江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2018)苏01民终3757号

上诉人（原审原告）：蒋蒙娟，女，1983年7月2日出生，汉族，住南京市玄武区。

委托诉讼代理人：苏伟，江苏曹骏律师事务所律师。

委托诉讼代理人：司马炤，江苏曹骏律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：刘品，男，1988年6月25日出生，汉族，住南京市玄武区。

被上诉人（原审被告）：邵丹，男，1980年9月29日出生，汉族，住南京市鼓楼区。

委托诉讼代理人：李毅，江苏致邦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王笑，江苏致邦律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：南京友力天成文化传媒有限公司，统一社会信用代码91320106MA1MAN8FXE，住所地在南京市鼓楼区五所村406号-4。

法定代表人：刘品，该公司总经理。

被上诉人（原审被告）：南京炫众文化传媒有限公司，统一社会信用代码91320106MA1MQ7MC84，住所地在南京市鼓楼区沿江村76号-1。

法定代表人：邵丹。

委托诉讼代理人：李毅，江苏致邦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王笑，江苏致邦律师事务所律师。

原审第三人：南京苏博文化传媒有限公司，统一社会信用代码913201060758649463，住所地在南京市鼓楼区建宁路65号15＃116室。

法定代表人：刘品，该公司总经理。

上诉人蒋蒙娟因与被上诉人刘品、邵丹、南京友力天成文化传媒有限公司（以下简称友力公司）、南京炫众文化传媒有限公司（以下简称炫众公司）、原审第三人南京苏博文化传媒有限公司（以下简称苏博公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服江苏省南京市鼓楼区人民法院（2017）苏0106民初8907号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年4月18日受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

蒋蒙娟上诉请求：1.撤销一审判决，改判支持蒋蒙娟的全部诉讼请求；2.由四被上诉人负担本案诉讼费用。事实和理由：1.公司董事、高级管理人员违反忠实义务，既违反了对公司承诺，亦属于对公司一种侵权行为，其应承担的法律责任，既可能是因违反忠实义务所得收入归公司所有，亦可能因其行为给公司造成损失而承担赔偿责任。刘品、邵丹作为苏博公司执行董事、高级管理人员，违反对苏博公司忠实义务，给苏博公司造成重大损失，蒋蒙娟提起股东代表诉讼有权要求两人赔偿苏博公司损失，友力公司、炫众公司作为共同侵权人应承担共同赔偿责任，故一审判决认为蒋蒙娟仅能主张归入权，而不能要求赔偿损失，属法律适用错误。2.蒋蒙娟提交的苏博公司资产负债表及损益表反映苏博公司因友力公司设立而停止经营时的资产状况（2015年12月货币资金期末数为556683.64元，所有者权益为599418.98元），现苏博公司名下无任何资产，而刘品书面确认友力公司全盘接受了苏博公司的人、财、物，故一审判决认定上述证据不足以证明苏博公司的利益受损，属事实认定错误。3.关于刘品和邵丹从友力公司获取非法收入的金额，一审法院仅凭其口头陈述即予以认定，亦属事实认定不清。

刘品、友力公司共同辩称，一审判决对其并不公平，其本着解决问题的态度未予上诉。

邵丹辩称，蒋蒙娟的诉请无事实和法律依据，请求驳回上诉，维持原判。

炫众公司辩称，蒋蒙娟上诉所依据的事实和理由与炫众公司无关，蒋蒙娟无权要求炫众公司承担责任。

苏博公司述称，其系创业性法人，虽然账目上看确有盈余，但实际部分支出因缺少票据未计入成本，导致向税务部门制作资产负债表时无法真实反映自身财务状况，该资产负债表所载内容并不真实，且与真实情况有很大差距。

蒋蒙娟向一审法院起诉请求：1.判令刘品、邵丹、友力公司、炫众公司共同赔偿苏博公司损失40万元；2.本案诉讼费用由四上诉人共同负担。

一审法院认定事实：苏博公司设立于2013年8月28日，住所地在南京市鼓楼区建宁路65号15＃116室。股东为刘品、邵丹与王效祥，注册资本50万元，其中刘品认缴出资17万元（占注册资本的34%）、邵丹认缴出资16.5万元（占注册资本的33%）、王效祥认缴出资16.5万元（占注册资本的33%）。公司经营范围包括设计、制作、代理、发布国内各类广告；会展服务；经济信息咨询；企业营销策划；市场调研（不含社会调查）；婚庆、礼仪服务。公司成立后，刘品任公司法定代表人，职务为执行董事，邵丹任公司监事，负责公司财务等。2014年8月4日、2014年10月9日，王效祥将持有的苏博公司的股权分两次转让给蒋蒙娟。至此，苏博公司股东变更为刘品、邵丹和蒋蒙娟。

2015年11月2日，刘品和邵丹设立了友力公司，住所地在南京市鼓楼区××村××－４。股东为刘品和邵丹，注册资本50万元，刘品和邵丹各认缴出资25万元，出资时间为2035年12月31日，各占注册资本的50%。公司经营范围包括设计、制作，代理、发布国内各类广告；会展服务，婚庆礼仪服务，经济信息咨询，企业营销策划，市场分析调研。公司成立后，刘品任公司法定代表人，职务为执行董事，邵丹任公司监事。2016年1月15日，刘品和邵丹将各自持有的友力公司5%股权转让给友效（上海）投资管理有限公司。2015年9月9日，蒋蒙娟向苏博公司发出《查阅公司会计账簿申请书》，行使股东知情权；2015年9月11日，蒋蒙娟委托律师向苏博公司发出律师函，主张工作期间的劳动报酬。因苏博公司未在规定期限内回复，蒋蒙娟就劳动报酬和股东知情权分别向劳动争议仲裁委申请仲裁和向人民法院起诉，后诉请均得到裁判机关的支持。

2016年1月6日，友力公司通过工业和信息化部的信息网注册了自己的网上查询信息，在网站上友力公司简介为成立于2013年，联系地址是建宁路65号，域名登记备案信息中的主办单位为苏博公司，联系方式与苏博公司也一致。审理中，刘品、友力公司自认，上述网站确实是友力公司在使用。但客观情况是苏博公司成立的时候没有建立任何网站，中途网站的业务人员曾与苏博公司联系过，后来进入注册备案的时间是在友力公司成立以后。由于当时网站人员怕麻烦，不愿意将原来已有的信息进行更改，友力公司也就没有强求更改，所以才导致友力公司在网站使用苏博公司的信息。在友力公司经营之初，确有占用了苏博公司的部分商业机会、人员、场所等情形。随之苏博公司也停止了经营。

2016年7月21日，邵丹与陈科设立炫众公司，股东为邵丹、陈科，注册资本50万元，其中邵丹认缴出资45万元，陈科认缴出资5万元，经营范围与苏博公司经营范围基本一致。

2016年12月8日，蒋蒙娟向刘品发出的通知书，内容为友力公司成立后全盘接手了苏博公司的资金、人员、客户等资源，并在苏博公司的经营场所进行原业务经营，使苏博公司经营活动停止，苏博公司的财产成为友力公司的财产，侵害了苏博公司合法权益等内容。希望刘品作为苏博公司的法定代表人承担起责任，并代表苏博公司起诉其他侵害公司利益的主体。如拒绝起诉或自接到本通知之日起30日内未提起诉讼，蒋蒙娟将提起股东代表诉讼。刘品在通知书下方签署“该通知收悉，情况属实，我拒绝提起诉讼”并签名。

另查明，刘品、邵丹作为友力公司股东之一，在公司经营中曾从公司获得各6万元的分成，刘品获取6个月的工资，每月3700元工资。

一审法院认为：关于蒋蒙娟的主体资格。根据《中华人民共和国公司法》规定，他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，在完成向监事，执行董事等发出书面通知请求向人民法院提起诉讼，在法定期限内未提起诉讼的，股东可以依照规定向人民法院提起诉讼，在本案中蒋蒙娟已完成了相应的请求通知义务，蒋蒙娟诉讼的主体资格应予确认。

蒋蒙娟在本案中明确的请求权基础是公司法第一百四十八条第一款第（五）项和第二款，该条规定董事、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。关于刘品、邵丹是否是苏博公司高级管理人员的问题。公司法第二百一十七条规定，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。刘品是公司执行董事，符合公司法主体要求。蒋蒙娟主张邵丹属于公司高级管理人员。一审法院对此认为，虽然在公司股东会决议中载明邵丹的身份为公司监事，该身份并不属于公司法意义上的高级管理人员，但根据刘品、苏博公司陈述，邵丹在公司担任财务负责人职务，结合其已有的监事身份及股东结构，刘品、苏博公司的陈述可信度极高，该事实应予认定，其符合公司法第二百一十七条规定的情形，属于公司高级管理人员。

关于刘品、邵丹是否应承担相关法律责任的问题。刘品、邵丹在苏博公司任高级管理人员期间成立了友力公司，并分别担任该公司法定代表人、监事，而友力公司的经营范围与苏博公司的经营范围大部分相同。公司法规定，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；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，其所得的收入应当归公司所有。刘品自认在友力公司经营之初，确有占用了苏博公司的部分商业机会、人员、场所等情形，虽然邵丹未予认可，但刘品的陈述、刘品签发的通知书、两公司的经营范围以及友力公司网站信息等证据和事实，足以证明刘品、邵丹侵权事实。

关于如何确定刘品、邵丹侵权所得。一审中，刘品、邵丹自认，曾从友力公司各获得过６万元的分成，刘品领取６个月每月3700元工资。该部分收益应属于侵权所获得的收入，应归入苏博公司所得。虽然邵丹辩称该部分收入中有６万元用于偿还蒋蒙娟的工资，但其属于将自己在外获得的利益用来代为偿还苏博公司应承担的债务，属个人权利处分行为，如将此当做债权，债务人应当是苏博公司，非同一法律关系，况且其也未提供证据，无法得到认定，如有证据可另行主张。蒋蒙娟主张的40万元中的其他部分，并未提供有效证据，应不予支持。至于蒋蒙娟举证的苏博公司的损益表，并不能全面真实体现苏博公司的利益受损事实，更因此事实与本案法律基础无关联，一审法院不予审理。

关于蒋蒙娟要求友力公司及炫众公司连带赔偿40万元的主张，因蒋蒙娟是以公司高级管理人员损害公司利益为由提起的本案诉讼，而友力公司及炫众公司并非蒋蒙娟行使归人权的适格主体，故蒋蒙娟以损害公司利益为由，要求友力公司、炫众公司承担连带赔偿责任，没有法律依据，一审法院不予支持。对于蒋蒙娟称友力公司占用了苏博公司的资金、人员、场所等情形，如事实成立，则可根据各自侵权性质和程度另寻救济渠道，也不在本案审理范围。

综上所述，依照《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、第二百一十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第三十九条、第六十四条、第一百三十四条之规定，判决：一、刘品、邵丹分别于判决生效之日起10日内将所得收入82200元、60000元支付给南京苏博文化传媒有限公司；二、驳回蒋蒙娟的其余诉讼请求。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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费7300元，保全费2520元，合计9820元，由蒋蒙娟负担6329元，刘品负担2018元、邵丹负担1473元（此款蒋蒙娟已预付，刘品和邵丹于履行上述判决款项时加付此款）。

二审中，各方当事人均未提交新证据，并均确认一审查明事实中“2016年1月15日，刘品和邵丹将各自持有的友力公司5%股权转让给友效（上海）投资管理有限公司”存在笔误，应为10%股权，本院依法变更为“2016年1月15日，刘品和邵丹将各自持有的友力公司10%股权转让给友效（上海）投资管理有限公司”。此外，蒋蒙娟认为刘品、友力公司一审中自认友力公司占用了苏博公司的全部商业机会、人员、场所，并非“部分商业机会、人员、场所”，并认为一审判决遗漏如下事实：1.友力公司取走苏博公司十几万元资金；2.苏博公司经营住所的租赁期限直至2016年8月5日届满。经审查，本院认为，蒋蒙娟主张的异议事实与一审庭审笔录所载内容不符，另其主张的遗漏事实则与本案实体处理结果不具有关联性，故本院均不予采纳。对一审查明其他事实，本院依法予以确认。

二审归纳争议焦点为：1.刘品、邵丹因违反公司法第一百四十八条第一款第（五）项规定所得收入的金额认定；2.蒋蒙娟要求友力公司、炫众公司承担共同赔偿责任，应否支持。

关于争议焦点1，本院认为，公司法第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）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；（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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。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。本案中，刘品、邵丹作为苏博公司的执行董事、高级管理人员，未经其他股东同意，擅自设立与苏博公司经营范围类似的友力公司，从事与苏博公司同类的业务，依据前述规定，刘品、邵丹应将所得收入归苏博公司所有。现刘品、邵丹自认分别从友力公司获得82200元、6万元，一审法院据此判决两人将该款项支付苏博公司，于法有据。对于超出刘品、邵丹自认金额的违法收入，依据“谁主张，谁举证”原则，应由蒋蒙娟承担举证责任，但蒋蒙娟提交的资产负债表和损益表与刘品、邵丹因违反忠实义务而获得的收入间不具有关联性，故一审法院未予采纳，并无不当。

关于争议焦点2，本院认为，蒋蒙娟在本案一审中明确其请求权基础是公司法第一百四十八条第一款第（五）项和第二款，该条款仅针对公司董事、高级管理人员，友力公司、炫众公司均非该条款适用对象，故蒋蒙娟据此要求两公司承担共同赔偿责任，于法无据。如蒋蒙娟认为两公司有其他损害苏博公司利益的行为，其可另行主张。

综上所述，蒋蒙娟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。据此，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）项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费5167元，由上诉人蒋蒙娟负担。

本判决为终审判决。

审判长　　周毓敏

审判员　　张广永

审判员　　徐岩岩

二〇一八年七月十三日

书记员　　陈　丹