



中国裁判文书网

China Judgements Online

1
2
3
目录

张凤英、湖北海厦建设有限公司挂靠经营合同纠纷二审民事判决书

挂靠经营合同纠纷...[点击了解更多](#)

发布日期: 2020-02-20

浏览: 466次



中华人民共和国最高人民法院 民事判决书

(2019)最高法民终53号

上诉人(原审原告): 张凤英, 女, 汉族, 1965年10月17日出生, 住福建省福清市。

委托诉讼代理人: 林学旺(张凤英之夫), 男, 汉族, 1966年8月29日出生, 住福建省福清市。

被上诉人(原审被告): 湖北海厦建设有限公司。住所地: 湖北省襄阳市樊城区风华路**。

法定代表人: 林森, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 董孟杰, 上海市锦天城(西安)律师事务所律师。

原审第三人: 西安市西三爻村改造建设发展有限公司。。住所地: 陕西省西安市雁塔区朱雀大街南段天玺游泳馆****

法定代表人: 张磊, 该公司经理。

委托诉讼代理人: 王莹, 陕西至正律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 吴炜, 陕西至正律师事务所律师。

上诉人张凤英因与被上诉人湖北海厦建设有限公司(以下简称海厦公司)及原审第三人西安市西三爻村改造建设发展有限公司(以下简称西三爻公司)挂靠经营合同纠纷一案, 不服陕西省高级人民法院(2015)陕民一初字第00029号民事判决, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭公开开庭进行了审理。上诉人张凤英的委托诉讼代理人林学旺、被上诉人海厦公司的委托诉讼代理人董孟杰、原审第三人西三爻公司的委托诉讼代理人王莹、吴炜到庭参加诉讼。本案现已审理终结。



张凤英上诉请求：1. 确认张凤英与原湖北海厦建设有限公司西安分公司（以下简称海厦西安分公司）之间的挂靠关系成立并实际履行；2. 判令海厦公司返还张凤英西三爻村长丰园9、10号楼城中村建设项目的10C09一层、二层、三层商铺（10C09一层商铺房款5145884元；10C09二层、三层商铺房款8008833元）；3. 一、二审诉讼费用由海厦公司承担。事实与理由：一、一审认定事实错误，张凤英系案涉西三爻村长丰园9**楼城中村建设项目的实际承包人，与海厦公司系挂靠关系。首先，张凤英提交的《建设项目挂靠协议书》《声明书》、建设银行《客户回单》，证明张凤英挂靠陕西融华房地产开发有限公司（以下简称融华公司）向西三爻公司付款，履行案涉项目的投资义务。张凤英既是案涉项目实际投资人，亦是实际承包人。其次，张凤英提交的《建筑施工联营协议书》《三方协议》《授权委托书》、收款收据（编号021966）等证据，可以证明张凤英与海厦公司存在挂靠合同关系，张凤英实际支付了挂靠费，为案涉项目的实际承包人。西安市雁塔区人民法院（以下简称雁塔区法院）（2013）雁民初字第05863号张凤英诉海厦公司挂靠经营合同纠纷一案中，海厦公司对《建筑施工联营协议书》《三方协议》的印章申请鉴定，但鉴定机构只鉴定了《建筑施工联营协议书》的印章。鉴定意见不能全部反映《建筑施工联营协议书》以及《三方协议》盖章的客观事实。一审时该鉴定报告未经双方当事人质证，且雁塔区法院（2013）雁民初字第05863号判决已被撤销，并非生效裁判确认的事实，故该鉴定意见不能作为认定挂靠关系不成立的事实依据。海厦公司在多次诉讼中主张张凤英、林学旺控制海厦公司公章，则其并不否认前述协议中海厦公司公章的真实性。再次，张凤英提交的《银行账户明细》、施工现场照片、数份合同及财务凭证，足以证明张凤英通过林学旺对案涉项目追加投资5000000元用于案涉项目款项支付、张凤英组织人员施工及管理案涉项目的事实。其四，张凤英提交的薛华文、张宗樑《以房抵材料款协议书》《商品房买卖合同》、收款收据等证据，足以证明张凤英将诉争商铺寄名在项目部员工薛文华、张宗樑名下的事实，海厦公司利用挂靠公司的主体地位及保管商铺收据的便利截留商铺，应当返还。最后，张凤英在案涉项目的施工过程中一直以海厦公司代理人身份与融华公司、西三爻公司交涉项目建设及款项结算等各项事宜，并参与各项协议的签订，都是张凤英挂靠海厦公司的表现形式。二、一审判决适用法律错误。首先，本案案由为合资合作开发房地产合同纠纷，一审判决适用建设工程施工合同司法解释认为张凤英与海厦公司挂靠合同无效从而要求返还商铺的诉讼请求不能成立，无法律依据。其次，即使合同无效，张凤英亦可依法请求海厦公司返还其基于合同取得的财产，张凤英请求其返还商铺具有法律依据。三、一审法院违反法定程序。首先，一审超过法定期限，并拖延判决送达时间。其次，根据民事诉讼法及司法解释的规定，必须共同进行诉讼的当事人，当事人可以申请追加，一审法院对于张凤英申请追加当事人的申请不予回应。同时，一审法院对于张凤英申请调查取证的多份申请书既未允许，亦未通知不予准许，违反法律规定。再次，一审法院认定《建筑施工联营协议书》无效后，未对张凤英释明可以变更诉讼请求便径行判决，程序违法。最后，海厦公司提交的《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》证据来源和形式均不合法，在证据持有人未出庭作证的情况下，一审法院直接采信该份证据，程序违法。

海厦公司辩称，张凤英与海厦公司之间不存在挂靠关系，海厦公司不应当支付其工程款。首先，长丰园项目的出资人是林学旺、林学风等人，彼此具有亲属关系。林学旺等人共同出资，同时以融华公司和海厦西安分公司的名义对长丰园项目进行投资开发和建设施工。在2013年春节，投资人林学耀、林学旺、林学风、陈香梯、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英签订《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》，对长丰园2、9、10号楼项目的投资和利润进行清理和分配，包括以融华公司和海厦西安分公司名义进行的投资。张凤英不是长丰园9、10号楼项目的投资人，也未挂靠海厦西安分公司。其次，融华公司与海厦西安分公司在同一场所办公，时任海厦西安分公司的负责人林学风与张凤英是叔嫂关系，出于对张凤英的信任，张凤英拿走了海厦西安分公司案涉项目的财务资料。2013年张凤英基于同样的事实和理由以挂靠经营合同纠纷将海厦公司起诉至雁塔区法院，在该案中，张凤英到庭接受法官询问，不能明确回答协议签订以及工程施工过程等问题，也不能提交案涉长丰园9、10号楼项目的施工资料以证明对案涉项目进行了实际施工。再次，张凤英向林学旺的转款与本案无关，其应当向林学旺主张权利。张凤英提交的2007年的电汇凭证与本案无关，且其本次诉讼提交给法院的凭证与2013年提交给雁塔区法院的凭证对比来看有添加，系对证据的变造。张凤英无证据证明对长丰园9、10号楼项目施工投入资金。最后，张凤英提交的《建筑施工联营协议书》经鉴定系伪造，张凤英涉嫌伪造海厦西安分公司印章，公安机关已经立案侦查。张凤英提交的证明其支付挂靠费（一套房屋）的收款收据（编号021966）系伪造，系张凤英、林学旺利用与当时保管海厦西安分公司印章的陈春香为儿女亲家的便利加盖，收据上的记账人赵红妮并不存在。海厦公司未收取张凤英挂靠费。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

西三爻公司诉称，西三爻公司已经与海厦公司完成长丰园9、10号楼项目的结算，除工程质量保证义务外，施工合同已经履行完毕。张凤英是否挂靠海厦公司实际施工，与西三爻公司无关。

张凤英向一审法院起诉请求：1. 判令张凤英与海厦西安分公司之间的挂靠关系成立并履行；2. 判令海厦西安分公司、海厦公司返还张凤英西三爻村长丰园9、10号楼城中村建设项目的10C09一层、二层、三层商铺（10C09一层商铺房款5145884元；10C09二层、三层商铺房款8008833元）；3. 判令海厦西安分公司、海厦公司返还张凤英工程款37000000元；4. 判令海厦西安分公司、海厦公司赔偿利息损失2507736元（暂计一年利息，利息暂按5%计算）；5. 本案诉讼费用由海厦西安分公司、海厦公司承担。

一审法院认定事实：2007年5月15日，西三爻公司（甲方）与融华公司（乙方）签订《联建合同》，约定甲方提供土地，乙方出资，乙方每亩开发用地向甲方返还固定利润2000000元，开工时间定于2007年8月15日，落款处甲方签字人员为何建成，乙方签字人员为张凤英。同日，陕西路事达实业发展有限公司（甲方）与融华公司（乙方）签订《拆迁补充合同》，由乙方支付甲方拆迁补偿款约20000000元，落款处甲方签字人员为何建成，乙方签字人员为张凤英。

2009年9月20日，融华公司与海厦西安分公司（原名襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司）、商用砼代表人薛华文签订《长丰园10#楼裙楼商铺以房抵材料款协议书》，约定将10C09一层703.79平方米的商铺以每平方米7696.50元，房屋总价的95%共计5145884元抵付材料款，一次性从工程款中支付，材料款与抵房折损的房款差额，多还少补。双方盖章，发包单位融华公司签字人员为陈躬庄，承包单位海厦西安分公司签字人员为林学风，薛华文在商用砼代表人处签字。

同日，融华公司与海厦西安分公司、钢筋代表人张宗樑签订《长丰园10#楼裙楼商铺以房抵材料款协议书》，约定将总计1629.26平方米的商铺，包括商铺10C09二层（703.79平方米）、商铺10C09三层（703.79平方米）、10C0301（110.84平方米）、10C0401（110.84平方米），以每平方米5174.34元，房屋总价的95%共计8008833元抵付材料款，一次性从工程款中支付，材料款与抵房折损的房款差额，多还少补。双方盖章，发包单位融华公司签字人员为陈躬庄，承包单位海厦西安分公司签字人员为林学风，张宗樑在钢筋代表人处签字。

2009年9月21日，海厦西安分公司向西三爻公司出具编号为0008530的收款收据，确认收到长丰园9、10号楼的工程款5145884元，双方在该收据上加盖财务章，陈躬庄在出纳处签字。同日，海厦西安分公司向西三爻公司出具编号为0008531的收款收据，确认收到9、10号楼的工程款8008833元，双方在该收据上加盖财务章，陈躬庄在出纳处签字。

2009年9月23日，西三爻公司向海厦西安分公司出具支付9、10号楼工程款5145884元的工程款项承付单，林学旺在该承付单“主管领导意见”栏签字，何建成在该承付单上右上角签字。同日，西三爻公司向海厦西安分公司出具支付9、10号楼工程款8008833元的工程款项承付单，林学旺在该承付单“主管领导意见”栏签字，何建成在该承付单上右上角签字。

2010年1月13日，西三爻公司（甲方）、海厦西安分公司（乙方）、融华公司（丙方）签订《协议书》，约定甲方用房屋抵付所欠乙方工程款抵账事宜，主要内容为：“甲方抵账房屋价值为5096367元（总房价的95%），抵账房屋房号、建筑面积、单价、总价详见附件，余总房价的5%由购房人直接交付给甲方……”三方盖章，何建成在甲方处盖私章，林学风在乙方处签字，林学旺在丙方处盖私章。

2010年11月1日，海厦西安分公司、张凤英双方补签了《建筑施工联营协议书》约定张凤英自主管理、自负盈亏，海厦西安分公司不投入资金，不参与项目管理，张凤英以长丰园10号楼B座10B2502号商品房作为挂靠费用。甲方处加盖有海厦西安分公司印章和时任负责人李如汉印章，张凤英在乙方处签字。

在雁塔区法院诉讼中，海厦西安分公司申请对《建筑施工联营协议书》上加盖的海厦西安分公司公章的真伪及印章与文字的交叉时序进行鉴定。经西安市中级人民法院委托鉴定，陕西中金司法鉴定中心作出陕中金司鉴中心[2014]文鉴字第125号《司法文书鉴定意见书》，结论为：1. 检材中盖印的“海厦西安分公司”印文与样本中的同名印文不是同一枚印章盖印。2. 检材中盖印的“海厦西安分公司”印文与文字的交叉时序为先打印文字后盖章。双方对该鉴定意见书均无异议。

2010年11月1日，融华公司与张凤英还签订了《建设项目挂靠协议书》《声明书》，约定：张凤英需要以融华公司名义与西三爻公司签订项目联建协议，鉴于融华公司日常管理费由张凤英承担，融华公司不再收取挂靠管理费。甲方签字人员为林学旺，并加盖融华公司印章，乙方签字人员为张凤英。

2010年11月30日，西三爻公司（甲方）与融华公司（乙方）、海厦西安分公司（丙方）重签了《三方协议》以及《三方协议附件》，约定：从2010年11月30日起西三爻公司（甲方）与融华公司（乙方）终止联营合同，由海厦西安分公司按建设合同继续完善该项目，西三爻公司再支付海厦西安分公司工程款37000000元等事项。落款处甲方签字人员为何建成，林学旺在乙方处签字并签章，张凤英在丙方处签字并签章。原《三方协议》与重签的《三方协议》内容一致，落款处甲方签字人员为何建成，唯张凤英在乙方处签字并盖融华公司章，林学风在丙方处签字并签章。就此，雁塔区法院至西三爻公司调取证据，该公司总经理何美向雁塔区法院作如下陈述：西三爻公司、融华公司与襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司于2010年11月30日就长丰园小区9、10号楼项目联建事宜签订《三方协议》，后张凤英持海厦西安分公司的委托手续称因公司名称由襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司变更为海厦西安分公司，要求重新签订《三方协议》，并将原《三方协议》当场毁掉。

同日，海厦西安分公司向西三爻公司出具《授权委托书》，全权委托张凤英履行长丰园9、10号楼城中村建设项目建设施工合同及补充协议；履行2010年11月30日签订的《三方协议》。落款处有海厦西安分公司签章。

在2017年5月18日一审法院对西三爻公司法定代表人何建成所做的《谈话笔录》中，法官询问案涉工程的实际施工人是谁时，何建成回答是林学风。一审法院与张凤英一审代理人及林学旺谈话时，林学旺称，张凤英用的杨明海施工队，是其找给张凤英的。

一审法院另查明，2013年2月23日，林学耀、林学旺、林学风、陈香佛、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英签订《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》，就长丰园9、10号楼项目股东剩余利润进行分配：林学耀5130000元、林学风1425000元……林学旺420000元，另给林学旺1580000元，合计给林学旺支付现金2000000元。以上款目作为林学旺手上拿到公司所有资金的结算依据，各股东一次性解决长丰园9、10号楼项目分红余款，内部不再算账。后林学旺将林学耀、林学风、陈香佛、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英等诉至福州市中级人民法院，请求撤销《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》，后撤诉。

一审法院还查明，张凤英曾于2013年以挂靠经营合同纠纷为由将海厦西安分公司诉至雁塔区法院，请求海厦西安分公司返还工程款7562327元，并承担诉讼费。此案经雁塔区法院一审判决驳回诉讼请求后，张凤英上诉至西安市中级人民法院，西安市中级人民法院以事实不清发回重审，重审期间，张凤英撤诉。本次诉讼中张凤英称，2007年6月经海厦西安分公司同意挂靠，自2010年11月30日之后，西三爻公司将工程款都打入海厦西安分公司，其再没有拿到工程款；本案诉讼标的额37000000元，加上返还房屋价值13000000元，本案的诉讼请求包含了前述雁塔区法院案件中的诉讼请求。

一审法院认为，本案争议的焦点是：1. 双方当事人之间是否存在挂靠关系；2. 海厦西安分公司、海厦公司是否应当向张凤英交付房屋，是否应当支付工程款及利息。

关于张凤英与海厦西安分公司之间挂靠关系是否成立的问题。首先，张凤英称其挂靠海厦西安分公司，但其提交的《联建合同》《拆迁补充合同》中，其签名均代表的是融华公司；两份《长丰园10#楼裙楼商铺以房抵材料款协议书》中代表海厦西安分公司签名的均为林学风；同时，海厦西安分公司向西三爻公司出具的数份收款收据、工程款项承付单上“主管领导意见”栏签字均为林学旺；张凤英所提交的《协议书》亦是林学风在海厦西安分公司处签字。故张凤英提交的证据不能证明其诉讼请求。关

张凤英所提交的海厦西安分公司与其补签的《建筑施工联营协议书》，在雁塔区法院诉讼中，海厦西安分公司申请对《建筑施工联营协议书》上加盖的海厦西安分公司公章的真伪及印章与文字的交叉时序进行鉴定。经西安市中级人民法院委托鉴定，陕西中金司法鉴定中心作出陕中金司鉴中心[2014]文鉴字第125号《司法文书鉴定意见书》，结论为：1. 检材中盖印的“海厦西安分公司”印文与样本中的同名印文不是同一枚印章盖印；2. 检材中盖印的“海厦西安分公司”印文与文字的交叉时序为先打印文字后盖章。双方对该鉴定意见书均无异议。故该《建筑施工联营协议书》明显有瑕疵，对其证明目的不予支持。张凤英所提交的《建设项目挂靠协议书》《声明书》，与张凤英主张挂靠海厦西安分公司的诉讼请求并无关联，故对其证明目的不予支持。对于张凤英所提交的其代表海厦西安分公司与西三爻公司及融华公司重签的《三方协议》及附件，经查，重签的《三方协议》与原《三方协议》内容一致，但原《三方协议》在海厦西安分公司处签字为林学风，张凤英所提交的《三方协议》在海厦西安分公司处签字为张凤英，此证据亦明显有瑕疵，故对其证明目的不予支持。其次，张凤英称林学旺、林学风系其聘用的工作人员，但其提交的工资发放凭证系林学风出具给海厦西安分公司的收条，是海厦西安分公司发放的工资，张凤英虽占有上述材料，并不代表其与海厦西安分公司存在挂靠关系。再次，依据2013年2月23日林学耀、林学旺、林学风、陈香佛、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英等签订的《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》记载的内容，确认案涉项目非张凤英所施工。再依据2017年5月18日一审法院对西三爻公司法定代表人何建成所做的《谈话笔录》中，何建成称实际施工人是林学风，进一步证明案涉工程项目的投资人不包括张凤英。综上，张凤英称其挂靠海厦西安分公司的证据不足且存在瑕疵和矛盾，其主张不能成立。

关于海厦公司、海厦西安分公司是否应当向张凤英交付房屋，是否应当支付工程款及利息的问题。交付房屋、支付工程款及利息的前提是张凤英对案涉项目进行投资或实际施工。张凤英提供曾向林学旺转账的银行转账凭证，但并未与林学旺签订任何代持股协议或者投资协议，故不能证明张凤英向林学旺的转款为案涉项目工程的投资款。另外张凤英提供的收款收据、银行账户明细、施工现场照片等证据只能说明海厦西安分公司的资金往来情况，亦无法证明张凤英对项目进行了资金投入或实际施工。另，依据《中华人民共和国民法通则》第五十八条第五项“违反法律或者社会公共利益的民事行为无效”、《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项“违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效”、《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》第一条“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第五项的规定，认定无效：……（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”的规定，张凤英所称的挂靠行为亦违反了法律的强制性规定。故张凤英要求返还房屋、工程款及利息的诉讼请求亦不能成立。

一审法院判决：驳回张凤英的诉讼请求。案件受理费306200元，由张凤英负担。

本案二审期间，各方当事人围绕上诉请求和诉讼主张提交了证据，本院依法组织当事人进行了证据交换和质证。

林学旺二审提交的证据为：1. 2013年11月13日海厦西安分公司向雁塔区法院申请印章鉴定的申请书，拟证明海厦西安分公司申请对《建筑施工联营协议书》《三方协议》中海厦西安分公司的印章进行鉴定，但雁塔区法院只鉴定了《建筑施工联营协议书》中的印章。2. 海厦西安分公司在林学旺与海厦西安分公司合同纠纷一案（涉及长丰园5号楼项目）中分别于2015年9月30日和2016年6月22日提交的答辩状，用以证明在该案中海厦西安分公司承认张凤英控制该公司印章，《建筑施工联营协议书》上的印章是真实的。3. 融华公司与西三爻公司合资、合作开发房地产合同纠纷一案（2014）雁民初字第02165号民事判决书，用以证明长丰园10号楼10C09一层商铺被林学风截留，更名至林学风妻子薛云珠妹名下。4. 雁塔区法院于2014年1月7日对原西三爻公司总经理何美所做的谈话笔录，用以证明海厦公司2013年才委托林学风收取案涉项目剩余工程款，此前没有委托林学风处理案涉项目收款事宜。5. 2012年8月2日西三爻公司、融华公司、海厦西安分公司就长丰园9、10号楼项目签订的《补充协议》，用以证明海厦公司认可《补充协议》中海厦西安分公司的合同章，意味着其认可《建筑施工联营协议书》中的合同章。6. 购车发票，用以证明2011年1月18日西三爻公司何建成向张凤英代表的海厦西安分公司收取价值2500000元的奔驰车一辆。7. 2013年3月18日收款收据，用以证明张凤英不同时期代表海厦西安分公司向西三爻公司收款970000元。8. 《长丰园I区5号楼建筑安装工程投资和管理合同》《长丰园I区E、F楼建设工程施工框架协议》，用以证明海厦公司认可张凤英代表海厦公司的事实。9. 《长丰园2、9、10号楼清算协议》，用以证明林学旺是张凤英的下属，由林学旺对外借款和还款。10. （2013）雁民初字第05863号民事判决书，用以证明林学风系海厦西安分公司实际负责人，代表海厦西安分公司行使职务行为。11. 2012年9月14日林学风给陈春香出具的收到海厦公司、海厦西安分公司及关联公司行政章、合同章和财务章及公司证照等文件的收条，结合海厦公司在该案中的答辩意见，用以证明海厦公司认可林学旺控制海厦西安分公司印章。

本院认证意见：1. 2013年11月13日海厦西安分公司向雁塔区法院申请印章鉴定的申请书，真实性确认，但与本案无关联性。2. 两份答辩状真实性确认，但仅能证明在林学旺与海厦西安分公司合同纠纷一案中，海厦西安分公司提出了林学旺和张凤英利用控制海厦西安分公司之便与西三爻公司签订终止协议，海厦西安分公司退出长丰园5号楼项目的辩论观点，与本案无关联性。3.

（2014）雁民初字第02165号民事判决书真实性确认，能够证实融华公司、西三爻公司与海厦西安分公司及商用砼代表薛华文签订以长丰园10号楼10C09一层商铺计价5145884元抵项案涉工程材料款的协议，西三爻公司与薛华文签订商品房买卖合同，后该合同被更名至薛云珠妹名下。但在无其他证据印证的情况下，从该判决不能得出林学风截留工程款的结论，故该证据不能达到张凤英的证明目的。4. 雁塔区法院于2014年1月7日对原西三爻公司总经理何美所做的谈话笔录，系一审中海厦西安分公司提交的证据，其中有海厦公司西安分公司委托林学风办理后续6400000元工程款收款事宜的内容，但不能因此反推得出2013年以前林学风未参与案涉工程收款事宜的结论，故该证据不能达到张凤英的证明目的。5. 2012年8月2日《补充协议》与何美的陈述能相互印证，真实性确认，证明张凤英受海厦西安分公司委托与西三爻公司、融华公司就长丰园9、10号楼结算签订《补充协议》。6. 购车发票系复印件，无原件，且购车人系何英，与本案没有关联性，不予采信。7. 2013年3月18日收款收据无原件，真实性不能确认，且张凤英代表海厦西安分公司收取970000元与张凤英是否挂靠海厦西安分公司之间不存在必然的因果关系。8. 《长丰园I区5号楼建筑安装工程投资和管理合同》《长丰园I区E、F楼建设工程施工框架协议》真实性确认，但与张凤英在案涉长丰园9、10号楼项目中的

份之间没有关联性。9.《长丰园2、9、10号楼清算协议》，系一审海厦公司提交的证据，张凤英在上诉意见中否认该清算协议的真实性，但二审中又将其作为己方证据提交，视为其认可该清算协议的真实性。该清算协议系林学旺等人就其以融华公司、海厦西安分公司名义对长丰园2、9、10号楼的投资进行的清算，不能达到证明林学旺是张凤英下属的证明目的。10.（2013）雁民初字第05863号民事判决书，系张凤英与海厦西安分公司就长丰园9、10号楼项目工程款提起的挂靠经营合同纠纷一案的判决，真实性予以确认。11.2012年9月14日林学风给陈春香出具的收到海厦公司、海厦西安分公司及关联公司行政章、合同章和财务章及公司证照等文件的收条，与海厦公司的陈述能够印证，真实性确认。

海厦公司二审提交融华公司《项目出资证明》，用以证明林学耀、林学风、林学记、林学旺、林学灿、陈祖明、林雄共同出资20000000元投资长丰园8、9号楼（暂定名）。

本院认证意见：融华公司的《项目出资证明》无原件核对，且与本案无关联性，不予采信。

经审理查明及审查一审、二审证据，本院二审查明以下事实：

1.海厦西安分公司原名襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司，2010年公司名称发生变更，负责人由林学风变更为李学如。2017年12月6日，海厦西安分公司注销。

2.一审中，海厦公司提交一份2010年11月30日西三爻公司（甲方）与融华公司（乙方）、襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司（丙方）签订的《三方协议》以及《三方协议附件》，该协议约定，从2010年11月30日起西三爻公司与融华公司终止联营合同，由襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司按建设合同继续完善该项目，西三爻公司再支付襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司工程款37000000元等事项。何建成在甲方处签字并加盖西三爻公司印章，张凤英在乙方处签字并加盖融华公司印章，林学风在丙方处签字并加盖襄樊市海口建筑安装配套有限公司西安分公司印章。

张凤英提交一份落款为2010年11月30日，丙方为海厦西安分公司，内容与前述《三方协议》一致的《三方协议》，何建成在甲方处签字，无西三爻公司印章，林学旺在乙方处签字并加盖融华公司印章，张凤英在丙方处签字并加盖海厦西安分公司印章。雁塔区法院对原告西三爻公司经理何美调查时，何美向雁塔区法院陈述，原《三方协议》签订后，张凤英持海厦西安分公司的委托，以公司名称变更为由，要求重新签订《三方协议》，后将原《三方协议》当场销毁。2018年6月26日，林学旺向一审法院陈述，西三爻公司总经理何美在雁塔区法院调查时的陈述属实。

2012年8月2日，西三爻公司、融华公司、海厦西安分公司就长丰园9、10号楼的工程结算问题签订《补充协议》，张凤英在海厦西安分公司委托代理人处签名。

3.2013年2月23日，林学耀、林学旺、林学风、陈香佛、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英签订《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》，确定了长丰园9、10号楼各股东剩余利润分配数额，并约定：在林学旺应分配的420000元股东利润分配款外，再给林学旺支付1580000元，合计支付林学旺2000000元，该款项系林学旺手上拿到公司所有资金的结算依据，各股东一次性解决长丰园9、10号楼项目分红余款；张凤英、林学旺、林学华配合林学风追回长丰园9、10号楼项目工程余款；就长丰园2、9、10号楼项目，包括以融华公司和海厦西安分公司名义进行的投资，各股东之间不能再彼此索要任何款项。

4.2013年张凤英就长丰园9、10号楼项目的工程款支付问题将海厦西安分公司起诉至雁塔区法院，请求海厦西安分公司返还已收取的长丰园9、10号楼工程款7562327元，雁塔区法院立案受理，案号为（2013）雁民初字第05863号。该案审理过程中，海厦西安分公司时任负责人李如汉到庭说明，其未委托张凤英代表海厦西安分公司签订《建筑工程联营协议书》；因林学风不具备公司登记备案要求的高级工程师资质，故海厦西安分公司负责人变更为李如汉，但实际负责人仍是林学风。该案审理中，雁塔区法院要求双方当事人提交长丰园9、10号楼项目工程施工资料，张凤英未能提交，海厦西安分公司提交了合同十份、交工验收证书、工作交接单、审查图纸结论书、审核会签表、竣工资料移交单等资料，用以证明林学风负责案涉工程的管理。

本院二审查明的其他事实与一审查明事实一致，本院对此予以确认。

本院认为，民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。本案虽以合资、合作开发房地产纠纷立案，但从张凤英一、二审中提出的诉讼请求及事实和理由可以看出，张凤英主张其挂靠海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目进行施工，基于实际施工人的身份享有对长丰园9、10号楼项目工程款的请求权，请求海厦公司归还其从发包方西三爻公司收取的抵顶工程款的商铺。因此，本案应为挂靠经营合同纠纷。

根据各方当事人的诉辩意见，本案二审争议焦点为：1.张凤英是否挂靠海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目工程实际施工建设。2.一审程序是否违法。对此，本院评析如下：

一、关于张凤英是否挂靠海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目工程实际施工建设的问题

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”《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》第九十条第一款规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。”建设工程领域的实际施工人主要是指转包、违法分包、借用资质等无效建设工程施工合同的承包人。实际施工人是实际投入资金、组织人员和机器设备实施工程建设的主体，其主张工程款的请求权来源于建设工程施工合同无效后的返还请求权，即请求发包人对其已投入建设工程的人力、物力、财力成本折价补偿。本案中，张凤英主张其与海厦西安分公司之间存在挂靠关系，系长丰园9、10号楼项目工程的实际施工人，从而系长丰园9、10号楼项目工程款的实际权利人，则应当举证证明其实际投入资金、组织人员和机器设备，以海厦西安分公司名义对长丰园9、10号楼项目工程进行了施工。

首先，根据已查明的事实，长丰园9、10号楼项目原系西三爻公司与融华公司合作开发，海厦西安分公司承建，后西三爻公司与融华公司中止合作开发，海厦西安分公司继续承建。从2007年融华公司分别与西三爻公司、陕西路事达实业发展有限公司签订的《联建合同》《拆迁补充合同》以及2010年11月30日就长丰园9、10号楼项目工程款结算问题签订的最初版本《三方协议》

件可以看出，张凤英系代理融华公司进行工程有关事务。在张凤英以公司名称变更为由以海厦西安分公司名义与西三爻公司、融华公司重新签订《三方协议》之前，代表海厦西安分公司就长丰园9、10号楼项目的工程款及材料款结算问题与融华公司、西三爻公司及材料商签订协议的，均系时任海厦西安分公司负责人林学风。虽然重签《三方协议》后，有文件显示海厦西安分公司授权张凤英与西三爻公司、融华公司结算剩余工程款，但代理人并不当然等同于实际施工人。

其次，张凤英提交2010年11月1日其与海厦西安分公司签订的《建筑施工联营协议书》及收款收据用以证明其与海厦西安分公司存在挂靠关系并支付了挂靠费，但此时长丰园9、10号楼项目工程已经进入工程款结算阶段，仅凭该联营协议书和收据不能证明长丰园9、10号楼项目工程系由张凤英投资且组织人员施工，不能证明该协议实际履行。张凤英始终未能提交施工资料证明长丰园9、10号楼项目的施工过程，其提交的施工现场照片仅能证明施工现场状况，不能证明施工主体。张凤英提交的其于2011年1月24日向其丈夫林学旺转账5000000元的银行交易明细仅能证明其与林学旺之间的该笔资金往来，不能证明该笔资金系其对长丰园9、10号楼项目施工的投资。张凤英提交的海厦西安分公司的部分收款收据、银行交易明细等财务资料，仅能证明海厦西安分公司的资金往来情况，不能证明其对长丰园9、10号楼项目施工进行了投资。因此，张凤英提交的证据不足以证明其对长丰园9、10号楼工程投入资金且实际施工建设。

最后，2013年2月23日林学耀、林学旺、林学风、陈香佛、陈吓福、林学记、陈祖明、林凤英签订的《长丰园2、9、10号楼项目清算协议书》，一审中张凤英虽然否认其真实性，但二审其作为己方证据提交，应当认为其认可该清算协议的真实性。根据该清算协议的内容可知，长丰园9、10号楼项目系前述人员共同出资，以融华公司名义参与开发，以海厦西安分公司名义施工建设。各投资人就融华公司和海厦西安分公司在长丰园9、10号楼项目的剩余利润进行了分配，并明确各股东之间不再就该项目彼此索要任何款项，其中张凤英丈夫林学旺作为投资人之一，已分得该项目利润款。该清算协议同时明确，张凤英、林学旺应配合林学风追回长丰园9、10号楼工程余款。由此可见，张凤英前期代理融华公司与西三爻公司签订联建协议，后期代理海厦西安分公司与西三爻公司结算工程款，均非基于挂靠关系。故张凤英认为其同时挂靠融华公司和海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目进行开发和施工建设的主张，与前述清算协议内容相悖，不能成立。

本院二审审理期间，张凤英申请对《建筑工程联营协议书》及收款收据中海厦西安分公司印章、合同专用章、财务专用章进行比对鉴定。本院认为，根据《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》第一百二十一条第一款的规定，申请鉴定的事项对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。本案中，现有证据足以判断张凤英与海厦西安分公司之间的关系，《建筑工程联营协议书》及收款收据中海厦西安分公司印章鉴定无意义，故本院不予准许。

二、关于一审程序是否违法的问题

张凤英主张一审未追加必须参加诉讼的当事人以及调查取证，违反法定程序。张凤英在本院二审期间亦提出同样的申请。对此，本院认为，首先，张凤英申请追加的案外人对本案诉讼标的未提出独立的请求，与本案裁判结果亦无法律上的利害关系，故一审法院未予准许张凤英追加第三人的申请并无不当。其次，本案系张凤英主张挂靠海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目实际施工，故本案应当围绕张凤英主张的事实是否成立进行查明，长丰园10C09一至三层商铺的买卖合同和收款收据、2011年1月18日的机动车销售发票以及林学风是否为实际施工人，与张凤英是否挂靠海厦西安分公司对长丰园9、10号楼项目实际施工之间没有关联性，一审法院未予调查取证并无不当。

综上，张凤英的上诉请求不能成立。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，应予维持。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之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费100728.36元，由张凤英负担。

本判决为终审判决。

审判长 骆 电

审判员 任雪峰

审判员 刘小飞

二〇一九年十一月二十六日

书记员 何 宇

公告

- 一、本裁判文书库公布的裁判文书由相关法院录入和审核，并依据法律与审判公开的原则予以公开。若有关当事人对相关信息内容有异议的，可向公布法院书面申请更正或者下镜。
- 二、本裁判文书库提供的信息仅供查询人参考，内容以正式文本为准。非法使用裁判文书库信息给他人造成损害的，由非法使用人承担法律责任。
- 三、本裁判文书库信息查询免费，严禁任何单位和个人利用本裁判文书库信息牟取非法利益。
- 四、未经允许，任何商业性网站不得建立本裁判文书库的镜像（包括全部和局部镜像）。
- 五、根据有关法律规定，相关法院依法定程序撤回在本网站公开的裁判文书的，其余网站有义务免费及时撤回相应文书。



关联



概要

1
2
3
目录