



## 《东方法学》网络首发论文

题目：公司高管非职务行为中言行谨慎义务的认定  
作者：吴金水  
DOI：10.19404/j.cnki.dffx.20200429.002  
网络首发日期：2020-04-29  
引用格式：吴金水. 公司高管非职务行为中言行谨慎义务的认定. 东方法学.  
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20200429.002>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

# 公司高管非职务行为中言行谨慎义务的认定

吴金水<sup>1</sup>

**内容摘要：**公司高管除在职务行为中未恰当履行忠实、勤勉义务损害公司利益外，其在非职务行为中的不当言行亦可能对公司的利益造成影响，公司面对此种利益受损要实现权利救济，应将其置于类似高度严格注意义务的原则框架下，参照善良家父之勤勉注意义务标准，为公司高管言行谨慎义务的履行设立一种人群标准。高管在非职务行为中的两类行为：一为非职务行为中指向公司业务的不当言行；二为纯粹私人行为中的不当言行。高管均对其非职务行为负有一定程度的言行谨慎义务。高管在非职务行为中违反上述言行谨慎义务，若涉及第一类行为则由侵权责任法予以保护，由高管对公司承担名誉侵权责任；涉及第二类行为时，可以尝试将高管非职务行为中的言行谨慎义务纳入《公司法》调整，必要时由公司在特定情况下对其享有劳动合同的单方解除权。

**关键词：**言行谨慎义务 注意义务 信赖原则 合理人原则 不当言行 高管非职务行为

我国《公司法》第147条规定了公司董事、监事、高管（以下简称公司高管）对公司负有忠实、勤勉的义务。这就要求公司高管在履行职责过程中，应当忠实勤勉，维护公司利益，具有一个善良管理人的细心，尽到一个普通谨慎之人的合理注意义务。然而，在现实生活中，公司高管除在职务行为中未恰当履行忠实、勤勉义务损害公司利益外，其在非职务行为中的不当言行亦可能对公司的利益造成影响，公司面对此种利益受损当如何实现权利救济？其请求权基础何在？公司高管在非职务行为中是否存在言行谨慎义务？如何认定及处理？这些问题不断出现，对法律与司法提出了新的挑战。

## 一、问题的引出——公司高管非职务行为中言行谨慎义务缺乏明确规定

例1：携程亲子园事件公关总监发声不当致公司名誉受损

携程亲子园虐童事件发生后，网络流传微信截图，标注为“宋某：携程公关总监”的用户就携程亲子园虐童事件作出评论。该用户表示，事件发生的场所不是幼儿园，是托儿所，是为了解决3岁前孩子没有幼儿园肯收问题的机构；这里的孩子都是携程自己的孩子，自己请来的保姆虐待自己孩子，受害的是携程；这从来不是个营利机构，每个月公司是补贴钱的。携程本来可以不用办这样一个机构的。如果这个托儿所最终因为舆论无法再办了，倒霉的是员工，有谁能休假三年在家带孩子？宋某发声后，引发舆论轩然大波，对本已置身虐童事件泥沼的携程，造成进一步的名誉影响。<sup>2</sup>

例2：京东CEO刘某某“性侵”风波致公司股价暴跌

2018年8月31日，京东CEO刘某某在美国被明尼阿波利斯警方带走调查，由此引发

<sup>1</sup>中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

<sup>2</sup>郁伟：《携程亲子园事件：正确的危机公关到底怎么做？》，载 [http://www.sohu.com/a/204264857\\_147574](http://www.sohu.com/a/204264857_147574)，2018年5月13日访问。

的涉嫌“性侵”风波进入公众视野并广受关注。该事件曝光后的首个美股交易日，受事件负面影响，京东开盘后迅速下跌超 7%，市值直接蒸发 32 亿美元（近 220 亿元人民币）。

<sup>3</sup>2018 年 9 月 25 日，在路透社长文曝光该涉案详情后，在美上市的京东股价下挫，再创新低。周一京东收跌 7.47%，报 24.51 美元，刷新 2016 年 11 月以来的最低点，已下跌超 40%。<sup>4</sup>

结合上述两例，笔者作如下分析：

### （一）高管非职务行为中不当言行的类型化分析

案例 1、2 均系公司高管在非职务行为中因不当言行导致公司、品牌名誉、美誉受损，但经分析可见，上述两个案例均系公司高管私人行为，但代表了两种不同情况：案例 1 中公司高管的私人行为与公司事务存在一定的牵连性，即高管行为虽系属其私人行为，但因其职务特点，仍使得社会公众信赖该行为系为公司授权，从公司角度来看，该行为模式更接近于无权代理，公司因此而受损害通常可以由侵权责任法予以保护。案例 2 则系公司高管的纯粹私人行为，与公司事务没有任何关联性。密西西比州立大学教授布兰登·克莱因在接受《财富》杂志采访时表示：“有证据显示，CEO 私人生活中的暴力活动、滥用药物、不诚实和出轨，会对公司造成伤害。”<sup>5</sup>公司高管的上述私人行为被曝光后，通常会对公司声誉造成一定影响，并可能进一步影响公司经营业绩，即可能造成纯粹经济损失。侵权法对纯粹经济损失的保护一直存在争论，在我国的司法实践中，鉴于行为与损害后果之间的因果关系认定困难，纯粹经济损失较难在侵权责任法范围内得到保护。

笔者认为上述两种情况下，公司高管均负言行谨慎义务（具体构成将在后文予以论述），但违反该义务时，公司的利益损害应受不同法律的保护。

### （二）公司高管非职务行为中言行谨慎义务的法律性质为注意义务

公司高管的言行谨慎义务系高管为避免给公司利益造成损害而在非职务行为中对自己的言行赋予合理注意的义务。根据《牛津法律大辞典》对注意义务的定义，注意义务系一种为了避免造成损害而加以合理注意的法定责任。故公司高管在非职务行为中的言行谨慎义务本质为注意义务。

《中华人民共和国侵权责任法》第 37 条规定了公共场所管理人和其他活动组织者的安全保障义务，将安全保障领域中的部分注意义务在法律中予以制度化。但我国法律中已明确的注意义务范围依然过窄，导致很多行为无法被纳入法律调整的框架。我国《公司法》仅规定了公司高管在职务行为中负有忠实、勤勉义务，但因其非职务行为中的不当言行对公司造成的损害，则因缺乏明确的请求权基础，而使得公司利益无法受到明确保护，相关的责任承担

<sup>3</sup>吴羽、泰勒：《史上最“贵”性侵风波！刘强东刚现身，股价就大跌 7%，200 亿没了！》，载 <https://finance.ifeng.com/c/7fvrGaP7CYt>，2019 年 12 月 1 日访问。

<sup>4</sup>《刘强东性侵案细节曝光 京东股价大跌》，载 <http://www.qncye.com/qiye/2535529.html>，2019 年 12 月 1 日访问。

<sup>5</sup>《性与谎言：公司高管影响业绩的两大原罪》，载搜狐号“资本魔方 7878”，[http://www.sohu.com/a/67898212\\_360292](http://www.sohu.com/a/67898212_360292)，2018 年 5 月 13 日访问。

亦缺乏明确依据。故，笔者认为应在公司高管的非职务行为中设立言行谨慎义务的标准，通过适度扩大注意义务的范围，使得司法起到灵活机动调节法律保护范围的作用，使得违法行为构架具有某种开放性，以更好地适应不断变化发展的社会现实。

### （三）公司高管非职务行为中言行谨慎义务的产生存在特殊性

在案例 1、2 中若将公司高管身份替换为普通员工，则因其不具备较大的身份影响力，其为上述同样的行为不会给公司造成声誉上的影响。因此，公司高管之所以在非职务行为上依然存在言行谨慎义务系因其与公司之间存在特殊的身份关系，即为 Atkin 法官所述的近因关系。Kidner 认为，近因性是指“能够引起注意义务的原告和被告之间的某种程度的关系”。<sup>6</sup>近因性描述了当事人之间的关系，基于近因性，一方可以合理预见其作为或者不作为将引起相应类型的损害。Dean J. 认为近因性分为三种类型，首先是物理上的近因性，即原告和被告人身、财产之间的物理接近性；其次是环境上的近因性，如雇主和雇员之间的上下级关系、专家和顾客之间的关系；最后是因果上的近因性，即损害结果和行为之间直接或者紧密的因果关系。<sup>7</sup>公司高管不仅是一个具体的个人，更是企业的核心品牌，可以视为企业的“机构人”。基于特殊的身份，公司高管的言行与公司声誉等利益高度关联，存在着环境上的或因果上的近因性。该近因性除引起职务行为中的注意义务外，还使公司高管可以预见其不恰当的非职务行为亦可引起公司声誉或财产上的损害，故亦应在非职务行为中承担言行谨慎义务。

## 二、公司高管非职务行为中言行谨慎义务认定标准的比较法借鉴

鉴于公司高管非职务行为中言行谨慎义务在本质上隶属于注意义务，故在其认定标准的确立上，可以比照注意义务在比较法上的认定标准。

### （一）理论基础：善良家父之勤谨注意义务标准

“勤谨注意”系借由西塞罗等兼具文学家与法学家身份的一众学者之笔引入法学领域。罗马共和国时期，“勤谨注意”成为法律上的常见术语，主要适用于与经营、管理相关的法律关系和法律制度，它要求义务人履行积极的审慎义务并避免损害的发生。<sup>8</sup>在后古典法和优士丁尼法典编纂时期，勤谨注意彻底成为过错的内在评价标准，即通过行为人是否违反应有的行为范式的考察来判断其是否具有主观的过错以及过错程度的大小。<sup>9</sup>“善良家父”则确定了“勤谨注意”的等级。在罗马私法中，“只有家父才在‘法’中具有权利能力……家父是唯一的权利所有者”<sup>10</sup>，“善良”两字是法律乃至道德对家父品质和行为方式的要求，所谓“善良家父”，应是一个机敏、聪慧、善良的家父，足以成为一群具备相似物质条件和同等社会地位的家父中的典范，“善良家父”是以家父形象为基础，同时又高于普通家父的标准。

<sup>6</sup>Kidner R., *Resiling from the Anns Principle: The Variable Nature of Proximity in Negligence*, 7L.S.319.

<sup>7</sup>John G. *Flemming, Must a solicitor tell*, 105LQR.15.

<sup>8</sup>李钧：《古罗马侵权法律制度与现代沿革》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 79 页。

<sup>9</sup>前引[7]，李钧书，第 80 页。

<sup>10</sup>【意】朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 2009 年版，第 83 页。

笔者认为,“善良家父”在注意义务标准的设定上确立了一种理想化类型化的人群标准,这也为特定人群的注意义务标准的设立提供了参考。笔者所讨论的公司高管在非职务行为中言行谨慎义务的标准认定,就涉及对公司高管这一类人群的知识、能力、社会期待等各类因素进行综合考量后,确立一个普适性的人群标准。

## (二) 价值平衡: 法国法的高度严格注意义务与德国法的一般注意义务

现代法国法将过错定义为行为的偏差,它对于过错的判断经历了类似于英美法的法律判断(在具体条件下,必要的注意标准是什么)和事实判断(被告是否达到了这样一个标准)两个阶段。法国法中的注意义务是绝对的、一般性的,任何人都不得对他人的利益造成损害,对过错理解越广泛,受害人越能获得广泛的救济。可见,法国法将注意义务融入了过错的判断中,且系高度严格的注意义务,主要体现在三个方面:首先是注意义务来源具有广泛性和普遍性的特点;其次是假定所有的法律(无论公法还是私法),均具有保护私人利益的功效;最后是针对所有未履行法定义务之事实,若没有正当事由,则自动构成过错。<sup>12</sup>与法国法的高度严格的注意义务不同,德国法规定了一般注意义务,并将一般注意义务加以类型化:首先是对自己责任范围内之安全的责任(范围责任),其意义是为让责任人对其领域的安全负责,因为此人对其危险相当了解并具有控制能力,它也是一般注意义务的发源地;其次是承担职责的责任(职务责任);最后是针对先危险行为的责任,即制造了一个升高危险情形的人员,必须采取保护措施。<sup>13</sup>

笔者认为,当今社会飞速发展,德国法以类型化的方式设定一般注意义务,必定无法囊括层出不穷的新类型案件。法国法的高度严格注意义务,将惯例和道德上的义务也作为注意义务产生的渊源,这与罗马法中善良家父之勤谨注意义务标准一脉相承,并将赋予司法实践对于新类型案件中涉及的注意义务更多的自由裁量权。我国法律未规定公司高管非职务行为中的言行谨慎义务,该义务的来源系因公司高管与公司之间的近因关系,因此公司高管对于公司除履行法定职责外,同样负有道德上的义务,即为善意、一般谨慎而产生的合理注意。高度严格注意义务更符合现代法律发展的趋势,同时可辅以列举排除注意义务适用的情形,对注意义务予以适当限缩,该方式可更好的应对新类型案件。

## (三) 类型选择: 英美法中的特殊注意义务与一般注意义务

英国注意义务的标志性案例是1932年的Donoghue v. Stevenson一案,确立了著名的注意义务的认定规则即邻居规则,只要符合邻居规则所确立的判断关注义务存在的标准,则无论合同关系之有无,也无论有无先例可循,当事人之间都可发生侵权责任关系。被告只对其法律上的邻居承担责任,谁是被告的法律上邻居?就是被告在法律上对其负有关注意义务的

<sup>11</sup>前引[7],李钧书,第84页。

<sup>12</sup>【德】克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上册),张新宝译,法律出版社2001版,第44-45页。

<sup>13</sup>廖焕国:《侵权法上注意义务比较研究》,法律出版社2008年版,第37-38页。

人。具体言之，则是被告可以合理预见可能被其过失行为所伤害的人<sup>14</sup>。其核心内容是可预见性，是指一个合理人处在被告的位置能否预见到其作为或不作为会导致原告所遭受的损害。第二就是紧密性，系指要认定被告对原告负有关注义务，则该两者之间必须有充分紧密的关系。第三是公正、恰当和合理，即使能够认定上述的可预见性与紧密性，如果法院认为认定关注义务存在会导致不公正或不恰当或不合理的后果时，法院仍可否定关注义务的存在<sup>15</sup>。在英美法实践中，依行为人和行为人之间的关系，一般将注意义务分为两类：一类是特殊的注意义务，一类是一般的注意义务。前者通常是指基于某种特定环境、职业、身份或行为产生的注意义务。后者，则是指在各方之间无特定关系时，互相应承担的注意义务<sup>16</sup>。

笔者认为，公司高管与公司之间存在特殊的身份关系，公司高管除在履行职务行为外，在很多场合可以代表企业形象，根据英美法中对注意义务的分类，公司高管在非职务行为中对公司所负的言行谨慎义务，应系特殊注意义务。相较于一般注意义务，特殊注意义务的要求应更为严格，因为其系建立于一定的关系之上，而这组关系的相对方往往基于双方之间所建立的关系而产生较高期待。

英美法系中公司高管对公司的“信义义务”理论也说明了这一点。英美法通常将公司董事与公司之间的关系定为信义关系，用信义义务来解释董事与公司之间的法律关系，包括忠实义务、注意义务。他们（投资者）获得了投票权和由忠实义务和注意义务构成的信义原则的保护<sup>17</sup>。董事的注意义务和忠实义务存在着显著的区别。注意义务是指必须以一个谨慎的人在管理自己的财产时所具有的注意程度去管理公司财产。而忠实义务则是指，必须首先考虑投资者利益而不是个人利益最大化。在实践中，法院对被声称违反忠实义务的行为的审查相当严格，而对被声称违反注意义务的行为的审查则相对宽松。一些观点甚至认为，注意义务和忠实义务的区别是如此的重要，以至于应当强化后者而放弃前者<sup>18</sup>。注意义务的起源得益于侵权法的过失理论，公司法借鉴“合理的注意”构建了董事注意义务的准则。<sup>19</sup>1939年，美国特拉华州最高法院在 *Guth v. Loft*<sup>20</sup> 一案明确提到“公司高管和董事与公司及其股东之间存在一种信义的关系”，确定了高管对公司亦负有信义义务。可以看出，“信义义务并不排斥注意义务”<sup>21</sup>，基于公司高管与公司的特殊身份关系，高管负有对公司的信义义务，且该种信义义务相当于侵权法中的特殊注意义务。

综上所述，在对各国注意义务标准予以分析比较后，笔者认为对于公司高管非职务行为中言行谨慎义务标准的认定，应将其置于类似高度严格注意义务的原则框架下，参照善良家父之勤勉注意义务标准，为公司高管言行谨慎义务的履行设立一种人群标准。而鉴于公司高

<sup>14</sup> 胡雪梅：《英国侵权法》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 59 页。

<sup>15</sup> 胡雪梅：《英国侵权法》，中国政法大学出版社，2008 年版，第 63 页。

<sup>16</sup> 张学仁：《香港法概论》（修订版），武汉大学出版社，1996 年版，第 311-312 页。

<sup>17</sup> 前引[16]，弗兰克·伊斯特布鲁克书，第 91 页。

<sup>18</sup> 弗兰克·伊斯特布鲁克，丹尼尔·费希尔著，罗培新，张建伟译：《公司法经济结构》，北京大学出版社，2014 年版，第 103 页。

<sup>19</sup> 邓峰：《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》，载《中国社会科学》2006 年第 3 期。

<sup>20</sup> 5 A. 2d 503,510 (Del. 1939) .

<sup>21</sup> 郑佳宁：《目标公司董事信义义务客观标准之构建》，载《东方法学》2017 年第 4 期。

管与公司之间存在的特殊身份关系，该人群标准应是一种较高、较严格的标准。

缺乏公司高管非职务行为的规范。我国《公司法》第 147 条规定“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”。对此有的学者称为忠实义务和善管义务，而善管义务也称注意义务，即董事、监事、经理应诚信地履行对公司的职责，尽到普通人在类似情况和地位下如同处理自己的事务那样谨慎的合理注意义务，为实现公司最大利益努力工作。善管义务在大陆法系被称为“善良管理人的注意义务”，在英美法系被称为“注意义务”“勤勉、注意和技能义务”<sup>22</sup>。也有的学者称为忠实义务和勤勉义务，并对“勤勉义务”是否概括准确提出了意见，“勤勉义务”一词是对普通法董事义务中的 duty of care 或者 duty of skill and diligence 等类似概念的翻译。后者的字面含义主要是认真、谨慎、称职、尽职尽责。故有学者将其译为“谨慎行事的义务”，或者“审慎义务”“注意义务”等。勤勉的字面意思是“勤勤恳恳、努力不懈”。单从词义看，“勤勉义务”似乎强调“勤恳”和“不懈怠”，而欠缺“谨慎”“尽职”和“不疏忽”之意<sup>23</sup>。司法判决也对此作出了判断，在（2010）浙商终字第 37 号案的判决中，法官对勤勉义务作了阐述，“所谓勤勉义务，又称善管义务、注意义务，是指董事、监事、高级管理人员应当诚信地履行对公司的职责，在管理公司事务时应当勤勉谨慎，须以一个合理谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能履行职责，要采取合理的措施，以防止公司利益遭受损失，为实现公司最大利益努力工作。否则因此给公司造成损害的，应当承担赔偿责任”<sup>24</sup>。

无论将其名称称为勤勉义务、善管义务，还是注意义务，无论是法律、学理还是判决，我国公司法现行规定的公司董事、监事、高管所负担的注意义务都是其职责所在，是他们在行使管理公司事务的职务行为时所应承担的注意义务，与本文所要探讨的公司高管在非职务行为时的注意义务其内容不同，但法律的理念则可以借鉴。

### 三、公司高管非职务行为言行谨慎义务标准构建

#### （一）原则性构建

##### 1. 以信赖原则确定言行谨慎义务产生的必要性

信赖原则肇端于德国刑事法判例，是指行为人实施某种行为时，如果可信赖被害人或第三人能够采取相应的适当行为，但由于被害人或者第三人不适当的行为导致损害结果发生的，行为人对此不承担过失责任。依据康德和罗尔斯社会契约论思想，个人自由受制于连带地兼顾价值更高的利益的原则，因为个人自由并不是孤立的，它只能在生活的共同体中受到保护。从该项原则出发，必然要得出信赖保护原则：作为权利主体，每一位市民理应能够尽可能地信赖他人和由他人建立起来的关系，并以此作为行动的基础。<sup>25</sup>正是因为存在这样的信赖，人们才可以在陌生的医院，接受陌生医生的治疗；将唯一的孩子交给不相识的学校老

<sup>22</sup> 赵旭东：《公司法学》，高等教育出版社 2012 年版，第 389 页

<sup>23</sup> 王军：《中国公司法》，高等教育出版社 2015 年版，第 352 页。

<sup>24</sup> 中国裁判文书网（2010）浙商终字第 37 号民事判决书。

<sup>25</sup> 【德】米夏埃尔·马丁内克：《民法典与中国对它的继受》，载《德国民法典·导言》，法律出版社 2004 年版，第 9 页。

师；将挣得的钱款交由素不相识的银行营业员，而在转身后即忘掉了他的面容。因此，信赖原则是一个社会得以正常运行的润滑剂。

公司在选任公司高管时，必定知晓高管在一定程度上与公司形象、企业品牌有较大的牵连性，在一些市场化程度较高的企业中，公司高管本身就是企业的核心品牌。因此，公司对其所选任的公司高管，必定至少具备两种信赖：一是信赖公司高管具有道德上的普遍认识和法律上的恪守意识，即公司高管是一个普通社会意义上的善良人，其基本行为习惯上不具有明显瑕疵。二是信赖公司高管具备符合其职位要求的知识、技能，即起码达到该行业的人群标准。基于第一种信赖，即要求公司高管无论在履行职责或私人行为中，应恪守法律、遵守社会道德，不因言行上的疏忽而对公司声誉造成负面影响。基于第二种信赖，即要求公司高管在履行职务行为时，应充分应用其所掌握的知识、技能，以达到行业标准的注意义务为要求，为公司盈利。因此，基于公司高管与公司间的近因性，公司对其高管存在不为公司造成负面影响、为公司带来盈利的信赖，基于上述信赖，在非职务行为中，公司高管对公司负有言行谨慎的注意义务，在职务行为中，公司高管对公司则负有忠实、勤勉的注意义务。

## 2. 以合理人原则确定言行谨慎义务的程度范围

英国侵权法认定被告是否违反了关注义务的标准即所谓“合理人标准”，其具体含义是“没有像一个合理人那样，根据人们惯常处理事物的方式去做该做的事，或者，在某些时候，做了一个合理谨慎的人不会做的事”，简言之，是将被告的行为与合理人的行为相比较，如果在被告所处的环境下，其没有做合理人会做的事，或者其做了合理人不会做的事，便是违反了关注义务。合理人既不是一个从不犯错误的超人，也不是一个愚钝鲁莽的人，而是一个具有中等正常水平的智力、技能与谨慎度的人，即所谓的中人，或平均水平的人。当然，该中人或平均水平的人是因被告行为的性质而异的，具体言之，是指被告行为所涉领域和行业中的中人或平均水平<sup>26</sup>。在大陆法中合理人称之为“善良家父”，法国法上，过错在注意义务违反的意义上理解，即指行为人没有达到善良家父应达到的行为标准，它不考虑行为人的知识、技能和灵巧程度。<sup>27</sup>尽管合理人的“预见标准”消弭了个人之间的差异，且与不法行为人的特性无关，但在审判实践中，法院对于行为人的主观情事也不是置之不理的。例如，法国司法在将被告的行为同善良家父行为标准相比较的时候，并没有将善良家父的形象理想化，司法会考虑该种活动领域大多数人的行为标准，即参照那些与责任人同类性质、同类资质、同种能力和处于同种境况中的人的合理行为标准。<sup>28</sup>注意义务的标准应依据不同人或不同阶层的特殊注意标准以及特殊的场合加以限缩或扩张，合理人的标准有两个方向的不同区分：一是按照行为人所属的交易范围加以区分。《德国商法典》第347条第1款要求，商人应依据“普通商人之注意”，这即为将合理人的标准按照行为人所属特定的类群加以确定。

<sup>26</sup> 前引[13]，胡雪梅书，第118页。

<sup>27</sup> 张民安：《法国侵权责任法根据研究》，载《私法研究》（第3卷），中国政法大学出版社2003年版，第373页。

<sup>28</sup> 同前引[26]，张民安书，第373页。



二是根据行为人的给付能力作出一定的调整。《德国道路交通法》第3条第2a款规定了青少年人、高龄人、残疾人这三个组别的人会受到优待，这些人只要尽到该组别的人所能尽到的注意。<sup>29</sup>

合理人原则在确定公司高管非职务行为中言行谨慎义务的程度时具有重要意义，该原则要求在判断高管是否尽到言行谨慎义务时，要综合考虑其学历、知识、技能等个人因素以及其为相关行为时的场合，从而判定其是否尽到了言行谨慎义务。此时的合理人标准应系高管这一特定阶层的特殊人群标准，该言行谨慎义务的程度一般应高于具有平均水平的普通人的程度，应更为严苛。

## （二）细节性构建

### 1. 成立要件

#### （1）公司高管与公司之间存在紧密联系

正常情况下，公司高管系由公司经过认真挑选、层层考核予以任命，公司信任其所选任的公司高管可以为公司带去利益的最大化，并在各大场合较好维护公司形象。通常情况下，公司基于合理信赖，与公司高管之间存在一定的代表、被代表关系，互为表、里。公司与高管之间具备的近因性，系公司高管在非职务行为中言行谨慎义务的成立前提。

#### （2）公司存在需受保护的利益

公司的名誉权等人格权在侵权责任法范围内受到保护，财产权、合法经营的权利等受到侵权责任法、公司法、劳动法等保护。因此，在通常情况下，公司高管所负言行谨慎义务以不侵害公司上述权利为限。例如，在案例1中，携程公关总监未经公司授权，在私人微信上发表与亲子园虐童事件相关言论，虽实系其个人行为，但鉴于其在携程的特殊职位因素，足以让社会公众误认为该行为系经由携程授权的职务行为，可能在一定范围内造成携程社会评价的降低。故为保护公司名誉，公司高管应对其在公共场合的私人言论负有一定的言行谨慎义务。

#### （3）公司高管行为失当且对损害有可预见性

注意理论的基本立场是，“只有当某人在行为时知道该结果的发生，我们才能说行为人具有避免该结果发生的能力”。<sup>30</sup>当然，预见可能性不是指对于一切损害的抽象预见，否则预见就等于是主观想象。由于抽象预见性范围非常广泛，必然导致对行为自由的过分限制，使人动辄得咎。因此，危险预见可能性的首要问题是，危险应该有某种程度的具体性。就公司高管的言行谨慎义务而言，公司高管在非职务行为中，结合当时的行为环境等因素，需对其言行可能造成的影响有较高盖然性的认知，此时公司高管对其言行方负有避免损害发生的谨慎义务。

<sup>29</sup>【德】梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第242页。

<sup>30</sup>【美】史蒂芬·R.佩里：《结果责任、风险与侵权行为法》，载《哲学与侵权行为法》，北京大学出版社2005年版，第109页。

## 2. 程度要件

### (1) 公司的知名度。

一般而言，公司的知名度越高，市场化程度越高，媒体曝光度即越高。与此同时，公司高管作为企业形象的重要代表，其在媒体上的曝光度及社会知名度也会随之上升。此时公司高管的形象定位将更接近于社会公众人物，在资源分配时，社会对公众人物给予了较多的倾斜，因此在形象树立及维系上，社会大众对公众人物也赋予了更多的期待，公众人物具有引领社会价值观、发挥榜样作用的重要使命，而其较高的曝光度将其个人生活更多地置于为社会大众检视的位置。因此，公众人物除在日常工作中，其在个人生活、行为上的言行谨慎义务的标准须更高，对于社会大众的批评言论等负有较高的容忍义务。所以，公司高管非职务行为中所负言行谨慎义务的程度与公司的知名度成正比。

### (2) 公司高管的学历、知识等个人因素。

古罗马法以家父制度为基础，从“家父”形象中抽象和提炼出一个普适性的标准，“善良家父之勤谨注意”标准要求行为人在实施一定行为时表现出一个善良家父应有的勤谨注意。所谓“善良家父”，即指一群具备相似社会、经济、生活背景的罗马家父中的典范。<sup>31</sup>因此“善良家父”可以视为是一种人群标准，即属于该人群的合理人标准。在一群具有相似特点的人群中，根据其所具备的各项背景，抽象提炼出该人群其所应具备的注意义务的程度标准，设定该人群的合理人标准，笔者认为这一做法同样适用于公司高管在非职务行为中言行谨慎义务标准的确立。大部分公司高管较一般公司员工而言，其多数拥有高学历，且掌握丰富知识、精湛技能，且因公司高管通常需要与社会各界发生较多联系，其亦拥有更为丰富的社会、生活经验。在对公司高管的人群特点加以分析后，公司高管在非职务行为中，以不损害公司受保护的利益为基本原则，其所应负担言行谨慎义务标准必须高于普通公司员工。

### (3) 相当性。

所谓相当性，是指危险实现的可能性、损害的严重程度和降低危险所需要的费用之间的关系应大致相当，这是一种判断预防措施是否合理的经济分析思路。<sup>32</sup>公司高管在非职务行为中，其言行谨慎义务的程度同样应受到该原则的影响，即需要考虑该言行可能给公司造成何种程度的利益损害，若要避免该损害后果的发生，其所需要付出的成本。通常情况下，公司高管若要避免其因非职务行为中的不当言行给公司造成的损害，不需要采取任何的积极措施，只需要对自己的言行赋予一定的谨慎，当然这种“谨慎”并不是毫无成本的，其所包含的隐形成本即公司高管在个人生活中的适度约束，即“不自由”。高管在私人生活中所负言行谨慎义务的程度，应与其私人生活中“不自由”的范围相一致。这种“不自由”的具体内容或范围设定，可以通过公司员工手册、高管与公司签订的劳动合同等方式进行事先约定。公司高管在入职前，则应将该种“不自由”作为是否接受职位的重要考量因素。

<sup>31</sup>前引【8】，李钧书，第80页。

<sup>32</sup>周友军：《社会安全义务理论及其借鉴》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第34卷），法律出版社2006年版，第196-198页。

#### 四、公司高管非职务行为中违反言行谨慎义务的法律责任

公司高管非职务行为中违反言行谨慎义务造成公司权益受损的情况有两种，公司高管对应的责任承担也受到不同的法律规制。

##### （一）侵犯法人名誉权的法律责任

###### 1. 法律规定基础

法律和司法解释为保护法人名誉权提供了一套完整请求权基础体系。在法律层面，《民法总则》第 110 条第 2 款规定，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。《民法通则》第 101 条规定，公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。《民法通则》第 120 条规定了法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的法律保护。

在司法解释层面，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 140 条第 2 款规定，以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害法人名誉权的行为。而《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释（1998）》《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》也就法人名誉权作了相应规定。此外，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 11 条规定，网络用户或者网络服务提供者采取诽谤、诋毁等手段，损害公众对经营主体的信赖，降低其产品或者服务的的社会评价，经营主体请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应依法予以支持。不难发现，在立法论上，对法人名誉权保障的制度体系已基本确立，规范层面的制度供给并不匮乏，而实践中的真正的困境在于，审判者的目光如何在抽象的名誉权规则与具体的侵权行为间来回穿梭以得出妥适的论证结果。<sup>33</sup>质言之，法人名誉权侵权的构成要件，在不同情境下是否满足。不可否认的是，根据当事人间的信赖程度的差异性，在不同案型中侵权构成要件的判断标准及识别方法均有所区别。

###### 2. 公司高管非职务行为中侵犯公司名誉权的构成要件

依前文所述，笔者已经论述了公司高管在非职务行为中应负的言行谨慎义务的构成要件及程度标准。按照侵权行为构成的四要素——不法行为、主观过错、因果关系、损害后果<sup>34</sup>——高管的行为若要构成侵犯公司名誉权，其行为需违反其所应承担的言行谨慎义务，且违反该义务的行为应指向公司事务或所经营事项上的不足。若仅因公司高管的纯粹私人行为，例如暴力、酗酒、出轨等因素造成社会公众对公司社会评价的降低，那么这并不构成对公司名誉权的侵害。从行为视角来看，公司高管通过非职务行为侵犯公司名誉权具有一定的特殊性。

<sup>33</sup>王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社 2009 年版，第 158 页。

<sup>34</sup>对于侵权行为构成要件究竟采三要件或四要件说，学界仍存在争议，区别主要在于是否需要将不法行为与过错进行要件上的区分，但这一争议并不影响本文的论证。因为高管的不法性与可责性实为一体两面，前者强调高管行为的客观面向，后者重视高管个人的主观可责性，因此，本文仍秉持侵权四要件的学理通说。参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 50 页。

名誉权难以通过积极行为实现其权能，只有在发生不法侵犯时方能凸显权益保护的价值。<sup>35</sup>因此，侵犯名誉权的传统类型，主要是指加害人以语言、文字或其他方法贬损他人名誉，造成他人社会评价降低的行为，<sup>36</sup>即加害人通过其积极的行为，主动且直接地损害他人名誉。而公司高管侵犯公司名誉权，往往并不以语言、文字等明示方式直接贬损公司名誉权，其特殊之处在于，因公司高管在公司中独特的职务与地位，对内管理公司事务、对外代理公司缔结法律关系，其不当行为足以让交易相对人及不特定的社会公众误认为该行为系经由公司授权的职务行为，在一定范围内造成公司社会评价的降低。

在名誉侵权的案件中多要求行为人存在损害他人名誉的过错，因为没有过错一般不能由加害人承担损害的后果。<sup>37</sup>这一点在公司高管侵犯公司名誉权中亦需坚持，只不过对公司高管过错的判断存在特殊性。一方面，公司高管可能对于侵犯公司名誉具有主观故意，这意味着公司高管虽然认识到自己的行为侵害他人权利，且将被评价为违法，但仍然冒险实施该行为。<sup>38</sup>故意与过失相较而言，故意者不存在主观意志的欠缺，并非应预见而未预见，相反，故意者主观上已经认识到行为的性质及结果，且恶意地利用了这一认知。对于公司高管而言，其认识到行为性质及结果的可能性更高，且其利用这一认知损害公司名誉的能力更强，因此，相较于其他主体，对于公司高管主观故意的认定无疑更为宽松。另一方面，公司高管可能对于侵犯公司名誉具有主观过失。在过失判断上，若以普通社会交往中必要的注意标准要求公司高管，显有过分偏袒之嫌。正因其与公司之间基于特殊信赖的委任关系，<sup>39</sup>公司高管负有更高的注意义务。换言之，公司高管具体的个人能力与品行等特征，将置入注意义务的判断标准。这从反面也督促行为人保持适度谨慎，尽其最大的注意。<sup>40</sup>笔者认为，结合公司高管在公司中的地位、较强的信息获取、处理能力、具体行为的环境、言行指向等，可以推定公司高管对于名誉权损害的发生，本可预见但未预见，或已经预见却未避免，可以构成抽象轻过失甚至是重大过失。

在司法实践中，鉴于名誉侵权的损害后果即社会评价的降低，难以客观量化，故法院多根据侵权行为的严重程度、持续时间、影响范围等以及主观过错的严重性来推定损害后果是否发生。因此，公司在主张其名誉权受到侵害时，只需要举证证明公司高管在非职务行为中存在违反注意义务的行为及其持续时间、影响范围等因素即可。公司高管不法行为所导致的损害，可由法院结合事发时公司高管的职位、事发环境等因素来进行具体判断。

### 3. 责任承担

公司高管侵害法人名誉权的责任形式包括停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。其中停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉这几个责任类型之间关系及其独

<sup>35</sup>程啸：《侵权责任法》（第二版），法律出版社 2015 年版，第 153 页。

<sup>36</sup>王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 108 页。

<sup>37</sup>[德]马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2004 年版，第 86 页。

<sup>38</sup>于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社 2006 年版，第 100 页。

<sup>39</sup>王建文、徐飞剑：《公司高管勤勉义务判断标准的构造：外国经验与中国方案》，载《南京社会科学》2012 年第 9 期。

<sup>40</sup>叶金强：《信赖原理的私法结构》，北京大学出版社 2014 年版，第 125 页。

立性仍存争议，<sup>41</sup>笔者认为恢复名誉、消除影响是目的，停止侵害、赔礼道歉是手段。在司法实践中，停止侵害通常是指删除言论。关于赔礼道歉是否可以适用法人名誉权存在争议，司法界与学界均未达成共识，<sup>42</sup>笔者认为，只有通过赔礼道歉这一积极行为方可消除原侵权行为带来的影响，因为公开道歉是否有诚意并不重要，更重要的是行为人承认违背了社会公约或道德公约，只有这样才能够实现确认为标准、恢复社会价值规范的制度功能。<sup>43</sup>对于赔偿损失而言，赔偿数额的确定可依据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》第10条的规定予以确定，即因名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受损失予以赔偿的范围和数额，按照确因侵权而造成客户退货、解除合同等损失程度来适当确定。对于因名誉侵权造成的财产损失，笔者认为应予以从严掌握，对于法律未予明确规定的纯粹经济损失不予赔偿，否则将会造成赔偿范围的过度扩张。但因上述损失在因果关系的举证上存在较大困难，因此司法实践中，法院通常在考虑侵权行为持续的时间、传播范围与方式、受害人的知名度、侵权行为情节严重程度（即内容失实、评论不恰当的程度）、侵权人的过错程度等因素后，酌情确定赔偿数额。<sup>44</sup>公司为维护其合法权益而支出的合理维权费用亦应视为公司的合理损失，应予以支持。

## （二）公司高管纯粹私人行为致公司纯粹经济损失的法律责任

### 1. 《公司法》框架下公司高管赔偿责任的承担

如同第一部分的案例2所示，因公司高管的纯粹私人行为对公司品牌美誉度、商誉造成负面影响，“法律上的商誉应指民事主体因其生产经营活动中具有的经济能力而在社会上所获得的积极评价。具而言之，经济能力是企业生产经营的综合能力，即商誉的主观要件；社会评价是褒义的肯定性评价，即商誉的客观要件”。<sup>45</sup>根据商誉的概念，其所指的经济能力，即企业的获利能力，可以视为企业的无形财产利益。公司高管的纯粹私人行为对企业的无形财产利益造成一定影响，而其外在表现常常为订约机会的丧失、股价在一定期间的下跌等，这类损失即为纯粹经济损失。王利明教授将纯粹经济损失定义为：“行为人的行为给他人造成的人身伤害和有形财产损害之外的经济损失。”<sup>46</sup>我国《公司法》第147条规定了公司高管对公司负有忠实义务和勤勉义务；第149条规定公司高管在执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。根据现行《公司法》的规定，公司高管仅对其职务行为中的违法行为对公司造成的损失承担赔偿责任，且其对公司

<sup>41</sup>程啸：《侵权责任法》（第二版），法律出版社2015年版，第675-677页。

<sup>42</sup>参见葛云松：《赔礼道歉民事责任的适用》，载《法学》2013年第5期；黄忠：《一个被遗忘的“东方经验”——再论赔礼道歉的法律化》，载《政法论坛》2015年第7期。

<sup>43</sup>蔡立东、杨晔：《赔礼道歉责任与法人名誉权的救济》，载《广东社会科学》2016年第1期。

<sup>44</sup>杨晔：《法人名誉权及其侵权责任法保护研究》，吉林大学2017年博士学位论文。另参考（2015）宝民一（民）初字第3189号判决书，判决主文部分认为“被告恒易公司的侵权行为，客观上对原告品牌形象造成了一定的损害，但因原告并未举证其具体损失金额，本院考虑结合被告恒易公司的侵权行为方式、侵权所造成的后果等因素，酌情判令被告恒易公司赔偿原告商誉损失10,000元。”

<sup>45</sup>吴汉东：《试论人格利益和无形财产利益的权利构建——以法人人格权为研究对象》，载《法商研究》2012年第1期。

<sup>46</sup>王利明：《侵权行为法研究（上卷）》，中国人民大学出版社2004年版，第368页。

仅负有忠实、勤勉义务，笔者在前文论述中已提及，鉴于公司高管与公司之间的近因性，彼此在某种程度上存在代表与被代表的关系，互为表里，因此公司高管在私人行为中的不当言行亦将对公司的商誉等产生较大的影响。随着媒体形式的多样化、网络传播的极速放大和舆论力度的不断加大，公司高管的私人言行将更多地被纳入公众检视范畴。笔者认为可以考虑将公司高管在非职务行为中的言行谨慎义务纳入《公司法》的规定，成为与职务行为中的忠实、勤勉义务并列的一项义务，而这也完全符合《公司法》的立法理念，即保护公司、股东和债权人的合法权益。公司高管对公司赔偿责任的承担不应以职务行为为前提，公司高管在私人生活中违反言行谨慎义务，给公司造成损失，亦应承担赔偿责任，此处的公司损失不仅限于直接损失，亦应包括纯粹经济损失。因为对商誉的负面影响通常以纯粹经济损失的形式表现，具体数额可由法院结合公司的知名度、公司高管违反言行谨慎义务的程度等酌情予以支持。

## 2. 《劳动法》框架下公司单方解除权的运用

公司高管通常有着较高的经济收入，适度的经济赔偿往往起不到较好的惩戒效果，而其不当的纯粹私人行为一旦被媒体曝光，往往在舆论发酵过程中使得公司的商誉等受到影响，公司在后续的危机公关过程中，为尽力挽回公司形象，需要尽可能表现出对公司高管该私人行为的零容忍，即在价值观上与该种行为划出清晰界限，而此时要求公司高管经济赔偿缺乏法律依据，在法院判决之外要求公司高管赔礼道歉又有宽限该种行为之嫌，故在此情况下，公司解除与公司高管的劳动合同，既是公司挽回品牌形象的有力措施，亦可为公司其他高管的私人行为规制树立先例，要求公司高管在纯粹私人行为中亦应负担一定的注意义务。然而，根据我国《劳动合同法》第39条的规定，公司仅可在以下六种情况下单方解除劳动合同：

(1) 在试用期间被证明不符合录用条件的；(2) 严重违反用人单位的规章制度的；(3) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；(4) 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；(5) 因本法第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；(6) 被依法追究刑事责任的。

对上述六种情况予以分析，公司若要单方解除与高管签订的劳动合同，仅可能适用情况(2)、

(3)，然而鉴于公司高管的上述不当言行非系其职务行为，故不属于严重失职行为，且行为与损害后果之间的因果关系亦无法举证，故情况(3)亦难以适用。故，若公司需要在此情况下顺利解除与公司高管的劳动合同可事先在员工手册对此情形加以规定，该规定可采原则性规定的模式，将公司高管在非职务行为中的言行谨慎义务明确纳入公司的规章制度，避免后续争议的发生。

综上所述，笔者认为公司高管在非职务行为中主要涉及的两类行为：一为非职务行为中指向公司业务的不当言行；二为纯粹私人行为中的不当言行。笔者认为，在上述两种情况下，公司高管对其非职务行为负有一定程度的言行谨慎义务，该义务的产生取决于公司高管与公司之间的紧密联系，公司存在需受保护的利益，公司高管行为的危险性及对损害的预见性；

言行谨慎义务的程度则取决于公司的知名度，公司高管的学历、知识等，以及预防成本与损害发生可能性、严重性之间的相当性。公司高管在非职务行为中违反上述言行谨慎义务，若涉及第一类行为则由侵权责任法予以保护，由公司高管对公司承担名誉侵权责任；涉及第二类行为时，一方面可以尝试将公司高管非职务行为中的言行谨慎义务作为与职务行为忠实、勤勉义务并列的义务纳入《公司法》的规定，由公司法做适当调整，另一方面由公司通过在员工手册中事先规定相应义务，从而赋予公司在特定情况下对公司高管劳动合同的单方解除权。

