上海市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪01民终13869号

上诉人（原审原告）：徐州市华仕生物科技有限公司，住所地江苏省徐州市鼓楼区锦绣茗都商办楼1号楼1-9j04。

法定代表人：谢世强，执行董事。

委托诉讼代理人：方龙，德恒上海律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王一婧，德恒上海律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：韶远科技（上海）有限公司，住所地中国（上海）自由贸易试验区张江路185号1幢206B室。

诉讼代表人：齐铭，董事长。

委托诉讼代理人：张焱华，上海众华律师事务所律师。

委托诉讼代理人：夏恒，上海众华律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：韶远化学有限公司（ACCELACHEMBIOCO.,LIMITED），住所地香港特别行政区九龙观塘巧明街100号城东誌安盛金融大楼11楼1102室。

负责人：齐铭。

委托诉讼代理人：黄学锋，上海市上正律师事务所律师。

上诉人徐州市华仕生物科技有限公司（以下简称徐州华仕公司）因与被上诉人韶远科技（上海）有限公司（以下简称韶远科技公司）、韶远化学有限公司（以下简称韶远化学公司）公司决议撤销纠纷一案，不服上海市浦东新区人民法院（2018）沪0115民初45933号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年12月11日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人徐州华仕公司上诉请求：撤销一审判决第二项，改判支持徐州华仕公司一审的全部诉讼请求。事实和理由：一审判决认定事实不清。齐铭于2017年4月12日另行设立上海A有限公司（以下简称A公司），持股99％，并任法定代表人、执行董事、财务负责人，且A公司与韶远科技公司存在同业竞争，故齐铭担任韶远科技公司及其子公司法定代表人、总经理时违反韶远科技公司的章程及公司法、中外合资经营法实施条例的相关规定，该决议因被任命人已违反法律法规及章程约定而应当予以撤销。虽然A公司于2018年6月2日将法定代表人、经理由齐铭变更为他人，但齐铭仍持有A公司99％股权，作为控股股东已违反法律法规及章程约定，更不能以决议后的应急式变更而否定2018年4月17日董事会决议时及至今，齐铭违反法律法规及章程约定的事实。徐州华仕公司认为，齐铭担任韶远科技公司法定代表人及总经理违反了公司法第一百四十八条第五款规定。2018年4月17日董事会决议中的第2、4项对齐铭的任命本身就是在促就违反法律规定，所以这项任命决议应予撤销。一审法官在庭审中直接帮对方当事人说明并回答问题内容，有失公正。一审适用法律不当。公司法第一百四十八条为禁止性规定，而非资格认定规定。故应基于公司法第二十二条第二款规定，判决撤销该违法决议的内容。齐铭卸任前持续违法，依然实际控制、自营A公司，一审法院认为违反法律规定的前提条件已不存在，显然主观、片面、失实，适用法律不当。一审法院草率解读公司章程第三十七条规定，强行认定决议无违反法律及章程的情形，有失偏颇。

被上诉人韶远科技公司辩称，不同意徐州华仕公司的上诉请求。齐铭所在A公司与韶远科技公司不存在同业竞争，一审法官庭审中并没有替齐铭等说话。徐州华仕公司主张公司法第一百四十八条规定是对于存在同业禁止情形的所得收归公司所有的规定，不影响董事会任命的决议效力。聘请公司总经理是董事会根据公司经营的需要自主作出的决定，不违反法律的强制性规定，因此决议有效。

被上诉人韶远化学公司辩称，同意韶远科技公司的意见。此外补充，徐州华仕公司认为由于A公司的经营范围与韶远科技公司经营范围在文字表述部分存在相同，因此双方存在同业竞争问题，对此一审法院多次要求徐州华仕公司在合理的期限内提供相应证据证明A公司与韶远科技公司实际存在同业竞争，但徐州华仕公司并没有提供任何证据。实际上A公司主要从事贸易和技术咨询，而韶远科技公司是从事生产和销售的，不存在同业竞争。齐铭根据董事会决议被聘为韶远科技公司的总经理，如果其确实存在损害韶远科技公司的行为，徐州华仕公司有权进行救济，但并不影响齐铭作为韶远科技公司总经理的任职资格。

徐州华仕公司向一审法院起诉请求：1.判令撤销韶远科技公司于2018年4月17日作出的《董事会决议》；2.判令韶远科技公司承担本案全部诉讼费。

一审法院认定事实，韶远科技公司于2007年9月21日核准登记，徐州市A公司持股30%，韶远化学公司持股70%，董事会成员为董事长齐铭、董事唐某、董事蔡某。

2014年5月12日签署的韶远科技公司章程第七条规定，公司经营范围为：化学技术、生物技术、化学试剂、生物试剂、实验室小型设备和易耗品、医药中间体的研发，医药软件的开发、设计、制作，销售自产产品，上述同类产品及危险化学品（具体经营品种见《危险化学品经营许可证》）的批发、佣金代理，自有技术转让，并提供相关的技术咨询、技术服务。第十七条规定，董事会决定公司的一切重大事宜，其责权主要如下：……（十一）聘用或解聘总经理、副总经理及其他高级管理人员并决定其职权和待遇事项；（十二）修改公司章程；（十三）其他应由董事会决定的重大事宜。第十八条规定，董事会成员由双方委派，董事会由3名董事组成。设董事长一名，由原始股东第三人投资方委派，董事3名，分别由原始股东第三人委派两名，徐州华仕公司委派1名；董事任期为三年，可以连任。第十九条规定，董事会董事长是公司法定代表人。第二十一条规定，董事会例会每年召开1次，经三分之一以上董事提议，可以召开董事会临时会议。第二十三条规定，董事会会议由董事长召集并主持，董事长缺席时由董事长委托其他董事召集并主持。第二十四条规定，董事长应在董事会开会前三十天书面通知各董事，写明会议内容、时间和地点。第二十六条规定，出席董事会会议的法定人数为全体董事的三分之二，不够三分之二人数时，其通过的决议无效。第二十七条规定，董事会每次会议，须作详细的书面记录，并由全体出席董事签字，代理人出席时，由代理人签字。记录文字使用中文。该记录由公司存档。第二十八条规定，下列事项由出席董事会的董事一致通过，方可作出决议：1、修改公司章程；2、公司的中止、解散；3、注册资本的增加、减少；4、公司的合并、分立；5、对其他事宜，可采取多数通过决定。第三十七条规定，未经董事会同意，总经理、副总经理不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于合资公司的商业机会，不得自营或者为他人经营与所任职公司的同类的业务。2016年11月29日韶远科技公司章程修正案规定，章程第十九条原为“董事会董事长是公司的法定代表人”，现将该条修改为“公司总经理是公司的法定代表人”。

2016年11月29日，韶远科技公司通过董事会决议免去了齐铭总经理的职务，聘任陈立煌为总经理。

2018年4月17日，韶远科技公司召开临时董事会并形成董事会决议，该董事会决议载明：会议讨论并形成以下决议：1.同意将公司原章程修正案关于“公司总经理是公司的法定代表人”修订为“公司董事长是公司的法定代表人”。表决结果：2/3以上董事同意并通过。（备注：蔡某董事投反对票）。2.同意齐铭博士担任韶远科技法定代表人和过渡期总经理，过渡期6个月；同时作为（2018）沪0115民初10665号案件的公司授权代理人及公司证照、印章原件等的接收人及管理人。表决结果：2/3以上董事同意并通过（备注：蔡某董事投反对票）。3.同意授权董事长齐铭物色韶远科技公司长期总经理人选，并报董事会批准。表决结果：2/3以上董事同意并通过（备注：蔡某董事投反对票）。4.同意齐铭连任子公司上海B有限公司和济南C有限公司的执行董事和法定代表人。表决结果：2/3以上董事同意并通过（备注：蔡某董事投反对票）。5.同意辞退大成律师事务所作为韶远科技公司律师顾问。表决结果：2/3以上董事同意并通过（备注：蔡某董事投反对票）。董事齐铭、唐某在该董事会决议上签字，蔡某未签字。

在（2018）沪0115民初10665号韶远化学公司诉陈立煌返还韶远科技公司证照纠纷一案中，一审法院组织了董事齐铭、蔡某、唐某听证，蔡某表示其参加了2018年4月17日董事会，对召开的董事会及形成的董事会决议无异议，但因为认为董事会决议没有意义所以未在决议上签字。

2018年6月2日前，案外人A公司法定代表人、财务负责人为齐铭，该公司的章程规定公司执行董事担任法定代表人。2018年6月2日，其法定代表人变更为曹志杰，经理柴某。案外人A公司经营范围为：生物技术、医药技术、化工科技、新材料科技、信息技术领域内的技术开发、技术咨询、技术服务、技术转让，化工原料及产品（除危险化学品、监控化学品、民用爆炸物品、易制毒化学品）的设计、研发、销售，生物制品的研发，药品研发、批发，贸易经纪与代理，软件的开发、设计、制作、销售，从事货物及技术的进出口业务。

一审法院认为，韶远化学公司系香港特别行政区当事人，本案为涉港公司决议纠纷。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款的规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。本案涉及法人的股东权利义务等事项，应当适用韶远科技公司法人登记地即内地法律进行审理。

本案中，徐州华仕公司、韶远科技公司、韶远化学公司争议的公司决议纠纷分为两部分内容，一是董事会决议第1项能否撤销；二是董事会决议第2、4项是否无效及能否撤销。本院分述如下：

一、关于决议第1项能否撤销。

《中华人民共和国公司法》第二十二条规定，股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。本案中，争议在于三分之二的董事同意修改章程的表决方式是否违反公司章程。对此，韶远科技公司公司章程第二十八条明确规定，修改公司章程需经出席董事会的董事一致通过，鉴于第1项董事会审议内容的表决结果仅为三分之二董事同意，董事蔡某投反对票，该表决方式违反了上述章程的规定，徐州华仕公司请求撤销该项决议具有事实及法律依据，故一审法院予以支持。

二、关于决议第2、4项是否无效或能否撤销。

一审法院认为，该二项决议有效，理由如下：

（一）表决方式有效。董事会决议第2、4项内容系选任公司总经理，根据韶远科技公司章程第二十八条规定，可采取董事会多数通过决定，故该两项决议的表决方式符合韶远科技公司章程的规定。

（二）表决体现了公司自治，应予尊重。韶远科技公司系有两个股东的有限责任公司，具有高度人合性质，只要不违反法律、行政法规的强制性规定就应当尊重公司自治。韶远科技公司章程明确规定了董事会具有聘用或解聘总经理的责权，董事会有权基于其商业判断而决定聘用何人担任总经理，董事会按照法律法规、公司章程的规定正常运作并行使其决策权作出决议，应当予以尊重。

（三）决议并未违反法律及行政法规。第一，徐州华仕公司主张齐铭担任韶远科技公司法定代表人及总经理违反了公司法第一百四十八条第五款关于“董事、高级管理人员不得未经股东会的同意自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”的法律规定。一审法院认为，该规定系对具体行为的规制条款，若相关人员违反了上述义务，公司可以依法向其追责并主张归入权，但该规定并非针对公司董事、高级管理人员任职资格作出的规定，换言之，即使如徐州华仕公司所述齐铭存在违反同业禁止的情形，其后果也是所得收入归公司所有，并不影响董事会对其任命的决议效力。第二，徐州华仕公司主张违反《中外合资经营企业法实施条例》第三十七条“总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理，不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争”的规定。本案中，齐铭现已不再担任A公司的任何职务，徐州华仕公司所主张违反该条规定的前提条件已不存在。第三，徐州华仕公司主张违反公司章程第三十七条“未经董事会同意，总经理、副总经理不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于合资公司的商业机会，不得自营或者为他人经营与所任职公司的同类的业务”的规定。一审法院认为，公司章程第三十七条规定中对总经理行为限制的前提条件为未经董事会同意，该条充分赋予了董事会对总经理的决定权利，韶远科技公司董事会在作出聘任齐铭担任总经理的决议之时齐铭虽然担任A公司的职务，但A公司的工商信息及齐铭在A公司的任职信息均是公开的、董事会亦可以知晓，董事会作为公司决策机关基于其商业判断作出的任职决定，司法不宜任意介入。此外，本案中，韶远科技公司曾选聘过案外人吴某经理但遭拒绝。在公司法定代表人空缺且涉诉的情况下，董事会临时任命控股股东委派的董事齐铭担任过渡期法定代表人，具有紧迫性与合理性。故对于徐州华仕公司关于董事会决议第2、4项无效或可撤销的主张，于法无据，一审法院不予支持。如徐州华仕公司认为齐铭存在同业竞争的情况，自可依据《中华人民共和国公司法》规定的相关救济途径，另行主张。

一审法院依照《中华人民共和国公司法》第二十二条、第一百四十八条、《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第三十七条、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：一、撤销韶远科技公司2018年4月17日的董事会决议第1项；二、驳回徐州华仕公司的其余诉讼请求。本案案件受理费80元，由徐州华仕公司负担40元，韶远科技公司负担40元。

二审中，韶远科技公司与韶远化学公司共同向本院提供三份证据：1.2018年8月30日韶远科技公司会议召集通知的电子邮件；2.2018年9月30日韶远科技公司董事会的会议记录；3.2018年9月30日韶远科技公司董事会决议。证明2018年9月30日韶远科技公司再次召开董事会，仍然决议由齐铭担任韶远科技公司的法定代表人和过渡期总经理，该决议也阐述了董事会成员在2017年初已经了解齐铭设立A公司，并主要从事生物医药行业顾问，并没有董事会成员和股东提出异议，并仍然聘请齐铭作为总经理，体现了公司意志。

徐州华仕公司发表质证意见认为：对上述证据的真实性均无异议，对其证明内容有异议。董事会会议召开时，徐州华仕公司已经提起上诉，一审判决并未生效。会议记录和董事会决议的第4条内容更加充分证明，2018年4月17日决议的内容违背公司章程。另本次董事会决议中第5条，其他董事知道且无异议并非事实，徐州华仕公司对此是持有不同意见的。

本院对该三份证据材料审核后认为，鉴于该三份证据反映的相应董事会系于本案系争董事会决议相关争议发生后另行召开，与本案争议事实无直接关联，故不作为本案新的证据予以采纳。

对于当事人二审争议的事实，本院认定如下：一审查明的事实无误，本院予以确认。

本院认为，本案争议焦点在于：韶远科技公司2018年4月17日董事会决议第2项、第4项是否应认定无效或应予撤销。

依照公司法相关规定，就公司董事会决议效力的确认的问题，司法审查从会议召集程序、表决方式等形式要件及董事会决议内容是否违反法律、行政法规或者公司章程等实质要件两个方面进行。现作为公司股东的徐州华仕公司和韶远科技公司对2018年4月17日董事会召集程序与表决方式均不持异议，仅就表决内容的合法性问题产生分歧。故本院就该方面的审查意见进行评述。

本院注意到，韶远科技公司于2016年11月29日通过董事会决议免去了齐铭在该公司的总经理职务，直至2018年4月17日的董事会决议中达成同意齐铭担任韶远科技公司法定代表人和过渡期总经理的决议。而徐州华仕公司据以主张该项决议无效的理由有二：其一是违反法律规定，具体依据是公司法一百四十八条第五款“董事、高级管理人员不得未经股东会的同意自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”和《中外合资经营企业法实施条例》第三十七条“总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理，不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争”，对此本院认为，一则从该董事会召开时间来看，齐铭设立A公司并任职在先，董事会任命其韶远科技公司职务在后，且齐铭在经董事会决议后再度于韶远科技公司任职后不久，即已不再担任A公司任何职务，徐州华仕公司主张的该违法事由已不复存在，二则上述法律规定则以规制在职董事、高管的职业行为为目的，股东身份未在此列，故相应法律法规的规定并不适用于本案情形。其二，对于徐州华仕公司主张决议无效的另一理由，即违反公司章程第三十七条“未经董事会同意，总经理、副总经理不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于合资公司的商业机会，不得自营或者为他人经营与所任职公司的同类的业务”的规定，本院认为鉴于董事会决策时完全具备通过公开信息了解到齐铭当时任职情况的条件，应视为其所作决议基于自身市场经营以及商业管理状况进行的商业判断，属于公司自治的范畴。本院充分认同一审所作阐释，不再重复展开赘述，并确认徐州华仕公司主张系争董事会决议第2、4两项无效或可撤销理由均不成立。

综上所述，上诉人徐州华仕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之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费80元，由上诉人徐州市华仕生物科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　陆文芳

审判员　　何　玲

审判员　　敖颖婕

二〇一九年二月二十二日

书记员　　杨琼芳

附：相关法律条文

《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；

……