贵州省高级人民法院

民 事 裁 定 书

（2018）黔民终498号之二

上诉人（一审原告）：周行贵，男，1985年8月21日出生，汉族，住浙江省泰顺县。

委托诉讼代理人：黄茂龙，四川贞固律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：孙蓉，女，1971年1月10日出生，汉族，住贵州省遵义市红花岗区。

委托诉讼代理人：梁康，贵州舸林律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李德剑，贵州舸林律师事务所律师。

上诉人周行贵因与被上诉人孙蓉损害股东利益责任纠纷一案，不服（2016）黔03民初199号民事判决书，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭对本案进行了审理。

周行贵上诉请求：1、依法确认截止2016年3月26日孙蓉的实际出资额；2、撤销一审判决对孙蓉200万元出资额的确认；3、本案诉讼费由孙蓉承担。事实与理由：第一、一审遗漏周行贵诉讼请求。周行贵在一审中请求确认截止2016年3月26日孙蓉的实际出资额，但一审并未对该诉讼请求判决。第二、一审判决确认孙蓉出资200万元属事实认定错误。首先，2015年12月11日孙蓉通过贵州九点航空服务有限公司（以下简称九点公司）账户向彭高明还款120万元；2016年5月6日孙蓉通过九点公司账户向彭高明还款160万元。其次，孙蓉2015年12月至2016年4月向彭高明支付7笔利息，利息总额为225750元。故，孙蓉共向彭高明支付本息3025750元，该金额是从九点公司账户支出，而不是一审判决确认孙蓉已缴纳出资额200万元。第三、孙蓉向一审法院提交的借款协议和股东出资证明书均涉嫌伪造。

孙蓉未提交答辩状。

周行贵向一审法院起诉请求：一、确认截至2016年3月26日孙蓉的实际出资额。二、责令孙蓉追回将转移至孙蓉的个人账户上的资金和转给徐福宇、彭高明、张培士、雷洪波、唐琳的资金共10525054.92元。三、本案诉讼费由孙蓉承担。

本院认为，一审判决认定基本事实不清。周行贵以九点公司法定代表人孙蓉违反《中华人民共和国公司法》第一百四十九条第三款、第一百五十二条第二款之规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，擅自将九点公司资金借给他人；违反九点公司章程第二十五条“执行董事、监事、经理行使职权时，必须遵守下列规定：……（三）不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人、不得将公司财产以个人或者以他人名义开立账户储存、不得以公司财产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。……”之规定，挪用九点公司资金或将公司资金借给他人，且情况紧急为由，向一审法院诉请指令孙蓉追回徐福宇借款135000元归公司所有；指令周行贵追回发给徐福宇工资101300元归公司所有；诉讼费用由孙蓉承担。其后变更诉讼请求为确认截至2016年3月26日孙蓉的实际出资额；责令孙蓉追回将转移至孙蓉的个人账户上的资金和转给徐福宇、彭高明、张培士、雷洪波、唐琳的资金共10525054.92元；本案诉讼费由孙蓉承担。从周行贵诉请所依据的法律规定看，2005年10月27日修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）并不存在第一百四十九条第三款、第一百五十二条第二款。

从周行贵诉讼请求看，其诉请责令孙蓉追回将转移至孙蓉的个人账户上的资金和转给徐福宇、彭高明、张培士、雷洪波、唐琳的资金共10525054.92元，但前述款项追回之后的归属问题，周行贵在变更之后的诉讼请求以及一审判决均未明确，结合周行贵诉讼请求变更之前主张的诉讼利益归公司来看，前述款项追回之后归公司所有符合周行贵诉讼目的。从周行贵诉请所依据的事实、理由看，周行贵以九点公司法定代表人孙蓉违反法律规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将九点公司资金借给他人；违反九点公司章程第二十五条“（三）不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人……”之规定，且情况紧急为由看，其诉讼所依据的法律规定与《公司法》第一百四十八条“董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；……”规定内容更为吻合。鉴此，如果周行贵依据《公司法》第一百四十八条规定主张权利，则依据第一百四十八条第二款“董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”规定并结合整个法律条文看，该条文是关于公司归入权行使问题的规定，本案当事人周行贵作为九点公司股东提起诉讼，周行贵是否是适格的原告应进行审查。

若周行贵是依据《公司法》第一百四十九条规定主张权利，则依据该法律条文规定“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。”周行贵作为九点公司的股东在提起本案诉讼之前，需要履行相应的前置程序，但周行贵是否已经履行了前置程序亦事实不清；周行贵在诉请所依据的事实和理由中陈述，诉讼系因情况紧急，审理中针对是否存在情况紧急的情形以及存在何种紧急情形应由周行贵应提交证据证明并进行审查。且根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第二十四条“符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定，直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的，应当列公司为第三人参加诉讼。一审法庭辩论终结前，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的其他股东，以相同的诉讼请求申请参加诉讼的，应当列为共同原告。”规定，依法应当追加九点公司作为第三人参加诉讼。

综上所述，一审判决应当释明而未释明，导致周行贵的诉讼请求基础是股东代表诉讼，还是股东损害赔偿或者是公司归入权的行使，以及周行贵是否是适格主体的事实不清。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（三）项之规定，裁定如下：

一、撤销贵州省遵义市中级人民法院（2016）黔03民初199民事判决；

二、本案发回贵州省遵义市中级人民法院重审。

上诉人周行贵预交的二审案件受理费22800元予以退回。

审判长　　段建桦

审判员　　范淑婷

审判员　　雷　苑

二〇一八年一月二日

法官助理柏龙金

书记员张栖瑞