



第十一届企业员工关系年会

2021年3月30-31日，上海





联系我们

地址：上海市武宁路99号我格广场办公楼1001室

邮编：200063

电话：+86 21 6056 1858

Fax：+86 21 6056 1859

邮箱地址：marketing@hrecchina.org

网站：www.hrecchina.org





中联律师事务所
SGLA LAW FIRM

女职工管理二三事

中联 | 上海 | 劳动法团队

主讲人：夏利群 | 高级合伙人/律师

C 目录 CONTENTS

1

“三期”女职工休假概述

2

“三期”女职工劳动关系处理

3

用人单位职场性骚扰防范义务

第一部分

“三期”女职工休假概述

一、孕期

二、产期

三、哺乳期

一、孕期

- 产前检查 ≠ 产前假 ≠ 产前休假

1. 休取条件;
2. 劳动时间/正常出勤;
3. 工资待遇

一、孕期

- 视为出勤的产前检查是否有次数要求？

- 卫生部关于印发《孕产期保健工作管理办法》和《孕产期保健工作规范》的通知

- 《孕产期保健工作管理办法》第十一 在整个妊娠期间至少提供5次产前检查，发现异常者应当酌情增加检查次数。根据不同妊娠时期确定各期保健重点。

- 《孕产期保健工作规范》

- 第二部分 孕产期保健服务 二、孕期保健 （二）孕期检查次数。孕期应当至少检查5次。其中孕早期至少进行1次，孕中期至少2次（建议分别在孕16-20周、孕21-24周各进行1次），孕晚期至少2次（其中至少在孕36周后进行1次），发现异常者应当酌情增加检查次数。

- 超过5次的认定？

二、产期

● 产期

➤ 《女职工劳动保护特别规定》

第八条

女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

- 生育津贴 < 产假前工资标准，差额部分？
- 非计划生育的女职工待遇？（产假 / 工资待遇）

二、产期

- 剖宫产（剖腹产）=难产？

- 广东珠海中院(2019)粤04民终264号：

劳动者符合计划生育规定，且采用剖宫产方式生育二孩，享受的产假时间应为208天（98天+30天难产假+80天奖励假）。

- 北京一中院（2014）一中民终字第01881号：

张某于2012年2月3日通过剖腹产分娩一女孩，属于晚婚晚育和难产，故依法享有135天产假。

二、产期

- 女职工无法领取生育津贴，是否可以要求公司支付产假期间工资？

➤ 北京二中院 (2019)京02民终9638号

本院认为，职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费。诚通人力公司未能及时为赵奎香参加生育保险并缴费，客观上存在赵奎香自身保险手续的因素，但诚通人力公司提交的证据不足以证明其采取了积极地措施而仍无法避免相同结果发生，由此造成的后果由诚通人力公司承担，并无不妥。关于诚通人力公司提交的东营市社会保险管理服务中心开具的《关于生育保险待遇发放有关问题的通知》与《山东省人口与计划生育条例》关于生育保险问题的相关规定相抵触，应适用《山东省人口与计划生育条例》的有关规定，故一审法院判令诚通人力公司支付赵奎香产假工资及生育医疗费用，并无不妥。

二、产期

- 女职工无法领取生育津贴，是否可以要求公司支付产假期间工资？

- 北京一中院 (2015)一中民终字第01603号

本院认为，董泽于2012年3月22日入职迪孚时代食品公司，但其自2011年12月开始直到2013年2月一直在领取失业救济金，客观上致使迪孚时代食品公司无法为其缴纳相关社保费用，故董泽生育后无法领取生育津贴的责任不在迪孚时代食品公司。董泽要求迪孚时代食品公司向其支付2013年6月9日至2013年9月30日期间的产假工资差额，于法无据，原审法院对此不予支持是正确的，本院予以确认。

三、哺乳期

- 哺乳期

- 哺乳期 ≠ 哺乳假 ≠ 哺乳时间

- 哺乳时间能否合并休取？

- 劳动者未休取哺乳时间能否要求用人单位补偿？或要求支付加班费？

三、哺乳期

● 哺乳时间用工管理建议

1. 主动为员工安排哺乳时间，或提供合适的哺乳场所，并在员工产假结束前沟通好哺乳时间的安排；
2. 如员工未享受哺乳时间，应当督促员工享受该类权利，若员工放弃的，最好签手续相关文件，或者在相关通知文件中说明不享受视同放弃。若确实由于公司原因而未享受的，建议视情况给予一定补偿，但注意对于该补偿标准并无法律规定。

第二部分

“三期”女职工劳动关系处理

一、女职工“三期”信息认定

二、劳动合同订立

三、劳动合同变更

四、劳动合同解除或终止

一、女职工“三期”信息认定

● 女职工的“三期”信息

➤ 《劳动合同法》

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；**用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。**



- ❑ 女职工的“三期”情况是否属于劳动者的隐私或个人信息范围？以及何时属于？
- ❑ 用人单位对此的知情利用权边界是否保持不变？

一、女职工“三期”信息认定

● 女职工的“三期”信息

➤ 《民法典》

第一千零三十二条 【隐私权】自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

第一千零三十四条 【个人信息的定义】自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

一、女职工“三期”信息认定

● 女职工的“三期”信息处理原则：是否获得员工（求职者）宽泛同意就可以任意收集、使用员工（求职者）个人信息？

➤ 《民法典》

第一千零三十五条 【个人信息处理的原则和条件】处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

- （一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；
- （二）公开处理信息的规则；
- （三）明示处理信息的目的、方式和范围；
- （四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

二、劳动合同订立

● 严格限制性别歧视

➤ 《网络招聘服务管理规定》

第十五条 用人单位向人力资源服务机构提供的单位基本情况、招聘人数、招聘条件、用工类型、工作内容、工作条件、工作地点、基本劳动报酬等网络招聘信息，应当合法、真实，不得含有民族、种族、性别、宗教信仰等方面的歧视性内容。

前款网络招聘信息不得违反国家规定在户籍、地域、身份等方面设置限制人力资源流动的条件。

➤ 《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》

用人单位在招聘过程中的禁止性行为：

- 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；
- 以性别为由限制妇女求职就业、拒绝录用妇女；
- 询问妇女婚育情况，将妊娠测试作为入职体检项目；
- 将限制生育作为录用条件；
- 差别化地提高对妇女的录用标准。

二、劳动合同订立

- 隐瞒“三期”信息是否属于入职欺诈？

- 上海黄浦法院 (2014)黄浦民一(民)初字第4034号 【二审阶段 公司撤诉】

经审理查明：员工因担心公司存在用工歧视，遂在求职申请表中将婚育状态填写为已婚已育，并在员工基本情况登记表中虚构子女信息。求职申请表中的声明约定：“如应聘者在申请表中提供的个人信息以及工作经历存在伪造情况，公司有权停止雇佣，公司对其欺骗行为予以解除劳动合同”。

2014年2月，员工至医院进行身体检查时诊断怀孕，此怀孕为首胎。员工将怀孕情况告知公司后，2014年4月8日公司以员工虚报个人资料为由与其解除劳动合同。

二、劳动合同订立

● 隐瞒“三期”信息是否属于入职欺诈？

➤ 上海黄浦法院 (2014)黄浦民一(民)初字第4034号 【二审阶段 公司撤诉】

法院认为，本案争议的焦点为生育状况是否属于告知义务，未如实告知将产生怎样的法律后果。“与劳动合同直接相关的基本情况”指与劳动合同履行存在有实质性意义事项，通常包括劳动者个人身份信息资料、能一定程度反映劳动者工作能力、技术熟练程度的工作履历、原单位推荐函、特殊岗位必须具备的资格证书或健康资料等。劳动合同法在劳动合同签订过程中设定劳动者如实告知义务及对不诚信行为进行规制，目的亦是为了确保劳动合同目的的实现。劳动合同签订中的虚假陈述构成欺诈是用人单位行使解雇权的依据。所谓欺诈，是一方当事人故意告诉对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为。本案中，公司明确表示，是否生育与员工竞聘的岗位无关，公司并非相信了员工已生育的虚假陈述而与员工签订劳动合同。婚姻、生育状况通常与劳动合同的履行没有必然的关系，属于个人隐私。员工因担心就业压力虚报个人生育状况不构成欺诈，故对员工以原告在签订劳动合同、填写求职申请表及员工基本情况登记表时对生育状况做不实陈述并据此解除劳动合同的，违反法律规定。

二、劳动合同订立

● 严格限制性别歧视

➤ 广州中院（2016）粤01民终10790号

法院认为，对于惠食佳公司、名豪轩酒楼是否侵犯了梁海媚的就业平等权的问题。本院审理期间，虽然公司、酒楼主张其不存在性别歧视行为，但是从公司发布仅限男性的招聘广告以及酒楼前台工作人员告知梁海媚“厨房学徒不要女的”、“厨房里没有女工，都是男的”、“公司规定厨房不招女工，即便具备厨师证也不行”、“不招女工，你填了（表）也是没用”、“不是说有没有实力的问题，这是管理的问题，就是如果不招女生的话就是不招”等行为可以看出，公司、酒楼在发布招聘广告以及招聘员工的过程中存在对女性应聘者进行区别、限制以及排斥的行为。而公司、酒楼所招聘的岗位并非不适合妇女的工种以及岗位。根据《中华人民共和国民法通则》第一百零五条之规定，妇女享有同男子平等的民事权利。又根据《中华人民共和国就业促进法》第三条之规定，劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。公司、酒楼仅因招聘者性别而产生的区别、限制以及排斥的行为不具有合法以及合理性，损害了女性应聘者的就业平等权，应构成就业歧视中的性别歧视。

三、劳动合同变更

● 变更工作岗位法定条件

女职工“三期”内 **未禁止或限制变岗**——《女职工劳动保护特别规定》第五条：“用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。”

1. 原岗位为禁忌岗位——女职工在特殊时期从事法律规定禁忌的岗位，用人单位**应当**对其调整相应的工作岗位。

➤ 《劳动法》

第六十一条 不得安排女职工在**怀孕期间**从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十三条 不得安排女职工在**哺乳未满一周岁的婴儿期间**从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

三、劳动合同变更

● 变更工作岗位法定条件

2. 医院证明调岗

- 《女职工劳动保护特别规定》第六条：“女职工在孕期不能适应原劳动的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。”

3. 协商一致调岗

- 《劳动合同法》第三十五条：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”

4. “不能胜任工作”调岗

- 《劳动合同法》第四十条第二项：“不能胜任工作”调岗的适用。

理论上可行，实践中慎用。因客观能力引起的不胜任工作与因女职工怀孕引起的不胜任工作，司法实践中很难把握。

三、劳动合同变更

● 变更工作岗位酌定条件

上海地区：用人单位需要证明调整工作岗位的合理性

➤ 《上海市高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的解答2002》

（十五）、劳动合同中约定用人单位有权随时调整劳动者岗位发生争议的，应如何处理？

答：用人单位和劳动者因劳动合同中约定，用人单位有权**根据生产经营需要**随时调整劳动者工作内容或岗位，双方为此发生争议的，**应由用人单位举证证明其调职具有充分的合理性**。用人单位不能举证证明其调职具有充分合理性的，双方仍应按原劳动合同履行。

三、劳动合同变更

● 变更工作岗位酌定条件

上海地区：用人单位需要证明调整工作岗位的合理性

➤ 《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答(2006)17号》

六、关于用人单位调整劳动者工作内容和工资报酬的问题

(一)用人单位与劳动者对调整工作内容和工资报酬有明确的书面约定，或者虽无明确书面约定但已通过实际履行等方式默示调整了原合同约定的，视为双方对变更达成一致。(二)用人单位在劳动者不胜任工作、劳动者医疗期满后不能从事原工作、对负有保守用人单位商业秘密的劳动者采取保密措施等情形下依法调整劳动者工作内容和工资报酬，**用人单位应对调整劳动者工作内容的合理依据承担举证责任**。(三)劳动合同中明确约定调整工作内容与工资报酬的有关调解，当事人可按约定履行。劳动合同中虽有工作内容和工资报酬调整的约定，但调整的调解和指向不明确的，**用人单位应当提供充分证据证明调整的合理性，用人单位不能证明调整合理性的，劳动者可以要求撤销用人单位的调整决定**。

三、劳动合同变更

- 变更工作岗位酌定条件

- 北京三中院（2019）京03民终1095号

法院认为：公司虽主张劳动者从销售岗位调至行政内勤岗位，且业绩下滑，个人表现存在问题，不能胜任工作，并提交了《员工异动薪资调整审批表》加以佐证，但在劳动者对此不予认可的情况下，**公司并未提交劳动者不能胜任其工作的相关证据**。根据《女职工劳动保护特别规定》第五条规定，用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或聘用合同，**现公司既未事先与劳动者协商一致又不能证明劳动者不能胜任原工作岗位，便单方变更劳动者的工作岗位、降低薪资，违反相关法律规定**。公司以公司业绩下滑、全员降薪进行抗辩，亦缺乏依据，本院对此不予采信。

三、劳动合同变更

- 是否适用“薪随岗变”原则
- 需要区分调岗是因为“三期”的原因，还是其他原因

➤ 最高院肖锋法官个人意见：

有明确的岗位职系和薪酬对应标准：员工工资结构为基本工资、岗位工资、绩效工资。基本工资与考勤相联系，一般不进行调整；岗位工资随岗位变动而调整，只要调岗成功，调薪也会成功；绩效工资与员工绩效考核相联系，不需要进行调整工作岗位，也能起到降薪及给员工加压的作用。

若无制度规定和合同约定，调岗后的薪酬标准应当协商确定，而不能由用人单位单方确定。

四、劳动合同解除或终止

● 以旷工为理由，解雇“三期”女职工的注意事项

- 处在孕期、产期、哺乳期的女职工，也需要做好本职工作遵守劳动纪律，违反用人单位规章制度达到开除条件的，用人单位完全可以根据《劳动合同法》第39条规定解除与三期女职工的劳动关系。
- 用人单位应建立规章制度，依法依规对员工进行管理，对于员工的违纪行为要做好证据保存。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定：“用人单位根据《中华人民共和国劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”
- 实践中经常存在因劳动者行为严重违反了用人单位的规章制度，用人单位单方解除与其劳动合同，但由于用人单位未提供充分证据证明其规章制度制定程序和解除劳动合同程序合法导致败诉。

四、劳动合同解除或终止

- 以旷工为理由，解雇“三期”女职工的注意事项
- 当员工未按员工手册规定提交病假材料（包括未提交完整材料、未及时提交材料和未按流程提交材料等），公司是否有权不予批准相应的病假，并将相应期间作为旷工处理？
 - 观点一：只要员工手册规定了相应的流程和文件要求，员工就应当依规执行，未按规定履行请假流程或提供材料的，用人单位有权视为旷工，并按员工手册处理。
 - 观点二：流程和文件要求是形式，过分追求形式上的绝对合规不利于公平的实现，如果劳动者确实已经就医且持有符合要求的病假证明材料，即便在流程和文件上和员工手册要求有所不符，也达不到严重程度，不能被认定为严重违纪。

在司法实践中，观点二目前系主流观点。

四、劳动合同解除或终止

● 关于员工拒绝去新岗位工作是否构成旷工的问题

➤ 《上海高院民一庭调研与参考》【2014】15号

实践中，一些用人单位根据生产经营需要对劳动者的工作岗位进行调整，劳动者对此未明确拒绝仅表示需要考虑。之后劳动者既未到新的工作岗位报到，也未到原岗位出勤，用人单位遂以旷工为由解除劳动合同，后经法院审查认为用人单位的调岗不具有合理性。

倾向认为，虽《劳动合同法》规定用人单位与劳动者协商一致可以变更劳动合同，但也不可否认用人单位因生产结构、经营范围进行调整或外部市场发生变化的情况下行使经营管理自主权，在合法、合理的前提下对劳动者岗位进行适当调整，对此劳动者应当予以配合，这也是劳动关系人身从属性的具体体现。如劳动者对调整工作岗位有异议，应当采用协商的方式解决，而不应当以消极怠工的方式进行抵制或对抗。故如劳动者既未到新的工作岗位报到也未到原岗位出勤的，按照用人单位规章制度规定确属严重违纪的，用人单位可以与劳动者解除劳动合同。

四、劳动合同解除或终止

- 关于员工拒绝去新岗位工作是否构成旷工的问题

- 上海二中院（2017）沪02民终6220号

法院认为：根据劳动合同法的规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度，用人单位可以解除劳动合同，**但用人单位应对其作出解除行为的合法性负举证责任**。现安意深圳分公司以连续旷工3天以上属严重违纪为由，与劳动者解除了劳动合同，并提供**退回通知、报到通知、旷工通知、解除通知等证据**予以佐证。劳动者以不提供劳动、消极怠工等手段作为解决争议的方式，不仅影响了劳务派遣关系的正常履行，亦将对企业的生产经营带来损害。普思新公司作为用工单位，据此将上诉人退回用人单位安意深圳分公司，并无违法之处。

四、劳动合同解除或终止

- 关于员工拒绝去新岗位工作是否构成旷工的问题

- 上海二中院（2017）沪02民终6220号

遵守劳动纪律和职业道德系劳动者基本的劳动义务。依据安意深圳分公司提供的邮寄凭证、查询单，在该分公司向劳动者多次发函并言明相关劳动纪律的情况下，劳动者仍未与安意深圳分公司进行联系，也未说明或反馈有关情况。在此情形下，因劳动者的行为有违基本的劳动纪律，安意深圳分公司据此依照劳动合同的约定解除与上诉人的劳动关系，符合法律规定。现劳动者以其怀孕为由主张安意深圳分公司的解除行为违法，本院认为，虽然我国相关法律对处于孕期等三期的女职工的权益给予特殊保护，但三期女职工仍应当遵循基本的劳动纪律，故劳动者该主张缺乏法律依据，一审法院对此不予采信。

四、劳动合同解除或终止

● 协商解除劳动合同后，女职工以怀孕事实要求撤销协商协议的效力

➤ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》

第三十五条 劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

简而言之，如果协议不存在重大误解或者显失公平情形时，劳动者不可以要求撤销。

➤ 《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》

45、女职工在未知自己怀孕的情况下与用人单位协商解除劳动合同后，又要求撤销解除协议或者要求继续履行原合同的，如何处理？

女职工与用人单位协商解除劳动合同后，发现自己怀孕后又要求撤销协议或者要求继续履行原合同的，一般不予支持。

四、劳动合同解除或终止

- 协商解除劳动合同后，女职工以怀孕事实要求撤销协商协议的效力

- 上海二中院（2017）沪02民终5513号

法院认为：公司与唐某就劳动合同的解除进行了协商，双方达成一致意见后签署《协商解除劳动合同协议书》，协议书对双方劳动权利义务进行了明确约定，且不违反强行法的规定，对双方均有约束。唐某主张其签署协议书时不知道自己怀有身孕并不属于重大误解的法定事由，现该协议已履行完毕，唐某主张该协议系重大误解，要求双方恢复劳动关系于法无据，法院不予支持。

四、劳动合同解除或终止

● 劳动合同因“三期”顺延超过十年，是否应签订无固定期限劳动合同

➤ 《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》

关于“因法定顺延事由，使得劳动者在同一单位工作时间超过十年的，是否作为签订无固定期限劳动合同的理由”的意见是：**劳动合同期满，合同自然终止**。合同期限的续延只是为了照顾劳动者的特殊情况，对合同终止时间进行了相应的延长，而非不得终止。《劳动合同法》第四十五条也明确规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当延续至相应的情形消失时终止。”**在法律没有对终止的情况做出特别规定的情况下，不能违反法律关于合同终止的有关规定随意扩大解释，将订立无固定期限合同的后果纳入其中。因此，法定的顺延事由消失时，合同自然终止。**

换言之，上海司法实践认为，若因特殊情况导致员工工龄超过十年的，不属于必须签订无固定的法定情形。

四、劳动合同解除或终止

- 劳动合同因“三期”顺延超过十年，是否应签订无固定期限劳动合同

- 《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会〈关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要〉》第18条规定，劳动合同期限届满后，因符合《劳动合同法》第四十二条第(一)、(三)、(四)项规定情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的，应予支持。

由此可知，在员工因法定合同顺延事由导致工龄满十年的情况下，广东司法实践认为用人单位即应当与其签订无固定期限劳动合同。

四、劳动合同解除或终止

- “三期”女职工合同到期不同意续签，公司是否需要续延

- 《劳动合同法》

女职工在孕期、产期、哺乳期的，劳动合同期满，**劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。**

- 因特殊情形期限顺延的劳动合同是否需要续签书面合同？

1. 应当理解为是双方劳动合同的**自动法定延续**，并不需要双方通过签署书面劳动合同予以确认。
2. 为避免争议，建议用人单位如遇特殊情形需要按照法律规定顺延劳动合同期限的，**可以要求劳动者填写劳动合同顺延备案表等类似文件，明确记载劳动合同顺延理由和顺延期限，并附相关证据（如医院证明等），既便于人事管理，又可以在产生争议时有据可查。**

第三部分

用人单位职场性骚扰防范义务

- 一、性骚扰的构成要件
- 二、用人单位在职场性骚扰中所需要承担的责任
- 三、用人单位涉职场骚扰劳动争议纠纷困境
- 四、用人单位如何建立预防、处理“性骚扰”的机制

一、性骚扰的构成要件

➤ 《民法典》

第一千零一十条 【性骚扰】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。**

一、性骚扰的构成要件

● 性骚扰的构成要件：

1. 必须是和性有关的骚扰行为；
2. 违背了受害人的意愿；
3. 必须针对特定的受害人。



- **职场性骚扰的定性：**一般是指劳动者在工作场所（包括招聘阶段），违反对方意志，以动作、语言、图文等方式表达的具有性意味的民事侵权行为。

➤ 划分方式：

1. 受雇者之间的性骚扰行为 & 第三人与受雇者之间的性骚扰行为
2. 性骚扰行为人在用人单位中的权力大小：交换型性骚扰 & 敌意型性骚扰

二、用人单位在职场性骚扰中所需要承担的责任

- 《民法典》仅明确了用人单位的作为义务，但并未明确用人单位的法律责任
 - 美国：严格雇主责任 → 我国呢？
 - 王利明教授认为：不是雇主责任，而是过错责任
 1. 雇主责任适用于雇员按照雇主的意志和利益来行为的情形，而用人单位工作人员实施的性骚扰虽然发生在工作场所，但行为人是按照自己的意志行为，不同于雇主责任的适用情形；
 2. 对雇主进行归责的基础，是雇员实施侵权行为发生在执行职务过程中，而性骚扰并不涉及执行职务的问题，主要是个人实施的违法行为，二者之间存在显著区别；
 3. 用人单位对员工实施性骚扰承担的责任应当是过错责任，用人单位只有在对性骚扰存在过错的情形下，才承担责任。

二、用人单位在职场性骚扰中所需要承担的责任

- 《民法典》仅明确了用人单位的作为义务，但并未明确用人单位的法律责任

用人单位预防性骚扰的义务 = 安全保障义务？

《民法典》

第一千一百九十八条 【安全保障义务人责任】宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

二、用人单位在职场性骚扰中所需要承担的责任

- 《民法典》仅明确了用人单位的作为义务，但并未明确用人单位的法律责任

用人单位预防性骚扰的义务 = 安全保障义务？

1. 保护客体不同：人格尊严 / 人身安全+财产安全
2. 保护范围不同：仅限于劳动者 / 进入该场所的人

三、用人单位涉职场骚扰劳动争议纠纷困境

➤ 用人单位辞退性骚扰行为实施者 → 用人单位风险较大

➤ 性骚扰行为受害者提出辞职

三、用人单位涉职场骚扰劳动争议纠纷困境

- 用人单位辞退性骚扰行为实施者风险：

- 证据严重不足

- 认定违纪不合理或无依据

三、用人单位涉职场骚扰劳动争议纠纷困境

➤ 用人单位辞退性骚扰行为实施者风险——证据严重不足

南京中院 (2017) 苏01民终3760号

本院认为：

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定，公司以被劳动者“对员工实施性骚扰，严重违反用人单位规章制度”为由，作出解除劳动合同决定，应当对被员工有对员工实施性骚扰的行为负举证责任。

但公司提供的录音光盘（工作人员与三名员工的谈话录音）、证人书面证言（证人未提供自然情况供核对，亦未出庭作证），不足以证明其主张，因此，公司作出的解除劳动合同决定缺乏事实依据，一审判决公司支付违法解除劳动合同赔偿金并无不当。

四、用人单位如何建立预防、处理“性骚扰”的机制

一、预防措施★

1. 内部规章制度严格规制职场性骚扰（考虑到涉职场性骚扰劳动纠纷的情况，谨慎使用直接解除劳动关系）；
2. 对职工加强“反性骚扰”宣传

二、投诉举报机制建立

1. 充分重视事件发生后的调查与取证
2. 职工保护、企业形象；

三、确保劳动关系解除流程完整合理



夏利群 律师

上海中联律师事务所高级合伙人、劳动法团队负责人

中世联盟劳动法研究中心主任

全国律师协会劳动法专业委员会委员

上海市律师协会劳动法专业委员会委员

《亚洲法律概况》知名律师

上海市浦东新区十大杰出青年律师

联系方式：

总机：021 6836 1233

手机：136 5169 4235

电邮：liqun.xia@s gla.com



中联律师事务所
SGLA LAW FIRM

专业源于专注