



引用格式:付翠莲,张敦丹.论性骚扰侵权行为在《民法典》中的认定标准[J].郑州轻工业大学学报(社会科学版),2022,23(6):74-83.

中图分类号:D923 文献标识码:A

DOI:10.12186/2022.06.010

文章编号:2096-9864(2022)06-0074-10

论性骚扰侵权行为在《民法典》中的认定标准

On the criteria for the recognition of the tort of sexual harassment in the Civil Code

付翠莲,张敦丹

FU Cuilian, ZHANG Xiaodan

温州大学 法学院,浙江 温州 325035

摘要:性骚扰行为在法律层面上属于侵权行为,反对性别歧视、追求性别平等是“性骚扰”一词创设并引发相关法律规制的初始动因。《民法典》第一千零一十条将性骚扰纳入“人格权编”,其中,第一款规定了性骚扰的构成要件和法律后果,第二款规定了单位的安全保障义务,包含了违背他人意愿、实施与性相关的骚扰行为和针对特定的受害人三个认定标准,确立了特定场所防治性骚扰的义务。《民法典》确立了性骚扰认定标准的法定要素,在责任构成上,完成对性骚扰受害对象的去性别化过程;在空间的限制方面,开始由单一的职场规制向全面的基本人权保护的转变。在举证责任方面,对赋予原告的举证责任进行体系化解释。《民法典》的颁布积累了性骚扰立法的中国经验,并形成开放式条文结构,有望引导今后我国性骚扰立法转向引导型立法模式。

关键词:
民法典;
性骚扰;
人格权编;
认定标准;
法律规制

[收稿日期]2022-04-21

[基金项目]国家社科基金项目(19FFXB072)

[作者简介]付翠莲(1973—),女,内蒙古自治区乌兰察布市人,温州大学教授,博士,主要研究方向:社会性别理论、性别与法律问题;张敦丹(1995—),女,河南省郑州市人,温州大学硕士研究生,主要研究方向:宪法与行政法。

“性骚扰”概念最初来源于西方女权主义法学中的社会性别研究。自20世纪80年代后期引入我国以来,这一概念的内涵不断扩展,但迄今仍缺乏一个关于性骚扰法律概念的完整诠释。2020年《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)规定了性骚扰侵权在责任构成上的行为、过错和损害三个特殊要件,首次从国家立法层面明确了性骚扰法律概念,在责任构成上完成了受害对象的去性别化过程,在空间上的限制方面实现由单一的职场规制向全面的基本人权保护的转变,弥补了现有法律对性骚扰规制的不足,标志着我国已基本形成相对确定的性骚扰法律概念体系。以探究性骚扰的本质为立论基础,对《民法典》禁止性骚扰条款进行体系化解释,有助于构筑性骚扰概念在我国法律体系中的规范原理,为预防和规制性骚扰的司法实践提供参考。

一、性骚扰法律概念的内涵考察

由于文化习俗、道德观念和法律传统普遍存有差异,各国对于性骚扰的概念众说纷纭,目前国际上对性骚扰概念并没有一个统一的界定。对性骚扰概念和内涵进行溯源和解释,有利于从法律上厘清性骚扰侵权在责任构成上的特殊要件,探讨《民法典》中性骚扰认定标准,揭示性骚扰法律规制面临的复杂语境。

1. 性骚扰法律概念溯源及其内涵

性骚扰概念最初是由女权主义者针对性别歧视提出的。1979年,女权社会学者林·法蕾首次使用了“性骚扰”一词,她虽没有对性骚扰概念给予规范性的解释,但期望用适合的词语描述男性利用霸权迫使女性员工感到不舒服或者服从的现象,表达在职场中男性对于女性的剥削,而“性骚扰”一词与其所期望的描述对象具有契合性^[1]。学界公认的“性骚扰”作为正式的法律概念起源于1974年美国发生的“Wil-

liams 诉 Saxbe 一案”;到1979年,激进女权主义法学家凯瑟琳·麦金农在《职业女性性骚扰:一个性别歧视的案例》一书中首次明确指出,性骚扰是指通过滥用权力,在工作场所、学校、法院或其他公共领域,以欺凌、威胁、恐吓、控制等手段向妇女作出不受欢迎的与性相关的言语、要求或举止的行为^[2]。麦金农不仅提出了以性别歧视为基础的性骚扰概念,也创设了对性骚扰行为的法律追责理论,“性骚扰”一词作为一个法律概念开始被美国行政和司法部门接受。1980年美国平等就业机会委员会(EE-OC)最先将性骚扰定义为:“不受欢迎的亲近、性要求,以及其它基于性的言语或身体的侵扰行为,而屈从或拒绝会直接或间接地影响到受害人的就业,不合理地干涉到受害人的工作或导致胁迫、敌意或攻击性的工作环境。”^[3]1986年,美国联邦最高法院以“文森诉美驰银行案”为例,首次从法律规范上肯定了平等就业机会委员会对性骚扰的界定,并以判例的形式确认了性骚扰的两种基本类型,即交换利益型性骚扰和敌意工作环境型性骚扰。上述国外对性骚扰法律概念最初的界定具有开拓意义,但也存在时代局限性,如在发生场域上,性骚扰最初仅指发生在雇佣环境这一特殊的就业场所下的行为;在实施主体上,性骚扰最初指握有经济权力和掌控资源的男性基于性别优势对女性的性别歧视。

上述美国式性骚扰法律概念迅速传播,众多研究者对性骚扰议题的讨论逐步扩大到多个学科领域,不同学术流派多视角、多维度地对性骚扰法律规制问题的相互质疑和辩证,为反性骚扰的立法提供了更为扎实的理论基础。

以生物决定论为基础的自然生理学说以人类学和生物学为依据,主张性骚扰是由源于两性之间的性别差异所引起的一种性吸引而产生的^[4],只是一种无害的、最多是“无分寸的”、异

质化的行为和表达方式,这种“正常的”性行为不应当受到法律的干预,仅仅将性骚扰贴上不道德的标签,偏重对性骚扰行为的道德谴责和惩戒,忽视了法律对性骚扰行为的规制作用,不利于对性骚扰受害人的人权保护,被女权主义者诟病为企图强化男权统治的工具,加剧了不平等社会结构下的性压迫。

西方女权主义法学从反对性别歧视的角度,主张建立以性别平等为基础的性骚扰法律防治机制。麦金农等女权主义法学家关注性与性别霸权的关系,对法律和制度中所隐含的男性标准予以质疑,认为父权社会下的性别等级制度是社会的基本结构,女性与男性在权力的拥有上存在失衡,即“男性统治女性,男性从女性处掠取和掠夺”^[5],而性骚扰是两性之间社会权力配置不平等和地位不平等的集中体现,是维系男性对女性的统治地位、保障男性享有特权的功能性机制。美国行政部门和司法部门接受了麦金农这一“性骚扰”法律概念,美国平等就业机会委员会是最先对性骚扰下定义的行政部门。美国联邦最高法院将职场性骚扰行为定义为《民权法案》第七章所禁止的、基于性别的歧视行为,即在工作补偿、合同条款、劳动条件、雇佣特权等方面给予某人的歧视。

社会性别理论强调性骚扰中权力的支配来源于父权社会下的男性特权,认为,传统法律建构社会性别的基本方法是将人类划分为男人与女人,并依据不同的标准将男女两性分别置于公共领域与私人领域之中,以强化男权文化的社会性别等级模式^[6],忽视了权力本身的特性,即权力关系中的强势主体对弱势主体的剥削与压迫。社会性别理论主张从战略性角度将性骚扰行为指向传统父权文化和父权的制度结构。

以理查德·波斯纳为代表的经济分析法学派在实证经济学理论支撑下研究性骚扰问题,认为性骚扰是建立在人类理性意志选择之上的

一种针对性骚扰问题的法律约束议题,从而提出应当把性问题视为与道德完全无关的问题来处理^[7]的观点,主张相对于法律而言,道德对性骚扰问题的约束程度较弱,转而将性骚扰行为视为人的理性的行为而非某一抽象的思想或情感,这种理性地侵犯他人性权益、破坏社会价值理念和秩序的行为需要以更强制的法律手段来约束。

上述多学科交叉融合研究性骚扰问题,有利于在社会观念转变和法律变革层面推动完善防治性骚扰法律制度构建,将平等、自主、尊严作为基本价值追求加以考量,因为性骚扰是对这些社会价值理念和秩序的破坏^[8]。从社会法学的角度看,人们已不再单方面地关注男女之间的生理差异,而是通过男权社会文化中不平等的性别现状透视出强者对弱者的性支配,并逐步认识到性骚扰的本质——权力的滥用而非性的滥用,从而在性骚扰的规制方式与制度设计上强化性骚扰法律制度与防治机制,规定在同一环境下的强势方须负有与其权力相一致的义务。美国性骚扰的认定主要采取立法和判例两种形式^[9],而当前世界各国和地区关于规制性骚扰的立法模式,主要包括以美国为代表的“反歧视立法模式”和以欧盟为代表的“人格尊严受损立法模式”的“二分法”模式,以及“文化价值模式”“反歧视模式”和“反性别暴力模式”的“三分法”模式^[10]。这两种规制性骚扰行为的立法模式体现了职场保护主义和私权保护主义,前者对于性骚扰的法律规制是通过反性别歧视的理论路径实现的,而后者则是基于对自然人人格尊严保护的理論路径实现的。

2. 我国性骚扰法律概念与法律规制的缺失

自20世纪80年代后期“性骚扰”一词被引入我国以来,其内涵也在不断扩展,防治性骚扰的立法议程也随之启动。但由于当时立法急迫性弱,在立法技术上缺乏性骚扰案例与数据积

累,在性骚扰案件的举证责任问题上也缺乏成熟的解决方案,在《民法典》颁布以前,我国并未形成明确的性骚扰法律概念的界定,除地方立法外,我国尚无专门的单行法律法规规制性骚扰行为,目前我国性骚扰立法仍处于初始阶段。

1992年通过的《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)对性骚扰没有作法律上的规定,但为后续防治性骚扰预留了制度通道。此后,一些地方性法规对性骚扰作了宣示性和间接表示性的规定,如1994年湖北省地方性法规首次原则性地规定了“禁止对妇女进行性骚扰”,成为性骚扰概念正式进入我国法律体系的开端。此后,其他涉及性骚扰防治的相关法律法规陆续出台,但内容相对笼统模糊,缺少对性骚扰法律内涵的明确释意,可诉性低,在执法和司法过程中的运用甚为少见。在国家立法中,仅有以“妇女”作为保护对象的2005年修正的《妇女权益保障法》第四十条*、第五十八条**和《女职工劳动保护特别规定》第十一条***中明确了对性骚扰行为的规制,但这类法条没有明确界定性骚扰的法律概念,也没有合理的举证责任和证据规则,且性骚扰责任主体和救济方式不明确,特别是对于受害者投诉后,性骚扰受害人何去何从、有关单位和有权机关如何展开救济工作以弥补损害,以及处理相关投诉的有哪些具体部门都缺乏详细规定,以致有学者对该类条款所具备的法律规范的诉讼功能予以质疑。其他法条,如《中华

人民共和国劳动法》第十二条规定“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”,主要是从男女平等、杜绝性别歧视方面进行规制。在行政法领域,则是从保护受害人的人身安全和人格健全方面对行为人实施行政处罚,如《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第四十二条第五项****、第四十四条*****并没有专门针对性骚扰行为的明确规制。仅有个别地方立法对性骚扰的相关规定进行了细化和创新,如《浙江省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第三十三条“禁止以肢体行为、语言、文字、图片、电子信息或其他形式,对妇女实施性骚扰”的规定,明确了性骚扰行为的具体实施方式。这些地方性法规对性骚扰行为的规制为全国立法摸索积累了经验。

《民法典》在总结既有立法和司法实践经验的基础上,将性骚扰问题的法律防治纳入“人格权编”,在国家立法层面明确了性骚扰的法律概念,确定性骚扰是侵犯他人性意愿且涵盖性内容的骚扰行为,规定了性骚扰侵权的特殊要件与单位的安全保障义务。在责任构成上,性骚扰的对象包括异性和同性^[11]。《民法典》第一千零一十条第一款明确了性骚扰法律概念的内涵,并赋予受害人以人格权请求权,在国家立法层面上解决了长期悬置的性骚扰概念问题;第二款确立了用人单位承担反性骚扰民事法律义务。这标志着我国已基本形成了相对确定的性骚扰法律概念,并为性骚扰的

* 参见《妇女权益保障法》第四十条:“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”

** 参见《妇女权益保障法》第五十八条:“违反本法规定,对妇女实施性骚扰或者家庭暴力,构成违反治安管理行为的,受害人可以提请公安机关对违法行为人依法给予行政处罚,也可以依法向人民法院提起民事诉讼。”

*** 参见《女职工劳动保护特别规定》第十一条:“在劳动场所,用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。”

**** 参见《治安管理处罚法》第四十二条第五项:“多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息,干扰他人正常生活的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款。”

***** 参见《治安管理处罚法》第四十四条:“猥亵他人的,或者在公共场所故意裸露身体,情节恶劣的,处五日以上十日以下拘留;猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的,处十日以上十五日以下拘留。”

执法实践和司法实践提供了基本法律依据。可以看出,从性骚扰法律概念的引入到理念宣导和比较研究,并延伸到立法技术细节探讨,包括性骚扰的性质界定、构成要件、认定标准,发展到《民法典》明确规定雇主义务、法律救济和举证责任等,我国性骚扰立法在近30年的发展历程中正逐步走向成熟和完善。《民法典》的颁布完成了性骚扰法律防治本土化进程中的去性别化过程,从民法学意义上逐步确定了性骚扰受害人的请求权基础,在以人为本价值层面为我国性骚扰防治法律制度的完善提供了根本遵循。

二、《民法典》确立性骚扰法律概念的权利路径

《民法典》将性骚扰纳入“人格权编”,而性骚扰侵犯受害人人格尊严和性利益离不开平等、自由和尊严的理论范式,共同构成我国完善性骚扰防治法律制度的核心价值观念,为性骚扰的执法实践和司法实践提供法律依据。

1. 关于《民法典》确立性骚扰侵权客体的主张

《民法典》第一千零一十条明确规定了我国民事法律规范对性骚扰行为的认定标准与规制规则。虽然该条文的体系位置处于《民法典》“人格权编”,但学界对性骚扰侵犯了何种具体人格权却看法不一,大体说来,有以下三种观点。

其一,“身体权说”。该观点认为,将性骚扰的规制原则设置在《民法典》“人格权编”的“生命权、身体权和健康权”一章,把性骚扰作为侵害身体权的特殊行为进行界定,将性骚扰所涉人格权定性为身体权,针对《民法典》对性骚扰判定的三种标准,即《民法典》对于性骚扰所涉人格利益实际上形成了“身体权—其他具

体人格权—一般人格权”的保护路径^[12],只要是违背他人意愿而侵犯他人身体,就构成性骚扰的核心要素之一,即使对于那些曾经愿意但后来表示不愿意的受害人,行为人如果继续纠缠,也可以认定为违背他人意愿^[13]。因此,若采用身体接触、抚摸他人器官等行为实施性骚扰,则可能构成对身体权的侵害;若采用语言骚扰而未进行身体接触,则可能构成对名誉权或人格尊严的侵害;若采用电话骚扰或偷窥,则可能构成对隐私权中生活安宁的侵害^[14]。因此,“身体权说”将反性骚扰的条文置于身体权之中在体系上是合理的^[15]。

其二,“侵犯性自主权”*说。这种观点认为,《民法典》第一千零一十条保护的是以人的性利益为客体的具有一定支配性的权利^[16],即在认定性骚扰时,应当以行为人是否直接侵害了以人的性利益为内容的独立的具体人格权为前提^[17],现实中也存在性骚扰仅构成对性利益的侵害而未必构成对身体的侵害的情形。在《民法典》中,性骚扰条款被放置在“人格权编”的第二章,位列生命健康权之后和人身自由权之前。可见,性骚扰侵害的权利虽属于生命权、身体权和健康权的范畴,但从损害结果来看,性骚扰所侵害的受害人权益既可能属于身体性权利,也可能属于精神性权利。从性骚扰的本质来看,性骚扰不仅会侵犯承受方的身体权利,也会对承受方造成精神压力,还有可能给承受方带来经济损失。

其三,“侵犯民事侵权行为说”。这种观点认为,性骚扰是一种以侵犯他人人格尊严权为特征的民事侵权行为^[18],对性骚扰行为的民法规制可以依《民法典》“人格权编”第一章关于人格保护的一般规定进行解释和适用^[19],认为

* 性自主权是基于人身自由和人格尊严所衍生出来的自然人保持其性纯洁的良好品行,依照自己的意志支配性利益的具体人格权。

性骚扰行为人侵害了受害者作为法律关系主体的独立资格,即受害人作为一个“人”所应当享有的尊重被行为人破坏,行为人所实施的性骚扰行为实质上是对受害人一般人格的侮辱和不尊重。但人格尊严作为一般人格权的基本内容之一,具有一定的抽象性,是人格权利一般价值的集中体现,相较于类型化的具体人格权而言,人格尊严的具体外延很难界定,这在一定程度上加大了对性骚扰认定标准的难度,不利于对性骚扰受害人的切实保护。

2.《民法典》确立一般人格权作为性骚扰侵权客体的合理性

《民法典》正式实施后,不少学者在对性骚扰侵权客体的解读上存在分歧。根据我国目前立法规制状况,性骚扰侵权客体应为一般人格权。首先,不同侵权客体均为人格尊严和人身自由的下位概念。就性骚扰侵犯受害人的身体权和健康权而言,一方面,立法对身体权的单一性保护将性骚扰的侵权方式限制在了对受害人身体的直接接触上,特别是对受害人私密部位的触摸或抚慰,而对于言语、文字、图像信息等非直接接触方式的忽略,则规避了对性骚扰受害者权益的全面保护。另一方面,立法如以健康权作为性骚扰侵权的保护客体,侧重于从性骚扰行为所造成的后果分析对实施者行为的界定,虽强调了性骚扰行为带给受害人的心理创伤,但在一定程度上忽略了对性骚扰受害人的性利益的考量。其次,若以性自主权作为性骚扰的侵权客体,则强调性骚扰受害人的自主自愿意志,即侧重于对性骚扰受害人主观意愿之判断,具有较强的不确定性,在具体实践中,容易出现同案不同判的情形,且以性自主权作为侵权客体不仅在我国立法制度中缺乏法律依据,也容易引起性交易合法化的社会问题,容易激发更为复杂的社会矛盾。再次,一般人格权涵盖了人格平等、人格独立、人格自由、人格尊

严等全部内容,对性利益主体的保护具有普遍性,在内容上较“身体权说”“健康权说”和“性自主权说”更具广泛性。可见,无论性骚扰行为以何种方式发生或会造成何种结果,在本质上都是对受害人人格尊严与性利益的侵害。但不可否认的是,性利益作为人的一项基本权利,其表现形式具有多样化的特征,如果仅以一般人格权概括性骚扰侵害的法益,则无法在实践中明确性骚扰的具体界定标准。目前我国立法实践并未明确以某一具体权利来表示对性利益的维护,如果单纯地以受害人的性利益规制性骚扰行为,既在学术层面上缺少相应的学理基础,也在立法方面缺乏相关的法律依据。因此,以一般人格权作为性骚扰的侵权客体则可以有效规避这一弊端。

此外,从性骚扰概念确立的内容来看,一般人格权较身体权、健康权和性自主权而言更具广泛性,有较强的涵盖力。根据《民法典》第九百九十条中两个条款的规定,不难看出,该条第一款是对一般人格权的列举式规定,而第二款的兜底性规定中就恰恰包含了性骚扰的侵权客体。性骚扰的客体应当是自然人在享有该条第一款规定的生命权、身体权等具体人格权之外的基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益中的一种人格权利,但目前我国立法中并未对性骚扰的侵权客体作出准确界定,故以一般人格权作为性骚扰的侵权客体与实际相符,体现了立法者对《民法典》制定和适用的科学性与严谨性,也为司法实践提供了较为广阔的空间和维度。从“侵权责任编”的内容来看,一般人格权作为一项法定人格权,是性骚扰侵权责任确立的基础。因此,《民法典》将一般人格权作为性骚扰的保护客体,贯彻了以人为本的思想,具有维护社会大众民事权利的功能,突显了对性骚扰受害人利益的全面关怀,为性骚扰受害主体权益的综合保护奠定了基础。

三、《民法典》确立性骚扰认定标准的法定要素

权力滥用与性骚扰的耦合,一直以来都是性骚扰法律治理中的难题。《民法典》第一千零一十条第一款“违背他人意愿,以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的,受害人有权依法请求行为人承担民事责任”的规定,构成有关性骚扰认定标准的法定要素。从违背他人意愿、实施性骚扰行为和受害人依法请求赔偿的转介条款中来分析该法律条款,可为司法实践提供思路。

1. 对“违背他人意愿”的分析

该要素是《民法典》第一千零一十条对性骚扰主观构成要件的体现。所谓“违背他人意愿”,即性骚扰行为人主观上具有违背受害人自主意志的故意,要从相对方的主观感受上来衡量。有学者认为,如果考虑将难以证明的行为人的主观动机作为要件,不仅不利于对行为人进行追责,也不利于对受害人进行救济^[20]。由于该要素的主观判断标准过于宽泛,受害人需要列举足够有说服力的证据来证明实施者的性骚扰行为违背了自己的主观意愿,这相较于其他侵权行为并非易事。从语义构成上看,就行为人而言,“违背”要素要求性骚扰行为须以行为人主观故意为前提;就受害人而言,可以将“违背”要素理解为与其性合意相悖,是对法律上性自主原则的违背,无论拒绝的方式是明确或直接作出拒绝还是以躲避或逃离的行为间接表达非自愿,均不影响对违背受害人真实意愿的认定。因此,可参照民事法律关系中合同的“双方意思表示真实”要素,将性骚扰实施者以某种方式或手段迫使承受方作出与其真实意愿相悖的意思表示认定为违反了民法自愿平等的

基本原则,不认定为“有效”的意思表示,特别是在非制度性权力关系中,表面上看,服从意识系性骚扰受害人接受被骚扰行为的真实意思表示,但从根本上看,受害人在遭受威胁后权衡利弊之下作出的服从并非其自主自愿的真实意思表示,故在性骚扰该构成要件中,应当将“意愿”理解为性骚扰受害人的自主意志,而受害人迫于压力所作出的屈从并非“自愿”。此时,双方关于性互动的结果从本质上看即为一方将己方意志强加于另一方的表现。

在民事法律关系中,从行为人立场看,“违背他人意愿”这一要素要求性骚扰行为人主观故意,即行为人须对其实施的性骚扰行为有明确认识,须知晓该性骚扰行为是与性相关的,即行为人须对“性”和“骚扰”有共同的认知意志,明知自己的性意思表示“不受欢迎”仍实施“骚扰”行为,并希望达到一定目的而呈现的主观心理状态,一般是通过行为或者言语表达出来的,是行为人的意识能动性的体现。因为当义务与法律责任和行为人所欲达到的目标相一致时,该意志便有了法律意义^[21],行为人在其意志支配下所实施的行为即为受法律规制的行为。例如,“闫某诉齐某短信性骚扰纠纷案”^{*}中,法院认为界定骚扰者的主观故意是判断齐某是否希望或放任自己带有性意识的行为违背被骚扰者的主观意愿。从受害者的立场来看,“违背他人意愿”要求受害人对其所遭受的性骚扰持不愿意、不欢迎、不接受,甚至是由反感、害怕、恐惧到厌恶、愤怒的否定态度。但“同意”或“不同意”是一种主观心理状态,其外在表现形式多样,不能简单把“不同意”理解为在客观上必须有所反抗,从而将受害人无反抗或不能反抗认定为其同意行为人的侵害。法院对此的判断标准通常是考察受害人是否表示反

* 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书(2004)朝民初字第05892号。

感、厌恶、拒绝或作出挣扎、躲避触碰等的反抗行为。例如,“××与张家港×××精密机械有限公司劳动争议案”^{*}中,受害人短暂的两次挣扎和躲闪行为即为其所表示的对骚扰者行为的厌恶和反抗。

从《民法典》确认性骚扰法律概念的法条结构上看,该条款被置于“人格权编”的有关“身体权”规范的位置,属于对自然人绝对权利的保护条款,即任何组织和个人均负有不得侵犯他人性权利的义务,是针对不特定人的具有普遍约束力的规范。因受生存和成长环境等多种因素的影响,不同人对性骚扰的认知态度也缺乏统一标准,在现实生活中,经常会出现当事人双方对与性相关的骚扰行为判断不一致的情形,采用客观判断标准认定性骚扰构成的基础,有利于司法的公正。从《民法典》第一千零一十条的规定来看,行为人实施与性相关的骚扰行为的认定首先要看该骚扰行为是否“违背他人意愿”,体现了性骚扰在法律上的相对性,突出了性骚扰是平等法律主体间的侵权行为的特征。

2. 对实施与性相关的骚扰行为的判断

从本质上看,与性相关的骚扰行为的实质是权力滥用与性骚扰的耦合。据此,有学者将性骚扰划分为权力型性骚扰和平权型性骚扰,也称之为制度性权力关系中的性骚扰和非制度性权力关系中的性骚扰。前者从实施与性相关的骚扰行为的加害主体角度分析,主张权力型性骚扰案件中加害人的预期受罚的成本低于平权型性骚扰案件,且以“北京××性骚扰案件”为例,提出受害者拒绝性骚扰后易遭受性骚扰行为人(即权力拥有者)报复的观点,说明了权力在性骚扰案件中的作用^[22];后者从与性相关

的骚扰行为的实施环境分析两种类型的性骚扰行为,其目的并非单纯地比较不同权力环境下性骚扰行为的严重程度,而在于说明其来源和根据的差异,以寻找符合以上两种类型性骚扰的法律约束机制。需要注意的是,虽然权力的滥用是行为人实施与性相关的骚扰行为的根本成因,但这并不绝对排除受害人主观意愿作为法律衡量性骚扰成立的要素。因为无论是实施者威胁恐吓还是让渡资源、给予好处,均是对受害者主观意志的逼迫,是性合意促成过程中的阻碍条件。

《民法典》将言语、文字、图像、肢体行为作为性骚扰的行为载体,明确了性骚扰是以语言、文字、图片、视频、肢体动作等方式表现出的与性相关的具有敌意的骚扰行为,突破了肢体接触的单一界定标准。而相较于显性的肢体接触行为,对文字、言语是否符合“含有性行为的暗示”的判断,法院对此的判断标准并不统一。例如,“殷某诉刘某名誉权纠纷案”^{**}中,法院关于“潜规则”一词的认定是根据具体语境与社会大众之普遍认知作出的解释,认可了在当时的情境下,殷某所发送的短信内容含有性行为的暗示。而在“金某与×××复合材料有限公司劳动争议案件”^{***}中,法院认为金某在微信聊天中所提及的要求向某陪客户睡觉的内容确有不妥,但尚未达到含有性行为暗示的程度,故而该行为不构成性骚扰。可见,在司法实践中,法院对与性相关的行为的判断标准有较大差异。本文基于对性骚扰本质的分析,可以看出实施与性相关的骚扰行为要素主要针对的并非以达成性合意为目的的性骚扰行为,而强调以满足自身的恶意性趣味或性快感为目的的性骚扰,弱化了性骚扰的“性”特点,将“骚扰”本身

* 参见江苏省苏州市中级人民法院民事判决书(2018)苏(05)民终7907号。

** 参见海南省保亭黎族苗族自治县人民法院民事判决书(2016)琼9029民初405号。

*** 参见江苏省苏州市工业园区人民法院民事判决书(2017)苏0519民初9774号。

归于目的。从形式上看,“骚扰”一词意指扰乱他人,使之不得安宁。主观上,“骚扰”行为可以被理解为受害者不需要的或是不想要的,具有逼迫性含义。客观上,“骚扰”又带有不可拒绝性和被动承受性,属于胁迫行为。结合我国法律体系,在性骚扰行为中,并不会发生诸如性暴力行为中的危险暴力手段,故其多被人误以为是“无关痛痒”的行为,其危害程度较于《刑法》关于强奸罪的规定稍轻,如果侵权人使用暴力手段违背他人性自主意愿而实施与性有关的行为,即超出了性骚扰的范围,有可能构成强制猥亵罪或强奸罪^[23]。

3. 关于性骚扰受害人的认定

《民法典》第一千零一十条第一款打破了传统的性别二元思维,解构性别二元的原始分类,不仅使男性的权利在《民法典》中得到了保护与尊重,也将性骚扰行为的受害人明确指向了特定对象——对他人实施。一方面,针对性骚扰的受害群体具有不特定性,即法律约束普遍人实施性骚扰;另一方面,针对性骚扰行为本身的双方性,即判断行为是否构成性骚扰要看该行为是否针对某特定主体,也就是说,如果行为人的性骚扰行为没有施加于某人,而是令并没有承受该性骚扰行为的第三人感到不悦,那么也不应当将行为人的行为认定为性骚扰。在“杜某与吕某性骚扰损害纠纷案件”^{*}中,二审法院认为杜某在公共场合讲“黄段子”的行为虽使其他两名酒店员工感到不悦,但不具针对性,仅能够为吕某关于曾受杜某性骚扰的主张提供高度可能性的辅证。可见,超出一般性、礼节性交往范畴的玩笑行为,仅在针对特定主体时才可构成法律意义上的性骚扰的要件。也就是说,受害人特定并不意味着一个性骚扰行为不能有多数受害人。结合《民法典》“侵权编”

不难看出,该要素还涉及性骚扰案件的证据问题:在一般民事侵权案件中,法官通常适用“谁主张,谁举证”的证据规则判案,但是要求被害人承担一般举证责任虽然合法,事实上却是无视性骚扰的特殊性,忽视了受害人在遭受性骚扰过程中的弱势地位。

四、结语

性骚扰不仅是一个社会问题,也是一个法律问题。对《民法典》中禁止性骚扰条款的阐释和研究是民法学界乃至整个法学界都不可忽视的重要任务,也是对女性权利的保护和实现性别平行的最有效手段之一。《民法典》立足我国现实国情,将性骚扰的保护主体扩大到参与民事活动的所有民事主体,不仅符合民众追求权利平等的愿望,也为反性骚扰立法跨出了具有里程碑意义的步伐。《民法典》中规定的有关性骚扰的法律构成要件及其规制,能够为法官在审判案件时提供依据,也可为完善对性骚扰的法律规制提供思路。当然,《民法典》只对性骚扰作出原则性的规定,如肢体上的不当接触或言语甚至是眼神上的轻薄等,具体在实践中应当如何把握和判断,相关的法律解释仍缺少明确统一的认定标准。但《民法典》关于防治性骚扰的规定构成了开放性的条文结构,为今后如何认定性骚扰提供了一般性标准,并对后续相关法律形成特定领域的性骚扰防治规则提供了参考。《民法典》有关防治性骚扰的规定,并非性骚扰立法体系的封顶或终结,而是激活和引导了后续立法进程^[24]。2022年10月30日审议通过新修正的《妇女权益保障法》对性骚扰的规制成为增加最多的内容之一,在第二十三条第一款首次采用对性骚扰概念进行的原则性界定,即“违背妇女意愿,以言语、文字、

* 参见北京市第二中级人民法院民事判决书(2021)京02民终5153号。

图像、肢体行为等方式对其实施性骚扰”;在第二十四条、第二十五条分别规定了学校和用人单位防治性骚扰的责任,列举了八条措施来预防和制止对妇女的性骚扰。可以看出,《民法典》明确了性骚扰的概念和构成要件,规定了特定场所防治性骚扰的义务,积累了性骚扰立法的中国经验,并形成开放式条文结构,有望引导今后我国性骚扰立法转向引导型立法模式。《民法典》、新修正的《妇女权益保障法》,以及其他类似法律法规指向特定场所的性骚扰具体规制,将防止性骚扰规定为用人单位的义务,也为后续进一步完善性骚扰立法体系提供了发展空间。

参考文献:

- [1] 范继增,王璟玥.反歧视抑或尊严:性骚扰概念全球移植下的困境与共识[J].中德法学论坛,2019(2):36.
- [2] MACKINNON C. Sexual harassment of working women: a case for sex discrimination [M]. New Haven: Yale University Press, 1979: 172 - 173.
- [3] 骆东平.美国性骚扰概念界定的深层分析[J].法学论坛,2011(4):129.
- [4] 曹艳春,刘秀芬.职场性骚扰雇主责任问题研究[M].北京:北京大学出版社,2016:111.
- [5] SEPHANIE M H. Theories of sexual harassment [M] // DONOHUE O W. Sexual harassment: theory, research, and treatment. Boston: Allyn and Bacon, 1997: 113 - 114.
- [6] 周安平.性别与法律:性别平等的法律进路[M].北京:法律出版社,2007:34.
- [7] 波斯纳.性与理性[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2002:146.
- [8] 薛宁兰.防治性骚扰的中国之路:学说、立法与裁判[J].妇女研究论丛,2021(3):88.
- [9] 耿殿磊.美国的性骚扰概念及其发展[J].河北法学,2010(4):172.
- [10] 管斌.美国反性骚扰的规制沿革及启示[M] // 劳动法评论:第1卷.北京:中国人民大学出版社,2005:56.
- [11] 曹相见.民法典禁止性骚扰条款释论[J].东方论坛,2021(2):99.
- [12] 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(7):49.
- [13] 黄薇.中华人民共和国民法典人格权编释义[M].北京:法律出版社,2020:90.
- [14] 王利明.人格权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2018:314 - 315.
- [15] 王利明.民法典人格权编草案的亮点及完善[J].中国法律评论,2019(1):96.
- [16] 杨立新.人格权法[M].北京:法律出版社,2011:626 - 627.
- [17] 杨立新.民法典人格权编草案逻辑结构的特点与问题[J].东方法学,2019(2):4.
- [18] 汪代华.防止性骚扰亟待进行法律规范[N].团结报,2021-04-03(06).
- [19] 温世扬.民法典人格权编草案评议[J].政治与法律,2019(3):2.
- [20] 王利明.民法典人格权编性骚扰规制条款的解读[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2020(4):1.
- [21] 何立荣.性权利的刑法规制研究[M].北京:中国法制出版社,2017:60.
- [22] 骆东平.论性骚扰的类型划分[J].三峡大学学报(人文社会科学版),2009(5):71.
- [23] 赵合俊.妇女性人权与妇女法的修改[J].环球法律评论,2004(2):178.
- [24] 王理万.性骚扰立法的中国经验与前景展望[J].妇女研究论丛,2022(5):83.