**全国优秀裁判文书：王松诉刘雨等合伙协议纠纷一案**

|  |
| --- |
| 吉林省吉林市中级人民法院  **民事判决书**  （2017）吉02民终486号  上诉人（原审原告、反诉被告）：刘雨，男，1970年2月22日出生，汉族，个体工商户，住吉林省吉林市船营区朝阳街五中小区1号楼1单元4楼左门。  委托诉讼代理人：刘德武（系刘雨父亲），住吉林省吉林市船营区光华路7-1-4号。  委托诉讼代理人：马燕峰，北京东易（长春）律师事务所律师。  上诉人（原审被告、反诉原告）：王松，男，1968年10月21日出生，汉族，吉林市意浓实业有限公司经理，住吉林省吉林市船营区光华路18-6号金麒麟GPS导航二楼。  被上诉人（原审第三人）：吉林市意浓实业有限公司，住所地吉林省吉林市船营区大东街道北京路46号。  法定代表人：王松，该公司经理  刘雨诉王松及吉林市意浓实业有限公司（以下简称意浓公司）合伙协议纠纷一案，吉林市船营区人民法院于2011年4月26日作出（2010）船民二初字第342号民事判决。刘雨、王松不服，向本院提起上诉。本院于2011年8月4日作出（2011）吉中民三终字第237号民事判决。刘雨不服，向吉林省高级人民法院申请再审。吉林省高级人民法院于2012年11月19日作出（2012）吉民申字第1438号民事裁定，驳回刘雨的再审申请。刘雨仍不服，向检察机关申诉。吉林省人民检察院于2014年12月13日作出吉检民（行）监[2014]22000000161号民事（行政）抗诉书，向吉林省高级人民法院提出抗诉。吉林省高级人民法院于2015年9月1日作出（2015）吉民提字第41号民事裁定，撤销本院（2011）吉中民三终字第237号民事判决和吉林市船营区人民法院（2010）船民二初字第342号民事判决，将本案发回吉林市船营区人民法院重审。2016年11月16日，吉林市船营区人民法院作出（2016）吉0204民初366号民事判决。刘雨、王松不服，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。刘雨及其委托诉讼代理人刘德武、马燕峰，王松，意浓公司到庭参加诉讼。本案现已审理终结。  刘雨上诉请求：撤销原审判决第一、四项，改判王松给付刘雨57万元，意浓公司承担连带责任，诉讼费用由王松和意浓公司承担。事实与理由：（一）二人合伙所得应当首先用于返还投资款，双方有约定，而且在实践中也是照此办理的。1.有王松自认为证：（2010）船民二初字第54号案件卷宗第99页、第127页，王松已经明确确认这一事实。2.双方的合作实践一贯如此：从2007年2月3日至2007年12月10日期间，王松、王莹分七笔返还刘雨投资款30.4万元这一行为来看，足以表明双方是先收回投资再计算利润。3.双方于2009年3月16日签订的“关于合作账目明细确认”是对截至2007年12月刘雨收回投资款数额的确认，并非是对合伙期间盈亏份额的承担的重新约定，原审认定与事实不符，违反法律规定。（二）刘雨所举证据充分证明二人合伙期间并不存在亏损情形，已完成必要的举证责任。王松拒绝提供证据，应视为其举证不能并承担不利法律后果。1.刘雨所举证据足以证明二人合伙期间不存在亏损情形，王松应当返还刘雨的剩余投资款。仅从2007年11月29日至2008年12月31日期间意浓公司账户显示现金收入即达到359118元，其中富奥公司回款就达288080元。王松以个人名义借款即达17516元。从意浓公司2007年度、2008年度公司年检报告书显示，合伙经营期间，所有者权益为50万元以上，不但不存在亏损，相反更有利润12117元，进一步表明本案具备返还投资款的条件。2.王松掌握关键证据，却拒绝提供，导致无法清算，应当承担不利的法律后果。（三）原审判决计算方式不当。1.原审判决将57万元认定为双方确认的亏损额，与事实不符，不合法。双方既未对账也未清算，仅是对刘雨未收回投资数额的确认，并未确认亏损，原审将其认定为亏损额与事实不符。2.原审判决计算二人合伙期间亏损364914元不合法。其中刘雨取走货物作价151630元，计算有误，见证据《价格测试保密协议》，其中所剩27台车哥大由刘雨汇款23040元进货。但是王松占用资金17156元应当首先用于返还刘雨投资款，原审予以扣减不合法。另外，王松从省人大取回的货物早已由王松销售完毕，货款进入意浓公司账户，应当将此货款认定为投资款，返还给刘雨，原审予以扣减不合法。3.原审进行扣减后，判决王松按50%比例返还，于法无据。原审将2009年3月16日签订的“关于合作账目明细确认”认定为双方对合伙期间盈亏份额的承担重新约定，与事实相悖，严重损害了刘雨的合法权益。（四）意浓公司应当承担连带责任，原审未支持，不合法。（2010）船民二初字第54号案件卷宗笔录122页、131页王松的自认，足以表明启用意浓公司营业执照就是为了二人合伙经营。王松为意浓公司法定代表人，刘雨投资款的交付、返还都是由意浓公司完成的。二人合伙期间对外合同的签订、销售、结算、开具发票、记账等均是以意浓公司的名义完成的，就连意浓公司的年检活动都是以二人合伙企业为基础完成的。刘雨投资款均由意浓公司签收，销售回款均入意浓公司账户。足以说明二人合伙经营完全是由意浓公司操作的，原审认定为虽以意浓公司的名义经营，但仍为自然人合伙，所以意浓公司不承担连带责任，损害了刘雨的合法权益，应当纠正。  王松辩称，王松与刘雨没有约定过合伙、返还投资和利润分配。意浓公司与本案无关。刘雨所称原审计算方法不得当的主张不成立。刘雨上诉陈述与事实不符，意浓公司从未与刘雨签订过合同，不应承担连带责任。  意浓公司辩称，意浓公司未与刘雨签订过合同，与本案无关。  王松上诉请求：撤销原审判决，依法改判驳回刘雨原审全部诉讼请求。事实与理由：王松与刘雨之间签订的合伙协议根本没有履行。在与刘雨经营的期间内，王松与刘雨之间的企业经营当中从未获得过工资、利润分红及财务的收支管理，王松从未向刘雨投资过资金与资产，在长达一年半多的经营活动中，王松从未享有任何民事权利，因此双方的合伙形同虚设，依照合伙企业法，王松与刘雨之间实际上不存在合伙关系。  刘雨辩称，刘雨与王松于2006年5月1日签署合作协议，约定刘雨负责投资，王松负责主要管理，以意浓公司的名义对外经营。自2006年4月1日至2007年1月31日，刘雨先后投入意浓公司814295.30元，收回30.4万元。双方在合作期间对外合同的签订、销售、结算、开具发票、记账以意浓公司的名义进行，刘雨投资款由意浓公司签收，销售回款入意浓公司账户。2009年3月16日，双方确认刘雨到2007年12月止，刘雨投资款还差57万元没有收回。以上大量事实证明，王松所称合作协议未履行，未获得过工资、利润分红及财务的收支管理，未投过资金与资产，双方合伙形同虚设，不存在合伙关系等与事实严重相悖。王松意图占有刘雨投资款，否认意浓公司承担连带责任，违反了法律规定的诚实信用原则。  意浓公司述称，意浓公司未与刘雨签订过合同，与本案无关。  刘雨向一审法院起诉请求：1.王松返还57万元，意浓公司承担连带返还责任；2.诉讼费由王松承担。  王松反诉请求：1.刘雨返还给王松30.4万元的40%即12.16万元；2. 刘雨承担本案全部诉讼费。  一审法院查明：王松系意浓公司法定代表人。2006年5月1日，刘雨与王松签订了合伙协议一份。协议约定：甲方（刘雨）投资，甲、乙（王松）双方共同管理，运用智能电话、车载电话等项目；占有股份（股份分配）：甲方为60%，乙方为40%；风险双方按比例共担；公司支出超1000元，会计必须通知双方共同确认方可执行；重大事项双方共同决定。协议签订后，双方并未注册成立公司。刘雨于2006年4月1日至2007年1月31日间先后交意浓公司投资款814295.60元，意浓公司为刘雨出具票据。其间，王松、刘雨以意浓公司名义对外经营T98、T109车载智能电话等系列产品。2006年12月28日，刘雨给北京平治公司汇款51.6万元用以购买车载智能电话。在经营期间，王松于2007年1月至2007年12月以个人名义出具借条，借款总计17516元。2006年12月至2007年12月，刘雨收回投资款30.4万元。2008年3月，双方停止合伙经营。2009年3月5日，刘雨收到经营结束后货物车哥大38台、3台T109、2台T86、1台A7688、5台COM2008B、2台H9；王松留用车哥大7台、1台T86、1台H9、2台T109、1台COM2008B。以上货物依据北京平治公司报价单价格计算，核货款151630元。2009年3月16日，刘雨与王松签署了关于合伙账目明细确认书。确认书载明：车哥大王松、刘雨经营2年，由于诸多原因到2007年12月止，投资还差57万元（包括3万元房费及刘雨2.4万元工资）未收回，此账目包括现剩余货款（诉讼中，双方均认可此处剩余货款是指所剩余的货）及未收回款（省人大）。双方风险共担，各占一半。以此为据，双方确认。另查，省人大的工作人员郭向东于2006年12月26日出具收到（COM2008B）电话20台的收条，2008年10月17日王松从郭向东处取回18台（COM2008B）电话。本案原审中，经委托英林会计所对双方经营期间的账目进行审计，英林会计所因受会计鉴定资料（包括会计凭证、会计账簿、银行对账单、纳税申请表、资产负债表、利润表、发票存根及发票领购证）不完整的审计条件限制，无法出具司法会计鉴定报告。北京平治公司报价单记载：T109每台价格为1200元、T86每台价格为900元、A7688每台价格为2080元、COM2008B每台价格为1830元、H9每台价格为3980元、车载电话K3每台价格为2580元。2014年4月15日，刘雨依（2010）船民二初字第342号民事判决返还王松15台车哥大、1台T109、1台T86、2台COM2008B、1台H9。  一审法院认为，刘雨与王松于2006年5月1日签订的合作协议系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。双方合伙期间虽以意浓公司名义对外经营，但不属于合伙企业，仍为自然人合伙。故刘雨请求意浓公司承担连带责任的诉请，不予支持。关于刘雨请求王松返还57万元的诉讼请求。双方在合伙经营终止后未对经营期间盈亏进行清算，审理中，双方均无法提供审计部门要求审计需要的完整账目、税务资料等相关证据，本案现无法对合伙期间的账目、盈亏情况进行审计、清算。而2009年3月16日双方签订的“关于合伙账目明细确认”，约定“投资还差57万未收回……双方对风险共担，各占一半”，该协议实际上是对合伙期间盈亏份额的承担作了重新约定，在无法由鉴定部门对合伙期间盈亏清算的情况下，应以双方约定比例进行承担。协议约定3万元房费、刘雨2.4万元工资包括在57万元内，此内容系双方平等协商认可并签订的，应从其约定。关于剩余货物是否应含在亏损额之中，货物还存在，具有价值，其不应计算在亏损额之中。关于剩余货物价值的计算，因物品是从北京平治公司购进，价格应以该公司报价为计算标准。关于省人大未收回货款（省人大郭向东取走20台电话未付款），因王松已于2008年10月17日从省人大取回18台电话，该货物刘雨、王松各分得9台，由王松返还刘雨9台，如原物不能返还，按该货物在北京平治公司报价为依据计算，返还刘雨16470元。另外2台货物可将其作为债权来分配。关于刘雨提供的王松占有资金16000元及王松、王莹借走货物的证据，因王松予以否认且票据出具的时间均在2006年至2007年期间，而后双方已于2009年签订“关于合作账目明细确认”，对合伙盈亏作出重新约定，故该证据不予采信。关于刘雨提供王松签名的借条23张，数额为17516元，王松未提供证据证明系用于经营支出，应视为王松占有该部分资金，因该部分数额已包含在亏损额之中，故应从亏损额之中扣除，王松应按约定比例返还给刘雨50%。关于王松主张刘雨返还121600元的反诉请求，因刘雨收到的30.4万元投资款时间在2007年2月至12月期间，且王松认可并签字，王松又未提供证据证明系刘雨私自取走该款项，且双方在2009年签订的关于合作账目明细确认书中王松也未提出返还此款，故王松的反诉请求不予支持。综上，依照《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款、第六十条、第一百零七条，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第55条、《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》第九十条规定，作出判决。  一审法院判决：一、王松给付刘雨192715元，于本判决生效之日起十日内付清；二、王松返还刘雨9台COM2008B，于本判决生效之日起十日内履行，如不能返还原物，按该货物在北京平治公司报价计算，返还刘雨16470元（9台\*1830元/台）；三、刘雨、王松在吉林省人大的债权由刘雨、王松各享有50%；四、驳回刘雨的其他诉讼请求；五、驳回王松的反诉请求。本诉案件受理费9500元，由刘雨负担4750元（已交纳），王松负担4750元，王松负担部分于本判决生效之日起七日内向法院交纳。反诉案件受理费1366元由王松负担（已交纳）。  本案争议焦点为：刘雨与王松之间是否为个人合伙关系；刘雨要求返还57万元合伙投资的诉讼请求是否应予支持。  本院二审期间，刘雨围绕上诉请求提交了证据。因刘雨提交的证据不影响本案基本事实的认定，不予采信。  因刘雨、王松及意浓公司均表示对原审判决认定事实无异议，本院对原审认定的事实予以确认。依据刘雨在原审提交的证据，本院补充认定如下事实：刘雨先后7次累计收回合伙投资款30.4万元，相关凭据上6份有王松签字，2份加盖意浓公司财务公章。在（2010）船民二初字第54号意浓公司起诉刘雨合伙协议纠纷案件中，意浓公司称，意浓公司于2006年末开始经营车载大哥大项目；做车载大哥大这块，意浓公司不经营，经营的都是王松与刘雨的合伙项目；合伙借用意浓公司的营业执照经营；意浓公司已经停业一年多了，什么都不经营了，合伙之后才又启动意浓公司的营业执照，做车载大哥大项目；刘雨把投的钱都收回去，剩下盈利的钱王松和刘雨四六分，每月给王松2000元工资；在王松与刘雨合伙之前，意浓公司没有经营车载大哥大项目，主要是搞绿化。本院二审过程中，王松确认吉林省人大的合伙债权（2台COM2008B）数额为5960元（2980元\*2台）。  本院认为，《中华人民共和国民法通则》第三十条规定：“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。”《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第46条规定：“公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。”刘雨与王松于2006年5月1日签订“合作协议”，明确约定了投资方式（刘雨投资）、经营项目（运作智能电话、车载电话等项目）、股份分配（刘雨60%、王松40%）、管理方式（双方共同管理，由王松为主要管理；公司支出超1000元，会计必须通知双方，共同确认，方可执行；重大事项，双方共同决定）及风险负担（双方按比例共担）事项，该“合作协议”符合个人合伙协议的法律特征，刘雨与王松之间存在个人合伙法律关系。刘雨与王松未注册设立合伙企业，本案应适用《中华人民共和国民法通则》，不适用《中华人民共和国合伙企业法》。  《中华人民共和国民法通则》第三十二条规定：“合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。合伙经营积累的财产，归合伙人共有。”《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第54条规定：“合伙人退伙时分割原合伙财产，应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产，以及合伙期间的债权和债务。”第55条规定：“合伙终止时，对合伙财产的处理，有书面协议的，按协议处理；没有书面协议的，又协商不成的，如果合伙人出资相等，应考虑多数人意见酌情处理；合伙人出资额不等的，可以按出资额占全部合伙额多的合伙人的意见处理，但要保护其他合伙人的利益。”刘雨与王松系二人合伙，一人退伙即导致合伙事务终止，即散伙，依法应进行清算，对合伙期间的合伙财产进行分割，包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产以及合伙期间的债权债务。经清算，合伙有剩余财产的，应当先返还合伙人的出资，返还出资后仍有剩余的，按合伙人约定的比例或法律规定的原则进行盈余分配。  刘雨与王松在合伙事务终止后未进行清算，经原审法院委托鉴定，因会计账目不齐备未能作出清算报告，无法认定合伙经营的盈亏。对此，刘雨与王松均认为合伙账目由对方保管，应由对方承担举证责任。综合本案案情，第一，刘雨已经将合伙投资投入到意浓公司，王松对此无异议，二人对于合伙经营款项借用意浓公司走账亦无异议。第二，合伙财务票据上或有王松签字，或有意浓公司加盖财务公章，刘雨取回的30.4万元投资中，除两张票据上加盖了意浓公司财务公章外，均有王松签字，王松实际承担着财务管理的职责。第三，王松作为“合作协议”约定的主要管理人，又身兼意浓公司法定代表人职务，具备管理意浓公司账目的职责和能力。上述事实能够认定王松对于合伙事务的财务管理负有主要职责，王松主张其无法提供合伙事务账目的理由不成立且无法令人信服。现由于会计账目不齐备无法作出清算报告，导致无法认定二人合伙经营的盈亏，王松对此应承担举证不利责任。因王松未能提供合伙会计账目证实合伙经营存在亏损，本院依法认定王松与刘雨合伙事务不存在亏损。2009年3月16日，刘雨与王松在合伙事务终止后签订了“合作账目明细确认”，系二人根据合伙经营期间账目对刘雨尚有57万元出资未收回事项的确定，原审认定该57万元为合伙亏损额缺乏证据证明，本院予以纠正。庭审过程中，王松对于“合作账目明细确认”提出异议，但未提供充分证据证明双方还存在其他形式的结算行为或2009年3月16日的账目确认与事实不符，对王松提出的异议本院不予采信。  经核实，二人合伙事务终止后尚有剩余财产：1.王松以借款名义占用合伙资金17516元，因无证据证明用于合伙事务，应认定为合伙剩余财产；2.2009年3月5日，刘雨收到经营结束后货物车哥大38台、3台T109、2台T86、1台A7688、5台COM2008B（加一台裸机）、2台H9；3.王松留用车哥大7台、1台T86、1台H9、2台T109、1台COM2008B；上述2、3项经计算价值151630元；4.2008年10月17日，王松从郭向东处取回电话18台（COM2008B），经计算价值32940元。上述1、2、3、4项合伙剩余财产总计金额为202086元（17516元+151630元+32940元）。因合伙剩余财产总额未超过刘雨未收回的出资57万元，故全部剩余财产均应返还刘雨所有。上述合伙剩余财物除部分保存于刘雨处外，尚有部分财物保存于王松处，包括22台车哥大、3台T109、2台T86、21台COM2008B、2台H9，王松应将该部分货物给付刘雨；如不能返还货物，应赔偿刘雨108550元。王松占用的合伙资金17516元，应返还给刘雨。  吉林省人大工作人员郭向东取走20台电话（COM2008B）未付款，后王松取回18台，剩余2台应认定为合伙债权。因刘雨尚有出资款未得收回，该笔债权应归刘雨享有。  除上述以剩余财产及债权抵充刘雨投资款外，刘雨仍有361954元投资款未收回（57万元-202086元-5960元）。因刘雨已将该投资款交付意浓公司，现王松未能提供合伙账目证明合伙经营存在亏损，意浓公司亦未提供公司账目对刘雨与王松二人合伙经营事务予以分离、清算与确认，意浓公司与王松均无证据证明该笔合伙投资被他人合理占用，故王松与意浓公司应当共同承担返还刘雨361954元投资款的责任。刘雨主张意浓公司与王松承担连带返还责任的法律依据不足，本院不予采信。  因王松未对原审判决第五项（驳回王松的反诉请求）提出上诉，本院依法予以确认。  综上，原判决认定事实不清，适用法律错误，应予改判。刘雨上诉理由成立，对刘雨原审诉讼请求的合理部分，本院予以支持。王松上诉理由不成立，不予支持。依照《中华人民共和国民法通则》第三十条、第三十二条，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第46条、第54条、第55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、撤销吉林市船营区人民法院（2016）吉0204民初366号民事判决；  二、王松于本判决生效后三日内返还刘雨合伙剩余财产17516元；  三、王松于本判决生效后三日内返还刘雨合伙剩余财产22台车哥大、3台T109、2台T86、21台COM2008B、2台H9；  如不能返还，应按北京平治公司报价单价格赔偿刘雨108550元；  四、刘雨、王松在吉林省人大的合伙债权（2台COM2008B）归刘雨享有；  五、王松与吉林市意浓实业有限公司于本判决生效后三日内共同返还刘雨合伙投资款361954元；  六、驳回刘雨的其他诉讼请求；  七、驳回王松的反诉请求。  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。  刘雨预交的一审本诉案件受理费9500元，王松预交的一审反诉案件受理费1366元，刘雨预交的二审案件受理费4750元，王松预交的二审案件受理费4438元，合计20054元，由王松负担。  本判决为终审判决。  审  判  长    卢亚城 审  判  员    钱  岩 代理审判员    丛军霞  二○一七年四月十一日  本件与原本核对无异  书  记  员    赵春燕                      （本件共14页，印15份） |