江西省高级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）赣民终578号

上诉人（原审原告）：深圳中艺文化投资发展有限公司。住所地：深圳市龙岗区南湾街道宝岭社中兆花园灏庭轩8座7B。统一社会信用代码91440300582742070T。

法定代表人：涂新平，该公司执行董事。

诉讼代表人：周金昌，该公司监事。

委托诉讼代理人：饶峙，北京步睿律师事务所律师。

委托诉讼代理人：吴贵文，北京步睿律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：陈子荣，男，1966年3月10日出生，汉族，住江西省赣州市章贡区。

委托诉讼代理人：杨钢，国浩律师（上海）事务所律师。

委托诉讼代理人：蔡晖，国浩律师（上海）事务所律师。

被上诉人（原审被告）：陈湜，男，1990年11月15日出生，汉族，户籍地：广东省深圳市福田区，经常居住地：江西省赣州市上犹县。

委托诉讼代理人：谢智勇，江西南芳律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许明月，江西南芳律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：赣州市上犹创意油画产业园开发有限公司，住所地：江西省上犹县东山镇文峰南路艺术国际油画产业园D2市场B栋134、135号店铺，统一社会信用代码913607240653598231。

法定代表人：陈湜，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：谢智勇，江西南芳律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许明月，江西南芳律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：上犹县海润嘉华文化发展有限公司，住所地：江西省上犹县东山镇文峰南路艺术国际油画产业园D2市场B栋132、133号店铺，统一社会信用代码91360724076874994H。

法定代表人：陈湜，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：谢智勇，江西南芳律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许明月，江西南芳律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：上犹县大润佳华文化发展有限公司，住所地：江西省上犹县东山镇犹江大道浩和庄园A栋204号写字楼，统一社会信用代码913607240718491678。

法定代表人：陈湜，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：谢智勇，江西南芳律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许明月，江西南芳律师事务所律师。

上诉人深圳中艺文化投资发展有限公司(以下简称中艺公司）与上诉人陈子荣及被上诉人陈湜、赣州市上犹创意油画产业园开发有限公司(以下简称创意油画公司）、上犹县海润嘉华文化发展有限公司(以下简称海润嘉华公司）、上犹县大润佳华文化发展有限公司(以下简称大润佳华公司）损害公司利益责任纠纷一案，江西省抚州市中级人民法院于2018年7月10日作出（2017）赣10民初57号民事判决，中艺公司、陈子荣不服，向本院提起上诉。本院于2018年12月28日以（2018）赣民终522号民事裁定，撤销抚州市中级人民法院（2017）赣10民初57号民事判决，发回重审。抚州市中级人民法院于2020年4月28日作出（2019）赣10民初18号民事判决，中艺公司、陈子荣不服，向本院提起上诉。本院于2020年7月1日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人中艺公司的委托诉讼代理人饶峙、吴贵文，上诉人陈子荣的委托诉讼代理人杨钢、蔡晖，被上诉人陈湜、创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司的委托诉讼代理人谢智勇、许明月到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

中艺公司的上诉请求：1.变更（2019）赣10民初18号民事判决第一项为陈子荣、陈湜应提取的油画产业园发展经费3000万元归入中艺公司所有，并判令陈子荣、陈湜将已提取的油画发展经费归还中艺公司，截至2017年1月3日共提取1791.5万元；判令第三人创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司将未支付的油画产业园发展经费支付给中艺公司；2.变更（2019）赣10民初18号民事判决第二项为陈子荣将从三个第三人公司领取的全部工资薪金归入中艺公司所有，截至2019年11月共领取1352.5万元；3.撤销（2019）赣10民初18号民事判决第三项，确认陈湜所持创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司各55%股份和从该公司成立时起，因该股份所产生的收益归中艺公司所有；判令陈子荣、陈湜将所持有的创意园公司、海润嘉华公司、大润佳华公司各55%股份过户到中艺公司名下，创意园公司、海润嘉华公司、大润佳华公司予以配合。4.本案一审、二审诉讼费、因财产保全所产生的保全费、保险费等由陈子荣、陈湜承担。

事实和理由：2011年9月，周金昌、晏鹏卿、饶建文与陈子荣成立中艺公司，投资油画、工艺品等文化产业园开发项目，陈子荣担任公司执行董事、法定代表人。陈子荣不投入一分钱，负责寻找项目，周金昌、晏鹏卿、饶建文负责成立公司、公司日常运营费用及项目开发所需资金的融资。历时一年多的时间，中艺公司考察了深圳大芬等地的油画村、制作项目可行性报告、制作公司项目画册，到贵州考察、洽谈文化产业园项目，没有成功。股东签订的协议中，介绍了中艺公司成立的以上背景和使命，同时约定“本项目的研究和考察属集体行为，四方均不可弃他方对但不限于该项目进行相关工作”。2012年底，陈子荣与股东失去联系。2017年上半年，自述被陈子荣采取非法拘禁等方式赶出项目公司，与陈子荣合作开发上犹油画创意园项目的陈国辉向中艺公司股东周金昌、晏鹏卿等人披露以下事实：①陈子荣于2013年2月代表中艺公司与上犹县政府签订了关于上犹油画创意园项目的协议书，并对中艺公司其他股东隐瞒了该事实；②陈子荣以其儿子的名义依据中艺公司和政府的协议与陈国辉、杨细国成立项目公司，并占有该项目公司55%股份；③项目公司以中艺公司和政府的协议书为依据成立并独家参与该项目用地的竞拍，成功竞得项目用地；④项目公司竞得项目用地后，在与政府没有任何投资协议书的情况下，依据中艺公司与政府的协议书中约定的项目建设要求进行建设，依据该协议书中约定的优惠条件享受土地出让金返还、税收优惠等优惠条件。陈国辉并提供了上犹县委县政府于2017年2月给中艺公司发出的《提醒函》原件、中艺公司与上犹县政府签订的协议书复印件等证据。⑤4年多的开发时间里，不管是政府还是陈子荣，在新闻媒体、政府文件、相关开发文件中都一致承认这个项目是中艺公司开发的项目。作为中艺公司监事周金昌依公司法规定提起本诉。诉讼中，中艺公司向法院提交了证据，证明了以上全部事实。

一、一审判决认定的部分事实错误。

1.一审判决对于中艺公司与政府的协议是否生效并实际履行认定错误。2013年3月16日，陈子荣代表中艺公司与上犹县政府签订《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》和《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》，这两份协议已经生效并一直由创意油画公司、大润佳华公司、海润嘉华公司作为中艺公司的项目公司实际履行，这两份协议书为中艺公司和上犹县政府签订的原始合同。后为了某种目的，中艺公司与上犹县政府又以这两份协议书的内容为基础，将这两份协议书的内容拆分成三份协议书，即陈子荣提供的2013年3月16日的《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书（意向）》、2013年8月23日的《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》及中艺公司依调查令到上犹县政府调取的2013年12月28日《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》。按照这三份协议书的落款时间及项目用地招拍挂时间、上犹县政府给中艺公司发出《提醒函》时间、上犹县委县政府网站报道内容等证据，也可证明中艺公司与上犹县政府的协议已经实际履行。中艺公司与上犹县政府系于2013年3月16日签订了正式协议书及补充协议。从上犹县委县政府网站、油画创意产业园公司新浪博客、微博等网页文章反映出从2013年3月16日签约当天到2017年9月30日，一致认定中艺公司于2013年3月16日与上犹县政府正式签约，并且通过创意油画公司、大润佳华公司、海润嘉华公司在开发油画创意园项目；项目公司股东陈国辉证言并出庭作证，证明因陈子荣向其出示了2013年3月16日中艺公司与上犹县政府的正式协议书及补充协议原件，并向其提供了复印件，他才同意与陈子荣合作开发油画产业园项目；2013年3月29日上犹县政府批准成立创意油画公司的上府办抄字【2013】36号抄告单中对2013年3月16日签订的协议名称的引用、上犹县政府与大润佳华公司、海润嘉华公司土地出让合同中对2013年3月16日签订的协议名称的引用，均为“合作协议书”，而不是“合作协议书（意向）”；中艺公司通过对两份原始协议和后面补签的三份协议的内容进行对比，后面补签的三份协议包含了前面两份协议的全部关键内容，中艺公司提供的两份原始协议中关于项目地点、项目规模、目标要求、项目用地、工程建设要求、政府承诺的优惠政策、双方的权利义务等约定全部被分拆到后面补签的三份协议书中。另三份协议书约定的内容、签署的时间与本案证据证明的事实存在矛盾：①2013年3月16日《合作协议书（意向）》中并未约定成立油画创意公司，而2013年3月29日政府同意成立油画创意公司的抄告单中却明确是根据2013年3月16日签订的《合作协议书》中的约定同意该公司设立。②2013年7月3日开始，政府共分四次发布油画产业园项下的土地出让公告，明确参与竞拍人必须与政府签订了投资协议，否则没有竞拍资格。而大润佳华公司、海润嘉华公司分别于2013年7月17日、2013年9月4日成立，与政府没有任何投资协议，那只能是依据中艺公司与政府签订的协议书。连续几年的政府新闻报道及三个项目公司微博中叙述的也是中艺公司与政府于2013年3月16日签订协议书，而不是协议书（意向）。③大润佳华公司、海润嘉华公司竞得土地后，政府与两公司签订的每份出让合同中，都引用了2013年3月16日中艺公司与政府签订的协议，而大润佳华公司、海润嘉华公司分别于2013年7月17日、2013年9月4日成立，不可能与政府在2013年3月16日签订任何协议。④按照后面补签的三份协议书，大润佳华公司、海润嘉华公司竞得土地后，政府并未与这两个公司签订任何协议，反而随着大润佳华公司和海润嘉华公司的土地竞拍进展，在大润佳华公司竞得两块土地后于2013年8月23日与中艺公司签订《补充协议书》，在海润嘉华公司竞得剩下的全部项目用地后，于2013年12月28日与没有出面参加任何一块地竞拍的中艺公司签订正式《协议书》，且该协议书明确签署前提为“由于乙方依法取得土地，在2013年3月16日签订《中国生态文化（上犹）油画产业园项目合作协议书（意向）》及2013年8月23日签订《中国生态文化（上犹）油画产业园项目补充协议书》的基础上，经双方友好协商，签订如下正式协议”。⑤根据上犹县委县政府网站的公开报道，作为上犹县重点项目，上犹县委县政府对油画产业园项目采取了“四个一”跟踪式服务（由县长亲自跟踪服务，一个单位挂点，一名干部跟踪服务，工业园管委会派驻一名干部），在跟踪服务近四年后，上犹县委县政府联合给中艺公司发出《提醒函》，提醒中艺公司要按照与政府的协议履行合同义务。为了某种原因补签的三份协议书虽然不是原始合同，但它们反映了中艺公司与政府签订的原始协议的内容，其落款时间反映了中艺公司通过项目公司大润佳华公司和海润嘉华公司与政府履约的过程。因此，无论从中艺公司提供的原始合同，还是从被上诉人提供和中艺公司到上犹县取证的后面补签的三份协议书来看，中艺公司与上犹县政府的协议书都已经生效并由中艺公司通过大润佳华公司和海润嘉华公司实际履行。

2.上犹油画产业园项目是中艺公司正式签约的项目，已经超越了通说认为的商业机会的概念。大润佳华公司和海润嘉华公司是以中艺公司项目公司的名义参加项目用地竞拍。创意油画公司是根据中艺公司与上犹县政府的协议中的约定成立的，名字都是该协议中约定好的，该公司的成立也是由上犹县政府以2013年3月29日上府办抄字【2013】36号抄告单批准成立的。不论是中艺公司提供的两份协议书，还是一审判决认定的三份协议书，都可以证明，陈子荣作为中艺公司的大股东、法定代表人，负责为公司寻找油画产业园项目，并于2013年3月16日代表中艺公司与上犹县政府签订了油画创意园项目的协议书或意向书；规定项目建设用地成本限定为每亩38万元，不论该项目用地的拍卖价格是多少，超出每亩38万元的部分，政府全额返还给中艺公司；原始合同和补签的三份合同都明确规定“若甲方（指上犹县政府）未能按协议约定为乙方项目供地，则乙方有权要甲方承担违约责任”，因此，上犹县政府是定向与中艺公司合作油画产业园项目，这是专属于中艺公司的商业机会。虽然中艺公司和政府的协议书中约定了“项目用地按招、拍、挂程序公开出让，由乙方依法取得”，但2013年7月3日开始的历次关于该项目用地的《上犹县国有建设用地使用权网上挂牌出让公告》第六条都规定了“该项目用地必须符合上犹县文化产业发展的规划和油画产业创意园区时序建设要求，并与上犹县人民政府签订相关投资协议”。只有与上犹县人民政府签订了投资协议的主体才能参与该项目用地的招、拍、挂。中艺公司已通过与上犹县人民政府签订的《合作协议书》和《补充协议书》或者一审法院认定的2013年3月16日的意向书，不但享有其他人不可能享有的每亩38万元的成本优惠，而且实际上取得了在该项目上排他的商业机会。一审判决将合同约定和上犹县政府在项目用地竞拍过程中的限制条件割裂开来，从而作出错误的认定。项目用地文峰南路B1B2、C1C2、D1D2宗地挂牌资料显示，没有与政府签订任何投资协议的大润佳华公司和海润嘉华公司取得了唯一的竞得入选人资格，并成功摘得土地，证明在项目用地比相邻地块每亩便宜200万元的情况下，经审核，分别只有大润佳华公司、海润嘉华公司符合项目用地竞得入选人资格，可见只有中艺公司一家与政府签订了投资协议。作为刚成立的公司，大润佳华公司和海润嘉华公司是作为中艺公司的项目公司才有竞得入选人资格的。大润佳华公司、海润嘉华公司竞得土地后，政府与两公司签订的每份出让合同中，均有“本合同项下出让宗地的用途为商业、住宅（详见......2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书）”，作为两家分别成立于2013年7月17日、2013年9月4日的公司，不可能在2013年3月16日成立前与上犹县签订投资协议，更不可能与中艺公司在同一天与上犹县政府就同一个项目签订排他性的投资协议，该“2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书”具有唯一性，可以认定为中艺公司与上犹县政府于2013年3月16日签订的协议书。按照一审判决认定，在大润佳华公司、海润嘉华公司摘得该项目的全部用地后，上犹县政府与中艺公司于2013年12月28日签订正式协议，该正式协议开宗明义：“由于乙方依法取得土地，在2013年3月16日签订协议（意向）和2013年8月23日签订补充协议书的基础上，签订如下正式协议”，可见，按照补签的三份协议，政府出让土地的过程，就是履行与中艺公司意向协议和补充协议的过程，且以正式协议的形式认可该项目的用地是中艺公司正式取得的。该商业机会不仅仅是竞得土地，更重要的是在该土地上建设何种项目、项目规模、目标要求、建设进度以及政府承诺给予何种优惠条件。以上约定对上犹县政府和建设方都意义重大，一方面能保证建设项目符合政府的招商引资要求，另一方面能保证建设方得到政府土地出让金及税收优惠。大润佳华公司和海润嘉华公司出面摘得土地后，并不是完整的商业机会，其后的项目开发仍是以中艺公司与政府的协议书为依据进行的，否则这块土地上该开发什么项目都不知道，政府也没有依据对这个项目返还土地出让金，兑现税收优惠政策。具体而言，在大润佳华公司、海润嘉华公司的项目开发过程中，关于对项目的建设规模要求、在用地上建成油画产业园后需要进驻多少画师、达到多少税收、用工规模等目标要求、项目用地规模、工程建设进度、规划要求以及政府承诺的实际用地价格，超出部分如何返还、税收优惠政策，大润佳华公司和海润嘉华公司与政府没有一个字的约定，全部是按照中艺公司与政府的2013年3月16日协议书和补充协议书的内容在履行合同，否则，政府将无法约束大润佳华公司和海润嘉华公司在建设用地上的开发行为，大润佳华公司和海润嘉华公司也无合同依据得到政府关于土地出让金价格的返还优惠。虽然上犹县油画产业园项目为中艺公司排他的商业机会，但是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的“商业机会”并无排他的要求，更没有对本公司执行董事而言“排他”的要求。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条中规定的是“商业机会”，并不是排他的商业机会，因此该商业机会是否为“排他”，不是本案请求权基础之下的要件事实，中艺公司无证明义务。公司的商业机会可以被第三方市场主体依据公平竞争原则夺取，但是不能被本公司的董事侵占或者竞争获得，因为董事对公司有法定的忠实义务，不与公司争夺商业机会是其法定义务。本案中，从2013年3月16日开始，不论是依据原告提供的协议书还是被告提供的协议书（意向），该商业机会实际上已经是排他的商业机会。

3.对于占三个项目公司55%股份的实际股东是陈湜还是陈子荣认定错误。陈湜为陈子荣儿子，成为三个项目公司大股东时，时年22周岁，对于油画创意园项目没有任何经验，也不具备操作该项目的能力。从投资实力上讲，陈湜及陈子荣全家都不具备投资油画创意园项目的能力。陈湜于2013年3月28日与陈定宇、杨细国签订的《股东协议》第六条明确约定不论是注册资金还是后续建设资金，陈湜【实际为陈子荣】都不负责出资。陈国辉提供的《江西省农联社查询单》进一步印证了登记在陈湜名下的55%股份的注册资本由陈国辉、杨细国垫付这一事实；公证证据显示，陈湜在面对新闻媒体采访时，多次承认油画创意园项目是其父亲拍板落地的项目，其父亲是该项目的创始人，陈湜自认其身份是中艺公司的艺术总监。陈湜于2013年3月28日与陈定宇、杨细国签订的《股东协议》约定陈子荣担任公司总经理，主持公司的日常运营和管理工作。2016年7月5日的全体股东会议记录（参会人员陈湜、陈定宇、杨细国、陈子荣、陈国辉）再次强调“陈子荣担任公司董事长，主持公司全面工作”，陈子荣系中艺公司和三个项目公司的实际控制人。陈国辉证词证明其合作对象是陈子荣，而不是陈湜。陈湜在陈子荣代表中艺公司与上犹县政府签约后17天，就与其以前根本不认识的陈国辉（以其儿子陈定宇名义）、杨细国合作，成立协议中约定的创意油画公司，因此，实际持有三个项目公司55%股份的是陈子荣，而不是陈湜。中艺公司提交了支持其关于陈湜系为陈子荣代持三个第三人公司55%股份证据。前述关于创意油画公司、大润佳华公司、海润嘉华公司实际是依据中艺公司与政府的协议成立并参与土地竞拍、进行项目开发的证据，证明该55%股份的对价实际为中艺公司与政府协议书取得的商业机会。一审法院要求中艺公司提供证据证明陈湜与陈子荣是否构成“人格混同”，于法无据。陈子荣利用其中艺公司执行董事身份及掌管公司印鉴的便利，于2013年3月6日代表中艺公司与上犹县政府签约后，中艺公司即取得该项目的商业机会，仅考虑该项目地价与周边地块地价的差额，该商业机会即价值8亿元，此时由于中艺公司其余股东完全不知情，该商业机会完全控制在陈子荣手上，陈子荣之所以能够把三个项目公司的55%股份，登记在其刚成年的儿子名下，即是利用了其职务上的便利。

4.对陈子荣实际拿到的油画发展基金及工资认定错误。陈湜、陈定宇、杨细国三方于2013年3月28日签订的《股东协议》第13条第1款中约定的3000万元油画发展经费的支付时间为：“该费用分两期支付，首期在公司首次贷款或土地合作资金到位后支付1000万元，剩余的2000万元在还清乙丙方股东出资时一同付清给甲方。”在以上证据中，被上诉人自认：首期支付金额为1000万元，剩余的2000万元在还清乙丙方股东出资时一同付清给甲方。被上诉人提供的陈子荣、陈湜、陈国辉、陈定宇、杨细国于2016年7月5日签订的《全体股东会议记录》第1条明确：“原陈国辉出资注册的600万元，杨细国出资注册的400万元，陈子荣的1000万元发展资金，以上款项现均已归还付清至各位股东，所有款项均由股东个体自行支配，全体股东无任何异议。”在以上证据中，被上诉人自认：陈子荣已经得到1000万元发展资金，这笔资金与归还的股东投资一样，由各股东自行支配。被上诉人提供海润嘉华公司记账凭证（记57号）、收条及付款凭证各1份，在以上证据中，被上诉人自认：在2016年7月5日自认收到1000万元油画发展资金后，陈子荣又自认2017年1月3日又收到500万元油画发展资金。因此，仅凭陈子荣的自认，陈子荣到2017年1月3日就收到了1500万元油画发展资金，且根据其自认，中艺公司有理由认为其收到3000万元发展资金的条件已经满足，有理由合理推断其已经收到了3000万元油画发展资金。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”陈子荣在三个项目公司一共领取了多少油画发展资金、多少工资，是由三个项目公司的账簿、银行流水等证明，中艺公司依据陈子荣提供的证据，合理主张其已经领取了全部的3000万元油画发展资金，且依据初步证据主张从2016年6月1日开始每月领取10万元工资，从2017年1月开始每月领取25.5万元工资。对方在接到一审法院提供书证的命令后，拒不提供公司账簿、合同供司法鉴定之用，人民法院应依据证据规则，推定中艺公司的主张成立。

二、一审法院适用法律错误

1.《中华人民共和国公司法》第一百八十四条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）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”，该法条并未规定谋取的是专属于公司的商业机会。公司的商业机会不必专属于公司，它可以被第三方市场主体依据公平竞争原则夺取，但是不能被本公司的董事侵占或者竞争获得，因为董事对公司有法定的忠实义务，不与公司争夺商业机会是其法定忠实义务。一审判决认为商业机会须具有专属性错误。

2.一审法院对于中艺公司诉讼请求第一项中“判令第三人创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司将未支付的油画产业园发展经费支付给原告”的诉讼请求未进行说理和裁判，属于漏判。

3.一审法院驳回中艺公司关于要求将陈湜代陈子荣持有的三家第三人公司各55%股份归入中艺公司所有等诉讼请求，是在认定事实错误的前提下作出的逻辑颠倒的裁判结果。首先，本案中，中艺公司提交了大量的证据证明陈湜是代陈子荣持有三家第三人公司55%股份，而陈子荣因篡夺中艺公司商业机会所得的收入，包括该股份，应该全部归入中艺公司所有。三家第三人公司之所以独立于中艺公司，是陈子荣篡夺中艺公司商业机会的结果，不能作为为其侵权行为背书的理由。其二，涉案三家第三人公司是否依照资合性和人合性设立，不是判断陈子荣是否篡夺公司商业机会的要件事实，构不成有效的抗辩。中艺公司与县政府的协议中约定了成立项目公司，且公司名称与涉案第三人公司名称相同，这是陈子荣篡夺公司商业机会的证据。至于三家第三人公司其余股东是否同意与陈子荣、陈湜成立公司，不影响陈子荣篡夺公司商业机会的成立。一审法院引用《中华人民共和国公司法》第二十二条欠缺请求权基础思维。中艺公司要求陈子荣将以陈湜名义持有的三家第三人公司的55%股权归入中艺公司所有，其请求权基础不是《中华人民共和国公司法》第二十二条，是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，以《中华人民共和国公司法》第二十二条为依据对中艺公司的请求权进行抗辩，不能形成有效抗辩。一审法院认定陈子荣作为中艺公司执行董事、法人代表，代表中艺公司与上犹县政府签订了关于上犹油画产业园的协议，并对中艺公司的其他股东隐瞒该事实，向其儿子陈湜提供该信息，导致在中艺公司签约后17天，其儿子陈湜与陈定宇、杨细国成立了创意油画公司。以上情况满足了篡夺公司商业机会的要件事实：利用了执行董事身份履行公司职责的便利，获得中艺公司与县政府签约的信息和其中的优惠条件；对中艺公司其余股东隐瞒该信息；促成以其儿子名义与第三方成立公司，出面开发油画创意园项目。在满足要件事实的情况下，一审法院以《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款、第一百四十八条第一款第五项为规范依据，以“由于陈子荣的不作为，中艺公司事实上不可能取得涉案项目的商业机会，故本案尚不构成侵犯商业机会”为理由，以陈子荣违反竞业禁止规定和忠实义务为由，判决陈子荣将收取的油画发展资金和薪金归入中艺公司，是一个自相矛盾的判决。本案中，陈子荣违反竞业禁止规定和忠实义务，侵害了公司的商业机会。违反了忠实义务，侵害公司的商业机会，其法律效果为：“董事、高级管理人员违反前款规定所得收入应当归公司所有”。一审法院应该依法支持中艺公司依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条提出的全部诉讼请求。

综上，请二审依法支持中艺公司的上诉请求。

陈子荣辩称：1.中艺公司自成立时起无资金、无资产、无人员，从未开展任何经营活动，其设立的唯一目的就是在贵州省兴义市顶效经济开发区进行项目投资。上犹创意园项目并非中艺公司的商业机会。上犹创意园项目的用地实际由海润嘉华公司、大润佳华公司分别依法获取和开发。据一审查明，陈子荣与案外三名自然人设立中艺公司的唯一目的是为了承接受让他人的贵州顶效项目，由于顶效开发区并未同意中艺公司的受让行为，中艺公司未能获得顶效项目的开发机会，因此，中艺公司各股东未出资，亦未召开股东会议，完全将中艺公司闲置。中艺公司系新设立的无资金及业绩的公司，根本不具备任何文化产业经营能力和资质。依据中艺公司四位股东于2011年8月16日签署的《合作意向书》，四方均投入5万元作为活动经费，由中艺公司与贵州省有关机构签订投资意向书，拟在贵州省兴义市成立开发公司。可见中艺公司设立目的仅仅是为了与贵州省兴义市有关机构签订投资协议，在兴义市设立公司进行顶效项目开发。根据中艺公司四位股东于2011年9月1日共同签署的《贵州顶效文化创意园项目合作协议书》（下称“协议书”），明确表示四方合作是基于“在贵州对但不限于顶效经济开发区生态文化创意园项目进行共同合作”，更进一步说明设立中艺公司目的仅为了在贵州共同投资。同时协议书还明确指明除四方已确认的顶效项目外，在贵州的其他项目需经四方一致同意方可进行。此外，依据中艺公司章程第十八条约定，需经股东书面形式一致同意方能决定投资，而陈子荣根本没有意愿和其他三位股东另行共同投资。事实上，中艺公司未能与兴义市有关机构签订投资协议获取顶效项目开发权，使得设立该公司的初衷未能实现，因而出现中艺公司自成立之时起，没有任何资金、资产、人员，是个“三无公司”。该公司从未开展任何经营活动，亦不具备任何开发上犹创意园类似产业园项目的经验，亦无实际开发上犹创意园项目的履约能力。就上犹创意园项目，中艺公司从未投入人力、物力、财力开展任何工作，该项目并非中艺公司的商业机会。实施上犹创意园项目的基础是取得项目建设所需用地的土地使用权，该等土地使用权系上犹县国土资源局分批挂牌公开拍卖，任何合法主体均有权参与竞拍。只要此土地使用权竞得人承诺按出让公告约定的土地开发要求进行土地开发即可。这就是为何上犹县国土资源局与海润嘉华公司、大润佳华公司签订土地使用权出让合同的根本原因。如按中艺公司主张，只有在和上犹县人民政府签署投资协议后才有资格参与竞拍并有资格签订相关土地使用权出让合同，则海润嘉华公司、大润佳华公司即无资格签约并获取相应土地使用权，因为该两公司无论从投资主体上还是形式上均与中艺公司无任何关联。该两公司竞得土地使用权的事实足以证明上犹创意园项目并非中艺公司的商业机会。海润嘉华公司、大润佳华公司分别依法参与竞拍并竞得国有土地使用权，分别签署相应国有土地使用权出让合同，并交纳土地出让金，依法办理国有土地使用权证。目前，上犹创意园项目由三家第三人公司依法投入资金进行开发，并陆续完成相应阶段性开发成果。前述民事法律行为均合法有效，三家第三人公司与中艺公司均无任何法律关系，由此可以再次证明上犹创意园项目并非中艺公司的商业机会。海润嘉华公司、大润佳华公司在参与相应土地招、拍、挂程序前仅土地出让定金即支付了7200万元，中标签署《国有建设用地使用权出让合同》后，合计支付了土地使用权出让价款2.5亿余元。中艺公司既无资金也无人员，如何有能力支付上述款项，其连基本的签约资格都不具备。

2.中艺公司认为陈湜系为陈子荣代持股权，与事实、证据不符。三家第三人公司是中艺公司之外的投资人发起并依法设立的，遵从了有限责任公司的资合性和人合性。中艺公司根本没有出资，依据最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）的相关规定，中艺公司请求将陈湜在三家第三人公司的股权归其所有既不合法，亦无依据。陈湜系独立的民事主体，其有权依法与案外人设立有限责任公司。在案证据已经充分表明，三家第三人公司系包括陈湜在内的自然人依法设立的，各股东已经依法行使及履行股东权利义务。三家第三人公司自设立后已开展正常经营，特别是已依法获取了相关土地使用权，不存在任何违反法律法规之情形，并未损害其他方权益。三家第三人公司均为有限责任公司，其设立时的股东协议已经充分表明股东各方的意思表示，各公司的其余股东是与陈湜共同设立有限责任公司，而非与陈子荣合资成立公司，更与中艺公司没有任何关联性。陈子荣与陈湜并无有关代持股权的意思表示及履行行为，三家第三人公司的其余股东既不知晓、亦未表示与陈子荣合资设立公司。如按照中艺公司的逻辑，在没有任何证据证明的情形下，本案中将陈湜对三家第三人公司的股权确认为代陈子荣持有将严重损害陈湜、三家第三人公司、三家第三人公司其余股东的权益。另从程序上分析，此事项系其他法律关系，不属于本案审理及认定的范围，如在本案中作出认定，将使得前述主体丧失合法程序权利、无从实施救济行为。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，当董事高管违反该条法定义务而获取的收入归被侵害公司所有。据此，行使归入权的对象是特定的，是“收入”。而中艺公司原审诉请所涉及的三家第三人公司的股权之法律性质显然不属于收入，股权是相应股东履行出资义务后获取的，股东就相应股权享有股东权利并承担股东义务。据此，股权绝非归入权的行使对象。据此，即便假设三家第三人公司股权系陈子荣持有，则中艺公司要求将该等股权确认为其所有，亦缺乏法律依据。

3.三家第三人公司均确认500万元系给陈子荣的发展资金。三家第三人公司均为自然人合资成立的有限责任公司，亦非国有控股或者参股公司，三家第三人公司有权自主决定其公司资金的使用方式。一审、二审中，三家第三人公司均多次明确表示，500万元是给陈子荣的发展资金，对于该资金的使用均由陈子荣自主安排。这一安排主要是为了利用陈子荣在油画界的影响和号召力，为产业园引进油画艺术人才，同时要求陈子荣将其上百幅成名油画作品长年于园区内进行展示且不得出售，以此提升园区知名度，起到招商引资作用，从而完成对政府承诺的各项开发要求，该等要求包括但不限于吸纳艺术创作人员、文化经营商户、建成具有国际影响力的油画生产采购基地、文化教育、旅游观光文化产业基地等。正是由于三家第三人公司采用上述经营方式，上犹创意园才吸引和集聚了大量文化艺术人才，成为远近闻名的油画、文化、旅游基地。相应公司被评为省市县的重点文化企业，省市级领导乃至国家文化部门领导均来园指导和参观，并给予高度评价。因此，发展资金如何使用、何时使用均系陈子荣的权利，且上犹创意园的良好态势可以证明陈子荣已经为园区发展做了大量工作并已取得实效。陈子荣担任三家第三人公司的高管，在公司授权范围内管理及使用三家第三人公司的资金，并未违反任何法律法规的规定，且与中艺公司无任何关联。假设该等款项目前尚未使用或者未就该等款项使用获得证据材料，均无法得出该等款项系陈子荣的收入之结论。退一步而言，如认定500万元中部分金额系陈子荣的收入，亦是陈子荣担任三家第三人公司高管而依法获取的合理报酬。首先，该等款项的提供方三家第三人公司对授予陈子荣该等款项均无任何异议。其次，陈子荣虽然是中艺公司的股东，但是从未从中艺公司领取任何报酬，不能因为陈子荣曾担任了中艺公司的执行董事就剥夺其个人工作的权利，况且，中艺公司系从未开展过任何经营业务的僵尸公司，董事对其无承担所谓的忠实义务和勤勉义务。陈子荣有权运用其自身专业能力及社会地位，服务于第三方，并依法获取相应报酬。第三，陈子荣担任三家第三人公司的高管，承担公司大量经营管理工作，特别是对上犹创意园项目作出了巨大贡献，使得该项目在上犹当地及省内甚至是国内都得到各界的高度关注及肯定。中艺公司主张500万元是陈子荣侵害中艺公司商业机会而获取的收入，中艺公司未能就此提供证据予以证明，仅从举证义务的角度分析，中艺公司的主张不应当得到支持。

4.中艺公司主张将陈湜分别持有的三家第三人公司各55%股权确认为归其所有，该请求系股权确认纠纷，应另案处理。此外，股权并非《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定可予以行使归入权的对象，前述股权系陈湜合法所有的财产，并非代陈子荣持有，中艺公司该等主张缺乏法律依据和事实依据。本案的案由为损害公司利益责任纠纷，中艺公司主张将陈湜分别持有的三家第三人公司的各55%股权确认为归其所有，该请求属于股权确认纠纷。从民事诉讼程序角度分析，应由中艺公司另案起诉、另案处理。且股权确认纠纷涉及三家第三人公司其他股东的权利义务，该三家第三人公司其他股东均应参加该诉讼。此外，按照中艺公司的陈述，其认为陈湜系代陈子荣持有三家第三人公司的股权，如该等主张成立，则三家第三人公司股权归属于陈子荣所有，中艺公司根本不是股权确认纠纷适格的原告。中艺公司认为陈子荣违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项之规定（董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）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），并依据该条第二款规定（……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。）对陈湜持有的三家第三人公司股权主张行使归入权，显然该主张于法有悖：仅从行使归入权的对象而言，法条规定可行使归入权的标的为“收入”，主要是指款项。本案涉及的三家第三人公司的各55%股权的性质不属于“收入”，不是行使归入权的对象。中艺公司自成立至今从未开展任何业务，客观上不存在“自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”的情形。上犹创意园项目并非中艺公司的商业机会。陈湜系独立的民事主体，其有权依法与案外人设立有限责任公司。在案证据已经充分表明，三家第三人公司系包括陈湜在内的自然人依法设立的，各股东已经依法行使及履行股东权利义务。三家第三人公司自设立后已开展正常经营，特别是已依法获取了相关土地使用权，不存在任何违反法律法规之情形，并未损害其他方权益。综上所述，请求依法驳回中艺公司的全部上诉请求。

陈湜、创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司的答辩意见：1.首先陈子荣未侵害中艺公司的商业机会，陈湜更不构成侵害商业机会共同侵权人，陈湜是完全独立的民事主体，其名下股权应归其个人所有。商业机会具有专属性这一重要特征。就本案而言，判断陈子荣是否侵害中艺公司商业机会，首先需认定涉案土地使用权是否专属于中艺公司的商业机会。陈子荣提供的协议（意向）明确约定了项目用地按招、拍、挂的程序公开出让，由乙方依法取得。中艺公司提供的协议文本（复印件）也明确约定了项目用地根据项目建设进度分期分批按招、拍、挂的程序公开出让，由乙方依法取得。双方提交的补充协议亦均有类似约定。因此不论根据陈子荣提供的协议文本还是中艺公司自己提供的协议文本，中艺公司对这一商业机会并不是必然能够获得的，而是需要通过参与招、拍、挂的程序公开出让，依法取得。根据招、拍、挂的程序的公开性和竞争性的法律性质，任何满足招、拍、挂条件的竞买人均有权参与竞买涉案土地使用权，故竞买人并非仅限于中艺公司。竞拍的最终结果存在不确定性，任何一个竞买人都不必然获得竞买标的。因此，在中艺公司与上犹县政府签订协议后（不论该协议是否为意向协议），至竞拍成交前，案涉土地使用权并非当然的专属于中艺公司的商业机会。中艺公司与上犹县政府签订的协议仍然需要通过公开招、拍、挂的程序，成交后，才能变成商业机会。中艺公司由于未成立项目公司参与土地竞拍，因此，事实上不可能取得涉案项目的商业机会，故陈子荣不构成侵害中艺公司的商业机会。陈湜与其它股东独立地参与竞买涉案土地使用权，更不构成侵害商业机会共同侵权人。陈湜是完全独立的民事主体，在主体身份上完全区别于陈子荣，三家第三人公司是由陈湜、陈定宇、杨细国等人注册设立，中艺公司及其股东对三家第三人公司的上犹项目没有任何投资，三家第三人公司与中艺公司及其股东没有任何法律关系，故陈湜设立公司的行为与陈子荣不构成人格混同，陈湜在三家第三人公司持有的股权并不能等同于陈子荣所有，中艺公司不能要求陈湜将其名下股份过户至中艺公司名下。

2.陈子荣基于其身份权所享有的个人收益，与中艺公司无关。陈子荣系我国知名画家，在油画界具有一定的知名度，其自身影响力也具有一定的商业价值。就本案而言，陈子荣虽然是中艺公司的法定代表人，但不意味着陈子荣的所有收入均为中艺公司所有。陈子荣担任第三人公司高管，承担着公司大量的经营管理工作，包括对画师培训、作业检查及作品讲解，使得上犹县油画产业园得到了社会各界的高度关注及肯定，除此之外，第三人公司为提升园区知名度，起到招商引资作用，要求陈子荣将其上百幅成名油画作品常年于园区中进行展示且不得出售，基于以上事实，陈子荣理应获得一定的报酬，这与陈子荣是否违反忠实勤勉义务无关。因此，陈子荣的收入均系其运用自身影响力以及专业能力，服务于第三方，出卖作品使用权依法获得，属于其身份权所得收益，并非是基于违反中艺公司忠实勤勉义务所得，不能仅因为陈子荣系中艺公司法定代表人，其在公司职责范围外的所有劳动所得均归中艺公司所有。

3.即使认为陈子荣违反忠实勤勉义务，中艺公司主张行使归入权，陈子荣收取的500万元发展基金、340万元工作津贴也不属于《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款所规定的收入。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定“董事、高级管理人员违法前款规定所得的收入应当归公司所有”，根据上述规定，可被作为归入对象的仅限于董事、高级管理人员违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款规定所得的收入，即侵权人基于实施了法定的禁止行为而获得的收入，获得收入与实施法定禁止行为具有唯一性的因果关系，系违法收入。而陈子荣所获得的500万元发展基金、340万元工作津贴均不符合前述条件。500万元发展基金虽是三家第三人公司给予陈子荣的，但对该笔基金的使用，三家第三人公司进行了明确限定，并非是让陈子荣在油画产业发展外自由支配，通过海润嘉华公司制定的《文化发展资金使用管理制度》可以证实这一点。收入的重要特征就是随所有人自由支配，但从该资金管理制度可以看出，第三人公司在资金支持范围、使用标准、审批流程等方面作出了规定，资金的使用范围仅限于引进油画艺术人才、发展产业园、参加作品展览，并且使用须按审批流程审批，财务记账，并非由陈子荣自由支配。因此，该笔基金属于公司财产，用于公司产业发展，非《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款所规定的收入。340万元工作津贴，三家第三人公司已经作出说明，该工作津贴是对陈子荣主持全面工作的津贴（含陈子荣兼艺术总监晚上及节假日对画师的培训、作品检查及指导和其画作长期在公司展览、讲解津贴），与陈国辉担任总经理负责公司日常事务领取津贴8万元，杨细国担任副总经理协助总经理工作领取津贴4万元的性质是一样的。该津贴应属于陈子荣基于经营管理付出所获得的合法报酬。如前所述，中艺公司可以行使归入权的对象应是陈子荣基于违反忠实勤勉义务所获的违法收入，而该津贴系陈子荣的合法收入，不属于中艺公司行使归入权的对象。

4.三家第三人公司具有自主经营和管理权，有授予陈子荣使用500万元资金的权利。基于陈子荣的业界声誉，第三人公司授予陈子荣自主使用500万元文化发展基金，主要目的是为了引进艺术人才和落实油画产业园发展之需。如对500万元行使归入权，直接破坏了第三人公司的发展前景与目标，侵害了第三人公司的经营管理权与发展目标。第三人公司与中艺公司没有任何关联，即使要对中艺公司的权益进行保护，第三人公司的合法权益也应受到法律的保护。中艺公司的上诉请求没有事实和法律依据，请求驳回中艺公司的上诉请求。

陈子荣的上诉请求：一、请求撤销原审判决第一项，改判驳回中艺公司关于判令陈子荣将已提取的油画产业园发展经费归还中艺公司的请求；二、请求撤销原审判决第二项，改判驳回中艺公司关于判令陈子荣将从三家第三人公司领取的全部工资薪金归入中艺公司的请求；三、请求依法处理一审、二审的诉讼费。事实和理由：1.原审判决对于中艺公司的设立目的、实缴注册资本为零、自成立后未实际开展业务的情况未作出正确认定，前述事实对于本案中认定中艺公司是否具有诉讼利益，即其是否存在可能被损害的利益至关重要。原审判决基于该等事实认定错误及遗漏，错误地认定了中艺公司在本案中具有其根本不享有的诉讼利益。中艺公司提交的《贵州顶效文化创意园项目合作协议书》（下称《顶效合作协议书》）签署于2011年9月1日，晚于2011年8月16日签署的《合作意向书》，其效力优于《合作意向书》。《顶效合作协议书》首部约定“甲乙丙丁四方在贵州对但不限于顶效经济开发区生态文化创意产业园项目进行共同合作”、第一条第二款约定“中艺公司以接待贵州省兴义市（顶效开发区）相关人员及签订《投资协议书》为使命。待使命圆满完成后，中艺公司如有其他项目需要启用需经四方同意。”前述约定充分证明，中艺公司的股东设立中艺公司的目的是特定的，是为了在贵州进行生态文化创意产业园项目进行合作，合作区域以贵州为限，除顶效项目以外如以中艺公司开展其他项目合作需经四方同意。根据前述约定，中艺公司的四方股东明确的合作意向只针对贵州顶效项目，并无意向开展贵州以外地区的其他文创产业园项目。中艺公司章程第十四条载明，各股东应当于公司注册登记前足额缴纳各自所认缴的出资额。根据国家企业信用信息网的公示信息，中艺公司的实缴注册资本仍为零，该公司自2014年被住所地深圳市市场监督和管理委员会龙岗局列入“经营异常名录”、并由于载入异常名录三年未改正的原因而被列入“严重违法失信企业名单（黑名单）”，该状况可以印证《顶效合作协议书》约定的顶效项目实际上未开展合作，设立目的未实现，中艺公司股东并未开展其他项目合作，并可以证明中艺公司实际上未开展经营。从股东合作意向和中艺公司履行能力角度看，中艺公司无力竞争上犹油画产业园项目机会。虽然形式上陈子荣可以于当时向中艺公司披露上犹油画产业园项目机会，但是基于中艺公司股东自始并无开展除顶效项目外其他项目合作的意愿，并基于中艺公司自成立之时起没有任何资金、资产、人员的“三无公司”状况，该公司从未开展任何经营活动，亦不具备任何开发上犹县油画产业园类似产业园项目的经验，亦无实际开发上犹县油画产业园项目的履约能力，中艺公司无法就上犹油画产业园项目取得商业机会。据此，陈子荣未向中艺公司披露上犹油画产业园项目信息并未导致中艺公司利益受损，中艺公司自始就此项目无任何利益。

2.原审判决认为2013年3月16日，陈子荣以中艺公司的名义与上犹县政府签订意向协议是代表中艺公司签约，该认定属于事实认定错误。认为陈子荣未向中艺公司披露该意向书等三项行为违反对中艺公司的勤勉忠实义务，属于法律适用错误。一审判决认定本案尚不构成商业机会，该认定结论是正确的，但认为是陈子荣不作为的原因导致中艺公司无法取得涉案项目商业机会，对于中艺公司无法取得商业机会的因果关系认定错误。原审法院认为陈子荣的不作为包括三项行为：未向公司及其股东披露与上犹县政府签订的意向协议，作为法定代表人没有积极落实协议要求，没有以中艺公司名义成立项目公司参与土地竞拍，但陈子荣并无实施该三项行为的法定或合同约定义务。2013年3月16日，陈子荣以中艺公司的名义与上犹县政府签订意向协议，陈子荣该行为不够妥当，但是该行为并未构成违反中艺公司股东之间协议约定的违约情形，也不存在违法性。上犹油画产业园项目已经通过国有土地使用权出让等一系列法律程序，由本案三家第三人公司依法、按约取得项目开发权利，并实际进行开发，意向协议的相对方上犹县政府对项目开发现状亦表示认可。陈子荣以中艺公司的名义与上犹县政府签订意向协议的行为，并不是代表中艺公司签约，更不存在利用中艺公司的资质能力提升获取上犹县油画产业园项目开发权利机会的情形。陈子荣以中艺公司的名义与上犹县政府签订意向协议、未向公司其他股东披露意向协议的行为，不构成《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项规定的董事、高级管理人员的禁止行为。上犹油画产业园项目的开发基础是国有土地使用权出让，依法履行招、拍、挂程序，均是公开信息，任何意向方均可获知，不属于未经陈子荣主动披露中艺公司即无法获知的信息。且根据中艺公司证据中中艺公司章程记载显示，另外三名股东的地址均在江西省内，其如真有意向参与上犹油画产业园项目，完全有能力获知该项目信息并参与竞争。虽然中艺公司办理工商设立时将陈子荣登记为公司的执行董事暨法定代表人，但是中艺公司自设立后注册资本从未缴纳，公司亦未开展任何业务，亦从未向陈子荣支付过任何报酬或者履行过任何公司对董事、高管应尽的义务。中艺公司的这个情形，中艺公司的全体股东是明知的、认可的，也是中艺公司全体股东的意思表示的体现，中艺公司的全体股东放任中艺公司处于“三无公司”、“僵尸公司”的状态，未予管理。原审判决认为“陈子荣作为法定代表人应该积极落实协议要求，应该以中艺公司名义成立项目公司参与土地竞拍”，是扩大陈子荣作为中艺公司法定代表人的义务，与《顶效合作协议书》约定相悖，且无任何法律依据，实际上亦不具有可操作性。

3.原审判决基于《中华人民共和国公司法》第一百四十八条之规定，认定陈子荣以发展基金名义收取的500万元、获取的工作津贴340万元应归还中艺公司，属于对前述两笔款项性质的认定错误，法律适用错误，且存在举证责任分配错误。陈子荣并未实施《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款规定的违反勤勉忠实义务的法定禁止行为，中艺公司对陈子荣的收入主张归入权，缺乏事实依据及基本前提。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定，“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。”据此，可被作为归入权对象的仅限于董事、高级管理人员违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款规定所得的收入，即侵权人基于实施了法定禁止行为而获取的收入，获取收入与实施法定禁止行为具有唯一性的因果关系，系违法收入。而涉案的500万元发展基金、340万元工作津贴均不符合前述条件。500万元发展基金是三家第三人公司给予陈子荣的，对于该资金的使用由陈子荣自主安排，这一安排主要是为了利用陈子荣在油画界的影响和号召力，为产业园引进油画艺术人才，同时要求陈子荣将其上百幅成名油画作品长年于园区内进行展示且不得出售，以此提升园区知名度，起到招商引资作用，从而完成对政府承诺的各项开发要求，该等要求包括但不限于吸纳艺术创作人员、文化经营商户、建成具有国际影响力的油画生产采购基地、文化教育、旅游观光文化产业基地等。正是由于三家第三人公司采用上述经营方式，上犹县油画产业园才吸引和聚集了大量文化艺术人才，成为远近闻名的油画、文化、旅游基地，相应公司被评为省市县的重点文化企业，省市级领导乃至国家文化部门领导均来园指导和参观，并给予高度评价。因此，发展资金如何使用、何时使用均系陈子荣的权利，且上犹县油画产业园的良好态势可以证明陈子荣已经为园区发展做了大量工作并已取得实效。陈子荣担任三家第三人公司的高管，在公司授权范围内管理及使用三家第三人公司的资金，并未违反任何法律法规之规定，且与中艺公司无任何关联。以陈子荣未提供证据证明用于了发展，第三人也未主张要陈子荣归还，根本无法得出500万元系陈子荣的收入的唯一性结论、合理结论，存在逻辑错误。假设该等款项目前尚未使用、或者未就该等款项使用获得证据材料，均无法得出该等款项系陈子荣的收入之结论。中艺公司依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条主张对此500万元行使归入权，其有义务证明此500万元系陈子荣实施了法定禁止行为而获取的收入。中艺公司并未证明此500万元系陈子荣的收入，中艺公司应承担举证不能的法律后果。就本案的案由而言，并无法律规定适用举证责任倒置而由陈子荣自证其收到的款项系何性质，如其未能举证则推定此500万元系陈子荣的收入，与法律规定相悖，属于举证责任分配错误。退一步而言，如认定500万元系陈子荣的收入，亦是陈子荣担任三家第三人公司高管而合法获取的劳动报酬。首先，该等款项的提供方三家第三人公司对授予陈子荣该等款项均无任何异议。其次，陈子荣虽然是中艺公司的股东，但是从未从中艺公司领取任何报酬，陈子荣有权运用其自身专业能力及社会地位，服务于第三方，并依法获取相应报酬。第三，陈子荣担任三家第三人公司的高管，承担公司大量经营管理工作，特别是对上犹县油画产业园项目作出了巨大贡献，使得该项目在上犹当地及省内、甚至是国内都得到各界的高度关注及肯定。同样，340万元的工作津贴是陈子荣依法获取的劳动报酬，不是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的归入权的行使对象。

4.原审判决认可周金昌以中艺公司监事身份提起本案诉讼，认定本案未过诉讼时效，属于法律适用错误。

中艺公司答辩称：1.中艺公司自陈子荣以中艺公司名义与上犹县政府签订涉案协议时起，即取得了与上犹县政府合作创意油画产业园项目的商业机会，陈子荣侵犯了该商业机会，中艺公司依法享有要求陈子荣承担相应法律责任的诉讼利益。首先，中艺公司在2013年3月16日即取得了该商业机会，三个项目公司是以该商业机会所依托的中艺公司与上犹县政府的协议，实现了该商业机会，至今，三个项目公司都在履行中艺公司与政府的协议。这说明，中艺公司履约完全没有问题。其次，该商业机会的取得仅与中艺公司和上犹县政府是否签订了合伙协议有关，与中艺公司设立目的、实缴注册资本多少以及成立后开展业务的情况、中艺公司是否为“三无公司”、是否有过往项目经验无关，何况中艺公司成立的目的明确，就是要开发文化创意类地产项目。中艺公司也并非“三无公司”，其成立后聘请了出纳和行政人员，时至今日，也只有陈子荣个人分文未缴，其余股东已经为本诉讼付出了大量的资金，注册资本已缴纳到位。事实上，中艺公司成立后，包括陈子荣在内的四个股东都在为开展业务各自奔忙，也正是因为这样，才取得了涉案商业机会。对于中艺公司的“履约能力”，根据2013年3月16日签约时，上犹县委书记对中艺公司的介绍、陈子荣对各大新闻媒体的介绍，中艺公司的履约能力没有问题；中艺公司的股东在合作意向书中对于项目的融资做出了安排，履约没有问题；陈子荣在运作上犹创意油画园项目时，没有投资能力，其跟任何人合作的条件都是自己不出钱，他都运作成功了该项目，作为中艺公司的执行董事，他的履约能力归属于中艺公司，即使不考虑中艺公司其他股东的履约能力，也可以说明中艺公司的履约能力没有问题；陈子荣作为中艺公司的执行董事，法定代表人，理应履行对中艺公司的忠实义务，以自己的努力工作帮助中艺公司履行与上犹县政府的协议，而不是侵占公司的商业机会后，自己去履行中艺公司与上犹县政府的协议。

2.陈子荣代表中艺公司与上犹县政府签订了意向协议书，根据股东、董事的勤勉忠实义务，应当向公司披露该意向书。一审判决认定陈子荣违反了对公司的勤勉忠实义务，符合法律规定。陈子荣不作为的三项行为即未向公司及其股东披露与上犹县政府签订的意向协议、作为法定代表人没有积极落实协议要求、没有以中艺公司名义成立项目公司参与土地竞拍，依据《中华人民共和国公司法》规定，这些都是陈子荣作为董事应尽的义务，陈子荣不实施这些行为，反而以其儿子陈湜的名义成立项目公司，夺取了中艺公司的商业机会。陈子荣认为上犹油画产业园项目开发基础是国有土地使用权出让，依法履行“招拍挂”程序，均是公开信息，任何意向方均可获知，该意见与事实不符。首先，陈子荣以中艺公司名义与上犹县政府签订协议后，有义务向公司及其他股东披露该信息，不能因项目的土地出让信息是公开信息而免除陈子荣的该项义务。其次，上犹油画产业园的土地出让是依据中艺公司与上犹县政府之间的协议所做的安排进行出让的，设置了“与政府签订了投资协议”这一前置条件，并非任何主体都可以实际参与。在该地块比相邻地块便宜一亩200万元的情况下，实际参与招、拍、挂的主体只有陈湜和本案第三人公司。陈湜和第三人公司在没有与政府签订投资协议的情况下，有资格参加上犹油画产业园的土地出让招、拍、挂，理由就是他们以中艺公司的项目公司名义参加土地出让招、拍、挂。这从项目用地的出让合同中对中艺公司与政府所签合同引用可以证明。陈子荣作为中艺公司高管和法定代表人的义务是法定的，不以公司注册资本是否实缴，公司是否给其支付报酬为要件。

3.一审判决陈子荣以发展基金名义收取的500万元和获取的工作津贴340万元均应归还中艺公司正确，但认定陈子荣获取得金额有误。其一，陈子荣提供的陈湜、陈定宇、杨细国于2013年3月28日签订的《股东协议》第13条第1款中约定3000万元油画发展经费的支付时间为：“该费用分两期支付，首期在公司首次贷款或土地合作资金到位后支付1000万元，剩余的2000万元在还清乙丙方股东出资时一同付清给甲方。”陈子荣自认：首期支付金额为1000万元，剩余的2000万元在还清乙丙方股东出资时一同付清给甲方。其二，陈子荣提供的陈子荣、陈湜、陈国辉、陈定宇、杨细国于2016年7月5日签订的《全体股东会议记录》第1条明确：“原陈国辉出资注册的600万元，杨细国出资注册的400万元，陈子荣的1000万元发展资金，以上款项现均已归还付清至各位股东，所有款项均由股东个体自行支配，全体股东无任何异议。”在以上证据中，陈子荣自认：陈子荣已经得到1000万元发展资金，这笔资金与归还的股东投资一样，由各股东自行支配，陈子荣为股东身份。其三、陈子荣提供海润嘉华公司记账凭证（记57号）、收条及付款凭证各1份。在以上证据中，陈子荣自认：在2016年7月5日自认收到1000万元油画发展资金后，陈子荣又自认2017年1月3日又收到500万元油画发展资金。事实上，仅凭陈子荣的自认，陈子荣到2017年1月3日就收到了1500万元油画发展资金，且根据其自认，中艺公司有理由认为其收到3000万元发展资金的条件已经满足，有理由合理推断其已经收到了3000万元油画发展资金。陈子荣在三个项目公司一共领取了多少油画发展资金、多少工资，是由三个项目公司的账簿、银行流水等证明，中艺公司依据陈子荣提供的证据，合理主张其已经领取了全部的3000万元油画发展资金。且依据初步证据主张从2016年6月1日开始每月领取10万元工资，从2017年1月开始每月领取25.5万元工资。陈子荣拒不提供公司账簿、合同供司法鉴定之用，法院应依据证据规则，推定中艺公司的主张成立，且中艺公司的举证责任已经完成，陈子荣并未完成其应付的举证责任。

陈湜、创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司同意陈子荣的上诉意见。

中艺公司向一审法院起诉请求：1.确认陈子荣、陈湜应提取的油画产业园发展经费3000万元归中艺公司所有，并判令陈子荣、陈湜将已提取的油画产业园发展经费归还中艺公司，截至2017年1月3日共提取了1791.5万元。判令第三人创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司将未支付的油画产业园发展经费支付给中艺公司。2.确认陈湜所持创意油画公司55%股份归中艺公司所有；从该公司成立时起，因该股份所产生的所有收益归中艺公司所有。3.确认陈湜所持海润嘉华公司55%股份归中艺公司所有；从该公司成立时起，因该股份所产生的所有收益归中艺公司所有。4.确认陈湜所持大润佳华公司55%股份归中艺公司所有；从该公司成立时起，因该股份所产生的所有收益归中艺公司所有。5.判令陈子荣、陈湜将陈湜所持有的创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司各55%的股份过户到中艺公司名下，创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司予以配合。6.判令陈子荣将从三个第三人公司领取的全部工资薪金归入原告所有，截至2019年11月份共领取了1352.5万元。7.本案诉讼费、保全费等费用由陈子荣、陈湜承担。

一审法院认定事实：2011年8月16日，周金昌、陈子荣、晏鹏卿、饶建文四人就“对但不限于顶效经济开发区生态文化创意产业园项目进行共同合作”签订《合作意向书》。《合作意向书》介绍了中艺公司成立的背景和使命，同时约定“本项目的研究和考察属集体行为，四方均不可弃他方对但不限于该项目进行相关工作”。

2011年9月，陈子荣、周金昌、晏鹏卿、饶建文成立中艺公司，经营范围：文化活动策划、投资兴办实业、油画、工艺品的设计、购销等，选举股东陈子荣担任公司执行董事、法定代表人，周金昌担任公司监事。

2013年3月16日，（中艺公司的执行董事、法定代表人）陈子荣代表中艺公司与上犹县人民政府签订《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书（意向）》，约定：1.项目名称：中国生态文化（上犹）油画创意园项目；2.项目地点：选地上犹县文峰新区或南河湖休闲度假区；3.建设内容：建设文化创意交易区、文化配套功能区；4.项目一期占地约400亩（以实际供地面积为准），项目总投资16亿人民币；5.项目用地按招、拍、挂的程序公开出让，由中艺公司依法取得。另约定了“本协议为意向协议，上述条款以乙方通过招、拍、挂合法取得土地后生效”。

2013年3月28日，被告陈湜（陈子荣之子）与案外人陈定宇、杨细国签订股东协议，约定：1.成立赣州市（上犹）油画创意园有限公司；2.公司法定代表人为陈湜；3.投资总额及股东出资入股情况：公司由陈湜、陈定宇、杨细国三方股东投资1358万元注册设立。后面开办资金由陈定宇、杨细国二方投入资金约1358万元（陈定宇出资815万元人民币，杨细国出资543万元人民币，经陈湜、陈定宇、杨细国三方商定，陈定宇出资600万元，杨细国出资400万元作为公司开办资金）；4.公司总经理由陈子荣担任，主持公司的日常运营和管理工作；5.陈国辉担任副总经理，分管工程建设，杨细国担任财务总监，分管财务；6.鉴于项目需要，陈湜、陈定宇、杨细国三方同意提取油画产业园的发展经费3000万元，由陈湜自行使用。该费用分两期支付：首期在公司首次贷款或土地合作资金到位后支付1000万元，剩余的2000万元在还清陈定宇、杨细国股东出资时一同付清给陈湜。

2013年3月29日，上犹县政府办公室向县工商局发出上府办抄字【2013】36号抄告单，载明：“为了充分利用上犹生态文化资源，发展文化创意产业，根据《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》，经县政府研究，同意由陈湜、陈定宇、杨细国投资设立‘赣州市上犹创意油画产业园开发有限公司’，公司注册资本1358万元……”。

2013年4月2日，陈湜与陈定宇、杨细国合作成立创意油画公司，负责项目的工程建设、经营和管理。根据该公司《国家企业信用信息公示系统企业信用信息公示报告》显示：创意油画公司中陈湜出资占55%，陈定宇出资占30%，杨细国出资占15%。经营范围为油画、文化产品及艺术交流、策划、制作、代理、销售等。

2013年7月17日，陈湜与陈定宇、杨细国合作成立大润佳华公司，陈湜出资占55%，陈定宇出资占30%，杨细国出资占15%。经营范围：文化项目投资、房地产开发等。

2013年7月至2013年10月间，上犹县国土资源局分批挂牌B1.B2.C1.C2.D1.D2宗地，挂牌出让公告和出让须知主要内容：1.中华人民共和国境内的法人、自然人和其他组织（法律法规另有规定的除外）均可申请参加。2.采用有底价增价竞价方式，按照价高者得原则确定竞得人。3.以上宗地用地必须符合上犹县文化产业发展的规划和油画产业创意园区时序建设要求，并与上犹县人民政府签订相关投资协议；4.竞得文峰南路B1.B2.C1.C2.D1地块者，必须竞得配建项目文峰南路D2地块，同时将D2地块打造成集书画创作、生产、交易为一体的文化创意交易区；5.竞得文峰南路D2地块者，必须竞得配建项目文峰南路其他地块，同时将D2地块打造成集书画创作、生产、交易为一体的文化创意交易区。6.资格审查：竞买人在网上交易系统按规定递交竞买申请和符合项目用地要求的承诺协议并交纳了竞买保证金后，系统将自动默认竞买申请人具有竞买资格，出让人只对网上交易的竞得入选人进行资格审查。如因竞得入选人的资格后审未通过造成出让地块不成交的，由竞得入选人自行承担相应责任。7.有下列情形之一的，视为资格审核不能通过，竞得结果无效，宗地重新组织出让，该竞买人的保证金不予退还：（1）竞得入选人不符合竞买资格要求的；（2）提交核对的文件资料不齐全或不符合规定的；（3）法律法规规定的其他情形。8.挂牌出让公告还载明了各宗地的竞买保证金和到账截止时间。

2013年8月5日，大润佳华公司竞得上犹县文峰南路B1.B2宗地，土地面积为93.07亩。出让合同第五条为“本合同项下出让宗地的用途为商业、住宅（详见……及2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书）”。

2013年8月23日，（中艺公司的执行董事、法定代表人）陈子荣代表中艺公司与上犹县人民政府签订《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》约定：1.文化创意交易区占地100亩；文化配套功能区占地300亩；2.中艺公司必须在本协议签订后10个工作日内，在上犹设立具有独立法人资格的赣州市（上犹）油画创意园有限公司，同时以该公司及该公司控股的其他公司合作进行本项目工程的开发建设、经营管理；3.本补充协议以中艺公司通过招、拍、挂合法取得土地后生效等其他约定内容。

2013年9月2日，海润嘉华公司竞得上犹县文峰南路D2宗地。出让合同第五条为“本合同项下出让宗地的用途为商业、住宅（详见……及2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书）”。

2013年9月4日，陈湜与陈定宇、杨细国合作成立海润嘉华公司，陈湜出资占55%，陈定宇出资占30%，杨细国出资占15%。经营范围：文化项目投资、房地产开发等。

2013年10月30日，海润嘉华公司竞得上犹县文峰南路C2宗地。出让合同第五条为“本合同项下出让宗地的用途为商业、住宅（详见……及2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书）”。

2013年12月11日，海润嘉华公司竞得上犹县文峰南路C1.D1宗地。出让合同第五条为“本合同项下出让宗地的用途为商业、住宅（详见……及2013年3月16日与县政府签订的油画创意园项目合作协议书）”。

海润嘉华公司共竞得土地面积为306.93亩。

2013年12月28日，（中艺公司的执行董事、法定代表人）陈子荣代表中艺公司与上犹县人民政府签订《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》，约定：1、项目名称：中国生态文化（上犹）油画创意园项目；2、项目地点：上犹县文峰新区；3、项目规划：文化创意交易区占地100亩；文化配套功能区占地300亩；4、用地规模及性质：项目规划一期用地约400亩，位于上犹县文峰新区（附红线图B1.B2.C1.C2.D1.D2宗地），项目总投资约16亿元；5、中艺公司实际用地价格为38万元/亩，超出约定供地价格的部分，作为市政文化广场、公共绿地建设资金和产业扶持资金，在中艺公司全额缴交土地出让金后30天内，由上犹县人民政府一次性全部拨付给中艺公司。

2016年7月5日，创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司召开全体股东会议，参会人员：陈湜、陈定宇、杨细国，列席会议人员：陈子荣、陈国辉。达成协议：1、原陈国辉出资注册的600万（以首批银行贷款到账日起按月息1%计付）、杨细国出资注册的400万元（以首批银行贷款到账日起按月息1%计付）、陈子荣的1000万发展资金，以上款项现均已归还付清至各位股东，所有款项均由股东个体自行支配，全体股东无任何异议。2、陈子荣担任创意油画公司董事长、大润佳华董事长、海润嘉华董事长，主持公司全面工作，陈国辉担任总经理，负责公司日常事务，杨细国担任副总经理，协助总经理工作，工作津贴为陈子荣月薪10万元、陈国辉8万元、杨细国4万元。工作津贴从2016年6月1日开始执行。被告陈子荣及第三人自认实际支付陈子荣发展资金500万元，陈子荣每月10万元的工作津贴是三家公司每月合计承担10万元，实际从2016年7月开始领取至2019年4月，共计34个月，总计领取340万元。

2017年2月23日，中共上犹县委员会、上犹县人民政府给中艺公司发出《关于上犹油画创意园建设的提醒函》，督促中艺公司按照投资协议履行义务，否则取消所享受的优惠政策，补缴已减免的税费，没收尚未开工建设的C宗地。

2017年2月28日，中艺公司针对《关于上犹油画创意园建设的提醒函》做出答复函，主要内容：我公司于2013年上半年期间与上犹县政府签署了《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》（招商协议），但2013年下半年上犹县推出上犹油画创意园建设项目用地挂牌出让时因我公司没有落实项目资金。不具备投资能力而没有参与该项目用地的招拍挂竞拍，所以我公司既没有取得项目用地，也没有实际投资参与该项目开发。

2017年8月15日，中共上犹县委员会、上犹县人民政府向中艺公司作出《关于中艺公司在犹投资项目的说明》，称由于该县跟踪服务项目的工作人员工作失误，仅凭意向投资协议为依据发出《提醒函》，现予以收回。根据双方协议条款约定，因贵公司没有通过招、拍、挂合法取得项目建设用地，而是被大润佳华公司和海润嘉华公司依法取得，因此确认该县与中艺公司签订的《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书（意向）》、《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》、《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》均未生效。

为核实《关于上犹油画创意园建设的提醒函》、《关于中艺公司在犹投资项目的说明》的真实性，一审法院于2017年11月23日向中共上犹县委员会、上犹县人民政府发出《证据核实函》，请其核实两份证据的真实性。中共上犹县委员会、上犹县人民政府于2017年11月28日回复一审法院《关于两份证据的说明函》，称2017年2月23日由于工作人员的失误向中艺公司出具《关于上犹油画创意园建设的提醒函》。经该县核实项目用地由海润嘉华公司和大润佳华公司取得，故于2017年8月15日向中艺公司出具《关于中艺公司在犹投资项目的说明》，先后出具这两份材料这一情况属实，使用印章真实。复函中还具体说明了经手人姓名。

在上犹县“中国生态文化（上犹）油画创意园项目”开发建设期间，陈子荣以中艺公司名义为建设项目宣传。

需要指出的是，一审法院在认定上述事实的同时，也注意到原告对其与上犹县政府签订协议的过程有不同的主张。其认为：（1）2013年3月16日实际签订的协议为《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》及《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》，该两份协议原告在原一审提供了复印件。（2）被告提供《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书（意向）》、《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》作为证据，意图证明中艺公司与上犹县政府签订的协议未生效。（3）原告在上犹县政府复印出《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书（意向）》、《中国生态文化（上犹）油画创意园项目补充协议书》及《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》，签署日期分别为2013年3月16日、2013年8月23日、2013年12月28日。这三份协议的内容完全来自原告提供的两份协议。（4）即使按照第（3）条中的三份协议内容、签署时间，也完全可以证明油画产业园项目是中艺公司与县政府签订并实际在履行的项目。

一审法院认为：本案争议焦点为：1.原告诉讼代表人周金昌是否可以以监事的身份提起本案诉讼？2.被告陈子荣是否侵害了中艺公司的商业机会，违反了对中艺公司的忠实义务？3.各被告和第三人应如何承担责任？4.本案是否已过诉讼时效？

关于起诉主体问题。《中华人民共和国公司法》第五十二条规定：“监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务”。第五十三条规定“监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：（六）依照本法第一百五十一条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼。”第一百五十一条第一款规定“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼”第二百一十六条规定“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。”本案中，周金昌向法院提供了《关于请求监事起诉陈子荣的函》，中艺公司的股东饶建文在原一审出庭作证证明其请求周金昌以中艺公司监事身份提起诉讼，周金昌在中艺公司的监事身份虽然超过了任期，但是在改选出的监事就任前，周金昌仍应当履行中艺公司监事的职责，故周金昌以监事身份提起诉讼符合法律规定，予以确认。

关于是否侵害商业机会、违反忠实义务问题。陈子荣不构成侵害商业机会，但违反了勤勉、忠实义务。理由：（1）关于商业机会。构成侵害商业机会有一个重要特征，即商业机会须具有专属性。就本案而言，判断陈子荣是否侵害中艺公司商业机会，首先需要认定案涉土地使用权是否专属于中艺公司的商业机会。陈子荣提供的协议（意向）明确约定了项目用地按招、拍、挂程序公开出让，由乙方依法取得。中艺公司自己提供的协议文本（复印件）也明确约定了项目用地根据项目建设进度分期分批按招、拍、挂程序公开出让，由乙方依法取得。双方分别提交的补充协议亦均有类似约定。因此，不论根据陈子荣提供的协议文本还是中艺公司自己提供的协议文本，中艺公司对这一商业机会并不是必然能够获得的，而是需要通过参与招、拍、挂程序公开出让、依法取得。根据招、拍、挂程序的公开性和竞争性的法律性质，任何满足招、拍、挂条件的竞买人均有权参与竞买案涉土地使用权，故竞买人并非仅限于中艺公司。竞拍的最终结果存在不确定性，使任何一个竞买人都不必然获得竞买标的。因此，在中艺公司与上犹县政府签订协议后（不论该协议是否为意向协议），至竞拍成交前，案涉土地使用权并非当然地专属于中艺公司的商业机会。中艺公司与上犹县政府签订的协议仍然需要通过公开招、拍、挂成交后才能变成商业机会。本案中，陈子荣代表中艺公司签订协议后，并未向公司及公司其他股东披露，自己作为公司法定代表人也没有积极落实协议要求，没有以中艺公司名义成立项目公司参与土地竞拍。由于陈子荣的不作为，中艺公司事实上不可能取得涉案项目的商业机会，故本案尚不构成侵犯商业机会。（2）关于勤勉、忠实义务。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定“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。”和第一百四十八条第一款规定“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）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；……（八）违反对公司忠实义务的其他行为。”陈子荣身为中艺公司的法定代表人，在2013年3月16日代表中艺公司与上犹县政府签订意向协议后，不向中艺公司及其他股东报告，不积极采取措施促成协议变成商业机会，已严重违反了对中艺公司的勤勉义务，也违反了周金昌、陈子荣、晏鹏卿、饶建文四人《合作意向书》“四方均不可弃他方对但不限于该项目进行相关工作”的约定。而且，在短短12天后的2013年3月28日，其子陈湜即与他人签订《股东协议》设立创意油画公司，该《股东协议》陈子荣还被委任为总经理，陈子荣向陈湜披露了该协议有高度盖然性，导致中艺公司的意向项目最终旁落。陈子荣接受委任担任与中艺公司同类业务的第三人公司总经理、董事长，主持全面工作，受领月薪10万元，在第三人公司任职开发建设上犹项目期间还以中艺公司名义为项目宣传，陈子荣的这些行为违反了竞业禁止规定和忠实义务。

关于陈子荣收入数额。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定“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。”陈子荣违反忠实义务和勤勉义务所得的收入应当归中艺公司所有。如何判断一笔资金是否为“收入”？一审法院认为，可以称之为“收入”，则权利人应该不仅有支配权，还要有所有权。第一，关于发展资金。原告主张陈子荣已领取1791.5万元并无证据证明。本案能认定的是陈子荣和第三人均认可的陈子荣已领取的500万元。对该500万元资金性质应如何认定？2013年3月28日《股东协议》将3000万元表述为“油画产业园的发展经费”。2016年7月5日《全体股东会议记录》则表述为“发展资金”。两处表述虽略有差异，但均与项目发展需要有关，并没有表述为陈子荣的收入。但陈子荣、陈湜及三个第三人在原一审中答辩如下：2017年11月21日庭前会议陈湜及三个第三人代理人答辩“陈湜及三个第三人聘请陈子荣作为上犹项目的专家顾问，给陈子荣的专家顾问费是在合作协议里面明确约定的，是给陈子荣先生个人享有的”。2017年12月5日庭审陈子荣代理人答辩“陈子荣所提取的油画发展基金用于落实油画产业发展措施，引进相关人才，助推油画产业的发展”。辩论意见“提取经费不但是陈子荣作为专家顾问的合理报酬，而且是引进相关人才，助推产业发展，是第三人公司完善项目的自主权利”。被告陈湜代理人完全认同陈子荣的辩论意见。2018年5月23日庭审中，陈子荣代理人说“所谓的发展基金的提取是有一个重要的目的，不仅仅是对陈子荣在画界的地位认可，跟（更）重要的是为了引进画家和艺术家入驻上犹油画产业园而应支付的相关费用”。第三人代理人说“三家公司目前为止只支付给陈子荣个人500万元的发展基金，当然这笔钱是围绕在产业油画园的发展使用的，支配、享有的”。“500万元交给陈子荣先生自由支配享有的，是作为陈子荣先生的一个合理报酬，与原告没有任何法律关系。陈子荣先生确实在三家公司以及上犹项目作出了巨大贡献”。陈子荣的代理人说“这笔发展基金既是陈子荣先生的报酬，也是作为助推产业的资金”。第三人代理人说“关于这笔发展资金我们始终的观点就是归陈子荣个人享有支配”。陈子荣代理人“发展基金使用的目的，通过今天的举证，可以证明发展资金不仅是给陈子荣先生的报酬也是引进画家的一个资金”。陈子荣代理律师的代理词“实际上，经费的作用不只是对陈子荣的报酬，同时陈子荣也将此经费作为油画的发展基金用于引进人才、落实产业园发展措施、助推油画产生（业）发展”。陈湜、第三人代理人的代理意见“陈子荣先生对第三人上犹项目的努力和贡献是突出的，充分发挥了他艺术家、油画专家的优势和较好的艺术运营能力，第三人公司和股东根据股东合作协议和股东会议决议给陈子荣先生享有使用的费用是对陈子荣先生的合理补偿和奖励”。从被告、第三人各方的意见中可以看出，“发展资金”中含有给陈子荣报酬的意思，有时称“合理补偿和奖励”。故3000万元发展资金中作为“报酬、奖励”的部分，陈子荣是享有所有权的。具体到案涉500万元，该500万元是3000万元中的一小部分，陈子荣领取后时隔多年，本案的诉讼经过一、二审、发回重审，陈子荣均未提供证据证明用于了发展，第三人也未主张要陈子荣归还。故该500万元应认定为陈子荣的收入，中艺公司有权行使归入权。第二，关于工作津贴。中艺公司主张陈子荣从三个第三人处领取工资薪金1352.5万元并无证据证明，但陈子荣月薪10万元津贴属于收入，中艺公司对该津贴享有归入权。陈子荣和第三人认可已领取的340万元应由陈子荣归还中艺公司。

关于陈湜及第三人的责任。关于陈湜及第三人的责任问题，重审中一审法院向中艺公司进行了释明，请中艺公司思考以下问题：陈子荣的行为是否构成侵害中艺公司商业机会，如果构成，应如何赔偿？中艺公司主张确认陈湜所持有的创意油画公司、海润嘉华公司、大润嘉华公司的55%股份归中艺公司所有并过户到中艺公司名下是否可行？三家公司依法成立，陈湜在三家公司持股55%，而陈湜与陈子荣虽为父子关系，但在法律上是不同的两个主体，现有证据能否证明陈湜与陈子荣人格混同？如中艺公司的该项诉请不能得到支持，中艺公司是否需要调整诉讼请求？如坚持不调整，则应承担相应的法律后果。一审法院要求中艺公司在一周之内反馈是否调整诉讼请求，如果未反馈将视为不调整诉讼请求。但原告仍然一直坚持其上述诉请，重审中虽然增加诉请，但上述诉请没有发生变化。故对陈湜和第三人的责任，应围绕该诉请能否成立来分析。第一，前文已经分析，陈子荣不构成侵害商业机会，故陈湜不构成侵害商业机会共同侵权人。陈湜不是中艺公司的人员，更不是其高管，不负有对中艺公司的勤勉、忠实义务。陈子荣违反勤勉、忠实义务应由其自担责任。陈湜系独立民事主体，本案并无证据证明陈湜设立公司的行为与陈子荣人格混同，陈湜在三家第三人公司持有55%的股份并不能等同于被告陈子荣所有。第二，中艺公司虽然与上犹县政府签订的协议中约定设立项目公司，公司名称与涉案三家第三人公司名称亦相同，但设立这些公司仍然需要依法进行，需要符合有限责任公司的资合和人合两重属性。《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第一条“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。”第二十二条“当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。”从三家第三人公司与中艺公司的工商登记资料来看，三家第三人公司的设立是中艺公司之外的投资人发起并依法设立的，遵从了有限责任公司的资合性和人合性。中艺公司并没有参与发起、设立工作，也没有出资，发起设立过程及注册资本均与中艺公司没有关联。故三家第三人公司是独立于中艺公司的具有独立法人资格的公司，公司的股份不能想当然地认为由中艺公司所有。原告主张三家第三人公司的各55%股份归其所有的诉请与《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》上述规定不符。综上，中艺公司要求直接判决陈湜承担责任以及陈湜在三家第三人公司持有55%的股份及该股份产生的收益归中艺公司所有的诉请没有法律依据，对中艺公司的该项诉请不予支持。

关于诉讼时效问题。本案原告是基于认为陈子荣未向中艺公司及其股东披露上犹县项目因中艺公司与上犹县政府签约所取得而提起的诉讼，诉讼时效应从中艺公司获知上犹县项目是基于中艺公司与上犹县政府签约所取得时起算。饶建文虽在上犹县项目工作，但并无证据证明其当时知道中艺公司和上犹县政府签约，更无证据证明其当时知道该项目与中艺公司、上犹县政府之间的协议约定的项目雷同，故本案未过诉讼时效。

综上，依据《中华人民共和国公司法》第五十二条、第五十三条、第一百四十七条第一款、第一百四十八条第一款、第二款、第一百五十一条第一款、第二百一十六条，《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第一条、第二十二条之规定，判决：一、陈子荣于本判决书生效之日起十日内归还深圳中艺文化投资发展有限公司以发展资金名义收取的收入500万元；二、陈子荣于本判决书生效之日起十日内归还深圳中艺文化投资发展有限公司工作津贴340万元；三、驳回深圳中艺文化投资发展有限公司的其他诉讼请求。如果未按照本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费422115元，保全费5000元，合计427115元，由深圳中艺文化投资发展有限公司负担379947元，由陈子荣负担47168元。

二审查明，2013年7月17日，陈湜与雷雪松出资成立大润佳华公司。2015年5月20日，雷雪松将其股权49%转让给陈湜（4%）、陈定宇（30%）、杨细国（15%）。

2013年12月28日，陈子荣代表中艺公司与上犹县人民政府签订《中国生态文化（上犹）油画创意园项目合作协议书》，约定：……目标要求：1.项目建成后第1年，吸纳艺术创作人员300人以上（其中国家级、省级书画家80名以上），经营商户260家；建成2年内，吸纳艺术创作人员约1000人（其中国家级、省级书画家120名以上），经营商户400家，完成深圳大芬、福建莆田、厦门乌石埠油画产业向上犹成规模转移，申请成为国家文化产业示范基地。建成后3年内，吸纳艺术创作人员1500-2000人（其中国家级、省级书画家180名以上），经营商户600家；建成国内乃至世界有影响的油画生产采购基地、文化教育培训配套基地、旅游观光文化产业基地、文化共振产品开发基地和相关文化产业集散区。2.项目建成后3年内，油画创意园区文化产业年销售收入达亿元以上，年纳税额达3000万元以上。

二审查明的其他案件事实与一审相同，本院予以确认。

本院认为，根据双方诉辩意见，本案二审争议焦点为：1.陈子荣是否侵害中艺公司商业机会？陈子荣提取的油画发展资金和工资薪金，应否归中艺公司所有？数额多少？2.中艺公司主张陈湜提取的油画发展资金和创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司未支付的油画发展资金归中艺公司所有是否成立，如成立，数额如何认定？3.陈湜持有的三个第三人公司的股份及股权收益应否归入中艺公司？4.周金昌是否可以以监事的身份提起本案诉讼？本案是否已过诉讼时效？

一、关于陈子荣在本案中应承担何种法律责任的问题。商业机会一般指公司董事、监事及高级管理人员在执行公司事务过程中获得的，并且有义务向公司披露的与公司经营活动密切相关的各种机会。涉案项目系上犹县政府通过招商引资引进的文化产业项目，且由中艺公司与上犹县政府签订协议，陈子荣作为中艺公司的股东和法定代表人，在中艺公司中同时具备股东和公司高管的双重身份，无论从有限公司的人合性角度抑或从其担任公司高管职务考察，陈子荣均有向其他股东和中艺公司披露该商业机会的义务。现有证据证实陈子荣作为公司执行董事，将本应由公司享有的商业机会以其儿子控股的三家公司竞拍取得项目，并未经公司其他股东同意，其亦未举证证明公司因其他原因放弃该商业机会，陈子荣虽提交了有关证据证明陈子荣不存在隐瞒项目的相关情况，但提交的证据不能充分证明其他股东知悉，其他股东晏鹏卿、周金昌、饶建文均已否认陈子荣告诉过他们，故陈子荣的行为违反了股东、高管应尽的忠实义务。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款、第二款规定，陈子荣因违反忠实义务所获得的收入应当归中艺公司所有。中艺公司主张陈子荣截至2017年1月3日将提取的油画产业园发展经费1791.5万元归还中艺公司，其虽提交了《股东协议》、《全体股东会议记录》和陈国辉出具的有关支付给陈子荣款项明细证明并出庭作证等，但现有证据不足于证实陈子荣已实际取得上述款项。陈子荣与三家第三人公司均认可陈子荣收到500万元发展资金，陈子荣没有提供证据证明用在涉案项目发展上，对该500万元可认定为陈子荣因违反忠实义务而获取的收入，一审据此判决中艺公司有权行使归入权，并无不当，本院予以维持。

中艺公司主张截至2019年11月，陈子荣从三个第三人处领取工资薪金1352.5万元，其有权行使归入权，依据为《全体股东会议记录》记载陈子荣的月薪10万元，从2016年6月1日开始发放的。江西省公安厅选定的审计机关出具审计报告后，向陈国辉送达了审计报告的复印件，认定陈子荣从2017年1月开始每月领取25.5万元月薪。经查，中艺公司主张陈子荣从2017年1月开始每月领取25.5万元月薪，没有提交相关证据证明。主张陈子荣从2016年6月1日开始领取月薪10万元，除《全体股东会议记录》，也未提交其他证据相佐证，故对中艺公司请求陈子荣应从2016年6月1日开始计算月薪10万元和从2017年1月开始计算月薪25.5万元的主张不予支持。陈子荣自认2016年7月开始至2019年4月，共计34个月，其从三家第三人处共领取津贴340万元。鉴于该340万元系陈子荣运营三家公司过程中所获取的合理劳动报酬，与其画家身份和威望密切相连，具有明显的身份属性，不宜认定为股东因违反忠实义务而取得的收入，对中艺公司请求行使归入权的主张，本院不予支持。

二、关于陈湜和创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司的责任问题。本院认为，中艺公司主张陈湜应将提取的油画发展经费1791.5万元归还中艺公司，现有证据不足于证实陈湜已实际取得上述款项。根据中艺公司的主张和事实理由，本案系因中艺公司认为其高级管理人员执行公司职务时违反了法律、行政法规或者公司章程，给公司造成损失，请求赔偿损失而引发的纠纷，此类纠纷主体仅限于公司股东或者董事、高级管理人员，而陈湜不具有中艺公司高级管理人员或者股东身份，其是否因侵权行为或者违约行为损害了中艺公司利益，不属于损害公司利益责任纠纷所应审理的范围。本案中，陈湜不应对中艺公司高级管理人员违反忠实义务的行为承担责任。综上，中艺公司的该主张，没有事实和法律依据。中艺公司还主张创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司应将未支付的油画产业园发展经费支付给中艺公司，根据公司法的规定，股东因违反忠实义务而取得的收入才归公司所有，中艺公司主张将陈子荣尚未取得的收入由第三方直接向其支付，缺乏法律依据。

三、关于陈湜所持的创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司的55%股份及股权收益应否归中艺公司所有的问题。现有证据证实三家公司依法成立，为独立的民事主体。从2013年7月至10月间，上犹县国土资源局分批挂牌B1.B2.C1.C2.D1.D2宗地的挂牌出让公告和出让须知的主要内容反映，涉案项目除要求了竞选人的资格，同时对宗地的竞买保证金和到账截止时间也有约定，现有证据不足以认定中艺公司必然能获得项目开发权。陈湜与陈子荣虽然是父子关系，但系两个不同的民事主体，陈湜以个人身份参股公司，符合法律规定，且现有证据不足以证实陈子荣是以陈湜身份控股公司。故从公司法角度上不能将两人的公司股东身份完全混同，陈湜持有三家公司的股权与中艺公司并无直接的关联性，中艺公司认为三家公司55%股份实际为陈子荣的，诉请陈子荣、陈湜所持的创意油画公司、海润嘉华公司、大润佳华公司的55%股份和收益归中艺公司所有，没有事实和法律依据，中艺公司的该诉请，不能成立。

四、关于本案起诉主体和本案是否已过诉讼时效的问题。陈子荣上诉提出，原审判决认可周金昌以中艺公司监事身份提起本案诉讼，认定本案未过诉讼时效，属于法律适用错误。本院认为，《中华人民共和国公司法》第五十三条规定，监事有权向人民法院提起诉讼。根据《中华人民共和国公司法》第五十二条规定，在改选出的监事就任前，原监事仍应当履行监事职责。周金昌的监事身份虽然超过了任期，但在改选出的监事就任前，周金昌仍应当履行监事职责，故周金昌以监事身份提起诉讼符合法律规定。在案证据证实陈子荣的行为违反了对中艺公司的忠实义务。陈子荣未能提供有效的证据证明其向中艺公司及其股东披露过涉案项目，而本案系因中艺公司与上犹县政府签约所取得商业机会而提起的诉讼，诉讼时效应从中艺公司获知涉案项目是基于中艺公司与上犹县政府签约所取得时起算。故一审法院确认周金昌以监事身份提起诉讼和认定本案未过诉讼时效，并无不当。

综上所述，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项的规定，判决如下：

一、维持江西省抚州市中级人民法院（2019）赣10民初18号民事判决第一项即“陈子荣于本判决书生效之日起十日内归还深圳中艺文化投资发展有限公司以发展资金名义收取的收入500万元”；

二、撤销江西省抚州市中级人民法院（2019）赣10民初18号民事判决第二项、第三项；

三、驳回深圳中艺文化投资发展有限公司的其他诉讼请求。

如果未按照本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费422115元，保全费5000元，合计427115元。二审案件受理费450715元，共计877830元，由深圳中艺文化投资发展有限公司负担702264元，陈子荣负担175566元。

本判决为终审判决。

审判长　　邓相红

审判员　　肖玉华

审判员　　邱爱珍

二〇二〇年十月三十日

法官助理李源源

书记员陈鹏宇

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

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

……