辽宁省沈阳市中级人民法院

民 事 裁 定 书

（2018）辽01民终13289号

上诉人（原审原告）：沈阳奥吉娜药业有限公司，住所地沈阳市于洪区。

法定代表人：魏国平，该公司总经理。

委托诉讼代理人：陶莹，女，1978年12月17日出生，汉族，系该公司工作人员，住沈阳市皇姑区。

委托诉讼代理人：计静，辽宁睿金律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：王英，女，1967年1月14日出生，汉族，住沈阳市和平区。

委托诉讼代理人：姚亮，北京市康达（沈阳）律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：辽宁启瑞大药房连锁有限公司，住所地沈阳经济技术开发区。

法定代表人：马智强，该公司经理。

上诉人沈阳奥吉娜药业有限公司（以下简称“奥吉娜公司”）因与被上诉人王英、辽宁启瑞大药房连锁有限公司（以下简称“启瑞大药房”）损害公司利益责任纠纷一案，不服沈阳市和平区人民法院（2017）辽0102民初2794号民事裁定，向本院提起上诉。本院立案后，依法由审判员关长春担任审判长并任主审，与审判员曹杰、刘春杰共同组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。

上诉人奥吉娜公司上诉请求：请求法院依法撤销沈阳市和平区人民法院（2017）辽0102民初2794号民事裁定书，指令和平区人民法院继续审理。事实与理由：一、一审法院驳回起诉的理由没有法律依据，逻辑推理混乱，结论错误。首先，一审法院以“损害赔偿之诉与公司归入权之诉存在竞合的关系”为第一理由驳回上诉人的诉讼请求，完全没有法律依据。一审法院已审理查明，王英“系原告奥吉娜公司持股4%的股东，原任公司常务副总经理，主持药业公司全面工作，系公司高级管理人员”。因此，王英应履行《公司法》第一百四十七条规定的“对公司负有忠实义务和勤勉义务”；一审法院已审理确认，一审被告人王英作为“常务副总经理，主持药业公司全面工作。对公司总经营目标负责。履行《军令状》各项职责。同时直接领导公司经营、生产、物流仓储三大系统”。2016年，药业公司经营遭受重大损失，完全是由于王英私下开办辽宁启瑞大药房连锁有限公司，违背对公司忠实与勤勉义务所致。《公司法》第一百四十九条规定“…高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。据此，上诉人提出1000万元的侵权赔偿合法有据。一审法院已审理确认，启瑞大药房于2015年9月23日成立。股东（发起人）为王英、张军平、马智强、吴萏、刘大鹏，持股比例分别为60%、10%、10%、10%、10%，王英为董事长。《公司法》第一百四十八条（五）规定“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务公司同类的业务”，（八）规定“违反对公司忠实义务的其他行为”，“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”。据此，上诉人提出将一审被告人在第三人处经营的违反法律、法规的全部所得（暂定200万元，具体金额以对王英经营的启瑞大药房财务审计为准）原告所有，合法有据。显然，《公司法》第一百四十八条赋予公司对高级职员违反八项禁止行为实施惩罚的归入权。第一百四十九条则赋予公司对高级职员违反法律法规或者公司规章给公司造成损失的侵权索赔权。以上两项权利的基础或前提条件都是第一百四十七条规定的公司高级职员的忠实义务和勤勉义务。既然《公司法》没有规定第一百四十八条和第一百四十九条规定的损害赔偿和归入权两项权利不能兼得，那么，一审法院认为的“竞合选择”则无法律依据，从而做出的驳回当然也不合法。再则，上诉人在一审中的第三条诉讼请求所依据的《劳动合同法》第九十一条即便与《公司法》不属于同一法律关系，一审法院可以做出不予支持的判决。但依此做出“竞合选择”的判断，从而作为驳回全部诉讼请求的理由，既没有法律依据，更不合乎逻辑。综合以上两方面，上诉人认为，一审驳回起诉的裁定是错误的。

二、简析“法律责任竞合”与本案关系。最高人民法院原主管民事的副院长李国光主编的《中国合同法条文解释》中对合同法第一百二十二条的解释中明确：“行为人实施的一个行为违背两种以上法律规范，引发两种以上法律责任，两种以上法律责任有重迭相斥的，即被称为法律责任竞合”。就此，某些观点认为，法律责任竞合应具备四个特点：（一）同一法律责任主体；（二）责任主体实施了一个行为；（三）符合两个或两个以上的责任构成要件；（四）数个责任相互重迭，不能吸收也不能并存。依照上述的解释和观点，上诉人在一审中的两个诉讼请求是否构成法律责任竞合？（一）、上诉人一审时第一个诉讼请求是“请求人民法院判令被告在履行公司职务时违反法律、行政法规和公司规章制度给原告造成的经济损失1000万元”。法律依据是《公司法》第一百四十七条和第一百四十九条。公司主张损害赔偿的逻辑关系或因果关系是，身为掌握公司经营大权（营销、生产、物流三大系统）的常务副总经理，未履行法定的对公司忠实义务和勤勉义务，“人在曹营心在汉”，公司的经营业绩怎能不下滑？众所周知，市场竞争激烈，一个公司要想求生存图发展，公司高管必须付出100%乃至200%的努力和勤勉，带领全体员工共同奋斗，这是《公司法》第一百四十七条设立的目的。否则，公司经营必遭损失，此乃公司可以主张经营损害赔偿的法理和因果关系之所在。（二）、上诉人一审时的第二诉讼请求是被上诉人从事了公司高级职员的禁止行为即“未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利谋取属于公司的商业机会，自营与公司同类的业务，要求将其从事该业务的收入归公司所有。”法律依据是《公司法》一百四十七条的高级管理人员的忠实义务和第一百四十八条的高级管理人员的禁止行为第（五）项及该条的第二款。（三）以上两个诉讼请求根本不是“法律责任竞合”。首先，“法律责任竞合”必须是一个法律行为（或法律事实）。本案上诉人的第一个诉讼请求是基于被上诉人王英担任经理职务不尽职尽责的工作而给公司造成的损失，这里所说的是不勤勉不尽责工作的事实，而第二个请求是基于被上诉人从事了法律规定的高管人员禁止从事的行为的事实。其次，两个法律事实产生的两个法律责任即不排斥也不重迭，也就是没有任何法律规定不允许。综上所述，本案上诉人的两个诉讼请求根本不是法律责任竞合，而是同一案件中两个可以独立存在的法律事实，两个独立的诉讼请求，是两个可独立存在的诉讼请求的合并审理。

三、根据类似案例，如案例一、《上海裕兴铜材有限公司与沈彩绒损害公司利益责任纠纷一案一审民事判决书》；案例二、《上海视臻信息技术有限公司与上海昊辰信息技术科技有限公司、李旺东等损害公司利益责任纠纷一审民事判决书》等以上两个判例均认为，依据《公司法》公司享有对违反忠实义务和勤勉义务的董事、高级管理人员的诉权，既可以申请损害赔偿，同时可以主张归入权，两则并行不悖。四、忠实与勤勉不仅是公司高级职员的一般义务，诚实与敬业已是《宪法》规定的每个公民和职场人的义务。2018年3月18日第十三届全国人大通过的《宪法修正案》第二十四条规定“国家倡导社会主义核心价值观”，24字的社会主义核心价值观中包括“诚信、敬业”。忠实与诚信、勤勉与敬业显然属于同一范畴。因此，公司高级职员违反忠实义务与勤勉义务，某种程度上也是亵渎《宪法》公民义务。五、《民法总则》要求每个公民应诚实守信。2017年10月1日实施的《民法总则》第一条“…弘扬社会主义核心价值观”；第七条“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺”。公司高级职员违反忠实和勤勉义务既违反《公司法》也违反《民法总则》。另，一审法院程序违法，一审法院审理严重超审限，一审审理了一年零七个月，严重超过六月份的审限。综上所述，足以说明一审法院裁定适用法律错误、逻辑混乱、程序违法，请求二审法院撤销一审裁定，指令沈阳市和平区人民法院依法继续审理。

被上诉人王英答辩：我方不同意上诉人的上诉请求。一审裁定正确，请求维持原裁定。上诉人在一审中就其主张的诉讼请求及法院总结的争议焦点，没有提供有效的证据，其乱用诉权侵害被上诉人王英的劳动合法权利，拖欠工资，违法行使停止其职权，不予办理劳动关系手续等行为，上述行为在一审期间已经劳动仲裁部门裁决确认。同时上诉人乱用股东权利，侵害王英的股东权利，私自伪造股东签字，变更公司章程，以上行为已经经济技术开发区人民法院判决确认，予以撤销。所以上诉人不具有一审中诉请的实体权利被侵害的事实；上诉人在一审中只提交大量的与案件事实及诉请无关的证据，造成一审诉讼时间拖延，每次都不能开完庭。且证据不能围绕其主张的诉请及诉状中陈述的事实来证明，混同了股东权利、高级管理人员的权利义务及劳动合同法规定的劳动人员的权利义务。一审法院多次开庭后，履行了释明权。上诉人坚持的诉请的理由与其诉请之间不具有因果关系，不符合民诉法立案的要求，因此驳回上诉人诉请符合法律规定；上诉人在上诉状中引用的案例，最终的判决结果均未支持原告的诉请，其内容也与本案事实不相符，其引用的法理与本案审判中发生的事实及法官行使的释明权没有可比性，不是相同法律关系。上诉人在上诉状中妄谈社会公义和道德，但已有的判决认定的均与其陈述的相反。

启瑞大药房二审答辩同意王英的全部意见，维护一审法院作出的裁定。

奥吉娜公司向一审法院起诉请求：1.请求判令被告赔偿在履行公司职务时违反法律、行政法规和公司规章制度给原告造成的经济损失1,000万元；2.请求,判令将被告在第三人处经营的违反法律法规的全部所得归原告所有，具体金额以对被告经营的启瑞大药房财务审计为准，由被告、第三人共同承担审计费用；3.请求,判令第三人对第一项诉讼请求承担连带赔偿责任；4.请求,判令被告就其违反法律法规和原告公司规章行为给原告造成的巨大间接损失，以书面形式公开道歉；5.诉讼费由被告及第三人共同承担。

一审法院认定事实:一、奥吉娜公司的股权结构、经营范围。奥吉娜公司成立于1999年8月30日，注册资本300万元，股东为沈阳奥吉娜化工有限公司、沈阳前进锅炉厂，经营范围为片剂、胶囊剂制造，经营期限10年。2000年4月10日，奥吉娜公司召开股东会，决议增加注册资本、增加股东，并修改公司章程，同年5月申请变更登记注册资本1300万元，股东除了上述法人股东外，增加16名自然人股东。2003年1月3日，奥吉娜公司召开股东会，决议增加“委托加工”方式进行对外商业合作，同年申请变更登记营业范围增加“委托加工”。2005年奥吉娜公司召开股东会，决议经营范围增加“企业自营进出口经营权”，同年4月28日经工商部门核准其经营范围为“片剂、硬胶囊剂制造；委托加工；经营本企业自产产品及技术的出口业务和本企业所需的机械设备、零配件、原辅材料及技术的进口业务，但国家限定公司经营或禁止进出口的尚品及技术除外。2009年8月20日奥吉娜公司召开股东会，决议延长经营期限，同年9月9日日经工商部门核准登记变更经营期限至2019年8月30日。2010年8月5日，奥吉娜公司的股东沈阳奥吉娜化工有限公司与王英签订《股权转让协议》，约定沈阳奥吉娜化工有限公司将其所持有的奥吉娜公司4%股权以52万元的价格转让给王英，同月20日，奥吉娜公司召开股东会，决议“同意沈阳奥吉娜化工有限公司股权52万元转让给王英持有”，同年9月1日经沈阳市工商局行政管理局经济技术开发区分局核准变更股东名录。2011年4月23日奥吉娜公司召开股东会，决议调整经营范围，同月29日经沈阳市工商行政管理局核准登记营业范围硬胶囊剂后增加含头孢菌素类。2016年1月12日经工商局核准奥吉娜公司的股东沈阳奥吉娜化工有限公司、王英、沈阳前进锅炉厂、何壮华、魏国平、张志祥、陈德宁、车春英、张弘、王威、刘振智、刘淑芹、郝建清、万继山、高波、王立新、刘广啟、孟玉莲、罗淑文变更为沈阳奥吉娜化工有限公司、王英、沈阳前进锅炉厂、何壮华、魏国平、张志祥、陈德宁、车春英、张弘、王威、刘振智、刘淑芹、郝建清、万继山、王立新、刘广啟、孟玉莲、罗淑文。现奥吉娜公司营业期限自1999年8月30日至2019年8月30日，经营范围片剂、硬胶囊剂（含头孢菌素类）生产；委托加工；经营本企业自产产品及技术的出口业务和本企业所需的机械设备、零配件、原辅材料及技术的进口业务，但国家限定公司经营或禁止进出口的尚品及技术除外（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。行业名称为化学药品原药制造。

二、王英任职等的情况。王英于2002年6月10日入职奥吉娜公司，历任总经理营销助理、营销部副总经理、常务副总经理等职。2010年8月5日，其与奥吉娜公司的股东之一沈阳奥吉娜化工有限公司签订《股权转让协议》后，持有奥吉娜公司4%股权。2016年8月8日，其向奥吉娜公司的人事专员黄贺提交《员工离职申请表》。2017年1月7日，奥吉娜公司在终止/解除劳动合同证明书上盖章，载明“王英同志：因违反公司规定被公司开除，自2017年1月7日起终止/解除劳动合同，请于2017年1月7日到劳动和社会保障局办理失业登记”，王英在该证明书下方书写“本人已于2016年8月8日辞职，故对解除劳动合同原因不认可，但同意解除合同”。2017年3月27日王英向沈阳经济技术开发区劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请。2017年4月24日王英作为原告，向沈阳经济技术开发区人民法院起诉奥吉娜公司、沈阳奥吉娜化工有限公司、魏国平，请求确认2016年10月24日作出的股东会决议无效，并向登记机关申请撤销变更登记赔偿损失10,000元等。

三、第三人启瑞大药房的成立、变更、股权结构、经营范围、股东信息情况。启瑞大药房成立于2015年9月23日，股东（发起人）为王英、张军平、马智强、吴萏、刘大鹏，注册资本500万元，持股比例分别60%、10%、10%、10%、10%，董事会成员为王英、张军平、吴萏，推选王英为董事长，张军平为副董事长，监事刘大鹏、马智强，法定代表人吴萏。同年10月29日经工商部门核准企业名称变更为辽宁启瑞大药房连锁有限公司。2016年第三人启瑞大药房召开股东会，决议增加注册资本至1，000万元，新增资本应于2025年9月30日前缴齐及各股东应缴金额的明细，股东由刘大鹏、马智强、王英、吴萏、张军平变更为李杨、刘大鹏、刘合忠、马智强、王英、吴萏、张军平，决议撤销董事会，选举刘合忠为公司执行董事兼经理，监事由马智强、刘大鹏变更为吴萏，选举刘合忠为公司法定代表人，并通过了新修改的公司章程。2017年3月14日第三人启瑞大药房变更法定代表人为马智强。现第三人启瑞大药房经营范围为药品销售；消毒消杀用品（不含危险化学品）、化妆品、日用百货、食品、保健用品、保健食品、通讯产品及配件、电子产品、手机卡、手机充值卡、农副产品、五金交电、电线电缆、文化用品、体育用品、办公用品、建筑材料、装饰材料销售；房屋租赁；商务信息咨询；展览展示服务；企业营销策划；医疗器械销售及售后服务（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。行业类型：零售业。

第三人启瑞大药房发起人中王英、张军平、马智强、吴萏、刘大鹏等在原告奥吉娜公司任职情况如下：2013年奥吉娜药业干部公告记载“1、马智强：总经理助理（副经理级）、兼销售总监……3、张军平：销售部副经理……4、吴萏：质量部经理（副经理级），岗位职责如下：（1）负责质量部门全面工作，保证原辅料、包材、产品的要求和质量标准，适时向企业领导提出保证产品质量的意见和改进建议；（2）负责药品生产过程的监控及药品的检验；（3）负责所有与质量有关的投诉、重大偏差和检验结果超标调查处理工作，各种必要的确认和验证工作；（4）监督厂房和设备的维护，保证其良好的运行状态；（5）负责质量控制、质量保证人员及企业所有人员的岗前培训和继续培训……”。2014年度下半年奥吉娜药业干部分工与职责公告记载“1、王英：常务副总经理……2、马智强：总经理助理（副经理级）、兼营销总监……4、张军平：销售四部负责人（副经理级）……”。2015年度奥吉娜药业干部任职公告记载“1、王英：常务副总经理，主持药业公司全面工作。对公司总经营目标负责。履行《军令状》各项职责。同时直接领导公司营销、生产、物流仓储三大系统。2、马智强：总经理助理（副经理级）、兼营销总监（营销系统设置多名总监）。协助常务副总经理完成公司总经营目标。岗位职责如下：（1）分管药厂人力资源开发、企划宣传工作；（2）分管网络销售部、招投标部；（3）辅助处理特殊政府公关事务；（4）常委副总经理搅拌的其他临时工作。3、张军平：销售四部负责人（副经理级），岗位职责如下：（1）销售四部任务的达成和销售队伍的管理与建设；（2）差旅费及各类会议票据的审核；（3）负责新进销售员的岗前培训；（4）负责药业公司工会工作，维护员工的合法权益，灌输新入职员工企业文化，把握员工的思想动态；（5）按照《2015年药业公司销售部副经理工作职责划分》做好相应工作；（6）完成领导交办的其他工作……5、刘大鹏：销售五部负责人（区域销售总监、副经理级）营销系统设置多名总监，岗位职责如下：（1）销售五部任务的达成和销售队伍的管理与建设；（2）各类对外会议的组织落实和总结；（3）重点客户联盟模式的推广与指导；（4）窜货等突发事件的协调与解决；（5）按照《2015年药业公司销售部副经理工作职责划分》做好相应工作；（6）完成领导交办的其他工作……”。2016年度上半年奥吉娜药业干部任职公告记载“1、王英：常务副总经理……2、马智强：总经理助理（副经理级）、兼销售总监……3、刘大鹏：区域销售总监（副经理级）兼销售五部负责人……4、张军平：工会主席兼销售四部负责人（副经理级）……”现，上述第三人启瑞大药房原发起人王英、张军平、马智强、吴萏、刘大鹏中张军平仍在奥吉娜公司任职。

另查，2016年8月8日，奥吉娜公司向第三人启瑞大药房发出《关于贵公司涉嫌非法雇佣高级管理者和吸纳股东问题的沟通函》，同月22日，奥吉娜公司向启瑞大药房发出《对贵公司重大问题的第二次沟通函》。

案件审理过程中，奥吉娜公司申请对王英自2015年9月23日第三人启瑞大药房成立之日至2017年1月3日期间，王英、启瑞大药房及其下属的7个分店的真实销售额及利润进行审计。经该院委托沈阳市中级人民法院摇号选定辽宁会通会计师事务所有限公司，王英及第三人启瑞大药房提出审计涉及商业秘密和销售利润，同时提出不确定存在因果关系的前提下该审计侵犯其权利以及奥吉娜公司所提证据不足以证明应对第三人收益进行审计且第三人成立时间较短、财务制度不完备、资料不完善为由拒绝提供资料。

庭审中奥吉娜公司提供辽宁立信达会计师事务所有限责任公司于2017年7月17日出具的“沈阳奥吉娜药业有限公司收入证明”，内容为“2014年1月至6月主营业务收入（不含税）：35,663,676.00元；2015年1月至6月主营业务收入（不含税）：39,342,881.19元；2016年1月至6月主营业务收入（不含税）：30,517,469.78元；2017年1月至6月主营业务收入（不含税）：66,874,736.52元”。本院向原告询问其公司是否每年有相应的审计（就2014年至2017年公司每年的利润有无材料证明），奥吉娜公司答复称“每年有审计”，询问奥吉娜公司审计是否均为辽宁立信达会计师事务所制作，奥吉娜公司答“需要回去核实”，向奥吉娜公司释明须于2018年7月6日之前提交2014年至2017年审计材料，逾期未提交，相应不利后果自行承担。嗣后，奥吉娜公司未提供审计报告，仅提供辽宁立信达会计师事务所有限责任公司于2017年7月3日制作的的“沈阳奥吉娜药业有限公司收入证明”一份，内容为“2014年主营业务收入（不含税）：88,338,034.66元；2015年主营业务收入（不含税）10,2128,552.34元；2016年主营业务收入（不含税）：85,764,431.10元；2017年主营业务收入（不含税）：149,489,816.14元”。

庭审中，询问奥吉娜公司诉讼请求第一项要求被告给付1,000万元的依据，奥吉娜公司称被告违反公司法第一百四十七条，对公司负有忠实、勤勉义务。询问奥吉娜公司诉讼请求第二项要求王英归还在第三人处经营所得（200万元）的依据，奥吉娜公司称依据公司法第一百四十八条（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或他人谋取公司的商业机会，自营或者为他人经营所任职同类的业务，包括商业机会和自营或者为他人的同类业务。违反以上行为董事、高级管理人员所得收入应当归公司所有。由于王英及启瑞大药房在双方审计的过程中拒绝提供审计资料包括帐本、财务报表、纳税申报表、职工劳动合同、银行对帐单、医保、收入清单、被告的GSP进销存软件，导致审计无法进行。根据最高院证据若干问题第七十五条，持有证据拒绝向法院提供，法院应推定其承担不利后果。询问奥吉娜公司要求启瑞大药房就第一项诉讼请求与承担连带责任的依据，奥吉娜公司称依据劳动合同法第九十一条及最高人民法院关于审理劳动争议案件适用若干问题的解释第十一条，启瑞大药房在未解除劳动合同的情况下聘用王英作为董事长，因此启瑞大药房单位应承担连带责任。询问奥吉娜公司，要求报告王英书面致歉的依据，奥吉娜公司答公司高管作出了损害公司利益的行为，本身就属于严重的侵权，根据民法通则以及侵权法，奥吉娜公司可以要求王英对侵权行为进行道歉。

一审法院认为，本案争议焦点之一为王英的身份性质问题，根据奥吉娜公司提供的证据材料，可以证明王英系奥吉娜公司持股4%的股东，原任公司常务副总经理，主持药业公司全面工作，系公司高级管理人员。

争议焦点二,王英应否承担赔偿及书面公开道歉的责任，奥吉娜公司的依据分别为《中华人民共和国公司法》第一百四十九条、第一百四十七条以及第一百四十八条（五）、（八）款，即要求王英承担损害赔偿责任，并主张高管人员违法忠诚义务所获收益，公司得行使归入权，并要求王英为其侵权行为进行道歉。

如上所述，我国公司法第一百四十九条规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。该条款以公司董、监、高人员在执行公司职务时违反了法律、行政法规或公司章程的规定，给公司造成了实际损失为条件，公司可主张损害赔偿请求权。同时，我国公司法第一百四十七条规定，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。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。第一百四十八条规定，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；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。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。上述条款列举违反忠实义务的行为纳入到公司归入权之诉。

在公司高级管理人员违反法定忠实义务的行为，存在实际损失的情况下，公司可以依据民法上的侵权制度行使损害赔偿请求权，或依据法定的违反忠实义务行为的情形，由公司主张归入权之诉。即损害赔偿之诉与公司归入权之诉存在竞合的关系，对此，奥吉娜公司有自主选择的权利。经该院向奥吉娜公司释明，奥吉娜公司主张一并提起损害赔偿之诉及公司归入权之诉。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条的规定，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。现奥吉娜公司以王英违反忠诚勤勉义务给公司造成损害，既要求王英承担损害赔偿责任，又主张由公司行使归入权，奥吉娜公司本次诉讼不符合法定起诉条件。

关于奥吉娜公司主张由第三人启瑞大药房承担归入权之诉中的鉴定费用，以及由第三人启瑞大药房就赔偿损失1,000万元与王英承担连带责任，奥吉娜公司的依据为劳动合同法第九十一条及最高人民法院关于审理劳动争议案件适用若干问题的解释第十一条，论述理由同上（竞合选择），且奥吉娜公司上述主张与本案亦不属同一法律关系，本院不予一并审理。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条（三），第一百五十四条（三）之规定，裁定：驳回原告沈阳奥吉娜药业有限公司的起诉。案件受理费人民币93,800元，退回原告。保全费5,000元由原告承担。

二审中，上诉人奥吉娜公司提交上海裕兴铜材有限公司与沈彩绒损害公司利益责任纠纷一案（2009）崇民二（商）初字第162号民事判决书、上海视臻信息技术有限公司与上海昊辰信息科技有限公司、李旺东等损害公司利益责任纠纷（2013）闵民二（商）初字第1645号一审民事判决书。拟证明：对于损害赔偿与公司归入权两个诉讼请求可以同时主张，法院并没有要求当事人只选择其中一个，否则就给裁定驳回起诉。

王英与启瑞大药房共同质证上述两个案件的发生过程及案件的原因及事实与本案均不一致，本案的发生是上诉人奥吉娜公司侵害了王英的劳动权利和股东权利，与本案没有可比性。且这两个案例的观点与一审法官裁决的审判思路也不一致，法官在进行了详细的询问后得到上诉人的明确答复后才作出的上述裁定。

被上诉人王英二审提交沈阳经济技术开发区人民法院（2017）辽0191民初1984号民事判决。拟证明：上诉人奥吉娜公司2016年9月24日违法召开股东会，并于同年10月24日修改了召开会议的时间，修改公司章程的内容多项均违反了公司法关于股东的合法财产权，因此法院直接判决认定该修改行为无效，且奥吉娜公司将修改的无效章程在一审庭审中作为证据使用。

上诉人奥吉娜公司质证该判决并未生效，奥吉娜公司已经提起上诉，且该起诉违反法律关于时效的规定，公司修改章程是在王英突然离开公司后，王英仅占公司股权的4%，王英是否参加股东会不影响公司修改章程的效力，该证据与二审审理的争议焦点问题没有任何关联。

本院二审经审理查明的事实与一审认定的事实相同。

本院认为，本案系损害公司利益责任纠纷，二审争议焦点为：一审法院依据《民事诉讼法》第119条之规定，以上诉人奥吉娜公司的诉讼请求存在损害赔偿之诉与公司归入权之诉竞合的关系为由，裁定驳回起诉，认定事实和适用法律有无不当，本案应否进入实体审理。

就在本案一审诉讼中一并提起损害赔偿之诉与公司归入权之诉的原因，奥吉娜公司上诉主张其两个诉讼请求本身就是独立的，可以分别单独进行诉讼，为了一并处理完毕，王英在任职高管期间同时又经营了启瑞大药房并担任了董事长，无论其是否是竞业限制行为，王英在任职上诉人公司期间担任其他单位的实质性职务也会给公司造成了实质性的经济损失。一审裁定是将归入权替代了损害赔偿请求权，相当于剥夺了上诉人奥吉娜公司的诉权，而现实中公司高管违反了高管义务会对公司造成可得利益或者可得利益之外的损害。

本院经审查，《公司法》第一百四十八条规定，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；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。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。上述条款列举违反忠实义务的行为纳入到公司归入权之诉。而本案一审法院经多次开庭虽没有做出实体审判，但被上诉人王英在案件查明过程中对案件主体，诉讼法律关系，事实证据均进行了审查和质证，现一审民事裁定中关于《民事诉讼法》第119条符合受诉人民法院管辖的各个要件均进行了论述，对上诉人奥吉娜公司无论在诉讼主体上起诉王英或第三人启瑞大药房，及两个诉请的因果关系的举证情况都进行了详细阐述，并要求上诉人奥吉娜公司提交审计报告，奥吉娜公司说有但未提交，要求提供损失的证明奥吉娜公司亦未提交等内容均在实体上进行了审查。本院认为，一审裁定依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用若干问题的解释》，无论在程序环节，还是实体审理，均考虑了上诉人奥吉娜公司的合法权益。且启瑞大药房确认奥吉娜公司和启瑞大药房经营范围是不相同的，二者并不存在事实上的竞业限制关系。因此一审法院依据《民事诉讼法》第119条以本案不属于人民法院的受理范围，裁定驳回上诉人的起诉，并无不当。

综上，奥吉娜公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。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）项的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

审判长　　关长春

审判员　　曹　杰

审判员　　刘春杰

二〇一九年二月十五日

书记员　　吴晓彤