



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

社会保障法

第五版

Social Security Law

主 编 黎建飞



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

社会保障法

第五版

Social Security Law

主 编 黎建飞

撰稿人（以撰写章节先后为序）

林 嘉 余明勤 黎建飞

周万玲 孟雁北 李 静

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

社会保障法/黎建飞主编. —5 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 7
新编 21 世纪法学系列教材/曾宪义, 王利明主编
ISBN 978-7-300-21550-1

I. ①社… II. ①黎… III. ①社会保障-法律-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.182.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 149947 号

新编 21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

社会保障法 (第五版)

主 编 黎建飞

Shehui Baozhangfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

版 次 2000 年 10 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2015 年 8 月第 5 版

印 张 18.75

印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷

字 数 451 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

编审委员会

总 主 编 曾宪义 王利明

副总主编 韩大元（常务） 叶秋华 龙翼飞 郑 定
 林 嘉 刘明祥 刘 志

委 员 （按姓氏笔画排序）

马小红	王云霞	王作富	王欣新	王 轶	王新清	尹 立
冯 军	史彤彪	史际春	叶 林	田宏杰	刘文华	刘春田
吕世伦	孙国华	朱力宇	朱大旗	朱文奇	朱景文	江 伟
汤维建	许崇德	何家弘	余劲松	吴宏伟	张小虎	张志铭
张新宝	李艳芳	杨大文	杨立新	杨建顺	邵沙平	陈卫东
陈桂明	周 珂	范 愉	姚 辉	胡锦涛	赵中孚	赵秀文
赵晓耕	徐孟洲	莫于川	郭 禾	郭寿康	高铭暄	黄京平
程天权	程荣斌	董安生	谢望原	韩玉胜	黎建飞	戴玉忠

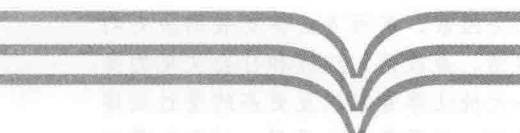
编委会办公室 郝晓明 黄晓蓉 侯 静

主 编 简 介

黎建飞，法学博士，中国人民大学法学院教授，博士生导师。1990年博士毕业于中国社会科学院。曾在国家劳动部政策法规司任法规处副处长，参与《劳动法》起草。兼任中国人民大学残疾人事业发展研究院副院长，中国劳动保障监察专业委员会副会长，人力资源和社会保障部干部培训师资源专家，中国残疾人联合会暨残疾人事业“十三五”发展纲要编制专家。曾讲学和访学于马赛大学和耶鲁大学。已出版专著与合著数十本，发表中英文论文数百篇。获中国人民大学教学评比一等奖、第三届中国法学优秀成果一等奖。

内 容 简 介

本书力图反映我国社会保障立法的最新变化和典型案例，尤其是《社会保险法》实施以来社会保障领域的立法与实践。既有实施细则、司法解释，又有认定办法、转移衔接，还分析了当事人诉人力资源和社会保障局行政不作为案、档案与身份证年龄不符能否退休案、公司拔河累死员工的工伤争议案和女职工违反计划生育政策不能解雇案，评析案件所援引的法规法条，阐述条款背后的法学原理。对于美国医疗照顾不足等现象的关注扩展了本书的国际视野。对于社会保障领域具体话题的深入，既表明了我国的社会保障法制建设日趋深化与细化，也体现出教学与研究向专门领域的纵深。作者的这些努力不仅可以保持本门学科的新颖与前沿，也预示着本门学科的发展与趋势。



总 序

曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代



理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至20世纪70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。

1997年,国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术,特别是计算机网络信息技术的发展,使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变,并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言,在21世纪所要面临的,不仅是教学内容、研究对象的多元化问题,而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题,这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果,在全国法学教育领域处于领先地位,并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计,中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人,培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力,中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势,在现职教师中,既有一批资深望

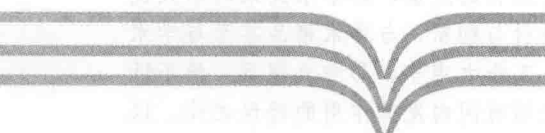


重、在国内外享有盛誉的法学前辈,更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时,也积极投身于国家的立法、司法实践,对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此,中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商,决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量,出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材,包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材,也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内,到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时,业已出版了50本作为50周年院庆献礼,到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要,最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列,即:“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”,总数将达二百多本。我们设想,本套教材的编写,将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先,本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔,约请全国高校优秀学者参加,形成学术实力强大的编写阵容。同时,在编写教材时,将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果,注意国际学术发展的最新动向,力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿,反映各学科成熟的理论,体现中国法学的水平。其次,本套教材在编写时,将针对新时期学生特点,将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来,注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信,经过组织者、编写者、出版者的共同努力,这套法学教材将以其质量效应、规模效应,力求成为奉献给新世纪的精品教材,我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



序 言



法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习法律的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥



补教材的欠缺和不足,但对那些没有老师指导的自学者而言,教材就是老师,其重要作用是显而易见的。

长期以来,在我们的评价体系中,教材并没有获得应有的注重,对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中,教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实,要真正写出一部好的教材,其难度之大、工作之艰辛、影响之深远,绝不低于一部优秀的专著,它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例,所谓法学阶梯,即法学入门之义,就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓,千百年来,一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过,大学教授有两大任务:一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书;二是选择自己最有兴趣、最看重的题目,集中精力进行终生的研究。实际上,这两者是相辅相成的。写出一部好教材,必须要对相关领域形成一个完整的知识体系,还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功,实际上也很难写出优秀的专著。当然,也只有对每一个专题都有一定研究,才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速,成绩显著,但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐,这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材,为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来,中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构,中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂,编写了第一套社会主义法学讲义,培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生,产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来,中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才,并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献,也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口,并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献,我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持,我们组织编写了本套教材,其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列,分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主,反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版,一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



第五版导言

残疾人法的发展与启示

一、我国残疾人法的创立与发展

1990年12月28日,中国第七届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《残疾人保障法》,于1991年5月15日实施。这既是中国的第一部残疾人立法,也是中国第一部社会保障方面的立法。1994年8月23日,中国《残疾人教育条例》颁布,并于颁布之日起实施。2007年2月14日,中国国务院第169次常务会议通过《残疾人就业条例》,自2007年5月1日起实施。2008年4月24日,中国修订了《残疾人保障法》,自2008年7月1日生效实施。

有关残疾人的立法,甚至是有关社会保障和社会福利方面的立法,通常都出现在一个相对集中的时间。我国集中在改革开放后的上个世纪末和本世纪初,证明改革开放不仅引入了先进的法律观念和法律制度,而且中国经济的发展也为残疾人权益以及其他的社会立法提供了物质支撑。与通常先从具体事务着手立法,然后发展到一般性或者说全面性的立法不同,中国一开始就颁布了一部全面性的立法,即《残疾人保障法》。这是符合后发展国家的立法规律和进程的,因为有了发达国家在立法中的经验和模式,可以直接参照或者参考借鉴。

从发展阶段来看,中国残疾人社会福利政策与立法的演进大致可分为三个阶段:初创时期(1949—1966年)、停滞时期(1966—1978年)、恢复和发展时期(1976—2007年)。其中,第三个阶段是我国残疾人福利事业发展的主要阶段,也是成果最为丰硕的一个时期。以2008年北京残奥会为契机,中国残疾人福利事业发展进入了一个快速发展时期。

1978年以后,中国进入以经济建设为中心的新的历史时期。国家对推进残疾人福利事业发展采取一系列重大举措:1978年,中国盲人聋哑人协会恢复活动;1984年3月,中国残疾人福利基金会成立;1986年7月,联合国“残疾人十年”(1983—1992年)中国组织委员会成立;1987年4月,进行了第一次全国残疾人抽样调查。1988年3月,中国残疾人联合会成立;随后,各省、市、区县陆续建立了残联组织,形成了统一的残疾人组织体系。1993年9月,国务院成立了残疾人工作协调委员会,2006年更名为国务院残疾人工作委员会。地方各级政府也成立了相应机构,在方针、政策、法规、规划等重大问题与措施上加强领导与协调,初步形成了残疾人工作的组织管理体系。

中国在“残疾人”观念的变化如同中国的社会进程,尤其是改革开放以来的社会进程一样,是在较短的时间里,同时经历了多个阶段相互发展与递进,并在总体上迅速缩短了



与发达国家在残疾人权益保障法律制度上的差距。短短三十多年，我们走过了从“残废”到“残疾”，从“康复”到“福利”，从“救助庇护”到“就业比例”，从“扶助护理”到“无障碍设施”，从“取笑素材”到“正面形象”的路程。这些都是应当充分肯定并得到全球认可的。

就立法技术而言，我国残疾人立法既经验丰富也有所欠缺。

1. 适用对象。我国《残疾人保障法》第1条表述是：“为了维护残疾人的合法权益，发展残疾人事业，保障残疾人平等地充分参与社会生活，共享社会物质文化成果，根据宪法，制定本法。”表明这是一部全面保障残疾人权益的法律。这样的表述看上去很全面，似乎什么都涉及了、什么都规定了，但我国残疾人保障法是缺乏操作性的法律。很难设想，一部不足十章、不到百条的法律能够满足中国残疾人全部的法律需求。过分概括的条文，过分宽泛的文字，都难以让法律在现实生活中真正得到实施。有关残疾人的法律制定以后，在司法救济中几乎都没有适用过。因此，我们有必要思考：这类法律的规范意义究竟是什么？它的实施价值何在？它的法律效果是什么？为什么这些法律和司法没有关系？

2. 残疾定义。我国《残疾人保障法》第2条表述为：“残疾人是指在心理、生理、人体结构上，某种组织、功能丧失或者不正常，全部或者部分丧失以正常方式从事某种活动能力的人。残疾人包括视力残疾、听力残疾、言语残疾、肢体残疾、智力残疾、精神残疾、多重残疾和其他残疾的人。残疾标准由国务院规定。”这样的表述同样不具有操作性。以“我是七级伤残（车祸造成一只眼失明摘除），我能算残疾人吗？我能享受政策的优待吗？”这样一个问题为例。答案至少得说明视力残疾的表现和类别，尤其需要说明视力残疾的分级。而这样的答案，非专门从事此项工作的政府工作人员，谁也不可能在相关的立法或者规范性文件上了解清楚、进而回答明白。

3. 残疾告知。残疾人法通常会禁止雇主在工作申请过程、聘用、解聘、升迁、报酬、培训以及其他雇佣与招聘的条款与条件上歧视残疾人，这里面包括了广告、任期、暂时解聘、假期以及所有其他与聘用相关的行动。我国缺乏这方面的规定，实际情况也正好相反。中国《劳动合同法》第二章“劳动合同订立”的第8条中规定：“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。”其明确要求劳动者在求职时“如实告知”的义务，并且没有将残疾人排除在外。

4. 无障碍设施。中国的《无障碍环境建设条例》经2012年6月13日国务院第208次常务会议通过，自2012年8月1日起施行。笔者亦为制定该《条例》的参与者和《条例》的“法律责任”课题负责人，我们在起草和实施中面临的主要问题是：（1）无障碍设施被阻碍或者占用后，怎样进行法律救济？（2）谁来负责追究无障碍设施的违法行为？（3）违法者应当承担怎样的责任？在中国，无障碍设施被占用的情况很普遍，这也是在公共场所看不到残疾人的一个重要原因。残疾人的停车位得不到保障，从立法到实施都存在阻挠。以停车场为残疾人预留车位为例，在立法中就并不是一件顺理成章的事。最大的问题是停车位稀缺，截至2012年9月，北京有512万辆汽车，但截止到2013年5月，却只有217万个停车位。因此，许多人反对留出停车场供残疾人使用。他们认为这将是一种浪费，会导致更多的交通问题。但这是残疾立法应当坚持的，也是全体社会成员应当和必须做的。

在传统意义上，无障碍仅指设施无障碍。在社会信息化的今天，发展到了信息无障碍。信息无障碍包括两个：电子和信息技术无障碍、网络无障碍，要求任何人在任何情况下都能平等地、方便地、无障碍地获取信息、利用信息。在这方面，我们既有传统媒介的无障



碍建设问题,也有新兴媒介的无障碍标准问题。前者如电视节目的手语和字幕,在诸如“新闻联播”这类的重要节目中仍尚付阙如。因此,相关的法律规则应当更加具体和细化,相关的法律责任应当加重和得到追究。

二、残疾人法模式与观念的比较

1918年和1920年,美国国会通过了康复计划,保证联邦资金用于职业培训和就业辅导。1921年,美国联邦政府建立了一个退伍军人局提供伤残军人的伤残补偿和职业康复。1935年,美国国会通过《社会保障法》,这是人类社会第一次对社会保障进行系统和统一的立法,也创建了一个永久性的残疾人权益的社会保障制度。1990年7月26日,美国颁布了《残疾人法》(ADA),被看做是“一个大锤打掉了可耻的隔阂,排除了把残疾人与美国社会相分离的传统做法”。此外,美国还先后颁布实施了《电信法》(1996年,在1934年立法上修订)、《公平住房法》(1968年)、《航空运输无障碍法》(1968年)、《老年人和残疾人投票无障碍法》(1984年)、《联邦选民登记法》(1993年)、《机构内的个人民事权利法》(1997年)、《残疾人教育法》(在1975年儿童法上修订)、《康复法》(1973年),以及《建筑无障碍法》(1968年)。

与美国立法发展相伴随的,是美国残疾人观念的变化。其发展与变化经历了三个阶段。正如 Joseph Shapiro 所言:美国在20世纪70年代开始了残疾人权利运动,“但是,盲人救济法律,提供特别救助的立法,有27个州是在20世纪20年代和30年代初期制定的……”^①尤其是最近五十多年来,伴随着美国的人权运动,完成了就残疾人身体而言的医疗模式,从医疗模式向社会政治模式,再从社会政治模式向少数人权利模式的转变。这一发展变化,既是对残疾人的法律保障从身体到权利的转变,也是对残疾人的法律保障从外在“给予”到内在“应有”的转变。了解和研究这一发展变化的特点和进程,不仅是理解美国残疾人法律制度的需要,而且对于中国残疾人法律制度的健全和发展具有特别重要的意义。

1. 医疗模式

20世纪早期,美国残疾人的医疗模式也称为“康复模式”(这是中国目前正在着手进行和立法的工作)。该模式定义残疾人是源于其个人的缺陷,是个人需要治疗残疾或者阻止残疾状况恶化。^② Mary Crossley 把这一模式描述为:“个人是残疾的载体。因此,满足残疾者个人的需求和帮助他们合乎情理的。在这种模式下,导致个人残疾的原因是因人而异而且不足为道的……因此,在医学模式下,残疾者个人的问题仅仅取决于残障的程度。”^③“依据医学模式,残疾人个体是其曲折命运不幸的受害者,而这种不幸在本质上被看作是一种个人或者家庭的不幸,而不是社会有责任来补救的不幸。”^④

受这种模式及其理论的影响,立法主要表现为残疾人的康复计划,保证联邦资金用于职业培训和就业辅导(1918年和1920年康复立法,1921年退伍军人伤残补偿和职业康复

① Joseph Shapiro, *NO Pity: People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement* (1994) 64-64.

② See Pamela Brandwein & Richard Scotch, “The Gender Analogy in the Disability Discrimination Literature”, 62 *Ohio St. L. J.* 465 (2001).

③ Mary Crossley, “The Disability Kaleidoscope”, 74 *Notre Dame L. Rev.* 649-50 (1999).

④ *Ibid.*, 651.



立法, 1935 年社会保障法)。第二次世界大战结束后, 被称为“膨胀”了的联邦康复方案, 尤其是康复中心的庇护工场的建立, 开始有计划和有组织地“帮助”残疾人士通过工作养活自己。“有些研究残疾人的学者认为: 这是一种体现了经济模式的医疗模式。在这种模型中, 残疾不再简单地被看作只是一个医疗问题, 而且其特别重要的意义在于一个残疾人能够凭其个人的能力被高薪聘用。”^①

2. 社会政治模式

这一模式的意义在于把残疾人的缺陷从内部转向外部, 从自身转向社会。换言之, 残疾人在社会生活中所受到的限制或者遭遇的麻烦, 不是因其个人存在缺陷或不足, 而是社会本身存在障碍, 是社会对残疾人施加的约束。因为现代社会环境的出发点和归属都是专为“普通人”提供的, 至多是在普通人需求的基础上“增加或者减少半个标准”^②。

医疗模式和社会政治模式的区别就在于残疾人面对的障碍不是由其有身体缺陷所致, 而是由一个不友好甚至是敌对的社会环境所致。在社会发展进程中, 从来不把残疾人作为正常或者普通人的一部分, 从来也不关注残疾人的各种需求和能力, 因此, 在人类社会中, 也就从来不曾有过为残疾而建构的社会结构和制度。“其结果是, 社会对于那些不符合特定样式的身体和精神有缺陷的残疾人制造了障碍。”^③ 用 Richard Scotch 的话来说就是: “楼梯限制了坐轮椅的人进入, 印刷字样限制了盲人的阅读。”^④

在这上面, David Pfeiffer 的说法具有典型意义: “它取决于所谓‘正常’的概念。也就是说, 一个行动受到限制的残疾人, 只是一个不能以(所谓的)‘正常’方式行动的人。但是, 什么才是正常的方式呢? 有些人愿意步行, 有些人会骑自行车、坐公共汽车或者出租车或者驾他们自己的爱车; 其他人则愿意踩着滑板或者溜着旱冰鞋。而有些人就是要用轮椅。所以, 我认为, 并没有所谓‘正常’的出行方式。”^⑤ Robert Burgdorf 的结论是: “在人类社会中, ‘有残疾的人’与‘无残疾的人’之间并不存在阵营分明的界限……残疾是‘来源于社会群体中自然而然的属性, 它或早或迟地会出现在我们大多数人的生活中’。”^⑥ 在此基础上, 很多学者关注到了现代社会中的文化现象, 一些电影和电视节目把残疾人刻画成无助无奈甚至是可怜的生物。这种现象在当今的中国, 表现为在喜剧节目中以残疾人作为取笑的对象, 或者把残疾人的生理缺陷作为剧情中添加的笑料。

3. 少数人权利模式

少数人权利模式实际上是把残疾人权利与种族、性别等平等权利相结合的一种模式, 也是在上述模式的基础上把残疾人权利引向特殊保护的模式。对此, Hahn 的解释是: “如果分配给残疾选手的赛道上堆满了障碍物……这样的竞争很难被认为是公平的。而且, 对于大多数残疾儿童和成人而言, 摆放在他们面前的通行障碍、交流障碍、轻蔑态度和歧视

① Harlan Hahn, *Towards a Politics of Disability: Definitions, Disciplines and Policies*, 22 (1985).

② Harlan Hahn, “Accommodations and the ADA: Unreasonable Bias or Biased Reasoning?”, 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 166, 173.

③ Laura L. Rovner, “Disability, Equality, and Identity”, *Alabama Law Review*, Vol. 55: 4; 1043, 1052.

④ Richard Scotch, “Models of Disability and the Americans with Disabilities Act”, 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 215 (2000).

⑤ David Pfeiffer, *The Disability Paradigm and Federal Policy Relating to children with Disabilities* 6 (1998).

⑥ Ibid. at 1053.

环境几乎是不可逾越的。”因此，“解决之道显然当然是‘清除障碍’并改变环境，而不是改变残疾人”^①。“清除障碍”所需要的不是简单地邀请大家来参加比赛，而是给予残疾人比同等待遇更多的权利，才能确保他们有真正的平等机会。“与一开始就充满斗争的女权运动不同，建立在平等对待基础上的残疾人立法落后于已经实现了的包容和参与的目标。”^②

中国已经有了残疾人的专门立法，也规定了诸多残疾人的权利。这些表象似乎对于上述三个发展阶段的美​​国观念都有所体现。但实际上，中国现有的残疾人观念依然停留在“慈善”与“人道”上。前者可能从我2012年2月23日接受《方圆》杂志记者采访，标题为《专家：残疾人保护需实现从慈善到权利观念转变》的报道中得到证明^③：“黎建飞表示，我国残疾人权益的保护工作还处在起步阶段，与国外相比还有不小的差距。在我国，很多人并没有平等地看待残疾人，而是把他们当成一种慈善对象，向他们捐赠物品、献爱心。‘捐款、捐物仅仅是初级阶段的慈善，而慈善、关爱并不足以反映残疾人事业的本质，有的残疾人甚至不愿意接受别人的关爱。’”^④

人道主义无疑是残疾人观念中的重要内容，在中国尤其具有重要意义。但是，如果长期只是停留在“人道主义”上，将会影响到残疾人权利的维护和保障，影响到残疾立法的深入、专项和全面发展。为此，在残疾人立法观念上，我们需要一个根本性转变。“‘为残疾人融入社会提供一定的设施和帮助，有助于残疾人增加自信，回归社会，寻回尊严，从而真正减少社会成本，增进社会和谐。但这不是施舍和援助，也不是慈善，而是国家和社会应当提供的，是残疾人的一种权利。’黎建飞说，‘从慈善到权利是社会观念的一个根本性转变。’”^⑤

人道主义强调的是同情，是帮助，是给予，这与美国残疾人观念中的“社会政治模式”、“少数人权利模式”是存在差距的，甚至与“医疗模式”都有一定的距离。在西方，人道主义具有相当丰富的内涵，也有相当重要的影响；在中国，人道主义是与慈善和施舍相关联的：说明的是出于“善良”与“同情”，表现为“做好事”和“给予”；特别强调的是：我这样做不是基于“应当承担的责任”，相反，我是没有任何责任的，只是“出于人道主义”而为之。^⑥

具体到美国残疾人观念发展变化的历程，尤其是对残疾人法律的影响，其中的一些现象值得思考。首先是对残疾人的认识、认可和保障经历了从自身到社会、从生理到心理、从救助到融入的过程。在这个过程中，残疾人的权益成为了权利，残疾人的障碍变成了保障，而且是从生理到社会、从就业到生活、从工作到休闲全方位的保障。其次是残疾人观

① Harlan Hahn, "Accommodations and the ADA: Unreasonable Bias or Biased Reasoning?", 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 189 (2000).

② Arlene Mayerson & Silvia Yee, "The ADA and Model of Equality", 62 *Ohio ST. L. J.* 537 (2001).

③ 参见程胜清：《专家：残疾人保护需实现从慈善到权利观念转变》，见正义网—方圆，2012-02-23；http://news.jcrb.com/jxsw/201202/t20120223_810670.html。

④ 程胜清：《专家：残疾人保护需实现从慈善到权利观念转变》，见正义网—方圆，2012-02-23；http://news.jcrb.com/jxsw/201202/t20120223_810670.html。

⑤ 程胜清：《专家：残疾人保护需实现从慈善到权利观念转变》，见正义网—方圆，2012-02-23；http://news.jcrb.com/jxsw/201202/t20120223_810670.html。

⑥ 参见《3岁娃打狂犬疫苗后残疾获25万人道主义救助款》，载《广州日报》，2013-09-27；见<http://sc.people.com.cn/BIG5/n/2013/0927/c345167-19608464.html>，访问日期：2013-11-11。



念的转变直接导致了立法的变化,几乎每一个阶段都对应的是具有这个阶段特征的立法,这也同时表征了美国残疾人立法的发展与演进过程,同样是从生存到生活,从救护到全纳,最后发展为与健全人完全同一的权利形态,以及在此前提下对残疾人权利的特殊保障。

与美国这三个阶段发展不同,中国残疾人观念的变化如同中国的社会进程,尤其是改革开放以来的社会进程一样,是在较短的时间里,同时经历了多个阶段相互发展与递进,并在总体上迅速缩短了与发达国家在残疾人权益保障法律制度上的差距。短短三十多年,我们走过了从“残废”到“残疾”、从“康复”到“福利”、从“救助庇护”到“就业比例”、从“扶护理”到“无障碍设施”、从“取笑素材”到“正面形象”的路程。这些都是应当充分肯定并得到全球认可的。但同样由于过程的短促和急速,也带来了立法优于实施、原则多于规则等问题。

就立法的技术层面而言,立法文字的概括化、倡导性立法的合理化也是一个值得注意的问题。在笔者参加的立法工作会议上,听到了相关负责人对这类条款的强调,也看到了相关立法中这类条款的再现。对此应当如何理解与接受?在传统和规范的法理学层面,立法应当是具体的、明确的和规范的,或者简言之,法律条文应当是可以适用和实施的。但恪守这些规则却难以满足社会发展和变化的需要,转而接受一些例外似乎更加合理。但我认为,在承认这一规则变化的前提下,依然需要特别强调和重视法律条文的可适用性,依然必须考察法律条文在司法审判中的援引概率与频率。借鉴美国残疾人法中的“合理安排”及其适用经验,通过司法解释和司法审判形成援用相关条文的司法惯例不失为一种合理的选择。

在残疾人权益保障上,出现权利冲突现象时,应当在基本权利与普通权利冲突中优先保障基本权利,在残疾人权利与健全人权利冲突中优先保障残疾人权利。在实现残疾人基本权利时,如果出现合理需要的附加条件时,即便是增加社会或者相对人的负担,也必须给予保障或者“合理安排”,因为这不仅是法律的强制性要求,是社会和相对人的义务与责任,更是社会和谐保障,是社会文明与进步的标志。

三、我国残疾人法制建设的前沿与趋势

(一) 残疾人就业保障

对社会而言,就业乃民生之本。对劳动者而言,就业是生存之道。对残疾人而言,就业不仅仅是生存,更重要的是尊严!残疾人通过就业参与社会,实现残疾人、非残疾人的全面平等,证明残疾人与非残疾人都是社会生活中无任何差别的完全一样的人。

我国非常重视通过立法来保障残疾人的就业权利。《宪法》、《就业促进法》、《残疾人保障法》都有保障残疾人就业权利的专门规定,国务院制定了专门的行政法规《残疾人就业条例》,人力资源和社会保障行政部门也有一系列保障残疾人就业的举措,但我国残疾人在公开劳动力市场上的弱势地位并未得到根本性改变,就业过程中歧视残疾人的现象依然存在。2010年度我国残疾人状况监测数据显示,劳动年龄段生活能够自理的城镇残疾人就业率为34.0%,农村为49.2%,远低于非残疾人的就业率。在世界卫生组织和世界银行发布的《2011年世界残疾报告》中,男性残疾人的就业率整体上比男性健全人的低8个百分点,女性残疾人的就业率整体上比女性健全人的低10个百分点。我国的相关数据与此相比仍有