

队伍编号：11 号

2007 年“理律杯”模拟法庭辩论赛

# 仲裁代理意见

申请人： 中国陇西省江州市宏源产业有限公司

被申请人： 德曼国慕尼黑荷有限公司

## 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> .....	1 -
<b>一、申请人有关被申请人违约的主张不能成立</b> .....	1 -
(一) 被申请人已经履行了出资义务，无需承担任何责任.....	2 -
1、被申请人的出资义务.....	2 -
2、被申请人已履行出资义务，无需承担任何责任.....	6 -
(二) 被申请人已履行继续建设义务，建设不能之过错不在被申请人.....	12 -
1、被申请人已履行继续建设义务.....	12 -
2、建设不能乃申请人所造成，过错不在被申请人.....	12 -
<b>二、申请人有关被申请人侵权的主张不能成立</b> .....	13 -
(一) 申请人的出资范围必然包括银星商场，合作公司对此享有权利.....	14 -
1、根据各项文书，申请人的出资范围必然包括银星商场.....	14 -
2、建设项目的资产价值无法将银星商场排除出.....	16 -
3、申请人履行出资的行为表明其将银星商场作为出资.....	17 -
(二) 申请人有关银星商场权利的异议不应向被申请人主张.....	17 -
1、银星商场权属的争议不应向被申请人主张.....	17 -
2、申请人银星商场权利受侵犯不应向被申请人主张.....	18 -
<b>第二部分 申请人行为构成违约</b> .....	19 -
<b>一、申请人存在违约行为，应对此承担责任</b> .....	19 -
(一) 申请人违背诚信原则，隐瞒出资资产抵押的事实，违反了告知义务.....	19 -
(二) 申请人以抵押物出资，未完全履行出资义务，构成违约.....	20 -
1. 合同约定的申请人的出资义务.....	20 -
2. 申请人没有及时消灭出资物上之抵押权，构成出资行为之无效，并且对合作公司和被申请人造成损失.....	20 -
(三) 申请人违反继续建设银星大厦的义务，干扰合作公司运营，构成违约.....	21 -
1. 申请人作为公司股东，依法负有继续建设义务.....	21 -
2. 申请人不仅未履行义务，更阻碍公司运营，构成违约.....	21 -
(四) 申请人应承担违约责任.....	21 -
<b>二、合同目的不能实现，提请解除合同，解散公司，返还被申请人的出资</b> .....	22 -
<b>第三部分 结论</b> .....	23 -
<b>参考文献：</b> .....	25 -

# 银星有限公司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 A2006008 号

尊敬的首席仲裁员、仲裁员：

依照法律规定，受本案被申请人德曼国慕尼黑有限公司的委托和 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。具体到被申请人与申请人：

- 1、被申请人是否已依约履行合同义务；
- 2、银星商场是否是申请人的出资范围，申请人对此是否享有权利；
- 3、被申请人是否构成侵权；
- 4、申请人是否存在瑕疵出资，构成缔约过失与违约；
- 5、申请人是否存在阻挠合作公司运营的行为，构成违约；

针对上述争议焦点，依据有关法律、法规规定和仲裁所应遵循的相关原则，申请方代理人认为，本争议案被申请人德曼国慕尼黑有限公司，不仅依约履行了出资义务和继续建设义务，不存在任何违约行为，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。至于银星商场，其确定系本争议案申请人中国陇西省江州市宏源产业有限公司之出资范围，合作公司对此享有权利，申请人对银星商场的权利并未受到侵害，被申请人更不是其请求的对象，无需承担任何侵权责任。因此，申请人有关被申请人违约和侵权的主张不能成立。

此外，被申请人认为，申请人刻意隐瞒，以设有抵押权的不动产出资，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卷入纠纷，不能正常运营的根源。此外，申请人对确定为其出资范围的银星商场之权属百般无理纠缠的行为，不仅表明其无合作的态度，而且更是干扰了合作公司的正常运营。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。

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、申请人有关被申请人违约的主张不能成立**

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银星大厦的义务，应向申请人赔偿因此而遭受的损失<sup>①</sup>。然事实上，被申请人已依约履行了

<sup>①</sup> 案件材料 1 页。

出资义务和继续建设银星大厦的义务，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。

## （一）被申请人已经履行了出资义务，无需承担任何责任

就被申请人是否履行出资义务的问题，申请人认为，被申请人的出资义务应当局限于以美元现汇的方式投入合作公司的账户，被申请人于1999年10月20日前要求广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入合作公司的1400万人民币和被申请人于2000年1月30日前汇入陇西省高级人民法院的180万美元之两笔款项并非被申请人的出资，被申请人构成履行迟延。然，被申请人认为，首先应以法律规定和商业惯例来理解被申请人的出资义务，其次，尽管被申请人的出资行为较付款计划表存在一些瑕疵，但其并不影响被申请人完全履行出资义务，未给申请人造成任何损失的事实。因此，被申请人认为，其已经履行了出资义务，无需承担任何责任，申请人的主张不能成立。具体理由阐述如下：

### 1、被申请人的出资义务

在本争议案中，申请人与被申请人为成立合作公司、共同建设银星大厦，于1999年6月20日，以申请人为甲方、被申请人为乙方，签订了《中外合作江州银星有限公司合同》（以下简称《合作合同》），制定了《中外合作江州银星有限公司合作章程》（以下简称《章程》）。在《合作合同》中，申请人与被申请人依法就各自在出资及继续建设银星大厦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，并无违反法律强制性的规定，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作出了安排，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》[19880413]第五条之规定：“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，向陇西省政府报批，并于1999年7月15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，《合作合同》和《章程》于1999年7月15日依法生效。

根据《中外合作经营企业法》[19880413]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《合作合同》、《章程》中的具体约定来确定。

#### （1）被申请人的出资总额和出资形式

根据《合作合同》第13条之规定：“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……乙方：51%，共计408万美元（折合人民币3264万元），以现金支付……”；根据《章程》第11条之规定：“……乙方：认缴出资额为408万美元（折合人民币3264万元），占注册资本的51%。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”。

至此，被申请人所负担的出资义务总额应为408万美元（折合人民币3264万元），对此，双方当事人不存在任何异议。

至于被申请人的出资方式,《合作合同》与《章程》存在不同的字面表述。申请人与被申请人首先在《合作合同》中约定:被申请人的出资方式为“现金支付”;此后,双方在《章程》中共同规定:被申请人的出资“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。”根据申请人的主张,其认为“现金支付”应理解为“以现金也就是货币的方式进行直接支付”;而“以现汇投入”应理解为“被申请人的出资应该是以美元投入”。进而,申请人进一步主张,《合作合同》与《章程》的约定存在不同,应以《章程》规定的现汇方式投入,即被申请人以美元现汇的方式投入合作公司的账户。

对此主张,被申请人认为,申请人忽略了词语使用的语境和双方订约之初的内心意思,其对字面的机械解释系对被申请人的故意刁难,于合作双方没有任何利益可言,也不符合商事领域追求效率的特点。此外,在申请人认为《合作合同》与《章程》规定不同的情形下,以《章程》确定被申请人出资方式的依据也不符合《中外合作经营企业法实施细则》第十条第四款:“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。”的规定。

鉴于此,被申请人进一步认为,《合作合同》系对被申请人以货币形式出资的约定,而《章程》系对被申请人货币出资形式的进一步说明,两者在本质上并无不同。因此,应结合日常用语和商业用语的惯例,根据我国公司法有关股东出资制度的相关规定,宏观地考察《合作合同》的约定和《章程》的规定,对被申请人的出资方式作出更合理的解释。

首先,《合作合同》中约定的“以现金支付”,实质上是对被申请人出资形式的约定,即被申请人以货币形式,而非实物形式出资。

第一,结合日常用语和商业惯例,具体考察《合作合同》第十三条的相关表述,可知该条款系约定被申请人以货币形式出资。

“出资方式”一词,并非规范的法律用语,在《公司法》和《中外合作经营企业法》中并无完全对应的术语,但结合其本身的内涵和订约双方的内心意思,应该说它所指代的是“出资形式”这一法律用语。而且,具体考察日常生活和商业领域对“出资方式”一词的运用,不难发现,以“出资方式”替代“出资形式”一词的用法也是普遍而正常的。更何况,《合作合同》在用语上具有非专业化的特点,我们更应从商业惯例和商业便利的角度来对此条款作出解释。因此,《合作合同》的该条款系对双方当事人出资形式的约定。

而“现金支付”一词在日常生活和商业领域中,固然有申请人主张的以现金,也就是货币的方式进行直接支付的意思,但在本条款的语境下,更应从履行出资义务的层面上对其作出解释。考察商业惯例,“货币”系书面用语,在日常经营交易中,当事人多以“现金”指代货币,此种用法也是得到申请人认同的。至于“支付”,由于商业领域存在的多是对待给付类型的双务合同,因此,以“支付”表示履行合同也应该说是商人们的一个共识。因此,“以现金支付”之本质含义,在出资义务层面,应理解为以货币履行出资更为恰当。

第二,结合我国股东出资制度的考察,对《合作合同》第十三条的上述解释是合法的。

根据公司法的相关规定,我国在股东出资制度上,实行严格的出资形式法定主义,即除了法律规定的出资形式外,不允许当事人对出资形式作另外约定,也不允许当事人以法律规定之外的出资形式出资。具体到采有限责任公司形式的中外合作经营企业中,根据《中外合作经营企业法实施细则》第十八条之规定:“合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币,也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。”因此,股东可作为出资形式的,应仅限于货币和所列举的几种财产权利。而对《合作合同》第十三

条作如上解释，可以说严格遵守了出资形式法定主义，在前提上是合法的。

第三，对《合作合同》第十三条的上述解释更符合双方当事人订约之初的内心意思，于双方更有利益可言，较申请人的主张更为合理。

诚如申请人自己所主张的，以现金，也就是货币方式直接支付是很难想象的，因此，申请人对《合作合同》第十三条的上述解释是存在偏差的。而将《合作合同》第十三条理解为被申请人的出资方式，不仅严格遵守了法律规定，符合商业惯例，而且更有利于被申请方出资的到位和公司资本的尽早充实。从申请人与被申请人成立公司，尽快收回投资的目标来看，如此解释都是符合双方当事人利益的，也是双方当事人订约时内心意思的表示，因此，此种解释较申请人的理解更为合理。

至此，《合作合同》第十三条应理解为对被申请人出资形式的约定，即被申请人以货币形式，而非实物形式出资。

其次，《章程》第十一条中约定的“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”实质上是对被申请人货币出资形式的进一步说明，其与《合作合同》本质上是一致的，应认为其合法有效，共同成为确定被申请人出资方式的依据。

第一，《章程》第十一条是从出资货币的角度对《合作合同》确定的出资方式的进一步约定，两者并不存在不同。

所谓“现汇”，是外汇市场上现汇的简称，具体系指从国外银行汇到国内的外汇存款，以及外币汇票、本票、旅行支票等银行可以通过电子划算直接入帐的国际结算凭证，属于外币支付的一种形式。因此，《章程》第十一条前段的规定表明，被申请人可以以美元的方式出资。而“外汇抵押人民币贷款”系，抵押申请单位在向国家外汇管理机构提出申请，经其核准后，从中国人民银行指定的受托行获取人民币贷款的人民币借贷方式。银行对抵押单位发放的人民币贷款，最高不得超过抵押品按抵押日国家外汇管理局公布的人民币汇价（买入价）所计算的数额。因此，从本质上来说，该贷款方式为外商以人民币投资提供了方便，也表明，《章程》第十一条后段的约定，允许被申请人以人民币的方式出资。所以，申请人主张的仅以美元出资的方式是片面的，并以此否定《合作合同》的约定是违反现代合同法尽量使合同有效的精神的，也是不符合《中外合作经营企业法实施细则》第十条第四款之规定的。至此，《章程》第十一条系在《合作合同》约定的以货币方式出资的基础上，对被申请人出资货币形式所作的进一步约定，即被申请人既可以以美元，也可以以人民币出资。

第二，《章程》第十一条规定的初衷系基于被申请人方便出资的目的，因此，对该条款应本着便利出资的商业精神，从缔约双方的本意出发，确定被申请人的出资义务。

在外汇市场上，“现汇”是相对于“现钞”而言的，它的转移出境，不存在实物形式的转移，可以直接汇出，只是帐面上的划转，以现汇出资不仅符合我国当初的外汇管理政策，手续简便，而且可以节省外汇入境的手续费，因此，之所以在《章程》中约定被申请人出资主要以现汇投入系基于被申请人利益考虑，节约该笔手续费，并使其尽快完成出资。而允许被申请人“以外汇抵押人民币贷款”系对上述方式的一种补充，为被申请人以美元出资之外，提供了更多的出资方式，以便其尽早完成出资。因此，可以说，《章程》第十一条规定的初衷仅在于方便被申请人尽早完成出资，在解释该条款时自应以该目的为出发点。申请人的片面解释，于法于理毫无意义，对争议双方也毫无利益可言，应该说是片面的，应从货币形式的角度对《章程》第十一条作出更合理的解释。

综上，被申请人认为，《合作合同》中的相关条款仅是对被申请人货币出资形式的约定，

而《章程》更是本着被申请人方便出资的精神，对被申请人以美元或人民币两种货币形式履行出资义务的安排。申请人上述支付方式的主张纯属对被申请人的故意刁难，被申请人事实上只要以货币形式投入总额为408万美元（折合人民币3264万元）的款项，即可构成完全履约。

## （2）付款计划表对被申请人出资计划的安排及其效力

根据《合作合同》第十四条付款计划表之约定，被申请人可以分三个阶段履行其出资义务：

### A、被申请人出资计划的第一阶段安排

根据《合作合同》第14条对第一期出资所作的安排：“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%；”基于双方共同承认的案件事实和上述就出资总额的分析：合作公司于1999年7月24日获得国家工商总局颁发的企业法人营业执照，约定被申请人负担的总出资额为408万美元（折合人民币3264万元）。因此，被申请人的第一阶段出资应于1999年7月24日后的三十天内，即1999年8月23日之前，将货币出资61.2万美元（折合人民币489.6万元），即408万美元（折合人民币3264万元） $\times 15\% = 61.2$ 万美元投入合作公司。

### B、被申请人出资计划的第二阶段安排

根据《合作合同》第14条对第二期出资所作的安排：“合同经批准后，乙方按付款计划表付款。……在领取营业执照的三个月内，乙方应认缴其出资额的50%；”比照被申请人第一阶段出资安排的分析方法，可知被申请人的第二阶段出资应于1999年10月25日之前，将出资204万美元（折合人民币1632万元），即408万美元（折合人民币3264万元） $\times 50\% = 204$ 万美元（折合人民币1632万元）投入合作公司。

### C、被申请人出资计划的第三阶段

根据《合作合同》第14条对第三期出资所作的安排：“合同经批准后，乙方按付款计划表付款。……在领取营业执照的半年内，乙方应认缴其全部出资额。”比照被申请人第一阶段出资安排的分析方法，可知被申请人的第三阶段出资应于2000年1月25日前，将全部出资即408万美元（折合人民币3264万元）投入合作公司。

结合具体内容和商业惯例的考察，该付款计划表系对被申请人出资过程所作的大致安排，其目的在于敦促被申请人尽快完成出资，其法律上的意义仅在于确定2000年1月25日作为考察被申请人是否完全履行出资义务的最后时间点，至于之前两个时间点的考察，仅具有被申请人出资过程中的敦促意义，而不具有法律上的强制意义。

首先，从考察被申请人出资情况的期限约定上来看，根据《合作合同》第14条之相关约定，被申请人出资计划的三个阶段，均以合作公司领取营业执照之日为起点，分别规定了“三十天内”、“三个月内”、“半年内”的三个期间，据此，可以得出如下结论：被申请人可以依据付款计划表分三个阶段履行其出资义务，并可以根据实际情况在《合作合同》规定的最后期限到来前，对其出资过程作出适当调整和补救，而申请人在最后期限到来前，可以依据付款计划表敦促被申请人尽快履行出资，但不可以依据付款计划表主张被申请人违约。只有在被申请人在合作公司领取营业执照半年后，即2000年1月25日仍未向合作公司缴纳总额为408万美元（折合人民币3264万元）的情形下，被申请人才构成出资违约。以第一阶段和第二阶段出资为例：如果被申请人在第一阶段完全按照付款计划表，于1999年8月23日之前向合作公司投入61.2万美元（折合人民币489.6万元）的出资，则在1999年8月24日至1999年10月25日期间，其只需投入向合作公司投入142.8万美元（折合人民币1142.4万美元）即可。但如果被申请人由于某种原因未能在出资计划的第一阶段足额向合作公司投

入 61.2 万美元（折合人民币 489.6 万元）的出资，其可在第二阶段进行补救，只要其在 1999 年 10 月 25 日之前，累计向合作公司投入 204 万美元（折合人民币 1632 万元）的出资即可，在这种情况下，申请人更可以以付款计划表为依据要求被申请人严格履行出资。此种情况在第三个的出资阶段同样适用。因此，付款计划表从本质上仅是对被申请人出资过程所作的大致安排，其法律意义仅在确定了 2000 年 1 月 25 日作为考察被申请人是否出资违约的时间点。

其次，按照一般的商业惯例，类似的计划表通常也是对付款过程的大致安排，债务人只要在最后规定的期限内履行即可。更何况，商人在合法的前提下更追求效率和便利，因此在最后期限到来前允许被申请人对其出资过程作出损害申请人利益的调整是完全符合常理的。

再者，根据《中外合作经营企业法实施细则》第十二条第一款第（三）项之约定：“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。”此处“合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限”亦应从投资总额的角度来理解更为合适，因此，《合作合同》第十四条从法律意义上来说，仅是对被申请人出资最后期限的约定，被申请人只要在 2000 年 1 月 25 日之前向合作公司投入其所负担的出资总额，即可构成完全出资。

综上，被申请人出资义务的主要内容即：比照《合作合同》第十四条约定之付款计划表，在领取营业执照的半年内，即 2000 年 1 月 25 日前，足额地将其总额为 408 万美元（折合人民币 3264 万元）的货币出资投入合作公司。

## 2、被申请人已履行出资义务，无需承担任何责任

根据《中外合作经营企业法实施细则》第十七条之规定：“合作各方应当依照有关法律、行政法规的规定和合作企业合同的约定，向合作企业投资或者提供合作条件。”因此，被申请人只要比照《合作合同》第十四条约定之付款计划表，在领取营业执照的半年内，即 2000 年 1 月 25 日前，足额地将其总额为 408 万美元（折合人民币 3264 万元）的货币出资投入合作公司，即完全履行出资义务。

根据申请人提供的合作公司收到汇入款项证明（证据三）：合作公司于 1999 年 8 月 25 日收到慕尼黑有限公司汇入其账户的款项 62 万元美元；合作公司于 1999 年 10 月 20 日前分三次共收到广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入其账户的款项 1400 万元人民币；合作公司于 2000 年 1 月 30 日收到陇西省高级人民法院发出的慕尼黑有限公司汇入该院 180 万美元以偿还江州市商业银行到期贷款及利息的通知。据此，被申请人在合作公司领取营业执照后的半年内，比照付款计划表的约定，先后积极主动地向合作公司投入了总额达 417 万美元的出资，已完全履行了其出资义务。

在此基础上，本代理人就付款计划表的约定，针对申请人的有关主张，进一步作如下具体阐述：

### （1）被申请人已履行第一期出资义务

根据申请人所确认的事实，被申请人于 1999 年 8 月 25 日将出资款项 62 万元美元汇入合作公司账户。根据付款计划表，被申请人的上述出资比约定的 1999 年 8 月 23 日推迟了 2 天，但该事实并不必然表示被申请人存在出资违约的行为，更不表明其给申请人造成损失应承担责任的。<sup>②</sup>

正如代理人在前一部分中所阐述的，付款计划表仅是对被申请人付款过程所作的大致安

<sup>②</sup> 韩世远：《履行迟延的理论问题》，清华大学学报（哲学社会科学版），2002 年第 4 期。

排,根据商业惯例其也无强制约束力。其意义仅在于为申请人监督被申请人出资提供依据和参考。在被申请人未依付款计划表足额出资的情况下,申请人只可依付款计划表要求被申请人尽快出资,而不可据此要求被申请人赔偿其损失。更何况,被申请人超出原定出资计划数额2%缴纳出资,不仅表明了其有出资的意图,更说明其未给申请人和合作公司造成任何实质损害,无需承担任何责任<sup>③</sup>。

因此,被申请人事实上,本着诚实信用的原则已缴纳了62万美元作为其第一期的出资,已充分履行了出资义务,无需承担任何赔偿责任。

## (2)“往来款”系被申请人的第二笔出资款,被申请人已履行第二期出资义务

根据申请人所确认的事实,合作公司于1999年10月20日前分三次共收到广州庆德服装有限公司以“往来款”名义汇入合作公司的款项共计1400万元人民币。对此,申请人主张出资不可能以“往来款”名义汇入合作公司账户,广州庆德服装有限公司也非出资义务主体,被申请人在未能举证其指示过广州庆德有限公司对合作公司进行给付的情况下,被申请人的出资义务不能消灭。此外,申请人还从货币形式的角度认定被申请人没有完全履行出资义务。

对此,被申请人认为广州庆德服装有限公司的汇款行为事实上系被申请人为完成其出资义务所作的安排,从本质上来看,广州庆德服装有限公司系被申请人出资的履行辅助人,其向合作公司汇款的行为系基于被申请人的意思而为之的被申请人出资义务之第三人履行,在未给申请人造成损害或其额外费用的情况下,应认为该“往来款”系被申请人的出资,因此,申请人的所有主张不能成立,被申请人事实上已完全履行第二笔出资。

首先,广州庆德服装有限公司的汇款行为系代替被申请人履行出资义务的第三人履行行为,其基于被申请人的意志而有实施汇款行为的主体资格。在债法领域,所谓第三人履行,是指第三人在未与债权人或债务人达成转让债务的协议并成为合同当事人的情况下,代替债务人履行债务<sup>④</sup>。在该制度中,第三人不因合同负有给付义务,也并非合同当事人,其仅基于债务人的意志和意思而具有代替债务人履行合同义务资格,一旦其具有该资格,在不影响债权人利益的前提下,其履行行为便能产生使债务人债务消灭的效果<sup>⑤</sup>。在本争议案中,广州庆德服装有限公司仅是被申请人的商业伙伴,其并非《合作合同》的当事人,也非合作公司的股东,但其之所以将1400万元人民币以“往来款”名义汇入合作公司的账户,事实上系被申请人为完成其出资义务所作的安排。被申请人如此的安排行为,一方面表明了其出资的意图,另一方面更是明示了其要求广州庆德服装有限公司作为第三人履行出资义务的意志和意图,广州庆德服装有限公司因此具有将出资款项汇入合作公司账户并以此消灭被申请人出资义务的资格。因此,由广东庆德服装有限公司将出资款项汇入合作公司账户并无不妥,申请人的主张不能成立。

其次,从效果上来看,应认为该“往来款”符合出资的要求,系被申请人的出资。

在第三人履行的情况下,根据合同自由原则和保护债权人利益的考虑,除给付的价值依存于特定债务人的场合以外,债权人最为关心在于债权的满足,至于是由谁的履行而获得这种满足,相对而言并不重要,因而,债务人以外的第三人清偿,债权人不应有所不满。<sup>⑥</sup>至

<sup>③</sup> 除非申请人可以举证两天的推迟对合作公司或者申请人造成了任何损害,否则申请人不能够提出损害赔偿请求。

<sup>④</sup> 参见郑玉波:《民法债编总论》,台湾三民书局1996年11月版,第388页。

<sup>⑤</sup> 参见《法国民法典》第1120、1121条;《德国民法典》第328—335条;《意大利民法典》第1411—1413条;《瑞士债务法》第111、112条;《日本民法典》第537—539条;《台湾民法典》第268—270条。

<sup>⑥</sup> 韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2004年4月第1版,第271页。

此，第三人替代债务人履行债务，只要不违反法律规定和合同约定，且未给债权人造成损失或增加费用，这种履行在法律上应该是有效的。因为这种替代履行从根本上说是符合债权人的意志和利益的，第三人向债权人作出履行与债务人的履行在效果上是相同的。<sup>⑦</sup>具体到本争议案，广州庆德公司的付款行为完全符合第三人履行以消灭债务的要求，应认定该“往来款”系被申请人的出资。

第一，广州庆德有限公司汇入合作公司账户的“往来款”事实上实现了公司资本充实的效果。

所谓“往来款”系指公司和其他单位或者个人之间发生的各种应收、应付等待结算的往来业务款项，它事实上表明了企业间的资金流动的情况。因此，根据申请人提供的收据首先表明，合作公司在1999年10月20日前收到了1400万人民币款项的事实。

法律并没有规定出资汇款的记录名义的要求，其只在公司资本充实之效果上来考察股东是否完全履行出资义务，因此在会计记录上的往来款名义不影响此笔资金作为出资的法律效力。在此基础上，该“往来款”事实上因合作公司明知被申请人的出资意图，即可转化成公司资本。“往来款”作为会计记账的明目，仅表明该款项以何种名义打入公司账户，但正是因为其不能确定该款项打入公司账户后究竟作为何种用途，所以公司自可对该款项有权进一步处理。因此，合作公司在明知广州庆德服装有限公司与被申请人商业伙伴关系的事实，结合该笔款项汇入公司账户的时间和地点，自应看到该“往来款”明目下账款的实际用途，因此，在收到该笔款项之后，即可将其登记为出资资本。至此“往来款”即可转化为公司资本，实现充实公司资本之目的，进而达到担保公司债权、维持公司作为独立法人格之作用。合作公司1999年10月20日收到该笔款项起至今，在其与广州庆德服装有限公司没有业务往来的情况下，持有该笔款项如此长时间，而且也未因该笔款项发生任何纠纷之事实，进一步表明该笔款项已现实转化为公司实有资产，达到了资本充实的效果。此种效果一定程度上也系申请人所认可的，因为申请人在付款计划表约定的最后出资时间到来前，未以此款项不是出资为由，要求被申请人为另行出资之行为。因此，广州庆德服装有限公司以“往来款”名义将被申请人的出资打入合作公司的账户系合法有效的。该“往来款”应认定为被申请人的出资，申请人的主张不能成立。

第二，实务中以往来款作为出资款非常常见，也是符合商业便利的原则的。汇款名义上的记录并不能直接表明它的真实含义，只要告知合作方和公司，将其作为出资的意图，此出资的效力都予以认可。此笔款项在约定的出资期限内打入公司账户，此行为足以表示并可推定具有出资的意图，申请人不得仅以其名义无理加以拒绝。更何况，从往来款项发展的过程来看，“往来款”在单位间流动是建立在当事人双方信用基础树上的短期资金融通行为，是商业信用的产物。在商事活动中，以往来款出资是极为普遍的，并且“往来款”的名义是最有利于各方当事人的最便捷的汇款方式。况且在本案中，在广州庆德服装有限公司不是合同当事人，不是股东的情况下，只有以“往来款”名义将该出资打入合作公司账户才适当合理。因为，广州庆德服装有限公司尽管以自己的名义有意识地代被申请人支付了这三笔资金，但是并不能以“出资”之名义支付资金，因为如果该公司以“出资”作为该三笔资金的名义，就会出现广州庆德有限公司成为出资人这样明显违背事实的现象。而“往来款”作为商业活动中普遍使用的内涵广泛的会计记账方法，在此情境下是最便捷最适合的，对合作双方和合作公司而言都是最有效率的做法。

第三，以“往来款”作为出资未给申请人造成任何损害或增加任何费用。从往来款项发展的过程来看，“往来款”在单位间流动是建立在当事人双方信用基础树上的金融通行为，

<sup>⑦</sup> 张志民著：《债务承担与第三人履行的区别》，载《商业经济》，2005年5月。

是商业信用的产物。在本争议案中，广州庆德服装有限公司系被申请人的商业伙伴，双方存在长期的商业往来，有较好的商业信用。以“往来款”作为出资受到该商业信用的保障，不会给申请人和合作公司造成任何损害，也未给申请人和合作公司增加任何费用，更何况，该“往来款”与被申请人的第一笔出资之和已占被申请人总出资额的58%，超出了付款计划表约定的50%，更表明其未给申请人和合作公司造成任何损害或增加任何费用。因此，该“往来款”完全实现了被申请人出资的效果，应认定被申请人完全履行出资义务。

因此，在广州庆德服装有限公司构成债务第三人履行，实际达到公司资本充实效果，未给申请人和合作公司造成任何损失和增加费用的情况下，应认定该“往来款”系被申请人的出资。并且以“往来款”名义将被申请人的出资打入合作公司的账户不仅不违法，而且是合理的。申请人不可因此而否认被申请人完全履行出资义务的事实。

再者，合作公司“往来款”之收据及其他相关事实，足以证明被申请人已履行出资义务，其无需对此再为举证，更无需就其指示广州庆德服装有限公司之行为负任何举证责任。

第一，被申请人第三人履行安排之行为，从广州庆德服装有限公司的特殊身份中，被申请人履行出资义务之意图已显而易见，且从被申请人第二期出资的数额和时间以及合作公司收到收据足以表明这一笔所谓的“往来款”就是被申请人对出资义务的便捷履行，被申请人完全履行出资义务的事实，被申请人无需对此再为举证。

第二，被申请人无需对指示广州庆德服装有限公司的行为向申请人负任何举证责任。从第三人未成为合同当事人的角度来看，该第三人又系原合同债务人的履行辅助人。所谓履行辅助人，顾名思义是帮助债务人履行债务的人。何人能够成为第三人，成为债务人的履行辅助人，在不影响债权人利益的前提下，仅基于债务人的意志而定，其介入合同履行而成为履行主体，必须是出自债务人意思而为债务履行行为。《德国民法典》第267条第1款规定“债务人不能亲自履行给付时，也可由第三人履行给付，无需得到债务人的同意。因此，首先，履行辅助人的产生应以债务人的意思而定。其次，履行辅助人必须是出于帮助债务人的目的，而不是为了自己履行债务或从事其他性质的行为，即履行辅助人的行为实际上是以债务人的名义而为之。再次，履行辅助人可以依据法律规定也可以依合同约定而产生。合同外的第三人可以依据其与债务人之间的合同而成为债务人与债权人之间的合同的履行辅助人，大多数的履行辅助人都是依据其与债务人之间的约定而产生的。”<sup>⑥</sup> 本案中，被申请人与广州庆德服装有限公司之间只是债务第三人履行的关系，不需要申请人与被申请人达成合意，只要基于被申请人与广州庆德服装有限公司之间的决定和意思表示就可完成，对此决定和意思表示，被申请人不需要向申请人举证。被申请人在此情况下，只要存在以“往来款”来完成出资义务的主观意图，就可以构成其出资义务的完全履行。而被申请人的此种意图如前所述，基于已有事实已经非常明确地得以表现了。因此，从这个层面上来看，被申请人同样不负担任何举证责任。

最后，以人民币形式汇入合作公司账户的做法是符合《合作合同》和《章程》约定的。诚如代理人在前述代理意见中所阐述的，《合作合同》系对被申请人货币出资形式的约定，而《章程》系在此基础上对被申请人出资货币的约定，两者并无不同，应共同成为确定被申请人出资义务的依据。而根据《章程》，被申请人既可以以美元出资，也可以以人民币出资，因此，“往来款”完全可以作为被申请人的出资，申请人从货币形式上主张被申请人出资存在瑕疵，纯属对被申请人的刁难。

<sup>⑥</sup>参王利明、崔建远：《合同法新论·总论》，中国政法大学出版社，2000年3月版，第604页；佟柔：《中国民法》，法律出版社1990年版，第197页；向甬：《论合同义务的本质》，载于《法学》，1999年9月。

综上,广州庆德服装有限公司的汇款行为事实上系被申请人为完成其出资义务所作的安排,是被申请人出资义务之第三人履行,在既有事实足以表明其出资意图,未给申请人造成损害或其额外费用的情况下,应认为该“往来款”系被申请人的出资,因此,申请人的所有主张不能成立,被申请人事实上已完全履行第二笔出资。

### **(3) 被申请人基于合作公司指示,以出资直接偿还申请人所负贷款,以履行第三期出资**

根据申请人所确认的事实,合作公司于2000年1月30日收到陇西省高级人民法院发出的慕尼荷有限公司汇入该院180万美元以偿还江州市商业银行到期贷款及利息的通知。对于该笔还贷款,申请人主张,其首先不符合《合作合同》约定的将出资汇入合作公司账户的约定,进一步的,在被申请人不能举证其系基于合作公司指示而为还款行为的情况下,不是被申请人的出资,不能消灭被申请人的债务。然被申请人认为,申请人的上述主张无论在事实还是法律上都是不能成立的。

结合申请人和合作公司的现状,依据常理,足以表明,被申请人的还贷行为,系其从大局出发,在与申请人达成合意的情况下,执行合作公司指示,以其出资款直接归还申请人所欠贷款和利息的行为,目的在于尽快平息纠纷,使申请人更好参与合作,使合作公司尽早正常运营。

首先,被申请人将180万美元汇入陇西省高级人民法院账户是基于合作公司的指示而向高院所作的给付。这实质上系指示给付,所谓指示给付,即指示人指示被指示人将财产、金钱、有价证券或其他代替物给付受领人。其在德国民法中又被称为“经由被指令人而为交付”,具体指债务人应债权人的要求,将债的标的物向第三人交付。<sup>⑨</sup>被申请人作为债务人正是基于债权人合作公司的指示,将其对合作公司的出资款项向第三人高院交付,以代替向合作公司出资的债务履行。

本案中合作公司系基于利益衡量的考虑,指示被申请人将其对公司的出资直接给付高院,用于归还申请人的贷款,以避免不利结果。具体来看,公司资本确定充实系应遵循的一大原则,股东个人债务自应由自己承担,但在本争议案中,由于申请人自身的原因,其已因贷款问题而卷入纠纷,被诉诸高院,进而影响到申请人自身的资产充实和存续运营。由于申请人自身的资产和运营状况直接关系到其对合作公司的出资和继续建设大厦义务的履行,因此,在上述情况严重至足以影响合作公司和被申请人利益的情况下,合作公司比较公司长久的运营与暂时的资本不充实,遂同意并指示被申请人将出资款汇入高院,望此一做法能助其度过困难期不至于影响到合作公司的建设和经营。

在合作公司指示的前提下,被申请人本着善意、积极合作的态度,从大局出发执行合作公司指示,将其出资款直接打入了高院账户归还申请人所欠贷款和利息,以期能够尽早结束纠纷,使申请人能安心合作,进而使合作公司顺利运营,双方早日收回投资。依据常理分析,被申请人负有出资义务,数额恰好约为180万美元,其在有充分资金的情形下,被申请人没有必要冒着违反出资义务的风险,在有出资能力的情况下,不以此款项履行出资,而用把钱用于为申请人还贷,因为,这样做对被申请人来说是不仅毫无利益可言,而且可能导致的违约后果对其自身极为不利。被申请人的汇款行为正是其出于合作公司的指示和被申请人本身的善意,积极进行合作的表现,才将出资款汇入高院账户帮助申请人还款。

此一事实,通过被申请人替申请人还款,而由合作公司收到还款通知的情况,更是得到了应证,在合作公司只有申请人与被申请人两位股东的情形下,不应局限于要求被申请人提

<sup>⑨</sup>王泽鉴:《民法物权》第1册,台北:三民书局,1992年版,第114页。

供合作公司书面指示而加以证明。更何况，合作公司指示被申请人，以出资归还申请人贷款的行为是由可归责于申请人的原因造成的，申请人作为公司股东和受益人，对此更应明知，其以此否认还贷款系被申请人出资纯属对被申请人的刁难，毫无合作态度可言。

其次，在“经由被指令人而为交付”的情形下，请求权仍为债权人享有，债务人系基于债权人的请求（指令）而向第三人（被指令人）为给付，第三人并不能取得对债务人的直接请求权<sup>⑩</sup>。因此，就“经由被指令人而为交付”情况下的第三人（给付受领人）而言，一方面，其法律地位类似于债权人给付受领行为的代理人，一旦债务人向第三人为给付，即发生其向债权人交付之同样效果，即债务人的债务因清偿而归消灭；但另一方面，与一般为债权人受领给付的代理人不同，被指令人并非以债权人代理人的身份（以债权人名义）受领给付，而是以自己的名义受领给付。<sup>11</sup> 本案中被申请人在合作公司的指示下以自己的名义向高院做给付即发生被申请人向公司履行出资同样的效果，被申请人的出资义务得以履行即债务归于消灭。同时，被指令人受领给付的根据，通常是其与债权人之间的某种法律关系<sup>12</sup>。本案中被申请人对高院的给付依据既是被申请人与合作公司之间的出资义务。

“经由被指令人而为交付”情形中，债的标的物所有权发生两次移转，先是移转给债权人，然后在移转给第三人。<sup>13</sup> 本案中当被申请人受合作公司的指令直接将出资款存入高院时，应认为同时完成了两项交付，即被申请人向合作公司的交付及合作公司向高院的交付。就标的物所有权转移而言，在被申请人向高院交付时，应视为在一个所谓“法律之瞬间时点”，标的物所有权首先由合作公司取得，然后再由合作公司转移于高院，亦即高院并非直接从被申请人处取得标的物所有权，而是经由合作公司取得所有权。因此，合作公司实际上在向高院交付前已经取得了这笔出资款的所有权，被申请人实质上已经履行了出资义务。

最后，鉴于此指示给付行为事实上系合作双方合意之结果的事实，申请方不可背信弃义仅依据出资形式上未打入合作公司账户，而否认出资在合意双方之间的效力。在本争议案中，被申请人将出资款项打入高院为申请人还贷是基于申请人的请求和合作公司的指示。由于合作公司只有申请人与被申请人两个股东的情况下，该指示实质上是申请人与被申请人的合意。根据《合作合同》第十七条之约定，被申请人出资的缴纳方式固然是将出资款汇入合作公司账户，然双方当事人的上述合意从事实上改变了上述条款对被申请人出资缴纳方式的约定，即被申请人非将出资款汇入合作公司账户，而是直接打入高院账户。前述已说明合作公司的指示实际上相当于被申请人在内部效力上已经履行了对公司出资的法定义务和履行合同的约定义务，其对高院的汇款实质是有效的出资。因此，从内部效力来看，该出资的缴纳方式完全符合双方当事人内心本意，被申请人的出资是实质有效的。

鉴于当时紧急情况下的便利考虑，并且合作公司仅有的两名股东已达成合意，由公司的指示被申请人才将出资款直接汇入高院的账户。所以在形式上出资款没有先汇入合作公司账户，再由合作公司转而打入高院账户。然，申请人现否认双方曾达成的合意，否认此还贷款为公司资本，否认被申请人出资事实的行为，实属背信弃义，损害了被申请人善意合作、积

<sup>⑩</sup>立法参考：我国《台湾民法典》第269条第1项规定：“以契约订定向第三人为给付者，要约人（指债权人）得请求债务人向第三人为给付，其第三人对于债务人亦有直接请求给付之权”。《德国民法典》第328条第1项规定：“当事人得以契约订定向第三人为给付，并使第三人有直接请求给付的权利”。《瑞士债务法》第112条第2款规定：“自己名义为第三人利益约定给付者……，第三人及其继承人适于该第三人意思或适于习惯时，得独立地请求其履行”；《日本民法典》第37条第1款规定：“依契约相约，当事人的一方应对第三人实行某给付时，该第三人具有直接对债务请求给付的权利……”，可见，“经由被指令人而为交付”虽具有向第三人给付之契约之外形（约定由债务人向第三人给付），但不具备其实质（使第三人对于债务人取得直接请求给付之权利）。

<sup>11</sup>闫耀军、张幸福、薛文成：《略论涉他合同》，载《当代法学》，2002年第9期。

<sup>12</sup>王泽鉴：《民法物权》第1册，台北：三民书局，1992年版，第114页。

<sup>13</sup>尹田：《论涉他契约——兼评合同法第64条、第65条之规定》，载《法学研究》，2001年第1期。

极履约的信赖感情。退一步讲，就算被申请人因此形式瑕疵而需承担一定的责任，此种责任尚属外部责任。由于公司具有法人资格，其以自己名义对外开展业务，并以其法人的资产独立对外承担民事责任。而充足的资本是其承担民事责任的基础，在公司出资不实的情形下，可能损害公司之外债权人的利益<sup>14</sup>。退一步讲，就算现由于出资形式的问题可能导致公司形式上的资本不足，公司需要对债权人承担一定的担保责任，此责任系从公司资本不足角度规定的一种资本充实保护债权的外部责任，应由有关的工商行政机关追究，而不在本争议案处理的范围，更不是申请人否认该笔还贷款系被申请人出资的依据。

更何况，从外部责任的角度来看，在被申请人已经足额缴纳出资数额，资本不足系申请人过错造成的情形下，被申请人不具任何归责性，该出资瑕疵导致的责任应由申请人承担。依照最高人民法院《关于企业开办的企业被缴销或者歇业后民事责任承担问题的批复》第1条第2项的规定，开办者应当在该公司实际投入的自有资金与注册资本金差额范围内承担民事责任，也就是补足差额部分。补足差额部分指的是补足注册资本金与实缴资本之间的差额，在补足差额后，责任也相应免除<sup>15</sup>。在本案中，在实际出资达到法定最低资本金额而达不到注册资本金额，完全系申请人使用了公司的出资款项的原因导致，自当由申请人来补足差额部分，消除公司对外资本不实的责任。因此，被申请人已按约定期限履行了出资义务，无需承担任何责任。

综上，被申请人已经比照付款计划表依约足额履行了出资义务，其出资行为尽管存在一些小的瑕疵，但均系申请人原因造成，被申请人无需对此承担任何责任。

## **（二）被申请人已履行继续建设义务，建设不能之过错不在被申请人**

申请人在《仲裁申请书》中，仅依银星大厦未完成建设，合作公司未正常运营的现状，就主张被申请人从未打算对银星大厦未完工部分进行建设，认为被申请人没有履行继续建设义务而要求损害赔偿。然被申请人认为，被申请人存在继续建设的履约行为，申请人仅从结果上对被申请人未履约的主张是不能成立的，更何况建设不能的过错事实上在于申请人。

### **1、被申请人已履行继续建设义务**

继续建设义务系一项作为义务，只要义务人本着履约的意图，存在积极作为的行为即可免除因不履行该义务而应承担的责任，而不管最终结果如何。本争议案中，被申请人不仅利用自己的优势，与外国专家积极协商，研究建设银星大厦的方案，而且为能尽早完工，更是不惜代价，主动安排外国专家到施工现场实地考察。之后，在得知银星大厦继续建设因申请人贷款问题将会受到影响的情形下，更是不计较自己得失，通过与申请人合意，形成董事会第二次决议，同意将合作公司2001和2002年两年收入共600万人民币交付申请人偿还贷款，以促进双方履行继续建设大厦。此一系列主动继续建设银星大厦的行为，完全足以说明被申请人本合同恪守的原则，积极、严格地履行了继续建设银星大厦的义务，无需对申请人承担任何责任，申请人的主张不能成立。

### **2、建设不能乃申请人所造成，过错不在被申请人**

申请人在仲裁请求中，仅依据银星大厦与合作公司之现状就主张被申请人应向其承担责任，然事实上，此现状完全系申请人自身贷款、抵押的原因和无理阻挠的行为所造成的。

<sup>14</sup>甘培忠：《企业与公司法学》，北京：北京大学出版社，2007年版

<sup>15</sup> 参见最高人民法院《关于企业开办的企业被缴销或者歇业后民事责任承担问题的批复》第1条第2项的规定。

银星大厦项目原为申请人自筹资金的基建项目。在建设之初，其通过银行贷款解决其建设资金问题，此后进一步通过银星大厦抵押，从银行获取贷款。在如此负债经营的情况下，申请人开始与被申请人接洽合作，共同建设银星大厦。依据法律规定，申请人对其自己所负债务应当妥善解决，然合作公司成立以后，申请人仅提出要被申请人在约定出资之外，另行帮其偿还签约前欠下的数百万元贷款，而且对其以抵押物出资更是百般隐瞒，进而造成了银星大厦曾在2000年2月底被江州市中级人民法院查封，并由此导致了一系列法律诉讼，严重影响了银星大厦的施工以及合作公司对其资产行使合法权利。可以说，申请人抵押、贷款的情况，及其对债务的不恰当处理，不仅从合作之初就伤害了被申请人合作的善意，动摇了双方合作的基础，而且更系影响银星大厦继续建设和合作公司进一步运营的根源所在。

此外，在合作公司成立之后，同作为合作公司股东的申请人，本应履行继续建设银星大厦之义务，然事实上申请人却以其行为，无理阻挠被申请人继续建设银星大厦，严重妨碍合作公司运营。在被申请人拒绝申请人无理请求后，申请人不仅一再无理要求终止合同，而且在银星大厦商场内电梯安装和装修等方面设置障碍，使得工程和商场开业被严重拖延，使得已经到达施工现场的外国专家长期滞留江州，无法进入施工场地，以致不得不离开。在被申请人逐步履行其出资义务后，申请人却将出资多用于其偿还贷款和利息，导致公司没有充足的资本继续建设银星大厦。而在合作公司以董事会决议，将公司所有的银星商场改建并出租给江州百货有限公司，每年收取300万元租金的情形下，申请人却无理强烈抗议，2002年初江州百货已经退租，使合作公司丧失本应的收入。在被申请人同意将合作公司2001和2002年两年收入共600万人民币交付申请人还贷款后，申请人依然没有表现出任何合作态度，拒不执行董事会决议。同时申请人也不向董事会提供正确的资产负债表等财务报表，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，也无法按照《合作合同》规定进行贷款融资，双方无法继续合作，申请人的行为导致了合作公司自1999年7月15日成立至今的7年里，公司的经营、建设基本上处于停滞状态的后果。从2002年起，合作公司甚至没有办理年检，也从未进行税务登记，预期建成的30层银星大厦也未完工，公司处于“名存实亡”的状态。

鉴于申请人此一系列无理行为，可以说，银星大厦未能完成建设，合作公司不能正常运营，盖申请人一方之原因所造成。被申请人作为善意合作者，在积极履约的行为之外，对申请人的无理行为百般容忍，为维系双方的合作关系，挽救合作公司的存续，更是尽了最大努力，对此不存在任何可归责性，无需承担责任。

综上，被申请人依约履行了出资义务和继续建设义务，无需承担任何责任，申请人的主张不能成立。被申请人据此提请仲裁庭驳回申请人第二点“裁定被申请人因违反《合作合同》规定的出资和继续建设银星大厦的义务，应向申请人赔偿因此而遭受的损失”的仲裁请求。

## 二、申请人有关被申请人侵权的主张不能成立

申请人在仲裁申请书中主张，被申请人侵犯了其对银星商业大厦辅楼的产权和经营权，应向申请人返还，并支付七年来的租金损失及利息。然事实上，银星商场确定系申请人投入

合作公司的合作条件，产权及经营权归合作公司享有，申请人并无请求权基础。退一步讲，即使仲裁庭认定银星商场非申请人之出资范围，在合作公司系独立法人的情形下，被申请人作为股东，更不是其请求的对象。因此，申请人的主张不能成立。

## **（一）申请人的出资范围必然包括银星商场，合作公司对此享有权利**

在申请人出资范围的问题上，申请人与被申请人争议之焦点仅在于是否包括银星大厦的辅楼银星商场。对此问题，申请人仅从法律文书只言片语的解释以及其单方提供的验资报告，断然认为银星商场被非其出资范围。据此，被申请人认为，其主张是不能成立的。

### **1、根据各项文书，申请人的出资范围必然包括银星商场**

诚如申请方代理人所述，《合作合同》、《公司章程》等文件是探求双方当事人订立合同、组建合作公司真实意思表示的最重要的依据。且在本案中双方所提交的证据均以被对方认可，系双方共同的意思表示。通过对这些文件进行体系解释和文义解释，恰恰可以明确地说明，申请人的出资范围必然包括银星商场部分。

#### **（1）《合作意向书》表明申请人自始有以银星商场出资的意图**

申请人在代理意见中，通过对《合作意向书》断章取义的分析否认了银星商场系其出资，然被申请人认为，《合作意向书》无论从字面还是从整体上都反应了申请人自始有以银星商场出资的意图。

首先，根据《合作意向书》第一条之约定：“双方经友好协商，一致同意共同成立一家合作经营企业，建设和经营一个现代化综合服务楼。”该条款系对合同目的的约定。对此条款，申请人主张银星商场在当时早已建设完毕投入使用，根本不需要“建设”，进而否认银星商场系其出资的事实。究其逻辑，申请人之所以得出这样的结论，原因盖在于其认为合作公司系先完成建设，然后开始经营银星大厦，两者是先后的关系。然被申请人认为，从汉语词语用法的角度来看，“和”表明的一种并列关系。因此，更为合理的解释应该是：“建设”和“经营”实为合作公司并列的两大工作，即对银星大厦的继续建设和对银星商场的经营。这一合理解释通过对《合作意向书》第二条的分析也得到进一步的印证。

根据《合作意向书》第二条之约定：“中方已建成房产入股……”根据申请人在仲裁申请书中确认的事实，至1997年底，申请人已完成银星商场的土建、装修并投入使用，银星大厦同期已建至10层，而双方签订《合作意向书》的时间在1997年之后的两年，即1999年6月2日，此时，不管银星大厦建设至何种程度，银星商场属“已建成房产”之事实自不会改变，因此，更表明了申请人自始有以银星商场出资的意图。

再者，根据《合作意向书》第三条之约定：“合作经营企业将在中方现已无力建设的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。”银星大厦与银星商场系一个整体工程的两个组成部分，尽管在有关包括银星大厦与银星商场在内的整体工程的称谓上，双方存在争议，但在冠以江州地名的情形下，应理解为整体工程更为恰当。因此，此处的“半拉子工程”自应指包括主楼和辅楼在内的整个项目，也只有在这个情形下，才能使此《合作意向书》前后意思一致，不致前后矛盾。

因此，无论从《合作意向书》的字面还是整体来看，依据常理，均可得出申请人自始有将银星商场作为出资的意图。

#### **（2）《合作合同》表明申请人出资范围确定包括银星商场**

申请人以相同于《合作意向书》的方法，通过对《合作合同》目的条款和经营范围条款

只言片语的分析，认为合作公司自始将银星大厦（主楼）当然的视为自己的财产而制定建设经营规划的，进而认为双方当事人明确申请人以主楼出资。然被申请人认为，上述主张并不能成立。

首先，根据《合作合同》第七条之约定：“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合作，使合作双方都能尽快收回投资”此处，双方当事人在连接“建设”与“经营”二词时，使用了顿号这一标点符号。根据顿号在汉语中的用法，其明确表示该标点前后衔接各项之间系并列的关系，而非递进关系，这与《合作意向书》中“和”的用法完全一致。因此，该目的条款也表明，合作公司的工作系“建设”与“经营”两个方面，即建设银星大厦和经营银星商场。此一事实在《合作合同》第九条中也得到了进一步的印证。

根据《合作合同》第九条之约定：“合作公司经营范围是：客房、餐厅、舞厅、美容厅、健身房、出租车服务、商场的租赁及综合经营服务。”该经营范围条款更是明确了“商场租赁”系合作公司的经营范围，因此，合作公司自始就将银星大厦与银星商场共同视为自己的财产而制定建设经营规划，其之所以能够如此规划的权利基础，盖在于盖二部分自始就确定为申请人的出资范围。

此外，根据申请人在仲裁申请书中确认的事实，合作公司成立之后接收了银星大厦和银星商场。依据常理，如申请人并无将此二部分一起作为出资的意图，为何同意将此二部分交由合作公司，合作公司有何权利接收此二部分呢？

### **(3)《中外合作经营企业批准证书》更是认定了银星商场确定系申请人的出资**

根据《中外合作经营企业法实施细则》第六条之规定：“设立合作企业由对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府审查批准。”根据该条规定，通过申请人申请，经陕西省外经贸部批准，合作公司取得了《中外合作经营企业批准证书》。

根据该《批准证书》投资内容栏相关登记显示：“中方以现有固定资产投资。”根据申请人在仲裁申请书中所确认的事实，银星商场自1997年就是其拥有的固定资产，而《批准证书》签发日期为1999年7月15日，因此，此处的“现有固定资产”包括银星商场自不言而喻。

再根据该《批准证书》经营范围栏相关登记显示，其也确认了商场的租赁为合作公司的经营范围，如银星商场非申请人的出资，合作公司何以对外为出租之经营呢？

因此，《批准证书》进一步确认了银星商场确定系申请人的出资范围。而从该证书的效力上来看，其陕西省人民政府为行政审批而签发的行政许可文件，是对设立合作企业做出行政许可的具体行政行为，其中确认之事项有公定力<sup>16</sup>。因此，申请人的出资范围事实上确定包括银星商场部分。

### **(4)第60号验资报告及《资产评估结果确认通知书》的评估目的和范围，表明银星商场系申请人的出资范围**

根据《陕西省毕华会计师事务所资本验证报告》（[2000]陇毕会证字第60号）的评估目的显示，其是对“申请人准备与外商进行合作经营资产的价格所作的评估”。而进一步结合其中评估资产范围的表述，系包括了“房屋建筑物（含主楼的在建工程、辅楼、库房等建筑

<sup>16</sup>从效果上来说，具体行政行为具有公定力，即具体行政行为一经作出，不论其是否真正合法，即具有被推定为合法而要求所有机关、组织、个人予以尊重，除非经法定程序予以撤销或变更。参考：（日）盐野宏，《行政法》，杨建顺译，姜明安校，法律出版社1999年4月第一版，第104页。

物)和配套设备”。而该《资产验证报告》系申请人自己申请作出的,因此,申请人在此情况下,已经认同了其准备将包括银星商场在内的整体项目与被申请人进行合作的事实。

此后,根据《国有资产评估管理办法施行细则》(920718)第四十三条之规定:“凡在中华人民共和国境内与外国公司、企业和其他经济组织或个人,开办中外合资、合作经营的企业,对中方投入的资产必须按规定进行评估,以确认的评估价值作为投资作价的基础。”该《资本验证报告》经申请人报送至陇西省国有资产管理局,通过了审核、验证,其出资包括银星商场的事实更是得到了行政机关的确认。

### **(5)《中外合作江州银星有限公司第二次董事会决议》进一步证明申请人事实上也将银星商场作为出资投入了合作公司**

根据《中外合作江州银星有限公司第二次董事会决议》第五条之约定:“双方同意继续建设、装修、经营和对外出租银星大厦”,进一步表明,申请人事实上已经将银星商场作为出资投入了合作公司。

首先,在中外合作江州银星公司成立后,包括银星大厦和银星商场在内的整体工程被称为“银星大厦”,因此,双方继续建设、装修、经营和对外出资的对象自当包括银星商场。合作公司之所以能以银星商场为一系列行为,盖在于申请人事实上已经银星商场作为出资投入了合作公司。

其次,该条款表明“建设”、“装修”、“经营”、“对外出租”系双方同意共同进行的行为,在四项内容以顿号连接的情形下,系并列关系,即“继续建设、装修”系对主楼部分义务的约定,“经营和对外出租”则是对银星商场的约定。更何况即使退一步讲,若此处“银星大厦”仅指主楼部分,然此时主楼尚未建成,完全没有继续经营和对外出租的必要和可能,故此处必然是对包括银星商场经营管理的约定,故出资范围中必然包括银星商场。

纵观与本争议案相关的各法律文书,被申请人认为,这些文件相互印证,形成了一个完整的证据链条,足以证明银星商场属于申请人出资范围的事实。更何况,将银星大厦作为申请人出资范围亦符合被申请人作为外国投资者尽快获得收益的投资目的。故,申请人不仅自始存在以银星商场用于出资的意图,而且事实上也将其作为出资投入了合作公司,银星商场确定为申请人的出资,合作公司依法享有对它的财产权。

## **2、建设项目的资产价值无法将银星商场排除出**

### **(1)从合作企业的性质上看,不能以申请人对其出资的估价来判定其出资义务是否完成**

众所周知,中外合作企业是我国特有的一种公司形式,我国在以法律确认有限责任公司这一公司形式之前,为了改革开放和吸引外资的要求,就开创了合作企业的组织形式。尽管后来我们国家将中外合作企业与中外合资企业统一归入到有限责任公司的范围,但实际在理论上合作企业与标准意义上的有限责任公司还是有着很大的不同。

不同于标准的有限责任公司,中外合作企业最大的特点是其契约性,也就是说合作双方可以约定合作条件,而不仅仅是像有限责任公司那样评估作价出资。这是中国在改革开放以后吸引外资的需要,而赋予了合作公司这样独特的性质。在法律规定上,这一特点有很多体现,如《中华人民共和国中外合作经营企业法》第二条明确规定:“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、收益或者产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项。”

尽管现在我国的法律将中外合作企业归类到有限责任公司,但是根据“特别法”与“一

般法”的关系，在讨论中外合作企业的相关问题时，应当适用中外合作企业的专门规定<sup>17</sup>。

上文提到的法律规定，表明中外合作企业合作各方可以对合作条件进行约定。而并非像有限责任公司或者股份有限公司那样，股东的实物出资的实际价值与股东股份必须有明确的对应关系<sup>18</sup>。只要这种约定没有违背诚实信用的原则，就应当行成为对合作双方有约束力的正常合同条款。

在本案中，“江州银星有限公司”作为一家典型的契约式中外合作企业，在合作合同以及章程中都约定或者规定了包括银星商场在内的原“银星商业大厦”整体工程，都是中方，也就是申请人的出资，合作的各方就应该按照这种约定或者规定来履行义务。申请人在事后又强调己方出资的实际价值，是对合同的反悔行为，也是不符合我国对于中外合作企业这样一个特殊的企业形式的创立精神的。

### **(2) 第 101 号资本验证报告系在公司成立之后做出，无法证明出资时主楼价值**

由于申请人作为出资所投入之资产银星商业大厦系国有资产，根据《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》第十八条第二款之规定：“中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。”以及《关于执行〈中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则〉若干条款的说明》(961022)中规定，“中国合作者所提供的投资和合作条件，依照有关法律、行政法规的规定须进行评估的，应进行评估。评估结果应作为合作谈判依据，防止国有资产流失。”因此，对出资资本的验证报告应该公司成立的谈判过程中做出。

而被申请人想提请仲裁庭注意的是，申请人所主张的用以证明银星大厦主楼部分价值 3136 万元（折合美元 392 万元），即申请人刚好完成了其注册资本要求的证据四，即《陕西省毕华会计师事务所资本验证报告》([2000]陇毕会证字第 101 号)，乃于 2000 年 6 月 10 日做出，而此时合作公司早于 1999 年 7 月 24 日成立。因此，该资本验证报告无法证明银星大厦主楼在作为出资时的价值。

### **3、申请人履行出资的行为表明其将银星商场作为出资**

首先，公司成立后，“合作公司即接受了银星大厦及银星商场”，即享有银星商厂的经营权与使用权，如银星商场并非申请人的出资，则合作公司何来接收的权利基础。

其次，申请人与被申请人通过董事会决议（证据四）对银星大厦的收益进行了处分。此时，能够产生收益的，只有银星商场部分，如果银星商场并非申请人的出资，公司何以享有对其的收益权，通过决议将其收益进行的处分呢？

综上，结合所有证据表明，申请人确实将银星商场作为出资，合作公司对银星商场享有产权和经营权。

## **(二) 申请人有关银星商场权利的异议不应向被申请人主张**

### **1、银星商场权属的争议不应向被申请人主张**

本争议案中的合作公司具有独立法律人格，申请人有关银星商场权属的争议系其与合作公司之间的争议，应向合作公司提出。

根据《中外合作经营企业法》第六条第一款之规定：“设立合作企业的申请经批准后，

<sup>17</sup> 我国 2000 年通过的《立法法》第八十三规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定”。参考孔祥俊：《法律规范冲突的选择选用与漏洞补充》，北京：人民法院出版社，2004 年版。

<sup>18</sup> 例如我国新的《公司法》就规定，对与股东的非货币出资，不得过高或者过低估价。

应自接到批准证书之日起三十天内向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期,为该企业的成立日期。”在本争议案中,在合作双方签订《合作合同》后,由申请人向陕西省政府报批,于1997年7月15日获得批准,并于7月24日获得国家工商总局颁发的企业法人营业执照。进一步,根据《中外合作经营企业法实施细则》第十四条之规定:“合作企业依法取得中国法人资格的,为有限责任公司。除合作企业合同另有约定外,合作各方以其投资或者提供的合作条件为限对合作企业承担责任。”因此,本案中的江州银星合作有限公司于获得企业法人营业执照之日其,成为取得了法人人格的有限责任公司,具有完善的法人治理结构<sup>19</sup>,此间申请人和被申请人只是以公司股东的身份对合作公司的管理、经营作出决策,这是公司的独立人格性决定的<sup>20</sup>。

进一步,根据《公司法》第四条第二款之规定:“公司享有股东投资形成的全部法人财产权,依法享有民事权利,承担民事责任。”因此,在合作公司具有法律上独立的人格的情形下,它拥有由股东投入的注册资本形成的股东财产权。具体到银星商场权属的问题上,其产权和经营权归属于申请人所有还是归属于合作公司所有,系申请人与合作公司的纠纷,申请人自应向实际权利所有人,即合作公司提出异议,而非被申请人。

## 2、申请人银星商场权利受侵犯不应向被申请人主张

就银星商场产权经营权是否受到侵害的问题,申请人主张,被申请人操控合作公司,拒不返还申请人银星商场的产权和经营权,而且盘踞在银星商场,将银星商场随意改建,并以合作公司的名义将银星商场出资给江州百货,进而构成侵权,应向申请人承担侵权损害赔偿赔偿责任。

然撇开申请人是否有请求权基础的问题不讲,在本争议案中,申请人将银星商场产权和经营权移交给合作公司后,银星商场权属事实上处于合作公司名下,合作公司据此将其改建出租,系合作公司正常的经营行为,所有行为均系合作公司作出。合作公司作为独立法人,其对外独立承担责任。申请人如认为合作公司的行为侵犯了其正当权利,有关请求自应向其提出,被申请人并不是他主张权利的对象。这是公司法设立公司法律人格以保护公司股东的初衷所在。

进一步的,尽管在公司独立法律人格制度中,存在刺破公司面纱,否认公司法律人格的情形,然其只有在公司股东滥用权利损害其他债权人利益的极端情形下才会发生。本争议案中,尽管申请人单方主张被申请人操控合作公司,滥用股东权利,然事实上,被申请人并不存在任何滥用股东权利的行为,申请人对此更毫无证据可言,其主张纯属捏造。

根据公司法的相关规定,公司股东有通过表决权参与公司经营决策的正当权利<sup>21</sup>。在本争议案中,被申请人行使股东表决权,与申请人共同形成公司决议,进行公司日常经营管理的行为系其正当形式股东权利表现,申请人不能仅以被申请人形式正当权利的行为而主张被

<sup>19</sup>公司法人治理结构又称为公司治理结构。“公司治理结构”一词从国外引入,含“统治和管理”意思,是指公司作为一个独立的法人实体,为保证其正常的运作,其自身所具有的一整套组织管理体系。它比较明确地表达了公司的组织结构和制约关系。一方面是指公司的机构设置,另一方面是指这些机构的运作规则。公司制企业是资合企业,产权关系十分清晰,投资主体多元化决定了要有更为科学、合理的经营管理体制。符合现代企业制度要求的法人治理结构是股东会由全体股东组成,是企业的最高权力机构,对公司重大问题决策;董事会由股东会选举产生,是股东会的执行机构,在股东会闭会期间,负责公司重大问题决策;总理由董事会聘任,对董事会负责,负责公司日常生产经营工作;监事会由股东代表和职工代表组成,是公司的监督机构。

<sup>20</sup> 施天涛:《商法学》,法律出版社2006年第3版,第129页。

<sup>21</sup> 施天涛:《商法学》,法律出版社2006年第3版,第189页。

申请人滥用股东权利。

因此，申请人有关被申请人滥用股东权，侵犯其银星商场的主张不能成立，其有关请求应向合作公司提出。

综上，申请人有关银星商场权属及侵权损害赔偿的请求，应向有独立法律人格的合作公司提出，被申请人不是其请求对象。据此，被申请人提请仲裁庭驳回申请人第三项“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”和第四项“裁定被申请人向申请人交还超出申请人出资额部分的银星商业大厦辅楼的产权和经营权”两项仲裁请求。

## 第二部分 申请人行为构成违约

本争议案被申请人德曼国慕尼黑有限公司，本着善意合作的态度，与本争议案申请人中国陇西省江州市宏源产业有限公司接洽缔约，展开合作，共同成立中外合作经营企业，并约定在此基础上继续建设和经营银星大厦。作为合作方、缔约方和合作公司股东，申请人自应本着诚实信用原则，与被申请人善意缔约，更应恪守合同严守之原则，合法、依约履行其出资、建设经营合作公司之义务。然事实上，申请人不仅在成立合作公司的谈判期间，刻意隐瞒其出资资产抵押的事实，而且对《合作合同》确定之出资范围——银星商场的权属争议不休，并以此故意干扰合作公司的经营管理，最终导致了合作公司无法继续经营的局面。申请人的一系列行为表明其自始没有合作的态度，不仅伤害了被申请人善意的感情，更使被申请人依《合作合同》可期待获得的利益无法实现，侵害了被申请人的合法权益，构成了违约，应对此向申请人承担相应的责任。

### 一、申请人存在违约行为，应对此承担责任

#### （一）申请人违背诚信原则，隐瞒出资资产抵押的事实，违反了告知义务

诚实信用原则为我国《民法通则》第四条中明确规定的一项民法原则，是各国民商事法律中的“帝王条款”同时也是我国民商事立法的基本原则，其要求民事主体行使民事权利，与他人之间设立、变更或者消灭民事法律关系，不作假，不欺诈，不损害他人利益和社会利益。根据诚实信用的原则，申请人在与被申请人进行合作磋商，订立合作合同的过程中，有将申请人自身的情况所负之债务尤其是申请人意欲用来出资的部分的权利情况对被申请人进行如实告知的义务。另外，根据《中华人民共和国担保法》第四十九条第一款之规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效”。很显然，抵押人的投资或者合作条件是否设有抵押，是合同订立过程中的重要信息，将会对合同双方当事人的谈判地位、合作地位，尤其是对方当事人的利益产生非常重要的影响，抵押人对这一事实当然负有告知受让人的义务<sup>22</sup>。在本案中，申请人约定出资资产在合同订立之前就已经抵押给银行，申请人也明知如果自身债务无法到期偿还，其出资资产就有被查封的危险，从而对合作公司以及被申请人的利益产生极大的影响。申请人无疑对其出资资产已经抵押的事实负有告知被申请人的先合同义务。然而，申请人没有履行这一告知义务，致使被申请人长期被

<sup>22</sup> 韩世远的《合同法总论》将此种情形归类为负有告知义务的“非社交能力不平等场合”中的担保场合。

蒙在鼓里，申请人违背诚实信用的原则故意隐瞒的行为显然具有欺诈嫌疑，依据公司法的规定，在欺诈下签订的合同本应是可撤销的合同<sup>23</sup>。被申请人2000年3月初才了解到申请人出资资产已被抵押这一事实后，并没有主张撤销合同，足够体现了被申请人对继续合作的积极态度，为了实现合同目的而做出的让步。

## **（二）申请人以抵押物出资，未完全履行出资义务，构成违约**

### **1. 合同约定的申请人的出资义务**

正如上文已经论述的，无论是公司章程的规定还是合作双方签订的合同的约定，申请人的出资义务，都应该是原银星商业大厦，即包括主楼原银星大厦与辅楼银星商场。

### **2. 申请人没有及时消灭出资物上之抵押权，构成出资行为之无效，并且对合作公司和被申请人造成损失**

#### **（1）申请人抵押出资，该出资存在瑕疵**

根据上文提到的《中华人民共和国担保法》第四十九条第一款之规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效”。又根据《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》（19950904）第十九条规定：“合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件，对该投资或合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保”。

在本案中，根据证据（三）（2000）陇法经字第03号陇西省高级人民法院民事裁定书足以表明申请人对其作为出资的银星大厦设置了抵押并因此导致了诉讼。另外，申请人一直把抵押的事实隐瞒起来，致使合作公司与被申请人对这一事实并不知晓，违反了法律的强制规定和合作合同的约定。申请人将已经设定抵押的银星大厦用于出资，根据法律的规定这种出资行为存在瑕疵，也就是说，申请人没有完全履行出资义务。

#### **（2）申请人抵押出资对合作公司和被申请人造成损失**

正是由于申请人的抵押行为给合作公司的正常运行、合作合同的履行以及被申请人的利益造成了诸多损害，并且二者之间有直接的因果关系。

首先，由于申请人到期无法偿还银行贷款，银星大厦（包括该项目的主楼以及辅楼）于2000年2月底被江州市中级人民法院查封，这无疑使得公司的运营完全停滞；

其次，银星大厦遭查封之后，合作公司以自己的名义参与了一系列诉讼，付出了高昂的代价；

再者，是申请人一直无理要求被申请人协助清偿其与抵押相关的银行贷款。在申请人的百般请求与手段下，合作公司同意将被申请人出资之一部份（即第三笔出资）暂时用于清偿申请人贷款，造成了公司可能的运营资金不足和经营损失<sup>24</sup>。

申请人的出资行为存在瑕疵，影响了公司资本的充实甚至整个合作公司的根基，并且对公司的运营和被申请人利益造成诸多损失，属于严重的违约行为。

<sup>23</sup> 《中华人民共和国合同法》第五十四条规定：“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”。尽管本案发生于新合同法修订之前，但是从理论上讲，申请人的行为已经构成了欺诈。

<sup>24</sup> 参考上文第13页关于银星商场权属的论述。

### **（三）申请人违反继续建设银星大厦的义务，干扰合作公司运营，构成违约**

#### **1. 申请人作为公司股东，依法负有继续建设义务**

合作双方签订的《中外合作江州银星有限公司合同》（附件一）第七条约定：“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；……”；另外，合作双方签订的《江州市宏源产业有限公司与慕尼黑有限公司合作意向书》（证据一）第三条也明确约定：“合作经营企业将在中方现已无力建设的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”。

从这两个约定条款中可以看出，完成银星大厦的建设，建成并经营一个综合性现代化服务中心，合理经营合作公司以从中赢利，乃是合作公司的最主要的目的，也是订立契约的双方当事人的共同义务。这一目标的实现不能单靠被申请人，而要靠申请人与被申请人的通力合作，共同努力。换言之，申请人对合同目的的实现，尤其是继续建设银星大厦的实现也负有义务。

#### **2. 申请人不仅未履行义务，更阻碍公司运营，构成违约**

申请人在整个合同的履行过程中，屡屡违背合同的约定，故意阻挠银星大厦的工程建设工作，并且有意阻碍合作公司的经营。相关事实如下：

首先，合作公司成立后不久，其在银星大厦商场内电梯安装和装修等方面设置障碍，使得银星大厦的建设工程被严重拖延，被申请人为履行自身合同义务而从德国请来的建筑专家也因为申请人的无理行为而不得不返回。申请人的行为也使得银星商场的正常经营成为不可能，这些都给被申请人和合作公司造成了严重的损失。

进一步的，2000年之后，申请人拒不执行合作公司董事会决议，不向董事会提供正确的资产负债表等财务报表，并把合作公司的有关印章私自查封。这种故意的阻挠行为使得合作公司根本不可能继续从事正常建设和经营业务

此外，上文提到的申请人的抵押行为，是银星大厦在2000年2月底被江州市中级人民法院查封，并由此导致了一系列法律诉讼。查封期间，合作公司根本无法运营，同时以合作公司为名义的一系列诉讼，不但给合作公司带来了经济上的负担，也使得合作公司的信用和名誉受到损失。

综上所述，申请人对合作公司继续建设银星大厦的工作用各种借口百般阻挠，同时妨碍合作公司的运行和盈利活动，与合同订立之目的背道而驰，构成了严重违约。损害了合作公司以及被申请人的利益。

### **（四）申请人应承担违约责任**

根据《民法通则》第一百一十一条之规定：“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”。根据《中华人民共和国合同法》第十八条第一款：“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。”本案中申请人违反了出资义务并处处妨碍银星大厦的继续建设以及合作公司的正常运营，完全违背了合同目的，具有主观过错，构成严重违约行为。所以申请人应当依据

有关法律规定和合同约定承担违约责任。

申请人违反出资义务，根据《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。”申请人对被申请人造成的损失应当负赔偿责任。

对于违约损失的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，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。25本案中，合作双方当初订立并履行合同系为了达到建设、经营银星大厦，在此基础上进行合作，并尽快从中得到收益收回投资的合同目的。现合作公司已经成立并且在经营中获得收益，根据合同的约定被申请人享有从公司的经营收益中获得红利的合同利益，而且分配公司收益红利是当事人合同履行后可以获得的利益，然申请人的违约行为造成了被申请人的此项合同利益的损失。因此，申请人应当承担违约责任，赔偿被申请人应从合作公司经营收益中所得的红利及相应的利息。

## 二、合同目的不能实现，提请解除合同，解散公司，返还被申请人的出资

正如本代理词所提到的，申请人存在无效出资及阻挠合作公司运营之违约行为，严重影响申请人订立合同所期望的经济利益之实现，致使合作企业无法继续经营，《合作合同》目的不能实现，构成根本违约。

所谓根本违约，系违约行为的一种形态，系指当事人违反合同义务的行为已经严重影响了合同目的实现的情形<sup>26</sup>。根本违约制度是从英国普通法合同判例中产生的一项特殊制度，它赋予守约方合同解除权，该项制度在德国、美国等国家也被广泛采用。有关构成根本违约的条件和判断标准，在英国的不同历史时期，在德、美等不同国家都略有不同，但以违约后果的严重程度来判断是否构成根本违约是违约制度发展的趋势<sup>27</sup>。

我国相关法律也规定了我国的根本违约制度。《涉外经济合同法》第二十九条规定：“如果一方当事人违反合同，以致于严重影响订立合同所期望的经济利益，或者一方在合同约定的期限内没有履行合同，在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行，则另一方有权通知解除合同”；《中华人民共和国合同法》第九十四条“有下列情形之一的，当事人可以解除合同。……（四）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；……”；综合上述法律规定，我国以违约后果作为判断是否构成根本违约的标准，不同的法律中规定了不同的违约后果形态，只要满足该形态，就可适用根本违约制度<sup>28</sup>。

<sup>25</sup> 请参考《中华人民共和国合同法》第一百一十三条之规定。

<sup>26</sup> 韩世远：《论根本违约》，载《民商法论丛》第13卷，北京：法律出版社，2000年版。

<sup>27</sup> 根据《美国合同法重述(第2次)》第241条之规定，主要考虑因素是：1. 受损害方在多大程度上失去了他所合理预期的从合同中应得的利益；2. 受损害方的损失在多大程度上是可以适当补救的；3. 如果受损害一方终止履行，有过失一方在多大程度上会遭受侵害；4. 有过失一方弥补过失的可信度；5. 有过失一方的行为在多大程度上符合“善意”与“公平交易”准则。而德国违约根本违约的判定标准是通过结合具体违约形态的分析来实现的。根据《德国民法典》规定，双务合同当事人一方因可归责于自己之事由致给付不能，他方当事人有权请求损害赔偿或解除合同(第325条)；而当双务合同一方当事人给付迟延时，另一方原则上只有在给予对方适当的宽限期之后，如其仍不履行，始得解除合同(第326条)。同时根据司法判例，当合同不履行危及作为合同基础的信赖关系时，则可以作为积极的侵害债权，类推适用第325条和第326条的规定解除合同。

<sup>28</sup> 请参考[日]椿寿夫、右近健男：《德国债权法总论》，日本评论社，1988年版，第226页；王利明：《论

中外合作江州银星有限公司系合作双方根据《中外合作经营企业法》设立的中外合作企业。根据《中外合作经营企业法实施细则》第四十八条关于解散企业之规定：“合作企业因下列情形之一出现时解散：……（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；……”

在本争议案中，诚如本代理意见所提到的，申请人的违约行为使得银星大厦至今还没有正式开始，同时也是合作公司多年没有盈利，也丧失了盈利能力。正如申请人所说，从2002年起，合作公司就没有办理年检，也从未进行税务登记。申请人对合作公司的董事会决议也视而不见，在被申请方作出百般让步的情形下仍然不肯依约履行合同。合作公司无法继续从事正常建设和经营业务，股东双方无法继续合作，公司的经营、建设基本上处于停滞状态。申请人的行为已经造成合同目的的不可能实现，合作公司无论从法律上、事实上都已名存实亡。

基于此，被申请人提请解除合同，解散公司。

解散合同，应当返还被申请人的出资和利息。我国《公司法》对设立有限责任公司过程中的返还主体未作出明确的规定。目前法院的主要做法有：1、在公司不能成立的情况下，法院一般判令发起人承担还款责任，实践中，作为投资者的原告一般会选择偿债能力较强的发起人作为原告，或者选择实际取得该部分资金控制权的主体。2、公司成立，但出资人未成为股东或公司未正常经营而解散。有的法院在判决中认为返还主体应该是实际收取该资金的发起人，而有的法院认为某发起人依据发起协议或经过其他发起人的同意负责收取各发起人的出资，从性质上看是一种代理行为，其法律后果应该归于设立中公司，不应由该发起人个人来承担返还责任。必要的时候可根据实际情况作必要的扩张解释。另外，可类推适用合伙中的惯例，如“合伙期间各合伙人的出资为共有财产，在6个月内，合伙人有权以经营问题提出返还出资从而退出。”

返还出资的主体应为设立中公司掌管银行账户的发起人或实际占有实物等非货币出资的发起人。针对公司已经成立，本应当由公司返还留存于其资产上的出资人的财产，余额部分由公司股东承担连带责任。然而本案中由于合作公司已经处于停滞的僵局状态，被申请人无法向公司主张返还出资，另外，被申请人的大部分出资实际上被用于偿还申请人所欠银行贷款和贷款利息，是由申请人把持着被申请人的出资款项。在2000年1月30日，被申请人应申请人要求及合作公司同意将180万美元出资款用于申请人偿还江州市商业银行的贷款和利息。后根据董事会第二次决议，将合作公司2001和2002年两年收入共600万人民币交付申请人偿还贷款。所以实际上被申请人的出资资金尚未投入实际建设，而是申请人将其作为还贷的款项而由申请人把持着，因此申请人应当返还被申请人的出资款及同期同类银行贷款利息。

### 第三部分 结论

在本争议案中，被申请人德曼国慕尼荷有限公司本着诚信合作的态度，与申请人中国陕西省江州市宏源产业有限公司接洽合作，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。对申请人出资范围之银星商场更不存在任何侵权行为。

因此，被申请人提请仲裁庭依法驳回申请人第2至第5项仲裁请求。

此外,与被申请人积极、主动履约相比,申请人自始没有合作之诚意,在与被申请人接洽的过程中,刻意隐瞒,以设有抵押权的不动产出资,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卷入纠纷,不能正常运营的根源。此外,申请人对确定为其出资范围的银星商场之权属百般无理纠缠的行为,不仅表明其无合作的态度,而且更是干扰了合作公司的正常运营。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作出裁定,支持被申请人的请求:

1. 依法驳回申请人第2至第5项仲裁请求;
2. 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;
3. 裁定申请人返还被申请人的全部投资及相应的利息;
4. 裁定申请人赔偿被申请人应当从合作公司经营收益中所得的分红及相应的利息;
5. 申请人承担全部仲裁费用及被申请人的律师费和其他因仲裁而支出的费用。

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：

- 崔建远：《合同法》，北京：法律出版社，2003年版；  
甘培忠：《企业与公司法学》，北京：北京大学出版社，2007年版；  
韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2004年版；  
韩世远：《违约损害赔偿研究》，北京：法律出版社，2001年版；  
江伟：《民事诉讼法》，北京：大学出版社，2004年版；  
李国光：《合同法解释与适用》，北京：新华出版社，1999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；  
马强：《债权法》，北京：人民法院出版社，2002年版；  
施天涛：《商法学》，北京：法律出版社，2006年版；  
孙宪忠：《中国物权法总论》，北京：法律出版社，2003年版；佟柔：《中国民法》北京：法律出版社，1997年版；  
王利明：《物权法论》，北京：中国政法大学出版社，2003年版；  
王利明：《违约责任论》，北京：中国政法大学出版社，2003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；  
武钦殿：《合同效力的研究与确认》，吉林人民出版社，2001年版；  
杨立新：《侵权损害赔偿实务》，北京：法律出版社，1997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；  
张广兴、韩世远：《合同法总则》，北京：法律出版社，1999年版。

附：答辩书副本（5份）