



上海市学术著作出版基金

社会保障权研究

郭曰君 著

上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

社会保障权研究

郭曰君 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会保障权研究/郭曰君著. - 上海:上海人民出版社,2010

ISBN 978-7-208-09357-7

I. ①社… II. ①郭… III. ①社会保障-研究-中国
IV. ①D632.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 104122 号

责任编辑 金绮寅

社会保障权研究

郭曰君 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 22.25 插页 4 字数 279,000

2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-09357-7/D·1748

定价 36.00 元

序

根据我国宪法规定,中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家获得物质帮助的权利。在宪法学上,公民的这一权利通常表述为获得物质帮助的权利或物质帮助权。社会保障权在我国宪法上没有明文规定。但是,从宪法关于公民基本权利的有关规定来看,我国公民无疑享有获得社会保障的权利。与物质帮助权同理,获得社会保障的权利在宪法学上也可以表述为社会保障权。

经济学上普遍承认地球资源的有限性、资源占有和资源利用的不平衡性。天赋人权学说主张人人生而平等。所谓生而平等,应该包括人人都有生存的权利,都有利用地球资源的权利。但是,占有较多资源者利用其所拥有的资源创造财富,并获得更多的财产。而占有较少资源或者不占有资源者只能获得较少财产,甚至不能获得财产。如果仅仅只有国民财富的初次分配,社会对立和社会冲突就会不断加剧,人类将会永远陷入周期性的动乱和纷争之中。所幸的是,理性的人类不仅创造了初次分配方式,也创造了第二次分配和第三次分配方式。社会财富通过三次分配获得了一定程度上的平衡。社会保障就是实现第二次分配的一种方式。三次分配都是人类的理性选择,都是以人类理性为基础。人类理性是高于其他一切价值的价值。根据人类理性,不仅各尽所能,按劳取酬是天经地义的,依法纳税是天经地义的,而且获得社会保障也是天经地义的。公民对于社会保障权的享受,不是任何人的恩赐,而是一项天经地义的基本权

利。公民依法享有社会保障权,国家和社会依法承担对公民提供社会保障的责任和义务,是我国宪法的一个基本精神。

宪法学上对于权利问题的研究侧重于权利的概念、性质、价值、范畴、体系、行使、规制和救济等方面。作者把社会保障权的概念界定为社会成员在面临威胁其生存的社会风险时,从国家和社会获得物质保障和社会服务,使之维持生存并达到相当水准的生活的权利。社会保障权与物质帮助权既有联系又有区别。对于社会保障权所具有的权利属性,作者归结为三种:道德权利属性、法定权利属性和宪法权利属性,并认为社会保障权既是一项基本人权和法定权利,也是一项宪法权利。对于社会保障权的价值,作者认为中国特色社会主义是我国社会保障权的价值基础;安全、社会公平、自由和效率是社会保障权的目的价值;社会保障权的各项内容有不同的价值侧重点,社会保障权的价值冲突与价值平衡集中在公平与效率问题上。对于社会保障权的法律规制,作者认为以宪法确认社会保障权具有重要意义,社会保障权的立法保护不等于社会保障立法,我国应重构社会保障法律体系,建立城乡统筹的社会保障制度,从立法上切实保障公民平等地充分地享有社会保障权。作者认为我国社会保障权的司法救济是有局限性的,应采取有效措施改进社会保障权的司法救济机制。

虽然有关研究还需要进一步提炼和升华,但本书的学术价值无疑是值得肯定的。作者对于社会保障权的研究具有开创性,丰富了我国宪法学关于基本权利问题的学术资源,对于从保障宪法权利出发加强和健全我国的社会保障制度也是一种很有益的探索。作者满怀激情地呼吁加强对农民的社会保障权的保护,体现了其对农民权利问题的学术关怀和对农民的深厚情感。

社会保障权的保护范围是一个值得进一步探讨的问题。生存和发展是公民和一切社会成员的两个基本问题。在现代社会,生存与发展是社会生活不可截然分开的两个方面。不能生存就无法发展,而不能发展也就无法更好地生存下去。所以,社会保障权所保障的就不能仅仅是生存而已。仅仅保障生存只能是消极保障。消极保障

很难真正解决生存问题。对生存和发展实行一体保护才是积极的社会保障。只有积极保障才能真正达到社会保障的目的。

我国公民的社会保障权与公民的其他各项基本权利一样,也具有普遍性和平等性的特点。我国公民不分性别、民族、家庭出生、财产状况、受教育程度、居住地区、职业状况等因素,依法一律平等地享有社会保障权。同时,对弱势群体的社会保障权实行特别保护,是我国宪法的基本要求。在经济和社会生活上处于弱势地位的群体和人员的社会保障权的保护永远是我国宪法和法律关注的重点。国家的社会保障制度决不能只注重对高收入者锦上添花,而忽略对低收入者雪中送炭。而且,雪中送炭也要兼顾消极保障和积极保障两个方面,着眼于生存保障和发展保障的结合。

我国农村的发展相对落后于城市。农民的生活状况相对于城市居民而言在总体上比较差。保障农民享有与城市居民平等的社会保障权,是我国社会保障的一项艰巨任务。在我国,农村与城市存在重大差别,农村人口在全国人口构成上占绝大多数的情况下,农民的社会保障应成为我国社会保障的一个重点。我十分赞成农民应与城市居民享有平等的社会保障权。鉴于我国农民在经济和社会上也是一个弱势群体,尤其是有些贫困地区的农民甚至连温饱也没有解决,为了保障农民享有平等的社会保障权,我主张在法律上对农民的社会保障权实行特别保护。

获得社会保障是公民的基本权利,而提供社会保障则是国家和社会的义务。社会保障不仅是人民幸福生活的保证,而且也是促进社会和谐,保证国家经济和社会可持续发展的重要条件。小康社会就是一种福利社会。我国公民的社会保障权保护的加强和完善,必将为我国小康社会和福利社会的建设作出重大贡献。

吴新平

2010年2月8日

目 录

序.....	1
前言.....	1
一、研究现状	1
二、本书的题域、主题和思路	2
三、研究意义	5
四、研究方法	8
 第一章 社会保障权的概念	12
第一节 什么是社会保障权	13
一、社会保障权的含义	13
二、社会保障权的特点	15
三、社会保障权与福利权、社会公民资格权、物质帮助权的 概念辨析	17
第二节 社会保障权的内容和分类	24
一、社会保障权的内容与社会保障体系	24
二、社会保障权的分类	27
第三节 社会保障权在权利体系中的地位	30
一、社会保障权在社会权利中的地位	30
二、社会保障权与人身、人格和精神权利和自由的关系	34
三、社会保障权与政治权利和自由的关系	36

四、社会保障权与平等权的关系	44
第二章 社会保障权的权利属性	55
第一节 权利属性导论	55
一、权利的本质	56
二、权利的内在结构	57
三、权利的存在形式	58
第二节 社会保障权的道德权利属性	60
一、社会保障权的道德权利属性的争论	60
二、社会保障权是一项普遍的道德权利	63
第三节 社会保障权的法定权利属性	70
一、社会保障法的目的:从维护秩序到保障权利	70
二、社会保障权的法定权利属性	72
第四节 社会保障权的宪法权利属性	80
一、宪法权利的规定性	81
二、社会保障权是一项宪法权利	84
三、社会保障权:积极权利抑或消极权利	85
第三章 社会保障权的价值	93
第一节 社会保障权的价值基础	93
一、人道主义	93
二、自由主义	96
三、传统社会主义	100
四、社群主义	102
五、构建当代中国社会保障权的价值基础	104
第二节 社会保障权的目的价值	111
一、安全	112
二、社会公平	114

三、自由	120
四、效率	125
第三节 社会保障权的价值选择与权衡	130
一、价值选择	130
二、价值冲突与价值权衡	132
第四节 农民应享有平等的社会保障权	137
一、农民的概念	137
二、我国农民社会保障权的历史回顾	139
三、我国农民社会保障权的社会经济基础	142
四、农民享有社会保障权是社会公平和权利平等的必然 要求\	144
 第四章 社会保障权的宪法确认	155
第一节 社会保障权宪法确认的意义	155
第二节 社会保障权宪法确认的方式	158
一、通过制定宪法的方式确认社会保障权的宪法权利 地位	159
二、通过修改宪法的方式确认社会保障权的宪法权利 地位	161
三、通过缔结国际人权公约的方式确认社会保障权的 宪法权利地位	163
四、通过宪法解释的方式确认社会保障权的宪法权利 地位	166
第三节 社会保障权宪法规范的内容	173
一、社会保障权的内容	173
二、保障社会保障权的措施、社会保障制度的基本原则 ...	176
三、社会保障权的限制	178
四、社会保障权的救济	179

第四节 社会保障权宪法规范的形式·····	180
一、社会保障权规范在宪法形式结构中的地位·····	180
二、社会保障权宪法规范的要素比较·····	190
第五节 我国的社会保障权宪法规范的分析·····	196
一、我国宪法关于社会保障权规定的历史沿革·····	196
二、我国社会保障权宪法规范的内容分析·····	198
三、我国社会保障权宪法规范的形式分析·····	200
 第五章 社会保障权的立法保护·····	207
第一节 社会保障权的立法保护概述·····	208
一、社会保障权的立法保护的概念·····	208
二、全球社会保障立法现状·····	209
第二节 社会保障立法的模式·····	217
一、社会保障立法模式的划分·····	217
二、社会保险型·····	218
三、福利国家型·····	220
四、强制储蓄型·····	222
五、国家保险型·····	225
六、一法为主模式和多法并行模式·····	225
第三节 我国社会保障权的立法保护·····	228
一、我国社会保障立法的回顾与反思·····	228
二、我国社会保障法律体系的建构·····	236
三、统筹城乡社会保障制度,保障农民享有平等的社会 保障权·····	245
 第六章 社会保障权的司法救济·····	254
第一节 社会保障权的可诉性·····	254
一、可救济性与可诉性·····	254

二、社会保障权可诉性问题的由来	256
三、对“否定论”的反驳	258
四、司法救济与行政救济的关系	260
第二节 社会保障权的国内司法救济机制	263
一、社会保障权的普通司法救济	264
二、社会保障权的宪法救济	266
三、法律援助在社会保障权救济中的作用	272
第三节 社会保障权国际司法救济机制	278
一、集体申诉制度	278
二、个人申诉机制——圣萨尔瓦多议定书规定个人申诉 机制	284
三、国家间指控制度	289
四、一体化的方法:通过个人权利和政治权利诸国际公约 保护社会保障权	293
五、社会保障权国际司法救济机制的展望	296
第四节 社会保障权的司法救济机制的局限性	299
一、社会保障权司法救济机制的局限性的根源	299
二、弥补社会保障权司法救济机制局限性的途径	301
 附录 家常话社保	 312
参考文献	322
后记	339

前 言

一、研究现状

1986年第六届全国人大通过的《国民经济和社会发展第七个五年计划》首次在官方文件中提出社会保障概念,而且单独设章阐述了社会保障的改革与社会化问题,社会保障制度成为中国社会主义市场经济的重要组成部分。但此后相当长一段时间内社会保障制度改革被作为国企改革的配套内容,这一定位偏差导致社会保障的制度和理论研究并未受到足够重视。2002年以来随着新一届中央领导集体对民生问题的重视,人们对社会保障制度的关注热度持续升温,社会保障问题成为学界研究的热点问题。社会保障问题涉及哲学、社会学(主要是社会保障学)、法学、财政学等多个一级学科。就法学内部来讲,又涉及法理学、宪法学、行政法学、劳动和社会保障法学、国际法学等多个二级学科。这些学科分工合作,共同推进社会保障问题的研究。

在我国法学领域,社会保障权概念的使用大致始于我国政府1997年10月27日签署《经济、社会和文化权利国际公约》之后,在此之前,1954年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)、1975年《宪法》、1978年《宪法》和现行的1982年《宪法》一直采用“获得物质(物资)帮助的权利”的概念。目前,我国法学界往往将这两个概念等同。^[1]例如《中国人权百科全书》对“社会保障权”条的解释称“社会保障权又称‘物质帮助权’”。^[2]由于我国宪政实践和宪法学的不发

达,物质帮助权几乎从未引起宪法学者的关注,对物质帮助权的研究基本停留在宪法学教科书对宪法条文的简单注释上,国内目前尚无专门研究物质帮助权的著述。^[3]随着我国政府签署《经济、社会和文化权利国际公约》,一些学者开始研究社会保障权,发表了一些论文和译文,^[4]一些宪法学教材也开始采用社会保障权的概念代替物质帮助权的概念。近年来,城乡二元的社会保障体制下农民社会保障权的缺失越来越成为人们关注的对象,一些学者发表了少量有关农民社会保障权的论文。^[5]总体来看,社会保障权及其上位概念“社会权”、“福利权”以及下位概念“社会保险权”等的研究仍处于起步阶段,^[6]缺乏深入系统的研究。在社会保障权研究基本处于空白的条件下,薛小建博士的博士学位论文《论社会保障权》作了开创性的研究,但对社会保障权的价值基础、宪法规范、立法保障和司法救济缺乏深入系统的研究。^[7]

就笔者所掌握的资料来看,英语世界以社会保障权为题的研究不多,^[8]而对社会保障权的上位概念“社会权(social rights)”、“福利权(welfare rights)”、“社会公民资格权(right of social citizenship)”、“经济、社会权利(economic and social rights/eco-social rights)”的研究非常深入,成果颇丰。^[9]借鉴和吸收国外研究成果,有助于深化我国对社会保障权及其上位概念“社会权”的研究。

总体上来看,国内外对社会保障权的研究比较薄弱,有必要对这一问题深入研究。

二、本书的题域、主题和思路

本书是在笔者的博士学位论文的基础上修改而成的。作为一名宪法学专业的研究者,受专业 and 知识储备的限制,笔者自觉地将研究范围限制在宪法学的范围内,即将社会保障作为一个基本权利问题置于宪政视野下进行研究。宪政视野下的社会保障权研究在社会保障问题研究中处于承上启下的重要环节,具有不可替代的研究价值。

什么是宪政？中外政治家和学者有的从民主政治的角度揭示宪政，有的从法治的角度解释宪政，“越来越多的学者包括中国学者认为，应当将以法治为基础，以保障人权为核心的宪政理论和民主理论紧密结合起来，才能有效协调国家权力和公民权利之间的关系，保证以宪法规范为基础建立现代政治制度”，因此，“宪政是以宪法为前提，以民主政治为核心，以法治为基石，以保障人权为目的的政治形态或政治过程。”^[10]笔者同意这一理解和界定。

在宪政视野下研究社会保障权，不能仅仅停留在静态的宪法确认上，还必须深入到动态的宪法实现中去，深入到社会保障权的立法保护和司法救济中去。因此，“宪政视野”为笔者对社会保障权问题的研究设定了一个有限的题域：如何理解社会保障权的概念？为什么享有社会保障应当成为公民的一项基本权利？宪法如何确认社会保障权的基本权利地位？如何使社会保障权从书面转化为现实？

这种有限的题域使笔者在有所不为的前提下，从容展开对社会保障权的研究，从而实现有所为。有所不为并不等于无视其他学科在社会保障问题上已经取得的成果，恰恰相反，要做到有所不为恰恰必须尊重和认真吸收其他学科在社会保障问题上已取得的研究成果而为我所用。本书正文对社会保障概念本身几乎未着一墨，正是建立在尊重社会保障学界对社会保障概念的基本共识和分歧的基础之上的；对社会保障权的价值基础和目的价值的阐述、对社会保障权人权属性和法定权利属性的证成也是以管窥之力吸收哲学界和法理学界的研究成果所得；对我国社会保障法律体系的建构也是在充分借鉴了社会保障法学界的研究成果的基础上略有补充而已。对此，笔者不敢掠人之美而自专。

在宪政视野下研究社会保障权，上承哲学、法理学，下启社会保障法学和国际法学。哲学和法理学对社会保障权作为道德权利的证成，如果不能通过宪法予以确认，社会保障权就只能永远停留在权利要求上，成为边沁所谓的“高跷上的胡说”，而如何确认社会保障权的

宪法权利地位正是宪法学专属的研究范围。社会保障立法如果不是建立在保障公民社会保障权的价值预设之上,不是建立在宪法的基础之上,就可能偏离宪政的轨道,而成为专制者社会控制的工具,社会保障法学的研究就只能沦为无本之木、无源之水。社会保障权的国际保护是以主权国家参加相关国际条约为前提的,而国家权力机关或立法机关在批准相关国际条约时必须进行合宪性审查,^[11]当相关国际条约与宪法不相一致时,要么不予批准,要么启动修宪程序。因此,社会保障权的国际保护也必须建立在宪法确认的基础之上。

本书的主题是:社会保障权是一项基本人权,具有法定权利和宪法权利的属性。建立健全社会保障制度,保障公民充分享有社会保障权,具有坚实的价值基础,具有安全、社会公平、自由、效率等价值。为保障社会保障权由应有权利转化为法定权利,并进一步成为实有权利,必须使社会保障权宪法化,通过普通立法使之具体化,并予以有效的司法救济。

本书的基本思路是:首先界定社会保障权的概念,并论证社会保障权的权利属性和价值;继而从制度上论证社会保障权的宪法确认、立法保护和司法救济。除《前言》外,本书共分六章:

第一章,社会保障权的概念。本章的任务在于明确本书的研究对象——社会保障权的含义,并对社会保障权的内涵、外延及其在权利体系中的地位进行全面深入研究。

第二章,社会保障权的权利属性。社会保障权是一项基本人权吗?社会保障权具有权利属性吗?对于这些问题,国内外学术界是有争议的。因此,必须对社会保障权的权利属性予以证成。在阐述权利属性基本理论的基础上,本章对社会保障权的道德权利、法定权利和宪法权利属性予以证明。

第三章,社会保障权的价值。社会保障权的权利属性的成立,从深层次来讲,必须具有坚实的价值基础,并具有丰富的目的价值。本

章对此予以充分论证。鉴于农民的社会保障权在我国是一个特殊问题,本章辟专节予以阐述。

第四章,社会保障权的宪法确认。本章首先对社会保障权的宪法确认的方式、内容、形式、效力进行了比较研究,在此基础上,对我国社会保障权的宪法规范进行了实证的、批判的研究。

第五章,社会保障权的立法保护。首先对全球社会保障权立法保护的现状予以全面概括并进行比较研究,为我国的社会保障权的立法保护提供参照,在此基础上,对我国的社会保障立法进行了回顾与批判,有针对性地提出构建我国社会保障法律体系的对策。

第六章,社会保障权的司法救济。可诉性是权利成立的要件之一,本章首先对社会保障权的可诉性予以证明。之后对社会保障权的国内司法救济机制和国际司法救济机制进行了比较研究,认为社会保障权的司法救济机制仍很不完善。笔者认为,应当辩证地看待社会保障权的司法救济,最后对社会保障权的司法救济的局限性及其克服途径进行了论证。

三、研究意义

(1) 公民普遍享有社会保障权应成为建立健全社会保障制度的逻辑前提,研究社会保障权对于建立健全社会保障制度、构建和谐社会具有重要理论指导意义。

我国正致力于建立健全社会保障制度。为什么要建立健全社会保障制度?社会保障制度的目标是什么?如何建立健全社会保障制度?这些问题是相互联系的,对第一个问题的回答在很大程度上决定着对后两个问题的回答。从本书的研究角度来看,国家建立社会保障制度可以基于公民享有的普遍的社会保障权,可以基于国家对公民的恩赐和救济,^[12]也可以基于部分人享有的特权,但三者意义却大不相同。

如果社会保障是公民的一项权利,那么国家就有义务满足权利

人的合法要求,保障权利人的社会保障权益的实现,社会保障机关无权对此进行自由裁量。相反,权利人有权决定是否申请和接受给付。权利人对社会保障机关做出的不利决定有权提起行政复议或行政诉讼,如复议机关无正当理由不接受申请人的复议申请,或申请人对复议决定不服的,有权向人民法院提起行政诉讼。国家不得对接受社会保障权益附加法律规定以外的条件,国家应平等对待每一个公民,而不得歧视任何人。因此,如果是基于公民的社会保障权,社会保障制度的建立就不是可有可无的而是必须的,国家权力受到公民社会保障权的制约。

如果社会保障仅仅是国家对公民的恩赐和救济,那么社会保障利益只不过是国家慷慨的馈赠,国家并不被要求提供任何社会保障利益。在法律规定范围内,社会保障机关具有完全的自由裁量权,以决定哪些申请人能够或不能够得到给付,个人无权对社会保障机关做出的不利决定提起申诉,因为其决定并不受更高机关的审查。最为重要的是,无论社会保障机关的决定多么的擅断,社会保障利益被减少或取消的个人都无缘采取法律措施。既然法律并不要求国家为任何个人提供社会保障利益,而且国家可以任意减少或取消这些利益,因此,国家也可以对接受者附加任何它所选择的条件,如限制不道德行为、按规定的方式使用发放给他们的钱物等。法律允许对申请者和接受者不平等对待,事实上,社会保障机关有责任区分值得保障者与不值得保障者,以分配有限的社会保障基金。因此,如果社会保障是国家的恩赐或救济,社会保障制度的建立完全基于国家的自由裁量,那么公民只能请求国家的恩赐,而无以制约国家权力。

如果社会保障制度的建立是为了保障部分人享有特权,则社会保障制度的公平性和效率都会大打折扣;^[13]如果是为了保障普遍的社会保障权,则有利于充分发挥社会保障制度的价值,使社会保障制度成为人权的重要保障机制,成为构建社会主义和谐社会的基石之一。