上海市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪01民终12579号

上诉人（原审原告）：北京新月长城投资管理有限公司，住所地北京市朝阳区左家庄路甲2号3号（住宅）楼一层1G室。

法定代表人：张建忠，总经理。

委托诉讼代理人：任莉，女，北京新月长城投资管理有限公司员工。

委托诉讼代理人：刘金友，北京易准律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：马生辉，男，1977年3月8日生，回族，住上海市浦东新区。

委托诉讼代理人：吴布达，上海大邦律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：上海萍辉石油工程服务有限公司，住所地中国（上海）自由贸易试验区浦东南路1101号716室。

法定代表人：马生辉，执行董事。

委托诉讼代理人：斯伟江，上海大邦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：严涵，上海大邦律师事务所律师。

上诉人北京新月长城投资管理有限公司（以下简称新月公司）因与被上诉人马生辉、上海萍辉石油工程服务有限公司（以下简称萍辉公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市浦东新区人民法院（2017）沪0115民初15566号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年10月12日立案受理后，依法组成合议庭开庭进行了审理。新月公司的法定代表人张建忠及其委托诉讼代理人刘金友律师、任莉，马生辉的委托诉讼代理人吴布达律师，萍辉公司的委托诉讼代理人斯伟江律师、严涵律师到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

新月公司上诉请求：依法撤销一审判决，发回重审或者改判支持新月公司一审全部诉讼请求。事实和理由：一审判决将归入权与侵权赔偿混淆，错误理解了归入权的基础性质，属对归入权法律规定的错误理解和适用；归入权的基础性质并非损害赔偿，不以给公司造成损害并应负赔偿责任为前提或基础条件，不以满足损害赔偿为目的；马生辉的不忠实行为同时产生了归入权责任和损害赔偿责任，新月公司以归入权主张其物上请求权具有合理、合法性；新月公司明确主张马生辉既具有高管职位又行使了高管职务，具备事实依据，马生辉虽然不是新月公司登记的“经理”，但其被聘职务符合“经理”资格，职权作用达到了公司法规定的“副经理”标准，判断公司雇员是否为公司高管，应当看其是否具备三方面条件：聘任与解聘的机构和程序条件、职务与职权条件、掌握公司重要信息条件；马生辉实际履行了公司高管的职权，包括马生辉被新月公司股东会聘任和解聘、参与重要商务活动、重大项目的洽谈、代表新月公司签订重要合同。一审判决认定事实不清，适用法律错误，应予纠正。

马生辉、萍辉公司辩称，马生辉与新月公司是平等的合作关系；马生辉仅是新月公司驻伊朗的总代表，不是新月公司的高管，对新月公司没有管理职权；合作协议解除后，马生辉为上海XX集团有限公司（以下简称XX集团公司）提供劳务收取报酬，合理合法。新月公司的上诉事由缺乏事实依据，故请求依法驳回上诉，维持原判。

新月公司向一审法院起诉请求：1、马生辉、萍辉公司违法所得的收入1,450万元（以下无特别注明均为人民币）归新月公司所有；2、新月公司为本案支出的律师费20万元及诉讼费用由马生辉、萍辉公司承担。

一审法院认定事实：

一、关于新月公司与马生辉的合同关系。

新月公司原名为“北京新月友谊国际贸易有限公司”，2010年3月经核准变更为现名。

2007年7月18日，新月公司与马生辉签订一份《合作协议》，内容涉及：为搞好新月公司目前与伊朗石油部及国家钻井公司等部门开展的项目合作，新月公司与上海B有限公司（以下简称B公司）共同在伊朗设立了代表处；经新月公司股东会研究同意马生辉为新月公司驻伊朗代表处总代表、经理；马生辉应履行本职工作，尽职尽责认真完成新月公司交办的工作，协调与伊朗各部门的友谊和业务事宜，促使合作项目顺利进行，并在开展业务过程中及时向北京总部汇报工作；如果新月公司与国内合作的公司同伊朗国家钻井公司等其他伊朗某公司签订海洋钻井平台和陆地钻机合同，新月公司同意向马生辉支付合同金额的1.50%作为合作费用，但最终合作佣金金额需保证在新月公司收到5%合同金额的前提下，否则按比例进行调整；凡是马生辉独立从项目信息收集，甲方配合到运作完成的项目，提成按纯利润的30%执行；由新月公司统一安排的项目，马生辉担当项目负责人执行的项目，提成按纯利润的10%执行；每个项目经营方案结束进行一次结算；付款方式由马生辉建议；因新月公司目前严重亏损，从2006年3月8日应付马生辉的工资待公司效益好转时一次付清，2007年6月止；总代表的薪酬实行佣金和业务提成办法从2007年7月开始施行项目效益佣金和业务提成分配方案；合同期限自2007年7月1日至2017年7月31日止等。

2008年1月28日，新月公司向马生辉发出《终止、解除劳动合同通知书》，内容涉及：2007年7月18日，新月公司与马生辉签订的自2007年7月1日至2017年7月31日止十年期限的劳动合同，由于马生辉的原因，新月公司决定解除劳动合同，根据有关规定不发给经济补偿等。同日，新月公司又出具了《解除劳动合同证明》，证明新月公司与马生辉之间自2007年7月1日至2017年7月31日的十年劳动合同现已解除。双方均认可自此以后，马生辉不再担任新月公司驻伊朗代表处的总代表。

新月公司于2005年10月19日登记设立，自成立至今，公司的股东和章程等曾多次进行过变更，新月公司自成立时至2010年间的章程规定，新月公司的股东为张建忠、李某、张某等；公司不设董事会，仅设执行董事一人，由股东会选举产生，执行董事为公司的法定代表人；公司设经理一名，由股东会聘任，对股东会负责，行使的职权包括主持公司的生产经营管理工作，组织实施股东会决议，组织实施公司年度经营计划和投资方案，拟订公司内部管理机构设置方案，拟订公司的基本管理制度，制定公司的具体规章，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，聘任或者解聘应由股东会聘任或者解聘以外的负责管理人员；公司设监事一人，由股东会选举产生；公司登记事项以公司登记机关核准的为准等。根据新月公司的工商登记档案记载，新月公司当时的法定代表人亦为张建忠，监事和经理未进行登记。

二、关于XX集团公司、陈某等侵害新月公司商业秘密的事实。

新月公司曾以XX集团公司、陈某等侵害其商业秘密为由，向北京市第二中级人民法院（以下简称北京市二中院）提起诉讼，案号为（2014）二中民（知）初字第07791号。北京市二中院认为，XX集团公司和陈某等均侵害了新月公司的商业秘密，判决XX集团公司、陈某等立即停止侵害新月公司涉案商业秘密，并共同赔偿新月公司损失43,554,470.40元及诉讼支出40万元等。

该案判决后，XX集团公司和陈某等提起上诉，北京市高级人民法院（以下简称北京市高院）立案受理，案号为（2015）高民（知）终字第22号，认定以下事实：2007年9月29日，伊朗OEOC公司向新月公司伊朗代表处的马生辉先生发出主题为“访问中国”的函，内容涉及：在三个月卓有成效的合作及辛勤工作之后，现一支OEOC代表团将前往中国进行访问，对近三个月的项目继续进行整体评估；查看钻机制造工厂，就有关钻机购买进行研讨，谈判将包括费用、技术及生产时间计划安排；钻井服务整体项目以及参观制造厂与采购谈判等。2007年11月15日，上海C有限公司（以下简称上海C公司）与伊朗OEOC公司签订《石油钻机销售合同》和《谅解备忘录》，并举行了合作签字仪式。同日，上海C公司与新月公司签订《协议书》，内容涉及：新月公司利用自身与伊朗政府及其他中东国家的关系优势为上海C公司协调与外方公司签订成套石油钻机设备和部件合同，上海C公司同意向新月公司支付合同金额6%的佣金，上海C公司需保守因履行本协议所获知的新月公司的商业秘密等。2007年12月18日，上海C公司与伊朗OEOC公司签订《石油钻机销售合同》；2008年4月5日，双方又签订了《解除石油钻机销售合同的协议》，约定解除2007年11月15日和12月18日签订的两份《石油钻机销售合同》。2008年5月11日，伊朗OEOC公司与XX集团公司签订《石油钻机销售合同》，合同总金额6,720万欧元，合同的格式、条款设置、涉及设备型号、数量、价格等内容与伊朗OEOC公司与上海C公司签订的2007年12月18日《石油钻机销售合同》基本相同。2009年11月11日，新月公司向XX集团公司和上海C公司等发出催告函，阐明侵权事项并主张侵权赔偿。2012年11月26日，中国国际贸易仲裁委员会就新月公司与上海C公司之间就《协议书》产生的合同纠纷作出[2012]中国贸仲京裁字第0687号裁决，认定新月公司未能履行《协议书》约定的协助和保证义务，不应全额收取佣金，而应根据劳务合理确定佣金数额，最终裁决上海C公司按钻机设备合同总额的1.50%向新月公司支付佣金，金额为1,338,000欧元。北京市高院经审理后认为，XX集团公司和陈某侵害了新月公司的商业秘密，但是由于新月公司与上海C公司之间的合同纠纷经由中国国际贸易仲裁委员会裁决后，其部分合同利益已经实现，新月公司不应再获得超出其可得利益的利益。鉴于伊朗OEOC公司采购需求已经实现，新月公司的相关商业秘密已经公开，新月公司主张停止侵权的法律责任没有依据。北京市高院对北京市二中院的判决予以改判，并判决：撤销北京市二中院（2014）二中民（知）初字第7791号民事判决，XX集团公司和陈某赔偿新月公司经济损失2,256万元及诉讼合理支出10万元等。XX集团公司、陈某、新月公司均不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院再审审查期间，陈某提供了由马生辉出具的书面《声明书》作为证据，内容涉及：马生辉根据有关协议，为XX集团公司与伊朗OEOC公司的合作提供服务，并收取了XX集团公司支付的佣金；马生辉提供《代理协议书》、《补充协议书》复印件。此后，最高人民法院作出（2015）民申字第1518号民事裁定，认为陈某在再审申请阶段提交的新证据证明XX集团公司还存在利用其便利与新月公司的前雇员联络的行为；北京市高院二审判决认定的事实和适用法律并无不当，最终驳回XX集团公司、陈某、新月公司的再审申请。

三、关于马生辉、萍辉公司与XX集团公司的合同关系及从XX集团公司收取款项的情况。

根据最高人民法院再审审查期间陈某提供的证据（由马生辉配合提交）显示：2008年5月10日，马生辉作为乙方，案外人XX集团公司作为甲方签订了《代理协议书》，内容涉及：甲方委托乙方作为其代理，以便在伊朗伊斯兰共和国获得相应的订单，代理期限自2008年2月1日至2013年1月31日；凡经乙方的渠道获得信息或虽通过其他渠道获得信息但由乙方跟踪而与甲方签订销售合同的（包括甲方与伊朗OEOC公司的合作），甲方将按合同销售价的2.60%向乙方支付佣金（税前）；乙方本人投资注册的公司成立后，本合同项下的权利义务转移至该公司，由该公司向甲方出具发票，甲方将佣金支付给该公司，但付款前三方应当签订补充协议等。

萍辉公司系2008年8月7日登记设立的一人有限责任公司，股东为马生辉，公司原名为“上海霖辉贸易有限公司”，2013年2月经核准后变更为现名（为表述方便，以下均使用现名）。

萍辉公司设立后，XX集团公司作为甲方，马生辉作为乙方，萍辉公司作为丙方签订了《补充协议书》，内容涉及：根据甲乙双方在2008年5月10日签订的《代理协议书》之约定，三方达成补充协议；自2008年8月7日起，甲乙双方于2008年5月10日签订的《代理协议书》中乙方项下的全部权利义务转移至丙方，自签字盖章之日起生效。

2008年10月至2011年9月期间，XX集团公司共向萍辉公司支付了1,450万元。其中XX集团公司2008年10月7日的付款100万元的审批单中注明“支付OEOC项目代理费用”。

另外，在本案起诉状、庭前会议及法庭审理中，新月公司均表示其系依据公司法有关“归入权”的规定来主张本案权利。

一审法院认为，本案系一起损害公司利益责任纠纷，应当适用《中华人民共和国公司法》等法律法规处理本案争议。根据法律规定，当事人对自己提出的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。由于新月公司明确以“归入权”作为其提起本案诉讼的请求权基础，新月公司应对与其请求权基础有关的事实承担举证责任。本案的争议焦点在于：第一，马生辉是否属于新月公司的高级管理人员；第二，新月公司主张归入权是否合理。分述如下：

第一，马生辉是否属于新月公司的高级管理人员。

我国公司法第147条第1款规定“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，对公司负有忠实义务和勤勉义务”。公司法第148条规定，董事、高级管理人员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，所得的收入应当归公司所有等。公司法第216条规定，“高级管理人员”的含义是指公司的经理、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。可见，公司法主要是通过“职位”或者“职务”来界定公司高管的范围。根据本案查明的事实，马生辉并非新月公司股东、董事、监事，新月公司与马生辉也均确认马生辉并不具有公司法或新月公司章程规定的高级管理人员职位或职务。因此，从公司法或公司章程规定的职务角度来看，马生辉并非新月公司的高级管理人员。但是，由于商事主体在市场经营过程中，可能会出现“高管职权”与“高管职务”错位的情况，因此，还需审查马生辉是否实际行使了新月公司高管的职权。新月公司主张马生辉实际是公司经理，并行使了高管职权，对此新月公司应当承担举证责任。新月公司的章程规定“经理由股东会聘任，对股东会负责，行使的职权包括主持公司的生产经营管理工作，组织实施股东会决议，组织实施公司年度经营计划和投资方案，拟订公司内部管理机构设置方案，拟订公司的基本管理制度，制定公司的具体规章，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，聘任或者解聘应由股东会聘任或者解聘以外的负责管理人员”，而从现有证据来看，马生辉仅仅是“驻伊朗代表处”的总代表、经理，无任何证据证明马生辉曾经行使过上述新月公司经理的职权。根据双方《合作协议》的约定，马生辉应履行本职工作，尽职尽责认真完成新月公司交办的工作，协调与伊朗各部门的友谊和业务事宜，促使合作项目顺利进行，并在开展业务过程中及时向北京总部汇报工作。从上述协议来看，马生辉只是负责伊朗代表处具体工作事务的执行，对公司事务没有管理职权或决定权，且其负责的伊朗代表处的有关工作还需向北京总部汇报。按照约定，马生辉只是新月公司一个派出机构的负责人，享有按约定收取提成款的权利。因此，马生辉既不具有新月公司高级管理人员的职位，也未行使过新月公司高级管理人员的职权，不属于法律和章程规定的公司高级管理人员，也不属于法律规定的“归入权”义务主体。新月公司以归入权为请求权基础提起的诉讼请求，难以支持。

第二，新月公司主张行使归入权是否合理。

“归入权”就其基础性质而言，也属于侵权损害赔偿。尽管最高人民法院在（2015）民申字第1518号民事裁定中认为XX集团公司还存在利用其便利与新月公司的前雇员联络的行为，但认为北京市高院的判决并无不当。新月公司在与XX集团公司和陈某以及上海C公司的诉讼和仲裁过程中，已经通过诉讼和仲裁获得了相应的赔偿，且在新月公司诉XX集团公司和陈某侵害其商业秘密的案件中，北京市高院在二审文书中对于损失的金额特意进行了调减，并进行了充分的论证，认为新月公司的损失已经完全可以得到弥补，在此不再赘述。现上述案件已经执行完毕，款项全部执行到位。如果新月公司主张对于本案系争的1,450万元行使归入权，将会导致其获得远远超过因合同履行而获得的预期利益。因此，新月公司主张行使归入权也不具有合理性。

一审法院判决：一、驳回新月公司的诉讼请求；二、案件受理费110,600元、财产保全费5,000元，合计115,600元，由新月公司负担。

本院二审期间，新月公司围绕其上诉请求依法提交新证据：1、新月公司致伊朗国家议会议员的传真；2、伊朗国家议会议员的回复；3、伊朗OEOC公司致大连XX厂的信函；4、大连E有限公司给新月公司的授权书；5、大连E有限公司致Z公司的传真；6、大连E有限公司致Z公司的工程建议书，以证实马生辉的不忠实导致新月公司另一重要业务落空，损失无法估量。萍辉公司、马生辉质证后认为，对上述证据的真实性均不予确认，亦与本案及马生辉无关。

二审中，马生辉、萍辉公司没有提交新证据。

二审中，中国XX大学法律应用研究中心受新月公司的委托，向本院邮寄了一份《关于北京新月长城投资管理有限公司诉马生辉、上海萍辉石油工程服务有限公司归入权纠纷案专家论证法律意见书》。

一审法院查明的本案事实属实，本院予以确认。

本院认为，新月公司作为原审原告，在一、二审期间均明确其请求权基础是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的公司归入权。理论上，归入权是法律赋予公司的特别救济权，不以公司对公司内部人违反法定义务所获得的利益拥有所有权为前提条件；法律上，公司法第一百四十八条将“公司内部的义务人”或者说对公司负有忠实义务的责任主体明确界定为公司的董事、高级管理人员。结合案件的诉辩事实，本案的首要争议就是确定马生辉是否为新月公司的高级管理人员。

首先，公司法第二百一十六条规定，“高级管理人员”的含义是指公司的经理、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。新月公司二审确认，马生辉是新月公司聘任的驻伊朗代表处的总代表、经理，而非新月公司的经理，新月公司的章程及客观上的经理、执行董事为一人，即公司的法定代表人，但马生辉在口头上及对外称呼上是新月公司的副总经理，享受副总经理的待遇；其次，案件事实反映并经新月公司确认，马生辉与新月公司之间没有正式的劳动合同关系，新月公司出具的《终止、解除劳动合同书》、《解除劳动合同证明》均没有基础事实，仅为用于解除马生辉驻伊朗代表处总代表、经理的职务；再次，马生辉个人与新月公司之间订有《合作协议》，协议约定马生辉应履行本职工作，尽职尽责认真完成新月公司交办的工作，协调与伊朗各部门的友谊和业务事宜，促使合作项目顺利进行，并在开展业务过程中及时向北京总部汇报工作。从上述协议来看，马生辉的职权范围明确限定于负责、执行伊朗代表处的工作事务，同时依约收取项目的效益佣金和业务提成，对新月公司的整体经营管理不享有任何职权，据此可以确定马生辉只是作为新月公司雇佣的一个驻外机构及特定项目的执行负责人；最后，关于马生辉是否实际行使了新月公司高级管理人员的职权，对此新月公司应当承担必要的举证责任。就新月公司举证的马生辉任职期间的所作所为，包括参与伊朗项目的联络、洽谈、签约等活动，均未超出马生辉作为新月公司驻伊朗代表处总代表、经理的职责范围。伊朗项目是否为公司的核心业务，属于新月公司内部的、某个经营期间的评估结果，不能以此作为衡量参与项目的负责人即为公司高级管理人员的定性标准。另外，因新月公司的商业秘密被非法侵害，其合法权益已经生效判决获得赔偿，马生辉亦非该案件新月公司起诉并经依法认定的侵害主体之一。

综合本案查明的事实，本院认为，马生辉既非新月公司章程确定的股东、董事、监事，同时也不具有公司法或新月公司章程规定的高级管理人员职位或职权，依法不能界定其为新月公司的高级管理人员。因此，依据公司法第一百四十八条之规定，马生辉不是公司归入权的义务人，新月公司以归入权向马生辉提起的诉讼请求，本院不予支持。

综上所述，新月公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律基本正确，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、第一百七十五条及第一百一十八条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费为人民币110,600元，由上诉人北京新月长城投资管理有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　严耿斌

审判员　　季伟伟

审判员　　刘　雯

二〇一八年一月八日

书记员　　郑雯晴

附：相关法律条文

一、《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、《中华人民共和国民事诉讼法》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。三、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。收取诉讼费用的办法另行制定。