上海市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪01民终13083号

上诉人（原审原告）：上海科传信息技术有限公司，住所地上海市长宁区长宁路999号4楼东侧A001室。

法定代表人：骆永基，执行董事。

委托诉讼代理人：张剑，上海市信义律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘泱，男，1974年6月16日出生，汉族，住上海市普陀区。

委托诉讼代理人：金祺，上海恒为律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陈峥，上海善法律师事务所律师。

上诉人上海科传信息技术有限公司（以下简称科传公司）因与被上诉人刘泱损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市长宁区人民法院（2017）沪0105民初22166号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年10月26日立案受理后，依法组成合议庭开庭进行了审理。科传公司的委托诉讼代理人张剑律师、刘泱的委托诉讼代理人陈峥律师、金祺律师到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

科传公司上诉请求：依法撤销一审判决，改判支持科传公司一审全部诉讼请求。事实和理由：刘泱是科传公司的高级管理人员，科传公司是广州市XX股份有限公司下属的全资孙子公司，刘泱被任命为华东区区长，级别属于副总经理；根据权利与职责、对外意思表示、对内职权的汇报层级、签署文件等，可以确定刘泱具有高管地位；刘泱变相与科传公司进行交易，为他人谋取属于科传公司的商业机会，其非法收入应当归科传公司所有并赔偿科传公司相应的经济损失。一审判决认定事实不清，应予纠正。

刘泱辩称，其不是科传公司的高级管理人员，涉及上海A有限公司的交易，科传公司是明知的，涉及南京B有限公司的交易，科传公司无证据证实。故科传公司的上诉事由缺乏事实和法律依据，请求依法驳回上诉，维持原判。

科传公司向一审法院起诉请求：1、刘泱赔偿科传公司从案外人上海A有限公司处获得的收入717,129.89元（人民币，下同），以及从案外人南京B有限公司处获得的44万元；2、本案诉讼费用由刘泱承担。

一审法院认定事实：科传公司成立于2004年1月5日，其唯一出资者为广州市C有限公司。其公司章程中第十条载明：公司设经理一名，经理对执行董事负责行使下列职权：……（六）……提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人。第十六条载明，高级管理人员是指本公司的经理、副经理、财务负责人。

2006年6月29日，科传公司申请将其法定代表人自庞某变更登记为刘泱，并于2006年7月10日获得上海市工商行政管理局嘉定分局的备案。2008年1月10日，科传公司申请工商变更登记，免去刘泱的执行董事职务，并将其法定代表人自刘泱变更登记为案外人骆某。

2008年4月23日，科传公司同刘泱签订劳动合同。该合同第一条记载其有效期为三年，自2008年4月1日起至2011年3月31日止。第二条载明，刘泱的工作任务为员工，刘泱完成科传公司正常安排的生产（工作）任务。第五条载明，刘泱的起点工资为2,500元每月。

2009年7月24日，科传公司任命刘泱担任其华东区区长职务。

2011年4月1日，科传公司同刘泱签订劳动合同。该合同第一条记载其期限为自2011年4月1日起至2014年3月31日止。第二条载明，刘泱的工作岗位为销售，刘泱应服从科传公司根据其经营、工作需要、刘泱工作能力及其表现而安排或者调动工作岗位。第三条载明，刘泱每月的基本工资为8,000元。

2013年8月20日，案外人广州市XX股份有限公司同案外人上海A有限公司签署《软件委托开发框架协议》，刘泱在广州市XX股份有限公司署名处的“授权代表”处签名。

2013年10月30日至2014年4月28日期间，刘泱为科传公司部分员工签署年度工作表现评核表。评核表的“需知”部分的记载，评核的过程为先由组长或者部门主管填写，后交予部门经理复核，完成后，以密函处理形式交予人力资源及行政部经理处理。评核表所记载的员工的部门包括了人力资源及行政部、财务部及法律部、系统专案部。刘泱在评核表的“总体考绩评级”中“部门/区域负责人”一栏签字。

2014年3月18日，科传公司同刘泱签订劳动合同。该合同第一条载明有效期为三年，自2014年4月1日起至2017年3月31日止。第二条载明刘泱的工作任务为员工，刘泱完成科传公司正常安排的生产（工作）任务。第五条载明，刘泱的起点工资为8,000元每月。

2014年4月16日，案外人上海D有限公司成立，其法定代表人为案外人蔡某，出资者中包括了刘泱，其投资比例为45%。

2014年10月，刘泱向科传公司报销移动通信费576元，中国XX集团上海有限公司出具的发票联上的套餐及固定费为289元，其余均为套餐外的上网费、语音通信费以及短彩信费。2014年11月，刘泱向科传公司报销联通通信费46.05元，中国E有限公司上海市分公司出具的发票联上的基本月租费为46元。2015年1月，刘泱向科传公司报销移动通信费410元，中国XX集团上海有限公司出具的发票联上的套餐及固定费为189元，其余均为套餐外的上网费、语音通信费以及短彩信费。

2015年1月29日，刘泱签订工作目标，该工作目标将职位记载为“华东区区长”，部门为销售部，职员工作范畴部分记载为：“负责兼任华东区区域主管，按过往区域最佳实践工作标准执行及监督有关项目的售前工作及项目管理、实施工作，以维护即确保公司利益及项目完成验收的有效性”。

2015年2月，刘泱向科传公司报销移动通信费524元，中国XX集团上海有限公司出具的发票联上的套餐及固定费为289元，其余均为套餐外的上网费、语音通信费以及短彩信费。同月，刘泱向科传公司报销联通通信费191.23元，中国E有限公司上海市分公司出具的发票联上的基本月租费为46元，其余为手机上网费等费用。2015年3月，刘泱向科传公司报销联通通信费305.40元，中国E有限公司上海市分公司出具的发票联上的基本月租费为46元，其余为手机上网费等费用。

刘泱在2015年7月21日以及2015年7月22日的对科传公司内部工作电子邮件中的署名部分记载为“ViceGeneralManager”。

2015年7月31日，刘泱向科传公司提出离职申请。在该申请中，刘泱声明：“为此我提请辞去目前华东区区域经理职务并提出辞职申请”。

一审法院另查明，刘泱手机的话费都是实报实销。

科传公司的股东为广州市C有限公司，而广州市C有限公司的股东为广州市XX股份有限公司。广州市C有限公司、广州市XX股份有限公司的法定代表人均为骆永基。

科传公司的财务管理制度中的“报销”项目下，第二条“通讯费用”记载：副总经理的报销金额上限为每月1,000元，高级经理、总监以及副总监的报销上限为每月500元，实报实销。项目实施时项目经理手机之通讯费用在出差期间可实报实销。

刘泱名片上的抬头为“华东区域总经理”。

2017年4月1日，一审法院依据科传公司的申请至上海市公安局长宁分局经济侦查支队进行调查，调取公安机关对于刘泱所做的笔录、公安机关对案外人上海A有限公司法定代表人朱某所做的笔录、公安机关对案外人蔡某所做笔录等。经查明，公安机关不同意一审法院复印笔录材料，且没有对于案外人蔡某的笔录。刘泱在其询问笔录中陈述：“进入上海A公司之后，我最开始从事的是销售员，2009年开始我升任公司的销售主管一直到我离职，我主要负责销售上海A公司及其母公司广州市B公司的商用收银POS及租金管理软件”。案外人陈某在其询问笔录中陈述：“我是广州市B公司总经理……，统筹广州市科传的业务工作”。案外人朱某在陈述称：“我在2005年左右就知道广州市科传有刘泱这个人，据我知道刘泱是广州市科传在上海区域的销售……广州市科传外包给管邦的软件开发业务实际是刘泱自己去外面找软件开发团队开发的”。对于公安机关询问的“广州市科传是否知道上海管邦是将软件开发任务交给刘泱、蔡某等人实际进行的”问题时，朱某陈述：“我认为广州市科传是知道的，其中广州市科传的高管陈某应该最清楚该事情的经过并对刘泱予以默认与支持……”对于公安机关询问的“蔡某是谁”的问题时，朱某陈述：“蔡某是资深的软件开发人员，此人与刘泱也是认识的，且与广州市科传间没有任何劳动及雇佣关系”。

一审法院认为，本案的争议焦点在于：1、刘泱是否属于科传公司的高级管理人员；2、若属于高级管理人员，刘泱是否存在违反竞业禁止的行为。

对于第一个争议焦点，一审法院认为，根据我国《公司法》第一百四十八条的规定，公司行使归入权的相对主体应当为公司的董事、监事、高级管理人员，而按照第二百一十六条第（一）项的规定，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。而科传公司章程第十六条将高级管理人员规定为公司的经理、副经理、财务负责人。因此，刘泱必须为科传公司的经理、副经理、财务负责人才能构成科传公司行使归入权的主体。

现科传公司认为刘泱为其公司的副经理，对此，一审法院认为，根据我国《公司法》第四十九条第一款的规定，以及科传公司章程第九条、第十条的约定，科传公司的经理具有提请聘任或者解聘公司副经理的职权，并由执行董事决定聘任。因此，对于刘泱是否是科传公司副经理的认定，应当考察刘泱是否得到了科传公司内部的有效聘任，或者行使了相当于副经理的职权。对此，科传公司提供了刘泱的名片以及经过公证的电子邮件、任职通知、劳动合同等劳动关系中产生的相关材料、公安机关笔录等欲证明其聘任刘泱为副经理，但一审法院认为科传公司的证据不足以证明刘泱为科传公司的副经理，理由如下：

第一，根据科传公司章程第十六条，副经理的任命程序应当是由经理提名，由执行董事决定聘任。但科传公司经过法院释明仍然未能提供执行董事聘任刘泱为副经理的证明。而科传公司虽然为此提供了任职通知，但该通知的签发人为科传公司所称的经理陈某，载明职务为“大中华区总经理”，而刘泱实际被任命的职务为“华东区区长”，并非“大中华区”，刘泱的离职申请中也认为自己的职务为“华东区区域经理”。根据科传公司提供的“科传大中华区架构图”，科传公司只是属于大中华区下属的销售区域中的一个区域，因此仅凭任职通知难以认定刘泱的“华东区区长”职务对应于副经理职务。

第二，根据科传公司提供的刘泱的劳动合同，该三份劳动合同中均未记载刘泱的职务为副经理，而是将刘泱的岗位定为销售或者员工。根据科传公司提供的“科传大中华区架构图”，科传公司只是属于大中华区下属的销售区域中的一个区域，其下属还分为华东区销售、华东区系统专案，以及人事、财务及行政部门，因此刘泱的“销售”岗位不足以认定刘泱的副经理职位。同时，科传公司提供的培训协议书中也没有反映刘泱的职位，故科传公司提供的上述证据均无法证明刘泱系科传公司的副经理。

科传公司提供的工作目标中将刘泱的部门记载为销售部，兼任华东区区域主管，可见刘泱的工作部门限于销售部。工作目标中要求刘泱按过往区域最佳实践工作标准执行监管有关项目的售前工作及项目管理、实施工作，但科传公司无证据证明该要求系公司对于副经理以上级别的人员的专属要求，故不能以此认定刘泱为高级管理人员。

科传公司提供的员工年度工作表现评核表中有刘泱的签字，且部门涉及系统专案部、人力资源及行政部、财务部及法律部，科传公司以此认为可以证明刘泱有权跨部门评审员工，因此属于高管级别。但根据该评核表的“需知”部分的记载，评核的过程为先由组长或者部门主管填写，后交予部门经理复核，完成后，以密函处理形式交予人力资源及行政部经理处理。刘泱签字的栏目为“总体考绩评级”中“部门/区域负责人”一栏，而尚有“最后考绩评级”需要由人力资源经理、大中华区总经理签字。因此结合“需知”部分的记载，刘泱的职位应当不超过部门经理。因此难以认定刘泱为《公司法》规定的高级管理人员。

第三，科传公司提供了刘泱的名片以及经过公证的电子邮件欲证明刘泱的副经理职务，但刘泱的名片只是刘泱用以宣传的工具，并不能真实反映刘泱在科传公司的职务，且名片上的抬头记载为“华东区域总经理”，同《公司法》中规定的“副经理”并不一致，且在科传公司的公司章程中也没有对于“华东区域总经理”的职位的定义，因此难以认定该抬头载明的职务对应于副经理职务。同理，科传公司提供的证据23即电子邮件中的ViceGeneralManager也没有得到相应的公司章程或者法律规定的确认，不能以此认定其对应于副经理职务。

公安机关的笔录中仅记载刘泱为科传公司的销售主管，主要负责销售科传公司及案外人广州市XX股份有限公司的商用收银POS机及租金管理软件，并未自认为科传公司的副经理。而案外人朱某在公安机关的笔录中将刘泱的职位陈述为是广州市XX股份有限公司在上海区域的销售，也并非副经理。

科传公司认为刘泱曾经为科传公司的法定代表人，但根据查明的事实，科传公司已经于2008年1月10日免去了刘泱的法定代表人职务，故不能以此推断刘泱为科传公司的副经理。

对于《软件委托开发框架协议》，该合同的当事人并非科传公司，无法以此证明刘泱为科传公司的副经理。且签订合同本身仅能说明刘泱得到了广州市XX股份有限公司的授权，同本案无关，并不能说明刘泱所具有的职位。

第四，科传公司另行提供报销凭证以及财务管理制度以说明刘泱的报销级别已经属于副总经理级别，但财务管理制度虽然在第二条第1款约定了副总经理的通讯费用报销上限金额为每月1,000元，高级经理、总监以及副总监的报销上限为每月500元，但该条第3款及第4款规定，项目实施时项目经理手机之通讯费用在出差旅期间可实报实销，科传公司认可存在实报费用超过规定上限的情形。因此，虽然刘泱的报销凭证中有部分超过500元而进入副总经理级别的报销范围，但是该费用可以是由于出差而实报实销产生，因此不能以此作为刘泱职务的判断标准。

综上所述，科传公司提供的证据不能证明刘泱为科传公司的副经理，即不符合《公司法》规定的高级管理人员的范畴，故不能适用《公司法》第一百四十八条的规定。科传公司的相应诉请缺乏事实以及法律依据，不予支持。

一审法院判决：一、驳回科传公司的全部诉讼请求；二、案件受理费15,214.17元，由科传公司负担。

本院二审期间，科传公司围绕其上诉请求依法提交了新证据：广州市XX股份有限公司2014年度报告摘要、深圳市F有限公司的信息报告、刘泱签署文件的归纳表，以证实刘泱在科传公司所属集团公司的地位特殊。刘泱质证后认为，对上述证据的真实性无法确定，其不清楚其持有深圳市F有限公司的股份，深圳市F有限公司与科传公司之间存在四个级别的层次，不能证明刘泱是科传公司的高级管理人员。

二审中，刘泱没有提交新证据。

一审法院查明的本案事实属实，双方当事人均无异议，本院予以确认。

本院认为，科传公司作为原审原告，其混合请求权的基础是《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款第五项以及第一百四十九条规定的公司高级管理人员违背忠实义务应承担的损害赔偿责任以及公司归入权。结合案件的诉辩事实，本案的首要争议就是确定刘泱是否为科传公司的高级管理人员。

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。科传公司一审中已确认，刘泱是科传公司聘任的公司下属“华东区区域经理”。至于该职位是否对应为科传公司的副经理，抑或刘泱实际行使了科传公司高级管理人员的职权，科传公司并无切实证据予以证实，一审法院对此亦有充分论述，本院二审不再重复。本案二审中，科传公司提交了新证据，该证据仍无法反映刘泱与科传公司之间存在直接的、隶属高级管理人员的聘用关系。故本院难以认定刘泱即为科传公司的高级管理人员。

另外，关于科传公司诉称的刘泱不正当参与牟利的两笔交易，一是涉及的对象是科传公司的上级母公司广州市C有限公司的客户，刘泱参与该业务届时已获得了该公司的确认，若刘泱在该业务活动中存在非法收入，可由广州市C有限公司出面予以解决或控告，而与科传公司无关；二是涉及的交易无法判定是属于刘泱利用职务便利损害了科传公司的利益，南京B有限公司与科传公司的客户之一发生交易，但刘泱参股的上海D有限公司与该交易行为究竟是何关系，是否构成《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项之情形，科传公司并无有效证据予以证实。

综上所述，科传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15,214.17元，由上诉人上海科传信息技术有限公司负担。

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

二〇一八年一月十八日

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。