

# 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：中国福广省福元市电力公司

第 10 号参赛队伍

（申请方）

## 目录

第一部分 基本事实.....	5
第二部分 仲裁请求.....	7
第三部分 法律适用.....	8
1. 总述.....	8
2. 程序方面的法律适用 .....	8
3. 实体方面的主要法律适用 .....	8
3.1. 《民法通则》和《民通意见》的适用.....	8
3.2 合同法的适用 .....	8
3.3 公司法的适用 .....	9
3.4 中外合作经营企业法的适用 .....	9
3.5 其他法律的适用 .....	9
第四部分 代理意见.....	10
1 本案诉讼时效未过，驳回被申请人反请求第一条.....	10
1.1 时效尚未开始起算.....	10
1.1.1 合作企业清算尚未结束.....	10
1.1.2 清算尚未结束，仲裁时效不开始起算.....	10
1.1.3 即使清算结束，也不代表诉讼时效开始起算.....	11
1.2 即使本案仲裁时效已经开始计算，因存在时效中断事由，仲裁时效期间未过，驳回被申请人反请求第一条 .....	11
1.2.1 退运设备的行为是申请方为防止损失扩大而积极主张权利的行为.....	12
1.2.2 被申请人同意提供退运便利是同意履行义务的意思表示.....	12
2. 合作合同的提前终止不是国家法律规定改变的必然结果，反请求人对此负有法律责任.....	12
2.1 合作企业存在免交上网配套费的可能性 .....	12
2.2 福元市水利局不是被申请人的当然主管部门.....	13
2.3 水利局的收费决定导致合作合同提前终止，反请求人对此负有法律责任。 .....	13
2.4 结论 .....	14
3. 《合作合同（修订本）》第七条和第十四条依法有效，被申请方第三项反请求不成立.....	14
3.1 被申请方第三项反请求没有提出任何具体、实质的理由 .....	14
3.2 《合作合同（修订本）》第七条和第十四条中利润和责任的分配是公平合法的.....	14
3.2.1 上述两条款是双方当事人依据合同自由原则进行公平的利润、责任分配.....	14
3.2.2 合同条款的公平不能孤立的进行考虑.....	15

3.3 被申请方的前后行为的自我矛盾 .....	15
4. 被申请方违反《中外合作经营福元发电公司合同》的约定.....	16
4.1 被申请方的行为实质上是恶意终止合同履行，违反合同约定 .....	16
4.1.1 福元市水利局与被申请人存在利害关系.....	16
4.1.2 福元市水利局不是被申请人的主管部门.....	16
4.1.3 被申请人的行为实质上是恶意终止合同的继续履行、违反合同约定的行为.....	16
4.2 被申请方违反《合作合同（修订本）》第七条，第十四条的约定 .....	17
4.2.1 被申请方违反《合作合同（修订本）》第七条的约定.....	17
4.2.2 被申请方违反《合作合同（修订本）》第十四条的约定.....	17
4.3 对告知、沟通的基本义务的违反 .....	18
4.4 结论 .....	18
5. 申请方未违反国家法律规定或合同约定，被申请方第四项反请求不成立 .....	18
5.1 申请方依据国家法律规定拒交不合理费用 .....	18
5.1.1 申请方投资符合国家鼓励外商投资政策.....	18
5.1.2 被申请方违反法定义务，直接导致合作企业需缴纳上网配套费.....	19
5.1.3 基于水利局决定的收费行为不合理.....	19
5.1.4 申请方依照国家法规政策拒绝不合理收费.....	19
5.2 申请方提出提前终止合同是行使同时履行抗辩权 .....	19
5.2.1 被申请方违反合同约定，应对合作公司亏损承担责任.....	19
5.2.2 申请方有权行使同时履行抗辩权.....	20
5.3 申请方拒交上网配套费是对水利局无效的行政行为行使抵抗权.....	20
5.3.1 行政行为无效理论在我国的立法实践和判断标准.....	20
5.3.2 水利局作出向合作公司收取上网配套费的行政决定无效.....	20
5.3.3 申请方拒交上网配套费的行为是对无效行政行为行使抵抗权.....	21
6. 被申请人应赔偿申请人经济损失 1600 万美元 .....	21
6.1 被申请人违反合同约定是造成提前终止合同的主要原因 .....	21
6.2 被申请人应承担相应的赔偿责任 .....	21
6.3 被申请人应赔偿申请人经济损失 1600 万美元及其利息.....	22
6.3.1 损失赔偿范围确定的法律适用.....	错误！未定义书签。
6.3.2 被申请人应当赔偿申请人经济损失 1600 万元及其利息.....	错误！未定义书签。
7. 被申请人应当承担本案的仲裁费、财产保全费和财产保全担保费。 .....	错误！未定义书签。
第五部分 附件 .....	22
1. 附件一：授权委托书 .....	22
2. 附件二：证据清单 .....	23
3. 附件三：本书面代理意见副本 4 份 .....	19

**申请人、申请人代理人、被申请人基本信息**

**申请人：**新泰国辉运能源投资有限公司

地址：XXXXXXXXXX

法人代表：XXX

联系地址：XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

联系电话：XXXXXXX

**申请人代理人：XXXA，XXX 律师事务所律师**

律师事务所地址：XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

联系电话：XXXXXXX

**申请人代理人：XXXB，XXX 律师事务所律师**

律师事务所地址：XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

联系电话：XXXXXXX

**被申请人：**中国福元市电力公司

地址：XXXXXXXXXX

法人代表：XXX

联系地址：XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

联系电话：XXXXXXX

尊敬的首席仲裁员、仲裁员：

本 XXX 律师事务、所接受本案申请人新泰国辉运能源投资有限公司的委托，指定律师 XXXA 和 XXXB 依据《民事诉讼法》和《仲裁法》的有关规定担任 HUA X2004111 号仲裁案的代理人。代理人接受委托后，经调查取证，对案情有了深刻的认识和清晰的了解，并提交了相关的证据，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

1993 年初，申请人（新泰国辉运能源投资有限公司）与被申请人（中国福元市电力公司）开始接触，表达了在中国福元市共同投资建立火力发电厂的意向。1993 年 12 月 1 日，双方经协商签订了《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《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》），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。

1994 年 4 月 4 日，福广省对外经济贸易委员会以“福经贸资批字（1994）08 号文”批准《合作合同》和《公司章程》生效。1994 年 4 月 8 日，福广省人民政府以“外经贸省合作证字（1994）016 号文”核发了《中华人民共和国外商投资企业批准证书》；1994 年 4 月 15 日，合作公司福元电力有限公司（下称“合作公司”）取得企业法人营业执照（工商企肇副字第 1155 号）。

然而，在其后的合作中，被申请人却以其在该项目的配套资金被市政府挪用为借口，声称不能按照《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、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等严重后果，给合作公司及申请人造成了不必要的损失。

因为事情迟迟得不到解决，自 1995 年底至 1997 年 1 月份间，在这一年多的时间里，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。这期间申请人的损失一直在增加。在申请人方面的敦促下，1996 年 1 月 22 日，福元市市委、市政府终于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。

事实上问题并没有得到解决。虽然申请人已经对被申请人的履约能力、合作目的和诚信产生怀疑，但为实现互利共赢，申请人本着减少损失，最大程度上挽救合作，保障双方利益的考虑，与被申请人不断沟通，协商改组公司。1996 年 7 月 11 日，合作公司再次召开董事会会议，并邀请 WWW 银团代表列席会议，签署了《福元市福元电力有限公司会议纪要 1996》。后经过努力，合作公司于 1996 年 12 月 17 日召开董事会会议，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。根据重组方案，申请人从申请人担保人 FFA 集团公司借款 880 万美元用于福元电厂的继续建设。双方并就重组后电力的销售和风险责任的承担等问题达成共识，形成条款。

1997 年 1 月 17 日，在充分协商的基础上，双方签订《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。同日，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》），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，向合作公司出具了不可撤消的《履约担保》。

1997 年 1 月 28 日，福广省对外经贸委以“福经贸资批（1997）04 号文”批准了《修订合同》和《修订章程》。1998 年 6 月 5 日，合作项目终于建设完工，并通过了验收。

可是，自 1997 年 6 月起，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。尽管在上级政府有关部门的协调下，双方多次协商，但是无奈被申请人缺乏诚意，有意撕毁合同，争议非但未能解决，反而日益激化，损失也进一步扩大。

事情发展到了如此地步，申请方已经遭受了巨大的损失，前期投入更难以收回。迫不得已，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等事宜进行了专题讨论。会上，被申请人毫无诚意，出于无奈，申请人被迫提前终止《合作合同》。2000 年 5 月 15 日，原审批机关批准提前终止《修订合同》。合作公司依法组成了清算委员会，进入清算阶段。2001 年 7 月 9 日，合作公司清算委员会完成了公司财务计算工作，并向合作公司董事会提交了《福元市福元电力有限公司清算结束报告》，报告中指出本次清算只结束公司的财务计算，至于其他有关确定责任和分担损失的工作，双方约定将在之后依有关原则进行。

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进行了多次磋商。但是，因被申请人拒绝承担导致合同提前终止的合同责任，双方未能达成一致意见。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。

双方在《修订合同》与《修订章程》第十四条已经明确规定：“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。”但是，被申请人一直拒不履行责任。从合作开始，被申请人就一直拖延、逃避责任，没有表现出丝毫的诚意；且由于被申请人的原因，申请人已经蒙受了一系列的重大损失。这已经超出了申请人的忍耐限度。因此，申请人于 2004 年 12 月 20 日，向中国国际贸易仲裁委员会 XXX 分会递交了仲裁申请书。

## 第二部分 仲裁请求

申请人请求仲裁庭支持以下仲裁请求：

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。

### 第三部分 法律适用

#### 1. 总述

根据《中华人民共和国民法通则》第 8 条，在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。同时，本案中申请人与被申请人在合作合同 18 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。”因此，本案适用中华人民共和国法律。

#### 2. 程序方面的法律适用

根据案件事实，本案申请人于 2004 年 12 月 16 日向中国国际经济贸易仲裁委员会 XXX 分会提交了纠纷仲裁申请。因此，本案在程序方面应适用 1991 年 4 月 9 日颁布施行的《中华人民共和国民事诉讼法》、1994 年 8 月 31 日颁布施行的《中华人民共和国仲裁法》《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》以及《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》。

#### 3. 实体方面的主要法律适用

##### 3.1. 《民法通则》和《民通意见》的适用

作为民事法律关系中的一般法的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）于 1987 年 1 月 1 日开始施行，1990 年 12 月 5 日《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》（以下简称《民通意见》）在试行两年后进行修改实施。

本案中，申请人与被申请人曾于 1994 年 3 月 1 日订立合作合同并开始合作，于 2004 年 12 月 16 日向中国国际经济贸易仲裁委员会 XXX 分会提交了纠纷仲裁申请。此时，以上两部法律均已生效，故在其他特别法没有相关规定的情况下，本案应适用《民法通则》和《民通意见》。

##### 3.2 合同法的适用

1985 年 7 月 1 日起施行的《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》）第 2 条以及 1987 年 10 月 19 日颁布的《最高人民法院关于适用涉外经济合同法若干问题的解答》均规定，“中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间订立的经济合同适用涉外经济合同法。”

1999 年 10 月 1 日，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）开始实施，该法第 428 条规定《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。”

本案中，申请人与被申请人曾于 1994 年 3 月 1 日订立《合作合同》，并于 1997 年 1 月 17 日订立了《合作合同》的修订版本。《合作合同》的订立双方分别为中国福元市电力公司与新泰国辉运能源投资有限公司，后者为外国企业。2000 年 1 月 26 日，双方的合作合同提前终止。因此，本案应适用《涉外经济合同法》以及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》，对于上述法律没有规定的，则适用1999年《合同法》的相关规定。同时，由于本案合同的履行期限跨越了合同法实施之日，故本案中因合同履行所生之纠纷，均适用1999年《合同法》第四章“合同的履行”之相关规定。

### 3.3 公司法的适用

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）于1993年12月29日通过，于1994年7月1日开始施行。该法第二条规定，“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”此后，公司法曾在1999年12月25日、2004年8月28日两次修订。本案中，福元发电公司于1994年4月15日取得企业法人营业执照（工商企肇副字第1155号）。1998年公司建设项目完工，通过验收。2000年1月26日，合作公司召开了全体董事会议，做出了提前终止《合作合同》的决议。2000年5月15日，合作公司依法组成了清算委员会，进入清算阶段。2001年7月9日，合作公司清算委员会结束公司财务清算部分工作，向合作公司董事会提交了《福元市福元电力有限公司清算结束报告》。因此，本案应适用1994年7月1日施行的《公司法》和《中华人民共和国公司登记管理条例》、1994年7月12日发布的《国家工商行政管理局关于施行〈中华人民共和国公司登记管理条例〉若干问题的意见》以及1996年3月1日起施行的《公司注册资本登记管理暂行规定》。上述法律法规和司法解释没有明确规定时，则适用2004年《公司法》的有关规定。

### 3.4 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，2000年10月31日进行修正。1995年9月4日，对外贸易经济合作部发布施行《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》

本案中，福元市发电公司是中外合作经营企业，于1994年4月15日成立，2001年7月9日清算终止。因此，本案应适用1988年4月13日起施行的《合作经营企业法》以及1995年发布的《实施细则》。

### 3.5 其他法律的适用

本案中，申请人与被申请人于1993年12月1日签订《举办中外合作经营福元发电厂项目意向书》，于1994年3月1日签订《合同》与《章程》，并于1994年4月4日被福广省对外经贸委批准。福元发电公司于1994年4月15日取得企业法人营业执照（工商企肇副字第1155号）。1997年1月17日，双方签订修订本的《合同》与《章程》。2000年1月26日，合作公司召开了全体董事会议，做出决议提前终止《合作合同》。2000年5月15日，合作公司依法组成了清算委员会，进入清算阶段。2001年7月9日，合作公司清算委员会结束公司财务清算部分工作，向合作公司董事会提交了《福元市福元电力有限公司清算结束报告》。

因此，本案适用1996年7月9日发布施行至2005年仍然有效的《外资投资企业清算办法》、1991年7月11日对外经济贸易部印发的《外商投资企业合同、章程的审批原则和审查要点》、1991年8月31日能源部印发的《关于加强电力行业管理的若干规定》等行政法规和部门规章。

#### 第四部分 代理意见

### 1 本案诉讼时效未过，驳回被申请人反请求第一条

#### 1.1 时效尚未开始起算

##### 1.1.1

公司清算是指，处理解散公司的各项未了事务，分配其剩余财产，最终结束解散公司所有法律关系，消灭其法人资格的法律行为。通过清算，公司才能消灭法人资格。

我国《外商投资企业清算办法》第三十一条规定了外商投资企业的清算报告应包括的内容：“清算委员会完成清算方案所确定的工作后，应当制作清算报告。清算报告应当包括以下内容：（一）清算的原因、期限、过程；（二）债权、债务的处理结果；（三）清算财产的处理结果。”

自2000年5月15日合作公司依法组成清算委员会，进入清算阶段以来，清算委员会仅对公司的财务进行了清算，并于2001年7月9日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》，对公司的财务计算结果进行报告，而《外商企业清算办法》中所规定应包括的内容，如公司的债权债务处理结果、清算财产的处理结果等事项，清算组织并没有进行清算。

此外，根据《外商投资企业清算办法》第三十二条规定：“清算报告经企业权力机构确认后，报企业审批机关备案……”，以及第三十三条：“自清算报告提交企业审批机关之日起10日内，清算委员会须向税务机关、海关分别办理注销登记。”可见，清算报告以报企业审批机关备案为其生效要件，并以将清算报告提交税务机关、海关作为为办理注销登记、终止公司的要件。

本案中合作公司的清算组织虽于2001年7月9日向董事会出具了清算报告，但既未经董事会确认又未报企业审批机关备案，且亦未在7月19日之前向税务机关、海关办理注销登记，且被申请人未对合作企业清算程序的合法性进行质疑，因而有充分的证据认为，合作企业仍处于清算过程中，该报告只是企业财务的阶段性清算报告，并不具有和最终企业清算报告同等的法定效力，因而该清算报告不能够作为清算结束的标志。

《关于设备退运后工作安排的共识》中明确记载：“双方代表及合作公司代表仅就下列问题达成共识……”公司代表的参与协商充分说明，在2003年12月15日之前，合作企业的清算工作尚未结束，且企业尚未向税务机关、海关分别办理过注销登记。而被申请方代表并未对合作公司的法人地位产生质疑，三方通过协商一致签订了此项《共识》。因而可以证明，不仅在2001年7月9日出具清算报告时清算没有结束，在2003年12月15日双方与合作企业代表签订《共识》时，合作公司的清算工作也未结束，此时合作公司的法人资格尚存。

#### 1.1.2 清算尚未结束，仲裁时效不开始起算

根据《民法通则》第一百三十七条的规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知

道权利被侵害时起计算”，在公司清算工作尚未结束，公司各项债权债务未了，剩余财产尚未分配，对公司的善后工作安排、投资损失等具体问题尚未进行磋商，申请方仅凭内部财务清算报告不知道也不能够知道其投资利益是否遭受切实的损失，权利是否遭到切实侵害。

因而 2001 年 7 月 9 日清算委员会出具的清算报告不应作为仲裁时效开始起算的标志，被申请人反请求第一条中“自从 2001 年 7 月 9 日福元电力有限公司清算委员会作出清算结束报告，申请人已知道自己损失了多少”的请求理由不成立。

### 1.1.3 即使清算结束，也不代表诉讼时效开始起算

《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……”，这意味着我国仲裁时效的起算的标准是从知道或者应当知道权利被侵害时起算。

对于“知道或应当知道”的判断，应是一个客观的标准。所谓“知道”，是指权利人通过直接或间接途径已知自己权利被侵害的事实；所谓“应当知道”，则是指无论权利人实际上是否知道自己的权利被侵害，只要客观上存在知道的条件，就推定其知道的一种法律推定。

如果申请方没有过错地不知道自己权利受侵害的事实，也就不能够行使仲裁请求权。因此本案中即使被申请方主张合作公司已经结束了“清算”，但因为合作企业的清算并不是完整的清算，因而并不能够说明着其投资权利和投资利益所遭受的侵害能够通过该清算的结束明确下来，否则双方不必在 2003 年达成《关于设备退运后工作安排的共识》，并约定在此后对其他事宜继续进行协商。

被申请方的前身为国家政府机关，现为国有企业，又有福元市财政局、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具有可靠信誉的担保方出具了不可撤消的《履约担保》，这具有相当的政府担保性质。因而申请方有充分的理由相信，通过积极有益的磋商，可以与被申请方达成共识，确定权利义务，解决纠纷，避免损失。

然而正是由于被申请方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，双方终不能达成协议，基于这一客观存在的情况，申请方才明确地知道自身权利将受到侵害并蒙受损失，因而于 2004 年 12 月 16 日提请仲裁解决纠纷。

综上，本案中即使清算已经结束，在申请人无法直接或间接地知道其权利是否受到侵害的情况下，有充分证据证明本案仲裁时效尚未开始计算，被申请人第一条反申请不成立，申请方有权向仲裁委员会提请仲裁。

## 1.2 即使本案仲裁时效已经开始计算，因存在时效中断事由，仲裁时效期间未过，驳回被申请人反请求第一条

本案中，即使被申请方基于 2001 年 7 月 9 日财务清算报告提交，错误地认为申请方应已经对损失有了清楚的认识，而主张诉讼时效已经开始，但在 2003 年双方签订的《关于设备退运后工作安排的共识》中，双方就尚在海关监管中的设备退运问题进行的约定可以构成诉讼时效中断的事由，故诉讼时效没有超过法定期间。

### 1.2.1 退运设备的行为是申请方为防止损失扩大而积极主张权利的行为

《民法通则》第一百四十条规定，“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。”《民通意见》第一百七十三条规定，“诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。”

其中权利当事人主张权利的方式应不限于提起诉讼，只要权利人及时向侵权方主张自己的权利，以期达到发生中断诉讼时效的效果，且作为负有证明时效中断的举证责任的申请方能够提供有效力的证据证明这种权利主张，就应该认为诉讼时效可以因中断而重新计算。

在《关于设备退运后工作安排的共识》中所涉及的设备，依照合同约定，由申请方投资、合作企业所有，但由于合作企业尚未进入实际生产，长期处于海关监管中，并依据填发手续缴纳证之日国家外汇管理部门公布的《人民币外汇牌价表》以及《海关对进口减税、免税和保税货物征收监管手续费的办法》产生相应监管费用。因而申请方向被申请方寻求便利，退运设备，事实上是在合同因被申请人违约而无法继续的情况下，为了防止损失扩大，减少投资损失而向被申请方积极地主张权利。

### 1.2.2 被申请方同意提供退运便利是同意履行义务的意思表示

根据《民法通则》第一百四十条规定，诉讼时效因当事人一方同意履行义务而中断。《民通意见》第一百七十三条规定，“诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。”

所谓义务人同意履行义务，是指民事法律关系中的义务人主动或者经权利人请求而同意履行其义务。义务人同意履行义务，就意味着承认权利人确实享有权利，而且义务人要履行其义务，即使义务人不立即履行义务，只要是双方达成了长期履行协议的，也应视为仲裁时效中断，构成了时效的重新计算。

本案中经过协商，被申请方同意“提供有关退运方面的凭证，并就与海关的联络提供便利条件”，充分说明被申请方对申请方所积极主张的权利予以确认，并同意履行协助义务。且在《共识》中，双方协商一致约定“将力争通过友好协商解决上述及其他有关问题”，其中对于“其他有关问题”的约定则可以视为被申请方承诺长期履行协议。

### 1.2.3 结论

因此，有充分的证据证明，自双方就退运问题达成共识起，诉讼时效因被申请人同意履行义务而中断，诉讼时效重新起算。从2003年12月15日到2004年12月16日申请仲裁之时截止，尚未超过法定的2年有效期间，因而申请方的仲裁申请诉讼时效未过，被申请方反请求第一条不成立。

## 2. 合作合同的提前终止不是国家法律规定改变的必然结果，反请求人对此负有法律责任

### 2.1 合作企业存在免交上网配套费的可能性

在被申请方的事实和理由陈述中，被申请方承认，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。

由此可见，基于该合作企业的个案考虑，是否向其收取上网配套以及收取多少的问题应由福元市供电局进行掌握执行。这意味着，对于合作公司是否需要缴纳上网配套费的问题，并不存在极大的必然性。在国家法律规定改变的情况下，合作企业依然可能因其特殊的历史原因，免交此费用。

## 2.2 福元市水利局不是被申请人的当然主管部门

能源部印发的《关于加强电力行业管理的若干规定》中指出：

“1、地（市）和县供电局是本地区电力行政主管部门，执行各自行政区域内的电力行业管理职能。

……

5、根据机构设置不能交叉重迭的原则，一级政府只能有一个电力行政主管部门。凡具有发、输、供、配电性质的电力生产单位和电力建设单位，不论其隶属关系、产权性质、经营范围如何，均应接受电力行政主管部门的行业管理。

……

10、凡由于种种原因已形成交叉供电的地区，要按照一个供电区域只能有一个供电经营部门的原则，积极创造条件，由电力行政主管部门按照国家有关规定，将供电范围明确分开，或实行联合经营。”

因为一级政府只能有一个电力行政主管部门，且一个供电区域只能有一个供电经营部门，因此一个供电区域内能决定一个企业是否要缴纳上网配套费的也理应只有一个部门。

另，《福广省电力局发文》中明确指出：

“就合作公司上网配套费的问题做出如下意见：

1、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；

2、合作公司与福元市供电局签订‘并网协议书’后，才可正式纳入电网运行。”

因此，关于是否要缴纳上网配套费的决定，应由福元市供电局掌握做出，并且排除其他同级行政机关干涉的可能性。福元市水利局在已有的行政规定下，无权对是否收取上网配套费做出决定。

## 2.3 水利局的收费决定导致合作合同提前终止，反请求人对此负有法律责任。

本案中，正是由于被申请人在明知或者应该知道自己的主管部门是供电局而不是水利局的情况下，却绕开供电局，向没有管辖权限但却有利害关系的水利局提出了请示，而基于被申请方的请求，水利局做出了要缴纳上网配套费的决定，所以最终导致合作企业双方在是否应履行不适格的主管机关作出的收费决定这一问题上产生重大的分歧，久经协商后仍不能达成一致的决议，最终导致合作无法继续下去，合同被迫终止。

## 2.4 结论

从以上的分析可以看出，虽然合作企业的建立有着特殊的历史原因，但国家有关小火电机组建设管理的政策的变化并不导致合作合同的必然终止，且反请求人向不适格的主管机关请示的行为直接导致了“合作企业需缴纳上网配套费”的行政决定，并最终导致合作合同提前终止，反请求方对此负有不可推卸的法律责任。因此申请方主张仲裁庭驳回反请求书第二条反请求。

## 3. 《合作合同（修订本）》第七条和第十四条依法有效，被申请方第三项反请求不成立

### 3.1 被申请方第三项反请求没有提出任何具体、实质的理由

被申请方在第三项反请求中要求确认《合作合同》的第七条和第十四条为违反中国法律的无效条款，但却没有提出任何具体、充分的理由，从形式或者实质上都无法支持其主张。

第一，被申请方提出“根据国家有关规定”，中方都要根据合同向外方支付“利润”的“兜底条款”（根据合同内容，这“兜底条款”指的是《合作合同》的第七条“重组后电力的销售”，该条与《购电协议》中的有关条款一同解释，可得出所谓“利润”的“兜底条款”的效果）为无效的合同约定，但是却没有说具体究竟是违反了国家有关的哪一条法律、法规或者规定，如此模糊的语言显然无法构成任何具体、实质的证明理由。

第二，被申请方在第三项反请求所提出的理由整体的逻辑也是混乱而荒诞的。在第三项反请求的理由中，对方提出根据国家有关规定，中方向外方支付“利润”的“兜底条款”（也就是第七条）应当是无效的条款，因此第七条和第十四条是无效的，也就是说因为第七条是无效的，所以第七条和第十四条是无效的条款。申请方认为，第七条是否无效和第十四条是否无效没有任何必然关系。被申请方的这种逻辑显然是不能成立的。被申请方没有对确认十四无效提出任何有效的理由。

第三，在其所附具的证据中，仅有第二项反请求所依据的“计机轻【1995】2372号文”和其对应的《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》，并没有任何第三项反请求所需要的具体、确切、有针对性的证据。

根据《民事诉讼法》第六十四条，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。被申请方对确认第七条和第十四条无效的要求担负说明充足理由并提供证据的责任，而根据上述分析可以轻易地发现，被申请方对此实际上并无提出任何具体、实质性的理由，故第三项反请求不成立。

### 3.2 《合作合同（修订本）》第七条和第十四条中利润和责任的分配是公平合法的

#### 3.2.1 上述两条款是双方当事人依据合同自由原则进行公平的利润、责任分配

合同自由原则是合同法最基本的原则，其赋予了当事人就合同有关事项进行选择 and 决定的自由。而其中决定合同内容的自由和约定违约责任自由都是其重要组成部分，而决定合同内容的自由包含了当事人可以就具体的交易内容、权利义务的分配、合同风险的分担、发生纠纷时解决争议的方法等进行意思自治，协商确定。合同是双方当事人意思合致的结果，双方当事人作为市场中进行交易的经营主体，其本身具有考虑自身利益、通过努力、协商为自身争取最大利益的基本能力，双方通过自身的资本和条件互相提出有利于自身的主张，相互商讨，最后得出一个令双方都觉得公平合理的结果。合同自由原则赋予了当事人双方根据自己的意思，公平

合理地分配利润和责任的自由。

这一点，在我国的法律、法规中也得到了明确的体现。《民法通则》第四条规定了民事活动应当遵循自愿的原则；《经济合同法》《涉外经济合同法》也都规定了订立合同需要遵循协商一致的原则；同时，《合同法》第四条规定了，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预，这些条款都对合同自由原则的基本地位和重要性做出了肯定和确认。《涉外经济合同法》的第十三条明确规定，合同应当视需要约定当事人对履行标的承担风险的界限。同样的，2000 年修订的《中外合作经营企业法》第二十一条也规定中外合作者依照合作企业合同的约定，分配收益或者产品，承担风险和亏损。

本案中，双方正是本着互利共赢的初衷，依据合同自由的基本原则所赋予的自由和权利，立足自身利益，通过友好的沟通协商，最后达成了令双方都满意的合同条款，即《合作合同（修订本）》。其中的第七条和第十四条，正是双方通过意思自治实现公平分配利润和责任的体现。

### 3.2.2 合同条款的公平不能孤立的进行考虑

从合同签订的过程我们可以看出，合同条款达到公平结果的过程并不是就每一个条款，每一种特殊具体的情况下双方承担完全一样的责任，而是通过在不同情况下根据双方不同的实际情况、特点和能力做出考量后进行的规定，最后达到责任和利益分担整体上的一个公的结果，所以我们在实际生活中将签订合同比作签订“一揽子”协议。

被申请方所提出的条款实际上仅仅是第七条的第一款和第二款，第十四条的第三款、第四款，也就是双方当事人对利益和责任的分配与承担的部分条款，实际上双方当事人对于此是有许多其他方面的具体条款的。而被申请方所指称的条款实际上正是出于合同利益和责任分担整体的公平公正所做出的约定。它是基于被申请方和申请方身为中外双方所具有的不同的条件和能力，根据一种实际的考虑进行的规定，也是对双方合同权利义务的一种平衡，是双方都认可并赞同的结果。

### 3.3 被申请方的前后行为的自我矛盾

1997 年 1 月 17 日，双方当事人在充分协商的基础上，签订了《合作合同（修订本）》，双方对此合同的约定都进行了肯定和认可。同日，合作公司、申请人与被申请人三方进一步签署了《购电协议》来细化合同的实施。而福元市财政局、福元市经济委员会、福元市、大地水泥厂、福元市锻造总厂还作为《购电协议》的担保方，做出了不可撤销的《履约担保》。在其之后，直到 1997 年 9 月，双方一直依照合同的全部条款自觉履行着合同的义务。上述的被申请方的行为和基本事实无不证明了被申请方对《合作合同（修订本）》的第七条和第十四条的有关条款的合法和有效一直抱持着认可和赞同的态度。

同时，根据有关行政规定，修订的合同和章程都要通过对外经济贸易部门的审批。而根据 1991 年 7 月 11 日对外经济贸易部印发的《外商投资企业合同、章程的审批原则和审查要点》的规定，对外商投资企业合同、章程的审批要遵循的基本原则为：

- “（一）是否符合中华人民共和国的法律、法规和政府规定；
- （二）是否符合项目可行性研究报告的内容和批准文件的要求；
- （三）是否符合平等互利的原则。

……”

同时，审查要点中很重要的一点正是：“（十四）合同、章程及其附件是否规范化并符合我国法律的要求。”

而行政审批制度是行政审批机关根据自然人、法人或者其他组织依法提出的申请，经依法审查，准予其从事特定活动、认可其资格资质、确认特定民事关系或者特定民事权利能力和行为能力的制度。而外商通过合作经营投资电力项目，其合同、章程符合相关的法律法规、国家规定、基本原则也是其基本的条件和所需的资质之一。而 1997 年 1 月 28 日，在依据上述部门规章所规定的审批要求和要点进行严密的审查后，福广省对外经贸委已经批准了该案中的修订后的合同与章程，显然对于《合作合同（修订本）》的第七条和第十四条的有关条款的合法与有效进行了进一步的肯定。

而被申请方在订立合同时、在五方对《购电协议》做出《履约担保》时、在合同与章程进行审批时、在其后多个月履行合同时都从未提出对第七条和第十四条有关条款的合法有效提出质疑，而今却突然彻底改变态度，其前后行为的严重的自相矛盾显然有悖常理，而其提出支持其的理由也是逻辑混乱、漏洞百出，没有提出任何实际、具体的理由，因此，被申请方的第三项反请求不成立。

#### 4. 被申请方违反《中外合作经营福元发电公司合同》的约定

##### 4.1 被申请方的行为实质上是恶意终止合同履行，违反合同约定

###### 4.1.1 福元市水利局与被申请人存在利害关系

1997 年 1 月 17 日，申请人与被申请人签订了《修订合同》与《修订章程》。同日，合作公司、申请人与被申 b 请人三方签订了《购电协议》，福元市财政局、福元市经济委员会、福元市水利局、福元市大地水泥厂、福元市锻造总厂五家作为《购电协议》的担保方，向合作公司出具了不可撤销的《履约担保》。

福元市水利局作为不可撤销的《履约担保》的担保方与被申请人存在着非常紧密的利害关系。因此，在被申请人无法履行约定或者被申请人需要承担责任的情况下，必然会影响到福元市水利局的利益。

###### 4.1.2 福元市水利局不是被申请人的主管部门

在上述 2.2 部分，我方已经充分说明关于是否要缴纳上网配套费的决定，应由福元市供电局掌握做出，并且排除由其他行政机关管理的可能性。福元市水利局显然并非福元市电力公司的主管单位，在已有的行政规定下，无权对是否收取上网配套费做出决定。

###### 4.1.3 被申请人的行为实质上是恶意终止合同的继续履行、违反合同约定的行为

现今我国电力行业的复杂情况主要是电力工业管理体制改革的结果。1988 年 10 月国务院已经印发了《电力工业管理体制改革方案》，各级电力公司从此时开始出现。而为了统一对电力行业的管理，确立地方各级行政区域内统一的电力主管部门，其后国务院颁布了《关于加强电力行业管理的若干规定》。1991 年 8 月 31 日，能源部又印发《〈关于加强电力行业管理的若干规定〉的通知（（1991）199 号）》，对此问题进行了一次的强调和明晰。



本案的主要案情均发生在1994年后,距离电力行业改革已经有相当一段时间。而在有国家行政法规明确规定唯一主管部门的情况下,如果说被申请人此时仍不知道主管单位是谁,显然是无法让人信服的。而且在《福广省电力局发文》中,已经明确提到要由福元市供电局做出有关决定。同时,我们可以看到被申请方在其自身的反请求书对于第二项反请求的理由说明中,自己已明确表明上网配套费由福元市供电局掌握执行。

在此情况下,被申请人显然已经明确知道自己的唯一主管部门、同时也是对此次收取上网配套费和上网电量限额一事有唯一决定权的部门为供电局,而非水利局。在这样的情况下,福元市电力公司却突然转而向并非主管部门、没有决定权的水利局请示如何掌握执行,完全违背常理。而福元市水利局恰恰又是担保方,即是针对此《合作合同》与福元市供电市电力公司有紧密利益联系的一方,而被申请人便依据一个无权作为却有利害关系的单位所做出的决定为理由要求收取上网配套费并限制上网电量,从而直接导致了合作公司不能并网发电,无法继续经营。综合以上因素,被申请人的行为实际上是以水利局的行政决定为跳板,借执行行政决定为名,行恶意终止合同的继续履行、违反合同约定之实。

#### 4.2 被申请方违反《合作合同(修订本)》第七条,第十四条的约定

##### 4.2.1 被申请方违反《合作合同(修订本)》第七条的约定

《合作合同(修订本)》的第七条的前两款规定,中方福元市电力公司要保证在合作公司设备正常的情况下,允许合作公司每年生产不少于12000万千瓦时的电量,并保证并网收购生产的全部电力。

而中方收取上网配套费和限制上网电量的行为实际上剥夺了维系合作公司生存的应得利润,从而导致其不能并网发电,乃至无法继续经营。在这种情况下,合作公司显然不具备每年生产12000万千瓦时的可能,所生产的电力也得不到并网收购,中方显然直接违反了《合作合同(修订本)》第七条的规定。

##### 4.2.2 被申请方违反《合作合同(修订本)》第十四条的约定

《合作合同(修订本)》的第十四条的第三款和第四款规定了在以下情况下对合作公司所造成的损失应由被申请方承担责任:

- (一) 合作公司所发的电无法上网;
- (二) 中国法律、法规、条例以及政策变化因素导致合作公司不能正常运作;
- (三) 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;
- .....

而回到案件事实,首先,被申请人声称因为国家法律规定变化而收取上网费、限制上网电量,导致最后合作公司无法并网发电,乃至无法继续经营,这显然符合第(二)种情况;其次,无论是国家法律规定变化还是因为福元市电力公司恶意终止合同、违反合同约定导致合作公司无法并网发电,亦即未能足额发电和足额收取电费,都属于第(三)种情况;再者,合作公司最后无法并网发电,这一事实本身就符合了第(一)种情况,故被申请方显然应当承担相应责任。

可是,在申请方怀着极大的诚意多次主动协商之下,在上级政府和有关部门的

协调之下，被申请人仍然执意拒绝承担起应担负的责任，显然是有意违反《合作合同（修订本）》的第十四条，有意撕毁合同。

#### 4.3 对告知、沟通的基本义务的违反

《合同法》第六十条第二款规定，“当事人应当遵循诚实信用原则，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。”

被申请方的前身为福元市政府机关（电力局），如今是与福元市供电局有紧密联系和隶属关系的国有企业。电力行业作为中国最早向外商开放的产业之一，外商与中方合作经营进行投资，看重的就是国有企业具有充分了解中国相关法律、法规、国家政策、地方政策的良好能力和与政府部门进行有效沟通的便利条件，以及了解本地市场信息的地域优势。而申请方作为中国引进外商投资政策下来华投资的外方，通过签订合作企业合同与被申请方进行中外合作经营，其企业的设立完全符合国家鼓励外商投资的政策。

被申请方在国家鼓励外商投资的政策下更应起到积极的表率作用，通过引进外资顺利实现国有企业的现代化改造，因而在履行《合同法》第 60 条所规定的法定义务过程中，作为中外合资企业的中方代表，应切实承担起与中国政府机关进行沟通、协商的义务，为外资企业的顺利运作提供良好的政策环境和法律环境。

这一法定义务的履行应包括对于国家法规政策规定的收费项目向申请方进行合理解释的义务和代表合作企业与政府主管部门进行积极地沟通的义务。被申请方应在法律、法规、政策允许的范围内从合作企业的利益出发，减少合作企业不必要的固定或可变成本。

本案中，申请人本着服务社会、实现双方共赢的初衷，积极地与被申请人展开深入合作，切实履行自己的责任义务。相反，被申请人不但没有履行应尽的沟通协商义务，在法律、法规、政策允许的范围内，没有从合作企业的利益出发，减少合作企业的成本花销，反而处处为合作企业制造障碍。被申请人缺乏起码的商业信用与合作诚意，违背《合同法》有关诚实信用原则的有关条款，没有尽到与中方政府沟通协调的义务，故被申请人理应承担由此带来的一切不利影响，并对申请人的损失予以赔偿。

#### 4.4 结论

综上所述，被申请方的行为实质上是在恶意终止合同、有意违反合同约定，也违背了《合作合同（修订本）》第七条前两款、第十四条 3、4 款的明确规定和沟通、告知的基本义务，正是被申请人的违约行为给申请人带来了巨大的损失。

### 5. 申请方未违反国家法律规定或合同约定，被申请方第四项反请求不成立

#### 5.1 申请方依据国家法律规定拒交不合理费用

##### 5.1.1 申请方投资符合国家鼓励外商投资政策

中国改革开放以来，在引进外商投资，促进经济发展方面取得了举世瞩目的成就。通过引进外国资金、设备、技术，中国的各个产业，特别是能源产业，正稳步在实现产业优化和升级的大道上迈进，这有赖于国家积极鼓励外商投资的政策，也归功于政府致力于营造良好的外商投资环境和法制环境的决心。自 1986 年施行的《国务院关于鼓励外商投资的暂行规定》以来，外商投资企业的生产经营条件逐步得到改善，特别是进入 21 世纪后，为了遵守 WTO 章程及中国的承诺，国家对外商

投资政策进行了较大的调整，2000、2001 两年先后修改了《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》等几部法律规定，旨在从形式上和实质上真正取消对外商投资企业的限制。特别在 2002 年制定的《指导外商投资方向规定》中，划出了重点的引资领域，鼓励和引导外商投资高新技术产业、基础设施建设和参与国企改革、重组。

受到中国所宣传的良好的投资环境和政策环境的吸引，申请方决意来华投资电力行业，通过签订合作企业合同与国有企业电力公司进行中外合作经营，其企业的设立符合国家鼓励外商投资的政策，且申请方引进的先进设备，属于“引进高新技术、先进适用技术，能够改进产品性能、提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的领域”，相较于中国独立经营的小火电机组，在优化能源结构方面具有很大的优势，符合《指导外商投资方向规定》第五条所规定的鼓励外商投资项目<sup>1</sup>。

#### 5.1.2 被申请方违反法定义务，直接导致合作企业需缴纳上网配套费

如前分析可知，被申请方在明知或者应当知道福元市水利局不是自己的当然主管部门的情况下，向利害关系人福元市水利局提出请示。这一行为充分地说明被申请方不顾合作企业利益，不顾国家鼓励外商投资的政策目标，在明知主管机关可以就是否收取上网配套费进行掌握执行，而合作企业基于特殊的历史原因有极大的可能避免上缴该费用的情况下，不履行自己作为中方代表所应尽的与政府部门进行沟通协商之义务，直接或间接故意地请示了错误的主管机关，默许了错误的主管机关所作出的不利于合作企业的行政决定，直接导致了合作企业需缴纳该项费用的后果。

#### 5.1.3 基于水利局决定的收费行为不合理

水利局作为电力公司不合格的主管部门，其基于被申请方错误的请示所作出的收费决定不符合正当行政程序，依照此决定收取的上网配套费是不合理的。

#### 5.1.4 申请方依照国家法规政策拒绝不合理收费

国务院《关于鼓励外商投资的暂行规定》第十六条第二款规定，“外商投资企业遇有不合理收费的情况可以拒交；也可以向当地经济委员会直到国家经济委员会申诉。”

因此，本案中水利局作出的收取上网配套费用的行政决定是不合理的，申请方依据国家法律规定作出的拒交上网配套费用的行为并未违反法律法规或合同的约定，因此也不构成导致合作公司无法并网发电和合作公司解散的任何直接或间接的原因，被申请人反请求第四条不成立。

### 5.2 申请方提出提前终止合同是行使同时履行抗辩权

#### 5.2.1 被申请方违反合同约定，应对合作公司亏损承担责任

《合作合同》第十四

5 条约定，在双方确认合作公司所发电不能上网导致合作公司不能正常运作所

<sup>1</sup> 关于鼓励外商投资项目，《外商投资产业指导目录》做出了详细的列举和规定，本案中的合作公司电力项目属于鼓励类的第(六)类的第一项：“火电站的建设、经营(包括常规火电站和煤的洁净燃烧技术电站)……”

产生的亏损及债务由被申请方承担。

自申请方基于正当理由拒绝缴纳上网配套费以来，合作公司因无法发电上网以至于无法维系正常经营已成既定事实，依照合同约定，被申请方负有承担对合作公司产生的亏损的义务。然而截止2000年5月15日《合同合同》终止，被申请没有承担任何实质性的责任。

### 5.2.2 申请方有权行使同时履行抗辩权

《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。

因而在被申请方拒绝履行其应付责任，并未对因其违约导致合同终止所带来的亏损和债务进行赔偿的情况下，申请方有权拒绝继续履行合同或章程所规定的义务，所以自然不存在任何违约行为，因此被申请方第四项反请求不成立。

## 5.3 申请方拒交上网配套费是对水利局无效的行政行为行使抵抗权

### 5.3.1 行政行为无效理论在我国的立法实践和判断标准

我国《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款对行政行为的确认无效制度进行了规定：“有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：

- （一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；
- （二）被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；
- （三）被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。”

在我国，确定无效行政行为的标准在理论上一般采取“重大、明显说”。<sup>2</sup>这一理论在我国立法实践中确立于最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十五条：“对明显缺乏事实依据、法律依据、其他明显违法的行为，如果行政机关向人民法院申请强制执行，人民法院应当裁定不准予”。这一标准的采取可以避免因行政机关书面材料的局限而可能使无效行政行为得以逃遁，更可以保障行政相对人不受起诉期间限制地向法院表明自己不履行义务的正当性。

对这一判断标准进行具体地讨论，学理上通常认为合法有效的行政行为必须是具有行政主体资格的行政机关和其他有权组织作出的，即行政主体应具有合法地位。如果不具有合法的行政主体资格作出的行政行为当然是无效的。

### 5.3.2 水利局作出向合作公司收取上网配套费的行政决定无效

如前所述，有充分的法律、事实证据证明水利局作为合作公司的非当然主管单位，却在被申请方的请示下作出了向合作公司收区上网配套费的决定。水利局作为不合格的行政主体作出该行政决定，明显缺乏事实依据、法律依据，不仅直接导致了中外合作企业无法继续，且对于中国的投资环境在国际上的评价产生了极大的负面影响，因而这一决定充分满足了无

---

<sup>2</sup>王锡锌：行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨，法学，2001（10）。

效行政行为“重大且明显”的判断标准。

### 5.3.3 申请方拒交上网配套费的行为是对无效行政行为行使抵抗权<sup>3</sup>

行政行为无效理论赋予了公民在某些情形下直接抵制行政命令实现的权利，我国目前最具影响的一些行政法学教科书都涉及到了对无效行政行为的抵抗权问题，并且基本上对抵抗权持肯定态度。例如，罗豪才教授主编的《行政法学》<sup>4</sup>认为，对于某些无效行政行为，“行政相对方有权抵制而不予执行”，姜明安教授主编的《行政法与行政诉讼法》<sup>5</sup>认为，对无效行政行为，“相对人可视之为无效，有限国家机关可宣告该行为无效”；而且，对于有些行政行为，相对人“可以而且应该将之视为一个无效行政行为，不予执行”。按照这种理解，对无效行政行为的抵制，不仅是一种权利，而且是也是一种义务。

在法律法规没有赋予行政机关强制执行权的模式下，针对行政机关作出的指定履行期限的决定，行政相对人若认定其无效，可以不服从，既不履行义务也不在复议或者起诉期限内求诸救济机制。法定期限届满之后，行政相对人可以提起单独的确认无效之诉，也可以在行政机关申请司法执行程序中提出行政行为无效主张。法院的确认无效判决或者不予执行裁定，都将是对公民正当行使抵抗权的支持。

因此在水利局的行政决定无效的情况下，其作出的收取上网配套费的行政决定自然不存在公定力，因此申请方请求仲裁庭对本案予以综合考量，肯定申请方拒交上网配套费的行为不仅是依照国家法律规定拒交不合理收费，也是对无效行政行为的抵抗权的正当行使，因此申请方未违反国家法律规定或合同约定，被申请方第四项反请求不成立。

## 6. 被申请人应赔偿申请人经济损失 1600 万美元

### 6.1 被申请人违反合同约定是造成提前终止合同的主要原因

根据上述的分析，被申请方的第二项反请求不成立，裁决合作经营的提前终止并非国家法律规定改变的必然结果（2. 合作合同的提前终止不是国家法律规定改变的必然结果，反请求人对此负有法律责任）。而是被申请方以自己的行为恶意终止合同，违反《合作合同（修订本）》第七条、第十四条有关条款约定，违反沟通、告知的基本义务所导致的结果。而申请方并没有任何违背任何中国法律规定或者任何合同义务，因此，被申请人违反合同约定正是造成提前终止合同、给申请人带来巨大损失的主要原因。

### 6.2 被申请人应承担相应的赔偿责任

《中外合作经营企业法实施细则》第四十八条第一款规定，“合作企业因下列情形之一出现时解散：

- （一）合作期限届满；
- （二）合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；
- （三）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；
- （四）合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现；

<sup>3</sup>王锡铤：行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨，法学，2001（10）。

<sup>4</sup>罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社1998年版，第115页。

<sup>5</sup>姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社1999年版，第159页。

（五）合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。”

被申请方以自己的行为恶意地终止合同，违反《合作合同（修订本）》第七条、第十四条有关条款约定，违反沟通、告知的基本义务的行为，最终导致合作公司不得不提前终止解散，正是符合了第四十八条第一款的第（三）项情况。

而根据第四十八条第二款规定，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。因此，被申请人应当对其行为承担相应的法律责任，赔偿申请人因此遭受到的经济财产损失。

### 6.3 赔偿

综上，因被申请方恶意终止合同，违反修订合同第七、第十四条有关约定，违反沟通、告知基本义务，造成了申请人直接经济利益损失以及合作公司如果能够正常运营发电所获利润的期待利益损失。依据《合同法》第一百一十三条，被申请人应赔偿申请人经济损失及其利息共计1600万美元，并依照《仲裁委员会仲裁收费办法》第九条、第24条，因败诉承担本案仲裁费、财产保全费和财产保全担保费等费用。

鉴于以上事实和法律依据，申请人请求仲裁庭支持申请人的仲裁请求。

此致

## 第五部分 附件

### 1. 附件一：授权委托书

#### 授权委托书

委托人：新泰国辉运能源投资有限公司

受委托人：姓名：XXXA，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师 电话：XXXXXXX

姓名：XXXB，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师 电话：XXXXXXX

现委托上列受委托人在我与中国福元市电力公司因中外合作经营纠纷纠纷一案中，作为我方的诉讼代理人。

代理人 XXXA 和 XXXB 的代理权限为：特别授权代理。包括代为提起诉讼申请、应诉或答辩，代为参加诉讼开庭审理，代为承认、变更、放弃诉讼请求，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：新泰国辉运能源投资有限公司

2005年X月X日

2. 附件二：证据清单

序号	证据名称	证据来源	证明对象
1	《中外合作经营福元发电公司合同》和《福元发电公司章程》	申请人 与被申请人签订	双方对纠纷解决方法的约定； 双方对法律管辖的约定； 双方对遵守法律的义务的约定。
2	《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）》	申请人 与被申请人签订	双方出资范围、形式和期限的约定； 双方对电力销售和 risk 责任承担的约定
3	《购电协议》	合作公司、申请人、 被申请人签署	双方对电力销售的约定
4	《关于终止福元电力有限公司的董事会决议》	合作公司 董事会出具	合作公司无法继续、被迫终止
5	《关于设备退运后工作安排的共识》	合作公司、申请人、 被申请人签署	清算尚未结束；申请人持续主张权利； 被申请方承诺履行义务
6	福广省电力局下发“福电用处【1998】20号文	福广省电力局下发	上网配套费的收取权问题
7	福广省电力局回复外经贸委函“福电办【1998】37号文”	福广省电力局回复 省外经委函	上网配套费的收取权问题

3. 附件三：本书面代理意见副本份