

“特色学科建设工程”立项重点课题资助

辽宁大学法学学术文库

社会保险法制的 理论重构与制度创新研究

郑莹 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁大学法学学术文库

辽宁省高校创新团队支持计划项目 (2008T076)

社会保险法制的 理论重构与制度创新研究

郑莹 主 编
王素芬 张侗 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会保险法制的理论重构与制度创新研究 / 郑莹
主编. —北京:法律出版社, 2013. 4
(辽宁大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4650 - 1

I. ①社… II. ①郑… III. ①社会保险—保险法—
研究—中国 IV. ①D922.182.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 037992 号

辽宁大学法学学术文库

社会保险法制的理论
重构与制度创新研究

郑莹 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 275 千

版本 2013 年 4 月第 1 版

印次 2013 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4650-1

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

佟连发 杨 松 郭 洁 任 际
郝建设 赵秉贵 郑 莹 刘 扬
路 军 于 红

前 言

社会保险,在我国是一门新兴的法学学科,它不同于传统的公法与私法,属于“第三法域”社会法的范畴。国际社会对社会保险法律制度在市场经济中的作用已形成基本共识,即在市场经济秩序的建设中,社会保险能够为社会成员提供更多的服务,从而保护劳动力的再生产和劳动力资源的合理配置,促进社会公平,维护市场经济秩序的稳定,最终维护和促进整个社会的和谐、稳定与发展。我们认为建立健全的社会保险法律制度是构建社会主义和谐社会的题中之意,是经济社会协调发展的必然要求。社会保险研究在立足本土、把握我国经济社会发展的特殊问题和特有规律的同时,还应重视借鉴国外一百多年的研究成果。尤其在经济全球化的潮流和趋势下,国内外联系更为紧密,互动不断加强,研究无法封闭,应与国际研究互补和协调发展,通过对国外法制和理论的移植,形成构建社会和谐与稳定的国际化视野。

随着我国经济体制从计划经济向市场经济的

转型,特别是和谐社会、可持续发展等理念在中国社会的推广,我们既迎来了经济、社会、文化等各项事业的“黄金发展期”,也进入了各种社会问题频发的“矛盾凸显期”,但与此对应的社会保险立法却缺少跟进,问题诸多,如重城市轻农村、重效率轻公平、重法规轻立法、重眼前轻长远、法律实施机制弱化现象等。改革和完善社会保险法律制度迫在眉睫,许多重大的现实社会问题亟须社会保险法学者做出回答;学者应力争为政府提供有价值的立法以及政策建议,为政府解决一些中长期发展战略提出具体的法律构想。

本着理论研究服务于实践的要求,本研究突破传统理论研究的局限,在对社会保险立法和社会保险制度实施情况进行综合分析的基础上集中研究以下五个方面内容:

第一,社会保险法制基本理论思辨。通过多视角对社会保险权的含义、性质进行分析,提出社会保险权的基本价值评判标准,并对相关问题予以解答。探究社会保险政府责任的范畴,厘定权力行使的边界,使政府责任从缺位到归位,最终确保公民社会保险权的实现。研究力图为课题结论提供扎实的理论基础和发展理念,同时提供贯穿于整个课题进程的研究范式和基本方法。

第二,城市社会保险法制的深化。研究立足于我国经济体制转轨过程中城镇社会保险状况,提供完善城镇社会保险问题的思路。通过对城镇养老保险、城镇医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险立法现状的分析,在比较我国同西方发达国家及一些发展中国家历史异同性的基础上提出解决问题的可行性建议,进一步深化城市社会保险法制。

第三,农村社会保险法制的创新。在城乡二元结构下,我国农村社会保险的发展具有自身的特殊性,国际上没有更好的经验可供借鉴,只能在参考其他国家所采取方式的基础上探索我国自己的农村社会保险之路。本研究视角触及如何在二元制结构下完成农村养老保险、合作医疗和城镇养老保险、医疗保险的衔接以及如何解决农村失地农民的社会保险问题,提出创新我国农村社会保险问题的建议。

第四,社会保险基金筹集与监管法律制度的重塑。社会保险基金作为社会保险制度的经济基础,关涉社会保险制度的可持续发展,决定着我国各项民生政策的落实。基金监管是维护基金安全、实现社会保险制度有序运行的关键;但如若无法筹集到足够的社会保险所需资金,那么社会保险制度实现分散风险的目的则成为空谈。因此,社会保险基金的筹集和监管,是社会保险制度能否顺利进行的关键环节。

第五,社会保险实施的法律保障。社会保险制度的实施,不仅需要健全的社会保险立法,还需要一整套完备的反欺诈制度、社会保险救济制度与其匹配,才能保障公民社会保险权利的实现。我国无论是社会保险争议仲裁还是诉讼,都面临诸多问题,该领域面临的理论空白亟须填补。社会保险法律救济尚需来自程序法方面的补充,从程序上保障公民社会保险权的实现。

目 录

前言 /1

第一章 社会保险法制基本理论思辨 /1

第一节 原点与归宿:社会保险权论纲 /1

一、社会保险权语义的展开 /2

二、社会保险权属性的廓清 /5

三、社会保险权的价值解构 /8

第二节 缺位与归位:社会保险中的政府责任 /14

一、社会保险政府责任的理论分析 /14

二、我国社会保险政府责任的现状及缺陷分析 /21

三、我国社会保险政府责任的完善 /27

第三节 理想与现实的调和:《社会保险法》的

反思 /35

一、我国《社会保险法》的艰难面世 /35

二、我国《社会保险法》的可贵贡献 /37

三、对当下中国社会保险立法的检讨与反思 /43

四、我国社会保险法的重塑与完满 /45

第二章 城市社会保险法制的深化 /48

第一节 基本养老保险法律制度 /48

一、基本养老保险的一般理论 /48

二、国外基本养老保险法律制度概况 /52

三、我国现行职工基本养老保险法律制度存在的问题 /56

四、我国职工基本养老保险法律制度的完善 /59

第二节 基本医疗保险法律制度 /65

一、基本医疗保险法律制度基础理论 /65

二、国外基本医疗保险制度模式简介 /68

三、我国职工基本医疗保险法律制度存在的问题 /72

四、完善我国职工基本医疗保险法律制度的建议 /75

第三节 失业保险法律制度 /82

一、失业保险的法学基本理论 /83

二、国外失业保险立法例及评价 /86

三、我国失业保险制度的立法现状及缺陷分析 /91

四、完善我国失业保险的法律建议 /96

第四节 工伤保险法律制度 /102

一、工伤保险法理分析 /102

二、国外工伤保险法律制度的规定及评价 /105

三、我国工伤保险法律制度存在的问题 /109

四、完善我国工伤保险法律制度的建议 /115

第五节 生育保险法律制度 /120

一、生育保险的基本理论 /120

二、域外生育保险法律制度的考察与借鉴 /125

三、我国生育保险法律制度存在的问题 /129

四、完善生育保险法律制度的建议 /134

第三章 农村社会保险法制的创新 /142

第一节 失范与规范:农村社会保险立法构想 /142

一、农村社会保险法理分析 /142	
二、农村社会保险立法的可行性分析 /147	
三、农村社会保险法律体系的构建 /149	
第二节 传统与超越:农村新型养老保险法制 /151	
一、新型农村社会养老保险的法理分析 /151	
二、国外农村社会养老保险的立法例 /157	
三、我国新型农村社会养老保险运行绩效及其评价 /163	
四、完善新型农村社会养老保险的法律建议 /167	
第三节 规范与实证:农村新型合作医疗保险法制 /172	
一、新型农村合作医疗实施现状:基于对沈阳市某乡的调查 /173	
二、新型农村合作医疗制度实施过程中存在的法律问题 /178	
三、完善新型农村合作医疗法律制度的建议 /187	
第四节 困境与破解:农民工权益的法律保护 /197	
一、城市化进程中农民工权益保护的法理分析 /197	
二、农民工权益遭受损害的原因:基于城市化框架内的法学分析 /202	
三、城市化进程中农民工合法权益法律保护路径选择与机制完善 /206	
第四章 社会保险基金筹集与监管制度的重塑 /212	
第一节 公私合力:社会保险基金的筹集 /212	
一、社会保险基金筹集的理论基础 /213	
二、我国社会保险基金筹集法律制度的不足 /221	
三、社会保险基金筹集法律制度的完善 /227	
第二节 多元并举:社会保险基金的监管 /232	
一、社会保险基金监管的基础理论 /232	
二、国外社会保险基金监管法律制度的特点 /238	
三、我国社会保险基金监管法律制度的现状与不足 /242	
四、我国社会保险基金监管法律制度的完善路径 /246	
第五章 社会保险实施的法律保障 /251	
第一节 社会保险反欺诈 /251	

一、社会保险反欺诈的一般理论 /252

二、国外社会保险反欺诈的法律制度介评 /257

三、我国目前社会保险反欺诈存在的问题 /262

四、我国社会保险反欺诈法律制度的完善 /270

第二节 社会保险权的司法救济 /275

一、社会保险权司法救济的理论反思 /276

二、现有法律框架下社会保险权司法救济的检省 /283

三、我国社会保险权司法救济的矫正 /286

参考文献 /291

后记 /305

第一章 社会保险法制基本理论思辨

第一节 原点与归宿:社会保险权论纲

《社会保险法》作为第一部全面调整社会保险关系的综合性法律,涵盖养老、医疗、失业、工伤、生育等多项与国民生休戚相关的社会保险领域。这部法律倾注了立法者对百姓民生的关注:其确立了全国统筹养老保险的目标,实行了全国养老、医疗保险跨地区转移制度,强化了社保基金安全监管力度,增加了强制征缴社会保险费的手段等一系列有利于保障社会保险权的措施。然而有学者指出了这部法律诸多明显的不足,如立法定位不准、国家—用人单位—个人责任不明、法律可操作性不强等。^①《社会保险法》以社会保险权为立法原点,构建社会保险法律体系,填补了一些旧有的漏洞、触

^① 王素芬:“理想与现实的调和:对我国《社会保险法》的反思与重塑”,载《河北法学》2011年第10期。

及了原有规范所没有涉及的领域是为其可贵的贡献,但是,我们也应当以保障社会保险权为归宿解决现有问题,完善现有法律制度,使之真正成为公民社会保险权益的“大宪章”。

一、社会保险权语义的展开

社会保险法无论在制度的设计还是实施的层面,始终贯彻对劳动者的社会保险权的确认和保障,如政府提供其相应的服务,用工单位增强其相应责任,并体现在具体的险种上。诚然,社会保险权的话语体系亦随社会保险法律体系建立起来,但是社会保险权作为一种新兴的权利,学界对其尚未有成熟的理论研究,笔者通过以“社会保险权”为篇名在中国知网进行检索,所涉论文仅为13篇。^①笔者认为有必要从社会保险权的语义着手,展开相关论述,以达抛砖引玉之效。

“学术共同体在采用一个新概念时非常重视对于概念的‘正名’,力求对特定概念的基本含义达成某些最低限度的共识。……在界定新概念的含义方面,我们虽然没有绝对的标准,但毕竟有一些相对的标准,否则就会陷入‘公说婆说’各有理的相对主义。”^②社会保险权简而言之就是与社会保险相关的权利,这样笼统的定义,并无不当,但只有进一步的进行阐释才能明晰社会保险权的本质特征与重心所在。国内第一位对社会保险权进行定义的学者认为:“社会保险权,又称为劳动保险权或福利保险权,是指劳动者由于年老、疾病、失业、伤残、生育等原因失去劳动能力或劳动机会因而没有正常的劳动收入来源时,通过国家社会保险制度获得物质帮助的权利。”^③第二种观点认为:“社会保险权是劳动者在因年老、疾病、伤残、生育等社会风险而暂时或永久失去劳动能力,或者因失业而不能实现其劳动力价值,或者劳动者遗属因劳动者死亡,从而在收入中断、减少甚至丧失的情况下,从国家或社会强制建立的社会保

① 中国知网:<http://www.cnki.net>,最后访问日期2012年4月17日。

② 高鸿钧:“法律文化的语义、语境及其中国问题”,载《中国法学》2007年第4期。

③ 种明钊:《社会保障法律制度研究》,法律出版社2000年版,第95页。

险基金获取津贴以维持基本生活水平的权利。”^①第三种观点认为:“社会保险权,是公民在遭遇社会风险(年老、伤害、疾病、失业、生育等)时,可以请求国家和社会提供物质帮助,以确保每一个公民有尊严地、体面地生活,共享社会经济发展的成果。”^②在上述三种学术观点中,第一种观点以《宪法》第45条^③为母体较为宽泛地界定了社会保险权的概念;第二种观点则是在第一种学说的基础上扩大了相应的权利主体,并未取得实质性的突破;而第三种观点在一定程度上将社会保险权和尊严权交织起来,但未能明确相关概念,反倒有混淆之嫌。

笔者认为,如果要精准地界定社会保险权的真正含义,应当从社会保险权的构造着手丰富相应内容,从而达到一种圆满的状态,方能正本清源。“从法律权利内部构成来看,它是由利益、资格和自由行为三大要素构成一个有机整体。”^④首先,社会保险权的主体是劳动者。上述第二种观点是有待商榷的,从设计制度的原因来看,社会保险主要是一种再分配制度,是为了矫正劳动者间过大的贫富差距,从宏观层面把控社会的收支平衡,从而保证物质及劳动力的再生产和社会的稳定,这就决定了社会保险权的主体只能是劳动者而非其他。加之,从法律的调整关系来看,社会保险法和劳动法都属于社会法的范畴,两者所调整的社会保险关系在一定程度上是交叉和重合的,劳动者的法律身份是没有发生变化的。而劳动者遗属津贴是为了保障劳动者遗属在劳动者去世之后基本生活的福利制度,对于劳动者遗属的优待是基于国家对社会保险权的一种转嫁,让劳动者遗属承继劳动者所不能享受的权利,归根到底还是劳动者所享有的权利,劳动保险权的主体还是劳动者。

其次,社会保险权保障的利益是劳动者的生存利益。这种生存利益

① 郭曰君、吕铁贞:“论社会保障权”,载《青海社会科学》2007年第1期。

② 杨思斌:“中国社会保险法制建设述评”,载《财贸研究》2007年第3期。

③ 《宪法》第45条: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,有从国家和社会获得物质帮助的权利。

④ 汪太贤:“论法律权利的构造”,载《政治与法律》1999年第5期。

是从两个层面来考量的,其第一个层面就是人身生存利益,第二个层面则是财产生存利益。从第一个层面来看,人身生存利益首要涉及的就是生命利益,“个人—用人单位—国家”三方结合共同构建社会保险制度,通过国家的统筹将高收入群体的部分财富进行稀释,再统一分配给收入较少的劳动者,使他们在遭遇社会风险时能保证基本的生活,这个是最基本的也是本源性的。而上述第三种观点认为社会保险权是为了确保每一个公民有尊严地、体面地生活,根据语境的不同、社会形态的不同或者是社会经济发展程度的不同都难以确定一个统一的标准,加之,这在某种程度上也与社会保险法进行财富二次分配的初衷有悖。我国传统“城乡二元结构”的划分导致劳动者长期被束缚在某个地域,而全国养老、医疗保险跨地区转移制度的建立从立法上打破了原来的僵局,从源头上打消劳动者的顾虑,使他们踊跃参保,这更有利于保障劳动者的社会保险权。从第二个层面来看,财产生存利益与人身生存利益是相生不相克的,二者互为表里、相互依存,可以说,财产生存利益就是人身生存利益的物化形态,国家通过给付财产使劳动者在遭遇社会风险时能在底线意义上达到生存的目的,这个亦是与立法宗旨不谋而合的。

最后,社会保险权的行使是消极作为与积极作为相结合。为了实现这一权利,权利人必须主动作为,不仅要自己争取更要主动介入。从消极作为的角度看,劳动者在遭遇诸如年老、伤害、疾病、失业、生育等社会风险时,请求国家相关社保机构履行相应职责,保障其生存利益。而从积极作为的角度看,劳动者在参与社会保险的过程中可以根据《社会保险法》的相关规定行使如下保障社会保险正常运行的派生性权利:其一,劳动者可以查询缴费记录、个人权益记录,要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务;其二,劳动者可以免费向社会保险经办机构查询、核对其缴费和享受社会保险待遇记录,要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务;其三,劳动者认为社会保险费征收机构的行为侵害自己合法权益的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼;其四,劳动者还有权对违反社会保险法律、法规的行为进行举报、投诉

等;其五,劳动者对社会保险经办机构不依法办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续或者侵害其他社会保险权益的行为,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼;其六,劳动者对侵害自身权益和不依法办理社会保险事务的行为,有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼等。

一言以蔽之,笔者认为:社会保险权是由宪法和相关法律设定的,劳动者主动要求国家相关社会保险机构保障劳动者人身、财产生存利益以及保证社会保险制度正常运行的权利。

二、社会保险权属性的廓清

社会保险法是典型的以权利为本位的法律,其首要任务是规定权利的享有和保障;满足主体的利益需求、权利处于主导地位是社会保险法的基础和目标。社会保险权作为一项劳动者的权利,已经得到学界的认同,但是社会保险权这一新兴权利的性质是什么,学界对此尚未达成共识,笔者认为有必要探究社会保险权的性质,方能正本清源。

(一) 社会保险权是基本权利

社会保险权不仅是当今世界众多国家正在实施的一项社会政策,也是社会发展到一定阶段公民应该享有的一项基本权利,相关的人权公约和我国宪法亦通过明示或者隐喻的方式表明这一点:联合国 1945 年《世界人权宣言》第 25 条规定:“人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准,包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务;在遭到失业、疾病、残废、守寡、衰老或在其他不能控制的情况下丧失谋生能力时,有权享受保障。”我国 2001 年批准加入的 1966 年《经济、社会和文化权利国际公约》第 9 条规定:“本公约缔约各国承认人人有权享受社会保障,包括社会保险。”此外,也通过了弱势群体社会保障的公约,1965 年《消除一切形式种族歧视国际公约》第五天(辰)规定:“经济、社会及文化权利,其尤著者为:……(4) 享受公共卫生、医药照顾、社会保障及社会服务的权利。”1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》第十一条(e):“享有社会保障的权利,特别是在退休、失业、疾病、残废和老年或

在其他丧失工作能力的情况下,以及享有带薪假的权利。”1989年《儿童权利公约》第26条1规定:“缔约国应确认每个儿童有权受益于社会保障、包括社会保险,并应根据其国内法律采取必要措施充分实现这一权利。”在我国,《宪法》第45条规定:“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,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”在上述相关法律条文中,唯有《经济、社会和文化权利国际公约》和《儿童权利公约》明确地点出了社会保险权;其他条文从字面上看更多的是规定了社会保障权,而社会保险权是社会保障权权利系谱中最重要的部分,我们可以推定这亦是对社会保险权的相应规定。社会保险权的基本权利属性,决定了对社会保险的规范和发展,只能在社会保险法治运行的轨道下运转,保证权力的规范运作,保障劳动者的权利得以实现。

(二) 社会保险权是社会权

社会保险权仅仅停留在公约、宪法对公民基本权利保障的纲领性规定上,没有一系列的具体权利表征加以落实,是徒具形式的。综观各国社会权的立法实践与理论研究,社会权是外延涵盖生存权、工作权、社会保障权等权利的综合权利束,而社会保险权作为社会保障权的一种形态,是社会权的种概念。社会保险权具有社会权最核心的属性,其实质就是“为了解决资本主义高度发达下劳资对立与贫富悬殊等各种社会矛盾与弊害,防止传统的自由权保障流于空洞化,谋求全体国民特别是社会经济弱者的实质自由平等,而形成的新型人权”。^①首先,从创设权利的目的来看,社会保险权和社会权的创设都是为了增进社会群体的社会福利,从法律上构建抵御社会外部风险的壁垒,在一定程度上降低社会群体在社会工业化和城市化进程中所遭遇的风险,弥合社会群体之间的差距,以达防患于未然之效。其次,从相关权利内容来看,社会保险权和

^① 田上操治著:《宪法典》,青林书院新社1984年版,第105页。转引自王广彬:“社会法上的社会权”,载《中国政法大学学报》2009年第1期。