湖北省武汉市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）鄂01民终1869号

上诉人（原审原告）：武汉越峰投资有限公司，住所地湖北省武汉市东湖开发区庙山小区两湖大道藏流路3号。

法定代表人：易小桂，该公司董事长。

委托诉讼代理人：王德强，湖北正信律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：武汉市黎明电机电器修造有限公司，住所地湖北省武汉市江夏区藏龙岛科技园谭湖一路。

法定代表人：龚艳红，该公司董事长。

委托诉讼代理人：吴建明，男，该公司员工。

委托诉讼代理人：王德强，湖北正信律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：叶军，男，1979年8月10日出生，汉族，住湖北省武汉市新洲区。

被上诉人（原审被告）：汪淳莉，女，1981年5月29日出生，汉族，住湖北省武汉市洪山区。

原审第三人：新七建设集团市政工程有限公司，住所地湖北省武汉市新洲区辛冲镇。

法定代表人：余进，该公司董事长。

委托诉讼代理人：刘利民，湖北谦顺律师事务所律师。

上诉人武汉越峰投资有限公司（以下简称越峰公司）、上诉人武汉市黎明电机电器修造有限公司（以下简称黎明公司）因与被上诉人叶军、汪淳莉及原审第三人新七建设集团市政工程有限公司（以下简称新七市政公司）损害公司利益责任纠纷一案，湖北省武汉市新洲区人民法院以（2016）鄂0117民初字1390号民事判决书作出裁判，越峰公司、黎明公司不服向本院提起上诉，本院作出（2016）鄂01民终7488号民事裁定，撤销一审判决，将案件发回重审。一审法院于2017年5月24日重新立案，因新七市政公司与本案处理结果有法律上利害关系，一审法院依法通知其作为第三人参加诉讼。一审法院经审理作出（2017）鄂0117民初1789号民事判决。本院于2018年2月5日受理后，依法组成合议庭，于2018年4月4日公开开庭审理了本案，上诉人越峰公司、黎明公司共同的委托诉讼代理人王德强，被上诉人叶军以及被上诉人汪淳莉，原审第三人新七市政公司委托诉讼代理人刘利民，到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

越峰公司、黎明公司上诉请求：1.撤销一审判决，改判支持其一审全部诉讼请求；2.由叶军、汪淳莉承担本案一、二审诉讼费。事实和理由：一、一审法院对叶军的职务身份认定错误。1．叶军与黎明公司于2012年4月13日签订了劳动合同，代表黎明公司签字的正是桂绍立。该劳动合同由江夏区公安局查证为实，且一审法院予以认可。叶军是黎明公司副总经理，一审法院却从劳动合同为用工单位和劳动部门备案合同（依据目前的劳动合同法，劳动合同已经不需要备案）、生效时间等方面来否认劳动合同的真实性，达到否认叶军的黎明公司副总经理身份的目的，又自相矛盾的认定即使认定叶军有黎明公司副总经理之名，一审法院为叶军开脱。该劳动合同中明确约定叶军为副总经理，工作内容除全面负责销售部的日常工作外，还包括在总经理的授权下开展其他工作，叶军副总经理的身份是明确的，不容置疑。叶军也实际参与了华扬（武汉）新能源有限公司（以下简称华扬武汉公司）收购的洽谈工作，对公司的投资行为起决定性作用，应当将其认定为公司高级管理人员。2．一审法院对叶军任越峰公司副总经理及兼任光谷·8号工坊营销部部长的证据不予采纳依据不足。越峰公司人事任职决定原件己当庭提供，加盖有公司印章，与一审法院认定的“未加盖公司印章”不符。越峰公司员工证言与之相印证，且与刘加松讯问笔录中关于“叶军是桂总的副总”的描述相符，桂绍立为越峰公司控制人，其副总即为越峰公司副总。因此结合其他证据，可以证明叶军身份。3．越峰公司、黎明公司的实际控制人均为桂绍立，桂绍立作为公司的实际控制人和总经理有权任命副总经理，虽然两公司法人资格未混同，但是本案中，无论从股权转让中两公司是各占转让后的50％股权，还是从公司的实际控制人实则为同一人，甚至从具有瑕疵的聘任书（黎明公司在劳动合同中己明确约定叶军为副总经理，而越峰公司下发了任命叶军为副总经理的聘任书），证人证言都能获知叶军实际就是两公司的高管，也正因为这个前提，才能利用总经理的授权从事整个收购事宜的前期洽谈工作，才有了后续事情的发生。黎明公司与越峰公司作为股权转让协议的共同受让方，叶军即使只具备黎明公司副总经理的身份，也具备了本案侵害公司利益的主体资格。二、一审法院未查清居间合同的真实情况及居间费流向，未对叶军夫妻收受240．8974万元居间费作出合理解释。1．签订居间协议真实的进程如下：（1）刘加松先认识叶军，叶军知道江苏省华扬太阳能有限公司（以下简称华扬公司）要卖的消息后，两人商量好通过居间活动的方式，赚取一笔居间费用。再通知黄永伟来武汉。见刘加松供述P114“当时我讲了黄总想卖华扬武汉公司，余总说可以跟叶军谈……”以及刘加松供述P151“叶军跟我见了面之后，叶军就说他做中间人，他可以介绍我跟武汉越峰公司的桂总谈”。另外，新七市政公司的余进询问笔录可以知晓，余进是在与其他公司洽谈业务之时（2012年4月份左右）认识叶军的。余进证言“有一天，叶军、姓汪的、姓李的他们找到我，跟我讲，要我跟他们搞一个中介合同，说是要跟华扬公司签一个中介合同”；“因为他们没有把中介合同书给我看，也没有跟我讲中介的内容，所以我不清楚是什么中介，是为么事要中介……”。（2）在武汉洪山区某酒店，叶军与黄永伟见面之前，叶军此时已准备好了居间协议（草案），见黄永伟证言。“当我和刘加松到茶馆后，当时茶馆里坐着有3个人，刘加松介绍说他们是新七市政公司的，其中有一个是律师，还有一个后来才听说是叫叶军的……”。“但他们需要收取中介费600万元……这样在当时，新七市政公司的人就写了一个中介协议，就是草签了一个居间协议……”。此时黄永伟见到的新七市政公司的人就是叶军、李凯和汪佑魁。（3）黄永伟为了见桂绍立，先行在居间协议草案上签字，才能够有机会见到桂绍立，见黄永伟证言“因为前面的一个居间协议是草签的，不是正式的……我们要求跟受让方公司的人见面，新七市政公司的人就要我签了一个正式的居间协议，如果不签，他们就不让我们跟对方公司见面……”，刘加松此时向黄永伟隐瞒了已经见过桂绍立的事实，可见刘加松与叶军早就有了预谋。（4）黄永伟与桂绍立在扬州达成《股权转让合同》以后签订了正式的居间协议。可见叶军、刘加松把居间活动谈妥以后，为了找到一个合适的主体，才去找了新七市政公司，新七市政公司只是名义上居间。见余进证言“有一天，叶军、姓汪的、姓李的他们找到我，跟我讲，要我跟他们搞一个中介合同，说是要跟华扬公司签一个中介合同”。2．一审法院对居间协议签订的事实认定错误。（1）认为刘加松与余进谈居间，没有依据。（2）指派汪佑魁办理居间事宜，根本不存在，且时间先后颠倒。黄永伟见到了冒充新七市政公司的叶军等三人后，同他们草签居间协议，才有了借新七市政公司之名签订的正式居间协议。一审法院认定新七市政公司是指派汪佑魁，却是在没有汪佑魁为新七市政公司员工的身份证明情况下作出，明显错误。（3）汪佑魁找到李凯代为草拟居间合同样本，李凯是叶军的初中同学，而汪佑魁与李凯并不认识，说明汪佑魁与李凯是通过叶军认识的。一审法院对此认定错误。3.一审法院认为汪佑魁受领的居间费是依其与新七市政公司间民事关系取得的财产权利，居间费流向是其依法行使处分权。一审对流向刘加松l30万元作了认定，但流向汪淳莉的账户却故意不谈。这些只是表明一审法院对叶军夫妻收受240.8974万元居间费不敢查明，更无法作出合理解释。综上，一审法院故意颠倒几个关键具体时间节点，以及居间费240.3974万元流向叶军夫妻的事实，从而达到掩盖叶军没有参与居间活动的目的。三、一审法院没有查清刘加松不借助叶军，无法单独完成卖掉华扬武汉公司的事实。1．余进不认识桂绍立。一审法院认为本案居间合同的民事主体是华扬公司和新七市政公司，而不是汪佑魁和叶军。因此，依照一审法院的观点，是新七市政公司作为居间人，促成华扬公司和越峰公司的股权转让合同。然而，新七市政公司作为居间人，从始至终不清楚越峰公司与黎明公司，而且余进也不清楚华扬公司，说明新七市政公司只是各义上的居间人。2.刘加松也不认识桂绍立。刘加松只有见到桂绍立的情况下，才有可能商谈卖掉华扬武汉公司的事宜，叶军正是利用这一点，与刘加松达成一致行为的前提下，才引荐其与桂绍立见面。只有这样才能解释刘加松为什么不独立直接中介从黄永伟处拿中介费，而又能够从居间费中分得130万元的情况。四、一审法院错误认定叶军没有利用职务之便来主导居间合同的事实。1．叶军在两公司的身份，明显就是职务行为，却被一审法院歪曲为只起到联络和介绍作用。而且一审法院认为叶军在协商居间、草签及签订居间协议时都在场，只能证明叶军知晓居间事实，不能证明其参与居间活动。既然叶军不参与居间活动，他在协商居间、草签及签订居间协议时都为什么在场?显然自相矛盾。所以，叶军副总经理的身份，以及叶军夫妻分到居间费的事实，可以认为居间协议是在叶军的主导下完成的。而一审法院既然认定叶军接受委托进行前期洽谈，然后又认定其不是利用职务之便，显然在认定上自相矛盾。一审法院的两次审理，都无法回避叶军利用职务之便参与居间活动的事实。2.从领取居间费来看，两次都是汪淳莉领取的居间费，而且还专门开立了一个账户（从时间看，专门为洗钱），余进也不熟悉汪佑魁。而通过居间费流向，表明是叶军、刘加松合伙拿的钱，汪佑魁只是受叶军指使。另外，新七市政公司代开普通发票申请表上。申请人联系方式一栏留存电话号码为\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*（叶军手机号码）、\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*（汪淳莉手机号码）。以及该普通发票的税款，是汪淳莉账户支出，表明居间协议为叶军主导。3.叶军从开始就知晓居间协议的事情，李凯询问笔录中，其告诉叶军由于是越峰员工身份，不能参与居间协议，这只是律师要其在形式上不介入（李凯询问笔录，P058；叶军讯问笔录，P044）。故叶军是明知自己参与居间协议的法律风险与法律责任，对于居间协议对黎明公司和越峰公司将会造成的经济损失是明知，对自己将来会取得的佣金收入的非法性也是明知，因此才会借汪佑魁名义主导居间协议。五、一审法院对汪淳莉共同侵权没有事实依据和法律依据的认定错误。1.汪淳莉虽不是两公司的工作人员，但她利用叶军的职务之便，达到了共同损害公司利益目的。2.本案居间费大部分转入汪淳莉账户，汪淳莉不可能对该笔钱款来源不知情。同时汪淳莉参与了两笔居间费的领款，证明汪淳莉对居间活动是知情的，对收取非法佣金是明知的。3.叶军侵害公司利益所得大部分款项都转到汪淳莉账户上。叶军与汪淳莉于2012年10月l7日离婚，在离婚后不久，居间费即转到汪淳莉账户下，且在离婚后二人仍有大笔资金往来，远远超过支付女儿抚养费的数量，表明双方仍将财产当作共同财产使用，并且还共同出资到惠州买房。从这些事实可以证明，叶军与汪淳莉是故意合谋，通过先离婚后复婚的办法，达到共同侵吞非法佣金的目的。在所有的款项都被汪淳莉的控制后，两人于2014年7月22日复婚，未办理婚前财产登记，该非法佣金现为夫妻共同财产。根据法律规定，夫妻共同债务，由夫妻双方共同偿还。本案的居间活动是在两者第一次婚姻存续期间完成，第一笔217.5万元居间费也是在2012年9月21日收取（离婚前），由于该佣金属于非法收入，理应返还于黎明公司与越峰公司，汪淳莉利用叶军担任两公司高级管理人员的职务之便，达到了获取巨额非法佣金的目的，汪淳莉和叶军共同侵害了两公司的利益，理应共同将非法收入返还给两公司。六、叶军、汪淳莉实际获得非法收入为315.8974万元。组成为1．非法佣金收入240.8974万元。2.收取刘加松给的回扣为45万元。3.收取邵其军给的好处费30万元。刘加松强行从公司账户上扣减30万元付给叶军，邵其军为华扬武汉项目工程的实际承包人，2012年华扬公司己无力支付工程款，叶军利用邵其军希望促成股权交易顺利领取工程款的心理，向其索取30万好处费。根据公司法第l48条规定，前述三项非法收入共315.8974万元应返还给两公司。七、越峰公司与黎明公司共同损失达到634.9万元。1.股权转让协议中，多出的600万增量工程为虚构，其目的是为了冲抵居间费的600万元。最后华扬公司实际支出居间费535万元，该款项实际是由黎明公司与越峰公司承担。2.叶军伙同刘加松共同欺骗黎明公司与越峰公司,借用武汉广陵建筑劳务有限公司名义，套取两公司99.9万元，其中叶军分得45万元。黎明公司、越峰公司在股权转让中多支付了本不存在的600万增量工程款（实际支付535万），这一损失由叶军非法居间活动造成。综上，叶军行为违反了公司法中关于公司高级管理人员忠实义务的规定，叶军、汪淳莉损害黎明公司与越峰公司利益，请求二审法院依法改判。

叶军、汪淳莉答辩认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

原审第三人新七市政公司述称，新七市政公司签订的居间协议合法有效，协议中约定的义务已履行完毕，该公司在本案中也不应承担任何责任。

越峰公司、黎明公司一审起诉请求：1.判令叶军、汪淳莉返还非法收入及赔偿经济损失600万元；2、由叶军、汪淳莉承担诉讼费用。

一审法院查明事实：2010年10月21日，黎明公司与叶军签订劳动合同，约定固定期限为一年。黎明公司是独立法人企业，法定代表人为龚龙辉。龚龙辉、桂宗为股东；2013年5月，该企业的法定代表人变更为龚艳红。2012年4月13日，黎明公司与叶军再次签订劳动合同。华扬武汉公司是华扬公司设立的子公司，华扬公司持有100%股权。约2010年5月，华扬武汉公司与江苏省金陵建工集团有限公司（以下简称江苏金陵公司）签订建筑施工合同，工程项目有生产厂房、道路公程等，江苏金陵公司将该工程交由江苏省金陵建工集团有限公司武汉分公司（以下简称金陵武汉分公司）施工，负责人为刘加松。2012年6月左右，因资金周转困难，华扬公司意欲转让华扬武汉公司全部股权及财产，该公司法定代表人黄永伟书面委托刘加松寻找受让方。经人介绍，刘加松找到新七市政公司总经理余进，经协商，新七市政公司同意作为居间方介绍受让方，华扬公司支付居间费。新七市政公司将居间事宜交由汪佑魁（叶军妻子汪淳莉之弟）办理，期间，汪佑魁找到广东信达律师事务所律师李凯，李凯代为草拟了居间合同样本。后经叶军引荐，刘加松与越峰公司的桂绍立就华扬武汉公司的转让事宜进行了两、三次协谈（2012年8月13日，桂绍立向刘加松出具书面承诺函，承诺事后支付刘加松100万元介绍费；2013年1月，越峰公司支付刘加松99万元介绍费）。嗣后，刘加松联系华扬公司总经理黄永伟来武汉。在武汉市洪山区某酒店，黄永伟与新七市政公司的代表，就华扬武汉公司转让的居间事宜进行了协商，并草拟了居间合同；之后，华扬公司与新七市政公司签订正式居间协议，约定：华扬公司向新七市政公司介绍的合作方越峰公司、黎明公司以股权加债权方式转让华扬武汉公司，转让价款为7,428万元+600万元，华扬公司确认本次交易系由新七市政公司居间促成，承诺向新七市政公司支付居间费600万元，并约定依转让合同履行内容分期付款（该居间合同未注明形成时间，刑侦材料中多个当事人都确认是在武汉签订的，但从具体内容上看，与之后形成的股权转让合同部分条款相对应，且未约定新七市政公司的居间义务，直接确认了新七市政公司的居间行为，因此，上述居间协议最为可能是居间协议（武汉）的最终修订文本。越峰公司是经依法登记的法人企业，法定代表人易小桂，股东为龚艳红、桂绍立。“居间协议”确定后，华扬公司的黄永伟与越峰公司的桂绍立就华扬武汉公司的转让事宜进行了洽谈，但未形成书面协议。2012年8月中旬，越峰公司的桂绍立、公司法务人员王德强、叶军到江苏，与华扬公司黄永伟商谈华扬武汉公司股权收购事宜。经过协谈，黎明公司、越峰公司与华扬公司签订了《股权转让协议》。协议约定：华扬公司将拥有的目标公司华扬武汉公司100%的股权及全部资产转让给黎明公司、越峰公司；转让后，黎明公司、越峰公司拥有目标公司100%的股权及资产受益权、管理权等权利，不承担原公司未告知的债务；合同双方同意的转让价格为7,428万元（不含“增量工程款”），其中股权转让款2,000万元、华扬公司已支付费用及未支付的款项（不含未支付的承包方工程款）1,758万元、未支付的工程款3,670万元；付款方式为，合同签订后三日支付定金200万元，协议生效后20日支付股权转让费、已、应支工程款2,630万元（3,758万元×60%）、支付未支付的工程款1,300万元……，；“增量工程款”由合同双方、承包方确定为600万，待整体工程竣工及验收合格，黎明公司、越峰公司支付给承包方增量部分的50%，余款在出具决算报告书起60日付清。双方当事人还约定了其他条款。

《股权转让协议》签订后，越峰公司、黎明公司依约履行了第一期款项的支付义务：2012年8月23日黎明公司支付华扬公司保证金200万元；2012年9月7日，黎明公司支付华扬公司股权转让金800万元；同日，越峰公司支付华扬公司股权转让金1,000万元；同日，黎明公司支付华扬武汉公司投资款1,000万元；同日，越峰公司支付华扬武汉公司投资款905.5万元。2012年9月21日，华扬公司与黎明公司、越峰公司在鄂洲市工商行政管理局办理了股权变更登记，原华扬公司持有的100%股权变更为越峰公司、黎明公司各占50%份额，法定代表人由黄永伟变更为龚艳红。2012年9月21日，华扬公司向新七市政公司支付居间费320万元。同日，李凯、汪淳莉到新七市政公司领取居间费，由李凯（代汪佑魁）出具了收条，新七市政公司通过转账，转李凯账户30万元、转汪佑魁账户217.5万元（9月24日汪转刘加松账户100万元）。2013年5月2日汪佑魁代新七市政公司开具了535万元的税务发票。2013年5月15日，华扬公司向新七市政公司支付居间费215万元。同日，汪淳莉代汪佑魁从新七市政公司领取居间费1,539,219.00万元（直接汇转汪佑魁账户，5月24日汪转刘加松30万元）。

2013年8月，黎明公司以叶军利用职务之便，伙同他人以收购项目为名索要好处费，向武汉市公安局江夏区分局报案。武汉市公安局江夏区分局决定以涉嫌非国家工作人员受贿罪对叶军立案侦查，叶军于2015年3月18日被批准逮捕。2015年12月16日，东湖高新技术开发区人民检察院以叶军未达到起诉条件，发函武汉市公安局江夏区分局建议撤回审查起诉，江夏区分局决定对叶军取保候审并予以释放。另查明，叶军与汪淳莉2006年登记结婚，2012年10月17日协议离婚。

一审法院认为，本案是黎明公司、越峰公司基于公司工作人员不履行忠实义务而提起的两个独立而又有竞合的诉讼请求。财产返还之诉是因公司工作人员不廉职务行为，公司基于归入权而取得财产返还权；侵权之诉是因公司高级管理人员违法职务行为侵害公司利益而提起赔偿诉讼。当返还财产诉讼成就时，公司利益损失即相应减溢，故黎明公司、越峰公司主张的诉讼标的混合为600万元。本案民事诉讼形成在刑事诉讼之后，其争议的主要事实亦为刑事追诉事实，叶军涉嫌非国有工作人员受贿罪，经公诉机关审查认定为不符合追诉条件。刑事诉讼适用以证明“客观存在”为标准的严格证据规则，民事诉讼则适用“谁主张，谁举证”、“客观事实+（高度盖然、经验法则等）”等证据规则。虽刑、民诉讼证据规则存有差异，但综合本案查明的事实，依据公司法所规定的行为构成要件（损害之诉为高管人员身份、职务侵害行为、造成损害结果；返还之诉为工作人员身份、职务之便、收受财物），应认定黎明公司、越峰公司民事起诉的事实和理由不成立。

1、叶军是否利用居间合同牟取非法利益

居间合同是居间人促成合同成立，委托人支付报酬的协议，居间合同因华扬公司转让股权及财产，居间人新七市政公司促成转让而形成，是双方当事人真实意思表示，对双方当事人具有法律约束力。《股权转让合同》的促成系居间合同主要内容和生效条件，但两合同是两个不同法律关系，黎明公司、越峰公司对居间合同（如合同效力、合同主体资格评价等）无法律上的主张权。新七市政公司收取居间费是其依居间合同取得的债权，居间费的分配为新七市政公司对己方取得的财产依法行使处分权。本案“居间合同”的民事主体是华扬公司和新七市政公司，而不是汪佑魁及叶军。“叶军是否参与居间协议及取得居间费”，是叶军涉嫌非国有工作人员受贿罪中刑事侦查的主要事实，刑事指控未予认定。现有证据中有部分当事人证明，在刘加松与余进协商居间、黄永伟与新七市政公司工作人员草签及签订居间协议时叶军在场，即使上述事实成立，只能证明叶军知晓居间事实、不能证明其参与居间活动。从余进、李凯、汪佑魁询问笔录、叶军讯问笔录、汪佑魁领取居间费及转账凭证等证据综合认定，汪佑魁参与了居间活动。汪佑魁是具有民事权利能力和行为能力的民事主体，不能因其与叶军间的姻亲关系否认其独立的民事主体资格。汪佑魁受领的居间费是依其与新七市政公司间民事关系取得的财产权利，居间费流向是其依法行使处分权。黎明公司、越峰公司提交的证据不能直接证明叶军参与居间协议、收受非法收入，其证据证明力远不及上述认定事实的证据。黎明公司、越峰公司以叶军假借新七市政公司之名，参与居间活动、受取非法利益，主张返还财产，没有事实依据，亦有悖合同相对性和民事意思自治的法律原则。

2、《股权转让合同》的履行损失

合同履行损失多基于刑事犯罪、无效合同、可撤销合同、合同违约等原因造成的。《股权转让协议》是合同缔约双方的真实意思表示，为合法有效合同，综合协议内容、签约、履约时限及效率等，合同双方当事人均应实现了合同目的和利益。利益损失是损害赔偿案件的权利渊源和基本要素。黎明公司、越峰公司主张利益损失的主要理由为合同约定的“增量工程款”与“居间费”对冲，黎明公司、越峰公司多支付了600万元。股权转让合同的实质是通过股权变更登记交易土地和财产，其合同总价额是缔约双方利益衡平的结果，也是合同履行的内容和依据，包括“增量工程款”、“股权转让金”等只为总价款的分类列项。增量工程款是建筑工程中常见的工程预、决算科目，股权转让协议中，华扬公司实际取得利益为“股权转让金”加“已付、应付费用”；华扬公司虽为股权转让合同的主体，但“增量工程款”、“未支付工程款”的实际利益人为承建方，且“增量工程款”由合同受让方（黎明公司、越峰公司）在工程竣工验收后直接支付给承建方。在华扬公司与新七市政公司的“居间合同”履行中，华扬公司在受领“股权转让合同”第一期债权后即向新七市政公司支付了“居间费”320万元。本案股权转让合同“增量工程款”不是“虚拟”列项，是合同约定承建方的应得利益；华扬公司不是“增量工程款”利益方和兑付人，其以己方财产支付了居间费。黎明公司、越峰公司认为华扬公司以“增量工程款”冲抵了“居间费”，造成多支付600万元的损失，背离客观事实。黎明公司、越峰公司张利益损失没有证据。

3、叶军的职务身份及职务行为。

黎明公司、越峰公司在诉请事实及证据证明内容中多次提及，越峰公司和黎明公司实行家族式管理模式，桂绍立为公司实际控制人。家族式管理属内部管理模式，越峰公司和黎明公司都是依法登记的企业法人，两者独立的法律人格不能混同。2010年10月，黎明公司与叶军签订劳动合同，双方确立劳动法律关系。黎明公司、越峰公司提交了2012年4月13日与叶军签订的劳动合同，拟证明叶军与越峰公司（或黎明公司）间存在劳动关系及任公司副总经理、具有高管资格。该合同首尾部用工单位名称不同，扉页注明为越峰公司，尾页盖章为黎明公司；劳动合同为用工单位和劳动部门备案合同，该合同缺失劳动合同的基本要素（叶军的身份信息）；合同主文首页注明的生效时间为2011年12月1日，合同尾页注明的生效时间为签字盖章日（2012年4月13日）。上述事实表明，该合同系移植拼接形成，应以合同最后的公司印签，确认黎明公司与叶军再次签订劳动合同及设立劳动关系，叶军与越峰公司间无劳动关系。因该合同内容的混杂，原合同是否约定“叶军任黎明公司副总经理”的事实不能明确确认。本案股权转让合同的最终确定的受让方为越峰公司和黎明公司，但转让方的参加人均认知桂绍立代表的是越峰公司，且叶军未有黎明公司单位及法定代表人（龚龙辉时任法定代表人）的任何授权，因此，即使认定叶军有黎明公司副总经理之名，亦无证据证明叶军代表黎明公司从事股权转让的职务活动。越峰公司提交本公司[2012]1号人事任免决定文件、毛平安、徐丹的证人证言，拟证明叶军为该公司副总经理、具有高级管理人员身份。因任免文件无单位印章，毛平安、徐丹系一方工作人员，具有利害关系，因此，上述证据的证明力相对较弱；且越峰公司未提交董事会决定、用人劳动合同、叶军薪金及社会保险费受领凭证等基础、关联证据佐证，故其提交的证据不能证明叶军为越峰公司副总经理、高级管理人员身份。《股权转让合同》的形成过程中，在华扬公司总经理黄永伟来武汉前，刘加松与桂绍立即有过两至三次商谈，后桂绍立与黄永伟又分别在武汉、扬州进行过多次磋商，至最后签订协议。该合同是在桂绍立的直接参与和主导下形成的，叶军只起到联络和介绍作用。综上，不能认定叶军接受委托及利用高管人员身份从事本案股权转让职务活动。综上所述，黎明公司、越峰公司诉称叶军利用工作人员职务身份，参与居间活动，收受非法收入；利用高级管理人员身份，参与居间活动，损害公司利益，没有事实依据和法律依据，黎明公司、越峰公司的该诉讼请求依法应予驳回。汪淳莉不是黎明公司、越峰公司工作人员，不符合公司法规定的返还财产及侵害公司利益的主体资格，且基于上述对叶军诉请事实的否认，黎明公司、越峰公司起诉汪淳莉共同侵权没有事实依据和法律依据，该诉讼请求依法应予以驳回。黎明公司、越峰公司在起诉中提及叶军接受刘加松45万元“好处费”，但未提出独立诉讼请求，且与本案诉讼请求及事实无关联，不属本案审理范围。黎明公司、越峰公司的起诉符合民事案件受案条件，且在主张权利的时效期间内，叶军、汪淳莉提出黎明公司、越峰公司“重复起诉”及起诉“超诉讼时效”的辨称理由不成立。依据《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六项、第二款、第二百一十六条第一项、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十二条的规定，一审判决：驳回黎明公司、越峰公司的诉讼请求。案件受理费53,800元，由黎明公司、越峰公司负担。

二审审理中，叶军、汪淳莉向本院提交湖北省鄂州市中级人民法院（2015）鄂鄂州中执字第00077号民事裁定书、江苏省扬州市中级人民法院（2016）苏10民特14号民事裁定书、湖北省鄂州市中级人民法院（2016）鄂07执27号三份裁定书，拟证明《股权转让合同》增量工程客观存在，而非虚构项目，黎明公司、越峰公司已就增量工程提出仲裁且已作出生效裁决，说明黎明公司、越峰公司存在恶意诉讼。黎明公司、越峰公司质证意见为：对江苏省扬州市中级人民法院（2016）苏10民特14号民事裁定书的真实性无异议，但不能达到其证明目的，但可证明造成黎明公司、越峰公司的损失；对湖北省鄂州市中级人民法院（2015）鄂鄂州中执字第00077号民事裁定书的真实性无异议，对证明目的不予认可；未收到江苏省扬州市中级人民法院（2016）苏10民特14号民事裁定书，其真实性有待核实，即使真实也达不到对方的证明目的。黎明公司、越峰公司同时表示施工方与华扬武汉公司未对施工工程结算达成一致意见，故申请仲裁，由于工程量结算涉及到很多问题故而进行多次开庭，华扬武汉公司认为增量工程款系虚构曾要求鉴定，但仲裁对此结算金额予以部分支持。新七市政公司对上述证据的真实性均表示无异议，证明目的由法院依法认定。本院经审核，对该证据的真实性予以认定，与本案的关联性以及是否采信将结合其他证据、客观事实综合审查判断。黎明公司、越峰公司、新七市政公司未向本院提交新证据。

二审审理查明，一审判决认定其他事实属实，本院予以确认。

本院认为，法律上的事实分为客观事实与法律事实两种。客观事实是指原本已经发生，在意识之外，不依赖人的主观意识而存在的现实事实。法律事实是运用证据规则、逻辑法则、经验常识对证据去伪存真后得出的对案件事实的认定。法律事实虽以客观事实为基础，但不可能完全且全面的复原和重现客观事实。本案中，各方当事人实则对居间协议形成的背景、参与人员和签订、履行过程认识不一。鉴于这部分事实缺乏相应的直接证据，多来源于刑事案件中询问笔录或讯问笔录所提炼的信息，对此，从证据效力考量，在无充分直接证据情况下，一审法院不宜直接对居间过程中各方主体行为细节予以认定，应从举证责任分配角度确定法律责任。

根据《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”及一百四十九条：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”的规定可知，在审理侵害公司利益案件时，一是准确理解忠实、勤勉义务的内涵。具有上述身份人员在管理公司、经营业务、履行职务时，必须代表全体股东为公司最大利益工作，当自身利益与公司利益发生冲突时，必须以公司利益为重，不得将自身利益凌驾于公司利益之上。公司法第一百四十八条第一款第一项至第七项列举违反忠实义务的各种行为，第八项采取概括性规定，将其他违反忠实义务的行为纳入其中。勤勉义务则要求在行使职权过程中应当尽职尽责管理公司业务，违反该公司义务的董事、高管人员应当承担的法律责任。二是正确判断是否违反忠实、勤勉义务。在判断上述人员是否有违上述义务，侵害公司权益时，应当采取主客观相结合的综合判断标准，即以普通谨慎的具有上述身份的人员在同类公司、同类职务、同类相关情况中所应具有的注意、知识和经验程度作为衡量标准，只要董事、高级管理人员根据掌握的情况或者信息，诚实信用的予以决策，就不能以商业盈亏情况作为主观善恶和责任承担的评判标准。而对于损害公司利益举证责任分配问题。按照“谁主张、谁举证”的一般原则，公司应对被诉主体行为不当承担举证责任，即主体身份适格；必须有公司利益受到损害的事实及后果；损害系由行为人执行职务过程中违反法律、行政法规或者公司章程的行为产生；行为与损害后果之间须有因果关系。具体到本案，审理的焦点为叶军在黎明公司、越峰公司就华扬武汉公司商业收购过程中是否利用其职务和身份，实施侵占公司财产、损害公司利益的行为，两公司主张叶军及汪淳莉共同返还财产及赔偿损失的主张是否成立。首先，对于叶军在本案中主体身份是否适格问题。越峰公司和黎明公司为证明叶军身份向法院提交劳动合同、社会保险缴费证明、人事任免决定、证人证言等证据。显示用人单位为黎明公司的2010年10月份劳动合同上载明用工主体、合同时间以及同意叶军从事销售总监和销售经理工作。而显示用人单位为越峰公司、加盖印章为黎明公司的2012年4月份合同从外在形式和表象分析虽存在疑点，但一审法院在未经过技术鉴定手段辨别真伪情况下直接定性该合同系移植拼接而成，依据不足。叶军虽对其为黎明公司高管身份存有异议，但未对上述证据提出实质性反证，故对于叶军在黎明公司职务身份应予以确认。虽然两份劳动合同不能单独证明叶军与越峰公司的关系，越峰公司也未提交叶军薪资福利待遇，社保缴费证明等可证明劳动关系和岗位职务的直接证据，但结合公安机关刑侦过程中已调取越峰公司人事任免决定、相关人员询问、讯问笔录中对叶军身份陈述，证人证言以及武汉市公安局江夏区分局刑侦大队出具的侦查终结报告中相关内容，再基于黎明公司与越峰公司的关联关系可知，越峰公司具有授予叶军在该公司承担相应职务的意思表示，且不排除黎明公司、越峰公司存在混合用工的情形。基于上述认定，商事交往中叶军是否以黎明公司、越峰公司授予的身份和头衔对外履职并享受对应待遇，并不影响本案中黎明公司与越峰公司对其主张权利。其次，叶军在本案所涉商事收购过程中是否实施利用其身份和地位进行违法、违规或者违反公司章程的行为，从而谋取不当利益，侵害公司权益。根据当事人的主张，叶军通过居间协议取得最终经济利益如来源于《股权转让协议》中约定的对价，则该目的的实现必然依托于《股权转让协议》能否签订并实际履行，故叶军在居间以及收购事宜中是否起到主导和决定性的作为是关键所在。根据查明的事实和现有证据分析，黎明公司与越峰公司虽主张叶军是利用在两公司的职务便利和身份主导该事件，但未提供授权委托书或其他书面证据证明叶军为本案所涉项目的实际经办人和负责人，从而对叶军在此次商事活动中对外所代表的身份和权限范围予以确认，也未举证证明此项目属于叶军的职务范畴。对于居间协议，协议主体和内容均未涉及叶军本人，叶军是否参与、组织、策划并实际主导居间协议的事实所依据的证据载体也多为刑侦案件中所涉人员的讯问、询问笔录，而据上述笔录中能相互吻合和印证的内容虽可反映叶军知晓居间事宜并有一定的参与，但却不能形成充分的证据链证明居间协议中所有主体的行为都是受叶军的指示和制约，也不能反映其参与的具体环节和细节、参与的程度和所起到的作用。而对于《股权转让协议》，无论从合同条款的拟定、合同履行对价的商谈、合同文本的制作和签订等环节均未体现由叶军个人对此作出最终的经营判断和经营决策，故黎明公司与越峰公司主张叶军以新七市政公司的名义主导上述事宜，依据不足。尔后，关于黎明公司与越峰公司是否基于《股权转让协议》产生实际损失，并与叶军存在必然因果关系。黎明公司、越峰公司认为利益损失体现为合同约定的增量工程款，该部分实则与居间费对抵，支付义务转嫁于黎明公司、越峰公司。对于本案所涉收购项目而形成的《股权转让协议》，各方主体已予以盖章签名，合同中载明进行尽职调查，表明针对此次收购已经过考察和风险评估，其中对增量工程款产生基础、金额、支付方式均予以明确约定并载明经合同主体和承包方三方确认，黎明公司、越峰公司现提出增量工程款为虚拟项目，此费用冲抵居间费，从而造成损失，缺乏相应的事实和法律依据。黎明公司、越峰公司认为基于叶军提出的转让对价符合桂绍立的心理价位，所以未经严格考核即同意此方案，但对此未予举证，亦未举证证明叶军对《股权转让协议》促成起到主导或决定性的作用，应承担举证不能的不利后果。诚然，根据黎明公司、越峰公司提供的线索，华扬公司向新七市政公司支付的居间费，部分款项流向汪佑魁和汪淳莉，但两人属于独立的民事主体，同时也提供了收受上述款项的相应事实依据，故仅以叶军与两人存在亲属关系直接推定该操作受叶军指使和主导，将上述款项直接定性为因为叶军职务侵权获取不当利益和损失，事实依据和法律依据不足。关于黎明公司、越峰公司提及叶军收受刘加松45万元好处费，根据刘加松讯问笔录中显示的内容，对于叶军和刘加松是否对上述款项获取方式、分配比例已予以事先协商，是否为佣金性质，再无充分证据的情况下，不足以定性为叶军违法所得。综上所述，关于叶军在此次居间、收购行为中的行为认定，黎明公司、越峰公司以现有证据无法充分证明叶军在本案所涉项目利用其职务便利和高管身份，主导居间事宜，由此侵占公司财产并造成巨额损失。其认为基于汪淳莉的特殊身份，应对叶军的行为共同承担法律责任的主张，依据不足。一审法院根据法律规定分配举证责任，并无不当。黎明公司、越峰公司的上诉理由，缺乏事实和法律依据，其上诉请求，本院不予支持。

综上，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的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费53,800元，由武汉越峰投资有限公司、武汉市黎明电机电器修造有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　马海波

审判员　　陈　祥

审判员　　陶　歆

二〇一八年五月二日

法官助理张利钦

书记员徐梦窈