

【法学研究】

DOI: 10.15986/j.1008-7192.2017.05.009

建设工程分包合同“背靠背条款”效力问题评析

余卓

(中央财经大学法学院, 北京 100081)

摘要: pay-if-paid/pay-when-paid 条款发轫于上世纪西方,我国学者将其译为背靠背条款。在我国实践中,越来越多的建设工程总承包商与分包商开始约定此条款,示例为:“承包人对分包人的付款以业主对承包人的付款为前提条件。”但是法律并未明确规定背靠背条款的效力,经常都是法官或者仲裁机构通过自由裁量以确定。笔者认为,背靠背条款有其存在的合法性以及合理性,应属有效。但是为了避免总承包商滥用该条款损害分包商利益,也应当对其进行规范。

关键词: 建设工程分包合同;效力;背靠背条款

中图分类号: DF 41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7192(2017)05-0049-05

“背靠背条款”肇源于西方的“pay-if-paid”、“pay-when-paid”条款。“pay-if-paid”自上个世纪80年代始逐渐得以使用,1998年美国总承包商协会(Associated General Contractors of America)首次声明认可建设工程分包合同里适于“pay-if-paid”条款。1995年11月,弗吉尼亚州最高法院首次考虑“pay-when-paid”条款,并且表明只要合同内容清楚并明确表达了双方当事人的意思,那么即为有效^[1]。在英国,“pay-if-paid”与“pay-when-paid”被视为等同。为解决该条款适用产生的争端,英国通过了一系列规定,比如1996年通过的《住房许可、建设和重建法令》和2009年通过的《地方民主、经济发展和建设法令》^[2]。对于这两个条款的效力认定,总体而言,西方国家采取限制或者否定的态度。中国学术界将“pay-if-paid”以及“pay-when-paid”视为等同,有些学者将其译为“业主先期支付条款”,通说译作“背靠背条款”^[3]。

在我国司法实践中,越来越多的总承包商在建设工程分包合同里引入背靠背条款。典型示例为:“承包人对分包人的付款以业主对承包人的付款为前提条件。”^①建筑市场买方为大,并且伴随建筑企业之间低层次的价格竞争,总承包商通常都会通过这一条款的约定,来规避业主拖欠资金从

而自己不能及时给付分包商工程价款的风险,分包商往往也会迫于竞争的压力在合同签订时接受背靠背条款^{[4]11-18}。实践中,如若分包商主合同义务履行完毕,总承包商以业主尚未给付资金为由拒绝给付工程款,产生纠纷,法院通常都是依照自由裁量权来进行裁决。

根据裁判文书网所公布的判决书,涉及到背靠背条款的案例法官的处理方法大致有这四种:第一,明确肯定背靠背条款有效;第二,明确肯定背靠背条款无效;第三,不直接表明背靠背条款的法律效力,但是表明其“违反了公平原则”;第四,默认背靠背条款的法律效力。对于背靠背条款到底有无法律效力,学界迄无定论。有学者反对承认背靠背条款的法律效力。他们认为,由于建筑市场买方为大的特征,分包合同是在总承包商的控制胁迫之下签订的,分包商的选择权相对较弱,欠缺公平性。并且一般情况下,总承包商对于业主的违约风险认知能力高于分包商,所以背靠背条款的存在明显侵犯了分包商的利益^[5]。事实上,在平等协商的基础上,总承包商与分包商达成一致签订背靠背条款是否真的违反法律规定应属无效?实则不然。因此另外一部分学者对背靠背条款的存在持肯定态度^[6]。他们认为基于合同自由原则,总承包商与分包商对于合同的内

收稿日期: 2017-05-09

作者简介: 余卓(1995-),女,中央财经大学法学院硕士研究生,研究方向为公司法务。E-mail: yuzhuo1995@163.com

容有相同的认知力,并且在合同签订过程中有平等的话语权,即使合同中有部分条款损害了一方当事人的利益,也是属于该当事人自担风险的范畴,且公平原则不应该成为阻却合同效力的原因^[7]。理论上存在争议,且法律没有明确规定,因此,对于背靠背条款的效力及其在实践中适用所产生的问题,无疑值得商榷。

一、 背靠背条款的法律效力

根据我国现行法,背靠背条款到底有无法律效力呢?我国现无相关法律或者司法解释明确规定背靠背条款的法律效力。住建部发《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》中“分包合同价款与总包合同相应部分价款无任何连带关系”这一条款,可说明我国官方倾向于不支持此类条款。相比而言,《FIDIC 土木工程施工分包合同条件》^②里却规定有比较完备的背靠背条款^{[8]72}。

依笔者之见,背靠背条款当属有效,以下将从合理性与合法性两方面进行分析。

1. 合理性分析

建设工程总承包商与分包商签订建设工程分包合同时,总承包商的典型交易目的是完成合同指向的建设工程,分包商的典型交易目的是取得工程价款。不可否认的是,无论是总承包商还是分包商,都会抱有及时完成该合同所指向的项目的愿望^{[9]26-41}。为实现该愿望,同时不受业主尚未给付工程价款的困扰,双方当事人进而在意思自治的前提下达成背靠背条款。因此,背靠背条款的运用能有效促进合同交易目的的实现。

在实践中,根据建设工程分包合同由谁确定分包商,分包的形式被界分为一般分包与指定分包^[10]。不管是一般分包还是指定分包,都是总承包商与分包商签订建设工程分包合同,即该合同的双方当事人是总承包商与分包商,与业主没有关系。在指定分包的场合,总承包商是在业主的指示下与分包商签订的分包合同,该合同主要是业主与分包商的意思表示,总承包商在该合同中所扮演的角色更多的相当于一个项目管理者。那么在业主向总承包商支付工程款之后,总承包商再支付给分包商是合情合理的。反观一般分包,在进行某项工程建设时,考虑到某部分的建设通

常都具有专业性以及建设工程质量的要求,总承包商往往会把工程分包给专业性更强的分包商。根据《中华人民共和国建筑法》可知,总承包商与分包商对于建设工程的质量、业主都是负连带责任的,即他们是共担风险的^[11]。那么,总承包商与分包商对于业主支付工程款的收益也应当要共担风险。当发生业主不能及时给付的情况时,背靠背条款的存在正好满足了总承包商与分包商共担风险的需要,这符合建设工程风险共担的本质。因此,背靠背条款的存在有其合理性。

2. 合法性分析

民法总则第一百四十四条^③规定了民事法律行为有效的要件,我国合同法第五十二条^④也规定合同无效的情形。在建设工程分包合同合法有效的前提下,背靠背条款内容真实明确,双方当事人人都知晓该条款的内容并且签订了分包合同,系双方当事人的真实意思表示,并无损害国家利益、集体利益、社会公共利益或者第三人利益的存在,也不存在非法目的^{[12]42-44}。至于此合同条款有没有违反法律、行政法规的强制性规定或者公序良俗,需要进行进一步探讨^{[13]8-13}。现行法律、行政法规并无明确规定背靠背条款是否被禁止,则更无所谓是否存在强制性规定,以致使背靠背条款归属无效的问题。即使从公序良俗考虑,背靠背条款是发生在双方当事人之间的,在意思自治的条件下对付款方式做的约定,即使背靠背条款减损了一方当事人的权益,但是若谈及这一减损触及人类共同体的根本利益,严重违反人类共同的内心确信,未免过于夸张,因此还达不到违反公共秩序和善良风俗的程度。根据以上分析可知,在建设工程分包合同有效的前提下,由于不存在合同无效的要件,背靠背条款也应当是有效的。

那么,是否会因为背靠背条款违反了公平原则因而将其置于无效呢,民法总则第六条^⑤和合同法第五条^⑥都规定了公平原则。公平原则作为民法的基本原则之一,具有指导性意义^{[14]13-15}。但是民法总则与合同法都在规定公平原则的前一条文中,规定了意思自治原则^⑦。民法作为市民社会的基本法,是规范平等主体之间财产关系和人身关系的基本法,最大程度保护民事主体的自由意愿,民事主体可在法律允许的范围内从事民事活动,公权力不能随意介入^{[15]92-95}。作为一部私法,意

思自治原则是民法的核心原则，表现在合同法上，即为合同自由原则，其他原则是意思自治原则的基础和补充。换言之，公平原则相比而言，是意思自治原则的补充，不能仅仅通过违反公平原则直接否定意思自治之下的民事法律行为的效力。因民法高度重视意思自治，故公权力只能通过公序良俗原则来干涉民事法律行为^{[15]92-95}。也就是说，只要在意思自治的基础上达成了协议，只要不违背公序良俗，那么都应该是有效的。背靠背条款并未违反公序良俗，因此，背靠背条款即使违背了公平原则，但是双方自愿达成此条款，且这种违背是在公序良俗原则所准许的范围之内，原则上应为有效。如若认为背靠背条款的存在违背了公平原则，那么分包商完全可以行使选择权，拒绝合同的签订，维护自己的合法权益。即使分包商签订了合同，倘若分包商认为自己受到了胁迫或者合同内容显失公平，也完全可以依照合同法的规定，在法定除斥期间内行使撤销权，否认背靠背条款的效力，使建设工程分包合同自始归于无效^{[16]181-182}。除斥期间过去之后，建设工程分包项目已经完成，业主不能及时对待给付时，分包商才去主张背靠背条款无效，这时总承包商已经丧失了选择有共担风险能力的其他分包商的机会，该分包商此时的主张是违背诚实信用原则的体现，是不合理的，不能得到支持。

3. 背靠背条款的法律性质

既然建设工程分包合同中背靠背条款为有效的，那么它的法律性质究竟是什么呢？有学者认为，存在背靠背条款的建设工程分包合同实质上是附条件的合同，笔者赞同这种说法。建设工程分包合同所附条件是业主对待给付承包商工程价款。业主对待给付的法律行为是发生在承包商与分包商签订建设工程分包合同之后的，即属于将来发生的事实；业主给付总承包商工程价款之后总承包商再及时同步给分包商，如前所述为合法的事实；业主的对待给付行为是不确定的，可能会发生违约，即为不确定的事实；此背靠背条款是总承包商和分包商意思自治的结果，属于双方约定的事实，并非法定的，作为主合同权利义务的附属条款也不存在与合同的主要内容相冲突的事实。因此，含有背靠背条款的建设工程分包合同符合附条件合同的构成要件，法律性质应当属

于附条件的合同。

附条件的合同中，所附条件可以分为生效条件和解除条件^{[17]118-127}。背靠背条款约定，承包人对分包人的付款以业主对承包人的付款为前提条件，即为在业主对承包人付款之后，承包人才有向分包人给付工程款的义务。一般情况下，业主都会在合同签订之后支付预付款，业主支付了预付款给总承包商，总承包商及时同步付款给分包商，分包商开始履行自己的合同义务，这时合同生效，那么业主支付预付款给总承包商的法律行为即是建设工程分包合同生效的条件，即背靠背条款属于附条件合同中的生效条件，其法律性质是附条件合同的生效条件。

二、适用背靠背条款的限制分析

值得指出的是，即使我们认定背靠背条款为有效，但其对分包商利益的损害是一道绕不过去的关口，总承包商对其进行滥用的确会违反公平原则的要求。而且分包商通常是以农民工为主要组成部分，滥用背靠背条款损害分包商利益，从而拖欠农民工薪资可能会产生一系列社会问题，这不容小觑，我们应认真对待和重视。故此，采取一些完善之道来防止背靠背条款的滥用也是不可忽视的。

1. 法律明确区分一般分包与指定分包

建设法律领域针对建设工程分包合同中背靠背条款效力问题还无相关立法文件，只有某些审判业务文件里有涉及，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。但其只是对背靠背条款的效力予以认可^⑧，对其规制除总承包商的举证责任之外也未做过多涉及。在建设工程分包合同中，立法宜对一般分包与指定分包的区分明确文化。在指定分包的情况下，建设工程分包合同应当对此有所体现，比如加入“经业主指定将此工程分包给某某公司”这种类似条款。对于指定分包的情形，法律应当明确规定允许背靠背条款的存在。原因在于这种情况下，建设工程分包合同更多的是业主与分包商的意思表示一致所达成的合意，故业主支付工程价款给总承包商之后，总承包商再支付给分包商是合理的，法律应当对此明确作出承认，

以避免此种纠纷的出现,浪费司法资源。

对于一般分包的情形,法律也应当允许其存在。同样,一般分包的形式首先应当在建设工程分包合同中体现出来,约定“经业主同意将此项工程分包给某某公司”这种类似的条款,以免出现纠纷时无法界定分包的形式。在一般分包情况中,为了避免总承包商在收到业主的工程款之后滥用背靠背条款故意拖欠工程款,或者与业主恶意串通故意损害分包商的利益,法律应当赋予总承包商较重的举证责任。首先,总承包商应当举证证明自己曾积极地向业主主张过工程欠款。其次,总承包商应当举证证明自己确实没有收到业主给付的工程价款,并且未付款原因不能归结于总承包商一方。除此之外,总承包商还需要证明业主未能付款的原因不能归结于总承包商^[18]。如若是总承包商的原因导致业主未付工程款,那么此时的背靠背条款应属无效,总承包商仍然需要向分包商支付工程款。

2. 总承包商审慎选择业主

总承包商在签订建设工程总包合同时,需要尽到审慎选择业主的义务,考察投资者的可靠性,才能避免背靠背条款的适用导致总承包商与分包商的权益共同受损。投资者的可靠性着重表现为总承包商的社会信用,所以总承包商在选择业主时,需要着重考虑业主的社会信用程度。业主的社会信用在整个工程建设中起着尤为重要的作用。业主社会信用缺失会导致工程债务链恶性循环,进而总承包商、分包商都会被波及,形成层层递进的拖欠关系。故总承包商在签订建设工程总包合同时,需要审慎选择相对方,多方面考察业主的社会信用状况,以避免债务恶性循环的情况出现,损及总承包商以及分包商的合法权益。

3. 增加分包商为建设工程优先权的权利主体

从《合同法》第二百八十六条^⑨可知,我国建设工程优先权的权利主体是承包人。那么分包商是否可以成为建设工程优先权的行使主体呢?在建设工程分包合同中,既然背靠背条款的存在使总承包商与分包商共担风险,那么在主张优先权的时候也应当赋予分包商同样的权利,使总承包商与分包商权利共享,真正实现建设工程“共同”的本质^{[19]53-59}。故笔者认为,分包商同样可以成为建设工程优先权的权利主体。所以在建设工程

优先权制度之中,宜加入“建设工程分包合同中如果存在背靠背条款,分包商与承包商都有资格作为权利主体主张建设工程优先权”这种类似条款^[20]。

三、结 语

现今我国建筑法律体系尚不完善,建设工程分包合同中的背靠背条款没有法律依据,仅仅通过法官或者仲裁机构的自由裁量来确定其效力、实现公平正义,是远远不够的。笔者认为,立法上应当尽快确认背靠背条款的法律效力,逐步建构完善的建筑法律体系,总承包商同样需要尽到审慎选择业主的义务。综合采取多种措施来防止总承包商滥用背靠背条款具有必要性,从而保护分包商的利益,避免更多纠纷的发生。

参 考 文 献

- [1] FRANK J B, DAVID A W. Pay-if-paid clauses: not what they used to be[J]. The Procurement Lawyer, 1998, 33: 17-18.
- [2] WALTER N, VERNON V. Show me the money: a comment on the enforceability of “pay-if-paid” clauses in contracts for professional services[J]. University of San Francisco Law Review, 1998, 33: 100-101.
- [3] 徐江柳. 论分包合同中背靠背条款的有关法律问题[J]. 法律广角, 2014(6): 104-107.
- [4] 余水生. 建设工程全程法律解读和风险控制[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [5] STEVEN I, KOPRINCE. The slow erosion of suretyship principles: an uncertain future for “pay-when-paid” and “pay-if-paid” clauses in public construction subcontracts[J]. Public Contract Law Journal, Fall 2008, 38(1): 80-83.
- [6] GERALD B, KIRKSEY. Minimum deficiencies-a proposed resolution of the “pay-when-paid”/“pay-if-paid” dichotomy[J]. The Construction Lawyer, 1992(12): 39-46.
- [7] 江安生. 建筑工程施工分包合同“背靠背条款”的效力及对策[J]. 以案说法, 2015(8): 47-49.
- [8] 崔军. FIDIC 分包合同原理与实务[M]. 北京: 机械工业出版社, 2010.
- [9] 刘贵祥. 合同效力研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2012.
- [10] 何辉. 我国建设工程分包法律问题研究[D]. 武汉: 华中科技大学, 2011.
- [11] 李永超. 建筑工程施工分包法律问题研究[D]. 北京:

- 中国政法大学,2010.
- [12] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社,2011.
- [13] 焦富民,蔡养军. 合同法[M]. 厦门:厦门大学出版社,2012.
- [14] 崔建远. 合同法[M]. 北京:法律出版社,2010.
- [15] 李克武. 合同法专题研究[M]. 武汉:华中师范大学出版社,2011.
- [16] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [17] 王利明. 合同法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2013.
- [18] 姜越. 浅谈实际施工人的举证责任问题[J]. 法制博览, 2006(11):63-64.
- [19] 洪浩. 学说 制度 判例——建设工程优先权问题研究[M]. 北京:北京大学出版社,2014.
- [20] 何红峰,何溪滢. 施工合同司法解释突破合同相对性的评析[J]. 中国建设工程法律评论,2011(2):1-18.

An Evaluation of the Validity of Pay-if-pad /pay-when-paid Clauses in Subcontract for Constructive Projects

YU Zhuo

(Law School, General University of Finance and Economics, Beijing 100081, China)

Abstract: Originated in the west in the last century, the term of “pay-if-paid /pay-when-paid clauses” is translated into “back to back provisions” by Chinese scholars. When it is practiced in China, more and more general contractors and subcontractors of construction projects come to agree on this kind of clauses in the contracts. One of the examples is “the contractor’s payment to the subcontractor is conditional on the owner’s payment to the contractor”. In fact, the validity of “back to back provisions” is not explicitly stipulated by the law, and the assessment is at the discretion of judges or arbitral institutions. It is believed that the provisions are valid because of its legitimacy and rationality. But it should be standardized in case the general contractor abuses the terms to damage the interests of subcontractors.

Key words: subcontract of construction projects; effectiveness; pay-if-paid/pay-when-paid clauses

【编辑 高婉炯】

注释:

- ① 承包人指在总包合同协议书中约定的,被发包人接受的具有工程施工总承包主体资格的当事人,以及取得该当事人资格的合法继承人。分包人指在分包合同协议书中约定的,被承包人接受的具有分包该工程资格的当事人,以及取得该当事人资格的合法继承人。建设工程项目的投资人或投资人专门为建设工程项目设立的独立法人。业主可能就是项目最初的发起人,也可能是发起人与其他投资人合资成立的项目法人公司;而在项目的保修阶段,业主还可能被业主委员会(由获得了项目产权的买家或小买家群体组成,在国外也被称为业主法人团)取代。在中国传统的基本建设投资与建设行政管理体系中,业主也被称为“建设单位”。
- ② “在下列情况下,总承包商应有权扣发或缓发应支付分包商的全部或部分金额……(c)月报表中包含的款项没有被工程师全部证明,而这又不是由于总承包商的行为或违约导致的;(d)总承包商已按照主合同将分包商报表中所列的款项包括在总承包商的报表中,且工程师已为此开具了证书,但业主尚未向总承包商支付上述全部金额,而这不是总承包商的行为或违约引起的;(e)分包商与总承包商之间和(或)总承包商与业主之间,就涉及计量或工程量问题或上述分包商的报表中包含的任何其他事宜已发生了争执。”
- ③ 《中华人民共和国民法总则》第一百四十四条:具备下列条件的民事法律行为有效:(1)行为人具有相应的民事行为能力;(2)意思表示真实;(3)不违反法律、行政法规的效力性强制规定,不违背公序良俗。
- ④ 《中华人民共和国合同法》第五十二条:有下列情形之一的,合同无效:(1)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(2)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(3)以合法形式掩盖非法目的;(4)损害社会公共利益;(5)违反法律、行政法规的强制性规定。
- ⑤ 《中华人民共和国民法总则》第六条:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。”
- ⑥ 《中华人民共和国合同法》第五条:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”
- ⑦ 《中华人民共和国民法总则》第五条:“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”《中华人民共和国合同法》第四条:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”
- ⑧ 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(2012年8月6日京高法发[2012]245号):22、分包合同中约定总包人收到发包人支付工程款后再向分包人支付的条款的效力如何认定?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,总包人再向分包人支付工程款的,该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款,分包人要求总包人支付欠付工程款的,应予支持。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。
- ⑨ 合同法第二百八十六条规定:“发包方未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿。”