外双方设立合作公司的主要目的是合作建设银星大厦（而非“银星商业大厦”），这一点可以从《中外合作合同》第7条和《合作意向书》第1条中得到直接体现，即“在江州建设，经营一座集吃、住、购物、娱乐于一体的综合性现代化服务中心”和“建设和经营一个现代化综合服务楼”。这就明确表示，只有银星商业大厦的主楼（即银星大厦）才是双方设立合作公司的目标，银星大厦才是合作公司运作并实现资本增值的基础。

申请人于1994年9月1日开始建设的是银星商业大厦，包括主楼银星大厦和辅楼银星商场两部分。至1997年底，银星商场已经建成并投入使用，根本再无合作建设和经营的必要。因此，申请人在《合作意向书》和《中外合作合同》中反复强调的、需要双方合作“建设”和“经营”的“现代化综合服务楼”和“综合性现代化服务中心”明确的含义就是银星大厦，即银星商业大厦的主楼。从合作的目的考量，银星商场本身已经具备相当的使用价值（曾于1998年和1999年被江州市电视台作为春节联欢晚会会场使用），申请人也完全能够独立地利用银星商场创造可观的商业收益。盲目地将这样的资产投入一家合作公司可能会遭受到种种不可预知的风险，任何一个理性的投资者都不会将其作为合作公司的注册资本。

<sup>17</sup> 1985年《涉外经济合同法》第3条：“订立合同，应当依据平等互利、协商一致的原则。”和1999年《合同法》第5条：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

<sup>18</sup> 在本代理书第3.1.3.部分对此有详细论述。

<sup>19</sup> 参见施天涛著：《商法学》，法律出版社2006年版，第134页

<sup>20</sup> 参见柳经纬主编：《商法学》，厦门大学出版社2006年版，第96页

#### 4.1.3. 银星商场也不属于申请人新增的注册资本

根据 1993 年《公司法》相关的规定，公司增加或者减少注册资本，必须经法定验资机构验资，并向公司登记机关办理变更登记。公司内部也需三分之二以上股东表决通过。<sup>21</sup>《公司注册资本登记管理暂行规定》第 4 条也规定：“公司设立登记或者变更注册资本时提交的验资证明，须由经工商行政管理机关登记注册的会计师事务所或者审计事务所出具。”本案中，双方提供的证据均没有提到有对银星商场进行过单独验资的证明，双方陈述的事实陈述中也没有关于合作公司在成立后有变更注册资本的登记行为的表述，更没有双方对新增注册资本进行协商、表决的事实。

股东享有的权利应当与其承担的义务相对应，1993 年《公司法》规定，股东按照出资比例分取红利。<sup>22</sup> 本案中，《中外合作合同》第 18 条也约定，合作公司所得按甲、乙双方在总投资中实际投入的比例进行分配。如果银星商场属于申请人新增的注册资本，那么申请人理应在分红、收益等方面享有更多的权利。然而事实上，申请人并未享受到任何这样的权利，据此可知，银星商场并非申请人对合作公司的新增注册资本。

综上，作为辅楼的银星商场既违反了投资双方在合作合同中对注册资本出资额的约定，也不能服务于设立合作公司的目的，不具备成为出资的本质属性，也不满足作为新增注册资本的条件，所以，银星商场不属于合作公司的注册资本范围内的出资额。

#### 4.2. 银星商场也不属于申请方对合作公司非注册资本的出资

申请人与被申请人在《中外合作合同》中对非注册资本部分的出资形式的约定排除了银星商场作为非注册资本出资的可能（4.2.1.），而相关法律对新增非注册资本的规定也排除了银星商场作为新增非注册资本出资的可能（4.2.2.）。

##### 4.2.1. 《中外合作合同》的约定排除了银星商场作为非注册资本出资的可能性

在《中外合作合同》第 11 条中，双方明确约定合作公司的投资总额为 1600 万美元，注册资本只是其中的 50%。虽然约定投资总额为 1600 万美元，扣除注册资本后，仍有 800 万美元的非注册资本，但仍然不能认定银星商场属于申请人对合作公司这 800 万美元非注册资本的出资。

《中外合作合同》第 14 条明确阐述了除注册资本外的剩余投资（800 万美元）的筹措方式，即“由合作公司向中国的银行贷款解决”。这就排除了申请人以其他方式为合作公司超额的出资的可能性。如果将银星商场认定为此处的剩余投资，一方面与合同约定不符合；另一方面，也无故加重了申请人的出资义务。因此，银星商场不可能作为合作公司“投资总额”中的剩余投资部分。

##### 4.2.2. 银星商场也不属于申请人对合作公司新增的非注册资本出资

股东于设立公司时或公司成立后，为了适应公司经营需要，在自己认缴的出资额以外又向公司多注入一部分出资，这部分出资被称为“超额出资”。股东按投入公司的资本额享有所有者的资产收益、重大决策和选择管理者等权利。如果股东就超额出资享有表决权、分红派息权和其他为股东所特有的权利，就可以认定超额出资是该股东追加的资本。<sup>23</sup>

<sup>21</sup> 1993 年《公司法》第 187 条规定：“有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，按照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。”第 188 条规定：“公司增加或者减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。”第 26 条规定：“股东全部缴纳出资后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。”第 27 条规定：“股东的全部出资经法定的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。”第 39 条规定：“股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式作出决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”

<sup>22</sup> 1993 年《公司法》第 33 条规定：“股东按照出资比例分取红利。公司新增资本时，股东可以优先认缴出资。”

<sup>23</sup> 参见于海生：《论有限责任公司股东的出资责任》，载《求是学刊》2000 年第 2 期。

然而在本案中，没有任何事实表明申请人因为超额出资而享有表决权、分红权或者其他股东特有权利，因此，也就无法认定银星商场为申请人追加的资本。这说明，所谓的“超额出资”部分的银星商场仅仅是作为股东的申请人对合作公司所享有的普通债权，<sup>24</sup> 因而申请人有权与合作公司的其他债权人（如果存在的话）一样，要求合作公司在清退股东出资以前予以偿付。

由上述两点理由可以得出，银星商场既不属于申请人对合作公司的非注册资本的原始出资，也不属于新增的非注册资本的出资。被申请人主张赔偿其应当从合作公司经营收益中所得分红及相应的利息。在本案中，合作公司唯一的收益即为出租银星商场所取得的租金。前文（4.1.和 4.2.）已经论证银星商场并非申请人对合作公司的出资。利用出租银星商场所取得的租金自然不是合作公司的经营所得，而是申请人的收益。所以，被申请人主张的经营收益的分红及利息是没有根据的。

#### 4.3. 合作公司不享有银星商场的所有权和经营权

《民法通则》第 71 条规定：财产所有权是财产所有人在法律规定的范围内，对属于他的财产享有的占有、使用、收益、处分的权利。在本案中，申请人于 1994 年 9 月 1 日取得江州市规划管理局《修建许可证》，之后又独立完成了辅楼的建设并投入使用，申请人对辅楼享有所有权和经营权。如前文（4.1 和 4.2）所述，银星商场不属于申请人对合作公司的出资范围，因此，合作公司也就不具备取得辅楼所有权和经营权的合法依据，即合作公司对于辅楼所有权和经营权的占有构成不当得利（4.3.1.）。被申请人作为合作公司的两个股东之一，对申请人返还银星商场所有权和经营权的合法要求予以阻挠，导致申请人的利益损失进一步扩大（4.3.2.）。

##### 4.3.1. 合作公司对于银星商场所有权和经营权的占有构成不当得利

《民法通则》第 92 条规定：“没有合法根据，取得不当得利，造成他人损失的，应当将取得的不当得利返还受损失的人。”所谓不当得利，就是指没有合法根据取得利益而使他人受损失的事实。<sup>25</sup> 不当得利的构成要件需要具备四个条件：1、一方受有利益；2、他方受有损失；3、一方受利益与他方受损失间有因果关系；4、没有合法根据。<sup>26</sup>

本案中，“被申请人利用其把持合作公司的便利”将银星商场随意改建并出租给江州百货有限公司，每年收取 300 万的租金。合作公司取得的银星商场的所有权和经营权，以及据此获得的租金收益均为“一方受有利益”；申请人对所有权和经营权的丧失即为申请人的“受有损失”。此外，合作公司对银星商场的所有权和经营权的事实占有，七年来已经给申请人造成了巨大的利益损失（见 4.1.4.）；合作公司的“受有利益”与申请人的损失之间存在直接联系，因而具有因果关系；前面（见 4.1 和 4.2）已经论证，银星商场并非申请人对合作公司的出资，因此，合作公司占有银星商场的所有权和经营权缺乏合法根据。合作公司成立后即接收银星商场，属于典型的“基于受益人自己的行为而发生的‘不当得利’”，应当向申请人予以返还。

##### 4.3.2. 被申请人阻挠申请人恢复行使对银星商场的所有权和经营权

本案中，作为合作公司仅有的两家股东中的外方股东，被申请人对合作公司非法接收银星商场的所有权和经营权起着主导作用。虽然银星商场在江州百货退租后该没有再出租，并且其“实际控制权在 2003 年转移到申请人手中”，但由于被申请人的非法阻挠，银星商场的所有权和经营权一直没有真正回到申请人的实际控制之下。被申请人一直干扰申请人对银星商场所有权和经营权的正常行使，例如被申请人曾派出保安对该商场进行封门、断水或断电等活动，申请人迫不得已采取相应的措施。由于被申请人的行为，在申请人掌握银星商场的实际控制权后，实际上银星商场仍然无法出租和经营。可见，申请人在 2003 年就有条件恢

<sup>24</sup> 参见于海生：《论有限责任公司股东的出资责任》，载《求是学刊》2000 年第 2 期。

<sup>25</sup> 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 573 页。

<sup>26</sup> 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 575 页

复对银星商场的所有权和经营权。而被申请人却采取种种行为阻挠申请方恢复行使对银星商场的产权和经营权，导致申请人的对银星商场的租金损失进一步扩大。

综上所述，我方请求仲裁庭裁定被申请人返还银星商场的所有权和经营权。

## 5. 被申请人应向申请人支付七年来银星商场租金损失人民币 2100 万元及相应利息

在本案中，依照《中外合作合同》的约定，<sup>27</sup> 申请人对银星商场享有财产权利，有权对其进行使用并享受受益。但被申请人在申请人不知情的情况下私自以合作公司的名义将银星商场随意改建，并出租给江州百货公司，每年收取 300 万元的租金；在申请人强烈抗议、江州百货被迫退租后，被申请人又对申请人控制、支配银星商场进行百般阻挠，使申请人无法将商场出租并获得预期的租金收益。被申请人的这些行为，构成了对《中外合作合同》的违反（5.1.），也构成了对申请人财产权利的侵犯（5.2.），应当承担民事责任，发生侵权责任和违约责任的竞合，依照我国《合同法》第 122 条的规定，<sup>28</sup> 申请人有权择一行使请求权，要求被申请人赔偿其年来银星商场租金损失人民币 2100 万元及相应利息（5.3.）。

### 5.1. 被申请人的行为违反合同约定，应依法承担违约责任

违约责任的构成要件包括：（1）违约行为：违约责任的构成的基础要件是存在当事人违反合同义务的违约行为。根据我国《民法通则》第 111 条，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。1999 年《合同法》第 107 条亦规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。可见，违约行为以“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件”为表现形式；（2）不存在法定和约定的免责事由：如果违约当事人存在法定合同约定的免责事由，虽然发生了违约行为，则不一定必然要承担违约责任。<sup>29</sup> 在本案中，被申请人实施了违约行为，也不存在法定或者约定的免责事由，依法应当承担违约责任。

申请人和被申请人双方在《中外合作合同》第 17 条约定：“合同公司合同被批准后，乙方应投入的注册资本全部汇入合作公司帐户后，大厦已建成的商场、舞厅、仓库等全部收入开始归属合作公司，双方开始参与分成。”根据这一条款，被申请人完成其出资义务之前，大厦已建成的商场、舞厅、仓库等归申请人使用，全部收入归属于申请人所有，被申请人负有不干涉申请人使用银星商场并获得相应利益的义务。但事实上，在合作公司刚刚取得企业法人营业执照之后，被申请人就利用其把持合作公司的便利，将申请人投资建设的银星商场随意改建，并以合作公司的名义将商场出租给江州百货公司，每年收取 300 万元的租金。在江州百货被迫退租后，被申请人又不断干涉阻碍、纠缠于商场的控制权归属，使得申请人虽然获得了商场的实际控制权，却在客观上又无法将商场出租收取租金。被申请人的上述行为，显然违反了合同中关于商场使用和利益分配的约定，亦违背了其不得干涉申请人对商场使用收益的义务，构成违约。

法定的免责事由主要指法律明文规定的当事人对其不履行合同不承担违约责任的条件。我国法律规定的免责条件，主要有不可抗力、货物本身的自然性质、货物的合理损耗、债权人的过错等。<sup>30</sup> 在本案中，被申请人并不具有上述的法定免责事由，亦无证据显示双方在《中外合作合同》中约定了违约的免责事由。

<sup>27</sup> 《中外合作合同》第 17 条约定：“合作公司合同被批准后，乙方应投入的注册资本全部汇入合作公司帐户后，大厦已建成的商场、舞厅、仓库等全部收入开始归属于合作公司，双方开始参与分成。”

<sup>28</sup> 《合同法》第 122 条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”

<sup>29</sup> 参见柳经纬主编：《债权法》，厦门大学出版社 2005 年版，第 144 页。

<sup>30</sup> 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2006 年版，第 436 页。

因此，被申请人不存在法定和约定的免责事由，依法应当承担违约责任。

## 5.2. 被申请人侵犯了申请人的财产权利，应承担侵权责任

被申请人的违约行为同时侵犯了申请人的财产权利，根据我国《民法通则》第 106 条第 2 款的规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”这是《民法通则》对于侵权行为的一般性规定。一般认为，对于以过错责任为规则原则的侵权行为，一般应当具备以下构成要件：（1）行为人主观上具有过错，除了法定使用无过错责任的几类特殊侵权行为外，侵权行为以行为人主观过错为要件；（2）损害，只有在存在损害的情况下，法律上才产生积极责任；（3）因果关系，只有在行为与结果之间具有因果关系的情况下，行为人才对损害结果负责。<sup>31</sup> 在本案中，银星商场作为申请人所有的财产，申请人对其享有充分的财产权利，被申请人对银星商场的恶意出租和阻碍行为构成了对申请人财产权利的侵犯，应当承担民事责任。

### 5.2.1. 申请人对作为辅楼的银星商场享有使用收益的财产权利

如前所述，银星商场属于申请人的超额出资部分，其所有权和经营权应该归属于申请人。申请人对于该商场享有充分的权利。出于“在江州建设、经营译作集吃、住、购物、娱乐于一体的综合性现代化服务中心；并在此基础上进行其他方面合作，使合作双方都能尽快收回投资”的合作目的，双方才在合同中约定了一定条件满足后，将商场的使用收入归入合作公司的利润中进行分配。但是，申请人对于银星商场的所有权是不容置疑的。

其次，根据《中外合作合同》第 17 条的规定，在被申请人完成其全部出资义务之前，大厦已建成的商场、舞厅、仓库的使用收益等财产权利尚未归入合作公司，申请人仍然可以享有这些财产权利。

### 5.2.2. 被申请人的行为在客观上构成了对申请人财产权利的侵犯

首先，合作公司取得营业执照后，被申请人利用其把持合作公司的便利，将申请人投资建设的银星商场随意改建，并以合作公司合营的名义出租给江州百货有限公司，每年收取 300 万元的租金。被申请人的该行为构成无权处分，严重阻碍了申请人行使对银星商场进行使用、收益的权利，使得申请人预期可以从对商场使用中获得的租金收益落空。

其次，江州百货在申请人的强烈抗议下于 2002 年初退租后，虽然申请人重新获得了商场的实际控制权，但是由于被申请人的恶意阻挠，双方为银星大厦的控制权归属不断争执，使得银星大厦客观上不具有出租的可能性。并且，由于被申请人的阻挠和干涉，银星大厦的产权始终没能返还到申请人手中，而申请人也无法单独以合作公司的名义自行将商场出租，实现其合法收益。被申请人的上述阻挠行为都造成了申请人对银星商场使用收益权的实现障碍。

### 5.2.3. 被申请人对于其侵权行为，主观上存在过错

过错包括故意与过失，其中，故意是指行为人明知自己的行为会发生侵害他人权益的结果，并且希望或者放任这种结果发生的主观状态。<sup>32</sup>

在本案中，被申请人明知自己对于银星商场没有处分的权利，却依然实施了一系列单方行为，侵害了申请人对银星大厦所享有的合法权益。《中外合作合同》是投资双方经过协商签订的，双方对于合同的内容都是详细磋商并认可的。《中外合作合同》中已经就申请人对合作公司的出资范围以及对已建成的商场、舞厅、仓库等部分的使用收益分配做了明确的约定，即“合作公司合同被批准后，乙方应投入的注册资本全部汇入合作公司帐户后，大厦已建成的商场、舞厅、仓库等全部收入开始归属于合作公司，双方开始参与分成。”<sup>33</sup> 因此，被申请人不可能不知道在己方完全履行出资义务之前，银星商场的全部收入都不归入合作公

<sup>31</sup> 参见王利明著：《侵权行为法研究（上卷）》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 344 页。

<sup>32</sup> 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2006 年版，第 689 页。

<sup>33</sup> 《中外合作合同》第 17 条。

司所有，更不可能属于被申请人。尽管如此，被申请人仍然在合作公司取得营业执照之后，利用其把持合作公司的便利，在申请人不知情、不同意的情况下，私自以合作公司的名义将银星商场出租给江州百货有限公司，此后又不断干涉申请人对银星大厦的控制使用。其行为明显是出于追逐单方利益的动机，背弃了双方的合作目的（即合作完成银星大厦主楼的建设，在此基础上建设、经营一座综合性现代化服务中心，实现双方的双赢效果），<sup>34</sup> 这种恶意违背合同、片面追逐单方利益的行为，有违合同履行过程中的诚信合作要求，具有极强的主观恶性。

综上，被申请人的行为主观上有过错，客观上直接侵犯了申请人的财产权利。我国《民法通则》第 106 条第 2 款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”《民法通则》第 134 条进一步规定，承担民事责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）赔偿损失；（八）支付违约金；（九）消除影响、恢复名誉；（十）赔礼道歉。以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。因此，对于被申请人的侵权行为，申请人有权请求被申请人赔偿损失。

### 5.3. 被申请人应承担的民事责任包括 2100 万元租金及相应利息

依照《民法通则》和《合同法》的相关规定，被申请人的行为一方面构成了违约，另一方面又侵犯了申请人的财产权利，依法都应当承担相应的民事责任，发生了违约责任和侵权责任的竞合（5.3.1.），应承担赔偿申请人人民币 2100 万元的租金及相应利息的可得利益的损失（5.3.2.）。

#### 5.3.1. 被申请人的行为构成违约责任与侵权责任的竞合

由于被申请人的行为同时构成了对申请人的侵权和对合同的违反，因此发生侵权责任和违约责任的竞合。对于责任竞合，我国《合同法》采用允许竞合和选择请求权模式。根据 1999 年《合同法》第 122 条的规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。因此，我方依照《合同法》的相关规定，要求被申请人承担违约责任，赔偿其违约行为给我方造成的损失人民币 2100 万元及相应利息。

#### 5.3.2. 被申请人的赔偿范围包括 2100 万元租金及相应利息

对于违约责任的赔偿范围，1999 年《合同法》第 113 条第 1 款规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”可见违约赔偿范围的确定有三点：（1）相对方受到了损失；（2）损失包括了实际损失和可得利益的损失；（3）赔偿范围以合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失为限。

在本案中，被申请人的行为使申请方无法实现其对银星商场合法的控制、支配和收益的权利，造成了申请人可得利益的巨大损失，即银星商场 7 年的租金人民币 2100 万元及相应利息（4.3.2.1.），而这些损失，是被申请人在订立合同之初就能够预见到的（4.3.2.2.）。因此，这 2100 万租金及利息属于违约赔偿的范围，被申请人应当向申请人承担赔偿责任。

##### 5.3.2.1. 银星商场 7 年租金人民币 2100 万元及相应利息属于申请人的可得利益

所谓可得利益，是指应当得到的利益因受侵权行为的侵害而没有得到，包括人身损害造成的间接损失和财物损害造成的间接损失。<sup>35</sup> 在本案中，根据《中外合作合同》第 17 条的规定，申请人在本申请人尚未完全履行出资义务的这 7 年中，可以获得已建成的银星商场的使用收益，即租金收入，这属于申请人应当得到的利益。但是由于被申请人的恶意出资和阻

<sup>34</sup> 《中外合作合同》第 7 条。

<sup>35</sup> <http://zhidao.baidu.com/question/3823314.html>，访问于 2006 年 2 月 23 日。

绕行为，使其无法实现这种租金受益，因此租金和相应的利息应当属于申请人的可得利益。

关于可得利益的计算，在实践中有（1）约定算法；<sup>36</sup>（2）收益对比法；<sup>37</sup>（3）衡情估算法。<sup>38</sup> 在实际案件的审理中，审判机构可以根据现实情况选择其中一种计算方法作为标准。

在本案中，鉴于银星商场在 2000 年左右曾经出租给江州百货，并收取每年 300 万元的租金，因此对于可得利益的损失可以采用“收益对比法”中的“平均收益对比法”来确定，以每年 300 万元为标准来计算租金的损失。关于侵权行为的持续时间，开始于 1999 年底被申请人再合作公司取得营业执照之后就私自将银星商场出租给江州百货公司，其后 2000 年初江州百货公司在申请人的强烈抗议下被迫退租后，被申请人又通过唆使保安对银星商场断水、断电等行为，阻碍申请人对银星商场的使用、收益，直到 2006 年底申请人迫于无奈向仲裁庭提请仲裁为止，被申请人的侵害行为一直处于持续进行中，前后历经 7 年。因此，申请人的可得利益包括了 7 年的租金人民币 2100 万元和相应利息。

### 5.3.2.2. 租金和利息的损失，被申请人在订立合同之初就能够预见到

在双方订立《中外合作合同》、确立合作关系之前，银星商场就已经具有使用价值，并已投入使用。<sup>39</sup> 其中，位于银星商场第六层的歌舞厅更是曾在 1998、1999 两年被江州市电视台作为春节联欢晚会会场使用，可从侧面说明其极高的使用收益潜力。1999 年底，被申请人私自将该商场出租时，其收取的租金更是高达每年 300 万元人民币。从这些事实可以看出，被申请人在订合同之初不可能不知道银星商场的经济价值，能够预见到如果申请人不能够如期行使其对银星商场使用收益的权利的话，将遭受怎样程度的租金和相应利息的损失，这些认知和预见在 1999 年底被申请人恶意出租时更是得到了有力的证明。因此，租金以利息的损失赔偿请求并没有超出“合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”的限度，是合理、合法的。

## 5.4. 小结

被申请人明知在《中外合作合同》约定了在己方完成出资义务之前，银星商场的使用、收益归属于申请人独立支配，被申请人和合作公司都无权干涉的情况下，为了追求单方利益，私自将银星商场出租给江州百货并收取租金，江州百货退租后，又采取各种手段阻挠申请人对银星商场的实际控制，使申请人无法将商场出租以获得收益。被申请人的这些行为，构成了对《中外合作合同》的严重违反，同时也在很大程度上侵犯了申请人的财产权利，依照《民法通则》和《合同法》的相关规定，应当承担相应的违约责任和侵权责任，发生两种责任的竞合。因此，申请人依法有权择一行使赔偿请求权，要求被申请人承担违约责任，赔偿因其违约行为给申请人造成的可得利益的损失，包括 7 年的租金 2100 万元和相应利息。

## 6. 鉴于被申请人根本违约，应当解除《中外合作合同》，解散合作公司

由于被申请人拒不履行《中外合作合同》及《合作章程》规定的义务（6.1.），导致《中

<sup>36</sup> “约定算法”，即人民法院可以根据当事人事先约定的可得利益的数额或因一方违约产生的可得利益损失赔偿额，计算可得利益损失的方法来确定赔偿责任。

<sup>37</sup> “收益对比法”，即依通常方法比照受害人相同条件下所获得利益来确定应赔偿的可得利益损失。此种方法又可分为平均收益对比法和同类收益对比法。前者是指以受害人在上一收益时间段的收益作为参考标准，来确定应赔偿的可得利益损失。后者是指以同类合同、同时期内实际履行所取得的财产利益，同类企业在某个时期获得的平均利润，或以某项设备投入正常运行时所获得的财产利益等作为参考标准，来确定受害人的可得利益损失。

<sup>38</sup> “衡情估算法”，即人民法院在审理可得利益损失赔偿纠纷案件中难以准确地确定受害人的可得利益损失数额时，可根据案件的具体情况，衡情估算，依自由裁量权，责令违约方支付一个大致相当的赔偿数额，以合理填补受害人所遭受的可得利益损失。

<sup>39</sup> 1997 年底，银星商场的土建、装修已经完成并已投入使用。

外合作合同》中规定的目的无法实现、合作公司无法继续经营，因此，应当解除《中外合作合同》（6.2.），并解散合作公司（6.3.），且被申请人应向申请人承担赔偿责任（6.5.）。

#### 6.1. 被申请人不履行《中外合作合同》及《合作章程》规定的义务

《中外合作合同》第 14 条明确规定了被申请人的出资期限：“合同经批准后，乙方按付款计划表付款。……在领取营业执照三十天内，乙方应认缴其出资额的 15%；在领取营业执照的三个月内，乙方应认缴其出资额的 50%；在领取营业执照的半年内，乙方应认缴其全部出资额。”但合作公司除了在第一期出资期限内收到被申请人汇入的 62 万美元外，在第二、第三次被申请人出资期限届满的时候，合作公司都没有收到被申请人的出资款。如前所述，被申请人所主张的广州庆德服装有限公司汇入合作公司的 1400 万美元、他汇入陇西省高级人民法院帐户的 180 万均不符合法律规定及《中外合作合同》规定的出资形式，不能认定为出资。因此，被申请人构成迟延履行。

被申请人不仅没有履行继续建设银星大厦的合同义务，被申请人还违反了《中外合作合同》第 17 条对大厦已建成的商场、舞厅、仓库等全部收入在被申请人投入全部注册资本后才开始归属合作公司的约定，利用合作公司提前收取银星商场的收入，亦构成违约。

#### 6.2. 被申请人的违约行为致使合同目的无法实现，应当解除合同

《合同法》第 94 条第 4 款规定：“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。”

在本案中，被申请人的前述行为，致使合作公司陷入经营停顿、机构瘫痪状态，公司名存实亡，难以营利和继续发展。申请人曾善意真诚地希望与被申请人开展合作，实现共赢，但由于被申请人的严重过错和屡屡违约，申请人与其之间的友好合作和信任关系已经被破坏，申请人不可能再与被申请人继续合作，合作合同约定的“在江州建设、经营一综合性现代化服务中心，并在此基础上进行其他方面合作，使合作双方都能尽快收回投资”的目的也完全无法实现。因此，申请人根据《合同法》第 94 条要求解除合同。

#### 6.3. 被申请人的违约行为导致合作公司无法继续经营，合作公司应当解散

《中外合作经营企业法实施细则》第 48 条第 1 款第 3 项规定：“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，合作公司应解散。”

在本案中，被申请人不履行《中外合作合同》及《合作章程》规定的义务的行为导致合作公司无法继续经营。被申请人未履行出资和继续建设银星大厦的义务的行为，导致公司资金不到位，无法正常运营。作为控股股东，被申请人对公司的日常工作负有主要责任，但是却从 2002 年起未给公司办理年检也从未进行税务登记，致使合作公司陷入经营停顿、机构瘫痪的名存实亡状态。而且被申请人违反《中外合作合同》约定，以合作公司名义占有、使用和出租应属申请人所有的银星商场，并对申请人对银星商场行使使用、收益权进行种种干扰和阻挠，使申请人遭受了巨大的经济损失。被申请人的行为违反了《公司法》第 20 条的规定，滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益，<sup>40</sup> 破坏了申请人与其的友好合作关系，合作公司已经无法继续经营下去，它的继续存在不会使双方获得任何收益，只会扩大申请人和被申请人的损失。据此，申请人要求根据《中外合作经营企业法实施细则》第 48 条，解散合作公司。

#### 6.4. 合同解除后没有溯及力，被申请人无权要求返还其全部投资及相应利息

《合同法》第 97 条规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

<sup>40</sup> 《公司法》第 20 条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。”

从该条无法确定何种合同解除后可以要求恢复原状,合同法和相关司法解释都未对该问题做明确说明,实践中一般由法官自由裁量。鉴于本案中《中外合作合同》固有的继续性,解除后没有溯及力,被申请人无权要求返还其全部投资及相应利息。

合同解除有无溯及力应视合同约定的履行行为的性质而定:继续性合同无溯及力,而非继续性合同有溯及力。<sup>41</sup>因此,继续性合同解除后,仅发生向后的终止效力;尚未履行的,终止履行,对合同解除前的行为则无溯及力。

所谓继续性合同,指债的内容,非一次给付可完结,而是继续地实现,其基本特色系时间的因素在债的履行上居于重要地位,总给付之内容系于应为给付时间之长度。<sup>42</sup>继续性合同与一次性合同相比,具有三个特征:时间性给付因素对给付起决定作用、合同性质具有单一性即所有的给付都是基于一个合同、合同给付具有牵连性。<sup>43</sup>

《中外合作合同》具有继续性,因为《中外合作合同》的目的是建立和经营合作公司,并通过合作公司使合作双方获得利益。《中外合作合同》第7条也明确规定:“甲、乙方合作经营的目的是:在江州建设、经营一座集吃、住、购物、娱乐于一体的综合性现代化服务中心;并在此基础上进行其他方面的合作,使合作双方都能尽快收回投资。”这个目的决定双方的给付不可能是一次性的,必须是持续一定时间的多次义务的履行之集合体。为实现《中外合作合同》的目的,合同双方必须依照合同约定履行各自的出资义务,并互负继续建设银星大厦、维护公司正常运营、执行董事会决议等义务,这些义务不能一次性完成。而且合作合同下的义务完成后不可恢复,如股东一经出资,他的资金便已成为公司的财产,股东开始享有股权,可以对公司事务行使表决权、参与公司利润分配、对公司重大事务作出决策。合作合同若解除,这些要恢复原状是不可能的。

因此,申请人与被申请人签订的《中外合作合同》属继续性合同,在解除后没有溯及力。即合同解除,只向后发生终止履行的效力,合同解除前的权利义务关系依然有效,对于已经履行部分各方都不负返还义务。因此被申请人主张返还全部投资及相应利息没有法律依据。

#### **6.5. 被申请人未履行合作合同、章程规定的义务,应当对履行合同的申请人承担赔偿责任**

《中外合作经营企业法实施细则》第48条第2款规定:“在前款第三项所列情形下,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。”

在本案中,被申请人违反了依法按约如期有效出资(2.)和继续建设银星大厦的义务(3.),申请人享有同时履行抗辩权,依法得采取相关手段维护自己的合法权益(6.5.1.);被申请人无权撤销《中外合作合同》(6.5.2.),且应当赔偿申请人所遭受的损失(6.5.3.)。

##### **6.5.1. 被申请人未依约履行义务,申请人享有同时履行抗辩权**

如前所述,被申请人违反了依法按约如期有效出资和继续建设银星大厦的义务。因此,根据《合同法》第66条规定:“当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。”在本案中,合理经营、管理合作公司,是合作公司所有股东的共同的义务,没有先后履行顺序,《中外合作合同》也未对履行顺序做特别规定,因而属于应同时履行的义务。在被申请人未依法出资、不履行建设义务,构成严重违约的情况下,申请人享有同时履行抗辩权,因而有权拒绝被申请人的履行要求。

《民法通则》第5条规定:“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个

<sup>41</sup> 参见袁小梁:《析合同解除的三点争议》,载《法律适用》2004年第2期。

<sup>42</sup> 参见王泽鉴:《民法债编总论》,台湾三民书局1993年版,第109~110页。

<sup>43</sup> 参见栾志红:《关于继续性合同的几个问题》,载《法学论坛》2002年第5期。

人不得侵犯。”《公司法》第 20 条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。”而在本案中，如前所证，银星商场并不是申请人的出资范围，申请人享有银星商场的所有权，但合作公司成立后，被申请人便将其随意改建，并利用其把持合作公司的便利，以合作公司名义将银星商场出租给江州百货有限公司。被申请人的行为侵害了申请人的所有权，申请人对这种侵权行为进行干涉是为避免自己的合法权益遭受侵害，具有正当性、合法性，并非被申请人所言的故意阻挠合作公司经营行为。申请人为实现双方互利共赢，诚心诚意地与被申请人合作建设、经营银星大厦，并已交付了银星大厦，申请人的出资义务已经履行完毕。在合作经营的过程中，申请人一直遵守《中外合作合同》和公司章程的规定，履行自己的股东义务。被申请人主张申请人阻挠合作公司正常经营，构成严重违约，没有法律依据。

## 6.5.2. 被申请人无权撤销《中外合作合同》

### 6.5.2.1. 被申请人并未恶意隐瞒银星大厦已经设立抵押权的事实

被申请人声称申请人恶意隐瞒了银星大厦已经设立抵押权的事实。针对这一主张，申请人承认，在磋商合作事宜时，没有主动告知被申请人银星大厦已经设立抵押权这一事实，申请人存在过失。但同时需要提请仲裁庭考虑的是，申请人以设有抵押权的银星大厦作为出资，实属无奈。申请人看好银星商业大厦建成后的商业利益，为建设也已付出很大的成本代价，后因资金问题无法独立进行，而申请人实在不愿舍弃如此大好的商业机会。而且，申请人原本以为，通过合作经营一定能获得收益，并很快将贷款偿还完毕，不会拖累合作公司。但合作公司成立后，被申请不履行出资义务，导致公司无法经营，被申请人还无理占据银星商场，使得申请人的预期收益无法实现，才给合作公司造成了一定影响。在整个过程中，没有任何事实表明申请人实施了积极的隐瞒行为，不具备主观恶意。况且，被申请人作为有经验的市场主体，在进行交易时未进行审慎调查，其自身也有一定过失。

### 6.5.2.2. 被申请人丧失对《中外合作合同》的撤销权

即便认为申请人未主动告知设立抵押这一事实的行为构成欺诈，并根据《合同法》第 54 条第 2 款的规定，<sup>44</sup> 认定《中外合作合同》为可撤销合同，被申请人也已丧失撤销权。

《合同法》第 55 条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”

第一，如被申请人在《答辩书》中所言，其于 2000 年 3 月初便已知道申请人作为出资条件的银星大厦上设有抵押权，也就是被申请人当时已经知道自己可以申请撤销《中外合作合同》，但是，被申请人一直没有向法院或仲裁机构申请撤销，该撤销权于 2001 年 3 月便已消灭。

第二，被申请人知道申请人此前将银星大厦设立抵押后，并没有表示要撤销合同，反而以自己的财产帮助申请人偿还建设银星大厦所欠下的贷款，而且在 2000 年 4 月 18 日的《第二次董事会决议》中明确表示：“双方同意继续建设、装修、经营和对外出租银星大厦，外方同意将合作公司 2001 和 2002 年两年收入共 600 万人民币交付中方供中方归还贷款本息，

<sup>44</sup> 《合同法》第 54 条第 2 款规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

《涉外经济合同法》第 10 条：“采取欺诈或者胁迫手段订立的合同无效。”《合同法》第 54 条第 2 款规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 3 条：“人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法。”故适用新《合同法》第 54 条第 2 款的规定。

并进一步通过银行贷款进行投资。”故被申请人已经明确表示放弃撤销权，这表明其事后认可和接受了申请人未告知银星大厦已设立抵押的行为，已不能再因申请人隐瞒重要事实要求申请人承担责任。

### 6.5.3. 被申请人应赔偿申请人的损失

《合同法》第 113 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益……”据此，被申请人应赔偿申请人因其违约所造成的损失，包括被申请人依约履行，申请人可得的公司营利收入\*\*\*\*\*元、申请人与被申请人交涉违约事项所支付的通讯费、交通费\*\*\*\*\*元。

## 7. 被申请人应承担本案的仲裁费用

申请人依《中外合作合同》之规定，向国际商贸仲裁委员会提起针对被申请人的仲裁，请求被申请人赔偿因其违反《中外合作合同》规定的出资和继续建设银星大厦的义务给申请人造成的损失、7 年来银星商场租金损失人民币 2100 万元及相应的利息，并向申请人交还超过申请人出资额部分的银星商业大厦辅楼的所有权和经营权。由此仲裁所生之费用应由被申请人承担。

鉴于上述事实和法律依据，申请人请求仲裁庭支持申请人的仲裁请求。

此致

中国国际经济贸易仲裁委员会

申请人：中国陇西省江州市宏源产业有限公司（章）

代理人：XXXX（XXX 律师事务所律师）

XXXXB（XXX 律师事务所律师）

2007 年 10 月 30 号

## 第五部分 附件

### 1、附件一：《授权委托书》

## 授权委托书

委托人：中国陇西省江州市宏源产业有限公司

受委托人：姓名：**XXXXA**，工作单位：**XXX 律师事务所**

职务：**律师** 电话：**XXXXXXXXXX**

姓名：**XXXB**，工作单位：**XXX 律师事务所**

职务：**律师** 电话：**XXXXXXXXXX**

现委托上列受委托人在我与德曼国慕尼黑有限公司因中外合作经营纠纷一案中，作为我方的仲裁代理人。

代理人 XXXXA 和 XXXB 的代理权限为：特别授权代理。包括代为提起仲裁申请、应诉或答辩，代为参加仲裁开庭审理，代为承认、变更、放弃仲裁请求，代为谈判，代为和解、参加调解，代为提起反请求、提起诉讼，代为申请诉讼保全，代为申请执行，代为调查取证，代为签收法律文书。

委托人：中国陇西省江州市宏源产业有限公司（公章）

2007年10月15日

2、附件二：证据清单

序号	证据名称	证据来源	证明对象
1	《中外合作江州银星有限公司合同》	申请人与被申请人签订	1. 证明双方合作经营的目的； 2. 双方对各方出资范围、形式和期限的约定； 3. 双方对合作经营其他事项的约定。
2	《中外合作江州银星有限公司合作章程》	申请人与被申请人签订	证明双方对出资数额和形式的约定。
3	汇入款项证明	合作公司提供	1. 证明合作公司收到广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入的 1400 万元； 2. 证明被申请人将 180 万美元汇入的是陇西省高级人民法院的帐户； 3. 证明被申请人出资期限不符约定。
4	《陇西省毕毕会计事务所资本验证报告》[ 2000 ] 陇毕会证字第 101 号	毕毕会计事务所出具	证明申请人投入的银星大厦主楼价值为 3136 万元 ( 折合美元 392 万 ) , 已经满足申请人出资额。
5	《中外合作江州银星有限公司第二次董事会决议》	合作公司董事会出具	证明被申请人认可申请人行为，同意继续合作经营。

3、附件三：本书面代理意见副本 4 份