江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2015）宁商终字第784号

上诉人（原审原告）徐宁古，男，1955年7月26日生，汉族。

委托代理人甘贵祥，江苏欣达律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）温春义，男，1960年5月23日生，汉族，系南京鑫三源新型建材有限公司法定代表人、股东。

委托代理人方昉，江苏联创伟业律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）王树玲，女，1964年8月26日生，汉族，系南京鑫三源新型建材有限公司股东、监事。

委托代理人方昉，江苏联创伟业律师事务所律师。

原审第三人南京鑫三源新型建材有限公司，住所地在南京市雨花台区板桥大方工业园内。

法定代表人温春义，该公司董事长。

委托代理人方昉，江苏联创伟业律师事务所律师。

上诉人徐宁古因与被上诉人温春义、王树玲，原审第三人南京鑫三源新型建材有限公司（以下简称鑫三源公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服南京市雨花台区人民法院（2014）雨商初字第111号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年5月20日立案受理后，依法组成合议庭，于2015年7月27日公开开庭进行了审理。上诉人徐宁古及委托代理人甘贵祥，被上诉人温春义及被上诉人温春义、王树玲、原审第三人鑫三源公司的共同委托代理人方昉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

徐宁古一审诉称：徐宁古、温春义、王树玲均为鑫三源公司的股东。2009年3月1日至2009年8月26日，鑫三源公司经营六个月后经股东会决议宣告解散。根据《南京鑫三源新型建材有限公司（2009.3-2009.8）生产经营时期现金来源明细表》显示，截止2009年8月31日，鑫三源公司仍有库存现金1773080.00元。公司解散后，温春义、王树玲实际控制鑫三源公司。在此期间，温春义、王树玲挪用、侵占鑫三源公司财产，造成鑫三源公司财产损失。徐宁古作为鑫三源公司股东，依法为公司主张归入权，故诉至法院，请求判令：一、温春义、王树玲立即向鑫三源公司返还库存现金1462941.72元，并自2009年8月31日起至实际付款之日止，按中国人民银行同期同档贷款利率支付利息；二、鑫三源公司对徐宁古参加诉讼支付的合理费用予以补偿（律师费、误工费等费用）；三、本案诉讼费用由温春义、王树玲负担。

温春义一审辩称：根据《南京鑫三源新型建材有限公司（2009.3-2009.8）生产经营时期现金来源明细表》显示，截止2009年8月31日，鑫三源公司现金库存为1773080.00元属实。但鑫三源公司已支出库存现金2676821.17元，库存现金已全部支付完毕，故徐宁古的诉讼请求无事实和法律根据，请求依法驳回徐宁古的诉讼请求。

王树玲、鑫三源公司同意温春义的答辩意见。

原审法院经审理查明：徐宁古系鑫三源公司的股东，持股比例为31%，为公司副董事长；温春义系鑫三源公司的股东，并担任公司法定代表人；王树玲系鑫三源公司股东，担任公司监事。根据《南京鑫三源新型建材有限公司（2009.3-2009.8）生产经营时期现金来源明细表》显示，截止2009年8月31日，鑫三源公司的库存现金为1773080.00元。此后，温春义、王树玲在实际控制鑫三源公司期间，向外支付库存现金2676821.17元（支付明细详见庭审笔录附件中，徐宁古对温春义、王树玲库存现金支出单据的质证意见表）。

上述事实有各方当事人提交的书证及当庭陈述，予以证实。

原审法院认为：根据《南京鑫三源新型建材有限公司（2009.3-2009.8）生产经营时期现金来源明细表》，截止2009年8月31日，鑫三源公司的库存现金为1773080.00元。温春义、王树玲在实际控制鑫三源公司期间已向外支付库存现金2676821.17元，故徐宁古所述的鑫三源公司的库存现金也已支付完毕。庭审中，徐宁古主张温春义、王树玲实际控制鑫三源公司期间对外支付库存现金2676821.17元，其中的507497.10元是予以认可的，徐宁古认为其余款项是温春义、王树玲违规和违法支出，均不予认可，故徐宁古主张要求温春义、王树玲向鑫三源公司返还库存现金1462941.72元。原审法院认为，温春义、王树玲举证证明其在2009年8月31日后，实际控制鑫三源公司期间对外支付库存现金2676821.17元，徐宁古认为温春义、王树玲部分库存现金系违规违法支出，不属本案审查范围，徐宁古应依法通过其他法律救济渠道主张权利。本案中，应认定鑫三源公司1773080.00元已对外支付完毕，故徐宁古的诉讼请求，无事实和法律依据，原审法院对徐宁古的上述主张，不予支持。综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十五条之规定，判决：驳回徐宁古的诉讼请求。一审案件受理费15815元，保全费1520元，合计17335元，由徐宁古负担。

宣判后，徐宁古不服一审判决，向本院提起上诉称：一、原审判决适用法律错误。温春义、王树玲违法违规虚假支出鑫三源公司库存现金，造成鑫三源公司的损失，属于人民法院的审查范围。二、原审判决认定事实不清。温春义、王树玲控制鑫三源公司期间向外支出库存现金2676821.17元，存在下列情形：1、付款通知单或单据、收据存在重复，合计金额为342751.75元；2、2010年9月5日鑫三源公司的原始凭证为18本，经过王树玲的保管后成为21本，说明温春义、王树玲将其自己建厂的生产经营活动单据掺夹其中，将自有企业经营支出混同鑫三源公司的财产支出部分合计金额为622261.5元；3、支票、银行转账或其他非库存现金支出凭证有18份，计254441.25元；4、说明、证明、辞职报告、扣款、扣息、记账凭证等非现金支出单据计9份计86033.35元；5、无人签收或被声明作废、空白、无原件的白条22份，金额为444909.8元；6、属于公司收入的单据12份计182527.76元；7、属于鑫三源公司前身的绿镁公司生产经营费用，且由原股东已支出的凭证有25份，这部分费用发生在鑫三源公司成立前的支出，与本案鑫三源公司的库存现金无关；8、违反公司财务制度，无人经办的报销等单据34份，合计金额为241887.73元。三、原审法院违反法定程序。温春义、王树玲在一审中存在拖延举证的行为，一审法院未采取任何措施，而徐宁古向一审中要求提交补充证据，一审法院不予接收。综上，请求二审法院改判：一、温春义、王树玲返还鑫三源公司库存现金1265582.9元，并自2009年8月31日起按照中国人民银行同期贷款利率计算利息至判决确定的给付之日；二、改判鑫三源公司对徐宁古参加诉讼支付的律师代理费8500元予以补偿；三、本案一、二审案件受理费用由温春义、王树玲负担。

为支持其上诉请求，上诉人徐宁古二审中提交如下证据：1.2010年9月5日财务资料交接单（2009年3月-8月账本）；2.财务资料交接单（2009年9月-2010年4月账本）；3.2010年4月30日鑫三源公司的资产负债表和利润表；4.2012年3月27日雨花台区人民法院的执行笔录两页；5.2013年3月26日财务资料交接清单；6.股东混同公司与个人财产对照表；7.南京板宁电气有限公司与鑫三源公司签订的协议；8.2009年10月11日股东会议记录两份；9.鑫三源公司的民事起诉状；10.南京市雨花台区人民法院（以下简称雨花法院）（2010）雨板商初字第102号民事判决书；11.2009年7月10日合同；12.2009年9月9日南京鑫义升建材公司（以下简称鑫义升公司）的墙板特性说明书（加盖有鑫三源公司印章）；13.鑫义升公司的彩页说明书；14.市场场地租赁合同；15.破产申请书、撤回破产申请书、（2010）宁法商清预字第1号民事裁定书；16.2015年6月5日雨花台区人民法院限期清算令；17.南京盘岩港装饰工程有限公司、南京新江源石材有限公司、鑫义升公司的工商登记资料；18.2014年12月温春义、王树玲的民事上诉状；19.2014年5月南京市国家税务局第三稽查局检举纳税人税收违法行为案件告知书；20.2010年1月22日的收条；21辞职报告三份；22.南京市中级人民法院（2013）宁民终字第3483号民事调解书；23.板桥磊博市场办公楼现场照片三张；24.2009年3月王树玲以鑫三源公司名义与美智庭装饰公司签订的合同；25.鑫三源公司及其前身绿镁公司的价格表；26.农行对账单；27.明细表；28.会计账页；29.应收款未入账户明细表。上述证据以证明王树玲、温春义存在虚列或将个人或关联公司支出列入鑫三源公司款项支出的行为。

被上诉人温春义、王树玲共同答辩称：本案一审的确经过多次开庭，因为针对徐宁古的诉请，温春义、王树玲提供了鑫三源公司的所有账册、原始凭证，双方需要对这些凭证进行一一质证。经过多次开庭审理可以看出，鑫三源公司账册上所有的现金已经全部用于鑫三源公司的支出，且鑫三源公司的经营所得无法支撑公司的正常经营运转，大量支出现金皆为公司股东温春义、王树玲垫付，且账册上也未反映出温春义、王树玲挪用公司现金的事实。至于徐宁古所称温春义、王树玲在鑫三源公司经营过程中采取了一些违法行为而侵占公司资产问题，并不属于本案审理范围。综上，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

为支持其答辩意见，温春义、王树玲二审中提交以下证据：1.南京磊博石材市场有限公司与鑫三源公司签订的厂房租赁协议、2014年1月8日及22日徐宁古的起诉状；2.鑫三源公司与余福兴签订的安装施工合同及报价单；3.毛敬荣书写的欠条；4.鑫三源公司的产品定价表、销售方案、销售安装合同；5.徐宁古一审中提交的库存现金来源明细表及镇江市中级人民法院（2012）镇民申字第10号民事裁定书，以证明所有款项均用于鑫三源公司的经营支出，如徐宁古对此存在异议，则温春义、王树玲已构成侵占公司财产或犯罪，徐宁古可以另案主张或向公安机关报案。

原审第三人鑫三源公司述称：同意温春义、王树玲的答辩意见。

温春义、王树玲对徐宁古提交的证据质证意见如下：对证据1、2、4、5、9、10、18的真实性无异议，但2013年3月26日提供给雨花法院的21本账本至今仍在法院，2010年9月5日当时有18本账册，后期增加3本，但这些均是鑫三源公司的支出，鑫三源公司虽然停止经营，但是应收应付款项仍在发生，债务亦未消灭，所以仍有费用发生。对证据3的真实性无异议，但不认可徐宁古的证明目的。证据6系徐宁古单方制作，未得到温春义、王树玲或鑫三源公司的确认，与本案无关。对证据7的真实性无异议，但该证据仅能证明退租的事实，不能证明鑫三源公司搬至磊博市场的事实。对证据8、11的真实性无异议，但该设备系鑫三源公司购买，后因无力偿还王树玲的个人借款故以该设备抵债，后因鑫三源公司一直未能清算，故该协议未实际履行。对证据12、13、14的真实性无异议，但与本案无关，达不到徐宁古的证明目的。证据15、16、17，与本案徐宁古要求温春义、王树玲返还库存现金无关。证据19的真实性无异议，但与本案无关联性。证据20的真实性无异议，此款已经支付给员工毛敬荣本人。证据21、22的真实性无异议，但与本案无关联性。证据23达不到其证明目的，该次装修系徐宁古本人经办已实际履行。证据24的真实性无异议，因墙体质量存在问题，美智庭装饰公司的广告费用并未退回。证据25真实性无异议，鑫三源公司的价格表在不断调整，定价、运输、安装等均按约定进行。证据26、28、29的真实性无异议，但不能证明温春义、王树玲存在挪用公司资金的行为，温春义、王树玲已实际代公司支出大量费用。证据27与本案无关。

徐宁古对温春义、王树玲提交证据的质证意见如下：对证据1中租赁协议的真实性无异议，但不认可其证明目的，该协议写明租赁的是房屋用于仓储，而非厂房，不是鑫三源公司生产经营场所，且该租赁期限已经届满，对方应退还保证金5000元，应计入鑫三源公司的现金账。对两份起诉状，因相应的案件已撤诉，且与本案无关，不予质证。对证据2，对安装施工合同的真实性无异议，但该协议只有徐宁古的个人签字，没有得到温春义的授权或鑫三源公司的确认，该协议并未实际履行。对证据3，该欠条是已经作废的收条，不能作为证据使用，不能达到其证明目的。对证据4中产品定价单的真实性及内容均不予认可，该报价单中的出厂价、股东价、合议价均低于产品成本价，按此价格销售损害公司利益；对销售方案的真实性及内容均不认可，该内容属于股东会决议，徐宁古作为股东却未见过该份方案；对销售安装合同的真实性不认可，六建公司工程项目部无权对外签订合同，且鑫三源公司并无安装的资质和义务，合同约定的价格低于市场价。证据5达不到其证明目的，不予认可。

鑫三源公司对徐宁古提交的证据的质证意见同温春义、王树玲的意见，对温春义、王树玲提交的证据均予以认可。

本院认证意见如下：1、针对徐宁古提交的证据，因温春义、王树玲、鑫三源公司除对证据6、27的真实性有异议外，对其他证据的真实性并无异议，故本院对徐宁古的证据1-5、7-26、28、29的真实性予以确认，证据6、27系徐宁古单方制作形成，系单方陈述，不属于证据。2、对温春义、王树玲二审提交的证据，因徐宁古对其提交的证据1、2真实性无异议，故本院对其真实性予以确认；证据3因来源于鑫三源公司的财务账册，故本院对其真实性予以确认；对证据4因温春义、王树玲已提供原件供核对，符合证据的形式要件，本院对其真实性予以确认；证据5中库存现金来源明细表，虽系徐宁古单方形成，但鑫三源公司对此予以认可，本院对其真实性予以确认；对（2012）镇民申字第10号民事裁定书真实性予以确认。关于上述证据的关联性及证明力问题，将在本院认为部分结合案件事实予以阐述。

本院经审理查明：本院对原审法院查明的除徐宁古职务外的其他事实予以确认。

另查明：徐宁古系鑫三源公司的股东，并担任总经理职务，温春义担任执行董事，王树玲担任副总经理兼监事。2009年10月8日温春义、徐宁古、王树玲形成股东会决议，决定：1、自2009年10月8日鑫三源公司停止一切生产经营活动，所有费用开支到此为止。2、徐宁古负责将工厂2-8月底产、债、存、进、耗等主要原材料、产成品数量分月统计汇总；王树玲负责所有产成品、辅料各工地使用、消耗、安装数量明细以及各工地安置人员应付工款、实付情况汇总；温春义负责将自公司成立至2009年9月26日止所有进出、借贷、应收应付款分项明细列出等。2009年10月11日，三股东就鑫三源公司停业、清算、注销问题的第二次会议具体事项形成决议：原王树玲2009年7月自购的墙体板成型机生产流水线设备、模具、配套加工所需的钢材、pvc模板、架工焊制费等属于王树玲所有，一切与此相关的一切费用和投资由王树玲承担并拿走，与鑫三源公司及另二股东（温、徐）无关（指山东济南所造设备）。同日下午，三股东还形成另一份决议，内容如下：1.鑫三源新址厂房1600㎡和办公楼二、三层全部、一层一间租借给王树玲使用由她单独组织生产另立炉灶，租金按每月一万一千元计租交付给鑫三源公司，租至三股东清算结束、鑫三源公司执照注销或变更之日为止，每月底在王树玲借款中扣减。2.机械生产的墙体板清点数量后按每平方米四十二元折算给王树玲，在月底王树玲借款中扣减。3.上述从十月十五日起执行计算，含水电表计数（抄表）。4.原鑫三源公司的机械设备按需要再折价售给王树玲。后，鑫三源公司未能按期清算，徐宁古、温春义、王树玲、鑫三源公司之间存在多次诉讼。2015年6月5日，雨花法院向鑫三源公司发出《限期清算令》，要求鑫三源公司自收到通知书之日起5日内提供公司依法清算债权债务报告。

经双方当事人确认，本案二审的争议焦点为：讼争的1265582.9元是否已被鑫三源公司支出。

本院认为：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。董事、高级管理人员有前述情形的，有限责任公司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；监事有前述情形的，前述股东可以书面请求董事会或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。本案中，因温春义系鑫三源公司执行董事、王树玲系鑫三源公司的监事，在徐宁古认为温春义、王树玲存在损害公司利益的行为时，若再要求徐宁古向监事或执行董事发出书面申请要求对监事或执行董事自身提起诉讼，显属不当。徐宁古作为股东，在此情况下有权代鑫三源公司提起诉讼，要求温春义、王树玲返还公司财产，徐宁古有权具备提起本案诉讼的主体资格。

本案中自2009年3月至2009年8月，鑫三源公司有预付款、投资款（支票形式）、借款、账户提现等收入合计1773080元，双方当事人对此均无异议，本院依法予以确认。对温春义、王树玲提交的355份支出凭证，徐宁古认可其中99笔支出合计金额507497.1元，本院对此亦予以确认。关于徐宁古不认可的256份支出凭证，本院认为，根据温春义、王树玲提供的付款凭证可以看出，鑫三源公司虽然存在财务制度不健全，财务管理亦不规范如原始凭证只装订不做账、款项支出无账本、费用报销缺乏相应垫款凭证、财务审批人员混乱等情况，但结合温春义、王树玲一、二审中提交的证据，可以认定温春义、王树玲实际控制公司期间以鑫三源公司名义向外支付的款项金额已高于1265582.9元，故鑫三源公司的前述收入已全部对外支出，故对徐宁古要求温春义、王树玲向鑫三源公司返还库存现金1265582.9元的主张，本院不予支持。关于徐宁古所述温春义、王树玲将其另行设立的其他公司支出虚列入鑫三源公司、依据股东会决议应由王树玲自行承担的费用部分不属于鑫三源公司的合理支出、2009年9月鑫三源公司停止经营后发生的支出与鑫三源公司无关等事项，系对鑫三源公司支出上述费用的合理性提出异议，应属公司内部经营范畴，不属于本案的审查范围。另，由于徐宁古、温春义、王树玲已决议停止鑫三源公司的一切经营活动，三股东应依决议组织清算，就鑫三源公司的所有资产进行清理，而非选取其中的某一时间段进行资产盘点，否则不易甄别真实情况，徐宁古、温春义、王树玲应在清算或强制清算程序中就鑫三源公司存续期间的所有财产、债权债务进行统一处理。

综上，徐宁古的上诉无事实和法律依据，本院不予支持。原审判决查明的事实清楚，适用法律正确，实体处理适当，应予维持。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、第一百七十五条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判决。

二审案件受理费16190元，由上诉人徐宁古负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　樊荣禧

代理审判员　　孙　天

代理审判员　　王方方

二〇一五年九月十七日

书　记　员　　胡　戎

附相关法条：

《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；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

第一百七十五条第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。