上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2014）沪二中民四（商）终字第757号

上诉人（原审原告）上海水生环境工程有限公司。

法定代表人王丽卿。

委托代理人卢昭宇，上海瀚元律师事务所律师。

委托代理人陶金龙，上海瀚元律师事务所律师。

上诉人（原审被告）方根生。

委托代理人万文志，上海海耀律师事务所律师。

委托代理人周若蒙，上海海耀律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）上海水生环境科技有限公司。

法定代表人方根生。

被上诉人（原审被告）陈爱娇。

上诉人上海水生环境工程有限公司（以下简称“水生工程公司”）、方根生因损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市杨浦区人民法院（2013）杨民二（商）初字第665号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上诉人方根生，水生工程公司的委托代理人卢昭宇，上诉人方根生暨上海水生环境科技有限公司（以下简称“水生科技公司”）及方根生的委托代理人周若蒙到庭参加诉讼。被上诉人陈爱娇经本院合法传唤，未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：2009年11月－2012年3月期间，方根生在水生工程公司处任职。2010年5月12日，水生工程公司任命方根生为常务副总经理，负责行政事务和业务工作。2011年7月28日，水生科技公司注册成立，工商登记的股东分别为水生工程公司、方根生和陈爱娇，其中方根生持有90%股权。2011年12月15日，方根生以水生工程公司的名义出具了《证明》称，水生工程公司在上海同济科技园投资成立了水生科技公司，水生工程公司所有的科技成果及工程经验都将在水生科技公司得以发展和应用，所有工程案例均可转到新公司。方根生在该《证明》上加盖了水生工程公司的公章，并将该《证明》提供给合肥新站综合开发试验区管委会。2011年12月20日，合肥新站综合开发试验区政府采购中心向水生科技公司发出《中标通知书》二份，告知水生科技公司被确定为陶冲湖景观水体生态水环境治理项目、瑶海公园景观水体生态水环境治理项目的第一中标供应商。之后，水生科技公司承接了以上两个工程项目，进行施工。水生科技公司陆续取得陶冲湖项目工程款1，734，000元（币种为人民币，以下同）和瑶海公园项目工程款1，602，000元。

2012年5月29日，水生工程公司以方根生未经其同意擅自将水生工程公司作为股东，注册成立水生科技公司为由，向原审法院提起诉讼，案号为（2012）杨民二（商）初字第343号。2012年8月17日，该案开庭审理，水生工程公司当庭陈述：“方根生曾经是水生工程公司的高级管理人员，担任公司副总经理，于2012年3月左右我方发现方私自设立公司后方自动离职”。水生科技公司、方根生及陈爱娇均答：“无异议”。2012年9月25日，原审法院作出（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决，“确认水生工程公司自始不是被告上海水生环境科技有限公司股东”。该判决书认定如下事实：“方根生曾任水生工程公司公司总经理职务直至2012年3月”。水生科技公司、方根生及陈爱娇不服，提起上诉。2012年12月15日，本院作出（2012）沪二中民四（商）终字第1240号民事裁定，准许上诉人水生科技公司、方根生及陈爱娇撤回上诉。以上判决生效后，工商行政管理局于2013年3月29日依法吊销了水生科技公司的营业执照。

原审另查明，水生工程公司于2013年1月28日曾就本案向原审法院提起诉讼，案号为（2013）杨民二（商）初字第102号。2013年4月19日，水生工程公司因故撤回了起诉。之后，水生工程公司又于2013年7月29日向原审法院提起本案诉讼，请求判令：方根生、水生科技公司、陈爱娇共同赔偿水生工程公司损失2，575，000元。原审审理中，水生工程公司将诉讼请求变更为：要求方根生、水生科技公司共同赔偿损失（损失金额以3，336，000元为基数，乘以法院酌定的利润率计算）；并支付水生工程公司逾期利息（以上述损失金额为本金，从2013年1月28日起算至实际支付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率计算）。同时，水生工程公司放弃了对陈爱娇主张权利的请求。

原审法院经审理后认为：我国《公司法》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，对公司负有忠实和勤勉义务。高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。本案水生工程公司提供的《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》以及（2012）杨民二（商）初字第343号案件、2012年8月17日的庭审笔录和（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决书认定的事实，足以证明方根生系水生工程公司的高级管理人员。

《公司法》第一百四十九条明确规定，公司董事、监事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动。方根生作为水生工程公司的高级管理人员，属于公司法所规定的竞业禁止义务的主体，在未解除所任职务的情况下，其与陈爱娇成立水生科技公司从事与水生工程公司相竞争的业务，其行为显已违反竞业禁止义务，其在水生科技公司所得收入理应依法归水生工程公司所有。关于方根生违反竞业禁止义务所得收入，因方根生及水生科技公司均拒绝提供水生科技公司的财务账册，造成无法通过财务审核的方式对水生科技公司的经营状况及方根生所得收入的金额做出合理认定。由此产生的不利后果，依法应由方根生自行承担。基于上述情况，综合考虑方根生按其持股比例在水生科技公司享有的资产权益、水生科技公司的实际经营状况以及方根生在水生科技公司的个人收入等各种因素，原审法院依法酌情确定方根生违反竞业禁止义务收入为150，000元。而水生科技公司并非公司法所规定的竞业禁止义务主体，水生工程公司要求其承担共同责任缺乏法律依据，原审法院不予支持。

关于利息损失，因在本案的判决尚未生效前，水生工程公司主张的归入权是否成立、方根生所得收入应归入水生工程公司的金额等并未确定，故不存在逾期支付的事实。因此，水生工程公司就该笔归入的款项主张利息损失，没有事实和法律依据，原审法院亦不予支持。

对于方根生辩称其并非水生工程公司的高级管理人员之说，则有水生工程公司于2010年5月12日出具了《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》，和（2012）杨民二（商）初字第343号案件的庭审笔录中，方根生对于其曾担任水生工程公司的副总经理的职务予以认可，以及（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决也已认定方根生系水生工程公司总经理。原审法院综合以上情况认定，方根生系水生工程公司的高级管理人员。故对于方根生的该抗辩理由，不予采信。

原审法院据此依照《中华人民共和国公司法》第一百四十九条第一款第五项、第一百四十九条第二款，《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》第一百四十四条的规定作出判决：一、方根生应于判决生效之日起十日内偿付水生工程公司款项150，000元；二、水生工程公司的其余诉讼请求，不予支持。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3，300元，诉讼保全费5，000元，共计8，300元，由水生工程公司负担5，000元，方根生负担3，300元。

原审判决后，水生工程公司不服，向本院提起上诉称：原审判决中部分事实认定不清，酌情的赔付金额明显过低。且原审法院并不应考虑水生科技公司的经营状况。在方根生和水生科技公司并未提出任何证据证明其经营状况的情况下，在酌定赔付金额时考虑这一因素客观上免除了方根生和水生科技公司的举证责任，显失公平。故请求二审法院撤销原审判决，改判支持水生工程公司的一审诉讼请求，因水生科技公司拒绝配合审计，参照行业或水生工程公司的利润率将酌定的利润率适当提高至25%。

上诉人方根生亦不服原审判决，其针对水生工程公司的上诉请求答辩称，对水生工程公司的上诉请求和事实理由不予认可。并向本院提起上诉称：方根生与水生工程公司从未签订过劳动合同，其也没有在水生工程公司担任过总经理等高级管理人员职务。水生工程公司提供的《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》可由其在任何时候盖章开具，不足为凭。且水生工程公司在（2012）杨民二（商）初字第343号案庭审时陈述，方根生是该公司高级管理人员，担任公司副总经理。但该案件的一审判决书中认定方根生为水生工程公司的总经理，前后矛盾，亦不足为凭。由于水生工程公司的各种干扰，水生科技公司自2012年3月起一直不能正常经营，并出现严重亏损。方根生提供了水生科技公司2012年和2013年的财务报表。原审法院也曾向税务局调取《税务事项调查证明材料》，证明水生科技公司至2013年时已无收入所得。故原审法院认定方根生在水生科技公司所得收入为15万元没有事实依据，请求二审法院撤销原审判决，改判驳回水生工程公司的全部诉讼请求。

上诉人水生工程公司针对方根生的上诉请求答辩称：本案原审过程中，方根生及水生科技公司用尽所有诉讼权利，且拒绝配合司法审计，由此产生的不利后果应由方根生和水生科技公司承担。多份证据相互印证方根生确曾在水生工程公司担任高级管理人员。故不同意方根生的上诉请求。

被上诉人水生科技公司针对水生工程公司的上诉请求答辩称：合肥新站陶冲湖公园、瑶海公司两个工程合同金额总计756万元，而水生科技公司实际只收到333.60万元，故并未产生利润。同意方根生的上诉请求和理由。

被上诉人陈爱娇未到庭应诉，也未作答辩。

二审庭审中，方根生提供以下新的证据材料：1、水生工程公司2010年5月5日出具的《公司印章保管委托书》，拟证明在2010年5月时，方根生为水生工程公司的行政总监，水生工程公司公章于2010年5月5日起交由其保管，至2012年3月返还。该委托书中载明没有执行董事（总经理）签字和确认，不得随意盖章。故水生工程公司在没有提供水生工程公司法定代表人王丽卿签字的审批单的情况下向原审法院提交的2010年5月12日的《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》不属实。2、水生工程公司加盖公章审批单，拟证明该些审批单上载明的水生工程公司总经理一直是王丽卿，方根生直到2011年7月都只是水生工程公司的部门主管。且结合水生工程公司向原审提供的方根生的工资表，方根生从2010年2月至离开水生工程公司期间的岗位工资没有变动，甚至有减少的情况，可见方根生实际并无任何升职的情况。

上诉人水生工程公司对上述证据材料认为，对证据材料1的真实性予以认可，但并非新的证据。且《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》上的公章是王丽卿加盖的。该任命决定在形式上的瑕疵不能掩盖事实真相。证据材料2如果是真实的，也不能反推方根生在水生工程公司的职务。

被上诉人水生科技公司对上述新的证据没有异议。

本院对以上证据材料认证如下：该些证据材料在原审诉讼之前均已形成，但方根生未在原审举证期限届满和庭审辩论之前提供，且该些证据材料不足以影响对本案重大事实的认定，并可能导致本案裁判明显不公，故该些证据材料不作为二审中的新的证据予以采纳。

本院经审理查明，原审查明事实属实，本院予以确认。

本案二审中的争议焦点为：方根生是否为水生工程公司的高级管理人员；原审酌情判决方根生偿付15万元是否合理。

本院认为：水生工程公司是依据我国《公司法》第一百四十八条的规定主张违反竞业禁止义务的公司高级管理人员所得收入的归入权。《公司法》第二百一十六条规定，高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人等。根据（2012）杨民二（商）初字第343号案件审理笔录中的记载，水生工程公司述称方根生为曾是公司高级管理人员，担任公司副总经理后，方根生和水生科技公司均表示无异议。虽然该案一审判决书中认定方根生系水生工程公司总经理，但方根生提起上诉后主动撤回了上诉。由此可以认定，原审法院对方根生系水生工程公司高级管理人员的认定并无不当，本院对此予以认同。鉴于方根生在二审审理中对其任职期间未经水生工程公司同意，以水生科技公司名义经营与水生工程公司同类业务的事实不持异议，故方根生违反了《公司法》的规定，其在竞业禁止期间所得收入应归水生工程公司所有。由于各方对水生科技公司合肥新站陶冲湖公园、瑶海公司两个工程合同的总金额和水生科技公司截至目前实际收到333.60万元的事实均无异议，故水生工程公司以此作为诉请依据并无不当。原审法院在方根生和水生科技公司拒绝提供财务账册等配合审计的情况下，综合各项因素，酌情判定方根生的违法所得收入15万元，本院认为并无不当之处，可予维持。《公司法》规定归入权的义务主体为高级管理人员个人，故水生工程公司主张水生科技公司承担责任缺乏法律依据，当不予支持。综上所述，水生工程公司和方根生的上诉请求均不能成立，原审认定事实清楚，判决并无不当。据此，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3，300元，由上诉人方根生、上海水生环境工程有限公司各半负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　江　南

代理审判员　　杨怡鸣

代理审判员　　赵　炜

二〇一四年七月十一日

书　记　员　　王乐轶

附：相关法律条文

附：相关的法律条文

《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；

……