



职场欺凌的域外立法经验及其借鉴

肖永平 彭 硕

摘 要：职场欺凌是一个严重的社会问题，目前各国对其法律应对措施都有所不同。美国立法和实践偏向对职场欺凌受害人进行事后救济，加拿大和欧洲部分国家则更多考虑对职场欺凌加以事前预防。我国应借鉴世界各国的有效立法和实践经验，在现有法律框架下建立事前预防为主、事后救济为辅的立法模式以有效应对现有的职场欺凌问题。

关键词：职场欺凌；故意精神伤害；故意破坏雇佣关系；职场骚扰

职场欺凌(Workplace Bullying)也译为“工作场所欺负”或“工作环境欺负”，自 20 世纪 80 年代开始引起关注。相关研究机构和国际组织都认为职场欺凌已经成为一种社会问题，对劳动者的身心健康和工作效率等都造成了巨大伤害(秦戈，2008:335)。作为高速发展的新兴经济大国，中国同样面临着日益严重的职场欺凌问题。但我国对于职场欺凌问题的研究明显滞后，规制职场欺凌行为的相关立法几近空白，这与我国建设社会主义法治国家，不断加强保护劳动者合法权益的思路不相匹配。本文通过揭示职场欺凌的含义，总结外国的立法和司法实践经验，为我国未来的修法或立法提供有价值的参考。

一、职场欺凌的界定

人们对职场欺凌的认识，可谓众说纷纭，早在 2000 年以前，各国就有 10 余种不同概括定义。目前，加里·内美(Gary Namie)和露丝·内美(Ruth Namie)归纳的定义最有影响。他们认为，职场欺凌是一种“加害人出于控制欲而对目标受害人故意、敌视且重复性的折磨行为”(Gary Namie, 1999: 25)。美国萨福克大学法学院教授大卫·山田(David Yamada)在其立法建议中进一步对职场欺凌定义进行了细化，他将职场欺凌分为 4 个相互影响的要素：敌对工作环境(Abusive Work Environment)、有形伤害(Tangible Harm)、不利雇佣行为(Adverse Employment Action)和推定解雇(Constructive Discharge)。其中，敌对工作环境是加害人出于恶意(malice)而施加敌对行为(abusive conduct)，它会造成对受害劳动者包括精神伤害(psychological harm)和身体伤害(Physical harm)在内的实际伤害以及终止劳动关系(termination)、降职(demotion)和处分(disciplinary action)等不利雇佣行为；如果雇主不能采取有效措施应对，则有可能被认为是推定解雇(David Yamada, 2010: 251)。这一定义用简洁的表达形成了完整的逻辑链条，颇有指导意义。

日常生活中的职场欺凌，其具体表现是多种多样的。它包括但不限于下列行为：攻击性眼神接触、刻意无视、侮辱性肢体动作、高声吼叫谩骂受害人、对受害人宣泄不良情绪、无端指责挑剔受害人工作、散布贬低受害人的不实谣言、向受害人提出不合理的工作要求、刻意对受害人保留必要的工作信息等(Lynne M. Andersson, 1999: 452)。Zogby International

在2010年进行的一次抽样调查发现,35%的调查对象直接遭受过职场欺凌,另有15%的调查对象曾亲眼目睹过职场欺凌行为^①。

职场欺凌的原因是多方面的。就业压力、薪水减少、劳动力细分等都与职场欺凌有一定关系;第三产业的高速发展更为职场欺凌提供了存在的土壤,因为第三产业从业者需要更多人际沟通和交流,这无形中提高了矛盾和摩擦的几率。此外,加害人的自负、过度自恋和刚愎自用,受害人低水平的情绪稳定和组织内部的员工互动状态,都会对职场欺凌的发生产生影响(付美云、乐国安、马华维,2013:5-7)。

职场欺凌的危害是显而易见的。首先,它对受害者个人的身心健康和工作状况造成严重损害,受害者往往会产生无力、疲劳、睡眠障碍、过度敏感和社会退缩等生理和心理疾病,对工作容易产生倦怠、效率低下、低工作满意度等问题,甚至可能导致离职(蒋奖、董娇、王荣,2012:610)。其次,职场欺凌导致的低工作效率、高缺勤率和高离职率会增加其经营成本并大幅削减其盈利能力。国外研究表明,每位遭受职场欺凌的员工会直接或间接给企业带来每年3—10万美元的损失。而高离职率、缺勤率和低工作效率的蔓延还可能对整个就业市场乃至社会经济造成沉重打击(Teresa A. Daniel,2009:275)。

由此可见,职场欺凌已经成为我们当下必须正视的社会问题。但我国目前对职场欺凌的研究主要集中在心理学和企业管理等领域,提出的解决方案也只能发挥有限的作用。而运用法律来应对职场欺凌问题无疑更有保障。

二、若干国家应对职场欺凌的立法和司法实践

(一) 美国的立法与实践

美国目前还没有单行的反职场欺凌法,但其侵权法、劳动法和反歧视法都能在不同情况下针对职场欺凌问题发挥作用。此外,作为普通法国家,美国法院关于职场欺凌问题的司法实践创制了一些有指导意义和约束力的判例。

1. 故意精神伤害

美国《第二次侵权法重述》(The Second Restatement of Torts)对故意精神伤害(Intentional Infliction of Emotional Distress)作了如下定义:“任何人故意或者不顾后果地以极端且粗暴的行为造成他人严重精神伤害,都应为此伤害承担责任”^②。美国法院通过判例将此定义进一步明确为以下4个要件:(1)被告出于故意或者不顾后果;(2)被告的行为极端而且粗暴;(3)被告的行为导致了原告的精神伤害;(4)原告的精神伤害是严重的^③。由于精神伤害一般是职场欺凌引发的主要问题,而作为侵权行为类型化的典型国家,美国侵权法并没有单独将职场欺凌作为可诉的侵权事由,因此,受害人在受到职场欺凌后往往以故意精神伤害为诉由起诉加害人。

但现实情况是,受害人选择以此为由进行诉讼的胜诉率并不高。其中一个重要原因是职场欺凌的特殊性,因为现实生活中的职场欺凌行为往往是重复的、频繁发生的,它对受害人产生影响也往往基于长期行为的累积后果。如果分割来看,其中单次或数次行为很有可能并不足以导致“严重的精神伤害”。因此,如果不用连续而整体的标准衡量,很难以故意精神伤害追究加害人的责任。从现有判例来看,美国许多法院对此问题仍持保守立场。如在Denton v. Chittenden Bank案中,法院认为一系列侮辱行为的集合并不能“累积计算”到足以严重伤害原告的程度^④。除此之外,受害人在此类诉讼中所承担的证明责任显然过重,因为他必须同时证明被告的行为“极端且粗暴”和自身精神伤害的“严重”,但这两者并没有直观的量化标准。Crowley v. North American Telecommunications Association^⑤和Island v. Buena Vista Resort^⑥两个代表性案例表明,如此高的证明标准将职场欺凌的受害人置于先天的不利境地。

① <http://www.workplacebullying.org/wbiresearch/2010-wbi-national-survey/>.

② Restatement (Second) of Torts § 46(1) (1965).

③ Twyman v. Twyman, 855 S. W. 2d 619, 621.

④ Denton v. Chittenden Bank, 655 A. 2d 703, 706.

⑤ Crowley v. N. Am. Telecomm., Ass'n, 691 A. 2d 1169.

⑥ Island v. Buena Vista Resort, 103 S. W. 3d 671.

2. 故意破坏雇佣关系

现实职场中,拥有对雇员雇佣、提升、惩戒等权限的实际管理者(supervisor)用各种方式欺凌雇员,待受害雇员表现不良反应后,再利用手中的权限或对雇主的影响力使受害雇员离职。受此欺凌的受害人可以故意破坏雇佣关系(Intentional Interference in the Employment Relationship)为由起诉加害人。

美国《第三次雇佣法重述(暂定草案)》(The Third Draft Restatement of Employment Law)第6条作了如下规定:如果雇主故意且没有合法正当理由的行为导致其他雇主未能与某雇员缔结或者继续劳动关系,该雇主需对该雇员可合理预见范围内的经济损失承担责任^①。由此可见,故意破坏雇佣关系诉讼涉及三方当事人,即雇主、雇员和对雇主施加影响的第三方雇主。因此,在前述职场欺凌案件的语境下,法院面临的核心争诉点是职场中的管理者可否解释为故意破坏雇佣关系中的“第三方雇主”。

尽管美国《全国劳动关系法》(National Labor Relations Act)已开始倾向对“雇主”一词作宽泛解释。但法院在审理此类案件时的态度并不统一,部分法院采取“利益审查”标准,即审查管理者实施欺凌行为是否与企业利益有关,如果管理者的行为完全与企业利益无关,就可以成为故意破坏雇佣关系诉讼中的“第三方雇主”而承担相应责任(David Yamada, 2004: 475),如马萨诸塞州法院在 O'Brien v. New Eng. Tel. & Tel. Co.^② 案中就持此立场。但还有相当多的法院对“第三方雇主”采取严格解释,认为同一企业内部的管理者不能视为“第三方”^③,这就极大限制了故意破坏雇佣关系在职场欺凌案件中的适用。

故意破坏雇佣关系这个诉由还有一个内在缺陷,即它仅适用于“管理者欺凌”这一特殊情形,但现实生活中职场欺凌的表现形式是多种多样的。因此,故意破坏雇佣关系诉讼显然无法为大多数职场欺凌受害人提供充分的救济。

3. 反歧视法

在美国的反歧视法律(Illegal Discrimination Statutes)中,适用于职场欺凌案件的首先是1964年《民权法》第7条(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)规定的非法雇佣行为(Unlawful Employment Practices)。它规定雇主“因为种族、肤色、宗教、性别或民族等因素”而对个人采取歧视措施是不合法的^④。但实践证明该条与职场欺凌案件是“貌合神离”的,因为受害人如果以反歧视为由提起诉讼,自己不仅必须是可能遭到歧视的“弱势群体”(protected class)的一员,还需证明他所遭受的欺凌行为是针对其特殊身份产生的(Amanda E. Lueders, 2008: 197)。“弱势群体”本来只能涵盖部分受害人,再加上“针对特殊身份”的限制,结果只有大约不到20%的职场欺凌案件能够在反歧视法的框架下寻求救济^⑤。

综上所述,现行美国法对职场欺凌问题的规定并不完善,过高的举证标准和过窄的适用范围对日益严重的职场欺凌现象显得杯水车薪。而且,总体来看,美国法主要考虑职场欺凌的事后救济,并不注重对其进行事前预防和规制,这客观上造成了受害人只有在受到实际伤害后才能获得相应的赔偿,这对遏制职场侵权行为显然是不利的。不过,事后救济的思路并非毫无价值,因为即使有相对完备的事前预防措施,由于职场欺凌的复杂成因,也不可能将其完全杜绝。因此,美国法仍有其特殊的借鉴价值。

(二) 加拿大的立法与实践

加拿大关于职场欺凌的立法有其自身特点,虽然调整相关劳动和雇佣问题的法律主要是各省自行制定的劳动法,但《联邦劳动法》也发挥了一定作用,它给各省立法提供了参考和借鉴。两者结合起来,共同形成了加拿大相对复杂的反职场欺凌法律制度。

1. 联邦立法

加拿大《联邦劳动法》第二章规定:“任何雇主都应确保每一雇员在工作场所的健康和安全得到保护”^⑥。这被认为是加拿大联邦立法对于防止职场欺凌的原则性规定。但在很长一段时间内,加拿大联

① Restatement (Third) of Employment Law § 6.03(a) (Tentative Draft No. 4 2011).

② O'Brien v. New Eng. Tel. & Tel. Co., 664 N. E. 2d 843.

③ Lewis v. Oregon Beauty Supply Co., 714 P. 2d 618, 622.

④ 42 U. S. C. § 2000e-2 (2006).

⑤ <http://www.healthyworkplacebill.org/faq.php>.

⑥ R. S. C. 1985, c. L-2, s. 124.

邦立法并没有针对职场欺凌问题的具体细则。直到2006年,加拿大联邦政府才指派一个专门委员会进行相关的调查和研究,该委员会很快提出了相关的立法建议(Federal Labour Standards Review Commission, 2006;2007)。作为回应,《加拿大职业健康与安全法》在2008年新加了“职场暴力预防条款”,将“任何人在职场上使用可合理推断导致雇员人身和心理伤害的行为、威胁和姿势等”定义为“职场暴力”;同时要求雇主为了防止“职场暴力”应履行下列义务:(1)提供安全、健康、杜绝暴力的工作场所;(2)投入充分关注、资源和时间以应对可能造成职场暴力的因素,并预防和杜绝之;(3)分析和掌握雇员信息中可能造成职场暴力的因素;(4)为处于职场暴力环境中的雇员提供帮助。为了切实履行这些义务,雇主必须每3年至少检查1次相应措施成效并进行必要调整,还应该向“处于或将来可能处于职场暴力中”的雇员就职场暴力的相关因素进行相关的说明和培训。最重要的是,为了在制度上监督和保障雇主采取有效措施预防职场欺凌,雇主需要定期回复相关机构和企业内部“健康与安全代表”关于以上内容的质询^①。可见,加拿大联邦立法尽管没有采用“职场欺凌”这一措辞,但它在职场欺凌的事前预防方面已经构建起相对完备的法律体系。但上述加拿大联邦法仅能覆盖大约10%的加拿大劳动者^②。目前,部分加拿大联邦省份根据联邦立法有更丰富的地方实践,下文以最具代表性的萨斯喀彻温省为例加以介绍。

2. 萨斯喀彻温省的立法和实践

萨斯喀彻温省(以下简称萨省)的反职场欺凌立法基本上是在模仿和借鉴联邦立法基础上的补充和完善。萨省《职业健康与安全法》将职场欺凌表述为“骚扰”(harassment),联邦立法相比,萨省将美国反歧视法中的部分情形纳入了“骚扰”的定义,同时排除雇主或者管理者合理的管理行为和指导行为^③。它关于雇主义务的规定和联邦立法也基本相同^④。不过,萨省对于雇主履行这些义务的监督更为细致和具体,《职业健康与安全法》规定,雇主必须制订具体的职业健康与安全计划,其中必须包含详细的书面文档和信息,该计划的制订必须让职业健康委员会、职业健康与安全代表或者雇员直接参与^⑤。它对职业健康委员会的建立也有明确要求:委员会的人数应为10—12人,其中半数委员必须来自企业的非管理层,任何超过10人的工作部门都必须有自己的委员代表^⑥。

萨省立法的另一特点是惩罚较重。对于职场欺凌的惩罚,《职业健康与安全法》按照行为危险程度分为几个等级:最轻的惩罚,即欺凌行为“未造成也没有可能造成当事人人身伤害或者死亡”的,会被处以不超过2000加元的罚金;如果欺凌行为“未造成但有可能造成当事人人身伤害或者死亡”的,则会被处以50000—100000加元的罚金,还有可能被追究相应的刑事责任;如果造成了严重的实际后果,如导致当事人死亡,加害人将会面临300000加元的巨额罚金,还可能被判最高2年有期徒刑的刑事处罚^⑦。

在预防职场欺凌方面,加拿大的联邦和地方立法都受到了各方面的积极评价,被认为是解决职场欺凌问题的“模范”立法。的确,与美国法不同,加拿大法关注事前预防的思路确实能将大量的职场欺凌“消灭于萌芽状态”。但加拿大立法的一个缺陷是它忽视了受害人个体的需求差异,即一旦发生职场欺凌,受害人无法根据自身的受害程度等因素提出不同的赔偿要求,美国法在这方面显然更值得借鉴。

(三) 欧洲大陆国家的立法

瑞典是欧洲大陆第一个尝试以成文立法解决职场欺凌问题的国家,它在1993年通过了两部反职场欺凌的相关立法。从内容上看,这些立法着重于定义职场欺凌行为并给雇主或者管理者设定相应的监管义务。从体系上讲,瑞典采取的是以成文立法为主,辅之以相应的实施细则和独立的监督机构的方式(Maria Isabel S. Guerrero, 2004:477)。可见,瑞典法在思路与手段上与加拿大是十分相近的。

此后,其他欧洲大陆国家纷纷仿效,通过成文立法来规制职场欺凌行为。例如,法国在2002年通过

①SOR/2008-148, s. 20.

②http://www.hrsdc.gc.ca/eng/labour/employment-standards/index_sb.html.

③R. S. S. 2007, c. 34, s. 2.

④R. S. S. 2007, c. 34, s. 3.

⑤R. S. S. 2007, c. 34, s. 13.

⑥R. S. S. 2007, c. 34, s. 15.

⑦R. S. S. 2007, c. 34, s. 58.

的《劳动现代化法》仿效瑞典建立了类似的反职场欺凌法律体系。波兰对现行成文法进行了若干修改,为本国遭受职场欺凌的受害人提供了申诉程序(Duncan Chappell, 2006:134-159)。而德国并不通过新增或者修改成文立法的方式,而是通过对现有立法进行司法解释来解决职场欺凌问题,因为德国法律特别是《基本法》对人权保护的规定相对比较详尽,而德国法院在审判实践中往往将职场欺凌视为关于“自由意志”的人权问题。因此,德国法官认为通过现有法律框架足以解决职场欺凌问题。也有不少学者认为德国对职场欺凌的法律防治力度确实不低于其他欧洲大陆国家(Gabrielle S. Friedman, 2003:241-293)。

此外,欧盟主导下的反职场欺凌跨国合作值得关注。2007年,在欧洲工会联盟(European Trade Union Confederation)的支持下,欧盟劳动事务专员正式签署了《关于职场骚扰和暴力的框架协议》(Framework Agreement on Harassment and Violence at Work),该协议要求缔约方“毫不容忍职场骚扰和暴力行为”并倡议“提升雇主、雇员及代表对职场骚扰与暴力行为的认知,建立适当的机制以识别、预防和解决问题”^①。虽然协议没有太多实质内容,但它代表了未来的发展趋势。

三、中国应对职场欺凌的法律建议

中国的职场欺凌问题同样严重。在线招聘网站 Monster 进行的调查结果显示,高达4成的中国员工遭遇过职场欺凌^②。考虑到我国特有的文化传统和心理因素,真正遭遇职场欺凌的受害人实际上会远远超过这一比例。但中国当前可直接供职场欺凌受害人实际援用的法律规定几乎一片空白,司法实践的相关案例也不多见。因此,借鉴国外先进经验以完善立法、丰富司法实践,就成为中国的当务之急。

外国职场欺凌的立法分为两种模式:以美国为代表基于侵权法和反歧视法的事后救济模式和以加拿大和欧洲大陆各国为代表基于劳动法的事前预防模式。后者由于成本小、效果较彻底,受到了更多青睐。我们认为,事前预防固然重要,但也应该给受害人寻求事后救济提供渠道。中国立法应以事前预防为主,事后救济为辅,两者共同发挥作用。下面分别就这两方面提出法律建议。

(一) 关于事前预防的建议

综合国外的经验可以看出,行之有效的职场欺凌事前预防立法一般包括以下3个部分:对职场欺凌行为的界定、用人单位预防职场欺凌的义务和措施以及对用人单位履行义务的监督机制。其核心是用人单位。我们认为,本着“如无必要,勿增实体”的原则,目前制定单行的《反职场欺凌法》的时机尚不成熟。因此,可以考虑对现行《劳动法》进行修订,加入针对职场欺凌的相应条款。按照这个思路,首先可以在《劳动法》总则中增加禁止职场欺凌的原则性条款。关于职场欺凌的定义,为了方便司法实践的操作,可以在分则中使用“概括定义+具体表现”模式;对于用人单位的义务和措施,可以综合借鉴加拿大联邦和地方的成熟立法,建立“环境营造+员工互动”机制:用人单位应该保证员工工作环境的健康和安全(尤其是心理上),尽量消灭可能产生职场欺凌的负面因素。与此同时,对员工可以定期进行职业欺凌的相关教育培训,对遭遇职场欺凌风险较大的员工给予更多关注,必要时采取相应的调整措施;对职场欺凌的加害人,应该及时给予降职、降薪等企业内部处分作为惩罚。最后,还应该建立合理的员工申诉机制,适时调查并回应受害员工的情况。而对用人单位的监督,应该充分发挥用人单位内部的工会和劳动行政部门的作用,定期主动检查用人单位防治职场欺凌的成效并提出建议。

(二) 关于事后救济的建议

当前,由于职场欺凌的特殊性和《劳动争议调解仲裁法》适用范围的不足,劳动仲裁暂时不能对职场欺凌问题发挥作用。因此,职场欺凌受害人还是应该以侵权诉讼作为实现事后救济的主要方式。但考虑到中国当前复杂的就业状况,应该首先打消受害人的顾虑。因此,我们建议在现行《劳动合同法》第38条劳动者单方解除劳动合同的情形中加入“劳动者在用人单位长期遭受职场欺凌且状况无法得到改善”,以保证受害者得到相应的经济补偿;同时,在第41条禁止用人单位歧视性解除劳动合同的情形中加

^①http://www.ueapme.com/docs/ooint-position/2007_FrameworkAgreementHarassmentandViolence_at_Work.pdf.

^②<http://news.china.com/news100/11038989/20110615/16596148.html>.

入“劳动者正在就职场欺凌问题进行相关申诉或诉讼”,以最大限度地解除受害人维护自身权益的后顾之忧。为了方便受害人提起侵权诉讼,现行《侵权责任法》也有必要将职场欺凌规定为一种独立的侵权行为,其构成要件可吸收美国立法的经验教训,从保护受害人利益的角度,在“违法行为”和“损害结果”的规定上适当降低门槛,减轻受害人的举证负担。最后,鉴于我国已经在一定范围内认可了惩罚性赔偿,可以考虑对职场欺凌适用惩罚性赔偿制度,以起到必要的惩罚和震慑效果。

参考文献:

- [1] 付美云、乐国安、马华维(2013). 职场欺负研究的整合模型. *心理科学进展*, 21.
- [2] 蒋 奖、董 娇、王 荣(2012). 工作场所欺负与员工抑郁和工作满意度:应对方式的调节作用. *中国心理卫生杂志*, 8.
- [3] 秦 弋(2008). 工作场所中欺负问题的研究现状. *心理科学进展*, 2.
- [4] Amanda E. Lueders(2008). You'll Need More than a Voltage Converter: Plugging European Workplace Bullying Laws into the American Jurisprudential Outlet. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 25.
- [5] David Yamada(2004). Crafting a Legislative Response to Workplace Bullying. *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 8.
- [6] David Yamada(2010). Workplace Bullying and American Employment Law: A Ten-Year Progress Report and Assessment. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 32.
- [7] Duncan Chappell(2006). Violence at Work. *Geneva: International Labour Organization*, 2.
- [8] Federal Labour Standards Review Commission(2006). Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century. Retrieved June, 10.
- [9] Gabrielle S. Friedman, James Q. Whitman(2003). The European Transformation of Harassment Law: Discrimination Versus Dignity. *Columbia Journal of European Law*, 9.
- [10] Gary Namie, Ruth Namie(1999). Bully Proof Yourself at Work: Personal Strategies to Stop the Hurt from Harassment. *Benicia: DoubleDoc Press*.
- [11] Lynne M. Andersson, Christine M. Pearson. Tit for Tat? The Spiraling Effect of Incivility in the Workplace. *Academy of Management Review*, 24.
- [12] Maria Isabel S. Guerrero(2004). The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation. *Boston College International and Comparative Law Review*, 27.
- [13] Teresa A. Daniel(2009). Stop Bullying at Work: Strategies and Tools for HR and Legal Professionals. *Alexandria: Society for Human Resource Management*.

International Experience on Legislation of Workplace Bullying and Its Reference

Xiao Yongping (Professor, Wuhan University)

Peng Shuo (Doctoral Candidate, Wuhan University)

Abstract: Workplace bullying becomes a social problem worldwide which is resolved legally in different ways. The United States shows more attention in making remedies afterwards while Canada and some European countries mainly focuses on prevention of Workplace bullying. China should use foreign experience to make an ideal resolution of legislature which is primarily preventive while making remedies afterwards subsidiary on the basis of modification for existing statute law.

Key words: workplace bullying; intentional infliction of emotional distress; intentional interference in the employment relationship; workplace harassment

■作者简介:肖永平,武汉大学国际法研究所教授,博士生导师;湖北 武汉 430072。Email:ypxiao@vip.sina.com。

彭 硕,武汉大学国际法研究所博士生。

■基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目(0902029)

■责任编辑:车 英