

养老社会保障权论

Yanglao Shehui Baozhang Quanlun

董溯战 / 著



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE

养老社会保障权论

董溯战 著



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

养老社会保障权论 / 董溯战著. —上海: 立信会计出版社, 2010.3

ISBN 978-7-5429-2564-0

I. ①养… II. ①董… III. ①老年人-社会保障-研究-中国 IV. ①D669.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第117572号

责任编辑 张 蕾

封面设计 周崇文

养老社会保障权论

出版发行 立信会计出版社

地 址 上海市中山西路 2230 号 邮政编码 200235

电 话 (021)64411389 传 真 (021) 64411325

网 址 www.lixinaph.com E-mail lxaph@sh163.net

网上书店 www.shlx.net Tel: (021) 64411071

经 销 各地新华书店

印 刷 上海申松立信印刷有限责任公司

开 本 890 毫米 x 1240 毫米 1/32

印 张 6.75

字 数 176 千字

版 次 2010 年 3 月 第 1 版

印 次 2010 年 3 月 第 1 次

书 号 ISBN 978 - 7 - 5429 - 2564 - 0/D

定 价 20.00 元

如有印订差错, 请与本社联系调换

前 言

本书由我的博士毕业论文整理而成,内容包括两大部分:第一部分是养老社会保障权的基础理论,即前三章;第二部分是养老社会保障权的制度建构,即后三章。

第一部分主要解决的问题为养老社会保障权的概念、体系、性质、理念与客观基础,要回答的问题是养老社会保障权为什么存在,也就是权利的合理性问题。该部分主要阐述的内容为:养老社会保障权是老年人及其相关家属为维护其生活质量而合理地控制自己或他人行为的根据,它侧重于保护经济中的弱者;该权利形成的基本条件包括存在对老年人生活所需的控制欲求、存在对生存所需的潜在和现实争议、由公共机构保障生存所需可获得正当性评价;由于养老社会保障权的主体是私人,并且其主要维护私人权益,所以,其应当是私权;并且是一种兼具自由权和社会权属性的生存权;人道主义是养老社会保障权的价值基础,社会连带是养老社会保障权的客观基础。

第二部分解决的是权利的运行问题,即传统养老社会保障权的构建基础及特点、养老社会保障权的转型原因及变迁趋势、中国养老社会保障权利制度的完善;该部分回答的是,养老社会保障权怎样存在。该部分主要阐述的内容为:国家权力是传统养老社会保障权存需的基础性力量,缺少国家权力,老年及受其供养人的生活

的维护必然会存在巨大困难;调整强制性机制的作用范围与方式、提升自治和竞争的功能是各国养老社会保障权重构的共同之处,也是克服传统养老社会保障权局限性的主要途径;中国现行的养老社会保障权在维护老年公民的生活方面存在明显不足的根源主要在于国家权力配置不当、竞争性和自治性力量弱小。

总之,作为现代社会权的养老社会保障权所折射的问题主要是人的社会主体性问题。主体性在养老社会保障权中体现为两个既对立又统一的问题,即公平原则和需求原则。公平和需求是养老社会保障权生成、发展、变迁的理念基础;公平和需求的排斥、依存反映了社会中的强者和弱者之间的协调问题。

但愿本书的一些观点有助于推进各位专家对养老社会保障权问题的关注与深入研讨,并能对中国养老社会保障权问题的有效实现有所助益。

关于本书的撰写,首先感谢我的导师邵建东先生。无论是博士论文的选题、结构,还是写作过程,直至修改成书,都凝聚了邵老师的大量心血,没有邵老师的悉心指点,博士论文及本书就无法完成。邵老师渊博的学识、严谨的学风、诲人不倦的精神令学生折服,并将永远激励学生向前。感谢范健教授、孙南申教授、张千帆教授等对学生的教育与引领。

感谢张理、张道庆、赵娟、吴旭、潘科明、王显勇、茹洋、何鹰等学长、学友在学习、生活等方面对我的关心与帮助。我也不会忘记硕士时的导师肖乾刚教授、肖国兴教授、侯宗源教授、程宝山教授、姜建初教授、沈贵明教授对我的教诲。当然,也应非常感谢我所任教过的河南财经学院法律系及目前任教的华东理工大学法学院各位领导和老师对我的支持与关照。

本书的顺利出版离不开导师肖国兴教授及立信会计出版社襄

瀚修社长的指教与鼎力支持、帮助,更与出版社责任编辑张蕾老师认真、负责、细致、超时的工作及其付出的辛劳与汗水密不可分。因此,应当对他(她)们致以更多的敬意与感谢!

由于学识有限,本书错误、疏漏之处在所难免,敬祈各位专家学者不吝赐教!

■

著 者

2010年2月

目 录

第一章 养老社会保障权的内涵	1
第一节 养老社会保障权的界定	1
第二节 养老社会保障权的分类	10
第二章 养老社会保障权的性质	40
第一节 养老社会保障权与公权、私权	40
第二节 养老社会保障权的社会权和自由权属性	49
第三章 养老社会保障权的基础	59
第一节 作为养老社会保障权客观基础的社会连带	59
第二节 作为养老社会保障权价值基础的人道主义	74
第四章 养老社会保障权的传统配置	92
第一节 传统养老社会保障权配置的背景	92
第二节 传统养老社会保障权的构建	118
第五章 养老社会保障权的转型	138
第一节 养老社会保障权转型的条件	138
第二节 养老社会保障权的演变趋势	162

第六章 中国养老社会保障权利制度的完善.....	180
第一节 优化国家权力.....	181
第二节 推进养老金资产运营的市场化.....	190
第三节 发展利益代表制.....	192
参考文献.....	197

第一章 养老社会保障权的内涵

第一节 养老社会保障权的界定

一、养老社会保障权的概念

（一）社会保障的基本内涵

社会保障是指为克服老年人及受其供养人的生活风险,依照法律等规范,由政府等公共机构提供相应给付的制度安排。它涵盖社会保险、强制储蓄、社会救济、社会福利和社会优抚五种形式。社会保障的内涵可从以下几个方面理解:

首先,社会保障制度旨在解决生活问题。社会保障制度是生活保障的一个子制度,它可部分解决生活问题,包括最低生活的保障、现有生活的维持、更高质量生活的实现。如果说传统的生活保障模式主要是个人保障和职业保障,那么,现代市场经济则孕育了社会保障制度。社会保障应对的是个体力量和市场体制难以克服的生活问题,这也是社会保障和个人保障、职业保障的区别之处。如同哈罗德·威伦斯基所言,社会福利只有在正常的供给渠道(即家庭和市场)遭到破坏时才发挥作用。即基于历史发展的视角,社会保障制度是个人保障和职业保障无力应对生活问题时的替代物,具有弥补性功能。但是,在社会保

障制度建立后,三种保障方式就形成了相互协同的互动态势,不是孰主孰次、孰先孰后,而是共同作用、同时运转。因而,从横向的角度看,社会保障和个人保障、职业保障都是“正常的和第一线的”生活问题防范系统。哈罗德·威伦斯基提出的福利模式二分法,即剩余模式和制度模式,^①其合理性在于能对福利制度进行纵向性分析,而非对现行福利制度进行类型划分。在现代社会,政府等公共机构同家庭、职业机构在生活保障领域的分工是相对的,社会保障的参与者不仅仅有公共机构,家庭、职业机构也是重要的主体。

其次,社会制度的制度类型具有多样性。在不同国家,社会保障可被区分为不同的类型。全球范围内比较典型的制度模式有社会保险型、福利国家型、强制储蓄型、社会救助型,每一种模式又分为多种亚类型制度(例如,社会保险模式包括社会保险、社会福利、社会救助和社会优抚等)。福利国家型制度突出了政府在制度安排中的责任,弱化了个人努力和市场机制的作用;社会救助型制度重视个人积累与市场功能;以新加坡、智利、中国香港为代表的强制储蓄制度是建立于强制机制之上的个人积累模式;而社会保险型制度的基础与机制则是多元的,不仅依托政府、个人与单位,而且比较重视强制、竞争与自制的有机结合。其中,强制储蓄型既特色鲜明,又内涵丰富。整体而言,该模式既利用了国家的强制力,又突出了自助性和竞争性。它既有传统制度依赖国家权力的基本特点,又蕴涵有个人储蓄、商业保险的理念。不过,由于国家权力剥夺了相关主体的选择自由,为权利的实现提供了强制性基础,因而强制储蓄型制度具有社会保障制度的基本属性,只是,制度中的国家功能被大大弱化。就其结构来说,强制储蓄型模式又可区分为新加坡型、智利型和中国香港型三种,且各具特色。

① 有关哈罗德·威伦斯基的理论,参见郑功成:《社会保障学——理念、制度、实践与思辨》,商务印书馆2000年版,第22—23页。

再次,社会保障制度的存在和运转具有社会性。社会性表现为两个方面。一则,社会保障制度建立于广泛的社会协作之上。个人保障以个体努力为基础,即使个人商业保险依赖互助机制,但仍以市场竞争为支撑,市场机制则内含体现个体行为需求的优胜劣汰规律和等价有偿规则。职业保障超越了个体性,它以职业团体成员为范围,因而具有一定的社会性,但它无法超脱职业群体的狭小范围,即其社会性比较有限。社会保障则是较大范围内社会成员间的互助与协作,其存在基础不仅是同一单位、同一行业人员间的关联,还可能是同一地区、甚至同一国家内的不同行业人群间的合作。二则,社会保障的实施主体是多元的。由于社会保障覆盖的人员具有广泛性,所以,拥有公共权力的国家必须参与其中,否则,就无法把属于不同群体的人员集结于一起。但国家的强制性并不适宜于一切事务。社会团体也因其专业性、非盈利性、直接参与性、自治性等特征而具有自己的独特优势。同样,市场上的营利性机构也可依托其竞争性提升效率。所以,从产生之日起,社会保障制度的运营主体就不仅限于国家。

第四,给付方式具有多样性。有学者把社会保障的给付分为三类:一是经济保障,即从经济上保障国民的生活,它通过现金^①或实物的方式实现。二是服务给付,即,当代社会还需要适应家庭结构变迁和自我保障功能弱化的变化,满足国民对有关生活服务的需求,如安老服务、康复服务、儿童服务等。三是精神给付,这属于文化、伦理、心理慰藉方面的保障,也是更高层次的给付。^②传统的给付中主要是经济给付和服务给付,其中,经济给付又是主要的给付类型。这两类给付是较为基础性的给付,是维持人类生活的物质保障。但是,精神生活也是人

① 当公民因年老、死亡、残疾而丧失劳动能力时,由相关机构定期给予的现金给付,称作年金。

② 郑功成:《社会保障学——理念、制度、实践与思辨》,商务印书馆2000年版,第12页。

类生活的组成部分,高质量的生活必然蕴含丰富的精神生活内容,特别是当人们的生活达到较高水准之后,对精神文化生活的需求会更为强烈。故,在社会保障制度中提供必要的精神性供给是十分必要的。

(二) 养老社会保障权的初步界定

权利就是指主体自己或者其代理人合理地控制自己或他人行为的根据。拥有权利者,其自己或者其代理人能够^①(或可以、有资格等)实施或不实施某种行为,或者要求他人实施或不实施某种行为。权利可分为道德权利、习俗权利、政策权利和法律权利等。道德权利、习俗权利在原始社会就已存在。对此,有学者做过较为深入的论述,并把初民社会中的权利义务行为分为四种类型:其一是无权利与义务之分的行为,如参与集体采集和狩猎的行为、参与血族复仇的行为;其二是以相互义务为中心的行为(在这种行为中也可以推导出相互权利),如一个参与狩猎的成员有获得一份食物的权利;其三是交换产品和维护生命、身体等天然所有物的行为;其四是以原始民主政治为基础的权利义务关系行为,如选举部落首领。^② 政策权利和法律权利则随着国家的产生、存续而产生和存续。道德权利或者习俗权利是道德观念或习俗赋予主体自己或者其代理人控制自己或他人行为的根据。拥有道德权利或者习俗权利者,其自己或者其代理人能够(或可以、有资格等)合乎道德观念或习俗实施或不实施某种行为,或者要求他人实施或不实施某种行为。政策权利是政府政策赋予主体自己或者其代理人控制自己或他人行为的根据。拥有政策权利者,其自己或者其代理人能够(或可以、有资格等)合乎政策地实施或不实施某种行为,或者要求他人实施

^① “能够”,一是表示具备某种能力,或达到某效率,如人类能够创造工具、他能够独立工作;二是表示有条件或情理上许可,如下游能够行驶轮船、你能够参加明天的晚会。见《现代汉语词典》,商务印书馆 1983 年第 2 版,第 825 页。本书应当指第二种意义。

^② 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 8—15 页。

或不实施某种行为。法律权利是法律赋予主体自己或者其代理人控制自己或他人行为的根据。拥有法律权利者,其自己或者其代理人能够(或可以、有资格等)合乎法律地实施或不实施某种行为,或者要求他人实施或不实施某种行为。

养老社会保障权是指老年人及其相关家属为维护其生活质量而合理地控制自己或他人行为的根据。养老社会保障权也可区分为道德权利、习俗权利、政策权利、法律权利等。依照道德观念和习俗,政府等公共机构不能无视老年公民及其家属的基本生活,公民据此可以要求政府提供生活援助,养老社会保障权因而可表现为道德权利和习俗权利。不过,现代社会更具可实施性的养老社会保障权则是政策性或法律性的权利。社会保障制度虽然源于传统的救济、互助、保险,但它已融入了国家的机制和力量,同时,政策权利和法律权利具有明确性和稳定性。各国政府在法律不完备或者缺少法律时常以政策规范养老社会保障制度,政策性的养老社会保障权便因而得以产生和存在,甚至发挥着强于法律的作用。源于法律的社会保障权也可称为法定社会保障权,是指法律赋予老年人及其相关家属为维护其生活质量而控制自己或他人行为的根据。依法确定社会保障权既源于法律相对于政策的优势,更是法治社会的内在要求。近现代国家主要依托法律建立养老等社会保障制度,设定养老等社会保障权,但也存在依靠政策规范构筑养老社会保障权的情形。所以,法定养老社会保障权是养老社会保障权的主要存在形式,但不是唯一的存在形式,甚至不是主要形式。目前的中国虽然有宪法、普通法律、条例、规章等法律对养老社会保障权进行规范,但政策也在发挥着作用,如国务院1997年颁布的《关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》(以下简称《基本养老决定》)就是规范企业职工基本养老保险制度的重要依据。根据我国《立法法》第七十一条,国务院的决定、命令也是部门规章制定的依据,但当部门规章未能具体化或者部门规章与决定、命令相冲突时,决定、命令仍然是直接的行为规范,它们因而也可是养老社会保障权

的重要渊源^①。

养老社会保障权的主体不限于老年人。养老社会保障权以保障老年人的生活为归宿,所以,老年人应是养老社会保障权的主体。然而,老年人并不是唯一的权利主体,这主要体现缴纳性养老社会保障权中。缴费义务人在年老之前就享有比较广泛的养老社会保障权。首先,缴费义务人在缴费之前就享有一定的权利。缴费前的权利(如社会保险参加权)虽然并非终极性权利(如养老金获得权、配偶养老补贴获得权),但却有助于实现终极性权利。其次,缴纳义务人在缴费后至年老前也享有诸多权利(如监管权、资金转移权等)。这些权利也服务于终极性权利。所以,在缴纳性养老社会保障权中,非老年人也可成为养老社会保障权的主体。基于社会福利、社会救助而产生的养老社会保障权是非缴纳性权利,这种权利的获得不决定于是否进行了事先的缴纳,因而也难以事先确定未来的受益者,即受益者的身份只有到年老时才能确定。这样,非缴纳性权利只有老年人才能行使。总之,养老社会保障权的主体既可能是老年人,也可为年轻人。

养老社会保障权侧重于保护经济中的弱者。现代养老社会保障权主要依托于由政府约束建立的各种制度,而政府主要承担那些个人、单位、社会无法承担的比较基本的养老服务。基于养老社会保险权和养老强制储蓄权,老年人只能过上与其缴费挂钩的多数社会成员能够达到的生活水平;养老社会福利权也仅能保障老年人享有与社会进步相适应的平均生活水平;养老社会救助权旨在保障生活困难的老年公民获得不低于作为人应当享有的最低生活水准。尽管不同类型的养老社会保障权维护的生活水准不同,但整体而言侧重于保障老年公民的基本生活。而基本生活所需对于低收入者与高收入者有截然不同的意义。普通生活所需在低收入者的总收入中占有较大比重,而在高收入者的总收入中占的比重较低。所以,养老社会保障权对于低收入者的

① 除非特别说明,本书所研究的主要是法律上的养老社会保障权。

作用大于高收入者。

二、养老社会保障权的形成条件

养老保险权具有历史性,其形成需要一定的条件:

首先,存在对老年生活所需的控制欲求。人类生存和生活既要有物质作保障,又要以精神为基础,而物质和精神财富都需要通过具体的作为或者不作为创造、获取。社会成员既可以通过自己的作为或不作为创造、获取生存、生活所需,以享用之,也可依托别人的作为或不作为创造、获取和享用这些财富。依赖自己的作为或不作为时,就出现能对自己的作为或不作为进行控制的需求,依托别人的作为或不作为时就产生对他人作为或不作为控制的需求。未届年老者 and 已届年老者都面临如何应对老年生存需求的问题,老年生存需求的满足依赖于物质与精神财富的有效积累和提供。凡是具有正常生存意念的人都渴望控制一定的财富,以维持自己的生命与生活,即多数人对生存所需财富都具有控制欲望。这亦表明,生存所需皆具有工具价值,获取生存所需的行为具有现实意义。而有工具价值者才有必要为其设定权利,以保护之。

其次,存在对生存所需的潜在和现实争议。只有当主体和主体之外的人都想对同一作为或不作为进行控制,即主体感到有竞争性风险时,才会产生对其控制需求进行维护的要求,这就使得权利的设定成为必要。如果主体想控制的作为或不作为不存在实现的人为风险,设定权利成为多余。主体的控制需求面临的风险有人为和自然风险两类。由于自然界不可能对人类的需求作出理性反应,人类难以向自然界讨价还价,所以,自然风险不能作为设定权利的依据。但并非所有的人为侵害都可通过设定权利寻求保护和救济(如许多军事行动导致的社会损害),因而,作为法律权利基础的行为控制风险也并不包括所有人为风险。老年生活所需的满足当然也面临自然和社会风险。这些风险的实质在于,财富有限的世界无法充分满足每个人的老年生存,不同人之间因而存在直接或间接、表面或实质的财富控制竞争,各种围绕生存所

需的争端也因而会出现。无论是源于边界不清的争议,还是起于不当欲望的争端,都不利于老年生存权的保护,而权力的界定则有助于厘清财富边界或者预防和解决生存所需纠纷。

再次,由公共机构保障生存所需可获得正当性评价。法律、道德、习俗、宗教等力量不可能对任何行为控制需求都予以支持,只有那些获得国家意志及道德、习俗和宗教理念认可的行为控制需求才能获得支持。反映统治者意志的国家意志只能把那些被其评价为正当的行为控制需求上升为法律。即,任何行为控制需求只有通过国家的价值评判才可能为法律权利所保护。对行为控制需求的评判标准不是绝对的而是相对的。代表统治阶级意志的国家并不能把其价值理念固定为清晰的明细表。不仅不同国家的价值理念不同,在同一国家内部,不同统治集团的价值取向也有差异,同一统治集团在不同时期也会有相异的价值标准。不同的政体或许在民主程度上有所不同,但这仅表明统治阶层的代表范围和代表深度存在区别。在这些类型的国家里,法律都是政治上居于统治地位的阶层认可的产物(经济、思想意识上居于优势地位的阶层必须依托在政治上居于统治地位的阶层来将其意志上升为法律)。即使法律的精神与统治阶层的本意相悖而同非统治阶层的意愿相符,那也不过是前者基于自身利益的考虑而被迫作的与其有利的让步。无论如何,任何行为控制需求欲借助法律权利予以保障,必须获得一定时期一定统治集团的正当性评价。理论和实践表明,仅仅依靠个人和家庭,难以有效保障所有公民的老年生活,而基于国家等公共机构支持的养老保障制度则可在一定程度上克服其不足。保障老年人的基本生存首先是对人的价值的认可,其次也是民主政府的基本义务。为满足公众支持,任何理性政府都不能忽视老年人的生存问题;能够有效解决老年人生存问题是政府获得正当性评价的重要条件。获得正当性评价,是国家通过立法设定权利的重要基础。

对生成条件的分析表明,权利是作为社会的人在相互依存中产生的,是社会协调的结果。狄骥强调,人是作为集体的成员出生,永远只

能在社会中生存;自然存在的人不是18世纪哲学家所说的孤立和自由的存在,而是相互关联、相互联系中的个体。^①格劳秀斯把人与人之间的社会联系分为两种:一是平等型的,如兄弟之间、国民之间、朋友之间、协约者之间的关联;二是不平等型的,如父子之间、主奴之间、君民之间、神人之间的关联。^②这种社会连带性正是权利得以孕育的土壤。如前所述,作为权利形成条件之一的行为控制需求及其风险都是因人们之间的不可分割性而出现。在人与人互不往来、互不妨碍的世界中,希望别人为你作出自我限制是多余的,因为相互间既不能予以援助,也不可能产生影响,进而更不会产生行为控制需求的风险。但现实社会是人的联合体,人与人之间存在千丝万缕的联系,一个人的行为会对其他人产生影响,一个人需求的实现也往往离不开其他人的配合。所以,没有相互间的避让与合作,任何人都难以确保其利益不被其他人的行为损害,同时,任何人也难以依托自身的力量维护其正常的生存与生活。于是,确定行为规则,即界清每个人的权利区域,成为必然的选择。显然,“社会的每一部分,若不为互相容忍与善意所保卫,则这社会是不能存在的。”^③正如格林所言,权利的存在必须以人们意识到公共利益为前提,即,“如果在社会成员方面没有对公共利益的意识,就不可能有权利,没有公共利益的意识就只可能存在个人的某种权力,但这种权力,别人不会承认它是他们所允许履行的权力,也不会对这种承认有任何要求,而没有这种承认或承认的要求,权利就不可能存在。”^④综上,

① [法] 莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第6页。

② [荷] 格老秀斯:《战争与和平的权利》,左禹译,载黄枞森等主编:《西方人权学说》(上卷),四川人民出版社1994年版,第12页。

③ [荷] 格老秀斯:《战争与和平的权利》,左禹译,载黄枞森等主编:《西方人权学说》(上卷),四川人民出版社1994年版,第12页。

④ [英] 托马斯·希尔·格林:《政治义务原理讲演集》,剑桥大学出版社1968年版,第48页。转引自[美] 贝思·J·辛格:《实用主义、权利和民主》,王守昌等译,上海译文出版社2001年版,第61—62页。