宁波市鄞州区人民法院

民 事 判 决 书

（2015）甬鄞商初字第544号

原告：宁波明州投资有限公司（组织机构代码为25411493-X）。住所地：宁波市鄞州区嵩江西路321号。

法定代表人：项志秋，该公司董事长。

委托代理人：邓新娣，公司股东。

委托代理人：周文献，浙江元甬律师事务所律师。

被告：洪谦，男，1957年9月16日出生汉族，宁波市鄞州明贝堂中医门诊部员工，住宁波市江东区。

委托代理人：谢银忠，浙江正清和律师事务所律师。

委托代理人：戴伟，北京义贤律师事务所律师。

原告宁波明州投资有限公司（以下简称明州投资公司）为与被告洪谦损害公司利益纠纷一案，于2015年3月24日向本院提起诉讼，本院于同日立案受理后，依法组成合议庭，适用普通程序审理，后因案情复杂，本案延长审限九个月。被告在答辩期内对本案管辖权提出异议，本院经审查依法裁定驳回了被告的异议，被告对此不服，上诉于宁波市中级人民法院，后被驳回上诉。本案于2016年1月20日、同年3月14日、5月26日、7月11日公开开庭进行了审理。原告明州投资公司的委托代理人邓新娣、周文献，被告洪谦（仅参加第一、二次庭审）及其委托代理人谢银忠、戴伟（仅参加第一次庭审）到庭参加诉讼。原、被告申请庭外和解一个月，但未能达成和解。本案经审委会讨论决定，现已审理终结。

原告明州投资公司起诉称：

1994年12月至2002年4月期间，被告在原告明州投资公司（成立时为宁波大榭开发区明州保健食品有限公司，2015年2月再次更名为宁波明州投资有限公司，以下涉及以原告不同名称出具的材料均以原告代称）处任职董事和经理。在此期间，与贝因美婴童食品股份有限公司（以下简称婴童公司，原名为浙江贝因美科工贸股份有限公司，2014年4月更名为婴童公司，以下涉及以浙江贝因美科工贸股份有限公司名义出具的材料均以婴童公司代称）经营同类业务，成为该公司发起人股东，无对价取得该公司股份100000股，2009年12月，经增资扩股后，被告持有婴童公司235000股。2007年7月至2012年2月期间，被告系原告控股的宁波大榭开发区明州保健食品有限公司（以下简称大榭保健公司）的法定代表人，任职总经理。在此期间，大榭保健公司与贝因美集团有限公司（以下简称贝因美公司）经营同类业务，被告无对价取得该公司股份734000股。2012年12月14日，原告公司股东会作出决议，认定被告的上述投资行为违反《中华人民共和国公司法》第148条、149条规定，决议决定被告的上述违法所得归公司所有。该决议的效力经宁波市中级人民法院（以下简称宁波中院）（2013）浙甬商终字第896号民事判决书（以下简称896号判决书）和浙江省高级人民法院（以下简称省高院）（2014）浙商提字第86号民事判决书（以下简称86号判决书）确认。根据上述生效判决和股东会决议，原告于2015年2月2日向被告送达了《关于洪谦违反公司法行为的所得应当归公司所有的通知》，但被告对此置之不理，拒不履行股东会决议，未将相关收益偿付给原告。经查，被告持有的婴童公司235000股在2011年4月11日上市（股票代码为002570），2012年4月12日限售股解禁上市流通，按该股票当日收盘价23.20元/股计，被告持有的股权价值合计5452000元，扣除印花税1‰、交易手续费3‰-0.3‰后，被告可实现收益为5441096元。综上，请求依法判令：一、被告洪谦立即将其原持有的婴童公司（股票代码002570）235000股股权交易价款5441096元及股权收益100000元（最终以实际所得为准）归入原告所有；二、被告洪谦将其持有的贝因美公司734000股股权及持股期间的分红收益600000元（最终以实际所得为准）归入原告所有。

原告起诉后发现如下情形：1.根据浙江东方会计师事务所有限公司浙东会审（2008）583号审计报告（以下简称583号审计报告），被告获取了婴童公司对股东分配的现金股利合计75118.37元（50078912.25元的0.15%），之前、之后该公司分配的股利以被告实际取得为准；2.被告在2008年6月取得贝因美公司股份734000股，根据贝因美公司2013年度审计报表，2013年贝因美公司的股本金为212740000元，所有者权益为3896910000元，加权股权价为18.32元/股。在宁波中院判决生效后，被告明知734000股股权及相关收益应当归公司所有，其已无权处分，但其仍于2014年3月31日，将上述股份以2元/股的超低价恶意转让给他人，损害原告权益，因此，被告应按照18.32元/股的价格赔偿原告损失13446880元。被告持股期间的现金红利（最终以实际应得为准）也应当偿付给原告。为此，原告认为，被告在持有的婴童公司股权收益实现后，非法占有，应支付原告占有该收益期间的利息，同时，因其恶意转让贝因美公司股权的行为给原告造成损失，被告需赔偿相应的损失。故原告申请变更诉讼请求为：一、被告立即偿付原告其原持有婴童公司235000股股权的收益5441096元以及持股期间的股权现金红利100000元（最终以实际所得为准）；二、被告支付原告以235000股股权收益5441096元为基数，自2012年4月12日起按中国人民银行同期（1-3年）贷款利率6.65%计算至判决确定的履行日止的利息（暂计算至2015年4月12日为1085498.65元）；并支付原告以235000股股权现金红利为基数自取得之日起按中国人民银行同期（1-3年）贷款利率6.65%计算至判决确定的履行日止的利息；三、被告赔偿原告因其恶意处分应归入原告的贝因美公司734000股股权以及收益而给原告造成的损失13446880元，并赔偿以上述损失金额为基数自2014年3月31日起按中国人民银行同期（1-3年）贷款利率6.65%计算至判决履行之日止的利息损失（暂计算至2015年4月12日为923616.45元）；四、被告立即偿付原告其持有贝因美公司734000股股权期间的应得现金红利600000元（最终以实际应得为准）以及该红利自应得之日起按中国人民银行同期（1-3年）贷款利率6.65%计算至判决确定的履行日止的利息损失。

审理期间，原告再次申请变更第三、四项诉讼请求为：被告洪谦立即偿付原告其持有贝因美公司股权时取得的红利117400元及恶意转让股份取得的转让款1468000元，赔偿自取得之日起按中国人民银行同期（1-3年）同类贷款基准利率计算至判决履行之日止的利息；被告另需赔偿原告恶意转让贝因美公司股份造成原告可取得的收益损失11978880元，并赔偿自2014年3月31日起按中国人民银行同期（1-3年）同类贷款基准利率计算至判决履行之日止的利息损失。

被告洪谦答辩称：

第一、其未违反忠实义务；第二、其在原告及大榭保健公司处有关董事和经理身份均是在其不知情的情况下被任命，也就是“被”董事和“被”经理，有关的签名基本上都是冒签的，故其亦不是原告的董事、高管及经理；第三、其入股婴童公司和贝因美公司的行为没有违反公司法和公司章程相关规定，均事出有因，且根据被告在三家公司的持股数（在婴童公司占股0.036%，在贝因美公司占股0.35%），其未参与两家公司的任何经营活动，也无任何的决策和影响力，三家公司之间并不存在业务上的竞争关系，故其入股行为不会对三家公司构成影响；第四、原告提出赔偿损失，损失应以实际发生为前提，就本案而言，原告并不存在任何的经济损失，所以在诉状中要求赔偿损失的请求不能成立；第五、被告第一次入股行为发生在1999年3月，第二次入股行为发生在2008年6月，原告提起诉讼已超过法律规定的两年诉讼时效，原告丧失了胜诉的权利。综上，其未利用公司的商业机会来谋取两次入股的行为，两次入股行为不应认定其违反忠实义务，否则将与我国公民可投资入股及购买股票的法律规定相冲突，请求依法驳回原告的诉讼请求。

根据原、被告诉辩称，本院认为本案争议的焦点为：第一、原告之诉是否超过诉讼时效期间？第二，本案是否应对原告在2012年12月14日作出的股东会决议内容（即被告应将投资婴童公司、贝因美公司的收益归入原告）进行实质性审查？第三、若需要进行实质性审查：1.被告入股婴童公司、贝因美公司时，是否系原告董事、经理或高管；2.被告入股婴童公司、贝因美公司的行为是否违反公司法第148条、149条的规定的董事、高管或经理的竞业禁止和忠实义务或违反相关的公司章程规定？第四、若股东会决议符合归入权的实质构成要件，则被告应归入原告的收益如何计算？

针对争议焦点一，双方均未举证。

针对争议焦点二，原告向本院举证及被告质证如下：

1.宁波中院896号民事判决书、省高院86号民事判决书、原告于2012年12月14日作出的股东会决议（二）各一份，用以证明原告对被告损害原告及其他股东权益的违法行为召开股东会并形成有效决议，要求被告将违法所得归公司所有。2014年3月7日，宁波中院作出896号民事判决书，在对原告的股东会决议是否符合法律规定进行了实质性审查后，确认被告洪谦在任职期间违反公司法、公司章程规定的竞业禁止和忠实义务，损害原告利益，违法所得应归公司所有；省高院86号民事判决书维持了宁波中院的上述判决，洪谦申请再审时就股东会决议是否合法有效提出的抗辩意见均被省高院驳回的事实。被告质证认为，对两份民事判决书的真实性均无异议，对认定的事实除公章由其持有存有异议，其他认定的事实均无异议。对关联性有异议，原告对判决书内容进行了截取，省高院维持宁波中院判决的依据是股东会决议的形成过程召集程序及形式合法，是对股东会决议进行形式审查后作出的判决结果，该判决书特别指出在再审时无需对归入权进行实质性审查，只有在归入权案件审理中，也就是本案中才进行实质性审查，即中院的判决书中被告违反竞业禁止及忠实义务的结论不应作为本案审判的依据，宁波中院的审理及判决程序存在错误。

针对争议焦点二，被告向本院举证及原告质证如下：

1.宁波市北仑区人民法院（以下简称北仑法院）（2012）甬仑榭商初字第85号民事判决书（以下简称85号民事判决书）、（2013）甬仑商初字第275号民事判决书（以下简称275号民事判决书）各一份，北仑法院庭审笔录（摘抄件）、质证笔录一组，宁波中院2013年10月18日、2014年1月13日庭审笔录各一份、证人笔录四份，用以证明被告未违反忠实义务的事实。原告质证认为，对真实性无异议，但北仑法院的判决内容已被宁波中院改判，对证明目的不予认可。

对原、被告提供的证据，双方对真实性均无异议，本院予以确认。

针对争议焦点三，原告向本院举证及被告质证如下：

1.原告成立时的股东宁波明州保健食品公司（以下简称明州公司，原鄞县明州副食物资公司）申请开业登记注册书一份，用以证明明州公司登记注册时，法定代表人梁国芬的签名由被告代签，故当时相互代签系属正常现象的事实。被告质证认为，对真实性无异议，被告虽代签了“梁国芬”的名字，但其在签字后同时签署了自己的名字以表明系代签，与他人代被告签字存在实质性区别；

2.明州公司变更登记注册书、县（市、区）企业法人申请冠“宁波”名称呈批表、营业执照副本一组，用以证明被告自1994年起担任明州公司法定代表人的事实。被告质证认为，对真实性无异议，被告担任明州公司法定代表人的时间为1994年6月至同年12月；

3.1994年原告设立登记工商材料一组、公司章程、公司董事会成员、经理、监事成员情况、首届股东会决议、首届董事会决议各一份（工商档案件）、首届董事会决议（企业档案）两份、委托证明一份，用以证明工商档案记载被告为原告的董事和经理，原告公司章程由被告本人签署，从而确认了其董事身份的事实及1994年至2002年间，原告与婴童公司存在相同经营范围的事实。需要说明的是，因原告设立时董事会决议由两股东（公司）盖章，但办理工商登记时被要求由董事签名，受托办理人项志秋根据委托书代被告签名，工商部门确认并存档。被告质证认为，上述证据材料上，除公司章程上的签名系其本人所签，其他签名经工商部门证实，均系他人代签，公司章程第二十四条约定，董事会每半年召开一次，但在2000年11月之前，被告从未接到召开董事会的通知，故可反证被告并非公司董事，未行使董事职权的事实，委托证明其并不知情，对该组证据均不认可；

4.1996年3月16日原告召开的股东会决议、监事会决议各一份，用以证明1996年股东会改选董事，洪谦仍被选为董事的事实。被告质证认为，对该证据不予认可，被告未参加，也未当选为董事；

5.原告于1999年12月15日召开的第六次股东会决议、2000年11月6日召开的第七次股东会决议、2000年12月5日董事、监事、经理身份证明书各一份，用以证明被告自公司设立到2000年一直担任原告董事的事实。被告质证认为，第六、七两次股东会决议上签名属实，但第六次股东会决议上并未记载被告为董事，因此，被告是在第七次股东会决议上才正式任命董事，之前的签名均系他人假冒，对董事的身份不予确认；

6.1999年度第一季度业务考核明细表一份、1997年4月领（付）款凭证两份、1996年至1998年工资单及支票存根一组、委托付款书七份、宁波大榭开发区国税局询问笔录一份、汕头市时代生物开发有限公司委托书一份、证人谈话笔录两份，用以证明洪谦为公司经理，并履行经理职责的事实。被告质证认为，对考核明细表、领（付）款凭证、工资单及支票存根真实性无异议，但被告仅是制表人，并非决策人，被告的职务为销售经理；对委托付款书的真实性无异议，被告也仅是经办人，并非决策者，除签名外的其他字样如“同意代付在货款中扣除”并非洪谦所写，“请按此付款”系其所写；对国税局的询问笔录，当时被告说自己是经理，实则只是销售部经理。上述证据均不能证明被告系公司经理的身份；

7.婴童公司设立登记材料（含申请书、发起人名录、验资报告）一组、招股说明书（P198-200），用以证明被告持有贝因美公司及婴童公司股份时，贝因美公司的经营范围与2007年设立的大榭保健公司存在同类经营业务，被告持有贝因美公司股份违反了公司法和公司章程的规定。被告质证认为，对登记材料的真实性无异议，但工商登的经营范围仅是企业登记核准可以从事的业务范围，而并非公司实际的经营业务范围，婴童公司本身系奶粉的生产企业，销售的系自身生产的产品，而原告是其销售代理商，这一情况并不适用竞业禁止条款，贝因美公司从未与原告发生业务往来，故被告投资婴童公司、贝因美公司的行为并未违反公司法的相关规定，也不存在违反忠实义务的情形；

8.2008年7月30日被告给董事会的报告、2012年5月29日被告给原告法定代表人项志秋的信函各一份，用以证明被告自己确认持有其他公司的股份违反公司的规定，并愿意将违法所得归入原告公司的事实，另被告在报告和信函中陈述的事实与查证的事实矛盾，被告在信函中承认“为贝因美公司销售及生产出谋策划，在贝因美公司最困难时提供帮助，作出很大贡献”，进一步说明其为自己谋取利益。被告质证认为，对真实性无异议，其只是说公司规定不能入股其他公司，但该规定应当有公司法或者公司章程的规定相印证，信函中被告已将入股贝因美公司的过程陈述清楚，不存在为人不诚信，也没有愿意将投资所得归入公司的意思；

9.2006年2月18日原告股东会决议一份，用以证明原告股东会决议通过公司章程修正案，根据新修改的公司章程第三十条规定，被告在原告投资控股大榭保健公司担任高级管理人员期间，违反了忠实义务及不得从事公司或投资设立控股公司经营范围内的业务，需按照章程及公司法的相关规定向原告承担赔偿责任并将所得收益归入原告的事实。被告质证认为，对真实性无异议，但被告并不存在经营同类业务的行为，故不能达到原告的证明目的；

10.2015年2月2日原告发送给被告洪谦的《关于洪谦违反公司法行为的所得应当归公司所有的通知》和被告签收凭证各一份，用以证明股东会决议经法院判决有效，原告根据决议内容要求被告履行决议内容，将其违法所得归公司所有，该通知被告已签收的事实。被告质证认为，对真实性无异议，但该通知依据不足；

11.2007年设立的大榭保健公司章程、宁波明州大药房有限公司（以下简称大药房公司）的章程以及股东会决议、持有大药房公司93%的自然人股东出资证明各一份，用以证明大药房公司和原告的股东均为相同的16位自然人，两个公司既有人合，又有资合的事实，从而证明原告和大药房公司作为大榭保健公司的两个股东，有权决定由原告向被告主张归入权，原告根据16位股东作出的股东会决议行使归入权符合相关规定。被告质证认为，对真实性无异议，但被告的入股行为并未利用公司的商业机会，也不存在自营和他营的情况，归入权的基础事实不存在；

12.《股权转让协议》一份，用以证明因被告经营不善，大榭保健公司的股权只能转让他人，转让后大榭保健公司此前的权利义务归原股东即原告与大药房公司享有的事实。被告质证认为，对真实性无异议，但与本案缺乏关联性；

13.大药房公司、大榭保健公司情况说明各一份，用以证明大榭保健公司及大药房公司均同意被告入股贝因美公司的收益由原告代为主张的事实。被告质证认为，对真实性无异议，但其中关于认为被告存在违反公司忠实义务的陈述不予认可；另大药房公司放弃其应享有的份额的决议损害了被告的合法权益。

针对争议焦点三，被告向本院举证及原告质证如下：

1.关于要求更正虚假身份登记的申请、宁波市工商行政管理局大榭开发区分局（以下简称工商局大榭分局）《关于宁波大榭明州投资有限公司1994至2000年期间登记材料问题的答复》各一份，用以证明被告在2013年1月才得知其在1994年至2000年期间在原告处担任董事、经理身份，而原告的工商登记材料中涉及大量虚假代签其姓名的事实。原告质证认为，对真实性无异议，申请书系被告单方所写，不能反映客观情况；答复中虽提到“签名不一致”，但代签行为系被告授权，不能证明被告没有行使董事职权的事实；

2.1996年3月16日原告召开的股东会会议决定两份、董事会决议一份，用以证明该当天召开的三次会议被告均未参与，也未签名，且被告也并无原告所说的私章，故被告对决议内容均不知情的事实。原告质证认为，虽然被告没有在股东会决议里签名，但明州公司已盖章确认，并不能证明洪谦不知情；

3.1996年3月16日原告章程修改补充条文一份，用以证明因董事会决议程序违法，被告未参与也未签名，对董事会的召开及内容均不知情。原告质证认为，对真实性无异议，对证明目的有异议；

4.1994年度明州公司年检报告书（首页）一份、1994年9月21日、1996年5月28日企业申请变更登记注册书（前一份为首页，后一份含首页、申请变更登记表）各一份、明州公司1996年3月20日、1997年3月10日、1998年2月5日、2000年3月6日、2001年3月8日、2003年3月10日公司印鉴式样表各一份、2000年4月5日上海沪甬医药有限公司公司章程尾页一份、委派（选举、聘任）证明两份，用以证明上述工商登记资料中洪谦的签名及私章均为冒签，明州公司公章并不由被告保管，否则被告理应在盖章的同时签字。原告质证认为，对真实性均无异议，对证明目的有异议；

5.明州公司1997年5月份工资表一份，用以证明担任销售部门负责人的被告与单位开票员陈晓波的工资相差不大，且该份工资单内并不包含项志秋、邓新娣、梁国芬的工资明细，故被告并没有享受公司高管待遇的事实。原告质证认为，被告的工资比其他员工高，通过职务工资一栏可以体现其与他人的职务存在高低，相反该证据可证明洪谦是高管的事实；

6.张戟、叶贵君调查笔录各一份，用以证明被告在明州公司的工作岗位及职权情况。原告质证认为，两位证人均不清楚被告在原告处的任职情况，与本案无关联性；

7.被告在原告、婴童公司、贝因美公司的持股比例文件各一份，用以证明被告持有原告4%股份，持有婴童公司0.036%股份，持有贝因美公司0.38%股份，均为小股东，对三家公司均无实质影响力和控制力的事实。原告质证认为，对真实性均无异议，但被告是否对婴童公司、贝因美公司具有实际影响力与控制力并非是否违反竞业禁止与忠实义务的判断依据，故对证明目的有异议；

8.增值税发票及领（付）款凭证一组、2002年3月29日报告一份、明州公司2007年度第3季度奖金发放单一份、2008年度奖金发放单十份、2009年度奖金发放单十六份、2009年度奖金发放单十六份，2011年度奖金发放单三份、2010年1月1日计件工辅助工等人员岗位工资统计表一份、2010年8月10日公司相关岗位人员自备车辆公务用油补贴申请表一份、2011年5月9日调岗、离岗人员联系单及考核表一份，用以证明被告在大榭保健公司、明州公司任职期间对外付款、对内报销、2007-2011年度公司奖金发放、被告销售部门人员的工资、油贴的核实、发放及公司员工的任职、调岗均是由邓新娣或梁国芬签字核准，被告并无决定权的事实。原告质证认为，对真实性均无异议，这组证据反而可以证明被告确系原告高管，具有核发员工工资的权利，邓新娣是作为股东代表行使监督权；

9.文件传阅单、情况汇报、《销售合同》（复印件）、三勒浆公司函件各一份，用以证明销售业务的具体合同形成过程中所有的事项均需向公司上层邓新娣总经理汇报并经其同意，被告仅是负责销售的主管，并非公司高管的事实。原告质证认为，对真实性、关联性均有异议。

对原告提交的证据1，虽客观真实，但被告代梁国芬签字并不能反证他人代被告签字的合法性，对该份证据本院不予确认；对证据2，被告虽无异议，但该证据与本案缺乏关联性，本院不予确认；对证据3，被告对公司章程无异议，本院予以确认，对其他证据的形式真实性予以确认，但结合被告提供的证据1及原告的自认，上述证据中被告签字均系他人代签，故该组证据是否可证明被告系原告董事和经理，尚需结合其他证据综合认定；对证据4，本院对形式真实性予以确认，但因无被告的签名，其证明效力将结合其他证据综合认定；对证据5，被告对真实性无异议，本院予以认定；对证据6，其中证人证言因证人未出庭，且与原告存在利害关系，本院不予认可；其他证据的真实性本院予以认定；对证据7，被告对婴童公司的登记材料无异议，本院予以确认；招股说明书系复印件，仅有其中三页，根据内容显示婴童公司与贝因美公司发生奶粉交易时间为2008年至2009年，贝因美公司的经营范围中并不包含食品销售项目，故无法证实贝因美公司的经营范围包括销售婴幼儿食品的事实，本院对该证据不予认定；对证据8,其中2008年7月30日的报告与本案缺乏关联性，本院不予认定；2012年5月29日的信函，被告对真实性无异议，本院予以认定；对证据9、10，本院对真实性予以认定；对证据11、12、13，本院对真实性均予以认定，原告提供上述三份证据是为了证明原告有权向被告主张归入其入股贝因美公司的收益，即主体是适格的，该部分证明目的是否成立，本院将在判决理由部分阐述。

对被告提供的证据1，原告对真实性无异议，本院予以确认；对证据2、3，本院对真实性予以确认，根据上述材料反映，被告未在上述证据材料上签字；对证据4，虽然洪谦签名不实，但明州公司各类工商登记材料上不实的签名与盖章共存，存在多种可能，不能据此推断被告已对明州公司的公章丧失控制权；对证据5-6，内容涉及明州公司，与本案无关联性，本院对上述证据均不予确认；对证据7，原告对真实性均无异议，本院对该证据及被告在原告、婴童公司、贝因美公司的持股比例予以确认；对证据8，对其中涉及明州公司的部分证据材料，因与本案缺乏关联性，本院不予认定；对其他证据的形式真实性本院予以确认；对证据9,其中文件传阅单的内容与本案缺乏关联性，其他证据材料的真实性无法核实，本院对该组证据均不予认定。

针对争议焦点四，原告向本院举证及被告质证如下：

1.（2015）浙甬天证民字第1860号公证书一份，其中从新浪网下载的“浙江贝因美科工贸股份有限公司关于变更公司名称的公告”、“浙江贝因美科工贸股份有限公司关于限售股解禁上市流通的提示性公告”、“2012年二季度贝因美（002570）历史交易情况”用以证明被告持有的婴童公司股票上市流通时间为2011年4月12日及股票解禁日2012年4月12日的收盘价格为23.20元/股，被告持有的婴童公司股票在解禁日可上市流通，贝因美公司与婴童公司有婴幼儿奶粉经营业务的事实；从百度网下载的“大公国际资信评估有限公司（以下简称大公公司）大公报SD[2014]944号贝因美集团有限公司评级报告”（以下简称944号评级报告）用以证明贝因美公司股权在2013年年底每股价值为18.32元，被告以2元/股的价格卖出损害了原告利益的事实。被告质证认为，对公证书的真实性无异议，但944号评级报告用途作为短期融资工具，是用于发行基金、债券所需，以此价格作对比并不能证明被告恶意低价转让的事实；

2.婴童公司招股说明书（P34-63）、验资报告、缴款凭证各一份，用以证明被告持有婴童公司发起人股份时并未支付对价，款项是由杭州贝因美应用技术开发研究所（以下简称贝因美研究所）支付，但根据婴童公司招股说明书显示，以1998年8月31日为基准点，贝因美研究所将全部净资产500900元作为投资婴童公司的款项，包含了代被告支付的100000元，故被告应为无对价取得股权的事实。被告质证认为，关于对价问题宁波中院已查明，投资款60000元是由借款转化而来；

3.贝因美公司的工商登记资料一组、浙天惠审字（2009）第632号审计报告（以下简称632号审计报告）一份、2014年3月31日股权转让协议八份、贝因美公司股东会决议一份、登记（备案）申请书、公司变更登记审核表各一份，用以证明被告持有贝因美公司原始股权的数量、时间及被告取得股权并未支付对价的事实。被告质证认为，真实性无法核实，且无法证明被告没有支付对价；

4.583号审计报告一份，用以证明被告因持有婴童公司股份在2008年可得分红为75118.37元的事实。被告质证认为，对真实性无法确认，且与本案无关联。

关于争议焦点四，被告向本院举证及原告质证如下：

1.浙江省杭州市企业统一收款收据两份、婴童公司股权证两份、股东名录一份，用以证明被告在婴童公司持有的100000股股份其中被告本人为60000股，虞夏萌为40000股，被告持有的60000元股份出处为，1996年被告出借给谢宏，后公司转制，谢宏无力偿还，将该借款转成涉案股权的事实。原告质证认为，对收款收据的真实性无异议，但婴童公司股权交款是1999年3月，晚于收据时间，不能说明投资款用于婴童公司，且从招股说明书及工商登记资料上证明，被告实际持有的股份为100000股，而不是60000股；对股权证的真实性无异议，但应以工商登记为准；

2.个人汇款凭证、电子汇划（收）款补充保单、2012年7月18日贝因美公司情况说明各一份、贝因美公司2010年度股东会决议一份，用以证明被告通过妻子陈亚莉向贝因美公司汇付1000000元，该款实际系被告向贝因美公司汇付的个人信誉担保金，被告虽持有该公司股份但实际上并没有参与分红，不享受股东待遇的事实。原告质证认为，对款项支付的事实无异议，但不是用于购买股权，从632号审计报告反映出，陈亚莉汇的1000000元仍为应付款；对情况说明无异议，但贝因美公司与被告有利害关系，出具情况说明与实际反映事实不一致。事实上，与贝因美公司的业务往来中，原告有支付预付款，并不需要保证金；对股东会决议无异议，通过该协议内容可以推断，被告持有的贝因美公司股份是干股，推断被告放弃分红，是因其取得股权时未支付对价已经获得利益；

3.2001年8月11日被告给原告的建议书一份、2001年8月12日内部集资方案、内部职工集资金额明细表、分配表一组、2003年7月26日承包协议书、分配方案、2003年8月5日文件传阅单、2003年8月20日通知、文件传阅单、2004年9月28日员工内部集资方案、文件传阅单各一份，用以证明被告在原告处工作岗位为销售，并与他人共同承包了原告的销售部门，在实际操作中一直存在内部集资以扩大销售额的情况，因此被告在贝因美公司改变销售策略的情形下，为维持销售部门业绩，自愿拿出1000000元作为保证金的行为存在合理性。原告质证认为，对该组证据的真实性无异议，集资方案可证明被告是经理，对该组证据的关联性有异议；

4.2014年4月21日印花税税收缴款书、个人所得税税收缴款书各一份，用以证明被告在2014年3月31日将持有的贝因美公司734000股股份以1468000元返还给贝因美公司，被告并未投资经营贝因美公司的事实。原告质证认为，对真实性无异议，可反证被告是恶意低价转让股权；

5.股票交易交割单（复印件）一份、证明一份、转账凭条三份，用以证明被告和第三人虞夏萌持有的婴童公司股票235000股的出售情况。原告质证认为，对交易交割单的真实性予以确定，但出售人系被告，并非虞夏萌；证明属于证人证言，应由证人出庭作证，且证明中的内容并不属实，被告亦自认虞夏萌在证明中确认收到的款项中431970元与股票出售所得无关，故真实性不认可，且与本案无关联性，不能证明是虞夏萌委托洪谦出售股份，同理对金额为431970元的转账凭条不予认可；对虞夏萌的配偶系童培雅的事实予以认可。

原告为证明被告持有贝因美公司股份期间获得分红的事实，向本院申请调查取证，本院依法调取贝因美公司股权转让协议一份、建设银行电子汇款单一份、贝因美公司股东会会决议两份、贝因美公司分红清单两份、银行汇款凭证两份。原告对法院调取的证据真实性均无异议，但认为被告是在2008年6月受让股份的，却在2006年即获取分红，可见实际被告早已入股贝因美公司，只是股份由他人代持而已；被告对真实性均无异议。

本院依职权调取了贝因美公司2013年12月31日、2014年3月31日的资产负债表、利润表各两份。原告对真实性有异议，但认为是贝因美公司单方制作，未经过审计，不能反映真实情况。被告对真实性无异议。

对原告提供的证据1，公证书形式真实性本院予以认定；对证据2，招股说明书仅是部分，且未能提供原件，真实性难以核实；验资报告真实性已被85号民事判决书认定，本院予以确认；关于被告的实际持股数，本院认为，首先，根据被告在该争议焦点下提供的证据1及证据5，可以证实工商登记在被告名下的40000股股份系虞夏萌所有，股票出售后被告也将相应的对价支付给了虞夏萌，故被告实际持有的股份为60000股，另40000股系代持，原告无权要求被告归入其代持部分的股权收益；对被告是否无对价取得婴童公司股份的问题，双方对被告投资婴童公司的款项实际由贝因美研究所支付的事实均无异议，原告认为贝因美研究所的全部净资产投资婴童公司后，在被告未举证证明其向贝因美研究所支付对价的情况下，应视为无对价取得股票；而被告则认为该部分款项实际系债权转为投资款。对此本院认为，根据原、被告的陈述，可以排除被告替他人代持股份的情形，现被告目前并无证据证明是债权转为投资款，故关于被告的持股成本问题，本院暂不作认定，若被告可举证证明实际系债权转为投资款，可另行向原告主张返还持股成本；但原告认为贝因美研究所将股份无偿赠与给被告亦未提供证据证明，本院不予采信；对证据3，虽为复印件，但该份审计报告与证据4均作为原告在896号民事判决书中记载的补充证据提供，洪谦并未对真实性提出异议，且宁波中院据此作出了论述，故本院对真实性予以认定；同时，审计报告中记载的陈亚莉应付款与洪谦的实收资本系两种不同的资产项目，并不能据此认定被告无对价取得贝因美公司股权的事实；八份股权转让协议均系浙江省企业档案管理中心提供，真实性予以认定，但除洪谦作为受让人的其他七份股权转让协议与本案缺乏关联性，本院不予认定；对证据4，真实性予以确认，但审计报告中确认的可得红利并不等同于实际取得的红利。现经原、被告双方确认，被告持有的婴童公司股份上市流通前其实际取得红利（已扣除税费）为55556.94元，取得时间为1999年至2006年。

对被告提供的证据1，原告对真实性均无异议，本院予以确认，至于被告实际持有的婴童公司股份数，已在上文中论述，不再重复；对证据2，原告对真实性均无异议，本院予以确认，其中贝因美公司提供的情况说明中关于洪谦持有的734000元股股权对价为其配偶陈亚莉支付的1000000元与本院向贝因美公司调查时该公司提供的中国建设银行电子汇划凭证可相互印证，但该情况说明中的其他内容并无证据证明，本院不予采信；对证据3，与本案缺乏关联性，本院不予认定；对证据4，客观真实，本院对该证据的真实性予以确认，至于被告是否存在恶意低价转让股权的行为，本院将结合其他证据综合认定；对证据5，原告对交易交割的真实性无异议，本院对该证据予以确认，根据交易交割单显示，被告将其持有的婴童公司235000股股份于2012年4月16日至同年4月18日分十五次出售，成交价格在21.81元/股至22.95元/股，扣除手续费、印花税及所得税外，取得收益合计3577544.39元；对于转账凭条及证明，被告经核实后自认，其中金额为431970元的转账凭条与本案无关，虞夏萌实际收到的股票转让款为1386717.70元；虞夏萌的证言，因其未能作为证人出庭，且其证言与事实存在矛盾，故本院不予认定。

对本院依据原告申请调取的证据及依职权主动调取的证据，双方对真实性均无异议，本院予以确认。

根据原、被告的陈述及提交的有效证据，本院认定如下事实：

一、关于原、被告就撤销公司决议及确认公司决议无效纠纷案件诉讼历程及相关判决内容：

2012年6月5日，原告召开股东大会并作出决议，在认为洪谦投资婴童公司及贝因美公司的行为违反公司法第148、149、150条和公司章程有关规定的基础上，要求被告将投资收益归公司所有，并按照公司章程有关条款承担责任。决议作出后，各股东均在决议中签名认可，但洪谦作为股东有异议，在决议上签署“与事实不符”。2012年8月3日，北仑法院受理洪谦（本案被告）诉明州投资公司（本案原告）公司决议撤销纠纷一案，洪谦以明州投资公司2012年6月5日作出的《宁波大榭明州投资有限公司股东会决议》既超越股东会职权，又违反法定程序为由，要求撤销该股东会决议。经审理，北仑法院于2012年11月1日作出85号民事判决书，认为明州投资公司在会议召集程序上已违反法律规定，判决撤销明州投资公司于2012年6月5日作出的《宁波大榭明州投资有限公司股东会决议》。

2012年12月14日，原告再次召开临时股东大会，全部股东与会。会议经股东讨论表决作出《宁波大榭明州投资有限公司股东会决议（二）》，内容为：一、经举报核实，洪谦同志在担任公司及投资设立关联公司董事兼经理、高管期间，于1999年4月作为原始投资人在婴童公司投资100000股（其中洪谦实为60000股），2011年3月21日，增资扩股为235000股；2008年6月16日，洪谦受让取得贝因美公司原始股股份734000股。被告未经股东会同意，利用职务便利自营或与他人经营与本公司同类业务，违反公司法等相关法律规定。二、股东表决，依据上述事实，根据法律规定，上述所得的收入应当归入公司所有。决议作出后，各股东均在决议中签名认可，但洪谦作为股东有异议，认为与事实严重不符。2013年2月4日，北仑法院受理洪谦（本案被告）诉明州投资公司（本案原告）公司决议确认无效纠纷一案，洪谦以明州投资公司2012年12月14日作出的《宁波大榭明州投资有限公司股东会决议（二）》无事实及法律依据，要求确认该股东会决议无效。经审理，北仑法院于2013年7月17日作出275号民事判决书，认为洪谦在投资婴童公司及贝因美公司时并非明州投资公司及其控股子公司的高管，明州投资公司与婴童公司、贝因美公司不存在同业竞争关系，明州投资公司难以证明洪谦存在违反公司忠实义务的行为，故明州投资公司的证据不足以证明决议符合公司归入权的构成要件，决议内容违反法律规定，判决确认明州投资公司于2012年12月14日作出的股东会决议无效。

原告不服北仑法院作出的275号民事判决书，于2013年9月4日向宁波中院提起上诉，宁波中院于2014年3月7日作出896号民事判决书，认为洪谦入股婴童公司时系明州投资公司董事，入股贝因美公司时并非明州投资公司高管，但是明州投资公司控股的大榭保健公司法定代表人兼总经理，根据大榭保健公司及贝因美公司工商登记材料显示，两家公司存在同类的经营范围，故洪谦投资婴童公司及贝因美公司的行为违反了明州投资公司章程规定的义务及法律规定的忠实义务，明州投资公司以洪谦的上述行为违反公司法为由，将洪谦的上述投资收益归入明州投资公司的决议内容未违反法律的禁止性规定，原审判决事实认定有误，理由不充分，判决撤销北仑法院275号民事判决书，驳回上诉人洪谦的诉讼请求。

洪谦不服宁波中院作出的896号民事判决书，向省高院申请再审，省高院于2014年7月22日裁定提审896号案件，并于2014年11月5日作出86号民事判决书，再审认为洪谦一审起诉时，以明州投资公司临时股东会决议既违反事实，也违反法律和公司章程规定，是一种无效行为，洪谦作为公司的小股东，向公司有业务关系的其他公司投资入股，并不构成股东违反忠实义务为由，要求确认明州投资公司2012年12月14日作出的股东会决议无效。一、二审法院均围绕洪谦是否为明州投资公司高管，其行为是否违反公司竞业禁止和忠实义务进行审理。由于明州投资公司2012年12月14日公司股东会作出的决议内容，涉及我国公司法规定的公司归入权制度，而公司归入权是法律赋予公司的特别救济权，公司法第一百四十八条规定的竞业禁止归入权就属于此。就洪谦的主张看，本院无需就股东会决议内容是否符合归入权的构成要件等进行实质审查，只有公司在提起归入权诉讼时，由受理案件的人民法院对决议内容进行实质性审查，故本院仅对该股东会决议作形式审查。经查明，明州投资公司2012年12月14日作出的股东会决议，依照公司法第二十二条的规定，股东会会议召集程序、表决方式未违反法律、行政法规或公司章程的规定，决议的内容也属于公司法第一百四十八条规定的公司归入权制度，故洪谦申请再审的理由不成立。二审判决驳回洪谦的诉讼请求正确，判决维持宁波中院896号民事判决。

二、明州投资公司及其控股公司相关情况及原告与上述两家公司之间的关系：

原告的前身为宁波大榭开发区明州保健食品有限公司，设立于1994年12月，设立时的股东为明州公司（1993年3月，鄞县医药药材公司组建的鄞县明州副食物资公司，法定代表人为梁国芬，1994年6月1日，法定代表人变更为洪谦，同年9月22日，公司更名为宁波明州保健食品公司）、鄞县医药药材公司明州药房，分别占股90%、10%，法定代表人分别为洪谦、邓新娣，经营范围为其他食品（除烟）、保健食品、食油、百货、日用杂货、五金交电、金属材料及煤炭的销售。1996年，宁波大榭开发区明州保健食品有限公司申请变更登记，股东由原来的两个法人股东，转变为包括原告洪谦在内的8个自然人股东，公司经营范围保持不变；1999年12月22日，该公司从8个自然人股东变更为包括洪谦在内的16个自然人股东，经营范围保持不变；2000年5月19日，该公司经营范围变更为其他食品（除烟）、保健食品、食油、百货、日用杂货、五金交电、金属材料的批发、零售、代购、代销；房屋租赁；2002年，该公司名称变更为宁波大榭明州投资有限公司，经营范围变更为实业投资、房屋租赁，股东保持不变；2015年1月15日，该公司名称变更为宁波明州投资有限公司。

2007年7月，原告与大药房公司共同设立了大榭保健公司（与原告成立时的名称一致），被告洪谦出任该公司的法定代表人兼经理。该公司的经营范围是许可经营项目：定型包装食品、保健品批发、零售（有效期至2011.7.15）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。其中大药房公司的股东为原告及与原告股东一致的16位自然人股东，其中原告持股7%，16位自然人股东合计持股93%。2011年11月11日，大榭保健公司的上述两位法人股东将其持有的公司全部股权转让给杨志勇、周洪波，协议约定转让交接基准日之前，出现所有涉及税务、财务以及向受让方未说明的债权债务均由原股东负责。双方于2012年2月24日办理了工商变更登记。2016年3月15日，大榭保健公司出具情况说明一份，同意根据2011年11月11日签订的《股权转让协议》，由大榭保健公司的原法人股东对洪谦在公司转让交接基准日之前实施的违反公司忠实义务的行为主张相应的权利。同一日，宁波明州大药房有限公司出具情况说明一份，同意由原告向洪谦主张权利。

工商局大榭分局提供的工商登记材料及答复确认如下内容：1.1994年11月3日，原告召开首届股东大会，作出股东会决议，会议一致审议通过了《宁波大榭开发区明州保健食品公司的章程》，选举产生董事会，由项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦四位董事组成，会议选举产生监事会，由任剑明、胡立君、康桂芬三位组成。该决议由股东明州公司、鄞县医药药材公司明州药房盖章；2.1994年11月3日，原告召开首届董事会，会议选举项志秋为董事长，梁国芬为副董事长，聘任洪谦为经理。落款处由两位法人股东盖章，项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦的签名，但其中洪谦的签名非本人所签；3.落款时间为1994年11月13日《宁波大榭开发区明州保健食品公司的章程》，其中第十五条关于股东会的职权中第十二项规定为“修改公司章程”；第二十条规定“董事会由股东会产生，其成员为肆人”；第二十二条关于董事会行使职权的第十项规定为“制定公司的基本管理制度”……等等。该章程除两个法人股东盖章外，项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦均作为代表签字，签字属实；4.1994年12月10日，原告的两位法人股东委托项志秋、邓新娣全权办理注册登记事项有关手续；5.1996年3月16日，原告召开股东大会，决定董事人员变更为三人：项志秋、梁国芬、洪谦，监事变更为三人：邓新娣、任剑明、鲍继明。该决定无被告洪谦签字；同一日，原告通过董事会会议决定，选举项志秋为公司董事长兼法定代表人，聘任洪谦为公司经理。该决定上洪谦签名并非其本人所签；也在同一日，原告通过章程修改补充条文，但落款处洪谦的签名并非本人所签；6.1999年12月15日，原告召开第六次股东会，会议审议通过公司新章程，原章程废止，同时会议审议通过公司董事成员，监事成员按原登记不变。被告洪谦在内的16位股东签字确认；7.2000年11月6日，原告召开第七次股东会，会议一致通过同意修订公司章程第二十条，选举通过公司董事成员：鲍继明、邓新娣、梁国芬、项志秋、洪谦，选举通过公司监事会成员：任剑明、李启君、胡立君。包括洪谦在内的16为股东签字确认；8.2000年12月5日，洪谦签署董事、监事、经理身份证明书；9.洪谦自2000年11月6日起不再担任原告经理，2002年4月15日起不再担任原告董事。

2006年2月18日，原告召开股东会，决议通过章程修正案，其中新修改章程第十三条第（七）项规定，股东有责任保护公司的合法权益，不得擅自披露公司秘密，不得从事危害公司或投资设立控股公司利益的活动，即在公司或在投资设立控股公司任职或退休、离职、辞职、辞退除名后五年内不得从事为自己或他人谋取属于公司或投资设立控股公司的商业行为，不得自营或为他人从事公司或投资设立控股公司经营范围内业务。否则，因损害公司和股东利益必须承担初始认缴出资额5倍的赔偿金，赔偿给公司和其他股东。第三十条为：公司及投资设立控股公司的股东、董事、监事、高级管理人员、部门负责人，有责任保护公司利益，不得擅自披露公司秘密，违反对公司忠实义务，损害公司利益，在退休、离职、辞职、辞退后五年内不得从事公司或投资设立控股子公司经营范围内的业务，否则必须承担赔偿责任，股东按照前第十三条（七）赔偿，投资设立控股公司的各部门负责人以上年度职务奖金和集资收益金的5倍赔偿给公司。被告洪谦在该决议上签字。

2007年7月18日，大榭保健公司通过公司章程，该章程第十九条规定，公司法定代表人由总经理担任，并依法登记；第三十条规定，总经理等高级管理人员不得有下列行为:……5.未经股东会或者董事会同意，利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会，自营或为他人经营与所任职公司同类的业务；……总经理等高级管理人员在任职期间出现上述条款，公司应当解除其职务。违反前款规定所得的收入应当归公司所有。给公司造成损失的承担赔偿责任。

三、被告洪谦的投资行为及双方对该投资行为的处理情况：

1999年3月5日，浙江贝因美科工贸股份有限公司注册成立，被告洪谦作为原始投资人持有该公司100000股（实为洪谦60000股、虞夏萌40000股），该款由贝因美研究所于1999年3月26日汇入贝因美公司账户。该公司的经营范围为：开发、生产、销售婴幼儿产品、儿童食品、营养食品、服装、玩具、日用百货、并提供相关资讯等服务，预包装食品、乳制品（含婴幼儿配方乳粉）的批发兼零售。2011年3月21日，该公司经证监会审批公开上市（股票代码为002570），100000股股份增资扩股为235000股。2012年4月12日，洪谦持有的上述股票解除限售，可上市流通，当日股票收盘价为23.20元/股。2012年4月16至18日，被告将其持有的235000股股票出售，扣除手续费、印花税及所得税外，235000股股票收益总额为3577544.39元，扣除其支付给94000股股票的实际所有人虞夏萌的1386717.70元（款项汇入虞夏萌配偶童佩霞账户），洪谦实际获得的投资收益为2190826.69元。现双方确认被告持有的婴童公司股份上市流通前其实际取得红利（已扣除税费）55556.94元，取得时间为1999年至2006年。2014年1月28日，浙江贝因美科工贸股份有限公司名称变更为贝因美婴童食品股份有限公司。

2007年1月12日，被告洪谦通过其配偶陈亚莉向贝因美公司支付1000000元。2008年6月16日，被告洪谦自杨文智处受让取得贝因美公司原始股股份734000股，对价即为上述1000000元，根据工商部门备案的《股权转让协议》约定：“1.出让方杨文智将拥有的贝因美公司0.38%的股份即734000股股权转让给受让方洪谦；2.本次股权转让价格为1:1.3624，转让价款为1000000元，转让价款另行签订协议交割；3.本次股权转让的基准日为2006年12月31日；4.股权转让后，出让方不再享有已出让股权的股东权利、承担相应的股东义务；受让方依照本协议享受股东权利的同时必须承担股东义务。”被告洪谦持股期间，分得红利两次，分别为2008年11月11日分得2006年度红利58650元（已扣取手续费50元）；2010年1月20日分得2008年度红利58700元，合计117350元，并放弃了2010年度的分红。2014年3月31日，被告将其持有的贝因美公司的上述股权转让给公司股东梁佳，根据工商部门备案的《股权转让协议》约定：“1.出让方洪谦将拥有的贝因美公司734000股股权转让给受让方梁佳；2.本次股权转让价格为1:2，转让价款为1468000元，转让价款另行签订协议交割；3.本次股权转让的基准日为2014年2月28日；4.股权转让后，出让方不再享有已出让股权的股东权利、承担相应的股东义务；受让方依照本协议享受股东权利的同时必须承担股东义务。”股权转让款1468000元分别于2014年3月5日、同年3月28日、4月19日各交付300000元（现金）、1000000元（银行汇款）、168000元（现金），被告洪谦支付股权转让款过程中产生的个人所得税93600元（股权转让收益468000元的20%）及印花税734元（股权转让款1468000元的万分之五）。

根据百度网下载的944号评级报告显示，大公公司接受贝因美公司委托，根据贝因美公司2013年度企业信用评级的跟踪评级安排，对公司的经营和财务状况及履行债务情况进行信息收集和分析，并结合公司外部经营环境变化等因素，得出跟踪评级结论。该评级报告声明，报告引用的受评对象资料主要由受评主体提供，大公公司对该部分资料的真实性、及时性和完整性不作任何明示、暗示的陈述或担保；报告的分析及结论只能用于相关决策参考，不构成任何买入、持有或卖出等投资建议。根据中审亚太会计师事务所作出的贝因美公司2013年审计报告及贝因美公司提供的未经审计的2014年1月-3月的财务报告，2014年3月，贝因美公司的所有者权益为3941360000元，股本为212740000元，即每股18.32元。本院依职权向杭州市滨江区国家税务局调取的贝因美公司资产负债表显示，所有者权益为419147062.37元，股本为212740000元，即每股1.97元。贝因美公司工商登记的经营范围为：许可经营项目货运，一般经营项目高科技开发及咨询，实业投资，投资咨询；批发零售服装、玩具、日用百货、机械设备、办公用品，农产品（除食品）、计算机软件开发及应用服务、物业管理、日用品出租、货物进出口，含下属分支机构经营范围、其他无需报经审批的一切合法项目。

2012年5月29日，被告书信原告法定代表人项志秋，在该信函中被告陈述了取得贝因美公司股份的过程，即2007年初因贝因美公司销售政策变更为款到发货，其为维护双方之间的奶粉合作，经与对方谢宏总经理协商后，以个人名义提供1000000元作为合作保证金，后因贝因美公司财务做账需要，将1000000元转为734000股股份。此后，原告于2012年6月5日召开股东会，决议要求被告将其投资所得归入公司，双方并就股东会决议的效力问题诉至法院（详见事实认定第一部分）。2015年2月2日，原告向被告发送《关于洪谦违反公司法行为的所得应当归公司所有的通知》，要求被告根据宁波中院及省高院的生效判决，履行2012年12月14日的股东会决议，限被告于收到通知之日起十五日内将违法投资所得归入原告。被告于2015年2月4日收到该通知后未作表示。

另查明，在经营过程中，原告及其投资设立的大榭保健公司与婴童公司有业务往来，主要为原告及大榭保健公司经销婴童公司生产的贝因美奶粉等产品。

本院认为：关于本案争议焦点一，即原告之诉是否超过诉讼时效期间，本院认为，诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起算。虽然被告的投资行为发生较早，但该投资行为一直处于持续状态。被告未能举证证明原告在其投资婴童公司及贝因美公司时即已知情，故诉讼时效期间不应自投资行为发生时起算。现被告在2012年5月29日向原告法定代表人项志秋发函，原告在2012年6月5日即第一次召开讨论处置被告对外投资行为的股东大会并做出相关决议，双方此后就股东会决议是否可撤销，是否有效的问题进行了诉讼。故原告在浙江省高院85号民事判决书生效后提起本案诉讼，并未超过诉讼时效期间。

关于争议焦点二，即本案是否需要对原告作出的要求被告将其投资收益归入公司的股东会决议进行实质审查，对此本院认为，省高院86号民事判决书虽然以股东会召集程序、表决方式未违反法律、行政法规或公司章程的规定，决议内容属于法定范围为依据，驳回了被告的再审请求，但该判决中同时明确表述本案无需对股东会决议内容是否符合归入权的构成要件进行实质审查，只有在公司提起归入权诉讼时，由受理法院对决议的内容进行实质性审查。据此，作为受理归入权诉讼的法院，本案应对该股东会决议涉及的归入权是否成立进行实质审查。

关于争议焦点三中第一项，即被告入股婴童公司、贝因美公司时是否为原告董事，对此本院认为，根据工商局大榭分局提供的工商材料及答复可以证实被告的董事身份：第一，被告作为法定代表人的法人股东明州公司及另一股东鄞县明州副食物资公司在1994年11月3日原告首届股东大会上盖章，该章程选举被告为四位董事之一，在被告未举证证明其对明州公司公章丧失控制权的基础上，该盖章行为及所确认的公司章程内容应推定被告明知并认可；第二，明州公司及被告同时盖章签名的1994年11月13日原告公司章程确认了股东人数为肆人，与首届股东大会决议内容一致，同时该章程约定的董事职权为制定公司基本管理制度，因此被告在该章程后的落款应为其作为董事的身份做出，而非被告所称的公司代表身份，进一步明确了被告的董事身份；第三，虽然1996年3月16日原告召开的股东大会决议、董事会决议及章程修改补充条文中被告的签字均为他人代签，但关于董事人员的决议内容中洪谦仍为公司董事，而是免除了邓新娣的董事身份，变更董事人员为三人，即便退一步讲该次股东会因未通知全体股东到场而无效，洪谦的董事身份仍未发生变化；第四，1999年12月15日原告召开的第六次股东会决议通过公司董事成员，监事成员按原登记不变，而实际工商登记中董事及监事人员确实与1996年3月16日股东会通过的股东及监事人员一致，第六次股东会决议由被告亲自参与并签名，可视为被告对自己董事身份的再一次确认。被告认为其是在2000年11月6日原告召开的第七次股东大会上才被第一次正式任命为董事，第六次股东大会重新审议通过的董事人员并不包括其在内，但被告既未能说明原董事人员如何变更为新董事人员，又未能对其签字行为系在不知道决议内容的情况下所为提供依据，故本院对被告的上述抗辩理由不予采信。综上，可以认定被告在投资婴童公司时系原告高管。

对于被告入股贝因美公司时是否为原告董事，本院认为，根据工商登记资料显示，被告在2000年11月6日不再担任原告经理，在2002年4月15日不再担任原告董事，而被告投资贝因美公司的时间在被告卸任原告经理及董事之后，故可以确认被告在投资贝因美公司时并非原告董事或高管。2007年7月大榭保健公司成立时，被告系该公司法定代表人，而大榭保健公司的章程明确规定公司的法定代表人由总经理担任并依法登记。而根据公司法第216条规定的高级管理人员，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。由此可见，被告投资贝因美公司时虽非原告高管，但系原告投资控股的子公司大榭保健公司的高管。根据公司法的相关规定，可以行使归入权的主体必须是担任董事、监事或高管的公司，本案中被告投资贝因美公司时系大榭保健公司的高管，母子公司系独立的法人，财务独立核算，因此，可以向被告要求归入贝因美公司的投资收益的主体系大榭保健公司。现大榭保健公司出具情况说明，同意将其可以行使的上述归入权根据《股权转让协议》的约定转让给原股东行使，另一股东也同意由原告主张归入权，两者构成对2012年12月14日的股东会决议的追认，该债权转让行为合法有效，原告据此取得要求被告向其归入投资收益的权利。

关于争议焦点三中第二项，即被告入股婴童公司、贝因美公司的行为是否违反公司法148、149条规定的董事、高管的竞业禁止及忠实义务。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，其中第（五）款为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，自营或者与他人经营与所任职公司同类的业务。对此本院认为，被告的投资行为违反了竞业禁止及忠实义务，理由如下：第一，1999年4月，被告在入股婴童公司时是原告公司董事，2008年6月，被告受让贝因美公司股份时是大榭保健公司的高管，婴童公司系贝因美公司的控股子公司，而原告的经营范围与婴童公司的经营范围在婴幼儿食品销售一项存在重合；第二，2006年2月18日原告股东会通过的章程修正案中规定，股东在投资设立的控股公司任职期间，不得从事为自己或他人谋取属于公司或投资设立控股公司的商业行为，不得自营或为他人从事跟公司或投资设立控股公司经营范围内的业务。2007年7月大榭保健公司成立，公司章程第三十条做出了与公司法第一百四十八条第（五）款相同的规定，即总经理等高级管理人员在未经股东会或董事会同意的情况下，均不得利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会，自营或为他人经营与所任职公司同类的业务。虽然被告投资贝因美公司时仅是原告的股东，但其系原告投资设立的大榭保健公司的法定代表人兼总经理，不论何种身份，在被告投资贝因美公司时其对该投资行为违反公司章程的规定均视为明知，而其在自己写给原告法定代表人的信函中也陈述，在得知贝因美公司要将其提供的保证金转为股权时，其认可这个转股行为是违反公司章程的，但被告既未阻止这个转股行为的发生，也对原告隐瞒了其持有贝因美公司股份的事实，应认定违反了忠实义务；第三，被告在原告及其控股的大榭保健公司担任董事、高管期间，其职责主要是负责奶粉等产品的货源及销售渠道的开发、维护、选择等。而被告作为原告奶粉供应商的婴童公司的股东，在原告的经营活动中，不论是奶粉利润的掌控还是与其他同类产品货源组成比例等方面会存在自身利益与公司利益相互冲突的可能性，而实际上，在其经营期间，公司的奶粉供应商变为贝因美公司一家独大，使得原告经销奶粉的风险增大，不利于公司长期经营。

关于争议焦点四，被告应归入原告的金额。

被告的投资收益分为两部分，即入股婴童公司的投资收益和入股贝因美公司的投资收益。若被告目前仍持有上述两家公司的股份，则需将股份无偿转让给原告，并向原告支付被告持股期间取得的红利及孳息，同时，原告在受让股份及红利的同时，应向被告返还其持股的成本。但被告目前已将其持有的上述两家公司的股票（股份）转让，故关于相关收益按实际取得的金额具体计算。

首先，被告在婴童公司成立时，取得原始股60000股，经增资扩股为141000股。关于被告洪谦投资婴童公司的收益部分确认如下：1.关于现金红利部分：婴童公司股票上市前，双方一致确认被告在2006年之前取得红利55556.94元，取得时间为1999年至2006年期间。现原告同意该部分红利自2007年1月1日起计息至判决确定的履行之日，系其自行处分其民事权利，本院予以确认，计息标准为中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率，符合相关法律规定，故本院确认被告应偿付原告因持有婴童公司股票而获得的现金红利55556.94元及自2007年1月1日起以未付红利为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日止的利息；2.婴童公司的股票转让收益：被告持有的婴童公司的股票在2012年4月12日解除限售上市流通，被告在2012年4月16日至18日将全部股票抛售，获得收益2190826.69元，股票的售价基本符合市场行情，并不存在恶意处分的行为。原告要求按照股票解禁日的收盘价计算收益，并无法律依据，且遗漏了所得税、手续费及应属于案外人虞夏萌的款项，故对原告不合理的部分本院不予支持。因被告于2012年4月18日抛售股票，按照股票交易惯例，资金在2012年4月19日才能到账，故计息起始日应为2012年4月19日，计息标准与红利的孳息计算方式一致，故本院确认被告应偿付原告出售婴童公司股票而获得的收益2190826.69元及自2012年4月19日起以未付收益为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日止的利息；3.关于持股成本，因本案审理过程中，被告持有婴童公司股票的投资款60000元实际系案外人贝因美研究所支付，被告未能举证证明其持有的婴童公司股票系债转股，即无法证明其实际向婴童公司支付了60000元投资款，不能完全排除其无偿取得的可能，故关于持股成本部分，本案中暂不予认定，被告可在充分举证后另行主张。

其次，被告在2008年6月16日受让了贝因美公司734000股股份。关于被告投资贝因美公司的收益部分确认如下：1.关于现金红利部分：根据本院调查所得，被告在持股期间获得2006年度、2008年度两次分红，分别为2008年11月11日分得2006年度红利58650元（已扣取手续费50元）；2010年1月20日分得2008年度红利58700元，合计117350元。虽然被告受让股权的时间为2008年6月16日，但根据《股权转让协议》约定，本次股权转让的基准日为2006年12月31日，故被告取得的2006年的红利虽发生在股权受让之前，但符合协议约定，属于应向原告归入的投资收益。据此本院确认被告应偿付原告其持有贝因美公司股份而获得的现金红利117350元及自取得红利之次日起以未付红利为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日至的利息（其中58650元自2008年11月12日起计息，58700元自2010年1月21日起计息）；2.贝因美公司的股票转让收益：2014年3月31日被告将其持有的贝因美公司734000股股权以2元每股的价格转让给梁佳，取得1468000元对价，同时缴纳个人所得税93600元及印花税734元。被告应归入原告的股份转让收益可自最后一笔转让款收到之次日即2014年4月20日起计息至判决确定的履行之日，计息标准与红利的孳息计算方式一致，故本院确认被告应偿付原告转让贝因美公司股份而获得的收益1373666元及自2014年4月20日起以未付收益为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日至的利息；3.关于持股成本，被告于2007年1月12日通过其配偶陈亚莉向贝因美公司汇款1000000元，该笔款项后于2008年6月16日通过被告与案外人杨文智签署《股权转让协议》被确认为股权转让款，于2014年3月31日将股份转让给梁佳，并分别于2014年3月5日、同年3月28日、4月19日收到转让款300000元、1000000元、168000元，故持股成本1000000元应在上述收益部分予以扣除。原告抗辩认为，被告是无偿受让贝因美公司的股权，理由有：（1）632号审计报告中关于实收资本和应付款记载相互矛盾；（2）被告实际取得了2006年度的分红，说明被告持股时间远远早于支付1000000元款项的时间，被告未能提供此前支付股权转让款的依据，故持股为零成本；（3）与被告同时期受让贝因美公司股份的其他人均为无偿受让股份；（4）被告没有向贝因美公司支付保证金1000000元之必要。对此，本院认为，第一、二项抗辩理由已经在认证部分及本段第3点中阐述，不再重复；关于第三、四项抗辩理由，同一时期他人无偿受让股份，并不能推定被告也是无偿受让的事实，应以签订的《股权转让协议》内容为准，且原告未能充分举证证明没有支付保证金之必要，故上述抗辩理由均不能成立。

第三，关于原告主张要求被告赔偿应恶意低价转让贝因美公司股份造成的损失11978880元。原告认为宁波市中院896号民事判决书认定股东会决议有效，被告在判决生效之日起即应将其持有的贝因美公司股份转让给原告，但被告却以明显低于市场价的金额恶意转让了贝因美公司的股份，损害了原告的合法权益，故要求被告将其已经取得的转让收益按照同一时期贝因美公司委托大公公司作出的944号评级报告认定的股份价值即18.32元每股向原告承担赔偿责任。被告则认为，其按照2元每股的价格将股票转让并无恶意，其持有股份是为财务做账需要，而转让给梁佳也只是将持有的股份归还给公司，取回保证金，故该价格合理。对此，本院认为，被告的股权转让行为构成恶意低价转让，损害了原告的合法权益，理由为：第一，宁波中院于2014年3月7日作出896号民事判决书，驳回洪谦要求确认股东会决议无效的诉讼请求。虽然被告申请再审，但896号民事判决书已经发生法律效力，该判决书确认原告作出的被告入股贝因美公司所得收益归原告所有的股东会决议有效，被告在判决生效后，非但不将股份转让给原告，还无视生效判决擅自将其持有的股份转让，存在恶意；第二，根据原告提供的贝因美公司委托大公公司作出的944号评级报告显示，根据中审亚太会计师事务所作出的贝因美公司2013年审计报告及贝因美公司提供的未经审计的2014年1月-3月的财务报告，经评估确认贝因美公司2014年3月的每股价值为18.32元。该份评估报告是受贝因美公司委托以融资融券为目的而作出的，主要财务资料均由贝因美公司提供，审计机构具有法定资质，具备真实性和公信力。现被告以2元每股的价格转让，远低于股份的实际价值；第三，原告提供了944号评级报告作为价格参考标准，完成了初步的举证责任，现被告认为该份报告内容不能作为参考依据，但未能提供反驳证据，也无法就2元每股的转让价格从何而来作出合理的解释，故被告抗辩理由不成立。

根据944号评级报告确定，贝因美公司股份的市场价值为18.32元每股，现原告以2元每股转让，存在16.32元每股的差额损失，即16.32元/股\*734000股=11978880元。本案中，若被告未将贝因美公的股份转让，则被告需将其持有的734000股股份转让给原告，原告可获得实际收益为股权价值扣除转让过程中应缴纳的所得税及印花税，故原告主张的11978880元应扣除20%的所得税2395776元和万分之五的印花税5989.44元，实际应向原告赔偿损失9577114.56元。至于原告主张该部分赔偿自被告转让股权之日即2014年3月31日起应同时计算利息损失，对此，本院认为，944号评级报告所提供的是被告在转让贝因美公司股份时的一个每股股权的参考价，即便原告可顺利受让该股份，但其因受让该股份后实际享有的权益（亦可以理解为给原告实际造成的损失）并不确定，故根据该评估报告确定的股权参考价与被告处置价之间的差价赔偿已相对公正的弥补了原告的损失，关于该部分差价损失产生的利息损失，无相关法律依据，不应支持。

综上，原告于2012年12月14日作出的《宁波大榭明州投资有限公司股东会决议（二）》符合法律规定，被告应将其投资收益归入原告，并赔偿恶意低价处置其持有的贝因美公司股份给原告造成的损失。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）、（八）项、第二款、第一百四十九条之规定，判决如下：

一、被告洪谦支付原告宁波明州投资有限公司因持有贝因美婴童食品股份有限公司股票而获得的现金红利55556.94元及自2007年1月1日起以未付红利为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日止的利息损失；

二、被告洪谦支付原告宁波明州投资有限公司因转让贝因美婴童食品股份有限公司股票而获得的收益2190826.69元及自2012年4月19日起以未付收益为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日止的利息；

三、被告洪谦支付原告宁波明州投资有限公司因持有贝因美集团有限公司股份而获得的现金红利117350元及自取得红利之次日起以未付红利为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日止的利息（其中58650元自2008年11月12日起计息，58700元自2010年1月21日起计息）；

四、被告洪谦支付原告宁波明州投资有限公司因转让贝因美集团有限公司股份而获得的收益373666元（已扣除持股成本1000000元）及自2014年4月20日起以未付收益为基数按中国人民银行同期（一年至三年）同类贷款基准利率计算至判决确定的履行之日至的利息；

五、被告洪谦赔偿原告宁波明州投资有限公司经济损失9577114.56元；

上述第一项至第五项付款义务，限被告洪谦在本判决生效后十日内履行完毕；

六、驳回原告宁波明州投资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》第二百五十三条及相关司法解释之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息（加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×万分之一点七五×迟延履行期间）。

本案受理费142754元，由原告宁波明州投资有限公司负担52597元，被告洪谦负担90157元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省宁波市中级人民法院。

（此页无正文）

审　判　长　　戎　绒

人民陪审员　　柯亚顺

人民陪审员　　姚亚玉

二〇一六年九月十三日

代书　记员　　陆　增