

## 涉密型雇员流动的法律规制

● 谢德成\*

---

**【内容摘要】** 涉密型雇员流动带来的相关国家利益和企业利益保护隐患,在当前劳动法规范领域的主要表现是脱密期与竞业限制协议的法律属性界分与制度衔接问题。根据相关法律规定,脱密期属于公法义务,竞业限制属于私法义务,两项义务的产生均以雇员放弃部分择业自由为代价。劳动权是宪法规定的劳动者的基本权利,对其作出法律限制理应慎重。但是,现有的企业既做球员又做裁判员的立法立场,一定程度上放大了企业转嫁保密义务的可能性,于劳动者利益之保护十分不利,而脱密期缺乏相应的补偿机制对涉密雇员而言亦有失公允。建议采取如下规制措施:在企业之外成立能够行使政府职能的国家秘密评估小组,用以解决在行业脱密期设定、禁止就业岗位划分等方面的纠纷;引入国家秘密保护的经济补偿制度,允许采用经济手段制约国家秘密载体设备的交接;竞业限制协议应以存在商业秘密为前提;对流动中的特殊雇员实行竞业限制除外制度。

**【关键词】** 涉密雇员 脱密期 竞业限制 行业评估 国家秘密评估

---

近年来,国企科研单位技术人员向民营科技企业流动的事例常受舆论关注,焦点聚集在国企是否应该给予离职者以更多的爱护上,而对离职者是否需要履行原单位脱密义务并无太大异议。事实上,随着国企、民企间人员流动的日趋频繁,脱密期管理混乱的问题已经凸显。<sup>[1]</sup>例如,2018年9月27日,一篇《离职能直接影响中国登月的人才,只配待在国企底层?》的文章引发网友关注,西安航天动力研究所科研人员张某被一家民营企业挖走,其待遇由原来的年薪12万直接达到百万。研究所在随后发布的正式通报中称张某“为国家重要涉密人员,脱密期为2年”,其“自行离所,对保守国家秘密和单位技术秘密带来了较大隐患”。其后向西安市劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求张某

---

\* 作者单位:西北政法大学经济法学院。本文系国家哲学社会科学基金项目“供给侧改革视阈下我国职业培训法律问题研究”(2018BFX194)的阶段性成果。

[1] 参见张弛:《用什么约束涉密离职人员》,载《环球时报》2018年10月25日,第015版。

继续履行聘用合同,按脱密期管理规定回所脱密。<sup>[2]</sup>此案之前,我国企业雇员侵犯国家秘密和商业秘密的代表性案件还有华为员工离职窃取商业秘密案、海尔公司雇员泄密案、中兴通讯雇员窃取商业秘密案以及与国有钢铁企业雇员泄密关联紧密的力拓案等,<sup>[3]</sup>每一起案件除了当事雇员法律意识淡漠外,企业保密措施执行不力亦是重要原因。基于此,笔者以“离职+商业秘密”为关键词在裁判文书网上检索了近十年来的相关案件,经梳理统计后发现,因雇员离职引起的商业秘密侵权案件数量已由2010年的每年25件猛增至2019年的每年2518件,其中案件裁判数量过千的省份有广东、北京和上海等地。综观这些司法裁判案件,经济法、民法对其进行的应用性研究多立足于反不正当竞争的视角,以商业秘密的界定与侵权救济为重点;劳动法的研究则侧重于对竞业限制协议、保密协议的解释性分析,体现出明显的“重私法规范、轻公法规范”“重侵权救济、轻保密预防”“重规范解释、轻立法完善”的路径特征,相对缺乏对企业中国家秘密与商业秘密重叠或并行情形下的综合性研究,尤其对公法语境下的脱密期与竞业限制研究甚或阙如。

笔者通过对大量司法案例的实证分析发现,有许多国家秘密与商业秘密重叠或交叉的案件,司法机关多以侵犯商业秘密的民事案件或侵犯商业秘密罪的刑事案件分别追究责任,而对如何保护涉密型雇员相关权利的关注度不足。<sup>[4]</sup>鉴于此,从完善相关立法、保护劳动者利益的角度,本文尝试从劳动法规范之视角,分析解答实务中出现的待解难题:其一,当国家秘密和商业秘密发生并行或重叠时,涉密型雇员所履行的保密义务当为何种属性?其二,涉密型雇员的流动限制与劳动者择业自由之间的关系是什么?立法应该如何合理有效地规制涉密型雇员的流动,以减少泄密风险?其三,高级管理人员、高级技术人员及其他涉密人员在适用竞业限制协议时,是否存在部分适用除外的雇员?

## 一、涉密型雇员保密义务的属性

国家秘密是关系国家安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项,覆盖于政治、经济、国防、外交等领域,尤其是涵摄了科学技术秘密和政党秘密。<sup>[5]</sup>规范和调整国家秘密的国家秘密法属于公法范畴,具有整体性、公共性和排他性特点,这决定了实施的保护具有内部调整和涉外调整双重属性。我国国家保密制度的基本法是《保守国家秘密法》,内容涉及保密体制、秘密的范围和密级、保密制度、监督管理和法律责任等规定,旨在保护国家安全和利益,也是衡

[2] 参见付焱、孔令晗:《张小平跳槽影响到底有多大》, [https://www.sohu.com/a/256610791\\_255783](https://www.sohu.com/a/256610791_255783), 2019年12月10日访问。

[3] 华为原公司员工王某、刘某、秦某任职华为硬件工程师,参与光网络设备的研发,在离职前违反保密承诺和公司规定,将有关技术秘密文件带走,后加入与华为竞争的企业,利用其在华为公司工作期间掌握的及从华为公司窃取的光网络设备的相关技术资料,完成了有关产品技术文档的制作,获得了巨额研发费,后被以侵犯商业秘密罪判刑2~3年。(参见李南玲:《轰动全国IT界“华为窃密案”终审判决》,载新华网2005年5月20日, <http://www.xinhuanet.com/>, 2021年3月5日访问。)齐某、张某原分别是青岛海尔洗衣机有限公司事业部部长和青岛海尔电子塑胶有限公司助理工程师,二人离职并加入一国有公司后,向某大型家电企业披露了海尔集团的多项保密数据信息,导致海尔近3000万元的损失,后被以侵犯商业秘密罪判刑3年。(参见马云云:《原海尔高管跳槽泄密获刑三年,致损失近3000万》,载《齐鲁晚报》2015年4月24日,第A06版。)中兴通讯工程师黄某瑜和王某在任职期间接受外部公司的研发项目,利用中兴通讯公司的有关5G技术资料予以完成,所利用的技术资料价值430万元,离职后被以侵犯商业秘密罪判刑3年,缓刑4年。(参见杨青:《从中兴的泄密事件谈机密文件的管理》,载《办公室业务》2019年第2期,第11-12页。)”“力拓案”是指澳大利亚力拓公司中国办事处胡某泰等四名员工行贿国内钢企有关人员,获得大量中国钢企生产和销售方面的国家秘密,并向国外大型矿山企业泄露,使中国企业在铁矿石谈判中处于不利地位,导致逾20家钢铁企业为铁矿石进口一年多支付了10亿多人民币。参见蒋汝勤:《力拓案件折射出什么》,载《中国保密在线》2009年8月8日, [www.baomi.org.cn/](http://www.baomi.org.cn/), 2021年3月5日访问。

[4] 泄露国家秘密的法律责任包括了行政处分和刑事责任,刑事责任有故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪。

[5] 参见严雪林:《试论国家秘密的特征》,载《信息安全与通信保密》2010年第2期,第49-51页。

量国家秘密的标准性要素。商业秘密则是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息,覆盖于商事主体的生产经营领域,具有秘密性、营利性和专有性特点。商业秘密立法属于经济法范畴,是关于市场竞争秩序和市场行为的立法,<sup>[6]</sup>并与知识产权制度紧密关联,一部分商业秘密最终会被纳入知识产权法的保护范围。由于商业秘密的无形性和易变性特点,权利人一般对其较难把控,一旦该类权利被侵犯,如何施以救济会面临相当的难度,在此点上,商业秘密立法也同时具有社会法所呈现的预防与救济并重的特性。

对于涉密型雇员而言,其是否涉密、涉密类型、涉密级别、涉密数量对应着不同的雇佣类型,故实务中有在国家机关、其他公共就业机构和私人企业工作之区分。通常情况下,国家机关工作人员接触的国家秘密为多,且多属于保密法适用的范围;其他公共就业机构包括事业单位、国有公司等,则是国家秘密和商业秘密兼而有之,这类涉密雇员的行为由公法和私法共同调整;国有企业之外的其他私营企业、外商投资企业,涉密型雇员接触的则基本上是商业秘密,其行为主要通过经济法和劳动法调整。

从劳动力自由流动的角度看,不同企业类型的涉密型雇员的工作流动性具有差异性,相应的保密义务要求的强弱程度有如下差别:(1)对于流动性较弱的国家机关工作人员,其保密措施相对简单和独立;(2)对于流动性较强的国有公司,国家秘密、商业秘密或并行或交叉,对保密义务的要求相对较高,采取的保密措施多样。可见,不同法调整下的涉密型雇员的保密义务需作区别对待。

#### 1. 兼具公私法属性的国有公司涉密型雇员的保密义务

国有公司的秘密有国家秘密、商业秘密并行和重叠两种情况。国家秘密遵守义务为一般义务和对世义务,所有公民或机关单位都不得泄露之,否则需承担法律责任,在单位内部,此项义务又表现为特定义务,由特定的保密责任人—义务主体所构成,此际其又与商业秘密的特定义务具有一致性。

如何履行保守国家秘密的义务,法律在履行步骤、程序和方式上有着明确规定,表现出极强的法定性特征,也就是说,国家秘密的确定主体、密级、秘密范围、秘密期限与解密条件及法律责任等均由法律明定。相形之下,商业秘密的确定、范围、期限、解密等保密措施及保密协议的内容则表现出自治的特性。当企业涉及的国家秘密与商业秘密并行时,涉密人员会同时存在公法上义务与私法上义务,并分别向相同或不同的主体负责;当企业涉及的国家秘密与商业秘密发生重叠时,商业秘密的确定主体、程序步骤等应不得与国家相关法律规定相冲突。此时,在选择义务人需承担的法律义务时,究竟是选择承担违反国家秘密法律责任还是商业秘密法律责任,需要以不低于国家秘密法律责任为基本原则和底线。

#### 2. 主要为私法义务的私营公司涉密型雇员的保密义务

国家秘密有时也会存在于一些私营公司中,这部分雇员需要履行国家秘密保密义务,但更多的时候,雇员遵守的是对商业秘密的保护规范。与国有公司一样,私营公司采取的保密措施主要包括秘密规则、保密责任制、保密协议和竞业限制协议等。保密义务有一般义务和特定义务之分,一般义务源于雇员对雇主的忠实义务,属于合同的附随义务范畴;特定义务属于法定(高管)或约定(一般涉密雇员)的保密义务,前者由劳动法规制,后者由公司法规制,但都应遵循内部限制、外部约束的路径,即内部通过保密规则与协议保守商业秘密,外部通过竞业限制保护商业秘密。由此可见,这类涉密型雇员的离职规则与普通雇员离职规则无二。

[6] 由于商业秘密是市场主体民事行为的客体,所以也有人认为商业秘密法律属于私法的范畴。但是,从市场交易秩序的功能上分析,商业秘密保护又存在着国家干预和宏观调控的手段,以此保持市场的正当性和公平竞争。

## 二、涉密型雇员的流动限制与劳动者的择业自由权

### (一)对涉密型雇员流动限制的相关法律措施

1. 依法设立脱密期。除了按照法定程序确定涉密人员及其分类外(上岗审查、确定核心涉密人员、重要涉密人员、一般涉密人员等),对涉密人员的离岗离职作出脱密期规定,在脱密期内,涉密人员应当严格履行保密义务,不得违反规定就业,不得以任何形式泄露国家秘密。<sup>[7]</sup>除了法律明文规定外,单位内部的保密责任制、保密协议等也对脱密期内的义务有专门的规定和约定。

2. 签订竞业限制协议。在劳动合同中竞业限制条款为延迟生效条款,是用人单位对负有保守用人单位商业秘密的劳动者,在劳动合同、知识产权权利归属协议或技术保密协议中约定的竞业限制条款。限制时间由当事人事先约定,但不得超过2年。<sup>[8]</sup>通过协议约定竞业限制的内容、范围、期限、补偿及违约金等要素性内容,限制涉密型雇员在离职后的一定期限内,不得与原用人单位有竞争关系的企业工作或从事竞争性的自营业务。

3. 脱密期内违法竞业的处理。建议有关机关单位给予处分,涉嫌犯罪的,移送司法机关处理。另外,国家保密局对涉密人员离职离岗也专门要求:(1)清退涉密文件和涉密设备,取消访问权限,收回场所出入权限;(2)进行保密提醒谈话,签订保密承诺,确定脱密期限,核心脱密人员为2~3年,重要人员为1~2年,一般人员为6个月。脱密期结束后不再限制就业去向,但涉密人员仍有保密义务。(3)对涉密人员借调、挂职到其他单位的,涉密人员组织人事关系所在单位应向用人单位出具《脱密期委托管理书》,委托用人单位负责脱密期管理。其他性质的离职人员,应当主动向机关单位报告去向,机关单位在办理其离职手续的同时,委托社保关系所在地市级保密行政管理部门(社保关系未转出或社保关系不明确的,委托涉密人员常住地市级保密行政管理部门),协调当地人力资源社会保障部门、户籍所在地和常住地公安机关共同负责脱密期管理。

上述举措具有如下特点:第一,涉及国家秘密的雇员流动性措施相对单一,效力层次低。也就是说,除了脱密期是法律规定外,其他措施,如清退涉密文件和设备、保密谈话等,充其量只为部门规章。设定的法律责任对涉密非官员型雇员难以形成震慑力,尤其是在运用行政处分和择业取向上,既无法有效约束原用人单位,也不能约束新用人单位。第二,涉及商业秘密的雇员,公司高管尚可通过高管职位的法定避让规则对商业秘密予以担保,一般的涉密型雇员只是通过竞业限制协议的违约金设定担保,成效有限。所以,如何在本质上既不违反劳动自由原则,又能有效保守国家秘密和安全之间求得平衡,是保密法和劳动法研究需要重点关注的问题。

### (二)竞业限制是雇主利益、公共利益与劳动者择业权平衡的结果

竞业限制经历了一个由法定到约定,由公司高管到普通技术人员,由劳动契约到契约外部的变化过程。在英美国家,促进劳动力自由流动是雇主最初获得人力资本和利润的主要手段。但是,随着企业规模化和市场竞争问题的显现,雇主对科技人才的占有欲增强,特别是当商业秘密成为财富的主要贡献者时,以保护商业秘密为目的的竞业限制开始由高管拓展至科技人员和涉密人员。从法律上看,

[7] 我国《公务员法》第68条规定,公务员在涉及国家秘密等特殊职位任职或者离开上述职位不满国家规定的脱密期限的,不得辞去公职。

[8] 参见 <https://baike.so.com/doc/5415483-5653628.html>, 2021年3月23日访问。

普通法上雇员的诚信默示义务和大陆法系制定法上的忠实义务对雇佣期间保守商业秘密起到了奠基作用。“根据英国普通法上有关主仆关系 (master and servant) 之理论,雇主与受雇者之间是一种密切家属关系(domestic relationship),彼此负有法律上所暗示的义务 ( respective obligations were legally implied ),从而雇主有一项善待其仆役、合法及合理加以雇佣,而不让他(或她)处于执行正常业务以外危险状态之暗示义务……反之,仆役即有一项为雇主提供勤劳而忠诚服务、服从其合理之命令、以尊敬之态度加以对待、在主人家庭中合乎道德行事、以诚实及合理注意方式来从事工作,并要充分注意其主人之利益及业务之暗示义务。”<sup>[9]</sup>雇员在劳动契约期间遵守保密义务带有一定的职业伦理性,且与职场的雇主控制相结合,所以保密义务履行有一定的保证。<sup>[10]</sup>但是,在劳动契约终止后,如果要求雇员继续遵守保密义务,就会缺失像劳动契约那样的保障措施,此际通过协议方式限制雇员的就业岗位并维持竞争秩序便成为法律规制的一个重要选项。

在涉密型雇员离职后,如果雇主再对其继续施以岗位限制,便会与劳动自由原则发生冲突。依据该原则,“无论是劳动法关于‘就业’的法律定义还是劳动关系中‘劳动者’的法律定义,都将‘具有劳动意愿’作为其核心构成要素”,<sup>[11]</sup>劳动者既可以选择成为雇员,也可以选择成为企业主,还可以选择成为自雇者;既可以对职业去向做出选择,以自己的意愿订立劳动合同,也可以改变职业选择,任何组织和个人不得对劳动者的就业或职业选择做出威胁或强迫。从历史上看,对不正当竞争与垄断的立法干预起源于19世纪后期,而此时期自由平等的人权观念已经确立,并被写进资产阶级的人权宪章中。20世纪后,伴随劳动法成为独立的法律部门,劳动权成为基本权利,此际再站在雇主的立场上讨论对雇员择业权的限制,显而易见是违宪的。引起立法观念变化的最重要理由是:保护商业秘密不再简单的是为了雇主的利益,而是会对市场的竞争环境和秩序产生很大的影响。雇主财产权与公共利益的相互结合推动了竞业限制由高管向涉密雇员、由劳动契约向契约终止后的转变。

从一定意义上说,竞业限制的私法协议和脱密期内禁止竞业岗位的公法规定是劳动者择业自由权和雇主财产权、国家利益与公共利益相平衡的结果。这种平衡决不能简单地只理解为认可双方签订的竞业限制协议,而是需要从商业秘密、适用对象、适用范围、禁止期限以及经济补偿等方面进行立法干预和司法审查。

### 三、涉密型雇员流动的泄密风险及法律规制的必要性

涉密型雇员的流动形式主要有辞职、辞退、解聘、调离及内部岗位调整等几种。其中,内部岗位调整除了雇员利益上的不同外,对国家秘密、商业秘密的监控和审查影响不大,而其他几种流动形式对国家安全与利益、商业秘密的保护和企业的核心竞争力的影响则不容小觑。

[9] 焦兴锐:《重要英美法系国家对受雇者竞业禁止规范之研究》,载《万国法律》2003年第10期,第7页。

[10] 英国判例法上第一个与雇员相关的商业秘密侵权案是1820年的Yoveh v. Winyard案。该案的被告是原告的雇员,其偷抄原告配方,想自己进行生产,法院最后以被告违反雇佣合同为由,判决被告赔偿损失,并且不得使用或泄露秘密。而在美国,人们一般都把1868年的Peabody v. Norfolk案作为商业秘密法律保护在美国真正确立的标志。本案中,原告发明了一种生产麻布的机器和工艺,被告为原告的雇员,被告与原告签订书面协议,保证不会将此工艺和机器的秘密泄露给他人,也不会自行使用与原告进行竞争,但不久后被告辞职与他人合伙开办了一家生产相同麻布的工厂,制造了与原告相同的机器,同时还使用了原告的工艺。原告遂向法院申请禁令,要求阻止被告的侵权行为,获得了法院的支持。参见周作斌:《商业秘密保护的历史考察》,载《西安财经学院学报》2009年第2期,第116-117页。

[11] 《劳动与社会保障法学》编写组:《劳动与社会保障法学》,高等教育出版社2017年版,第26页。

### (一)涉密型雇员流动存在的泄密风险

由于劳动合同解除方式的不同,雇员泄密风险的大小和表现呈现出差异化。

1. 预告性辞职可能存在的风险是未在劳动关系存续期间签订竞业限制协议,尤其是涉密型雇员,往往是先确定好新的用人单位再履行辞职手续,而新选择的用人单位与原单位之间有竞争关系。在雇员提出离职后,原用人单位再提出签订竞业限制协议,雇员签订该协议的动能明显减弱,这主要受到了新用人单位的影响。脱密期执行的时间是劳动合同到期日或劳动者的辞职时间,但因为辞职的主动权掌握在雇员手中,一旦辞职生效,到新的用人单位工作的雇员很少履行脱密承诺书或者遵守竞业的有关规定。

自动离职的潜在风险更大,因未履行辞职手续(法律实践中对自动离职往往使用推定),保密载体和保密资料的交接、保密承诺书和竞业限制协议的签订都可能处于未执行状态,此际极易导致各种权限失控的风险。由于未能按照正常手续办理离职,相关管理部门难以对其进行有关证件和权限的清理,无法把控离职人员在职时所使用的涉密园区车证、出入证、钥匙以及各工作区域的门禁授权等状态,当出现离职人员违规使用或转借给他人使用情况时,就容易导致较大的安全隐患和泄密风险。<sup>[12]</sup>

2. 辞退、解聘中涉密型雇员泄密的法律风险相对较小,因为用人单位可通过提前就保密载体、保密设备、脱密期甚至以竞业限制协议的方式安排明确其保密义务,所以辞退涉密型雇员最核心的问题主要体现在内部流程的规范上,如果内部流程不规范,那么出现泄密和同业竞争的概率就大。

3. 调岗往往发生在体制内的国有企业之间,国有企业尤其注重对国家秘密的保护,通常会告知当事人脱密承诺书、保密协定、脱密期等事项,一般不签订竞业限制协议,而对涉密人员流动时商业秘密的保护却处于松懈状态。即便企业内国家秘密和商业秘密存在边界模糊或高度交叉,通常情况下企业也会认为只要人员在体制内部调动,便不会出现泄露有关秘密的风险,这种主观上疏忽或不重视秘密保护的状态,易致国企之间的商业秘密泄露。

4. 内部岗位调整可能带来的风险。将雇员从涉密岗位调整到非涉密岗位,会涉及脱密期限及补偿费用支出等事项;而将雇员从非涉密岗位调整到涉密岗位,会涉及一系列保密措施增加的问题。

尽管不同离职情形涉及的风险大小、密级程度各有不同,但从中也能看出如果某个环节掌控不到位或出现管理疏漏,都会存在泄密的风险,对此不可掉以轻心,需谨慎处理。

### (二)当前涉密型雇员流动法律规制的显著不足

目前我国涉及保密事项的专门性法律是《保守国家秘密法》及其实施条例,针对涉密型雇员流动的措施主要为脱密期的相关规定,包括脱密期限和不得违反规定就业。结合司法实践,现在存在的立法不足主要表现在如下方面。

1. 脱密期条款为公法条款,体现的是对国家整体安全和利益的保护。依现行法律规定,具体的脱密期限由企业确定,导致权利义务主体的混乱。申言之,依照我国《保守国家秘密法》,在国家保密行政管理部门确定了核心脱密人员、重要脱密人员、一般人员的脱密年限区间后,具体的涉密人员等级划分及其脱密年限的确定由企业具体负责,在保密法律关系中出现了行政相对人行使行政权力的现象。具体的脱密年限由企业确定,通常情况下企业会基于保护国家秘密与商业秘密的双重考虑,提高或最大化脱密期限,在一定的程度上限制了雇员的流动。

于是问题出现了:当涉密雇员因脱密期限与企业发生纠纷时,是企业作为被申诉人或行政被告,

[12] 参见陆进宝、红伟、无奈、王冲:《浅谈航天工业涉密人员理智管理》,载《航天工业管理》2020年第7期,第16页。

还是有关保密行政机关作为被申诉人或行政被告?特别是在国家秘密与商业秘密出现重叠时,当事人究竟行使的是民事诉权还是行政诉权?基于法律未对当事人的救济途径作出明确规定,如何解决该类问题在实务中一直存在疑问。

2. 涉密型雇员离职导致的泄密风险主要来自自动离职或预告离职的情况。此类离职由于雇员的主动性强,所以在进行保密载体等交接时,企业反而处于被动地位。<sup>[13]</sup>申言之,法律目前对离职时不交接、交接不充分所涉的有关保密资料、秘密载体和涉密信息设备没有设置较强的经济抵御措施,这很可能成为泄露国家秘密和商业秘密的渠道。这一缺憾在劳动合同法中亦有体现,即针对雇员辞职时不进行工作交接、怠于工作交接的情况,用人单位只能采取拒绝支付经济补偿的方式,无法用绩效工资、拒绝出具解除劳动合同证明书、转移人事档案和社会保险手续来予以对抗。

3. 法律规定虽有脱密期内不得违反规定就业的规定,但确定禁止就业的行业或岗位的主体并不明确。劳动者在脱密期内一般会有两种选择:一是在合同到期前的一段时间,依照企业就业规则或保密承诺书的要求,脱离保密岗位进入脱密期;二是在辞职或被解雇后进入脱密期。<sup>[14]</sup>后一种情况会面临再就业问题,但是当禁止的行业、企业或岗位法律未规定判断规则时,就只能由企业根据保密协议或有关保密规定来确定。为了竞争力的需要,实际操作中企业一般会将脱密期内不得就业的企业和岗位设计得多且密,严格限制劳动者的再就业,这在一定程度上阻碍了劳动者的就业权。

从国家秘密保护层面审视,这种公法关系所致的对劳动者就业岗位的排除尚缺乏法律矫正的路径,劳动者通过就业歧视侵权诉讼来解决争议,明显存在救济上的不适当。而对就业限制缺失相关的经济补偿及标准,也动摇了脱密期的公平正当性基础。具体而言,当企业涉及的国家秘密与商业秘密完全重叠时,假如涉密雇员辞职后直接进入脱密期,国家秘密确定的脱密期是3年(假设),保护商业秘密的竞业限制约定为2年,那么当进入第3年脱密期时,涉密雇员就会丧失继续领取经济补偿的权利,这同样是对雇员竞业的限制,为何雇员到了第3年就丧失了经济补偿请求权呢?如果企业涉及的国家秘密与商业秘密不重叠,若涉密雇员辞职后直接进入脱密期,承担国家秘密的雇员在2年内(假设)没有任何经济补偿,而承担商业秘密的雇员则有2年的经济补偿,这就会出现同在一个企业,甚至同在一个国有企业,同样受到竞业限制,结果却完全不同的现象。用私法竞业限制给予的经济补偿标准审视公法的脱密期规定,涉密型雇员在脱密期无经济补偿显然对其失之公允。

4. 缺乏脱密期的除外规定。对于辞职型离岗的涉密雇员来说,辞职与脱密期、就业岗位的限制几乎同步进行,而在缺乏就业补偿的前提下,就业岗位的限制在一定程度上表现出对劳动自由原则的侵犯。因此,在保护国家秘密的语境下,规定脱密期的除外情形显得格外必要。比如,可以讨论的是:在集团公司内部的同岗位调动、国有企业同行业内部的流动、新旧用人单位存在保密协定前提下的流动等。脱密期的除外规定,既可以有效地发挥科技人员的科技创造力,也能够最大限度地保障劳动者的劳动自由权,实现公平与效率的双重价值。

5. 离职竞业限制协议需要进一步完善效力审查规则。离职竞业限制协议与脱密期具有相同的限制劳动者择业自主权的效能,对此,德、日等国对雇员竞业限制立法都秉持谨慎的态度,尤其关注对雇

[13] 《保密工作》2020年第4期刊有《郭凌安离职记》一文,记载了我国军工领域一名高科技涉密人员在离职前盗取、复制有关国家秘密,未经脱密期私自跳槽的现象,这在我国国有航天军工企业中颇具代表性。

[14] 笔者通过对部分国有军工企业涉密人员管理的调研发现,有些企业对脱密期管理存在一个误区,即认为脱密期必须在单位内部脱密,不允许离职脱密。如本文开篇时引用的案例,用人单位提起劳动仲裁,请求裁决张某回所履行聘用合同,并进行脱密,就是一个明显的例证。

主是否有值得保护的正当利益、是否形成不合理的对雇员自由择业的妨害、是否存在不公平合理的限制补偿等问题。<sup>[15]</sup>我国《劳动合同法》虽然对此也有相关规定,但是最高人民法院的司法解释仍遗留了诸多需要进一步研究的问题,比如竞业限制协议对雇员是否存在除外情形?竞业限制协议的经济补偿的公平性如何衡量?雇主违法解雇时竞业限制协议是否继续有效?

### (三) 国家总体安全观建设的现实需要

国家总体安全观是我国在新形势下提出的国家安全治理理念、内涵和体系的统一,“国家安全,必须在国家治理的大背景下来思考和筹划,必须以安全治理作为基本路径来维护和保障。坚持总体国家安全观,体现在治理实践上,就是推进国家安全总体治理;走出一条中国特色国家安全道路,就是安全各领域、各要素、各层面统筹治理,创建当代中国国家安全治理系统格局。”<sup>[16]</sup>

第一,国家安全观在制度建设上主要体现为安全法律体系。目前,我国综合性的国家安全法律主要是《国家安全法》,单行法主要包括《保守国家秘密法》《国家情报法》《反恐怖主义法》《反间谍法》《突发事件应对法》《网络安全法》《安全生产法》《粮食安全保障法》《核安全法》《产品质量法》《道路交通安全法》《大气污染防治法》等数十部法律,但在外空安全、生物安全等方面立法仍显不足,也就是说,“目前,国家安全立法还存在不少空白点,各重要领域国家安全立法还存在不平衡的问题,科技安全、文化安全、生态安全、生物安全、能源资源安全等领域立法问题亟待解决,涉及国家安全的一些领域还存在立法位阶偏低、法律约束力不够、操作性不强等问题,尤其是在一些重要领域,比如生物、电磁、太空、深海、极地、海外军事行动以及维护我国海外利益安全等方面的安全立法尚有欠缺,完善国家安全法律制度体系迫在眉睫。”<sup>[17]</sup>

第二,总体国家安全观建设重在对人的行为进行激励和规范。总体国家安全观既要以人民安全为宗旨,也要以人为主体的建构权利义务体系。在国家秘密保护机制中,由于雇员处于国家秘密的核心地位,劳动自由原则赋予其较高的职业选择权,因此,保护商业秘密首先应重在对其保密义务遵守的激励。与此同时,基于国家安全与利益之人民性的考量,特别是涉密雇员的劳动自由权应该受到一定程度的限制。但是,限制的目标只限于对国家秘密与商业秘密的保护,因此确定雇员涉密等级和禁止就业范围的科学合理性判断就显得尤为重要。

第三,国家安全观要体现新时代内涵。总体国家安全观站在新时代的前沿,综合分析国际国内形势,将各个安全要素有机统一于国家与人民利益这个根本宗旨之上,为全面决胜建设小康社会提供了安全保障。科技兴国,发展高质量的制造业,建设创新型国家,法治是重要保障。进入 21 世纪以来,在网络、卫生、核动力、太空及军事快速发展的同时,也带来了不稳定、不安全的隐患,“科技对保密工作的支撑作用更加明显。科技强密是打赢信息化条件下保密战的关键因素。进入信息化、网络化时代,电子政务、智慧城市建设快速推进,大数据、云计算、人工智能等加快发展,网络已经成为窃密和反窃

[15] 德国对竞业限制协议的存在与审查主要规定在《德国商法》第 74a 条第 1 项,“简言之,在做成法律判断时,应先就雇主之正当的营业秘密及员工的职业发展上障碍(即因竞业禁止约定的时间、地域、范围所构成之职业发展障碍,德国商法第七十四条 a 条第一项第二句)进行实质的利益考量,然后再斟酌雇主代偿措施之额度的同时衡量此二因素,以判断究竟有无构成离职工未来职业发展上的不公平障碍。”黄程贯:《最低服务年限与竞业禁止条款》,载《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》,新学林出版股份有限公司 2009 年版,第 258-259 页。

[16] 颜晓峰:《总体国家安全观确立了国家安全治理的价值引领》, <http://theory.people.com.cn/n/2014/0417/c40531-24906262.html>, 2021 年 2 月 18 日访问。

[17] 陈金龙:《坚持总体国家安全观为决胜全面小康提供坚强保障》, <https://wap.gmdaily.cn/article/p96680d0938b44f5e99f4d020119e2347?scene=1&clicktime=1587352448&enterid=1587352448&from=timeline&isappinstalled=0>, 2021 年 2 月 18 日访问。

密斗争的主战场。”<sup>[18]</sup>安全教育与安全培训需要不断深入,各项安全立法如何进一步体现新时代科技发展的特征需要继续探讨,特别是科技人才的流动与国家秘密保护如何通过法律机制来调适,仍有进一步规范之必要。

概览目前的研究成果可见,至少在国家秘密与商业秘密的保护机制上,国家秘密的保护明显弱于商业秘密保护,将高科技类核心涉密人员与一般核心涉密人员混在一起,使得国家秘密保护有借助商业秘密保护途径之嫌。

## 四、涉密型雇员流动法律规制的方案设计

### (一) 建立能行使政府职能的国家秘密评估小组

保密法、劳动合同法和反不正当竞争法都比较重视国家秘密与商业秘密的侵权救济,但对其预防和阻碍措施则相对薄弱,有必要从立法上寻求突破。“我国现行相关立法和最新的修法草案都仅有关于被侵害人损害赔偿请求权的规定,缺乏必要的关于排除妨碍与停止侵害请求权条款,有关‘监督管理部门责令停止违法行为’和‘责令被申请人停止销售使用权利人商业秘密生产的产品’之规定或可视为行政性禁令救济措施,但仅限于监督管理部门依职权采取的行政强制措施,而民事救济中的禁令制度才是能够真正保护被侵害人商业秘密的有力武器。”<sup>[19]</sup>法律对国家秘密与商业秘密有明确的界定,依据规定,企业需要对内部存在和掌握的两种秘密进行具体划分,并依据不同的法律属性适用不同的法律规则。

通过成立行业保密工作评估小组,来分担企业的保密管理职能。在国家保密责任体系中,法律规定的义务主体包括了政府特定部门、企业和涉密人员等,而首要义务人是企业,由企业落实许多应由政府特定部门行使的职责,比如,由法律授权企业确定保密人员及等级、脱密年限等。这种立法将企业置于“既当裁判,又是队员”的角色,很难真正落实企业责任,容易出现企业将所有责任转嫁到具体涉密者身上的不良后果。具体表现在:(1)把应该公开的商业信息确定为国家秘密,并通过脱密期对雇员的就业权予以限制;(2)将国家秘密与商业秘密混同,并对国家秘密采用商业秘密的保护措施,如大量采用竞业限制协议的方法,从而逃避国家秘密义务人的责任。因此,建议在保密法修改中进一步减弱授权企业承担管理者的职权,使其真正回归义务主体本位。同时,将大部分的管理职责授权行业中立机构承担,如成立“国家秘密行业评估小组”,具体承担目前法律授权企业作为管理者的职权,国家秘密与商业秘密划分,雇员与企业、雇员与政府保密部门对脱密期、禁止就业岗位纠纷申诉等职责。评估小组应该保持中立化立场,回归行业特征,并分解一部分政府职责。

以“国家秘密行业评估小组”为建构保密权利救济的重要主体。针对国家秘密的等级划分、脱密期具体期限的设置、国家秘密的具体界定、脱密期内禁止就业岗位的设置范围等纠纷,作为行政被告参与当事人的行政诉讼,由此保障国家保密法律关系权利人能够纳入司法救济。<sup>[20]</sup>

[18] 王俊:《百年未有之大变局,给保密工作带来的挑战与机遇》,载《新时代新征程》2020年第10期,第9页。

[19] 李薇薇、郑友德:《欧美商业秘密保护立法新进展及对我国的启示》,载《法学》2017年第7期,第150页。

[20] 根据我国保密法及其实施条例的规定,机关、单位对是否属于国家秘密或者属于何种密级不确定或者有争议的,由国家保密行政管理部门或者省、自治区、直辖市保密行政管理部门确定。立法虽明晰了争议处理机构,但也只是强化了保密行政机构的职责而已,并不属于带有中立性质的机构的裁决。目前允许对有关公共信息进行司法审查,也只限于对政府信息有关的国家秘密确定行为的审查,对授权企业确定保密人员范围、保密等级及脱密期限等国家秘密行为产生的争议并没有明确的司法审查机制。

## (二) 建构脱密期内涉密人员的经济补偿制度

目前,我国劳动法规定了商业秘密的经济补偿,并通过竞业限制协议予以实现,但对国家秘密在脱密期内涉密雇员是否具有经济补偿获得权存在法律缺失。

从雇员的角度看,有权获得经济补偿是因为雇员在一定范围内放弃了择业自由权,而放弃的择业自由不仅仅是一种就业上的被尊重,还包括了放弃能够获得更高收入职业的机会,所以给予雇员适当的经济补偿蕴含着市场经济公平性基础,未约定经济补偿并在合同履行中拒绝支付经济补偿的竞业限制协议,应被认定为协议无效,雇员不受其约束。从雇主的角度看,对雇员采取就业岗位限制是为了企业竞争力的维持或者行业超越,但雇主岗位的限制长度又受到雇员劳动权约束和商业秘密存续的生命周期的影响,所以竞业限制协议表现出具有较强公法属性的私法协议。

与商业秘密相比,国家秘密最大的特征就是具有整体国家安全和公共利益功能,从此意义上说,只要雇员涉密,都有依法保密之义务,但是这并不必然预示着雇员有无条件放弃其择业自主权的义务。因为国家秘密还具有与商业秘密诸多相同的特征,如利益性、特别保护措施、竞争力要素等,所以在商业秘密保护有权获得经济补偿的条件下,试图以绝对义务来免除脱密期内的经济补偿绝非明智之举。在本质上,国家安全和利益的代表者,沉淀在保密机制上,企业往往是基础,是集权利义务于一身的法人,有自己独立的利益和责任能力,雇员的就业被限制也存在着对企业利益保护的考量,故在国家秘密的保护机制中,理当包含有与商业秘密保护对等的经济补偿制度。

基于此,设计经济补偿的具体方案需要分国家秘密与商业秘密的完全重叠、完全不重叠和部分重叠等几种情形。于第一种情形,应允许企业选择是采用竞业限制协议还是脱密期的保密方法,这两种方法都是限制一部分就业岗位,与保密协议的客体是商业秘密不同的是,脱密期或竞业限制协议的客体是对人就业的限制,其关系更具有人身属性,法律干预的紧迫性要高,若企业选择了脱密期进行商业秘密(也可称为国家秘密)保护而不作相应的经济补偿,则显失公平。还有,在国家秘密的语境下,企业对核心秘密人员的脱密期可以最高选择3年,这样,依照劳动合同法规定的竞业限制期限最长不超过2年的规定,脱密期可以长于竞业限制协议1年,剩余1年的脱密期非常有必要给予适当的经济补偿。于第二种情形,商业秘密只能选择私法规制方法,国家秘密只能选择公法规制方法,但是,同为科技人员,当面对商业秘密时,会有经济补偿措施,而面对国家秘密,则只有单纯的岗位限制,这样的制度缺陷,在行政处分无法达到约束目的时,脱密期很可能只是一个口号。于第三种情形,可以由企业选择保护方法,对于不重叠的部分,可分别按公法方法和私法方法分别予以规制。

## (三) 建立脱密期除外制度

脱密期除外是指在特别情况下对国家秘密及其涉密者可以不适用脱密期制度。设立除外制度旨在免除不必要的就业岗位限制,实现雇员的快速流动,将科技快速转换为生产力。脱密期除外制度应该满足以下条件:一是符合设置脱密期的人员范围,签订了保密承诺,甚至享受保密津贴;二是调岗或离职后可以适用脱密期管理;三是不适用脱密期不会产生泄密的机会和可能。

国有企业之间的涉密人员调动是雇员流动的主要方式之一。调动与其他雇员流动方式的最大区别就在于用人单位双方的合意。于雇员而言,雇员的工资水平、职务职称、奖惩情况及工龄计算等一般都会被调入单位所接受,并成为雇员在调入单位有关待遇计算的主要部分,具有很强的劳动关系的承继性。如果雇员进入的岗位与调出的用人单位岗位具有很强的关联性,那么应该很自然地将涉密雇员纳入保密体系中,这样对涉密雇员设置脱密期就无必要,而应将相关保密法律责任转移到调入单位。但是,国有企业涉密雇员的调动免除脱密期还须具备以下两个条件:(1) 国家秘密与商业秘密

完全不重叠,如果重叠或者部分重叠,不设置脱密期,那么就会对调出单位带来泄密商业秘密的风险;(2)调入新的用人单位的涉密岗位,如果未进入涉密岗位,那么免除脱密期也存在泄密风险。

国有企业聘用涉密雇员的来源主要是私营企业、外商投资企业、国家机关、事业单位及国有企业。与调动不同,由于涉密雇员是以各种方式与原用人单位解除劳动关系的,所以新的用人单位(国有企业)对聘进的涉密雇员通常只是参考了原用人单位对雇员的待遇水平和职务职称,承继性较弱,若存在国家秘密与商业秘密重叠的情况,则不能免除涉密雇员的脱密期。若存在国家秘密与商业秘密完全不重叠的情况,就应该免除对涉密雇员的脱密期,让科技型雇员快速进入重要开发设计型岗位上来。基于此,建议相关立法规定国有企业应该承担更多的对雇员的保密审查和监管义务。

#### (四)建立以经济和档案为约束手段的保密责任交接制度

在国家秘密保护法律责任体系中,目前尚无明确的以经济手段制约当事人尤其是涉密人员离职拒绝交接、懈怠交接有关保密载体、保密设备、设施的立法。在商业秘密设备、设施、保密载体及其他物品交接上,我国《劳动合同法》在第50条第2款也只是作了以经济补偿对抗不交接和懈怠交接。面对持有或掌握公司核心机密、载体设施设备及其他固定资产的雇员,经济补偿的预防功能未免过小,亟须采取更为广泛的经济制约措施。

1. 法律应该明确规定,核心涉密雇员在离职时依照诚信义务和法定义务,主动交接有关保密载体、设施设备等其他保密资料。对于拒绝交接、懈怠交接的雇员,无论其掌握的是国家秘密抑或是商业秘密,均可以用绩效工资部分进行制约,待其交接完成后予以支付。由于绩效工资只是工资的一部分,暂扣绩效工资,不会影响雇员的基本生活。

2. 建立后合同阶段保密资料交接的损害赔偿赔偿责任。对于不交接、懈怠交接有关保密载体、设施设备及其他保密资料的核心涉密雇员,当企业的企业应该采取诉前证据保全措施,请求人民法院扣押相关载体和设备资料,<sup>[21]</sup>以此减少国家秘密或商业秘密被侵犯的可能性。因此给企业造成损失的,应承担损害赔偿赔偿责任。

3. 对不交接保密载体、设施设备等行为,用人单位有权扣发人事档案,待其完成交接时,再行转移。对此,企业应该建立核心涉密人员诚信档案,并对保密交接行为进行记载,用以作为雇员人事档案的补充。“在失信惩戒已经完成对社会法人和自然人全面覆盖的基础上,保密行政管理部门也应将保密领域的失信行为广泛纳入联合惩戒,以此提高保密领域违法失信的成本代价,降低国家秘密泄露风险,从而提高国家秘密保护水平。”<sup>[22]</sup>

与此同时,应当继续深化用人单位对聘用的科技人员的涉密审查制度,尤其是新的用人单位对聘用雇员的诚信档案的掌握尤为重要。“最好的办法是由原单位保密管理部门派专人与接受单位领导直接交换意见,并在辞职的人员档案中放入‘关于接触国家秘密的脱密期说明’,实践证明这种措施是行之有效的。”<sup>[23]</sup>关于人事档案和雇员离职时要求出具的工作证明内容是否必须都有利于雇员再就

[21] DTSA(美国国防安全合作署)规定,商业秘密持有人可为民事证据保全的目的向联邦法院单方申请民事扣押令,以保障作为诉讼标的的商业秘密不被泄露。为了避免商事主体利用扣押程序从事不正当竞争行为,DTSA对扣押程序的适用作出了严格限制:首先,法院签发扣押令必须查明法条规定的八项事实;其次,扣押令应将扣押财产控制在最小范围内,以减少对第三人和被控侵权人合法经营所造成的阻碍,应保护扣押财产的安全,且应尽快安排听证程序以及要求申请人提供担保;最后,在扣押程序中,法院可邀请中立的技术专家参与审查,或者任命专人对涉案商业秘密予以保护和隔离,对无关财产不予扣押。同前注[19],李薇薇、郑友德文。

[22] 张琳:《保密领域失信行为,应纳入联合惩戒》,载《论坛》2020年第9期,第51页。

[23] 叶渭川、殷浩:《涉密人员的选拔和流动中防泄密对策》,载《世纪桥》2013年第14期,第94页。

业问题,目前我国法律并无明确规定,一般认为只要不存在恶意捏造事实,真实反映工作表现和履历即可。“只有在有证据证明其真实性时,雇主才可以提及那些对雇员不利的事实。有争议时,雇主负有举证的责任。雇主对雇员作出负面评价的,也应该有相关的事实作为支撑。”<sup>[24]</sup>此外,还可通过函询雇员的原用人单位、政府有关国家秘密主管机关以及当事雇员的方式掌握其诚信程度。对处于脱密期内和签有竞业限制协议的雇员,应当遵守有关国家法律和当事人之间的协议。

#### (五)因应涉密型雇员流动规制的竞业限制制度

在涉密型雇员流动中,对国家秘密的保护主要遵循脱密期的相关规定,对商业秘密的保护措施主要采取签订竞业限制协议。作为预防性措施,竞业限制协议是对可能发生泄密的预防,所以必定会带来对人才竞争和择业权限制的后果。从此意义上说,对竞业限制协议的规制和由此产生争议的司法考量殊为必要,这也是我们研究竞业限制协议的基本出发点。竞业限制协议应以存在商业秘密为前提。关于竞业限制协议存在的目的性,有单一目的论、双目的论和多目的论之分。单目的论认为,保护商业秘密是竞业限制协议存在的唯一目的,如果企业没有商业秘密,签订该协议就没有正当性。双目的论认为,保护商业秘密和保护用人单位的竞争优势同等重要,即使雇员不掌握商业秘密,但若其长期工作,具有较强的创造能力和人脉资源,转移工作单位会对原单位构成竞争压力。多目的论认为,除了商业秘密保护、企业竞争力维持外,尚需保护用人单位对人力资本投资的优势地位。<sup>[25]</sup>

多目的论者完全站在雇主的立场上思考竞业限制协议存在的价值。将雇佣阶段雇主的强势地位继续延伸到劳动关系外部,将雇员的发展潜力、创造能力和社会认知力完全归于雇主对雇员的塑造,以多目的多要素支撑的竞业避让行为,换取一个无法衡量数量是否公平的经济补偿,妨害雇员的自由择业,故而并不可取。“美国的经验表明,雇主对雇员施加的竞业限制必须具有正当目的——保护雇主的商业秘密,违反此目的的竞业限制条款无效,这事实上表明还有为了其他目的而施加的竞业限制。”<sup>[26]</sup>

双目的论者将维持雇主的竞争地位作为竞业限制协议存在的目的,有一定的积极意义,但不该将保护商业秘密作为可选择的事项。自由择业权是劳动权的重要组成部分,是宪法赋予劳动者的基本权利,也是确定性权利。建立有序的市场竞争关系,是实现企业财产权的重要手段。但是,竞业限制协议确定性地限制了劳动者的自由择业权;而通过该协议是否能够实现竞争的有序性,却是不确定的,从这个意义上说,二者的正义性不在一个对等的地位上。更何况,劳动权是基本人权,市场秩序和企业财产权与之相比,也不在同一位阶上。“在竞业禁止条款与劳动者的就业权保护问题上,如果从形式上看,后者属于宪法上的权利,前者则属于私法保障的范畴;通常,当事人基于私法作出的约定不能违反公法规范,尤其是不得违背宪法规范。”<sup>[27]</sup>

竞业限制协议的目的只能是维持雇主的市场竞争地位,对竞业岗位的限制只是手段,维持雇主竞争地位的内容则是通过对商业秘密的保护实现的。是故,没有商业秘密的竞业限制就是无本之木。<sup>[28]</sup>因此,对竞业限制协议的审查,既离不开法律规定的主体,也离不开雇主应该存在的商业秘密。

[24] [德]沃尔夫冈·多伊普勒:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第293页。

[25] 参见林嘉:《劳动法的原理体系与问题》,法律出版社2016年版,第195-196页。

[26] 洪小东:《劳动者违反竞业限制与保密义务的经济法规制》,载《合肥工业大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第47页。

[27] 郑尚元:《竞业禁止研究》,载《现代法学》2007年第4期,第79页。

[28] 在美国法上,“竞业限制”条款本身是否有效取决于用人单位设立该条款的目的。依据美国的相关法律和司法实践,雇主与雇员签订的竞业禁止协议自始无效。只有在保护商业秘密的意义上,竞业禁止协议才可获得法院的认可。参见李明德:《美国的竞业禁止协议与商业秘密保护及其启示》,载《知识产权》2011年第3期,第3-9页。

### 1. 关于部分特殊人群是否适用竞业协议的考察

我国《劳动合同法》规定竞业限制协议只适用于高级管理人员、高级技术人员以及其他涉密人员,并无其他人群的除外适用。但一些特殊人群如未成年工、实习期劳动者及达到法定退休年龄的人员,均有可能在职时属于高级技术人员或者其他涉密人员,当该类人员流动时,对于是否应该签订竞业限制协议以及认定协议的效力,法律应该予以明确。

其一,竞业限制协议不应适用于未成年工。未成年工在生理和心理上尚处于不完全成熟阶段,脑力和体力的发育需要特别保护,对此,我国劳动法颁布有专门性的法规,设定其劳动禁忌范围。<sup>[29]</sup>《未成年人保护法》在总则中即规定,未成年人享有受保护权,国家根据未成年人身心发展的特点给予最有利于未成年人成长的优先保护。竞业限制协议不适用于未成年工的主要的理由在于:第一,未成年工属于就业困难群体。由于其身心智力发展不成熟,在就业时处于劣势,经常受到用人单位的歧视,国家在促进就业、公平就业方面对未成年工采取优先保护政策。如果允许未成年工签订竞业限制协议,等于更加限制了未成年工的就业机会,严重妨害了未成年工的就业自由。第二,未成年工属于接受技能、全面发展时期。在这一时期,未成年工尚处于学习技能的初步阶段,任何知识、经验、技能都是其发展的一部分。如果采取竞业限制,等于将其刚刚获得的经验、技能、知识隔断甚至断送,不利于其全面发展。<sup>[30]</sup>

其二,竞业限制协议不应适用于实习生。实习期有好多种理解,建立在学校与实习单位之间以完成学业为目的所签订实习协议基础上的实习,乃是一种学校教育的延伸。按照劳动关系的一般原理进行判断,此种实习生没有与实习单位建立劳动关系。实习学生即使属于涉密人员,也不应被纳入雇员管理,不应该签订竞业限制协议。在实际工作中,还有一种劳动者,已经完全脱离学校毕业,但与用人单位签订了实习协议,低薪或者无薪提供劳动,其目的是在达到一定的工作履历后,被该单位录取,签订劳动合同。对于这类用工,应结合具体事实和证据,综合进行判断,若属于劳动关系,则可以适用竞业限制协议。雇员作为竞业限制协议适用的对象,乃是竞业限制协议约束对象的应有之义。尽管知悉商业秘密的人都有保密义务,但并不预示立法应将所有人都纳入竞业限制中。

其三,竞业限制协议不应适用于退休人员。我国《劳动合同法》第24条规定适用竞业限制协议的条件之一是劳动合同解除或终止后。《劳动合同法实施条例》第21条规定,劳动者达到法定退休年龄,劳动合同终止。依此理解,用人单位在劳动者退休时,也可以与劳动者签订竞业限制协议。笔者认为,应该明确退休人员不应适用竞业限制协议。首先,劳动者退休后,即使再就业,依照司法判例,用人单位与劳动者建立的是劳务关系,如果在职期间签订了竞业限制协议,再就业却又归于劳务关系之性质,那么《劳动合同法》如何对劳务关系为基础的竞业限制协议进行调整?其次,根据学界共识,劳动者退休后,仍享有劳动权。但是,劳动者退休后获得养老保险待遇。社会保险待遇的赋予,恰恰重在养老而不是工作机会的保障,尽管劳动者享有部分劳动权能,但在劳动机会保障、年休假、劳动年限的经济补偿上减弱或者丧失。竞业限制协议是以法律所保障的就业自由权为基础的,属于积极的社会权,以国家促进和保障为特征,而劳动者退休后,国家的积极政策转移到了养老保险的待遇上,不再保障就业机会,从此角度看,退休人员所签订的竞业限制协议已经丧失了作为协议对价的经济补偿基础。既然竞业限制协议的对价事实理由不存在,则协议就无法成立。

[29] 这里专指原劳动部1995年1月1日施行的《未成年工劳动保护特殊规定》。

[30] 《德国商法》第74条规定,未成年工不得签订竞业限制协议,否则为无效条款。同前注[15],黄程贯文,第259页。

## 2. 雇主在违法解雇时,竞业限制协议应失去效力

我国劳动合同法并未对违法解雇时竞业限制条款的效力作出特别的规定,在我国台湾地区,法官对此的认识也存在分歧。<sup>[31]</sup>笔者认为,对雇主违法解除劳动合同时,竞业限制协议失去效力作出规定有充分的法理理由。第一,雇主违法解雇时,雇员与雇主之间的信赖关系已遭破坏。从竞业限制协议的目的性分析,其建立的基础是对雇主商业秘密和竞争地位的保护,是雇主利益需求在法律上的确认。雇主违法解雇,预示着雇主放弃了劳动合同履行的可能性。劳动合同是关系协议,具有很强的人身性,雇主已经排除了雇员身份,如果继续允许竞业限制协议生效,那么无疑使得雇主的意思前后矛盾。第二,违法解雇是雇主对劳动者劳动权的侵犯。而竞业限制协议是劳动者在同意放弃一定期限内劳动自由的基础上达成的协议,它首先是雇员对雇主的让步和尊重。但是,雇主以严重侵犯雇员劳动权的违法解雇证明了履行竞业限制协议的平等性已不复存在。第三,从竞业限制协议的内容看,雇员的意思表示非常明确,即在辞职或合法解雇的条件下,同意履行竞业限制协议。即使协议没有明确的排除指向,但雇员绝不会含有违法解雇也应遵守竞业限制协议的意思,这是不证自明的结论。第四,所有的合同均具有可期待性,对于雇员来讲,其期待通过自主放弃一定期限内的择业权,获得经济补偿的对价,这种放弃,与其说是法律的自觉,毋宁说是对雇主利益的尊重。但是,雇主的违法解雇毁灭了雇员的这种期待,所以,雇主违法解雇,无论雇员是否寻求救济,还是雇员被迫辞职,只要劳动合同解除,竞业限制协议即应失去效力。

## 3. 经济补偿的合理性审查

经济补偿是竞业限制协议的对价,也是对协议综合审查的要素之一。最高人民法院对涉及经济补偿作出了如下规定:(1)当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制,但未约定解除或者终止劳动合同后给予经济补偿,劳动者履行了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月平均工资的 30% 按月支付经济补偿的,人民法院应予支持。(2)当事人在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,当事人解除劳动合同时,除非另有约定,用人单位要求劳动者履行竞业限制义务,或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。(3)当事人在劳动合同或者保密协议中预定了竞业限制和经济补偿,劳动合同解除或终止后,因用人单位的原因导致 3 个月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制协议的,人民法院应予支持。(4)在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议的,人民法院应予支持。在解除竞业限制协议时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者 3 个月的竞业限制经济补偿的,人民法院应予支持。这些规定具有如下特点:一是当事人在未约定经济补偿支付数额时,最高人民法院设定了一个具体数额,这个数额成为日常生活中竞业限制协议的主要参考标准;二是竞业限制协议的无条件单方解除权只赋予了用人单位一方,劳动者要行使解除权,必须以用人单位未支付经济补偿 3 个月及其以上为条件。最高人民法院关于经济补偿的有关规定,容易使实务界产生经济补偿的有关标准已经确定的错觉,同时也看出规定向用人单位倾斜的倾向。

笔者认为,经济补偿的水平不应是一个绝对的比例,这是雇员放弃择业自由的基本条件。对竞业限制协议公平性的衡量,不外乎从两个方面着手:一是雇主是否存在以商业秘密为代表的正当利益;二是经济补偿是否公平合理。合理公平性既要评估补偿金的数额,更要分析关联因素,如雇员掌握商业秘密的程度、雇员地位、竞业限制的期限、限制的地域和范围与商业秘密的相当性等。对于核心保

[31] 同前注[15],黄程贯文,第 257 页。

密人员、竞争性强的行业、雇员未来发展潜力大的,应该支付较高水平的补偿金;对于一般保密人员、竞争性弱、限制时间和范围较短较窄的雇员,支付较低水平的补偿金。<sup>[32]</sup>目前我国尚未对因经济补偿不合理而作出无效的判断,但国外的成熟立法已有先例。<sup>[33]</sup>因此,经济补偿的合理性判断,一是要放置于一个综合系统里,二是要建立一种雇员损失的类推方法。损失类推应以雇员放弃有关被限制的岗位工资为第一个参数,以另行择业到一个普通岗位的工资为第二个参数,两者之差为雇员被竞业限制后的损失额。这个损失额才应该是经济补偿的合理水平,所以,30%的补偿水平,既不符合每一个具体个案综合判断的动态结论,也无法表明其是择业限制所受到的损失水平,有待进一步研究完善。

## 五、结语

大量的案件事实表明,不仅仅在国有和国有控股企业,在许多民营企业内,都存在国家秘密与商业秘密重叠或交叉的现象。当国家秘密和商业秘密完全重叠时,一旦泄露国家秘密,情节严重,就有可能发生故意泄露国家秘密罪与侵犯商业秘密罪的竞合,依照我国刑法的有关规定,应该认定为泄露国家秘密罪。所以,处理此类案件的关键是对国家秘密和商业秘密的界分。但是,或是基于对侵权者连带责任的追究赔偿,或是以侵犯商业秘密罪追究更有利于企业具有主动性,许多案件最终又都回到了商业秘密侵权上。这或多或少地暴露出国家秘密保护立法存在的不足。如本文开篇介绍的案件中,用人单位对脱密期的认识都存在一定的差距,以为脱密期就是要在本单位脱密,假如立法不完善保密资料的交接和诚信档案制度、不建立以经济为手段的绩效工资约束制度和脱密期竞业限制的经济补偿制度,对涉密雇员流动中的国家秘密保护就仍会处于非常无奈的状态,尤其在数字经济时代,面对侵犯国家秘密和商业秘密的案件高发时期,以总体国家安全观的思维和高度审视这一问题,强化保密措施立法更显现实必要。

作为国家秘密保护的义务主体,企业应该更多地通过义务连带把雇员的保密责任紧密地联系在一起,而设置具有政府职能的行业保密评估机构,既能解决企业权利义务主体混乱的现象,也利于解决涉密雇员与涉密企业之间关于国家秘密保护措施的设置纠纷,将国家秘密限定在一定的范围内。在竞业限制协议的法律适用上,基于劳动自由原则,绝不能随意扩大其适用人群,在此方面德国的相关立法和司法经验颇值借鉴。立法的完善,应该保持国家秘密与商业秘密在主要问题上的一致性,比如经济补偿标准和竞业限制范围的确定;立法的路径,应该着重修改保密法,通过司法解释明确竞业限制协议适用的除外情形。

(责任编辑:谢 青)

[32] 在德国法上,决定补偿额度高低时所应考虑的因素包括:该类工作族群的流动率、年龄、避免违反竞业禁止条款所可能增加的通勤甚至是迁居等因素。至于劳工另谋他职的困难度也应予以考量。参见林更盛:《离职后竞业禁止越宽的审查:三步骤——评台南地方法院88年度劳简上字第6号判决》,于氏:《劳动法案例研究(二)》,五南图书出版公司2009年版,第230页。

[33] 德国商法对竞业限制协议审查,除须先确认雇主有无值得保护的正当利益外,尚须参考以下几个因素进行判断:一是雇主的经济补偿措施;二是竞业的地域限制;三是时间限制;四是禁止行为种类与范围的限制。若认为该竞业限制对离职雇员将构成未来职业上发展的不公平障碍时,则该竞业限制约定无效。同前注[15],黄程贯文,第258页。