上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2015）沪二中民四（商）终字第793号

上诉人（原审原告）鑫波食品（上海）有限公司，住所地上海市嘉定区。

法定代表人MAREKANDRZEJKREJA，该公司董事长。

委托代理人李国楚，上海市凯昌律师事务所律师。

委托代理人王青山，上海市凯昌律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）宋海涛，男，1971年9月18日出生，汉族，住上海市黄浦区。

委托代理人陈楚裕，上海元竹律师事务所律师。

委托代理人徐颖，上海元竹律师事务所律师。

上诉人鑫波食品（上海）有限公司（以下简称“鑫波公司”）与被上诉人宋海涛因损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市嘉定区人民法院（2014）嘉民二（商）初字第2450号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上诉人鑫波公司的委托代理人王青山，被上诉人宋海涛的委托代理人徐颖到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：2011年4月2日，鑫波公司经上海市工商行政管理局批准设立，注册资本为55万美元，系由两名波兰籍居民在中国境内投资设立的外商合资企业。其中，GRZEGORZANDRZEJSTEPIEN认缴出资38.5万美元，占注册资本的70%，并担任法定代表人；PIOERPAWEISCIBOR认缴出资16.5万美元，占注册资本的30%。根据公司章程规定，鑫波公司的经营范围为：生产、加工肉制品（香肠、火腿），销售本公司自产产品并提供售后服务（设计行政许可，凭许可证经营）。公司章程另规定，公司高级职员不得参与其他经济组织对本公司的商业竞争行为。公司设立后，即聘请宋海涛担任公司的总经理，负责公司的经营管理。2013年10月23日，鑫波公司委托律师向宋海涛发函，免除宋海涛的总经理职务，并终止所有有关公司事务的授权。

原审另查明：2012年6月7日，申根贸易（上海）有限公司（以下简称“申根公司”）经上海市工商行政管理局宝山分局核准设立，注册资本为人民币50万元（以下币种均为人民币），股东为三人，即樊海波（认缴出资10万元，持股20%）、宋成根（认缴出资25万元，持股50%）、宋海涛（认缴出资15万元，持股30%），并由樊海波担任法定代表人。申根公司经营范围为：批发非实物方式；预包装食品（不含熟食卤味、冷冻冷藏）；从事货物进出口业务；电子商务（不得从事增值电信、金融业务）；商务咨询；企业管理咨询；钢材、建材、日用百货销售（企业经营涉及行政许可的，凭许可证件经营）。

鑫波公司认为，其系一家外商合资企业，主营加工、销售肉制品（熏煮香肠火腿制品）等。2011年初，鑫波公司聘请宋海涛担任总经理，负责鑫波公司的经营管理。根据鑫波公司章程规定，公司高级管理人员不得参与其他经济组织对本公司的商业竞争行为。经营过程中，鑫波公司拟注册“皇家歌诗堡SINCE1823GRZEGORZHOUSE”作为产品商标使用。2011年8月，宋海涛擅自委托上海漫趣网络科技有限公司（以下简称“漫趣公司”）代为办理商标注册事宜。但漫趣公司取得商标后却据为己有。宋海涛作为鑫波公司总经理，操作不当（或故意），致使案外人取得上述商标。另外，2012年6月7日，宋海涛与案外人宋成根、樊海波共同投资设立了申根公司。而宋成根系宋海涛的父亲，樊海波系漫趣公司的董事长。申根公司的经营范围包括了食品行业（香肠、火腿等肉产品），与鑫波公司经营范围相同。2013年10月23日，因宋海涛严重违反我国《公司法》等规定，鑫波公司依法解除其总经理职务，并通过律师函及报刊公告的方式予以告知。但宋海涛拒不配合办理交接手续。2014年3月31日，鑫波公司为防止损失扩大，单方为宋海涛办理了退工手续。宋海涛作为鑫波公司高级管理人员，违背法律规定的忠实和勤勉义务，在任职期间设立与鑫波公司经营范围相同的公司，严重侵害了鑫波公司的合法权益。故鑫波公司诉至原审法院，请求判令：宋海涛在职期间（2012年6月7日-2014年3月31日）从申根公司取得的收入20万元（暂估）归鑫波公司所有。

原审法院经审理后认为，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。公司高级管理人员作出违反对公司忠实勤勉义务的行为的，其所得收入应当归入公司所有。公司行使归入权必须符合两个条件：1、公司高级管理人员实施了违反对公司忠实、勤勉义务的行为；2、公司高级管理人员因此而获得了收益。鑫波公司认为，宋海涛在担任鑫波公司总经理职务期间，另行设立了一家与鑫波公司经营范围相同的公司，且利用鑫波公司的资源开展该公司的经营业务，属于违反公司高级管理人员忠实勤勉义务的行为，故诉请要求宋海涛在申根公司所得收益归入鑫波公司所有。原审法院认为，宋海涛在担任鑫波公司总经理职务期间，另行与他人共同设立了与鑫波公司经营范围相同的申根公司，宋海涛此举虽难脱损害公司利益之嫌，但鑫波公司提供的证据尚不足以证实宋海涛直接参与申根公司的经营管理或者虽不直接参与，但对申根公司经营决策具有影响力，或者利用在鑫波公司处任职的便利为申根公司谋取了本属于鑫波公司的商业机会。原审中，鑫波公司向原审法院提出要求法院调查取证的申请书，要求法院向申根公司调取财务账册，并向税务部门调取申根公司纳税记录及报税材料，用以证明宋海涛在鑫波公司处任职期间自申根公司处获得的收入。原审法院认为，该项待证事实属于鑫波公司的举证范围，故不予准许。综上，鑫波公司的诉请依据不足，难以支持。

据此，原审法院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出判决：驳回鑫波公司的全部诉讼请求。一审案件受理费4，300元，减半收取为2，150元，由鑫波公司负担。

原审判决后，上诉人鑫波公司不服，向本院提起上诉称：1、宋海涛在担任鑫波公司总经理期间，与他人合资设立与鑫波公司经营业务相同的申根公司，并以申根公司名义开设网店销售鑫波公司的香肠制品，其行为明显已经违反竞业禁止义务。2、申根公司的股东构成为：宋海涛持股30%、宋成根（系宋海涛之父）持股50%、樊海波（系漫趣公司法定代表人）持股20%。而漫趣公司曾受鑫波公司（当时，鑫波公司由宋海涛担任总经理，全权负责公司事务）委托，替鑫波公司代为注册“皇家歌诗堡”香肠制品的商标品牌，但最终由漫趣公司取得了该商标。根据上述申根公司的股东构成可以表明，宋海涛对于公司的决策具有绝对的影响力。3、鑫波公司没有能力自行调查宋海涛担任鑫波公司总经理期间从申根公司获得的非法收入，原审法院亦未依职权进行调查，故鑫波公司只得估算诉请的赔偿金额。而原审法院脱离日常生活经验，过分苛求鑫波公司的举证责任，并在表明“（宋海涛的行为）虽难脱损害公司利益之嫌”这一观点的情形下，最终仍然作出完全不支持鑫波公司诉请的判决，违背案件事实和法律原则。故请求二审法院：撤销原判，依法改判支持鑫波公司的原审诉请。

被上诉人宋海涛答辩称：1、鑫波公司所谓的申根公司开展与鑫波公司相同的业务一说，仅仅是申根公司在1号店中也销售了香肠类制品，并不能表明两家公司经营范围完全一致。且申根公司的行为并不等同于宋海涛的行为。2、鑫波公司并无证据证明宋海涛参与了申根公司的经营决策。3、鑫波公司应当对其提出诉讼的赔偿金额构成承担举证责任。其于原审中提出的调查申请并非法院依职权调查的范围。故认为原审法院未予支持鑫波公司原审诉请的判决无误，请求二审法院：驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明：原审查明事实属实，本院予以确认。

二审中，鑫波公司再次明确，根据其原审中提供的上海市东方公证处所作证据保全公证书显示，申根公司在1号店网店中销售“百万富翁”品牌的香肠制品，该香肠制品的生产商即为鑫波公司。宋海涛辩称，其仅为申根公司30%股权的股东，并不参与申根公司的经营决策，亦不知晓申根公司销售的香肠制品的来源，且不清楚申根公司从设立至2014年3月（宋海涛于鑫波公司办理退工手续的日期）期间销售香肠制品的销售额。二审中，本院要求宋海涛提供申根公司自2012年至2014年3月的资产负债表，以了解申根公司具体开展何类业务经营，以及统计申根公司销售香肠类制品的数额，宋海涛拒绝提供。

二审中，鑫波公司统计了截至目前，申根公司在1号店网店中已销售的“百万富翁”品牌香肠制品的销售额为264，813元。鑫波公司认为，申根公司成立至今四年，期间，宋海涛于鑫波公司任职时间为两年半，现虽因网店中仅显示历史销售记录而无具体销售期间，无法与宋海涛的任职期间相对应比照，但宋海涛在鑫波公司担任总经理期间，具有利用鑫波公司的人力、物力的便利，故申根公司在网店中的销售获利可以作为宋海涛赔偿鑫波公司的参考依据。宋海涛则认为，网页截图未经过公证，真实性无法确认；销售时间无法确定，无法证明申根公司获利与否；此外，如若申根公司存在过错，鑫波公司也应向申根公司主张，与宋海涛无关。

本院另查明：鑫波公司目前法定代表人为MAREKANDRZEJKREJA。

本院认为，本案主要的争议焦点为：1、宋海涛作为鑫波公司原高管是否因违反我国《公司法》及公司章程中有关高管忠实、勤勉义务的规定而获利或给公司造成损失，从而应当承担相应的赔偿责任。2、鑫波公司主张的赔偿金额是否具有相应依据。

就焦点1，本院认为，我国《公司法》明文规定：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。如若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业务的，违规所得的收入归公司所有。给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。本案中，宋海涛受聘担任鑫波公司总经理，全权负责加工、销售香肠肉制品等公司业务。然而其在任职期间，另行与其父亲宋成根及案外人樊海波共同设立了申根公司。申根公司的经营范围包括销售香肠、火腿等肉制品，且实际在1号店网店中大量销售了鑫波公司生产的香肠类制品，存在获利。另需说明的是，宋海涛与其父亲宋成根合计持有申根公司80%的股权，故宋海涛称其并不参与申根公司的经营决策，亦从未获利，有悖常理。申根公司另一股东樊海波同时是漫趣公司的法定代表人，漫趣公司曾经在宋海涛担任鑫波公司总经理期间受托为鑫波公司代为申请香肠品牌的商标注册申请，但漫趣公司最终将该品牌据为己有，宋海涛亦未对此提出异议或采取相应措施。基于此，本院结合一般商事规律、普通大众认知及公序良俗，推定宋海涛利用职务便利为自己及申根公司谋取了本属于鑫波公司的商业机会，并为申根公司经营了与鑫波公司同类的业务，违反了我国《公司法》中高管的忠实、勤勉义务，损害了鑫波公司的利益，并使自身获利，故而应当承担相应法律责任。

就焦点2，本院认为，虽然鑫波公司对其主张的宋海涛在申根公司取得20万元收入一节缺乏明确的证据印证，但并不意味着宋海涛即可免除赔偿责任。首先，在宋海涛本人拒绝提供其在申根公司的收入证明的情况下，鑫波公司确无法通过合理途径进行取证；其次，二审中，经本院要求，宋海涛仍拒绝提供申根公司的资产负债表及其销售香肠类制品的统计数据，导致本院无从核实申根公司的具体经营项目、销售盈亏状况以及职员工资收入等情况；再次，宋海涛亦未提供证据证实申根公司于网店中销售的香肠类制品系通过正常的商业途径从鑫波公司处取得，并有权进行转售。最后，宋海涛对于鑫波公司提供的有关申根公司20余万元的网店销售记录，仅以截图未经公证、真实性无法确认、时间不明等为由粗略质证，而未提供其自行统计的销售记录、销售成本、盈利数据等加以反证，应承担不利后果。基于上述分析，本院结合查明的事实及现有证据，并参考香肠类制品的一般盈利情况以及宋海涛在申根公司30%的持股比例，酌情判令宋海涛赔偿鑫波公司80，000元。原审法院作出驳回鑫波公司全部诉请的判决有所不当，本院予以改判。

据此，本院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款，第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，第一百四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销上海市嘉定区人民法院（2014）嘉民二（商）初字第2450号民事判决；

二、被上诉人宋海涛应于本判决生效之日起十日内赔偿上诉人鑫波食品（上海）有限公司人民币80，000元；

三、对上诉人鑫波食品（上海）有限公司的其余原审诉讼请求不予支持。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费减半收取为人民币2，150元，由上诉人鑫波食品（上海）有限公司负担人民币1，290元、被上诉人宋海涛负担人民币860元；二审案件受理费人民币4，300元，由上诉人鑫波食品（上海）有限公司负担人民币2，580元、被上诉人宋海涛负担人民币1，720元。

本判决为终审判决。

审判长　赵　炜

审判员　肖光亮

审判员　杨怡鸣

二〇一六年一月十二日

书记员　王乐轶

附：相关法律条文

附：相关的法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第一百四十七条董事、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。

第一百四十九条董事、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。

二、《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：

（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；

……