福建省福州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）闽01民终8544号

上诉人（原审原告）：福建鑫点梦谷创业园有限公司，住所地福建省福州市鼓楼区软件大道89号福州软件园C区40号楼1层111、113室，统一社会信用代码91350100MA2XNBE56W。

法定代表人：吴尚栩，董事长。

委托诉讼代理人：陈伟、陈婕，福建大佳律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：茆鑫，男，1982年2月5日出生，汉族，住福建省福州市鼓楼区。

委托诉讼代理人：陈建明，福建共与和律师事务所律师。

上诉人福建鑫点梦谷创业园有限公司（以下简称“鑫点梦谷公司”）因与被上诉人茆鑫损害公司利益责任纠纷一案，不服福建省福州市鼓楼区人民法院（2018）闽0102民初9393号民事判决，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

鑫点梦谷公司上诉请求：1.撤销一审判决，发回重审或改判；2.一审、二审诉讼费用由茆鑫承担。事实和理由：1.茆鑫系福州高企科创科技咨询有限公司（以下简称“高企公司”）员工，受高企公司派遣，担任鑫点梦谷公司总经理。根据《劳动合同法》第三十条规定，应由高企公司向其支付劳动报酬。《合作意向书》、《孵化器运营管理委托书》、鑫点梦谷公司章程及董事会决议未约定鑫点梦谷公司向茆鑫支付报酬。但茆鑫利用其担任鑫点梦谷公司总经理的职务便利，未经董事会同意以“劳动报酬”名义，挪用公司资金向自己发放多达140052元巨款，已违反《公司法》第一百四十八条第一款第（一）项关于高管不得挪用公司资金的规定。2.茆鑫自营与鑫点梦谷公司同类业务。根据《公司法》第一百四十八条第一款第五项“董事、高级管理人员不得有下列行为……（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或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”规定及《公司登记管理若干问题的规定》第二十六条“公司董事、经理不得在所任职公司没有投资关系的同行业的其他公司兼任董事、经理职务”规定，茆鑫在担任鑫点梦谷公司总经理期间，先后设立福州鼎坤创业孵化器管理有限公司（以下简称“鼎坤公司”）、福州琴声创业园管理有限公司（以下简称“琴声公司”）、福建博思创业园管理有限公司（以下简称“博思公司”）三家公司，并担任法定代表人及总经理。该三家公司注册经营范围均包括企业孵化器建设、创业园管理服务、企业管理咨询、物业管理等，与鑫点梦谷公司业务类型一致，已违反《公司法》第一百四十八条第一款第（五）项关于高管不得自营与所任职公司同类业务的规定。3.茆鑫未能忠诚履职，严重损害鑫点梦谷公司利益。茆鑫在担任鑫点梦谷公司总经理期间，未经房屋所有权人授权，以鑫点梦谷公司名义对外签订房屋租赁合同，造成福建鑫诺通讯技术有限公司（以下简称“鑫诺公司”）损失。茆鑫被依法解除鑫点梦谷公司总经理职务后，仍私自占用鑫点梦谷公司公章等经营资料，导致鑫点梦谷公司经营严重受阻。一审法院作出生效裁判后，茆鑫仍拒不归还其非法占有的鑫点梦谷公司公章、账户、合同等经营资料，导致鑫点梦谷公司无法进行日常经营活动。迫使鑫诺公司与鑫点梦谷公司解除委托合同，导致鑫点梦谷公司不能获得原本正当履行《孵化器运营管理委托书》应获得的管理费，严重损害鑫点梦谷公司利益。截至起诉之日（2018年6月），向孵化器承租经营场所企业有25家，依照《孵化器运营管理委托书》鑫点梦谷公司每月可获取管理费57743.2元。2017年8月至起诉之日，鑫点梦谷公司损失预期可得利益共计577432（57743.2×10）元。茆鑫未经所有权人授权以鑫点梦谷公司名义对外签订合同，拒不归还公章导致鑫点梦谷公司无法开展经营活动行为已违反《公司法》第一百四十八条第一款第（八）项关于高管忠实履职的规定。4.一审法院自行对法律进行解释，不能作为判决依据。

茆鑫辩称，1.茆鑫并未挪用公司巨额资金，茆鑫获取140052元是担任鑫点梦谷公司法定代表人、经理期间的工资收入。首先，茆鑫依照鑫诺公司与高企公司签订的《合作意见书》约定，受高企公司指派，担任鑫点梦谷公司的法定代表人及经理。虽然茆鑫与鑫点梦谷公司之间没有签订书面劳动合同，但不能否认茆鑫与鑫点梦谷公司之间存在劳动关系的事实。茆鑫从鑫点梦谷公司领取工资报酬并未违反法律规定。鑫点梦谷公司的财务经理叶良满、监事黄月丽及其他员工高宇峰等人都是鑫诺公司的员工，被指派到鑫点梦谷公司担任相应职务，也从鑫点梦谷公司领取了相应报酬。其次，茆鑫在鑫点梦谷公司领取的工资报酬是由公司董事会及股东决定和同意，并按照鑫点梦谷公司财务制度审批的。茆鑫提交的电子邮件可以证明鑫点梦谷公司及董事长、财务经理知晓并认可上述情况。2.茆鑫已尽勤勉义务，自营行为并未侵害到鑫点梦谷公司的利益。茆鑫任职期间，鑫点梦谷公司获得省级孵化企业认证，茆鑫还为鑫点梦谷公司争取到200万元财政补助，并完成孵化场地企业招商入驻，争取到稳定管理费收入，也为鑫点梦谷公司的控股股东鑫诺公司获取了巨大租金收益。鼎坤公司、琴声公司、博思公司并未给鑫点梦谷公司造成任何影响或损失。福建鑫点梦谷创业园孵化场地主体招商在2016年就已完成，同年被政府有关部门认定为省级互联网孵化器和省级科技企业孵化器。2017年5月、6月在完成福建鑫点梦谷创业园孵化场地100%招商和政府相关资质认证后，鼎坤公司、博思公司、琴声公司才分别成立。其中鼎坤公司是博思公司的投资股东，博思公司、琴声公司与鑫点梦谷公司地理位置差距大，不存在场地招商竞争问题。华泰公司为省级互联网孵化器、省级及市级众创空间；鑫点梦谷公司系省级互联网孵化器、省级科技企业孵化器，侧重点和领域不同。3.鑫点梦谷公司关于因茆鑫原因导致其每月损失5万多元管理费的主张并非事实。2017年7月份，为达到控制鑫点梦谷公司目的，鑫诺公司非法解除茆鑫的总经理职务，并指使叶良满非法利用鑫点梦谷公司的合同章与入驻企业解除场地租赁合同，并以鑫诺公司名义与入驻企业签订场地租赁合同，将原本由鑫点梦谷公司收取的租金转为由鑫诺公司收取，断绝了鑫点梦谷公司的收入来源。（2018）闽0102民初7402号民事判决书可证明使鑫点梦谷公司管理费利益受损的是控股股东鑫诺公司，而不是茆鑫。相反，茆鑫作为原董事在鑫点梦谷公司利益受控股股东及其指派的财务人员损害时，致函公司监事黄月丽，要求提起公司损害利益纠纷。由于监事黄月丽系控股股东鑫诺公司指派的，对控股股东侵害公司利益的行为拒不起诉。鑫点梦谷公司现在受控股股东鑫诺公司及其董事长吴尚栩的控制。综上，茆鑫请求驳回上诉，维持原判。

鑫点梦谷公司向一审法院起诉请求：1.判令茆鑫向鑫点梦谷公司赔偿损失967484元（损失暂计算至起诉之日）；2.确认茆鑫违反勤勉忠诚义务，在华泰公司、琴声公司、鼎坤公司、博思公司等所获得的收入归鑫点梦谷公司所有；3.本案诉讼费用全部由茆鑫承担。

一审法院认定事实：2015年9月8日，鑫诺公司和高企公司签订《合作意向书》，约定双方共同出资，成立合资公司，初步命名为福建鑫诺创业园管理有限公司，由高企公司负责合资公司取得省级和国家级科技企业孵化器的认定，法人代表由鑫诺公司委派，首任总经理由高企公司委派，并约定其他事项。依照《合作意向书》约定，鑫点梦谷公司于2015年10月29日注册成立，股东分别为鑫诺公司、高企公司和福州市鼓楼区一诺千君投资管理合伙企业（有限合伙）。鑫诺公司的法定代表人吴尚栩任董事长，福州市鼓楼区一诺千君投资管理合伙企业（有限合伙）的黄海清任董事，高企公司的法定代表人茆鑫任鑫点梦谷公司董事兼总经理，鑫诺公司的黄月丽任鑫点梦谷公司监事。

2015年12月1日，鑫诺公司（甲方）和鑫点梦谷公司（乙方）签订《孵化器运营管理委托书》，约定鑫诺公司将其拥有的福州铜盘软件园C区第39栋、40栋、41栋的空余办公楼作为创业企业的孵化基地，建筑面积11388.85平方米，扣除已使用部分，剩余10573.25平方米，甲方对委托资产享有所有权，乙方享有经营管理权，甲方同意将租金收入的20%作为管理费留存给乙方，其余的80%的租金归甲方所有。

鑫点梦谷公司自2016年1月起向茆鑫发放工资。2017年7月20日，鑫点梦谷公司召开董事会，决议解聘茆鑫的经理职务。经当事人双方确认，茆鑫在鑫点梦谷公司处领取的2016年2月至2017年6月止的工资合计140052元。

在茆鑫任职期间，经福建省科学技术厅评估，鑫点梦谷公司于2016年8月15日被授予“2016年福建省互联网孵化器”称号、于2016年8月26日被授予“2016年福建省省级科技企业孵化器”称号。2016年10月21日，福州市科学技术局发布了《福州市众创空间认定标准（试行）》。该标准对基本服务配套设施要求为：可自主支配场地建筑面积原则上不少于500平方米以上，工位不少于30个，属租赁场地的，租期应在5年以上，公共办公（工位）与服务场地面积之和不低于总面积的90%等。鑫点梦谷公司未申报福州市众创空间认定。

一审另查明，华泰公司2015年8月18日注册成立，茆鑫担任经理一职；鼎坤公司2017年4月25日注册成立，茆鑫担任执行董事兼总经理；琴声公司2017年6月19日注册成立，茆鑫担任执行董事兼总经理。博思公司2017年6月28日注册成立，茆鑫担任经理。

华泰公司于2015年被福州市科学技术局认定为市级众创空间，并由于考核合格获得2017年市级众创空间奖补经费20万元。鑫点梦谷公司（甲方）与华泰公司签订《关于共建创业孵化链条合作协议》，协议约定乙方可为甲方提供入驻团队或企业的前期孵化情况，甲方可作为乙方毕业企业的后期孵化基地。

一审法院认为：本案的争议焦点为：茆鑫的行为是否违反法律关于公司高级管理人员的禁止性行为规范；茆鑫是否在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。

一、茆鑫的行为是否违反法律关于公司高级管理人员的禁止性行为规范。鑫点梦谷公司主张，茆鑫违反禁止性行为规范的行为有二：其一在鑫点梦谷公司处任职期间，未经股东会的同意，擅自在与鑫点梦谷公司经营同类业务的其他企业内担任高管等职务，接受其他企业支付的报酬，并私自成立多家与鑫点梦谷公司经营同类业务的企业；其二，利用其担任高管的华泰公司与鑫点梦谷公司签订合同，谋取属于鑫点梦谷公司的商业机会，导致鑫点梦谷公司损失众创空间奖补经费20万元。一审法院认为，《公司法》第一百四十七条规定“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。”第一百四十八条继而明确违反忠实义务的具体情形,其第5项是对竞业禁止义务的规定,即董事、高级管理人员不得“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,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。据此,构成违反竞业禁止义务行为分以下三个层次理解:第一，公司高管“未经股东会或者股东大会的同意”从事了竞业行为；第二，公司高管利用了职务便利；第三，公司高管将获得的商机用于自营或为他人经营与所任职公司同类的业务。此处所指的“商业机会”认定又可综合以下因素:（1）商机与公司业务存在关联性,并为公司所需要和追寻;（2）公司有能力开发或挖掘该商机,并为此投入了一定的人力、物力和财力;（3）提供商机者愿意与公司合作,认为该公司符合合作条件和要求;（4）公司对该商机愿意实施,并有利益存在,也未予明确表示拒绝或放弃。故如若受公司股东会或董事会委托,处于决策或执行岗位的公司高管违反忠实义务将原属于公司的商业机会转归自己,必然会导致另一家企业获得竞争优势,继而致使原公司的期待利益受损。结合本案，茆鑫在担任鑫点梦谷公司经理的同时，也担任数家公司的董事和经理，但是各家企业是否实际经营及所经营的业务对鑫点梦谷公司的营业具有替代性或市场分割效果，鑫点梦谷公司均未举证证明，亦无证据显示茆鑫利用了其职务便利将原属于鑫点梦谷公司的商业机会转归自己。因此，鑫点梦谷公司主张茆鑫任职的其他公司与鑫点梦谷公司经营同类业务，缺乏事实依据。关于鑫点梦谷公司提出的茆鑫利用职务便利为华泰公司谋取属于鑫点梦谷公司的商业机会的问题，鑫点梦谷公司实际是指茆鑫在公司任职期间未为符合条件的鑫点梦谷公司申报“众创空间”而为华泰公司申报了该称号。政府部门授予“众创空间”称号及给予的奖励并不属于公司法第一百四十八条第一款第（五）项的“商业机会”，而系政府对个别企业创新能力的期许而给予嘉奖，故符合“众创空间”评审条件的企业均有可能获得该称号及奖励，并非系鑫点梦谷公司利用自有资源开发或挖掘出的商业机会。由于该称号及奖励并非公司法所述“商业机会”，鑫点梦谷公司称因茆鑫之故丧失商业机会，缺乏事实依据。综上，现有证据不能证明茆鑫在他处任职的行为对鑫点梦谷公司的营业造成了实质影响，鑫点梦谷公司主张茆鑫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的意见，亦缺乏依据，因此一审法院对鑫点梦谷公司要求依据公司法第一百四十八条的规定将茆鑫在其他公司任职所得归入其所有的诉讼请求不予支持。

二、茆鑫是否在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。鑫点梦谷公司主张，茆鑫长期未经公司许可私自持有公司营业执照、公章及账户的网银盾，并拒绝归还，导致业务无法正常开展造成其损失。该诉讼请求实质主张茆鑫违反公司法第一百四十九条关于董事、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，应当承担赔偿责任的规定。但首先，鑫点梦谷公司诉茆鑫公司证照返还纠纷一案尚在诉讼中，茆鑫未经公司许可持有公司证照的事实尚无法确认；其次，即使茆鑫持有公司证照，但是《孵化器运营管理委托书》中约定鑫诺公司同意将租金收入的20%作为管理费留存给鑫点梦谷公司，其余的80%的租金归鑫诺公司，而从鑫点梦谷公司招商并入驻企业清单中可以看出，入驻鑫点梦谷公司的企业的租赁期限到期均为2018年之后，既然各入驻企业的租赁期限均未到期，则租赁费用中20%作为管理费用的部分并不会由于茆鑫的原因而减少，故鑫点梦谷公司主张的营业损失与茆鑫无直接或间接的关系。另外，茆鑫任职期间的工资属于劳动报酬，鑫点梦谷公司提出返还应在劳动争议范畴内解决。综上所述，鑫点梦谷公司要求茆鑫承担赔偿损失967484元及要求确认茆鑫违反勤勉忠诚义务，在华泰公司、琴声公司、鼎坤公司、博思公司等所获得的收入归鑫点梦谷公司所有之诉讼请求均缺乏事实依据。

一审法院判决：驳回鑫点梦谷公司的诉讼请求。案件受理费6737元（已减半收取），由鑫点梦谷公司负担。

二审中，鑫点梦谷公司向本院提交以下证明资料：A1.福州市中级人民法院（2018）闽01民终5681号民事判决；A2.福州市中级人民法院（2019）闽01民终3820号民事判决；A3.福建省福州市鼓楼区人民法院执行收件单；A4.中国执行信息公开网被执行人茆鑫信息；A5.鑫点梦谷公司2017年9月至11月公司账户明细报表;A6.茆鑫未归还银行KEY的《情况说明》；A7.《员工离职/辞退核准移交表》；A8.《办公场所租赁合同》；A9.《解除委托通知书》；A10.转账凭证；A11.鑫点梦谷公司章程。二审中，茆鑫向本院提交以下证明资料：B1.电子邮件；B2.福州市鼓楼区人民法院（2018）闽0102民初7402号民事判决。

经质证，本院审查认为鑫点梦谷公司提交的A2-A7与本案不具有关联性，不能作为本案认定事实的依据；鑫点梦谷公司提交的A1、A8-A11以及茆鑫提交的B1具备客观性、关联性和合法性特征，可以作为本案认定事实的证据；茆鑫提交的B2并非生效判决，不能作为本案认定事实的依据。

根据本案现有证据，本院确认一审法院认定的事实。

另查：2017年7月20日，鑫点梦谷公司作出董事会决议，决定解聘茆鑫的经理职务、聘任吴尚栩为经理。

再查，2016年6月起，鑫诺公司陆续将以鑫点梦谷公司名义签订的租赁合同所涉房屋收回，并以鑫诺公司的名义与承租方重新签订租赁合同。2017年11月1日，鑫诺公司向鑫点梦谷公司出具《解除委托通知书》，决定解除其与鑫点梦谷公司之间的《孵化器运营管理委托书》。

本院认为：关于茆鑫是否违反了竞业禁止规定。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定：“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。”第一百四十八条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（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；……董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”第二百一十六条第一款第一项规定：“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。”公司的总经理属于公司的高级管理人员，对公司负有忠实勤勉义务。本案中，茆鑫在担任鑫点梦谷公司经理的同时，担任与鑫点梦谷公司经营范围相似的鼎坤公司、琴声公司等公司的经理，符合《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项规定的董事、高管的竞业禁止的行为特征，违反了公司高管应尽的忠实义务。鑫点梦谷公司关于茆鑫2015年10月29日至2017年7月20日期间在华泰公司、鼎坤公司等公司所得收入归鑫点梦谷公司所有的诉讼请求，符合公司法理，但鑫点梦谷公司未提交有效证据证明茆鑫2015年10月29日至2017年7月20日期间在鼎坤公司、琴声公司等公司存在收入，根据本案现有证据，本院无法支持鑫点梦谷公司在本案中的第二项诉讼请求。

关于茆鑫作为鑫点梦谷公司经理所获得的报酬140052元。茆鑫自2015年10月29日至2017年7月20日担任鑫点梦谷公司经理并因此获得工资140052元。茆鑫在鑫点梦谷公司任职期间的工资属于劳动报酬，鑫点梦谷公司将其列为公司损失并请求茆鑫赔偿，缺乏依据，本院无法支持。

关于鑫点梦谷公司主张的预期可得利益损失577432元。鑫点梦谷公司主张的预期可得利益损失577432元实际指向的是《孵化器运营管理委托书》中约定的管理费（租金收入的20%）。本院注意到，鑫诺公司是鑫点梦谷公司的股东，鑫诺公司的法定代表人现为鑫点梦谷公司的法定代表人，鉴于鑫诺公司自2016年6月起陆续将以鑫点梦谷公司名义签订的租赁合同所涉房屋收回并以鑫诺公司自己的名义与承租方重新签订租赁合同，本案现有证据不足以证明鑫诺公司是因茆鑫的原因收回案涉房屋并以自己的名义与承租方重新签订租赁合同。在当前证据条件下，鑫点梦谷公司请求茆鑫赔偿该577432元，缺乏依据，本院不予支持。

综上，鑫点梦谷公司的上诉请求均不能成立，应予驳回。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13474元，由福建鑫点梦谷创业园有限公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　雷晓琴

审 判 员　王燕燕

审 判 员　田始凤

二〇二〇年十月二十一日

法官助理　廖小航

书 记 员　郭　峥