中华人民共和国最高人民法院
民 事 判 决 书

（2019）最高法民终 1090 号

上诉人（原审原告）：罗根保。

委托诉讼代理人：万小明，江西联创律师事务所律师。

委托诉讼代理人：朱华明，江西联创律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：五莲县住房和城乡建设局（原五莲县住房和城乡规划建设局），住所地山东省五莲县人民路 19 号。

法定代表人：陈相冰，该局局长。

委托诉讼代理人：张崇珍，山东竞天律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：江西省中盛建筑集团有限公司，住所地江西省南昌市南昌县江西千亿建筑科技产业园 B 区 10 号地块。

法定代表人：魏德福，该公司董事长。

委托诉讼代理人：游少群，江西民信律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李钦涛，江西民信律师事务所律师。

上诉人罗根保因与被上诉人五莲县住房和城乡规划建设局（以下简称五莲县住建局）、江西省中盛建筑集团有限公司（以下简称中盛公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服山东南省高级人民法院（2018）鲁民初 21 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2019 年 7 月 2 日立案后，依法组成合议庭，于 2019 年 9 月 2 日公开开庭进行了审理。罗根保及其委托诉讼代理人江西联创律师事务所律师万小明、朱华明，五莲县住建局委托诉讼代理人山东竞天律师事务所律师张崇珍、中盛公司委托诉讼代理人江西民信律师事务所律师游少群、李钦涛到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

罗根保上诉请求：1.撤销原判决，发回重审或改判被上诉人向罗根保支付88069768.95元工程款及逾期支付利息（自2014年1月1日起至2018年4月1日止利息为14636962.48元，自2018年4月2日起至款项实际付清之日止利息按银行同期贷款利率计算）；2.本案一、二审诉讼费由被上诉人承担。事实和理由：（一）原判决认定事实错误。1.涉案工程中标时间为2012年8月下旬，原判决却认定“2012年3月26日，五莲县住建局确认中盛公司中标”。罗根保以中盛公司名义与五莲县住建局签订《建设工程施工合同》时，五莲县住建局要求把合同的签订的时间倒签至2012年4月1日，原判决却认定该时间为五莲县住建局与中盛公司签订《建设工程施工合同》的时间。2.原判决认定“罗根保起诉主张涉案工程的工程款，应承担举证证明其对涉案工程进行了施工或者投入的责任。……但罗根保提供的证据仍不足以证明其对涉案工程进行了实际施工或者投入。”该认定与查明的事实不符。（1）下列证据足以证明罗根保完全取代中盛公司并与五莲县住建局形成了建设工程施工合同关系：2012年6月25日五莲建设监理有限公司向罗根保指派的江西省沪赣投资发展有限公司（以下简称沪赣公司）出具的《监理工程师通知单》证明罗根保在2012年6月25日之前就进行了涉案工程铺贴块石、土工膜的施工；已生效的（2017）赣0105民初114号民事判决认定的事实，应当作为本案认定相关事实的依据，即涉案工程实际由罗根保承包并组织施工；罗根保与中盛公司形成的《五莲县人民公园A标段资料移交清单》能证明罗根保已对涉案工程实际施工；《江西中盛建筑工程有限公司工程项目资金申请表》、《山东省日照市五莲县人民公园（A标段）项目资金使用情况计划表》及《截止2018年8月31日五莲项目分摊表》载明涉案工程的项目负

责人为罗根保，罗根保按照工程款 3%的约定比例向中盛公司支付了管理费；罗根保与中盛公司为履行双方签订的《项目管理责任承包合同》于 2012 年 9 月份在日照银行开立了项目部专门账户（共管账户），并在《日照银行存款印鉴片》加盖双方印章；因中盛公司擅自取消项目部共管账户，致使罗根保无法继续向各施工人支付工程费用及办理竣工验收和结算而形成的罗根保致中盛公司《告知函》中强调涉案工程由罗根保独立承包并施工建设，中盛公司也在《回函》中予以认可；罗根保在当地税务局开具的《山东省地方税务局税务发票》进一步证明罗根保挂靠中盛公司施工的事实。（2）罗根保向法院提交了工程款的支付及转账凭证证明了罗根保对涉案工程的投入。罗根保与熊自文、胡红签订的《协议书》、罗根保与胡红签订的《退股协议书》、（2017）赣 0102 民初 4969 号民事调解书等证据证明罗根保对涉案工程的实际投资。罗根保在承接涉案工程后，与承包水电的万云付签订了施工合同，在万云付按照合同施工后，其与罗根保形成了预结算单，双方确认万云付已完成工程量 617.45 万元及罗根保支付了 213.8075 万元款项。

（二）原判决适用法律错误。中盛公司没有将涉案工程转包给沪赣公司，二公司之间没有任何关系。沪赣公司与林玉娟签订合同系源于罗根保的授权和指派，实际权利义务承受人均为罗根保。原判决认定罗根保与沪赣公司系不同的民事主体，且沪赣公司与本案争议的事项有利害关系，但原审法院未准许罗根保提出的追加沪赣公司为本案原告的申请，也未依职权通知沪赣公司参加本案诉讼，表明原审法院认同沪赣公司与林玉娟签订合同的行为是受罗根保的指派，也就认可了罗根保为本案的实际施工人。罗根保提交的证据足以证明其是涉案工程的实际施工人。退一步讲，即便有确凿证据证明罗根保不是涉案工程

的实际施工人，即罗根保不是本案的适格原告，应当适用民事诉讼法的规定，裁定驳回罗根保的起诉，而不是判决驳回罗根保的诉讼请求。另外，原判决对罗根保提交的证据只字未提，尤其对罗根保提交的众多关键证据的“三性”未进行全面、客观、公正评价，明显偏袒被上诉人。

五莲县住建局答辩称：涉案工程招标投标程序合法、合同的相对方为五莲县住建局与中盛公司，罗根保称涉案工程合同便签等与事实不符；罗根保不具备承建涉案工程的主体资格；五莲县审计局对涉案工程审计完毕，各方当事人均认可该审计结果；五莲县依约履行了支付工程价款的义务。

中盛公司答辩称：原判决认定事实正确，罗根保不可能是涉案工程的施工人，未履行中盛公司与五莲县住建局签订的《建设工程施工合同》的任何义务，未投入分文资金；原判决适用法律正确，程序合法。请求驳回罗根保的上诉理由，维持原判决。

罗根保向一审法院提出诉讼请求：1.依法判令五莲县住建局、中盛公司向罗根保支付工程款88069768.95元及逾期支付利息（自2014年1月1日起至2018年4月1日止利息为14636962.48元，自2018年4月2日起至款项实际付清之日止按银行同期贷款利率计算）；2.本案诉讼费由五莲县住建局、中盛公司承担。

一审法院认定事实：（一）合同签订、合同履行、竣工验收及造价审计2012年3月1日，五莲县住建局对五莲县人民公园建设工程发出招标公告。2012年3月25日，中盛公司对五莲县人民公园建设工程（A标段）向五莲县住建局发出投标文件。2012年3月26日，五莲县住建局确认中盛公司中标。2012年4月1日，五莲县住建局（发包人）与中盛公司（承包

人）签订建设工程施工合同，约定：一、工程概况。工程名称：五莲县人民公园建设工程（A 标段）；工程地点：五莲县人民路以东、上海路以北、规划行政中心区南侧；工程内容：道路建设土石方工程、人工湖坝体、湖底防渗、水面驳岸、主题广场、节点小品、绿化夜景亮化及喷泉等工程建设；资金来源：财政拨款。二、工程承包范围。承包范围：人工湖坝体、湖底防渗、水面驳岸、主题广场、节点小品、绿化、夜景、亮化。三、合同工期。开工日期：2012 年 6 月 30 日；竣工日期：2013 年 6 月 30 日；合同工期总日历天数：365 日历天。四、质量标准。工程质量标准：合格。五、合同价款。金额（大写）：约伍仟万元（人民币），￥：约 5000 万元。……十、合同生效。2012 年 9 月 17 日，中盛公司（甲方）与罗根保（乙方）签订项目管理责任承包合同，约定：根据甲方与建设单位签署的建设工程施工合同条款，为了强化企业内部管理，经甲、乙双方协商，达成以下项目管理责任承包合同，共同遵守。一、工程概况。1.工程名称：五莲县人民公园建设工程；2.工程地点：五莲县人民路以东、上海路以北、规划行政中心区南侧；3.工程规模：人工湖坝体、湖底防渗、水面驳岸、主体广场、节点小品、绿化、夜景亮化等工程建设；4.开竣工日期以工程施工合同为准。二、承包方式。1.甲方针对本项目成立五莲县人民公园建设工程项目部，乙方担任本工程项目负责人，项目部工作人员由乙方招聘，乙方以包工包料自行组阁承包、自负盈亏。甲方向乙方收取结算总造价百分之三的管理费。……2.甲方派出壹名管理人员对该工程进度、质量、安全、资金使用等方面进行监督，管理人员工资 6000 元/月由乙方按月支付，……3.工程其它一切费用收、支概由乙方自理，但首先必须根据工程进度购买材料、机械，发放人工工资

及其他有关工程所需费用，确保该工程按甲方与建设单位签订的总承包合同条款及有关协议等相关内容完成。专款专用，乙方经营结果甲方不干涉。三、甲方责任。1.负责与工程建设单位签订工程合同；2.办理工程各类有关手续提供相关证件和资料；3.在五莲县设立专项工程账户，确保工程款专款专用。但乙方使用款项须经甲方代表根据工程进度需要签字同意后，方可由财务支付。……8.根据每笔工程款、进度款按比例逐笔收取管理费和税金；9.并出具关于任命罗根保为我公司山东省日照市五莲县人民公园项目负责人的授权委托书（见附件一）；10.乙方在建设施工中如需向甲方借款，必须完善个人财产担保手续，并按月息2分计取利息；如向其他方借助资金甲方负责配合乙方完善借支手续，费用乙方负责，但必须由该项目的业主方提供相关担保手续。四、乙方责任。1.负责甲方与建设单位签订工程合同前的一切具体工作并承担相关费用，保证履行甲方与建设单位签订的工程合同条款，自觉接受甲方行政领导和业务管理。2.协助甲方办理施工前按规定所需办理的有关证照，并承担其全部所需费用，如未办理，由此而产生的一切后果及费用均由乙方负责，并直至完成。……11.未经建设单位和甲方同意，乙方不得以任何形式和理由擅自进行工程转包、分包和停工，否则承担一切相关费用和责任。……五、其他。1.本合同甲、乙方签字后生效，未尽事宜双方依法另立补充协议；……3.本合同一式六份，甲方执伍份、乙方执壹份；4.项目负责人为甲方与建设单位签订的建设工程施工合同条款及相关协议等文件及本项目管理责任承包合同的具体执行人，并承担全部责任。……罗根保在乙方项目负责人处签字并按手印。2012年5月8日，罗根保与青岛三迪勘察测绘科技信息有限公司五莲分公司（以下简称三迪公司）签订测绘合同，约定三迪

公司自 2012 年 5 月 8 日起为罗根保在五莲县人民公园景观工程施工过程中所遇的全部施工放线及标高测量进行实地工作。2012 年 5 月 11 日，罗根保与万云付签订合同书，约定罗根保将五莲县人民公园部分项目分包给万云付施工，罗根保对市政项目（水电由万云付施工）收取 10%的管理费，对园林绿化工程项目收取 15%的管理费，业主下浮超过 5%点以上由罗根保承担费用，管理费按每月工程进度款收取。2012 年 5 月 26 日，罗根保以五莲县人民公园景观工程项目部的名义，卜祥国以日照市金地基础工程有限责任公司的名义，双方签订工程施工合同书，约定卜祥国以清包机械人工费的形式对五莲县人民公园工程拱桥桩基础工程进行施工。2012 年 5 月 27 日，罗国文代表罗根保与张继光签订机械租赁合同，约定罗根保为五莲县人民公园景观工程租用张继光的 25T 吊车一台。2012 年 10 月 23 日，沪赣公司与日照三和混凝土有限公司（以下简称三和公司）签订预搅拌混凝土买卖合同，约定三和公司就五莲县人民公园（A 标段）管理房及会所工程基础及主体部位供应预搅拌混凝土，合同总量为 500 方。2013 年 3 月 6 日，沪赣公司与林玉娟签订绿化项目施工承包合同，约定林玉娟以包工包料方式承包五莲县人民公园绿化工程，工程造价约 2500 万元，沪赣公司收取净利润的 30%作为项目协调及管理费用。2013 年 3 月 10 日，沪赣公司与龚学才、陈文荣签订亮化水电施工承包合同，约定龚学才、陈文荣以包工包料方式承包五莲县人民公园亮化等工程，工程造价约 1000 万元，以工程决算下浮 12%为管理费用。2014 年 4 月 14 日，中盛公司向五莲县住建局出具法人授权委托书，主要内容：中盛公司委托姜志苹负责五莲县人民公园建设工程（A 标段）施工竣工验收、工程预结算核对和办理工程款结转手续事宜。2014 年 12 月 2 日，五莲县审计局向五

莲县住建局发出关于对五莲县人民公园、人民广场及却坡公园夜景亮化工程结算进行审计的通知，载明“我局决定派出审计组，自2014年12月5日起，对你单位五莲县人民公园、人民广场及却坡公园夜景亮化工程结算进行审计，必要时将延伸至施工、监理等有关单位，请予积极配合”。2016年10月9日，中盛公司向五莲县住建局出具关于变更姜志苹同志授权委托书有效期的函，主要内容：因姜志苹工作调动，中盛公司于2014年4月14日向五莲县住建局出具的授权委托书有效期变更至2016年9月30日。同日，中盛公司向五莲县住建局出具法人授权委托书，主要内容：中盛公司委托胡金亮负责五莲县人民公园建设工程（A标段）施工竣工验收、工程预结算核对和办理工程款结转手续事宜。2017年7月14日，涉案工程经勘查单位、设计单位、施工单位、监理单位、建设单位验收合格。2018年10月15日，五莲县审计局作出莲审报[2018]17号审计报告，载明结算审计范围为五莲县人民公园建设工程（A标段），报审结算额为77032659.47元，审定额为57064747.19元，审减额为19967912.28元。审计发现的主要问题：1.项目基本建设程序不合规。该项目于2012年3月进行招投标，5月开工建设，2016年8月办理选址意见书及环评审批手续。截至审计日，尚未办理立项、初步设计、土地、规划许可、施工许可等审批手续。2.未按规定采用工程量清单模式计价。工程于2012年3月发布招标文件，A标段执行报价优惠费率招标。2012年4月1日签订施工合同，合同约定“本工程采用可调价合同：绿化、亮化、景观外的其他项目参照《山东省市政工程消耗量定额》优惠率结算，执行2011价目表，定额工日为41元/日，材料价格按照市场价格”。3.施工单位多计工程价款19967912.28元。罗根保自认沪赣公司由其实际控制

并担任法定代表人，山东深港置业有限公司（以下简称深港公司）由其单独出资设立，罗根保在涉案工程施工过程中以两公司名义对外签订过施工合同且支付过工程款项。

（二）证人证言

根据中盛公司的申请，一审法院通知证人胡德军、胡金亮出庭作证。1.证人胡德军的证言。证人胡德军出庭作证称，涉案工程一共有四个施工班组，分别为铺装组（胡德军）、绿化组（林玉娟）、水电组（龚学才）、土建组（万云付），胡德军是合作伙伴胡大毛叫来做工程的，负责涉案工程的景观项目施工、铺装及其他一些建筑小品的施工，工程款都是从中盛公司账上划拨出来的，维修、竣工验收结算等都是中盛公司出的钱，一直都是中盛公司付钱，罗根保没有付过工程款，胡德军与中盛公司正在对胡德军施工的铺装、景观项目进行结算，工程款应该向中盛公司主张，也应该给胡德军。2.证人胡金亮的证言。证人胡金亮出庭作证称，胡金亮系中盛公司副总经理，亦系涉案工程的项目负责人，负责就涉案工程与业主竣工验收并结算，涉案工程一共有四个施工班组，分别为铺装组（胡德军）、绿化组（林玉娟）、水电组（龚学才）、土建组（万云付），中盛公司与各个施工班组进行验收、结算，但没有签订合同，中盛公司现还欠施工班组1000万元左右，其中欠林玉娟170万元左右、胡德军600多万元，万云付不欠钱。3.当事人的意见。罗根保称，证人胡德军的证言的与本案缺乏关联性，罗根保底下如何施工的问题与本案没有关联，胡德军明确由胡大毛把他叫进来，但实际上铺装合同是罗根保与吕敬忠签订的。胡金亮系中盛公司副总经理及中盛公司董事长的亲外甥，其证言与中盛公司的自述没有区别。五莲县住建局、中盛公司对证人证言无异议。

（三）关联案件

在山东省日照市中级人民法院（以下简称日照中院）审理的（2015）日民一初字第36号建设工程施工合同纠纷一案中，林玉娟起诉沪赣公司、中盛公司、五莲县住建局，请求：1.判令沪赣公司、中盛公司、住建局共同返还林玉娟工程履约保证金50万元及相应利息；2.判令沪赣公司、中盛公司、住建局共同给付工程款3206073.76元及相应利息。日照中院经审理，对工程的发包、转包、分包及合同效力问题认定如下：五莲县住建局与中盛公司就五莲县人民公园建设工程（A标段）签订的建设工程施工合同系双方当事人真实意思表示，不违背法律行政法规强制性效力性规定，合法有效。合同约定工程不得转包或者擅自分包，但中盛公司却违背约定，与沪赣公司的法定代表人罗根保签订项目管理责任承包合同，将工程交由罗根保承包，中盛公司未实际施工而仅收取工程管理费。罗根保与中盛公司不存在劳动合同关系，其与中盛公司签订的项目管理责任承包合同并非为建设工程施工转包合同，该转包合同因违背法律行政法规强制性效力性规定而无效。后沪赣公司又与林玉娟签订绿化项目施工承包合同，约定由林玉娟以包工包料方式项目部承包绿化等子项工程。罗根保是沪赣公司的控股股东和法定代表人，从合同签订的次序上看，可以认定罗根保与中盛公司签订合同的行为系代表沪赣公司的职务行为。结合中盛公司施工计划安排项目分工情况以及林玉娟与沪赣公司、中盛公司均不存在劳动合同关系的事实，可以认定中盛公司将工程非法转包给沪赣公司，沪赣公司又将其中的绿化工程违法分包给林玉娟，林玉娟为绿化工程的实际施工人。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》第四条的规定，项目管理责任承包合同、绿化项目施工承包合同

均为无效合同。日照中院判决：一、被告沪赣公司于本判决生效后十日内给付原告林玉娟工程款 3186273.76 元及利息；二、被告沪赣公司于本判决生效后十日内返还原告林玉娟工程保证金 50 万元及利息；三、被告中盛公司对上述工程款及保证金的给付与被告沪赣公司承担连带清偿责任；四、被告五莲县住建局在其欠付被告中盛公司工程款范围内与被告沪赣公司承担连带清偿责任；五、驳回原告林玉娟本案其它诉讼请求。沪赣公司、中盛公司均不服该判决，向本院提起上诉，一审法院作出（2016）鲁民终 565 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

在江西省南昌市湾里区人民法院（以下简称湾里区法院）审理的（2017）赣 0105 民初 114 号挂靠经营合同纠纷一案中，中盛公司起诉罗根保，请求判令罗根保向中盛公司归还 5133789 元及利息。湾里区法院经审理，对工程的发包、转包、分包及合同效力问题认定如下：中盛公司将涉案工程以被挂靠的方式交给没有相应施工资质的罗根保施工，双方之间的建设工程施工挂靠关系违反了法律禁止性规定，应归于无效。因挂靠人罗根保未履行清偿材料款、人工工资等义务，导致被挂靠人中盛公司被划拨相应款项，中盛公司有权就其已被划拨的款项向罗根保追偿。湾里区法院判决：一、被告罗根保于判决生效后十日内返还原告中盛公司 5133789 元及利息；二、驳回原告中盛公司的其他诉讼请求。后湾里区法院民事审判第二庭作出法律文书生效证明书，载明（2017）赣 0105 民初 114 号民事判决已于 2017 年 11 月 11 日生效。

（四）罗根保的身份

为证明罗根保具备涉案工程实际施工人的身份，罗根保还提供了以下证据：1.沪赣公司于 2017 年 3 月 22 日制作的五莲县人民公园（A 标段）资料移交清单。罗根保称，该资料移交

清单显示相关施工资料已经全部移交给中盛公司，并有中盛公司工作人员李欣健签收。五莲县住建局对该移交清单的真实性有异议。中盛公司对该移交清单不予认可，对李欣健的身份没有异议，但称未收到相关施工资料。2.2012 年 5 月 24 日协议书、2012 年 5 月 26 日协议书、2012 年 8 月 30 日退股协议、2013 年 5 月 25 日对账单、2014 年 5 月 25 日借款协议书、（2017）赣 0102 民初 4969 号民事调解书。罗根保称，该组证据能够证明其于 2012 年 5 月底与案外人胡红、熊自文签订合伙协议，约定共同投资参与涉案工程建设，胡红于 2012 年 8 月 30 日退股后，胡红所投入的资金转为借款，因罗根保未归还借款，胡红起诉并取得生效判决。五莲县住建局称，该组证据均为无效协议，罗根保与胡红、熊自文等分包、转包、退股均无效，不能证明罗根保是涉案工程的实际施工人。中盛公司称，该组证据不能证明罗根保的主张，除协议书外没有相应的银行转款情况，民事调解书仅是民间借贷案件的调解书，法院没有认真查明转款情况。3.罗根保对涉案工程建设项目支出明细表及相应凭证、深港公司对涉案工程建设项目支出明细表及相应凭证。罗根保称，该组证据能够证明罗根保及深港公司在涉案工程建设工程中共计支出 88049782.98 元，包括购买材料、支付各班组工资、工程款等。五莲县住建局称，该组证据与本案没有关联性，也没有五莲县住建局的确认或者认可。中盛公司称，罗根保在起诉时及前两次庭审过程中不清楚付了多少钱，在中盛公司、五莲县住建局提供了相应证据后，罗根保才大致获悉收支情况，经核对，罗根保提供的证据均为虚假支付凭证。

（五）罗根保的申请

罗根保申请调取户名为江西中盛建筑工程有限公司五莲县人民公园建设工程（A 标段）项目部账号为810102401421002349 银行账户的开户手续及销户手续，申请追加沪赣公司、深港公司为本案共同原告参加诉讼，申请对涉案工程造价进行司法鉴定。五莲县住建局、中盛公司对罗根保的上述申请均有异议，称罗根保并非涉案工程实际施工人，罗根保的上述申请不应准许。

一审法院认为，罗根保的诉讼请求应予驳回。理由如下：第一，从举证情况看，罗根保起诉时主张中盛公司承包涉案工程后转包给其施工，后罗根保在 2018 年 11 月 12 日法庭调查中又主张其系借用中盛公司资质签订施工合同并对涉案工程进行施工，罗根保亦另主张其对涉案工程实际投入了巨额款项。不论罗根保与中盛公司是转包关系还是借用资质关系，罗根保起诉主张涉案工程的工程款，应承担举证证明其对涉案工程进行了实际施工或者投入的责任。本案至今距 2018 年 1 月 30 日立案已近 1 年，一审法院在 2018 年 11 月 12 日法庭调查中要求各方当事人限期充分提交证据，各方当事人亦先后三次提供证据，但罗根保提供的证据仍不足以证明其对涉案工程进行了实际施工或者投入。1.关于涉案工程的施工。（1）中盛公司主张涉案工程主要由四个班组进行施工，分别是铺装组（胡德军）、绿化组（林玉娟）、水电组（龚学才）、土建组（万云付），罗根保对此不予认可，称涉案工程施工过程中不存在施工班组，但罗根保在调取证据申请书中自认其在施工过程中确以沪赣公司、深港公司名义与相关施工班组签订过施工合同，证人胡德军亦出庭作证称涉案工程有四个施工班组，故罗根保关于涉案工程不存在施工班组的主张与其在调取证据申请书中的自认相悖，亦与证人证言不符。（2）罗根保虽然主张其或者

沪赣公司与三迪公司、万云付、卜祥国、张继光、三和公司、林玉娟、龚学才、陈文荣等签订了施工、租赁或者供货合同，但罗根保提供的证据不足以证明上述合同已经实际履行，且从其或者沪赣公司与万云付、林玉娟、龚学才等人签订的施工合同看，相关工程均由万云付、林玉娟、龚学才等人实际施工完成，罗根保或者沪赣公司均只收取一定比例的管理费。2.关于涉案工程的款项。（1）罗根保在起诉及 2018 年 11 月 12 日第二次提供证据时均未提出其实际收取工程款或者支出工程款的具体数额，其在 2018 年 12 月 3 日第三次提供证据时，主张其在涉案工程建设中共计支出 88049782.98 元，并提供了支出明细表和相应凭证为证，但中盛公司主张罗根保不清楚涉案工程款项的往来情况，上述支出明细表和相应凭证仅系罗根保根据五莲县住建局、中盛公司提供的证据制作的虚假材料，相关款项系中盛公司实际支付，罗根保仅有记账凭证，没有支付凭证和转账凭证，且中盛公司在 2018 年 4 月 26 日即提供了中盛公司支付给各施工班组的款项明细、涉案工程来款明细及相应凭证，证人胡德军的证言亦与中盛公司关于相关款项系中盛公司实际支付的主张相符。对此，一审法院认为，如罗根保确系涉案工程的实际施工人，涉案工程款项往来、投入、支出情况关系其重大利益，其应当明确知晓，并及时提供其应当持有的相关支付凭证或者转账凭证，但至一审判决作出，罗根保仍未提供其主张的 88049782.98 元巨额款项的相关支付凭证或者转账凭证。（2）罗根保虽然提供了协议书、退股协议、对账单、借款协议书、（2017）赣 0102 民初 4969 号民事调解书等证据，但该组证据以协议为主，缺乏罗根保与胡红、熊自文等人之间的支付凭证或者转账凭证，亦不足以证明罗根保的主张。因此，罗根保提供的证据不足以证明其对涉案工程进行了实际施

工或者投入。第二，从关联案件的处理看，1.日照中院（2015）日民一初字第36号民事判决及一审法院（2016）鲁民终565号民事判决已经认定，中盛公司在承包涉案工程后又非法转包给沪赣公司，沪赣公司又将其中的绿化工程违法分包给林玉娟，林玉娟为绿化工程的实际施工人，并判决沪赣公司、中盛公司、五莲县住建局对欠付林玉娟的工程款承担民事责任。罗根保虽为沪赣公司的法定代表人，但其与沪赣公司系不同的民事主体。罗根保关于其系涉案工程实际施工人的主张与该生效民事判决的认定和判决内容相矛盾。2.湾里区法院（2017）赣0105民初114号民事判决虽然认定罗根保借用中盛公司施工，但该案系挂靠经营合同纠纷案件，并未对五莲县人民公园工程实际施工情况及结算问题进行审理，湾里区法院亦认为“被告（罗根保）以五莲县工程目前还没有结算为由进行抗辩，因该项辩解意见涉及双方的工程价款结算问题，与本案不属同一法律关系，故对双方的结算问题无须在本案中一并审理；同时，被告（罗根保）未提交证据证实其实际完成的工程量，故对被告（罗根保）的该辩解意见，本院不予采信”。因此，关联案件处理不能证明罗根保系涉案工程的实际施工人。第三，从结算情况看，五莲县审计局已经对涉案工程造价作出审计报告，五莲县住建局、中盛公司均认可双方已经进行了结算，林玉娟已经就绿化项目工程款支付问题起诉沪赣公司、中盛公司、五莲县住建局，相关民事判决已经作出，证人胡德军亦认可其正在与中盛公司就铺装、景观项目进行结算。在这种情况下，罗根保以其系涉案工程实际施工人为由对涉案工程款项提出主张，亦缺乏依据。由上述分析可见，罗根保提供的证据不足以证明其对涉案工程进行了实际施工或者投入，罗根保的诉讼请求缺乏依据，一审法院不予支持。另外，罗根保申请

调取的证据不足以证明其主张，沪赣公司、深港公司非必须共同进行诉讼的当事人，罗根保提供的证据不足以支持其对涉案工程款的主张，故对于罗根保提出的相关申请，一审法院不予准许。综上，一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第六十五条第一款规定，判决如下：驳回罗根保的诉讼请求。

本院二审期间，上诉人罗根保提供了六组证据，包括《2012 年 9 月份工资发放表》《2012 年端午节在场人员节日费发放表》《2012 年中秋节在场人员节日费发入表》；建筑业统一发票（代开）记账联共 7 张；山东日照银行《电汇凭证》4 张以及《进账单》（4 张）、《转账支票》（共 5 张）；《费用报销单》（第 522 号、第 535 号、第 569 号）《支账单》（共 4 张）；《活期存账户明细查询表》（3 张，项目部账户）《五莲县人民公园建设工程（A 标段）银行转账单据及收据》（项目部账户）《项目部账户收五莲县住建局及与中盛公司的往来》《山东深港置业有限公司各款项支付明细》《五莲县人民公园建设工程（A 标段）》（罗细红现金支付工程及费用款）。被上诉人五莲县住建局、中盛公司质证后认为，上述证据并非是新证据，除银行流水外，其他证据一审诉讼中均已提交并进行了质证。本院认为，上诉人罗根保二审提交的上述证据均不能证明其主张，不能作为定案的根据。

本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为，综合上诉人的上诉请求和被上诉人的答辩，本案二审的争议焦点为：罗根保是否为涉案工程的实际施工人。

罗根保提供的证据不足证明其系涉案工程的实际施工人。罗根保上诉称其系借用中盛公司资质签订施工合同并对涉案工程进行施工，并主张其对涉案工程实际投入了巨额款项。中盛

公司主张涉案工程主要由四个班组进行施工，分别是铺装组（胡德军）、绿化组（林玉娟）、水电组（龚学才）、土建组（万云付），罗根保对此不予认可，称涉案工程施工过程中不存在施工班组，但罗根保在调取证据申请书中自认其在施工过程中确以沪赣公司、深港公司名义与相关施工班组签订过施工合同，证人胡德军亦出庭作证称涉案工程有四个施工班组，故罗根保关于涉案工程不存在施工班组的主张与其在调取证据申请书中的自认相悖，亦与证人证言不符。罗根保虽然主张其或者沪赣公司与三迪公司、万云付、卜祥国、张继光、三和公司、林玉娟、龚学才、陈文荣等签订了施工、租赁或者供货合同，但罗根保提供的证据不足以证明上述合同已经实际履行，且从其或者沪赣公司与万云付、林玉娟、龚学才等人签订的施工合同看，相关工程均由万云付、林玉娟、龚学才等人实际施工完成，罗根保或者沪赣公司均只收取一定比例的管理费。罗根保主张其在涉案工程建设中共计支出 88049782.98 元，仅有记账凭证，没有支付凭证和转账凭证，而中盛公司提供了该公司支付给各施工班组的款项明细、涉案工程来款明细及相应凭证，证人胡德军的证言亦与中盛公司关于相关款项系中盛公司实际支付的主张相符。如罗根保确系涉案工程的实际施工人，涉案工程款项往来、投入、支出情况关系其重大利益，其应当明确知晓，并及时提供其应当持有的相关支付凭证或者转账凭证。罗根保提供的协议书、退股协议、对账单、借款协议书、（2017）赣 0102 民初 4969 号民事调解书等证据，缺乏罗根保与胡红、熊自文等人之间的支付凭证或者转账凭证，亦不足以证明罗根保的主张。

关联案件的处理不能证明罗根保系涉案工程的实际施工人。山东省日照市中级人民法院（2015）日民一初字第 36 号民

事判决及一审法院（2016）鲁民终 565 号民事判决已经认定，中盛公司在承包涉案工程后又非法转包给沪赣公司，沪赣公司又将其中的绿化工程违法分包给林玉娟，林玉娟为绿化工程的实际施工人，并判决沪赣公司、中盛公司、五莲县住建局对欠付林玉娟的工程款承担民事责任。罗根保虽为沪赣公司的法定代表人，但其与沪赣公司系不同的民事主体。罗根保关于其系涉案工程实际施工人的主张与该生效民事判决的认定和判决内容相矛盾。江西省南昌市湾里区法院（2017）赣 0105 民初 114 号民事判决虽然认定罗根保借用中盛公司施工，但该案系挂靠经营合同纠纷案件，并未对五莲县人民公园工程实际施工情况及结算问题进行审理，该院亦认为“被告（罗根保）以五莲县工程目前还没有结算为由进行抗辩，因该项辩解意见涉及双方的工程价款结算问题，与本案不属同一法律关系，故对双方的结算问题无须在本案中一并审理；同时，被告（罗根保）未提交证据证实其实际完成的工程量，故对被告（罗根保）的该辩解意见，本院不予采信”。因此，关联案件处理不能证明罗根保系涉案工程的实际施工人。

涉案工程价款的结算情况可以证明罗根保的主张难以成立。五莲县审计局已经对涉案工程造价作出审计报告，五莲县住建局、中盛公司均认可双方已经进行了结算，林玉娟已经就绿化项目工程款支付问题起诉沪赣公司、中盛公司、五莲县住建局，相关民事判决已经作出，证人胡德军亦认可其正在与中盛公司就铺装、景观项目进行结算。在这种情况下，罗根保以其系涉案工程实际施工人为由对涉案工程款项提出主张，亦缺乏依据。

综上，罗根保提供的证据不足以证明其对涉案工程进行了实际施工或者投入，罗根保的诉讼请求缺乏依据，原判决未予支持正确。

罗根保称原审法院未准许其提出的追加沪赣公司、深港公司为本案原告的申请及未依职权追加该二公司参与本案诉讼属法律适用错误，既无事实依据，亦无法律依据。

原审法院对罗根保提起的诉讼进行了全面审理，对其提供的证据亦进行了依法审查认定，而非仅从诉讼程序上进行审查，故以判决驳回罗根保的诉讼请求并无不妥。

综上，罗根保的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 555333 元，由罗根保负担。

本判决为终审判决。

审判长　　汪治平

审判员　　刘银春

审判员　　谢爱梅

二〇一九年九月二十七日

法官助理赵风暴

书记员武泽龙