

书
面
答
辩
意
见

中国福元市电力公司（被申请方） 呈递
第二十四号参赛队

2010年11月15日

第二十四号参赛队 被申请方

书状纲要

为了澄清案件事实，实现权利义务的公正分配，被申请方首先按时间顺序陈述案件基本事实，补充申请方遗漏的相关事实，其次请求驳回申请方的仲裁请求，要求申请方承担被申请方的经济损失，继而提出以下代理意见：

一、申请方的仲裁请求已超过仲裁时效

事实依据：申请方自2001年7月9日《清算结束报告》作出之日应已明确知道权利受到侵害，自此开始计算仲裁时效；在时效期间内申请方未提出明确的请求，没有发生时效中止、中断的事由，申请方于2004年12月16日才提起仲裁，已远远超过仲裁时效。

法律依据：《仲裁法》第74条；《民法通则》第131条、第135条、第137条、第139条、第140条；《公司法》第185条；《合同法》第22条、第92条；《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第172条。

二、《修订合同》第七条与第十四条无效

事实依据：《修订合同》第7条与第14条构成“保底条款”，违背强制性规定，违背合同正义原则和利益共享、风险共担的原则，应属无效。

法律依据：《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条；《公司法》第2条、第3条；《电力工业部关于外商投资电力项目的若干规定》第24条；《合同法》第5条、第52条；《中外合作经营企业法》第2条。

三、合同提前终止的责任应由申请方承担

事实依据：签订《修订合同》后，被申请方积极履行出资等义务，不存在违约行为。而且当被申请方得知国家法律政策要求合作公司交纳“上网配套费”后，当即与申请方进行磋商，并及时请示福广省电力局争取免交，为继续合作作出了最大的努力，但是申请方不遵守我国法律和《合作合同》，拒绝交纳“上网配套费”，最终导致合作提前终止，应当承担我方遭受的经济损失。

法律依据：《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》；《民法通则》第55条、第111条、第115条；《合同法》

第 97 条、第 107 条；《公司法》第 5 条；《中外合作经营企业法实施细则》第 2 条；《经济合同法》第 28 条。

目录

第一部分 基本事实.....	1
第二部分 仲裁请求.....	2
第三部分 法律适用.....	3
一、程序方面的法律适用.....	3
二、实体方面的法律适用.....	3
（一）适用《中外合作经营企业法》及其相关法规.....	3
（二）适用《合同法》.....	3
1、从法的时间效力来看.....	3
2、从法的对象效力来看.....	4
（三）适用《公司法》.....	4
第四部分 代理意见.....	5
一、本案已超过仲裁时效.....	5
（一）本案的仲裁时效为两年.....	5
（二）本案仲裁时效应从清算报告作出之日起计算.....	5
1、自清算报告作出之日申请方应当知道权利受到损害.....	5
（1）合作公司的债权债务已经了结，申请方的损失已确定.....	5
（2）被申请方主观上不承认其违约，客观上也没有作出赔偿申请方损失的意思表示.....	6
（3）《清算结束报告》第七条约定的是后合同义务的履行，并不表示被申请方愿意负担申请方的损失.....	6
2、申请方明确知道债务人.....	6
3、申请方行使权利没有法律上和事实上的障碍.....	6
（三）本案的仲裁时效不存在中断事由.....	7
1、申请方在诉讼时效期间内未提起诉讼、仲裁等.....	7
2、申请方没有明确提出债权请求.....	7
3、被申请方并没有同意履行申请方主张的债务.....	7
（四）本案仲裁时效不存在中止和延长事由.....	8
1、仲裁时效不存在中止事由.....	8
2、仲裁时效不存在延长情形，应严格限定为两年.....	8
二、《修订合同》第七条与第十四条无效.....	8
（一）《修订合同》第七条与第十四条构成事实上的“保底条款”.....	8
1、“保底条款”的内涵.....	8
2、第七条和《购电协议》的规定实际上让申请人每年可以获得相对固定利润.....	8
3、第十四条的规定实际上免除了申请方在合作中应当承担的责任和风险.....	9
（1）所发电“不能上网”的亏损仅由被申请方承担实际上免除了申请方应承担的责任... 9	
（2）由于法律法规和政策变化导致合作公司产生亏损仅由被申请方承担，免除了申请方应承担的风险.....	9
（3）因福元市方面的原因造成合作公司亏损仅由被申请方承担，加重了被申请方的责任. 9	
（二）《修订合同》第七条与第十四条为“保底条款”，应属无效.....	10
1、“保底条款”违反相关司法解释“共负盈亏、共担风险”的精神，应属无效.....	10
2、“保底条款”违反《公司法》的强制性规定，应属无效.....	10
（1）强制性规定的内涵.....	10
（2）《公司法》第三条应认定为效力性强制性规定.....	10

(3) 合作公司属于法人式的合作企业, 应当适用《公司法》第三条的规定.....	11
(4) 《修订合同》第七条与第十四条的内容违反了《公司法》第三条而无效.....	11
3、违反相关行政规章的强制性规定, 也宜认定为无效.....	12
(1) 违反行政规章的强制性规定也可能导致合同条款无效.....	12
(2) 《修订合同》第七条与第十四条违反了《电力工业部关于外商投资电力项目的若干规定》(以下简称《若干规定》)的强制性规定, 应认定为无效.....	12
A、《若干规定》对《修订合同》具有约束力.....	12
B、《修订合同》第七条与第十四条违反了《若干规定》的第二十四条.....	13
(3) 《修订合同》第七条与第十四条违反了《若干规定》中的基本原则.....	13
A、《若干规定》关于外商投资电力的基本原则.....	13
B、《修订合同》第七条与第十四条违反了“风险共担、权利义务对等”的基本原则.....	13
4、《修订合同》第七条与第十四条违反《合同法》合同正义原则, 宜认定为无效.....	13
三、合作合同提前终止的原因归结于申请方.....	14
(一) 收取“上网配套费”的行为合法且合理.....	14
1、收取“上网配套费”的行为是合法的.....	14
2、收取“上网配套费”的行为是合理的.....	14
(1) 柴油机组的设立与可持续发展的理念背道而驰.....	14
(2) 公共利益先于个人利益.....	15
(二) 《合作合同》提前终止系申请方原因所致.....	15
1、《合作合同》依法有效.....	15
(1) 行为人具有相应的行为能力.....	15
(2) 意思表示真实.....	16
(3) 未违反法律和社会公共利益.....	16
2、申请方有义务交纳上网配套费.....	16
(1) 先行行为的默认.....	16
(2) 狭义解释的弊端.....	16
(3) 法律渊源的间接影射.....	16
3、申请方的违约行为使得合作公司提前终止.....	17
(三) 被申请方对合作合同的提前终止没有责任.....	17
1、被申请方没有违约行为.....	17
2、被申请方无法预见合作公司要缴纳上网配套费.....	17
3、被申请方积极促成合作合同的履行.....	18
四、合同终止后的损害赔偿.....	18
(一) 申请方不存在损害赔偿请求权.....	18
(二) 被申请方有权请求损害赔偿.....	18
1、赔偿范围.....	18
2、事实依据.....	18
3、法律依据.....	18
第五部分 结论.....	20
第六部分 附件..... 错误! 未定义书签。	
1、附件一: 《授权委托书》.....	21
2、附件二: 证据清单.....	22
3、附件三: 本书面代理意见副本 4 份.....	21

尊敬的仲裁庭：

根据《中华人民共和国仲裁法》第二十九条和《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，XX 律师事务所接受本案被申请方中国福元市电力公司的委托，指派我们担任其代理人，参与本案仲裁活动。开庭前我们查阅了有关材料，认真研究了相关证据，并进行了详细调查。本代理人认为申请方的请求不成立，现提出以下代理意见：

第一部分 基本事实

被申请人代理人在了解申请方陈述的案件事实后，认为存在片面之处，为了全面呈现案件真实情况，本着客观公正的原则，被申请人提供以下事实补充，希望仲裁庭予以采信：

1995年12月25日，国家计委等五部委联合下发“计机轻[1995]2372号文”，该文中提出征收上网配套费，由于该文件有“秘密”字样，只下发到省属电力部门，被申请人确实不知此事。

1997年1月17日，申请方和被申请方签订《中外合作经营福元发电公司合同(修订本)》(以下简称《修订合同》)和《福元发电公司章程(修订本)》(以下简称《修订章程》)。被申请人积极履行出资等义务。

1997年6月，被申请方在获知“计机轻[1995]2372号文”后就立刻与申请方进行磋商。

1998年3月11号，被申请方向省电力局呈送了《关于免征上网配套费的请示报告》，争取免交上网配套费。后经被申请方多方努力，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。于是，被申请方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，福元市水利局根据市政府领导会议的决定作出答复：合作公司要交纳上网配套费，按国家政策规定，每千瓦1500元-2000元，为表示对该项目优惠，决定按每千瓦装机收取配套费1800元。但是申请方仍拒绝交纳“上网配套费”，最终导致合作提前终止，给我方造成经济损失10,000,000元。

2000年5月15日，合作公司组成清算委员会，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清算工作，并向合作公司董事会提交《福元市福元电力有限公司清算结束报告》。

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》(以下简称《共识》)，被申请方同意在向海关办理设备退运手续后就相关问题继续进行协商。

第二部分 仲裁请求

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

第三部分 法律适用

本案系涉外仲裁纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第一百二十六条“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行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，适用中华人民共和国法律”的规定，本案应该适用中国的法律，具体适用的法律如下：

一、程序方面的法律适用

本案中申请方与被申请方在签订合同时即达成合同纠纷提交仲裁庭仲裁的协议，并已提交中国国际经济贸易仲裁委员会，根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第四条第二款的规定：“凡当事人同意将争议提交仲裁委员会仲裁的，均视为同意按照本规则进行仲裁。当事人约定适用其它仲裁规则，或约定对本规则有关内容进行变更的，从其约定，但其约定无法实施或与仲裁地强制性法律规定相抵触者除外。”因此，本案在程序方面主要适用《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。同时依据该法第七十三条：涉外仲裁规则可以由中国国际商会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定，所以本案也适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）。

二、实体方面的法律适用

我国涉外仲裁中的实体法律适用，是指涉外仲裁机构依据当事人的仲裁审理涉外争议案件时，确定当事人之间争议的实体权利义务关系，判定争议是非曲直所适用的法律规范。^①本案系中外合作经营企业合同纠纷，结合具体案情，应适用《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《合同法》、《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）、《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》）及其相关法律、司法解释。

（一）适用《中外合作经营企业法》及其相关法规

《中外合作经营企业法》于1988年4月13日起施行。该法第二条规定：“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、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”。1995年9月4日《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》）发布并实施。该法第一条“根据《中华人民共和国中外合作经营企业法》，制定本实施细则”。该企业自1994年4月15日起即成立，直至2000年以后，符合该法的时间范围，而且本案主要争点是双方的权利义务履行问题，符合该法的对象范围。因此，本案应适用上述两部有关中外合作经营的法律、法规。

（二）适用《合同法》

1、从法的时间效力来看

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

^① 丁伟：《国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究》，载《私法研究》第2卷，中国政法大学出版社2002年版。

国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同。”《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〈合同法〉若干问题的规定（一）》第一条明确规定了合同法施行以后合同法在时间上的适用范围的一般原则：“合同法实施以后成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，适用合同法的规定；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。”

本案中，申请方与被申请方于 1994 年 3 月 1 日签订《合作合同》，根据双方签订《合作合同》第十四条及有关合作经营的其他条款可知，合同约定的履行期限跨越了合同法实施之日，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〉若干问题的解答》，但法律没有规定的和因履行合同发生的纠纷，应适用新《合同法》第四章“合同的履行”的相关规定。

2、从法的对象效力来看

《合同法》第一百二十六条规定：“在中华人民共和国境内履行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，适用中华人民共和国法律。”《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》第五十六条规定，本实施细则未规定的事项，包括合作企业的财务、会计、审计、外汇、税务、劳动管理、工会等，适用有关法律、行政法规的规定。

本案系中外合作经营企业合同纠纷，案件法律关系复杂，《中外合作经营企业法》主要规定合作企业的设立、存续、消灭等事项，而合作企业在其经营过程中发生的具体纠纷，该法上没有作出相关规定。因此根据法律的规定，在合作企业存续期间的合同纠纷，可以适用《合同法》。

（三）适用《公司法》

自 1993 年制定《公司法》以来，为了适应社会主义市场经济的发展，我国分别在 1999 年、2004 年和 2005 年对该法进行了三次修订，就关于修订后的公司法的溯及力问题，《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（一）》第一条规定：“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。”第二条规定：“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，申请方与被申请方 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 年签订了《合作合同》和《福元发电公司章程》，约定了双方的出资和相关事宜；1994 年 4 月 15 日注册为福元电力有限公司，取得法人资格。根据相关司法解释和法不溯及既往原则，本案应当适用 1993 年的《公司法》，如 1993 年的《公司法》没有明确规定的，参照适用修订后的公司法的有关规定。

第四部分 代理意见

一、本案已超过仲裁时效

（一）本案的仲裁时效为两年

仲裁时效是指权利人向仲裁机构请求保护其权利的法定期限，即权利人在法定期限内没有行使权力，无证据证明在此期间内发生了仲裁时效中止或中断的法定事由，就丧失提请仲裁以保护其权益的权利。^①该制度的设计是为了惩罚“躺在权力上睡觉的人”，维护社会民事关系的稳定，督促权利人及时行使权利，加速民事流转，促进经济发展，也便于当事人收集证据，法院认定事实，正确处理民事纠纷。^②

《仲裁法》第七十四条规定：“法律对仲裁时效有规定的，适用该规定。法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。”《中外合作经营企业法》及其实施细则等相关法律未对中外合作经营企业合同纠纷的仲裁时效做出规定。因而本案的仲裁时效适用民事案件诉讼时效的规定。《民法通则》第三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效为两年，法律另有规定的除外。”

综上，本案的仲裁时效应当适用民事案件诉讼时效，应当为两年。

（二）本案仲裁时效应从清算报告作出之日起计算

1、自清算报告作出之日申请方应当知道权利受到损害

《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”。“知道”或“应当知道”的对象是权利被侵害的事实和侵权人是谁。^③“知道”权利受到了侵害是指权利人现实地于主观上明确了自己的权利被侵害的事实发生。“应当知道”权利遭受了侵害，是指尽管权利人在主观上不明了其权利已被侵害的事实，但根据他们处的环境和条件，有理由认为他已明了其权利已被侵害的事实，这是一种法律上的推定。^④

所谓清算，是指公司为达到终止目的，终结现存的法律关系，清理债权债务，并处分财产，从而消灭公司法人资格的程序。^⑤清算报告的一大法律效力就在于了结企业的债权、债务，申请方作为独立法人，有完全民事行为能力，根据被申请方先前的主观态度和客观行为，申请方应当知道被申请方不承认其债权请求，因此在清算报告完成之时，申请人应当知道权利受到侵害的事实和侵权人。

（1）合作公司的债权债务已经了结，申请方的损失已确定

《公司法》第一百八十五条对清算的范围作出了规定：“清算组在清算期间行使下列职权：（一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（二）通知、公告债权人；（三）处理与清算有关的公司未了结的业务；（四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；（五）清理债权、债务；（六）处理公司清偿债务后的剩余财产；（七）代表公司参与民事诉讼活动。”

自2001年7月9日，合作公司清算委员会完成清算工作向董事会提交《福元市福元电力有限公司清算结束报告》（以下简称《清算结束报告》）时起，合作公司所有债权债务已

^① <http://www.lawtime.cn/info/jingjizhongcai/zhongcaishixiao/20050417365.html>, 访问日期2005年1月10日。

^② 肖立梅：《浅谈诉讼时效的起算问题》，载《山东行政学院山东省经济管理干部学院学报》，2004年第3期。

^③ 梁慧星著：《民法时效研究》，法律出版社1991年版，第163页。

^④ 贾盛荣：《浅谈诉讼时效起算的几个问题》，载《金筑大学学报》综合版，2000年第3期。

^⑤ 王伟、李艳：《交易安全与公司清算法律制度的完善》，载《法律适用》，2001年第12期。

经了结完毕，申请方作为股东，根据其出资以及公司剩余财产的状况，应当已经明确了自己的损失。

(2) 被申请方主观上不承认其违约，客观上也没有作出赔偿申请方损失的意思表示

自1997年9月起，被申请方一直要求申请方按照《合作合同》第十八条的约定，遵守我国的法律法规，交纳企业正常经营所必须支付的费用。但是申请方一直拒绝履行合同义务最终造成合作公司无法运营。被申请方自始至终未承认是己方的原因导致合作合同提前终止，根本不会对因合同终止所造成的经济损失进行赔偿。这种主观态度很明确，且一直处于持续状态。

在《清算结束报告》作出之后，双方没有达成损失承担的相关协议，被申请方没有作出赔偿损失的支付行为，即被申请方在客观上没有作出赔偿申请方的意思表示。

(3) 《清算结束报告》第七条约定的是后合同义务的履行，并不表示被申请方愿意负担申请方的损失

《清算结束报告》第七条关于“公司善后”的条款明确规定：“本次清算，只是结束公司的财务计算”，“合作双方同意，将依据法律，《合作合同》的规定，以及终止协议确定的原则和实际情况的变迁协商确定责任和分担损失”。被申请方认为这一条款不是被申请方承认负担损失的体现，恰恰说明被申请方积极履行了后合同义务。

该条所指确定责任、分担损失，只表示在主要债权债务清算完毕之后，被申请方愿意基于诚信原则和友好互助精神履行后合同义务。我国《合同法》第九十二条对后合同义务进行了规定：“合同终止后，当事人应当遵循诚实信用的原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”因此，被申请方只是同意协助申请方处理合同终止的善后事务，而并非负担申请方的主要债务。在清算报告作出之后，被申请方与申请方签订的唯一的合同就是《共识》。这一《共识》表明申请方以书面形式保证履行后合同义务，协助申请方处理善后事务。

第七条的内容提要就是“公司善后”，这表明，双方当事人仅仅把这一条款定性为后合同义务的履行，而不是合作公司终止产生的主要债权债务的责任确定与损失负担。此条款也是当时申请方真实的意思表示，体现了双方内心的真实意志。

2、申请方明确知道债务人

在本案中，造成合同终止的原因，是双方对申请方是否应当交纳“上网配套费”产生了争议，当事人仅为申请方和被申请方，不涉及第三人。被申请方按照国家法律规定向合作公司收取上网配套费，而申请方则认为此行为是违反合同的约定的，按照申请方的主张，被申请方应当承担违约责任。那么由此就可以认定，在清算报告作出的同时申请方明确知道了债务人——中国福元市电力公司。

3、申请方行使权利没有法律上和事实上的障碍

法律上的障碍，是指法律规定请求权行使的限制，在此限制没有除去之前，即不能行使请求权的状态。在本案中，当事人行使请求权并不存在任何法律上的障碍。

事实上的障碍，主要指以下两种情形：（1）不可抗力；（2）当事人无民事行为能力或者限制行为能力，并且没有法定代理人。第一，不可抗力是指不能预见、不能避免或不能克服的客观情况，自清算委员会递交清算结束报告之日起并没有发生不可抗力。第二，在此案件中申请方为新泰国辉运能源投资有限公司，其行为能力自公司成立时产生，与权利能力同时产生同时消灭，并且行为能力的范围与权利能力的范围完全一致。新泰国辉运能源投资有限公司为依法成立、有必要的财产和经费、有自己的名称、组织机构和场所、能够独立承担民事责任的法人，具备完全行为能力。

因此，当事人行使请求权并不存在法律上和事实上的障碍，诉讼时效应当从清算报告作出时起算。

（三）本案的仲裁时效不存在中断事由

《民法通则》第一百四十四条规定：“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，诉讼时效重新计算。”因而，导致诉讼时效中断的事由有以下三种：一是提起诉讼；二是权利人提出要求；三是义务人同意履行义务。诉讼时效中断的效力是使已经进行的诉讼时效期间全归于无效，重新开始计算诉讼时效。本案并不存在以上三种中断事由。

1、申请方在诉讼时效期间内未提起诉讼、仲裁等

权利人提起诉讼、仲裁是时效发生中断的事由，但是并不仅限于诉讼、仲裁等形式。申请调解机构进行调解，向义务人通知诉讼等均可以引起时效的中断，^①不过在本案中均没有出现上述情形。

2、申请方没有明确提出债权请求

在本案中，《共识》仅仅表明申请方与被申请方就设备退运的相关问题进行磋商，并不能证明申请方就债权提出了明确的请求，若以此为据推迟诉讼时效的起算，既是不合法的，也是不合理的。

第一，双方关于善后问题的磋商，是合同终止后的必然结果，是双方履行后合同义务的体现，申请方没有提供充分的证据证明在磋商的过程中向我方明确提出了具体的债权请求。

《共识》是仅就设备退运问题双方达成的共识，申请方并未就请求事项提出明确的请求。《共识》中提到“双方将力争通过友好协商解决上述及其他有关问题”，该条并不能证明申请方曾经向被申请方提出债权请求，双方也未就此问题进行过磋商，双方仅仅是就设备退运的有关问题进行过磋商。

《清算结束报告》作出之时，申请人已经知道损失数额和债务人，之后应当向债务人发出履行债务的通知，包括债务的产生原因、债务的数额、履行方式、履行期限、履行地点等内容。通知可以是书面的也可以是口头的，但必须内容明确，且有证据能表明发出了履行通知。然而，在合作公司解散之后，被申请人没有收到申请人要求履行债务的通知（包括书面和口头的），申请人也没有证据证明向被申请人主张了债权。

第二，退一步说，即使申请方曾经在时效期间内向被申请方提出债权请求，也不当然发生时效的中断。当今许多学者提出将请求作为时效中断的事由是不合理的。^②从社会实践来看，权利人提出请求后，若义务人作出积极回应，相当于义务人承认，诉讼时效期间中断；相反，若义务人不作回应，权利人可以再进行请求，时效期间再次中断，如此循环往复，形成一请求、再请求的局面。《日本民法典》第一百五十三条规定：“催告，除非于其后六个月内为裁判上的请求、和解而被传唤或任意到场、破产程序、扣押、假扣押或假处分，不发生时效中断的效力。”在保留请求作为时效中断事由时，须以相对人提出请求后一定时间内起诉或与起诉有同一效力之中断事由为限，否则请求不发生中断的效力。此是与时效制度的宗旨相吻合的，在法律的完善中吸纳这一制度是立法的趋势。

3、被申请方并没有同意履行申请方主张的债务

在《清算结束报告》第七条“公司善后”中被申请方同意根据实际情况的变迁协商确定责任和分担损失，此条款并不能推出被申请方同意履行申请方主张的债权。因为本条的规定是被申请人基于诚信友好原则就合作公司主要债权债务之外的次要问题达成的协议。

此外，《共识》中约定“双方将力争通过友好协商解决上述及其他有关问题”也不构成

^① 马锁文：《诉讼时效中断事由探析》，载《中州学刊》，2000年第6期。

^② 张驰：《“请求”不为诉讼时效中断事由》，载《法学》，1992年第4期。

默示承诺。《合同法》第二十二条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外”。虽然，本条规定了承诺可以以默示行为表达，但是，必须予以严格限制。默示方式仅指推定行为，具体包括义务人请求迟延履行、义务人或第三人提供担保、债务人支付利息（租金）、债务部分清偿、退款、表示付款。^①在清算结束之后，双方仅达成了关于设备退运的共识，被申请人从未就申请人主张的债务作出履行的主观意思表示，也没有做出承认申请方债权主张的明示或默示行为。因此，被申请人没有同意履行申请人主张的债务。

（四）本案仲裁时效不存在中止和延长事由

1、仲裁时效不存在中止事由

根据《民法通则》第一百三十九条规定，诉讼时效的中止必须同时具备两个条件：一是存在客观性阻碍事由，二是该阻碍事由发生在一定期间内，即发生期间条件。客观性阻碍事由是指在诉讼时效期间的最后六个月内所发生的不可抗力或者其他不能行使请求权的障碍。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百七十二条规定了时效中止的期间条件，即在期限届满前的六个月。根据本案事实，在诉讼时效届满也就是2003年7月8日之前的六个月没有发生客观性阻碍事由，本案仲裁时效不发生中止。

2、仲裁时效不存在延长情形，应严格限定为两年

《民法通则》第一百三十一条规定：“有特殊情况，人民法院可以延长诉讼时效期间。”在诉讼时效期间完成以后，如果权利人未能行使权利是由于某种特殊情况造成的，人民法院可根据具体情况酌情延长诉讼时效。^②

在本案中，权利人没有证据表明存在客观上的障碍，没有在时效期间内行使权利无正当理由，因此不存在仲裁时效的延长问题，实行严格限制为两年。自2001年7月9日清算委员会向合作公司董事会提交《清算结束报告》时起算至2003年7月8日结束。而申请方于2004年12月13日提出申请已经远远超过了仲裁时效。

综上，本案已超过仲裁时效，且不存在时效中断、中止以及延长的事由，不应当让“躺在权利上睡觉的人”滥用法律赋予的权利。

二、《修订合同》第七条与第十四条无效

（一）《修订合同》第七条与第十四条构成事实上的“保底条款”

1、“保底条款”的内涵

保底条款，一般存在于联营合同中，是指联营一方虽向联营体投资并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，而当联营体亏损时，仍要收回其投资并收取固定利润的条款。

在实践中，保底条款为保本条款和保利条款。保本条款是指联营的投资一方参与联营的盈利分享，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要到期收回其出资的条款。而保利条款是指出资一方不管联营亏损与否，都要按期收取固定利润的条款。^③

2、第七条和《购电协议》的规定实际上让申请人每年可以获得相对固定利润

《修订合同》第七条规定，重组后电力的销售：（1）申请方同意合作公司所生产的全部

^① 卢少敦、柯凉水：《诉讼时效中断的法定事由》，载《人民司法》，2002年第9期。

^② 王利明、郭明瑞、方流芳著：《民法新论》，中国政法大学出版社1988年版，第574页。

^③ 夏雨：《联营合同切忌保底条款》，载《石油企业管理》，1996年第6期。

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。（2）被申请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。

此外，《购电协议》第二条规定，如因甲方（即中方）或福元市方面的原因，未能使发电厂按年最低发电量生产和销售电力，甲方仍需向合作公司支付年最低发电量 12000 万千瓦时的电费。第五条：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。

上述条款实际上是规定无论合作公司是否出现亏损、债务或财务问题，被申请方每年至少要向合作公司支付 12000 万千瓦时的电费，而按照 0.70 元每千瓦时计算，每年被申请方要向合作公司支付 8400 万的巨额费用。在本案中，合作公司每年的收入都来自于电力的销售，而合作公司生产的电力都由被申请方收购，也就是说合作公司每年的利润来源于被申请方对电力的收购。申请方之所以要求被申请方每年向合作公司支付 8400 万的费用，就是为了保证在正常情况下，合作公司每年可以获得利润，而申请方作为合作公司的最大的股东，占其注册资本的 84.8%，每年从中也可以获得绝大多数的利润。

因此，《修订合同》第七条和《购电协议》的规定名义上是为了保证公司电力的销售，而实际上是让被申请方间接地承担申请方每年获得相对固定利润的义务。

3、第十四条的规定实际上免除了申请方在合作中应当承担的责任和风险

《修订合同》第十四条第三、四款约定，双方确认合作公司所发的电不能上网或中国法律法规及政策的变化因素导致合作公司不能正常运作所产生的亏损及债务由甲方（即中方）承担；双方确认因福元市方面的原因使合作公司未能足额发电或未能足额收取电费所出现的财务问题，由甲方（即中方）承担全部责任。

（1）所发电“不能上网”的亏损仅由被申请方承担实际上免除了申请方应承担的责任

合作公司所发的电不能上网的原因有多种，可能是配套技术方面的原因导致不能上网，也可能是相关电力法律政策变化的原因导致不能上网，抑或是申请方的原因导致不能上网。因为这些事由导致不能上网而引起的亏损应当由双方共同承担甚至是申请方单独承担，如果仅由我方来承担，则本质上就免除了申请方应当承担的相应责任。

（2）由于法律法规和政策变化导致合作公司产生亏损仅由被申请方承担，免除了申请方应承担的风险

所有的投资经营都是有风险的，申请方作为一家专业的能源投资公司，肯定知晓来华投资可能面临的各种风险，而投资地的法律法规政策的变化就是一种主要的风险。因中国法律法规政策变化造成合作公司的亏损，首先应当由政府给予一定的补偿，其余损失则由双方共同承担。如果把所有的损失都归责于我方，无异是免除了对方的责任。

（3）因福元市方面的原因造成合作公司亏损仅由被申请方承担，加重了被申请方的责任

公司经营随时面临着第三人行为带来的风险，发电公司位于福元市，难免会受到福元市方面的影响。而被申请方作为一家独立的电力公司，对福元市的行为无法控制。如果因福元市方面的原因而造成公司未能足额发电或未能足额收取电费所出现的财务困境，要被申请方承担全部责任，就是将第三方的责任归责于被申请方，无疑加重了被申请方的责任，免除被申请人的责任。

因此，该条实际上是将合作公司因不可抗力事由、第三人事由和申请方事由等产生的亏损、债务或财务问题等风险让被申请方承担，而申请方却不用承担责任。

综合上述分析，《修订合同》第七条表面上是电力销售规定，但实际上能保证在正常情况下申请方每年可获得利润；而第十四条则免除了在出现意外情况下申请方应承担的责任。所以第七条和第十四条一起构成了事实上的“保底条款”。

（二）《修订合同》第七条与第十四条为“保底条款”，应属无效

1、“保底条款”违反相关司法解释“共负盈亏、共担风险”的精神，应属无效

本案中，合作公司作为法人式的中外合作经营企业，其本质属于联营企业，因此必须遵守相应的司法解释的精神。虽然我国《仲裁法》和《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》没有直接规定司法解释能作为仲裁案件裁决的直接依据，但也没有否认其效力。在中国现阶段的司法实践中，司法解释在法律实际生活中起到了法的渊源的作用。^①司法解释在司法实践中实际上具有法律的效力。

退一步，即使司法解释不能完全作为本案的法律渊源，但是我们也不能忽视其在本案中的指导意义，如果司法解释有着明确的规定，则应当认真考虑该司法解释对仲裁的参照性适用。

根据《民法通则》的规定，联营企业有三种类型：法人型、合伙型和协作型。无论联营企业形式如何，有一个法律特点是相同的，即联营各方都必须共同投资、共担风险，不允许任何一方一任何名义收取固定收益。^②最高人民法院在1990年11月12日发布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第一项中规定：“保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此，应当确认无效。”

因此，本案中的保底条款违反司法解释的“共负盈亏、共担风险”精神，动摇了合作经营的法理基础，应属无效。

2、“保底条款”违反《公司法》的强制性规定，应属无效

我国《合同法》第五十二条第五项规定，合同违反法律法规的强制性规定时无效。那么合同的部分条款违反法律法规强制性规定时，属于当然无效。

（1）强制性规定的内涵

所谓强制性规定是指直接规范人们的意思表示或事实行为，不允许人们依其意思加以变更或排除适用，否则将受到法律制裁的法律规定。^③在强制性规范中，按照立法目的分为管理性强制性规定和效力性强制性规定。违反管理性强制性规定并不必然使合同条款无效，只有违反效力性强制性规定才使合同无效。而效力性的强制规定，是指对违反强制性规范的私法上的行为，在效力后果上以私法上的方式予以一定制裁的强制性规定。也即当事人所预期的私法上的法律效果会受到一定的消极影响，致使行为无效。

至于如何判断法律法规中某一条款是否是效力性强制性规定，首先看强制性规定针对的是一方当事人还是双方当事人。一般情况下，针对双方当事人的是效力性规定。其次看该强制性规定针对是行为本身还是方式。针对行为本身的强制，是指禁止任何人在任何时间、任何地点，以任何方式进行某类交易行为。如对毒品买卖的禁止，这是一种绝对禁止的行为，不存在例外的情况。这种针对行为本身的强制一般为效力性强制。最后从公共利益的角度来判断是否是效力性强制性规定。

（2）《公司法》第三条应认定为效力性强制性规定

我国《公司法》第三条规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。”公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。这一条就是对公司有限责任制度的阐述，应认定为效力性强制性规定。理由如下：

^① 张文显主编：《法理学》（第二版），高等教育出版社2003年版，第93页。

^② 王叔良：《试论中外合作经营企业合同保底条款》，载《政治与法律》，1999年第1期。

^③ 耿林：《强制规范与合同效力》，清华大学法学院博士论文，2006年。

第一,《公司法》第三条的规定是针对所有适用中国法律而设立的公司和所有的公司股东,在本案中是针对申请方和被申请方双方,而不是只针对特定的一方。公司和股东所有的行为都要符合有限责任制度。

第二,虽然该条没有明确指出违反有限责任制度的行为无效,但通过有限责任制度对公司法的重要意义可以推出该条为效力性强制性规定,一旦违反,则无效。《公司法》中的有限责任制度在法律上表现为两点:一是股东以其出资额有限对公司承担责任;二是公司以其全部资产对公司债务承担责任。其中核心就是投资者(股东)对公司债务和亏损所负的责任,以其认购的出资额为最高限,此外对公司不须承担任何财产义务。^①违反了这一制度将会导致有限责任公司名存实亡,动摇公司法律制度的基石。

第三,有限责任制度在鼓励投资,促进资本积累,促使所有权和经营权分离方面发挥了重要作用。^②如果违反有限责任制度,将使增加投资者的风险,阻碍市场的繁荣。同时,公司内部的很多管理体制和机构都依据有限责任制度来设计,违反了有限责任制度必然会动摇公司存在的法理基础,而公司作为重要的市场主体,公司制度的混乱会影响正常的经济秩序,从而影响社会公共利益。

(3) 合作公司属于法人式的合作企业,应当适用《公司法》第三条的规定

《中外合作经营企业法》第二条规:“合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的,依法取得中国法人资格。”此外,《公司法》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。”自此我们知道在中国境内的中外合作经营企业如果依法取得中国法人资格,成为有限责任公司,那它除了适用《中外合作经营企业法》外,还要适用《公司法》的相关规定。

虽然相对于《公司法》,《中外合作经营企业法》在调整法人式的合作企业方面是特别法,一般情况下,法人式的合作企业应适用《中外合作经营法》,但《公司法》作为我国专门规范公司的法律,在全国范围内有效。作为有限责任公司的中外合作经营企业,也必须遵守《公司法》的基本原则。

本案中,申请方和被申请方在1994年3月1日签订了《合作合同》)和《福元发电公司章程》,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,福广省对外经贸委以“福经贸资批字(1994)08号文”批准《合作合同》和《福元发电公司章程》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,合作公司取得企业法人营业执照(工商企肇副字第1155号)。依据《公司法》和《公司登记管理条例》的规定,公司经公司登记机关依法登记,领取《企业法人营业执照》,方取得企业法人资格。自此合作企业正式成为有限责任公司,受公司法调整。虽然,此后《合作合同》和《福元发电公司章程》都进行了修改,但是依法经过有权机关的批准,并没有改变公司的性质。

因此合作公司是依据中国法律设立的有限责任公司,应适用中国《公司法》的第三条关于有限责任制度的规定。

(4)《修订合同》第七条与第十四条的内容违反了《公司法》第三条而无效

根据《公司法》第三条的精神,合作公司应以其全部资产向其债务承担责任,申请方和被申请方作为合作公司的股东应按照各自的出资额为限向公司承担有限责任。股东在履行各自的出资义务后,就不应再有其他额外对公司的关于金钱的义务。

而《修订合同》第七条规定,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。与此相应的《购电协议》约定,如因甲

^① 孙晓洁著:《公司法基本原理》,中国检察出版社2004年版,第63页。

^② 王利明:《公司的有限责任制度的若干问题》,载《政法论坛》,1994年第2期。

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。依据合同和协议，被申请方每年要收购合作公司每年生产的全部电力，承担出资以外的额外责任，这就本来就缺乏资金的被申请方每年不得不令外支出高额的费用，加重被申请方的经济负担，违反了《公司法》第三条的规定，是无效的。

且《修订合同》十四条第三、四项规定，双方确认合作公司所发的电不能上网或中国法律法规及政策的变化因素导致合作公司不能正常运作所产生的亏损及债务由甲方（即中方）承担；双方确认因福元市方面的原因使合作公司未能足额发电或未能足额收取电费所出现的财务问题，由甲方（即中方）承担全部责任。在本案中申请方的注册资本相对较少，如果出现约定的情况使公司产生亏损或债务时，由被申请方承担全部责任，就可能远超出被申请方的出资额，这就使被申请方实际上承担无限责任。同时被申请方为国有企业，其出资应属国有资产，如果让其承担无限责任，会造成国有资产的损失，严重损害公共利益。此时申请方却不用承担任何风险。这就严重违反了有限责任制度，违反了《公司法》的效力性强制性规定和基本精神，破坏了公司法律制度的基石，应属当然无效。

3、违反相关行政规章的强制性规定，也宜认定为无效

（1）违反行政规章的强制性规定也可能导致合同条款无效

《合同法》及其司法解释明确指出，当合同条款违反了法律、行政法规效力性强制性规定时当然无效。但这并不意味着合同条款违反其他位阶较低的强制性规定时仍然有效。

从立法论上看，指出并证明机械地以法律的位阶为准作为裁判合同无效的依据，有时并不恰当。因为法律位阶排除法不是确定强制性规定对合同效力影响的合理方法。不是说只有位阶高的法律才有权力对合同效力加以干预。对一些低位阶的法律，比如部门规章或者地方性法规等，我们有时也不能忽略其强制性调整功能。对于所有位阶的法律，其是否构成强制性规定，并进而是否构成对违反行为的私法上效力的影响，完全应当根据具体规定的规范目的加以确定。^①

从实践中看，对一些专业或特殊的合同，在判定合同条款是否有效时，除了参照合同法的有关规定之外，还要参考相关法律规范性文件的强制性规定。

因此，在某些特殊合同中，如果合同条款违反了地方性法规或行政规章的强制性规定，严重违背民法的公序良俗原则，动摇了民法的基础，也应认定无效。

（2）《修订合同》第七条与第十四条违反了《电力工业部关于外商投资电力项目的若干规定》（以下简称《若干规定》）的强制性规定，应认定为无效

A、《若干规定》对《修订合同》具有约束力

电力工业部 1997 年 3 月 20 日颁布的《若干规定》是指导外资投资中国电力的规范性文件。该规定第二条明确规定：“凡境外经济组织、个人（简称外商投资者）在中国境内投资，从事电源开发、建设，适用本规定。”

法律效力一般遵循“法不溯及既往”的原则，但如果考虑到新法的立法目的，也可能适用新法。比如《瑞士民法典》尾章第二条第一款就规定：“本法中凡以维护公共秩序及善良风俗为目的而作出的规定，其效力对所有事实适用。但本法另有规定的，不在此限。”^②可见如果为了维护了公序良俗，一向注重保护私人利益的民事法律都可能溯及力。那在公法领域，为了保护更大的公共利益，法律在一定情况下当然具有溯及力。

《若干规定》指导、规范外商投资电力项目工作，是为了为积极、合理、有效地利用外资，加快电力工业发展，是直接维护国家利益的行政规章。此外，虽然《修订合同》是在该

^① 耿林：《强制规范与合同效力》，清华大学法学院博士学位论文，2006 年。

^② 殷生根译：《瑞士民法典》，法律出版社 1987 年版，第 268 页。

行政规章前两个月颁布的，但结合本案的具体情况，被申请人《修订合同》第七条与第十四条的主要履行还是在该行政规章颁布后。如果《若干规定》对《修订合同》没有效力，那必然严重损害公共利益，导致立法目的不能实现。

B、《修订合同》第七条与第十四条违反了《若干规定》的第二十四条

《若干规定》第二十四条规定，合资、合作项目的中方不得自行许诺保证外方的投资收益，外商投资电力项目的各方应根据投资方式签订中外合资经营合同或中外合作经营合同。这一条是为了直接规范人们的意思表示或事实行为，不允许人们依其意思加以变更或排除适用，否则将受到法律制裁的强制性规定。同时，该条款是为了保护中外合作经营中中方的合法利益，防止威胁中国企业和资产安全的行为。因此对这一条的违反，将使合同条款无效。

本案中，《修订合同》的第七条与第十四条及《购电协议》的内容使申请方每年可获得相对固定的利润，违反《若干规定》第二十四条的不允许“利润允诺”的规定。

本案中，合作公司是双方投资设立的，申请方的投资主要是资金，被申请方在提供资金的同时还投资了土地使用权，双方均有投资，根据第二十四条明确规定：“应根据投资方式签订中外合资经营合同或中外合作经营合同”，在签订合同时应当约定共担风险，而《修订合同》第十四条却约定由被申请人承担法律、法规、条例及政策的变化等原因导致的损失，免除了申请方应当承担的责任。

(3)《修订合同》第七条与第十四条违反了《若干规定》中的基本原则

A、《若干规定》关于外商投资电力的基本原则

《若干规定》第三条规定，电源开发、建设项目（以下简称电力项目）利用外商投资，应当遵守平等互利、利益共享、风险共担和权利义务对等的原则。该条确定在外商投资中国电力项目时，中外双方应遵循平等互利、利益共享、风险共担和权利义务对等原则，这些原则将贯穿整个投资过程中，成为指导双方合作的准则。

B、《修订合同》第七条与第十四条违反了“风险共担、权利义务对等”的基本原则

结合本案，申请方作为外方投资公司，其来华投资的主要目的是利用较为廉价的土地和劳动力来获取尽可能多的利润，而被申请方与申请方合作的主要目的是借助其较为雄厚的资金来满足自身的电力需求。双方为实现各自的目的，在合作过程中应该公平的分配双方的权利义务。申请方除了要求被申请人依约定履行出资外，还要求被申请方在税收、行政审批、土地等方面给予便利，这也是被申请方为促成合同生效应履行的义务。

本案中被申请方都履行了这些义务。在履行这些义务后，被申请方就不应该有额外的关于金钱的义务。而申请方在享受权利的同时，也要履行等值的义务，即要承担投资的风险。中外合作经营企业在经营中可能遇到的风险包括因政策法律变化引起的，申请方作为一家专业的投资公司在投资前不可能不知道。既然申请方决定与被申请方合作，就要承担这种风险，这是作为投资方必须履行的义务。

因此，《修订合同》第七条与《购电协议》要申请方每年必须从合作公司购买 12000 万千瓦时的电，将这笔额外的经济负担和交易风险交由被申请人承担，且当出现了被申请人不能控制的事由导致合作公司不能正常运作产生亏损时，却由被申请人完全承担，而申请方不用承担任何责任。因此如果严格履行该条的规定将严重损害被申请人的利益，严重违背“风险共担、权利义务对等”的基本原则。

4、《修订合同》第七条与第十四条违反《合同法》合同正义原则，宜认定为无效

合同自由，是指当事人在法律允许的范围内，就与合同有关的事项享有选择和决定的自由。^①我国《合同法》和《中外合作企业经营法》都最大限度的尊重当事人的意思自治。但意思自治并不是绝对的，不受限制的。我国《合同法》第五条规定：“当事人应当遵循公平

^① 高鸿钧等：《法治：理论与制度》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 278 页。

原则确定各方的权利和义务。”可见合同自由必须受到合同正义原则的限制。

至于什么是合同正义，台湾地区王泽鉴教授认为：“契约正义系属平均正义，以双务契约为其主要对象，一方给付与他方给付之间具有等值性。”^①可见双务合同中特别强调合同正义原则，强调双方在合同上的负担与风险的合理分配。同时王利明教授则指出，合同正义是一种“道德”意义上的正义。违反合同正义即违背道德伦理的要求，必须对之进行严厉的制裁。^②

本案中，申请方作为一家专业的能源投资公司，拥有较为雄厚的资金，投资经验丰富，而被申请人作为一家国有企业，却缺乏资金和合作经验。双方在经济实力上是不平等的。如果完全依据意思自治，承认《修订合同》的第七条与第十四条和《购电协议》的效力，那将导致双方权利义务、风险负担的分配严重失衡，必然使被申请人利益遭受严重损害，甚至威胁到国有资产的安全。

综上，这两个条款是对合同自由原则的滥用，与合同法的核心价值——实质正义相背离，应该是无效的。

三、合作合同提前终止的原因归结于申请方

（一）收取“上网配套费”的行为合法且合理

纵观全案，合作公司之所以提前终止，和上网配套费有着千丝万缕的关系，因此对“上网配套费”的定性和认识显得尤为重要。被申请人立足于现实，对上网配套费作如下解释：

1、收取“上网配套费”的行为是合法的

第一，国家计委、国家经贸委、中国人民银行、电力部、机械部（以下简称“五部委”）于1995年12月25日联合下发了一份《关于严格控制小火电设备生产建设的通知》，该通知规定：对于小火电建设要严格审批，并入国家电网的小火电应当交纳上网配套费。上网配套费数额和缴纳办法由各省、自治区和直辖市主管部门根据情况决定。基于五部委通知文件的精神，电力工业部于1997年8月7日下发《小火电机组建设管理暂行规定》的通知，规定并网运行的小火电机组必须按计机轻2372号文件规定交纳上网配套费。按照宪法和行政法的有关规定，五部委下发的《关于严格控制小火电设备生产建设的通知》和电力工业部颁布的《小火电机组建设管理暂行规定》，分别属于行政法规与部门规章，均在各部门的权限范围之内，且其内容也符合法律精神，因此，收取上网配套费的行为是合法的。

第二，福广省电力局于1998年8月7日发文：考虑到合作公司建设的历史原因，又属于福元市地方项目，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。并且其于1998年11月19日回复省外经委：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。然而根据五部委《关于严格控制小火电设备生产建设的通知》的规定，省主管部门只对上网配套费数额和缴纳办法享有决定权。因此，福广省电力局的上述行为违法了法律规定，属于越权行为，当属无效。换言之，市政府作出的要求合作公司交纳上网配套费的决定是依法贯彻上级命令的必然结果。

2、收取“上网配套费”的行为是合理的

（1）柴油机组的设立与可持续发展的理念背道而驰

改革开放以来，我国电力工业得到了迅速发展。但是，新建小火电机组比例偏大，机组结构不尽合理日益突出，小火电机组的无序建设造成了极大地资源浪费和严重的环境污染，同时加剧了电价的混乱局面，挤占了发展大容量机组所需的环保空间、电价空间、煤炭资源

^① 王泽鉴著：《债法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第74页。

^② 王利明著：《民商法研究》（第三册），法律出版社1999年版，第386页。

和铁路运力，这既不符合国家的产业政策、能源政策、环保政策，也不利于电力工业的持续发展。

1994年3月25日国务院第16次常务会通过的《中国21世纪议程——21世纪人口、环境与发展白皮书》，将可持续发展纳入全国和各地的“九五”计划之中，可持续发展的战略思想正式在我国确立。所谓可持续发展，是指既满足当代人的需求，又不损害后代人满足其需求的能力，是科学发展观的基本要求之一。高能耗、高污染的小火电机组的建设很明显与可持续发展的理念背道而驰，因此基于可持续发展的理念应该对此种产业进行限制，没有限制就没有持续。

虽然合作公司建设的是柴油发电厂，柴油发电厂相对于以其他原料为燃料的发电厂而言纵然有一些优点，但我们必须清楚，无论是柴油发电厂还是其他发电厂，它们只要单机容量在10万千瓦以下，就都属于小火电机组。小火电机组所具有的种种弊端不会因为柴油发电厂所具有的小小优点而消失，即柴油发电厂属于小火电机组的本质是不会变化的。因此对其征收上网配套费是合理的。

（2）公共利益先于个人利益

现实中，每个人都想将自己的利益最大化，在这种情况下难免会出现利益冲突。有时表现为个人之间的私益冲突，有时表现为个人私益与社会公益之间的冲突。当私益发生冲突时往往以协商的方法加以解决，而当个人私益与社会公益发生冲突时，情况往往比较复杂，非一般的协商就能够解决。

关于公共利益，博登海默认为它是客观存在的，是一定范围内不特定的多数人的公共利益，公共利益与“共同福利”、“共同利益（common good）”这些术语一样，“是一个不无用途的概念工具，它意味着分配和行使个人利益时绝不可以超越外部界限，否则全体国民就会蒙受严重损害。”^①美国《布莱克法律大辞典》将公共利益如下定义：公共利益是公共和社团普遍享有的包含某种金钱利益，或者公众或者社团的权利和义务因之受到影响的某种利益。公共利益并不意味着狭隘的如某种罕见之物，或者像处于争议中的事情影响的特定地区的利益。

因此，公共利益的实现对社会公众而言是极其有利的。然而，公共利益的实现往往会伴随着个人利益的妥协与牺牲，究竟是个人利益妥协于公共利益，还是公共利益让位于个人利益呢？一般情况下认为，公共利益给社会带来的利益是远远大于其所损害的个人私益的。因为在公共利益的设想中，它是对个人利益的整体抽象，涵盖了对个人利益的周到考虑，使得每个人都会从公共利益中获得改善。

在本案中，收取上网配套费一定会减少合作公司的生产利润，从而使得申请方的分红减少，相比以前利润会受到一定的损失，但我们同时也应该认识到，环境一旦被破坏、不可再生资源一旦被用尽，其带来的损失将难以估计，因此，以牺牲生态环境为代价发展社会经济是得不偿失的，其结果只能是给人类社会带来毁灭性的打击，即上网配套费的收取所带来的社会公益远远大于所牺牲的个人私益。

（二）《合作合同》提前终止系申请方原因所致

1、《合作合同》依法有效

《民法通则》第五十五条规定，合同的有效要件应包括：行为人具有相应的行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益。

（1）行为人具有相应的行为能力

^①[美]E·博登海默著：《法理学—法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第298页。

本案中，申请方新泰国辉运能源投资有限公司和被申请方中国福元市电力公司是依法成立的法人，符合公司成立的各项条件，从双方开始接洽到合作公司成立的整个过程中不难看出，其具有完全的民事权利能力和民事行为能力。

(2) 意思表示真实

意思表示真实，是指缔约人的表示行为应真实地反映其内心的效果意思，即其效果意思和表示行为相一致。申请方和被申请方在合作之初，事先已进行了一段时间的接触，在双方均满意的情况下，先后于 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》和 1994 年 3 月 1 日签订了《合作合同》和《福元发电公司章程》，这些行为均可证明双方的合作是真实意思表示的结果。

(3) 未违反法律和社会公共利益

此主要是针对合同的内容和目的而言的，合同的内容是指合同中规定的权利和义务所指向的对象，合同的目的是当事人缔结合同所欲达到的一种效果。

《合作合同》关于合作双方权利义务的分配及争议的解决的约定，未违反法律和社会公共利益。合同订立的目的在于成立发电公司，被申请方通过引入外国先进技术和管理模式以促进国内该类企业的发展改革，提升电力行业的整体竞争力，而申请方则通过合作获得利润。因此，合同的内容和目的均未违反法律和社会公共利益。

2、申请方有义务交纳上网配套费

《公司法》第五条规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”《中外合作经营企业法实施细则》第二条规定：“在中国境内举办中外合作经营企业（以下简称合作企业），应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方向的规定。”且《合作合同》第十八条规定，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。法律有广义和狭义理解之分。广义的法律包括法律、有法律效力的解释及其行政机关为执行法律而制定的规范性文件（如规章）；狭义的法律专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。被申请方认为《合作合同》中约定的法律应作广义的法律解释，五部委下发的《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》和电力工业部关于印发《小火电机组建设管理暂行规定》的通知属于法律范畴，应得到遵守。原因如下：

(1) 先行行为的默认

自 20 世纪 70 年代中国实行改革开放后，为了发展国内经济，国家制定了一系列的优惠政策，鼓励外商来华投资。如《国务院关于扩大内地省、自治区、计划单列市和国务院有关部门等单位吸收外商直接投资项目审批权限的通知》、《国务院关于鼓励外商投资的规定》等等。

从现实生活中我们不难发现，无论是国务院提出的优惠政策还是地方政府提供的优惠待遇，其均是以行政法规、部门规章或地方政府规章的形式表现于外部，即投资者享受优惠待遇的权源为行政法规、部门规章等。

本案中，申请方基于对行政法规、部门规章或地方政府规章等提供的优惠政策的信任，来华进行投资，申请方的投资行为已充分说明其对以上规范性文件的默认，根据权利义务相一致的原则，申请方既然享受规范性文件给予的优惠的，那么其也应该承受上述规范性文件的约束，履行相应的义务。

(2) 狭义解释的弊端

福元发电公司虽有外商投资，但其是在福元市登记的，是属于中国的企业法人，其与国内的其他企业的地位是平等的，因此其应该与国内其他企业一样遵守广义上的法律，否则，极易造成企业间的不公平竞争。

此外，如果本案中的申请方仅仅只需遵守狭义的法律，那么意味着今后成立的合同有此类约定时，他们可以置中国的法规和规章不顾，仅仅遵循基本法律。我们知道基本法律仅仅调整国家、社会和公民生活中某一方面带有根本性的社会关系或基本问题，无法囊括复杂的社会生活，而中国幅员辽阔，仅仅依靠基本法律是难以维持健康有序的社会秩序的。

(3) 法律渊源的间接影射

法的渊源是指法的来源或法的栖身之所。有学者认为，法的形成过程总是基于某种动因和进路，选择和提炼一定的资源，以实现权利和权力的制度性配置的过程。^①这种使法得以形成的资源、进路和动因，就是法的渊源。我们一般意义上讲法的渊源，是指法的表现形式。无论是民法、行政法、经济法还是刑法，行政法规、部门规章、地方性法规、政府规章均是其渊源的组成部分，是中华人民共和国法律的一部分。

综上所述，申请方负有交纳“上网配套费”的义务。

3、申请方的违约行为使得合作公司提前终止

根据国家法律的规定，并网运行的小火发电机组应当交纳上网配套费，凡拒绝交纳上网配套费的，要从上网电费中扣缴或解列运行。合作公司经营装机容量为 3.5 万千瓦的柴油发电厂，属于小火发电机组的范围，因此应当交纳上网配套费。然而，申请方为了一己私利，迟迟不愿交纳上网配套费，其行为已经构成违约。并且申请方的此种行为给合作公司招致了极为严重的后果——合作公司生产的电力无法并网销售，最终使得合作公司无法继续运行。被申请方在迫不得已的情况下，同意提前终止合作合同。由此可知合作公司之所以提前终止完全系申请方的违约行为所致。

(三) 被申请方对合作合同的提前终止没有责任

1、被申请方没有违约行为

申请方与被申请方于 1994 年 3 月 1 日签订合作合同，《合作合同》第三条规定：

(1) 双方投资构成：中方投资 554.591 万美元，注册资本中中方的出资额为 221.84 万美元。

(2) 双方出资期限：中方出资期限：

A、在取得营业执照后一个月内投入土地使用权及出资进口设备 CIF 总价款的 5%，即 91.65 万美元；

B、在取得营业执照后三个月内投入相当于 43.18 万美元的人民币现金；

C、其余认缴的出资额在取得营业执照后十个月内全部投入。

虽然在合同签订之后被申请方由于资金周转困难，未依约如期足额出资，但双方后又于 1997 年 1 月 17 日重新签订了合作合同，对原合同进行了修订，对双方的出资比例重新做了规定，增加了申请方在投资总额和注册资金中所占比例。因此，申请方和被申请方之前签订的《合作合同》中有关双方出资的条款因合作合同的修订而无效，其对双方当事人不再具有约束力，被申请方不存在违约行为。在《修订合同》签订之后，被申请方如期足额出资，也无任何违约行为。

2、被申请方无法预见合作公司要交纳上网配套费

征收上网配套费系五部委的文件规定，是行政法规，是国家政策。在其实际颁布之时由于属于秘密文件，被申请方当时根本无法得知国家已经出台了此项法律。换言之，被申请方在订立合同之初，根本不知上述文件已经存在，故未在修订合同中体现该内容。因此，被申请方根本无法预见上网配套费的收取问题，其没有任何过错。

^① 张文显主编：《法理学》（第二版），高等教育出版社 2003 年版，第 89 页。

3、被申请方积极促成合作合同的履行

当被申请方于 1997 年 9 月得知国家为了经济的可持续发展将针对小火电机组征收一定数额的上网配套费，立即就此问题与申请方协商解决办法，并于 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，后经被申请方多方努力，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，是国家政策的体现，但鉴于合作公司建设的历史原因，又属于福元市地方项目，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。被申请方的一系列行为不仅能够证明其没有终止合作合同的任何意图，反而可以看出被申请方为了申请方的利益积极促进合作合同的履行。

综上所述，无论是对“上网配套费”的突然出现，还是事后的处理措施，被申请方都是没有过错的，因此申请方将《合作合同》的提前终止的原因归于被申请方是完全没有道理的。

四、合同终止后的损害赔偿

合同解除的直接法律后果是使合同关系消灭，合同不再履行。《民法通则》第一百一十五条规定，合同的解除不影响当事人要求赔偿损失的权利；《合同法》第九十七条也规定，合同解除后，当事人可以要求损害赔偿。《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。因此，合同解除后，当事人可以要求另一方当事人赔偿损失。

（一）申请方不存在损害赔偿请求权

根据上述论述可知：合作合同提前终止的原因归结于申请方，和被申请方没有任何关系。因此，申请方基于被申请方违反合同约定致使合作合同提前终止提起的要求被申请方赔偿其经济损失的请求毫无法律依据和事实依据，请求仲裁庭予以驳回。

（二）被申请方有权请求损害赔偿

1、赔偿范围

被申请方与申请方投资建立合作公司时不仅提供了“三通一平”的土地使用权，而且还提供了 114.634 万美元的流动资金，因申请方的违约不仅使得被申请方的上述投资全部付诸东流，而且本可以得到的利润也全部丧失。

因此，申请方应赔偿被申请方的投资额、投资额银行利息以及合理的可得利益，总计人民币 10,000,000 元。

2、事实依据

申请方为了一己私利，拒不交纳上网配套费，置国家法律规定和合作合同的约定于不顾，最终使得合作公司无法继续运行，被迫提前终止。合作合同的提前终止不仅使被申请人的前期投资全部付诸东流，而且使被申请人在合作合同正常履行的情况下可获得的收益全部丧失，因此申请人的违约行为已经给被申请人造成了巨大损失。

3、法律依据

根据《合同法》第一百零七条“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”的规定与《民法通则》第一百一十一条“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”以及《经济合同法》第二十八条“由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任”的规定，申请方应当赔偿被申请方的经济损失。

合同解除的损害赔偿范围以合同的履行利益为限，具体包括直接损失和间接损失。合同解除的损害赔偿范围应在坚持完全赔偿原则的前提下，通过可预见性原则、减损原则及损益相抵原则对其进行必要的限制。具体到本案中，根据《合作合同》修订本可知被申请方对合作公司的投资总额为 183.604 万美元，其中包括以“三通一平”的土地使用权作价的 68.97 万美元。由于合作合同的提前终止，申请方除了可以收回土地使用权之外，其他投资全部付之东流，并且土地、流动资金等本可以产生的孳息也全部丧失。因此申请方应赔偿被申请方的投资额、投资额银行利息以及合理的可得利益，总计人民币 10,000,000 元。

第五部分 结论

在本案中，被申请人中国福元市电力公司本着自愿诚信、平等互利的原则，与申请方新泰国辉运能源投资有限公司共同合作，订立《合作合同》，成立合作公司。在合作公司成立之后，被申请人更是本着诚信合作的态度，积极履行出资义务、提供合作条件。特别是在了解到国家法律明确要求合作公司交纳上网配套费后，被申请人四处奔走，争取免交或少交上网配套费，经过被申请人的努力，主管部门同意给予合作项目优惠。在被申请人拒绝交纳上网配套费后，又为挽救合作公司做了最大努力，对合作合同提前终止无需承担任何责任。

与被申请人诚信合作的态度相比，申请方自始缺乏诚意，先是在《修订合同》和《购电协议》中设置违反法律强制性规定、显失公平的“保底条款”，后又不遵守中国的法律，执意不交上网配套费，导致合作公司无法运营，合作合同被迫提前终止。时至今日，申请方应对合作合同提前终止承担全部责任，并且向被申请人赔偿因此造成的经济损失。

退一步说，即使我方有过错，本案也远远超过了仲裁时效。本案的仲裁时效应当从2001年7月9日《清算结束报告》作出时起算，至2003年7月9日止，而申请方于2004年12月31日才向仲裁委提出申请，已经远远超过了仲裁时效。

中国坚持对外开放的基本国策，欢迎和鼓励外商来华投资，但前提是外商必须遵守中国的法律、政策，任何违反中国法律、政策的行为，都要承担相应的法律责任。

因此，被申请人希望仲裁庭尊重事实和法律，站在维护国家利益的高度，充分考虑本案的社会影响，依法作出裁定，支持被申请人的请求。

此致

中国国际经济贸易仲裁委员会 XXX 分会

代理人：XXXXA，代理人 XXXXB

2005 年 4 月 20 日

第六部分 附件

1、附件一：《授权委托书》

授权委托书

委托人：中国福元市电力公司

受委托人：姓名：XXXA

工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师

电话：XXXXXXXX

姓名：XXXB

工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师

电话：XXXXXXXX

现委托 **XXX 和 XXXB** 在我与新泰国辉运能源投资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 **XXX 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：中国福元市电力公司（公章）

2005 年 2 月 1 日

2、附件二：证据清单

序号	证据名称	证据来源	证明对象
1	《合作合同》及公司章程	申请方与被申请方签订	1、证明双方合作经营的目的 2、证明双方的出资额、注册资本等及履行期限 3、证明双方协议约定纠纷的解决方式
2	《合作合同》及公司章程修订本	申请方与被申请方签订	1、证明双方的出资额等义务 2、证明《修订合同》第七条和第十四条约定了被申请方有电力收购和承担风险的责任
3	《购电协议》	申请方、被申请方与合作公司三方签订	证明被申请方负有购电义务
4	《关于严格控制小火电设备生产、建设的通知》 (计机轻〔1995〕2372号)(秘密)	福广省电力局提供, 国家计委等五部联合下发	证明被申请方在签订《修订合同》时并不知道合作公司需要交纳上网配套费
5	《小火电机组建设管理暂行规定》电计〔1997〕431号	电力工业部颁布	证明小火电机组要交纳上网配套费是国家政策法律的规定, 而不是被申请方的要求
6	《福广省电力局发文》福电用处[1998]20号文 《福广省电力局回复省外经委函》(福电办[1998]37号文)	福广省电力局提供	证明被申请方在知道合作公司要交纳上网配套费后, 向主管机关争取免交或少交上网配套费
7	《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	证明合作公司因合同无法继续履行而终止
8	《关于设备退运后工作安排的共识》	申请方、被申请方与合作公司三方签订	证明被申请方以书面形式保证履行后合同义务, 协助申请方处理善后事务

3、附件三：本书面代理意见副本 4 份