

商事合同中“背靠背”条款的理解与适用

◆宋晶晶

(中国人民大学法学院, 北京 100086)

【摘要】关于商事合同中“背靠背”条款法律性质的理解,是作履行附条件约定还是履行附期限约定,在实践中存在广泛争议。在商事合同“背靠背”条款有效的基础上,笔者探析了两种“背靠背”条款的理解路径和适用规则。其一,根据合同中“第三人履行在先”的约定事宜是否确定、期限是否明确,可将商事合同中“背靠背”条款作“履行附期限”或者“履行附条件和履行附期限结合体”的约定理解。其二,作“履行附期限”理解时,在第三人履行义务期限的基础上,确定债务人履行义务的期限,债权人可在债务人期限届满后主张债权。作“履行附条件和履行附期限结合体”理解时,债务人应举证证明“第三人履行在先”的约定事宜是否明知确定的,若能达到该证明标准,则按照前述“履行附期限”的规则适用,否则视为债务人的履行期限不明确,可依据《民法典》的合同漏洞填补规则予以适用。

【关键词】背靠背条款;履行附条件;履行附期限

从“背靠背”条款的发展沿革来看,该条款发源并常见于工程建设领域。国际咨询工程师联合会(FIDIC)所提供的《土木工程施工分包合同条件》第16.3(d)项为“背靠背”条款的约定提供了模板指导。如今在商事合同领域中也逐步呈现普适商业规则的趋势,尤其在连环交易的商事合同中。通常约定为,一方收到合同外第三方的款项后向另一方付款,实务中通常称之为“背靠背”条款。最高人民法院第二巡回法庭在2021年第17次法官会议纪要中,将此类条款表述为“以第三人的履行作为一方履行债务的条件”。

一、问题的提出:案例导入

在一个煤炭采购的连环交易中,甲方与乙方签订了《煤炭采购合同》,乙方将煤炭直接运送至丙方(合同之外的第三人),乙方交付的煤炭由丙方核验数量、质量。合同的结算条款约定:“自甲方收到丙方全部款项之日起7日内,甲方向乙方付款”。后因为丙方一直未向甲方付款,导致甲方也未向乙方付款。乙方遂向法院起诉,请求甲方及时付款,甲方以合同约定的付款条件未成就为由提出抗辩。

法律问题:商事合同中,合同双方以第三人的履行作为一方履行债务的条件,如何理解该约定的性质和效力?

(一)观点一:履行附条件说

案例中的“背靠背”条款明确约定了甲方付款的条件,在性质上认为属于对履行义务所附的条件。由于第三人履行义务并非必然会发生,该条件能否成就、何时成就均存在不确定性。实践中,丙方很可能因为资信问题或者出现破产等极端情况,而导致无力向甲方履行付款义务。因此,从客观事实的必然性与或然性层面观察,案例中“背靠背”条款属于履行附条件的约定。

(二)观点二:履行附期限说

案例中的“背靠背”条款是对甲方履行付款义务所作出的约定,一般在商事合同中,双方建立的是对价有偿关系,故在乙方完成供货义务后,支付合同款项是甲方最主要的合同义务,甲方的付款义务是确定的。依据双方订立合同的目的,“背靠背”条款在本质上属于对履行付款义务所附的期限。

二、“背靠背”条款的效力

“背靠背”条款作为一种风险分担条款,如本文引入案例中合同的甲方,将第三人是否给付及给付是否延迟的风险转移给合同乙方。因此,“背靠背”条款常面临被认为属于格式条款且过分加重合同收款方责任,有违合同公平原则、相对性原则。但是基于契约自由、商事交易行为基本特征及缔约各方的市场地位考虑,目前在司法实践大多认为,“背靠背”条款系当事人意思自治的结果,若不存在违反法律法规效力强制性规定,“背靠背”条款通常认定为有效。在本文案例中,该条款的签订是基于连环交易中甲方与丙方的真实意思表示,不存在欺诈、胁迫和乘人之危等情形,该条款设置的本意不在于免除甲方的支付款项的义务,而是甲方与丙方关于共担资金压力与期限风险的合意,系双方自由选择,并没有不合理地减轻甲方责任。况且,在风险共担的自由商业环境下,各方出于自己的商业目的而促成交易的实现,该条款的使用亦具有一定的合理性。

三、“背靠背”条款性质的理解

需要明确的是,《民法典》规定的“附条件的民事法律行为和附期限的民事法律行为”,与本文探讨的“履行附条件和履行附期限”是两组不同的法律概念。前组概念均属于当事人对合同成立后的合同或部分条款效力问题作出的约定,后组概念是在民事法律行为或合同生效的前提下,一方

合同义务是否履行或何时履行的问题。

鉴于合同中约定“以第三人的履行作为一方履行债务的条件”，该约定是对债务人何时履行债务所作的约定，不影响合同的效力，不属于附条件或附期限的法律行为。目前，在司法实践中大多数人认为，“背靠背”条款系当事人意思自治的结果，通常认定为有效。本文便是在合同生效的基础上，对商事合同中“背靠背”条款的性质理解和适用路径进行了探析。

（一）履行附条件和履行附期限的区别

最高人民法院将“背靠背”条款表述为“以第三人的履行作为一方履行债务的条件”，从字面意义上理解，该约定形式上是附条件。参照《民法典》第158条及相关司法解释规定，附条件的民事法律行为中的条件，是一种或然事实，该事实未来可能发生，未来也可能不发生。换言之，对于已经发生或者未来必然会或不会发生的事实，不能作为民事法律行为所附的条件。如此，对于合同一方必然要履行的合同义务，就不能按照具有或然性的“条件”理解，而应理解为附期限。

我国理论界认为，附条件民事法律行为中的条件成就与否系于客观上不确定的事实，而附期限民事法律行为中的期限届至时点系于确定事实，即便期限不能确定，也只是确定的、必然发生事实的具体发生时点不能确定。因此，区分“履行附条件”和“履行附期限”的关键在于合同约定中所附的事实是否必然发生。若约定的事实未来必然发生，只是不知何时发生，该约定仍属于“履行附期限”；若约定的事实未来不必然发生，可能会发生，也可能不会发生，该约定属于“履行附条件”。

（二）“背靠背”条款作为履行附期限约定的理解

在商事合同中，除非是单务合同，一般情况下，双方的合同目的是建立互付对待给付义务的有偿对价关系，合同一方期待合同对方在合理期间内向其履行合同应有之义务，而不会去考虑对方是否能够向自己履行，还要取决于一定的前置条件是否成就。从正常的交易逻辑来看，一方当事人不会签订因为第三人不付款原因，而放弃自身本应获得的合理对价给付权利的合同条款。换言之，合同任何一方的履行，都不会建立于一定条件是否成就的基础上，否则，连合同应当履行这样理所当然的事情，都将处于一种变动不居的状态，这也不符合社会生活常识。

不论是寻求商事合同当事人真实的意思表示，还是基于诚信原则下信赖利益的保护，合同一方按约全面履行合同义务后，合同另一方相应的对待给付之付款义务是确定的、必然的事实。若作相反的理解和适用，将会诱使居于合同有利地位的一方怠于行使相关合同权利和怠于做好必要的履行准备，势必将在多个连环交易合同中产生大面积的违约，显

然不符合合同严守的法律适用原则。

1. 第三人履行是确定的且时间明确

在商事合同中，如果根据合同的签订、履行情况或者通过体系解释和交易习惯能认定，关于第三人履行是确定的，履行时间也是明确的，并且合同当事人对此明知，只是未在合同中进行详细载明，则该类“背靠背”条款属于有明确期限的履行附期限约定。当第三人在期限届至前完成付款的，则债务人应按期向债权人履行付款义务。如果第三人在期限届至后，仍未完成付款的，债务人应通过诉讼或仲裁的方式寻求救济，要求第三人尽快付款，以保护债权人的合理期待利益。

2. 合同付款方具备付款能力或已经开始付款

在商事合同中，当合同一方已经按约全面履行合同义务或者履行了合同的主要义务时，合同另一方具备付款能力或者实际已经开始付款时，该种情形下的“背靠背”条款仍可以作为履行附期限约定的理解。具体原因在于：第一，如前文所述，合同一方按约全面履行合同义务后，合同另一方相应的对待给付之付款义务则是确定的、必然的事实。第二，无论第三人履行是否确定、时间是否明确，合同一方当事人按约全面履行或者履行合同主要义务后，且另一方此时具备付款能力，从平衡合同双方权利义务的角度，此种情境下，保护债权人的利益更具合理性。若此时债务人实际已经开始向另一方支付，说明其自认付款条件已经成就，则不应再以合同条件未成就为由，对另一方诉请付款的请求予以抗辩。

最高人民法院(2016)最高法民终811号民事判决书中也持有类似的观点。在该案中，案涉协议约定“第三次支付时间为施工单位协助开发商办理贷款到账”，对此最高人民法院认为“因案涉工程已经竣工验收并实际交付使用，无论支付的工程款来源是开发商自筹，还是银行贷款，债务人均应为付款义务人，即对于双方约定的4000万工程款，其支付行为应为确定的、必然的，而非可以支付，也可以不支付。故一审法院将其视为对付款义务履行期限的约定并无不当”。

（三）“背靠背”条款作为履行附条件和履行附期限的结合体约定的理解

根据上述分析可知，在引入案例中，“甲方向乙方付款”的约定是确定的、必然的事实，即合同一方按约全面履行合同义务后，合同另一方相应的付款义务是确定的、必然的事实。当“第三人履行在先”事宜具有不确定时，那么该类“背靠背”条款的理解更倾向于一种附条件的约定。即首先第三人完成履行行为，在该事实条件成就之后，方可计算以其为起点的债务人付款的期限，就该类“背靠背”条款可以理解为是履行附条件和履行附期限的结合体。案例

中“甲方收到丙方的全部款项”是“甲方向乙方付款”期限计算起点,但是因为该条件具有或然性,故该履行附期限的期限约定不明。

需要明确的是,如果合同的双方当事人经过充分磋商,明确约定债务人合同义务的履行以合同以外的第三方向其先行履行作为前置条件,并在合同中类似约定“只有在第三方向债务人作出相应履行后,债务人才向债权人履行”表述的条款,或者债权人作出权利实质搁置的意思表示,那么此时“背靠背”条款可作履行附条件约定理解。因为在此种情景下,当事人已经明确地表明了债务人履行义务需待第三人向其先行履行完毕作为前置条件的意思表示,或者债权人明确无限期让渡履行期限的意思表示。

四、“背靠背”条款适用路径探析

至此,本文探讨了商事合同中“背靠背”条款在不同情况下的理解,下文将分别就两种理解的适用路径进行探析。

(一)“背靠背”条款作为履行附期限约定的适用路径

在对价有偿的商事合同中,若“背靠背”条款作履行附期限的理解,那么如何确定债务人履行期限便成为关键。

关于“第三人履行在先”的约定,若根据合同履行情况或者通过合同体系解释和交易习惯能确定期限的,那么以第三人履行义务期限为基础,进而确定债务人履行义务的期限。当第三人迟延履行或者因各种原因无法履行义务时,应当如何处理?目前尚无权威一致的观点。秉承诚信原则和促成交易考虑,笔者认为,应避免债权被无限期拖延、合同事实上形成永久拖延的僵局,在这方面可参考相关司法判例的实务经验,即依据第三方迟延履行或未履行的过错规则,确定债务人履行期限。具体为若因不可归责于债务人的原因,第三人迟延履行的,债务人可顺延履行合同价款支付义务;但债务人需证明自身已积极地向第三人主张权利。若因可归责于债务人但不可归责于第三人的原因,甚至债务人不正当地阻止条件不成就,导致第三方迟延履行的,则债务人难以援引该条款对债权人进行抗辩,参照《民法典》第159条规定,如果债务人恶意阻止付款条件成就,可视为付款条件已成就。

(二)“背靠背”条款作为履行附条件和履行附期限结合体的适用

如果第三人履行确有不不确定性,那么对于此类的“背靠背”条款不仅是附期限问题,还具有附条件的含义。笔者认为,可作为履行附条件和履行附期限的结合体理解。当债务人向债权人主张履行义务时,若债务人以“第三人履行在先”为由进行抗辩,可依据法律有关证明责任规则和合同约定不明的填补规则来处理,避免合同陷入拖延的僵局。因为债务人以该条款作为履行的抗辩事由,故债务人是该举证责任的合理负担方。

具体为债务人应举证证明合同约定“第三人履行在先”是当事人明知的,债权人知晓第三人确定会向债务人履行及履行的期限。在债务人举证不能时,债权人可以向债务人主张履行,这不仅会促进交易的流动,亦符合法律的基本精神。债权人主张的期限可适用《民法典》第511条的规定,第三人没有向合同的债务人先行履行义务时,合同当事人不能达成补充协议,债权人给予债务人合理必要的宽限期的前提下,可以随时向债务人主张履行。

参考文献:

- [1]宿辉,王文勇,田少卫.建筑工程分包合同中背靠背条款法律释义与应用[J].项目管理评论,2023(01):52-55.
- [2]孙建峰.贸易型煤炭企业“背靠背”业务风险管理研究[J].中国煤炭工业,2022(09):40-41.
- [3]蔡国胜.国际民商事合同法中意识自治原则的适用与完善研究[J].法制博览,2023(02):85-87.
- [4]王宝玉.民商事合同审判若干疑难问题[J].法制博览,2021(25):73-74.
- [5]许思雨.商事合同法律风险及预防措施[J].法制与社会,2021(19):24-25.

作者简介:

宋晶晶(1992—),女,汉族,安徽黄山人,硕士,研究方向:民商法学。