

建设工程价款“背靠背支付条款”的性质及审理思路

□陈东强

建设工程施工合同中“背靠背支付条款”的核心内容在于总包人将发包人付款迟延的资金压力转嫁给分包人,其真实意思并非将工程款是否支付确定为待定状态。该条款不包含发包人确定不能支付时总包人不承担支付义务的意思表示,反而隐含了发包人确定不能支付的条件成就时,总包人应当承担支付义务的合同真意。由此,“背靠背支付条款”实质为附条件与附期限的结合,属于附发包人确定支付这一条件前提下的附期限。本文立足于上述合同本意的研讨,分析该条款性质中所附条件与附期限的内涵及转化,尝试通过审查合同是否有效、所附条件是否成立、是否属于总包人责任三步路径,为规范审理思路提供一孔之见。

围绕“背靠背支付条款”展开的讨论主要涉及条款性质和条款效力两方面问题。由于建设工程领域“背靠背支付条款”情形复杂,本文仅以较为典型的建设工程分包合同为切口,将涉及建设工程施工合同的三方主体设定为发包人、总包人、分包人。

一、关于“背靠背支付条款”性质的不同观点

第一种观点认为“背靠背支付条款”属于民事法律行为附条件。总包人向分包人支付工程款是以发包人付款为前提的,倘若发包人未支付承包工程款,则条款所附条件未成就。但是,持否定观点的意见认为,根据《民法典》第一百五十八条,附生效条件的民事法律行为,自条件成就时生效,则当发包人确定不能付款时,“背靠背支付条款”因所附条件未成就而始终不发生法律效力,这无疑与该条款设计初衷不完全相符。此种观点对于“背靠背支付条款”的合同真意探究不全面。

第二种观点认为“背靠背支付条款”属于民事法律行为附期限。当事人对已经存在的确定履行的债务,约定当未来的某一不确定事实发生时履行,此类约定形式上看似是有关履行条件的约定,但就其本质而言则是有关履行期限的约定,只不过约定是不确定的履行期限。“背靠背支付条

款”是对付款义务的履行期限约定不明,合同权利人可以根据《民法典》第五百一十一条第四项的规定请求对方履行付款义务。此种观点全盘否定了“背靠背支付条款”约定的约束力。

第三种观点认为“背靠背支付条款”既不属于民事法律行为附条件也不属于民事法律行为附期限。该条款是对合同履行条件的约定,这意味着该条款直接关系到总包人与分包人之间的付款义务,是合同的一部分,而不是影响合同生效或失效的附属条件或时间限制。此种观点脱离了《民法典》关于附条件和附期限的规定。

第四种观点认为“背靠背支付条款”是附条件和附期限的结合。对于该条款到底属于附条件还是附期限,实际上要根据案件的具体情形进行分析。当第三方的给付既是确定的,且时间也是确定的,其条款便可以视作附期限,即在规定的时间内履行付款义务。但若第三方的给付是不确定的,仅具有可能性,此时条款不仅涉及及期限问题,还带有附条件的特性,即必须在第三方的给付条件实现后,才能确定履行的期限。此种观点所分析的重点内容与“背靠背支付条款”的核心意思存在一定脱节,基础亦与第一种观点近似。

二、关于“背靠背支付条款”的性质分析

(一)关于附条件与附期限的法律特征

区分附条件的民事法律行为和附期限的民事法律行为的关键在于所附事实具有发生的或然性还是必然性。附条件的民事法律行为中的条件属于或然事实,该事实未来可能发生也可能不发生。已经发生的以及将来确定不会发生的事实因不具有或然性,不能作为民事法律行为所附的条件。而附期限的民事法律行为中的期限以将来确定发生的事实为内容,所以在期限到来之时,民事法律行为必然生效或终止。因此倘若将来必然发生的事实作为合同内容,即使合同约定其性质为附条件,法官在认定时也应将其认定为附期限。

(二)关于合同解释论的视野下的真实意思探究

崔建远教授认为解释合同应当遵循三个原则:一是以合同文义为出发点,二是进行体系解释,三是在合同存在有歧义的“疑义条款”时,可以参照运用习惯和惯例辅助明确该条款实际含义,填补合同漏洞。根据上述原则理解,建设工程施工合同中“背靠背支付条款”的主要含义如下:

1. 在发包人具备支付工程款条件的前提下,发给人不支付工程款时总包人可以拒绝先行支付工程款。发给人支付工程款后,总包人应当向分包人支付工程款。此为“背靠背支付条款”设立的核心意思。

2. 对于发给人未支付工程款的情形,总包人需无过失。由于建设工程分包合同涉及及发给人同总包人之间的合同以及总包人同分包人之间的合同两层合同关系,发给人与总包人之间的建设工程合同中,一般包括工程质量、工期、支付条件、支付期限及方式等内容,工程款支付也涉及进度款和结算款等不同类型的款项,总包人需按照合同约定履行义务,提交竣工验收或者施工进度资料,方能符合发给人支付工程款的约定。由于分包人无法参与发给人与总包人之间的合同履行,“背靠背支付条款”中设定的发给人履行支付工程款的义务,需要以总包人适当履行合同义务为前提。

3. 如发给人不能支付工程款成为确定的事实,则由总包人支付工程款。此为“背靠背支付条款”隐含意思中的所附条件。“背靠背支付条款”所包含的内容具有复杂性,其中有一个隐含的条件和前提,即如果发给人不能支付工程款的条件成就,则总包人应当向分包人支付工程款。

(三)关于“背靠背支付条款”性质的理解

1. 根据前述“背靠背支付条款”设定目的分析,“背靠背支付条款”的约定中,不应该包含如发给人确定不支付工程款,总包人也可以不进行支付的意思表示。从《民法典》第一百五十五条,合同内所列的“背靠背支付条款”亦应无效。针对“背靠背支付条款”在具体适用中的处理

后,应当负有支付工程款的基本义务。因此,“背靠背支付条款”约定的真实意思实质包含,如果发给人支付工程款成为不可能发生的事实,总包人应当向分包人支付工程款。由于该行为具有不确定性,此为“背靠背支付条款”所约定的条件。

2. 根据“背靠背支付条款”约定的内容,一般为发给人支付工程款后,在一定期限内支付,如10日内支付;或者按照一定的比例如按照发给人支付工程款的90%支付等。根据“背靠背支付条款”的约定,在发给人未支付工程款时,总包人能以“背靠背支付条款”约定,对抗发给人关于先行或者足额支付工程款的请求。在发给人支付工程款属于确定发生事实的情况下,“背靠背支付条款”约定的性质应为附期限。

3. 在上述第二种情形下,对于如总包人不按照法定程序,即通过提起诉讼、仲裁等方式主张权利,此种行为将导致发给人支付工程款的期限由确定的进行支付转为一种不明确的状态,但尚未形成确定的不能支付,则此种情形可以认定为由于总包人未积极行使权利的原因,导致“背靠背支付条款”约定的履行期限不明确,分包人可以请求总包人随时履行。如经法定程序,确定发给人不能履行的,则应按照“背靠背支付条款”约定的发给人支付工程款的条件不成就总包人应支付工程款的意思表示,支持分包人主张总包人支付工程款的诉讼请求。

三、关于“背靠背支付条款”审查认定的基本思路

(一)首先判断合同效力,合同无效则条款不具备约束力

《民法典》第一百五十三条规定,违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。因此,在转包或违法分包等的情景下,“背靠背支付条款”所属的建设工程合同因违反《建筑法》《招标投标法》及配套法规、司法解释而整体无效,那么依据《民法典》第一百五十五条,合同内所列的“背靠背支付条款”亦应无效。针对“背靠背支付条款”在具体适用中的处理

规则,2024年,最高人民法院《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)、国务院《保障中小企业款项支付条例》作出了明确规定,大型企业与中小企业在建设工程施工、采购货物或者服务等合同中签订的“以第三方支付为付款条件”的条款无效,当案件事实与上述规定一致且无其他特殊事由时,法院可以判定条款无效。

对于合同无效后的法律后果问题,《民法典》第七百九十三条规定:“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总包人。”对于其中“工程价款的约定”的理解,因“背靠背支付条款”涉及的是工程价款是否支付的问题,而非工程价款支付的具体约定,在该约定被认定无效的情形下,“背靠背支付条款”不再具有拒付工程款的对抗效力,不应再参照适用。

(二)判断是否达到发给人确定不能履行的条件

如果发给人因进入破产程序等情形导致明显失去支付能力,总包人不应将该风险转嫁给依约完成施工的分包人。“发给人先付款”的付款触发因素客观上无法成就时,若总包人以“背靠背支付条款”为由拒付总包,则属于发给人将支付风险全部转嫁给分包人,违背了双方订立建设工程施工合同的本意,总包人以“背靠背支付条款”抗辩不支付工程款的

请求不能成立。故在分包人施工的建设工工程竣工验收合格的前提下,若发给人确定不能履行,分包人可以请求总包人支付工程款。

(三)判断是否属于总包人责任未能履行的情形

根据本文前述观点,“背靠背支付条款”中关于发给人支付期限的约定,因涉及及发给人与总包人之间建设工程施工合同的权利义务,需要根据合同的履行情况进行确定。在总包人自身的施工合同履行中,若总包人因自身施工质量缺陷、工期延误、竣工资料缺失等原因,导致发给人有正当理由拒付工程款时,应视为由于总包人原因导致发给人不支付工程的条件成就,总包人不能根据“背靠背支付条款”对抗分包人的工程款支付请求。否则,将与诚实信用原则相违背。

在发给人怠于支付的情形下,如总包人不积极进行追讨,即未通过提起诉讼、仲裁等方式主张权利,此种行为将导致发给人支付工程款的期限由确定的进行支付转为一种不明确的状态,导致“背靠背支付条款”约定的履行期限不明确。根据《民法典》第五百一十一条第四项,在给对方必要准备时间的前提下,分包人可以随时请求履行。在工程已交付且质量合格的情况下,分包人可以请求总包人在适当准备时间后支付工程款,到期仍未支付的,可视为支付款项的“合理期限”已经届满。

(山东高法民一庭)

案例

最高法:发包人在承包人撤场后,另行委托第三方继续施工,属于擅自使用工程,应视为发给人认可承包人施工部分的工程质量

【裁判要旨】

发包人在承包人撤场后,在未就承包人工修建的工程进行验收的情况下,另行委托第三方在承包人修建工程的基础上继续施工,属于擅自使用未经竣工验收的建设工程。发给人擅自使用未经竣工验收的建设工程,可视为发给人认可建设工程质量,或者虽然工程质量不合格但发给人自愿承担责任,所使用部分的工程质量责任风险由承包人转移至发给人。

【案例索引】

【最高人民法院(2023)最高法民申3322号民事裁定书】

【案件事实概要】

一、再审查申请人A公司、B公司因与被申请人C公司建设工程施工合同纠纷一案,不服贵州省高级人民法院(2023)黔民终174号民事判决,向最高人民法院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查,现已审查终结。

二、A公司、B公司申请再审称:

(一)二审判决改判支持C公司的诉讼请求,没有事实依据,没有证据支持,且与已查明证据自相矛盾,符合《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第二百零七条第二项的规定,应予撤销并改判驳回C公司的诉讼请求。

1. 贵司鉴〔2020〕建字第14号司法鉴定意见确认涉案工程主体结构存在质量不合格问题,且一审法庭查明部分质量不合格影响安全使用,二审法院认定A公司“视为对工程质量的认可”是错误的,一审判决驳回C公司的工程款诉讼请求有事实依据。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》(法释〔2004〕14号,以下简称2004建司法解释)第十三条的规定,对已经完工且具备使用功能的未竣工验收工程,发给人擅自使用,可“视为对质量认可”,但案涉工程是未完工程,不具备使用功能,不应认定“视为对质量认可”。且无论建设工程是否竣工验收或发给人是否擅自使用,均不免除承包人对地基基础和主体结构的质量责任,在主体结构存在质量问题的前提下不存在“视为对工程质量认可”的情形。

2. 二审法院以“鉴定机构未明确该工程不能使用需要拆除”“A公司委托第三方继续施工”,推定A公司“视为对工程质

量的认可”错误,推定的两者之间没有逻辑上的因果关联,亦无法律依据。A公司另行组织第三方在C公司施工基础上继续施工与C公司施工工程的“主体结构不合格”没有关联,不存在混同。

3. 承包人对主体结构质量问题必须承担责任使用,即使是工程通过竣工验收或者擅自使用,仍然要承担质量责任,发给人仍有拒绝对支付工程款。

(二)二审判决改判支持C公司的诉讼请求,适用法律错误并导致结果错误,符合《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第二百零七条第六项规定的再审查事由。一审法庭依据C公司施工的工程存在主体结构质量不合格问题,以及鉴定人和设计单位出庭接受质询明确部分质量不合格的主体结构会影响安全使用的事实,根据2004建司法解释第十条、第十三条的规定,作出驳回C公司工程款请求的判决,适用法律正确,应予维持一审判决。

(三)二审判决把本案“工程款支付与工程质量不合格争议”与“质保”义务相混同,认定如发生质量修复费用,A公司可另行向C公司主张,增加诉累,无事实和法律依据。

(四)C公司应履行修复整改质量合格的主体结构并提供合格工程的质量义务。通过司法鉴定,C公司在知道主体结构质量不合格之后,仍未修复整改,违反了提供合格工程的法定义务及合同约定,达不到支付工程款的条件。一审判决驳回C公司工程款请求是正确的。

综上,依据《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第二百零七条第二项、第六项规定,申请再审本案。

三、C公司提交意见称:

(一)C公司严格按设计文件施工,工程没有质量问题,不会影响工程安全,更不会导致工程不能使用需要拆除。

(二)贵司鉴〔2020〕建字第14号司法鉴定意见书不具有合法性,也不具有客观性,与施工实际情况不符,案涉工程参建单位(即建设单位、设计、施工、工程监理等)才是工程质量法定评定单位。案涉工程施工过程中,每一道工序施工,必须经前述有关参建单位审查和验收合格后,才进入下一道工序施工。鉴定机构未参与案涉工程施工过程,采取“以点代面”方式抽检,出具的前述司法鉴定意见书不具有合法性、客观性,不能推翻施工过程中各参建单位认可已经完成工程质量合格的

结果。

(三)C公司施工过程中,从未有任何参建单位向C公司发出质量问题通知和整改通知。在C公司退场时,A公司接收占有案涉工程,之后发给给第三方施工,从未有任何参建单位声明质量不合格。A公司正常销售房屋、交房入住,从未声称工程质量不合格。在C公司向A公司多次催款、双方多次达成付款协议过程中,A公司也从未声称工程质量不合格。由此可见,各参建单位已经共同评定和认可C公司施工的工程质量合格,不会影响工程安全使用,更不会拆除。

(四)C公司在一审中已经提交的三份《技术核定单》和一份《设计更改补充通知》,足以反驳贵司鉴〔2020〕建字第14号司法鉴定意见书中的五项质量不合格问题。对于6块阳台结构厚度不满足规范要求的质量不合格问题,不会影响工程安全使用,即便修复,相应的修复费用经鉴定仅为11202.31元,A公司不能以此作为拒付全部工程款的理由。

(五)A公司接收案涉工程,一直正常销售房屋,部分房屋已经入住使用,其早已占有、使用案涉工程,现又以质量不合格拒付工程款,不应得到法院支持。

【裁判意见概要】

最高人民法院认为:本案中,A公司、B公司主张有权拒绝对支付C公司的工程款和停工期间损失费的理由为C公司修建工程的主体结构存在影响安全使用的质量问题,且为未完工程,A公司在未完工程上继续修建不能视为对工程质量的认可,根据2004建司法解释第十条、第十三条的规定,A公司有权拒绝对支付C公司的工程款;即使认定A公司擅自使用未完工程,A公司根据2004建司法解释第十三条中“但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任”的规定,亦有权拒绝对支付C公司的工程款。

2004建司法解释第十条、第三条规定:“在建设工程施工合同解除后,已经完成的建设工程质量不合格的,修复后经竣工验收不合格,对承包人请求支付工程款不予支持。2004建司法解释第十三条规定“建设工程未经竣工验收,发给人擅自使用后,又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,不予支持;但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内

对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任”,即发给人擅自使用未经竣工验收的建设工程,可视为发给人认可建设工程质量,或者虽然工程质量不合格但发给人自愿承担责任,所使用部分的工程质量责任风险由承包人转移至发给人,但是地基基础工程和主体结构的质量责任仍由承包人承担。

就本案而言,首先,A公司在C公司撤场后,在未就C公司修建的工程进行验收的情况下,另行委托第三方在C公司修建工程的基础上继续施工,属于擅自使用未经竣工验收的建设工程。因此,本案不应适用2004建司法解释第十条、第十三条的规定,而应适用2004建司法解释第十三条的规定。二审判决认定视为A公司对C公司修建工程质量的认可,并以此认定A公司、B公司以C公司修建工程存在质量不合格问题为由主张拒绝对支付工程款没有法律依据,进而判决A公司向C公司支付工程款、停工期间损失费,B公司向C公司承担补充清偿责任,并无不当。A公司、B公司主张贵司鉴〔2020〕建字第14号司法鉴定意见书关于不符合设计要求、不满足规范要求的质量问题影响安全使用,但仅有设计单位的陈述不足以证明C公司施工的案涉工程因该3项质量问题影响安全使用,因此A公司、B公司以该3项质量问题影响安全使用为由主张拒付工程款,理由不成立。其次,案涉工程经鉴定存在的质量问题涉及主体结构,根据2004建司法解释第十三条的规定,即使二审判决认定视为A公司对C公司修建工程质量的认可,也不能免除C公司对所修建工程地基基础和主体结构质量承担民事责任。在案涉工程的合理使用寿命内,如后续施工、验收及实际使用过程中因C公司建设的地基基础工程和主体结构质量影响安全使用,产生质量修复费用等,A公司可另行向C公司主张承担民事责任。A公司、B公司的其他再审查理由缺乏事实和法律依据,依法不能成立。

综上,A公司、B公司的再审查申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条第二项、第六项的规定。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条第一款,《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》第三百九十三条第二款规定,裁定如下:驳回A公司、B公司的再审查申请。

近些年来,中建八局在积聚了雄厚的科技优势与市场资源的同时,商业秘密的保护问题也逐渐凸显出来,在企业的发展过程中成为一个重要议题。曾轰动全国的“华为泄密案”就为我们敲响了警钟。在这起案例中,原华为3名技术人员辞职后,成立了上海沪科科技有限公司,并将“窃取”的核心技术卖给了华为公司的直接竞争对手,使其通过华为公司的商业秘密开发出功能相同的产品,华为因此损失超过1.8亿元人民币。这不禁让我们扼腕叹息,也让我们切实地体会到了不重视企业商业秘密保护的惨痛教训。

对于企业而言,商业秘密好比魔术师背后的“十八般武艺”,可以在经营过程中为其带来经济利益,这种利益有时是巨大的,独占的,而一旦被不法分子获取,将使企业遭受巨大损失,因此,为维护自身合法权益,企业必须把保护商业秘密作为重点工作;除此之外,加强企业商业秘密的保护也有助于打击扰乱市场秩序的不良行为,推动建立诚实、信用的市场经营理念和公平、合法的经营环境,发挥法律在市场经济运行中的良性作用;再者,作为世界贸易组织成员,我们也有义务遵循《与贸易有关的知识产权协议》,而八局作为国有大型建筑施工骨干企业,不论是商业秘密的进攻战还是防御战,更应遵循协议的精神积极参与,在发展中最大限度地维护自身合法权益。

要强化保密意识,落实商业秘密的保护不是一句空话,必须立足当前,着眼长远,从思想上、行动上做文章,下大力气抓好眼前的工作。

第一,坚持依法治企,落实法律宣贯。在深化改革开放进入新阶段的今天,市场经济是法治经济,依法治企是企业走向市场的时代选择与必由之路。这也意味着企业要从思想上实现“人治”向“法治”的转变,在发展过程中必须倡导法治思维和法律手段解决问题。具言之,就是以法律作为企业管理和经营的依据,而不以某个人的想法和喜好作为衡量对错的标尺,把依法治企的核心理念贯穿于企业发展的方方面面;此外,将依法治企落到实处,还应重视法律宣贯,增强员工法律意识,促进其知法、懂法、守法,特别是在企业商业秘密保护问题上,加强对《民法》《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国反不正当竞争法》等相关条文的宣贯,使员工在日常工作中明确法律界限与行为底线,切实按照法律的规定约束自我。

第二,确保制度先行,实现技术护航。企业的规章制度是每位员工必须遵守的行为准则,对员工具有约束力。八局作为高新技术企业应当更加注意商业秘密保护在制度层面的规范化与及时性,更好地健全和落实本企业的规章制度,防止企业遭受不必要的损失,使商业秘密发挥其应有的价值。利用制度强化商业秘密的保护要选准突破口,抓住关节点,特别注意在规章制度中明确涉密岗位和涉密人员,按照保密的层级对人员进行区分,并对其权利义务及违反的后果进行设定,对于特殊的员工还应签订保密协议和竞业禁止协议,以上内容应及时公示,确保员工知悉。除此之外,技术手段也是企业打好商业秘密防线的利器。对于普通员工来说,可采取一般技术手段。例如,对计算机显示屏的保密页面设定:“以下内容为商业秘密,未经许可不得复制、泄露”等电子标语,可以起到警示作用;对于涉密岗位员工,可以为其设置进入特定程序或页面的密码口令,或者通过有针对性的技术手段全面监控计算机的使用情况,及时防止商业秘密泄露。使用技术手段保护商业秘密要特别注意防止矫枉过正,技术措施要有针对性地开展,切忌眉毛胡子一把抓。

第三,树立保密意识,增强企业凝聚力。于我们,铁军八局,当有铁的精神、铁的纪律!保护企业商业秘密不受侵犯,每位员工是第一责任人。企业商业会有自觉,有自觉才能转化为行动。作为员工,我们应当了解企业经营当中,不论是经营信息还是技术方法都属于企业重要的无形资产,是企业通过长时间的沉淀和经验总结得来的,一旦泄露,可能使企业遭受重大损失,因此,作为集体的一员,我们应当保持有这样一份责任感,守护企业的心血,而非把它作为自己投机致富的手段。于企业而言,如果把其比作楼宇,那么员工间的凝聚力就是无形的地基,地基不牢,高楼难立。因此,增强企业凝聚力对于强化商业秘密保护而言绝不是在做“无用功”。企业可以投入部分精力举办类似团体比赛、出游等团建活动,增强员工对企业的归属感与主人翁意识,促使员工由内而外地产生对企业的责任感,自发地保护集体劳动成果。

强化商业秘密保护,助推八局创新发展,必须向顶层设计要动力,向狠抓落实要潜力。在众多案例中吸取教训,对商业风险保有敬畏之心,是企业管理者应尽之责;以员工之力,维护企业核心利益,使所作所为无愧于心,是践行铁军精神的应有之义。只有这样,才能为企业经济效益、商业风险系数“一升一降”提供条件,让企业凭实力参与市场竞争,为社会主义市场经济良性运行打下坚实基础。

(中建八局上海公司)

法务经验 建筑企业商业秘密法律保护体系构建与风险防控路径探析

□陈玲玉