云南省高级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）云民终1219号

上诉人（原审原告）：云南绿宝香精香料股份有限公司。住所地：云南省昆明市嵩明县经开区华狮路。

法定代表人：郑晓明，该公司董事长。

委托诉讼代理人：潘克，云南迈征律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

委托诉讼代理人：陈智景，云南迈征律师事务所实习律师。代理权限：特别授权代理。

被上诉人（原审被告）：敖菡，女，1966年6月5日出生，汉族，住云南省昆明市五华区。

被上诉人（原审被告）：倪波，女，1967年2月17日出生，汉族，住云南省昆明市五华区。

被上诉人（原审被告）：王重，男，1957年12月26日出生，汉族，住云南省昆明市五华区。

被上诉人（原审被告）：孙陆壹，男，1961年7月31日出生，汉族，住云南省昆明市西山区。

被上诉人（原审被告）：毛正勇，男，1969年9月9日出生，汉族，住云南省昆明市盘龙区。

以上五被上诉人共同委托诉讼代理人：李戚扬，云南恒鑫律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

以上五被上诉人共同委托诉讼代理人：朱建伟，云南恒鑫律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

被上诉人（原审被告）：李仁里，男，1973年2月15日出生，白族，住云南省昆明市五华区。

委托诉讼代理人：郑博，云南恒鑫律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

被上诉人（原审被告）：云南亿沁进出口有限公司。住所地：云南省昆明市五华区东风西路182号1幢2层218室。

法定代表人：李鸿影，该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：王冰，云南圣元律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

被上诉人（原审被告）：云南水峻进出口有限公司。住所地：云南省昆明市环城西路611-613号A幢15层1号。

法定代表人：邓茂新，该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：陈婷，云南上上律师事务所律师。代理权限：特别授权代理。

上诉人云南绿宝香精香料股份有限公司（以下简称绿宝公司）因与被上诉人敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里、云南亿沁进出口有限公司（以下简称亿沁公司）、云南水峻进出口有限公司（以下简称水峻公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服云南省昆明市中级人民法院（2017）云01民初2030号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年9月3日立案后，依法组成合议庭，于2020年10月27日公开开庭进行了审理。上诉人绿宝公司的委托诉讼代理人潘克、陈智景，被上诉人敖菡、王重及被上诉人敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇的共同委托诉讼代理人李戚扬、朱建伟，被上诉人李仁里及委托诉讼代理人郑博，被上诉人亿沁公司的委托诉讼代理人王冰，水峻公司的委托诉讼代理人陈婷到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

绿宝公司上诉请求：1.依法改判支持上诉人一审的全部诉讼请求；2.由被上诉人承担本案全部诉讼费。事实和理由：一、一审法院认定事实错误。对于倪波、王重、孙陆壹、毛正勇和李仁里在绿宝公司所任职务认定错误。根据一审提交的证据，不论是被上诉自然人的自认或是司法机关查明的事实，均能充分证明任职的情况，其均属于上诉人的董事或高级管理人员。二、一审法院对于被上诉人自然人实际控制支配亿沁公司之事实认定错误。上诉人提交的证据中证实，除了李鸿影属于名义上的法定代表人，其他证人均与亿沁公司无关，均不参与亿沁公司的实际经营管理。三、一审法院对于水峻公司与被上诉自然人之间的关系认定事实错误。上诉人一审提交的证据可证实，水峻公司与被上诉自然人恶意串通，共同损害上诉人的合法权益。四、一审法院采信被上诉自然人提交的云南建银司法鉴定中心出具的云建银鉴字（2016）第002号《司法会计鉴定意见书》，违反民事诉讼法程序性规定。法庭规定的举证期限截止于2019年6月21日，本案第一次开庭时间是2019年6月27日，第二次开庭时间是2019年7月1日，然而被上诉自然人在原审中提交该《司法会计鉴定意见书》时间为2019年7月1日，且法庭在审理时没有组织对该《司法会计鉴定意见书》进行质证而采信。一审法院违反《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十四条、第四十七条规定，本案中未经质证的鉴定意见依法不能作为认定案件事实的依据。五、一审法院对敖菡所主张的承包经营关系认定事实错误。上诉人从来没有将绿宝公司交给敖菡承包经营，敖菡与绿宝公司之间不属于承包经营关系，这一承包经营关系既没有经过上诉人股东大会决议，更没有证据证明敖菡个人独立向物产集团上缴承包金的事实，一审法院认定事实错误。六、一审法院适用法律不当。通过证据证明，被上诉自然人的职务身份为绿宝公司高级管理人员，符合《公司法》第二十一条之规定情形；其次，敖菡等人分别为绿宝公司董事长、总经理、副总经理、财务负责人，其行为符合《公司法》第一百四十八条第四款、第五款规定之情形，即利用其在绿宝公司任职工作的便利条件，私设亿沁公司经营同类业务，谋取本应属于绿宝公司的商业机会和利益，应当承担赔偿责任；再次，证据证明，亿沁公司系由敖菡等人直接控制支配经营管理，且敖菡等人同时又是绿宝公司的高级管理人员，符合《公司法》第二百一十六条第（四）款规定之“关联关系”，并导致绿宝公司利益遭受损害，应当承担赔偿责任；除此之外，被上诉自然人还违反了《公司法》第一百四十七条规定之“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。”被上诉自然人向绿宝公司隐瞒私自设立亿沁公司的事实与行为，并隐瞒其通过水峻公司为亿沁公司谋取本应属于绿宝公司的商业机会和利益，未经绿宝公司股东大会同意，自营或为他人经营与所任职公司同类的业务等事实与行为，符合法律规定之情形，应当承担赔偿责任，并应向绿宝公司归还其非法所得。

被上诉人敖菡、倪波、王重、毛正勇、孙陆壹共同答辩称，一、对于敖菡是否承包经营绿宝公司的问题。在2013年至2015年期间，被上诉人敖菡依据合同约定承包经营绿宝公司，履行了合同约定的义务，绿宝公司股东没有在承包期间提出反对；合同的订立、履行没有违反有关法律强制性规定，没有违反公司章程的规定。上诉人关于敖菡与绿宝公司之间不属于承包经营关系的观点和主张，不符合事实，没有法律依据，违反有关法律和章程的规定。二、对于被上诉自然人在上诉人所任职务的问题。本案敖菡是绿宝公司的承包人，其承包经营行为是依法履行合同的民事行为，不是公司董事高管的职务行为。上诉人关于本案倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里任职企业高管身份提交的证据没有证明效力，与有关事实冲突。三、对于水峻公司与被上诉自然人之间的关系的问题。2013年至2015年间，水峻公司是绿宝公司同类产品的多家内销业务对象之一，向水峻公司销售香料（油）属于绿宝公司的日常业务范围，双方更严格按照合同约定交易。上诉人关于被上诉自然人与水峻公司恶意串通共同损害绿宝公司合法权益的观点和主张没有具体的事实依据，与绿宝公司内销毛利逐年增长的内销事实不相符，不符合同期《审计报告》中净资产增加、利润增长的财务事实；其提交的相关证据不是本案的合法证据，内容也没有对相关具体事实的证明效力。四、对于被上诉自然人实际控制支配亿沁公司的问题。亿沁公司是一个依法设立的营利法人，依法独立享有开展符合其经营范围业务的权利并承担相应的民事义务，在2013年至2015年期间，绿宝公司与其没有发生过货物交易和债务关系。上诉人关于被上诉自然人实际控制支配亿沁公司并实际占有和使用其他人的银行卡领取非法所得的观点和主张，不符合客观事实，没有具体的事实依据。五、被上诉自然人在本案一审第一次开庭时提交了经一审法院《调查令》调取的证据-云建银鉴字（2016）第002号《司法会计鉴定意见书》和其他证据，没有违反有关法律规定的程序。上诉人关于逾期举证、未经质证、无关联性的观点不符合事实。综上，请求驳回上诉人的全部诉讼请求，维持一审判决。

被上诉人李仁里答辩称，一审法院认定事实正确，上诉人称一审法院认定事实错误没有任何依据；一审法院适用法律正确，答辩人不是本案适格主体，不应承担任何法律责任，上诉人称一审法院适用法律不当没有任何依据。李仁里不是本案的适格主体，不存在违反我国相关法律法规的禁止性行为，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决合法、合理。请求驳回上诉，维持原判。

被上诉人亿沁公司答辩称，一、针对上诉状陈述的第一项内容“一审认定事实错误”，亿沁公司认为，上诉人反复引用的各《询问笔录》不属于合法证据，没有证明效力。二、针对上诉状第二项“各自然人实际控制支配亿沁公司”的观点，上诉人引用的《询问笔录》没有证明效力，各自然人被定义为亿沁公司的“实际出资人”并不准确：现行公司法律制度，发起人在设立公司时，投入注册资本的形式和注册资金来源都是多元化的。本案中，各自然人被上诉人出借资金给各亲属成立亿沁公司，在个人之间形成的是债权债务关系，该关系针对个人而非亿沁公司。亿沁公司作为依法注册成立的公司法人，不能因股东个人债务关系或亲属关系就把股东财产和公司财产相互混淆。三、针对上诉状第三项内容，亿沁公司与水峻公司作为合法成立的法人企业，有权独立选择商业伙伴并独立开展经营活动。四、针对上诉状陈述之《司法会计鉴定意见》，亿沁公司认为，刑事程序中形成的所有司法会计鉴定意见在本案中均无法律效力，上诉人所称的违反举证期限不能成立。五、针对上诉状陈述“承包”不成立的观点，亿沁公司认为，上诉人事实上已经收过两年的“承包费”，具体承包的事实和权利义务关系人民法院另案正在处理，无论最终结果，绿宝公司、物产集团与敖菡之间的承包关系都不能证明亿沁公司对上诉人绿宝公司负有归入权的法律义务及承担连带赔偿责任。综上，上诉人的上诉观点无证据证明，一审判决认定事实清楚、证据充分、审判程序合法，请求驳回上诉、维持原判。

被上诉人水峻公司答辩称，一、关于本案上诉人涉及从刑事案件调取的相关材料是否予以采信的问题。首先，询问笔录不符合《民事诉讼法》规定的证据形式；其次，上诉人对本案起诉，是在刑事案件开庭审理后，因犯罪事实不清、证据不足而被检察机关作不起诉处理，即该刑事案件中所有证据都未经任何评判和质证，且在刑事诉讼程序中针对同样的鉴定内容形成两份鉴定结果不同的《司法鉴定意见书》，上诉人仅引用其中一份对其有利的鉴定意见，对于未作出合理说明、未提供相应证据材料予以印证的事实，上诉人应承担举证不能的法律后果；再次，上诉人以公权力取得的未经任何评判和质证的证据来要求被告方举证反驳，产生了举证责任倒置的现象，不符合证据规则。二、水峻公司并非上诉人所主张的责任承担主体。水峻公司与前述其他被上诉人之间都不构成“关联关系”，水峻公司与上诉人及亿沁公司之间的交易均为正常的商业行为，不构成关联交易。三、构成同业竞争的责任承担主体仅为公司董事、高管，而非其他公司法人，水峻公司并不该归入责任承担人。水峻公司与本案其他被告之间不存在控制与被控制的关系。综上，请求驳回上诉人的全部上诉请求，维持原判。

上诉人绿宝公司向一审法院起诉请求：1.判令被告损害公司利益赔偿人民币10475531.14元；2.被告承担本案全部诉讼费用（含诉讼费、保全费和律师费）。2017年9月30日，上诉人向一审法院提交《变更诉讼请求申请书》，申请变更诉讼请求为：1.判令敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里在亿沁公司的所得收入共计4289151.89元归其所有，并立即支付；2.判令敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里赔偿损失共计6186379.25元；3.判令亿沁公司、水峻公司对上述债务承担连带责任；4.判令被告承担本案全部诉讼费用（含诉讼费、保全费和律师费）。一审庭审中，绿宝公司明确其第一项诉讼请求4289151.89元系由六名自然人被告的亲属在亿沁公司已取得的收入3142453.85元及亿沁公司未分配利润1146698.04元构成；明确其第二项诉讼请求6186379.25元系由被告侵占包装桶的损失69490元、高价向励勤香料厂收购55588.7公斤香叶原油的损失3813854.99元、低价向水峻公司销售产品的损失3771556.00元中的2303034.26元构成；明确其第四项诉讼请求涉及的全部诉讼费用包括本案诉讼费、保全费5000元、申请诉讼保全保险费用23836元、律师费20万元。

一审法院认定事实如下：一、绿宝公司系2006年8月15日在云南省工商行政管理局（现云南省市场监督管理局）登记设立的股份有限公司，现公司注册资本人民币1500万元，营业期限自2006年8月15日至2056年6月1日，公司经营范围为：香料、农副产品收购及销售；植化产品、香精香料及其副产品的生产、销售；化妆品精油销售；国内国际贸易（涉及专项审批的凭许可证开展经营）。绿宝公司成立时，公司股东为云南物产进出口股份有限公司、敖菡、赵炎，其中云南物产进出口股份有限公司持有公司75%股份、敖菡持有公司15%股份、赵炎持有公司10%股份。公司成立至2015年3月24日之前，公司股东一直为设立时登记的三名股东，股东云南物产进出口股份有限公司的名称曾于2011年12月29日进行过变更，变更后的名称为云南物产进出口集团股份有限公司。2015年3月24日，绿宝公司的股东发生变更，倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里通过股权受让方式成为绿宝公司股东，其中倪波、王重、孙陆壹、毛正勇分别出资人民币17万元，李仁里出资人民币9.5万元，敖菡出资由之前的人民币150万元变更为25万元。被告亿沁公司系2013年4月27日在昆明市五华区工商行政管理局（现昆明市五华区市场监督管理局）登记设立的有限责任公司，公司注册资本人民币100万元，营业期限自2013年4月27日至2023年4月26日，公司经营范围为：货物及技术进出口业务（国家禁止公司经营的货物及技术除外）；国内贸易、物资供销（依法需经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。亿沁公司成立时，公司股东为李鸿影、姚荣辉、王俊涛、赵萍、保欣美、金素蓉、钱红，其中李鸿影持股27%、姚荣辉持股23%、王俊涛持股20%、赵萍持股10%、保欣美持股10%、金素蓉持股5%、钱红持股5%，本案中，敖菡认可李鸿影系其表姨、倪波认可姚荣辉系其姐夫、王重认可王俊涛系其儿子、孙陆壹认可赵萍系其配偶、毛正勇认可保欣美系其嫂子、李仁里认可金素蓉系其配偶。水峻公司系2006年7月19日在昆明市西山区工商行政管理局（现昆明市西山区市场监督管理局）登记设立的有限责任公司，公司注册资本人民币118万元，营业期限自2006年7月19日至长期，公司经营范围为：货物进出口、技术进出口业务；花卉、金属材料、矿产品、普通机械及配件、电子产品、五金交电、日用百货、文化办公用品、珠宝玉器制成品的销售。

二、2015年12月30日，绿宝公司时任法定代表人吴建辉向云南省嵩明县公安局以职务侵占行为进行报案，云南省嵩明县公安局于次日立案侦查该案，该案的犯罪嫌疑人为敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里、谭志敏、李友宏、汪云、杨智。2016年1月18日，云南省嵩明县公安局向云南公正司法鉴定中心出具嵩公（经）鉴聘字[2016]1号《鉴定聘请书》，委托云南公正司法鉴定中心对绿宝公司敖菡、倪波、王重等人挪用公司资金数额及侵占公司资金、财务的数量进行鉴定。2016年6月29日，云南公正司法鉴定中心出具云南公正司会鉴字[2016]第104号《司法鉴定意见书》，该《司法鉴定意见书》载明的委托鉴定事项为“对敖菡、倪波、王重等云南绿宝香精香料股份有限公司高管人员，在2013年至2015年期间涉嫌挪用公司资金数额及侵占公司资金、财物的数量进行鉴定”。2016年7月25日，云南省嵩明县公安局向云南建银司法鉴定中心出具嵩公（经）鉴聘字[2016]3号《鉴定聘请书》，委托云南建银司法鉴定中心对绿宝公司敖菡、倪波、王重等人挪用公司资金数额及侵占公司资金、财务的数量进行鉴定。2016年11月10日，云南建银司法鉴定中心出具云建银鉴字（2016）第002号《司法会计鉴定意见书》。该《司法会计鉴定意见书》载明的委托鉴定内容为“云南绿宝香精香料股份有限公司敖菡、倪波、王重等高管人员涉嫌挪用公司资金数额及侵占公司资金、财物的数量”。2016年8月2日，嵩明县发展和改革局价格认证中心向嵩明县公安局出具嵩发改不予受[2016]3号《价格认定不予受理通知书》，对55588.7公斤香叶油（原油）的价格认定不予受理。2016年10月8日，嵩明县公安局向昆明市价格监测和成本调查监审局出具《价格认定协助书》，申请对55588.7公斤香叶油（原油）的价格进行认定，后昆明市价格监测和成本调查监审局出具价格认定结论为人民币47,467,717.00元。2016年11月28日，嵩明县公安局向嵩明县人民检察院出具嵩公（经）诉字[2016]212号《起诉意见书》，将敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里、谭志敏、李友宏、汪云、杨智职务侵占一案移送嵩明县人民检察院审查起诉。2017年8月30日，嵩明县人民检察院分别作出嵩检公诉刑不诉〔2017〕35号、嵩检公诉刑不诉〔2017〕36号《不起诉决定书》，以孙陆壹、李仁里犯罪事实不清、证据不足、不符合起诉条件为由，决定对孙陆壹、李仁里不起诉。同日，嵩明县人民检察院作出嵩检公诉刑诉〔2017〕333号《起诉书》，以敖菡、倪波、王重、毛正勇构成职务侵占罪为由向嵩明县人民法院提起公诉。2018年12月4日，嵩明县人民检察院以证据不足为由向嵩明县人民法院申请撤回对敖菡、倪波、王重、毛正勇的起诉，2018年12月7日，嵩明县人民法院作出（2017）云0127刑初382号《刑事裁定书》，准许公诉机关嵩明县人民检察院撤回对敖菡、倪波、王重、毛正勇的起诉。2019年1月4日，嵩明县人民检察院分别作出嵩检公诉刑不诉〔2019〕1号、嵩检公诉刑不诉〔2019〕2号、嵩检公诉刑不诉〔2019〕3号、嵩检公诉刑不诉〔2019〕4号《不起诉决定书》，以嵩明县公安局认定敖菡、倪波、王重、毛正勇的犯罪事实不清、证据不足、不符合起诉条件为由，决定对敖菡、倪波、王重、毛正勇不起诉。针对嵩明县人民检察院对敖菡、倪波、王重、毛正勇、孙陆壹、李仁里的不起诉决定，绿宝公司分别向昆明市人民检察院提出申诉，昆明市人民检察院于2019年1月23日作出昆检刑申复决〔2019〕1号、昆检刑申复决〔2019〕2号《刑事申诉复查决定书》，于2019年12月27日作出昆检刑申复决〔2019〕15号《刑事申诉复查决定书》，于2019年12月30日作出昆检刑申复决〔2019〕16号、昆检刑申复决〔2019〕17号、昆检刑申复决〔2019〕18号、《刑事申诉复查决定书》，维持嵩明县人民检察院对敖菡、倪波、王重、毛正勇、孙陆壹、李仁里的不起诉决定。

三、2013年2月21日，绿宝公司股东云南物产进出口集团股份有限公司作出（2013）云物字第012号文件载明：“强化对固定资产的管理。主要领导要深入基层掌握全面情况，确定合理的上缴任务，实行承包经营，杜绝隐瞒收入、违规违法操作”的内容。2013年3月5日，绿宝公司时任股东云南物产进出口集团股份有限公司作出（2013）云物字第016号《云南物产进出口集团股份有限公司完成任务确认书》，股东云南物产进出口集团股份有限公司作为甲方与绿宝公司作为乙方在该文件上签章，同时云南物产进出口集团股份有限公司时任法定代表人吴建辉及绿宝公司时任法定代表人敖菡在其上签字。2013年12月25日，绿宝公司向时任股东云南物产进出口集团股份有限公司支付人民币1102500.00元。2014年1月1日，绿宝公司时任股东云南物产进出口集团股份有限公司作出（2004）云物字第014号《承包经营合同》，股东云南物产进出口集团股份有限公司作为甲方与敖菡作为乙方在该文件上签章，该合同约定：“一、经甲乙双方协商一致，甲方同意将云南绿宝香精香料股份有限公司承包给乙方负责经营。二、承包期：2014年1月1日至2014年12月31日。三、在承包期内，乙方除承担部门的直接费用外，同意向甲方上缴利润110万元（含间接费）。四、乙方上缴甲方利润后剩余的利润由乙方全权支配，并承担相应的税费，或由乙方以丰补欠，以利第二年承包。”2015年3月30日，绿宝公司向时任股东云南物产进出口集团股份有限公司支付人民币1102500.00元。2015年4月8日，绿宝公司时任股东云南物产进出口集团股份有限公司出具《说明》载明：“云南绿宝香精香料股份有限公司于2015年4月1日付给云南物产进出口集团股份有限公司的红利人民币1102500即为云南物产进出口集团股份有限公司与敖菡签订的2014年的承包经营合同中应上缴利润110万元。”2018年11月6日，绿宝公司向时任股东云南物产进出口集团股份有限公司出具《证明》载明：“一、云南物产进出口集团股份有限公司（以下简称物产集团）董事会在2012年12月14日通过了对子公司实行连续三年承包经营的动议。二、物产集团与敖菡（身份证号：5301031966××××××××）就承包经营云南绿宝香精香料股份有限公司（以下简称绿宝公司）事项签订了2013年和2014年的书面合同，2015年进行了意思表示。承包期间，承包者自主经营，自负盈亏，每年向物产集团上交定额承包费（110万元），剩余利润由承包者自行处置。三、物产集团已收到合同约定的敖菡2013年和2014年承包绿宝公司的全额承包费（合计220万元）。2015年10月28日物产集团免去敖菡绿宝公司董事长、总经理职务，双方未就2015年承包费上交等合同履行事宜进行协商。四、在2017年9月以前，物产集团是绿宝公司的控股股东。”2014年2月8日、2015年3月6日、2016年3月18日，昆明亚太会计师事务所有限责任公司分别出具《云南绿宝香精香料有限公司审计报告》，载明截至2013年12月31日、2014年12月31日、2015年12月31日，绿宝公司的所有者权益分别为13151723.24元、14135753.61元、15220143.22元。

一审法院归纳争议焦点为：一、敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里是否应当承担绿宝公司所主张的归入权责任；二、敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里是否应当向绿宝公司承担损害赔偿责任；三、亿沁公司、水峻公司是否应当连带承担归入权责任及损害赔偿责任。

针对争议焦点一，一审法院认为，《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：（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。”《中华人民共和国公司法》第一百四十八条实际是对在公司具备特定身份人员的忠实义务所作规范，公司的董事、高级管理人员在执行公司事务时，应以公司利益为最高准则，当自身利益与公司利益发生冲突时，应以公司利益为先，不得以损害公司利益为代价而追求自己或者他人利益，否则基于禁止性行为所产生的收益应当归公司所有，从而使公司利益在受损的实施状态下得到弥补。根据上述法律规定，董事、高级管理人员所得的收入应当归公司所有需具备三方面的条件，一是行为人身份需是公司的董事、高级管理人，二是行为人从事了基于其特定身份所产生的禁止性行为，三是基于该禁止性行为已经实际取得了收入，且取得收入与从事禁止性行为之间具有因果关系。本案中，除敖菡认可其在公司董事长、总经理身份之外，绿宝公司并未提交证据证明倪波、王重、孙陆壹、毛正勇系公司董事或高级管理人员，虽然本案中李仁里提交的证据显示孙陆壹曾在绿宝公司行使了相应的财务管理职权，但结合敖菡承包经营的实际情况以及孙陆壹对其身份的陈述，并不能当然推导出孙陆壹是绿宝公司通常经营状态下的财务负责人这一事实，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”，故绿宝公司应当承担举证不能的后果。其主张李仁里系公司财务负责人，属于公司高级管理人员，因根据公司章程，财务负责人系由公司董事会任命，在绿宝公司并未提交李仁里相关任职证明的证据以及李仁里实际行使财务负责人职权证据的情况下，对李仁里系公司高级管理人员的主张不予支持。其次，绿宝公司本案中主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里存在“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；以及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”的情形，但根据本案查证的事实，敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里并不存在以自己的名义与绿宝公司进行交易的情形，绿宝公司也并未能提交证据证明其所主张的敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里通过控制亿沁公司与绿宝公司进行间接交易存在必然的因果关系，以及敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里利用了职务便利谋取了本该属于绿宝公司的商业机会归入到自己名下或亿沁公司名下，在正常的市场经济环境下，商事主体从事商事活动系其自身选择的结果。另，虽然敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里在本案中亦认可亿沁公司的股东系其亲属，但亲属成立亿沁公司并不必然是六名自然人被告成立亿沁公司，是否具有关联还需要看行为之间的具体因果关系，但本案中绿宝公司并未举证证明六名自然人被告通过亲属控制亿沁公司从而属于自己经营亿沁公司或帮助亲属经营与绿宝公司同类的业务，故对绿宝公司主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里存在《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的禁止性行为的主张不予采信。再次，对绿宝公司主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里在亿沁公司取得违反禁止性行为收入的主张，绿宝公司并未举证证明被告亲属取得收入与敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里从事禁止性行为二者之间具有因果关系，绿宝公司亦未举证证明被告亲属取得的收入最终由敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里实际获取。最后，对于绿宝公司主张的亿沁公司2015年度未分配利润1207050.57元中的95%即1146698.04元应归绿宝公司所有的主张，绿宝公司据以主张该事实存在的证据仅为刑事案件侦破过程中云南公正司法鉴定中心出具的云南公正司会鉴字[2016]第104号《司法鉴定意见书》中的一项记载，但因本案中亿沁公司并不认可其有上述数额的未分配利润，绿宝公司也并未在本案中提交相应证据证明该事实存在，同时，即便亿沁公司存在上述未分配利润，亿沁公司作为独立的法人主体依法对其资产享有财产权利，公司利润是否分配系由公司股东根据经营管理需要作出相应决议并执行，在公司并未形成盈余分配决议并实际执行前公司经营产生的盈余系公司资产而非股东资产，故绿宝公司该项主张无事实及法律依据。综上所述，一审法院对绿宝公司主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里应当适用归入权规则，将其在云南亿沁进出口有限公司的所得收入共计4289151.89元归绿宝公司所有的诉讼主张不予支持。

针对争议焦点二，一审法院认为，根据本案查明的事实，绿宝公司时任控股股东云南物产进出口集团股份有限公司与股东敖菡达成公司承包经营的合意，在2013年至2015年期间，通过签订书面文件以及实际履行行为等方式将公司承包给敖菡，由敖菡在承包的基础上每年上缴固定数额的利润，承包行为实际已经由持有绿宝公司75%股份的云南物产进出口集团股份有限公司及持有绿宝公司15%股份的敖菡表意一致。该承包行为实际上系绿宝公司股东对公司营业转让所作安排，向受让人转让作为有机整体而发挥功能的组织性财产，是为一定的营业目的而被组织化的功能性财产，其不仅包括各种有形或无形的财产，而且还包括商誉、客户关系、营业秘诀及销售渠道等具有财产价值的、事实上的利益，从而实现特定的营业转让目的即承包人按照约定上缴固定利润，我国目前公司法并不禁止当事人之间的营业转让行为，故敖菡依据承包经营关系自主开展经营活动的行为并不违反相关法律规定，《中华人民共和国公司法》第二十一条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”，故公司特定身份人员承担赔偿责任的基础一是利用了关联关系，二是利用关联关系的行为实质损害了公司利益以及公司已经因该行为遭受了损失，在敖菡实际承包经营绿宝公司的情况下，不能简单通过交易对象界定敖菡自主经营活动与绿宝公司关联交易诉讼主张之间的因果关系，需结合绿宝公司利益是否实际受损这一因素进行判断。同时，绿宝公司主张被告承担损害赔偿责任的依据系刑事诉讼程序中形成的《司法鉴定意见书》，但刑事诉讼程序中针对同样的鉴定内容曾由不同机构形成过两份《司法鉴定意见书》，形成的鉴定意见也大相径庭，绿宝公司诉求依据的刑事诉讼程序中形成文书，并未经过刑事生效文书确认其证据能力及证明力，本案自然人被告被公安机关依法传唤所形成的讯问笔录，在本案民事诉讼中同样应当适用民事诉讼证据的有关规定，而并非只要由侦查机关依据刑事诉讼程序获取，其就必然具备民事证据效力，从而免除主张人的举证责任，破坏民事诉讼当事人地位平等的诉讼结构。故对绿宝公司主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里侵占包装桶的损失问题，因敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里涉嫌职务侵占罪的刑事案件在通过侦查、审查起诉环节后公诉机关已经以证据不足作出不起诉决定，刑事诉讼程序也并未认定敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里存在侵占事实，故在刑事案件未查证有侵占事实以及本案中亦未提交证据证明有侵占事实发生的情况下，绿宝公司主张基于侵占事实而产生的损失不予支持。对于绿宝公司认为55588.7公斤香叶原油的损失3813854.99元损失的主张以及向水峻公司销售产品的损失3771556.00元中的2303034.26元损失的主张，因绿宝公司并未提交符合民事诉讼证据规范的证据以证明具体的交易事实、价格认定依据及标准、差价计算方式及标准、受损利益与交易行为之间的因果关系，反而通过被告敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇提交的绿宝公司审计报告数据显示，绿宝公司在敖菡承包期间即2013年至2015年间，公司所有者权益均在增长，同时，公司经营的价格体系仅是公司满足其经营预期、追求利润目标的要素之一，简单的将成交价格与某一特定价格比对，并不能直接推导出利益受损的必然结论，仍应结合行为人主观意志与客观行为造成结果之间的因果关系加以判断，故在敖菡实际承包经营绿宝公司并自主开展经营行为，也产生相应利润的情况下，对绿宝公司主张敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里损害公司利益并应当承担相应责任的诉讼主张不予支持。

针对争议焦点三，一审法院认为，公司法关于归入权责任的规定，实质是特定人员违反忠实义务并对公司利益造成损失的情况下由特定人员返还所得以弥补公司损失所作安排，归入权的责任主体在通常情况下仅针对对公司负有特定义务的人员，绿宝公司本案中亦未举证证明亿沁公司与水峻公司与六名自然人存在串通并实际获取了绿宝公司所主张的收入，关于对六名自然人损害公司利益责任承担连带的问题，本案中没有证据证明亿沁公司与水峻公司存在和敖菡、倪波、王重、孙陆壹、毛正勇、李仁里事先共谋、事中串通、事后获利的共同侵权行为，故对绿宝公司要求亿沁公司、水峻公司承担连带责任的主张不予支持。最后，对于绿宝公司要求本案被告承担诉讼费、保全费5000元、申请诉讼保全保险费用23836元、律师费20万元的诉讼主张，因本案中绿宝公司的诉讼请求并不成立且各方当事人也并未针对律师费及实现债权费用曾有过约定，对绿宝公司的该项诉讼请求亦不予支持。

综上所述，绿宝公司未能举证证明其在本案中的诉讼主张，其诉讼请求无事实及法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第二十一条、第一百四十八条、第二百一十六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条至第六十五条、第七十三条、第一百一十八条，《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》第九十条至第九十三条、第一百零八条之规定，一审判决：驳回绿宝公司的全部诉讼请求。案件受理费人民币84653元，由绿宝公司承担。

二审中，对一审认定的事实，除上诉人绿宝公司对2016年7月25日嵩明县公安局委托进行鉴定的《司法会计鉴定意见书》不予认可，认为不能作为定案的依据外，各方当事人对一审所确认的其他事实均予以认可，对各方当事人无争议的一审事实本院予以确认。

二审中被上诉人六自然人提交新证据3份：一审法院（2020）云01民终2551号民事调解书，证明倪波与绿宝公司已解除劳动合同关系；2008年12月20日，绿宝公司解除王重、孙陆壹、李仁里等11人劳动合同的决定；王重与云南绿宝香精香料进出口有限公司签订的劳动合同书。证明与绿宝公司没有劳动合同关系。

上诉人绿宝公司质证认为，真实性、合法性认可，但不认可关联性，也不能证明待证事实。其他几方当事人认为与其无关不发表质证意见。

本院对真实性予以采信，对证明力在以下进行综合评判。

其他各方当事人在二审当中无新证据提交。

二审中上诉人绿宝公司明确，其提出诉讼请求是依据《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款和第一百四十八条第一款第（五）项规定而提起损害公司利益责任纠纷，其主张的时间段为2013年至2015年期间，因被上诉人有违反上述法律条款规定的情形而给公司造成的损害。

本院认为，根据上诉人绿宝公司提出诉讼主张依据的法律规定，《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款“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”和第一百四十八条第一款第（五）项及第二款“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”，按照上述两个法条的规定，上诉人主张的属于公司归入权责任及相应的损害赔偿责任，是公司内部人员违反忠实等义务时，法律赋予公司的一项特别救济手段。根据上述法律的规定，绿宝公司的主张能够成立，需要符合四个条件：一、实施行为人应当为公司的董事、监事及高级管理人员；二、行为人在客观上实施了违反法定义务的特定禁止性行为，本案为违反忠实和勤勉义务，违反同业竞争禁止义务等；三、行为人在该特定行为中获得了利益；四、特定行为和获取利益之间有因果关系。即在2013年至2015年之间，如果上诉人绿宝公司的主张能够证明有符合上述条件的事实，则其主张能够成立，反之则其主张不能成立。

根据上述分析，二审中，本案各方当事人争议的焦点在于：1.被上诉人六自然人是否是绿宝公司的董事、监事和高级管理人；2.被上诉人六自然人是否实施了违反我国公司法第一百四十七条第一款和第一百四十八条第一款第（五）项规定情形的行为，构成对绿宝公司的损害，被上诉人六自然人是否应当赔偿上诉人所主张的款项；3.亿沁公司、水峻公司是否应当对本案债务承担连带责任。

一、关于被上诉人六自然人是否是绿宝公司的董事、监事和高级管理人的问题。

上诉人绿宝公司主张本案的被上诉人六自然人均为绿宝公司的高管，根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第一款第（一）项的规定“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”。根据本案的事实，只有被上诉人敖菡认可其是公司的董事长、总经理和法定代表人，但其认为其是基于承包合同关系的任职，对此，根据敖菡担任的职务本院对敖菡是公司高管予以确认。上诉人绿宝公司主张另外的被上诉人五人均属于公司高管，但其未能提供公司与五人签订的劳动合同和任职文件等相应证据，其证据为在刑事案件调查中，五个被上诉人自认属于公司的副总经理，故属于公司高管，但上诉人不能提供由公司任命的相关证据。而五人被上诉人个人均不认可担任公司高管，并且认为在公安机关的陈述是被逼的，且刑事案件检察机关已经撤诉，并没有提起公诉，不能作为认定本案事实的依据，还认为他们与绿宝公司不存在劳动合同关系，也不可能担任高管，其系敖菡承包期间被敖菡聘用的管理人员。敖菡称系为了在外方便开展工作挂职副总经理。本院认为，上诉人绿宝公司未能提供公司任命其余五人为公司高管的相应任命文件，也没有提供按照公司章程的规定，由董事会聘用任命的相关证书，也不能提供与公司签订的劳动合同，上诉人主张本案的时间节点为2013年至2015年期间，而在此期间，敖菡与绿宝公司的控股股东云南物产进出口集团股份有限公司签订了《完成任务确认书》《承包合同》等，通过绿宝公司的投资人即控股股东将标的公司绿宝公司进行承包，约定绿宝公司在此三年期间，由敖菡承包经营。王重、倪波、孙陆壹、毛正勇在刑事案件的调查当中，均自认担任公司副总经理，敖菡也认可他们为副总经理，只称是为了对外联络方便，故上述四人在敖涵承包期内，不排除由法定代表人敖菡在其承包自主经营期间聘请任用的相应职务，应当属于承包期间公司口头实际认可的高级管理人员。李仁里无其他证据证明其为高管，敖菡认可其仅是会计，故无证据认定属于高管人员，李仁里不符合上述要件中第一个要件，其不属于公司归入权责任的主体，绿宝公司向其主张高管的相应责任无法律依据。

二、关于被上诉人六自然人是否实施了违反我国公司法第一百四十七条第一款和第一百四十八条第一款第（五）项规定情形的行为，构成对绿宝公司的损害，是否应当赔偿上诉人所主张款项的问题。

绿宝公司主要观点认为，被上诉人六自然人通过亲属私下设立亿沁公司，未报告绿宝公司董事会同意并和绿宝公司发生交易关系，违背了高管人员的忠实勤勉义务和同业竞争禁止义务，故亿沁公司的所得收入及利润应当归绿宝公司所有，并应当由六自然人支付给绿宝公司。

本院认为，根据本案事实，在上诉人绿宝公司主张的2013年至2015年期间，绿宝公司由其享有75%股份控股股东云南物产进出口集团股份有限公司与享有15%股份的敖菡签订相关的《完成任务确认书》《承包合同》等，即绿宝公司的投资人以协议的方式将绿宝公司作为标的公司交由敖菡承包经营，当时各股东对敖菡承包经营并无异议，按照合同约定敖菡每年上缴固定承包费用，承包期间由敖菡自主经营、自负盈亏，该承包经营方式并无法律规定所禁止，敖菡按约定在其完成承包经营所确定的任务和交纳相关的费用后，其可以开展自主经营活动，存在三年承包关系的事实在绿宝公司2018年11月6日出具的“证明”中进行了确认，绿宝公司认为不存在承包关系的主张与事实不符，不予采信。虽然在案事实显示亿沁公司确实为本案六位自然人被上诉人相关亲属开办，且经营范围与绿宝公司存在部分重合，有违反同业竞争禁止性行为的怀疑，但因绿宝公司在此期间系承包经营，只要其按约定上交了应该交纳的费用，其发生自主经营活动并不会当然导致损害绿宝公司的利益，故亿沁公司的成立及其开展的经营活动并未直接损害到绿宝公司的公司利益，而亿沁公司系独立法人，依法独立开展经营活动，获得收益、分配利润，上诉人主张应当将亿沁公司的所得收入及未分配利润归绿宝公司所有，由六自然人赔偿无事实及法律依据，且上诉人主张的数额所依据的相关公安机关鉴定意见，之后同一公安机关又委托进行鉴定同一事项，并又作出另一份鉴定意见，而两份鉴定意见均为同一公安机关委托所作，但两份鉴定意见结论并不一致，且大相径庭，两份鉴定意见因为检察机关最终撤回起诉，均没有得到法院生效裁判文书认可，即相关鉴定意见没有得到最终确认，故两份鉴定意见均不能作为本案认定事实的依据，不能仅凭上诉人主张的其中一份鉴定结论作为本案定案依据，一审采信证据并无不当，上诉人所举证据也不能充分证明存在其主张的亿沁公司收入及未分配利润数额。因此，根据上诉人所提供的证据，不能证明本案六自然人在客观上实施了违反忠实和勤勉义务、违反同业竞争禁止义务的行为并从中获利的事实存在，更不能证明亿沁公司的收入和未分配利润与六自然人违法行为存在因果关系，一审认定上诉人该主张不能成立符合本案事实，一审说理充分，认定并无不当，本院予以维持。

上诉人绿宝公司还主张被上诉人六自然人侵占包装桶的损失69490元、高价向励勤香料厂收购55588.7公斤香叶原油的损失3813854.99元，低价向水峻公司销售产品的损失3771556.00元中的2303034.26元，其依据仍然为上述公安机关鉴定意见书，按照上述分析，该鉴定意见不能作为本案证据予以采信，且对损失金额绿宝公司也不能举证说明如何计算得出，故上诉人绿宝公司不能提供充分有效的证据证明存在上述由六个被上诉人自然人侵占事实和损害事实存在，其应当承担举证不能的后果，该诉讼请求因无依据证明本院不予支持。一审说理及认定并无不当，应予维持。

三、关于亿沁公司、水峻公司是否应当对本案债务承担连带责任的问题。

本院认为，本案绿宝公司起诉系依据《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款和第一百四十八条第一款第（五）项规定而提起的损害公司利益责任纠纷，亿沁公司、水峻公司并非绿宝公司的董事、监事和高级管理人员，不符合其提起诉讼依据的法律规定的诉讼主体，不能成为其起诉主张的法律关系的责任人。上诉人绿宝公司主张亿沁公司是被上诉人六自然人亲属设立，就应当承担本案的连带责任没有法律依据。上诉人主张水峻公司存在串通，也无依据证明，且也不属于本案审理的法律关系，故上诉人绿宝公司请求亿沁公司、水峻公司承担本案连带责任的诉讼请求无事实和法律依据，一审认定不成立符合事实，本院予以驳回。

此外，上诉人申请由法院调取相关证据，根据上述分析，本院认为其申请调取的证据与本案没有关联，故依照《最高人民法院关于适用的解释》第九十五条的规定，不予准许。

综上所述，上诉人绿宝公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决结果得当，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）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费84653元由上诉人云南绿宝香精香料股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　王娟

审判员　　潘静

审判员　　罗成

二〇二〇年十一月十八日

书记员　　尹倩