上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2013）沪二中民四（商）终字第1414号

上诉人（原审被告）张贤明。

委托代理人康军平，上海市方正律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）上海天恩桥绝缘材料有限公司。

法定代表人张贤明。

委托代理人徐海泉。

被上诉人（原审第三人）上海炬烽绝缘材料有限公司。

法定代表人陈建英。

委托代理人张平。

上诉人张贤明因与被上诉人上海天恩桥绝缘材料有限公司（以下简称“天恩桥公司”）、被上诉人上海炬烽绝缘材料有限公司（以下简称“炬烽公司”）损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市青浦区人民法院2013）青民二（商）初字第1173号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法公开开庭进行了审理。上诉人张贤明及其委托代理人康军平、被上诉人天恩桥公司的委托代理人徐海泉、被上诉人炬烽公司的委托代理人张平到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：张贤明、徐海泉和叶建荣于2003年6月13日签订《协议书》一份，约定：拟合资注册成立上海天恩桥绝缘材料厂，约定合作期限三年；在合作期内，任何一方不得开办同类型的企业，违者将以投资款作为赔偿款。2003年10月10日，经上海市工商行政管理局青浦分局核准，张贤明、徐海泉和叶建荣出资设立天恩桥公司。公司的注册资本为人民币50万元（以下所涉币种均为人民币），其中，张贤明和徐海泉各认缴出资20万元，叶建荣认缴出资10万元。张贤明担任公司的执行董事及法定代表人。经营范围包括：生产加工绝缘材料、五金、塑料制品、销售建材、化工材料（除危险品）、橡塑制品；涉及许可经营的凭许可证经营。公司章程中约定：执行董事、高级管理人员不得有下列行为：（五）未经股东会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

2010年下半年，天恩桥公司停止经营。税务部门于2011年8月注销了天恩桥公司的增值税防伪税控系统，收缴了天恩桥公司尚未开具的增值税发票和IC卡。徐海泉于2012年8月7日向原审法院诉请要求解散天恩桥公司，原审法院于2012年9月25日作出（2012）青民二（商）初字第1332号民事判决书，判令解散天恩桥公司。2013年4月22日，天恩桥公司被工商行政管理部门吊销营业执照。

另查明：炬烽公司于2008年2月25日经上海市工商行政管理局青浦分局核准设立，公司类型为一人有限责任公司，注册资本10万元，股东为张平，陈建英担任法定代表人。公司的经营范围包括：绝缘材料、五金加工；涉及行政许可的，凭许可证经营。炬烽公司于2008年1月8日决定聘任张贤明为公司监事。2008年7月21日，张贤明与张平、潘利庆签订《协议书》一份，约定：炬烽公司总投资为28.50万元，三人各投资9.5万元，张贤明占有40%股权，张平和潘利庆各占有30%股权；企业的盈亏均按上述股份比例由三人分配承担；张贤明负责产品的销售及资金回笼，并以销售额的6%作为外协费用。2009年7月1日，张贤明与张平、潘利庆再次签订《协议书》，约定自2009年7月1日起炬烽公司由张贤明与潘利庆承包生产经营，张平留股离司，承包人张贤明与潘利庆每年12月31日前支付张平设备租用费及股金周转费3万元。

再查明：上海锦彤电工材料有限公司（以下简称“锦彤公司”）于2010年8月19日经上海市工商行政管理局青浦分局核准设立，注册资本10万元，股东为张华及周锦泉，两人各出资5万元，周锦泉担任法定代表人。张华为张贤明之子，周锦泉为张贤明的亲家。该公司经营范围包括：销售电工材料、五金交电、绝缘材料、机电设备；以下经营范围限分支经营：生产加工绝缘材料；企业经营涉及行政许可的，凭许可证件经营。

天恩桥公司认为：张贤明、徐海泉及叶建荣于2003年10月投资设立天恩桥公司后，张贤明于2008年1月又与他人创办了炬烽公司，并成为该公司控股股东，其将天恩桥公司的生产技术、配方、客户资料透露给炬烽公司，影响天恩桥公司的生产经营。张贤明另于2010年8月和其儿子、亲家创办锦彤公司。张贤明在担任天恩桥公司法定代表人期间，参股经营其他公司，违反了我国《公司法》规定的竞业禁止条款，应将其所得收入判归天恩桥公司所有。炬烽公司年产值为250万元左右，张贤明从中得到了6%的外协费用，加上其分红，估算为30万元，故天恩桥公司诉至原审法院，请求判令：张贤明赔偿天恩桥公司损失30万元。

原审法院认为，本案的争议焦点为张贤明在炬烽公司处获得收益额的认定。对此，天恩桥公司认为：炬烽公司股东张平于2009年7月1日起不参与炬烽公司的经营，仅凭借其持有的30%股权每年获得3万元分红，张贤明作为实际经营人持有炬烽公司40%股权，根据其持有股权比例每年获利至少4万元；炬烽公司年产值250万左右，张贤明从中得到了6%的外协费用，该费用实质系张贤明的分红所得；张贤明在与潘利庆共同经营炬烽公司期间，炬烽公司银行账户中共取现54万元，用途不明，该笔钱款系张贤明与潘利庆分得的公司利润；张贤明在经营炬烽公司的过程中虚开增值税发票，其所得亦应为股东分红，上述金额合计为30万元。张贤明则认为：其于2008年1月至2010年12月在炬烽公司处工作，每位股东已收回投资26，000元左右，未进行过分红；2011年6月起在锦彤公司工作了八、九个月，帮助其子建厂，工资为每月1，600元；张贤明从炬烽公司处获得的6%外协费用系业务招待费等，并非股东分红；54万现金支出系用于炬烽公司的日常经营，炬烽公司的经营不存在虚开增值税发票的情形；根据炬烽公司的会计报表，炬烽公司自2008年至2010年的产值超过200万元，但扣除经营成本后没有利润。炬烽公司认为：炬烽公司股东分红并不记账，无法说明具体的分红金额，2007年11月至2009年6月期间每位股东每年的分红超过3万元；2009年7月至2010年年底股东张平未参与公司经营，获得分红款45，000元；炬烽公司自2008年至2010年年末的产值超过200万元；2011年1月之后，张贤明未继续从第三处获得分红；6%外协费用是公司的业务招待费，炬烽公司的财务制度不健全，其账目主要是应对税务，会计报表与实际经营情况不符。

原审法院认为：天恩桥公司虽被法院判令解散并被工商行政管理部门吊销营业执照，但并未影响其诉讼主体资格。公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务的内容包括禁止利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。张贤明自天恩桥公司成立之日起担任法定代表人、执行董事，直至该公司于2010年下半年停止经营时，其行为应当受到竞业禁止的限制。法律规定的“同类业务”，采取的是较为宽松的标准，其范围既包括与所任职的公司完全相同的经营业务，也可以是同种或类似的业务，并非指完全一致的产品。炬烽公司注册登记的经营范围为“绝缘材料、五金加工”，与天恩桥公司登记的经营范围属于同一类别，故应认定其与天恩桥公司为同类营业。张贤明违反竞业禁止的法律规定，天恩桥公司对其所得收入行使公司的归入权于法有据。炬烽公司的财务报表并不能反映真实的经营情况，张贤明据此主张其未取得分红的意见应不予采信。天恩桥公司对于张贤明在炬烽公司处的收入应当承担举证责任，但其未能举证证明所主张的6%外协费用、账户提现、开具增值税发票抵销的利润系张贤明的分红所得。依据股东张平未参与公司经营期间每年取得分红3万元的情况、张贤明的持股比例及炬烽公司的陈述，酌定张贤明自2008年至2010年下半年天恩桥公司停止经营期间从炬烽公司处获得股东分红10万元，该款应归天恩桥公司所有。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十九条第一款第（五）项、第二款之规定，原审法院判决：张贤明应于判决生效之日起十日内赔偿天恩桥公司10万元。如果未按判决指定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。一审案件受理费5，800元，减半收取计2，900元，由天恩桥公司承担1，750元，由张贤明承担1，150元。

原审判决后，张贤明不服，向本院提起上诉称：天恩桥公司已经被法院判令解散并被吊销营业执照，天恩桥公司应成立清算小组，由清算小组负责处理对外事务。天恩桥公司就本案诉讼事宜未召开过股东会，亦未通知张贤明参加，张贤明对此不知晓，对于2013年5月9日的决议内容不予认可，徐海泉未获得天恩桥公司授权提起本案诉讼。尽管张贤明认可炬烽公司三年期间的销售金额为240万余元，但该数额需扣除成本后才能确认公司的利润，其对于该期间的成本无法明确。54万元款项并非公司的分红，系生产成本支出。原审法院判决将张平每年获得的3万元作为其在公司30%股权收益，并据此认定张贤明从炬烽公司获得的利益，并无事实依据。请求：撤销原审判决，改判张贤明应不承担赔偿责任。

被上诉人天恩桥公司辩称：根据相关法律的规定，被吊销营业执照的企业仍具有诉讼主体资格。徐海泉与叶建荣就诉讼等事宜召开过股东会并形成2013年5月9日的临时决议，故徐海泉持有公司的委托书提起本案诉请，其参加二审诉讼系延续原审的状态，后张贤明在原审诉讼期间将天恩桥公司的营业执照、公章等从叶建荣处强行取走。炬烽公司自2008年1月至2010年12月期间的销售额为250万元，协议约定6%的外协费计算为15万元，另15万元为红利及工资，天恩桥公司据此主张炬烽公司的经营利润为30万元。张贤明在2007年至2010年期间从炬烽公司账上支取了54万款项，其无法说明用款项的用途。张贤明在经营期间将天恩桥公司的技术及销售渠道转移至炬烽公司，其违反竟业禁止义务应予赔偿天恩桥公司的损失。请求：维持原审判决，驳回张贤明的上诉请求。

被上诉人炬烽公司辩称同意天恩桥公司的意见。

本院经审理查明：原审法院查明的事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案的争议焦点为：一、天恩桥公司是否具有诉讼主体资格并由徐海泉作为诉讼代理人提起诉讼；二、张贤明违反竞业禁止义务应予赔偿金额的认定。

关于争议焦点一。企业法人被吊销营业执照后，该企业法人的民事主体资格并未立即丧失，吊销营业执照系剥夺公司的生产经营权，是对企业法人的民事权利能力和民事行为能力的一种限制，在清算程序结束并办理了工商注销登记后，主体才归于消灭。因此，天恩桥公司在被吊销营业执照后至其清算程序结束被工商行政管理部门予以注销前，其仍然享有民事诉讼主体资格，可以作为民事诉讼主体参加诉讼活动。关于天恩桥公司的诉讼代理人是否适格的问题，因徐海泉在本案的一、二审的审理过程中均提供了加盖有天恩桥公司印章的授权委托书，其与另一名股东叶建荣共计持有公司60%的股权比例，双方为此于2013年5月9日本案原审诉讼前达成协议，而张贤明作为天恩桥公司的股东及法定代表人未能提供证据否认上述材料的真实性，故徐海泉有权以天恩桥公司的名义提起本案诉讼。

关于争议焦点二。根据我国《公司法》的规定，董事、高级管理人员除经股东会或者股东大会同意外，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。因此，公司的董事、监事、高级管理人员应当对公司负有忠实、勤勉义务及竞业禁止义务，具体包括禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动，禁止利用职务便利谋取属于公司的商业机会。同时，根据《公司法》规定，董事、高级管理人员违反上述竞业禁止义务所得的收入应当归公司所有。对于张贤明在炬烽公司所得收入的确定，因张贤明对于炬烽公司自2008年1月至2010年12月三年期间的销售额并无异议，故其对于该公司成本支出的认定应承担举证义务，据此确定上述期间炬烽公司的利润及张贤明的所得收入，但其未能提供相关的证据予以证明，且张贤明对于期间支取的54万元亦未能举证证明系用于公司经营的成本支出。因此，原审法院依据该公司另一股东张平未参与公司经营期间每年分红的情况、张贤明的持股比例及炬烽公司的陈述，酌定张贤明在上述期间从炬烽公司处获得股东分红的金额为10万元，并无不当，该违反竞业禁止义务所得的收入应当归天恩桥公司所有。

综上，张贤明的上诉理由无事实和法律依据，依法不能成立，本院不予支持。本案原审认定事实清楚，适用法律正确，应予以维持。据此，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。

二审案件受理费人民币2，300元，由上诉人张贤明负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　高增军

代理审判员　　李　忠

代理审判员　　肖光亮

二〇一四年一月十六日

书　记　员　　沈振宇

附：相关法律条文

附：相关的法律条文

《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；

……。