浙江省嘉兴市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2020)浙04民终2200号

上诉人（原审原告）：嘉兴有住装饰工程有限公司。住所地：嘉兴市东升西路401号。统一社会信用代码：91330401MA28AEFJ1Q。

法定代表人：杨铁男，经理。

委托诉讼代理人：孙肇斌，山东正尚律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：朱幼滨，女，1970年11月3日出生，汉族，住嘉兴市秀洲区。

委托诉讼代理人：凌巧荣，浙江红船律师事务所律师。

委托诉讼代理人：陆琦君，浙江红船律师事务所律师。

上诉人嘉兴有住装饰工程有限公司（以下简称有住公司）与上诉人朱幼滨损害公司利益责任纠纷一案，不服嘉兴市秀洲区人民法院（2020）浙0411民初1253号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年8月14日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

有住公司上诉请求：撤销原判，改判支持有住公司的全部诉讼请求，并重新确定诉讼费负担。事实与理由：一、一审判决认定事实不清。其一，有住公司与朱幼滨签订了劳动合同，朱幼滨任职总经理，朱幼滨行使了公司章程第40条的8项职责。有住公司章程中仅约定总经理的概念，没有经理的任何表述，故公司章程中的总经理实质就是公司意义上的经理。其二，朱幼滨提交的一审证据三，是2017年1月6日发出的，是朱幼滨控制有住公司公章期间的自我行为，主要目的是为了确认工程价款。该证据未得到有住公司一方的确定。其三，有住公司已经向法院提交了嘉兴市致信装饰工程有限公司（以下简称致信公司）的公司登记基本信息、公司设立登记申请书、公司股东（发起人）出资信息以及董事、监事、经理信息，足以证明朱幼滨在同一时间、同一区域，经营与有住公司有业务竞争关系和利益矛盾的两家公司。相应的举证责任应当归给朱幼滨。二、一审判决适用法律错误。其一，朱幼滨只有经过股东会同意，才能经营其一人公司，即致信公司。朱幼滨不仅没有股东会授权，而且利用职务之便进行自我交易牟取利益，已经从事了公司法第一百四十八条第一款第（五）项所载的行为。其二，公司法第一百四十八条第二款规定的“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”中的收入，应当包括朱幼滨在其他公司的工资、报酬和分红。

朱幼滨辩称：原审判决认定事实不清，朱幼滨实际上没有行使经理的职权。朱幼滨并未谋取有住公司的商业机会，从来没有侵占有住公司的资源为自己谋利。根据前面两点理由，有住公司的第二点上诉理由不成立。

朱幼滨上诉请求：撤销原判，改判驳回有住公司的诉讼请求，并重新确定诉讼费负担。事实与理由：有住公司只有二位股东，即谢朝科和青岛有住公司。一审法院认为，有住公司的相关负责人知道致信公司与朱幼滨之间的关系，并同意与致信公司的该次交易。有住公司的负责人只有二人，即青岛有住公司委派的董事长杨铁男和谢朝科，故只要是有住公司的负责人同意，实质就是二位股东同意。涉案交易虽没有形成股东会决议，但二位股东的意思表示还是清晰的。何况，谢朝科和青岛有住公司设立有住公司的筹备期从2016年3月开始、6月注册、10月开业，在有住公司正式开业前，包括谢朝科和青岛有住公司委派人员在内的全体有住公司人员均在原致信公司常秀街的办公室内办公、培训。有住公司的全体人员没有人不知道致信公司是朱幼滨开设的公司，没有人不知道朱幼滨的致信公司与有住公司进行装修交易。正因为无论是谢朝科或青岛有住公司均明知并同意致信公司与有住公司进行装修交易，故才有《关于嘉兴有住办公室装修决算的函》。

有住公司辩称：其一，公司法人系法律拟制人格，公司法定代表人对外可以代表公司，对内只是公司的一个部门或一个机构，因此其是否知道朱幼滨同时经营两家公司并不影响公司行使归入权。依据公司法第一百四十八条，经股东会或股东大会决议，且有公司章程明确规定的情况下，朱幼滨才可以行使免责权。其二，朱幼滨在公司经营期间与公司签订劳动合同，合同约定其为总经理职务，在正常的经营活动中其也进行了相应的经营活动。在一审过程中，朱幼滨提供了相关票据签章，均由朱幼滨最后审批审核。

有住公司向一审法院起诉请求：判决朱幼滨赔偿有住公司经济损失10万元（暂定申请调查取证后变更诉请金额）。审理中，有住公司明确其诉讼请求的金额包括：1.朱幼滨在涉案工程中取得的利润；2.朱幼滨自2016年3月至2017年8月间在致信公司的收入。

一审法院认定事实：致信公司于2012年1月12日登记设立，系朱幼滨一人独资的有限责任公司，法定代表人为朱幼滨，登记的经营范围为：建筑装饰工程设计、施工。

2016年5月16日，青岛有住公司（甲方）与谢朝科（乙方）就成立有住公司的相关事宜签订《股东协议》一份，协议约定了公司经营范围、管理机构、股东出资等设立公司的内容，也约定了股东权利义务、职责分工、利润分配、退股方式、管理团队激励、违约责任等公司具体运营过程中的内容。协议第三条约定：青岛有住公司出资220万元，占股55%，谢朝科出资180万元，占股45%；协议第五条职责和分工约定：1.公司（指有住公司——承办人注）符合甲方条件的，甲方将对公司进行授权，包括但不限于商标使用权、公司名称、形象使用权、店面使用权、经营权等；…3.甲方负责每年对公司的经营、销售能力等必备能力的审核，保证经营权限符合法律法规且满足甲方对利润额的目标考核，若无法达到目标，甲方有权启动退出机制，与取消对公司的授权；4.乙方在运营过程中，有义务保护甲方的品牌形象、口碑。…5.甲方有义务对公司的业务工作进行指导，…6.乙方负责公司的日常运营和管理，在不违背公司股东会及董事会决议的情况下，乙方可根据经营实际需要调整公司的经营活动，但乙方在运营、管理公司的过程中必须接受甲方的监督和指导…；7.甲方为公司开设的中心体验店提供设计方案，并提供展台样板间设计、施工支持。中心店面的装修、展示内容必须完全按照甲方要求布置，店内只能销售、展示甲方授权的产品，不得销售、展示甲方授权之外的其他任何商品；…9.乙方负责销售管理、店面管理，甲方负责工程施工管理、采购管理、仓储管理、配送管理、今后服务支持；10.（有关甲方有权解除协议的相关情形——承办人注），其中第（1）项为：年度核算乙方（含其管理团队）无法达到最低业务目标要求。协议第十三条第4项约定：本协议与公司章程约定不一致的，以本协议约定为准。2016年6月2日，有住公司登记设立，注册资本400万元，股东为青岛有住公司及谢朝科，两股东的出资额分别为220万元和180万元，持股比例分别为55%和45%，杨铁男为公司执行董事和经理，是公司的法定代表人，谢朝科为监事；经营范围为：建筑装饰装潢设计及施工，建筑用材料和装饰装修材料、家居饰品、家用电器、日用百货的批发和零售，站台制作，生产、销售，网络信息技术咨询，建筑工程信息咨询、装饰装潢设计咨询、计算机软件硬件技术开发、技术咨询、技术服务，系统集成，网络工程，设计、制作、代理、发布国内广告业务等。

有住公司设立后，青岛有住公司及谢朝科依照《股东协议》约定对公司进行内部治理。有住公司与朱幼滨签订《劳动合同》，约定朱幼滨在有住公司总经理岗位工作，试用期满后的月工资为22000元，合同期限自2016年3月1日起至2019年2月28日止，等。2016年7月30日，有住公司与致信公司签订《装饰装修施工合同》，约定有住公司将嘉兴市东升路丽池庄园商铺（即有住公司的办公场所——承办人注）的室内装修工程以包工包料的方式发包给致信公司施工，工程总价款为901177.47元。上述合同中有住公司落款处加盖的是有住公司的合同章。落款时间为2017年1月6日、有住公司向致信公司发送书面的《关于嘉兴有住办公室装修决算的函》记载：“由于贵司法人在我司任职的特殊性，根据现场总部工程部负责人在监理过程中出具的联系单及总部成本部核算人员现场勘察情况，最终总部成本部核算工程决算价为含税价891941.83元。如有异议，请在一周内与总部成本部联系。”后有住公司支付给致信公司工程款891941.83元。

宁波市鄞州区人民法院（以下简称鄞州法院）于2018年5月8日立案受理青岛有住公司与谢朝科合同纠纷案，案号为（2018）浙0212民初5181号。青岛有住公司以谢朝科违反《股东协议》第五条第10款第（1）项约定（即年度核算无法达到最低业务目标要求）为由，请求法院判决：解除双方签订的《股东协议》及补充协议，支付违约金，赔偿损失等。谢朝科进行抗辩，并以青岛有住公司私自抽调、转移资金，年度核算无法完成系因青岛有住公司违约造成为由，提出反诉，请求判决：青岛有住公司支付违约金，并赔偿律师费支出损失。经审理，鄞州法院认为：《股东协议》及补充协议系双方真实意思表示，内容未违反法律强制性效力性规定，合法有效，协议内容不仅包含了发起人设立公司的内容，还包含了公司成立后如何运营、双方在公司运营中的权利义务等其他内容，性质为包含公司设立内容的合作协议，公司完成工商登记后，该协议继续有效，各方应依约履行。鄞州法院认定青岛有住公司享有合同解除权，青岛有住公司的行为不构成违约，于2019年6月28日判决：解除双方之间的《股东协议》，谢朝科支付青岛有住公司违约金、赔偿律师代理费，驳回谢朝科的反诉请求，等。该判决已发生法律效力。

审理中，朱幼滨陈述：是谢朝科找到我到有住公司处任职的，手续则是和有住公司办的；谢朝科招我进来时知道我开办了致信公司，他当时招人要求有装修从业经验、是装修老板；我在有住公司处的主要职责是招揽、承接客户，施工人员也由我介绍进来，施工业务、财务则都是青岛有住公司派来的人管理；有住公司的合同章在我处，与客户签合同是由我负责；关于支付款项的权限，有住公司给我的权限是5万以下，谢朝科给我的权限是1万以下，但不包括支付工程款，工程款由杨铁男审批支付；我在有住公司处工作期间，谢朝科已将致信公司纳入到谢朝科自己开办的“九令猴集团公司”统一管理，“九令猴集团公司”做互联网房屋销售、中介、装修，我是负责互联网装修这一块；本案的装修工程致信公司实际收到的款项是891941.83元，工程利润率不超过10%，税率是3.5%，该笔工程是由青岛有住公司成本部核算过的，利润率不高；在2016年3月至2017年8月期间致信公司没有经营过，当时致信公司的人员，包括设计人员、施工人员都由我介绍给青岛有住公司了，这段时间我每天都在有住公司处上班，没有精力经营致信公司；本案的工程款支付给致信公司后，也由谢朝科支配了，用于支付人工工资、材料款、税收等。

一审法院认为，有住公司认为朱幼滨具有《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（四）项和第（五）项规定的情形，依照上述条款第二项的规定行使归入权，要求朱幼滨将违反上述规定所得的收入归有住公司所有（详见其诉讼请求）。致信公司与有住公司在经营范围上确有相同之处，即建筑装饰的设计与施工。就双方争议的问题，一审法院分析评判如下：

关于朱幼滨在有住公司的身份。根据管理部门的登记信息，有住公司的执行董事和经理均为杨铁男。根据有住公司章程，经理由执行董事决定聘任或者解聘。虽然有住公司与朱幼滨签订的《劳动合同》中约定朱幼滨任有住公司“总经理”一职，但有住公司并未提供执行董事聘任朱幼滨为有住公司经理的证据，因此，朱幼滨并非有住公司公司章程意义上的经理。根据青岛有住公司与谢朝科签订的《股东协议》，谢朝科负责公司的日常运营和管理，因此谢朝科事实上具有有住公司经理的相当部分职权。从朱幼滨的实际职权看，朱幼滨自述其主要职责是对外招揽业务，有权对外签订合同并在一定限额内支付款项等，可以认定朱幼滨系有住公司的高级管理人员，其行为理应符合我国公司法对高级管理人员的规制。因此，朱幼滨答辩称其并非有住公司高级管理人员与事实不符，不予采信。

关于朱幼滨的行为是否具有我国公司法第一百四十八条第一款第（四）项规定的情形。上述款项规定的行为是：违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易。朱幼滨是致信公司的独资股东，致信公司与有住公司的交易可视为朱幼滨与有住公司的交易。朱幼滨未能提供证据证明致信公司与有住公司签订的《装饰装修施工合同》经有住公司的股东会同意。朱幼滨辩解称是谢朝科允许其这样做的，并且有住公司的另一股东青岛有住公司也是知道的，即使如此，谢朝科允许上述交易并不意味着有住公司股东会允许上述交易，青岛有住公司知道上述交易也并不意味着其同意上述交易。因此，朱幼滨的行为符合该项规定的情形，朱幼滨的抗辩理由不能成立。

关于朱幼滨的行为是否具有我国公司法第一百四十八条第一款第（五）项规定的情形。上述款项规定的行为是：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公司同类的业务。首先，如前所述，朱幼滨并非有住公司公司章程意义上的经理，仅为有住公司的高级管理人员，其职权是有限的，即便在涉案有住公司自己的办公场所的装饰装修工程中，朱幼滨有签订合同的权利，但合同的履行、款项的支付均须通过有住公司的其他相关负责人同意方可完成，根据朱幼滨提供的证据3分析，有住公司的相关负责人也是知道致信公司与朱幼滨之间的关系，并同意与致信公司的该次交易。因此，不宜认定在此交易过程中朱幼滨有谋取属于有住公司的商业机会的行为。其次，朱幼滨开办致信公司在先，有住公司成立在后。有住公司的股东之一青岛有住公司住所地在青岛市，有住公司的另一名股东谢朝科为宁波籍，双方在嘉兴市设立有住公司并开展装修施工等业务，朱幼滨所称有住公司招聘的“总经理”要求做过装修老板是可信的，而有住公司开办致信公司通过查询公开信息或询问即可知悉。因此，可以认定，有住公司在招聘朱幼滨时，知道或者应当知道朱幼滨已开办致信公司的情况，但双方之间的《劳动合同》中并未有禁止朱幼滨继续从事同类业务的约定。第三，有住公司仅举证朱幼滨通过致信公司做了涉案工程，而该工程是为有住公司的经营场所进行装修，也是朱幼滨在有住公司处履行职责的行为，朱幼滨在履职中的不当行为，如前所述，已另行定性并将作出处理。有住公司主张致信公司另行开展了其他与有住公司同类的业务活动，应当另行提供证据，但有住公司未能提供。因此，一审法院认定朱幼滨不具有符合该款项规定的情形的行为。

综上，朱幼滨作为有住公司的高级管理人员，对有住公司负有忠实义务。朱幼滨具有我国公司法第一百四十八条第一款第（四）项的行为，有住公司有权要求朱幼滨因此所得的收入归于有住公司。依照朱幼滨的自认，涉案工程的利润率为10%，扣除税收3.5%后，净利润率为6.5%，即致信公司自该装饰工程中获得的净利润为57976.22元（891941.83\*6.5%），有住公司对此并无异议，予以确认。上述利润依法应归于有住公司。有住公司的其余诉讼请求，缺乏事实依据，不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（四）项、第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条，一审法院判决：一、朱幼滨于判决生效后十日内支付有住公司57976.22元；二、驳回有住公司的其他诉讼请求。如果未按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》第二百五十三条的规定，加倍给付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费1150元（已减半收取），由有住公司负担483元，朱幼滨负担667元，于判决生效后七日内交纳。

本院二审期间，朱幼滨提供证据如下：

微信聊天记录截屏两页，聊天双方是朱幼滨和有住公司财务负责人侯建邦，用以证明有住公司的企业公章一直由侯建邦保管，同时证明有住公司装修完以前在朱幼滨原来的经营办公地址办公。

有住公司质证认为：对侯建邦的身份及该证据的三性均有异议。

本院认证认为：该证据并不影响本案事实的判断，本院对其不予认定。

有住公司未提交证据。

经审理，本院对一审认定的事实予以确认。

本院认为：本案为损害公司利益责任纠纷，有住公司提起本案诉讼，主要是认为朱幼滨作为有住公司高管，利用职务之便与其自己的公司致信公司签订施工合同，在未经有住公司同意的情况下谋求公司商业机会，进行自我交易，侵害了有住公司的合法权益。就此，本院认为，首先，朱幼滨系有住公司的高管，也是致信公司的独资股东。就有住公司与致信公司的涉案交易，朱幼滨应举证证明经过有住公司股东会的同意。在无充分证据反驳的情况下，一审法院认定朱幼滨的行为系公司法第一百四十八条第一款第四项禁止的行为，并无不当。其次，致信公司先于有住公司成立，两公司所从事的行业相同，有住公司聘用朱幼滨为总经理。朱幼滨称，有住公司一方知道朱幼滨有装修从业经验、是装修老板，才招聘进有住公司的。结合双方合同约定及在案证据，该陈述具有合理性。故一审认定有住公司在招聘朱幼滨时，知道或者应当知道朱幼滨已经开办致信公司，并无不当。在此情况下，双方劳动合同并未禁止朱幼滨继续从事同类业务。本案业务，前述已经进行过评判，至于致信公司是否开展了其他同类业务，有住公司并未提供证据证明。故有住公司主张朱幼滨存在公司法第一百四十八条第一款第五项的行为，依据不足。最后，一审法院基于对朱幼滨行为的判断，结合本案交易的事实，认定朱幼滨应承担的责任，并无不当。

综上所述，有住公司、朱幼滨的上诉请求均不成立，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之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费2300元，由有住公司负担966元、朱幼滨负担1334元。

本判决为终审判决。

审判长　褚　翔

审判员　王　浩

审判员　黄　阁

二〇二〇年十一月八日

书记员　吴跇帆

书记员　金惠芳