

# 《“背靠背条款”效力批复》的多重维度再思考

□王 敬

8月27日，工程领域的“朋友圈”都在转发着最高院发布的《关于大型企业中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（法释〔2024〕11号）（以下简称《批复》）。其中，“背靠背条款”无效的声音更是不绝于耳，为何该《批复》能引起如此大的共鸣？“背靠背条款”是否真的“十恶不赦”？笔者将根据《批复》去解读“背靠背条款”的原理与实务建议。

## 一、《批复》不是打开“背靠背条款”的万能钥匙

### （一）何为“背靠背条款”？

首先，“背靠背条款”（back to back）作为一种舶来品，其并非法律术语，但在合同中作为先决条件而被广泛使用，通常指的是合同中规定的一方在收到第三方款项后，再向合同另一方支付款项的约定。这种条款在建筑行业和供应链管理中比较常见，可以帮助企业控制资金流动和降低风险。

其次，“背靠背条款”最早来源于1994版的《FIDIC土木工程施工分包合同条件》，其中“背靠背条款”分为“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”两种类型，前者强调支付条件，后者强调支付期限，由于“背靠背条款”并无法律依据，所以在司法审判中产生接连不断的矛盾判决，《批复》的发布明确了部分“背靠背条款”的适用依据，但不能一棒子把所有“背靠背条款”打死。

最后，我们应严格区分付款期限约定不明和“背靠背条款”，若合同仅约定“双方结算以总包单位与业主的结算依据和条款为准”，该条款应视为对付款期限的约定不明，而不视为“背靠背条款”，需按照合同中对付款期限约定不明的规定进行处理。

### （二）《批复》的适用范围和条件

#### （1）适用范围

《批复》中明确了适用范围是合同纠纷，并且只是大型企业和中小企业之间签订的合同，具有明确的限制性条

件，不能成为认定背靠背条款不合理及无效的理由，关于大型企业和中小企业的认定标准，需要根据《中华人民共和国中小企业促进法》和《保障中小企业款项支付条例》中的标准进行认定，具体如下。

《中华人民共和国中小企业促进法》第二条：

本法所称中小企业，是指在中华人民共和国境内依法设立的，人员规模、经营规模相对较小的企业，包括中型企业、小型企业和微型企业。

中型企业、小型企业和微型企业划分标准由国务院负责中小企业促进工作综合管理的部门会同国务院有关部门，根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定，报国务院批准。

《保障中小企业款项支付条例》第三条：

本条例所称中小企业，是指在中华人民共和国境内依法设立，依据国务院批准的中小企业划分标准确定的中型企业、小型企业和微型企业；所称大型企业，是指中小企业以外的企业。

中小企业、大型企业依合同订立时的企业规模类型确定。中小企业与机关、事业单位、大型企业订立合同时，应当主动告知其属于中小企业。

以上条款提到的国务院批准的中小企业划分标准，笔者找到了2011年6月18日发布的《关于印发中小企业划型标准规定的通知（工信部联企业〔2011〕300号）》，其中对建筑业的标准如下：营业收入80000万元以下或资产总额80000万元以下的为中小微型企业。其中，营业收入6000万元及以上，且资产总额5000万元及以上的为中型企业；营业收入300万元及以上，且资产总额300万元及以上的为小型企业；营业收入300万元以下或资产总额300万元以下的为微型企业。

#### （2）条件

概览全文，《保障中小企业款项支付条例》贯穿于《批复》的始终，可见在未来的司法实践中，我们要将《保障

中小企业款项支付条例》和《批复》结合运用和理解，特别是《保障中小企业款项支付条例》第三条中明确规定了中小企业在签署合同时具有主动告知其属于中小企业的义务，如果中小企业与大型企业签署合同过程中没有主动告知对方自身属于中小企业，或将承担缔约过失责任，合同中约定的“背靠背条款”也将继续适用。

虽然我国并未明确规定告知义务的表现形式，但在司法实践中大多以招投标过程中的交流函件作为证明告知义务的证据，具体格式可参考《政府采购促进中小企业发展管理办法》所附的《中小企业声明函》。

综上所述，《批复》的适用只限制于中小型企业与大型企业之间的合同，而中小企业之间签署的合同并不属于《批复》的适用范围。特别值得注意的是《保障中小企业款项支付条例》第三条中明确规定了中小企业具有主动告知的义务，其很可能成为司法实践中的争议焦点。

### （三）《批复》的溯及力问题

《批复》载明：对于2020年9月1日之后大型企业和中小企业签订此类条款引发的纠纷案件，应当适用《批复》的规定，2020年9月1日之后的参照最高人民法院将广西某物资公司诉某工程公司买卖合同纠纷案、上海某建设公司诉上海某公司建设工程施工合同纠纷案、北京某建筑工程公司诉某建筑公司北京分公司、某建筑公司建设工程分包合同纠纷案作为示范案例纳入案例库。

## 二、《批复》存在不足与缺陷

首先，由于“背靠背条款”这种支付方式的约定通常被理解是一种风险的转嫁，也正正是因为这种理解，在司法实践中，首先考虑是否存在以大欺小的情形，从而考虑公平原则。但是，无论是招投标阶段还是签署合同阶段，双方均已知晓“背靠背条款”所对应的风险，属于双方的真实意思表示，特别是投标人对其商业风险理应有充分的预判，都

应权衡利弊后再签订合同，一旦签订背靠背条款，就应按照合同履行约定。而《批复》突破了该种真实意思表示，从而认定“背靠背条款”无效，实现了所谓的公平。如果想要实现《批复》的立法目的，也可以不通过对“背靠背条款”认定无效来实现，参照《保障中小企业款项支付条例》第二十五条的规定对行为人进行行政处罚也是一个不错的办法。

其次，《批复》作为公权力突破了私权利之间的约定，打破了意思自治原则，让笔者想到了2020年5月1日起施行的《保障农民工工资支付条例》，其突破了合同相对性，赋予“农民工”向各方索要劳务费的权利，《保障农民工工资支付条例》想解决的不仅只是法律纠纷，逐渐成为一种社会问题，在施行的这四年时间里，不仅仅只有“农民工”根据《保障农民工工资支付条例》来维权，笔者接触到更多的是包工头拿到劳务费后，又怂恿手下“农民工”依据该《条例》再次向施工单位和建设单位索要第二份劳务费，其披着“农民工”的外衣反复讹诈的行为浪费了不少司法资源。《批复》实施以后，短期内可能会有各种披着“羊皮的狼”伪装成弱者去坑害无辜的大型企业，与“农民工”有异曲同工之处，严重浪费司法资源，此种行为希望得到司法机关的重视，重点审查排除这种不公平的现象，《批复》不能成为不法分子的工具！

再次，《批复》并未考虑到建筑工程项目中指定分包现象的利益分配，在项目中，不管业主是基于质量要求，还是成本控制，对于专业工程和材料设备有指定的分包单位或材料商。业主往往为了规避肢解项目的法律风险，要求总承包单位与指定的分包单位或材料商签署合同，付款时还要配合业主出具委托付款手续坐实总承包单位与分包单位的合同关系。这种情况下的总承包商往往只收取必要的配合管理费，却因为指定分包单位和业主的特殊关系，在总承包单位和分包单位签署合同时，重要的审核权利被业主控制，总承包单位往往为

了降低资金和法律风险，加入了“背靠背条款”以维护自身的合法权益。但是《批复》的发布，将该种现象定义为大型企业和中小企业之间签订的“背靠背条款”应视为无效条款，原本是业主与指定分包单位之间的特殊关系，通过“背靠背条款”的约定，业主的付款风险应当由指定分包方单位承担，现在却由《批复》将该种平衡打破，加重了总承包单位的资金压力和法律责任，将资金风险转移到了总承包单位，有违公平原则。

最后，《批复》中明确表示排除机关事业单位，存在区别对待之嫌，即便《保障中小企业支付条例》中对机关、事业单位从中小企业采购货物、工程、服务的预算执行、政府投资项目不得垫资建设、付款期限等均有明确规定，但现实中不遵守该条例的机关单位却真实存在，并且《保障中小企业款项支付条例》中第六条和第八条明确限制了机关和事业单位，笔者认为《批复》不应将其排除在外。

## 三、大型企业和中小企业如何在《批复》中生存？

### （一）大型企业

首先，梳理现有项目的招投标材料中是否有中标单位出具的中小企业告知函，完善招投标的流程，降低“背靠背条款”无效的风险。

其次，对于业主指定分包单位的现象，建议与业主、指定分包单位一起签订三方协议，明确约定业主的付款责任。若无三方协议，请收集与业主指定分包的各类证据，在诉讼中向法院释明业主与指定分包单位的特殊关系以及业主的付款责任。

再次，建议与大型企业加强合作，甚至可以培养与自身关系稳固的企业成为大型企业，规避《批复》的适用范围。

最后，加强与关系稳固的单位合作，双方约定的付款条件更容易得到遵守。

### （二）中小企业

首先，招投标或签署合同的过程中

表明自身属于中小型企业，可以主动释明身份，并保留相关证据，避免承担缔约过失责任。若对自身规模存在争议，可向所在地县级以上政府部门申请认定，从而在确认自身规模后主动告知对方相关信息。

其次，若不属于《批复》的适用范围，应当及时向其主张债权，在司法实践中，很多法院在审理“背靠背条款”时，都会审查分包单位是否积极地向发包单位主张债权，例如发送律师函、起诉等方式进行催要款项。《批复》适用范围外的“背靠背条款”的效力理应尊重双方的意思自治，但要受到相应条件限制，即及时主张债权的义务。虽然中小企业与大型企业的关系中处于弱势地位，但其自身是否及时申报结算材料、催要款项等主张债权的行为，在司法审判过程中会被重点审查，若分包单位怠于主张自身债权，“背靠背条款”将很难打破。

再次，审查合同中是否有逾期付款的约定，未作约定的，即可依据《保障中小企业款项支付条例》第十五条的规定，主张按照每日利率万分之五支付逾期利息。

## 四、结语

作为公权力的《批复》，其强行介入到私权利之间，直接宣告“背靠背条款”无效，即便对适用范围做了限制，笔者认为，无论“背靠背条款”认定有效还是无效，都在逻辑和实践中存在瑕疵和漏洞。

所以，即便《批复》的适用是限制性的，也不能成为认定“背靠背条款”不合理及无效的理由，且《批复》不仅存在法理上可商榷之处，司法实践中也未见得就能普遍认可及执行，中小企业的告知义务很可能成为争议焦点。作为大型企业也不必慌张，完善招投标过程和签署合同的条款，选择优秀的合作伙伴将会大大降低法律风险。

作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所

# 工程款清欠之以房抵债的权利路径及冲突分析

□王 英 翟长胜

## 以房抵工程款的流程

### 1.前期：房屋尽调，查明权属

承包人在与发包人（房企）签订以房抵债协议之前，需对抵债房屋进行尽调，建议委托律师到房屋所在地的不动产登记中心查询抵债房屋的具体情况，包括抵债房屋权属状况、权利负担情况（抵押或查封）、建设情况、使用情况等，确认抵债房屋是否能够办理备案登记、过户、交付。

### 2.中期：签署协议，网签备案

承包人在确认抵债房屋产权清晰、不存在任何权利负担后，与房企签署以房抵债协议。协议中应明确抵顶的工程款数额、抵债房屋情况、抵债数额、是否消灭工程款旧债、更名流程、交付和过户的条件、违约责任等内容。承包人或者其指定的购房消费者与房企签订商品房买卖合同并进行网签备案，由承包给房企开具工程款收据和发票，房企给购房人开具购房款收据和发票。

### 3.后期：交付房屋，产权登记

在以房抵债协议和商品房买卖合同签署完毕并完成抵债房屋网签备案后，承包人或购房消费者应及时催促房企交付房屋并进行产权变更登记，避免抵债房屋被查封、抵押或者另行销售，导致以房抵债协议无法继续履行。抵债房屋完成交付、产权变更至承包人或购房消费者名下，工程款清欠方能完成。

## 以房抵工程款的权利顺位

根据《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号）的规定，商品房消费者以居住为目的购买房屋并已支付全部价款（在一审法庭辩论终结前支付全部价款），或者在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下，各权利人的顺位如下：

- 商品房消费者的房屋交付请求权/价款返还请求权
- 建设工程价款优先受偿权
- 抵押权
- 其他债权

从权利顺位的角度来看，以房抵工程款的方式可以理解为承包人尝试将工

程价款优先受偿权向房屋买受人权利进行过渡，以此获得更往前的顺位，最大程度保障工程款的清偿。

①买受人权利←以房抵工程款→②承包人建设工程价款优先受偿权——③抵押权人抵押权——④其他债权人债权

但在以房抵债协议履行的过程中，因为协议履行的程度不同、抵债房屋的情况不同，实践中容易产生买受人、承包人、抵押权人的权利冲突。承包人通过以房抵工程款能否将工程价款优先受偿权向前过渡，继而享有买受人权利？如果以房抵债协议无法履行，承包人是还能向后继续享有工程价款优先受偿权、房屋用于居住且名下无其他住房、已支付房款超过总价款的50%”的三个法定条件，即可排除执行。

## 以房抵工程款的权利冲突

冲突一：承包人通过以房抵工程款能否将工程价款优先受偿权向前过渡，继而享有买受人权利？

1.工抵房完成过户，以房抵债完成，清欠完成。

我国施物权公示主义，不动产物权一经转移登记，即具有法律效力。在正常的以房抵债流程中，抵债房屋过户至工抵房的购房人名下，工抵房的购房人取得抵债房屋的所有权，成功过渡为买受人的权利。此时，以房抵债协议履行完毕，工程款清欠完成。

2.工抵房未完成过户，房屋另售后续，清欠未完成。

如果工抵房被房企一房二卖，并且房企将房屋过户给后手的买受人。该种情况下，基于债的相对性，以房抵债协议和商品房买卖合同不能对抗合同以外的第三人，以房抵债的债权不能对抗所有权。因此，工抵房的购房人不能对抗已完成过户的房屋买受人，也就无法过渡为买受人的权利。此时，以房抵债协议无法履行，工程款清欠没有完成。

3.工抵房未完成过户，购买人为消费者购房人，符合条件可以排除执行。

工程实务中，房企通常将房屋抵顶给总包单位，总包单位抵顶给分包单位，分包单位抵顶给下手的施工人或供

应商，最终和房企签订商品房买卖合同的主体有两种情况，一种是抵债方，另一种是商品房消费者。

如果工抵房由消费者购房人与房企签订商品房买卖合同，根据《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号）的规定，消费者购房人的生存权排在各种权利的第一顺位。如果银行作为抵押权人申请执行上述工抵房，消费者购房人可以提起执行异议排除执行。法院在执行异议程序中适用《执行异议和复议规定》第二十九条进行审查，消费者购房人只要符合“法院查封前签订合法有效的买卖合同、房屋用于居住且名下无其他住房、已支付房款超过总价款的50%”的三个法定条件，即可排除执行。

4.工抵房未完成过户，购买人为抵债方，抵债方能否排除执行存在争议。

如果与房企签订商品房买卖合同的主体不是消费者购房人而是抵债方，当抵押权人查封抵债房屋并进入执行程序时，抵债方能否排除对房屋的执行，司法实践中存在争议。

肯定观点认为，法院应适用《执行异议和复议规定》第二十八条的规定进行审查，抵债方购房行为满足该条规定的四个条件，则可排除另案债权人的执行。

否定观点认为，《执行异议和复议规定》第二十八条保护的是真实不动产买受人对该不动产享有的物权期待权。以房抵债协议并非第二十八条中规定的买卖合同，以房抵债协议目的在于消灭债权，而非单纯的房屋买卖行为，无法体现将债权债务关系转化为买卖房屋关系的真实意思表示，因此在房屋并未完成权属登记的变更手续前，权利人仅是作为债权人享有债权请求权，基于债的平等性原则，其所享有的一般债权较执行债权并不具有优先实现的价值利益。

因此，为了工抵房的购房人顺利过渡为买受人权利，以此完成工程款的清偿，建议承包人签订以房抵债协议后，由消费者购房人与房企签订商品房买卖合同，合同签订后尽快完成房屋占用、取得房款收据，在无法完成过户的情况下，保留要求房企过户的相关证据。

冲突二：以房抵债协议无法履行，承包人是还能向后继续享有工程价款优先受偿权，保障工程款的清偿？

以房抵债协议无法履行，承包人是还能向后继续享有工程价款优先受偿权，还是工程款只能滞后于抵押权变成了普通债权，司法实践中存在争议。

1.肯定观点认为，以房抵债是行使工程价款优先受偿权的方式，工抵房的购房人享有工程价款优先受偿权，可以排除抵押权人的强制执行。

如果抵债房屋系承包人承建的项目，且承包人签订以房抵债协议明确表示对承建项目行使建设工程价款优先受偿权，抵债房屋可被认定为工程款债权的物化载体，承包人对抵债房屋享有的建设工程价款优先受偿权可以对抗抵押权人的强制执行。

最高院在（2020）最高法民再352号判决书中认为：“建机工程公司与大邑银都公司就案涉房屋签订《商品房买卖合同》，建机工程公司以冲抵工程款的方式购买案涉房屋，其实质是通过协商折价抵偿实现建机工程公司就案涉项目房屋所享有的建设工程价款优先受偿权，建机工程公司与大邑银都公司以案涉房屋折价抵偿欠付工程款，符合《中华人民共和国民法典》第二百八十六条规定的工程价款优先受偿权实现方式。紫杰投资公司对大邑银都公司享有的是普通借贷债权，而建机工程公司作为案涉工程项目的承包人对案涉房屋享有建设工程价款优先受偿权，建机工程公司工程款债权优先于紫杰投资公司的普通债权得到受偿。”

2.否定观点认为，以房抵债并非《民法典》第八百零七条规定的行使工程

价款优先受偿权的方式，工抵房的购房人不享有工程价款优先受偿权，不能排除抵押权人的强制执行。

有观点认为，除非以房抵债协议中明确行使工程价款优先受偿权，否则单纯签署以房抵债协议不能认定承包人行使了工程价款优先受偿权，不能排除抵押权人的强制执行。最高院在（2019）最高法民再359号判决书中认为：“《房屋顶账协议书》约定以工业大厦103、107号房屋的所有权及地下车库（01、02、03、04、05、06）使用权抵顶工程款1416071元，该协议中并无苏里格路桥公司行使建设工程价款优先受偿权的意思表示。二审判决认定‘《房屋顶账协议书》系苏里格路桥公司行使其建设工程款优先受偿权的行为’，并据此认定苏里格路桥公司对案涉房产的权利优于光大银行呼和浩特分行对案涉房产的抵押权，依据不足。”

还有观点认为，工程价款优先受偿权是承包人就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利，这种优先权仅是债权实现的顺位优先权利，而非所有权等实体权利，不能阻止执行标的所有权的转

让、交付，不属于“足以排除强制执行”的民事权益，不能排除抵押权人对房屋的执行。最高院在（2019）最高法民申3207号裁定书中认为：“建设工程价款优先受偿权的基础权源从本质上属于债权，只是相对于普通债权而言具有优先性而已，因此该权利并不足以排除强制执行，也不应作为当事人提起案外人执行异议之诉的权利基础。建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，承包人可以申请参与到执行程序中，主张对执行标的物享有优先受偿权，而不应以案外人身份提起执行异议之诉。”

因此，为避免承包入因签订以房抵债协议而丧失了工程价款优先受偿权，需要在以房抵债协议中明确约定该协议是行使建设工程款优先权的方式，同时抵债房屋需为承包人所承建。

承包人以房抵工程款应尽可能地注意上述权利冲突，避免房企的其他权利人对抵债房屋提出权利主张，导致以房抵债协议履行不能，工程款清欠无法完成。

作者单位：文康律师事务所

# 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:021-63210873

地 址:上海营口路588号18楼

邮 编:200433

E-mail:652016115@qq.com

联 系 人:何梦吉