上海市浦东新区人民法院

民 事 判 决 书

（2019）沪0115民初85841号

原告：上海金义置业有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人：罗浩，执行董事。

委托诉讼代理人：朱奇，上海胜超律师事务所律师。

被告：王远生，男，1955年1月17日生，汉族，住上海市浦东新区。

委托诉讼代理人：杨茂强，上海市兴业律师事务所律师。

第三人：上海北蔡房地产发展有限公司，住所地上海市浦东新区沪南路XXX号。

法定代表人：顾桂兴，董事长。

委托诉讼代理人：沈玫辛，上海市金石律师事务所律师。

委托诉讼代理人：孙颖，上海市金石律师事务所律师。

原告上海金义置业有限公司诉被告王远生损害公司利益责任纠纷一案，本院于2019年10月18日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人朱奇、被告委托诉讼代理人杨茂强到庭参加诉讼。后本院依法追加上海北蔡房地产发展有限公司作为第三人参加诉讼，并再次公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人朱奇、被告委托诉讼代理人杨茂强、第三人委托诉讼代理人沈玫辛、孙颖到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海金义置业有限公司向本院提出诉讼请求：1.被告向原告支付被告在上海好天缘置业有限公司(以下简称“好天缘公司”)的收入人民币31,183,933.04元，归于上海东金博置业有限公司(以下简称“东金博公司”)未清算财产；2.诉讼费由被告承担。事实和理由：原告是东金博公司股东。被告是东金博公司高管，先后担任过监事、执行董事兼总经理、董事长兼总经理、董事。东金博公司的章程也约定了高管对公司的忠诚义务。但被告任职期间，在东金博公司自身资金短缺的情况下，被告自2005年8月起在无股东会、董事会决议的情况下，使用东金博公司一亿余元资金投资好天缘公司，并成为好天缘公司股东、高管。2013年1月，东金博公司解散时，被告隐瞒了上述投资具有巨额收益的情况，意图个人占有投资收益。2018年5月，好天缘公司股东会决议解散，另股东会决议确认分配给被告红利为31,183,933.04元。被告的行为违反忠诚义务，损害东金博公司利益，违反了我国公司法第一百四十八条第一项、第五项，根据法律规定，其所获利益应当归东金博公司所有。由于东金博公司已清算，故原告作为东金博公司股东和清算义务人依法提起诉讼。

被告王远生辩称，被告并未损害东金博公司利益。原告在收购东金博公司股份后资金不足，是被告引入了第三人投资东金博公司。2005年5月起，被告不再担任东金博公司的董事长，对东金博公司没有财务支配权，不存在挪用资金损害公司利益的行为。原告在开发东金博项目时已资金不足，对其他项目更无力开发，被告投资好天缘项目与东金博公司不产生利益冲突。被告妻子在原告处有50%股权，而被告在好天缘公司仅有30%股权，如果原告确有资金开发好天缘项目，被告无须再与他人合作就可获得更大的利益，被告没有损害公司利益的动力。东金博公司转入好天缘公司的款项实际是第三人对好天缘公司的投入，只是通过东金博公司走账，原告法定代表人罗浩掌握着东金博公司的财务权，对此是明知的，原告也明知好天缘项目系被告参与开发，事实上也是认可的。东金博公司在注销清算时也披露了对好天缘公司的账务往来。原告对于被告投资好天缘项目是明知且默认的，只是由于当时各方的合作和朋友关系，未作出书面决议。2013年1月，东金博公司注销清算报告已披露与好天缘公司款项来往，原告起诉已超过诉讼时效。

第三人上海北蔡房地产发展有限公司述称，归入权应由原告和第三人共同享有。东金博项目后期资金均由第三人投入、筹措，如果不是东金博公司缺乏资金，原告也不会吸收第三人成为东金博公司的股东。开发东金博项目时，被告还说有一个好天缘项目，需要大量投资，第三人遂委托法定代表人顾桂兴出面收购好天缘公司股权，并与被告进行合作，当时第三人共向东金博项目注入了2.296亿元资金，其中部分实际是通过东金博公司过桥至好天缘公司的。第三人同意被告投资好天缘公司，因为当时关系太好，所以没有意识到要走股东会决议的流程。原告的法定代表人罗浩对此是知情的，罗浩不仅参与东金博公司经营，还掌握东金博公司印鉴并委派了财务人员，其没有提出过异议，他还控制着东金博公司的财务资料。至于被告和罗浩之间就投资好天缘公司有何约定，第三人不清楚。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。以下事实，当事人均无异议。

1.东金博公司设立于2003年9月24日，2013年2月4日注销，经营范围为房地产开发经营、商务咨询。东金博公司设立时，注册资本为1,000万元，股东为上海金博置业有限公司(以下简称“金博公司”，持股90%)、被告(持股10%)，被告任监事。2004年4月2日，金博公司股权转让给原告，东金博公司股东会任命被告为执行董事、法定代表人、总经理，罗浩(原告法定代表人)为监事。2004年6月11日，东金博公司增资至2,000万元，金义公司缴增资中的20万元，第三人认缴增资中的980万元，同时，被告持有的股权转让给原告。股权变动后，原告持股51%，第三人持股49%。2005年5月8日，东金博公司任命第三人法定代表人顾桂兴为董事长，罗浩任副董事长，被告为董事。2008年5月8日，原告将2%股份转让给第三人。至此，第三人持股51%，原告持股49%。2013年1月10日，东金博公司形成清算报告，载明：债务已全部清偿，2013年1月10日公司净资产为108,031,782.65元，银行存款567,438元，按比例分配给二股东，未收回债权107,464,344.56元，按比例分配给二股东，债权明细为：好天缘公司2,000万元，无锡祥庆置业有限公司950万元，北蔡房地产公司43,036,393.91元，金义公司34,927,950.65元。

2.好天缘公司设立于2003年9月17日，2018年10月12日注销，经营范围为房地产开发经营及相应业务咨询。其股权变动情况为：2005年8月19日，原股东夏林晓出让60%股权给顾桂兴，出让15%给被告，原股东赵军出让15%给被告。转让后，股东为顾桂兴、被告、顾舜尧。顾桂兴为执行董事，被告为监事，顾舜尧不再担任执行董事，夏林晓不再担任监事。2016年12月5日，顾舜尧将其股份出让给顾桂兴。至此，顾桂兴持股70%，王远生持股30%。2018年8月14日，好天缘公司登记清算组，该公司解散时的股东会决议显示，公司未分配利润103,946,443.47元，分配给顾桂兴72,762,510.43元，分配给被告31,183,933.04元。

3．金博公司设立于2003年6月10日，股东为赵军、徐生林、夏林晓。

4．金义公司设立于2000年6月8日。2004年5月18日，金义公司注册资本变更为2,000万元，罗浩、张英各持股50%。审理中，被告表示张英系被告之妻，原告表示二人确实是夫妻。

各方当事人有争议的事实和证据如下：

1．原告诉称，2004年9月3日起至2010年9月1日，东金博公司共通过为好天缘公司代付款和直接汇款的形式共向好天缘公司交付147,973,628元，好天缘公司向东金博公司还款117,973,628元，好天缘公司共欠3,000万元，账目冲抵1,000万元，因此东金博公司注销清算报告反映对好天缘公司的债权为2,000万元。原告提供了前述资金来往的部分支票存根和贷记凭证，被告对该些证据表示不能证明系被告挪用，且原告掌握账册，要求查阅账册，而原告表示不掌握账册，第三人则对该些证据真实性认可，但认为不能证明全部由好天缘公司收取。第三人另提供财务转账凭证，证明第三人对东金博及好天缘项目投资2.9亿元、但目前无法区分通过东金博公司过桥给好天缘公司的金额，第三人表示东金博公司每笔资金进出都是由罗浩和财务批准。原告对该些证据真实性无异议，但认为罗浩只签过东金博公司一些零星开支，罗浩没有经手过第三人说的过桥资金。被告对第三人的证据真实性认可，认为所有财务进出都是罗浩签字的。本院认为，从好天缘公司直接汇至东金博公司共计金额114,773,628元以及东金博公司注销时清算报告载明对好天缘公司尚有2,000万元债权的记载来看，东金博公司无论以何方式向好天缘公司交付的款项起码应当是两者相加的134,773,628元，但原告所述的金额因缺乏充分证据，本院尚难以采信。

2．原告另表示原告投资东金博公司时采用由被告先进入东金博公司、之后再由原告收购的方式，并提供了原告收购东金博公司股权时的付款凭证以及东金博公司在工商部门设立、变更的有关文件作为证据。被告、第三人对证据真实性无异议，但认为与本案没有关联性。

3．被告表示其从好天缘公司实际获得的收入为1,440万元，并提供股东会决议、申请说明及银行流水作为证据。原告对证据真实性无异议，但认为被告实际所得为31,183,933.04元，被告也据此缴纳了税款。第三人对证据真实性无异议。

4．被告表示东金博公司注销后剩余债权债务已全部清理完毕，并提供分配方案、往来情况、分配明细等作为证据。原告对证据真实性不认可，并认为与本案缺乏关联性。第三人对证据真实性表示无法确认。

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。本案争议焦点在于被告是否存在挪用东金博公司资金以及未经东金博公司股东会同意、利用职务便利为自己或者他人谋取属于东金博公司的商业机会，自营或者为他人经营与东金博公司同类的业务，对此原告应当承担证明责任。

关于“挪用公司资金”，从目前证据来看，确实存在东金博公司向好天缘公司付款的事实，但原告提供的证据无法显示该种付款系被告擅自所为，一则由于目前缺乏证据证明被告掌控着东金博公司的财务支出，二则各方均表示东金博公司账册不在己方控制之下，本院无法从财务凭证中判断被告经手了前述付款；此外，东金博公司注销时，对于和好天缘公司的款项来往已做清算，原告和第三人作为股东业已同意，因此，被告挪用东金博公司资金一说，难以成立。

关于“未经东金博公司股东会同意、利用职务便利为自己或者他人谋取属于东金博公司的商业机会，自营或者为他人经营与东金博公司同类的业务”，本院注意到，东金博公司和好天缘公司在经营范围上确实存在重合，但此种情况下公司能否行使归入权还应当考量：1.此商业机会是否属于东金博公司；2.被告是否利用职务便利谋取了这一机会。关于第1点，东金博公司要参与好天缘项目的途径，不外乎与好天缘公司合作开发或取得好天缘公司的股权，但目前没有任何证据显示东金博公司曾与好天缘公司或其股东就合作开发或股权受让进行过洽谈或形成过任何阶段性文件，难以得出东金博公司曾有意愿参与好天缘项目。房地产开发项目的参与存在经营风险，不能以事后的盈利来反推东金博公司必然有参与项目的意愿。东金博公司设立时的股东和好天缘公司设立时的股东存在一定关联，但在该些股东均退出的情况下，从东金博公司而言，不能直接推定其拥有参与好天缘项目的优先机会。综上，从证据来说，难言好天缘项目系属于东金博公司的商业机会。关于第2点，从审理中各方当事人的表述来看，被告知晓好天缘项目信息的时间早于东金博公司成立，因此，从东金博公司的角度来说，被告并不是因为担任了东金博公司的高管并利用这一职务便利才知晓了好天缘项目。如前所述，好天缘项目开发过程中，东金博公司与其虽有资金来往，但从未提出过合作开发或股权受让，在此情况下，难言被告谋取了东金博公司的机会。

本院注意到，东金博公司在注销时的清算报告已经清晰的披露了对好天缘公司的债权，虽然在本案审理中，各方均表示不掌握账册，但本院认为，各方在清算时对于此等债权的详情是明知的。如果当时东金博公司对于被告向好天缘公司的投资存有异议，则东金博公司应在当时就向被告主张权利并将收回的权益纳入公司资产予以清算分配，但东金博公司显然并未如此行事；如果东金博公司认为该些对好天缘公司的付款属于对好天缘公司的投资，则应就投资盈亏进行清算，但东金博公司亦未如此行事。清算报告的内容显示东金博公司对于与好天缘公司的往来款进行了确认，也可以推定其对被告投资好天缘公司不持异议，现原告以行使东金博公司归入权提起诉讼，缺乏事实依据。原告以不知道被告投资好天缘公司为理由，认为清算财产有所遗漏，本院认为，东金博公司向好天缘公司支付了超过1亿元的资金，从商业常理来说，不可能对于好天缘公司缺乏基本了解，而股东情况属于公司最基本的情况，东金博公司不知情一说难以成立。退一步说，被告投资好天缘一事确实缺少股东会决议，但东金博公司注销时持有51%股份的第三人在审理中明确表示同意被告该项行为，从实质上讲，在东金博公司注销时，股东会也能通过同意被告投资的决议。

综上，东金博公司对被告无权行使归入权，原告以东金博公司名义提起的诉讼请求，本院不予支持。需要指出的是，本案审理的是东金博公司的归入权,原、被告之间的其他纠纷不属于本案审理范围，因此，原告在投资东金博公司时的股权操作方法与东金博公司本身的行为习惯缺乏关联性，相应的证据由于关联性问题，本院不予采纳，同样，被告所述的关于东金博公司清算后债权实际履行情况以及相应证据，同样缺乏与本案争议的关联性，本院亦不予采纳。此外，由于东金博公司无权行使归入权，因此，被告在好天缘公司的实际所得亦无再行查明之必要。

依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第一项、第五项,《最高人民法院关于适用的解释》第九十条之规定，判决如下：

驳回原告上海金义置业有限公司的诉讼请求。

案件受理费197,719元，由原告上海金义置业有限公司负担。

如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审　判　长　　杜晓淳

审　判　员　　季　敏

人民陪审员　　杨　红

二〇二〇年十二月二十七日

法官　助理　　张怡湘

书　记　员　　张丹凤

附：相关法律条文

一、《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；

……

（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；

……

二、《最高人民法院关于适用的解释》

第九十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，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。