

异议人超期提起破产债权确认之诉的,是否会失权?

□周月萍 纪晓晨

破产程序中的关键环节。很多债权人在申报债权后即不再关注程序的推进,在对破产管理人认定的债权仍有意见的情况下,未能及时通过合法程序主张权利,甚至直到进入分配阶段才提出异议,往往会因超期而被管理人拒绝调整。

《破产法司法解释(三)》在第8条中规定了破产债权确认之诉的流程和时间。根据该条,“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的,应当说明理由和法律依据。

经管理人解释或调整后,异议人仍然不服的,或者管理人不予解释或调整的,异议人应当在债权人会议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认的诉讼。当事人之间在破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议的,应当按照选定的仲裁机构申请确认债权债务关系。”

就提起破产债权确认之诉是否必须经过向管理人提出异议这道前置程序,我们在此前《未先行向管理人提出异议,能否提起破产债权确认之诉?》一文中已经详细解读分享。然而,对于本条规定中提出破产债权确认之诉的期限问题——即异议人超过15日提起诉讼的是否将超期失权,目前司法实践中还存在较大争议。本文将结合实践中的不同案例和观点进行分析,以期对债权人积极参与破产程序、确认债权提供有效的解决建议。

一、司法实践中的不同观点

针对“异议人应当在债权人会议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认的诉讼”所涉及的15日的性质,在最高人民法院《破产法司法解释(三)理解与适用》、王欣新教授所著的《破产法》等书中都曾论述。总体而言,目前存在诉讼时效说、除斥期间说、引导性质规定说三大类观点。

1.认为15日是诉讼时效,异议人在15日内不行使权利即导致义务人有权提出拒绝履行的抗辩权,此时异议人将丧失胜诉权。

2.认为15日是除斥期间,并应适用《民法典》第一百九十九条规定,15日届满,则异议人提起债权确认之诉的权利绝对、当然、确定地消灭。

3.认为15日是引导性质,参考最高法院高级法官主持编著的《破产纠纷案件裁判规则(一)》一书的观点,异议人的权利不因消灭,“在破产债权分配前,债权人可以向破产申请法院提出债权确认异议之诉。”

二、司法案例观点梳理

司法实践中,各地法院通常不会明确确认15日的性质,但在裁判理由中会体现出一定的倾向性。据我们整理的裁判文书,目前对于异议人未在债权人会

议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认的诉讼是否将超期失权,判例主要可以分为以下三种观点:

(一)异议人超期提起债权确认之诉将导致诉讼及实体失权

这种观点认为,若异议人未在15日内提起债权确认之诉的,视为对确认债权的认可和对自身权利的放弃,法院有权裁定驳回超期提起的诉讼。如最高人民法院(2021)最高法民申2814号、最高人民法院(2021)最高法民申6110号、福建省高级人民法院(2021)闽民申2910号、上海市第二中级人民法院(2022)沪02民终785号等均持此类观点。

其中,福建省高级人民法院(2021)闽民申2910号提出:“规定中的‘十五日’系异议人向人民法院提起破产债权确认之诉的法定期间,如在此期间异议人不及及时起诉,就会使他人债权长期处于不确定状态,导致拖延破产程序,损害他人权益。因此,基于推进破产进程,提高破产效率,尽快确定各债权人债权的需要,该期间不因任何事由而中止、中断或者延长”,并据此确认法院有权驳回异议人超期提起的债权确认之诉。

(二)异议人超期提起债权确认之诉将导致诉讼失权,但实体不失权

这种观点认为,超期提起债权确认之诉的,法院可不予受理,但异议人有权另行主张实体权利。例如,安徽省高级人民法院(2020)皖民终1069号认为:异议人在收到管理人出具的申报债权审查结论通知书后,无合法的正当理由,超期向人民法院提起诉讼,一审法院驳回异议人的起诉,并无不当。同时,二审法院提出:就异议人的其他实体权利对其他破产债权人的诉讼请求,异议人可另行主张。

《破产法司法解释(三)理解与适用》对《破产法司法解释(三)》第8条的要点提示中也提出:“即使债权人未依照《企业破产法》规定申报债权的,只是不得依照《企业破产法》规定的程序行使权利而已,并非债权实体权利消灭的后果。因此,超过起诉期间并不导致债权人失去实体权利,因此,本条规定的期间属于诉讼时效意义上的期间,而非实体法意义的期间。”

(三)异议人超期提起债权确认之诉不导致失权

这一观点认为,《破产法司法解释(三)》第8条规定的15日是起诉的合理期间,目的在于督促异议人及时主张合法权利。依据这一观点,即使超过15日的,异议人仍可提起债权确认之诉。据检索,存在部分判例支持这一观点。

例如,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院(2021)兵民终47

号案件中,法院即提出:“十五日起诉期间既不是除斥期间,也不是诉讼时效期间”,而是“起诉的合理期间,目的在于督促异议人行使合法权利,避免影响后续表决等程序的推进,而非消灭异议人的实体权利。”

江苏省高级人民法院(2020)苏民终964号中,法院也认为:“前述司法解释规定的十五日起诉期间,属于诉讼法意义上的期间,而非实体法意义上的期间,并不等同于除斥期间或诉讼时效期间”,异议人超期提起诉讼的,“并不当然丧失实体权利或胜诉权。”

重庆市高级人民法院(2020)渝民终1023号案件也持此观点。

纵观前述案例,可以发现部分法院认为该条设置的目的,是为限制异议人无限期地拖延债权确认,避免因债权不确定导致破产程序无限延长。结合《破产法》第56条关于补充申报的规定,“在人民法院确定的债权申报期限内,债权人未申报债权的,可以在破产财产最后分配前补充申报;但是,此前已进行的分配,不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用,由补充申报人承担。”举轻以明重,既然立法未剥夺逾期申报债权者的权利,提起债权确认诉讼只是对债权申报权利的延续行使,司法解释更无权规定剥夺债权人提起债权确认诉讼的权利。故而不应将该条理解为除斥期间或诉讼时效。

但,参照曹士兵在《国家法官学院学报》上发表的观点,“提高破产清偿程序的效率也是不能忽视的,破产程序需要成本,不重视效率拖延破产程序就会导致破产费用增加,债权人受偿比例降低,最终还是损害了债权人的权利。”如果单纯仅将15日作为引导诉讼的时间规定,而不具有任何强制力,则超期后“异议人仍可以提起诉讼,则此条规定意义就不大,仅起到督促作用。”

三、月兰评析

我们认为,对于该15日的性质,可以通过类比民事诉讼中起诉及上诉的相关规定去分析。

1.我国《民法典》中则规定了诉讼时效。根据《民法典》第188条:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。”

而《民事诉讼法》中未规定起诉期间,但规定了15日的上诉期间。根据《民事诉讼法》第171条第一款:“当事人不服地方人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。”

2.《破产法》上的债权申报与债权确认之诉,与诉讼法上的起诉与上诉类似。

工程总承包语境下“设计优化”的法律化解读

□徐寅哲

工程总承包在当下我国工程建设市场已呈燎原之势。相较于传统施工总承包,工程总承包将设计端一并涵盖在总承包范围的承包范围之内,且通常采用固定总价的模式。由此,过往在施工总承包模式之下,因设计与施工分阶段、分主体进行,各自的权利义务之区分,一般来讲较为明晰。而在工程总承包模式之下,因设计与施工合并为一个承揽主体(或是联合体),则由此带来发承包双方权利义务划分不同于传统施工总承包模式的差异,更是引发了一系列工程技术名词在工程总承包模式之下的不同意义维度之法律化解读,进而导致对工程技术名词本身的理解困惑。本文尝试以“设计优化”为例做一浅析。

何谓设计优化

在写作本文之时,笔者首先尝试就“设计优化”的概念找寻一个确定的阐释。但是除下文提及的近来工程总承包造价规范文件中的有关定义以外,在笔者的有限学识与检索范围之内,尚未能找到一个更为确定的普遍性概念表述。经检索有关专业文献,有专家在文章中显示,对于设计优化的概念或相关描述,仅零星见于部分标准或部门规章,如《建设工程项目管理规范》(GB/T50326-2017)第14.3.1项就设计优化定义为:“在原有设计的基础上,对局部施工图进行优化设计的工作,使之更经济、更安全。”

其实,仅就汉语语言文字的本意来讲,所谓“优”是一个比较级的词汇,即相较于物来来讲,更好。例如:早些时候,原电力工业部、机械工业部在1994年4月4日发布的《关于进一步加强火电建设工程优化工作的通知》(电建[1994]193号)第2.5款规定:“设计优化遵循技术先进、经济合理、安全可靠的原则。”原电力工业部在1995年8月1日发布的《控制电力工程造价的若干意见》第6条规定:“要大力开发和推广新技术、新工艺、新材料,优化设计方案。设计优化要贯穿于可研、初设和施工图设计的始终。”近年来,不少地

方的有关政府投资管理暂行办法中都规定,在不降低工程质量和使用寿命的前提下,若能够有效实现减少工程数量、降低施工难度和工程成本、加快施工进度、则可以进行设计优化。由此可见,所谓设计优化,是相较于此前的设计方案来讲,就工程造价、产能效率、工期等一个或多个要素,可实现相较来讲更好的效果。

实践中针对工程总承包模式下“设计优化”的不同认知

1.有观点认为,工程总承包模式下的设计优化应不改变发承包要求,且不调整合同价款。

(1)湖南省住房和城乡建设厅在2023年5月29日发布了《湖南省建设工程总承包计价规则》(湘建建函[2023]49号)。其中,第2.0.22项就“设计优化”定义为:“在不改变发承包要求和设计文件所确定项目功能、规模、质量、标准,不增加维护成本等全生命周期费用的前提下,对已有的设计图纸进行深化和调整,使其满足施工要求,并最大限度满足价值工程要求。”同时,第7.3.1项规定承包人的设计优化应满足合同约定及发承包要求,不调整合同价款。

(2)杭州市城乡建设委员会在2022年2月28日发布了《杭州市房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包项目计价指引》,其中,第4.8款规定:“工程总承包项目实行限额设计,在满足合同约定及发承包要求的前提下,对承包人通过采用设计优化、先进施工技术及管理方式节约的费用,在满足合同约定及发承包要求的前提下,承包人有进行自主调配。”其中,虽然未对“设计优化”作直接定义,但设计优化不改变发承包要求,亦是该款规定的题中应有之义。

2.有观点认为,工程总承包模式下的设计优化是基于建造成本的优化,直接影响工程造价,而设计优化的利益归属,应根据是否改变了发承包要求来进行区分。

(1)中国建设工程造价管理协会协

会在2022年12月26日发布了《建设工程总承包计价规范》(T/CCEAS001-2022),其中,第2.0.25项就“设计优化”定义,为:“承包人对发承包人提供的设计文件进行改善与提高,并从成本的角度对原设计进行排查,剔除其中虚高、无用、不安全等不合理成本。”同时,第6.3.3项区分两种情形,规定若满足发承包要求的设计优化,形成的利益归承包人享有;如涉及改变发承包要求,则需以书面形式向发承包提出合理化建议,并通过指示变更的方式予以调整。

(2)四川省住房和城乡建设厅在2022年10月8日发布了《关于四川省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包合同计价的指导意见》(川建行规[2022]12号),其中,同样就设计优化是否改变发承包要求进行了不同后果的区分,并规定:“设计优化是指承包人对发承包人提供的设计文件进行的改善与提高,并从成本的角度对原设计进行排查,剔除其中不合理的成本,是对原设计的再加工。”

设计优化本身是一个工程技术词汇 通过以上论述可知,当前,尤其是在工程总承包模式之下,设计优化的概念往往被用于同造价(成本)控制直接挂钩,并因为设计端亦属于工程总承包单位的承包范围,而将其与传统施工总承包模式之下的设计优化进行区分,以是否改变了发承包要求,来作为评判设计优化利益效果归属的衡量标准。但在笔者看来:

第一,“设计优化”仅仅只是一个工程技术词汇,不应区分不同的发承包模式而做概念本身的差异化理解。

第二,“设计优化”的概念虽牵涉经济因素,但不唯独关系到工程造价(成本)。但凡相较前一阶段的设计方案而言,在满足法律规定与合同约定的质量与安全标准的前提下,能够实现更多的造价(成本)、产能效率与工期价值的,都应被认为属于设计优化。

第三,即便在工程总承包模式之

下,也不应以是否改变了发承包要求来作为评判“设计优化”利益归属的直接指标。

例如:某水利工程项目在方案设计阶段进行了工程总承包单位的招标,后根据承包人的投标方案形成了初步设计文件。但在实施过程中,承包人就投标文件中的措施项(亦是初步设计文件中的措施项)进行了调整,以期节约工程造价。此等行为虽未改变发承包要求,但是否一定不改变最终工程结算价格,值得讨论。

再如:某玻璃幕墙房建工程项目同样采取工程总承包的建设方式,承包人投标时表示将采用某一规格型号的玻璃,但在项目正式实施时,承包人认为调整为其他规格型号的玻璃同样能满足发承包要求,和成功实现工程项目的竣工验收。则此等情形之下,承包人所做的设计优化能否调整工程结算价格,亦同样值得讨论。

小结:工程技术词汇本身不应做过度的法律化解读

笔者以为,工程技术词汇本身不应做被进行过度的法律化解读,进而赋予词汇自身所不该有的不同法律后果之含义。仍以设计优化为例,在工程技术学的角度,设计优化就是设计优化,应可被理解为属于设计变更的一种。有些情况下,设计变更是基于优化的考量,有些情况下则未必,例如:工程施工过程中,遇到原设计时不掌握的地下物质条件,进而调整原设计。此时,进行的设计调整完全是因客观环境的变化而被动为之,并非出于主观上想要予以优化之目的。但是无论怎样,优化也是一种变化,本质上属于设计变更。将设计变更与设计优化这两个概念放在一起进行讨论时,我们应避免从不同法律后果的角度来予以推论。

我们创造了太多的名词,当下的工程总承包市场,时常可以听到“合理化建议”“优化设计”“深化设计”“设计优化”“工程变更”等诸多词汇,并将不同名词之法律后果予以预先设定,有

案例基本情况

根据判决书显示的信息,财政部在对某政府采购项目举报案监督检查中,发现投标供应商A公司向提交的部分竞价文件上(法人代表授权书、技术指标应答书和报价单)加盖了该采购项目的中标供应商B公司的公章,因此认定B公司存在与A公司恶意串通行为。财政部根据《政府采购法》第七十七条第一款的规定,对B公司处以采购金额千分之五的罚款,并作出列入不良行为记录名单,在一年内禁止参加政府采购活动,没收违法所得(合同已支付金额人民币16.74万元)的行政处罚。

B公司不服,向法院提起行政诉讼,请求撤销被诉决定书。B公司辩称其不存在与A公司恶意串通行为,将B公司公章加盖在A公司部分竞价文件上,是由于A公司员工过失行为所致,且B公司以A公司为被告提起了民事侵权诉讼,该民事判决书根据A公司和B公司双方自认,确认了A公司错盖公章的事实。此外,该民事判决书作为双方不存在恶意串通的证据。被诉, B公司认为在财政部做出处罚决定之前,已经将合同首付款退还给采购商,不存在违法所得,因此,要求撤销被诉决定书。

法院对“恶意串通”适用“排除合理怀疑标准”

鉴于《行政诉讼法》对“恶意串通”行为的证明标准没有明文规定,因此,本案一、二审法院适用民事诉讼法律对“恶意串通”的证明标准。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百零九条规定,恶意串通事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性,能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在,即采用“排除合理怀疑标准”。结合本案分析,A公司与B公司系共同参加同一政府采购项目的供应商,彼此之间应各自独立制作投标文件,不得存在意思关联与交流。正常状态下,双方的投标文件应当分别提交,相互保密。但A公司向提交的实质性文件上均盖有B公司公章的事实表明,双方对于投标文件或者响应文件的实质性内容存在知晓、协商的可能性,存在对投标、中标等进行约定的可能性,在此情况下,B公司未能提供充分证据排除合理怀疑,因此,认定B公司与A公司存在恶意串通的事实。

本案对于解决现实问题的指导意义

《政府采购法》对恶意串通行为做出了处罚的规定,但未对“恶意串通”行为做出具体定义,《政府采购法实施条例》第七十四条,列举了7种恶意串通行为,但这些行为规定得非常具体,实务中很难对号入座,针对现实中大量存在的串通行为,之后颁布的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》(财政部令第87号)第三十七条规定了“视为投标人串通投标”的六种情形。视为串通投标的行为,法律后果只是供应商参与的投标无效;若要认定供应商的行为属于“恶意串通”,则还需提供供应商存在主观“恶意”的证据,才能产生更加严重的法律后果,包括处以采购金额千分之五以上千分之十以下的罚款,列入不良行为记录名单,在一至三年内禁止参加政府采购活动,有违法所得的,并处没收违法所得,情节严重的,吊销营业执照;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

从目前法律法规对参与政府采购的“恶意串通”行为的规定来看,对于“恶意串通”行为的认定,采用的举例方法,范围过于狭小、具体,不足以囊括社会上存在的各类花样翻新的串标行为,这些串标、围标行为,稍加变形,就很容易绕开法律条文的具体规定,造成投诉举报成功率低,财政监管部门在处理有些明显的串标行为时找不到对应的法律条文和依据;另一方面,对于串通行为的举证责任按照谁主张谁举证的原则,举证责任完全落在投诉人和监管人身上,举证责任规定过于严格。

《政府采购质疑和投诉办法》第二十五条就明确规定,投诉人对其投诉事项承担举证责任,投诉人未提供相关证据、依据和其他有关材料的,视为该投诉事项不成立。由于串通行为的隐蔽性和多变性,加上财政部门调查手段的局限性,要认定供应商存在串通行为,本身就具有较大难度,如要进一步证明供应商存在“主观恶意”,则是难上加难。一方面,社会上存在大量的串标、围标行为,另一方面,投诉人投诉意愿低、投诉成功率低的现象也尤为突出,这两种现象暴露出目前的法律规定、监管手段严重滞后的问题。

本案借鉴意义在于,法院并没有要求财政部承担严格的举证责任,而是从《行政诉讼法》未对恶意串通的证明标准作出规定,因此适用《民事诉讼法》关于恶意串通的证明标准出发,在财政部找到基本证据能够证明供应商之间存在意思联络的可能性且供应商未提供相反证据证明存在恶意串通的合理怀疑时,即可认定供应商之间存在恶意串通行为,这大大减轻了投诉人和财政监管部门的举证责任,而这一判决对于财政监管部门处理类似投诉案件具有普遍的实用性和指导意义。

在立法上推动“恶意串通”行为的认定和举证责任分配

(一)弥补现有法律法规的盲区和不足

《政府采购法》目前对“恶意串通”并没有明确的定义,造成在实践中认定困难,难以适应现实发展需要,建议在《政府采购法》修改之际,在新修订的《政府采购法》及《政府采购法实施条例》《政府采购货物和服务招标投标管理办法》等配套文件中,结合现实中存在的各种串标、围标行为进行归纳总结,完善对“恶意串通”行为定性。

(二)借鉴本案例以及证监会处理内幕交易的举证责任标准,明确“恶意串通”举证责任倒置。

虽然本案对于处理同类案件处理具有参考意见,但该案毕竟还不是法律规定,不能直接引用,且该案对“恶意串通”的举证责任的分配与《政府采购质疑和投诉办法》关于举证责任的规定存在一定的冲突,因此,有必要在立法层面确立“恶意串通”的举证责任问题。2011年,为打击证券市场严重的内幕交易行为,解决证监会查处内幕交易举证难的问题,最高人民法院与证监会等有关部门联合召开专题座谈会,对证券行政处罚案件中有关证据审查认定等问题形成共识,专门下发《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》(法[2011]225号),完善了证券行政处罚案件的证据规则,推动证券监管机构依法行政,保护广大投资者合法权益,促进资本市场健康发展。该通知中明确规定,在证监会初步认定发生内幕交易行为并掌握一定证据,移交法院审理时,法院将实行举证责任倒置,要求行为人自辩自己没有从事此违法行为。此举解决了证券行政处罚案件证据运用中存在的突出问题,从此证监会打击内幕交易取证难题。因此,我们认为,财政部作为政府采购的监督管理部门,应加大对政府采购过程中的重点难点问题的研究,在立法和司法层面有所突破,明确“恶意串通”等行政案件的证据规则,对于解决现实问题,促进政府采购的健康发展具有极其重要的意义。

建筑法苑

主 编:何梦吉

本报建设法律

咨询服务工作室

联系电话:021-63212799

传 真:021-63210376

地 址:上海营口路688号18楼

邮 编:200433

时候不免让人陷入某种程度的理解困惑。但是否果真有必要进行如此之多的名词创设与繁杂定义,或许一样有讨论之必要。例如:所谓的“优化设计”与“设计优化”到底存在着怎样的技术或法律理解角度的差异,需要被进行不同概念之界定。

仍基于笔者的有限学识,在FIDIC合同中(以2017年版皮书为例),价值工程是在整个13条[变更与条款]之下进行的讨论,类似于我们国内所讲的承包合理化建议。想来,为实现价值工程

之目的,在设计角度应当是相较此前的版本更为优化的,且在过程中是通过变更程序来予以实现的。此时,去纠结设计优化、设计变更、合理化建议等不同概念之不同价值取向,可能是没有意义的。

因此,对于工程技术名词本身不应作过度的法律化解读,若想实现不同的权利义务分配之后果,可以基于现行法律法规的规定,利用合约的方式予以设置。不妨让技术的归技术、法律的归法律吧。