

背靠背条款的合规风险防控与司法规制

李媛

摘要：背靠背条款是源自于建筑行业的一项涉及项目合同履行管理、诉讼应对的结算支付条款，在经济实践中已被扩大应用于买卖等存在上下游供应链关系的合同类型中，通常表现为中间方为实现风险共担而在合同中设置的以上游方付款作为其向下游方付款前提条件的条款。我国现行立法对背靠背条款尚无明确的法律规定，司法实践对于该条款法律效力的认定也存在争议。为统一裁判标准、规范法律适用，通过分析背靠背条款的基本内涵、法律性质与效力、滥用所致的合规风险，提出合规管理措施与司法规制的建议，减少因立法缺位、认识分歧、实务滥用与裁判差异所造成的对合同当事人利益的重大影响，以维护社会公平诚信与经济秩序。

关键词：背靠背条款；合规风险；公平原则；合同相对性；举证责任

中图分类号：D923 **文献标识码：**A **文章编号：**2096-5982(2023)04-0105-05

一、背靠背条款的基本问题

背靠背条款并非专业法律术语，而是在长期建设工程实践中逐渐形成的一种约定俗成的行业用语。我国现行立法尚未对背靠背条款作出明确与统一的规定，司法实践中关于该条款法律性质与效力的认定通常因结合个案差异情况而不同。

（一）背靠背条款的内涵

背靠背条款通常指总承包商在分包合同中设定的以获得业主支付作为其向分包商支付的前提条件的条款。我国司法实践中有关背靠背条款的大部分观点聚焦于传统的建设工程分包合同领域，然而在社会经济活动中，背靠背条款已经被扩大应用于存在上下游供应链关系的合同类型中。广义上，背靠背条款指合同中负有付款义务的一方当事人设置的，以其在与第三人的合同关系中收到相关款项作为其支付本合同款项之前提的条款。狭义上，背靠背条款是分包合同中常用的条款设置和安排，主要指总承包人通过合同条款的安排将工程合同中的风险、义务和责任等相关内容转移到对应的分包合同

中，由分包人承担部分或全部义务和责任，借此减少总承包方的相关风险、义务和责任。^①条款约定的具体表现形式有“按照发包方付款进度支付”、“在建设单位资金到账后按比例支付”、“以收到业主支付款项作为付款条件”等，核心特征即“以上游方履行支付义务作为中间方向下游方支付的前提”。

（二）背靠背条款的性质与效力

关于对背靠背条款法律性质的认定存在三种观点。根据《民法典》第158条、第160条规定，结合合同付款条件是否成就的实际，可将该条款认定为附条件的合同条款^②、附期限的合同条款或者属合同双方对付款条件的一种特殊约定。当前主流观点认为背靠背条款属于附条件条款，将业主付款作为将来可能发生的不确定事项。^③关于背靠背条款法律效力认定的通说观点认为该条款有效，理由主要有三方面：其一，背靠背条款的设置如果符合《民法典》第143条关于有效民事法律行为的认定，且不存在第146条、第153条、第155条规定的无效情形，按照私法领域意思自治原则，法无禁止即自由，该条款属合同双方对于风险负担的真实合

意,且不违反法律、行政法规的强制性规定,故应认定为有效。其二,根据《民法典》第791条第2款、《建筑法》第29条第2款、《建设工程质量管理条例》第27条等相关规定,总承包方与分包方就分包工程对发包方承担连带责任。建设工程领域专业结构复杂、资金风险压力大、运转周期长,背靠背条款要求分包方与总承包方共担发包方拖欠风险的约定从利益共赢,质量、安全、成本风险分担的角度来看存在一定合理性。其三,司法政策对于背靠背条款的有效性持基本认可的态度。例如《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条明确表示,分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后再由总包人向分包人支付工程款的约定有效。该解答的出台,对于全国法院审理涉及背靠背条款的案件产生了一定程度上的指导意义。

二、滥用背靠背条款的合规风险

社会经济实践中滥用背靠背条款所导致的社会问题不可忽视,如长期拖欠工程款、货款、劳动报酬、银行贷款、民间借贷等,进而引发大量仲裁、诉讼争议。滥用背靠背条款明显违反公平、诚信原则,任意突破合同相对性,易被认定为格式条款,与政策法规的发展趋势相背。

(一) 有违公平、诚信原则

上游方何时付款、付款比例大小的确定、付款方式的确定、违反约定延迟付款或者拒绝付款等内容属于上游方与中间方之间的权利义务处置因素,中间方通常不会向下游方披露其与上游方所缔约合同的具体内容。背靠背条款将这部分不透明的信息倾倒入下游方,并对下游方利益产生直接影响,这对于垫资并耗费大量人力物力来承担合同义务的下游方而言有违公平。更有甚者,中间方利用自身市场优势,借助合同条款形式自由恶意转嫁资金风险、逃避支付义务,则明显违反《民法典》所规定的公平原则和诚实信用原则。

(二) 突破合同相对性原则

《民法典》第465条第2款首次以明文规定的形式阐述了合同的相对性原则,即“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,除非法律另有规定,当事人双方的约定不具有对外效力,即使第三人知晓此类约定,也是如

此,除非法律设置了例外。”^④ 背靠背条款非法律规定的除外情形。此外,根据《民法典》第593条的规定,第三人违约不能构成当事人一方向对方承担违约责任的免除因素。在具有上下游关系的供应链中,以建设工程领域为例,总包合同关系与分包合同关系分属不同的法律关系,背靠背条款的设置实质上突破了合同相对性原则。关于我国建设行政主管部门并不提倡通过背靠背条款的设置来突破合同相对性的态度,通过《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》及其起草说明^⑤的相关内容亦可窥见一隅。

(三) 被认定为格式条款

《民法典》第496条明确规定格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。作为背靠背条款的提出一方,如利用市场优势地位单方确立了免除或减轻自身责任、排除合同相对方主要权利的支付条件,亦未采取合理方式履行对该条款的提示、说明义务,则明显未尊重合同相对方参与平等协商的权利,使其未能注意或者充分理解该条款与其之间的重大利害关系,从而对该条款所隐藏的支付风险欠缺充分考量,以致合同的订立欠缺真实的意思表示。在此种情形下,存在因背靠背条款被认定为格式条款而作出对提供该条款一方不利解释或者被合同相对方主张不成为合同内容的风险。

(四) 违反相关政策法规

近些年来,在维护建设市场秩序方面,国务院及其有关职能部门实际上已经着手通过行政法规、部门规章对背靠背条款的适用进行了一些必要的限制,针对工程结算、货款支付、农民工工资支付等重要问题,从资金保障、支付条件、支付比率、逾期利息、违约责任、保障支付责任主体、行政监管责任等多方面进行了规制,例如《保障农民工工资支付条例》、《保障中小企业支付条例》、《建设工程价款结算暂行办法》以及财政部与住房城乡建设部联合下发的《关于进一步完善建设工程款结算办法的通知》。相关规定明确指出,工程款应按照工程进度支付,对施工周期内已完成且无争议的工程量应进行价款计算、确认和支付,严明政府机关、事业单位、国有企业建设工程进度款项支付应不低于已完成工程价款的80%,即扣除工程价款总额3%的质量保证金,合同当事人可自由约定的范围只有17%。

三、从合规管理层面规范背靠背条款的适用

要客观认识背靠背条款商业模式的合理性与滥用所带来的社会危害性。要坚持问题导向和强基导向、系统思维和法治观念，从稳定经济社会发展大局和全局考虑，明确企业在经营过程中要遵守法律和遵循规则，督促员工、第三方以及其他商业合作伙伴依法依规进行经营活动。^⑥通过强化合规管理与加强合规监管，规范对背靠背条款的适用。

（一）强化背靠背条款适用中的合规管理

1. 落实条款适用的合规风险识别

一是落实对上游方的资信调查与评估。背靠背条款的风险源头来自于上游方的可靠性，故中间方应当对其纳税情况、担保情况、诉讼情况等审慎的调查与评估。二是严格限制背靠背条款的适用范围。要紧跟法律、行政法规发展变化趋势，及时有效识别适用背靠背条款可能触碰的限制性规定，以避免因违反相关效力性强制性规定而致使条款适用无效。

2. 规范条款确立过程

一是尊重合作方的自主选择权。在竞争性采购环节，按照权利义务相一致原则，应当将背靠背条款的经营投资风险作为合作条件予以明确，从一开始即赋予投标方选择权。在谈判过程中，将背靠背条款内容作为重点内容进行协商，充分尊重相对方对风险承担的真实意思表示。二是合理设计背靠背条款内容。应当把支付主体、时间期限、方式、比例、标准等要素规定得明确、具体，尽可能与上游方合同有关付款具体内容保持对应关系，避免约定不明或者表述歧义。中间方可根据实际情况披露其与上游方之间相关条款的约定内容，降低信息不对称所造成的权利失衡。在合同的订立过程中，提出背靠背条款的一方应当通过显明方式标示该条款内容，表明平等协商、共担风险的意思表示，并根据相对方要求，落实法定的提示与说明义务。

3. 强化履约过程合规管理

一是履行履约告知义务。在合同履行过程中，提出背靠背条款的一方应当注意及时将上游方向己方履行义务的情况告知相对方，包括进度款、结算款支付情况以及履约过程中产生的争议情况。二是履行维权救济义务。当上游方出现拒付、拖欠或者

延迟支付情形时，应当通过付款申请、催款函、协商谈判、律师函等方式向上游方履行督促义务，在合同整体履行期限届满尚未支付的情况下及时通过诉讼、仲裁手段积极主张权利。三是加强履约过程中的证据管理。留意收集、整理与保存合作双方之间的会谈纪要、往来信件、记录、票据等相关资料，特别是已严格履约并积极向上游方主张权利，上游方拒付、拖欠或者延迟支付款项的书面证明材料，包括结算书、对账单、结欠单、询证函、竣工验收证书、付款申请书、索赔申请书、催告函、律师函、谈判会议纪要、诉讼案件受理通知书、判决书、仲裁申请书及裁判文书等。

（二）加强对背靠背条款适用的合规监管

近年来，我国一些行政执法机关通过行政规章对特殊市场主体的经营行为开展合规监管。如2017年证监会发布的《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》、2017年国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会联合发布的《合规管理体系指南》、2022年国有资产监督管理委员会发布的《中央企业合规管理办法》。可充分发挥行政机关作为市场监管主体在规范企业合规管理过程中的指导作用，结合行业特点，制定系统规范的背靠背条款识别、风险控制和应对标准，把背靠背条款执行情况纳入市场监管范围，对不合规的滥用行为视情节进行行政处罚，构建以行政监管为中心的企业合规体系^⑦。

四、从司法实践层面规范对背靠背条款的裁判标准

在尚无统一立法规制的情形下，司法机关结合具体案情认定背靠背条款的效力是司法实践中的多数做法。根据《最高人民法院关于规范高级人民法院制定审判业务文件编发参考性案例工作的通知》和《人民法院审判业务文件、参考性案例备案工作办法》要求，通过发布背靠背条款法律适用方面的指导性案例、规范性文件来规范对背靠背条款识别、效力认定与举证责任分配的审判思路和裁判标准是总趋势。在背靠背条款的效力认定上，应当综合考虑国家宏观调控政策、经济运行情况、行业发展实际以及具体案情，对援引背靠背条款对抗付款请求权作出严格的限制与要求。

（一）明确背靠背条款的认定标准

正确适用背靠背条款，首先必须明确该条款的认定标准，划清背靠背条款与其他类似条款的分水岭。无论是将其认定为附条件的背靠背条款、附期限的背靠背条款，还是双方对付款条件的特殊约定，其本质特征是合同当事人在遵循自愿、公平、诚信原则的基础上，就将上游方履行支付义务作为中间方向下游方履行支付义务的条件达成真实一致的意思表示。例如在建设工程领域中，总承包方与分包方约定以总承包方审计机关的行政审计、财政评审报告中的结论作为确定的工程款结算或者支付依据，该约定不存在中间方利用优势地位将上游方能否付款、何时付款的风险转嫁给下游方的情形，故不属于通常意义上的背靠背条款。

此外，还需结合具体案情进行识别。例如某甲公司与某乙公司之间签订了一份松散型联营合同，共同承包某道路桥梁工程，其中甲公司负责道路工程，乙公司负责桥梁工程，由于整个道路桥梁工程都是甲公司和乙公司联合承包的，承包合同以甲公司名义同发包方签订。甲公司与乙公司在联营合同中约定，乙公司结算工程款以甲公司名义进行，甲公司向乙公司支付工程款以发包方向甲公司支付工程款为条件。通过识别，该案件中不存在甲公司向乙公司转嫁支付风险的情形，故该条款不属于严格意义上的背靠背条款。

（二）审慎认定背靠背条款效力

1. 宏观上做到“三个考量”

一是考量国家宏观调控导向。国务院《保障中小企业支付条例》要求国家机关、事业单位、国有大型企业向中小企业采购工程、货物、服务，应当自货物、工程、服务交付之日起30日内支付款项；合同另有约定的，付款期限最长不超过60日，逾期应当支付利息。因此，应审查背靠背条款的适用是否与有关行政法规、规章相冲突。

二是考量经济运行情况。20世纪90年代初，我国历史上发生的“三角债”成为经济发展中的一个障碍，企业、单位之间出现大量的货款、工程款等相互拖欠和前清后欠现象，现象的背后反应出结算纪律松弛、信用缺失、交易秩序混乱等社会经济问题。因此，对背靠背条款适用不应与行稳致远的经济运行状况背道而驰。

三是考量行业发展实际。例如建筑行业所需资金量大、投资周期长、市场主体结构复杂、从业人员多、农民工比例大，企业经营行为的不规范导致

工程款拖欠、农民工权益受损、银行信贷弱化。再加上建筑业属于我国龙头产业，对其他产业的影响巨大，一旦行业管理部门放宽背靠背条款的适用，司法机关放宽对其法律适用标准，对该条款的滥用可能危及整个建筑行业乃至国民经济的稳定发展。

2. 微观上把握“四个标准”

一是看合同的效力状态。一般情况下，合同有效则条款有效，合同无效则条款无效；但也存在合同有效而条款无效或者合同无效而条款有效的情形。例如：根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》，违法分包导致合同无效，但建设工程竣工验收合格，应当支持承包人参照合同约定支付工程价款的请求。《民法典》第793条将上述要求进一步明确为“参照合同有关工程价款的约定折价补偿承包人”。对于背靠背条款是否属于具有独立存在性的结算清理条款，司法裁判中存在不同观点。武汉市某东建筑工程有限责任公司与武汉市某木公司、武汉某建集团有限公司建设工程合同纠纷一案中，法院裁判认为参照合同约定支付工程款应指与工程款支付有关的所有条款，包括背靠背条款。^⑧黄某某、林某某与江西某某公路建设集团有限公司、泉州某某高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷一案中，法院裁判认为参照合同约定支付工程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，背靠背条款不在参照适用范围。^⑨故合同效力状态与具体条款的效力认定情况复杂，应密切结合案情与条款具体约定内容认定。

二是看条款约定是否符合意思优先、兼顾公平的原则。未经双方协商或者提出背靠背条款的一方未通过合理方式履行提示或者说明义务，则条款内容可能并非当事人真实意思表示，有违公平、诚信原则。最高人民法院第五巡回法庭会议纪要指出，“在当事人双方没有特殊约定的情况下，转包合同的结算不以承包合同的结算为前提”，即强调合同内容应反映出双方意思表示的真实性。实务中，经常存在中间方将其与上游方的约定直接套用到其与下游方的合同中，该条款设置过程未体现权利义务平衡一致性，提出背靠背条款的一方则应承担格式条款无效规则和解释规则所带来的不利后果。

三是看是否任意突破合同相对性原则。“世界贸易蓬勃发展，交易日渐复杂、快速，严格的合同相对性原则反而成为人们日常交易及商业活动的障

碍,就某些案型突破合同相对性原则确有必要”^⑩,但支持援引背靠背条款进行抗辩仍应满足三个条件:其一,款项的支付须确定能实现,不损害下游方合理的可期待利益;其二,下游方已按合同约定的各项标准完成交付;其三,中间方对于款项的延迟支付无过错,即不存在违约、故意阻碍付款条件成就或者怠于行使追索权利的情形。

四是看条款约定内容是否明确具体。根据《民法典》第510条、第511条对合同约定不明情况下的适用规则,由补充协议、交易习惯、法律相关规定取而代之,司法机关对于援引存在表述不明或者歧义背靠背条款进行抗辩的请求应不予支持。例如在李某某与山东某某地质勘察院建设工程施工合同纠纷一案中,法院裁判认为双方当事人虽约定付款应以业主向承包方付款为前提,但该约定未明确支付价款的期限,对于履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,故未支持承包方援引背靠背条款的抗辩。^⑪

(三) 完善背靠背条款中的举证责任分配

1. 背靠背条款中的举证责任分配原则

根据《民事诉讼法》第67条规定,当事人有责任对自己提出的主张提供证据,即遵循谁主张谁举证原则。当事人应当对自身提出的诉讼请求与反驳对方诉讼请求所依据的事实提供证据加以证实,且本证必须达到使法院确信当事人所主张的待证事实为真实的程度。^⑫背靠背条款所附条件成就与否掌握于中间方,应当结合当事人占用证据的便利情况以及与证据间的距离,来弥补信息不对称所造成的救济失衡。如北京高院解答意见明确指出“总包人对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任”,各级司法裁判在认定背靠背条款的适用效力时大多要求由承包方承担已积极主张到期债权、不存在怠于履行权利的证明责任。例如沈阳某某市政工程有限公司与中国建筑某某(集团)有限公司、沈阳某某城市建设投资有限公司建设工程施工合同纠纷一案中,法院裁判认为承包方负有对其是否正常履行协助验收、协助结算、协助催款等义务的证明责任。^⑬

2. 严格援引背靠背条款抗辩一方的证明责任

以建设工程领域为例,根据《民法典》第159条、《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、《安

徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见(二)》第11条规定,承包方援引背靠背条款进行抗辩应承担以下严格的证明责任:一是已尽到对发包方资信及履约能力合理的审查义务;二是已向相对方合理提示、说明了条款的设计与安排,条款内容能够反应双方真实意思表示;三是在发包方存在经营恶化、资不抵债的客观情形下,及时通知分包商中止或者解除合同;四是与发包方的结算尚在合理期限内或者发包方存在拒付或者延迟支付的情形;五是已积极通过自力、公力救济手段向发包方主张到期债权;六是不存在与上游方恶意串通来阻碍约定付款条件成就的情形;七是已严格履行承包合同约定,不存在因自身违约导致上游方未支付对应款项的情形;八是存在因分包商违约或者不可抗力等其他原由致使发包方拒付或者延迟支付的情形。因此,如果承包方的上述举证未能达到充分标准,则应当承担不利后果。

注释:

① 参见林立:《工程合同:法律、规则与实践》,北京大学出版社2016年版,第233页。

② 参见崔建远:《论法律行为或其条款附条件》,《法商研究》2015年第4期。

③ 参见最高人民法院(2021)最高法民申4924号民事裁定书。

④⑩ 参见崔建远:《论合同相对性原则》,《清华法学》2022年第2期。

⑤ 参见《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》。

⑥ 参见陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2021年版,第7页。

⑦ 参见张泽涛:《论企业合规中的行政监管》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第3期。

⑧ 参见湖北省武汉市青山区人民法院(2016)鄂0107民初236号判决书。

⑨ 参见最高人民法院(2013)民一终字第93号民事判决书。

⑪ 参见山东省潍坊市中级人民法院(2016)鲁07民终2145号民事判决书。

⑫ 参见占善刚、胡辉:《民事司法的理论与实务》,中国政法大学出版社2016年版,第166页。

⑬ 参见最高人民法院(2020)最高法民终106号民事判决书。

作者简介:李媛,武汉第二船舶设计研究所,湖北武汉,430205。

(责任编辑 程 骋)