广东省深圳市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）粤03民终20919号

上诉人（原审原告）：深圳市飞博康光通讯技术有限公司，住所地：深圳市宝安区石岩街道宝源社区料坑民生一路10-5号（3楼1号和7楼6号），组织机构代码685374901。

法定代表人：李尧乐，总经理。

委托代理人：梁建中，广东理正明律师事务所律师。

委托代理人：熊冬锋，系公司员工。

被上诉人（原审被告）：胡燎原。

委托代理人：陈明晓，广东法仁律师事务所律师。

委托代理人：刘遐林，广东法仁律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：深圳市阿德拉技术有限公司，住所地：深圳市坪山新区坑梓办事处龙田社区莹展工业园B3b栋401，组织机构代码305842081。

法定代表人：胡福原。

委托代理人：陈明晓，广东法仁律师事务所律师。

委托代理人：刘遐林，广东法仁律师事务所实习律师。

上诉人深圳市飞博康光通讯技术有限公司（以下简称飞博康公司）因与被上诉人胡燎原、深圳市阿德拉技术有限公司（以下简称阿德拉公司）损害公司责任纠纷一案，不服深圳市宝安区人民法院（2015）深宝法民二初字第3026号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年11月24日立案受理后，依法组成合议庭，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条的规定，对本案公开进行审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：飞博康公司于2009年3月16日注册成立，税务登记证记载的经营范围为：光纤连接器、适配器、衰减器、光通讯元件的技术开发及销售，国内贸易，货物及技术进出口，光纤连接器、适配器、衰减器、光通讯元件的生产，飞博康公司确认其公司实际经营范围即为税务登记证所记载的范围。胡燎原原为飞博康公司的股东，持有飞博康公司20%的股权，在公司担任主管销售的副总经理，于2014年11月26日将其持有的飞博康公司股权作价人民币500万元（以下币种均为人民币）全部转让给李某某等人，并于2014年11月27日从飞博康公司离职。

阿德拉公司于2014年5月12日注册成立，登记的经营范围为：国内贸易，货物及技术进出口，通讯光缆、光纤连接器、适配器、衰减器、光通讯元件的技术开发、生产及销售，汽车零部件、汽车用品的技术开发与生产销售。庭审中，阿德拉公司确认其公司实际经营范围为生产、销售通讯光缆、光纤。胡燎原自阿德拉公司成立起即为其股东，持有阿德拉公司40%的股权。

飞博康公司主张：胡燎原作为飞博康公司的股东及主管销售的副总经理，在离职前即设立了经营范围与飞博康公司经营范围相同的阿德拉公司，并在离开前后私自接触与飞博康公司有多年合作关系的客户，甚至与飞博康公司原客户德国阿斯门公司签订买卖合同等，导致飞博康公司部分客户流失，利润受损。飞博康公司请求胡燎原赔偿损失，主张损失以胡燎原任职期间的工资6000元/月及股权转让款500万元为依据按月折算，折算后得出损失为59.5万元，飞博康公司酌情诉请胡燎原、阿德拉公司支付40万元。飞博康公司提交电子往来邮件翻译件、翻译服务费发票、翻译公司营业执照，予以证明胡燎原及阿德拉公司挖走飞博康公司原客户香港XX公司、韩国XX公司，意大利XX公司、台湾XX公司。胡燎原及阿德拉公司对上述翻译件等证据的真实性不予认可。

飞博康公司申请其员工龙某某、李某某出庭证明胡燎原及阿德拉公司竞业导致飞博康公司的损失。龙志辉作证称其系飞博康公司国际业务经理，飞博康公司原客户意大利XX公司、台湾XX公司2015年4月通过电子邮件方式告知龙某某胡燎原推荐阿德拉公司产品。李某某作证称飞博康公司原客户香港XX公司2015年7月7日通过电子邮件方式告知李某某阿德拉公司与其进行接洽，飞博康公司原客户韩国XX公司后与阿德拉公司进行业务洽谈。

原审法院经审理认为，胡燎原在飞博康公司担任主管销售的副总经理，属于飞博康公司的高级管理人员，其对飞博康公司负有忠实义务。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定：“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”。本案中，胡燎原在担任飞博康公司高级管理人员期间，设立与飞博康公司经营范围相同的阿德拉公司，属于违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五款的竞业禁止规定，有违高级管理人员的忠实义务，根据该条法律规定，胡燎原违反该规定所得的收入应当归飞博康公司所有。本案中，飞博康公司提交的证据不足以证明胡燎原违反上述规定的所得，飞博康公司依据胡燎原任职期间的工资水平及其转让飞博康公司股权的金额折算得出的金额作为飞博康公司的损失或胡燎原的所得，无事实和法律规定，其请求胡燎原赔偿300,000元，请求阿德拉公司赔偿100,000元及双方互相承担连带责任，该院不予支持。依据《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》第六十四条之规定，判决：驳回飞博康公司全部诉讼请求。一审案件受理费7,300元，由飞博康公司负担。

上诉人飞博康公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求：一、撤销原判决，发回重审或依法改判，判决胡燎原赔偿上诉人损失300000元，阿德拉公司赔偿飞博康公司损失100000元，合计400000元，胡燎原、阿德拉公司互负连带赔偿责任。二、本案一、二审诉讼费用由胡燎原、阿德拉公司负担。事实与理由：

一、本案的案由应当确定为公司关联交易损害责任纠纷，原判决将本案案由确定为损害公司责任纠纷是错误的。

1、本案确定为公司关联交易损害责任纠纷案由的事实基础。本案现有证据证明，胡燎原在转股离职前，秘密地利用其关联关系实施了损害飞博康公司利益的行为。为证明本案存在关联关系，胡燎原实施了违法行为，一审时，飞博康公司提交了阿德拉公司的工商登记信息、以及飞博康公司的税务登记证、《股份转让协议》，电子往来邮件翻译件、证人证言等等大量证据，这些证据足以证明以下事实：胡燎原在转股离职前即与他人共同出资设立了与飞博康公司经营范围相同、完全有可能导致公司利益转移的阿德拉公司，其出资占阿德拉公司总出资的40%，高于其他两位股东的各30%，胡燎原事实上是阿德拉公司的实际控制人和高级管理人员，根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条（四）的规定，胡燎原在转股离职前与阿德拉公司具有关联关系，并在转股离职前，利用其担任飞博康公司销售副总经理的职务便利，利用该关联关系实施了损害飞博康公司利益的违法行为，如多次私自将客户介绍给阿德拉公司……抢走了飞博康公司的部分客户资源，客观上给飞博康公司造成了损失，如飞博康公司的证据证明，阿德拉公司与飞博康公司客户德国阿斯门作成了两笔订单生意。

2、本案确定为公司关联交易损害责任纠纷案由更为适当。损害公司利益责任纠纷与公司关联交易损害责任纠纷的主要区别是：是否存在关联关系，是否利用关联关系损害了公司的利益。本案胡燎原在转股离职前与他人共同出资设立了与飞博康公司经营范围相同的阿德拉公司，胡燎原在转股离职前与阿德拉公司具有关联关系，并利用该关联关系将原为飞博康公司的客户介绍给胡燎原的关联方阿德拉公司，由阿德拉公司与客户交易，损害了飞博康公司的利益，因此，将本案案由确定为公司关联交易损害责任纠纷更为适当。

二、本案应当适用的法律条文。民事案由反映案件所涉及的法律关系的性质，是对诉讼争议所包含的法律关系的概括，因此，根据以上民事案由的分析，原判决依据的法律条文《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，是不正确。根据本案事实与法律关系，飞博康公司认为，本案应当适用的法律条文是《中华人民共和国公司法》第二十一条、第二百一十六条（四），以及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款。

三、原判决未正确适用《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款。如上所述，胡燎原在转股离职前利用关联关系和职务便利实施了损害了飞博康公司利益的违法行为，客观上给飞博康公司造成了损失。由于飞博康公司章程及相关制度中没有规定出现类似胡燎原在本案中的行为时的损失计算和赔偿方法，因此，在本案胡燎原和阿德拉公司不确认损失数额、不提供损失证据的情况下，损失证据的取得方式通常只有通过：1、飞博康公司提交损失证据；2、飞博康公司提交《资产负债表》、行业利润状况等财务和证明资料，由人民法院委托第三方（如会计师事务所等）鉴定飞博康公司的损失；3、由人民法院审判人员到阿德拉公司调取相关财务、关联交易等证据，委托第三方鉴定胡燎原的工资收入情况和阿德拉公司的获利情况。

一审中，飞博康公司提交了损失证据，并在一审庭审中提出由人民法院调取阿德拉公司相关财务、交易等证据，进行损失鉴定。飞博康公司认为，如果人民法院认为通过第三方鉴定损失的方式浪费诉讼资源、增大了诉讼成本、耗时太长的话，建议人民法院根据本案事实和审判员的自由裁量权酌情判决胡燎原及阿德拉公司赔偿飞博康公司损失。本案除飞博康公司已提交的证据外，胡燎原和阿德拉公司具体获利、交易情况证据由其自行掌握和占据，飞博康公司及其诉讼代理人客观上均无法获取。且本案有关损失证据涉及到国外客户，到国外取证难度大，程序繁杂，耗时太长，也无形中增大了飞博康公司取证的难度。人民法院应当依法认为本案损失证据是审理案件需要的证据，而依法主动调查收集，但一审法院却怠于调查收集。

四、酌情判决更符合本案证据取证实情、且有利于节约诉讼资源、制裁违法行为、维护法律的尊严和公平正义。本案损失应不仅仅限于胡燎原在阿德拉公司的工资收入，胡燎原在阿德拉公司的分红及阿德拉公司因胡燎原违法行为所产生的可得利益等也应当作为损失的一部分。本案阿德拉公司在胡燎原转股离职前仅设立半年多，通过人民法院调取其财务、关联交易证据并由第三方鉴定的方式，并不一定能如实反映飞博康公司损失。胡燎原和阿德拉公司占据收入、获利、关联交易等证据，但在一审中却不确认损失、不说明、不提供、不配合法院查明前述情况，人民法院应当作出不利于胡燎原和阿德拉公司的判决。因此，在本案中，人民法院在确认违法的前提下行使自由裁量权予以酌情判决，更符合本案实情与法律，更为适当。

五、飞博康公司根据胡燎原在飞博康公司处担任股东和高级管理人员时的工资、转股协议、公司成立时间等折算损失数额，供人民法院裁决时参考，符合本案证据实情，合情合理，并不违法。

六、阿德拉公司应当赔偿飞博康公司损失10万元，且与胡燎原承担连带责任。本案阿德拉公司因胡燎原的违法行为获利，但由于胡燎原是阿德拉公司的大股东，设立阿德拉公司后半年多时间胡燎原在飞博康公司处领取了工资，飞博康公司对胡燎原私自设立阿德拉公司不知情，转股时胡燎原获利较丰，阿德拉公司获利相对较少，且无法分清损害责任的情况下，飞博康公司请求阿德拉公司赔偿飞博康公司损失10万元，与胡燎原承担连带责任是合情合理合法的。

被上诉人胡燎原及阿德拉公司口头答辩称：胡燎原和阿德拉公司不存在损害飞博康公司利益的事实。自飞博康公司成立以来，胡燎原一直都兢兢业业的工作，从未利用职务上的关系损害飞博康公司的利益。在胡燎原退出之前，飞博康公司一直保持良好的运营状态。在胡燎原退股之前一个月都为飞博康公司洽谈业务，之后因为胡燎原与飞博康公司的股东经营理念不同，另行成立了阿德拉公司，但主要经营的产品是光纤、光缆。与飞博康公司生产经营的光纤连接器、跳线等产品完全不同。虽然阿德拉公司是在2014年5月份进行工商注册，但其一直都在进行前期准备，包括生产设备、购买安装调试、员工招聘等等。一直至2015年之后才开始正常运营向外发展业务，此时胡燎原早已从飞博康公司退股，也不再担任飞博康公司的职务。且胡燎原与飞博康公司并没有签署相关的保密协议，胡燎原没有违反我国《公司法》和飞博康公司的相关规定。因此飞博康公司主张胡燎原及阿德拉公司赔偿其损失缺乏事实和法律依据。恳请二审法院驳回上诉，维持原审判决。

本院经审理查明，一审认定事实无误，本院予以确认。

本院认为，本案是公司董事、经理、高级管理人员损害公司利益责任纠纷。飞博康公司上诉主张本案应确定为公司关联交易损害责任纠纷，但无证据证明胡燎原在担任飞博康公司股东及公司副总经理期间，飞博康公司与其担任股东的阿德拉公司之间存在关联交易行为，故其该上诉主张无法律和事实依据。虽然胡燎原与飞博康公司并没有签订相关竞业禁止协议，但胡燎原在担任飞博康公司股东及主管销售的副总经理期间，设立与飞博康公司经营范围高度相同的阿德拉公司，属于严重违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项的竞业禁止规定的行为，有违高级管理人员的忠实义务，根据该条法律规定，胡燎原违反该规定所得的收入应当归飞博康公司所有。本案中，虽然飞博康公司提交的证据不足以证明胡燎原违反上述规定的具体所得，但证据显示胡燎任职期间从飞博康公司获得了相关工资收入，并有为阿德拉公司联系飞博康公司相关客户开展业务的行为，客观上给飞博康公司造成了损失，构成共同侵权。本院综合本案实际酌定胡燎原及阿德拉公司共同向飞博康公司赔偿10万元。一审仅仅以无证据证明具体损失多少，而全部驳回了飞博康公司的诉讼请求，实体处理不当，本院予以纠正。综上所述，上诉人的上诉请求，部分具有事实和法律依据，本院部分予以支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款、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》第一百七十条第一款第（二）项、第一百七十五条之规定，判决如下：

一、撤销深圳市宝安区人民法院（2015）深宝法民二初字第3026号民事判决；

二、胡燎原和深圳市阿德拉技术有限公司应于本判决生效之日起十日内共同向深圳市飞博康光通讯技术有限公司赔偿人民币100，000.00元。

三、驳回深圳市飞博康光通讯技术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，则按照《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。

本案一、二审案件受理费人民币7300元，合计人民币14600元，由深圳市飞博康光通讯技术有限公司承担人民币10700元，由胡燎原和深圳市阿德拉技术有限公司共同承担人民币3900元。

本判决为终审判决。

审　判　长　秦　　　　拓

审　判　员　王　　　　畅

代理审判员　谢　 文　 清

二〇一七年三月七日

书　记　员　姚晓静（兼）

附录相关法律条文：

《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。

第一百七十五条第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

《中华人民共和国公司法》

第一百四十七条董事、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。

董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

第一百四十八条董事、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。