

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2020.01.012

用人单位在职场性骚扰防治中的法律风险及对策

邱思萍

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350007)

摘要:我国对于职场性骚扰的立法不足,导致在法律实务中对职场性骚扰的认定只能依赖于法官的自由裁量。我国立法仅原则上规定了用人单位对职场性骚扰防治的义务,用人单位在防治职场性骚扰过程中,往往因劳动规章制度内容和程序的瑕疵、工作场所内监控设施使用不当、内部调查取证中侵权和用人单位对行为人不当处理等陷入困境,面临法律风险。我国应对职场性骚扰进行专项立法,制定《职场性骚扰防治条例》,明确界定职场性骚扰,细化防治义务,明确雇主责任,规范雇主惩戒权,保护劳资双方的合法权益。用人单位应增强法律意识,通过订立详尽的劳动规章制度、提高职场透明度和建立有效的处理机制等措施,营造公平和谐的职场环境,有效防治职场性骚扰,实现劳资利益双赢。

关键词:用人单位;职场性骚扰;法律风险;合法权益

中图分类号: D922.5; D922.7 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-117X(2020)01-0083-09

引用格式: 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.

On the Legal Risks and Countermeasures in the Prevention and Control of Sexual Harassment in the Workplace

QIU Siping

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350007, China)

Abstract: Insufficient legislation on sexual harassment in the workplace in China leads to the identification of sexual harassment in the workplace and the responsibility of employers in legal practice can only rely on the discretion of judges. China's legislation only stipulates in principle the employer's obligation to prevent sexual harassment in the workplace. In the process of sexual harassment in the workplace, the employers often get into trouble and face legal risks due to the defects in the content and procedures of labor rules and regulations, improper use of monitoring facilities in the workplace, infringement in internal investigation and evidence collection, and improper treatment of the actor by the employer. China should enact special legislation on workplace sexual harassment, formulate regulations on prevention and treatment of workplace sexual harassment, clearly define workplace sexual harassment, specify prevention obligations, clarify employers' responsibilities, regulate employers' power of punishment, and protect the legitimate rights and interests of both employers and employees. Employers should enhance the awareness of the law, establish detailed labor rules and regulations,

收稿日期: 2019-00-00

基金项目: 福建省中青年骨干教师基金资助项目“共享经济背景下劳动法倾斜保护之反思和完善”(JAS180052)

作者简介: 邱思萍(1979—),女,福建长汀人,福建师范大学讲师,硕士,研究方向为经济法、劳动与社会保障法。

improve workplace transparency and establish effective handling mechanisms and other measures, to create a fair and harmonious workplace environment, effectively prevent workplace sexual harassment, and achieve the benefits of both labor and capital.

Keywords: employers; workplace sexual harassment; legal risk; legal rights

性骚扰(sexual harassment)这一概念源于美国的女权运动。自2006年开始,反性骚扰运动“我也是”(Me Too)席卷全球,可见性骚扰已成为各国共同难题之一,它不仅是社会问题,更是法律问题。近年来,我国各种媒体也曝出多起性骚扰事件,“反性骚扰”这一话题被推至公众的视野,成为社会高度关注的话题。通过分析这些性骚扰事件,不难发现,职场性骚扰在发生频率和持续时间上都远在其他类型性骚扰事件之上。职场性骚扰除对受骚扰者造成生理及心理上的双重伤害外,也会使用用人单位面临法律风险。有效地防治职场性骚扰已经成为用人单位不可推卸的法律责任,用人单位在职场性骚扰防治中也会面临一系列的法律风险。

一 职场性骚扰概述

我国现行法律法规有涉及性骚扰的立法,但没有明确规定性骚扰的概念、构成要件、表现形式和法律责任,对于职场性骚扰的立法则是空白。在法律实务中,对职场性骚扰的认定只能依赖于法官的自由裁量,而裁量的依据则主要为对公序良俗、公众评价、具体案情和举证情况等因素进行综合考量,容易出现同案不同判的情况,造成公众对司法权威和公正的质疑。

(一) 职场性骚扰的概念界定

国外对性骚扰的研究和立法颇多,值得借鉴。2011年5月,欧洲首部专门打击对妇女暴力和家庭暴力的条约——《欧洲理事会防止和反对针对妇女的暴力和家庭公约》(又称《伊斯坦布尔公约》),第40条对性骚扰的界定是以带有性本质的语言的、非语言的或肢体的行为侵犯他人尊严,尤其是该行为造成了威胁、敌意、贬低、侮辱或攻击性的环境^[1]。德国关于性骚扰的定义主要体现在联邦《第2号平等机会法》第10条第2款:性骚扰是所有具有性意涵、在工作场所触犯受雇

者人格尊严的行为,包括在刑法范畴内的性方面行为举止、其他性方面的行为及要求、具有性意涵的肢体接触、具有性内容的言语以及展示明显违反领受人本意的猥亵物品等^[2]。

笔者认为,虽然我国不是《伊斯坦布尔公约》的缔约方,但是其对性骚扰的定义值得我国借鉴。德国对性骚扰的定义更具体,倾向于对职场性骚扰的界定。其认为,职场性骚扰只是性骚扰的一种类型,它是工作时间和工作场所发生的性骚扰行为。职场性骚扰可以定义为:在职场中,行为人故意采用不受他人欢迎的与性有关的方式,造成敌意、侮辱或攻击性的职场环境,实施侵犯他人人格尊严的侵权行为,包括通过口头、通讯工具和网络等方式传递与性有关的声音、文字、图片等语言或者非语言信息,以及性方面的肢体触碰或肢体动作等。职场性骚扰具有以下特征:行为人与受害者具有职场关系,如管理者与雇员、雇员之间、雇员和客户之间;行为的隐蔽性,通常发生在工作场所相对封闭且隐秘的空间范围,如无人的办公室、茶水室、休息室等;次数频繁,重复发生;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。

(二) 职场性骚扰雇主责任概述

劳动关系的特殊性在于劳动者的从属性,劳动者对用人单位除了经济上的从属性还有人格上的从属性。劳动者与用人单位建立劳动关系后,劳动者的人身自由在一定程度上受用人单位的管理约束。职场性骚扰是劳动者在劳动过程中的一种人身危险,用人单位有义务采取必要措施为劳动者提供安全的劳动条件和劳动环境,保护劳动者的人身安全,这不仅是用人单位的社会责任,更是其法律责任。由于用人单位对职场人事和工作环境具有直接管控力,有能力采取事前预防措施,也能在性骚扰发生后及时采取补救措施,在预防和消除工作场所性骚扰方面具有责任和优势^[3],

因此，强化雇主责任以治理职场性骚扰成为全球共识。

美国最早通过对雇主责任立法来治理职场性骚扰，并取得了不错的效果，其做法值得我国借鉴。美国将职场性骚扰分为两类：一是交换型性骚扰，骚扰者具有一定的管理权，通过让受害者获得有利的工作条件或者规避不利的工作条件为承诺，对受害者实施性骚扰；二是敌意环境型性骚扰，骚扰者是无管理权的同事或第三方，通过使工作场所充斥不受欢迎的与性有关的胁迫、嘲弄或者侮辱，对受害者实施具有冒犯性且程度足够严重的行为，虽未对受害者造成工作利益损害，但影响被骚扰者的工作状态，使之陷于极为恶劣的工作环境之中^[4]。同时，美国将雇主责任形态归纳为三种类型：严格替代责任、推定替代责任和过失责任^[5]。严格替代责任和推定替代责任适用于交换型性骚扰。严格替代责任即骚扰者对受害者的工作行为造成切实影响，雇主即使采取了合理的反骚扰措施，也应当为骚扰者的行为承担法律责任，但可免于惩罚性赔偿责任。推定替代责任即骚扰者未给受害者的工作行为造成切实影响，但是雇主未采取合理的反骚扰措施，此时，雇主应当为骚扰者的行为承担法律责任。过失责任即雇主知道或者应当知道骚扰行为的发生，而没有采取及时有效的治理措施，此时，雇主应当为职场性骚扰承担过失性法律责任。笔者认为，对于职场性骚扰的雇主责任，美国根据不同情形下的性骚扰行为及对受害人造成的影响程度进行法律责任区分，并规定不同的举证规则，这值得我国借鉴。

二 现行法律和司法判例分析

我国涉及职场性骚扰防治的条款散见于各种法律法规、地方性法规和部门规章中，缺乏专门立法。2005年，我国首次把“性骚扰”写进了《妇女权益保障法》第40条，原则性地规定禁止对妇女实施性骚扰，受害妇女有权向单位和有关机构投诉。《女职工劳动保护特别规定》第11条也只是简单地规定用人单位应当预防和制止对女职工的职场性骚扰。以上两部法律法规都体现了我国对职场性骚扰雇主责任的原则性规定，但缺乏可操作性。用人单位应当采取哪些预防和治理职场

性骚扰的措施，职场性骚扰雇主责任如何认定，用人单位应承担哪些法律责任，针对这些问题，我国目前还没有统一立法。近年来，职场性骚扰事件屡见报端，公众对其关注度不断提升。职场性骚扰引发的劳动争议案件不断增多，职场性骚扰的责任认定成为司法界关注的焦点。2018年12月，最高人民法院发布《关于增加民事案件案由的通知》，将“性骚扰责任纠纷”列为新增案由。归纳历年来法院审理的相关司法判例，法院对职场性骚扰的定性，主要参考以下几个因素：发生于职场中；行为人与受害人存在管理关系或为非管理关系的同事、第三方；行为人实施了性骚扰行为或提出了不合理的性要求；受害人对该行为持排斥态度；该行为侵害受害人的人格尊严，使其处于受威胁和侮辱的不良工作环境中。因职场性骚扰而引起的劳动争议，主要包括用人单位预防、制止和处理职场性骚扰的行为人引发的争议，以及受害人遭受职场性骚扰而用人单位未履行防治义务从而提出解除劳动合同引发的争议。由此可见，用人单位在职场性骚扰防治中的作为或不作为都容易面临法律风险。

三 用人单位在职场性骚扰防治中的法律风险及法学分析

有效地防治职场性骚扰，有利于营造安全的职场环境，提升职工工作效率，树立良好的企业形象。我国多数用人单位已开始重视职场性骚扰的防治工作，并采取了相应的措施，但由于有些措施简单粗暴，其结果是不但不能有效防治职场性骚扰，而且还会让用人单位陷入法律风险之中。

（一）法律风险

用人单位在预防职场性骚扰及职场性骚扰的事后处理过程中都可能面临法律风险。

1. 劳动规章制度内容和程序存在瑕疵

劳动规章制度是用人单位为了维护正常的生产经营秩序和保护劳动者的合法权利而制定的具体规定，是调整劳动关系的重要依据。用人单位通常把职场性骚扰的有关规定纳入劳动规章制度中，作为防治职场性骚扰的依据。有些用人单位只是把法律法规程序性地写入员工手册中，并没有设立单独的章节加以细化；或虽然专门制定有禁止职场性骚扰的规范性文件，但是没有对其进

行详细规定;有些用人单位甚至没有依法定程序订立、公告劳动规章制度。一旦遇到职场性骚扰事件,由于劳动规章制度对职场性骚扰的认定、投诉机制和处理方式等没有详细规定或因程序上存在瑕疵,用人单位可能因未依法履行保障劳动者劳动安全、未有效防治职场性骚扰的法定义务而承担法律责任;解除与行为人劳动合同时可能因不当解除劳动合同而承担法律责任。因此,用人单位面临着双重法律风险。

2. 工作场所内的监控设施使用不当

职场性骚扰多数发生在工作场所相对封闭且隐秘的空间范围,具有一定的隐蔽性,只有行为人和受害人知晓。为了有效预防职场性骚扰,用人单位通常会采取安装监控摄像头的措施来全方位监控工作场所,提高工作场所的“透明度”。有些用人单位甚至在一些封闭隐秘的空间如楼道内、茶水间、休息室等与生产经营活动无直接相关的场所也安装有监控摄像头,实现无死角监控。大多数用人单位安装的摄像头只针对局部工作场所或某个特定劳动者,而不是对整个工作场所进行监控。有些用人单位对于视频监控资料未能妥善、严格管理,导致一些不雅视频被泄露,还有些用人单位甚至随意公开监控视频。用人单位安装预防职场性骚扰的设施设备虽然属于行使一定的劳动生产管理权,但是这些预防措施很有可能侵害到劳动者的隐私权,也同样面临法律风险。

3. 内部调查取证中侵权

一旦发生职场性骚扰事件,用人单位通常有两种处理方式:一是消极应对。用人单位未能立刻对行为人和受害人的工作采取暂时隔离处理,对受害人的投诉视而不见听而不闻,依然放纵或漠视职场性骚扰行为的发生。用人单位因未履行保障劳动者劳动安全义务而面临法律风险。二是积极应对。用人单位立刻启动应对机制,着手开始内部非公开调查取证。为了掌握有利的证据,用人单位往往会对行为人和受害人进行单独询问,收集调取视频监控、手机和电脑截屏、验伤报告、证人证言等。有些用人单位大动干戈地进行内部调查取证,组成专门的调查小组,对行为人、受害人和其他相关人员进行公开谈话,甚至威胁或诱导其作出倾向性陈述;未经同意搜查其手机、电脑、背包等私人物品;短期限制行为人和受害

人的人身自由;未能作好保密工作,调取的视频监控资料没有妥善保管而遭泄露等。这样,隐秘的职场性骚扰事件演变成众人皆知的公开事件,严重地侵犯行为人和受害人的肖像权、名誉权和隐私权等人格尊严和人身自由,也会使用人单位面临法律风险。

4. 用人单位对行为人的处理陷入困境

经过内部调查取证后,用人单位会对行为人的骚扰行为进行认定和处理。由于职场性骚扰具有隐秘性和突发性,举证因此成为一大难题。很多受害人承受巨大的心理压力最终选择沉默,关键的人证和物证无法取得,这让用人单位的处理陷入困境。在用人单位行使解除权被认定为违法解除案件中,用人单位没有足够的证据证明确实发生过性骚扰行为的占75%^[6]。在用人单位提交的证据只有受害人和其他在职员工的证言,或视频监控资料模糊又不完整,无法识别行为人的身份,又没有其他证据佐证的情况下,法院对证人证言和视频监控材料的采信度不高,用人单位对行为人的处理面临法律风险。在有充分的人证和物证的情况下,由于劳动规章制度没有对行为人的处理进行详细规定,用人单位对行为人降职降薪或解除劳动合同的处罚因缺乏有效合法的处理依据也需承担法律责任。

(二) 法学分析

1. 劳动规章制度的性质

劳动规章制度是基于用人单位与劳动者的共同合意而建立的具有软法性质的合作治理规范,旨在协调维护用人单位经营自主权和保护劳动者权利,实现效率与公平价值的平衡^[7]。劳动规章制度是明确用人单位和劳动者权利义务的重要依据。用人单位可以根据合法有效的劳动规章制度,在劳动生产管理过程中行使惩戒权。正因为劳动规章制度对调整劳动关系的重要性,我国《劳动法》《劳动合同法》及相关司法解释都规定了用人单位订立劳动规章制度的法定义务,规定了劳动规章制度内容、订立程序、生效要件,劳动者严重违反劳动规章制度的法律责任,以及劳动行政部门监督监管等各方面的内容。

用人单位通常把禁止职场性骚扰直接写入劳动规章制度中,以确保对职场性骚扰行为处理时有据可依,即根据《劳动合同法》第39条规定“劳

劳动者严重违反用人单位的规章制度”的情形下，用人单位有权单方解除劳动合同。不过，用人单位若要对行为人合法地行使劳动合同的解除权，必须有两个前提：一是劳动规章制度具备合法性和合理性；二是行为人的行为具有严重性。第一个前提由于目前我国法律法规虽然对劳动规章制度的合法性从实体和程序进行了明确规定，但对劳动规章制度的合理性的认定仍是立法空白，所以其往往需通过劳动仲裁和司法裁判来事后审查。第二个前提严重违纪的认定，劳动者违反用人单位劳动规章制度的严重性判断关乎劳动者的生存权、劳动权与用人单位的合同解除权之间冲突的解决，明确劳动者严重违反用人单位规章制度的严重性边界极为重要^[8]。目前，我国《劳动合同法》和相关司法解释都没有对“合理性”和“严重性”作出认定标准。在司法裁判中，由于劳动者违反劳动规章制度情形的复杂化，用人单位制定的劳动规章制度的多样化，以及对劳动规章制度合理性的立法空白化，涉及因职场性骚扰行为引发的劳动争议完全由仲裁员和法官作出自由裁判。由于裁判人员的裁判理念和综合素质具有差异，导致裁判不一的情况时有发生。用人单位往往因劳动规章制度的规定不详细或缺乏合理性而被裁判承担法律责任。

2. 雇主职场性骚扰防治义务与责任理论

雇主的职场性骚扰防治义务与责任符合危险控制理论的要求，即被赋予义务的第三人对侵权人具有最直接的管理或者控制能力，并能够以合理的成本阻止相关违法行为的发生^[9]。我国立法已经赋予了用人单位职场性骚扰预防和制止的义务和责任，用人单位必须依法制定禁止职场性骚扰的劳动规章制度，采取必要的防范措施和合法的处理方式，建立及时有效的权利救济途径，合法有效地运用危险控制权来保护劳动者的人身安全，为劳动者提供安全和谐的劳动环境和劳动条件。雇主承担保护照顾劳动者的义务与责任，应采取措施防止雇员遭受性骚扰^[10]。司法救济是职场性骚扰的最后救济途径，其不仅需花费大量财力成本、人力成本和时间成本，而且会使受害者在诉讼期间遭受巨大的心理压力。用人单位应积极采取措施，有效预防和制止职场性骚扰的发生，并给职工提供及时有效的权利救济。雇主职场性

骚扰防治的社会成本远比事后通过司法救济方式来处理的社会成本要低。法律应该在权利界定上促使社会成本最低化、社会资源配置最优化^[11]。因此，我国对雇主的职场性骚扰防治义务与责任的立法也符合社会成本理论。

3. 组织管理权的界限

公民的人身自由和人格尊严不受非法侵犯是宪法确立的基本原则。《民法总则》第109条和第110条对自然人的人身自由和人格尊严也有明确的规定，人身自由权和人格尊严不仅是公民在宪法中享有的涉及社会生活的基本公权利，而且成为每一个自然人在民事法律关系中享有的私权利，即人格权^[12]。用人单位的组织管理权是基于劳动关系的从属性而享有的权利，但是不得侵犯劳动者的人身自由和人格尊严。用人单位对职场性骚扰的防治义务实质上也是用人单位行使组织管理权的体现。为了维护和保障良好的生产经营秩序，合理地配置人力资源，提高经济效益，保护劳资双方的合法权益，防范企业经营风险，用人单位有权根据自身生产经营的需要，在劳动过程中对劳动者进行组织、指挥和管理；但是用人单位行使组织管理权也有一定的限度。在防治职场性骚扰中，用人单位应将时间范围和空间范围设定在工作时间和工作场所内，采取的方式不得侵害劳动者的人身自由和人格尊严、不得违反劳动法和劳动合同法的禁止性规定。

企业秩序的建立有赖于工作规则的制定，企业秩序的维持有赖于用人单位的指挥管理，而企业秩序的保障则有赖于用人单位惩戒权的行使^[13]。对职场性骚扰的行为人进行降职降薪或者解除劳动合同的惩戒是用人单位维护正常的生产经营秩序、保障用人单位组织管理权的有效措施。目前，我国劳动法律法规还未明确规定用人单位的惩戒权，只有《劳动合同法》第39条对用人单位即时单方解除劳动合同有具体的规定，可见“解除劳动合同”被视为唯一且最严厉的惩戒措施。至于降职降薪的惩戒措施，《劳动合同法》第40条只规定了“劳动者患病或者非因工负伤在规定的医疗期满后不能从事原工作”和“劳动者不能胜任工作”两种情形下，用人单位有权单方变更劳动者的工作岗位，否则必须由劳资双方协商。对于其他调职调薪的情形，司法实践中仲裁员和法官

以禁止权利滥用为原则,认定即使在劳动合同和劳动规章制度中用人单位和劳动者有约定,也需由用人单位来举证其调职调薪行为的合法性和充分合理性。由此可知,我国法律对职场性骚扰事件行为人的惩戒是有严格限制条件的。

四 职场性骚扰专门立法建议

如上所述,职场性骚扰是劳动者在劳动过程中的一种人身危险,加强对职场性骚扰和雇主责任的立法有利于保障劳动者的职业安全权利,职场性骚扰防治立法应当成为劳动安全卫生制度中的组成部分。我国已经制定了一系列的劳动安全卫生基准制度和特殊劳动保护制度(如针对女职工和未成年工的劳动保护制度),但是遗憾的是,对职场性骚扰的立法还只是原则性规定,缺乏可操作性。我国职场性骚扰的立法是从妇女权益保护角度出发的,然而随着社会的发展,职场性骚扰模式不仅局限于两性之间;因此对于职场性骚扰防治的立法已经凸显立法的局限性。笔者建议,对防治职场性骚扰进行专门立法,制定《职场性骚扰防治条例》。

(一) 职场性骚扰定义明确化

职场性骚扰是一个外来的法律术语,目前我国法律法规缺乏明确的法律界定,没有可操作的法律依据。职场性骚扰的实质是职场上相对强势者针对相对弱势者实施的不以正常情欲关系为目的而导致弱势者反感或抗拒的性意涵行为^[14]。可借鉴德国的相关立法和近年来我国司法机关在审理职场性骚扰案件的司法经验,在立法上采用“列举+概括”条款的方式,对职场性骚扰的概念、构成要件和种类进行清楚界定。

(二) 防治义务细致化

我国立法已经明确了对职场性骚扰的防治是用人单位的法定义务,但是缺乏对法定义务的具体规定,缺乏可操作性。因此,应对用人单位的职场性骚扰防治义务细化。《江苏省女职工劳动保护特别规定》第19条对用人单位职场性骚扰预防和制止措施作了具体规定,从规章制度、教育培训、工作环境、投诉渠道和其他措施进行了详细规定,其第22条将用人单位履行女职工劳动保护职责情况纳入社会信用体系,对取得显著成绩的用人单位给予奖励,以此督促用人单位积极履

行职场性骚扰防治的法定义务。这些地方性立法符合我国国情,值得借鉴。

(三) 雇主责任具体化

我国立法规定用人单位应当预防和制止职场性骚扰,但没有明确用人单位不履行职场性骚扰防治义务时应承担的法律后果,这样就客观上纵容了职场性骚扰事件的发生。美国法院根据不同情形下的性骚扰行为,对雇主的法律责任和举证规则进行区分,这为我国雇主责任的立法提供了有效参考。当发生交换型职场性骚扰行为时,行为人通常手握一定管理权,用权力压制和利益交换的方式迫使受害人接受,行为恶劣,侵害受害人的尊严,因用人单位对行为人具备控制力,存在选任上的不当和管理失察的过失或不作为的行为,所以应适用推定过错责任原则,适用举证责任倒置。此种情形下,应由用人单位来承担主要的举证责任。如用人单位以采取了合理预防和及时纠正的措施为抗辩理由并有效举证,可以免除承担法律责任。当发生敌意环境型职场性骚扰时,由于性骚扰来自无管理权的同事或第三方,尤其是第三方,用人单位即使采取再多的防治措施也无法有效遏制,因此应适用一般过错责任原则。此种情形下,由受害人承担举证责任。用人单位只有未履行预防和救济义务且存在过错时,才需要承担法律责任。由于我国法律规定的无过错责任原则只适用如下几种法定的特殊侵权行为:产品缺陷侵权、高度危险作业侵权、环境污染侵权、饲养的动物侵权,因此,笔者认为不应突破现有立法限制,对职场性骚扰的雇主责任适用无过错责任原则。用人单位不履行或不积极履行职场性骚扰防治义务,使受害人的尊严受到损害,构成侵权的,应承担连带民事赔偿责任。除此之外,建议授权由劳动行政部门对用人单位给予罚款的行政处罚,并责令其改正。

(四) 惩戒权清晰化

雇主对规章制度以及相应的惩戒规则的制定和实施具有主动权,加上雇主拥有实力和地位优势,如果不对雇主的惩戒权加以规范,则易使雇主利用其惩戒权,对雇员施加不合理之规则,恣意损害雇员利益,因此,在法律上需要慎重对待雇主的惩戒权^[15]。如上所述,目前我国劳动法律法规将“解除劳动合同”作为用人单位唯一且最

严厉的惩戒。《劳动合同法》对用人单位即时解除劳动合同和单方调岗都采取封闭列举模式进行严格限制，这具有正当性和必要性；然而这种条款设计显然过度限制了用人单位的用工自主权和惩戒权。惩戒权是用人单位的一项法定权利，合理的惩戒机制有利于维护和谐高效的生产经营秩序。我国有必要从立法上对用人单位的惩戒权作出原则性规定，明确用人单位有权通过劳动合同和劳动规章制度订立惩戒规则，对违反劳动者义务（法定或约定）的劳动者采取合理的惩戒措施，以平衡劳资利益。笔者建议，用人单位对实施职场性骚扰的行为人采取的惩戒措施应具有渐进性，应根据行业特点、行为人违约违纪的情况和影响程度等因素，采取不同的惩戒措施。

五 用人单位可采取的对策

面对我国法律法规对职场性骚扰、用人单位惩戒权的立法不足和职场性骚扰引发的法律风险，用人单位不能消极应对，而应采取必要的合法措施积极防治职场性骚扰。这不仅是维护劳动者合法权益的要求，更是保障正常经营秩序、提高生产效率、实现劳资双方共赢的现实需求。

（一）有据可依，订立详尽的劳动规章制度

劳动规章制度是用人单位防治职场性骚扰的利器。工欲善其事，必先利其器。用人单位应订立详细的劳动规章制度。用人单位应在公司规章制度中设立单独的章节或在员工手册中对防治职场性骚扰作出专门的详细规定。内容主要包括：职场性骚扰的认定标准；负责防治职场性骚扰的培训、受理投诉和处理的机构、人员及职责权限等；投诉和调查职场性骚扰的方式、程序和期限等；对参与投诉和处理职场性骚扰事件的相关人员的保密措施和保护措施；职场性骚扰行为人的处理措施和申诉途径等。

1. 职场性骚扰的认定

首先，建议用人单位参考上文对职场性骚扰的定义和特征的阐述，也可以借鉴法院对职场性骚扰定性因素的规定，对职场性骚扰进行定义阐释；然后，建议采取列举的方式对职场性骚扰的行为方式和具体表现进行详细的规定，列举方式无法穷尽职场性骚扰的所有情况。因此建议该行文条款中将具体列举条款和兜底性条款“其他违反社

会道德和公序良俗的行为”相结合，使该条款在实践执行中具有弹性。

2. 机构设置、人员安排及职责权限

用人单位可以单独设立专门处理职场性骚扰的部门，由人力资源部门和工会成员（如果有工会组织的话）组成，或任命人力资源部门和工会成员作为受理投诉和处理职场性骚扰的专员。该机构或专员的权限与职责应具体化，形成确实有效的负责机制。主要职责包括：及时初步核查投诉资料，对符合受理的投诉立即启动受理程序；申请回避制度，避免有利益冲突的人员干预；及时采取必要隔离的措施，避免职场性骚扰再次发生以及保护被害人的人身安全；严格履行保密义务，在一定期限内展开秘密调查，合法收集并妥善保存相关证据；严格依据劳动规章制度的处罚规定对职场性骚扰行为人进行处罚。

3. 投诉和调查职场性骚扰的方式、程序和期限

用人单位应明确规定并公告接受投诉的机构或专员的联系方式，投诉者可采取匿名或公开纸质书信、短信、微信、QQ等投诉方式，并提交相关的证据。用人单位应制定详细的受理投诉、内部调查、内部处理等工作程序，确保工作的每一环节保密和规范。及时有效地处理职场性骚扰有利于保障受害人的合法权益，营造健康和谐的经营环境。对职场性骚扰事件的处理期限，建议规定为自接受投诉之日起3个月。

4. 职场性骚扰行为人的处理措施和申诉途径

对调查属实的职场性骚扰行为人，用人单位应明确规定处理措施即惩戒方式。在制定惩戒措施时要考虑渐进性，根据不同类型的程度，对职场性骚扰行为人采取不同力度的惩戒方式，如警告、调岗、降职降薪、停职停薪、解除劳动合同等。处理措施的严重程度可以考虑以下因素：职场性骚扰行为的类型：交换型性骚扰和敌意环境型性骚扰；行为的严重程度、持续的时间或发生的频率及受害人受到伤害的严重程度；行为人以往的工作表现；对正常的劳动生产秩序造成的影响程度等。对于情节轻微、认错态度好和及时纠正错误的初犯，可以处以警告或调岗；对于实施职场性骚扰行为持续时间长、频率大的行为人，可以处以降职降薪或停职停薪；对于交换型性骚扰或情节严重的敌意环境型性骚扰，给被害人和用人

单位造成恶劣影响的,可以解除劳动合同。

《劳动合同法》明确规定:用人单位在订立直接涉及劳动者切身利益的劳动规章制度时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,平等协商确定,并且应当将该劳动规章制度进行公示或者以其他方式告知劳动者。因此,建议用人单位在订立规章制度时务必做到实体和程序的合法,特别是应确保具体条款内容的合法、合理、严谨和可操作。用人单位应在劳动者入职时和入职后定期对其进行劳动规章制度的学习和培训,并留存好相关记录和劳动者的签名。

(二)有证可查,提高职场的透明度

用人单位有义务为劳动者提供免受性骚扰的职场环境,提高职场环境的透明度可以有效预防职场性骚扰。职场环境应尽量采取透明设计,除了更衣室、卫生间和休息室等与工作无直接相关的场所外,在工作场所可以安装监控摄像头,尽量全方位监控不留死角。用人单位应向劳动者明确告知安装监控摄像头的目的是为了有效预防职场性骚扰,保障正常的生产经营秩序。用人单位应当规定和公示视频监控资料的管理制度,明确用人单位的安保部门及相关人员的严格保密义务以及泄密的法律责任,明确视频监控资料调取的条件、申请部门、申请程序和使用方式,实现对监控资料的妥善保管,维护劳动者的人格尊严,营造公平和谐的职场氛围。用人单位的人力资源部门(或专门处理职场性骚扰的部门)及专员需要获得劳动者违反劳动合同和劳动规则制度的证据,应由申请部门的专员填写调取视频监控的申请材料(包括申请部门名称、调取的原因和用途、申请进入监控室的日期及时间、部门负责人签字)并提交给安保部门,经安保部门的负责人签字同意后,在安保人员的陪同下调取监控视频资料。

(三)依规查处,建立有效的处理机制

为了有效地治理职场性骚扰,用人单位应建立行之有效的处理机制。一旦接到职场性骚扰的投诉,用人单位应立即启动事后处理机制。

1. 内部非公开合法调查取证

用人单位应在合法的前提下对性骚扰事件进行内部非公开的调查取证,避免在调查取证过程中侵害被害人和行为人的合法权益。首先,受害人是处理职场性骚扰的关键者,必须第一时间由

处理职场性骚扰的专员对受害人进行隔离保护,做好心理疏导,同时指导受害人取证(如微信或QQ的聊天记录、短信、电子邮件、录音录像、照片等),如实做好谈话记录并由受害人签字,保留好其他相关证据。其次,用人单位应及时调取相关视频资料核实查证,并妥善保存好相关监控视频资料;同时,专员秘密走访调查其他劳动者,收集间接证据材料。最后,由专员和行为人进行沟通,客观了解事件的详情,做好谈话记录并由行为人签字确认。不得使用威逼利诱的言语或采取限制人身自由的方式对行为人进行胁迫,也不得未经行为人的同意搜查行为人的私人物品。

2. 合法合规地处理

经过内部非公开调查和整理收集证据材料,仔细甄别职场性骚扰和职场恋情,可确定或基本确认受害人的投诉情况是否属实。如属实,则用人单位应根据劳动合同或劳动规章制度的相关规定对行为人采取必要的惩戒措施。实践中,行为人往往不承认其存在职场性骚扰行为,以用人单位违反劳动合同为由或以用人单位违法解除劳动合同为由提起劳动争议仲裁。为了避免用人单位因积极履行防治职场性骚扰的法定义务而被卷入劳动争议纠纷中,建议用人单位在完成内部调查取证工作后、采取惩戒措施前,先与行为人进行沟通协商,争取双方能达成并签订协商调岗调薪或协商解除劳动合同的书面协议。如果双方最终未对处理结果达成一致意见,用人单位应根据收集的完整证据材料及劳动合同、劳动规章制度,合法合规地对行为人采取惩戒措施。惩戒通知书应当采取保密方式送达行为人本人并由其本人签收。惩戒通知书应当明确告知行为人,若其不服,可以向用人单位的人力资源管理部门申诉。如果以“严重违反规章制度”为由,用人单位单方行使解除劳动合同时,务必事先通知用人单位的工会并说明事实依据;即使用人单位未设立工会部门,建议将具体情况及时向当地的工会组织沟通并征求意见。

有效地防治职场性骚扰已经成为用人单位不可推卸的社会责任和法律责任,当然,用人单位在职场性骚扰防治中也会面临一定的法律风险。其法律风险一是来自于我国立法的不足。目前我

国仅有屈指可数的法律法规对职场性骚扰有所涉及，只对用人单位预防和禁止职场性骚扰作了原则性规定，缺乏可操作性。二是不少用人单位缺乏法律意识，往往采取简单粗暴的方式预防和治理职场性骚扰，这样不但不能有效地履行防治职场性骚扰的法定义务，反而在防治过程中容易出现侵害劳动者的名誉权、隐私权等人格尊严和人身自由，违反劳动合同法的相关规定等情况，使其面临法律风险，陷入尴尬无奈的境地。我国应对职场性骚扰进行专项立法，明确规定职场性骚扰的定义、用人单位的防治义务和法律责任。用人单位也应在现有的法律框架内，细化防治职场性骚扰的制度，防治过程中依法依规、严谨细致查处，做到有据可依、有证可查和依规查处，如此，才能合法有效地预防、制止和处理职场性骚扰，营造公平和谐的职场环境，实现劳资利益双赢。

参考文献：

- [1] 李 宁. 性骚扰行为的刑法规制：以新加坡判例为视角[J]. 中国检察官, 2018(14): 74.
- [2] 骆东平, 谭 彬. 欧盟式性骚扰概念界定的深层分析[J]. 山西师大学报(社会科学版), 2012, 39(1): 54.
- [3] 曹艳春. 论职场性骚扰的雇主责任：以雇主禁止性骚扰义务为中心[J]. 燕山大学学报(哲学社会科学版), 2007, 8(1): 54-60.
- [4] LINDEMANN Barbara, GROSSMAN Paul. Employment Discrimination Law[M]. [S.l.]: NBA Books, 2007: 1306-1307.
- [5] 卢杰峰. 美国职场性骚扰雇主责任的判例法分析[J]. 妇女研究论丛, 2016(2): 73.
- [6] “性骚扰”劳动争议案：案例+胜败原因+建议[EB/OL]. [2019-09-07]. <http://www.gszybw.com/gz/altx/ldal/8068.html>.
- [7] 覃甫政. 劳动规章制度法律性质“软法解释论”之提出及证成[J]. 东方法学, 2016(2): 100.
- [8] 胡大武, 杨 芳. 严重违反单位规章制度之严重性边界的实证分析：以《劳动合同法》第39条第(二)款为视角[J]. 劳动关系, 2016(12): 23.
- [9] 高秦伟. 论行政法上的第三方义务[J]. 华东政法大学学报, 2014, 17(1): 38-56.
- [10] 曹艳春. 职场性骚扰雇主责任的法经济学分析[J]. 当代法学, 2008, 22(5): 97.
- [11] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析：上[M]. 蒋兆康, 译. 北京：中国大百科全书出版社, 1997: 15-17.
- [12] 杨立新. 人身自由与人格尊严：从公权利到私权利的转变[J]. 现代法学, 2018, 40(3): 9.
- [13] 刘松珍, 董文军. 调职权论略[J]. 当代法学, 2012, 26(4): 103.
- [14] 沈奕斐. “性骚扰”概念的泛化、窄化及应对措施[J]. 妇女研究论丛, 2004(1): 15.
- [15] 谢增毅. 用人单位惩戒权的法理基础与法律规制[J]. 比较法研究, 2016(1): 3-4.

责任编辑：徐海燕