江苏省高级人民法院

民 事 判 决 书

(2015)苏商终字第00680号

上诉人（原审原告）南京南华擎天资讯科技有限公司，住所地在江苏省南京市秦淮区公园路44号体育大厦1306室。

诉讼代表人尹悦红，该公司清算组组长。

委托代理人王进，北京金城同达律师事务所律师。

委托代理人周俊武，北京金城同达律师事务所律师。

上诉人（原审被告）辛颖梅，女，回族，1967年9月1日出生，住江苏省南京市鼓楼区。

上诉人（原审被告）汪晓刚，男，汉族，1962年10月21日出生，住江苏省南京市玄武区。

上诉人（原审被告）张虹，男，汉族，1961年4月27日出生，住江苏省南京市鼓楼区。

上诉人（原审被告）南京擎天科技有限公司，住所地在江苏省南京市浦口区天浦路26号。

法定代表人辛颖梅，该公司董事长。

以上四上诉人共同委托代理人陈周，上海市方达律师事务所律师。

以上四上诉人共同委托代理人石志博，上海市方达律师事务所律师。

上诉人南京南华擎天资讯科技有限公司（以下简称南华擎天公司）与上诉人辛颖梅、汪晓刚、张虹、南京擎天科技有限公司（以下简称擎天科技公司）损害公司利益纠纷一案，不服江苏省南京市中级人民法院（2014）宁商初字第42号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年12月23日受理后，依法组成合议庭，于2016年1月14日公开开庭进行了审理。上诉人南华擎天公司的委托代理人王进、周俊武，上诉人辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司的共同委托代理人陈周、石志博到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

南华擎天公司一审诉称：南华擎天公司于2000年3月10日成立，是晋皓有限公司（以下简称晋皓公司）和擎天科技公司共同成立的中外合作企业，经营范围是开发、生产计算机硬、软件、系统集成产品及售后相关综合服务，销售自产产品。辛颖梅、汪晓刚、张虹系擎天科技公司的原股东和实际控制人，并在南华擎天公司担任董事、经理等高管职务。根据晋皓公司和擎天科技公司签署的合作合同及其附件、公司章程等规定，辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司均负有对南华擎天公司的竞业禁止义务。同时，根据公司法的相关规定，辛颖梅、汪晓刚、张虹作为南华擎天公司的董事、经理等高级管理人员，也依法负有竞业禁止义务。在南华擎天公司经营期间，辛颖梅、汪晓刚、张虹通过所控制的擎天科技公司，继续经营和南华擎天公司业务相竞争的软件销售等业务，更于2003年7月2日设立经营范围与南华擎天公司几乎完全相同的南京擎天软件科技有限公司（以下简称擎天软件公司），形成和南华擎天公司的直接竞争。辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司经营竞争业务、设立竞争公司等行为，公然违反竞业禁止义务，严重损害南华擎天公司的合法权益。根据公司法的相关规定，辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司应当承担损害南华擎天公司利益的法律责任，将违反竞业禁止义务所获得的收益全部归还南华擎天公司所有。综上，请求判令：一、辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司将违反竞业禁止义务所得收益计86091327.85元偿付给南华擎天公司；二、本案诉讼费用由辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司承担。

一审庭审中，南华擎天公司明确其诉请的基础是以公司法为法律依据，基于董事、经理等高管损害公司利益，违反了法定的竞业禁止义务。诉请金额86091327.85元由三部分组成：1、擎天科技公司、擎天软件公司在2005年9月30日之前的利润5551998美元，折合人民币44971183.8元（汇率为1:8.1）；2、擎天科技公司、擎天软件公司在2005年9月30日至2005年12月31日的软件服务费收入1680万元；3、辛颖梅、汪晓刚、张虹向INFOTECHHOLDINGSPTE.LTD（以下称新加坡公司）转让擎天科技公司、擎天软件公司的股权所获溢价收益7220144.05元；4、辛颖梅、汪晓刚、张虹在SINOSOFTTECHNOLOGYPLC（以下称英国公司）上市过程中出售旧股取得收入114万英镑，折合人民币1710万元。

辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司一审共同答辩称：一、南华擎天公司已经明确本案是以公司法为依据提起的董事高管损害公司利益的诉讼，擎天科技公司并非本案的适格被告。擎天科技公司系南华擎天公司股东，公司法、中外合作经营企业法并未规定公司股东负有不竞争的义务。其次，南华擎天公司要求四被告向其偿付违反竞业禁止义务的所得收益，即便存在该项收益，也只能是各被告分别偿还各自收益，南华擎天公司要求四被告承担连带责任无法律依据。二、辛颖梅对南华擎天公司并不负有不竞争的义务。首先，南华擎天公司章程并未规定董事对公司负有不竞争的义务，公司章程规定公司高级职员负有不竞争义务，而公司高级职员包括总经理、副总经理、财务总监，不涉及董事。章程规定符合中外合作企业所规定的公司治理结构，根据法律规定，中外合作企业不设立股东会，公司的最高权力机构为董事会，董事的身份系股东代表，故法律并不要求其承担竞业禁止义务。参照中外合资经营企业法实施条例的规定，负有竞业禁止义务的主体为总经理、副总经理，此处明确将董事排除在外。同时，晋皓公司委派至南华擎天公司担任董事长和董事的吴鸿生、张赛娥等人在国内诸多信息产业企业中担任董事长和董事的职务，这也从侧面说明了南华擎天公司的董事不负有竞业禁止义务。三、汪晓刚和张虹在担任南华擎天公司的总经理和副总经理期间确实负有不竞争的义务，但二人在任职期间一直为南华擎天公司服务，并没有从事过竞争业务。2003年1月、3月，张虹和汪晓刚分别从南华擎天公司离职，之后才投入到经营管理擎天科技公司的工作中去。南华擎天公司仅凭汪晓刚和张虹在南华擎天公司任职期间同时担任擎天科技公司的股东和董事的事实，即认为汪晓刚、张虹违反了其竞业禁止义务，该项主张不能成立。擎天科技公司系南华擎天公司股东，擎天科技公司设立在前，晋皓公司在南华擎天公司设立时明知汪晓刚、张虹是擎天科技公司股东和董事，但并未要求汪晓刚、张虹转让擎天科技公司股权或辞去擎天科技公司董事的职务。四、擎天科技公司从未与南华擎天公司发生过竞争。所谓的竞争是指是在同一时间段内、同一市场上对同样的潜在的购买方提供互相之间可以替代的商品或服务。判断竞争不应以两者营业执照中经营范围是否重合作为依据，从南华擎天公司与擎天科技公司各自实际从业来看，南华擎天公司主要从事系统集成业务，并不是开发软件产品的企业，而擎天科技公司在2001年至2003年间主要从事软件产品开发业务，因此，两者之间不存在竞争关系。此外，擎天科技公司在经营范围中与南华擎天公司经营范围的重合部分，在南华擎天公司成立之前便已经存在。但南华擎天公司的港方股东晋皓公司并未要求擎天科技公司变更其经营范围。五、南华擎天公司自2003年3月起逐步歇业，并在2005年4月29日被仲裁裁决解散，在南华擎天公司已经不实际开展经营活动的情况下，擎天科技公司不可能与之发生竞争。六、南华擎天公司的诉讼请求已经超过诉讼时效。从南华擎天公司在2005年针对本案被告提起的一系列损害公司权益的诉讼看，南华擎天公司至迟在2005年4月29日应该知晓其在此之前发生的所谓损失，而南华擎天公司及其港方股东晋皓公司怠于行使诉权，没有以正确的法律途径和主体主张权利，直至2012年9月才提起本案诉讼，已经超过了两年的诉讼时效。七、南华擎天公司在本案诉请中所主张的损失，与江苏省高级人民法院目前另案审理的（2014）苏知民初字第1号计算机软件著作权案存在重复，两案的核心事实均为擎天科技公司开发、销售软件产品的行为，南华擎天公司在两案中主张的损失均包括擎天科技公司开发、销售软件产品的所得，南华擎天公司针对同一事实、所谓同一损失，分别提起两起诉讼案件，系重复诉讼的行为。南华擎天公司应当择一进行主张，不能既主张侵害软件著作权的损失，又主张违反竞业禁止的损失。否则，既浪费司法资源，也损害了四被告的利益。

原审法院经审理查明：

一、擎天科技公司与晋皓公司设立南华擎天公司

2000年1月31日，晋皓公司与擎天科技公司签订《关于设立南华擎天科技有限公司的合作合同》，本案出现两个版本的合同，即原告版本与被告版本（来源于工商局）。两版本的落款时间均为2000年1月31日，合同双方均为“擎天科技公司（甲方）”与“晋皓公司（乙方）”。关于公司经营范围，原告版本为软件开发、研究、销售及售后服务、系统集成以及其他相关电子业务。被告版本为开发、生产、销售计算机硬、软件、系统集成产品及相关综合技术服务。关于不竞争义务，两个版本在合同9.1条均约定：甲方承诺，在合作期限内除非经乙方事先书面同意，无论甲方、甲方过去、现在及将来的任何股东、雇员或其任何关联公司均不得与其他个人或实体在中国境内设立任何合资公司及类似安排，或从事任何活动或采取其他任何行为，与公司目前及将来的任何业务进行竞争。任何对本条款的违反构成在本合同项下实质性违约，甲方及其任何关联公司，它们的继任者或受让人对本条任何义务的违反均应作为“甲方竞争事件”。在合同11.3条均约定：任何高级公司职员不得在中国以任何方式为其他个人、公司、单位、实体或组织提供服务或为其谋利，亦不得参加上述个人、公司、实体、单位或组织的任何与公司利益或业务有直接或间接冲突或竞争的活动。除非经董事会批准或许可，公司的所有其他管理人员不得在其他公司、单位、实体或任何组织兼职或供职，除非董事会另作决定，对于任何违反上述限定的人员，应根据任免程序立即将其解职。被解雇的管理人员自动丧失从公司所得到的认股权、期权或其他类似与业绩有关的奖励安排。

擎天科技公司（甲方）与晋皓公司（乙方）于2000年1月31日共同签署了《南京南华擎天资讯科技有限公司章程》，章程规定的经营范围包括公司开发、生产、销售计算机硬、软件、系统集成产品及相关综合技术服务；董事会应由十一人组成，其中甲方委托4人，乙方委托7人，在合作期限内董事长由乙方委任，副董事长一人由甲方委任；董事会有权对出让、转让、出售、出租或以其他方式处置任何价值超过五万元的公司业务或财产，或兼并或收购任何价值超过五万元的其他任何个人或实体的业务或财产作出决定，有权对购买、许可、接受许可、处置商标、专利、著作权、技术或其他知识产权等事项作出决定；公司董事会应建立管理机构，该机构应对董事会负责并在其领导下负责公司的日常经营管理，除非董事会另有决定，该经营管理机构应由一名总经理、若干副总经理和一名财务总监组成；任何高级公司职员不得在中国以任何方式为其他个人、公司、单位、实体或组织提供服务或为其谋利，亦不得参加上述个人、公司、实体、单位或组织的任何与公司利益或业务有直接或间接冲突或竞争的活动；除非经董事会批准或许可，公司的所有其他管理人员不得在其他公司、单位、实体或任何组织中兼职或供职。

2000年3月10日，南华擎天公司成立，企业性质为中外合作企业，吴鸿生任公司董事长，辛颖梅任公司副董事长，汪晓刚、张虹任公司董事。2000年3月11日，南华擎天公司聘请汪晓刚任公司总经理，张虹为公司副总经理兼总工程师。南华擎天公司营业执照上载明的经营范围为：开发、生产计算机硬、软件、系统集成产品及售后相关综合服务，销售自产产品。

2003年3月18日，简达严、范玉成、胡达文、丁苏霖、汪晓刚、马明、刘飚等召开关于南华擎天公司减亏方案的会议，会议纪要中载明南华擎天公司管理层本着为尽快解决公司目前困境，使公司在最短的时间内减少亏损，制定公司经营及减亏方案。丁苏霖、汪晓刚、马明、刘飚等在会议纪要上签字。

南华擎天公司于2008年2月19日被南京市工商行政管理局吊销营业执照。

二、擎天科技公司的设立及相关情况

擎天科技公司于1998年12月14日成立，营业执照上载明的经营范围包括：计算机及外部设备、零配件销售、维修，计算机软件开发、销售，计算机工程网络布线、智能系统开发、销售，企业经济管理顾问，企业形象设计，生物工程技术开发、推广，科学技术转让与服务，通信产品（不含卫星地面接收设备）、电子产品、文化办公用品、自动化设备、机电一体化及工业控制设备销售。辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、马明、马崇松、王仲玮系擎天科技公司股东，擎天科技公司股权结构如下表：

日期辛颖梅汪晓刚张虹刘飚马明马崇松王仲玮新加坡

公司1998.12.1450%20%6%6%6%6%6%02000.12.2656%20%6%6%6%6%002002.11.873.6%12%3.6%3.6%3.6%3.6%002004.9.277.2%12%3.6%3.6%3.6%0002004.9.1676%12%5%5%2%0002004.12.200000000100%辛颖梅、汪晓刚、张虹系擎天科技公司董事，其中张虹自1998年12月14日担任擎天科技公司法定代表人，2002年11月21日之后擎天科技公司法定代表人变更为辛颖梅。

2004年11月28日，擎天科技公司股东会作出决议，同意辛颖梅、汪晓刚、张虹等将持有的擎天科技公司股权，以16344832.27元全部转让给新加坡公司。转让后，擎天科技公司变更为外商独资企业，新加坡公司占注册资本的100%。2004年12月1日，辛颖梅、汪晓刚、张虹等与新加坡公司签订《股权购买协议》。2004年12月20日，新加坡公司作出委派书，其中载明：兹委派辛颖梅、汪晓刚、马明等为擎天科技公司董事，辛颖梅为擎天科技公司董事长。2005年1月4日，南京市工商局作出《外商投资企业变更核准通知书》。

2005年8月5日，江苏石城会计师事务所作出苏石会验字[2005]29号验资报告，其中载明：擎天科技公司变更前的注册资本为人民币1000万元，分别由辛颖梅出资人民币760万元，占注册资本76%；汪晓刚出资人民币120万元，占注册资本12%；张虹出资人民币50万元，占注册资本5%；刘飚出资人民币50万元，占注册资本5%；马明出资人民币20万元，占注册资本2%。根据贵公司2005年1月8日董事会决议，辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、马明将持有的擎天科技公司股权以人民币16358105.66元（折合2012009.16美元）全部转让给新加坡公司，其中辛颖梅转让其所持有的擎天科技公司76%的股权，作价人民币12435263.26元，汪晓刚转让其所持有的擎天科技公司12%的股权，作价人民币1961379.84元，张虹转让其所持有的擎天科技公司5%的股权，作价人民币817241.64元。

新加坡公司的股东为LongCapitalInternationalLimited、TelewiseGroupLimited、TeamUnitedInvestmentsLimited、JointAlliedEnterprisesLimited。上述四家公司均在英属维尔京群岛注册，其中辛颖梅全资持有LongCapitalInternationalLimited股权，汪晓刚全资持有TelewiseGroupLimited股权，刘飚全资持有TeamUnitedInvestmentsLimited股权，张虹全资持有JointAlliedEnterprisesLimited股权。上述四家BVI公司于2005年12月16日收购英国PIMCO2042LIMITED公司，后者以换股方式于2006年1月20日取得新加坡公司100%的控制权，于2006年2月21日改名为SINOSOFTTECHNOLOGYPLC，即英国公司。

英国公司招股说明书载明：SinosoftTechnologyPlc是Infotech的英国控股公司，Infotech是两家贸易公司，即NanjingSkytech和NanjingSoftware的新加坡控股公司，这两家贸易公司是在中国江苏省注册和运营的。招股说明书在配售数据中载明“在本次配售中出售现有普通股获取的款项”为114万英镑。该说明书载明了Skytech的历史财务信息，其中NanjingSkytech和NanjingSoftware合并收入表中载明净利润为：2002年32020美元，2003年331700美元，2004年2664482美元，2005年1至9月2523796美元。招股说明书公布日2006年2月28日SINOSOFTTECHNOLOGYPLC的大股东为LongCapitalInternationalLimited（76%）、TelewiseGroupLimited（12%）、TeamUntiedInvestmentsLimited（5%）、JointAlliedEnterprisesLimited（5%）。

三、擎天软件公司的设立及相关情况

2003年7月2日，擎天软件公司设立，经营范围包括系统集成业务相关产品和计算机软、硬件产品的开发、生产、销售自产产品并提供相关配套服务。股东为擎天科技公司和宁英梅，持股比例分别为90%、10%。

2004年11月22日，擎天咨询公司设立，股东为辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、马明，其中辛颖梅、汪晓刚、张虹的持股比例分别为76%、12%、5%。同日，擎天咨询公司就其受让擎天科技公司所持有的擎天软件公司股权事宜作出股东会决议，其中载明：同意擎天咨询公司以180万元受让擎天科技公司所持有的擎天软件公司的股权，转让完成后擎天咨询公司将拥有擎天软件公司90%的股权，占擎天软件公司注册资本的90%。之后，擎天咨询公司、宁英梅将持有的擎天软件公司股权变更至新加坡公司名下，企业类型由有限责任公司变更为外商独资公司。2005年1月27日，南京市工商局作出《外商投资企业变更核准通知书》。2005年1月10日，新加坡公司作出委派书，其中载明：兹委派辛颖梅、汪晓刚、马明等为擎天软件公司董事，张虹为擎天软件公司董事长。

擎天软件公司于2004年作出董事会决议，其中载明：同意公司各股东将各自所持公司全部股份分别作出转让，受让方为新加坡公司。同意将公司的股权以人民币2957820.43元（折合356363.91美元）全部转让给新加坡公司，其中擎天咨询公司转让其持有的擎天软件公司90%股权，作价人民币2662038.39元，宁英梅转让其所持有的擎天软件公司10%的股权，作价人民币295782.04元。

2005年6月16日，江苏石城会计师事务所作出苏石会验字[2005]21号验资报告，擎天软件公司变更前的注册资本为人民币200万元，分别由擎天咨询公司出资人民币180万元，占注册资本90%；宁英梅出资人民币20万元，占注册资本10%。根据贵公司2005年1月8日董事会决议，擎天咨询公司、宁英梅将持有的擎天软件公司的股权以人民币2957820.43元（折合356363.91美元）全部转让给新加坡公司，其中擎天咨询公司转让其持有的擎天软件公司90%股权，作价人民币2662038.39元，宁英梅转让其所持有的擎天软件公司10%的股权，作价人民币295782.04元。

2009年7月22日，擎天软件公司作出《债权债务处理说明》，其中载明：擎天软件公司通过吸收合并的方式与擎天科技公司进行合并，根据国家有关法律、法规的要求，公司进行合并公告，并对债权债务进行了清理，因被吸收方没有债务关系，无债权人，因此擎天软件公司的债务已经清理完毕，公司的债权也与合并方办妥交接手续。2009年8月4日，南京市人民政府作出《关于同意南京擎天软件科技有限公司注销的批复》，同意擎天软件公司的注销申请。

四、擎天科技公司与擎天软件公司的相关财务数据和资料

根据中国国内会计师事务所所审计的财务报告，擎天科技公司2000年净利润总额为-344833.55元，其中系统集成及硬件销售-390130.60元，其他业务452970.5元，因南华擎天公司于2000年3月10日设立，擎天科技公司财务数据的起算日也应调整至2000年3月，按照上述数据的4/5予以折算，折算后的擎天科技公司2000年3月至12月系统集成及硬件销售、其他业务净利润分别为-312104.48元、36237.64元。

江苏石城会计师事务所的审计工作底稿中附有南华擎天公司的部分财务资料，其中2001年12月预付账款明细表客户名称部分列有“瑞鸽（软件）”、“金税计算机（软件）”等；2001年12月应收账款明细余额表客户名称部分列有“上海复高（软件）”等；2002年1-12月销售截止测试检查表中载明客户名称为“扬子石化巴斯夫公司”，对应的品名为“软件”。

五、相关仲裁和诉讼

2004年4月30日，晋皓公司以擎天科技公司为被申请人提出仲裁申请。2005年1月18日，中国国际经济贸易仲裁委员会作出（2005）中国贸仲京裁字第28号裁决书，仲裁庭认为：擎天科技公司作为一家经营范围涵盖了计算机软、硬件开发和销售的公司与晋皓公司合作设立合营公司，并承诺不与合营公司“目前及将来的任何业务进行竞争”，在合营公司成立后，即应履行其合同义务，不再从事与合营公司经营范围重合的计算机软件、硬件和系统集成产品的开发、生产、销售及售后服务等活动，更不应设立经营范围与合营公司经营范围相重合的擎天软件公司。同时，仲裁庭还认为：擎天科技公司应当将其签订本案合同后继续从事与合营公司形成同业竞争关系的相关业务所获利益偿付给合营公司。据此裁决擎天科技公司停止继续从事计算机软件、硬件和系统集成产品的开发、生产、销售及售后服务。

因擎天科技公司申请，中国国际经济贸易仲裁委员会于2005年4月29日作出（2005）中国贸仲京裁字第171号裁决书，仲裁庭认为：合作公司严重亏损应为不争的事实，合作公司已丧失了继续经营的客观条件，继续经营下去也难以达到合作经营的目的；此外合作双方积怨已深，矛盾难以调和，合作的基础不复存在。据此裁决终止双方签订的合作合同，解散合作公司。

2006年1月27日，晋皓公司以擎天科技公司为被申请人提出仲裁申请，请求确认擎天科技公司在（2005）中国贸仲京裁字第28号裁决书生效后继续违约，擎天科技公司将违约所得2000万元支付给合营公司。之后晋皓公司将仲裁申请变更为：1、确认擎天科技公司在（2005）中国贸仲京裁字第28号裁决生效后继续违约，裁决停止擎天科技公司及其关联公司与合营公司的经营范围相冲突的所有业务；2、请求裁决擎天科技公司将其及其关联公司拥有的计算机软件系统及以后各升级版本的全部知识产权归还合营公司所有，停止擎天科技公司使用“擎天”和“skytech”商号及商誉并将其归还合营公司所有；3、请求裁决擎天科技公司将因其违约而致合营公司所受之利益损失归还或赔偿给合营公司。具体包括擎天科技公司及擎天软件公司2005年9月30日之前的利润5551998美元，擎天科技公司于2005年9月30日之后的营业收入1680万元，辛颖梅、汪晓刚、张虹和刘飚四人在英国公司的股权，辛颖梅、汪晓刚、张虹和刘飚历次转让股权的溢价收入7220144.05元，辛颖梅出让英国公司股票的收入1140000英镑；4、裁决擎天科技公司赔偿为制止违约行为已发生的费用1712362元及随此次变更仲裁请求而增加的律师费、取证费用等。2008年8月20日，中国国际经济贸易仲裁委员会作出（2008）中国贸仲京裁字第379号裁决书，裁决擎天科技公司应当将其违反合作合同约定所获利益20764704.59元偿付给合营公司；擎天科技公司应偿付晋皓公司因制止违约行为所支付的费用1348559元，驳回晋皓公司的其他仲裁请求。

2010年7月20日，原审法院向晋皓公司作出（2009）宁民仲字第125号之一《通知》，其中载明，该院认为仲裁裁决[（2008）中国贸仲京裁字第379号裁决]第一项内容为擎天科技公司应当将其违反合作合同约定所获利益偿付给合营公司，故合营公司是该项利益的权利主体，应由合营公司向擎天科技公司进行主张，晋皓公司无权替代合营公司提起仲裁。仲裁机构根据晋皓公司的申请，就擎天科技公司应偿付给合营公司的收益进行仲裁并作出裁决，实质上是就合营公司与擎天科技公司之间的纠纷进行了仲裁。而本案合作合同系由晋皓公司和擎天科技公司签订，其仲裁条款的范围仅限于晋皓公司和擎天科技公司之间因合作合同引起或与合作合同有关的争议，故仲裁机构对合营公司与擎天科技公司之间的纠纷无权仲裁，该项仲裁裁决应不予执行。

2005年，南华擎天公司先后以张虹、汪晓刚、辛颖梅、擎天科技公司为被告提起诉讼，其中诉张虹一案的诉讼理由为：张虹于2003年7月2日至2004年12月1日担任擎天软件公司董事，2004年12月2日起担任董事长，违反了公司法所规定的竞业禁止义务，请求判令其停止侵害，向南华擎天公司给付因竞业禁止行为所获利益12万元。诉汪晓刚一案的诉讼理由为：汪晓刚在擎天软件公司担任董事，违反竞业禁止义务，请求判令其停止侵害，向南华擎天公司给付因竞业禁止行为所获利益12万元。诉辛颖梅一案的诉讼理由为：辛颖梅在擎天软件公司担任董事长、董事，违反竞业禁止义务，请求判令其停止侵害，向南华擎天公司给付因竞业禁止行为所获利益24万元。诉擎天科技公司一案的诉讼理由为：擎天科技公司在仲裁裁决作出后继续与南华擎天公司同业竞争，请求法院判令擎天科技公司向其偿付因竞业禁止行为所获利益500万元。上述案件经审理后，均认为因南华擎天公司已处于被解散的法律状态，在此状态下南华擎天公司以自己的名义提起民事诉讼，成为民事诉讼当事人，不符合法律规定，据此驳回南华擎天公司的起诉。

2011年12月22日，南华擎天公司以辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、擎天科技公司为被告提起侵害计算机软件著作权纠纷[(2012)宁知民初字第00004号]，该案原告于2012年11月29日撤诉。

2012年10月19日，南华擎天公司以辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、擎天科技公司为被告提起损害公司利益责任纠纷一案，原审法院经审理认为南华擎天公司于2005年曾分别对辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司提起诉讼，人民法院均已驳回，相关民事裁定均已生效。南华擎天公司以相同的事实与理由，再次起诉辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司，系重复诉讼。该院于2013年1月23日作出（2012）宁商初字第168号民事裁定，裁定驳回南华擎天公司对辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司的起诉。之后，南华擎天公司于2015年1月7日申请撤回对刘飚的起诉，该院于2015年1月20日裁定准许南华擎天公司撤诉。

2013年8月15日，原审法院再审认为，南华擎天公司在本案中起诉辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司，要求其承担损害赔偿责任，不属于重复起诉。本案经该院审判委员会讨论决定，撤销（2012）宁商初字第168号民事裁定，本案由该院另行组成合议庭进行审理。

2013年1月10日，南华擎天公司以擎天科技公司、辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚为被告提起诉讼，之后该案被告变更为擎天科技公司、南京擎天全税通信科技有限公司[案号为（2014）苏知民初字第1号]，诉请包括确认2005年3月10日以前登记在擎天科技公司名下的“出口货物退免税管理系统”、“天商2000智能商务管理软件”、“擎天电子政务系统”、“擎天XML工作平台软件”等31项计算机软件著作权归南华擎天公司所有，并判决其向南华擎天公司交付上述软件的全部资料；判决擎天科技公司停止使用、销售“出口货物退免税管理系统”、“天商2000智能商务管理软件”、“擎天电子政务系统”、“擎天XML工作平台软件”等其名下的所有计算机软件；判决南京擎天全税通信息科技有限公司停止使用、销售“擎天出口免抵退申报税务代理版软件”、“擎天天商智能分析软件”等8项计算机软件；判决擎天科技公司向南华擎天公司赔偿损失21038.78万元（暂定）。

此外，2007年2月9日，晋皓公司以南京市鼓楼区对外贸易经济合作局（以下简称鼓楼外经局）为被告、以擎天科技公司为第三人在原审法院提起行政诉讼，请求依法确认目前在鼓楼外经局的《南华擎天公司章程》和《擎天科技公司与晋皓公司关于设立南华擎天公司的合作合同》文本的审批备案行为违法并予以撤销；判令鼓楼外经局依法重新作出行为，撤换目前鼓楼外经局未经双方盖章认可的上述章程和合作合同文本，批准备案晋皓公司与擎天科技公司于2000年1月31日共同盖章签订的真实的章程与合作合同。该院于2007年4月29日裁定驳回了晋皓公司的起诉。

原审法院认为：

一、本案不应中止审理

南华擎天公司2012年提起本案诉讼，其于本案审理期间在江苏省高级人民法院又提起（2014）苏知民初字第1号案件。从两案的诉请来看，南华擎天公司的主张存在交叉重复之处，主要涉及擎天科技公司、擎天软件公司的经营所得（含软件服务费）。鉴于南华擎天公司在本案中的诉请是明确的，其中所涉及的擎天科技公司、擎天软件公司经营所得系概括性主张，且本案受理在先，故本案无需以（2014）苏知民初字第1号案件的审理结果作为依据。同时，南华擎天公司作为两起案件的原告，有义务对重复部分的诉请作出区分，因其无法区分即要求本案中止审理的主张于法无据，该院不予采纳。

二、辛颖梅、汪晓刚、张虹均负有法定的竞业禁止义务，竞业禁止义务的期间为2000年3月10日至2005年4月29日

首先，辛颖梅作为中外合作企业的董事，是否负有竞业禁止义务。因中外合作企业法与公司法是特别法和普通法之间的关系，中外合作企业法未作规定的，应当适用公司法的相关规定。中外合作企业法未就竞业禁止义务的主体作出规定，对此应当根据公司法的相关规定作出认定。四被告以中外合作企业与公司法上的有限责任公司在董事产生方式存在差异为由，认为中外合作企业董事无需承担竞业禁止义务，存在不当。中外合作企业的董事虽由股东委派，但从法理上来说，公司是拟制的法人主体，其本身不能从事经营活动，必须通过董事会的行为来实施，因此董事和公司之间还存在委任和被委任的关系，董事的忠实义务和勤勉义务均源于其与公司之间的委任关系，从本案来看，虽然南华擎天公司不设股东会，董事会是最高权力机构，但从南华擎天公司章程内容看，董事负责公司的部分管理事务，竞业禁止义务源于公司董事和高级管理人员的忠实义务，故包括汪晓刚、张虹在内，三人在担任南华擎天公司董事期间理应负有竞业禁止义务。

其次，关于南华擎天公司知悉辛颖梅等三人身份的影响。因公司法上的竞业禁止业务是强制性规定，南华擎天公司成立于2000年3月，应当适用公司法（1999年修正），当时的公司法对此作出了较为严格的规范，未设定豁免竞业禁止义务的条件，即董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。直至2005年修订公司法后才增加了豁免条件，即经股东会或者股东大会同意后方可从事同业经营。即便依照该法的规定，辛颖梅、汪晓刚、张虹亦未证明其符合豁免法定竞业禁止义务的条件。同时，合作协议与南华擎天公司章程均明确规定了擎天科技公司“过去、现在及将来的任何股东、雇员或其任何关联公司均不得与其他个人或实体”对南华擎天公司负有不竞争义务。由此可以说明，虽然擎天科技公司成立在先，但南华擎天公司并未免除辛颖梅、汪晓刚、张虹对其所负有的竞业禁止义务。

最后，关于法定竞业禁止义务的起止时间。讼争各方对该项义务起始于南华擎天公司成立无异议，该院对2000年3月10日作为起始日予以确认。关于终止时间，该院认为，中国国际经济贸易仲裁委员会于2005年4月29日作出（2005）中国贸仲京裁字第171号裁决书，该裁决认为南华擎天公司严重亏损，丧失了继续经营的客观条件，同时合作双方积怨已深，矛盾难以调和，合作的基础不复存在，故裁决终止双方签订的合作合同，解散南华擎天公司。因竞业禁止义务是以南华擎天公司持续经营为前提，在南华擎天公司被裁决解散的情况下，辛颖梅等人不应再负有法定的竞业禁止义务，故竞业禁止义务的终止时间为2005年4月29日。

三、辛颖梅、汪晓刚、张虹违反了法定的竞业禁止义务

本案中竞业禁止的范围应当包括软件业，理由为：首先，四被告认可的合作合同中关于合作条件约定擎天科技公司的出资包括软件产品，经营范围亦包括开发、生产、销售计算机硬、软件、系统集成产品及相关综合服务，故四被告对于南华擎天公司将软件业作为其经营范围是明知的，竞业禁止范围也应包括软件业。其次，（2005）中国贸仲京裁字第28号仲裁裁决“擎天科技公司停止继续从事开发、生产计算机硬、软件、系统集成产品及售后相关综合服务的违约行为”。即生效的裁决书已认定擎天科技公司竞业禁止的范围包括计算机软件及硬件和系统集成产品的开发、生产、销售及售后服务等。四被告认为上述竞业禁止范围系约定范围，不能适用于本案。对此，该院认为，南华擎天公司在成立后并未充分开展经营，在双方就竞业禁止范围作出不同解读时，结合合作合同及章程确定法定竞业禁止义务的范围，并无不妥。最后，南华擎天公司举证的审计工作底稿系南华擎天公司清算组从江苏石城会计师事务所调取，对其真实性应当予以确认。其中南华擎天公司2001年12月预付款项明细表及应收账款明细余额表、2002年1-12月销售截止测试检查表，可以证明南华擎天公司从事过软件销售业务。

结合擎天科技公司、擎天软件公司的营业执照载明的经营范围，以及两公司的相关财务报表，两公司与南华擎天公司构成同业经营，辛颖梅、汪晓刚、张虹在擎天科技公司任股东、董事，以及在擎天软件公司任高管职务，违反了法定的竞业禁止义务。

四、辛颖梅、汪晓刚、张虹与擎天科技公司构成共同侵权，应当承担连带责任

民法通则第一百三十条规定，二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。辛颖梅、汪晓刚、张虹在擎天科技公司内所持股份占绝对优势，张虹、辛颖梅先后担任擎天科技公司的法定代表人。辛颖梅、汪晓刚、张虹系擎天软件公司的实际控制人，所谓实际控制人是指虽并非公司股东，但通过投资关系、协议或者其他安排能够实际控制公司行为的人。擎天软件公司设立时，擎天科技公司持有其90%的股权，后擎天科技公司将该股权转让给擎天咨询公司，从擎天咨询公司的股权结构来看，辛颖梅、汪晓刚、张虹所持股份亦占绝对优势。据此可以认定，擎天科技公司、擎天软件公司对辛颖梅、汪晓刚、张虹违反竞业禁止义务，实施与南华擎天公司同业竞争的行为是明知的，擎天科技公司、擎天软件公司仍然将上述同业竞争的所得据为己有，应认定上述两公司与辛颖梅等人共同实施了案涉的侵权行为，应当就案涉的侵权行为向南华擎天公司承担连带赔偿责任。因擎天软件公司已于2009年被擎天科技公司吸收合并被注销主体资格，故擎天软件公司所应承担的连带赔偿责任由擎天科技公司承继。

虽然擎天科技公司、擎天软件公司的股东于2004年12月、2005年1月先后变更为新加坡公司，但新加坡公司的股东为四家BVI公司，其中辛颖梅、汪晓刚、张虹分别持有其中三家公司的全部股权，故辛颖梅等三人依然实际控制擎天科技公司和擎天软件公司。故擎天科技公司、擎天软件公司股东虽然变化，但实际控制人并未发生变更，公司法所规定的竞业禁止义务依然约束辛颖梅等三人。

五、四被告所得收益以及应向南华擎天公司承担的责任

四被告构成共同侵权，应将侵权所得偿付给南华擎天公司，结合南华擎天公司诉请金额的明细，作以下逐项分析：

（一）擎天科技公司、擎天软件公司的经营所得。

南华擎天公司根据英国公司招股说明书中的财务数据，主张经营所得的总利润为5551998美元。对此，该院认为，该招股说明书中载明的净利润没有具体的分类，数据起止时间为2002年至2005年9月，不能满足本案中竞业禁止义务终止日为2005年4月29日的数据提取需求；同时，英国公司招股说明书中载明的财务数据是会计师根据国外的会计准则计算得来的，与依据中国会计准则得出的数据存在差异，故两公司的经营所得应当以会计师根据中国会计准则所作出的审计结论为准。根据国内会计师事务所之前的相关审计结论，擎天科技公司、擎天软件公司自2000年3月至2005年4月的利润所得具体如下：软件产品及相关服务13327502元、系统集成及硬件销售-3132615.97元、其他业务7970881.49元、投资收益5903539.13元、政府补贴7372243.66元。由此可见，擎天科技公司、擎天软件公司的所获收益体现在软件产品及相关服务、其他业务、投资收益、政府补贴四个方面。软件产品及相关服务的收益13327502元系两公司同业竞争所得，应当计入责任范围。投资收益5903539.13元不属于同业竞争的所得，不应计入责任范围。其他业务和政府补贴的净利润两项收益，既与同业竞争相关业务有关，又不完全属于该类业务的收益，该院认为应将该两项收益之和的60%认定为属于同业竞争关系的相关业务所获得的收益，连同两公司软件产品及相关服务的收益一同偿付给南华擎天公司是合理的。故四被告应向南华擎天公司偿付的经营所得为13327502元＋（7970881.49元＋7372243.66元）×60%＝22533377.09元。

针对南华擎天公司就擎天科技公司、擎天软件公司经营所得所提出的相关鉴定和调查取证申请，该院认为，南华擎天公司所主张的两公司经营所得距今已达十年左右的时间，其所提出的调查和鉴定申请不具备相应的可操作性，同时根据当时的相关审计结论已经能够就两公司的经营所得进行界定，故本案无需调查、鉴定，故对南华擎天公司的相关申请不予准许。

南华擎天公司主张四被告向其偿付擎天科技公司、擎天软件公司2005年9月至12月的软件服务费收入1680万元。首先，南华擎天公司该项主张系依据英国公司招股说明书及网上打印的订购单估算而来，亦未扣除相应的服务成本，故南华擎天公司该项主张的证据并不充分。其次，南华擎天公司已于2005年4月29日被仲裁裁决解散，其所主张的上述软件服务费不再属于辛颖梅等人违反竞业禁止义务及与擎天科技公司、擎天软件公司共同侵权的所得，故对其该项主张不予支持。

（二）股权溢价收入

四被告认为，擎天科技公司股权价值的增加来源于擎天科技公司的经营行为和经营所得，南华擎天公司不能同时对公司经营所得和股权溢价提出主张。对此，该院认为，影响股权价值的因素很多，既包括公司现有的经营所得，也包括公司商誉及未来的经营预期等。南华擎天公司关于公司经营所得和股权溢价的诉请并不构成重复主张，对上述抗辩意见不予采纳。案涉股权转让虽系内部转让，但股权溢价能反映其市场价值的增加，可以作为计算本案四被告实施侵权行为所获利益的参考因素。

首先，关于股权溢价收入的具体计算及责任承担。根据江苏石城会计师事务所苏石会验字[2005]29号验资报告，擎天科技公司变更前的注册资本为人民币1000万元，分别由辛颖梅、汪晓刚、张虹出资760万元、120万元、50万元；辛颖梅、汪晓刚、张虹将股权转让给新加坡公司，股权作价分别为12435263.26元、1961379.84元、817241.64元。故辛颖梅、汪晓刚、张虹在转让擎天科技公司股权所获的溢价分别为4835263.26元、761379.84元、317241.64元。根据江苏石城会计师事务所苏石会验字[2005]21号验资报告，擎天软件公司变更前的注册资本为人民币200万元，擎天咨询公司出资人民币180万元；擎天咨询公司将股权转让给新加坡公司的作价为2662038.39元，股权溢价为862038.39元。因辛颖梅、汪晓刚、张虹在擎天咨询公司的持股比例分别为76%、12%、5%，故与该三人相对应的股权溢价分别为655149.18元、103444.61元、43101.92元。上述两项合计，辛颖梅、汪晓刚、张虹在上述股权转让过程中所获取的股权溢价分别为5490412.44元、864824.45元、360343.56元。因导致股权溢价的因素还涉及公司非同业竞争的利润及预期，在计算时应当予以扣除，故酌定该三人应向南华擎天公司偿付股权溢价部分的80%，分别为4392329.95元、691859.56元、288274.85元。

基于上述两公司股权的转让时间分别为2004年12月、2005年1月，本案四被告对南华擎天公司的侵权行为处于持续状态，且转让前后的股东均为辛颖梅、汪晓刚、张虹或该三人实际控制的公司，故辛颖梅、汪晓刚、张虹就各自股权溢价部分向南华擎天公司承担偿付责任时，本案其他被告应当对此承担连带清偿责任。

其次，南华擎天公司主张四被告应向其偿付辛颖梅等人在境外出售股权所获的收入114万英镑，但其所提供的证据未能反映出售股票的主体、股权的成本及溢价部分。且辛颖梅等人控制的新加坡公司出售上述股权行为发生于南华擎天公司被仲裁裁决解散之后，即便存在股权溢价收入亦不足以证明其性质为辛颖梅等人违反竞业禁止业务所得，故对其该项主张不予支持。

针对南华擎天公司就股权溢价所提出的鉴定申请，该院认为，因南华擎天公司所主张的上述股权溢价收入已有相关证据予以证明，故不同意南华擎天公司该项鉴定申请。

六、南华擎天公司的诉请并未超过诉讼时效

2004年至2005年南华擎天公司多次诉讼和仲裁，2006年1月27日，晋皓公司以擎天科技公司为被申请人提出仲裁申请，（2008）中国贸仲京裁字第379号裁决作出后，原审法院于2010年7月20日作出不予执行仲裁裁决的通知。2011年12月22日，南华擎天公司以辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、擎天科技公司为被告提起侵害计算机软件著作权纠纷[(2012)宁知民初字第00004号]，该案南华擎天公司于2012年12月19日撤诉。2012年10月19日，南华擎天公司以辛颖梅、汪晓刚、张虹、刘飚、擎天科技公司为被告提起本案纠纷。上述诉讼、仲裁均导致南华擎天公司诉讼时效期间的中断，故南华擎天公司在本案的诉请并未超过诉讼时效期间。

据此，依照《中华人民共和国公司法》（1999年修正）第六十一条，《中华人民共和国民法通则》第一百三十条、第一百三十四条第一款第（七）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，原审法院判决：一、辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司于判决生效之日起10日内向南华擎天公司偿付22533377.09元。二、辛颖梅于判决生效之日起10日内向南华擎天公司偿付4392329.95元，汪晓刚、张虹、擎天科技公司对此承担连带清偿责任。三、汪晓刚于判决生效之日起10日内向南华擎天公司偿付691859.56元，辛颖梅、张虹、擎天科技公司对此承担连带清偿责任。四、张虹于判决生效之日起10日内向南华擎天公司偿付288274.85元，辛颖梅、汪晓刚、擎天科技公司对此承担连带清偿责任。五、驳回南华擎天公司的其他诉讼请求。如被告未按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。案件受理费472257元，由南华擎天公司负担321135元，由辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司负担151122元。

南华擎天公司不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原审判决的程序严重违法，本案应当中止审理，待江苏省高级人民法院（2014）苏知民初字第1号计算机软件著作权权属及侵权案审结后再行审理。本案的赔偿数额因目前无法单独剔除擎天科技公司在2005年12月底之前销售侵权软件的收入，而和知识产权案件的赔偿数额发生交叉。知识产权案件能否认定擎天科技公司构成侵权，现在无法准确预知，如果擎天科技公司未被认定为侵权，则该部分涉案软件的销售收入不能作为知识产权案件的赔偿数额。原审法院径直作出判决可能导致我公司的合法权益无法得到充分保护。二、原审判决认定事实不清，证据采信严重不当，且没有支持我方提出的调查取证、鉴定审计等申请，导致没有查清本案的关键事实，认定赔偿数额发生重大错误。1、原审判决刻意回避案件主要事实。我公司由晋皓公司和擎天科技公司合作成立，晋皓公司只负责投资，擎天科技公司及辛颖梅等全面负责合营公司的经营管理活动。但是原审法院仅表述辛颖梅、汪晓刚、张虹是擎天科技公司、擎天软件公司等的实际控制人，回避他们也是我公司实际控制人的事实，而三人对我公司的实际控制也是其实施所有非法行为并获利的基础。2、原审判决未采信《招股说明书》，而是采信境内审计报告作为确定赔偿数额的依据，严重不当。《招股说明书》应作为确定赔偿数额的合法依据。该说明书是供社会公众了解发起人和将要设立公司的情况，说明公司股份发行的有关事宜，指导公众购买公司股份的规范性文件。该说明书是我公司通过公开渠道获得的，已经合法的公证认证程序和有资质的翻译机构翻译，完全符合我国法律关于证据的形式要求。与《招股说明书》相比，境内审计报告的内容真实性无法确认，明显缺乏公信力。3、我公司申请调取擎天科技公司和擎天软件公司的财务账册、银行账户资料等证据，并针对这些证据进行审计、鉴定，以查明辛颖梅、汪晓刚、张虹竞争业务收入和股权溢价收入情况，但原审法院未予准许。三、根据查明的事实，辛颖梅、汪晓刚、张虹所得的非法收益应全部归属我公司，原审法院按照某一比例分割计算竞争业务收益和股权溢价收益没有事实和法律依据。辛颖梅、汪晓刚、张虹等因违反竞业禁止义务获得的收入，既包括擎天科技公司、擎天软件公司的竞争业务收益，也包括辛颖梅等人的股权转让收益。而这些收益全部都是基于共同侵权行为而获得的，也是损害我公司权益的直接后果，应当全部偿付给我公司。综上，请求：1、依法改判辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司将违反竞业禁止义务所得收益共计86091327.85元偿付给我公司；2、被上诉人承担全部诉讼费用。

针对南华擎天公司的上诉，辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司共同答辩称：一、关于程序问题，我方认为本案不应当中止审理。南华擎天公司的一审观点是不在本案中主张，等待知识产权案件处理后在本案中剔除。我方认为南华擎天公司应明确哪些软件收入是在侵权软件之外的销售收入，应由南华擎天公司举证证明。二、南华擎天公司的实际控制人是晋皓公司，不存在南华擎天公司被我方控制的事实。实际情况是汪晓刚、张虹是在以港方股东的老板吴鸿生的控制下开展部分经营上的执行活动，而辛颖梅自始至终只是挂名董事，从未参与南华擎天公司的经营管理。三、关于《招股说明书》，我方仔细比对过其与境内审计报告，发现情况是利润有些年份境内报告多，有些年份《招股说明书》多，总体而言差异不大。《招股说明书》采用的会计准则与国内有差异，且数据没有利润所来源的业务分类，故不应作为计算损失的依据。四、南华擎天公司提出的所谓调查取证和审计申请是不当的。证据调查应向第三方收集而非向被告收集，且南华擎天公司要求调取擎天科技公司所有的银行往来账户不具有可行性。五、关于损失计算问题，我方不应承担偿付责任。即便假设我方应偿付，这个范围也仅限于查明的违反竞业禁止义务获得的收入，对于范围以外的收入不仅不应按比例计算，而是应该全部剔除。故请求驳回对方的上诉请求。

辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司不服原审判决，向本院提起上诉称：一、原审判决超出了南华擎天公司的诉请范围，存在严重错误。南华擎天公司在一审时多次明确表示侵权软件收入仅在知识产权案件中主张，该公司放弃在本案中主张侵权软件收入即放弃该部分诉讼请求，侵权软件不应再属于本案审理范围。南华擎天公司由于自身原因无法对其在两起案件中的诉请金额予以明确区分，应当对其相关诉请应予驳回。二、原审法院对《合作合同》的相关事实认定存在严重错误。晋皓版《合作合同》未经审批机关批准、备案，没有法律效力；审批备案版《合作合同》经过审批机关批准、备案，具有法律效力。对此，原审法院未作出正确的认定。原审判决遗漏江苏省高级人民法院（2007）苏行终字第0061号行政裁定书内容。三、原审判决错误认定辛颖梅、汪晓刚、张虹作为董事负有法定竞业禁止义务。1、南华擎天公司章程并未规定擎天科技公司对其负有不竞争义务。2、南华擎天公司系中外合作企业，当时有效的《中外合作经营企业法》并未规定董事应对中外合作企业负有竞业禁止义务。中外合作企业的董事系由各方股东分别自行委派、代表各方股东各自意志和利益的股东代表，应对各自的委派方负责，不应承担公司法下的竞业禁止义务。3、原审判决认定汪晓刚、张虹的法定竞业禁止义务终止时间错误。张虹与南华擎天公司之间的劳动关系至迟在2003年1月终止；汪晓刚与南华擎天公司的劳动合同在2003年3月9日到期后也未续约。二人从南华擎天公司离职后，竞业禁止义务不复存在。此外，南华擎天公司自2003年3月起因持续亏损、无力继续经营而逐步歇业，至2004年8月彻底歇业，自公司歇业起，汪晓刚、张虹不再负有竞业禁止义务。四、原审判决错误认定辛颖梅、汪晓刚、张虹违反法定竞业禁止义务。1、公司法规定的竞业禁止义务是从事与所任职公司发生实际竞争的业务，南华擎天公司不仅从未从事过而且也从未计划从事任何软件产品开发与销售，其主要从事的系统集成业务。南华擎天公司一审提交的审计工作底稿的真实性无法确认，即使属实，也只能说明南华擎天公司外购计算机软件，并不能证明南华擎天公司从事软件产品的开发与销售。2、（2005）中国贸仲京裁字第28号仲裁裁决审理的是擎天科技公司在合作合同项下约定的不竞争义务，不涉及辛颖梅、汪晓刚、张虹的法定竞业禁止义务。3、辛颖梅从未在南华擎天公司担任管理职务，对该公司不负有竞业禁止义务。汪晓刚和张虹在南华擎天公司担任总经理和副总经理期间，继续保留其在擎天科技公司的股东、董事身份，但并未实际参与擎天科技公司的经营管理，而是一直为南华擎天公司服务。且辛颖梅、汪晓刚、张虹在擎天科技公司任职在前，在南华擎天公司任职在后，晋皓公司明知该点却未提异议或要求辛颖梅、汪晓刚、张虹转让其在擎天科技公司的股权或者辞去董事身份。五、原审判决错误适用民法通则，错误判定辛颖梅、汪晓刚、张虹与擎天科技公司、擎天软件公司共同侵权并承担连带责任。1、擎天科技公司、擎天软件公司对南华擎天公司不负有法定的竞业禁止义务，其经营行为不具备违法性，不可能构成对南华擎天公司的侵权行为，更不可能与三人构成共同侵权。2、南华擎天公司在本案中同时主张公司法下的归入权和民法通则下的共同侵权，对应不同请求权和不同案由，不应在一个诉讼是同时主张。3、原审法院判定擎天科技公司和擎天软件公司承担连带责任，但回避了我方是否对南华擎天公司造成实际损失的问题，归入权不存在连带的可能性。六、原审判决我方向南华擎天公司偿付所得收益错误。1、擎天科技公司和擎天软件公司自2000年3月至2005年4月的软件产品及相关服务的利润超出南华擎天公司诉请。“其他业务收入”和“政府补贴”同业竞争没有任何关系。至2000年3月擎天科技公司已经产生未分配利润100万元，应予扣除。原审判决没有考虑辛颖梅、汪晓刚和张虹在擎天科技公司和擎天软件公司的持股比例和实际所得收益，损害其他股东利益。原审判决未将系统集成及硬件销售的利润-3132615.97元计入，明显错误。2、原审判决将擎天科技公司、擎天软件公司自2000年3月至2005年4月经营所得偿付给南华擎天公司的同时，判定将辛颖梅、汪晓刚、张虹在擎天科技公司和擎天软件公司股权转让过程中获取的股权溢价偿付给南华擎天公司，明显属于重复计算。公司股权价值的增加也即公司股东转让股权的溢价收入，与公司经营利润是一个内容，股权溢价至多只能酌定30%。七、南华擎天公司提起本案诉讼超过诉讼时效。南华擎天公司至迟在晋皓公司于2006年4月6日提起第三次仲裁时就已经知道其在本案中所主张的所有经营所得和溢价收入，但南华擎天公司直至2012年10月19日才提起本案诉讼，已经超过诉讼时效。故请求：1、撤销一审判决，依法改判驳回南华擎天公司的全部诉讼请求；2、本案一、二审全部诉讼费用由南华擎天公司负担。

针对辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司的上诉，南华擎天公司答辩称：一、本案实际和知识产权案件是不重合的，只是在赔偿金额上有交叉。我方并未放弃在本案中主张该部分软件的权利，面对两案在赔偿金额上有交叉的情况，我方提出中止审理是妥善解决的客观方法。二、本案中双方提交的两个版本的合作合同，在我方的经营范围和对方的竞业禁止义务方面是一致的，对于本案审理并无实际影响。三、辛颖梅、汪晓刚、张虹作为董事和管理人员负有竞业禁止义务。关于任职情况，我方提交了证据证明。中外合作经营企业法没有明确规定董事负有竞业禁止义务，但在公司法中已经有明确规定，故辛颖梅、汪晓刚、张虹应当负有竞业禁止义务。从中外合作企业董事权责范围来看，其兼具股东委派代表和公司事务管理者的双重身份，显然也是公司法意义上的董事。辛颖梅、汪晓刚、张虹对南华擎天公司具有绝对的控制权，实际参与了公司的经营管理，显然应当负有竞业禁止义务。通过南华擎天公司章程和合作协议进一步强化和印证了几个自然人被告对南华擎天公司负有竞业禁止义务，这与公司法规定完全一致，该规定是双方股东合作的基础。四、辛颖梅、汪晓刚、张虹设立竞争公司的行为违反了竞业禁止义务。三人同为擎天科技公司的董事和股东，且辛颖梅还担任擎天科技公司的董事长，三人合计持有擎天科技公司93%的股份，拥有对擎天科技公司的绝对控制权。三人在我公司任职期间，操作擎天科技公司从事与我方相竞争的业务，且还操作擎天科技公司成立与我公司经营范围重合的擎天软件公司。公司法并未规定判断竞业禁止应当以公司实际经营业务为依据，我方认为应当以营业执照上刊载的经营范围作为依据。即便看我方的实际经营业务，也包括了软件销售、系统集成等业务，实际上和擎天软件公司的经营业务是相同的。五、擎天科技公司和自然人被告构成对我方的共同侵权。三人对擎天科技公司具有绝对控制权，其意志对擎天科技公司有绝对作用。实际上三人违反竞业禁止义务也是通过擎天科技公司来实现的，擎天科技公司和三人在侵犯我方利益过程中是共同体，密不可分，构成共同侵权，应承担连带责任。六、竞争业务的收入和股权溢价不重合，对方实际获得两次收益，两个利益都是实际存在且对方已经实际获得的。七、我方的起诉没有超过诉讼时效。对方违背竞业禁止义务的行为及后果是持续的，不存在超过诉讼时效的问题。我方从2005年起先后提起十余次诉讼，积极主张权利。2010年7月20日原审法院认定379号裁决不予执行后，我方曾于2011年12月22日提起（2012）宁知民初字第4号案件，该案包括损害公司利益的诉请和软件著作权的诉请，后我方撤诉后才分为本案和知识产权案件。综上，请求驳回对方的上诉请求。

本院经审理查明，原审法院查明的事实属实，本院予以确认。

二审中，辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司提交以下证据：1、江苏省高级人民法院（2015）苏知民初字第1号案件2015年5月25日谈话笔录打印件，证明南华擎天公司一审时已经放弃在本案中主张知识产权案中系争软件产品相关的销售所得。2、中国国际经济贸易仲裁委员会（2015）中国贸仲京裁字第1303号裁决书，证明仲裁机构认定无法确认晋皓公司版合作合同是最终的、正式的合同文本，应对审批备案版合作合同予以认可，是否生效应以经过主管部门批准为依据。3、南华擎天公司社保缴费记录，证明张虹与南华擎天公司之间的劳动关系至迟在2003年1月即已终止，张虹在南华擎天公司处任职最晚到2003年1月。4、擎天科技公司1999年度损益表、资产负债表，证明擎天科技公司截至1999年12月31日的未分配利润为1008303.60元。上述未分配利润发生在南华擎天公司成立之前，与南华擎天公司无关，不应归南华擎天公司所有。5、南京南华宝庆珠宝首饰有限公司、南京宝庆首饰总公司工商档案节选，证明南华集团全资子公司香港联劲投资有限公司与南京宝庆首饰总公司共同投资设立南京南华宝庆珠宝首饰有限公司，根据南华宝庆章程的规定，南华宝庆董事会是该公司的最高权力机构。南京宝庆与南华宝庆的经营范围均包括首饰销售，南京宝庆委派至南华宝庆的董事仍然担任南京宝庆的总经理及法定代表人，可见早期的中外合作经营企业的董事不负有法定竞业禁止义务。

南华擎天公司质证认为，对证据1的真实性无异议，该笔录没有明确说放弃哪一部分诉讼请求，我方从未放弃软件销售部分的权利。对证据2的真实性无异议，但对结果不予认可。合同版本对于本案的实体处理并无影响，对方的版本系伪造的。对证据3的真实性无异议，仅仅提交劳动合同不能反映张虹的任职情况，我方提供的证据可以证明张虹在南华擎天公司任职情况。认可证据4形式上的真实性，但对记载的数据不认可。利润和股权溢价没有必然的联系，要求扣除没有法律和事实依据。对证据5的真实性无异议，但该证据与本案无关联性，辛颖梅、汪晓刚、张虹担任职务是根据法律赋予其义务。

对于上述证据，本院认为，南华擎天公司对上述证据的真实性均无异议，本院亦予以确认。证据1为法院对关联案件的释明，南华擎天公司仅表示对释明“清楚了”，并未明确表示在本案中放弃两案交叉部分的诉请。对于证据2，因合同版本对于本案竞业禁止的确定没有影响，故该证据与本案没有关联性。证据5不能全面反映合作公司及董事的任职及履职情况，且与本案没有关联性，不能作为证据使用。其他证据的证明力在说理部分予以阐明。

本案二审的争议焦点为：1、本案是否应当中止审理；2、辛颖梅、汪晓刚、张虹的竞业禁止义务如何认定；3、原审法院认定擎天科技公司与三自然人构成共同侵权判决承担连带责任是否具有事实和法律依据；4、赔偿数额如何认定；5、南华擎天公司起诉本案是否超过诉讼时效。

本院认为：

一、本案不应中止审理。

根据民事诉讼法第一百五十条第一款的规定，本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的，中止诉讼。南华擎天公司在本案中诉请的擎天科技公司和擎天软件公司的经营所得与知识产权案中侵权软件赔偿之间存在交叉关系，南华擎天公司作为权利主张一方，表示无法对两案诉请明确区分，其先在知识产权案中主张，如果侵权赔偿的诉请不能获得支持就在本案中主张，即南华擎天公司并未在本案中放弃该交叉部分的诉请。两案的诉请存在重复，而本案受理在先，且不存在等待知识产权案件处理结果的事由，故本案不属于法定中止的情形，本院对南华擎天公司中止审理的申请不予准许。

二、辛颖梅、汪晓刚、张虹违反了竞业禁止义务。

1、中外合作经营企业的董事负有竞业禁止义务。公司法（1999年修正）第六十一条第一款规定：董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有。公司归入权是指公司对因利益相关者违反法律规定或者公司章程规定实施的某些交易而取得的溢出利益，享有主张收归公司所有的法定权利。我国公司法中规定的公司归入权源于其董事、高管等对公司的忠实义务，因他们在管理公司过程中能够知悉商业机会、使用公司资源，公司法要求他们不得以牺牲公司利益为代价追求自己或第三人的私利。虽然中外合作经营企业法对竞业禁止义务没有作出明确规定，但中外合作经营企业负有管理职责的人也受公司法调整，应负有竞业禁止义务。辛颖梅、汪晓刚、张虹等称中外合作经营企业的董事由合作双方委派，代表股东利益，故不负有竞业禁止义务。但从合作合同和南华擎天公司章程来看，董事均负有部分管理公司事务的职责，其受合作方委派，对公司仍然负有忠实义务，不得从事竞争业务，损害公司利益。

2、竞业禁止的业务范围应以营业执照载明为准。辛颖梅、汪晓刚、张虹等主张竞业禁止的范围应限于实际经营范围，南华擎天公司的经营范围仅为系统集成产品的开发、生产和销售等，本案诉争的软件业不应纳入竞业禁止的范围。本院认为，首先，应从诚信角度来理解公司法规定的董事的忠实义务。公司营业执照上的经营范围是公司可能开展的业务范围，如果仅将竞业禁止范围限缩于实际经营范围，负有竞业禁止义务的主体就有机会利用公司资源为私利开展业务，剥夺公司开展其他业务的机会，使得公司不能开展经营范围内的其他业务，这与公司法设立董事、高管等人的忠实义务的制度目的是相违背的，故竞业禁止的业务范围应以营业执照载明的内容为准。南华擎天公司的营业执照上经营范围载明“开发、生产计算机硬、软件、系统集成产品及售后相关综合服务；销售自产产品”，辛颖梅、汪晓刚、张虹等人在此范围内从事的业务均为竞争业务，南华擎天公司有权要求将其相关收益归入公司。其次，已经生效的中国国际经济贸易仲裁委员会（2005）中国贸仲京裁字第28号裁决书认定竞业禁止的范围应为南华擎天公司登记的经营范围，虽然该仲裁在合作双方晋皓公司与擎天科技公司之间进行，但对于竞业禁止范围的理解应当是一致的。最后，虽然擎天科技公司成立在先，其经营范围与南华擎天公司部分重合，但辛颖梅、汪晓刚和张虹在南华擎天公司任副董事长和董事后，应当通过将擎天科技公司业务转型、股权转让等方式履行竞业禁止义务，而非以擎天科技公司设立在先为由继续从事竞争业务，甚至还操纵设立擎天软件公司从事竞争业务，故三自然人违反了对南华擎天公司的竞业禁止义务。

3、原审判决确定的竞业禁止的终止时间并无不当。汪晓刚、张虹主张二人任总经理和副总经理的时间较短，故计算公司归入权的收益应当相应调整。但如前所述，汪晓刚和张虹作为南华擎天公司的董事，对公司仍负有竞业禁止义务，故对汪晓刚和张虹任南华擎天公司高管的时间无需再作认定。中国国际经济贸易仲裁委员会于2005年4月29日作出（2005）中国贸仲京裁字第171号裁决书，裁决终止合作合同并解散南华擎天公司，此后南华擎天公司不再持续经营，合作合同和章程约定的董事义务也相应终止，故原审法院以此时点作为竞业禁止的终止时间并无不当。

三、擎天科技公司和擎天软件公司作为辛颖梅、汪晓刚和张虹从事竞争业务的平台公司，应对三人收益的返还承担连带责任。公司归入权实际上是公司对于董事、高管等违反忠实义务而要求其赔偿损失的权利，这种损失拟定为他们获得的利益，而无需由公司来举证损失。虽然公司法中的竞业禁止义务约束的是董事和高管，但是董事、高管实际从事竞争业务时往往需要借助公司来实现，本案中三自然人通过擎天科技公司和擎天软件公司从事竞争业务，而上述两公司又由三自然人通过控股方式实际控制，故两公司应成为共同赔偿的主体。擎天软件公司被擎天科技公司吸收合并，其责任由擎天科技公司承继。

四、关于竞争业务收益的计算。

1、数据提取的来源。南华擎天公司主张应当依据英国公司招股说明书载明的财务数据计算，但因该数据中净利润没有依据业务类型进行分类，不符合本案对竞争业务收益数据的提取要求，而且该数据系依据英国会计准则计算得出，与中国国内审计财务数据有差异，故原审法院从国内审计报表提取数据，并无不当。擎天科技公司、擎天软件公司相关审计报告所附利润分类表均为审计当时作出，并无证据证明上述报表存在数据不真实的情况，故南华擎天公司申请对擎天科技公司和擎天软件公司的相关财务账册进行审计的要求已无必要。

2、经营所得与股权溢价并不存在重复计算。南华擎天公司主张由于擎天科技公司和擎天软件公司的利润并未进行分配，故原审判决既支持经营所得又支持股权溢价，系重复计算。本院认为，影响股权价格的因素众多，公司未分配利润对股权转让价格确实有部分影响，但本案中受让擎天科技公司和擎天软件公司的新加坡公司实际亦为三自然人控制，未分配利润存在于擎天科技公司，三自然人仍具有控制权。另外，原审法院已经在股权溢价部分考虑到非竞争业务对股权溢价的影响，故两项收益不存在重复。

3、关于南华擎天公司设立之前擎天科技公司存在未分配利润，是否要在本案中扣除的问题。由于擎天科技公司提供了2000年至2005年4月每年的利润分类表，故即使擎天科技公司截至1999年底存在100余万元的未分配利润，与逐年计算经营所得没有关联性。至于1999年度的未分配利润对三自然人股权转让溢价的影响，如前所述股权转让后擎天科技公司和擎天软件公司仍为三自然人实际控制，故即使存在1999年度的未分配利润，也应存在于擎天科技公司，与股权溢价之间没有必然联系。

4、其他业务和政府补贴部分计入经营所得合理。辛颖梅、汪晓刚、张虹等认为其他业务和政府补贴与竞争业务没有关系，不应计入经营所得。本院认为，从擎天科技公司和擎天软件公司的经营范围来看，软件产品及相关服务是两公司的主要业务类型，其他业务和政府补贴应与该类业务有关联，故原审判决酌定将其他业务和政府补贴的60%计入经营所得，是合理的。

5、亏损的系统集成及硬件销售不应计入经营所得。公司归入权意在将负有竞业禁止义务的主体在竞业范围内的全部收益归入公司所有，但是如果公司的董事、高管因从事竞争业务而亏损，应由其自己承担后果，不应一并计入经营所得，抵销其他业务部分的收益。

五、南华擎天公司在本案中的起诉并未超过诉讼时效。

南华擎天公司的合作双方晋皓公司与擎天科技公司因合作期间发生矛盾，晋皓公司和南华擎天公司多次通过仲裁或者诉讼的方式向辛颖梅、汪晓刚、张虹及擎天科技公司等主张权利。众多纠纷都是围绕竞业禁止和著作权争议展开，且两者之间存在交叉。2006年1月27日，晋皓公司以擎天科技公司违反竞业禁止约定为由提请仲裁，中国国际经济贸易仲裁委员会作出（2008）中国贸仲京裁字第379号裁决书，原审法院于2010年7月20日作出不予执行仲裁裁决的通知。2011年12月22日，南华擎天公司以辛颖梅、汪晓刚、张虹等为被告提起著作权纠纷，后撤诉。南华擎天公司通过诉讼或仲裁的方式中断诉讼时效，其于2012年10月19日起诉本案，未过诉讼时效。

综上，上诉人南华擎天公司、辛颖梅、汪晓刚、张虹和擎天科技公司的上诉请求均不能成立，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。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，维持原判决。

二审案件受理费472257元，由南华擎天公司负担319199元，由辛颖梅、汪晓刚、张虹、擎天科技公司负担153058元。上诉人多预交的二审案件受理费，由本院退回。

本判决为终审判决。

审　判　长　　朱亚男

代理审判员　　邹　宇

代理审判员　　孔　萍

二〇一六年六月二十七日

书　记　员　　刘雪莹

附录法律条文

《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。