

队伍编号：14号

第八届“理律杯”全国高校
模拟法庭竞赛

申请方书面代理意见

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

第一部分 请求事项.....	6
第二部分 案件事实.....	7
1 合同签订与公司成立阶段.....	7
2 合同履行及变更阶段.....	7
3 修订合同履行与提前终止阶段.....	7
第三部分 法律适用.....	9
1 程序法方面的适用.....	9
2 实体法方面的适用.....	9
2.1 《民法通则》的适用.....	9
2.2 《合同法》的适用.....	9
2.3 《中华人民共和国中外合作经营企业法》的适用.....	10
第四部分 申请意见.....	11
1 《合作合同》和《购电协议》有效.....	11
1.1 《合作合同》有效.....	11
1.1.1 相关法条的规定.....	11
1.1.2 《合作合同》满足合同的成立要件.....	11
1.1.3 《合作合同》满足合同的生效要件.....	11
1.2 变更后的合同有效.....	12
1.3 《购电合同》有效.....	12
1.4 《合作合同》第七条和第十四条的约定有效.....	12
2 违约责任的归责原则.....	12
2.1 本案中所涉及法律中有关归责原则的规定.....	13
2.1.1 《民法通则》的归责原则.....	13
2.1.2 《涉外经济合同法》的归责原则.....	13
2.1.3 《合同法》的归责原则.....	13
2.2 严格责任原则在违约责任领域的优势性地位.....	13
2.3 本案应适用严格责任原则.....	14
3 被申请人违反了《合作合同》和《购电协议》，应当承担损害赔偿.....	14
3.1 被申请人未履行保障最低发电量的义务，应承担损害赔偿.....	14
3.1.1 被申请人存在违约行为.....	14
3.1.2 申请人受有损害.....	16
3.1.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系.....	17
3.1.4 被申请人没有免责事由.....	17
3.1.5 被申请人未履行保障最低发电量的义务的违约行为是造成提前终止合同的主要原因.....	19
3.2 被申请人未按时履行出资的义务，应承担损害赔偿.....	19
3.2.1 被申请人存在违约行为.....	20
3.2.2 申请人受有损害.....	21
3.2.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系.....	21
3.2.4 被申请人没有免责事由.....	21
3.3 被申请人未履行正常购电的义务，应承担损害赔偿.....	21

3.3.1 被申请人存在违约行为	21
3.3.2 申请人受有损害	22
3.3.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系	22
3.3.4 被申请人没有免责事由	22
4 被申请人应赔偿申请人经济损失 1600 万美元.....	22
4.1 违约责任的赔偿范围	22
4.2 被申请人应赔偿未履行保障最低发电量义务而给申请人造成的损失	23
4.2.1 被申请人应承担履行合同后申请人的可得利益损害赔偿	23
4.2.2 被申请人应承担申请人亏损的赔偿责任	23
4.3 被申请人应赔偿因其未按时履行出资义务而给申请人造成的损失	23
4.3.1 申请人有权收取迟延支付金额的利息	24
4.3.2 被申请人应承担因其资金不到位造成的申请人的其他财产损失	24
4.4 被申请人应赔偿因其未履行正常购电的义务而给申请人造成的损失	24
5 被申请人应承担本案的其他费用.....	24
第五部分 情理辩护.....	25
第六部分 总结.....	26
第七部分 附件.....	27

申请人：新泰国辉运能源投资有限公司

联系地址：**** 联系电话：*****

申请人代理人：*A，***律师事务所律师**

律师事务所地址：**** 联系电话：*****

申请人代理人：*B，***律师事务所律师**

律师事务所地址：**** 联系电话：*****

被申请人：中国福元市电力公司

联系地址：**** 联系电话：*****

尊敬的首席仲裁员、仲裁员：

我们接受本案申请人新泰国辉运能源投资有限公司的委托，依据《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国仲裁法》的有关规定，担任本次仲裁的代理人。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和了解，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 请求事项

- (1) 认定被申请人违反《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；
- (2) 被申请人赔偿申请人经济损失 1600 万美元（自仲裁立案之日起按每日万分之二点一计算利息）；
- (3) 裁定被申请人承担本案的仲裁费、财产保全费和财产保全担保费。

第二部分 案件事实

为方便仲裁庭进行裁决，本着尊重客观事实的原则，现将本案涉及的重要案件事实按照时间顺序予以整理如下：

1 合同签订与公司成立阶段

(1) 1993年初至1994年4月，申请人与被申请人（前身为电力局）就在中国福元市共同建设火力发电厂问题进行了接触和磋商；在充分协商的基础上，双方签订了《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》），并经福广省对外经贸委批准生效。

(2) 1994年4月15日，合作公司取得企业法人营业执照。

2 合同履行及变更阶段

(1) 1994年4月至1995年底期间，被申请人称其在该项目的配套资金被市政府挪用，不能按照《合作合同》约定的期限出资，导致合作公司不能如期完成厂房等基础设施建设，已到岸的瑞典RRR发电设备只能在广州保养，已在德意志FDS公司制造完毕的柴油机设备不能按时运抵合作公司。

(2) 1995年底至1997年1月份期间，申请人以及申请人的贷款人WWW银团和申请人融资的担保人巴伐利亚FFA公司（下称申请人担保人）多次与被申请人和福元市政府就项目问题进行磋商。直到1996年1月22日，福元市政府办公室做出承诺由市委市政府和市供电局统一协调，解决被申请人投资款项不到位的问题。但之后被申请人配套资金问题一直没有得到解决。

(3) 1996年12月17日合作公司召开董事会会议，批准了公司重组方案，并批准对原《合作合同》和公司章程进行修改，后经福广省对外经贸委批准。出于申请人友好合作的诚意，在重组方案，申请人从申请人担保人FFF集团公司借款880万美元用于福元电厂的继续建设。而在其变更后的《合作合同》中，也增加了申请人在投资总额和注册资金中所占比例。

(4) 与此同时，合作公司、申请人与被申请人三方签署了《3.5万千瓦福元柴油机发电厂经营管理与购电协议》（以下称《购电协议》）。但却由于被申请人对国家法律认识不清的原因，担保方向合作公司出具的不可撤销的《履约担保》实为无效。

3 修订合同履行与提前终止阶段

(1) 1997年8月至1998年11月期间，合作公司在获知五部委及电力工业部下发的文件后与被申请人一起向省电力局呈送《关于免征上网配套费的请示报告》，而在省电力局批示中，回复要求有福元市供电局掌握执行。但是被申请人却请示所谓主管部门市水利局，得到福元市电厂应交纳上网配套费的答复。至此，被申请人始终没有得到明确有效地答复，而之后也未努力解决这一问题。在此期间，合作项目建设完工，并通过验收。

(2) 2000年1月26日，合作公司召开了全体董事会议，就继续经营的可行性和终止合作公司事宜进行了专题讨论。出于无奈，申请人最终同意提前终止《合作合同》，并经原审批机关批准。之后，合作公司清算委员会完成了仅就公司财务进行清算的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》。

(3) 2001年至2003年期间，双方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经多次磋商，因被申请人拒绝承担导致合同提前终止的合同责任，未能达成一致意见。2003年12月15日，双方代表及合作公司代表签署了《关于设备退运后工作安排的共识》，同意在向海关办理设备退运手续后就上述问题继续进行协商。

(4) 2004年12月16日，由于被申请人一直不承认其违约行为，否认其应承担的合同责任，虽历经数次协商，终不能达成协议。申请人向中国国际经济贸易仲裁委员会XXX分会提出仲裁申请。

第三部分 法律适用

根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）和《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）的规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。双方在《合作合同》第十八条约定：“双方同意在合同存续期间严格遵守中华人民共和国现行法律，并接受其管辖。”此约定表明双方选择适用中国的法律。因此，本次仲裁应当适用中国的法律。

1 程序法方面的适用

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》的有关规定。

2 实体法方面的适用

2.1 《民法通则》的适用

《民法通则》颁布于1986年4月12日，在2009年8月27日进行了部分修改。鉴于《民法通则》在整个民法体系中的帝王地位，以《民法通则》的精神指导本案的仲裁是十分必要的。

《合作合同》签订于1994年3月1日，约定由双方共同出资，在福元市建设、经营装机容量为3.5万千瓦的柴油发电厂。因而应当适用2009年修改前的《民法通则》及于1988年实施的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》。

2.2 相关合同法律的适用

1985年7月1日起施行的《涉外经济合同法》第二条规定：“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》）颁布于1981年12月13日，于1993年第一次修改，修改后的《合同法》于第二条规定：“本法适用于平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系而订立的合同。”

《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）》^①（以下简称《合同法解释（一）》）第一条规定：“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。”第二条规定：“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《合作合同》签订于1994年3月1日，并于1994年4月15日取得企业法人资格，故本案应适用《涉外经济合同法》、《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〉若干问题的解答》，法律没有规定的，可以适用新《合同法》的有关规定。此外，《合作合同》于2000年5月15日终止，合同约定的履行期

^① 基于司法解释是依据法的精神所作出，因而在法律没有明确规定的情况下可以参考司法机关的解释对条文予以适用。

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。

2.3 《中华人民共和国中外合作经营企业法》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。

本案中外合作公司福元电力有限公司成立于1994年4月8日，应适用上述法律。

双方行为涉及其他法律之规定，应依法处理。

第四部分 申请意见

1 《合作合同》和《购电协议》有效

1.1 《合作合同》有效

1.1.1 相关法条的规定

根据《民法通则》第五十五条之规定：“民事法律行为应具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或社会公共利益根据《涉外经济合同法》第七条的规定：“……中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准的合同，获得批准时，方为合同成立。”

1.1.2 《合作合同》满足合同的成立要件

虽然《涉外经济合同法》没有明确区分合同的成立与生效，而是将其一并纳入合同订立一章予以讨论。但是根据学界的普遍观点，合同的成立与合同的生效是两个不同的范畴。因此，申请人分为合同成立与合同生效两部分加以讨论。

根据上述法条的规定，可以得出合同的成立要件包括：一、存在双方或多方当事人；二、对主要条款达成合意，即合同当事人双方相互做出的意思表示一致；三、符合法律关于合同形式和合同内容的规定。

本案双方当事人自“1993年初开始接触，有意在中国投资建立火力发电厂。经协商，双方于1993年12月1日签订了《举办中外合作经营福元发电厂项目意向书》。1994年3月1日，双方签订了《合作合同》和《公司章程》，约定由双方共同出资，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。”表明双方对主要条款已达成了。同时，不难发现合同已明确规定了履行期限、履行地点等内容。所以，申请人认为《合作合同》已充分满足了合同的成立要件。

1.1.3 《合作合同》满足合同的生效要件

根据前述法条，还可以得出合同的生效要件包括：一、当事人缔约时具有相应的缔约能力。所谓缔约能力是指合同行为主体（自然人、法人、其他组织）据以缔结合同的法律资格；二、意思表示真实；三、不违反法律、行政法规的强制性规定，不损害国家或社会的公共利益；四、对于某些特定类型的合同，需经审批机构批准后才能生效。

根据《涉外经济合同法》第二条的规定：“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（以下简称合同）。但是，国际运输合同除外”由该条款可看出申请人与被申请人均具备缔结合同的主体资格，具有缔约能力。同时，双方在订立合同的过程中并不存在真意保留、虚伪表示、隐藏行为、错误、误传等造成意思与表示不一致的行为，也不存在欺诈、胁迫、乘人之危等造成意思表示不自由的行为，当事人之间的意思表示不存在瑕疵，满足合同生效要件二的要求。最后，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。审查批准机关应当自接到申请之日起四十五天内决定批准或者不批准。”1994年4月4日，福广省对外经贸委以“福经贸资批字（1994）08号文”批准《合作合同》生效的行为使合同生效要件三、四得以满足。

综上所述，双方当事人于1994年3月1日签订的《合作合同》满足合同的成立要件与生效要件，《合作合同》为有效合同。

1.2 变更后的合同有效

合同的变更需满足以下条件：

一、需存在有效的合同关系。如上所述，双方当事人变更前的《合作合同》为有效合同，满足该条件。

二、合同的内容需有变更。修订后的《合作合同》对双方的出资比例等合同内容做出变更，符合该条件。

三、变更本身的有效性。本案中的合同变更属于协议变更，是以另外一个新合同代替旧合同，因而应符合合同的成立和生效要件。修订后的《合作合同》是双方经过协议做出的真实的意思表示，满足合同的成立要件与生效要件。同时，修订后的《合作合同》获得了福广省对外经贸委的批准，符合《中外合作经营企业法》第七条之规定：“中外合作者在合作期限内协商同意对合作企业合同作重大变更的，应当报审查批准机关批准。”

综上所述，合同的变更为有效变更，变更后的合同为有效合同，对双方当事人应发生法律效力。

1.3 《购电合同》有效

根据前述合同的成立要件和生效要件，《购电协议》与合同有效的各项要件相契合，具有相应的法律效力。

1.4 《合作合同》第七条和第十四条的约定有效

《合作合同》第七条、第十四条未违反法律、行政法规的强制性规定，反请求第二项不成立。

《涉外经济合同法》第九条确实规定：“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益”的合同无效。”但对于此处的法律应做如下理解：

一、该法律应当是全国人大及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规

根据《合同法解释（一）》第四条之规定，合同法实施之后确认合同无效应当以全国人大及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。因此，上述条款中提到的“法律”应为全国人大及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规，地方性法规与行政规章不包括在这其中。之所以将国务院部委的规章以及地方性规章排除在外，主要是因为关于合同的法律是市场经济的基本大法，是市场交易的基本规则，统一大市场的建立要求交易规则的统一，要求合同法制的统一，因此，不允许不同的部门及不同的地方设立不同的交易规则。^①

二、该法律应当是全国人大及其常委会、国务院制定的强制性规范。所谓强制性规范，是指不论当事人意思如何，均应适用的规定，且具有强制适用的效力。进一步来讲，即大凡关系到国家一般利益、社会秩序、市场交易安全、及善意第三人利益保护等重大事项，法律设强制性规定，以排斥当事人自由的规范。违反公法和私法中的强制性规定^②都可导致合同无效。根据多数学者的观点，违法无效的类型可以分为以下三类：（1）违反宪法有关公民基本权利的规定；（2）违反刑法的有关规定；（3）违反经济行政法的强制性规定。^③

三、显然，申请方并没有违反上述三项中任何一项的规定，由此可以说明申请人并未违反法律、行政法规的强制性规定。被申请人的仲裁反请求第二项不成立。《合作合同》第七条、十四条不具备无效条件。

2 违约责任的归责原则

^① 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2008年3月第2版，第151页。

^② 如违反《合同法》第53条、第200条、第214条、第272条、第343条。

^③ 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2008年3月第2版，第153页。

违约责任中的归责，是指合同当事人因不履行合同债务的行为发生以后，应依何种根据使其负责。在归责过程中，必须依循一定的归责原则，从而正确认定责任。所谓归责原则，乃是确定违约当事人的民事责任的法律原则。各国民事立法在合同责任的归责原则方面，主要采纳了过失责任或严格责任原则。^①

所谓过错责任原则，是指“在一方违反合同规定的义务，不履行和不当履行合同时，应以过错作为确定责任的要件和确定责任范围的依据”。^②所谓严格责任原则，是指“不论违约方主观上有无过错，只要其不履行合同债务给对方当事人造成了损害，就应当承担合同责任”^③。过错责任原则与严格责任原则共同构成我国违约责任规则体系的二元机制，并在相当长的时间内博弈抗衡。为下文进行违约责任分析之便，在此对本案的归责原则予以厘清。

申请人在法律适用部分已述及，申请人认为本案争议应适用《民法通则》作为民事基本法，涉及合同法实施以后双方因合同履行而发生的争议应当适用《合同法》第四章关于合同履行的规定，关于《合作合同》内容本身所引起的争议应当适用《合同法》实施以前的法律，即《涉外经济合同法》。

2.1 本案中所涉及法律中有关归责原则的规定

2.1.1 《民法通则》的归责原则

《民法通则》第一百零六条第一款规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”《民法通则》第一百一十一条规定：“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。”依据此条，通说认为《民法通则》采用的为严格责任原则。

2.1.2 《涉外经济合同法》的归责原则

在现行法之中，《涉外经济合同法》明确将违约责任规定为严格责任。该法第十八条规定：“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收到的损失的，另一方有权要求赔偿损失。”条款中明确排除了过错在构成违约方面的必要性，质言之，确定了严格责任原则的地位。

2.1.3 《合同法》的归责原则

《合同法》第一百零七条规定：“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。”这个条文中并没有出现“但当事人能够证明自己没有过错的除外”的字样，被认为是采取了严格责任原则。^④

2.2 严格责任原则在违约责任领域的优势性地位

严格责任原则符合国际社会合同法领域的立法趋势，其适用在我国合同法领域也得到广泛赞同。同时，其自身的构成要件特征与合同法的内在精神更为契合，故此，无论在国际立法还是国内立法中均发挥着愈加重要的作用。

就世界范围内来看，一般而言，大陆法系民法关于违约责任一般采过错责任原则，英美法系一般采严格责任原则。但就目前趋势来看，两大法系在违约责任规则原则体系出现了明显的融合的趋势。其中重要的表现为，严格责任原则一方面开始进入大陆法系民事归责原则体系并发挥重要作用，另一方面严格责任原则在国际公约中得到广泛的适用。如国际统一司法协会起草的《国际商事合同通则》、欧洲合同法委员会起草的《欧洲合同法原则》、《联合国国际货物销售合同公约》均采纳过错责任原则，可见上述国际条约正是两大法系的权威学者在经过充分的斟酌权衡后所达成的共识，反映了合同法发展的共同趋势。

^① 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第48页。

^② 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第75页。

^③ 参加崔建远：《合同责任研究》，吉林大学出版社1992年版，第17页。

^④ 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2008年3月第2版，第528页。

反观我国合同法领域，严格责任原则与过错责任原则作为违约责任的两大归责原则，也曾有相当长时间的博弈与抗衡。1986年颁布的《民法通则》的有关规定，确立了严格责任原则在我国民事基本法领域的地位。1985年的《涉外经济合同法》明确确定了严格责任原则。《合同法》颁布前，我国合同法律领域内《经济合同法》、《技术合同法》、《涉外经济合同法》三大法律并存，其中关于违约责任规则原则的规定有所不同，在理论界曾掀起两大归责原则博弈的高潮。1999年，《合同法》的颁布在理论界起到定纷止争的作用，它在合同领域统一确立了以严格责任原则为基础以过错责任为例外的归责原则体系。由此，我国合同法领域规则原则的规定开始与国际接轨，步入严格责任原则为基础的时期。

严格责任的优点也是显而易见的，在严格责任下，不履行与违约责任直接联系，有违约行为即有违约责任，违约行为与违约责任互为因果关系，有利于促使当事人严肃对待合同，有利于合同的严肃性。违约行为发生后，违约责任当然发生，如果没有免责事由，即应承担违约责任。可以避免在过错责任原则之下违约方总是企图寻求无过错的理由以期逃脱责任的现象，有利于增强当事人的责任心和法律意识。^①

2.3 本案应适用严格责任原则

综合上述内容，可知无论在民事基本法领域还是在合同法领域，严格责任原则的基础性地位毋庸置疑。同时，无论依据《涉外经济合同法》还是《合同法》进行的违约责任规则，均应当适用严格责任原则为宜。此外，严格责任原则因其特有的优势，已经为国际社会及中国大陆普遍接受并广泛适用。故此，申请人以严格责任原则对于被申请人的违约进行详细分析。

3 被申请人违反了《合作合同》和《购电协议》，应当承担损害赔偿責任

3.1 被申请人未履行保障最低发电量的义务，应承担损害赔偿責任

3.1.1 被申请人存在违约行为

违约行为是指“由一方当事人不合理拒绝或者不履行合法和强制性的合同义务，即完全不履行根据合同应负有的任何义务，通常表现为拒绝履行、不履行、迟延履行或不当履行等形式”^②。违约行为发生的前提是当事人之间已经存在着合同关系，基于前述，双方签订的合同及相关条款有效，因此合同关系存在。

3.1.1.1 被申请人承担保证合作公司最低发电量的义务

根据《合作合同》第七条第一项规定：“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”，该条款是针对公司重组后电力的销售进行的约定，其中中方为购电方。由于《合作合同》是作为外方的申请人和代表中方的被申请人双方签订的，因此本条款中购电方系被申请人一方。本条款既赋予了被申请人收购申请人所生产的电力的权利，也规定了被申请人必须正常购进全部电力、并网发电，以保证合作公司最低发电量的义务。

同时，依据电力工业部1996年9月29日颁布并生效的《关于规范购电合同管理的暂行办法》第五条“购电方应……按合同规定购买正常购电量，根据需要和可能收购超发电量”和第十条“正常购电量是与机组的额定功率乘以基本利用小时相应的上网电量，是购售双方在正常运营条件下购电访应收购电量”的规定，双方在《合作合同》第七条第二项中进一步规定了“中方保证在合作公司的设备正常生产的情况下，允许合作公司每台机组每年运行不少于4667小时，生产电量每年不少于12000万千瓦时”，此处明确了在购售电环节，被申请人应购进不少于12000万千瓦时的电量，保证合作公司的最低发电量，以确保售电方的正

^① 参见梁慧星：“从过错责任到严格责任”，载于《民商法论丛》第8卷第6页。

^② 参见《牛津法律大辞典》，法律出版社，2003年7月版。

常运行和生产。此处应当将《合作合同》中设定的 12000 万千瓦时的电量理解为购电方应按照合同规定所购买的正常发电量。

而在《合作合同》第十四条第二、三项的表述中，进一步以归责的方式明确了被申请人违反第七条中保证合作公司正常并网发电的义务所造成的法律责任及相应损失由被申请人承担，并对导致公司不能正常并网发电的情形予以了明确说明，包括“合作公司所发的电不能上网”、“中国法律、法规、条例及政策的变化因素”、“福元市方面原因使合作公司未能足额发电或未能足额收取电费”等，被申请人有义务就上述可能出现的问题积极予以解决，以实现第七条中保障最低发电量的义务。

基于前述，《合作合同》第七条和第十四条有效，故而据此可知，被申请人负有在《合作合同》存续期间保障合作公司最低发电量的义务，并应当以积极作为的方式履行相关义务，以确保合同的正常履行。

3.1.1.2 被申请人未履行保障合作公司最低发电量的义务

由电力工业部《小火电机组建设管理暂行规定》中“凡拒交上网配套费的，要从上网电费中扣缴或解列运行”等规定可知，如果合作公司因种种原因无法交网上网配套费，将有可能面临着无法正常并网发电的不利后果，合作公司的最低发电量将无法得到保障。被申请人在于 1997 年 9 月获知国家计委等五部委联合下发的“计机轻[1995]2372 号文”及电力工业部下发的《小火电机组建设管理暂行规定》并当即交给申请人商量如何解决，应当理解为被申请人和申请人均对上网配套费可能导致的不利后果——公司最低发电量无法得到保障——有所了解，因此被申请人也应采取相应的有效地措施避免上网配套费问题给合作公司造成不必要的损失，同时也是在履行保障合作公司最低发电量的合同义务。

但根据申请人和被申请人的陈述可知，福广省电力局已经多次下文同意福元发电厂发电并网运行，此后又在“福电用处[1998]20 号文”中明确答复“上网配套费的收取由福元市供电局掌握执行”，并在“福电办[1998]37 号文”中进一步对掌握执行的范围予以了说明，即“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”。而此后“被申请人就如何掌握执行的问题，请示主管部门福元市水利局”，显然对于上网配套费的收取与否、收取多少，被申请人对此有很大影响力。但令人遗憾的是，被申请人在此情况下并没有依照保障合作公司最低发电量的义务的要求，减免合作公司的上网配套费，反而继续要求合作公司交纳高额的上网配套费，置合作公司利益及合同义务于不顾，致使合作公司最低发电量无法得到保障，应视为未履行保障合作公司最低发电量的义务。

此外，被申请人在要求合作公司交纳上网配套费的同时，还对合作公司的上网电量进行了限制。在被申请人提供的五部委及电力工业部所颁布的相关文件中，涉及“控制上网电量”的条款分别为第四条、第五条和第七条。对于第四条中“凡不按规定程序审批，或越权审批的建设项目，不准设计，不批开工，不得并入电网运行，各网、省电力公司不得与其签订并网与购电协议”的规定，根据被申请人在反申请书中的陈述可知，省电力局多次下文同意福元电厂发电并网运行，因此此条不应成为作为福元市电力主管部门的被申请人限制合作公司上网电量的依据；对于第五条中“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”的规定，省电力局在福电用处[1998]20 号文中已就合作公司的性质进行了说明，即“属福元市地方项目，发电量自产自销”，显然福元电厂并非是属于依据此条应当受到上网电量控制的自备电厂。因此被申请人做出限制合作公司上网电量的决定所依据的应当是福电用处[1998]20 号文第七条中“对已建成并网运行的小火电机组……根据煤耗确定各机组的利用小时数、调峰比例，每年核定一次上网电量”的规定。但依照《中华人民共和国合同法》第四十条“在中华人民共和国境内履行、经国家批准成立的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，在法律有新的规定时，可以仍然按照合同的规定执行”及《合作合同》第七条的有关规定，被申请人可以并有义务做出

保障合作公司最低发电量和有利于《合作合同》正常履行的行为。显然在此情况下，被申请人执意做出的限制合作公司上网电量的行为，直接导致了合作公司最低发电量无法得到保障，不利于《合作合同》的正常履行，违反了《合作合同》第七条中“中方保证在合作公司的设备正常生产的情况下，允许合作公司每台机组每年运行不少于 4667 小时，生产电量每年不少于 12000 万千瓦时”的约定，应视为未履行保障合作公司最低发电量的义务。

3.1.1.3 被申请人无正当理由未履行保证合作公司最低发电量的义务

上网配套费问题和上网电量限额问题均发生在合同存续期间内，且未附条件和期限，因此在该期间内被申请人始终负有并且应当履行保障合作公司最低发电量的合同义务。同时，由于合作公司已经按照约定正常发电，因此被申请人亦不享有同时履行抗辩权。

在被申请人的案件事实陈述中，被申请人以“被申请人就如何掌握执行的问题，请示主管部门福元市水利局。1998 年 9 月 16 日福元市水利局明确答复：福元电厂要上交上网配套费……福元市水利局的答复，实际上是市政府领导会议决定的”为由，主张其无权决定是否应收上网配套费，并以此作为理由拒绝在上网配套费问题上拒绝通过减免上网配套费的方式履行保障合作公司最低发电量的义务。但由于事实上福元市水利局与福元市供电局仅有业务上的交叉，而并非是火力发电的当然上级主管部门。因此，尽管被申请人辩称，福元市水利局的批复是市政府领导会议决定的，但由于被申请人并未直接收到并出示市政府领导会议的直接批复，一方面其证据不具有说服力，另一方面福元市水利局作为与福元市供电局仅有业务上交叉的平级单位，其所做出的批复不具有对被申请人的约束力。此外，根据 1996 年 4 月 1 日起生效的《中华人民共和国电力法》第六条规定：“县级以上地方人民政府经济综合主管部门是本行政区域内的电力管理部门”，因此福元市水利局以及福元市政府通过福元市水利局做出的“福元电厂要上交上网配套费”的批复违背了行政法的依法行政原则，被申请人有权不予执行，亦即被申请人仍然实际掌握着决定上网配套费是否收取和收取多少的权力。换言之，被申请人在上网配套费问题上无正当理由而未履行保障合作公司最低发电量的合同义务。

而在上网电量限额问题上，由于 1985 年 3 月 21 日生效的《涉外经济合同法》第七章第四十条明确规定：“在中华人民共和国境内履行、经国家批准成立的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，在法律有新的规定时，可以仍然按照合同的规定执行”，因此在法律及在效力位阶上低于法律的行政法规发生变动并可能因此对合作公司造成不利影响时，被申请人有权依据此条规定做出有利于合作公司正常经营的选择。而根据《合作合同》第七条的有关规定，被申请人有义务保证合作公司正常并网发电，因此在五部委及电力工业部下发两份文件并由此可能对合作公司正常经营及《合作合同》继续履行造成不利影响时，被申请人有义务选择继续执行《合作合同》的相关规定。显然，被申请人在上网电量限额问题上无正当理由而未履行保障合作公司最低发电量的合同义务。

3.1.2 申请人受有损害

损害包括受害人财产上的积极损失和可得利益的损失，它是违约给债权人造成的一种不利利益状态。^①

申请人和被申请人在《关于终止福元电力有限公司的董事会议决议》中已就提前终止合同的原因进行了明确说明并予以了认同，为“鉴于双方无法对上网配套费、电量等问题达成一致，亦无法继续筹措维持公司所需的资金，为制止损失的进一步扩大，双方同意终止合作公司”、“双方意识到，合作公司无法按合作计划运行，制止合作公司损失的扩大是双方应履行的法律责任，因此，双方同意终止合作公司”。由此可推知，由于被申请人在“上网配套费”问题和“上网电量限额”问题上的违约行为，导致了合作公司因无法正常并网发电而提前终止了《合作合同》，一方面申请人承担了合作公司始终无法正常并网发电所导致的经

^① 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社 2003 年 1 月修订版，第 480 页。

济利益的损失，另一方面合作公司的解散给申请人造成了巨额的经济损失。因此，申请人和合作公司所受到的损害主要包括上网配套费、上网电量限额等问题直接导致的财产上的损失和《合作合同》提前终止带来的可得利益的损失。

3.1.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系

所谓因果关系，是指违约行为与损害结果之间的相互联系。在违约责任中，因果关系是归责的重要前提。因果关系对于损害赔偿的范围的确定具有重要意义，这不仅表现在因果关系决定着直接损害与间接损害的区分，而且也是对损害赔偿范围做出限定的标准。^①本案中，被申请人在上网配套费问题和上网电量限额问题上的违约行为最终导致了合作公司与被申请人由于合作公司无法正常并网发电所遭受财产上的积极损失（直接损害）和由于《合作合同》提前终止所遭受的可得利益的损失（也包含一部分直接损失）。

3.1.3.1 被申请人的违约行为直接导致合作公司因无法正常并网发电而受有财产上的损失

申请人在申请书中已就合作公司无法并网发电的原因进行了陈述，即为“（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”，显然原因有二，其一为合作公司未能按照被申请人的要求交纳上网配套费，其二为合作公司上网电量受到限制。对于此处陈述，被申请人仅对导致需缴纳上网配套费的原因提出异议，因此应视为被申请人在反申请书中对导致合作公司无法并网发电的原因予以了认同。

依据电力工业部《小火电机组建设管理暂行规定》：“凡拒交上网配套费的，要从上网电费中扣缴或解列运行”等规定，合作公司因最终并未按照被申请人要求足额缴纳高额的上网配套费而无法并网发电。但正如前述，上网配套费的交纳是由被申请人未履行合同义务造成的，且当时被申请人仍有能力决定不再要求合作公司交纳或者少交纳上网配套费。在被申请人明知合作公司不缴纳上网配套费将有无法并网发电的可能，且被申请人有义务、有能力免除合作公司上网配套费负担的情况下，被申请人最终做出的要求合作公司交纳上网配套费的决定直接导致了合作公司因无力支付高额的上网配套费而无法并网发电。

而对于第二点原因，即合作公司上网电量受到限制，根据前述可知，被申请人在负有保证最低发电量的义务的同时，亦可以依据《涉外经济合同法》第四十条及《合作合同》第七条的有关规定选择做出有利于合作公司的决定，即被申请人有义务且有选择停止对合作公司的上网电量进行限制。但令人遗憾的是，被申请人再一次未履行保障合作公司最低发电量的义务，致使合作公司上网电量受到限制，进而无法正常并网发电。显然，导致合作公司不能正常并网发电的两个原因——“上网配套费”和“上网电量限额”——都是由被申请人的违约行为所最终造成的，因此合作公司和申请人由于合作公司无法正常并网发电而受有的财产上的损失，是因被申请人的违约行为直接导致的。

3.1.3.2 被申请人的违约行为最终导致了《合作合同》提前终止，造成申请人可得利益受有损失

根据《关于终止福元电力有限公司的董事会议决议》，“鉴于双方无法对上网配套费、电量等问题达成一致，亦无法继续筹措维持公司所需的资金，为制止损失的进一步扩大，双方同意终止合作公司”、“双方意识到，合作公司无法按合作计划运行，制止合作公司损失的扩大是双方应履行的法律责任，因此，双方同意终止合作公司”的陈述可以推知，由于被申请人在“上网配套费”问题和“上网电量限额”问题上的违约行为，导致了合作公司因无法正常并网发电而提前终止了《合作合同》，因此申请人因《合作合同》提前终止而受有的可得利益的损失是由被申请人的违约行为最终导致的。

3.1.4 被申请人没有免责事由

3.1.4.1 本案中可能适用的免责事由的学理分析

^① 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第480页。

免责是指在合同的履行过程中,因出现了法定的免责条件和合同约定的免责事由而导致合同不能履行,债务人将被免除履行义务。这些法定的免责条件和约定的免责事由为统称为免责事由。

首先,由于合同法的目标之一是鼓励交易,充分尊重当事人的意志、维护当事人的合法权益,因此需要对免责事由作严格限定,以督促当事人尽可能的履行合同;尤其是在我国市场经济发展初期,贯彻“合同必须严守”的归责尤为重要。所以,我国合同法仅承认了不可抗力为免责事由,甚至排除了意外事故作为免责事由的可能性,这是完全符合我国市场经济发展需要的。

其次,在我国合同法采严格责任原则的背景下,合同关系发生在双方当事人之间,如果非因不可抗力,而是因第三人的过错造成义务人不能履行合同,在此情况下,不能让无过错的债权人向与其毫无关系的第三人请求清偿债务。而《合同法》因采纳严格责任原则,第一百二十一条对“第三人”未作任何字面限制。可见,对第三人负责场合的“第三人”并没有局限于履行辅助人,尚包括其他第三人,亦即大陆法系传统理论上所说的“通常事变”情形亦由债务人负责。因此,法律要求债务人首先应向债权人负责,然后才能向第三人清偿,而不得以第三人造成损害、自己没有过错为由而要求免责。

在以上分析的基础上,从我国现行法律规定和督促当事人严格遵守合同、维护交易秩序的需要出发,违约责任中的免责条件应仅限于不可抗力、当事人约定的免责条款、因债权人的过错导致合同不能履行或被违反。总之,除不可抗力、免责条款、债权人的过错以外,其他事由都不应作为免责事由。

3.1.4.2 不存在不可抗力的免责事由

根据我国《民法通则》第一百五十三条的规定,“本法所称的‘不可抗力’,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”我国对不可抗力的定义采取了折中的观点,即在判断某一因素是否为不可抗力时既要考虑到客观情况,也要考虑当事人的主观注意义务。结合本案的实际,不可抗力的构成要件不满足。不存在不可抗力的免责事由。

第一,不能预见,必须取决于当前人们的认识水平,因为某些因素或许过去无法预见但现在可以预见,现在不能预见但将来未必不能预见。同时,对于同一事件,别人可以预见但当事人不一定可以预见。所以在判断是否可以预见这一要件时,要以一般人在现有条件下的预见能力为依据,以此来判断对某种现象是否可以预见。

在本案中,被申请人对于被申请人前身为福元市电力局,为国家电力主管部门,在1998年改制之前为政企合一的国家电力部门。所以,在合同订立时,有理由相信被申请人对国家法律,政策的走向趋势(尤其是关于小火电发电厂的部门规章)应有一定的预见性。(个人猜测:1995年五部委联合下发《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》,在此之前虽然是秘密文件但不可能对此问题没有进行过讨论及地方调研,被申请人作为电力主管部门应该能够预测政策走向)

另外,《合作合同》第十四条重组后风险责任的承担第3条:“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。”从这条可以进一步验证被申请人当时已经能够预见法律,法规的变化,并承诺对此负责。

第二,不能避免与不能克服。所谓不能避免是指虽然当时人已经尽了自己的最大努力,但仍然不能阻止某种事件的发生;不能克服是指在某种事件发生以后,虽然当事人已经尽了自己的最大努力,但仍然不能克服所造成的损害并使合同得以履行。

在本案中,虽然《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》《小火电机组建设管理暂行规定》的颁布被申请人不能避免,但是对于“上网配套费”和限制上网电量的结果被申请人是可以克服的。根据《福广省回复对外经贸委函》,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。在违约行为中，已就被申请人能够决定征收上网配套费的主体资格进行了认定，在此不做阐述。由此可知，被申请人是有能力克服国家部门规章的颁布给合同履行带来的损害并使合同继续履行的。

第三，所谓客观情况，是指独立于人的行为的客观情况，同时该客观情况必须发生在合同成立以后到合同不能正常履行之前。^①本案中不涉及对于这点的讨论，在此不作阐述。

基于对于以上三点成立要件的分析，结合本案，五部委联合下发的《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》以及电力工业部颁布的《小火电机组建设管理暂行规定》并不属于不可抗力的范畴之内，其并不满足不能预见，不能避免与不能克服的两个构成要件。

综上所述，本案中，电力工业部颁布的《小火电机组建设管理暂行规定》不可抗力免责事由不存在。

3.1.4.3 未设定被申请人的免责条款

所谓免责条款，是当事人双方在合同中事先约定的、旨在限制或免除其未来的责任的条款。^②《合作合同》中仅在第十四条中规定了被申请人应当承担责任的情况，未设定被申请人的免责条款。

3.1.4.4 未出现债权人过错导致合同不能履行或被违反

所谓债权人的过错，是指债务人不履行合同或不适当合同是由于债权人的原因造成的。在债务人的违约是因为债权人的行为造成的情况下，债务人不承担违约责任。具体来说，债务人的过错具有如下特点：第一，债权人的行为本身构成违约。第二，债权人的行为与债务人不履行或不适当履行的行为之间具有因果关系。第三，债务人不履行或不适当履行的行为完全是由债权人的行为造成的。^③

根据合同约定可知，申请人的合同义务为足额向被申请人提供电量，即正常发电，而在本案中，申请人并没有出现未足额向被申请人提供电量的行为，不构成违约。此外，基于前述可知，导致合作公司无法并网发电的客观原因为“合作公司未能按照被申请人的要求交纳上网配套费”和“合作公司上网电量受到限制”。对于第一条原因，尽管申请人作为合作公司的一方投资人，有义务保证合作公司的正常经营，但同样申请人也有义务确保合作公司的合法利益不遭受损失。申请人在认定被申请人有能力通过合法的途径免除合作公司应缴纳的上网配套费的情况下，积极要求被申请人做出相应决定，以避免公司因交纳高额的上网配套费而造成不必要的损失，以及避免因无法足额交纳上网配套费而存在的被解列运行的可能，因此应视为申请人履行了对于被申请人保证合作公司正常并网发电的义务的附随义务。而对于第二条原因，完全是由于被申请人执意不履行合同义务，单方面对合作公司上网电量予以限制所造成的，与申请人无关，因此申请人对于合作公司无法并网发电不存在违约行为。

3.1.5 被申请人未履行保障最低发电量的义务的违约行为是造成提前终止合同的主要原因

基于前述可知，被申请人在“上网配套费”和“上网电量限额”问题上的违约行为导致了合作公司不能正常并网发电，而合作公司不能正常并网发电给合作公司及各投资方带来的损失的不断扩大是导致提前终止合同的主要原因。故因此可以认定，被申请人要求合作公司交纳“上网配套费”及限制合作公司上网电量的行为，均违反了《合作合同》中规定的保障合作公司最低发电量的义务，属于违约行为，是造成提前终止合同的主要原因。

3.2 被申请人未按时履行出资的义务，应承担损害赔偿责任

^① 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第371—372页。

^② 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第382页。

^③ 参见王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2003年1月修订版，第402页。

如前述第二部分所述，依严格责任原则，违约责任的构成要件包括违约行为、损害结果、违约行为与损害结果的因果关系、不存在免责事由四项，下面申请人将从以下四个要件予以论述：

3.2.1 被申请人存在违约行为

如前所述违约行为发生的前提为存在有效的合同关系，而《合作合同》为申请人与被申请人签订的有效合同，满足了该前提。

3.2.1.1 被申请人承担按时出资的义务

根据《合作合同》的规定，被申请人负有按期依照合同约定的出资义务，即在合同约定的期限内投入相应资金。

3.2.1.2 被申请人未履行按时出资的义务

合同的履行主要是指对合同规定的义务的执行。从合同成立的目的来看，当事人之间之所以订立合同，就在于实现合同的内容；而合同内容的实现，有赖于合同双方对合同内容的执行。既然申请人与被申请人订立了《合作合同》，就应该本着良好地合作态度，积极有效地履行合同义务，也只有这样才能保证合同目的的最终实现，从而促进双方的合作能够持续地进展下去，合作公司才能取得更好的发展。

在合作公司取得企业法人资格后，被申请人作为股东之一，依合同的约定，应当按时出资，以配合合作公司成立过程中的各项建设工作。然而，合作公司在明知其具有该项义务的情况下，仍然弃该项义务于不顾，没有按时投入相应资金，根据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的第25条规定：“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。”如果股东无正当理由不履行缴纳出资义务，必须对其他股东与公司承担违约责任。由此可见，被申请人应当对作为合作公司另一方股东的申请人承担违约责任。

3.2.1.3 被申请人无正当理由未履行按时出资的义务

所谓抗辩权，是指对抗对方的请求权，或者否认对方的权利主张的权利。抗辩权一般都是法定权利，包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权。

根据《合同法》第六十六条^①的规定，所谓同时履行抗辩权是指双务合同的当事人一方在他方为对待履行以前，有权拒绝自己的履行。本案中，申请人已按时履行出资义务，不满足同时履行抗辩权的构成要件，所以被申请人不具备该项抗辩权。

根据《合同法》第六十七条^②的规定，所谓先履行抗辩权是指当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行之前，后履行一方有权拒绝其履行请求，先履行一方履行债务不符合债的本旨的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。本案中，双方的出资义务的履行基本为同时进行，不分先后顺序，不满足先履行抗辩权的构成要件，被申请人因此无此项抗辩权。^③

根据《合同法》第六十八条^④的规定，所谓不安抗辩权是指在双务合同中双方债务异时履行的场合，后履行一方当事人有丧事或者可能丧失履行债务能力的倾向，可能危及先履行一方当事人债权的实现时，依据公平原则和诚信原则，我国合同法允许先履行债务的当事人中止履行。本案双方当事人所负的出资义务基本属于同时履行义务，不符合不安抗辩权的构成要件，所以被申请人不具备该项抗辩权。

^① 《合同法》第六十六条：“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。”

^② 《合同法》第六十七条：“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。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

^③ 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2002年1月出版，第408页。

^④ 《合同法》第六十八条：“第六十八条 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”

3.2.2 申请人受有损害

由于资金缺乏,使得合作公司不能如期完成厂房等基础设施,已到岸的瑞典 RRR 发电设备只能在广州保养,已在德意志 FDS 公司制造完毕的设备不能按时运抵合作公司,从而导致合作公司不能如期经营运作,造成了一定的经济损失。

3.2.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系

根据必要条件规则中的剔除法所述的检验方法:如果没有被告的行为原告的损害就不会发生,那么被告的行为就不是造成损害的原因。本案中,如果没有被申请人不按时出资的行为,那么就不会出现前述的损害结果,依据剔除法的规则可以断定被申请人的行为与损害结果之间是存在因果关系的。

这里需要注意的是,《涉外经济合同法》采纳了严格责任原则,第十八条对“第三人”只字未提,可见,对于第三人造成的违约,应当由当事人承担违约责任。立法者之所以这样规定是防止在审判实践过程中动辄将第三人拉入诉讼中,最后判决合同双方没有承担责任,而由第三人合同外的第三人承担,从而违反了合同的相对性原则。

本案中,虽然被申请人不能按时出资是由于相应的配套资金被政府挪用,但如前所述,政府在合同中是处于“第三人”地位,因而其挪用配套资金的行为不能作为否认被申请人违约行为与损害结果因果关系的抗辩事由。合作公司不能按时完成各项建设工作是由于没有得到应由被申请人缴纳的资金,被申请人的违约行为导致了损害结果的发生,二者之间存在因果关系。

3.2.4 被申请人没有免责事由

如前所述,依据我国法律的规定,免责事由包括当事人约定的免责条款、因债权人的过错导致合同不能履行或被违反、不可抗力。

3.2.4.1 不存在不可抗力的免责事由

如前所述,不可抗力是指不能预见、不能避免、不能克服的客观情况,包括以下几种:自然灾害;政府行为;社会异常事件。本案显然不涉及一、三项,这里仅针对第二项进行论述。

这里的政府行为是指当事人在订立合同后,政府当局颁发新的政策、法律和行政措施而导致合同不能履行。在政府行为中政府是作为行政主体对行政相对人做出的行为,本案中,政府挪用配套资金仅是其作为民事合同第三人所为的普通民事行为,因而被申请人不具备此项免责事由。

3.2.4.2 未设定被申请人的免责条款

根据前述对免责条款的定义,本案双方当事人并未在合同中规定上述条款,因而被申请人不具备此项免责事由。

3.2.4.3 未出现债权人过错导致合同不能履行或被违反

根据前述对债权人过错的定义,本案中,被申请人未能按期出资是由于该资金被政府挪用所致,不存在申请人的过错使得合同不能履行,因而被申请人不具备此项免责事由。

综上所述,被申请人违反了《合作合同》中规定的出资义务,应当承担违约责任。

3.3 被申请人未履行正常购电的义务,应承担损害赔偿赔偿责任

3.3.1 被申请人存在违约行为

3.3.1.1 被申请人承担正常购电的义务

《中外合作经营企业法》第九条第一款规定,“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。”依据该条规定,在本案中,被申请人应按照合同约定履行自己的义务。再者,依据《购电协议》第2条的规定:“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。”由此可见,无论是由于被

申请人自身的原因，还是由于福元市方面的原因导致合作公司不能按照合同预期足额发电的，被申请人都需要向合作公司支付价值 12000 万千瓦时的电费。

3.3.1.2 被申请人未履行正常购电的义务

如前所述，出于被申请人在当时特殊的地位，在自己完全有能力为合作公司争取更大优惠的情况下，仍然执意要求合作公司支付高额的上网配套费，并且还辩称是福元市政府的决议。即便如此，按照双方在《购电协议》中的约定，无论是出于被申请人和福元市任何一方的原因致使合作公司不能正常并网发电，被申请人都必须承担向申请人支付价值 12000 万千瓦时的电费的责任。而被申请人执意要求合作公司交纳上网配套费导致了合作公司无法继续经营的结果，而所谓的达到“年最低发电量和销售电力”的约定更成为了一句空话。唯一的结果，是合作公司没有能够按照约定足额发电，被申请人也没有向合作公司支付 12000 万千瓦时的电费。

3.3.1.3 被申请人无正当理由未履行正常购电的义务

如前所述，抗辩权仅发生在双方互负权利义务的情况下，这里所指的被申请人的购电义务为单方义务，不满足抗辩权的构成要件，被申请人不能行使抗辩权。

3.3.2 申请人受有损害

由于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，而被申请人又并未就《购电协议》的约定向合作公司支付 1200 万千瓦时的电费，更使得合作公司的财政捉襟见肘。对于占合作公司注册资本总额高达 93.81%的申请人来说，其势必会因此遭受重大损失。

3.3.3 被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系

如前所述，根据剔除法，如果不存在被申请人拒绝向合作公司支付足额电费的行为，则申请人不会遭受如此重大的损失，显然，被申请人的违约行为与申请人所受损害之间有因果关系。

3.3.4 被申请人没有免责事由

3.3.4.1 不存在不可抗力的免责事由

被申请人完全有能力依据《购电协议》的规定支付 12000 万千瓦时的电费，依据前述对不可抗力的表述，不存在不可抗力情形，被申请人不具备该项免责事由。

3.3.4.2 未设定被申请人的免责条款

依据前述对免责条款的表述，无论是《合作合同》的正文，还是双方签订的《购电协议》，并未规定针对被申请人的任何免责条款，被申请人不具备此项免责事由。

3.3.4.3 未出现债权人过错导致合同不能履行或被违反

如案件事实所述，被申请人未向合作公司支付电费完全是由于自身缺乏合作诚意、未履行合作义务导致的，申请人对此没有任何过错。

综上所述，被申请人未履行《购电协议》规定的义务，应当承担违约责任。

4 被申请人应赔偿申请人经济损失 1600 万美元

基于以上论述，被申请人违约事实成立，应承担包括违反《合作合同》以及《购电协议》约定损失赔偿责任。

4.1 违约责任的赔偿范围

对于违约责任的赔偿范围，我国的法律采取完全赔偿责任原则。所谓完全赔偿责任原则即，债务人承担赔偿责任的目的在于补偿债权人的损失，所以对于债权人的全部损失，债务人都应当赔偿。

根据《涉外经济合同法》第十九条：“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失，但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可

能造成的损失。”1999年《合同法》第一百一十三条第一款也规定：“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。

所谓实际损失，有的称为直接损失、积极损失等，是指债权人因债务人违反合同而造成的现有财产的毁损、减少、灭失和债权人为减少或者消除损害所支出的必要费用。例如，因保管人违反保管合同致使寄存、储存的物品毁损灭失的，寄存人或存货方人因物品的毁损灭失所受到的价值损失，就为实际损失。

所谓可得利益的损失，又称预期利益的损失，有的称为间接损失、消极损失等，是指因当事人一方违反合同致使债权人因本来可以得到的利益未能得到所受的损失。可得利益损失须具备以下两个条件：一是这种利益须是债权人尚未取得的。如已为债权人取得而又丧失的利益不为可得利益；二是这种利益是在合同关系正常发展的情况下债权人必定会取得的。所谓必定取得，是指债务人不违反合同是取得该利益的充分必要条件。也就是说，只要债务人履行了合同，债权人就一定取得该利益。如果即使债务人不违反合同，债权人也可能不获得的，不能算是可得利益。^①

所以，被申请人应赔偿申请人财产上的实际损失以及可得利益的损失。

在本案中，被申请人违反了依法按约如期有效出资和《购电协议》和《合作合同》的义务，应当赔偿申请人所遭受的损失。被申请人应赔偿申请人包括实际损失和可得利益的损失总计经济损失1600万美元（自仲裁立案之日起按每日万分之二点一计算利息）

4.2 被申请人应赔偿未履行保障最低发电量义务而给申请人造成的损失

基于上述论述，已证实被申请人应负有《合作合同》提前终止的合同责任，所以被申请人因对此承担赔偿责任。

4.2.1 被申请人应承担履行合同后申请人的可得利益损害赔偿

在本案中，根据《购电协议》第2条“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”与第5条“甲方（中方）从出线点取用的一切电力应按不低于0.70元每千瓦时的基价予以支付。在合同履行、合作公司正常运行的情况下，合作公司每年最低可获得8400万收入，而申请人可从中获得收益，另一方面，这部分的利益是有合同规定的，并且是合同履行后，申请人一定能够获得。是被申请人完全可以预见到的利润损失，所以这属于被申请人的可得利益。

然而，由于被申请人违约，申请人遭受了可得利益的损失，被申请人应予以赔偿。

4.2.2 被申请人应承担申请人亏损的赔偿责任

《合作合同》第十四条就风险承担进行了明确的约定，即为“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”。由此约定可以看出，如因被申请人的原因导致了合同提前终止，合作公司不能正常运作，申请人因此所造成的投资损失应由被申请人承担。而在2001年至2003年期间，因被申请人拒绝承担导致合同终止的合同责任，双方无法对投资损失进行认定。所以在此，申请人恳请仲裁庭对投资损失进行认定，并要求申请人承担损失赔偿。

4.3 被申请人应赔偿因其未按时履行出资义务而给申请人造成的损失

^① 参见杨振山《新合同法原理与适用全书》，人民法院出版社第385页。

《公司法》第二十条规定：“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。”在本案中，被申请人因为市政府挪用资金的原因未按期付款，对申请人的利益造成重大的损害。申请人有权要求被申请人赔偿。

4.3.1 申请人有权收取迟延支付金额的利息

在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，会后，福元市政府办公室以“福办函[1996]5号文”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》，承诺解决被申请人投资款项不到位的问题，决定由市委、市政府和市供电局统一协调各方面关系，争取在1996年3月底前和1996年6月底前由福元市供电局分配落实资金。

关于最后资金到底有无落实，由于证据不足，无法进行推断。但是被申请人未按时出资的违约事实成立。根据《涉外经济合同法》第二十三条：“当事人一方未按期支付合同规定的应付金额或者与合同有关的其他应付金额的，另一方有权收取迟延支付金额的利息。计算利息的方法，可以在合同中约定。”

4.3.2 被申请人应承担因其资金不到位造成的申请人的其他财产损失

根据《涉外经济合同法》第十八条：“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，另一方依然有权要求赔偿损失。”本案中，不管最终被申请人的配套资金落实与否。申请人有权要求被申请人赔偿关于合作公司不能如期完成厂房等基建设施的误工损失，以及发电设配滞留海关，不能按时运达设备的保养费等损失。

4.4 被申请人应赔偿因其未履行正常购电的义务而给申请人造成的损失

在《购电协议》第2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。”

在案件事实中已经陈述，自1997年6月起，由于被申请人没有履行合同义务的原因，双方就“上网配套费”和上网电量问题无法达成一致，到2000年5月15日合同正式终止之前的这段时间内，被申请人并未向合作公司履行《购电协议》第2条有关规定。而被申请人三年欠付合作公司的电费的违约对合作公司造成了损失，甚至于导致了合作公司无法维持运营。而申请人作为合作公司两大股东中出资比例较大一方，不可避免的遭受损失。被申请人应给予赔偿。

5 被申请人应承担本案的其他费用

被申请人应承担本案之仲裁费用和申请人所指出之律师费用及其他相关费用。

第五部分 情理辩护

申请人一直是遵纪守法，诚实守信的企业，出于对贵国的友好态度和对贵国市场的无限憧憬远道而来，同时出于对被申请人的绝对信任，决定在中国出资建设供当地自产自用的小火力发电厂。申请人一直按照合同的规定，积极履行合同义务，可以说，申请人对于此次在贵国投资的项目付出了极大的诚意和热情，无疑是贵国人民的好朋友，是贵国招商引资政策的积极响应者。但是被申请人在合作期间的一次次违约行为，令申请人感到十分失望。本着友好合作，共同发展的愿望，申请人选择了一次又一次的妥协和让步，甚至不惜在公司重组后独自承担资金压力，增加在合作公司的投资中的出资比例。可是万万没有想到的是，被申请人居然以当地法律变动为由要求申请人提出合同规定以外的不合理费用，并最终导致了合作公司的解散。申请人并不是不尊重贵国法律，相反，从此次仲裁申请人毫不犹豫地选择在贵国仲裁庭进行并采用贵国法律就可以看出，申请人非常尊重中国的法律法规。但是此次合同提前终止的主要原因并不是贵国国家法律的变动，而是被申请人的再一次违约行为。事实上，在合同中止之前，申请人尝试多次与被申请人磋商，共同商议上网配套费问题的解决办法，积极地寻求合作公司能够继续正常运行的途径，但是被申请人完全没有积极解决问题的诚意，一直未履行合同规定的，导致磋商无法进行，屡次不欢而散。此次合同的提前终止完全是被申请人一手造成的，可是却一直用国家法律作为挡箭牌。合作公司解散后，申请人因为此次的投资事宜遭受了极大的经济损失，但被申请人一直拒绝承担导致合同提前终止的合同责任，屡次协商未果，被申请人这种不但屡次违约并且一直不肯承担责任的恶劣行为令申请人感到极为寒心。

贵国的招商引资政策是以友好合作和互利互信为基础的，而申请人此次之所以投资小火力发电厂的建设，一是对于贵国的招商引资政策和贵国法律的信任，申请人相信贵国的政策法律，能够保证申请人可以享有一个公平公正、互惠互利的市场秩序。二是对于被申请人，前身为市电力局，是当地政府重点扶持的电力公司，而合作公司的合作项目也是政府重点关注的建设项目。基于这两点，申请人对此次投资事宜给予了极大地信任和热情。申请人也知晓贵国在电力改革前，存在着政企不分的混乱情况，但是对于身为外方企业的申请人来说，对于是贵国这些混乱无能为力，也不应该要求申请人对因被申请人的自身情况所导致的问题买单。如果此类事件得不到圆满解决，一直积极履行合同的申请人的利益得不到保护，而屡次违约的被申请人并不承担其相应的损害赔偿责任，那么可以想象，长此以往，将至外方投资者的合法利益于何处，贵国的招商引资政策还能够吸引许许多多像申请人这样善意的外方投资者吗？

申请人本着极大的诚意来到贵国进行投资，这种诚意不会因为此次合作的不愉快而改变。只要此次被申请人能够承担其违约损害赔偿责任，申请人将既往不咎，愿意遵守贵国的法律法规，愿意与所有有合作诚意，有责任心的中方企业（包括被申请人）进行更进一步，更为广泛的投资合作。

恳请仲裁庭，能够保护善良外方投资者的利益，依法公正地做出仲裁，申请人将一如既往地贵国招商引资政策予以大力支持，保持良好的合作关系，期待与贵国有更多的合作机会。

第六部分 总结

申请人依《合作合同》之规定，向中国仲裁委员会（分会）提起针对被申请人的仲裁，请求被申请人承担《合作合同》提前终止的合同责任；赔偿申请人因被申请人违约产生的总计 1600 万美元的经济损失赔偿及其利息，由此仲裁所生之费用应由被申请人承担。

综上，鉴于上述事实和法律依据，申请人请求仲裁庭支持其请求，裁决：被申请人承担《合作合同》提前终止的合同责任；赔偿申请人因被申请人违约产生的总计 1600 万美元的经济损失赔偿及其利息；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

中国国际经济贸易仲裁委员会

新泰国辉运能源投资有限公司（章）
代理人：***A（***律师事务所律师）
B（律师事务所律师）

2010 年 11 月 14 日

第七部分 附件

附件一：授权委托书

授权委托书

委托人：新泰国辉运能源公司

受委托人：姓名：XXXXA，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师 电话：XXXXXXXX

姓名：XXXB，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师 电话：XXXXXXXX

现委托上列受委托人在委托人与中国福元市电力公司因涉外经济合同纠纷一案中，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、提起仲裁，代为申请执行，代为调查取证，代为签收法律文书。

委托人：新泰国辉运能源公司（公章）

年 月 日

附件二：证据目录

- 证据一：《中外合作经营福元发电公司合同》和《福元发电公司章程》
- 证据二：《中外合作经营福元发电公司合同（修订本）》和《福元发电公司章程》（修订本）》
- 证据三：《购电协议》
- 证据四：《关于终止福元电力有限公司的董事会议决议》
- 证据五：《关于设备退运后工作安排的共识》
- 证据六：福广省电力局下发“福电用处[1998]20号文”
- 证据七：福广省电力局回复省外经委函“福电办[1998]37号文”

附件三：

本书面代理意见副本四份