浙江省宁波市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2013）浙甬商终字第896号

上诉人（原审被告）：宁波大榭明州投资有限公司。

法定代表人：项志秋。

委托代理人：陈勇。

委托代理人：许静芳。

被上诉人（原审原告）：洪谦。

委托代理人：洪科威。

委托代理人：赵建平。

上诉人宁波大榭明州投资有限公司（以下简称明州投资公司）为与被上诉人洪谦公司决议确认无效纠纷一案，不服宁波市北仑区人民法院（2013）甬仑商初字第275号民事判决，向本院提起上诉。本院于2013年9月4日立案受理后，依法组成合议庭于2013年10月18日、2014年1月13日公开开庭审理本案。上诉人明州投资公司的委托代理人陈勇、许静芳与被上诉人洪谦的委托代理人洪科威、赵建平到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原审法院审理认定：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（以下简称保健公司），设立于1994年，由宁波明州保健食品公司（以下简称明州公司）与鄞县医药药材公司明州药房（以下简称明州药房）两个法人股东发起设立，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，保健公司申请变更登记，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16个自然人股东，洪谦仍为公司股东，经营范围保持不变。2000年5月19日，该公司的经营范围变更为：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，该公司名称变更为明州投资公司，经营范围变更为实业投资、房屋租赁，股东保持不变。

2007年7月，明州投资公司出资4000000元，与宁波明州大药房有限公司共同设立了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），洪谦出任该公司的法定代表人。该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年7月15日止）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。1999年3月5日，浙江贝因美科工贸股份有限公司（以下简称科工贸公司）注册成立，洪谦作为原始投资人投资100000元（实为洪谦60000元、虞夏萌40000元，合股100000元）。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，科工贸公司经证监会审批公开上市，该笔100000元投资增资扩股为235000股。2008年6月16日，洪谦受让贝因美集团有限公司（以下简称贝因美公司）原始股股份734000股。该公司的经营范围为：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。在经营过程中，明州投资公司及大榭保健公司与科工贸公司有业务往来，主要为明州投资公司及大榭保健公司经销科工贸公司生产的贝因美奶粉等产品。

2012年6月5日，明州投资公司曾召开股东会并作出决议：经举报核实，洪谦同志在担任保健公司高管期间，于1999年4月购买科工贸公司个人原始发起股100000元（100000股），2011年增股为235000股，发行上市时每股市值42元；于2008年6月受让取得贝因美公司发起股734000股，违反《中华人民共和国公司法》（以下简称《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。具体处理决议：（1）上述事实为依据，按照《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条规定，上述收入归公司所有（具体通过法律途径解决）：（2）以上述事实为依据，按照公司章程有关条款承担章程规定的责任进行处理。决议作出后，除洪谦有异议外，其余股东在决议中签字认可。2012年8月3日，洪谦向该院提起诉讼，要求撤销该份股东会决议。该院经审理依法撤销了该股东会决议。

明州投资公司再次召开临时股东大会，该公司全部股东与会。会议经股东讨论表决作出决议：一、经举报核实，洪谦同志在担任公司即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科工贸公司投资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，洪谦又受让取得贝因美公司原始股份734000元（股）。在未经股东会同意，利用职务便利自营或为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，根据法律的规定，上述所得的收入应当归公司所有。除洪谦外，其余股东均表决同意，占注册股东所持表决权的96%。

洪谦于2013年2月4日以明州投资公司于2012年12月14日作出的股东会决议无事实和法律依据为由向原审法院起诉，请求判令：一、认定明州投资公司于2012年12月14日作出的股东会决议无效；二、诉讼费用由明州投资公司承担。

明州投资公司在原审中答辩称：1.明州投资公司的股东会决议并没有违反法律、行政法规的强制性规定，也没有超越或创设，决议作出的程序也合法，因此该决议内容有效；2.洪谦起诉中提到的事实有错误，洪谦引用了2012年6月5日作出股东会决议被撤销的理由是股东会决议“违反事实和公司法及公司章程”错误，宁波市北仑区人民法院撤销该份股东会决议只因明州投资公司原来作出的股东会决议没有提前十五天通知洪谦参加会议，就此一点，并非股东会决议违反事实和公司法及公司章程；3.洪谦认为其只是公司的一位小股东并不确切，洪谦在公司设立时不但是公司的股东，且是公司的董事兼经理，这可以通过大量的事实和证据予以证明，洪谦无非想规避董事兼经理身份，从而逃避应该承担的责任；4.洪谦在起诉中引用法律错误，洪谦认为明州投资公司按照《公司法》第三十八条对洪谦进行处罚，其实明州投资公司是按照《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条等规定对洪谦不忠实的行为以及将所取得的收入归入到公司而做出的股东会决议，并不是洪谦认为的处罚，公司没有行使过处罚权的职权。综上，洪谦起诉的事实和理由都不存在，相反，洪谦确有违反《公司法》忠实义务的行为，请求法院依法确认股东会决议无效。

原审法院审理认为，本案的争议焦点主要有以下两个：

一、洪谦在其投资行为发生时在明州投资公司的身份。该院认为，工商登记显示洪谦1994年到2000年11月6日担任公司经理，从公司设立起到2002年4月15日担任公司董事，工商登记材料中显示上述职务的产生方式为选举，而明州投资公司提供的证据中除1994年11月3日明州投资公司首届股东会决议产生包括洪谦在内的董事系由当时两名法人股东盖章确认、2000年11月6日明州投资公司第七次股东会决议选举洪谦为公司董事有其本人签名及2000年12月5日洪谦本人签署的董事、监事、经理身份证明书外，明州投资公司未提供其他股东会决议、董事会决议或者聘书、董事、监事、经理身份证明书等用于证明洪谦的董事、高管身份；而洪谦提供的《关于宁波大榭明州投资有限公司1994年至2000年期间登记材料问题的答复》、该院调取的1994年首届董事会决议、1996年3月16日董事会决议决定等证明显示明州投资公司在1994年11月3日首届董事会决议时有包括洪谦在内的全体董事出席并聘任洪谦为经理，但该份董事会决议上的“洪谦”签字非本人所签，而该次董事会的召开时间与首次股东会的召开时间为同一天，明州投资公司对此也无合理解释；1996年3月16日明州投资公司的董事会决议选举洪谦为董事，任期5年，董事会决议决定聘任洪谦为明州投资公司经理，任期5年，但上述两份决议上洪谦的签字均非本人所签，明州投资公司对此也无合理解释，亦无其他聘书或资格证明书能够证明洪谦的身份。而明州投资公司提供的1994年12月10日委托证明中载明委托他人办理的系“注册登记事项有关手续”，1999年12月16日、2000年5月27日授权委托书中载明委托的事项为“办理公司变更工商登记事宜”。可见洪谦并未授权他人签署股东会决议、董事会决议。

该院认为，本案涉及公司内部法律关系，应遵照意思主义原则，以公司内部人员真实意思为审判依据。明州投资公司作为优势方，虽有工商登记材料作为证据，但无相应的股东会决议、董事会决议、聘书、董事资格证明书等内部文件或材料作为证据证实洪谦在1999年4月作为原始投资人在科工贸公司投资时及之前系明州投资公司的董事、高管，而明州投资公司提供的销售、购销合同、委托付款书、抵押契约、业务考核表、奖金发放审批表、工资单、询问笔录等证据与其欲证明的洪谦在1999年4月及之前实际享有明州投资公司董事、高管的职权的主张并无必然联系。该院对于洪谦在1999年3月作出对外投资行为时的董事、高管身份实难认定。而洪谦在2008年6月16日受让取得贝因美公司原始股份时既无工商登记材料也无公司内部文件或材料显示其为明州投资公司的董事或高管。明州投资公司认为洪谦作为其控股子公司的经理、法定代表人理应为明州投资公司高管的观点，无法律依据，难以支持。

二、洪谦是否存在违反对公司忠实义务的行为。该院认为，同业竞争的判断，在双方存在争议的情况下，不应局限于从经营范围上作出判断，而应遵循“实质重于形式”原则，从业务的性质、业务的客户对象、产品或劳务的可替代性、市场差别、是否妨碍了公司利益的获取、是否抢夺了本属于公司的商业机会等方面进行判断。即使抛开洪谦身份认定问题，明州投资公司提供的证据也不足以证明明州投资公司与科工贸公司、贝因美公司存在同业竞争关系。且明州投资公司在作出本案决议时，经营范围已经变更为实业投资、房屋租赁。另，洪谦虽系科工贸公司及贝因美公司的原始股东，但无证据显示其对此两公司的经营具有实质影响力或控制权。故难以认定洪谦在本案中存在违反对公司忠实义务的行为。

综上，该院认为：本案所涉股东会决议必须有明确的事实和法律依据，否则将违反相关法律法规规定构成对洪谦财产权益的侵害。明州投资公司应对其所作出的股东会决议符合公司归入权的构成要件承担举证责任。现经审理，明州投资公司提交的证据不足以证明该决议符合公司归入权的构成要件，故明州投资公司于2012年12月14日作出的股东会决议内容违反相关法律规定，依法认定无效。据此，依照《中华人民共和国公司法》第二十二条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，原审法院于2013年7月17日作出如下判决：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。案件受理费80元，减半收取40元，由明州投资公司负担。

明州投资公司不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉称：原审法院法律适用错误，《公司法》第二十二条第一款系准据法，在无其他强制性法律法规的规定为依托的情况下，不能直接单独作为裁判依据。无论是司法实践领域，还是理论界，都认为应尊重公司自治权，而本案中，原审法院在无证据证明涉案股东会决议违反法律法规强制性规定的情况下，作出否决股东会决议效力的判决，违背了法律法规明文规定。明州投资公司提供的工商登记材料足以证实洪谦在投资经营其他公司时，系该公司董事、高管。而工商登记材料的证明力在未经行政复议、行政诉讼等法定程序，原审法院无权予以否认。1994年至1996年明州投资公司董事会决议在工商部门登记备案并公示，洪谦理应知道该决议内容，即当时其系明州投资公司董事和高管，且1994年的股东会决议中盖有两个法人股东的公章，洪谦系其中一个法人股东的法定代表人，洪谦承认其签署过的2000年董事会决议和董事备案资料中明确洪谦在1994年至2000年一直为公司董事。另外，2012年12月14日，明州投资公司15位股东签署股东会决议的行为也意味着对洪谦作为该公司高管身份的确认。洪谦在1999年作为原始投资人设立科工贸公司时，该公司的经营范围为销售婴幼儿产品、儿童食品、营养食品、预包装食品，乳制品（含婴幼儿配方乳粉）等，而此时明州投资公司的经营范围包括其他食品（除烟）、保健食品等的销售，两家公司的经营范围存在大量的相同之处，都可以经营营养、保健类食品。贝因美公司系科工贸公司的控股公司，其实际经营内容也应包含其控股公司经营的食品销售等内容，因此也构成与明州投资公司的同业竞争关系。2008年洪谦受让贝因美公司股权时，其代表明州投资公司与贝因美公司进行商品交易，且相关交易政策执行至2011年底，可见，在实际交易过程中，贝因美公司的某些经营项目与明州投资公司相同。《公司法》第一百四十九条规定并未以实质影响力或控制力作为认定违法的判定标准，而以利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会、自营或为他人以经营与所任职公司同类的义务作为评判标准，即不论以何人名义经营、何种方式经营，只要是为自己或他人的利益算计，只要与所任职公司的利益产生冲突甚至是存在冲突、竞争的威胁，就应该被认为构成竞业行为。现洪谦投资设立科工贸公司，且从事与明州投资公司相同业务，表明具有明显的利益算计和损害明州投资公司利益的动机，完全符合擅自经营和违背忠实义务的特征。洪谦受让贝因美公司股份的时间是2008年6月，洪谦利用其作为科工贸公司内部人的信息便利，以及明州投资公司下属子公司法定代表人的身份优势，以从贝因美公司受让原始股的方式，间接增持拟上市企业科工贸公司的股份，间接参与和所任职的明州投资公司有同类业务的科工贸公司的经营，并间接利用职务便利获得利益，也符合经营同类业务的特征和利用职务便利算计利益的特征。洪谦投资科工贸公司和贝因美公司的行为过程，清楚地表明洪谦利用了其在明州投资公司担任董事、高管身份的便利，违背了董事、高管的忠实义务，故明州投资公司所作出的股东会决议合法有效。综上，原审法院事实认定有误，适用法律不当，请求二审法院依法改判，驳回洪谦的诉讼请求。

洪谦答辩称：明州投资公司虽然提供了工商登记材料，但洪谦在1994年至2000年11月期间并未出具任何董事会的记录，或以明州投资公司董事、经理身份签名的记录，故该些材料并不真实，且被宁波市工商行政管理局大榭开发区分局（以下简称大榭分局）所出具的材料予以否认。洪谦确实于1999年、2008年进行了两次投资，但系为明州投资公司的利益而实施的。且洪谦投资时，并非明州投资公司的高管。洪谦于1999年购买科工贸公司股权时，科工贸公司系生产奶粉的企业，而当时明州投资公司是一家销售保健食品的企业，两家企业不存在同业竞争问题。2008年投资的贝因美公司，与明州投资公司之间无任何业务往来，经营范围也与明州投资公司不同。故明州投资公司作出的股东会决议没有法律、章程和事实依据，应认定无效。明州投资公司提出的公司自治权也应在不损害国家、集体、个人合法利益的前提下进行，如果自治权损害了个人的私权利，国家司法部门当然有权干预。综上，原审事实认定清楚，适用法律正确，判决公正，请求二审法院依法维持原判。

二审中，明州投资公司向本院提供了以下证据：1.明州公司登记注册书、变更登记注册书、名称审批表、营业执照，拟证明当时持有保健公司90%的法人股东明州公司的法定代表人系洪谦，洪谦任保健公司董事符合常理。洪谦质证认为对上述证据真实性无异议，但如果洪谦当时为明州公司的实际控制人，明州公司控股设立的保健公司应由洪谦担任法定代表人，实际上当时保健公司的法定代表人为项志秋，故洪谦虽系明州公司法定代表人，但并非实际控制人，并未实际控制保健公司的经营管理。本院认为，上述证据可以证实当时持有保健公司90%的法人股东明州公司的法定代表人系洪谦，但尚不能以此推知洪谦当时系保健公司董事，须结合其他证据综合认定；2.（2012）甬仑榭商初字第85号民事判决书一份，拟证明该份生效判决已认定洪谦为明州投资公司董事兼公司经理的高管身份。洪谦质证认为该判决书载明明州投资公司陈述的事实系根据工商登记材料显示，而非法院直接认定，现该些工商登记材料中洪谦的签名已被大榭分局认定为与真实签名不一致，故其中涉及洪谦的内容并非真实。本院认为，该判决并未直接认定明州投资公司所称事实，而表述为根据“工商材料还载明”，但现大榭分局就1994年至2000年期间明州投资公司登记材料中洪谦的签名真实性作出答复，认为与真实签名存在不一致的情形，故该判决尚不足以证实1994年至2000年期间洪谦为明州投资公司董事兼公司经理的事实；3.贝因美公司股东会决议一份，拟证明洪谦受让贝因美公司股份时，系明州投资公司控股子公司的法定代表人及总经理。洪谦质证认为贝因美公司与明州投资公司之间无任何业务往来，且洪谦投资贝因美公司时，仅是明州投资公司股东。本院认为，上述证据真实有效，予以认定；4.杭州贝因美应用科技开发研究所（以下简称贝因美研究所）代洪谦等22人支付出资额银行汇款单各一份、科工贸公司招股说明书（P38-40、P367-368）、科工贸公司第一届股东大会决议之二、浙钱所1999验字第185号验资报告、贝因美研究所基本情况、保健食品供货历年情况一览表各一份，拟证明洪谦于1999年3月5日作为原始股东发起设立科工贸公司，但其投入资金来源存在疑问，且洪谦当时明知其作为保健公司高管禁止投资经营其他公司。洪谦质证认为对上述证据中的保健食品供货历年统计表真实性有异议，其他证据真实性无异议，洪谦投资科工贸公司以及之后的转股行为均是真实，但洪谦投资科工贸公司时并非保健公司高管，科工贸公司与当时的保健公司也无任何竞争关系，且洪谦持有的科工贸公司股份比例也不足以控制该公司的经营管理，不违反《公司法》的相关规定。本院认为，保健食品供货历年情况一览表系明州投资公司自行制作，无其他证据相印证，故对其真实性不予认定。明州投资公司提供的其他证据均显示洪谦于1999年向科工贸公司投资100000元购买股份的事实，但未能证明其所欲证明的事实；5.洪谦向明州投资公司董事会的报告、洪谦给项志秋的信函、贝因美公司的情况说明各一份、往来账册及凭证若干份，拟证明如果洪谦入股贝因美公司的资金来源系其为明州投资公司代付的押金，那么洪谦在贝因美公司所购得的股权以及相应权益也应属于明州投资公司，从而也可以此认定涉案股东会决议内容合法。洪谦质证认为洪谦入股贝因美公司的行为合法，其收入也是合法所得，明州投资公司无权将该权益收归自身所有。本院认为，明州投资公司并未提供证据证实洪谦购买贝因美公司股份的款项系其所有，且贝因美公司的相关材料中亦载明持有贝因美公司股份的系洪谦而非明州投资公司，故上述证据不足以证实洪谦购入贝因美公司股份的相应收益应归属明州投资公司的事实；6.科工贸公司招股说明书（P198-P200）一份，拟证明科工贸公司于2008年向贝因美公司销售婴幼儿食品，可推知虽然贝因美公司的经营范围中并无食品销售，但在实际经营过程中，仍然销售食品，与明州投资公司存在竞业情况。洪谦质证认为科工贸公司销售的系自身生产的产品，贝因美公司从未与明州投资公司发生业务往来，故洪谦投资科工贸公司、贝因美公司的行为并未违反《公司法》的规定。本院认为，虽然该招股说明书中载明科工贸公司曾于2008年向贝因美公司销售婴幼儿食品，但同时载明科工贸公司于2009年就停止向贝因美公司销售婴幼儿食品，而贝因美公司的经营范围亦未包括食品销售项目，故该证据不足以证实贝因美公司的经营范围包括销售婴幼儿食品的事实；7.委托书、辞职报告、楼刚、邓新凤证言各一份，拟证明洪谦曾任保健公司经理的事实。洪谦质证认为当时保健公司存在多个关联公司，洪谦担任经理的并非保健公司，而是保健公司的关联公司，辞职报告仅是复印件，真实性有异议，邓新凤、楼刚与明州投资公司有利害关系，其证言应不予采信。本院认为，辞职报告系复印件，其真实性难以认定，楼刚、邓新凤证言属于证人证言，证人应出庭作证，现该证人未能出庭作证，故对该证人证言不予认定。而委托书抬头载明的内容须结合其他证据综合认定；8.公司换发新营业执照登记表、企业验照换照登记表、公司名称预先核准申请书、公司变更登记申请书各一份、宁波保税区明州保健食品有限公司（以下简称保税区公司）工商登记材料一份、保税区公司收款收据、现金缴款单若干份、胡琦辉盗窃款退回收据一份，拟证明明州投资公司于2002年才成为医药公司股东，洪谦任保税区公司法定代表人、执行董事，集资行为发生在保税区公司，与明州投资公司并无关联，胡琦辉与洪谦有利害关系，其证人证言不具有客观性的事实。洪谦质证认为对该些证据真实性有异议，且跟本案无关联性，应不予认定。本院认为，上述证据系复印件，且涉及内容跟本案无关联性，不予认定；9.中国建设银行个人活期明细、进账单、存款凭条各一份、记账凭证、明细信息各两份，拟证明洪谦并未于2007年1月15日支付贝因美公司款项1000000元。洪谦质证认为其确实通过其妻子陈亚莉向贝因美公司支付款项1000000元，当时陈亚莉账户中资金不足，于是洪谦将835000元款项存入陈亚莉账户，再从陈亚莉账户取出1000000元，打入陈亚莉另外一个账户，再通过该账户转入贝因美公司。本院认为，洪谦的陈述可以与上述证据相互印证，说明陈亚莉打入贝因美公司款项来源，但不能证实明州投资公司所称洪谦未向贝因美公司支付1000000元款项，故不予认定；10.2006年贝因美公司的年检报告、2008年、2009年贝因美公司审计报告各一份，拟证明2008年洪谦受让贝因美公司股权时，贝因美公司的股权价格应以2006年基准价格作为计算依据，则734000股股权价格约为885000元，并非1000000元，且2008年审计报告记载贝因美公司应付款中有一项是陈亚莉，而实收资本中记载洪谦持有贝因美公司734000股，故陈亚莉支付的款项与洪谦购买股权的款项并非同一笔款项，洪谦具有购买贝因美公司股权的主观故意，而非其所称的被迫用押金购买贝因美公司股权。洪谦质证认为上述证据并不能证实明州投资公司所称事实，且跟本案无关联性，本案的事实是洪谦于2008年用1000000元购买了贝因美公司的734000股股权。本院认为，股权的基准价格仅为参考价格，股权转让过程中的实际价格稍稍偏离基准价格并非不符合常理，且贝因美公司的情况说明及其他材料可以证实洪谦于2008年用1000000元购买贝因美公司的734000股股权的事实，2008年贝因美公司审计报告中记载的陈亚莉应付款与洪谦实收资本系两种不同资产项目，并不能推知洪谦投入贝因美公司的有两笔款项，且明州投资公司未提供其他证据证实洪谦向贝因美公司支付过其他款项，故上述证据不能证实陈亚莉支付的款项与洪谦购买股权的款项并非同一笔款项，本院不予认定。明州投资公司申请任剑明、梁国芬作为证人出庭作证，拟证明洪谦于1999年入股科工贸公司时，系保健公司高管的事实。任剑明在庭审中陈述：1994年保健公司成立至1999年期间，洪谦任该公司董事、经理，负责该公司所有业务并对公司进行管理。梁国芬在庭审中陈述：1994年保健公司成立至1999年期间，洪谦任该公司董事、经理。明州投资公司对上述证人证言无异议。洪谦质证认为上述证人证言并非真实，应不予认定。本院认为，任剑明、梁国芬系明州投资公司股东，与本案有利害关系，故该证言不能单独作为认定本案事实的依据，须结合其他证据综合认定。

洪谦向本院提供了以下证据：1.浙江省鄞县医药药材有限公司（以下简称药材公司）股东（发起人）名录，显示明州投资公司持有药材公司90%的股份，拟证明项志秋设立明州投资公司的目的是控股国有企业转制的药材公司。明州投资公司质证认为对该证据真实性无异议，但该事实与洪谦担任明州投资公司高管无关联性。本院认为，明州投资公司持有药材公司90%股份的事实与本案无关联性，故对该证据不予认定；2.1996年保健公司股东会会议决议和股东（发起人）出资认股册、1999年12月22日保健公司变更登记申请书和股东（发起人）名录各一份，拟证明洪谦于1996年仅持有保健公司8%的股份，而至1999年降至6%，持股比例呈下降趋势，从而推知洪谦在该期间不可能是保健公司董事的事实。明州投资公司质证认为对上述证据真实性没有异议，虽然1996年保健公司的股东会决议中并无洪谦签字，但因公司董事系选举产生，而该股东会决议内容载明洪谦为保健公司董事，当时其他7个股东签字确认，该行为足以使洪谦成为保健公司董事，而公司股东的持股比例与成为公司董事之间没有必然联系，上述证据跟本案无关联性。本院认为，持股比例并非任命董事的必要条件，在洪谦未提供证据证实其对1996年保健公司股东会决议内容不知情的情况下，不能以该股东会决议无洪谦签名为由推知洪谦并非保健公司董事的事实，须结合其他证据综合认定；3.保健公司首届董事会决议、上海沪甬医药有限公司章程第7页、委派（选举、聘任）证明各一份，拟证明保健公司及其关联企业在不同时间、不同场合均存在伪造洪谦签名以及明州公司公章并非由洪谦保管的事实。明州投资公司质证认为保健公司首届董事会决议虽非洪谦本人所签，但代签行为系受洪谦委托。上海沪甬医药有限公司章程中不仅有明州公司公章，而且有洪谦私章，已经可以证实该行为系洪谦真实意思表示，只是上海工商部门办理相关备案手续时，要求有洪谦本人签名，因路途遥远，来去不便，故进行代签。本院认为，虽然上述文件中洪谦签名并非真实，但均盖具明州公司公章，故上述文件内容是否系洪谦真实意思表示须结合其他证据综合认定；4.文件传阅单两份，拟证明项志秋、邓新娣、梁国芬一直对洪谦团队采取捆绑经营模式，以集资之名实施个人垫资充抵押金之实。明州投资公司质证认为集资行为并非发生在明州投资公司，而是其他公司，且该些行为发生于2003年至2005年期间，跟本案无关联性，从另一方面来看，洪谦作为经理在该些文件上签字，反而更可以说明其在明州投资公司的高管身份。本院认为，文件传阅单所涉及的集资行为跟本案无关联性，不予认定；5.明州投资公司、科工贸公司、贝因美公司的工商登记材料各一份，拟证明洪谦在上述公司的持股比例分别为4%、0.036%、0.38%，洪谦不可能对上述公司的经营决策产生影响。明州投资公司质证认为洪谦只要持有科工贸公司、贝因美公司股份，就有通过分红获取私利可能，就已经构成自营行为，洪谦对科工贸公司、贝因美公司是否具有实际控制力、影响力并非是其具有自营行为的构成要件。本院认为，持股比例高低、对持股公司是否具有控制力并非构成同业竞争的必要条件，故上述证据跟本案无关联性，不予认定；6.胡琦辉证人证言一份，拟证明洪谦仅是保健公司中层干部而非高管的事实。明州投资公司质证认为胡琦辉与洪谦有利害关系，其证言应不予采信。本院认为，证人应出庭作证，现证人未能出庭作证，故对其证言不予认定。洪谦向本院申请叶贵君、史勇出庭作证，拟证明洪谦入股科工贸公司时并非保健公司高管的事实。叶贵君在庭审中陈述：其曾在明州公司任职，洪谦系明州公司经理，仅为该公司中层干部，并非高管，但对洪谦在保健公司任职情况并不清楚。史勇在庭审中陈述：其曾在明州公司任职，任职期间知道洪谦系医药公司中层，但对洪谦在保健公司任职情况并不清楚。洪谦对上述证人证言无异议。明州投资公司质证认为两位证人均不清楚洪谦在保健公司的任职情况，故其证言应不予认定。本院认为，因证人不清楚洪谦在保健公司的任职情况，故其证言跟本案无关联性，本院不予认定。

本院对原审法院认定的事实予以确认。另查明，1993年3月5日，医药公司组建鄞县明州副食物资公司（以下简称副食公司），法定代表人为梁国芬，1994年6月1日，副食公司变更法定代表人为洪谦，同年9月22日，副食公司变更名称为明州公司。保健公司成立时，明州公司持有保健公司90%股份。2000年6月23日，汕头市时代生物开发有限公司委托保健公司与商场洽谈进场促销事项时，称洪谦为经理。

2006年2月18日，明州投资公司股东会决议第一条第二项规定：“章程原第十三条（七）：股东有责任保护公司的合法权益，不得从事危害公司利益的活动，否则要赔偿损失。新修改章程第十三条（七）为：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、辞退除名后的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的5倍赔偿金，赔偿给公司和其他股东。”

本院认为：根据双方当事人的诉辩主张，本案的争议焦点为一、洪谦于1999年3月5日投资入股科工贸公司时是否具有保健公司董事、经理或高管身份；二、洪谦于2008年6月16日受让取得贝因美公司股份时，是否具有明州投资公司董事、经理或高管身份；三、洪谦入股科工贸公司、贝因美公司的行为是否违反《公司法》的相关规定，未履行公司董事、高管的忠实义务。

关于争议焦点一，本院认为，首先，1994年保健公司设立时，明州公司为持有保健公司90%股份的法人股东，洪谦系明州公司法定代表人，在其未提供证据证实明州公司公章由他人控制的情况下，盖具明州公司公章的文件应视为洪谦的真实意思表示，现盖具明州公司公章的保健公司首届股东会会议决议载明洪谦为保健公司董事；其次，1994年12月10日，明州公司与明州药房委托项志秋、邓新娣办理保健公司注册登记相关事项，并出具了委托证明，现大榭分局备案的保健公司成立时董事会成员、经理、监事会成员情况中载明洪谦系董事经理；再次，1999年12月15日，洪谦签字确认的保健公司第六次股东会决议载明会议审议通过公司董事成员，监事成员按原登记不变。因洪谦未提供该股东会会议推选的新董事成员名单，该股东会会议亦未同时载明新董事会成员名单，故洪谦关于该股东会决议内容表示审议通过新的董事成员的辩称不符合情理，本院不予采信。明州投资公司称保健公司当时董事成员与成立时董事成员相一致理由充分，本院予以采信。故洪谦应明知保健公司之前董事成员、监事成员组成情况以及其系保健公司董事之事实；最后，洪谦在保健公司任职期间（1996年至1999年），拥有同意向业务单位支付货款、发放员工奖金的权利，且工资收入明显高于其他普通员工，可以推知洪谦在该时期具有经营、管理保健公司权利。故明州投资公司称洪谦于1999年3月5日投资入股科工贸公司时系保健公司董事证据充足，理由充分，本院予以采信。

关于争议焦点二，本院认为，明州投资公司自认洪谦自保健公司成立至2002年4月15日期间担任公司董事，自保健公司成立至2000年11月5日期间担任公司经理，可推知2008年6月16日洪谦入股贝因美公司时，并非明州投资公司高管。

关于争议焦点三，本院认为，首先，洪谦于1999年3月5日入股科工贸公司时，科工贸公司的经营范围为：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。保健公司的经营范围为：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。科工贸公司系生产婴幼儿食品的公司，而保健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。洪谦持有科工贸公司的股份后，与科工贸公司存在利害关系，而未经股东会、股东大会同意的情况下，洪谦担任董事的明州投资公司与洪谦有利害关系的科工贸公司进行交易时，存在自身利益与公司利益相冲突的可能性，亦存在当自身利益与公司利益相冲突时，洪谦利用董事地位牺牲公司利益为自己或者第三人谋取利益的可能性。故洪谦购买科工贸公司原始股的行为已经违反对公司的忠实义务；其次，洪谦于2008年6月16日受让贝因美公司股份时，虽非明州投资公司高管，仅是明州投资公司股东，但其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，大榭保健公司的经营范围为：定型包装食品、保健品批发、零售（有效期至2011年7月15日止）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。明州投资公司的经营范围为：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。从上述经营范围可看出，大榭保健公司与贝因美公司存在同类经营项目，而根据2006年2月18日的明州投资公司股东会决议所修改的公司章程规定，在投资设立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公司或投资设立控股公司经营范围内业务。洪谦入股贝因美公司的行为已经违反明州投资公司章程规定义务，应认定为违反公司忠实义务的行为。故明州投资公司以洪谦的上述行为违反《公司法》规定为由，将洪谦的上述相应收入归入明州投资公司未违反法律的禁止性规定。洪谦称明州投资公司2012年12月14日的股东会决议违反法律规定，应认定为无效证据不足，理由不充分，本院难以支持。

综上，原审判决事实认定有误，适用法律不当，本院依法予以纠正。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宁波市北仑区人民法院（2013）甬仑商初字第275号民事判决：

二、驳回被上诉人洪谦的诉讼请求。

一、二审案件受理费各80元，均由被上诉人洪谦负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　赵文君

审 判 员　徐梦梦

审 判 员　毛　姣

二〇一四年三月七日

代书记员　鲁　超