



# 职场性骚扰雇主责任问题研究

On Employer Responsibility of Sexual  
Harassment in Workplace

曹艳春 刘秀芬 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



# 职场性骚扰雇主责任问题研究

On Employer Responsibility of Sexual  
Harassment in Workplace

曹艳春 刘秀芬 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

职场性骚扰雇主责任问题研究/曹艳春,刘秀芬著. —北京:北京大学出版社,  
2016.9

ISBN 978-7-301-27465-1

I. ①职… II. ①曹… ②刘… III. ①性犯罪—刑事责任—研究—中国  
IV. ①D924.344

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 199461 号

- 书 名 职场性骚扰雇主责任问题研究  
ZHICHANG XINGSAORAO GUZHU ZEREN WENTI YANJIU
- 著作责任者 曹艳春 刘秀芬 著
- 责任编辑 郭栋磊 李 铎
- 标准书号 ISBN 978-7-301-27465-1
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 18.75 印张 326 千字
- 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价 49.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

# 序 一

现代劳动法较之传统劳动法,其法益结构更加丰富,保护重点也有所转移,除基本生存权益外还重视持续发展权益,除物质权益外还重视精神权益,自由、平等、尊严等观念和价值已成为体面劳动内涵中越来越被看重的要点。职场性骚扰本是劳动关系领域由来已久的一种不良现象,但直到 20 世纪 70 年代,才被劳动法归为应由雇主承担责任的问题予以对待,这或许可视为劳动法现代化的标志之一。我国正处在工业化、城镇化加速,且与市场化、信息化、全球化重叠的发展阶段,工业化、城镇化早期、中期、晚期的因素分别存在于一定区域,后工业社会因素在有些区域已现端倪。劳动关系领域中传统因素与现代因素并存且相互交织,劳动法的传统使命与现代使命兼备且互动,但在劳动法的问题域中,现代性问题仍不及传统性问题那样引人关注。例如,欠薪顽症难治、社会保险覆盖率不高、职业灾害多发之类问题的解决比劳动者心理健康问题的治理,反农民工歧视比反性别歧视,显得更受重视、更为急迫。再看职场性骚扰问题,美国和欧盟在 20 世纪 70 年代就已将之纳入立法、司法和研究的视野,相关的理论和法律已经相当完备。而在我国,直到 2012 年对《妇女权益保障法》和《女职工劳动保护特别规定》的修订中才有禁止职场性骚扰的原则性规定;劳动法学界的学术文献可谓汗牛充栋,而关于职场性骚扰问题的论述却寥若晨星。本书第一作者曹艳春教授是我国法学界较早且持续研究职场性骚扰问题的为数不多的学者之一,本书是我国大陆地区鲜见的较系统和深入研究职场性骚扰雇主责任问题的专著。这或许可以看作是我国大陆地区劳动法学界研究现代性劳动法问题的一项标志性成果。之所以作出如此评估,是因为这本专著闪耀着如下亮点:

## 一、正当性分析与制度分析相结合

尽管国外和国内已有许多将职场性骚扰的雇主责任纳入立法和司法的实践,但对于职场性骚扰雇主责任制度化几近空白的我国现阶段而言,追问为何要由雇主对职场性骚扰承担责任的问题,比就雇主对职场性骚扰承担责任如何设计制度的问题,更为紧要。并且,我国现行立法之所以缺失职场性骚扰雇主责任的制度设计,主要原因或许在于对雇主为何要对职场性骚扰承担责任的问题没有明确和稳固的理念。理念先行,制度才可跟进;理念明确,

立法才有动力和方向。于是,本书在对职场性骚扰雇主责任作制度分析之前,先作正当性分析,并且分析视角相当宽阔,不仅根据利损报偿、危险源控制、公司社会责任、实质平等、劳动契约内在要求、体面劳动等理念和理论,论证雇主对职场性骚扰承担责任的合理性;而且还运用法经济学和社会成本的原理,论证雇主对职场性骚扰承担责任较之职场性骚扰其他治理手段的优越性和高效性。这既给国人理解、接受和支持职场性骚扰雇主责任制度开拓了视野、加大了说服力,也给设计职场性骚扰雇主责任制度提供了理论基础和指导思想。正因为如此,后续的制度设计研究,价值取向得当,路径展开顺畅,案例评析精准且深刻。

## 二、侵权法理论与劳动法理论相融合

职场性骚扰及其雇主责任是侵权法与劳动法交叉的法律问题,而侵权法和劳动法分别归属于私法和社会法,各自法理基础存有差异。性骚扰认定本来就是一个在理论和实践上都具有高难度的问题,而就职场性骚扰而言,法律关系更为复杂。雇主未必就是性骚扰加害者,但作为职场条件和环境的提供者,却要作为侵权人对性骚扰受害人承担侵权责任。其中如何确定雇主是侵权人并承担侵权责任,需要有侵权法和劳动法的双重理论基础和双重规则依据。由于存在“三角当事人”即性骚扰加害人、性骚扰雇主、性骚扰受害人相互间的关系,故在侵权法领域和劳动法领域都属于特别法问题,而劳动法中的侵权责任规则与侵权法之间,本来就存在特别法与一般法的关系。可见,其中的理论间关系和规则间关系都呈现复杂结构。对此,本书利用侵权法的理论框架和制度框架,根据职场性骚扰雇主责任的特点,选择其中若干关键性制度要素,如归责原则、构成要件、共同侵权责任形态、证明责任等;再以劳动法理论为基础,设计各制度要素的规则内容,使之形式与内容、经线与纬线有机耦合。例如,基于劳动关系人身性、从属性、持续性的原理和职场性骚扰“三角当事人”各自在劳动关系运行和微观人力资源管理中的角色定位,对职场性骚扰作出交换型性骚扰和敌意型性骚扰的基本分类;并将这种基本分类作为贯穿于各制度要素的“红线”,即据此基本分类确定各自不同的归责原则(交换型性骚扰雇主严格责任、敌意型性骚扰雇主推定过错责任),还对构成要件、共同侵权责任形态、证明责任等安排各自适应、各有特点的规则内容。这种精彩的研究框架,在研究方法探索上,可以看作是将侵权法与劳动法有机结合的传统分析框架应用于分析和解决现代性、交叉性问题的一种范例。

## 三、职场性骚扰法律救济与职场性骚扰预防相贯通

在职场性骚扰治理体系中,积极治理与消极治理、事前治理与事后治理

都同等重要和不可或缺。理想的职场性骚扰治理体系和机制,应当是积极治理与消极治理、事前治理与事后治理良性互动,既相互补充,又相互促进。职场性骚扰雇主责任,作为一种特殊的侵权法律救济方式,较之职场性骚扰预防当然属于消极治理和事后治理,但在一定意义上也有积极治理和事前治理的功能。之所以雇主虽然不是职场性骚扰行为实施者,却要对职场性骚扰承担侵权责任,是因为雇主基于其在职场中的角色和地位,负有比雇员更重的职场性骚扰预防义务。追究雇主对职场性骚扰的侵权责任若得当,无疑可有效地促使雇主履行职场性骚扰预防义务。为此,本书以职场性骚扰法律救济与职场性骚扰预防相贯通为追求,在职场性骚扰雇主责任的正当性分析和制度设计中,都着力发掘其倒逼、引导雇主预防职场性骚扰的功能。例如,在职场性骚扰雇主责任的正当性分析中,利损报偿理念、危险源控制理念和法经济学分析所强调的,就是雇主预防职场性骚扰的条件优势和义务担当,应当作为雇主对职场性骚扰承担责任的正当性依据。又如,对交换型性骚扰实行雇主严格责任原则,对敌意型性骚扰实行雇主推定过错责任原则,并对各自构成要件、免责事由、抗辩理由等在宽严程度上作出差异设计,这对促使雇主履行职场性骚扰预防义务既有倒逼作用,也有引导作用。再如,我国职场性骚扰司法实践面临着“起诉少、败诉多”“立案难、取证难、赔偿难”的困境,其对雇主预防职场性骚扰的倒逼和引导功能几乎丧失殆尽。而其制度原因,正是本书研究我国职场性骚扰雇主责任制度构建所针对的主要着力点。

最后,还需要说明的是,我国劳动法和劳动法学的现代化还任重道远,包括职场性骚扰雇主责任在内的诸多现代性劳动法问题,虽然已经显露,但研究还刚起步。本书作为这种背景和这种阶段的先导性研究成果,对职场性骚扰雇主责任制度的研究,不可能十全十美。例如,研究素材和理论来源中,难免境外借鉴的相对较多;对我国职场性骚扰雇主责任制度的构建,多是框架性和思路性研究。本书两位作者正处在学术黄金年龄段,理论素养好,治学态度认真,实践经验较丰富,肯定能就本书主题奉献出继续引领学界且更有深度的研究成果,并在我国劳动法和劳动法学的现代化进程中取得更多令人瞩目的成就。

王全兴\*

2016年8月18日

\* 王全兴,上海财经大学法学院教授,博士生导师,中国经济法学会研究会副会长,中国社会法学会研究会副会长,中国劳动法学会研究会副会长,中华全国总工会法律顾问委员会委员。

## 序 二

曹艳春教授从中国人民大学法学院博士毕业已经多年了。这些年来,在学术的道路上,她不断努力,深入研究,学术大有长进,又被作为学术人才引进到上海海事大学法学院,发挥了学术骨干的作用,不断取得成绩。我作为她的导师,为她感到骄傲和自豪。

曹艳春教授在攻读博士学位期间就对学术研究孜孜不倦表现出浓厚的兴趣。她注重自身学术水平的不断提高,发表了多篇颇有影响的学术论文,在当届中国人民大学法学博士毕业生科研成果统计时,排名第一。毕业之后,在做学问上,越来越深入,越来越扎实,发表的文章多有精湛见解,文章风格也大不一样。为此,我感到很欣慰,也经常对她鼓励。

性骚扰问题,是一个社会问题,关心者很多,研究的问题也比较广泛,比较深入,使这样一个社会问题越来越受到人们的重视,对于社会和职场的环境安全越来越有利。我对这个问题的研究,主要是从侵权责任法的立场进行的,从将性骚扰认定为侵权行为的角度,研究性骚扰的表现及法律规制、性骚扰行为人的责任承担形态等,形成自己的看法。

曹艳春教授主要研究的方面是雇主责任,同时跟着我做侵权责任法的全面研究,对劳动法和劳动者权利保护的研究也很深入。她在本书中,她以这样的视角,发挥其研究专长,专门研究性骚扰的职场责任及雇主责任,论理明确,简明清晰,论理充分,更重视在性骚扰的问题上对劳动者权利的保护,有独到见解,特别值得赞许。相信读者在阅读本书之后,会有很深的印象。

学术研究没有止境,任何人都是一样的。曹艳春教授的学术研究中也同样存在应当改进的地方。已经取得的学术成果只能代表过去,今后的成果需要自己继续努力创作。祝愿曹艳春教授能够发扬孜孜不倦的钻研精神,学术更加精进,取得更好的学术成绩。

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

2016年6月18日

# 目 录

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 导 言 .....                      | 1   |
| 第一章 我国职场性骚扰问题的概况 .....         | 8   |
| 第一节 我国职场性骚扰的发生情况及其危害 .....     | 8   |
| 第二节 我国在职场性骚扰理论上的探索 .....       | 12  |
| 第三节 我国在职场性骚扰司法上的探索 .....       | 14  |
| 第四节 我国企业在职场性骚扰防治上的探索 .....     | 22  |
| 第二章 职场性骚扰的基本理论问题 .....         | 27  |
| 第一节 职场性骚扰的基本概念的理解 .....        | 27  |
| 第二节 职场性骚扰的类型 .....             | 43  |
| 第三章 职场性骚扰雇主责任的比较法研究 .....      | 60  |
| 第一节 美国职场性骚扰雇主责任的经验 .....       | 60  |
| 第二节 加拿大职场性骚扰雇主责任的经验 .....      | 62  |
| 第三节 澳大利亚职场性骚扰雇主责任的经验 .....     | 65  |
| 第四节 英国职场性骚扰雇主责任的经验 .....       | 72  |
| 第五节 欧盟及其成员国职场性骚扰雇主责任的经验 .....  | 79  |
| 第六节 亚洲国家及地区职场性骚扰雇主责任的经验 .....  | 95  |
| 第七节 国外职场性骚扰防治的几个典型制度 .....     | 99  |
| 第四章 职场性骚扰雇主责任的合理性 .....        | 102 |
| 第一节 职场性骚扰雇主责任的理论依据 .....       | 102 |
| 第二节 职场性骚扰雇主责任的法经济学分析 .....     | 107 |
| 第五章 职场性骚扰雇主责任的归责原则 .....       | 117 |
| 第一节 职场性骚扰雇主责任归责原则划分的理论支撑 ..... | 117 |
| 第二节 职场性骚扰的雇主严格责任 .....         | 119 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 第三节    性骚扰雇主过错责任 .....              | 123 |
| 第六章    职场性骚扰雇主责任的构成要件 .....         | 127 |
| 第一节    职场性骚扰的违法性判定 .....            | 127 |
| 第二节    职场性骚扰雇主责任的构成分析 .....         | 130 |
| 第七章    职场性骚扰的共同侵权责任形态 .....         | 136 |
| 第八章    职场性骚扰案件的证明责任 .....           | 144 |
| 第一节    职场性骚扰案件证明责任的域外经验 .....       | 144 |
| 第二节    职场性骚扰受害人的证明责任及其证明困境的缓和 ..... | 154 |
| 第三节    职场性骚扰诉讼中雇主的证明责任 .....        | 168 |
| 第九章    职场性骚扰的典型案例分析及评析 .....        | 176 |
| 第十章    我国职场性骚扰雇主责任制度的构建 .....       | 253 |
| 第一节    我国职场性骚扰立法现状及问题 .....         | 253 |
| 第二节    我国职场性骚扰雇主责任制度之设计 .....       | 264 |
| 第三节    现有职场性骚扰雇主责任制度的法律实施 .....     | 268 |
| 本书案例索引 .....                        | 275 |
| 参考文献 .....                          | 278 |
| 后    记 .....                        | 286 |

# 导 言

职场性骚扰是性骚扰在职场范围内的衍射和演绎,是工业社会的普遍现象,是世界性的话题。<sup>①</sup> 在美国、欧盟及我国香港、台湾地区,职场性骚扰被看作基于性别的就业歧视行为。因此,对此不但有较为完善的民法规制还有较为完善的歧视法及劳动法规制,这在其各自的民法典及两性雇佣机会平等法中均有所体现。

## 一、国外背景

美国对职场性骚扰的研究始于 20 世纪 70 年代,相关的理论和法律规定已经相当完备。美国禁止职场性骚扰的法律根基是 1964 年《民权法案》(Civil Rights Act of 1964)第七章的就业歧视条款:“即下列行为对雇主来说是不合法的雇佣行为:(1) 基于某人的种族、肤色、宗教信仰、性别、原始国籍而使某人未受雇佣或拒绝雇佣或遭到解雇或者在其工作补偿、合同条款、劳动条件、雇佣特权等方面给予歧视性对待。(2) 基于某人的种族、肤色、宗教信仰、性别、原始国籍等对雇员和求职者进行不合理的限制、隔离、划分,这种行为会剥夺或可能剥夺个体的雇佣机会,或者对雇员的地位造成不利影响。”<sup>②</sup>《民权法案》的这一规定旨在保证雇佣机会的平等以及消除那些对受保护群体不利的歧视行为。美国平等就业机会委员会(Equal Employment Opportunity Commission,简称 EEOC)是被授权实施《民权法案》第七章的联邦代理机构,EEOC 的指导原则对职场性骚扰的规制朝着进一步细化、明确化、可操作化的方向发展。美国作为典型的判例法国家,其司法上的探索在

---

① 职场性骚扰从社会的最高层到社会的最底层,可谓是无处不在。例如,2011 年 11 月 10 日,以色列最高法院维持特拉维夫地方法院判决,认定素有“干净先生”之称的前总统摩西·卡察夫(Moshe Katsav)强奸罪名成立,判处他人狱 7 年。根据指控,卡察夫 20 世纪 90 年代出任旅游部长期间,两次强奸旅游部一名女性雇员;2000 年至 2007 年担任总统间,性侵犯和性骚扰两名总统府女雇员。欧叶:《英雄难过财色关,晚节不保的国际政要》,载《中国日报网》,http://world.chinadaily.com.cn/2014-07/04/content\_17646677.htm,2015 年 5 月 26 日访问。

② See Christina D. Henagen, False Claims of Sexual Harassment in Education: The Path to An Appropriate Remedy for the Wrongly Accused, Washington University Law Quarterly, 1998, VOL76:1431.

职场性骚扰法律制度的发展上功不可没。1977年在华盛顿巴恩斯诉克斯托(Barnes v. Costle)案中,联邦巡回上诉法院首次认定交换型性骚扰是1964年《民权法案》第七章所禁止的性别歧视的一种。<sup>①</sup>1980年的斑迪诉杰克森(Bundy v. Jackson)案则是明确认定敌意工作环境构成性骚扰的第一案例。1982年,美国第十一上诉巡回法院在汉森诉邓迪市政府(Henson v. City of Dundee)案件中确立了公司对交换型性骚扰承担严格责任。<sup>②</sup>1986年,美国联邦最高法院在梅林特储蓄银行诉文森(Meritor Savings Bank v. Vinson)案中首次将敌意环境型性骚扰作为1964年《民权法案》第七章禁止的性别歧视的一种予以承认,并首次提出了敌意环境的概念。<sup>③</sup>除了较为先进的立法和司法经验外,美国还有较为完善的性骚扰保险制度。

欧盟国家对职场性骚扰的研究也起步较早。与美国相同,职场性骚扰在欧盟也被看做是基于性别的歧视。1976年欧盟《平等待遇指令》(The Equal Treatment Directive 76/207)(76/207/EEC号《指令》)明确禁止基于性别的歧视行为。<sup>④</sup>1997年,欧盟理事会针对性别歧视案件制定了欧盟范围内统一的证明责任规则《关于性别歧视案件证明责任的指令》(97/80/EC号《指令》),该《指令》第4条明确在歧视案件的证明上适用证明责任倒置规则。2002年,欧盟制定了关于性骚扰的统一立法《关于落实男女平等待遇原则的指令》(2002/73/EC号《指令》),对“性骚扰”给出了具体定义和惩罚方法,并规定雇主有责任对公司内受到性骚扰的雇员进行经济赔偿。该法律要求公司老板采取所有可能的措施防止性骚扰的发生,并时常向全体员工通报相关情况。同时提出,平等待遇原则应适用于任何公共和私营部门,而不应当像美国禁止就业性别歧视法律一样排除某些小企业对待平等原则的适用。<sup>⑤</sup>2006年,欧盟委员会《关于在就业和职业中落实男女平等对待和机会均等原则的指令》(2006/54/EC号《指令》)对前几个《指令》进行了归纳和整合。<sup>⑥</sup>除去

① Barnes v. Costle, 561 F. 2d 983 (D. C. Cir. 1977).

② Henson v. City of Dundee, 682 F. 2d 897 (1982).

③ Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U. S. 57 (1986).

④ See 1976 Equal Treatment Directive, 2002 Sexual Harassment Amendment, and 2006 Recast Directive on Equal Opportunities and Equal Treatment, [http://www.stopvaw.org/1976\\_Equal\\_Treatment\\_Directive\\_and\\_2002\\_Sexual\\_Harassment\\_Amendment.html](http://www.stopvaw.org/1976_Equal_Treatment_Directive_and_2002_Sexual_Harassment_Amendment.html), accessed 7-10-2011.

⑤ See 1976 Equal Treatment Directive, 2002 Sexual Harassment Amendment, and 2006 Recast Directive on Equal Opportunities and Equal Treatment, [http://www.stopvaw.org/1976\\_Equal\\_Treatment\\_Directive\\_and\\_2002\\_Sexual\\_Harassment\\_Amendment.html](http://www.stopvaw.org/1976_Equal_Treatment_Directive_and_2002_Sexual_Harassment_Amendment.html), accessed 7-10-2011.

⑥ See Directive 2006/54/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 5 JULY 2006, official Journal of European Union, L204/23, 2006. 7. 26.

欧盟统一《指令》，各成员国对此都有专门的立法规制，这在其各自的民法、受雇人保护法、性别歧视法、公务人员规则、刑法等均有所体现。德国法律甚至还规定，当雇主对某一性骚扰行为制止不利时，受害人可行使自行停止雇佣劳动的“退却权利”。<sup>①</sup>

除美国和欧盟国家外，日本、澳大利亚等国的性骚扰法律制度也较为完善。如日本以“单位内部的劳资关系协定”为依据的企业内部性骚扰调解制度，以及违法企业的黑名单制度，都是很有特色的制度。

## 二、国内背景

从国外研究现状不难看出，美国、欧盟国家在性骚扰的防治上已形成一套完备的体系。我国在此问题上则有些“晚熟”，“性骚扰”概念大约是在 20 世纪 90 年代传入我国，但当时对这一问题的讨论并不激烈。<sup>②</sup> 直到 2001 年，我国首例进入法律程序的职场性骚扰案件“陕西西安某国企女职工诉上司性骚扰案”曝光。虽然这一案件最终以原告败诉收场，却在学术界、立法界、司法界引起了轩然大波。紧接着，2003 年，又出现了首例性骚扰胜诉案“何某诉盛某性骚扰案”、北京首例性骚扰案件“雷某诉焦某案”、重庆女教师案等一系列的案例，将对职场性骚扰这一问题的关注推上了风口浪尖。专家学者纷纷撰文对这一问题展开探讨，从几千字的学术文章，到几万字的硕士论文，再到十几万字的博士论文，甚至是几十万字的专著的面世。但是，在这些文章中，专门以雇主责任为题的很少。与此同时，针对职场性骚扰问题的研讨会和座谈会纷纷召开。2007 年 1 月，北大法学院妇女研究与服务中心（现更名为北京众泽妇女法律咨询服务中心，以下同，根据时间节点称呼，不再标注）召开了“关于建立企业防治职场性骚扰机制的国际研讨会”，并形成了“企业防治职场性骚扰内部规则的建议稿”。2007 年 6 月，北大法学院妇女法律研究中心又针对企业防治性骚扰问题召开了有美国律师协会、通用电气中国有限公司、中国纺织业协会、河北省妇联、衡水市妇联及北大法学院的专家学者参加的座谈会。学术交流的目的是，既要借鉴欧美国家在性骚扰立法上的成熟经验，又要立足中国国情，形成一套具有中国特色的性骚扰防治思路。2013 年 7 月 2 日，众泽妇女法律中心（原北大法学院妇女法律研究中

① See 1976 Equal Treatment Directive, 2002 Sexual Harassment Amendment, and 2006 Recast Directive on Equal Opportunities and Equal Treatment, [http://www.stopvaw.org/1976\\_Equal\\_Treatment\\_Directive\\_and\\_2002\\_Sexual\\_Harassment\\_Amendment.html? Type](http://www.stopvaw.org/1976_Equal_Treatment_Directive_and_2002_Sexual_Harassment_Amendment.html?Type), accessed 7-10-2011.

② 谭浩宇：《试论性骚扰》，<http://www.xzbu.com/2/view-4391573.htm>, 2015 年 9 月 28 日访问。

心,以下同)与国际劳工组织在北京合作举办了“企业防治职场性骚扰研讨会”。研讨会邀请到来自国际劳工组织、联合国妇女署等驻华机构代表、中国企业联合会、中国纺织工业协会、衡水老白干酿酒集团、中国远洋集团、通用电气(中国公司)、SK 海力士半导体公司以及法院、医疗系统、妇联、NGO、高校、研究机构、媒体的专家学者、实务工作者及媒体从业人员共计五十余人与会。<sup>①</sup>

职场性骚扰问题也是立法研究的热点。2005 年修订的《妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)规定“禁止对妇女实施性骚扰”,但是,在缺乏相关配套措施的情况下,职场性骚扰诉讼中受害人仍面临败诉较多的命运。自 2005 年新修订的《妇女权益保障法》出台后,有湖北、广东、天津、山东、江苏等 23 个省市的实施办法中包含了禁止对妇女实施性骚扰,以及赋予用人单位性骚扰防治义务的规定。我国学术界已有多篇文章提出应借鉴其他国家的做法,确立雇主的性骚扰防治责任和赔偿责任。在责任形态上,以有过错的雇主与加害人承担连带责任的观点居多。

为缓解职场性骚扰案件中存在的立案难、取证难、赔偿难等问题,2008 年全国两会期间,中国法学会反对家庭暴力网络联合中国社科院法学所性别与法律研究中心草拟的《人民法院审理性骚扰案件的若干规定》的司法解释专家建议稿通过人大代表提交两会。建议稿对职场性骚扰的定义采取当前国际流行的定义和分类方法,即将性骚扰分为交换型性骚扰和敌意环境型性骚扰。建议稿对受害者取证等内容进行了详细规定,减轻了受害者的取证难度。在证据收集方面,规定“必要时人民法院也应当主动依职权搜集证据”。在证据采用方面,建议“对于受害人通过偷拍、偷录等方式获得的证据。如果只在形式或来源上存在一定的瑕疵,并不违反法律的禁止性规定的,就不应将其视为非法证据”。<sup>②</sup>“职场是性骚扰的高发区”,中国社科院社会学所研究员唐灿认为,用人单位应有一定的责任防治性骚扰。用人单位应有连带赔偿责任。<sup>③</sup> 建议稿首次规定了用人单位的责任:“劳动者在求职或执行职务过程中遭受性骚扰的,用人单位应当承担连带赔偿责任,除非用人单位证明自己采取了预防和制止措施,才可免责”。如果用人单位没有尽到预防和制止性骚扰职责,致使性骚扰事件发生,应向受害人支付不低于受害人月工资收入 6 倍的惩罚性赔偿金。建议稿中还提到了用人单位对受害人遭遇的补

① 来源:[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_a83f66100101mbwz.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_a83f66100101mbwz.html),2015 年 6 月 1 日访问。

② 《反性骚扰司法解释建议出台 职场性骚扰单位赔钱》,来源:<http://www.tzrl.com/news/37362.html>,2015 年 6 月 12 日访问。

③ 《“防止性骚扰”司法解释建议稿将提交两会讨论》,来源:[http://news.cnwest.com/content/2008-03/02/content\\_1163993.htm](http://news.cnwest.com/content/2008-03/02/content_1163993.htm),2015 年 6 月 12 日访问。

救责任,如“受害人因拒绝性骚扰被调岗、调换工作地点、降低待遇、降级、撤职等的,用人单位应予以纠正。因拒绝性骚扰而被解雇、开除、辞退或被迫辞职的,受害人要求复职的,用人单位应予以复职”。但是,这种终究只是建议稿,没有上升为具有法律效力的规范性法律文件,因此,我国的性骚扰立法仍旧处于“初级阶段”。

2013年上海两会期间,作者作为上海市的政协委员向政协会议提交了“关于用人单位预防职场性骚扰立法的实施建议”的提案,并且被上海市政协纳入“解决或采纳”的提案,但是最后还是没有真正落实。<sup>①</sup> 2015年全国两会召开之际,中华全国总工会女职工委员会组织专家进行了课题调研,有意联名提交“关于推动用人单位建立防治工作场所性骚扰机制”的提案。提案建议,防治工作场所性骚扰机制应扩展到不同所有制的用人单位,在北京部分单位开始试点。<sup>②</sup>

目前,我国有关职场性骚扰规制的法律只有《妇女权益保障法》《女职工劳动保护特别规定》(2012年修订)及各省出台的地方性法规,这些法律无疑对我国反性骚扰制度的构建具有重大意义。但是,其缺点也不可避免地暴露出来,前者的规定未免过于原则,可操作性较差。后者的局限性也颇多:(1)地方性法规的适用范围有限,会导致判定标准的多元化;(2)由《妇女权益保障法》及其实施办法来规制职场性骚扰,意味着性骚扰受害人只局限于女性,这违背人权法则和国际范围内对性骚扰界定的大趋势;(3)对雇主的性骚扰防治义务规定笼统,不利于操作。职场性骚扰案件原告败诉较多仍是不可逃脱的命运。我国的理论研究中以及各省出台的地方性法规中虽提到雇主责任的内容,但是未免过于粗糙,这表现在雇主责任归责上的模糊性,已有的成果中没有对交换型性骚扰和敌意环境型性骚扰雇主责任的承担作出区分,认为在两种情形下雇主均承担过错责任,这显然是未意识到两种类型性骚扰危害性强弱之别。这种概括的责任承担使职场性骚扰案件受害人处于尴尬境地,因为无论何种情况下,依据过错责任理论都应由原告承担证明责任,这无形中加大了受害人的举证难度。

在职场性骚扰的证明责任方面,我国没有特别法规定,因此在实践中严格遵循“谁主张,谁举证”一般原则。虽然理论界也有建议在性骚扰案件中实行举证责任倒置的声音,但终因经不起推敲而未达成共识。也有学者提出,性骚扰案件应在坚持证明责任“正置”的前提下,适用证明责任转移的规则。

① 参见上海市政协提案系统,个人提案部分。

② 参见《全国总工会将就工作场所性骚扰问题进行提案》,人民网, [http://news.china.com.cn/rollnews/news/live/2015-03/02/content\\_31595187.htm](http://news.china.com.cn/rollnews/news/live/2015-03/02/content_31595187.htm), 2015年5月31日访问。

在职场性骚扰案件的证明责任上,我们赞同实行“谁主张,谁举证”的一般举证责任规则。但是,职场性骚扰区别于其他领域性骚扰的关键所在就是职场性骚扰雇主责任的承担。也就是说,受害人不但要证明性骚扰行为对加害人具有可归责性,还要证明性骚扰行为对雇主具有可归责性。而这两个阶段的证明是否要遵循同样的证明责任分担规则?已有的研究成果中不曾提到,然而这确是一个主宰职场性骚扰案件当事人命运的关键问题。

### 三、研究的理论意义和实践意义

#### (一) 理论意义

职场性骚扰雇主责任问题在我国是颇新的课题,且发展缓慢,目前仍处于幼稚时期。我国对职场性骚扰的研究有以下几个视角:侵权法视角、社会性别歧视视角、劳动法视角、民事诉讼法视角,但多以基本理论为研究的重点。对基本理论的研究集中表现在对职场性骚扰的概念、类型、主体、客体、对象的研究上,真正以雇主责任为视角研究的成果还不多,也不够深入,很多人还没有意识到雇主的预防义务的重要性。

#### (二) 实践意义

职场是性骚扰的重灾区,赋予雇主防治职场性骚扰的义务和责任,在预防性骚扰的发生与发展中将起到关键性的作用,能使职场中的性骚扰大为减少。研究性骚扰雇主责任的理论依据与正当性,研究性骚扰的类型及其本质,研究不同类型性骚扰下不同的归责原则、不同的责任构成等,使职场性骚扰中的雇主责任制度具有令人信服的理论支撑,这些问题在我国雇主责任理论研究中还非常不足。对此,美国关于雇主为交换型性骚扰承担严格责任、为敌意环境型性骚扰承担过错责任的做法,以及在这两种类型的性骚扰案件中原被告承担不同证明责任的做法,对我国具有相当大的借鉴价值。性骚扰案件的胜诉率非常低,这主要是证据的问题。由于性骚扰取证困难,明确和强化雇主的预防与救济责任,以减少职场性骚扰的发生,就非常必要。虽然性骚扰属于民事侵权,要求侵权行为人承担侵权责任对受害人也有一定的补救性,但是这种事后的补救成本是非常高的,而且具有滞后性。而职场中雇主的预防义务却具有事先性,是在损害未发生之前的预防与阻止,具有重要价值。赋予雇主性骚扰防治义务(如事先制定规章制度,制定性骚扰的防范措施和惩罚预警措施,以及在用人的选择上进行预防)是具有前瞻性的措施,对防止性骚扰的发生,建立和谐的劳动关系具有积极的作用。

职场和谐是社会和谐的重要一环。然而,日益频发的职场性骚扰却使职场丧失了应有的和谐。职场性骚扰的社会危害性越发严重,它不但会对受害人的身心健康、职业前景造成伤害,还会造成企业员工士气低落、人力资源成本上升,威胁企业长远利益,甚至还会威胁社会的主流价值观。但是,单纯雇主责任的完善并不能从根本上遏制职场性骚扰,这只是这一领域诸多研究视角(如侵权法视角、社会性别歧视视角、劳动法视角、民事诉讼法视角)中一个很小的视角。但是职场性骚扰雇主责任的完善会预防或者减少性骚扰的发生,加大受害人胜诉的筹码。职场性骚扰与工作环境密切相关,因此,在性骚扰防治上用人单位应承担一定的义务。用人单位反性骚扰体系的完善与否决定着职员的命运。欲从根本上扭转职场性骚扰诉讼的现状,并达到遏制职场性骚扰发生的目的,还依赖反性骚扰的社会大环境的建立。这包括:

(1) 强化社会性别平等意识。虽然女性和男性都可能成为职场性骚扰的受害人,但是据新浪网与《半月谈》杂志的联合网上调查显示,在 5469 名男性、2910 名女性中,表示从未受到过性骚扰的,男性比例为 78%,女性为 21%;表示时常受到性骚扰的,男性为 3%,女性为 17%;表示偶尔受到性骚扰的,男性为 18%,女性为 60%。<sup>①</sup> 女性因何更易遭受性骚扰? 其根源在于男性的社会支配心理,性骚扰被作为男性支配女性的一种方式,因此唯有两性平等观念的日益深入才可从根本上削弱性骚扰。

(2) 营造反性骚扰的社会氛围。受害人要敢于对性骚扰说“不”,性骚扰并非受害人惹的祸,因而亲人、朋友、普通公众对受害人的精神鼓励是支持其同性骚扰斗争下去的强大动力。

综上所述,在职场性骚扰的治理上,既要注重用人单位的预防和救济,又要注重司法的公正;既要注重法律的完善,又要注重全社会反性骚扰氛围的形成。若用人单位没有反性骚扰的意识和机制,对受害人的投诉置之不理,是对受害人的二次伤害;若法官缺乏反性骚扰意识,那将对受害人造成三次伤害;若家人、亲人和朋友不理解、不信任,将是对受害人的四次伤害。因此,职场性骚扰的防治是一项艰难的工作,需要机制的形成,也需要全员反性骚扰意识的提高。

---

<sup>①</sup> 《我国立法对性骚扰说“不”》, <http://eladies.sina.com.cn/qg/2005/0627/0948169623.html>, 2015 年 10 月 3 日访问。