

最高人民法院关于实际施工人起诉发包人的 裁判观点

《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一》（以下简称《解释一》）第 26 条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

《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（二）》（以下简称《解释二》）第 24 条规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

对比《解释二》和《解释一》会发现：为了保护农民工的权利，实际施工人可以向发包人主张权利，但这突破了合同相对性，受到了更严格的限制。

一、经典裁判观点

1、发包人和转包人或者违法分包人之间的工程款，转包人或者违法分包人和实际施工人间的工程款，按照各自的合同确定，而非按照同一标准确定

最高人民法院（2019）最高法民申 2029 号民事裁定认为，《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》第二十六条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”依该款规定，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，至于发包人欠付转包人或者违法分包人多少工程款、转包人或者违法分包人欠付实际施工人多少工程款应当根据各自的合同关系确定。新城公司申请再审称，该款规定的是发包人和承包人按同一标准对实际施工人进行结算，系对司法解释的错误理解。本案涉及两个合同关系，一是新城公司与中房公司之间的建设工程施工合同关系，二是新城公司从中房公司承包到案涉工程后又包给实际施工人刘某

某、祝某某。依合同相对性原则，中房公司欠付的工程款和新城公司欠付的工程款应当依据各自的合同关系确定。新城公司关于二审判决按不同标准认定中房公司欠付的工程款和新城公司欠付的工程款，导致新城公司需承担的责任高于中房公司的责任违反法律规定、显失公平、违背常识的主张，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

2、实际施工人可以直接起诉发包人的规定并不排斥承包人根据合同起诉发包人

最高人民法院（2018）最高法民终 77 号民事裁定认为，《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》第二十六条关于“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，虽赋予实际施工人突破合同相对性向发包人提起诉讼的权利，但该条规定并未排除或者限制合同约定的承包人向发包人起诉主张工程款的权利。因此，一审法院在受理本案长达四年之久后，作出鑫华公司作为本案原告不适格的认定，裁定驳回该公司起诉，于法无据，存在严重错误，本院依法予以纠正。

3、实际施工人不得要求其前一手违法转包人（承包人，非发包人）承担责任

最高人民法院（2018）最高法民申 1808 号民事裁定认为，《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》第二十六条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本案建工四公司为谢向阳违法转包前一手违法分包人，系建设工程施工合同的承包人而非发包人，故王强要求依据司法解释的前述规定判令建工四公司承担连带责任缺乏依据，原审判决并无不当。

4、实际施工人起诉发包人承担责任，应提供证据证明发包人可能欠付转包人或者违法分包人工程款，且转包人或者违法分包人有破产等严重影响实际施工人权利实现的情形。

最高人民法院（2019）最高法民申 2411 号民事裁定认为，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》第二十六条第二款的规定，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。本案中，伊厦公司将案涉工程发包给武交总队，武交总队分包给中州公司，中州公司再转包给新意公司。新意公司作为实际施工人，系与中州公司建立的合同关系，原则上应向转包人中州公司主张工程款。新意公司突破合同相对性原则行使诉权时，应提供证据证明伊厦公司、武交总队可能欠付中州公司工程款，但新意公司在原审中均未提供充分的证据予以证明，且伊厦公司和武交总队均认可已结清案涉工程款，故新意公司请求伊厦公司、武交总队在欠付工程款的范围内承担连带责任，缺乏事实和法律依据，不能成立，本院不予支持。

最高人民法院（2017）最高法民终 144 号民事判决认为，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》第二十六条第二款的规定，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。司法实践中，适用上述规定有严格的限定条件，只有在转包人和分包人没有向实际施工人支付工程款，也没有能力支付，而发包人尚存在拖欠转包人和分包人工程款没有支付的情况下才可适用，发包人在未支付工程款的范围内，向实际施工人承担支付工程款的责任。本案中，尹某、袁某某原则上应向转包方庆田公司主张工程款，其突破合同相对性原则行使诉权时，应提供证据证明发包人能源公司、团鱼山煤矿可能欠付庆田公司工程款，以及合同相对方庆田公司有破产等严重影响实际施工人权利实现的情形。但尹某、袁某某在一、二审中均未提供充分的证据予以证明，且庆田公司认可能源公司、团鱼山煤矿已向其付清案涉工程

款，故尹某、袁某某上诉请求能源公司、团鱼山煤矿在欠付工程款的范围内承担连带责任，缺乏事实和法律依据，不能成立，本院不予支持。

5、如果实际施工人与转包人或者违法分包人约定了仲裁管辖，则实际施工人不得起诉发包人

最高人民法院（2014）民申字第 1591 号民事裁定认为，《建设工程施工合同解释》第二十六条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条司法解释第一款确立了实际施工人工程价款请求权的一般规则，即实际施工人可以依法起诉与其具有合同关系的转包人、违法分包人；第二款明确了实际施工人工程价款请求权的例外救济，即实际施工人可以要求发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。本案中，杰出建筑公司（实际施工人）主张工程价款的基础法律关系是其与中交公路公司（转包人）之间的合同关系，而双方在合同中约定了仲裁条款，排除了法院管辖权。杰出建筑公司将兰渝铁路公司（发包人）、中交公路公司作为共同被告起诉至甘肃省陇南市中级人民法院，违背了杰出建筑公司与中交公路公司通过仲裁处理双方争议的约定。

6、被拖欠的工程款并非劳务分包费用的，不具备《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定的适用条件

最高人民法院（2015）民申字第 919 号民事裁定认为，本案恒达机械厂系经与成大公司之间签订的钢梁制作安装协议书而取得案涉钢梁制作安装工程，并按合同约定需提供钢梁的制作、运输、安装等作业，且包工包料，可见其提供的是专业技术安装工程并非普通劳务作业，被拖欠的工程款并非劳务分包费用，并不具备《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定的适用条件。

7、实际施工人起诉发包人适用于建设工程非法转包和违法分包情况，不适用于挂靠情形

最高人民法院（2019）最高法民再 329 号民事裁定认为，依据《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》第二十六条“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，实际施工人可向发包人、转包人、违法分包人主张权利。但中顶公司系被挂靠方，不属于转包人、违法分包人或发包人，原判决以上述规定为法律依据判决中顶公司承担给付工程款的责任，适用法律错误，本院予以纠正。因此，中顶公司再审主张其不承担案涉工程款及利息的给付责任成立，对中顶公司请求驳回朱天军对其的诉讼请求，予以支持。

最高人民法院（2017）最高法民申 3613 号民事裁定认为，建邦地基公司在再审申请中并不否认案涉分包合同当事人、工程施工、回收工程款、办理结算资料、报送施工资料等工作均是以博川岩土公司名义进行，且参与相关工作的受托人田磊、郑光军等人亦有博川岩土公司的授权委托书，只是主张其与博川岩土公司存在挂靠关系，通过借用博川岩土公司施工资质承揽案涉工程，其为实际施工人。而在挂靠施工情形中，存在两个不同性质、不同内容的法律关系，一为建设工程法律关系，一为挂靠法律关系，根据合同相对性原则，各方的权利义务关系应当根据相关合同分别处理。二审判决根据上述建邦地基公司认可的事实，认定建设工程法律关系的合同当事人为中冶集团公司和博川岩土公司，并无不当。建邦地基公司并未提供证据证明其与中冶集团公司形成了事实上的建设工程施工合同关系，因此，即便认定建邦地基公司为案涉工程的实际施工人，其亦无权突破合同相对性，直接向非合同相对方中冶集团公司主张建设工程合同权利。至于建邦地基公司与博川岩土公司之间的内部权利义务关系，双方仍可另寻法律途径解决。《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》第二十六条适用于建设工程非法转包和违法分包情况，不适用于挂靠情形，二审判决适用法律虽有错误，但判决结果并无不当。该解释第二条赋予主张工程款的

权利主体为承包人而非实际施工人，建邦地基公司主张挂靠情形下实际施工人可越过被挂靠单位直接向合同相对方主张工程款，依据不足。

二、经典解读观点

1、一是起诉人不属于《建设工程施工合同解释》中“实际施工人”的，不予受理，从源头上把好收案关口。二是实际施工人原则上应向与其有合同关系的施工人主张权利，其突破合同相对性原则行使诉权的，应提供起诉证据证明发包人可能欠付工程款，其合同相对方有破产、下落不明、法人主体资格灭失等严重影响实际施工人权利实现的情形。三是实际施工人向发包人主张权利的款项应当限于工程款及“欠付工程价款范围内”，不能做扩大解释。四是实际施工人与他人虚构建造涉案工程情节，伪造证据，构成犯罪的及时移送有关刑事侦查部门；不构成犯罪的，应当按照《民法通则》第134条之规定，予以民事制裁，所诉请民事实体请求，坚决予以驳回。【最高人民法院民事审判第一庭：《实际施工人原则上不应向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起诉讼》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判前沿》第1辑，人民法院出版社，2014年版，第140至141页。】

2、面对现实中的一些问题，必须树立坚持合同相对性为原则的理念，进一步厘清第二十六条第二款的适用条件，严格限缩对合同相对性突破的范围。第一，必须符合前述实际施工人的概念，特别是对于不涉及农民工利益的，不应纳入第二十六条第二款的适用范围；第二，牢固坚持合同相对性，人民法院不能主动追加发包人为当事人参加诉讼；第三，案涉工程必须竣工并验收合格或经修复竣工验收合格；第四，发包人所欠的工程款所指向的必须是实际施工人所完成的工程，如果发包人已支付案涉工程款，欠付的是其他工程款项的，则不属于第二十六条第二款的适用范围；第五，不能把承包人为完成工程而签订的承揽加工合同、买卖合同等其他合同的相对方混淆为实际施工人。承揽加工合同和买卖合同中往往会附随着部分安装、调试、修复等义务，这部分附随义务如果不属于建设工程施工范围内的专业工程，则不构成全面履行了本应由承包人完成的施工义务的事实，不能把此类合同错误的认为是建设施工合同，并进一步把合同相对方作为实

际施工人对待。【张志弘、裴跃：《〈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〉第二十六条第二款的限缩适用问题——大连恒达机械厂与普兰店市宏祥房地产开发有限公司、大连成大建筑劳务有限公司、大连博源建设集团有限公司、赵学君建设工程施工合同纠纷申请再审案》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第 62 辑，人民法院出版社 2015 年版，第 265~266 页。】

3、适用《解释》第 26 条第 2 款规定时，原则上第一手承包合同与下手的所有转包合同均应当无效。《合同法》《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、法规，在表述承包人概念时使用了以下几个概念：承包人、建筑施工企业、施工人、承包建筑工程的单位等，没有出现过“实际施工人”的表述。此表述为《解释》创设的新概念，意在表达无效合同中实际干活的单位或者个人为实际施工人，实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等。使用“实际施工人”的概念本身就意味着“实际施工人”参与签订的合同无效，实际施工人为无效合同当事人，包括转包、非法分包、没有资质借用有资质的建筑施工企业名义等违反法律、行政法规强制性规定的违法行为。【最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判指导与参考》总第 36 集，法律出版社 2009 年版，第 274~275 页。】

4、施工方的项目负责人不是实际施工人，不得直接起诉发包人支付工程款。【最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第 43 集，法律出版社 2011 年版，第 176~177 页。】

5、建设工程施工合同无效，实际施工人请求发包方参照该建设工程施工合同中的工程进度奖励金约定支付工程进度奖励金的，人民法院不予支持。【《实际施工人请求支付无效建设工程施工合同约定的工程进度奖励金的，人民法院不予支持》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第 43 集，法律出版社 2011 年版，第 146 页。】

附交通局、际洲公司与陆某某建设工程施工合同纠纷案

案情简介：为建设省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程，交通局成立了指挥部。2010年12月20日，指挥部与际洲公司签订《公路工程施工合同协议书》，将案涉工程发包给际洲公司施工。建设内容为路基、涵洞及其他构造物；工期为320日；合同总价21,819,760元。该施工合同第4条第（3）项约定：本合同总价中已包含的专项暂定金、计日工、不可预见因素暂定金的动用，均按照招标文件中关于暂定金的相关规定执行。第11条约定：结算方式为按月支付，税金全额上缴，业主代扣代缴。合同签订后，际洲公司将案涉工程交给其下属的黑龙江分公司（于2018年3月7日注销）进行施工。际洲公司于2011年6月1日收取陆某某案涉工程管理费10万元，于2011年7月1日收取陆某某案涉工程管理费22.8万元。2011年9月5日，际洲公司黑龙江分公司与陆某某签订《内部承包协议》，将案涉工程转包给陆某某。该协议约定的工期为2010年8月15日至2012年11月30日。其后，陆某某以“包工包料”的形式组织人员进行了施工，按照约定履行了合同义务。2012年12月13日，案涉工程交工验收并投入使用，进入试运营状态。2014年12月12日，案涉工程经过竣工验收。在合同履行过程中，际洲公司就案涉工程项目设立了项目部专用银行账户，指挥部向该账户拨款23,358,247元，该账户实际由陆某某掌管，并由其安排财务、出纳人员支取了该账户中的款项用于支付工程相关费用。案涉工程施工期间，项目部公章、项目经理熊道红的名章一直由陆某某掌管、使用，际洲公司于2015年4月1日在《黑龙江日报》声明以上印章作废。2011年5月23日，指挥部下发鹤名发(2011)8号文件，将案涉工程项目经理由熊道红变更为陆某某，项目总工程师由余稳迪变更为王志巍。2011年6月1日，际洲公司再次收取陆某某案涉工程管理费10万元。

合同履行过程中因原设计的土场未能使用，取土位置发生变化，导致增加施工项目。因案涉工程所在的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程在施工过程中出现设计与实际不符、材料单价偏低、设计料场无法征用、路基填料需外购等情况，该工程的原概算不足。指挥部向上级部门汇报，交通局积极进行“调概”工作，但未有结果。陆某某等人就增加工程量向鹤岗市人民政府企业投诉中心投诉。

2017年10月17日，指挥部与项目部、黑龙江省公路工程监理咨询公司哈肇公路鹤名段B1总监办共同出具《明细表》，确认增加变更金额21,337,953元，扣除未完工程增加变更金额为16,520,444元。2018年3月20日，以上三家单位在核定完成变更金额21,337,953元的基础上，追加小桥变更金额1,307,453元。在上述《明细表》中三家单位的代表分别签字，陆某某亦作为承包人签字。另，2011年路基料厂便道维护发生计日工费用239,498元，2012年路基料厂便道维护发生计日工费用177,900元，合计为417,398元。增加工程款数额总计为18,245,295元。施工结束后，陆某某将案涉工程的内业资料交付给交通局存档。

施工期间，交通局通过向项目部账户内拨款、垫付相关款项、车辆抵账、扣税金等方式，累计支付工程款项25,765,783.90元，其中包括扣除税金四次，时间分别为2011年12月、2012年12月、2017年12月，累计扣除税金1,847,624元，税率为4.5%，对应的工程款总额度为41,058,311.10元，包括2017年10月17日确认的增加变更金额16,520,444元、2018年3月20日确认追加的小桥变更金额1,307,453元以及计日工费用417,398元应缴纳的税金。

二审审理查明：为确保省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程建设顺利完成，鹤岗市人民政府于2009年10月20日成立工程扩建领导小组，领导小组下设工程建设指挥部，指挥部设在交通局，工程项目法人代表为交通局副局长贾宏伟。2010年12月20日，指挥部与际洲公司签订《公路工程施工合同协议书》，约定结算方式为按月支付，支付额为监理工程师审核认证工程量的90%（扣留质量保证金10%，扣完为止）。贾宏伟作为指挥部法定代表人（常务指挥）在该施工合同上签字。

2014年12月12日，交通局组织成立了省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程建设项目竣工验收委员会，对该项目进行竣工验收，并制作了《竣工验收鉴定书》。该鉴定书载明，该项目建设依据包括交通局《哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程施工许可》等。案涉工程所在的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程由交通局具体负责。

指挥部与项目部、黑龙江省公路工程监理咨询公司哈肇公路鹤名段 B1 总监办于 2017 年 10 月 17 日共同出具《明细表》，贾宏伟作为业主在该明细表上签字。该明细表载明：中标金额 21,819,760 元；计量清单总金额 27,630,525 元，其中已完成金额 22,813,016 元，剩余未完成金额（包含 8%暂定金）4,817,509 元；计量清单金额超中标金额 5,810,765 元；增加变更总金额 21,337,953 元，其中工程量增加 1,866,385 元，材料底价增加 5,475,104 元，土石方超运增加 13,996,464 元，扣除未完工程增加变更金额 16,520,444 元。陆某某主张，上述《明细表》中的合同内和增加工程的工程价款均扣除了未完工程的工程价款，属于重复扣除。对此，交通局认可合同内未完成工程价款为 4,817,509 元（包含剩余未完成金额 2,770,803 元、工程不可预见暂列费用及计日工暂列费用 2,046,706 元），变更金额为 16,520,444 元（21,337,953 元-2,770,803 元-2,046,706 元）。指挥部与项目部、黑龙江省公路工程监理咨询公司哈肇公路鹤名段 B1 总监办于 2018 年 3 月 20 日共同出具《明细表》，载明：核定完成变更金额 21,337,953 元，追加小桥变更 1,307,453 元，总变更金额 22,645,406 元。

同时查明：陆某某在一审中申请财产保全，一审法院于 2018 年 9 月 4 日作出（2018）黑 04 民初 159 号民事裁定，查封交通局下属指挥部在中国银行鹤岗分行账户中的存款 2300 万元。其后，交通局及指挥部均未申请复议。

裁判原文节选

一审【案号：中级人民法院（2018）黑 04 民初 159 号】本案争议焦点为：

1. 陆某某是否为案涉工程的实际施工人，是否有权向交通局及际洲公司主张工程款；2. 案涉工程是否拖欠工程款及拖欠工程款的数额。

关于第一个焦点问题，虽然际洲公司黑龙江分公司与陆某某签订《内部承包协议》，但陆某某既非际洲公司的职员又非该公司黑龙江分公司的职员，因此陆某某与际洲公司之间并非内部承包关系。际洲公司黑龙江分公司将案涉工程发包给陆某某，际洲公司两次向陆某某收取管理费 32.8 万元。陆某某以“包工包料”的形式组织人员进行施工，并实际掌管际洲公司就案涉工程所设立的银行账户，

支配、使用该账户中的资金，掌管项目部的公章及项目经理的名章。施工过程中，指挥部将项目经理变更为陆某某。陆某某在施工过程中积极向交通局主张权利，并作为承包人与指挥部进行结算并签订确认《明细表》。工程结束后，陆某某向交通局交付了案涉工程的内业资料。以上事实均表明陆某某为案涉工程的实际施工人。际洲公司黑龙江分公司虽然在与陆某某签订的《内部承包协议》中约定派员管理项目部印鉴，派出财务人员协助陆某某做好案涉工程的财务管理，但际洲公司没有提供证据证实其进行了以上工作。依照《施工合同解释》第二十六条规定，陆某某作为实际施工人有权向交通局、际洲公司主张权利。

因与陆某某签订合同的相对方为际洲公司黑龙江分公司，现该分公司已经注销，故际洲公司依法应承担其黑龙江分公司所应负有的合同义务。

关于第二个焦点问题，际洲公司黑龙江分公司将案涉工程违法转包给不具备建筑工程施工资质的自然人陆某某，依照《施工合同解释》第一条的规定，际洲公司黑龙江分公司与陆某某签订的《内部承包协议》应当认定为无效。依照《施工合同解释》第二条的规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。本案中，陆某某组织施工的案涉工程已经投入使用并经验收合格，故陆某某主张给付工程款应予支持。

案涉工程已经通过正式竣工验收，则发包方应向施工方支付工程价款。施工过程中，因取土位置发生变化，导致增加了施工项目，交通局曾积极进行“调概”工作，但未有结果。2017年10月17日、2018年3月20日，发包方、承包方、监理方共同出具了《明细表》，确认增加变更金额为16,520,444元和1,307,453元。另，2011年、2012年路基料厂便道维护发生计日工费用合计417,398元。以上增加工程款总计为18,245,295元。际洲公司作为陆某某签订合同的相对方，对于该欠款应予给付。依照《施工合同解释》第二十六条的规定，交通局作为案涉工程的发包人，亦应在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

际洲公司主张应以政府部门的审计结果作为结算依据，该主张损害了自愿、公平、公正的市场交易原则。同时，审计机关和被审计单位之间是一种行政监督

关系，审计机关并没有对具体交易行为进行定价的权利。更为主要的是，际洲公司的该主张没有法律依据。故对际洲公司的该主张不予支持。

案涉工程于2012年12月13日交工验收并投入使用，依照《施工合同解释》第十七条、第十八条规定，际洲公司应自工程交付的次日起按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率支付利息。

依据双方合同中的约定，应在给付的工程款中扣除交通局代扣代缴的税金。交通局在一审庭审中举示了《江西际洲A3标段付款情况》一份，证实其已向际洲公司拨款25,765,783.90元。际洲公司对该证据无异议。该证据显示交通局四次扣除税金1,847,624元，对应的工程款总额度为41,058,311.10元，其中包括增加工程款18,245,295元应缴纳的税金。故对于陆某某主张的工程款不再重复计算税金。

综上，判决：一、际洲公司于本判决生效后15日内给付陆某某拖欠的工程款18,245,295元，且应自2012年12月14日起至给付之日止以18,245,295元为本金，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率支付利息；二、交通局对际洲公司的给付义务承担连带责任。案件受理费131,271.77元，由际洲公司承担。

二审【案号：黑龙江省高级人民法院（2019）黑民终182号】根据当事人上诉、答辩及二审庭审中陈述的意见，本案二审中主要涉及以下几个焦点问题：

关于陆某某是否有权向际洲公司主张工程价款的问题。际洲公司于2010年12月20日与指挥部签订《公路工程施工合同协议书》后，由其黑龙江分公司于2011年9月5日与陆某某签订了《内部承包协议》。按照《内部承包协议》的约定，际洲公司将案涉工程交由陆某某承担，陆某某系以包工包料的形式负责对该工程的全部内容进行施工，际洲公司一概不承担任何责任，且际洲公司认可陆某某并非其职员，故该协议名为内部承包，实为转包，故该协议的性质应为转包合同。依照《施工合同解释》第四条关于“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效”的规定，因际洲公司将案涉工程转包给不具备相应资质条件的自然人陆某某，故际洲公司黑龙江分公司与陆某某签订的《内部承包协议》

应为无效。际洲公司认可案涉工程施工过程中的人工、材料及设备均由陆某某负责，交通局亦认可案涉工程现场由陆某某施工，故一审判决认定陆某某为案涉工程的实际施工人并无不当。案涉工程已于2014年12月12日经竣工验收合格，依照《施工合同解释》第二条规定，根据合同的相对性原则，陆某某有权请求其合同相对方际洲公司黑龙江分公司参照《内部承包协议》的约定支付工程价款，因该分公司现已注销，故陆某某有权请求际洲公司支付工程价款。

关于交通局是否应承担给付工程款的义务及承担义务方式的问题。交通局主张指挥部由鹤岗市人民政府成立，而案涉《公路工程施工合同协议书》由指挥部与际洲公司签订，故其在本案中不具有诉讼主体资格，不应承担给付工程款的义务。根据2009年10月20日《鹤岗市人民政府办公室关于成立哈肇公路鹤名段扩建工程领导小组的通知》，指挥部虽为鹤岗市人民政府成立的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程领导小组的下设单位，但指挥部设在交通局，且该工程项目的法人代表由交通局副局长担任。案涉工程由交通局具体负责，竣工验收亦是由交通局组织实施并制作《竣工验收鉴定书》。根据该鉴定书的记载，案涉工程所在的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程的施工许可是由交通局取得。同时，交通局在本案一审中已经作为被告对陆某某提出的诉讼请求进行实体答辩，未曾对其作为被告的主体资格提出过异议。一审法院于2018年9月4日作出的（2018）黑04民初159号民事裁定系查封交通局下属指挥部的银行存款，而交通局及指挥部均未对该裁定载明的主体关系提出异议。交通局上诉请求为改判其在尚未支付工程款范围内向施工单位承担给付义务，即已认可其为承担给付义务的主体；交通局在上诉状中亦陈述其为案涉工程建设单位的上级行政管理单位，在指挥部撤销后行使建设单位的权力（权利）。现指挥部虽未撤销，但不具有独立法人资格。综上，交通局的上述主张与本案已查明的事实及其上诉请求不符，本院不予支持。交通局作为案涉工程的建设单位和发包方，现无证据证实交通局或指挥部在案涉工程的施工过程中已经知晓际洲公司将该工程转包给陆某某，且对此并无异议，故依照《施工合同解释》第二十六条关于“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”以及《施工合同解释二》第二十四条关于“实际施工

人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，一审判决判令交通局对际洲公司的给付义务承担连带责任，无事实和法律依据，交通局应在欠付建设工程价款范围内对陆某某承担责任。

关于际洲公司及交通局给付工程款的条件是否成就的问题。际洲公司与交通局均主张案涉工程款应以审计结果为准，但依照《中华人民共和国审计法》的规定，国家审计机关对工程建设单位进行审计是一种行政监督行为，审计人与被审计人之间因国家审计发生的法律关系与本案当事人之间的民事法律关系性质不同。因此，在民事合同中，当事人对接受行政审计作为确定民事法律关系依据的约定，应当具体明确，而不能通过解释推定的方式，认为合同签订时当事人已经同意接受国家机关的审计行为对民事法律关系的介入。本案中，无论是际洲公司与指挥部签订的《公路工程施工合同协议书》，抑或是际洲公司黑龙江分公司与陆某某签订的《内部承包协议》，均未明确约定最终结算以审计结果为准，亦未约定可以适用有关工程结算需经审计的部门规章等，际洲公司与交通局也均未能举证证明已经达成工程结算以审计结果为准的补充协议或者口头协议，故际洲公司与交通局的上述主张，无事实依据，本院不予支持。因《公路工程施工合同协议书》约定的结算方式为按月支付，而案涉工程已于2012年12月13日交工验收并投入使用，于2014年12月12日经过竣工验收，故际洲公司与交通局给付工程款的条件已经成就。

关于际洲公司及交通局应给付陆某某欠付工程款数额的问题。因指挥部、项目部及监理单位均已在《明细表》上盖章，故应视为案涉工程已经进行结算，陆某某有权依据《明细表》主张工程款。根据2017年10月17日《明细表》的内容，合同内工程款为27,630,525元，实际完成金额为22,813,016元，未完成金额为4,817,509元；合同外工程款为21,337,953元，无未完成内容。该《明细表》列明的扣除未完工程增加变更金额16,520,444元，系根据合同外工程款21,337,953元扣除合同内未完成金额4,817,509元所得，即合同内工程

价款和合同外工程价款均扣除了未完成金额 4,817,509 元,属重复扣除。陆某某虽然在该《明细表》上签字,但 2018 年 3 月 20 日的《明细表》载明的核定完成变更金额为 21,337,953 元,追加小桥变更金额 1,307,453 元,总变更金额为 22,645,406 元,即指挥部、项目部及监理单位在 2018 年 3 月 20 日的结算中,按照陆某某实际完成的工程量,变更了 2017 年 10 月 17 日结算中合同内工程价款和合同外工程价款重复扣除未完成金额的情形。据此,陆某某施工完成的工程价款为 45,458,422 元(22,813,016 元+22,645,406 元)。交通局虽对因路基料厂便道维护发生的 2011 年计日工费 239,498 元和 2012 年计日工费 177,900 元不予认可,但根据交通局在一审中提交《鹤名公路各标段支付金额与确认及申报金额明细表 2018.12.19》的内容,申报完成总金额中已经包含计日工费 417,398 元。同时,交通局在一审 2018 年 12 月 25 日的询问中认可,在代扣税金时已经考虑计日工费,并且实际代扣了计日工费的税金。因路基料厂便道维护发生的计日工费系因原设计的土场未能使用,取土位置发生变化而实际发生的费用,故应予给付。综上,案涉工程的工程价款总额为 45,875,820 元(45,458,422 元+417,398 元),交通局已经给付工程款 25,765,783.90 元,尚欠工程款 20,110,036.10 元。因际洲公司系将案涉工程全部转包给陆某某,因此签订的《内部承包协议》并未约定际洲公司扣留工程款的比例或者数额,故交通局欠付际洲公司的工程款数额即为际洲公司欠付陆某某的工程款数额。陆某某请求际洲公司和交通局给付工程款 18,245,295 元,并未超过上述欠付工程款的数额,故对陆某某主张的欠付工程款,本院予以支持。交通局主张工程款的给付应考虑质保金的比例和拨付期限,因案涉《公路工程施工合同协议书》仅约定了质保金的扣留比例,并未约定保修期限,而我国现行法律对于公路工程的质量保修期并没有明确规定,鉴于案涉工程已经投入使用近 7 年,而竣工验收也近 5 年,而交通局未能举证证明案涉工程存在质量问题,故保证金应予全额返还。

综上所述,际洲公司的上诉请求不能成立,应予驳回;交通局的上诉请求部分成立。本院依照《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》第二十六条、《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（二）》第二十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持鹤岗市中级人民法院（2018）黑 04 民初 159 号民事判决第一项；
二、撤销鹤岗市中级人民法院（2018）黑 04 民初 159 号民事判决第二项；
三、鹤岗市交通运输局在欠付建设工程价款 18,245,295 元范围内对陆某某承担责任；

四、驳回陆某某其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二审案件受理费 262,543.54 元，由交通局与际洲公司各负担 131,271.77 元。

本判决为终审判决。

再审【案号：最高人民法院（2019）最高法民申 3843 号】本案审查的争议焦点为交通局及际洲公司申请再审的事由能否成立。现评析如下：

（一）在原审诉讼及申请再审中，交通局均主张，与陆某某形成建设工程施工合同关系的是哈肇指挥部，应由哈肇指挥部向陆某某承担给付案涉工程款的义务；而哈肇指挥部系由鹤岗市人民政府成立且仍然存在，故交通局在本案中不具有诉讼主体资格，不应承担给付工程款的义务。经审查，根据 2009 年 10 月 20 日《鹤岗市人民政府办公室关于成立哈肇公路鹤名段扩建工程领导小组的通知》，哈肇指挥部虽为鹤岗市人民政府成立的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程领导小组的下设机构，但哈肇指挥部设在交通局，且由交通局副局长贾宏伟担任常务指挥（工程项目法人代表）。在案涉工程施工过程中，由交通局具体负责，竣工验收亦是由交通局组织实施并制作《竣工验收鉴定书》。根据该鉴定书的记载，案涉工程所在的省道哈肇公路鹤岗至名山段扩建工程的施工许可是由交通局取得。同时，交通局在本案一审中已经作为被告对陆某某提出的诉讼请求进行实体答辩，未曾对其作为被告的主体资格提出过异议。陆某某在一审中申请财产保全，法院据此查封了交通局下属哈肇指挥部的银行存款 2300 万元，而交通局及哈肇

指挥部均未申请复议。交通局在二审中的上诉请求为改判其在尚未支付工程款范围内向施工单位承担给付义务，即已认可其为承担给付义务的主体，在上诉状中亦陈述其为案涉工程建设单位的上级行政管理单位，在哈肇指挥部撤销后行使建设单位的权利。现哈肇指挥部虽未撤销，但不具有独立法人资格。原审判决根据以上事实认定交通局是本案适格被告，应承担给付陆某某工程款的义务，有事实依据，并无不当。关于交通局申请再审提交的新证据问题，证据 1-7 均为鹤岗市人民政府文件或哈肇指挥部下发文件，虽可以证明哈肇指挥部系由鹤岗市人民政府设立，但《鹤岗市人民政府办公室关于成立哈肇公路鹤名段扩建工程领导小组的通知》中已载明“领导小组下设工程建设指挥部，指挥部设在市交通局”，上述证据不足以推翻原审认定的事实。证据 8-9 仅能证明哈肇指挥部作为付款人有向收款人进行转账的行为，而不能证明哈肇指挥部即为案涉工程施工法律关系的主体，亦不足以推翻原审关于交通局为付款义务主体的认定。综上，交通局申请再声称其在本案中主体不适格，理由不能成立。

（二）原审已经查明，陆某某以“包工包料”的形式组织人员进行施工，并实际掌管际洲公司就该项目所设立的银行账户，支配、使用该账户中的资金，掌管该项目部印章及项目部经理名章；施工过程中哈肇指挥部还将案涉工程的项目经理变更为陆某某；陆某某在施工过程中积极向发包方主张权利，作为承包人与哈肇指挥部进行结算并签订确认明细表；工程结束后陆某某向交通局交付了该工程的内业资料。以上种种事实，均表明陆某某是案涉工程的实际施工人。故原审判决认定陆某某为案涉工程的实际施工人，有充分的事实依据，并无不当。交通局申请再声称原审判决认定陆某某为实际施工人缺乏事实依据，理由不能成立。

（三）交通局申请再声称，案涉公路扩建工程由于客观因素导致概算大大增加，需要重新审批，因此即使认定陆某某为实际施工人，其应得工程款也只能在“调概”和审计、审批之后给付。本院认为，案涉公路扩建工程由于客观因素导致概算大大增加而需要“调概”是否属实，应系行政机关内部解决的问题，与交通局应否对外承担支付工程款的民事义务并无关联。本案各方之间的相关协议、合同未明确约定最终结算需以审计结果为准，亦未约定适用有关工程结算需经审

计的部门规章等。根据案涉工程已于2012年12月13日交工验收并投入使用，于2014年12月12日经过竣工验收的事实，原审判决认定交通局给付工程款的条件已经成就，并无不当。

（四）根据原审已经查明的事实，际洲公司于2010年12月20日与哈肇指挥部签订《公路工程施工合同协议书》后，由其黑龙江分公司于2011年9月5日与陆某某签订了《内部承包协议》。按照《内部承包协议》的约定，际洲公司将案涉工程交由陆某某承担，陆某某系以包工包料的形式负责对该工程的全部内容施工，际洲公司一概不承担任何责任，且际洲公司认可陆某某并非其职员，故原审判决认定该《内部承包协议》实为转包，际洲公司与陆某某之间构成转包关系有事实依据。际洲公司申请再声称其与陆某某之间系挂靠关系，与事实不符，理由不能成立。

（五）依照《施工合同解释》第四条关于“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效”的规定，因际洲公司将案涉工程转包给不具备相应资质条件的自然人陆某某，故原审判决认定案涉《内部承包协议》无效，适用法律正确。案涉工程已于2014年12月12日经竣工验收合格。《内部承包协议》虽然无效，但依照《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》第二条“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”之规定，陆某某有权请求际洲公司参照《内部承包协议》的约定支付工程款。原审判决依照《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》第二十六条“发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任”以及《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（二）》第二十四条“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，判令交通局在其欠付工程款的范围内对陆某某承担责任，有事实和法律依据，亦无不当。

《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》第二十六条及《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（二）》第二十四条的规定，并未排除承包人对实际施工人的付款责任，际洲公司申请再审援引上述司法解释条款主张其无须承担给付陆某某工程款的责任，理由不能成立。际洲公司申请再声称原审判决赋予陆某某重复主张工程款的权利，缩减了交通局的责任，系对原审判决的错误解读，理由亦不能成立。

综上，交通局、际洲公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条的规定。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款、《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》第三百九十五条第二款之规定，裁定如下：

驳回鹤岗市交通运输局、江西际洲建设工程集团有限公司的再审申请。