浙江省杭州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2013）浙杭商终字第554号

上诉人（原审原告）：张来。

委托代理人（特别授权代理）：许祖岳。

被上诉人（原审被告）：林凤姣。

委托代理人（特别授权代理）：丁蕾、丁敬成。

被上诉人（原审被告）：浙江泰达安全技术有限公司。

法定代表人：何明。

委托代理人（特别授权代理）：黄麟、陈晓忠。

上诉人张来因与被上诉人林凤姣、浙江泰达安全技术有限公司（以下简称泰达公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服杭州市西湖区人民法院（2012）杭西商初字第2860号民事判决，向本院提起上诉。本院于2013年3月12日立案受理后，依法组成合议庭进行审理。本案现已审理终结。

原审法院审理查明：2001年11月28日，浙江省人防地下空间开发工程有限公司（以下简称人防公司）、张来、邵秋生出资成立浙江明达工程安全检测检验服务有限公司（以下简称浙江明达公司），注册资本为10万元，经营范围为“安全工程检测检验，安全工程评价，安全技术咨询，家电修理，网络技术服务”。该公司不设董事会，设执行董事和董事各一名，其中邵秋生任执行董事，钮建声任董事，不设监事会，设执行监事一名，由张来担任；同时邵秋生受聘兼任经理。2004年3月，浙江明达公司股东会作出决议，同意人防公司将其持有的浙江明达公司40%股权（出资额为4万元）分别转让给邵秋生、张来、方仕立1万元、1万元和2万元，公司名称变更为杭州明达工程安全检测检验服务有限公司（以下简称杭州明达公司）。2004年3月31日，邵秋生、张来、方仕立通过杭州明达公司章程。2004年4月28日，杭州明达公司就公司名称、股权变动进行变更登记。至此，杭州明达公司的股权结构为，邵秋生、张来各出资4万元，分别占40%，方仕立出资2万元，占20%。2005年3月15日，邵秋生、方仕立以非专利技术方式（“一种地下车库的建造方法及井筒式地下立体车库”技术成果，作价450万元）分别出资225万元，邵秋生、陆执中、何明以货币方式分别出资22.5万元、22.5万元、5万元，拟共同设立泰达公司。浙江天华会计师事务所有限公司就此作出天华验字（2005）第137号验资报告。当月21日，泰达公司经工商管理部门核准成立，注册资本为500万元，经营范围为“地下空间开发技术咨询，企业管理咨询，地下空间安全技术咨询；其它无需报经审批的一切合法项目”；陆执中任执行董事，邵秋生任经理，何明任监事。后，泰达公司的经营范围相继于2005年7月6日、2006年8月9日、2007年6月6日增加“煤炭开采和洗选业、金属、非金属矿及其他矿采选业的安全评价（乙级、有效期至2008年4月28日）”、“丙级地质灾害危险性评估（有效期至2009年4月16日）”、“小型露天采石场开采方案编制（有效期至2010年3月22日）”；于2007年7月3日变更为“服务：地下空间开发技术咨询，企业管理咨询，地下空间安全技术咨询，浙江省内的安全评价（具体经营范围见安全评价机构资质证书，乙级，有效期至2008年4月28日），丙级地质灾害危险性评估（有效期至2009年4月16日），小型露天采石场开采方案编制（有效期至2010年3月22日）；其他无需报经审批的一切合法项目”。2008年八九月份，陆蕾以受让陆执中股权（出资额为8.75万元）的方式成为泰达公司的股东，同时，泰达公司选举陆执中为执行董事、何明为监事，聘任邵秋生为经理，任期均为三年。2008年9月，泰达公司就其股权变动和经营范围所涉安全评价机构资质证书的有效期延长为2011年5月7日进行变更登记。2009年3月5日，杭州明达公司因未参加2007年度、2008年度年检，被浙江省工商行政管理局吊销营业执照。2009年5月13日，邵秋生死亡。邵秋生在泰达公司的股权中的一半由妻子林凤娇所有，另一半作为邵秋生的遗产由女儿邵佶婧继承。之后，经股权转让和非专利技术出资改变为货币出资，泰达公司于2009年12月16日进行变更登记，其中股东变更为“方仕立，45万；何明，50万；陆蕾87.5万；林凤娇，90万；邵佶婧，90万；陆执中，137.5万”，组织机构变更为方仕立任监事、何明任总经理、陆执中任执行董事。2010年1月6日，张来以股权确认纠纷为由将林凤娇、泰达公司诉至原审法院，认为杭州明达公司以邵秋生名义向泰达公司以货币方式出资22.5万元，要求判令林凤娇归还邵秋生自泰达公司已取得红利10万元给杭州明达公司，泰达公司将原登记在邵秋生名下49.5%出资额（22.5万元）变更为杭州明达公司所有，未支付红利（按审计结果确定）及以后该出资额可得红利直接支付给杭州明达公司。原审法院于2010年4月19日作出（2010）杭西商初字第99号民事裁定，认为张来以股东身份提起该案诉讼未履行股东代表诉讼应履行的前置程序或提供存在紧急情况、不立即起诉将会使公司利益受到难以弥补的损害的相关证据，其起诉不符合受理条件，故驳回张来的起诉。张来不服该裁定，向杭州市中级人民法院提起上诉。杭州市中级人民法院于2010年6月28日作出（2010）浙杭商终字第890号民事裁定，认为杭州明达公司因被吊销营业执照已处于解散状态，张来提起代表诉讼的前提应为杭州明达公司明确拒绝直接诉讼，由于杭州明达公司未依法成立清算组，对该案诉讼的意思表示无法体现，张来在此情况下直接提起代表诉讼不符合法律规定的前置条件，故裁定驳回上诉、维持原裁定。随后，张来向原审法院申请对杭州明达公司进行强制清算，并于2010年12月8日撤回清算申请。2011年4月，张来向杭州市中级人民法院申请对杭州明达公司进行强制清算。杭州市中级人民法院于2011年7月1日作出裁定予以受理。2011年12月27日，杭州明达公司清算组向杭州市中级人民法院递交申请报告，称杭州明达公司没有资金且三位股东对清算费用垫付问题意见不一，导致清算公告至今未能刊登，同时，杭州明达公司主要财产、财务账簿和重要文件等至今仍未向清算组移交，也不知去向，导致清算工作无法开展，故要求法院依法裁定终结清算程序。杭州市中级人民法院于2011年12月28日作出（2011）浙杭商清（算）字第3号民事裁定，认为“因杭州明达公司及其清算义务人未能向清算组移交公司财产、印章、账册、重要文件等，也未能提供明确的线索，导致清算无法进行。张来可以向杭州明达公司其他相关责任人主张有关权利。本院依法对杭州明达公司清算组提交的清算报告予以确认，且杭州明达公司清算组提请本院终结清算程序符合法律规定”，依照《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（二）》第十八条第二款之规定，裁定终结杭州明达公司的强制清算程序。2012年3月，张来以侵害企业出资人权益纠纷为由将林凤娇、泰达公司诉至原审法院，要求林凤娇归还邵秋生自泰达公司处已取得红利5万元（具体按审计结果确定）给杭州明达公司，泰达公司将原登记在股东邵秋生名下49.5%出资额未支付红利10万元（具体按审计结果确定）以及以后该出资额可得红利直接支付给杭州明达公司。后应张来的申请，原审法院于2012年6月13日作出（2012）杭西商初字第800号民事裁定，裁定准予张来撤回起诉。原审法院另查明，2004年3月31日通过的杭州明达公司章程第三十九条规定，“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”；第四十一条规定，“董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任”。泰达公司财务会计报告显示其在2005年度至2008年度均有盈利。泰达公司表示其向邵秋生支付过报酬并分配红利，但拒绝向原审法院作出详细说明。张来在庭审中明确其系以监事身份代表杭州明达公司提起本案诉讼；其所称杭州明达公司与泰达公司存在同业竞争所指的相同的经营内容为与矿山有关的安全工程评价和安全技术咨询，杭州明达公司没有从事泰达公司经营范围所涉地下空间安全技术咨询业务；在2005年1月1日前，杭州明达公司从事安全工程评价和安全技术咨询业务不需要资质，2005年1月1日《安全评价机构管理规定》开始施行后，杭州明达公司未取得相关安全评价机构资质，但委派邵秋生为代表与陆执中等人共同成立泰达公司，泰达公司取得安全评价机构资质实际使用了杭州明达公司的资料、人员、安全评价人员的资格证书等。原审法院又查明，张来未在杭州明达公司的强制清算程序中向杭州明达公司清算组提出杭州明达公司应就其所称的邵秋生的行为主张权利。目前，杭州明达公司的工商注销登记手续尚未办理。

原审法院审理认为：一、张来关于邵秋生作为杭州明达公司的董事、经理存在违反忠实义务（竞业禁止）的理由存在矛盾，且均不能成立。1、如果邵秋生系受杭州明达公司的委托、使用杭州明达公司的资金、以自己的名义出资成为泰达公司的股东，则邵秋生与杭州明达公司之间存在名义股东和实际股东的关系，在杭州明达公司对邵秋生担任泰达公司的经理明知且未表示反对的情况下，邵秋生不存在违反对杭州明达公司的忠实义务的可能。2、张来关于邵秋生成为泰达公司股东系受杭州明达公司委派且使用杭州明达公司的22.5万元资金和相关人员、资料的主张并无有效证据予以证明，对此不予采信。3、事实上，杭州明达公司在经营范围上与泰达公司并不重合。首先，张来已明确杭州明达公司并不从事泰达公司在2005年3月成立之初经营范围中所具有的地下空间安全技术咨询业务，即杭州明达公司经营范围中的“安全技术咨询”与泰达公司的“地下空间安全技术咨询”不重合；其次，泰达公司在后续经营中增加的“煤炭开采和洗选业、金属、非金属矿及其他矿采选业的安全评价（乙级）”、“丙级地质灾害危险性评估（有效期至2009年4月16日）”、“小型露天采石场开采方案编制（有效期至2010年3月22日）”经营项目属于许可经营项目，杭州明达公司因不具有相关的资质或取得相应的行政许可而无法开展该些项目的经营，不能以杭州明达公司的经营范围中有安全工程检测检验、安全工程评价、安全技术咨询的内容即认定泰达公司经营与杭州明达公司的同类业务而将邵秋生在泰达公司的收入归入杭州明达公司。二、目前杭州明达公司虽未被注销工商登记，但杭州市中级人民法院已作出裁定终结对杭州明达公司的强制清算程序，应认定杭州明达公司已不具有民事主体资格，张来无需以监事身份代表杭州明达公司提起诉讼，（2011）浙杭商清（算）字第3号民事裁定所称“张来可以向杭州明达公司其他相关责任人主张有关权利”不是指张来可直接提起监事代表诉讼，而是指股东在人民法院以无法清算或者无法全面清算为由终结强制清算程序时，可以向控股股东等实际控制公司的主体主张有关权利。三、张来以邵秋生作为杭州明达公司董事、经理存在损害公司利益行为为由主张归入权，泰达公司不是该类纠纷的适格被告。综上，张来的诉讼请求缺乏事实和法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：驳回张来的诉讼请求。案件受理费1050元减半收取525元，由张来负担。

宣判后，张来不服，向本院提起上诉称：一、一审法院对被告行为违反了公司法关于忠实义务之规定进行错误解读。受杭州明达公司全体股东的委托，由杭州明达公司出资现金22．5万元及有关公司资料和人员、安全评价员资格证书，委派邵秋生为代表以其个人名义与陆执中、方仕立、何明、陆蕾共同出资设立了泰达公司。受公司委托之下邵秋生在泰达公司经营行为属杭州明达公司权利，则邵秋生与杭州明达公司之间存在名义股东和实际股东的关系。邵秋生作为杭州明达公司法定代表人对公司负有“忠实义务”，当其自身利益与公司利益发生冲突时，必须以公司利益为重。邵秋生违反了公司董事、高级管理人员的忠实义务，利用公司的资源谋取个人利益。邵秋生在未经杭州明达公司股东同意担任杭州明达公司法定代表人期间，同时担任有经营范围相同竞争对手泰达公司的经理，邵秋生陆续自泰达公司处已取收入，将本应上交杭州明达公司的收益占为已有，均未上缴杭州明达公司。二、一审法院认为杭州明达公司在经营范围上与泰达公司并不重合这是错误的。杭州明达公司业务经营范围为安全工程评价、安全技术咨询等，其后设立的泰达公司的经营范围为安全工程评价、安全技术咨询等。二者存在经营业务的重合。这实际上是将本属于杭州明达公司的商业机会转由泰达公司所有，而且剥夺了杭州明达公司之后与该交易相对人继续合作的经济利益，损害杭州明达公司利益。至于《安全评价机构管理规定》，属于规章，仅对于行业内部有效。经营范围的法律法规规定属于工商行政管理部门，所以法律依据不足。即使对于行业内部有效，泰达公司取得安全评价的资质是利用杭州明达公司出资的现金及有关公司的资料和人员、安全员资格证书，应该说安全评价的资质由二家公司共同取得，共同经营。其次，企业经营过程中资质可以挂靠，杭州明达公司仍然有经营权利，只是被杭州明达公司的高级管理人员拿来为泰达公司服务，导致杭州明达公司营业困难，损害杭州明达公司利益。三、被上诉人行为违反公司法关于竞业禁止之规定。受杭州明达公司全体股东的委托，委派邵秋生为代表以其个人名义与陆执中、方仕立、何明、陆蕾共同出资设立泰达公司。以上委托仅同意邵秋生按公司法要求去经营泰达公司，杭州明达公司股东没有同意邵秋生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行为。四、一审法院认为张来提交的证据18无邵秋生签字且内容存在矛盾而不予确认，是认定错误。因受杭州明达公司全体股东的委托，由杭州明达公司出资现金22.5万元，对邵秋生无关。所以在借条上本人签字是不适宜，邵秋生也不同意签字。但是邵秋生作为杭州明达公司法定代表人，其与公司之间形成的是一种基于信任而产生的委托或信托关系，最后用法人章代替了签字符合法律要求。五、一审判决认定事实错误，定性不正确。本案中张来是杭州明达公司的监事，同时也是公司股东，所以“张来可以向杭州明达公司其他相关责任人主张有关权利”，以邵秋生作为杭州明达公司董事、经理存在损害公司利益行为为由主张归入权；泰达公司应是该类纠纷的适格被告。六、为查明案件事实，特请求法院对泰达公司的财务状况进行审计。邵秋生身为杭州明达公司法定代表人，又与他人设立了泰达公司，属于经营与其所属公司同类的业务，且在性质上是营利的，其行为违反了公司法关于竞业禁止之规定。审计条件已经成就，法律理应保护。综上，请求二审法院撤销一审判决，依法改判支持上诉人的一审诉请，被上诉人承担本案的全部诉讼费用。

被上诉人林凤娇答辩称：一、杭州明达公司与泰达公司在经营范围上不重合，一审中张来在庭审中明确杭州明达公司与泰达公司存在同类经营，根据林凤娇在一审中提交的证据可以明确自2005年1月1日起要从事煤矿方面的安全评价必需注册资金在100万元以上，并取得资质的企业才可以从事安全评价经营活动，而杭州明达公司的注册资金只有10万元，也没有取得资质证书，泰达公司成立起就取得了安全评价的资质证书，杭州明达公司的经营范围不包括煤矿业的经营评价，故与泰达公司的经营范围不重合，不可能产生邵秋生任职的公司违反同类营业从而损害杭州明达公司利益。二、张来关于邵秋生作为杭州明达公司的董事违反忠实义务的理由存在矛盾，不能成立。张来称邵秋生受杭州明达公司出资委托成立泰达公司，但林凤姣不认可委托事宜的存在，对张来陈述的邵秋生成立泰达公司，杭州明达公司股东均知道并认可的事情予以认可，在杭州明达公司股东同意并认可的情况下，邵秋生并不违反竞业禁止的相关规定。三、由于泰达公司成立于2005年3月，自成立之日起杭州明达公司股东就明确邵秋生的出资行为，根据规定，张来如果认为损害公司利益的应在两年内主张权利，现张来于2012年提起诉讼，已超过诉讼时效。请求驳回上诉，维持原审判决。

被上诉人泰达公司答辩称：一、张来在《民事上诉状》中一方面诉称“邵秋生受杭州明达公司全体股东的委托，委派邵秋生为代表以其个人名义与陆执中、方仕立、何明、陆蕾共同出资设立了泰达公司”，另一方面又诉称“邵秋生在未经杭州明达公司股东同意之下担任杭州明达公司法定代表人期间，同时担任竞争对手泰达公司的经理，违反公司忠实义务”，该两种说法明显矛盾，不能自圆其说。如果按照张来的第一种说法，邵秋生出资参与设立并曾担任泰达公司经理是经过杭州明达公司全体股东的同意，此种情况下，即便邵秋生作为高管人员的行为有损于杭州明达公司的合法利益，那么根据《公司法》第149条的规定，邵秋生的行为没有违反忠实义务和勤勉义务，杭州明达公司无权主张权利。如果按照张来的第二种说法，因邵秋生与杭州明达公司的另一股东同时也是泰达公司的股东即方仕立合计持有杭州明达公司60%的股权，足以通过同意邵秋生担任泰达公司的杭州明达公司股东会决议。在杭州明达公司对邵秋生担任泰达公司的经理明知且未表示反对的情况下，邵秋生不存在违反杭州明达公司的忠实义务的可能。二、杭州明达公司在经营范围上与泰达公司并不重合，一审法院认定正确。一审庭审中，张来已明确其所指的杭州明达公司与泰达公司相同经营内容为：与矿山有关的安全工程评价和安全技术咨询。而泰达公司在成立之初2005年3月至7月期间的经营范围为“地下空间开发技术咨询，企业管理咨询，地下空间安全技术咨询；其它无需报经审批的一切合法项目”，张来明确杭州明达公司并不从事前述与地下空间有关的评价咨询业务，故两公司在此期间不存在同业经营之说。泰达公司从2005年7月6日之后新增加的经营范围如“浙江省内的安全评价、小型露天采石场开采方案编制”均属于行政许可经营项目，杭州明达公司因不具有相关的资质或取得相应的行政许可而无法开展前述业务的经营，故两公司从2005年7月之后也不存在业务范围重合的可能。三、邵秋生曾在泰达公司担任经理职务的行为不违反公司法关于竞业禁止的规定。四、张来提交的证据18借条没有邵秋生的签字，也与张来此前庭审中的陈述相矛盾，不具有真实性。五、一审法院认定“泰达公司不是本案所涉纠纷的适格被告”准确。因泰达公司与杭州明达公司没有业务关系，更没有实际控制杭州明达公司，故泰达公司不是杭州市中级人民法院（2011）浙杭商清（算）字第3号民事裁定书所认定的张来可以主张权利的其他相关责任人；且杭州明达公司经强制清算程序后已不具有民事主体资格，故张来无法代表杭州明达公司提起诉讼。六、张来无权申请法院对泰达公司的财务状况进行审计。财务状况是公司的商业机密，不能轻易被公开或被他人审计；且泰达公司并非本案纠纷的适格主体，与本案没有关联性，故张来无权申请法院对泰达公司的财务状况进行审计。请求二审法院依法驳回张来的上诉，维持原判。

二审期间，双方当事人均未向本院提交新的证据材料。

经审理，本院二审查明的事实与原审法院查明的事实一致，本院予以确认。

本院认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明；没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中张来主张邵秋生违反公司董事、高级管理人员的忠实义务而向邵秋生配偶林凤娇和泰达公司要求支付相应款项，审查本案现有证据，杭州明达公司在经营范围上与泰达公司并未重合且工商登记的经营范围仅表明公司可以从事的业务种类而不能表明公司实际经营了该些业务种类，而张来也未能举证证明邵秋生在泰达公司任职期间利用杭州明达公司的职务便利谋取了属于杭州明达公司的商业机会并利用该商业机会实际从事了相关种类业务，故张来于本案中应当承担举证不利的法律后果。因仅凭邵秋生在泰达公司任职的行为并不足以认定邵秋生违反了对杭州明达公司的忠实义务，且张来于本案中所主张的请求权基础系针对邵秋生，泰达公司并非本案的适格被告，故张来关于审计泰达公司财务状况的申请本院亦不予准许。综上，原审判决事实认定清楚，法律适用正确，上诉人张来的上诉理由依据不足，本院不予支持。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。

二审案件受理费1050元，由张来负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　洪悦琴

审　判　员　　袁正茂

代理审判员　　陈　剑

二〇一三年五月八日

书　记　员　　倪知松