

建设工程分包合同中“付款背靠背条款”的法律研究

刘 滢

北京航空航天大学法学院, 北京

收稿日期: 2026年7月6日; 录用日期: 2026年10月13日; 发布日期: 2026年10月23日

摘 要

在建设工程分包合同中, 付款背靠背条款大量存在, 现行法律规范未对其作出明确定义, 其仅为建设工程领域实践中的习惯性表达, 核心是承包人向分包人的付款以发包人向承包人的付款为前提。关于此条款的性质, 主流观点是附条件说, 将发包人的付款看作一个不确定发生的事实。关于此条款的效力, 出台的《关于大型企业与中小型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》认为大型企业与中小企业之间签订的此条款无效。本文认为该条款的性质既不是附条件也不是附期限, 实质上是承包人与分包人对付款义务履行期限的一种特殊约定。本文认为认定该条款的效力应当采取二分法, 对于大型企业与中小企业之间的条款应当根据《关于大型企业与中小型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》认定无效, 对于大型企业之间以及中小企业之间的约定的付款背靠背条款应当基于意思自治, 认定原则上是有效的, 例外存在一些不能以此抗辩的情形。本文提出“司法裁判”与“事前防范”的双重规制路径, 一方面在承包人未履行自身义务、承包人未积极向发包人主张权利、发包人破产等情形下, 为了保护分包人的利益, 承包人不能以此条款主张抗辩。当出现发包人付款不能的情况下, 应当看作是对合同内容的约定不明, 此时则要根据民法典第511条处理。另一方面, 在合同的订立阶段, 承包人和分包人都要采取措施尽量降低付款背靠背条款带来的风险。

关键词

建设工程分包合同, 付款背靠背条款, 履行期限的特殊约定

A Legal Study on “Pay-When-Paid Clauses” in Construction Subcontracts

Ying Liu

Law School, Beihang University, Beijing

Received: July 6, 2026; accepted: October 13, 2026; published: October 23, 2026

Abstract

In construction project subcontracting contracts, back-to-back payment clauses are widely prevalent. Current legal regulations do not provide a clear definition for them, as they are merely habitual expressions in the construction industry, with the core principle being that the contractor's payment to the subcontractor is contingent upon the employer's payment to the contractor. Regarding the nature of such clauses, the prevailing view is the conditional theory, treating the employer's payment as an uncertain factual occurrence. On the issue of validity, the *Reply on the Effectiveness of Clauses Where Payment to Subcontractors is Conditioned on Third-Party Payments by Large Enterprises to Small and Medium-Sized Enterprises* (hereinafter referred to as the *Reply*) holds that such clauses between large enterprises and SMEs are invalid. This article argues that the nature of these clauses is neither conditional nor time-bound but rather a special agreement between the contractor and subcontractor on the fulfillment period of payment obligations. It proposes a dichotomous approach to determining validity: clauses between large enterprises and SMEs should be deemed invalid in accordance with the *Reply*, while back-to-back payment clauses between large enterprises or between SMEs should be recognized as valid in principle, with exceptions where certain defenses are not permissible. The article advocates a dual regulatory approach of "judicial adjudication" and "pre-contractual prevention". On the one hand, to protect subcontractors' interests, contractors cannot invoke such clauses for defense in cases where they fail to fulfill their own obligations, do not actively claim rights from the employer, or the employer goes bankrupt. If the employer fails to make payments, it should be treated as an ambiguous contractual term, and the matter should be resolved under Article 511 of the Civil Code. On the other hand, during the contract formation stage, both contractors and subcontractors must take measures to mitigate the risks associated with back-to-back payment clauses.

Keywords

Construction Subcontract, Pay-When-Paid Clause, Special Agreement on the Time Limit for Performance

Copyright © 2026 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

笔者以“民事案件”“建设工程施工合同纠纷”“2026”为关键词检索,获 19192 件。增加“背靠背”关键词,共搜集 73 篇,整理分析有效案件 50 篇。按性质划分:附条件 6 篇(12%),附期限 1 篇(2%),履行期限约定不明 10 篇(20%),未明确 33 篇(66%)。按效力划分:有效 5 篇(10%),无效 13 篇(26%),未明确但不支持抗辩 32 篇(64%)。在不支持抗辩的案件中,理由分布为:不公平 8 篇(25%),承包人怠于行使权利 6 篇(18.75%),《民法典》第 511 条 4 篇(12.5%),其余为违反诚实信用、工程已竣工等理由。司法实践呈现裁判理由多元、结果不一的特点,统一认定标准确有必要。

2. 付款背靠背条款的历史渊源

付款背靠背条款最早源于英美法系。该条款具体表现为“pay-if-paid”与“pay-when-paid”“pay if paid”将发包人的付款看成一个条件,发包人不付款即条件不成就,分包人也就无法取得工程款,这使得分包

人获得工程款的难度增加,分包人的利益难以保障,因此在法律适用上也比较严格。“pay when paid”更强调付款期限,即无论发包人是否向承包人付款,法院认可发包人的付款义务,但其付款义务有一定的付款期限。英国原则上否认“pay-if-paid”的效力,仅在发包人破产时例外[1]。美国各州态度不一,加利福尼亚等州禁止“pay-if-paid”但认可“pay-when-paid”。1996年我国加入FIDIC后,付款背靠背条款逐渐在我国推广并适用。值得注意的是,我国实践中对两种形态未作严格区分,统称为“背靠背条款”,但其规范目的更接近“pay-when-paid”——即承包人并不意图免除付款义务,而是寻求付款时间的弹性化处理。

3. 付款背靠背条款的性质辨析

关于付款背靠背条款的性质,学界存在“合同附条件说”“合同附期限说”“条款附条件说”“条款附期限说”四种观点。本文认为均未能准确揭示其法律本质,应定性为付款义务履行期限的特殊约定。

首先,不能将付款背靠背条款的性质理解成“合同附条件说”或者“合同附期限说”。民法典第158条规定:“附生效条件的民事法律行为,自条件成就时生效”。依照此逻辑,若发包人始终未向承包人付款或者付款比例不足以支付下游的分包人,承包人自身的付款条件不成就,整个民事法律行为就不生效,合同不生效,这显然是不符合实际情况的也是不符合情理的。其次,付款背靠背条款的性质并不是附条件。王利明老师在其《民法总则新论》中讲到:“条件,是指决定民事法律行为的效力产生和消灭的未来不确定的事实”[2]。支持附条件说的学者把发包人的付款义务看作是未来的不确定发生的事实,分包人订立合同的核心目的是获得工程款,其愿意接受的至多是发包人迟延付款的风险,而非根本不付款的风险,也不能根据此条款得出在发包人不结算的情况下,分包人与承包人达成免除债务履行的合意,倘若分包人一开始便认识到了发包人有极大可能不履行付款义务,那么分包人在签订合同时便会谨慎甚至选择不签约,合同既然签订并且履行就说明分包人的核心目的是得到工程款[2]。另外,建设工程分包合同的本质是双务合同,倘若把发包人的付款义务看作是不确定发生的义务,那么该合同在性质上便滑向了射幸合同,在我国射幸合同的种类以及效力是有限制的[3],如保险合同、抽奖合同。很显然,建设工程分包合同在性质上并不属于射幸合同。再者,条件本身就具有或然性的特征,若将条件附到义务上,则义务也会随之具有或然性而变得不稳定,进而也会摧毁合同的稳定性和确定性[4]。最后,审计报告只是审计机关作出行政处理决定的依据,不能直接作为认定工程价款的依据,也不是人民法院或者仲裁机构审理案件的依据[5]。另外,付款背靠背条款的性质并不属于附期限。支持附期限说的学者实际上是混淆了法律行为的附期限和法律行为的履行期限。法律行为附期限中的期限是指当事人以将来客观确定到来的事实,作为决定民事法律行为效力的附款[6]。法律行为的履行期限是指双方当事人约定的履行法律行为所确定的义务的时间,在履行期限到来之前,当事人双方不需要实际履行义务,债权人也不能请求债务人实际履行债务,否则债务人有权拒绝。简言之,附期限涉及到法律行为的效力问题,而履行期限只是对实际履行义务的规定,并不是对法律行为效力的规定[7]。最后,崔建远老师认为:“尽管附条件合同固然有其存在空间,但实践中的大量情形是整个法律行为已经生效,仅对其中某项义务的履行附加条件”[8],也就是条款的附款只影响该条款的生效或失效,并不影响整个合同的效力,虽有合理性,但结合条件、期限的定义与特征综合分析后,付款背靠背条款的本质更符合履行期限的定义:承包人付款义务确定存在,仅履行时间借助“发包人付款”这一外部事件予以确定,该事件兼具确定性与不确定性:发包人负有付款义务在规范意义上是确定的,但具体付款时间受多种因素影响具有不确定性。这种“确定义务+不确定时间”的结构,恰是“pay-when-paid”条款的核心特征,也是将其定性为“履行期限特殊约定”而非“附条件”的法理基础。

4. 背靠背条款的效力界定

2012年8月6日,北京市高级人民法院发布《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》¹(以下简称《解答》),《解答》的第22条肯定了背靠背条款的效力,同时为了平衡承包人和分包人之间的权利义务,在一定程度上保障分包人的权利,将举证责任分配给承包人。2024年8月27日,最高人民法院发布的《关于大型企业与中小型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》²(以下简称《批复》)否定了大型企业与中小型企业之间的付款背靠背条款的效力,并且规定了如何确定后续的付款期限与违约责任。该《批复》的出台,强化了中小企业的资金回笼能力,也在一定程度上纠正了因市场地位不平等导致的“不公平”的现象,促进社会经济的发展。但是另一方面,该《批复》也存在一些缺陷。首先,《批复》适用范围有限,仅约束“大-小”企业组合,同级企业之间不受限制。其次,企业规模在长期履约中可能动态变化,而合同订立时的规模认定标准未予明确。再者,若分包人缔约时未如实告知其中小企业身份,致使承包人基于普通商事主体的预期签约,分包人事后援引《批复》主张条款无效,可能有违诚实信用原则。最后,《批复》可能引发市场连锁反应——大型企业为规避适用,倾向于寻找规模相当的企业合作,或要求中小企业通过关联大型企业签约,反而削弱了中小企业的市场参与机会[3]。最后,《批复》引发的连锁反应值得注意,大型企业为规避《批复》适用,可能要求分包方提供非中小企业的证明文件,或要求关联企业作为签约主体,这些措施均会增加交易环节的成本。因此本文认为该《批复》只规定了能够适用的部分情形,并不能充分应对复杂的商业环境,仍需要进一步厘清该条款的效力。

本文认为,界定付款背靠背条款的效力应当采取二元法,对于大型企业与中小型企业之间签订的付款背靠背条款,应当基于《批复》认定无效。对于大型企业之间或者中小型企业之间签订的付款背靠背条款,基于双方真实的意思表示,不违反法律行政法规的强制性规定,也不违反公序良俗,因此原则上是有效的,可以参考适用北京市高级人民法院发布的《解答》第22条。有观点可能质疑:既然同为风险分配条款,为何在非“大-小”组合中公平价值要让位于意思自治?本文认为,问题的关键不在于公平价值被放弃,而在于公平价值在两类情形中的规范内涵不同。在“大-小”组合中,中小企业的“同意”往往是“被迫的同意”,意思自治的实质要件并不具备;而在非“大-小”组合中,双方的“同意”建立在相对对等的缔约能力之上,是经过利益权衡后的真实意思表示。此时尊重意思自治本身就是公平的体现——双方平等协商的结果不应轻易被司法推翻。

5. 对付款背靠背条款无效论的反驳

在明确了条款效力后,有必要对常见的否定其效力的观点予以回应。实践中,主张该条款无效的理由主要集中在以下几个方面:一是违反了合同的相对性,二是该条款属于格式条款。对此,本文认为上述理由均难以成立。

首先,王利明老师在其著作《合同法研究》中讲到:“合同关系的相对性是指合同主要对合同当事人发生法律效力,合同规定的权利义务只能由合同当事人享有并承担,对当事人以外的第三人原则上不产生拘束力[3]”。合同相对性包括主体、内容、责任三方面的相对性。主体上,合同有效时分包人只能向承包人主张权利,不能直接向发包人主张,恰是相对性的体现;合同无效时条款当然无效,亦无相对性可言。内容上,背靠背条款仅强调发包人在总包合同中的付款义务,未为发包人增设分包合同义务[9]。责任上,发包人不付款时仅对承包人承担违约责任,承包人仍需向分包人担责,责任链条并未断裂。

其次,并非所有的格式条款都无效,只有具备民事法律行为无效情形或者格式条款提供方不合理地

¹<https://lawv5.wkinfo.com.cn/legislation/detail/MTAxMDAxMDY5Nzk%3D?index=1&module=&childModule=all&searchId=9aa736a024314974abaadc24b49e78a3&q=%E3%80%8A%E5%8C%97%E4%BA%AC%E5%B8%82%E9%AB%98%E7%BA%A7%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%85%B3%E4%BA%8E%E5%AE%A1%E7%90%86%E5%BB%BA%E8%AE%BE%E5%B7%A5%E7%A8%8B%E6%96%BD%E5%B7%A5%E5%90%88%E5%90%8C%E7%BA%A0%E7%BA%B7%20%20%E6%A1%88%E4%BB%B6%E8%8B%A5%E5%B9%B2%E7%96%91%E9%9A%BE%E9%97%AE%E9%A2%98%E7%9A%84%E8%A7%A3%E7%AD%94%E3%80%8B>

²<https://lawv5.wkinfo.com.cn/legislation/detail/MTAxMDA1MTcxNTM>

免除其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的格式条款无效。格式条款并没有免除承包人的付款义务，也没有加重分包人的责任。付款背靠背条款只是对付款期限做出了一定的限制，并不会对分包人应得的工程款金额作出限制，另外，在比较法上，给付核心条款通常不适用格式条款之内容控制规则，理由是此类条款是当事人合意的最低要求，也必然被相对人特别关注，故其有足够多的机会来拒绝该条款，而接受该条款通常符合其真意^[10]。付款背靠背条款涉及到付款的时间问题，而拿到工程款又是分包人最关心的问题，属于给付核心条款，因此不适用格式条款的规则。当然，若分包人有证据证明在签订合同时，承包人没有尽到合理的提示说明义务，也可以向法庭或者仲裁委提供证据，主张付款背靠背条款属于格式条款而无效。

6. 不得援引付款背靠背条款抗辩的情形

6.1. 付款背靠背条款因承包人未履行或者未完全履行总包合同中的义务的

在总包合同中，发包人具有付款义务，承包人具有按照合同约定完成工程施工、竣工、结算、保修等义务。若分包人按照合同约定履行了相应的义务，承包人因自身的原因对发包人违约，为了防止承包人利用自身的优势地位将自身的商业风险和履行过错转嫁到下游的发包人，此时禁止承包人援引付款背靠背条款来对抗分包人的付款请求权。

6.2. 付款背靠背条款因承包人怠于向发包人主张权利的

承包人仅向发包人发函催告，尚不足以认定为积极主张权利；承包人通过诉讼或仲裁方式主张权利的，方可认定为非“怠于”。例外的，若承包人能证明发函催告已实质促使发包人作出付款安排，可个案认定已尽积极义务。(2025)粤 06 民终 14598 号、(2026)津 03 民终 426 号中，因承包人未能举证积极主张权利，法院未支持其抗辩。

6.3. 付款背靠背条款因发包人破产或者出现支付不能的情况的

当发包人陷入破产或者出现支付不能时，背靠背条款的效力应当受到限制^[11]。发包人破产时，约定的“发包人付款”实质上已无法实现。若仍允许承包人援引背靠背条款抗辩，将使分包人完全承担发包人破产风险，超出合理风险分担范畴。(2025)粤 0606 民初 51753 号持此立场。比较法上，英国主张发包人破产时背靠背条款有效，但应对破产发生时点作区分：若破产发生在工程竣工之前，分包人尚未完成全部义务，分担部分风险尚具合理性；若发生在竣工交付之后，分包人已全面履行义务，再要求其分担风险则有失公平。

6.4. 工程已经完成结算、竣工验收并交付使用的

工程竣工验收、结算完成并交付使用，通常意味着质量合格、工程量确定、付款义务明确。此时承包人与分包人之间付款的核心前提已然满足，发包人是否实际付款已非分包人应承担的风险。若允许承包人继续以背靠背条款抗辩，实质是将发包人付款风险不当转移给已履约的分包人，有违公平与诚信。因此，工程已竣工结算并交付的，承包人不得再以此条款对抗分包人的付款请求。(2025)皖 07 民终 1148 号、(2025)渝 05 民终 9520 号持相同立场。

6.5. 合同本身无效的

合同效力是条款拘束力的逻辑前提。依据《民法典》³第 156 条及第 507 条，无效合同自始无约束力，

³<https://lawy5.wkinfo.com.cn/legislation/detail/MTAxMDAxMzcyODc%3D?index=1&module=&childModule=all&searchId=f24ab169843c4fe7beb22fa6b51145cd&q=%E6%B0%91%E6%B3%95%E5%85%B8>

除争议解决条款外其余条款均无效。故分包合同因违法分包、转包或无资质施工等法定事由整体无效的，付款背靠背条款亦当然无效，承包人不得以此抗辩。(2025)闽 0481 民初 1166 号、(2026)黔 01 民终 314 号等持此立场。

7. 付款义务履行期限约定不明时的解决路径

本文主张付款背靠背条款为付款义务履行期限的特殊约定。该条款以“发包人付款”为付款时间标准，但发包人是否付款、何时付款均不确定，未能设定明确可预期的期限，应认定为履行期限约定不明。依据《民法典》第 511 条，承包人可随时履行，分包人可随时请求履行，但应给予必要准备时间。本文建议以实际竣工并验收通过之日起算，将“T + 18 个月”设为承包人付款的终止期限——参考了工程价款优先受偿权的规定。

8. 合同签订及履行阶段的风险防范

付款背靠背条款的风险防范还需前置置于合同签订与履行阶段，通过完善合同约定来明确权利义务。

发包人、承包人以及分包人三方应尽量签订三方协议。签订三方协议的核心价值在于实现分包人付款请求权与发包人付款情况的“适度脱钩”[12]。具体而言，其一，通过引入发包人作为直接义务主体，直接突破了合同相对性的限制，三方均是合同当事人，赋予分包人直接向发包人主张工程款的权利，有效缩减了分包人获得工程款的时间，减轻分包人的诉累。其二，三方协议可将发包人付款情况与分包人收款权利适度分离，避免承包人将自身履约风险或发包人信用风险完全转嫁给分包人，实现风险分配的公平合理，能够更好地保护分包人的利益。其三，三方协议有助于简化付款流程、减少中间环节，降低因承包人与发包人之间争议导致的分包人收款迟延风险，发包人同时也会起到监督承包人按时付款的作用，避免承包人收到款项后不向分包人付款的情形发生，提升工程款支付的确定性与可预期性[13]。但同时应承认，在实践中有观点认为三方协议可能被发包人用作变相指定分包的工具，反而增加总包单位的风险。因此，在三方协议之外，还应探讨替代机制：一是争取在分包合同中增设兜底期限条款，明确“无论发包人是否付款，承包人应在分包人完成施工后 X 日内付款”；二是在无法签订三方协议时，要求承包人提供付款保函或信用证等增信措施；三是约定争议解决条款时，尽量选择对分包人较为有利的管辖法院或仲裁机构。

承包人作为条款起草方，应对背靠背条款尽到提示说明义务：以加粗、标红、单独签字等合理方式提示；解释条款法律含义及“发包人付款”不确定性等风险；留存履行证据。若未尽义务，分包人可依据《民法典》第 496 条主张该条款不成为合同内容[10]。

分包人应根据议价能力采取分层策略：有议价能力者，争取删除条款或修改为固定付款期限；有部分议价能力者，设置合理期限、最长付款期限、逾期利息、催款义务等兜底条款；无议价能力者，应通过邮件、会议纪要等方式留存异议证据及承包人未尽义务的证明，以备争议中主张权利。

9. 结语

付款背靠背条款作为建设工程分包合同中的常见约定，其核心在于如何在尊重当事人意思自治与保护分包人合法权益之间寻求平衡。本文通过对付款背靠背条款性质的理论辨析，主张其应被定性为关于付款义务履行期限的特殊约定，而非附条件的法律行为，从而推导出在约定不明的情况下，适用《民法典》第 511 条的期限填补规则。在规制路径上，本文提出“司法裁判规制”与“合同事前防范”的双重路径。司法裁判层面，应以诚实信用原则和公平原则为指引，重点审查承包人的履约状况、主张权利的积极性以及发包人的资信状况，避免付款背靠背条款的机械适用；合同防范层面，应通过三方协议、提

示说明义务、兜底条款、分层策略等机制，将风险尽量控制在合同订立阶段。本文试图通过性质定性的理论澄清与规制路径的体系构建，可以在尊重意思自由的同时，实现风险分配的公平正义，为建设工程市场的良性发展贡献制度智慧。

参考文献

- [1] 杭正亚, 徐晓君. 招采中如何适用最高院“背靠背”条款批复[J]. 中国招标, 2024(11): 26-30.
- [2] 宋玉祥. 国际工程项目国内分包合同中付款背靠背条款的效力认定[J]. 项目管理评论, 2022(6): 20-28.
- [3] 王利明. 民法总则新论[M]. 北京: 法律出版社, 2023.
- [4] 袁华之, 丑斌. 分包合同中的“背靠背”条款浅析[J]. 财经法学, 2017(2): 97-105.
- [5] 崔建远. 合同法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2024.
- [6] 王建. 建设工程分包合同中“背靠背支付条款”的性质[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2024, 39(2): 91-100.
- [7] 王勇. 建设工程施工合同纠纷实务解析[M]. 北京: 法律出版社, 2023.
- [8] 李克武, 聂圣. 合同法新论[M]. 武汉: 华中师范大学出版社, 2022.
- [9] 崔建远. 论法律行为或其条款附条件[J]. 法商研究, 2015, 32(4): 29-36.
- [10] 张康康, 周红敏. 中小企业参与市场竞争的特殊保护——解读最高院“背靠背”条款批复[J]. 中国招标, 2025(2): 86-88.
- [11] 王利明. 合同法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2025.
- [12] 王一默. 建设工程合同中“背靠背条款”的适用问题与完善[J]. 河北企业, 2024(2): 143-145.
- [13] 王业华, 宋昊宇. 建设工程领域“背靠背”条款的性质和效力问题解析[J]. 中国律师, 2024(4): 84-86.