

分包合同背靠背条款效力研究

张 檄

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月18日; 录用日期: 2023年8月28日; 发布日期: 2023年11月10日

摘 要

总包方为将部分或全部风险责任转移给分包方, 而约定“业主向总包支付工程款”是支付工程款的前置条件, 该条款被称为“背靠背条款”。该条款在实务中因风险转移给分包方, 造成分包方的无过失损害, 导致其在实务中引起较多纠纷。目前, 对于“背靠背条款”属于附条件条款还是附期限条款尚存争议, 且在该条款内, 业主、总包方、分包方三方利益应如何均衡尚需讨论, 因此, 本文通过梳理“背靠背条款”的起源、国内立法现状及实务案例, 将理论与实务相结合, 呈现出“背靠背条款”现有的争议, 并探讨“背靠背条款”的性质以及效力。

关键词

背靠背条款, 业主支付, 合同相对性, 附条件, 附期限

Research on the Validity of Back-to-Back Clauses of Subcontracts

Xi Zhang

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 18th, 2023; accepted: Aug. 28th, 2023; published: Nov. 10th, 2023

Abstract

In order to transfer part or all of the risk responsibility to the subcontractor, the general contractor agrees that “the owner pays the project payment to the general contractor” is the precondition for paying the project payment, which is called “back-to-back clause”. In practice, the clause is transferred to the subcontractor due to risk, resulting in no-fault damage to the subcontractor, resulting in more disputes in practice. At present, there is still a dispute over whether the “back-to-back clause” is a conditional clause or a term clause, and in this clause, how to balance the interests of the owner, the general contractor and the subcontractor needs to be discussed. There-

fore, this paper combs the origin of the “back-to-back clause”, the current situation of domestic legislation and practical cases, combines theory with practice, presents the existing disputes of the “back-to-back clause”, and discusses the nature and effectiveness of the “back-to-back clause”.

Keywords

Back to Back Terms, The Owner Pays, Relativity of Contract, Conditions Attached, Conditional Time Period

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

建筑工程司法实务中的复杂性导致业主、总包方、发包方三方所承担的风险责任具有不确定性。此背景下，建筑工程合同存在因资金、人力、物力等因素无法正常履行的可能性。这会给予业主、总包方、发包方带来极大损失。又因为总包方既要向业主承担履行建设工程竣工完成且质量验收合格的合同义务，也要承担给付分包方工程款的义务，因此总包方为实现其处于发包方与分包方之间的平衡，便常在分包合同中约定“背靠背条款”，即以“业主向其支付”作为前提条件转移其自身资金风险。这一方面能够缓解其向分包方支付工程款的压力，另一方面也能监督分包方以保证其与业主签订的承包合同能得以正常履行。从建筑合同的实际履约角度看，分包方在与总包方签订分包合同时，因其非承包合同的相对方而无法获知总包方与业主所签订的总承包合同内容，尤其是业主与总包方之间的利益分配方式，但业主与总包方二者的利益分配却直接影响分包方的切身利益。

当前，我国法律并未对“背靠背条款”作出明文规定，对“背靠背条款”的性质及其效力目前仍存较大争议。从“背靠背条款”的性质上来说，应当将其视为附条件条款还是附期限条款并无准确的定论。基于此，笔者整理出了“背靠背条款”的两大争议问题：其一，“背靠背条款”以“业主支付”作为前提，总包方将本应由自身承担的风险转嫁给分包方，该条款属于“附期限条款”还是“附条件条款”？其二，双方在合同中介入了本与分包人无关的第三人，该第三人的行为即是否向总包方支付工程款直接影响到分包方得到价款的可能性，该行为有突破合同相对性之嫌，那么“背靠背条款”的效力该如何认定？笔者将在下文中通过对“背靠背条款”的来源、现有学说进行综合梳理，结合相关法律法规的立法精神及我国裁判机关的司法实践，探讨“背靠背条款”的两大争议问题，为司法实务部门在“背靠背条款”的纠纷中提供解决思路。

1.1. 背景及定义

“背靠背条款”的概念从西方的“pay-if-paid”、“pay-when-paid”条款引入[1]，目前我国尚未以法律明文引入该概念。然而，在实际的建筑市场环境中，发包方、总包方、分包方确保各自的利益得以实现，常将三方的法律行为相互联系、相互挂钩，“背靠背条款”即是该种挂钩行为的产物。

“Pay-if-paid”条款是指总包方在分包合同中设定的，以获得业主支付作为其向分包方支付的前提条件的条款。从定义可以看出，在“Pay-if-paid”条款的约束下，只有当业主向总包方支付分包方应得价款的条件下，分包方才能获得工程款，业主作为分包合同当事人之外的第三人，其行为凌驾在分包方在分包合同中的重大利益之上。其存在的问题是，在严格按照合同约定的情况下，分包方无法直接通过分包

合同向业主主张自己的利益，也因该条款的限制而阻碍向总包方主张自己的权利的可能性，当业主未向总包方支付工作费用时，总包方可以此为理由，拒绝支付分包方提出的付款请求。基于此，在业主濒临破产无法支付工程款、建筑工程尚不稳定，业主拒不工程款，甚至于总包方的故意阻碍等情况下，总包方通过该条款，可对抗分包方的诉求，以规避资金风险责任，不知情的分包方的利益难以得到维护。

在国外“Pay-when-paid”条款与“Pay-if-paid”条款的定义和效力在部分国家不做区分，但也有部分国家，例如美国，将二者区分讨论[2]。其不同之处从其英文表述中便可见一二，“when”与“if”的区别在于“pay-when-paid”条款在“Pay-if-paid”条款的基础上规定了时间效力，总包方以“业主尚未支付”为理由对分包方所享有的抗辩权经过规定时限后便不再享有，此后无论业主是否支付，总包方都应按照合同约定价款向分包方支付工程款。如前所述，我国的司法条例中，并无明文认可“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”条款，尽管通过我国法规的相关规定，“分包合同价款与总包合同相应部分价款无任何连带关系”[3]，可看出，我国的有关建设管理的行政部门并不主张“Pay-when-paid”或“Pay-if-paid”条款，但是，行政部门并未以强制规定来禁止该条款。总包合同、分包合同的合同签订主体不同，因此相互独立，但二者都是以同一建筑工程为核心的合同，其牵涉之利益必定有所关联，规定“背靠背条款”使得发包方、总包方、分包方三者间的权利义务相互牵制又紧密联系，增加风险责任承担的能力。从其定义上看，根据《中华人民共和国民法典》中有关民事法律行为附条件和附期限的规定，包含有“Pay-when-paid”或“Pay-if-paid”条款的分包合同，可以视为以“业主向发包方支付价款”为条件或期限的分包合同，因此，设定“Pay-when-paid”或“Pay-if-paid”条款在我国仍有章可循，能够得到法律的支撑。

1.2. “背靠背条款”产生的原因

从整个建设工程合同的大框架中剖析“背靠背条款”，可将其视为总包方和分包方之间的风险负担的条款。建设工程的施工作业复杂艰巨，不仅存在发包方的主观不确定风险，也存在诸多客观不确定风险，如恶劣天气、环境的影响，政策的变革、经济局势的不稳定、法律制度的不完善等。因此，建设单位与总包方在签约时便商定遇不确定因素造成损失时的责任承担方式。在实践中，因建设单位占据主导地位，可先设置造成损失时的严苛责任条件对总包方进行招标，为提高竞争力，处于劣势地位的总包方只能被动地接受建设单位的严厉条件，再通过招募分包方，在分包合同中附上对待给付的前提条件来控制存在其身上的风险责任。常见的“背靠背条款”如：建设方支付总包方结算工程款后的XX个工作日内，总承包方向分包方支付合同结算款XX元。

总包方经手建筑工程施工项目后，对建筑工程进行分包，再通过拟定“背靠背条款”将部分或全部合同风险责任转移至分包方，而在实践中，大多数分包方为农民工，法律意识淡薄，维权意识不明显。因此，一方面，部分唯利是图的承包商可利用“背靠背条款”，对支付工程款设置条件，以“甩锅”的方式来规避风险，将其在承包合同中所承担的风险责任转移到与分包方签订的合同中，由分包方来负担部分，甚至是全部的风险、义务和责任，借此来减少己方责任以赚取利益，总包方以此来维护其在与发包方所处的劣势地位下的利益，并且对于获悉承包合同信息较少的分包方来说，总包方可通过设置“业主支付”条件，对该条件加以恶意隐匿、阻碍，以获取不当利益。另一方面，设置“背靠背条款”给承包方周转资金带来缓冲，涉及高额工程款的建筑工程需总包方前期自行垫资以保证施工正常运转，实践中，大多数公司在短时间内无法承担巨额资金的压力，为避免资金流转脱节导致分包方罢工、怠于施工或不正常履行施工职责，造成总包方对建设单位的违约，总包方可通过“背靠背条款”延缓分包方的付款请求，确保工程正常进行的同时缓冲资金周转的困难，降低总包方自身的资金成本压力。如：在(2014)济民五终字第182号案件中，对于总包方与分包方发生的纠纷，法院认为，包括山东路桥公司(总包方)

在内的大多数公司，短时间内是无法承担巨额资金的压力，约定“背靠背条款”以减轻资金周转的压力无可厚非。

1.3. “背靠背条款”的性质

建设合同中约定“业主支付”作为总包方向分包方付款之前提，究其性质该如何认定呢？目前，我国对“背靠背条款”性质的学说主要有两种：条件说和期限说。认定该条款是附条件条款还是附期限条款的关键在于认定“业主支付”这一事实的发生具备必然性还是或然性。

1.3.1. 条件说

部分观点认为，“背靠背条款”属于附条件条款[4]。其理由是，“背靠背条款”以“发包方向总包方支付工程款”这一事实作为分包合同中总包方支付价款的前提条件，该法律事实是一个“客观事实”；该条款属于当事人之间的约定，无法律的规定，具有非法定性；该法律事实是还未发生的、将来的事实，具有的将来性；该条款无法律的明文禁止，具备合法性；在实际建工活动中，发包方可能存在破产、无支付能力等不定因素，因此支付工程款是待定的、无法确认的事实，具有或然性。在附条件的合同中，所附条件可以分为延缓条件和解除条件，二者的区别在于，当约定条件成就时，合同内容生效还是失效，若生效，则为延缓条件，反之则为解除条件。“背靠背条款”约定，当发包方向总包方支付工程款的条件成就时，总包方可根据分包合同请求分包方支付工程款，因此，其法律性质属于附条件合同中的延缓条件。另外，探索“背靠背条款”在法律适用过程中的适当性，该条款的设立以总包方转移风险责任为基本，将其列入附条件条款的范畴，在总包方恶意阻碍该条件成就时，视为该条件已成就，可给予分包方更多保护，以期达到法律适用的公平正当。

1.3.2. 期限说

与之相对的，有部分观点认为“背靠背条款”属于附期限条款[5]，该说对“业主支付”这一行为的性质认定与条件说相悖。从行为逻辑上说，建设单位向总包方支付工程款是根据合同约定于竣工完成时必须到来的，业主不可以个人意愿选择支付的可能性。客观地说，“业主支付”是以人为主体的却不以人的意愿为支撑的支付行为模式，分包合同的签订以业主支付为其当然背景，如若认为业主的支付是所附条件，则认为其具备或然性，总包方在与分包方签订合同时将“业主支付”这一事实预设为具备不确定性，那么，分包方的利益至始无法得到应有的保护。只有将“业主支付”这一事实确定化，其未按期向总包方支付工程款可被预知，且可被认定为延迟履行提出权利主张，该条款才能平衡合同双方的利益。“背靠背条款”的设立以“业主支付”作为去前提要件，设立目的在于避免承包方单方承担业主“延迟支付”的风险，而非“不支付”的风险。因此，“背靠背条款”满足附期限条款的特征，当属总包方向分包方支付工程款所附期限。

1.3.3. 其他观点

除条件说和期限说之外，存在其他观点认为“背靠背条款”与二者无关[6]。主要内容为“背靠背条款”既不是所附条件，也不是所附期限，只是双方当事人缔约合同时对工程款的支付时间和支付方式所做的约定，属于合同内容的一部分。基于此，对于“背靠背条款”的作为支付约定的法律后果又有两种观点：一种观点认为“背靠背条款”是当事人意思表示达成一致的结果，合同成立有效，则该约定对双方均有约束力[7]；另一种观点认为，“背靠背条款”只以第三人的行为来约定支付方式，并未解决工程款的支付争议，是双方当事人缔约过程中的瑕疵，约定不明确，应视为未作约定，分包方可在合理的情形下经过合理的期限要求总包方支付工程款。

背靠背条款约定的核心内容在于“业主向总包方支付工程款是总包方向分包方支付分包价款的前置

条件”，在认定“背靠背条款”属于附期限条款的观点中，将“背靠背条款”视为是必然发生的事实，然而，尽管部分建筑工程由总包方进行垫资或业主进行预付款，形式上使该事实确定化，但是业主向总包方支付工程款的条件是总包方按照合同约定履行合同义务、建筑工程竣工完成且质量验收合格。但施工过程中冗长复杂、牵扯诸多自然、人为因素等，工程完成与否本身具备不确定性才成为合同订立之目的，如若将建筑工程完成且合格归于必然，合同义务便无从谈起。因此，业主向总包方支付工程款的行为也并非必然实现，将其看作附期限条款便过于武断。

而将“背靠背条款”认定为分包合同的一般约定，并非附条件也不是附期限条款的观点，也存在一定质疑。“背靠背条款”存在之目的为使总包方与分包方共同承担风险责任，在上文所提及的该观点形成的法律后果之一，将该条款视为合同的一般约定，对双方具有约束力，因其符合民法中“附条件或期限条款”的规定而自然被适用该类条款的法律，可将其归于期限或条件说中；法律后果之二中视为未约定，不发生法律效力，实质上将“背靠背条款”视为无效条款，下文将对“背靠背条款”的效力作进一步论述，在此不作多论述。

因此，在满足附条件条款的所有特征的情况下，将“背靠背条款”看做附条件条款更加合理。实务中，也有部分法院采纳此观点，如：(2019)苏01民终8150号案件中，总包方北京中天公司将“涉案工程地三期工程款支付条件尚未成就”作为抗辩理由得到一审法院支持，可看出，“将背靠背条款”视为分包合同所附条件是得到司法认可的。那么，认定“背靠背条款”属于附条件条款后，在所附条件成就或不成就时的法律效力又如何呢？我们应当明确，在业主向总包方支付工程款该条件未成就时，“背靠背条款”无效的说法存在瑕疵。分包合同成立生效时，“背靠背条款”便已经发生效力，在所附条件成就时，总包方依约向分包方支付工程款，在所附条件不成就时，“背靠背条款”也仍有效，只因条件未成就，分包方无法通过该条款向总包方主张工程款。

2. “背靠背条款”的立法及司法实践的现状

无论何种原因导致“背靠背条款”的产生，其存在并不受当前法律的明文禁止，在“背靠背条款”的约束下，总包方和分包方的权利义务的界限尚不明确，因此，立法人员与司法人员对因“背靠背条款”产生的纠纷都应在现有法律为基础对其进行规定、解释和适用，并保证不违背民法中的公平原则和对当事人的平等保护原则。

2.1. 探索“背靠背条款”的立法实践现状

从立法的角度看，合同内容由总包方和分包方平等、自由协商，法律无权干涉。我国的立法者并未将“背靠背条款”直接纳入法条中予以规定，因此，在对“背靠背条款”进行法律分析时，笔者更倾向于将其视为民事主体在订立合同时的一项自由约定的条款。根据《民法典》第153条：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。”从现有的行政法规来看，行政机关并未对“背靠背条款”的有效与否作出强制性规定，也未对总包方向分包方支付工程款的约定作出强制性规定，所以“背靠背条款”不存在违反该条法律的现象。而第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”“背靠背条款”系分包合同中的内容，若一方恶意串通等行为导致合同无效，“背靠背条款”也随之无效，在民法意思自治的大背景下，双方意思表示真实一致，签订的合同内容不违背法律和行政法规的强制性规定，“背靠背条款”则对双方均有约束力。

另外，因总包方与分包方对建设工程的施工作业的责任难以直接划分，为维持利益均衡，保障发包方的利益，探究各地法院对建筑工程施工合同所出具的解释，也可对“背靠背条款”的性质作一步分析。如北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第22条指出，分包

合同中总包方于发包方向其结算工程价款后再向分包方支付工程款的约定有效，这表明法院对“背靠背条款”的效力持肯定态度。同时，也规定了“背靠背条款”下对分包方利益的保护，即如若发包方并未拖欠工程款，总包方消极地不主张到期债权致使分包方利益受损，分包方享有代位向发包方主张工程款的权利，并且总包方对积极主张债权的行为承担举证责任。

2.2. “背靠背条款”的司法实践现状

从司法裁判的态度看，因法律中未明确规定“背靠背条款”的效力，在各地区的司法裁判中，“背靠背条款”更倾向于法官自由裁判的范畴，各地法院对其法律后果的评价也有所不同。不过，就目前对于“背靠背条款”效力的研究来看，认定其有效的观点仍然占据主流地位。

在(2014)青民一终字第19号案中，一审法院认为，分包方并未向法院提供发包方向总包方结算工程价款的证据，无法认定“背靠背条款”所附条件已成就，在条件未成就时，总包方可以此为理由拒绝支付价款。青海省高级人民法院认为，虽然总包方与分包方在分包合同中约定了“背靠背条款”，但发包方未在其中签字盖章，该约定与发包方无关，对其不产生效力，发包方无需承担责任。可见，青海省高级人民法院不认同“背靠背条款”具备有效性，不支持将合同之外的无关第三人的行为设立条件来约束合同双方，并作为拒付工程款的理由。然而，在(2015)丹民一终字第00442号案、(2016)陕7102民初622号案、(2019)苏01民终8150号案等案件中，法院无一例外地认为，“背靠背条款”属于合同内容约定的范畴，不违背法律的强制性规定，系建筑工程施工合同中，合同双方依据建筑工程行业的行业习惯、行规等所作的一般约定，“背靠背条款”的设立是双方的自由意愿，符合设立合同的原则。发包方在分包合同中签字与否并不影响分包合同的当然效力，在承包合同、分包合同均有效的前提下，“背靠背条款”也应当有效，法官应当承认该条款对双方均具有约束力，尽管分包合同在一般情况下对发包方无约束力，但是由于承包合同、分包合同的彼此关联，利益相牵，分包方也应当尽到合理的义务。

3. “背靠背条款”效力的理论探讨

3.1. 关于“背靠背条款”效力理论的争议

3.1.1. “背靠背条款”无效说

认定“背靠背条款”无效的主要依据来自于民法中的“合同的相对性”、“背靠背条款”的性质归属、以及民法的公平原则。在建设工程的总体框架下，发包方，即建设单位与总包方之间是承包合同关系，二者为承包合同的合同当事人，而总包方依法将工程合法分包给有资格的分包方并与其签订的分包合同与承包合同之间分属不同合同，当事人、标的等均有所不同，相互独立。因此，发包方并非分包合同的当事人，其行为不受分包合同中约定条款的束缚，同理，分包方也并非发包方与总包方之间签订的承包合同的当事人，其利益也不该由承包合同决定，如果总包方以“发包方支付”作为其履行支付义务的前提条件，其行为就突破了合同的相对性，违背了民法中设立合同的原则，应属于无效条款。

另外，上文论述“背靠背条款”的性质时，提及部分观点认为“背靠背条款”约定了工程款的支付方式，但以第三人的行为作为一方当事人履约之前提，应当认定为“未解决支付争议，约定不明，视为未规定”，使其效力归于无效。并且分包方与总包方缔结合同时，并不了解对发包方的支付能力、行业信誉等情况，只能依赖总包方对发包方的所作的信誉考量，总包方将该风险责任转移给分包方无疑制造了不公平的局面，使分包方陷入维权困境，极易助长不诚信行为。

3.1.2. “背靠背条款”有效说

认为“背靠背条款”具备有效性，主要原因在于认为该条款的存在不违背立法者的法律规定且具备合理性和正当性。在司法实践中，大部分法院认为，“背靠背条款”是合同双方在真实的意思表示下协

商订立，符合民法中合同订立的原则，因此该条款有效，对合同双方均有约束力。

另外，“背靠背条款”的存在除转移总包方在支付工程款上的风险责任之外，总包方还可以通过“背靠背条款”监督分包工作完成情况。总包方将建筑工程分包给相应分包方后，由分包方负责完成合同约定的施工任务，若因分包工作不符合约定的要求或国家标准，导致发包方拒绝支付相应工程款，总包方可解除分包合同或者要求分包方对其分包工作进行检查、整改、重修等。如：在(2018)鄂民终30号中，天门仁心置业有限公司(总包方)称：“浙江城建公司恶意停工、中途退场、多次闹事，按照双方合同约定，只能计取直接费用。天门仁信公司向浙江城建公司出具一份《关于开工日期函》，载明浙江城建公司按施工合同工期已推迟2个多月，春节后约定3月8日开工，要求浙江城建公司在三日内组织施工，否则依合同约定解除施工合同。”可看出，总包方通过约定“背靠背条款”，对分包方的施工进行合理的监督，确保自己与业主的承包合同不因分包方的原因违约，一旦分包方施工任务不达标，分包方无法获得相应的工程款，总包方对发包方的所承担的违约责任可向分包方请求弥补因其过错造成的损失。

3.1.3. 小结

如前所述，尽管对“背靠背条款”的性质及效力都有不同的意见，但在遵循私法自治原则之下，“背靠背条款”概因民事主体自由协商内容得以承认，分包方与总包方缔约时均对合同内容保有审慎义务，经双方确认的“背靠背条款”在双方之间达成认定，应得到司法支持。但是，在对“背靠背条款”的效力认可的同时，应遵守民法之公平原则，平衡总包方、分包方的利益，使二者利益得以平衡以达到建设市场的稳定。

3.2. 从合同相对性看背靠背条款效力

合同的相对性，是指合同项下的权利义务由合同的当事人承受，第三人不承担其中的义务^[8]。上文提及有关“背靠背条款”无效的理论主要认为，该约定突破合同的相对性，损害分包方的利益，违背公平原则。然而，笔者认为，根据旧的司法解释，在非法分包、转包时，建设工程质量不合格，业主可以承包方、分包方、实际施工人作为共同被告进行起诉，在该规定下，业主尚可突破合同相对性向分包方主张权利，那么，以“合同的相对性”来否认“背靠背条款”的效力实际上很难站住脚。

探知合同相对性之精神可知，其目的在于保护平等主体之间的权利。然而，任何一项法律制度的产生和确立，都有一定的价值取向^[9]。合同的对抗性以合同双方平等、自由建立为基础，为使所有民事主体对合同创设之状态予以尊重的态度，合理的突破合同相对性是对合同强制力的一种保障机制。根据“背靠背条款”的附条件性质可知，业主是否向总包方支付工程款不由业主的自由意愿决定，在建筑工程竣工完成且质量验收合格的情况下，业主必须按照承包合同的约定支付工程款，反面来说，该条款对业主支付工程款起到变相的强制。根据法律规定，总包方与分包方在工程验收不合格时，应承担连带责任，那么，当业主破产、逃匿、无支付能力等情况下拒绝支付工程款时，也应当允许发生效力的“背靠背条款”突破合同相对性使总包方和分包方承担连带风险责任。只将该损失只分配到总包方或是分包方某一方上都不能维护社会的正当秩序和利益；而若业主并非拒绝支付，只是支付价款的期限延迟，总包方也以“背靠背条款”为理由无条件拒绝向分包方支付工程款造成三方的相互拖延时，分包方无过错且工程完成并交付，可向总包方主张支付工程款，对于承包人收取管理费后不在积极主张工程结算，规定了实际施工人在工程竣工验收合格后，可以通过诉讼程序，在发包人欠付工程款的范围内，突破合同相对性，直接向发包人主张权利。据此，突破合同相对性并不能作为“背靠背条款”无效的支撑点，但一味承认“背靠背条款”有效也不予认同，因此，应进一步讨论，“背靠背条款”在何种情况下有效，在何种情况下无效。

首先，“背靠背条款”属于分包合同的内容，应当先讨论分包合同的有效性。诚然，分包合同为总

包方与分包方签订，建设单位不是分包合同的当事人，同理，分包方也不是承包合同的当事人，此三者的权利义务应当区别对待，不可混为一谈，但是，从合同成立的法理学基础来看，包含“背靠背条款”的分包合同系身份适格的总包方和分包方自愿平等签订，产生纠纷导致合理的合同相对性突破并不影响其效力，应当为有效条款。不过，“‘背靠背条款’的约定可以直接对抗分包方的付款请求权，不受其他条件的约束”的观点过于绝对化，也不可完全认同。因为从法律的本质上看，法律的理论基础即是权利和义务之间的对立统一的关系，只享有权利，不承担义务，就会导致权利滥用，建设市场的秩序将会变得一片混乱，这显然是违背常理的。“背靠背条款”的适用不仅要维护总包方的合法利益，也包含总包方应当履行的义务，在分包合同合法有效的情况下，总包方通过“背靠背条款”转移自身的风险责任的同时，也应当维护分包方的利益，即当总包方积极履行向建设单位主张合法权利的义务，并且未侵犯分包方的合法利益的情况下，方能以该条款维护自身的利益。

其次，应当讨论，分包合同无效时，“背靠背条款”的效力。在非法分包的情况下，分包合同的签订不符合我国法律中有关合同效力的规定时，整个分包合同无效，则“背靠背条款”当属无效。然而，实践中的建筑工程作业牵扯的情况冗杂繁琐，当总包方违反法律的规定或违背承包合同的约定进行非法分包，建设工程又在非法分包的情况下竣工完成时，工程款的支付该如何分配呢？根据《民法典》第793条的规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”那么，在分包合同无效但验收合格的情况下，“背靠背条款”是否可以作为“工程价款的约定”，成为总包方支付价款的根据呢？《民法典》出台后，对于合同无效但验收合格的建设工程施工规定了“折价补偿”，依据相关立法规定和解释，“折价补偿”主要是根据建设市场通用计价方式、计价标准或双方协商标准进行补偿，“背靠背条款”只是对于支付条件的约定，并不属于“工程价款的约定”。另外，《民法典》第507条规定：“合同不生效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方面的条款的效力。”该条款表明民法尊重当事人约定的有关解决纠纷的途径，有关解决争议方法的条款在合同无效、被撤销或者终止时仍旧有效，可作为双方产生纠纷时的解决途径以获得正当的裁判。那“背靠背条款”是否属于“解决争议方法的条款”呢？对于“解决争议方法的条款”的具体范围，《民法典》未作更进一步的解释，也无相关的司法解释。在民法典出台前，依照立法机关作出的解释，仲裁条款、选择受诉法院的条款、选择检验、鉴定机构的条款以及法律适用条款四种为争议解决条款。尽管该释义在《民法典》出台以后已不可再适用，但《民法典》的编纂是对旧法进行适当的调整和补充，并汇编成完整的体系，其实质内容上的变革并不大，在此基础上，相关立法机关对于《合同法》的释义可作为适当的参照。另外，笔者也认为，“背靠背条款”是合同双方对价款支付的方式和条件的约定，该条款并未就解决争议和纠纷作出规定，不应认定为“有关解决争议方法的条款”。并且，最高人民法院明确指出“参照合同约定支付工程价款”主要指参照合同有关工程款计价方法和计价标准的约定。从前文的“背靠背条款”的常见文本可看出，“背靠背条款”是关于工程款支付方式的约定，与工程款如何计价、以及相关标准无关，不应当包含在该约定之中，不可参照适用，即在分包合同无效、工程竣工完成且验收合格的确情况下，“背靠背条款”无效。

3.3. 怠于履行的认定

承上文所述，“背靠背条款”的设定能够保护总包方利益，不仅降低了总包方的风险，获得了资金周转的时间，还能监督分包方的施工。在建设市场中，总包方也常以“背靠背条款”对抗分包方支付工程款的请求，为防止总包方滥用该条款损害分包方的利益，应当进一步明确“背靠背条款”的司法适用规则和举证责任承担。

本文更倾向于将“背靠背条款”看作附条件条款，根据《民法典》的相关规定，恶意促成条件成就

的, 视为条件不成就, 恶意阻碍条件成就的, 视为条件已成就。总承包商和发包方根据总包合同约定的支付条件业已满足, 但因其消极地不主张权利导致发包商不付款, 分包方无法获得工程款, 可视为总承包商恶意阻碍成就, 则可视为该条件已成就。那么, 认定总承包商怠于积极主张其权利以恶意阻碍条件成就便成为分包方维权的一个重要方面。

从分包方的角度来说, 在缔约合同时, 应约定总承包商需承担履约告知义务。由于发包方与分包方处于两个独立合同中, 并无直接联系, 而总承包商与二者均签订合同, 存在直接法律关系。总包方可根据承包合同的约定主动向发包方主张支付工程款的请求以维护自身以及分包方的利益, 该请求符合合同约定, 可得到法律的保护, 因此, 相对于分包方的被动地位, 总包方应承担更多告知义务, 如: 向分包方告知有关工程款的支付进度、结算状态、与发包方之间的争议等, 使分包方获悉给付情况, 及时采取措施来保障自己的权利。另外, 从司法裁判的角度来说, 总包方应当承担举证证明责任。由于分包方处于被动地位, 维权能力无法达到最大化, 因此, 当因建筑工程款的给付发生纠纷时, 应当由总包方证明其已经以诉讼或与诉讼相当的方式积极向发包方请求支付工程款, 并未故意怠于履行主张义务, 否则不能以“背靠背条款”作为抗辩理由。如在(2016)沪02民终7315号中, 法院认为“美和公司作为总包方一直没与业主就整个工程结算, 亦未向业主提起诉讼主张工程款”, 否认了美和公司以“背靠背条款”为由的抗辩。可看出, 司法机关认为, 总包方以“背靠背条款”维护自身权利需承担更严格的举证责任, 且必须尽到合理的催债义务, 若其不能证明自己已经积极地向业主主张权利, 即美和公司未提起诉讼, 也未采取类似手段要求发包方给付工程款, 应当承担怠于履行催债义务的责任, 分包方立瞩公司向其提出支付工程款的请求可以得到法院的支持。

4. 结语

由于理论和实际中, 对于“背靠背条款”的规定仍含糊不清, 在裁判规则和风险责任承担中都有较大争议, 建筑工程的资金周转量大的特点使得无论是对于总包方还是分包方都需承担不能预知并且相当重大的风险, 因此, 双方在缔约分包合同时, 若以“背靠背条款”作为合同所附条件时, 必须严谨慎重, 总包方应当对“背靠背条款”以明确约定, 避免因约定不明而被法院视为无效条款, 分包方也应当就可能发生的争议进行提前协商, 在确认该条款有效以后, 要进一步明确“背靠背条款”的证明责任。对于相较与分包方来说有更主动和更优势的地位的总包方, 在业主未履行支付义务导致工程款不能如期对待给付的情况下, 由总包方承担“背靠背条款”的证明责任, 即总包方应当证明, “业主尚未付款”条件未成就并非总包方故意不向业主主张到期债权^[10], 如若总包方故意怠于行使权利导致分包方不能获得工程款, 为保护分包方的利益, 分包方要求总承包商支付欠付工程款的, 法院应予支持。

从维护分包方利益的角度考虑, 应尽量避免约定“背靠背条款”, 合同双方对约定的内容进行斟酌和考量, 以最大程度维护己方利益, 避免产生不必要的纠纷, 承担不应由己方承担的责任。同时, 在《民法典》开始实施的今天, 立法机关应当进一步明确“背靠背条款”的效力, 明确发包方、总包方、分包方的各自权利和义务, 使得各当事人诚信、平等的实现合同目的, 完善建筑市场的法律体系, 维护建设市场的经济秩序。无论在司法理论还是司法实践上, 都应将“背靠背条款”这一概念引入, 使司法裁判者对该类问题又更为准确的法律适用, 规范建筑市场环境, 构建更加完善的风险防控体系。

参考文献

- [1] 王剑茹. 建设工程分包合同背靠背条款效力问题研究[J]. 河北企业, 2019(10): 135-137.
- [2] 周月萍, 刘思侯. 国际工程分包合同“背靠背”条款及争议解决机制研究[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊: 2022年卷. 2022: 9.

-
- [3] 张永亮. 建设工程合同中背靠背条款的适用及其规制[J]. 山东法官培训学院学报, 2018, 34(6): 43-52.
- [4] 杨海静, 王晓晨. 分包合同“背靠背支付”条款的司法实践与理论分析[J]. 建筑经济, 2022, 43(3): 90-97.
- [5] 袁华之, 丑斌. 分包合同中的“背靠背”条款浅析[J]. 财经法学, 2017(2): 97-105.
- [6] 张仁藏. “背靠背”条款的实务操作[J]. 工程建设, 2017, 49(10): 74-79.
- [7] 余卓. 建设工程分包合同“背靠背条款”效力问题评析[J]. 西安建筑科技大学学报(社会科学版), 2017, 36(5): 49-53.
- [8] 崔建远. 论合同相对性原则[J]. 清华法学, 2022, 16(2): 125-138.
- [9] 马超, 邵和平. 论合同相对性原则突破的原因、内涵与价值[J]. 河北法学, 2013, 31(7): 194-198.
- [10] 张海宝, 赖箴, 张鸣之. 建设工程合同中“背靠背条款”的性质与效力[J]. 中国律师, 2022(7): 72-74.