北京市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）京01民终5523号

上诉人（原审原告）：北京金天鹏软件科技有限公司，住所地北京市海淀区花园路13号11栋三层338室。

法定代表人：吴鸿生，董事长。

委托诉讼代理人：安二明，北京辉诺律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：郭永强，男，1969年11月21日出生，汉族，住河北省迁安市。

委托诉讼代理人：郭遥远，北京市天同律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李皓，北京市天同律师事务所律师。

上诉人北京金天鹏软件科技有限公司（以下简称金天鹏公司）因与被上诉人郭永强损害公司利益责任纠纷一案，不服北京市海淀区人民法院（2020）京0108民初94号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年8月3日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

金天鹏公司上诉请求：撤销一审判决，发回重审或改判支持金天鹏公司的一审全部诉讼请求。事实与理由：一审判决认定事实错误，举证责任分配不当，且存在程序瑕疵，未查清郭永强利用关联公司损害公司利益的关键事实，依法应予改判。1.一审判决认定郭永强不再担任金天鹏公司董事、副董事长及总经理，没有法律依据，认定事实错误，且举证责任分配不当，应予纠正。自2000年起郭永强系金天鹏公司董事会成员，并担任副董事长及总经理。一审判决以北京金天鹏科技贸易发展有限公司（以下简称金天鹏科贸公司）注销后缺乏了委派基础为由认定郭永强自2012年11月9日起不再担任金天鹏公司董事、副董事长错误。在金天鹏公司董事会未改选前，郭永强仍应履行董事职务。郭永强提交的2012年11月8日的辞职电子邮件仅为辞职申请，并未获得金天鹏公司批准。应由郭永强对其不再履行总经理职务承担证明责任。郭永强至今仍控制金天鹏公司，2012年11月9日后仍在持续利用自己在金天鹏公司的职务便利输送利益。2.一审法院未按照金天鹏公司的申请调取金天鹏公司不能自行收集但对认定本案关键事实起决定影响的证据，存在程序瑕疵，导致未能查清郭永强利用关联公司损害公司利益的事实，应予纠正。

郭永强辩称，1.郭永强自2012年11月9日起，就已经不在金天鹏公司任职，此后亦未再参与金天鹏公司的任何经营活动。金天鹏公司2012年4月已经停业，2013年10月17日被吊销营业执照。根据2012年11月8日的邮件内容，郭永强已经表达了彻底退出金天鹏公司的意思，应理解为其辞去包括总经理、董事、副董事长在内的一切职务。金天鹏科贸公司2012年11月9日注销后，郭永强的董事丧失了委派基础。金天鹏公司上诉称郭永强至今仍掌控金天鹏公司，与客观事实不符。2.一审法院已经全面查清本案要件事实，在程序上不存在瑕疵，金天鹏公司要求调取的材料与本案无关，且另案生效判决已经作出认定，不存在调查取证的必要性。3.河北神玥软件科技股份有限公司（以下简称神玥公司）系在金天鹏公司停业且郭永强离职后才设立，不可能与金天鹏公司构成竞争关系。4.金天鹏公司在公司停业、郭永强离职后近8年才提起本案诉讼，超过了诉讼时效期间。

金天鹏公司向一审法院起诉请求：1.请求判令郭永强赔偿金天鹏公司损失4946.97万元；2.本案诉讼费、保全费、公证费由郭永强承担。

一审法院认定事实：

（一）金天鹏公司情况

金天鹏公司成立于2000年4月20日，企业类别为：合作经营（港资）。金天鹏公司股东为富翔有限公司（以下简称富翔公司）、金天鹏科贸公司。其中，富翔公司持股85％、金天鹏科贸公司持股15％。金天鹏科贸公司于2012年11月9日注销。

金天鹏公司工商登记经营范围：研究、开发、生产计算机软、硬件；计算机系统集成、商务电子信息服务；自产产品的技术咨询、技术服务；销售自产产品。

2013年10月17日，金天鹏公司被吊销工商营业执照。

郭永强曾为金天鹏公司董事、副董事长及总经理。

金天鹏公司主张郭永强自其公司2000年4月20日成立至今即担任上述职务。郭永强对此持有异议，主张其2000年4月20日至2012年11月8日期间担任金天鹏公司总经理职务，于2012年11月8日申请辞去了金天鹏公司总经理职务。同时，其系金天鹏科贸公司在金天鹏公司委派的董事及副董事长，因金天鹏科贸公司2012年11月9日注销，其担任金天鹏公司董事、副董事长的期限截止于2012年11月9日。为证明其主张，郭永强提交了下列证据：金天鹏公司董事、监事、正、副总经理情况表；郭永强2012年11月8日辞职电子邮件。其中，金天鹏公司董事、监事、正、副总经理情况表显示：金天鹏公司董事长由富翔公司委派吴鸿生担任；副董事长由金天鹏科贸公司委派郭永强担任，委派时间显示为“2000.3”。郭永强2012年11月8日辞职电子邮件显示发件人信息为“gavinguo〈jtpgavin@sina．com〉”，主题为“北京金天鹏公司情况及辞职申请”，收件人“ccheung”“vivi0910”，附件“金天鹏公司审计报告正式稿”，主文内容为：“吴老板、张小姐并香港富翔公司：金天鹏公司于2012年4月份开始无力经营，本人提请召开股东会、董事会的建议未得到回应，未能采取有效措施，致使公司员工现已全部解散，公司已经完全停业，为了了解清楚金天鹏公司这十年的整个经营情况，本人特聘请了会计师事务所，对自公司成立至今的财务资料进行了审计，审计报告见附件（证实盖章的审计报告，扫描后随后邮件），如股东或董事对审计报告有异议，集团可以委派财务审计人员另行审计。金天鹏公司从成立至今十多年，走到今天的情况是大家都不愿意看到的，但现在本人确实无法再经营下去。何去何从，必须做一个抉择了。作为公司中方股东及总经理，本人对公司的未来提出以下两种方案的建议：第一种方案：中方将全部股权转让给富翔公司，中方退出，郭永强辞职，公司的所有事项请富翔公司派人接管；第二种方案：如果富翔公司不愿意接手中方股权，建议清算公司。经审计的财务资料显示……最后，本人正式向董事会提出辞职申请，请董事会批准本人自即日起辞去金天鹏公司总经理职务，并尽快派人对我进行离任审计。本人亦会尽最大的努力将目前公司能收回的应收账款收回来，并全力支持后续事宜。”金天鹏公司对董事、监事、正、副总经理情况表真实性认可，对郭永强2012年11月8日辞职电子邮件的真实性表示无法核实。

此外，郭永强提举了富翔公司在另案提交的（2015）京国信内经证字第06467号公证书所载电子邮件，该电子邮件显示为2012年5月15日“gavinguo〈jtpgavin@sina．com〉”发送给“ChristinaCheung”等电子邮件，邮件内容载有：“富翔有限公司并张小姐、梁总：金天鹏公司的中方股东金天鹏科贸公司提议召开董事会……董事会拟讨论以下问题：1．金天鹏公司现在的经营情况及未来发展方向；公司现在举步维艰，现金流断裂、员工大多辞职、2000开发的产品落后，竞争无力，公司已经无办公场所，无力支付房租，问题非常严重……”。金天鹏公司对该公证电子邮件真实性不持异议。

（二）案件涉及的案外公司成立情况

神玥公司成立日期2012年12月27日，曾用名河北神玥软件科技有限公司，法定代表人为郭永强，郭永强持股49.15％，经营范围：应用软件开发与经营；应用软件技术开发、技术服务、技术咨询；计算机系统集成；计算机软件及辅助设备的销售；通讯设备销售。

北京安泰伟奥信息技术有限公司（以下简称安泰伟奥公司）成立日期2008年7月15日，2013年7月5日股东变更为神玥公司，由神玥公司100％持股。

北京金贝叶软件科技有限公司（以下简称金贝叶公司）成立日期2009年10月23日，2013年1月23日股东变更为神玥公司，由神玥公司100％持股，法定代表人为郭永强。

北京神玥伟奥互联网有限公司（以下简称北京神玥伟奥公司）成立日期2015年12月30日，由神玥公司持股69.98％，郭永强担任法定代表人。

贵州神玥数字技术有限公司（以下简称贵州神玥公司）成立日期2019年1月15日，由神玥公司100％持股，法定代表人为郭永强。

北京安富伟奥信息技术有限公司（以下简称安富伟奥公司）成立日期2004年4月12日，由郭永强持股80％，安富伟奥公司2015年1月30日注销。

（三）金天鹏公司主张的郭永强损害公司利益责任情况

金天鹏公司主张，郭永强担任金天鹏公司副董事长及总经理期间，投资设立神玥公司，神玥公司成立后，通过收购或者投资，现控制四个子公司：安泰伟奥公司、金贝叶公司、北京神玥伟奥公司及贵州神玥公司，上述关联公司销售金天鹏公司开发的软件，侵害了金天鹏公司的合法权益，同时郭永强以金天鹏公司名义与安泰伟奥公司签订协议，将软件交由安泰伟奥公司进行开发，并以金天鹏公司的名义与安泰伟奥公司及客户签订转让协议，将金天鹏公司的知识产权转移到自己公司的名下，此外，郭永强2004年曾指令其配偶李京设立安富伟奥公司，以该公司名义销售金天鹏公司开发的软件，上述行为违反了对金天鹏公司的忠实勤勉义务，损害了金天鹏公司的公司利益，应赔偿金天鹏公司损失4946.97万元，损失金额计算方式为：郭永强在神玥公司分红收益442万元、郭永强在神玥公司未分配利润4216万元、2013年至2019年在神玥公司任职薪酬288.97万元，共计4946.97万元。另，本案涉及的保全费5000元、公证费4500元亦应由郭永强负担。

为证明其主张，金天鹏公司提交了安富伟奥公司对外销售合同、金天鹏公司与安泰伟奥公司2008年11月签署的软件开发合同、安泰伟奥公司对外销售服务合同等证据材料，经核，上述合同均为复印件形式，郭永强对上述合同的真实性、关联性均表示不予认可。

郭永强对金天鹏公司的主张不予认可，主张案涉案外公司都是郭永强自金天鹏公司离职及金天鹏公司停业之后设立或在市场上收购，并未实施侵害金天鹏公司利益的行为。双方关于软件著作权权属的纠纷已经在北京知识产权法院进行了判定。安富伟奥公司于2015年1月30日已经注销，金天鹏公司也未就相关情况提起诉讼，金天鹏公司在郭永强离职并创立神玥公司近八年之久后才提起本案诉讼，远超法律规定的诉讼时效期间。金天鹏公司对此不予认可，并提交了离任审计通知、董事会会议通知及EMS快递底单等证据材料。郭永强主张其离职后并未使用原电子邮箱，并未收到过离任审计通知；对2017年8月21日登报的董事会会议通知形式真实性认可，但主张该方式并不符合公司章程的规定；对2019年8月14日的董事会会议通知及EMS快递底单等持有异议，主张相关通知并未送达郭永强，且与郭永强无关。

（四）案外诉讼情况

富翔公司曾于2016年3月在北京知识产权法院起诉安泰伟奥公司、金贝叶公司、神玥公司、郭永强侵害计算机软件著作权纠纷一案，后于2016年7月18日提出撤诉申请，北京知识产权法院于2016年7月28日出具（2016）京73民初228号民事裁定书，裁定准予富翔公司撤回该案起诉。

富翔公司曾以计算机软件著作权权属纠纷向北京知识产权法院起诉神玥公司、安泰伟奥公司，要求：1．确认神玥公司、安泰伟奥公司向河南安阳等金天鹏公司原客户提供的与住房公积金相关的所有软件（包括历次升级版本）的著作权属于合作公司所有；2．神玥公司、安泰伟奥公司向金天鹏公司返还上述软件的文档和程序，包括源程序等所有数据文本资料；3．神玥公司、安泰伟奥公司承担案件公证费63600元、律师费40万元及诉讼费。北京知识产权法院于2018年12月26日出具（2016）京73民初457号民事判决书，驳回富翔公司全部诉讼请求。后富翔公司不服提起上诉。北京市高级人民法院于2021年1月5日出具（2019）京民终334号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

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：“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”。

本案中，关于郭永强是否应对金天鹏公司承担损害公司利益责任，一审法院论述如下：

首先，关于郭永强提出的时效抗辩一项，一审法院认为，鉴于金天鹏公司主张的诉争侵权行为的持续性，故对金天鹏公司的诉争主张应予实体审查并依法裁判。

其次，根据公司法相关规定，损害公司利益责任纠纷一般是指董事、监事、高级管理人员执行公司职务时，违反法律、行政法规或者公司章程规定，给公司利益造成损害而发生的纠纷。金天鹏公司提起本案诉讼，针对的郭永强特定身份为金天鹏公司董事、副董事长及总经理。从本案查明事实来看，郭永强系受股东金天鹏科贸公司委派担任的金天鹏公司副董事长。金天鹏科贸公司于2012年11月9日注销，企业法人主体资格消灭。在此情况下，郭永强的副董事长一职亦缺乏了委派基础。同时，郭永强提交了2012年11月8日辞职电子邮件，证明其当日提出辞去总经理一职。金天鹏公司虽表示无法核实该电子邮件的真实性，但亦未举证证明此后郭永强仍存在实际履行金天鹏公司总经理职权的相关佐证。基于此，一审法院认为，金天鹏公司提供的在案证据，不足以证实郭永强在金天鹏科贸公司注销后，仍实际担任金天鹏公司副董事长及总经理并行使相应职权。

再次，关于金天鹏公司主张的诉争侵权行为，一审法院认为，神玥公司成立日期为2012年12月27日，系一审法院前述认定的郭永强未实际担任金天鹏公司副董事长及总经理职务期间。同时，根据2012年5月16日电子邮件所载内容来看，金天鹏公司在邮件发送阶段已处非正常经营状态，且金天鹏公司在2013年10月17日被吊销营业执照。基于此，金天鹏公司提交的在案证据，不足以证实郭永强2012年12月27日设立神玥公司以及神玥公司后续收购或投资设立安泰伟奥公司、金贝叶公司、北京神玥伟奥公司及贵州神玥公司过程中，实施了损害金天鹏公司合法公司利益的行为。关于金天鹏公司主张的郭永强以金天鹏公司名义与安泰伟奥公司签订协议，将软件交由安泰伟奥公司进行开发，并以金天鹏公司的名义与安泰伟奥公司及客户签订转让协议，将金天鹏公司的知识产权转移到自己公司的名下一项，金天鹏公司提交的相关合同文件均为复印件，证据材料缺乏客观性，一审法院难以采信。同时，相关知识产权争议，关联案件已经进行了处理，一审法院不再赘述。关于金天鹏公司主张的郭永强2004年曾指令其配偶李京设立安富伟奥公司，以该公司名义销售金天鹏公司软件，金天鹏公司提举的安富伟奥公司对外销售合同为复印件，证据材料缺乏客观性，一审法院难以采信。在金天鹏公司未提举其他有效证据证实郭永强存在通过关联公司实施损害金天鹏公司利益的情况下，金天鹏公司的相关主张，依据不足，一审法院不予采纳。

综上，金天鹏公司主张郭永强损害了其公司利益并要求郭永强进行赔偿，依据不足，一审法院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条，《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：驳回金天鹏公司的全部诉讼请求。

二审中，金天鹏公司提交以下新的证据：南昌住房公积金管理中心向北京市高级人民法院出具的回函，证明2012年12月25日之后郭永强还在以金天鹏公司的名义对外签署协议，郭永强主张辞职不属实。

二审中，金天鹏公司提交以下调查取证申请：1.向北京市高级人民法院调取：安泰伟奥公司与安阳市住房公积金管理中心签订的一系列软件供货合同；神玥公司与安阳市住房公积金管理中心签订的供货合同；安泰伟奥公司与南昌市住房公积金管理中心签署的《金天鹏软件销售合同》权利义务相关的文件及付款凭证。2.调取下列合同原件或核实合同真实性：2009年12月24日安富伟奥公司与新疆博州住房公积金管理中心签订的《销售合同》；2008年12月10日安泰伟奥公司与中央国家机关住房资金管理中心签订的《中央国家机关住房资金管理中心开发合同》；2011年11月30日安泰伟奥公司与汉中市住房公积金管理中心签订的《汉中市住房公积金管理中心住房公积金核心业务管理信息系统销售合同》；2009年6月30日安泰伟奥公司与北京住房公积金管理中心铁路分中心签订的《软件售后技术服务合同》；2012年1月27日安泰伟奥公司与衡阳市住房公积金管理中心签订的《软件售后服务合同》；2009年安泰伟奥公司与中国建设银行股份有限公司常德市分行签订的合同；2009年8月12日安泰伟奥公司与武汉住房公积金管理中心铁路分中心签订的《软件售后服务合同》；2010年9月安泰伟奥公司与中国工商银行股份有限公司衡阳分行签订的合同；2010年9月7日安泰伟奥公司与怀化市住房公积金管理中心签订的合同；2011年10月11日安泰伟奥公司与宁波市住房公积金管理中心余姚分中心签订的《软件售后服务合同》；2010年9月25日安泰伟奥公司与四平市住房公积金管理中心签订的合同；2011年10月27日安泰伟奥公司与武汉住房公积金管理中心铁路分中心签订的《软件售后服务合同》；2012年12月25日安泰伟奥公司与南昌住房公积金管理中心签订的《转让协议》。

对上述新证据及调查取证申请的意见将在本院认为部分一并阐述。

本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为，金天鹏公司以股东损害公司利益责任纠纷提起本案诉讼，其虽在起诉事实与理由部分表述了郭永强同时存在同业竞争及谋取公司商业机会两种侵权情形，但其提出的诉讼请求的组成为：郭永强在神玥公司分红收益、郭永强在神玥公司未分配利润及郭永强2013年至2019年在神玥公司任职的薪酬。即其在本案中主张的系郭永强因经营神玥公司构成同业竞争所得收入的归入权问题，其并未就金天鹏公司的商业机会被郭永强关联公司谋取或郭永强其他具体侵权行为导致公司损失主张赔偿。在此前提下，本院围绕双方当事人的诉辩意见，总结本案二审争议焦点并分述如下：

一、关于郭永强在金天鹏公司的任职期限问题。

郭永强作为金天鹏公司股东金天鹏科贸公司委派的董事、副董事长，在金天鹏科贸公司2012年11月9日注销后，由于股东主体资格已经丧失，其委派行为当然失效，故应认定郭永强的董事、副董事长的任职期限截止2012年11月9日。郭永强提交了2012年11月8日辞去总经理职务的辞职申请，结合其作为股东委派董事资格的丧失情况，其作为金天鹏公司总经理的任职期限亦应截止为2012年11月9日。无论2012年11月9日之后郭永强是否实际控制金天鹏公司，因其已经丧失了金天鹏公司的高管身份，金天鹏公司对在此期限之后的归入权主张已丧失法律基础。

二、关于金天鹏公司的起诉是否超过诉讼时效期间的问题。

郭永强虽在2012年11月9日之后不再担任金天鹏公司的高管，但诉讼时效期间起算应以金天鹏公司知晓侵权事实存在为前提。据已查明的事实，富翔公司于2016年3月起诉神玥公司及郭永强，即最迟在此时间，金天鹏公司的其他董事会成员和另一股东已经知晓了郭永强经营神玥公司的事实，此后，富翔公司与神玥公司就计算机软件著作权权属问题一直在进行相关诉讼，即富翔公司一直在就郭永强经营神玥公司可能侵害金天鹏公司权益事项主张权益，故其于2020年1月2日提起本案诉讼，并未超过诉讼时效期间。

三、关于郭永强是否构成同业竞争及金天鹏公司的诉请是否能成立的问题。

二审中，经询问，郭永强认可金天鹏公司的主营业务为公积金软件的开发、销售，亦认可神玥公司的经营业务也包括了公积金软件的开发和销售，即金天鹏公司与神玥公司存在业务重合，但由于神玥公司的成立时间晚于郭永强高管任职时间，故其经营神玥公司的行为并不构成同业竞争。金天鹏公司二审中指出按照金天鹏公司的章程约定，金天鹏公司的职工应该有3年的竞业禁止期，但金天鹏公司的章程仅是对公司劳动管理的原则性约定，金天鹏公司并未提供证据证明其与郭永强在劳动合同中亦约定了相应的竞业禁止期限。由于郭永强经营神玥公司的期间与其担任金天鹏公司的高管期间并不存在重合，故金天鹏公司关于郭永强同业竞争的收入应当归其所有的主张，本院均不予支持。同时需要指出的是，归入权的收入应当是侵权人实际取得的收入，其所主张的神玥公司未分配利润不属于本案归入权的范畴。

四、关于金天鹏公司二审提交的新证据和调查取证申请的问题。

金天鹏公司二审提交的新证据和申请法院调取的证据，均指向神玥公司或其他关联公司谋取金天鹏公司的商业机会及郭永强在任职期间存在同业经营和关联交易的问题，但上述证据内容，与金天鹏公司在本案中主张的神玥公司2017年度、2018年度分红及2013年至2019年郭永强在神玥公司取得的薪酬并无直接关联性。结合前文所述针对神玥公司郭永强并不存在同业竞争的认定结论，对金天鹏公司二审提交的新证据不予采信，对其提出的调查取证申请，均不予准许。

综上所述，金天鹏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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费289149元，由北京金天鹏软件科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　　李　利

审 判 员　　王　晴

审 判 员　　甄洁莹

二〇二一年十月二十九日

法官助理　　韩悦蕊

书 记 员　　史继伟