

关于“背靠背”条款效力批复的适用范围与审查路径

□朱俊 杨洋

“背靠背”条款一般是指双方在合同中约定付款方的付款时间、金额、方式等以第三方支付款项于付款方为条件的条款。“背靠背”条款在各类合同中均可能出现，但建设工程领域中由于资金需求量大，工程周期较长等特点，在“业主—总包—分包”的交易结构中被广泛运用，总承包方通常以该条款来转移业主方的支付风险，减轻自身的垫资付款压力；分包方也同意总承包方按照“背靠背”条款支付或者通过其他方式延长付款期限，以换取更多交易机会。

对于“背靠背”条款的法律性质和效力在理论界和实务界存在不少争议。关于法律性质，主要有附期限和附条件两种观点；关于效力，有无效和有效两种观点。最高人民法院于2024年8月出台了《最高人民法院关于大型企业与企业之间约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（以下简称《批复》）。在《批复》中，最高人民法院将《保障中小企业款项支付条例》（以下简称《条例》）第一条第一款中的“效力性强制性规定”，从而否定了“背靠背”条款在特定条件下的效力。《批复》的发布有利于明确约束大型企业拖欠中小企业账款的行为，也为司法实践提供了明确的裁判指引。笔者尝试对《批复》的适用范围与审查路径进行探讨。

一、适用范围

《批复》第一条明确了适用范围，就适用纠纷类型而言，限定在大型企业在建设工程施工、采购货物或者服务的过程中产

生的纠纷；就适用主体而言，限定在付款方为大型企业，收款方为中小型企业。

1. 适用纠纷类型。

《批复》将适用纠纷的类型限定在建设工程施工、采购货物或者服务等典型的合同类型。另外，合同中应包含大型企业以收到上游采购方或业主方等付款作为向下游中小企业给付款项的前提条件，其中也包含按照第三方拨款进度按比例向中小企业支付款项等不合理条件。据此，涉及“背靠背”条款合同类型不再局限于建设工程施工合同，而系由建设工程施工合同扩大为建设工程施工、采购货物或者服务等典型的合同类型。此前在非建设工程领域，司法实践将“背靠背”条款认定为无效的并不多，而《批复》的出台，意味着适用范围有了较大的扩张。笔者认为，适用范围的变更意味着所保护法益倾向的拓展。此前，各地法院在审理相关争议时，更注重对建设工程施工合同背后农民工工资支付的利益保障，而目前很多中小企业存在资金链断裂、回款困难、无法支付工资的情况。在此背景下，《批复》对于适用纠纷类型的扩张更有助于避免产生大型企业拖欠中小企业账款中利益失衡的情形，有利于解决中小企业的经营困境，优化营商环境。

2. 适用主体。

《支付条例》在第三条对判定大型企业及中小型企业的时间节点规定为合同订立时。该条还依据国务院批准的中小企业划分标准来确定中型企业、小型企业和微型企业；而大型企业，是指中小

微企业以外的企业。2011年6月，工业和信息化部、国家统计局、国家发展和改革委员会、财政部制定了《中小企业划型标准规定》，将中小企业划分为中型、小型、微型三种类型，还根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定了相应标准。在建筑行业，营业收入80000万元以下或资产总额80000万元以下的企业为中小微型企业的范围。2017年12月，国家统计局修订并出台了《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》，该办法延续2011年划分办法的分类原则、方法、结构框架和适用范围。此外，2021年，工业和信息化部发布了《中小企业划型标准规定（修订征求意见稿）》，该意见稿修改了各领域企业的认定标准，提高了相关标准的数额。但是，与2011年的《中小企业划型标准规定》要求同时满足营业收入与资产总额两项标准不同，该征求意见稿要求企业只要满足其中一项标准即可。例如，在建筑业行业，企业如果满足营业收入8亿元及以上或者资产总额10亿元及以上（该数额有所提高）两者之一的，即不再属于中小微型企业。该征求意见稿尚未通过和生效，因此目前企业规模认定仍采用原标准，但是从中可以窥见到一些未来的修改方向。

二、审查路径

对于在相关案件中是否适用《批复》，不仅需要审查主体、纠纷类型等，还要注意审查以下几个方面：

1. 中小企业是否履行告知义务。

《支付条例》第三条第二款规定要求中小企业在签订合同时履行告知义务。工业和信息化部产业政策与法规司、工业和信息化部中小企业局、司法部立法二局联合编著的《保障中小企业款项支付条例释义》一书中明确：“支付条例”在交易中给予中小企业特殊保护，但对于确定企业规模类型的指标，如从业人员、营业收入、资产总额等信息，对于企业外部的人而言获取难度较大，交易的一方当事人往往难以判断交易相对人是否属于中小企业。为保护平等交易双方的合法权益，中小企业应当主动履行告知义务，如果没有在签订合同时告知，交易对手方也没有义务去核实，其将不受《支付条例》及相关法律法规的约束。司法实践中，存在两种观点，第一种观点认为，基于对合同相对方知情权的保护而援引民法典第五百八十四条，对于未主动履行告知义务的中小企业，无法依据《支付条例》支持日万分之五利息的诉请；而第二种观点认为，基于商事交易行为的真实性原则，大型企业在签订合同时应查询相对方在国家企业信用信息公示网、企业信息查询APP等公开信息，否则，在诉讼中以未调查或者不知晓作为抗辩的，不予支持。参照相关立法精神，笔者认为，中小企业依据《批复》主张相应逾期付款利息的，也应当满足主动履行告知义务的前提，否则有较大可能不会得到支持，但是未履行告知义务并不阻碍“背靠背”条款的无效认定。

2. 中小企业是否适当履行合同义务。

中小企业已经按合同约定适当履行

义务是其能主张合同款项的基础。在案件审理过程中，考虑是否突破“背靠背”条款、分配举证责任之前，应首先对中小企业是否适当、按约完成合同义务予以审查，确保其具有权利主张的事实与法律依据。若中小企业就其是否履行及履行合同情况无法完成举证，则通常没有必要进一步审查是否应当突破“背靠背”条款。

3. 大型企业是否明确告知“背靠背”条款。

鉴于“背靠背”条款对双方权利义务的重要影响，作为付款义务风险的转嫁方，大型企业应就该条款以明示或其他合理适当的方式向中小企业告知。措辞用语尽量明确具体，采用文字、符号、字体等特别标识以引起中小企业注意，并对“背靠背”条款予以说明；对付款时间、付款比例、付款条件等予以明示，做到约定明确具体，避免使用模棱两可或者易产生歧义的语句，导致双方以后产生解释理解上的争议；若其提供的是格式条款，则应根据民法典第四百九十六条至第四百九十八条的规定作出判断。

4. 大型企业是否存在对第三方违约的行为。

在大型企业与第三方的合同中，大型企业应全面履行自身合同义务，如果未履行或未全面履行合同义务的，则构成对第三方的违约，第三方有权拒绝付款。此时，如大型企业援引“背靠背”条款，将导致大型企业因自己的违约行为而获得拒绝向中小企业付款的额外获

益，导致明显不公。此种情形下，笔者认为，可以适用民法典第一百五十九条的规定，即当事人为了自己的利益不正当促成条件成就的，视为条件未成就；不正当阻止条件成就的，视为条件已成就。

5. 大型企业是否急于对第三方主张权利。

根据“背靠背”条款，大型企业实际上负有向第三方积极主张权利的义务。如果大型企业援引“背靠背”条款进行有效抗辩时，须对其与第三方之间的结算情况以及第三方向其支付价款情况，有积极向第三方催讨价款或者向法院、仲裁机关提起相关诉讼或仲裁等事实，承担举证责任。否则，如果大型企业急于向第三方主张权利，可以认定为其违反“背靠背”条款而构成违约，或者不正当阻止条件成就，从而可适用民法典第一百五十九条的规定。

6. 第三方是否已经明显丧失清偿能力。

在双方合同订立“背靠背”条款时，中小企业享有取得款项的期待权。“背靠背”条款虽然一定程度上转移了大型企业的支付风险，但并不意味着其支付合同价款的义务就此消灭，在第三方明显欠缺清偿能力（如破产、被财产保全等）而可能导致款项始终无法支付等情况下，中小企业已无取得款项的期待权，若继续适用“背靠背”条款，对于中小企业来说明显利益失衡。故大型企业不得以“背靠背”条款为由拒绝付款。（作者单位：上海市浦东新区法院）

建筑法治文化漫谈

俗成于下：法治文化的物化

□沈定成

法治，是现代社会的基石，是文明进步的重要标尺，而法治文化，则是法治落地生根的灵魂支撑。它承载着公平正义、权责对等、权利保障、遵法守法等核心价值，是深藏于社会肌理、植根于民众内心的法治信仰与行为自觉。正如出自苏轼的《河南府进士策问三首之一》的法谚“法立于上则俗成于下”。

一、核心内涵：让抽象理念有迹可循

法治作为人类文明的重要成果之一，意义重大，法治建设的成效关乎民众的安居乐业，关乎社会的安定有序，关乎国家的长治久安。而一个国家的法治文化是在特定的历史背景下，在社会经济发展的基础上形成的表现和传达这个国家基本法治精神的文化。法律的严谨、法治的庄重，若只停留在理论层面，很容易与普通民众产生距离感，甚至让人产生“法治与己无关”的认知偏差。

而物化，正是破解这一问题的关键。法治文化物化，本质是精神内核的具象落地，是把抽象的法治思想、法律原则、法治精神，附着于物质载体、空间场景、生活器物之上，摆脱单一的理论宣讲与条文灌输，让法治在“高高在上”的理念，变成“触手可及”的存在。相较于抽象的法律条文、晦涩的法治理论、宏大的法治理念，法治文化的物化，以物载法、以景育法、以境润法，搭建起了法治精神与大众生活之间的桥梁，将无形的法治内涵转化为有形、可感、可触的具象形态。从文化传播与社会教化的角度来看，法治文化物化，是法治文化传承与普及的必然路径。文化本身兼具精神属性与物质属性，纯粹的精神文化若脱离物质载体，便难以传播、难以留存、难以被大众感知，法治文化亦是如此。

换言之，法治文化物化，就是通过物质载体搭建法治文化传播的场景，将“法律面前人人平等”“公平正义”“权责统一”等抽象的法治理念，转化为具

体的、可视化的、可体验的物质形式，让法治文化从无形变为有形、从深奥变通俗、从遥远变贴近。这种转化绝非简单的符号拼贴，而是对法治文化内核的深度提炼与精准表达，以物质为载体传递法治温度、彰显法治权威、普及法治认知，让大众在日常体验中读懂法治、认同法治、信仰法治。

二、多元形态：浸润社会的法治表达

当下的法治文化物化，早已不是单一的普法标语、宣传展板，而是形成了覆盖司法场景、公共空间、生活日常、历史传承的多元体系，以不同形式渗透在社会生活的方方面面，构成了全方位的法治文化传播矩阵。

（一）司法专属载体：彰显法治的庄严权威

司法场景中的物化载体，是法治权威最直接的体现。法庭之上，法槌、法袍、法徽、天平标识，每一件器物都承载着法治内涵；规整肃穆的审判席、庄严大气的法庭布局、宪法宣誓台，每一处设计都传递着法律的神圣不可侵犯。法槌落下，是秩序的宣告；法袍加身，是公正的象征；宣誓台矗立，是对宪法法律的忠诚。这些专属物化载体，无需过多言语，便能营造出庄重威严的法治氛围，让身处其中的人直观感受到法律的权威，树立对法律的敬畏之心。

（二）公共空间场景：融入生活的法治熏陶

依托城乡公共空间打造的法治物化场景，是最贴近大众的普法载体。如今，法治公园、法治广场、法治长廊、法治步道，已逐步融入城市与社区的公共空间建设之中。景观石上篆刻的法治名言、墙体上绘制的法治故事浮雕、步道旁设置的法律知识展板、广场上矗立的宪法主题雕塑，将法治元素与休闲娱乐完美融合。民众在散步、休闲、娱乐的闲暇时光，便能不经意间接触法律知识、感受法治精神，这种沉浸式、浸润

式的熏陶，打破了传统普法的时空限制，让法治文化融入日常生活，实现了“润物细无声”的教化效果。

（三）文创艺术作品：贴近大众的法治传播

法治文创与艺术作品，让法治文化物化更具生活化与传播力。法治主题的书画、摄影、剪纸、雕塑、非遗作品，将法治理念与艺术美学相结合，让法治文化更具观赏性；印有法治典故、法律常识的书签、笔记本、雨伞、水杯等日常文创，把法治元素融入衣食住行，让法治陪伴民众生活点滴；盲文版法律手册、无障碍法庭设施，则体现了“法律面前人人平等”不仅是口号。法治动漫、沉浸式法治展陈、普法短视频、法治虚拟人等新兴形式，以数字化、趣味化的表达，打破了法治的刻板印象，让青少年群体更易接受、更愿传播，拓宽了法治文化物化的边界。

（四）历史文化载体：传承法治的精神根脉

法律文物、法治建筑等物化载体，是法治文化传承的重要依托。睡虎地秦简、唐律疏议等古代法律文献，镌刻着中华传统法治智慧，是法治文化赓续传承的历史见证；两江总督署、淮安府衙、民国立法院建筑群、民国最高法院旧址等，作为法治文化物质载体之一，将法治印记深深烙印在城市发展之中，让法治文化成为地域文化、城市文化的一部分。在社会发展进程中，它们承担着弘扬优秀传统文化、创新发展中国特色社会主义法治文化并为今借鉴的历史使命。

三、时代价值：筑牢法治社会建设根基

法治文化物化，绝非形式上的装点，而是法治社会建设的重要抓手，有着不可替代的现实意义与时代价值。

其一，打破法治认知壁垒，拉近法治与民众的距离。对于普通民众而言，抽象的法治理论、专业的法律条文晦涩

难懂，而物化后的法治载体直观通俗、贴近生活，能够有效消除民众对法治的陌生感与距离感，让大众清晰感知到法治就在身边，破解“法治离我很远”的认知误区，让普法从“被动接受”变为“主动感知”。

其二，强化全民法治信仰，培育遵法守法自觉。相较于一次性的普法宣传，物化的法治载体具有长期性、稳定性，持续不断地向社会传递法治理念、营造法治氛围。身处这样的环境中，民众会在潜移默化中树立法律意识，逐步养成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的行为习惯，让敬畏法律、遵守法律成为全民共识。

其三，传承法治文化基因，厚植法治社会土壤。法治文化物化载体，既留存了传统法治文化精髓，又展现了现代法治建设成果，是法治文化传承的重要载体。通过这些有形的物质形态，法治文化得以代代相传，逐步融入民族文化血脉，为法治社会、法治国家、法治政府建设筑牢深厚的文化根基。

结语

推进法治文化物化，要坚决避免形式主义，杜绝重形式、轻内涵的符号堆砌。当下部分法治物化场景存在内容空洞、千篇一律、设计生硬等问题，看似载体丰富，实则难以真正传递法治精神，反而弱化了法治文化的教化效果。真正优质的法治文化物化，要坚持内涵为先、形式为辅，立足本土文化特色，深挖法治文化内核，让物质载体与法治精神高度契合；要兼顾艺术性与实用性，贴近大众生活需求，创新表达形式，避免刻板说教；要精准对接不同群体的认知特点，打造差异化、接地气的物化成果，让法治文化真正入心、入脑、入心。唯有深耕中华优秀传统文化法律文化，不断优化法治文化物化形式，才能让法治信仰真正扎根于全社会，为国家长治久安、社会和谐稳定、人民幸福安康筑牢坚实的法治根基。

（作者单位：江苏省法学会、中国法治现代化研究院）

案情简介

广西某投资公司系广西某市某商品房小区的建设单位，2015年12月3日，广西某投资公司（发包人）与福建某建设工程有限公司（承包人）就小区1#-8#楼及其地下室工程施工及有关事项协商一致，签订《建设工程施工合同》。后侯某（承包人、乙方）与福建某建设工程有限公司（发包人、甲方）、广西某投资公司（担保人、丙方）就案涉项目的1#-8#工程施工及相关事项协商一致，签订《劳务分包合同》。合同签订后，侯某带领施工队伍进场施工。2016年4月13日，侯某向广西某投资公司支付了案涉项目工程保证金300万元，后广西某投资公司将该300万元项目工程保证金退回了侯某。2018年8月，侯某、广西某投资公司及案外人广西某工程造价咨询有限公司对案涉项目的工程量进行确认，并出具了《工程预算书》。2019年11月，案涉项目经五方验收合格。2019年12月20日，侯某与广西某投资公司的工作人员对案涉项目变更增加、减少面积施工部分进行了确认，并共同制作了《某小区项目总包合同内未施工项目统计汇总表》。2020年10月20日，侯某与广西某投资公司签订《补充协议》，对工程量的确定和工程造价以及工期延误违约责任等内容作出重大变更。后侯某因追索工程款未果，向人民法院起诉，请求广西某投资公司、福建某建设工程有限公司支付欠付工程款及利息，侯某在广西某投资公司欠付工程款范围内对案涉工程折价或拍卖的价款优先受偿。

裁判结果

人民法院经审理认为，首先，从合同签订情况来看，福建某建设工程有限公司与侯某签订案涉《劳务分包合同》时，发包人广西某投资公司亦作为合同的一方，即作为侯某的担保人参与了合同的签订。其次，从合同履行情况来看，案涉《劳务分包合同》签订后300万元保证金系侯某直接支付给广西某投资公司，后续退还保证金也是广西某投资公司直接支付给侯某；广西某投资公司直接与侯某确认工程量并结算。综上，可以认定侯某系借用福建某建设工程有限公司资质承揽案涉工程并施工，且广西某投资公司对此亦明知；在合同履行过程中一直均是侯某与广西某投资公司对接、沟通，广西某投资公司与侯某之间形成事实上的建设工程施工合同关系。虽然，侯某挂靠福建某建设工程有限公司承建案涉工程违反法律强制性规定而无效，但侯某实际组织人力物力进行了施工建设，侯某有权参照《劳务分包合同》及其《补充协议》约定向发包人广西某投资公司主张工程价款。遂判决：广西某投资公司向侯某支付工程款9202534.76元及利息，侯某就9202534.76元工程款对案涉工程折价或拍卖所得价款享有优先受偿权。

裁判要旨

缺乏相应资质的单位或者自然人借用有资质的建筑施工企业名义订立建设工程施工合同，借用资质的单位或者自然人提供其与发包人进行合同磋商、工程结算等证据证明发包人知道或者应当知道借用资质情形的，应认定借用资质一方与发包人成立事实上的建设工程施工合同关系，其可以直接向发包人主张折价补偿款，同时可以申请人民法院追加出借资质的单位为第三人。

典型意义

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程，因违反建筑市场准入和工程质量管理规定，严重扰乱建筑市场秩序，被《中华人民共和国建筑法》明令禁止。发包人明知实际施工人借用资质承揽案涉工程，仍与其对接工程施工相关事宜，应认定借用资质一方与发包人成立事实上的建设工程施工合同关系，其可以直接向发包人主张折价补偿款。强化发包人责任，既有利于防止发包人放任承包人出借资质，影响工程质量，也有利于保障实际施工人合法权益，遏制发包人通过以承包人借用资质为逃避付款义务，对规范建筑市场秩序、保护劳动者合法权益具有积极意义。

案例

明知挂靠情形下，借用资质方对发包人享有直接求偿权