湖南省长沙市开福区人民法院

民 事 判 决 书

（2015）开民二初字第05363号

原告谢吉祥。

委托代理人周领先，湖南耀银律师事务所律师。

被告周进。

委托代理人张隆侃，湖南元瑞律师事务所律师。

被告胡舟。

委托代理人张隆侃，湖南元瑞律师事务所律师。

被告长沙恩为软件有限公司，住所地湖南省长沙市开福区。

法定代表人周进。

委托代理人张隆侃，湖南元瑞律师事务所律师。

第三人长沙思为软件有限公司，住所地湖南省长沙市开福区。

法定代表人周进。

原告谢吉祥诉被告周进、胡舟、长沙恩为软件有限公司（以下简称恩为公司），第三人长沙思为软件有限公司（以下简称思为公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院受理后，依法组成由审判员李龙挺担任审判长，人民陪审员李和莲、瞿九如参加的合议庭，公开开庭进行了审理。代理书记员邓香蓉担任庭审记录。原告谢吉祥的委托代理人周领先、被告周进、胡舟、恩为公司的委托代理人张隆侃到庭参加了诉讼，第三人思为公司经本院传票传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告谢吉祥诉称，2008年6月18日原告与被告周进、胡舟等人成立思为公司，从事计算机软件开发、销售和维护。经股东会选举，被告周进担任法定代表人，管理日常事务，原告作为不直接参与管理的股东担任独立监事。通过努力，思为公司开发出用于三维设计的XXX软件，并于2008年10月进行软件著作权登记，登记号为XXX，思为公司之后的业务是XXX软件的销售、培训、维护和二次开发。2011年11月21日被告周进和胡舟隐瞒原告出资设立恩为公司，进行计算机软件开发、销售、维护和计算机信息服务。原告直至2015年1月才知晓注册恩为公司的情况。恩为公司擅自使用思为公司的企业网站，并在网上宣称：恩为公司由思为公司更名而来，从事XXX软件的销售和二次开发。2015年2月15日，恩为公司将思为公司的XXX软件以“XXX三维工厂设计软件”的名称重复进行著作权登记，并将思为公司技术人员研发的其他软件登记在恩为公司名下。被告周进经营与思为公司的同类业务，并且利用担任思为公司法定代表人的职务便利将思为公司的财产转至恩为公司名下，严重损害思为公司的利益，特诉至贵院，请求判令：一、被告周进将经营恩为公司所得收益50万元退赔给思为公司；二、被告胡舟将经营恩为公司所得收益10万元退赔给思为公司；三、判决恩为公司对周进、胡舟的上述退赔行为承担连带责任。

被告周进辩称，1、原告没有诉讼主体资格。原告要求三被告返还违法收益给第三人，法律依据是公司法第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，行使公司归入权。原告诉讼主体的依据是公司法第一百五十一条，该条规定公司监事或股东自行起诉的前提除履行必要手续外，还应当是依据公司法第一百四十九条规定提起损害赔偿诉讼，并非直接依据公司法第一百四十八条行使归入权。2、第三人思为公司成立后并未实际经营，所研发的XXX软件没有正式投入销售。虽然被告成立恩为公司，但其销售的XXX软件和XXX软件完全不同，被告未利用身份条件谋取本属于第三人的商业利益，故请求驳回原告的诉讼请求。

被告胡舟辩称，1、原告没有诉讼主体资格。原告要求三被告返还违法收益给第三人，法律依据是公司法第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，行使公司归入权。原告诉讼主体的依据是公司法第一百五十一条，该条规定公司监事或股东自行起诉的前提除履行必要手续外，还应当是依据公司法第一百四十九条规定提起损害赔偿诉讼，并非直接依据公司法第一百四十八条行使归入权。2、第三人思为公司成立后并未实际经营，所研发的XXX软件没有正式投入销售。虽然被告成立恩为公司，但其销售的XXX软件和XXX软件完全不同，被告未利用身份条件谋取本属于第三人的商业利益。3、胡舟在恩为公司只是股东，不参与公司管理，不是公司董事或高管，法律不禁止股东个人的对外投资行为，因此原告对胡舟的诉求无法律依据，请求驳回原告的诉讼请求。

被告恩为公司辩称，1、原告没有诉讼主体资格。原告要求三被告返还违法收益给第三人，法律依据是公司法第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，行使公司归入权。原告诉讼主体的依据是公司法第一百五十一条，该条规定公司监事或股东自行起诉的前提除履行必要手续外，还应当是依据公司法第一百四十九条规定提起损害赔偿诉讼，并非直接依据公司法第一百四十八条行使归入权。2、第三人思为公司成立后并未实际经营，所研发的XXX软件没有正式投入销售。虽然被告成立恩为公司，但其销售的XXX软件和XXX软件完全不同，被告未利用身份条件谋取本属于第三人的商业利益。3、恩为公司不应当作为被告承担责任，不论恩为公司是否存在侵权行为，原告要求被告周进、胡舟返还收入，恩为公司不是思为公司股东，两者是完全独立的企业法人，原告要求恩为公司承担连带责任没有法律依据，请求驳回原告的诉讼请求。

第三人思为公司未到庭参加诉讼，亦未提交书面陈述意见。

经审理查明，第三人思为公司成立于2008年6月18日，注册资本7万元，股东为周进（4.46万元）、谢吉祥（1.33万元）、胡舟（0.96万元）、XXX（0.25万元），周进为法定代表人、执行董事和经理，谢吉祥为监事，没有设立监事会，经营范围计算机软件开发、维护和销售。2011年11月22日，周进与胡舟等3人成立恩为公司，注册资本100万元，股东为周进（85万元）、胡舟（5万元）、XXX（10万元），周进为法定代表人和执行董事，胡舟为监事，经营范围计算机软件开发、销售、维护及计算机信息技术服务。

原告提交工商登记资料、微信号（XXX）、XXX软件资料、网站（www.XXX.net）、QQ群（XXX）及公证书等证据，拟证明恩为公司经营与思为公司同类业务，并占用微信号、软件、网站及QQ群损害思为公司利益。其中公证书中的www.XXX.net网站（恩为公司）在2015年1月17日公告记载：我思为公司与重庆XXX化工股份有限公司达成合作，购买我公司软件产品XXX并参与软件产品的培训。被告认为恩为公司与思为公司经营范围不完全相同，恩为公司所经营的XXX软件与XXX软件不同，www.XXX.net网站不属于思为公司所有，本案不应对著作权和计算机域名进行实质审查，恩为公司是否占用微信号、QQ群系两公司之间纠纷，与本案无关。

原告明确本案是因董事、高级管理人员损害公司利益提起的诉讼，并非由于其他公司损害思为公司利益提起的诉讼。原告申请法院调取恩为公司的财务账册、凭证、银行账号和流水进行司法审计，以证明恩为公司经营与思为公司同类业务以及周进、胡舟从恩为公司取得的收益情况。本院要求被告在指定期限内提交相应凭证，但被告仅提供恩为公司2012年至2015年资产负债表及利润表，没有提供相应的财务账册、凭证等会计凭证，明确自行承担相应的不利后果。

另查明，XXX三维工厂设计软件的著作权人是思为公司，开发完成日期2008年8月28日；XXX结构配筋出图软件的著作权人是恩为公司，开发完成日期是2014年12月1日；域名XXX.net是周进在2008年5月28日注册。2015年7月7日，原告与妻子XXX成立长沙XXX信息技术有限公司，经营范围包括软件开发等。

以上事实，有工商登记资料、公司章程、公证书、XXX及XXX计算机软件著作权登记证书、域名证书、当事人的陈述等证据及庭审笔录在案佐证。

本院认为：一、原告主体资格问题。被告辩称原告诉讼主体依据是公司法第一百五十一条，应按公司法第一百四十九条提起损害赔偿诉讼，并非直接依据公司法第一百四十八条行使归入权。本院认为，思为公司没有成立监事会，原告作为监事，有权依据公司法第一百五十一条以监事名义代表公司提起诉讼。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。该条款所明确的违反法律规定，应当包括违反公司法第一百四十八条情形，而规定董事、高管的收入归公司所有，目的是保障公司权益，与第一百四十九条目的并不冲突。因此，原告主体适格，被告上述抗辩理由不能成立。

二、被告周进的责任问题。被告周进是思为公司的法定代表人、执行董事和经理，同时担任恩为公司的法定代表人和执行董事，属于公司法第一百四十八条、第一百四十九条所规制的主体。思为公司经营范围是计算机软件开发、维护和销售，恩为公司经营范围是计算机软件开发、销售、维护，计算机信息技术服务，两者的经营范围存在重合。思为公司是XXX软件的著作权人，恩为公司使用XXX微信号宣传，公证书中的www.XXX.net网站名为恩为公司，但在2015年1月17日公告中记载：我思为公司与重庆XXX化工股份有限公司达成合作，购买我公司软件产品XXX并参与培训，可见两公司实际经营的业务可能存在交叉。即使如被告所辩称的XXX软件与XXX软件不同，但是XXX软件完成日期（2014年12月1日）远远晚于XXX软件完成日期（2008年8月28日），而恩为公司在2011年11月22日就成立，自成立至PDST软件完成之日，不排除经营同类业务的可能。并且，原告申请法院调取恩为公司的财务账册、凭证等资料，被告拒不提供，应承担不利后果，包括不能反证证明经营业务不同的法律后果。综上，本院有理由相信被告周进自营与思为公司同类的业务，所得收入应归入思为公司。被告拒不提交恩为公司财务凭证，应对其所得收入的数额承担举证不能的法律后果。因此，本院对原告要求被告周进将经营恩为公司所得收益50万元退赔给思为公司的诉求，予以支持。

三、被告胡舟、恩为公司的责任问题。原告明确本案是因董事、高级管理人员损害公司利益提起的诉讼。工商登记及公司章程载明胡舟是恩为公司的股东，原告无证据证明胡舟是思为公司的董事、高级管理人员，胡舟并非公司法第一百四十八条、第一百四十九条所规制的主体，故胡舟在本案中不应承担责任。另外，本案并非由于其他公司损害思为公司利益提起的诉讼，即便恩为公司与思为公司存在纠纷，因与本案是不同的法律关系，在本案中不宜处理。本案中，原告要求恩为公司承担连带责任，于法无据，本院不予支持。

综上所述，本院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第第一款（五）项、第二款、第一百四十九条、第一百五十一条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、第一百四十八条第一款、第二款、第三款之规定，判决如下：

一、限被告周进在本判决生效之日起10日内将经营长沙恩为软件有限公司的所得收益50万元退赔给长沙思为软件有限公司；

二、驳回原告谢吉祥的其他诉讼请求。

如果未按本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。

本案受理费9800元，由原告谢吉祥承担1600元，被告周进承担8200元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提出副本，上诉于湖南省长沙市中级人民法院。

审　判　长　　李龙挺

人民陪审员　　瞿九如

人民陪审员　　李和莲

二〇一六年八月一日

代理书记员　　邓香蓉

附：相关法律条文

《中华人民共和国公司法》

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；

（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。

第一百四十九条董事、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。

第一百五十一条董事、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。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方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。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十四条被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第一百四十八条人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。