

社会保险法原理

Shehui baoxianfa yuanli

向春华 / 著

中国检察出版社

社会保险法原理

Shehui Baoxianfa Yuanli

向春华 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

社会保险法原理/向春华著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0446 - 3

I. ①社… II. ①向… III. ①社会保险 - 保险法 - 中国

IV. ①D922. 182. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 028006 号

社会保险法原理

向春华 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjchbs. com)

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 29 印张 插页 2

字 数: 531 千字

版 次: 2011 年 3 月第一版 2011 年 10 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0446 - 3

定 价: 50.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

《社会保险法》已然颁布，这是我国社会保险制度发展进程中的一件重大事件。这么一项重要的立法，却在颁布后产生了不同的意见，这在国内立法中是少见的。

肯定者认为，这是我国社会保障体系建设的里程碑，它标志着我国社会保险制度由长期的实验性阶段正式走向定型、稳定和可持续发展。而质疑者则认为，该法过于原则，授权性规定过多，缺乏可操作性。

没有疑义的是，《社会保险法》已注定将对我国社会保险制度及公民的社会保险权利产生重大影响。例如，基本医疗保险和工伤保险中的先行支付和追偿制度。虽然存在不尽如人意之处，但《社会保险法》还是比较明确地规定了公民的社会保险基本权利即享受社会保险待遇，公民及其他责任主体的基本社会保险缴费义务，这将在相当长时期对我国社会保险制度建设产生积极的影响。

我们同时也应当认识到，由于种种条件的制约，《社会保险法》还需要诸多完善。如果我们要追求一个比较完善的社会保险法律规则体系，或者最终要制定一部比较完善的社会保险法典，还需要进行长远的深入研究。

法律应当明确，人们可以做什么，人们应当做什么，人们必须做什么。人们，包括每一位社会公民，包括每一个社会主体，政府、司法机关、企业、社会团体等其他各种组织。法律最主要的成分是规则，最基本的功能是规范。规则未必在一部法律中规定，但必须在一个法体系下是存在或可以发现和寻找的。法律可以去固定一种模式，但不能不规范人们的行为。离开了规范性，法律很难成为法律，即便它是实实在在的法律。在建立社保法体系的过程中，应当将规范性作为法律文本生成的最主要的技术要求之一，以法律规则而非政策性文件作为构建法体系的基本要素。

由于我国一些具体社会保险制度尚未定型或难以定型，如统筹层次、各社会保险制度之间的衔接、社会保险费的征缴方式等，立法本身很难解决这一问题。立法是利益博弈的过程，在立法过程中有争议是正常现象。但无论怎么争执，解决方案应当是比较明确的，权利义务的界定是明晰的，如果这一现实都

无法达致，法律规则也就无法生成。在这种状况下，政策比法律更具有适应性。

法律不同于政策。法律对于权利义务的要求是准确而具体的，而政策则比较原则，甚至不涉及具体的权利义务，而只规定一个大致的方向，可裁量性是政策的重要特征之一。法律必须是明确的、稳定的，不能朝令夕改，而政策则非常灵活，可以不追求安定性。很多政策是实验性的，改革的试点只能通过政策进行，法律是不能作为试验品的。法律存在的目的，这是针对人类整体生活状态而言的，法律不能规定一个具体的发展目标如各个险种的覆盖率、社会保险基金的征缴率，而政策未必强调根本的目的，却有着具体的发展目标或规划。在社会保险定型化的过程中，具备灵活性、裁量性和目标化的政策将在相当长时间内具有立法所无法取代的作用。我国社会保险法制化的进程，将和政策功能的发挥密不可分。然而，政策存在的必要性并不意味着我们只能依赖于政策，或者简单地将政策法律化。我们在认识到政策客观存在的必然性的同时，应当将本应由法律规制的内容尽早“还”给法律。在建设法治政府和法治国家的大背景下，减少政策的生存空间，发现、构建起更为健全的法律规则体系是应有之义。只是，这一过程是要付出诸多研究和努力的。

法律应当成为活的法律，而不仅仅是休眠条款。我们在追求法的精细化、体系化和完善性的同时，更应当注重法的实际效力，实效性是法律孜孜不倦追求的目标之一。任何法律，只有真正得到了适用，其所规定的权利义务在社会生活中才能得以实现，这样的法律才可能称为真正的法律。而我国的现实则是，法律、法规或规章或其他规范性法律文件已经作了比较明确的规定，然而在现实中却是置若罔闻。以社会保险费欠缴、少缴为例，在《社会保险法》以前，相关法规也规定了对用人单位的严厉的处罚措施，然而在实践中却用之甚少。《社会保险法》在保留类似措施的同时，还赋予社会保险费征缴机构直接划拨用人单位资金的权力。然而权力的存在并不代表权力的有效性，更不表明规则的实效性。如果社会保险依然只是经济工作的附属保障，不能尊重立法的科学性，再高层次的立法规定，也无法改变法律规则的落寞。补缴社会保险费争议作为劳动争议的命运或许可以作为一种例证。一方面，《劳动争议调解仲裁法》和《社会保险法》均明确规定社会保险争议可通过劳动仲裁、民事诉讼这一劳动争议处理程序处理；另一方面，劳动仲裁尤其是法院则拒绝受理此类案件。最高人民法院在2010年9月颁布司法解释时明确将此类争议排除出法院劳动争议受案范围。《社会保险法》这一规则的实施之日，或许就是这一规则的废止之日。

法的适用是法的实效性的重要体现。法的实现最终表现为公民对法的皈

依。虽然近些年以劳动者为代表的公民法律意识已经显著增强，具有标本意义的维权事件持续出现，对于法的实现具有重要意义。然而，劳动者维权仍然是一条艰辛之路，时间的漫长、程序的复杂令很多劳动者望而生畏。迟来的正义未必不是正义，但迟来的结果即便是公平而正义的，也很难令劳动者和用人单位对此秉持法治应有的崇敬和景仰。在法的适用中，最重要的就是法的适用机关如司法机关、仲裁机构、行政机关或具有行政职能的机构的适用。它们作为守法的表率，严格遵守法律具有更为重要的意义，也是法的实效性的必要保证。

无论如何，《社会保险法》的颁布，至少标志着我国社会保险法制化的重要开端。既然有了开始，未来也并不遥远。

伴随着《社会保险法》的颁布，本书也终于勉强杀青。

翻阅《社会保险法》法律文本，回味三年立法和研究进程，怎一个“纠结”了得。

本书的写作始于2008年。由于工作的关系，几乎日日谈论和思考社会保险的法律问题，然遍寻所见，社会保险论者，每每为社会保险政策论者，所持之意见，法律意蕴不足，甚至与法律相去甚远。进而思之，无论是社会保险法体系的建构者、适用者还是研究者，都需要对法、法学、法哲学有比较精深的了解，否则将难免沦入公共政策或经济研究范畴而非法学研究。由此萌生研究社会保险基本法律理论的想法。书名之《社会保险法原理》，或曰《社会保险法立法原理》更为恰当，因其所述，实为法哲学视角下的社会保险法的应为之态。然考虑后者非一般读者所能接受，故仍用前者。

本书写作过程也是作者系统深入的学习过程，多为重述前辈之所论，间或有所思而已。作者希冀能以此为基础，进行更具有现实意义的社会保险法律规则研究。如能对社会保险法律文本的制定和研习有微许增益，则为作者所窃喜而不敢期待焉。

感谢中国检察出版社李健编辑为本书所做的努力，感谢领导、同事、朋友、亲人在工作和生活中所给予的关怀和帮助。

三年时光既长且短。其间爱女出生，转瞬已一岁有半；其临人世第一夜尚记忆犹新，今日已会喜怒娇嗔，创无数惊喜，为煎熬之日月添无穷之生趣。唯愿爱女健康快乐，亦愿她们这一代能有更为公平而完善之社会保障。

向春华

2010年12月

目 录

前言	(1)
第一章 社会保险法的性质与特征	(1)
第一节 社会保障概述	(1)
一、社会保障的历史演变	(1)
二、社会保障的概念	(3)
三、关于社会保障特性表述之评析	(8)
四、社会保障的特征	(14)
第二节 社会保险概述	(17)
一、社会保险的概念	(17)
二、关于社会保险特性表述之评析	(19)
三、社会保险的特征	(21)
第三节 社会保障法概述	(24)
一、社会保障法的概念	(24)
二、社会保障法的特征	(25)
第四节 社会保险法概述	(28)
一、社会保险法的概念	(28)
二、社会保险法的特征	(29)
第五节 公法、私法与社会保障法	(30)
一、公法与私法的历史	(30)
二、公法与私法划分的价值	(31)
三、公法与私法划分的标准	(34)
四、公法与私法区分之基础	(36)
五、公法、私法之混合	(39)
六、社会保险法的公、私性质	(40)

第六节 社会法与社会保障法	(44)
一、实在法与法理念	(45)
二、第三法域说	(45)
三、独立法律部门说	(49)
四、社会法即社会保障法	(50)
第七节 劳动法与社会保障法之纠葛	(56)
第二章 社会保险法的目的	(60)
第一节 法律目的：有还是无	(60)
第二节 法的目的发展史与多样性	(64)
一、法的目的的发展史	(64)
二、法的目的的多样性	(65)
三、法的目的之位阶	(67)
四、法的目的经由工具性价值向目的性价值的发展过程	(70)
第三节 公平与正义	(70)
一、正义含义的多义性	(70)
二、公平与平等的正义	(75)
第四节 法律目的的意义与价值	(82)
一、促进良法的形成	(82)
二、实现秩序和安全	(82)
三、促进法体系的形成	(84)
四、促进法的适用——解释与漏洞填补	(86)
第五节 社会保险法的目的	(88)
一、社会保险法的目的实现——以出生年龄规则的效力冲突为视角	(88)
二、社会保险法的一般目的	(93)
三、社会保险法目的的分类	(107)
第三章 社会保险法的法益	(111)
第一节 利益的概念及其特性	(112)
一、利益的通俗概念	(112)
二、利益的理论概念	(113)

三、利益具有主观性	(119)
四、利益的客观性	(120)
五、利益的历史性	(123)
六、法律不仅仅是利益体现	(124)
第二节 利益的种类及相互关系	(126)
一、关于庞德利益分类学说的分析	(126)
二、个人利益	(130)
三、公共利益	(133)
四、社会利益	(156)
五、国家利益	(158)
六、集团利益	(161)
七、不同主体间利益的关系	(161)
八、利益衡量及其对法律的影响	(162)
第三节 社会保险法保护之利益	(164)
一、社会保险法保护之利益内容	(164)
二、社会保险法保护之利益主体	(171)
第四章 社会保险法的原则	(182)
第一节 法律原则的含义与作用	(182)
一、作为法律体系组成内容之法律原则	(182)
二、法律原则的作用	(188)
第二节 社会保险法原则研究之评述	(191)
一、生存权保障（保护）原则	(191)
二、强制保险原则	(194)
三、兼顾公平与效率、公平与效率相结合原则	(195)
四、保障水准（社会保障水平）与经济（生产力）发展相适应 原则	(197)
五、社会保险权利与义务相统一原则	(201)
六、社会保险一体化和社会化相统一的原则	(204)
七、建立起多层次的社会保险制度的原则	(205)
八、保障功能与激励机制相结合的原则	(206)
九、普遍性原则	(206)
十、其他原则	(208)

第三节 我国社会保险法之基本原则	(210)
一、社会保险法律原则的特征	(210)
二、平等原则	(211)
三、公平原则	(216)
四、合法性原则	(221)
五、强制性与灵活性相结合原则	(224)
六、唯一性原则	(225)
七、权利与义务对应原则	(226)
 第五章 社会保险法的本位	(230)
第一节 法的本位	(230)
一、法本位之概念	(230)
二、法本位之意义	(233)
第二节 义务本位与社会本位	(236)
一、本位观之发展	(236)
二、义务本位	(237)
三、关于社会本位的不同认识	(240)
四、作为社会利益本位之社会本位	(241)
第三节 权利本位的内容与意义	(250)
一、权利本位之历史渊源	(250)
二、权利本位之含义	(250)
三、权利本位之批判与再批判	(254)
四、权利本位之意义	(255)
五、权利滥用之禁止	(256)
第四节 社会保险法之权利本位	(257)
一、社会保险权是基本人权	(258)
二、社会保险权为社会保险关系之核心	(263)
三、社会保险法的发展即是社会保险权的发展	(268)
四、社会保险权之强化	(269)

第六章 社会保险法体系	(271)
第一节 何谓法律体系	(272)
一、部门法体系	(272)
二、法律体系的界定	(273)
第二节 法律体系的形成与判定	(283)
一、拉兹的法律体系理论	(283)
二、法律体系的判定	(284)
第三节 作为权威指引的法律体系的意义	(292)
一、法律适用的一致性	(292)
二、形成与构建统一的法秩序	(294)
三、体系解释	(295)
四、填补法律漏洞	(297)
五、解决法律冲突	(299)
六、发现新法	(300)
第四节 社会保险法体系的缺失	(301)
一、缺乏法律概念与法律原则	(301)
二、缺乏程序规则	(304)
三、立法理路不明晰	(308)
四、逻辑性、协调性不强	(309)
五、规范性不足	(314)
六、条文设置应更具科学性	(315)
第五节 社会保险法体系的形成与建构	(316)
一、途径与方式	(316)
二、社会保险法外在体系	(320)
第七章 社会保险权	(325)
第一节 权利与义务	(325)
一、权利	(325)
二、义务	(328)
三、权利、义务之关系	(334)
第二节 社会保险权之概念与性质	(337)
一、社会保障权之概念	(337)

二、社会保险权之概念	(339)
三、社会保险权之性质	(342)
第三节 社会保险权的权能	(346)
一、行为之界分	(346)
二、制约权力	(346)
三、促进公平正义社会之形成	(348)
四、促进社会保险法体系生成	(349)
第四节 社会保险权的权利内容	(349)
一、参加权	(349)
二、选择权	(351)
三、获得社会保险待遇的权利	(352)
四、社会保险知情权	(352)
五、社会保险附随权利	(354)
第五节 社会保险权的法律保护	(354)
一、行政法保护	(355)
二、民法保护	(356)
三、刑法保护	(356)
四、社会保障法的特别保护	(356)
第六节 社会保险请求权	(357)
一、社会保险权请求权	(357)
二、社会保险权侵权请求权	(359)
三、行政救济权	(359)
第八章 社会保险法的渊源	(361)
第一节 法律渊源	(361)
一、法律的形式渊源	(361)
二、法律的效力渊源	(362)
三、法的产生根源	(362)
四、作为法律适用依据的法律渊源	(363)
五、正式渊源与非正式渊源	(364)
第二节 社会保险法的渊源	(365)
一、宪法	(365)

二、法律、行政法规与行政规章	(366)
三、政策性法律文件	(367)
四、国际条约与双边协定	(368)
五、法律原则	(368)
六、行政惯例	(369)
七、司法判例	(370)
八、习惯	(371)
九、法律学说	(372)
十、公共道德	(373)
 第九章 社会保险法的限度	(374)
第一节 刚性规则	(374)
第二节 柔性规则与裁量	(376)
第三节 司法权不能代替行政权	(378)
第四节 道德的调整空间	(379)
 第十章 社会保险责任、强制与制裁	(384)
第一节 义务、责任与制裁	(384)
一、义务与责任	(384)
二、责任与制裁	(389)
第二节 无责任便无法律	(391)
一、法律责任是法律实现的保障	(391)
二、社会保险责任设定的原则	(392)
三、社会保险责任的类型	(395)
四、社会保险责任的构成	(398)
第三节 制裁只在一定程度上是法律的最终基础	(399)
 第十一章 社会保险法的效力与实效	(400)
第一节 现实的困惑	(400)
一、关于出生时间争议的两个案例	(400)
二、社会保险争议司法管辖权的有效性	(402)

第二节 效力与实效的区分	(403)
一、效力解决的是法律规则的身份问题	(403)
二、实效反映的是法律规则的作用问题	(405)
第三节 强制性与法律规则的效力	(406)
一、强制是法律获得实效的保障之一	(406)
二、强制不能完全使法律规则获得实效	(407)
第四节 法律实效性的基础与实现	(408)
一、法律规则的实效具有更强的现实意义	(408)
二、法律规则实效性的基础	(409)
三、法律规则实效性的实现	(411)
 第十二章 社会保险法的法典化	(415)
第一节 法典化的目的与意义	(415)
一、法典化的概念	(415)
二、法典化的一般意义	(416)
三、社会保险法法典化的现实要求	(417)
四、法典化的具体意义	(421)
五、法典化的缺陷	(426)
第二节 法典化的条件与要求	(428)
一、习俗与法典化	(429)
二、成文法与法典	(430)
三、理性与法典	(431)
四、体系化与法典	(432)
五、民意与法典	(434)
六、安定性与法典	(435)
第三节 我国社会保险法的立法选择	(436)
 参考文献	(438)

第一章 社会保险法的性质与特征

这里指的社会保险法的性质，是指社会保险法属于何种法律部门。研究社会保险法的性质，可以有效地借鉴部门法的理论指导社会保险法自身的研究。

理论界的通说认为，社会保险法属于社会保障法范畴，社会保障法一般属于社会法范畴。但对于社会保障法的范围，特别是社会法的定性与理解，则存在非常大的差异，甚至是截然相反的结论。而作为社会保险法或社会保障法主要研究对象的社会保险和社会保障，对其概念的认识杂乱纷呈。没有对这些概念的准确界定，就无法准确地揭示社会保险法和社会保障法的性质与特征。许多阴影常常使得我们的知识晦暗不明，它们不仅在强度上变化多端，遮蔽光明、投下这些阴影的障碍物也是纷杂多样。^①概念的界定不明就是这些众多的障碍物之一。本章的主要目的在于，探索社会保险法在社会保障法或社会法中的地位或关系，对社会保障、社会保障法、社会保险、社会保险法、社会法等基本概念试图作出分析和界定。

第一节 社会保障概述

一、社会保障的历史演变

（一）社会保障和社会保险是属种关系

社会保障和社会保险必须严格区分。社会保险是社会保障的主要组成部分，或者说是社会保障的核心内容，这是一个非常简单的常识性问题。但实际上，一些学者有时仍会不自觉地混淆两者，特别是在论述社会保障的起源时。如有观点认为，社会保障制度已经有 120 多年的历史，是从 19 世纪 80 年代开

^① [英] H. L. A. 哈特：《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社 2005 年版，第 23 页。

始建立的,是工业革命的产物。^①以这个时点作为社会保障制度的诞生,显然是以19世纪80年代德国颁布三项社会保险法为标志的。而无论是作为社会政策,还是法律制度,社会保障的起源要远早于此。两者在法律性质、权利义务内容、政府责任等方面都有重要区别。一些学者“常常把社会保障混同于社会保险,这是不妥当的”,“区分社会保障和社会保险这两个概念,对于我国社会保障事业发展的意义是深远的”。^②在逻辑上严格区分社会保障和社会保险,是构建社会保障法和社会保险法的法律体系和理论框架的前提和基础。

(二) 社会保障早于社会保险

社会保障的起源远早于社会保险。“社会保障”这一语词结构的重点在于“保障”,至于通过何种形式达致这一目的,在所不问,故有不幸就有扶助,扶助就属于保障,所以社会保障和人类历史一样久远。“社会保险”这一语词结构的重点在于“保险”,即是通过保险的形式实施的保障,其历史也就年轻很多。社会保障与社会保险诞生的不同社会背景和理念会导致对其法律目的、原则、本位、功能等的不同认识,这是从事社会保险和社会保险法研究需要确定的基本事实。

(三) 社会保障体系化较晚

社会保障现象的诞生远早于体系化的社会保障制度。作为一种社会现象和社会事实,社会保障与互助共济的人类合作精神相伴随,早在原始社会即存在。但作为一种社会政策、一种制度,特别是一种法律制度的社会保障,其出现则要晚得多,一般认为是以1601年英国伊丽莎白女王颁布《济贫法》为标志。对社会成员的保障,特别是对老、弱、病、残、贫困人员的保障,与人类社会一样历史久远。但是真正具有社会保障性质的制度设计,一般认为起始于1601年。^③最早对社会保障问题作出正式立法反映的是英国,1601年在伊丽莎白时代就颁布了《济贫法》。但这时的法律规定还是零星的、非系统化的。直至19世纪80年代德国俾斯麦政府颁布《疾病社会保险法》、《工伤保险法》,系统的社会保险制度诞生,现代社会保障体系开始产生。社会保障制度是人类社会发展到一定阶段的产物,是政治文明催生的结果,是近代工业革命

^① 吕学静主编:《社会保障国际比较》,首都经济贸易大学出版社2007年版,第1页;马斌主编:《社会保障理论与实践》,中国劳动社会保障出版社2006年版,第1页;谢元态主编:《社会保障学》,江西出版集团、江西科学技术出版社2007年版,第38页;刘晓雄主编:《社会福利与保障》,中央广播电视大学出版社2008年版,第15页;邓微编著:《社会保障概论》,湖南人民出版社2007年版,第19页等。

^② 高书生:《社会保障改革何去何从》,中国人民大学出版社2006年版,第301页。

^③ 龚维斌等:《中外社会保障体制比较》,国家行政学院出版社2008年版,第17页。

的必然结果。^① 现代社会保障制度是与市场经济伴生的一项制度。社会保障制度的建立与发展,是市场经济国家解决“市场失灵”、达成社会公平所采取的途径和做法。^② 社会保障立法的渊源实际上应当自济贫法时代算起,再经过社会保险立法繁荣阶段而进入社会保障立法成熟期。^③ 作为体系化的社会保障制度,是现代政治社会发展的产物,是与法律化紧密联系的。法律化的含义不仅意味着法律的制度化,更意味着法治化,即以法律作为最高的指引与行为范式。现代社会的社会保障制度都是一种法律化的制度,应当遵循法治的原则和规则,而不是听凭行政权力的恣意任为或施舍,也不是委任公民自治或富人的良心与善行。

(四) 社会保障在英美法中使用较多

社会保障语词首先是在英美法中出现的。“社会保障”一词系由英语“social security”翻译而来,直译为社会安全。1944年在美国召开的第二十六届国际劳工大会上所通过的《费城宣言》,使用“社会保障”来代替“社会安全”。^④ 1935年,美国颁布了人类历史上第一部《社会保障法》。社会保障法“主要是一个英美法的概念”。^⑤ 定义或概念不能脱离其使用的背景和现实,不能完全与大众所使用的含义相背离,否则只能成为使用者心中的“玩偶”,不可能为民众所接受,这样的研究也是与其研究目的相背离的,不具有生命力。与社会保障法相近似的概念是社会法,由于缺乏准确的概念和适宜的语境,其所导致的困惑和“非同凡响”实非一般人所能接受,如认为治安管理处罚法(典型的公法:行政法——行政处罚法范畴)属于社会法。

二、社会保障的概念

明确社会保障的概念,也就以简要的方式确定了社会保障法的调整范围,社会保险概念的功能同样如此。唯需注意的是,法律中的定义与其他情境下的定义可以不同。法律中的定义首先要考虑其立法的规范目的。在社会保障法中

① 褚福灵主编:《社会保障国际比较》,中国劳动社会保障出版社2006年版,第99页。

② 林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,中国人民大学出版社2002年版,前言。

③ 郑功成:《社会保障学——理念、制度、实践和思辨》,商务印书馆2000年版,第380页。

④ 褚福灵主编:《社会保障国际比较》,中国劳动社会保障出版社2006年版,第4页。

⑤ 郑尚元:“社会法语境与法律社会化——‘社会法’的再解释”,载《清华法学》2008年第5期。