

## 论残疾人就业优先权

高一飞

(西南政法大学 法学院, 重庆 400031)

**摘要:** 残疾人的就业优先权是保障残疾人平等权的一项重要措施。残疾人就业优先权的基础是平等权, 具体来说是平等原则中的“补偿原则”, 即“为了平等地对待所有人, 提供真正的同等机会, 社会必须更多地注意那些天赋较低和处于较不利的社会地位的人们”。我国在残疾人的就业优先权的立法方面应当从五个方面进行完善: 一是通过正式立法明确这一权利; 二是应当要求所有单位都尊重这一权利; 三是扩大这一优先权利的范围, 即对残疾人不仅要优先录用, 而且在裁员时要优先留任; 四是应当增加法律责任的规定; 五是增加侵犯残疾人的就业优先权时残疾人的救济途径的规定。

**关键词:** 残疾人就业权; 优先权; 平等权; 法律责任; 救济途径

中图分类号: DF47; D632

文献标志码: A

文章编号:

收稿日期: 2011-02-06

**作者简介:** 高一飞(1965—), 男, 湖南桃江人, 教授, 博士后(美国丹佛大学), 博士生导师, 主要研究方向为诉讼法学、司法制度。

残疾人常常由于众人的偏见和无知而遭到歧视, 而且往往难以获得基本的就业。这是一种“悄无声息的危机”, 不仅影响到残疾人自己和他们的家庭, 而且影响到整个社会的经济和社会的发展, 因为在这样的社会中, 人类潜能的一个重要的资源库被忽视了。残疾往往是由于天生而造成的, 或者仅仅由于后天而造成, 因此, 国际社会应该提供援助来结束“悄无声息的紧急情况”<sup>①</sup>。这一紧急情况, 得到了世界的关注。而其中一项重要的解决方法是确立残疾人的就业优先权。

### 一、残疾人就业优先权是国际公认的人权

在世界上, 10%的人口即六亿五千万是残疾人。他们是世界上最大的少数群体。世界卫生组织称残疾人的数量随着人口的增长、医疗的进步以及老龄化在持续增长。在预期寿命超过70岁的国家中, 平均每人有8年、11.5%的生命是在残疾中度过的。联合国开发计划署数据显示, 80%的残疾人生活在发展中国家。经济合作与发展组织秘书处说, 在经合组织成员国中, 教育普及率较低的国家残疾人比率较大。平均来说, 受

教育较少的人中 19%是残疾人,相比之下,受良好教育人中 11%是残疾人。国际劳工组织称,估计全球有 3 亿 8 千 6 百万适龄工作的残疾人。在有些国家,残疾人失业率高达 80%。通常雇主认为残疾人没有工作能力。印度推广残疾人就业中心的报告显示,印度残疾人人口高达总人口 5%到 6%,尽管有残疾人法例提供了 3% 的政府工作职位,但是就业问题仍未得到解决。印度有超过 7 千万残疾人,但是只有 10 万残疾人得到就业机会。2004 年美国调查显示,只有 35%的适龄工作的残疾人实际在工作,相比之下有 78%的非残疾人拥有工作。三分之二的失业残疾人表示他们愿意工作,只是找不到工作[1]。

残疾人群体也是一个很大的人才库。残疾人能在广泛的领域贡献他们的才干、技巧和天赋。几乎在每个国家,残疾人都比非残疾人面对更高的失业率,但是研究显示,残疾人在工作中的表现至少和健全人一样良好。高留职率和低旷工率足可抵消在工作场所安装残疾人设施的开销。2003 年美国一项调查显示,约四分之三的残疾人雇员不要求公司提供特别的设施。

根据 2006 年第二次全国残疾人抽样调查显示,我国各类残疾人达到 8296 万多人,占总人口的 6.34%,目前尚有 858 万有劳动能力、达到就业年龄的残疾人没有实现就业,而且每年还将新增残疾人劳动力 30 万人左右[2]。到 2006 年,我国城镇新安排三十万残疾人就业;在农村,从事种植业、养殖业、家庭手工业等的残疾人达到 1600 多万人。残疾人就业率达到 80%以上[3]。

在国际组织中,联合国自建立伊始,一直在寻求提高残疾人的地位,改善他们的生活。联合国对残疾人福利和权利的关注基于该组织的成立宗旨,即倡导全人类的人权、基本自由和平等。正如《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《国际人权盟约》及其他相关人权规范所确认的,残疾人和正常人一样拥有在平等的基础上行使他们的公民、政治、社会和文化权的权利。

2006 年 12 月 13 日第 61 届联大今天通过了《残疾人权利公约》(Convention of the Rights of Persons with Disabilities)。这是国际社会在 21 世纪通过的第一个人权公约。安南秘书长、61 届联大主席哈亚·拉希德·阿勒哈利法(Haya Rashed AlKhalifa)、人权高专阿尔布尔(Louise Arbour)对起草谈判历时 5 年的这一公约终于获得通过表示欢迎和祝贺,对于全球 6 亿 5 千万残疾人终于有了保护其权利的国际公约感到欣慰,对领导和参与谈判的各国代表表示感谢,并希望各国尽快加入公约,使之早日生效。公约定于 2007 年 3 月 30 日开放给各国签署。当缔约国达到 20 个时,公约将生效。中国政府和残疾人组织积极参与了《残疾人权利公约》的制定过程,为《公约》的制定做出了重要贡献。中国政府已率先签署了《公约》,向国际社会做出履行《公约》义务的庄严承诺。目前,《公约》已进入了全国人大的批准程序。

在此之前,世界上还没有专门保障残疾人权益的国际公约。1993 年的《残疾人机会均等标准规则》虽已成为各国立法的参照标准,但不像公约那样具有法律约束力。

目前立法保护残疾人的国家不到 50 个,而对残疾人的歧视则非常普遍,比如在一些发展中国家,多达 90%的残疾儿童没法上学。在所有人类群体中,残疾人往往处在社会边缘,在实现其个人潜能中他们受到生理、法律、社会的多方阻碍。此公约将指导各国立法,从建筑、城市规划、交通、教育、就业和娱乐等所

有方面,改变公众对残疾人的成见。残疾人的定义也是本公约谈判中遇到的困难之一。大部分与会代表都同意,“残疾人是指生理、心理、感官先天不足或后天受损的人,例如,失明、失聪、活动能力受限制以及智力发展缺陷,等等。”许多人会在生命某段时间里由于受伤、疾病、衰老而患有残疾。公约要求“逐步实现”的大部分条款,将与各国资源状况协调发展。一些步骤需要资金,对于资源稀缺的国家,国际援助将会有所帮助,公约的通过将有助于使这种通常被忽略的国际援助受到重视。公约要求做出的一些社会设施的改变,不仅能便利残疾人,而且普通人也能从中受益。例如电梯和斜坡给每个人都提供了更多的选择。新的建筑建设考虑到残疾人的需要,并不会大幅增加建设成本。世界银行的研究显示,在建设前就考虑这些功能,花费将被降至最低,建设无障碍建筑,增加的成本少于1%[1]。

《残疾人权利公约》在“工作和就业”一部分中规定:缔约国确认残疾人在与其他人平等的基础上享有工作权,包括有机会在开放、具有包容性和对残疾人不构成障碍的劳动力市场和工作环境中,为谋生自由选择或接受工作的权利。为保障和促进工作权的实现,包括在就业期间致残者的工作权的实现,缔约国应当采取适当步骤,包括通过立法,除其他外:(一)在一切形式就业的一切事项上,包括在征聘、雇用和就业条件、继续就业、职业提升以及安全和健康的工作条件方面,禁止基于残疾的歧视;(二)保护残疾人在与其他人平等的基础上享有公平和良好的工作条件,包括机会均等和同值工作同等报酬的权利,享有安全和健康的工作环境,包括不受骚扰的权利,并享有申诉的权利[1]。这些内容,构成了残疾人就业优先权的国际法渊源。

## 二、残疾人就业优先权的理论基础

残疾人就业优先权的含义,是指在同等条件下,对于健全人和残疾人都能胜任的工作,残疾人有优先于健全人选择就业岗位的权利。从常理来说,对同一个岗位,即使健全人和残疾人都能胜任,健全人比残疾人在这一岗位上应当更加具有优势,为什么国家应当给残疾人以优先权呢?

少数人与多数人共同作为人类大家庭的成员,根据属人的本性,应平等地享有权利,平等地受到保护。这已得到各国各民族的普遍认可,其理论根源于人权的普遍性。人权的普遍性学说以人作为人这一单一身份为基础,以人的尊严和价值为前提。任何人类历史的第一个前提无疑是有生命的个人的存在。人作为万物之灵长,与动物之本质差别在于人具有尊严、价值和理性。一个自身具有内在价值的个人必须享有权利。那么,人们为什么应该平等地享有权利,而不仅仅是或主要是那些值得享有权利的人才享有权利呢?如同最低生活保障既适用于劳模、英雄又适用于精神病人、囚犯,当然也包括残疾人[4]。

对少数人进行特殊保护应针对各个少数人群体的特殊属性而有所区别待遇。这个问题比较容易理解,对儿童而言,我们强调其健康成长的权利,对残疾人强调其受教育权、就业权,对少数民族强调其宗教信仰自由权以及尊重其语言、文字、文化的权利。每个少数人群体都有不同于其他群体的特殊属性,也正是因此该属性,该群体才会受到歧视,处于弱势,因此特殊保护的措施只能针对该特殊属性作出。

少数人受到的特殊保护应建立在公平、合理的基础上,与其自身境况相当。也就是说,差别待遇也应

有理、有利、有节。米尔恩的比例平等原则在解决这个问题上有其合理的内核。“比例平等要求,在进行分配时,同等的情况必须被同等地对待,不同等的情况必须按照不同等的程度被不同等地对待。因此,那些需求较大的人应该得到较多,较强壮的人应该承受较重的负担,这是公平的。随之而来的是,当现存的分配不公平时,重新分配就被证明为正当。”[5]

然而,米尔恩却认为“先天的秉赋和缺陷必须被排除在分配的场合之外”,并举例证明“一些人比另一些人更漂亮或更聪明并非不公平,这不过是一些人在遗传机遇上比另一些人更幸运罢了。”[5]

我对此持有不同的看法,我认为,某些先天的秉赋和缺陷不必然被排除在分配的场合之外,例如先天的身体残疾儿童,先天的智障婴儿,没有理由仅仅给予他们同普通儿童一样的待遇,国家、社会理应给予更多的关心。换一个角度说,后天形成的残疾人、智力迟钝者都能获得法律的特殊保护,为什么先天形成的就不能呢?

哲学大师罗尔斯提出的关于社会公平的著名的三条原则,可以成为评价公平的基本判据。一是平等性原则,在权利和机会上应当平等地对待所有人,即权利平等和机会均等。二是差异性原则,由于客观上存在的社会差距(如富人和穷人、老人和年轻人、多数族裔和少数民族,等等),应当不均等地对待不同的人。三是补偿性原则,即这种差异性、区别性的对待具有鲜明的指向性,要为处境不利者提供机会或利益补偿[6]。

特殊保护原则只要遵循一定的规则,在一定范围内行使,其运用不仅不会形成对多数人的反向歧视,反而由于其缓解了社会冲突与矛盾,会促进社会的稳定与发展,在更公正的意义上实现社会整体的平等[4]。

残疾人就业优先权的法律依据在于国际法和国内法的反歧视规范。《残疾人权利公约》明确规定,“缔约国应当禁止一切基于残疾的歧视”,其内涵不限于教育、就业等歧视,还包括拒绝为残疾人提供合理便利、就业等情形。

因此,残疾人就业优先权的权利来源是人权公约和各国宪法中“保障平等、反对歧视”的基本人权。

保证残疾人就业优先权这一项基本人权,被认为是政府义务。联合国《关于残疾人的世界行动纲领》指出:无论在什么地方,对残疾缺陷的条件进行弥补以及对致残后的种种后果进行处理的最终责任由各国政府承担。联合国系统关于残疾人十年的第七次会议报告中提出:“各国要把残疾人就业问题作为首要问题考虑。”近10到20年,各国解决残疾人就业问题的做法变化很大,残疾人求职更多地融入到竞争性的就业机制,多地通过劳动市场实现就业。各国由于不同的经济、社会制度和文化背景,安排残疾人就业的方式不同,一些国家主要采用政策和教育的方法鼓励雇用残疾人(如新加坡),一些国家用法律强制执行(如日本),还有一些国家将这两种形式结合起来(如泰国)。有的国家以配额制为主(德国、日本等),也有的国家以兴办福利工厂为主(瑞典等),许多国家制定了奖励雇用残疾人和鼓励残疾人个体就业、创业的政策。

但是,大多数国家都把就业优先权作为解决残疾人就业问题的一个重要方法。具体方法又包括雇佣优先权和防止企业随意解雇残疾工人的权利,强调雇主有义务承担残疾人融合于社会的责任。

在很多国家,在残疾人就业优先的前提下,一些完全依靠坐姿工作,如售票、彩票销售、收银员等工作会优先提供给下肢不便的人,而盲人可以接听电话,聋哑人可以从事打字、洗衣、校对等工作。中国人在欧美国家旅游的时候可以发现,很多公共场所的售票、收银等工作是由残疾人承担的。笔者在美国参观旅游景点或者去超市、公园的时候,经常能够看到这样温馨而令人感动的风景。最重要的是,在很多国家,违反残疾人就业优先权的规定而拒绝接收符合条件的残疾人就业时,企业可能面临诉讼,企业老板面临身败名裂、倾家荡产的危险。

### 三、我国残疾人就业优先权的立法完善

基于以上对于残疾人就业优先权理论基础的 analysis,我认为,立法确立这一权利时,应当坚持以下几个原则:

第一,胜任原则。即残疾人能够胜任所就业的工作。即残疾人在选择职业时,应对自己的能力有一个客观实在的评价,包括学识水平、职业技能、身体素质以及个性特点等。国家和社会不能因为是残疾人而牺牲国家利益、社会利益和他人利益,让其从事无法从事的工作。这是残疾人就业优先权的前提,就业优先权的基础是残疾人能够从事某一职业,这是不须太多证明的道理。

第二,平等原则。平等包括人格平等和机会平等,即每一个人与其他人都应有一种平等的权利。残疾人就业优先权的实现,要求所有就业岗位向所有人开放,不能存在就业机会的限制和身份歧视。只要能够胜任,不能因为是残疾人而对其存在歧视。

第三,优先原则。来源于前述公民平等权中的“补偿原则”。即“为了平等地对待所有人,提供真正的同等机会,社会必须更多地注意那些天赋较低和处于较不利的社会地位的人们”[6]。对于残疾人群体,完全的自由竞争,不仅是残酷的,不人道的,也是极不公平的,对于政府而言则是未尽维护、调节的社会职责。通过法律、法规、政策、制度和道义,给残疾人就业以特别保护和扶助,就成为市场机制下保障残疾人就业、体现市场经济公平竞争原则的必然要求,残疾人就业需要“在平等中注入些合理性,在效率中注入一些人道”[7]。

第四,法律责任原则。也就是说,残疾人就业优先权需要的本质是残疾人到某单位就业时能够得到优先雇佣、优先留任,这一权利的实现需要社会上相关单位和个人承担相应的义务,但是,如果违背这种义务而不需要承担后果的话,残疾人的就业优先权就得不到保障,只能是一纸空文。

基于上述原则,各国都通过正式立法就承担优先雇佣和留任的主体的范围、有关单位和人员违法后的责任和残疾人就业优先权受到侵犯后的救济途径都进行了规定。

在欧美国家,残疾人的就业机制往往纳入国家的反歧视法律。成为人权问题的一个方面,倍受各界的重视,例如新西兰的人权法案(1993年颁布)以及加拿大法律都明确载明了反对针对残疾人的歧视条例。美国的残疾人法案(ADA,1990年)以及残疾人歧视法(1995年)(Disability Discrimination Act),这类法律要求对残疾人实施平等待遇,如残疾人认为受到不公正待遇,可提出控诉。这类控诉一旦提出,先

由就业主管部门进行调解,也可由独立的劳动关系委员会进行仲裁或由劳工法庭判决。

欧洲大陆针对残疾人的反歧视法律虽没有像美国那样完备,但欧洲的残疾人组织正在积极促进具有反歧视条款的“欧洲条约”。最近,德国宪法和法国刑事法典都增加了防止对残疾人歧视的条款,但据说这类法律实行的实际效果还不大,主要在于象征意义,提高公众,特别是企业对残疾人平等待遇的重视。除了法规方面的刚性规定之外,欧美各国普遍鼓励“自愿举措”或“劝说政策”,即由雇主、雇主组织或行业协会制定一系列的行为准则,在雇佣或保护就业方面对残疾人倾斜。此外,工业化市场经济国家的残疾人组织在社会上有较强的影响力,它们往往把促进残疾人的就业作为保护残疾人权利的有效手段。

在我国,带头人就业优先权是通过两部法律来进行规定的。《中华人民共和国残疾人保障法》(1990年12月28日第七届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,2008年4月24日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二次会议修订,自2008年7月1日起施行。)第三条规定:“禁止基于残疾的歧视。禁止侮辱、侵害残疾人。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害残疾人人格。”但这仅仅是一个宣言式的规定,具体规定带头人就业优先权的是2007年5月1日开始实施了《残疾人就业条例》,该条例第15条规定:“县级以上地方人民政府发展社区服务事业,应当优先考虑残疾人就业。”

这两个简明的规定意义当然很大,因为它们以法律的形式规定和落实了联合国人权公约规定的残疾人就业优先权,但是,问题也是非常明显的,需要从以下几个方面进行完善。

1. 提高立法位阶。最近两年,我们连续通过了保障残疾人权益的两部法规,一部是正式立法即新修订的《残疾人保障法》,一部是在此之前通过的国务院《残疾人就业条例》。但是,我们注意到,《残疾人保障法》并没有将人大代表呼吁要求规定的、国务院《残疾人就业条例》中已经有涉及的“残疾人就业优先权”的问题纳入立法。在中国残联的《中国残疾人事业“九五”计划纲要》、《中国残疾人事业“十五”计划纲要》中都提出对于残疾人就业时,有关单位应当“优先予以录用”的问题,但是,《残疾人保障法》最终对于其他规范中已经有的“就业优先权”条款没有规定。仅仅由国务院行政法规《残疾人就业条例》进行规定,立法层次显然较低。应当在《残疾人保障法》对残疾人就业优先权予以明确。

2. 扩大优先录用残疾人就业的义务主体范围。《残疾人就业条例》中优先考虑残疾人就业只限于“县级以上地方人民政府发展社区服务事业”。实际上,除军队等特殊部门以外,任何行业、任何单位,都应当“优先考虑残疾人就业”,国家机关尤其应当首先承担这样的义务。

3. 增加残疾人就业优先权的权利内容。就业优先权不仅包括优先录用,还应当包括在裁判人员时的优先留任权。这一点,《残疾人就业条例》没有考虑到,给有关单位拒用残疾人留下了法律漏洞。将来的立法应当修订为,“任何单位应当优先考虑残疾人就业,在单位裁员时,如果残疾人能够胜任其工作的,应当优先留任残疾人。”

4. 增加法律责任的规定。在《残疾人就业条例》的“法律责任”一部分中,对于县级以上地方人民政府发展社区服务事业没有优先考虑残疾人就业的,没有要求追究法律责任的规定。将来的立法应当规定拒

用残疾人就业的法律责任, 具体来说, 应当包括民事责任和行政责任, 在民事责任方面, 对于拒用残疾人的单位, 应当赔偿残疾人的物质损失和因为歧视带来的精神损失。行政责任方面, 应当对单位侵犯残疾人就业优先权的, 应当处以罚款, 并对直接责任人员进行行政处分。

5. 增加救济途径的规定。在已有的立法中, 没有关于残疾人就业优先权受到侵犯时如何救济的规定, 为此, 应当规定: “对于侵犯残疾人就业优先权, 残疾人认为受到歧视的, 可提出控诉。这类控诉一旦提出, 先由就业主管部门进行调解, 也可由独立的劳动关系委员会进行仲裁或由法院判决。”

总之, 根据我国现有的法律, 残疾人就业时受到歧视, 是没有办法通过法律手段解决的, 因为任何拒用的单位都是不违法的, 残疾人就业优先权问题不是靠法律来保障, 而是靠某一个单位的施舍、同情和理解来解决。但是, 靠“理解万岁”是解决不了问题的, 只有当有人拒绝适合其工作的岗位时能够受到法律的严厉制裁, 充满人道关怀的残疾人就业优先权才能真正实现。

注释:

①掌握四门外语, 多次获得国家级奖学金, 曾多次被媒体报道并被称为“当代张海迪”的北大女博士郭晖面临毕业, 但工作到现在也没有着落。在半年多时间里, 她说自己投了上百份简历, “但都因为残疾而被拒[1]。郭晖是幸运的, 因为她毕竟顺利地北大录取, 她取得了博士学位; 但郭晖又是不幸的: 拥有博士学位, 掌握四门外语居然还找不到工作, 既是才学的浪费, 也是她人生遇到的新的挫折。而象她这样杰出的残疾人也遇到了就业的问题, 则是对残疾人就业信心的更重的打击。北大残疾女博士求职屡遭拒曾被

为 当 代 张 海 迪

[EB/OL]. (2007-05-23) [2008-08-09]. <http://news.sohu.com/20070523/n250166809.shtml>.

参考文献:

[1] International Labor Organization (ILO), Skills and Employability Department [EB/OL]. (2008-6-1) [2008-10-12]. [www.ilo.org/public/english/employment/skills/disability](http://www.ilo.org/public/english/employment/skills/disability).

[2] 中国最高立法机关立法关注残疾人劳动就业等问题 [EB/OL]. (2008-04-22) [2008-10-12]. [http://www.gov.cn/jrzq/2008-04/22/content\\_951643\\_2.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2008-04/22/content_951643_2.htm).

[3] 中国残疾人就业率达八成以上 [EB/OL]. (2008-08-28) [2008-10-12]. <http://society.people.com.cn/GB/8217/100568/100744/6182803.html>.

- [4]李常青,冯小琴.少数人权利及其保护的平等性[J].现代法学,2001,(5):14-17.
- [5][英]A·J·M·米尔恩.人的权利与人的多样性——人权哲学[M].夏勇,张志铭,译.北京:中国大百科全书出版社,1995:60.
- [6][美]约翰·罗尔斯.正义论[M].北京:中国社会科学出版社,1988:96.
- [7]阿瑟·奥肯.平等与效率——重大的抉择[M].北京:华夏出版社,1987:105.

On The Employment Priority Rights of Persons with Disabilities

Yifei Gao

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing China 400031)

Abstract: The employment priority rights of persons with disabilities are an important measure to ensure the equal right of persons with disabilities. The basis of this priority is "compensation principle" of the equality principle, which is "for treating all persons equally, providing everyone with the real equal chance, society must pay more attention to them whose natural gift is comparatively low and social position is more disadvantageous". China ought to reform the legislation on 5 aspects in the field of the employment priority rights of persons with disabilities: One, we ought to make this right clear by formal legislation; Two, we ought to demand all units to respect this right; Three, we ought to expand the range of this right, this right including not only employment priority, but also priority of remaining when reducing the staff; Four, the legislation ought to increase the legal liability regulation; Five, we ought to add the relieve approach when the employment priority rights of persons with disabilities are Infringed.

Keywords: The employment rights of persons with disabilities, Priority rights, Equal right, Legal liability, Relieve approach.