

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



女性主義觀點下的侵權行為損害賠償

—以工作場所性騷擾損害賠償為例

Tort Damages Through the Lens of Feminism

- the Example of Sexual Harassment in Workplace

師彥方

Yen-Fun Shih

指導教授：陳昭如 博士

吳從周 博士

Advisor: Chao-ju Chen S.J.D.

Dr. iur. Chung-Jau Wu

中華民國 105 年 8 月

August 2016

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

女性主義觀點下的侵權行為損害賠償
—以工作場所性騷擾損害賠償為例
Tort Damages Through the Lens of Feminism
- the Example of Sexual Harassment in Workplace

本論文係師彥方君 (R00A21046) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 7 月 6 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：孫 雯 伸

吳 紹 周

口試委員：郭 淋 華

陳 賴 富

誌謝



能完成這篇論文，最感謝的莫過於兩位指導老師，陳昭如老師以及吳從周老師，在論文寫作的過程中，每當遇到瓶頸時，陳昭如老師總不厭其煩的給予我各種建議，並為我的研究方向指點迷津，而在我灰心沮喪的時候，吳從周老師給予我許多安慰和鼓勵，真的非常謝謝兩位老師這些年來對我的指導，能成為兩位老師的學生，真的是我研究所生涯中最幸運的事了。

謝謝口試委員郭玲惠老師以及陳聰富老師，在口試時給予的指導和建議，讓我的論文內容更加完整。也謝謝台大婦女與性別研究室提供的獎助金，讓我在論文寫作的過程倍感踏實。在面對論文寫作期間的瓶頸時，曾暫時離開學校進入職場，謝謝提供我實習機會的常青國際法律事務所，王如玄律師、許淑華律師、王羽潔律師、黃國媛律師和江淑娟秘書，讓我在溫馨的環境中成長學習。

研究所期間有幸認識許多朋友，實芳、筑媛、欣芸、曼桂、吳悠，在我寫作的過程、論文發表、口試以及最後的修改上，給了我相當大的幫助，跟妳們見面聚會讓我充滿了能量，在性別研究的道路上，每次我受到打擊時總有溫暖的地方可以回血。還有景耘、家茹、林根、其陸，謝謝你們傳授的期限斷頭法，讓拖延成性猶豫不決的我成功催生出這篇論文，我們的聚會話題已經慢慢從不可說的論文轉變為小律師的職場甘苦，這算是一個向前邁進的象徵吧！接著還要感謝許多東吳大學的朋友們，尤其是在法律服務社一起打拼過的夥伴，純安、映葳、佩嬪、官官、欣潔、博彥以及子毅，你們是我大學時期最重要的陪伴，有你們的回憶總是充滿歡笑的，感謝我們之間沒有隨著畢業而消失的友情，讓我永遠有避風港可以紓壓。還要感謝曹維傑丁丁，雖然我一年只有一天會承認你是帥哥，但若沒有你當年那麼無私認真的帶我和純安讀書會，我就沒有寫這篇論文的機會。還必須感謝那些與我從小相伴，有十幾年甚至二十幾年友情的各位，族繁不及倍載，你們一定最了解我的個性還有那些偷偷藏在心裡表面嘻嘻哈哈的謝意了，還有許多朋友無法一一詳列，請不要客氣接受我暖暖的笑容和滿滿的感謝吧。

最重要的，感謝我的家人，摯愛的媽媽師豫玲女士，以及遠在美國認真求學仍很關心我的姊姊彥文，媽媽辛苦的養育我長大，我不是一個很聽話很好養的小孩，但媽媽總是接納最原初最真實的我，從來不強迫我改變，永遠鼓勵我思考、追求自己的理想，媽媽是我這輩子最深愛也最感謝的人。還要謝謝我的狗兒子阿碰，三年前領養阿碰後，把屎把尿，陪玩散步，讓我首次感受到家庭照顧者和情緒勞動者的辛勞，但我也從被照顧者身上獲得深深的情感回饋。

最後再次謝謝吳子毅，給了我最大的支持和鼓勵，這五年時間，你一直是我最可靠的同伴和最好的朋友，沒有你，這條路上很多事情我無法完成，謝謝你。

中文摘要



民法侵權行為作為處理私人間損害賠償之重要途徑，一直被視為具有客觀及中立之性質，而與性別歧視、偏見及平等原則等概念無關，然而侵權行為的發生並非超然於現實之外，權利的侵害，時常與受害者之身分地位、所處的社會位置關係密切。本文嘗試跳脫傳統研究方法，從女性主義法學之角度出發，重新檢視工作場所性騷擾損害賠償訴訟於發展出之理論標準，以及侵權行為判決實務價值選擇中所存之性別偏見，並探究性別工作平等法之立法意旨，是否得改變我們對工作場所性騷擾侵權行為之理解。

美國女性主義學者採取批判法學方法研究侵權行為法，較傳統之分析方法更加重視社會脈絡，以及抽象法律爭議所存在的具體社會情境。本文藉由 *Martha Chamallas* 的女性主義侵權行為法研究，指出侵權行為相關訴訟事實上並非中性的，許多特定類型的訴訟，在法學發展上或實務提訴上與女性受害者相連，欲探討此類侵權行為訴訟之意義，必須對社會群體間之權力關係有所認識，始能完整的看見其樣貌。侵權行為法理論及實務論述，並非全然與性別無關的，例如美國實務在計算原告損害賠償時，多以性別的統計數據作為計算標準，使得歷史上勞動市場對於女性的不利益，透過損害賠償之計算更為鞏固，而美國侵權行為法關於傷害及損失的分類概念之建構，表面上看似中性，事實上卻將精神傷害、關係傷害，以及非經濟損失與女性相連，而對女性造成不利益之結果。工作場所性騷擾案例亦為一與女性密切相關之訴訟，美國工作場所性騷擾法律救濟途徑之發展，在民權法第七章制定以前，係由侵權行為法作為救濟途徑，惟侵權行為法卻有過於個人化、價值判斷道德傾向之問題，受到多數女性主義學者批判。而在聯邦最高法院認可工作場所性騷擾構成民權法第七章之違反後，*Chamallas* 認以侵權行為法作為工作場所性騷擾救濟途徑仍具有意義，若將民權法原則納入侵權行為法之論述中，使之作為強化民權途徑，更能妥適處理工作場所性騷擾產生之問題。

延續著美國女性主義侵權行為研究分析，本文認為，我國工作場所性騷擾之發展與美國相當類似，在性別工作平等法施行以前，實務及學界多將性騷擾視為一種人格權侵犯，應歸屬於民法侵權行為處理，然而民事損害賠償判決，存在著無法全盤審視受害者所受之侵害及損害、過於個人化工作場所性騷擾事件，以及認為工作場所性騷擾與雇主無關等爭議。性別工作平等法施行後，雖以專章規範工作場所性騷擾，將其類型化及明確化，並設有受害者得主張的民事損害賠償規定，然而，觀察性別工作平等法施行後之工作場所性騷擾損害賠償相關判決，我國工作場所性騷擾民事損害賠償訴訟中，仍存有對構成敵意環境性騷擾認定標準發展不全、將工作場所性騷擾視為對原告貞操權侵犯、否定原告所受之薪資損害，以及認工作場所性騷擾純屬行為人私德不檢，與雇主無關等爭議。本文以為，我

國並無禁止工作場所性騷擾受害者提起民法侵權行為訴訟之規定，民法侵權行為仍為工作場所性騷擾案件重要之請求權基礎，從而我國法院在民事損害賠償訴訟中，得將性別平等概念納入民法侵權行為之論述中，強化性別工作平等法中平等原則於司法中的實踐，並藉此改變現行民事法院在工作場所性騷擾損害賠償訴訟中，關於原告所受之權利侵害、受有何種損害，以及行為人雇主是否應負連帶賠償責任之認定上，所存在之性別偏見問題。

關鍵詞：女性主義、侵權行為、損害賠償、性騷擾、性別平等。

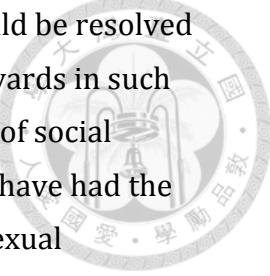
English Abstract



Torts Law, as an important way to address personal damages, has always been an objective and neutral doctrine irrelevant to gender discrimination, bias and equality. However, injuries are often connected with the identity and the social position of the victim. In this article, I use feminist legal studies to analyze the regulation regarding the claims of damage awards of sexual harassment in workplace, and the gender bias hidden in the verdicts of torts law. Moreover, I discuss whether the Act of Gender Equality in Employment could change the Perception of sexual harassment in workplace.

Since the 1970s, feminists have studied torts law through a critical perspective by focusing on the context and the specific social background in each case. For instance, Martha Chamallas indicated that torts claims are not gender neutral, certain claims are usually raised by female victims. Hence, we have to understand the power dynamic between social groups to discuss the meaning of those claims and the gender issues behind the theory and the practice. First, we usually calculate the damage awards base on gender-specific economic data to predict the future earning capacity of plaintiff, which reflects and reinforces the disadvantages women have suffered in the labor market. Second, while the concept of harm and loss in torts law seems gender neutral on its face, it links emotional and relational harm, non-economic loss to women, and these harms are considered less substantial, causing disadvantages to female plaintiffs. One good example is sexual harassment claims in workplace. Before the era of Civil Rights Act of 1964, the victim of sexual harassment in workplace often use torts law to seek recovery. However, some feminists question the doctrines and theory of torts law, arguing that torts law has over- personalized harassments, and inclined to rely on morality to reach judgments. Given these shortcomings, after the Supreme Court recognized that sexual harassment in workplace is a civil rights law violation, Chamallas suggests that, by migrating the principles of civil rights act to torts law claims of sexual harassment in workplace, it may transform torts law into civil rights enforcement mechanism, and could provide fuller protections to victims of workplace sexual harassment.

I find that, in Taiwan, the development of laws governing workplace sexual harassment is similar to that in the U.S. Before the enactment of the Act of Gender Equality in Employment, we often regarded workplace sexual



harassment as a violation of individual rights, and therefore should be resolved by torts in Civil Code. However, the courts' verdicts of damage awards in such cases over-personalized the injuries and ignored the importance of social identity in these cases. Further, verdicts after the enactment still have had the same problems such as the ambiguous standard of recognizing sexual harassment, the perception of sexual harassment as a violation of women's chastity, the denial of recovering economic loss except medical expense, and the impression of sexual harassment as a pure moral wrong. I argue that courts should adopt the concept of gender equality in damage awards cases to ensure that every employee can enjoy the right to work without discrimination. Through the gender biases in these damage awards cases, courts can embody the gender equality spirit of the Act of Gender Equality in Employment.

Keywords: feminism, torts, damage awards, sexual harassment, gender equality.

目錄



口試委員審定書	ii
誌謝	iii
中文摘要	iv
English abstract	vi
第一章 序言	1
第一節 研究緣起	1
第二節 文獻回顧	5
第三節 研究方法與章節架構	16
第二章 美國侵權行為女性主義研究：看見邊緣位置之性別	20
第一節 批判研究理論背景及起源	20
第一項 以過失為核心的侵權行為研究	20
第二項 美國侵權行為法批判研究：以「局外人法學」為中心	23
第二節 侵權行為法的女性主義批判法學研究	28
第一項 差別待遇：損害賠償計算標準	30
第二項 差別影響：傷害及損失的階層秩序	51
第三節 小結	66
第三章 美國侵權行為法與工作場所性騷擾案件：個人與群體的交匯	69
第一節 工作場所性騷擾與民權法第七章	70
第一項 性騷擾之法律概念及民權法發展	70
第二項 困境：工作場所性騷擾並非民權法第七章之典型	77
第二節 工作場所性騷擾與侵權行為法	79
第一項 民權法制定前性騷擾於侵權行為法上之發展	80
第二項 民權法制定後性騷擾於侵權行為法上之重構	86
第三節 填空或強化？侵權行為法於工作場所性騷擾案扮演之角色	97
第一項 侵權行為法與民權法第七章之關係	98
第二項 強化民權作為侵權行為法之角色定位	105
第四節 小結	111
第四章 工作場所性騷擾於台灣：侵權行為及性別工作平等法之交匯	114
第一節 性別工作平等法施行前：性騷擾作為一種侵權行為	115
第一項 四則工作場所性騷擾侵權行為損害賠償案	116
第二項 從法院之見解詮釋性騷擾行為	122

第三項 小結：尚未形成共識的問題	130
第二節 性別工作平等法中防治性騷擾規範之立法緣由	135
第一項 對於工作場所性騷擾之法律救濟檢討	135
第二項 立法過程	145
第三節 小結	150
第五章 工作場所性騷擾民事損害賠償：性別觀點分析	153
第一節 剪不斷理還亂：侵權行為、性別工作平等法與性騷擾防治法的混合適用	153
第二節 是否構成性騷擾侵權行為	159
第一項 性騷擾行為	159
第二項 權利侵害	167
第三項 財產上損害及因果關係認定	176
第三節 非財產上損害賠償計算	179
第四節 雇主責任	183
第一項 性別工作平等法：雇主對受害者之保護義務	183
第二項 民法侵權行為：雇主為受僱者（侵權行為人）負責	185
第五節 小結	190
第六章 結論	194
參考文獻	199





第一章 序言

第一節 研究緣起

民法為社會中個體間私權關係之根本性規範，而侵權行為損害賠償則為私權規範中具相當重要性之一環，其法律制度及理論發展與社會脈動息息相關，而侵權行為規範長期以來被視為私人間的、普世適用的概念，而平等原則、性別平等及禁止歧視等概念，則被歸類於憲法、行政法或公共政策的範疇，在侵權行為相關研究中隱而不顯。但事實上，侵權行為的發生並非超然於現實之外，權利的侵害，時常與受害者之身分地位、其所處的社會位置密切相關，況幾十年來社會變遷，對於個人權益侵害態樣多變，侵權行為之規範及理論，更是肩負著因應社會變化之任務，我國侵權行為相關規定於民法債編，屬於民事財產法的範疇，與美國侵權行為法（Torts）的發展背景雖不同¹，然同樣作為處理私人間權利侵害的損害填補法制，此性質卻是相似的。美國的侵權行為研究發展呈現多樣的面貌，於 1980 年代即開始採用不同以往的觀點檢視侵權行為法之理論及實務，這些研究跳脫傳統認為損害填補係個人的，與群體身分、文化、社會位置無關，以超然中立的計算方式來核定損害填補的觀點不同，而是個別從經濟、正義、批判或女性主義角度出發，重新檢驗侵權行為法的理論以及觀點²，這些以多樣的理論檢視侵權行為法的研究，開啟了我們從不同角度重新檢視侵權行為法之理論原則之契機。

雖侵權行為損害賠償與人民生活關聯緊密，必須保持彈性隨時應對社會脈動，然而民法修正不易，為了順應社會的快速變遷，許多特別法因運而生，以期完備對受害者之保護，然不同之特別法各有保護之對象與範圍，其規定之損害賠償規

¹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 58-68。

² 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 63。

範與侵權行為未必相同，從而在民事損害賠償責任中，產生了多軌責任制之現象。舉例而言，性的侵害騷擾在我國社會文化中是一個普遍存在於女性身上，在早期卻又因為文化觀念而被認為不應放在檯面上談的「私事」，直到近 20 年，隨著性別意識的抬頭，法律才逐漸開始重視此議題，並因社會變遷，性的侵害態樣多樣化，從而產生各種不同之法律規範，例如 1997 年性侵害犯罪防治法公佈施行，1999 年刑法妨害性自主罪章以及刑法上性交的定義經過修正後，性的侵害成為一種中性的概念³，2002 年規範勞動工作平等權之性別工作平等法（原名稱為兩性工作平等法）⁴，設有工作場所性騷擾之規定，2004 年及 2005 年相繼施行之性別平等教育法、性騷擾防治法等均為示例，其中性別工作平等法及性騷擾防治法與民法侵權行為類似，均設有損害賠償之規定，從而性騷擾受害者在法律救濟上即有多樣的選擇。

「深夜不要出門」、「自己的穿著要注意，不要暴露」、「行為舉止要端莊，不要輕佻，才不會讓人誤會」、「看到不認識的人要小心」，這些話對於大部分女性來說大概都不陌生。而身為一個生理女性，成長過程中受到各種「女性期待」的社會教育，這些叮嚀也是我自己成長經驗的一部份，這些善意的囑咐，反應出的是女性在社會生活所面臨的危機，對性侵害的恐懼、受到性騷擾的經驗，成為女性共享的生命故事。這些各式各樣的、四伏於生活中的性侵擾，限制了女性的發展機會、行動自由甚至是思想自由。而性侵害與騷擾的形態多樣，在不同的時空背景、地域環境中，運作形式也不盡相同，更是隨著社會發展而呈現不同樣貌，

³ 關於法律規範中性化的趨勢，本文認為中性化的立法模式及推動過程，的確帶來了一定程度上的性別文化觀念轉移，但中性化的規範模式在促成性別平等上仍有其侷限，有時中性的規定甚至會掩蓋了現實中的權力不對等，將不平等轉化成私人之間自由協商。關於台灣法律中性化修法趨向之檢討以及對形式平等之批判，可參：陳昭如（2014）〈還是不平等-婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業〉，收於：《台灣婦女處境白皮書：2014 年》，陳瑤華編，台北：女書文化，頁 87-95。

⁴ 該法於 2002 年 1 月 16 日總統公佈，2002 年 3 月 8 日起施行，原名稱為「兩性工作平等法」，於 2008 年始將名稱修正為「性別工作平等法」，未免混淆，本文在正文內均以性別工作平等法稱之。

無論是長期存在的職場、教育環境或街頭上的性騷擾、性侵害，到近年占盡版面的夜店撿屍，都是具體展現。性侵害及騷擾的發生，並不能單純以「性慾」作為理解，若從這些角度出發，只會讓我們將之視為一種「雄性本能的展現」、「克制不了的衝動」，強暴迷思（rape myth）⁵也因此而生。

事實上，性的侵擾背後成因是複雜且多樣的，加害者施暴時往往是基於多重的動機，而在觀察相關案型時，不能忽視案發情境的權力運作。性騷擾即為動機「不只是性」的性侵擾行為之例，而何謂性騷擾？著名的基進女性主義學者 Catharine A. MacKinnon 認為，性騷擾係指在權力不對等的關係情境中，握有權力的一方向無權之他方，提出違反對方意願的性要求⁶。而對應到職場上，上司性騷擾下屬，即是一種雇主對受僱者的、男性對於女性的雙重壓迫，不能單純用「個人的」、「普遍的」概念去理解此系統性發生在工作場所的現象。職業女性在職場上會面臨到勞動市場的上下關係，亦即其所處的勞動市場位置，以及社會生活上的性別角色扮演，即其所處的性別關係位置之交匯，女性在這二種位置上原本就處於結構上的弱勢，從而在職場上受到性騷擾，這件事的意義和對女性造成的傷害，必須從上述二種關係的脈絡去觀察⁷，我們才能真正理解性騷擾的意義，及其所造成之傷害，並建立損害填補的標準。

我國女性勞動市場參與率雖逐年提升，女性在職場上卻仍面臨許多困境，發生於工作場所之性騷擾便為一例，惟我國第一個明確規範性騷擾行為的性別工作

⁵ 強暴迷思（rape myth），羅燦熒於 1995 年之研究即指出：「『強暴迷思』意指社會上普遍流傳，有關強暴事件的以偏概全、似是而非的理論或觀點。」，其將較為常見的強暴迷思分類為「有關強暴事件的迷思」、「有關強暴加害人的迷思」、「有關強暴受害人的迷思」等，詳見：羅燦熒（1995）〈解構迷思，奪回暗夜：性暴力之現況與防治〉，收於：《台灣婦女處境白皮書：1995 年》，劉毓秀編，台北：時報文化，頁 273-275。

⁶ 「廣義的性騷擾是，在權力不平等的關係情境中，提出違反對方意願的性要求。這個概念的中心意義是，運用來自某社會層面的權力，意圖在其他的層面中也同樣獲益或是進行剝削；而主要動力就是雙重不平等間的交互增強作用」摘自：Catharine A. MacKinnon（著），賴慈芸、雷文玖、李金梅（譯）（1993），《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 13-14。

⁷ Catharine A. MacKinnon（著），賴慈芸、雷文玖、李金梅（譯）（1993），《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 14-15、頁 21。

平等法，卻遲至 2002 年始公布施行。在性別工作平等法施行前，職業女性在工作場所上遇到性騷擾，或許得主張行為人之行為違反刑法或社會秩序維護法之規定，惟欲就自身所受之損害請求賠償，僅能用民法上的侵權行為主張。然侵權行為為損害賠償，旨在規範「個人權利」受侵害的損害填補，而工作場所性騷擾之意義，卻無法僅以「個人權利」概括之⁸。2002 年施行的性別工作平等法，在救濟部分，亦設有性騷擾受害者向加害者請求損害賠償之規定。縱使工作場所性騷擾有了「專法」規範，民法侵權行為亦未在工作場所性騷擾之訴訟中消失。而相較於由國家公權力發動的刑法、行政罰，性騷擾受害者若以民事途徑來向加害者請求，加害者之付出並非繳給國家，而是讓受害者就其損害直接獲得補償。這種讓受害者掌握權利，在訴訟過程中施展能動性，毋寧係一種培力受害者之方式⁹。承前所述，我國規範性騷擾之專法有性別工作平等法、性別平等教育法以及性騷擾防治法三種，而其中性別工作平等法及性騷擾防治法均設有損害賠償之規定，惟因篇幅及範圍之關係，接下來本文之討論，僅將重點放在民法侵權行為及性別工作平等法損害賠償關係之上，以利聚焦，並突顯在職場中女性面對到的性別及經濟雙重壓迫。

承上，既然工作場所性騷擾受害者提起民事訴訟時，得在同一訴訟中，以民法侵權行為、性別工作平等法，甚至是性騷擾防治法等，多部不同的法律規範請求救濟¹⁰。這樣的現象產生了諸多待研究的議題，例如就工作場所的性騷擾訴訟

⁸ 關於美國法針對工作場所性騷擾之案例，不同法領域處理處理，以及所產生之問題，可參考：Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文玖、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 209-227。

⁹ Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives, Men's Laws* 185 (Belknap Press of Harvard University Press 2005)

¹⁰ 關於工作場所性騷擾案件中，性別工作平等法與民法侵權行為之關係，有學者認因特別法優於普通法之法理，若在競合狀態下，應優先適用性別工作平等法第 27 條求償，林威成 (2009)。〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 107。而一性騷擾事件之發生，在法律上可能適用性別工作平等法、性別平等教育法或性騷擾防治法，產生三法間之法條適用、定義範圍及救濟程序競合之疑。對此爭議，蔡宗珍於研究中指出，性別工作平等法之規範核心在於職場要素，未就行為人與受害者間，無論是公法關係、法律處理或救

而言，民法侵權行為的損害賠償，與性別工作平等法、性騷擾防治法的損害賠償規定間之關係為何？又具有多重性質的工作場所性騷擾案例，其判決背後隱藏之價值觀為何？性別工作平等法之基本原則，是否對於性騷擾訴訟中認定受侵害之權利、被害者所受損害、因果關係之成立、賠償數額產生影響？性騷擾並非一種「無性別」的事件，而是一種性別化的職場壓迫，看見性騷擾侵權行為中的「性別意義」有其重要性，雖然侵權行為損害賠償並非就不同性別而有不同標準，沒有所謂的「形式上差別待遇」，然而在處理因權力不對等的社會現實，所產生的性別化現象時，純然中立的標準相較於有權者，對於弱勢族群可能產生更不利的影響。據此，本文之研究目的在於，為更深入了解性別平等概念在侵權行為中的意義，本文將透過美國以及加拿大的女性主義批判侵權行為法的研究作為理論背景，以女性主義的觀點，檢視侵權行為實務顯現出的價值選擇，並嘗試探究性別工作平等法之意旨，是否得改變我們對工作場所性騷擾侵權行為判決之理解。

第二節 文獻回顧

我國為大陸法系國家，民法侵權行為相關規定及理論深受德國及日本之影響，學術研究亦深受啟發，最早開始發展者為侵權行為之釋義學研究¹¹，並以外國法侵權行為相關規範作我國制度比較研究之對象，而隨著理論發展，亦有學者引進

濟程序為規定，從而縱使性騷擾發生於職場中，且屬受害者執行職務時，惟屬於受害者與行為人（可能同為受僱者，亦可能為第三人）之爭議重點為性騷擾行為本身，而非欲對雇主主張救濟或權利時，則非性別工作平等法之規範領域，從而無涉雇主職場性騷擾防治義務者，原則上無性別工作平等法適用，而應依性騷擾防治法處理。惟本文以為，在民事損害賠償訴訟中，這樣的處理方式仍有疑義，因性別工作平等法與性騷擾防治法，對性騷擾之定義略有差異，從而，若受害者提起民事損害賠償訴訟，僅針對行為人求償、僅針對雇主求償、同時針對行為人及雇主求償，將可能產生一訴訟主張不同法律規範，增加訴訟複雜性，甚至產生法院認定之性騷擾標準紊亂不清之疑，這個問題實有待進一步探討釐清，蔡宗珍於研究中亦指出，現行法制對於性騷擾事件之立法混亂不周延之現況，性騷擾三法之規範目的、手段與體制，有需通盤檢討之必要。詳細討論可參：蔡宗珍（2011），〈性騷擾事件之法律適用與救濟途徑之分析-以公務人員間之性騷擾事件為中心〉，《台北大學法學論叢》，第 77 卷，頁 39-80。

¹¹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》。

美國之法律經濟分析，作為侵權行為之研究方法¹²，惟侵權行為的批判法學研究是十分稀少的，這個現象或許與所謂公、私法之分立概念有關，批判法學、女性主義法學等研究，在學理上時常被歸類為公法研究，而與處理私人關係之民法無涉。而工作場所性騷擾之問題，正好顯現出這種公、私法領域研究並非處於平行狀態，工作場所性騷擾除構成對個人權利之侵害，亦有侵害勞動平等權之問題，我國工作場所性騷擾之受害者，可主張民法侵權行為或者是性別工作平等法，甚至是性騷擾防治法尋求賠償，在性別工作平等法訂定前，許多性騷擾相關研究即以外國立法例為內容，藉以探討我國草案之缺失¹³，例如無論性別工作平等法施行前後，焦興鎧之研究詳細探討美國法相關制度及發展，對於我國之立法及後續之實務理論發展帶來深刻的啟發¹⁴。而性別工作平等法通過施行之過程及其後，產生之重要爭議為，工作場所性騷擾究竟是一種單純的個人侵害，抑或屬於職場

¹² 簡資修（2003），〈律經濟分析（二）——侵權行為法〉，《月旦法學》，95期，頁191-201：介紹法律經濟分析的方法，用法律經濟分析，假定法律的以社會整體財富極大化為目的，防制損害必須付出代價此一普遍真理，就必須是其考量因素，因為不要因小失大，或兩害相權取其輕是邏輯上的必然。落實到實際訴訟面要考量訴訟成本。用經濟成本的概念分析構成要件及侵權行為理論概念。簡資修（2007），〈故意侵權法的經濟分析—兼評 Landes & Posner 模型〉，《中研院法學期刊》，第1期，頁191-212：提出法律的經濟分析研究中，相較於對於過失之討論，故意侵權很少被納入研究。

¹³ 林明鏘（1997），〈論德國工作場所性騷擾保護法-兼論我國立法政策與草案〉，《律師雜誌》，第212期，頁74-86；焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢-兼論對我國相關制度之啓示〉，《台大法學論叢》，第28卷3期，頁29-58。

¹⁴ 焦興鎧（2013），〈美國最高法院對工作場所性騷擾爭議之最新判決：Crawford v. Nashville 一案之評析〉，《歐美研究》，第43卷第2期，頁255-304；焦興鎧（2009），〈美國工作場所性騷擾爭議新興課題之研究〉，《台灣法學雜誌》，第122期，頁85-96；焦興鎧（2007），〈對美國最高法院五則有關工作場所性騷擾判決之評析〉，《台灣勞動法學會學報》，第6期，頁223-313；焦興鎧（2006），〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？--試評台北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示〉，《台灣勞動法學會學報》，第4期，頁97-155；焦興鎧（2004），〈工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎？--美國之經驗〉，《法令月刊》，第55卷第4期，頁4-25；焦興鎧（2003），〈工作場所同性間性騷擾所引起之爭議--Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc. 一案判決之評析〉，《歐美研究》，第33卷第3期，頁541-598；焦興鎧（2003），〈美國女性主義法學者對工作場所性騷擾爭議之批判〉，《歐美研究》，第33卷1期，頁57-123；焦興鎧（2001），〈美國最高法院與工作場所性騷擾之爭議〉，《歐美研究》，第31卷第2期，頁325-420；焦興鎧（2000），〈事業單位應如何建構工作場所性騷擾防治措施--美國之經驗〉，《台北大學法學論叢》，第46期，25-78；焦興鎧（1996），〈美國聯邦最高法院對工作場所性騷擾最新判決之研究〉，《歐美月刊》，第11卷第3期，頁93-105；焦興鎧（1997），〈從法律層面探討工作場所性騷擾問題--美國之經驗〉，《政大勞動學報》，第6期，頁15-37。

性別歧視之一環？性別工作平等法在立法理由中並未論及，郭玲惠在其研究中，提及依照性別工作平等法施行細則第 2 條之規定，該法所稱差別待遇，係指「指雇主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待」，而這些差別待遇即構成性別歧視¹⁵，郭玲惠並於隨後的研究指出，工作場所性騷擾應被正視為就業歧視態樣之一，因工作場所性騷擾使女性本就劣勢之地位雪上加霜，從而是一種將女性之生計亦即生存條件，與性之侵害結合之就業歧視¹⁶，然而，性別工作平等法專章規定性騷擾防治，並非規定於性別歧視禁止之內，是否屬於性別歧視態樣之一因而產生疑義；高鳳仙則認性騷擾本質上是一人身安全問題，而非歧視問題¹⁷；而焦興鎧之研究中卻明白指出我國就業歧視評議委員會，係將工作場所性騷擾視為就業上的性別歧視，作者本身亦認「性騷擾在本質上是一種性別歧視行為」¹⁸，顯現出在性別工作平等法施行前後，我國學術討論中對工作場所性騷擾是否屬於就業上之歧視，尚未有一致之定見。

我國性別工作平等法相關研究，初以法條釋疑為主，該法並設有損害賠償相關規定，此規定與民法上之侵權行為之關係為何，實有必要予以釐清。由實務層面觀之，無論性別工作平等法施行前後，性騷擾受害者主要仍是以民法侵權行為作為賠償請求途徑，在性別工作平等法尚未訂定前，工作場所性騷擾受害者僅能以民法侵權行為，向行為人或雇主請求損害賠償¹⁹，而性別工作平等法於 2002 年施行，其中第 27 條至 30 條定有性騷擾受害者得請求民事損害賠償之依據，惟侵權行為的主張並非自此在性騷擾訴訟中消失。從實務判決觀察，多數性騷擾事件仍以侵權行為作為請求損害賠償之主要依據，或將侵權行為損害賠償，與性別

¹⁵ 郭玲惠（2002），〈兩性工作平等法面面觀-性別歧視之禁止與促進就業措施〉，《律師雜誌》，第 271 期，頁 29。

¹⁶ 郭玲惠（2008），《兩性工作平等法-法理與判決之研究》，二版，台北：五南，頁 34-35、117-125。

¹⁷ 高鳳仙（1999），〈性騷擾防治法之立法問題探究〉，《萬國法律》，第 105 期，頁 57-62。

¹⁸ 焦興鎧（2002），〈兩性工作平等法中性騷擾相關條款之解析〉，《律師雜誌》，第 271 期，頁 47-48。

¹⁹ 關於性別工作平等法施行前之工作場所性騷擾判決，如何以民法侵權行為作為損害賠償之請求依據，本文將於第四章詳述。

工作平等法損害賠償之規定並列請求，從而可看出民法侵權行為對於性騷擾被害人的損害回復，仍扮演相當重要的角色。

於性別工作平等法施行後，郭玲惠曾指出性別工作平等法的損害賠償規定，有與民法第 195 條重疊之疑慮，以及我國實務對於人格法益受侵害之賠償有待發展²⁰；同一年高鳳仙的研究，則是將民法損害賠償相關規定，與已通過施行之性別工作平等法，及尚在研擬階段的性騷擾防治法草案相關賠償規定並列探討，並以美國民權法第七章的性騷擾訴訟作為比較法，其研究分別深入探討三個法律制度中，性騷擾相關規定之解釋適用²¹。惟同一求償訴訟中，若原告同時主張性別工作平等法及民法侵權行為，二法間之關聯、實務上運用現況如何，仍是目前研究較為缺乏的一塊。

除此之外，性騷擾受害者應如何主張民法侵權行為之規定，作為損害賠償之請求基礎，須進一步探討性騷擾係侵害了受害者的何種權利，以及當事人是否受有損害、受有何種損害等，而民事侵權行為亦有行為人雇主責任相關規定，若性騷擾受害人欲主張民法第 188 條向騷擾行為人之雇主請求連帶損害賠償，最重要之問題為行為人之騷擾行為是否屬執行職務之範圍。這些疑義均為性騷擾事件適用民法侵權行為時所會面臨的法律爭議。面對這些法律爭議，高鳳仙的研究雖探討了性騷擾案件如何適用民法侵權行為，並點出性騷擾事件態樣複雜，適用民法第 184 條時，可能主張之請求權基礎為何、如何論證成立侵權行為的疑義，惟尚未觸及性騷擾適用侵權行為的詳細實務爭議²²。性別工作平等法施行後，邱琦之研究，詳細分析了性騷擾事件適用侵權行為所產生的法律爭議，包括侵害何種權

²⁰ 郭玲惠（2002），〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 15-16。

²¹ 高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 21-35；同氏著（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（下）〉，《萬國法律》，第 126 期，頁 106-114。

²² 高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 21-23。

利、民法第 188 條第 1 項僱主連帶責任之規定是否適用等等。其研究同時就性別工作平等法的相關賠償規定出發，探討性別工作平等法規範的加害人與僱主責任，是否與民法有所不同，並深入分析二法制間之關係。邱琦認為，性別工作平等法施行

前，實務上即有以民法侵權行為作為損害賠償基礎的主張，表示民法對於性騷擾事件的保護並非不足²³。性別工作平等法施行後，對於民法侵權行為產生了一定的影響，例如法院可藉性別工作平等法中對於性騷擾的定義，來認定加害者的行為是否侵害了被害人的人格權²⁴。然而其認為我國性別工作平等法在施行時，以美國性騷擾相關法制為繼受基礎，卻忽略了二國之間的法律制度差異及思維方式，致使適用上產生落差，反而對受害者保障不足²⁵，立基於此，本文擬透過透過美國工作場所性騷擾事件，在侵權行為法以及民權法上之適用及司法實務發展歷程，比較我國工作場所性騷擾事件於性別工作平等法施行前後，在民法侵權行為以及損害賠償訴訟中之運用，以探究美國及我國工作場所性騷擾法律途徑及制度之異同，並進一步提出工作場所性騷擾於我國損害賠償司法實務上產生的性別問題。

在性騷擾損害賠償訴訟中，受害者對於其所受損害之舉證相當困難，尤其是財產上損害例如勞動力減損或工資損失，從而受害者往往將請求重心轉往請求非財產損害賠償，民法第 195 條第 1 項²⁶，及性別工作平等法第 29 條²⁷，皆為工作場所性騷擾訴訟上，原告得據以主張之非財產上損害賠償依據。法院裁判的非財產上損害賠償，亦即慰撫金之數額及核定標準，對性騷擾受害者具有重要意義，

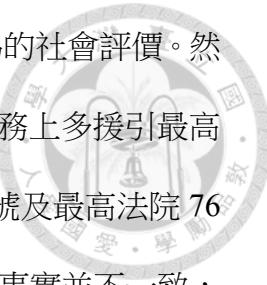
²³ 邱琦（2005），〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《台大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 204。

²⁴ 邱琦（2005），〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《台大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 205。

²⁵ 邱琦（2005），〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《台大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 206-207。

²⁶ 民法第 195 條第 1 項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

²⁷ 性別工作平等法第 29 條：「前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」



其代表著法院如何看待受害者所受之傷害，進而影響該侵權行為的社會評價。然而，現行慰撫金數額的核定標準，學說、實務未有一致見解。實務上多援引最高法院 47 年度台上字第 1221 號、最高法院 51 年度台上字第 223 號及最高法院 76 年台上字第 1908 號三則判例作為核定依據，惟此三則判例之案件事實並不一致，得否一概適用到所有侵權行為的非財產上損害賠償亦非無疑。以往學說對於非財產上損害賠償探討為數不多²⁸，直至近年關於非財產上損害賠償之意義、量定標準、實務發展現況始獲較多關注²⁹。例如葉啓洲在慰撫金酌定研討會時，提出性侵害事件非財產損害賠償研究，其認為性侵害事件適用民法侵權行為，受害者係受貞操權之侵害³⁰，其彙整實務判決，分類出現行實務在審理相關案件時所採用之核定標準³¹。葉啓洲認現行實務累積案例所提出之個別量定標準，發展已日趨精緻，對標準的客觀化有相當助益，然而個別標準究否應作為量定標準，以及各標準係屬加重或減輕賠償數額之事由，尚有待法院進一步釐清，並建議我國應系統化的建立非財產上損害賠償類型及數額之核量表³²。由於工作場所性騷擾，在案例事實上與性侵害事件時常難以區分，而上開研究，已描繪出實務上此類性侵害及騷擾案件，適用侵權行為請求非財產上損害賠償的初步樣貌，可作為日後探

²⁸ 相關文獻可參：王澤鑑（1993），〈人格權、慰撫金與法院造法-中德兩國判例的比較研究〉，《法令月刊》，第 44 卷 12 期，頁 6-11；陳聰富（2005），〈勞動力喪失與慰撫金的調整補充機能-最高法院九十三年度台上字第 1489 號民事裁判評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 122 期，頁 218-225；陳聰富（2006），〈人身侵害之損害概念〉，《台大法學論叢》，第 35 卷 1 期，頁 47-110；詹森林（2010），〈非財產上損害與懲罰性賠償金〉，《月旦裁判時報》，第 5 期，頁 32-39。

²⁹ 藍家偉（2008），《慰撫金量定之理論與實務》。國立台灣大學法律研究所碩士論文；《慰撫金酌定研討會論文集》，司法院民事廳著（2012）。

³⁰ 葉啓洲（2012），〈性侵害事件慰撫金酌定標準之研究〉，收於：《慰撫金酌定研討會論文集》，頁 3-4。值得注意者為，「貞操權」明定於我國民法第 195 條第 1 項，在司法實務，性侵害、性騷擾，以及通姦（婚外性行為）等民事損害賠償案件中，法院也時常以貞操權作為原告受侵害之人格權，惟貞操權之定義、內涵仍相當不明確，並反映著我國傳統文化之性別偏見，本文將於第五章討論工作場所性騷擾與貞操權侵害，惟礙於篇幅僅能做簡略之討論。

³¹ 葉啟洲所提出之標準為：損害種類與其持續性、喪失其他經濟上之機會、被害人的個別情況、歸責程度（含加害手段）、共同加害人之人數、加害人與被害人之關係、社經地位、刑事處罰結果、犯後態度及是否已為部分賠償等。葉啓洲（2012），〈性侵害事件慰撫金酌定標準之研究〉，收於：《慰撫金酌定研討會論文集》，頁 8-37。

³² 葉啓洲（2012），〈性侵害事件慰撫金酌定標準之研究〉，收於：《慰撫金酌定研討會論文集》，頁 41-42。

討工作場所性騷擾慰撫金量定因素及標準之參考。至於我國是否應發展慰撫金量表³³，本文認為，量表之制定有助慰撫金量定之明確化，惟是否定額化慰撫金，則尚有疑慮，量表之制定應將重點置於如何明確化法院之審酌因素及順序，而非硬性將區分損害類型作出金額定型，否則弱勢群體易受之傷害本不處於法律議題之邊緣，而定額化亦可能加深弱勢群體的邊緣處境。

我國民事損害賠償相關理論及判決之研究為數眾多，惟較少跳脫傳統釋義學之角度作為論理依據，本文以為，雖然美國之法規範模式為不成文法國家，普通法理論透過實務判決予以累積和建構，惟美國學術界運用不同之理論進行侵權行為法之研究，使得侵權行為法保持著回應社會變遷之彈性，美國相關研究方法及結果，實值作為我國之參考。以美國侵權行為法研究為例，近幾十年來逐漸發展出了法律經濟分析 (law and economics)、矯正正義理論 (corrective justice)、女性主義法學、種族主義等批判理論 (critical theory) 作為研究方法。其中法律經濟分析以及正義理論，是現行被廣為認可的侵權行為法理論，而批判理論 (critical theory) 在美國主流分析中亦較為欠缺。批判理論受到 1980 年代開始的批判法學運動影響，此批判法學理論的支援來源是「局外人的法學」(outsider jurisprudence)，諸如女性研究、黑人研究以及文化研究等。而使用批判方法分析侵權行為法，始於 1982 年 Richard Delgado 的著作，批判職場中的種族侮辱 (racial insult) 和騷擾，司法實務卻不認為足以構成故意施加精神傷害 (intentional infliction of emotional distress) 的侵權行為類型，進而指出當代侵權行為法是一個欠缺批判分析的領域，他的研究掀起了關於針對群體身分的仇恨性言論之法律討論，其著作成為了批判種族主義學者，以及女性主義學者研究侵權行為法的開

³³ 關於慰撫金量表之訂定，以及是否採取定額化的量定，司法院出版之《慰撫金酌定研討會論文集》中有詳細之討論。

端³⁴。

隨後 Leslie Bender 於 1988 年的研究指出，女性主義法學之理論及方法可以用於侵權行為法的分析，她認為當代的法律是一個由男性語言建構出的系統，男性詮釋下的概念其實並非中立的，侵權行為法中的過失 (negligence) 法律概念，在判斷是否具有注意義務時的合理第三人 (reasonable person) 標準即是一例，而女性主義理論可以用來創造法律、作出新的法律詮釋以及訓練未來的法律人，改變對於過失法則中注意標準的理解³⁵，女性主義理論也可用於重新建構侵權行為法的責任概念³⁶。Bender 採納文化女性主義的理論，認為侵權行為法一直以來隱含的價值和觀念，例如以經濟為主，使用成本、金錢、效率等概念來理解侵權行為中的傷害、救濟等要件的想法，應被改變，文化女性主義理論中很重要的「照顧倫理」(ethic of care) 可以用來重塑侵權行為法的責任和救濟概念³⁷。

在同一時期，Lucinda Finley 的研究也對於法律的核心概念，例如客觀性、合理性、中立性提出質疑，認為客觀性多是由男性觀點發展出來的，而中立性如果沒有將觀察的角度納入考量，排除了那些無權決定法律議題的邊緣群體的經驗時，中立性也只是片面的概念。在侵權行為法的研究中探討女性的議題，始得以驗證出抽象的法律概念，例如因果關係、責任以及歸責原則等，其實都是來自於具體的人類生活經驗。Finley 的研究特別將性騷擾案件點出，認為性騷擾是一種性別化的侵害，這樣的侵害其實可以透過侵權行為法尋求救濟，但在侵權行為法的課程以及相關著作上都鮮少受到討論。她認為，在司法系統中制定法律、作出法律判斷的多為男性，而這些人通常都未曾有受到性騷擾的經驗，從而不具有敏

³⁴ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 133 (1982)

³⁵ Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. Legal Educ. 3, 3-4, 33-36

³⁶ Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, Duke L. J. 848 (1990)

³⁷ Leslie Bender, *Changing the Values in Tort Law*, 25 TULSA L. J. 759 (1990)

感度，他們的判斷常使得受到性騷擾的女性無法獲得救濟，運用男性觀點而發展出的標準，無法反應出女性的經驗³⁸。

受到 1980 年代批判種族理論、女性主義理論的啟發，1990 年代開始，使用批判方法分析侵權行為法的研究蓬勃發展。2010 年 Martha Chamallas 與 Jennifer Wiggins 所著之《The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law》，結合了三十年來的理論發展，以批判理論以及女性主義法學分析侵權行為法，她們認為，在社會中，某些特定身分的群體相較於其他群體，更容易受到特定的傷害³⁹。然而一直以來法院判決、法理論的發展卻忽視這點。現行侵權行為法的基本結構，不僅是反映，有時甚至鞏固了社會上對於女性，或少數族裔（racial minority）的邊緣化和忽視，並對於這些弱勢群體的生命、活動以及潛能給予較低的評價⁴⁰。傳統侵權行為法將那些女性較易受到的傷害，定性為情感的（emotional）以及關係的（relational）傷害，女性所蒙受的損害也時常被歸類在非經濟的損失（non-economic loss）。主流研究對於侵權行為法，關心的是過失、身體傷害（physical harm）以及經濟損失（economic loss），而女性較易受到的傷害以及損失，都被歸類於較邊緣的、不受重視的範疇，這樣的分類方式本身看似中性，但事實上是存有性別和種族偏見（bias）的⁴¹。Chamallas 等之研究中，針對上述這些偏見，以批判理論作為方法，並採女性主義與批判種族等理論，作為批判方

³⁸ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J. L. & Feminism 41 (1989)

³⁹ 例如：女性相較於男性，更常受到家庭暴力、工作場所性騷擾等傷害。Martha Chamallas & Jennifer B. Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 2, 183, (New York University Press 2010)

⁴⁰ Martha Chamallas & Jennifer B. Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 2 (New York University Press 2010)

⁴¹ Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 466, 489-530 (1998); Martha Chamallas & Jennifer B. Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 155-182 (New York University Press 2010)

法的內容，用以分析現行的侵權行為法結構，如何維繫並且再製了性別和種族的階層秩序（hierarchies）⁴²。

同樣的，工作場所性騷擾在美國的發展，亦展現出一種公與私間之交匯，美國從 1980 年代開始平等法制的發展，探討平等權的案例越來越多，這些對於侵權行為法的裁判產生了一定的影響。工作場所性騷擾的規範游移於與群體地位相關的平等法制，以及規範個人損害填補的侵權行為法之間，似乎任一法制都無法完整定義工作場所性騷擾的性質，亦無法透徹的補償性騷擾產生的社會以及受害者個人的傷害⁴³。雖然性騷擾長期存在於工作場所中，然而卻是一種無以名狀的經驗，直到 1970 年代，Catharine A. MacKinnon 所著《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》一書將此種行為概念化⁴⁴。早期針對工作場所性騷擾，僅能採取侵權行為法途徑解決，MacKinnon 對此提出批評，認為侵權行為途徑無法顯現出，工作場所性騷擾是一種普遍存在的，讓職場上的女性受僱者，臣服、從屬於男性上司的狀態，從而與性別歧視概念相連的法律保障是必要的⁴⁵，MacKinnon 專注在工作場所性騷擾的性別歧視特性，論證了僅以侵權行為法規範工作場所性騷擾是不足的，而應將之視為美國 1964 年通過的民權法第七章（Title VII for the Civil Rights Act）所規範之性別歧視態樣看待，始能讓受害者獲得充足之保障。而隨後 Krista J. Schoenheider 的研究則認為，縱使將工作場所性騷擾視為美國民權法第七章之性別歧視，對於工作場所中頻繁發生之性騷擾而言，受害者獲得的

⁴² Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 467-468 (1998); Martha Chamallas & Jennifer B. Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 13-34 (New York University Press 2010)

⁴³ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2139-2151 (2007)

⁴⁴ Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文玖、李金梅 (譯) (1993), 《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》。

⁴⁵ Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文玖、李金梅 (譯) (1993), 《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》, 頁 216-227。

法律上保障仍不足⁴⁶，侵權行為法的途徑仍是必要的，然而工作場所性騷擾適用侵權行為法，將會面臨因為與理論要件不符，而致侵權行為法無法提供充分救濟的問題⁴⁷，從而 Schoenheider 主張，美國侵權行為法應該將工作場所性騷擾視為一種獨立的訴因（cause of action），並發展相關的理論基礎，始能對受害者提供更完整的法律保障⁴⁸。美國自 1976 年聯邦地方法院 *Williams v. Saxbe*⁴⁹一案，以及聯邦最高法院 1986 年 *Meritor Savings Bank v. Mechelle Vinson*⁵⁰案中，肯認工作場所性騷擾屬於民權法第七章之性別歧視，後續的研究逐漸將重點放在工作場所性騷擾所具有多重領域的（multidimensional）性質，傳統侵權行為法究竟是否應該「放棄」工作場所性騷擾，將之交予民權法第七章規範⁵¹。Chamallas 以工作場所性騷擾為案型，更細緻的檢驗了侵權行為法與美國民權法第七章之間的關係⁵²，探討民權法所揭示出的概念與價值，是否得移轉為侵權行為法所適用，其指出性騷擾並非侵權行為法與民權法所規範的典型訴訟，也因為這樣的邊界性質，提起訴訟的受害者必須冒著法院不認為其事實符合任一法制規範的風險，但與其深究工作場所性騷擾，究竟更像是哪一種法制規範的範疇，不如專注在探討民權法第七章等反歧視的規範，對於性騷擾受害者的保障是否足夠，以及侵權行為法是否應該發展出新形態的訴訟來救濟性騷擾受害者所產生的損害⁵³。Chamallas

⁴⁶ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1474 (1986)

⁴⁷ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1475-1485 (1986)

⁴⁸ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1485-1494 (1986)

⁴⁹ *Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976)

⁵⁰ *Meritor Savings Bank v. Mechelle Vinson*, 477 U.S. 57, 58 (1986)

⁵¹ Regina Austin, *Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress*, 1 Stan L. Rev. 1, 4, 18 (1988)

⁵² Martha Chamallas, *Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims in the Employment Content*, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 702-12 (2006); Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2124-2139 (2007)

⁵³ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2149-2150 (2007)

認為，在處理工作場所性騷擾案例，侵權行為法的重塑是必要的，民權法第七章的原則與理論，給了傳統侵權行為法創新的動力，讓性騷擾案型對應的侵權行為法理論得以進一步發展⁵⁴。

立基於此，回顧我國及美國相關之侵權行為以及工作場所性騷擾之研究，本文認為值得繼續探討的是，我國工作場所性騷擾相關法制，係參考美國性騷擾相關法律規範而來，惟性騷擾究否為性別歧視，在性別工作平等法訂定前後，我國學界討論及民間團體，乃至於實務判決中各有爭論。若肯認工作場所性騷擾作為性別歧視之一環，那麼性騷擾侵權行為訴訟實務上的理論發展，以及非財產上損害賠償數額的核定，是否得以借鏡以性別平等出發的性別工作平等法所內涵的原理原則？無論是性別工作平等法，或是民法侵權行為理論之中，眾多看似中性的法律理論，在實務之運作中，是否隱藏著不明顯的性別偏見，或對於弱勢性別實際上造成更不利的處境？性別平等與個人的損害賠償，雖歸屬於不同法領域的範疇，惟彼此之間是否具有互相影響、形塑的積極意義？

第三節 研究方法與章節架構

本文嘗試運用女性主義理論，檢視工作場所性騷擾之民事損害賠償判決，探求理論及實務隱藏之性別偏見。女性主義法學是近代興起的法學理論⁵⁵，用以檢視法律的法學觀點，與傳統法學理論不一樣的是，女性主義法學係從女性的生命經出發來檢驗既存的法律結構，就法律的正當性（legitimacy）及有效性

⁵⁴ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2172-2175 (2007)

⁵⁵ 關於女性主義法學介紹及運用，可參：陳昭如（1998），〈女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹〉，《近代中國婦女史研究》，第6期，頁213-236；王曉丹（2007），〈從法社會的觀點論女性主義立法行動：女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法學雜誌》，第19卷1期，頁51-78；王曉丹（2006），〈台灣親屬法的女性主義法學發展--以夫妻財產制為例〉，《國立中正大學法學集刊》，第21期，頁35-70；王曉丹（2008），〈法律敘事的女性主義法學分析—最高法院二十三年上字第四五四號判例之司法實務〉，《政大法學評論》，第106期，頁1-70。

(effectiveness)進行思辨，女性主義法學重視的並非抽象的法條內容及其原理，而是主張應從具體的生命、生活經驗作為分析基礎⁵⁶，藉此探究法律規範是如何及為何形成現有之樣貌，以及不同性別群體是如何受到法律的影響。然而，女性主義理論並非全然一致的，而是分成許多不同的流派，例如美國 1970 年代興起的自由女性主義 (liberal feminism) 著重在將女人納入法律之中，訴求法律給予女人同等於男人的權利及保障，此時期自由女性主義強調法律不應給予不同性別差別待遇，重點在於法律上的形式平等；1980 年代則有文化女性主義 (culture feminism) 則強調性別的特質，多認可且擁抱女性與男性的差異，認為女性處理問題、看待世界以及建構身分認同的方式與男性不同，女性並非低等於男性，而是有不同的聲音 (difference voice)，並且發展出有別於男性的道德理論，以及基進女性主義 (radical feminism)，又稱宰制女性主義 (dominance feminism) 曾對自由女性主義的形式平等概念即出批判，認為法律抽象地假想所有人都是平等的，卻忽略現實上的不平等，採用中性的法律規範，無法改變既存的權力階層秩序；1990 年代後女性主義理論則強調多元交織 (intersectionality)，注重群體內的個別差異性，認為過於本質主義的性別觀點是可疑的⁵⁷。

基進女性主義學者 MacKinnon 在探討法律與社會之間的關係時，曾指出，法律的改變不必然引致社會的改變，然而若法律不做出改變，那麼社會也無改變的可能⁵⁸。是以，文化、教育固然是改變社會上存在的性別偏見以及不平等的重要途徑，惟法律以及法學研究也能做得更多。侵權行為損害賠償向來被視為一個跟性別無關的，只是單純的風險分配以及損害填補機制，然而中性的法律規範看

⁵⁶ 陳昭如 (2005)，〈在法律中看見性別，在比較中發現權力-從比較法的性別政治談女性主義法學〉，《律師雜誌》，第 313 期，頁 61；王曉丹 (2007)，〈台灣的性別與法律研究〉，《法令月刊》，第 48 卷 4 期，頁 109-110。

⁵⁷ Martha Chamallas, INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY 17-27 (New York: Aspen Law & Business Press 2013)

⁵⁸ Catharine A. MacKinnon, Women's Lives, Men's Laws 103 (Belknap Press of Harvard University Press 2005)

似中立客觀，但事實上掌握法律標準的規範權限，卻是充滿男性經驗的。因此，本文於第二章概述之美國女性主義侵權行為研究，如何運用女性主義理論，作為研究侵權行為的方法，例如以自由女性主義觀點質疑侵權行為法中之性別分類，或從文化女性主義之觀點強調侵權行為法無法看見「女性的傷害」，而在第三章後關於工作場所性騷擾之討論中，則以基進女性主義理論為主，所注重者並非形式上有無性別差異，而是著重此類案件中存在之性別權力不對等，以及法律理論以及司法實務是否忽視性騷擾案件中當事人間之權力關係。

無論如何，這些研究皆從向來被法學忽視的「局外人」角度，即女性的經驗出發，從「提出女性的問題」開始（ask the woman question）⁵⁹來理解某些女性較易受到的侵權行為傷害的法律意義，探討損害賠償法制「客觀化」出的核定標準，是否具有性別意義。必須強調的是，採取女性主義法學理論的分析，要探尋的不再是法律文義上明顯的偏頗，唯有拋開差別待遇為不平等的唯一真意的思考模式，轉而從實質的社會地位，以及現實權力不對等的角度來思考，才有辦法看見深藏於法律制度，以及其所發展的理論中的性別問題。因此本文雖然使用女性主義理論，從女性經驗出發作出質疑和分析，並不代表本文認為所有女性經驗皆為一致，邊緣群體在法律規範以及法律實踐上受到的壓迫可能是多元的，惟礙於篇幅，本文將討論重點放在性別壓迫之上，關於多元交織之問題僅能以簡短的篇幅於相關註釋內討論。

在章節架構之不分，本文於第二章為抽象理論之介紹，探討美國侵權行為法的批判研究起源以及內涵，並概述美國女性主義學者，如何運用女性主義理論，對侵權行為法進行批判研究，指出美國侵權行為法的原理原則，以及普通法院發展出的見解，是如何對於女性產生不利影響；而承襲第二章之論點，女性主義侵

⁵⁹ Katherine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harv. L. Rev. 829, 829, 837-49, (1990)

權行為研究者指出，工作場所性騷擾同時具有私人傷害以及性別群體傷害性質，從而本文第三章將以美國工作場所性騷擾案例為主，簡述美國侵權行為法實務如何處理相關爭議，並提出女性主義學者就侵權行為法作為救濟途徑之質疑，以及後續美國最高法院認可工作場所性騷擾作為民權法違反後，侵權行為法與民權法之交匯適用問題，作為第四章我國法之分析參考；本文第四章則將討論重點拉回我國，我國性別工作平等法中，參考美國法之規定及學理，對工作場所性騷擾防治設有專章規定，而在該法立法之前，實務上與美國之發展類似，皆將工作場所性騷擾定性為私人間之侵害，以民法侵權行為作為救濟途徑，從而本文將規整性別平等法訂定前之民事法院損害賠償判決，並簡述學界及民間團體之批判，以及性別工作平等法訂定通過後，是否影響民事法院對於工作場所性騷擾之侵害定性；本文之第五章，將更聚焦於性別工作平等法施行之後，我國工作場所民事損害賠償判決之論述，運用第二章美國女性主義侵權行為研究提出之理論分析，規整我國工作場所性騷擾民事損害賠償實務之性別問題，並分析如何將性別平等原則納入理論之運用。

第二章 美國侵權行為女性主義研究：看見邊緣位置之性別



美國的侵權行為法原理原則，以及普通法院的發展，性別和種族向來非備受關注的焦點。當提及侵權行為法，無論是在所受傷害、損失，或是損失數額的認定，這些判斷標準及分類多與中立客觀之概念相連結，然而事實上，法律的規定和司法實務的實踐，從來都不是我們想像的絕對中立，實受性別或種族這些弱勢群體身分的影響甚深，本章的重點即為概述美國侵權行為法的批判研究，如何透過侵權行為法之理論及判決分析，指出普通法上存在的性別及種族偏見，打破侵權行為法一直以來中立、中性的假象。

第一節 批判研究理論背景及起源

第一項 以過失為核心的侵權行為研究

人生活於社會上的每一天，都不斷地與他人進行社會互動，這樣的社會生活，無論個人如何小心注意，仍無法百分之百免除遭遇損害的可能，而當個人的權益遭遇侵害，要如何運用民事途徑尋求損害的賠償，便是侵權行為法要處理的課題。從而，侵權行為法的設計必須兼顧事前預防事故發生，以及於事故發生後，合理填補因此產生之損害之目的，透過侵權行為法的規範，讓個人行為的自由，以及利益之保護間，得以取得適當的平衡，而侵權行為法制度所欲達成的目的及其機能，也會影響著規範如何設計，這些機能在歷史發產中不斷改變，因時代及國家而有不同發展，侵權行為法規範的內容亦反映著當下的社會經濟狀態、社會觀念和風氣⁶⁰。

⁶⁰ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 4-7。

我國侵權行為編列於民法債編各論當中，屬於債之發生的原因之一，學說通說將數侵權行為相關條文分為「一般侵權行為」及「特殊侵權行為」二種脈絡。而有別於我國侵權行為規範於民法當中，美國為普通法系國家，其使用侵權行為法（Tort Law）來規範社會活動產生的私人損害問題，採用個別侵權行為類型（individual torts）的規範方式，係一獨立之法領域⁶¹。各國法院、學理研究在解釋及適用侵權行為相關規範的時候，有其法律政策的考量，但表現出來的方式未必一致，英美等普通法系國家，在詮釋及分析侵權行為法相關規範時有較大的自由空間，但無論是在大陸法系國家如同我國，或是普通法系國家如美國，在分析侵權行為法相關規範時，仍是以利益衡量以及所採行的價值判斷作為基本內容，此政策取向（policy approach）的討論，得以讓我們打破各國法律規範模式的體系差異，改以侵權行為法功能性的探討作為比較研究的基礎，理解不同法系的規範技術如何解決相同的問題⁶²。

我國為一繼受法國家，在法律研究中時常以外國之立法例作為比較及借鏡之對象，侵權行為法相關研究，早期多以德國法相關理論發展進行比較分析，惟近年來，隨著社會變遷，侵權形態之多樣化，無論是民法侵權行為規定之修正，或特別法之規範，美國侵權行為法之相關規範及實務理論，均為我國立法上重要之參考對象，而美國發展出的侵權行為理論，例如主流之法律經濟分析，也透過學術研究，影響著我國實務侵權行為判決⁶³。我國侵權行為法之法律經濟分析研究深受美國之影響，此理論注重侵權行為法的「效率」（efficiency），認為侵權行為

⁶¹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 5。

⁶² 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 70。

⁶³ 「六十年代以來，侵權行為法的研究深受法律經濟分析的影響，即從經濟效益及財富極大化的觀點探究侵權行為法的目的和功能，用以解釋適用侵權行為法的規定。法律的經濟分析已成為一種重要的思考工具。」參：王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 5。實務上則有高等法院 97 年度醫上更（三）字第 3 號判決、台北地方法院 101 年度醫字第 41 號等判決以法律經濟分析論關於醫療糾紛之告知義務、善良管理人注意義務之建立。可參：陳聰富（2012），〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127 期，頁 349-412。

法的目的在於財富極大化以及成本最小化⁶⁴。在法律經濟分析中，傷害（harm）被轉化為一種成本（cost），人類行為如何解釋，或是行為是否具有正當性，皆非法律經濟分析關心的重點，法律經濟分析預設的前提為所有行為人都處於一個平等的狀態，每個人所為的行為都是在不受壓迫的狀態下所做的合理選擇（reasonable choice）⁶⁵。

法律經濟分析較為重視侵權行為法中的過失原則和關於意外（accident）的討論⁶⁶，Chamallas 對此指出現行美國侵權行為法課程，核心重點為過失原則及相關訴訟，主要的原因在於，大多數的訴訟都是在過失責任所建立的理論框架下提起的，在這樣的概念下，法律經濟分析逐漸佔據研究主流，法律如何分配非故意傷害所產生的損失，以及社會如何處理意外的成本變成了侵權行為法的主要課題，行為的合理與否，端看經濟的損益分析來決定⁶⁷。其中最著名的案件為 Learned Hand 法官在 *United States v. Carroll Towing* 一案⁶⁸提出的「漢德公式」，此公式建立了法院判定行為是否具有過失的判準，成為美國侵權行為法課程必讀的案件，法律經濟分析學者也時常使用此案來討論過失概念，以及用以決定侵權行為責任的規定是否足夠符合經濟效率⁶⁹。

⁶⁴ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 6。

⁶⁵ Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law* (Harvard University Press 2007)

⁶⁶ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 14-15 (New York University Press 2010); 簡資修(2007)，〈故意侵權法的經濟分析—兼評 Landes & Posner 模型，中研院法學期刊〉，第 1 期，頁 191-211。

⁶⁷ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in *Legal Canons* 104-105 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

⁶⁸ *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d. 169 (1947)

⁶⁹ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in *Legal Canons* 105 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)。惟法律經濟分析為主流方法之侵權行為研究，並非無疑的，本文接下來將以女性主義批判研究作為回應。學者王澤鑑亦指出，漢德公式固具有啟發性，加害人活動的價值及防止危險的經濟因素，應作為認定過失的相關因素。惟必須指出，侵權行為法上的過失，不應使之等同純為經濟上的方程式，原因有四：一、傳統的侵權行為法植根於個人的道德性，其所著重的是個人間的公平，而非在增進廣泛的社會政策或福利。二、過失的認定尚包括生命、身體、健康、自由、名譽、隱私等非經濟的價值，難以金錢或財富加以計算衡量。三、法官有無能力從事經濟分析有疑義，在人身侵害案件多欠缺精確資料，縱使有之，如何予以量化，顯非容易。四、綜合言之，過失的概念實具有功利的性質，過失的認定亦應考量經濟因素，實屬必要，然而侵權行為法的理念在維護個人自由



第二項 美國侵權行為法批判研究：以「局外人法學」為中心

在美國侵權行為法研究上，法律經濟分析長期影響著法律和公共政策，矯正正義理論相行之下顯得式微許多，然而最鮮為人注意的是批判理論所做的侵權行為法分析。這種批判侵權行為法的研究向來被歸類在批判理論研究中，而非侵權行為研究的一支⁷⁰。批判理論立基於法律以外的研究，1980 年代早期批判法律研究運動開始興起後，以批判方法分析法學領域的研究相繼出現，這些研究背後蘊涵著多樣的理論，例如批判法學理論、女性主義及批判種族理論（Critical Race Theory）等，對於該時期的法學學術研究有著很大的啟發，加上後現代主義強調的社會自我建構，個人身分認同的建構和社會力量論述的重要性，以及對自由主義關於客觀性（objectivity）、中立性（neutrality）和普遍性（universal）等概念提出的質疑，也影響著批判研究的內涵⁷¹。由此可見，批判法學理論並非藉由傳統的法學理論作為內涵，而是從女性研究、黑人研究、文化研究等研究作為理論基礎⁷²。

Chamallas 和 Wriggins 採用批判的方法來進行侵權行為法分析，她們認為傳統侵權行為法的研究，認為侵權行為法的功能為補償和嚇阻，卻忽略社會正義、重分配、性別或種族平等公共政策，她們的研究試圖突顯出傳統侵權行為法研究不重視的種族、性別等「局外人」議題，質疑傳統侵權行為法理論衡量被告的行為，以及衡量原告應得損害賠償的方式⁷³。她們指出，為何結合了女性主義及批

並合理的分配損害，非僅為成本效益的微積分，不能使侵權行為法上的善良管理人成為冷血、精於計算的經濟人，見：王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 311-313

⁷⁰ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 14 (New York University Press 2010)

⁷¹ 討論後現代主義以及批判理論間之關聯性，可參 Simon Malpas, *The Postmodern: The New Critical Idiom* (Routledge press 2005).

⁷² Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 16 (New York University Press 2010)

⁷³ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 17

判種族等理論的批判方法一直無法被視為分析侵權行為法的理論，是因為大多數學者認為，這些理論向來適用於以憲法、反歧視法等「公法」(public law) 進行分析，與私人之侵害及損害填補的侵權行為法這種「私法」(private law) 關係無涉⁷⁴。Chamallas 和 Wriggins 因此認為，重新挑戰法領域之間的傳統分界是必要的，傳統侵權行為法的研究及實務發展，將女性以及少數族裔較易受到的傷害類型邊緣化，或者主張這些傷害應由其他法領域來處理，這樣的結構不但反應出女性以及少數族裔的弱勢位置，更加強了她們的社會屈從，Chamallas 和 Wriggins 試圖探討侵權行為法如果能重新審視那些女性以及少數族裔易受到的傷害，並且認真的去看待性別或種族的侵犯和剝削，以及社會上對與生殖的 (reproductive) 及親密關係有關的無形傷害 (intangible harm)，侵權行為法能發展出如何的不同樣貌⁷⁵。

她們所採用的批判方法起源於 1980 年代，此一時期陸續有學者將種族、性別等議題納入侵權行為法的分析。Richard Delgado 的研究是批判種族主義與侵權行為相連的起始，開啟了法院應否就職場或其他公領域中種族和性別歧視之受害者提供救濟的爭論⁷⁶，他的研究指出，種族歧視 (racism) 會影響受害者看待自我以及與他人相處的方式，甚至可能導致身體或精神上的疾病，使受害者放棄未來，並影響他們的職業、生活選擇。種族歧視構成一種階級系統，深植於經濟、

(New York University Press 2010)

⁷⁴ 侵權行為法律關係被看作私法領域 (private law)，參：Leslie Bender, *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 Cornell Law Review 575, 1 (1993)。然而此種「公」、「私」之二分是否適當？女性主義學者亦提出質疑，參：Kathryn Abrams, *Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms*, 42 VANDERBILT LAW REVIEW 1183 (1989); Ruth Gavison, *Feminist and the Public/Private Distinction*, 45 STANFORD LAW REVIEW 1, (1992)

⁷⁵ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 30-34 (New York University Press 2010)

⁷⁶ 仇恨言論 (hate speech)，尤其是種族歧視言論，應用刑法或是侵權行為法作為救濟途徑之辯論，可參：Mari Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment* 2320-2381 (Mari Matsuda et al. eds., Westview Press 1993)



社會和政治之中，種族主義的受害者成為這些場域的局外人⁷⁷。而針對種族的侮辱（racial insult）是一種尊嚴的侵犯，通常是故意的犯行，而現行侵權行為法的類型，在處理針對種族的侮辱上仍有諸多的障礙，例如最常使用的故意施加精神傷害主張，在欠缺身體傷害的情況下，許多法院要求被告的行為必須是極端且可憎的（extreme and outrageous）始有可能成立侵權行為，德州法院甚至認為，精神沮喪必須伴隨身體傷害（physical injury）方得主張⁷⁸。除了要件限制以外，即便認可了針對種族的侮辱違反侵權行為法，下一步要面對的難題則是法院如何計算以及分配受害者的損害⁷⁹。Delgado 的研究進一步指出，除了侵權行為法無法妥適處理種族侮辱受害者所受傷害以外，即便運用憲法、聯邦或州的民權法來尋求救濟時，有些案例確實可以獲得賠償，然而有時卻也面臨難題，例如有些法院認為種族虐待（abuse）不構成僱傭歧視，或是認為必須當事人間有一定關係，例如契約或僱傭關係時，才有權請求救濟⁸⁰。在這樣的難題下，Delgado 認為針對種族的侮辱創造獨立的侵權行為訴訟（independent tort action）是有必要的，雖然無法預測侵權行為法的訴因（cause of action）之建立，得以對被告的行為創造出何種程度的嚇阻，但提高針對種族的侮辱的成本，至少可以降低侮辱的發生率，透過法律的教化功能可以減少這些有害的行為⁸¹，並提出了種族侮辱訴因的要件設計，主張創造獨立的訴因，才能保護個人利益和平等公民身分之觀點⁸²。

Delgado 的研究顯現出當時的侵權行為法是一個不受批判分析重視的領域，

⁷⁷ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 136-143 (1982)

⁷⁸ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 150-159 (1982)

⁷⁹ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 166-170 (1982)

⁸⁰ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 159-165 (1982)

⁸¹ Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 143-149 (1982)

⁸² Richard Delgado, *Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 133, 179-181 (1982)



他的研究掀開了關於針對群體身分的仇恨性言論的法律討論，也引起了批判種族主義學者以及女性主義學者的興趣。隨後於 1980 末期，Leslie Bender、Lucinda Finley 等女性主義學者，將女性主義帶入了侵權行為法的分析，這些女性主義學者之研究，促使法學重新檢視侵權行為核心概念的定義⁸³。Bender 採用文化女性主義的觀點，認為侵權行為法的過失原則，是由男性的觀點和價值所建構，也透過實務的運作，使得男性的權力不朽。她認為侵權行為法必須要更加正視照顧（caring）系統，應將我們對於責任概念的理解從個人式的，轉為相互依靠和集體責任（collective responsibility），侵權行為法應該更加注重社會的安全以及人與人之間的互助，而非經濟效率⁸⁴。她並認為，法律中很常使用的「合理第三人」（reasonable person）標準⁸⁵，是由合理男性（reasonable man）轉化而來，但命名（naming）的權力仍掌握在男性手裡，合理第三人標準的判斷由男性法官、律師或教授，或者雖身為女性，但受到與男性一樣訓練的人們掌控，詞彙的中性化並不會改變其所發展的文化背景⁸⁶。而 Finley 則認為，法律概念中的客觀性、合理性、中立性是可疑的，客觀性多是男性觀點的集合，而所謂理智的或合理的事實上只能描述部分的人類行為，而中立性的規則如果沒有考慮到觀察者的角度以及經驗，或沒有將那些，在決定法律議題核心為何時，被排除在外的群體的需要時，所謂的法律中立性也只是片面的。Finley 認為，從美國侵權行為法課程的發展來看，會發現性別與侵權行為法似乎毫無關聯，但事實上，侵權行為法是一個

⁸³ 此一時期女性主義者對於侵權行為法的分析，Leslie Bender 曾撰文作過詳細的介紹，參見：Leslie Bender, *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 Cornell Law Review 575 (1993)

⁸⁴ Bender 認為侵權行為法的責任概念應進行典範轉移，更加注重女性所提供的照顧責任，改變向來偏重經濟和成本的觀念，她認為文化女性主義學者 Carol Gilligan 提出的理論，可以幫助改變侵權行為法的價值和道德概念，或重塑人與人之間的救援義務，詳見：Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. Legal Educ. 3, 3-4, 33-36; Leslie Bender, *Changing the Values in Tort Law*, 25 TULSA L. J. 759, 767-771 (1990)

⁸⁵ 同樣討論合理第三人標準的研究，可參見：Margo Schlanger, *Injured Women before Common Law Courts, 1960-1930*, 21 Harv. Women's L.J. 79 (1998); Margo Schlanger, *Gender Matters: Teaching a Reasonable Woman Standard in Persona Injury Law*, 45 St. Louis U. L.J. 769 (2001)

⁸⁶ Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. 3, 16-24 (1988)

很適合討論性別的領域，因為它涉及人類生活的核心，例如何謂需求、人們希望獲得的社會評價、人們希望與他人連結的方式，以及法律系統如何對待人與人之間的關係和關係的傷害等等⁸⁷。她的研究點出一些以往被侵權行為法忽視或邊緣化的議題，例如照顧者的傷害以及性騷擾的法律責任，並揭露傳統法律標準中隱含的性別偏見，指出現行的侵權行為法對於女性在其生命歷程中所遭受的傷害的補償並不足夠⁸⁸。

雖然這些為數不多的女性主義法學研究，尚不足以翻轉侵權行為法的主流分析方式，但這些研究仍為侵權行為法的批判分析殿下了基石，侵權行為法批判分析，使用了許多女性主義學者分析法律議題時所採用之方法，也結合了許多不同的女性主義理論，包含自由女性主義理論，將焦點放在傳統上認為不屬於女性的公領域，例如職場，主張女性在自從得以進入這些公領域，卻仍承受與男性不同的不利待遇，自由女性主義所提出的形式平等，得以運用於侵權行為法研究對於損害賠償計算標準的檢驗之中；而文化女性主義，重視女性所代表的價值，從而認為現行侵權行為法的分類重視身體傷害以及財產損害，貶抑了與女性相連的概念，例如精神和家庭關係；基進女性主義理論，時常用於探討在性暴力、性侵犯及性剝削相關的侵權行為案例，揭露出現行的同意概念以及構成傷害的標準都是以男性為中心，例如主張故意施加精神傷害時，法院所建立的要求被告的行為必須極端且可憎的標準⁸⁹。這些女性主義理論，透過女性主義法學方法來探尋侵權行為規則中的性別問題，並重塑侵權行為法的理論，這些方法包括：「問女性的問題」(asking the woman question)，以確立及挑戰現行法律制度或規定對女性有

⁸⁷ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 41-42 (1989)

⁸⁸ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 51-57 (1989)

⁸⁹ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 25-26 (New York University Press 2010)

何不利；使用女性主義觀點來說理（feminist practical reasoning），在推論過程中從女性具體的經驗出發，此方法可用於質疑現行法律的普同性問題，法律實為既存權力結構的映射，必須集結女性及少數族裔等邊緣群體的觀點及生活事實，以突顯人類經驗的多樣性；最後透過意識的覺醒（consciousness raising），以經驗分享的方式，來重新思考或重新建構所面對的問題，達成女性主義的目標和價值選擇⁹⁰。這種將個人經驗與他人分享的互動方式，可以幫助我們理解那些常被歸類為個人問題的女性受害經驗，事實上是一種群體共享的受壓迫經驗，藉此確立這些「個人問題」其實是社會和政治的問題（個人即政治，Personal is Political），透過集結群體意識來促使社會結構的改變，是一種女性主義的實踐，也是批判意識的教育⁹¹。雖然女性主義有許多不同的流派及理論，對於何謂父權壓迫的來源見解也未必一致，但同樣關注女性生命中受到的壓迫及排除⁹²，美國女性主義學者經過數十年的耕耘，藉由回答與性別相關的問題、增加理解對於女性生活經驗的理解、蒐集相關男性女性的統計數據，對於法律作出理論化的回應，使用批判方法來研究侵權行為法，便是透過回顧侵權行為法的過去，來揭露女性持續的從屬狀態，讓我們有機會進一步思考侵權行為法改變的可能性。

第二節 侵權行為法的女性主義批判法學研究

承上節美國侵權行為法批判研究起源之概述，以及 1980 年代發展初期，批

⁹⁰ Katherine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harv. L. Rev. 829, 837-867 (1990); Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis*, Mass Torts, Power, and Responsibilities, Duke L. J. 848, 850 (1990)

⁹¹ Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 83-88, 93-96, 101-105 (Harvard University Press 1989)。值得一提的是，採納女性主義觀點的侵權行為批判研究，雖然是以女性的經驗作為分析，但不代表認為所有女性受到的壓迫經驗都是相同的，性別以及其他群體身分（例如種族、階級）之間的交織性（intersectionality）議題，在侵權行為法上也具有相當的重要性，Austin 的研究即著重包含性別及種族在內的多重領域（multidimensional）的騷擾，以及此種騷擾與故意施加精神沮喪侵權行為訴訟所面臨的問題，詳見：Regina Austin, *Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress*, 41 Stan L. Rev. 1 (1988)

⁹² Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. 3, 5 (1988)

判種族學者以及女性主義者，如何使用這些新興的理論進行侵權行為法的相關分析，本節本文將焦點放在美國 1990 年代迄今的女性主義侵權行為法研究所提出之主張，以主題的方式，規整出美國侵權行為法原則及法院實務運作上的性別偏見（bias）。

性別的偏見以及歧視，在法律上之概念，多半仍以禁止形式上差別待遇為主，而如何判斷歧視之構成，則是以被差別待遇的群體之間有無相似性（similar situated）為斷，亦即是否等者等之作為標準。但即便形式上差別待遇的規定已逐漸消弭⁹³，卻不代表性別偏見已在侵權行為法中完全消失，這些偏見是認知上的或是結構式的，持續在一個表面上性別中立的系統之中運行，透過隱晦的價值階層秩序，以及大眾習慣的二分法思考模式，尤其指並非單純的二元對立，而是在二分的分類或價值中，其中一種被視為優於另外一種的觀念，影響著人們對於價值的評定，例如特定行為的嚴重性、某個活動的重要性等，這種貶值（devaluation）與差別待遇不同，並非直接與特定的性別相連，而是一旦某個分類、某種活動、某個群體被貶低了，所有被劃進該分類的個人都會受到影響。但相較於形式的差別待遇，這種於實踐中產生的性別不平等，顯少為人注意，在法律討論中持續被邊緣化，這樣的偏見也使得侵權行為系統維繫且再製了性別的不平等⁹⁴。

從而，本節所探討的侵權行為法中的性別偏見，即包含了形式上的差別待遇，

⁹³ 美國侵權行為法的發展上，曾有一些明示的性別差別待遇規定，例如僅有夫或父親可就失去受傷的妻子或孩子的服務，對加害人提出喪失家庭關係利益（loss of consortium）的損害賠償，相關討論詳見：Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 45-51 (1989)，這些規定於 1950 年代開始在各州逐漸被去性別化，不再於形式上訂定有利於單一性別的規定，但從整個侵權行為對於傷害分類的方式以觀，仍存在著不利女性的問題，此部分將於本節第二項中詳細討論。

⁹⁴ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in Legal Canons 107 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 466, 470 (1998); Martha Chamallas, *Deepening the Legal Understanding of Bias: on Devaluation and Biased Prototypes*, 74 S. Cal. L. Rev. 747, 749-751 (2001)

以及形式上雖無差別待遇，然而適用上卻造成對於不同性別的差別影響（disparate impact）在內⁹⁵。在第一項中，這種差別待遇顯現在計算損害賠償數額時，為了預估原告所喪失的未來賺錢能力，所採取的基於性別或基於種族的統計標準；第二項則將進一步所討論，雖非形式上差別待遇，而是侵權行為法發展出的原理原則以及實務上的實踐，仍讓與女性以及少數族裔相關的傷害及損失分類被貶值，對女性和少數族裔所造成的差別影響。侵權行為法研究，特別適合以較廣義的概念來定義偏見和歧視，因為美國普通法理論的形成過程中，法官和陪審團被期待的不僅是如何避免違法，而是期待如何達到公平（fairness），以及各種利益之間的平等調和⁹⁶，透過侵權行為法原理原則，以及法院實踐上所產生之形式差別待遇或差別影響的相關實例，顯現出美國侵權行為法的損害賠償數額計算機至，一直以來使用仰賴市場價值作為計算基礎，這樣的運作如何鞏固及再製了女性在勞動市場中面對的不平等，同時揭露出侵權行為法如何被社會文化中女性的傳統角色及價值塑造，此研究挖掘出長期以來將女性提供的勞務視為理所當然的社會文化，如何延伸至侵權行為損害賠償系統中，透過這樣的認知及反思，才有改變女性的經濟從屬問題的可能⁹⁷。

第一項 差別待遇：損害賠償計算標準

侵權行為損害賠償數額對於受害者而言是至關重要的，因為在一個以金錢作

⁹⁵ 應注意的是，本文此處係以形式平等「等者等之，不等者不等之」之概念作為區分，分為形式上對於性別有明示差別待遇之爭議，以及形式上無差別待遇，但適用上產生性別不平等效應之二類型，惟若以實質平等之概念檢視，平等並非相同與差異之爭，而是宰制與從屬的不平等關係與權力支配的問題，不平等來自於結構性的壓迫體制，以對於群體劣勢以及權力不平等分配重要性之強調，作為反宰制之策略，在這樣的觀點下，中性的規範並不代表歧視不存在，從而若「差別影響」是來自於性別的權利不對等，亦構成不平等。參：陳昭如、張晉芬（2009），〈性別差異與不公平的法意識〉，《政大法學評論》，第 108 期，頁 65-82。

⁹⁶ Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 467 (1998)

⁹⁷ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 54 (1989)

為流通工具的社會中，賠償的數額彰顯著法律系統對於受害者所受傷害的評價，同時影響著未來哪些案件有較高的進入法院的可能性。法院如何評估受害者所受何種傷害，以及應獲得多少賠償，可能會受到社會上對於受害者所屬群體的偏見影響，因此，檢視損害賠償的原則以及實務運作，可以幫助大眾理解侵權行為系統中種族及性別偏見的運作模式。

在侵權行為損害賠償訴訟中，如何證明損害是相當重要的環節。在嚴重的人身傷害訴訟中，原告就事故所產生的經濟損失提起請求，法院決定原告所受損害之數額時，乍看似乎是一個單純計算經濟損失的數學問題，然而事實上，美國法院在計算基準的設定上，並非全然不受性別偏見的影響。例如原告受傷後提起的失能賠償時，比較原告在事物發生前可賺取的薪資和事故發生後能賺取的薪資數額，可以算出原告喪失了多少未來賺錢能力（future earning capacity），這是對於一個人喪失了多少潛能的估計。這個計算包含兩項要點，一為如原告未受傷害，其可得預期的工作年限（worklife expectancy），以及若未受傷每年大約得賺取多少的薪資，在法庭實務上，常由經濟學者以專家證人的方式，提供原告喪失未來賺錢能力的計算標準予陪審團參考⁹⁸。關於平均薪資的預估，如果原告已有所得即收入記錄，在估計時至少有跡可循，經濟學者可依照原告的職位、賺錢記錄、平均薪資來估計年收以及未來收入的數額。但在計算預期工作年限的時候，無論原告是否已開始賺錢，經濟學者仍多會使用以種族和性別作為分類的工作年限計算標準，亦即統計原告所屬群體（性別或種族）內所有成員的工作經驗，並參考群體成員通常的退休年齡，再以平均的方式得出預期的工作年限，從實證研究得到的數據來看，所有女性和少數族裔男性的工作年限較白種男性短，而美國 1970 年代損害賠償之案例，部分法院認女性一定會因結婚或生養子女而減少工作年限，

⁹⁸ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 80 (1994)

並將此種性別刻板印象納入年限的預估⁹⁹。

這樣的運作方式對於女性而言是相當不利的，因為對部分經濟學者來說，「勞動」指得是那些可以生產價值（或許說「價格」更為貼切），亦即市場利潤者，從而若一種勞動無法轉化為市場利潤，就不會被視為生產的一環。而長期以來的性別分工，迫使女性遠離政治或勞動市場等公領域，禁錮於家庭之中，從事照料家務和養育子女的活動，在經濟學者眼中，這類行為無法直接產生市場利潤，並非經濟意義上的「勞動」，只是女人生理的延伸。女性在家庭這種私領域內的行為因為沒有經濟上的產值而不受重視，也無法離開私領域而去參與公領域事務，導致女性的社會地位受到貶抑。這種公私領域與性別相連的二分現象，雖然在女性主義的批判以及平權運動下，獲得了相當的改善，然而因為女性在過去無權參與市場規則的建構，致使在經歷長期爭取平等工作權之抗爭後，女性雖然形式上可以進入勞動市場工作，卻必須面對現實上供領域對於女性的敵意，例如在勞動市場中，女性通常僅能從事低尊嚴且具性別隔離現象的工作，或是面對職場中「玻璃天花板」之問題¹⁰⁰，且女性從事的工作大多對應著女性在私領域的角色，在職場中她們仍必須承擔清理環境、照顧他人、服務男性的責任，且在職場上難以獲得晉升的機會¹⁰¹。

而這種長期以來一直存在勞動市場的性別歧視問題，延伸到了侵權行為損害賠償系統中，並透過計算標準的原則及法院實踐而不斷的強化¹⁰²，損害賠償計算

⁹⁹ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 80-82 (1994); Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 158 (New York University Press 2010)，本文將於下述之美國實務案件部分進行較詳細的判決內容介紹。

¹⁰⁰ 相關討論可參：Vicki Schultz, *Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation on the Job in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 HARV. L. REV. 1749 (1990); Christine Jolls, *Is There a Glass Ceiling?*, 25 Harv. Women's L. J. 1 (2001)

¹⁰¹ Kathryn Abrams, *Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms*, 42 VANDERBILT LAW REVIEW 1183, 1183-1189 (1989)

¹⁰² Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 106 (2005)。Chamallas 並曾以數份實證研究，探討實際

標準對於女性的不利，其原因除了勞動市場中女性面對到的勞動條件不平等問題以外，還因為上述提及的傳統性別角色與公私領域連結，所產生的多半由女性擔任的家庭照顧者，所從事的家內勞動在損害賠償系統應如何被評價的問題。在一些家庭照顧者死亡的案例，法院只願量定較低的數額，這樣的結果來自於司法系統長期以來受到社會上性別刻板印象的影響，認為無法換取薪資的家內勞動無法算是「工作」，亦可看出法院對於損害賠償數額的衡量基礎是以市場上的薪資概念作為標準¹⁰³。這種家庭照顧者受傷的損害補償衍生了許多議題，其中一例為喪失家庭利益（loss of consortium）之主張，在早期的案例中，當女性家庭照顧者死亡或受到嚴重的人身傷害時，其丈夫可因失去妻子的服務而提起損害賠償訴訟，在這樣的觀點下，家庭照顧者受到的傷害不被視為「個人」的傷害，而是家庭（或者更準確的來說，丈夫）失去服務的損失；然而，如果死亡或受傷的為丈夫或孩子，妻子或母親卻無權就此部分提出損害賠償，顯現出即便在現實生活中，當家庭成員受到嚴重傷害時，多半會由女性擔任照顧角色，使得她們無法外出從事有薪資報酬的工作、喪失其他的經濟機會，法院卻仍然不認為她們因此而受有損失，即便揚棄認為家庭照顧者死亡，請求人所受損失是因為失去服務之觀點，而改認女性家庭照顧者死亡或受傷產生的損失，是女性個人的勞動力損失，接下來亦要面對在以薪資為計算基礎的損害賠償系統中，如何計算家庭照顧者死亡產生的損失問題¹⁰⁴。在相關研究部分，相較於美國，加拿大的損害賠償實務發展中，率先探討侵權行為法原則及實務操作上的性別偏見，並累積可觀之研究以及實務判決分析，這些研究更成為後續美國學界之論述依據，從而本文接下來將先簡述加拿

案件中，男女受害者獲得之損害賠償數額差異，可參：Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 85-86 (1994)，註釋 72 至 84 及相應內容。

¹⁰³ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 52-53 (1989)

¹⁰⁴ 家庭照顧者、家務勞動者皆是中性的詞彙，然而在本節討論的案例，從事這些勞動的多為女性，亦即俗稱的「家庭主婦」。

大實務發展，以及學理相關檢討，如何對於美國學界產生影響。



一、加拿大發展

損害賠償計算標準的種族與性別問題在美國侵權行為法的研究中為數不多，相較之下，加拿大學術界以及法院於 1970 年代即開始關注損害賠償的性別問題，在許多案件中，法院認為採納基於性別的計算標準是不適當的，部分加拿大法院則使用男性的賺錢能力統計數據，來預測女性原告的損害賠償¹⁰⁵，或使用男性標準計算女性原告的喪失賺錢能力的數額後，再以性別為由做出部分折扣¹⁰⁶。這些多樣的標準顯示出加拿大法院對於經濟損失的計算問題，所關注之重點，已經不僅為預估經濟損失時，將性別作為計算標準是否適當之問題，而進入探討何種計算標準才能將性別平等之概念納入經濟損失計算中之探討。

(一) 實務案例

2003 年的 *Walker v. Ritchie*¹⁰⁷ 案對於性別是否應作為賠償之計算標準有詳細之論述，很適合作為思考計算損害賠償數額時採取基於性別的統計數據是否適當之案型。本案原告 Stephanie Walker 為一 17 歲少女，在 1997 年即原告就讀高中的最後一年時，遭遇了嚴重的車禍¹⁰⁸，頭部的傷導致了腦部損害，使其癱瘓且產生不可逆的認知障礙¹⁰⁹。法院認定原告的失能是永久的，讓她無法獲得原本可以

¹⁰⁵ Jamie Cassels, *(In)equality and the Law of Tort: Gender, Race and the Assessment of Damages*, 17 ADVOCATES'Q. 158, 182–84 (1995).

¹⁰⁶ Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 115 (2005)

¹⁰⁷ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.) Chamallas 認為此案為加拿大的重要案件，展現出法院、陪審團及專家證人在計算損害賠償數額時掌握了相當大的權限，並顯現出在性別的待遇是影響案件的重要事實。Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 113-115 (2005)

¹⁰⁸ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [3]

¹⁰⁹ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [43]

得到的僱傭機會¹¹⁰，然因原告尚未從高中畢業，其對未來（例如是否就讀大學等生涯規劃）並無明確的計劃，雖然從原告個人資料顯示，她是一名優秀的運動員¹¹¹，而原告的二位姊姊都就讀大學並成為老師¹¹²，但即便有這些資訊，當受傷的原告是未成年人時，必須要面對是世界上並無一個百分之百準確的標準，可以預測他們的未來的難題。最終法院決定依據 Stephanie 的傷勢，就非經濟損害部分她可獲得 250,000 元加幣，這個數額已達加拿大求償系統所設定的最高上限；就喪失未來賺錢能力部分，該案有兩位專家提出不同的標準，其中一位以女性大學畢業生平均薪資 1,070,694 元作為標準，另一位則以不分性別的大學畢業生平均薪資 1,690,250 元作為標準¹¹³。法院最後決定採納不分性別的混合標準，但仍認原告有不會選擇就讀大學的可能，並加上其他的因素作出一些扣減，最終認定原告喪失的未來薪資為 1,421,225 元¹¹⁴。

關於使用何種標準來估計原告的喪失未來賺錢能力，本案法院引用數個討論使用性別作為判斷賺錢能力因子的判決見解，例如 *Tucker v. Asleson*¹¹⁵，Finch 法官定性該案的基本問題為，預估女性原告的賺錢能力是否應使用基於其性別 (sex) 的統計數據，抑或應以男性的標準來估計她的賺錢能力。法院認為女性原告在加拿大並不會被排除於任何教育體系或職業機會以外，因此不應使用基於性別統計數據使得女性原告受到不利，因此，法院最終採納原告方提出的主張，亦即女性原告的賺錢能力預估，應與同一行政區男性大學畢業生相一致的見解¹¹⁶。法院也

¹¹⁰ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [123]

¹¹¹ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [44], [128]

¹¹² [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [76]-[80]

¹¹³ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [99]

¹¹⁴ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [141]-[143]

¹¹⁵ [1991] B. C. J. No. 954

¹¹⁶ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [132]「本案的基本問題為衡量原告的賺取收入能力是否應基於她的性別的統計數據，或者對於她能力的衡量是否應，如她辯護人所主張的，與男性一樣。」、「本院認為，作為一個起始，衡量原告的賺錢能力不應受限於基於其性別的統計數據。…在加拿大，任何教育的或職業的機會不被排除於她。…」、「本院接受原告代表提出的主張，衡量她喪失賺取收入的能力，應與不列顛哥倫比亞省男性大學生之平均相等。」"The basic

採納 *Terracciano v. Etheridge*¹¹⁷ 中 Saunders 法官的見解，認為該案被告方提出預測的標準為女性賺取薪資的平均數據，但這些統計數據會將長期以來男女在平均薪資間的不平等延續到損害賠償系統中，且因為一些歷史的負面因素，女性勞動市場參與率一直較低，且只能賺得較低薪資，這些統計數據對於預測女性原告的未來幫助不大。且這種依據性別而對損害賠償數額打折，就像是納入種族和人種考量一樣，為一不當的歧視，現今法院對損害賠償數額採用這樣的性別分類是可疑的¹¹⁸。而在 *Gray v. Macklin*¹¹⁹ 案中，Shaughnessy 法官認為評估損害時，如果以歷史性的薪資不平等來對應是不適當的，法院必須盡可能確保跟得上勞動市場的發展趨勢，使對於未來收入的損失預測可以適切的反應出未來的狀況，法院依據憲法的平等權來採納薪資平等的概念¹²⁰。綜合這些判決先例，本案法院因此認為，採納不依性別作出區分，得適用於所有性別的數據，方可避免在兩個不同標準中做選擇，並決定如何調整才適當的難題¹²¹。

（二）學界批判

1. 計算標準對於家庭照顧女性、女性勞工的不平等

question in this case is whether the measure of the plaintiff's capacity to earn income should be based upon statistics for her sex, or whether the measure of her capacity is, as her counsel contends, the same as for a male person."; "I accept, as a starting point, that the measure of the plaintiff's earning capacity should not be limited by statistics based upon her sex. ... in Canada, no educational or vocational opportunities were excluded to her. ..."; "I accept the assertion advanced on the plaintiff's behalf that the measure of her lost capacity to earn income is the equivalent of the average university educated B.C. male ... "

¹¹⁷ [1997] B. C. J. No. 1051

¹¹⁸ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [133]

¹¹⁹ [2000] O.J. No. 4603

¹²⁰ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [134], 「...本院警覺到評估損害賠償卻反映出歷史性的薪資不平等是不適當的。法院必須儘可能確保給予勞動市場中的社會趨勢適當的價值，確定未來喪失收入合理地反映出未來的情況。法院必須擁抱薪資平等，給予我們平等權的基本權利，作為憲法的根基。」...I am mindful that it is inappropriate for an assessment of damages to reflect historic wage inequities. The courts must ensure as much as possible that the appropriate weight is given to societal trends in the labour market in order that the future loss of income properly reflects future circumstances. The court must embrace pay equity, given our fundamental right to equality as entrenched in the constitution...」

¹²¹ [2003] O. J. No. 18 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL) (Can.), at [135]

上開案件之論證依據來自於加拿大法院對性別作為計算標準之累積，加拿大學界對於相關爭議的豐富研究，提供了法院反思及重構計算標準之依據。加拿大學界在 1970 年代即對損害賠償計算採用的性別標準提出質疑，這些批判研究從 1978 年 Ken Cppoer-Stephenson 開始¹²²，他指出女性的工作年限為何較男性為低，是因為許多女性為婚姻或生養子女而離開職場，即便女性沒有離開職場，她們所賺取的薪資也仍較同等職位的男性為低。如原告為女性，法院在進行損害賠償計算時，就女性的勞動價值時常使用這種工作年限較短、薪資較低的預設，這樣的結果顯示由男性掌握的司法系統，無法認知女性的勞動力問題，以及家務照顧者的勞動價值¹²³。他認為在這樣的狀況下，要關注的問題為，損害賠償計算在考量到喪失的賺錢能力時，要採納的標準是原告現實上所賺取的數額，還是原告有能力（無論他是否確實從事該工作）賺取的數額¹²⁴？

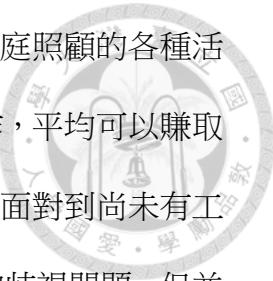
這個問題源自於法院長期以來不重視多由女性所擔任的家庭照顧者之勞動價值，如果妻子受傷，丈夫可以就妻子失去的家庭照顧能力請求賠償，然而如果是丈夫因為受傷而失去賺錢能力，雖然對於這個家庭而言也是失去了一份經濟支持，但妻子卻不被允許就此部分提起損害賠償，這樣的情形顯示出，受傷女性所受的損失並非被評價為失去個人工作能力，而是被評價為家庭所喪失的服務¹²⁵。Cppoer-Stephenson 因而認為，賠償的焦點應放在個人能力的喪失上面，家庭照

¹²² Ken Cppoer-Stephenson, *Damages for Loss of Working Capacity for Women*, 43 Sask. L. Rev. 7 (1978-79)

¹²³ Ken Cppoer-Stephenson, *Damages for Loss of Working Capacity for Women*, 43 Sask. L. Rev. 7, 7-13 (1978-79)，作者並舉出數個早期加拿大法院的判決，顯現出女性原告通常獲得較低的賠償，法院時常以女性可能因結婚而離開職場、縮減工作年限等理由對女性原告的求償數額做出扣減，或是直接不討論女性的喪失賺錢能力問題。

¹²⁴ “This is whether damages should be assessed on the basis of what the plaintiff as a matter of projection would have earned in fact, or, on the other hand, whether the assessment should be based on what the plaintiff had the capacity to earn, whether or not she would in fact have exercised that capacity.” Ken Cppoer-Stephenson, *Damages for Loss of Working Capacity for Women*, 43 Sask. L. Rev. 7, 8 (1978-79)

¹²⁵ Ken Cppoer-Stephenson, *Damages for Loss of Working Capacity for Women*, 43 Sask. L. Rev. 7, 15 (1978-79)



顧者受到傷害，也應就其喪失的工作能力獲得賠償，他提出將家庭照顧的各種活動，放到市場上作出換算，亦即如果這些活動變成市場上的工作，平均可以賺取多少薪資作為計算的標準¹²⁶。他的研究點出了損害賠償計算，如面對到尚未有工作記錄的女性原告，或是擔任家庭照顧者的女性原告，會產生的歧視問題，但並未討論到以市場價值作為賠償計算的基礎是否適當的爭議。

2.以市場價值作為計算標準之檢討

延續 Cppoer-Stephenson 的研究，1992 年 Jamie Cassel 則進一步探討以市場價值作為損害賠償的計算基礎是否合理，他質疑為何在評估損害賠償時，相較於男性，女性和女童只能獲得較低的數額，他認為問題來自於法律仰賴市場運作以評估價值和損失，這種市場取向產生了兩個問題，第一為市場以外的，無法獲取薪資的生產活動被排除，或者這些活動的價值被低估，家庭照顧者的工作不被看作有經濟價值；其二為使用現行的薪資基準作為評估，使得女性在工作場所面對的系統性不平等被延續到法庭，人身傷害損害賠償數額之計算，如同再製了勞動市場中的薪資差異和性別偏見¹²⁷。Cassel 主張為求平等，即便統計數據就現實生活而言是正確的，法院在計算損害賠償時不應使用此種基於性別和種族的數據作為標準¹²⁸。而隨後 Elaine Gibson 的研究，接續 Cassel 對於市場的批判，指出實

¹²⁶ “It is therefore suggested that the earnings level for women should be reflected in a damage award by an estimation of what pay scale would be applied to a man with similar skills and training as the female plaintiff possessed. Such would represent the legal earning capacity estimate.” Ken Cppoer-Stephenson, *Damages for Loss of Working Capacity for Women*, 43 Sask. L. Rev. 7, 14, 22 (1978-79)

¹²⁷ Jamie Cassel, *Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last*, 71 Can. B. Rev. 445, 446-447 (1992), 轉引自 Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 101-102 n.200 (1994)

¹²⁸ Jamie Cassels, *Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last*, 71 Can. B. Rev. 445, 490 (1992), 轉引自 Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 103 n.211 (1994)

務使用基於性別的數據是現行系統不平等的證據，並認為這些數據是不正確的，因為在這些數據統計之時，女性能選擇的工作不多，性別在勞動市場中並不平等，這樣的狀況無法作為適切的預測未來的標準¹²⁹，其亦認為使用基於性別的數據，違反加拿大 1982 年通過，並於 1985 年施行之權利及自由憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedom)，以及女性不受性別歧視的平等保護及平等利益¹³⁰。這些研究可以看出加拿大學者對於使用性別作為計算數據的討論，已經不僅侷限於是否違反平等，而是更進一步的開始質疑以市場勞動價值作為損害賠償標準的合理性。

二、美國實務及學理發展

1970 年代美國法院在審理喪失未來賺錢能力損害賠償案件時，時常使用基於性別或種族的數據作為計算基礎¹³¹，雖然學界對此種標準的適用一直有所批判，但直到 2000 年以後，法院對於使用這樣的標準是否適當，才開始有了討論的聲浪。以下將簡述 1970 年代三個法院判決，如何在計算原告所受損害時運用原告之性別作為計算依據，以及 911 事件發生後，補償基金會面臨到類似之計算賠償數額問題時，如何以公共政策考量為由，改變了長期以來的以性別作為計算標準之計算模式。

(一) 實務案例

1. 採納性別作為計算基礎

¹²⁹ Elaine Gibson, *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, in *Tort Theory* 185, 196-197 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., Captus press 1993)

¹³⁰ Elaine Gibson, *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, in *Tort Theory* 185, 204-207 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., Captus press 1993)

¹³¹ 更詳細的案件介紹及討論，可見：Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 *Fordham L. Rev.* 73, 90-97 (1994)

1972 年的 *Frankel v. United States*¹³² 案，原告為一 19 歲女性，受傷之時正就讀商業藝術課程，且有極高的可能未來會從事相關工作，但法院卻不將這些背景納入考量，反而認為她在未來有極高的可能結婚，成為一個妻子、母親，且原告會因為她的婚姻而離開職場一段時間，法院以這樣預設作出損害賠償的計算¹³³。雖然經濟專家依據商業藝術的行情，計算出原告到退休時可能賺取薪資為 237,630 美元，但法院卻認為原告可能會因結婚、養育小孩而中斷工作，所以將數額扣減為 125,000 美元¹³⁴，並表示：

「Marilyn (本案原告) 現年 19 歲又 6 個月，從尚未受傷之前的狀態觀察，可以得出一個很清楚的將會邁入婚姻的前景。她有魅力、健康、有才能、個性成熟且聰明。從 6 歲時起就對馬術有興趣，也成為一個專業的騎士，贏了很多獎，參與了很多表演。這些經驗、學校生活以及其他活動讓她有機會認識異性，她享受男性的陪伴，她從 15 歲開始樂意教導他人騎術和打獵。她在未來有很大的可能會踏入婚姻及成為一個母親。婚姻可能會中斷她的職業，但依她的才能，如果在結婚中或婚後有必要或者她想要，還是有可能重回職場。」¹³⁵

而 1976 年 *Caron v. United States*¹³⁶ 案之原告為一女童，在其四個月大時因過失的藥物注射而受傷，因此受到永久性的傷害¹³⁷，在計算女童喪失的賺錢能力時，

¹³² *Frankel v. United States*, 321 F. Supp. 1331 (E.D. Pa. 1970), aff'd sub nom, *Frankel v. Heym*, 466 F.2d 1226 (3d Cir. 1972).

¹³³ *Frankel v. United States*, 321 F. Supp. 1331, at 1337-1338 (E.D. Pa. 1970)

¹³⁴ *Frankel v. Heym*, 466 F.2d 1226, at 1229 (3d Cir. 1972).

¹³⁵ “Marilyn's life of 19 1/2 years, prior to her devastating injuries, presents a clear picture of prospects for marriage. She was attractive, healthy, talented, well-adjusted, and intelligent. From the age of six she was interested in horses and became a proficient rider, winning many awards. She attended and participated in many horse shows. These and school and other activities brought her in contact with the opposite sex. She enjoyed male companionship. She enjoyed teaching others to ride and engaged in hunts with others 15 years of age and above. There was a likelihood of marriage and motherhood in her future. Marriage probably would have interrupted her career, but with her training she could have resumed her career, if it had become necessary or desirable during or after marriage.” *Frankel v. United States*, 321 F. Supp. 1331, at 1338 (E.D. Pa. 1970)

¹³⁶ *Caron v. United States*, 410 F. Supp. 378 (D.R.I. 1975), aff'd, 548 F.2d 366 (1st Cir. 1976).

¹³⁷ *Caron v. United States*, 410 F. Supp. 378, at 385 (D.R.I. 1975); 548 F.2d 366, at 367 (1st Cir.

原告律師認為應採用所有勞工的平均薪資為標準，而非使用女性勞工平均薪資，但法院拒絕此一主張。此案件顯示出使用基於性別的預設，會對受傷的女童產生雙重不利益，亦即女童未來賺錢能力的預估，會先因為女性工作年限短於男性而減少，再因為使用較男性平均薪資少的女性平均薪資標準，而降低原告損失的預估總額¹³⁸。到了上訴審時，被告甚至對原審判賠的損害賠償數額進一步提出爭執，認為原告方無法證明原告未來一定會工作，所以不應獲得喪失賺錢能力的賠償，惟上訴審法院卻認為，原告不該因無法證明確切的損失數額而承擔無法獲得賠償的風險，暗示下級審法院因原告是女性而對其作出不利判決，上訴審法院雖主張在不應因為性別而做出未來是否工作的區分，但這部分僅是為了回應被告所提出的，認為原告無法證明喪失的賺錢能力從而不應獲得賠償的主張，上訴審法院並無提出明顯的反對使用女性平均薪資作為計算標準，或是預設女性會有較短的工作年限之見解¹³⁹。

1977 年的 *Gilborges v. Wallace*¹⁴⁰一案，本案原告為一高中女性，因車禍而受傷，原審法院的經濟專家提出三個計算喪失賺錢能力的計算標準，前二者為依據女高中畢業生以及女大學畢業生分別計算出的工作年限以及平均收入；第三個則因原告曾明確表示未來想成為獸醫，且有專家的證言評估以原告當時的狀態達成此目標是極有可能的，從而經濟專家依獸醫的年收入計算了原告喪失賺錢能力的損失¹⁴¹。原審陪審團採納了第三個計算標準¹⁴²，惟上訴審法院卻認為沒有足夠的證據證明原告一定會成為獸醫。雖然沒有明確的指出這種判斷來自於性別，惟上訴審接受第二種計算標準，認為原告極有可能從大學畢業，卻不認為原告有同樣

1976).

¹³⁸ Caron v. United States, 410 F. Supp. 378, at 398-399 (D.R.I. 1975)

¹³⁹ Caron v. United States, 548 F.2d 366, at 370-371 (1st Cir. 1976).

¹⁴⁰ Gilborges v. Wallace, 379 A.2d 269 (NJ. Super. Ct. App. Div. 1977)

¹⁴¹ Gilborges v. Wallace, 379 A.2d 269, at 276-277 (NJ. Super. Ct. App. Div. 1977).

¹⁴² Gilborges v. Wallace, 379 A.2d 269, at 272 (NJ. Super. Ct. App. Div. 1977).

的可能可以成為獸醫¹⁴³，這樣的判斷暗示了認為女性能在男性主宰的行業中闖出一片天是可疑的，以及正當化了使用基於性別的損害賠償計算方式。



2. 使用男性標準作為計算基礎

在受害者得或補償或賠償數額計算之討論中，值得一提的案例為 911 受害者補償基金會的補償決定，雖然並非法院判決，但同樣是針對受害者損失補償計算標準的問題。911 事件後，美國國會提案成立 911 事件受害者補償基金會（September 11th Victim Compensation Fund），受害者可放棄向航空公司請求民事賠償，改選擇向補償基金會請求補償，此案例特殊之處在於，是由基金會給予受害者補償，對於航空公司或應負責的行為人並無直接或間接的影響，與美國傳統上對加害人產生一定嚇阻效果之侵權行為損害賠償有所不同。但也藉由這個特殊條件，非如一般侵權行為訴訟中，行為人責任的成立占了很大一部份的討論焦點，而是讓討論重點更能集中在如何計算損失之上¹⁴⁴。該基金會的規定反映出了政府對於損害賠償的政策選擇，例如推定經濟損失的規定、女性受害者未來賺錢能力如何計算、如何評價家庭照顧者的貢獻，以及計算非經濟損失的方法等¹⁴⁵，對於整個損害賠償體系的計算方式具有一定的影響力。

在關於女性受害者未來賺錢能力的預估上，決定賠償數額的基金會特別管理人 Kenneth Feinberg 原表示將採用基於性別而生的計算標準，來預估各個受害者的經濟損失數額，然而全國女性組織（National Organization for Women）¹⁴⁶對此

¹⁴³ Gilborges v. Wallace, 379 A.2d 269, at 277 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1977).

¹⁴⁴ Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51, 55 (2003)

¹⁴⁵ Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51, 59 (2003)

¹⁴⁶ 全國女性組織（National Organization for Women，簡稱 NOW）是於 1966 年在美國成立，目前為全美最大的婦運組織。於 1966 年 6 月 28 日至 6 月 30 日在華盛頓 D.C. 舉辦女性地位委員會之第三次全國會議，在該次會議中，Betty Friedan 等人決定成立一個為女性發聲之組織，後由 Betty Frieden 起草並由 NOW 發表了目的宣言（Statement of Purpose）以闡明 NOW 成立之目的。

提出相關意見，認為不應採用基於性別而生的計算標準。Feinberg 最終為了公共政策的考量，決定不使用基於性別的計算標準，而改採男性標準來決定所有受害者家屬可以獲得的經濟補償數額，讓受害女性不會因為長期以來勞動市場中對女性的不友善而承受不利。相較於使用不分男女的混合標準，Feinberg 的做法讓不分性別的受害者可以獲得一樣高，亦即以男性為標準的同等賠償¹⁴⁷，這樣的決定引發討論，開始產生了在侵權行為法訴訟中，法院應將此種方法納入參考，亦即以男性標準作為不分受害者性別的損失計算基準的主張¹⁴⁸。

（二）批判：合憲性爭論及混合標準的採納

1. 憲法挑戰

在憲法上應如何評價此種以原告之性別作為計算損害賠償數額之分類方式，一直是侵權行為法批判研究關注的焦點。此種分類方式是否違憲，亦即以種族或性別作為分類標準之差別待遇是否違反憲法的問題，美國最高法院做出二類區分，第一種為分類的呈現方式，在形式上即以種族或性別作分類標準的直接差別待遇（*direct discrimination*），這種分類是否違憲，法院又因分類系基於種族抑或是基於性別而有不同審查標準，以種族此一嫌疑分類為分類標準的差別待遇會受到法院嚴格審查，而以性別此一準嫌疑分類為分類標準的差別待遇則會受到法院中度審查¹⁴⁹。加拿大學者提出對於仰賴市場價值作損害賠償計算標準產生的不平等質疑，對美國法院而言，因為並無形式上的分類，從而要主張違憲並非易事¹⁵⁰，此

NOW 歷年來致力於消除性別歧視、墮胎合法化及各種針對女性之積極平權措施等，並持續推動平等權利修正案（Equal Right Amendment, ERA），關於 NOW 其餘倡議活動，可參 NOW 網站：
<http://now.org/>（最後瀏覽日：06/22/2016）

¹⁴⁷ Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51, 69-71 (2003)

¹⁴⁸ Martha F. Davis, *Valuing Women: A Case Study*, 23 WOMEN'S RTs. L. REP. 219, 222 (2002)

¹⁴⁹ 美國針對形式分類之審查標準，可參：黃昭元（2004），〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 33 卷 3 期，83-85。

¹⁵⁰ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in*

即為第二種分類的呈現方式，亦即形式上雖中立，但實踐上對於特定種族或性別卻產生不利影響，又稱間接差別待遇（*indirect discrimination*），本文就種族及性別分類作為損害賠償計算依據之討論，主要集中在第一種的分類問題。

使用基於性別或基於種族的數據作為損害賠償計算，究竟有無抵觸憲法，在種族的部分，有二個具指標性的案件，可作為之後性別分析之參考依據，其一為 2004 年的 *U.S. v. Bedonie*¹⁵¹ 案，本案死者為一印第安裔男性，因車禍而死亡，審理過程中專家證人曾提出一份計算，高中畢業的印第安裔男性如果不納入種族作為考量，一生薪資總額約為 744,000 美元，若納入種族，則降低為 433,000 美元；印第安裔女性不納入種族和性別考量時，薪資總額約為 308,000 美元，如納入種族和性別，則剩下 171,000 美元¹⁵²，而法院最終在計算損害時，認為依照公共政策，不應對損害賠償數額做出任何種族或性別的調整，選擇使用混合的，亦即性別和種族中立的標準來決定賠償¹⁵³。隨後 2008 年的 *McMillan v. City of New York*¹⁵⁴ 案，原告為一非裔美國人，因紐約政府的渡輪意外而受到脊髓損傷導致癱瘓，本案重點並非在計算喪失未來賺錢能力，而是原告的生命年限，即需要醫療照顧的年限的爭議，雖然紐約政府舉出數據顯示受到脊髓傷害的非裔美國人，平均壽命較其他受到同樣傷害的種族為短，但法院拒絕這樣的計算基礎，而採種族中立的計算標準。法官 Weinstein 認為使用種族的數據違反了憲法關於平等保障和正當法律程序，認為法院採納基於種族的數據，計算損害賠償的標準乃是一種基於種族分類的國家行為，必須符合嚴格審查標準（*strict scrutiny*）¹⁵⁵。從法院見解以觀，*Bedonie* 案法院選擇以公共政策考量作為理由，而採行種族中立的混

Tort Litigation: A Constitutional Argument, 63 Fordham L. Rev. 73, 104 (1994)

¹⁵¹ U.S. v. Bedonie, 317 F. Supp. 2d 1285 (D. Utah 2004)

¹⁵² U.S. v. Bedonie, 317 F. Supp. 2d 1285, at 1313-1314 (D. Utah 2004)

¹⁵³ U.S. v. Bedonie, 317 F. Supp. 2d 1285, at 1319 (D. Utah 2004)

¹⁵⁴ *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y. 2008)

¹⁵⁵ *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, at 255-256 (E.D.N.Y. 2008)

合計算標準，並未進一步將問題拉到憲法層次；而隨後的 *McMillan* 案，則認為法院使用種族作為計算標準違反了憲法的平等保障，種族作為損害賠償計算標準是否違憲浮上檯面。

此憲法疑義需回頭從美國最高法院，對於種族分類合憲與否的爭議談起，1944 年 *Korematsu v. United States* 一案，最高法院即認為種族的分類是一嫌疑分類，必須有重大的國家公益此種分類才有合憲的可能¹⁵⁶。而主張使用種族作為計算標準來估計原告未來賺錢能力者，時常以「正確性」及「中立性」作為支持理由，例如當原告並無已知的賺錢記錄，使用群體的統計數據是必要的，如此才能做出最精確的計算，而種族之所以適合作為評估的標準，是因為在美國職場中，種族一直是一個很重要的區別範疇，而這種統計數據只是在呈現種族的實然狀態，而非理想的應然狀態，從而這些數據的使用是中立的¹⁵⁷。然而，這種正確性及中立性的主張，未必可通過最高法院訂定的種族分類嚴格審查標準，例如 1984 年 *Palmore v. Sidoti*¹⁵⁸ 案，州政府認為一位小孩的白人生母再婚對象為非裔美國人，子女可能因繼父並非白人，而面對種族的污名和騷擾，故以子女最佳利益為由剝奪生母的監護權，然而最高法院卻認為，子女的確可能因為與繼親不同種族而受到騷擾，但此種私領域的歧視現實即便真實存在，也無法正當化對於生母監護權的剝奪，憲法雖然不能控制偏見的存否，但也不應直接或間接的讓這些偏見或歧視產生法律效應¹⁵⁹。亦即即便中立的呈現事實，亦不能正當化國家對種族規定之使用，因為可能導致眾人只將注意力放在他人的種族或膚色上，並有促動依據種族而產生的對個人之差別待遇的危險¹⁶⁰，從這些最高法院對於種族分類的見解來

¹⁵⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, at 223 (1944)

¹⁵⁷ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 113-114 (1994)

¹⁵⁸ *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984)

¹⁵⁹ *Palmore v. Sidoti* 466 U.S. 429, at 429-434(1984)

¹⁶⁰ *Anderson v. Martin*, 375 U.S. 399, at 403-404 (1964)。法院判決國家不將候選人的種族註明在提名書或選票上的規定無效，即便並非僅限非裔美國人必須註記，而是不分種族的候選人均須標明

看，正確性和中立性並不能正當化國家對於種族數據的使用。套用到侵權行為損害賠償計算上，一個人未來賺錢能力的計算本身就是一個無法百分之百精確的過程，用種族作為估計的標準，會將歷史性的少數族裔在勞動市場面對的不對等延續到未來，這樣的做法完全並未將蓬勃發展的反歧視運動對於勞動市場的影響納入考慮。從而，相較於 *Palmore* 案，即便如該案事實上種族偏見是精確符合現實的，法院都拒絕採用種族分類，因此更無法主張精確計算的未來賺錢能力對於種族數據的使用具有正當性¹⁶¹。

談完種族分類，接著進到性別分類是否違憲之討論，關於性別分類在憲法上的檢驗標準，法院之態度相較於種族分類採用的嚴格標準為寬，美國法院認為性別為準嫌疑分類，一般係採中度審查標準（intermediate scrutiny）處理。而主張性別分類合憲的人，多半以男女生物性是一種「真實差異」（real differences）作為理由，這樣的看法雖獲部分法院支持¹⁶²，但 Chamallas 對此提出質疑，其認為真實差異說無法合理化法院以性別作為計算未來賺錢能力標準一事，因為賺錢能力是一種社會的產物，無法以生物性的觀點來解釋，從而認法院對於性別分類是否違憲是有討論空間的，也無法簡單正當化採用基於性別的統計數據計算賺錢能力計算之情形¹⁶³。此外，支持基於性別數據的主張，也時常以「正確性」為其辯護，認為基於性別的統計數據如果是實證上正確的，性別分類就有其正當性。惟

種族，這樣「中立的」種族資訊，仍不能通過憲法的檢驗。

¹⁶¹ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 115-116 (1994)

¹⁶² 此種基於男女生理的真實差異觀點，可對應至美國法院關於懷孕歧視之案例討論，例如 *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974)，認為女性懷孕屬生理差異，故對於懷孕女性的差別待遇不具有性別的相似性（similar situated），所以不構成性別歧視。但隨後國會通過懷孕歧視法（Pregnancy Discrimination Act），則認定懷孕歧視屬於性別歧視之一環，*California Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987)一案亦認懷孕歧視構成性別歧視。相關討論可參：

Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* 393-419 (Foundation Press 2007)

¹⁶³ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 118-119 (1994)

1978 年 *Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*¹⁶⁴ 案，即以 1964 年民權法第七章為由駁回了類似主張，該案為僱主因女性平均壽命較男性長，而決定從女性受僱者的工資中扣除較男性受僱者為高的數額，來支應僱員的退休金帳戶，這樣的做法不受法院認可，亦即雖然基於性別的精算數據在業界很常被使用，也有所謂的統計數據上的「正確性」，但法院並不盡然全盤接受此種主張。數據只要正確即有使用上正當性之主張，*Manhart* 案件法院多數意見認為在這此案的脈絡下，得以與種族的相似性作為論證，認性別的分類如同種族分類一般，正確的數據並不即足創設例外，使用形式上即基於性別作分類的統計數據仍然是歧視的¹⁶⁵。Chamallas 指出，如果 *Manhart* 案直接以憲法增補條文第 14 條的平等保障條款，而非 1964 年民權法作為理由，那當然可以明確的認民事損害賠償案件中，使用基於性別的數據作為計算基礎是抵觸憲法的¹⁶⁶，然其實 *Manhart* 案的內容更加複雜，因為性別間的壽命差異有空間被解讀為生物性差異¹⁶⁷，但未來賺錢能力的差異卻無論如何是社會性的產物¹⁶⁸，實務上卻慣用基於性別的統計數據來預估原告的賺錢能力，這種預設認為所有女人都會因為結婚或養育子女而中斷工作時間，從而工作年限一定會較男性為短，而對於女性平均薪資的採納，也預設了女人在職場的次級地位會一直持續到未來。Chamallas 認為 *Manhart* 案至少對於這種無法直接與生物性差異相連的案例，提供了反對適用基於性別統計數據的理由，

¹⁶⁴ *Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978).

¹⁶⁵ *Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, at 709-710 (1978). 法官 Stevens 即言：「精算學毫無疑問地得辨識出基於種族或原國籍，以及性的預期壽命的差異。但為達到使種族因素在就業市場中不生影響此一目的而制定的法規，不得合理推論其允許因種族分類所生在實得工資上的差異。將員工以宗教、種族或性別區分的慣行傾向於保存對於各團體的傳統預設，而不是對於個人的周延審查。本件涉及的歸納說明了此點。不同死亡率的標準可以輕易的用性別的天生差異來解釋，但壽命差異的重要原因可能因男性比女性常吸菸等社會事實來解釋。」

¹⁶⁶ 美國憲法增補條文第 14 條對於違反平等，採取必須具有相似性的等者等之概念，與民權法對於是否構成歧視之認定有所不同，詳細之論述可參：Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* 12-24 (Foundation Press 2007)

¹⁶⁷ 須注意者為，此處僅指平均壽命「有可能」被解讀為基於生物性的差異，然事實上平均壽命受社會影響甚深，例如階級、貧窮所產生的壽命影響。

¹⁶⁸ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 120-121 (1994)

在種族分類的憲法爭議前例，以及 *Manhart* 案概念下，主張依據性別分類的統計數據，來預估原告未來的賺錢能力正當性顯然更加不足¹⁶⁹。



2.混合標準提出

支持使用種族或性別的統計數據者認為，這些分類統計具有現實狀況的正確性，可以準確的預測未來，這樣的看法代表著認為侵權行為法的法律目標僅有回復原狀，而種族和性別的不平等是社會問題，被告不應為這樣的社會不平等負責，從而可以得出這樣的結論：如果數據顯示女性和少數族裔的確工作年限少於白種男性，或者真的賺得錢比白種男性少，基於此統計得出的侵權行為損害賠償數額是公平的，且對於受害者因為意外而可能產生的損失是正確的評估¹⁷⁰。然而，Chamallas 認為，對於損失的估計，尤其是喪失未來賺錢能力的部分，要做的不僅是對於過去事實的描述，也必須對於未來的情狀做出預估，但怎麼預測未來，從來都不存在一個絕對正確的標準，以工作年限來說，現行的統計數據可以得出過去男女勞動參與率的圖像，但未必就能斷言未來的勞動參與率不會改變，除非可以在評估的過程中將可能的社會改變，以及勞動市場趨勢，例如女性勞動參與率的逐年提升、女性平均薪資的提升狀況都納入考量，否則得出的預估結論難以說是準確的，反而是將歷史性的不平等再度施加在弱勢群體之上¹⁷¹。基於性別或種族的統計數據還有一個數據過時的問題，具公信力的公開報告所使用的數據長期未更新，而私人機構所做的統計雖然較新，但卻有非官方、未公開的問題，經濟專家在做預估時，卻只能從這二種皆有瑕疵的統計中選擇使用¹⁷²，這樣的預測

¹⁶⁹ Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 122 (1994)

¹⁷⁰ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 166-167 (New York University Press 2010)

¹⁷¹ 質疑種族和性別的預估不能反應現實，參：Mitchell McInnes, *The Gendered Earnings Proposal in Tort Law*, 77 CANADIAN B. REV. 153, 154. (1998)

¹⁷² Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of*

要以「正確性」來正當化數據的使用是很困難的。而另一種質疑則認為，女性或少數族裔的勞動條件會隨著時間改善，工作年限、薪資差異等差距會越來越小，但何時會達到平等，或究竟會不會達到是無人能知的，但同樣的概念，女性在未來究竟會不會為了照料家庭、養育子女而離開職場，離開多久等，也是無法精準定論的¹⁷³。從以上的討論我們可以得出一個結論，亦即使用基於過往事實做出的統計數據，不見得能得出未來的正確狀態，以及正確性未必可以正當化所有分類數據的使用。

如果否定使用基於種族或基於性別的統計數據適宜作為原告損失數額的計算標準，那麼應採行何種計算標準較為適當？Chamallas 主張無論原告性別，皆應使用性別中立的混合標準（blended tables），因為如同 911 補償基金會，或是前述的加拿大法院曾採用的男性標準，仍會面對到憲法上性別分類是否合憲的質疑，雖美國平等保護條款與平等薪資法（The Equal Pay Act）規定不得以降低全體待遇以達平等之規定¹⁷⁴不同，而是不禁止使用擴大優遇或不利待遇的方式以求平等¹⁷⁵，但 Chamallas 認為，使用男性標準作為計算基礎，隱含的概念是認為男性經驗應作為衡量一個人應得待遇之準繩，可能強化女性長期以來作為母親以及家庭照顧者的性別角色，以及即使女性進入勞動市場也僅適合從事低薪、低尊嚴工作的刻板印象。她認為使用混合標準才不會產生一個虛假的中立狀態，而是可以整合所有性別、種族的經驗，當然混合標準的風險是，可能會產生中性化和種族盲效果，但 Chamallas 認為，通常是在只是創造了形式平等，但實際上加深了社會群體間的實質不對等的狀況下才會產生這種負面效應，從而在改革喪失未來

Economic Loss, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 118 (2005)

¹⁷³ Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 119-120 (2005)

¹⁷⁴ 29 U.S.C. § 623 (1994).

¹⁷⁵ *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7, at 16 (1975) (state is free to remedy equal protection violation either by extending favorable treatment or expanding unfavorable treatment).

賺錢能力的計算標準時，使用混合標準可以實質的提升女性原告所獲得的賠償數額，是一個在形式上好理解，又可以實質上產生改變的方式¹⁷⁶。

形塑未來有很多種方式，其中一種就是透過「預測未來會是什麼樣貌」來達到建構未來的效果，所以當法院在侵權行為訴訟中，對原告喪失未來賺錢能力損害賠償的評估設下標準、做出判斷之時，所產生的效果不僅是對原告的勞力訂定了市場價值，也表示出對於原告所屬群體未來勞動狀況的判斷¹⁷⁷。在社會上造成工作年限及薪資差異的因子為數眾多¹⁷⁸，但在眾多因子中特別挑出性別或種族作為分類依據，並毫不質疑地使用，是來自於認知上的偏見¹⁷⁹，這樣的見解無視越來越多的性別或種族的平等就業政策，以及社會對於反歧視的理解與重視逐漸提高，反而認女性和少數族裔相比於白種男性就是欠缺能力，因此強化了種族和性別的差異是自然的、不可避免的¹⁸⁰。Chamallas 認為，透過對於計算原告喪失未來賺錢能力的標準分析，應該要重新思考的是社會正義的理念是否應影響特定侵權行為法原則或實踐方式的塑造，在計算原告喪失未來賺錢能力的標準的使用上，彰顯著侵權行為法給予了人類生命和潛能不同價值，放棄使用基於種族和基於性別的統計數據，改以混合標準來取代，將使平等的概念有機會移植到侵權行為法基本的價值和補償概念之中，立基於此，本文以為，若統一採行以男性群體統計數據作為計算標準，固然得將女性獲得之賠償提升，且提升幅度甚至較採用平均

¹⁷⁶ Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 131-134 (2005); Martha Chamallas, *Questioning the Use Of Race-Specific and Gender- Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 Fordham L. Rev. 73, 122-123 (1994)

¹⁷⁷ Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 121 (2005)

¹⁷⁸ Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 486 (1998) n.81，指出依據綜合社會調查提供的數據，顯示出天主教徒的收入比浸信會教徒多，對於預測收入也可說是一個適合的評估因素，但事實上沒有一個法院以原告的宗教信仰作為喪失未來賺錢能力的預測標準。

¹⁷⁹ Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 121 (2005); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 487 (1998)

¹⁸⁰ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 169 (New York University Press 2010)

數據作計算標準為高，然而若採納男性統計數據作為計算之標準，理由為認女性「與男性沒什麼不同」，終究要面對將男性經驗作為標準之質疑，長期來看是否有助於勞動市場的平等不得而知。從而以現階段言，採納混合標準，並在適用時注重社會現實狀態，避免中性化進而掩蓋社會現實之不平等，或許為最適合之解方。

第二項 差別影響：傷害及損失的階層秩序

承上一項所述，直接以性別作數據標準以計算原告喪失的未來賺錢能力，此種在形式上即以性別做出區隔的差別待遇，在討論性別歧視時，一直是較容易理解的概念。與此不同的是，若形式上並無差別待遇，亦即雖然分類方式並不直接與性別相連，然而實質上對某性別群體產生貶值的效果，這種無形式上差別待遇，卻在實質上造成差別影響的規定或分類，雖然一直是女性主義學者關注的重要議題，但在於是否構成性別偏見或歧視，則具有較多的爭議。

這種差別影響在侵權行為法的研究中，可以從法律對於傷害（harm）以及損失（loss）的分類中看見端倪。Chamalls 認為，雖然不分性別或種族的所有人，都可能受到身體、財產、精神或是關係的傷害，也可能因此產生財產或非財產的損失，看似每個人都平等的擁有這些利益，但美國法學院在教導侵權行為法時，時常將重點放在身體、財產傷害上，塑造出這些傷害才是「真正的」傷害的樣貌，而精神、關係的傷害是否適於提起侵權行為訴訟卻屢遭質疑，導致這些傷害在侵權行為研究中逐漸被邊緣化。同樣的，這樣的狀況在損失分類中也可以看見，亦即實務和學術對於財產方面的損失較為重視，對於非財產的損失則較為質疑，或是直接對非財產損失的求償設下諸多限制。這種傷害及損失的二分，偏重特定的傷害或損失類型，賦予其較他者更高的價值，此等價值階層秩序雖然並未直接與



性別或種族相連，然而如果將這樣的分類放在社會脈絡中運行，卻會發現女性在生命中時常反覆發生的嚴重傷害，通常被定位成精神或關係傷害，產生的損失也時常被定性成非財產的損失，從而這些分類的排序結果，使得女性在生命中所受傷害，時常遭遇質疑及無法獲得充分的賠償¹⁸¹。因此，本項將以美國女性主義者對侵權行為法之研究為主，從法院案例觀察法律如何賦予各種傷害、損失不同的價值，以及在實務運作下是否產生對於女性的不利效果開始，研究侵權行為法中差別影響產生的性別偏見問題。

一、傷害的二分及階序

(一) 被邊緣化的精神傷害

長期以來，美國普通法院或侵權行為法整編（Restatement of Torts）¹⁸²，對於精神傷害的侵權行為損害賠償訴訟，一直抱持著質疑的態度，例如在侵權行為法整編改版時，也有建議將精神傷害排除於侵權行為法基本原則以外的主張¹⁸³。這類見解認為意外傷害（accidental injury）才是當代侵權行為法所面對的核心議題，但依照這樣的脈絡來看，將精神傷害邊緣化是很奇怪的，縱使排除故意施加精神傷害的案件，可以說是因為意外才是將侵權行為法的核心，但過失施加精神傷害，明顯與意外傷害的概念一致，卻也同樣的被以並非侵權行為核心議題為由而排除¹⁸⁴，由此可見對於精神傷害的忽略，不能單以故意與意外孰輕孰重來解釋。

¹⁸¹ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in Legal Canons 114 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

¹⁸² 由美國法學會（American Law Institute）出版，法律學者們負責執筆及更新，為解決美國司法中判例法的不確定性和複雜性，其目標是將既存的大量判例法進行系統化及簡化，對法律爭議有相當影響力。

¹⁸³ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: GENERAL PRINCIPLES (Discussion Draft Apr. 5, 1999)

¹⁸⁴ Martha Chamallas, *Removing Emotional Harm from the Core of Tort Law*, 54 Vand. L. Rev. 751, 753 (2001)

普通法對於精神傷害的排斥態度，從 1861 年 *Lynch v. Knight*¹⁸⁵ 案開始，產生了僅有精神侵擾（mental disturbance）不足以成為法律上有意義的「傷害」的見解，而直到 1948 年的侵權行為法整編，才第一次認可不伴隨任何身體傷害的精神傷害案件得以作為侵權行為訴因，但並非所有州都接受這樣的見解，或是即使認可作為訴因，在構成要件上也設下了嚴格的規定，法院多要求被告的行為必須「極端且可憎」（extreme and outrageous），原告所受到的傷害必須是嚴重的（severe）。從這樣的標準來看，如果是故意施加身體傷害，即便身體的傷害再輕微，也是侵權行為法認定的不法行為，但同樣的狀況換成精神受到傷害，卻產生了被告行為必須極端、原告傷害必須嚴重的不同標準¹⁸⁶。這種對於故意施加精神傷害的設限，其中一個顯著的影響產生在性騷擾的案例之中，因為在工作場所性騷擾中，大部份的案件仍是沒有伴隨身體碰觸的敵意環境性騷擾，這類案件面對的侵權行為法損害賠償困境，本文將在下一章進行更詳細的討論。承上述，主張故意施加精神傷害時受害者要面臨來自要件上的阻礙，而主張過失施加精神傷害（negligent infliction of emotional distress）時，受害者同要面臨許多法院創設出的限制，例如在意外的直接受害者身上，被告是否須就直接受害者的精神傷害負擔賠償責任，此處要探討的重點是法院如何決定被告注意義務的有無；其二為意外的間接受害者向被告請求賠償，例如早期的休克損害（nervous shock），以及後期的旁觀者案例（bystander case），法院如何為原告的求償設下限制，從這兩個問題普通法原則發展，我們將可以看出侵權行為法原則及實務實踐上，對於過失施加精神傷害的懷疑態度，本文以下將以「直接受害者」及「間接受害者」分述討論。

¹⁸⁵ *Lynch v. Knight*, 11 Eng. Rep. 854 (H.L.1861)

¹⁸⁶ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in Legal Canons 115 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)



1.直接受害者：契約關係建立獨立義務

過失的五個基本要件分別為義務（duty）、違反（breach）、事實上因果（cause-in-fact）、主力近因（proximate cause）以及損害（damages）。其中作為被告的責任基礎為注意義務（duty of care）的有無，注意義務在身體傷害和財產損害的案件上通常爭議不大，但在精神及關係傷害的訴訟中，法院一直未建立一個普遍的注意義務存否標準¹⁸⁷，而時常以原告及被告間是否存在契約關係為義務的爭點，用以認定被告就防免原告的精神傷害是否應有注意義務¹⁸⁸，也因為這樣的見解，許多法院將過失施加精神傷害視為契約法的附屬物，甚至有些法院認為此是由契約產生的「獨立義務」（independent duty）¹⁸⁹。這種對於獨立義務有無的強調，某種程度顯示出法院對於保護精神傷害的猶豫態度，從現行美國法院實務的發展來看，當事人間是否必須具有契約關係作為獨立義務基礎，原告始得就所受之精神傷害請求賠償，法院尚無一致見解¹⁹⁰，但女性主義學者指出，這樣的侵權行為法原則，其實忽視了許多精神傷害案件的關鍵要點，亦即與契約無關的，而是對於人類生活至關重要的，人與人之間的親密關係和利益¹⁹¹。

此對於契約以及獨立義務有無的爭議，可從德州和伊利諾州的各一則判決進行比較，此二則判決顯示出法院在性剝削或性侵犯案例中之見解差異，亦即原告主張被告過失施加精神傷害並請求賠償時，如何認定被告違反其注意義務。德州

¹⁸⁷ Martha Chamallas, *Removing Emotional Harm from the Core of Tort Law*, 54 Vand. L. Rev. 751, 751 (2001)

¹⁸⁸ 例如：Chizmar v. Mackie, 896 P.2d 196, at 203, (Alaska 1995); Larsen v. Banner Health Sys., 81 P.3d 196, at 203 (Wyo. 2003).

¹⁸⁹ Martha Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109, 1114 (2009)

¹⁹⁰ Martha Chamallas and Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 95-96 (New York University Press 2010)

¹⁹¹ Martha Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109, 1114 (2009)

最高法院 1993 年的 *Boyles v. Kerr*¹⁹² 案，原告為一 19 歲女性，在不知情的狀況下，遭其前男友及男友之朋友聯手攝錄性愛場景，錄影的前段部分朋友們甚至加入殘酷的評論及嘲笑言語，原告之前男友將影片傳給十個人看，對其中一人甚至以金錢為對價交換，後來此影片在原告就讀之大學內廣傳，原告於錄製的二星期後才發現，因而控告其前男友及其朋友們。下級法院將重點擺在被告的過失行為對原告施加了精神傷害，從而認同原告求償的主張，上級法院也支持此看法。然而本案到了最高法院，雖有女性團體提出了法庭之友意見書表達支持原判決之立場，要求最高法院認可過失施加精神傷害之請求，得適用於此類性剝削或性濫用的案型，主張法院如果拒絕這類案件得獲賠償，將傳遞：「司法系統會補償那些車子被破壞的人，但卻不會補償那些受到極大精神創傷的人。」之訊息，惟最高法院最後仍廢棄原判決，認此案原被告間沒有契約關係，被告並無獨立義務而駁回原告的求償¹⁹³。

Boyles 案中的是多數意見或不同意見都認為被告的行為是一種讓人難以接受的性剝削，但對於被告是否有適當的注意義務（duty of due care）見解不同。其中提出不同意見的法官 Spector 認為這類性剝削或性濫用案件中，即便行為人本身不見得有意識其行為將對受害者產生嚴重精神傷害的結果，被告可能不具有傷害原告之意圖，拍攝影像只是為了想讓自己和朋友取樂，然 Spector 法官仍認：「粗野的行為造成嚴重的傷害，即使被告並非故意，也不應該被瑣碎看待。」¹⁹⁴，她將性別要素納入過失施加精神傷害的訴訟中，強調此類訴訟對於女性而言特別重要，因為絕大多數精神傷害的案件都是由男性的行為造成女性的傷害，法院長

¹⁹² *Boyles v. Kerr*, 855 S. W. 2d 593 (Tex. 1993); *Twyman v. Twyman*, 855 S. W. 2d. 619 (1993)(companion case)

¹⁹³ Martha Chamallas and Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 97-98 (New York University Press 2010)

¹⁹⁴ *Twyman v. Twyman*, 855 S. W. 2d. 619, 644 (Tex. 1993)(Spector J., dissenting)(companion case to *Boyles v. Kerr*)

期以來對於此類訴訟的不重視，使男性獲得不合理的利益，也讓性騷擾或家庭暴力案件歷久不衰¹⁹⁵。

與 *Boyles* 案見解不同者為伊利諾州最高法院 1991 年的 *Corgan v. Mueling*¹⁹⁶ 案，原告控告其心理醫生在治療過程中透過療程和其發生性關係，主張被告之行為屬故意及過失對其施加精神傷害。法院認為醫病關係足以產生合理的注意義務，非如 *Boyles* 案的多數意見認為這類的性剝削案件應由故意侵權處理，*Corgan* 案法院認為基於傷害的嚴重程度，以及當事人間之特殊關係，過失訴訟對這類性侵犯的受害者提供額外的求償途徑是可接受的¹⁹⁷。但本案仍有不同意見，例如認為本案原被告間為合意性交，認原被告性關係開始之時，存在於雙方間的治療關係就結束了，也因為原告並非精神障礙或處於任何法律定義下的失能狀態，原告與被告的性交關係並因而不構成性剝削或性侵犯，如果要主張過失施加精神傷害，仍應具備身體接觸的要件¹⁹⁸。

從 *Corgan* 案的多數意見和 *Boyles* 案的不同意見可以看出，他們都認可在性剝削或性侵犯的案例上以過失施加精神傷害處理是適當的¹⁹⁹，他們預設性剝削是一個嚴重的社會問題，且認為侵權行為法應就原告因此所受之傷害予以賠償，這樣的看法，認知到法院在決定女性的權利和性別平等上所扮演的重要角色，在他們的意見裡，可以看到女性主義理論的影子，例如 MacKinnon 一直以來主張的，對於法律上「同意」的概念應有所轉變，對於性剝削造成的傷害必須有更適切地

¹⁹⁵ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 98 (New York University Press 2010)

¹⁹⁶ *Corgan v. Mueling*, 574 N. E. 2d 602 (Ill. 1991)

¹⁹⁷ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 99-100 (New York University Press 2010)

¹⁹⁸ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 100 (New York University Press 2010)

¹⁹⁹ *Corgan v. Mueling*, 574 N. E. 2d 602, at 606-607 (Ill. 1991); *Boyles v. Kerr*, 855 S.W.2d 593, at 607 (Tex. 1993)



評價²⁰⁰；而 *Corgan* 案的少數意見和 *Boyles* 案的多數意見，則認為沒有必要擴張法律，不應允許主張過失施加精神傷害來對抗性剝削及性濫用，*Corgan* 案的不同意見甚至將被害人所受的傷害歸咎於被害人自身，*Boyles* 案雖然沒有如此言明，卻也宣稱原被告並無穩定交往，只是有過幾次隨意的性關係，暗示原告在這樣的關係中會信任被告是很愚蠢的，這種看法實對於精神傷害的賠償、性別平等的文化爭議，與女性的性完整之間的關聯視而不見²⁰¹。當然 *Corgan* 案與 *Boyles* 案有一個基本的差異，亦即 *Corgan* 案的當事人之間存在著醫療契約，但 *Boyles* 案的當事人間並無任何契約關係。然而，這種看似有合意的性，卻產生嚴重的性剝削或性濫用而造成傷害，僅僅因當事人間之契約關係存否，即在過失施加精神傷害求償訴訟中產生差異適用是否適當？Chamallas 認為，契約關係的存否不應成為關鍵，重點應放在這類案件中的女性原告，所受到的關於性的不當誤導及剝削，且二個案件的原告皆對被告不會剝削或濫用雙方間之性有所期待，這樣的期待是來自於人際交往或醫療的道德規範，並非因為有契約關係才產生這種期待。不過，這種對於性剝削或性濫用採取法律保護的見解並非普世認可²⁰²，許多人的看法與 *Corgan* 案的不同意見類似，認為除非是有身體的脅迫或是威脅將有身體的脅迫，否則這樣的性關係仍在社會容許的範圍，不應用法律制裁²⁰³。

²⁰⁰ Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives, Men's Laws* 243,100-101 (Belknap Press of Harvard University Press, 2005); Martha Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109, 1117-1119 (2009)

²⁰¹ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 101 (New York University Press 2010); Martha Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109, 1119 (2009)

²⁰² 值得注意的是，*Boyle* 案中此種未經他人同意錄製之色情影像，又稱為「復仇式色情」(revenge porn)，此問題在各國日趨嚴重，在我國，婦女救援基金會近年積極推動關於復仇式色情之修法倡議，以及進行社會文化的改革，詳細內容可參：<http://advocacy3.wix.com/twrf-antirevengeporn> (ANTI-REVENGE PORN 裸照外流不是你的錯)。而復仇式色情可適用之法律途徑，例如刑法或侵權行為法，是否足以因應此社會問題，或是應另立專法以保護受害者，亦為當前重要之法學議題，相關討論可參：Ari Ezra Waldman, *Breach of Trust: Fighting 'Revenge Porn'* (December 3, 2015). *Iowa Law Review*, Forthcoming. 載於：<http://ssrn.com/abstract=2698722> (最後瀏覽日：08/05/2016)

²⁰³ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 101



2.間接受害者：精神傷害必須同時有身體傷害的內涵

在過失施加精神傷害的訴訟中，還有一種典型案例，亦即並非意外的直接受害者所提起的求償。19世紀美國此類過失施加精神傷害的典型案例為休克損害（nervous shock），女性原告主張因為被告的過失行為，導致自身流產或是死產，因此提起損害賠償訴訟，多數法院將這類案件定性為精神侵擾並駁回原告的求償。但事實上，當時的法院並非完全不願意給予精神傷害賠償，而是在認可哪些精神傷害夠格求償時，會受到原告的性別影響，例如19世紀中的「私通」（criminal conversation）求償案例，法院允許丈夫對於妻子的私通對象請求賠償，在這種案例中，法院的見解認為，私通不僅會造成丈夫的精神傷害，還導致了丈夫對妻子的性專屬權利的損失²⁰⁴，是一種類似於財產損失的概念，所以求償才易於被法院認可；然而，如果情況調換，是妻子因丈夫私通而提起訴訟，法院卻認為妻子沒有什麼損失，顯現出當時法院在性別上的雙重標準，亦即將妻子所受的傷害定性為不應受補償的感情受傷或是精神侵擾，而非類似於有形的財產損失，此時的法院就會遵循拒絕賠償單純精神侵擾的基本原則，不認為原告的傷害有任何價值²⁰⁵。而休克損害也因典型案例是由女性原告受到驚嚇而提起，法院也自然而然的將這類求償定性為單純的精神侵擾而不允許求償。

這樣嚴苛的標準自然也引發批判，隨後法院發展出了實際接觸原則（impact rule），要求原告必須證明被告對其有身體接觸，否則無法請求賠償，無論原告因

(New York University Press 2010); Martha Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109, 1119-1120 (2009)

²⁰⁴ 關於此種夫擁有妻性專屬權之相關討論，可參：Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* 544-554 (Foundation Press 2007)

²⁰⁵ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 36-39 (New York University Press 2010)

為被告的行為受到的是精神上還是身體上的傷害²⁰⁶。而 Chamallas 對此認為，實務上對於產生嚴重精神傷害的案件，仍用實際接觸原則來排除沒有身體碰觸的案例的求償，這樣的運作顯現出法院不認為被告必須對原告所受的傷害負責，這些傷害是因為原告過度膽小、敏感、脆弱才會發生，這種對於原告的描繪，恰好與 19 世紀中產或上階層的白種女性脆弱、依賴、專門負責相夫教子的形象相符，法院之所以對休克損害發展出這些普通法原則，係因其以「合理男性」的標準來決定哪些才是法律認可的傷害，而休克損害是「女人過於脆弱」的體現，法院因而不認可休克損害有資格獲得賠償²⁰⁷。這種見解符合了女性主義學者，以及批判種族主義學者提出的刻板印象批判，亦即「典型」(prototypes) 在法律層次上具有的傷害效應 (harmful effect)，這些偏見限制了法律對於邊緣群體的保護，對特定群體的偏見，影響了法律的演繹和執行，傳遞出邊緣群體所受得傷害並不是真的，或是不值得法律保護的訊息²⁰⁸。

法院此種是女性過於脆弱，從而傷害不值得獲得求償的見解，一直持續到 1892 年明尼蘇達洲最高法院對於基於驚嚇產生傷害的求償案例，才開始拒絕適用實際接觸原則，改以普通的過失原則處理²⁰⁹。該案法院認為驚嚇「讓原告產生極度的震驚」導致原告流產及其他病痛，這樣的案件是一個「嚴重的，如同斷了手或腳一般的」身體傷害，一旦法院將案件定性為身體傷害，需要討論的就僅剩下其他的過失要件，在此部分，該案法院也認為原告的反應是可預見的，不採懷

²⁰⁶ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 39-43 (New York University Press 2010)

²⁰⁷ William 即言：「不難發現早期的見解代表著一種陽剛性的震驚，認為女人怎麼可以蠢成這樣讓自己因為受到驚嚇而流產。」William L. Prosser, *Handbook on the Law of Torts* 57-58,213 (1941) 轉引自 Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 42 (New York University Press 2010)。

²⁰⁸ 關於此種刻板印象、偏見典型在法律中如何對女性產生不利，造成責怪受害者 (blaming the victim) 的現象之討論，可參：Martha Chamallas, *Deepening the Legal Understanding of Bias: on Devaluation and Biased Prototypes*, 74 S. Cal. L. Rev. 747, 778-801 (2001)

²⁰⁹ *Purcell v. St. Paul City Ry. Co.*, 50 N. W. 1034 (Minn. 1892)

孕女性過度敏感的見解，也不認為求償的結果會造成被告的不合理負擔²¹⁰。此等見解逐漸被其他法院接納，不再認為休克損害僅是精神侵擾，也漸漸認為女性的恐懼和對危險的反應是合理的、應受到法律保障的，女性不應因為其符合性別常模的反應而受到懲罰，這些法院以更加同理的角度對待女性原告，不預設女性沒有理智反應的能力，且就算她們的反應符合性別刻板印象，也不代表不合理²¹¹。

到了 1960、1970 年代，實務上逐漸發展出另一種精神傷害的狀況，法院開始面對的難題為「單純的」(stand-alone) 精神傷害是否得請求損害賠償，早期法院認為因擔憂他人而產生精神傷害的案件不應獲得賠償，因為這種傷害是無預見可能性的，這類案型俗稱為旁觀者案例²¹²。然而在現實中，多數旁觀者案例的原告並非僅作為一個單純的旁觀者，這些案例典型的狀況多為母親目睹自己的孩子死亡或受傷，在這種情形下，很難以理解法院何以會認為她們的受驚或傷害是不可預見的²¹³，隨著時間推進，法院慢慢鬆綁了原本對這種旁觀者案例求償限制，但仍要求原告必須證明其在意外發生時處於危險區域內，原告有極高的可能會跟直接受害者一起受到身體傷害，這個原則稱為危險區域原則 (danger zone rule)，雖然一定程度緩和了早期旁觀者案例法院不願給予賠償的慣例，但仍認為足以成為法律認可的傷害，端看原告身體是否或極有可能受到傷害，而與作為目擊者的原告，與直接受到意外傷害的主要受害者間之關係是否緊密無關²¹⁴。這些普通法

²¹⁰ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 43-44 (New York University Press 2010)

²¹¹ Margo Schlanger, *Injured Women before Common Law Courts, 1960-1930*, 21 *Harvard Women's Law Journal* 79, 114-118 (1998)

²¹² 這種俗稱的由來，是因為認為請求賠償的原告必須證明其所受的傷害，是來自於對自身安全的擔憂，如果僅是擔心或關心他人的安全就不足以作為求償基礎，從而稱為「旁觀者案例」，意謂著僅作為意外的目擊者是不能求償的，只有意外的主要受害者才可請求賠償。

²¹³ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 113 (New York University Press 2010)

²¹⁴ Martha Chamallas & Linda K. Kerber, *Women, Mothers, and the Law of Fright*, 88 *Mich. L. REV.* 814, 819-820 (1990); Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in *Legal Canons* 116 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

的發展，到了侵權行為法整編第三版的規定也體現出來，早期用以處理基於驚嚇而生傷害的實際接觸原則在現今幾乎已不再採用²¹⁵，而只要有身體傷害，無論是什麼原因導致，皆適用一般的過失規定處理²¹⁶，但單純的精神傷害，仍適用危險區域原則處理²¹⁷。從普通法到整編的規定，都可以看出法院仍比較傾向認可概念上可與身體傷害相連的傷害²¹⁸。

（二）從精神傷害到關係傷害

與精神傷害所遇到的困境類似的，是關係的傷害，關係傷害是一較不受美國傳統侵權行為研究重視的領域。從歷史上來看，有一些故意侵權的訴因可適用於保護家庭或親密關係，例如前面提及的私通訴訟，這些發展奠定了對於重要關係保護的基礎，而過失侵權行為與關係傷害，有二個較常被人討論的訴因，分別為計劃外生育（*wrongful birth*）和喪失家庭利益，但前曾提及的，喪失家庭利益經歷了從性別特定到性別中立的轉化過程，一開始是為了保護丈夫、父親之利益，從而這種訴訟的原始特性並非對於關係利益的保護²¹⁹。

而關係傷害的邊緣化，最直接受衝擊的即為扮演照顧者角色之人，因為當被照顧者受傷或死亡時，擔任主要照顧角色之人通常也會感受到嚴重的傷害，如果被照顧者受到嚴重但非致命的傷害，除了照顧者的日常生活也會因此產生巨大的改變以外，還會對其帶來嚴重的精神打擊，例如感到悲痛、罪惡感以及焦慮等等，而女性通常是這類意外下最大的受害者，因為從歷史發展及社會文化可以發現，

²¹⁵ Restatement (Third) at 66 (Tentative Draft No.5, April 4, 2007)

²¹⁶ Restatement (Third) at 113 (Tentative Draft No.5, April 4, 2007)

²¹⁷ Restatement (Third) §46(b) (Tentative Draft No.5, April 4, 2007)

²¹⁸ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 93-94 (New York University Press 2010)

²¹⁹ 傳統上此一訴因在夫對妻、父對子女受傷或死亡之求償上，是以類似於財產喪失時，財產所有者得請求賠償的概念，作為夫喪失妻子的服務、父喪失子女的服務應獲得賠償之理由，與現代對於關係傷害的認定，是來自於人與人之間相互依賴的關係的認可，有概念上的差異。Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in *Legal Canons* 117-118 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

社會上一直都是由女性擔任照顧兒童的主要角色，例如母親、祖母、其他女性親屬、甚至是女性保姆，女性作為主要照顧者，對自我的認同時常與被照顧者的心態緊密相連，尤其是母親作為子女的照顧者，當子女受到嚴重傷害時，母親往往要付出比父親更高的時間及心力額外照顧，且因為社會文化對於「母親」角色的期待，當子女受到傷害時，母親時常要承受強烈的社會及自我譴責²²⁰。但在侵權行為法訴訟中，這種家長就子女受傷提起的關係傷害訴訟（*filial consortium*），並非全面為法院接受，這樣的結果給多半擔任照顧者角色的女性帶來負面的效應²²¹。雖然現在已有部分法院認可關係訴訟的求償，但對於關係的定義仍是很狹隘的，對於親密關係的認定限於配偶或和核心家庭成員，其他類型的緊密關係，例如同異性伴侶、相互照顧的至交等，仍然不受法院的認可²²²。

1968 年的 *Dillon v. Legg* 案，是一個精神傷害和關係傷害交匯的絕佳案例。本案為典型的母親目睹子女被汽車駕者過失撞擊的旁觀者案例，加州最高法院在本案不採以往的慣例，認為原告並非隨便的意外目擊者，法院提出了注重案件實質內容的見解，取代了過往旁觀者案例所建立的原則，法院認為當原告身處意外發生地的附近，以及原告所受的驚嚇是因為當下目睹意外的精神衝擊，且原告和意外的直接受害者間有緊密的關係時，可就其精神傷害請求賠償²²³。此一標準的提出顯現出個人的和關係的傷害之間模糊不清的界限，因為本案並非將精神傷害

²²⁰ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J.L. Feminism 41, 50-51 (1989); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 University of Pennsylvania Law Review 463, 512-514 (1998)

²²¹ 「作為子女的主要照顧者，女性通常對於子女的安全和快樂有更高的責任。女性照顧者多半視其與子女的關係連結有非常高的價值。當子女受到嚴重傷害，子女的照顧者也承受了痛苦。」“As the child's primary caretaker, women usually have greater responsibility for a child's safety and happiness. Women caretakers tend to place an extremely high value on their relational ties to their children. When a child is seriously injured, the child's caretaker also suffers.” Rebecca Korzec, *Maryland Tort Damages: A Form of Sex-Based Discrimination*, 37 U. Balt. L.F. 97, 100 (2007)

²²² Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in *Legal Canons* 118-119 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

²²³ Martha Chamallas & Linda K. Kerber, *Women, Mothers, and the Law of Fright*, 88 Mich. L. REV. 814, 820-822 (1990);

的求償擴張到所有人都可以適用，而是限制在家庭成員之間，與過往處理關係傷害的不法致死(*wrongful death*)或喪失家庭利益等侵權行為訴訟的思考模式一致。

Dillon 案至今也四十餘年，現行法院基本上都採納該案的見解，將旁觀者案例的求償限制在家庭成員之間，接續發展的議題為，哪些家庭成員可以求償？有法院對於原告與意外受害者間之關係採較嚴格的標準，認為僅有核心家庭成員始能求償²²⁴，但也有一些法院採取較寬鬆的態度²²⁵，後者的見解受到女性主義學者對於現代生活中親密關係的開闊想像之影響²²⁶，這樣的發展近期也延伸到純粹的喪失服務利益的關係訴訟討論之中²²⁷。*Dillon* 案將旁觀者案例納入關係利益的考量，可以讓我們思考，長期以來處理旁觀者案例的過失施加精神傷害訴因，不斷發展出各種有爭議的原則，但事實上，是否可用親密家庭關係成員的關係利益這樣的 concept 取代，讓原告無論處於意外現場，亦即是否處於危險領域 (danger zone) 之內，都有機會以關係傷害來求償，重新架構旁觀者訴訟為一種關係的傷害，讓國家可以調和過失施加精神傷害與錯誤致死，以及喪失服務利益訴訟間之賠償，亦可提升侵權行為法律中關係傷害的地位，以及緩和長久以來過失施加精神傷害訴訟所面對的價值階序問題²²⁸。

二、經濟損失優於非經濟損失

承前所述，Chamallas 指出，侵權行為法的訴因及原理原則做出的分類所產生的性別不平等問題，不僅顯現在傷害的區分上，在損害的分類及認定亦同。個

²²⁴ *Guzman v. Kirchhoefel*, 2005 WL 1684978 (Cal. Dist. Ct. App. 2005)，原告目睹堂哥死亡而求償，但遭法院駁回。

²²⁵ *Dunphy v. Gregor*, 642 A.2d 372 (N.J. 1994)，法院認可原告就目睹其未婚夫死亡之求償。

²²⁶ Babara J. Cox, *Alternative Families: Obtaining Traditional Family Benefits through Litigation, Legislation and Collective Bargaining*, 15 Wis. Women's L.J. 1, 40-44 (1986); Cynthia Grant Bowman, *A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage*, 75 Or. L. Rev. 709, 764-765 (1996)

²²⁷ *Lozoya v. Sanchez*, 66 P.3d 948 (N.M. 2003)

²²⁸ Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 114-117 (New York University Press 2010)

人受到傷害，而此傷害產生損害，身體或財產的傷害會產生經濟或非經濟的損失，精神或關係的傷害，也同樣會產生經濟或非經濟的損失，但普通法發展上，損失的分類如傷害的分類一樣，有偏重有形的（tangible，指經濟上、財產上的損失）多於無形的（intangible，即非經濟的、非財產損失）的二分法及價值階層秩序之問題²²⁹。

侵權行為法對非經濟損失的質疑和邊緣化，出現在侵權行為法的改革聲浪中，主張非經濟損失相較於經濟損失，在補償系統中較為不重要，從而對於非經濟損失的求償設定上限的發展狀態²³⁰。這種對於非經濟損失設定求償上限，顯現出對於非經濟損失的不信任，這些批評試圖降低對原告痛苦及創傷的求償可信性，將非經濟損失的判賠描繪為不理性的陪審團受到有技巧的原告律師之操控，所產生出同情受害者的結果²³¹。這些質疑非經濟損失常見的理由為，認非經濟損失非如經濟損失一般，可以客觀又科學的計算出損失數額，並給予精確的賠償，然而事實上經濟損失並非想像中這麼美好、科學又客觀，例如前述對於喪失未來賺錢能力之質疑即為一例，經濟損失受到性別、種族、階級等與勞動市場關聯的影響，並沒有一個精準的估計標準，這種認為經濟損失客觀科學的看法，乃是因為經濟損失的概念及計算通常與市場價值相連，而非經濟損失因為這種「非經濟」、無法與市場概念連結的特徵才被視為可疑又容易濫用²³²。但這樣的觀念其實沒有足夠的經濟理論作為支撐，例如 Heidi Li Feldman 指出，法律上這種經濟與非經濟的區分，並非從經濟學規則而來，對經濟學者而言，所有人類福祉（welfare）的

²²⁹ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, in Legal Canons 119-120 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000)

²³⁰ Martha Chamallas, *Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep Structures in Tort Law*, Legal Canons 120 (J.M. Balkin & Sanford Levinson eds., New York University Press 2000); Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 171 (New York University Press 2010)，舉出許多州對於非經濟損失設定上限的規定。

²³¹ F. Patrick Hubbard, *The Nature and Impact of the "Tort Reform" Movement*, 35 Hofstra L. Rev. 437, 493 (2006)

²³² Martha Chamallas & Jennifer Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 179-181 (New York University Press 2010)

減損都是損失，對人類而言重要的損失的定義不該僅限於金錢損失²³³。

與精神及關係傷害邊緣化的討論一樣，對非經濟損失的質疑和限制，影響女性、兒少、老人或其他弱勢甚鉅，因為這些群體長期以來被勞動市場排除在外，或即便身處勞動市場中，也是處於邊緣的位置，從而以市場價值作為標準的損害賠償系統，對這些群體造成不利影響²³⁴，例如 Thomas Koenig 和 Michael Rustad 的研究指出，女性一直以來賺取的薪水較低，或是承擔無市場薪資基準的照顧家庭責任，同樣的傷害訴訟，女性原告較男性原告只能主張及獲得較低的經濟損失賠償²³⁵，亦即在經濟損失層面，女性已要面對市場價值作為計算標準的不利。而非經濟損失的概念在普通法運作上又時常與女性相連，前曾述及的休克損害、性剝削性濫用、性騷擾等與女性相連的侵權行為案例，在求償時，其損失時常被法院定性為非經濟損失，舉例而言，工作場所性騷擾行為，會導致受害者工作產能的降低，妨礙被害人轉職或陞遷的機會，但敵意環境性騷擾訴訟中，原告所受損失時常被定性為非經濟的，間接解僱（constructive discharge）訴訟中，因為性騷擾而被迫辭職的案例，與被降職（demotion）或以有形行為（tangible action）被迫辭職的案例所受的法律評價不同²³⁶，縱使這些案例原告皆因為歧視而失去工作而受到傷害，法院卻認為性騷擾案例原告所受的傷害是無形的、非經濟的²³⁷。從這樣的發展來看，女性在經濟損失部分已須承受勞動價值為主的損害賠償系統，貶低或無法評價女性勞動付出，從而影響到經濟損失數額計算的不利益，加上女性的損失時常被法院評定為非經濟的，而非經濟損失在實務運作的觀點中又是可

²³³ Heidi Li Feldman, *Loss*, 35 N. M. L. Rev. 374 (2005)

²³⁴ Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51, 71-72 (2003)

²³⁵ Thomas Koenig & Michael Rustad, *His and Her Tort Reform: Gender Injustice in Disguise*, 70 Wash. L. Rev. 1, 64-77 (1995)

²³⁶ Pa. State Police v. Suders, 542 U.S. 129 (2004)

²³⁷ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 174 (New York University Press 2010)

疑的、應設置上限的，導致女性對其生命中時常反覆發生的傷害的求償，面臨了雙重的不利。

非經濟損失賠償的上限設計之所以這麼重要，是因為在美國，某些案例是否構成侵權行為法訴因，以及法院判賠數額的高低，會影響律師願意承接哪類型案件的意願，而當某些類型的傷害難以進入法院，某些損失不為法院認可或是受到質疑，這些群體的傷害就容易不被社會大眾看見，也讓這些受害者陷入不值得提訴的觀念中。對於非經濟損失上限的探討及研究，可以幫助大眾挖掘這些與性別相連的傷害及損失被低評價的困境，重新檢討對於法律分類的二分法毫不質疑的接受，最後可能助長了對於性別、種族或其他少數群體的偏見。

第三節 小結

本章首先簡介了在美國非主流的侵權行為法批判研究，這種研究方法綜合了性別以及種族的面向，結合不同的女性主義理論以及批判種族理論，將這些從1960 以及 1970 年代開始蓬勃發展的性別與種族運動的研究果實，延伸到侵權行為法的分析之中，雖然這樣的批判研究數量遠低於主流的法律經濟分析，但透過用局外人的角度來重新審視侵權行為法的原理原則，可以幫助大眾了解過去被損害賠償系統忽略的性別及種族問題，1980 年代學者開始使用批判種族理論與女性主義理論分析侵權行為法，為後續的侵權行為法批判研究奠下基石。

美國 1990 年後迄今的侵權行為法批判研究有許多不同的面向，本文以關於差別待遇和差別影響為主，整理出美國普通法院見解以及侵權行為法原理原則的性別及種族偏見。在差別待遇的部分，最值得探討的是關於原告喪失未來賺錢能力的研究，普通法院在衡量原告喪失的未來賺錢能力，會以原告的工作年限，以及其能賺取的薪資數額作為計算基礎，法院通常以採納經濟學者作為專家證人提

出的證言為計算標準來評估二者，但這些證言不外乎以原告的性別或種族為分類，將原告其所屬群體的統計數據作為標準。這種採納統計數據的結果，對女性或少數族裔原告特別不利，以女性來說，文化及社會發展出的性別角色分工，讓許多女性不會在勞動市場從事得換取薪資的工作，或是即便進入勞動市場，女性也可能因為結婚或生養子女而暫時離開，如此一來在女性的工作年限計算上就會得出比男性短的統計結論，況且，女性在勞動市場中，大多從事較為低薪的工作，或是即使與男性同工，卻仍面臨不同酬的問題，從而，若使用基於性別的統計數據，作為計算女性原告的喪失未來賺錢能力標準，勢必得出較低的損失數額，將會對女性原告產生不利。美國普通法院一直對這樣的數據使用探討聲浪不多，加拿大法院及學界則較早開始進行反思，甚至進一步檢討損害賠償系統以勞動市場的價值作為標準是否適當。Chamallas 則以美國法院發展，以及關於性別及種族分類的憲法挑戰，對這種損害賠償系統的衡量標準提出質疑，並提出以不分性別的混合標準，來取代基於性別分類的統計數據，是較為適當的計算原告喪失未來賺錢能力的方式。

除了在分類上即明示的以性別或種族做出區分以外，在侵權行為法上，有一些分類是形式上不能與性別及種族相連的。例如對於傷害以及損失的分類，傷害被區分為身體及財產傷害，對立面為精神及關係的傷害，而損失則為經濟損失對立非經濟損失，這些分類雖然形式上不與特定的性別或種族相連，但透過侵權行為法原理原則的實踐，事實上對於女性以及少數族裔產生了不利的影響。因為在女性生命中反覆發生的、嚴重的傷害，多半被法院定性為精神或關係傷害，在求償要件上設下許多身體及財產傷害所無的限制，而女性所受的損失也時常被法院定性為非經濟的，這些形式中立，但透過法院實踐產生的性別及種族偏見的議題，不能簡單如差別待遇般，以形式平等、等者是否等之的概念來理解，而應該從實

質平等的概念來研究法律如何回應女性生命中面對的循環傷害，女性主義法學者從 1980 年代中期開始注重實質平等的概念，並對形式平等所產生出的侷限進行批判²³⁸，用更廣義的平等概念挑戰男性常模，透過對精神及關係傷害案例的研究，可以發現美國普通法院對與女性相連的精神或關係利益，仍不認為具有與身體或財產一般的價值。理解傷害及損失的分類是性別化的，這點相當重要，因為這重塑了我們如何看待社會生活中各種傷害的方式，並幫助我們理解，法律所認定的傷害類型，其實並非出自於社會文化所以為不同傷害具有的不同「本質」，事實上如何認定更容易受到原告是「誰」的影響，亦即原告的性別和種族，會讓法院或陪審團想像她受到的傷害及損失是什麼類型，傷害的概念其實是透過法律及社會建構而成。

綜合這些分析，可以發現法律原理原則的適用以及分類方式，本身就是一個充滿各種人類選擇的過程，這些分類方式是社會建構的，法律的結構也是人為的，這些分類及原則從來不是中立或本質的。從而，如果在分析侵權行為法時，選擇將性別以及種族平等納入考量，那麼即有可能將其重塑成一個更加平等的系統。

²³⁸ Martha Chamallas, INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY 51-91 (NY: Aspen Law & Business, 2013)

第三章 美國侵權行為法與工作場所性騷擾案件：個人與群體的交匯



本文從第二章美國女性主義法學者，以批判的方式重新檢視美國侵權行為法的研究中，得出一個重要的結論，亦即美國現行的侵權行為法理論以及實務，無法就女性生命歷程中時常面臨的傷害給予完整的補償，依循此一論點，本章將重點擺在女性常受的侵害類型之一，亦即工作場所性騷擾，在美國司法實務上以侵權行為法作為求償途徑所面臨的困境。

本世紀以來，雖然越來越多女性進入所謂「公領域」的勞動市場中，然而因為從未參與勞動市場中的規則建構，從而縱使女性勞動參與率逐年提高，實際在勞動場域中的女性受僱者，仍會面臨各種敵意，在工作場所中，普遍發生於女性身上的性騷擾即為一例。職場中受到壓迫、歧視或騷擾的女性受僱者，在求償途徑上，得對雇主、管理監督者提起民權法第七章之訴訟，亦得以侵權行為法請求救濟，此二法領域的發展背景、爭議重點截然不同，卻又避無可避的在工作場所性騷擾的訴訟中交匯，本章重點即在於探討此種「交匯」之於美國侵權行為法理論及司法實務發展的意義，亦即自民權法第七章施行，到美國最高法院認定工作場所性騷擾亦屬民權法第七章之違反後，民權法中關於性別平等的概念和價值，是否得以轉移到侵權行為法理論的判斷標準之上；侵權行為是否採納民權概念，以及採納的程度皆具有重要的文化意涵，代表著民權法第七章發展過程中建構出的性騷擾分類及概念，是否為普通法院接受，以及反歧視的公共政策是否應透過侵權行為此種私法（private law）強化。

本章第一節將概述美國女性主義者，提出工作場所性騷擾應構成就業上性別歧視之法理基礎，以及美國法院如何以民權法第七章處理相關爭議之實務進展，

並提出以民權法第七章處理工作場所性騷擾產生的實務爭議；第二節則以侵權行為法的發展歷程為時間線，由民權運動及民權法制定作為一分水嶺，規整前民權時期，侵權行為如何看待及處理性名譽侵害、性引誘（solicitation），亦即類似現今性騷擾概念之受害者所受傷害，以及從道德概念發展出的侵權行為法規則，在民權法制定，以及反歧視的概念出現後，所引起的學界批判，最後並點出民權法對於侵權行為法理論可能具有的潛在影響為何；最後一節則探討司法實務如何看待侵權行為法與民權法第七章間之關係，從不同州的判決帶出侵權行為法應扮演民權法的填空者（gap filler），抑或是強化民權（reinforcement of civil rights）的討論，最後並指出哪些民權規則適宜轉移到侵權行為法的判斷標準之中。

第一節 工作場所性騷擾與民權法第七章

第一項 性騷擾之法律概念及民權法發展

一、「命名」：何謂工作場所性騷擾

美國在 1964 年訂定民權法第七章時，內容即明白規定雇主不得基於種族、性別、宗教信仰、性別或國籍等因素，拒絕僱用或解僱受僱人，或者對受僱人工作報酬、工作條件、待遇優遇等權利上有任何歧視待遇。但工作場所性騷擾是否構成一種工作場所的性別歧視，以及受到騷擾的受害者，如何運用法律，尤其是課與雇主杜絕工作場所歧視的民權法第七章，來請求回復及救濟，在當時並未引起廣泛的討論，畢竟在美國，工作場所性騷擾一直到 1970 年代以前，仍是一種反覆發生於女性勞工日常生活，又無以名狀的日常工作狀態，也因為這種無以名狀的經驗，導致社會大眾對此類事件以及相關概念無法產生普遍的共識。

美國 1950 年代及 1960 年代蓬勃發展的民權運動，奠定了 1970 年代女性主義法學的討論，1979 年 MacKinnon 出版了關於性騷擾與歧視理論之著作，其中

對工作場所性騷擾概念化及類型化，奠定了性騷擾的法理論基礎，MacKinnon 指出性騷擾是一長期以來普遍存在於工作場所、校園，甚至是生活周遭的事件，性騷擾之所以頻繁發生，是來自於社會上心理內化以及結構上，男性凌駕於女性的權力，以及男性對於女性的人生發展，無論是家庭、工作或教育機會的控制能力。然而由於性騷擾的普遍性，社會上將之視為當然的、不具重要性的事件，這樣的態度讓性騷擾的受害者所受到的傷害不被看見也不受承認。至於該如何定義性騷擾？廣義的來說，性騷擾係指在權力不對等的關係情境中，握有權力的一方向無權之他方，提出違反對方意願的性要求²³⁹。社會資源分配不均，充滿了地位上的不平等，各種不平等的關係都可能造成有權力的一方對無權力一方的壓迫，對應到工作場所中，上司對於下屬的性騷擾，即是一種雇主對受僱者的、男性對於女性的，二種壓迫之間的交互增強。社會通念認為性騷擾是普遍的、不重要的、私人的問題，或是認為加害者是出於生物性的本能，然而這樣的論點套到工作場所上的性騷擾案例是無法說通的，因為職業女性在職場上會面臨到勞動市場上的僱傭關係，亦即她所處於的勞動市場位置，以及社會生活上的性別角色扮演，即她所處的性別關係位置，女性在這二種位置上原本就處於結構上的弱勢，從而在職場上受到性騷擾，這件事的意義和對女性造成的傷害，必須從上述二關係的脈絡去觀察，而非僅以私人、隱私、生物衝動等作為藉口²⁴⁰。

MacKinnon 並認為，工作場所內的性別垂直分化與水平隔離現象，使得工作場所中存在著一條隱形的性別界限，這種性別區隔現象，將職場中的女受僱者性慾化，除非這種行業、職業間的性別分化情形有所改變，否則女性只能接受社會

²³⁹ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文政、李金梅 (譯)(1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 13-14。

²⁴⁰ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文政、李金梅 (譯)(1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 14-15、21。

願意提供給她們的工作，在這樣的情形下，性騷擾就難以杜絕²⁴¹。MacKinnon 並從學理及實務運作進行彙整，將性騷擾分為兩類，其一為交換條件性騷擾 (quid pro quo)，依據雙方或多或少的直接交易來定義，女方必須在性事上屈從，否則就會喪失或可因此取得某種工作的權益，此種交換條件性騷擾通常會以三種情形出現，分別為拒絕性要求因而喪失機會、接受性要求卻仍沒得到機會、接受了也得到了該機會或利益，從而交換條件性騷擾的定義為「使受害者被迫在非自願的性交與職業利益或優惠條件兩者間做一抉擇」²⁴²；其二為敵意環境性騷擾 (hostile environment)²⁴³，意指一個對女性受僱者具有敵意的環境，本身就是一種性騷擾，這種性騷擾強迫力量較不明顯，但卻是一種更普遍存在工作環境中的情況，這種不受歡迎的性接觸時常是職業女性日常工作的一部份，而之所以會造成敵意的環境，對女性工作能力的輕視、排斥女性工作機會的心態是一部分原因，當性騷擾已經成為一種工作條件時，受害女性的容忍就足夠構成同意之形式，這也是此類性騷擾特有的現象²⁴⁴。

美國女性在大蕭條時期以及第二次世界大戰人力短缺時期，紛紛投入勞動市場，女性歸屬於家庭，男性屬於家庭以外場域的二分界限已經逐漸被打破，女性得以進入政治、勞動市場等領域發揮所長，而工作代表一個女性可以經濟獨立、負擔自己的生存，然而女性進入這些過往由男性佔據的場域，卻仍會陷入特定場域中已被建立起來的男性規則內具嚴重性別歧視的困境，因為女性從未參與公領

²⁴¹ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 34。

²⁴² Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 57-63。

²⁴³ MacKinnon 在書中一開始稱此種狀況命名為「工作條件」(a condition of work)，後來經過發展，現行正式的名稱為敵意環境性騷擾 (hostile environment)。

²⁴⁴ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 66-67、73。

域規則的建構，導致勞動場域中的規則總是環繞「典型男性」²⁴⁵的利益而建立，從而女性往往只能從事「女人的工作」，在職場上女性通常從屬於男性上司，或即使從事相同的工作內容，獲取的薪資也較從事同等工作的男性為低，在工作環境中更充斥著對於女性的貶抑言詞及行為，工作場所上的性騷擾文化即為一例，其普遍存在各個勞動市場中，將工作場所中的女性勞工物化，貶低了女性的地位，工作場所性騷擾之行為人，用女性勞工的工作職位來強迫她接受性的要求或接觸，並用女性在社會上的性地位來控制她的經濟自主，性權力和經濟權力兩種不平等的力量交互作用，這兩種共犯手段，使女性透過爭取工作上的平等，以達社會地位的平等的目標困難重重²⁴⁶。MacKinnon 認為，如何打破物質生存與性剝削相互連結的關係，必須由法律著手，將工作場所性騷擾視為職業上的性別歧視，而非單一、偶發的私人事件，工作場所性騷擾之發生是以職業女性的性為區分性別的工具，且來自於將職業女性性化看待的歧視，受害人數眾多、遍及各行各業，代表這樣的性騷擾並非只是個別的工作場所偶然發生的不道德之事，而是與受害者群體身分相關，系統性的於社會各處發生的問題，證明工作場所性騷擾與社會結構有關，應被視為歧視行為處理²⁴⁷，僅以解決個人問題的普通法概念去思考，就無法全面的理解工作場所性騷擾概念的意義。

二、工作場所性騷擾作為就業上之性別歧視²⁴⁸

²⁴⁵ 典型男性的形象：昂格魯-凱爾特人（Anglo-Celtic）、異性戀、肢體健全及中產階級的男性，Margaret Thornton, *The Cartography of Public and Private*, in PUBLIC AND PRIVATE: FEMINIST LEGAL DEBATES, 8 (Margaret Thornton ed.,) (OXFORD UNIVERSITY PRESS 1995)

²⁴⁶ Kathryn Abrams, *The New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 Cornell L. Rev. 1169, 1217-1220 (1998) ; Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment?*, 49 Stan. L. Rev. 691, 696 (1997)

²⁴⁷ Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯)(1993),《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 49-50。

²⁴⁸ 詳細介紹及討論，參：Krista J. Schoenheider *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461 (1986)；連玉君 (1997)，《從性騷擾案例行為認定標準之爭議談女性工作平等權的實現-女性觀點的正視》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；焦興鑑

民權法第七章禁止雇主因受僱者之種族、膚色、宗教信仰、性別或原始國籍等因素，而拒絕僱用，或解僱，或在薪資報酬、工作條件、待遇或優遇等僱用條件上，有任何歧視待遇之情形²⁴⁹。從 1964 年民權法第七章立法前，女性主義者雖努力遊說希冀將性別歧視納入民權保障，且最終的確在民權法第七章中增加了性別此一規定，惟亦有研究者指出民權法第七章將性別納入，實係反對者故意為之，原意為阻擋該法之通過²⁵⁰。無論如何，在性騷擾之問題上，當時工作場所性騷擾當時並非一個廣為人知的普遍概念，從而即便 1964 民權法第七章將性別納入禁止就業歧視之範疇，該時期工作場所性騷擾受害者，仍鮮少依據民權法第七章提起訴訟請求救濟，一直到 1976 年的 *Williams v. Saxbe*²⁵¹ 一案，聯邦地方法院認定交換條件性騷擾為一種性別歧視，首度認為工作場所性騷擾是違反民權法第七章的性別歧視行為。在此之前，許多聯邦下級法院不認為工作場所性騷擾是屬民權法第七章之規範範疇，而僅是行為人個人慾望所趨的偏差行為，或是抱持著若允許工作場所性騷擾受害者提起民權法第七章救濟，將會造成濫訴的狀況發生的觀點²⁵²，直至 1976 年後，涉及雙方地位不對等，且對有形就業利益產生影響的交換條件性騷擾，應被視為違反 1964 年民權法第七章之概念逐漸為法院所接

(1997)，〈美國僱主對工作場所性騷擾事件之法律責任及預防之道〉，《歐美研究》，第 27 卷第 4 期，頁 85-197；鄭津津（1998），〈美國工作場所性騷擾相關法制之研究〉，《中正大學法學集刊》，創刊號，頁 233-265；焦興鑑（1999），〈工作場所性騷擾被害人在美國尋求救濟途徑之研究〉，《歐美研究》，第 29 卷第 3 期，頁 1-76；焦興鑑（2001），〈美國最高法院與工作場所性騷擾之爭議〉，《歐美研究》，第 31 卷第 2 期，頁 325-420。

²⁴⁹ 42 U.S.C. 2000(e)(1964)

²⁵⁰ Susan Estrich, *Sex at Work*, 48 STAN. L. REV. 813, 816-817 (1991); Charles Whalen & Barbara Whalen, *The Longest Debate: A Legislative History of the 1964 Civil Rights Act.* 234 (1985), 轉引自 Serena Mayeri, *Intersectionality and Title VII: A brief (pre-)history*, 95 B. U. L. REV., 717 (2015), n.15; Jo Freeman, *How "Sex" Got Into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy*, 9 Law & Ineq. 163, 176-178 (1991); Robert C. Bird, *More Than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex. Discrimination of the 1964 Civil Rights Act*, 3 Wm. & Mary J. Women & L., 137 (1997)

²⁵¹ *Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976); 以及隨後的 *Barnes v. Costle*, 561 F. 2d 983 (D.C. Cir. 1977)。Costle 案中原告為一黑人女性勞工，因為拒絕上司帶有性意味的示好而遭解僱，法院認為構成民權法第七章的違反，並特別指出「該婦女若非身為女性（womanhood），則不會喪失其工作」，但此一時期仍然有許多聯邦下級法院，並不認為工作場所性騷擾構成性別歧視。

²⁵² *Miller v. Bank of America*, 418 F. Supp. 233 (N.D. Cal. 1976)

受。

上開案件均為交換條件性騷擾之情形，在交換條件性騷擾的狀況下，法院認為雇主就為性騷擾行為之管理監督者，賦予相關人事任免及監督下屬的權責，騷擾行為人有權對受騷擾之下屬的各種實質僱用利益進行影響，從而即便雇主並未確實或推定知悉行為人的性騷擾行為，仍應負擔嚴格責任（strict liability）²⁵³；然而敵意環境性騷擾之受害者是否得請求賠償，以及雇主之責任為何則相對模糊²⁵⁴。依據 1964 年民權法第七章，以及依據 1972 年美國國會通過平等就業法（the Equal Employment Opportunity Act）的授權下成立的平等就業機會委員會（the Equal Employment Opportunity Commission），負責就業上的歧視，處理相關事件的申訴、調解、訴訟等，以及在招募、僱用、陞遷、解僱、薪資福利、測驗、訓練及其他有關之就業條件上，任何基於種族、膚色、宗教信仰、性別、國籍、殘障情況及年齡等因素所產生之歧視情形，1980 年該委員會訂定了「平等就業機會委員會性別歧視指導原則」（guideline on Sex Discrimination），對性騷擾做出如下定義：

「(a)基於性別的騷擾違反民權法第七章第 703 條之規定，不受歡迎的性要求、索求性方面的好處，以及其他具有性本質的行止在下列情況下構成性騷擾：

(1)行為人在做出上述行為時，明示或暗示被害人其配合行為人的要求為被僱

²⁵³ Williams v. Saxbe, 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976); Barnes v. Costle, 561 F. 2d 983 (D.C.Cir. 1977)

²⁵⁴ 美國聯邦法院對於雇主責任之認定標準，提出免責抗辯，以及免責抗辯相關限制等見解，以及禁止雇主對於提出性騷擾申訴之受害者施以報復（retaliation），相關標準之建立仍持續發展中，可參 Ellerth v. Burlington Industries, Inc., 524 U.S. 742 (1998); Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998); Pennsylvania State Police v. Suders, 542 U.S. 129 (2004); Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson County, Tennessee, 129 S. Ct. 846 (2009)。焦興愷之研究有詳細之介紹，參：焦興愷（2013），〈美國最高法院對工作場所性騷擾爭議之最新判決：Crawford v. Nashville 一案之評析〉，《歐美研究》，第 43 卷第 2 期，頁 255-304；焦興愷（2015），〈就業歧視爭議中禁止雇主報復規範在美國之最新發展—聯邦最高法院在 Southwest Medical Center v. Nassar 一案判決之評析〉，黃昭元（編），《美國最高法院重要判決之研究：2010-2013》，黃昭元（編），頁 1-42。

用之條件，(2)行為人利用受害者臣服或拒絕上述之要求，作為影響受害者僱用決定的基礎，或(3)上述行為之目的或效果會不合理地影響被害者的工作表現，或造成一個脅迫、敵意或冒犯的工作環境。(b)平等就業機會委員會在決定系爭行為是否構成工作場所性騷擾時，會將整體情狀完整納入考量，如性要求的本質及系爭事件發生的脈絡。針對特定行為的法律決定會根據事實，以個案審查的方式來決定。」²⁵⁵

平等就業機會委員會採納了聯邦法院在 *Saxbe* 以及 *Costle* 等案件中，關於交換條件性騷擾之概念，但敵意環境性騷擾部分，由於當時沒有任何一個法院認為，一個造成敵意環境但不涉及實質工作損失的行為，足以作為得提訴的性騷擾行為，而平等就業委員會希望法院在敵意環境性騷擾案件中有進一步發展，因此訂定原則時納入了「或造成一個脅迫、敵意或冒犯的工作環境」之概念，至 1986 年 *Meritor Savings Bank v. Mechelle Vinson* 一案，聯邦最高法院駁回了被告主張原告必須有直接經濟受害使構成性騷擾的主張，採納了上開就業平等機會委員會之定義，認即便沒有直接經濟強制也可能構成性別歧視，此案也成為首例聯邦最高法院承認工作場所性騷擾構成性別歧視之判決²⁵⁶，然而關於雇主責任部分，平等就業機會委員會在 *Vinson* 案時以法庭之友身分提出意見書，放棄了 1980 年指導原則中的雇主嚴格責任之立場，從而該案並未解決懸宕的敵意環境性騷擾雇主責任爭議。

²⁵⁵ “(a) Harassment on the basis of sex is a violation of section 703 of title VII. Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment when (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment. (b) In determining whether alleged conduct constitutes sexual harassment, the Commission will look at the record as a whole and at the totality of the circumstances, such as the nature of the sexual advances and the context in which the alleged incidents occurred. The determination of the legality of a particular action will be made from the facts, on a case by case basis.” 29 C. F. R. §1604.11(a)(b)(1985)

²⁵⁶ “conduct [that] has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment.” *Meritor Savings Bank v. Mechelle Vinson*, 477 U.S. 57, 58 (1986)，關於敵意環境性騷擾構成性別歧視，1993 年的 *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (1993) 有更詳細的討論。



雖然美國聯邦法院承認工作場所性騷擾構成民權法第七章之性別歧視，然而因 1964 年民權法第七章所提供的僅有衡平救濟 (equitable relief)，例如頒發禁止命令 (injunction)、積欠工資 (back-pay)、復職 (reinstatement) 及合理之律師費 (attorneys' fees) 等，無法請求補償性或懲罰性損害賠償，聯邦各級法院也一向不採當事人的金錢補償訴求²⁵⁷，降低了當時的性騷擾受害者提民權法第七章之意願，尤其受害者如受敵意環境性騷擾，更因無傳統意義上的僱傭有形 (tangible) 損失而難以獲得法律救濟。此救濟不足的問題，直到 1991 民權法第七章修正後始獲得改善，該次修正增加了受害者可請求補償性及懲罰性損害賠償之規定，但得請求的金額則依雇主企業規模而定，限制於 5 至 30 萬美元之間，同時亦增加了受害者可請求陪審團參審 (jury trial)，以及增加了專家出庭費 (expert's fees) 等規定²⁵⁸。

第二項 困境：工作場所性騷擾並非民權法第七章之典型

即便民權法第七章、平等就業機會委員會指導原則，以及美國聯邦最高法院，都肯認了工作場所性騷擾是一種工作場所的性別歧視，然而在 1991 年民權法第七章修正之前，並非所有工作場所性騷擾之受害者均得依據民權法第七章提起訴訟，又縱使得提起，依民權法第七章之規定能獲得之救濟仍然有限，例如在小型企業中，因不符民權法第七章對雇主之定義，導致工作場所性騷擾的受害者無法運用該法案尋求救濟；以及防治工作場所性別歧視的發生，是民權法第七章的重要立法目的，但 1964 年民權法第七章卻不允許受害者提出嚇阻力強的懲罰性損

²⁵⁷ 例如：Pearson v. Western Elec. Co., 542 F. 2d 1150 (10th Cir 1976); DeGrace v. Rumsfeld, 614 F. 2d 796 (1st Cir. 1980); White v. Washington Pub. Power Supply Sys., 692 F. 2d 1286 (9th Cir. 1982); Walker v. Stuttgart School Dist., 787 F. 2d 439 (8th Cir. 1986)

²⁵⁸ 42 U.S.C. §1981a (West Supp. III 1992)

害賠償²⁵⁹等問題。

即便 1991 年民權法第七章經過修正，增加了受害者得主張之救濟，在金錢賠償方面，無論受害者最終有無被直接解僱，或是迫於性騷擾而主動辭職，都可以請求補償性或懲罰性損害賠償，以及請求雇主積欠之薪資（backpay）²⁶⁰等，但金錢賠償卻設有上限的限制。而在司法實務上，法院認定糾爭行為是否構成工作場所性騷擾時，所發展出的標準比就業平等機會委員會提出的指導原則還要嚴格，單一瑣碎的事件很難構成性騷擾，實務上通常要求騷擾必須「嚴重且普遍」（severe and pervasive）²⁶¹，且縱使是持續的性騷擾事件，法院也未必百分之百認可構成民權法第七章的違反²⁶²，這樣的態度顯現出部分法院認為工作場所性騷擾，不似其他發生在工作場所中，受害者因為被告的歧視行為而遭到解僱、陞遷被拒等直接產生經濟強制的案例一般，屬於民權法第七章的典型訴訟。Chamallas 認為，這樣的立場可能來自於，民權法原初目的在於處理工作場所中會直接產生經濟傷害的歧視，也是為了回應當時的種族民權運動而生，但性騷擾行為卻普遍被視為是無傷大雅的，只是出自於異性間性吸引力而產生的問題，是人之本性所趨，發生在私人間的不道德行為²⁶³，而產生應將性騷擾定位人私人間道德問題，而非歧視之觀點。此種對於工作場所性騷擾概念上的落差，尤其在敵意環境性騷擾案件中出現問題，因為敵意環境性騷擾是一種在工作場所反覆發生的權力濫用行為，但就結果而言，未必每個案例都與直接的經濟強制相連，受害者多半主張

²⁵⁹ Krista J. Schoenheider *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1474 (1986)

²⁶⁰ 42 U.S.C. §1981a(a)(1), (C) (2000)

²⁶¹ Krista J. Schoenheider *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1469 (1986)

²⁶² 例如：Rabidue v. Osceola Refining Co., 584 F. Supp. 419 (E.D. Mich. 1984)

²⁶³ Martha Chamallas & Jennifer Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 82 (NYU Press 2010); Cheryl L. Anderson, "Thinking Within the Box" How Proof Models Are Used To Limit the Scope of Sexual Harassment Law, 19 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 125, 137-38 (2001); Eric Schnapper, *Some of Them Still Don't Get It: Hostile Work Environment Litigation in the Lower Courts*, U. CHI. LEGAL F. 277, 292-93 (1999)

的是精神上的無形傷害，或者縱使有薪資等經濟上的有形損失，受害者也多半會一併提起其他與解僱相關的訴訟²⁶⁴，從而更難被用歧視的概念理解。

提起民權法案第七章訴訟的工作場所性騷擾受害者，必須面對如何證明其所受的不當待遇具有群體性，或是騷擾是基於性別歧視的難題，縱使 1970 年代迄今，許多女性主義研究致力於主張工作場所性騷擾是一種職業上的性別歧視，認為性騷擾對女性產生的傷害，不亞於其他職場歧視產生的薪資不平等或喪失陞遷機會²⁶⁵，但在司法實務上，工作場所性騷擾違反民權法案第七章的訴訟，卻因為各種特殊的要件或繁複的舉證責任，所受待遇仍舊與其他歧視行為違反民權法案第七章的訴訟有所不同²⁶⁶，實務上工作場所性騷擾訴訟，仍常將爭議重點放在僱傭狀態是否改變，亦即直接經濟強制存否的問題，且要求工作場所內的性騷擾行為必須嚴重且普遍，這樣的態度再次顯示出多數法院認為工作場所性騷擾，並非一民權法第七章之典型訴訟²⁶⁷。

第二節 工作場所性騷擾與侵權行為法

於 1964 民權法第七章訂定之前，性騷擾被視為對於女性性美德（virtue）的侵犯，屬於侵權行為法處理之範疇，在 1976 年聯邦地方法院首度將工作場所性騷擾視為民權法第七章規範之歧視行為的前後時期，有許多法院仍認為民權法第七章與侵權行為法目標不同，而性騷擾是一種出於性慾望的行為，應由侵權行為

²⁶⁴ Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive Discharge*, 77. S. Cal. Rev. 307, 315-321 (2004)，關於敵意環境和間接解僱訴訟間關係之詳細討論。

²⁶⁵ Kathryn Abrams, *Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms*, 42 VAND. L. Rev. 1183, 1207-1209 (1989); Susan Estrich, *Sex at Works*, 43 STAN. L. Rev. 813, 820 (1991)

²⁶⁶ Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive Discharge*, 77. S. Cal. Rev. 307, 355-356 (2004)，該文指出民權法第七章架構下的性騷擾訴訟有許多特殊的要件，以及原告必須承擔較其他歧視訴訟更繁雜的舉證責任。

²⁶⁷ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2140-2144 (2007)

法而非民權法作為救濟管道²⁶⁸。這樣的說法並非全然偏離現實，畢竟在民權法第七章出現以前，美國司法實務上不乏騷擾案例之存在，當時性騷擾受害者運用不同的侵權行為法理論請求救濟，但在侵權行為要件的構成以及求償項目、額度上卻面臨著相當的困難，從而，即便侵權行為法的理論讓受害者有獲得賠償的可能，司法實務上的要件限制卻也時常阻礙了侵權行為責任基礎的建立。

侵權行為法之於工作場所性騷擾案例而言，究竟扮演如何的角色，在回答這個問題之前，應先從侵權行為理論發展的歷程觀察起，本節將以民權法定訂作為時點區分，首先簡介早期侵權行為法如何處理類似於近代性騷擾之行為，亦即女性之性相關的侵害，探討當時的處理模式及所持觀點所存的問題；而後規整民權法第七章訂定後，女性主義學者對於以侵權行為法處理性騷擾案例提出的批判，以及可用以處理工作場所性騷擾之侵權行為理論，在實務之實際運用上面臨何種困難，這些困難顯現出工作場所性騷擾與侵權行為法間扞格之處，從而在工作場所性騷擾之案例中，法院如何處理侵權行為法與民權法間之微妙關係，反應出對於性騷擾不同之理解。

第一項 民權法定前性騷擾於侵權行為法上之發展

一、起點：故意侵權行為與女性的性貞潔侮辱

故意侵權 (intentional infliction tort) 的理論是由美國學術圈彙整實務發展而提出的概念，這些理論隨著時間發展以及學界的整理，逐漸為法院普遍接受而成為侵權行為訴因，故意侵權理論發展可以追溯自 1930 年代，其中以 Prosser 與 Magruder 對於此種新形態訴因的理論化及建構貢獻最多²⁶⁹，而法院直至 1948 年

²⁶⁸ Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 422 F. Supp. 553, 556 (D. N. J. 1977)，判決內提到「民權法第七章的作用並非就出於性慾驅使的身體碰觸提供侵權救濟」。

²⁶⁹ William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 MICH. L. REV. 874, 874 (1939)，轉引 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights*

始認可了這種形態的訴因，而到了 1950 年代中期，故意侵權理論的樣貌已逐漸完備，而現行探討故意侵權案件中，最為重要的一個要件即「可憎行為」(outrageous conduct)，亦於 1950 年代確立²⁷⁰。從故意侵權的發展歷史可以看出，此理論並非因應種族民權或是女性自由等社會運動而生，因而在學理或實務脈絡的探討上，一直很難與平等的概念相連，相關的書寫很少將種族或性別平等納入考量，然在實際的司法運作上，故意侵權的提訴人有很大一部份是女性，尤其是與性相關的傷害尤其為甚²⁷¹，對於這樣的現象，Prosser 在理論化的過程中，曾以女性的利益為理由，來支持其認法院應廣納故意侵權的主張，他建立出一種脆弱的、易被殘忍行為傷害的女性原告形象，用以辯稱法院有能力分辨出哪些精神傷害屬於極端的、應獲賠償的狀況，Prosser 非常樂觀的認為法院可以區分得出哪些傷害是真實的，而哪些是為了金錢而謊稱的虛假傷害²⁷²。在同一時期，同樣為了推動司法實務廣泛接受故意侵權理論，Magruder 亦主張女性原告因為性貞潔 (chastity) 的名譽被侵害所受傷害，應透過侵權行為訴訟獲得賠償²⁷³，他們認為指控一名女性的性貞潔名譽有問題，毫無疑問會造成該名女性嚴重的精神傷害。

二、性引誘：問問而已，不成傷害

從 Prosser 和 Magruder 的理論，以及司法實務的見解可以看出，若是女性的

Torts Law, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2151, (2007) n.183

²⁷⁰ William L. Prosser, *Insult and Outrage*, 44 CAL. L. REV. 40, 41-53 (1956). 轉引自 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2151, (2007) n.185

²⁷¹ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, WM. & MARY L. REV. 2115, 2151-2152 (2007)

²⁷² William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 MICH. L. REV. 874, 887 (1939)，轉引自 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2153 (2007) n.197

²⁷³ Calvert Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 49 HARV. L. Rev. 1033, 1047-1048 (1936)，轉引自 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2154 (2007) n.203

性貞潔受到誹謗，原告得主張侵權行為請求損害賠償，然而，若是以性引誘（solicitation）的方式侵害性貞潔，原告受到的傷害是否為法律認可的傷害，原告是否得以侵權行為請求損害賠償，法院之見解卻未竟一致。

主張性引誘侵害性貞潔的案件並非少見，1903 年時已出現相關案例，該案中的原告為一已婚女性，坐在自家窗邊時，被告從外靠近並提出要與其性交的提議，原告因而受到驚嚇及羞辱，但法院認為此案不符傳統恫嚇的要件，從而原告無法請求損害賠償²⁷⁴。這類女性就男性對其之性引誘提出求償的案例，爭議重點在於性引誘的案件，與法院已認可的針對女性性貞潔的誹謗是否應等而視之，亦即這種性引誘的本身是否屬於一種冒犯且具有傷害性的行為，肯定者認為性引誘的提出，隱含著受害者會接受這種性要求的意涵，因而對女性的性整全性（sexual integral）造成侵害，但法院並未採納此一見解，在性引誘的案例中，法院雖然不否認原告會因被告的行為而受到精神上的傷害，但卻認為這種傷害不應為法律承認，法院在對於性貞潔的指控，以及此種對於性的邀約（sexual advances）之間劃出界限²⁷⁵；上述案件之不同意見與多數意見一樣，都認可性引誘案件中女性原告確實會受到傷害²⁷⁶，惟不同的是，不同意見更進一步指出，如果這種性引誘的案件不能成為訴因，會讓受到這種冒犯與傷害的女性無法獲得賠償。而性引誘的案件，並非一直以來在司法實務上都無法獲得賠償，在一些原告處境更為脆弱，或是被告行為惡性重大的案件中，法院的態度即趨和緩，例如 1934 年和 1948 年分別有兩起案件的原告均為懷孕女性，兩案法院皆認可受到性引誘的原告應獲得侵權行為賠償²⁷⁷。

²⁷⁴ Reed v. Maley, 74 S.W. 1079, 1080 (Ky. 1903)

²⁷⁵ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2157-2158 (2007)

²⁷⁶ Reed v. Maley, 74 S.W. 1079, 1083-1084 (Ky. 1903)

²⁷⁷ Erwin v. Milligan, 67 S.W.2d 592, 593-94 (Ark. 1934); Digsby v. Carroll Baking Co., 47 S.E.2d 203, 205, 208 (Ga. Ct. App. 1948)

早期法院對於性引誘案件原告是否得請求損害賠償的見解不一，而在學理上，Magruder 却認為性引誘案件無法以侵權行為請求損害賠償是實務常態，並進一步提出「問問而已，不成傷害」(no harm in asking)的概念²⁷⁸，而 Prosser 後續的文章，也同意此種「問問而已，不成傷害」的說法，認為性交的引誘僅是對人的侮辱或是不尊重、只是會讓人惱怒的事情，與其他應該獲得法律補償的可憎行為不同，為了淡化這種性誘引被告行為的惡性，Prosser 進一步主張即便原告所受的傷害為真，這種痛苦也只是「誇張的、不合理的、不值得為法律注重的」²⁷⁹，Prosser 的見解奠定了後續實務在「極端且可憎的行為」，及「僅是侮辱、不尊重等微不足道小事」之間劃出明確界限的基礎，侵權行為法整編第二版也明文了這樣的概念²⁸⁰。

此一時期因為理論的不完備，從而 Magruder 和 Prosser 的書寫，對於後續法院相關案件的見解具有強烈的影響力，尤其對於故意施加精神傷害訴訟的法律規則建構更是影響甚深，到了 1960 年代，對於性引誘案件，法院普遍的見解已確立為：如果沒有其他極端且可憎行為的證據時，被告只是問問而已，對原告並不會構成傷害。例如一猶他州最高法院案件，原告主張被告七個月以來一直不停電話騷擾，甚至會在深夜打電話給她、對她提出性引誘，某次被告甚至直接出現在原告家，並在原告面前暴露身體，原告主張自己作為一位應令人尊重的已婚女士，

²⁷⁸ Magruder 著名的說法為：「婦女不時會因受不合法的性關係之提議，而受到精神傷害和羞辱並提起賠償，這尤其應視情況而定，如果事件發生之時並無其他恫嚇、毆擊或侵犯行為發生的話，求償通常會失敗。原因很明顯，問問而已，不成傷害。」 Calvert Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 49 HARV. L. REV. 1033, 1055 (1936): “[w]omen have occasionally sought damages for mental distress and humiliation on account of being addressed by a proposal of illicit intercourse. This is peculiarly a situation where circumstances alter cases. If there has been no incidental assault or battery, or perhaps trespass to land, recovery is generally denied, the view being, apparently, that there is no harm in asking.” 轉引自 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2154 (2007) n.206

²⁷⁹ William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 MICH. L. REV. 874, 888-889 (1939)., 轉引自 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2155 (2007) n.209

²⁸⁰ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2155, (2007)

被告的性引誘對她而言是一種侮辱，也讓她擔憂自身的安全，然而初審法院仍以無可適用的訴因為由駁回原告之訴²⁸¹；此案上訴到猶他州最高法院，多數意見採納侵權行為整編中關於故意侵權的行為可憎要件，認為案件中被告的行為符合極端且可憎的標準，最高法院雖然在此案認可原告的求償，卻也特別聲明並非所有性引誘都嚴重到足以提訴，在法律的預設中，大多數的性引誘都是無害的，是一種存在已久、很有可能會繼續持續的慣習²⁸²，最高法院的不同意見甚至認為如果被告引誘的動機是出於性慾望，那就只是一個道德上的問題，而非足以提出法律訴訟的錯誤²⁸³，這樣的觀念發展到 20 世紀中期，主流見解已確立為性引誘求償是例外的案件，不屬於故意施加精神傷害的範圍，過往曾認性引誘可能構成對原告性貞潔的傷害，這種觀念的訴訟模式已經消失了²⁸⁴。

如同 Prosser 對於故意侵權的概念，認為故意侵權理論的設計是為了用來填補侵權行為法的空缺，目的在於正當化極端的，會導致精神傷害行為的受害者的求償，在此前民權時期，學理或實務對於侵權行為法相關理論是否應性別中立沒有特別的立場，法院和學者都曾有將原告性別，及其性別的脆弱性納入考量，用以認定被告行為的惡行是否重大，以及原告所受到的傷害嚴重與否之見解，但面對到性引誘的案件時，學術及法院實務卻不願認為這種常見的男性性要求是極端的，會合理導致女性嚴重傷害的行為²⁸⁵，這樣的見解使得性引誘受害的女性無法以侵權行為獲得損害賠償。除此之外，Prosser 的見解還存有種族上的爭議，雖然上述討論的案件受害者均為白人，所以無法分辨出對特定種族是否不利，但 Prosser 的研究顯現出，若原告是黑人女性的話，他的立場更為強硬，甚至曾經

²⁸¹ Samms v. Eccles, 358 P.2d 344, 345 (Utah 1961)

²⁸² Samms v. Eccles, 358 P.2d 344, 345-347 (Utah 1961)

²⁸³ Samms v. Eccles, 358 P.2d 344, 348 (Utah 1961)

²⁸⁴ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2159-2161 (2007)

²⁸⁵ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2161, (2007)

誤解過案件的事實，其曾在一黑人女性控告遭遇強暴的案件中²⁸⁶，忽視初審法院採納原告受到強暴的主張，而認為該案是一個性引誘被接受的案例，黑人女性原告是因為嫖客不付錢才翻臉提告，以黑人女性是「不會被強暴的」(unrapable)的刻板印象，來支持性引誘不構成傷害的概念，並進一步以該案來作為原告會濫用故意侵權來求償的佐證²⁸⁷，這樣的見解顯示出原告的種族，也會影響著人們對於其遭受的性引誘是否具有冒犯性、傷害性的理解，降低了非裔美國女性提出故意侵權訴訟的動力²⁸⁸。

Chamallas 的研究即指出，從故意侵權之學理以及深受影響的實務發展觀之，故意侵權理論的發展，就對抗故意或冒犯行為是相當有限的，與美國歷史上宰制女性、少數族裔等弱勢族群的文化概念相一致，雖然前民權時期，部分法院還願意運用新的侵權行為理論，以保護那些性貞潔名譽受到誹謗的「值得尊敬的女士們」，但這類保護是針對女性的性貞潔和榮譽，當女性主張男性以性引誘的方式造成傷害時，法院的發展卻轉為不認可這類傷害，這樣的見解代表當時的法院並未思考性引誘案件中，背後可能存在的潛在強制力、威脅性以及壓力，而是將性引誘視為僅是個原告可以很自由的選擇接受或是拒絕的邀請，從這樣的發展可以看出，司法實務並不運用故意侵權理論來保護女性的性自主決定，並未採納近代性騷擾法發展出的概念，亦即不會去檢視受害女性是否歡迎、想要被告提出的性要求²⁸⁹。

早期學界及司法實務認為對女性性貞潔的誹謗，對受害女性造成相當大的傷

²⁸⁶ Dickinson v. Scruggs, 242 F. 900 (6th Cir.1917)

²⁸⁷ William L. Prosser, *Insult and Outrage*, 44 CAL. L. REV. 40, 59-64 (1956), 轉引 Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2162 (2007) n.257

²⁸⁸ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2161-2164, (2007)

²⁸⁹ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2166-2167, (2007)



害，原告提起侵權行為請求損害賠償是應該且正當的，然而若是對女性提出性引誘，卻被認為不足以造成傷害，這樣的概念及司法實務規則反映出在個人之於社會的關係上，名譽就是一切的「榮譽文化」(honor culture)，從故意侵權的發展史觀之，法院的態度似乎是認為，即便一個令人尊重的、貞潔的女性，可能因為男性的性引誘行為而受到冒犯，但無論如何法律仍應保留一點男性可以對女性提出性邀請的空間。從而，Chamallas 認為這種概念是相當簡化的，所造成的結果是無人進一步去探究這種普遍發生的性引誘的意涵為何，例如是否屬權力不對等的展現，或是個別案件中被告的行為究竟屬於性引誘與否，也無法進一步思考良家婦女與蕩婦對比的二分法是否適切²⁹⁰。

第二項 民權法制定後性騷擾於侵權行為法上之重構

如前所述，女性在歷史上一直被排除於工作場所之外，即便近代以降，女性被允許踏足過往被劃歸為屬於男性的公領域，卻也因為從未參與其規則建構，以致於仍須面對各種公領域對女性的敵意，女性在日常生活中，尤其是職場、校園裡，時常要面對的性騷擾威脅便是一例，而由於性騷擾的普遍性，社會上將之視為理所當然會發生，不具重要性的事件，使得性騷擾的受害者所受到的傷害被低估甚至不被看見，也不為大眾或是法律承認。

男性對女性提出性要求，這種性引誘是常見的性騷擾方式之一，尤其在工作場所中，結合了職場中上司與下屬間的權力不對等以及經濟上的強制力，要求女性受僱者屈從於加害者性要求，換取工作上的利益或避免不利益的「交換條件性騷擾」更是典型，而「敵意環境性騷擾」，亦時常以非身體接觸的，僅為言語的方式呈現。美國在 1960 年代，學界和司法實務普遍認為男性對女性提出性引誘，

²⁹⁰ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2168 (2007)



不構成足以提出侵權行為訴訟的傷害，這樣的結果，使得女性面臨到男性的性要求時，往往求助無門，尤其面對發生於工作場所中，併有經濟上威脅的性騷擾，更是讓女性受僱者陷入困境，這樣的困境可以從工作場所性騷擾受害者多半主張之侵權行為訴訟看出端倪，受害者多提出如下的的侵權行為主張，例如恫嚇（assault）與毆擊（battery），毆擊是一種具有傷害性或冒犯性的接觸，被害者必須證明行為人有接觸的意圖，只要碰到受害者身體任一部位，或是與其緊密相連之物品即足以構成²⁹¹，然而缺乏實際身體碰觸的狀況，亦即單純的言語騷擾則無法主張，而恫嚇雖不要求非得具備身體接觸²⁹²，惟恫嚇係為保護對於可能的身體接觸而產生的不安，是用於對抗針對身體威脅的行為，從而工作場所性騷擾中，如果僅是單純的言語騷擾，除非原告能有立即產生身體接觸之危險²⁹³，否則受害者亦難主張恫嚇請求賠償。要解決此種必須有實際身體接觸，或對於可能的身體接觸之恐懼之問題，主張故意施加精神傷害或許是一解決途徑，工作場所性騷擾受害者很常提出故意施加精神傷害之訴訟，然而在法院實務之發展下，受害者需要證明被告的行為極端且可憎，性騷擾案件最大的爭議是性騷擾行為的本身是否即構成極端且可憎的行為，若涉及身體接觸的騷擾類型，法院較傾向認定構成可憎行為而成立故意施加精神傷害²⁹⁴，然而僅為言語騷擾，無論是交換條件或是敵意環境、有無包含直接的經濟強制，被告行為是否足以被視為可憎行為則充滿了不確定性。侵權行為法在工作場所性騷擾案件之適用上產生之障礙，讓 1970 年代的美國學界開始對於性引誘，亦即性騷擾的法律救濟做出反思及重構。

²⁹¹ Burns v. Mayer, 175 F. Supp. 2d 1259, 1269-70 (D. NEV. 2001)：認被告拉原告的胸罩肩帶、將手放在原告腰上，以及拍原告屁股等行為，構成騷擾以及毆擊；Kanzler v. Renner, 937 P. 2d 1337, 1343 (Wyo. 1997)：認為碰觸是騷擾行為的標準態樣之一。

²⁹² Vietnamese Fishermen's Ass'n v. Knights of the Ku Klux Klan, 518 F. Supp. 993, 1012 (S.D. Tex. 1981)：認為行為人持武器擺出攻擊姿勢，或對個人施加強制力，足以構成恫嚇。

²⁹³ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 31 (1977)

²⁹⁴ Arnold v. City of Seminole, 614 F. Supp. 853 (E. D. Okla. 1985); Priest v. Rotary, 634 F. Supp. 571 (N. D. Cal. 1986); Shrout v. Black Clawson Co., 689 F. Supp. 774 (S. D. Ohio 1988); Gilardi v. Schroeder, 672 F. Supp. 1043 (N. D. Ill. 1986); Pease v. Alford Photo Indus., 667 F. Supp. 1188 (W. D. Tenn. 1987)



一、歧視抑或個人傷害？工作場所性騷擾救濟途徑之辯論

MacKinnon 認為 1970 年代以前，從學理及司法實務的發展觀之，可以看出當時的法院並不認為性騷擾是一種性別歧視，這是因為性騷擾是一種雖普遍發生在女性身上，但男性也可能成為受害者的傷害，性騷擾是一個道德議題，每個人都有可能成為這種私人不道德行為的受害者，而非針對特定性別的傷害，從而法院大多拒絕以民權法第七章處理工作場所性騷擾事件²⁹⁵，尤其對女性而言，社會道德認為性的侵害是一種對美德的侵害，會影響著女人的個人價值，侵權行為法之所以有空間對這種侵害的受害者提供求償救濟，也是因為這與女人的美德名譽息息相關，從而相較於民權法第七章的平等框架，當時的法院更習慣以侵權行為處理性騷擾²⁹⁶，MacKinnon 認為單以侵權行為法處理女性因性騷擾所受的傷害並不足夠，因為當時的法律對於性騷擾案件的想像既狹隘又伴隨著性別偏見，她透過整理及分析過去的侵權行為法理論，來說明當時的法院如何理解女人的性，並藉此說明性別歧視的法律概念可以帶來如何的改變，如同前述提及的，MacKinnon 認為傳統的侵權行為理論如恫嚇與毆擊，在處理性騷擾案件時面對的問題為缺乏實際碰觸時就難以主張；而雖然故意施加精神傷害對於性騷擾案件而言很具有啟發性，因為依照整編的規定，此訴因是讓精神上受有痛苦的原告提起的，然 Magruder 提出「問問而已，不成傷害」之概念，導致以性引誘形態的性騷擾，在工作場所中即以工作條件為要挾的交換條件性騷擾，難以構成侵權行為，如此的發展顯示出即便沒有明文設限，學理或司法實務對於欠缺身體傷害的性引

²⁹⁵ Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯)(1993),《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 195-196。

²⁹⁶ Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 422 F. Supp. 553 (D. N. J. 1977); Barnes v. Costle, 561 F. 2d. 983 (D. C. Cir. 1977)

誘所造成的傷害，仍抱持著懷疑的態度²⁹⁷。

MacKinnon 並非反對以侵權行為來處理性騷擾，事實上，她認為運用得當的話侵權行為法對於性騷擾的受害者是有所助益的，但現實是，當時的相關理論發展並不完備，各種標準也尚未明確建立，例如反駁性騷擾指控的說詞之一，主張受害者是自己過份敏感才會覺得受到騷擾，而是否過份敏感，通常的判斷標準是探究該行為是否會冒犯其他感覺正常的人，但所謂正常人的標準應如何界定？MacKinnon 認為，男性與女性對於帶有性意味的接觸的感受是不同的，這是因為我們生活在一個性別不平等的現實社會中，因此，在處理性別歧視之議題上，侵權行為法應設定一適當的正常女性標準，法院在處理工作場所中性要求產生之作用，應採這樣的標準作為判斷的依據，同時必須將女性在工作場所中，經濟地位處於受壓迫的狀態一併考量，來認定性要求是否對女性受僱者造成傷害或影響；再者，侵權行為法的不完備之處亦出現在，無法將女性因為性騷擾受到的性傷害，及女性作為女人此群體所屬一員的社會地位合併考量，工作場所性騷擾的女性受害者，其受害是因為為女性以及身處職場這兩條脈絡的交互影響，使女性這個群體在職場中承受加倍的不公平待遇，但從侵權行為法的角度去理解，性騷擾是一種受害者個體層次的傷害，侵權行為法的理論規則無法廣納性騷擾所具有的，既是個人傷害，同時也是女性群體在工作上的平等權侵害的特性²⁹⁸。

由此可見，MacKinnon 的批判強調的是，當時的法律體系無法清楚地辨明女性作為一個社會上、職場上的次級群體所受的傷害，侵權行為法主要的目的還是在補償個人傷害，從而會將性騷擾視為個人與個人之間偶然的偏差行為，但事實上性騷擾是群體的問題，若單純將之視為個別事件，就會使得性騷擾問題的群體

²⁹⁷ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文政、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 210-220。

²⁹⁸ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文政、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 224-225。

意義不被看見。縱使侵權行為法有認可性騷擾求償的前例，或許可作為一個有效處理性騷擾的途徑，仍不可避免的會產生道德主義的問題，畢竟如前面所述，侵權行為法的學理及司法實務規則，充斥著對於榮譽、名譽以及社會道德的維護，性騷擾案例的前身也是對於女性性貞潔的保護，認為對女性性貞潔的誹謗是貶損了女性的美德價值，這種道德取向的思考只會加強社會或職場上的道德制約，性騷擾的結構、權力不對等問題被道德上的對錯給掩蓋了。性騷擾不但是一種個人傷害，也是一種社會傷害，並不是不構成侵權行為，而是僅以侵權行為去理解是不夠的，畢竟侵權行為法只會將性騷擾看成一種違法悖德的行為，對個人的感受和社會道德造成傷害，反歧視法才有辦法看到性騷擾作為經濟上的脅迫的特性，是一種以物質生存來威脅女性屈從於性要求的行為²⁹⁹。

MacKinnon 認為以民權法來處理工作場所性騷擾是必要的，1976 年聯邦法院在 *Williams v. Saxbe* 一案也首度認定了工作場所性騷擾屬於民權法第七章的違反，這樣的發展是否代表著工作場所性騷擾受害者的法律救濟已經完備？對此，Schoenheider 則認為民權法第七章的原始目的在於禁制（injunctive），具有嚇阻作用的懲罰性損害賠償不能適用，對於嚴重的個人傷害所給予的補償並不足夠，侵權行為法是唯一讓遇到性騷擾的受害者，就其個人傷害可以提起私力救濟的法律途徑，侵權行為法也能讓受害者獲得適當的懲罰性損害賠償。然而侵權行為法在處理性騷擾案件時仍有許多問題，例如欠缺身體接觸或傷害的狀況，傳統的侵權行為理論即難適用³⁰⁰，縱使有專門針對精神傷害所設計的故意施加精神傷害，在實際司法運用上，時常面臨的問題為對於何謂可憎的被告行為欠缺明確定義，Schoenheider 認為，就公共政策的層面而言，工作場所性騷擾的行為本身就應視

²⁹⁹ Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯)(1993),《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 225-227。

³⁰⁰ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1475-1481 (1986)

為一種可憎的行為，因為其係僱傭關係下的經濟強制機制之一，民權法第七章以及各聯邦或州的反歧視法律都代表著國家政府對於這種民權侵害的不可容忍，工作場所性騷擾是一種權力濫用的行為，構成可憎行為應屬無疑，這樣的見解也並非憑空而生，確實有部分法院認可性騷擾行為的可憎性³⁰¹，然而性騷擾行為本身是否即屬可憎行為，在司法實務上終究未形成共識，多數法院仍採個案認定的方式，性騷擾受害者須承擔法院認定被告性騷擾行為並非極端且可憎，因而求償失敗的風險³⁰²，從而 Schoenheider 認為法院應將僱傭關係中的性騷擾認可為一個獨立的新訴因，這個新訴因必須清楚定明性騷擾之定義，同時應採取合理女性標準（reasonable woman standard）來衡量原告所受侵害，並對雇主責任加以規範，讓受害者可以就其個人傷害尋求法律救濟，並得獲得懲罰性損害賠償以嚇阻加害者，這樣的工作場所性騷擾侵權行為理論可以成為聯邦反歧視法重要的補充救濟途徑³⁰³。

1970 年代透過 MacKinnon 的書寫及訴訟行動，以及女性主義者之倡議，促使了工作場所性騷擾的法律討論，從傳統侵權行為法所注重的道德取向，轉移到民權法第七章的平等取向，打破工作場所性騷擾案件慣用的侵權行為法框架，賦予此類案件平等權的意義以受民權法第七章的保護，其討論重點在於指出侵權行為法之不足，但未進一步討論侵權行為法理論應否，或如何修正，也並未特別討論此二法領域何者更為適合，或是否都適合作為性騷擾受害者尋求救濟的途徑，而 Schoenheider 則認為侵權行為法仍須保留作為工作場所性騷擾的解方，並就傳統侵權行為法理論適用上的問題作出檢討，以及提出了新的訴因設計，以期完備

³⁰¹ 例如：Shaffer v. National Can Corp., 565 F. Supp. 909 (E.D. Pa. 1983)：雇主創造壓迫的做環境導致嚴重的精神傷害；Rice v. United Ins. Co. of America, 465 So. 2d 1100 (Ala. 1984)：雇主和管理監督者可憎行為的模式足以構成故意施加精神傷害。

³⁰² Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1481-1482 (1986)

³⁰³ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1462-1463, 1485-1494 (1986)

受害者的法律救濟途徑。

這些研究開啟了後續辯論的舞台，亦即究竟工作場所性騷擾的救濟，應採行群體身分、群體傷害的觀點，還個人傷害的處理模式？Scales 引用 MacKinnon 對侵權行為的批判，認為典型的侵權行為處理的是個人對個人的私人關係，但工作場所性騷擾是女人的性（sexuality）被不平等對待，以及女人在職場面臨工作上的經濟強制間之特殊交織，應以群體傷害的觀點來理解，這種群體性表示工作場所性騷擾不適用私法處理³⁰⁴。她強調經濟和性的平等之間的聯繫，質疑所有自稱自然又中立、可以代替以平等為基礎的性騷擾相關法律的解決途徑，認為用侵權行為法來處理工作場所性騷擾幾乎毫無益處，1991年民權法第七章修正以前，以侵權行為法作為救濟或許可以求得薪資以外的補償性損害賠償以及懲罰性損害賠償，或是請求組成陪審團，然而 1991 年修正後，侵權行為法通常只會出現於，當原告主張的補償性或懲罰性損害賠償超過規定的上限，或者請求已經罹於民權法第七章，或其他僱傭歧視相關規定的時效之情形中，而侵權行為法無法擺脫社會建構出的陰柔性（femininity）問題，侵權行為法長期以來將「精神傷害」、「陰柔性」及「無價值」（valueness）相連結，使得女性所受的傷害不被看見、瑣碎化、被推到法律議題的邊緣。女性主義的侵權行為研究都再三的指出，通常由女性提出的精神傷害訴訟，是如何被理論及司法實務忽視、受到懷疑檢視，侵權行為系統貶低女性較易受到的傷害，也塑造出女性原告過度敏感的形象，侵權行為法對於不同傷害及損害類型訂出優先順序，卻以中性的外表或統計、經濟理論合理化這些階序，事實上這些排序是非常性別化的，對女性造成不成比例的負面影響，複製性別不對等，這些都是不應以侵權行為法處理工作場所性騷擾的理

³⁰⁴ Ann Scales, *Nooky Nation: On Tort Law and Other Arguments from Nature*, in Directions in Sexual Harassment Law 309 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)



由³⁰⁵。

然而，並非所有研究皆認為侵權行為法不適於處理工作場所性騷擾的問題，1990 年代後的研究將重點擺在更普遍性檢討，例如 Bernstein 的研究即針對工作場所性騷擾案件，無論是以民權法第七章或侵權行為法提出救濟，在司法實務的運用上時常碰到的「合理人標準」(reasonable person standard) 問題，重新提出尊重之人標準 (respectful person standard) 來取代³⁰⁶，而 Ehrenreich 則對於以民權法第七章來詮釋工作場所性騷擾，將之視為一種群體傷害的歧視的見解提出質疑，她主張性騷擾受害者所受傷害的本質為尊嚴傷害 (dignitary harm)，工作場所性騷擾之所以錯誤，不是因為受害者作為女性，而是因為她們作為人，Ehrenreich 並非認為應揚棄民權法第七章的運用，仍肯定民權法第七章作為抵抗性別歧視的重要途徑，但卻認不應僅以第七章的框架來理解工作場所性騷擾。其提出了雙性性騷擾、同性性騷擾、騷擾的多重動機等問題，主張不應以歧視的概念掩蓋性騷擾作為一種尊嚴傷害的本質，認為在歧視以及尊嚴傷害之間，必須將工作場所性騷擾所造成的尊嚴傷害本質，以及傷害發生的背景，亦即女性在工作場所受到歧視的脈絡作出區分，此種對於工作場所騷擾的多元理解概念，得以讓不分性別、種族、性傾向等的所有弱勢群體，在工作場所中面臨無論具備性意涵與否的不當待遇時，皆能獲得適當的法律救濟³⁰⁷。

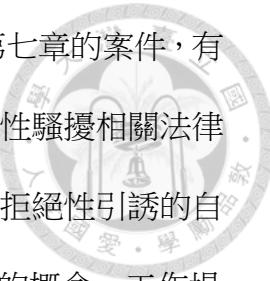
二、民權法第七章的發展對於侵權行為理論的重要性

以上的研究橫跨了 1970 年代迄今，Chamallas 認為這些發展出的理論及司法

³⁰⁵ Ann Scales, *Nooky Nation: On Tort Law and Other Arguments from Nature*, in *Directions in Sexual Harassment Law* 309-311 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

³⁰⁶ Anita Bernstein, *Treating Sexual Harassment with Respect*, 111 HARV. L.REV. 445 (1997)

³⁰⁷ Rosa Ehrenreich, *Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, 88 GEO. L.J. 1, (1999)



實務得以看出，交換條件性騷擾以及敵意環境性騷擾等民權法第七章的案件，有機會改變侵權行為法中對故意侵權的被告行為是否可憎之理解。性騷擾相關法律以及理論實務發展具有相當的重要性，對比早期認為女人永遠有拒絕性引誘的自由，性騷擾法挑戰了 1960 年代奠定的「問問而已，不成傷害」的概念，工作場所性騷擾的相關討論所持的觀點為，在工作場所內的性引誘，或是其他性化受害者的行為都會產生傷害，尤其伴隨著職場上的經濟強制力，反覆鞏固受害員工所屬的次級群體地位，在工作場所中發生的性引誘並非說拒絕就能拒絕的，在行為人與受害者間權力和地位不對等的場域，性引誘會成為不能被拒絕的要求，且建構出受害者不平等的工作條件，民權法第七章的司法實務發展，認可了工作場所性騷擾產生的傷害，在概念上對於性要求行為的理解，已漸漸從「引誘」轉為「騷擾」，代表著過去曾將此類行為視為一種無害的邀約，到現在則看為一種工作場所中權力濫用的形式³⁰⁸。

由民權相關判決及學理發展出的新興觀點可以納入侵權行為法的思維中，在認定所謂「可憎行為」時，從過往的榮譽取向（honor-based）轉為尊嚴取向（dignity-based），早期在討論故意侵權的案件中，系爭行為之所以有問題，是從女性的貞潔名譽受到侵害的角度去考慮，但隨著民權的發展，尊嚴取向的觀點越來越受到重視，騷擾行為之所以錯誤，應探詢的是被告將原告視為次等的，不值得受到平等的尊敬和對待，這樣的行為是否對原告產生了嚴重的傷害，在這樣的的理解模式下，性騷擾的歧視意義可以納入認定行為可憎與否的標準之中，改變傳統的只考量行為是否不文明、魯莽、不尊重人的可憎行為標準。Chamallas 認為這種從榮譽到尊嚴的轉化與加拿大法律所採取的方法很類似，加拿大法律認為平

³⁰⁸ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2172-2173 (2007)

等原則是人性尊嚴的重要基礎，平等待遇是構成人性尊嚴的核心³⁰⁹，與美國主流方法將民權法作為保護平等的救濟途徑，侵權行為法保護尊嚴利益，兩者分而視之的概念不同³¹⁰。雖然個人尊嚴取向有未能全盤看見工作場所性騷擾群體性之質疑，惟 Chamallas 仍肯認人性尊嚴的觀點，認為這樣的取徑能將持續的種族、性別或其他基於群體身分的騷擾定性為一種嚴重的傷害，從而值得成文法規和普通法的保護³¹¹，其認為工作場所性騷擾構成人性尊嚴的侵犯，不等於放棄了其侵犯性別平等之主張，透過分析工作場所性騷擾之現象及所造成之傷害，得使尊嚴及性別平等結合³¹²，這樣的觀點得進一步延伸到民權原則如何轉移至侵權行為法之討論中。

亦即，Chamallas 贊同以民權的概念重塑侵權行為中行為可憎的要件，得讓許多在得否適用民權法第七章有疑義之案件，其受害者得透過侵權行為法以獲賠償。雖然民權法第七章的理論及實務發展日趨成熟，但也會面臨複雜化和標準僵

³⁰⁹ 加拿大法院定義人性尊嚴與民權宣稱：「人性尊嚴意指個人或群體感受到的自尊及自我價值。此涉及身心完整及培力。人性尊嚴會因基於個人特質或環境所生的不公平待遇而受到傷害，而此不公平待遇與個人的需求、才能或價值無關。考量到隱含的差異脈絡，人性尊嚴會透過易影響個人需求、才能或價值的法律而強化。當個人及團體被邊緣化、忽略或貶低其價值時，其之人性尊嚴將受到傷害...」[h]uman dignity means that an individual or group feels self- respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued" Law v. Canada (Minister of Employment & Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497, 530 (Can.); Halpern, 65 O.R.3d at 161; see also Ann Scales, *Legal feminism : activism, lawyering, and legal theory* 74-76 (New York University Press 2006)

³¹⁰ 工作場所性騷擾應作為人性尊嚴傷害，抑或是性別平等問題之討論，可參：Orit Kamir, *Dignity, Respect, and Equality in Israel's Sexual Harassment Law*, in *Directions in Sexual Harassment Law* 561-581 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 2004); Susanne Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in *Directions in Sexual Harassment Law* 582-601 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 2004) Kamir 於其研究中提及以色列基本法訂有人性尊嚴之規定，Baer 亦於其文內提到於德國基本法中「人性尊嚴」為最基本、最重要之人權；Noya Rimalt, *Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignity Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminism*, 19 Yale J.L. & Feminism 391 (2008)

³¹¹ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2175-2176 (2007)

³¹² Noya Rimalt, *Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignity Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminism*, 19 Yale J.L. & Feminism 391, 401 (2008).

化的問題，作為一基於身分地位取向的法律規定，在何謂構成基於性別的、基於種族的、基於原始國籍的歧視爭議上，民權法第七章面臨許多障礙，部分現存的偏見形態很難符合民權法第七章的框架，例如多重領域騷擾（multidimensional harassment）³¹³，亦即當受害者所受騷擾無法分辨是基於其之性別、種族、階級或是原始國籍時，司法實務便很難對其所受之歧視給予回應³¹⁴；同性性騷擾以及基於性傾向的歧視也容易落入保護空隙，因為其是否屬於民權法第七章的保護範圍尚有爭議，1990 年代開始，工作場所性騷擾案件司法實務開始面對同性性騷擾的難題，最大的爭議為基於性傾向的歧視並不包含在第七章的範圍內³¹⁵，1998 年最高法院於 *Oncale v. Sundowne*³¹⁶ 一案，雖指出民權法第七章足夠廣泛，應得處理部分同性性騷擾的案件，也認為並非所有騷擾都必須出於性慾驅使，卻對原告是否必須證明其所受的不當待遇是基於性別的避而不談。雖然女性主義學者從工作場所性騷擾的成因及傷害性質著手，試圖拓寬民權法第七章的保護範圍³¹⁷，但美國聯邦法院仍未全盤接受這樣的主張³¹⁸，值得一提的是，同性性騷擾案件是否適用民權法第七章在聯邦法院至今未有共識，惟平等就業機會委員會已於 2015

³¹³ 1988 年 Austin 即撰文討論工作場所中的多重領域騷擾如何落入法律保障空隙的問題，亦即受害者的不同身分交織的問題，其認為受僱者因為管理監督者對種族、族裔、原始國籍、性別的敵意而受害，這樣的行為應符合侵權行為法中的可憎性概念，Austin 對於法律改革可以馬上帶來文化改變並不樂觀，但仍認為侵權行為訴訟可以用來提升勞工的反抗力量，給僱主造成壓力。Regina Austin, *Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress*, 41 Stan L. Rev. 1 (1988)

³¹⁴ Kimberle Crenshaw, *Race, Gender, and Sexual Harassment*, 65 S. CAL. L. REV. 1467 (1992) 轉引自 Serena Mayeri, *Intersectionality and title VII: A brief (pre-)history*, 95 B. U. L. REV. 717, 725 (2015) n.7 應注意的是，美國司法實務在 1990 年代前後逐漸認可多元交織型的歧視，例如：Hicks v. Gates Rubber Co., 833 F.2d 1406, 1416 (10th Cir. 1987); Lam v. Univ. of Haw., 40 F.3d 1551, 1562 (9th Cir. 1994)。惟研究者認具有多元交織身分的原告在提起民權法第七章之訴訟時，仍面臨許多困難，參：Bradley Allan Areheart, *Intersectionality and Identity: Revisiting a Wrinkle in Title VII*, 17 GEO. MASON U. C.R. L.J. 199, 234-35 (2006)

³¹⁵ DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., 608 F.2d 327 (9th Cir. 1979); Ulane v. Eastern Airlines, 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1994)

³¹⁶ *Oncale v. Sundowner*, 523 U.S. 75 (1998)

³¹⁷ Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment?*, 49 STAN. L. REV. 691 (1997); Vicki Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment*, 107 YALE L.J. 1683 (1998); Kathryn Abrams, *The New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 CORNELL L. REV. 1169 (1998)

³¹⁸ 詳細的實務發展以及所面臨之困境，可參：焦興鎧（2006），〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？--試評台北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示〉，《台灣勞動法學會學報》，第 4 期，頁 133-152

年作出新的決定，認為基於性傾向的歧視應受民權法第七章的保護³¹⁹。

美國法院對上述歧視傷害受害者得否提起民權法訴訟尚無一致定論，此懸而未決之現況讓人看見了運用侵權行為法的可能性，畢竟侵權行為法的原告無須證明所受騷擾或不當待遇出於被告的何種動機，關注的重點僅在被告的行為是否極端且可憎，侵權行為法理論，有潛力就那些落人民權法第七章保護以外的騷擾類型提供補償。

第三節 填空或強化？侵權行為法於工作場所性騷擾案扮演之角色

即便認定侵權行為法有能力對於工作場所內的歧視待遇做出補償，仍必須思考兩個後續問題，其一為如同 MacKinnon 早期的觀察³²⁰，侵權行為法的詮釋充滿了道德主義和榮譽文化並未成為過去，社會上的保守文化也會一直影響著法院對於性騷擾訴訟中的傷害的判斷，這樣的道德式侵權行為法規則，得否在納入民權法原則後獲得一定改善，以及若欲達到提供受害者更完備的補償之目標，在美國司法實務制度下，有必要進一步探討侵權行為法訴訟在工作場所性騷擾案例上，扮演的角色究竟僅為民權法第七章之補充者，抑或是具有強化民權原則的功能³²¹，採納強化觀點後，也必須思考哪些民權原則適合納入侵權行為法中適用。

³¹⁹ 詳見 Complaint v.s. Foxx, No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (E.E.O.C. July 15, 2015)

³²⁰ MacKinnon 近期的研究則指出，美國性騷擾法相關制度發展，使得性騷擾的概念從道德問題轉變為對於平等之傷害，若將性騷擾與民權脫鉤，將會使得男性主宰、女性從屬的性道德持續，若不將性騷擾定義為法律上性別歧視，則在法律理論和社會觀念中，仍容易將道德審查之觀點混淆進對性騷擾概念之判斷。這些用行為「好壞」為區分標準的性道德觀點，影響著對於交織著種族歧視之性騷擾、同性間性騷擾、「同意」以及「不受歡迎」之標準判斷以及雇主之責任建立之問題。Catharine A. MacKinnon, *Afterword*, in *Directions in Sexual Harassment Law*, 672-704 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 2004)

³²¹ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2177-2180 (2007)

第一項 侵權行為法與民權法第七章之關係

一、工作場所性騷擾：無法以任一法領域定義

工作場所性騷擾對於女性而言，是一個無法完全定性為個人或是群體的傷害，受害者往往必須承受多重的後果，例如增加離職和缺勤機率、造成年資累積的障礙、喪失收入以及影響生產力等。雖然在民權法第七章訂定前，侵權行為法也曾對工作場所性騷擾提供了救濟途徑，但女性主義學者對此有所批評，因為當時的社會氛圍認為女性的貞潔美德與其個人價值密不可分，性騷擾侵害的是女性美德價值，從而侵權行為法是對性道德價值提供保護，侵權行為法的概念必須經過學理擴展才能涵蓋工作場所性騷擾³²²，從而具有無法突顯工作場所性騷擾是一種女性群體傷害的歧視特性之問題³²³。

但從求償層面觀之，運用侵權行為求償有金額無上限的優勢³²⁴，尤其是高額的懲罰性損害賠償能對未來的工作場所性騷擾產生嚇阻³²⁵，在性騷擾訴訟中，未辭去工作的受害者無法伴隨提起間接解僱訴訟以求償積欠薪資等經濟損失，訴訟的重點會放在非經濟上的損失³²⁶，對此類受害人而言，補償性、懲罰性損害賠償的無上限優勢更顯重要。Sharkey 的實證研究顯示，性騷擾訴訟受害者，若同時提出侵權行為求償，獲得的賠償金額較僅提起民權法第七章訴訟者為高³²⁷，然而侵權行為法和民權法一直被視為兩個互斥、無關的法領域，可能的原因為傳統常用的侵權行為理論，例如恫嚇、毆擊或誹謗，訂定的背景與典型訴訟都與歧視所

³²² Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文攷、李金梅 (譯)(1993),《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 216、21。

³²³ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1466-1467 (1986)

³²⁴ 民權法第七章 1991 年修正後，雖然增加得請求補償性以及懲罰性損害賠償的規定，但仍訂有依企業規模而設上限範圍的規定，42 U.S.C. § 1981a(b)(3) (2000)

³²⁵ Krista J. Schoenheider, *A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace*, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1475-1476 (1986)

³²⁶ Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crises: The Case of Constructive Discharge*, 77 S. CAL. L. REV. 307, 315 (2004)

³²⁷ Catherine M. Sharkey, *Dissecting Damages: An Empirical Exploration of Sexual Harassment Awards*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 1, (2006)



造成的傷害無涉，從而，即便這些侵權行為理論發展已久，也確實有性騷擾受害者以此提起救濟獲得賠償的案例，但於欠缺身體碰觸的案例，提起以保護免於精神侵擾的恫嚇理論都未必能夠成立³²⁸。這些現象顯示侵權行為法理論在司法實務的發展上，對工作場所性騷擾的案例而言，產生了很多侷限，且美國侵權行為法的課程中，鮮少討論到性騷擾案例，顯示性騷擾訴訟在侵權行為法之中的邊緣地位³²⁹。

對於侵權行為法而言，工作場所性騷擾並不似典型的個人侵害，因侵權行為法理論一直以來將身體傷害視為核心，常以言語或敵意環境呈現的工作場所性騷擾，也因此面臨被邊緣化的待遇。侵權行為法是相當個人化的，無法對受害者因其作為社會群體一員的身分而受害作出適當評價，即便民權法第七章在處理工作場所性騷擾時也有其困境，也不代表著侵權行為法就足以完整的評價工作場所性騷擾行為，侵權行為法理論運用在工作場所性騷擾上顯現出的窒礙難行之處，是因為性騷擾受害者承受著多重的傷害，無法簡化成單純的精神或身體、經濟或非經濟傷害，嚴重的工作場所性騷擾會逼迫受害者自己提出離職，或即便仍繼續工作，其工作表現也受到影響，導致女性最終只能降低工作在生命中的重要性，來避免或減少傷害³³⁰，這種工作場所性騷擾所具有多重傷害性質，代表著受性騷擾的原告可能會產生身體傷害，或即便沒有身體傷害，受害者也很容易因騷擾經驗而罹患創傷壓力症候群，進而尋求醫療的協助，從而精神傷害也會造成經濟上的支出。

³²⁸ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2124-2125 (2007)

³²⁹ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 Yale J. L. & Feminism 41, 55-56 (1989)

³³⁰ Kathryn Abrams, *The New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 CORNELL L. REV. 1169, 1197 (1998); Vicki Schultz, *Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation on the Job in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 HARV. L. REV. 1749, 1802 (1990)

依現行的侵權行為理論觀之，故意施加精神傷害似乎最適合處理騷擾或其他類型的歧視傷害，侵權行為整編第三版草案也再次強調了「可憎性」之於故意施加精神傷害訴訟的核心地位³³¹，因為提起此訴訟之原告無須證明身體侵害或對身體侵害的恐懼，看似可以很好的運用於對抗工作場所性騷擾，此種在一段期間內反覆發生的權力濫用行為，然而，無論是侵權行為整編或是司法實務，對於最重要的「可憎性」要件一直都未能形成明確的定義，行為是否可憎的判定標準一直隨著案例變動。在騷擾訴訟中，最大的問題在於受僱傭背景下歧視行為傷害的受害者，未必可以請求侵權行為損害賠償，因為法院未將「歧視」與「可憎行為」之間劃上等號，對於民權法第七章中所禁止敵意環境性騷擾的「嚴重且普遍」行為，是否足以構成侵權行為法中「極端且可憎」行為亦無共識³³²。在僱傭歧視的案件中，法院的標準有時非常的高，即便原告成功證明了其屬於間接解僱（constructive discharge），亦即針對受害者的工作狀態已經不堪到一般合理第三人都會辭去工作的程度，運用侵權行為的求償也未必成功³³³。

無論是民權法或是侵權行為法，對於特定類型的傷害都設有規則和限制，提出訴訟之原告若想獲得勝訴判決或希望得到更多賠償，通常會用不同的方式提出自己的訴訟主張，例如在設有優先規定（preemption）³³⁴之州，原告因民權法賠償設有上限，從而若想以侵權行為法作為求償依據時，往往會強調自己因性騷擾而承受的個人、精神上的痛苦，來區隔出民權法強調的基於群體身分的傷害性質³³⁵，從這些訴訟策略來看，工作場所性騷擾似乎可以符合任一法領域的框架，但

³³¹ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM §45 (Council Draft No.6, 2006)

³³² 例如 Hoy v. Angelone, 720 A.2d 745, 748, 753-755 (Pa. 1998)即認為敵意環境性騷擾不構成可憎行為。

³³³ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2125-2127 (2007)

³³⁴ 美國部分的州在性騷擾案件中，設有民權相關法律優先於侵權行為等普通法之規定，例如 Greenland v. Fairtron Corp., 500 N.W.2d 36, 38 (Iowa 1993)

³³⁵ Kryeski v. Schott Glass Techs. Inc., 9 Pa. D. & C.4th 399, 402-03 (Pa. Ct. Com. Pl. 1991);

卻無法真正的說明性騷擾訴訟的本質，究竟是最適於侵權行為法？還是民權法？兩者皆是？或兩者皆非？從這些疑義可以看出，無論是認定工作場所性騷擾應由民權法第七章處理，或認為應由侵權行為法處理的二種取向，都各有理由，卻也都不完備，硬要強迫區隔個人的傷害還是群體的傷害是無意義的，即便性騷擾產生的傷害的確在工作場所中更應以一個群體之間的權力關係去理解，反歧視的概念以標準脈絡化的方式處理工作性騷擾固然可突顯性騷擾的群體性，然而性騷擾受害者以及提訴者終究是個人，性騷擾訴訟可能具有個案間之個體經驗差異，而正因為遊走於典型訴訟邊緣這樣的特性，性騷擾受害者要承受著更大的提訴被駁回的風險，有些提出民權法第七章的訴訟，被法院認為傷害太過個人，與其他違反民權法第七章的訴訟相比，與工作上的直接經濟強制較無關係；或者提起侵權行為法，卻被認為雖然屬於個人傷害，但更適合用州或聯邦其他的僱傭平等相關法案加以處理³³⁶。從而，Chamallas 認為，與其糾結於工作場所性騷擾訴訟究竟更符合民權法第七章的違反，還是更符合侵權行為法的處理範疇，不如轉而思考現行民權法第七章對於性騷擾受害者的保障是否可由侵權行為法來進一步完備，侵權行為法究竟該退居於民權法第七章的填空地位，還是具有強化平等的作用，是工作場所性騷擾案件中，民權法及侵權行為法角色爭議上值得關注的問題。

二、法院立場之差異分析

依據 Chamallas 的研究，美國實務上採納填空者觀點的代表為 1996 年 *Pucci v. USAIR*³³⁷一案，本案原告為航空公司維修部門唯一的女性職員，原告在與管理監督者首次會面時，就曾被警告將會處於一個充滿褻瀆言語的環境中，因為該部

Anderson v. Save-A-Lot, Ltd., 989 S.W.2d 277, 289-90 (Tenn. 1999).

³³⁶ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, WM. & MARY L. REV. 2115, 2146-2150 (2007)

³³⁷ Pucci v. USAIR, 940 F. Supp. 305 (M.D. Fla 1996)

門的男性員工們不知道如何跟女同事相處，而大約十個月後，原告提起了性騷擾訴訟，主張男性同事們時常趁其不在座位時，將各種色情圖片放到她的辦公桌上，原告主張每一次騷擾事件發生後都會向上級反應，但提出的圖片證據卻數次遭上級撕毀，且公司對於原告所受之騷擾未給予任何回應，公司經理甚至告訴原告應自己為騷擾事件的發生負責，以及原告早就被告知在全是男性的工作環境下必須要面對這些「業界語言」，後期原告所遇到的騷擾和攻擊開始指名道姓，變得更加具有針對性，原告為了避開這些騷擾，只好搬進一間可以上鎖的辦公室，但原告描述該辦公室就像一個牢籠，而原告因為騷擾而承受巨大的壓力、焦慮、頭痛、憂慮、失眠、體重降低及失去胃口等，當壓力到極致時，原告開始進行心理治療，服用藥物治療焦慮和憂鬱，後期更曾進行連續的全天治療，原告也曾因為可能遭同事跟蹤和攻擊的恐懼，而從樓梯上摔落受傷，原告因而提出包括故意施加精神傷害、恫嚇、毆擊等主張，並請求例如喪失的薪水、未來收入、就醫及治療支出、所受痛苦的補償、喪失的未來收入等等補償性損害賠償³³⁸。

原告主張故意施加精神傷害的部分遭佛羅里達州初審法院駁回，該法院重申故意侵權的要件，認為歧視性的騷擾和可憎行為的差異是很大的，該法院引用判決先例，主張原告必須證明被告行為「在性質上非常可憎，在程度上非常極端，超越了禮貌得體的界限，被視為駭人聽聞、不為文明社會所接受」不能僅為「僅僅是侮辱、不尊重、威脅、惱人、頗造成壓力，或其他的瑣碎情形」，該州法院向來駁回聲稱受到僱傭背景中的性騷擾、種族歧視等故意施加精神傷害的案件

³³⁹ 。

以民權法第七章或州的民權規定提起訴訟，因規範對象為雇主，從而受害者無法以此追溯騷擾行為人，或是漠視縱容騷擾行為發生的管理監督者之個人責任，

³³⁸ Pucci v. USAIR, 940 F. Supp. 305, 307-308 (M.D. Fla 1996)

³³⁹ Pucci v. USAIR, 940 F. Supp. 305, 309 (M.D. Fla 1996)

但運用侵權行為法則可同時對僱主、行為人甚至管理監督者提起訴訟，侵權行為法通常是唯一的可以訴追騷擾者個人的途徑，從而法院認定騷擾行為是否是可憎行為時就特別的重要，一旦這部分失敗，就沒有其他的針對個人的法律訴訟途徑，*Pucci* 案佛羅里達州法院不認為歧視性的持續騷擾可以構成可憎行為，似乎在僱傭背景下，被告的行為要構成可憎行為還需要一些額外的條件，但究竟還需要什麼樣的條件，卻也沒有明確的標準³⁴⁰，如同本案法院並未做詳細的分析，只是列舉案件事實、援引其他判決中可憎行為的敘述，隨即認定本案並未達到可憎性的標準並駁回訴訟，這樣的態度可以看出，部分法院所採取的見解為，騷擾和歧視行為在現行社會文化的標準下，並非是一種不能忍受的行為，或者說並未充足到確保侵權行為的成立³⁴¹。

可與 *Pucci* 案對照的則是新墨西哥州最高法院的 *Coates v. Wal-Mart Stores, Inc.*³⁴² 案，行為人為公司部門的主管，持續的針對數位女性受僱者，包含本案中的兩名原告 Duran 和 Coates 為性騷擾行為，該公司女性受僱者們一直向管理部門報告被告的行為，且除了同為女性的同事以外，公司經理亦曾目睹針對原告二人的性騷擾，當下及事後卻皆未作出回應，Duran 為本案原告之一，曾遭到被告從其後方靠近伸手抓胸部的騷擾，該次騷擾後，Duran 再次向公司提出報告，公司不但未予回應，過一陣子後甚至向 Duran 表示被告將擔任她的管理監督者，如果 Duran 不滿就只能自己辭職，Duran 隨即辭去工作，但 Coates 和其他女性員工仍不斷遭到被告的性騷擾，例如被告曾伸手扯開某位女性員工的內衣肩帶去窺視

³⁴⁰ 當然也認為騷擾訴訟中的可憎性應個案判斷的部分法院，在判決中臚列出可供判斷的要素，例如 *Guthrie v. Conroy*, 152 N.C. App. 15, 22-23, 567 S.E.2d 403, 409 (2002)，列出判斷可憎性的指標：(1)原被告之間不公平的權力關係；(2)明示的猥褻語言或髒話；(3)對原告有性的要求；(4)表達要與原告為性行為的慾望陳述；及(5)被告碰觸原告的隱私部位或用其隱私部位碰觸原告身體任一處。

³⁴¹ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2131-2132 (2007)

³⁴² *Coates v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 976 P.2d 999 (N.M. 1999)



其胸部，被害者們持續向公司投訴，卻一樣未獲立即回應，直到好一陣子後公司才召開經理會議，讓包含 Coates 在內的女性受僱者列席陳述所受騷擾，隨後公司雖然決議將被告調離該部門，但被告仍保留其管理監督者的職位且行為並未因此收斂，被告新任職的單位與 Coates 臨近，Coates 向公司反應被告對其保持著憤恨的態度讓她感到很驚惶，但公司未為回應，最後 Coates 辭去工作，並與 Duran 共同就公司提出管理監督過失以及故意施加精神傷害的訴訟，並對被告個人亦提出求償訴訟³⁴³。州的初審法院並未駁回此故意侵權的訴訟，陪審團認定被告行為屬於可憎行為，判 Duran 及 Coates 個別獲得補償性及懲罰性損害賠償³⁴⁴，州最高法院與 *Pucci* 案同樣都援引故意施加精神傷害於整編中的規定，不同的是，本案法院支持下級審的決定，並未在歧視行為和可憎行為中劃出界限，而是強調了民權法和侵權行為法具有的協調性，引用判決前例，認為「允許勞工就性騷擾提起民事賠償，不僅維護了州施行公共政策的利益，也能充分補償源自於公共政策被違反時，私人所受的傷害」³⁴⁵。

Pucci 和 *Coates* 案的事實有所不同，*Pucci* 案是典型的敵意環境性騷擾案件，而 *Coates* 案件中，被告對於原告之一的 Duran 有身體碰觸的行為，然而 Duran 並未特別提起恫嚇或毆擊的主張，在訴訟過程中也未特別強調其所受的肢體騷擾的特殊性，法院對於未受到身體碰觸傷害的 Coates，亦認定被告行為屬於可憎行為，從而二位原告皆可以適用故意侵權獲得賠償。因此身體接觸的有無、性騷擾行為因為有身體的碰觸所以「更糟」等等的想法，並無法作為兩案有相異結果的理由。Chamallas 認為，此二案件是對於故意侵權的定位見解不同，即便二案的法院都聲稱所適用的是侵權行為整編中的要件，*Pucci* 案的佛羅里達法院採用的

³⁴³ *Coates v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 976 P.2d 999,1002-1003 (N.M. 1999)

³⁴⁴ *Coates v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 976 P.2d 999,1009 (N.M. 1999)

³⁴⁵ *Coates v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 976 P.2d 999, 1005 (N.M. 1999)

是侵權行為作為「填空者」角色的想法³⁴⁶，認為必須與「典型的」民權案件不一樣的工作場所性騷擾或者歧視才是「例外」，可以提起侵權行為訴訟的案件，*Coates*案的新墨西哥州最高法院則以更為平等的觀點來看待故意侵權³⁴⁷，將此類訴訟視為增強對抗工作場所性騷擾、歧視的公共政策的途徑，願意採納反歧視法的觀點來塑造侵權行為中的可憎行為的概念，侵權行為法訴訟的作用不是民權法的候補，而是扮演強化民權概念，促進平等的公共政策的「強化民權」角色³⁴⁸。

第二項 強化民權作為侵權行為法之角色定位

由上述新墨西哥州最高法院所採取的觀點得以看出，侵權行為法並非不得作為民權概念的強化，在這些司法實務的適用過程中，故意侵權中的可憎概念逐漸被重新塑造，同時會造成尊嚴傷害的歧視待遇也包含在內，但可憎行為的標準，仍是採取個案認定的方式，法院至今尚未發展出可以融合民權和侵權行為交匯的理論。侵權行為法整編第三版草案，除了重申長期以來的「超越了禮貌得體的界限、不為文明社會所接受」概念以外³⁴⁹，註釋中更進一步指出侵權行為理論在僱

³⁴⁶ 其他採用類似觀點的法院：940 F. Supp. 305 (M.D. Fla. 1996). Courts in Ohio, Pennsylvania, Texas, Oklahoma, Arkansas, Kansas, Maryland, and Michigan also apply a very strict standard which bars most intentional infliction claims in the employment context. See *Hartleip v. McNeilab, Inc.*, 83 F.3d 767, 777 (6th Cir. 1996) (applying Michigan law); *Greenwood v. Delphi Auto. Sys., Inc.*, 257 F. Supp. 2d 1047, 1073-74 (S.D. Ohio 2003); *Arabi v. Fred Meyers, Inc.*, 205 F. Supp. 2d 462, 466 (D. Md. 2002); *Holloman v. Keadle*, 931 S.W.2d 413, 416 (Ark. 1996); *Aaron v. Werne*, No. 65,060, 1991 Kan. LEXIS 57, at 9-11 (Kan. Mar. 1, 1991); *Miner v. Mid-Am. Door Co.*, 68 P.3d 212, 223 (Okla. Civ. App. 2002); *Hoy v. Angelone*, 720 A.2d 745, 754 (Pa. 1998); *Hoffmann-La Roche Inc. v. Zeltwanger*, 144 S.W.3d 438, 447 (Tex. 2004).

³⁴⁷ 採納類似觀點的法院：Courts in Alaska, North Dakota, Tennessee, New Jersey, Washington, Oregon, Utah, Wyoming and the District of Columbia have also taken a more liberal approach to the intentional infliction tort in the employment context. See *Pollard v. E.I. Dupont De Nemours, Inc.*, 412 F.3d 657, 664-65 (6th Cir. 2005) (applying Tennessee law); *Wal-Mart, Inc. v. Stewart*, 990 P.2d 626, 634-36 (Alaska 1999); *Underwood v. Nat'l Credit Union Admin.*, 665 A.2d 621, 640 (D.C. 1995); *Taylor v. Metzger*, 706 A.2d 685, 700 (N.J. 1998); *Swenson v. N. Crop Ins., Inc.*, 498 N.W.2d 174, 181-86 (N.D. 1993); *Harris v. Pameco Corp.*, 12 P.3d 524, 529 (Or. Ct. App. 2000); *Rutherford v. AT & T Commc'n's of the Mountain States, Inc.*, 844 P.2d 949, 978 (Utah 1992); *Robel v. Roundup Corp.*, 59 P.3d 611, 621 (Wash. 2002); *Kanzler v. Renner*, 937 P.2d 1337, 1345 (Wyo. 1997).

³⁴⁸ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2134-2135 (2007)

³⁴⁹ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 45 cmt. c (Council Draft No. 6, 2006)

傭的脈絡下也能扮演一定角色，例如雇主「超越必要性的使用其權力」時，採取了有限度轉移的概念，更重要的是，草案註釋特別提及騷擾案件、民權法適用效果以及優先排除規定的爭議，並表示普通法院在僱傭脈絡的案件中，得以自由的適用侵權行為理論的可憎行為要件，就受僱者因被告極端可憎行為受到之傷害提供救濟³⁵⁰，但整編草案並未將侵權行為定位為填空者或強化民權，仍將這個問題留給各州法院自行決定³⁵¹。

一、填空者觀點之不足：無法處理工作場所性騷擾之多重傷害³⁵²

Chamallas 認為，各州究竟應該將侵權行為視為填空者，抑或是強化民權，與決定侵權行為和民權的邊界範圍、性騷擾訴訟適當的定位相互牽連。對於騷擾訴訟本質的理解，會影響法院是否允許故意侵權訴訟的提起，但如同前面曾經提及的，性騷擾訴訟無法完美的符合侵權行為或是民權的概念，都非任一法領域的典型訴訟，例如性騷擾概念的發展與民權法第七章訴訟關聯甚鉅，所以很容易與違反民權相連結，但因為被認為與典型的歧視不同（例如不見得與僱傭狀態相關，以及未必直接造成經濟傷害），性騷擾訴訟中的原告卻得負擔著比其他民權訴訟更加複雜的要件和舉證責任；而在侵權行為訴訟中，故意侵權已經受到邊緣化的待遇，而性騷擾訴訟更與典型的單純個人侵害不夠相似，因為近年侵權行為理論和整編，都將身體侵害、經濟損失訴訟更甚於精神傷害或非經濟損失視為核心。

³⁵⁰ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 45 cmt. m (Council Draft No. 6, 2006).

³⁵¹ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM §45 cmt. m ('Those matters, peculiar to a jurisdiction's statutory provisions, are left to local law.')

³⁵² 值得一提的是，部分州在性騷擾訴訟中排除侵權行為的求償，是出自於優先排除規定，惟民權法第七章本身言明民權法並無優先於州法（見：28 U.S.C. § 2000e-7 (2000)），從而 Chamallas 認為工作場所騷擾的侵權行為，優先規定的適用會出現通常在兩種狀況，一來可能是該州的民權條款有優先排除規定，或者侵權行為被州的勞動補償條款排除，前者很明白的顯現出對故意侵權角色的理解僅僅是填空者，在州的民權條款可以適用之時侵權行為即應退位。Martha Chamallas, *Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims in the Employment Context*, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 709 (2006)

這種兩邊不適應的問題反應出性騷擾案中傷害的多重性質，既具有群體意義也是個人侵害，難以單純以身體、精神或是經濟的概念涵括³⁵³，學者多年以來試圖用各種概念解析性騷擾的意義的群體傷害意義³⁵⁴，但即便對騷擾的理解無法脫離目標群體的社會地位，騷擾行為所生的傷害終究是發生在個人身上，也會因為個體經驗而有所差異，所以騷擾的本質無法用非黑即白的概念去理解，一個法院無論認定騷擾適用或不適用民權或者侵權，都可以從邏輯上解釋得通，完全取決於法院所採的觀點，法院的決定其實是政策問題，而非原則問題，無法簡單的用重新審視民權或侵權行為範圍的方式，就可以決定哪一法領域比較適合性騷擾訴訟

³⁵⁵ 。

部分州法院將騷擾訴訟中的侵權行為法定性為填空者，此觀點可以從 1940 年代故意侵權的發展時期去理解，因為當時部分被認為不道德的、嚴重的傷害無法依其他的侵權行為理論請求賠償，才有理論支持新的侵權理論發展初來對付這些道德錯誤³⁵⁶，從而故意侵權的確是扮演著填補侵權行為法空隙的角色，故意侵權被設計成相當有彈性，有潛能對付各種訴訟，其邊界範圍也會隨著社會文化對於何謂可憎行為的理解而轉變，從而填空者定位似乎成為了主流，但採用填空者的概念，剩下來的問題只有討論侵權行為有沒有內有沒有需要被填補的空隙？無法解答非身體侵害的侵權行為理論保護範圍應有多寬，以及若法院面對到有侵

³⁵³ Martha Chamallas, *Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims in the Employment Content*, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 713-714 (2006)

³⁵⁴ 以類似於仇恨犯罪觀點做出的解析，見：Lu-in Wang, *The Transforming Power of “Hate”: Social Cognition Theory and the Harms of Bias-Related Crime*, 71 S. CAL. L. REV. 47, 49-50 (1997)；認為是一種公民身分（citizenship）的傷害，見：R.A. Lenhardt, *Understanding the Mark: Race, Stigma, and Equality in Context*, 79 N.Y.U. L. REV. 803, 930 (2004)；從身分認同傷害的角度分析，見：Martha Chamallas, *Lucky: The Sequel*, 80 IND. L.J. 441, 467-71 (2005)

³⁵⁵ Martha Chamallas, *Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims in the Employment Content*, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 713-714(2006)

³⁵⁶ 學者曾提出見解指出，當法院認定某種循環發生的行為類型是可憎的，如同做出「一個對行為道德嚴重性的官方決定」Daniel Givelber, *The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct*, 82 COLUM. L. REV. 42, 53 (1982)

權行為法以外的救濟可行，但同時也明顯符合可憎行為要件的案件時，究竟應如何處理的問題，且在騷擾訴訟中，如果採用填空者的方法，撇開可以提起恫嚇或毆擊的有身體接觸的騷擾，對沒有身體接觸的故意施加精神傷害言語騷擾訴訟，填空者方法讓受害者再也無可能請求侵權行為損害賠償，況且在故意施加精神傷害被認可前，恫嚇、毆擊、誹謗等理論運用到性騷擾概念上，還是源自於對於男性榮譽和女性性貞潔的保護，並非現代反歧視法、女性性自主等反性騷擾的新概念³⁵⁷。

Chamallas 認為，各州法院最終仍要面對一個困難的政策問題，亦即侵權行為法是否應被用於鞏固對抗歧視和騷擾的工具，換個角度來說，採填空者觀點的法院必須要回應，如果持續採取這種侵權行為法與民權法原則分離的處理模式，所認定的可憎行為概念，是否足夠執行侵權行為法的重要基礎任務，亦即找出那些社會不容許的行為？如果答案是否定的，認為填空者角度並非民權法與侵權行為法間之關係適當之詮釋，而是認可強化民權的觀點才是適當的對於侵權行為法和民權法關係的理解，那麼接下來必須思考的問題是，民權原則的哪些概念應被借鏡，以及二法領域的重疊度有多高，Chamallas 主張讓民權法規則轉移到侵權行為法中，是一個法院選擇適用概念、具體化侵權行為標準的過程，終極的目標不僅是讓受到歧視的受害者可以獲得更完整的補償，而是重塑侵權行為法的基礎概念和社會常模，從而應對於民權規則的概念做出一個篩選機制，而非籠統的認為整個打包適用即可，鼓勵法院和提訴者去評估哪些民權原則，對於決定侵權行為中可憎行為是有所幫助的，這個評估過程極具意義，能真正促成對於侵權行為法理論常模的反省³⁵⁸。

³⁵⁷ Martha Chamallas, *Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims in the Employment Content*, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 714-715 (2006); Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2182 (2007)

³⁵⁸ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48



二、強化民權觀點：民權原則之轉移³⁵⁹

既然認定採強化民權觀點是比較適當的，Chamallas 主張有三個由敵意環境性騷擾訴訟發展出的民權原則，很適合轉移到侵權行為之中。

第一為敵意環境性騷擾的核心，亦即注重被告行為的動態特性，司法實務在 1980 年代即指出並非所有工作場所性騷擾都得以提出民權法第七章，提訴原告必須證明騷擾行為「嚴重且普遍」³⁶⁰，此種概念認為一些看似日常生活的人際互動，可能造成部分員工工作環境的惡化，與其他工作相關的不利益，例如降薪、陞遷失敗等這些會工作條件改變的狀況，並沒有本質上的不同，這樣的想法讓僱傭背景下的性騷擾所造成的傷害更加為人所見，也預設了職場內上司和員工的非正式權力展現，有時與正式權力（formal power）的施展一樣具有傷害性³⁶¹，這些研究發展，讓法律與員工所屬的次級群體面臨的工作環境現實更加貼近。在民權法第七章的框架下，性騷擾被重新想像為一種會循環發生的工作狀況，而非僅是抽象的性引誘而已。

第二個原則為納入敵意環境騷擾如何被運用於達成多重目的，以及其所產生出的多重效應之觀點³⁶²，司法實務和學術研究都肯認，工作場所發生的性騷擾並非總是出於性慾，很多時候騷擾的目的在於維繫工作場所內的階層秩序，例如將女性從傳統上由男性佔領的工作中驅逐，藉此強化管理監督者的權力，表態出一

³⁵⁹ WM. & MARY L. REV. 2115, 2183-2184 (2007)

³⁶⁰ Martha Chamallas, *Discrimination and Outrage: The Migration From Civil Rights Torts Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2173-2175, 2185-2187 (2007)

³⁶¹ Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 67 (1986)。如此的見解排除了較不嚴重的案件類型，確保被告的行為造成原告工作條件、待遇或優遇的改變

³⁶² Susan D. Carle, *Acknowledging Informal Power Dynamics in the Workplace: A Proposal for Further Development of the Vicarious Liability Doctrine in Hostile Environment Sexual Harassment Cases*, 13 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 85, 104-06 (2006).

³⁶³ 平等就業機會委員會對於敵意環境性騷擾之定義，著重在其目的和效應：29 C.F.R. § 1604.11(a) (2004)

種政治正確的性別常模，維持該工作領域的性別特性³⁶³，這些研究顯現出騷擾可以作為一種從屬的工具，使社會無從小化騷擾所造成的傷害，對於傷害的理解超越了僅僅是感情受傷或是惱怒，鼓勵提訴者及法院去檢視加害者是如何基於受害者的性別、種族或其他社會身分而為騷擾行為，以及其動機如何加深了受害者所受傷害，成為邊緣化特定群體的有效方式。民權法在發展上與侵權行為法不同，前者更加注重群體之間的不對等，而後者則著重於原告及被告之間的關係，在決定侵權行為中可憎行為構成與否時，若將被告行為所造成的社會效應納入討論，這種群體觀點的納入，就是民權原則常模轉移到侵權行為的概念。

第三個原則為用整合的觀點（incorporation of perspective）去分析糾爭行為所造成的傷害特性，關於「合理第三人」標準的爭論即為一例，在決定理論問題，如糾爭行為是否受歡迎，或是具有嚴重及普遍性，部分法院開始採用這種多重觀點的方式去審視，承認一個行為可能展現出多種意涵，怎麼理解其意涵取決於看待此行為的觀點為何。這樣的方法通常會強調原告的個人特質，例如其之性別或種族，而且會注重文化上重要因素的影響，例如原告所屬群體次級位置，將騷擾者和受害者所處的社會地位納入考量，例如在一些故意侵權的案件中，法院會強調被告行為是「佔脆弱原告的便宜」，藉以提高被告行為被認定為可憎的可能性，而納入民權原則，即是將僱傭脈絡下，種族、性別或其他局外人地位與原告脆弱性產生關聯的方法。即便對於民權法第七章的騷擾案件中，騷擾行為之構成應採取何種判斷標準尚有爭議，但注重受害者觀點的主張至少已獲得了注意，加上要注意個案的整體情狀，在決定是否有足以提訴的傷害前，必須探究事實的時候去考量行為人社會地位、所屬群體身分，以及工作場所內權力的動態特性。

討論這些觀點的納入，可以作為對於各州法院應分析、決定哪些民權原則概

³⁶³ Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment?*, 49 STAN. L. REV. 691, 693 (1997); Vicki Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment*, 107 YALE L.J. 1683, 1687 (1998).

念應轉移到侵權行為中的示範，也因此 Chamallas 認為，對民權法以及侵權行為法之關係，應以強化民權的觀點去理解，若以填空者觀點，將性騷擾等歧視行為從侵權行為法訴訟中抽離，對於可憎行為的概念反而是一種扭曲，也過於忽視了民權對於個人以及社會整體的重要性。

第四節 小結

本章延續第二章侵權行為女性主義研究所提出的重要論點，亦即現行美國侵權行為法的理論與系統，對於發生在女性生命歷程中的重大傷害，無法作出充分的補償，而反覆發生在職業女性身上的工作場所性騷擾傷害，便是很好的例證。工作場所中普遍存在的性騷擾問題，曾經長期處於一個未被定義的狀態，直到 1979 透過 MacKinnon 的專書將此問題搬上檯面。1964 年的民權法第七章，禁止雇主基於員工的性別而有歧視待遇，但一直到 1976 年，工作場所性騷擾始被最高法院認定為屬於工作場所中歧視的一環，雖然民權法經過修正後，在得請求之賠償項目上有所增加，然而，以第七章提起訴訟的受害者，卻要承擔較其他歧視待遇受害原告更繁雜的要件證明，這樣的觀點似乎顯現出，民權法第七章並不將工作場所性騷擾視為典型的民權訴訟；同樣地，發生在個人身上的工作場所性騷擾，受害者亦可主張侵權行為法請求損害賠償，但對於女性之性受到侵害的案件，侵權行為法理論及司法實務標準的發展，一直有道德取向的問題，且無肢體碰觸的言語性騷擾受害者，很難運用傳統的侵權行為理論求得賠償，這樣的限制也導致工作場所性騷擾案例在主張侵權行為的路上障礙重重。

民權法訂定以前，故意侵權的理論即透過學者及司法實務建構而生，也成為日後性騷擾案件原告時常運用的求償途徑，然而，故意侵權在處理女性之性受到侵害的案件上，就呈現了非常道德取向的思考模式，早期女性若性貞潔受到質疑

時，得主張故意侵權請求損害賠償，然而若被告是以性引誘的方式侵害原告，即便帶有原告會接受其性提議的暗示，對故意侵權理論塑造貢獻重大的 Magruder 與 Prosser，卻認為性引誘只是詢問，不構成傷害。這樣的見解直接影響到了性騷擾的受害者，因為無論是交換條件性騷擾或是敵意環境性騷擾，時常都是以性要求的方式呈現，也因此，女性主義學者對於這種侵權行為理解性騷擾的方式提出批判，並開啟了工作場所性騷擾究竟應以群體觀點理解，抑或是當成個人傷害處理的辯論。Chamallas 認為在這個問題上，遊走在民權法和侵權行為法邊界的特性，讓工作場所性騷擾所受的傷害很難被完美定義，也不易被劃分進任一法領域，她認為在處理性騷擾問題上，不應將侵權行為法揚棄，畢竟民權法第七章歷經數十年的發展，期間仍有許多無法解決的爭議，而這些爭議恰好有機會透過相對彈性的侵權行為法理論處理，且實證研究亦顯示出，工作場所性騷擾的受害者，如果兼而提起民權法第七章以及侵權行為法訴訟，得獲得更完整的補償。

期待運用侵權行為法讓性騷擾受害者獲得完整補償，改變侵權行為法的個人道德取向，必須對侵權行為法理論進行重塑，引進民權原則來改變故意侵權中，判斷「可憎性」要件既有的僵化標準，但首先要處理的問題為，侵權行為法在工作場所性騷擾訴訟中究竟扮演何等的角色？部分州的民權條款設有優先規定，認為在處理民權相關的案件時，民權法規將排除侵權行為法的適用，部分州法院即使沒有此種優先規定，亦採取填空者的觀點，認為侵權行為法不適宜處理工作場所性騷擾。但這並非通例，新墨西哥州即有認可被告的工作場所性騷擾行為，符合侵權行為的可憎行為要件，認原告得獲補償性及懲罰性損害賠償，侵權行為法在工作場所性騷擾的訴訟上，有能力扮演強化平等的角色，Chamallas 支持這樣的主張，並提出三個由長期以來敵意環境性騷擾訴訟發展出，適宜轉移進侵權行為法訴訟，改變判斷標準的民權原則，包括主張法院應更加注重被告行為的動態

特性，以及性騷擾隱含的多重目的，並在訂定判斷標準時，納入受害者的觀點進行考量。將種族、性別或其他弱勢群體的身分與侵權行為法判斷被告行為是否可憎之中，可用於論述原告所受之傷害特性，運用女性主義分析侵權行為，目的在於透過找出侵權行為法學理及司法實務的性別盲點，重塑基礎概念並改變社會常模，如果認為侵權行為法不適宜處理工作場所性騷擾，將使得女性勞工所受到的傷害被貶值，持續的被侵權行為系統忽略，而女性時常運用的故意侵權理論也會持續的被邊緣化，認為侵權行為本質上只應關注意外侵害，這樣的交互作用，將會造成女性原告在侵權行為系統中持續處於不利位置。

本章歸整美國學理及實務如何看待工作場所性騷擾法律議題，以侵權行為法之發展歷程為主，指出女性主義學者為何認僅以侵權行為法概念處理工作場所性騷擾所有不足。雖美國聯邦最高法院認可工作場所性騷擾構成性別歧視，屬於民權法第七章之違反後，惟侵權行為法並未在工作場所性騷擾之案件中消失，Chamallas 以民權法和侵權行為法之實務理論為例，指出工作場所性騷擾案件面臨之實務困境，亦即皆不被認可為二法領域之典型訴訟，其主張透過正視侵權行為法現行學理規則存在之性別偏見，並納入民權法之原則作為實務論述上之參考，得改變侵權行為法處理工作場所性騷擾案件之樣貌。立基於此概念，本文將在下一章就我國工作場所性騷擾發展做類似之回顧，亦即在性別工作平等法通過施行以前，我國工作場所性騷擾受害者亦係以民法侵權行為作為求償依據，這樣的救濟主張在實務上面臨何種問題，為何我國學界及婦女團體訴求必須在性別工作平等法中將性騷擾納入保護，以及該法通過後，對受害者請求損害賠償之民事實務造成如何影響。

第四章 工作場所性騷擾於台灣：侵權行為及性別工作平等法之交匯



民法侵權行為作為我國工作場所性騷擾受害者尋求損害賠償之重要依據，因於 2002 年性別工作平等法訂定前，我國並無專法規範工作場所性騷擾行為，從而在法律上最適合運用的便是民法侵權行為，性騷擾受害者不但得向行為人請求損害賠償，亦得請求行為人之雇主負擔連帶損害賠償責任。就當時法律規範而言，性騷擾行為作為一種人格權侵犯是最易被理解的概念，民法對人格權概括規定於第 18 條³⁶⁴及第 19 條，從而若被害人之人格權遭受侵害，得提起民法第 184 條侵權行為請求財產上損害賠償。

1999 年債編修正以前，人格權受侵犯得請求非財產上損害賠償之依據為民法第 195 條第 1 項，修正前之條文規定為：「不法侵害他人之**身體、健康、名譽或自由者**，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。」從而，如同前述章節所探討者，非財產上損害賠償，對於性別化傷害之受害者尤為重要，惟台灣於 1999 年前，女性勞動者對面工作場所性騷擾受害者，欲請求非財產上損害賠償時，必須著重論述其所受之侵害，屬於民法 195 條所訂定得請求非財產上損害賠償之特別人格權，在某種程度上限縮了法院對於工作場所性騷擾性質之詮釋。

1999 年債編修正後，將民法 195 條第 1 項修正為：「不法侵害他人之**身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操**，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」，增加了「其他人格法益」之概括規定，擴大

³⁶⁴ 民法第 18 條：「（第一項）人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。（第二項）前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」

了民法對於人格利益、人性尊嚴之保護，對於性騷擾受害者之求償而言有正面之助益。

然而，若將工作場所性騷擾詮釋為之人格權侵犯，亦即視為單純的個人間之問題，無法回應工作場所性騷擾所造成之性別弱勢勞動者勞動權益之影響，而隨著社會逐漸重視此一影響性別工作平等權益之問題，2002 年施行之性別工作平等法，將工作場所性騷擾定義明文化，明定雇主防治及補救之義務，並增設受僱者或求職者向行為人及雇主請求損害賠償之規定，性別工作平等法之立法精神在於消除歧視、促進實質平等，從而，該法施行後，法院在民事損害賠償案件中，如何看待性別工作平等法之相關規定，以及對於侵權行為人格權侵犯之規定有何影響，為本文擬觀察之重點，本章將以性別工作平等法訂定前後作為一分野，首先描述訂定前民事法院如何運用侵權行為處理工作場所性騷擾之問題，以及這樣的論述有何不足，從而學界及民間團體如何透過研究及倡議，促使性別工作平等法之通過施行。

第一節 性別工作平等法施行前：性騷擾作為一種侵權行為

我國於 1980 年代開始逐漸重視性騷擾議題，1982 年婦女新知雜誌開啓了關於性騷擾的討論，而 1990 年後，而婦女團體及政府單位或學者提出之研究報告或調查報告中，均顯示了我國工作場性騷擾之問題日趨嚴重³⁶⁵，隨後至 1990 年，台灣社會亦發生多起性騷擾事件³⁶⁶，而性別工作平等法草案尚在立法院處理之期間，1998 年更發生了著名的長庚醫院性騷擾案，透過婦女新知基金會之協助，法院最後認被告之性騷擾行為構成對原告之人格權侵害，依民法侵權行為規定判

³⁶⁵ 相關研究報及內容可參：焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢-兼論對我國相關制度之啓示〉，《法學叢刊》，第 174 期，頁 111-115。

³⁶⁶ 詳細可參：陳昭如（2013），〈Catharine A. MacKinnon：宰制論女性主義法學的開創者〉，《婦研縱橫》，第 98 期，頁 61。

被告必須賠償原告非財產上損害賠償³⁶⁷。在性別工作平等法通過施行以前，若性騷擾受害者欲以民事求償之方式就所受侵害尋求救濟，最常主張者即為民法侵權行為，本文以下整理四則性別工作平等法通過施行前，受害者以民法侵權行為尋求損害賠償之相關事實及法院判決結果。

第一項 四則工作場所性騷擾侵權行為損害賠償案

本文以下將以 2002 年性別工作平等施行以前，民事法院四則關於損害賠償之判決分析為主，規整此一時期性騷擾受害如何運用民法侵權行為尋求損害賠償，惟因 1999 年司法院始建立判決電子化系統，在此期間前之判決資料查詢管道有限，從而本文進行之實務判決分析，僅能以此期間後之判決為主，惟本文以下提及之旅運社及通譯案，雖事實及法院判決均於發生於 1999 年以前，然作為我國工作場所性騷擾具指標性之民事損害賠償判決，歷來工作場所性騷擾相關研究文獻及資料均有提及，從而本文亦將此二判決納入討論之中。

一、旅運社案³⁶⁸

（一）案例事實

被告為某旅運公司之副總經理，於 1994 年 10 月僱用原告擔任公司業務員，原告主張 1995 年 2 月 3 日，上午上班時，被告要求原告與其一同驅車拜訪客戶，中午與客戶一起吃飯、喝咖啡，結束後被告以業務需要為由，攜原告至某 MTV 店，於包廂內觀看錄影帶，趁原告離席時擅自選擇一限制級片，於原告入座時趁機對原告「毛手毛腳、上下其手、意圖不軌」，原告隨即拒絕。被告事後請原告

³⁶⁷ 婦女新知基金會（2002），《兩性工作平等法立法大事紀》，頁 25，台北：財團法人婦女新知基金會，頁 25。

³⁶⁸ 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 588 號判決。

至某餐廳吃魚翅，並於晚上將原告送回家，原告恐自己之升遷或僱用受到影響只得屈從。事發後被告多次單獨邀約原告，原告因有前車之鑑均予婉拒，自此被告軟硬兼施、百般刁難，濫用職權多方打壓，使原告無法專心做事，原告主張其 1994 年 10 月至 1995 年 3 月間出勤情況均正常，業績亦緩步成長，案發後因被告之性騷擾，使其恐懼不安，導致情緒身心不適，始開始遲到早退、病假頻繁，而於 1996 年 6 月被告將原告解僱。

（二）原告主張及被告抗辯

原告主張民法 18 條、第 195 條 1 項前段，向被告請求資遣費財產上損害 10 萬元，以及非財產上損害 40 萬元；被告對於原告的指控，則以否認性騷擾行為之發生，以及原告無證明行為及損害間因果關係、未說明損害計算依據、原告事發後表現不符常情等理由抗辯。

（三）法院認定

原告曾向數證人轉述遭性騷擾一事，法院採納證人證言，認定原告確曾將受性騷擾之事轉述證人，以及不能以受害者不敢作聲或當面反應，即認性騷擾行為不存在等，認被告對原告觸摸肩部、胸部、大腿等未經原告同意，構成不受歡迎的性騷擾行為。法院並強調人格尊嚴及人格權的保護，判被告 10 萬元非財產損害賠償，惟原告主張之財產上損害賠償，法院認為原告無法證明性騷擾行為與業績下降之因果關係，故此部分被告毋庸賠償。

二、通譯案³⁶⁹

³⁶⁹ 台灣台北地方法院 87 度訴字第 673 號判決。



（一）案例事實

被告擔任法院通譯，於 1996 年 5 月某日在通譯辦公室內談論與性相關之話題，並對原告說出「開黃腔又怎樣，不黃妳會生子」等語，原告認名譽遭受貶損，訴請檢方起訴，台灣高等法院 86 年度上易字第 4463 號刑事判決判定被告有罪。

（二）原告主張及被告抗辯

原告主張被告之侵害行為，使其遭受精神上中大痛苦，依據民法第 184 條 1 項前段以及民法 195 條第 1 項請求被告賠償 60 萬元；被告則否認該行為。

（三）法院認定

本件法院採納刑事審判中證人曾聽聞原告受性騷擾之證言，認被告之言詞係「隱喻甫生產不久婦女，有不雅或不當之性行為」，被告行為又發生在公眾得初入之場所，輔考量兩造身分、地位，認被告之言詞含有高度之負面評價，依社會大多數人之觀念及評價，已達貶損原告名譽，貶損原告人格在社會之評價，被告構成妨害名譽之侵權行為。法院考量被告之身分、犯後態度、原被告之資力，以及原告精神上之損害、被告行為之程度等，判被告應賠償 20 萬元予原告。

三、醫院性騷擾案³⁷⁰

（一）案例事實

原告為某醫院麻醉部護士，被告則為麻醉部之醫師，原告指控被告有如下騷擾行為：1.1998 年 4 月某日，利用職務上之機會，在該醫院開刀房中與原告同

³⁷⁰ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決、台灣高等法院 90 年度上易字第 265 號判決。此案為著名的長庚醫院護理師控告醫師性騷擾案件，受害者楊護理師在婦女新知基金會的協助下提起民事損害賠償訴訟，楊護理師並於婦女新知基金會籌拍的台灣首部反性騷擾紀錄片「玫瑰的戰爭」內敘述自己的故事，並將法院判決之被告賠償金捐給婦女新知基金會。

組時，伸手撫摸以手撫摸原告之背部，並滑行至肩部掐揉肩頸等部位；並因原告怒斥被告：「你的不檢行為很噁心，更何況我也已結婚。」被告即以：「我是給妳面子，怕妳沒人摸。」之言語騷擾原告。2.同年8月某日，在醫院開刀房中，原被告預備為手術病患麻醉，原告腕力不足插管未成，被告接手實施，卻強拉原告之手，並以：「懂不懂？妳要請我吃冰？」、「那讓妳摸回來嘛！」等言語騷擾原告。3.同年8月另一日中午，原被告於醫院開刀房往恢復室通道相遇，被告趨前聊天，展開雙手做欲環抱勢，撫摸原告之臀部，並以：「碰一下就鬼叫鬼叫！」、「妳講話給我小心點！」之言語騷擾原告。

（二）原告主張及被告抗辯

原告主張被告三次的騷擾，侵害原告之自主權、心理健康、名譽權，主張民法第18條、第184條1項前段、第195條第1項請求被告賠償100萬元及登報道歉；被告否認上開騷擾行為，並認縱使有騷擾行為，亦不構成原告名譽權之侵害。

（三）法院認定

針對原告主張被告故意以手撫摸原告背部、頸部、肩部之騷擾，法院認依照同院其他護士曾抗議過類似狀況為由，認定原告主為真；被告於插管時強拉原告之手，法院認無證人，且此拉手在為病人插管之狀況下應屬正常碰觸；原告主張被告曾欲伸手環抱原告、並觸碰原告臀部等，因有證人證言曾在場聽聞原告被爭吵，法院認原告此部分屬實；惟原告主張被告曾以各種言語騷擾原告，法院認此類言語，縱使屬實，也僅係言語上之解釋或俏皮性話語，不構成騷擾。法院強調人格尊嚴之保護，認被告之騷擾行為致使原告之身體自主權、心理健康受有侵害，

依民法第 18 條第 2 項、第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項之規定，被告自應對於原告負擔非財產上之損害賠償責任，並審酌兩造教育程度及資力，認被告應賠償 40 萬元。



本件被告上訴至高等法院，碰觸部分與原審為相同認定，惟插管拉手以及言詞部分，二審法院認上訴人（即被告）於插管時強拉被上訴人（即原告，並為附帶上訴人）手之行為，與一般醫師協助護士插管之正常碰觸不同，且上訴人復以挑逗性言詞擾被上訴人等，使被上訴人產生不受尊重、不愉快及人格受損之感覺，上訴人之行為已對被上訴人構成性騷擾。上訴人之行為構成侵權行為，審酌兩造教育程度、資力，以及原告所受痛苦，判上訴人應賠償 45 萬元。

四、保險經紀公司案³⁷¹

（一）案例事實

原告自 1997 年 3 月起任職於被告甲保險經紀人公司，2000 年 12 月升任為業務經理，被告丙為公司總經理，自 2000 年 6、7 月時持續對原告為性騷擾，2001 年 3 月乙趁辦公室無人之際突然從背後摸原告胸部，原告怒斥，被告卻哈哈大笑。此後原告辦公時，被告丙多次藉機靠近原告，以其下體碰觸原告之肩膀，更多次藉機觸摸原告身體，令原告感到驚恐，畏懼上班。惟被告丙為原告之上司，且為公司董事長乙之配偶，原告雖深感厭惡，卻只得忍耐，直至 2001 年 3 月原告私下與女同事討論，發現公司中有多位同事有同樣經驗，原告感覺事態嚴重，向公司董事長乙反應，2001 年 4 月甲公司早會時，乙向大家公開道歉，乙並上台指稱其犯了「天下男人都會犯的錯誤」，並表示懺悔。原告翌日至公司上班，乙卻當眾趕走並立即解僱原告。

³⁷¹ 台灣台南地方法院 91 年度訴字第 1912 號判決、高等法院台南分院 92 年度上易字第 30 號判決。



（二）原告主張及被告抗辯

原告依民法第 184 條、第 195 條、性別工作平等法第 27 條、就業服務法第 5 條，主張甲公司對該性騷擾事件未作事前防範、事後未妥善處理，損害原告之人格尊嚴及工作權，甲公司應依民法 184 條負擔損害賠償責任，以及甲公司應依民法 188 條第 1 項與被告丙負擔連帶損害賠償 60 萬元；被告丙則否認性騷擾行為，被告甲公司則主張原告遭解僱係因原告將案件擅自轉介其他公司，屢勸不聽始終止與原告的「承攬」關係，又縱使丙有性騷擾行為，亦與執行職務無關等為抗辯。

（三）法院認定

法院首先指出性別工作平等法無溯及既往之規定，從而本件不適用性別工作平等法。採納原告之證人證言被告丙曾有性騷擾行為等，認原告主張為真，被告丙之行為具有性意味及性別歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，並達到使人厭惡之程度，構成性騷擾；惟原告向被告甲公司請求損害賠償部分，法院認被告丙之行為非屬執行職務行為，被告甲亦未自行為加害行為，從而毋庸負損害賠償責任。被告丙之行為侵害原告之人格尊嚴及心理健康，依民法第 195 條第 1 項之規定，並審酌兩造之身分、性別、關係，以及原告所受之痛苦及壓力等，判被告應賠償原告 40 萬元。

本案被告丙上訴至高等法院，二審法院在事實認定及構成侵權行為部分與一審法院見解同，審酌兩造之家庭狀況、學歷、身分、資力、性別、關係，以及被上訴人之痛苦及壓力，認上訴人應賠償 27 萬元。

第二項 從法院之見解詮釋性騷擾行為

一、何謂「性騷擾」

上述四件工作場所性騷擾案件之事實，均發生於 2002 年性別工作平等法立法以前，原告以侵權行為損害賠償為求償之基礎，法院同樣以侵權行為理論回應。

值得注意的是，於旅運社案中，法院即以「性騷擾」一詞詮釋被告行為，除通譯案以外，另二案法院均明確認定被告之行為屬於「性騷擾」，惟於性別工作平等法訂定前，法律上並無一個明確的「性騷擾」概念以及定義，從而，在此四件民事判決中，規整法院對於工作場所性騷擾行為之定義，有助於我們理解性別工作平等法訂定前，法律對於性騷擾概念之理解。

旅運社案中，被告在 MTV 包廂內觸摸原告，法院認為此種「不受歡迎」的碰觸構成性騷擾³⁷²；而醫院性騷擾案，原告主張被告曾故意以手觸碰原告背、頸、肩、臀等部位，以及強拉原告之手、以及對原告有不當言語³⁷³，二審法院就被告強拉手之行為，認被告醫生於原告為病人插管時，強拉原告之手，使原告產生不受尊重之感覺，被告拉手後再以挑逗性之言詞騷擾原告，更會使原告不愉快及人格尊嚴受損之感覺，從而認為被告醫生之行為對原告構成性騷擾行為³⁷⁴；而在保險經紀公司案中，原告指控被告有觸摸原告胸部、以下體碰觸原告之肩膀，以及多次藉機觸摸原告身體等行為，法院認為被告之行為，具有性意味及性別



³⁷² 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 588 號判決：「...確有對原告為觸摸肩部、胸部、大腿等未經原告同意、且已達於不受原告歡迎之性騷擾行為。」

³⁷³ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決、台灣高等法院 90 年度上易字第 265 號判決：「我是給妳面子，怕妳沒人摸。」、「碰一下就鬼叫鬼叫！」、「懂不懂？妳要請我吃冰？」、「那讓妳摸回來嘛！」

³⁷⁴ 台灣高等法院 90 年度上易字第 265 號判決：「雖然護士進行麻醉插管時，如有必要醫生通常會加以協助，但上訴人強拉被上訴人之手部，衡情會使被上訴人產生不受尊重之感覺，與協助時之正常碰觸顯不相同，且上訴人再以挑逗性之上開言詞騷擾被上訴人，更會造成被上訴人不愉快及人格尊嚴受損之感覺，應認為上訴人之上開行為已對於被上訴人構成有損人其格尊嚴之性騷擾行為。」

歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，並達到使人厭惡之程度，足可認屬「性騷擾」³⁷⁵。

由法院見解可以推知，性別工作平等法訂定前，民事法院對於被告行為是否構成性騷擾，提出了「不受歡迎」、「不愉快」、「人格尊嚴受損感覺」以及「使人厭惡」等主觀標準，來認定被告的行為是否對原告構成性騷擾。較特別的是，在保險經紀公司案中，法院特別指出被告的行為「具有性意味及性別歧視」，與後續立法者及學界對於工作性騷擾之意涵爭論雷同。

二、「權利」之侵害

以侵權行為作為求償基礎，很重要的一環便是受侵害「權利」之探究，亦為民法第 184 條第 1 項前段構成要件之一，所謂權利係指包括人格權在內的私權，而人格權則為人的價值與尊嚴的權利，對人格權的保護是侵權行為法的基本任務³⁷⁶，人格權的發展建立在個人自覺之上，亦即關於每個個體對於自我的認同以及自主決定，人格權關乎於憲法中人性尊嚴及人格自由的理念³⁷⁷，相關的概念及意涵仍在不停的發展，王澤鑑認為人性尊嚴乃人之所以為人的價值，體現人的主體性及自主性，即不以人為一種客體、工具或手段³⁷⁸。

在性騷擾訴訟中，常見的人格權侵害主張有身體、健康、自由、貞操以及名譽等，其中身體權，指人身的完整性，若破壞此完整性，即構成對身體的侵害，學者認強行親吻、強制性交等，均屬對身體權的侵害³⁷⁹；健康權，則為人的生命

³⁷⁵ 台灣台南地方法院 91 年度訴字第 1912 號判決：「觀原告指訴被告丙○○之言詞及行為等情節，顯已具有性意味及性別歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，並達到使人厭惡之程度，足可認屬『性騷擾』。」

³⁷⁶ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 119-121。

³⁷⁷ 例如憲法增修條文第 10 條第 6 項：「婦女人格尊嚴，應予保護。」

³⁷⁸ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 72-74。

³⁷⁹ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 117。



過程之功能，對健康的侵害可能為生理上的，亦可能是心理上的³⁸⁰；而自由權作為人性尊嚴之體現，若拋棄自由，人之主體性將不復存在，自由更為憲法保障的基本權利之一，自由權作為人格權之一種，所指涉者為人的自由發展和一般行為自由³⁸¹；名譽為對他人之品德、名聲、信用等社會評價，名譽權則為享有此名譽的權利³⁸²；較為特別的是「貞操權」的概念，於 1999 年民法債編修正時，明定於第 195 條得請求損害賠償之規定，學者認為，在貞操權明定於法律前，相關案件如強制性交等行為，受害者已可主張身體、自由或名譽權受侵害，而「貞操」係一傳統用語，民法 195 條將其明定，實係指違反他人自主意思而與之為性行為，所侵害者為受害者之「性行為自主決定」，無論性別皆擁有此權利³⁸³。除此之外，民法第 195 條修正後，對於得請求非財產上損害賠償之人格法益採例示的概括原則，增訂「其他人格法益」受侵害，若情節重大時，亦可請求非財產上損害賠償之規定，使人格權保護範圍隨得以著社會的變動、侵害樣態的增多而具體化³⁸⁴，而性騷擾訴訟中亦可見到此種人格權保護範圍具體化之主張。

藉由判決中權利侵害之論述，得以歸納出民事法院對性騷擾詮釋。旅運社案中，原告主張被告之性騷擾行為侵害其「人格權」，侵害原告之身體、名譽，更侵犯原告之「性自主權」，爰依民法第 18 條以及第 195 條第 1 項前段請求損害賠償。法院認為，在現代個人自覺意識濃厚、強調相互尊重之社會，人格尊嚴及人格價值之保護具有特別意義，而身體權作為人格權之一種，身體權之保護，包含身體不受外界具性意味之侵擾，無論是以言詞或身體接觸為之³⁸⁵，被告之性騷擾

³⁸⁰ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 123。

³⁸¹ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 127-128。

³⁸² 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 175。

³⁸³ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 131。

³⁸⁴ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 291-295。

³⁸⁵ 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 588 號判決：「按人格尊嚴及人格價值之保護，在現代個人自覺意識濃厚、強調相互尊重之社會，尤具有特別重要之意義，此觀世界各國對於人格權法益之保護規定日益周密可明；而人格權之內容，依學者之意見，凡保證吾人能力所及，對於第三人得



行為，構成對於原告「身體權」之侵害。

而醫院性騷擾案，原告主張被告對其有觸摸以及言詞騷擾等行為，侵害了原告的身體自主權、心理健康、名譽權，依民法第 18 條、第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項之規定請求損害賠償。法院強調「人性尊嚴」或謂「人格尊嚴」為人之基本原則，亦即人之所以為人的核心內涵，憲法增修條文第 10 條第 6 項強調保障婦女之人格尊嚴、人身安全，消除性別歧視以及促進實質平等，民法第 18 條為人性尊嚴於民法之體現，從而人格權指存在於每個個人，為維護個人人格之完整性與不可侵犯性，其中身體權指保持身體完整之權利，包括身體自主權，使每個人得對於自己之身體，得予自己所喜愛之親人、朋友碰觸，得拒絕陌生之人或未得同意之人的碰觸；健康權包括生理健康、心理健康，對於健康權之維護，使得個人之生理健康、心理健康均得健全之發展等³⁸⁶，而被告之行為對原告構成「身體自主權」、「心理健康」之侵害。

保險經紀公司案中，原告主張被告行為人對其有觸碰之性騷擾行為，侵犯其人格尊嚴及人身自由，被告雇主應未事前防範職場性騷擾事件，事後亦未妥善處理，侵害原告之人格尊嚴及工作權，故依民法第 184 條、同法第 195 條、性別工作平等法第 27 條、就業服務法第 5 條等，主張被告雇主應負侵權行為損害賠償

以主張可享受之權利，無論係精神、道德或經濟層面，與吾人生存及生活不可分離者均屬之，即有關生命、身體、名譽、自由、姓名、身分及能力等權利，而有關身體權之保護，自包含有身體不受到外界具有性意味之侵擾，無論加害人以言詞或身體接觸為之。」

³⁸⁶ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決：「按『人性尊嚴』或謂『人格尊嚴』，為做人最基本之原則，亦即人之所以成為人之核心內涵。我國憲法增修條文第十條第六項亦規定：『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。』而人性尊嚴於民事法律之具體表現，即規定於民法第十八條。且民法第十八條之修正理由亦述及：『人格尊嚴之維護，日趨重要，為加強人格權之保護，不但於人格權受侵害時，應許被害人請求除去其侵害，即對於未然之侵害，亦應許其請求防止，爰增訂本條第一項後段規定。』是對於人格權之保障，即為對於人性尊嚴之最大尊重。是人格權乃存在於每個個人，為維護個人人格之完整性與不可侵犯性，包括有生命權、身體權、健康權、名譽權、自由權、信用權、隱私權、貞操權、姓名權、肖像權等等。其中身體權係指保持身體完整之權利，包括身體自主權，使每個人得對於自己之身體，得予自己所喜愛之親人、朋友碰觸，得拒絕陌生之人或未得同意之人碰觸。至健康權部分，包括生理健康、心理健康，對於健康權之維護，使得個人之生理健康、心理健康均得健全之發展。」



責任，以及應依民法第 188 條與被告行為人負連帶賠償責任，法院則認，被告行為人之言詞及行為，具有性意味及性別歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，對原告之「人格尊嚴」以及「心理健康」造成侵害³⁸⁷。

比較特別的是，在性別工作平等法訂定前，以侵權行為損害賠償作為工作場所性騷擾求償基礎的四件案件中，有兩件討論到了「名譽權」的侵害，分別為通譯案以及醫院性騷擾案。通譯案中，原告不似另外三件案件，並未特別強調被告行為是否構成「性騷擾」，而是直接主張被告在公共場所開黃腔之行為，侵害原告之「名譽」，依民法第 184 條第 1 項前段及第 195 條第 1 項規定請求損害賠償。法院認為，原告甫生產不久，被告所言「開黃腔又怎樣，不黃你會生子」，隱喻了原告有不雅或不當之性行為，被告於公共場所內為此行為，考量原被告之身分地位等情狀，認為被告之言詞，含有高度負面評價，依社會大眾之觀念，對原告人格之社會評價自有貶損，已達貶損原告名譽之程度³⁸⁸，故侵害原告之名譽權；而醫院性騷擾案，原告主張被告對其所為之性騷擾行為，除了侵害原告的身體自主權、心理健康等，亦對原告之名譽構成侵害。針對此主張，被告行為人認為，名譽權是個人在社會上所受的價值判斷，有無損害應以社會對受害者之評價是否貶損為認定標準³⁸⁹；原告則主張名譽是否受侵害，固然以社會對其之

³⁸⁷ 台灣台南地方法院 91 年度訴字第 1912 號判決：「觀原告指訴被告丙○○之言詞及行為等情節，顯已具有性意味及性別歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，並達到使人厭惡之程度，足可認屬『性騷擾』。」、「本件丙○○於前揭時、地持續對原告為性騷擾行為，致使原告之人格尊嚴及心理健康受到損害，精神亦受有痛苦，已對原告構成侵權行為，對原告人格尊嚴及心理健康造成侵害，...。」

³⁸⁸ 台灣台北地方法院 87 年度訴字第 673 號判決：「又對甫生產不久之人，以嘲諷或於爭吵中稱「開黃腔又怎樣，不黃你會生子」，自隱喻甫生產不久婦女，有不雅或不當之性行為，且被告為前言語時，又係在台灣高等法院公眾得出入之場所即通譯室內為之，是綜合考量兩造均為公務員之身分、地位等各項情狀，自足認定被告此等言詞，含有高度之負面評價，依社會大多數人之觀念及評價，應認已達到貶損原告之名譽，對原告人格在社會之評價自有貶損。是綜上可知，本件原告業經舉證證明被告確有妨害名譽之侵權行為。」

³⁸⁹ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決：「而名譽權為個人在社會上，享有一般人對其品德、聲望或信譽等所加之評價，是屬於一個人在社會上所受價值判斷，因此名譽有無受損害，應以社會上對其評價是否貶損以為判斷，至於主觀上是否感受損害，並非認定之標準。」

評價是否貶損為判斷，若行為人之行為，客觀上足以貶損他人外部人格之社會評價，縱使無影響該人之真實價值，亦構成名譽權侵害，被告對原告之性騷擾行為，是向原告及其他在場之人，表達對於原告人格之歧視、輕蔑及否定，且社會上性侵害受害者一直避免曝光，乃是因一旦曝光，受害者會受他人異樣眼光、指指點點及流言蜚語等壓力，使受害者的社會評價受貶損，從而被告性騷擾行為已貶損原告的社會評價，侵害原告之名譽權³⁹⁰；最終法院認被告之性騷擾行為，社會上名譽評價受減損者，應為性騷擾他人之被告，而非受害者，從而不構成原告名譽權之侵害³⁹¹。

從上開法院見解可以得知，性別工作平等法訂定以前，民事法院認為性騷擾侵犯了原告之人性尊嚴，從而構成人格權之侵害，至於侵害何種人格權，則以性騷擾破壞了人之身體完整性，從而構成身體權，或更具體的「身體自主權」之侵害，以及性騷擾侵害了受害者之心理健康，從而亦構成健康權之侵害為常見之見解。惟被告之性騷擾，是否侵害了原告之名譽，對此法院則有歧見，有認被告之

³⁹⁰ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決：「關於原告名譽權被侵害部分，並不以公然及散布於眾之意圖為必要。因名譽為人格之社會上評價，名譽有無受侵害，應以社會上對其評價是否貶損為斷。如客觀上行為人之行為，已足貶損他人外部人格之社會上評價，雖對其人之真實價值未生影響，亦應構成侵害名譽權。而在民法上，若已將足以毀損他人名譽之事，表白於特定第三人，縱未至公然侮辱之程度，且無散布於眾之意圖，亦應認係名譽之侵害。本件被告之行為，顯已嚴重侮辱原告，而構成妨害名譽。又所謂侮辱者，乃對人表達足以貶損他人社會評價之輕蔑行為，其方式不論係出於言語或舉動，均足當之。故侮辱他人者，自構成侵害他人之名譽。本件被告在原告強烈表達反對意願之情況下，仍然三度於有他人在場見聞或得見聞之工作場所，公然撫摸掐揉原告之背部、頸部、手部及臀部，甚至於原告向其強烈抗議後，仍以言語侵害原告之人格尊嚴及身體自主權，並同時以此種方式，向原告及在場之他人，表達對原告人格的歧視、輕蔑及否定，為公然嚴重侮辱原告，足以貶損原告於社會之評價，自構成侵害原告之名譽權。蓋觀諸我國現今社會實況，絕大多數之性侵害被害人，皆不敢曝光，此乃因一旦曝光，被害人實際上會遭受他人異樣眼光、指指點點及流言散播之壓力，的確會使其在社會上之評價遭受貶損。而依性侵害犯罪防治法第十條、第十六條之規定，均有保密被害人身分之特別規定，足證此種社會之現實，亦為立法政策所考量。而本件原告確因被告之行為，遭受同儕間流言的冷嘲熱諷及誤解，或謂原告亦為一輕佻之人，或謂原告與被告另有親密關係，或謂原告意在圖利金錢等，五花八門之流言，使原告飽受打擊，嚴重減損原告之社會評價。」

³⁹¹ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 424 號判決：「然名譽權之侵害，係指以言語、文字、漫畫或其他方法貶損他人在社會上的評價，使其受到他人憎惡、蔑視、侮辱、嘲笑、不齒與其來往。本件被告於未得原告同意之情形下，故意以手碰觸原告身體之背部、頸部、肩部、臀部，然於社會上名譽評價受減損者，應為故意撫摸他人身體之被告，而非被撫摸者之原告。」

言詞，得原告之社會評價貶損，構成名譽權之侵害，亦有認被告為性騷擾行為，社會評價受貶損者應為加害人而非受害者，從而不構成名譽權之侵害等。



三、所受之「損害」

若無損害，則無賠償，係侵權行為基本之概念，而權利受侵害，可能致生財產上或非財產上之損害，財產上損害得以金錢加以計算，非財產上損害則為難以用金錢衡量的精神或肉體痛苦³⁹²，惟非財產上損害賠償係以被害人所受痛苦為準據，並無確切的價格標準得以換算³⁹³，從而有難以核定，以及人格價值商業化的質疑³⁹⁴。

如同先前之章節曾探討者，在性騷擾案件，這類行為人及受害者高度性別化之案件中，非財產上損害是受害者最常見的主張。於旅運社案中，原告主張被告身為主管，以工作迫使原告屈從其行為，打擊原告之心理健康以及自我尊嚴，被告之性騷擾行為使得原告感到困擾、窘迫、屈辱、緊張及沮喪，並有頭痛、腸胃不適、失眠等等健康不良症狀，原告日漸消瘦，被告之行為對原告造成精神上之壓力，從而請求非財產上損害賠償 40 萬元，法院認同被告之性騷擾行為對原告造成相當之壓力³⁹⁵，故判被告必須負擔 10 萬元非財產上損害賠償；通譯案中原

³⁹² 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 223-224。

³⁹³ 最高法院 48 年台上字第 1982 號判決：「非財產上損害之慰藉金，固非如財產損失之有價額可以計算，但仍應以被害人所受之苦痛為準據。」；最高法院 42 年台上字第 864 號判決：「非財產上之損害，原非如財產損害之價格可以計算，究竟如何始認為相當，自得由法院斟酌情形，定其數額。」

³⁹⁴ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 482-483。針對這些質疑，本文認為，慰撫金數額固然難以計算，惟財產損害亦未必如此客觀、可預測，例如計算失能、勞動力減損等，亦有無百分之百客觀科學標準之疑，從而無確切標準不足作為否定慰撫金之理由，而人格價值商業化之疑問，舉凡以金錢作為賠償者都會面對此種商業化的問題，並非所有價值都能以錢的概念取代，固無疑問，然而在現行損害賠償系統中，金錢賠償具有實際運用上較方便、迅速且能讓受害者獲得立即補償之效，若一味以人格不能與金錢等值等理由作為反對，恐落入「人格價值不應金錢化」、「愛的勞動不應金錢化」的陷阱，反而造成受害者（且通常為社會邊緣群體）於法律上求助無門的困境。

³⁹⁵ 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 588 號判決：「原告遭受性騷擾後，衡諸社會一般情況，難免引發自己對於本身『為何他人會騷擾』之人格疑慮，其後復遭被告提出誹謗之告訴，使原告難免於訟累，雖原告獲判無罪確定在案，惟原告提出本件損害賠償訴訟迄今被告未為任何道歉，原告揭發此事精神上有相當壓力等一切情事...」

告主張被告之行為對原告造成重大精神痛苦，請求非財產上損害賠償 60 萬元，法院認原告因被告之行為而有精神損害，判賠非財產上損害賠償 20 萬元；醫院性騷擾案中，原告主張 100 萬元非財產上損害賠償，原審法院認被告性騷擾行為使得原告之心理健康受損，精神受有痛苦，故判被告須負 40 萬元非財產上損害賠償，二審法院持相同理由，進一步將非財產上損害賠償提高為 45 萬；而保險經紀公司案，原告主張被告行為人之性騷擾行為，以及被告公司之處理，造成其身心莫大痛苦，請求非財產上損害賠償 60 萬元，而法院認被告行為人之性騷擾行為，造成原告之人格尊嚴及心理健康、精神受損故判賠 40 萬元非財產上損害賠償，二審法院之認定與原審相同，惟將金額減為 27 萬元。

性騷擾訴訟中，原告所受之財產上損害，可能產生因騷擾行為而生之醫療相關費用，原告亦可能主張騷擾行為，使其身體、健康受到侵害，進而產生勞動力減損，或是因受解僱、被迫辭職而生的薪資損失等。於性別工作平等法訂定前，旅運社案之原告，除了非財產上損害之請求外，亦向被告請求遭解僱後之財產上損害賠償，原告主張其就職後表現並無問題，惟被告之性騷擾使原告產生各種身心症狀，排斥工作環境卻又不得不上班，原告因而業績陡降，被告更屢次向原告提出邀約，遭原告拒絕竟將其調職，後又因原告不從而將其解僱，原告因解僱後失業所生之「應得而未得之薪資」及換新工作增加之支出，是原告所受之財產上損害，被告應就此部分賠償。惟就此部分，法院認為原告遭解僱前之業績確實未達公司之標準，原告向友人抱怨遭被告性騷擾時，僅提出有悲傷、憤怒等情緒，並未提到對身體或工作有所影響，從而認為原告無法證明因被告性騷擾行為而致健康不佳，且原告於性騷擾後業績陡降，卻於某一月又升高，法院質疑若原告因性騷擾而影響其情緒及健康，業績豈有下降後又上升之可能，故認被告性騷擾行為與原告業績未達標準、出勤狀況不佳之間無相當因果關係，從而被告毋庸賠償

原告財產上損害。



第三項 小結：尚未形成共識的問題

一、性騷擾之概念及構成標準仍不明

由四則性別工作平等法訂定前之民事法院判決觀之，雖然當時社會上已有「性騷擾」之概念，惟欠缺相關法律規範，導致性騷擾之定義在法律上並不明確。法院分別將性騷擾定為「不受歡迎」、「不愉快」、「人格尊嚴受損感覺」、「使人厭惡」或「具有性意味及性別歧視」等行為，惟因此時期法律上並無對何謂性騷擾加以定義，實務判決對於何種行為足以構成性騷擾並無提出統一之判斷標準，並未討論工作場所性騷擾行為是否構成性別歧視，而是在侵權行為的框架下認定該行為構成對個人權利之侵害。而旅運社案及保險經紀公司案，被告任總經理或副總經理之職，對於原告有管理監督權，對原告工作條件之改變有實質影響力，且二案件之原告最終均遭解僱，惟從原告並未特別主張被告是否以原告屈從其性騷擾作為工作條件之交換，法院亦未將有影響錄用、陞遷以及解僱的「交換條件性騷擾」，與創造冒犯情境的「敵意環境性騷擾」作出區分，或許是因為該時期我國法律並無對性騷擾相關法律責任之規定，性騷擾之類型為何對被告行為人及雇主之法律責任並無影響，從而無論是原告或法院對此均無進一步論述。

以及，言詞騷擾是否構成性騷擾，不同法院對此看法不一，在通譯案中，雖原告並非以被告開黃腔行為構成性騷擾為主張，惟法院認定被告開黃腔之行為構成原告名譽權之侵害；而在醫院性騷擾案中，原告則明確主張被告的言語對其構成性騷擾，一審法院認為，言語騷擾是指任何打擾、警告、嘲弄或辱罵他人之言語、動作或製造使人心生畏怖情境之行為。必須故意於語詞上，以打擾、警告、嘲弄或辱罵他人為目的，始足當之。而被告對原告所說之「我是

給妳面子，怕妳沒人摸。」、「碰一下就鬼叫鬼叫！」，是被告故意觸摸原告身體後的言語上解釋，並非故意於語詞上，打擾、警告、嘲弄或辱罵原告；而被告代替原告完成插管後對原告說「懂不懂？妳要請我吃冰？」、「那讓妳摸回來嘛！」等言詞，是應屬於被告接替原告麻醉插管後，所為之俏皮性話語，被告此部分言語縱有輕挑之情形，惟與前故意於語詞上，打擾、警告、嘲弄或辱罵他人之騷擾行為，尚屬有間。但這樣的見解，於二審法院後即被推翻，二審法院認為此為言語騷擾行為，況且接在被告故意觸摸原告之後，被告進而以此類挑逗性言詞騷擾原告，更會更會造成被上訴人不愉快及人格尊嚴受損之感覺，從而構成性騷擾行為。

二、何種權利侵害認定不一

性別工作平等法訂定前，原告以侵權行為作為求償基礎，向民事法院提起損害賠償訴訟，上開四則法院判決顯示出，法院開始重視「人性尊嚴」、「人格權」之意涵，從而在論述中皆強調人格尊嚴之於人之重要性。回應原告的性騷擾主張，四件法院判決普遍認同性騷擾構成「身體權」、「健康權」之侵害。惟是否構成「名譽權」侵害，法院尚無一致之見解。

三、損害認定及慰撫金核定標準存疑

性騷擾受害者，因被告之騷擾行為而生非財產上損害，為法院所認。惟性騷擾受害者，若主張因被告之騷擾行為，造成其被解僱，或被迫自動辭職，因之所生之財產上損害，是否得向被告求償？性別工作平等法訂定前，旅運社案中，法院認為原告係因工作表現不佳始遭公司解僱，原告無法證明被告的騷擾行為，與其業績下滑有因果關係，從而法院判原告主張遭解僱後之失業所失，亦即財產上

損害之求償無理由。

四件法院判決，皆認原告得向被告請求非財產上損害賠償，判給原告一定之慰撫金數額，惟慰撫金數額之核定標準為何，旅運社案中，法審酌原告及被告之**身分、地位、資力及原告受害情形**³⁹⁶，判被告賠償原告 10 萬元；通譯案中，法院審酌被告之**身分**，及其故意侵權行為之**程度**、原被告雙方之**資力**、原告所受之精神及名譽**損害**等，判被告須賠償 20 萬元；醫院性騷擾案中，一審法院審酌原被告之**學歷及資力**，判被告須賠償 40 萬元，二審法院同樣審酌原被告之**學歷及資力**，並加以**原告所受痛苦**不輕，原告現已請調至其他分院服務等情狀，判被告應賠償 45 萬元；保險經紀公司案，一審法院審酌原被告之**身分地位、性別、上下屬關係、原告所受之痛苦**、原告提出訴訟須承受之壓力等，判被告賠償 40 萬元，二審法院審酌原被告之家庭及經濟狀況、**學歷、地位**，均為保險業專業經理人且具相當**資歷**、雙方之性別、上下屬關係、原告所承受之痛苦及提出訴訟須承受之壓力等，判被告須賠償 27 萬元。

從四則法院判決得以看出，法院在審酌慰撫金數額時，所運用之判定標準未盡一致，常見標準為原被告之學歷、資力、身分等，部分法院則將原告受害程度、被告行為程度以及其他情狀納入考量，惟何以使用此何定因素，以及採納之因素對於慰輔金數額之高低影響，法院並未詳細說明。

四、雇主為受僱者行為負責與否？

性別工作平等法訂定前，若原告除行為人本身以外，欲追究雇主之責任，得

³⁹⁶ 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 588 號判決，法院特別指出：「原告遭受性騷擾後，衡諸社會一般情況，難免引發自己對於本身「為何他人會騷擾」之人格疑慮，其後復遭被告提出誹謗之告訴，使原告難免於訟累，雖原告獲判無罪確定在案，惟原告提出本件損害賠償訴訟迄今被告未為任何道歉，原告揭發此事精神上有相當壓力等一切情事，..。」

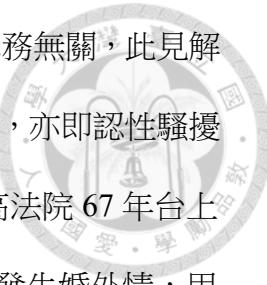
主張民法第 188 條³⁹⁷，雇主為受僱者行為負責之規定，請求雇主負連帶賠償責任。

於保險經紀公司案中，原告即以民法第 188 條，主張被告行為人之性騷擾行為發生於執行職務之期間及處所，屬職務上給予機會之行為，被告公司應與行為負連帶賠償責任，惟法院引用最高法院 42 年台上字第 1224 號判例³⁹⁸，認「受僱人不法侵害行為自應與其所執行之『職務』，具有內在的牽連關係，即基於職務得為特定之行為，而利用此種職務關係實施不法侵害行為，如無此職務關係即無從實施不法侵害行為，此乃因在此種情形下，僱用人始得預見而事先防範，反之如受僱人之不法侵害行為與職務不具關連性，自非僱用人所能預計控制。」從而法院認為，本件被告行為人雖為公司總經理，惟性騷擾並非總經理原有職務，亦非被告行為人身為總經理始得為之行為，縱被告行為人不於該公司任職，亦可在不同場所對其他女性為性騷擾行為，從而認被告行為人對原告之性騷擾行為純屬私德不檢所致，與其總經理職務無關。

有疑問的是，保險經紀公司案中，法院引用之最高法院 42 年台上字第 1224 號判例，學說上認此為民法第 188 條何謂執行職務之「客觀說」，亦即行為人之行為，在客觀上與執行職務有關，即應認定屬執行職務之範圍。本件法院雖引用此判例，但於執行職務範圍之認定上，卻進一步要求必須具有「內在關連性」，從而即便該件被告行為人確實倚仗公司總經理之職位，多次於上班時間，在辦公室內觸摸原告身體，法院仍認被告行為人之性騷擾行為非屬總經理之職務，甚至

³⁹⁷ 民法第 188 條：「（第一項）受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。（第二項）如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。（第三項）僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」

³⁹⁸ 最高法院 42 年台上字第 1224 號判例：「民法第 188 條第 1 項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內。」



非屬利用職務之便之行為，而純屬行為人之私德問題，與執行職務無關，此見解實讓人存疑。事實上，從法院之論理觀之，真正影響法院之判斷，亦即認性騷擾行為並非民法第 188 條執行職務範圍者，應為判決另引用之最高法院 67 年台上字第 2032 號判例³⁹⁹，該案例事實為受害者甲與同公司之同事乙發生婚外情，甲與乙分手後，乙將甲裸露之照片貼在公司供其餘同事閱覽，甲深感受辱憤而自殺，甲之繼承人向公司提出訴訟，主張依民法第 188 條，認乙加害行為均在執勤之時間及地點，公司身為雇主卻疏於選任、怠於防範，應與行為人負連帶賠償責任，惟法院認為乙之行為是由其私生活不檢所致，與執行職務無關。此判例主張受僱者在工作場所內的加害行為與執行職務無關，從而雇主無須負損害賠償責任，保險經紀公司案之法院，遂引用此見解，認為被告行為人在工作場所中，性騷擾原告之行為純屬私德而非執行職務，雇主毋庸負連帶賠償責任，惟此見解是否妥適，仍有待討論。

五、工作場所性騷擾是否為平等問題？

在性別工作平等法訂定以前，雖社會及學界對於工作場所性騷擾之性質，究竟僅為私人間之侵害問題，抑或屬性別歧視之一有所爭論，惟上開四件民事判決，在侵權行為法之框架下，將性騷擾行為定性為對於原告權利之侵害，並未進一步探討是否屬於職場性別歧視，例如旅運社案中，原告在訴求時提出性騷擾是一種性別歧視，而醫院性騷擾案，原告亦泛稱被告之行為屬對對原告人格的歧視、輕蔑及否定，為公然嚴重侮辱原告，構成名譽權侵害等，惟二法院之論述，仍環繞在權利侵害之認定，對於歧視之構成及概念並未作進一步之闡釋。

而保險經紀公司案，在判決內曾提及縣政府就業歧視評議委員會對該性騷擾

³⁹⁹ 同於上一章曾論及者，本案亦屬於一未經當事人同意，故意散佈、播送、張貼或以任何方式讓第三人觀覽當事人為性交、裸露性器官等性私密之照片、影像之「復仇式色情」案例。

事件認定成立之決議，並於判決內表示被告之言詞及行為「顯已具有性意味及性別歧視，侵犯女性人格尊嚴及人身自由，並達到使人厭惡之程度，足可認屬『性騷擾』。」法院雖認為被告行為人之行為具有性別歧視意涵，惟在雇主責任之認定上，認被告行為純屬私德，亦即認雇主無須為受僱者之歧視行為負損害賠償責任，此見解並未解答工作場所性騷擾是否構成一職場性別歧視之問題。

本文認為，法院對於工作場所性騷擾之定性，究竟僅為對個人權利之侵害，抑或同屬職場性別歧視，是一重要之議題，如認同工作場所性騷擾，對受害者具有一定程度的經濟強制，則勢必影響法院判斷財產上損害之因果關係，同時，對於雇主是否應為受僱者之性騷擾行為負責，亦將可能有不同之見解，此部分本文至下一章進行更詳細之討論。

第二節 性別工作平等法中防治性騷擾規範之立法緣由

第一項 對於工作場所性騷擾之法律救濟檢討

一、學界觀點

（一）侵權行為法是否足夠？

1. 侵權行為面臨之難題：不足以解釋工作場所性騷擾之傷害

如同先前民事法院判決所顯示，人格權的保障在各國有逐步擴大的趨勢。而從學說及實務對於「貞操權」概念的運用中，可以得知「性」與個人人格權息息相關，在民事法院以侵權行為損害賠償詮釋工作場所性騷擾之前，學者即認為，工作場所性騷擾對於勞動者之人格權造成嚴重之侵害，從而應將此種與性有關之不當言行舉止，視為人格權受侵害之一環，但工作場所性騷擾有其特殊性，與侵權行為法概念中人格權之侵犯，有所重疊卻非完全一致，蓋工作場所性騷擾行為

雖具有性本質，但同樣影響著勞動者身處的勞動環境及條件⁴⁰⁰，學者亦舉美國關於工作場所性騷擾侵權行為法之討論，提出受害者提起侵權行為訴訟，法院偏重探討者多為當事人之私益，但工作場性騷擾事件之預防及處理，卻兼具公益之色彩，是否得完全以侵權行為法來詮釋工作場所性騷擾，或是謹以侵權行為法作為救濟途徑是否妥適，仍有疑義等主張⁴⁰¹。

在我國，於 1999 年債編修正前，民法第 18 條、184 條以及第 195 條，皆可作為工作場所性騷擾受害者人格權受侵害之論述及求償依據，惟民法第 184 條包含了三種侵權行為，原告因受性騷擾而提起侵權行為訴訟時，必須論述違反何種侵權行為類型，依法律之構成要件而言，必須討論侵害何種權利或利益、被告是否故意背於善良風俗之方式加損害於原告、違反何種保護他人之法律等等，此等爭議無法一概而論，法院易生歧見，民法之侵權行為是否足以概括所有性騷擾類型亦有疑義⁴⁰²。況且民法債編修正前，性騷擾受害者縱使證明人格權受到侵害，其欲請求非財產上損害賠償時，法律限於明文規定之特別人格權始得請求，增加了性騷擾受害者之求償困難⁴⁰³，且依實務判決觀之，性騷擾受害者要證明其因性騷擾行為而受有實際損害並不容易，在性別工作平等法訂定前，受害者原告提起侵權行為損害賠償，獲得勝訴之部分多為非財產上損害賠償，亦即慰撫金之請求，財產上損害賠償則多為法院駁回⁴⁰⁴，而於 1999 年民法債編後，雖於民法第 195 條增加了得請求非財產上損害賠償之權利，亦新增了其他人格法益，增加侵權行

⁴⁰⁰ 王惠玲（1993），〈由勞動法觀點論工作場所性騷擾〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 23-24。

⁴⁰¹ 焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢-兼論對我國相關制度之啓示〉，《台大法學論叢》，第 28 卷 3 期，頁 10。

⁴⁰² 高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 22-23。

⁴⁰³ 王惠玲（1993），〈由勞動法觀點論工作場所性騷擾〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 23-24；焦興鎧（1999），〈美國處理工作場所性騷擾爭議之經驗-兼論對我國相關制度之啟示〉，《法學叢刊》，第 44 卷第 2 期，頁 112。

⁴⁰⁴ 高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 22。

為受害者請求慰撫金的可能性，惟性騷擾並非該次修法討論之重點，從而實際上對於性騷擾的民事求償影響不大。



2. 雇主責任難以成立

若性騷擾行為人為公司同事，受害者雖得主張民法第 188 條請求雇主負擔連帶賠償責任，惟在敵意環境性騷擾之情形，行為人之騷擾行為是否屬於民法第 188 條之「執行職務」範圍內，卻有爭議，有學者認除非騷擾經過雇主授權，或雇主為共同侵權行為人之情形以外，受害者難以主張民法第 188 條請求雇主負連帶賠償責任⁴⁰⁵。而實務上對於受僱者執行職務範圍之認定，向來採取廣義見解，惟於最高法院 67 年台上字第 2032 號判例，對敵意工作環境性騷擾事件之雇主責任，卻轉往嚴格認定，認為受僱者之侵害行為僅為私德問題。依循此一判例見解，敵意環境性騷擾受害者，若欲依民法第 188 條向行為人之雇主請求連帶賠償時，法院很可能會認為行為人於工作場所內張貼猥亵照片、講黃色笑話等敵意環境性騷擾行為，僅為私德不檢所致，與執行職務無關⁴⁰⁶，此見解從根本上阻絕了受害者向有資力之雇主尋求連帶賠償之可能性。

（二）專門立法之討論

工作場所性騷擾具有複雜性，與女性勞工在職場內之平等地位息息相關，制定性別工作平等法以專法規範相關問題之聲浪，卻歷經十多年才成功催生法律規範。早在 1993 年，勞動行政部門即開始重視此一勞動平等問題，時任之行政院勞工委員會主委，亦曾表示工作場所性騷擾是導致勞工工作品質惡化的侵害行為，

⁴⁰⁵ 俞慧君（1993），〈工作場所性騷擾之法律問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 25。

⁴⁰⁶ 高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 32。

勞動契約的建立應基於尊重及平等原則⁴⁰⁷，並在當時即開始針對何種行為構成性騷擾提出討論⁴⁰⁸，值得注意的是，當時的討論相當重視行為人與受害者間之權力關係，認為工作場所性騷擾，不應侷限於工作時間（上班時間）內，其他與工作相關而引發之騷擾，例如管理監督者運用其權能，以商談公事或其他藉口，在下班後所為之騷擾行為，亦應構成工作場所性騷擾⁴⁰⁹，顯示早期之討論並非看不見工作場所性騷擾中存在之權力問題，且採工作場所性騷擾屬於性別歧視之觀點，認必須透過落實勞動法規中防止歧視之規定，方有助於減少性騷擾事件之發生⁴¹⁰。

1.工作場所性騷擾之特殊性及草案評議

在台灣工作場所性騷擾情形並非少見，但與美國同樣存在著工作場所性騷擾與勞動環境緊密結合之特性，以及社會文化上慣有的責備受害者傾向，導致性騷擾之受害者多半選擇隱忍不發。工作場所性騷擾雖與勞動權密切相關，但於 1990 年以前，台灣幾乎無以勞動角度切入探討工作場所性騷擾之研究。1990 年後，因應社會發展，學者開始逐漸重視此一議題，聚焦於工作場所之特殊性，行為人與受害者間並非單純的陌生人，而是職場上具有指揮監督權的管理監督者與下屬，或是必須共事的同事，除此二者以外，加害者亦有可能是受害者因為工作所須而事實上無法迴避或拒絕之人，例如客戶等，這些情況都與勞動者的勞動環境及條

⁴⁰⁷ 趙守博（1993），〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 6。

⁴⁰⁸ 其提出之性騷擾要件：「（一）以明示、暗示的言語或行動達到挑逗或滿足自己或對方性慾為目的。（二）雙方對於其挑逗行為的發生並未有意思上的相互同意。（三）此一行為對於他人的人格、人身自由、尊嚴或工作構成了侵犯或干擾。（四）行為人與行為對象雙方的關係有長官、部屬、同事或權力監督關係。」趙守博（1993），〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 7。

⁴⁰⁹ 以下狀況均構成性騷擾：「（一）發生於工作場所或工作契約的旅行的一切過程，或與工作關係而衍生的情況中。（二）以對方接受性騷擾為勞動契約的成立要見。（三）以對方接獸性騷擾來決定勞動契約是否存續。（四）以對方接受性騷擾來決定其應有的勞動條件。」趙守博（1993），〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 8。

⁴¹⁰ 趙守博（1993），〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 10。

件息息相關，而性騷擾導致勞動找身處不友善的工作環境，造成的結果是，因為受騷擾而造成勞動者精神及身體壓力，阻礙勞動能力的發揮，或是對於陞遷、加薪及福利等勞動條件造成影響，甚至導致受害者遭解僱或被迫自動辭職之問題。從而規範工作場所性騷擾，不僅在於保護勞動者的個人法益以及人性尊嚴的不可侵犯，同時也是為了貫徹憲法上的平等原則，因工作場所性騷擾通常是具有優勢地位之特定性別者，以其他性別為對象，透過騷擾行為展示其權力，再加以工作場所勞動者在勞動關係上的從屬性，故工作場所性騷擾的行為是一種具歧視性的不平等待遇⁴¹¹。

此一時期學界之討論，亦指出當時我國法律規定，對工作場所性騷擾之救濟並不充分，定義認定上也較為狹隘，而縱使性騷擾行為可能構成刑法之違反，使行為人受刑事制裁，但對受害者而言，仍無法獲得實質救濟，從而損害賠償之請求及工作權確保即具有相當之重要性⁴¹²，必須讓性騷擾之定義明確及法概念化⁴¹³，侵權行為損害賠償則應確認概括人格權侵害亦可請求非財產上損害賠償，行政責任上要強化勞動市場的平等待遇，並應確立雇主之責任等⁴¹⁴。

後續無論是民間團體或是行政機關提出不同性別工作平等法相關草案，雖然在性騷擾之規範上定義不一，但相同的立意均為禁止在工作場所從事任何違反他人意願而與性有關之言語或肢體行為，禁止此類會造成脅迫、敵意或冒犯之工作環境，或影響當事人工作表現之行為⁴¹⁵，惟民間團體、行政院或個別立法委員所

⁴¹¹ 王惠玲（1993），〈由勞動法觀點論工作場所性騷擾〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 22-25。

⁴¹² 俞慧君（1993），〈工作場所性騷擾之法律問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 18。

⁴¹³ 當時許多學者引進外國法之討論，作為我國性別工作平等法中對性騷擾規定之參考依據，參：鄭津津（1998），〈美國工作場所性騷擾相關法制之研究〉，《中正大學法學集刊》，創刊號，頁 233-265；焦興鎧（1999），〈美國處理工作場所性騷擾爭議之經驗-兼論對我國相關制度之啟示〉，《法學叢刊》，第 44 卷第 2 期，頁 101-126；焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢-兼論對我國相關制度之啟示〉，《台大法學論叢》，第 28 卷 3 期，頁 29-87。

⁴¹⁴ 王惠玲（1993），〈由勞動法觀點論工作場所性騷擾〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 25。

⁴¹⁵ 焦興鎧（1999），〈試評「民主進步黨工作場所性騷擾暨性別歧視防治辦法」-兼論幾項近期之相關發展〉，《全國律師》，第 3 卷第 8 期，頁 64。

提出之草案，對於工作場所性騷擾之定義並未一致⁴¹⁶，亦有學者認為當時的性別工作平等法相關草案，過於強調性騷擾之性本質，不若美國將仇恨或貶抑特定性別之言行舉止亦納入騷擾的概念，但我國仍屬父權社會，此類針對特定性別的仇恨貶抑的行止，將造成女性勞動者投入勞動市場之阻力及產生職業的區隔，從而應參考美國法，將此概念納入工作場所性騷擾之範疇⁴¹⁷。

2.工作場所性騷擾是否為性別歧視之爭議

雖然性別工作平等法訂定以前，行政機關及學界的普遍聲浪，多認工作場所性騷擾屬於一種性別歧視⁴¹⁸，惟有學者持不同見解，主張最早將工作場所視為一種性別歧視之美國，是因當時尚未建立規範性騷擾之專門法規，從而將之作為歧視形態之一，得讓受害者藉由民權法第七章獲得救濟，在美國實務及學界對於工作場所性騷擾是否構成性別歧視，亦有不同之意見，如同前一章中曾經提及，美國學界不乏對民權法第七章性別歧視概念，無法回應同性性騷擾以及雙性性騷擾

⁴¹⁶ 各版本草案可參：蔡牧融（2014），《她們想/需要什麼樣的法律？—性別工作平等法典型歷史敘事的反思》，頁370-445，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴¹⁷ 焦興鎧（1999），〈美國處理工作場所性騷擾爭議之經驗-兼論對我國相關制度之啟示〉，《法學叢刊》，第44卷第2期，頁117。我國職業女性在父權社會中面臨的勞動市場困境，此部分可與先前提及的公私領域劃分，女性難以進入職場，或進入後仍要面對勞動市場中各種困境之討論連結，郭玲惠即於其研究中指出：「自古以來傳統之父權思想，將『相夫教子』視為女性之天職，女性之生活重心往往被侷限於『家庭』之內，因此『無償之家務勞動』成了婦女唯一的工作。缺少經濟收入之家庭主婦，亦同時喪失其經濟地位。然而近年來，隨著工商業的日益發達、教育水準的普遍提高，加以女性本身權利意識之大幅提升，女性已漸漸踏出了家庭的範疇，成為勞動力市場中重要之一股力量。然而，就業女性受限於結構上性別權力之不對等，所從事之工作亦多為『低所得』或『低發展可能』之行業或職位，呈現嚴重的『職業隔離』，使就業女性成為勞動市場中廉價且容易被取代之弱勢族群，導致女性勞工權益首當其衝被犧牲的不利處境。諸如工作機會、工作報酬、升遷、加級或職業訓練等等各方面，不僅未能享有與男性勞工平等之待遇，且往往因其女性或母性之特殊身分，而受到相當不合理之歧視與忽略，例如結婚即須離職之『單身條款』、懷孕遭解僱之『禁孕條款』、大腹便便仍強迫夜間工作、能力相同工資卻減少，而工作場所中曾出不窮之性騷擾事件，更使就業女性被迫置身於敵意之生存環境，更突顯我國對於女性勞工權益仍缺乏足夠保障。」，參郭玲惠（2008），《兩性工作平等法-法理與判決之研究》，二版，台北：五南，頁1-2。

⁴¹⁸ 焦興鎧（1999），〈試評「民主進步黨工作場所性騷擾暨性別歧視防治辦法」—兼論幾項近期之相關發展〉，《全國律師》，第3卷第8期，頁62；焦興鎧（1999），〈美國處理工作場所性騷擾爭議之經驗-兼論對我國相關制度之啟示〉，《法學叢刊》，第44卷第2期，頁118。

之質疑，認為將性騷擾視為性別歧視，徒增解釋上之紛爭，也可能使得部分受害者無法獲得救濟，從而學界亦有見解認為，我國對於工作場所性騷擾之討論，法源依據雖來自於正在訂定之性別工作平等法規，且引進許多美國法性騷擾之概念，惟美國將工作場所性騷擾視為民權法第七章之違反，已發展數十年，難免有複雜難解之處，我國既面臨是否對工作場所性騷擾做出法律規範之關鍵時期，將性騷擾定位為人身安全問題而非性別平等問題更為合宜，應擴大納入不限於發生在工作場所之性騷擾，將性騷擾獨立於性別工作平等法外單獨立法⁴¹⁹，這樣的見解及倡議，也促成了後續性騷擾防治法之通過及施行。

二、民間團體倡議

（一）性騷擾是性別歧視

婦女新知基金會於 1989 年開始以舉辦公聽會、成立小組起草屬於台灣的性別工作平等法，並於隔年再度召開公聽會、幾經修正後，透過立委們之連署將草案送入立法院⁴²⁰； 1980 末至 1990 年初，台灣社會開始逐漸重視女性在工作場所之平等待遇，政府開始辦理各種宣導及鼓勵企業托兒，並開始有了企業應訂定防治性騷擾準則、成立就業歧視評議委員會、訂定性騷擾防制要點等之規定⁴²¹。

該基金會認為，性別不平等的一個重要來源是，社會行為和制度劃分出公私領域，且這個分類跟性別高度相關，部分行為被歸類於私事而不是法律規範，惟工作場所性騷擾影響女性工作機會，是一種結構性的人為阻礙，性騷擾往往被視為調情會開玩笑，但其中明示暗示不受歡迎的性意涵被忽略，職場中性別權力關係不對等，性騷擾常成為工作或陞遷機會的交換條件，而敵意的工作環境會造成

⁴¹⁹ 高鳳仙（1999），〈性騷擾防治法之立法問題探究〉，《萬國法律》，第 105 期，頁 57-62

⁴²⁰ 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 7-9。

⁴²¹ 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 14。

被騷擾者的身心困擾，也影響女性勞工的工作意願⁴²²。



（二）法制如何完備

1. 為何需要專法規範工作場所內之性騷擾⁴²³

1992年我國憲法增修條文第10條第6項規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，然而對應到職場中，性別工作機會和權益的不平等始終存在，這種憲法與人民私權的不銜接問題，需要有一套完整的專法來落實憲法中的平等原則。

工作場所性騷擾問題在當時的法律中並未單獨規範，從而只能適用一般民法或刑法規定，惟當時的法律亦無所謂「性騷擾罪」，從而雖然相關案例倍出，卻難有法律可得適用，雖然刑法上有利用權勢性交及猥褻等規定，但僅能就行為人追究責任，難以要求雇主負擔相當之責任，且以言語開黃腔等性騷擾行為，也難以構成利用權勢猥褻，縱使得以請求民事之賠償，然而法院若以名譽權等概念處理，與工作權之討論無關，難以彰顯工作場所性騷擾與女性勞工平等工作權之關聯，法院之承審法官對於工作場所性騷擾權力運作並不敏感，從而即便行為人被判處刑事有罪，或是民事上認行為人應對被害人賠償，但受害者因被解僱或被迫辭職，法院多半仍認這些損害不應獲得任何賠償。婦女新知基金強調工作場所的性別關係反應出社會的性別權力不平等，工作場所的性騷擾即為一例，男性為了展現或維護其優勢地位，意圖以各種不受歡迎之性要求，或具有性意味之言詞、

⁴²² 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 21-22。

⁴²³ 在性騷擾事件中，時常與性別工作平等法併行討論者為性騷擾防治法，二部專法皆有關于性騷擾之定義、行政救濟程序以及損害賠償之規範，從而致生何需二專法分別規範性騷擾之疑，對此疑義，應從二專法之立法目的觀察，性別工作平等法第1條規定：「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法。」，立法目的在維護及促進性別工作權之平等，而性騷擾防治法強調受害者權益及人身安全之保護，二法之旨意不盡相同，且性騷擾防治法在於課以騷擾行為人法律責任，而性別工作平等法強調雇主應防治職場性騷擾，二法規範對象亦不同，二法就其規範對象、性騷擾定義及法律責任等均有所差異。

圖片、動作或手勢，排拒女性勞工進入職場，損害其工作權益，這些行為製造了針對女性勞工的敵意工作環境，屬於一種就業之性別歧視，從而在性別工作平等法中專章訂定「工作場所性騷擾之防治」，始能禁止工作場所中頻發的性騷擾行為，讓社會看見性騷擾的性別歧視文化及性別權力不平等⁴²⁴。

2.民間版草案中之工作場所性騷擾之規定

婦女新知基金會出版之手冊中，對於工作場所性騷擾之防治之說明為：「工作場所性騷擾並非屬於單純的兩性關係，主要是反映男女在工作場所中權力的不平等。受到騷擾的一方無論是在身心或是工作機會和未來發展上，都會受到影響。為防治此一行為的發生，並保護受雇者的權益，本法遂針對性騷擾的言詞、行為以及敵意工作環境的產生加以明確定義（第 21 條、第 22 條），並對該行為加以禁止，同時明訂雇主及事業單位之責任和政府應率先訂定防治辦法及進行宣導（第 23 條、24 條）。」從說明中可以得知，民間團體版之草案相當強調了工作場所性騷擾所具有的權力不對等，草案中除了將性騷擾定義明確化以外，草案中並訂定救濟之程序，相關條文規定均得透過損害賠償請求權之行使予以救濟。

婦女新知基金會 1999 年出版之《1999 催生男女工作平等法手冊》中提出相關條文及立法說明⁴²⁵，其中草案第 1 條關於立法目的之規定，開宗明義揭示訂立該法之目的在於「促進男女工作平等，貫徹憲法消除性別歧視，促進兩性地位實質平等之精神」，立法說明並指出此一目的之依據為憲法規定，期待確保女性享有與男性同等之工作機會及待遇，並貫徹憲法保護母性之精神⁴²⁶。而草案 21 條

⁴²⁴ 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 33、40-43。

⁴²⁵ 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 66-80；婦女新知基金會於 1989 年即開始提出相關草案，前後共有七版，草案之詳細內容可參：蔡牧融（2014），《她們想/需要什麼樣的法律？—性別工作平等法典型歷史敘事的反思》，頁 373-381、388-390、418-425，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴²⁶ 草案第 1 條（立法目的）：「為保護並促進男女工作平等，貫徹憲法消除性別歧視，促進兩性



為交換條件性騷擾之定義，其內容為「雇主及事業單位或因工作關係有管理監督權者，不得明示或暗示受雇者或求職者以性要求或其他具有性意味之言詞或行為，做為勞動契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲之交換條件。」，並於立法理由進一步說明：「一、國內工作場所性思擾案例頻傳，但卻處於無法可管之狀態，使得多數男性上司挾其男性及雇主之**雙重權力**，對女性下屬進行性騷擾。為保障女性受雇者之**平等工作權益及性自主權**，特將工作場所性騷擾納入規範。二、明文禁止雇主及事業單位或具有職務監督管理權者，**利用職權**對受雇者或求職者提出性要求或其他具有性意味之言詞或行為，**做為是否改變受雇者工作條件或錄取求職者與否之交換條件**。」由此可見，民間團體對於交換條件性騷擾之概念，是指雇主因具有職權，對受僱者提出之性意味言詞行為，作為直接影響受僱者或求職者之工作條件，具有直接之經濟強制力，明確點出職場中男性上司對女性下屬，所可能產生的經濟及性之雙重壓迫，並認此為女性受僱者平等工作權益之一環，同時對於受害者個人而言，亦為一性自主權之侵犯。而草案第 22 條則為敵意環境性騷擾之規定，其內容為：「雇主及事業單位應禁止任何人於勞動契約履行過程中，以性要求或具有性意味之言詞或行為，對受雇者造成脅迫性、敵意性或冒犯性之工作環境，侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。」，並於立法理由中指明：「一、敵意工作環境性騷擾之特徵性在於騷擾者意圖透過各種受雇者所不歡迎之性要求或具有性意味之言詞或行為（包括具有性暗示之語言、圖片、動作、手勢），**使受雇者處於一個充滿敵意之工作場域中，致對其工作表現產生影響，損害其工作權益**。二、維護一安全無虞之友善工作環境為雇主及事業單位應盡之責任，故對於與工

地位實質平等之精神，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」，立法說明：「「依據憲法第七條、第十五條、第一五二條、第一五三條、第一五六條及增修條文第十條第五項之精神，制定本法，以期確保女性享有與男性同等之工作機會及待遇，並貫徹憲法保護母性之精神。」」

作相關之性騷擾（包括來自事業單位內部、客戶或與業務相關之性騷擾），雇主及事業單位均應盡積極防止之責任。」由此可知，敵意環境性騷擾雖非如交換條件性騷擾，會直接影響受僱者或求職者之工作條件，然而勞工因長期處於敵意之工作環境中，工作表現及能力可能將受嚴重影響，進而致生對於工作權益之損害，亦可能產生間接的經濟強制力。

婦女新知基金會並於草案第 23 條規範性騷擾之雇主責任，於條文及立法理由⁴²⁷中強調雇主及事業單位應負防止工作場所性騷擾之發生，並提供受僱者健全工作環境之義務，並應舉辦或鼓勵受僱者參加性騷擾防治相關之教育訓練，以及雇主知悉性騷擾後，具採取立即有效之糾正措施之義務。於草案第 25 條規定對於工作場所性騷擾之受害者，雇主應負損害賠償責任，值得注意者為，婦女新知基金會於草案中引進美國之懲罰性損害賠償制度，認得藉此保障受僱者之工作權及性自主權⁴²⁸。

第二項 立法過程

一、第一至三屆委員討論及工商界反彈

⁴²⁷ 第 23 條：「僱用五人以上之雇主及事業單位應會同工會或受僱者代表訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並公開揭示之。雇主及事業單位於知悉或應知悉前二條性騷擾之情況時，應採取立即有效之糾正措施。雇主及事業單位應定期舉辦或鼓勵受僱者參與防治性騷擾之相關教育訓練。」，立法理由：「一、本法規範工作場所性騷擾之重點不在於行為當事人間之法律關係，而在於確定雇主及事業單位應負有防止工作場所性騷擾發生、提供受僱者健全工作環境之義務。因而，明定雇主及事業單位應與工會或受僱者代表共同訂定工作場所性騷擾防治措施，及相關申訴辦法，以善盡雇主及事業單位維護友善工作環境之責。二、明定雇主及事業單位在知悉或依情勢研判應知悉其事業單位發生前二條工作場所性騷擾時，應立即採取有效之糾正措施，以保障受僱者之工作權益。三、明定雇主及事業單位有責任透過各種方式，包括自行舉辦各種關於工作場所性騷擾防治之研習營，或鼓勵受僱者參加相關之訓練，以使受僱者更加了解其權益所在。四、雇主及事業單位若能舉證證明其已遵行本條及中央主管機關所定之各種防治性騷擾之規定，且對該情事之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主及事業單位始免除其責任。」

⁴²⁸ 草案第 25 條（賠償責任）：「...。（第二項）受僱者或求職者因第二十一條、第二十二條而受侵害者，雇主或事業單位應對受僱者或求職者負新台幣十萬元以上一百萬元以下之懲罰性賠償金。但雇主或事業單位能證明其已遵行第二十三條所定之各種防治性騷擾之規定，且對該情事之發生已盡力防止仍不免發生者，不在此限。」，立法理由：「...。三、明定雇主及事業單位違反本法第二十一條、第二十二條工作場所性騷擾之規範時，應負擔懲罰性賠償金，以保障受僱者之工作權及性自主權。」

1991年10月19日立法院內政、司法聯席委員會開始針對草案進行討論，部分立法委員亦提出增訂工作場所性騷擾之建言⁴²⁹，陳水扁委員主張在審查時應將有關性騷擾的問題納入，其參考他國相關資料後，提出訂定應負刑事責任的性騷擾罪，主張「工作中的性騷擾常為女性勞工帶來極大的身心困擾及壓力，甚至影響到其晉用，陞遷與福利，或因此而失去工作，故在本法中有必要加以適度規範。性騷擾不一定是男對女，亦有女對男的情形，是男女平等的。」⁴³⁰；周荃委員並強調性騷擾面對到證明之難題，以及社會壓力，受害者時常選擇隱而不發，期望大眾亦能以女性心態之角度衡量此一問題⁴³¹；葉菊蘭亦補充認對性騷擾作具體規範，以使工作場所性騷擾事件減少⁴³²。惟法務部次長林錫湖，在受質詢時，表明性騷擾為通俗用語，刑法上已有關於猥褻之規定，若非屬強暴、脅迫等行為，不屬於刑法上猥褻之範圍，則屬「調戲異性」，得以社會秩序維護法處理，應以社會上通常的、健全的觀念衡量⁴³³。

此聯席會議後，決定將進入性別工作平等法之逐條討論，惟工商建言會立刻出現反彈，將「男女工作平等法」與「消費者保護法」、「環境保護法」等一同列

⁴²⁹ 葛雨琴委員：「希望在條文中增加性騷擾條文，性騷擾除了女性，男性也會遇到，也是一個男女兩性平等的考量。」，立法院公報處（1991），《立法院公報》，80卷86期，頁157，台北：立法院。

⁴³⁰ 陳水扁委員提出之性騷擾罪條文：「（第一項）以帶有性暗示之語言、姿勢或身體之接觸、撫摸或挑逗，脅迫勞工或求職者，或使勞工或求職者感到威脅、屈辱、騷擾、不安或被施捨，致影響其工作表現之評估或危害其職業安全者，為性騷擾罪，處六月以下有期徒刑、拘役或新台幣九萬元以下之罰金。（第二項）雇主或因工作關係有監督權之人，假借職務上之權力、機會或方法犯前項之罪者，加重其刑之二分之一。（第三項）第一項、第二項之罪，須告訴乃論。」立法院公報處（1991），《立法院公報》，80卷86期，頁158，台北：立法院。本文以為，工作場所性騷擾在概念上確實並無限定騷擾者與受害者之性別，然而現實中性騷擾事件卻有明顯的性別化現象，多以於男性作為加害者，女性作為受害者之樣貌呈現，從而在概念定義上雖然是去性別的，然而在實際適用上，必須對社會的性別不平等現實有一定的意識及認知，才能正視性騷擾案件，尤其是工作場所性騷擾案中的性別權力關係，性騷擾可能發生於男對女以及女對男之間，與性騷擾是否平等無關，工作平等、性別平等之意義在於如何透過法律規範及其適用，改善現實中邊緣群體的處境。

⁴³¹ 立法院公報處（1991），《立法院公報》，80卷86期，頁160，台北：立法院。

⁴³² 立法院公報處（1991），《立法院公報》，80卷86期，頁162，台北：立法院。

⁴³³ 立法院公報處（1991），《立法院公報》，80卷86期，頁164，台北：立法院。

為「企業出走十大惡法」⁴³⁴。更於立法院聯席會議中，企業界代表反對制定專法，認為當時之職場上沒有不平等的現象存在，若通過性別工作平等法，將會導致企業不願僱用女性勞工，且民間團體或委員提出的專法文字規定及立法精神等對於男性並無保障⁴³⁵，加上行政院勞委會的漠視，最後立法院決議相關法案緩議，草案於是凍結在立法院，一直到 1993 年 6 月 9 日立法院內政、司法聯席委員進入逐條審查，惟遭立委杯葛，草案又再次擱置。1995 年草案又重新排入議程，但仍遭杯葛，至 1998 年雖將草案再度提起，立法委員們進一步強調工作場所性騷擾問題之重要性，尤其時常發生男性上司利用權勢騷擾女性部屬，但受害者為保工作而不敢發聲之狀況，有必要訂定法規加以規範⁴³⁶，同時期立法院雖要求行政院將相對草案送入立法院，但仍未獲回應。

二、性別工作平等法之通過及施行

1999 年 2 月新任立委們就任，法案全數歸零，民間團體再度修正草案並送入立法院，同時亦有數位委員提出不同版本⁴³⁷，以及行政院終將行政院版本之草案⁴³⁸送入立法院審議，但工作場所性騷擾部分，雖規定違反處以罰鍰，然因未規

⁴³⁴ 婦女新知基金會（1999），《1999 催生男女工作平等法手冊》，頁 12。

⁴³⁵ 立法院公報處（1992），《立法院公報》，81 卷 6 期，頁 258-278，台北：立法院。

⁴³⁶ 立法院公報處（1998），《立法院公報》，87 卷 10 期，頁 321，台北：立法院。立法院公報，蔡正揚委員發言

⁴³⁷ 葉菊蘭等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2381 號（1999 年）；王雪峰等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2386 號（1999 年）；朱鳳芝等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2507 號（1999 年）；葉憲修等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2555 號（1999 年）；周雅淑等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2550 號（1999 年）；蔡明憲等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2633 號（1999 年）；章仁香等立委版本：立法院議案關係文書，院總第 1542 號，委員提案第 2649 號（1999 年）。

⁴³⁸ 立法院議案關係文書，院總第 1542 號，政府提案第 6502 號（1999 年）。行政院版草案性騷擾相關規定如下，第 12 條：「（第一項）雇主對於性騷擾事件，應採取適當之預防及懲戒措施。（第二項）雇主或因工作關係有管理監督權者，對於勞工或求職者，不得有任何性騷擾瑩韋。（第三項）前二項所稱之性騷擾，係指於工作場所或勞動契約履行過程中，意圖挑逗或滿足性慾，違背他方之意思，以肢體或明示、暗示之語言、圖畫、影片或其他方法，施予他方，致其人格、尊嚴、人身自由或工作受侵犯或干擾之行為」立法說明：「一、工作上之性騷擾，不但造成勞工或求職

範其他相關之防治及救濟責任等而受質疑⁴³⁹，立法院於 2001 年 12 月 6 日進行相關草案之二讀⁴⁴⁰。

最後在黨團協商下，通過黨團協商版之性別工作平等法，並在其中設有工作場所性騷擾之專章規範，其中明定性騷擾定義及類型者為第 12 條：「本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一：一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。」立法說明為：「一、明定敵意工作環境性騷擾之內涵。二、明定交換式性騷擾之內涵。三、稱「勞務契約」者，謂雇主與受僱者之勞動契約、聘雇契約。」；且將雇主責任明文化於第 13 條：「（第一項）雇主應防治性騷擾行為之發生。其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作

者身心之不安、困擾與壓力，且影響其工作意願、工作表現與職位之獲得、陞遷及待遇，顯有違兩性工作平等之精神；而雇主負有提供勞工免於受性騷擾工作環境之義務，爰於第一項規定雇主應採取反性騷擾之各項措施。二、第二項規定雇主或具有管理監督權者，不得利用職權，對於勞工或求職者進行性騷擾。三、第三項界定性騷擾之定義。」頁 393-394；第 24 條：「雇主或因工作關係有管理監督權者違反第十二條第二項規定者，處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」立法說明「雇主或因工作關係有管理監督權者，利用其職權而為性騷擾，係屬人身侵犯，除得另依民法及刑法之相關規定處理外，因其已影響勞工工作權，原明定應處以罰鍰。」頁 403-404。

⁴³⁹ 立法院公報處（1999），《立法院公報》，88 卷 33 期，頁 213，台北：立法院，葉菊蘭言：「...，我們認為職場性騷擾問題層出不窮，兩性之間的強弱關係，也在職場中充分彰顯出來。所以職場之間的性騷擾問題若能杜絕，則兩性在職場上的平權便可充分展現出來。本席等人的提案中，對於職場性騷擾的部分，我們要求雇主有定期舉辦防治性騷擾相關訓練的行政責任，如果雇主的職場中發生性騷擾的問題，通常都是尚未者對下位者的騷擾，而上位者大都是該企業體的主管幹部，所以我們對企業體應賦予一定程度的行政責任，還有舉證的問題，本席等的提案與行政院草案亦有不同。」

⁴⁴⁰ 不同之草案說明中關於立法目的，多與女性之工作權、生存權及平等權有關，例：「..。至於職場中的性騷擾，也帶給女性許多工作上的困擾。這不只影響到女性的就業機會，而且常會造成身心上的問題。」、「上述的現象皆反映出女性在就業市場上所遭受的困境和不公平之待遇。憲法所保障之生存權、工作權及平等權均遭到剝奪。」立法院公報處（2001），《立法院公報》，90 卷 58 期，頁 335，台北：立法院；或稱該法係為減少、防止或禁止性別差別待遇，落實憲法生存權、工作權、平等權等保障，立法院公報處（2001），《立法院公報》，90 卷 58 期，頁 340，台北：立法院。



場所公開揭示。(第二項) 雇主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。(第三項) 第一項性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法之相關準則，由中央主管機關定。」立法說明為：「明定雇主有防治受僱者受性騷擾之義務。」；雇主應與行為人對受害者負擔連帶損害賠償責任，訂定於第 27 條：「(第一項) 受僱者或求職者因第十二條之情事，受有損害者，由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。(第二項) 如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。(第三項) 雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。」立法說明為：「一、參考我國民法一八八條之規定，明定雇主違反工作場所性騷擾之規範時，應與性騷擾隻行為人連帶負賠償責任。但為避免雇主責任過重，特稱列雇主之免責規定。二、為避免受害人無法得到賠償，明定雇主應負衡平責任。三、明定雇主賠償損害時，對於性騷擾之行為人有求償權。」；若雇主對於雇主易物有所違反時，於第 28 條規定雇主之損害賠償責任：「受僱者或求職者因雇主違反第十三條第二項之義務，受有損害者，雇主應負賠償責任。」立法說明為：「明定雇主於知悉性騷擾之情事時，未採取立即有效之糾正及補救措施而導致受有損害時，應負賠償責任。」；最後，關於受害者之非財產上損害賠償，第 29 條規定：「前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」立法說明：「參考我國民法第一九五條第一項及德國民法第六十一條之一規定，明定雇主違反第七條至第十二條、第十三條第二項或第二十一條第二項時，受僱者或求職者得請求非財產上之損害。」⁴⁴¹

⁴⁴¹ 立法院公報處（2001），《立法院公報》，90 卷 58 期，頁 345-359，台北：立法院。

從立法院之立法資料觀察可以發現，在討論是否應將性騷擾納入性別工作平等法內，以及性騷擾之定義、救濟等問題時，並未針對性騷擾以侵權行為處理是否足夠進行探討，亦未言明性別工作平等法若通過施行後，在民事損害賠償上與侵權行為相關規定之關係為何⁴⁴²。在性別工作平等法施行前，雖民間團體與學界曾有指出民法侵權行為處理工作場所性騷擾並不足夠，希冀能以性別工作平等法讓受害者獲得完善之救濟，惟性別工作平等法施行後，受害者之民事損害賠償訴訟，原依照侵權行為求償時遭遇之問題，是否已不再存在？對此問題，本文將於最後一章透過判決分析進行更詳細之討論。

第三節 小結

我國於性別工作平等法訂定以前，因法律上對於工作場所性騷擾並未有明確之定義，而受僱者在職場中受到性騷擾之案例屢見不鮮，雖受害者得提起相關之民事、刑事訴訟⁴⁴³，惟性騷擾可能以行為或言語之狀態出現，未必能符合刑法上關於猥褻之定義，又縱使構成刑法之違反，受害者仍須提起民事訴訟始能獲得賠償。從而在請求個人賠償部分，受害者多以民法侵權行為向行為人或行為人之雇主請求，雖然有數起求償成功之案件，然仍存在法院認定標準不清，例如何謂性騷擾不法行為、侵害受害者何種權利，以及行為人雇主責任、院對於職場權力關係運作之忽視等問題，原告運用侵權行為作為求償機制，受害者若向有資力之加害者雇主請求損害賠償，因法院判決前例之侷限，法院不討論行為人之騷擾行為是否出於職務之便，一概排除於受僱者執行職務範圍，使得雇主無須為工作場所

⁴⁴² 例如性別工作平等法第 29 條，在法條文句上與侵權行為之規定非常相似，立法理由中亦提及「參考我國民法第一九五條第一項及德國民法第六十一條之一規定，明定雇主違反第七條至第十二條、第十三條第二項或第二十一條第二項時，受僱者或求職者得請求非財產上之損害。」，顯示該條規定係參考民法侵權行為而設，惟亦未論及二法間之關係。

⁴⁴³ 工作場所性騷擾可能構成刑法上相關罪名之違反，惟受限於篇幅，本文不將刑事案件納入討論。

內發生之性騷擾事件負擔任何責任，這樣的見解，忽視工作場所性騷擾，時常發生於管理監督者與受管理之下屬間，或利用工作之便製造敵意環境，影響受害之受僱者工作表現，甚至陞遷、薪資或福利，無法確實顯現出工作場所性騷擾造成多重傷害性質。

在此一時期，性別及勞動平權運動處於發展階段，透過民間團體以及部分立委之討論⁴⁴⁴，工作場所性騷擾之法律議題越發凸顯，開始理解工作場所性騷擾，與其他女性勞動者所面臨的職場歧視相同，皆阻礙女性進入職場、發揮所能，民間團體開始進行工作場所平等專法之倡議，並以外國法律立法例，尤其是美國法之法理論及實務發展，作為我國工作場所性別平等之規範草案參考對象，同時學界也開始重視工作場所性騷擾與勞動間之關係，文獻研究在此一時相繼產生，惟立法院內，雖有委員數次將草案排入議案，但遭工商界強烈反彈，以及行政院採取漠視之態度，導致草案多次擱置，經過二十來年的民間倡議及法律辯論，我國直到 2002 年，才正式通過並施行性別工作平等法。

我國性別工作平等法中關於性騷擾之法律定義及規範模式，受美國之影響甚深，觀察我國工作場所性騷擾法律規範之發展，實與美國有許多相似之處。在性別工作平等法施行以前，社會傾向將性騷擾之傷害視為對於個人權利之侵犯，應歸由侵權行為處理。然而，以侵權行為之個人侵害概念，卻也無法完善的解釋性騷擾受害者所受之傷害，也使得法院在評價工作場所性騷擾行為之意義，以及受害者所受損害，乃至於雇主是否應對此負責時，往往採用一種相當去脈絡化的論述方式，而忽視了職場內性別權力以及經濟強制內交互增強之問題。

以侵權行為個人侵害觀點處理工作場所性騷擾之方法招致批評，而我國引進美國法相關討論，嘗試將工作場所性騷擾視為一種性別歧視，最後通過施行的性

⁴⁴⁴ 詳細立法過程、民間團體之倡議及行動見：蔡牧融（2014），《她們想/需要什麼樣的法律？—性別工作平等法典型歷史敘事的反思》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

別工作平等法，以專章規定工作場所性騷擾，使性騷擾之概念類型化以及相對明確，要求雇主必須負擔防治及補救之責任，同時對違反規定之雇主設有行政罰鍰，並明定受害者得向雇主及行為人請求損害賠償之規定。我國法看似朝規範完備、提供受害者充分救濟途徑邁了一步，然而，立法者及行政機關對工作場所性騷擾之詮釋⁴⁴⁵，其實甚至形塑社會對於工作場所性騷擾之理解，並將影響著法院適用法律時之論述，許多騷擾迷思並未因專法之訂定而消失，而是反覆於判決內重現，本文之下一章將著重於性別工作平等法施行後，工作場所性騷擾之民事損害賠償判決，在民法侵權行為，以及性別工作平等法相關規範交匯適用之下，所顯現出的性別問題。

⁴⁴⁵ 例：「女性就業人口增加、男女共事機會越多，女性受教育機會增加、教育水準提高，女性對自己的權益更有自覺，過去有許多被大家認為是理所當然、能夠接受的行為，也許現在就成為所謂性騷擾，因而性騷擾問題已經到了不容忽視的地步。」、「很多已婚男性，對於自己的太太到外面工作，除了關心她的待遇是否合理以及工作是否辛苦外，尤其關心她是否會在工作時被吃豆腐，也就是受到所謂性騷擾。」、「男人應酬談女人，就難免講一些帶葷味的黃色笑話，若有女客在座，她們又比較大方，她會說沒關係，只要把我們當做男人看待，大家也就一陣嬉笑，相安無事；但是，如果這些女客比較拘謹嚴肅，很可能就會引發所謂性騷擾的困擾了。」、「有適當道德觀念、有很好品行修養的人，自然會循規蹈矩。性騷擾行為的施暴人，道德修養總是比較差，道德理念也比較淡薄。」趙守博（1993），〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 6-9。

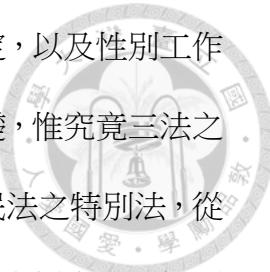
第五章 工作場所性騷擾民事損害賠償：性別觀點分析

第一節 剪不斷理還亂：侵權行為、性別工作平等法與性騷擾防治法的混合適用

承襲前述之分析，性別工作平等法施行後，並非代表侵權行為之規定於工作場所性騷擾損害賠償訴訟中不再適用，事實上提起損害賠償訴訟之原告，仍時常使用民法侵權行為之規定作為請求權之基礎。而從性別工作平等法之立法過程及意旨中，可以看見工作場所性騷擾並非是一單純的私人間不道德、「無性別」的事件，而是一種性別化的職場壓迫，從而在認事用法之過程中，理解性騷擾侵權行為所具有之性別特性是相當重要的，侵權行為損害賠償抽象規則上，並不因性別而有不同適用標準，並無所謂的「形式上差別待遇」，然而工作場所性騷擾來自於職場上的權力不對等，從而本文欲以性別之角度分析法院判決，整理出法院在面對因權力不對等的社會現實所產生的性別化侵害時，如何應用抽象的規則以及所提出之論理判斷，藉此觀察法院論述背後隱藏之價值判斷，以及性別工作平等法之意旨及平等之概念，對於民事損害賠償具有何種意義。

本文以「性騷擾」及「損害賠償」為關鍵字，至法學資料庫查詢判決，經過篩選後，篩選出受僱者於工作場所內受敵意環境性騷擾，或受管理監督者交換條件性騷擾，以及雖非發生於辦公地點或上班時間內，惟行為人以公事為由騷擾受害者等情形⁴⁴⁶，共計 43 件判決。如同先前曾提及的，工作場所性騷擾受害者，

⁴⁴⁶ 受僱者於上班時間受到性騷擾即為工作場所性騷擾，適用性別工作平等法之相關規定自屬無疑，惟有疑問者為，受僱者下班後，行為人以洽談公事為由，邀約受僱者留在工作場所洽談，或至外地洽談公務，卻在商談過程中為性騷擾行為，或行為人及受僱者出差洽公，公事處理完畢後（例如至外地洽公，晚上住宿於飯店時）行為人藉機對受僱者為性騷擾行為，是否屬於工作場所性騷擾之一環？此涉及受僱者「執行職務時」之概念應如何認定之問題，本文認為，性別工作平等法之所以規範工作場所性騷擾之防治，意義在於要求雇主建立一友善平等之工作環境，確保受僱者之工作平等權，從而無法僅以上班時間、下班時間作清楚之切割，若行為人並非第三人，而是受僱者之上司或同事，而藉工作之機會及便利，對受僱者所為之騷擾行為皆有構成工作場所性騷擾之可能，在個案認定上必須細緻討論。



若欲向加害者或雇主請求損害賠償，得運用民法侵權行為之規定，以及性別工作平等法，甚至性騷擾防治法之損害賠償相關條文作為請求權基礎，惟究竟三法之間彼此關係為何，學者認為性別工作平等法損害賠償之規定為民法之特別法，從而應優先適用⁴⁴⁷，而性騷擾防治法第1條第2項但書⁴⁴⁸之規定，應優先適用性別工作平等法，從而，此三法間之關係看似清楚，惟事實上於實務運用之中，工作場所性騷擾受害者於請求損害賠償時，即便於性別工作平等法通過施行後，亦有僅主張侵權行為者⁴⁴⁹，或有僅主張性別工作平等法損害賠償規定者⁴⁵⁰，甚至有以性騷擾防治法之規定作為求償依據的情形⁴⁵¹，或將民法之規定與性別工作平等法，或與性騷擾防治法於同一訴訟中混合提起之情形，或一口氣提出民法侵權行為、性別工作平等法及性騷擾防治法之損害賠償請求，法院於論述被告是否應負擔損害賠償責任，或被告行為人之行為是否構成性騷擾、被告雇主是否應負擔賠償責任等時，亦常將三法之規定混合論述，此一現象顯現出我國工作場所性騷擾之民事損害賠償實務中，三法之適用關係仍有許多難以釐清之問題。

承襲上述，我國工作場所性騷擾損害賠償實務判決呈現出一個相當複雜的面貌，例如台灣板橋地方法院之判決，原告於上班時間內受到同事之性騷擾，其主

⁴⁴⁷ 林威成（2009），〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第168期，頁108-109。

⁴⁴⁸ 性騷擾防治法第1條：「（第一項）為防治性騷擾及保護被害人之權益，特制定本法。（第二項）有關性騷擾之定義及性騷擾事件之處理及防治，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。但適用性別工作平等法及性別平等教育法者，除第十二條、第二十四條及第二十五條外，不適用本法之規定。」

⁴⁴⁹ 例如：台灣士林地方法院96年度訴字第712號判決、台灣高雄地方法院96年度訴字第1830號判決、台灣桃園地方法院99年度壘小字第570號判決、台灣高等法院高雄分院101年度上易字第144號判決、台灣台中地方法院101年度訴字第979號判決、台灣新竹地方法院99年度訴字第230號判決、台灣新北地方法院102年度板簡字第1366號判決、台灣基隆地方法院102年度基簡字第393號判決、台灣士林地方法院102年度訴字第75號判決、台灣台東地方法院103年度訴字第29號判決、台灣台中地方法院103年度訴字第1336號判決、台灣桃園地方法院102年度桃簡字第842號判決、台灣高等法院103年度訴字第42號判決等。值得注意者為，本文分析之43件判決中，有34件法院在論述時明確提及民法侵權行為相關規定，並以之作為原告之請求權基礎（之一），由此可見，侵權行為之概念在工作場所性騷擾損害賠償訴訟中，佔據相當重要之地位。

⁴⁵⁰ 例如：台灣板橋地方法院100年度板勞簡字第30號判決。

⁴⁵¹ 例如：台灣高雄地方法院100年度雄訴字第5號判決。

張以侵權行為及僱傭契約之關係，向行為人及雇主請求損害賠償，法院在雇主責任之部分，以民法僱傭契約相關之規定，以及性別工作平等法性騷擾、雇主之防治及補救責任，以及損害賠償之規定，認定被告雇主因未採取防治性騷擾之措施，從而應對原告負連帶損害賠償責任⁴⁵²；惟法院在處理行為人責任之部分，除以民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項作原告請求權基礎外，卻另引用性騷擾防治法第 9 條⁴⁵³作為損害賠償依據；與此類似之情形的還有另一則台灣台北地方法院之判決⁴⁵⁴，原告受僱於被告，依被告之派遣至訴外公司工作，遭訴外公司之受僱者於工作場合中性騷擾，原告要求訴外公司調查處理未果，遂向勞工局提出申訴，並主張其雇主即被告於知悉後並未有任何積極措施，甚至將原告調職，並表示若原告不接受調職則予以資遣，原告拒絕接受調職，被告遂以原告不能勝任工作為由強迫被告離職，原告遂提起訴訟，針對損害賠償部分，主張被告違反性別工作平等法第 13 條、第 36 條⁴⁵⁵及性騷擾防治法第 10 條⁴⁵⁶之規定，依民法第 184 條、第 195 條、第 483 條之 1、第 227 條第 2 項、第 227 條之 1 準用同法第 195 條第 1 項、性別工作平等法第 29 條等請求損害賠償，本件法院認在財產上損害賠償部分，認被告違反性別工作平等法第 13 條第 2 項以及民法第 483 條之 1 之雇主保護義務，構成民法第 184 條第 2 項之侵權行為，依照性別工作平等法

⁴⁵² 台灣板橋地方法院 96 年度訴字第 774 號判決：「民法第 483 條之 1、第 487 條之 1。是受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，雇主應按其情形為必要之預防。另參諸兩性工作平等法第 12 條第 1 款、第 13 條第 1 項、第 27 條足見性騷擾若來自於具有管理權之上司、同仁或第三人（顧客等）時，對勞工而言，此等人員係構成勞工工作環境之一環，勞工在此環境中提供勞務時，雇主應採取必要之預防措施，使得勞工得以免受生命、身體、健康危害之性騷擾。雇主若未為必要之預防措施，致使勞工遭受生命、身體、健康之損害時，雇主即構成債務不履行責任。」

⁴⁵³ 性騷擾防治法第 9 條：「（第一項）對他人為性騷擾者，負損害賠償責任。（第二項）前項情形，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

⁴⁵⁴ 台灣台北地方法院 101 年度勞訴字第 126 號判決。

⁴⁵⁵ 性別工作平等法第 36 條：「雇主不得因受僱者提出本法之申訴或協助他人申訴，而予以解僱、調職或其他不利之處分。」

⁴⁵⁶ 性騷擾防治法第 10 條：「（第一項）機關、部隊、學校、機構、僱用人對於在性騷擾事件申訴、調查、偵查或審理程序中，為申訴、告訴、告發、提起訴訟、作證、提供協助或其他參與行為之人，不得為不當之差別待遇。（第二項）違反前項規定者，負損害賠償責任。」

第 28 條、第 29 條，以及民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項前段、第 227 條、第 227 條之 1 等規定，被告應給付原告慰撫金，惟法院在論述被告之責任時，又主張「被告並未依性騷擾防治法第 7 條第 1 項⁴⁵⁷之規定，採取任何立即有效之糾正或補救措施」，本件原告在提起訴訟時即將民法、性別工作平等法及性騷擾防治法之規定混合提起，從而法院在論述時亦同⁴⁵⁸。

除將民法、性別工作平等法以及性騷擾防治法之規定於運用於同一事實以外，發生於工作場所內以及上班時間之性騷擾，受害者時常出現同時主張侵權行為及性騷擾防治法作為請求依據之情形⁴⁵⁹。性騷擾防治法第 1 條指出，若符合該法第 25 條⁴⁶⁰之情形，即便是工作場性騷擾之受害者，亦得提起性騷擾防治法第 25 條刑事告訴，從 43 件民事損害賠償法院判決以觀，性騷擾防治法與民法侵權行為合併提起之情況，部份來自於原告有針對行為人提出性騷擾罪之告訴，並獲得刑事勝訴判決之案件⁴⁶¹；另一種情形，則為對於「執行職務」概念的存疑，例如行為人以公事為由，在下班時間邀約受害者外出⁴⁶²，或性騷擾發生於出外洽公之時⁴⁶³，或騷擾行為持續發生於上班及下班之時⁴⁶⁴，此類案件之受害者在提起民事損

⁴⁵⁷ 性騷擾防治法第 7 條第 1 項：「機關、部隊、學校、機構或僱用人，應防治性騷擾行為之發生。於知悉有性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。」

⁴⁵⁸ 類似之判決還有台灣高雄地方法院 103 年度雄勞簡字第 8 號判決，該件之二原告受僱於被告，惟於任職期間屢遭被告性騷擾，主張依照侵權行為向被告請求慰撫金，法院於論述時除引民法第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項、性別工作平等法第 12 條、第 27 條第 1 項前段之規定外，亦引性騷擾防治法第 2 條、第 9 條作為裁判依據。

⁴⁵⁹ 例如台灣嘉義地方法院 102 年度嘉簡字第 38 號判決、台灣新竹地方法院 102 年度訴字第 604 號判決等。

⁴⁶⁰ 性騷擾防治法第 25 條：「（第一項）意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金。（第二項）前項之罪，須告訴乃論。」

⁴⁶¹ 例如：台灣高雄地方法院 98 年度訴字第 2061 號判決、台灣高等法院台南分院 100 年度訴易字第 7 號判決、台灣台北地方法院 101 年度北簡字第 16393 號判決、台灣桃園地方法院民事判決 102 年度訴字第 982 號判決、台灣台南地方法院 103 年度訴字第 55 號判決、台灣屏東地方法院 104 年度訴字第 615 號判決等。

⁴⁶² 台灣高雄地方法院 98 年度訴字第 2061 號判決，騷擾行為人係以整理工作資料為由邀請受害者外出用餐。

⁴⁶³ 台灣彰化地方法院 99 年度彰簡字第 136 號判決，騷擾行為人為受害者之上司，一同至國外出差；台灣高等法院台中分院 100 年度上易字第 31 號判決，屬軍職人員性騷擾，發生洽談公事或於外出參加講習之時。

害賠償訴訟時，或是法院在論述被告賠償依據時，多略過性別工作平等法關於性騷擾之定義，以及損害賠償之規定，轉而以性騷擾防治法作為求償基礎，這些案件顯示出因工作而受性騷擾之受害者，在民事損害賠償訴訟中，究竟應主張哪些法律規定之疑義⁴⁶⁵。

工作場所性騷擾案件中，另一種常見的情形為原告同時主張民法侵權行為，以及性別工作平等法之求償規定⁴⁶⁶，這些現象可以讓我們進一步思考，對於工作場所性騷擾案件而言，侵權行為與性別工作平等法間之關係究竟為何？在台灣板橋地方法院一則判決中，原告依性別工作平等法第 12 條、第 29 條、第 27 條請求損害賠償，法院即認為「按性別工作平等法第 27 條係特殊侵權行為損害賠償請求權之規定，適用上仍應具備一般侵權行為損害賠償請求權之規定，至一般侵權行為所發生之損害賠償請求權，主觀上應具備責任能力、責任條件，而客觀上則須有不法之加害行為及致被害人受損害，且不法加害行為與損害間復須有因果關係存在，始該當於一般侵權行為之構成要件。」⁴⁶⁷，點出法院如何看待性別工作平等法與民法侵權行為之關係。

從上開判決適用民法、性別工作平等法以及性騷擾防治法之情形觀之，性別

⁴⁶⁴ 台灣台北地方法院 99 年度訴字第 440 號判決，發生於大學教授之間，無論是下班後或上班時均有電話騷擾之情形。

⁴⁶⁵ 法院認性騷擾法的規定是特殊侵權行為，台灣高雄地方法院 98 年度訴字第 2061 號判決，認性騷擾防治法第 9 條是法定特殊侵權行為態樣，侵害原告身體自主人格法益，屬 195 條 1 項列舉人格法益之一，無須情節重大。新竹地方法院 102 年度訴字第 604 號判決認「又依性騷擾防治法第 9 條立法理由：『為保障性騷擾行為被害人之權益，爰明定故意或過失對他人為性騷擾行為者，應負財產上及非財產上損害賠償。』，亦足認在性騷擾事件中，不需適用民法第 195 條第 1 項前段所規定之『情節重大』之要件。」

⁴⁶⁶ 例如：台灣台北地方法院 95 年度勞訴字第 64 號判決，原告對騷擾行為人主張性別工作平等法第 27 條及 29 條，民法 184 條第 1 項及第 195 條第 1 項，對原告雇主主張性別工作平等法第 27 條；台灣台北地方法院 96 年度訴字第 6336 號判決，原告雖僅以侵權行為法律關係概括主張，法院在論述時則提及性別工作平等法第 12 條、13 條第 2 項、27 條、28 條及 29 條，以及民法第 184 條、民法第 193 條第 1 項、第 195 條第 1 項前段等規定；台灣高等法院 98 年度上易字第 103 號判決，原告對騷擾行為人主張民法第 184 條第 1 項、第 195 條，對原告雇主主張性別工作平等法第 27 條第 1 項、民法第 184 條第 2 項、第 185 條第 1 項前段；台灣桃園地方法院 99 年度桃簡字第 976 號判決，原告對騷擾行為人主張民法第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項，對原告雇主主張性別工作平等法第 27 條第 1 項及第 29 條。

⁴⁶⁷ 台灣板橋地方法院 100 年度板勞簡字第 30 號判決。

工作平等法與性騷擾防治法，雖作為民法侵權行為之特別法，以法理論應優先於民法之規定適用，而性別工作平等法，依照法律規定，除性騷擾防治法 25 條等之情形外，在工作場所性騷擾之事件中，亦應優先於性騷擾防治法適用。惟我國實務上在原告提起其中二法，甚至三法相關法規或請求權同時提起，以及法院併用三法規定之情形不在少數，顯現出我國實務在個案之實際運用上，並無禁止原告就同一侵害事實，主張不同法領域之法規，作為損害賠償之請求權基礎之情形及規定，亦無將性騷擾定性為特定形態訴訟之規定。在我國學理跟實務討論上，民法侵權行為之規定、性別工作平等法關於性騷擾之定義以及損害賠償條款、以及性騷擾防治法中性騷擾定義及求償規定間之關係為何，訴訟中應如何相互運用，實尚待釐清。在學術研究上，並無學者主張因性別工作平等法之通過施行，從而在工作場所性騷擾訴訟中應捨棄民法侵權行為之主張，相反的，有學者於性別工作平等法通過後，研究工作場所性騷擾之民法侵權行為訴訟，所面臨問題及後續可能的發展方向⁴⁶⁸。從而就我國工作場所性騷擾之實務案例，以及學界研究觀之，並無美國實務上關於侵權行為法定位之討論，亦即侵權行為是否僅能作為民權相關法律補充工具之「填空者」主張⁴⁶⁹。本文以為，我國工作場所性騷擾損害賠償判決，因法律概念尚待釐清，產生了學理及實務上之概念爭議，以及法條併用之狀況，實際訴訟中呈現出一種錯綜複雜的面貌，然而這種錯綜的適用情形，正好也符合民法侵權行為充滿彈性，扮演著及時回應社會侵害形態變遷之功能角色，我國性別工作平等法相關損害賠償規定仍有不完備之處，法院在適用時並非完美

⁴⁶⁸ 例：邱琦（2005）。〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 181-214。

⁴⁶⁹ 然而有法院認為行為人行為並不構成性騷擾，從而駁回受害者以性別工作平等法規定向雇主請求損害賠償之訴訟（台灣彰化地方法院 101 年度彰簡字第 192 號判決，原告受僱於被告，任職期間向行為人提出辭呈時，行為人出言：「你敢再拿這辭職信出來，我就把你拖到旁邊去強姦」，原告認受行為人之性騷擾，被告雇主並未處理甚至將原告解僱，原告遂向雇主請求損害賠償。），惟受害者另以侵權行為向行為人請求損害賠償，另案法院則認被告行為人言論屬脅迫、強制言論，構成侵權行為而判被告應負損害賠償責任（台灣彰化地方法院 101 年度彰簡字第 156 號判決）。

無疑，然而我國目前對於民事訴訟中請求權之提出鮮少設限之狀況下，不失為一從工作場所性騷擾損害賠償實務，探討性別工作平等法之原理原則，是否得以影響侵權行為各種理論概念詮釋之契機，民法侵權行為有機會緩和性別工作平等法施行後造成的實務適用疑義。

第二節 是否構成性騷擾侵權行為

第一項 性騷擾行為

工作場所性騷擾損害賠償，因民法侵權行為、性別工作平等法及性騷擾防治法之重疊，導致原告在提出訴訟，以及法院涵攝論述時混淆不清，實務上呈現相當錯綜複雜之面貌。承襲上述之討論，在我國民事訴訟實務中，並無禁止原告就同一事實，提出數請求權基礎之規定，從而在性別工作平等法訂定之前後，該法之原理原則，或多或少的對向來習慣以侵權行為詮釋工作場所性騷擾之民事法院造成影響，本文就此部分，規整民事損害賠償判決法院如何藉由性別工作平等法對於性騷擾之定義，來認定所謂不法之性騷擾行為，從而以下分為交換條件性騷擾，以及敵意環境性騷擾二種類型進行討論，承如 MacKinnon 所指出，交換條件性騷擾，以受害者之順服或拒絕作為工作條件之交換條件，對勞工之經濟具直接強制之能力，而敵意工作環境性騷擾中，受害者以性交換工作機會的情形比較間接，而是造成不合理的工作情境，進而影響女性勞工在職場上的工作表現。應注意者為，雖然女性在工作場所受之性騷擾，可大略分為此二類型，惟二者在定義界定上以及實際工作環境中皆有所重疊，並非全然獨立互斥⁴⁷⁰，本文區分此二類型，目的在於分析民事損害賠償法院對此二種性騷擾類型之詮釋及觀點，以及衍生之判斷標準存在何種疑義。

⁴⁷⁰ Catharine A. MacKinnon (著)，賴慈芸、雷文玖、李金梅 (譯) (1993)，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，頁 56-57。



一、交換條件性騷擾

依性別工作平等法第 12 條 1 項 2 款之規定，所謂交換條件性騷擾，係指「雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。」而在性別工作平等法通過施行後，民事法院亦有數個與交換條件性騷擾相關之求償案件，例如台灣台北地方法院之一則判決，原告就職於救護車公司，被告為公司負責人，於原告就職後，即時常以電話騷擾原告⁴⁷¹，被告並曾以雇主身分，有權調派原告出勤次數、頻率以及開除僱員等為威脅原告，最終並將原告解僱。以事實觀之，被告所為之言語騷擾，以及以雇主得控制勞動條件之權利，威脅原告必須接受其騷擾等行為，應屬性別工作平等法所規定之敵意環境性騷擾以及交換條件性騷擾，可惜的是，本件法院認定被告行為構成性騷擾，惟僅以敵意環境性騷擾作為論述依據，並未進一步談到交換條件性騷擾之問題⁴⁷²；另台灣士林地方法院之另一則判決認為，原告與被告任職於同一部門，被告為原告之課長⁴⁷³，被告數次觸碰原告之身體，並曾在原告阻擋時，稱「你要乖乖聽話，將來加班的機會才會比較多。」等語，原告遂提起訴訟請求損害賠償，法院則認為被告行為侵害原告之性自主權等為由，依民法第 195 條判被告負擔賠

⁴⁷¹ 台灣台北地方法院 95 年度勞訴字第 64 號判決，該判決中被告會在與工作狀況無關時質問原告「現在在哪？」、「為什麼不趕快回來？」等，並表達對原告有好感，但原告並不願意與伊發生任何超出公事上之情誼，並透過直接、間接之方式向被告表達；惟被告反而更加頻繁以電話騷擾原告，並以「你不要以為自己很了不起，你他媽的坐網咖！你爸愛做啊？坐檯小姐你還不配啊！你什麼東西！」、「根本不配坐檯小姐，你沒那個能耐因為你不夠漂亮！你不夠婀娜多姿」、「報帳我就直接讓你報，要抱男人就抱我」等言語騷擾原告。

⁴⁷² 縱使判決內引用原告在審理期間時於法院之陳述：「『我工作時一直盡心盡力，但是因為被告甲○○白天晚上的騷擾行為，甚至到我家中放話，動不動罵我三字經、說我是坐檯小姐，並且以要開除我為手段，還在電話中邀我出門或騙我出勤工作。』」中提及被告曾以開除原告為要脅，明顯屬於性別工作平等法規範之交換條件性騷擾類型。

⁴⁷³ 性別工作平等法第 3 條 3 款前段：「雇主：指僱用受僱者之人、公私立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人，視同雇主。」從而本件被告作為原告單位之課長，應屬代表雇主行使管理權之人。

償責任⁴⁷⁴，可惜的是，在本件中原告之主張及法院之論述，均未提及性別工作平等法之規定，更無進一步討論交換條件性騷擾之概念。

直至較為近期的台灣板橋地方法院之判決，始將討論重點聚焦於交換條件性騷擾，本件事實為被告為公司總經理，原告為總經理特助，被告於原告就職後對其數次言語性騷擾，後更要求原告必須決定是否同意這些性騷擾，否則即應自行離職，原告向被告提出損害賠償訴訟，依性別工作平等法第 27 條及 29 條請求賠償，法院則認「本件被告公司法定代理人即被告邱清陽於原告任職期間多次對原告為性要求及以具有性意味言詞相加，作為勞務契約存續、報酬等之交換條件，已如上述，原告自得依該法第 27 條及第 29 條規定請求行為人即被告邱清陽賠償損害。」⁴⁷⁵，這幾則判決顯現出，即便性別工作平等法通過施行至今已逾十五年，惟在民事損害賠償案件中，關於交換條件性騷擾之主張仍相當少見。

二、敵意工作環境性騷擾

依性別工作平等法第 12 條 1 項 1 款則為敵意環境性騷擾之規定，其定義為「受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。」，惟於民事損害賠償判決中，縱使是發生於工作場所內之性騷擾，因前述之混用狀況，從而當事人或法院誤引性騷擾防治法第 2 條第 2 款⁴⁷⁶敵意環境性騷擾之定義的狀況亦相當常見⁴⁷⁷。

⁴⁷⁴ 台灣士林地方法院 96 年度訴字第 712 號判決。

⁴⁷⁵ 台灣板橋地方法院 100 年度板勞簡字第 30 號判決。

⁴⁷⁶ 性騷擾防治法第 2 條第 2 款：「以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」

⁴⁷⁷ 此類判決對敵意環境之描述多為「被告具有性意味之言行」使「受害者感受到冒犯」，例如台灣高雄地方法院 100 年度雄訴字第 5 號判決、台灣士林地方法院 101 年度訴字第 936 號判決、台灣彰化地方法院 99 年度簡上字第 106 號判決、台灣高雄地方法院 100 年度雄訴字第 5 號判決、台灣新竹地方法院 104 年度勞訴字第 35 號判決等。

性別工作平等法內關於敵意環境性騷擾之定義，如何具體化於民事判決內，台北地方法院之判決曾有詳細之論述，該判決首先敘明性別工作平等法，關於性騷擾防治訂定之意旨為「明確禁止任何人於受僱者執行職務時有性騷擾之行為，將性騷擾之防治由單純之人身安全保護，擴及雇主對於受僱者之保護義務，使受僱者能於友善之工作環境中，安全而不受干擾地工作，其中第 12 條第 1 款『敵意式性騷擾』行為人應可包括雇主在內。」，並進一步指出女性勞工之因工作場所性騷擾而面對之困境，法院認「按工作場所性騷擾可能使女性勞動者就業環境惡化，在勞動條件上造成不利益，就其能力之有效發揮及就業繼續等造成重大障礙，是若雇主或任何人在與就業場所有關之環境下，以與性方面有關之言行而使對方不舒服、不愉快，傷及個人尊嚴，應可認為該當於兩性工作平等法第 12 條第 1 款之性騷擾定義。」從而被告行為人對原告表達具性意味以及男女角色差異貶義評價之言詞，更以雇主權限威脅原告之工作職務，影響原告之工作表現，而認被告之行為構成性別工作平等法規定之「敵意環境性騷擾」無疑⁴⁷⁸。

隨著性別工作平等法通過施行，並將工作場所性騷擾區分為交換條件及敵意環境，而法院實務也逐漸採納此種類型區分，接下來應探討的問題為，在敵意環境訴訟中，法院應如何判斷被告之行為足以影響原告之工作表現，從而構成所謂「敵意的環境」？台灣高雄地方法院在一原告主張被告指控其性騷擾，構成對其名譽權侵害之判決中，法院於審酌原告是否有對被告為性騷擾行為時，以企業文化作為由，認「泌尿科內同仁相處彼此間常有互開玩笑的情形等語，則原告即使曾對被告講述與性有關之話語，亦應係因其等所處之工作人際間，對與性相關事物之態度傾向開放、寬鬆，其當無預期被告會因此感受冒犯或不受尊重，

⁴⁷⁸ 台灣台北地方法院 95 年度勞訴字第 64 號判決。

被告亦應不致因此而感受窘迫或遭騷擾之意甚明。」⁴⁷⁹，這樣的見解爭議在於，行為人之行為是否構成性騷擾究竟應如何認定？性別工作平等法第 12 條第 2 項雖規定「前項性騷擾之認定，應就個案審酌事件發生之背景、工作環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等具體事實為之。」⁴⁸⁰，惟若行為人及受害者之認知不一時，究竟應從何者之角度判斷行為是否構成性騷擾，以及判斷標準是否以當事人之主觀感受為準，抑或具有客觀標準？我國民事法院對此討論甚少，有提到此爭議之法院，多主張從「合理第三人」觀點出發，亦即以合理第三人若處於受騷擾者之位置，是否會感受到敵意或冒犯為判斷基礎，所持理由為一般合理第三人之感受較為客觀⁴⁸¹，然而亦有法院強調對受害者之主觀感受部分，仍應採取適當之保護⁴⁸²。

然而，所謂「合理第三人」之標準是有疑義的，美國女性主義學者在 1980 年代即開始對此標準提出檢討批判，認為美國司法實務發展，雖然從傳統的「合理男性」(reasonable man) 標準，轉變為「合理第三人」(reasonable person)，消除形式上的性別差異，然而誰的觀點才是合理第三人的觀點？從法院之論述中可以發現所謂「合理第三人」仍是以男性之觀點作為標準，導致對於女性受害者因性別偏見而蒙受不利⁴⁸³，對應到工作場所性騷擾之案件中，得透過 1986 年之 *Rabidue v. Osceola Refining Co.*⁴⁸⁴ 案看出此爭議，本案原告主張被告在工作場所

⁴⁷⁹ 台灣高雄地方法院 94 年度訴字第 1096 號判決。

⁴⁸⁰ 本項原規定於性別工作平等法施行細則第 4 條，於 2014 年性別工作平等法修正時，增列為性別工作平等法第 12 條第 2 項。

⁴⁸¹ 例如台灣台北地方法院 96 年度訴字第 6336 號判決，以及台灣桃園地方法院 99 年度桃簡字第 976 號判決皆謂：「又行為人之言詞或行為是否造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，依學說見解應以一般合理第三人之感受為準較具客觀性，始不因接受言詞或行為者之不同感受而有不同之認定結果。」

⁴⁸² 台灣新竹地方法院 102 年度訴字第 604 號判決：「故是否構成性騷擾，在法律層面而言，應採取一般合理個人之客觀認定標準，惟就被害人方面，亦應重視其主觀感受之適當保護。」

⁴⁸³ Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 41 (1989)

⁴⁸⁴ *Rabidue v. Osceola Refining Co.* 805 F. 2d 611 (6th Cir. 1986)



中張貼猥亵圖片、講與性相關之言詞對其構成敵意環境性騷擾，然而法院之多數意見採取所謂合理第三人標準，認為原告在進入接受此工作前即知道該企業文化之形態為何，且這種公司內的性文化與當時社會媒體中充斥著性描繪文化相符，故不構成敵意環境性騷擾⁴⁸⁵，這樣的見解招致批評，該案之不同意見也主張法院應注重受害者之觀點，所謂合理第三人的標準事實上反映出了男性的特權，無視於女性對於何謂適當的行為之想法，而當時媒體中大量的剝削女性之資訊，不代表工作場所之色情及對女性的歧視即變成可接受的，民權法第七章之作用之一，在於改變及預防那些已被社會文化視為根深蒂固的觀念和行為⁴⁸⁶。Rabidue 案之見解隨即受到女性主義法學者之批判⁴⁸⁷，該案亦點出一個問題，亦即判斷是否構成性騷擾，是否應將特定工作場所內的文化常模（workplace cultural norms）納入考量，若認為被告之行為符合工作場所向來的慣用語言或企業文化，即不構成性騷擾行為，此等見解形同忽視女性勞工長期以來被排斥於公領域規則及文化建構核心以外之事實，女性勞工對於特定之企業文化或風氣之形成毫無影響力，僅能被動的接受或融入，依照此見解，幾乎所有工作場所性騷擾事件，皆可以既存之「企業慣行」、「企業文化」等為理由而合理化，性騷擾防治之相關規範將形同虛設⁴⁸⁸。此「合理第三人」標準，在隨後之 *Ellison v. Brady*⁴⁸⁹ 案產生了改變，本案被告與原告為同事關係，被告不斷追求、糾纏原告，向其示愛，並寫給原告充滿性暗示和性幻想之信件，法院在判斷被告行為是否「嚴重且普遍」，足以構成敵意環境性騷擾時，採用了合理女性（reasonable woman standard）標準取代既

⁴⁸⁵ *Rabidue v. Osceola Refining Co.* 805 F. 2d 611, at 620-622 (6th Cir. 1986)

⁴⁸⁶ *Rabidue v. Osceola Refining Co.* 805 F. 2d 611, at 626-627 (6th Cir. 1986) Keith 法官提出之不同意見。

⁴⁸⁷ Kathryn Abrams, *Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms*, 42 VAND. L. Rev. 1183, 1202-1206 (1989); Nancy S. Ehrenreich, *Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual and Racial Harassment Law*, 99 Yale L. J. 1177 (1990)

⁴⁸⁸ 亦有法院認為「既存的企業文化」(preexisting workplace culture) 不能作為規避工作場所性騷擾責任的理由，見：*Robinson v. Jacksonville*, 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991)

⁴⁸⁹ *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991)

有的合理第三人標準，法院認為任何合理女性都會認被告之行為，已嚴重普遍到足以改變原告之工作狀況，或創造出敵意之氛圍。

當然，合理女性標準並非完全無疑的，*Rabidue* 案之不同意見雖採納了合理女性標準，惟女性主義學者亦擔心此一標準可能會造成女性刻板印象之複製⁴⁹⁰，然而無論如何，合理女性標準挑戰了法院實務向來以「合理第三人」掩蓋男性標準之中性論述，可惜的是，我國民事損害賠償的法院實務對於性騷擾之判定，即便有法院強調應適當重視受害者觀點，惟採納之判斷標準仍停留在「合理第三人」上，且實務甚至未對此一標準內涵作出深化論述，以致合理第三人成為一抽象法律概念，僅能交由法官個案認定⁴⁹¹。從而，被告行為究竟是否構成敵意環境性騷

⁴⁹⁰ 學者擔憂合理女性標準會複製了女性就是不理性、較男性敏感、易受傷害等形象，導致無法擺脫受害者形象，或是受害者形象刻板化等問題，以及讓女性之間之歧異性不被看見，也可能使得其他面向的壓迫，例如種族、階級、性傾向等不被看見。詳見：Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 41, 64 (1989); Nadine Taub and Elizabeth M. Schneider, *Women's Subordination and the Role of Law*, in Feminist Legal Theory: Foundations, 893-897 (D. Kelly Weisberg ed., 1993)，轉引自連玉君（1997），《從性騷擾案例行為認定標準之爭議談女性工作平等權的實現-女性觀點的正視》，頁 123，註釋 158，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁹¹ 美國對合理人以及相關之標準認定之檢討：Martha Chamallas, *Feminist Constructions of Objectivity*, 1 Tex. J. Women & L. 95 (1992); Margo Schlanger, *Injured Women before Common Law Courts, 1960-1930*, 21 Harv. Women's L.J. 79 (1998); Margo Schlanger, *Gender Matters: Teaching a Reasonable Woman Standard in Persona Injury Law*, 45 St. Louis U. L.J. 769 (2001)。我國民事損害賠償判決中，法院並未詳細合理第三人標準之內涵，亦未提出合理女性標準之討論，惟行政法院在處理工作場所性騷擾時，在認定是否構成性騷擾之標準探討上更為詳盡。許多法院著重強調受害者之主觀感受，例如台灣台北高等行政法院判決 99 年度簡字第 590 號判決，被告（即原處分機關）針對原告（即騷擾行為人）行為是否構成性騷擾，所提出之主張為：「依性別工作平等法第 12 條及學者焦興鑑教授於工作場所性騷擾問題與法律對策中提出性騷擾之認定為『...不論是國外或國內相關法規所採取之定義，性騷擾是指所有不受行為領受人歡迎，帶有性意涵、性本質及性別歧視之言行舉止；而發生在職場或勞動契約履行過程中之性騷擾行為，則通稱為『工作場所性騷擾』。由於它是一種不受行為領受人歡迎之行為，因此，應該根據這類行為人被害人之觀點來加以認定，而不是根據行為人本身之主觀看法。此外，因為它不是被人所歡迎之行為，從而，與工作場所兩性間之正常交往互動也應有所區分。』（參閱焦興鑑教授於工作場所性騷擾問題與法律對策），以及台灣桃園地方法院 102 年度簡字第 108 號行政判決，原告（性騷擾行為人）主張：『...是以行為是否構成性騷擾，應以被害人是否心生恐懼、被冒犯及察覺他人存有敵意等感受為判斷標準，故應著重於被害人個人之主觀感受及所受影響。』；除此之外，亦有法院提出所謂「合理被害人」概念，例如台灣台北高等行政法院判決 101 年度簡字第 158 號判決，主張：「按性騷擾之認定應係以被害人之被侵犯感受出發，從被害人個人之觀點思考，著重於被害人之主觀感受及所受影響，而非以行為人之侵犯意圖判定。故性騷擾事件應依個案事件發生之背景、當事人之關係、環境、行為人言詞、行為及相對人認知等具體事實綜合判斷，在『合理被害人』的標準下，認定是否構成性騷擾，自非單以被害人之被侵犯感或個人認知、主觀覺受予以認定，合先說明。』、「且依性別工作平等法第 12 條第 1 款規定，所謂『性騷擾』，乃係指受僱者於執行職務時，有以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行

擾仍充滿不確定性，甚至部分法院在論述是否構成性騷擾時，不但未將受害者之觀點納入保護，而是僅以被告之主觀意圖作為否定構成之依據，例如台灣彰化地方法院曾有判決，原告受僱於某管理委員會，向管理委員即行為人提出辭呈時，行為人不滿原告不接受慰留，即對原告稱：「你敢再拿這辭職信出來，我就把你拖到旁邊去強姦」，原告依性別工作平等法向雇主請求損害賠償，惟法院認行為人所言之目的在於慰留原告，希望原告不要辭職，未造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，從而不構成性騷擾⁴⁹²；或台灣高雄地方法院之某一判決認被告至原告工作場所，以言詞公開侮辱、騷擾原告，原告向被告提出損害賠償請求，法院認卻認依被告連續口出惡言，從被告言語內容前、後語句綜合判斷，難認有性騷擾之意圖，從而駁回原告訴訟⁴⁹³，法院此等見解完全無視於受害者之主觀感受，

為，並造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾申訴人人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現為前提，**自非單純以被性騷擾者之主觀感受為準**，至為灼然。」，惟這幾個案件中，法院雖提出「合理被害人」標準，卻並未詳述究竟誰是合理被害人，從而性騷擾之判斷標準在行政法院中亦充滿疑義；在行政法院處理性騷擾的案件中，若不侷限於工作場所性騷擾，亦有法院採納**「合理女性」**標準，最高行政法院 98 年裁字第 1684 號判決裁定即謂：「...原判決係以上訴人係女性，乃以『合理女性』（即一般女性）之標準，作為判斷其是否有人格尊嚴感受敵意或冒犯之情形，作為性騷擾行為是否成立之基準，核屬原審取捨證據、認定事實之職權行使範疇。」（注意本案為性騷擾防治法之處理範疇），隨後亦為性騷擾防治法案件之台北高等行政法院 99 年訴字第 2178 號判決，以及性別工作平等法之台灣高雄地方法院 102 年簡字第 118 號行政判決、台灣高雄高等行政法院 103 年簡上字第 60 號判決、台灣高雄高等行政法院 104 年簡上字第 34 號判決，亦提及「合理女性」標準，惟對於此標準內涵以及案件事實之涵攝仍十分簡略。

⁴⁹² 台灣彰化地方法院 101 年度彰簡字第 192 號判決：「...，具見訴外人王文澤上開行為，雖使原告產生不適之感覺，惟其行為之目的乃在於慰留原告、企圖阻止被告辭職，其係以強暴、脅迫之方式使人行無義務之事，尚難謂係『性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為。』，況其係基於慰留原告、希望原告不要辭職為目的，亦未造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，自與性別工作平等法所規範『性騷擾』之情形，未盡相符，是訴外人王文澤所為並未構成性別工作平等法第 12 條所指性騷擾之情形。」

⁴⁹³ 台灣高雄地方法院 102 年度鳳簡字第 298 號判決，被告之行為事實為：「業大廳當眾以『幹你娘』、『幹你娘機歪..，是你硬要嫁給我，你不嫁給我你會死。你不嫁給我你會嫁不出去，你生的小孩會畸形。』、『你道教的符咒很厲害，真漏....但是你機歪....』、『你若沒有想要嫁我，那邊的人不會那麼難過日子....』、『你道教的符咒如果 A 洪幹....放符咒放到你查某機掰（指女性外生殖器）出去給人幹』、『要嫁要嫁，嫁什？謀草謀洨。我還不要動你....』等語，公開言語辱罵、誹謗、性騷擾原告。」，然而法院認：「因性騷擾與性侵害行為有別，性騷擾並未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態，亦即行為人需帶有性暗示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，以性暗示調戲被害人，滿足調戲對方之目的之性騷擾犯意。是以，性騷擾行為之認定，須行為人違反被害人之意願，而與性或性別有關之行為且以性騷擾防治法第 2 條第 1 款、第 2 款所列之態樣為之，如有乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，且被害人已提起告訴，則應依性騷擾防治法第 25 條規定處以刑罰，故性騷擾行為是否成立，應就個案審酌事件發生之背景、

甚至不將合理第三人之觀點納入考量，而是完全以行為人之主觀作為判斷依據，惟無論性別工作平等法，或性騷擾防治法對性騷擾之定義中，皆無行為人必須具有性騷擾之意圖之要件，況且若將行為之主觀作為判斷性騷擾構成與否之標準，則受害者之性騷擾控訴幾乎無成立之可能。

第二項 權利侵害

工作場所性騷擾究竟侵害了受害者何種權利，在民法實務上仍未有一致之見解，為何權利之認定具有重要性，本文以為，民事法院透過認定侵害行為侵害受害者何種權利，其實反應出法院實務對於該侵害行為之定性，同時也將影響著社會如何看待特定侵害行為，甚至具有形塑社會對於受害者所受損害評價之能力，從而本項將透過規整工作場所性騷擾之民事判決，以法院認定受害者所受侵害之人格權論述，描繪出現行法院及社會對容易受性騷擾之邊緣群體之想像，以及這樣的刻板印象若納入性別工作平等之原則，是否得以產生一定改變。

一、常見之人格權主張

性騷擾案件中，受害者究竟何人格權受到侵害，在實務上一直並無統一之定見⁴⁹⁴，綜觀工作場所性騷擾之判決，法院最常認定被告之性騷擾行為，侵害之人

環境、當事人之關係、行為人之言詞、及相對人之認知等具體事實為之。」、「查本件被告於前揭時間、地點固對原告以閩南語口出『妳硬要嫁給我』一語或為相同意思之語句，然該語句從上開錄音光碟勘驗結果可知，乃於同一時間、地點與前揭侮辱、誹謗之語，連續口出惡言向原告為指摘，並未以其他行為、舉止或於其他時間、地點，另為上開之言語，且從被告言語內容前、後語句綜合判斷，難認有性騷擾之意圖，應僅基於同一侮辱、誹謗犯意而為之，是原告以被告上開行為構成性騷擾而提起本件訴訟，亦屬無稽。」惟應注意者為，本件原告雖係於其工作場所內受騷擾，應屬性別工作平等法之保護範疇，惟其主張之損害賠償請求依據為民法侵權行為及性騷擾防治法之相關規定。

⁴⁹⁴ 部分判決認構成健康權侵害，如台灣高等法院98年度上易字第103號判決；認侵害隱私權者，如台灣高等法院台南分院100年度訴易字第7號判決；或是泛稱侵害「人格權」、「人格法益」、「人格尊嚴」、「權益」，如台灣士林地方法院98年度訴字第973號判決、台灣桃園地方法院99年度桃簡字第976號判決、台灣板橋地方法院100年度簡上字第105號判決、台灣高雄地方法院100年度雄訴字第5號判決、台灣桃園地方法院100年度訴字第1678號判決、台灣高等法院101年

格權為原告之身體權⁴⁹⁵，或更進一步闡釋侵害者為原告之「身體自主權」⁴⁹⁶；而性別工作平等法通過施行前，工作場所性騷擾，尤其是行為人以開黃腔之方式所為之行為，是否侵害了原告之名譽權，曾在實務上引起正反論述，惟近年之判決，對此並未有進一步之討論⁴⁹⁷，對此爭議，不但早期法院間立場迥異，學者亦持不同看法，有謂性騷擾案件中之受害者時常處於職場之弱勢，時因性騷擾行為而使名譽權受損，若謂性騷擾係使加害人名譽受損而非受害人，並未正視工作場所中性騷擾事件當事人間之地位不對等⁴⁹⁸；然亦有認性騷擾案件中之受害人縱使自尊受辱，然由於社會上對其之評價並未貶損，從而難認為受害人之名譽權有受到侵害⁴⁹⁹。

二、難以定位之「性」：性道德之複製

值得注意者為，在工作場所性騷擾案件中，法院對於「性自主權、性自主人格法益」見解之運用，性自主之概念，係隨著時間及社會文化之轉變而逐漸形成，我國於 1999 年新增刑法妨害性自主罪章，將性之侵害由妨害風化社會法益，確立為對個人法益即性自主侵害，「性自主權」之概念也逐漸為社會所接受，在性騷擾案件之中，法院亦有以性自主侵害作為原告受侵害之權利⁵⁰⁰，惟「性自主權、

度訴易字第 16 號判決、台灣士林地方法院 101 年度訴字第 936 號判決、台灣彰化地方 102 年度訴字第 527 號判決等。

⁴⁹⁵ 例如台灣板橋地方法院 96 年度訴字第 774 號判決、台灣高等法院 98 年度上易字第 103 號判決、台灣台中地方法院 101 年度訴字第 979 號判決、台灣新竹地方法院 99 年度訴字第 230 號判決、台灣台南地方法院 103 年度訴字第 55 號判決等。

⁴⁹⁶ 例如台灣高雄地方法院 98 年度訴字第 2061 號判決、台灣台北地方法院 101 年度北簡字第 16393 號判決、台灣桃園地方法院 102 年度訴字第 982 號判決、台灣基隆地方法院 102 年度基簡字第 393 號判決、台灣台中地方法院 103 年度訴字第 1336 號判決等。

⁴⁹⁷ 台灣板橋地方法院 96 年度訴字第 774 號判決：「原告遭被告甲乘其不及抗拒而觸摸其胸部，準此，被告甲此項不法行為，同時侵害原告之身體及名譽..。」

⁴⁹⁸ 焦興鎧（2001），〈醫療院所性騷擾問題在我國所引起之法律爭議—對我國法院長庚醫院一則相關案例判決之評析〉，《月旦法學雜誌》，第 78 期，頁 99。

⁴⁹⁹ 俞慧君（2002），〈各國對工作場所性騷擾之法律規範〉，《法學叢刊》，第 186 期，頁 98。

⁵⁰⁰ 例如台灣新北地方法院 102 年度板簡字第 1366 號判決。

性自主人格法益」，在侵權行為中，究竟是一種獨立的人格權，抑或是包含在其他人格權概念之中？實務見解卻相當混淆，有認為性自主權屬於自由法益之一種

⁵⁰¹，亦有法院認性自主權即為貞操權⁵⁰²，與學者認「貞操」為傳統用語，民法第 195 條第 1 項內貞操權之概念，實指違反他人自主意思而與之為性行為，所侵害者為受害者之「性行為自主決定」，無論性別皆擁有此權利之主張相符⁵⁰³，除此之外，甚至有法院認性自主既為自由權亦為貞操權⁵⁰⁴，或將性自主之概念歸於民法第 195 條第 1 項之其他人格法益概念⁵⁰⁵，甚至認為尚未達侵害性自主意願者始屬於性騷擾之範疇⁵⁰⁶。

承上所述，與性自主概念密不可分的「貞操權」⁵⁰⁷概念，此人格權多出現於與性相關之侵害案件之中，惟「貞操權」之概念深受傳統歷史文化束縛，早期學

⁵⁰¹ 台灣士林地方法院 96 年度訴字第 712 號判決：「本件被告故意性騷擾，假藉談論公事及指導業務，乘原告無防備不及抗拒之際，自原告身後以雙手按摩其肩膀，以手伸入原告衣服內撫摸原告之胸部外圍，及以右手按摩原告肩膀、撫摸背部及腰部，按摩臀部之股溝及左大腿內側，又以右手入原告衣服內伸到原告褲襠鼠蹊部碰觸原告肚臍附近，另一手撫摸原告胸部外圍等行為已妨害原告之性自主權，自屬侵害民法第 195 條之自由法益（人格法益之一種）。」；桃園地方法院 102 年度桃簡字第 842 號判決：「本件被告對原告為如附表所示之性騷擾及強制猥褻行為，顯係侵害原告之身體及性自主之自由權。」

⁵⁰² 台灣士林地方法院 102 年度訴字第 75 號判決：「則參諸刑法對於強制性交罪，以『違反被害人意願』為認定標準，以保障被害人行為之自由決定權，符合法律上個人對性行為（貞操）選擇權之規範目的，基於身體（貞操）權益在法律規範整體及法理一致性之考量，民事上認定行為人是否符合侵權行為（貞操）要件，自得採酌刑事法此項定義。是原告主張被告上開行為，業已侵害原告之性自主決定權，已侵害其人格法益（貞操）。」；高等法院高雄分院 101 年度上易字第 144 號判決：「此項刑事法上關於強制性交之定義，係基於保障被害人行為之自由決定權，符合法律上個人對性行為（貞操）選擇權之規範目的，基於身體（貞操）權益在法律規範整體及法理一致性之考量，民事法就關於強制性交之定義，自得採酌刑事法上此項定義，而為認定行為人是否有符合侵權行為（貞操）之要件。」

⁵⁰³ 王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 131。

⁵⁰⁴ 台灣高等法院 103 年度訴字第 42 號判決：「而被告對原告強制猥褻，自己不法侵害原告之身體權及性自主決定之自由權、貞操權。」

⁵⁰⁵ 台灣台東地方法院 103 年度訴字第 29 號判決：「是原告主張被告糾爭侵權行為侵害其性自主人格法益且情節重大，致其身心受創，而受有精神上損害，應堪採信。」雖未明示所指者為民法第 195 條第 1 項之其他人格法益，惟本文以為法院在此段論述後特別提起「情節重大」之論述，與民法第 195 條第 1 項之要件相符。

⁵⁰⁶ 台灣彰化地方法院 99 年度簡上字第 106 號判決：「性騷擾之認定，應就個案審酌事件發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、為及相對人之認知等具體事實為之。行為人之求歡試探舉動，倘於客觀上不能認為足以造成被害人行為決定自主意願有所妨害時，要屬性騷擾之範疇（最高法院 95 年台上字第 908 號判決意旨參照）。」此最高法院刑事判決為不公開判決

⁵⁰⁷ 侵權行為中貞操權明定於 1999 年憲法修正後之民法第 195 條，惟同一時期刑法修正了妨害性自主罪章，將過去被視為侵犯了道德風俗的性犯罪，轉變為侵害個人法益，亦即侵犯了性自主之

者對於貞操之詮釋亦為保護人「內部的性的品格及純潔」，雖然已認不僅女性有貞操權，男性亦有，惟女性之貞操較男性更為重要⁵⁰⁸，最高法院甚至曾有見解認為，若受害者已非處女，與之發生性關係並無造成身體或名譽侵害，因其已無「純潔無瑕之貞操」⁵⁰⁹，此等貞操權概念隨即招致學者批判⁵¹⁰，惟直至今日，在工作場所性騷擾案件中，法院仍時常以貞操權作為權利侵害之運用及論述，這樣的慨念使得法院難以跳脫長期以來，社會對於女性「性道德、性貞潔」之評價觀點，畢竟「貞操」概念屬於傳統文化之一環，且多加諸於女性身上，從而認定女性受到性上之侵犯，或女性受到有關性的言語侮辱時，構成「貞操權」之侵犯，即便一方面給予女性受害者請求之依據，增加求償成功之機會，然另一方面卻也鞏固女性貞潔、女性之性不得侵犯等道德觀點。而對於性騷擾侵害「名譽權」與否之爭論亦有類似問題，若被告之言詞行為造成社會評價之貶損，則構成對於原告名譽之侵害，惟在操作社會評價貶損之概念時，亦必須注意到論述過程是否會複製社會對於女人之性之道德要求，本文以為，若認定被告工作場所性騷擾行為侵害原告之名譽權，亦應認性騷擾使女性受僱者受到了不平等的對待，性騷擾之言行性化及物化了受害者，從而此言詞行為造成受害者社會評價之貶損而構成名譽權侵害，而非再次將環繞著性純潔價值之「貞操」納入考量。

而性騷擾是否侵害了受害者之性自主權，本文以為，性自主權為自然人自主支配自己性利益的具體人權，行為人侵犯行為無論是以言語、身體、或環境作為

犯罪，可見當時的社會已逐漸採納性自主概念，然民法債編修正時，立法者卻選擇將傳統性貞潔道德色彩濃厚之「貞操」明示為人格權之一種，此等落差實值進一步研究。

⁵⁰⁸ 學界及實務早期關於貞操權之討論，參見：馬維麟（1996）。〈「貞操權」觀念在現代社會中的重新審視-最高法院歷年來判決之檢討剖析〉，《月旦法學雜誌》，第 11 期，頁 69。

⁵⁰⁹ 最高法院 43 年台上字 677 號判決，轉引自馬維麟（1996），〈「貞操權」觀念在現代社會中的重新審視-最高法院歷年來判決之檢討剖析〉，《月旦法學雜誌》，第 11 期，頁 69。

⁵¹⁰ 馬維麟即認貞操觀念在現代社會衛道意味實足，亦抵觸憲法平等權之規定，性侵害案件中，女性受害者所受侵害，不應是所謂身體、名譽、貞操，而是「性自主決定」，歸屬自由權範疇。馬維麟（1996），〈「貞操權」觀念在現代社會中的重新審視-最高法院歷年來判決之檢討剖析〉，《月旦法學雜誌》，第 11 期，頁 69-70。

途徑，皆有可能侵害人之性利益。即便工作場所性騷擾展現出的態樣未竟一致，但很大一部份是與性意味相關之行止，這些騷擾行為侵害了受害者的性利益及主體性選擇的自由固然可以理解。然而，若將性騷擾侷限在「性慾求」上，很可能產生忽略性騷擾背後獨特的權力文化脈絡之結果，尤其在工作場所性騷擾案件中，「權力」往往是理解該性騷擾行為之關鍵，權力的不對等時常存在於行為人與受害者之間，騷擾行為人之權力地位高於受害者，因此使得受害者無法自由的依其意願做出選擇，在該情境中，受害者難以拒絕不受歡迎之性騷擾行為，在這樣的狀況下性別與權力產生了緊密的連結，而現實中的勞動場域，男性通常居於權力擁有者之高位，女性多作為其下屬，在經濟上受男性上司之支配，這樣的結構提供了許多騷擾行為人實施性騷擾之機會及資源，也使得許多性騷擾受害者迫於經濟壓力而不敢聲張。所謂性自主權利，僅能詮釋具有性意味、性本質的騷擾行為，而無法彰顯出工作場所性騷擾所具有的性別權力不對等特性，從而若只將騷擾行為理解為對性自主的侵犯，將會產生將性騷擾歸為私人道德問題之結果，無法對應到現實勞動場域中的權力運作⁵¹¹。

三、創建「性別平等人格法益」之可能性

美國工作場所性騷擾法制及學理發展最早，司法實務之判斷標準亦相當完備，惟性騷擾究竟應作為一種「人性尊嚴」之侵害，抑或是「性別平等」？此爭議在各國之性騷擾學理研究及法律制度規範中，仍是相當重要的議題，例如 Orit Kamir 認為因國情及法律規範之不同，將性騷擾視為性別歧視之取徑難以適用在以色列⁵¹²；而有別與美國以民權法規範工作場所性騷擾之模式，德國法則將性騷擾定性

⁵¹¹ 駱東平（2009），〈再論性騷擾案件的民法客體〉，《三峽論壇》，第 220 期，頁 108-109。

⁵¹² Orit Kamir, *Dignity, Respect, and Equality in Israel's Sexual Harassment Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 561-581 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

為人性尊嚴（human dignity）之侵害，這樣的自由與平等概念相衝突，重視自由的取徑有其歷史文化背景⁵¹³，德國之規範重視性騷擾行為人之意圖，以及性騷擾具有的性本質⁵¹⁴，惟 MacKinnon 認為，此種定性仍會有傳統道德取向之問題，以道德標準去判斷行為之好壞，忽視了當事人間之地位關係及群體權力，性騷擾未明確定性成性別歧視，會很容易將傳統道德審查混入法律理論之中⁵¹⁵。

我國性別工作平等法雖於第一條揭橥該法消除性別歧視及促進實質平等之意旨⁵¹⁶，惟性騷擾與性別歧視關係之爭議仍未曾停歇，例如高鳳仙即認將性騷擾認定為性別歧視是不得已的，我國與美國之脈絡不同，適宜之方式為另定專法規範⁵¹⁷，而焦興鎧認我國性別工作平等法仿照美國之制度而來，立法原義仍是將性騷擾視為一種性別歧視，惟因在立法時並未作出深入的法理探討，亦未考量國情差異，從而導致此懸而未決之法理爭議⁵¹⁸。性別工作平等法通過施行後，我國法

⁵¹³ Susanne Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 588-590 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

⁵¹⁴ Susanne Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 591-593 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

⁵¹⁵ Catharine A. MacKinnon, *Afterword*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 672-704 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

⁵¹⁶ 性別工作平等法第 1 條：「為保障兩性工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進兩性地位實質平等之精神，爰制定本法。」

⁵¹⁷ 高鳳仙即謂：「到底性騷擾是不是性別歧視？百分之九十幾不是，一開始把性騷擾定義成性別歧視是不得已的做法，美國民權法案裡禁止性別歧視，所以從這裡發展性騷擾法律。目前法條的困境在於對雙性性騷擾者沒有辦法規範，因為它不是性別歧視，加害人可能又加害男人，也加害女人。美國可以傾向訂一個專法，而且不是各州的層次，是聯邦的層次，就和我們現在的『性騷擾防治法』（草案）非常像。」，摘自高鳳仙（2003）。〈「進步與反挫：從性騷擾案解讀法律結構的困境」研討會活動紀實〉，《婦研縱橫》，第 66 期，頁 73。

⁵¹⁸ 焦興鎧則認我國相關制度係仿效美國而來，從而謂：「我國制定兩性工作平等法過程中，此類行為究竟是否構成就業上性別歧視，而應納入一並加以規範，也無法達成共識，但因各相關版本中都訂有對這類行為防治之規定，再加上整合個草案版本之小組成員認知大體相同，因此，在該法是以專章加以規範，並仿效美國之做法，科雇主以事先預防及事後處理之法律義務，將這類行為視為是一種就業上性別歧視之立法原義，應屬沒有太多爭議。」摘自焦興鎧（2004），〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？-試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示（上）〉，《全國律師》，第 8 卷第 2 期，頁 21-23；「我國新制定之兩性工作平等法中，將性騷擾當作一種就業上之性別歧視，並科已雇主事先預防及事後處理之法律責任，其立法原義參考美國法制之處頗為明顯，但在採用之際並未對此一問題所涉及之法理作深入之探討，也未能顧及兩國國情文化及法制之差異，導致一實施後即引發性騷擾是否構成性別歧視之爭議，而有不同見解出現，前述台北高等行政法院判決，雖未就此一爭點表達立場，但法官意見可看出其保留態度。」摘自焦興鎧（2004），〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？-試評臺北高等行政法院一則相



院在論述時，鮮少將性別工作平等之規範理由納入討論，縱使提起相關民事求償之原告幾乎均為女性，亦僅有少數判決提及性騷擾對於女性勞動權益之影響，例如台灣台北地方法院之一判決謂：「…將性騷擾之防治由單純之人身安全保護，擴及雇主對於受僱者之保護義務。…按工作場所性騷擾可能使女性勞動者就業環境惡化，在勞動條件上造成不利益，就其能力之有效發揮及就業繼續等造成重大障礙，是若雇主或任何人在與就業場所有關之環境下，以與性方面有關之言行而使對方不舒服、不愉快，傷及個人尊嚴，應可認為該當於兩性工作平等法第十二條第一款之性騷擾定義。」⁵¹⁹，以及台灣新竹地方法院於判決內曾稱：「臺灣的經濟發展已邁入跨世紀的時代，惟女性在職場上，除了要承受事實上存在之招募限制、同工不同酬、升遷不公、單身條款等問題外，還要面對工作中會發生的困窘情境即職場性騷擾的恐懼、無助與侵害，又因為加害者可能是女性無法避免見面的上司或同事，更使女性處於一種不知所措的情境，其中之類型之一為敵意的工作環境，即在工作環境中無法避免令人難堪的肢體動作及言詞，女性對於自身處境的感受，雖然覺得委屈，但受限於勢單力薄而無力改變現況。…按性騷擾是一種對別人身體界限及身體自主權的不尊重，性騷擾防治法其目的係在防治一方將其快樂建築在另一方之痛苦上，造成非平等健康的關係。」⁵²⁰

從我國法院之論述觀察，縱使性別工作平等法訂定通過，係為了讓女性勞動者能擁有平等之工作條件及環境，然而工作場所性騷擾損害賠償案件，仍具有相當清楚的侵權行為特性，從原告運用之請求權基礎，乃至於法院之論理，多持續

關判決並兼論美國經驗之啟示（下）》，《全國律師》，第8卷第2期，頁123。

⁵¹⁹ 台灣台北地方法院95年度勞訴字第64號判決。

⁵²⁰ 台灣新竹地方法院102年度訴字第604號判決，惟應注意的是，該件事實雖屬工作場所性騷擾事件，惟法院在論述時卻引用性騷擾防治法之規定，此為性騷擾案件在民事法院中常見的混用情形。

環繞在侵權行為理論之上，在這樣的框架下，民事判決無法突顯工作場所性騷擾之防制，是為保護弱勢性別之勞動者之工作權及平等權之概念⁵²¹。對此，本文的認為 Susanne Baer 之觀點實值作為參考，其於研究中指出，傳統上認為尊嚴及平等互斥（scheme of conflict）之觀點，無論僅以尊嚴分析，或僅以平等分析皆有所不足，例如德國以尊嚴取向之方式論述性騷擾，惟產生之結果是將性騷擾個人化，過於重視加害者的觀點，將人的行為視為有完全的自主性，忽略了工作中具有的權力關係，尊嚴與平等毋需作為互斥的概念，尊嚴及平等得詮釋為互相關聯（scheme of interrelatedness）的原則，平等原則得對抗性化的階層秩序，而尊嚴則可以確保每一個人獲得平等，此種方法要求法律將人視為社會主體，藉此觀念，有助於法律認清性別歧視具有的系統性特性，平等尊嚴化的概念，要探究的不再是「尊嚴」還是「平等」好，而是法律提供了什麼來確保個人在平等的基礎下獲得人性尊嚴⁵²²。

延續這樣的觀念，我國與德國、以色列在憲法明定人性尊嚴之部分相似，亦即憲法中明定婦女人格尊嚴之保障，誠然我國憲法雖無一專屬人性尊嚴之明文規定，惟憲法增修條文第 10 條第 6 款明定「婦女之人格尊嚴」，要求國家「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，而「人格尊嚴」與「人性尊嚴」之文字雖然不同，重點卻皆在於尊嚴，由此而論，我國憲法並非毫無保障人性尊嚴之意涵在內。我國大法官解釋中，亦時常提及人性尊嚴之概念，如司法院釋字第 485 號解釋理由書提及：「保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求」，司法院釋字第 490 號解釋則以是否違反「人性尊嚴」作為判斷合憲與否之基準，於司法院釋字第 585 號解釋理由書及釋字第 603 號解釋中，更以人性尊嚴為基礎推導出憲

⁵²¹ 謝棋楠（2012），〈我國反就業歧視管制法制檢視：以性別平等之規範分析〉，《就業與勞動關係季刊》，第 2 卷第 3 期，頁 328。

⁵²² Susanne Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 593-595 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press 2004)

法第 22 條所保障之隱私權。在司法院釋字第 664 號理由書中進一步提及：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。」，由此可知，以人性尊嚴為基礎，藉憲法第 22 條得創設出許多基本權，尤其是涉及個人主體性之人格權。從而，即使憲法並無明文規定，人性尊嚴亦為我國憲法所保障，且大法官運用人性尊嚴此一概念時，時常強調人性尊嚴作為基本要求，應人人均享有，由此可知，人性尊嚴背後實際上已預設了人人皆為平等的圖像，否則難以確立人性尊嚴作為基本要求此一憲法誠命。而於憲法增修條文第 10 條第 6 款之意涵，更顯示出如欲保障人格尊嚴，促進平等為必須之意旨，為保障人性尊嚴，實質平等不可或缺，否則立基於不平等的人性尊嚴，也只是空殼而已。

延伸至民法，我國於 1999 年民法債編修正，為了擴大人格權之保護，除增加了第 195 條第 1 項中得請求非財產上損害賠償之人格權侵害類型外，亦新增了「其他人格法益且情節重大」之概括條款，順應隨著社會發展，侵權態樣多變，此種規定使法院得透過判決，將各式各樣新形態的人格權侵害具體化⁵²³。本文以為，我國在性別工作平等法之訂定過程中，結合民間團體、學者經驗，並引進外國立法例之討論，尤其美國對於工作場所性騷擾之概念定義，於性別工作平等法內專章規範職場性騷擾，誠然工作場所性騷擾是否屬於職場性別歧視之學界尚有爭論，立法理由內亦未明示，且性別工作平等法規範模式係將性別歧視之禁止與性騷擾之防治分章訂立⁵²⁴，惟本文以為，參酌立法過程，立法委員或行政院所提

⁵²³ 例如最高法院 92 年台上字第 164 號判例創設之「居住安寧權」。

⁵²⁴ 例如台北高等行政法院 91 年簡字第 851 號判決判決，原告提起行政訴訟時，即主張：「何謂『性騷擾』？就業服務法並無明確之定義。依新制定之兩性工作平等法第十二條規定：『本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一：一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。』，而關於性騷擾之防治規定於同法第三章，至於『性別歧視之禁止』

之草案，於工作場所性騷擾之部分，皆環繞在平等工作權以及性別平等之討論⁵²⁵，以及參酌性別工作平等法消除歧視、促進實質平等之立法意旨，應將工作場所性騷擾視為對受害者平等工作權之侵害，勞工在職場平等待遇，應可被個人人性尊嚴之概念涵括，若將性別工作平等法揭露之平等原則納入人格權侵害思考，可嘗試以民法第 195 條第 1 項其他人格法益之概念，論述工作場所性騷擾所侵害之人格權⁵²⁶，因工作場所性騷擾深深影響受害受僱者之工作平等地位，對勞工之工作狀態造成影響，更對其造成身體、精神上之侵害及損害，認工作場所性騷擾侵害受害者人格法益且情節重大，屬於一種對於人的人性尊嚴侵犯，此種將平等原則納入格尊嚴概念之思考模式，得以跳脫單純個人利益、以性道德詮釋工作場所性騷擾之質疑。從而工作場所性騷擾之侵害行為，除了可能構成受害者性自主權之侵犯（具有性意味及性本質之行為）以外，更重要的是工作場所性騷擾侵害了受害勞工的平等工作權，以及性別平等的人格法益。

第三項 財產上損害及因果關係認定

一、醫療費用支出

工作場所性騷擾侵害原告之人格權，可能導致財產及非財產上之損害，財產

則規定於第二章，由此可見，性騷擾並非屬於『性別歧視』。」

⁵²⁵ 「為保障女性受僱者之平等工作權及性自主權。」、「工作上之性騷擾，...，顯有違兩性工作平等之精神。」立法院公報處（2001），《立法院公報》，90 卷 58 期，頁 297、301，台北：立法院。

⁵²⁶ 在性騷擾相關研討會上亦有類似之討論，「如果我們把性騷擾界定為性別歧視，我認為這應該有侵害到平等權的問題。」，參：彭昭芬（2003）。〈「進步與反挫：從性騷擾案解讀法律結構的困境」研討會活動紀實〉，《婦研縱橫》，第 66 期，頁 74；另雖非工作場所性騷擾案件，惟著名之宜蘭大學校長遴選委員會性別歧視爭議一案，從地方法院到最高法院，雖歷經更審，惟被告之性別歧視行為（校長遴選委員會在面試過程，遴選成員對女性候選人提出：「女性候選人在募款方面比較吃虧。」等語），是否侵害原告之「性別平等工作權」、「兩性平等人格法益」，一直是判決之重要爭點，足證在性別工作平等法之概念之下，非無將相關就業歧視行為，視為對受害者性別平等人格法益侵犯之可能性，參：台灣台北地方法院 96 年訴字 7313 號判決、台灣高等法院 97 年上字第 998 號判決、最高法院 98 年台上字 2249 號判決、台灣高等法院 98 年上更(一)字 164 號判決、最高法院 100 年台上字 1062 號判決。

上損害常見者為醫療費用之支出，在此部分，實務法院多肯認受害者至精神科就診所造成之財產上損害，與被告之騷擾行為具有因果關係，從而判被告須負此部分之賠償責任⁵²⁷。



二、勞動能力減損或薪資損失

有爭議者為，若性騷擾受害者主張因被告之騷擾行為，導致其不堪忍受，或影響其勞動能力，從而自行離職，此部分之財產損害，得否請求被告行為人或雇主負賠償責任？法院對此均採否定見解，所持理由多為依因果關係理論⁵²⁸，性騷擾行為於常理而言不會造成受害者之工作能力減損⁵²⁹，或原告之財產損害與被告之騷擾行為無因果關係⁵³⁰，離職係原告之自由選擇⁵³¹。

⁵²⁷ 台灣彰化地方法院 99 年度彰簡字第 136 號判決：「被告雖辯稱原告罹患憂鬱症與本件無關云云，惟原告既係因被告之行為，致其精神上受有損害，其至醫院精神科就診，自難謂無關。」；台北地方法院 102 年度訴字第 2851 號判決：「被告雖否認原告就醫與侵權行為有相當因果關係，惟衡諸常情，一般人經歷原告相同之處境，當因此會受到驚嚇、同時倍感羞辱、不悅及精神上痛苦，原告之身體權遭受侵害始前往就醫，堪信原告確係因遭被告性騷擾致需至身心門診治療，被告空言否認二者間之因果關係，委無足採。」；台灣高等法院 103 年度訴字第 42 號判決：「是以原告主張伊受被告強制猥褻之侵害致生上開精神疾患乙節，洵堪採信，被告抗辯原告係因受他人言行及銀行內部調查影響而生心理壓力，與其行為無關云云，容無可取。而原告主張因上述精神症狀就診 10 次，共計支出醫療費用 3,600 元乙節，亦據提出部分醫療單據為證，復為被告所不爭執，堪認屬實。則原告因被告行為所受精神上傷害就診，支出醫療費用合計 3,600 元，而請求上訴人賠償，核屬有據。」

⁵²⁸ 關於侵權行為因果關係之探討，Chamallas 和 Wiggins 於所著之侵權行為法研究中，指出侵權行為法中關於因果的判斷，即便法律標準是以客觀、中性的方式訂立，然而在實際論述中實會受到種族及性別的影響，其引用近代關於認知和社會心理學之研究（例如何謂基本歸因錯誤、常規的偏見），佐證性別和種族之刻板印象，如何巧妙的影響著法官或陪審團對於因果關係之判斷，推翻 1930 年代開始法實證主義者主張的因果關係是準科學概念，與公共政策無涉之論點。她們指出法官或陪審團所慣用，某種程度是帶有偏見的思考方式，在其内心中創造出「何為可能的」因果期待，這些期待影響了法官或陪審的決定和採用的理論，許多研究指出人們對於因果的觀點和理解深受時間、地點、文化和利益之影響，從而若就某一傷害而言，當社會對於意外的性質、受害者之特質，或被告與該傷害有何關聯之觀點被改變時，因果關係的認定可能就不一樣了，刻板印象所造成的偏見，很有可能會改變我們對於歸責的判斷。詳細的討論可參：Martha Chamallas & Jennifer B. Wiggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law* 119-153 (New York University Press 2010)

⁵²⁹ 台灣新竹地方法院 99 年度訴字第 230 號判決：「而且，性騷擾行為係乘人不及抗拒而為觸摸胸部或其他身體隱私處，在通常情形下，亦不足以減損受害人之勞動能力，換言之，並非必然發生減損勞動能力，致無法工作之結果。則原告所受傷勢程度既不足以影響其勞動能力，且性騷擾行為亦不致於造成無法工作之結果，顯難認為兩者間具有相當因果關係。」

⁵³⁰ 台灣板橋地方法院 100 年度板勞簡字第 30 號判決：「然依客觀之審查，一般而言，遭受性騷擾尚不致於即有失業損失之發生，是依前揭判決意旨所示，被告邱清陽之性騷擾行為與原告受有失業損失間，應不具有相當之因果關係，...。」應注意者為，本件性騷擾為一交換條件性騷擾類

本文以為，美國對工作場所性騷擾所造成原告「間接解僱」(constructive discharge)⁵³²之研究，得作為法院未來在處理性騷擾受害者因工作條件或環境不堪忍受，從而自行離職而請求財產上損害之訴訟時之參考，在美國司法實務中，法院並非一概否認原告主張因間接解僱所受之損失，而是要求原告除證明性騷擾存在⁵³³以外，尚必須證明工作條件達一般合理員工皆不堪忍受之程度，而為減緩雇主責任範圍，部分法院創設積極抗辯 (affirmative defense)⁵³⁴，使得此種間接解僱案件在實務之討論及運用上呈現相當細緻的樣貌。侵權行為女性主義學者更進一步提出，法院在處理間接解僱之主張時，應將民權法第七章之原則納入參考，法院應對企業文化、組織內成文和不成文之架構，以及管理監督者各種權力之運用有所認識，始不會直觀的認定「受害者有權自由的選擇離職與否」，以及法院必須重新省思何謂受害者受到歧視待遇的合理反應，面對不堪忍受之工作條件或環境時，自行離職係性騷擾受害者慣常或典型之反應，法院不應責怪受害者選擇採取在同等狀態下，多數受僱者都會選擇採取的行動，性騷擾所造成之受害者損失，或者工作場所歧視對受害者造成之侵害及損害是相當複雜的，法院不應僵化

型；新竹地方法院 99 年度訴字第 230 號判決：「經查，依經驗法則，於一般情形下，強制猥褻之行為固然通常會造成被害人精神上之痛苦與傷害，惟尚難認該不法侵害行為通常會造成被害人之薪資損失。」。

⁵³¹ 台灣彰化地方法院 99 年度彰簡字第 136 號判決：「查原告並未證明係被告以不法方法逼迫其離職，則原告如因不滿意戈賓公司之處理或工作環境而離職，係出於其本身之考量，尚難認被告應負其工作損失部分之賠償責任。」；桃園地方法院 100 年度訴字第 1678 號判決：「被告應賠償原告之工作損失 50 萬元部等語，核其性質應屬『侵權行為之財產上損害賠償責任』，與本院上開認定之被告侵害原告人格法益之侵權行為性質不同，且本件原告自中環公司離職，終究係基於個人自由意願之抉擇，並非中環公司因本件性騷擾事件而違反原告意願以單方終止僱傭關係。」

⁵³² 此種間接解僱之狀況多半發生在敵意環境性騷擾案件中，亦即受害者因工作環境無法忍受，從而以辭去工作之方式回應，實證研究顯示出性騷擾受害者時常以自行離職來應對所受之歧視待遇。Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive Discharge*, 77. S. Cal. Rev. 307, 309-311 (2004)。美國最新關於間接解僱之聯邦最高法院判決為 Green v. Brennan, 578 U.S. ___ (2016)，所處理之爭議為原告提出間接解僱訴訟之期限起算時點，詳細判決可參：

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/578/14-613/> (最後瀏覽日：08/05/2016)

⁵³³ 例如敵意環境性騷擾要證明的「嚴重且普遍」(severe and pervasive)。

⁵³⁴ 主張間接解僱之原告必須要證明其於離職之前，針對行為人性騷擾已循公司內部救濟途徑，亦即必須給予雇主改善工作環境之機會。Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive Discharge*, 77. S. Cal. Rev. 307, 316-317, 324-327 (2004)

看待⁵³⁵。對應到上述之我國實務判決，原告因不堪忍受工作環境或交換條件性騷擾而選擇離職，並非工作場所性騷擾案件中罕見的主張，然而法院對此種財產損害之訴求，卻仍直觀的認定被告行為與原告所受之損害間不具因果關係，甚至曾有法院認為此種性騷擾侵害所造成之損害，與財產損害「性質不同」⁵³⁶，法院此見解似乎將權利侵害及所受損害之混為一談，否定工作場所性騷擾之人格權侵害產生財產上損害之可能。

第三節 非財產上損害賠償計算

非財產上損害賠償對性騷擾受害者而言尤為重要，請求被告行為人或雇主就原告所受之侵害賠償一定數額之慰撫金，為此類案件原告之主要主張，然而綜觀工作場所性騷擾案件中，關於慰撫金之核定，實務上似無一致的量定標準⁵³⁷。本文僅以襲胸之性騷擾行為為例，民事法院曾判決慰撫金賠償金額從 30 萬⁵³⁸、20 萬⁵³⁹、12 萬⁵⁴⁰、10 萬⁵⁴¹、6 萬⁵⁴²、3 萬⁵⁴³不等。進一步檢視此六件判決內容，判

⁵³⁵ Martha Chamallas, *Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive Discharge*, 77. S. Cal. Rev. 307, 316-317, 313-314 (2004)。郭玲惠之研究中亦指出，於交換條件性騷擾中，可能構成侵權行為，而在損害賠償範圍之認定上，本來應給予者因性騷擾行為而未給予，即可能構成財產上的損害，例如受害者拒絕性騷擾而發生工作條件改變，如遭解僱之受害者須另覓工作，產生年資損失等，都屬於損害之一種，參：郭玲惠（2008），《兩性工作平等法-法理與判決之研究》，二版，頁 122，台北：五南。

⁵³⁶ 台灣桃園地方法院 100 年度訴字第 1678 號判決：「被告應賠償原告之工作損失 50 萬元部等語，核其性質應屬『侵權行為之財產上損害賠償責任』，與本院上開認定之被告侵害原告人格法益之侵權行為性質不同，...。」

⁵³⁷ 關於非財產上損害賠償之數額量定之探討文獻眾多，本文礙於篇幅無法進行詳細論述，可參：藍家偉（2008），《慰撫金量定之理論與實務》，國立台灣大學法律研究所碩士論文；呂麗慧（2008），〈論離婚損害—慰撫金存在價值之探討〉，《法學新論》，第 3 期；王澤鑑（2009），〈慰撫金〉，《民法學說與判例研究（二）》。

⁵³⁸ 台灣高等法院台中分院 100 年度上易字第 31 號判決。

⁵³⁹ 台灣士林地方法院 96 年度訴字第 712 號判決、台灣台北地方法院 96 年訴度字第 6336 號判決、台灣屏東地方法院 104 年訴度字第 615 號判決。

⁵⁴⁰ 台灣高等法院台南分院 100 年度訴易字第 7 號判決、台灣桃園地方法院 102 年度訴字第 982 號判決。

⁵⁴¹ 台灣板橋地方法院 96 年度訴字第 774 號判決、台灣高雄地方法院 96 度訴字第 1830 號判決。

⁵⁴² 台灣台中地方法院 101 年度訴字第 979 號判決。

⁵⁴³ 台灣新北地方法院 102 年度板簡字第 1366 號判決。

賠金額較低之新北地方法院 102 年度板簡字第 1366 號判決，及台灣台中地方法院 101 年度字第 979 號判決共同因素為應被告之經濟地位(二被告判決之時均無工作)。而判決 10 萬元之台灣板橋地方法院 96 年度字第 774 號判決，雖提出考量原告及被告行為人之教育程度、職業、身分及經濟狀況，然因騷擾行為人判決之時業已出境，原告同時向雇主請求連帶賠償，故法院在此應有納入雇主資力作為核定之因素，然從判決內容以觀，尚難認定決定性因素為何；同為判決 10 萬元的台灣高雄地方法院 96 年度訴字第 1830 號判決，則是以原被告之學歷、社會地位、財產狀況及被告性騷擾原告之情節等作為核定因素。而同樣判賠 12 萬之判決有二，其一為台灣高等法院台南分院 100 年度訴易字第 7 號判決，被告之經濟地位相較於賠償金額較低判決之被告明顯較佳，然法院並未採納原告請求 50 萬元之主張，而僅判賠 12 萬，由判決內容以觀，法院舉出原告之收入為 2 萬餘元，而 12 萬元之賠償相當於原告半年之收入，故應可推論法院主要考量點應在於原告之損失；其二為台灣桃園地方法院 102 年度訴字第 982 號判決中，與前一判決狀況雷同，亦即原被告雙方之資力有相當差距，被告明顯原告之資力為佳，然法院雖強調被告毫無悔意，但並無因此判命被告應賠償較高之數額。判賠 20 萬元之三件判決，其中台灣士林地方法院 96 年度訴字第 712 號判決，法院特別描寫原告所受之心理痛苦，除此之外對於雙方經濟地位並未特別描述，應可認定法院之判決係以心理痛苦為主要因素；台灣台北地方法院 96 年度訴字第 6336 號判決，判決內文亦詳細描述原告所受之心理痛苦，同樣的台灣屏東地方法院 104 年度訴字第 615 號判決內容中也有類似情形。最後判賠 30 萬元之台灣高等法院台中分院 100 年度上易字第 31 號判決，法院並未對原告心理痛苦有所描述，轉而著重於雙方之經濟地位。從而由上開判決論述以觀，同樣之性騷擾行為，法院主要考量者應為雙方經濟地位及原告心理痛苦，而心理痛苦此一因素主要為加

重賠償數額的因素，但這因素卻並非所有判決皆審酌，而雙方經濟地位對於賠償金額之影響雖有正相關，但也並非在客觀上越有經濟能力之行為人，相較無資力之行為人，賠償之金額就必定越高，從而雙方之經濟地位之審酌，究竟屬於加重或減輕因素則曖昧不明。

如同本文第二章所討論者，美國侵權行為法之女性主義研究，針對損害賠償之計算，從經濟及非經濟損害賠償之計算模式及法定標準作為研究對象，無論是未來賺錢能力之數額計算所採之基於性別統計數據，或是對非經濟損害賠償設有求償上限之規定，都可能造成邊緣群體之不利。我國民事損害賠償訴訟中，若青少年或幼童死亡或重傷之案件中，法院在計算受害者勞動力減損部分，多以最低基本工資以及國人平均退休年齡作為計算標準，與美國採用基於性別或種族之統計數據有所不同。然而這些標準的採用出現於受害者失能或死亡之案件中，而一般工作場所性騷擾案件，原告除了醫療花費以外的財產損害，如前所述很難求得賠償，從而我國的損害賠償數額高低之爭議，多集中在非財產上損害賠償之額度上。

而從我國工作場所性騷擾民事損害賠償判決之分析可以發現，實務上法院對於慰撫金數額之增減要素，可能有一定之傾向得以推測，例如法院判決多會反覆列舉特定幾項因素作為考量重點，然而仔細觀察可以發現，實際上並不存在穩定之量定標準，近年來我國學界不乏慰撫金定額化或創設核定量表之討論⁵⁴⁴，本文認為慰撫金量表確實是一增加實務求償數額可預測性之重要途徑，然而量表的制定必須謹慎，應廣泛考量不同案件之特性及應增減數額之要素，並保留適當的彈性，避免產生將不同之侵害類型秤斤論兩之問題。尤其考量到許多特定案例之受害者，多屬於社會上之邊緣群體，若量表之發展未重視弱勢之保護，很可能產生

⁵⁴⁴ 例如司法院民事廳所著，《慰撫金酌定研討會論文集》。台北：司法院。

類似於美國法中，對非經濟損害賠償設有諸多上限，而非經濟損害賠償容易與弱勢相連，產生律師更不願意承接此類賠償案件，導致弱勢處境更為艱辛的問題。從而慰撫金量表之發展重點不應在於將數額特定，而應在於明確化不同案件中，法官量定慰撫金數額時，所應審酌之因素以及不同因素在審酌上之優先順序。

針對工作場所性騷擾慰撫金量定之因素，本文初步的想法為，工作場所性騷擾之惡性在於雇主或行為人，與受害者之間不對等的權力運作，從而行為人之行為手段(例如雙方間之地位差異、行為人為騷擾行為是否同時運用經濟脅迫等)，以及加害者之權力濫用對受害者造成之傷害程度，應為最優先考慮的量定因素，其次得以考量被告之資力(因慰撫金制度之目的，不在於剝奪被告之生存權，從而若行為人資力甚低，可斟酌作為酌減數額之因素)，在考量被告資力時，若法院同時認定雇主須負擔連帶賠償責任，則在此部分亦能將雇主資力納入考量，增加受害者可能獲得之賠償數額。最後，本文認為在慰撫金量定之考量中，最不應審酌者為受害者之身分、地位、學歷及資力，因侵害行為對受害者所造成之傷害，本不應受害者之此等特徵有所不同，況且工作場所性騷擾案件，時常發生於職場上有管理監督權限者與受管理監督者之間，本即有權力及地位上之不對等，若在審酌慰撫金額度時，率將原告即受害者之身分、地位、學歷及資力等納入考量，尤其將其採納為酌減數額之因素，全然忽視一個人的身分、地位、學歷及資力，受其所屬群體位置之影響甚深，極可能產生將現實中群體間之不平等關係，以及弱勢群體面對的勞動市場困境等問題，透過侵權行為損害賠償被再次鞏固的不平等結果⁵⁴⁵。

⁵⁴⁵ 在我國勞動及教育場域中，性別統計數據顯現出性別群體之間，在工作領域、工時、工資、所選科系、受教育程度間仍存在著明顯落差。相關數據可參考政府網站之性別統計分析：(勞動部) <http://www.mol.gov.tw/statistics/2461/2473/>；
<http://depart.moe.edu.tw/ED4500/cp.aspx?n=DCD2BE18CFAF30D0> (教育部) (最後瀏覽日：08/10/2016)



第四節 雇主責任

第一項 性別工作平等法：雇主對受害者之保護義務

性別工作平等法中關於雇主損害賠償責任，明定於第 27 條及第 28 條，惟民事實務案例對此之運用尚有欠缺⁵⁴⁶。在法理上第 27 條與民法侵權行為之關聯亦待釐清，依法條文義「由雇主及行為人連帶負損害賠償責任」，看似求償之對象為騷擾行為人及雇主，惟該條立法理由卻僅強調「雇主責任」⁵⁴⁷，以及該條與民法第 188 條之關聯，從而原告得否依第 27 條向行為人請求，抑或該條應僅用於向雇主請求，仍莫衷一是⁵⁴⁸，該條另一值得探討之處為免責之規定，亦即雇主於何種狀況下，得主張第 27 條第 1 項但書之規定⁵⁴⁹？學者及實務對此見解不同，有認雇主得主張其已遵循性別工作平等法第 13 條第 1 項事前預防責任，亦即雇主得透過證明其履行防治性騷擾之義務，或如同條第 2 項規定，於知悉時立即採取有效之事後糾正或補救措施等，即可主張免責⁵⁵⁰，類似之實務見解為台灣台北地方法院 96 年度訴字 6336 號判決，其認為被告公司曾發佈防治性騷擾之公告，亦要求員工報名相關課程及研習會，於接獲原告性騷擾申訴後即展開調查，並對

⁵⁴⁶ 且值得注意者為，民事法院在認定工作場所性騷擾雇主是否須負擔賠償責任時，未必受主管機關對雇主未善盡性別工作平等法之雇主義務之判斷拘束，例如台灣高等法院民事判決 98 年度上易字第 103 號判決。

⁵⁴⁷ 立法理由：「一、參考我國民法一八八條之規定，明定雇主違反工作場所性騷擾之規範時，應與性騷擾之行為人連帶負賠償責任，但為避免雇主責任過重，特增列雇主之免責規定。二、為避免受害人無法得到賠償，明定雇主應負衡平責任。三、明定雇主賠償損害時，對於性騷擾之行為人有求償權。」

⁵⁴⁸ 有學者認將行為人排除於 27 條第 1 項請求對象之外，可提升被害人對行為人求償成功機率，因特別法優於普通法之法理，若在競合狀態下，應優先適用性別工作平等法第 27 條求償，惟若受害者係向騷擾行為人請求賠償，若主張性別工作平等法第 27 條，原告必須證明性騷擾事實存在、其因被告行為受有損害，若係敵意環境性騷擾之案件，原告尚須證明性別工作平等法 12 條 1 款「執行職務受性騷擾」與「存在敵意工作環境」二要件，若以民法侵權行為向行為人求償，受害只要證明侵權行為構成要件，相較之下較為容易。詳見：林威成（2009）。〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 107。

⁵⁴⁹ 「但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。」

⁵⁵⁰ 高鳳仙（2002）。〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（下）〉，《萬國法律》，第 126 期，頁 103。

行為人提出告誡，從而認得依性別工作平等法第 27 條 1 項免除賠償責任⁵⁵¹。

本判決將性別工作平等法第 27 條第 1 項但書之免責事由與第 28 條之雇主責任混淆，因本件原告於 2006 年初開始即受到行為人騷擾，彼時被告公司並無任何防治性騷擾措施，被告公司頒布公告或安排員工參加研習、進行調查及告誡行為人等行為，均係於原告 2007 年 3 月提出辭呈並向公司申訴，甚至於原告向勞工局提出申訴後始為之，然第 27 條 1 項但書之免責規定，重點應為雇主於性騷擾事件發生前，是否有充足之預防措施以及相關流程是否落實⁵⁵²，騷擾行為發生後是否採取立即有效補救措施，屬於該法第 13 條第 2 項及第 28 條之範疇，從而若雇主無法證明在原告主張之性騷擾事件發生前，其已建立預防性騷擾之相關機制，即無從免責⁵⁵³，實務必須將此二條雇主賠償責任作出明確區分，若原告係依據第 27 條第 1 項請求雇主負擔賠償責任時，法院應僅審酌雇主善盡防治責任與否，若將免責事由混合適用，會導致雇主產生於性騷擾事件發生前，無須制訂相關準則，無須進行性騷擾防治之宣導、參與培訓，僅須在事件發生後再參與調查進行處理即可之僥倖心理，顯與性別工作平等法強調雇主預防職場歧視，創造平等友善之工作環境意旨有違。

至於性別工作平等法第 28 條所生之爭議為，該條文是否為一獨立之請求權

⁵⁵¹ 「亞永公司雖未顧及公司內部員工或礙於同事情誼或職務關係，不願對於己○○之行為提出指述，抑或僅單純未見聞故無法具體陳述該事蹟，而僅依據該資料難予斷定原告所指訴性騷擾之情事確實存在。惟亞永公司為端正公司風氣，尊重兩性平等，除於 96 年 4 月 12 日發布禁止公告，並遵從台北縣政府勞工局承辦人員之建議，報名參加台北縣政府所舉辦之兩性工作平等宣導團課程及 96 年培訓防制就業歧視種子人員法令研習會，最後於同年 4 月 20 日對己○○正式提出告誡。然原告卻選擇以自行辭職方式，結束與亞永公司之受雇關係，另由原告所提出其與亞永公司總務蔡依芯、會計丁○○之錄音對話譯文中，亦可得知蔡依芯、丁○○等人多勸原告不予理會己○○對原告曠職兩小時之解職要求，仍應至亞永公司繼續工作。原告既選擇以辭職方式離開亞永公司，而亞永公司既於接獲原告申訴後，立即指示員工進行調查，並採取前述之相關糾正補救措施，堪認已遵行相關規定，依兩性工作平等法第 27 條第 1 項但書之規定，應得免除賠償責任。」

⁵⁵² 郭玲惠（2002），〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 18。

⁵⁵³ 林威成（2009），〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 110。

基礎？雖有學者認該條規定應為第 27 條 1 項之具體規定，而非獨立之請求基礎⁵⁵⁴，惟本文以為，性別工作平等法第 28 條所對應者為同法第 13 條第 2 項之規定，此規定係雇主自己責任之規範，與第 27 條 1 項雇主係為他人行為負責之規範不同⁵⁵⁵。該條於實務適用上面對之爭議應為，何謂「立即有效之補救措施」？行政法院認即便事後證明性騷擾事實不存在，雇主於收到申訴後，仍應善盡調查處理義務，若對申訴置之不理或拖延，雇主之行為仍違反第 13 條第 2 項之規定⁵⁵⁶，惟民事法院就何謂立即有效之糾正及補救措施之論述尚不充足⁵⁵⁷。

第二項 民法侵權行為：雇主為受僱者（侵權行為人）負責

承上述，性別工作平等法第 27 條第 1 項關於雇主之連帶賠償責任，於立法理由即提出與民法第 188 條之關聯性，但該條責任成立之前提在於請求權人，亦即受僱者遭受性別工作平等法第 12 條第 1 項之工作場所性騷擾，而在該條之中，第 1 款敵意環境性騷擾之規定中所謂「執行職務」之概念如何解釋仍有疑義⁵⁵⁸，有見解認性別工作平等法建立第 27 條第 1 項之雇主連帶責任，其立法理由既係參考民法第 188 條而來，從而性別工作平等法中「執行職務」之解釋應與民法第 188 條同，採取廣義之解釋，亦即實務上所採之「客觀說」⁵⁵⁹，惟擴大解釋之方

⁵⁵⁴ 謝棋楠（2009 年 10 月）。〈工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則之探討〉，發表：《性別工作平等法制學術研討會》。行政院勞工委員會（主辦），臺北大學民生校區資訊大樓國際會議廳，頁 18。

⁵⁵⁵ 林威成（2009），〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 111。

⁵⁵⁶ 林威成（2009），〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 116。

⁵⁵⁷ 依性別工作平等法第 28 條之規定，民事損害賠償法院除應探討是否受害者之雇主是否違反 13 條 2 項之義務，亦必須論述原告是否「受有損害」等要件。

⁵⁵⁸ 郭玲惠（2002），〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 17；行政院勞工委員會對此則認「有關執行職務定義之疑義，其認定應由具體個案事實判斷。」，行政院勞工委員會 95 年 9 月 21 日勞動 3 字第 0950108862 號函釋。

⁵⁵⁹ 最高法院 42 年台上字第 1224 號判例；高鳳仙（2002），〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（下）〉，《萬國法律》，第 126 期，頁 102；林威成（2009），〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 107。

向亦招致批評，認性別工作平等法第 12 條第 1 款敵意環境性騷擾，並未就行為人之資格有任何限制，亦即受害者之上司、同事甚至是客戶或第三人，皆有可能構成該條之敵意環境性騷擾行為，從而雇主之連帶賠償責任十分沈重⁵⁶⁰，似不宜再放寬執行職務要件。

本文以為，若將論點過於聚焦於性別工作平等法第 12 條 1 項 1 款中「執行職務」之認定，是否應與民法第 188 條之解釋一致，頗有混淆適用之疑，蓋性別工作平等法執行職務之規範對象為請求救濟之受僱者，而民法第 188 條規範對象則為施行侵權行為之受僱者，置於工作場所性騷擾之案件中，前者為工作場所性騷擾受害者，後者則指性騷擾行為人，且二法規範之對象、目的並不相同，執行職務之意義亦有所不同。性別工作平等法關於敵意環境性騷擾之定義，在性別工作平等法之規範下，行為人無論是受僱者之上司、同事、客戶或第三人，均有可能成立工作場所性騷擾，若一概認為雇主須為所有工作場所性騷擾事件，一概對受害之受僱者負連帶賠償責任，確實有雇主責任過寬之疑慮，惟性騷擾關於執行職務之定義與雇主責任範圍應否限縮應分開討論⁵⁶¹，應如何設計合理之雇主責任，應就雇主連帶賠償之規範條文部分進行討論，或待實務發展將雇主免責事由具體化，避免對性騷擾定義中的執行職務範圍過於限縮，反而致生受害者落入保護空隙之結果。

對雇主為騷擾行為人之行為負連帶賠償責任，是否責任過重之質疑，同樣反應在原告以民法第 188 條作為請求基礎之討論上。工作場所性騷擾之受害者，除

⁵⁶⁰ 謝棋楠(2009 年 10 月),〈工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則之探討〉,發表：《性別工作平等法制學術研討會》。行政院勞工委員會(主辦),臺北大學民生校區資訊大樓國際會議廳,頁 36。

⁵⁶¹ 雖性別工作平等法目的在於建立雇主責任之規範，就性騷擾的定義進行限縮，亦可以達到限縮雇主責任的效果，惟本文認為，性別工作平等法之所以通過施行，是因為原有之法律規範，對於雇主創造平等工作環境、對受僱者的保護義務等規定並不足夠，況且性別工作平等法內之規定，包括行政責任與民事賠償責任，若因擔心雇主民事連帶責任過重，而認應從根本去限縮性騷擾的定義，似乎本末倒置。

以性別工作平等法第 27 條 1 項請求雇主就加害者之行為負擔連帶賠償責任外，若加害者同時亦為雇主之受僱人，則受害者亦可以民法第 188 條作為求償依據。該條中「執行職務」應如何認定，通說及實務認為執行職務之概念，不問受僱者之主觀，而是依照執行職務之形式外觀判斷⁵⁶²。在工作場所性騷擾之討論中，有學者認基於受害者保護觀點，不宜對執行職務做從嚴解釋⁵⁶³，惟亦有學者認，對執行職務採取寬鬆之解釋，雖有利受害者行使權利，然侵權行為與職務之執行之間應具備內在關連性，避免雇主之責任無限擴張，而內在關連性的存否，應視執行職務之目的與性質而定，回到工作場性騷擾案件觀察，因無任何工作業務係以性騷擾為職務目的，從而在工作場所性騷擾案例中，行為人對受害者而言實與一般人無異，行為人之雇主毋需為超越其選任監督能力範圍外之受僱人行為負連帶賠償責任⁵⁶⁴。

民事法院對於民法第 188 條受僱人「執行職務」範圍之認定，為保護侵權行為之受害者，有法院採取寬鬆之見解，最高法院 90 年台上字第 1991 號判決有謂：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，民法第 188 條第 1 項前段定有明文。又上開條文所稱之『執行職務』，初不問僱用人與受僱人之意思如何，一以行為之外觀斷之，即是否執行職務，悉依客觀事實決定，苟受僱人之『行為外觀』具有執行職務之形式，在客觀上足以認定其為執行職務者，就令其為濫用職務行為，怠於執行職務行為或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，自應涵攝在內。」民事法院對於執行職務範圍之認定多採廣義之解釋，從法院之見解觀之，執行職務之討論概略分為「狹義執行職務之行為」、「與職務有牽連之

⁵⁶² 吳從周（2010），〈上司罵下屬，公司連帶賠！？--受僱人「執行職務」概念之再探討〉，氏著，《民事法學與法學方法第四冊》，頁 135。

⁵⁶³ 俞慧君（2002），〈各國對工作場所性騷擾之法律規範〉，《法學叢刊》，第 186 期，頁 99。

⁵⁶⁴ 邱琦（2005），〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 188-190。

行為」以及「與職務無關之犯罪行為」，惟「與職務有牽連之行為」以及「與職務無關之犯罪行為」實際上區分相當困難⁵⁶⁵。上開工作場所性騷擾案件，法院卻將行為人之行為歸類為「與職務無關之犯罪行為」，如同上一章曾提及者，在保險經紀公司案中，法院在執行職務之概念認定上，雖引用「客觀說」判例⁵⁶⁶作為依據，惟法院卻認侵權行為與執行職務間仍應具備「內在關連性」，從而認騷擾行為純屬被告行為人之私德問題，與執行職務無涉⁵⁶⁷，而承襲這樣的見解，即便在性別工作平等法通過施行後，亦有原告以民法第188條請求行為人雇主負擔連帶賠償責任，法院之立場相當一貫，雖強調執行職務範圍應客觀認定，惟仍認性騷擾行為純屬行為人私德敗壞，與執行職務無關⁵⁶⁸。

然而，在其他與性之侵害相關之判決中，法院對於行為人之行為是否為執行職務之見解，與工作場所性騷擾案件之法院之見解卻有所不同，例如一大客車駕駛對乘客猥亵之案件，原告向行為人雇主請求連帶損害賠償，法院即認為行為人之行為屬於執行職務範圍內⁵⁶⁹。由此觀之，上開論述性騷擾行為人行為是否為執

⁵⁶⁵ 吳從周（2010），〈上司罵下屬，公司連帶賠！？--受僱人「執行職務」概念之再探討〉，氏著，《民事法學與法學方法第四冊》，頁137-138。

⁵⁶⁶ 最高法院42年台上字第1224號判例。

⁵⁶⁷ 「從而受僱人不法侵害行為自應與其所執行之『職務』，具有內在的牽連關係，即基於職務得為特定之行為，而利用此種職務關係實施不法侵害行為，如無此職務關係即無從實施不法侵害行為，此乃因在此種情形下，僱用人始得預見而事先防範，反之如受僱人之不法侵害行為與職務不具關連性，自非僱用人所能預計控制。本件被告丙○○雖為被告台鴻公司總經理，惟所為性騷擾究非總經理原有職務，亦非其身為總經理始得為之行為，縱其不任職台鴻公司，亦可在不同場所對其他女性為此種行為，應認被告丙○○此種性騷擾行為純屬私德不檢所致，與其總經理職務無關，要難令被告台鴻公司負連帶賠償責任（最高法院六十七年台上字第二○三二號判例意旨參照）。」（台灣台南地方法院91年度訴字第1912號判決、台灣高等法院台南分院92年度上易字第30號判決）

⁵⁶⁸ 台灣板橋地方法院96年度訴字第774號判決：「該條所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，須受僱人之行為在客觀上可認為與執行職務有關，而不法侵害他人之權利者始足當之。是民法第188條所定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者為限，始有其適用。被告甲意圖性騷擾，乘原告不及抗拒而觸摸其胸部之行為，係由於被告之私德敗壞所致，顯與其執行職務無關。」

⁵⁶⁹ 台灣新北地方法院102年度簡上字第14號判決，行為人為大客車駕駛，對乘客為猥亵行為，原告向行為人雇主，即客運公司請求連帶損害賠償，縱使雇主抗辯：「乙對甲所為之侵權行為，係其個人犯罪行為，與執行職務無關，乙受僱於上訴人擔任大客車駕駛員，所謂執行職務之行為應指『駕駛大客車搭載乘客於特定路線往返行駛』，乙係先將甲搭載至總站，於迴轉後將大客車停靠路邊，方對甲為猥亵行為，其既擅自將大客車停靠路邊而非按上訴人規定路線駕駛大客車搭

行職務範圍，法院認「無任何工作係以性騷擾為業務」、「僅為私德不檢」之見解實令人費解，此等見解似乎表示著法院認「性騷擾」僅是一種瑣碎、微小的侵害，僅屬於發生於私人之間的不道德問題。



本文以為，民事法院對於執行職務範圍之差別認定相當值得注意，民法第188條訂定之意旨，在於雇主藉由受僱者擴張其活動範圍，並獲得利益，從而應為受僱者在為雇主服務之活動範圍內，所造成之他人侵害負擔連帶賠償責任，若貫徹形式客觀說之見解，當行為人行為外觀符合執行職務之形式，客觀上足認為執行職務，而行為人濫用職務權限，或利用職務上之便利或職務所給予之機會、與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，均應屬於執行職務之範疇。縱使法院認為行為人之性騷擾行為，屬於個人犯罪行為，非屬與職務有牽連之行為，亦應更進一步論述個人犯罪行為與藉職務之便行為間之差異。我國法院現行對於工作場所性騷擾案件之判斷，並未如美國法對於工作場所性騷擾雇主責任之討論，區分為交換條件或敵意環境而有不同，在交換條件性騷擾之案例中，行為人多具有雇主賦予的管理監督權限，且係以此權限作為受害者接受騷擾之工作條件，從而雇主應為行為人之行為負連帶賠償責任，在德國亦有見解認如行為人為擁有管理受害者權限之人，因其有影響受害者勞動條件之權力，其所為之交換條件性騷擾行為，為雇主賦予該行為人之職務範圍，包括了對受害之受僱者或應徵者給予就業上之利益或不利益，因此行為人若以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞

載乘客，顯非在執行職務。」，惟法院仍認：「民法第188條第1項定有明文；蓋僱用人藉使用受僱人擴張其活動範圍，並享受其利益，就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如受僱人之行為在客觀上具備執行職務之外觀，侵害第三人之權利時，僱用人即應負連帶賠償責任，故該條項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內（最高法院42年台上字第1224號判例要旨參照）。…，可見乙係利用執行上訴人桃園客運公司公車駕駛職務之便，對A女為前揭強制猥褻之行為，乙駕駛公車自桃園至林口往返，雖停靠在非站牌路邊對A女強制猥褻，客觀上仍具備執行公車司機職務之外觀，更何況A女一開始係搭乘乙駕駛之公車前往應徵工作，益徵受僱人乙確係利用執行職務之便為侵權行為。」

或行為，作為有形的就業利益或不利益之交換條件，以威脅受僱者或應徵者就範，即屬於執行職務之行為⁵⁷⁰；而敵意環境性騷擾，行為人之身分有多種可能，未必具雇主賦予之權限，亦可能超脫雇主之管理監督以外，從而雇主是否應為騷擾行為負連帶賠償責任，在美國法實務仍有不同見解。

從而，本文認為我國民事法院在工作場所性騷擾案件中，認定行為人行為是否屬執行職務範圍時，應將性別工作平等法之立法意旨納入考量，亦即無論是交換條件性騷擾，抑或是敵意環境性騷擾，受害者所面對者多為行為人在職場上之權力濫用，若此權限係由雇主所賦予，或行為人係藉由工作上之便利及機會騷擾受害者，即應屬於執行職務之範圍，縱使法院欲以「內在關連說」作為雇主毋需負連帶責任之理由，亦應論述為何性騷擾行為人之行為，與職務間無實質關連，尤其在交換條件性騷擾案件中，管理監督者憑藉對受害者工作條件控制之權限為騷擾行為，為何實質上與執行職務無關聯性更值得進一步探究，上開法院認騷擾逕認性騷擾屬行為人私德之見解，顯係對於工作場所內之權力不對等視而不見。

第五節 小結

工作場所性騷擾案件，在我國民事損害賠償實務之適用上，呈現相當複雜之面貌。從本文之判決規整可以看出，由於民法侵權行為本身即設有相關損害賠償規範，而性別工作平等法，乃至於性騷擾防治法，仿照民法之規定設有針對性騷擾之損害賠償請求規定，惟在請求主體、對象、賠償範圍上均有所重疊，導致受害者在提起訴訟時，對應以何條文作為請求依據時常混淆不清，法院在論述時，亦常將三個法領域之規定交錯適用，這些問題導致工作場所性騷擾面臨了一個定性上的困境，究竟是工作平等權之侵害？抑或是個人權利之侵害？

⁵⁷⁰ 俞慧君（2002），〈各國對工作場所性騷擾之法律規範〉，《法學叢刊》，第186期，頁99。

本文規整及分析性別工作平等法施行前後之民事損害賠償判決，發現許多值得進一步探究之爭議，其一為司法實務對於性騷擾行為之構成標準尚不明確，即使性別工作平等法施行後，明文將工作場所性騷擾區分為交換條件和敵意環境二種類型，然而，規整性別工作平等法施行後之民事損害賠償判決後，發現交換條件性騷擾鮮少出於民事判決之主張中，對此，本文推測，或許肇因於工作場所性騷擾之雇主損害賠償責任之發展與美國有所不同，無論是現行法律規範，抑或是司法實務，雇主責任之認定標準，並不會因受害者所受之性騷擾屬工作條件或敵意環境而異，從而即使性別工作平等法施行後，明文將工作性騷擾分為交換條件及敵意環境，然於民事賠償訴訟中，受害者並無動力建構自己的訴訟為交換條件性騷擾，從而產生出性騷擾之類型並非民事判決之重要爭議之情形。而在司法實務中較常出現的敵意環境性騷擾主張，其一重要之爭論為，究竟應以何種標準判斷被告之行為構成敵意環境，民事法院多以「合理第三人」作為判斷標準，惟此標準之內涵為何，法院並未做進一步之闡釋，不若美國法對於敵意環境性騷擾判斷，是否應以合理女性標準修正合理第三人標準之討論發展，現行民事損害賠償實務甚至有僅以行為人主觀意圖作為判斷性騷擾成立與否之見解。

第二個工作場所性騷擾民事實務中之重要爭議為，性騷擾行為究竟侵害受害者之何等權利？民事法院時常以「貞操權」作為受害者受侵害之人格權，這樣的見解反應出法院之論述受到傳統的性貞潔文化影響，縱使學者主張貞操權男女皆有，惟此種形式上無區分性別之權利論述，在實際操作層面，並無法擺脫長期以來社會文化中的性別刻板印象，甚至透過法院之論述，呈現出「性騷擾之所以惡性重大，因為侵害了對女性而言最重要之性的純潔，從而應讓受侵害的女性獲得賠償」之觀念，反而將再製與鞏固了性別偏見⁵⁷¹。從而，本文以為，法院在處理

⁵⁷¹ 部分法院判決在論述呈現出此等性別刻板印象，例如台灣高雄地方法院 98 年度訴字第 2061

工作場所性騷擾案件時，應以性別平等之概念取代傳統貞操權侵害，性別工作平等法仿照美國之制度及法理，無論是立法討論過程，或是學者之研究，均有提及工作場所性騷擾構成一職場性別歧視，若立基於此，在損害賠償訴訟中，被告之性騷擾行為即有構成原告之平等工作權或性別平等原則侵害之可能，民法侵權行為之規範，一直以來環繞在人格權以及人性尊嚴之發展上，從而工作場所性騷擾之民事損害賠償，要完全與尊嚴侵害脫鉤是相當困難的，參酌美國女性主義學者之研究，本文認為性別平等與人性尊嚴並非分而對立之概念，性別工作平等法之立法目的既係為保障勞工之工作平等，當職場內發生性騷擾事件，使得女性勞工必須面對不友善及不平等的工作環境時，職場性騷擾等同於剝奪了女性勞工獲得平等待遇之機會，從而構成對受害者人性尊嚴之侵犯。

第三個民事損害賠償呈現出之爭議則為，民事損害賠償案件中，法院在處理受害者因性騷擾而生之財產上損害賠償，尤其是被迫主動離職而產生之工作損失，多以不具有因果關係、離職為原告自由意志之選擇等為由駁回相關主張，本文以為，美國對於此類受害者因不堪騷擾而離職之訴訟所發展出之判斷標準，得作為未來司法實務在處理相關案件之參考。第四個爭議則出現於非財產上損害賠償，亦即慰撫金量定標準之疑義上，因性騷擾受害者財產上損害賠償請求面臨重重阻礙，從而非財產上損害賠償對受害者更具重要性，惟司法實務在慰撫金之量定上，並無一致之標準，以及法院採納之判斷因素為何、特定因素或情狀將增加或減低賠償額度之論述不清，實有待未來法院對性騷擾訴訟中，慰撫金之功能及目的做進一步之釐清，若欲發展慰撫金量表，應將重點置於量定因素及順序之明確化，且必須將社會中邊緣群體之困境納入考量，避免讓既存之不平等透過損害賠償機

號判決：「在醫院內身分地位顯有差距，被告竟以醫師地位，對醫院內欲覓得一兼職機會之弱勢原告性騷擾，手段令人不齒，對一女子之身心影響，絕不可小覷。」；台灣基隆地方法院 102 年度基簡字第 393 號判決：「且名節及名譽對於女性而言甚為重要，是原告當無可能將莫須有之罪名任意加諸於被告之理，足認被告有為本件性騷擾之行為。」

制再製鞏固。

最後的爭議為工作場所性騷擾侵權行為中之雇主責任問題，民法第 188 條規定雇主應其受僱者，亦即侵權行為人之行為負連帶損害賠償責任，無論是在性別工作平等法施行前後，受害者與行為人之雇主同一之情形下，此一條文為受害者請求雇主連帶賠償之重要依據。然而，法院在處理工作場所性騷擾之案件時，對於騷擾行為是否屬於執行職務範圍，一改在其他案件中，多採形式客觀說之見解，轉而強調內在關連之重要，而認為性騷擾行為僅為行為人私德不檢，雇主毋庸負損害賠償責任。雖性別工作平等法參考美國之法理及實務發展而設，惟民事法院於論述雇主責任時，並未如美國實務區分騷擾行為屬交換條件或敵意環境而有不同，而是一概認為雇主毋庸為其受僱者，亦即侵權行為人之性騷擾行為負連帶賠償責任，本文以為，法院直觀認定性騷擾僅是行為人私德敗壞、不道德之事，與雇主毫無關聯，顯現法院在相關案件中仍無法擺脫道德觀點，法院對於職場內管理監督者與下屬間，尤其是在性別垂直分化仍嚴重之勞動場域中，男性上司與女性下屬間權力不對等關係相當忽視。這些爭議顯現出，即便性別工作平等法施行已十餘年，性別平等之概念對於民事損害賠償實務之影響仍微，然而工作場所性騷擾之構成原因，以及受害者因此所受損害是既多重且複雜的，可預見在未來的訴訟實務中，受害者仍會合併提起性別工作平等法，以及民法侵權行為損害賠償之規定，法院實務若不將性別工作平等法之立法意旨，亦即消弭歧視，促進性別實質平等，雇主應創造友善平等之工作環境等概念納入考量，將使得此類案件在司法實務中，一直呈現定性不明，在論述上充滿偏見之困境。

第六章 結論



侵權行為法被視為具有抽象、客觀之法律特徵，如同美國女性主義侵權行為研究者指出，侵權行為法一直相當的個人化，以及具有普遍適用的性質，惟在侵權行為法發展出的理論之中，「個人」卻成為了抽象的、去脈絡化的概念。而女性主義學者採取批判法學分析侵權行為法，與傳統的分析方法不同，而是更加重視社會脈絡，探討法律論證的「建構」過程，以及進一步分析抽象法律爭議所存在的具體社會情境。Chamallas 透過女性主義理論分析侵權行為法，她的研究更加關心侵權行為受害者之社會身分，以及邊緣群體時常受到之傷害的性質以及內容，其研究指出侵權行為相關訴訟事實上並非中性的，有許多特定類型的訴訟在無論是在社會認知上，或實際提訴層面上，呈現出與女性或少數族裔相聯之現象，從而欲分析此類侵權行為訴訟，不能僅以抽象的角度觀察，而是必須對社會中群體間之權力運作有所認知，並以此角度檢視相關侵權行為法之判決及原理。她的研究指出，許多實務上運作的法理原則看起來是不具性別偏見的，例如本文第二章中探討的，以原告性別作為侵權行為損害賠償計算標準依據之一，表面上看起來純粹是統計數據之使用，然而，此種使用數據之方式，非但不具精準預測未來的正確性，也將歷史上勞動市場對於女性之不利透過損害賠償之計算加以複製和鞏固，產生了性別不平等之問題；Chamallas 的研究進一步指出，美國侵權行為法之分類，縱使並無形式上使用性別作為分類依據，亦即並非性別差別待遇之情形，然而表面上雖中性，事實上卻隱含著身體傷害優於精神或關係傷害，以及經濟損失優於非經濟損失的價值階層秩序，加上精神傷害、關係傷害訴訟具有性別化的特性，而法院時常將女性生命中常遭遇之嚴重侵害所產生之結果，歸類為非經濟的損失，在這樣的交互作用下，女性所受之傷害及損失被推到了侵權行為理論及訴訟的邊緣。

本文第三章延續第二章之討論，將重點聚焦於在社會認知以及實際層面上，受害者多為女性的工作場所性騷擾問題，因工作場所性騷擾呈現的樣貌多為男性管理監督者，以職場上的經濟權勢騷擾女性下屬之性別化狀態，從而本文第三章著重於美國工作場所性騷擾法制之發展，尤其是以侵權行為法作為法律救濟機制所面臨之質疑。Chamallas 透過分析指出，在美國侵權行為法原理原則發展過程中，性別偏見是相當隱晦的，而事實上在某些案件中，法院及法律因社會文化對於邊緣群體的排斥及不理解，無法看見以及評價邊緣群體成員所受之痛苦，例如 1964 年民權法第七章通過以前，美國司法實務以侵權行為法處理性騷擾訴訟時，採納侵權行為法學者的論述，將類似於現今言語性騷擾概念之「性引誘」，僅視為一種被告「問問而已」的行為，認受害者受到的傷害不值得獲得法律保護。而美國聯邦最高法院認可工作場所性騷擾構成民權法第七章之違反後，則面臨了侵權行為法是否即應退居幕後之疑，亦即在被定位為屬民權法應處理之訴訟範疇時，受害者是否不應再提起侵權行為法請求損害賠償，對此，Chamalla 認為，無論是民權法第七章，或是傳統侵權行為法之理論發展，均無法完整的回應工作場所性騷擾對受害者帶來之傷害，從而，侵權行為法之於工作場所性騷擾仍有意義，得以之作為強化民權法之途徑，惟要達成強化民權的目標，法院必須改變侵權行為法之原理原則認定，例如在工作場所性騷擾受害者，提出故意施加精神傷害訴訟時，法院採納的「極端且可憎」判斷標準，應適度將民權法第七章之原則和常模納入，Chamallas 並提出美國敵意環境性騷擾訴訟中發展出之概念，得如何轉移進侵權行為法訴訟中適用，作為侵權行為法訴訟如何透過採納民權法之原理原則，而成為民權法強化途徑之例。

本文延續著美國女性主義侵權行為研究之分析，於第四章及第五章將關注焦點移回我國。我國工作場所性騷擾之發展與美國相當類似，在性別工作平等法通

過施行以前，實務及學界多將之視為一種人格權之侵犯，應歸屬於民法侵權行為之處理範疇，然而民事損害賠償判決，卻產生了無法全盤審視受害者所受之人格權侵害及損害、過於個人化工作場所性騷擾事件，以及認為工作場所性騷擾與雇主無關等爭議。性別工作平等法施行後，雖以專章規範性騷擾，將其類型化及明確化，並設有受害者得主張民事損害賠償之規定，然而，這樣的改變是否足以解決我國工作性騷擾受害者面對之法律困境？本文觀察性別工作平等法施行後，數十件工作場所性騷擾損害賠償相關判決，發現我國工作場所性騷擾訴訟，呈現出相當錯綜複雜之面貌，性別工作平等法損害賠償之規定，係參考民法侵權行為規定而制定，在請求範圍上並無所不同，加上我國法院實務並無嚴格禁止就同一事實主張數不同法領域之請求權基礎，以及社會上乃至於法院對於性騷擾之概念定義不清，導致我國實務判決上常將民法侵權行為、性別工作平等法以及性騷擾防治法三法合併適用的現況。

本文以為，這樣的現象提供了我們進一步反思的機會，我國在實務運作上，時常出現性別工作平等法及民法侵權行為請求權基礎出現於同一訴訟之情形，我國並實務並未禁止工作場所性騷擾受害者，僅能以性別工作平等法或性騷擾防治法之損害賠償條款為請求之規定，從而若工作場所性騷擾之受害者，以民法侵權行為之規定作為請求損害賠償之基礎時，我國法院得將性別平等之概念納入民法侵權行為之論述中，亦即讓民法侵權行為訴訟，作為性別工作平等法之立法意旨，亦即促進性別實質平等概念實現於私權訴訟中之強化途徑。然而，本文透過第五章之分析發現，現行我國工作場所性騷擾民事損害賠償訴訟，法院之論理仍存在著相當大的性別問題，例如法院在認定何謂不法行為時，雖多援引性別工作平等法關於交換條件以及敵意環境之定義，惟就實務判決之發展以觀，此二類型之性騷擾對於行為人或雇主責任之認定並無影響，從而在實際訴訟層面，原告其實並



無主張其所受騷擾為交換條件類型之動力，反而多將重點放在敵意環境性騷擾之主張上，然而就敵意環境性騷擾之判斷，法院雖援引性別工作平等法之定義，惟論述過程仍相當籠統，多以「有....等行為，從而構成冒犯性環境。」等方式概述，且美國法中關於應以何種標準判斷被告行為是否足以構成敵意環境性騷擾，相關學理及實務辯論發展迄今已二十餘年，惟我國法院卻仍停留在形式中性的「合理第三人」標準，且未對此一標準之概念內涵有進一步的討論；再者，民事侵權行為損害賠償判決中，必須要處理「權利」侵害之問題，我國法院時常將性騷擾受害者所受之權利侵害定性為「貞操權」，惟這樣的見解反應出傳統文化中既存的性別偏見，本文以為，若將性別工作平等法之意旨及原則納入考量，應將工作場所性騷擾視為對受害者平等工作權、性別平等之侵犯，屬於其他人格法益且情節重大之一環，藉將性別工作平等法之概念原則納入侵權行為論述之方式，得以改變法院在審酌與性相關之權利侵害案件時，所具有之性別偏見問題；而法院此種性別偏見，更是突顯在司法實務對於工作場所性騷擾訴訟中，雇主是否應為騷擾行為人負連帶賠償責任之認定上，長期以來，民事法院均不認工作場所性騷擾事件中，行為人之雇主應為其受僱者騷擾他人之行為負民法第 188 條連帶賠償責任，而是認為騷擾行為屬行為人之私德不檢，與雇主無關，然而此等見解與民法實務上對於民法第 188 條受僱者「執行職務」範圍認定，向來採取客觀說以利受害者保護之見解不同，本文以為，縱使法院欲以執行職務內在關連之認定減輕雇主連帶責任，亦應清楚論述何以其受僱者，亦即騷擾行為人之行為與職務間不具有內在關連性，而非如現行實務之論理方式，全然不分騷擾態樣係屬交換條件性騷擾或敵意環境性騷擾、不分行為人與受害者間是否具有管理監督關係，抑或僅為普通同事或第三人等關係等，而簡單以私德為由否定雇主連帶賠償責任。

對此，本文期望透過女性主義法學方法，將性別平等的觀點納入侵權行為學



理和判決的分析之中，重新詮釋我國民事法院對於工作場所性騷擾之概念，將之視為一平等工作權、性別平等人格法益的侵害，所侵害者為進入職場中所有勞動者皆應享有的人性尊嚴，並藉此挑戰我國民事法院對於雇主責任的理解，本文以為，依民法 188 之法理及過往實務採取客觀說以保護受害者，雇主利用行為人擴大活動範圍，行為人濫用雇主給予之權限和機會，應非僅屬私人道德之問題，惟法院在處理工作場所性騷擾時，卻將之視為與雇主無關之行為人私德不檢，此等見解是來自於將女性所受之性騷擾視為微小、私人，不足為重的性別偏見。

藉由美國女性主義侵權行為研究之分析，本文認為我國民事損害賠償實務，存在著運用女性主義等理論來探索侵權行為規定和法律判決之可能，我國作為一繼受法國家，雖然在形式體系上有所發展，然而對於法實質理念之探討仍相對欠缺，對於法律理念之認知，不應僅停留在抽象層次，而是更加注重受害者所受侵害之社會脈絡，以及群體間之權力不對等關係，是如何影響著實際案件的樣貌及法院對於法律爭議之見解。透過這些理論概念，本文認為看似進步中立的立法，在司法運用中呈現的性別其實值得進一步深究，抽象法律理論在實務運作之層面上，有時會受到適用者性別偏見之認知，而產生對特定性別不利之結果。在工作場所性騷擾訴訟中，將平等原則的概念納入民事損害賠償的思考之中，有助於我們認識這些侵害行為的特質，工作場所性騷擾之於工作權、勞動平等權、性別平等之概念的轉移，可以改變我們對於權利侵害、所受損害因果關係，甚至雇主責任的認定。



參考文獻

中文文獻（依姓氏筆畫排列）

一、書籍

1. Catharine A. MacKinnon (著), 賴慈芸、雷文玖、李金梅 (譯) (1993)。《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》。台北：時報文化。
2. 王澤鑑 (2009)。《民法學說與判例研究(二)》。台北：自版。
3. 王澤鑑 (2009)。《侵權行為法》。台北：自版。
4. 王澤鑑 (2012)。《人格權法》。台北：自版。
5. 吳從周 (2010)。《民事法學與法學方法第四冊》。台北：新學林。
6. 郭玲惠 (2008)。《兩性工作平等法-法理與判決之研究》，二版。台北：五南。
7. 婦女新知基金會 (2002)。《兩性工作平等法立法大事紀》。台北：財團法人婦女新知基金會。
8. 婦女新知基金會 (1999)。《1999 催生男女工作平等法手冊》。台北：財團法人婦女新知基金會。

二、書之篇章

1. 陳昭如 (2008)。〈抗拒失憶--女性主義法律史的理論與方法初探〉，收於：王鵬翔 (編)，《2008 法律思想與社會變遷》，頁 175-213。台北：新學林。
2. 焦興愷 (2015)。〈就業歧視爭議中禁止雇主報復規範在美國之最新發展—聯邦最高法院在 Southwest Medical Center v. Nassar 一案判決之評析〉，收於：黃昭元 (編)，《美國最高法院重要判決之研究：2010-2013》，頁 1-42。台北：新學林。
3. 葉啟洲 (2012)。〈性侵害事件慰撫金酌定標準之研究〉，收於：司法院民事廳 (著)，《慰撫金酌定研討會論文集》，頁 1-52。台北：司法院。

三、期刊論文

- 1.王惠玲（1993）。〈由勞動法觀點論工作場所性騷擾〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 21-26。
- 2.王澤鑑（1993）。〈人格權、慰撫金與法院造法-中德兩國判例的比較研究〉，《法令月刊》，第 44 卷 12 期，頁 6-11。
- 3.王曉丹（2006）。〈台灣親屬法的女性主義法學發展--以夫妻財產制為例〉，《國立中正大學法學集刊》，第 21 期，頁 35-70。
- 4.王曉丹（2007）。〈台灣的性別與法律研究〉，《法令月刊》，第 48 卷 4 期，頁 104-118。
- 5.王曉丹（2007）。〈從法社會的觀點論女性主義立法行動：女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法學雜誌》，第 19 卷 1 期，頁 51-78。
- 6.王曉丹（2008）。〈法律敘事的女性主義法學分析—最高法院二十三年上字第四五五四號判例之司法實務〉，《政大法學評論》，第 106 期，頁 1-70。
- 7.呂麗慧（2008）。〈論離婚損害—慰撫金存在價值之探討〉，《法學新論》，第 3 期，頁 1-26。
- 8.林明鏘（1997）。〈論德國工作場所性騷擾保護法-兼論我國立法政策與草案〉，《律師雜誌》，第 212 期，頁 74-86。
- 9.林威成（2009）。〈性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討〉，《萬國法律》，第 168 期，頁 104-119。
- 10.邱琦（2005）。〈工作場所性騷擾民事責任之研究〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 2 期，頁 181-214。
- 11.俞慧君（1993）。〈工作場所性騷擾之法律問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 17-28。



12.俞慧君（2002）。〈各國對工作場所性騷擾之法律規範〉，《法學叢刊》，第186期，頁79-105。

13.馬維麟（1996）。〈「貞操權」觀念在現代社會中的重新審視-最高法院歷年來判決之檢討剖析〉，《月旦法學雜誌》，第11期，頁69-75。

14.高鳳仙（1999）。〈性騷擾防治法之立法問題探究〉，《萬國法律》，第105期，頁57-62。

15.高鳳仙（2002）。〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上）〉，《萬國法律》，第125期，頁21-35。

16.高鳳仙（2002）。〈性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（下）〉，《萬國法律》，第126期，頁106-114。

17.高鳳仙（2003）。〈「進步與反挫：從性騷擾案解讀法律結構的困境」研討會活動紀實〉，《婦研縱橫》，第66期，頁69-80。

18.郭玲惠（2002）。〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第125期，頁10-20。

19.郭玲惠（2002）。〈兩性工作平等法面面觀-性別歧視之禁止與促進就業措施〉，《律師雜誌》，第271期，頁28-39。

20.陳昭如（1998）。〈女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹〉，《近代中國婦女史研究》，第6期，頁213-236。

21.陳昭如（2005）。〈在法律中看見性別，在比較中發現權力-從比較法的性別政治談女性主義法學〉，《律師雜誌》，第313期，頁61-72。

22.陳昭如（2013）。〈Catharine A. MacKinnon：宰制論女性主義法學的開創者〉，《婦研縱橫》，第98期，頁51-63。

23.陳昭如、林寶芳、林莉慈、郭怡利（2005）。〈女性主義法學的理論與實踐學術研討會紀要〉，《婦研縱橫》，第75卷，頁113-128。

- 24.陳聰富（2005）。〈勞動力喪失與慰撫金的調整補充機能-最高法院九十三年度臺上字第一四八九號民事裁判評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 122 期，頁 218-225。
- 25.陳聰富（2006）。〈人身侵害之損害概念〉，《臺大法學論叢》，第 35 卷第 1 期，頁 47-110。
- 26.陳聰富（2012）。〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，第 127 期，頁 349-412。
- 27.黃昭元（2004）。〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 33 卷 3 期，頁 45-148。
- 28.焦興鎧（1996）。〈美國聯邦最高法院對工作場所性騷擾最新判決之研究〉，《歐美月刊》，第 11 卷第 3 期，頁 93-105。
- 29.焦興鎧（1997）。〈美國僱主對工作場所性騷擾事件之法律責任及預防之道〉，《歐美研究》，第 27 卷第 4 期，頁 85-197。
- 30.焦興鎧（1997）。〈從法律層面探討工作場所性騷擾問題--美國之經驗〉，《政大勞動學報》，第 6 期，頁 15-37。
- 31.焦興鎧（1999）。〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢-兼論對我國相關制度之啓示〉，《臺大法學論叢》，第 28 卷 3 期，頁 29-87。
- 32.焦興鎧（1999）。〈工作場所性騷擾被害人在美國尋求救濟途徑之研究〉，《歐美研究》，第 29 卷第 3 期，頁 1-76。
- 33.焦興鎧（1999）。〈試評「民主進步黨工作場所性騷擾暨性別歧視防治辦法」—兼論幾項近期之相關發展〉，《全國律師》，第 3 卷第 8 期，頁 57-72。
- 34.焦興鎧（1999）。〈美國處理工作場所性騷擾爭議之經驗-兼論對我國相關制度之啟示〉，《法學叢刊》，第 44 卷第 2 期，頁 101-126。

35.焦興鎧(2000)。〈事業單位應如何建構工作場所性騷擾防治措施--美國之經驗〉，《臺北大學法學論叢》，第46期，頁25-78。

36.焦興鎧(2001)。〈美國最高法院與工作場所性騷擾之爭議〉，《歐美研究》，第31卷第2期，頁325-420。

37.焦興鎧(2001)。〈醫療院所性騷擾問題在我國所引起之法律爭議—對我國法
院長庚醫院一則相關案例判決之評析〉，《月旦法學雜誌》，第78期，頁
89-110。

38.焦興鎧(2002)。〈兩性工作平等法中性騷擾相關條款之解析〉，《律師雜誌》，
第271期，頁40-56。

39.焦興鎧(2003)。〈工作場所同性間性騷擾所引起之爭議--Oncale v. Sundowner
Offshore Services, Inc.一案判決之評析〉，《歐美研究》，第33卷第3期，頁
541-598。

40.焦興鎧(2003)。〈美國女性主義法學者對工作場所性騷擾爭議之批判〉，《歐
美研究》，第33卷1期，頁57-123。

41.焦興鎧(2004)。〈工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎？--美國之經驗〉，《法
令月刊》，第55卷第4期，頁4-25。

42.焦興鎧(2004)。〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？試評臺北高等行
政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示（上）〉，《全國律師》，第8卷第
2期，頁21-33。

43.焦興鎧(2004)。〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？試評臺北高等行
政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示（下）〉，《全國律師》，第8卷第
3期，頁106-125。

44.焦興鎧(2006)。〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？--試評臺北高等行

政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 4 期，頁 97-155。

45. 焦興鎧（2007）。〈對美國最高法院五則有關工作場所性騷擾判決之評析〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 6 期，頁 223-313。

46. 焦興鎧（2009）。〈美國工作場所性騷擾爭議新興課題之研究〉，《臺灣法學雜誌》，第 122 期，頁 85-96。

47. 焦興鎧（2013）。〈美國最高法院對工作場所性騷擾爭議之最新判決：Crawford v. Nashville 一案之評析〉，《歐美研究》，第 43 卷第 2 期，頁 255-304。

48. 詹森林（2010）。〈非財產上損害與懲罰性賠償金〉，《月旦裁判時報》，第 5 期，頁 32-39。

49. 趙守博（1993）。〈工作場所的性騷擾問題〉，《勞工行政》，第 61 期，頁 5-10。

50. 鄭津津（1998）。〈美國工作場所性騷擾相關法制之研究〉，《中正大學法學集刊》，創刊號，頁 233-265。

51. 駱東平（2009）。〈再論性騷擾案件的民法客體〉，《三峽論壇》，第 220 期，頁 1107-111。

52. 謝棋楠（2012）。〈我國反就業歧視管制法制檢視：以性別平等之規範分析〉，《就業與勞動關係季刊》，第 2 卷第 3 期，頁 320-337。

53. 簡資修（2003）。〈法律經濟分析（二）——侵權行為法〉，《月旦法學雜誌》，第 95 期，頁 191-201。

54. 簡資修（2007）。〈故意侵權法的經濟分析—兼評 Landes & Posner 模型〉，《中研院法學期刊》，第 1 期，頁 191-212。

四、研討會論文（依姓氏筆畫排列）

1. 謝棋楠（2009 年 10 月）。〈工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則

之探討》，發表：《性別工作平等法制學術研討會》。行政院勞工委員會（主

辦），臺北大學民生校區資訊大樓國際會議廳，頁 12-40。

五、學位論文（依姓氏筆畫排列）

1. 連玉君（1997）。《從性騷擾案例行為認定標準之爭議談女性工作平等權的實現 -女性觀點的正視》。國立台灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北市。
2. 蔡牧融（2014）。《她們想/需要什麼樣的法律？—性別工作平等法典型歷史敘事的反思》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北市。
3. 藍家偉（2008）。《慰撫金量定之理論與實務》。國立臺灣大學法律研究所碩士論文（未出版），台北市。



英文文獻

Abrams, Kathryn(1989), Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms, 42 VANDERBILT LAW REVIEW 1183, 1183-1248

Abrams, Kathryn(1998), The New Jurisprudence of Sexual Harassment, 83 Cornell L. Rev. 1169, 1169-1230

Anderson, Cheryl L.(2001), "Thinking Within the Box" How Proof Models Are Used To Limit the Scope of Sexual Harassment Law, 19 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 125, 125-171

Areheart, Bradley Allan(2006), Intersectionality and Identity: Revisiting a Wrinkle in Title VII, 17 GEO. MASON U. C.R. L.J. 199, 199-235

Austin, Regina(1998), Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress, 1 Stan L. Rev. 1, 1-59

Baer, Susanne(2004), Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in

European, German, and U.S. Law, in *Directions in Sexual Harassment Law*,

Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press. 582-601

Bartlett, Katherine T.(1990), *Feminist Legal Methods*, 103 Harv. L. Rev. 829,

829-888

Bender, Leslie(1990), *Changing the Values in Tort Law*, 25 TULSA L. J. 759,

759-773

Bender, Leslie(1990), *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass*

Torts, Power, and Responsibilities, Duke L. J. 848, 848-912

Bender, Leslie(1993), *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 Cornell Law

Review 575, 575-596

Bender, Leslie(1998), *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tore*, 38 J. Legal

Educ. 3, 3-37

Bowman, Cynthia Grant(1996), *A Feminist Proposal to Bring Back Common Law*

Marriage, 75 Or. L. Rev. 709, 709-780

Bird, Robert C.(1997), *More Than a Congressional Joke: A Fresh Look at the*

Legislative History of Sex. Discrimination of the 1964 Civil Rights Act, 3 Wm.

& Mary J. Women & L., 137, 137-161

Bernstein, Anita(1997), *Treating Sexual Harassment with Respect*, 111 HARV.

L.REV. 445, 445-527

Cox, Babara J.(1986) *Alternative Families: Obtaining Traditional Family Benefits*

through Litigation, Legislation and Collective Bargaining, 15 Wis. Women's L.J.

1, 1-51

Cassels, Jamie(1995), *(In)equality and the Law of Tort: Gender, Race and the*

Assessment of Damages, 17 ADVOCATES'Q. 158, 158-198

Carle, Susan D.(2006), Acknowledging Informal Power Dynamics in the Workplace:
A Proposal for Further Development of the Vicarious Liability Doctrine in
Hostile Environment Sexual Harassment Cases, 13 DUKE J. GENDER L. &
PoL'Y 85, 85-113

Chamallas Martha & Kerber, Linda K.(1990), Women, Mothers, and the Law of
Fright, 88 Mich. L. REV. 814, 814-864

Chamallas, Martha(1992), Feminist Constructions of Objectivity, 1 Tex. J. Women &
L. 95, 95-142

Chamallas, Martha(1994), Questioning the Use Of Race-Specific and Gender-
Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument, 63
Fordham L. Rev. 73, 73-124

Chamallas, Martha(1998), The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law,
146 University of Pennsylvania Law Review 463, 463-531

Chamallas, Martha(2000), Vanished from the First Year: Lost Torts and Deep
Structures in Tort Law, in Legal Canons, J.M. Balkin & Sanford Levinson eds.,
New York University Press, 104-129

Chamallas, Martha & Wiggins, Jennifer B.(2010), The Measure of Injury: Race,
Gender, and Tort Law, New York University Press

Chamallas, Martha(2001), Deepening the Legal Understanding of Bias: on
Devaluation and Biased Prototypes, 74 S. Cal. L. Rev. 747, 747-806

Chamallas, Martha(2001), Removing Emotional Harm from the Core of Tort Law, 54
Vand. L. Rev., 751, 751-765

Chamallas, Martha(2003), The September 11th Victim Compensation Fund:

Rethinking the Damages Element in Injury Law, 71 TENN. L. REV. 51, 51-79

Chamallas, Martha(2004), Title VII's Midlife Crisis: The Case of Constructive

Discharge, 77. S. Cal. Rev. 307, 307-396

Chamallas, Martha(2005), Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the

Calculation of Economic Loss, 38 Loy. L.A. L. Rev. 101, 101-134

Chamallas, Martha(2005), Lucky: The Sequel, 80 IND. L.J. 441, 441-471

Chamallas, Martha(2006), Shifting Sands of Federalism: Civil Rights and Tort Claims

in the Employment Context, 41 WAKE FOREST L. REV. 697, 697-718

Chamallas, Martha(2007), Discrimination and Outrage: The Migration From Civil

Rights Torts Law. 48 WM. & MARY L. REV. 2115, 2115-2187

Chamallas, Martha(2009), Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation,

Reproductive Harm, and Fundamental Rights, 44 WAKE FOREST L. REV. 1109,

1109-1130

Chamallas, Martha(2013), INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY.

New York: Aspen Law & Business Press.

Cppoer-Stephenson, Ken(1978-79), Damages for Loss of Working Capacity for

Women, 43 Sask. L. Rev. 7, 7-25

Davis, Martha F.(2002), Valuing Women: A Case Study, 23 WOMEN'S RTs. L. REP.

219, 219-222

Delgado, Richard(1982), Words That Wounds: A Tort Action for Racial Insults,

Epithets and Name Calling, 17 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review

133, 133-181

Dignity, Orit Kamir(2004), Respect, and Equality in Israel's Sexual Harassment Law,

in Directions in Sexual Harassment Law, Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 561-581

Ehrenreich, Nancy S.(1990), Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual and Racial Harassment Law, 99 Yale L. J. 1177, 1177-1234

Ehrenreich, Rosa(1999), Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment, 88 GEO. L.J. 1, 1-64

Estrich, Susan(1991), Sex at Work, 48 STAN. L. REV. 813, 813-861

Feldman, Heidi Li(2005), Loss, 35 N. M. L. Rev. 375, 375-390

Finley, Lucinda M.(1989), A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course, 1 YALE J.L. FEMINISM 41, 41-73

Freeman, Jo(1991), How "Sex" Got Into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy, 9 LAW & INEQ., 163, 163-184

Franke, Katherine M.(1997), What's Wrong with Sexual Harassment? 49 Stan. L. Rev. 691, 691-772

Gavison, Ruth(1992), Feminist and the Public/Private Distinction, 45 STANFORD LAW REVIEW 1, 1-45

Gibson, Elaine(1993), The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages, in Tort Theory, Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., Captus Press, 185-211

Gilligan, Carol(1982), In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development. Harvard University Press.

Givelber, Daniel(1982), The Right to Minimum Social Decency and the Limits of

Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct, 82 COLUM. L. REV. 42, 42-57

Hubbard, F.(2006), Patrick The Nature and Impact of the "Tort Reform" Movement, 35 Hofstra L. Rev. 437, 437-538

Jolls, Christine(2001), Is There a Glass Ceiling?, 25 Harv. Women's L. J. 1, 1-18

Koenig, Thomas & Rustad, Michael(1995), His and Her Tort Reform: Gender Injustice in Disguise, 70 Wash. L. Rev. 1, 1-76

Korzec, Rebecca(2007), Maryland Tort Damages: A Form of Sex-Based Discrimination, 37 U. Balt. L.F. 97, 97-118

Lenhardt, R.A.(2004), Understanding the Mark: Race, Stigma, and Equality in Context, 79 N.Y.U. L. REV.,803, 803-931

MacKinnon, Catharine A.(1989), Toward a Feminist Theory of the State, Harvard University Press.

MacKinnon, Catharine A.(2004), Afterword, in Directions in Sexual Harassment Law, Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 672-704

MacKinnon Catharine A. (2005), Women's Lives, Men's Laws, Belknap Press of Harvard University Press.

MacKinnon, Catharine A.(2007), Sex Equality, Foundation Press.

Malpas, Simon(2005), The Postmodern: The New Critical Idiom, Routledge Press.

Matsuda, Mari(1993), "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story," in Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment, Mari Matsuda et al. eds., Westview Press, 2320-2381

Mayeri, Serena(2015), Intersectionality and title VII: A brief (pre-)history, 95 B. U. L.

REV., 713-731



McInnes, Mitchell(1998), The Gendered Earnings Proposal in Tort Law, 77

CANADIAN B. REV. 152,152-180

Posner, Richard A.(2007), The Economic Analysis of Law, Harvard University Press.

Rimalt, Noya(2008), Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignity Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminism, 19 Yale J.L. & Feminism 391,391-446

Scales, Ann(2004), Nooky Nation: On Tort Law and Other Arguments from Nature, in Directions in Sexual Harassment Law, Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., Yale University Press, 307-323

Scales, Ann(2006), Legal feminism : activism, lawyering, and legal theory. New York University Press.

Schlanger, Margo(1998), Injured Women before Common Law Courts, 1960-1930, 21 Harv. Women's L.J. 79, 79-140

Schlanger, Margo(2001), Gender Matters: Teaching a Reasonable Woman Standard in Persona Injury Law, 45 St. Louis U. L.J. 769, 769-778

Schnapper, Eric(1999), Some of Them Still Don't Get It: Hostile Work Environment Litigation in the Lower Courts, U. CHI. LEGAL F. 277, 277-345

Schoenheider, Krista J.(1986), A Theory of Tort Liability for Sexual Harassment in the Workplace, 134 U. Pa. L. Rev. 1461, 1461-1495

Schultz, Vicki(1990), Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation on the Job in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument, 103 HARV. L. REV. 1749 ,1749-1844

Schultz, Vicki(1998), Reconceptualizing Sexual Harassment, 107 YALE L.J.

1683,1683-1803

Sharkey, Catherine M.(2006) Dissecting Damages: An Empirical Exploration of

Sexual Harassment Awards, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 1, 1-45

Thornton, Margaret(1995), The Cartography of Public and Private, in PUBLIC AND

PRIVATE: FEMINIST LEGAL DEBATES, Margaret Thornton ed., Oxford

Universty Press, 2-16

Waldman, Ari Ezra(2015), Breach of Trust: Fighting 'Revenge Porn', Iowa Law

Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2698722>

Wang, Lu-in(1997), The Transforming Power of "Hate": Social Cognition Theory

and the Harms of Bias-Related Crime, 71 S. CAL. L. REV. 47, 47-135