上海市浦东新区人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪0115民初15566号

原告北京新月长城投资管理有限公司，住所地北京市。

法定代表人张建忠。

委托代理人任莉，女。

委托代理人刘金友，北京易准律师事务所律师。

被告马生辉，男，1977年3月8日生，回族，住上海市浦东新区。

委托代理人斯伟江，上海大邦律师事务所律师。

委托代理人严涵，上海大邦律师事务所律师。

被告上海萍辉石油工程服务有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人马生辉。

委托代理人吴布达，上海大邦律师事务所律师。

原告北京新月长城投资管理有限公司与被告马生辉、上海萍辉石油工程服务有限公司损害公司利益责任纠纷一案，本院于2017年3月1日立案受理后，依法适用普通程序，于2017年4月26日和6月23日召开了两次庭前会议，并于2017年6月23日公开开庭进行了审理。原告的法定代表人张建忠、原告的委托代理人任莉、刘金友，被告马生辉及其委托代理人斯伟江、严涵，被告上海萍辉石油工程服务有限公司的委托代理人吴布达均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告北京新月长城投资管理有限公司诉称：原告原名为“北京新月友谊国际贸易有限公司”，员工多为少数民族。原告利用自身优势，积极开展与伊朗的经贸往来。经过十多次的商业考察洽谈，与伊朗国家石油勘探公司(简称伊朗OEOC公司)就购买石油钻机及其他相关设备事宜进行了三个多月的反复沟通与磋商，并邀请伊朗OEOC公司高级代表团访华，促成了该公司与上海三高石油设备有限公司(简称上海三高公司)于2007年11月15日和2007年12月18日签订了总计八台石油钻机的两份购销合同，合同项下总货值达到了8,920万欧元。原告于2007年7月18日与被告马生辉签订了编号为2007-07-18号的《合作协议》，聘任被告马生辉担任原告驻伊朗代表处总代表、经理。在此期间，被告马生辉作为原告的高管(且担任波斯语翻译)全程参与了伊朗OEOC公司与原告就寻找中国钻机制造商的洽谈过程，并获取了原告所掌握的伊朗OEOC公司所需要购买石油钻机成套设备的商业机会和所需石油钻机成套设备的型号、数量、价格、付款方式、交货期限等商业秘密。被告马生辉作为原告聘任的公司驻伊朗高管，其明知负有对公司的忠实义务和保密义务，却暗地里与原告的客户私下联络，导致原告另外一笔重大业务落空，严重损害了原告的利益。为此，原告于2008年1月28日与其解除了劳动合同。然而就在被告马生辉离职后几天，在原告毫不知情的情况下，其利用从原告处获悉的商业机会和商业秘密，与案外人上海中曼石油天然气集团有限公司(简称中曼公司)签订了《代理协议书》，约定自2008年2月1日至2013年1月31日期间为中曼公司与第三方公司合作提供服务。其后，中曼公司作为甲方、马生辉作为乙方、马生辉担任法定代表人的上海霖辉贸易有限公司(系被告上海萍辉石油工程服务有限公司原名)作为丙方签订了《补充协议书》，约定自2008年8月7日起上述《代理协议书》中乙方的权利义务转移至丙方。在此期间，在被告马生辉与中曼公司及其有关人员的联络下，中曼公司于2008年5月11日与伊朗OEOC公司签订了《石油钻机销售合同》，该合同的格式、条款设置、涉及的设备型号、数量、价格等内容与伊朗OEOC公司与上海三高公司所签协议基本相同。中曼公司认可该协议已经全部履行完毕，从中获利约人民币1.72亿元(以下无特殊说明币种均为人民币)。中曼公司为此向马生辉支付了佣金1,450万元，收款人为被告上海萍辉石油工程服务有限公司。为维护自身权益，原告以侵犯商业秘密为由对中曼公司等提起了诉讼，北京市高级人民法院认为中曼公司等共同侵害原告商业秘密，需赔偿原告2,200余万元。此后，经最高人民法院再审，裁定维持原判。最高人民法院的裁定认为“中曼公司存在侵害商业秘密的行为”，且“在再审申请阶段提交的新证据亦证明，中曼公司还存在利用其便利条件与新月公司的前雇员联络的行为”。从而确认原告的前雇员马生辉与中曼公司的“联络行为”是中曼公司侵害原告商业秘密的根源所在。原告由此才得知被告马生辉利用其获悉的原告的商业机会和商业秘密的便利与中曼公司等串通损害原告利益的证据和事实。原告认为，根据公司法第148条和149条之规定，被告马生辉将原告的商业机会和商业秘密透露给中曼公司，致使两份合同解除，并由中曼公司以新的合同取代，直接违反了忠实义务，损害了原告利益，应当依法将“所得的收入归公司所有”。原告还认为，被告马生辉还违反了反不正当竞争法的有关规定。因此，原告诉至法院，请求判决：1、两被告违法所得的收入1,450万元归原告所有；2、原告为本案支出的律师费20万元及诉讼费用由两被告承担。

被告马生辉辩称：应当驳回原告的全部诉讼请求。第一，原告主张归入权没有事实和法律依据。1、被告马生辉并非原告高管，与原告没有雇佣关系，双方是一种松散的合作关系。原告与被告马生辉之间协议的名称是合作协议，驻伊朗代表处是由原告和案外人上海浦东亿菱机械设备有限公司(简称亿菱公司)共同设立的，被告马生辉是两家公司的代表，收取的是合作费用。合作协议还约定了付款方式、佣金和提成等，双方没有劳动合同，也未缴纳社保等。原告的章程等文件由股东和职工签字，但其中没有被告马生辉，原告未向被告马生辉支付过工资，马生辉也未要求原告支付过工资。原告的章程规定，公司设经理一名，由股东会聘任，原告股东会未聘任马生辉担任经理，工商档案显示原告的经理空缺。2、原告违约在先。原告为了逃避向被告马生辉支付高额合作费用，在即将取得巨额利润前，突然解除合作协议，原告至今没有履行合作协议。3、原告的证据与其主张自相矛盾。公司高管的忠实义务存在于任职期间，而中曼公司与伊朗OEOC公司签订合同时，被告马生辉已经不在原告处任职。第二，原告主张两被告侵害其商业秘密没有事实和法律依据。1、马生辉是通过自身的努力获取交易机会，并无证据证明商业信息是原告的。2、合作协议中并未约定保密条款，马生辉不负有保密义务。3、中曼公司获取商业信息自有其来源，已经生效法律文书确认，马生辉没有披露或使用原告的所谓商业秘密。第三，原告的诉请超过诉讼时效。合同是2008年签订的。因此，请求驳回原告的全部诉讼请求。

被告上海萍辉石油工程服务有限公司辩称：同意被告马生辉的意见。同时，被告上海萍辉石油工程服务有限公司(简称萍辉公司)与本案无任何关联，不应作为被告。有关协议签订于2008年5月，被告萍辉公司设立于2008年8月，不存在泄露原告商业秘密的事实基础。

经审理查明以下事实：

一、关于原告与被告马生辉的合同关系。

原告公司原名为“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，原告与被告马生辉签订一份《合作协议》，内容涉及：为搞好原告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，原告与亿菱公司共同在伊朗设立了代表处；经原告股东会研究同意被告马生辉为原告驻伊朗代表处总代表、经理；被告马生辉应履行本职工作，尽职尽责认真完成原告交办的工作，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；如果原告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，原告同意向被告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原告收到5%合同金额的前提下，否则按比例进行调整；凡是被告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；由原告统一安排的项目，被告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；付款方式由被告马生辉建议；因原告目前严重亏损，从2006年3月8日应付被告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，原告向被告马生辉发出《终止、解除劳动合同通知书》，内容涉及：2007年7月18日，原告与被告马生辉签订的自2007年7月1日至2017年7月31日止十年期限的劳动合同，由于被告马生辉的原因，原告决定解除劳动合同，根据有关规定不发给经济补偿等。同日，原告又出具了《解除劳动合同证明》，证明原告与被告马生辉之间自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，被告马生辉不再担任原告驻伊朗代表处的总代表。

原告于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，原告自成立时至2010年间的章程规定，原告的股东为张建忠、李力、张亮等；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。根据原告的工商登记档案记载，原告当时的法定代表人亦为张建忠，监事和经理未进行登记。

二、关于中曼公司、陈少云等侵害原告商业秘密的事实。

原告(为便于区分，在该节事实中均称为“新月公司”)曾以中曼公司、陈少云等侵害其商业秘密为由，向北京市第二中级人民法院(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，中曼公司和陈少云等均侵害了新月公司的商业秘密，判决中曼公司、陈少云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，中曼公司和陈少云等提起上诉，北京市高级人民法院(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，上海三高公司与伊朗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，上海三高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三高公司协调与外方公司签订成套石油钻机设备和部件合同，上海三高公司同意向新月公司支付合同金额6%的佣金，上海三高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，上海三高公司与伊朗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公司与中曼公司签订《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公司与上海三高公司签订的2007年12月18日《石油钻机销售合同》基本相同。2009年11月11日，新月公司向中曼公司和上海三高公司等发出催告函，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三高公司之间就《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，最终裁决上海三高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，中曼公司和陈少云侵害了新月公司的商业秘密，但是由于新月公司与上海三高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，中曼公司和陈少云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。中曼公司、陈少云、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，陈少云提供了由本案被告马生辉出具的书面《声明书》作为证据，内容涉及：马生辉根据有关协议，为中曼公司与伊朗OEOC公司的合作提供服务，并收取了中曼公司支付的佣金；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，认为陈少云在再审申请阶段提交的新证据证明中曼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，最终驳回中曼公司、陈少云、新月公司的再审申请。

三、关于两被告与中曼公司的合同关系及从中曼公司收取款项的情况。

根据最高人民法院再审审查期间陈少云提供的证据(由本案被告马生辉配合提交)显示：2008年5月10日，被告马生辉作为乙方，案外人中曼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。

被告萍辉公司系2008年8月7日登记设立的一人有限责任公司，股东为被告马生辉，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)。

被告萍辉公司设立后，中曼公司作为甲方，被告马生辉作为乙方，被告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，中曼公司共向被告萍辉公司支付了1,450万元。其中中曼公司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，原告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。

以上事实由原告提供的《名称变更通知》、(2014)二中民(知)初字第07791号民事判决书、(2015)高民(知)终字第22号民事判决书、(2015)民申字第1518号民事裁定书及该案补充证据材料，被告马生辉提供的《合作协议》、《终止、解除劳动合同通知书》、《解除劳动合同证明》、从北京市工商行政管理局调取的原告工商档案资料，以及本案庭审记录等予以佐证。

本院认为，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。由于原告明确以“归入权”作为其提起本案诉讼的请求权基础，原告应对与其请求权基础有关的事实承担举证责任。本院认为，本案的争议焦点在于：第一，被告马生辉是否属于原告的高级管理人员；第二，原告主张归入权是否合理。分述如下：

第一，被告马生辉是否属于原告的高级管理人员。

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，被告马生辉并非原告公司股东、董事、监事，原告与被告马生辉也均确认被告马生辉并不具有公司法或原告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，被告马生辉并非原告的高级管理人员。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，还需审查被告马生辉是否实际行使了原告公司高管的职权。原告主张被告马生辉实际是公司经理，并行使了高管职权，对此原告应当承担举证责任。原告的章程规定“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，被告马生辉仅仅是“驻伊朗代表处”的总代表、经理，无任何证据证明被告马生辉曾经行使过上述原告公司经理的职权。根据双方《合作协议》的约定，被告马生辉应履行本职工作，尽职尽责认真完成原告交办的工作，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，被告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，被告马生辉只是原告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，被告马生辉既不具有原告高级管理人员的职位，也未行使过原告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。原告以归入权为请求权基础提起的诉讼请求，本院难以支持。

第二，原告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号民事裁定中认为中曼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。原告在与中曼公司和陈少云以及上海三高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，且在原告诉中曼公司和陈少云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，认为原告的损失已经完全可以得到弥补，本院在此不再赘述。现上述案件已经执行完毕，款项全部执行到位。如果原告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，本院认为原告主张行使归入权也不具有合理性。

据此，依据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第(一)项、《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，判决如下：

驳回原告北京新月长城投资管理有限公司的诉讼请求。

案件受理费110,600元、财产保全费5,000元，合计115,600元，由原告北京新月长城投资管理有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审　判　长　　张宏毅

审　判　员　　黄梦云

人民陪审员　　吴慈新

二〇一七年八月十日

书　记　员　　刘　东

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第二百一十六条本法下列用语的含义：

（一）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。

……

二、《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。

……

三、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方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。