

性骚扰法律范畴论纲 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_80_A7_E9_AA_9A_E6_89_B0_E6_c122_483426.htm 所谓性骚扰,是指在工作场所、学校或公共场所,对异性或同性实施的含有性含义的语言、性要求或举动。该行为为对方所不欢迎;以一般人标准判断之,会有损对方尊严,令其心生畏惧,感受敌意或感到屈辱。性骚扰是一种就业中的性别歧视行为,违反了我国劳动法之规定。同时性骚扰也是一种侵害他人人格尊严的行为。我国(大陆地区)对性骚扰相关法律问题的研究基本上还处于一片空白。但性骚扰问题确实已大量存在,是不得不认真审视和谋求法律对策的课题。对性骚扰法律概念的界定是展开对相关法律问题研究的基础。这种界定可以澄清我们的研究对象,因而构成研究展开的逻辑起点。因为我国(大陆地区)对性骚扰问题的法律研究尚待拓荒,所以对基本概念的定义也是必须做的第一步工作。同时,对性骚扰法律概念的界定是对性骚扰进行法律规治的前提。首先是理论界对概念内涵和外延的探讨;然后得到立法者的认可,以法律规范明确我们国家所需防范和惩戒的性骚扰行为的准确含义和范围。任何概念,既有其特定内涵,也有其特定外延。内涵反映了该概念所表征的事物内在的规定性。而外延则是划清该事物与其他事物区别的外围边界,反映着其外在的规定性。因此对概念的界定,既要对其内涵加以阐释,也要对其外延加以澄清。对性骚扰这一法律范畴的认识路线亦不能外。我们怎样界定性骚扰法律概念的外延?如果换一个视角,从作为被研究对象的行为来考虑。对性骚扰外延的界定,实际上

反映着法学理论工作者或立法者对行为的一种评判。这种评判表现为如下的思维程式：此种行为是否构成性骚扰，并因此应被法律所否定？问题的关键在于，评判的标准是什么？也就是说学者或立法者依据怎样的考虑来对各种各样的行为进行取舍为什么允许某种行为发生，而反对另一种行为并令其承担不利的后果。笔者认为，评判的标准应该来源于所在国家的善良风俗和世界文明的进步潮流。一方面必须考虑这种涉及性的行为是否背离本国传统习俗和一般礼仪所形成的正常的行为范式。对性的问题有各自不同的思维习惯和处理方式。这种思维习惯和处理方式是长期历史发展沉淀下来，形成较为稳定的，也能为本民族大多数成员所接受的行为模式；同时也构成该民族传统文化的一部分。它可以被称之为礼仪，也可以被称之为习俗。但无论如何称谓，一旦它稳定、长期地存在于某个区域，并为其成员普遍认同，事实上也就构成一种习惯法。立法者和试图界定性骚扰概念的理论家都不能漠视它的存在；反而须认真地体会和考察本国的风土人情和生活习俗，研究一般公众对涉性问题的态度和一般行为方式；并把是否背离这种一般礼仪和行为方式作为区分性骚扰和合法行为的重要标尺。另一方面，性骚扰概念本来就是美国女权主义运动的产物，是女权主义法学家与不尊重女性的社会陋习和歧视女性的传统观念斗争的成果。人类文明处于不断进步之中，文明的进步必然表现为对传统习俗不断扬弃的过程。没有任何国家的文化传统可以永远不变地冰封起来。对于世界进步潮流，正如孙中山所言：“顺之者昌，逆之者亡”。无论你如何抗拒，它最终会以一种强大的作用力裹挟着你前进。一个国家对待性的传统认识和行为习惯也必

须不断加以检讨，自觉地顺应社会发展潮流，以文明行为方式取代不文明的传统陋习。从法律上界定性骚扰本来就是对本国传统观念的一种反思，因此又必须认真体会和借鉴国外的法律实践和法学理论，探寻文明发展的趋势，以求切合世界文明发展的潮流。总之，欲求对性骚扰概念的科学界定，既要重视和研究承载着传统文化的我国本土资源，以求能为我国大众心理习惯所接受；又要重视和学习标志着文明趋向的国外研究成果和立法、司法经验，以求能推动社会进步。本文即力求以此原则为指导，通过考察反性骚扰法律最为完备的美国的性骚扰概念发展趋势，结合我国既有的法律框架，并考虑我国大众的社会风俗，力图得出切合我国情况，又反映文明发展潮流的性骚扰法律概念。我们如何界定性骚扰法律概念的内涵？研究性骚扰的内涵问题，也就是探究性骚扰这一概念质的规定性；也就是性骚扰的本质是什么，如何定性的问题。对于性骚扰的内涵的认识，从国外的理论与实践来看，表现出一个不断深化的过程。同时对性骚扰行为性质的界定，也表现出一种清晰的发展趋向：就是要有利于通过立法有效地规制性骚扰行为，救济受害人。这种功利趋向具有天然合理性。我们讨论性骚扰的内涵问题时，也应该以此原则为指导。但如何才能有力地制止性骚扰行为，救济受害人，又视各国具体法律制度和社会环境而不同。我们的研究和立法、司法活动也只能在本国既定的法律框架内进行，完全移植国外的做法是行不通的。美国性骚扰法律范畴的演变发展趋势过去三十几年来，通过公平就业机会法律的规范，联邦各级法院相关判决的诠释，专门行政机关的推动，以及学者的探讨，已使美国成为反性骚扰规定和措施最为完备的国

家，而为其他各国竞相效仿。因而本文以美国为国外反性骚扰法律制度的范例来加以研讨。美国反性骚扰法令经过了三十几年的不断演进，才形成今天的体系；而且它还在不断的发展过程中。这其中相当重要一个方面表现在性骚扰作为一个法律范畴，其内涵和外延也处于不断演变之中。从这种演变中可以归纳出一些带有规律性的趋势，下面分别详述之。（一）、美国性骚扰法律概念外延的演变趋势 通过立法、行政机关的执法活动和学者的研讨，特别是美国联邦各级法院的判例和平等就业机会委员会不断颁布的指导原则（guidelines）的推动，性骚扰这一法律概念的外延呈不断扩大，涵盖面日益广泛的趋势。无论是客观方面还是主观方面，对性骚扰行为构成要件的要求愈发宽松。具体讲：1．客观方面构成要件的变化：（1）由受雇者性骚扰发展到包含非受雇者性骚扰（non-employee sexual harassment）早期美国司法和学界通行的性骚扰概念是针对雇主对雇员或工作中上级对下级而言，强调行为者利用职权，以影响受害人的就业条件、薪酬、职位升迁等相利诱或胁迫。例如1980年平等就业机会委员会颁布的指导原则（guidelines），将性骚扰界定为：“不受欢迎之性方面示好之举，要求性方面好处，或其他具有性本质之口头或肢体行为……（1）顺从该项行为是作为某位个人明示或默示之就业条件或情况；（2）个人顺从或拒绝该项行为，是作为影响他就业决定之基础；（3）该项行为之目的或结果，会不合理干涉某位个人之工作表现，或造成一胁迫性、敌意性或冒犯性之工作环境。”但1985年纽约州法院在Kersul v Skulls Angels, Inc. 一案中突破了这种看法，而发展出“非受雇者性骚扰”（non-employee sexual harassment）的概念，从而

使性骚扰的概念涵盖了由第三者（如顾客）对被害人加以性骚扰而造成损害的情况,并允许受害人依契约法提起不当干扰雇佣契约之诉（interference with an employment contract）。

（2）性骚扰行为的受害人（对象）从仅限于女性和异性，扩展到包含了男性和同性。最初凯瑟林A麦金侬提出性骚扰的概念，是顺从女权主义运动的需要，从妇女角度和经历提出的法律要求。因而着眼于男性对女性不检点的行为。但人们逐渐发现，虽然相对较少，但也存在女性对男性的性骚扰问题；这种行为同样会带来一系列不利后果，反映了一种反向的性别歧视。因而不应排除在性骚扰的法律概念之外。平等就业机会委员会在其1980年的指导原则（guidelines）中对此亦有回应。另一方面，关于同性间性骚扰可否依据一九六四年民权法第七章（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）提起性别歧视之诉的问题，一直是联邦下级法院未能解决的争议问题，相互矛盾的判决层出不穷。直至1998年4月3日，联邦最高法院对Oncale v.Sundowner Offshore Services, Inc. 一案作出终审判决，明确肯认同性之间亦可依据一九六四年民权法第七章禁止性别歧视之规定对性骚扰行为提起性别歧视之诉，即以判例将法律规制的性骚扰行为扩展到包含同性之间的性骚扰。（3）逐渐发展出“间接性骚扰”的概念，扩大了性骚扰概念的外延 对于工作场所性骚扰，传统概念中行为人需以就业条件、薪酬、职位等对受害人利诱或胁迫，或对持拒绝态度的受害人直接营造敌对性工作环境。1983年，自Toscauro v. Nimmo案始，联邦地方法院发展出间接性骚扰概念；认为管理监督者将晋升机会给予与其有染的其他员工，而对拒绝其性方面要求者予以差别待遇，即构成所谓间接

性骚扰情形。受害人可以基于性骚扰提起性别歧视之诉。

(4) 就敌意工作环境型性骚扰而言，对作为构成要件的损害后果的要求，亦逐渐弱化。1987年联邦第五巡回法庭曾在James v Flagship International一案的判决中认为，若性骚扰并未涉及有形的职务利益变化，则被害人须证明该项性骚扰行为相当普遍且具有摧毁性始可。而在Scotts v Sears, Roebuck Inc.一案中，第七巡回法庭则判决必须造成被害人心理衰弱（psychological debility）的后果，才能构成性骚扰。“心理衰弱”一时竟成为判断行为后果是否达到构成性骚扰之严重程度的通行标准。这一标准过于严苛，而且加重了受害人举证的责任；自然对受害人十分不利。所形成的较为典型的判例是认为在工作场所张贴色情图画，未形成严重后果，不构成性骚扰行为。九十年代以来，联邦上诉法院及地方法院通过一些判例逐渐对心理伤害的标准提出质疑，日渐弱化了对性骚扰行为后果严重程度的过高要求。特别是联邦最高法院1993年对Harris v Forklift Systems, Inc.一案的判决，明确提出应以“合理个人”（reasonable person）的客观标准结合受害人的主观感受，来认定是否已严重至构成敌意工作环境。并指出受害人的心理衰弱并非构成性骚扰的必要条件。所谓“合理个人”，即以一般人的心态揣度，其性骚扰行为已造成胁迫性、冒犯性或敌意性工作环境。这一标准因以一般人的心理状态、推及受害人，显然减轻了受害人的举证责任，而且对后果严重程度的要求也大大弱于“心理衰弱”的标准，可以说极大地降低了性骚扰诉讼的门槛。

2、主观方面构成要件的变化：从“并非自愿”到“不受欢迎”区分自愿、同意（voluntary）与欢迎（welcome），对传统的以是否取得女性

同意作为判断涉及性行为合法性标准的思想加以批判，这是女权主义法学家常用的分析工具。在性骚扰问题上，以麦金侬为代表的女权主义法学家也是一以贯之。麦金侬1974年提出的性骚扰概念即明确地以行为不受欢迎为标准。平等就业委员会1980年颁布的指导原则亦同。而1986年最高法院在Meritor Saving Bank v. Vinson案中，更是以判例形式昭示，性骚扰问题的关键并非在于该项行为是否出于受害人自愿，而在于它是否受其欢迎，从而使这一原则具有法律拘束力。这一进展对性骚扰的认定，意义尤为重大。因为对于回报式性骚扰而言，常常是以就业条件、薪酬、职位、考评等方面的好处加以引诱，而受害人为利益好处计也可能对性骚扰行为容忍和同意；或者迫于压力，为不失去原有就业条件，对性骚扰行为当时不得不持认许态度。这些情形中，受害人表面上都未抗拒，但内心却对性骚扰行为并不欢迎；同样给她（他）造成不利影响。赋予此种情况下的受害人以救济，也是必要的。

（二）性骚扰概念的内涵演化 在美国，对于性骚扰行为的性质的认识也经历了一个逐渐演进的历程。这种演进的主要驱动力来自于本世纪60年代始的女权主义运动和随之诞生的女权主义法学；也来自于应对日渐突出的性骚扰问题的要求。所以演变的基本趋向就是要更有利于规制和预防性骚扰现象，更有利于救济性骚扰行为的受害人。

1、确认性骚扰行为为性别歧视行为 虽然女权主义法学家是从性别歧视的角度提出性骚扰的概念。但在76年以前，联邦地方法院的几个判决都否定受害人可以依据一九六四年民权法案第七章关于禁止性别歧视的规定提起诉讼。直至1976年在William v Saxbe案中，联邦地方法院首次判决，回报型性骚扰构成一种

违法的性别歧视，而联邦上诉法院在随后的Barnes v Coastle一案中，重申了这一看法。以后虽有反复，但将性骚扰行为定位为性别歧视行为，逐渐成为司法中的主流观念。86年经最高法院Meritor Saving Band v Vinson一案的判决，更使争论尘埃落定。现在，依据联邦和各州的公平就业法律，特别是一九六四年民权法第七章禁止就业中的性别歧视的规定，对性骚扰者提起性别歧视之诉，已成为受害人谋求救济的主要手段。另一方面，依据一九六四年民权法设立的平等就业机会委员会，也成为政府规制性骚扰问题的主要机构。

2、逐渐摒弃性骚扰是个人行为的观念，并由此确立雇主责任。

早期阶段，性骚扰纯粹被理解为个人行为，与所在企业并无关联。譬如在Corne v Bausch & Lomb, Inc.一案中，联邦地方法院即认为员工中的性骚扰只能算个人的“异行”而已。但随着判例发展和平等就业机会委员会颁布的指导原则的推动，工作场所的性骚扰行为逐渐被理解为所在企业的一种团体行为。企业有义务为员工营造无性别歧视的正常就业和工作环境，这是民权法案赋予每一个企业的强行法上的义务。因此企业必须采取足够有效的措施防范性骚扰行为在工作场所的发生。平等就业机会委员会对企业所应采取之预防措施更是制订了内容十分具体详细的指导原则。随之发展的是雇主对工作场所性骚扰行为的责任。雇主责任的确立过程典型地体现了行政机构与司法机关相互呼应，推动进步的关系。先是联邦各级法院以判例突破，肯认员工之间的性骚扰行为，雇主亦应负责。而后平等就业机会委员会加以响应，甚至详细罗列雇主企业所应采取的防范措施和应承担的法律责任范围。雇主责任（employer liability）的问题，联邦最高法院在1998年

对Burlington Industries, Inc. v Ellerth一案的判决中十分完整清晰地加以了解释：雇主应负代理法律责任（vicarious liability）。雇主只有在以下极其严格的条件下才能免责：a.被害人未蒙受损失；b.雇主能证明已采取合理措施；c.被害受雇者本身未能合理运用这些措施，或避免遭受这类伤害。综上所述，性骚扰法律概念的内涵从最初的个人“异行”，发展到今天，主要被视为一种性别歧视行为；同时被视为企业行为，令雇主企业亦承担责任。其原因在于更有利于救济受害人。我国应如何界定性骚扰的概念？如前所述，对性骚扰法律概念考察国外的发展方向是一方面；同时要审视我国的性文化和传统观念，结合我国现有的法律体系，从外延和内涵两个方面来加以界定。兹分述之：（一）性骚扰法律范畴外延的界定1、性骚扰概念应包括工作场所性骚扰和公共场所性骚扰 性骚扰可分为三种情况：一是行政机关、企业事业单位内，上级对下级、雇主对员工或同事之间的性骚扰行为；二是员工在为单位工作中，遭受顾客性骚扰的情形；三是公共场所，例如公共汽车上，陌生人之间的性骚扰行为。第一、二类情形可以总称为工作场所性骚扰，而后者可称之为公共场所性骚扰。在美国，由于公共场所环境较为宽松，传统风俗上人与人也始终注意保持一定距离。因此为公共场所性骚扰行为提供的可能性较小；实际上美国的性骚扰主要表现在工作场所。所以无论是司法界还是理论界，都将性骚扰概念局限于工作场所性骚扰，而排除了公共场所性骚扰行为。我国的情况不同，由于在诸如公共汽车一类的公共场所里，往往拥挤不堪，人与人之间正常的生理距离都不能维持，这就使公共场所性骚扰成为很严重的现象；因此我们的性骚扰概念应该包括

工作场所和公共场所性骚扰两种情况。2、性骚扰的对象既包括女性，也包括男性；既包括异性，也包括同性。在我国，同性恋古已有之；现在也存在。女性对男性施以性骚扰的情形，虽然未曾见过明文记载，但以情理推测，也并非全无可能。所以我们应该借鉴美国性骚扰概念发展的趋势，亦将上述情况纳入性骚扰研究范畴。使我们未来对性骚扰的法律规制涵盖面尽可能宽广一些，以免遗漏。3、对性骚扰后果的要求，不应过于严格。弱化构成要件的要求，以扩大性骚扰概念的涵盖范围，以有利于救济受害人，是美国性骚扰概念外延演化的基本趋势。笔者认为，我国对性骚扰法律范畴的界定也应该采取这种态度。表现在对性骚扰后果的要求上，可以采纳美国联邦最高法院提出的合理人（reasonable person）标准。无论性骚扰行为是否给受害人造成有形的利益损失，只要依一般正常人的客观标准，该行为可能使受害人遭受心理或生理上的伤害，即符合性骚扰行为所要求之后果要件。4、主观方面以“不受欢迎”为判断标准，其合理性已如前述

（二）性骚扰行为的内涵 怎样认识性骚扰行为的性质是一个为性骚扰法律规制奠定方向的重要问题。实际上，对性骚扰行为的不同定性，就必然导致不同的救济方式。例如，从侵权行为的角度认识性骚扰，受害人就只能依据侵权法，请求侵权赔偿；从劳动法的角度认识性骚扰，受害人只能谋求依据劳动法和劳动合同起诉的救济方式；而从性别歧视的角度认识性骚扰，受害人就可以依据保障公平就业法律提起性别歧视之诉。而美国对性骚扰的定位最终确认为性别歧视行为，也是在其原有的法律框架内，寻找到的最有利于救济受害人的方式。我国大陆如何对性骚扰行为定性，才能为受害人

提供有力的救济手段？这必须在我国现有的法律框架内，并结合我国群众的心理习惯讨论之。如前所述，我国的性骚扰法律概念应包括工作场所性骚扰和公共场所性骚扰两种形态。笔者认为，对于工作场所性骚扰，其性质我们应界定为性别歧视和就业歧视行为，这是因为：（1）我国虽然没有专门的保障公平就业机会法律，但劳动法中已有禁止就业中性别歧视的规定；这就为以公平就业机会法律规制工作场所性骚扰提供了基本的立法支持。现在的问题是在劳动法中没有规定违反者的法律责任；也没有规定受害人的诉权。所以要真正使依据劳动法的規定谋求对性骚扰行为受害人的救济和规制性骚扰行为成为可能，我们还必须增加将性骚扰界定为性别歧视行为和赋予受害人诉权的具体规定。（2）将性骚扰行为界定为性别歧视，能够更加有效地规制性骚扰行为。通过公平就业机会法律来规制性骚扰，是国外反性骚扰法律实践业已证明的行之有效的办法，比较起通过侵权法来救济受害人的方式，它的优点主要在于：1. 体现了反性骚扰法律浓厚的公法色彩；2. 在公平就业机会法律平台上，可以设立专门的行政机关，指导和推动反性骚扰行动；3. 为受害人提供了区别于侵权法的救济途径；可以避免侵权法中受害人回临的举证困难等问题。另一方面，我们不应否认：性骚扰行为也是一种侵害他人人格尊严的侵权行为。这是因为：1. 性骚扰行为符合侵权行为的特征，本身是对受害人人格尊严的一种贬损。我们没有必要完全排斥通过侵权法救济的手段；2. 对于公共场所的性骚扰，显然不是就业中的性别歧视行为；通过侵权法的救济是比较有效的途径；3. 在女性应该端庄贤淑的传统性角色定位的指引下，遭受性骚扰的我国女性

更易感受到极度的屈辱，甚至损及其社会形象。因此性骚扰行为造成的人格尊严受侵害的后果更为明显。总而言之，性骚扰既是一种性别歧视和就业歧视行为；也是一种侵权行为，这样我们可以兼用公法和私法双重手段救济受害人。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com