广东省深圳市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2014）深中法商终字第1733号

上诉人（原审被告）：司徒志，男，汉族。

委托代理人：祝聪，广东民生康田律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：黄素玲，女，汉族。

委托代理人：李铁牛，广东滨都律师事务所律师.

委托代理人：曾雄强，男，汉族。

被上诉人（原审被告）：深圳市众杰通贸易有限公司（原名称为深圳市润彤菱镁矿制品有限公司），住所地：深圳市福田区中康路31号东梅单身公寓413号，组织机构代码：68944881-6。

法定代表人：陈应明，总经理。

上诉人司徒志因与被上诉人黄素玲、深圳市众杰通贸易有限公司（以下简称众杰通公司）董事损害公司利益责任纠纷一案，不服深圳市盐田区人民法院（2011）深盐法民二初字第252号判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：2002年4月8日，黄素玲与司徒志共同设立深圳市高科城实业有限公司（以下简称高科城公司），注册资本人民币（以下币种均为人民币）200万元，其中黄素玲出资98万元，持股比例49%，任公司监事，司徒志出资102万元，持股比例51％，任公司执行董事、法定代表人，公司注册地址为深圳市盐田区盐田山边村。高科城公司经营范围为：兴办实业、国内商业、物资供销业（不含专营、专供、专卖商品）、自营进口业务（具体按进出口企业资格经营证书经营）。2003年7月10日，高科城公司设立分公司卡板厂，经营项目为：托卡板、防火板销售，技术研究、开发、生产及销售卡／托板、玻镁植纤防火板。2010年5月，卡板厂由司徒志申请注销。2009年5月18日，司徒志和案外人深圳市润彤投资有限公司共同设立深圳市润彤菱镁矿制品有限公司（众杰通公司原名称，以下简称润彤公司）。润彤公司注册资本200万元，司徒志出资80万元，持股比例40%，深圳市润彤投资有限公司出资120万元，持股比例60％。公司注册地址为深圳市坪山新区江岭社区，经营范围：菱镁矿制品、菱镁耐火材料的生产加工、销售、技术开发，公司董事为陈某、邱某和司徒志。2010年8月17日，司徒志将其40%的股权以一元的价格转让给何某某，2010年12月29日，进行了变更登记，何某某系司徒志妻子何某艳的父亲。2011年6月29日，公司董事变更为陈某、邱某、何某某。2013年6月24日，公司股东变更为庄某某一人，监事邝某某是前卡板厂员工、技术骨干。根据司徒志以及润彤公司的陈述，均表示司徒志没有在润彤公司领取工资、红利，也没有其他收入。根据中勤万信会计师事务所深圳分所的审计，由于高科城公司及卡板厂董事会、股东会会议机制不健全，会计基础工作、会计核算不规范，所以不能核实高科城公司和卡板厂的财务报表是否公允的反映了企业的资产财务状况，不能核实高科城公司和卡板厂是否存在经营亏损。

黄素玲的原审诉讼请求为：1、司徒志停止担任润彤公司董事职务，退出其岳父何某某在润彤公司代为持有的40％股份；2、司徒志在润彤公司的全部收入100000元归高科城公司所有；3、司徒志赔偿因其侵权行为给高科城公司造成的损失200000元，润彤公司承担连带责任；4、诉讼费由司徒志负担。

原审法院认为：公司董事、高级管理人员应对公司负有忠实义务、勤勉义务，不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。本案润彤公司无论是从经营范围、产品名称还是宣传图片，与高科城公司卡板厂均存在同一性或类似性，属于经营同类业务的公司。司徒志作为高科城公司的执行董事，在卡板厂2009年5月至2010年5月的存续期间，出任润彤公司的股东和董事，违反了作为高科城公司董事应负的忠实义务、勤勉义务，从地域、市场等各方面均对高科城公司造成了影响，侵犯了高科城公司的权利。虽然《中华人民共和国公司法》没有明确规定董事违反法定竞业禁止义务应承担损害赔偿责任，但第一百五十条规定“董事、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”，根据“举轻以明重”的释法原理，既然因执行公司职务违反规定给公司造成损失都要予以赔偿，那么从事公司法所明确禁止的行为给公司造成损害的，无疑更应该承担赔偿责任，故本案司徒志因违反竞业禁止义务应对高科城公司承担赔偿责任。具体的赔偿数额，虽然举证责任的一般规则为“谁主张、谁举证”，但现代民法的价值取向是保护弱者、追求实质正义，所以举证责任分配应兼顾诚信原则和公平原则。在本案中，黄素玲作为高科城公司的监事和小股东，不参与公司的经营管理，缺乏举证能力和举证条件；反观司徒志，作为公司的执行董事和法定代表人，直接经营管理公司，应承担一定的举证责任，证明其在润彤公司任职未侵犯高科城公司的权利。但司徒志在经营管理高科城公司期间，由于会议机制不健全，会计基础工作、会计核算不规范，导致高科城公司的财务数据失真，不能客观公允的反映公司的实际经营状况，难以准确判断司徒志违反竞业禁止义务的行为给高科城公司造成的具体损失，故该院综合考虑黄素玲的主张、司徒志的侵权情节、同类业务经营期间等因素，酌定司徒志赔偿高科城公司损失60000元。关于黄素玲要求司徒志停止担任润彤公司董事的职务、退出其岳父何某某代为持有润彤公司40％股份，因司徒志已经没有在润彤公司担任董事，润彤公司的股权也已经由案外人庄某某全部持有，黄素玲的该主张没有事实依据，该院不予支持。关于黄素玲要求司徒志在润彤公司的收入100000元归高科城公司所有的主张，因黄素玲未能提供任何司徒志在润彤公司有收入的证据，司徒志与润彤公司也不予认可，故黄素玲此项主张该院不予支持。关于黄素玲要求润彤公司对司徒志给高科城公司造成损失承担连带责任的主张，没有法律依据，该院依法予以驳回。综上，依照《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、第一百五十条，《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：一、司徒志应在判决生效之日起十日内赔偿高科城公司损失60000元；二、驳回黄素玲的其他诉讼请求。如未在上述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。原审案件受理费5800元，由黄素玲负担4640元，司徒志负担1160元。

上诉人司徒志不服原审判决，向本院提起上诉，请求：1、撤销原审判决并依法改判驳回黄素玲的诉讼请求。2、本案的诉讼费用由黄素玲承担。事实与理由为：一、原审法院认定事实不清。原审法院在黄素玲无法提供相关证据的情况之下，仅凭其一面之词，而非基于证据本身，就认定司徒志的行为在地域、市场等各方面均对高科城公司造成影响并侵犯了高科城公司的权利。原审法院对于黄素玲的主张、司徒志的侵权情节等事实的认定上，并非基于相应的证据，而是先入为主站在黄素玲的立场上，假设可能对其有利的事实，违背了诉讼居中裁判的原则，属于认定事实不清，应当予以纠正。二、原审法院判决错误适用《中华人民共和国公司法》的规定。该法第一百四十九条规定：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。该条第二款明确规定，董事、高级管理人员有上述行为承担法律责任的前提是取得“收入”。在原审诉讼中，黄素玲未能提供任何关于司徒志在润彤公司取得收入的证据。事实上，由于润彤公司经营亏损，司徒志从未领取过工资、红利或其他收入。因此，即便司徒志有《中华人民共和国公司法》第一百四十九条所规定的行为，在无实际获利的情况下，不应承担法律责任。原审法院无视《公司法》第一百四十九条第二款明确规定的行为人承担法律责任的条件，在适用第一百四十九条第一款认定有关事实的同时，却故意地将《公司法》第一百五十条中有关法律责任的规定嫁接到第一百四十九条第一款所规定的情形上，以此来判决司徒志应当承担有关责任，这种严重故意地错误适用法律的行为，应当予以纠正。三、原审法院判决严重违反举证责任的规定。在判决中，原审法院违反《民事诉讼法》的有关规定，违背最高人民法院出台的司法解释，擅自更改证明责任的分配，其错误理解、适用相关法律的行为，严重影响了案件的判决结果。根据《民事诉讼法》第六十四条第一款，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案不属于《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国民事诉讼法﹥若干问题的意见》中举证责任倒置的特殊情况，故应当适用“谁主张、谁举证”的举证责任原则。原审法院先入为主将黄素玲假设为弱者，在对于实体法价值理解本身就存在偏差的基础上，又将其理解偏差的实体法价值生搬硬套到程序法上，以此捏造出了所谓“举证责任分配应兼顾诚信原则和公平原则”的错误提法，并基于此擅自更改举证责任，将原本由黄素玲证明的事项，转由司徒志证明，并基于此要求司徒志承担责任。综上所述，原审法院错误适用并故意规避《中华人民共和国公司法》的有关规定；违反《中华人民共和国民事诉讼法》和《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国民事诉讼法﹥若干问题的意见》关于举证责任的规定，在判决论述过程中，对相关法理理解不清，逻辑十分混乱，站在黄素玲的立场上倒推其请求的合理性。在缺乏证据的情况下，仅凭黄素玲的一面之词，在没有相关计算依据的情况下，错误地判决司徒志承担责任，明显违反了法律。综上，为了正确适用法律，依法维护法律的尊严，维护司徒志的合法权益，请二审法院对本案依法改判。

被上诉人黄素玲答辩称：一、司徒志从2003年7月卡板厂成立起，每月固定领取5000元的工资，有无更多金额不清楚；而黄素玲虽然是高科城公司股东和监事、卡板厂的负责人，但只是挂名，未参与公司的经营管理，高科城公司及卡板厂一直由司徒志控制、管理、经营。2004年3月，司徒志在没有股东和董事会决议、授权的情况下，伪造黄素玲的签名，将卡板厂的负责人变更为司徒志。2010年5月26日，司徒志在没有股东和董事会决议、授权的情况下，伪造黄素玲的签名，将卡板厂注销。高科城公司的业务是通过设立卡板厂进行经营，其他经营项目都是在黄素玲不知情的情况下，司徒志私自进行的，没有股东会和董事会的决议、授权，高科城公司也没有口服液等业务经营权限。在司徒志提起公司解散诉讼后，黄素玲与司徒志协商多次不成，才提起诉讼维护自己的合法权益。由于高科城公司和卡板厂一直由司徒志控制、管理、经营，公司相关印章也由司徒志掌控，司徒志是公司的控股股东、法定代表人、执行董事，故无法以公司名义起诉，黄素玲才以股东、监事的身份起诉，根据公司法和公司章程行使相关权利，要求维护公司、股东的合法权益，黄素玲提起诉讼是为了维护公司和股东的权益，诉讼获益方也是公司，所以也可以看作是以公司的名义起诉。二、润彤公司与高科城公司、卡板厂均位于深圳市，润彤公司无论从经营范围、产品名称、还是宣传图片与卡板厂均存在同一性或者类似性，属于经营同类业务的公司。司徒志作为高科城公司的控股股东、执行董事、法定代表人，出任润彤公司的股东和董事，之后虽然由司徒志妻子何某艳的父亲何某某担任润彤公司的股东和董事，但仍具有关联关系。根据以上事实可以推定司徒志在润彤公司取得了收入，在地域、市场等各方面均对高科城公司造成了损失、侵害了高科城公司的权益，符合《关于适用﹤中华人民共和国民事诉讼法﹥若干问题的意见》第75条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条的规定。司徒志违反《中华人民共和国公司法》第二十条、第二十一条、第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条及高科城公司章程第九条、第三十二条的规定，对其给高科城公司造成的损失应予赔偿，对其违反规定取得的收入应当归高科城公司所有。司徒志虽然声称由于润彤公司亏损，其从未从润彤公司领取过工资、红利或者其他收入，但却未提供任何润彤公司亏损、未领取收入的证据，同时也不符合一般认知和推定，因此，请求法院不予认定。司徒志在经营管理高科城公司期间，没有尽到执行董事和法定代表人的义务、存在诸多违反公司法和高科城公司章程的行为，侵害了高科城公司和股东的权益，编号为勤信深专字（2013）第1XXX号的审计报告也指出这些问题。司徒志的行为导致高科城公司财务数据失真、经营情况不实，进而难以确定司徒志行为给高科城公司带来的损失，法院因此酌定赔偿金额是合法合理的。黄素玲作为高科城公司的小股东，不参与公司的经营，缺乏举证能力和举证条件，而司徒志作为高科城公司的执行董事和法定代表人，有能力也有责任举证证明其未给高科城公司造成损失、未从润彤公司取得收入。润彤公司也有能力和责任就其和司徒志未侵害高科城公司权益、司徒志未取得收入进行举证，这符合举证责任分配的诚信原则、公平原则。当事人由于客观原因，难以取得很多证据，也在原审中多次向法院申请调查取证。根据《民事诉讼法》第六十五条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条，请求人民法院根据案件审理情况、综合各种因素确定本案举证能力的承担，并根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条、第七十五条的规定支持黄素玲。

被上诉人众杰通公司未到庭答辩。

案经二审审理查明，上诉人司徒志与被上诉人黄素玲对原判认定的事实均无异议，本院予以确认。二审调查中，司徒志补充事实为：一、司徒志自2010年12月29日之后就不是润彤公司股东，也不是润彤公司的董事，且已经于2011年6月29日退出润彤公司的董事会；二、司徒志既没有从润彤公司获利10万元，也没有给高科城公司造成20万元损失。黄素玲补充事实为：一、司徒志退出润彤公司董事之后由司徒志的妻子何某艳的父亲何某某担任润彤公司的董事，故司徒志和润彤公司原来是有关联关系，其持股比例是40%；二、高科城公司下属的卡板厂是在2003年设立的分公司，2010年5月没有经过股东会即私自注销，卡板厂的技术骨干邝某某是润彤公司的监事，到目前为止仍在润彤公司担任职务；三、在司徒志诉高科城公司的公司解散一案中，原审法院应黄素玲的申请依法委托会议师事务所对高科城公司及卡板厂的资产财务状况及经营盈亏进行了审计，审计报告可以反映司徒志存在大量侵害股东和公司利益的行为。

另查，司徒志诉高科城公司、黄素玲公司解散一案，原审法院判决解散高科城公司，该判决作出后，高科城公司提出上诉，本院于2014年10月21日作出（2014）深中法商终字第1729号民事判决驳回上诉，维持原判，该判决已生效。

再查，众杰通公司于2014年4月23日经深圳市市场监督管理局核准由原名称“深圳市润彤菱镁矿制品有限公司”变更为现名称“深圳市众杰通贸易有限公司”。

本院认为：本案系董事损害公司利益责任纠纷。黄素玲是高科城公司的股东兼监事，其认为司徒志身为高科城公司的董事，侵犯了高科城公司的利益应赔偿因此给高科城公司造成的损失，因而以高科城公司股东的身份请求自己以监事的身份行使《中华人民共和国公司法》第五十四条第（六）项规定的职权对司徒志提起诉讼。二审双方当事人争议的焦点问题是司徒志是否有侵犯高科城公司的利益及是否应承担赔偿责任。首先，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事对公司负有忠实义务和勤勉义务；第一百四十九条规定，董事不得未经股东会同意，自营或为他人经营与所任职公司同类的业务。而根据查明的事实，司徒志在任职高科城公司董事期间，同时出任润彤公司的股东及董事，润彤公司成立于高科城公司下设卡板厂之后，但润彤公司在经营范围、产品名称及宣传图片等方面均与高科城公司卡板厂存在类似性，属于经营同类业务的公司，故司徒志显已违反公司法关于董事对公司忠实、勤勉义务的规定及公司法明令禁止的董事经营同类业务的行为，应依法承担相应的侵权法律责任。其次，司徒志作为高科城公司的执行董事，直接经营管理高科城公司，而在其担任润彤公司股东及董事期间又将高科城公司下属卡板厂申请注销，不仅如此，由于未能建立健全的会计机制，会计核算不规范，高科城公司的财务数据失真也直接导致法院无法通过审计高科城公司的财务账册的方式来确定高科城公司的实际经营情况，以及查明是否有因司徒志违反竞业禁止义务给高科城公司造成损失及损失的具体情况，故原判综合黄素玲的主张、司徒志的侵权情节及同类业务经营期间等因素酌定由司徒志赔偿高科城公司损失60000元并无不妥。司徒志上诉主张其从未在润彤公司领取过工资、红利或其它收入，故即使存在《中华人民共和国公司法》第一百四十九条第一款规定的行为也不应承担法律责任，因于法无据，本院不予支持。综上，上诉人司徒志的上诉理由依据不足，均不能成立。原判认定事实清楚，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）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币1300元，由上诉人司徒志负担。

本判决为终审判决。

审判长　翁　 艳　 玲

审判员　尤　 武　 雄

审判员　琚　　　　虹

二〇一五年七月十日

书记员　刘芳原（兼）

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；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。