广东省深圳市中级人民法院

民 事 裁 定 书

（2013）深中法商终字第2243号

上诉人（原审原告）：盛军，男。

委托代理人：易阳，广东礼磊律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：毛越东。

委托代理人：黄华，广东贤耀律师事务所律师。

原审第三人：深圳市华越力合科技有限公司。住所地：深圳市南山区科丰路2号特发信息港大厦A栋八楼南801-808单元。组织机构代码：56275308-X。

法定代表人：毛越东，总经理。

委托代理人：黄华，广东贤耀律师事务所律师。

原审第三人：深圳市天亿飞实业有限公司。住所地：深圳市福田区燕南路与振南路交界处中泰燕南名庭二期D1709。组织机构代码：19240907-X。

法定代表人：毛越东，董事长。

委托代理人：李新淼，广东知恒律师事务所律师。

上诉人盛军因与被上诉人毛越东、原审第三人深圳市华越力合科技有限公司（以下简称华越力合公司）、深圳市天亿飞实业有限公司（以下简称天亿飞公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服深圳市福田区人民法院（2012）深福法民二初字第7533号民事裁定，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。

原审法院经审理查明：天亿飞公司成立于1996年1月23日，注册资本1000万元，经营范围为“兴办实业（具体项目另报）、电子产品、电器的技术开发、系统集成与销售、国内贸易（不含专营、专控、专卖商品及限制项目）、经营进出口业务（法律、法规、国务院决定禁止的项目除外，限制的项目须取得许可后方可经营）”，股东包括盛军（出资比例75%）和毛越东（出资比例25%），盛军担任董事，毛越东兼任总经理和董事长，为公司法定代表人，案外人欧某和毛某某为监事。盛军与毛越东原为夫妻关系，双方于1997年2月18日登记结婚。2010年3月15日，双方达成《离婚协议书》，其中就天亿飞公司约定：“天亿飞公司的经营发展问题，由天亿达公司的经营发展需要来决定，具体经营方向，由双方另行协议确定；双方离婚后，本着互利互惠的原则，双方均有义务维护和促进现有公司的发展”。之后，双方办理了离婚手续。2010年9月1日，天亿飞公司召开股东会，形成如下决议：“1、保持公司正常经营；2、在本决议形成后最迟1周内确定审计、评估机构，对公司资产进行清查审计、评估；3、审计、评估后，两个股东按照评估价各50%进行资产分割，以评估价为基础，由持有公司股份的股东收购另一方的股份，或由公司外部人员收购股东的股份，股东有优先收购权，价高者得；或双方确定解散、注销公司，进行公司资产平分”。盛军与毛越东作为到会股东在该股东会决议上签字确认。2010年9月19日，华越力合公司成立，注册资本500万元，经营范围为“电子产品、多媒体通信设备、智能化系统的技术开发……图文设计、视频图文软件开发、通信工程、建筑智能化工程（取得相关行政主管部门颁发的资质证书后方可经营）、计算机系统集成、兴办实业、经营进出口业务（法律、法规、国务院决定禁止的项目除外，限制的项目须取得许可后方可经营）、电子产品的生产（由分支机构经营）”，股东包括毛越东（出资比例80%）、案外人毛某某（出资比例10%）、案外人付某（出资比例10%），毛越东兼任总经理和执行（常务）董事，为公司法定代表人。2010年10月8日，盛军与毛越东及双方名下公司的相关人员、律师等人就盛军与毛越东离婚协议中财产分割的落实问题召开会议，并形成会议纪要，其中关于天亿飞公司，会议纪要载明：“毛总和盛总都同意共同委托陈总选定一家会计师事务所，对天亿飞和天亿达两家公司进行审计，由双方共同委托会计师事务所，确定审计的内容、原则、目的及范围，毛总应及时提供天亿飞公司的财务资料，盛总应及时提供天亿达公司的财务资料”。在此次会议前后，盛军与毛越东关系紧张，双方多次发生矛盾冲突。2012年9月14日，盛军通过邮政特快专递往天亿飞公司原住所地即深圳市福田区金田路与福华路交汇处现代商务大厦第1栋1座13层1301、1310向天亿飞公司监事欧某寄送了一份《关于提请对毛越东、毛某某提起诉讼的函》，该邮件因原址查无此人及迁移新址不明而被退回。经一审当庭拆封该邮件，内有一份《关于提请对毛越东、毛某某提起诉讼的函》，函称：盛军作为天亿飞公司股东，发现总经理毛越东和董事毛某某私自注册成立了华越力合公司，经营与天亿飞公司相同的安防产品，并私自将天亿飞公司取得的索尼公司代理权转到华越力合公司名下，该行为侵犯了公司及其他股东权益，毛越东和毛某某经营同类公司所得收入应收归公司所有，故向监事欧某提请对毛越东和毛某某提起诉讼。原审另查，天亿飞公司和华越力合公司均主营安防业务，两公司在其公司主页上介绍公司时均载明：主营业务包括国际品牌SONY监控产品代理、自主品牌的销售（天亿飞公司为TYF品牌，华越力合公司为WAYULINK品牌，华越力合公司还包括自主品牌的研发）及工程施工（华越力合公司还包括行业解决方案）三大块，两公司已发展为索×（中国）有限公司主要业务合作伙伴。两公司的公司主页上并均有代理品牌和自主品牌的安防产品的相关信息介绍，在工作成果介绍方面，两公司有重合内容。天亿飞公司有安全技术防范系统设计施工维修资质。目前，天亿飞公司仍在正常经营。根据华越力合公司2013年1-6月审计报告中资产负债表记载，截至2013年6月30日，该公司的所有者权益为4582001.49元。根据原审法院向税务部门调取的华越力合公司企业所得税月（季）度预缴纳税申报表显示，至2013年6月30日，该公司利润总额为负数。盛军曾于2011年以股东知情权纠纷为由将天亿飞公司诉至原审法院，要求天亿飞公司向盛军提供公司2003年1月10日至2011年7月31日期间的股东会会议记录、董事会会议决议及相关财务资料供盛军查阅、复制。经审理，原审法院作出（2011）深福法民二初字第255号民事判决，支持了盛军的诉请。后该案经二审，深圳市中级人民法院维持了一审判决。2012年10月，盛军另以公司解散纠纷为由将天亿飞公司诉至原审法院，案号为（2012）深福法民二初字第7896号，该案目前尚在审理之中。

盛军一审诉讼请求为：判令毛越东停止经营华越力合公司，并判令毛越东经营华越力合公司所获得的全部收入100万元划归天亿飞公司。

原审法院认为：依据公司法的规定，董事、高级管理人员对公司负有忠实义务，不得利用职务便利在公司以外从事与公司利益相冲突的商业活动，包括自营或为他人经营与所在公司同类的业务，即竞业限制。本案中，毛越东作为天亿飞公司的总经理和董事长，系天亿飞公司的高级管理人员，是竞业限制的适格主体。关于毛越东是否违反了竞业限制规定的问题，法律规定的“自营或为他人经营与所在公司同类的业务”采取的是较为宽松的标准，即禁止的竞业范围包括与所任职公司完全相同的经营业务，也可以是同种或类似的经营业务，且竞业禁止的业务并不能仅限于营业执照规定的经营范围之内，还应当包括公司实际从事的业务。本案中，毛越东在天亿飞公司仍处于正常经营的期间，另外投资设立华越力合公司，并担任总经理和执行（常务）董事，而从该院查明的事实来看，华越力合公司与天亿飞公司虽然经营范围不尽一致，但在实际主营业务方面确实存在完全相同以及同类的内容，故可以认定毛越东未尽其作为天亿飞公司高级管理人员所应承担的忠实义务，存在违反竞业限制的行为。对于毛越东违反竞业限制规定的行为，在给公司造成损失时应当承担赔偿责任，盛军作为股东在完成公司法规定的诉前程序的情况下亦可直接以自己名义代表公司向毛越东提起损害赔偿之诉，但盛军提起本案股东代表诉讼的诉请内容明确是要求毛越东将其经营华越力合公司期间所得收入归天亿飞公司所有而非要求毛越东向天亿飞公司赔偿损失，亦即盛军提起本案诉讼是依据公司法第一百四十九条的规定行使收入归入权，而对于该条法律规定的收入归入权的行使，公司法第一百五十二条并未赋予股东提起代表诉讼的权利，即收入归入权的行使并不属于法律规定的股东代表诉讼范围；盛军的另一诉请内容即要求毛越东停止经营华越力合公司也没有盛军可提起相应股东代表诉讼的法律依据，因此，盛军无权就本案相关诉请内容提起股东代表诉讼，盛军提起本案诉讼的主体不适格，应予驳回。若盛军认为毛越东经营华越力合公司的行为给天亿飞公司造成了损失，可依据相关法律规定另行主张权利。综上，依据《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、第一百五十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第一百五十四条第一款第（三）项之规定，裁定：驳回盛军的起诉。一审裁定生效后，本案一审案件受理费13800元（已由盛军预交），直接退还盛军。

上诉人盛军不服原审裁定，向本院提起上诉，请求撤销一审裁定，支持盛军的诉讼请求。事实与理由如下：原裁定认定毛越东存在违反竞业禁止的行为，却认为盛军没有诉讼主体资格，属于适用法律错误。盛军提出的毛越东经营华越力合公司的收入归天亿飞公司，正是毛越东承担责任的具体表现形式之一。盛军提出该要求并无不妥。如果盛军无权提出该要求，则丧失了救济途径，那么公司法第一百四十九条的规定无疑变成了空头条文。

被上诉人毛越东辩称：一、盛军并非适格原告，应驳回其起诉。二、一审法院既已裁定驳回盛军起诉，那其关于毛越东存在竞业限制行为这一实体问题的认定就没有法律效力。从案件审理程序来看，只有在案件应予受理的情况下，才能对案件的实体问题进行审理。一审法院既已驳回盛军的起诉，又对盛军的诉求的实体问题进行认定，既违反了法定程序，也损害了毛越东的上诉权。综上，盛军的上诉请求应予驳回。

原审第三人华越力合公司述称：同意毛越东的答辩意见。

原审第三人天亿飞公司述称：同意毛越东的答辩意见。天亿飞公司与华越力合公司并没有竞争关系，华越力合公司是从事高新技术业务方面的企业，而天亿飞公司是从事摄像机、安全等业务的企业。

本院认为：《中华人民共和国公司法》第一百五十条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”第一百五十二条第一、二款规定：“董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的，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；监事有本法第一百五十条规定的情形的，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。”本案中，盛军依据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条的规定，以毛越东违反对天亿飞公司的忠实义务为由，以自己名义代表天亿飞公司提起诉讼，请求毛越东停止经营华越力合公司，并将经营华越力合公司所得收入归天亿飞公司所有。关于盛军是否有权依据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条的规定就本案诉讼请求提起股东代表诉讼，本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规定董事、高级管理人员违反对公司忠实义务所得收入归公司所有，亦是为弥补因董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规或公司章程的规定给公司造成的损失，属于公司董事、高级管理人员就损害公司利益行为承担赔偿责任方式的一种。公司董事、高级管理人员存在违反对公司的忠实义务的情形时，有限责任公司股东在完成公司法规定的诉前程序的情况下，有权提起股东代表诉讼，代表公司行使归入权。因此，盛军有权代表天亿飞公司诉请毛越东经营华越力合公司的收入归天亿飞公司所有。盛军还诉请判令毛越东停止经营华越力合公司，系盛军代表天亿飞公司请求毛越东停止损害天亿飞公司利益，该项诉讼请求亦属股东代表诉讼的范围。故盛军是本案适格原告，对其起诉应予受理。一审法院裁定驳回盛军的起诉欠妥，本院予以纠正。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第一百七十一条及《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国民事诉讼法﹥若干问题的意见》第187条之规定，裁定如下：

一、撤销深圳市福田区人民法院（2012）深福法民二初字第7533号民事裁定；

二、指令深圳市福田区人民法院对本案进行审理。

审　判　长　康　春　景

审　判　员　程　　　炜

代理审判员　郭　　　平

二〇一四年一月二十四日

书　记　员　姚聃（兼）

附相关法律条文：

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百一十九条起诉必须符合下列条件：

（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；

（二）有明确的被告；

（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；

（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

第一百七十一条第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律使用裁定。

《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国民事诉讼法﹥若干问题的意见》

187.第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院立案受理；查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院进行审理。