

交换型职场性骚扰的法律规制： 美国经验与启示

Regulating Quid Pro Quo Sexual Harassment in the Workplace:
American Experience and Inspiration

卢杰锋¹

Lu Jiefeng

摘要：工作场所中的交换型性骚扰是较为常见和典型的职场性骚扰类型。实施性骚扰的行为人通常是手握职权的上司或者公司的管理人员。行为人要求受害者提供性利益作为后者获得工作利益或者其他经济利益的条件，如果受害者拒绝行为人的要求，则会遭受降职、降薪甚至开除等相应的惩罚。我国《民法典》和《妇女权益保障法》相关条文对性骚扰做出了明确规制，但实施效果有待时间检验。美国作为世界上最早通过法律手段规制职场性骚扰的国家，其反职场性骚扰法律制度中的一些有益经验，对于完善我们国家的相关制度具有一定的借鉴意义。

关键词：职场性骚扰 交换型性骚扰 雇主责任

Abstract: Quid pro quo sexual harassment in the workplace is a common and typical type of workplace sexual harassment. The perpetrators of sexual harassment are usually superiors or company managers who hold power. The perpetrator requests the victim to provide sexual benefits as a condition for the latter to obtain work or other economic benefits. If the victim refuses the perpetrator's request, they will be subject to corresponding punishments such as demotion, salary reduction, or even dismissal. China's Civil Law Code and the Law on the Protection of Women's Rights and Interests clearly regulate sexual harassment, but the implementation effect remains to be tested over time. As the earliest country in the world to regulate workplace sexual harassment through legal means, the United States has some beneficial experiences in its anti-workplace sexual harassment legal system, which has certain reference significance for improving our country's relevant systems.

Keywords: Workplace Sexual Harassment, Quid Pro Quo Sexual Harassment, Employer Liability

¹ 卢杰锋，对外经济贸易大学法学院副教授，法学博士，硕士生导师，研究方向：性别平等、反歧视法律制度。基金项目：本文获得对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助（批准编号：18YB05）。

一、引言

交换型性骚扰 (quid pro quo sexual harassment) 是典型的职场性骚扰表现形式之一, 其行为模式为性骚扰行为人要求受害者提供与性有关的施惠 (sexual favors) 以使后者获得有利的工作条件或者避免不利的工作条件。有利的工作条件包括录用、升职、加薪、有利的工作调动以及其他经济上的工作利益; 不利的工作条件包括降职、减薪、不利的工作调动、惩罚以及解雇等。² 在中国, 2021年1月1日起施行的《中华人民共和国民法典》(以下《民法典》) 在第1010条分两款对性骚扰做出规定: 第一款涉及性骚扰的界定以及行为人的民事责任, 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”; 第二款涉及性骚扰发生地“场所主”的防治义务, 规定“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”。《民法典》第1010条第二款中关于“利用职权、从属关系等实施性骚扰”实际上指的就是交换型性骚扰。

尽管《民法典》为规制我国职场中的交换型性骚扰提供了法律依据, 但究竟什么是交换型性骚扰? 如何证明? 发生交换型性骚扰时, 用人单位应当承担什么样的法律责任? 上述重要问题仍有待解答。美国是世界上最早通过法律手段规制职场性骚扰的国家, 也建立了相对完善的应对交换型性骚扰在内的反职场性骚扰法律制度。美国相关法律制度中的一些有益的立法和司法经验, 对于我们国家建立和完善相关的法律规制体系或许具有参考价值。

二、交换型性骚扰的界定及证明

(一) 交换型性骚扰的界定

交换型性骚扰是最为典型的职场性骚扰模式。在交换型性骚扰中, 行为人要求受害者提供性利益作为后者获得经济或者其他工作利益的条件; 如果受害者拒绝行为人的要求, 则会遭受相应的惩罚。³ 行为人通常是手握职权的上司或公司管理人员。美国法院认为, 交换型性骚扰的本质特征是“行为人依靠其表见代理权限或者实际权限从雇员处勒索性对价”。⁴

美国联邦平等就业机会委员会 (EEOC) 在早期发布的相关指南中将交换型性骚扰分为两种典型的行为模式: 一是, 行为人做出了不受欢迎的性举动或者提出了不受欢迎的性要求, 并通过明示或默示的方式向受害者表明其接受上述行为是获得雇佣的条件; 二是, 行为人

2 Barbara Lindemann & Paul Grossman: Employment Discrimination Law, Published by NBA Books (4th ed. 2007), p1306-1307.

3 Lipsett v. University of P.R., 864 F.2d 881(1st Cir. 1988).

4 Henson v. City of Dundee, 628 F.2d 897(11th Cir. 1982).

将受害者是否接受或者拒绝行为人不受欢迎的性举动或者性要求，作为做出影响受害者工作条件决定的依据。⁵也就是说，在交换型性骚扰中，行为人迫使受害者在工作利益损害和性服从之间做出选择。这种要求受害者通过提供性合作以获得工作利益的性骚扰，也被形象地称之为“要么脱掉要么走掉（put out or get out）”模式，是美国法院最早认定构成性别歧视的行为。⁶

与交换型性骚扰相对应的另一种职场性骚扰称之为敌意环境型性骚扰（hostile environment sexual harassment）。敌意环境型性骚扰是指工作场所充斥不受欢迎的与性有关的胁迫、嘲弄或者侮辱，对受害者具有冒犯性且程度足够严重或普遍，虽未对受害者造成的工作利益损害，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。⁷两种不同类型的职场性骚扰既有联系亦有差异，体现在：首先，从性骚扰行为人的角度来看，交换型性骚扰由上司实施，而敌意环境型性骚扰既可以由上司实施，也可以由同事或者公司雇员以外的第三人实施。其次，在交换型性骚扰中，受害者面对的是不受欢迎的、具有冒犯性的性挑逗；而在敌意环境型性骚扰中，除了上述行为外，受害者面对的还包括基于性别但不涉及“性”的行为（比如男同事贬低女性的评论等），以及虽不针对受害者但影响其工作环境的涉及性的行为（比如男同事针对其他女性同事的性玩笑等）。第三，也是较为关键的是，在交换型性骚扰中，受害者因为拒绝行为人的性挑逗而遭受了工作利益（主要是经济方面）的损失，而敌意环境型性骚扰的成立并不以原告遭受工作利益损失为前提，只要原告证明行为人的行为足够严重或普遍，以至于改变了原告的工作条件。最后，在追究性骚扰的雇主责任方面，如果发生了交换型性骚扰，则雇主应当承担替代责任；但在敌意环境型性骚扰中，雇主存在可以主张积极抗辩的事由。

（二）交换型性骚扰的证明

在《民权法案》通过以后，美国法院在司法实践中将就业歧视诉讼分为差别对待（disparate treatment）和差别影响（disparate impact）两种类型。差别对待是指受法案调整的主体故意实施的歧视行为，通常被称之为直接歧视；差别影响是指受法案调整的主体虽然没有实施歧视的故意，但其表面中立的行为或措施对受保护的群体产生了显著的不利影响，通常也被称之为间接歧视。差别对待和差别影响在适用的证明规则上有所不同。美国法院在判例中明确指出，在交换型性骚扰案件中应适用差别对待的分析和证明框架。⁸

差别对待可以通过两种方式进行证明。一是，原告承担证明责任模式。该模式完全按

5 29 C.F.R. §1604.11(a).

6 Barnes v. Costle, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977).

7 Barbara Lindemann and Paul Grossman, Employment Discrimination Law, Washington D.C., Published by NBA Books, 2007, pp.1306-1307.

8 Christoforou v. Ryder Truck Rental, Inc., 668 F. Supp. 294 (S.D.N.Y. 1987).

照一般的民事诉讼证明规则，遵循“谁主张、谁举证”原则，由原告对其主张的遭受了非法就业歧视的事实承担举证责任。如果原告想要获得法院支持自己的诉求，那么，原告必须出示足够的证据证明自己的权利基础，包括遭受了不利的差别对待、行为的歧视的动机、差别对待与受保护的特质之间的因果关系等等。在原告对自己的主张进行举证之后，被告可以对原告出示的证据进行反驳。被告既可以提出直接的相反证据以驳斥原告的主张，也可以对原告提出的证据的可信度进行质疑，以弱化原告证据的证明力。在这种模式下，原告所承担的举证责任无疑是较重的。这是因为，相较于其他民事案件，在就业歧视案件中，涉及歧视的证据相对较难获得。但如果原告手中掌握了能够证明就业歧视存在的直接证据，譬如行为人自己承认进行故意歧视的口头或书面的声明，或者有记录的行为人公开表达针对原告的辱骂、绰号、贬义语以及带有刻板印象的观点等，原告获得法院支持的概率将大为提升。二是，原被告分担证明责任模式。直接证据对原告而言无疑是十分有利，但是，在现实生活中，很少会出现行为人自己承认实施歧视行为，或者对相关人员的不利对待是出于故意的歧视。为了减轻原告的举证责任，法院创造性地提出了原被告分担证明责任模式，即麦克唐奈·道格拉斯（McDonnell Douglas）证明模式。该模式下，原告可以依靠间接证据来证明行为人实施了故意的歧视行为。具体来看，首先，原告应提供初步证明非法歧视行为存在的证据。相关证据应当证明，原告的工作福利取决于其明示或暗示地接受与性相关的活动。其次，被告应当提供证据证明，没有发生不受欢迎的性挑逗，或者任何对原告不利的工作决定是基于非歧视性的原因，而不是出于原告对性挑逗的反应。最后，承担说服义务的原告应提供最终证据，证明被告所提出的理由仅仅是一个借口，即“如果不是”因为她对不受欢迎的性挑逗的反应，她就不会受到如此对待。

美国法院判例表明，在实际案件中，原告遭受了不受欢迎的性挑逗、原告遭受了不利的雇佣行为以及两者之间的因果关系是证明交换型性骚扰存在的核心要点。

1. 原告遭受了不受欢迎的性挑逗

原告应当围绕以下两个方面来证明自己遭受了不受欢迎的性挑逗：一是，行为人的行为属于性挑逗行为；二是，行为人的行为不受欢迎。

(1) 性挑逗行为。性挑逗行为的表现形式是多种多样的，性质上必须是涉及性的。EEOC 在其发布的有关性骚扰的指导意见中，认为具有性的性质的口头或身体上的行为、要求获得性施惠等行为均属于性挑逗行为。⁹ 在司法实践中，法院认为行为人的性提议（sexual proposition）、性引诱（sexual solicitation）、性闹剧（sexual horseplay）属于性挑逗行为。¹⁰ 性挑逗行为并不一定是行为人提出了性交的要求，虽然性交要求可以视为

9 29 C.F.R. §1604.11(a).

10 *Spencer v. General Elec. Co.*, 894 F.2d 651 (4th Cir. 1990).

最为明显的性挑逗。¹¹ 法院认为，性挑逗行为涉及的“性”既可以通过直接的方式予以体现，譬如提出性要求；也可以通过间接的方式予以体现，譬如进行环境设置。在一个案件中，男性主管与女性下属一起出差，期间男性主管邀请女性下属到酒店的房间，给她开红酒，播放色情电影，还递给她色情杂志。法院认为男性主管的行为构成性挑逗。¹² 什么样的行为属于涉及“性”的行为，应当通过客观标准予以评判，而不是以原告的主观感受为标准予以评判。在一个案件中，原告主张遭受了行为人的性挑逗，但法院审查后发现行为人所谓的“无礼的瞪眼”实际上是由于行为人的眼部疾病造成的。¹³ 在另外一个案件中，公司老板多次邀请原告到自己家中会见公司的客户，并一起在海边午餐，法院认为这些行为不构成性骚扰，因为“上司向雇员发出的单纯的社交活动邀请不能视为构成具有性本质的行为”。¹⁴ EEOC 也相应地指出，反性骚扰政策不能用来规范那些被广为接受且纯属社交性质的商务活动。因此，一个男性上司出于商务或者社交目的邀请女性下属一起外出吃饭，不能认为男性上司的行为一个属于涉“性”的行为。¹⁵

(2) 行为不受欢迎。联邦最高法院在梅里特储蓄银行案中明确指出：“任何性骚扰诉求的核心都在于被指控的性示好 (sexual advance: attempts to start a sexual relationship with somebody) 行为是不受欢迎的”。¹⁶ 事实上，任何骚扰行为（譬如基于种族或者来源国的骚扰）对于被骚扰人来说都是不受欢迎的。但是，性骚扰的不受欢迎性有其特殊之处。这是因为，性挑逗行为虽然有时具有潜在的冒犯性从而不受对方欢迎，但有时候也可能反映一种友好或者浪漫关系，由此获得对方的欢迎或者至少不被认为具有冒犯性也是可能的。一方面，性挑逗本质上并不一定具有冒犯性，因此完全禁止工作场所中男女两性之间的涉及性的交流、交往与互动是不现实的。另一方面，性挑逗在某种程度上有一定的社会效用，由办公室恋情演化而来最终走向婚姻殿堂成为人生伴侣的也绝非不常见。法院明确指出，工作场所中两厢情愿性关系并不违反《民权法案》第七章的规定。¹⁷ 问题的关键，是区分什么是受欢迎的性挑逗，以及什么是不受欢迎的性挑逗，而这主要取决于原告对性挑逗的反应。在司法实践中，法院将原告可能的反应归纳为以下几种：直接拒绝、最初拒绝但后来接受、最初接受但随后拒绝、反应含混不清、被迫接受和完全接受。

(a) 直接拒绝。如果原告在面对性挑逗时立刻给予直接的拒绝，则表明行为人的性挑逗不受欢迎。在一个案件中，原告在面对其主管的性挑逗时，直接将其推开，明确告知主

11 Pease v. Alford Photo Industries, Inc., 667 F. Supp. 1188 (W.D. Tenn. 1987).

12 Boyd v. James S. Hayes Living Health Care Agency, 671 F. Supp. 1155 (W.D. Tenn. 1987).

13 Jackson-Colley v. Army Corps of Engineers, 655 F. Supp. 122 (E.D. Mich. 1987).

14 Chamberlin v. 101 Realty, 915 F.2d 777 (1st. Cir. 1990).

15 EEOC Decisions 82-2, 28 FEP Cases 1843 (1982).

16 Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986).

17 Walker v. Sullair Corp., 736 F. Supp. 94 (W.D.N.C.1990).

管她只对工作关系感兴趣，并随即离开办公室，法院认为这是直接拒绝的表现。¹⁸ 如果原告通过直接的言辞明确告知行为人其行为不受欢迎，这无疑是最明显的直接拒绝。除此之外，如果原告一以贯之地表现出其对性挑逗坚定的抵制态度，这也足以证明相关行为不受欢迎。¹⁹ 在工作场所中，一方面，原告尤其是女性原告不愿意与性挑逗行为人进行直接的对峙；另一方面，行为人可能误以为自己的行为是受欢迎的，这往往使法官在判断相关行为是否受欢迎时面临困难。联邦上诉第一巡回法院鲍恩斯（Bownes）法官就此认为：“男人必须保有一定的敏感性，以接收女人对其做出的评论表示不受欢迎的信号；而女人，则必须对发送清晰的信号负起责任来。在某些情况下，女人或许有责任直接告诉男人他的评论或行为不受欢迎。在另外一些情况下，女人长久以来没有对相关的暗示性评论或姿态做出反应，可能足以表明她对男性的相关举止不受欢迎的态度。”²⁰

(b) 最初拒绝但后来接受。对性挑逗是否受欢迎分析的复杂之处在于，原告对行为人性挑逗的反应可能存在变化甚至反复。有一种情形便是，原告一开始对行为人的性挑逗予以直接拒绝，但随后改变了态度，予以接受。这也意味着，原告最初的拒绝并不一定代表行为人的性挑逗在以后也一直是受欢迎的。如果原告从一开始的拒绝转变为后来的接受，则不能认为行为人的性挑逗不受欢迎。譬如，在联邦上诉第七巡回法院审理的一个案件中，原告是一个女性小学教师，在最开始的几周时间里，她拒绝了该校男性校长的多次性挑逗和社交邀请。但随后，原告不仅接受了男性校长的性挑逗，甚至还主动邀请对方进行性挑逗。双方最终发生了性关系，虽然原告事后表明自己的行为是由于自己内心感受到了压力。初审法院审理后认为原告的行为表明其对行为人的性挑逗行为持欢迎的态度，因而做出了有利于被告的简易判决。案件上诉后，上诉法院维持了初审法院的判决，并指出“原告的行为似乎表明其逐渐‘欢迎’行为人的性挑逗行为，甚至积极参与其中从而鼓励对方继续挑逗”。²¹

(c) 最初接受但随后拒绝。第三种情况与第二种正好相反，原告一开始接受行为人的性挑逗，但随后改变了态度，予以拒绝。这种情形也被形象地称之为“变味的浪漫关系”（soured romance）。在涉及上述情形的案件中，关键问题是，原告与行为人之间的关系到底是什么时候变味的。应当指出的是，即便原告之前与行为人存在两情相悦的关系，即合意关系（consensual relationship），也不能成为日后行为人性骚扰原告的合法理由。但双方之前的合意关系无疑会增加原告证明行为人的性挑逗不再受欢迎的难度。对于原告来说，最为重要的一点是，她或他必须在适当的时候向对方清楚表明自己不再欢迎对方的性挑逗行为。EEOC 在其相关指南中也明确提出，如果原告先前与行为人之间存在合意关系，

18 Jones v. Wesco Investments, 846 F.2d 1154 (8th Cir. 1988).

19 Chamberlin v. 101 Realty, 915 F.2d 777 (1st. Cir. 1990).

20 Lipsett v. University of Puerto Rico, 864 F.2d 881 (1st. Cir. 1988).

21 Trautvetter v. Quick, 916 F.2d 1140 (7th. Cir. 1990).

那么原告应当明确向行为人表达相关行为已不受欢迎。如果原告未能向行为人做上述表示的，可以推断相关行为事实上仍然受欢迎。尤其是，在行为人有理由相信自己的行为仍然受欢迎的情形下，原告更应以明确无误地方式清楚地向行为人表明性挑逗行为已不受欢迎。考虑到原告在“变味的浪漫关系”中可能面临的举证难题，有法官认为，在上司与下属“变味的浪漫关系”情形下，上司有义务向其所在企业的更高一级的管理层汇报自己已经与下属结束合意关系的情况。²²

值得注意的是，在“变味的浪漫关系”案件中，原告遭受了不利的雇佣行为，但原因可能不是原告的性别，而是行为人对浪漫关系变味做出的个人反应。如果行为人的行为并非基于性别原因，那么，很难认为行为人的行为构成性别歧视。在下面的这个开普勒诉亨斯戴尔镇高中学区（*Kepler v. Hinsdale Township High School District*）案中，原告之前与其上司保持了两情相悦的性关系，但之后原告拒绝继续保持这种关系。其上司随后对原告的工作表现进行了负面评价，最终导致原告失去了工作。法院审理后认为，除非上司在原告明确表示不再保持性关系后继续要求原告提供性施惠，并以工作利益相威胁，否则，原告在工作方面遭受的不利对待并不构成性别歧视，而是其上司对双方浪漫关系变味的个人回应。法院认为，《民权法案》第七章禁止就业歧视，保障雇员免受性别等在内的歧视行为，雇员有权在不受性侵犯的环境中工作，并有权在不向雇主提供性施惠的情况下获得工作权利和利益。但是，如果雇员选择自愿与她的雇主发生亲密关系，那么双方之间的关系是私人关系而非工作关系，而在私人关系领域，人们有权对拒绝、嫉妒以及其他情绪做出反应。

(d) 含混不清。如果原告对行为人相关行为的反应含混不清，则不能认为行为人的行为不受欢迎。如前所述，性骚扰与其他骚扰的一个重要差异在于，构成性骚扰的性挑逗行为并非本质上具有不受欢迎性。因此，原告认为性挑逗不受欢迎的，则应进行相应地明确反应。如果原告未能进行明确反应或者反应含混不清的，法院会认为原告未对行为人的行为表示不受欢迎。譬如，在一个案件中，原告是一位女性下属，行为人男性上司经常向其示好，护送她去停车场，到她家里以及去医院看望她等等。虽然男性上司的行为使她感到困扰，但她从没有做出任何实际努力来阻止上司的行为。期间原告也试图通过委婉的方式向上司表达自己的困扰，但其反应至多“是传达了一种没有效用的信息的无望且间接的行为”。法院最终认为行为人的行为不构成性骚扰。²³

(e) 被迫接受。当存在胁迫的情形时，原告屈服接受行为人的性挑逗，但行为人的行为显然不受欢迎。造成原告屈服接受的胁迫，既可以是身体方面的，也可以是心理或者经济方面的。有两种情况值得注意：其一，原告自愿屈服并不表明相关行为是受欢迎的。在

22 *Williams v. Civiletti*, 487 F. Supp. 1387 (D.D.C. 1980).

23 *Kouri v. Liberian Services*, 55 FEP Cases 124 (E.D. Va. 1991).

被胁迫的情形下，原告自愿地参与性行为，并不意味着相关性行为是受原告欢迎的。有关这一点，联邦最高法院伦奎斯特（Rehnquist）大法官在梅里特储蓄银行（Meritor Savings Bank）一案的判决中已有清晰阐述。在该案中，下级法院认为既然原告自愿地参与了与行为人的性行为，那么就不能认为发生了性骚扰行为。联邦最高法院对此进行了驳斥，指出原告参与性行为并不表明不存在性骚扰，“（在审查性骚扰是否成立时）正确的方式是通过检视原告的行为审查所指控的性挑逗是否不受欢迎，而不是原告是否自愿地参与了相关性行为。”²⁴ 伦奎斯特大法官进一步指出，“即便一位女性与其骚扰者之间发生了四十至五十次的性关系，也不能立马得出不存在性骚扰的结论”，因为原告参与了性行为和性骚扰是否成立之间没有法律上的关联性。²⁵ 其二，原告未进行反抗并不表明相关行为是受欢迎的。事实上，如果原告因为受到胁迫而接受性挑逗时，原告通常是不会进行反抗的。但是没有反抗并不代表受害者欢迎骚扰者的行为，有时候受害者不反抗或者无法反抗恰恰反映了骚扰者手握的权力和具备的能量。²⁶ 在司法实践中，法院也不要求原告必须先证明其对相关行为进行了反抗才能主张性骚扰的成立。²⁷

(f) 完全接受。如果原告对性挑逗完全接受，表明原告对行为人的行为持欢迎的态度，则不能认为相关行为构成性骚扰。在诉讼过程中，证明性挑逗不受欢迎的举证责任在原告，作为反驳，被告通常会出示证据证明原告对相关行为持欢迎的态度。被告用以反驳的主要证据是原告引诱或者诱使行为人的性挑逗的行为。譬如，在联邦上诉法院审理的一个案件中，原告邀请自己的上司前往酒吧喝酒，在喝酒过程中原告与上司开始谈论升职问题。随后上司把手臂放在原告肩膀上，并说如果她真的对成为经理感兴趣，“街对面就有一家汽车旅馆”。²⁸ 法院审理后认为，本案中原告自己的行为诱使了性挑逗的发生，因而不能认为性挑逗不受欢迎。在另一个由联邦地区法院审理的案件中，原告对行为人的行为非常具有挑逗和调情的性质，并且多次邀请行为人到自己家里共进晚餐。在行为人试图亲吻原告之后，原告依旧采取了与之前相似的行为。法院审理后认为，本案中并没有发生不受欢迎的性挑逗行为。²⁹

24 Meritor Savings Bank v. Vinsion, 477 U.S. 57 (1986).

25 *Id.*

26 Note, *Perceptions of Harm: The Consent Defense in Sexual Harassment Cases*, 71 Iowa L. Rev. 1109 (1986).

27 Bundy v. Jackson, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981).

28 Highlander v. KFC National Management Co., 805 F.2d 644 (6th Cir. 1986).

29 Reichman v. Bureau of Affirmative Action, 536 F. Supp. 1149 (M.D. Pa. 1982).

2. 原告遭受了不利的雇佣行为

交换型性骚扰的实质是以性方面的利益获取经济或者其他方面的工作利益。如果受害者拒绝行为人有关性方面的要求，则会遭受不利的后果。这种不利的后果主要体现为工作利益的损失。造成原告工作利益损失的行为被称之为不利的雇佣行为。因此，在交换型性骚扰中，原告需要证明遭受了不利的雇佣行为，形式包括是被解雇，被拒绝升职或加薪，被拒绝参与培训，或在裁员后被拒绝重新雇用等。如果原告的工作条件或者工作权利未受到不利影响，那么法院很难支持原告主张的交换型性骚扰的诉讼请求。譬如，在一个案件中，行为人的行为未影响原告正常的晋升，法院认为相关行为不构成交换型性骚扰。³⁰ 但值得注意的是，在这样的案件中，即便行为人的行为不构成交换型性骚扰，其行为仍然可能构成故意环境型性骚扰。

法院对不利的雇佣行为的解释是趋于宽泛的。譬如，在联邦上诉法院审理的一个案件中，原告是一位女性销售代表，遭受了公司经理的性骚扰，虽然她的报酬待遇未受影响，但公司经理解雇了她的秘书，并使她不能在原有的办公室办公。法院审理后认为，如果某一行为虽未造成受害者直接经济利益损害，但骚扰者的行为极大地减少了受害者增加收入的可能性（解雇其秘书），较大程度地对受害者的工作环境造成破坏（使其不能在原有办公室办公），那么仍可能构成交换型性骚扰。³¹ 在另外一个联邦上诉法院审理的案件中，遭受性骚扰的原告仅仅失去了大学委员会成员的荣誉头衔，未遭受任何经济利益上的损失。法院认为，造成受害人头衔声誉影响或者工作职责显著降低等情形，即使没有实际的经济损失，也可能构成交换型性骚扰。³²

与此同时，法院也把一些对原告影响不大的行为排除在了不利的雇佣行为之外。这些行为主要是造成受害者“轻微工作条件变化”（trivial work changes）的雇佣行为。法院虽然没有给“轻微工作条件变化”的含义做出具体解释，但以下情形下被认为符合条件：取消员工将公司用车开回家的特权的行為；³³ 要求超市员工拖地并在休息前跟管理人员说明情况的行为；³⁴ 分配给餐馆负责快餐业务的员工几个小时的晚上工作时间等。³⁵

30 Jones v. Flagship International, 793 F.2d 714 (5th Cir. 1987).

31 Durham Life Insurance Co. v. Evans, 166 F.3d 139 (3d Cir. 1999).

32 Bryson v. Chicago State University, 96 F. 3d 912 (7th Cir. 1996).

33 Lutkewitte v. Gonzales, 436 F. 3d 248 (D.C. Cir. 2006).

34 Watts v. Kroger Co., 170 F.3d 505 (5th Cir. 1999).

35 Phillips v. Taco Bell Corp., 156 F.3d 884 (8th Cir. 1998).

3. 因果关系

作为交换型性骚扰初步证据的最后一个方面，原告应证明其遭受的不利雇佣行为与其性别及其对不受欢迎的性挑逗的反应之间存在因果关系。上述因果关系的证明包含两个要素：第一个是，由于原告的性别原因使其遭受了性挑逗；第二个是，由于原告对上述性挑逗的反应使其遭受了工作利益损失。³⁶

关于第一个要素，如前所述，在早期的案件中，法院并不认同在交换型性骚扰案件中，原告因为性别原因受到歧视性对待。相反，法院认为原告的遭遇是因为其对行为人性挑逗行为的拒绝。好在法院很快纠正了上述看法。在巴恩斯诉考斯特案中，联邦上诉法院明确指出，“要不是（but for）因为她（原告）身为女性的特质，她是永远不会被要求参与性活动的。由此可见，说她仅仅因为拒绝了性活动邀请而成为受害者的人，忽略了她之所以被邀请是由于她是处于邀请者下属地位的一个女性这样的事实。换个方式来说，因为她是一个女人，所以她成了上司性欲的目标，并被要求满足上司的欲望作为保住她工作的代价”。³⁷法院使用“要不是（but for）”这样的用语，清晰表明原告的性别与其遭受的性挑逗之间存在的因果关系。

关于第二个要素，原告应当证明其遭受的不利的雇佣行为与其对不受欢迎的性挑逗的拒绝之间具有的因果关系。申言之，由于原告拒绝了不受欢迎的性挑逗，导致其遭受了不利的雇佣行为。毋庸置疑，此因果关系要素的证明不仅对于原告完成初步证据的出示至关重要，对原告获得整个案件的胜诉也举足轻重。原告应通过各种直接或者间接的证据来完成上述要素的证明。在下面介绍的斯帕克斯诉飞行员货运公司案中，原告主张由于自己拒绝了上司的性挑逗，导致被解职，被告则认为原告遭解职并非因其受到性骚扰。在案件审理过程中，为证明其被解职与其拒绝上司不受欢迎的性挑逗之间的因果关系，原告向法院出示的证据包括行为人曾经对原告的口头威胁以及另一位公司员工的证词。法院综合上述证据，最终认定性骚扰指控成立。

三、交换型性骚扰的雇主责任

从性骚扰被确认为违法的性别歧视伊始，性骚扰案件中的雇主责任问题即成为美国法院关注的重点。按照美国联邦最高法院的判例，在交换型性骚扰中，雇主可能的责任形态包括严格替代责任（Strict Vicarious Liability）和推定替代责任（Rebuttable Vicarious Liability）两种。

³⁶ Henson v. City of Dundee, 628 F.2d 897(11th Cir. 1982).

³⁷ Barnes v. Costle, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977).

(一) 严格替代责任

替代责任与直接责任相对，即雇主非为自己行为担责，而是为性骚扰行为人的行为担责；严格意味着不问过错，是无过错责任。如果性骚扰行为人具有管理者身份，并且受害者的工作条件受到切实的影响，那么雇主承担严格替代责任，其任何预防和纠正性骚扰的措施不能成为积极抗辩（affirmative defense）的理由。实践中，如果作为性骚扰受害者的原告能够证明，其获得一个工作上的利益，或者避免一个工作上的损害，与其顺从或者不顺从一个不受欢迎的性举措相关联，而作为雇主代理人的骚扰者实现了给予利益的承诺或者实施了加以损害的威胁（典型的如公司经理向女性下属提出性要求，遭到拒绝后予以降职甚至开除），那么，雇主将自动承担责任而不管其是否建立了反性骚扰机制。此种形态下，雇主不能以不知晓性骚扰的发生或性骚扰非为其授权职务范围内的行为为由进行抗辩。这是因为，具有管理职能的雇员对下属实施的性骚扰，往往是利用了自身所处的有利地位；而其之所以能够对受害者的工作条件造成切实影响也是基于雇主所赋予的权力。³⁸

有两个关键性因素：一是“管理者身份”；二是“切实工作影响”。关于“管理者身份”，美国法院判断有关雇员是否具有管理职能身份的依据是其工作的权限和职能。虽然在具体的标准上没有形成统一意见，但是概括来讲无外乎两种情形：其一，有权做出录用、开除、升职、降职、工作调动以及惩戒等行为的；其二，虽没有上述权限，但有权指令、监督其他员工的日常工作行为的。关于“切实工作影响”，联邦最高法院在艾莱斯案中将切实影响受害者工作条件的行为定义为“一个对工作条件的显著改变，通常但不总是导致经济损失的发生，形式上包括但不限于雇佣，解雇，不予升职，实质性改变工作职责的工作调动，或是引起显著福利改变的决定等。”³⁹

(二) 推定替代责任

推定替代责任是指，性骚扰行为人具有管理职能身份，但受害者的工作条件未受到切实的影响，此时仍然推定雇主应承担担责任，除非雇主证明：(1) 雇主采取了合理的措施预防性骚扰，并在性骚扰发生后及时予以纠正；(2) 受害者没有合理地利用由雇主提供的任何预防、纠正性骚扰的措施，或以其他方式避免损害的发生。“推定”意味着，除非雇主能够按照法律的规定进行有效的积极抗辩，否则雇主仍需为行为人的性骚扰承担法律责任。

积极抗辩的第一个要件是雇主行使了合理的谨慎义务，不仅在工作场所建立了有效的性骚扰预防机制，并且在性骚扰发生后及时采取了纠正措施。性骚扰的预防机制要求雇主在单位内部制定正式的反性骚扰的政策，经常性地开展反性骚扰教育和宣传，并且

38 Harold S., Jr. Lewis and Elizabeth J. Norman, *Employment Discrimination Law And Practice*, West Group, Second Edition, p101.

39 *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998).

建立合理的内部投诉程序。合理意味着员工利用内部投诉程序进行投诉时，无需承担不必要的风险和花费，并且投诉能得到及时地处理。按照美国平等就业机会委员会（Equal Employment Opportunity Commission）的建议，雇主应当向每个员工提供一份可以为员工所理解的反性骚扰方针和投诉程序，并且广为宣传，方式包括张贴公告或将反性骚扰方针编入员工手册等。如果条件允许，雇主应当对所有的员工定期进行反性骚扰培训以保证他们了解自己的权利和应尽的义务。在内容上，反性骚扰措施应当包括：对禁止的性骚扰行为类型的明晰阐述；雇主承诺性骚扰发生后展开迅速、彻底、公正的调查；雇主承诺尽可能保护受害者的隐私；雇主保证不会报复提出投诉的员工，或是提供相关信息的其他人员等。⁴⁰

积极抗辩的第二个要件是雇主应当证明受害者没有合理利用任何雇主提供的预防或纠正性骚扰的措施。这通常包含两种情形：一是，受害者完全未利用雇主设立的反性骚扰机制。在上诉法院第八巡回庭审理的一个案件中，受害者尽管知道公司的反性骚扰政策以及投诉的程序，但从未向公司有关部门提出投诉，法院认为受害者未能合理利用雇主提供的反性骚扰措施。⁴¹二是，受害者不合理地拖延了利用雇主反性骚扰机制的时间。在上诉法院第十一巡回庭审理一个案件中，受害者尽管知道公司的反性骚扰措施，也熟悉投诉的程序，但在为期两年的时间内没有向公司有关部门提出投诉。法院审理后认为原告不合理地拖延利用雇主的反性骚扰措施。⁴²

四、结语：美国制度对我国的启示

职场中的交换型性骚扰有一些明显的特点：它发生在工作场所这样一个相对封闭且隐秘的空间范围内；骚扰人与受害者具有特定工作上的隶属关系；性骚扰行为人可以假借工作关系频繁、重复地实施性骚扰；受害人往往因为害怕报复或者担心工作利益受损而选择隐忍等。但性骚扰一旦发生，轻则影响受害者的工作效率、恶化工作环境，重则造成受害者肉体和精神上的双重苦痛，直至被迫辞职，失去经济来源。

2022年10月30日新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》（以下《妇女权益保障法》）在《民法典》基础上，对性骚扰做出了更为细致的规定，不仅涉及性骚扰的界定（第23条），同时还对学校防治性骚扰的义务（第24条）、用人单位防治性骚扰的义务（第25条）、检察机关针对性骚扰的检察建议和公益诉讼（第77条）以及相关主体违反相关义务所应当

40 Jeffrey I. Pasek、Alan M. Lerner、卢杰锋：“美国职业场所中性骚扰法律制度研究”，《中华女子大学学报》，第20卷2期（2008年4月）。

41 Hesse v. Avis Rent-A-Car Sys., 394 F.3d 1805 (8th Cir. 2005).

42 Madray v. Publix Supermks., Inc., 208 F.3d 1290 (11th Cir. 2000).

承担的法律責任（第 80 條）等內容。雖然《民法典》和《婦女權益保障法》為規制我國職場中的性騷擾提供了明確的法律依據，但實施效果仍有待時間檢驗。對美國相關制度的考察和分析可以獲得如下啟示：

一是明晰職場中交換型性騷擾的定義。《民法典》第 1010 條雖然在第一款界定了性騷擾的行為模式，並在第二款規定了禁止“利用職權、從屬關係等實施性騷擾”。但上述規定总体上仍較為原則和概括，“違背他人意願”如何評判，“職權”“從屬關係”的具體內涵和外延如何界定等重要問題仍然需要進一步的厘清。下一步，在最高人民法院制定相關司法解釋時，有必要結合各級法院的審判實踐對上述問題進行明確解釋。

二是完善職場中交換型性騷擾的證明制度。包括證據在內的證明制度是訴訟的核心，也是原告勝訴的關鍵。但在我國，“證明難”是性騷擾案件審判實踐中反映出來的最切實的難題。在數量眾多的性騷擾案件中，受害者的訴訟請求往往因為證明問題得不到法院支持。基於美國經驗，有必要從受害人遭受了不歡迎的性挑逗、受害人遭受了不利的僱傭行為以及因果關係三個層面完善和優化職場中交換型性騷擾的證明制度。

三是強化職場中交換型性騷擾的用人單位責任機制。客觀來看，《民法典》第 1010 條雖然強調了民事法律規範對職場性騷擾的規制作用，但未能突出用人單位責任機制在職場性騷擾防治中的作用。美國經驗表明，僱主在預防和制止職場中交換型性騷擾方面具有不可替代的作用。因此，有必要通過強化用人單位責任來達成職場中交換型性騷擾的規制目的。具體來看，在我國，應以職場性騷擾的本質特徵為出發點，基於用人單位與性騷擾行為人之間的關係以及用人單位擔負的職場保護之責，明確職場性騷擾用人單位責任的性質與構成要件，從而更好地發揮用人單位在預防、治理和消除職場性騷擾方面的重要作用。