

# 性騷擾行為之認定——最高行政法院 105年判字第192號行政判決判決評析

李政霖\*

## 壹、前言

性騷擾 (Sexual Harassment) 乃社會長期存在之問題，可直接影響人格尊嚴與人身安全，於不同場域亦可間接影響人民諸如工作權、受教權等權利。據統計有90%之受害者，在遭受性騷擾後會出現「壓力創傷症候群」或其他症狀，受害者多會出現有頭痛、噁心、失眠、緊張或恐懼等生理症狀，就其對受害者而言所造成的壓力與傷害，甚難想像。<sup>1</sup>

過往受害者受限於保守社會價值觀與救濟管道不足等因素，而選擇沈默忍受，而在政府先後制定性別工作平等法（下稱性工法）、性別平等教育法（下稱性平法）與性騷擾防治法（下稱性騷法）以處理各類型的性騷擾事件，再加上此議題在近年因社會價值轉變與性別意識抬頭，在遭受性騷擾時，

有越來越多人願意勇於捍衛自身之權利。<sup>2</sup>如2017年引爆全球譁然的MeToo事件，據外國媒體報導截至2017年十月底，社交軟體Twitter上有超過170萬則標注#MeToo的推文，並有85個國家有超過1000則推文討論相關性騷擾之議題，性騷擾問題受世人的關注度可見一斑。<sup>3</sup>

依據行政院性別平等會性別統計資料庫之調查資料，自民國100年至107年依據性騷法所提起之申訴案件有逐年遞增之趨勢，並以每年平均10%至20%之幅度增加，民國107年更增至1116件為歷年最高。次按性工法就性騷擾防治所提起之申訴案件，亦自民國102年的280件增加至民國108年的400件。依性平法所提起之性騷擾案件，更從民國100年的2018件逐年增加，於民國108年更有多達5982件之多。<sup>4</sup>

面對如此多的性騷擾案件，如何適當評價

\* 本文作者係國立台北大學法律研究所研究生

註1：立法院議案關係文書，院總第1774號，委員提案第4431、4464、5553號之1，第629頁；羅燦燦（2002），〈他的性騷擾？她的性騷擾？：性騷擾的性別化建構〉，《台灣社會研究季刊》，第46期，第195-198頁。

註2：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》，第1期，第235頁。

註3：Andrea Park, #MeToo reaches 85 countries with 1.7M tweets, CBS news, oct 24, 2017, at: <https://www.cbsnews.com/news/metoo-reaches-85-countries-with-1-7-million-tweets/>（最後瀏覽日：2021年4月26日）。

註4：資料取自行政院性別平等會網站重要性別統計資料庫，網址：[https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat\\_Statistics\\_Field.aspx](https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat_Statistics_Field.aspx)（最後瀏覽日：2021年4月26日）

性騷擾即成為重要之議題。性騷擾不僅對於被害人會產生嚴重之傷害，對於被控為性騷擾加害人者之名譽與人格而言亦影響甚巨。尤其性騷擾係以被害人之主觀感受為出發，並多以不確定之法律概念為規定，須審酌個案事實以為判斷。且不同背景之人所持之價值觀並不相同，對於同一事件存有許多不同看法，如何適當評價性騷擾便成為一大難題。<sup>5</sup>如前所述，性騷擾於我國分別規定於性工法、性平法與性騷法中，且該三法各對於性騷擾有不同之定義，其範圍亦多有模糊重疊之處，造成適用上之困難。<sup>6</sup>惟縱使性騷擾之定義不易，分析我國與美國法院判決，仍可就性騷擾行為本身，歸納出「與性或性別有關」與「不受歡迎」<sup>7</sup>兩要件。<sup>8</sup>

就此二要件皆屬不確定法律概念，其認定因不同人之主觀感受不同，尚難一概而論，

尚待學理之發展。我國實務上多以被害人主觀感受為主要判斷依據，並以個案之事實情況，進一步判斷該行為是否與性或性別相關，抑或被害人是否確有不受歡迎之感受<sup>9</sup>。然此認定方式除顯而易見之性騷擾行為，以及在工作場所或校園內，通常可由各類客觀情況，參酌當事人平日之互動，較易為合理之判斷外，於偶發抑或意外情形時總令性騷擾之判斷難度提升。此外亦因有過分敏感者（over-sensitive）之存在，此時如全憑被害人之主觀感受認定，非為妥當認定標準，尤其對被控為加害人者不甚公平。<sup>10</sup>有論者參酌美國學理以及實務見解，提出可以一般合理第三人標準（reasonable person standard）判斷該行為是否不受歡迎。<sup>11</sup>我國亦可見有部分實務見解以類似之用語採之，但操作方式與內涵不甚相同。<sup>12</sup>

註5：高鳳仙（2001），〈性騷擾之法律概念探究〉，《法令月刊》，第52卷第4期，第24頁。

註6：高鳳仙（2012），〈性騷擾及性侵害之定義〉，《月旦法學雜誌》，第207期，第87頁。

註7：就行為「不受歡迎」之要件，學理與實務上有例如行為不受歡迎（unwanted）、具有敵意或冒犯性等描述，本文擬以「不受歡迎」為統一用語。

註8：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，第191頁；劉志鵬（2009），〈職場性騷擾之法律救濟-板橋地院96年度訴字第774號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報》，第8期，第126頁；王如玄、李晏榕（2007），〈認識「性騷擾」——從性騷擾防治法、兩性工作平等法與性別平等教育法談起〉，《檢查新論》，第1期，第152頁；Emily Epstein, Federal Sexual Harassment and the Reasonable Women Standard, 5 Geo. J. Gender & L. 377, 377-379 (2004).

註9：最高行政法院105年判字第192號行政判決；最高行政法院106年判字第15號行政判決；臺中高等行政法院106年簡上字第44號判決。

註10：焦興鎧（2006），〈性騷擾爭議之預防及處理—兼論性騷擾防治法之相關規定〉，《經社法制論叢》，第38期，第297頁；鄭津津（2007），〈敵意環境性騷擾的認定〉，《月旦法學教室》，第54期，第31頁。

註11：高鳳仙（2019），《性侵害及性騷擾之理論與實務》，增訂2版，第18-22頁，五南出版；邱琦，前揭註8，第191頁；傅柏翔（2018），〈職場性騷擾〉，收錄於《性別工作平等法精選判決評釋》，第144-145頁，元照出版。

註12：惟我國實務判決之用語多以「合理被害人」為論述，如臺中高等行政法院106年訴字第183號行政判決；臺北高等行政法院107年訴字第1486號行政判決；高雄高等行政法院108年訴字第68號行政判決等。

據此，本文擬著重討論性騷擾行為本身之成立要件，於被害人主觀感受外，試尋其他輔助主管機關與法院作為認定性騷擾成立與否之依據，以衡平當事人間之利害關係。故本文擬從最高行政法院105年判字第192號行政判決以被害人主觀感受為性騷擾之認定基準出發，歸納我國學理及實務就性騷擾之認定所提出之見解，並參考性騷擾法規較完善成熟之美國，期可就我國現行逐漸增加之性騷擾案件，提供認定性騷擾之參考，以使性騷擾之認定得以更加具體明確且公允。

## 貳、本案事實與爭點

### 一、本案事實

本案係由行為人甲（原告）於103年5月1日見乙（被害人）手上拿著幾雙鞋子，便問乙：「小姐，生意好不好？找老公嫁掉比較好，比較舒服，不用那麼辛苦。」甲見乙未理會，便拍被害人兩下。後於庭審中，乙亦提及1至5月間曾被甲撫摸肩膀等情。

後乙就甲觸碰其身體以及甲之言論，向當地警察機關報案並向主管機關提出申訴，並由新竹市性騷擾防治委員會調查並認定有性騷擾行為，後由新竹市政府做出行政處分。甲不服便提起行政救濟。

本件甲不服處分，以新竹市政府為被告（編按丙）提起行政訴訟，並由臺北高等行政法院104年訴字第747號行政判決以：「…除應考量被害人主觀感受及認知外，尚應從事件發生之背景、環境、當事人之關係及行為人之言行等客觀情形為綜合判斷。」為判

斷基準，並謂：「原告（編按甲）所為言行雖屬不當，造成被害人（編按乙）不舒服之感覺，固應受負面之評價。惟上開言行自客觀上判斷，尚不致於有損害他人人格尊嚴、造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響工作或正常生活之進行。被害人雖稱其有被當作流鶯，而有受辱之不舒服感受，感覺遭受冒犯等語。惟原告所言找老公嫁掉，不用那麼辛苦等語，從一般社會觀念上判斷，難以給人產生關於流鶯之聯想，被害人感覺受辱，應屬其個人一時情緒上特別之感受。被告遽認原告之行為構成性騷擾防治法第2條所規定性騷擾，認定性騷擾事件成立，於法自有違誤…」據此臺北高等行政法院判決撤銷原處分，丙不服提起上訴。

### 二、本案爭點

本件原審認為在被害人主觀感受外，應再按事件發生之背景、環境、當事人之關係及行為人之言行，以判斷性騷擾被害人是否確有不受歡迎之感受，作為性騷擾成立與否之依據。據此於被害人之主觀感受外，是否可透過其他客觀之因素加以評價，如是應如何評價，乃本案之爭點所在。

### 參、判決理由

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

本案即最高行政法院105年判字第192號行政判決以：「性騷擾防治法第2條第2款規定性騷擾的構成要件，既包括『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』等主觀因素，則有關『性騷擾』行為之認定，即應考量被害人之主觀感受及認知，至於行為人是否有性騷擾意圖則非所問。」為由，論以「…原審忽略被害人的主觀感受係性騷擾的成立要件，徒以被害人申訴伊被當作流鶯，有受辱之不舒服感受，感覺遭受冒犯等語，應屬其個人一時情緒上特別之感受，而論斷被上訴人之行為不構成性騷擾防治法第2條所規定性騷擾，亦有未洽…且原審僅就該言行為判斷，於拍被害人肩膀兩下等情，予以論究，而對於先前三次涉嫌肢體性騷擾行為，恕置不論，其理由實屬不備。」將原判決廢棄發回原審法院更為審理。

## 肆、評析

### 一、本判決之意義

「性騷擾」一詞之內涵，首先於美國被提出，並認為性騷擾屬於性別歧視<sup>13</sup>，Catharine A. MacKinnon後於Sexual Harassment of Working Women (1979)一書中進一步將性騷擾認為係一種性別歧視 (sex discrimination)，並進一步劃分為交換利益性騷擾 (quid pro quo) 與敵意環境性騷擾 (hostile work environment)。此分類為美國學理與實務所採，並進而影響各國對於性騷擾之分類。<sup>14</sup>我國性騷擾事件之

處理，就場域與受害人等雖由性工法、性平法及性騷法等性騷三法處理，並各就性騷擾之成立定有不同之要件，但大體上仍是參考美國法，區分為交換利益性騷擾與敵意環境性騷擾兩類型。又對於性騷擾所欲保護之法益，尤其是否屬於一種性別歧視曾引發不少討論，有論者認為性騷擾問題應以人性尊嚴、人身安全為主要之核心，<sup>15</sup>應以該行為本身而非僅以歧視論之<sup>16</sup>，本文亦採之。

在性騷擾問題中，如何判斷是否構成性騷擾行為乃極為重要之議題，而我國學理現今多以討論性騷擾發生後之責任歸屬，以及處理與補救措施等，對於如何判斷性騷擾行為較少有著墨。為性騷擾之判定唯一兩面刃，稍有不慎即可傷及兩造當事人不可不慎。我國法院在認定性騷擾時，較多以被害人主觀感受為判斷性騷擾之成立與否，並透過整體事實以論斷被害人是否確有不受歡迎之感受。本文所探討之最高行政法院105年判字第192號行政判決，係以被害人主觀感受為基準，判定性騷擾之行為是否存在。惟此判斷基準似存有諸多疑義，尤其對於被指為性騷擾行為人者不甚公平。據此，本文期以我國學理及實務對於性騷擾行為之討論為基礎，並觀察主管機關統計之性騷擾樣態，輔以美國法上對於性騷擾之討論等，試對於性騷擾之認定有更進一步之論述，供未來實務操作

註13：Anita Bernstein, Law, Culture, and Harassment, 142 University of Pennsylvania L. Rev. 1227, 1227-1228 (1994).

註14：Deborah N. McFarland, Beyond Sex Discrimination: A Proposal for Federal Sexual Harassment Legislation, 65 Fordham L. Rev. 493, 510 (1996)；高鳳仙，前揭註5，第24頁。

註15：高鳳仙，前揭註11，第73-74頁。

註16：Deborah N. McFarland，前揭註14，第493頁。

之參考，以衡平性騷擾案件中利害關係人間之權益。

## 二、我國法律就性騷擾之成立要件

我國性騷三法皆將性騷擾區分為敵意環境性騷擾以及交換利益性騷擾兩類，且就性騷擾行為本身，該三法皆以行為或言語「與性或性別有關」且「不受歡迎」兩要件為性騷擾行為之認定。但在各該三法中會因行為人與受害人之身份或發生場域之不同，規定有不同之成立要件。例如性工法中係以任何人以「具有性本質」以及「不受歡迎」之行為施加於正在執行職務之受僱人，始成立性工法所指之敵意環境性騷擾，而可適用該法。例如受害者非在執行職務時受性騷擾、僱主遭到顧客之性騷擾<sup>17</sup>，或職場中其他第三人遭受性騷擾等情形，皆無性工法之適用。本文主要係探討性騷擾行為之成立要件，故首先討論性騷擾行為本身之成立與否，再分別就性騷三法所規範之性騷擾其他成立要件為簡要論述。

### （一）性騷擾行為之認定

性騷擾於我國性騷三法上，亦分為敵意環境性騷擾與交換利益性騷擾兩類型，惟我國

並未如美國因此兩類型之性騷擾而有差別，故有論者指出此區別似無實益。<sup>18</sup>其三法對於性騷擾行為本身之核心仍屬行為「與性或性別有關」且「不受歡迎」兩要件。而是否構成性騷擾則因不同之性別、文化背景、生活經驗…等諸多因素，而有不同答案。有論者研究發現：男女兩性對性騷擾界定之相同處在於，令被害人不舒服，與性別或情慾相關之動作、行為及物品。並強調性騷擾的認定與當事雙方的個人特質，先存的互動關係，及事發當時的情境因素有密切關係。<sup>19</sup>

現行實務在認定性騷擾時，多以：「性騷擾防治法對於加害行為對被害人是否構成性騷擾之評價，係以受害人之主觀感受為觀察，非以加害人之角度為審視。」<sup>20</sup>為認定基準，似以受害者主觀感受為主要判斷依據，然而若僅以被害人主觀感受為判斷，非為妥當認定標準，對被控為加害人者不甚公平。<sup>21</sup>然我國實務與立法者皆注意到性騷擾認定不易，且若僅以受害人之主觀感受為認定恐生疑慮，故應加入客觀之判準輔助判斷。據此於部分判決中多會依據性工法、性騷擾防治法施行細則、性別平等教育法施行細則，對於行騷擾認定方式之規定<sup>22</sup>再以性

註17：高鳳仙，前揭註11，第14頁。

註18：劉志鵬，前揭註8，第126頁。

註19：羅燦燦，前揭註1，第208-210頁。

註20：最高行政法院106年判字第15號行政判決；最高行政法院105年判字第192號行政判決。

註21：焦興鎧，前揭註10，第297頁；鄭津津，前揭註10，第31頁。

註22：按性工法第12條第2項規定：「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。」、性騷擾防治法施行細則第2條：「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、行為及相對人之認知等具體事實為之。」、性別平等教育法施行細則第2條：「本法第二條第四款所定性騷擾之認定，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

騷擾個案之事件發生背景、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，對於當事人主觀上是否確有敵意或遭冒犯之感受為判斷（如當事人事發後向親友之表示，抑或是顯現出之不悅感等等）。

學理上有論者參酌美國法之認定方式，提出以合理人之方式判斷性騷擾，亦即以一般合理之人是否感受到冒犯作為判斷基準。據此便衍生出究應以合理之男性或女性之價值觀為此合理人以為判斷之爭論。<sup>23</sup>學者便依此指出，此被害人須依據被害人之性別，而為不同之感受判斷。換言之被害者為男性時，即以「合理男性」之觀點判斷該行為是否不受歡迎，若被害者為女性則以「合理女性」之觀點為討論。<sup>24</sup>但亦有論者指出此受害者標準非妥當之認定標準，應以一般合理第三人之客觀感受為認定係爭與性或性別相關之行為是否造成敵意性、脅迫性或冒犯性，較具客觀性而不應拘泥於合理男性或女

性，此即「一般合理第三人標準」。<sup>25</sup>另有學者指出言詞或行為是否造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，固應以受害者之感受出發，惟於事實認定上仍須考量一般合理第三人之感受以及其客觀性，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。<sup>26</sup>

近來於被害人主觀感受外，已可見有些許法院加入「合理被害人」<sup>27</sup>作為判斷是否構成性騷擾之依據，並論以：「性騷擾行為之判斷，應以被害人之被侵犯感受為出發點，所謂合理被害人標準，係指自被害人之觀點，考量一般人處於相同之背景、關係及環境下，對行為人言行是否有被騷擾之感受…」<sup>28</sup>此依據似與前述性騷三法各自於母法或施行細則中所提出之依據相同。惟此些採取一般合理第三人標準之操作方式並不一致。有據此討論此行為是否「與性或性別相關」，亦有以此論就被害人是否「不受歡迎」，對於此區別本文以為值得深究之。

及相對人之認知等具體事實為之。」其中性工法於103年11月21日，係有鑑於我國民國100年度性騷擾申訴調查成立案件數目較99年度增加3成，對於性騷擾之認定要件卻無具體規範，爰將原「性別工作平等法施行細則第四條」規定提升至母法位階，俾利明確性騷擾案件應審酌之具體事實項目與內容，以強化我國性騷擾案件之處理作為。

註23：高鳳仙，前揭註11，第18-22頁。

註24：邱琦，前揭註8，第191頁。

註25：鄭津津，前揭註10，第31頁。

註26：郭玲惠（2014），〈雇主對於性騷擾防治之立即有效之糾正及補救措施，最高行政法院98年度裁字第2802號裁定評析〉，收錄於臺北大學法律學院勞動法研究中心主編之《性別工作平等法精選判決評釋》，第133頁，元照出版。

註27：本文以為「合理被害人」與「合理第三人」標準應僅係用字上之差別，就其根本皆係以一般第三人之標準用以認定言行是否屬於性騷擾，本文於後擬統一以「一般合理第三人標準」作為統一用語。

註28：臺北高等行政法院107年訴字第1486號判決、臺北高等行政法院104年訴字第747號判決、臺灣高雄地方法院107年簡上字第81號民事判決、臺中高等行政法院106年訴字第183號判決、高雄高等行政法院108年訴字第68號判決。

就行為「不受歡迎」之要件而言，因一行為對他人而言歡迎與否乃個人之主觀感受，又不同人因其生活經驗與價值觀之不同，本就會就一言行有不同之敏感性與判斷，本文以為此時仍應以被害人感受為主，尚難要求所有人判斷是否有違個人意願時，應與一般社會通念相同。且如可對於他人是否不受歡迎為評價，似使法院得就個案事實，決定被害人是否應有不受歡迎之感受，如此恐生疑義。據此似難以一般合理第三人標準加以評價。在實務上案例中<sup>29</sup>，有原告以其所講之言論，在場之多數人並不會有任何不受歡迎感受作為其言行非屬性騷擾之抗辯，惟法院以：「性騷擾行為之判斷，應以被害人之被侵犯感受為出發點，所謂合理被害人標準，係指自被害人之觀點，考量一般人處於相同之背景、關係及環境下，對行為人言行是否有被騷擾之感受，非謂具有性意味之言行，如對團體中相對多數之人未造成負面觀感，即可無視少數人之主觀感受，故難以採憑。」認為，被害人是否有不受歡迎之感受，仍應以主觀感受出發為認定標準，對此本文贊同此見解。

於「與性或性別相關」此一要件，可透過事件發生之背景、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，應能較客觀判斷是否與性或性別其相關。縱存有較為隱晦之用語或行為等非直接可辨識之模糊地帶，仍可透過實證研究加以歸納符合我國一般合理第三人對於性或性別之認識，進而給出較具客觀性之判斷基準。

再因性騷擾係因「性或性別」涉及人格尊嚴等權利，乃個人不應被侵犯之隱私領域，任何人對於他人就此應予以尊重，如為此行為以致不受他人歡迎，則應以法非難之，故所著重者應為一不受他人歡迎之行為是否「與性或性別相關」。故法院或性騷擾調查委員會評價性騷擾行為時，所應評價者乃被害人不受歡迎之感受是否係由於「與性或性別相關」之行為。據此，於被害人主觀感受外，應以一般合理之第三人之立場，判斷該行為是否與「性或性別相關」較為妥適。如高雄高等行政法院108年訴字第68號行政判決，以：「…是以，一般人處於戊女之立場，縱不喜歡原告此種行為，甚至產生不舒服之感受或認知，亦非因原告『具有性意味或性別歧視』之言行而產生，性質上應非屬遭受性騷擾之感受。是以，戊女表示因此主觀上產生遭受性騷擾之不舒服感受云云，不能通過『合理被害人』之檢驗標準，不具有合理性，尚難認定構成性騷擾行為。」本件法院就行為人對於被害人有要約音樂會、吃飯之行為，以一般合理第三人標準判斷該行為非與性或性別相關，認定非屬性騷擾，而僅係普通不受他人歡迎之騷擾行為。本文支持此一見解。

承前所述，欲認定一行為是否「與性或性別相關」難以一言蔽之，本文以為應可從我國現行案例之行為樣態為出發，歸納性騷擾行為之樣態供性騷擾行為認定時之參考。關於於實務上常見性騷擾樣態，有例如對於被害人提出性要求，或為具有性意味或性別歧

註29：臺北高等行政法院107年訴字第1486號判決。

視之言詞或行為。參酌行政院性別平等會網站重要性別統計資料庫之分類項目<sup>30</sup>，以及我國實務案例與學理文獻之舉例<sup>31</sup>。本文試將與性或性別相關之行為，以個人身體自主權為出發，再就直接身體（包含衣著與隨身物品）接觸外之言行是否與性有直接相關，並按其強烈之程度由高至低分為以下5種類型：

1. 未達性侵害之性接觸：例如暴露性器官、以性器官觸碰他人、親吻、擁抱或觸摸胸、臀或其他身體穩私部位。<sup>32</sup>
2. 與他人之私密處以外之身體部位（包含衣著與隨身物品）有直接接觸：例如觸碰他人四肢、背部、肩膀或掀裙子等毛手毛腳行為。
3. 與性行為、性器官或性別有直接之羞辱、貶抑、敵意或騷擾的言詞、文字、圖片或影音等表示：例如張貼或播放色情圖片影音、講黃色笑話、嘲笑他人之性器官或隱私處等均屬之。
4. 非直接與性相關且無肢體上接觸但具有針對性之行為：例如跟追、尾隨、偷拍或偷窺、不受歡迎之言語、邀約請求或追求以及對於他人隱私之探尋等。
5. 不具針對性之其他行為。

上開不同類型之性騷擾，按行政院性別平

等會網站重要性別統計資料庫統計<sup>33</sup>，自民國100年自民國108年間，第1類約佔總案件量之40%-50%之多；第2類佔10%-15%；第3類佔20%-30%；第4類為10%以內；第5類之其他類型約佔3%。又此統計之數據將「其他利用權勢或機會性騷擾」獨立成一類，卻忽略此類性騷擾與他種類之性騷擾似有重複計算之情形，恐造成數據與比例上之誤差，但據此統計可大致將性騷擾類型化以協助個案之判斷，於此併予敘明。

綜上，於判斷行為是否與性或性別相關時，或可依據上述行為樣態之分類為輔助。此分類係依據人對於自己身體有絕對之管領力以排除他人之接觸。因此如1.與2.之情形，有意識地與他人身體或近身衣著直接之接觸者，除有其他特殊之情形，有極大之機率將其認定為與性或性別相關。再者就3.之情形，縱未與被害人有直接之接觸，但其言行直接「與性或性別相關」，無論係表示、展示或探尋與他人之行為，因其屬個人極為隱私之範疇，故若被害人對此不歡迎亦可能被認定為性騷擾。再次，就4.5.之情形實屬較為模糊而有難以認定之類型，故應再行探究事件整體呈現之事實或發生之環境場域等以為判斷。

據上論結，一行為若違反他人意願而不受

註30：資料取自行政院性別平等會網站重要性別統計資料庫，網址：

[https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat\\_Statistics\\_Field.aspx](https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat_Statistics_Field.aspx)（最後瀏覽日：2020年8月12日）

註31：邱琦，前揭註8，第192頁；吳姿慧（2020），〈受僱者於「下班後」遭受性騷擾事件與適用性別工作平等法之關係——以性別工作平等法「執行職務時」之認定為核心〉，《政大法學評論》，第160期，第224-225頁。

註32：按性騷法第25條規定，此類情形如具有性騷擾之意圖且乘人不及抗拒時，亦可能該當性騷擾罪。

註33：資料取自行政院性別平等會網站重要性別統計資料庫，網址：

[https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat\\_Statistics\\_Field.aspx](https://www.gender ey.gov.tw/gecdb/Stat_Statistics_Field.aspx)（最後瀏覽日：2021年4月20日）

他人歡迎者，並不一定屬於性騷擾，而係此行為係「與性或性別相關」始屬性騷擾行為。至於此騷擾行為應為何種評價及是否需要公權力之介入，乃立法者立法政策之考量。如無正當理由之跟追，縱未具有性或性別之要素，仍極可能屬是否違犯社會秩序維護法之相關規定。本文以為，性騷擾行為之認定除被害人主觀感受外，確應加入客觀之判准協助法院及委員會判斷。又客觀標準之加入，應限於行為是否「與性或性別相關」此一要件，並以一般合理第三人之角度為判斷，至於是否有違反被害人意願之要件，則仍應以當事人主觀感受為主。

## （二）性別工作平等法中之其他要件

我國性工法就性騷擾之規定，本條之立法深受美國法制之影響，主要係參考美國平等就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission）於1980年所頒布之性別歧視準則（Guidelines on Discrimination Because of Sexual Harassment），且上述有關敵意環境性騷擾及交換利益性騷擾之區分亦係參考美國通說見解而來。<sup>34</sup>依該法第12條第1項規定，亦可分為敵意環境及交換利益兩種類型之性騷擾，而在認定有無性騷擾行為之後，更需檢視性工法之其他要件，下分述之：

### 1. 敵意環境性騷擾

敵意環境性騷擾規定於性工法第12

條第1款：「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。」其要件分述如下：

#### (1) 被害人為受僱者：

「受僱者」按性工法第3條第1款謂：「指受雇主僱用從事工作獲致薪資者」，其僱用關係所指，就其立法理由為：「乃參酌勞動基準法第2條規定明定本法意旨。」<sup>35</sup>此外本法更規定於：公務人員、教育人員及軍職人員（第2條第2項）、技術生、準技術生（第2條第4項）、實習生（第2條第5項）以及派遣勞工（第3條第3款）所生之性騷擾均有適用本法。

#### (2) 於執行職務時受性騷擾：

對於執行職務之要件，我國法院之判決多以性騷擾事件發生時是否為上、下班時間作為基本之判斷。<sup>36</sup>而上、下班時間則依勞基法關於工作時間之規定並參勞動部關於工作時間之解釋予以認定。此外亦有論者著有更多關於受僱者認定之範圍值得深探，惟礙於篇幅且非本文重點故於此不論。<sup>37</sup>

註34：劉志鵬，前揭註8，第124-125頁。

註35：立法院議案關係文書，院總1542號，政府提案6502號，第388頁。

註36：臺北高等行政法院101年度簡字第158號行政判決：「如係在工作休息空檔或午休時間或上、下班之外，均非屬『執行職務』。」

註37：吳姿慧，前揭註31，第224-225頁。

## 2. 交換利益性騷擾

交換利益性騷擾規定於性工法第12條第2款：「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。」

性工法上交換利益性騷擾之要件，可分為行為人為雇主以及被害人為受僱者，又此部分即與前述敵意環境性騷擾之認定相同，於此不贅。

準此，可知性工法所禁止者，係任何人於受雇者執行職務時有性騷擾之行為，也禁止雇主以性利益或具性意味之言行，作為受雇者或求職者人事條件之對價，使受雇者免於工作環境中受不當之干擾。<sup>38</sup>

### （三）性別平等教育法中之其他要件

性平法第2條第4款規定：「性騷擾：指符合下列情形之一，且未達性侵害之程度者：（第一目）以明示或暗示之方式，從事不受欢迎且具有性意味或性別歧視之言詞或行為，致影響他人之人格尊嚴、學習、或工作之機會或表現者。（第二目）以性或性別有關之行為，作為自己或他人獲得、喪失或減損其學習或工作有關權益之條件者。」同法條第7款規定：「校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件：指性侵害、性騷擾或性霸凌事件之

一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生者。」

依條文可見性平法亦將性騷擾區分為敵意環境及交換利益兩類型，其適用範圍限於未達性侵害之程度之性騷擾，且事件之一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生者。

### （四）性騷擾防治法中之其他要件

性騷擾防治法第2條規定：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：（第1款）以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。（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。」查性騷法之立法意旨，係以保護各場所之性騷擾被害人為立法目的，惟因立法妥協之結果而排除性侵害犯罪之情形。<sup>39</sup>考其要件僅係以行為人所為之行為「與性或性別相關」且「不受欢迎」。

除此之外，性騷三法中僅性騷法於第20條中，針對性騷擾行為人設有處罰規定，課與所有人不得對他人為性騷擾行為之行政法上義務。其餘兩法僅對雇主、學校校長、教

註38：侯岳宏（2014），〈性別工作平等法判決回顧與展望〉，收錄於臺北大學法律學院勞動法研究中心主編之《性別工作平等法精選判決評釋》，第8-10頁，元照出版。

註39：高鳳仙（2006），〈性騷擾防治法之規範精神與施行願景（上）〉，《台灣法學雜誌》，第79期，第33-34頁。

師、職員或工友等，課以性騷擾事件之防治與處理等義務。復按行政罰法第7條之規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」可見欲以性騷法處罰性騷擾行為人，應再論其是否具有故意或過失。按故意之判斷標準，係以「明知」、「預見」為認識範圍，以違反行政法上義務之構成要件事實。至於過失之注意程度，則以社會通念認係謹慎且認真之人為準。<sup>40</sup>據此，「性或與性別相關」之言行，本即屬個人極度隱私之領域，行為人本應注意不得隨意對他人為與「性或與性別相關」之行為或言論。倘行為人為此行為或言論致令他人有「不受歡迎」之感受，縱無故意，亦可推定其具有過失違反行政法上之義務，而構成性騷擾。

### 三、美國法上性騷擾之認定

美國民權法案係針對職場中性騷擾之防治與處理，尤以雇主責任為主，但我國在性騷擾相關法規之制訂時，多有參酌美國法之規定，且在性騷擾行為之要件與分類上我國亦與美國多有相似之處，故於性騷擾行為之認定，美國法應有我國可參考之處。

#### (一) 美國法上性騷擾定義

美國性騷擾之處理多有以係1964年美國民權法案第7章第2000e-2(a)條規定，即：「任何人不得根據種族、膚色、宗教、性別或性（sex）或國籍而對其不予以僱用，或對其之

權益（compensation, terms, conditions, or privileges）有差別之待遇。」<sup>41</sup>為根據，美國各州更有較民權法案為廣之性騷擾定義與適用範圍，其範圍以場域為大致區分，包括工作場所（employment）、居住相關並以租屋為主（housing）、教育場所（education）、領有執照之專業人員（licensed professionals）、公共場所（public accommodations, services, and benefits）等五大區域，並且有些州明定性騷擾行為可提起侵權行為之訴（tort causes of action for sexual harassment）。<sup>42</sup>

其中工作場所性騷擾乃最為常見之性騷擾類型，美國平等就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission）提出之「性別歧視準則（Guidelines on Discrimination Because of Sex）」亦將性騷擾分為敵意環境性騷擾以及交換利益性騷擾，並將性騷擾定義為：「基於性（basis of sex）的騷擾，係違反民權法案第7編。又性騷擾係指不受歡迎（unwelcome）之性表示（sexual advance）、性利益要求（request of sexual favor）或其他以口語或肢體所為性本質（sexual nature）所進行之行為。而當(1)對該行為之服從明確或隱含地成為一個人的受雇條件(2)對該行為之服從與否，用於影響該人之就業決定(3)此行為不合理地（unreasonably）干擾個人工作表現或創造令人生畏（intimidating）、敵對（hostile）或反感（offensive）的工作環境。」<sup>43</sup>該準則進一步規定：「委員會於判

註40：林錫堯（2005），《行政罰法》，第86-89頁，元照出版。

註41：42 U.S.C.A. § 2000e-2.

註42：Carrie N. Baker, Sexual Extortion: Criminalizing Quid Pro Quo Sexual Harassment, 13(1), Law & Inequality: A Journal of theory and Practice, 213, 223-226 (1995).

註43：29 C.F.R. § 1604.11(a).

斷一行為是否構成性騷擾時，須就整體事件發生的情境，諸如具性本質（nature of the sexual advances）與事件發生之情境（the context in which the alleged incidents occurred）。又就個別行為個案認定之（on a case by case basis）。<sup>44</sup>」縱EEOC委員會之指導原則對於法院之判決無絕對之效力，但美國最高法院認為EEOC委員會所作成之指導原則，根據其歷史背景可視其為國會所期望之意思。<sup>45</sup>進而EEOC委員會頒布之指導原則亦為美國法院判決中所援引適用之重要指導原則。另關於敵意環境或交換利益性騷擾之所產生之區別，最主要在於雇主對於不同性騷擾之發生所負之責任，礙於篇幅於此不贅。<sup>46</sup>

於此亦可歸納出「不受歡迎（unwelcomeness）」與「基於性或性別（“Because of...Sex Rationale”）」兩要件。<sup>47</sup>於法院判決中學者整理Meritor Savings Bank v. Vinson<sup>48</sup>一案中所提出關於敵意環境性騷擾的認定判准：(1)被害人遭受不受歡迎且與性相關的行為(2)不受歡迎的行為係基於其性別(3)該不受歡迎之行為對工作條件之影響，已達到嚴重性（severe）與普遍性（pervasive）之程度，並形成敵意性之工作環境(4)雇主知或

可得而知時應採取立即有效之合理補救措施（prompt and reasonable remedial action）。<sup>49</sup>

## （二）合理性標準

性騷擾成立要件之中，以不受歡迎（unwelcome）且與性相關之行為為核心（sexual conduct），但因其未有明確之檢驗方式，故是否構成嚴重性與普遍性是最常於訴訟中受到討論之議題。

美國最高法院於Meritor Savings Bank v. Vinson<sup>50</sup>一案，提出判斷性騷擾之方式主要係以客觀（objective）、中性（gender-neutral）與合理人（reasonable person）作為判斷依據。爾後於Ellison v Brady<sup>51</sup>一案中，法院認為應以被害者之觀點認定騷擾行為。而若以一般合理人之觀點作為判斷，恐因不同性別之價值觀而有不同。故應按照受害者為男性或女性之觀點為觀察，縱然以女性之觀點有過於廣泛之嫌，但女性共同之價值觀仍與男性有所不同，故可採之。據此，女性告訴人就是否到達造成侮辱性（abusive）的工作環境，應以合理女性（reasonable woman）為認定之基準。而合理女性之內涵，係應站在女性原告之角度，作為思考該行為是否達到嚴重或普遍之基準。其後更強調，所應判斷者

註44：29 C.F.R. §1604.11(b).

註45：Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, (1971). 原文係：「Since the Act and its legislative history support the Commission's construction, this affords good reason to treat the guidelines as expressing the will of Congress.」

註46：鄭津津，前揭註2，第257-261頁；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，第260頁以下。

註47：Emily Epstein，前揭註8，第377頁。

註48：Meritor Sav. Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, (1986).

註49：Steven H. Winterbauer, Sexual Harassment-The Reasonable Woman Standard, 7 Lab. Law. 811, 812(1991).

註50：Meritor Sav. Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, (1986).

註51：Ellison v Brady, 924 F.2d 872, (1991).

係行為者之行為本身是否達到嚴重與普遍，非指該行為對於被害人之影響而言。

此見解提出後，究應以合理人或以受害者性別之身份為價值判斷之基準，引起了廣泛之討論。<sup>52</sup>在後續最高法院之判決中，漸改以合理性（reasonableness）作為判斷基準，用以判斷行為是否已達到嚴重性（severe）與普遍性（pervasive）之程度，進而改變了工作條件與環境。<sup>53</sup>換言之，具有性或性別且不受歡迎之行為，仍須達到嚴重性與普遍性之程度，並形成敵意性之工作環境，始能被認為是性騷擾。惟有論者研究顯示，以合理人、合理男性或合理女性等所作出之判斷結果並無不同，並指出應回歸尊重陪審團自主判斷事實與行為是否適當之權利。<sup>54</sup>更有論者進一步對此提出批評，認為應將受害人主觀感受（welcomeness）之要件刪除，並專注於判斷冒犯性的言語或行為是否出現（whether offensive words or conduct occurred），即可終止用何種合理人為判斷基準之爭辯。<sup>55</sup>

#### 四、我國與美國之比較

首先，因我國於制定性騷三法時，多有參

考美國相關之規定，故於法規用語上可見我國與美國EEOC委員會制定之準則相似。皆認為性騷擾係基於性或性別，且違反他人意願而不受歡迎之行為。美國法發展過程中，順應社會對於性或性別觀點之進展，逐漸有不同新型態之案件進入討論，如有同性間性騷擾等新型態之性騷擾案件等<sup>56</sup>，我國亦可見有同性間之性騷擾案件。<sup>57</sup>可見性騷擾所涵蓋之範圍漸為廣泛多元，故應著重於與性相關且違反他人意願等兩要件為判斷。

此外，我國參酌美國法，亦將性騷擾區分為敵意環境性騷擾與交換利益性騷擾兩類型，且於判斷性騷擾時，都要求就事件所發生情境之整體事實綜合判斷之。可見我國與美國於判斷性騷擾時，皆發現單以被害人主觀感受為判斷基準所產生之難題。美國法院據此於敵意環境性騷擾之個案操作上，提出以合理性作為判斷之基準，我國亦有法院提及客觀之審查基準，但操作上不盡相同。對於敵意環境性騷擾之認定，我國法院多會參酌當事人事發後之情緒表現判斷行為是否不受歡迎，美國則較我國增加有行為已達到有嚴重性與普遍性足以改變工作條件或環境之

註52：Steven H. Winterbauer，前揭註49，第811頁。

註53：Harris v. Forklift Sys., Inc., 510 U.S. 17, 21 (1993)；Oncale v. Sundowner, 523 U.S. 75, 81 (1998).

註54：Elizabeth L. Shoenfelt, Allison E. Maue & JoAnn Nelson, Reasonable Person versus Reasonable Woman: Does It Matter, 10 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 633, 669 (2002)；Joan C. Williams, Jodi Short, Margot Brooks, Hilary Hardcastle, Tiffanie Ellis & Rayna Saron, What's Reasonable Now? Sexual Harassment Law after the Norm Cascade, 2019 Mich. St. L. Rev. 139, 224 (2019).

註55：Beverley H. Earle & Gerald A. Madek, An International Perspective on Sexual Harassment Law, 12 Law & Ineq. 43, 89-91 (1993).

註56：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，第240-245頁。

註57：最高行政法院108年裁字第526號裁定。

要件。由此要件似可推知，美國法上似仍容許與性及性別相關且不受歡迎，但不具嚴重與普遍性之行為存在，而我國應不採此解。

本文以為，我國法在規範上縱用語相似但規範卻有很大之區別，但在行為類型與判斷上，藉由案件之積累應仍可提供我國判斷之參考。又如前所述，有論者認為應刪除受害人主觀感受之要件，而著重於行為本身是否具有冒犯與敵意性，如有即可認為具有嚴重性。本文贊同不可判斷當事人主觀感受，而應討論行為本身之見解。

## 伍、檢討與結論

### 一、以被害人主觀感受作為性騷擾成立要件之檢討與建議

本件最高法院似僅以被害人主觀之感受作為性騷擾之成立要件，且不以行為人是否具有性騷擾行為之意圖，或其行為時是否知此行為乃性騷擾。惟個人對於一行為是否不受歡迎，屬極為主觀之看法，且如前所述，此判斷基準恐對被指為加害人者不甚公平。近年學者與法院皆發展有判斷性騷擾之客觀標準，以求對於案件之公允裁判，但至今尚未有穩定與統一之見解。

而前所討論之一般合理第三人標準，我國實務係同時用以判斷被害人是否有「不受歡迎」感受，及該行為有無「與性或性別相關」。而究應以合理男性、女性或合理第三人之標準為主，此爭議似可參美國學者研究之發現，因此些判斷在最終之結果上並未有不同，故於判斷時應參酌事件之事實以評價

行為本身，以社會一般通念予以客觀之評價。然被害人之主觀感受尚難以一般社會通念對被害人之主觀感受做出評價，但全然由被害人主觀感受為判准亦有失公允。本文以為性騷擾問題之根本，係因「性或性別」乃牽涉人民隱私與秘密，且與人格尊嚴與人身安全息息相關，故立法者欲予以保護使人民免遭侵犯。而一行為是否「與性或性別相關」乃判斷之重點，雖於每個人在不同情境、場合、環境與對象下有所差異，但仍可就行為之樣態、案件之事實等，以一般合理第三人之感受對於行為本身是否「與性或性別相關」為評價。

進一步地，參酌性工法、性騷擾防治法施行細則與性別平等教育法施行細則所指：個案應審酌事件發生之背景、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判斷之方式，應係用於判斷一行為是否「與性或性別相關」。如判斷後為肯定，倘此行為係被害人所不歡迎者，即應認該當性騷擾之成立要件；如為否定，而被害人對此行為不受歡迎者，應僅論以普通之騷擾而非性騷擾。且前述性騷法與性平法施行細則之規定，亦應如同性工法般，將此施行細則提升至母法位階較為妥適。

### 二、結論

性騷擾行為之成立要件，除以被害人主觀感受為判斷外，有論者提出合理被害人與合理第三人等判斷基準，試衡平僅以被害人主觀感受為判斷所產生之問題。於法院判決中，亦有採類似見解者謂：「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』之標準下，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、主觀感受而加以認定。」<sup>58</sup>惟不同之判斷依據在我國實務與學理中仍有分歧。本文以為，性騷擾就「不受歡迎」與「與性或性別相關」兩大要件之判斷，前者應尊重當事人之主觀感受，後者則可加入客觀之判斷。例如前述高雄高等行政法院108年訴字第68號行政判決以合理被害人之標準判斷不受歡迎之行為是否「與性或性別相關」，本文亦採此見解。

而欲判斷一行為是否「與性或性別相關」，除參酌事件整體事實外，尚可透過行為態樣之歸納予以輔助判斷。承前所統整出的五種常見性騷擾類型，因個人之身體自主與人格尊嚴之關聯最為明顯，且基於尊重他人身體自主權之前提，與他人身體有所接觸者應經過他人之同意。因此如1.與2.之情形，有意識地與他人身體或近身衣著直接之接觸者，有極大之可能將其認定為與性或性別相關。除有其他特殊之情形，例如於人潮壅擠之大眾運輸工具或場域等，此可再參酌現場之監視器、證人或其他客觀之事實等以為判斷。再者就3.之情形，因「與性或性別相關」之話題、圖片或影音等，無論係表示、展示或探尋與他人之行為，因其屬個人極為隱私之範疇，故若被害人對此不歡迎亦可能被認定為性騷擾。再次，就4.與5.之情

形屬模糊而難以認定之情形，故應探究個案整體呈現之事實以為判斷是否與性或性別相關。

準此，本件最高行政法院105年判字第192號行政判決案例事實中提及之行為有：向乙詢問為何不結婚、拍乙的肩膀兩下，以及乙在庭審期間主張甲於其他時間亦有對其身體之不當觸摸等三個行為。後兩者因有身體上之直接觸碰，又屬於碰、輕撫、撫摸或拍，皆為個人感受之詮釋，並會因用字與描述之不同而有異。但不可否認者係甲以其自主意識之行為而接觸他人之身體，應可認構成性騷擾中「與性或性別相關」之要件，且乙並不歡迎此行為，故可認屬性騷擾。又關於甲對於乙為何不結婚之詢問，因未具有與性或性別直接相關之用語，且難以想像與性隱私有何相關，應屬於一般隱私探詢而不受歡迎之騷擾行為。

最後，本文期以此文所整理之性騷擾判決案例與文獻，以及本文所提出之認定性騷擾可考量之要素，作為我國實務於判斷性騷擾行為時之參考，使性騷擾案件之處理有更為圓滿之結果，不致令當事人雙方之人格尊嚴或個人名譽受有不利之影響。又性騷擾之議題非僅止於法律學門之討論，亦應有更多社會學或心理學等社會科學加入討論，就性騷擾事件之本質為剖析，俾提供法律實務判斷上之進步與公允。

（投稿日期：2021年5月25日）

註58：臺北高等行政法院107年訴字第262號行政判決、臺中高等行政法院106年訴字第183號行政判決與臺灣高雄地方法院107年簡上字第81號民事判決。