天津市高级人民法院

民 事 判 决 书

（2014）津高民二终字第0043号

上诉人（原审原告）图尔克（天津）传感器有限公司，住所地天津西青经济开发区。

法定代表人ChristianWolf，董事长。

委托代理人李娜，天津天允律师事务所律师。

委托代理人郭瑞雯，天津天允律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）马利祥，男，1973年2月24日出生，汉族，住天津市滨海新区大港。

委托代理人周长虎，天津四恒律师事务所律师。

原审被告天津德明福自动化技术有限公司，住所地天津市津南区。

法定代表人马利祥，总经理。

委托代理人周长虎，天津四恒律师事务所律师。

上诉人图尔克（天津）传感器有限公司（以下简称图尔克公司）因与被上诉人马利祥、天津德明福自动化技术有限公司（以下简称德明福公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服天津市第二中级人民法院（2013）二中民二初字第252号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人图尔克公司的委托代理人李娜，被上诉人马利祥、德明福公司共同的委托代理人周长虎到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

原审法院审理查明，图尔克公司系由在德国注册的图尔克集团公司于1994年9月6日在天津投资设立的外商独资企业，该公司的经营范围为：传感器及相关的自动化技术产品、接插件、塑料零部件、导线设备的生产、加工、销售；相关工程项目所用机电设备的设计、制造、安装及维护并提供与此相关的服务。图尔克公司2009年6月30日的公司章程董事会一章载明：董事会决定聘任或者解聘公司总经理及其报酬事项，并根据总经理的提名决定聘任或者解聘公司副总经理、财务负责人及其报酬事项。章程经营管理机构一章载明：经营管理机构可设若干部门经理，分别负责企业各部门的工作，办理总经理和副总经理交办的事项，并对总经理和副总经理负责。总经理、副总经理以及其他所有经理均应认真履行其职责，不得兼任其他公司的经理或其他形式的雇员。总经理、副总经理有营私舞弊或严重失职的，经董事会会议决议可随时撤换。高级管理人员有营私舞弊或者严重失职的，董事会随时解聘。图尔克公司在总经理、副总经理下设生产部、物流部、财务部、电脑部、人力资源部、行政部、公用事业部等部门。

马利祥2002年入职图尔克公司，2008年12月22日与图尔克公司签订劳动合同，担任图尔克公司公用事业部经理一职，并于2011年1月4日因申请辞职与图尔克公司解除劳动关系。2010年10月19日德明福公司成立，马利祥系德明福公司股东及法定代表人、经理，持股60%，并于2011年2月15日与德明福公司签订了劳动合同。德明福公司经营范围为自动化技术研发、转让、咨询服务；机电一体化设备研发、制造、安装；信息管理系统软件开发；电器及自动化系统工程；仪器仪表批发兼零售。德明福公司财务报表显示2010年度未分配利润为67.72元。

另查明，天水锻压机床有限公司、扬州亚联钢管有限公司、飞利浦公司、康明斯公司曾经与图尔克公司有合同业务关系。马利祥是图尔克公司与扬州亚联钢管有限公司合同的签订代表人及主要技术负责人。马利祥亦曾作为事业部经理经办过图尔克公司与飞利浦公司、康明斯公司的业务。图尔克公司提供的证据显示，2012年后德明福公司与飞利浦公司建立业务关系。

再查，图尔克公司要求马利祥赔偿800万元的诉讼请求，由三部分组成：第一部分是德明福公司的经营收入；第二部分是马利祥在德明福公司的工资收入；第三部分是因马利祥成立了德明福公司，致使图尔克公司的客户流失到德明福公司，给图尔克公司造成的损失。各部分未明确具体数额，但三部分总计800万元。

原审法院认为，第一，关于马利祥是否是图尔克公司高级管理人员的问题。《中华人民共和国公司法》第217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。图尔克公司主张马利祥属于公司章程规定的其他人员。原审法院认为，首先，图尔克公司的公司章程经营管理机构一章将总经理、副总经理、部门经理并列规定为图尔克公司的经营管理机构；并对总经理、副总经理、部门经理一并作出了不得兼任其他公司的经理或其他形式的雇员的要求；特别是在经营管理机构一节最后，写明“高级管理人员有营私舞弊或者严重失职的，董事会随时解聘”，从行文体例上看系对前面经营管理机构中列明的高级管理人员的总体性要求。因此，从公司章程的表述上看，应认定马利祥为图尔克公司高级管理人员。其次，从马利祥在公司的职务内容看，图尔克公司提供的证据证明马利祥在图尔克公司承担着与经理、副经理、财务负责人等高级管理人员相近的重要责任，履行了高级管理人员的权力。因此，原审法院依法确认马利祥是图尔克公司的高级管理人员。第二，马利祥是否应承担相关责任的问题。马利祥在图尔克公司任高级管理人员期间成立了德明福公司，并担任该公司股东及法定代表人、经理，而德明福公司的经营范围与图尔克公司的经营范围部分相同，按照《中华人民共和国公司法》第148条“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149条“（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”的规定，马利祥的行为违反了对公司的忠实义务和勤勉义务。按照《中华人民共和国公司法》第149条“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”，马利祥所得的收入应当归图尔克公司所有。关于图尔克公司要求马利祥赔偿800万元的主张。第一，马利祥在德明福公司的工资收入。图尔克公司未能提供证据证实马利祥在2010年10月19日至2011年1月4日期间在德明福公司取得了工资收入。第二，德明福公司的经营收入。图尔克公司未能提供证据证实德明福公司的同业竞争业务发生在马利祥任职图尔克公司期间，而其提供的德明福公司财务报表显示2010年度利润仅为67.72元，且并未进行分配。另其也未能提供其他证据证明在马利祥任职图尔克公司期间，德明福公司同业竞争业务尚有其他利润未分配。第三，关于图尔克公司主张因马利祥成立了德明福公司，致使图尔克公司的客户流失到德明福公司，给图尔克公司造成损失一节。首先，图尔克公司并未提供损失的证据。其次，图尔克公司明确表示该项主张的法律依据是《中华人民共和国公司法》第150条“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的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”，但本案并不符合此规定，故图尔克公司请求判令马利祥赔偿人民币800万元，依据不足，不予支持。关于图尔克公司要求德明福公司连带赔偿800万元的主张，因图尔克公司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，而德明福公司并非图尔克公司行使归入权的适格主体，故图尔克公司以损害公司利益为由，要求德明福公司承担连带赔偿责任，没有法律依据，不予支持。综上，依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款、第一百四十九条第一款第五项、第一百四十九条第二款、第一百五十条、第二百一十七条第一款第一项，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决如下：驳回图尔克公司的诉讼请求。案件受理费67800元，由图尔克公司。

图尔克公司不服一审判决，向本院提起上诉。上诉请求：1、撤销（2013）二中民二初字第252号民事判决，改判支持图尔克公司的原审诉讼请求；2、两审诉讼费由马利祥、德明福公司承担。主要理由为：1、公司法规定了两种担责方式，包括公司的收入归入权和损害赔偿请求权。收入包括马利祥经营公司的收入和任职的工资收入。德明福公司2010年度营业收入为67.72元，其中40.6元应为马利祥所有。鉴于德明福公司不提供真实工资收入，应当依据马利祥在图尔克公司的工资确定其在德明福的工资收入水平。本案系马利祥在担任图尔克公司高级管理人员期间，在执行职务工程中，利用职务之便成立德明福公司，转移客户给图尔克公司造成的损失，应适用《公司法》第150条的规定，图尔克公司要求损失赔偿的诉讼请求理应得到支持。2、德明福公司系由马利祥投资开办，与马利祥构成共同侵权，应对赔偿承担连带责任。

马利祥、德明福公司答辩称：原审法院驳回图尔克公司800万赔偿数额的诉请并无不当。德明福公司在2010年10月19日至2011年1月4日期间没有与相关客户发生业务往来，马利祥在图尔克公司任职期间也没有从德明福公司取得任何收入。图尔克公司针对德明福公司提出损害赔偿的诉请，但在原审期间没有提供证据证明德明福公司对其有侵权行为，并存在损害结果。马利祥参与投资开办德明福公司，并不当然表明德明福公司与马利祥构成共同侵权。公司法规定的归入权制度与民事侵权责任制度是两种不同的法律制度，德明福公司不是图尔克公司行使归入权的适格主体，故请求驳回图尔克公司的上诉请求。

本院经审理查明，原审法院查明事实清楚，本院予以确认。

本院认为，马利祥在2010年10月19日至2011年1月4日担任图尔克公司高级管理人员期间，投资成立了与图尔克公司经营范围部分相同的德明福公司，并担任该公司的法定代表人。马利祥的行为违反了《中华人民共和国公司法》第148条、第149条关于公司的董事、监事、高级管理人员对公司忠实义务和勤勉义务的规定，应依法承担相应的法律责任。但在两审审理过程中，图尔克公司均没能提供证据证明在其诉讼主张的期间内，马利祥在德明福公司存在工资收入。虽然其提供的德明福公司的财务报表显示德明福公司2010年度未分配利润为67.72元，但该收入是否为德明福公司开展同业竞争业务所得，图尔克公司亦不能提供证据予以证明，故图尔克公司对上述主张应承担举证不能的法律后果。因图尔克公司以公司高级管理人员损害公司利益为由提起本案之诉，故图尔克公司依据《公司法》第150条的规定以及德明福公司与马利祥构成共同侵权为由，要求德明福公司承担连带赔偿责任，于法无据，不应予以支持。

综上，原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。

二审受理费67800元，由图尔克（天津）传感器有限公司负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　徐志兰

代理审判员　　张松青

代理审判员　　王建华

二０一四年六月十一日

书　记　员　　赵　蕾