

忠实义务下的雇员言论边界

杨益章*

目次

一、引言	四、忠实义务下的雇员言论作为
二、雇员言论之特殊语境：忠实义务	（一）应为：妨害告知义务
三、忠实义务下的雇员言论不作为	（二）可为：公益告发(权利)
（一）保密义务	五、雇员言论不忠之担责
（二）不损雇主利益之言论义务	六、结语

摘要 雇员对雇主负有忠实义务,是劳动关系的内在要求,在此义务引导下,雇员应与雇主利益保持一致,由此形成言论“不为、应为与可为”的三重边界:“不为”系雇员行言受有的直接约束,表现为保密义务和不损雇主利益之言论义务,对前者须重点考察义务性质、约定、适用范围及客体,对后者则应结合侵权四要件厘清雇主利益内涵、类型化雇员不当言论、分析因言受损间的关系及雇员主观过错;“应为”指雇员在雇主利益面临妨害时负有的告知义务,是对雇员言论的变相限制和更高要求,应予严格限缩适用;“可为”系雇主私益与公共利益抵触时雇员公益告发的权利,其属不为的合理例外,须与应为明确区分,且在满足三项要件后方能适格。雇员言论不忠须承担相应责任,具体责任形式应以惩戒相当为原则、综合考量多种因素确定。

关键词 言论自由 雇员忠实义务 保密义务 不当言论 公益告发

一、引言

言论自由,又称表达自由,其核心内涵意指所见所闻所思以某种形式表现于外的权利。^{〔1〕} 人类文明的发展,很大程度上依赖于语言、文字、思想的交流与传播,个人人权的实现,亦离不开对意志表达的尊重,言论自由因而是一个社会极为重要的品格和价值,^{〔2〕} 并为我国在内的诸国宪法所

* 华东政法大学经济法专业硕士研究生。本文的成稿,感谢李凌云、杨鹏飞、冯彦君等师长的批评与指正,一如成例,文责自负。

〔1〕 侯建:《言论自由及其限度》,载《北大法律评论》2000年第2期。

〔2〕 李炳烁:《言论自由的限度理论》,载《江苏大学学报(社会科学版)》2005年第5期。

认受。然则,权利和权利的限制总是相伴而生,即便是作为一项基本人权,言论的行使也不应成为绝对无限的存在,如何妥善地界分其权利边际、在其与其他种正当法益的冲突中求得微妙的平衡,是一个兼具理论与实践价值却难以一言蔽之的话题。数百年来,从学界到立法、司法领域虽对此各有回应,但由之形成的规则或学说大多尚滞留于宏观层面的制度构造,而较少深入至部门法语境下,立足具体问题予以针对性的思考,“为了合理地实施限制又不损害言论自由的价值,必须建立系统的理论”〔3〕,这一缺憾正是当前系统化理论建构中亟待完善的地方。

其中,一个典型的例证存于劳动法领域。现代社会中,绝大多数公民均处于劳动关系中并作为雇员方面存在。雇员之身份使其日常生活的大部分时间都于工作场所度过,私下言行亦会与工作事宜间或相关,循此,诚如德国宪法法院所言,“如言论自由在劳动关系中得不到或只得到部分实现,那显然与其基础性地位不符”〔4〕。但同时,雇员在劳动关系中被认为对雇主负有忠实义务,其言行举止须与雇主利益保持一致。于是,雇员言论的行使与忠诚义务的履行在何种情境下得相对立、其时又应作怎样的利益权衡便颇值法理的思量。事实上,这一问题的抛出绝非仅是理论预想,早在2012年发生的“空姐吐槽遭解雇”案,〔5〕便向我们完整地展现了这样一番画面:雇员对雇主心存异见、遂于公共媒介颇作微词、引发舆论反响、终遭雇主解雇。而近年来,从“支付宝泄密门”到“美团歧视性招聘”、再到“沃尔玛黑心油曝光”〔6〕,不同场合下由雇员言论而起且多使雇员“因言获罪”的事例更于身边频频上演,在社会热议的同时,法律人不禁忖问:雇员作为公民的言论自由须以肯认,雇员作为受雇者的言论边界又在何方?

二、雇员言论之特殊语境:忠实义务

言论具有作为宪法权利和民事利益两重含义,〔7〕宪法意义上的公共言论应予严格保障,但民事层面的私人言论可能受制于与其对立的民事或公共利益需求。在劳动关系中,这种需求来自雇员向雇主负有的忠实义务,对雇员行言的法律评价与规整多须置于忠实义务塑建的价值标尺下进行,故明晰此义务本身乃是廓清上文疑问的首要前提。在国内学界,这项命题的研究堪处于起步阶段——忠实义务系公司法领域的传统概念,仅与特定主体即董事和高管人员相连,学者们的讨论大多拘于此思维定式内开展,而较少地将视阈触及劳动法、关注雇员忠实义务,或也仅将其视作雇员诸多义务的统合概念而不予定型化分析,这间接致使了现行忠实义务立法中雇员角色的缺位,实务中更鲜见以雇员忠实义务为主要说理依据的判决。然而,将目光转向比较法,会发现忠实义务被普遍视作雇员义务的重要分属,不仅为多国立法直接确立,在实务中亦发展出大量的裁判

〔3〕 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第563页。

〔4〕 BVerfG 28.4.1976 - 1BvR71/73 - BVerfGE42,133.

〔5〕 案情简介:2012年2月7日,维珍航空在其官方微博宣布将升级航班餐饮服务,其上海办事处两名空姐当天转发该微博并评论称,“东西少,又难吃,光改餐具有什么用”,其后公司方以空姐所发表的言论影响恶劣、严重违反公司规章制度为由将其解雇,两空姐不服,起诉要求恢复劳动关系等,长宁区法院一审认为两空姐未尽忠诚义务,维珍解雇决定正当,判决原告败诉,见(2013)长民四(民)初字第347号(以下简称“维珍案”)。

〔6〕 《支付宝“内鬼”泄密》,载凤凰财经(http://finance.ifeng.com/a/20140104/11401803_0.shtml);《美团回应员工歧视性言论:违背价值观已被辞退》,载网易财经(<http://money.163.com/17/0517/19/CKLM7H6K002580T4.html>);《沃尔玛4名员工揭露“黑油”遭辞退》,载中国财经(<http://finance.china.com.cn/roll/20140917/2680041.shtml>),最后访问时间2017-10-08。

〔7〕 姜峰:《言论的两种类型及其边界》,载《清华法学》2016年第1期。

规则,^[8]这种域内外法制建设的差异化呈现,使得有必要自学理处探究此义务的存在基础。

雇员对雇主负担忠实义务,其正当性至少从三方面可得证成:一,就基础理论而言,诚实信用原则要求人们在市场活动中恪守诺言、诚实不欺,这在民事雇佣契约中早已被普遍认可和适用,劳动契约作为结合更紧密的所谓特种雇佣契约,^[9]自更须强调雇员对雇主合法利益的尽心竭诚维护,忠实义务正在此意义上应运而生;二,从劳动关系的本质来看,雇员系为雇主提供从属性劳动,两者呈现出单向的“命令—服从”式关系,而雇员对雇主意志的忠实遵从,是此关系得以正常运行的基本前提;同时,劳动合同系属持续性合同,其合同目的非单次给付即能实现,而有赖雇员劳力的持续付出,此间为避免不确定因素的介入动摇劳资双方信赖基础,进而影响双方主给付义务的顺畅履行,须额外构建对称性的附随义务加以保障,此即雇主保护义务和雇员忠实义务;三,以现行劳动法为背景分析,“倾斜保护劳动者”的基本宗旨固有其合理性,但只偏重于一方的保护反会使其背信弃义的成本过低、致劳资利益二次失衡,有悖立法初衷,故引入忠实义务的协调亦有助于劳资关系的互利共赢。

可见,对雇员科以忠实义务实有其法理与现实的必要性,但在立法做出回应前须以澄清的是,“忠实”一词在语源上来自强调主仆不平等地位的人格共同体理论,在当下采忠实义务的表述并非是为了承继这种封建色彩浓厚的意识形态,^[10]而更多地意在彰显其理念基础,在诚信原则衍生出的附随义务意义上将其作为上位概念使用,即如许建宇教授所指,系“雇员应对雇主履行的以服从、注意、保密、增进利益等为主要内容的各项不作为义务和作为义务的总称”^[11]。在此概念下,雇员忠实义务以顺应和保障雇主利益为基本准则,整体分化为不作为、作为义务两大类,前者指雇员不得侵害雇主利益,主要包括保密、竞业限制、不损雇主利益之言行义务,后者则指雇员还应积极促成雇主利益的实现,又可分为服从、善意、告知等义务;义务主体除普通雇员外,则亦包括高管群体:高管人员既受公司法忠实义务的规制,并不妨碍其同时负有劳动法上的忠实义务——将高管视作雇员,学理虽尚存争议,但已被现行立法所认可,^[12]实务中大量的高管劳动纠纷亦可为明证。何以解释此种双重忠实义务?概因高管在雇员身份外,“还具有基于授权而取得的职务资格,这两者之间不完全等同”^[13],易言之,高管人员在劳动法和公司法语境中承载着不同的身份角色,而两角色又均存在以忠实义务调整言行举止的规则需求。^[14]

那么,具体至“言谈”部分,这种调整会产生哪些影响、进而勾勒出雇员言论的边界呢?自三个不同面向的考察应足以覆盖此界域的全貌:首先,基于忠实义务中的不作为义务,雇员必将受有言论上的直接限制,即一般不得为某种言论而伤害雇主利益;其次,雇主利益之达致如以雇员发声为

[8] 参见王益英:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第86~87页。

[9] 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第299页。

[10] 事实上,德国法中已有部分学者回避使用“忠诚义务”的表述,而直接援引《民法典》第241条第2款规定的“注意义务”替代,参见王倩:《从德国法看雇员的言论自由和忠诚义务》,载《社会科学战线》2017年第5期。

[11] 许建宇:《劳动者忠实义务论》,载《清华法学》2014年第6期。

[12] 如《劳动合同法》第24条规定:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。”

[13] 王保树、钱玉林:《经理法律地位之比较研究》,载《法学评论》2002年第2期。

[14] 当然,实践中高管两种角色混为一体,难作完全分割,使其在两法中分负的忠诚义务虽性质独立,但内容部分重合:如两忠实义务中均包含保密义务,而这很难说是高管单一身份属性的独立作用结果,更应视其双重身份的共同要求;反之,如高管禁止自我交易义务,系基于其代理人地位享有的管理职能考量,与雇员身份无涉,故仅能视作其公司法忠实义务的范畴。此外,作为雇员的高管,与普通雇员不仅在权限职能上有别,于劳动关系中身份地位亦相差悬殊,使得有必要对两者劳动法忠实义务的内容适作区分,本文限于篇幅不再详述。

前提,则雇员的沉默亦不可取而须主动为某种言论,这实是作为义务对言论的变相限制;最后,雇主利益之优位在介入价值位阶更高的其他法益后可能难以为继,则前述的言论受限或许又存在除外规则,即雇员重获言论自由、可为该种言论。这种“不为、应为与可为”的构造组合,揭示出忠实义务之于雇员言论的作用力范围与形态,将是本文分析的进路所在。当然,任何“发言”本质上均是一种行为,大多行为的做出也一并伴有言论,所谓的“言行”实则泾渭难分,故为避免将论题引申过泛,本文所指的雇员言论,均仅针对雇员忠实义务项下以言论本身为调整对象和行为范式的特殊义务及派生权利。

三、忠实义务下的雇员言论不作为

忠实义务中,不作为义务系对雇员最低限度的要求,可由“谨言慎行”四字所概括,从其内容谱系中分析不难发现,涉及“谨言”的部分有二:保密义务,及不损雇主利益之言论义务。在忠实义务的指引下,两者分别展现出较传统保密义务和言论侵权^[15]不同的特性,且对雇员言论的调整既有侧重亦内含着一定关联。同时,较与保密义务渐臻完备的规则理论体系,不损雇主利益之言论义务在国内既无对应规则,于学界也未有足够的理论供给,故对前者的考察重在驻足雇员保密之异、检讨现行立法之缺;对后者则须以体系化思维寻求义务的全面立论与解构。

(一) 保密义务

雇员保密义务本身的法律适用逻辑殊为简单,雇主因其某类信息的不公开持续受益、这种受益状态会随着信息的泄言于外被轻易瓦解,而雇员为雇主所用的过程又使其得以合法知悉或随时接触到此类信息,那么,依忠实义务之要求,雇员言论在此范围内受限似已是不言自明。然而,种种原因使得此义务的现有构建尚待完善。

1. 义务之性质

对雇员保密义务的设定来源亦即其义务性质,现行立法系依雇员类型为区分调整。《劳动合同法》第23条第1款规定,“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项”,可见原则上此义务生于合同约定,但同法第24条第1款又指出,“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”,因劳动法上的竞业限制系对保密义务的延伸,^[16]其义务主体须同为保密义务人,承此逻辑,立法对高管、高技这两类实践中典型涉密雇员又负以法定保密义务。此种以雇员内部客观分化为依据的规范模式,于逻辑前提上确有合理性,但区分是否必须以“法定—约定”的形式呈现则不无疑问:不同雇员所负的忠实义务可能内容上有别,但意欲维护雇主利益周全的价值目标理应一致,就此而言,保密义务之有无应与雇员涉密可能性的大小无关,而只要雇员有涉密之虞,就应一概负以保密义务。现行法将部分雇员保密义务交由合同机制调整,会造成与雇主未存保密约定的雇员无意中涉密却无须保密的荒谬后果,实与忠实义务之内涵有违。

对此,借修法将雇员保密义务均予法定固化为对策,但笔者以为,此义务既有其内在的正当性,当下毋宁抛却约定或法定的形式桎梏,而于适用中将其视为雇员劳动关系的默示条款即可,申

^[15] 雇员忠实义务虽属劳动关系的附随义务,但其内容并不限于合同法,而可拓展至其他私法领域,如此义务本质上即要求雇员不得以言论侵害雇主,而属侵权法规制范畴,见前注[11],许建宇文。

^[16] 该法23条第2款规定:“对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款……。”

言之,虽立法未予强制规定亦无合意约定,也不问雇员劳动关系中用何种方法得悉之事实,“即不论受雇主之信赖,或用不法手段获知者”^[17],雇员均应守密,至于不同类型雇员在涉密概率、泄密影响上的差异,则可于程序及实体责任方面另作考量。其实,根据《合同法》第60条,“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”,所谓默示的保密义务在体现平等合意的民事关系中早已确立,那么在强调身份从属的劳动关系中其就不仅必须存在,而且理应有更强的适用空间,也即,合同中的默示保密与否尚须结合具体合同之性质等推定,而雇员的保密义务与“身”俱来。

2. 义务之约定

将雇员保密构造为一种默示义务,本身并不排斥对保密的约定。相反,以合同条款、协议或规章制度^[18]等形式设立保密义务,自有其特殊的优势和必要:约定的存在能强化雇员保密意识、使其提前预知泄密对自身的不利益,而于源头防范泄密的发生,且经由约定保密义务以书面等形式被固定,能减轻日后争议时雇主方的举证责任,便于法院审定;同时,约定形式下保密义务之客体可延展至那些非属典型保密信息但雇主基于自身考虑希望守密之事项,^[19]如“雇主之私人或财务关系”^[20],抑或实务中企业为防范员工攀比、消减内部矛盾的薪酬保密制度^[21]等,使雇主组织管理中的主观能动性得以合理发挥。唯须注意的是,保密义务本身已有忠实义务的法理支撑,且雇员除言论受限外不承担任何成本,故是“不以支付对价为存在条件的义务”^[22],不仅无约定时应默示承受,便存有约定雇主亦无须补偿;此外,保密约定并非当然有效,当其侵害劳工基本权益或有违社会公益,如在保密协议中“禁止谈论工作条件或安全事项”时,^[23]那么雇员间不仅仍可自由探讨,在确实发现安全隐患后还可公开揭发,对此后文将予详述。

3. 义务之范围

保密义务于雇员在职期间负担,且不因公私场合有变,此点并无争议,值得思考的是雇员离职后,其忠实义务的基础法律关系不复存在,再负保密义务应作何解释。如前述,雇员忠实义务的法理渊源为诚实信用原则,在一般民事契约终止后情形,由此原则具化出所谓的后契约义务,以期维护契约关系给付效果,协助相对人处理契约终了善后事务,^[24]实现整体利益格局的完满,这在《合同法》第92条中有直接体现,“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务”,劳动契约虽不得径直适用民事契约之规范,但就保密义务而言在后契约阶段应予遵循的法理别无二致,这是因为,相较忠实义务中其他限制更多地基于雇员身份对雇主的重大利害而设,泄密给雇主的损害主要来自保密信息本身,并不因离职前后泄露而有

[17] 黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第175页。

[18] 学界对劳动规章制度的性质众说纷纭,本文采契约说观点,将之视为劳资双方间的定型化契约,参见胡立峰:《劳动规章制度法律性质之“法律规范说”检讨》,载《西南政法大学学报》2008年第5期。

[19] 现行法将约定保密义务的范围限定在“商业秘密和与知识产权相关的保密事项”,但本文既视保密为雇员默示义务,自洽的逻辑是在确定默示保密信息的基础上,允许双方以约定适作扩张。

[20] 前注[17],黄越钦书,第175页。

[21] 实务中,有法院以薪酬保密违反《劳动法》第46条“同工同酬”的原则而判定无效,见(2013)锡民终字第0543号。但这种理由过于牵强,薪酬保密或公开各有利弊,应当允许企业根据自身情况合理选择。参见张瑾、张效功:《薪酬公开VS薪酬保密——基于亚当斯公平理论的比较》,载《生产力研究》2009年第2期。

[22] 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第226页。

[23] 《美国劳工委员会起诉特斯拉 指控其保密协议侵犯员工权利》,载腾讯科技(<http://tech.qq.com/a/20170901/216340.htm>,最后访问时间2017-10-22)。

[24] 史尚宽:《劳动法原论》,台湾正大印书馆1978年版,第24~26页。

实质不同,遑论此阶段因身份约束的消失和外部利益的诱导,往往更易催生“前雇员”泄密之动机,故为全局贯彻忠实义务的价值目标,应承认雇员忠诚义务状态在此的延续,^[25]雇员离职后仍负保密义务,唯须考虑义务内涵上的分别。

4. 义务之客体

“保密信息”是保密义务的客体也即适用对象。在保密约定中,约定之内容一般即为保密信息,但未存约定时,因此概念并无法定的内涵外延,如何确定雇员应默示保密的信息便至关重要:商业秘密关乎雇主核心利益,是雇主利害关系人均应默示守密的对象,且业已形成相对明确的评判标准,属雇员保密信息自无疑问,但是,将两者完全等同并不能体现劳资关系相对其他外部关系的更紧密联结,会使雇主信息受保护的范同过窄、于其利益不周。对此,英国法藉由 Faccenda Chicken 一案^[26]所确立的信息三分法可资借鉴,即将雇员所知悉的信息分为普通信息(不重要或公众易于获得的信息)、一般保密信息(虽具秘密性,但一经了解掌握便存于雇员大脑、成为其自身知识或技能的信息)、重要商业秘密(须符合商业秘密法所要求的特定评判标准),继而区分规制。对普通信息,雇员的自由传播非属泄密;对后两类信息雇员虽须保密,但保密程度又有所不同,以离职前后为界点,雇员在职期间基于完整的忠实义务要求,对两类信息均负有默示保密责任,离职后忠实义务虽有延续,但对忠实程度的要求降低,故仅对商业秘密负默示保密责任,对一般保密信息,除与雇主明确约定外,于之的言论发表则不再受限。

(二) 不损雇主利益之言论义务

保密信息外,雇员的言行并非就此自由。劳动关系的紧密性和依存性,使雇员被默认为居处信息优势地位而对雇主的熟悉程度高于外界,同时,其言谈也易被解读成雇主意志的一定体现甚或直接授意,尽管这样的理解在诸多情况下并不准确,但毋庸置疑的是,相同的言论自雇员处发出,外界之认可度较高,对雇主利益也异常攸关,^[27]故而在更广泛意义上,忠实义务还要求雇员言论以“不损雇主利益”为限。

由此不免引出一项追问:泄密无疑是言论侵害雇主利益的一种,何以要将二者分立?除前者已由法律明定外,更为妥适的解释是其相对后者的一般情形而言,于共性外存有更多特性,如致害方式更为直接等,使得两义务在同质化的基础上宜分而治之。例如,两者均属默示义务,其存在不以契约为前提,故维珍案中法院虽以被告方《职业标准政策》中存有规定作为裁判依据,但纵无此规定原告言论仍有认定为不忠之虞;反之,与保密义务涵盖雇员离职前后不同,后者的适用更强调与雇员身份关系的捆绑,故仅能规制在职雇员,雇员离职后言论伤害原雇主利益的,无忠实义务之延续,或适用言论侵权一般规则即可,或落入言论保护的范畴毋须救济……遗憾的是,既往研究对雇员泄密的关注远较异议雇主等言论不忠的一般情形为甚,而事实上,尽管前者对雇主利益的冲击更为直观强烈,但雇员负担的机会成本也随之高涨,未有足够的外部激励抵消很难自发而为,两相较言,后者受有的刚性约束既低,于样态表征上亦复杂多变,在信息网络高度发达的今天往往更易产生也更难判定,这在维珍案等一系列事件中已有充分彰显,因此,何为“雇员言论有损雇主利益”,实乃剖析雇员言论不作为的核心命题与难点所在,鉴于此种言论不忠同属言论侵权,又是言论侵权在劳动法领域的异化呈现,笔者的解构将试以侵权四要件为框架、结合忠实义务之语境展开。

[25] 单海玲:《离职雇员的商业秘密管制:竞业禁止与保密义务》,载《知识产权》2007年第4期。

[26] 3 All ER545,575, (1988).

[27] 郑尚元:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第146页。

1. 结果要件——雇主利益受损

“损害事实的有无,是认定侵权行为的逻辑起点”^[28],具体到本命题中,这一事实指向雇主利益,由此须厘清其利益之内涵。现行劳动法体系下,雇主的概念与用人单位等同,且须以组织体形式存在,^[29]故对雇主利益的判断,应站在组织全局而非单一个体的角度进行,据此以是否具有直接经济价值为标准,可将雇主利益划分为财产利益和非财产利益,前者能徒以金钱衡量价值,如销售订单、营业收入等,后者则不具直接的财产性表征,如雇主生产经营中积累的名誉、信用乃至维系组织运行的正常秩序等。两种利益的属性差异,使其因雇员言论受损的特点亦有分别:财产利益受损,直观地表现为雇主财产价值的减少,如因雇员谣传公司迁址,使公司在当地订单锐减;非财产利益受损,则集中体现为雇主人格遭受贬损攻击,致其社会评价降低或经营秩序紊乱,如雇员谩骂公司制度不公,引发外界舆论哗然、内部人心惶惶。当然,言论作为一种信息,在传播过程中给受众者的主观感受总是会影响其外在行为,而行为的积累反过来又会造成观感的更新,由此,两种利益虽性质迥异,作用上可得互为影响,最典型的即是雇主的名誉受挫往往会引发连带性的财产减损。

同时,雇主利益受损除已然现实损害外,亦包括损害之威胁。传统学界在损害的认定上几近一致地坚持损害现实说,认为“损害事实是造成财产利益和非财产利益的减少或灭失的客观事实”^[30],但基于某些特殊利益考量,损害的形态可延扩至损害威胁或危险,在近年来不仅为学者肯定^[31]亦于立法中得到体现。^[32]而同样的言论致雇主利益受损,何以仅在发言方为雇员时得作此扩张,不惟仍缘于忠实义务的效用:忠实义务因劳动关系的继续性须长期履行,雇主对雇员忠实性的评价自也须从长远考量,故当雇员言论已足以对雇主利益构成实质威胁,便最终因种种情事未生实际损害(如雇员于博客诽谤雇主,尚未被人点击时即为雇主发现并勒令删除),也很难说双方原有的信赖基础未生裂隙。维珍案中法院正采此观点,将雇主受损界定为“对雇佣单位的生产经营活动造成不利影响或者实质性的不利影响威胁”^[33]。

2. 行为要件——雇员不当言论

“有损雇主利益”用以修饰雇员言论,本文将具备这种潜在效果的言论统称为不当言论。对不当言论的类型化认定,须以言论本身的界分为基础。一项言论,其内容或繁或简,或有不同,大体可囊括为两类:事实陈述,指对过去或现在一定具体过程或事态的描述,^[34]抑或意见表达,即对事物的主观价值判断,其关键分别在于可证明性,事实得通过证据鉴定真伪,意见则纯属个人看法或立场,所谓见仁见智、难能统一。在此基本框架下,雇员不当言论依形态可具体分为三类。

(1) 传统言论侵权

传统意义上,区分事实与意见的实益,系法律对两者的否定性评价须采不同标准,事实的衡量

[28] 张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第908页。

[29] 《劳动合同法》第2条规定:“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织(以下称用人单位)与劳动者建立劳动关系……,适用本法。”

[30] 杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2006年版,第169页。

[31] 刘清生:《论侵权法中的损害》,载《温州大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

[32] 如《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第1条规定:“对……具有危及消费者人身、财产安全危险等损害社会公共利益的行为提起消费民事公益诉讼的,适用本解释。”

[33] 见前注[5]。

[34] 王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较学、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第156页。

标准为真假,意见的衡量标准是对错。^[35]循此标准,两者中各生出一类典型侵权言论——诽谤和侮辱,其中前者针对捏造或错误陈述负面事实,使言论缺乏真实性,如谣称雇主“负债累累、濒临破产”;后者则指向对人格或名誉的公然诋毁,即言论超出法律允许的合理限度而丧失公正性,如无端咒骂雇主“流氓企业、丧尽天良”,两者共同构成了传统言论侵权的主要规制对象,也因此业已发展出较为细致的评判体系,雇员对雇主的言论如在此体系下能被定性为侮辱或诽谤的,自属不当言论。

(2) 言论有违雇主意志

按既有理论,一项言论不被评价为诽谤或侮辱,便意味着其对法益的破坏程度未达法律干涉之必要、可得自行表达。然忠实义务系基于劳资间亲密关系而立,所涉双方对彼此的影响力均非外界可比拟,故而,其义务要求的雇员与雇主利益保持一致,并非仅限于雇员服从雇主的命令管理,而是在更宽泛意旨上,寄望雇员对象征雇主意志的各类情事,如产品服务、管理模式、战略决策乃至文化理念等持以尽可能的认同,以期对内维系集体凝聚力,对外树立组织体的整齐划一形象,这种“舍个体意志以慰雇主意志”的精神从根本上决定了雇主对雇员言论的容忍底线不能与一般民事主体等同,即前述程度要求在雇员处应适当调低,雇员言论虽不至构成传统言论侵权、但内容有违雇主意志的,亦有法律规范之余地,对此仍须围绕事实与意见分作探寻。

事实陈述中,诽谤与否的界点可参照相关司法解释精神,基本真实的即非属诽谤。^[36]对基本属实的事实陈述,其内容如系前文保密信息,自己交由保密义务专作规制,故真正的问题,是雇员对非保密信息的属实陈述,在免受保密义务调整的同时能否一概适用真实性抗辩,不再被评价为不当?答案取决于陈述是否符合雇主其时的合理期许,当某类事实系雇员基于身份等知晓但雇主在正常利益考量下不会或暂不愿公布的信息,雇员就应与雇主居处同等立场、不得擅作披露,例如,百货店雇员向前来选购的顾客告知,隔壁商店出售的同款商品价格更低,其情节便属真实,因有相当可能招致客源流失,则仍为不当。反之,高管在接受采访时坦承公司难以维持高增长,虽使公司股价是日大跌,^[37]但在当时情境下实属合理选择,则未有不妥。当然,介入更高法益时须另当别论,此即黄越钦教授所言“凡足以影响雇主营业名誉、信用之事实,(雇员)亦不应张扬,但有更高利益应受保护者不在此限”^[38]。

意见表达中,侮辱与批评的界限则难以求得客观统一的标准,而更多地须借助个案认定,但原则上,使雇主利益受损的意见不外乎两种:非理性的谩骂丑化,其言辞本身即带有明显恶意,宜认定为侮辱;或负面贬损,虽表面措辞均为贬义或语气尖锐讥讽,但因不涉人身攻击,法院须综合考虑上下文语境、事实依据等因素后判定,例如,买家网购商品质量不佳,遂在商品页面内评价商家“不得好死”是为侮辱,但如其针对商品称“垃圾坑人”,尽管言语过激使商家名利受损,仍应视作消费者未逾合理限度的批评,受到言论自由保护。然而,这一判定模式不能沿用至雇员对雇主的批评上。如前述,雇主良好形象及稳定秩序的营造既须仰赖个体雇员的协同配合,又对雇员的不当

^[35] 魏永征:《把事实和意见分开——评点假新闻文章名誉权案一审胜诉的启示》,载《新闻与法律》2011年第8期。

^[36] 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第8条:“因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷……文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格的内容的,不应认定为侵害他人名誉权。”

^[37] 《百度高管谨慎言论致股价大跌6%》,载新浪科技(<http://tech.sina.com.cn/i/2010-12-16/04444990039.shtml>,最后访问时间2017-10-22)。

^[38] 见前注^[17],黄越钦书,第175页。

言行敏感度最高,可以想见,上文中同样的质疑如来自商家员工,因外界基于信息隔阂天然地信任雇员对雇主的认知,则其不论有否理据、都易像“蝴蝶效应”那样给雇主造成不必要的损失。因此,雇员对雇主存有异议本属职场常态,雇主包容雇员对经营事务的批评也是其注意义务的内在要求,^[39]唯期实现与忠实义务的调和,这种批评权的行使须多受掣肘,如可于私下交流、雇主组织内合理谏言,对外则不应擅作负面评价或采取煽动罢工等极端方式激化矛盾,^[40]否则仍属不当。但与上同理,涉公益等情形须另作分析。

此外,批评系直接指向雇主而论,但雇主意志并非仅体现于其自身事务,而亦包括雇主在某一问题上的基本立场、通行要求等,则雇员与之相左的观点意见也属失言,这实际上就使不当言论的适用范围在个案中得以扩张至更多对象和情事。例如,加拿大最高院早在1895年的判例中即指出,^[41]被告编辑虽可持不同政治观点,但未经同意无权改变雇主报社的政治色彩,故其擅自撰文抨击报社素以支持的自由党属违反忠实义务;德国法上,诸如攻击同事而激化员工内部矛盾、对客户出言不逊导致签约机会丧失,乃至烟草公司推销员身着“吸烟致癌”T恤也都被视作不可取的表达。^[42]而通过一组对比,对此可有更透彻理解:职业体育强调队伍间的对立竞争,则球员在采访时表露效忠对手的意愿会被视作是严重的背叛;但对解说员来说保持客观中立是基本要求,则过于倾向性的言辞反会有失偏颇;而观众对球队的支持或反对纯属个人喜好,应与雇佣身份无涉,则球迷对比赛结果发表过激言论后被雇主以违反公司宗旨为由解雇,显然便值得商榷。^[43]

(3) 言论有违公序良俗

除非直接抵触,雇主意志不能也没有必要渗延至劳动关系以外的私人空间,如强加干涉雇员的宗教信仰、消费理念、对某一社会事件的看法等,因后者已属雇员公民身份下的一般言论自由。然而,这种放任在雇员言论违背公序良俗时存在例外:雇员一定程度上承载着雇主形象代言人的角色,受众者总是会自发将雇员言论与其雇主相连,而公序良俗的背后蕴含着社会某种共同的伦理认知或正义追求,对其的违反将极大伤害公众情感、侵扰社会秩序。因此,雇员虽纯粹言及他事,但内容有悖社会主义核心价值观、基本公德、行业道德等的,在个人遭受谴责的同时也必将牵连雇主声誉或营运,这在不久前的“奔驰高管辱华事件”^[44]中已有相当体现,尽管事后雇主们多会像奔驰公司那样声明此类言论违反公司意旨,但归根结底对其的调整还是来自应为社会普遍遵循的公共意志要求。^[45]

[39] 王倩、朱军:《德国联邦劳动法院典型判例研究》,法律出版社2015年版,第136页。

[40] 当然,以煽动罢工为代表,劳动者集体行动中的言论因涉及权利争议或利益争议会有不同的正当性判断结果,而可能形成不当言论的合理例外,参见田思路、孔令明:《权利争议罢工:正当性否定论》,载《当代法学》2017年第4期。

[41] [加] A.E. 奥斯特、L. 夏莱特:《雇用合同》,中国对外翻译公司1995年版,第77页。

[42] 见前注[39],王倩、朱军书,第135页。

[43] 分别见《阿扎尔示好巴黎遭基恩怒批:换我早把他踢出球场》,载网易体育(<http://sports.163.com/16/0218/15/BG491KUE00051CCL.html>);《央视名嘴黄健翔世界杯解说倾向明显遭网友炮轰》,载搜狐新闻(<http://news.sohu.com/20060627/n243955358.shtml>);《一位切尔西球迷因不当言论被解雇》,载虎扑足球(<https://voice.hupu.com/soccer/1970875.html>),最后访问时间2017-10-08。

[44] 《戴姆勒宣布免职涉嫌辱华高管向公众及社会致歉》,载腾讯新闻(http://news.qq.com/a/20161121/041506.htm?pgv_ref%3),最后访问时间2017-10-08。

[45] 当然,如雇员系在履职过程中发表有违公序良俗的言论,则同时构成“言论有违雇主意志”,见《小米员工在校招宣讲会上发表不当言论》,载腾讯科技(<http://tech.qq.com/a/20170923/048707.htm?t=1506165860337>),最后访问时间2017-10-22。

事实上,诸如此类的不当言论在近年来已反复出现,^[46]考虑到侵犯公序良俗在现行法下尚未有足够的规制手段,那么,借助忠实义务的这种调整还具有推行公共政策的特殊价值。

3. 因果关系

与大多侵权行为直接致害不同,言论侵权在致害方式上具有间接性,即是通过直接影响“受众者”这一中介物进而影响受害人,而这本身须历经一个过程,通常所谓“言论的发酵期”,由此,损害结果的状态显现在时间上总是会滞后于加害行为的发生,且难以彻底断离此过程中其他因素介入的影响。同时,言论侵权给受害人的损失往往先表现为社会评价的降低,但评价本身系主观感受,即便听众因言论引导于基本立场上趋同,在强度范围等方面也难以视同一律,即立场既可能仅存于第三人内心中,亦可外化为实际行为,“所谓的社会评价降低似乎是一种客观性的损害结果,其实往往是不可捉摸的”^[47]。正因为名誉受损认定上的种种困难,司法实践中淡化了对其因果关系的证明要求,采“公布加推定”^[48]标准,受害人若能证明针对自己的侵权言论已为不特定第三人知悉的,可推定其名誉已因之受损,被告如有异议则应举证证明因果关系的缺失。

这一标准合理分配了当事人权益,并最大限度地避免了认定时的不确定性,故可沿袭自雇主名誉受损的因果关系判断上,唯因雇主利益受损在忠实义务要求下至受损之威胁程度即可,该标准中的“为第三人所知悉”也应微调为“具随时被第三人知悉之可能”,以期实现规则体系的内在协调;同时,如果说雇主名誉由社会评价所影响,那么其非财产利益中的营运秩序等则受制于内部员工的观感评价,因此,如雇员非法煽动罢工等言论使企业内雇员已有知晓之可能,也可参照前述标准推定因果关系。而财产利益本身较易从客观上证明判定,故雇主主张此类利益受损于雇员言论的,应就因果关系负一般民事举证责任。

4. 主观过错

从义务“不损雇主利益”的表述来看,似乎雇主利益受损之结果本身即可证成雇员言论的不忠,但这实属侵权法上淘汰已久的客观归责思路,忽略了言论做出时的主观状态,很可能会使雇员言辄得咎、让意在协调劳资利益的忠实义务沦为雇主强权的借端,因而,一般侵权行为的过错要件于此亦不可缺。如果说不当言论强调言论内容对雇主利益的负面影响力,过错便指向雇员行言时对这种影响力的主观心理认知,其中,明知雇主利益将损但希望或放任为言的是为故意,对其往往结合言论自身即可判定;应知却未知而言的则是一种未尽合理注意义务的过失,由此还须辨别应予适用的注意程度标准,^[49]考虑到忠实义务要求雇员站在雇主利益得失的角度来妥善思忖言论的发表与否,实已与“善良管理人”的注意程度无异,故应采抽象轻过失为基本标准,雇员尽到此种注意程度下的言论,纵使雇主利益受损,因缺乏过错要件,则无所谓忠实义务之违反。

[46] 《护士力挺薛之谦! 咒骂‘可惜她孩子没死在我手里’遭开除》,载百度网百家号(<http://baijiahao.baidu.com/s?id=1579360072040145103&wfr=spider&for=pc>);《台独女星被内地剧组开除》,载搜狐娱乐(<http://yule.sohu.com/20161025/n471256692.shtml>);《耶鲁大学华裔职员发表过激言论被停职》,载芝加哥华人资讯网(http://chicago.nychinaren.com/f/page_viewtopic/t_32124.html),最后访问时间 2017-10-22。

[47] 参见姚辉:《人格权法论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 164 页。

[48] 参见蔡立东:《法人名誉权侵权法保护的实证研究》,载《社会科学辑刊》2012 年第 4 期。

[49] 对所谓合理注意义务,存在由高到低的三种标准:一般人注意标准、应与处理自己事务为同一注意标准、善良管理人注意标准,对其的违反则分别构成重大过失、具体轻过失、抽象轻过失。参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 82 页。

如何具体确定雇员过错的有无与高低?这自须结合个案情境才能回答,但依不当言论类型也可适作基本的考量。传统言论侵权中,侮辱系直接诋毁人格,其言辞句义即是故意的明证,故不存在所谓过失侮辱;而诽谤尚有主动捏造负面事实和失实陈述的区分,前者自属故意,后者须进以明确雇员对所述事实的认知状况,如明知事实错误属故意,如未知则再看雇员是否已就相关事实作合理查证以致令其有理由相信属实的程度,若为肯定则无过错,否则便属过失,此即所谓过错判断的客观化方法。^[50]言论有违雇主意志或公序良俗在实践中样态复杂,其中对过错判断影响各异的因素便须辨明,例如,过错的存在原则上不以工作场合为限,系雇员身份一旦形成便难因工作生活而有绝对区分,私下所言亦会对雇主产生各种影响,但是,雇员在履职过程中的不当言论显然过错程度更高(比如,维珍案中空姐的批评系在向航班乘客分发餐食时做出),而当雇员工作场合以外的言论根本无意于表明其雇佣身份时,便最终被雇主查明也宜认为无过错;^[51]同时,因雇主利益受损多在言论面向不特定对象时方能显现,言论是否公开便异常重要,而这可通过雇员行言的渠道或媒介区分:私人间交流谈话、公司内部会议发言等受众者特定且传播空间闭塞的非公开言论易被认定为无过错;而借助微博、博客等自媒体,或接受采访、公共演讲时对外发表的不当言论宜视作故意;须以注意的,则是在微信群、QQ群、朋友圈等网络互动平台上的言论,虽看似仅面向特定群体,但基于平台本身的交互特性和网络社会的扩散力,随时可能经群体成员的传播而公开,而雇员并无权力对此强加阻拦,那么其主观上至少就是未尽合理注意的过失,在目前已有的雇员不当言论案例中,此种半公开言论其实最为常见,多数法院也指出了其封闭形式下的开放本质。^[52]

四、忠实义务下的雇员言论作为

如果说不为系忠实义务对雇员言论的正面约束,那么其束缚力还可反向延伸至雇员的言论作为上,这种“为”既体现于雇员为维护雇主利益“应为”告知的义务、而不得缄默不语,也包括雇员为追逐更高公共利益“可为”告发的权利、即便其告发正好构成言论不为的规制对象,因此,它们当然有别于雇员一般言论自由下的为所欲言,且恰恰相反地,同属言论自由的适用边界。

(一) 应为:妨害告知义务

言论自由包括不言论的自由,也即沉默自由。^[53]对此种消极意义言论自由的保障,在某种程度上是比包容不同话语更为基本的诉求,因为沉默不会直接侵犯他人利益,而强人所言也会比单

^[50] 参见靳羽:《名誉侵权“过错”要件的比较研究——基于我国大陆和台湾地区典型判例的分析》,载《比较法研究》2015年第6期。

^[51] 雇员身份所伴有的公信力、感染力是其言论得以致损雇主的关键,那么,如雇员对雇主的批评异议完全以匿名方式做出,且言论中未暗示其与雇主间的关系,便不能推断出其主观上有伤害雇主的意愿。反之,维珍案中两原告虽抗辩其评论中未体现身份,但因网民通过微博链接可轻易查询到其账户资料中显示为维珍员工,其过错便不能因此免除,见前注〔5〕。

^[52] 如裴士海诉顺丰公司一案(以下简称“顺丰案”)中,原告作为被告员工在其职工微信群中组织煽动闹事怠工,法院认为其言论已具一定公开性,且形式不当、内容可能造成严重后果,超出个人言论自由范畴而属违反忠实义务;在许志钢诉北京东进科技公司一案中,原告在个人QQ空间针对公司着装制度发表含侮辱词汇的言论,法院也认为QQ空间具有一定开放性,许的言论超出了言论自由的合理边界,分别见(2016)沪02民终3368号、(2016)京01民终4248号。

^[53] 殷啸虎、房保国:《我国宪法应明确规定沉默权》,载《法学论坛》2001年第2期。

纯禁言给个体意志以更大强度的苛难。然而，进入劳动关系的限定视阈内，忠实义务本就强调雇员意志让位于雇主利益，这在平日里体现为雇员应克制私心或冲动不以言论中伤雇主，而当雇主本身面临其他妨害的冲击（如生产设备出现安全隐患）时，则要求知情雇员将情事及时上报，此即妨害告知义务，^[54]其法理基础系劳资内部的信息不对称现象，即雇主对其组织生产运营中的瑕疵风险时常难以察觉，但身处一线的雇员总是事实上的最先感知者，这在规模越大的组织体中往往愈发明显，尽管雇主的此类受损状态非因雇员而起，但既然简单陈情即能助雇主逢凶化吉或有效止损，以忠实义务的标准视之，一个忠诚的雇员必定会以言论实现对雇主利益的保障，那么不管出于何种动机的知情不报就是一种不可取的沉默。

尽管如此，将告知构造为雇员义务而非仅是一种倡导或提议，的确与现代职场伦理观念所不符，更易于在雇主滥用下给雇员带来沉重负担，使人人自危于未能告知雇主眼中的某项“危险”而受惩戒，这显然背离了义务的设计初衷。因此，规范的重点应置于如何限缩其适用上：雇员所谓不忠的“沉默”本质上可表述为“应告知能告知而不告知”，则对此三点均须严格厘定。首先，雇员应告知事项仅限于对雇主有重大、急迫损害之事，即未及时告知会有相当可能直接致雇主利益将损或损失扩大，则仓库起火、燃料泄露等在此范围内自无疑问，但对于同事迟到早退、团队上司以权谋私等，雇主的及时知晓虽亦有裨益，仍不宜作为强制告知的对象，以免使雇员陷入更深的伦理困境^[55]中。其次，应告知事项须以特定雇员的“能告知”为前提，对此应以该雇员的工作职责、知识水平等为基础，以一个具有类似地位的忠诚雇员在当时情境下能否合理知悉为标准判定，故保洁人员不知其所清洗设备的部件毁损属情有可原，但操作设备的工程师因疏忽未能发现则不能免责。最后，雇主作为法律拟制的主体，在现实中的具体决策运营均须对应的机关或人员代为行使，则对不同雇员来说，其直接听命和服从的对象即是实质意义上的雇主化身，因此，强求一个普通职员必须向公司股东或总经理告知既无必要也不现实，而应在其汇报直属领导后即视作“已告知”，至于此后传达中的偏差疏漏使雇主未能幸免于难，亦不影响其义务的全部履行。

（二）可为：公益告发（权利）

以忠实义务限制雇员言论，系出于保障雇主私益之目的，然雇员除却组织体成员身份外，于更广泛视野下亦是市民社会的一分子，以言论维护或促进公益虽难谓其义务，但绝对是其良知和社会责任感的正当表达。因此，当社会公益与雇主私益直接冲突时，这种公民与组织公民的身份重叠^[56]允许雇员对雇主的维护让位于价值位阶更高、波及面更广的公益需求，在符合相关要件的前提下，其言论固使雇主利益受损（如揭露雇主产品隐患致其销量暴跌），亦得阻却违法，这在比较法上被称作“公益告发”。公益告发与忠实义务的关系如何？于明面上看，它似是对忠实义务的直接突破，^[57]但究其义务本源目标而言，“忠实”应为“理性忠实”，其真正忠予的对象乃是应然面上那

^[54] 我国台湾地区亦称作“工作障碍及危害通知义务”，参见台湾劳动法学会编：《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，台湾新学林出版股份有限公司2009年版，第113~121页。

^[55] 对此，瑞典法上有不同意见。如对其他雇员自雇主处的盗窃行为，瑞典劳动法院认为，尽管诋毁同事的敏感性会使雇员陷入两难境地，但只能作为责任减轻事由考量而无法免除其通知义务。参见李坤刚：《瑞典劳动法中雇员忠诚义务及其启示》，载《安徽大学法律评论》2009年第1期。

^[56] Orly Lobel, “Citizenship, Organizational Citizenship, and the Laws of Overlapping Obligations”, 97 Cal.L.Rev.433 (2009).

^[57] Robert A. Larmer, “Whistleblowing and Employee Loyalty”, Journal of Business Ethics 125 - 128 (1992).

套“明确的使命宣言、目标、价值观陈述及被判定合法的组织行为章程”^[58]、而非无条件偏袒雇主的“愚忠”。据此,当现实中的雇主本就偏离其应有的利益取向和应负的社会责任时,雇员的发声就不能说是一种背叛,且即便往往打击雇主的现实受益状态,但于长远反能助其重归正轨、构建更优的利益格局,故实与理性忠实的内涵不谋而合,甚是一种更高境界忠实的体现。准此以言,公益告发并非跳脱于忠实义务外存在,而是得由忠实义务推导而出的一项正当权利、可为雇员合理行使,这种“可为”在本质上构成言论“不为”义务的例外。

公益告发既具有阻却违法的特别效力,如何防范雇员滥用其规避责任、构建起公益告发的适格要件便至为关键:首先,告发内容应关乎公益,这涉及公益性事项的厘定。其中,违法犯罪行为已由法律强制干预,本身即可证明与社会公益的不容;尚不构成违法,但有违组织伦理、行业惯例或内部自治规范的失当行为,^[59]如公司违反行业 robots 协议展开竞争^[60]等,原则上亦应囊括——公益告发的主要价值功能,系对雇主侵害公益的事先预防和事中制止、而非事后问责(此乃执法机关或行业协会等职责)^[61],故公益之判定除实损结果外,对公益正在进行或可能发生的侵害亦应纳入。失当行为的背后,实为雇主对社会朴素正义观、行业或自身契约精神的违背,不仅本就可作为部分法规的适用依据,^[62]亦在一定程度上昭示出公司的内控风险、随时可能上升至违法程度,因而亦关涉公益。当然,对公共利益的准确框定在实践中几乎难得圆满,故该原则仍有衡诸个案后变通的余地。^[63]

其次,在内容确关乎公益的基础上,雇员告发的意图直接决定了言论的正当性,则其主观上还须“为公益”而告发,即具有“善意”目的,以此排除雇员发泄私欲、勒索敲诈等动机不纯的告发。唯须强调的是,动机的纯与否并非有或此即彼的答案,完全舍己为公的心理现实中当属个例,实证研究也证明过半雇员告发时存有混合动机、^[64]于公益私利均有满足,故为使公益告发的制度功能在实践中确有充分发挥,将善意理解为“为公益而告发占据支配地位”^[65]已足。据此,雇员以公益之名、专为损害雇主的言论(如诽谤雇主违法),仍属不忠。反之,如雇员所揭发的事项基本属实,则其“善意”已是不证自明,雇员若就此事实进而批评指责,虽难辨明其内心所怀的其他动机,但因主要结果系使公众获益,对此私心亦可忽略。^[66]当然,如异议明显逾越界限,表现为借公益之实、意在损害雇主的公然侮辱等时,则其在后的言论又可独立评价为不忠。可见,告发所指向或依据事实的真实性,是判断善意的主要因素,但若将此处真实性等同前文

[58] Wim Vandekerckhove and MS. Ronald Commers, “Whistle Blowing and Rational Loyalty”, 53 (3) Journal of Business Ethics 229 - 230 (2004).

[59] 李飞:《法律如何面对公益告发?——法理与制度的框架性分析》,载《清华法学》2012年第1期。

[60] 《遵守 Robots 协议有理 违反行业惯例无罪?》,载通信世界网(<http://zhuantu.cww.net.cn/news/html/2014/8/7/2014871424203211.htm>,最后访问时间 2017-10-08)。

[61] 见前注[59],李飞文。

[62] 参见范长军:《行业惯例与不正当竞争》,载《法学家》2015年第5期。

[63] 如公司章程对董事会召集程序的规定纯属内部治理事项,与外部利益相关者均无涉,则公司就此的违章行为难谓公益事项。

[64] See Marcia P. Miceli and Janet P. Near, *Blowing the Whistle: The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees* (New York: Lexington, 1992).

[65] 见前注[59],李飞文。

[66] 在 Heinsch/Deutschland 一案中,欧洲人权法院指出,即便 Heinsch 检举目的之一是向雇主施压而改善工作条件,也不能否定其行为出于善意,NJW 2011,3501ff,转引自王倩:《保护“吹哨人”的劳动法分析——基于德国司法经验的考察》,载《当代法学》2016年第5期。

的客观“基本属实”，不免又会使雇员告发前多生顾虑，使制度的引导激励价值流于虚空，故比较法在其基础上还辅以了主观“合理相信”标准，雇员有合理事由相信其所告发事实的，便最终证明存有错误，仍不妨对善意的认定，但若告发前即对事实真实性存有疑虑却未予力所能及调查的，则难谓善意，^{〔67〕}这一标准实将雇员注意程度要求从一般情形中的抽象轻过失调整为重大过失。

最后，雇员应根据不同情境选择合适的告发路径，前文已述，雇员言论公开与否对雇主利益的影响举足轻重，亦是一般情形下言论不忠判定的关键，而公益告发的主意正在于赋予雇员对外告发对抗言论义务的特殊权能，由此引发的误识是，公益告发均系对外且得随时对外做出。而事实上，组织内部的信息不对称不仅存于劳资双方，在雇主与代理其处置日常事务的主体间亦时有发生，例如，一家分公司或公司某内设部门在独立权限内实施违法活动，法律上得被归为公司枉行，却可能完全违背了蒙蔽其中的公司股东或决策层真意，其本质上是一种代理成本的体现。在此类情况中，知情雇员就存在内、外两种告发选择，对内指告知组织中的更高权力机构，对外即借助媒体、社交网络等将情事公之于众，不同的径路均能取得公益维系效果，但后者将同时给雇主带来不可估量的额外损失，^{〔68〕}则此际再以“理性忠实”标准衡量，“鼓励忠诚的雇员于组织内解决问题，才是在雇员遵守忠实义务与反对违法践行公共利益间达致平衡的最佳方式”^{〔69〕}，这也是为何在业已完成公益告发法制建构的国家中，大型的集团公司、跨国企业等仍然盛行在内部专设告发机制，甚至诞生了与之相关的服务产业。^{〔70〕}

内部告发的存在，还须与妨害告知义务明确区分，毕竟，同是对雇主的言论作为，“应为”与“可为”在性质归属及适用选择上有着根本不同，这源于两者规制对象的差异：告知针对雇主面临他种妨害，唯将其视作雇员义务方得周全雇主利益；告发则指向雇主自身妨害社会公益，对其强加禁止有违基础法理强令而为亦不符现实，故只能是雇员的自主权利。然而，从雇员视角出发，两者的界限常常微妙且复杂。例如，生产工人发现公司采购的某批食品原料以次充好，如其知道或至少有理由知道这一状况尚未被主管得悉，自负有告知义务，反之，若告知后主管未有回应，或决定蒙混过关而要求下属不得声张，则雇主私益和社会公益虽将同向受损，但对雇员来说其义务已尽，则是否要绕过主管再行对内告发便转化成一种可为可不为的权利而不能强求。

即便如此，为了引导雇员尽可能地对内告发，可对内、外告发设置层次有别的保护门槛，即内部告发可径直认定为程序适格，外部告发则一般须以对内告发为前置，仅在内部告发“失灵”，如未设合适告发机制、经内部告发未有任何积极效果等情形下方为正当。值得注意的是，向雇主行政主管部门举报，直观上虽属外部告发，但因不会使情事直接被公开，就公司受有的不利影响而言与内部告发并无实质差别，反与向公众揭蔽而让雇主蒙受无辜损失显著不同，那么在法律保护程度上就应视同内部告发。^{〔71〕}当然，此番设计的理想化前提，是雇主的自救或主管部门

〔67〕 参见王松柏：《英国法律对于劳工揭露工作所得资讯的规范》，载《玄奘法律学报》2010年第13期。

〔68〕 企业经营成功有利于社会整体经济发展，也是一种值得保护的法益，因此，信息公开给企业合法利益造成的损失/使公众获得的利益福祉须要对比考虑，EGM^R，Slg. 2008 Nr. 77 - Guja/Moldau，转引自前注〔66〕，王倩文。

〔69〕 Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771, 2006 SKQB 332 (CanLII).

〔70〕 例如，expolink 就是一家著名的企业告发热线外包服务商 (<https://www.expolink.co.uk/>，最后访问时间 2017-10-08)。

〔71〕 见前注〔59〕，李飞文。

的纠偏尚能及时消除公益风险,并且,他们的确也愿意那样做,从而收获公私利益的两全,而一旦这种抱负在现实中事与愿违,内部优先自就会失却正当基础:一如殷鉴不远的西安地铁电缆事故、上海面包店过期面粉事件,^[72]当雇主行为构成应予追诉的刑事犯罪,或对公共人身安全存在急迫而重大的损害或损害威胁时,则雇主内部的自力救济已于事无补,向行政机关举报亦可能因受理调查的流程拖延使问题趋于恶化,易言之,此际公益维护的需求已然刻不容缓,唯径直对外告发方能借舆论之影响力使问题被尽快关注处理,则告发具有正当性;再比如,违法行径的产生和持续本就是雇主刻意而为(如已将其纳入保密协议),或得到其主管部门的包庇串通(如他人曾举报但未获任何反馈),即雇员已有合理理由相信对内告发将劳而无功的,亦得跳过内部阶段直接对外告发。^[73]由此,公益告发的程序要件可总结为“原则上先内后外,特殊情况下可直接对外”^[74]。

五、雇员言论不忠之担责

言及于此,问题落于雇员因其言论可能负担的责任上,据而首应将公益告发排除,系其已属忠实义务下派生的言论权利,雇员言论一旦构成适格公益告发,当即享有责任豁免特权,雇主对其采取的各种责任追究乃至隐性打击报复均不具法律效力,这在比较法上已有良多先例可循,^[75]相较而言,我国除在《劳动法》第101条宣示性地禁止“打击报复举报人员”外,对告发免责的规制散见于零碎的规范性文件中,无论在保护范围还是力度上均亟须体系化的完善。

公益告发外,雇员言论不忠者,则应承担违反忠实义务的相应责任。这一责任既源自劳动法,故也深受该法公私属性兼容的影响,具有“多元化、综合性”^[76]的印记:首先,其责任性质横跨公私法域,除民事责任外还视情节轻重递次产生行政责任和刑事责任,如刑法上的侵犯商业秘密罪;其次,雇员言论义务虽属劳动关系中的默示、附随义务,但如前文既不排斥约定、亦得延伸至其他私法域,则雇员在言论侵权的同时可能亦因言违约,而形成民事责任的竞合;最后,其责任形式除涵盖停止侵害、赔偿损失、赔礼道歉等一般样态外,还包括劳动法中的特有责任,并集中体现为雇主对雇员的惩戒措施,如警告、罚款、记过、降职等直至单方解雇,其权利内容除由法律直接赋予外,多见诸劳动合同或内部规章制度之中。

此间,须特别关注雇主惩戒权的行使限度问题。赋雇主以惩戒权,其主意非为弥补雇主的实际损害(此点通过普通民事责任即可实现),而在于责罚特定雇员的不忠言行,借此以儆效尤、警醒其他雇员,实现组织体运营秩序之稳续,是故依公平原理,惩戒措施在满足该目的的前提下,不得

[72] 《被员工举报的西安地铁电缆事故——给大家敲响了警钟》,载搜狐(<http://mt.sohu.com/20170322/n484230050.shtml>);《Farine 使用过期面粉被停业 员工举报面包店 4 大罪状》,载新浪上海(<http://sh.sina.com.cn/news/s/2017-03-24/detail-ifycstww0896590-p2.shtml? timer=tc>),最后访问时间 2017-10-08。

[73] 对此比较法上亦有更周密规定,参见王贵松:《论公益性内部举报的制度设计》,载《法商研究》2014年第4期。

[74] 此种构造在现行法上实有模板,即《公司法》第152条规定的股东代表诉讼制度:股东欲起诉公司董事、高管的,原则上先须用尽公司内部救济,即请求监事会或监事、董事会或董事起诉,请求遭拒或被消极处理后方可以自己名义起诉;但在情况紧急、不立即起诉将会使公司利益受到难以弥补损害时,又可直接以自己名义起诉。

[75] 如美国法上就雇员的公益性举报设有完备的“禁止报复性解雇”规则,参见韩旭、齐延平:《论美国法上的“禁止报复性解雇”规则》,载《华东政法大学学报》2017年第2期。

[76] 见前注[11],许建宇文。

恣意选择,而应与雇员情节轻重相当,这在我国台湾地区被称为惩戒相当原则,^[77]日本法上亦已确立。^[78]如何在个案中判定雇员言论不忠的程度?这须要融贯前文的各项要点分作窥探,如雇主利益受损之状况(实际损失重于受损威胁)、雇员言论之类型(泄密、诽谤等重于批评)、主观过错情况(故意重于过失)、系违反何种言论义务(不作为义务重于作为义务)乃至职位之高低(高管重于普通雇员)……进而综合考量。据此,雇主对惩戒性最强的单方解雇尤须谨慎为之,切误将雇员言论不忠的定性视同解雇权源之取得,而应仅在双方信赖基础彻底破裂或雇主利益受重大损害以致其他惩戒措施均难实现惩戒目的时,始得解雇。是以,顺丰案和维珍案中的雇员言论虽均属不忠,但前者意在煽动罢工、直接冲击雇主营运,解雇尚可谓合理,后者中批评雇主的情节显著为轻,被告在未能证明实际损失的情况下仍径直解雇,其做法便难堪为罚当其责。事实上,雇主在实务中对单方解雇的普遍滥用倾向,正是雇员“因言获罪”屡遭质疑的主要成因,对其的正视和慎用将有助于保障雇员言论规制体系的逻辑连贯和整体正当。

六、结 语

“忠诚”和“自由”本就蕴含了不同的法价值取向、背负着不同的法身份关系,又具有同样丰富的法理内涵,这注定会让雇员言论权利的行使与忠实义务的履行间产生紧张局面,并且,对其的处理不存在金科玉律,而只有法益衡量下的相对更优解:雇员作为公民的基本权利在劳动关系中应有切实遵循,奠定起雇员自由为言的基础;但雇员私权的行使须让位于雇主整体的合理利求,孕育出雇员言论“不为”与“应为”的义务;而雇主私益在更为重要的公益介入时得以后者为先,又赋予了雇员言论“可为”的权利,不惟如此,潜藏于个案中的复杂情事会让这些判断再生诸多变端,而这背后一切的评判与调整工作必须也只能由法律完成。随着信息化时代的全面来临,言论的传播速度和影响力也正经历着前所未有的扩张,可以想见,维珍案所呈列的一幕幕画面今后还将不绝涌现,如何在理论上预设并建构起合理的规则体系,借以为立法和裁判提供有益的参考,自当为学界一项沉重却必要的使命,就此而言,本文或可提供些许浅显铺垫,期待有更多学者踊跃发声。

(责任编辑:庄加园)

[77] 我国台湾地区台北地方法院八十三年度劳诉字第四十六号判决指出:“惩戒的轻重应配合违反工作规则的行为之情状、程度,劳工本身之因素而定其轻重。”

[78] 日本《劳动合同法》第15条规定:“雇主对劳动者的处分应视其行为性质及其他情况而定,处分缺乏客观合理理由、不符一般社会常理的,为权力滥用而无效。”