

# 试论残疾人就业法律保护机制的改进 ——以《美国残疾人法》为借鉴

贺东山<sup>1</sup>, 马跃如<sup>2</sup>, 余卫明<sup>1</sup>

(1. 中南大学法学院, 湖南长沙, 410083; 2. 中南大学化学化工学院, 湖南长沙, 410083)

**摘要:**《美国残疾人法》的“Eligibility criteria”等重要概念及其在典型判例中的运用具有可借鉴的价值。我国反残疾就业歧视立法保护中应引入“适格标准”“工作核心内容”“适度调整”等核心理念, 取消用人单位按比例招录残疾就业人群的强制性义务, 赋予残疾人员享有司法救济权, 同时在《残疾人保障法》中补充不得拒录符合“适格标准”等的条件残疾人群的相关内容, 并明确关于遭受残疾人就业歧视的举证责任。

**关键词:** 反残疾歧视; 平等就业权; 适格标准

**中图分类号:** D912.5

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2016)03-0056-05

近年来随着我国医疗科技水平的不断提升, 残疾就业人群的工作环境得到了有效的改善, 同时该群体的就业能力也有了很大的提高, 并且能够适合的工作岗位正在逐步增多。因此, 如何防止和消除残疾就业歧视就变得越来越重要。由于既要考虑维护用人单位(或私人雇主)的用人自主权以及该企业的效益对地方经济造成的影响, 还要维护残疾人群的平等就业权, 相比其他就业歧视, 反残疾就业歧视在立法和执法等方面的难度都更大一些。

## 一、我国反残疾就业歧视立法保护中核心理念的缺失

我国颁布实施的《就业促进法》和《残疾人保障法》规定了用人单位在招收录用就业人员时不得歧视残疾就业人群, 其中还包括残疾人在用人单位的定岗晋级和福利保险等各个方面。而对于用人单位违反该规定并已实施就业歧视的情形, 残疾人可直接向当地法院起诉用人单位。同时从反就业歧视所覆盖的环节来看, 《残疾人保障法》禁止用人单位在就业前后的各个阶段针对残疾人实施歧视。然而, 令人遗憾的是, 《就业促进法》并没有针对什么是“残疾职工”、什么是“残疾就业歧视”进行具体的定义和说明, 因此造

成残疾人群是否遭受了就业歧视就变得难以认定。由于残疾职工在许多特殊场合下的工作能力会受到一定的限制, 而用人单位(或个体雇主)此时需针对工作场所和工作内容展开一定的调整。假如不对残疾职工能否胜任本职岗位要求, 并且制定完成“工作核心内容”的相关标准, 包括对用人单位(或个体雇主)履行“适度调整”的义务进行相关规定, 那么认定用人单位(或个体雇主)的行为是否构成了残疾歧视将会变得非常困难。

目前对于就业人员是否存在残疾以及残疾等级的认定在我国主要还是由行政机关进行, 这种认定体制在运作成本上虽然比较低, 但是也存在着许多错误的认定。尤其是随着时间推移, 就业人员能否达到残疾的最低标准及其残疾的等级在不断地变动, 并且伴随着医疗科技水平的提升和工作环境的改善, 那些符合残疾标准的认定则更需要一定的弹性和灵活度。我国《残疾人保障法》虽然规定了用人单位应为残疾职工提供劳动安全保护条件, 并对劳动场所及设备设施进行必要的改造。但此项规定只适用于那些被用人单位(或个体雇主)招录或已经签订了劳动合同的残疾就业人群, 而对于处于求职阶段的残疾就业人群而言, 他们需要用人单位(或个体雇主)对劳动场所、设备和生活设施实施必要的改造后才能从事相关岗位的工作,

收稿日期: 2015-12-11; 修回日期: 2016-04-28

基金项目: 中国法学会部级法学研究项目“非正规就业群体合法权益法律保护研究”(CLS(2014)D049); 法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设项目(2010QN39)

作者简介: 贺东山(1971-), 男, 湖南长沙人, 博士, 中南大学法学院副教授, 主要研究方向: 民商法; 马跃如(1964-), 男, 湖南长沙人, 中南大学化学化工学院教授, 博士生导师, 主要研究方向: 人力资源管理; 余卫明(1965-), 男, 湖南长沙人, 中南大学法学院教授, 主要研究方向: 社会保障

那么用人单位(或个体雇主)到底有没有义务实施改造并没有明确;还有就是关于残疾职工的所在单位应根据实际需求针对劳动场所、设备和生活设施实施必要的改造,这里“实际需要”的概念不明确,并且完全缺失客观评判的标准,很可能会为用人单位(或个体雇主)增加不合理的负担;此外,假如用人单位(或个体雇主)因为违反了改造义务而构成了残疾就业歧视,或者构成了对残疾人配额(按比例就业)制度义务的违反,此时应承担的两种责任是有明显区别的。

## 二、我国推行残疾人配额(按比例就业)制度带来的弊端

我国在《残疾人保障法》中确立了配额(按比例就业)制度,并一直推行按分派比例来安排残疾人群就业的配额制度。近年来,我国的国家机关和社会团体、相关企事业单位以及民办非企业单位均承担着按分派比例来安排残疾人就业的义务,并且还鼓励用人单位超额完成安排残疾人就业的义务。作为我国促进残疾人就业的社会政策,这种配额(按比例就业)制度能够在鼓励与强制地推行残疾就业人群被用人单位雇用方面起到一定的促进作用,但也同时带来某些负面的影响。尤其是在当前平等就业权维护观念薄弱以及社会信用体系不够完善的背景下,这种配额(按比例就业)制度的实施效果在以下两个方面尤其令人担忧:一是用人单位的用人自主权将被削弱甚至取缔。因为这个制度若针对我国国家机关和社会团体以及各企事业单位按统一的比例来无差别地适用,却不考虑到用人单位是否有适合残疾人的工作,或残疾人能否胜任用人单位安排的工作,都将大大地限制用人单位的用人自主权。再加上这个制度本身就带有一定的强制性,即没达到录用残疾人比例的用人单位不得被迫上缴就业保障金,这在实践中将很容易遭受用人单位的抵触。二是残疾人群的就业平等权得不到足够的保证。因为实行按分派比例来安排残疾人就业的制度,很容易导致用人单位在足额招录残疾人员达标后,便不再招录那些符合录用条件的残疾人,进而造成针对残疾就业人群的歧视。另外,由于可以用所谓就业保障金来代替招录符合录用条件的残疾人,某些用人单位则可能以种种理由拒绝招录符合录用条件的残疾人,也即采用缴纳就业保障金来代替分摊的义务。

我国的残疾人配额(按比例就业)制度主要依靠行政机关来监督实施,但用人单位数量众多,从而造成了行政机关用来执行该制度花费的成本出现偏高趋势。当用人单位提供的岗位有限时,怎样在符合录用

条件的残疾人群内部进行公平分配,怎样征收就业保障金,怎样有效监管和使用就业保障金都将成为难题。也就是说,我国的残疾人配额(按比例就业)制度完全保证残疾人群获得相对平等待遇的难度太大。其中一个重要原因是没有招录残疾人的用人单位必须缴纳就业保障金,在没有经过用人单位和残疾人员平等自愿地达成协议之时,可能会引发相互之间缺乏应有的信任,从而导致被录用的残疾职工在工作当中处于不利的地位。还有就是用人单位也可能会因为不愿上缴就业保障金而被迫招录残疾就业人员,但是又提供不了合适的工作岗位,或针对残疾职工提供不平等的待遇,迫使残疾职工从事地位或收入较低的工作。由此可看出,这种配额(按比例就业)制度非常容易迫使用人单位把此项录用残疾人的义务理解为是出于对国家强制性义务的执行,也就难以树立起平等地对待残疾就业人员的理念,而残疾就业人员本来也缺乏反就业歧视的法律救济手段。所以,为了消除此配额(按比例就业)制度中的上述弊端,我国现有的反残疾就业歧视机制必须作出相应的改进和完善。

## 三、《美国残疾人法》残疾就业歧视标准的判例引鉴

《美国残疾人法》(American with Disabilities Act,以下简称ADA)是其自1990年以来反残疾就业歧视的重要法律之一。ADA规定了该法的法律效力仅仅作用在雇佣了超过15个雇员的公司或合伙企业,也即美国立法部门不希望联邦法律对于小型公司或合伙企业(或私人雇主)进行约束,以避免给其运作造成过重的负担。<sup>[1]</sup>因为美国立法机构认为雇主出于各个事由对雇员实施就业歧视,从而导致为公司或合伙企业(或私人雇主)的雇员所提供的保护不尽一致,尤其是就业领域中受到保护的对象为雇员,在这种场合下受保护雇员的范围也即反就业歧视法所适用的范围。ADA规定任何公司或合伙企业(或私人雇主)不得在所有涉及求职、试用、培训、换岗、晋升、加薪、解雇及其他条件时歧视残疾就业人群。因而从平等就业权的保护环节来分析,ADA差不多涵盖了雇员在就业过程中的所有环节。而且残疾就业人群假如想获得ADA的保护,就必须是符合所谓残疾“适格标准(Eligibility criteria)”的雇员,在该雇员所在的公司或合伙企业(或私人雇主)采取“适度调整(Appropriate adjustments)”的时候,都可以完成正常人承担的“工作核心内容(The core content of the work)”。因此,这里的所谓符合残疾“适格标准”和“适度调整”及“工作核心内容”

成为判断公司或合伙企业(或私人雇主)行为是否构成了残疾就业歧视的重要概念。

### (一) 符合残疾的“适格标准”

按照 ADA 的定义,符合残疾的“适格标准”指某自然人在身体或精神上所遭受的损伤严重地限制或降低了他(她)一方或多方的主要生活自理能力,或者是他(她)曾有该损伤的记录,或是他(她)被认为遭受过该损伤的。也即 ADA 既保护在实际状态上符合残疾“适格标准”的残疾就业人群,还保护在过去存在过或遭受过且符合“适格标准”的损伤,以及实际并不存在但遭受过损伤并被认定符合“适格标准”的残疾就业人群。显而易见,ADA 的保护方法显得更周全且受其保护的对象范围更宽广。例如,在 *Sutton v. United Air Lines, Inc.*<sup>①</sup>一案中,航空公司(被告)拒绝录用一对孪生姐妹(原告)成为旗下公司的空乘人员,出具的理由是原告在航空公司的招考体检时,发现其未矫正视力,未能符合该公司的健康要求。原告依据 ADA 向法院提起了诉讼,被告在辩称中认为在减轻状态(矫正视力)之下的原告不存在着严重的限制,也不存在着会降低其个人的生活自理能力之损伤。最高法院采纳了原告曾因遭受损伤从而导致残疾(视力下降)的解释,认可了存在这种损伤的记录并能够受到 ADA 的保护。因为原告作为雇员所遭受的这种损伤如果可以通过接受相应治疗,或者通过其他的措施(佩戴隐形眼镜)来减轻的话,就可能出现不能满足 ADA 中的符合“适格标准”残疾概念的理解。这在一定程度上反映出 ADA 更为强调公司或合伙企业(或私人雇主)主观的意图而非残疾就业人群其本身是否一定存在符合“适格标准”的客观事实。同时,ADA 还保护那些因与符合“适格标准”残疾就业人群之间存在着关系因而遭受到就业歧视的求职者或雇员。

### (二) “工作核心内容”

ADA 禁止针对符合“适格标准”的残疾就业人群实施歧视,于是判断残疾人员是否符合“适格标准”也就成了一个非常重要的问题。由于 ADA 规定的残疾就业人员符合的“适格标准”是指残疾人员在公司或合伙企业的“适度调整”情形之下能够完成的“工作核心内容”,因此,残疾就业人员能不能完成所在岗位“工作核心内容”就成为判断其是否符合“适格标准”的关键。例如,在 *Deane v. Pocono Medical Center*<sup>②</sup>一案中,原告为一名医院护士,由于她在工作中受伤导致右手腕不能举起超过 20 磅的重物,也不能从事打字等类似的重复性手工活,不过仍然可从事一些较轻的其他工作。在该案的审理过程中,原告能否证明可继续从事并完成所在岗位“工作核心内容”成了胜诉的

关键。原告承认用手扶或举起重物是其工作的一部分,但不是“工作核心内容”,因为护士工作应该不是必须完全依靠着体力而完成的,主要还应该依靠技能和智力以及知识等条件。作为被告的医院方则坚持认为护士的工作条件之一就是经常扶起病人,也就是所谓护士的“工作核心内容”,并且在关于主要任务、义务和职责的工作解释手册上有此方面的明确规定。在审理该案的过程中,法官认为医院内部的工作解释手册并不是能证明“能独自扶起病人”应该为原告的“工作核心内容”所不可辩驳的证据。该案也就表明了“工作核心内容”的确定还是必须全面地考虑就业人员所在岗位的特定要求和工作中的各项内容及其优先度和重要度,加上无法满足该岗位特定要求或完成某项内容对其工作的影响程度,最后才能确定某项内容是否为“工作核心内容”,以此来判断该就业人员是否符合残疾的“适格标准”。

### (三) “适度调整”

根据 ADA 的规定,符合“适格标准”的残疾就业人员是指在公司或合伙企业(或私人雇主)“适度调整”时能从事所在岗位“工作核心内容”的雇员。公司或合伙企业(或私人雇主)以相同标准来对待符合“适格标准”的残疾人群是不公平的。在一定的场合,公司或合伙企业(或私人雇主)还必须采用辅助性的措施,使符合“适格标准”的残疾人群可以从事并完成所在岗位的工作。公司或合伙企业(或私人雇主)假如没有履行“适度调整”义务,则属于违反了 ADA 和相关法规之行为。<sup>[2](731)</sup>例如,在 *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration*<sup>③</sup>一案中,原告为被告(公司)的项目助理,其在被告住房部从事秘书岗位工作。由于原告出现瘫痪必须经常在家接受治疗,为使其可完全在家从事并完成工作,原告认为被告应该为其提供一部台式计算机;另外,被告设计的所有厨房水池和柜台对坐轮椅的原告而言过高了。在审理该案的过程中,法官认为大部分的工作需要团队的合作与监督,在家中办公的质量会有明显下降,被告无义务允许原告在家中办公并为其提供工作电脑;至于水池和柜台,任何公司以及合伙企业(或私人雇主)也无义务为残疾就业人员提供完全适应的工作环境和条件,因此本案最终结论为被告尽了“适度调整”的义务。<sup>[2](735-739)</sup>由此看来,“适度调整”是反残疾就业歧视中较为特有的概念,公司或合伙企业(或私人雇主)能否履行此项义务是用来保证残疾就业人员得到平等待遇的关键,只有通过对残疾职员展开“适度调整”,使其有从事并完成“工作核心内容”的必要能力,平等待遇的目标才能够得以实现。<sup>[3]</sup>从这个层面上来说,

“适度调整”的义务规定及实施对保障残疾就业人群平等就业权的实现有着重要意义。

#### 四、改进我国残疾人就业法律保护机制的几点建议

首先,在我国反残疾就业歧视立法保护中引入“适格标准”“工作核心内容”“适度调整”等核心理念,在保留我国现有的残疾认定体制背景下,赋予残疾人员享有司法救济权。其中涉及的各类标准可由我国残疾人协会各级组织和地方各级行业协会来界定和执行。为了提高可操作性和实施性,还可针对我国不同省市地区残疾人群与就业种类的特点进行相应的行业分类管理。残疾人员在未经行政机关认定为残疾时提起的遭受残疾就业歧视之诉讼,应由法院认定该残疾求职者是否符合残疾的“适格标准”。

与我国主要依靠着行政机关的解释及行政机关的认定有所不同,美国对于符合“适格标准”残疾的认定方式更具有灵活性,因而在许多场合,法院能随时依据情况的变化而作出相应的裁决,这对那些遭受损伤而残疾的求职人员可能会更为有利。上述我国《残疾人保障法》关于用人单位应为残疾职工提供劳动条件和保护并对劳动场所及设备设施进行改造的规定,虽然接近于 ADA 关于公司或合伙企业(或私人雇主)“适度调整”的义务概念,但此规定比较模糊和不足。比方说此规定适用的用人单位(或个体雇主)只限于“残疾职工所在单位”,只适用于那些被用人单位(或私人雇主)招录或已经签订了劳动合同的残疾职工。从这个层面而言,此标准与 ADA “适度调整”的义务标准不同,因此,我们完全可以借鉴 ADA 的做法,针对用人单位(或私人雇主)“适度调整”义务采取相同标准。同时,参照 ADA 的规定,对于“适度调整”的义务还应该包括以下几个方面:其一是针对工作申请的程序改进或者调整,使得符合残疾“适格标准”的就业人员可获得被公司或合伙企业(或私人雇主)招聘或者试用的机会;其二是针对工作环境以及工作职位的设定和履行方式加以改进和调整,使得符合残疾“适格标准”的就业人员可从事且顺利完成所在岗位的“工作核心内容”;其三是针对符合“适格标准”的残疾人群和不符合“适格标准”的残疾人群或非残疾人群的改进或调整,使得这些群体的平等就业权有同样机会得以实现。

其次,在我国推行的残疾人配额(按比例就业)制度中赋予残疾人群自我法律救济的手段,取消用人单位按比例招录残疾就业人群的强制性义务。第一,针

对反残疾就业歧视的法律救济非常有利于残疾人平等就业权的保护。相比我国的配额(按比例就业)制度,美国的法律救济则具有一定的优势。因为 ADA 等相关的法律法规赋予了残疾就业人群在求职过程中遭到歧视时具有申述的权利,也就更有利于残疾人维护自身的平等就业权。但在我国的配额(按比例就业)制度中,假如用人单位没有履行相应的义务,残疾人员则缺乏自我救济之手段。第二,针对反残疾就业歧视的法律救济较为合理地协调了保护残疾人群就业平等权和用人单位(或私人雇主)用人自由权之间的平衡。由于在反残疾就业歧视的救济中,要求符合“适格标准”的残疾人群才能受到相关法律法规的保护,而用人单位(或私人雇主)则无招收录用那些不符合“适格标准”残疾求职者的义务,也即无招收录用最低比例残疾人员的强制义务,从而保护了该用人单位(或私人雇主)的利益。另外,就是用人单位(或私人雇主)负有所谓“适度调整”义务,此义务充分体现出公共政策等方面的相关内容,体现出用人单位(或私人雇主)对残疾就业人群的社会责任,也就更有利于提高残疾人群的就业比例。所以说,反残疾就业歧视的法律救济很好地兼顾了用人单位(或私人雇主)与残疾人群的利益。

当然,还有一点非常重要,我们提倡通过法律为遭受就业歧视的残疾人提供救济,而这个法律救济过程将有利于建立用人单位(或私人雇主)与残疾就业人群间的平等关系。因为不存在强制性按比例招录残疾就业人群的义务,所以用人单位(或私人雇主)与残疾就业人群之间也就会更容易树立一种平等关系,从而建立起双方合作与信任的关系。因为反残疾就业歧视并不存在所谓比例问题,只是要求残疾人员符合“适格标准”,用人单位(或私人雇主)就应承担招录及提供正常待遇的义务,这就可促使用用人单位(或私人雇主)招录更多的残疾人员,不只是为了完成配额任务。由于反残疾就业歧视的法律救济主要依靠受害人的申诉来展开,而并不涉及行政机关监督以及其费用的征收和管理问题,因而其执法成本会变得较低。因此,在我国用人单位按比例招录残疾就业人群强制性义务被取消的情形之下,还要注意保护企业用工自主权的合理合法使用,特别是在《残疾人保障法》作出上述修订的同时,必须补充规定企业应尽的社会责任。

最后,必须修订完善我国的《残疾人保障法》,补充规定“用人单位(或个体雇主)应该真实地履行其‘适度调整’的义务,不得拒绝招录符合‘适格标准’并能完成所在岗位‘工作核心内容’的残疾人群”等相关内容,同时明确关于遭受残疾就业歧视的举证责任。当前,我国对反残疾就业歧视的相关法律规定缺乏那

些构成“残疾人就业歧视”正确判断的标准,也没有明确在残疾就业人群遭受到歧视之时须采取的救济措施。同时,我国还应促使反残疾就业歧视原则规定得到落实,可在修订《残疾人保障法》时,借鉴 ADA 的相关规定,引入残疾人群的“适格标准”“适度调整”“工作核心内容”等重要概念。还可补充规定那些符合“适格标准”的残疾人群只要能完成所在岗位“工作核心内容”,用人单位(或个体雇主)就不得拒绝招录残疾人员,而且还要真实地履行“适度调整”的义务,使得残疾人员可顺利从事且完成“工作核心内容”。

此外,在补充修订具体条款时还应特别注意以下主要情形:第一是残疾人存在身体或精神上的损伤但没有严重限制或降低个人主要生活自理能力,但却被用人单位(或私人雇主)认定为被严重地限制或降低个人主要生活自理能力的;第二则是残疾人存在着严重限制并降低个人生活自理能力的身体及精神损伤,并且其他人对于此种损伤是认可的;第三是残疾人不存在任何的客观损伤,然而用人单位(或私人雇主)却认为其存在严重影响个人生活自理能力的主观损伤的。与此同时,我国相关法律法规还应该完善残疾人群遭受就业歧视的救济方式,如关于遭受残疾人就业歧视之举证责任,只需残疾人员能够提供表面证据,则举证责任将转移到对方,即用人单位(或个体雇主)有义务来证明其行为并不构成就业歧视。而当企业的

社会责任与其经济效益相冲突时,我国残疾人协会各级组织和地方各级行业协会应当从中协调处理,在保障残疾人群平等就业权实现的同时,保障企业享有人自主权并尽量减少其负担,以利于企业更好地参与公平有序的市场竞争,从而促进我国市场经济体制的健全与完善,推动我国法治社会的全面发展。

#### 注释:

- ① Sutton v. United Air Lines, 527 u. s. 471, 119 s. ct. 2139144 1. ed. 2d 450 (1999).
- ② Deane v. Pocono Medical Center, 534 u. s. 184, 122 s. ct. 681 151, 1. ed 2d 615 (2002).
- ③ Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration, 44 f.3d 538 (7th Cir. 1995)

#### 参考文献:

- [1] Mark A, Rothstein Charles B, Craver, etc. Employment Law, 3rd Edition [M]. New York: Palgrave Macmillan Publishers, 2005: 106.
- [2] Michael J, Zimmer Charles A, Sullivan, Rebecca Hanner White. Cases and materials on employment discrimination, 6th Edition [M]. New York: Aspen Publishers, 2003: 731.
- [3] Catherine Barnard. EC Employment Latv [M]. Oxford: Oxford University Press, 2006: 401.

## On improving the legal protection mechanism for the employment of the disabled: With reference to *American Disabilities Act*

HE Dongshan<sup>1</sup>, MA Yueru<sup>2</sup>, YU Weiming<sup>1</sup>

(1. School of Law, Central South University, Changsha 410083, China;

2. School of Metallurgy, Central South University, Changsha 410083, China)

**Abstract:** Such important concepts as “eligibility criteria” in *American Disabilities Act* and their adoptions in typical cases are of great referential value. China should introduce such core ideas as “eligibility criteria”, “core work”, “moderate adjustment” into the legislation about anti disability-discrimination, cancel the mandatory obligation of the employer recruiting the disabled in proportion, grant the disabled the just right to access relief, add such relative contents as rejecting qualified disabled by “suitable standards” to the *Protection Law for the Disabled*, and clarify the burden of proof with regard to employment discrimination suffered by the disabled.

**Key Words:** anti disability-discrimination; equal employment right; eligibility criteria

[编辑: 苏慧]