天津市高级人民法院

民 事 裁 定 书

（2016）津民终274号

上诉人（一审原告）：北方技术国际（亚太）有限公司（NTIASEAN,LLC）。住所地：美利坚合众国内华达州里诺北第一大街1号。

代表人：帕特里克?凛智（PATRICKLYNCH），该公司董事。

委托诉讼代理人：卢国阳，上海左券律师事务所律师。

委托诉讼代理人：高伟昌，上海左券律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：蒙涛，男，1964年6月2日出生，汉族，天津洁乐特防锈技术有限公司董事长，住中华人民共和国上海市松江区。

委托诉讼代理人：王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托诉讼代理人：贾润峄，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：徐卉，女，1964年3月31日出生，回族，住中华人民共和国上海市松江区。

委托诉讼代理人：王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托诉讼代理人：贾润峄，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

被上诉人（一审第三人）：天津洁乐特防锈技术有限公司。住所地：中华人民共和国天津新技术产业园华苑产业区物华道2号A座3-008室。

法定代表人：蒙涛，该公司董事长。

委托诉讼代理人：王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托诉讼代理人：贾润峄，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

上诉人北方技术国际（亚太）有限公司（以下简称北方公司）因与被上诉人蒙涛、徐卉、天津洁乐特防锈技术有限公司（以下简称天津洁乐特公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服天津市第一中级人民法院（以下简称一审法院）（2015）一中民五初字第0044号民事裁定（以下简称一审裁定），向本院提起上诉。本院于2016年6月20日立案后，依法组成合议庭开庭审理了本案。上诉人北方公司委托诉讼代理人高伟昌，被上诉人蒙涛、徐卉、天津洁乐特公司共同的委托诉讼代理人王家德、贾润峄到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

北方公司上诉请求：撤销一审裁定，指令一审法院进行审理。事实和理由：（一）一审法院争议焦点总结有误。一审法院总结的第3个争议焦点为“蒙涛、徐卉是否存在损害天津洁乐特公司利益的行为及是否应承担责任”是不准确的，北方公司主张的是由天津洁乐特公司行使归入权，不是主张由蒙涛、徐卉承担损害赔偿责任，故无需对“损害”承担举证责任。（二）北方公司以股东身份直接提起损害公司利益责任纠纷诉讼，并不违反法律规定。主要理由：1、天津洁乐特公司已无其他自我救济手段。公司章程存在两个“4-2”款，内容相互矛盾，一审裁定依据其中一个“4-2”款认定事实，并不规范。蒙涛是天津洁乐特公司的法定代表人、董事长，由蒙涛召集和主持公司起诉董事长的董事会，非常荒谬。即使天津洁乐特公司同意起诉，也会出现公司法定代表人“蒙涛”起诉“蒙涛”的情形。涉案公司章程记载的“董事会”并非公司最高权力机构，天津洁乐特公司在长达十几年的时间里，没有形成任何董事会决议，公司董事PHILPM.LYNCH已于2008年去世，其后并没有补选董事。且，按照天津洁乐特公司董事PHILPM.LYNCH已去世、董事WEECHINGYUN已离职的现状，该公司已经无法形成有效决议。此外，两审中蒙涛与天津洁乐特公司委托诉讼代理人一致，证明天津洁乐特公司已经被蒙涛完全控制。在一审庭审中，天津洁乐特公司已通过委托诉讼代理人明确表示拒绝起诉蒙涛和徐卉。2、本案已经符合《中华人民共和国公司法》规定的“情况紧急”的情形。“情况紧急”应当包括董事、监事等高级管理人员否认过错行为的发生，并继续实施侵害行为。根据蒙涛在一审中提交的第4组证据“三栏余额表”的记载，截至2015年7月上海汉津化工技术有限责任公司（以下简称上海汉津公司）与天津洁乐特公司之间，仍然存在未经天津洁乐特公司全体股东或董事书面同意的交易或业务往来，这与蒙涛、徐卉、天津洁乐特公司共同的委托诉讼代理人所称由于北方公司停止母料供应，天津洁乐特公司自2015年1月经营已停滞自相矛盾。（三）一审裁定关于请求确认蒙涛、徐卉未履行忠实义务和勤勉义务并不构成独立诉请的认定错误。一审法院遗漏北方公司第2项诉请，即“确认蒙涛、徐卉之间进行的交易无效”。（四）北方公司起诉蒙涛、徐卉共同承担收入归入天津洁乐特公司责任符合起诉条件。一审庭审中，北方公司将违反忠实义务与勤勉义务的行为与蒙涛、徐卉的关系予以明确。蒙涛、徐卉不仅是配偶关系，而且均是天津洁乐特公司的董事或高级管理人员，已构成共同侵权，故蒙涛、徐卉列为共同被告，并无不当。

蒙涛、徐卉、天津洁乐特公司共同答辩称：请求依法驳回北方公司的上诉请求。事实与理由：（一）一审法院归纳的争议焦点是征得各方同意的。且，确认之诉限于确认权利或法律关系的诉讼，北方公司请求确认违反忠实义务的诉请，不符合确认之诉的构成要件。一审法院归纳的第2个争议焦点及第3个争议焦点前半部分已经涵盖了北方公司该项主张，一审裁定依据民事诉讼的基本原理将其作为确定蒙涛、徐卉应否承担责任的基础条件，并无不当。（二）北方公司应履行损害公司利益诉讼的前置程序。北方公司主张公司董事会不是最高权力机构是不成立的，董事会作为公司最高权力机构是法定的。天津洁乐特公司从未收到公司董事的辞职申请。且，公司股东结构、董事会成员的变更是一种常态，不影响在股东或高级管理人员违反忠实义务时，股东报告或提出起诉申请。《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定的前置程序，未排除对公司的控股股东或实际控制人的适用。因此，本案应适用前置程序的相关规定，北方公司需要证明侵害行为存在以及其向董事会提出主张后，方能提起诉讼。在前置程序没有解决的情况下，没有必要就实体问题进行审理。（三）本案不存在《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定的“情况紧急”的情形。蒙涛、徐卉并未隐瞒天津洁乐特公司与上海汉津公司的相关交易。北方公司对于是否存在紧急情况，未能提交证据证明。

北方公司向一审法院起诉请求：1、确认蒙涛、徐卉均违反董事、高级管理人员对天津洁乐特公司应尽的忠实义务（包括但不限于竞业禁止义务和自我交易义务）和勤勉义务；2、确认蒙涛、徐卉与天津洁乐特公司之间进行的交易无效；3、蒙涛、徐卉因第2项诉讼请求取得的全部收入（暂计算为2338722元人民币）应当归天津洁乐特公司所有；4、案件诉讼费由蒙涛、徐卉负担。

一审法院认定事实：天津洁乐特公司成立于1999年10月13日，为外资企业。天津洁乐特公司系由北方公司持有50%股权、ZERUSTHOLDINGLIMITED和TIANTINZERUSTHOLDINGLIMITED各持有25%股权组成。蒙涛自天津洁乐特公司成立之日起即担任公司董事和总经理，后担任董事长。天津洁乐特公司经营范围为开发、生产、销售气化性防锈聚乙烯产品及相关的技术咨询。该公司未设监事会。公司章程4-2款规定“董事会决定公司的一切重大事宜”。徐卉系蒙涛之配偶。上海汉津公司成立于2010年11月，经营范围包括化工领域内的技术开发、技术咨询、技术服务；塑料制品、金属制品、包装制品加工销售。蒙涛为该公司股东及法定代表人。蒙涛认可天津洁乐特公司从上海汉津公司购买产品的事实。上海洁乐特防锈包装技术有限公司（以下简称上海洁乐特公司）成立于2005年9月，经营范围包括防锈包装材料加工及销售，防锈专业领域内的技术咨询及技术服务。徐卉为该公司股东及法定代表人。徐卉认可上海洁乐特公司是天津洁乐特公司的加工企业。

一审法院认为，北方公司注册地在美国，本案为涉外案件。依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。本案为股东起诉公司董事、高级管理人员损害公司利益责任纠纷，涉及北方公司作为天津洁乐特公司股东的股东权利，应适用天津洁乐特公司登记地法律，因此，本案应适用中华人民共和国法律。

本案主要争议焦点为：1、北方公司是否可以股东身份直接起诉蒙涛、徐卉损害公司利益责任纠纷；2、北方公司请求确认蒙涛、徐卉未履行忠实义务和勤勉义务能否作为独立诉请以及同时起诉蒙涛、徐卉共同承担收入归入天津洁乐特公司的责任是否符合起诉条件；3、蒙涛、徐卉是否存在损害天津洁乐特公司利益的行为及是否应承担责任。

1、北方公司是否可以股东身份直接起诉蒙涛、徐卉损害公司利益责任纠纷。

本案北方公司主张其可以直接以股东身份提起诉讼的理由有两点：（1）天津洁乐特公司未设监事会和监事；（2）情况紧急不起诉将使天津洁乐特公司利益受损。一审法院认为，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定为股东代表诉讼设置了前置程序，股东在起诉董事、高级管理人员之前，应当先以书面形式请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事以公司名义对董事、高级管理人员损害公司利益的行为提起诉讼，监事会拒绝提起诉讼或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的，股东才能以自己名义提起派生诉讼。这一规定的设置，主要考虑到公司纠纷中，司法应持有限介入原则，即是对公司自治机制的补充和救济，所以审判权在介入公司纠纷之前，应当首先穷尽内部救济。经查天津洁乐特公司确未设立监事会和监事，在此情形下应本着公司自治优先的原则回归到公司章程的规定，了解公司是否有其他的自我救济手段，天津洁乐特公司章程中明确规定董事会决定公司的一切重大事宜。因此北方公司应向天津洁乐特公司的董事会提出上述主张，在董事会拒绝提起诉讼或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的，股东才能以自己名义提起派生诉讼。《中华人民共和国公司法》第一百五十一条亦规定，情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。本案北方公司主张直接起诉的第二个理由即存在“情况紧急”情形，首先其未提供证据证实存在该情形，其次北方公司明确诉请的是收入归入权即对已发生事实的权利主张，亦不属于情况紧急。因此北方公司以股东身份直接起诉不符合法律规定的起诉条件。

2、北方公司请求确认蒙涛、徐卉未履行忠实义务和勤勉义务是否构成独立诉请及同时起诉蒙涛、徐卉共同承担收入归入天津洁乐特公司的责任是否符合起诉条件。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第一款第三项规定，起诉必须有明确的诉讼请求和事实、理由。关于北方公司请求确认蒙涛、徐卉未履行忠实义务和勤勉义务是否能作为独立的诉请。确认之诉系以确认权利或者法律关系为目的的诉，是否具有诉的利益是其构成要件之一。本案北方公司以损害公司利益责任纠纷为由提起诉讼，属于侵权责任纠纷性质。公司董事、高级管理人员应承担忠实、勤勉义务，对此公司法虽有规定，但目标公司的董事、高级管理人员未履行上述义务的具体表现即具体的对目标公司的侵权行为形式，公司法亦有明确的规定。因此目标公司的董事、高级管理人员是否承担侵权责任的前提之一是其存在具体的对目标公司的侵权行为。北方公司请求确认蒙涛、徐卉未履行忠实、勤勉义务的诉请，就本案而言，只是判断蒙涛、徐卉是否应承担侵权责任的一个条件，并不构成一个独立的诉请。

关于北方公司同时起诉蒙涛、徐卉共同承担收入归入天津洁乐特公司责任是否符合起诉条件。北方公司明确蒙涛、徐卉分别成立上海汉津公司、上海洁乐特公司，利用二公司分别实施了不同的侵权行为，各项侵权行为可能构成不同的诉讼标的。但其诉请蒙涛、徐卉共同承担无效交易的收入归还天津洁乐特公司，将蒙涛、徐卉一并列为被告，又未将侵权事实与蒙涛、徐卉的关系予以明确，使法院无法判定其诉讼标的系同一种类，从而认定构成共同诉讼的必要，亦不符合起诉的条件。

3、蒙涛、徐卉是否存在损害天津洁乐特公司利益的行为及是否应承担责任。

一审法院认为鉴于北方公司的起诉在程序上不符合起诉条件，故对其诉讼请求所涉及的其他问题，不作评判。

综上，北方公司对蒙涛、徐卉起诉不符合起诉条件，蒙涛、徐卉抗辩应驳回北方公司起诉的主张，有相应的事实、法律依据，应予支持。北方公司可按《中华人民共和国公司法》的规定履行相关的诉讼前置程序后，再行提起诉讼。依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（三）项之规定，裁定驳回北方公司的起诉。案件受理费25510元人民币，退还北方公司。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法补充提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。

北方公司补充提交了如下证据：证据一、天津洁乐特公司董事PHILPM.LYNCH的死亡证明书，拟证明天津洁乐特公司的董事会在公司实际运营中并不具备最高权力机构的地位，董事会难以形成起诉蒙涛、徐卉的有效决议。证据二、天津洁乐特公司董事会名单、董事委派书、相关的董事会决议，拟证明天津洁乐特公司董事实际代表的公司与工商登记的委派方不一致，董事WEECHINGYUN已从委派方公司离职。

蒙涛、徐卉、天津洁乐特公司共同质证认为，对证据一的真实性予以认可，不认可其证明目的。对证据二的真实性予以认可，董事WEECHINGYUN系受ZERUSTHOLDINGLIMITED委派，现该公司的法定代表人为蒙涛，故证据二不能实现北方公司的证明目的。

蒙涛、徐卉、天津洁乐特公司二审期间未补充提交证据。

本院经审查当事人补充提交的证据，认定如下：对两份证据的真实性予以认定。证据一可以证明天津洁乐特公司董事PHILPM.LYNCH死亡的事实，尚不能证明董事会并非决定公司一切重大事宜的机构，故对北方公司主张的证明目的不予认定。证据二可以证明天津洁乐特公司的董事人数以及人员情况，但不足以证明董事WEECHINGYUN已从委派方公司离职，故对北方公司主张的证明目的不予认定。

一审法院认定的事实有相关证据佐证，本院予以确认。

本院另查明，天津洁乐特公司章程第四部分“内部组织结构”中，存在两个“4-1”“4-2”款，款项之间以“或”字分隔。位置在前的“4-1”“4-2”款记载：4-1、由投资者委派总经理作为公司法定代表人；4-2、总经理的主要职权如下……。位置在后的“4-1”“4-2”款记载：4-1、由投资者组成董事会，董事会是公司的最高权力机构，董事长为公司的法定代表人；4-2、董事会决定公司的一切重大事宜，其职权主要如下……，其中讨论决定并报请审批机关批准注册资本的增加或转让以及讨论通过并报请审批机关批准本公司章程的修改两项决议须经出席董事会会议的董事一致通过方为有效，其他事项经出席董事会会议的董事多数通过即可。但出席董事会会议的法定人数为全体董事人数的三分之二，不足三分之二人数时，其通过的决议无效。章程4-3、4-4、4-5款对董事会人员构成、董事会例会召开等进行了规定。

天津洁乐特公司共有5名董事，其中董事PHILPM.LYNCH已死亡，其余4名董事分别为蒙涛、WEECHINGYUN、PATRICKLYNCH、HARUHIKORIKUTA。

本院认为：本案一方当事人北方公司为外国企业，本案为涉外民事案件。一审法院依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律”之规定，确定中华人民共和国法律作为解决本案争议的准据法，于法有据，应当予以确认。

本案为损害公司利益责任纠纷。争议焦点为：一、北方公司能否以股东身份直接提起本案诉讼；二、北方公司起诉蒙涛、徐卉承担收入归入天津洁乐特公司的责任是否符合起诉条件。

一、北方公司能否以股东身份直接提起本案诉讼

《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定，董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。该法律条文第一款为股东代表诉讼制度设置了前置程序，目的在于尽可能地尊重公司内部治理，通过前置程序使公司了解股东诉求并自行与有关主体解决纠纷，故在公司未设监事或监事会的情形下，还应审查公司是否存在其他内部救济措施，一审法院对此问题认定正确，应予确认。

就本案而言，各方当事人争议主要系北方公司是否必须履行书面请求董事会提起诉讼的前置程序。对此，本院作如下分析：

第一，天津洁乐特公司章程确实存在两个“4-1”“4-2”款，由于两个款项之间以“或”字连接，而“或”字有选择之意，故两个款项应当选择其一适用。结合公司章程第四部分的其他款项，以及公司实际设置了董事会、曾形成过董事会决议等情况，应认定天津洁乐特公司在实际运营中，已选择适用了位置在后的“4-1”“4-2”款。故而，一审法院依据上述款项认定案件事实，并无不当。

第二，北方公司提出本案不存在董事会接受股东申请向蒙涛、徐卉提起诉讼的可能性。对此，本院认为，首先，天津洁乐特公司章程未规定董事会会议的召集方式，故应适用《中华人民共和国公司法》的一般规定。该法第四十八条规定，董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。由此可见，我国公司法在立法时，已预设了董事长不能或者不召集董事会的情况，并制定了相关规定予以规制。况且，公司董事长蒙涛的委托诉讼代理人在二审中明确主张北方公司应履行相关前置程序，并未作出拒绝召开董事会的表示。故，北方公司有关天津洁乐特公司已无法就是否起诉蒙涛、徐卉问题召开董事会的主张不能成立。其次，天津洁乐特公司工商登记的董事为5名，除已死亡的董事PHILPM.LYNCH外，尚有4名董事。其中，董事蒙涛虽与所议事项具有利害关系，但因公司章程并不存在利害关系董事回避表决的规则，故其仍享有表决权。故，从形式上看，天津洁乐特公司现有董事人数已达到章程规定形成有效决议的最低人数；从结果上看，除蒙涛以外的3名董事中，董事PATRICKLYNCH系北方公司代表人，本案现有证据尚不能证明其他2名董事与蒙涛、徐卉存在利益关系，将受二人控制作出不利于北方公司的表决，故董事会是否会依北方公司请求而形成提起诉讼的决议尚处于不确定状态。再次，实践中，公司法定代表人侵害公司利益的情形客观存在，但不能因此排除前置程序的适用。天津洁乐特公司可通过另行确定诉讼代表人参与诉讼的方式，维护公司的合法权益。据此，北方公司有关已不存在董事会接受股东申请向蒙涛、徐卉提起诉讼的可能性的主张，不能成立。

第三，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条第一款规定的前置程序是针对股东代表诉讼的一般情况；该法律条文第二款规定的“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”，属于先诉请求的豁免制度，是针对股东代表诉讼的特殊情况。股东主张存在“情况紧急”情形，应承担举证责任；人民法院判定是否属于该情形，应依据案件情况进行严格审查。就本案而言，北方公司在二审庭审中表示其已于2015年1月停止向天津洁乐特公司供应母料，不了解天津洁乐特公司此后的经营状况。该公司证明“情况紧急”的依据主要是蒙涛提供证据中的“三栏余额表”，主张截至2015年7月天津洁乐特公司与上海汉津公司相关交易仍然存在。本院经审查该份证据并结合北方公司主张以及案件相关事实，认为本案尚不属于不立即受理，将会使公司利益受到难以弥补损害的情形，故对北方公司有关“情况紧急”、可免予适用前置程序的主张，不予支持。

二、北方公司起诉蒙涛、徐卉承担收入归入天津洁乐特公司责任是否符合起诉条件

鉴于北方公司提起股东代表诉讼未履行《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定的前置程序，亦不符合该法规定的“情况紧急”的情形，故其无权以自己名义直接提起本案诉讼。因此，本院对北方公司起诉是否符合法律规定的起诉条件问题，不再予以审查。

北方公司另提出一审法院总结的争议焦点有误、一审裁定遗漏诉讼请求。对此，本院认为，一审裁定第3个争议焦点中“责任”意为民事法律责任，北方公司主张蒙涛、徐卉承担收入归入天津洁乐特公司责任属于民事法律责任一种，一审裁定所作表述并无不当。北方公司提出确认蒙涛、徐卉与天津洁乐特公司之间进行交易无效的诉请，属于一审裁定第3个争议焦点所涉内容，一审法院以北方公司起诉不符合法律规定的起诉条件为由未作评判，不属于遗漏诉讼请求。

综上，北方公司的上诉请求不能成立，一审裁定认定事实清楚、适用法律正确，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、第一百七十一条规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审　判　长　　耿小宁

代理审判员　　孙　超

代理审判员　　李善川

二〇一六年十二月三十日

书　记　员　　赵　伟

尹祺