江苏省高级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）苏民再296号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：江苏乐辉医药科技有限公司（原江苏乐辉医药有限公司），住所地江苏省南京市秦淮区大明路105-2号B座4楼。

法定代表人：李辉，该公司董事长。

委托诉讼代理人：朱大网，上海理德律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：谢芳，女，汉族，1975年4月30日生，住江苏省南京市建邺区。

委托诉讼代理人：钱先军，江苏和忠律师事务所律师。

被申请人（原审第三人）：上海信好实业有限公司，住所地上海市长安路1138号中房华东大厦11F。

法定代表人：王丹凤，该公司总经理。

委托诉讼代理人：钱先军，江苏和忠律师事务所律师。

再审申请人江苏乐辉医药科技有限公司（以下简称乐辉公司）因与被申请人谢芳、上海信好实业有限公司（以下简称信好公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第252号民事判决，向本院申请再审。本院于2016年3月18日作出（2015）苏审三商申字第00488号民事裁定，提审本案。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。再审申请人乐辉公司委托诉讼代理人朱大网，被申请人谢芳、信好公司及其共同委托诉讼代理人钱先军到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

乐辉公司申请再审请求：撤销二审判决第三项，改判支持乐辉公司一、二审第一项诉讼请求。事实与理由：1、二审法院判决认为归入权的范围限于溢出利益，于法无据，应以《公司法》规定为准；2、二审法院判决认为归入权的行使以给公司造成损害或损失为前提，于法无据，应以《公司法》为准；3、申请证据保全是诉讼当事人行使取证权利和履行举证义务的必要方式，一、二审法院不同意对信好公司与本案有关的交易资料作证据保全，导致乐辉公司举证不能，应允许证据保全，查明基本事实，依法裁判；4、申请对谢芳的经营所得进行司法鉴定，是诉讼当事人行使举证权利和履行举证义务的必要方式，应予准许。

谢芳答辩称，1、乐辉公司是空壳公司，不具有诉讼主体资格；2、谢芳不是公司高管，不是公司法意义上的经理；3、谢芳没有违反忠实义务及竞业禁止义务；4、乐辉始终未举证证明其商业机会的流失以及谢芳给乐辉公司造成了损失；5、二审判决谢芳赔偿10万元没有法律依据。

乐辉公司向一审法院起诉，请求判令谢芳：1、违反自我交易禁止性规定所获得的收入604711元归乐辉公司所有；2、违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有；3、承担本案诉讼费用。事实和理由：谢芳于2012年6月1日同乐辉公司签订劳动合同，在乐辉公司担任总经理职务，负责公司全面的经营管理，劳动合同期限自2012年6月1日至2015年5月30日。2013年7月15日，谢芳从乐辉公司离职。谢芳离职后，乐辉公司发现谢芳在担任总经理期间，未经乐辉公司股东会同意，私下与他人共同投资设立信好公司经营与乐辉公司同类的业务，且谢芳在该公司的出资比例为80%。同时，谢芳还利用其在乐辉公司担任总经理的职务便利，未经乐辉公司股东会同意，代表乐辉公司与信好公司进行交易，交易总额达1889724.07元。根据《中华人民共和国公司法》第147条和第148条规定，公司高级管理人员对公司负有忠实义务，未经公司股东会或股东大会同意，不得与所任职公司订立合同或进行交易，也不得自营与所任职公司同类的业务。否则，其违反上述规定所得的收入应当归公司所有。谢芳在乐辉公司担任总经理，属于高级管理人员，其对乐辉公司负有忠实义务。然而，谢芳在任职期间，未经股东会同意却经营与公司同类的业务，并同公司进行自我交易。谢芳的行为已严重违反其对公司的忠实义务，其因此所得的收入应该归乐辉公司所有。

谢芳一审辩称:1、乐辉公司称谢芳在乐辉公司工作时设立信好公司与事实不符，谢芳未参与过信好公司的经营活动。乐辉公司于2012年6月与谢芳签订劳动合同，但第三人信好公司在2012年2月成立，第三人成立时谢芳并非乐辉公司的员工，所以不存在竞业禁止。2、谢芳不属于高级管理人员，谢芳未得到乐辉公司和其董事会的任命，乐辉公司的全部活动受其母公司上海蓝怡医疗有限公司（以下简称蓝怡医药公司）的指定和安排，谢芳一直在接受乐辉公司母公司的指令，其并非真正法律意义上的高级管理人员。3、乐辉公司与第三人之间的经营活动是正常的商业往来，谢芳个人没有参与自我交易的活动。4、乐辉公司没有任何经济损失，其要求谢芳承担相应责任的诉请无法律依据，乐辉公司所提供的现有证据不能反映乐辉公司与第三人之间发生过交易往来，更不能证明所谓的交易是谢芳的原因造成的。其诉请要求行使归入权的理由没有法律依据，同时，乐辉公司也没有任何证据证明谢芳违反了竞业禁止的义务，其要求谢芳承担法律责任的理由不存在，故请求法院驳回乐辉公司的诉请。

信好公司一审述称：信好公司是独立运作的公司，其与谢芳没有任何经营上的关系，谢芳也没有参与信好公司的经营。乐辉公司现提供的证据不能证明信好公司与乐辉公司之间发生过自我交易的活动。乐辉公司主张的竞业禁止没有事实依据，竞业禁止要根据乐辉公司失去了什么样的商业机会进行判断，包括损失的金额、谢芳及信好公司在其中发挥的作用。请求驳回乐辉公司的诉请。

一审法院认定事实：

2010年5月24日，乐辉公司成立，法定代表人为李子樵，经营范围为：“许可经营项目：医疗器械销售（按许可证所列范围经营）。一般经营项目：从事医药科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务；一类医疗器械、仪器仪表、办公用品、日用百货、五金交电、金属材料、电子产品、机械设备、计算机软硬件、建材销售；医疗设备维修、租赁、咨询服务；土木工程设计、施工。”公司股东为蓝怡医药公司。2010年5月17日，蓝怡医药公司作出股东会决定：任命李子樵担任乐辉公司执行董事、洪炜担任乐辉公司监事，公司经理由谢芳担任。乐辉公司章程第十八条载明：“本公司设执行董事，执行董事行使下列权利：……(九)决定聘任或解聘公司经理及报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或解聘公司副经理，财务负责人及其报酬事项。”第十九条载明：“公司设经理，行使下列职权：（一）主持公司的生产经营管理工作，组织实施股东决定；（二）组织实施公司年度经营计划和投资方案；（三）拟订公司内部管理机构设置方案；（四）拟订公司的基本管理制度；（五）制定公司的具体规章；（六）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（七）决定聘任或者解聘除应由执行董事决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；（八）执行董事授予的其他职权。”

2012年6月1日，谢芳与乐辉公司签订《劳动合同》一份，该合同第一条约定：“本合同期自2012年6月1日至2015年5月30日止”。第二条约定：“谢芳从事总经理工作，乐辉公司的工作所系岗位职责详见附件《职位说明书》。”第九条约定：“培训、竞业、保密约定按公司《人力资源管理制度》执行。”该合同后未见附件。

2012年12月29日，蓝怡科技公司召开第十四次股东会，决议2013年度人事任命的议案，其中任命谢芳为乐辉公司总经理，任命期间从2013年1月1日至2013年12月31日。

2013年7月15日，谢芳向“上海蓝怡公司”递交《员工辞职申请表》，该申请书中载明：“部门：江苏乐辉；入职时间：2004年7月1日；谢芳因身体原因，于2013年7月15日向公司申请提出辞职，辞职时间为2013年7月15日。”

2012年2月22日，信好公司成立，公司经营范围为：“商务咨询，投资管理，咨询，市场营销策划，会务会展服务，建筑工程，绿化工程，（节能环保、医药科技）领域内的技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务，从事货物及技术的进出口业务，机电设备租赁，一类医疗器械、建筑材料、装饰材料、机电设备、电子产品、服装、鞋帽、皮革制品、化妆品的销售；Ⅲ、Ⅱ类：医用超声仪器及有关设备、临床检验分析仪器（含医疗器械类体外诊断试剂）、医用卫生材料及敷料、医用缝合材料及粘合剂、医用高分子材料及制品（一次性使用无菌医疗器械重点监管产品除外）、介入器材（植入类医疗器械除外）、软件；Ⅱ类：医用光学器具，仪器及内窥镜设备、医用核素设备。”信好公司股东为谢芳及王丹凤，谢芳出资80万元，持股比例为80%，王丹凤为信好公司法定代表人。2012年10月30日至2013年8月27日期间，信好公司与乐辉公司存在多次交易往来，由乐辉公司向信好公司销售医疗器械。

一审法院认为：

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。本案系损害公司利益责任纠纷，损害公司利益责任系指公司股东滥用股东权利或者董事、监事、高级管理人员违反法定义务，损害公司利益而产生的责任。本案中，乐辉公司认为谢芳作为公司高管，未经公司股东会同意违反竞业禁止义务并进行自我交易，乐辉公司应对谢芳的收入行使归入权。对此，乐辉公司应当承担举证责任。

关于谢芳是否系乐辉公司高级管理人员问题。根据《中华人民共和国公司法》第二百一十七条第（一）项规定，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。该法条所指公司经理、副经理在商事实践中可对应公司的总经理和副总经理。谢芳认为其只是乐辉公司形式意义上的总经理，乐辉公司是蓝怡医药公司的子公司，故乐辉公司的经营活动全部由蓝怡医药公司统一安排，谢芳是按照蓝怡医药公司的指令工作，乐辉公司实际控制人是蓝怡医药公司及乐辉公司执行董事李子樵。对此，一审法院认为，谢芳与乐辉公司签订的《劳动合同》中明确载明谢芳的职务为总经理，结合乐辉公司的公司章程中关于总经理的职责规定，谢芳应系乐辉公司的高级管理人员。对于谢芳的该抗辩意见，依据不足，不予采纳。

关于谢芳是否存在违反竞业禁止义务和自我交易的行为的问题。首先，高级管理人员竞业禁止义务是指未经股东会或股东大会同意，高级管理人员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。为防止利用高级管理人员身份优势谋取个人利益而损害公司利益，基于平衡利益冲突、保护公司利益的目的，高级管理人员应对公司承担忠实义务，而高级管理人员竞业禁止义务是忠实义务的重要内容，如果他们同时处于公司竞争者的地位，将导致其个人利益与公司利益的冲突以及利用公司任职的便利，增加篡夺商业机会同公司竞争的可能性，公司的最大利益就将难以实现。因此，对竞业限制的范围进行解释时，应当把握的一个原则便是考察公司高管从事的各种经营活动是否侵害了公司现实利益或者可预见的预期利益，以此作为判定标准。本案中，尽管谢芳系信好公司股东，但并未在本质上改变乐辉公司与信好公司原有的利益格局，乐辉公司亦未提供证据证明谢芳的行为篡夺了乐辉公司的商业机会，并损害了乐辉公司的商业利益。因此谢芳在信好公司担任股东的行为不违背高级管理人员竞业禁止义务的根本目的，不构成高级管理人员竞业禁止行为。其次，谢芳时任乐辉公司总经理期间有权对外签署合同，且在谢芳从乐辉公司辞职之后，乐辉公司与信好公司之间仍有交易往来，乐辉公司章程亦未对此行为作出禁止性约定，乐辉公司未能提供证据证明谢芳实际操纵了乐辉公司与信好公司进行交易,故不能据此得出谢芳的行为系自我交易行为。

乐辉公司在一审诉讼中要求法院保全信好公司自2012年6月起至2014年3月期间的账务账册、销售合同及相关票据等证据，并安排第三方审计机构对信好公司的相关财务账册进行审计。一审法院认为，乐辉公司诉请的依据在于谢芳在乐辉公司任总经理期间存在违反竞业禁止义务和自我交易行为。在没有初步证据证明谢芳存在上述行为的情况下，一审法院对该申请不予准许。

综上，乐辉公司要求就谢芳违反自我交易规定所获得的收入604711元[1889724.07元（乐辉公司与信好公司的交易总额）×40%（估算的利润率）×80%（谢芳在信好公司的出资额）]和谢芳违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有，缺乏事实和法律依据，依法不予支持。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、第二百一十七条第一款、《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》第六十四条第一款、第一百四十二条之规定,一审法院判决：驳回乐辉公司的诉讼请求。一审案件受理费10800元，保全费4044元，共计14844元，由乐辉公司负担。

乐辉公司向二审法院提起上诉，请求判令谢芳：1、违反自我交易禁止性规定所获得的收入604711元归乐辉公司所有；2、违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有；3、承担本案一、二审诉讼费用。事实和理由：一、一审判决对于《公司法》第一百四十八条第（四）、第（五）项作目的限缩解释，将该责任等同于侵权法的损害赔偿责任，于法无据。二、一审判决基于对《公司法》第一百四十八条的错误解释，不合理分配乐辉公司举证责任，要求乐辉公司额外证明篡夺商业机会的事实，于法无据。三、在一审中，乐辉公司要求对相关证据作证据保全，申请对相关交易收入进行评估，并不会妨害任何人的合法权利，而是为了查明必要事实的正当诉讼权利之行使。一审判决推卸责任，事实上延宕了诉讼期间，更可能造成乐辉公司无法举证或举证不能。

谢芳二审答辩称，一审认定事实清楚，判决有法律依据。请求二审法院驳回乐辉公司的上诉请求。

信好公司二审答辩意见同谢芳的答辩意见。

二审法院查明事实与一审法院一致。

二审法院认为：

《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；不得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、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。被上诉人谢芳系上诉人乐辉公司总经理，属于公司高级管理人员，谢芳在担任乐辉公司总经理期间，未经股东会、股东大会同意，利用其控股的信好公司与乐辉公司订立合同进行交易；其未经股东会或者股东大会同意，自营或为他人经营与乐辉公司经营范围相同的业务，其行为违反了公司高级管理人员对公司应有的忠实义务，根据法律规定，公司高级管理人员违反忠实义务的，其所获得的收入应当归公司所有。

本案中，乐辉公司主张的604711元公司归入权，应当是指谢芳担任乐辉公司总经理期间，未经股东会或者股东大会的同意，利用信好公司与乐辉公司订立合同进行交易所取得的利益归乐辉公司所有。现乐辉公司主张谢芳有604711元收入，依据是2012年10月30日至2013年8月2日期间，乐辉公司向信好公司销售了1889724.07元医疗器械。但在该交易中，乐辉公司是卖方、信好公司是买方，乐辉公司无证据证明在谢芳担任乐辉公司总经理期间，其向信好公司销售的医疗器械价格低于其向其他公司销售的价格，即乐辉公司无证据证明谢芳因实施乐辉公司与信好公司交易行为而获得了溢出利益，也没有证据证明因谢芳实施乐辉公司与信好公司的交易行为而给乐辉公司造成了损害或损失。且即使乐辉公司向信好公司销售1889724.07元医疗器械，信好公司获得了经营收入，也不能当然得出该收入的80％归谢芳所得，故乐辉公司主张谢芳违反竞业禁止义务进行自我交易所获得的604711元收入归公司所有的诉请，缺乏事实依据，不予支持。

关于乐辉公司主张谢芳违反竞业禁止义务，要求将谢芳经营同类业务所获得的10万元收入归公司所有的问题。谢芳于2012年2月22日与他人共同投资设立了信好公司，经营与乐辉公司相同的业务范围，谢芳在2012年6月1日至2013年7月15日担任乐辉公司总经理期间，未将该情况告知乐辉公司股东，其行为违反了公司高级管理人员应尽的忠实义务。乐辉公司对此已经完成了初步举证义务。谢芳否认有10万元收入，应承担相应举证责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定，有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。乐辉公司要求对信好公司2012年6月至2014年3月期间的财务账册进行保全并审计，二审中谢芳明确表示不能提供信好公司2012年6月至2014年3月期间的财务账册等资料。据此二审法院推定乐辉公司的主张成立。故对乐辉公司要求将谢芳经营同类业务所获得的10万元收入归乐辉公司所有的诉请，予以支持。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项、第一百七十五条之规定，二审法院判决：一、撤销南京市建邺区人民法院（2014）建商初字第155号民事判决；二、谢芳于判决生效之日起十日内给付江苏乐辉医药有限公司10万元；三、驳回江苏乐辉医药有限公司的其他诉讼请求。一审案件受理费10800元、保全费4044元，合计14844元，由乐辉公司负担12738元，谢芳负担2106元；二审案件受理费10800元，由乐辉公司负担9268元，被上诉人谢芳负担1535元。

再审过程中，乐辉公司提交如下新证据：

1、按照其销售给信好公司发票统计的统计表一份，用以证明涉案药品销售给信好与销售给其他第三方之间的差价。其中，销售给终端用户含税差价为194.14万元，不含税差价为165.93万元；销售给渠道用户的含税差价为61.58万元，不含税差价为52.63万元。

2、一组药品注册证，用以证明谢芳及信好公司提交统计表中部分产品与乐辉公司发票中的产品不一致。

谢芳及信好公司质证意见：对证据1，表格中许多产品的价格并非来源于发票，即使来源于发票也是选择的最高售价，因此最终统计的利润也是错误的。对证据2，信好公司统计的产品大部分名称是一样的，有些不一致的也仅是中文全称与英文缩写的区别。乐辉公司提交的注册证有些也不完整，没有药品登记表。

谢芳及信好公司提交如下新证据：

1、分别按照涉案药品分类及信好公司销售给第三方的发票进行统计的统计表两份，证明信好公司销售从乐辉公司所购药品，利润总计为114274.29元。

2、将乐辉公司销售给第三方的药品价格与乐辉公司销售给信好公司的药品价格进行比较的统计表一份，比较计算得出乐辉公司销售给第三方的价格比销售给信好公司的价格平均利润率仅高6.21%，并非乐辉公司主张的40%。

谢芳还申请证人杨某出庭作证，杨某陈述其在2010-2013年担任蓝怡医药公司产品销售总监，并就蓝怡医药公司与乐辉公司之间的管理模式、销售策略等进行了说明。谢芳认为杨某的证言可以证明其不是乐辉公司实际意义上的总经理，其仅负责销售部分工作。

乐辉公司质证意见：对证据1，统计表中有产品的名称和乐辉公司实际销售的产品名称不一致，且统计的产品不完全，有部分产品没有统计进去。还有部分产品统计为负利润不正常。对证据2，乐辉公司销售给不同代理商或者终端的价格都不一样，谢芳及信好公司这样计算利润率不能反映整体利润。对证人杨某的证人证言，乐辉公司对其真实性认可，但是认为该证言仅证明了蓝怡医药公司与乐辉公司之间的管理模式，且杨某并未否认谢芳是乐辉公司的高级管理人员。

本院认证意见：对各方提交证据及证人证言的真实性予以认可，关联性将在以下说理部分详细阐述。

本院再审认为，乐辉公司基于信好公司与乐辉公司之间的涉案交易，向谢芳主张行使归入权，有事实和法律依据，应予支持。具体理由如下：

一、关于乐辉公司主张的归入权能否成立问题

《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，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。第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：……（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……。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。根据以上法律规定，公司行使归入权，并不以董事、高级管理人员的交易行为获得溢出利益，或者其行为给公司造成损害或损失为前提。只要董事、高级管理人员的交易行为违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，其与公司进行交易获得收入即应归公司所有。

本案中，首先，谢芳作为乐辉公司的总经理，根据我国公司法相关规定，应属乐辉公司高级管理人员。在一审、二审法院均认定谢芳为乐辉公司高级管理人员的情形下，谢芳并未提起二审上诉及再审申请。再审过程中，谢芳虽申请证人杨某出庭作证，但是从杨某的证人证言中，并不能得出谢芳不属于乐辉公司高级管理人员的结论。故对谢芳抗辩其不属于乐辉公司高级管理人员的主张，本院不予支持。

其次，谢芳虽陈述信好公司与乐辉公司进行交易，已经获得乐辉公司董事长李子樵的同意，但是其并未提交任何证据证明，且乐辉公司对此亦不予认可。故可认定谢芳在担任乐辉公司总经理期间与谢芳担任股东的信好公司进行交易，并未经乐辉公司股东会、股东大会的同意。

综上，谢芳作为乐辉公司的高级管理人员，未经乐辉公司股东会、股东大会同意，以其担任股东的信好公司与乐辉公司进行交易所获得收入，均应归乐辉公司所有。乐辉公司主张行使归入权具有事实和法律依据，应予支持。二审法院认定该收入部分不能适用归入权有误，本院予以纠正。

二、关于谢芳所获收入具体数额问题

乐辉公司为证明谢芳所获收入，提交了按照其销售给信好公司发票统计的统计表。对此本院认为，该统计表中部分药品的销售单价，乐辉公司系按照其销售给不同第三方中的最高售价进行统计。如在序号4的产品中，（LDH-L）乳酸脱氢酶诊断试剂盒，其供货给信好公司含税单价为562.50元，而其统计的含税终端销售单价和含税渠道销售单价均为1185元。但是在其销售给第三方发票号为00876104、购货单位名称为南通宏达医疗仪器试剂有限公司的发票中，其（LDH-L）乳酸脱氢酶诊断试剂盒的含税销售单价亦为562.50元。如果按照乐辉公司的该种统计方法，得到的是其将涉案药品均按最高售价出售后可能获得的最高利润，但是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定可以行使归入权的，应该是谢芳获得的实际收入。故乐辉公司提交的统计表不能如实反映谢芳获得的收入数额，对该证据的关联性，本院不予确认。

针对谢芳及信好公司提交的按照涉案药品分类及信好公司销售给第三方的发票进行统计的统计表，乐辉公司在质证中认为部分药品名称不符，主要包括：统计表中是β2-MG，而发票中是B2-MG；统计表中是APO-A1，而发票中是APOA；统计表中是APO-B，而发票中是APOB；统计表中是HDL-C，而发票中是HDL；统计表中是LDH-L，而发票中是LDH；统计表中是γ-GTP，而发票中是GGT。对此本院认为，乐辉公司所提名称不同，大部分均系英文缩写或者符号显示的细微差异，有明显差异的仅有γ-GTP与GGT，而γ-GTP与GGT均系指γ-谷氨酰转肽酶。故对乐辉公司认为统计表中药品与发票中的药品不符的主张，本院不予支持。谢芳及信好公司为证明其销售涉案药品的获利，根据其2012年10月至2013年8月期间共计217张销售发票所做统计表格，可以证明涉案药品的销售去向及销售价格，最终亦可由此确定谢芳及信好公司从涉案药品销售中的获利。故对该证据的关联性本院予以确认。

乐辉公司还认为，谢芳及信好公司统计表格中有产品利润为负数，明显不合常理；且还有部分药品未纳入统计中。谢芳及信好公司的解释是有些试剂是赠送给第三方使用，所以存在负利润。有些产品未列入统计表格，系因为信好公司在成立初期找代帐公司管理账务，有些发票对应的销售清单遗失无法找到。对此本院认为，部分试剂产品赠送使用的现象在医药销售行业中确实存在，但是在计算获利时，不应计算负利润，而应该按照未产生利润即零利润计算，故统计表中的负利润6070.55元不应扣除。对于进货价128205.13元的G8血糖分析仪，以及进货价为139880.29元的G8血糖分析仪配件及试剂，因双方均认可G8血糖分析仪系机器免费放置在医院，从医院按照使用次数收费。谢芳及信好公司主张G8分析仪项目亏损，乐辉公司虽主张试剂部分有利润，但并未提交证据证明信好公司在其投放G8分析仪医院所获收入已超过G8分析仪机器的购买成本而产生利润，故本院对该部分不计算利润。对于因销售清单遗失而未统计利润的进货价为258687.1元的产品，本院按照有发票产品的平均利润率计算该部分利润。信好公司销售涉案产品平均利润率为：总利润（114274.29+6070.55）/总不含税进货价格（1615148.54-258687.1-139880.29-128205.13）=11.057%，则无销售清单产品产生的利润为：258687.1x11.057%=28603.03元。

据此，本院认定信好公司通过销售涉案产品所获利润为：114274.29+6070.55+28603.03=148947.87元。谢芳在信好公司所占股份比例为80%，则其从涉案交易中可获利益为：148947.87x80%=119158.30元，乐辉公司对该部分收入有权主张行使归入权。关于乐辉公司主张的谢芳经营同类业务所获10万元收入问题，因谢芳在二审中明确表示其不能提供信好公司财务账册等资料，二审法院根据证据规则推定乐辉公司的主张成立，并无明显不当。且在二审判决支持乐辉公司该项诉讼请求后，谢芳亦未提起再审请求，故对谢芳在再审中提出的二审判决支付10万元无法律依据的抗辩主张，本院不予采纳。

综上所述，乐辉公司申请再审的理由部分成立，应予支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第252号民事判决第一、二项；

二、撤销江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第252号民事判决第三项；

三、谢芳于本判决生效之日起十日内给付江苏乐辉医药有限公司119158.30元；

四、驳回江苏乐辉医药有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期限履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费10800元、保全费4044元，合计14844元，由乐辉公司负担10000元，谢芳负担4844元；二审案件受理费10800元，由乐辉公司负担7000元，谢芳负担3800元。

本判决为终审判决。

审　判　长　　李红建

代理审判员　　张晓阳

代理审判员　　顾正义

二〇一七年六月二十八日

书　记　员　　袁雨田