湖南省长沙市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2014）长中民一终字第 04296 号

上诉人（原审被告）刘某，男，1967 年 12 月生，汉族，住上海市虹口区。

委托代理人韦娟，上海市海燕律师事务所律师。

委托代理人曾君，上海市海燕律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）张某，女，1978 年 8 月生，汉族，户口所在地湖南省常德市鼎城区，现住湖南省长沙县。

委托代理人胡珺，北京盈科（上海）律师事务所律师。

上诉人刘某因与被上诉人张某离婚纠纷一案，不服湖南省长沙县人民法院（2013）长县民初字第 4225 号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院审理查明：张某、刘某于 2008 年相识后恋爱，于 2010 年 2 月 22 日在上海市虹口区民政局登记结婚，双方均系二婚，婚后未共同生育子女。张某、刘某于 2012 年 7 月左右与张某的妹夫黄某商议共同到上海市开设汤包馆，由黄某筹集资金，因刘某系上海本地人，故由刘某出面租房及负责一切开张事宜，于 2012 年 11 月在上海市浦东新区乳山路××号开设名为“老鸿兴

苏州汤包馆乳山店”的汤包店(该店借用原店面的营业执照与服务许可证等)。至 2014 年 6 月 19 日止，张某、刘某对该店共持有 40%的股份，黄某持有 40%的股份，另 20%股份(系干股)属于“老鸿兴”品牌持有人柯某及店内厨师长彭某(多方已口头约定柯某与彭某所持干股不具有店内的经营处分权)，至 2014 年 5 月，张某、刘某还欠黄某、沈某股本金 267 500 元及利息。2013 年 7 月，黄某邀费某到上海市，与刘某另行开设一处汤包馆分店，由费某负责筹集资金，刘某负责开店事宜，于 2013 年 9 月在上海市黄浦区瑞金街道瑞金二路××号××至××室开设名为“老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店”的汤包店(该店借用原店面的营业执照与餐饮服务许可证等)。到 2014 年 6 月 19 日止，张某、刘某对该店共持有 30%的股份，黄某持有 30%的股份，费某持有 20%的股份，另 20%的股份(系干股)由“老鸿兴”品牌持有人柯某及店内厨师长王某持有(多方已口头约定柯某与王某所持干股不具有店内的经营处分权)，到 2014 年 4 月，张某、刘某欠费某店内股本金 420 644.71 元及利息。张某、刘某在上述两家店面内的股权均登记在刘某名下。另查明，2009 年 9 月，张某以其本人名义签订合同购买了长沙县泉塘街道办事处漓湘路华天乐活小镇××栋×××、×××室的房产(两房共首付 8 万余元，另有银行按揭贷款 24 万余元)，2013 年 11 月，张某将该两房产全部出售给他人。从 2013 年 7 月起，因刘某长居上海、

张某常居长沙，两人发生矛盾后分居，故张某诉至原审法院，提出上述诉讼请求。

原审法院认为：张某与刘某系自由恋爱结婚，婚后共同生活期间感情尚可，但因为两地分居及经济方面的问题发生矛盾而分居，张某起诉要求离婚，刘某同意离婚，其夫妻感情确已破裂，故张某要求与刘某离婚的主张，原审法院予以支持。两人婚后的共同财产为位于上海市浦东新区乳山路××号“老鸿兴苏州汤包馆乳山店”的 40%的股份及位于上海市黄浦区瑞金街道瑞金二路××号××至××室的“老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店”的 30%的股份，债务为开设“老鸿兴苏州汤包馆乳山店”所欠黄某、沈某股本金 267 500 元及利息，及开设“老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店”所欠费某股本金 420 644.71 元及利息。因所开设的两店面未办营业执照，根据该两店投资及实际经营情况，该两店面属于个人合伙，故原审法院认为对股份与债务均由张某、刘某对半持有和承担为宜。另刘某还提出位于长沙县泉塘街道办事处漓湘路华天乐活小镇××栋×××、×××室的房产为共同财产，因该房产获得时间为张某、刘某登记结婚之前，而刘某未提交证据证明其对该两处房产享有份额及债权，故对其要求确认系夫妻共同财产的辩解意见原审法院不予采纳。综上所述，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十九条之规定，判决如下：一、准许张某与刘某离婚；二、张某、刘某共同享有的位于上海市浦东新区乳山路××号“老

鸿兴苏州汤包馆乳山店”的 40%的股权由张某、刘某各享有 20%；张某、刘某共同享有的位于上海市黄浦区瑞金街道瑞金二路××号××至××室的“老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店”的 30%的股权由张某、刘某各享有 15%；三、开设“老鸿兴苏州汤包馆乳山店”尚欠黄某、沈某的股本金 267 500 元及利息、开设“老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店”尚欠费某的股本金 420 644.71 元及利息由张某、刘某各自负责偿还一半。本案受理费 4250 元，由张某负担 2125 元，由刘某负担 2125 元。

刘某不服，上诉称：一、请求依法撤销原审判决第二、三项，并依法改判；二、本案诉讼费由被上诉人承担。上诉理由：一、原审判决适用法律错误。1、华天乐活小镇××栋×××室、×××室房虽然登记在被上诉人的名下，但婚后还贷及增值部分属于夫妻共同财产，应当依法分割；2、老鸿兴乳山店营业执照的名称为“上海浦东新区彩龙酒家”，出资人是上海申浪贸联有限公司，老鸿兴瑞福园店也有营业执照，登记名称为“上海瑞福园酒家有限公司第四分公司”，出资人为陆某甲、陆某乙，原审判决认为两家店面未办营业执照是错误的，原审判决认为两家店是借用原店面的营业执照，这个观点并无证据支持；3、即便“乳山店”和“瑞福园”均为合伙经营，那么在合伙经营过程中增加合伙人，书面协议有约定的按照协议处理，书面协议未约定的，须经全体合伙人同意。本案中，两家店的内部协议均约定，股东个人所占股份转

让第三方均须征得其他股东同意，私自转让无效。两家店分别有不同的合伙人，除了黄某、上诉人外，“乳山店”还有柯某、彭某、蒋某共五位合伙人；“瑞福园店”还有柯某、王某共四位合伙人，法院不能仅凭黄某一人之言就擅自处分合伙财产。二、原审判决认定事实不清。1、原审判决认定乳山店上诉人欠黄某、沈某股本金并无事实依据，协议约定“乳山店”上诉人占股份 38%，原审判决竟然判决 40%股份，原审判决认定瑞福园店上诉人欠费某股本金并无事实依据。三、原审判决程序错误。1、原审适用普通程序审理，合议庭组成人员应当是三人，但实际开庭当日只有法官和一名陪审员王伟坤，另外一名陪审员彭庄利未到庭；2、原审法院对证人黄某、费某进行调查并制作调查笔录，超越了职权。综上，请求二审法院查明事实，依法公正判决。

张某答辩称：一审认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院维持原判。关于华天乐活房屋，上诉人也认可系被上诉人婚前购买，并且上诉人没有尽对配偶的照顾义务；二、关于两家门面的问题，在一审中上诉人一直否认该事实的存在，在一审中被上诉人进行了大量的举证，一个合伙人在庭审出庭佐证，还有上诉人参与合伙分红的录音，还有上诉人的账户有大量的资金流转，有上诉人本人签字的合伙协议，还有账目均能证明是上诉人与他人合伙开的，事实是上诉人有参与几家门面的经营，应当是夫妻共同财产进行分割。在合伙协议中也写明了权益份额，关于股权

登记的问题，协议上是38%，但是一个叫蒋某将其的4%分了出来，上诉人的股份拥有40%。

本案二审期间双方当事人均未提交新的证据。

本院依职权向陆某甲、黄某就本案进行了调查，调查的内容为关于老鸿兴苏州汤包馆乳山店和老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店的实际经营人情况，经查明老鸿兴苏州汤包馆乳山店和老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店均未办理与其字号或者名称一致的工商营业执照，其实际经营过程中系分别借用“上海浦东新区彩龙酒家”及“上海瑞福园酒家有限公司第四分公司”的营业执照及其他经营手续开展经营活动；同时，另查明，华天乐活小镇××栋×××室、×××室的房屋系张某婚前以按揭贷款的方式购买，且原均登记在张某名下，该两处房产已于2013年11月出售给他人，两套房屋出售时尚有20万元的贷款未还，从2013年8月份起张某与刘某开始分居生活，张某、刘某以夫妻共同财产进行还贷的期间为2010年3至2013年8月，按照每期还贷1500元计算，总共共同还贷58500元（1500元/月×39期）；本院查明的其他事实与原审法院查明的事实一致。

本院认为本案的争议焦点为：一、华天乐活小镇××栋×××室、×××室是否应当作为夫妻共同财产予以分割；二、关于老鸿兴苏州汤包馆乳山店（简称“乳山店”）和老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店（简称“瑞福园店”）的性质认定问题。

一、华天乐活小镇××栋×××室、×××室是否应当作为夫妻共同财产予以分割。经审理查明，本案中华天乐活小镇××栋×××室、×××室的房屋系张某婚前以按揭贷款的方式购买，且原均登记在张某名下，因此依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第十条“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”之规定，本院认为，华天乐活小镇××栋×××室、×××室房屋应当认定为张某所有，该两处房产已于 2013 年 11 月出售给他人，以上两套房屋出售时尚有 20 万元的贷款未还，2013 年 8 月份起张某与刘某开始分居生活，客观上张某、刘某以夫妻共同财产进行还贷的期间为 2010 年 3 至 2013 年 8 月，按照每期还贷 1500 元计算，总计共同还贷 58500 元（1500 元/月×39 期），从该两处房产的出售价格看并未实现明显的增值，根据双方婚后共同还贷数额，结合本案实际情况，本院酌情认定由张某适当补偿刘某 20000 元为宜。

二、关于老鸿兴苏州汤包馆乳山店（简称“乳山店”）和老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店（简称“瑞福园店”）的性质问题。本案中，经本院依职权主动向陆某甲、黄某就本案进行的调查并结合原审法院所作调查及张某提供的各项证据综合认定可知，乳山店与瑞福园店均并未办理与其字号或者名称一致的工商营业执照，其实际经营过程中系分别借用“上海浦东新区彩龙酒家”及“上海瑞福园酒家有限公司第四分公司”的营业执照及其他经营手续开展经营活动，同时，根据费某与刘某之间签订的合伙协议、黄某与刘某之间的合伙协议，并结合证人黄某、费某的当庭陈述及当事人提交的其他证据，可以确认位于上海市浦东新区乳山路××号的老鸿兴苏州汤包馆乳山店刘某享有的 40%的股份、位于上海市黄浦区瑞金街道瑞金二路××号××至××室的老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店刘某享有 30%的股份，以上合伙份额均系刘某与张某婚姻关系存续期间的共同财产，由于参与以上两家合伙的经营所负担的债务为开设老鸿兴苏州汤包馆乳山店所欠黄某、沈某股本金 267 500 元及利息，及开设老鸿兴苏州汤包馆瑞福园店所欠费某股本金 420 644.71 元及利息，以上因开立合伙所欠出资均系刘某与张某婚姻关系存续期间的共同债务。经审理查明，因乳山店与瑞福园店均系以个人合伙的形式开立，乳山店中合伙人柯某与彭某虽名义持有干股但并不具有经营处分权，瑞福园店中合伙人柯某与王某虽名义持有干股但亦并不具有经营处分权，乳山店的其他合伙

人黄某、费某均向原审法院出具证明表示同意法院对刘某在乳山店的合伙份额依法进行分割、亦同意张某成为合伙人，瑞福园店的其他合伙人黄某、费某均向原审法院出具证明表示同意法院对刘某在瑞福园店的合伙份额依法进行分割、亦同意张某成为合伙人，因此原审法院对于涉案两店的份额予以平均分割并判决张某与刘某就因参与合伙所负债务平均分担并无不当。

此外，刘某上诉称原审法院存在合议庭缺席开庭，对此，本院认为，原审法院 2014 年 6 月 19 日适用普通程序组成合议庭对本案进行开庭审理时刘某并未对合议庭成员的组成提出异议，其亦对开庭笔录予以签字确认，因此原审法院并不存在程序违法的情形，同时，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”、《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》第九十六条“民事诉讼法第六十四条第二款规定的人民法院认为审理案件需要的证据包括：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程

序性事项的。除前款规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。”之规定，本案的处理可能涉及到案外人的合法权益，故原审法院依职权进行调查取证并无不当。

综上，原审判决认定事实和适用法律均有不当，依法应予纠正。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十一条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、维持湖南省长沙县人民法院（2013）长县民初字第4225号民事判决第一、二、三项；

二、张某于本判决生效之日起十五日内支付刘某20000元。

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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案一审案件受理费4250元，由张某负担2125元，由刘某负担2125元；本案二审案件受理费4250元，由刘某负担3750元，由张某负担500元。

本判决为终审判决。

审　判　长　　张　玉　霞

代理审判员　　赵　康　宁

代理审判员　　高　　进

本件与原件核对无异

二〇一四年〔?〕月〔?〕日

书　记　员　　聂　　芳

附相关法律条文：

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条　第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。