美国禁止残疾职业歧视法律制度研究

李　成
(上海交通大学 凯原法学院,上海 200240)

摘要:《复健法》和《美国残疾人法》有限度地禁止基于残疾的职业歧视。美国法律所承认的残疾既包括狭义上的生理、心理缺陷,亦涵盖了部分疾病及想象中的残疾。但两法的保护对象限于能够独立完成或在雇主提供合理迁就之后能够独立完成工作主要职责的残疾求职者或雇员。雇主除承担不得歧视残疾求职者或雇员的消极义务之外,亦同时负有视残疾求职者或员工实际需要,在合理范围内向其提供迁就措施的积极义务。美国在残疾人职业权利保障领域的实践也为我国重构"残疾人"的法律定义、发挥残联在维护残疾人平等职业权利方面的潜力、明确用人单位合理迁就义务等方面提供了可资借鉴的实例。

关键词:美国法律;残疾职业;禁止残疾职业歧视;合理迁就
中图分类号:D171.24　**文献标志码:**A　**文章编号:**1000-5315(2011)02-0036-08

一　美国禁止残疾职业歧视的立法概况

在美国,残疾人平等职业权利的法律保障属于民权立法的领域。美国最早的民权立法可以上溯至重建时期[①]制定的 1866 年《民权法案》[②]。但在沉寂了近一个世纪之后,全国范围内大规模的民权立法方才在联邦最高法院 1954 年 Brown v. Board of Education of Topeka 案的引领下,伴随着风起云涌的民权运动而在国内兴起。美国国会在 20 世纪六七十年代先后通过了 1964 年《民权法案》、1967 年《就业年龄歧视法》、1973 年《复健法》等专门禁止职业歧视的法律[③]。1990 年,以《美国残疾人法》的通过为标志,历时 30 余年的大规模民权立法活动在美国始暂告一个段落。

1964 年《民权法案》在美国民权立法史上具有划时代的重大意义。这不仅因为该法是美国现代意义上第一部系统禁止职业歧视的全国性法律,对联邦宪法禁止歧视的事由和禁止歧视的义务主体等方面做出了突破性规定[④],该法案在职业歧视的判断标准、法律救济、雇主抗辩事由、雇主积极义务以及反职业歧视法律执行机构等方面的规定对包括残疾歧视在内的后续反职业歧视立法和司法实践都产生了极为深远的影响。

美国现行禁止残疾职业歧视的法律主要有两部,即 1973 年制定的《复健法》和 1990 年制定的《美国残疾人法》。《复健法》在雇主义务、救济措施和执行机构等方面沿用了 1964 年《民权法案》的规定。由于禁止事由的一致性,稍后出台的《美国残疾人法》又继承和发展了《复健法》的诸多做法。

作为均以残疾职业歧视为禁止对象的《复健法》和《美国残疾人法》,其主要区别在于适用对象上的不同。《复健法》规制的对象限于与联邦政府存在某种关联的主体,如联邦政府本身、由联邦政府机构负责执行的项目、由联邦财政资助的项目以及联邦项目承包商等。该法禁止残疾职业歧视的规定见于第

收稿日期:2010-09-27
基金项目:本文为国家社会科学基金资助重点项目"禁止歧视与保护少数人暨弱势群体权利理论与实践研究"(项目批准号:08AFX001)的阶段性成果。
作者简介:李成(1982—),男,四川成都人,上海交通大学凯原法学院 2008 级博士研究生。

五编“权利与倡导”部分，其中第五编第501节要求联邦政府及其下属机构在残疾求职者及雇员的录用和安置中实施肯定行动（Affirmative Action）；第503节规定所有合同金额在1万美元以上的联邦政府合同承包商负有采取肯定行动促进残疾人就业的义务；第504节则禁止接受联邦财政资助的机构（如州、地方政府，教育机构等）歧视合格的残疾人。1990年《美国残疾人法》则以雇员在15人以上的州、地方政府或私人雇主为规制对象，实现了规制对象上与《复健法》的衔接。《美国残疾人法》禁止前述主体，无论其是否系联邦财政的资助对象，歧视合格的残疾求职者和雇员，或者打击、报复主张其平等权利的残疾求职者和雇员。该法亦规定雇主负有向残疾求职者和雇员提供合理迁就（reasonable accommodation）的法定义务，除非该迁就会对雇主造成不适当的负担（undue hardship）。

二　悖论的法律保护对象——残疾但合格

残疾职业歧视虽为法律所禁止，但并非所有的残疾人皆可获得法律的平等保护。《复健法》和《美国残疾人法》截头去尾，将法律保护的对象限定为“合格的残疾人”⑤。所谓“合格”指的是残疾求职者或雇员至少能在雇主提供合理迁就的条件下完成工作主要职责，而“残疾”则是指个人生理或心理缺陷对其从事主要日常活动构成实质限制的状态。这也意味着身有缺陷的求职者或雇员为了获得法律的救济必须证明自己的缺陷严重到了对其从事主要日常活动构成实质限制（即构成残疾），但又没有严重到妨碍其完成某项工作主要职责的程度。这种亦左亦右的规定也被戏称为残疾人权利保护的“第二十二条军规”[1]854。

（一）法律上的“残疾”

由于没有统一的残疾评定标准，当事人是否应当被视为法律上的残疾人完全由法院按照法律规定结合个案情况做出个性化评定。《复健法》和《美国残疾人法》将“残疾”定义为实质性地限制个人从事一项或若干项主要日常活动的生理或心理缺陷。不难看出，“残疾”的成立应当具备三个关键节点，即：生理或心理缺陷的客观存在，该缺陷对至少一项主要日常活动构成妨碍，并且就妨碍程度而言，必须达到实质限制的标准。

1. 生理/心理缺陷

《联邦法规》⑥将“缺陷”归纳为生理缺陷和心理缺陷。前者是指对人体神经系统、肌肉与骨骼系统、感官系统、呼吸系统（含发音器官）、心血管系统、生殖系统、消化系统、泌尿生殖系统、血液和淋巴系统、皮肤、内分泌系统等人体系统造成影响的生理失调、生理状况、容貌损伤或生理结构的缺失。在判例法上，罹患某种疾病亦可被认为具有法律认可的缺陷⑦。心理缺陷则指诸如智力缺陷、脑器质性综合症、情感或精神疾病、学习障碍等精神或生理失调。除现有、客观存在的缺陷以外，《美国残疾人法》同时禁止基于既往或者想象中缺陷的职业歧视，保护有缺陷记录和被视为有缺陷的两类人群。“有缺陷记录”包括确有缺陷记录或被误诊为有缺陷记录两种情形。“被视为有缺陷”则包括三种情况，即：第一，求职者或雇员确有生理或心理缺陷，该缺陷未对其从事主要日常活动造成实质障碍，但雇主认定该缺陷实质性地限制了其从事主要日常活动；第二，因为他人态度导致求职者或雇员的某项缺陷对其从事主要日常活动构成实质限制（该缺陷本身可能并未对其从事主要日常活动构成实质限制）；第三，求职者或雇员没有限制其从事主要日常活动的缺陷，但雇主认为该缺陷客观存在。

相应地，个人的生理特征，性格特征，环境、文化、经济特征以及单纯意义上的高龄被排除在法定“缺陷”范畴之外。部分涉及性倾向（同性恋、双性恋）或在通常意义上被认为包含有不道德内容的心理缺陷（异装癖、暴露癖等）亦不属于法律认可的缺陷。

2. 主要日常活动

《复健法》和《美国残疾人法》将“缺陷”的指向对象规定为一切社会成员在生活中必须处理的“主要日常活动”。立法者以“主要”修辞“日常活动”表明其限制法律认可“日常活动”范围的意图。但对于如何理解和判断“主要”的程度，立法者则采取了回避的态度。

2002年，联邦最高法院在Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams案中首次尝试定义“主要日常活动”。按照联邦最高法院的理解，“主要”即为“重要”的意思，相应地，“主要日常活动”是指那些“对大多数人的日常生活至关重要的活动”。联邦最高法院亦通过Toyota案确立了区别“主要”与“非主要”日常活动、实质与非实质限制的严格解释原则。由于该原则抬高了残疾司法评定的

门槛,违背了国会关于在法律许可范围内给予当事人最宽泛的残疾判定的立法原旨,2009年修订后的《美国残疾人法》明文推翻了该严格解释原则。但修订后的法律继承了判例法对诸如进食、睡觉、行走、弯腰、阅读等若干"主要日常活动"的认可并将主要身体功能,如免疫系统、正常的细胞生长、消化、神经、循环、内分泌及生殖功能等的正常运作也一并纳入了法律的保护范围⑨。

3. 实质限制

一般而言,"实质限制"包括两种情形:某种缺陷导致某人不能从事主要日常活动,或者相较于普通人,某人从事主要日常活动的条件、方式或者持续时间受到严重限制。立法和司法所认可的限制既可以直接的方式也可以通过间接渠道作用于个人主要日常生活。前者不难理解,常见的生理、心理缺陷,如失明等,显而易见地对某人从事主要日常活动构成实质限制。然而其他一些缺陷,如结核病、牛皮癣等,其本身并不会对特定个人构成任何限制,但却可能由于他人的厌恶、恐惧等负面情绪间接地导致该人被疏远、孤立,进而对其从事主要日常活动构成实质限制⑩。

按照平等机会委员会和联邦法院的解释,某种缺陷对特定个人从事主要日常活动是否达到实质限制的程度必须是个案分析的结果。这种个性化判断要求意味着法官不能简单依据医学诊断报告将具有某种缺陷的人群一并纳入或者排除在残疾群体之外。特别是对于某类可能进行性加重的疾病,如哮喘、过敏等,更必须结合病情的实际发展阶段和其他案件情况合理分析,不能一概而论得出残疾或非残疾的结论。

分析"实质限制"涉及到的另一个重要问题是如何看待个人为弥补其生理或心理缺陷而使用"纾缓措施"(mitigating measure)⑪带来的改善效果。实质限制标准意在强调某种缺陷致使某人不能或者难以常人的方式从事主要日常活动,但纾缓措施的使用却可能完全克服或在很大程度上缓和缺陷带来的不便,使缺陷不再成其为缺陷。在这个问题上的不同立场也导致了行政、司法和立法机构之间的意见分歧[1]839-840。作为《复健法》和《美国残疾人法》的执行机构,平等就业机会委员会力主纾缓措施的修补效果不应当影响实质限制的判定⑫,但联邦最高法院在1999年的三部曲判决⑬中保守地将缺陷带来的"限制"解释为现有的、实际存在的限制——也即是纾缓措施的修补效果必须作为法院考量限制程度的因素之一。如果纾缓措施能够完全或者部分抵消缺陷的负面影响,使其不再对某人从事主要日常生活构成实质限制,则法院不再视之为法律之上的残疾人。但这一决定大部分又为修订后的《美国残疾人法》所推翻。美国国会以部分折中的方式规定在实质限制的评判中,除眼镜(包括隐形眼镜)对视力的矫正效果之外,法院不得考虑其他舒缓措施带来的改善效果。

(二)工作的主要职责

取得法律之上的残疾资格只是获得法律保障的前提和基础。《复健法》和《美国残疾人法》承认雇主基于某些缺陷区别对待残疾求职者或雇员的正当性、合法性,其所禁止的仅仅是雇主歧视"合格的残疾人"的行为。按照平等就业机会委员会及《美国残疾人法》的定义,"合格的残疾人"指的是那些虽有残疾,但符合特定职位技能、经验、教育及其他相关要求,能够独立完成或者在雇主提供合理迁就之后能够完成职位主要职责(essential function)的残疾求职者或雇员。雇主拒绝雇佣或者解雇不能完成职位主要职责的残疾求职者或者雇员的行为并不构成对《复健法》和《美国残疾人法》的违反。

在法律上,残疾求职者或残疾雇员是否合格关键取决于其是否能够完成某项工作的主要职责。平等就业机会委员会在实践中发展出了两项判断标准。第一,雇员在实际工作中是否被要求完成某项职责。如果雇主只是在招聘、面试阶段中提出某项职责,但在实际工作中并未要求雇员完成该职责的,该职责不会被视为某项职位的主要职责[1]856。第二,某项职责的变更是否会导致职位本身性质的变更。如果某项职位本身即是为了完成特定职责而创设,或者在雇主的全部雇员中能够完成某项职责的雇员人数有限,或者某项职责高度专业化,必须依赖特定雇员专业技能等,均可被视为成立某职位的主要职责。

此外,雇主自身对某项职责重要性的判断、书面的职位职责描述、完成某项职责所花费的时间、某项职责缺失的后果、既往从事同种工作雇员的工作经历以及现有职员从事同种工作的工作经历等,亦可以作为判断主要职责的参考因素。当然,某一职责是否成其为主要职责必须首先尊重雇主的判断。雇

主有权按照自己的意愿设立某项工作的数量或质量标准，有权要求某一职位的雇员必须能够胜任多项工作，有权依据其商业需要改变某一职位的内容、性质或功能，有权要求雇员必须达到一定的出勤率[1]862-867。除非涉嫌构成区别影响的歧视，平等就业机会委员会和法院皆不得妄度雇主的商业判断，无论该判断在旁人看来是否合理。

三　雇主的双重义务——禁止歧视与合理迁就

如果说1964年《民权法案》是对美国联邦宪法的一次突破，那么，《复健法》和《美国残疾人法》加入雇主的迁就义务则可以被看作是对《民权法案》的又一次偏离。这种变化所体现的是不同平等理论对立法选择的影响。《民权法案》的制定有着极为深厚的宪法背景，是联邦宪法禁止种族歧视的实体化和系统化。联邦宪法在种族歧视问题上强调的“色盲”[2]350立场为《民权法案》完美继承。“色盲”，亦即无视种族或肤色，其背后蕴含的是一种不作为的平等观。这种平等告知雇主必须忽视的事项，但不禁止雇主据此以外的其他因素做出决策[3]17。然而，通过解决种族歧视建立起来的消极平等模式并不完全适用于残疾职业歧视。无论雇主抑或残疾求职者或雇员都无法回避残疾本身客观存在并可能妨碍其从事某种工作的现实，一概无视残疾造成的客观限制反而可能构成对残疾求职者或雇员的歧视。因此，《复健法》和《美国残疾人法》要求雇主不能局限于消极地一视同仁，在必要的时候，雇主须正视残疾并基于此做出适当的区别对待，通过合理迁就保证残疾雇员完成工作主要职责，也即是以积极作为的方式实现残疾求职者和雇员与普通求职者和雇员之间职业机会的平等。

（一）禁止歧视的消极义务

在禁止歧视方面，《复健法》和《美国残疾人法》基本继承了《民权法案》的规定。两法禁止的歧视包括基于残疾的区别对待（disparate treatment）、区别影响（disparate impact）、骚扰（harassment）和报复（retaliation）。

1. 基于残疾的区别对待

区别对待，亦被称为故意歧视（intentional discrimination），是指雇主基于种族、性别、宗教信仰等薄待求职者或雇员的行为。区别对待的成立应当符合三个基本构成要件，即雇主在主观上必须有歧视的故意；在客观上实行了歧视的行为，对求职者或雇员造成实际损害；最后，雇主的歧视故意与损害结果之间存在联系[4]2。因此，基于残疾的区别对待即是指雇主在职业中，较之于正常求职者或员工，薄待生理、心理有缺陷的求职者或雇员[1]872。在实践中，法律禁止雇主、工会等基于残疾对求职者产生不利影响的限制、隔离、分类等行为。

由于残疾的客观限制，《美国残疾人法》承认并允许雇主在特定条件下基于残疾区别对待残疾求职者或雇员。通常情况下，如果求职者或雇员的残疾导致其在雇主提供合理迁就之后仍无法完成工作的主要职责，雇主拒绝雇佣或解雇的决定不会受到法律制裁。此外，如果求职者或雇员本身的残疾对他人健康或安全构成直接威胁（direct threat），且无法通过合理迁就避免的，雇主有权拒绝录用或解雇残疾求职者或雇员⑭。

2. 对残疾求职者或雇员的区别影响

区别影响作为歧视的类型之一最早由联邦最高法院在Griggs v. Duke Power Co.案中确认。与区别对待的歧视恰恰相反，区别影响不要求雇主存在主观上的故意，只要其看似中立的职业决定对残疾求职者或雇员产生了不利的后果，即涉嫌构成区别影响歧视。《美国残疾人法》禁止雇主在职业中利用资格标准、职业测试或者其他选拔标准排斥或者试图排斥残疾求职者或雇员，即使这些标准平等地适用于每一位求职者或雇员，或者雇主在制定这些标准之时并无歧视残疾人的初衷。在实践当中，区别影响的指控常常与合理迁就的诉求形影不离。从某种意义上来说，区别影响与合理迁就实际上是一个问题的两个方面——如果雇主一味地“平等”对待残疾与正常雇员，未能合理地迁就残疾求职者或雇员的特殊需求，这种“平等”必然导致歧视的后果。当然，雇主可以标准与工作相关且符合其商业营运需要抗辩区别影响的指控。但雇主主张该抗辩事由必须证明其标准与完成工作主要职责之间存在合理关联[1]957。

3. 基于残疾的骚扰

禁止基于残疾的骚扰主要源于判例法的规定。如果残疾雇员因自身残疾或请求雇主合理迁就而遭受敌意的、令人不快的或者恐吓的言辞或行为，身临敌意的工作环境，对其职业造成负面影响的，可以主张法律救济。就构成而言，基于残疾的骚扰与性骚扰除事由不同以外，并无实质区别。但基于残疾的

骚扰行为一般不存在交换型骚扰(quid pro quo harassment),只能成立敌意工作环境的骚扰(Hostile Environment Harassment)。雇员因请求合理迁就而被骚扰的,还需注意区分骚扰与报复。若雇主的骚扰行为停留在言辞上的奚落、威胁、讥笑等,那么,问题的关键是这些言辞是否足够严重,导致了针对特定雇员的敌意工作环境;若雇主做出了实际不利于残疾雇员的行为,则超出了骚扰的界限,可能成立为法律所禁止的职业报复[4]586。

4. 对残疾求职者或雇员的报复

《美国残疾人法》明确保护雇员及其他相关人员指控雇主的歧视行为,或者在针对雇主歧视行为的调查、诉讼或听证中作证、协助或参与的权利。如若雇主因前述行为歧视雇员或其他相关人员的即构成对禁止歧视义务的违反。禁止报复最早见于1964年《民权法案》,但《民权法案》保护的对象限于与雇主建立了雇佣关系的雇员。而在《美国残疾人法》中,保护的对象被扩展到了任何抵制职业歧视的个人。这也意味着,主张职业报复的当事人无需首先是法律之上合格的残疾人[4]585。此外,《美国残疾人法》也同时禁止打压、威胁、恐吓或者妨碍试图主张或者主张了其法定权利、协助或鼓励他人主张其权利的个人。

(二)合理迁就的积极义务

除非造成不适当的负担(Undue Hardship),在合理期限内向残疾求职者或雇员⑮提供"合理迁就"(Reasonable Accommodation),是雇主在《复健法》和《美国残疾人法》项下的法定作为义务。该义务要求雇主不得忽视求职者或雇员的残疾给其带来的限制与不便。对该项义务的违反无需雇主存在主观恶意,但雇主在主观上没有恶意可以免除其支付惩罚性赔偿的法律责任。

法律要求的"迁就"限于合理范围之内。所谓"合理",即指迁就措施能够有效地帮助残疾求职者或雇员完成工作的主要职责,且迁就的成本并未大大超出其带来的收益。如果迁就措施给雇主造成"显著困难或成本明显过高的",即超出合理范围,构成不适当负担⑯。《美国残疾人法》认可的迁就措施可以划分为两类,包括对工作场所设施及人员配备等硬环境的调整以及对工作方式、内容等软环境的修改。

1. 对工作场所硬环境的调整

在合理范围内,雇主应当视残疾雇员完成其工作职责的实际需要调整办公设施、场地、照明、声响设备、空气过滤装置、餐厅、卫生间、停车场、培训室等硬件设施[4]585。如果确有必要,雇主亦应当视残疾雇员的实际需要提供相应的辅助人员协助其完成工作的主要职责。为无法视物的雇员提供朗读者,为聋哑员工提供手语翻译者等。当然,辅助人员所提供的帮助不得涉及工作的主要职责,也即辅助人员本身不得代替被辅助的残疾雇员完成相应工作。

2. 对工作场所软环境的修改

工作场所软环境的修改涉及雇主自身规则、休假政策及工作岗位调整等方面。如雇主可能需要对其有关工作方式(如允许残疾雇员在恢复期间以兼职的方式继续工作等)、茶歇、用餐等方面的规则作出例外规定以迁就残疾雇员。但对于残疾雇员违反劳动纪律、法律法规,工作情况不能达到雇主设定的合理标准的,雇主有权按照内部规则作出处理,除非前述情况的出现系因雇主未能就残疾雇员的缺陷提供合理迁就[1]890-892。

此外,雇员因为:(1)寻求医疗服务(如手术、心理治疗、药物控制等)、接受复健治疗、理疗、职业治疗等;(2)疾病或间歇性残疾的恢复期;(3)维护自用无障碍设备(轮椅、无障碍汽车、义肢等);(4)避免工作场所暂时性的环境不适情况(如空调损坏导致工作场所温度过高);(5)训练辅助性动物(如导盲犬等);(6)接受盲文或手语培训等而确需休假的,雇主可以准假的方式提供合理迁就。一般而言,残疾雇员可以首先享受带薪假期。带薪假期穷尽后还需继续休假的,雇主可以准许但无需继续支付薪水。需要指出的是,雇主拒绝残疾雇员无明确期限或期限过长的休假申请并不违反提供合理迁就的义务[1]893-895。

平行调动残疾雇员是法律认可的最后的合理迁就措施,但该措施的适用必须以穷尽其他迁就措施为前提,并满足若干条件,包括:(1)该迁就措施不适用于残疾求职者,仅针对在职的残疾雇员⑰;(2)必须存在空缺的职位或者在可以预见的合理期限内将会出现空缺的职位;(3)拟被平级调动的残疾雇员必须在申请调动之时即实际胜任拟调动的工作。另外,法律虽未明文要求,雇主可以晋升的方式提供合理迁就,但若确无空缺的平级职位,雇主亦可降级使用残疾雇员[1]913。

雇主虽有责任向合格的残疾求职者或雇员提供合理迁就，但雇主并不负担依照残疾求职者或雇员的请求提供特定迁就之义务。相应地，如果存在一种以上的方式可以成立合理迁就的，雇主有权按照自身的营运需要——而非残疾求职者或雇员的请求，选择提供相应的迁就措施[1]878。换言之，雇主可以选择次优（而非最优）的方式满足残疾求职者或雇员的需要，只要该迁就方式能够保证残疾求职者或雇员完成其工作的主要职责。

如若残疾求职者或雇员拒绝雇主在合理期限内善意提供的合理迁就，则雇主可以被视为已履行迁就之义务。并且，在某些情况下，残疾求职者或雇员的拒绝亦可能导致其不再被视为法律之上合格的残疾人。

四　对我国残疾人平等职业权利保护工作的借鉴意义

残疾人职业问题是残疾人权益保障极为重要的组成部分。《美国残疾人法》和我国的《残疾人保障法》是中美两国维护残疾人权益的主要法律依据。两法均制定于1990年并同在2008年经历了较大规模的修改。同年，《就业促进法》颁布实施。前述三部法律均明文禁止残疾职业歧视⑱。但在有精确统计数据的2006－2008年中，仅美国地方法院审理涉及残疾职业歧视的案件3136件⑲，而在可以查证的范围内，我国至今尚未报告一例残疾职业歧视诉讼⑳。从整体上看，我国现有法律规范过于抽象和原则，可操作性较差且缺乏制度保障是残疾职业歧视难以进入诉讼程序、残疾劳动者难以获得法律救济的主要障碍。

（一）重构“残疾人”的法律概念，适度拓展法律的保护范围

我国残疾人平等职业权利的法律保障呈现出矛盾的两个特点。一方面，法律承认的残疾范围较为狭窄。现行《残疾人保障法》认可的残疾限于实际存在的视力、听力、言语、肢体、智力和精神残疾六类㉑，不仅乙肝、艾滋病等疾病不能成立法律之上的残疾㉒，而且也排除了有残疾记录以及可能被视为有残疾的群体获得法律保护的可能性。评残所依据的《残疾人实用评定标准》比社会一般认识中的残疾标准和世界大多数国家以及世界卫生组织的标准要严格得多，一些社会上普遍认可的残疾并不为现行法律所承认[5]146。但在另一方面，现行法律却又未加区别地禁止在职业中歧视残疾人，无视残疾人劳动能力受到客观限制，可能部分乃至全部丧失劳动能力的实际情况，将不同类型、不同程度的残疾劳动者置于法律的同等保护之下。这种规定偏离了残疾人职业问题的特殊性，在立法上过分倾向残疾群体，导致用人单位用工决策两难的尴尬处境，无助于残疾职业歧视问题的真正解决。

因此，我国法律之上的“残疾人”可以考虑采用“一宽一严”的定义。“一宽”体现在评残标准上的宽和保护对象上的宽。法律可以将罹患某种疾病但具备劳动能力的群体以及有残疾记录或者可能被视为有残疾的群体一并纳入法律的保护范围，在使更多人群受益的同时，也避免了通过新法将乙肝等病患单独列出保护的繁琐过程，节约了宝贵的立法资源。“一严”则要求受到法律保护的残疾劳动者必须能够胜任特定工作，准许用人单位拒录、解雇或以其他方式安置确实无法完成工作的残疾劳动者。

（二）挖掘残联潜力，突出残联在残疾职业歧视维权工作中的作用

美国、日本、澳大利亚以及我国香港特别行政区、台湾地区等国家和地区的反歧视经验表明，一个专业、统一的反歧视机构对于平衡劳动者与雇主之间的力量对比，遏止职业歧视具有举足轻重的作用。在国内的学术争鸣中，也有学者提出了设立平等机构负责执行反歧视法律的构想[6][7]46。从长远来看，专职的反歧视机构是较为理想的歧视问题解决方案，但现阶段我国能否接纳类似机构尚不可知，且新机构的设立必然经历较长时期的论证和磨合。如何立足于残联等现有机构和人员来维护残疾人平等职业权利是当下应当重点关注和解决的问题。

目前残联在维护残疾人维权（包括平等职业权利）方面的突出矛盾是法律对残联的定位与法律对残联工作的支持存在脱节。残联作为残疾人的代言人、服务者和管理者仅在残疾人就业保障金的征缴、残疾人证的核发、核定按比例安置残疾人就业人数以及开办盲人保健按摩机构资格认定等少数不涉及残疾人具体权益的事项上享有发言权。对于残疾人平等职业权利受到实际损害的，《残疾人保障法》仅赋予残联要求查处和支持诉讼等有限的两项权利㉓，且对查处结果残联是否有权监督以及何时以何种方式支持诉讼更语焉不详。突出残联在维护残疾人平等职业权利工作中的作用，可以考虑赋予残

联独立的调查权。一旦残联发现或者接到残疾职业歧视的投诉,即可以自己的名义独立开展调查,有关单位和个人必须配合,不得拒绝。如果残联认定歧视成立的,对于行政机关及其直属机构,可以要求有关部门查处;对于其他用工主体,可以直接确认其违法并视情节轻重做出行政处罚。残疾求职者或者雇员不服有关部门的查处结果,或者提起行政或民事诉讼的,残联应当向法院提供搜集到的证据,或者出具意见书,支持原告的诉讼。

(三)确立雇主的合理迁就义务,为残疾人创造无障碍的职业环境

现行法律规定的合理迁就义务集中在教育和公共服务领域,且义务主体主要为中央和地方各级人民政府㉔,用人单位并无提供合理迁就的法定义务。由于合理迁就可能导致用人单位额外的资金支出或者对现有工作架构的调整,用人单位本身缺乏主动提供合理迁就的动力。因此,相当部分在用人单位提供合理迁就措施之后即完全胜任工作的残疾求职者或雇员被挡在了职场的大门之外。实际上,国家提供的合理迁就与用人单位提供的合理迁就是两种层面不同、重点不同的迁就措施,两者互相支持但不能互相替代。国家提供的迁就措施针对残疾群体,不针对残疾个体。其迁就集中在公共领域,提供的是适用于整个社会的标准的、泛用的模式,其目的在于为残疾群体参与社会公共活动提供最低限度的保障,且迁就以硬件无障碍改造为主。一般而言,国家的迁就义务不存在是否"合理"的问题。用人单位提供的迁就则是在单位内部相对私密的空间内针对本单位残疾求职者或雇员的特殊需要设计的迁就措施,个性化特征明显,且迁就的方式既包括工作环境的硬件改造也包括单位自身制度的弹性调整,其目的在于保障残疾劳动者劳动权利的实现。因此,国家的迁就措施无法替代用人单位的合理迁就。作为残疾人平等职业权利实现的核心要件之一,用人单位的合理迁就义务应当被整合进现有法律规定。

(四)实现教育领域残疾歧视与职业领域残疾歧视的串联监管

除残疾职业歧视外,残疾人自身受教育程度偏低,专业素质不能满足用人单位的实际需求,也是残疾人就业困难、就业质量不高的重要原因。一组数据显示,在学前教育阶段,残疾儿童入学率比普通儿童偏低 26.63%;在义务教育阶段,残疾儿童入学率比普通儿童偏低 17.08%,辍学率高出普通儿童 15.22%[8];在高等教育领域,部分国内知名高校出于保证毕业生就业率的考虑拒绝录取就业相对困难的残疾考生[9]。从某种意义上而言,残疾劳动者并不是倒在了职场的竞技台上,而是在踏入小学的那一刻就已经输在了人生的起跑线上。教育之于职业的重要意义与残疾职业歧视向教育领域的渗透,使得杜绝教育领域、特别是高等教育领域内的残疾歧视与残疾职业歧视问题的解决休戚相关。因此,解决残疾职业歧视,还必须将解决教育领域内的残疾歧视结合起来,通过发挥残联等的监管、干预作用,尽可能地为残疾学生创造公平的教育环境,为其今后的职业之路奠定良好的基础。

注释:

①Reconstruction,即美国 1865—1877 年南北战争结束后脱离联邦的南方诸州被重新接纳的重建时期。参见 Black's Law Dictionary(9th Edition), p.1387。

②42 U.S.C. §1981。1866 年《民权法案》禁止合同订立、履行中的种族歧视问题,间接地涵盖了种族职业歧视。

③1964 年《民权法案》禁止职业歧视的内容见诸于该法第七编。1973 年《复健法》禁止残疾职业歧视的内容参见该法第五编。

④1964 年《民权法案》对联邦宪法的突破表现在两个方面。第一,该法在联邦宪法的基础上扩大了禁止歧视的事由。1964 年《民权法案》禁止的歧视事由包括种族(Race)、肤色(Color)、宗教信仰(Religion)、性别(Sex)和原籍国(Origin)。其中,禁止基于种族、肤色及原籍国的职业歧视得到美国宪法第五和第十四修正案的支持(肤色和原籍国在一定程度上可以被视为种族的同义语);禁止宗教信仰职业歧视同样可以从宪法第一修正案中推导出来。但基于性别的职业歧视并未受到联邦宪法的明文禁止。第二,1964 年《民权法案》扩大了禁止职业歧视的义务主体。联邦宪法禁止歧视的义务止于联邦及各州、地方政府,不涉及个人。但在《民权法案》中,雇主、工会、职业介绍所等传统民法意义上的主体亦被施以禁止歧视的法律义务。

⑤29.U.S.C. §794(a),42.U.S.C. §12112(a)。《美国残疾人法》同时保护有残疾记录和被视为有残疾的个人。

⑥Code of Federal Regulation,英文缩写 C.F.R.。美国联邦法规在性质和功能上类似于中国的行政法规和部门规章,但区别于中国法院对行政法规必须无保留地适用,美国法院有权选择适用联邦规则。根据 Chevron 案(Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 1984)确立的"适当解释"(reasonable interpretation)标准,只有符

合 Chevron 准则的联邦规则方被美国法院认为具有等同于法律的拘束效力。国会授权平等就业机会委员会为执行反职业歧视法律之必要，制定相应的联邦法规。

⑦参见 School Board Of Nassau County v. Arline(480 U. S. 273,1987)。

⑧42. U. S. C. §12102(1)(B)、(C)。此外，歧视与残疾人有所关联而没有残疾的正常求职者、雇员亦被法律禁止。参见：42. U. S. C. §12112(b)(4)。

⑨立法上承认的"主要日常活动"具体参见 42 U. S. C. §12102(2)。

⑩参见 School Bd. Of Nassau County v. Arline，(480 U. S. 273,1987)，Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Center and Windsor House，Inc. (155 F. 3d 775,6th Cir. ,1998)。

⑪如眼镜、义肢、轮椅、控制血压、血糖的药物等。

⑫参见 http://www. eeoc. gov/policy/docs/902cm. html，最后访问日期：2010 年 6 月 18 日。

⑬Sutton v. United Air Lines，Inc. (527 U. S. 471,1999)，Murphy v. United Parcel Service，Inc. (527 U. S. 516，1999)，Albertson's，Inc. v. Kirkingburg (527 U. S. 555，1999)。

⑭参见 42 U. S. C. §12111(3)，§12113(b)。联邦最高法院通过 Chevron U. S. A. ，Inc. v. Echazabal (536 U. S. 73,2002)案将"直接威胁"的对象扩大到了残疾求职者或雇员本人。

⑮雇主是否需要向被视为存有缺陷或有缺陷记录的残疾求职者或雇员提供合理迁就，目前尚无定论。此外，雇主无需向与残疾人有关联的健全求职者或雇员提供任何形式的合理迁就。

⑯参见 42 U. S. C. §12111(10)(A)。这里需要特别注意的是，"合理迁就"容许迁就的成本在一定程度上超出其带来的收益，不适当负担的构成必须达到"显著"标准。

⑰《复健法》和《美国残疾人法》要求残疾求职者在申请工作之时即必须达到完成其申请工作岗位主要职责的"合格"标准。因此，如果残疾申请者在申请之时即需"合理迁就"至其他工作岗位，显然违背了法定"合格"原则。

⑱参见《残疾人保障法》第三十八条，《就业促进法》第二十九条。

⑲2006 年 947 件，2007 年 1036 件，2008 年 1153 件。2001 年至 2005 年，残疾职业歧视与其他类型职业歧视案件合并统计，故无精确分项数据。参见：http://www. uscourts. gov/stats/index. html，最后访问日期：2010 年 7 月 26 日。

⑳以"残疾人保障法"为检索项，案例类型"全选"，全文检索北大法意"裁判文书、媒体案例并库检索"数据库，共搜得记录 15 条，实际报告案例 11 件，其中残疾歧视案例 3 件，包括教育领域 1 件，公共服务领域 2 件，没有报告残疾职业歧视案例。以"就业促进法"为检索项(其他条件相同)检索数据库，搜得记录 1 条，报告乙肝职业歧视案例 1 件。参见：http://www. lawyee. net/Case/Case. asp，最后访问日期：2010 年 7 月 19 日。

㉑参见《残疾人保障法》第二条、《残疾人实用评定标准》。

㉒《就业促进法》第三十条将传染病源携带者作为与残疾并列的禁止歧视事由列出，意味着残疾与传染病等疾病是相互独立的两个法律概念。

㉓参见《残疾人保障法》第五十九条第一、二款。

㉔参见《残疾人保障法》第七章。

参考文献：

[1]Barbara T. Lindemann，Paul Grossman. *Employment Discrimination Law* [M]. BNA Books，2007.

[2]张千帆. 西方宪政体系(上册)：美国宪法[M]. 北京：中国政法大学出版社，2004.

[3]George Rutherglen. *Employment Discrimination Law—Visions of Equality in Theory and Doctrine* [M]. Foundation Press，2007.

[4]Zimmer，Sullivan，White. *Cases and Materials on Employment Discrimination* [M]. 7th Edition. Aspen Publisher，2008.

[5]马玉娥. 就业残疾歧视研究报告[M]//蔡定剑. 中国就业歧视现状及反歧视对策. 北京：中国社会科学出版社，2007.

[6]周伟. 中华人民共和国反歧视法学术建议稿[J]. 河北法学，2007，(6).

[7]蔡定剑. 反就业歧视综合研究报告[M]//蔡定剑. 中国就业歧视现状及反歧视对策. 北京：中国社会科学出版社，2007.

[8]孟万金，刘在花，刘玉娟. 推进残疾儿童教育公平任重道远——四论残疾儿童教育公平[J]. 中国特殊教育，2007，(2).

[9]高校招生自造"歧视门"规定一条比一条雷人[EB/OL]. [2010-08-03]. http://edu. 163. com/09/0801/22/5FLPH71200293HCU. html.

[责任编辑：苏雪梅]