福建省厦门市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）闽02民终4619号

上诉人（原审原告）：厦门欣瑞建材有限公司，住所地福建省厦门市湖里区禾山街道枋湖东四里65号304室。

法定代表人：杨丽玉，该公司总经理。

委托诉讼代理人：林惠娟，该公司职员。

委托诉讼代理人：陈云煌，福建上达律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘文宝，男，1987年10月10日出生，汉族，住福建省厦门市翔安区。

委托诉讼代理人：简斯林，福建旭丰律师事务所律师。

上诉人厦门欣瑞建材有限公司（以下简称欣瑞公司）因与被上诉人刘文宝劳动争议一案，不服厦门市湖里区人民法院（2017）闽0206民初8830号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。

欣瑞公司上诉请求：撤销一审判决，改判支持欣瑞公司一审的全部诉讼请求。事实和理由：

一、一审法院法律适用错误。

1.一审法院已经认定刘文宝违反劳动合同约定的保密义务利用欣瑞公司的供货渠道并最终牟取私利，却认为刘文宝的行为及后果不足以证明欣瑞公司因此遭受损失，依据居然是案涉单位湖北岳成房地产有限公司非欣瑞公司的原有客户或潜在客户。2.刘文宝违反劳动合同约定的保密义务，应以其所获得的利润为基数赔偿给欣瑞公司所造成的损失。《劳动合同法》第九十条规定“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”【关于发布《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的通知】第五条规定“劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，按《反不正当竞争法》第二十条的规定支付用人单位赔偿费用。”《反不正当竞争法》第二十条的规定“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。”由此可见，刘文宝违反劳动合同约定的保密事项，应以其行为所获得的利润为基数赔偿给欣瑞公司所造成的损失。3.刘文宝事实上与福建省晋江协隆陶瓷有限公司（下称协隆公司）签订并履行了《外墙通体砖订货协议》且从中获益，依法应以其所获得的利润收益赔偿欣瑞公司的损失，欣瑞公司已提交了初步证据证明刘文宝所获得的利润收益。刘文宝正是利用了其在任职期间掌握了欣瑞公司关于案涉瓷砖的进货渠道，并利用欣瑞公司与协隆公司之间的长期合作关系，使得其对案涉的瓷砖有巨大的价格优势，从而以明显低于市场价的价格购买了案涉的瓷砖，并从中获利（案涉瓷砖的市场价与实际购买价的价格差额271777）。4.基于《外墙通体砖订货协议》而获得的利润由刘文宝所掌握，其拒绝向法院提交提相应的银行账户交易明细，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定司法解释》第75条“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。”规定，刘文宝依法应承担举证不能的法律后果，相关的利润数额应以欣瑞公司主张的271777元为准。

二、一审法院对欣瑞公司提交的《调查取证申请书》未予受理及调查程序有误。

刘文宝于2016年8月1日与协隆公司签订履行了《外墙通体砖订货协议》，并从中获益，交易数额及获利数额均可以从协隆公司所掌握的发票及出库凭证资料、刘文宝的银行账户交易明细或晋江市国家税务部门掌握的协隆公司开给湖北中岳成峰房地产有限公司的发票中予以证明。欣瑞公司为此向一审法院提交了《调查取证申请书》，但一审法院未依法予以受理并调查。

三、刘文宝的行为不仅是违法了保密条款，同时也违反竞业条款。

欣瑞公司与刘文宝签订的每一份《劳动合同》中，均明确的约定公司的产品供销渠道为公司的秘密，同时约定了竞业禁止条款，以及刘文宝签名的公司的《规章制度》也明确制定了竞业限制的内容。刘文宝作为公司的高管，在《劳动合同》及《规章制度》上面签名确认，应当受竞业限制条款的约束。

综上，请求改判支持欣瑞公司一审的全部诉讼请求。

刘文宝辩称：一审判决认定事实基本清楚，适用法律正确，应予维持。

一、欣瑞公司所称“刘文宝违反劳动合同约定的保密义务”没有事实依据。

1.刘文宝基于与欣瑞公司的劳动关系，而与欣瑞公司的供应商包括本案所涉的协隆公司有联系是不假，但是协隆公司作为一个瓷砖的供应商，其产品信息做了大量的广告宣传，且在全国都有一定的知名度，其网站、企业名称、品牌一经检索，应有尽有，该“渠道”并不属于欣瑞公司专有的“供货渠道”，因此该供货渠道构不成商业秘密。2.即便欣瑞公司所述的《协议书》等属实，那么该协议书发生之时，欣瑞公司与协隆公司并不存在任何代理商关系，协隆公司与欣瑞公司之间即便发生交易也只是普通的买卖关系，其对所谓的“供货渠道”不具有民事权益。因此，欣瑞公司主张刘文宝违反劳动合同约定的保密义务的事实本身即不存在。

二、欣瑞公司主张一审法院适用法律错误的理由完全不能成立。

欣瑞公司援引法律逻辑混乱，具体表现在以下几个方面：1.欣瑞公司主张的是侵权之诉，但其并无权益受到侵害。侵权法第二条规定“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”然欣瑞公司在本案中至今未能明确主张其何种民事权益受到侵害。2.欣瑞公司援引《劳动合同法》第九十条也完全不能成立。首先，在2016年之前欣瑞公司曾经是协隆公司厦门区域代理商，但自2016年开始其与协隆公司之间并不存在经销或代理关系，况且欣瑞公司在2016年前的代理销售区域也仅仅是福建省厦门市，而湖北中岳成峰房地产有限公司所在的武汉市，跟欣瑞公司没有任何的业务交集。正如一审判决所述，非其原有或潜在客户，该订单即便真实跟欣瑞公司也不存在任何经济联系。其次，《劳动合同法》并非禁止劳动者的兼职行为。该法第三十九条规定“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。”说明，劳动者的兼职行为只有对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的，用人单位才有“劳动合同解除权”，但并非欣瑞公司主张的“归入权”。3.欣瑞公司援引《反不正当竞争法》属于援引法律错误，明显不能成立。首先，《反不正当竞争法》规定的侵权人指的都是“经营者”，显然与本案的“劳动争议”主体不符。其次，“不正当竞争”是特殊的案由，如欣瑞公司以此为由索赔，应提起单独的民事起诉而非劳动争议的“劳动仲裁”程序，且一审的管辖法院即为中级人民法院。第三，欣瑞公司援引该法的前提条件是刘文宝侵害其“商业秘密”，但却未举证其存在商业秘密或刘文宝侵害了其何种商业秘密。4.欣瑞公司援引《公司法》的“归入权”显然是错误的。《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：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。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。”显然，该归入权仅针对“董事、高级管理人员”适用。

三、欣瑞公司所称一审程序有误不能成立。

1.欣瑞公司在一审当庭申请调查取证不符合法律规定，本不应允许。2.欣瑞公司申请的取证事项属于其举证范围，不属于人民法院依法调查取证的范围。3.欣瑞公司所诉之侵权索赔，但自劳动仲裁至一审庭审，其都不能明确其何种权益受到侵害，刘文宝的侵权行为是什么，在诉讼前提都不成立的情况下，其要求调查案外人的业务往来、交易信息，显属荒唐。故一审法院审理程序合法。

综上，请求二审法院驳回欣瑞公司的上诉。

欣瑞公司向一审法院起诉请求：判令刘文宝向欣瑞公司赔偿损失271777元。

一审法院认定事实：

一、签订书面劳动合同时间：双方签订多份劳动合同，最后一份劳动合同签订时间为2015年12月31日。

二、合同期满时间：最后一份劳动合同约定合同期限至2016年12月31日。

三、申请仲裁时间：欣瑞公司于2017年7月20日申请仲裁。

四、仲裁请求：刘文宝赔偿欣瑞公司经济损失271777元。

五、仲裁结果：厦门市湖里区劳动争议仲裁委员会于2017年9月22日作出厦湖劳仲案[2017]364号裁决书，裁决驳回欣瑞公司的仲裁请求。

六、需要说明的其他事项：诉讼过程中，一审法院依欣瑞公司的财产保全申请作出（2017）闽0206民初8830号民事裁定书，并在执行过程中冻结刘文宝银行存款271777元（因余额不足，截至2017年11月22日实际冻结3.23元）及查封刘文宝名下址于厦门市翔安区新店镇洪琳湖五里30号1001室的房产。

一审法院认为：本案争议焦点在于欣瑞公司主张刘文宝赔偿损失有无依据。

欣瑞公司主张，欣瑞公司与案外人协隆公司存在长期合作关系，协隆公司系欣瑞公司的产品供应商，刘文宝因工作而知晓该供货渠道。2016年8月1日，刘文宝私下与协隆公司签订《外墙通体砖订货协议》，向协隆公司购买产品后出售给湖北中岳成峰房地产有限公司。刘文宝该行为给欣瑞公司造成了直接的经济损失，刘文宝应以其获得的利润额赔偿欣瑞公司的损失。欣瑞公司提供《劳动合同》、《规章制度》、《协议书》、《吊篮设备租赁协议书》、《工矿产品购销合同》、《外墙通体砖订货协议》、《证明》、银行转账凭证等作为证据。

刘文宝主张，1.欣瑞公司未明确其何种民事权益受到侵害，也无证据证明刘文宝实施了侵权行为。2.如果欣瑞公司主张商业秘密受到侵害，因欣瑞公司未证明其所谓供货渠道具备秘密性、实用性和采取保密措施等特征，不符合商业秘密的构成要件，故该主张不成立。3.如果欣瑞公司主张刘文宝违反劳动合同期内的竞业禁止义务，因法律规定的劳动合同期内竞业禁止义务仅针对公司高管，而刘文宝不属于该类人员；双方签订的劳动合同第十八条第6款仅约定欣瑞公司有权辞退刘文宝，故无论是法定还是约定，均不涉及欣瑞公司主张的“归入权”。4.欣瑞公司提供的《规章制度》未经民主程序制定，不能作为裁判依据。5.欣瑞公司在2015年12月31日之前是协隆公司在厦门地区的经销商，2016年开始欣瑞公司与协隆公司之间无代理经销关系，仅存在购销关系，且欣瑞公司在湖北没有经销权，也没有客户资源，故欣瑞公司根本不存在损失。

一审法院分析认为，欣瑞公司与刘文宝建立劳动关系，双方均应遵守劳动法律法规的规定及劳动合同的约定。《中华人民共和国劳动法》第一百零二条规定，劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。

根据上述法律规定，判断刘文宝是否应向欣瑞公司赔偿损失的关键有两点，一是劳动者是否存在违反劳动合同约定的保密事项的行为，二是劳动者的行为是否对用人单位造成经济损失。1.双方于2015年12月31日签订的《劳动合同》第十八条约定，欣瑞公司的交易秘密，包括商品产供销渠道、客户信息、买卖意向、成交或商谈的价格等，刘文宝必须保密。刘文宝确认关于协隆公司这一供货渠道系通过任职于欣瑞公司而得知，结合欣瑞公司提供的《外墙通体砖订货协议》（刘文宝与协隆公司签订，其中约定了协隆公司收款账户为案外人吴劝治名下账户）及银行转账凭证（刘文宝与吴劝治之间有多笔款项往来），足以认定刘文宝利用协隆公司作为供货渠道将产品销售给案外人湖北中岳成峰房地产有限公司的事实，进一步也足以认定刘文宝违反了劳动合同约定的保密义务。2.欣瑞公司未提供证据证明案外人湖北中岳成峰房地产有限公司系欣瑞公司的原有客户或潜在客户，也未能证明协隆公司独家授权欣瑞公司经销其产品，仅凭刘文宝利用了协隆公司的产品供货渠道这一事实不足以证明欣瑞公司因此遭受了经济损失。因此，从法定赔偿义务的角度而言，欣瑞公司向刘文宝主张赔偿的依据不足。另，欣瑞公司与刘文宝签订的劳动合同中，未约定如违反保密义务需承担违约金，故从约定赔偿义务的角度而言，欣瑞公司主张赔偿亦缺乏依据。

综上，欣瑞公司主张刘文宝赔偿损失，依据不足，不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定，判决：驳回厦门欣瑞建材有限公司的诉讼请求。

本院二审期间，当事人对一审法院认定的事实均无异议，本院予以确认。

二审中，双方均确认欣瑞公司于2017年1月1日向刘文宝发出解除劳动合同通知书，解除双方的劳动关系。

还查明：《外墙通体砖定货协议》（刘文宝于2016年8月1日与协隆公司签订）体现，刘文宝以16.5元/平方米的价格向协隆公司购买外墙通体砖、以22元/平方米的价格出售给案外人湖北中岳成峰房地产有限公司；《出库凭证》体现，刘文宝共向协隆公司提取外墙通体砖24707件（49414平方米）。

欣瑞公司一审提供的有刘文宝等13名员工签名确认的《欣瑞公司规章制度》第七条规定“由于各岗位人员工作职务的不同涉及的工作内容也不同，为确保公司的利益，有关工作内容及工作中涉及的一些重要或敏感信息，一律不得对外泄漏。否则一经发现，公司有权提醒、警告，情节严重的有权辞退。若情节特别恶劣的（如未经许可配合其他品牌或自行从事同行业工作或泄漏本公司的商业机密等），公司有权要求其进行经济赔偿并追究相关责任。”刘文宝在一审质证时对该规章制度的真实性没有异议，但主张该规章制度未经民主程序，不能作为本案的认定依据。本院认为，欣瑞公司系注册资金仅50万元的微小公司，员工不多，其采取直接征求员工意见并由员工签字确认的方式通过规章制度无可厚非，且刘文宝本人亦在该规章制度上签名确认，从诚实信用的原则考量，刘文宝也应当遵守该规章制度的规定，该规章制度对刘文宝具有约束力，故《欣瑞公司规章制度》可作为本案的认定依据。

本院认为：本案系劳动争议。本案的争议焦点在于刘文宝是否违反双方约定的保密义务。根据双方签订《劳动合同》第十八条的约定，刘文宝必须保密的内容包括：欣瑞公司的交易秘密、商品产供销渠道、客户信息、买卖意向、成交或商谈的价格等，本案刘文宝亦确认关于协隆公司这一供货渠道系通过其任职于欣瑞公司而得知。一审法院结合《外墙通体砖订货协议》（刘文宝与协隆公司签订，其中约定了协隆公司收款账户为案外人吴劝治名下账户）及银行转账凭证（刘文宝与吴劝治之间有多笔款项往来）等证据，认定刘文宝利用协隆公司作为供货渠道将产品销售给湖北中岳成峰房地产有限公司，违反《劳动合同》约定的保密义务，并无不当，且双方当事人对一审法院的该项认定亦无提出异议，故本院予以认定。湖北中岳成峰房地产有限公司虽不是欣瑞公司的原有客户，但作为欣瑞公司工作人员的刘文宝本身就负有为欣瑞公司发展客户的职责，其在工作期间所发展的新客户亦应认定是欣瑞公司的客户。然而，刘文宝却以自己的名义与其发展的客户湖北中岳成峰房地产有限公司进行和欣瑞公司相同的业务，将本应归欣瑞公司取得的利益据为己有，违背其职业道德和诚实信用原则，也违反《劳动合同》的约定和《欣瑞公司规章制度》关于“不得自行从事同行业工作”的竞业限制规定，刘文宝的行为损害了欣瑞公司的利益，根据《中华人民共和国劳动合同法》第九十条规定，应当承担赔偿责任。欣瑞公司请求刘文宝按其违约行为所取得的利润271777元（49414平方米×22元/平方米－49414平方米×16.5元/平方米）承担赔偿责任理由成立，本院予以支持。

综上所述，欣瑞公司的上诉请求成立，予以支持。依照《中华人民共和国劳动合同法》第九十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第三项规定，判决如下：

一、撤销厦门市湖里区人民法院（2017）闽0206民初8830号民事判决；

二、刘文宝于本判决生效之日起10日内支付欣瑞公司271777元。

本案一审案件受理费减半收取5元、二审案件受理费10元，均由刘文宝负担。

本判决为终审判决。

审判长　　纪赐进

审判员　　庄伟平

审判员　　陈丽端

二〇一八年十一月十五日

法官助理张艳

书记员　　林少怀

附页：本案适用的法律条文

第九十条劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

-14-

-13-