四川省成都市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）川01民终2370号

上诉人（原审原告）：成都与俱科技有限公司，住所地：四川省都江堰市四川都江堰经济开发区金藤路6号B座。

法定代表人：戴黎，董事长。

委托诉讼代理人：姚重华，上海市协力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：古锐，上海市协力（无锡）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：朱文琦，男，1971年10月2日出生，汉族，住四川省都江堰市。

委托诉讼代理人：徐瑞宁，四川英冠律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王静超，四川英冠律师事务所律师。

原审被告：成都彬德科技有限公司，住所地：四川省都江堰市四川都江堰经济开发区853路2号。

法定代表人：骆瑞容，总经理。

原审第三人：成都格奇智能科技有限公司，住所地：成都市温江区成都海峡两岸科技产业开发园蓉台大道499号。

法定代表人：王丽。

上诉人成都与俱科技有限公司（以下简称与俱公司）因与上诉人朱文琦、原审被告成都彬德科技有限公司（以下简称彬德公司）及原审第三人成都格奇智能科技有限公司（以下简称格奇公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服四川省都江堰市人民法院（2016）川0181民初2617号民事判决，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭进行了审理。上诉人与俱公司法定代表人戴黎及委托诉讼代理人古锐、上诉人朱文琦委托诉讼代理人徐瑞宁到庭参加诉讼，原审被告彬德公司、原审第三人格奇公司经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

与俱公司上诉请求：撤销一审判决，改判支持其一审全部诉讼请求。主要事实和理由：1.朱文琦系格奇公司隐名股东，同时又为格奇公司总经理，全面负责格奇公司运营，朱文琦将与俱公司相关图纸直接泄露给格奇公司，使格奇公司生产出与与俱公司完全一致的产品，朱文琦实施了《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）规定的董事、高级管理人员不得擅自披露公司秘密的禁止性行为，而一审法院遗漏了朱文琦向格奇公司泄露与俱公司秘密的事实。2.与俱公司原向安阳市赛尔德精工机械有限公司（以下简称赛尔德公司）采购电主轴，朱文琦在明知赛尔德公司产品价格低于武汉贝格泰克数控直驱机械有限公司（以下简称贝格公司）的情况下，朱文琦作为与俱公司技术主管，利用其推荐供应商的职权，推荐贝格公司成为与俱公司供应商，而贝格公司并不生产电主轴，贝格公司又向与朱文琦存在关联关系的彬德公司采购，而朱文琦将电主轴内部部件图交给彬德公司，彬德公司委托第三方加工后销售给贝格公司，贝格公司再平价销售给与俱公司，相应利润由彬德公司获得，朱文琦的行为违反了公司法规定的董事和高级管理人员对公司的忠实义务，一审法院对该事实未查明。3.截至2017年8月朱文琦在彬德公司、格奇公司领取的工资收入即有28万之多，该收入应归入公司所有，加上朱文琦实施禁止行为，采购电主轴给公司造成的损失31万多元，朱文琦应赔偿公司至少50多万，一审法院酌情判决朱文琦承担10万元赔偿责任不当。

针对与俱公司明确的上诉请求及陈述的主要事实和理由，朱文琦辩称，与俱公司的上诉理由不能成立，其上诉请求应予驳回。1.与俱公司主张朱文琦向格奇公司泄露公司秘密所依据的《鉴定意见书》不应被采信，鉴定所依据的电子数据系非法取得，该鉴定意见作为非法证据应被排除。2.与俱公司主张朱文琦违反忠实义务的上诉理由不能成立，与俱公司与彬德公司之间没有直接的采购关系，朱文琦作为与俱公司的技术主管也没有决定向谁采购的权利，且与俱公司向贝格公司采购的部件型号与原向赛尔德公司采购的并不相同，不能认定与俱公司主张的相应损失。3.对于一审法院认定的赔偿数额，朱文琦亦不服并提起上诉，朱文琦认为与俱公司主张的赔偿没有事实依据，应驳回与俱公司的全部诉讼请求。

朱文琦上诉请求：撤销一审判决，改判驳回与俱公司的全部诉讼请求。主要事实和理由：1.与俱公司从朱文琦处盗取了属于彬德公司所有的电脑，朱文琦向公安机关进行了报案，并向一审法院提出排除非法证据，而一审法院仍委托进行了鉴定，并将鉴定意见作为认定案件事实的依据，审判程序严重违法。2.与俱公司占有电脑期间，可能对电脑数据进行篡改，朱文琦一审申请了专家辅助人出庭对《鉴定意见书》提出意见，一审法院未对朱文琦的申请作出处理而认定朱文琦未提交证据证明数据被篡改，适用法律错误。3.彬德公司、格奇公司经营范围和与俱公司并不存在重合，朱文琦兼任彬德公司技术顾问，在格奇公司兼职工作均不属于法律规定的竞业禁止行为，一审判决没有事实及法律依据。

针对朱文琦明确的上诉请求及陈述的主要事实和理由，与俱公司辩称，1.电脑系在与俱公司办公场所合法取得，朱文琦虽报案，但公安机关认为是经济纠纷，与俱公司将电脑移交法院是证据保全行为，一审法院根据与俱公司提出的申请委托鉴定，审判程序合法，鉴定意见能够作为认定案件事实的基本依据。2.朱文琦通过彬德公司以转移利润的方式增加了与俱公司的采购成本，谋取属于公司的商业机会，并且朱文琦全面参与格奇公司的日常经营管理，自营与公司同类业务，其实施公司法规定的禁止性行为事实清楚。3.朱文琦未申请专家辅助人出庭作证，也未举证证明与俱公司对电子数据进行了篡改，甚至不能明确通过什么方式可以篡改数据，朱文琦应当承担举证不能的后果。

原审被告彬德公司、原审第三人格奇公司经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼，视为放弃答辩、举证、质证、陈述意见等诉讼权利。

与俱公司向一审法院起诉请求：朱文琦、彬德公司共同赔偿其经营损失25万元。一审过程中，与俱公司变更诉讼请求为：1.朱文琦来自彬德公司、格奇公司自2015年2月起的所有收入归其所有，暂计算至2017年8月为392300元；2.朱文琦赔偿其损失312840元。

一审法院认定事实：一、与俱公司系2011年10月14日注册成立，经营范围为研发、制造、销售：机械设备、机床、工装夹具、模具；货物进出口。朱文琦系与俱公司股东之一，也是与俱公司的董事和技术主管，负责研发、设计工作。朱文琦熟悉相关机械技术业务。

二、彬德公司系2015年2月10日成立。经营范围为：电主轴、机械主轴、电动机研发、生产、销售。公司股东为朱文琦的配偶胡登兰以及案外人施梅、王丽、骆瑞容。彬德公司的经营范围与与俱公司的经营范围部分重合。

三、格奇公司系2016年1月21日成立，经营范围为研发、制造、销售：机械设备、机床；货物进出口；技术进出口。登记股东为骆瑞容和王丽。

四、2016年8月8日，朱文琦以邮政快递的方式向与俱公司提交辞职申请、解除劳动合同申请。

五、与俱公司向一审法院提交《司法审计申请书》，请求：1.对彬德公司、格奇公司从2015年2月起至2017年8月期间的经营利润进行专项审计；2.对朱文琦以及其配偶胡登兰在彬德公司、格奇公司从2015年2月起至2017年8月期间的工资收入进行专项审计。格奇公司于2017年8月10日向一审法院出具《申请函》，载明：1.我公司没有朱文琦其人，其与与俱公司的纠纷与格奇公司无关。2.我公司是专业研发高端智能设备的公司，产品涵盖周边磨、端面磨、外园磨、工具磨，并拥有全部知识产权的机床。其中工具磨这款产品与与俱公司产品从结构、性能无相关性，并拥有全部知识产权，也要高出不止一代，达到国内领先水平。与俱公司是滥用诉权和调查取证权，我公司不同意与俱公司的司法审计申请。

六、2017年8月10日，彬德公司向一审法院出具《意见函》，载明：与俱公司申请司法审计，对彬德公司从2015年2月至2017年8月期间的经营利润进行专项审计，同时对朱文琦及配偶胡登兰在彬德公司从2015年2月到2017年8月期间的工资收入进行专项审计。我公司强烈反对。理由如下：1.彬德公司与与俱公司的经营范围完全不同，没有竞争关系。2.彬德公司与与俱公司没有任何业务往来。3.与俱公司非法窃取我公司电脑，利用法院鉴定的机会，将电脑中的专利产品，进行复制、拷贝、生产电主轴（在此之前，与俱公司从未生产过电主轴），我公司保留对与俱公司诉讼和对我公司专利产品泄密责任进行控告的权利。4.我公司聘请朱文琦为兼职技术顾问，并支付合理报酬，系我公司正常的生产经营活动。由于朱文琦的技术指导范围并未与与俱公司的经营范围重合，我公司没有侵犯与俱公司的商业利益。5.我公司财务状况系商业秘密，与俱公司提交司法审计申请，无法律依据，又有滥用诉权之嫌，请求一审法院不批准与俱公司的申请。

七、2016年7月20日，与俱公司法定代表人戴黎指示戴尚男将朱文琦在与俱公司办公室内两台笔记本电脑拿走。当日，朱文琦即向都江堰市公安机关报案，称电脑被盗。朱文琦表示其中一台电脑系彬德公司所有，与俱公司无权占用，该电脑中的数据为非法证据。一审中，与俱公司申请对彬德公司所有的电脑中有关朱文琦、格奇公司、彬德公司的电子数据进行提取和司法鉴定；对与俱公司所有笔记本电脑的最后使用时间进行鉴定。朱文琦和彬德公司表示该电脑系与俱公司非法占用，该证据属于非法取得证据应予以排除，并表示不同意司法鉴定。一审法院经审查后，准许与俱公司的司法鉴定申请，并委托四川中典司法鉴定所进行司法鉴定。

2017年3月18日，四川中典司法鉴定所作出中典司鉴[2017]电子鉴字170308号《鉴定意见书》，载明：鉴定意见，经过对编号“S/N:S28ZNXAG751246”的SAMSUNG硬盘和“S/N:163GUVSNSWK5”TOSHIBA硬盘的技术检验，检验结果如下：1.在ThinkPad笔记本电脑的SAMSUNG硬盘中，提取到与“机械设计资料与图纸”有关的文件共计290095个，其中，具有后缀名“ai”等的文件141348个，含“机床”等关键词的文件148747个。2.在ThinkPad笔记本电脑的SAMSUNG硬盘中，提取到与zwq@dsp-collet.com等邮箱有关的邮件收发记录共3182封。3.Lenovo笔记本电脑的最后使用时间是2016年4月22日17时13分14秒。4.所有提取的后缀名文件、关键词文件、电子邮件文件，分别存储在附件移动硬盘（S/N:WX81AB6C3DP7）的三个文件夹的压缩文件中，“后缀名.rar”的MD5校验值为A23BFCC125A58C65A1B38B03E17F44F0，文件大小为31695769143字节；“关键词.rar”的MD5校验值为B1E7B4F5B058B3D34CC23FA20D02EFAD，文件大小为238733307066字节；“Email.rar”的MD5校验值为CB261B783839D8575BF4711932368223，文件大小为1268099290字节。各压缩文件内的存储结构简图见附件5。

2017年5月25日，四川中典司法鉴定所作出中典司鉴[2017]电子鉴字170512号《鉴定意见书》，载明：鉴定结果，对送检硬盘“中典司鉴[2017]电子鉴字170512号-01”依照《数字化设备证据数据发现提取固定方法》GA/T756-2008、《电子物证数据恢复检验规程》GB/T29360-2012、《电子物证数据搜索检验规程》GB/T29362-2012，使用R-STUDIO等工具进行数据提取、数据恢复、密码检测及解密、关键字检索等操作，提取各类文件74213个，恢复各类文件81525个，检测到加密文件26个破解其中24个。上述相关电子数据存储于SEAGATE移动硬盘（S/N:NA8HMYR6）中名为“鉴定结果.iso”的光盘镜像文件内，镜像文件MD5值为：78573A3B000D651966D21B38F0B7CB1E。

2017年6月26日，四川中典司法鉴定所作出中典司鉴[2017]电子鉴字170620号《鉴定意见书》，载明：鉴定结果，对送检硬盘中DWG图纸文件进行关键字检索，共检索到结果1932个，详见数据提取清单及电子附件。上述相关电子数据存储于SEAGATE移动硬（S/N:NA8HMYR6）中名为“鉴定结果.rar”的压缩文件内，压缩文件MD5值为：4E34628B3BC6EC3260B5BBB9A3F5505C。2017年9月29日的一审庭审中，朱文琦、彬德公司的诉讼代理人徐瑞宁表示电脑有明显篡改，但未提交充分证据予以证明。

八、根据四川中典司法鉴定所提取的电子信息证据：与俱公司举证格奇公司组织构架图、邮件、会议纪要、笔迹截图、格奇公司工资表等证据，证明朱文琦在格奇公司工作并获取劳动报酬。其中格奇公司工资表载明：朱文琦为总经理，2016年3、4、5、6月工资均为11700元，胡登兰工资为2400元。彬德公司工资表载明：朱文琦工资2000元，胡登兰2400元。

九、2013年7月26日，与俱公司向赛尔德公司采购型号为AED155-6Z/7.5的砂轮电主轴（含轴系、电机）4套，单价是33500元/套。2014年5月23日，与俱公司向赛尔德公司采购相同型号的砂轮电主轴（含轴系、电机）5套，单价是26360元/套。

2015年1月19日，与俱公司向贝格公司采购YJ-MK003-31000的砂轮电主轴（含轴系、电机）10套，单价是32882元/套(其中轴系23586元/套)。同年6月9日，与俱公司向贝格公司采购相同型号的砂轮电主轴（含轴系、电机）20套，单价是32882元/套(其中轴系23586元/套)。同年10月31日，与俱公司向贝格公司采购相同型号的砂轮电主轴（含轴系、电机）10套，单价是32882元/套(其中轴系23586元/套)。

一审法院认为，关于朱文琦是否构成竞业禁止的问题。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。”第一百四十八条第一款第五项规定：“董事、高级管理人员不得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，朱文琦担任与俱公司的董事、技术主管，属于与俱公司的高级管理人员。但朱文琦在彬德公司任兼职技术顾问，也在格奇公司工作，并收取相应报酬。而彬德公司、格奇公司与与俱公司的经营范围部分相同或类似，属同类经营。朱文琦的以上行为违反了公司法第一百四十七条和第一百四十八条第五项规定的相应的忠实义务，应承担相应的法律责任。

关于违反竞业禁止导致赔偿数额的认定问题。公司法第一百四十八条第二款规定：“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。”法律之所以赋予公司归入权，主要是针对董事、高级管理人员的竞业禁止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。与俱公司有权要求将朱文琦的该部分薪金属于与俱公司所有。本案中，彬德公司、格奇公司均拒绝配合司法审计。根据现有证据，一审法院结合鉴定机构提取的电子证据、彬德公司和格奇公司成立时间以及朱文琦在与俱公司离职时间（2016年8月），酌情认定朱文琦承担10万元赔偿责任。另，与俱公司主张朱文琦配偶胡登兰的收入归公司所有的问题，因胡登兰并非与俱公司股东、董事和高级管理人员，不负有忠实义务和勤勉义务，故对与俱公司的该项主张一审法院不予支持。

关于与俱公司主张朱文琦通过彬德公司导致采购成本增加而要求朱文琦赔偿的问题。由于与俱公司分别向赛尔德公司和贝格公司购买的砂轮主轴型号不同，且朱文琦仅作为与俱公司技术主管，最终由与俱公司采购部门实施，其法律后果应由与俱公司承担，故一审法院对与俱公司的该项主张不予支持。

关于朱文琦、彬德公司主张与俱公司非法占有电脑（该电脑所有权人为彬德公司），即非法证据以及对该电脑的鉴定结论予以排除的问题。对此，朱文琦与与俱公司存在民事纠纷，与俱公司在办公场所内控制朱文琦电脑时并不知晓系彬德公司所有。朱文琦索回无果并向都江堰市公安机关报案。后与俱公司知晓该电脑属于彬德公司所有后仍未归还。虽与俱公司未归还电脑的行为存在瑕疵，但基于在公司办公场所内占有该电脑，且与俱公司有合理理由怀疑朱文琦可能从事损害公司利益的行为，为保存证据控制和占有电脑，尚不足以构成非法取得证据，故对朱文琦及彬德公司的该项主张，一审法院不予支持。

一审诉讼中，与俱公司明确不主张朱文琦侵犯商业秘密即泄露图纸信息而导致的公司损失，故对与俱公司主张朱文琦泄露图纸的事实，一审法院未予处理。同时，因本案系损害公司利益责任纠纷，与俱公司主张朱文琦承担责任，并未要求徐盼盼、袁贤庄承担责任，且徐盼盼、袁贤庄也并非与俱公司董事、高级管理人员，故与俱公司主张徐盼盼、袁贤庄存在违反竞业禁止的行为，一审法院亦未予认定。

据此，一审法院依照《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款第五项、第二款，《最高人民法院关于适用的解释》第九十条规定，判决：1.朱文琦于判决生效之日起十日内向与俱公司赔偿损失10万元；2.驳回与俱公司的其他诉讼请求。如果朱文琦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》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费10852元，由与俱公司负担9313元，朱文琦负担1539元，司法鉴定费67000元由朱文琦负担。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。与俱公司提交了以下证据：1.与俱公司《采购流程管理规则》，拟证明朱文琦作为技术主管有权向公司推荐采购商，朱文琦推荐了贝格公司，造成与俱公司增加采购成本；2.2015年3月2日朱文琦向彬德公司工作人员发送的电子邮件记录，拟证明朱文琦向彬德公司披露公司秘密，实施了公司法规定的禁止行为。

朱文琦未提交证据，并对与俱公司提交的证据发表以下质证意见：1.对证据1的真实性不予认可，朱文琦并不实际控制与俱公司，与俱公司在一审诉讼中未提交该证据，不能排除与俱公司在一审之后伪造该证据的可能。2.对证据2的真实性不予认可，该证据亦系从彬德公司所有电脑中非法获得首先应当排除，朱文琦作为与俱公司技术主管，与其他公司就技术问题开展交流是正常行为，彬德公司和与俱公司的经营范围不同，不存在竞争关系。

对于与俱公司二审提交的证据，本院认定如下：证据1的真实性不能确认，即使朱文琦有权向与俱公司推荐采购商，但按照该《采购流程管理细则》第三条第一款第三项的规定亦应由采购部门签订采购合同，超过1万元的应由总经理签字，故证据1不能达到与俱公司主张的朱文琦向公司推荐供应商谋取了属于公司的商业机会的证明目的，对该证据本院不予采信。证据2载明朱文琦发送的邮件主题为“设备负荷切削试验结论及软件进度介绍”，与俱公司既未举证证明该内容属于公司秘密，又未举证证明邮件的收件人为彬德公司工作人员，该证据不能达到与俱公司主张的朱文琦向彬德公司披露了公司秘密的证明目的，对该证据本院不予采信。

对一审法院审理查明的事实，与俱公司认为彬德公司、格奇公司向一审法院出具的《意见函》《申请函》未经质证，不能作为认定案件事实的依据，同时亦认为一审法院遗漏了朱文琦向格奇公司泄露公司秘密及利用彬德公司转移公司利润的事实；朱文琦认为因与俱公司非法取得的证据应当排除，故对一审法院采信《鉴定意见书》而认定的第七、八项事实持有异议。对于一审法院审理查明的各方当事人均无异议的事实，本院予以确认。与俱公司认为一审法院遗漏的事实、朱文琦认为一审法院采信非法证据而认定的事实，因涉及二审争议焦点问题的认定，本院在裁判理由部分一并阐释。与俱公司认为彬德公司、格奇公司出具的《意见函》《申请函》未经质证不应作为认定案件事实依据，因《意见函》《申请函》为彬德公司、格奇公司的陈述意见，一审法院在裁判文书中对当事人陈述意见的客观记载并无不当，与俱公司提出的该项异议理由不能成立，本院不予支持。

二审另查明，与俱公司《章程》第二十二条规定：董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职责，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。第二十四条规定：董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司经营相同或相近的项目，或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有。

本院认为，朱文琦对其系与俱公司董事和高级管理人员的身份不持异议，与俱公司主张朱文琦作为公司董事和高级管理人员实施了公司法第一百四十八条第一款规定的禁止行为，请求判令朱文琦的相应收入归公司所有并承担相应赔偿责任，本案应为董事、高级管理人员损害公司利益责任纠纷。根据当事人在本案二审中的诉辩主张，本案二审的争议焦点为：1.案涉《鉴定意见书》是否应当作为非法证据排除；2.朱文琦是否违反忠实义务实施了法律规定的禁止性行为；3.如果朱文琦违反忠实义务应当承担何种责任及责任范围如何确定。分述如下：

（一）关于第一个焦点问题

根据《最高人民法院关于适用的解释》第一百零六条规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。认定是否属于非法证据，应当从证据的获取方法、证据的形成本身、非法程度界定等方面综合分析。首先，在获取方法上，虽然与俱公司未经朱文琦同意取得了案涉电脑，但与俱公司取得案涉电脑时系在其办公场所，朱文琦向公安机关报案后，公安机关亦未作为刑事案件立案处理。其次，在证据形成上，与俱公司以案涉电脑所载电子数据作为证据举证，朱文琦并未举证证明与俱公司提交的电子数据系以非法方式形成。再次，在非法程度的界定上，司法解释规定的三种非法证据形式均要求达到“严重”或者“禁止”的程度，与俱公司明知只给朱文琦配备了一台笔记本电脑，与俱公司将不属于其配备的电脑一并取走，在证据获取上存在瑕疵。但是，与俱公司对朱文琦实施了损害公司利益行为有合理怀疑，相关鉴定意见显示朱文琦在客观上亦实施了损害公司利益的行为，与俱公司在证据获取方式上的瑕疵，尚达不到司法解释规定的程度。一审法院采信依据电子数据作出的鉴定意见并无不当，朱文琦主张电子数据应当作为非法证据排除的上诉理由不能成立，本院不予支持。朱文琦对一审法院依据电子数据认定的事实提出的异议，理由亦不能成立，本院亦不予支持。

（二）关于第二个焦点问题

根据公司法第一百四十七条第一款及与俱公司章程第二十二条规定，董事、高级管理人员对公司负有忠实义务。本案中，与俱公司主张朱文琦实施了公司法第一百四十八条第一款第五项、第七项规定的篡夺公司商业机会、违反同类经营、擅自披露公司秘密等三种违反忠实义务的禁止行为。

首先，根据公司法第一百四十八条第一款第五项规定，董事、高级管理人员未经股东会同意，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。公司商业机会，是指董事、高级管理人员在执行公司职务过程中获得的并有义务向公司披露的、与公司经营活动密切相关的各种商业信息和机会。判断是否构成公司的商业机会应考虑以下因素：1.公司商业机会是否为董事、高级管理人员在执行公司职务过程中所获得；2.公司商业机会是否与公司经营活动密切相关；3.公司商业机会是否为董事、高级管理人员有义务向公司披露。与俱公司主张朱文琦向公司推荐贝格公司作为供应商，使与俱公司丧失了可以更低价格向赛尔德公司采购电主轴的商业机会，因与俱公司并未举证证明朱文琦可以决定公司供应商，同时与俱公司在向贝格公司采购前已与赛尔德公司发生过交易，其对采购同类产品赛尔德公司的价格更低的事实应当是明知的，故与俱公司主张的“商业机会”并不符合法律规定的商业机会构成要件，与俱公司主张朱文琦违法谋取了属于公司商业机会的上诉理由不能成立，本院不予采纳；基于该上诉理由，与俱公司主张朱文琦赔偿的因向贝格公司采购而形成的差价损失，本院亦不予支持。

其次，根据公司法第一百四十八条第一款第五项规定，董事、高级管理人员不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。竞业禁止不仅应当包括董事、高级管理人员自营，也包括为他人经营，还应当包括虽以他人名义所为竞业行为，但收益主体为董事、高级管理人员的“隐蔽”竞业行为。董事、高级管理人员配偶从事与公司相同的经营活动，也应视为董事、高级管理人员从事了竞业经营活动。彬德公司、格奇公司和与俱公司在经营范围或者生产产品上存在业务相同的情形，朱文琦的配偶胡登兰为彬德公司股东，彬德公司出具的《意见函》亦认可聘请朱文琦为兼职技术顾问并支付其报酬的事实，应当认定朱文琦实施了法律规定的竞业禁止行为。朱文琦主张其未实施竞业禁止行为的上诉理由不能成立，本院不予支持。

再次，虽然根据公司法第一百四十八条第一款第七项规定，董事、高级管理人员不得擅自披露公司秘密，但与俱公司在本案一审中并未提出要求朱文琦因擅自披露公司秘密而承担责任的诉讼请求，故对与俱公司主张朱文琦泄露公司秘密给公司造成损失的事实，本院不予审查；朱文琦主张一审法院遗漏该相应事实的上诉理由亦不能成立，本院不予支持。

（三）关于第三个焦点问题

公司法第一百四十八条规定，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。公司可以行使的归入权，不仅应包括竞业收入，而且还应当包括竞业报酬。在本案诉讼中，与俱公司虽仅举证证明了朱文琦及其配偶胡登兰在彬德公司、格奇公司的工资标准，但在董事、高级管理人员实施了竞业禁止行为，公司本身就难以就竞业收入举证的情况下，一审法院结合朱文琦实施违反忠实义务的行为及朱文琦亦未举证证明其未获得竞业报酬的情况，酌定赔偿朱文琦承担10万元赔偿责任并无不当。与俱公司主张一审法院酌定标准过低、朱文琦主张不应赔偿与俱公司损失的上诉理由均不能成立，本院不予支持。

综上所述，与俱公司、朱文琦的上诉请求均不能成立，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21704元，由成都与俱科技有限公司、朱文琦各负担10852元。

本判决为终审判决。

本案判决生效后，负有履行义务的当事人应当依法按期履行。逾期未履行的，权利人申请执行后，人民法院依法对相关当事人采取限制高消费、列入失信名单、罚款、拘留等措施，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

审判长　陈　兵

审判员　徐尔双

审判员　冯帅军

二〇二〇年十二月八日

书记员　陈　蕾