上海市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）沪01民终9247号

上诉人（原审被告）：邓伟军，男，1976年2月2日出生，汉族，户籍地江西省赣州市章贡区。

委托诉讼代理人：王冰，上海市荣华律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：王宗宏，男，1976年3月27日出生，汉族，户籍地上海市静安区。

委托诉讼代理人：陶丽琼，上海善法律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：上海德盾实业有限公司，注册地上海市闵行区剑川路951号5幢1层B1075-B1084室。

法定代表人：王越，董事长。

委托诉讼代理人：金韶峰，上海市华亭律师事务所律师。

原审第三人：上海申盾消防设备有限公司，注册地上海市浦东新区惠南镇双店路518号269室。

法定代表人：赵思兴，技术顾问。

原审第三人：上海申盾消防设备有限公司宝鸡分公司，注册地陕西省宝鸡市高新开发区高新大道188号4幢2层。

负责人：白伟。

原审第三人：上海德盾科技有限公司，注册地上海市嘉定区尚学路225、229号3幢5158室。

法定代表人：赵思兴，技术顾问。

上列三名原审第三人共同委托诉讼代理人：忻佳莹，上海君澜律师事务所律师。

上诉人邓伟军、王宗宏因与被上诉人上海德盾实业有限公司（以下简称德盾实业），原审第三人上海申盾消防设备有限公司（以下简称申盾公司）、上海申盾消防设备有限公司宝鸡分公司（以下简称申盾宝鸡分公司）、上海德盾科技有限公司（以下简称德盾科技）损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市闵行区人民法院（2019）沪0112民初19312号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年8月27日立案受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人邓伟军上诉请求：撤销一审判决，依法改判驳回被上诉人德盾实业一审诉讼请求。事实和理由:一、德盾实业成立初期，公司两名股东即上诉人王宗宏与案外人王越发生矛盾，王越并于2013年8月提出德盾实业分家要求，此后三名股东围绕德盾实业发生多轮诉讼，导致德盾实业无法继续正常经营。二、邓伟军自2014年2月11日即不担任德盾实业执行董事及法定代表人职务，邓伟军的劳动关系和社保自2014年2月从德盾实业转出。三、因德盾实业无法正常经营，邓伟军与王宗宏分别于2013年11月、2013年12月另行成立原审第三人申盾公司、德盾科技。邓伟军于2015年1月30日、2015年2月10日退出申盾公司和德盾科技，将其持有的两公司股权无偿转让给王宗宏及王宗宏的岳父赵思兴，至此邓伟军与申盾公司、德盾科技不再有任何关系。四、邓伟军担任申盾公司和德盾科技股东不足13个月，申盾公司与德盾科技一直亏损没有盈利，邓伟军在该两家公司没有取得过任何收入，一审判决邓伟军从2015年6月7日起为王宗宏从申盾公司、德盾科技取得的收入承担连带责任，没有事实和法律依据。五、德盾实业于2013年5月根据政府有关部门的要求停止生产和销售，到2014年1月一直未能取得消防资质恢复生产，清退德盾实业员工实属公司面临巨大成本压力的正常举措。邓伟军清退公司员工系作为德盾实业执行董事行使合法职权，不存在侵权。虽然邓伟军把消防产品资质转移到申盾公司的行为确有不当，但德盾实业已明确对此保留诉权不在本案中主张，因此一审判决不应把邓伟军转移消防资质的行为作为侵权行为予以评价。六、本案是高管归入权纠纷，法律依据是我国公司法第一百四十八条第（五）项，高管归入权纠纷赔偿范围是同业竞争取得的收入；高管侵害公司利益纠纷的法律依据是公司法第一百四十九条，赔偿范围是公司遭受的损失。一审判决明确适用《公司法》第一百四十八条，但在评判赔偿后果时却引入高管侵害公司利益的法律构成，显然对请求权基础的认定错误。七、即使邓伟军构成侵权行为，侵权行为的发生时间是2013年11月至2015年1月，一审判决认定诉讼时效从2015年6月7日开始计算，故德盾实业针对邓伟军的诉请已过诉讼时效，且不应对邓伟军在2015年6月7日之前的行为进行诉讼评价。八、本案实体依据是高管违反对公司的忠实义务，而忠实义务是个人责任，违反忠实义务也是个人选择，对忠实义务的违反判决承担连带责任，缺乏法律依据。2015年6月7日之后邓伟军已在他处工作，与涉案其他当事人均无任何联系，一审判决邓伟军承担连带责任无依据，且一审判决对连带责任的内部责任没有进行划分，致使邓伟军需为王宗宏承担民事责任，适用法律错误。

上诉人王宗宏辩称：同意邓伟军的上诉请求及理由。德盾实业销售的唯一一款消防产品是由案外人Z公司（以下简称Z公司）生产，德盾实业并不生产产品。Z公司由王宗宏与王越共同设立，在经营期间因双方发生矛盾，王宗宏不愿再提供产品，故德盾实业事实上也无法再继续经营。所以，即便两上诉人设立了与德盾实业经营范围相类似的公司，也并不存在侵权事实。

被上诉人德盾实业辩称：不同意邓伟军的上诉请求及事实理由。一、邓伟军认为一审法院对于请求权基础的审查错误不能成立。本案是损害公司利益责任纠纷，归入权的法律依据就是侵权责任法的原理。德盾实业作为利益被损害一方提起诉讼，邓伟军作为公司高管与王宗宏一并实施了侵害公司的行为，德盾实业予以追究，符合法律规定。二、本案中，两上诉人将德盾实业的法定代表人变更为邓伟军后，就将王越排除在决策之外。两上诉人于2013年11月、12月分别设立申盾公司、德盾科技，之后又发出公司更名函，将公安部的消防认证证书以所谓公司名称变更的形式变更至申盾公司名下，并且转移德盾实业的经营场地、人员。基于一审查明的事实，两上诉人有预谋有步骤地设立了申盾公司、德盾科技，并谋取德盾实业的交易机会，达到利益最大化。至于转移资质的侵权行为并不存在另案起诉的问题。三、德盾实业2012年10月变更法定代表人为邓伟军后，两上诉人排挤王越参与德盾实业的经营管理，所以才引起矛盾，因此矛盾主要存在于王越与两上诉人发生的，并非王越与王宗宏之间有矛盾。四、邓伟军于2014年1月不再担任德盾实业的执行董事、法定代表人，不再参与公司管理，没有依据。从两上诉人设立申盾公司、德盾科技以及转移人员、财物的过程来看，邓伟军实际控制了德盾实业。五、两上诉人共同设立了申盾公司、德盾科技，将德盾实业的重要资源及人员进行转移，导致德盾实业无法继续经营，直至2019年被吊销营业执照。邓伟军与王宗宏共同实施了侵权行为，两上诉人应对外承担连带责任，对内由两上诉人自行区分。六、两被上诉人的侵权行为是连续的侵权行为，故不存在诉讼时效问题。

原审第三人申盾公司、申盾宝鸡分公司、德盾科技共同陈述意见：同意邓伟军的上诉请求及事实理由。三名原审第三人的经营情况与一审认定相悖，常年处于亏损状态。申盾宝鸡分公司从2015年6月7日至2020年2月未发生实际经营，小部分发生的实际经营中没有任何利润，净利润均为负值。申盾公司、德盾科技向税务机关提交的经营性收入的证明材料显示，申盾公司2018年、2019年两年的净利润为正值，其他年度均为负值。德盾科技从2015年至2020年的利润均为负值。第三人提交的经营性材料均真实，不存在销售产品而不开具发票的情形，在税务系统中拉出的数据与采购信息完全匹配。

上诉人王宗宏提出上诉请求：撤销一审判决，依法改判驳回德盾实业的一审诉讼请求。事实和理由：一、王宗宏并非德盾实业的高管，王宗宏并非实际经营管理者，其不符合高管的实质要件。德盾实业的公司章程没有对董事、高管职权进行明确化，王宗宏只是从事德盾实业的部分特定业务，其不享有公司的人事权、管理权。王宗宏在有关部门检查文件中作为负责人签字，也不是由王宗宏决定的。王宗宏电脑中存储了公司更名通知函等材料，也不能证明通知函是王宗宏所写，亦与王宗宏是否是公司高管无关。故王宗宏不负有对德盾实业的竞业限制义务。二、关于王宗宏是否实施了侵权行为。转移消防产品资质经德盾实业授权盖章，邓伟军作为当时公司法定代表人有资格代表公司作出授权，王宗宏没有参与，其只是事后知情，因此王宗宏在主观上没有侵权故意，其不构成对德盾实业的侵权。德盾实业提出行使公司归入权，就不应当以侵权之诉评价本案，因此王宗宏不应当承担连带责任。三、关于同业竞争。竞争关系应主要表现在原材料供应、生产、销售市场等。本案中，德盾实业与申盾公司、德盾科技虽然在工商登记的经营范围内容有重合，但德盾实业只销售Z公司提供的唯一一款消防产品，而申盾公司、德盾科技销售的产品型号与德盾实业销售的产品不同，且公司之间也不存在客户群交叉情况，故即使有相似，也不构成竞争关系。四、一审判决两上诉人向德盾实业赔偿185万元，无事实和法律依据。德盾实业主张行使归入权，其应证明两上诉人确实获得利益。根据公司法第一百四十八条第二款的规定，到目前为止申盾公司、德盾科技没有进行过利益分配。无论王宗宏是否违反竞业禁止的法律规定，王宗宏在原审第三人处没有收入，故也不存在归入之说。另外，王宗宏在德盾实业仅是一名股东，没有签订过劳动合同，也没有入职手续，在公司归入权认定的任职期间2013年11月8日（申盾公司成立之日）至2014年1月1日（德盾实业停止经营之日），王宗宏没有取得任何收入。

上诉人邓伟军辩称：同意王宗宏的上诉请求及事实理由。一审判决认定王宗宏为高管的主要理由是王宗宏系公司生产负责人，而事实上德盾实业从来不生产产品，故一审判决认定王宗宏是德盾实业高管错误。

被上诉人德盾实业辩称：不同意王宗宏的上诉请求及事实理由。一、从双方提供的证据可见，德盾实业在2012年至2013年申请消防产品认证证书以及相关部门检查过程中，王宗宏均代表德盾实业签署文件，且王宗宏的电脑中也存储了告知各供应商公司更名的通知函。德盾实业属于生产经营性企业，王宗宏代理人也确认王宗宏负责生产。因此可以认定王宗宏是德盾实业的高级管理人员。二、王宗宏作为德盾实业生产技术方面的负责人，其于2013年11月、12月与邓伟军分别设立申盾公司、德盾科技，王宗宏却称其未参与、不知情，与常理不符。三、关于王宗宏是否实施了侵权行为，与针对邓伟军的上诉理由所陈述的答辩意见一致。四、关于销售不同型号产品问题。德盾实业的《消防产品认证证书》是基础，拥有该证书就等于拥有了广泛的客户，否则两上诉人也没有必要转移证书。五、关于赔偿金额问题，不认同王宗宏所诉归入期间为2013年11月8日至2014年1月1日，因为侵权行为是一个持续的过程。德盾实业一审中申请对申盾公司、德盾科技的收入进行审计，审计过程中两上诉人以原审第三人的财务账簿遗失为由不配合审计，一审法院酌定赔付185万元得当。

原审第三人申盾公司、申盾宝鸡分公司、德盾科技共同陈述意见：同意王宗宏的上诉请求及事实理由。

科华公司向一审法院提出诉讼请求：判令邓伟军、王宗宏向德盾实业赔偿自申盾公司、申盾宝鸡分公司、德盾科技公司设立以来至2020年2月止在申盾公司、申盾宝鸡分公司、德盾科技公司处取得的权益性收入。

一审法院认定如下事实：德盾实业系于2012年3月8日设立的有限责任公司，注册资本为500万元，股东为邓伟军（认缴出资150万元）、王越（认缴出资275万元）、王宗宏（认缴出资75万元）。经营范围为“消防气体安全设备的生产与销售，自动化设备、消防设备、汽摩配件、印刷设备、电子产品、机械设备、仪器仪表、电气设备及配件的销售，消防设施建设工程设计与施工、建筑装修装饰建设工程设计与施工（工程类项目凭许可资质经营），室内外装饰装潢，从事货物及技术的进出口业务，从事消防设备技术领域内的技术开发、技术咨询、技术服务、技术转让。”德盾实业章程约定，……第三十六条董事、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；……。第二十一条公司的法定代表人由执行董事担任。

2012年10月17日，德盾实业将法定代表人由王越变更为邓伟军。

2012年11月21日，德盾实业申请《消防类产品质量认证》时，由王宗宏作为德盾实业的代表签字。

2013年1月30日，德盾实业取得二氧化碳感温自启动灭火装置（规格型号：WZ-Q/T-TFDC6）的《消防产品认证证书》。

2013年5月20日，德盾实业接受消防产品评定中心认证后监督管理时，由王宗宏作为联系人和受检查方负责人签名。《检查报告》中记载：……6.其他需要说明的情况。……企业现场无法提供消防产品认证证书的原件。告知企业将原件寄回公安部消防产品合格评定中心。证书暂停期间不能生产销售。……。

2013年8月19日，王越向邓伟军、王宗宏发送电子邮件，表示：我的态度：分家就是分德盾。其他没的谈，也不想再谈。……今天我分别致电给2位，我的提议是：大家分开。起因是W的行为。事情不大，我可能看的更多些，想的更多些。既然如此，每个人站在自己的立场，谈个分家的思路吧。未谈妥前，公平起见，公司账目非必要，我将采取封账。

2013年11月8日，申盾公司设立，注册资金为600万，设立时的股东为邓伟军、王宗宏。申盾公司的经营范围为“自动化设备、汽车配件、印刷设备、电子产品、机械设备、仪器仪表、电气设备及配件的销售，消防器材的制造、加工、销售，消防设施建设工程设计与施工、建筑装修装饰建设工程设计与施工，从事货物及结束的进出口业务，从事消防设备技术领域的技术开发、技术咨询、技术服务、技术转让。”

2013年12月4日，德盾科技设立，注册资金100万元，设立时的股东为王宗宏、邓伟军。德盾科技的经营范围为“从事机电设备技术、电子技术、化工技术、消防设备技术领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务，电子产品、通讯设备、建筑装潢材料、机电设备及配件、仪器仪表、消防设备的销售。”

2014年1月，德盾实业停止向在职人员缴纳社会保险金，并于2014年3月11日办理了转出手续。

2014年2月11日，德盾实业作出临时股东会决议，内容为：经股东表决同意，股东邓伟军不再担任德盾实业的执行董事（法定代表人），由股东王越担任执行董事（法定代表人）。

2014年3月14日，二氧化碳感温自启动灭火装置的《消防产品认证证书》转至申盾公司名下。

2014年4月1日，王宗宏代表申盾公司，就德盾实业租赁的位于上海市嘉定区XX公路XX号的厂房，与案外人上海XX厂签订了新的租赁合同。

2014年4月8日，邓伟军向一审法院提起诉讼，请求撤销德盾实业于2014年2月11日做出的变更德盾实业执行董事（法定代表人）的股东会决议。邓伟军诉称，其担任德盾实业的执行董事，系德盾实业法定代表人。德盾实业的监事为胡锋，胡锋曾担任德盾实业的会计一职。2013年12月23日，王越向邓伟军致函提议于2014年1月10日召开临时股东会，邓伟军于2014年1月7日复函表示因德盾实业正处于业务发展的关键时期，且时近跨年交接阶段，各方面的工作亟待处理和解决，基于上述客观原因，邓伟军将根据德盾实业的经营情况，并结合各股东的日程安排，另行安排临时股东会的召开时间。待临时股东会召开时间确定后，邓伟军将向各位股东发出召开临时股东会的通知……。一审法院经审理后，作出（2014）闵民二(商)初字第667号民事判决书，判决驳回邓伟军的诉讼请求。之后，邓伟军不服判决，上诉至本院。本院经审理后，驳回上诉，维持原判。

2014年5月，德盾科技向案外人销售火探系统装置，并签订多份合同，其中包含了申盾公司型号为WZ-Q/T-TFDC6的二氧化碳感温自自动灭火装置。

2015年1月30日，申盾公司将股东由邓伟军、王宗宏变更为王宗宏（出资540万）、赵思兴（出资60万）；法定代表人从邓伟军变更为赵思兴。

2015年2月10日，德盾科技将股东由王宗宏、邓伟军变更为王宗宏（出资50万）、赵思兴（出资50万）；法定代表人从邓伟军变更为赵思兴。

2018年6月7日，王越向一审法院就本案相同诉讼请求和事实理由对邓伟军、王宗宏提起诉讼，后一审法院以王越没有充分证据证实德盾实业目前已无途径以公司名义起诉，不应舍近求远绕过德盾实业而直接向法院提起股东代表诉讼，故裁定驳回德盾实业的起诉。王越不服裁定上诉至本院，本院审查后裁定，驳回上诉，维持原裁定。

2019年6月25日，德盾实业被吊销营业执照。

另查明，一审法院（2014）闵民二(商)初字第461号判决书确认，2014年2月11日，德盾实业作出临时股东会决议，内容为：经股东表决同意，股东邓伟军不再担任德盾实业执行董事（法定代表人），由股东王越担任德盾实业执行董事（法定代表人）。2014年4月8日，邓伟军以上述股东会召集程序违反公司法及公司章程为由，请求人民法院撤销上述临时股东会决议。一审法院经审理后作出（2014）闵民二（商）初字第667号民事判决，驳回邓伟军的诉讼请求。邓伟军不服上诉至本院。本院经审理后作出（2014）沪一中民四（商）终字第1091号民事判决（2014年8月21日终审），驳回上诉，维持原判。（2014）闵民二(商)初字第461号判决书判决（2014年4月14日二审终审），德盾实业至上海市工商行政管理局闵行分局办理将公司法定代表人由邓伟军变更为王越的登记手续。

又查明，2015年4月13日，上海市公安局嘉定分局娄塘派出所对王越、王宗宏进行询问，王越承认拿走王宗宏IBM牌T410型黑色笔记本电脑一台。庭审中，王越出示该电脑，电脑内存储了王宗宏的照片、《公司更名通知函》、德盾科技与案外人的多份销售合同等，其中《公司更名通知函》记载：尊敬的客户、供应商及相关单位：由于公司发展需要，自2014年4月1日起，本公司由“上海德盾实业有限公司”正式更名为“上海申盾消防设备有限公司”。在国家“公安部消防产品合格评定中心”的备案已于2014年3月24日，正式由德盾实业更名为申盾公司，相关正式认证证书也已更名发放。届时以德盾实业名称签署的协议或合同，权利义务均不受影响，联络人、服务电话及通讯地址维持不变。

诉讼中，德盾实业表示，本案请求权基础为公司法第148条第五项，邓伟军、王宗宏均为高级管理人员，邓伟军为法定代表人、王宗宏为生产厂长、技术经理；德盾实业消防资质转移后的损失已转移到邓伟军和王宗宏设立的公司中去了，故对于消防资质转移本身的侵权行为德盾实业保留诉权，不在本案中主张；德盾实业请求归入的邓伟军、王宗宏收入为经营性、权益性收入，不包含个人工资性收入。

邓伟军、王宗宏陈述，邓伟军自2012年变更为德盾实业的法定代表人，但是直至2013年8月，邓伟军才拿到公司印章，公司账册一直由王越控制；嗣后，股东之间矛盾不断，王越未参与公司经营，由邓伟军管理公司。

一审法院认为，董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，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，所得的收入应当归公司所有。本案有如下争议焦点：

一、邓伟军、王宗宏是否系德盾实业的高级管理人员。德盾实业认为，邓伟军原系德盾实业的法定代表人，王宗宏系德盾实业的生产厂长和经理，二被告均是德盾实业的高级管理人员。邓伟军、王宗宏认为，王宗宏是德盾实业的技术人员，王宗宏负责德盾实业技术生产中有关事项，并未行使过经理、董事等高级管理人员职权，并不是归入权行使对象。一审法院认为，根据法律规定，归入权行使的对象为董事、高级管理人员。本案中，德盾实业的章程约定，法定代表人由执行董事担任，而邓伟军自2012年10月17日担任德盾实业的法定代表人。邓伟军、王宗宏也确认邓伟军决定了认证资质的转移，并且实际管理德盾实业的经营。因此，邓伟军为德盾实业的高级管理人员，一审法院予以确认。至于王宗宏，德盾实业与邓伟军、王宗宏陈述不一。一审法院认为，根据归入权相关规定的本质来看，系为了防止管理人员利用其掌握的公司相关财产、信息和在公司的职权，谋取私利损害公司利益。我国公司法中虽规定高级管理人员指公司的经理、副经理、财务负责人，但考虑到公司实际经营过程中，存在根据公司不同经营内容和需要，对于高级管理人员的名称存在不同称谓，故对高级管理人员的身份认定应当采取实质性认定的态度。考虑到本案中，虽然德盾实业不能提供确实证据证明王宗宏担任德盾实业高级管理人员的书面证据。但是一审法院注意到，王宗宏于2012年至2013年申请资质证书过程中，以及证后例行监督检查过程中，均作为负责人和代表签署了文件。并且，在王宗宏的电脑中也储存了告德盾实业客户、供应商的《公司更名通知函》。根据德盾实业的经营范围来看，德盾实业属于生产经营性企业，该类企业的生产技术属于重要的经营要素。邓伟军、王宗宏认可，王宗宏确实负责德盾实业生产技术中的相关事项。与德盾实业认为，王宗宏为德盾实业的生产方面负责人的陈述也基本能够印证。因此，王宗宏在德盾实业处掌握生产经营方面的重要商业信息，故担任重要管理职责，德盾实业主张王宗宏为公司高级管理人员的身份，一审法院予以确认。

二、邓伟军、王宗宏是否实施了侵权行为。德盾实业认为，邓伟军、王宗宏转移了原德盾实业的消防产品资质，并设立了申盾公司和德盾科技，谋取属于公司的商业机会，经营与德盾实业同类的业务。邓伟军、王宗宏认为，邓伟军确实决定转移资质，但王宗宏并未参与，且邓伟军、王宗宏设立申盾公司和德盾科技，系在德盾实业停业之后，故并未实施侵权行为。一审法院认为，德盾实业依据公司法第148条第五项行使归入权，根据法律规定，董事、高级管理人员应有忠实、勤勉义务，若在任职期内经营同类业务，即构成侵权，并推定公司存在损失，而无须公司对损害结果予以证明。本案中，虽然王越曾于2013年8月19日向邓伟军、王宗宏发送电子邮件，提出“分家”即解散德盾实业。但王越也在电子邮件中表示“谈个分家的思路吧。”可见，德盾实业股东也并未对解散公司达成一致。在（2014）闵民二(商)初字第667号案件中，邓伟军却陈述，2013年12月23日，王越向邓伟军致函提议于2014年1月10日召开临时股东会，邓伟军于2014年1月7日复函表示“因德盾实业正处于业务发展的关键时期，且时近跨年交接阶段，各方面的工作亟待处理和解决。”这与邓伟军、王宗宏在本案中的“2014年1月后，德盾实业已不再经营”的陈述自相矛盾。考虑到，由于邓伟军于2014年1月期间负责德盾实业的经营管理，即使德盾实业2014年1月停止经营，也系邓伟军作为当时德盾实业的法定代表人的擅自决定，系邓伟军实施侵权行为的方式，并非德盾实业和全体股东的真实意思。结合邓伟军、王宗宏在2013年11月和12月分别设立申盾公司和德盾科技的行为，并且申盾公司、德盾科技的经营范围与德盾实业基本一致，及随后邓伟军、王宗宏又将德盾实业消防用品生产资质转移至申盾公司的行为。又结合，王宗宏的电脑中储存的向德盾实业原客户的《公司更名通知函》，以及德盾科技向案外人销售《消防产品认证证书》项下产品的合同。足以证明，邓伟军、王宗宏设立的申盾公司和德盾科技后经营了与德盾实业同类业务，谋取德盾实业的交易机会。而邓伟军、王宗宏设立公司时，也未告知德盾实业，或经德盾实业股东大会同意。虽然，邓伟军自认转移资质系由其一人决定，但王宗宏作为德盾实业生产技术方面的负责人，之后又与邓伟军共同经营申盾公司和德盾科技，对于资质转移完全不知情，与常理不符。因此，本案的侵权行为系邓伟军、王宗宏基于共同故意和共同行为所形成，邓伟军、王宗宏行为亦构成共同侵权。

三、德盾实业提起本案诉讼是否已过诉讼时效。邓伟军、王宗宏认为，本案属于侵权赔偿之诉，应符合法律关于诉讼时效的规定，应自德盾实业知道或应当知道之日起计算诉讼时效。德盾实业于2014年2015年就知悉邓伟军、王宗宏设立申盾公司和转移消防认证证书事宜，德盾实业事隔三年之久才提起本案诉讼，已超过诉讼时效。德盾实业认为，其对于邓伟军、王宗宏设立申盾公司并不知情，是从客户处获悉，邓伟军、王宗宏设立的公司经营至今，侵权行为持续进行，不存在诉讼时效的问题。一审法院认为，本案的本质为侵权之诉，应受诉讼时效规制。根据我国关于诉讼时效的相关规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。申盾公司和德盾科技于2013年年底时陆续设立，邓伟军、王宗宏未经德盾实业股东大会同意设立公司，德盾实业对于邓伟军、王宗宏设立公司的侵权行为不必然知晓。德盾实业称，其对于邓伟军、王宗宏的侵权行为并不知情。一审法院注意到，德盾实业向法院出示的王宗宏电脑中记录了大量邓伟军、王宗宏实施侵权行为的证据，德盾实业于2015年4月13日前已取得该电脑，电脑中的文件形成时间也在2014年。因此，德盾实业于2015年4月取得电脑后，对于邓伟军、王宗宏在外设立公司，并转移资质的相关行为应予以知晓，并应当知道权利受到侵害。

然而，关于侵权行为的诉讼时效，不仅应考虑权利人知道或应当知道权利受到损害的时间。根据侵权行为的性质，若为持续侵权行为，还应考虑侵权行为的结束时间。本案中，董事、高级管理人员损害公司设立同业竞争企业的侵权行为并非一次性行为，侵权行为应为持续性、连续性行为。对此，德盾实业认为，邓伟军、王宗宏的侵权行为持续至今，不存在时效问题。邓伟军、王宗宏认为，德盾实业早已不实际经营，其不存在侵权的可能。一审法院认为，虽然2014年2月11日德盾实业召开股东会决议后，已罢免了邓伟军在德盾实业处高级管理人员身份，之后德盾实业也并未实际经营，并于2019年4月23日被吊销营业执照。但是，上文已论述，德盾实业在2014年2月11日变更法定代表人前由邓伟军、王宗宏具体负责经营管理和生产，掌握了重要的公司经营所需的信息和资源。法定代表人变更后，邓伟军、王宗宏并未向公司办理移交手续及变更登记等，并共同将德盾实业的资质转移至申盾公司。一审法院注意到，早在2014年1月，在邓伟军控制之下的德盾实业公司已对在职人员进行了清退；2014年4月王宗宏控制下的申盾公司就德盾实业原经营的场地与出租人签订了新的租赁合同。可见，邓伟军、王宗宏离开德盾实业前后，已将德盾实业的各项重要资源、人员、场地等转移、清理，故德盾实业无法在合理期限内恢复生产和经营，直至2019年德盾实业被吊销营业执照，也系因二被告的侵权行为直接导致。由于申盾公司和德盾科技目前仍持续经营，王宗宏仍为第三人的大股东，因此侵权行为持续至今。王越曾于2018年6月7日以德盾实业的股东名义向一审法院提起派生诉讼，虽法院驳回王越起诉。但王越作为德盾实业的法定代表人，可见德盾实业也一直在主张权利。因此，邓伟军、王宗宏的侵权行为持续至今，德盾实业提起本案诉讼，并未超过诉讼时效。

四、关于邓伟军、王宗宏向德盾实业赔偿损失的范围和责任形式。根据法律规定，违反忠实勤勉义务的董事、高级管理人员，所得的收入应当归公司所有。诉讼中，德盾实业认为，其主张的收入为经营性、权益性收入，不包含个人工资性收入。一审法院认为，根据归入权的相关规定，被告承担的责任范围应与其“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”的侵权行为所对等。由于邓伟军、王宗宏对德盾实业实施侵权行为后，其获益转移至其在第三人处的收益中体现。因此，德盾实业主张按照二被告在第三人处的经营性、权益性收入计算收益，并无不妥，一审法院予以确认。关于第三人的权益性、经营性收入的范围及邓伟军、王宗宏之间的责任形式需作如下说明：

1.关于申盾公司、申盾公司宝鸡分公司、德盾科技是否存在收益。诉讼中，德盾实业向本院申请对三名原审第三人的收入进行审计，一审法院亦委托了审计机构。但三名原审第三人未能向法院提供财务账簿，仅提供了申盾公司、德盾科技在税务机关报备的报表。德盾实业对该报表不予认可。一审法院认为，德盾实业主张对邓伟军、王宗宏在原审第三人处的收入行使归入权，应对邓伟军、王宗宏在原审第三人处有收益负有证明责任。德盾实业对此申请审计，但邓伟军、王宗宏不能提供账簿，故审计无法进行。但是，从邓伟军、王宗宏提供的原审第三人的财务报表来看，德盾科技和申盾公司自设立以来均存在一定的权益性收入，故德盾实业请求对邓伟军、王宗宏的收入行使归入权，具有相应的事实基础。根据法律规定，公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。邓伟军、王宗宏称申盾公司、德盾科技的财务账簿遗失，但未能提供相应的依据，一审法院对该抗辩不予认可。考虑到，在税务机关报备的财务报表虽不能真实反映原审第三人的全部经营情况，但能真实反映原审第三人的营业收入情况。因此，邓伟军、王宗宏提供的原审第三人自设立以来的财务报表数据中的营业收入，应作为一审法院在确定邓伟军、王宗宏权益性收入时的重要参考依据。

2.关于邓伟军、王宗宏在原审第三人处取得收入的计算期间。由于德盾实业于2015年4月13日前已知道或应当知道权利受到侵害。德盾实业于2018年6月7日提起诉讼时，三年前持续的侵权行为已超过诉讼时效，故在确定二被告权益性收入时应参照自2015年6月7日以后至2020年2月止的相应收入数据。

3.关于邓伟军和王宗宏之间的责任形式。邓伟军认为，邓伟军自2015年初已从申盾公司、德盾科技公司退出，故自退出之日起不再实施侵权行为。一审法院认为，上文已论述，本案的侵权行为系邓伟军、王宗宏基于共同故意和共同行为所形成，邓伟军、王宗宏行为亦构成共同侵权。因此，邓伟军、王宗宏对侵权负有连带责任。但考虑到邓伟军于2015年年初将股权转让，故在计算收入时仅考虑王宗宏名义持股比例部分的权益性收入。

综上，综合考虑邓伟军、王宗宏侵权行为的性质、侵权的持续时间、三名原审第三人的经营情况、行业平均利润率等，本院酌情确定邓伟军、王宗宏向德盾实业偿付的收入金额为185万元。

据此，一审法院根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项、第二款的规定，判决如下：邓伟军、王宗宏于判决生效之日起十日内向德盾实业偿付185万元。负有金钱给付义务的当事人如果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。一审案件受理费减半收取计10,725元，由邓伟军、王宗宏共同负担。

本院二审期间，邓伟军提供如下证据：

第一组证据：1.Z公司网上查询的企业信息、2.德盾实业与Z公司间签订的《合作框架协议》、3.采购订单、4.交货单，证明Z公司的股东是王宗宏与王越，王宗宏是大股东，也是该公司高管，王越是小股东。Z公司于2011年3月30日成立，早于德盾公司成立。Z公司为德盾实业提供生产产品，德盾实业本身不生产消防产品。由于王宗宏与王越在Z公司发生矛盾冲突，才影响到德盾实业的经营。

第二组证据：支票存根四张，证明上海市嘉定区XX公路XX号的厂房的实际承租人是Z公司，不是德盾实业。

第三组证据：德盾实业的工资表，证明德盾实业只有销售部门、行政技术部门，没有生产部门，因此德盾实业并非生产性企业。另外，王越不在德盾实业领取工资，王越在其他公司领取工资、缴纳社保。

第四组证据：邓伟军向王宗宏出具的承诺书，将持有的申盾公司、德盾科技的股权无偿转让给王宗宏。从2015年1月至2月起，邓伟军不再是申盾公司、德盾科技的股东。

王宗宏质证称：认可邓伟军的证据材料真实性、合法性、关联性。德盾实业质证称：对第一组证据的Z公司企业信息的真实性无异议，但与本案无关联性；《合作框架协议》是邓伟军签订的，当时德盾实业由两上诉人掌控，德盾实业在一审中从未听说德盾实业与案外人有合作关系，故不予认可；采购订单及交货单的真实性不予认可，也无法证明有真实的买卖关系。德盾实业自身拥有1800平方米的厂房，王宗宏一审中也确认王宗宏负责生产经营，此陈述与邓伟军提交证据的证明内容相悖，也无法证明王越与王宗宏在经营Z公司期间存在矛盾，反而可以证明两上诉人将王越排除在外。第二组证据的真实性及证明目的不予认可。第三组证据真实性无法确认，因为王越已失去对德盾实业的控制，由两上诉人控制，其不清楚邓伟军所称德盾实业只有九名员工的事实。第四组证据发生在两上诉人之间，真实性不清楚，也无法体现邓伟军向王宗宏无偿转让股权。三名原审第三人质证称：对证据的三性均无法确认。

王宗宏、德盾实业、三名原审第三人均未向本院提交新证据。

本院对邓伟军的证据认证认为：第一组证据仅显示德盾实业与Z公司曾有合作关系，但不能证明德盾实业将其生产业务全部委托给Z公司，也不能证明王越与王宗宏在经营Z公司期间闹矛盾，导致德盾实业不能继续经营，故本院不予采纳。第二组证据不能证明Z公司是德盾实业经营厂房的实际承租人，更不能证明德盾实业不生产消防产品，故本院不予采纳。第三组证据的真实性本院难以判断，同时也不能证明德盾实业不是生产性企业，故本院不予采纳。第四组证据的真实性本院难以判断，故本院不予采纳。

本院经审理查明：一审法院认定事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案争议焦点在于：一、王宗宏是否是德盾实业的高级管理人员；二、邓伟军、王宗宏是否违反董事、高管的忠实、勤勉义务，构成侵权；三、德盾实业提起本案诉讼是否超过诉讼时效；四、邓伟军、王宗宏如存在侵权行为应承担的赔偿损失的范围及形式。

针对争议焦点一，本院认为：1.在案证据显示，德盾实业的《消防产品认证证书》变更至申盾公司名下的手续由王宗宏负责办理，王宗宏曾作为德盾实业的负责人在相关部门对德盾实业的检查文件上签字，王宗宏没有提供证据证明其实施的上述行为依据的是德盾实业的授权，而非履行其高管职权。2.在王宗宏的个人电脑里储存了德盾实业通知其公司客户、供应商的公司更名通知函，同时王宗宏自认其负责德盾实业的生产技术，故本院认为王宗宏实际掌握了德盾实业的生产销售等方面的重要资料。3.在邓伟军二审提供的德盾实业工资表中记载王宗宏的职务为经理，而两上诉人对此项记载内容并未作出合理解释。基于此，本院认为王宗宏应认定是德盾实业的高级管理人员，王宗宏属于公司归入权的行使对象。王宗宏认为其非德盾实业高管，不负有对德盾实业的竞业限制义务，与事实不符，本院不予采信。

针对争议焦点二，本院认为：1.我国公司法第一百四十八条规定的损害公司利益责任纠纷属于侵权责任纠纷，故对公司归入权的认定应当符合侵权责任构成要件。两上诉人认为一审判决对请求权基础审查错误，于法无据，本院不予采信。2.两上诉人在设立申盾公司、德盾科技时，知道该两家公司与德盾实业的经营范围有部分重合，属于同类业务。两上诉人在明知将德盾实业的《消防产品认证证书》变更至申盾公司名下会损害德盾实业利益的情况下，仍由王宗宏以德盾实业变更公司名称等虚构事由向有关部门申请认证证书权利人的变更手续。同时本院注意到，王宗宏负责申盾公司、德盾科技的生产，其应当知道该两公司的生产场地就是德盾实业向案外人租赁的生产场地；而邓伟军负责申盾公司、德盾科技的销售，该两公司使用德盾实业的《消防产品认证证书》与案外人签订消防产品购销合同，且两家公司使用认证证书至今。故两上诉人共同实施了损害德盾实业合法利益的行为。3.两上诉人共同设立的申盾公司、德盾科技使用德盾实业的《消防认证证书》与他人签订的合同应认定为属于德盾实业的商业机会，现一审法院已查明申盾公司、德盾实业自成立至今有营业收入，故申盾公司、德盾科技获得的收益两上诉人作为该两家公司的股东从中获益，故两上诉人实施的损害德盾实业的行为与其从中获利之间存在因果关系。两上诉人认为申盾公司、德盾科技一直处于亏损状态，其没有取得过收入，与原审第三人实际经营情况不符，本院不予采信。综上，本院认为，两上诉人作为德盾实业的董事或高管，转移德盾实业的重要资质、场地用于两上诉人自营的申盾公司、德盾科技经营的同类业务，并从中获利，两上诉人上述行为符合我国公司法第一百四十八条第一款第（五）项规定的情形，构成共同侵权。两上诉人认为其不构成侵权的上诉理由，与事实不符，本院不予采信。

针对争议焦点三，本院认为：两上诉人在邓伟军退出申盾公司、德盾科技经营时，并未将属于德盾实业的《消防产品认证证书》变更至德盾实业名下，申盾公司仍是该认证证书的权利人，而申盾公司、德盾科技目前仍持续经营，故两上诉人的侵权行为具有持续性，本案诉讼时效不能以2015年4月13日德盾实业知道两上诉人对德盾实业实施侵权行为时开始起算。王越曾于2018年6月7日以德盾实业股东身份提起股东派生诉讼，代表德盾实业向两上诉人主张权利，虽然其相应诉请被法院驳回，但表明德盾实业未怠于行使其合法权利，故本院认为德盾实业于2019年5月21日提起本案诉讼并未超过诉讼时效。

针对争议焦点四，本院认为：1.原审第三人的营业收入应否认定为两上诉人的收入。（1）关于王宗宏。两上诉人将德盾实业的《消防认证证书》通过不当手段变更至申盾公司名下，申盾公司、德盾科技使用该份认证证书与他人签订消防产品销售合同。考虑到德盾实业与申盾公司、德盾科技存在销售消防产品等经营范围的重合，结合两上诉人实施对德盾实业的本案侵权行为实际损害了德盾实业的生产销售权，故申盾公司、德盾科技对外签订的消防产品买卖合同应认定为属于德盾实业的商业机会。原审第三人并未提供财务账册等能够证明其自公司成立以来没有利润的证据，导致无法对原审第三人经营情况进行司法审计，原审第三人及两上诉人应对此承担相应责任。一审法院依据原审第三人提供给税务机关的公司资产负债表、利润表等报税材料认定原审第三人的营业收入并据此确认系王宗宏在原审第三人处获得的收入，并无不当。两上诉人认为其在原审第三人处没有取得收入的上诉理由，本院不予采信。（2）关于邓伟军。邓伟军虽然于2015年1月和2月分别退出申盾公司、德盾科技，但是由于邓伟军与王宗宏共同实施转移德盾实业重要资产、场地等侵权行为导致德盾实业无法正常开展经营直至被吊销营业执照，故邓伟军实施的上述侵权行为客观上给德盾实业造成的损害后果具有连续性。因此在认定邓伟军侵权范围及形式时应考量邓伟军从共同与王宗宏实施本案侵权行为时起持续给德盾实业造成的损失结果。本院综合考虑德盾实业合法权益被持续侵害的期间以及邓伟军亦是造成德盾实业权益受损的侵权人等因素，本院认为邓伟军应与王宗宏承担本案连带责任。邓伟军认为一审法院不应对其2015年6月7日之前的侵权行为作出评价的上诉理由，于法无据，本院不予采信。此外，两上诉人虽然称《消防产品认证证书》属于自愿认证，德盾实业没有该份认证证书仍可以生产销售。但本院注意到，德盾实业曾因无法提供《消防产品认证证书》原件而被有关部门责令暂停生产经营，显然《消防产品认证证书》对消防产品的生产销售有直接影响，两上诉人该上诉理由与事实不符，本院不予采信。2.两上诉人在原审第三人处取得收入的计算期间。依据本院已查明两上诉人的本案侵权行为致使德盾实业无法恢复生产和经营直至2019年被吊销营业执照。德盾实业被吊销营业执照后，两上诉人没有及时办理德盾实业的注销手续，而申盾公司、德盾科技目前仍在经营，故本院认为两上诉人的侵权行为持续至今。一审法院鉴于王越于2018年6月7日提起股东派生诉讼，故以2015年6月7日起至2020年2月止作为两上诉人在原审第三人处收入的计算期间，并无不当，本院予以认同。基于上述理由，本院认为，一审法院依据两上诉人侵权行为的持续时间、原审第三人的营业收入、经营情况以及行业平均利润率等，酌情认定两上诉人应向德盾实业的赔偿185万元，于法有据，本院予以认同。

此外，邓伟军认为一审法院没有对其与王宗宏承担责任进行内部区分错误。本院认为，一审法院判决两上诉人承担连带责任系基于两上诉人的共同侵权行为。至于两上诉人内部的责任分担，应由两上诉人另行解决，一审法院不作处理，与法不悖。本院对邓伟军该项上诉理由，不予采信。

综上所述，邓伟军、王宗宏的上诉请求，无事实和法律依据，均应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院依法予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条第一款、第一百七十条第一款第一项、第一百七十五条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费21,450元，由上诉人邓伟军、上诉人王宗宏各负担10,725元。

本判决为终审判决。

审判长　　周清

审判员　　桂佳

审判员　　王峥

二〇二〇年九月二十八日

书记员　　张庆

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。……二、《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；……三、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十五条第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。