



公司及并购法律评述
2019 年 3 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16 楼和 19 楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

作者: 辜鸿鹄 | 沈保言

2018 年, “Me Too” 运动在全世界范围内引起了社会的广泛关注, 维护女性权益的话题也得到了前所未有的呼应与支持。对于国内的劳动雇佣实践而言, 女性员工合法权益的保障也愈发受到社会关注, 其中又尤以反就业歧视与反职场性骚扰为焦点。

不可回避的是, 现阶段我国的反就业歧视与反性骚扰立法仍不够完善。以职场性骚扰为例, 现行法律法规对作为劳动用工重要一方的用人单位应负的法律责任并未加以明确。虽然《妇女权益保护法》和《就业促进法》等法律法规均要求用人单位采取措施对有关情形进行预防, 但相关条款仍以宣示性为主, 缺乏强制执行力 and 明确的罚则。从保护女性权益的角度, 显然力度不够。

.....
如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

某种程度上, 企业对女性员工的尊重代表了公司的价值观和道德标准, 一旦就业歧视和职场性骚扰事件发生, 对用人单位的企业形象和生产经营造成的负面影响是不可估量的。在这种情况下, 如何运用管理手段主动防治职场性骚扰, 并避免就业歧视十分重要。结合现行法律规定、政策动态与司法实践, 笔者具体分析如下。

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

一. 反就业歧视与反职场性骚扰立法的完善

关于何为就业歧视、何为性骚扰,《就业促进法》《就业服务与就业管理规定》以及《妇女权益保护法》及其地方实施条例均作出了规定,但相对来说不够具体,对于就业歧视和职场性骚扰行为发生后员工向用人单位进行维权,现实中往往面临着被认定后无从追责的困境。一方面以用人单位为诉讼对象的案件适用法律困难,另一方面即使成功维权,从法院判决的罚金角度来看,对用人单位的惩处力度也比较有限。

对此,2018年12月12日,最高人民法院发布《关于增加民事案件案由的通知》,决定自2019年1月1日起,增设“平等就业权纠纷”与“性骚扰损害赔偿纠纷”两项案由。过往,并无单列的平等就业权纠纷案由,与性骚扰的有关损害赔偿一般也是从侵害人格权的角度进行处理,最高院的这一决定让侵犯平等就业权和性骚扰有关的案件具备了清晰的可诉基础,也有利于女性更积极地维护自身合法权益,同时释放出国家重视反就业歧视和反职场性骚扰问题的信号。

2019年2月18日,人力资源与社会保障部、司法部、最高人民法院等九部门公布《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》(“《促进妇女就业通知》”)。《促进妇女就业通知》对各类用人单位、人力资源服务机构在招聘环节中针对女性职工或求职者的就业性别歧视行为认定与惩处方式作出了具体规定;同时强调将依法惩处侵害三期女职工特殊劳动保护权益行为。

用人单位在招聘环节中违反以下规定,将被视为存在就业性别歧视:

- 1.不得限定性别(国家规定的女职工禁忌劳动范围等情况除外)或性别优先;
- 2.不得以性别为由限制妇女求职就业、拒绝录用妇女;
- 3.不得询问妇女婚育情况;
- 4.不得将妊娠测试作为入职体检项目;
- 5.不得将限制生育作为录用条件;
- 6.不得差别化地提高对妇女的录用标准。

《促进妇女就业通知》的出台为用人单位和人力资源服务机构划定了招聘环节中反就业歧视的红线,且明确如用人单位、人力资源服务机构发布含有性别歧视内容招聘信息的,依法责令改正;拒不改正的,将处1万元以上5万元以下的罚款。同时,《促进妇女就业通知》将上述单位机构因发布含有性别歧视内容的招聘信息接受行政处罚等情况纳入人力资源市场诚信记录,依法实施失信惩戒。此举填补了过去的法律空白;同时,新的惩处办法与近年来不断完善的失信联合惩戒体系相结合,如用人单位涉嫌就业歧视,在失信联合惩戒的连锁作用下将面临巨大的压力与风险。

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

二. 相关问题的域外实践

值得注意的是，目前的法律仍然没有触及职场性骚扰的深层次问题，对于女性员工的权益保护还亟需完善。目前，如劳动者在工作场所遭受性骚扰后，并没有直接的法律依据能够让用人单位承担未提供安全的工作场所的有关责任。更多时候，被侵害女性的权益只能靠受害人自己主张，比如针对性骚扰行为实施者提起侵犯人格权的侵权案件，但相关的赔偿金额也过低，并不能对性骚扰行为实施者起到很好的惩戒作用。在此方面，美国与我国台湾地区的有关经验是值得注意和借鉴的。

(一) 美国

根据美国的司法实践，雇主应当为具有管理职能的雇员对其下属实施的性骚扰承担替代责任。在此情形下，如果行为人的行为对受害者的工作条件造成切实影响的，则雇主须承担严格的替代责任；如果行为人的行为对受害者的工作没有造成切实影响的，除非雇主可以证明(1)其已经设立了预防和纠正性骚扰行为的合理机制；且(2)受害者没有合理地利用雇主设立的上述反性骚扰机制，否则其仍须承担推定的替代责任。而在性骚扰实施者是不具有管理职能的雇员或非雇员第三方的情况下，如果雇主(1)知道或者应当知道性骚扰行为的存在，且(2)未能采取及时、恰当的纠正措施，也须对此承担过失责任。

在性骚扰损害赔偿方面，根据美国联邦和各州法律规定，雇员可以提出的赔偿范围相当广泛，可以包括过去损失的薪资、奖金、福利、保险、假期、退休金、员工股票期权、未来的薪资、心理伤害补偿、惩罚性补偿及诉讼律师费等。因此，在严格的责任承担原则和巨大的赔偿风险面前，美国企业大多建立起极其严格的反性骚扰制度。

(二) 我国台湾地区

台湾地区《性别工作平等法》对雇主责任作出了如下的明确规定，“受雇者因性骚扰受损害者，由雇主及行为人负连带损害赔偿责任。但雇主证明其已遵行本法所定之各种防治性骚扰之规定，且对该事情之发生已尽力防止仍不免发生者，雇主不负赔偿责任……雇主赔偿损害时，对于为性骚扰之行为人，有求偿权”。此外，台湾各市县还都针对具体赔偿标准订立实施细则，进一步保证了性骚扰损害赔偿落到实处。

三. 对用人单位的建议

(一) 避免招聘与用工环节中的就业歧视

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

用人单位和人力资源服务机构在招聘环节中，除正常就雇员的任职资格、学历、工作经历等内容设置准入性条件外，为免纷争与歧义，应避免在书面文字中对性别、身高、户籍等相对固定条件施加绝对性要求，尽可能在职位说明中采用弹性化表述。

同时，除《促进妇女就业通知》所列举的就业歧视情形外，用人单位在招聘和用工时还须避免实施法律所禁止的针对民族、种族、宗教信仰、残障人士、农村劳动者的歧视性行为；同时规范入职体检流程，不能在体检后以应聘者有传染病病原携带者(有特殊规定的相关行业除外)或是有其他不显著导致不能工作的疾病为由拒绝录用。

关于用工环节中的潜在就业歧视问题，用人单位应当就自身作出的人事决定进行严格的合规审查(如避免对于三期女职工的不当处理等)，同时通过完善相关规章制度，建立反就业歧视监管与处罚机制，对于员工申诉的疑似就业歧视问题进行及时有效的调查，一经查实对相关责任人依照规章制度作出适当的处罚。

(二) 完善职场性骚扰防治机制

用人单位应在《员工手册》或其他单列规章制度中完善反性骚扰政策和监管程序，有关规章制度应经民主程序制定并向全体员工公示，并展开适当的培训，确保员工了解相关权利义务。上述反性骚扰政策和监管程序应当包括如下内容：

1. 声明公司严禁职场性骚扰行为发生，将有关行为列入违纪情形并明确相应处罚细则，为惩处职场性骚扰行为提供制度依据；
2. 对职场性骚扰行为作出明确的定义，以便对相关行为作出准确认定；如工作时间在工作场所(包括加班与在外出差)通过口头、书面、信息、网络或其他方式向同事表达下流语言或展示淫秽内容，利用职务之便提出与工作无关要求作为工作的交换条件，进行不恰当的身体接触，发布内容不当的公告材料等；
3. 提供安全的工作环境，保护员工个人隐私，设立专门的心理预防热线，及时缓解女员工的心理精神压力；
4. 合理调整组织结构，减少员工切身利益受某单独个人影响和支配的可能性；
5. 建立鼓励举报职场性骚扰的制度，该等制度应当确保保护投诉者的隐私，并能够保证不会对提出投诉的员工或是提供相关信息的其他人员施加报复；

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

6. 完善性骚扰行为调查与申辩机制，在接到有关投诉发生后展开迅速、彻底、公正的调查；有关调查应对疑似性骚扰事件的事发时间、地点和行为内容进行充分、客观的了解，注意留存相关证据；同时应给予被投诉者申辩权利，避免错误认定。

对于实施性骚扰的员工，用人单位一般可以违反法律法规或严重违反公司规章制度为由对其进行处分直至解除劳动合同。需要注意的是，在实践中，当用人单位对实施性骚扰的员工解雇处理时，不乏法院以证据不足为由判决用人单位违法解除劳动合同的案例(如缺乏能够对有关行为定性的依据，缺乏进行处分的制度依据，证人证言不充分、相关证人均属与用人单位有利害关系的现职员工等)。因此，用人单位须将实施性骚扰的行为列为严重违反公司劳动纪律进行处理，严重者应该直接解除劳动合同，避免实施性骚扰的员工被解除后诉请公司违法解除劳动合同。

最后，呼吁全社会营造尊重女性、关爱女性的舆论环境，从法律制度上，加大对女性就业权利和人格权的保护力度，进一步健全完善相关法律，把保障女性权利真正落到实处。

有关反就业歧视与反职场性骚扰的中国法律实践

如需进一步信息，请联系：

作 者	
辜鸿鹄 电话: +86 21 3135 8722 patrick.gu@linkslaw.com	
上海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@linkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@linkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com	
香港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com
伦敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2019

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。