

《民法典》反性骚扰条款的制度检视与规范再造

——以 2022 年修订的《妇女权益保障法》为分析背景

张夏子*

摘要:《中华人民共和国民法典》关于性骚扰的去性别化规定对我国反性骚扰立法有重要意义。但仅以侵权逻辑理解去性别化,无法解读 2022 年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》反性骚扰条款的性别特定化逻辑,也将导致性骚扰认定存在性别盲点,进而影响防治效果。2022 年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》仍坚持反性骚扰的性别特定化逻辑确有必要,其不只是对《中华人民共和国民法典》反性骚扰条款的补充和细化,更在于强调从性别歧视视角关注妇女所处的结构性不利地位,并通过民法特别法链接条款的衔接,全面实现民法典的性别平等价值目标。鉴于此,应在侵权逻辑基础上引入性别歧视视角,再造《中华人民共和国民法典》反性骚扰条款的规范内涵。性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性,对其认定要件的理解应适当拓宽,单位防治义务的设定应增加反性别歧视内容。

关键词:性骚扰 民法典 妇女权益保障法 去性别化 性别特定化

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 1010 条反性骚扰条款一直被誉为人格权编的一大亮点。^① 该条规定:“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。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施,防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”相较于此前以《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》)(1992 年生效、2005 年第一次修正、2018 年第二次修正、2022 年修订)为核心,仅将性骚扰的保护对象限定于女性的“性别特定化”立法,《民法典》第 1010 条不再区分男女,而是以“他人”替换了“妇女”,扩展了受保护对象的

* 上海财经大学法学院博士后研究人员、浙大城市学院法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金资助项目(20CFX077)

① 参见王利明:《民法典人格权编的亮点与创新》,《中国法学》2020 年第 4 期。

范围,填补了男性受性骚扰者长期缺失法律保护的空白,确立了“去性别化”的反性骚扰立法模式。不少学者都对此给予了高度赞誉,认为这是我国反性骚扰立法的进步,对我国反性骚扰法律规范的建设具有重大引领意义。^①

为了更好地适应和衔接《民法典》,全国人大常委会对《妇女权益保障法》进行了“大修”(新法自 2023 年 1 月 1 日起施行),参照《民法典》第 1010 条在 2022 年修订的《妇女权益保障法》第 23 条、第 24 条、第 25 条和第 80 条中对反性骚扰规范进行了细化和补充,但仍然将受保护对象限缩为妇女。如果《民法典》的“去性别化”立法是对以往反性骚扰“性别特定化”立法的拨乱反正,那么 2022 年修订的《妇女权益保障法》再次坚持“性别特定化”似乎在提示我们不应过于简单地理解“去性别化”。至少在立法者的视角下,性骚扰法律规制的“去性别化”与“性别特定化”并非两种互相排斥的立法逻辑,也非“先进”与“落后”的关系。两者之间的关系以及《民法典》“去性别化”的真正内涵都有待进一步挖掘和提炼。鉴此,在 2022 年修订的《妇女权益保障法》实施背景下,笔者对《民法典》反性骚扰条款的“去性别化”立法进行反思,以期能够更好地落实 2022 年修订的《妇女权益保障法》与《民法典》的衔接,更准确地理解《民法典》“去性别化”的立法逻辑,从而构建融贯的反性骚扰法律制度。

二、民法典去性别化侵权逻辑下反性骚扰条款的制度检视

(一)对性骚扰去性别化的规范逻辑解析

《妇女权益保障法》在 2005 年首次修正时新增“禁止对妇女实施性骚扰”条款,正式开启了我国反性骚扰立法进程,也成为我国性骚扰法律规制以性别特定化立法为起点的标志。有学者认为,这在我国有其必然,一方面性骚扰在西方学术语境下是性别歧视的重要问题,传入我国时就被用来专指男性对女性的性骚扰行为;另一方面,制定保护妇女的专项法律既是应对当时社会普遍存在重男轻女观念的迫切需要,也符合改革开放后我国重视对妇女权益保护的法律政策目标。^② 尽管性别特定化立法承认了性骚扰兼有性别歧视属性,但“性骚扰属于性别歧视在中国理论和实务界看来颇为费解”。^③ 在 2005 年修正的《妇女权益保障法》新增禁止性骚扰条款之后,实践中几乎所有的性骚扰案件仍适用民事侵权法处理,性骚扰被定性为“人格侵权行为”,《妇女权益保障法》性别特定化逻辑所蕴含的性别歧视视角成了“摆设”。以至于有学者称,“这些带有性别歧视特点的立法效果不彰……遭遇挫败……反而要等待民法侵权模式的拯救”。^④

《民法典》反性骚扰条款的规定恰好符合学者们的预期。首先,去性别化最显著的表现就是将男性受性骚扰者也纳入法律的保护范围内,实现受害人保护范围的全覆盖,弥补了《妇女权益保障法》的立法空白。其次,如有学者所言,“将女性仅仅理解为性骚扰的受害者,这本身并没有

^① 有不少学者肯定了我国民法典反性骚扰立法去性别化的进步意义。参见王利明:《民法典人格权编性骚扰规制条款的解读》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 4 期;谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021 年第 1 期;王倩、於舒琳:《职场性骚扰的救济困境及裁判出路——基于司法案例的分析》,《人权》2022 年第 2 期;张新宝:《单位的反性骚扰义务与相关侵权责任研究》,《中国法学》2022 年第 3 期。

^② 参见谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021 年第 1 期。

^③ 郑永宽:《论单位未尽防治性骚扰义务的民事责任》,《北方法学》2022 年第 3 期。

^④ 郭晓飞:《性骚扰是性别歧视吗:一个法理的追问》,《妇女研究论丛》2021 年第 1 期。

超出歧视女性的逻辑,甚至会在某些方面上强化对女性的歧视……如社会性别概念的目标是去性别化一样,性骚扰的法律概念也需要去性别化”。^① 因为从长远来看,促进性别平等最终都是为了使“性别作为一个社会分层因素越来越不重要,使所有个人在地位上完全平等”。^② 依此理解,性别特定化立法似乎被认为只具有阶段性意义,去性别化才是反性骚扰立法的最终目标。

在立法目的和价值目标上,去性别化的进步意义无疑值得肯定。但是,迄今的研究和实践大多将《民法典》的“去性别化”简化为一种人格侵权的规范逻辑。例如,有学者指出,《民法典》对性骚扰问题的规制采取保障受害人人格权的立法路径,表明立法者已经承认性骚扰是对自然人之人格权的侵犯,与受害人性别和行为人性取向无直接关联,也并不关联到女性在社会关系和劳动秩序中所处的从属地位。^③ 再如,有学者称,明确性骚扰是对自然人人格权利的侵害,进而对性骚扰的法律规制突破性别歧视的藩篱而向权利一体保护的方向发展,更具有理论正当性。^④

可见,《民法典》第1010条对性骚扰去性别化的立法逻辑被理解为男女形式平等的人格侵权逻辑,确认了妇女享有与男子平等的性自主权利,并假定性骚扰双方的角色可以互换。妇女可以成为性主体,男性当然也可能是性骚扰的对象,至于为何针对妇女的性骚扰比例更高,只是个概率问题。《民法典》人格权编的反性骚扰条款旨在维护的最重要价值是人之为人的尊严。^⑤ 然而,这种理解限缩了“去性别化”的内涵,若考虑到当下社会性别状况,将去性别化理解为人格侵权会导致权利保护上的局限性。

(二)侵权逻辑下性骚扰认定存在性别盲点

《民法典》第1010条第1款属于“不完全法条”,即便没有该款规定,受害人仍可以《民法典》第1165条第1款为请求权基础,请求具体加害人承担侵权责任。^⑥ 换言之,对是否构成性骚扰的实质判断是以侵权责任构成要件作为标准的,第1010条的意义在于突出性骚扰的特殊要件。

1. 主观要件:违背他人意愿

《民法典》第1010条第1款首先强调的特殊要件是“违背他人意愿”,这起到“把关”作用,将性骚扰与两相情愿的社会交往行为区分开来。“从语义逻辑来说,所有的‘骚扰’都是违反意愿的,符合他人意愿的行为不可能构成对他人的‘骚扰’。”^⑦ “违背意愿”实际上突出了性骚扰只能是故意为之的“强迫行为”,^⑧而这在实践中会有两个方面问题。

一方面,“违背意愿”的证明通常要求受害人明确表示拒绝或反抗,但去性别化的侵权逻辑预设了男女“与他人形成性合意的意志能力”“接受或拒绝他人性意愿的能力”^⑨均相同,并没有考虑性别结构性不平等可能导致妇女拒绝性骚扰的能力与男性拒绝性骚扰的能力存在现实差

① 谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021年第1期。

② 张新宝:《单位的反性骚扰义务与相关侵权责任研究》,《中国法学》2022年第3期。

③ 参见叶小兰:《〈民法典〉时代职场性骚扰的人格权法规制》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2023年第3期。

④ 参见王毅纯:《民法典人格权编对性骚扰的规制路径与规则设计》,《河南社会科学》2019年第7期。

⑤ 参见杨立新:《民法典分则各编的核心价值是维护人的尊严》,《福建论坛》(人文社会科学版)2019年第5期。

⑥ 参见曹相见:《〈民法典〉禁止性骚扰条款释论》,《东方论坛》2021年第2期。

⑦ 谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021年第1期。

⑧ 参见蒋月、苏琦、潘锦涵:《防治职场性骚扰的法律困境与完善进路——以147个相关民事讼案为样本》,《中华女子学院学报》2021年第6期。

⑨ 参见谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021年第1期。

距。有数据显示,在业的女性当中只有 2.2% 为国家机关、党群组织或企事业单位的负责人;高层次人才所在单位一把手为男性的占到 80.5%。^① 在“双一流”建设高校中,女性校级领导干部平均仅占到 12.6%。^② 也就是说,在统计学意义上,当前我国女性在经济社会权力结构中仍处在较不利的地位,使其难以成为享有“权力”的一方。权力上的落差导致女性会有更强的依附性,产生“被迫自愿”现象。除此之外,“拒绝能力”还受社会性别文化观念影响。“强大的社会力量将妇女限缩于消极、柔弱、顺从且易受男性主导的位置,尤其在性事上更是如此,常常有效地限制妇女在性方面的主动性或使其在拒绝时无法坚持己见。”^③ 男女两性在拒绝性要求或性提议时有不同的社会基础,如果未能考虑背景的不同而采取一致标准,那么可能导致更多女性受害人无法完成主观要件的证明而失去救济机会。

另一方面,“违背意愿”意味着《民法典》对行为人的主观过错仅考虑“故意”情形,排除了“过失”的可能性,包含不够全面。事实上,一些外观上性别中立的行为可能是性别歧视文化和制度背景下的产物。尽管行为主体在实施行为时并未故意针对特定妇女,但其后果却对妇女造成了严重的困扰。例如,行为人因为对方是“女人”而进行言辞骚扰,其本人可能并无骚扰的故意,但实际后果却是冒犯了妇女,甚至对她平等地参与工作或学习造成了阻碍。此类非“故意”行为导致的性骚扰无法获得有效救济。

2. 客观要件:行为具有违法性

《民法典》第 1010 条第 1 款列举了性骚扰具体呈现的样态,包括“言语、文字、图像、肢体行为等”。但行为究竟要有多严重、多恶劣才能达到侵权法所禁止的违法性程度,还有待性骚扰案件的裁判者进一步作出判断。裁判者通常需要进行“‘设身处地’地移情性思考”,^④ 考虑客观上一个理性人会如何作出评价。去性别化所比对的人格化形象应该是中性的、具有理性且不被情感左右,如此才可能成为“客观”参照标准。但事实上,已有“大量的社会科学研究表明,男性和女性对性骚扰的看法是不同的”。^⑤

是否构成性骚扰的问题实际上是社会性别化建构的问题,人们对男女在与性有关的问题上有着不同的社会性别角色期待,“实行男女双重标准”,形成了“对男人宽容对女人苛责的性道德和性规范”。^⑥ 而在性别中立的“幌子”下,有些女性认为受到冒犯的行为,对于男性而言却是“正常的”,甚至会认为是女性太过敏感了。依据所谓的客观中性标准非但无法作出客观公正的判

^① 数据来自“第三期中国妇女社会地位调查数据”。该调查还发现,在高层次人才所在单位中,20.6% 的单位存在“只招男性或同等条件下优先招用男性”的情况;30.8% 的单位存在“同等条件下男性晋升比女性快”的情况;47.0% 的单位存在“在技术要求高、有发展前途的岗位上男性比女性多”的情况。类似结论还可参见王丽萍:《社会性别视角中的法治文化》,《政法论丛》2015 年第 3 期。

^② 参见杨若栏:《“双一流”建设高校女性校级领导干部比例统计及其提高路径》,载刘小楠、王理万主编:《反歧视评论》(第 10 辑),社会科学文献出版社 2023 年版,第 318 页。

^③ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979, p. 156.

^④ 参见叶金强:《私法中理性人标准之构建》,《法学研究》2015 年第 1 期。

^⑤ Elissa L. Perry, Carol T. Kulik and Anne C. Bourhis, *The Reasonable Woman Standard: Effects on Sexual Harassment Court Decisions*, 28 *Law and Human Behavior*, 9 (2004).

^⑥ “工作场所中的性骚扰研究”课题组:《工作场所中的性骚扰:多重权力和身份关系的不平等——对 20 个案例的调查和分析》,《妇女研究论丛》2009 年第 6 期。

断,反而有加强普遍歧视程度的风险。

3. 因果关系要件

如果仅基于去性别化的侵权逻辑理解性骚扰,而不考虑任何其他社会性别意涵,那么性骚扰行为与损害后果之间的因果关系可能发生断裂。试举两例。

例一:假设上级A对其下属B提出与性有关的要求并暗示如果答应发生关系就将获得某种利益,B拒绝,随后B遭到解雇、失去晋升机会或其他不利后果。(1)依据侵权定性,性骚扰不一定成立。若B已反馈不接受性提议,且A也不再继续进行试探行为,性提议不可能侵犯B的性自主权并构成性骚扰,除非性试探导致B的精神受到严重损害或在进行性试探时伴随其他身体伤害。对于行为人来说,好像试探性地问一问也无妨。(2)即使性骚扰侵权行为成立,侵权行为与经济利益损失之间也无法建立直接因果关系。^①有学者提出,可以将职场性骚扰解析为“双阶段两行为”,第一阶段是人格侵权行为,第二阶段是基于性骚扰行为引发的工作利益损失,经济上的损失应该归咎于用人单位的防治不力。^②这种解释看似可以确保工作利益损失得到补救,但该理论是通过完全割裂性骚扰行为与工作利益损害之间的关联来实现对工作利益损失的救济。将性骚扰完全视为因行为人私生活不检点或品德败坏所致,忽略了性别权力结构不均衡与性别歧视制度文化对性骚扰行为的支撑和鼓励作用。^③割裂性骚扰行为与单位防治不力、人格权益与物质利益之间的关系,实际上回避了性骚扰问题之根本。

例二:针对不特定对象实施性骚扰。假设女性B与多个同事一起工作,其中A当众多次讲黄色笑话,B认为受到冒犯并主张性骚扰。依据性骚扰的侵权定性,由于工作并非只有两人在场,因此不足以表明A带有性意味的言辞系针对特定人B所实施,无法证明行为与伤害后果之间存在因果关系。^④有学者尝试从性骚扰侵犯劳动者工作环境权的角度进行破解,将女性劳动者遭受的性骚扰视为一种来自人的职业风险伤害,雇主基于对劳动者的保护照顾义务应主动防治,从而将不利后果归咎于雇主。^⑤但这意味着妇女想要进入公共生活领域,就必须以随时遭受性骚扰为代价。

综上,证明性骚扰侵权成立至少需要满足3个要件,而基于侵权逻辑,任何一个要件的认定都可能存在性别盲点,最终导致许多情形被排除在法律禁止的性骚扰范围之外,致使受害人无法在事后获得救济。

(三)单位防治效果不佳

此外,在侵权逻辑下,同样被视为重要进步的单位防治性骚扰义务的实施效果也存在疑问。《民法典》第1010条第2款对单位课以防治性骚扰的法定义务,要求单位在其内部“建章立制”,大体上包括“合理预防—受理投诉—调查—处置”4个环节。而基于对性骚扰的侵权定性,单位履行防治性骚扰义务呈现以下两个特点:一是将防治重点瞄准潜在加害人,围绕如何规范个体的言行举止和规制个人权力滥用设计一系列预防措施。例如,用人单位将禁止性骚扰明确写入劳

^① 参见夏利民、郭辉:《职场性骚扰雇主替代责任说质疑》,《河北法学》2012年第3期。

^② 参见王显勇:《民法典时代工作场所性骚扰的法律规制》,《法学》2021年第1期。

^③ See Vicki Schultz, Reconceptualizing Sexual Harassment, Again, 128 Yale Law Journal Forum, 22 (2018).

^④ 实践中有类似案件。参见江苏省苏州市工业园区人民法院(2017)苏0591民初9774号民事判决书。

^⑤ 参见周宝妹:《女性劳动者权益法律保护》,北京大学出版社2021年版,第224~225页。

动规章制度或其员工手册之中;学校编写专门的教师职业行为准则,制定教师职业行为负面清单。二是单位在源头治理上更侧重于对其管理场所的道德净化,因为性骚扰根源于加害人恶意的性动机和道德败坏。这在校内性骚扰的预防治理中尤为典型。自 2014 年起,教育部陆续发布了一系列规范性文件,^①将性骚扰防治纳入师德师风建设之中,明令禁止教师对学生实施性骚扰。^②

然而,由于单位防治义务的规则设计缺少了反性别歧视的考量,因此可能导致以下问题。首先,此类防治措施的有效性依赖于投诉渠道的有效利用。但是迫于结构性权力的威胁,或是为了维护基于社会性别认知所形成的女性“声誉”,受害妇女大多不愿意将受性骚扰事实公之于众。若是如此,是否可认定单位已尽到防治义务而将防治不力的责任归于受害人自身。其次,单位在收到举报投诉后展开调查,需要“预判”行为是否构成性骚扰,若识别性骚扰有性别盲点,则会影响单位采取进一步行动,如及时制止、实施惩戒或采取其他补救措施。最后,单位的“预判”结果代表其对性骚扰的容忍程度,单位组织内部的性别歧视文化越严重,情况就越糟糕,性别盲点可能也越多,单位更倾向于将性骚扰视为受骚扰者的个人问题,而对性骚扰行为人采取更宽容的态度。^③久而久之,性骚扰现象在单位逐渐被常态化、合理化和无形化,越来越难被识别。这种组织氛围还会导致受性骚扰者本人的容忍度升高,其为了生存或完成学业,不得不选择保持缄默、隐忍或充耳不闻,而不会积极地使用单位所提供的投诉救济措施。

三、反性骚扰立法性别特定化逻辑的正当性与优势

(一)性别特定化逻辑的正当性基础:性别实质平等

如果充分考虑整个社会的性别结构性不平等,仅以性别中立的侵权逻辑理解《民法典》反性骚扰条款就会出现上述问题,尤其不利于保护女性受性骚扰者。有学者指出,民法典将性骚扰视为对人格权的侵犯,仍然为将性骚扰认定为性别歧视预留了空间,^④因为歧视行为侵害的客体也是人格尊严。^⑤性别不平等实际上被简化为人之尊严受侵犯问题。而由于尊严的内涵过于模糊,“缺乏规范性内容”,因此“对人之尊严的损害”成为“一种表达了道德上错误或者不允许的集合概念”。^⑥判断是否构成性骚扰常常涉及行为的好或坏的道德评价,不可避免地受到社会性别观念的干扰,当对强加在妇女身上的不平等对待司空见惯时,很可能就不会认定为对尊严的贬低。因此,要维护妇女之尊严,恰恰需要正视性别不平等的真实存在。

“性别特定化”是一种追求实质平等的反性别歧视逻辑,其以男女存在实质不平等为逻辑起

^① 参见《教育部关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》(教师〔2014〕10号)、《教育部关于印发〈新时代高校教师职业行为十项准则〉的通知》(教师〔2018〕16号)、教育部等七部门印发《〈关于加强和改进新时代师德师风建设的意见〉的通知》(教师〔2019〕10号)。

^② 参见刘小楠、陈颖楠:《我国校园性骚扰防治的推进与展望》,《中华女子学院学报》2020年第5期。

^③ 参见李军:《学术性骚扰的共犯性结构:学术权力、组织氛围与性别歧视——基于国内案例的分析》,《妇女研究论丛》2014年第6期。

^④ 参见何霞、冉智勤:《〈民法典〉视域下“工作场所性骚扰”的用人单位责任研究》,《人权法学》2023年第1期。

^⑤ 参见曹薇薇:《人口政策转型期平等就业权的司法救济》,《法学》2022年第6期。

^⑥ 参见王晖:《人之尊严的理念与制度化》,《中国法学》2014年第4期。

点,强调处理针对妇女的性骚扰伤害需要紧密联系性别不平等的社会背景,充分考虑社会现实中的男女差异。

20世纪70年代末,美国女性主义法学家凯瑟琳·麦金农从性别歧视视角出发,对职场性骚扰为何构成就业性别歧视进行了系统性论述,深刻影响了美国反性骚扰立法的实践和发展。对职场性骚扰适用反歧视法予以规制,^①不是“美国在自由雇佣制度背景下的一种无奈选择”,^②而主要是因为侵权法不足以解决性骚扰问题。首先,侵权法关注的是个体伤害,但性骚扰是“发生在个人层面的社会之恶,是一种社会性的伤害”,^③与两性不平等的整体结构密切相关。“假如妇女的性被用作控制其赚取经济利益的手段,那么在生产关系中的两性关系就会影响妇女在社会中的地位;就如妇女在社会中的地位,使得她的性在经济上沦为可控制的部分。”^④其次,性本身即为一种不平等权力的体现,而侵权法路径却将其视为自然的生理之性,甚至有滥用道德主义之嫌。以往被视为最“自然”和最“正常”的男性生理需求,在某些形式上可能是文化的产物,造成了对妇女的歧视。将性骚扰视为违反道德的行为进行禁止,并为工作场所另设道德规范,只会建立新的禁忌,无法正视妇女自始蒙受的 systemic 不利。最后,性骚扰的确在很多时候构成侵权,但其真正的恶是对性自主权与工作利益造成叠加的伤害。当只有屈服于性要求才能换取工作利益时,性骚扰就成了工作上的一种“先决条件”,对工作的获得或升迁构成阻碍。无须经过妇女同意就对其进行肆意打量或触碰,成了工作条件的一部分。法律只有将性骚扰视为一种就业性别歧视,才能更有助于将妇女从维护尊严与获得职业发展的两难困境中解放出来,打破物质生存与性剥削之间的联结关系。^⑤

在我国法律体系中并不缺乏类似的考量。《民法典》与《妇女权益保障法》之间一般法与特别法的关系绝不仅仅是一般规则具体化的关系。将妇女作为特殊主体予以特别规定包含了更深层次的规范考量。妇女因生理、历史或社会原因而处于弱势地位,应获得有别于“一般人”的法律保护。《妇女权益保障法》看似保护受害妇女的个体权益,却是以实现妇女群体在社会中的实质平等地位为目的。反性骚扰亦如此。现实中,性骚扰并非只是个别妇女的经验,而是全体妇女所面临的共同处境之一。受传统性别观念和社会性别分工影响,妇女在社会经济制度中处于结构性不利地位,助长了针对妇女性骚扰的发生。而性骚扰的结果又维系和加强了妇女的不平等地位。这也是为何在国际人权文件中性骚扰会被定性为一种性别歧视的原因。^⑥因此,《妇女权益保障法》中的反性骚扰条款绝非民法之私权保护逻辑的自然延展,而具有对社会利益的重要考量。并且,《民法典》与《妇女权益保障法》在对性骚扰的认定、对违法性的评估以及对因果关系的

① 主要是指《美国1964年民权法》第7章。See Title VII of the Civil Rights Act of 1964.

② 参见王显勇:《民法典时代工作场所性骚扰的法律规制》,《法学》2021年第1期。

③ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979, p. 173.

④ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979, p. 58.

⑤ See Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979, p. 7, 40, 208.

⑥ 参见[美]玛莎·A.弗里曼、[英]克莉丝蒂娜·钦金、[德]贝亚特·鲁道夫主编:《〈消除对妇女一切形式歧视公约〉评注》(下),戴瑞君译,社会科学文献出版社2020年版,第595~597页。

构建等方面均存在重要差异。如果将《民法典》的去性别化规范仅化约为人格侵权制度的一部分,那么除非消解掉《妇女权益保障法》对性别歧视问题的特别关照,否则就无法在《民法典》与《妇女权益保障法》间建立起通畅的制度衔接桥梁。特别法优于一般法的基本原则或许只能掩盖而非协调《民法典》与《妇女权益保障法》间缺乏一致性的规范逻辑。因此,在我国的法律体系中,对性骚扰的理解也理应将性别歧视作为必不可少的维度之一。

在反性骚扰实践中充分重视《妇女权益保障法》的性别特定化逻辑,在我国现阶段乃至今后很长一段时期内仍有现实必要性。《中国妇女发展纲要(2021—2030年)》仍然强调我国当前“针对妇女各种形式的歧视不同程度存在,性别平等观念有待进一步普及”。因此,“去性别化”的内涵不应被化约为人格侵权,其背后的性别平等理念是民法典乃至整个法律体系都要实现的基本价值目标之一,而性别特定化的性别歧视逻辑理应是实现这一价值目标过程中的应有之义。“去性别化”与“性别特定化”不对立,而应相辅相成,如此方能实现《民法典》与《妇女权益保障法》之间的衔接,构建融贯的反性骚扰法律制度。

(二)性别特定化逻辑的优势

以性别特定化逻辑理解反性骚扰规范的重要意义在于充分考虑了性骚扰的性别歧视维度,丰富了性骚扰概念的内涵,扩展了性骚扰概念的外延,有助于克服侵权逻辑实践中存在的问题。

1. 消除性骚扰认定的性别盲点

(1)从“违背意愿”到“不受欢迎”。考虑到性骚扰的结构性和社会性,主观要件的证明应侧重于受害人的主观感受。即使行为人没有骚扰的故意或意图,但因在效果上造成或加剧了受害妇女的不平等地位,或者应当注意到行为将会贬低妇女人格却没有注意,故行为也可能构成性骚扰。对于性骚扰的认定,有不少国家以行为是否为受害人“不受欢迎”替代行为是否违背受害人意愿。例如,美国平等就业机会委员会在 1980 年颁布的指导性意见中指出,性骚扰包括“‘不受欢迎的’性挑逗、性要求以及其他性方面的口头或身体行为”;^①2006 年《德国一般平等待遇法》第 7 条规定雇主不得实施一切“不受欢迎的”与性相关的行为。^②

(2)融入社会性别意识的客观标准。对于主观上是否存在过错、行为是否受欢迎或者行为是否严重到构成性骚扰等方面的判断,通常需要建立并参照一种相对客观的标准。但是,因为性骚扰本身就是一个区分性别的问题,一般“理性人”标准的适用无法反映受害妇女的独特利益和真实感受。美国采用了“理性女人”作为参照标准,这一人格化形象更加具体化且富有情感,既具有受害妇女的个体性特征,也结合了妇女群体的社会性别因素,更能反映所有妇女的社会处境和不利地位。^③让男性裁判者保持敏感的社会性别意识,设身处地地代入女性视角可以弥补以其自身视角理解性骚扰可能存在的偏颇。还须澄清的是,融入社会性别意识的参照标准并非意在袒护女性,而是为了尽可能地摆脱性别偏见和有害刻板印象,以确保妇女的主张被充分理解。

(3)弥合侵权因果关系的断裂。首先,基于性别歧视的理解能够通过重构性骚扰行为与利益

^① See EEOC Guidelines on Sex Discrimination, 29 C.F.R. § 1604.11(a).

^② 参见赵进:《用人单位防治职场性骚扰的合同义务及违约责任——基于德国法律规定及司法经验的考察》,载刘小楠、王理万主编:《反歧视法评论》(第 6 辑),社会科学文献出版社 2019 年版,第 159 页。

^③ See Leslie M. Kerns, A Feminist Perspective: Why Feminists Should Give the Reasonable Woman Standard Another Chance, 10 Columbia Journal of Gender and Law, 195 (2001).

损失之间的因果关系,更有力地维护其人格权益和其他利益。前文所举的例一是在国际上非常典型的利益交换型性骚扰,指受害人因拒绝性要求或性提议而遭受解雇、降级、减薪等有形的利益损失。基于性别歧视的理解,应将性骚扰行为的出现视为单位防治不力的可能性,从对性骚扰的预防到避免受害人出现利益损失的事后救济,整个过程构成了单位防治义务的完整内容。由此,可将性骚扰行为的发生作为主张单位防治不力的证据,从而将举证责任转移至单位一方,其需要证明已对防治尽责来免除责任。基于这种因果关系的重构而确立的单位责任,相较于“双阶段两行为”论能够更好地处理性骚扰给受害妇女造成的双重伤害。

其次,如前文例二所展示的是敌意环境型性骚扰^①中较为极端的例子,由于行为的实施并不针对任何特定对象,因此基于去性别化的个体侵权逻辑是无法建立起因果关联的。美国也曾有过类似案件,在其著名的“罗宾逊诉杰克逊维尔船厂案”^②中,原告是船厂的少数女熟练工之一,她控诉“工作区域的墙壁上写满辱骂性语言……张贴了描绘裸体女性、半裸体女性或性行为的图片”。但事实上这些言辞和图片并非针对她个人。审理该案的法院认为,“色情制品和性玩笑会导致男性把女同事当作性对象,性化了整个工作环境,对所有女性雇员造成伤害”,构成可诉的性骚扰。

2. 单位防治义务及其公共利益

《民法典》首次在法律层面对单位课以防治性骚扰的义务,2022年修订的《妇女权益保障法》又进一步突出规定了用人单位和学校的防治义务,这本身就是对性骚扰具有性别歧视属性的最好佐证。

首先,从单位防治义务的理论基础看,有不少学者认为该项义务来源于民法上的安全保障义务,^③但如果将性骚扰定性为单一侵权属性,则很难完全解释得通。安全保障义务产生于场所/活动的公共性,^④作为一项保障不特定人利益的法定义务,保护的是公共利益或社会利益。如果将性骚扰视为个体间的侵权,那么又涉及何种公共利益呢?

其次,从违反安全保障义务适用过错责任的归责原则看,单位承担责任是因为应当注意而没有注意到性骚扰发生。但问题是,法律为何有必要规定单位应当注意哪些个体基于性欲或性意图而对他人作出的性提议和言行举止呢?真正的原因应该是特定场所中权力结构与性别权力的紧密结合导致工作场所和教育机构中性骚扰多发,立法者也因此认为单位“应当注意到”性骚扰的发生。单位应尽的防治义务内容不局限于帮助受害个体维权和止损,还应注意单位制度性权力与性别权力互嵌必然带来的负面后果,并为消除组织内部的性别歧视、促进性别平等而努力,这也是单位有义务关注到的社会利益和公共利益。

^① 敌意环境型性骚扰是指受害人的工作或学习的环境或条件因性骚扰而发生实质性改变,不要求有切实的利益损失发生,甚至不需要受害人有身体或心理损伤。See *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986); *Harris v. Forklift Sys., Inc.*, 510 U.S. 17, 22-23 (1993).

^② See *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991).

^③ 参见何霞、冉智勤:《〈民法典〉视域下“工作场所性骚扰”的用人单位责任研究》,《人权法学》2023年第1期;张新宝:《单位的反性骚扰义务与相关侵权责任研究》,《中国法学》2022年第3期;曹相见:《〈民法典〉禁止性骚扰条款释论》,《东方论坛》2021年第2期。

^④ 参见汪倪杰:《论〈民法典〉视域下安全保障义务的边界——对第140、141号指导案例的理论回应》,《法商研究》2022年第6期。

最后,从完善救济体系的角度看,创设单位防治义务隐含了这样一层意思:性骚扰绝非只是个体之间的侵权问题,还是性别结构性不平等在单位组织中的体现,仅仅依靠事后的侵权救济不足以解决性骚扰问题。侵权制度的功能旨在弥补损害、恢复原状和恢复社会秩序,而性骚扰是一种值得深刻检讨的社会问题,还必须依靠社会力量积极防治,只有这样才能更彻底和有效地保护妇女的尊严,实现反性骚扰制度的目的。

四、性别特定化逻辑下《民法典》反性骚扰条款的规范再造

民法典作为“调整私人生活和私人利益关系的‘百科全书’式法典,居于私法基本法地位”。^①为了避免破坏整个民法教义学体系的自治性,民法应当尽量保持中立,在立法技术上往往更多采用去性别化和去身份化的语词,不以职业、身份或性别为依据对当事人的权利义务进行分类规定。因此,《民法典》第 1010 条对性骚扰进行去性别化规定,符合其私法品性和功能定位。但如上文所述,若将去性别化立法逻辑仅仅理解为人格侵权逻辑,则可能过于狭隘。《民法典》是以人权的人民性为价值指引,充分贯彻人权平等共享原则,不仅要求民事权利主体的普遍性和民事权利保护的形式平等性,而且关注具体的人,承认并尊重历史文化传统和社会结构中存在差异的妇女群体对权利保护的特殊要求,以实现实质平等保护。^②对此,《民法典》主要通过设置“民法特别法链接条款”(第 128 条)的外接方式,^③与《妇女权益保障法》中反性骚扰的社会化规范衔接起来。鉴于此,应当以侵权逻辑为基础,引入性别特定化逻辑,即增加性别歧视视角,重塑《民法典》去性别化的反性骚扰规范内涵。

(一)性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性

由于《民法典》第 1010 条第 1 款只规定性骚扰的特殊要件,并没有明确究竟何为性骚扰,因此就有必要基于双重视角先从整体上把握性骚扰的内涵与外延,在此基础上再来分析各项特殊要件如何理解和适用。

在我国,性骚扰的核心要素被提炼为“具有性意味或性内容”,^④或“性本质行为”。^⑤“性”常被理解为生理学意义上的性,就如“吃喝拉撒一样,属人之本能”。^⑥但是实际上,“性”的含义“不局限在床第之欢或表面的生育行为……不专指关涉生殖器的接触、刺激或感觉,也不是狭义地指性需求、性欲或性爱”。^⑦“性是自然的,也是社会的。”^⑧性骚扰之发生,不能完全归咎于某个体的恶意性冲动,而更可能根源于性别结构性不平等的文化或制度。性骚扰既包括基于性欲或性意图所实施的性骚扰,也包括那些基于性别(尤指社会性别)所实施的性骚扰。在面对一些言辞不够露骨、不明显与性有关的情形时,不能简单地以不构成人格侵权而否定之,还需要进一步审查

① 李建华、麻锐:《论私权体系的理论构成与民法典的立法构建》,《当代法学》2022 年第 5 期。

② 参见朱虎:《〈民法典〉的人权意涵》,《人权》2022 年第 6 期。

③ 参见杨立新:《〈民法总则〉规定的民法特别法链接条款》,《法学家》2017 年第 5 期。

④ 参见薛宁兰:《防治性骚扰的中国之路:学说、立法与裁判》,《妇女研究论丛》2021 年第 3 期。

⑤ 参见斯文静:《性骚扰法律概念的比较探析》,《比较法研究》2008 年第 1 期。

⑥ 参见谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,《法制与社会发展》2021 年第 1 期。

⑦ [美]凯瑟琳·A.麦金农:《迈向女性主义的国家理论》,曲广娣译,中国政法大学出版社 2007 年版,第 6 页。

⑧ 周安平:《性的公权控制》,《法学研究》2003 年第 5 期。

是否构成性别歧视。但是,如此主张不免导致性骚扰概念泛化的可能,甚至会出现个别学者所担忧的法律对性骚扰无能为力而成了社会文化的责任。^① 因此,有必要明确法律层面上性骚扰的范围。

第一,我国法律语境下的性骚扰应排除达到犯罪行为程度的性侵害。^② “性骚扰”一词在美国被提出,是针对那些够不上犯罪、在法律上无法被定性却又普遍存在于工作场所的性胁迫或性侵犯现象的统称。^③

第二,虽然性骚扰属于一般违法行为,但区分发生的场所又有广义与狭义之分。美国采取狭义的性骚扰概念,特指职场和校园性骚扰,并且排除了对侵权法的适用,只适用反歧视法律处理。而我国自 20 世纪 90 年代引入“性骚扰”一词以来采取的都是广义的概念,泛指发生于一般公共场所的性骚扰。《民法典》第 1010 条对性骚扰的规定不限于特定场所,但在适用时可根据性骚扰是否发生于性别不平等被制度化的场合,将我国语境下的性骚扰再划分为两小类,以此明确需要应用性别特定化逻辑的重点情形。第 1 类是发生在一般公共场所陌生人之间以及单位外部人员对单位内部人员实施的性骚扰。这类性骚扰的发生由于相对脱离了性别体制化环境而呈现出一些特点,如行为人基于性欲的恶意动机明显,侵权行为外观明显,受性骚扰者敢于果断拒绝、反抗或报警。在认定这类性骚扰时,虽然也要防止对受害妇女产生性别偏见,但通常基于民事侵权法即可加以识别和处理。第 2 类是指特定场所中上级针对下级或平级同事之间以及教师对学生的性骚扰。这类性骚扰由于发生在性别权力与制度性权力互嵌的场合,因此尤其需要采用性别歧视视角,拓宽性骚扰的认定要件。

(二)拓宽性骚扰的认定要件

1. 违背他人意愿

“违背意愿”是一个看似合理的要件,因为不违背意愿的性并不会侵犯性自主。对其判断,通常看受害者是否“自愿”,或者是否有及时坚决的反抗,来推断行为人主观上是否存在故意。但是如前文所述,这无法将处于结构性不利地位的妇女从“被迫自愿”的证明困境中解救出来。因此,在适用该要件时要适当作宽泛理解。

“违背意愿”不仅限于行为人主观故意情形,还包括应当注意而没有注意的过失情形,强调从关注行为人的主观故意转移到受害人的感受体验,只要行为是不受对方欢迎的就可认定为违背意愿。例如,同样将性骚扰定性为侵犯人格尊严的德国,在其法律实践中引入了美国法“不受欢迎”的审查标准,不再要求行为人具有侵犯受性骚扰者尊严的主观故意。这意味着,行为人不能以“仅仅是开玩笑”或有“误解”等作为抗辩理由。^④ “不受欢迎”的调查强调是一个背景调查,须结合个案发生情况、单位组织内部的性别歧视环境和权力结构以及外部社会性别环境等因素进

^① 参见沈奕斐:《“性骚扰”概念的泛化、窄化及应对措施》,《妇女研究论丛》2004 年第 1 期。

^② 参见靳文静:《性骚扰法律概念的比较探析》,《比较法研究》2008 年第 1 期;王利明:《民法典人格权编性骚扰规制条款的解读》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 4 期。

^③ See Catharine A. Mackinnon and Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2003, pp.3-9.

^④ 参见赵进:《职场性骚扰的界定——以德国立法改革为视角》,载林嘉主编:《社会法评论》(第 8 卷),中国人民大学出版社 2023 年版,第 115~116 页。

行综合判断。^① 例如,受性骚扰妇女平时会使用脏话,甚至加入其他男同事的黄色笑话中,努力成为其中一员,并不当然意味着行为是受她欢迎的。^② 特别是当工作场所的性骚扰或性别歧视根深蒂固,妇女不得不假装愿意加入不受欢迎的活动时,性骚扰行为不该被视为受到欢迎。^③ 再如,已有许多研究证明,理性女人不会轻易投诉。^④ 因此,以受害女性有无及时启用单位内部的防治制度来判断行为是否受其欢迎,也仅具有相对意义。

2. 言语、文字、图像、肢体行为等方式

《民法典》第 1010 条第 1 款还列举了性骚扰的几种行为方式,但在实践中认定行为的性质时,不能仅以行为的性意味或性内容为标志,还应包括性别歧视效果。性骚扰可能是基于社会性别而非性欲或性意图所实施。例如,在某个案件中,行为人评价对方“站在那里是亭亭玉立,坐在那里很工整的,走起路来飘飘然的,就是不知道睡觉是怎样的情况”。人民法院认为,“被告言语的确有失分寸,但该言辞与性没有直接关联,尚未构成性骚扰”。^⑤ 再如,在另一案件中,行为人发布消息“有生理需要的去找她”,人民法院基于《新华字典》的注释认为生理需要可以被理解为机体的生命活动和体内各器官的机能需要,不宜认定为性骚扰。^⑥ 但是实际上,判断性骚扰还应考虑其社会性,有些听起来习以为常或符合女性气质的评论却置妇女于屈从地位,甚至将其自然地视为性欲的对象,可能构成性别歧视的性骚扰。

另外,《民法典》第 1010 条第 1 款指出性骚扰存在言语、文字和图像形式,说明性骚扰不局限于肢体的直接接触。肢体触碰一般只能当面进行,但言辞或图像形式的性骚扰既可以当面,也可以经由其他通信工具或手段实施,而无论是否当面实施性骚扰,既可能针对特定对象实施,也有可能指向非特定对象。其中针对不特定对象的性骚扰最容易被忽视,因为如果仅依据侵权逻辑,这类行为无法被认定为侵权,但可能造成性别歧视的效果。对该类性骚扰,可以再分为两种情形讨论:如果性骚扰的实施没有指向特定对象,但言辞或图像明显是针对女性,那么可以通过比较相反性别的男性没有遭受类似对待来证明构成基于性别的歧视行为是性骚扰;若行为指向非特定对象,并且内容无明显针对妇女群体,则需要有证据证明行为对妇女造成了不成比例的重大影响。^⑦

当然,拓宽性骚扰的认定标准并不意味着将法律的天平一味地向妇女倾斜。纳入性别歧视视角的目的终究是为了矫正社会中存在的性别不平等,避免性骚扰认定失之偏颇。因此,人民法院在基于性别歧视的理由认定性骚扰时,应注意以下几个方面:在说理论证时应当充分说明特定

^① See Henry L. Chambers, Jr., (Un)Welcome Conduct and the Sexually Hostile Environment, 53 Alabama Law Review, 733 (2002).

^② See Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corp., 32 F.3d 1007 (7th Cir. 1994).

^③ See Henry L. Chambers, Jr., (Un)welcome Conduct and the Sexually Hostile Environment, 53 Alabama Law Review, 733 (2002).

^④ See L. Camille Hebert, Why Don't "Reasonable Women" Complain About Sexual Harassment?, 82 Indiana Law Journal, 711 (2007).

^⑤ 参见上海市虹口区人民法院(2015)虹民一(民)初字第 3187 号民事判决书。

^⑥ 参见四川省成都市中级人民法院(2020)川 01 民终 14094 号民事判决书。

^⑦ See Kelly Cahill Timmons, Sexual Harassment and Disparate Impact: Should Non-Targeted Workplace Sexual Conduct Be Actionable Under Title VII?, 81 Nebraska Law Review, 1152 (2003).

性骚扰行为背后的社会性别歧视因素;需要权衡反性骚扰与言论自由、妇女权利与单位利益等不同社会利益之间的冲突,以避免性骚扰认定过度扩张;过于激进的法律行动往往无法获得预期的实效,还须充分考虑我国时下的社会性别观念,以法律效果与社会效果相统一为原则,逐步拓展对性骚扰行为的认定,实现对性别歧视的矫正和妇女权利的平等保护。

(三)增加单位防治义务的内容

《民法典》第1010条第2款的规定较为笼统,且限于“建章立制”的内容。2022年修订的《妇女权益保障法》第24条和第25条分别设置了学校和用人单位的防治性骚扰义务条款,对《民法典》一般规定进行细化,同时又补充了“教育宣传”和提供“积极帮助”的防治义务内容。有学者指出,《妇女权益保障法》的规定如此详细,今后在处理以其他性别为受害人的性骚扰案件时,有被类推适用的可能。^①但是实际上,更应重视的是引入《妇女权益保障法》的性别特定化逻辑,关照性骚扰兼有性别歧视属性。单位防治义务的内容不应局限于防范潜在的侵权行为人,还要致力于改变其组织内部的性别歧视环境及结构性不平等制度。

首先,需要考虑单位完成建章立制但受性骚扰者没有启用的情形。美国的反性骚扰实践曾暴露出同样的问题。美国的雇主对其管理人员实施的、没有造成有形经济损失的性骚扰,需要承担推定替代责任,除非其可以同时证明:“(a)雇主已经设置反性骚扰措施,对阻止和纠正任何性骚扰行为尽到合理注意,且(b)受性骚扰雇员没有合理利用雇主所提供的措施,或以其他方式避免损害发生”。^②然而,在结构性性别不平等的背景下,受害妇女很难及时投诉,上述“(b)”项很容易被证明。雇主为了满足免责的条件,通常只需要做到“文件柜合规”,“发布一项反性骚扰的政策”,然后就可以“袖手旁观,等待听取违规的投诉”。^③于是,雇主推行的反性骚扰措施没能起到很好的防治效果,逐渐流于纸面形式,甚至可借此轻而易举地规避法律责任。^④鉴于此,对受害妇女不启用单位防治制度的情况进行实质性考察。若是由于单位建立了相关制度但没有让其组织成员充分知晓,那么受害者可以通过证明单位没有进行持续性宣传或展开必要的教育和培训,以此说明单位未完全尽到防治义务。对于单位有进行宣传培训但受害妇女不予启用,此种情况发生的原因比较复杂,不能简单归咎于受害妇女自身的问题。如果她能够证明单位内部存在结构性性别歧视使她不敢及时启用单位的防治制度,那么单位仍然要承担不利的法律后果。

其次,如果受害者启用了单位内部的防治制度,那么单位是否只要按章办事就可以被认定为尽到防治义务呢?这需要分两步来看:

1. 从形式上判断单位是否尽到“建章立制”的义务

目前,单位的普遍做法是将禁止性骚扰的相关措施明确写进规章制度中,规章制度具有“准

^① 参见柯宇航:《用人单位防治性骚扰的劳动法责任——兼评〈妇女权益保障法〉第25条、第80条》,《中华女子学院学报》2023年第2期。

^② See Burlington Indus. v. Ellerth, 524 U.S. 742, 751-52 (1998); Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998).

^③ 参见[美]吉莉恩·托马斯:《因为性别:改变美国女性职场环境的十个案件》,李明倩译,译林出版社2019年版,第293页。

^④ See Joanna L. Grossman, The First Bite Is Free: Employer Liability for Sexual Harassment, 61 University of Pittsburgh Law Review, 671 (2000); L. Camille Hébert, How Sexual Harassment Law Failed Its Feminist Roots, 22 Georgetown Journal of Gender and the Law, 57 (2020).

法规”效力,成为单位处理内部性骚扰事件的具体依据。2023 年 3 月 8 日,人力资源社会保障部等 6 个部门依据 2022 年修订的《妇女权益保障法》以及其他劳动法律法规发布了《消除工作场所性骚扰制度》(参考文本),今后可供指导用人单位制定完善有关规章制度。但美中不足的是,整套制度的设计只是围绕性骚扰个案的发生而展开,单位似乎成了与性骚扰事件无关的“裁判者”。实际上,个案发生的意义不应局限于个案,还可能反映单位内部存在的结构性不平等问题。单位组织内部的性别歧视氛围也可能是助长性骚扰发生的主要原因。因此,单位“建章立制”的义务内容还应当包括对其组织内部结构性性别歧视的监督和矫正机制,包括制定推动性别平等的策略和具体方案;定期自查,监测性别平等方案的实施情况;创建性别平等的组织文化;充分发挥工会女职工委员会的职能,及时发现、反映、督促解决女职工遭受的性别歧视问题,等等。^①

2. 从实质上判断单位按章办事的实际效果

尽管有形式上完备的预防和制止性骚扰制度,但在存有结构性性别歧视的情况下,性别中立的按章办事对于男性受害者或许是有用的,但不一定有助于实现妇女的权利,甚至可能会形成章程范围内的“障碍”。例如,在最高人民法院发布的指导案例 181 号“郑某诉霍尼韦尔自动化控制(中国)有限公司劳动合同纠纷案”^②中,霍尼韦尔公司建立了工作场所性骚扰防范培训机制,并且规定应确保下属能畅所欲言且无须担心遭到报复,所有担忧或问题都能专业并及时地得以解决。但是,当受性骚扰的下属女职工任某向负责人员郑某(男)投诉反映其遭到郑某的上级邓某(男)言辞性骚扰时,郑某反而责怪任某不合群,并将她开除。事实上,单位对其内部的受性骚扰妇女还应有支持和协助维权的义务,而该积极义务的履行最主要体现在按章办事的过程中。界定单位是否尽到防治义务,应该结合形式上的程序性因素以及实质性效果进行综合判断。

五、结 语

《民法典》第 1010 条对性骚扰进行去性别化规定,旨在实现对受害人的全面保护,彰显了以人为本的时代精神。^③但是,不能将去性别化狭隘地理解为一种侵权逻辑,否则就无法充分考虑男女之间在生理、心理和社会地位等方面的差异,从而导致反性骚扰条款内涵的窄化。事实上,《民法典》通过外接《妇女权益保障法》的方式,实现对妇女特殊群体民事权利保护的实质平等。而《妇女权益保障法》的新近修订及其性别特定化逻辑反过来又提示我们应当重新审视《民法典》去性别化规范的内涵。要在《民法典》与《妇女权益保障法》之间建立融通的衔接,健全反性骚扰法律制度,就应当充分重视《妇女权益保障法》贯彻的性别特定化逻辑及其内在的价值目标,并将其引入《民法典》的理解中,在侵权逻辑基础上纳入性别歧视视角,重新构建《民法典》去性别化的反性骚扰规范内涵。基于此,性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性,在认定性骚扰时应把握其主观性和社会性特征,拓宽认定要件的适用;对单位防治性骚扰义务的设定,应基于结构性性别不平等的事实,在具体规则中增加反性别歧视的内容。如此,《民法典》反性骚扰条款才能真正

^① 参见中华全国总工会编著:《促进工作场所性别平等指导手册》,中国工人出版社 2019 年版,第 19~25 页。

^② 参见《指导案例 181 号:郑某诉霍尼韦尔自动化控制(中国)有限公司劳动合同纠纷案》, <https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/364651.html>, 2023-12-20。

^③ 参见王利明:《彰显时代性:中国民法典的鲜明特色》,《东方法学》2020 年第 4 期。

有效地保护“她/他”的权益,让性骚扰防治彰显实效。

Abstract: The de-sexualization of sexual harassment in the Civil Code of PRC is of great significance to China's anti-sexual harassment legislation. But de-sexualization, understood only in terms of the logic of infringement, can not interpret the gender-specific logic of the anti-sexual harassment provisions of the new Law on the Protection of Women's Rights and Interests of PRC, and will lead to the existence of gender-blindness in the determination of sexual harassment, which will in turn affect the effectiveness of prevention and treatment. The new Law on the Protection of Women's Rights and Interests of PRC still adheres to the gender-specific logic of anti-sexual harassment, which not only supplements and refines the anti-sexual harassment provisions of the Civil Code of PRC, but also emphasizes the attention paid to women's structural disadvantages from the perspective of gender discrimination, and through the linkage of the provisions of the special laws of the Civil Code of PRC, the goal of the Civil Code of PRC's value of gender equality will be realized in a comprehensive manner. In view of this, the normative content of the Civil Code of PRC's anti-sexual harassment provisions should be reinvented by introducing a gender discrimination perspective based on the logic of tort. Sexual harassment has the dual attributes of personality infringement and gender discrimination, and the understanding of its elements should be appropriately broadened, and the establishment of the unit's obligation to prevent and control it should be increased to include an anti-gender discrimination component.

Key Words: sexual harassment, Civil Code, Law on the Protection of Women's Rights and Interests, de-genderization, gender specialization

责任编辑 翟中鞠