

性騷擾刑事規制的域外立法借鑑與本土路徑選擇

文立彬*

一、問題的提出

性騷擾行為規制從概念提出到形成規範，經歷了 40 年的發展。隨着經濟全球化的發展，人權運動的推進，公民個人的人格平等與隱私安全日益受到全社會的重視。性騷擾概念於 20 世紀 70 年代提出，如今已在全世界形成巨大影響，一方面性騷擾已經成為了全球性問題，如聯合國婦女署在 2017 年的統計報告中指出，全球有 35% 的女性都曾經歷過身體或性的暴力，並且全球有 1.2 億未成年女性曾被強迫發生性行為；另一方面越來越多的國家和地區開始重視性騷擾行為的危害並以法律加以規制。中國作為全球第二大經濟體的國家，客觀上存在着相當數量的性騷擾案件。在中國，《憲法》明確規定了人格平等，《婦女權益保護法》進一步規定禁止對婦女實施性騷擾，各省政府為貫徹落實上位法的各項要求則相繼出台了落實措施。然而，近年來國內新聞媒體屢屢爆出駭人聽聞的性騷擾事件，加之事件背後性騷擾被害人的救濟渠道頻頻受堵，引起了國民關於立法公平、司法公正、社會正義的廣泛討論，進而強烈呼籲政府應當積極立法進行治理。¹ 關於公民性自主權的立法保護，中國現行法律僅規定了嚴重性侵害行為的法律責任，將性騷擾行為由社會道德或職業準則進行調節。從現狀看，中國日益增長且嚴重的性騷擾問題與對應的法律規範之間已經存在明顯的脫節，應當及時的進行立法完善與行為規制。然而，中國式性騷擾行為與美國式、歐洲式性騷擾行為相比，在諸多細節上存在顯著差異，因此在立法價值、立法模式和立法規範上不可生搬硬套，而應在比較借鑑的基礎上構建適合中國國情的性騷擾刑事規制體系。故本文在比較分析性騷擾相關的美英法系立法和大陸法系立法的基礎上，深入剖析中國性騷擾問題的現實狀況和本質原因，審慎提出性騷擾刑事規制的本土化可行路徑。本研究對於治理日益蔓延且愈發嚴重的性騷擾問題，以及構建中國性犯罪規制體系具有重要的實踐價值和理論價值。

二、中國性騷擾問題的現實狀況與理想剖析

(一) 性騷擾行為的概念界定及保護法益

性騷擾是社會發展到一定階段的產物，性騷擾問題的產生與發展是社會多重因素共同作用的結果。性騷擾(sexual harassment)概念源於 20 世紀 70 年代的美國，1964 年美國《民權法案》(Civil Rights

* 南寧師範大學講師

Act)將“性/性別(Sex)”納入法律保護範圍。一般認為，1974年的 *Barnes v. Trian* 是美國性騷擾第一案，但當時美國法院認為禁止性別歧視的條款應做狹義解釋，僅含性別之意，而不包含性能力或性行為等相關特性，故否定了女性可以援引該條款提起性騷擾之訴的可能性。1980年美國平等就業機會委員會發佈《性騷擾指南》(*EEOC Policy Guidance on Sexual Harassment*)²，明確規定了性騷擾的概念與類型。1986年美國最高法院在 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson* 一案中認可了“性騷擾”的概念和兩種類型。由該案可知，在性騷擾制度起源的美國，性騷擾與“性”的關係不大，反而是與就業或其他學習工作環境密切相關，因此規定了僱主防治性騷擾的法律責任。可見，美國式性騷擾概念根植於反性別歧視的理念和立法，強調人權的平等。英國、愛爾蘭、澳大利亞、新加坡、中國香港等地均採用該種立法模式。

與美國式性騷擾立法不同的是，以歐盟國家為代表的反性騷擾概念則基於維護公民人格尊嚴的立場，凸顯人格尊嚴的保護。1991年歐盟通過的《反性騷擾議案施行法》(*Code of Practice on Measures to Combat Sexual Harassment*，以下簡稱《施行法》)規定了性騷擾的概念。³《施行法》不僅規定了利益交換型和敵意環境型性騷擾，還將性騷擾的範圍延伸至所有的違背意願、不合理或具有侵犯性的行為，將性騷擾的構成要件規定為違背人的意願及侵犯人的尊嚴，而不是兩性平權或者性別歧視。縱觀全球性騷擾刑事立法發展趨勢，性騷擾行為構成及危害影響正逐步受到更多國家和地區的重視，而基於性別歧視立場的反性騷擾立法體系則相對發展緩慢。歐盟國家、菲律賓、中國台灣、中國澳門等地均採取歐洲式的立法模式。

性騷擾行為侵害的法益，主要存在人身自由權說、一般人格權說和性自主權說的爭議。其一，人身自由權說認為，人身自由包括行為自由和意志自由，性騷擾行為首要特徵是違背他人意願，對他人意志自由構成侵犯，因此性騷擾行為侵犯他人的人身自由權。⁴其二，一般人格權說認為，性騷擾概念存在的前提是人格權的平等，並且性騷擾行為表現多樣，致人傷害不一，但均是侵犯他人人格尊嚴及損害精神權利的行為。⁵其三，性自主權說指出，性騷擾侵犯了他人的性權利。換言之，性騷擾所侵害的直接客體是在刑法中已經得到了普遍認可的性自主權。⁶性自主權系人格權之性權利內容，是公民自主支配自己性利益的具體人格權，作為具有完全民事行為能力的公民，對於自己的性權利有自主決定權。⁷對此，我們認為，性騷擾行為本身是多種行為的集合，侵犯的法益呈現多樣化。性騷擾行為直接侵犯的客體是公民性自主權，雖然性騷擾行為也會對公民的人身自由權造成侵害，但不能以偏概全將人身自由權列入主要的保護法益。性自主權作為一般人格權之性權利內容，法官應當在司法裁判中對一般人格權的內容進行解釋，進而將一般人格權的內容應用到具體的刑事司法案件之中。

綜上，結合中國國情，性騷擾的對象應當包括男性與女性；性騷擾的內容應當是不受歡迎的與性有關的行為，並且行為具有一定的刑事危害性；性騷擾的法益是公民的人格尊嚴。因此，本文比較認可張新寶教授的規定並在此基礎上認為，性騷擾是指不歡迎的與性有關的侵害公民性自主權及其他法益達成一定嚴重程度的行為。⁸

(二) 中國性騷擾法律建構的歷史沿革

中國對於婦女權益的保護，歷來受到國家領導人的高度重視。早在新中國成立之前，《中國共產黨中央委員會關於解放區農村婦女工作的決定》(以下簡稱《決定》)就曾指出，應當保護婦女特殊利益，爭取婦女從封建殘餘的束縛之下解放；保障男女在經濟、政治和社會中的法律地位完全平等，政府明

令保障婦女的土地權，大力動員婦女群眾參加各種合作社，加強對與婦女的教育工作並提高文化水平。新中國成立後，通過《憲法》、《婚姻法》、《土地法》、《治安管理處罰條例》的頒佈，進一步以法律明文規定的形式確認了《決定》中關於婦女政治、婚姻、經濟權益的保護。其中，1957年10月22日通過的《治安管理處罰條例》特別規定了對婦女人身權利的保護，即“用猥褻的言語、舉動調戲婦女的，處十日以下拘留或者警告”。進入改革開放時期，1982年《憲法》結合新時期的實際情況，再一次以國家根本大法的形式確認了婦女與男子的平等法律地位，而且強調對婦女權益實行特殊保護。在此指導思想下，刑法細化了性犯罪的有關罪狀，並規定對審判時懷孕的婦女不適用死刑；1991年《關於嚴懲拐賣、綁架婦女、兒童的犯罪分子的決定》進一步加強了對婦女兒童的人身安全的刑法保護。

1992年，為落實憲法的有關規定和履行國際公約的相關義務，中國頒行了《婦女權益保障法》，這是第一部對於保護婦女權益具有綜合性、系統性、專門性作用的法律。隨着婦女保護工作的發展和細化，2005年《婦女權益保護》新增了“性騷擾”的規定，即“禁止對婦女實施性騷擾。受害婦女有權向單位和有關機關投訴”、“違反本法規定，對婦女實施性騷擾或者家庭暴力，構成違反治安管理行為的，受害人可以提請公安機關對違法人依法給予行政處罰，也可以依法向人民法院提供民事訴訟”。各地隨之出台了相應的落實辦法，如《北京市實施(中國人民共和國婦女權益保障法)辦法》《上海市實施(中國人民共和國婦女權益保障法)辦法》《廣東省實施(中國人民共和國婦女權益保障法)辦法》等，細化了對於婦女性騷擾的行為規定和救濟渠道。值得注意的是，2013年施行的《深圳經濟特區性別平等促進條例》(以下簡稱“《條例》”)在地方性婦女權益保護立法中具有前瞻性價值，《條例》借鑑了域外性別平等的立法經驗，結合了深圳的實際情況，創設了專門機構和規定了具體措施。⁹《條例》的施行一方面強化了性騷擾行為治理的可操作性，另一方面改善了單性別保護的立法模式。

針對日益凸顯的職場和高校性騷擾現實問題，2012年國務院公佈了《女職工勞動保護特別規定》(以下簡稱《規定》)，指出“在勞動場所，用人單位應當預防和制止對女職工的性騷擾”，這是中國首次在國家立法層面規定用人單位預防和制止性騷擾的義務。2014年教育部下發了《關於建立健全高校師德建設長效機制的意見》(以下簡稱《意見》)，其中規定“嚴禁對學生實施性騷擾或與學生發生不正當關係”，並且指出“師德建設要與法律約束相銜接”。然而，中國性騷擾法律治理體系尚未建立，《意見》又如何與法律約束相銜接？此外，《規定》中關於用人單位防治性騷擾義務的條規過於籠統，缺乏不履行此項義務的法律責任，導致預防和懲治職場性騷擾容易流於形式。目前在刑法層面，僅規制嚴重的性侵害問題，如強姦罪，強制猥褻婦女、兒童罪，未就性騷擾行為進行刑事立法。

綜上，中國對於婦女權益的立法保護經歷了從無到有、從粗至細、從簡變詳的發展過程。婦女權益不僅在立法上得以確認，而且在實踐中加以貫徹、落實，實現了婦女法律地位的平等。然而，關於婦女性騷擾問題的法律條款散見於各項規範之中，不僅相應的法律責任追究機制缺失，而且缺乏有機銜接的性騷擾法律防治體系，共同導致性騷擾防治對策理念滯後、措施操作性弱等問題。

(三) 中國性騷擾問題的現狀

近年來，性騷擾案件的新聞報道不絕於耳，如民生銀行高管性騷擾事件、《南方日報》性騷擾事件、北航教授性騷擾事件、中大教授性騷擾事件，新聞媒體和社會民眾的主要視線相對集中於職場領域和高校領域的性騷擾問題。從上述側面可知，職場和高校成為了目前中國性騷擾問題的高發領域。首先，職場領域的性騷擾問題較為普遍且僱主多選擇放任。¹⁰ 其次，高校領域的性騷擾問題較為隱蔽

且容易對受害者造成永久傷害。根據 2016 年中國計劃生育協會發佈的《大學生性與生殖健康調查報告》顯示，35.1%的受訪大學生曾遭遇過性暴力或性騷擾，其中言語類性騷擾最為常見，其次是被他人強迫親吻或接觸隱私部位。依據 2017 年廣州性別教育中心發佈的《中國大學在校學生和畢業生遭遇性騷擾狀況調查》顯示，在中國的大學在校學生和畢業生中，有接近 70% 遭受過不同程度的性騷擾，其中女性遭遇性騷擾的比例為 75%，90% 的性騷擾的實施者為男性。而每發生 100 起性騷擾事件，只有不到 40% 的當事人會報告學校或者警察。也就是說，在 100 起性騷擾事件中，只有不到 40% 會報告學校或者警察。選擇不報告的原因中，近 60% 的人認為報告了也沒有用；選擇沉默和忍耐的人中，有 50% 不知道如何反抗和應對性騷擾。在實施者方面，90% 的性騷擾實施者完全為男性，超過 50% 為同學和校友，有近 10% 是學校的上級(包括領導、老師和輔導員等)。另外，超過 40% 性騷擾發生在校內的公共場所。由此可見，在學校內更易出現和高發的是性別騷擾和不受歡迎的性企圖，嚴重的性侵害行為則更容易發生在校外的私人場所中。在沉默背後，受害者心理上的陰影則難以抹去。經歷性騷擾的人中，超過 30% 感到自尊心受到傷害，超過 10% 的人感覺嚴重影響其人際關係和交往。遭遇過性強迫的人出現更高的長期精神抑鬱和自殺傾向情況，自殺傾向為 5.9%，接近遭遇性別騷擾者的 3 倍。另有研究指出，從中國性騷擾行為的整體類型來看，言語性騷擾約佔 60%，動作性騷擾約佔 40%。¹¹

綜上可知，其一，中國的性騷擾問題更可能發生在平等關係的人際之間，如同學、同事、熟人、鄰居、業務夥伴，換言之，性騷擾問題在熟人間的發案率較高，陌生人之間的性騷擾問題在中國發生概率較低。因此。基於不平等關係而構建的美國式性騷擾法律防治體系與中國性騷擾的實際國情不相符；其二，用人單位與監護單位多缺乏性騷擾防治的意識和措施，用人單位與監護單位尚未規定不作為行為的追責機制導致其通常不願正面處理性騷擾問題，以致受害人一方的追訴成本過高。有較多研究表明，在用人單位或監護單位中建立性騷擾防治機制能有效降低性騷擾問題的負面影響。其三，性教育的缺失和不足正影響全社會，性騷擾救濟途徑及舉證責任存在的諸多困難亦導致受害者維權艱難，更可能使受害者遭受嚴重且長久的精神傷害和身體傷害。

(四) 中國性騷擾刑事規制的立法缺失及本質原因

關於公民性自主權的刑事立法保護，中國刑規定了強姦罪和強制猥褻婦女、兒童罪。從性侵害的程度觀察，上述二罪屬情節最為嚴重的性侵害行為，而情節相較輕微的性騷擾行為並未有刑法的明文規定。客觀的，性騷擾行為廣泛存在於中國社會之中，對受害人能造成嚴重的精神傷害，甚至危及生命安全。查閱相關的文獻資料後發現，性騷擾暫未納入刑事規制主要原因包括以下三點。首先，在文化觀念層面，性騷擾屬舶來品，中國民眾對於性騷擾的行為認知和制度構建存在疑惑。從中國刑事立法沿革看，民眾聯想到侵害女性自主權的行為多是“調戲婦女”、“耍流氓”，輕則由社會道德、單位紀律進行約束，重則由治安管理處罰法進行制裁，較少民眾會將性騷擾行為與刑事犯罪相聯繫。值得注意的是，性騷擾概念傳入中國的時間較短，但性騷擾行為存在於中國社會中呈現的普遍性和嚴重性不容忽視。並且，隨着中國經濟的顯著發展，民眾的性權利意識和性別平等意識得到了明顯提升，性騷擾的問題意識在中國年輕一代的公民中得以普及。其次，在立法層面，性騷擾防治立法在國家層面較少涉及。從前述中國性騷擾立法沿革看，現行關於性騷擾的法律條款存在着規定分散、操作性弱、責任缺失等問題，嚴重阻礙了性騷擾受害人的權益保護。同時，關於域外性騷擾立法的借鑑，有學者提出了警示性的看法，“中國式性騷擾的性別分佈及權力關係特徵呈多元化複雜態勢，絕非男對女或

(職場)權力高位者對低位者進行騷擾這麼簡單。以‘職場主義’、性別歧視為核心的美式反性騷擾立法模式未必契合中國國情，西方國家重點規制利用職權實施性騷擾的刑事立法法例亦未必能成為醫治我國性騷擾問題的良方。”¹² 由此可知，性騷擾刑事立法要考量的因素眾多，如立法價值、立法依據、域外法例、本國國情、規制範圍、懲治措施等等，急切將性騷擾行為入刑會受到“刑法依賴症”的立法質疑，損害刑法的威望和降低刑罰的作用。但就性騷擾問題遲遲未給予立法規制，受損的不僅僅是普通民眾，更可能顛覆國民對於立法公平、司法公正和社會正義的正確認識。因此，將性騷擾行為規制納入國家層面的立法規劃，進而形成體系化、專門性的法律防治制度刻不容緩。最後，在舉證責任層面，性騷擾行為多發生在隱蔽的地點，受害人在舉證上存在諸多困難，導致性騷擾刑事立法規制受到實際成效的質疑。在性騷擾案件中，性騷擾往往僅發生在雙方當事人之間，一般並無第三人在場，侵害方只要不採取異常的暴力手段，一般難在受害人身上留下明顯的作案痕跡。性騷擾案件具有的隱蔽性和不公開性是此類案件的固有特點，因此要證明對方對自己進行了性騷擾行為或性侵害行為，除了“當事人的陳述”之外，一般較難向法庭提供其他證明案件事實的證據。即使將性騷擾納入犯罪進而由檢察機關進行公訴，檢察機關亦面臨舉證苦難的現實問題。因此，在堅持刑法基本原則的立場上，性騷擾刑事規制問題需要從實體制度層面和程序規範層面解決犯罪構成、刑事責任、追訴程序和舉證責任分配等關鍵問題，進行構建科學的、可行的性騷擾刑事規制制度。

三、性騷擾域外刑事規制的比較與借鑑

性犯罪從輕重程度上可分為性騷擾犯罪和性侵害犯罪，其中將性侵害行為納入刑法規制已成為全球國家的共識，在性騷擾入刑的立場選擇上，雖然未能達成普遍認可，但在世界主要國家和中國周邊國家和地區已有相關的刑事立法可供參考。通過域外性騷擾刑事規制制度的比較分析，將為中國性犯罪刑事立法體系完善提供有益經驗。

(一) 性騷擾行為刑事規制的域外立法概況

首先，從性騷擾立法規制體系的角度看。其一，性騷擾立法多具有憲法依據。縱觀美國與歐洲性騷擾立法，本國憲法均為其提供了法律依據。如《美國憲法》第14條修正案規定了“不得剝奪任何人生命、自由或財產”的條款，經由《民權法案》第七章對上述條款的詮釋，美國反性騷擾立法既有憲法依據又有部門法規範。在此背景下，美國加利福尼亞州成為了最早將糾纏騷擾行為納入刑法規制的行政區域。¹³ 再如德國通過《基本法》、《第一部平等法》和《第二部平等法》的立法演變，自上而下的確立了反性騷擾的立法依據和落實措施。此外，歐盟成員國家受到國際公約、歐盟條約、歐盟指令及歐盟法院判決的深刻影響，如1979年聯合國《消除對女性一切形式歧視公約》(*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*)、1986年歐洲議會《禁止對女性的暴力的解決議案》(*Resolution on Violence against Women of 1986*)、2002年歐盟《關於落實男女平等待遇條例》(*Implementing the Principle of Equal Treatment between Men and Women*)，進而有力推動了歐盟各成員國內的反性騷擾立法進程。其二，性騷擾行為的民事、行政和刑事法律規制形成有機規制體系。從域外立法例來看，反性騷擾立法並不局限於私法或公法的救濟範圍，而應將私法與公法進行有機結

合，形成層次有序、責任明確的法律規制體系。如在法國，《關於社會現代化法》明確規定了適用性騷擾行為的法律條款，此外《法國勞動法典》和《法國刑法典》分別就性騷擾的行政與刑事責任進行了規定。再如在意大利，《男女平等和職場尊嚴法》《意大利民法典》和《意大利刑法》共同就性騷擾問題做出了明文規定。採取刑事手段規制嚴重的性騷擾行為，雖然在國際社會上仍具有頗多爭議，但提高性騷擾行為的犯罪成本和切實保護國民的人格尊嚴正逐步成為世界主要國家的共識。其三，反性騷擾法案的出台倒逼企業落實性騷擾糾紛解決機制。西方性騷擾案件多發生於職場，因此設立“僱主責任制”成為了西方國家反性騷擾法律制度的共同選擇，如英國、愛爾蘭、意大利等國均設置了該制度。“僱主責任制”的設立，一方面能督促企業完善內部的性騷擾防治制度和措施，預防和制止部分性騷擾案件的發生與發展。有觀點就此指出，僱主作為工作場所的負責人，應當為僱員提供有符合人身健康、自由和尊嚴的工作場所，性騷擾行為是對受害人人格尊嚴的侵犯，故國家設置僱主責任制能有效防範和消除性騷擾的危害。¹⁴ 另一方面，“僱主責任制”能為性騷擾案件的受害者在訴訟時獲賠更有保障，同時對其他企業亦起到“殺雞儆猴”的警示作用。

其次，從性騷擾刑事立法模式的角度看。所謂性騷擾犯罪刑事立法模式，是指國家以何種法律行為對性騷擾犯罪加以規定。性騷擾犯罪立法模式屬立法者的立法技術問題，科學的立法模式能夠科學體現性騷擾犯罪的實質屬性。通過對性騷擾犯罪刑事立法模式的研究，可分析出制定性騷擾犯罪的立法背景、立法者的初衷以及立法者對性騷擾犯罪的認知層級。從域外立法例觀察，有關性騷擾犯罪的立法模式主要包括兩種模式，即刑法典模式和附屬刑法模式。性騷擾犯罪刑法典模式是指在刑法典中規定性騷擾的犯罪構成與刑事責任，與民事法律和行政法規中的性騷擾的行為界定與責任承擔形成法律規制體系。採取性騷擾刑法典模式的國家和地區主要包括德國、法國、葡萄牙和中國澳門。在德國，2007年引入《刑法典》第238條的糾纏騷擾罪為規制性騷擾犯罪提供了刑法依據。¹⁵ 性騷擾犯罪附屬刑法模式，是指在反性騷擾立法中規定性騷擾犯罪與刑責，即在一部法律中載明性騷擾行為的民事賠償責任、行政處罰責任和刑事懲罰責任。採取性騷擾附屬刑法模式的國家和地區主要包括日本、菲律賓和中國台灣。在日本，《迷惑防止條例》第8條規定了與性騷擾相關的“癡漢行為”，規定了具有初犯、偷拍、暴力脅迫、累犯不同情節的刑事責任。在中國台灣地區，2006年開始施行的《性騷擾防治法》規定了多種場合性騷擾行為的法律責任，並就強制觸摸行為規定了刑事責任。¹⁶ 綜上，多個國家和地區通過不同的刑事立法模式確立了性騷擾犯罪的行為模式與刑事責任，並設置了相對靈活的刑事追訴程序，有力說明了性騷擾行為具有了嚴重的道德譴責性、人身危險性和刑事懲罰性。因此，將嚴重的性騷擾行為納入刑事規制範疇，將能為中國完善性犯罪刑事治理體系提供了有益補充。

（二）性騷擾刑事規制的保護法益

縱觀全球主要國家反性騷擾刑事立法，保護法益可分為三種類型，即兩性平權、性自主權和人格尊嚴。詳言之，第一，以美國為代表的兩性平權類型強調性騷擾的刑事可罰性在於嚴重的性別歧視，進而女性遭受不平等對待。採用兩性平權作為性騷擾犯罪保護法益的實質在於防止男性通過性的控制使女性處於從屬地位，從而保護憲法所確立的性別平等，構築對於女性平等的社會整體環境。有觀點指出，美式兩性平權類型的弊端在於容易忽視同性性騷擾的保護，同時平權模式受女權主義理論影響，因此強調女性平權的平權模式難以在缺乏反性別歧視思維和制度的國家被民眾所接受。¹⁷ 第二，採取性自主權作為反性騷擾保護法益的國家一般認為，過於強調性騷擾行為的刑事規制，則會極大地損害

公民的性自由權利。因此主要從“個體”的角度出發，否定性騷擾行為入刑的正當性，而採取民事手段和行政手段對性騷擾行為進行防範和治理。第三，採用人格尊嚴類型的國家主張，嚴重的性騷擾行為是對受害人人格和尊嚴的損害，並且認為性騷擾行為可以造成和其他暴力行為一樣的危害後果，僅依據民事賠償責任和行政處罰責任無法有效抑制嚴重性騷擾行為，因此將嚴重的性騷擾行為納入刑法規制具有正當事由。查閱相關文獻資料後發現，歐洲國家秉持的人格尊嚴類型較為容易理解和採納，但該模式過於強調個人法益，忽視了性騷擾行為背後的社會治理問題，易於將性騷擾行為簡單歸納為個體間的性吸引，以致不當壓縮女性公民的自由範圍。

(三) 性騷擾犯罪的刑事規制範圍

通過整理和歸納域外主要國家性騷擾犯罪規範，具有刑事意義的性騷擾行為具有如下犯罪構成要件：其一，行為人主觀為故意，即性騷擾犯罪行為人明知或應知性騷擾行為會發生危害，並希望或放任性騷擾危害後果的發生。如《法國刑法典》第 222-33 條性騷擾罪第 1 款規定了“反覆強行對他人施加……”、第 2 款規定了“施加各種形式的沉重壓力……”，《葡萄牙刑法典》第 170 條性騷擾罪中規定的“強迫他人進行性方面的接觸……”，美國加利福尼亞州《刑事法典》將糾纏騷擾行為規定為“明知和故意針對一個特定的人做出……”，等等，這都表明“故意”作為性騷擾犯罪的主觀要素具有普適性。¹⁸

其二，性騷擾行為具有重複性或嚴重性。性騷擾犯罪構成要求的“重複性”，是指單次實施的性騷擾行為相對輕微，不構成犯罪。若是行為人反覆對他人實施性騷擾的語言或行為，使個人法益處於持續侵害的狀態，表明性騷擾行為人具有嚴重的主觀惡性和人身危險性，應予刑法規制。關於“重複性”屬性騷擾犯罪構成的立法，諸如《法國刑法典》第 222-33 條性騷擾罪第 1 款規定了“反覆強行對他人施加……”、《德國刑法典》第 238 條糾纏騷擾罪規定了“採用下列方式無合法權限的持續性糾纏騷擾他人……”。性騷擾犯罪構成要求的“嚴重性”，是指從單次性騷擾行為為足以造成嚴重的危害後果，進而應予刑事追責。如中國台灣地區《性騷擾防治法》規定了強制觸摸行為的刑事責任，即對不易與刑法上的某些涉及性侵害犯罪相區別的情形，將一些情節特別嚴重的肢體性騷擾行為納入犯罪圈劃。值得注意的是，域外相關刑事立法規定，性騷擾的犯罪對象要求是特定人，若針對不特定第三人實施性騷擾，更可能是言語性騷擾，不構成性騷擾罪。總之，性騷擾犯罪行為一般由若干單個行為組成，該若干單個行為的組合與重複足以對性騷擾受害人造成嚴重的精神損害或人身損害。此外根據相關實證研究指出，性騷擾行為容易導致更為嚴重的性侵害行為的發生，若不在初級階段予以有力度的防治，則難以避免嚴重法益侵害後果的發生。

其三，性騷擾刑事立法逐步取消實害後果要件。性騷擾犯罪要求的實害結果是指，危害後果應達到受害人因性騷擾行為遭受精神損害的程度，如受到嚴重驚嚇、感悟厭煩或恐慌等。但在實踐中，性騷擾行為的隱蔽性和危害持續性，導致實害後果的範圍明顯寬於法律規定的圈劃，因此將實害後果的發生作為性騷擾犯罪的構成要件受到諸多批評。如《德國刑法典》第 238 條糾纏騷擾罪，德國聯邦為克服糾纏騷擾罪司法適用困難和更好地保護受害人，提出法律草案擬取消糾纏騷擾罪對於實際危害後果的要求，即修改為“無合法權限並嚴重損害他人生活的方式持續的通過以下行為糾纏騷擾他人的，處……”。再如《澳門刑法典》第 164 條 A 條性騷擾罪規定“使他人被迫忍受性方面的身體接觸，或迫使他人與行為人或第三人進行此行為而騷擾他人者，不論是以身體某部分或物件作接觸，處……”，

中國澳門的性騷擾犯罪立法借鑑了法國和葡萄牙的相關法例，未將性騷擾的實害後果規定為犯罪構成要件，而是由法官在具體案件中進行法益侵害程度的判斷。

(四) 性騷擾犯罪的刑罰應對措施

域外主要國家關於性騷擾刑事措施，除了常見的監禁刑和財產刑外，還設置了諸如累犯制度、情節犯制度、人身禁止令制度、公訴自訴結合制度等。從刑罰幅度來看，域外主要國家和地區性騷擾犯罪的基本刑多在三年以下，具有嚴重情節或嚴重後果的，如受害人為未成年人的、以性騷擾為生活方式或意圖牟利的、導致受害人本人、家人或親近人員死亡的，量刑幅度最高不超過十年。可知，性騷擾犯罪被多數立法者視為輕罪，作為預防性侵害行為的制度設計，進而配以靈活多樣的刑事措施以實現性騷擾犯罪的預防與規制，具有合理性和可借鑑性。從刑事一體化的角度考察，在性騷擾刑事案件中採用公訴自訴相結合的追訴程序能更能發揮性騷擾刑事立法的指導、預測和規製作用。以《澳門刑法典》中的性騷擾罪為例，該犯罪被規定為半公罪，公訴機關僅在發生法定嚴重情節時方介入性騷擾案件，如被害人年齡未滿 16 周歲、被害人屬無能力人或因疾病、身體或身體缺陷而能力低弱的人。詳言之，對於不具有嚴重情節或嚴重後果的性騷擾犯罪實行不告不理，舉證責任由受害人承擔；反之，由公訴部門進行犯罪追訴和承擔舉證責任。¹⁹ 從制度設計上完善性犯罪的刑事規制體系，一方面能引導、威懾潛在的犯罪人，另一方面能督促國民提高證據意識和自保認識，有利於構建安全和諧的社會整體環境。

四、性騷擾行為刑事規制的本土化路徑

中國刑事立法具有顯著的大陸法系特徵，並對公民人格權的保護一貫持積極態度。在性騷擾刑事規制立法的借鑑層面，亦應當重點關注新加坡、中國香港、中國台灣和中國澳門的性騷擾刑事立法。一方面，上述國家和地區均對性騷擾犯罪有明確規定；另一方面，該些區域居民以華人居民居多，與中國居民具有血脈之源且有相近的法律文化，故可為中國性騷擾刑事立法制度完善提供重要參考。

(一) 建議將性自主權作為性騷擾的保護法益

從中國性犯罪刑事體系看，該類犯罪被規定於《刑法》第四章侵犯公民人身權利、民眾主義罪之中，具體罪名包括強姦罪、強制猥褻、侮辱罪和猥褻兒童罪。在刑事立法中增設性騷擾犯罪，目的主要在於完善性犯罪刑事立法體系，增加對情節較輕的性騷擾行為的刑事規制。同時參考大陸法系性騷擾犯罪的相關立法，建議將性自主權作為性騷擾犯罪的保護法益。所謂“性自主權”，是指性的自己決定權(性自主權)，其基本內容是公民按照自己的意志決定性行為的權利。²⁰ 值得注意的是，域外性騷擾犯罪刑事立法多將男性納入性騷擾受害者的範圍，中國性騷擾犯罪是否應將男性作為刑事保護對象呢？查閱相關文獻資料後發現，男性或應當作為性騷擾犯罪的保護對象。理由在於，與性騷擾罪具有法益保護相連性的強制猥褻、侮辱罪，該罪規定的強制猥褻對象沒有限制，即使是男子強制猥褻男子以及婦女強制猥褻男子的情形，亦構成強制猥褻罪。因此，作為完善中國性犯罪刑事規制制度的重要一環，性騷擾犯罪保護婦女與男子的性自主權利。為了限制刑事處罰的範圍和維護刑法的維權，性騷

擾犯罪的保護法益不能延伸至諸如社會風化秩序同類型的“社會法益”，亦不能將保護法益規定為“高尚”、“文明”的性道德或性倫理。進而，保護公民性自主權的性騷擾犯罪的立法目的只能是個人權利，不能被轉化為治理腐敗問題、規範職務行為的法律措施。對於與性有關的賄賂行為和徇私行為，若沒有對公民的性自主權造成法益侵害，即不能以性騷擾罪追訴刑事責任。可以推斷的是，即使與性有關的賄賂行為和徇私行為會造成其他法益的嚴重侵害後果，應當通過優化賄賂犯罪構成要件或職務犯罪構成要件予以處理。總之，將性騷擾犯罪保護法益限定於公民性自主權，能避免該罪名淪為政治或人際鬥爭的工具，防止國家權力過度干涉公民權利。

(二) 明確規定性騷擾罪的犯罪構成

從附屬刑法着手規定性騷擾犯罪的構成要件，並設置具有針對性的刑罰措施，實現性騷擾刑事規制的有法可依。詳言之，第一，性騷擾犯罪的構成要件。性騷擾犯罪的主體為一般主體，即具有完全刑事責任能力的男性與女性。該罪的保護客體是公民的性自主權。此罪的主觀要件為故意，即行為人明知或應知對他人實施性騷擾的行為會危害他人性自主權，並追求或放任該種危害後果的發生。性騷擾行為人在故意的主觀意識下實施的性騷擾行為，體現了行為的規範違反性和主觀的反社會性。就本罪的客觀要件而言，“對他人實施性騷擾的，處……”，性騷擾犯罪行為主要包括兩種類型：其一是使他人被迫忍受性方面的身體接觸，其二是迫使他人與行為人或第三人進行身體接觸進而騷擾他人者，身體接觸不限於身體部位的接觸，也包括使用物件進行接觸。值得注意的是性騷擾罪與強制猥褻婦女罪的區分適用，一是性騷擾罪的犯罪對象包括男性與女性，強制猥褻婦女罪的犯罪對象限於女性；二是性騷擾犯罪行為並不要求行為人必須使用暴力、脅迫的行為，判斷性騷擾行為的核心在於“性方面的身體接觸”和“性方面的感官騷擾”，而強制猥褻婦女罪的犯罪構成明確規定為使用強制、脅迫或其他方法強制猥褻他人或侮辱婦女；三是性騷擾罪應規定為半公訴案件，強制猥褻婦女罪則屬公訴案件。若性騷擾行為導致了受害人嚴重的精神創傷或身亡等嚴重後果，則屬本罪的加重情節。第二，關於性騷犯罪的刑罰措施，在查閱相關文獻資料的基礎上建議規定為“處三年以下有期徒刑、拘役或拘役，並處罰金……”。性騷擾犯罪屬輕罪，三年以下的刑罰配置能為具有法定情節的犯罪人是設置適用緩刑的空間，能促使犯罪人積極悔過，彌補對受害人造成的傷害，利於行為人的社會回歸。²¹此外，性騷擾犯罪的設置一方面是為了威懾大量的潛在犯罪人，實現刑法的一般預防犯罪機能，另一方面能擴充性騷擾犯罪的體系，實現對公民性自主權的妥當保護。因此，性騷擾犯罪的設置屬國家的經濟發展和社會文明建設達到一定階段的產物，可借鑑域外相關的立法經驗，設置性騷擾相關的刑事責任、行政責任，通過多元化的方式化解性騷擾矛盾。

(三) 設置符合國情的性騷擾犯罪刑罰易科制度

域外規定了性騷擾犯罪的國家或地區，性騷擾犯罪的刑罰多規定了罰金易科制度，如《葡萄牙刑法典》《希臘刑法典》和《澳門刑法典》中均有相關規定。對於罰金易科制度，涉及罰金刑易科自由刑，中國正處於經濟發展的轉型期，貧富差距問題仍然的社會的主要矛盾之一。在此背景下，若中國立法照搬域外的罰金易科制度，很容易觸動國民對於司法公正的敏感神經。同時，短期監禁刑的適用容易導致罪犯間的交叉傳染，不利於實現刑法的特殊預防。因此，首先應在制度上盡可能使性騷擾罪犯適用非監禁刑。性騷擾犯罪屬輕罪，根據寬嚴相濟刑事政策的要求，有必要限制性騷擾罪犯適用六

個月以下的監禁刑。²²其次，有限制地適用短期監禁刑易科罰金刑制度。中國《刑法》規定了社區矯正制度，被判處管制、緩刑、假釋、監外執行的罪犯可以適用社區矯正。根據世界主要國家刑罰發展的趨勢，社區矯正制度或將是各國治理輕罪罪犯的主要措施。對於性騷擾罪犯而言，為了克服短期監禁刑的固有弊端，中國應當提高管制和緩刑的適用比例。通過非監禁刑與罰金刑的有機結合，避免國民對於刑罰易科制度等價於“以錢買刑”產生錯誤認識，以期更好地發揮刑罰的預防和懲罰機能。

(四) 性騷擾犯罪刑事追訴程序再塑

鑑於保護性騷性受害者的隱私，建議將性騷擾犯罪規定為半公訴犯罪，重視個人法益的恢復和救濟。詳言之，針對性騷擾犯罪的行為特徵，該類犯罪以“告訴才處理”為原則，以應對程度不同的性騷擾犯罪行為。即對於情節輕微的性騷擾犯罪行為，適用自訴程序，即公訴機關是否追訴行為人的責任取決於當事人的刑事起訴行為。對於達到情節嚴重的性騷擾犯罪行為，如受害人是未成年、受害人存在精神或身體缺陷、受害人受到嚴重精神傷害或身亡等，則規定為公訴案件，以國家強制力保障法律的落實和公民人身安全。將部分的性騷擾犯罪設置為自訴案件，理由主要在於：一是性騷擾犯罪的保護法益的公民的性自主權，對於情節輕微的性騷擾犯罪，公民應有權在一定的範圍內決定以何種方式實現法益的恢復和惡行的懲處；二是自訴案件的設置能節約有限的司法資源，促進刑事和解的達成，使犯罪人積極悔罪、彌補過錯，預防再犯；三是將性騷擾犯罪設置為自訴案件有利於被害人獲得足以彌補損失的經濟賠償，同時能相對降低刑事懲罰的適用範圍，為營造良好的回歸社會環境奠定制度基礎；四是自訴案件的設置與適用將促進性騷擾問題多元解決機制的出台和落實。根據性騷擾行為的侵害程度，應對應承擔民事賠償責任、行政處罰責任和刑事懲罰責任，形成既有區別、又有聯繫的法律規制體系。總之，性騷擾犯罪案件以自訴為主、公訴為輔的刑事追訴程序設置契合中國國情，將能促進社會矛盾朝着積極解決的方向發展。

五、小結

性騷擾問題的長期忽視和救濟欠妥，導致該問題在中國影響廣泛。中國從立國之初就確立了保護婦女、兒童的政策方針，發展至今，對於侵害嚴重的性侵害問題已經有法可依。然而，侵害程度相對較輕的性騷擾問題卻因多種原因共同導致規制成效低、受害群體大和危害後果強等現實狀況。通過域外立法的有益經驗借鑑，中國應逐步建立體系化、專業化的性犯罪防控制度。性騷擾犯罪的設置旨在保護公民的性自主權，威懾虞犯者和制裁犯罪人，該罪名將與強制猥褻婦女罪和強姦罪共同形成中國性犯罪刑事規制制度，更好地契合社會文明的發展。

註釋：

¹ 根據 2017 年鳳凰網的調查顯示，中國職場女性中大約每 25 人中就有一人遭遇過強行性行為。另根據《中

國大學在校生和畢業生遭遇性騷擾狀況調查》，在中國的大學在校生和畢業生中，有接近七成遭受過不同程度的性騷擾，其中女性遭遇性騷擾的比例為75%。

- 2 《性騷擾指南》將“性騷擾”定義為：“在下列三種情況下向對方做出不受欢迎的、與性有關的行動或要求及其他言語舉動，均會構成性騷擾：(1)明示或默示凡順從該性騷擾者，即可獲得個人在工作上的條件；(2)員工順從性騷擾行為，或拒絕性騷擾行為，會影響到是否僱用該員工；(3)性騷擾行為之目的或結果，不合理地干涉員工的工作表現，或產生脅迫、敵對或侵犯性的工作環境”。前兩種情況屬交換型性騷擾，最後一種屬敵意環境型性騷擾。
- 3 歐盟委員會將性騷擾定義為“是以對方非自願的身體上或語言上的有性含義的進攻性行為，造成損害對方尊嚴、名譽，給對方心理造成恐慌、敵意、恥辱的後果”
- 4 王成：《性騷擾行為的司法及私法規制論綱》，載於《政治與法律》，2007年第4期，第85頁。
- 5 劉引玲：《論“性騷擾”侵權行為的認定及責任承擔》，載於《山東警察學院學報》，2005年第2期，第40頁。
- 6 郭衛華：《論性自主權的界定及其私法保護》，載於《法商研究》，2005年第1期，第60-62頁。
- 7 張建文：《新型權利保護中利益正當性的論證基準——以約為婚姻誘使他人與自己發生性關係的裁判立場為基準》，載於《河北法學》，2018年第7期，第19頁。
- 8 張新寶、高燕竹：《性騷擾法律規制的主要問題》，載於《法學家》，2006年第4期，第66頁。
- 9 如《條例》規定了僱主防治性騷擾義務，明確“用人單位應當採取措施預防、制止性騷擾，並對職工進行反性騷擾的教育”。對職場性騷擾，《條例》明確規定，用人單位應當及時制止、處理。職工也可以向有關單位投訴、舉報，有關單位應當及時採取措施予以處理。同時，《條例》還界定了性騷擾的定義以及救濟途徑與法律責任。
- 10 根據2017年鳳凰網對中國職場性騷擾的調查顯示，中國受到性騷擾困擾的職場女性高達40%以上，並且大約在每25個女性當中就有一個遭遇過強行性行為。在受到職場性騷擾的女性當中，20至29歲的年輕女性比例最高，有57.5%的受訪女性表示曾受到性騷擾。其中，45.6%的受害者會明確警告騷擾者，34.3%的受害者會向單位人事部、工會或管理者進行投訴，54.4%的受害者會選擇屈從或睜隻眼閉隻眼，最終多數受害者選擇了隱忍或離職。這說明中國職場性騷擾的現象相當普遍與嚴重。
- 11 潘綏銘、黃盈盈：《21世紀中國的性騷擾的調查實證：話語介入與主體構建之悖》，載於《探索與爭鳴》，2013年第7期。
- 12 趙軍：《話語構建與性騷擾刑事對策的本土之維》，載於《河南大學學報》(社會科學版)，2017年第7期，第59-60頁。
- 13 美國加利福尼亞州1990年《刑事法典》中將糾纏騷擾界定為：明知和故意針對一個特定的人做出一連串行為，而這些行為使該人收到嚴重的驚嚇或折磨，感到非常厭煩或恐懼，但卻沒有任何正當目的。
- 14 駱東平：《異域的路徑與選擇：性騷擾案件中的民事損害賠償制度介評》，載於《三峽大學學報》(人文社會科學版)，2010年第4期，第77-80頁。
- 15 糾纏騷擾罪以個人的法和平作為保護法益，重視公民個人的精神愉悅感和不被恐懼包圍的精神自由的保護。該罪通過第1款前4項規定的具體行為以及第五項兜底條款的規定，明確了糾纏騷擾行為的內涵與外延。此外，構成刑法意義上的糾纏騷擾行為，還需滿足三個條件，即行為人缺乏合法依據，糾纏騷擾行為具有持續性，糾纏騷擾行為對他人的正常生活造成嚴重影響。

- ¹⁶ 即針對一些情節特別嚴重的肢體性騷擾，對受害人極為不利的，又不易與刑法上某些涉及性侵害之犯罪相區別的情況，規定了“處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金”，但適用不告不理的原則。
- ¹⁷ 駱東平：《歐盟式性騷擾概念界定的深層分析》，載於《山西師大學報》(社會科學版)，2012年第1期，第53-56頁。
- ¹⁸ 首先，從性騷擾犯罪的認識因素看，行為人應明知或應知自己實施的性騷擾行為、行為具有道德譴責性和法益侵害性，會對受害人造成危害結果等；其次，從性騷擾犯罪的意志因素看，行為人希望或放任受害人遭受精神損害或人身損害的危害結果發生。“希望”雖然意味着追求結果發生，但應注意程度上的差異，即不很強烈、迫切的希望也屬希望危害結果發生；“放任”是對性騷擾危害後果的一種聽之任之的態度，即性騷擾行為人在心理上接受，認可性騷擾危害後果的發生。總之，性騷擾犯罪將主觀要素限定為故意，體現了行為人在此意志支配下的主觀惡性。
- ¹⁹ 吳小帥：《析我國社會轉型期刑事自訴圈的影響因素與劃定原則》，載於《東嶽論叢》，2015年第2期，第170-177頁。
- ²⁰ 張明楷：《刑法學》(第五版)，北京：法律出版社，2016年，第868頁。
- ²¹ 陳志軍：《輕微犯罪立法的反思與完善》，載於《國家檢察官學院學報》，2018年第5期，第75-78頁。
- ²² 林金鵬：《論罰金刑易科在我國之適用》，載於《山東警察學院學報》，2014年第9期，第65-67頁。