

分包合同中的“背靠背”条款浅析

Study on “Back to Back Terms” of Subcontract

袁华之 丑斌

YUAN Hua-zhi CHOU Bin

【摘要】 “背靠背”条款系法律行为的附款，在性质上应属“附期限”条款；在合法分包的前提下，“背靠背”条款系当事人意思自治的具体体现，且不违反法律法规的强制性规定，合法有效；在司法实践中，人民法院或仲裁机构虽不完全否认“背靠背”条款的效力，但整体上仍倾向于维护分包方的权益，并通过严格举证责任的方式使得总包方难以将该条款作为对抗分包方付款请求的有效抗辩；该条款无论对于总包方抑或分包方而言均存在一定的风险，两方在该条款的签订及履行过程中都需谨慎应对，以最大程度上维护己方权益。

【关键词】 背靠背条款 附条件 附期限 效力 实务处理

【中图分类号】 DF525 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 02-0097-09

Abstract: The “back to back terms”, which are subject to time limit in nature, are supplementary terms of the subcontract. Under the premise of legal subcontract, “back to back terms” are the embodiment of party autonomy, and do not violate the mandatory provisions of laws and administrative regulations. Hereby, they’re legal and effective. In judicial practice, the court and arbitration institution do not entirely deny the effectiveness of “back to back terms”, however, they still prefer to protect the rights and interests of subcontractor overall. During the court trial, strict burden of proof will be set, making it difficult for the general contractor to use the “back to back terms” as effective defense against subcontractor’s payment request. These terms have certain risks for both the general contractor and the subcontractor. Thus, either party of the subcontract should be cautious in during the setting and performing process of these terms, in order to protect their own rights and maintain their own interests.

Key words: Back to back terms Conditional civil juristic acts Subject to time limit Effectiveness Juridical practice

【收稿日期】 2016-12-20

【作者简介】 袁华之，男，1968年7月生，北京大成律师事务所高级合伙人，研究方向为房地产、建设工程、矿产资源和公司法；丑斌，男，1989年12月生，北京大成律师事务所律师，研究方向为房地产、建设工程相关法律。

在我国的市场，业主欠付工程款的问题一直是承包方难以规避的风险，而“背靠背”条款的出现，无疑成了承包方转移业主支付风险的有效途径，因此倍受承包方青睐，并被写入了大多数分包合同之中。但由于缺乏法律法规的明确规定，学界和实务界对于该条款的性质、效力以及实务处理方式存在广存争议，在理论和实践中均造成了一定的困惑。笔者希望通过本文对分包合同中“背靠背”条款的分析，为相关问题的理解与适用提供些微帮助。

一、“背靠背”条款的概念及其域外体现

所谓“背靠背”条款，一般是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。具体到建设工程分包合同，通常即指总包方与分包方在分包合同中约定，待总包方与业主进行结算且业主支付工程款后，总包方再向分包方支付工程款。实践中该条款的具体表述可能略有不同，但也仅是形式上的差异，其核心仍是以业主支付为前提。

在国外，“背靠背”条款体现为“Pay-if-paid”或“Pay-when-paid”条款。两者在诸如英国等国家和地区经常被混同使用，但事实上即使仅从字面上理解，两者也存在一定的差异。具体而言，“Pay-if-paid”条款是指总包方在分包合同中设定的，以得到业主支付的工程款作为其向分包方付款前提的条款；而“Pay-when-paid”条款通常指总包方可在合理期间内等待业主付款，其后再向分包方支付，但如合理期限届满，则无论业主是否已经付款，分包方均有权要求总包方向其支付相应款项。由此可知，“Pay-if-paid”条款对于分包方获得款项设置了明确的条件，即业主向总包方先行支付；而在“Pay-when-paid”条款里虽然也提到了由业主向总包方支付，但并非“当且仅当”（if and if only）总包方获得业主付款后才向分包方支付。易言之，“Pay-when-paid”条款通常只表述总包方向分包方付款的时间，而不构成向分包方付款的前提条件〔1〕。

二、“背靠背”条款的性质

关于“背靠背”条款的性质，目前主流观点认为应属于“附条件”条款，但也有观点认为应属“附期限”条款，由于现行的法律法规对此并无明确规定，因此业界一直争议较大。

在讨论这个问题之前，首先需要澄清的一点是，目前主流观点直接援引《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第45条〔2〕或《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第62条〔3〕的规定，作为“背靠背”条款系属“附条件”条款的直接法律依据，对此笔者认为并不准确。就《合同法》第45条和《民法通则》第62条的文义而言，其应仅指整个合同或法律行为的效力附条件，即当所附条件成就时，整个

〔1〕 参见包艳萍、孟友瑞：“国际工程分包合同中‘Pay-if-paid’和‘Pay-when-paid’条款辨析”，《国际经济合作》2014年第11期，第67页。

〔2〕 《合同法》第45条规定：“当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”

〔3〕 《民法通则》第62条规定：“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”

合同或法律行为始生效力。而“背靠背”条款作为分包合同中的一项条款，显然并非整个分包合同的“所附条件”，无论业主是否支付相应款项，均不影响整个分包合同的效力。因此，以该等条文佐证“背靠背”条款系属“附条件”条款未免有些武断。

问题到了这里似乎已无出路，立法例上再难为“背靠背”条款的性质找到恰当的法律依据。笔者认为，既然再无法律规定可为佐证，不妨对《合同法》第45条和《民法通则》第62条作类推适用。也就是说，按照现行法律规定，法律行为得附条件，那么法律行为的条款亦得附条件〔4〕。由于实践中法律行为的条款附条件的情形并不鲜见，因此将其与法律行为附条件相区分仍具有一定的典型意义，且具备相应的法理基础，同时也可避免因法律适用不当而带来的尴尬。

在明确法理依据的前提下，对于“背靠背”条款究竟系属“附条件”条款，还是属于“附期限”条款，抑或还有其他解读，实则只需探讨一个问题，即“获得业主付款”这一事实是否属于“条件”或“期限”中的一种。

当前主流观点认为，“背靠背”条款系属“附条件”条款，显然该观点将“获得业主付款”视为一项“条件”，而所谓条件，作为当事人意思表示的一个组成部分，系未来可能发生的不确定的事实〔5〕。那么，将“获得业主付款”归为“未来可能发生的不确定的事实”是否恰当？笔者认为，这一问题仍需慎重考虑。有学者尖锐地指出，假如分包方在与总包方签订分包合同时，得知未来业主是否向总包方付款尚不确定，进而使未来总包方是否向其付款也无法确定，那么其是否仍愿意与总包方签订合同？从另一个角度来说，如果已完工程符合质量标准，但却无法保证施工方获得工程款，显然将违背双方当事人订立合同的目的，也不符合当事人的真实意思表示。应当认为，分包方与总包方签订“背靠背”条款的初衷在于与总包方共同承担业主迟延支付工程款的风险，而非承担业主不支付工程款的风险。换言之，根据法律的基本原则及相关规定，在工程质量合格的前提下，业主支付工程款应为确定的事实，仅是付款期限长短的问题。但也有观点指出，仍然存在极端情况如业主破产等原因导致业主无法支付工程款，对此笔者认为，即使业主破产，在符合法定条件的情况下，总包方仍然享有优先受偿权，即可以就工程折价或者拍卖的价款优先受偿，只是该等获得工程款的方式较为曲折，并非直接通过业主支付实现而已，但并不影响这一事实的确定发生。因此，将“背靠背”条款视为“附条件”条款似有一定障碍。

那么，“背靠背”条款是否属于“附期限”条款呢？所谓期限，与条件相同，同样是当事人意思表示的组成部分，但系将来发生的确定事实〔6〕。如前所述，若将“获得业主付款”视为未来确定发生的事实，则认为其应属“期限”并无不当。然而，此处存在的问题是，“获得业主付款”虽为未来确定发生的事实，但却无明确的期限，总包方为了己方利益完全可能采取相应措施延缓这一期限的到来，从而逃避其对分包方的付款义务，损害分包方的合法权益。而在此情况下，由于《合同法》第45条仅对附条件合同中当事人不正当地阻止或促成条件成就的法律后果进行了规定，而在第46条附期限合同中，却未对当事人不正当地加速或延缓期限的到来做出规定，使得分包方在面对总

〔4〕 崔建远教授也持此观点，且明确表示应在未来制定的《中华人民共和国民法总则》中同时承认法律行为附条件与法律行为的条款附条件，以便使后者有法可依。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，第30页。

〔5〕 参见韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社2011年版，第155页。

〔6〕 同上注。

包方恶意逃避付款义务时竟无法可依,只得类推适用第45条第2款的规定,造成法律适用上的尴尬。但尽管如此,笔者还是更倾向于将“背靠背”条款认定为“附期限”条款,以使论理更符合逻辑基础而非价值判断。

三、“背靠背”条款的效力

在英美法系国家,尽管各国关于“背靠背”条款的使用和规定不尽相同,但总体上还是持否定或严格限制的态度。例如,英国于1996年通过的《住房许可、建设和重建法令》明确禁止“Pay-when-paid”条款,除非业主破产;而2009年通过的《地方民主、经济发展和建设法令》则对禁止“Pay-when-paid”条款使用的情形做出了更为详尽的解释。在美国,各州法院及联邦法院对“背靠背”条款的态度略有差异,不过基本能够达成共识,即出于对分包方利益的保护,严格限制该条款的使用,除非条款中清晰而明确地表述了双方的意图,即总包方将业主破产的风险转移给分包方。而在澳大利亚、新西兰、新加坡和马来西亚等国家,总体上都禁止在分包合同中使用“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”条款〔7〕。

在国内,业界并未详细区分“Pay-if-paid”与“Pay-when-paid”条款,而统一译为“背靠背”条款,而对于该条款的效力,法律法规也未做出明确规定。目前,持无效观点的学者认为,根据近因易控原则,应由最能有效防止和处置风险的一方来承担风险,从而降低风险发生的概率并减少风险造成的损失。对于业主支付的风险而言,由于总包方与业主之间存在直接的权利义务关系,且自招投标阶段或总包合同签订之时伊始至整个合同履行期间,总包方对业主资信及履约能力的感受相较于分包方无疑更为直观,判断也更为准确,故显然应由总包方承担这一风险。而通过“背靠背”条款,总包方却将本应由其承担的业主支付风险不合理地转嫁给与业主并无合同关系的分包方,有违公平原则和诚实信用原则,因此应为无效条款。

相反地,持有效观点的学者则认为,《合同法》第4条〔8〕和第8条〔9〕分别对合同自由原则和依合同履行义务原则进行了规定,即合同以当事人意思自治为原则,只要当事人的约定没有违反法律法规的强制性规定,即应属有效,当事人应依诚实信用原则信守所做约定。《合同法》第52、53、54条〔10〕对合同无效的法定情形、无效的免责条款

〔7〕 参见前注〔1〕,包艳萍、孟友瑞文,第68页。

〔8〕 《合同法》第4条规定:“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。”

〔9〕 《合同法》第8条规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。”

〔10〕 《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”第53条规定:“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”第54条规定:“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

及可变更、可撤销的合同做出了明确规定，而“背靠背”条款并不符合前述规定的情形，故依法应为有效。从另一个角度来说，《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）第29条第2款^{〔11〕}和第55条^{〔12〕}均规定，总包方与分包方应就分包工程对业主承担连带责任。而连带责任的内容应包含权利和义务两方面，完成分包工程并确保分包工程质量是总、分包双方的共同义务，收取业主的工程款则是共同的权利，因此，如总、分包双方已约定待收到业主工程款后再支付分包方工程款，体现的是对连带的权利即收取工程款做了特别约定，此约定符合《建筑法》的相关规定，应为有效^{〔13〕}。

笔者认为，对“背靠背”条款效力的认定，应首先对不同情形下分包合同的效力进行区分。在违法分包的情况下，整个分包合同依法应为无效合同，其中的“背靠背”条款显然也应归于无效；而在合法分包的情况下，“背靠背”条款作为当事人双方的真实意思表示，是私法自治的具体体现，并不违反法律法规的强制性规定，应系有效约定。另外需提及的一点是，我国的《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》（GF—2003—0213）通用条款第19.5条规定：“分包合同价款与总包合同相应部分价款无任何连带关系”；而在住房和城乡建设部发布的2014版《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》的征求意见稿中，也没有将业主支付设置为总包方向分包方支付分包合同价款的条件，保持了分包工程款价款结算和支付的独立性，同时也体现了建设行政主管部门对“背靠背”条款的否定态度。但是，由于前述示范文本并不具有强制性，故其相关规定也不构成对“背靠背”条款的禁止性规定，不能以此否认“背靠背”条款的效力。

此外，也有学者指出，应当通过区分不同分包合同的类型对“背靠背”条款的效力予以不同评价。具体而言，在一般分包合同中，因分包方与业主之间并无实际的权利义务关系，故总包方通过“背靠背”条款将业主支付的风险转嫁给分包方有违公平原则，应当认定为无效；而在业主指定的分包合同中，通常都是由业主直接挑选分包方并拟定合同价格，总包方虽然名义上与分包方签订了分包合同，但实际上更接近于充当管理者的角色，此时总包方通过“背靠背”条款规避业主支付风险，具有一定的合理性，应当认定为有效。该种观点现实地考虑了总包方在不同情况下所处的不同地位，进而对“背靠背”条款的效力做区分处理，具有一定的启发意义，不失为一个有价值的思考方向。

四、“背靠背”条款的实务处理

虽然现行法律法规对“背靠背”条款的效力并无明确规定，但在合法分包的前提下，各地法院或仲裁机构的主流观点仍然倾向于将“背靠背”条款认定为有效，鲜有认定为无效的案例出现。笔者通过对最近五年间全国各地法院做出的涉及“背靠背”条款的判决进行检索和整理后发现，在合法分包的情况下，所有判决均对“背靠背”条款的

〔11〕《建筑法》第29条第2款规定：“建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”

〔12〕《建筑法》第55条规定：“建筑工程实行总承包的，工程质量由工程总承包单位负责，总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。”

〔13〕参见朱树英：《工程合同实务问答》，法律出版社2011年版，第100页。

效力予以认可，而无一将其认定为无效条款。

需要特别说明的是，在违法分包的情况下，因分包合同为无效合同，故其中的“背靠背”条款显然也应属无效条款，但根据《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》第2条的规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。那么，假如分包合同无效但分包工程经验收合格，总包方是否有权参照“背靠背”条款支付工程款呢？在黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷一案中，最高人民法院裁判认为：“一审判决根据诉争工程已经竣工验收并交付使用的实际情况，依照《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》第二条之规定，判令江西通威公司支付黄国盛、林心勇工程款，并自工程交付之日起承担尚欠工程款的利息，适用法律正确。上述司法解释条款规定‘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。江西通威公司主张‘参照’应当包括合同对支付条件的约定，其与业主泉三高速公路公司未完成结算，本案所涉合同约定的工程款支付条件尚未成就，其应在付款条件成就时承担向黄国盛的付款义务，于法无据，本院不予支持。”^[14]可见，分包合同无效时，其中的“背靠背”条款亦不在“参照适用”的范围内。

2012年8月，《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》（以下简称《北京高院解答》）出台后，其第22条^[15]肯定了“背靠背”条款的效力，同时还对该条款的实务处理方式进行了明确规定，对司法实践发挥了一定的指导作用。根据该条规定，因总包方拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包方不能及时取得工程款的，分包方有权突破“背靠背”条款的限制，要求总包方支付欠付的工程款，且总包方需对其与业主之间的结算情况以及业主支付工程款的事实承担举证责任。此处“怠于行使其到期债权”的含义应与《合同法》第73条^[16]的规定做同一解释，即不以诉讼或仲裁方式主张具有金钱给付内容的到期债权^[17]。由此可见，北京市高级人民法院虽然肯定了“背靠背”条款的效力，但却通过严格举证责任的方式使得总包方难以将该条款作为对抗分包方付款请求的有效抗辩。

《北京高院解答》出台后，对于全国法院审理涉及“背靠背”条款的案件均产生了一定的借鉴意义。目前，司法实践中对于这一问题的处理总体上遵循如下思路：

[14] 《中华人民共和国最高人民法院民事判决书》，（2013）民一终字第93号。

[15] 《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条规定：“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。”

[16] 《合同法》第73条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。”

[17] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第13条第1款规定：“合同法第七十三条规定的‘债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的’，是指债务人未履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。”

第一,如总包方与分包方在分包合同中未明确约定付款期限,仅约定“双方结算以总包方与业主的结算依据和条款为准”,应视为对付款期限的约定不明,而不应准用总包合同的付款期限,总包方以此作为分包合同工程款支付条件未成就的理由抗辩分包方付款请求的,一般不予支持。例如,浙江省高级人民法院在曙光控股集团有限公司宁波分公司与华丰建设股份有限公司合同纠纷一案中裁判认为:“曙光公司所承建的案涉桩基工程业已通过竣工验收并已实际交付,双方当事人理应就工程造价进行结算并支付工程价款。虽然分包合同对工程款支付时间没有作出明确规定,但依据合同法之相关规定,合同双方对付款时间没有明确约定或者约定不明的,施工方有权在工程竣工验收后,在合理期限内要求支付工程价款,因此,原判认定曙光公司要求对工程款进行结算并支付工程款符合法律规定正确,华丰公司提出‘案涉工程价款支付条件尚未成就’的上诉主张,有违公平之原则,本院不予采纳。”〔18〕

第二,如总包方与分包方在分包合同中仅约定“业主向总包方付款后,总包方才向分包方付款”,则不应将“业主向总包方付款”扩大解释为“业主向总包方支付全部工程款”,即只要业主向总包方支付部分工程款,总包方向分包方付款的条件即获满足。例如,在四川楠杨建筑工程有限公司与成都光大建设集团有限公司建设工程分包合同纠纷一案中,四川省高级人民法院裁判认为:“根据光大公司与楠杨公司所签《水电安装分包合同》约定,‘光大公司应在竣工验收合格后业主转款五个工作日支付至95%(扣除上交管理费及税金20%),余款在二年回询结束无质量问题全额支付,如业主转款到光大公司账户五个工作日不支付,每逾期一天,按照水电安装工程总价0.3%支付逾期付款违约金’,该约定中的‘业主转款到光大公司账户’并非指业主将案涉工程的全部工程款转到光大公司账户,光大公司向楠杨公司的付款条件也不是业主向光大公司支付完毕全部工程款。只要工程竣工验收后业主向光大公司转款,光大公司就应向楠杨公司支付工程款。”〔19〕

第三,如总包方与分包方在分包合同中约定“待总包方与业主进行结算且业主支付工程款后,总包方再向分包方支付工程款”的,则总包方需对其与业主之间的结算情况以及业主支付工程款的事实承担举证责任,同时证明其自身已经通过诉讼或仲裁的方式积极向业主主张了到期债权,否则不得对抗分包方的付款请求权。例如,陕西建工安装集团有限公司与赵宇鹏建设工程施工合同纠纷一案中,河南省三门峡市中级人民法院裁判认为:“陕西建工安装集团有限公司与赵宇鹏在分包合同‘执行业主验收计价程序及规定、陕西建工安装集团有限公司在业主批准的计价款到达账户5日内及时支付给赵宇鹏’的约定,是在目前建筑市场处于绝对买方市场,业主为大,业主拖欠工程价款现象日趋普遍的建筑市场环境,总包商为转移业主支付不能的风险,而在分包合同中设置‘以业主支付为前提’的条款,通常称为‘背靠背’条款(Pay When Paid),该条款有其一定的合理性和合法性,故该约定有效。但总包商应当举证证明不存在因自身原因造成业主付款条件未成就的情形,并举证证明自身已积极向业主主张权利,业主仍尚未就分包工程付款。若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。本案中,赵宇鹏完成的工程,业主方已在2008年11月审批认定,2008年12月16日已经业主验收合格,此时陕西建工安装集

〔18〕《浙江省高级人民法院民事判决书》,(2008)浙民一终字第192号。

〔19〕《四川省高级人民法院民事判决书》,(2015)川民终字第18号。

团有限公司已可要求业主支付相应的工程款，但陕西建工安装集团有限公司称截至目前业主仍未结算、付款，且未提交证据证实已积极向业主主张了权利，故可以认定其怠于行使权利，其关于支付工程款条件尚未成就的上诉主张不能成立，本院不予支持。”〔20〕

五、“背靠背”条款的风险应对

如前所述，“背靠背”条款作为总包方与分包方之间签订的风险共担条款，无论在理论解析还是实务处理上目前均未形成完全一致的意见，这对于总包方和分包方来说均存在一定的风险，实践中需谨慎应对。

对于分包方而言，应尽量避免在分包合同中纳入“背靠背”条款，保持业主付款与总包方付款的分离性和独立性，从而避免己方权利受到不合理侵害。但必须承认的是，实践中总包方在合同订立的过程中往往处于优势地位，分包方对于合同条款的设置并无太多话语权，大多情况下仅能被动接受，因此，要求分包方拒绝将“背靠背”条款写入合同似乎并无现实效果。而当分包合同明确约定“背靠背”条款且总包方恶意欠付分包工程款时，分包方应当积极应对，及时提起诉讼或仲裁申请，一方面主张总包方滥用优势地位和违反公平原则，要求确认该条款无效；另一方面充分利用当前主流的司法观点与趋势，严格总包方的举证责任，削弱其抗辩依据，主张付款期限已至，从而维护自身的合法权益。

对于总包方而言，为了最大程度上发挥“背靠背”条款风险共担的作用，应首先保证该条款的完备性，避免因表述不清或存在歧义导致未来法院或仲裁机构对此作限缩解释，使得该条款的作用难以得到充分发挥。其次，由于在指定分包的情况下，业主方与分包方之间往往存在实际的权利义务关系，此时的“背靠背”条款相比一般分包来说更容易得到法院或仲裁机构的支持，因此作为总包方，应注意留存业主直接指定分包单位的相应证据，以在日后可能发生的诉讼或仲裁中占据主动地位。再次，总包方在收到每笔业主付款时，应注意区分款项的性质及子项明细，特别是所付款项中是否包含分包工程款以及分包工程款的具体金额，从而掌握业主方针对分包工程付款情况的关键事实证据。最后，当业主方迟延支付工程款时，总包方应尽早通过诉讼或仲裁方式积极向业主方主张权利，以避免未来因怠于主张权利而被分包方要求先行支付分包工程款，致使“背靠背”条款失去意义。

综上所述，“背靠背”条款作为法律行为的附款，可以类推适用《合同法》第46条的规定，将其性质认定为“附期限”条款；同时，在合法分包的前提下，“背靠背”条款系当事人意思自治的具体体现，且不违反法律法规的强制性规定，应属有效；此外，在司法实践中，人民法院或仲裁机构虽不完全否认“背靠背”条款的效力，但整体上仍倾向于维护分包方的权益，并通过严格举证责任的方式使得总包方难以将该条款作为对抗分包方付款请求的有效抗辩；最后，由于理论和实践中对于“背靠背”条款各方面的争议仍然较大，因此无论对于总包方抑或分包方而言均存在一定的风险，两方在该条款的签订及履行过程中都需谨慎应对，以最大程度上维护己方权益。当然，上述观点及结论为笔者一己之见，仅供方家参考。

〔20〕《河南省三门峡市中级人民法院民事判决书》，（2014）三民终字第199号。

参考文献

- [1] 包艳萍, 孟友瑞. 国际工程分包合同中“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”条款辨析 [J]. 国际经济合作, 2014 (11).
- [2] 崔建远. 论法律行为或其条款附条件 [J]. 法商研究, 2015 (4).
- [3] 韩世远. 合同法总论 [M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2011.
- [4] 朱树英. 工程合同实务问答 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 中华人民共和国最高人民法院民事判决书, (2013)民一终字第93号 [A].
- [6] 浙江省高级人民法院民事判决书, (2008)浙民一终字第192号 [A].
- [7] 四川省高级人民法院民事判决书, (2015)川民终字第18号 [A].
- [8] 河南省三门峡市中级人民法院民事判决书, (2014)三民终字第199号 [A].

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

(上接第43页)

办学; 选择登记为营利性民办学校的, 应当进行财务清算, 依法明确财产权属, 并缴纳相关税费, 重新登记, 继续办学。”

上述决定强调的基本原则是: 非营利性学校应强调其公益性和非营利性, 不得取得办学收益, 举办者可享受与公办学校同等的税收优惠; 营利性学校可取得办学收益, 办学结余依照公司法等有关法律规定办理; 在本决定公布之前设立的民办学校, 可自主选择登记为非营利性或营利性学校, 选择完成后严格依照法律关于营利或非营利性法人的规定执行。

《中华人民共和国民办教育促进法》的修订, 反映了民法典关于营利性法人、非营利性法人的划分标准, 体现了法律之间的协调和统一, 对一直以来关于“民办非营利性学校是否应该允许其取得分红(或部分分红), 投资人并非出于捐赠目的而举办的非营利性学校该何去何从”的争议给予了明确的指引。但民办医院尚未出台类似规定, 而民办医院的市场投资活跃度及社会影响面较民办教育更大。

结合上述规定, 个人建议, 应全面调研非营利性医院和学校的现状, 跟进《中华人民共和国民办教育促进法》修订后的执行情况, 组织法律专家和卫生教育部门进行专项研究, 对民法典关于非营利性法人的规定、配套法律及税收等优惠制度进行全面梳理: 或严格要求非营利性法人必须遵守民法典的相关规定, 不允许举办人采用任何变通方式获取收益, 使其回归非营利性法人的本质; 或对非营利性法人进行分类, 对符合条件的非营利性法人(如相关医院和学校), 允许举办人获取一定比例的收益(适当分红), 同时按获取分红的比例征收相应的税收; 同时, 下发通知要求非营业性法人在指定时间内主动选择是否变更法人性质, 对于要求变更为营利性法人的主体, 经审查符合条件的, 允许按照相应程序变更, 并对所享受的税收等优惠进行适当追缴。从而既保障民办医疗和教育的快速发展, 为人民群众带来更多选择和有益补充, 又保证民办医疗和教育的有序发展, 避免各类风险发生。

(责任编辑: 邢会强 赵建蕊)