

残障者劳动权的司法救济

——基于司法裁判案例的分析

蒋正阳*

内容提要：残障劳动者面临着双重弱势，其一是作为残障者相对于其他健全劳动者的比较劣势，其二是作为劳动者相对于雇主的弱势地位。我国目前已经建立了比较完备的残障者就业保障法律体系，但在司法程序中对于残障劳动者基于实质正义的倾斜保护力度还有所欠缺，一些残障者在其劳动权被侵害后并不能获得有效的司法救济。借鉴美国的平等就业机会委员会、合理调整制度、雇主抗辩制度等制度设计，并结合具体司法案例所反映的问题，可以从举证责任倒置、司法救助等方面完善我国残障者劳动权的司法救济制度。

关键词：残障者 劳动争议 劳动权 就业歧视 司法救济

DOI:10.16696/j.cnki.11-4090/d.2019.01.012

一、导言

残障劳动者面临着双重弱势，一是作为残障者相对于其他健全劳动者的比较劣势，二是作为劳动者相对于雇主的弱势地位。一方面，残障者“由于缺陷而全部或部分丧失获得正常生活必需品的能力”^①，与健全人相比，其在劳动力资源的市场配置中就无法获得竞争优势。另一方面，在雇主与雇员的关系中，二者力量相差悬殊，这使得残障劳动者缺乏与雇主进行谈判的能力，就业作为劳动者的生存机会很可能被轻易剥夺。因此，基于实质正义的倾斜保护，需要

* 蒋正阳，中国人民大学法学院博士研究生。

① 林嘉、范围：《我国残疾人劳动权保障的理念、实践、困境及对策》，载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第3期。

被充分贯彻于残障者劳动权利的保障过程中。

同时,残障者享有的劳动权和不受歧视的权利是这一群体的基本人权。1975年的《残疾人权利宣言》规定:“残疾人享有按其能力被雇佣,获得有偿的职业的权利”。1993年《维也纳宣言和行动纲领》也规定:“确保残疾人不受歧视、平等地享有一切人权和基本自由,包括积极参与社会的各个方面”。《残疾人权利公约》第27条规定:“缔约国确认残疾人在与其他人平等的基础上享有工作权。”我国《残疾人保障法》在关于劳动就业的规定中,于第30条确认“国家保障残疾人劳动的权利。各级人民政府应当对残疾人劳动就业统筹规划,为残疾人创造劳动就业条件。”

我国目前的残障者就业状况不容乐观。目前我国城镇残障者的就业形式主要有三种:第一种是集中就业,主要分布在各类福利企业、盲人按摩医疗行业当中,就业规模每年大致在100万人左右。第二种是按比例就业,根据《残疾人保障法》的规定,机关、团体、企事业单位、城乡集体经济组织,应当按照一定比例安排残疾人就业,并为其选择适当的工种和岗位。第三种是个体就业,即残障者从事独立的生产经营活动,取得劳动报酬或经营收入。这一就业形式增长较快。

在构建和完善中国特色社会主义法律体系的进程中,我国目前也已经建立了比较完备的残障者就业保障法律体系。《宪法》《劳动法》《就业促进法》《残疾人保障法》《残疾人就业条例》等在立法上提供了多层次的、较为充分的保障。但是,由于残障者特殊的身体状况,他们在实践当中常常面临就业歧视和权益损害,其就业权益需要借助司法来予以保障。司法救济就成为保障其权益的关键的一环。

无救济则无权利,司法是维护社会公平正义的最后一道防线。我国目前对于残障劳动者的司法救济还存在程序烦琐、举证责任过于严格等问题,对于残障劳动者的倾斜保护力度还有所欠缺,这一定程度上影响了司法保障残障者劳动权的制度效果。本文通过分析从“北大法宝-司法案例数据库”收集和筛选的8个有关残障者劳动争议的司法裁判案例^②,探究残障者劳动权被侵害后不能获得有效救济的原因,并结合我国制度体系及参考美国立法经验,提出可能的解决方案。

^② 需要说明的是,由于劳动争议解决本身包括协商、调解、仲裁、审判四个程序,因而最后以此案由进入诉讼程序的案例数量并不多。

二、司法救济的案例与问题

（一）证明“劳动能力”的困难

虽然法律规定用人单位应当提供给残障者适合其身体条件的工作岗位，但是否有适合的工作岗位以及劳动者的能力能否胜任工作都是由用人单位进行判断的。在本文所分析的8个典型案例的第一个案例中，江某提出自己可以胜任制作资料袋的工作，单位称已经不再有制作资料袋的工种，于是江某提出从事绿化，单位称其不适合。这种由单位单方面决定其劳动能力不能胜任工作岗位的决定程序，成为迫使劳动者待工休养的依据，而待工状态与在岗工作的区别待遇，导致残障劳动者仅能获得低于最低工资标准的生活费，而非劳动合同中规定的工资。其实质是，尽管劳动关系仍然存在，但残障劳动者已不再享有最基本的劳动权和工资收入。

在该案中，江某工作于某电力设计院，1998年后双目视力逐步丧失，后发展为残疾一级盲。2001年后，领导认为暂无适合岗位，江某便没有在单位继续工作，但设计院仍保留其一定的待遇。2009年12月22日，江某向上海市普陀区劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求恢复原工作岗位、支付节日补贴和克扣的普加工资及补偿金，未得到支持。此后，江某向上海市普陀区人民法院提起诉讼，设计院认为江某双目失明、严重耳聋、腿脚不便，没有适合的工作岗位，安排其在家休养并支付工资和各项福利，并提出江某所称的节日补贴针对的是上班在岗人员，不适用于江某，克扣工资的说法则没有证据。法院以同样的理由对江某的诉讼请求不予支持。江某不服，向上海市第二中级人民法院提起上诉，认为自己仍有劳动能力，设计院不为其安排工作违反了国家关于残障者就业的相关规定。设计院称其不适合上岗工作，每月工资照发，没有侵害其权益。对于江某所称的普加工资造成的克扣工资，江某没有提供设计院普加工资的证据。法院认为以上事项属实，且认为设计院按其离岗前的标准发放工资已经履行了保障义务，维护了劳动权益，据此，对其诉讼请求予以驳回。2014年3月20日，江某向上海市普陀区劳动人事争议仲裁委员会提起申诉，未获得支持。同年，江某再次起诉和上诉，仍被驳回。^③

在该案中，江某作为残障者，先后两次提起仲裁、两次起诉和上诉，历时5年，都未能实现其请求。其维权存在两个障碍：一是取证困难，江某长期不

^③ （2015）沪二中民三（民）终字第296号。

在用人单位，无法提供用人单位制定的普加工资方案的相关证据，直接导致其仅能获得 10 年前的工资水平（江某 2001 年离职，二审审结已是 2010 年）的工资，低于上海市最低工资标准；二是没有判断权，单位是否存在适合其身体状况的岗位，由单位一方进行判断，因而，当江某诉讼中提到自己可以负责绿化和做资料袋的工作时，设计院称现在单位已经不再做资料袋，江某因失明不能做绿化工作。由于用人单位对其劳动能力的判断和处理，江某无法获得以在岗为前提的节日补贴。法院认为，用人单位虽然在劳动关系中应当保障劳动者的就业权，但前提是劳动者具有劳动能力和适合经营活动的正常开展，本案中江某不具备设计院要求的身体条件。鉴于以上两个障碍，江某的诉讼请求都没有得到支持。

（二）“适当工作”的举证不能

残障者的工作岗位因其身体条件而限于一定的范围，实践中却存在用人单位以普通劳动者的标准要求残障劳动者的情况。在第二个案例中，广告公司对视觉障碍者李某承诺提供“音频”制作岗位，入职后却因其无法完成“视频”制作而解除劳动合同。同样，第三个案例中的视力残障者李某考上医院的推拿岗位，却因体检视力不合格不予录用。

李某为视障一级残障人士，参加职场节目过程中与某广告公司达成协议，公司提供“专门录音的后期制作”岗位，月薪 4,500 元。但节目录制后，广告公司将录音后期制作改为“视频后期制作”，试用期 2 个月，期间工资 2,500 元，由于没有其他选择，李某只能于 2012 年 10 月入职。工作 1 个月后，用人单位以没有适合的岗位为由，要求李某离职。李某无奈在离职证明上签字，1 个月后希望回到公司遭拒。2013 年，李某提起侵害平等就业权赔偿的诉讼。广告公司辩称音频工作在节目录制前已经外包，参加节目录制的副总裁对此不知情。在签订合同前，用人单位已经为李某提供两种选择，在公司从事适合其身体状况的客服工作，或推荐其去第二家企业，李某表示留在电视部。由于李某不能完成工作，又不同意转岗，双方协商解除了劳动合同。

法院认为用人单位提供了变更原口头劳动协议的证据，李某主张其无奈签约但无法提供被胁迫或欺诈的证据。李某称其可以从事“电话回访专员”的岗位，但没有证据证明其主张，因而法院不予支持。李某不服上诉，认为用人单位明知其视障而安排视频后期制作，强迫离职，属于歧视性待遇。用人单位称上诉人自己选择了困难工作才签订合同。法院认为本案没有用人单位歧视残障者的证据，不予支持。^④ 本案中，用人单位并未提供口头协议所约定的岗位，

^④ （2014）一中民终字第 05698 号。

而其岗位承诺是协议得以形成的关键。但节目录制后,用人单位仅以承诺者“不知情”为由,就不提供适合当事人的工作。虽然另有两种选择,但一个是技术含量更低的电话客服,另一个是推荐到其他单位,能否录用尚不可知,与原有承诺相比,并不是值得考虑的选项。最后李某签下了不适合自己的身体条件的视频制作岗位并导致离职。李某事后愿意选择客服工作,但呈上法庭的证据都指向其拒绝做客服或决心做好视频工作,因缺乏证据而不被法院认可。事实上,用人单位如果确实愿意提客服职位,就没有必要不承认李某曾提过要求,并在其提出入岗要求后仍坚持解雇。在劳动关系中,残障者面临着双重弱势的困境:一是作为劳动者从用工单位取证的不利地位,二是作为残障者面对隐性歧视的举证不能。

另一个案例是,林某参加某市中医院招聘报考推拿岗位,总成绩第一名。在公示期结束后,林某按照要求签订了网上协议。2013年7月1日,林某领取“全国普通高等学校本专科毕业生就业报到证”,并在规定时间内报到。7月上旬,林某被要求体检,一周后被通知视力达不到要求,复检仍未达到要求,用人单位电话通知林某,以视力不合格不能胜任工作为由不予录用,用人单位同时在山东省高校毕业生就业信息网上发布“单位解约申请”。林某认为其作为视力障碍者,却被要求按照正常人标准进行体检且不录用,是对残障者的就业歧视,提起诉讼。法院认为,就业协议的解约申请不能视为用人单位作出的不予录用的行政决定。林某诉状中陈述曾被电话通知其不予录用,但未提供相应证据,故不能认定用人单位作出了不予录用的行政决定,根据以上事实驳回起诉。^⑤

本案的实际情况是,林某因视力障碍而失去推拿岗位的工作,但由于不能举证不予录用的电话,在其失去工作后无法获得法律救济。而在法律上不能认定的“单位解约申请”,使已经签完三方协议的林某丧失了作为应届毕业生所确定的第一份工作。林某所受到的实际损害,最终没能通过司法途径获得有效救济。

(三) 诉讼法律知识的欠缺

由于法律知识的欠缺,有的残障劳动者未能在法律规定的时间内提出请求,尤其在第四个案例仲裁先置这样复杂的情形中,当事人更是错失仲裁时效而无法通过诉讼实现权利诉求。加之经济条件的局限,受害者对于鉴定程序的利用

^⑤ (2014)荣行初字第17号。

程度不高,在第五个案例中残障当事人没有在一审程序中将证据充分提供给法庭,最终导致败诉。两案当事人都因法律形式要素的不足而导致实体权利的丧失。第六个案例则因诉讼请求与事实的关联不足被驳回。

王某1992年起在某公司工作,2002年患偏执型精神分裂症住院至11月份。在其住院期间的9月份,用人单位伪造自愿解除劳动合同申请书,并且未通知原告监护人而擅自解除了与王某的劳动合同。监护人直至2010年5月才知情,期间王某的病情已由精神分裂症发展到精神二级残。用人单位的答辩意见有三:一是当时王某提出并协商一致解除劳动关系,领取了经济补偿金。二是2002年前后国有企业经营困难,很多职工都解除了劳动关系。三是本案时间已经超过诉讼时效。法院认为,监护人在履行监护义务时明知王某没有工作,却急于行使权利,致使案件超过仲裁时效,丧失胜诉权;王某在解除劳动合同证明书上签字,并领取了经济补偿金,客观上劳动合同已经解除,因此对其请求不予支持。王某不服上诉,二审法院依据原有证据认为,虽然解除劳动合同的申请书不是王某本人书写,但领取解除劳动合同经济补偿金和在解除劳动合同证明书上签字时均未表示异议。而且王某一方所主张的签字时不具有完全民事行为能力缺乏相关证据。即便其主张成立,王某父亲2008年为其办理最低生活保障时也应当明知劳动关系不存在,并且超过了仲裁时效。因此法院驳回上诉,维持原判。^⑥

本案中,残障者维权时同样存在着举证困难的问题,对于行为时不具有完全民事行为能力无法举证,导致法庭认定其明知并承认解除劳动关系。这种关于明知的认定又推理出仲裁时效的经过,最终致使案件败诉。总体看来,王某残疾后被解除劳动关系,起点是用人单位伪造解除劳动合同申请书解除了与王某的劳动关系,之后通过其他程序和文件间接证明王某接受解除劳动关系。而法院通过后者认定劳动关系已经解除,却较少考虑前者的非法性,即违背《劳动法》第29条第2款规定的“职工患病,在规定的医疗期内不得解除劳动合同”。而仲裁时效的错过,可以归结于王某父亲法律知识的缺乏,但仍不免是出于作为唯一的监护人照顾精神二级残的儿子而焦头烂额、顾此失彼的无奈。

在另一案件中,张某1984年到某药业有限公司工作,1994年签订无固定期限劳动合同,1998年因交通事故成为四级肢体残障人员。2002年国企改制,双方重新签订了三年的合同,到期后又签了一年的合同,即2007年合同到期。2007年,张某收到药业有限公司的“终止劳动合同通知书”,令其离职。但张

^⑥ (2012)吉中民一终字第662号。

某否认一年的劳动合同的真实性,且从2005年9月开始,用人单位一直让其待岗,按照石家庄市最低工资标准的80%发放生活费。张某申请仲裁被驳回,于是起诉。由于一年合同上的指纹无法鉴定,张某又撤销了笔迹鉴定申请,法院认定合同为双方真实意思,用人单位提前一个月通知终止合同的行为合法,驳回张某诉讼请求。张某不服上诉,二审法院认为张某在一审时撤销笔迹鉴定申请应负责任,对其二审时重新提出笔迹鉴定的申请,不予支持。用人单位在劳动合同到期前向张某发出《终止劳动合同通知书》合理合法,因此驳回上诉,维持原判。张某申请再审,提出下班途中出车祸造成四级残,因缺乏法律意识没有申请工伤鉴定。续签三年合同到期后,张某一直在用人单位上班。直到2007年3月续签为期一年的合同,张某工作年限已满10年,按照新的《劳动合同法》应转为无固定期限劳动合同,但用人单位为规避新法,伪造期限为一年的合同。至于笔迹鉴定,一审时张某因无力支付鉴定费用,曾要求免交或缓交,但未得到法院认可。再审法院根据二审的证据维持了二审判决。^⑦

本案中出现了合同真实性的异议,但由于作为残障者的当事人经济条件所限,签字鉴定未能进行,最终因关键证据的缺乏而导致败诉。值得注意的是,即使在劳动关系存续期间内的2005年,当事人也已经被安排待岗,无法获得正常的工资,而仅能按照低于当地最低工资标准的水平领取微薄的生活费。关于另一残障者周某的详细案由并没有明确记载,但周某通过一审、二审未能实现诉讼请求,申请再审,被认为其主张的残障者劳动权与实际发生的签订、履行租赁合同争议缺乏直接关联,驳回再审申请。^⑧此案同样涉及隐晦不明的歧视态度与确已发生的实际损害之间的关联的证明,残障者维权在这个问题的举证上很难达到法院的要求。

三、问题原因的分析

正如上述案例所表明的,残障劳动者在劳动争议发生后,缺乏采集证据的意识,以及利用法律武器维护自身合法权益的能力。而用人单位通过各种手段推卸对残障劳动者应负的责任,不顾法律规定而歧视残障劳动者的劳动能力,则是争议不断产生的重要原因。在仅有的少数案件中也未能实现该群体的诉求,一方面有上述双方能力和态度的原因,另一方面也有法院对于弱势的残障者缺

^⑦ (2011)石民再终字第00450号。

^⑧ (2014)高民申字第00076号。

乏特殊司法保护的原因，如关于残障劳动者证明责任承担的倾斜和用人单位造假行为的惩治。

（一）缺乏对残疾人的倾斜保护

相较于民事法律关系所关注的形式正义，劳动关系更重视实质正义的层面。劳动关系本身不是平等关系，因而在法律调整时需要倾斜调整。在劳动者为残障者的情形中，这种实质不平等关系就更加深刻。与一般劳动者所面临的工资高低问题不同，在这些案例中，残障劳动者的收入甚至无法达到最低工资标准。用人单位以待工为由只给付残障者生活费，打断了其作为劳动者与最低工资之间的逻辑关系，而是以非在岗工作这种特殊状态游离于法律保护的范围之外。而劳动者获得适合工作岗位的诉求在实践中无法得到其他方面的支持，只能任由用人单位处置。

在司法程序中，尽管残障劳动者和用人单位作为诉辩双方，但二者并不是平等对话的关系。用人单位的取证实力和诉讼经验使其可以更容易获得法官判断的认可。一方面，用人单位有专门的法务部门和专业的律师团队，熟谙法律的内容和程序，况且还有背后隐含的用人单位作为实力雄厚的经济实体所关联的各种象征资本。而残障劳动者则多是光杆司令赤膊上阵，最好的情况也不过是获得援助律师的帮助，这一点也同样保留对援助律师本身实力以及微薄报酬所可能对应的援助力度的考虑。另一方面，残障劳动者很容易因维权能力弱而丧失应有的权益，且这种丧失由于其经济条件的限制甚至无法证明，正如在案例中出现的因无力支付鉴定费用而失去实体权利的悲剧。而法院要求残障劳动者承担证明责任以及证明不能的不利后果，又无形中增加了其权利实现的难度。

（二）缺乏对用人单位的制约监督

在尚未建立劳动关系之前，用人单位通过各种不合理要求对残障者不予录用，其实质是一种歧视行为。在已经建立劳动关系之后，劳动者出现残障的情况，部分用人单位采用各种手段甩掉包袱、推卸责任。有两起案例中都出现了用人单位以劳动关系和补贴之名行侵犯劳动权和推脱保障义务之实。在残障者就业机会短缺的现实情况下，用人单位许下承诺却不信守，随意食言，在残障者生理条件不允许的情况下强人所难，要求盲人从事以视力正常为前提的工作，并在其无法完成时与之解除合同。在不需要视力的岗位上以视力不合格为由而不录用残障者，且这种歧视行为因缺乏监督竟已经侵害残障者平等就业权而无须承担相应后果。尤其是用人单位采用伪造解除合同文件的非法手段实现其不

负责任的目的,却没有相关的制约和责任追究机制,这大大降低了其侵害残障劳动者权益的违法成本,恶化了残障劳动者群体的就业生态。

(三) 残障者司法维权的能力不足

这种能力包括对法律程序的把握和运用,包括选择恰当的诉讼类型、把握提起诉讼的时间、理清事实和证据链。残障劳动者由于法律知识的欠缺而未能在法律规定的时间内提出请求,不清楚仲裁与诉讼之间的关系,不能有效证明诉讼请求与所提供的事实之间的关联等原因导致败诉。另外,残障者在权益受到侵害的过程中缺乏收集和固定证据的意识,错过证明侵害和追究责任的最佳时机,在法庭审理阶段因证据存在问题而有苦难言,有理无据。而这种不足客观上是由法律知识的普及不够和经济帮扶的力度不够造成的,正如案例中出现的唯一监护人深陷于照顾残障劳动者生活的困境而无法投入时间、精力、财力于繁复、漫长的司法程序。与维权能力关联的问题是维权难度,由于司法实践中缺乏判断歧视的具体标准,用人单位很可能以其他借口剥夺残障者的劳动权,导致残障者遭受的实际损害无法获得有效的司法救济。

(四) 经济形势波动的影响

在更深的层面上,其中有两起案件涉及2002年国企改制的特殊背景,这一时期的普通劳动者处境尚且不佳,更何况更为弱势的残障劳动者。其他案件则受近年来市场竞争和政策变动的影 响,传统福利企业在竞争加剧的情况下数量持续下降,无法继续保持安置残障者就业的规模,大量裁减从业人员。如福建省全省注册福利企业减半,济南市十几家福利企业的退出,都反映了当时市场环境的特点。

(五) 政府公共政策的导向

2007年起实施的新税收优惠政策虽有明显进步,但比之上世纪八九十年代对福利企业的认定和税收优惠,每人每年3.5万元的限额使企业所获支持有所减少。而福利企业本身的隐性用人成本高,需要承担很多意外风险,残障者工作效率较低,工作中可能存在沟通障碍,导致部分单位选择缴纳残疾人就业保障金来代替招收残障者就业。

四、加强残障者劳动权司法保障的对策

(一) 域外经验

美国的残障者就业保障制度,主要是在20世纪60年代黑人民权运动的背

景下发展起来的,以《康复法》和《美国残疾人法案》为专门法律保障。1973年的《康复法》首先规定残障者歧视条款,从社会福利层面禁止歧视残障者,要求合理照顾并积极雇佣残障者。1935年《国家劳动关系法案》(National Labor Relations Act)明令禁止以残障为由拒绝雇佣。1941年成立的公平就业委员会(Fair Employment Commission),接受投诉和解决就业歧视。1973年的《康复法》规定:“联邦政府部门、联邦政府采购合同方或接受联邦资助的机构不得歧视符合工作条件的残障者,要尽到合理照顾的义务并且采取积极措施雇佣残障者”^⑨;1900年,美国通过《美国残疾人法案》(The Americans with Disabilities Act (ADA)),规定禁止歧视残障者,关于工作申请程序、雇佣、晋升、或解雇、赔偿、培训或其他条款中,不得以残障为由而歧视有资质的残障者,这一法律加强了残障者政策的就业导向。^⑩

美国政府亦对残障者就业予以充分重视。有学者提出,出于对人力资源的充分利用,应当解决公私部门残障者就业率低下的问题。1998年,美国总统克林顿成立总统促进残疾人就业小组(Presidential Task Force on the Employment of Adults with Disabilities);2001年,美国劳工部成立残疾人就业政策办公室(Office of Disability Employment Policy (ODEP)),旨在通过制定或影响有关残障者就业的政策和实践增加残障者就业。2008年,美国平等就业机会委员会发布报告,“提高特定残障者在联邦工作机构的参与率”。

在美国残障者劳动权保障的制度中,尤其值得重视的有一个主体和两个制度。其中,一个主体是平等就业机会委员会(The Equal Employment Opportunities Commission (EEOC)),两个制度分别是合理调整制度和雇主抗辩制度。

1. 平等就业机会委员会

在成立之初,平等就业机会委员会仅规范与联邦政府存在合同关系的企业,且只有庭外调解权力,而无诉讼的权力,调解的结果由雇主自愿执行,委员会无权过问。因此调解结果即使不能实现,委员会也束手无策。1964年《民权法案》实施后,该委员会成为一个独立的联邦法律机构,制定反就业歧视相关政策,督促联邦反就业歧视法律、法规的实施,获得了诉讼和强制执行权。

此后,该委员会依据《康复法》和《美国残疾人法案》,接受投诉、展开

^⑨ 谢增毅:《美国就业中的反残疾歧视——兼论我国残疾人按比例就业制度》,载《月旦财经法杂志》2007年第9期。

^⑩ Richard V. Burkhauser and Mary C. Daly, “Policy Watch: U. S. Disability Policy in a Changing Environment”, *The Journal of Economic Perspectives*, (2002), pp. 213-214.

调查、调解矛盾。平等就业机会委员会工作启动的方式包括两种，一是接受受害者的投诉，二是主动调查已发现的就业歧视行为；然后展开调查，调解双方矛盾、执法或提起民事诉讼。投诉被接受之后，委员会将在 10 天内通知雇主，并根据案情需要查阅和复制有关文件，询问有关人员，且雇主有义务向委员会提交有关雇用行为的报告及相关记录。^⑪ 如果委员会有理由认定存在歧视行为，作出决定前，与雇主或工会进行不公开调解，以保证调解无效时不影响诉讼。调解生效则委员会代表、投诉人、被投诉人三方签字后生效。平等就业机会委员会认定就业歧视后，受害人可能获得雇佣、复职、合理照顾、晋升以及其他可以补偿个人损失的救济。平等就业机会委员会的处理是司法的前置程序，起诉包括两种情形，一是平等就业机会委员会确定就业歧视已经发生，且协商解决失败；二是平等就业机会委员会作出不起诉决定，受害人希望通过诉讼程序获得惩罚性赔偿。

2. 合理调整制度

《美国残疾人法案》规定的合理调整的措施包括，对残障员工进行职务调整，将其调整到其他能胜任的岗位，或者修改其工作时间，对其体检、培训等活动也要进行适当调整。^⑫

3. 雇主抗辩制度

《美国残疾人法案》规定，雇主可以提出真实职业资格抗辩，但雇主须证明拒绝雇佣与工作相关，即工作标准与完成基本工作职责的能力相关，且须证明工作标准是完成基本工作所必须的，必须合理安置后仍不能有效完成基本工作。^⑬

（二）借鉴与对策

美国残障者劳动权保护制度和实践对我国具有借鉴意义。首先，平等就业机会委员会的主动介入，可以有效解决残障劳动者维权不及时或不得力的问题，尤其是委员会所具有的执法权，使得其可以要求用人单位予以配合，获得有效证据和促成有效的协商、调解，并对用人单位的侵权行为予以有力的制裁。我国劳动争议处理的程序包括协商、调解、仲裁、诉讼四个阶段，首先与用人单位协商解决；不愿或不成，可向企业的劳动争议调解委员会申请调解；调解不

^⑪ 杨伟国、陈玉杰：《美国残疾人就业政策的变迁》，载《美国研究》2008 年第 2 期。

^⑫ 参见刘鑫、徐伟功：《美国反残疾人就业歧视法律制度及其借鉴研究》，载《劳动关系》2015 年第 5 期。

^⑬ Nancy Lee Jones, *The Americans with Disabilities Act (ADA): Overview, Regulations and Interpretations*, New York: Novinka Books, 2003, p. 27.

成,可向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;不服仲裁裁决,可向法院起诉。各个环节之中,缺少一个类似于平等就业委员会的调查、执法机构,来代表弱势的残障劳动者与用人单位博弈,以实现其合法权益。

其次,合理调整制度,类似于我国法律规定的为残障者调整“适合工作”,即因工负伤致残者,被鉴定为五级、六级伤残的劳动者,单位应该保留与该劳动者的劳动关系,由单位安排适当工作。雇主抗辩制度则将举证责任转移给更具有证明能力的雇主。因此,结合上文的制度借鉴和本文第二部分所总结的实践问题,具体可以从以下几个方面完善残障者劳动权的救济效果。

1. 实行举证责任倒置

在对残障劳动者倾斜保护的语境下,诉讼程序也应对“谁主张,谁举证”的原则作出相应的调整。显然,用人单位掌握基本的用工资料、上班记录和合同备案,最有能力也最有便利提供证据以明确真相。而将证明责任分配给残障劳动者,不仅受制于用工单位权力造成的压力,而且在因残障待工休养的情况下,完全没有获得用工单位相关信息的途径。在案例中出现的用人单位有意隐瞒证据或推卸责任的情况下,应严格其证明责任,尤其是在智力残障或判断能力不足的情况下签署的合同应认定无效。用人单位伪造后而被残障劳动者因不完全知情而补强的证据,证据力认定应低于一般证据。

值得一提的是,最高人民法院已经有针对性地发布了指导性案例,以此强调对残障者劳动权的保障,鼓励残障者参加适合其能力的劳动,维护残障者的合法权益。2013年,一级智力残障者孔某与北京某物业管理公司签订了2年的劳动合同,期间,孔某在不理解文件性质的情形下签署了离职申请。法院认为孔某不具备相应的判断能力和理解能力,而应征得其法定代理人的同意。孔某代理人对此不予认可,离职申请应属无效,物业管理应支付终止劳动合同的经济补偿金。^⑭

2. 强化对残障劳动者的司法救助

劳动争议处理的时间长、花费大,对于残障劳动者维权来说都可能成为阻碍和负担。在因工致残的情形中,工伤认定应当先裁后审,其中劳动仲裁2个月,诉讼一审期限6个月,二审期限3个月,前后最少需要一年左右的时间。案例中的林某先后两次提起仲裁、两次起诉和上诉,用了5年时间也未能实现诉讼请求,5年间奔波于法院之间的人力和财力投入,对于已经失去工作的当

^⑭ 《最高人民法院公布10起残疾人权益保障典型案例》,载《人民法院报》,2015年5月14日。

事人是难以承受的。因此,为减轻当事人的讼累,应当简化诉讼程序,或者仲裁前置改为由当事人选择仲裁或起诉,以节省争议处理的时间。

另外,残障劳动者在经济方面的劣势很大程度上制约了其实体权利的实现。在张某的案件中,因一审时无力支付笔迹鉴定的费用,且向法院申请免交或缓交又未得到认可,最终错过了笔迹鉴定的机会,无法证明合同签字不是本人签署。没有财力支持诉讼权利的行使,导致实体权利的实现缺乏证据,这样的财力差别在残障劳动者和用人单位之间是始终存在的。因此,法院应当在程序上消弭或减小这一差别,避免因经济原因造成的证据不足。对于残障劳动者因经济情况发生的举证困难,应由法院或与法院合作的社会组织协助取证,必要时予以鉴定费用的减免或专项资金的支持。

3. 发挥残疾人联合会和工会的监督制约作用

残疾人联合会能够联合各企业工会保护各地残障劳动者的权利,监督用人单位对残障劳动者的用工行为,成为残障劳动者的坚强后盾。残联可以通过对用人单位照顾残障劳动者的行为予以表彰,并对不负责任的企业予以消极评价,以增强企业的责任意识。工会能够制约用人单位对残障者的不公行为,在判断工作岗位是否适合残障劳动者的问题上应积极参与,避免用人单位以没有适合岗位为由搪塞残障者。同时,劳动保障部门要特别关注残障劳动者的工资保障,防止用人单位以生活补贴代替工资支付而导致残障者生活陷入困境。

4. 增强残障者就业保障

一方面,通过普及残障者基础教育和扩大职业教育的范围,实现扩展残障者的就业市场的目的。以往残障者就业多集中于中低水平的劳动,未来应以多领域的就业来减轻经济形势波动和经济转型对残障者的影响。事实上,中国残疾人联合会、人力资源和社会保障部已经联合开展了就业援助活动,帮助包括残障者在内的10万就业困难群体实现就业。河南省也投入6,000万的资金用于培训残疾人,培训后实名制就业达3万人。北京市发布了《北京市残疾人职业培训补贴暂行办法》,每年计划支出残疾人就业保障金达1,000万元。

另一方面,国家应继续加强对吸纳残障劳动力企业的税收优惠力度,鼓励更多企业承担社会责任。2016年,财政部、国家税务总局联合发布《关于促进残疾人就业增值税优惠政策的通知》,按照安置残障者的人数对单位和个体工商户实行增值税限额即征即退。财政部在2017年调整残疾人就业保障金的征收政策,通知中扩大了残疾人就业保障金的免征范围,减轻了小微企业的负担,在长远上促进实体经济发展,并通过工资水平与保障金征收水平的对应来保证

保障金的征收,实现残障员工利益与企业利益的平衡。

5. 提高残障者维权意识和能力

政府有关部门应联合相关社会组织开展多层次的普法活动和法律援助。普法方面,可以由高校法律院系、律师事务所等与各地残疾人联合会展开合作,进行法律知识普及和法规的相关培训,使残障劳动者提前了解维权的方式和方法。维权方面,可由公益律师和残障者公益组织的志愿服务者与各企业工会合作,并和出现劳动纠纷的残障劳动者结成帮扶小组,及时了解纠纷发生原因和解决动态,并帮助搜集和固定证据。同时,增强对援助残障者律师的奖励力度,鼓励更多的法律工作者加入到残障劳动者维权的事业中来。

“矜寡孤独废疾者皆有所养”是我国自古以来对理想社会的期待。残障劳动者能够从事与其能力相适应的工作,不仅可以减轻国家和其所在家庭的负担,也给予了残障者融入社会、实现自我价值的机会。因此,法律更应该保障残障劳动者就业时不受歧视的权利。司法作为维护社会公正的最后一道屏障,尤其应该在程序设置中着眼于实质正义,给残障者以倾斜保护,使得权益被侵害的残障劳动者能够以更低的司法成本、更少的讼累、更有效的诉讼参与来维护其劳动权。

Abstract: There are mainly two disadvantages for the employment of the disabled. On the one hand, people with disabilities are comparatively underprivileged in the competition with other healthy workers; on the other hand, as employees, they are vulnerable groups as opposed to the employers. Although China has established a relatively complete legal system for the protection of the employment of the disabled, the tilt protection principle for the disabled based on substantive justice is not applied adequately during the judicial procedures, and some employees with disabilities don't have access to effective judicial remedies after their employment rights have been violated. Learning from the system design of the United States, which including the Fair Employment Commission, reasonable readjustment system, and employer counterargument system, the judicial remedies for labor rights of the disabled in our country could be improved by adoption of reversion of burden of proof and perfection of judicial reparation with combination of analysis of specific cases.

(责任编辑 朱力宇)