

# “脱密期”约定 还管用吗？

文 周斌 摄 金星

关注一

## 《劳动合同法》实施后 仍可依法约定脱密期

“脱密期”一词最早来源于《保守国家秘密法》第三十八条：“涉密人员离岗离职实行脱密期管理。涉密人员在脱密期内，应当按照规定履行保密义务，不得违反规定就业，不得以任何方式泄露国家秘密。”而该法所称脱密期涉及的是国家秘密。

至于在保守商业秘密方面，国家法律上并无规定严格意义上的脱密期制度，但原劳动部和部分地方法规有相关规定。这种脱密期是指用人单位是否可以约定掌握商业秘密人员在离职之前必须提前通知用人单位，并为用人单位再工作一定期限，该期限届满，员工才可以正式离职。在这段时间之内，用人单位可以把员工调动至不需保密的部门工作，以确保员工不再接触新的商业秘密，因此脱密期的实质为提前通知期。

根据原劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》（劳部发[1996] 355号）第二条：“用人单位与掌握商业秘密的职工在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或该职工提出解除劳动合同后的一定时间内（不超过六个月），调整其工作岗位，变更劳动合同中相关内容”。《上海市劳动合同条例》第十五条第二款规定：“对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，劳动合同当事人可以就劳动者要求解除劳动合同的提前通知期在劳动合同或者保密协议中做出约定，但提前通知期不得超过六个月”。其他如《浙江省劳动合同办法》、

《江苏省劳动合同条例》、《北京市劳动合同规定》等均有类似规定。

但《劳动合同法》第三十七条明确规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。一种观点认为，这里的预告解除是不应该附加其他条件的，而脱密期将提前通知期延长到最长6个月，有违上位法规定，故在《劳动合同法》施行之后应予以废除。

如深圳市中级人民法院在《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）》第八十条中规定：“员工提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同，用人单位不得以特别约定排除或限制员工的解除权”。

另一种观点则认为，《劳动合同法》并未禁止企业与员工约定脱密期，第三十七条所规定的提前三十日通知期是下限而非上限，且员工有权处分自己的解除权。上海有关部门倾向于后一种意见。

本案中上海市静安区法院认为：双方签订的《保密协议》明确约定，具有资产业务的客户经理在提出解除劳动合同时应履行双方约定的六个月的脱密管理。伍某签署《保密协议》应视为放弃《劳动合同法》赋予的关于单方解除劳动合同的三十日提前通知期。该《保密协议》系双方当事人真实意思表示，且未违反法律法规强制性规定，双方均应按约履行。故伍某提出解除劳动合同，应履行六个月脱密期的规定。

关注二

## 合同剩余期间短于脱密期限的 顺延至脱密期满

当劳动者以书面形式提出辞职，但未按规定提前通知用人单位，劳动合同的解除时间应当如何确定？对此各地在司法实践中也存有争议。

一种观点认为，劳动者辞职在意思表示到达用人单位后，即发生法律效力，除非该等辞职文件中明确需要用人单位的批准。如根据《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南（2010）》：“《劳动法》第三十一条和《劳动合同法》第三十七条规定的是劳动者的辞职权，即依照劳动者单方的意思表示即可发生解除劳动合同的效力。提前30日以书面形式通知用人单位是劳动者行使辞职权所应遵循的程序，违反该程序的法律后果是赔偿用人单位因此而遭受的损失，如不能及时找到替代者所造成的损失，用人单位的经济损失等，但不能否定劳动合同解除的效力。”按此观点，劳动者违反脱密期辞职，并不构成用人单位拒绝办理退工的合法理由，由此给劳动者造成损害的，劳动者有权要求用人单位赔偿。

另一种观点认为，劳动者辞职在意思表示到达用人单位后，该辞职行

为成立但还未未必生效。如根据《重庆市高级人民法院民一庭关于沙坪坝区法院劳动争议法律适用问题研讨会会议综述》第六条：“对于劳动者向用人单位递交辞职申请后即离职的情况，用人单位同意劳动者辞职的，劳动合同在用人单位同意之日解除；用人单位不同意或者劳动者递交辞职申请后仍在单位工作直至30日届满的，劳动合同于30日期满之时解除。”

在上海司法实践中，有关部门倾向于：因劳动者原因导致劳动合同剩余期间短于脱密期限的，劳动合同期限顺延至脱密期满。劳动者工作岗位属于涉密岗位，在本劳动合同期限内劳动者提出解除或终止劳动合同的，应按约定的脱密期提前以书面形式通知公司。

本案中法院认为：自伍某2017年8月29日提出辞职至2018年1月2日，双方处于劳动关系存续期间。某银行于2018年1月5日办理了退工备案登记，于2018年1月16日将退工单交给伍某，并不存在迟延履行退工手续的情形。（《劳动合同法》规定，用人单位在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。）



关注三

## 用人单位 可根据实际情况 提前结束脱密期

6月27日，上海市静安区人民法院通报了2018年7月至2019年4月劳动争议十大典型案例。其中《伍某诉某银行股份有限公司上海分行劳动合同纠纷案》涉及莫衷一是的脱密期的认定问题。

伍某2013年5月21日入职某银行，2017年8月29日申请辞职，最后工作至2017年9月28日。劳动合同履行期间，双方签订《保密协议》，约定在劳动合同终止前或员工提出解除劳动合同时应接受脱密管理，并提前6个月书面通知公司。经过稽核、问责等程序，某银行于2018年1月5日为伍某办理了解除日期为2018年1月2日的退工登记，缴纳社保至2017年12月。2018年1月16日，某银行向伍某出具退工单。案外公司为伍某办理了起始日期为2018年1月3日的招工登记，自2018年1月起为伍某缴纳社保，并自2017年10月起作为扣缴义务人为伍某缴纳个人所得税。伍某称2017年9月17日已获得案外公司的《录用通知书》，故主张2017年10月5日至2018年1月16日因某银行未办理退工手续造成的损失77181.37元。

法院认为，双方关于六个月脱密期的约定合法有效，伍某提出辞职后，某银行为伍某办理了合同解除日期为2018年1月2日的退工备案登记，且该时间并未超过六个月脱密期，故2018年1月2日系双方劳动合同解除日期。某银行于2018年1月5日办理了退工备案登记、于2018年1月16日将退工单交给伍某，并不存在迟延履行退工手续的情形。且案外公司自2017年10月起为伍某缴纳个人所得税，可知伍某于2018年10月即获得工资性收入，并无损失。法院判决：驳回伍某的诉讼请求。

脱密期协议也不是随便订立的。按照《上海市劳动合同条例》的规定：“劳动合同双方当事人约定竞业限制的，不得再约定解除劳动合同的提前通知期”。

另外，脱密期的适用对象是有限制的，仅对负有保密义务的劳动者，用人单位才能与其约定脱密期。用人单位可与劳动者另行订立保密协议，在保密协议中约定脱密期，以便区分负有保密义务的劳动者与普通劳动者，以免日后就相关事宜发生争议。此外，双方还可就脱密期的期限、脱密措施、违反脱密期的赔偿办法、脱密期的起算时间等作出明确约定。

首先，脱密期长短不得超过6个月，但不是所有员工都需一刀切地约定6个月，而是应考虑到各岗位和各员工的涉密程度、范围等具体情况设定。如本案中，伍某2017年8月29日申请辞职，最后工作至2017年9月28日，劳动合同解除日期为2018年1月2日。由此可见，用人单位认定劳动者符合结束脱密期的条件，而提前结束脱密期，也不为法律所禁止，这可视为用人单位放弃自己的权利。

其次，具体脱密措施也应当是合理的，而不能违反劳动法的基本原则和强制性规定。劳动者同意公司将其调离至非涉密岗位，劳动者脱密期工资待遇按照调整后的岗位标准确定。

第三，双方可通过损失赔偿的方式约定违约责任。《劳动合同法》第二十五条规定，除了劳动者违反服务期约定或竞业限制约定，用人单位可以设定违约金外，其他情形用人单位一律不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。用人单位如要求劳动者承担违反脱密期的违约金，在《劳动合同法》施行之后该条款可能因违反法律强制性规定而被判无效。用人单位可在协议中说明由于员工提前离职将给企业造成哪些方面的损失，预计损失额会有多少，如员工违反约定应当向企业赔偿此损失等。但用人单位主张相应损害赔偿，需证明相应损害的实际发生及与劳动者违约行为的因果关系。

第四，约定脱密期的起算时间也很重要。有人问：脱密期应自劳动者书面提出离职申请之日起计算，还是应自劳动者办理完毕工作交接之日起计算？此案中某银行实际上是提前结束了脱密期，但上海地区相关判例显示：用人单位可依据实际情况，约定脱密期自劳动者完成涉密岗位工作交接之日起计算。