青海省西宁市中级人民法院

民事判决书

（2018）青01民终918号

上诉人（原审原告）：青海科德信息咨询有限公司，统一社会信用代码，住所地：青海省西宁市城西区新宁路。

法定代表人：杨罗生，该公司总经理。

委托诉讼代理人：卢全，青海鑫辰律师事务所律师。

委托诉讼代理人：马冠超，青海鑫辰律师事务所实习律师。

上诉人（原审被告）：蒋志税，公民身份号码，男，汉族，住青海省西宁市城西区西关大街。

被上诉人（原审被告）：青海华咨科技咨询服务有限公司，统一社会信用代码，住所地：青海省西宁市城西区五四大街。

法定代表人：蒋志税，该公司总经理。

委托诉讼代理人：陈德军，青海齐光律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：青海创赢科技服务有限公司，统一社会信用代码，住所地：青海省西宁经济技术开发区。

法定代表人：蒋志税，该公司总经理。

委托诉讼代理人：陈德军，青海齐光律师事务所律师。

上诉人青海科德信息咨询有限公司（以下简称青海科德公司）因与上诉人蒋志锐、被上诉人青海创赢科技服务有限公司（以下简称创赢公司）、青海华咨科技咨询有限公司（以下简称华咨公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服西宁市城西区人民法院（2017）青0104民初1052号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年5月25日受理后依法组成合议庭公开开庭进行了审理。上诉人青海科德公司的委托诉讼代理人卢全，上诉人蒋志税及其委托诉讼代理人陈德军，被上诉人创赢公司与华咨科技咨询有限公司的法定代表人蒋志税、委托诉讼代理人陈德军到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上诉人青海科德公司的上诉请求：1、依法撤销西宁市城西区人民法院（2017)青0104民初1052号民事判决，并依法改判支持青海科德公司的一审全部诉讼请求；2、本案一、二审诉讼费全部由蒋志税、华咨公司、创赢公司承担。事实与理由：一审法院认定事实错误。1、蒋志税系青海科德公司的高级管理人员事实清楚、证据确实充分，同时一审判决亦认定蒋志税因设立华咨公司、创赢公司而存在违反《中华人民共和国公司法》第一百四十九条关于公司高级管理人员竞业禁止义务的规定。2、青海科德公司提供的华咨公司和创贏公司的相关企业注册信息、公司架构、股东成员和高管任职情况，能够充分证实蒋志税存在"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"的情形，明显属其违反公司法的强制性规定，应当依法承担相应的法律责任。2、一审判决认定蒋志税返还其违反竞业禁止义务的收入时间段错误，蒋志税2014年7月9日成立华咨公司时至2017年7月24日止、2015年6月17日成立创赢公司时至2016年6月1日期间的收入均应归入青海科德公司所有。一审判决认定湖南青海科德公司实际控制蒋志税对青海科德公司的经营管理无事实和法律依据，且湖南青海科德公司系其他自然人依法设立的有限公司，而青海科德公司系由蒋志税、杨罗生和杨春生依法设立的有限公司，不存在两公司之间的隶属与控制关系。3、一审法院没有对青海科德公司提供的蒋志税、华咨公司、创赢公司收入所得的事实作为裁判依据，仅将蒋志税的少部分收入作为裁判依据，应当依法改判。

蒋志税、华咨公司、创赢公司辩称，1、蒋志税没有违反竞业禁止义务，青海科德公司由杨罗生、张春生实际设立，并由湖南青海科德公司实际管理控制；2、本案案由是损害公司利益纠纷，华咨公司、创赢公司并非本案的适格主体；3、一审认定395000元为蒋志税从华咨公司所得个人收入系认定事实错误。

上诉人蒋志税的上诉请求：1、依法改判蒋志税不支付青海科德公司395000元；2、本案诉讼费、保全费由青海科德公司承担。事实与理由：1、蒋志税成立青海科德公司基于湖南青海科德公司股东及实际控制人撤销青海科德公司的决定，没有损害公司利益。同时华咨公司于2014年7月至2015年1月开展的实际业务没有和青海科德公司经营范围发生冲突，一审判决的395000元收入的业务不在华咨公司经营范围之内；2、一审认定395000元为蒋志税从华咨公司所得个人收入系认定事实错误。华咨公司成立初期，属于大学生创业，因为公司人手有限，经营管理经验缺乏，没有专业的财务人员，对于公司收支，通过公司账户统转到法定代表人私人账户支出，支出包括：员工薪酬、房租、办公用品、装修费用及其他开销。综上，请求判如所请。

青海科德公司辩称，1、青海科德公司提供的证据可以证明蒋志税是青海科德公司的高级管理人员，在此期间，其成立华咨公司与创赢公司，三个公司的经营范围、开展业务一致，属于违反竞业禁止义务的情形；2、蒋志税违反竞业禁止义务，其所得收入及华咨公司、创赢公司的所得收入应归青海科德公司所有。

华咨公司、创赢公司述称，其意见与蒋志税一致。

青海科德公司向一审法院起诉请求：1、判令蒋志税、华咨公司、创赢公司自2014年7月9日至2017年7月1日期间所得收入3975490元全部归青海科德公司；2、本案司法鉴定费用、诉讼费用全部由蒋志税、华咨公司、创赢公司所有。

一审法院认定，青海科德公司于2012年5月25日成立，公司注册资本为100万元，注册股东为蒋志税、杨罗生、杨春生。法定代表人及总经理、执行董事为蒋志税。公司经营范围为：信息咨询服务、科技项目申报的咨询服务、投资咨询、企业管理咨询、翻译服务、企业形象策划、计算机软硬件开发、技术转让服务。2016年6月8日，股东变更为杨罗生一人，法定代表人变更为杨罗生。以上为工商登记信息，但根据蒋志税提供的证据可以证明，2012年5月25日，青海科德公司成立时由杨春生实际入股51万、杨罗生实际入股49万元，蒋志税为名义股东。青海科德公司虽为独立的法人，但实际是湖南科德公司下设的全国各省分（子）公司之一，各省公司的人事任免、绩效考核、追加投资等事项均由湖南科德公司统一管理。2014年12月4日，湖南科德公司的《关于青海公司后续事宜处理决定》中，蒋志税已不是青海公司的总经理。2015年1月13日，湖南科德公司的《关于青海公司法人变更通知》中，湖南科德公司通知集团各省公司、总部各部门，将青海科德公司法人代表由蒋志税更改为杨锡林，要求蒋志税在2015年2月1日前办理好相关变更手续。

华咨公司于2014年7月9日成立，公司注册资本为208万元，注册股东为蒋志税（占股95%）、李胜军（占股5%），法定代表人为蒋志税。公司经营范围为：科技咨询服务、企业管理咨询、工程管理咨询；会议发展服务；计算机软硬件开发及配件销售。青海科德公司根据建行西宁城西支行提供的华咨公司银行流水收入情况和西宁市城西区国税局提供的华咨公司增值税专用发票开具情况，委托湖南吉信联合会计师事务所进行了专项审计，该事务所出具湘吉专审字（2017）S11-0198号《专项审计报告》，华咨公司2014年7月25日至2017年7月21日期间，银行流水收入共58笔，合计金额3975490元；2015年12月21日至2017年7月24日，华咨公司开具的增值税专用发票共61份，不含税金额2574821.38元，税额84178.62元，合计2659000元。

创赢公司于2015年6月17日成立，公司注册资本为200万元，注册股东为蒋志税（占股95%）、李星（占股5%），法定代表人为蒋志税。公司经营范围为：科技项目申报咨询服务；高新技术认证咨询服务；企业管理咨询及营销策划；知识产权咨询服务；环境影响评价咨询；土地矿产勘探咨询服务；计算机软件开发、销售服务；企业形象策划、市场调查及咨询服务；会展服务；室内装潢设计及咨询；商务信息咨询。青海科德公司根据农行西宁市城东支行提供的创赢公司银行流水收入情况，委托湖南吉信联合会计师事务所进行了专项审计，该事务所出具湘吉审字（2017）Z12-0011号《专项审计报告》，创赢公司2015年10月15日至2017年8月14日与2015年10月15日至2016年6月1日期间，银行流水收入分别为90笔和25笔，合计金额分别为6158851元和3464930元。

另查明，在诉讼过程中，青海科德公司申请对华咨公司2014年7月9日至2017年7月1日期间的利润，以及此期间蒋志税的收入进行司法会计审计，一审法院委托青海瑞华会计司法鉴定所进行鉴定，该所于2017年11月2日出具《委托司法鉴定项目终止函》，以"委托单位无法提供完整的鉴定资料，经双方沟通后，上述项目暂时终止"为由，终止了鉴定。

再查，根据建行西宁城西支行提供的华咨公司银行流水收入情况显示，至2015年1月13日蒋志税不再担任青海科德公司法定代表人之前，蒋志税在华咨公司工资性收入为395000元。蒋志税称该工资收入还包括其他员工的工资收入，但未提供反驳的证据证明，故认定该工资收入为蒋志税个人收入。

一审法院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定，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。第一百四十八条规定，公司董事、高级管理人员不得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。蒋志税作为青海科德公司法定代表人、总经理，对青海科德公司负有忠实义务，亦对其负有竞业禁止义务，不得设立、从事与青海科德公司业务相关的经营。蒋志税于2014年7月9日设立华咨公司，为公司股东及法定代表人，从事与青海科德公司业务相关的经营，其行为已经构成了对青海科德公司竞业禁止义务的违反。根据上述法律规定，蒋志税作为高管违反竞业禁止获得的收入应归青海科德公司所有。虽然根据工商登记信息显示2016年6月8日青海科德公司的法定代表人由蒋志税变更为杨罗生，但根据庭审查明的事实，湖南科德公司作为青海科德公司的上级部门，实际管理着下设的全国各省分（子）公司的人事任免。根据湖南科德公司的通知，至2015年1月13日，蒋志税已非实际的青海科德公司总经理、法定代表人，不再担负高管职责。故蒋志税自2014年7月9日至2015年1月13日期间，在华咨公司获得的工资收入395000元应归青海科德公司所有。关于青海科德公司要求华咨公司、创赢公司承担责任的诉求，因损害公司利益的主体只能是公司的高管，华咨公司、创赢公司不是本案适格的当事人，青海科德公司的该项诉求，不予支持。青海科德公司的鉴定费、诉讼保全责任保险费，非本案必要费用，由青海科德公司自行承担。综上，对青海科德公司主张合理部分，予以支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款、第一百四十八第一款第五项、第二款，及《中华人民共和国民事诉讼法》第三十九条第一款、第六十四条第一款、第一百三十四条第一款之规定，判决：一、蒋志税收入395000元归青海科德公司所有，蒋志税于本判决生效后十日内给付青海科德公司；二、驳回青海科德公司的其他诉讼请求。案件诉讼费45219元，由蒋志税负担4493元，青海科德公司负担40726元，保全费5000元，由蒋志税负担。

二审中，蒋志税、华咨公司、创赢公司提交新证据：证据一、荣誉证书四份，拟证明：1、湖南科德公司于2013年2月4日给蒋志税颁发"新晋总经理鼓励奖"荣誉证书；于2013年2月4日给李星颁发"优秀总经理助理"荣誉证书，给青海科德公司颁发"年会节目三等奖"荣誉证书；上述四个证书结合一审时蒋志锐提交的照片、文件、证人证言等可以证实青海科德公司系湖南科德信息咨询有限公司下属公司，湖南科德公司全面控制青海科德公司人事任免、绩效考核、追加投资等事项。证据二、房屋租赁合同及收据、购置家具合同及收据、蒋志税招商银行流水，拟证明：蒋志税在2014年12月期间个人支付华咨公司房租、办公室用品、家具等费用，应当从蒋志税个人收入中扣除。

青海科德公司质证认为，对证据一的真实性、合法性不予认可，且不能证明湖南科德公司实际控制青海科德公司；对证据二的真实性及证明方向不予认可，华咨公司的经营支出应当由公司账户支付，而不应当由个人账户支付。

青海科德公司无新证据提交。

本院经审查后认为，蒋志税、华咨公司、创赢公司提交的证据一，与一审中的三份公证书、证人李星、谢玉花的证人证言相互印证，且湖南科德公司的登记股东为杨春生、周则芬，青海科德公司亦认可青海科德公司的股东杨春生系湖南科德公司的高级管理人员，上述可以证实青海科德公司的设立、人事任免、财务管理经受湖南科德公司控制，故对该证据予以采信。关于证据二，因合同、收据系蒋志税与案外人签订，通过银行明细也无法确定合同真实履行，故对该证据不予采信。

二审查明的事实与一审一致，本院予以确认。

本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项、第二款规定：公司董事、高级管理人员不得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。否则，董事、高级管理人员所得的收入应当归公司所有。违反竞业禁止的忠实勤勉义务需具备三个要件：一是主体要件，二是行为要件，三是公司归入权的行使范围。关于主体要件，《中华人民共和国公司法》第二百一十七条第一项规定了四个高级管理人员职位即经理、副经理、财务管理人及上市公司的董事会秘书，根据上述规定，华咨公司、创赢公司不属于违反法定的竞业禁止义务的主体范畴，不应当承担相应的责任。青海科德公司于2012年5月25日成立时，公司注册股东为蒋志税、杨罗生、杨春生，根据蒋志税提供的湖南科德公司于2014年4月14日下发的《关于青海科德信息咨询有限公司经营状况说明》，青海科德公司的实际股东是杨春生投资510000元（占股51%）、杨罗生投资490000元（占股49%），蒋志税实际为青海科德公司的名义股东，其虽为名义股东，但确为公司业务经理，属于公司高级管理人员，对公司负有竞业禁止的忠实勤勉义务，符合竞业禁止之主体要件。关于行为要件，蒋志税在担任青海科德公司高管期间，设立与青海科德公司经营范围重合的华咨公司，并担任该公司的法定代表人、总经理，其行为违反了公司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公司同类的业务的法律规定，构成违反竞业禁止义务的行为要件。关于青海科德公司归入权的行使范围，青海科德公司于2012年5月25日成立时蒋志税担任公司高级管理人员，其免除公司高级管理人员的时间，不能以2016年6月8日工商变更股东登记的时间为准，根据蒋志税提供的其他经过公证的湖南科德公司向其各省设立公司发出的人事任免通知、财务状况核算、绩效考核等电子邮件，又根据湖南科德公司宣传册、公司主页动态新闻，再根据湖南科德公司现股东、高管及历任股东、高管杨春生、杨罗生亦为青海科德公司的现实际股东及历任实际股东，可以认定青海科德公司虽为独立法人，但实际是湖南科德公司下设的全国各省分（子）公司之一，青海科德公司的人事任免、绩效考核、财务经费等事项均由湖南科德公司统一管理，2014年12月4日湖南科德公司《关于青海公司后续事宜处理决定》中，蒋志税已不是青海科德公司经理，但蒋志税的具体免职时间应以湖南科德公司《关于青海公司法人变更通知》的时间即2015年1月13日为准。在蒋志税设立华咨公司时间2014年7月9日至蒋志税2015年1月13日被青海科德公司免职期间，应视为其对青海科德公司负有竞业禁止义务的期间，该期间，蒋志税在华咨公司获得的工资收入395000元应归青海科德公司所有。因创赢公司设立于2015年6月17日，此时蒋志税已经被免除青海科德公司高管职务，故其成立并经营创赢公司的行为不属于对青海科德公司竞业禁止义务的期间范围。综上，蒋志税的行为已违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条之规定，其上诉认为个人账户395000元收入系为华咨公司支付租金、办公用费、人员工资的上诉理由，因其提供的证据不足以证实，且违背公司法人人格、财产独立的原则，不能成立。青海科德公司上诉认为其对华咨公司、创赢公司均享有归入权的理由，无法律依据，不能成立；认为蒋志税赔偿其违反竞业禁止义务的收入时间段，应分别以华咨公司为2014年7月9日至2017年7月24日、创赢公司为2015年6月17日至2016年6月1日确定的上诉理由，无证据证实自2015年1月13日后蒋志税仍担任青海科德公司高管，且与湖南科德公司人事任免文件的日期相悖，亦不能成立。故一审法院认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费45219元，由青海科德信息咨询有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长   郭　鑫

审判员   刘永健

审判员   徐　婷

二○一八年八月十三日

书记员   马建霞

附：本判决适用的法律条文

《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；