中华人民共和国江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）苏01民终6805号

上诉人(原审被告)：王晓宾（WANGXIAOBIN），男，1958年12月1日出生，美利坚合众国国籍，住南京市浦口区。

委托诉讼代理人：周瑶，江苏漫修律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵炀，江苏漫修（南京）律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：南京赛邦结构新材料有限公司，住所地在南京市化学工业园区方水路168号－152。

诉讼代表人：刘国祥，该公司监事。

委托诉讼代理人:殷新财，北京市中银（南京）律师事务所律师。

委托诉讼代理人:汪正楼，江苏千树律师事务所律师。

上诉人王晓宾因与被上诉人南京赛邦结构新材料有限公司（以下简称赛邦公司）损害公司利益纠纷一案，不服中华人民共和国江苏省南京市六合区人民法院（2017）苏0116民初7217号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年7月29日立案受理后，依法组成合议庭，于2018年10月10日公开开庭进行了审理。上诉人王晓宾及其委托诉讼代理人周瑶、赵炀，被上诉人赛邦公司的委托诉讼代理人殷新财到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

王晓宾上诉请求:1.撤销一审判决第三项，并依法驳回赛邦公司该项诉讼请求；2.本案一审、二审诉讼费由赛邦公司负担。事实和理由：一、王晓宾自2015年12月起已不再担任赛邦公司的执行董事、总经理。1.2015年10月7日股东会会议召开的原因是王晓宾执行董事、总经理三年任期已满，不再担任上述职务，需要进行改选。2015年11月，赛邦公司股东刘国祥召集会议，向全体员工通报王晓宾已不再担任赛邦公司执行董事、总经理职务。随后又以公告的形式再次向公司全体员工通报此事，并从王晓宾处取走了赛邦公司的印章、经营资质、银行U盾等。王晓宾已接受这一事实，并不再参与赛邦公司的经营、管理。可见，王晓宾在2015年11月之后已不再担任赛邦公司的执行董事、总经理职务。2.王晓宾与赛邦公司的劳动关系已于2015年12月因劳动合同到期未续签而终止。另外，王晓宾在担任赛邦公司的执行董事、总经理时是领取工资的，而2015年12月后赛邦公司未再向王晓宾发放工资。此足以证明其已不在赛邦公司任职。3.赛邦公司证明王晓宾为执行董事、总经理的证据为工商登记备案信息，但备案信息并非公司实际情况。王晓宾不再担任执行董事、总经理后，曾多次要求赛邦公司和其他股东协助办理工商变更登记，但赛邦公司和其他股东均不予理睬，导致工商登记备案信息与实际情况不符。因工商登记信息的性质仅为备案登记，与公司实际情况不符时应以公司实际情况为准，不能仅以工商备案信息认定。4.赛邦公司于2015年12月后已实际停止经营，且由新团队接管，王晓宾没有履职的可能和条件。二、王晓宾不存在《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）第一百四十八条规定的情形，从南京赛克邦新材料有限公司（以下简称赛克邦公司）取得的收入不应归赛邦公司所有，一审判决认定的损害赔偿责任无法律依据。1.因王晓宾已不再担任赛邦公司执行董事、总经理职务，并且劳动关系已终止，所以一审判决并无事实依据。退一步讲，即使认为王晓宾仍担任赛邦公司执行董事、总经理，一审法院也已查明原由王晓宾保管的公司印章、经营资质、银行U盾等均被取走，王晓宾已离开赛邦公司，无法履职，更不可能“利用职务便利”。2.王晓宾在赛克邦公司工作期间，赛克邦公司的业务并非“属于赛邦公司的商业机会”，而只能证明王晓宾从赛邦公司离职后，赛克邦公司的业务与赛邦公司存在一定的交集，并不能以此证明该业务是由王晓宾“利用职务便利”开拓的。3.赛邦公司已不再生产经营，根本无力从事业务拓展与维护，此时即便存在商业机会或者意向客户，赛邦公司客观上也无法从事商业活动。4.一审判决认定王晓宾承担责任的基础是“损害赔偿责任”，要求王晓宾向赛邦公司支付196701元的表述亦是“赔偿”。而公司法第一百四十八条规定的是“归入权”，即公司董事、高级管理人员违规所得的收入应当归公司所有，与损害赔偿是完全不同的法律关系。如按一审判决王晓宾承担“损害赔偿责任”，则一审判决对王晓宾的侵权行为、损害结果和因果关系均未论述。

赛邦公司辩称，1.王晓宾至今一直担任赛邦公司的法定代表人、执行董事和总经理，2015年10月7日召开的临时股东会选举公司的执行董事、法定代表人、监事、经理，刘国祥、梁明华、张瑞华同意刘国祥为公司执行董事、法定代表人，张瑞华为公司监事，梁明华为公司总经理，但王晓宾不同意以上决议，王晓宾选举自己为公司的执行董事、法定代表人，张瑞华为公司的监事，也就是说2015年10月7日临时股东会并未就更换法定代表人、执行董事、总经理形成有效决议，王晓宾仍然为公司的法定代表人、执行董事及总经理。2015年11月25日王晓宾要求其他股东认投剩余的30%投资款，如不再投资王晓宾将继续担任执行董事和总经理，之后其他股东要求入账，王晓宾反悔不让会计将投资款入账，因为王晓宾的原因，各股东并未执行2015年11月25日的协议，故王晓宾仍然为赛邦公司的执行董事、总经理。2.赛邦公司由王晓宾负责日常经营和管理，其他股东没有任何决策权。王晓宾承诺入股的技术要实际完全投入公司，并用于公司的研发和生产，但实质其技术并不成熟，未能实现其承诺的产能。2015年12月后，王晓宾不掌握公司的印章、资质但并不影响王晓宾履行职责。王晓宾不仅不再提供技术，相反其所开设公司经营的产品、客户均与赛邦公司的雷同，损害了赛邦公司的利益。

赛邦公司向一审法院提出诉讼请求：1.王晓宾返还或赔偿赛邦公司财产损失485856.32元；2.王晓宾退还违法取得的收入196701元；3.王晓宾实际控制的赛克邦公司的所有财产归赛邦公司所有；4.王晓宾负担本案的诉讼费。

一审法院认定事实：2011年12月，刘国祥、梁明华、张瑞华以及王晓宾的父亲王继中共同出资192.3077万元设立赛邦公司，经营范围为特种结构胶粘剂的研发与销售、自营和代理各类商品及技术的进出口业务。公司章程记载，王继中出资100万元，占注册资本的52%，刘国祥出资46.15385万元，占注册资本的24%，梁明华、张瑞华分别出资23.076925万元，各占注册资本的12%。王继中为执行董事，刘国祥任监事。王继中的股权实际由王晓宾所持。2012年4月18日公司股东会决定，任命王晓宾为赛邦公司执行董事、总经理。2012年1月至10月，经王晓宾同意，以给陈香发放工资的名义将17776.2元转入王继中在中国银行尾号为9308账户内，此款现仍在上述账户中。2015年10月，赛邦公司召开股东大会，拟撤销王晓宾的总经理、执行董事职务，因王晓宾不同意，该股东会议决议未获通过。2015年12月，赛邦公司的其他股东与王晓宾为公司的交接产生矛盾，并取走了公司的印章、经营资质、银行U盾等，赛邦公司未再经营。后经人协调，2016年2月9日、2月17日、3月1日王晓宾将赛邦公司购置的氯丁橡胶、BTA－753、甲基丙烯酸等价值468080.12元的化工材料运走，并使用了部分原料。

一审另查明，2016年9月21日，王晓宾母亲张丽出资设立了赛克邦公司，经营范围为新材料技术研发、技术转让、技术咨询、上胶设备、化工产品销售，王晓宾任赛克邦公司经理。2016年、2017年度，王晓宾共从该公司领取了工资报酬196701元。庭审中，赛邦公司申请调取了赛克邦公司2016年11月至2017年12月31日的税务发票开具明细及该公司会计准则利润年报，王晓宾对上述证据的真实性不持异议，该组证据证实，赛克邦公司对外经营的部分客户为赛邦公司的客户，交易产品的名称为结构胶或胶水、混合管，和赛邦公司经营的产品相同。

一审法院认为，董事、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；不得挪用公司资金，不得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；不得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，自营或为他人经营与所任职公司同类的业务，违反上述规定所得的收入应当归公司所有。王晓宾在赛邦公司任职期间，将属于公司的资金17776.20元存放于其父个人账户内，依法予以返还；其从公司运走的材料不管出于什么目的，均应当予以返还或支付相应对价，已使用部分应当折价返还。庭审中，双方对材料的名称及数量均不持异议，一审法院予以确认。2015年10月，赛邦公司召开股东会拟免去王晓宾执行董事、总经理职务，因王晓宾不同意未形成有效决议，王晓宾仍应依法履行其作为公司执行董事及总经理的法定勤勉义务，为公司谋取利益的最大化而尽职尽责，虽然2015年12月后，王晓宾不再掌控公司印章、资质等，但没有证据证实其不掌控公司印章影响到了王晓宾履职及经营，相反，自此之后，王晓宾没有再履行其在赛邦公司的职务，而是转而经营赛克邦公司，其在赛克邦公司经营的产品、客户等均与赛邦公司雷同，因此，王晓宾的行为违反了董事、监事及高级管理人员的忠实义务和勤勉义务，客观上使赛邦公司丧失了商业机会，对赛邦公司的利益构成了损害，依法应当承担损害赔偿责任，其从赛克邦公司取得的收入196701元应当归赛邦公司所有。但赛邦公司主张赛克邦公司的资产也应由赛邦公司所有的主张，没有事实和法律依据，应不予支持。赛邦公司提起损害公司利益诉讼，主体适格，王晓宾主张赛邦公司股东刘国祥等假借公司名义非法窃取公司印章提起诉讼不合逻辑的观点，没有事实和法律依据，应不予支持。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条、一百五十一条的规定，判决：一、王晓宾于判决生效后十日内，返还南京赛邦结构新材料有限公司资金17776.20元；二、王晓宾于判决生效后十日内返还南京赛邦结构新材料有限公司下列原材料：BTA－753（19号托盘）12包、SN241（7号托盘）27包、Harcryl12284.48桶、MMA12.5桶、甲基丙烯酸1.67桶、LMA3.5桶、SR313B2桶、SR3502桶、D4预混料1桶、PDHP1桶、SR350NS2.5桶、二甲基对甲苯胺1桶、BenoxB-5510815桶、氯磺化聚乙烯橡胶38包、NQ16罐、CHP88%1桶、GB/QHD1袋、M52156.5包、SN2420包、BTA－75327包、BR－8030包、D1116KIM2包；已使用部分按照赛邦公司购入价折价返还；三、王晓宾于判决生效后十日内赔偿南京赛邦结构新材料有限公司损失196701元；四、驳回南京赛邦结构新材料有限公司的其他诉讼请求。

如果未按判决指定的期限履行给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费8588元，由王晓宾负担3935元，赛邦公司负担4653元。

对于一审法院查明的事实，王晓宾持有异议如下：1.2015年10月7日召开股东会议时，王晓宾的职务任期已经届满，则在此后无法达成任何协议的情况下，并不意味着王晓宾可以继续担任职务。实际上，2015年年底王晓宾已不具备管理公司的条件，两次员工大会已经宣布王晓宾不再担任公司的所有职务，而且在公司的公告栏中公示。2.王晓宾劳动合同期满没有续签，工资未发，外国人劳动许可证没有延续，已经充分证明王晓宾已经和赛邦公司没有关系。

赛邦公司对一审法院查明的事实没有异议，对王晓宾的异议述称：1.按照公司法第四十六条规定，董事任期届满，未改选之前，原董事仍应该按照法律、行政法规、章程规定履行董事的职能。2.王晓宾离开公司并不代表其职务的取消。3.王晓宾没有在公司领取工资是由于该期间其没有提供相应的劳动，也不代表取消董事职务。

二审中，王晓宾提交以下证据：

1.证人王某的《证词》及身份证复印件，拟证明2015年底起，王晓宾已不再担任赛邦公司执行董事、总经理，且公司已由新团队接管。

2.电子邮件打印件，第1页2016年2月23日16：20分由张展发给王晓宾的邮件上提到“由于公司现在处于接管状态，需要对接管期间的情况进行评价，责任承担作出总结”，拟证明赛邦公司所有事务已由其他股东安排人员接管；第2页2016年2月4日9：10分的邮件由王晓宾发给刘国祥、杨育红、张展，记载“鉴于2015年12月以来，南京赛邦公司已不能正常运转……妥善处理事宜”，拟证明赛邦公司自2015年12月起不能正常运转。

3.银行流水，2015年12月之后，王晓宾已从赛邦公司离职，赛邦公司不再支付工资。

4.2015年12月9日授权委托书一份，原件由刘国祥持有，拟证明自2015年12月9日起，赛邦公司执行董事已由刘国祥担任，并委托张勇、侯淮祥、陈健、王雪朝全面接管赛邦公司，王晓宾已不再担任赛邦公司执行董事，也不再参与赛邦公司的经营管理。

赛邦公司质证意见：1.对邮件的真实性无异议，由于王晓宾的董事和总经理职务一直没有取消，其应当履行相应的职责，邮件内容显示王晓宾没有履行相应的义务而导致公司没有办法正常运营，至于公司处于接管状态，也是不断的商量过程中，最终的定论是以2015年11月25日说明为准。2.授权委托书是复印件，真实性无法确认。

王晓宾二审中申请证人原赛邦公司员工王某到庭陈述：2015年在11月26日左右，由赛邦公司股东召集全体员工召开大会。会上，公司宣布王晓宾不再担任赛邦公司的所有职务，并且之后出了公告。自员工大会之后，王晓宾不再担任赛邦公司任何职务，赛邦公司自即日起陷入停顿状态，不再对外运营。王晓宾离开赛邦公司后，由刘国祥等几位股东宣布由股东任命的接管团队接管赛邦公司。

王晓宾对证人证言无异议。

赛邦公司质证意见：1.证人曾负责赛邦公司的日常经营，其系王晓宾招聘至公司，存在利害关系，证明力较弱。2.赛邦公司存在的基础是王晓宾提供的技术，证人证言可以证明王晓宾不再为公司提供技术，导致公司无法运营，同时也可以证实王晓宾不履行职责，相关团队为了公司能够正常运作在相关会议上进行了说明，但是并不能够证明王晓宾已不再担任公司的执行董事、总经理以及法定代表人。

本院认证意见：1.双方对电子邮件、银行流水的真实性无异议，本院予以确认。2.2015年12月9日授权委托书因无原件印章，且赛邦公司不予认可，故本院对其真实性不予确认。3.关于《证词》及证人证言的证明效力因与本案诉争事实相关，将在说理部分另行阐述。

本院二审查明：

二审中，赛邦公司明确本案为监事刘国祥提起诉讼，并由其担任诉讼代表人，法律依据是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第二十三条。该公司目前工商登记记载的监事仍为刘国祥，在赛邦公司一审提交的授权委托书中载有刘国祥的签字确认。王晓宾二审称，2015年10月7日之前的监事是刘国祥，之后是张瑞华。

赛邦公司章程第二十六条规定，股东会选举和更换非由职工代表担任的执行董事、监事，决定有关执行董事、监事的报酬事项。第二十八条规定，公司不设董事会，设执行董事一名。第三十五条规定，执行董事由全体股东过半数选举产生和更换。

2015年11月25日王晓宾向各位股东出具说明一份，载明：“为有效执行10月7日股东会议选举结果，各位股东将认投剩余30%打入南京赛邦账户，你们可以接管南京赛邦。若各位股东不再继续投资赛邦，我将继续担任执行董事和总经理。”后因王晓宾反悔，各股东亦未实际投资入账。就此事实，王晓宾二审陈述：“11月25日的说明是真实的，当时其他股东也都签字了。第二天其他股东带着本票过来，我咨询了律师，律师说我持股52%，他们把钱打进来也不能使得10月7日的协议生效，所以当时我是不同意的。后来他们强行接管了公司，我不得不接受这个现实。因为我任期到了，大家没有任何决议任免我继续管理赛邦公司。后来我的办公室被搬了，实验室也锁了，银行的U盾也被他们拿走了，我还怎么控制赛邦公司。”

上述事实，有二审笔录、公司章程、2015年11月25日说明在卷为证。

经双方当事人确认，本案二审争议焦点为：1.赛邦公司是否具有原告主体资格；2.王晓宾在开设赛克邦公司期间其身份如何认定；3.王晓宾在赛克邦公司获取的报酬是否应归入赛邦公司。

本院认为，公司法第五十三条第五项规定，监事会、不设监事会的公司的监事有权依照公司法第一百五十一条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼。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。”第一百五十一条第一款规定：“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”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第二十三条第一款规定：“监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事依据公司法第一百五十一条第一款规定对董事、高级管理人员提起诉讼的，应当列公司为原告，依法由监事会主席或者不设监事会的有限责任公司的监事代表公司进行诉讼。”本案中，一审原告系赛邦公司，但系该公司监事刘国祥以公司之名义提起，符合法律规定。赛邦公司主张王晓宾违反公司法第一百四十八条第一款第五项“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”之规定，并进而要求王晓宾依据该条第二款规定将其所得收入归入公司所有。虽然公司法第一百五十一条第一款中仅列举了“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的”方可提起诉讼，但实质上公司法第一百四十八条对董事、高级管理人员所作出的忠实、勤勉义务具体情形应当然包括在第一百四十九条规定的“违反法律、行政法规或者公司章程的规定”情形中，故赛邦公司应具有原告主体资格。

公司法第四十五条规定：“董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。”第五十条规定：“股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。”本案系公司与董事、高级管理人员之间的纠纷，系公司内部纠纷，因此，判断王晓宾在开设赛克邦公司期间是否担任赛邦公司相应职务，不应仅以公司工商登记为依据，还应从王晓宾是否已经依照法定程序免除相应职务等相关因素考量。鉴于赛邦公司工商登记仍登记王晓宾为公司执行董事、总经理、法定代表人，其主张已被免除相应职务，依据不充分。理由为：1.王晓宾称其已不是赛邦公司执行董事、总经理，应当依据法律、公司章程等程序予以免除。双方曾确认2015年10月7日股东会决议未实际生效，故依据上述法律规定履行相应程序前，王晓宾仍为执行董事。2.2015年11月25日王晓宾向各位股东发函，提出有条件不再担任执行董事和总经理，但其他股东依其提议执行时，王晓宾表示反悔，表明其仍有继续担任赛邦公司执行董事和总经理职务的意愿，此意愿不因其在本次诉讼中不承担责任的抗辩而任意改变。基于其他股东亦认可2015年10月7日股东会决议未生效，故王晓宾的身份仍应为赛邦公司执行董事和总经理。3.证人王某到庭所作证言，无其他证据相印证，即便属实，赛邦公司当时所作的通报是否具有当然免除王晓宾执行董事、总经理职务的法律效力，尚具有争议。王晓宾称未领取工资、劳动合同未续签、外国人工作证到期等因素，均不影响王晓宾执行董事、总经理的身份的认定。4.王晓宾称其不能行使相关职权，可寻求其他合法途径救济。

如上所述，王晓宾尚未被免除赛邦公司执行董事、总经理，其在未经过赛邦公司股东会的同意下，即以其母亲名义另行设立赛克邦公司，两公司经营范围基本一致，且实际经营的产品、客户资源等亦雷同，王晓宾任职期间亦获取了相应报酬，上述行为违反了公司法第一百四十八条一款第五项规定的公司董事、高级管理人员忠实、勤勉义务。赛邦公司依据第二款的规定，主张王晓宾获取的报酬应归入赛邦公司，事实及法律依据充分，应予支持。一审判决主文第三项表述的“赔偿”已纳入归入范围，可予维持。

综上，王晓宾的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费4234元，由王晓宾负担。

本判决为终审判决。

审判长　夏　雷

审判员　王方方

审判员　陈宏军

二〇一八年十月十六日

书记员　石晓英