

美国高龄劳动者就业保障制度及其镜鉴

毛景*

目次

| | |
|-------------------------------|-----------------------------|
| 一、问题意向：为什么考察美国 | (三) 劳动法保障上的“张”与社会保障法保障上的“驰” |
| 二、制度体系：美国高龄劳动者的就业保障 | 四、制度镜鉴：我国高龄劳动者就业保障制度的设计与改进 |
| (一) 就业促进制度 | (一) 制度环境：高龄劳动者就业保障氛围之营造 |
| (二) 禁止歧视制度 | (二) 制度依据：高龄劳动者就业保障法制之完善 |
| (三) 解雇保护制度 | (三) 制度框架：高龄劳动者就业保障图景之刻画 |
| (四) 退休福利制度 | |
| 三、制度逻辑：寻求“张”与“驰”之间的衡平 | |
| (一) 高龄劳动者保障上的“张”与青年劳动者保障上的“驰” | |
| (二) 立法保障上的“张”与司法保障上的“驰” | |
| | 五、结语 |

摘要 美国高龄劳动者就业保障的制度体系主要包括就业促进制度、禁止歧视制度、解雇保护制度、退休福利制度等。在构建和完善高龄劳动者就业保障制度时，美国一直在寻求“张”与“驰”之间的衡平，具体表现为高龄劳动者就业保障上的“张”与青年劳动者就业保障上的“驰”、立法保障上的“张”与司法保障上的“驰”以及劳动法保障上的“张”与社会保障法保障上的“驰”。借鉴美国经验，结合我国实际，宜从制度环境、制度依据、制度框架三个方面建立健全我国高龄劳动者就业保障制度。

关键词 高龄劳动者 就业 保障 衡平 制度

* 湖南财政经济学院法学与公共管理学院讲师、法学博士。本文系江苏省社会科学基金青年项目“高龄劳动者就业保障法律问题研究”(项目编号：19FC005)的阶段性研究成果。

一、问题意向：为什么考察美国

“莫道桑榆晚，为霞尚满天”，在老年阶段，人生仍大有可为。2019年11月，中共中央、国务院印发《国家积极应对人口老龄化中长期规划》（以下简称《规划》）。《规划》指出，人口老龄化是社会发展的重要趋势，是人类文明进步的体现，也是今后较长一段时期我国的基本国情。同时，《规划》强调，必须改善人口老龄化背景下的劳动力有效供给。伴随着老龄化的加剧，青壮年劳动力供给将逐步减少。若无所作为，劳动人口总体数量会持续下降，必将对经济增长产生不利影响，并附带衍生一系列的社会问题。因此，充分调动大龄劳动者和老年人的就业积极性，促进有意愿和有能力的大龄劳动者和老年人的就业，构建和健全我国的高龄劳动者就业保障制度，乃时代之亟需。

关于高龄劳动者就业保障，我国学界已进行了一些有益探讨；从比较研究视角看，学界主要关注欧洲与日本的高龄劳动者就业保障制度，而甚少介绍美国的高龄劳动者就业保障制度。的确，在保障高龄劳动者就业的力度上，美国不如欧洲和日本。但是，需要特别注意如下三点：一是欧洲与日本具有高度发达的社会保障制度，制度体系健全而且保障水平极高；而美国社会保障制度逊色不少。我国社会保障制度正处于动态的演进过程之中，保障水平亟待提升。可是，在未来相当长的一段时期内，我国社会保障水平不太可能骤升至欧洲与日本的标准。二是欧洲与日本的高龄劳动者就业的主要动力并非迫于生计；在美国，高龄劳动者就业的主要目的是为了获取劳动报酬。我国的老龄化呈现“未富先老”为主与“边富边老”为辅的双重特征，绝大多数高龄劳动者从事生产劳动的出发点是获取经济收入。三是美国在过去几十年中通过一系列的立法变革，使得高龄劳动者的就业更加容易并更有回报。^{〔1〕} 综上，美国的高龄劳动者就业保障制度，对于我国而言，或许更有借鉴意义，至少提供了一个重要的参照系。

二、制度体系：美国高龄劳动者的就业保障

美国高龄劳动者就业保障制度庞杂而分散。依据劳动关系运行的轨迹，高龄劳动者就业保障涉及劳动者的入职前培训、招聘、劳动关系存续期间的待遇、解雇、解雇后的退休福利等内容。因此，笔者拟从就业促进、禁止歧视、解雇保护、退休福利四个角度简介美国高龄劳动者就业保障制度。

（一）就业促进制度

作为一个人口超过3亿的国家，美国不仅人口在老龄化，而且劳动力也在老龄化。^{〔2〕} 美国人口与劳动力的老龄化，肇始于婴儿潮一代逐渐临近退休。早在2010年时，50岁以上的美国人已达到9000万。据预测，到2075年，美国男性的预期寿命为84岁，女性的预期寿命是87岁。^{〔3〕} 预期寿命的延长，各项费用的支出可能随之增加，特别是长期照护费用。因此，绝大多数50岁以上

〔1〕 Sara E. Rix, *The Aging of the American Workforce*, 81 Chicago-Kent Law Review 593, 601 (2006).

〔2〕 Susan Bisom-Rapp, *Decent Work, Older Workers and Vulnerability in the Economic Recession: A Comparative Study of Australia, the United Kingdom, and the United States*, 15 Employee Rights and Employment Policy Journal 43, 63 (2011).

〔3〕 Kathryn L. Moore, *Raising the Social Security Retirement Ages: Weighing the Costs and Benefits*, 33 Arizona State Law Journal 543, 551 (2001).

的公民需要继续工作,以获取劳动报酬。为最大限度地满足中低收入老年人的经济需求和社会需求,向他们提供一系列服务,美国国会先后制定了《美国老年人法》(The Old Americans Act)和《老年公民自由工作法》(Senior Citizens' Freedom to Work Act)。前者的亮点在于为不同层级的政府之间以及政府与市场之间的合作提供了一个法律框架;后者则取消了社会保障退休收入测试。

在促进低收入高龄劳动者就业方面,1965年制定的《美国老年人法》发挥了至关重要的作用。1973年修改该法时,新增了一个第5款,批准向地方社区机构提供资金,创立社会服务就业补贴项目。《美国老年人法》第5款,又被称为《老年人社区服务就业法》。关于社区服务就业项目,可作如下分析:(1)服务对象。社区服务就业项目的资格条件是55岁以上并且收入低于联邦贫困线的125%(2019年为15613美元)。(2)服务内容。符合社区服务就业项目资格条件的高龄劳动者,如果具有就业意愿,可以获得职业培训和实习岗位的机会。在培训期间,参与该项目的高龄劳动者,须平均每周工作20小时,领取与最低工资相等的工资补贴。(3)资金来源。社区服务就业服务项目由联邦政府与美国退休人员协会联合资助。(4)主管机构。社区服务就业项目由美国劳工部主管。(5)参与组织。有资格参与社区服务就业项目并领取资助的组织包括三类:联邦公共机构、非营利组织以及部落组织。而且,这些组织必须具有管理跨州的项目的资质。需强调的是,社区服务就业项目,旨在缓解高龄劳动者的暂时经济困难和提升他们的就业能力。故,该项目向高龄劳动者提供的就业机会为非全日制的工作,实行就地安排,通常将高龄劳动者安排到他们所居住社区的学校、长期照护机构等单位的岗位上。

对于中等收入高龄劳动者而言,2000年制定的《老年公民自由工作法》为他们清除了就业的一个障碍,因为该法取消了“社会保障退休收入测试”。根据“社会保障退休测试”规定,当劳动者达到法定退休年龄(2000年为65岁)后继续工作,当收入达到一定数额(2000年为17000美元)时,他们会被扣除一些退休福利,换言之,不能领取全额的退休福利。《老年公民自由工作法》的通过,释放了中等收入高龄劳动者的就业积极性。

(二) 禁止歧视制度

关于美国禁止歧视制度所保护的主体,可从年龄与职业两个角度予以分析。其一,以年龄为依据的积极涵括。1967年《(禁止)就业年龄歧视法》制定时,保护对象为40—65岁之间的劳动者;1978年修正案将保护对象调整为40—70岁之间的劳动者;1986年取消了大多数劳动者的年龄上限。因此,目前《(禁止)就业年龄歧视法》所保护的劳动者范畴为40岁以上的劳动者(求职者 and 在职者)。其二,以职业为依据的消极排除。《(禁止)就业年龄歧视法》不适用于如下类型的劳动者:(1)劳动者人数低于20名的企业的劳动者;(2)各州由选举产生的公职人员及其所聘用的私人顾问、具有决策能力的政治任命人员、行使宪法和法律权力的人员;(3)企业的经理与高级决策者;(4)联邦政府中机场与塔台控制人员、消防队员、执法人员、阿拉斯加州铁路公司劳动者、驻外使节等;(5)取得终身教职的大学教授。^{〔4〕}上述第(2)(4)(5)项属于从事特定职业的劳动者。

高龄劳动者可能遭受雇主的歧视性待遇,在美国实践中,相关案例并不少见。例如,54岁的Gross在FBL Financial Services公司工作了32年,担任索赔部主任,但该公司突然将其降级为索赔部协调员,并由一名40岁的女性(Gross的原下属)出任索赔部主任,于是Gross提起反歧视诉讼。^{〔5〕}在该案中,被告FBL Financial Services公司声称Gross的调任只是公司重组的一部分。

〔4〕 焦兴铠:《美国最高法院与就业上年龄歧视之禁止》,载《欧美研究》2011年第3期,第689—691页。

〔5〕 129 S.Ct. 2343 (2009).

联邦最高法院认为,雇主的调职行为具有混合动机(同时包括歧视性的动机与非歧视性的动机),原告需证明年龄是雇主做出调职行为的决定性因素。^{〔6〕}与解雇纠纷相同,对于劳动关系存续期间的差别待遇纠纷,联邦最高法院仍然采取“决定性”标准。劳动者必须证明年龄是雇主做出差别待遇的决定性因素,才能胜诉。

(三) 解雇保护制度

解雇对劳动者权益影响甚大。对于高龄劳动者而言,解雇意味着长期的经济困难,他们的养老金积累中断了,甚至购买生日礼物、拜访朋友、使用电话等活动均会受到限制;更糟糕的是,难以及时找到新的工作。^{〔7〕}然而,在美国,雇主往往以高龄劳动者工资过高为借口从而解雇他们。这便需要劳动法提供相应的解雇保护制度。美国的解雇保护模式为“雇佣自由原则+例外”。根据雇佣自由原则,雇主可以在任何时候、以任何理由或者无任何理由解雇任何劳动者。雇佣自由原则包含两种主要的例外情形:一是禁止报复性解雇;二是禁止歧视性解雇。作为对雇佣自由原则的纠偏和修正,与禁止报复性解雇制度类似,禁止基于年龄的歧视性解雇制度旨在保护公民的权利和社会公共利益。

1964年《民事权利法》与1967年《(禁止)就业年龄歧视法》(The Age Discrimination in Employment Act)为规制解雇高龄劳动者的行为提供了原则性的依据。雇主在对高龄劳动者做出解雇决定时,可能包含混合动机,既有年龄因素,又有雇佣成本过高、该劳动者工作能力不突出等其他因素。同时,与国籍、肤色、宗教、语言等因素相比较而言,年龄更难鉴别。当高龄劳动者被解雇后提起诉讼,司法机关如何认定该解雇行为是否构成不当解雇?在Hazen Paper Co诉Biggins^{〔8〕}一案中,美国联邦最高法院认为,雇主的解雇行为不一定基于年龄而做出,雇主对该解雇行为的责任取决于年龄是否“实际上”推动了该雇佣行为的决定,例如,雇主使用与年龄相关的特征“瞄准”了高龄劳动者,雇主受到年龄和相关因素的双重刺激,雇主直接根据年龄因素而做出解雇行为,则违反了《(禁止)就业年龄歧视法》。^{〔9〕}换言之,司法机关创设的解雇保护规则为,只有当年龄是雇主做出解雇高龄劳动者的决定性因素时,该解雇行为才构成不当解雇,需承担相应的法律责任。

(四) 退休福利制度

退休年龄以及退休后的福利,是决定高龄劳动者是否延长工作时间的重要因素之一。美国《社会保障法》(1983年修正案)设置了渐进式延长正常退休年龄机制,并计划于2000年正式启动。根据该修正案,在2000年年满62岁的人,其正常退休年龄为64岁零2个月;正常退休年龄每年延长2个月,直到2005年时达到66岁为止。^{〔10〕}目前,美国正常退休年龄已调整为67岁。然而,《(禁止)就业年龄歧视法》(1986年修正案)取消了法定退休年龄制度,换言之,雇主不得以年龄为由强迫劳动者退休。在大多数场合,雇主制定的强制退休政策不再合法。正常退休年龄与法定退

〔6〕 Susan Bisom-Rapp, *Diverging Doctrine, Converging Outcomes: Evaluating Age Discrimination Law in the United Kingdom and the United States*, 44 Loyola University Chicago Law Journal 717, 753 (2013).

〔7〕 Judith D. Fischer, *Public Policy and the Tyranny of the Bottom Line in the Termination of Older Workers*, 53 South Carolina Law Review 211, 216 (2002).

〔8〕 507 U.S. 604 (1993).

〔9〕 Stacey Crawshaw-Lewis, *“Overpaid” Older Workers and the Age Discrimination in Employment Act*, 71 Washington Law Review 769, 772 (1996).

〔10〕 Kathryn L. Moore, *Raising the Social Security Retirement Ages: Weighing the Costs and Benefits*, 33 Arizona State Law Journal 543, 547 (2001).

休年龄的关键区别在于：(1) 劳动者达到正常退休年龄后，即可领取全额的社会保障待遇；(2) 法定退休年龄的意义主要表现为雇主可以解雇已达到法定退休年龄的劳动者，而无需考虑该劳动者是否愿意退休。

退休后的福利，直接制约大多数退休者的生活水准和就业积极性。平均而言，美国社会保障福利的替代率(占退休者收入的比重)大约为40%。^{〔11〕} 需注意，社会保障福利分为政府提供的公共福利与雇主提供的私人福利，其中公共福利仅占较小比重，因而雇主提供的社会保障福利具有较为重要的地位。但是，《(禁止)就业年龄歧视法》(1967年)允许雇主调整支付给高龄劳动者的福利。在 *Public Employee Retirement System of Ohio 诉 Betts*^{〔12〕} 一案中，联邦最高法院认为，《(禁止)就业年龄歧视法》对歧视的普遍禁止，不适用于雇主提供的福利计划，而且劳动者需承担举证责任。^{〔13〕} 对此，国会迅速做出反应，于1990年制定《高龄劳动者福利法》(Older Workers Benefit Protection Act)，显著地修改了《(禁止)就业年龄歧视法》。

《高龄劳动者福利保护法》不仅限定了雇主提供给劳动者的福利计划类型，而且规定了一系列强制性要求。根据该法，在劳动者自愿和知情的前提下，雇主可以向劳动者提供如下三种福利计划：提前退休奖励计划、补贴提前退休、社会保障过渡费用。劳动者获得雇主提供的福利计划的代价是，在离职后放弃《(禁止)就业年龄歧视法》所赋予的索赔权利。雇主在向劳动者提供福利计划前，会与劳动者签订弃权协议。为了确保劳动者是在自愿和知情的情形下签署该弃权协议，《高龄劳动者保护法》设置了一系列的强制性要求^{〔14〕}，具体包括：(1) 弃权必须是劳动者与雇主之间协议的一部分，协议必须以普通人可以理解的方式来书写；(2) 弃权，必须具体指向《就业年龄歧视法》中出现的权利或索赔；(3) 劳动者不放弃在该弃权协议签署之后产生的权利或索赔；(4) 只有经过深思熟虑之后并换取劳动者有权获得的有价值的东西时，劳动者可以放弃权利或索赔；(5) 必须以书面形式建议劳动者在签署协议前咨询律师；(6) 必须给予劳动者至少21天的时间来考虑该协议；(7) 协议必须给予劳动者(签署该协议后)至少7天时间来考虑是否撤销该协议。而且，在撤销期届满前，协议不得生效或者强制执行。如果弃权行为涉及两个或两个以上劳动者，除了满足上述要求之外，还须满足如下额外要求：(1) 必须给予劳动者至少45天时间考虑该协议；(2) 在这45天考虑期开始后，必须以可理解的书面方式告知劳动者如下内容：① 该计划覆盖的类型、单位、团体；② 所有的合格因素；③ 适用于该计划的时间限制；④ (所有有资格参加或者被选择参加该计划的劳动者) 岗位名称和年龄，以及同一岗位类别或组织单元中不符合或未被选择参加该计划的所有劳动者的年龄。

三、制度逻辑：寻求“张”与“弛”之间的衡平

美国在构建和完善高龄劳动者就业保障制度过程中，贯彻了宽严相济、张弛有度的理念。详言之，美国高龄劳动者就业保障制度的衡平逻辑，主要体现在如下三个方面：高龄劳动者保障上的

〔11〕 Benjamin A. Templin, *Social Security Reform: Should the Retirement Age Be Increased*, 89 Oregon Law Review 1179, 1222 (2011).

〔12〕 492 U.S.158 (1989).

〔13〕 Mark D. Pomfret, *All Betts Are Off: How Employers Should View the Older Workers' Benefit Protection Act*, 18 Journal of Legislation 87, 90 (1991).

〔14〕 David A. Niles, *The Older Workers Benefit Protection Act: Painting Age-Discrimination Law with A Watery Brush*, 40 Buffalo Law Review 869, 881 (1992).

“张”与青年劳动者保障上的“驰”、立法保障上的“张”与司法保障上的“驰”以及劳动法保障上的“张”与社会保障法保障上的“驰”。

（一）高龄劳动者保障上的“张”与青年劳动者保障上的“驰”

在 20 世纪 70 年代以前,美国就业保障的重心是保障中青年劳动者。美国在 20 世纪初实行法定退休年龄制度,劳动者达到法定退休年龄,必须退出劳动力市场,为年轻的劳动者让路,因为年轻的劳动者的工资低于其边际劳动力产出,而老年劳动者的工资高于边际劳动力产出。^[15] 这一时期,劳动力结构较为年轻,美国以经济发展为导向,注重扶持企业发展,希望创造更多的就业岗位,吸纳更多的青壮年劳动者就业。自 20 世纪 70 年代伊始,就业保障重心才逐渐向高龄劳动者转移。这与美国人口与劳动力的双重老龄化趋势密不可分。高龄劳动者在劳动力市场中处于弱势地位,特别容易遭受雇主的拒绝雇佣或者解雇。^[16] 随着老龄化与高龄化现象的出现,保障高龄劳动者的就业权益,显得越来越急迫。因此,美国国会制定和修改了一系列法律,建立健全高龄劳动者就业保障制度。

从入口看,虽然高龄劳动者与青年劳动者在就业岗位存在一定的竞争关系,但是美国高龄劳动者就业保障制度主要促进高龄劳动者从事非全日制工作。《老年人社区服务就业法》旨在帮助低收入老年人在所居住的社区就业于非全日制岗位上。从 20 世纪 70 年代以来,美国灵活用工越来越普遍,不稳定就业率上升,正规劳动者与非正规劳动者之间的待遇差别越来越大,然而非正规劳动者通常是弱势群体,例如老年人、女性。^[17] 从出口看,高龄劳动者在达到正常退休年龄后是否有意愿继续工作,原则上会考量自身的健康状况以及工作岗位对身体条件的要求。一般而言,相较于青年劳动者,高龄劳动者具有知识、经验、判断上的优势。美国退休年龄及退休福利制度,主要保障健康状况良好并符合工作岗位身体条件要求的高龄劳动者。

因此,目前的美国高龄劳动者就业保障制度,对高龄劳动者就业保障上的“张”,似乎凸显了对青年劳动者就业保障上的“驰”。但实际上,高龄劳动者与青年劳动者在就业岗位上的关系,呈现出更多的互补性而非竞争性。恰恰由于高龄劳动者的大量涌现,而传统法律制度存在漏洞,故需要不断完善高龄劳动者就业保障规则体系,特别是提升低收入高龄劳动者的就业能力和促进具有就业能力与就业意愿的高龄劳动者延续工作生涯,以回应社会情势的变迁,避免社会矛盾激化。

（二）立法保障上的“张”与司法保障上的“驰”

对于高龄劳动者就业难题,美国立法机关与司法机关进行了探索,并分别制定了一些规则。美国国会制定的法律包括 1935 年《社会保障法》、1963 年《同工同酬法》、1964 年《民事权利法》、1965 年《美国老年人法》、1967 年《(禁止)就业年龄歧视法》、1974 年《劳动者退休收入保障法》、1975 年《老年人社区服务就业法》、1990 年《高龄劳动者福利保护法》、2000 年《老年人自由工作法》等及其修正案。但这些法律在实践中是否真正起作用,则需要司法裁判来检验。对于真正的法而言,法官就是它的化身,而法院的裁判就是检验其是否存在和真实的标准。^[18] 此外,美国联邦最

[15] 殷俊、陈天红:《美国延迟退休激励机制分析——兼论对中国延迟退休年龄改革的启示》,载《经济与管理》2014 年第 4 期,第 28—29 页。

[16] Pnina Alon-Shenker, *Nonhiring and Dismissal of Senior Workers: Is It All About the Money*, 35 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 159, 159 (2014).

[17] Katherine Van Wezel Stone, *Green Shoots in the Labor Market: A Cornucopia of Social Experiments*, 36 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 293, 299 (2015).

[18] [美] 本杰明·N. 卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社 2018 年版,第 45—46 页。

高法院审理了大量的经典案件,如 Hazen Paper Co 诉 Biggins 案、Gross 诉 FBL Financial Services 案、Smith 诉 City of Jackson 案、Public Employee Retirement System of Ohio 诉 Betts 案等。这些经典案例的裁判决定,既涉及宏观层面的理论难点(如宪法争议),又包含微观层面的技术细节(如举证责任的分配)。

从高龄劳动者就业的保障程度上考察,可以发现美国立法机关表现出较强的“张”,及时回应主流民意的关切;而司法机关则显得较为“驰”,立场保守。例如,在 Gross 诉 FBL Financial Services 一案中,联邦最高法院采取了严苛的“决定性”标准,要求劳动者必须证明年龄是雇主做出不利雇佣行为的决定性因素。再如,在 Public Employee Retirement System of Ohio 诉 Betts 一案中,联邦最高法院不仅认为雇主提供的福利计划不受《(禁止)就业年龄歧视法》约束,而且要求劳动者提供“严格的证据”并证明“实际的障碍”。联邦最高法院的上述判决,违反了国会所制定的保障高龄劳动者就业的成文法之精神和宗旨。有时,法官们的保守性在一定时间内有剥夺立法效率之危险,法院的某些判决,产生了令人不快的影响。^[19] 美国联邦最高法院对于高龄劳动者就业权纠纷,曾做出偏离主流民意的判决,但国会可以通过立法来加以修正或者推翻联邦最高法院较为不合时宜的判决。^[20] 譬如,在 Betts 案判决出来后,美国国会及时地制定了《高龄劳动者福利保护法》,以修正联邦最高法院确立的规则,以举证责任为例,该法规定,一旦劳动者提出雇主违反本法的初步证据,举证负担就转移到雇主身上。

(三) 劳动法保障上的“张”与社会保障法保障上的“驰”

对于高龄劳动者,社会保障法规定的公共社会保障福利并不丰厚。美国的文化倡导自力更生、勤奋进取、积极冒险的工作伦理,所以在社会保障制度中,美国政府的主要角色是制度的设计者与运行者,政府责任较轻,风险较小,所提供的保障水平较低。^[21] 以养老保险为例,美国劳动者主要依靠雇主提供的固定福利型养老金或者固定缴费型养老金。面向低收入公民的社会救助在美国社会保障体系中具有重要地位,占据了公共社会保障资金的近一半。预期寿命的延长,衍生出长期照护问题,而长期照护费用较为高昂,然而劳动者往往在临近传统的正常退休年龄前几年才开始考虑为长期照护而储蓄。《高龄劳动者福利保护法》的颁行,虽然有利于保障高龄劳动者在签订退休福利协议时的自主权,但无法为他们增加额外大量经济收入。因此,美国社会保障的孱弱,导致大多数高龄劳动者需要长期停留在工作岗位上,以获取经济收入。

况且,近年来美国社会保障财务危机的加剧,弱化了劳动者退休后的经济安全,并将风险和责任转移到劳动者身上,使其对雇主的依赖度变高。质言之,美国社会保障法的局限性,间接促使高龄劳动者积极参与劳动,保障高龄劳动者就业权利的任务则由劳动法承担。雇佣的意义在于,劳动者依赖于劳动关系以实现自身的经济安全和社会中的身份地位。^[22] 此外,对于高龄劳动者而言,从事适合的工作,有助于延缓身体的衰老和保持精神的健康,降低患病的概率。美国的立法机关与司法机关提供了保障高龄劳动者就业的劳动法制度供给。美国劳动法保护低收入高龄劳动者与中等收入高龄劳动者,为高龄劳动者的技能培训、招聘、劳动报酬、福利、职务晋升、在职培训、解雇等方面的权益保护提供了法律规则。总之,美国社会保障法上的“驰”,减轻了政府的财政负担,增强了高龄劳动者的就业积极性,而劳动法上的“张”则顺应了高龄劳动者的就业需求,提供

[19] [美] 本杰明·N. 卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2017年版,第60页。

[20] 焦兴铠:《美国最高法院与就业上年龄歧视之禁止》,载《欧美研究》2011年第3期,第748页。

[21] 杨玲:《美国、瑞典社会保障制度比较研究》,载《武汉大学学报》2006年第1期,第108—109页。

[22] [英] 道恩·奥利弗:《共同价值与公私划分》,时磊译,中国人民大学出版社2017年版,第164页。

了一定的制度保障。

四、制度镜鉴：我国高龄劳动者 就业保障制度的设计与改进

人口老龄化已经成为全球趋势,老龄化引发的问题之一便是如何提升高龄劳动者的劳动参与率,我国已经迈入老龄化社会,高龄劳动者的劳动参与问题必须受到重视。^[23]保障高龄劳动者的就业权益,需要建立健全相关制度。除了一切人所共同的准则之外,每个国家自身都包含某些原因,使其必须以特定的方式来规划自己的秩序,并使其制度适合于自己。^[24]借鉴美国高龄劳动者就业保障制度,结合我国实际,可以从制度环境、制度依据、制度框架三个方面完善我国高龄劳动者就业保障制度。

(一) 制度环境：高龄劳动者就业保障氛围之营造

高龄劳动者就业保障问题,与社会氛围密不可分。在美国,公民“养儿防老”的观念淡薄,老年人替子女照看小孩的意识欠缺;高龄劳动者继续工作以获取经济收入与保持精神健康,受到社会的鼓励。几千年以来,我国孝文化一直浓厚,高龄劳动者退出劳动力市场,在家颐养天年,并协助子女抚养小孩,为大多数人所认可;如果让高龄劳动者继续工作,则有不孝之嫌。而对于不少刚成家的青年劳动者而言,职场竞争激烈而且房价昂贵,抚育小孩的成本也节节攀升,让老年人在家照看小孩,则可节省不少经济成本;倘若高龄劳动者继续工作,恐有“不务正业”之嫌。上述观念已经不符合我国社会的新变化。我国历史上从未出现过老龄化危机,老龄化问题直到近些年才成为社会性问题。在老龄化社会,高龄劳动者继续停留于劳动力市场,属于正常现象。建立健全高龄劳动者就业保障制度,乃老龄化社会的必然要求。因此,在微观层面上,公民需要扭转旧观念,对高龄劳动者就业持开放态度。

在宏观层面上,不少公民和一些机构担心高龄劳动者就业会减损青年劳动者就业,在青年劳动者就业压力较大的社会情势下,构建高龄劳动者就业保障制度似乎并无必要。对此,可从两个方面予以分析。一方面,高龄劳动者就业大体上不会影响青年劳动者就业。有实证研究表明,年轻人就业与高龄段人口就业呈正关系,高龄段人口就业的增加会提高而非抑制年轻人就业。^[25]另一方面,随着人均预期寿命的增长,在达到传统的退休年龄之后,高龄劳动者的剩余生命期延长。在老龄化时代,高龄劳动者享有自由劳动的权利,继续参与社会活动,延缓衰老。

(二) 制度依据：高龄劳动者就业保障法制之完善

美国高龄劳动者就业保障,主要由法律提供制度供给。我国正处于法治建设时期,长期以来,政策作为社会治理的主要工具,占据着主导地位。主管老龄事务的部门之间的权责交叉以及政策摩擦,使得老龄问题的治理模式和政策转变的基础性工作难以展开,源头性问题难以解决。^[26]高龄劳动者就业问题,乃老龄化社会的重要课题,仅仅依靠或者主要依赖政策治理显然是不够的。

[23] 喻术红:《老龄化背景下的高龄劳动者就业促进问题》,载《武汉大学学报》2017年第5期,第30页。

[24] [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2014年版,第68页。

[25] 张川川、赵耀辉:《老年人就业和年轻人就业的关系:来自中国的经验证据》,载《世界经济》2014年第5期,第74页。

[26] 胡湛、彭希哲:《应对中国人口老龄化的治理选择》,载《中国社会科学》2018年第12期,第141页。

由于政策具有因时制宜、因地制宜、因人制宜等特点,作为社会最大公约数的法律理应在国家治理中扮演主导者角色,能够克服政策治理制度体系的局限性,确保制度体系运行的效能。^[27]因此,法律应当成为我国高龄劳动者就业保障的主要制度依据。

不同于具有发达的判例法的美国,我国属于大陆法系国家,对于高龄劳动者就业问题,需要通过立法来完善相关保障制度。同时,由于缺少美国那种司法机关的衡平机制,我国在立法规制高龄劳动者就业保障问题时,应当充分考量用人单位、劳动者、社会之间的利益纠葛,既不能过于激进,又不能过于保守。从现有的制度存量看,《老年人权益保障法》《劳动法》《就业促进法》等法律对老年人就业、就业歧视、就业促进等有所涉及,但不足之处在于相关规定过于原则,可操作性不强,相关利益主体缺少刚性约束与利益激励。完善我国高龄劳动者就业保障法制,既可依托上述法律,构造相关权利、义务与责任,补充高龄劳动者就业保障规则,有机地嵌入上述法律之中,也可以单独制定《高龄劳动者就业保障法》。在颁行《高龄劳动者就业保障法》时机尚未成熟时,亦可先行制定行政法规《高龄劳动者就业保障条例》并辅之以一定数量的政策。此外,虽然我国司法案例不具有强制性的先例效应,但司法机关在保障高龄劳动者就业权方面并非毫无作用。最高人民法院已经将“平等就业权纠纷”增设为新的案由,^[28]未来可以适时发布有关保障高龄劳动者就业权方面的指导案例,推进高龄劳动者就业保障法治之完善。

(三) 制度框架: 高龄劳动者就业保障图像之刻画

与美国公共社会保障待遇类似,我国法定社会保障待遇较低,在设计高龄劳动者就业保障制度时,应当借鉴美国的“重劳动法、轻社会保障法”原则,减轻社会保障财政压力,促进高龄劳动者就业。受制于沉重的社会保障历史债务,我国社会保障财政(特别是养老保险财政)早已不堪重负,加上近年来逐渐出现的长期照护保险的财政支出,可以预见未来相当长一段时期内我国社会保障财政压力始终存在。在此背景下,我国高龄劳动者就业保障制度的构建,必须着重于劳动法上的规则设计。

我国高龄劳动者就业保障的制度框架,宜由就业促进、禁止歧视、退休年龄、社会保障四部分构成。(1) 就业促进制度。我国低收入高龄劳动者就业的动力主要是物质需求,而中等收入高龄劳动者就业的动力则兼有物质需求和精神需求。对于低收入高龄劳动者,可以借鉴美国的社区就业服务制度,推行“在地化就业”就业理念,完善地区就业服务机制,提升高龄劳动者劳动技能,提供非全日制就业岗位。(2) 禁止歧视制度。对于我国现实中普遍存在的年龄歧视,尚未纳入现行法律的禁止范围。^[29]我国高龄劳动者的禁止年龄歧视制度,除了禁止招聘方面的歧视,尚需在劳动报酬、福利、休息休假、解雇等方面禁止差别待遇。(3) 退休年龄制度。延长退休年龄,有利于延续中等收入高龄劳动者的职业生涯,间接促进他们就业。延长退休年龄,保留劳动关系,社会保障待遇不会降低。(4) 社会保障制度。对于非全日制高龄劳动者,既不能让他们脱离于公共社会保障之外,又不宜让他们享有全额的公共社会保障待遇(给予全额公共社会保障待遇,实施难度太大),因此,可以考虑设计出一套灵活的、合理的公共社会保障规则。

在进行高龄劳动者就业保障制度设计时,需特别注意两个问题。其一,制度的精细化。一旦高龄劳动者就业保障纳入法治化轨道,维权现象可能会激增,待遇的核定、赔偿金的计算、举证责任的分配等规则需要精细化厘定。高龄劳动者就业保障立法,应当清晰地梳理各利益主体之间的

[27] 张文显:《法治与国家治理现代化》,载《中国法学》2014年第4期,第15页。

[28] 参见《最高人民法院关于增加民事案件案由的通知》(法[2018]344号)。

[29] 林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第134页。

权利、义务、责任关系,特别是需明确各政府部门之间的权责划分,防止相互之间的推诿扯皮。其二,制度的激励性。高龄劳动者就业,须依托于用人单位,并且主要依赖于各类企业。毋庸讳言,高龄劳动者在体能、反应能力、创造性等多方面一般不及中青年劳动者。如果缺少外部激励,企业通常不愿意招聘高龄劳动者。对于招聘高龄劳动者的企业,应当提供财税支持与金融支持,提高它们的积极性。

五、结 语

相对于欧洲国家和日本,美国的高龄劳动者就业保障制度,或许对我国更具借鉴价值。美国高龄劳动者就业保障的制度体系包括就业促进制度、禁止歧视制度、解雇保护制度、退休福利制度。首先,为促进低收入高龄劳动者就业,创建社区服务就业补贴项目;为促进中等收入高龄劳动者就业,取消社会保障退休收入测试。其次,对于40岁以上劳动者,美国劳动法予以概括性保护,在反年龄歧视诉讼中,劳动者须证明年龄是雇主做出歧视行为的决定性因素。再次,在基于年龄的歧视性解雇争议中,劳动者亦须证明年龄大是雇主做出解雇行为的决定性原因。最后,美国已将正常退休年龄延长至67岁,同时劳动者可以获得雇主提供的退休福利计划,但需签署放弃索赔权利的协议,为确保劳动者是在自愿和知情的情况下签署弃权协议,设置了一系列的强制性条件。美国在构建和完善高龄劳动者就业保障制度时,注意衡平各方权益,体现出轻重有别、张弛有度的逻辑。具体而言,其一,高龄劳动者保障上的“张”与青年劳动者保障上的“弛”;其二,立法保障上的“张”与司法保障上的“弛”;其三,劳动法保障上的“张”与社会保障法上的“弛”。借鉴美国经验,结合我国实际,建立健全高龄劳动者就业保障制度,可能宜从如下三个层面进行设计和改进:第一,积极营造高龄劳动者就业的社会氛围,纠正“让高龄劳动者就业属于不孝或者不务正业”的错误观念,消除“促进高龄劳动者就业会抑制青年人就业”的偏见;第二,在司法规制高龄劳动者就业歧视乏力的背景下,应当主要通过立法的方式来保障我国高龄劳动者就业;第三,逐步构建起我国高龄劳动者就业保障的制度框架,从就业促进、禁止歧视、退休年龄、社会保障四方面完善相关规则。

Abstract The institutional system of older labors' employment security of America consists mainly of employment promotion, prohibition of discrimination, dismissal protection, and retirement benefit. As designing and improving the system of older labors' employment security, America has been seeking the balance between tensioning and relaxing. The aspects of tensioning contend older labors' employment security, legislation and labor law while the aspects of relaxing include young labors' employment security, judicial and social security law. Learning from American experiment and considering the reality of our country, it is essential to design and improve our system of older labors' employment security from the perspectives of institutional environment, institutional framework and institutional basis.

Keywords Older Labor, Employment, Security, Balance, System

(特邀责任编辑:吴文芳)