山东省济南市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）鲁01民终5379号

上诉人（原审原告）：山东中建物业管理有限公司，住所地山东省济南市。

法定代表人：杜红则，执行董事。

委托诉讼代理人：李楠，北京市百瑞（济南）律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：唐福清，男，1970年3月19日出生，汉族，住山东省济南市。未到庭

被上诉人（原审被告）：吕静，女，1982年11月8日出生，汉族，住山东省济南市。

以上二被上诉人共同委托诉讼代理人：陈自广，山东舜翔律师事务所律师。

以上二被上诉人共同委托诉讼代理人：李爽，山东舜翔律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：丁杰，女，1974年1月7日出生，汉族，住山东省济南市。

被上诉人（原审被告）：唐福水，男，1973年7月18日出生，汉族，住山东省无棣县。

被上诉人（原审被告）：李方庆，男，1977年9月27日出生，汉族，住山东省济南市。

以上三被上诉人共同委托诉讼代理人：李凤伟，山东舜翔律师事务所律师。

以上三被上诉人共同委托诉讼代理人：黄春燕，山东舜翔律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：山东中鸿物业管理有限公司，住所地山东省济南市。

法定代表人：侯攀荣，经理。

委托诉讼代理人：刘文丽，山东舜翔律师事务所律师。

上诉人山东中建物业管理有限公司（以下简称中建公司）因与被上诉人唐福清、吕静、丁杰、唐福水、李方庆、山东中鸿物业管理有限公司（以下简称中鸿公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服济南市历下区人民法院（2019）鲁0102民初8845号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年5月19日立案后，依法进行了审理。本案现已审理终结。

中建公司上诉请求：1.撤销一审判决；2.改判支持我公司在一审的全部诉讼请求，或将本案发回重审；3.本案的诉讼费、保全费由唐福清、吕静、丁杰、唐福水、李方庆、中鸿公司承担。

事实和理由：一、一审法院对于唐福清自2010年3月26日起开始担任我公司副经理，唐福清为我公司的高级管理人员这一事实认定正确，但一审法院对于丁杰、吕静、唐福水、李方庆不是我公司高级管理人员的事实认定错误，二审法院应当依法予以纠正。1.根据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第216条之规定，有限公司的高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人。从法律规定的本意以及商业经营实务来看，高级管理人员中“副经理”这一职务，应当是辅助“经理”开展管理事务的公司其他重要管理人员的统称，即只要公司中某些重要管理人员的职权对于辅助“经理”开展管理事务具有重要作用、具备“副经理”职务之实的，就可以认定该名管理人员属于公司高级管理人员中的“副经理”。而“副经理”这一职务人员的划定范围，亦需要根据公司经营规模、员工总数、管理人员收入等多方面因素予以认定。2.本案中，我公司员工总数近千人，公司法定代表人为经理，同时下设多个副经理职务，该部分副经理职务的任职者包括唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水，该五人任职期间在我公司实际经营过程中发挥着非常重要的作用，亦分别管控着我公司的重要经营项目，我公司除法定代表人及该五人以外，亦没有其他具备较高管理、决策权的管理人员。同时，该五人的收入水平相互之间差异不大，但其收入均明显高于基层员工及一般管理人员，该五人显然均应属于法律意义上的高级管理人员，我公司在一审过程中亦分别提供了充分的证据予以证实该部分主张。（1）对于丁杰，我公司在一审过程中提供了劳动合同书、社保缴费证明等证据，劳动合同中明确载明丁杰从事管理岗位，可以证明丁杰自2009年1月1日至2018年7月30日期间在我公司处任项目经理（副经理级别）职务，属于高级管理人员。（2）对于吕静，我公司在一审过程中提供了劳动合同书、社保缴费证明、任职通知（2012.4.1）、辞职报告（2份）等证据，其中，劳动合同中明确载明吕静从事管理岗位，而吕静的两份辞职报告，对于自己担任我公司经理的事实更是明确认可。该部分证据可以证明，吕静自2008年8月至2017年9月30日期间在我公司处任项目经理、办公室主任、无棣分公司经理、总经理等高级管理职务，属于高级管理人员。（3）对于唐福水，我公司在一审过程中提供了唐福水劳动合同书、社保缴费证明等证据，劳动合同书中明确记载了唐福水在我公司处从事物业项目的管理和培训岗位，并按照项目经理的岗位职责、工作流程和考核标准完成所属区域人员及质量等，可以直接的证明唐福水在2010年1月起即担任我公司项目经理（总公司副经理级别）职务，唐福水属于高级管理人员。（4）对于李方庆，我公司在一审过程中提供了李方庆劳动合同书、社保缴费证明、任职通知（2012.4.1）、辞职报告（1份）等证据，其中，劳动合同书中明确载明李方庆为我公司从事管理岗位，而任职通知更明确载明职务为滨州分公司经理（即总公司副经理级别），该部分证据可以证明，李方庆于2010年5月至2016年4月11日期间在我公司处任滨州分公司经理（副经理级别）、济南公司经理（副经理级别）职务，李方庆属于高级管理人员。但一审法院对该部分证据视而不见，机械的适用法律条文，更没有结合包括我公司在内的众多商事主体的经营管理实际，进而做出丁杰、吕静、唐福水、李方庆不是我公司高级管理人员的错误认定。试想，如按照一审法院判决，我公司仅有法定代表人及唐福清两人为高级管理人员，而实际在公司中扮演重要角色、拥有重要管理职权的丁杰、吕静、唐福水、李方庆均不是高级管理人员，这与我公司这样一家员工总数近千人的中型企业机构设置及管理需求是绝对不符的，显系错误，二审法院应当依法予以纠正。3.尤其需要提请法庭注意的是，我公司所处的物业服务行业为劳动密集型行业，用工成本是企业经营的主要成本，且占据经营支出的大部分比例，相对于其他行业来讲，利润率相对较低，甚至可以说是微利行业。相对应的，物业服务行业高级管理人员的工资水平，并非如其他高利润行业企业的高级管理人员那样，动辄年薪数百万。也就是说，二审法院应当结合我公司的实际经营状况、客观薪资水平等因素，正确理解我公司高级管理人员的合理工资水平，并据此准确认定丁杰、吕静、唐福水、李方庆均是高级管理人员这一事实。

二、一审法院对于唐福清违反《公司法》规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为这一认定正确。但在前述否定丁杰、吕静、李方庆、唐福水为我公司高级管理人员的基础上，未认定“丁杰、吕静、李方庆、唐福水违反公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为”、否定“唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆通过其实际控制的中鸿公司累计获取的收入金额至少12406982.99元”，以及否定“该部分收入均应归上诉人所有”等事实的做法均属错误，二审法院应当依法予以纠正。1.结合前述，唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水均属于我公司的高级管理人员，其在我公司处任职期间设立与我公司经营范围相同的中鸿公司，并共同通过中鸿公司实施了长期、多次的严重损害我公司合法权益的行为（包括但不限于：①在我公司投标项目的同时，以中鸿公司名义参与竞标，并且故意使得我公司的投标评分低于中鸿公司，从而由中鸿公司中标部分项目；②在中鸿公司投标项目中，擅自使用我公司所属员工的资质证书；③以中鸿公司的名义续签原属于我公司的物业服务合同，直接侵占属于我公司公司的商业机会），该等行为显然违反了公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为，一审法院在判决文书中对该部分内容也有论及，我公司对一审法院该部分论述内容予以认可。基于丁杰、吕静、李方庆、唐福水均属于我公司的高级管理人员这一事实，二审法院应当进一步认定丁杰、吕静、李方庆、唐福水均违反了公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为。2.在一审判决中，一审法院称“将中鸿公司自2016年至2019年期间的物业服务合同金额之和列为唐福清的收入，无事实及法律依据，亦不符合常理”。首先，我公司在本案中主张的中鸿公司自2016年至2019年期间的物业服务合同金额之和，对应的是中鸿公司的全体股东即五被上诉人的收入之和，而并非唐福清一人的所得收入。一审法院该表述显然不具备事实基础，是错误的。其次，所谓“无事实及法律依据，亦不符合常理”之说，更是既轻率又武断，既罔顾事实证据又违背法律规定的枉法裁判。事实上，对于唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆基于违反公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为，其五人获取的收入这一事实，我公司在条件允许的范围内已经提交了中鸿公司自2016年至2019年期间的物业服务合同，用以印证唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆相应收入应当归入我公司的主张。同时，我公司在因客观原因无法调取更多该方面证据资料的情况下，亦向一审法院申请了调查取证申请，请求依法调取中鸿公司自成立之日（2011年11月14日）至今的全部纳税记录和报税材料等证据，在庭审中亦明确提请法院责令中鸿公司自行提供其自成立之日（2011年11月14日）至今的全部纳税记录和报税材料，并要求各被上诉人提供五被上诉人与中鸿公司全部的银行账目往来明细，但一审法院对我公司的申请不予理会，各被上诉人更是拒绝配合。我公司认为，在这样的情况下，人民法院应当结合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定（有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立），推定我公司的主张成立。3.我公司在一审中主张将中鸿公司的全部收入作为我公司归入权的对象，系因本案五被上诉人在上诉人处任职期间，共同发起设立中鸿公司，且该五人合计持有中鸿公司100%股权，该五人违反忠实勤勉义务损害我公司合法权益的共同故意非常明显，中鸿公司不仅是该五人实施损害我公司行为的工具，更是其五人获取收入的直接途径，而五被上诉人虽然离职时间不一，但其侵权行为处于长时间的持续状态，相对应的，中鸿公司基于该持续状态获取的全部收入作为各被上诉人获取收入的整体，理应作为我公司归入权的对象。实际上，对于高级管理人员基于违反公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为获取的收入类型，法律规定本身也并没有明确限定为“工资收入”或“货币收入”。也就是说，即使本案中目前并未有五被上诉人从中鸿公司获取收入的证据，但事实上，因中鸿公司的股权全部由唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆持有，中鸿公司的收入增加亦使得五被上诉人对中鸿公司所持股权的价值增值，五被上诉人亦从中获得收益，故我公司目前所提交证据证明中鸿公司收入的部分，应当作为五被上诉人的直接收入，该部分收入应当归我公司所有。因《公司法》及相关司法解释并未对公司归入权中高级管理人员违反忠实勤勉义务所获取“收入”的计算方式作出明确界定。我公司认为，结合我公司在本案中举证可能的限制，各被上诉人拒不配合提交证据，致使各被上诉人实际收入情况不便查实的客观情况，人民法院应本着惩治违法行为，以及公平分配举证责任的原则，从文义理解的角度，准确理解并适用法律，应当将中鸿公司所获取的全部业务收入作为我公司在本案中行使归入权的对应金额，而不宜主动刨除所谓经营成本。当然，如人民法院从相对公平的角度出发，结合商事主体开展经营活动必定存在经营成本的客观实际，对我公司的主张金额做适当调整亦可能是更为合理的做法，但无论如何，我公司要求归入数额的主张全部驳回，是毫无道理的。5.退一步讲，即使按照一审法院认定的，本案中仅有唐福清一人为我公司的高级管理人员，那么一审法院也应当按照唐福清在中鸿公司占股比例（40%），依法查明唐福清在我公司任职期间违反忠实勤勉义务所获取的具体收入金额，并相应支持我公司的诉讼请求，而不能仅以不能确定所谓各自金额为由武断驳回我公司的全部诉求，这种做法显然属于怠于查明案件事实，不尽职、不作为的表现。6.中鸿公司受唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆的共同实际控制，并与唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆共同实施了对我公司的侵权行为，为共同侵权行为人，应当对唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆向我公司应付的责任承担连带责任。

三、一审法院未支持我公司所主张的损失的做法有失公允，与立法本意有悖，二审法院应当依法予以纠正。1.对于一审法院称“从竞标结果来看，即使没有中鸿公司参与投标，中建公司也不会中标”这一说法，我公司认为该说法是错误的。我公司在本案中主张的两项目未能中标而发生损失的事实，恰恰是因为唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆共同设立中鸿公司，与我公司恶意竞争而导致的。在具体投标过程中，一方面，该五人将更多的时间、精力放在帮助中鸿公司中标上，这本身就会直接影响上诉人投标质量，导致竞标分数降低；另一方面，两公司相比较而言，我公司经营规模、资质、质量均明显强于中鸿公司，而该五人为增加中鸿公司中标可能性，必定故意将我公司有关项目评分故意做低，这更会直接导致我公司不能中标。也就是说，唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆，违反公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为，同时操控我公司及中鸿公司投标，一定会导致我公司不能中标这一结果出现，其五人应当以相应未中标项目金额对我公司承担赔偿责任。2.因唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆恶意串通，通过所成立的中鸿公司，操控两公司共同参与同一项目投标，并最终导致我公司丧失商业机会的事实，各被上诉人的行为严重违反了我国《公司法》、《招投标法》等有关规定，其行为可能涉嫌刑事犯罪。各被上诉人应当对因其行为给我公司造成商业机会丧失的损失承担赔偿责任。赔偿金额应当以我公司一审过程中所提交的证据18、19项目所涉及金额作为参照。同时，在唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆的恶意操控下，我公司在该两项目中的每项得分均低于中鸿公司，更可见唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆对我公司实施侵权行为的猖獗程度。3.事实上，唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆均是在我公司及我公司大股东杜红则的帮助和关照下逐步成长起来的。在工作过程中，杜红则给予他们充分的信任，我公司绝大部分管理事务均放权交由唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆处理，唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆亦是在这样优越、宽松的环境中不断得到提升，但该环境同时也为唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆借控制我公司经营资源之便利，实施违反忠实勤勉义务的违法行为滋生了土壤，并最终发展为唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆背信弃义，肆意侵吞、霸占我公司经营资源和成果，其行为严重侵害了我公司的合法权益，亦违背了社会公序良俗，此也系本案发生的根源所在。

唐福清、吕静共同辩称，一、一审法院对吕静不属于中建公司高级管理人员的事实认定正确，中建公司称一审法院认定事实有误，没有任何依据。对高级管理人员的认定应符合《公司法》、公司章程的规定，不能随意的扩大，中建公司的公司章程对高级管理人员未做规定的情况下，一审法院依据《公司法》第216条对高级管理人员之规定认定吕静不属于中建公司高级管理人员的事实认定正确。首先，吕静并非中建公司的副经理，中建公司认为“副经理这一职务人员的划定范围应根据公司经营规模、员工总数、管理人员收入等因素考虑”毫无事实及法律依据。吕静是否属于副经理或高级管理人员与公司经营规模的大小、员工总数的多少没有任何必然联系，公司运营中副经理这一职务是否设定及设定的人员范围是公司自治的范畴，与中建公司是多大的规模、多少员工的企业毫不相关。无论是从吕静与中建公司签订的劳动合同约定的工作岗位为“从事管理岗位”这一形式上判断，亦或从吕静实际行使的职权、工作内容、工作职责、劳动报酬等多方面进行实质上的判断，均可以得出吕静并非中建公司的高级管理人员。其次，从吕静实际履行的职责上看，并非中建公司的高级管理人员。2010年3月26日任命吕静为滨州分公司经理，而实际滨州分公司负责人为杜红则，且2012年4月1发生了任命上的改变，此日后吕静不再是滨州分公司经理，而是庆云、无棣办事处主任，办事处主任只是普通管理岗位，对公司的经营决策没有任何权利，并不是《公司法》规定的公司高级管理人员。《公司法》规定的高级管理人员仅限于公司层面的经理、副经理，并不包括分公司经理，且答辩人任职无棣分公司经理仅对分公司部分事项有部分管理权，例如所有的财务报销均需杜红则签字才行，只是1000元以下的物料采购不需要提前汇报，吕静行使的仅是一般管理权，不享有也未行使过经理的职权，未参加过经理办公会、未签署任何文件，吕静并非上诉人的高级管理人员。最后，中建公司并没有对吕静担任分公司经理或总公司经理进行过任命，不满足《公司法》及相关法律规定的经理任职程序。

二、一审法院认定唐福清系中建公司高级管理人员与事实不符。从唐福清实际行使的职权上来看其并未实际行使公司高级管理人员的职责，并不是实质上的公司高级管理人员。中建公司在一审中提交的唐福清在报销单领导审批栏中的签字条，不能证明唐福清实质上享有且行使公司的高级管理人员的职权，因该报销单也仅限于唐福清在滨州承包管理的项目，而是在唐福清承包该项目且自负盈亏的情况下行使的职权，且报销单中唐福清审批的事项均是项目上日常琐碎的小事，并不涉及公司经营管理层面，且审批事项涉及的金额均是项目上一些零星开支，金额极低，大多数金额仅为4000元左右，甚至还有几百元的，唐福清审批完之后还需要杜红则审批才能作为正式的报销用。唐福清并没有实际履行副总经理职责，实际享有副经理的职权，不属于中建公司的高级管理人员，仅是一般管理者。综上所述，无论从形式上判断，还是从唐福清实际享有的职权上判断，吕静和唐福清均不是上诉人的高级管理人员，一审法院认定吕静不是中建公司的高级管理人员认定正确，认定唐福清为中建公司的高级管理人员则认定错误。

三、中建公司主张对12406829元收入行使归入权没有事实依据，一审法院未支持该诉讼请求是正确的。首先，根据《公司法》规定中建公司行使收入归入权的对象应当是违反忠诚与勤勉义务的高级管理人员，中鸿公司并非是对中建公司负有忠诚勤勉义务的主体，并非是中建公司主张收取归入权的适格对象。中鸿公司作为一个独立的法人其收入与唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆的收入不能直接等同，即使唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆合计持有中鸿公司100%股权，对中鸿公司享有的股权收益也不能直接等同于唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆违反忠诚勤勉义务取得的收入。其次，收入归入权的时间应当自从事同业经营的时间开始，至失去高级管理人员职位时止，这个期间内高级管理人员违反忠诚勤勉义务取得的收入才应当归公司。高级管理人员离职后是否对其进行竞业限制，是基于章程规定或者双方签订的协议约定，否则不能进行竞业限制。本案中，中建公司章程未做规定，双方亦未做约定，因此，唐福清、吕静离职后就不再属于竞业限制的适格主体，离职后获得的收入不应当作为收入归入权的范围。本案中，第一，唐福清、吕静在上述时间段内并未从中鸿物业公司获得任何收入；第二，即使认定唐福清、吕静系高级管理人员，也应分别根据各自违反忠诚勤勉义务的期间来分别计算唐福清、吕静的收入，而不是简单将中鸿公司所有的收入等同为唐福清、吕静的收入，唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆之间对中建公司主张的收入归入权并不应该承担连带责任，而是各自承担自己因违反忠诚勤勉义务而取得的收入。最后，即使收入归入权的范围包含中鸿公司，中建公司将中鸿公司所有中标项目合同金额的总计金额12406829元作为收入主张没有任何依据。上诉人主张的收入是通过网上下载的中鸿物业公司中标项目合同金额的总计金额，这显然是不正确的，虽然法律及相关司法解释并没有对公司归入权中高级管理人员违反忠诚勤勉义务所获取的收入的计算方式作出明确界定，但无论从文义解释还是目的解释，均不应将中鸿公司所有中标项目合同金额的总计金额作为其收入。第一，合同金额不代表实际收入，合同履行后实际结算金额往往低于合同金额，且还需要扣除工人工资、购买各项物资的费用及税金等，实际收入肯定远远低于中标合同金额，甚至还存在亏损的可能；第二，高青县第一中学及高青县实验小学项目系张洪胜挂靠在中鸿公司的项目，中鸿公司仅从该项目中收取3%的管理费，这两个项目取得收入并不是中标合同金额，只是项目管理费；第三，在领秀城G1项目及滨州创业大厦项目还产生巨大亏损；第四，法律赋予公司对违反忠诚勤勉义务的高级管理人员行使收入归入权已经表明了对该高级管理人员行为的否定及惩罚，但如果不扣除高管已经支出的经营成本直接以合同金额计算收入，就不再是填平公司的损失，而是过度惩罚高管，这显然是不公平的。因此中建公司主张归入权的对应金额不宜刨除经营成本的主张是没有依据的。

四、中建公司主张的经济损失2188237元并不存在，也不属于中建公司的现有利益和可得利益，即使存在损失也并非唐福清、吕静的原因造成的。一审法院未支持其对损失的主张合理合法，二审法院应当依法维持。中建公司主张的损失2188237元，是将唐福清、吕静与中建公司同时参与竞标但双方最终均未中标的两个项目中标金额相加计算出来的。首先，两个未中标项目不能称为中建公司的损失。两个项目分别采用公开招标和竞争性磋商的方式采购，本来中标与否都是未知的、不确定的，未中标本就是所有参与投标企业可能存在的风险，并不能称其为损失。其次，即使存在损失与唐福清、吕静参与竞标的行为之间没有因果关系。招标、竞标、评标的过程均是公开透明的，中建公司在两个项目中未中标并非是因为中鸿公司参与了此次竞标。中鸿公司最终也未中标，中建公司未能提供证据证明所谓的损失是唐福清、吕静的原因造成的，中建公司认为其未中标是由于唐福清、吕静操纵评分结果等存在因果关系论述均是其猜测，没有任何证据证明，故一审法院未支持其对该损失的主张是合法的，二审法院应当依法维持。综上所述，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，望二审法院维持原判，驳回中建公司的上诉请求。

丁杰、唐福水、李方庆共同辩称，一审判决认定丁杰、唐福水、李方庆不属于中建公司的高级管理人员，不承担赔偿责任正确。一、丁杰、唐福水、李方庆并不是中建公司高级管理人员，不属于公司法上竞业限制的适格主体。1.公司高管的认定应符合《公司法》、公司章程的规定，不能做随意的扩大,不能用相当于什么级别来认定。首先，根据《公司法》第216条第1款规定：“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。”其次，根据中建公司的公司章程，并未对高级管理人员的范围作出约定。所以，丁杰、唐福水、李方庆并不属于公司法规定的公司高级管理人员的范畴，不是公司法上竞业限制的适格主体。2.丁杰、唐福水、李方庆既不属于形式上的高管，亦不属于实质上的高管。第一，从中建公司一审提交的与丁杰签订的两份劳动合同约定的工作岗位来看，合同中约定的工作岗位为“从事管理工作”，仅是普通的项目管理职责。该管理职责、权利并不能等同于公司经理或者副经理，进而得出属于公司高级管理人员的结论，项目经理仅负责具体项目，仅在负责的项目中有发言权，丁杰也并不直接对董事会负责，也未经董事会聘任，且丁杰从入职到离职所从事的唯一一个项目是唐福清与杜红泽合作挂靠在中建公司名下的项目，并不是中建公司的项目，前期利润分配方式为唐福清与杜红泽平分，后期改为支付给中建公司管理费后自负盈亏，可见丁杰并不是公司高级管理人员。从待遇上来看，丁杰只有2000多元的工资，不符合公司高管的待遇。第二，从中建公司提交的与唐福水签订的劳动合同上看，合同第二条工作内容的约定为“安排乙方（唐福水）从事物业项目的管理与培训岗位工作，工作地点无棣政务中心”，第三条对具体岗位工作的任务和责任约定如下：“按照项目经理岗位职责、工作流程和考核标准完成所属区域人员及质量，与业主的对接培训工作及项目临时安排的其他工作”，唐福水从入职至今一直在中建公司无棣政务中心工作，从待遇上来看，合同第十九条对工资作出约定“按月以货币形式支付乙方工资，工资不低于2000元，其中试用期工资为1800”，这显然不是作为公司高管的待遇。第三，从中建公司提交的与李方庆签订的劳动合同上看，劳动合同第二条对工作内容作出约定“从事管理岗位工作”，中建公司在济南就没有分公司，济南的项目均是公司员工承包的，所以李方庆不可能是济南公司经理。李方庆只是普通的项目管理岗位，仅在负责的项目中有部分管理权，对中建公司的运营管理、规章制度的制定等并没有实际权利。从待遇上来看，中建公司与李方庆签订的劳动合同中未详细约定工资待遇，李方庆实际工资在2500-5000元之间，并不符合公司高管的待遇，所以，李方庆不属于公司高管人员。综上可以看出，丁杰、唐福水、李方庆仅在负责的一个项目中有部分管理权，对中建公司的运营管理、规章制度、公司经营等并没有实际权利，也不享有《公司法》第49条规定的经理享有的职权中的任何一项职权，也并不直接对董事会负责，也未经董事会聘任，不符合经理任职程序，不属于公司层面上的经理、副经理，不属于公司层面上的高级管理人员。在中建公司,像丁杰、唐福水、李方庆这样的普通管理岗位,有二、三十人。其中总经理是任秀梅,副总是张杰(杜红则外甥女)、杜凯（杜红则儿子），除这两人之外，还有很多从中建八局改制过来的职工，既是股东也是高管。所以，认定丁杰、唐福水、李方庆是否属于公司高管，不能仅凭事情的表象或零星的不能形成证据链的证据来判断，而应根据丁杰、唐福水、李方庆在中建公司所拥有的实际职权、所享有的实际待遇，与其他实际拥有高管职权的人在职权范围、实际待遇上具有同一性等因素来综合判断。丁杰、唐福水、李方庆从入职至离职一直只是普通管理人员，不属于公司层面上的高级管理人员，不属于公司法竞业限制的适格主体。二、中建公司认为丁杰、唐福水、李方庆及唐福清、吕静通过中鸿公司获得1240多万元的收入是不对的。首先，该数额是中建公司将中鸿公司自2016年至2019年期间的物业服务合同金额相加得出的，中鸿公司最终是否能获得这些收入还不确定。其次，这个数额仅是合同额之和，正如中建公司在上诉状第5页第3点的陈述，物业服务行业是劳动密集型行业，用工成本是企业的主要成本，占经营支出的大部分比例，相对于其他行业，利润率较低，可以说是微利行业，所以，合同额不能等同于5个股东的收入之和。再次，中鸿公司的利润很低，除去经营成本外可供分配的利润很少，也未进行过利润分配。所以，丁杰、唐福水、李方庆在归入权的时间段内并未从中鸿公司获得工资收入和分红。三、一审法院不支持中建公司主张的所谓损失是正确的。中建公司诉称的损失2188237元不属实，也并非丁杰、唐福水、李方庆的原因造成的。2188237元涉及的是滨州市滨城区人民法院物业管理服务和沾化区文化体育新闻出版局图书馆图书与市民活动中心物业管理两个采购项目，这两个项目均是政府公开招标的项目，是李广等人挂靠中建公司参与投标的项目，并非中建公司自己投标的项目，且中鸿公司与中建公司均未中标。从竞标结果看，即使没有中理公司参与竞标，中建公司也不会中标。综上所述，丁杰、唐福水、李方庆在职期间并不是中建公司的高级管理人员，不属于公司法上竞业限制的适格主体，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求依法驳回中建公司的上诉请求。

中鸿公司辩称，中建公司要求我公司承担连带清偿责任无法律依据。1、中建公司以我公司为被告起诉，要求我公司承担连带清偿责任系诉讼主体不适格。中建公司以唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆系高管人员，严重违背法律规定的忠实和勤勉义务，侵犯其合法权益为由提出本案诉求，并诉求我公司中鸿公司承担连带清偿责任，且不论唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆是否是中建公司的高管人员，是否存在违反《公司法》规定应承担的法律义务，《公司法》上无任何条款规定我公司需对唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水的债务承担连带清偿责任。因此，中建公司对我公司的诉求无法律依据。中建公司提交了唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆与中建公司签订的《劳动合同》，根据劳动合同显示的唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆具体工作岗位及五人实际在中建公司的工作岗位，一审法院认定丁杰、吕静、唐福水、李方庆非中建公司的高级管理人员并无不当。我公司自2016年至2019年期间公司收入之和对应的即是全体股东唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆收入之和既无事实依据也无法律依据，其诉讼请求完全违背公司法相关法律规定。2、我公司是依法成立、自主经营、自负盈亏、依法纳税的法人单位，自成立以来，严格按照公司法及国家的现行法律依法经营，任何经营与中建公司无关也没有任何的侵权。我公司自成立以来，参与的任何投标、经营行为都符合法律规定，其收入为公司的合法收入，非唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆的个人收入。中建公司主张唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆操纵我公司投标导致中建公司不能中标，无事实及法律依据。中建公司所举证的项目均是公开招标，我公司作为合法成立依法经营的企业，自然可以向任何公开招标的项目进行投标，而投标的项目的评分均是由招标单位公平、公正、严格按照招标文件进行，我公司作为投标人根本无法造成中建公司评分低于我公司的结果，我公司中标与中建公司不能中标无关联，且中建公司举证的项目中也并非所有项目双方都在同时进行了投标。3、中建公司主张的我公司收入金额12406982.99元应归其所有，无事实和法律依据。首先该数额仅仅是招标网及投标书中的报价，该金额并非是我公司的实际收入，其次我公司的主营业收入并非我公司开展同业竞争业务所得，并不存在损害中建公司的结果。唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆参与投资开办我公司，并不当然表明我公司与唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆构成共同侵权。《公司法》规定的归入权制度与民事侵权责任制度是两种不同的法律制度，我公司不是中建公司行使归入权的适格主体。故中建公司主张我公司的中标合同总价格12406982.99元应归中建公司所有，中建公司未中标的合同数额是其损失应该赔偿，从而要求唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水、我公司承担连带赔偿的诉讼请求于法无据，不应予以支持。4、中建公司主张我公司不提供自公司成立以来的银行账目往来明细，即可推定其主张成立，无事实及法律依据。首先，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。中建公司主张我公司导致其收入减少，唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水利用我公司影响了其收入，应自己提供足以证明其主张的证据。而一审中中建公司提交的证据，既不能证明我公司的经营影响了其收入，也无法证明唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水利用我公司获得了非法收入。其次，我公司的银行账目往来明细，纳税记录、报税材料等资料涉及公司的隐私，非本案必须提交的资料，依据相关法律规定，我公司没有必要向中建公司提供。再次，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》已于2019年12月25日修改，2020年5月1日施行，现行《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》已经将原七十五条删除，不存在我公司不提供证据，即可推定中建公司主张成立的情况。综上所述，一审法院认定事实清楚,适用法律正确，请求驳回中建公司的上讼请求。

中建公司向一审法院起诉请求：1.判令唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水通过中鸿公司取得的全部收入12406982.99元（暂定）归我公司所有；2.判令唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水共同向我公司赔偿损失2188237元；3.判令中鸿公司对本案第1、2项诉讼请求向我公司承担连带清偿责任；4.本案的诉讼费、保全费由唐福清、吕静、丁杰、唐福水、李方庆、中鸿公司承担。

一审法院认定事实：中建公司成立于2002年4月26日，公司经营范围包括物业管理。2009年2月26日，中建公司与唐福清签订了劳动合同，合同期限自2009年1月1日起至2011年12月31日止，合同未显示具体工作内容；2012年1月1日，中建公司与唐福清另签订劳动合同，合同期限自2012年1月1日至2014年12月31日，合同显示从事管理岗位；2010年3月26日，中建公司任命唐福清为公司副经理。2009年2月26日，中建公司与丁杰签订了劳动合同，合同期限自2009年1月1日起至2011年12月31日止，合同未显示具体工作内容；2012年1月1日，中建公司与丁杰另签订劳动合同，合同期限自2012年1月1日至2014年12月31日，合同显示丁杰从事管理岗位；2015年1月1日，中建公司与丁杰续签了2012年1月1日签订的劳动合同，合同期限至2018年12月31日，2009年2月26日，中建公司与吕静签订了劳动合同，合同期限自2009年1月1日起至2011年12月31日止，合同未显示具体工作内容，后中建公司与吕静续签了劳动合同，合同期限至2014年12月31日，合同显示吕静从事管理岗位；2010年3月26日，中建公司任命吕静担任滨州分公司经理，2012年4月1日，中建公司任命吕静担任庆云办事处、无棣办事处主任；2017年9月5日，吕静向中建公司的杜总提交了辞职报告，报告中称因本人工作能力有限，无法胜任总经理一职，特向公司提出总经理一职，而庭审中吕静主张没有担任过总公司经理，担任过分公司经理几个月。2009年12月1日，中建公司与唐福水签订了劳动合同，合同期限自2010年1月1日至2010年12月31日，工作内容为从事物业项目的管理与培训工作，工作地点为无棣政务中心。2013年1月1日，中建公司与李方庆签订了劳动合同，合同期限自2013年1月1日至2015年12月31日，合同显示李方庆从事管理岗位；2012年4月1日，中建公司任命李方庆担任滨州分公司经理；2016年4月11日，李方庆向中建公司提交了辞职报告。

中鸿公司成立于2011年11月14日，公司股东为唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆，公司经营范围包括物业管理，公司经理为侯攀荣，唐福清任公司执行董事，吕静任公司监事。2017年9月30日，中鸿公司中标高青县第一中学物业管理服务合同项目，中标金额为167万元；2018年3月19日，中鸿公司中标高青县实验小学物业管理服务项目，中标金额为377977元；2016年3月5日，中鸿公司中标领秀城G1项目，2016年4月5日，中鸿公司与北京鲁能物业服务有限责任公司济南分公司签订了领秀城G1项目物业外委托服务合同，合同金额为2193648元，丁杰作为中鸿公司的授权代表在该合同上签名；2017年4与14日，中鸿公司与北京鲁能物业服务有限责任公司济南分公司续签了领秀城G1项目物业服务合同，合同金额为1784664元，被告丁杰作为中鸿公司的授权代表在该合同上签名；2017年12月5日，中鸿公司中标章丘鲁能公馆营销中心项目，2018年1月1日，中鸿公司与北京鲁能物业服务有限责任公司济南分公司签订了章丘鲁能公馆营销中心运营外委合同，合同金额为3477432元，丁杰作为中鸿公司的授权代表在该合同上签名；2016年4月10日，中鸿公司与山东省无棣县人民法院签订了山东省无棣县人民法院物业管理委托合同，合同金额为17万元，吕静在该合同上签名，中建公司曾于2011年4月19日与山东省无棣县人民法院签订过物业委托管理合同，合同期限为一年，合同金额为158000元；2019年6月1日，中鸿公司中标滨州市滨城区机关事务管理局创业大厦办公楼和创业商务中心13号楼物业服务项目，合同金额为2271737.99元，中标公告显示中建公司也参加了该次投标，另中建公司曾与滨州市滨城区机关事务管理局签订过两份滨州市滨城区创业大厦物业管理服务合同，委托管理期限自2016年1月1日至2018年12月31日；2017年3月16日，中鸿公司与山东友泰科技有限公司签订了山东友泰科技大厦物业管理合同，合同金额为442090元，孙海芳作为中鸿公司代表人在该合同上签名，另孙海芳曾与中建公司签订过劳动合同，合同期限自2014年5月1日至2015年4月30日，中建公司为孙海芳缴纳了2014年5月至2019年6月的社会保险。2018年6月20日，滨州市沾化区文化体育新闻出版局发布滨州市沾化区文化体育新闻出版局图书馆图书与市民活动中心物业管理采购公告，中建公司与中鸿公司同时参加了该次招标，但双方均未中标，而中建公司的评分低于中鸿公司，辽宁北方出版物配送有限公司以429800元的价格中标；2017年9月29日，滨州市滨城区人民法院发布滨州市滨城区人民法院物业管理服务采购公告，中建公司与中鸿公司同时参加了该次招标，但双方均未中标，而中建公司的评分低于中鸿公司，山东丽都物业管理有限公司以1758437元的价格中标。

一审法院认为，本案争议的焦点问题为：一、唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆是否应被认定为中建公司高级管理人员；二、中建公司的高级管理人员是否违反了公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为，以及所得收入；三、中建公司的高级管理人员是否给中建公司造成了损失。

针对焦点一问题，一审法院认为，根据《中华人民共和国公司法》的规定，公司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；公司高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者其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；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，而中建公司的公司章程中没有对高级管理人员作出约定；根据中建公司提交的公司任职通知及劳动合同，可以证实唐福清自2010年3月26日起开始担任中建公司副经理，虽然唐福清主张其与中建公司系合作关系，但对此未提交证据，故对唐福清的该抗辩，不予采纳，唐福清应被认定为中建公司的高级管理人员；虽然丁杰于2012年1月1日与中建公司签订的劳动合同中显示其从事管理岗位，但中建公司没有对丁杰的职务进行具体任命，故丁杰不应被认定为中建公司的高级管理人员；根据中建公司提交的公司任职通知及劳动合同，可以证实吕静自2010年3月26日起开始担任滨州分公司经理、自2012年4月1日起开始担任庆云办事处、无棣办事处主任，虽然吕静在其2017年9月5日的辞职报告中称“因本人工作能力有限，无法胜任总经理一职，特向公司提出总经理一职”，但庭审中吕静主张没有担任过总公司经理，只是担任过分公司经理几个月，且中建公司没有对吕静担任分公司经理或总公司经理进行任命，故吕静不应被认定为中建公司的高级管理人员；虽然唐福水于2009年12月1日与中建公司签订的劳动合同中显示其从事物业项目的管理与培训工作，但中建公司没有对唐福水的职务进行具体任命，故唐福水不应被认定为中建公司的高级管理人员；根据中建公司提交的公司任职通知及劳动合同，可以证实李方庆自2012年4月1日起开始担任滨州分公司经理，虽然李方庆于2013年1月1日与中建公司签订的劳动合同中显示其从事管理岗位，但中建公司没有对李方庆的职务进行具体任命，故李方庆不应被认定为中建公司的高级管理人员;综上，中建公司主张丁杰、吕静、唐福水、李方庆为中建公司的高级管理人员，证据不足，不予认定。

针对焦点二问题，一审法院认为，根据《中华人民共和国公司法》的规定，公司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；公司高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者其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，本案中，唐福清在担任中建公司副经理职位时，与丁杰、吕静、唐福水、李方庆共同成立了中鸿公司，且中鸿公司与中建公司的主要经营范围均为物业管理，唐福清的该行为已经违反了公司法规定的高级管理人员的忠实义务和禁止行为；但中建公司简单的将中鸿公司自2016年至2019年期间的物业服务合同金额之和列为唐福清所得的收入，无事实及法律依据，亦不符合常理。

针对焦点三问题，一审法院认为，《中华人民共和国公司法》规定，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。本案中，中建公司主张在滨州市沾化区文化体育新闻出版局图书馆图书与市民活动中心物业管理采购项目、滨州市滨城区人民法院物业管理服务采购项目中，因唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆的恶意操控使得中建公司的评分均低于中鸿公司，虽然该两次投标过程中中建公司的评分均低于中鸿公司，但从竞标结果来看，即使没有中鸿公司参与竞标，中建公司也不会中标，故中建公司据此主张唐福清给中建公司造成了损失，证据不足，一审法院不予支持。综上，中建公司要求唐福清、丁杰、吕静、唐福水、李方庆赔付所得收入12406982.99元、损失2188237元，证据不足，不予支持。一审法院依据《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、第二百一十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，判决：驳回山东中建物业管理有限公司的全部诉讼请求。案件受理费109370元，保全费5000元，均由山东中建物业管理有限公司负担。

本院二审期间，中建公司提交以下证据：证据1.2011年11月、12月唐福清、吕静、李方庆、唐福水工资表；证据2-9.2012年1至2019年1至8月唐福清、吕静、李方庆、唐福水工资表；证据10.中建公司费用报销单一宗，拟以上述证据证明唐福清、吕静、唐福水、李方庆为中建公司高级管理人员。唐福清、吕静、丁杰、唐福水、李方庆、中鸿公司对上述证据的证明效力提出异议。经审核，本院对证据的真实性予以确认，但唐福清、吕静等是否为中建公司高级管理人员与其工资之间无必然关系，对其证明效力不予确认。

一审判决认定的事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案焦点是：中建公司请求判令唐福清、丁杰、吕静、李方庆、唐福水返还通过中鸿公司取得的收入12406982.99元，并赔偿损失2188237元是否合法有据。从中建公司一审诉求分析，其行使的权利有两项，一是公司归入权，二是损失赔偿请求权。公司归入权的法律依据为《公司法》第一百四十八条，指董事、高级管理人员违反法律规定的忠实义务所得的收入归公司所有。损失赔偿请求权的法律依据主要为《公司法》第一百四十九条，指董事、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。

首先，关于高级管理人员的含义，《公司法》第二百一十六条第一项规定，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。本案中，丁杰、吕静、李方庆、唐福水并非中建公司的经理、副经理或财务负责人，中建公司在一审中提交的劳动合同不能证实丁杰、吕静、李方庆、唐福水在中建公司具体担任何职务，其主张丁杰、吕静、李方庆、唐福水为高级管理人员的证据不足，一审法院认定丁杰、吕静、李方庆、唐福水不是高级管理人员并无不妥，本院应予维持。

第二，关于中建公司主张的归入权，其证据为中鸿公司与高青县第一中学、高青县实验小学等第三方签订的八份物业管理服务合同，中建公司以八份合同金额之和作为其主张归入权数额的根据。本院认为，即使唐福清违反忠实义务通过签订物业管理服务合同获益，但物业管理服务合同的金额不等同于中鸿公司的纯利润，更不等同于唐福清等股东应得的分红，中建公司以物业管理服务合同的价款作为主张归入权的数额，于法无据，本院不予支持。

第三，关于中建公司主张的损失赔偿请求权，其证据为滨州市沾化区文化体育新闻出版局图书馆图书与市民活动中心物业管理采购中标公告、滨州市滨城区人民法院物业管理服务采购中标公告，中建公司以中标公告的价款作为损失依据。在两份中标公告中，中鸿公司、中建公司均未中标，中建公司的证据不能证实其确定中标，其以中标公告合同款项之和作为损失依据，无事实依据，本院不予采信。

综上，中建公司上诉请求不能成立，本院依法不予支持。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109370元，由山东中建物业管理有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　刘培森

审判员　　赵永先

审判员　　李平公

二〇二〇年八月三日

书记员　　胡晓炘