

# 职场性骚扰用人单位责任形态认定

梁丽馨

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年6月14日；录用日期：2023年6月27日；发布日期：2023年9月13日

## 摘要

近年来，在我国司法实践中出现不少性骚扰相关案例，而这种侵权行为在具有权利从属关系的工作场所尤为明显。性骚扰行为人向受害者承担直接侵权责任是毋庸置疑的。那作为对工作场所具有管理权控制权的用人单位应承担何种责任，本文得出的结论是在职场性骚扰中用人单位不应承担替代责任、不应承担连带责任，应承担防止性骚扰行为责任。

## 关键词

职场，性骚扰，用人单位责任，性骚扰防治

# Workplace Sexual Harassment Employer Responsibility Form Identification

Lixin Liang

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jun. 14<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jun. 27<sup>th</sup>, 2023; published: Sep. 13<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

In recent years, there have been many cases related to sexual harassment in China's judicial practice, and this kind of infringement is especially obvious in the workplace with a right dependency relationship. There is no doubt that the perpetrator of sexual harassment bears direct tort liability to the victim. What responsibility should the employer, which has the management right and control over the workplace, bear? The conclusion of this paper is that the employer should not bear the vicarious responsibility, should not bear the joint responsibility, and should bear the responsibility to prevent sexual harassment in the workplace.

## Keywords

Workplace, Sexual Harassment, Employer Liability, Sexual Harassment Prevention

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

性骚扰是各国普遍存在的社会问题,性骚扰发生的场所也是多种多样的,常见的包括但不限于学校、工作单位、家庭、公共交通工具等。其中受职权关系、从属关系以及工作环境的影响,发生在工作场所中的性骚扰往往给受害人及社会带来更深的影 响。性骚扰并未达到强奸或强制猥亵的严重程度,因此容易被用人单位所忽视。事实上由于行为人与受害者存在不对等的权利关系,面对此种侵害缺乏反抗抵御的能力及勇气,并且在遭受侵害后也 更难获得社会支持,甚至会受到工作上的威胁,因此他们更多选择隐忍或逃避。前段时间文化名人史航被多人指控性骚扰一时间冲上热搜,当事人称她们都是史航的工作人员或合作方,她们都在不同的时间和场合遭到了史航的言语和肢体上的性骚扰<sup>1</sup>。受害者们也是考虑到反抗带来的工作利益亏损,选择了隐忍,但最终受不了内心人格尊严受损的痛苦,将此事件曝光出来。这类职场性骚扰事件是常见的,这则报道或多或少引起了职场人在工作中的共鸣。反性骚扰条文《民法典》第 1010 条第一款确定了行为人的直接侵权责任,《民法典》第 1010 条第 2 款只确立了单位有防治性骚扰的法定义务,但却未对用人单位违反该法定义务应承担的责任做详细规定。明确用人单位是否对工作场所中的性骚扰承担民事责任,承担何种责任,以及一些责任认定的误区。既能帮助职场人意识并维护自己的权利,也为我国职场性骚扰法律法规建设提供一定的意见。

## 2. 职场性骚扰概述

### 2.1. 职场性骚扰的内涵

性骚扰这一概念最早由美国著名女权主义法学家林·法利和其他共同研究职场女性问题的学者在 1974 年提出的,法利在康奈尔大学的课堂上,将女职员为了躲避雇主提出的非分性要求而离职这一现象,称为“性骚扰”[1]。当时正值 20 世纪 70 年代美国第二波女权主义运动,女性在职场中逐渐觉醒,展开了对职场非分性要求说不的高潮。1987 年,林·法利所著的《性勒索:职场女性遭遇的性骚扰》一书中正式对性骚扰进行了定义,并且为受害者提供了应对性侵犯、收集证据和通过法律手段寻求救济的办法[1]。美国激进女权主义法学家凯瑟琳·麦金农又发表了关于性骚扰的著作与学说,凯瑟琳·麦金农强调性骚扰是女性在职场中处于弱势的根源,性骚扰应被界定为是一种女性在职场中居于权力弱势而受到的一种性别歧视和性别压迫的工具[2]。

联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》第 19 号一般性建议将性骚扰定义为:“例如像身体接触和接近、与色情和性相关的评论、文字或者动作,这些都是不受欢迎的性相关行为。”在法国认为职场性骚扰的受害者主要为女性,她们常常由于工作关系而遭受到老板或同事的侮辱,这些侮辱一类为语言上的调戏冒犯,一类为肢体上的动手动脚[3]。美国平等就业机会委员会(EEOC)给职场性骚扰下的定义为:

<sup>1</sup> 参见《23 人指控史航性骚扰,回应调情后再被锤:这不是小作文,是血泪史》,载网易新闻 2023 年 5 月 4 日, <https://www.163.com/dy/article/I3TK41B50552IZMU.html>。

“不受欢迎的接近、性挑逗,以及其它色情言语或身体的侵扰行为,可以直接或间接影响受害者的就业,并在工作或工作环境中造成不合理的干扰,导致胁迫、敌意或敌意”[4]这是目前国际上较为权威的一个定义。

我国法律目前并没有对性骚扰下明确的定义,学者们也各执一词。按照通常认知来看,职场性骚扰 = 工作场所 + 性骚扰,即在工作场所中所遭遇的令人不适的性关注或性指向。轻则语言或目光上不怀好意的挑逗,重则强行触摸胸部、臀部、生殖器官等私密部位[1]。

## 2.2. 职场性骚扰的类型

凯瑟琳·麦金农所著的《职业女性的性骚扰》中按利益损失程度将不同类型的性骚扰归纳为交换利益型工作场所性骚扰与敌意环境型工作场所性骚扰。这种职场性骚扰分类被美国司法实践及世界各国或地区的性骚扰立法与司法实践所采用[5]。

### 2.2.1. 交换利益型工作场所性骚扰

交换利益型工作场所性骚扰是指女职工在工作场所中对违背妇女意愿的性言语或性暗示动作表示拒绝,而使该女性职工受到减薪、降级甚至解雇等损害利益。交换利益型工作场所性骚扰包含着两个行为,一是性骚扰行为,二是女职工不接受性骚扰行为带来的有形工作利益减损。如果拒绝性骚扰但未遭受真正的有形工作利益减损,则不属于交换利益性骚扰,可以根据其他条件判断是否构成敌意环境型性骚扰[5]。交换型性骚扰的实质是行为人迫使受害人在实际工作利益受损与性服从之间做出选择[6]。

### 2.2.2. 敌意环境型工作场所性骚扰

敌意环境型工作场所性骚扰相较于交换利益型工作场所性骚扰,是更隐晦且常见的。它是指在工作场所中,违反女性劳动者意愿的不受欢迎的性言语或性行为,使女性劳动者在工作环境中感到不开心,使之处于极为恶劣的工作环境中,工作能力在该环境下减弱或者无法发挥。敌意环境型性骚扰的实质是受害者在不至于侵害人身安全的恶劣工作环境下造成心理或情感创伤[6]。这种工作环境不一定会带来直接经济利益的损失,但是会影响受害者的正常工作生活。

## 2.3. 职场性骚扰的特征

行为人与受害者具有职场关系,例如上司与下属之间、共事员工之间、员工与客户之间。行为通常发生在相对封闭且隐蔽的工作场所,如卫生间、休息室、不得擅自进入的办公室等。行为受害人通常选择隐忍,导致性骚扰发生次数频繁且变本加厉。行为具有危害性,造成受害者精神痛苦、工作效率低下和工作环境恶化[7]。

## 3. 我国用人单位性骚扰防治义务来源

2005年修改的《妇女权益保障法》第一次将“性骚扰”写进法律,并规定了遭受职场性骚扰的受害妇女有权向所在单位和有关机关投诉,虽然未提到单位的性骚扰防治义务,但是具有开创先河的重要意义。2012年,国务院颁布的《女职工劳动保护特殊规定》要求用人单位预防和制止性骚扰行为二者都为《民法典》中用人单位性骚扰防治义务相关条款的出台奠定了基础。

《民法典》第1010第2款是《民法典》第1010第1款的附随条款,为用人单位创设了积极的性骚扰防治义务,这是用人单位负有性骚扰防治义务的法律依据。该法律的设立主要是考虑到相较于在其他场合发生的性骚扰,在机关、企业、学校等单位发生的性骚扰中,潜在性骚扰实施者的能力往往处于强势地位,职场性骚扰被视为是性骚扰与权力滥用的耦合。这种性骚扰行为会与雇主和雇主给予雇员的权

利密切相关。结果企业有责任管理他们的行为，做出合理的调整，防止侵权行为的发生，他们的权利也受到限制。

用人单位的反性骚扰义务事实上是一种保护义务，用人单位需要采取措施预防和制止职场性骚扰行为，保护单位工作人员在工作场所中免受人身权利侵害。这是用人单位承担的直接责任。一方面，这种保护义务不只是在预防或惩罚方面存在，而是以综合和全面的方式建立一个尽可能稳定的机制，因此也被描述成是“机制性义务”；另一方面用人单位虽并非性骚扰过程中的直接当事人，此种义务的设立使用用人单位真正成为性骚扰防治进程中的关键参与者[8]。在许多情况下，没有直接参与的用人单位有义务采取积极措施，并对不符合法律规定的行为承担法律责任。

#### 4. 用人单位侵权责任追究

用人单位的责任追究可主要分为职场保护主义与私权保护主义。职场保护主义将员工免于性骚扰视为雇员的一种工作权利，因此应当通过劳动就业法、反歧视法等法律进行规制，此种模式以美国为代表，但并未充分保障雇员的此种权利[9]。私权保护主义认为性骚扰是对自然人格尊严的侵犯，因此应当通过侵权责任、民事权利等民法制度对性骚扰进行惩戒，追究行为人与用人单位的民事侵权责任，此种模式是以德国为代表的。该模式也是更符合我国法律认知习惯的。按照不同的性骚扰类型(利益交换型工作场所性骚扰与敌意环境型工作场所性骚扰)并且根据不同的归责原则进行私权保护是普遍认同的观点。美国联邦最高法院的观点认为——雇员在构成表见代理或代理关系的存在有助于代理人完成侵权行为时，雇主须对雇员实施的故意侵权行为承担替代责任。如果能够认定拒绝性骚扰带来了有形工作利益的减损会要求用人单位承担严格替代责任。这在司法实践中就促使原告以遭受利益交换性骚扰起诉，这给用人单位带来了巨大压力。这一分类概念的引入，反而增加了用人单位责任认定问题的复杂性。

##### 4.1. 用人单位不应承担替代责任

夏利民、郭辉、李研等学者倾向于主张用人单位应承担职场交换利益性骚扰行为的无过错替代责任[10][11]，原因是交换利益性骚扰是可以对受害人的一些实际的工作条件和工作利益进行处分的。一般认为能拥有这种处分权的属于在用人单位处于中高层管理者地位的，地位较高且具有一定的话语权。这种处分是一定会涉及用人单位赋予行为人的权利并且还要经过用人单位的正式批准。行为人与用人单位之间是存在代理与被代理的法律关系，用人单位作为被代理人，理应承担代理人行为的法律后果，承担替代责任[12]。但本文认为在交换利益性骚扰中用人单位不应盲目承担替代责任，因为工作场所性骚扰行为的发生，是因为行为人私欲所致，不可能是出于用人单位的授权，所以行为人的性骚扰行为是个人行为而非被代理授权的职务行为。即使交换利益性骚扰行为存在行为人利用公司给予的执行任务机会或便利条件，但这属于超越权限代理，用人单位无法事先预知正常的执行工作任务中会出现性骚扰行为，行为不可能与公司要求的执行任务之间存在关联性。在敌意环境性骚扰中，受害者并没有遭受有形的工作利益损失，加害者可能是领导、同事、客户等，加害者并未使用职务上的权利。用人单位就更无须承担替代责任，但用人单位须承担在性骚扰事件处理中未尽到法定义务的过错责任。

##### 4.2. 用人单位不应承担连带责任

两个以上的主体要承担连带责任应当构成共同侵权或者法律另有规定，职场性骚扰不属于法律上的另有规定，那按照共同侵权的构成要件判定：用人单位与行为人之间不可能存在共同故意，性骚扰行为主观上一定是故意的，所以用人单位与行为人之间更不可能是共同过失。因此用人单位与行为人未构成共同侵权，不应承担连带责任。



### 4.3. 用人单位应承担防止性骚扰行为责任

用人单位应为雇员提供一个安全的工作环境，负有安全保障义务。安全保障义务实际上是一种危险防范义务[13]。因为用人单位的活动如果创设或升高危险，就应该采取适当合理的措施控制或降低危险，违反该义务使他人损害，就需要对该损害承担责任[14]。该义务表现为：预防义务，用人单位应制定规章制度明令禁止性骚扰的发生，规定出性骚扰行为有强烈的惩罚措施给行为人合理的预期，在工作场所建立一些安全设施以减少性骚扰发生可能；制止义务，对正在进行的性骚扰行为要及时制止，尽可能避免性骚扰行为影响的扩大，建立公平公正的投诉机制、调查机制积极处理性骚扰事件；救济义务，对受害者的信息进行保护，帮助受害者收集证据，保护受害者遭受行为人二次伤害。如果受害人遭受不当指控，用人单位应采取一定措施维护其名誉权，将伤害降到最低。

如果用人单位对在预防、制止、救济任一阶段不作为或者未经到合理完善的义务，导致受害者的有形工作利益或无形工作利益的减损，用人单位应当为自己的性骚扰行为防治不力承担侵权责任。

### 4.4. 用人单位责任认定的困境

用人单位在职场性骚扰的防治中发挥着不可替代的作用，用人单位如果要设置一些事前反性骚扰的措施就会花费一定的风险预防成本，而这些成本大多数企业是不愿意投入。在侵害发生后，相较于公权力机关，用人单位作为工作场所的控制者、管理者。是最接近和了解行为人与受害人的，是更容易了解案情的真实经过。但是事后用人单位往往急于履行及时救济的义务，导致伤害的扩大。

在实践中要认定用人单位未尽到性骚扰防治义务还是很困难的，无法仅对用人单位不履行义务的行为追究责任。也就是说，即使将用人单位的防治义务独立为承担侵权责任的基础，侵权责任的成立也仍然还需要依赖现实化的性骚扰侵权行为与损害结果，而无法做到将两者完全分离开来。而且即使用人单位提出赔偿要求，这个赔偿数额也是微乎其微的。因为性骚扰从本质上是对个人人格权的侵犯，受害者所遭受的心理伤害要比经济上的损失更大。然而精神损害赔偿的举证是实践中一个较为困难的问题。即使在法庭的救助后，最后要支付的赔偿数额也比较小。

## 5. 结语

性骚扰是不受欢迎的与性相关行为，特别是职场中的性骚扰行为造成的影响是更加恶劣的。根据《民法典》1010条第2款规定，用人单位对职场性骚扰具有防治义务，防治义务体现在预防、制止、救济上，任一阶段未采取合理的措施都应承担相应的责任。而这责任要与直接行为人责任区分开，用人单位既不承担替代责任，也不与行为人承担连带责任。运用到司法实践中还要考虑具体情况和赔偿问题，因此想要解决用人单位的责任认定与赔偿问题是任重道远的。

## 参考文献

- [1] 顾芳锦. 职场性骚扰中雇主的法律责任研究[J]. 山东工会论坛, 2020, 26(6): 87-94+101.
- [2] 崔克立. 反职场性骚扰中雇主责任的确立[J]. 妇女研究论丛, 2006(S1): 50-54.
- [3] 李玲, 董长青. 关于性骚扰立法的几点思考[J]. 人民检察, 2004(3): 70-72.
- [4] 吴宗宪. 性骚扰行为探讨[J]. 江苏警官学院学报, 2004(3): 9-17.
- [5] 王显勇. 民法典时代工作场所性骚扰的法律规制[J]. 法学, 2021(1): 133-154.
- [6] 卢杰锋. 职场性骚扰的用人单位责任——从《民法典》第1010条展开[J]. 妇女研究论丛, 2020(5): 87-96.
- [7] 邱思萍. 用人单位在职场性骚扰防治中的法律风险及对策[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2020, 25(1): 83-91.
- [8] 张孜超. 用人单位的性骚扰防治义务与措施[J]. 中国社会保障, 2023(2): 70-71.

- [9] 王毅纯. 民法典人格权编对性骚扰的规制路径与规则设计[J]. 河南社会科学, 2019, 27(7): 49-56.
- [10] 夏利民, 郭辉. 职场性骚扰雇主替代责任说质疑[J]. 河北法学, 2012, 30(3): 29-38.
- [11] 李妍. 职场性骚扰雇主责任形态分析[J]. 社会科学家, 2011(6): 93-96.
- [12] 杨立新, 马桦. 性骚扰行为的侵权责任形态分析[J]. 法学杂志, 2005(6): 74-76.
- [13] 刘召成. 安全保障义务的扩展适用与违法性判断标准的发展[J]. 法学, 2014(5): 69-79.
- [14] 何霞, 冉智勤. 《民法典》视域下“工作场所性骚扰”的用人单位责任[J]. 人权法学, 2023, 2(1): 43-60+151-152.