浙江省宁波市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）浙02民终3822号

上诉人（原审原告）：宁波明州投资有限公司。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。

委托诉讼代理人：任剑明，男，该公司股东。

委托诉讼代理人：周文献，浙江元甬律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：洪谦，男，1957年9月16日出生，汉族，宁波鄞州明贝堂中医门诊部员工，住宁波市鄞州区。

委托诉讼代理人：谢银忠，浙江正清和律师事务所律师。

委托诉讼代理人：谢凤展，浙江正清和律师事务所律师。

上诉人宁波明州投资有限公司（以下简称明州投资公司）、洪谦因损害公司利益责任纠纷一案，均不服宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞商初字第544号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年11月28日立案后，依法组成合议庭，经阅卷和询问当事人，决定不开庭审理。本案现已审理终结。

明州投资公司上诉请求：撤销一审判决，依法改判支持明州投资公司一审的全部诉讼请求。事实和理由：一、一审法院认定洪谦持有的贝因美婴童股份有限公司（以下简称贝因美婴童公司）的235000股股权中，洪谦实际持有股权141000股，获得投资收益为2190826.69元，94000股股权的实际所有人系案外人虞夏萌是错误的。涉案235000股股权收益应全部归付明州投资公司。（一）洪谦持有贝因美婴童公司100000股原始股权的投资款100000元是杭州贝因美应用技术开发研究所（以下简称贝因美研究所）于1999年3月26日支付，并不是洪谦于1998年11月6日支付现金60000元。根据贝因美婴童公司工商登记资料，这是两笔不同的款项，是贝因美研究所于1999年3月26日出资100000元，而非洪谦于1998年11月6日支付60000元。没有证据证明洪谦的60000元转化为洪谦的60000股股权投资款，更没有证据证明虞夏萌有40000元款项转为40000股股权投资款。（二）洪谦提供的贝因美婴童公司股票交割单，股票出售人都是洪谦，不是虞夏萌，不能证明股票是虞夏萌的，也不能证明是虞夏萌委托洪谦出售的；股票交割单、转款凭证、虞夏萌的证明、洪谦的陈述自相矛盾。洪谦在一审第一次庭审中陈述其235000股股票出售，其中94000股是虞夏萌的，其支付虞夏萌的股权出售所得是1818837.70元，虞夏萌出具的证明也印证其收到股票出售款1818837.70元，但洪谦提供的股票交割单显示，94000股股票的交易金额只有1386817.80元，比洪谦陈述和虞夏萌证明的金额少431970元（扣除手续费50元）。在一审法院查明交易金额与洪谦在一审第一次庭审中陈述不一致的情况下，洪谦改口说该431970元与本案无关，但未作出合理的解释，且与虞夏萌的证明不一致，互相矛盾，更证明洪谦所谓的代虞夏萌持股94000股不是事实。（三）工商登记资料证明，洪谦最早持有贝因美婴童公司的股票是100000股，增资扩股后持有235000股，在工商登记与公司内部股权证书不一致时，应以工商登记为准。（四）一审法院仅凭洪谦提供的与工商登记时间和内容均不一致的，1998年11月6日的60000元交款单和贝因美婴童公司的内部股权证书，就认定洪谦持有贝因美婴童公司的股权是60000股，虞夏萌持有40000股，证据不足，认定事实错误。（五）原明州投资公司的股东会决议中注明洪谦实为60000股，是听信洪谦当时的陈述而作出，后经明州投资公司调查核实，工商登记洪谦持有的原始股权是100000股，因此，洪谦实际持有的股权数额，应按照工商登记的数额确认。（六）根据洪谦一审提供的其与虞夏萌的股权证书反映，洪谦持有的是普通股，而虞夏萌持有的是优先股，贝因美婴童公司上市的是普通股，章程规定的也是普通股，故洪谦持有的股权与虞夏萌的股权不是同一性质，进一步说明，洪谦的股权全部是由其自己持有，没有证据证明为虞夏萌代持40000股股权的事实。明州投资公司一审提供的证据，已经完全能够证明洪谦无对价实际持有贝因美婴童公司原始股100000股，增资扩股后持有235000股，即235000股贝因美婴童公司的股权都是洪谦的，与之有关的股权收益均应归付给明州投资公司；二、一审法院认定洪谦的1000000元贝因美集团有限公司（以下简称贝因美集团公司）734000股持股成本应在收益中扣除是错误的，明州投资公司有充分的证据证明洪谦取得贝因美集团公司734000股股权没有支付对价。（一）贝因美集团公司2008年度审计报告反映，贝因美集团公司的实收资本中，洪谦持有734000股，审计报告中同时出现其他应付款项中——应付洪谦配偶陈亚莉1000000元，说明洪谦实收资本734000元和应付陈亚莉的1000000元同时存在的事实。按照洪谦的说法，其配偶陈亚莉2007年1月支付贝因美集团公司的1000000元款项，作为2008年6月受让734000股股权的转让款，则贝因美集团公司2008年度审计报告反映就不应同时存在应付陈亚莉1000000元。实际是该1000000元仍作为贝因美集团公司应付陈亚莉的应付款挂账，说明该款没有转为股权转让款。而洪谦没有举证证明其另外支付1000000元股权投资款，说明洪谦取得734000股股权没有支付股权转让款。（二）根据洪谦2008年6月16日与案外人杨文智签订的《股权转让协议》，股权转让的基准日为2006年12月31日，该基准日之前的股东权利和义务由原股东享有和承担，洪谦享有和承担的是该基准日之后的权利和义务。但根据一审法院调查，洪谦在2006年就参与734000股股权分红（明州投资公司怀疑之前还有分红），证明其实际持有734000股股权时间早于2006年，从而证明洪谦2008年6月受让股权是假的，其股权早就由他人代为持有。而洪谦除陈亚莉支付的1000000元外，至今没有提供证据证明支付过股权转让款，从而再次证明洪谦持有贝因美集团公司734000股股权没有支付对价。（三）明州投资公司一审提供的证据证明，明州投资公司不需要洪谦为其支付贝因美集团公司保证金1000000元，洪谦也不可能为明州投资公司的利益而牺牲自己的利益，瞒着明州投资公司支付贝因美集团公司保证金1000000元。根据1000000元的汇款过程，结合洪谦2008年写给明州投资公司董事会的信件，以及洪谦妹夫案外人徐英豪与贝因美集团公司业务结算需要支付较大终端费用的事实，可以确定该款是洪谦与贝因美集团公司另外用途的款项，而非734000股股权转让款。（四）贝因美集团公司出具的《情况说明》，与贝因美集团公司2008年度审计报告及一审法院调取的贝因美集团公司2006、2008年股东会决议、分红等情况矛盾，且该说明是在明州投资公司与洪谦已经诉诸法律情况下出具的，而贝因美集团公司与洪谦存在一定的利害关系，故该证据不具有实质真实性，应以经第三方审计的审计报告和股东会决议原始记载为准。（五）明州投资公司一审提供与洪谦同时期受让贝因美集团公司股权的6个受让人均是无偿受让股权的证据。在2010年分红时，其中2个由自己出资的部分股权，按照持股金额的94%分红，无偿受让持有的部分股权均未分红，而洪谦2010年也是放弃分红。以上事实可以证实，洪谦持有贝因美集团公司股权系无偿受让，没有支付对价。明州投资公司一审提供的证据，充分证明洪谦取得贝因美集团公司734000股股权没有支付对价的事实，故734000股股权收益不应扣减1000000元持股成本；三、明州投资公司一审提供的证据均真实、合法，且与本案存在实质关联，完全能够证明其要证明的事实。对于一审法院对明州投资公司证据的认证部分，与明州投资公司原要证明的事实不符的，明州投资公司的意见仍与一审一致。综上，一审法院认定事实部分错误，导致最终认定结论部分错误、判决结果部分错误。

洪谦针对明州投资公司的上诉辩称，一审法院认定洪谦持有的贝因美婴童公司235000股中的60%归洪谦，40%为虞夏萌正确，由洪谦一审提供的浙江省杭州市企业统一收款收据2份、浙江贝因美科工贸股份有限公司（以下简称贝因美科工贸公司）股权证书2份、贝因美科工贸公司股东名录1份可以证明，且明州投资公司2012年12月14日的股东会决议及洪谦起诉明州投资公司要求确认股东会决议无效纠纷案件审理中双方已经确认该持股比例。一审法院认定洪谦持有的贝因美集团公司734000股的持股成本1000000元系洪谦配偶陈亚莉汇付的事实正确。请求驳回明州投资公司的上诉请求。

洪谦上诉请求：撤销一审判决，查明事实后依法改判驳回明州投资公司一审的诉讼请求。事实和理由：一、一审法院认定洪谦的两次入股行为违反明州投资公司章程及《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）规定的竞业禁止和忠实义务存在错误。（一）一审法院认定洪谦1999年3月入股贝因美婴童公司时为公司董事错误。1.一审法院认定“1994年11月3日，明州投资公司召开首届股东大会，选举产生董事会，由项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦4个董事组成”不正确，实际情况是当时并没有召开股东会，选举洪谦担任董事洪谦也没有接到过任何通知，仅仅是由项志秋加盖两家公司（法人股东）的公章而已。且在一审以及其他案件的审理过程中，明州投资公司没有举证证明洪谦行使过任何董事职权。2.一审法院以“洪谦未举证证明自己对公司公章丧失控制权……推定洪谦明知并认可被选举为董事”属于举证责任分配错误。洪谦作为1993年刚入职的小职员，虽被确定为明州投资公司其中一家法人股东的法定代表人，但没有行使法定代表人职权，且明州投资公司在一审庭审中承认公章非洪谦保管，也没有举证证明洪谦具有公章的控制权，一审法院将举证责任分配给洪谦没有任何法律依据。3.一审法院认定“1994年11月13日明州投资公司章程中洪谦的落款是以董事的身份作出”错误。按照该公司章程第十五条第十二项，修改公司章程是股东会的权利，公司章程第五章董事会的权利中并没有修改公司章程的描述，且落款处又有“代表”字样，因此，洪谦在公司章程中的落款当然是法人股东的代表身份，一审法院对此的认定存在逻辑错误。4.一审法院认定“1996年3月16日的股东会决议是洪谦对董事身份的再一次确认”存在错误。洪谦在之前既没有被通知被选举为董事，也没有行使过任何董事职权，之前所有的股东会、董事会要么没有签名，要么别人代签，而该股东会决议也没有任何能体现洪谦“董事”身份的描述，一审法院在这种情况下认定洪谦再次确认自己的董事身份实在可笑。5.从双方一审提供的证据可以清楚看出，洪谦自1994年进入明州投资公司以来，在1996年3月公司股权变动时受让公司8%的股份，1999年12月股份变为4%，一直在公司销售部门工作，直至2000年11月6日宁波大榭开发区明州保健食品有限公司第七次股东会被选举为董事，之前并不知道自己是公司董事、经理，也没有行使任何董事、经理职权。6.公司高级管理人员（以下简称高管）的认定应当从以下两方面进行判断。（1）公司在归入权诉讼时应当提供充分证据证明当事人在公司被任命为董事、监事、高管的证据，即形式审查。（2）在判断当事人是否为高管时，应结合形式和实质审查，即根据当事人是否享有公司高管的职权并履行高管职责，结合当事人对外意思表示、对内职权的汇报层级、签署重要文件情况、参加重要会议等具体事实进行判断。本案中，明州投资公司没有提供任何有证明力的证据，能够证明洪谦在2000年11月6日之前被告知董事身份，更没有洪谦行使董事职权的任何证据，一审法院的认定没有任何证据支持。（二）一审法院认定洪谦入股贝因美婴童公司、贝因美集团公司的行为违反公司法第一百四十八条、第一百四十九条规定的竞业禁止和忠实义务错误。1.一审法院认定洪谦入股贝因美集团公司违反“2007年7月成立的宁波大榭开发区明州保健食品有限公司（以下大榭保健公司）章程第三十条和公司法第一百四十八条第一款第五项的总经理等高管在未经股东会或者董事会同意的情况下，均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，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”属于概念性错误。（1）所谓商业机会，是赢得客户、获取商业利润的机会，并不是公司经营中的所有信息都是公司机会，应当考虑这一商业机会是否公司所需或者追寻、公司是否就该机会进行过谈判、公司是否为追寻该机会投入过人力、物力、财力。本案中，洪谦与贝因美集团公司并不存在业务往来，两者也没有任何互相入股的意向。因此，洪谦入股贝因美集团公司的行为，并不是公司法第一百四十八条第一款第五项规定的“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”。（2）洪谦参股行为本身并不构成“自营或者为他人经营”。“自营或者为他人经营”的核心要件在于“经营（为自己或者为他人）”。对“经营”一词虽无法定解释，但在工商管理领域共同的理解为：“经办管理”，单纯的参股行为显然并不构成“经营”行为。否则，任何的个人投资者，如果同时购买两家同行业上市公司的股票，或者一家公司的工作人员（高级管理人员或者普通员工）购买另一家同行业上市公司的股票，均将构成违反忠实义务的违法行为，且收入将被收归所任职公司。2.一审法院认定的“洪谦入股贝因美集团公司会存在自身利益与公司利益冲突的可能性”并不存在。（1）贝因美集团公司并不销售奶粉，与明州投资公司并不存在任何业务冲突。（2）洪谦虽在2007年7月成立的大榭保健公司作为法定代表人，但实际上洪谦仅负责销售部门，且洪谦是承包经营该部门，洪谦在一审中提供的集资方案、内部集资金额明细表等证据，可以充分证明洪谦所在部门员工的收入是与销售业绩直接挂钩，是承包性质；二、一审法院的判决金额计算方式没有任何法律依据。（一）一审法院按照洪谦的股权出售价格及分得红利计算赔偿金额没有法律依据。1.退一万步讲，洪谦即使违反忠实义务，按照明州投资公司章程，洪谦在明州投资公司初始认缴出资额为300000元，另2006年2月28日股东会通过的章程修正案第三十条规定，损害公司和股东利益须承担初始认缴出资额的5倍赔偿金给公司和其他股东。按照章程计算，洪谦最多赔偿公司1500000元，而不是一审法院计算的12264514.20元及相应的利息。2.明州投资公司是有限责任公司，在公司章程有约定且该条款没有违反公司法的情况下，应当尊重公司意思自治，既然公司章程已经对违反忠实义务有约定应该按约定，一审法院的计算方式明显错误。（二）关于洪谦入股贝因美婴童公司问题。一审法院在判决时对洪谦投入的60000元本金不予认定存在错误，洪谦提供的证据已经充分证实该60000元系借款转换而来，且洪谦已经向一审法院提供60000元收据予以证明。（三）关于洪谦入股贝因美集团公司问题。一审法院按照贝因美集团公司委托大公国际资信评估有限公司（以下简称大公公司）作出的“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）显示，根据中审亚太会计师事务所作出的贝因美集团公司2013年度审计报告及贝因美集团公司提供的未经审计的2014年1月至3月的财务报告，以贝因美集团公司2014年3月的股价为18.32元/股作为计算依据属于常识性错误。1.该评级报告前言明确指出，报告的分析及结论只能用于决策参考，不构成任何买入、持有或者卖出等投资建议，即该评级报告认定的所有者权益3941360000元并不是公司的实际价值。且贝因美集团公司并不是上市公司，一审法院以该评级报告为依据计算股价，没有任何法律依据。2.从一审法院依职权调取的资产负债表可以看出，所有者权益为419147062.37元，股本为212740000元，合计1.97元/股。3.洪谦在一审中已经提供贝因美集团公司出具的情况说明，该情况说明清楚陈述洪谦入股的具体原因，且从一审法院调取的分红记录也可以推断出洪谦的入股仅仅是保证金转股，并没有同其他股东一样享受股东权利。4.洪谦以2元/股转让并不存在恶意出售，一审法院调取的贝因美集团公司的资产负债表显示股价为1.97元/股，洪谦以2元/股转让并没有降低实际售价，且也能与贝因美集团公司出具的情况说明相印证，进一步说明该次入股原因的真实性。

明州投资公司针对洪谦的上诉辩称，一、洪谦的第一点上诉理由不成立，洪谦作为股东和高管，实施违反对公司忠实义务的行为，事实清楚。（一）洪谦入股贝因美婴童公司时是明州投资公司高管，事实清楚。1.洪谦的高管身份和违反忠实义务的事实已经被生效判决确认。洪谦是明州投资公司的高管，其担任高管期间，违反对公司的忠实义务，实施损害公司利益的行为，已经被浙江省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（以下简称896号民事判决）和浙江省高级人民法院（以下简称浙江高院）（2014）浙商提字第86号民事判决（以下简称86号民事判决）确认。2.洪谦关于其没有保管公司印章及对印章没有控制权的上诉理由不能成立。洪谦是投资设立并控股明州投资公司90%股权的明州保健公司的法定代表人，对印章的保管和使用以及印章使用违反其意愿的举证责任，应该由洪谦承担。如违法使用和失控，其早就报案或举报了，但其没有举证证明印章失控和违法使用，则印章的使用均应该认定为其认可或者授权。3.洪谦关于“在章程上签名不是董事签名”的上诉理由不能成立，其在章程上签名就是作为董事签名。明州投资公司设立时有2个法人股东，如章程中洪谦是作为法定代表人签名就只要2个签名，而章程签署页却有6个代表签名栏，除了2个法人股东签章，其他只能是董事签名，这与章程规定的董事人数4人相对应，且实际签名人也是明州投资公司报工商登记的4个董事。4.洪谦关于1996年3月16日股东会决议不是对董事身份再确认的理由不能成立。1996年3月16日股东会决议虽没有洪谦签名，但8个股东中7个股东选举洪谦继续担任董事，自然是对其身份的再确认。5.不管从形式还是实质判定，洪谦都是高管。明州投资公司提供的工商登记资料、董事会决议、股东会决议、洪谦自认经理笔录、职务工资最高的工资单、财务审批凭证等，已经从形式和实质证明洪谦是高管。6.明州投资公司提供的证据充分证明洪谦入股贝因美婴童公司时是高管。（1）明州投资公司设立时的设立登记资料、董事会成员、经理、监事成员表、首届股东会决议、董事会决议均显示洪谦为明州投资公司的董事和经理，是公司高管。（2）洪谦在明州投资公司设立时向工商部门报备的章程上亲笔签名，确认其为公司董事。（3）明州保健公司委托项志秋、邓新娣办理明州投资公司注册登记事项的委托证明，证明公司股东同意被委托人代其签署相关文件的事实。（4）明州投资公司1996年3月16日的股东会、监事会决议对明州投资公司董事、监事进行改选，洪谦仍被选举为公司董事和经理。该股东会决议上虽没有洪谦的签名，但其余股东一致通过决议，该决议对公司和股东是有效的，具有约束力，而洪谦一直没有提出辞去董事职务的申请，因此洪谦仍是公司董事。（5）明州投资公司1999年12月15日第六次股东会决议审议通过公司董事、监事按照原登记不变，该决议洪谦亲笔签名通过。该决议未载明新董事名单，而原来工商登记的公司董事中，洪谦一直为董事，洪谦也没有证据证明工商登记有其他记载，其也不能举证与原登记一样的董事是其他人，说明洪谦一直来确认并清楚其董事、经理身份。2000年11月6日，洪谦再次被选举为董事，也证明其一直是公司董事。（6）明州投资公司1997年4月的奖金发放表、1996年至1998年工资单以及支票存根、委托付款书、1999年第一季度业务考核明细表、宁波大榭开发区国家税务局询问笔录、汕头市时代生物开发公司委托书、证人证言等证明洪谦收入明显高于其他普通员工，职务工资最高，洪谦拥有向业务单位付款、发放员工奖金的权利、工资奖金发放单排序居第一，证明其为明州投资公司董事、经理，并履行高管职权的事实。（7）明州投资公司2012年12月14日的股东会，共16个自然人股东，其中15个股东确认洪谦是董事、经理。（二）洪谦的行为，违反公司法规定的竞业禁止和忠实义务，事实清楚。1.洪谦认为参股行为不构成自营，不违反竞业禁止的理由不能成立。自营是指企业或者个人为了谋取一定经营利益而进行的一种商业经营行为。其不仅仅指与他人或者企业间的商业经营行为，也包括与他人合伙、合作或者入股其他企业。忠实义务是指公司高管在执行职务时所承担的以公司利益作为自己行为和行动的最高准则，不得追求自己和他人利益的义务。关于竞业禁止，《中华人民共和国合伙企业法》第三十二条规定，合伙人不得与他人合作经营与合伙企业相竞争的业务。洪谦作为明州投资公司的高管，明知公司章程规定股东、高管不得持有其他经营同类业务公司的股权，仍故意持有与公司有竞争关系的贝因美婴童公司的原始股权，违反章程规定的对公司的忠实义务和竞业禁止，与贝因美婴童公司发生大量业务关系，再次违反对公司的忠实义务和竞业禁止。2.一审法院认定“洪谦入股贝因美集团公司会存在自身利益与公司利益冲突的可能性”完全正确。洪谦在任职明州投资公司及控股公司高管期间，压缩明州投资公司与其他公司的业务，增加与贝婴美集团公司的业务，扣押其他公司的业务款项，多付贝婴美集团公司款项，就是在明州投资公司利益与其在贝婴美集团公司的自身利益冲突时，其损害公司利益，照顾自身利益的直接表现。洪谦诉称其是承包经营的理由也不能成立，因其并没有举证证明是承包关系；二、洪谦认为一审法院判决金额计算方式没有法律依据的上诉理由不能成立。（一）一审法院按照洪谦出售贝因美婴童公司股权的价格及分得红利计算归入金额，有明确的法律依据。1.公司法第一百四十八条第二款规定，董事、高管违反该条规定的所得收入应当归公司所有。洪谦持有贝因美婴童公司股权，且排挤其他公司业务，并与贝因美婴童公司交易，就是违反对公司的忠实义务，损害公司利益的行为，其所得依法应当归入。2.归入与赔偿是两个不同的法律关系，不能混同，至于洪谦所述5倍的赔偿问题，与本案归入金额没有关联。（二）一审法院对洪谦的60000元本金不予认定完全正确，该60000元与本案没有关联。洪谦持有的贝因美婴童公司100000股原始股，并没有实际投入，该100000元是由贝因美研究所投资，其没有证据证明是由其所谓的60000元转换而来。（三）关于入股贝因美集团公司股价的计算问题，一审法院计算正确。1.一审法院是依据经审计的2013年度审计报告，确定股价为18.32元/股，已经未计算贝因美集团公司2014年1月至3月的权益，如按其未经审计的至2014年3月的财务报告，每股的价值还要高。2.洪谦以未经审计的贝因美集团公司2013年度资产负债表显示的数据作为认定每股股价的依据，完全错误。作为上市公司的控股公司，其资产每年必须进行审计，这是常识。经审计确定的资产是真实、有效的，也是确定股价的唯一依据。洪谦将未经审计的贝因美集团公司财务报告作为认定股价的依据，这是常识性错误。3.关于洪谦持有贝因美集团公司股权是保证金转股还是无对价持股，按照2元/股出售是真实买卖还是恶意出售问题，明州投资公司答辩如下：其一，洪谦没有证据证明734000股股权是其所谓的1000000元保证金转股。（1）明州投资公司无需洪谦支付保证金。（2）洪谦配偶陈亚莉支付的1000000元保证金没有转为股权转让款。（3）洪谦没有提供证据证明除其配偶陈亚莉支付1000000元外，另外支付贝因美集团公司任何款项。（4）洪谦于2006年就取得股权分红款，更证明洪谦取得股权未支付对价。（5）贝因美集团公司2010年的股东会决议和公司工商登记资料足以推断洪谦持股是无对价的。该决议反映，正常投资人的分红比例为94%，而与洪谦同时无偿受让股权股东的受让部分股权没有分红或者只有10%的分红。且正常投资的股东，不可能放弃分红，只有无对价持股才会放弃分红或者少分红。其二，洪谦以2元/股出售是恶意低价出售。（1）从时间节点看，洪谦明知其无权处分，却仍然未经明州投资公司同意擅自恶意低价进行处分，主观恶意明显。（2）从转让的价格看，明显低于实际价格。综上，洪谦的上诉理由没有事实和法律依据，请求依法驳回其上诉请求。

明州投资公司向一审法院起诉请求：一、洪谦立即将其原持有的贝因美婴童公司（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）归入明州投资公司所有；二、洪谦将其持有的贝因美集团公司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）归入明州投资公司所有。明州投资公司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），洪谦获取贝因美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洪谦实际取得为准；2.洪谦在2008年6月取得贝因美集团公司股份734000股，根据贝因美集团公司2013年度审计报告，2013年贝因美集团公司的股本金为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896号民事判决生效后，洪谦明知734000股股权及相关收益应当归公司所有，其已经无权处分，但其仍于2014年3月31日将上述股权以2元/股的超低价格恶意转让给他人，损害明州投资公司权益，因此，洪谦应当按照18.32元/股的价格赔偿明州投资公司损失13446880元。洪谦持股期间的现金红利（最终以实际应得为准）也应当偿付明州投资公司。为此，明州投资公司认为，洪谦在持有的贝因美婴童公司股权收益实现后，非法占有，应支付明州投资公司占有该收益期间的利息，同时，因其恶意转让贝因美集团公司股权的行为给明州投资公司造成损失，洪谦需赔偿相应的损失。为此，明州投资公司变更诉讼请求为：一、洪谦立即偿付明州投资公司其原持有贝因美婴童公司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、洪谦支付明州投资公司以235000股股权收益5441096元为基数、自2012年4月12日起至判决确定履行之日止按中国人民银行同期（1年至3年）贷款利率6.65%计算的利息（暂计算至2015年4月12日为1085498.65元），并支付明州投资公司以235000股股权现金红利为基数自取得之日起至判决确定履行之日止按中国人民银行同期（1年至3年）贷款利率6.65%计算的利息；三、洪谦赔偿明州投资公司因其恶意处分应归入明州投资公司的贝因美集团公司734000股股权及收益而给明州投资公司造成的损失13446880元，并赔偿以上述损失金额为基数、自2014年3月31日起至判决履行之日止按中国人民银行同期（1年至3年）贷款利率6.65%计算的利息损失（暂计算至2015年4月12日为923616.45元）；四、洪谦立即偿付明州投资公司其持有贝因美集团公司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至判决确定之日止按中国人民银行同期（1年至3年）贷款利率6.65%计算的利息损失。一审审理期间，明州投资公司再次变更第三、四项诉讼请求为：洪谦立即偿付明州投资公司其持有贝因美集团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，赔偿自取得之日起至判决确定履行之日止按中国人民银行同期（1年至3年）同类贷款基准利率计算的利息；洪谦另需赔偿明州投资公司恶意转让贝因美集团公司股权造成明州投资公司可取得的收益损失11978880元，并赔偿自2014年3月31日起至判决确定履行之日止按中国人民银行同期（1年至3年）同类贷款基准利率计算的利息损失。

一审法院认定事实：一、关于明州投资公司、洪谦就撤销公司决议、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，明州投资公司召开股东大会并作出决议，在认为洪谦投资贝因美婴童公司及贝因美集团公司的行为违反公司法第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条和公司章程有关规定的基础上，要求洪谦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，宁波市北仑区人民法院（以下简称北仑法院）受理洪谦诉明州投资公司的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（2012）甬仑榭商初字第85号民事判决（以下简称85号民事判决），认为明州投资公司在会议召集程序上已经违反法律规定，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，明州投资公司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贝因美婴童公司投资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集团公司原始股股份734000股。洪谦未经股东会同意，利用职务便利自营或者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，北仑法院受理洪谦诉明州投资公司的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）》无事实和法律依据，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（2013）甬仑商初字第275号民事判决（以下简称275号民事判决），认为洪谦在投资贝因美婴童公司和贝因美集团公司时并非明州投资公司及其控股子公司的高管，明州投资公司与贝因美婴童公司、贝因美集团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。

明州投资公司不服北仑法院作出的275号民事判决，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，认为洪谦入股贝因美婴童公司时系明州投资公司董事，入股贝因美集团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，根据大榭保健公司和贝因美集团公司工商登记资料显示，两家公司存在同类的经营范围，故洪谦投资贝因美婴童公司和贝因美集团公司的行为违反明州投资公司章程规定的义务和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，一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，并驳回洪谦的诉讼请求。

洪谦不服宁波中院作出的896号民事判决，向浙江高院申请再审，浙江高院于2014年7月22日裁定提审宁波中院896号案件，并于2014年11月5日作出86号民事判决，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，该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，故该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和洪谦与上述两家公司之间的关系。

明州投资公司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，设立时的股东为宁波明州保健食品公司（以下简称明州保健公司）（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，公司更名为明州保健公司）、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2个法人股东，转变为包括洪谦在内的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，该公司名称变更为明州投资公司。

2007年7月，明州投资公司与宁波明州大药房有限公司（以下简称明州大药房公司）共同设立大榭保健公司（与明州投资公司成立时的名称一致），洪谦出任该公司的法定代表人兼总经理。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。其中明州大药房公司的股东为明州投资公司及与明州投资公司股东一致的16个自然人股东，其中明州投资公司持股7%，16个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2个法人股东将其持有的公司全部股权转让给案外人杨志勇、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日办理工商变更登记手续。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。同日，明州大药房公司出具情况说明一份，同意由明州投资公司向洪谦主张权利。

根据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）提供的工商登记资料和答复确认如下内容：1.1994年11月3日，明州投资公司召开首届股东大会，作出股东会决议，会议一致审议通过《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4个董事组成，会议选举产生监事会，由任剑明、胡立君、康桂芬3个监事组成。该决议由股东明州保健公司、鄞县医药药材公司明州药房盖章；2.1994年11月3日，明州投资公司召开首届董事会，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。落款处有2个法人股东的印章，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2个法人股东盖章外，项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦均作为代表签名，签名属实；4.1994年12月10日，明州投资公司的2个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，明州投资公司召开股东大会，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。该决定无洪谦签名；同日，明州投资公司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；也在同日，明州投资公司通过章程修改补充条文，但落款处洪谦的签名并非其本人所签；6.1999年12月15日，明州投资公司召开第六次股东会，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。包括洪谦在内的16个股东签名确认；7.2000年11月6日，明州投资公司召开第七次股东会，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个股东签名确认；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日起不再担任明州投资公司经理，2002年4月15日起不再担任明州投资公司董事。

2006年2月18日，明州投资公司召开股东会，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，即在公司或者在投资设立控股公司任职或者退休、离职、辞职、辞退除名后5年内不得从事为自己或者他人谋取属于公司或者投资设立控股公司的商业行为，不得自营或者为他人从事公司或者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、高管、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5年内不得从事公司或者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第七项赔偿，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。洪谦在该决议上签名。

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，总经理等高管不得有下列行为：……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……总经理等高管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、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，贝因美科工贸公司注册成立，洪谦作为原始投资人持有该公司股份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日汇入贝因美婴童公司账户。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，该公司经中国证券监督管理委员会审批公开上市（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日至18日，洪谦将其持有的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。现双方确认洪谦持有的贝因美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，贝因美科工贸公司名称变更为贝因美婴童公司。

2007年1月12日，洪谦通过其配偶陈亚莉向贝因美集团公司支付1000000元。2008年6月16日，洪谦从案外人杨文智处受让取得贝因美集团公司股权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集团公司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。”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，洪谦将其持有的贝因美集团公司的上述股权转让给公司股东案外人粱佳，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集团公司734000股股权转让给受让方；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、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），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集团公司委托，根据贝因美集团公司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、持有或者卖出等投资建议。根据中审亚太会计师事务所作出的贝因美集团公司2013年度审计报告及贝因美集团公司提供的未经审计的2014年1月至3月的财务报告，2014年3月，贝因美集团公司的所有者权益为3941360000元，股本为212740000元，即18.32元/股。一审法院依职权向杭州市滨江区国家税务局调取的贝因美集团公司资产负债表显示，所有者权益为419147062.37元，股本为212740000元，即1.97元/股。贝因美集团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，洪谦书信明州投资公司法定代表人项志秋，陈述其取得贝因美集团公司股份的过程，即2007年初因贝因美集团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，后因贝因美集团公司财务做账需要，将1000000元转为734000股股份。此后，明州投资公司于2012年6月5日召开股东会，决议要求洪谦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，明州投资公司向洪谦发送《关于洪谦违反公司法行为的所得应当归公司所有的通知》，要求洪谦根据宁波中院及浙江高院的生效判决，履行2012年12月14日的股东会决议，限洪谦于收到通知之日起15日内将违法投资所得归入明州投资公司。洪谦于2015年2月4日收到该通知后未作表示。

另认定，在经营过程中，明州投资公司及其投资设立的大榭保健公司与贝因美婴童公司有业务往来，主要为明州投资公司和大榭保健公司经销贝因美婴童公司生产的贝因美奶粉等产品。

一审法院认为，关于案件争议焦点一，即明州投资公司之诉是否超过诉讼时效期间，因诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起算。虽然洪谦的投资行为发生较早，但该投资行为一直处于持续状态。洪谦未能举证证明明州投资公司在其投资贝因美婴童公司、贝因美集团公司时已经知情，故诉讼时效期间不应自投资行为发生时起算。现洪谦在2012年5月29日向明州投资公司法定代表人项志秋发函，明州投资公司在2012年6月5日即第一次召开讨论处置洪谦对外投资行为的股东大会并作出相关决议，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。故明州投资公司在浙江高院86号民事判决生效后提起诉讼，并未超过诉讼时效期间。

关于争议焦点二，即案件是否需要对明州投资公司作出的要求洪谦将其投资收益归入公司的股东会决议进行实质审查，对此，因浙江高院86号民事判决虽以股东会召集程序、表决方式未违反法律、行政法规或者公司章程的规定，决议内容属于法定范围为依据，驳回洪谦的再审请求，但该判决中同时明确表述案件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，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，即洪谦入股贝因美婴童公司、贝因美集团公司时是否为明州投资公司董事，对此，根据工商局大榭分局提供的工商登记资料及答复可以证实洪谦的董事身份：第一，洪谦作为法定代表人的法人股东明州保健公司及另一股东鄞县医药药材公司明州药房在1994年11月3日明州投资公司首届股东大会上盖章，该股东会选举洪谦为4个董事之一，在洪谦未举证证明其对明州保健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洪谦明知并认可；第二，明州保健公司及洪谦同时盖章签名的1994年11月13日明州投资公司章程确认董事人数为4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，因此洪谦在该章程后的落款应为其作为董事的身份作出，而非洪谦所称的公司代表身份，进一步明确洪谦的董事身份；第三，虽1996年3月16日明州投资公司召开的股东大会决议、董事会决议及章程修改补充条文中洪谦的签名均为他人代签，但关于董事人员的决议内容中洪谦仍为公司董事，而是免除邓新娣的董事身份，变更董事人员为3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日明州投资公司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洪谦亲自参与并签名，可视为洪谦对自己董事身份的再一次确认。洪谦认为其是在2000年11月6日明州投资公司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，但洪谦既未能说明原董事人员如何变更为新董事人员，又未能对其签名行为系在不知道决议内容的情况下所为提供依据，故对洪谦的上述抗辩理由不予采信。综上，可以认定洪谦在投资贝因美婴童公司时系明州投资公司高管。

对于洪谦入股贝因美集团公司时是否为明州投资公司董事，根据工商登记资料显示，洪谦在2000年11月6日不再担任明州投资公司经理，在2002年4月15日不再担任明州投资公司董事，而洪谦投资贝因美集团公司的时间在洪谦卸任明州投资公司经理及董事之后，故可以确认洪谦在投资贝因美集团公司时并非明州投资公司董事或高管。2007年7月大榭保健公司成立时，洪谦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。而根据公司法第二百一十六条规定的高管，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，洪谦投资贝因美集团公司时虽非明州投资公司高管，但系明州投资公司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，案件中洪谦投资贝因美集团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，可以向洪谦要求归入贝因美集团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，另一股东也同意由明州投资公司主张归入权，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，明州投资公司据此取得要求洪谦向其归入投资收益的权利。

关于争议焦点三中第二项，即洪谦入股贝因美婴童公司、贝因美集团公司的行为是否违反公司法第一百四十八条、第一百四十九条规定的董事、高管的竞业禁止和忠实义务。公司法第一百四十八条规定，董事、高管不得有下列行为，其中第一款第五项为：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，该院认为，洪谦的投资行为违反竞业禁止和忠实义务，理由如下：第一，1999年3月，洪谦在入股贝因美婴童公司时是明州投资公司董事，2008年6月，洪谦受让贝因美集团公司股份时是大榭保健公司的高管，贝因美婴童公司系贝因美集团公司的控股子公司，而明州投资公司的经营范围与贝因美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日明州投资公司股东会通过的章程修正案规定，股东在投资设立的控股公司任职期间，不得从事为自己或者他人谋取属于公司或者投资设立控股公司的商业行为，不得自营或者为他人从事与公司或者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，公司章程第三十条作出与公司法第一百四十八条第一款第五项相同的规定，即总经理等高管在未经股东会或者董事会同意的情况下，均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，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。虽洪谦投资贝因美集团公司时仅是明州投资公司的股东，但其系明州投资公司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，在洪谦投资贝因美集团公司时其对该投资行为违反公司章程的规定均视为明知，而其在自己写给明州投资公司法定代表人的信函中也陈述，在得知贝因美集团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，但洪谦既未阻止这个转股行为的发生，也对明州投资公司隐瞒其持有贝因美集团公司股份的事实，应认定违反忠实义务；第三，洪谦在明州投资公司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。而洪谦作为明州投资公司奶粉供应商的贝因美婴童公司的股东，在明州投资公司的经营活动中，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集团公司一家独大，使得明州投资公司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，洪谦应归入明州投资公司的金额。

洪谦的投资收益分为两部分，即入股贝因美婴童公司的投资收益和入股贝因美集团公司的投资收益。若洪谦目前仍持有上述两家公司的股份，则需将股份无偿转让给明州投资公司，并向明州投资公司支付洪谦持股期间取得的红利及孳息，同时，明州投资公司在受让股份及红利的同时，应向洪谦返还其持股的成本。但洪谦目前已经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，洪谦在贝因美婴童公司成立时，取得原始股60000股，经增资扩股为141000股。关于洪谦投资贝因美婴童公司的收益部分确认如下：1.关于现金红利部分：贝因美婴童公司股票上市前，双方一致确认洪谦在2006年之前取得红利55556.94元，取得时间为1999年至2006年期间。现明州投资公司同意该部分红利自2007年1月1日起计息至判决确定履行之日止，系其自行处分民事权利，予以确认，计息标准为中国人民银行同期（1年至3年）同类贷款基准利率，符合相关法律规定，故确认洪谦应偿付明州投资公司因持有贝因美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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息；2.贝因美婴童公司的股票转让收益：洪谦持有的贝因美婴童公司的股票在2012年4月12日解除限售上市流通，洪谦在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。明州投资公司要求按照股票解禁日的收盘价计算收益，并无法律依据，且遗漏所得税、手续费及应属于虞夏萌的款项，故对明州投资公司不合理的部分不予支持。因洪谦于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，故确认洪谦应当偿付明州投资公司出售贝因美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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息；3.关于持股成本，因案件审理过程中，洪谦持有贝因美婴童公司股票的投资款60000元实际系贝因美研究所支付，洪谦未能举证证明其持有的贝因美婴童公司股票系债转股，即无法证明其实际向贝因美婴童公司支付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，暂不予认定，洪谦可以在充分举证后另行主张。

其次，洪谦在2008年6月16日受让贝因美集团公司734000股股份。关于洪谦投资贝因美集团公司的收益部分确认如下：1.关于现金红利部分：根据调查所得，洪谦在持股期间获得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（已经扣取手续费50元）；2010年1月20日分得2008年度红利58700元，合计117350元。虽洪谦受让股权的时间为2008年6月16日，但根据《股权转让协议》约定，该次股权转让的基准日为2006年12月31日，故洪谦取得2006年的红利虽发生在股权受让之前，但符合协议约定，属于应当向明州投资公司归入的投资收益。据此确认洪谦应当偿付明州投资公司其持有贝因美集团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）；2.贝因美集团公司的股票转让收益：2014年3月31日洪谦将其持有的贝因美集团公司734000股股权以2元/股的价格转让给粱佳，取得1468000元对价，同时缴纳个人所得税93600元及印花税734元。洪谦应当归入明州投资公司的股权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履行之日，计息标准与红利的孳息计算方式一致，故确认洪谦应偿付明州投资公司转让贝因美集团公司股权而获得的收益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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息；3.关于持股成本，洪谦于2007年1月12日通过其配偶陈亚莉向贝因美集团公司汇款1000000元，该笔款项后于2008年6月16日通过洪谦与杨文智签署《股权转让协议》被确认为股权转让款，于2014年3月31日将股权转让给粱佳，并分别于2014年3月5日、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元应当在上述收益部分予以扣除。明州投资公司抗辩认为，洪谦是无偿受让贝因美集团公司的股权，理由如下：（1）浙江天惠会计师事务所有限公司浙天惠审字（2009）第632号审计报告中关于实收资本和应付款记载相互矛盾；（2）洪谦实际取得2006年度的分红款，说明洪谦持股时间远远早于支付1000000元款项的时间，洪谦未能提供此前支付股权转让款的依据，故持股为零成本；（3）与洪谦同时期受让贝因美集团公司股份的其他人均为无偿受让股权；（4）洪谦没有向贝因美集团公司支付保证金1000000元之必要。对此，该院认为，第一、二项抗辩理由已经在认证部分及第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，并不能推定洪谦也是无偿受让的事实，应当以签订的《股权转让协议》内容为准，且明州投资公司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，关于明州投资公司主张要求洪谦赔偿因恶意低价转让贝因美集团公司股权造成的损失11978880元。明州投资公司认为宁波中院896号民事判决书认定股东会决议有效，洪谦在判决生效之日起即应当将其持有的贝因美集团公司股权转让给明州投资公司，但洪谦却以明显低于市场价的金额恶意转让贝因美集团公司的股权，损害明州投资公司的合法权益，故要求洪谦将其已经取得的转让收益按照同一时期贝因美集团公司委托大公公司作出的944号评级报告认定的股价即18.32元/股向明州投资公司承担赔偿责任。洪谦则认为，其按照2元/股的价格将股权转让并无恶意，其持有股权是为财务做账需要，而转让给粱佳也只是将持有的股权归还给公司，取回保证金，故该价格合理。对此，该院认为，洪谦的股权转让行为构成恶意低价转让，损害明州投资公司的合法权益，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，判决驳回洪谦要求确认股东会决议无效的诉讼请求。虽洪谦申请再审，但896号民事判决已经发生法律效力，该判决确认明州投资公司作出的洪谦入股贝因美集团公司所得收益归明州投资公司所有的股东会决议有效，洪谦在判决生效后，非但不将股权转让给明州投资公司，还无视生效判决擅自将其持有的股权转让，存在恶意；第二，根据明州投资公司提供的贝因美集团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集团公司2013年度审计报告及贝因美集团公司提供的未经审计的2014年1月至3月的财务报告，经评估确认贝因美集团公司2014年3月股价为18.32元/股。该评估报告是受贝因美集团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集团公司提供，审计机构具有法定资质，具备真实性和公信力。现洪谦以2元/股的价格转让，远低于股权的实际价值；第三，明州投资公司提供944号评级报告作为价格参考标准，已经完成初步的举证责任，现洪谦认为该评级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/股的转让价格从何而来作出合理的解释，故洪谦抗辩理由不成立。

根据944号评级报告确定，贝因美集团公司股权的市场价值为18.32元/股，现洪谦以2元/股转让，存在16.32元/股的差额损失，即16.32元/股×734000股=11978880元。案件中，若洪谦未将贝因美集团公司的股权转让，则洪谦需将其持有的734000股股权转让给明州投资公司，明州投资公司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，故明州投资公司主张的11978880元应扣除20%的所得税2395776元和万分之五的印花税5989.44元，实际应向明州投资公司赔偿损失9577114.56元。至于明州投资公司主张该部分赔偿自洪谦转让股权之日即2014年3月31日起应同时计算利息损失，对此，该院认为，944号评级报告所提供的是洪谦在转让贝因美集团公司股权时每股的参考价，即便明州投资公司可顺利受让该股权，但其因受让该股权后实际享有的权益（亦可以理解为给明州投资公司实际造成的损失）并不确定，故根据该评估报告确定的股权参考价与洪谦处置价之间的差价赔偿已经相对公正地弥补明州投资公司的损失，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，明州投资公司于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，洪谦应当将其投资收益归入明州投资公司，并赔偿恶意低价处置其持有的贝因美集团公司股权给明州投资公司造成的损失。一审法院依照《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、第一百四十九条规定，判决：一、洪谦支付明州投资公司因持有贝因美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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息损失；二、洪谦支付明州投资公司因转让贝因美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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息；三、洪谦支付明州投资公司因持有贝因美集团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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日止的利息（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、洪谦支付明州投资公司因转让贝因美集团公司股权而获得的收益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（1年至3年）同类贷款基准利率计算至判决确定履行之日至的利息；五、洪谦赔偿明州投资公司经济损失9577114.56元；上述第一项至第五项付款义务，限洪谦于判决生效后十日内履行完毕；六、驳回明州投资公司的其他诉讼请求。如果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）。案件受理费142754元，由明州投资公司负担52597元，洪谦负担90157元。

二审中，明州投资公司未向本院提供新证据。洪谦向本院提供下列证据：证据1.1997年5月明州保健公司工资单1份，结合明州投资公司一审提供的鄞县明州副食物资公司申请开业登记注册书前2页，明州保健公司变更登记注册书、名称呈批表、营业执照副本，拟证明明州保健公司公章由案外人华彩定保管，华彩定并非明州保健公司员工的事实。明州保健公司系鄞县医药药材公司全资子公司，原法定代表人为梁国芬，洪谦是1993年进入该公司工作的事实。洪谦是新进公司的员工，即使作为公司法定代表人，也没有掌管公司公章权利的事实。证据2.2009年度大榭保健公司销售经营情况表及费用表各12份，拟证明该公司2009年的利润总额为5120818.57元的事实，同时证明洪谦在任职期间，该公司的利润均超出承包量3000000元的标准，没有给公司造成损失的事实。证据3.2008年1月7日洪谦写给大榭保健公司的函件1份，拟证明大榭保健公司的经营业务均需要邓新娣、梁国芬审批的事实。证据4.大公公司工商信息资料1份，拟证明该公司的经营范围，该公司作出的944号评级报告无权披露贝因美集团公司的财务信息，同时证明一审法院按照该评级报告确定贝因美集团公司2014年3月的股价为18.32元是错误的，如果要计算，应当以一审法院依职权调取的资产负债表显示的1.97元/股计算。明州投资公司经质证认为：对证据1的真实性无异议，工资单反而证明洪谦是明州投资公司的高管，当时公司所有员工的工资，洪谦的职务工资最高。公司的印章由华彩定保管，明州投资公司在一审中确实说过，但不管华彩定是否公司员工，洪谦对其保管公章并没有提出异议，也没有举证证明是华彩定一定要保管，说明华彩定保管公章是公司认可的，也是洪谦所担任法定代表人的公司委托的。洪谦要证明明州保健公司是鄞县医药药材公司的全资子公司，公司的设立及最初的法定代表人，洪谦陈述的是事实，该公司的设立是由洪谦去办理的，公司一成立洪谦就是员工，至于其是否新进员工，与公司法定代表人无权掌握公司印章没有关联，也无法证明公司法定代表人无权掌管公司的公章，故证据1不能证明洪谦欲证明的事实。对证据2的真实性、合法性、关联性均有异议，从证据来源来说，洪谦无法证明这些证据是该表载明的人员提供给其的，因为没有该表载明人员的签名确认，从证据的形式要件看，不符合证据的相关要求，与本案无关，不能证明洪谦欲证明的事实。证据3系复印件，对真实性有异议，即便是真实的，也与本案无关，反而证明洪谦损害公司利益的事实，因为洪谦是大榭保健公司的法定代表人，大榭保健公司成立后，在半年时间内，洪谦将主要业务给予贝因美集团公司，反而证明洪谦的行为已经损害公司的利益。洪谦提供的证据1、2、3，即便是真实的，也不是二审新的证据。对证据4的真实性无异议，洪谦认为该公司无权披露财务报表，是否有权披露财务报表，并不是由洪谦决定的，证据4也不能反映该公司不能披露财务信息，因为该公司的经营范围中有财务咨询。这份报告是贝因美集团公司委托大公公司出具并作为融资融券使用的，贝因美集团公司是许可的，而且也是对外公示的，贝因美集团公司都同意披露，洪谦认为无权披露是没有依据的，既然贝因美集团公司委托大公公司出具评级报告，委托资料都是贝因美集团公司提供的，一审法院根据评级报告认定贝因美集团公司的股价是依法有据的。本院认为，洪谦提供的上述证据，不能直接证明其欲证明的事实，不予认定。

本院经审理对一审法院认定的事实予以确认。

本院认为，针对明州投资公司的上诉，双方二审的争议焦点为：一、洪谦持有的贝因美婴童公司的235000股股票，其中94000股的实际所有人是否虞夏萌；二、洪谦配偶陈亚莉于2007年1月支付贝因美集团公司的1000000元是否洪谦持有贝因美集团公司734000股股权的持股成本。

对于第一个争议焦点，明州投资公司认为，洪谦持有的贝因美婴童公司原始股100000股的投资款100000元是贝因美研究所于1999年3月26日支付，工商登记显示洪谦持有贝因美婴童公司原始股100000股，贝因美婴童公司上市交易的是普通股，虞夏萌的股权证书显示其股权为优先股，洪谦、虞夏萌曾陈述洪谦支付虞夏萌的股权出售款为1818837.70元，而洪谦提供的股票交割单显示94000股股票交易的金额为1386817.80元，两者相差431970元。明州投资公司一审提供的证据已经充分证明洪谦是无对价持有贝因美婴童公司原始股100000股。原明州投资公司股东会决议中注明洪谦实际持有贝因美婴童公司原始股60000股是听信洪谦当时的陈述。对此，本院认为，虽贝因美婴童公司工商登记资料显示洪谦持有贝因美婴童公司原始股100000股，但贝因美科工贸公司发给洪谦的股权证书载明洪谦持有贝因美婴童公司股权60000股，原明州投资公司的股东会决议注明洪谦实际持有贝因美婴童公司原始股60000股，虞夏萌出具证明证实委托洪谦出卖贝因美婴童公司94000股。故一审法院认定洪谦实际持有贝因美婴童公司原始股60000股，增资扩股后的股票94000股实际为虞夏萌所有，并无不当。

对于第二个争议焦点，明州投资公司认为，根据贝因美集团公司2008年度审计报告反映，洪谦实收资本和应付洪谦配偶陈亚莉的1000000元同时存在，洪谦没有证据证明其另行支付1000000股权投资款，同时根据洪谦2008年6月16日与杨文智签订的《股权转让协议》约定，股权转让基准日为2006年12月31日，且明州投资公司不需要洪谦为其支付贝因美集团公司保证金1000000元，洪谦也不可能为明州投资公司的利益而牺牲自己的利益，并瞒着明州投资公司支付贝因美集团公司保证金1000000元，贝因美集团公司与洪谦存在一定的利害关系，其出具的情况说明不具有实质真实性，且与洪谦同时期受让贝因美集团公司股权的6个受让人的分红情况不同。明州投资公司一审提供的证据已经充分证明洪谦取得贝因美集团公司的734000股股权没有支付对价，故734000股股权收益不应扣减1000000元持股成本。对此，本院认为，贝因美集团公司向一审法院提供的情况说明载明洪谦持有贝因美集团公司734000元股股权的对价为洪谦配偶陈亚莉支付的1000000元，与一审法院向贝因美集团公司调查时该公司提供的中国建设银行电子汇划凭证可以相互印证，一审法院认定洪谦取得贝因美集团公司734000股股权支付对价1000000元，并从734000股股权收益中扣减1000000元持股成本，亦无不当。

针对洪谦的上诉，双方二审的争议焦点为：一、洪谦1999年3月入股贝因美婴童公司时是否明州投资公司董事；二、洪谦入股贝因美婴童公司、贝因美集团公司的行为是否违反公司法第一百四十八条、第一百四十九条规定的竞业禁止和忠实义务；三、洪谦取得贝因美婴童公司原始股60000股是否支付对价60000元；四、对洪谦2014年3月出售贝因美集团公司734000股股权价格的认定，应该以944号评级报告作为依据，还是以一审法院依职权调取的贝因美集团公司2013年12月31日、2014年3月31日的资产负债表作为依据。

对于第一个争议焦点，洪谦认为，明州投资公司1994年11月3日并没有召开股东大会，洪谦虽被确定为明州投资公司其中1个法人股东的法定代表人，但并没有行使法定代表人职权，明州投资公司在一审中承认公章非洪谦保管，也没有举证证明洪谦具有公章控制权；按照明州投资公司1994年11月13日公司章程第十五条第十二项，修改公司章程第五章董事会的职权中并没有修改公司章程的描述，洪谦在公司章程中的落款是法人股东的代表身份；1996年3月16日股东会决议没有任何能体现洪谦“董事”身份的描述，之前所有股东会、董事会洪谦不是没有签名，就是他人代签，洪谦也没有被通知被选举为董事，一审法院认定洪谦再次确认自己董事身份实在可笑；从双方一审提供的证据可以清楚看出，洪谦自1994年进入明州投资公司以来，在1996年3月公司股权变动时受让公司8%的股权，1999年12月股权变为4%，一直在公司销售部门工作，直至2000年11月6日宁波大榭开发区明州保健食品有限公司第七次股东会被选举为董事，之前并不知道自己是公司董事、经理，也没有行使任何董事、经理职权。明州投资公司没有提供任何有证明力的证据，能够证明洪谦在2000年11月6日之前被告知董事身份，更没有洪谦行使董事职权的任何证据。对此，本院认为，根据明州投资公司工商登记资料和工商局大榭分局答复显示，明州投资公司的前身宁波大榭开发区明州保健食品有限公司（与明州投资公司、明州大药房公司于2007年7月设立的大榭保健公司名称相同），由明州保健公司与鄞县医药药材公司明州药房于1994年12月设立，洪谦于1994年6月1日开始担任明州保健公司法定代表人，明州保健公司占宁波大榭开发区明州保健食品有限公司90%股权。宁波大榭开发区明州保健食品有限公司于1994年11月3日召开首届股东大会，并选举项志秋、邓新娣、梁国芬、洪谦4个董事组成董事会，股东会决议加盖明州保健公司与鄞县医药药材公司明州药房2个股东的公章；同日召开首届董事会形成的董事会决议载明洪谦出席董事会，会议聘任洪谦为经理，该董事会决议亦加盖公司2个股东的公章；该公司章程落款处除加盖公司2个股东的公章外，并由项志秋、梁国芬、邓新娣、洪谦作为代表签名，且章程载明公司设董事会，是公司经营机构，董事会由股东会选举产生，其成员为4人；1994年12月10日该公司2个股东委托项志秋、邓新娣全权办理该公司注册登记事项有关手续；1996年该公司股东变更为包括洪谦在内的8个自然人，并于同年3月16日召开股东会，决定董事人员变更为项志秋、梁国芬、洪谦3人，原董事之一的邓新娣变更为监事；1999年12月该公司股东变更为包括洪谦在内的16个自然人，并于同月15日召开第六次股东会，审议通过公司新章程，并通过公司董事会、监事会成员按原登记不变，包括洪谦在内的16个自然人股东在该股东会决议上签名；2000年11月6日，该公司召开第七次股东会，会议一致通过同意修订公司章程第二十条，选举通过鲍继明、邓新娣、梁国芬、项志秋、洪谦5人为董事会成员，任剑明、李启君、胡立君3人为监事会成员，包括洪谦在内的16个自然人股东均在该股东会决议上签名；2000年12月5日，洪谦签署董事身份证明书。且洪谦在一、二审中并未提供证据证明其对明州保健公司公章失去控制权。故一审法院认定洪谦1999年3月入股贝因美婴童公司时是明州投资公司董事，符合客观事实。

对于第二个争议焦点，洪谦认为，洪谦在大榭保健公司虽担任法定代表人，但实际上仅仅负责销售部门，且是承包经营；洪谦与贝因美集团公司并不存在业务往来，也没有任何互相入股的意向，洪谦入股贝因美集团公司的行为，并不属于公司法第一百四十八条第一款第五项规定的情形，且入股行为本身并不构成“自营或者为他人经营”。一审法院认定洪谦入股贝因美婴童公司和贝因美集团公司的行为违反公司法第一百四十八条、第一百四十九条规定的竞业禁止和忠实义务是错误的。对此，本院认为，一、洪谦于1999年3月入股贝因美婴童公司时，洪谦是明州投资公司董事，而贝因美婴童公司的经营范围为：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。明州投资公司的经营范围为：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。贝因美婴童公司系生产婴幼儿食品的公司，而明州投资公司经营销售婴幼儿食品业务，两公司之间存在婴幼儿食品的交易关系；二、洪谦于2008年6月16日受让贝因美集团公司股份时，大榭保健公司的经营范围为许可经营项目：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。贝因美集团公司的经营范围为：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。根据工商登记的经营范围，大榭保健公司与贝因美集团公司存在同类经营项目，且洪谦明知根据公司章程的规定，不能入股其他单位；三、洪谦在明州投资公司、大榭保健公司分别担任董事、法定代表人兼总经理期间，主要负责婴幼儿食品的采购、销售等工作，而贝因美集团公司控股的贝因美婴童公司系生产婴幼儿食品的公司，洪谦对婴幼儿食品的采购、销售等过分倾斜贝因美产品，使公司的经营风险增大，正如洪谦自己在2012年5月29日写给明州投资公司法定代表人项志秋的信件中所说：“我内心知道，我公司对贝因美的过分依赖是不利于企业的长远发展的。”综上，洪谦在任职明州投资公司董事、大榭保健公司法定代表人兼总经理期间，未经股东会、董事会同意，入股贝因美婴童公司、贝因美集团公司，并发生交易关系，不仅违反明州投资公司、大榭保健公司章程规定，而且违反公司法第一百四十八条规定。一审法院认定洪谦的上述投资行为违反竞业禁止和忠实义务，有事实和法律依据。

对于第三个争议焦点，洪谦认为，洪谦向一审法院提供的证据已经充分证实，入股贝因美婴童公司的60000元系借款转换而来，一审法院对该60000元本金不予认定错误。对此，本院认为，洪谦对投资贝因美婴童公司的款项是由贝因美研究所支付的事实并无异议，而贝因美研究所的全部净资产投入了贝因美婴童公司，洪谦认为该60000元实际系债权转为投资款，但未提供充分证据予以证明。因明州投资公司也未提供充分证据证明洪谦是无对价取得贝因美婴童公司原始股60000股，一审法院根据实际情况，在本案中对洪谦取得贝因美婴童公司原始股60000股是否支付对价60000元的事实暂不作认定，并告知洪谦如能举证证明实际是债权转为股权的，可另行向明州投资公司主张返还成本，并无不妥。

对于第四个争议焦点，洪谦认为，一审法院以944号评级报告作为计算依据，认定贝因美集团公司2014年3月的股价为18.32元/股是错误的。因该评级报告前言明确指出分析及结论只能用于决策参考，不构成任何买入、持有或者卖出等投资建议，该评级报告认定的所有者权益3941360000并不是公司的实际价值。且该公司并不是上市公司，一审法院以该评级报告作为计算股价的依据，没有任何法律依据。从一审法院依职权调取的贝因美集团公司资产负债表可以看出，贝因美集团公司的股价为1.97元/股。洪谦向一审法院提供的贝因美集团公司出具的情况说明载明洪谦入股的原因，洪谦以2元/股转让并非恶意出售。对此，本院认为，本院于2014年3月7日作出896号民事判决书，判决撤销北仑法院275号民事判决，改判驳回洪谦要求确认2012年12月14日股东会决议无效的诉讼请求。洪谦于2014年3月31日以2元/股的价格将其持有的贝因美集团公司734000股股权转让给梁佳，明显属于恶意转让。944号评级报告是贝因美集团公司为融资需要委托大公公司进行评级作出，大公公司具有合法的评级资质，评级的依据是贝因美集团公司提供的该公司经中审亚太会计师事务所审计的2013年度审计报告和未经审计的2014年1月至3月的财务报告，洪谦未提供相反证据推翻该评级报告记载的内容，故该评级报告可以作为认定贝因美集团公司2014年3月股价的参考依据。而一审法院依职权调取的贝因美集团公司2013年12月31日、2014年3月31日的资产负债表，系贝因美集团公司单方制作，未经具有合法资质的第三方审计，不能直接作为认定贝因美集团公司2014年3月股价的依据。故一审法院以大公公司出具的944号评级报告为参考依据，认定洪谦出售贝因美集团公司股权时的股价为18.32元/股，并不违背客观事实。

综上所述，明州投资公司、洪谦的上诉请求均不能成立，一审判决认定事实清楚，适用法律正确。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，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

上诉人宁波明州投资有限公司的二审案件受理费52597元，由上诉人宁波明州投资有限公司负担；上诉人洪谦的二审案件受理费90157元，由上诉人洪谦负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　王亚平

审　判　员　　叶剑萍

代理审判员　　施　晓

二〇一七年四月二十日

书　记　员　　李军英