广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）粤01民终18964号

上诉人（原审被告）：黄历洋

委托诉讼代理人：钟铁蕙、陈婧，广东法制盛邦律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：周冰

委托诉讼代理人：黄文川，广东骏道律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王晓芬，广东骏道律师事务所实习律师。

被上诉人（原审原告）：广州市湘力电机维修有限公司，住所地广东省广州市黄埔区庙头村四公顷工业区第一栋厂房，统一社会信用代码：914401127555944176。

法定代表人：杨强，董事长。

委托诉讼代理人：雷铤，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

原审被告：广州平行机电技术有限公司，住所地广东省广州市黄埔区黄埔东路5号2211房，统一社会信用代码：91440112331341918R。

法定代表人：吴中杰。

上诉人黄历洋、周冰因与被上诉人广州市湘力电机维修有限公司（以下简称“湘力公司”）、原审被告广州平行机电技术有限公司（以下简称“平行公司”）损害公司利益责任纠纷一案，不服广东省广州市黄埔区人民法院（2018）粤0112民初6529号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

上诉人黄历洋上诉请求：1.撤销原判，驳回湘力公司的全部诉讼请求；2.一、二审诉讼费用由湘力公司承担。事实和理由：一、黄历洋既没有违反忠实义务，也没有侵害湘力公司利益，原审法院认定黄历洋构成竞业禁止、违反忠实义务错误。从法律适用上看，黄历洋的行为不符合《中华人民共和国公司法》规定中违反忠实义务的法定情形，原审法院适用法律错误。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五款规定，董事、高管违反忠实义务需同时具备三个构成要件，未经股东会同意、利用职务之便谋取公司商业机会和经营同类业务。黄历洋虽然在担任湘力公司董事期间，同时担任平行公司的执行董事，但湘力公司既没有提供证据证明黄历洋存在谋取公司商业机会，也没有提供证据证明黄历洋存在经营同类业务的行为，黄历洋的行为并不符合法律规定的竞业禁止构成要件。从事实上看，黄历洋不存在违反忠实义务的行为，亦未侵害湘力公司利益，原审法院认定事实不清、证据不足。湘力公司一直知情并同意黄历洋经营平行公司的行为。湘力公司成立于2003年12月10日，黄历洋于2004年入职公司，自入职以来，一直积极履行职责。因湘力公司一直专注于电机产品维修领域，黄历洋、周冰曾提出，公司可以尝试开拓状态检测产品等新领域业务，但因需投入设备、资金等问题，其他股东均否决了这个提议，并表示两人可以自行开公司尝试进军新领域。于是，黄历洋、周冰于2015年2月4日开设平行公司，并开拓状态检测产品业务，与湘力公司的既有业务领域并不相同。平行公司成立后，湘力公司曾于2016年6月16日召开临时股东会，公司全部股东均参与会议，并就《关于平行公司股权购买事宜》作出决议，获得全票通过。黄历洋不存在谋取湘力公司商业机会的行为。斯凯孚（中国）销售有限公司（以下简称“斯凯孚公司”）分别向湘力公司、平行公司进行了不同产品、服务的授权。平行公司被授权为经销商，经销产品类别为状态检测产品。湘力公司被授权为修复中心，服务类别为电机修复。两公司的授权不同，既不存在利益冲突，也不存在谋取商业机会的情况。湘力公司提交的《发电机更换合同》仅显示湘力公司与广州越威纸业有限公司（以下简称“越威公司”）存在业务往来，无法证明平行公司曾向越威公司承接业务。湘力公司提交的《汽轮机修理合同》《产品购销合同》显示，湘力公司曾委托杭州杭发兴和机电工程有限公司（以下简称“杭发兴和公司”）维修汽轮机，曾向南京蓝污水处理设备有限公司（以下简称“蓝污水处理公司”）购买高压电缆、潜水混流泵配件产品，而非湘力公司向这两家公司承接业务。黄历洋不存在同业竞争行为。湘力公司、平行公司的经营范围分类不同，平行公司属于科技推广和应用服务业，湘力公司则是通用设备制造业，分别属于服务业和制造业，明显不属于同类企业。湘力公司、平行公司的具体经营范围不同。湘力公司、平行公司从事的业务性质、客户对象不同，平行公司主营状态检测业务，而湘力公司主营电机维修业务，平行公司属于湘力公司的上游公司，不存在竞争关系。本案属于侵权纠纷，但不具备侵权责任的构成要件。根据《中华人民共和国侵权责任法》规定，侵权责任需同时具备四个构成要件，违法行为、损害事实、因果关系、主观过错。黄历洋不存在违法行为，本案中不存在损害事实，湘力公司、平行公司没有从事同类业务，不存在同业竞争关系，也没有对湘力公司造成任何损失。本案中不存在违法行为和损害事实，两者间亦不存在因果关系。黄历洋不存在主观过错，湘力公司一直知情并同意黄历洋经营平行公司的行为，并召开股东会进行讨论。二、退一步说，即使法院认定黄历洋存在违反忠实义务的行为，原审法院认定事实不清，证据不足，以致认定黄历洋承担的责任过重。一方面，黄历洋不存在因违反忠实义务获得的收入。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，归入权的范围应限于董事因违反忠实义务行为获得的收入，本案中，黄历洋在平行公司没有领取工资或获得分红，不存在因该行为获得的收入。另一方面，湘力公司不存在因黄历洋行为造成的损失。

上诉人周冰上诉请求：1.撤销原判，改判驳回湘力公司对周冰的全部诉讼请求；2.湘力公司承担本案一审、二审诉讼费用。事实和理由：一、原审法院认定基本事实不清。原审判决未查清湘力公司和平行公司的经营范围，仅凭两者具体经营项目里有些许重合项来认定双方构成同类经营，属于事实认定不清。湘力公司属于“通用设备制造业”，平行公司属于“科技推广和应用服务业”，属于不同类型的企业，经营范围也并不相同。从登记的具体的经营范围来看，平行公司与湘力公司也大不相同。平行公司的主要经营范围是服务业。在实际经营中，平行公司与湘力公司的业务范围也是不同的。对于双方同时获得的斯凯孚公司的授权可以看出，两者的具体经营范围是不一样的。关于蓝污水处理公司，平行公司在2015年就取得该公司的授权，但2016年湘力公司仍与蓝污水处理公司进行过交易，说明湘力公司并没有因平行公司的设立而遭受损失。原审法院对周冰的收入尚未查清，且对举证责任分配不清，在湘力公司未完成举证证明周冰收入的情况下随意依据城镇私营单位就业人员年平均工资情况来认定周冰的收入。湘力公司诉请的依据是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款的规定，该条款明确“归入权”的范围是董事、高管所得的收入，而在本案中，湘力公司从始至终都未能举证证明周冰在平行公司所获得的收入，原审法院也从未就该事实进行查明，根据“谁主张谁举证”的原则，应由湘力公司承担举证不能的不利后果。二、原审法院按广州市统计局公布的2015年-2017年城镇私营单位就业人员年平均工资情况来认定周冰的收入无事实和法律依据。实际上，周冰虽作为平行公司的监事，但也只是挂名的。周冰未实际参平行公司的经营管理，未在平行公司领取工资，也从未在平行公司获得分红，湘力公司要求周冰返回收入和分红的前提是完全不存在的。三、退一万步讲，即使法院认定平行公司是未经湘力公司同意成立且构成了同类经营，但在2016年6月份之后，湘力公司是知情并同意平行公司的经营的，湘力公司无权对2016年6月份之后的收入主张归入权。在2015年平行公司未成立前，周冰与黄历洋向湘力公司提出可以扩展状态监测产品这一新的业务领域，但湘力公司认为开拓新领域需要重新投入大量资金和设备，湘力公司暂无开展该领域的意向，并同意由周冰和黄历洋自行成立公司。经过湘力公司全体股东同意后，周冰与黄历洋、案外人宋江天于2015年成立平行公司。平行公司的经营范围是科技推广和应用服务业，与湘力公司并不属于同类经营。后于2016年6月16日，湘力公司召开临时股东会，全票通过了对平行公司股权购买事宜。退一万步讲，即使法院认为结合平行公司成立的背景及2016年6月份湘力公司全体股东通过了购买平行公司股权的股东会决议仍无法认定湘力公司一开始就同意周冰与黄历洋成立平行公司，但至少在2016年6月份的股东会决议后，湘力公司是完全知悉平行公司的存在的。平行公司于2015年2月份成立，并已完成必要的公示手续，公司的经营范围、股东信息是完全透明的，可供查询的。四、原审判决没有区分周冰与黄历洋是两个独立的、不同的诉讼主体，含糊地判决两人共同向湘力公司赔偿经济损失486688元错误，实际上已经混淆了请求权的法律基础。周冰与黄历洋是两个完全不同的、独立的诉讼主体，即使法院认为周冰与黄历洋的行为构成同类经营，并查清了周冰与黄历洋的收入，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款的规定，判决周冰与黄历洋的收入应当归湘力公司所有，也是由周冰和黄历洋分别向湘力公司归还各自所取得的收入，而不是由周冰和黄历洋共同向湘力公司归还两人的收入。

被上诉人湘力公司答辩称：一、黄历洋、周冰作为湘力公司的董事和业务承接责任人，自营同类业务损害湘力公司利益，构成同业竞争的侵权行为。黄历洋、周冰自营的平行公司，其商事登记信息和公司章程充分证明其经营项目涵盖了湘力公司的所有经营范围。公司具体的经营项目以及是否构成同业竞争，不是简单的看行业分类，而是要看官方公示平台的商事登记信息和公司章程中记载的经营项目。在湘力公司提交给法院的湘力公司、平行公司的商事登记，信息和公司章程中，非常清楚地证明平行公司的经营项目基本已经涵盖了湘力公司的所有经营项目，构成同业竞争。湘力公司股东会没有形成任何同意黄历洋、周冰自营同类业务公司的决议。2016年6月16日湘力公司股东会讨论收购平行公司股权的意向，是因为平行公司最初自称的经营范围是信息服务，与湘力公司经营项目不同，并有可能为湘力公司带来更多客户，并不清楚平行公司具体经营事项和高管构成，也不清楚平行公司的经营项目是否与湘力公司重叠，更不代表股东会对平行公司同业竞争的知情或认可。平行公司包括黄历洋之后并没有提供相应资料，此事没有推进下去。在正常情况下，湘力公司不会无缘无故怀疑一家公司存在同业竞争的侵权行为，并聘请专业人员去调取平行公司的登记资料。直到2018年，湘力公司通过原先客户的举报，并通过暗中调查才最终确认平行公司系黄历洋、周冰开办并存在同业竞争侵权行为。只要湘力公司董事存在自营同类业务的竞业情形，就意味着会谋取属于公司的商业机会，构成损害公司利益的行为。湘力公司向法院提交的证据材料，也能充分证明黄历洋、周冰为自营的平行公司谋取了本属于湘力公司的商业机会，造成湘力公司的经营和利润损失。斯凯孚公司早在2014年就对湘力公司进行电机修复认证授权（包括电机状态监测服务），而黄历洋、周冰利用其公司董事、副总经理和业务承接工作的职务便利，在2016、2017年为其自营的平行公司取得斯凯孚公司状态监测服务授权（平行公司因硬件设施不达标无法取得更全面的服务授权）。在湘力公司已经与杭发兴和公司、蓝污水处理公司等有维修业务往来并建立初步合作关系的情况下，黄历洋、周冰利用其公司董事、副总经理的职务便利，安排其自营的平行公司分别取得上述2家公司对电机、水处理等设备的销售、维修授权。平行公司于2018年5月22日签订的《高压电机定子组大修施工方案及报价》合同等证据，也证明平行公司一直在经营与湘力公司同类业务。黄历洋、周冰辩称所经营的平行公司“不是同业”，或者“同业不竞争”，应当由黄历洋、周冰予以证明。二、对黄历洋、周冰行使归入权，是对其作为董事高管违反忠实义务的惩罚性措施，不以该行为给公司造成实际损失为条件。事实上，黄历洋、周冰违反忠实义务的行为，为平行公司获取了大量的业务收入，同时造成湘力公司对应业务收入的损失。湘力公司已经向法院申请对平行公司的财务数据进行司法审计，并申请法院向广州市黄埔区税务局调取平行公司给客户开具的增值税专用发票和普通发票的明细。三、黄历洋、周冰及其实际控制的平行公司如果拒绝司法鉴定则应当对黄历洋、周冰实施同业竞争、以及违反忠实义务取得的收入等事实，承担举证不能的法律后果。黄历洋、周冰及平行公司均当庭拒绝司法审计，企图刻意隐瞒其同业竞争的侵权行为，隐瞒其在平行公司的收入和分红情况，应承担举证不能的责任。据了解平行公司每年营业收入超过200万元，4年累计营业收入在800万元左右。按照湘力公司及类似电机维修服务行业平均20%的利润率计算，上述经营收入的利润约160万元。四、在黄历洋、周冰拒不配合司法审计而无法确定其收入的情况下，法院可以参照法律规定和司法实践酌情确定行使归入权的数额。公司董事高管的收入肯定高于平均工资水平是常识，法院参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资对黄历洋、周冰收入行使归入权并无不当。五、原审法院判决黄历洋、周冰共同赔偿湘力公司损失，但实际认定二人分别承担一半数额，并不影响二人实体权利。

原审被告平行公司没有提交答辩意见。

湘力公司向原审法院起诉，请求：1.黄历洋、周冰、平行公司立即停止损害湘力公司利益的侵权行为；2.黄历洋、周冰、平行公司在广州市市一级报纸上刊登“不再经营与湘力公司同类业务”的致歉声明，消除不良影响；3.黄历洋、周冰自2015年2月4日起至判决生效之日止在平行公司处的工资薪金和分红收入归湘力公司所有，收入数额以司法审计结果为准（截止2018年10月3日，黄历洋、周冰收入参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算为207620.33元；黄历洋、周冰合计415240.66元）；4.黄历洋、周冰承担本案的司法审计鉴定和诉讼费用。

原审法院认定事实：湘力公司于2003年12月10日登记设立，注册资本500万元，经营范围为电气设备修理；电气机械设备销售；机械技术咨询；交流服务；机械零部件加工；通用机械设备销售；机电设备安装服务。湘力公司股东为杨强、刘宇飞、邓晓斌、黄历洋、周冰；董事为杨强、邓晓斌、周冰、刘宇飞、黄历洋；监事为曾薇。黄历洋、周冰是湘力公司的原始股东。

平行公司于2015年2月4日登记设立，注册资本100万元，经营范围为：机械技术推广服务；节能技术开发服务；节能技术咨询、交流服务;机电设备安装服务;机电设备安装工程专业承包；其他办公设备维修；能源技术咨询服务；职业技能培训（不包括需要取得许可审批方可经营的职业技能培训项目）；机械配件批发；机械配件零售；商品批发贸易（许可审批类商品除外）；集装箱维修；消防设施设备维修、保养;安全技术防范系统设计、施工、维修；汽车维修工具设计服务；医疗设备维修；电梯维修；日用电器修理；电气设备修理。平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰。法定代表人变更为吴中杰，执行董事兼经理变更为吴中杰，监事变更为吴目红。

湘力公司为证明黄历洋、周冰、平行公司侵权，向原审法院提交了由杭发兴和公司出具的《授权书》，载明：为更好的为华南地区客户服务，现授权平行公司为杭州杭发兴和机电工程有限公司华南地区维修服务中心，负责维修业务承接、零配件销售、售后服务、宣传广告等合法事宜。服务区域：广东、广西、海南、福建、云南等省。服务内容：汽轮发电机销售、维修；水轮发电机销售、维修配件销售。授权时间：2015年3月20日至2018年3月19日。

蓝污水处理公司出具的《授权书》，载明：为更好的为华南地区客户服务，现授权平行公司为南京蓝污水处理设备有限公司华南地区服务中心，负责业务承接、零配件销售、售后服务、宣传广告等合法事宜。服务区域：广东、广西、海南、福建、云南等省。服务内容：水处理设备及泵类产品销售、零配件销售、售后维修服务。授权时间：2015年6月1日至2018年5月31日。

斯凯孚公司与湘力公司签订《项目和许可协议》，授权湘力公司为“斯凯孚认证电机修复中心”，服务内容包括与轴承、密封件、润滑剂相关的电机和发电机服务的所有方面，包括安装、拆卸、修理、环境影响、状态监测等。授权有效期截止到2017年6月30日。斯凯孚公司授权平行公司为“斯凯孚（中国）销售有限公司状态监测产品及服务经销商”，授权有效期截止到2016年12月31日。

黄历洋提供的证据显示：2016年6月16日，湘力公司召开临时股东会。会议通过《关于平行公司股权的购买事宜》决议：1.需要平行公司罗列资产明细和价值；2.平行公司对未来三年投资回报的承诺或者提供盈利模式，二选一；3.最大可以转让股权比例和最低价格；4.上述需要提交文字资料、待资料提交后召开临时股东会、做专题讨论。

另外，湘力公司向原审法院提交《调查收集证据申请书》《责令提交书证原件申请书》《司法审计鉴定申请书》，要求对平行公司对外给客户开具的增值税专用发票和普通发票的明细、对外签订的合同原件、日常的财务情况（包括经营性收入及利润数据）进行审计、调查。

原审法院认为：本案为损害公司利益责任纠纷。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：（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。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。公司董事或者高级管理人员的竞业禁止义务，是指公司董事或者高级管理人员未经公司同意，不得为自己或他人直接或间接从事与公司相竞争的营业活动。根据双方当事人的诉讼和答辩意见，本案的争议焦点在于：1.黄历洋、周冰是否构成竞业禁止；2.如若构成侵权，承担的责任范围；3.平行公司是否是本案的适格被告。

第一、黄历洋、周冰是否构成竞业禁止。

1.关于竞业禁止的承担主体。本案中，黄历洋、周冰作为湘力公司的原始登记股东、董事，属于公司高级管理人员的范畴，作为公司的高级管理人员应当在思想上效忠公司，在行为上以公司利益最大化作为指南。黄历洋、周冰属于公司的高级管理人员，负有忠诚义务，是竞业竞争的适格主体。

2.没有经过股东会的同意而实施上述行为。

本案中，黄历洋、周冰自湘力公司成立时即是湘力公司原始的股东，董事。黄历洋、周冰在湘力公司担任董事期间，于2015年2月4日发起成立平行公司，注册资本100万元，平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。黄历洋、周冰抗辩称，是经过湘力公司股东大会同意。原审法院认为，该股东大会议题是收购平行公司，只能证明湘力公司知道有平行公司的存在，但不能证明湘力公司股东大会认可且同意黄历洋、周冰设立平行公司与湘力公司开展竞争。

3.是否构成同类业务。

公司营业执照上的经营范围是公司可能开展的业务范围，如果仅将竞业禁止范围限缩于实际经营范围，负有竞业禁止义务的主体就有机会利用公司资源为私利开展业务，剥夺公司开展其他业务的机会，使得公司不能开展经营范围内的其他业务，这与公司法设立董事、高管等人的忠实义务的制度目的是相违背的，故竞业禁止的业务范围应以营业执照载明的内容为准。湘力公司、平行公司两者之间的工商登记信息重叠，营业范围具有较高相似性，业务内容亦高度相同，注册地、经营地、均属广州市区，属于同类经营。

4.关于竞业禁止的表现形式。

黄历洋、周冰认为其并未篡夺湘力公司的商业机会，也没有与湘力公司展开竞争。原审法院认为，所谓竞业禁止，是指对与权利人有特定关系之人的特定竞争行为的禁止。我国公司法要求公司董事、高级管理人员应当对公司负有忠实和勤勉义务，要求董事、高级管理人员在执行公司业务时或担任公司职位期间需全心全意为公司服务，以公司最佳利益为出发点行事，不得追求公司利益以外的利益，不得追求个人利益。因此，董事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，即包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动，也包含禁止利用职务便利谋取属于公司的商业机会。董事、高级高管人员未经股东会同意另行经营与所任职公司同类业务当然违反竞业禁止义务，损害公司现实利益或者可预见的预期利益或者有无与公司展开竞争均不是违背竞业禁止义务的构成要件。本案中，黄历洋、周冰在担任湘力公司董事期间，共同出资成立了经营范围与湘力公司的经营范围基本相同的平行公司，并担任法定代表人、监事的行为，明显属于竞业禁止的范围。黄历洋、周冰违反董事、高级管理人员忠实义务，构成竞业禁止，予以确认。

第二、关于黄历洋、周冰赔偿范围的问题。

湘力公司要求黄历洋、周冰立即停止损害湘力公司利益的侵权行为及要求黄历洋、周冰在广州市市一级报纸上刊登“不再经营与湘力公司同类业务”的致歉声明，消除不良影响。原审法院认为，黄历洋、周冰在湘力公司担任董事期间，于2015年2月4日发起成立平行公司，注册资本100万元，平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰。法定代表人变更为吴中杰，执行董事兼经理变更为吴中杰，监事变更为吴目红。黄历洋、周冰已经与平行公司没有任何关系，该两项主张的事实基础已经不存在，故原审法院不予支持。

湘力公司要求黄历洋、周冰自2015年2月4日起至判决生效之日止在平行公司处的工资薪金和分红收入归湘力公司所有，收入数额参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算。原审法院认为，黄历洋、周冰的行为已构成对湘力公司竞业禁止义务的违反，《中华人民共和国公司法》明确规定高级管理人员、董事将违反忠实义务的收入、报酬归于公司。所谓归入权，是指公司可以要求董事、高级管理人员把其为个人利益或为他人利益而获得的竞业收入、报酬归于公司，把董事、高级管理人员竞业的交易，视为公司的交易。法律之所以赋予公司归入权，是因为针对董事、高级管理人员的竞业行为给公司造成的损失往往是潜在的，公司很难证明自己的实际损失，通过归入权的行使对违反竞业禁止义务的董事、高级管理人员予以惩戒，并补偿自己可能的损失。故湘力公司要求以广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算收入，亦是合理范围，予以确认。黄历洋、周冰于2015年2月4日发起成立平行公司，2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰，黄历洋、周冰已经与平行公司没有任何关系，故计算时间应该从2015年2月4日其至2019年4月15日截止。广州市统计局公布的2015年-2017年城镇私营单位就业人员年平均工资情况分别为：49337元/年、55223元/年、61241元/年，以此标准计算，黄历洋、周冰在平行公司获得的收入至少不低于：49337/12×11+55223+61241+61241+61241/12×4=243344元（四舍五入后取整）。黄历洋、周冰两人合计为486688元，应当归湘力公司所有。

第三、关于平行公司是否是本案的适格主体。

根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，违反竞业禁止义务需承担责任的主体是公司的董事或者高级管理人员，平行公司不是本案的适格主体。故湘力公司要求平行公司承担责任不符合法律规定，不予支持。正常的经营活动是平行公司的合法权利，如湘力公司认为平行公司存在其他侵权行为，可另循法律途径解决。另外，关于湘力公司要求对平行公司进行调查、审计的请求。因平行公司不是本案的适格被告，故对此请求，不予支持。

原审法院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《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，于2019年8月7日作出判决：一、黄历洋、周冰于判决生效之日起十日内向广州市湘力电机维修有限公司赔偿经济损失486688元；二、驳回广州市湘力电机维修有限公司的其他诉讼请求。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。案件受理费7528.60元，由黄历洋、周冰承担。

本院二审认定事实：原审法院查明事实无误，本院予以确认。

另查明，周冰于二审期间提交了银行流水、缴费历史明细表，拟证明周冰自2004年以来一直只在湘力公司工作，领取工资和分红，没有从平行公司获取过任何收入和分红，不存在向湘力公司返还收入的基础，周冰在湘力公司的工资收入比城镇私营单位就业人员年平均工资低，原审法院以该平均工资认定错误。湘力公司的质证意见：对该证据的真实性、合法性、关联性不予确认。黄历洋的质证意见：对该证据的真实性、合法性、关联性予以确认。湘力公司在本院庭审时表示，其原审诉讼请求第3项的意思是要求黄历洋、周冰各自赔偿其所收入部分，按照原审法院认定的金额即黄历洋、周冰各赔偿243344元给湘力公司。

本院认为：根据《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》第三百二十三条“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外”的规定，本院针对黄历洋、周冰的上诉请求进行审理。

关于黄历洋、周冰是否构成竞业禁止。竞业禁止是指董事实施与其所在公司营业有竞争性质的行为。同类业务可以是完全相同的服务，也可以是同种或者类似的服务。黄历洋、周冰成立的平行公司与湘力公司的经营范围存在相同或类似的项目，至于平行公司、湘力公司的营业执照分类不同，不足以证明其不能经营同类业务。斯凯孚公司分别授权平行公司、湘力公司进行相关业务，其中湘力公司与斯凯孚公司签订的《项目和许可协议》记载了状态监测的内容，故湘力公司主张斯凯孚公司授权的“电机修复中心”服务包括了斯凯孚公司授权平行公司的“状态监测产品”服务项目具有依据，本院予以采信。据此可认定平行公司经营了与湘力公司的同类业务。黄历洋、周冰主张平行公司实际经营的业务与湘力公司实际经营的业务不同，黄历洋、周冰未能提交充足的证据证实，且黄历洋、周冰作为湘力公司的董事，负有忠实义务，即便如黄历洋、周冰所述，平行公司与平湘力公司实际经营的范围不同，也应向湘力公司报告该情况，但黄历洋、周冰在成立平行公司时，无证据证实其有将平行公司的经营情况告知湘力公司。2016年6月16日《关于平行公司股权的购买事宜》涉及的是湘力公司收购平行公司股权的事宜，未涉及黄历洋、周冰为平行公司股东及平行公司经营范围的事宜，黄历洋、周冰主张已将其是平行公司的股东及该公司的经营范围告知湘力公司，本院不予采信。原审法院认定黄历洋、周冰未履行董事的忠实义务依据充分。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项的规定，黄历洋、周冰的行为构成竞业禁止。

关于黄历洋、周冰赔偿金额的认定。本案中，黄历洋、周冰均否认在平行公司有收入，该主张明显与其成立平行公司的目的不符，而平行公司一直持续经营，故本院对于黄历洋、周冰的主张不予采信。对于黄历洋、周冰在平行公司的收入，湘力公司客观上无法举证，其原审中提出参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资情况计算无明显不合理之处，黄历洋、周冰也未提交可以反驳的证据。至于周冰二审提交的证据不属于新证据，且不足以证明其主张，本院不予采信。原审法院根据双方举证情况，采纳湘力公司的意见，认定黄历洋、周冰在平行公司2015年2月4日至2019年4月15日期间的收入各为243344元可行，本院予以认可。湘力公司在二审诉讼中明确其原审第三项诉讼请求是要求黄历洋、周冰分别对其收入承担赔偿责任，故本院对于原审判决第一项予以调整，黄历洋、周冰应各向湘力公司赔偿经济损失243344元。对于黄历洋、周冰上诉要求免除其责任的请求，本院予以驳回。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，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百七十条第一款第二项的规定，判决如下：

一、撤销广东省广州市黄埔区人民法院（2018）粤0112民初6529号民事判决第二项；

二、变更广东省广州市黄埔区人民法院（2018）粤0112民初6529号民事判决第一项为：黄历洋于本判决书送达之日起十日内向广州市湘力电机维修有限公司赔偿经济损失243344元；周冰于本判决书送达之日起十日内向广州市湘力电机维修有限公司赔偿经济损失243344元；

三、驳回广州市湘力电机维修有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本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7528.60元，由黄历洋负担3764.3元，周冰负担3764.3元。二审案件受理费9900元，由黄历洋负担4950元，周冰负担4950元。

本判决为终审判决。

审判长　　蔡粤海

审判员　　徐　艳

审判员　　唐佩莹

二〇一九年十二月四日

书记员　　祝茵茵

黄旖旎