

《社会保险法》(草案)修订应关注的几个问题

Analysis About Several Problems For Revising Social Security Law (Draft)

常纪文

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

内容提要:法律的基本问题至少包括法律属性、目的价值、立法本位、基本方针和法律体系五个方面的问题。《社会保险法》(草案)在下一步修订时,应当维护社会保险的广覆盖性和广受益性即社会性,维护社会保险的公平性和受益者的人格尊严,在维护社会利益的前提下保障个人的社会保险权利,重视传统部门法的制度和机制在社会和家庭帮助方面的作用,从发展的角度来创设新的制度和机制,使公民共享国家和社会发展的成果。此外,修订《社会保险法》(草案)时,还应妥善处理该法和《劳动合同法》、《劳动法》等其他社会法之间的关系,使社会保险法律规范体系化、衔接化。

关键词:社会保险法 目的价值 立法本位 基本方针 法律体系

社会保险包括养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等,涉及每个公民和每个家庭的切身利益,因此,《社会保险法》(草案)公布之后,引起了社会各界的热议。《社会保险法》(草案)征求意见工作截止后,全国人大法制工作委员会共收到意见 70501 件。目前,社会各界对《社会保险法》(草案)的修订仍在提出各种建议。那么,应当如何对待和处理这些修订意见呢?笔者认为,修订应当首先把握《社会保险法》的基本问题即本质特点和关键要求,在此基础上,针对不符合这些特点和要求的方面和环节,通过创新和完善体制、机制,予以针对性的解决。一部法律至少包括法律属性、目的价值、立法本位、基本方针和法律体系五个方面的基本问题。体现在《社会保险法》(草案)上,它在被修订时,立法机关应当把握以下五个基本问题:一是维护社会保险的广覆盖性和广受益性即社会性;二是维护社会保险的公平性和受益者的人格尊严;三是在维护社会利益的前提下,保障个人的社会保险权利;四是既应继续发挥传统部门法的

制度和机制在社会和家庭帮助方面的作用,也要从发展的角度来创设新的制度和机制,使公民享受社会发展的成果。五是妥善处理社会保险法和其他社会法之间的关系,使社会保险的规范制度化、衔接化。本文下面予以分述。

一、法律属性的维护问题

从基本特征上判断,社会保险法应当充分体现社会保险的社会性,即制度覆盖的社会性、资金来源的社会性和受益群体的社会性。《社会保险法》(草案)如只是使部分对象受益而忽视其他主体社会福利保障的保险法,严格意义上讲,就不属于社会保险法。

在总则部分,《社会保险法》(草案)对社会保险的覆盖范围作了基本的规定,第 1 条规定:“维护社会保险参加人的合法权益”,第 3 条规定:“社会保险制度坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的方针”,第 4 条规定:“中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费;个人依法享受社会保险待遇”。从表面上看,“广覆

作者简介:常纪文(1971-),男,汉族,湖北监利人,中国社会科学院法学研究所社会法研究室主任、研究员。

本文为中国社会科学院 2008 年重点项目“和谐社会与社会法的体系”的研究成果。

在一些国家,如德国,社会保险还包括护理保险。

张华杰:《社会保险法草案公开征集意见 7 万多条》, http://www.cnrcn/gundong/200902/t20090219_505240465.html, 访问日期:2009 年 8 月 3 日。

包括国家的补助资金、被保险人缴纳的资金、用人单位缴纳的资金,体现了国家责任、雇主责任和个人责任的三结合。

盖”、“中华人民共和国境内的用人单位和个人”的措辞,好像体现了社会保险覆盖的社会性和受益的社会性,但是这三条都未对所有的社会保险险种规定强制性参加,这为分则中缺憾的形成奠定了基础。

在分则部分,《社会保险法》(草案)对各险种的覆盖范围作了具体规定。关于基本养老保险的覆盖范围,《社会保险法》(草案)第9条规定:“职工应当参加基本养老保险”,可见,基本养老保险对于职工是强制性的。但对于广大的农民和城镇无业人员,该章没有规定相应的养老保险措施。也就是说,基本养老保险不适用于广大的农民和城镇无业人员。关于基本医疗保险的覆盖范围,《社会保险法》(草案)第19条规定:“基本医疗保险包括职工基本医疗保险、城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗。职工的基本医疗保险,按照第20条的规定,属于强制性社会保险;城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗,按照第21条和第24条的规定,不属于强制性的保险。关于工伤保险、失业保险、生育保险的覆盖范围,按照《社会保险法》(草案)第四章、第五章、第六章的规定,均只适用于职工,即有劳动关系的劳动者,对于农民、城镇无业人员和自由职业者,都不适用,他们都不属于受益群体。因此,覆盖和受益群体的社会性体现不足。

根据以上规定,我们可以看出,除了自愿性的城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗外,《社会保险法》(草案)关于养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险的规定,都是围绕“职工”来展开的。也就是说,《社会保险法》(草案)实质上演变成了劳动保险法。劳动保险法和社会保险法是不同的,劳动保险法所针对的是劳动者,而社会保险法所针对的是全体社会成员。如果中国的社会保险法把重心移到劳动者身上来,那么,就忽视了占中国人口比例80%左右的农民阶层的社会福利,忽视了城镇无业人员和自由职业者的基本社会福利,这对维护社会的稳定,是非常不利的。《社会保险法》(草案)在下一步修订时,应当重视农民和城镇无业人员的基本社会福利保护。这种保护,可以沿用现有的二元化模式来处理,即把被保险人分为职工和非职工来处理,把非职工分为农村无劳动关系者和城镇无劳动关系者来处理。二元化的保护模式,有利于管理,只要制度设计得合理,既可体现广覆盖的要求,还可避免人群歧视的问题。

在个人责任社会化的法治国家,通过以下三个途径

来保证国家和社会帮助的广覆盖性即社会性。一是用商业保险形式来实现。如在德国等欧盟国家,富裕阶层的一些人士嫌社会保险的层次低,不能满足他们更高要求的养老、医疗、工伤、失业、生育待遇,于是任性地和有资质的商业性保险公司签订商业保险合同。如果商业保险合同能够覆盖国家强制性社会保险待遇所覆盖的范围,且待遇不低于国家的社会保险待遇,政府不再给被保险人强加社会保险的义务。商业保险的发展,丰富了保险产品的市场供给,满足了投保人的消费偏好,促进了社会的稳定和发展,提高了整个国家的福利水平。二是用国家强制性社会保险的形式来实现,即国家要求,如果被保险人没有充分的商业性保险,或者根本没有参加商业保险,就应当加入国家统筹的相应社会保险。三是对于少数既没有参加商业保险,也没有参加社会保险的人,如对难民、流民或者其他贫困人群,一般采取国家救助的形式实现。1935年美国通过了历史上第一部社会保障法典——《社会保障法》,社会救助被列为社会保障的三大部门之一。但这种救助属于国家或者社会救助,而不属于社会保险,是社会保险的补充。这种三结合的制度建设模式,值得我国学习。《社会保险法》(草案)在下一步修订时,为了满足该法社会性的本质属性,应当考虑商业性保险和社会救助的辅助作用。当然,基于立法的“社会保险”主旨,商业性保险和社会救助不应当是该法的主要内容。

二、目的价值的追求问题

从目的价值的追求来看,《社会保险法》(草案)应通过养老、医疗、工伤、失业、生育的个人责任、家庭责任社会化来体现社会的公平、正义,通过个人责任、家庭责任、国家责任和社会责任的结合来促进社会的稳定和和谐。更重要的是,社会保险法还应体现维护公民社会尊严的目的价值。这种尊严不仅包括代内的社会尊严,也包括代际的社会尊严。众所周知,每个人从出生到死亡,法律地位虽然平等,但是其所占有的经济和社会资源不一定均等,而这个社会的和谐、国家政局的稳定、经济的增长,是需要所有的社会成员贡献自己的利益的,因此,每个人都在为这个社会分担风险,为社会的和谐和发展作出自己的贡献。从这一点看,在主权在民的国家,每个人都可以要求所有的社会成员分担一定的社会责任,都可体面地享有从国家和社会得到利益回馈的权利。而且这种回馈,可以保证受益者得到与社会经济发展程度及

处于劳动用工关系之中的农民除外,下同。

德国保险协会将商业保险定义为不属于社会保险领域的其他所有保险。参见许闲:《德国保险的两大分支:社会保险与商业保险》,载《中国保险报》2007年12月24日。

很多德国人既是社会保险的强制投保人,同时也是商业保险的自愿投保人。参见许闲:《德国保险的两大分支:社会保险与商业保险》,载《中国保险报》2007年12月24日。

许闲:《德国保险的两大分支:社会保险与商业保险》,载《中国保险报》2007年12月24日。

廖鸿:《美国的社会救助》,载《中国民政》2002年第9期。

社会化的手段包括建立国家的保障和监督责任,明确单位的责任立社会保险基金等。

其缴费水平相适应的体面生活、医疗、生育等保障。^⑩ 在中国,农村和城镇居民的社会保险虽然采取城乡二元化的机制来实施,但这种二元机制的设计应当保障农民和城镇无业居民在有尊严的前提下享受相对公平的社会回馈。这种回馈,对于所有的社会成员来说,除了可以得到国家和社会提供的社会安全保障和公共设施利用等待遇以外,还包括基本的社会保险。

关于社会保险的法律性质,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。按照该规定,社会保险属于一种国家和社会的帮助制度和机制。这种帮助,不是一个群体对另外一个群体的单向施舍,而是代内不同的人之间及不同年龄层的人群之间相互帮助或者反哺的作用过程。^⑪ 如年轻的群体在年轻的时候贡献资源,在其年老的时候,就会享受更年轻群体所贡献的社会资源。这个资源的贡献和索取,都是在法律所确认的有尊严的秩序和环境之下进行的。虽然社会保险会牺牲或者损害一些特殊群体(如高收入者)的利益,但是从维护整个社会的公平、正义、稳定、和谐等维护公民社会尊严的价值来看,确是必需的。

那么,《社会保险法》(草案)是如何规定的呢?该法第 1 条规定:“为了规范社会保险关系,维护社会保险参加人的合法权益,使公民共享发展成果,促进社会和谐稳定,根据宪法,制定本法。”“使公民共享发展成果”的措辞体现了已有资源共享的意思,却未体现共享资源的来源渠道和机制问题,没有体现共同享受与共同贡献的动态关系,没有体现代际公平和代内公平的价值,因此并没有体现社会保险的实质。另外,公民的社会尊严保护,还应避免因职业、身份、地区的不同导致社会保险待遇差距过大。如按照有些地方出台的农民工养老保险规定,农民工养老保险缴费基数远低于城镇职工的标准,这使得农民工的社会保险待遇低于城镇职工的待遇;有的地方对于本地户口和外地户口施行了二元化的社会保险制度,外地户口就业人员不能领取失业保险金,不能享受生育保险待遇。^⑫ 对于这些现象,《社会保险法》(草案)在修订时应予以解决。

三、立法本位的选择问题

从立法本位的追求来看,世界各民主法治国家的社会立法已经表明,义务本位和纯粹的权利本位应让位于符合社会利益的权利本位。从这点看,《社会保险法》(草案)既应规定单位和个人的义务及单位和个人的权利,还应规定国家的基本权力和基本职责。无论是权利还是权

力,为了维护社会的稳定与和谐,促进社会的进步,还是应当接受法律所额外施加的公法义务。由于这种公法义务所指向的对象是社会利益,我们可称之为社会保护的义务。同样的,无论是义务还是职责,为了社会整体的利益,也会受到法律特殊的对待。我国《社会保险法》(草案)第 2 条规定:“国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度,保障公民在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下依法获得物质帮助的权利。该条和第 1 条规定的“促进社会和谐稳定”一起证明,我国的社会保险制度,从形式上看,还是属于符合社会利益的权利本位的。

但是,立法本位的判断光从形式上观察还不够,还必须从制度的设计上来深入分析。我国的《社会保险法》(草案)对社会保险费的征缴、保障和监督在一些章节作了基本的规定,如第 4 条规定:“中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费;个人依法享受社会保险待遇。该条不仅体现了公民的社会化权利和社会化义务,还体现了用人单位的社会化责任。第 5 条规定:“县级以上人民政府应当将社会保险事业纳入国民经济和社会发展规划。国家多渠道筹集社会保险资金。县级以上人民政府应当对社会保险事业给予必要的经费支持。国家通过税收优惠政策支持社会保险事业。该条充分地体现了国家的社会责任。但是,《社会保险法》(草案)对社会保险纠纷的处理还存在一些欠缺,如第 88 条规定:“用人单位或者个人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。个人对社会保险经办机构不依法支付社会保险待遇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。个人与所在用人单位发生社会保险争议的,可以依法申请仲裁、提起诉讼。用人单位侵害个人社会保险权益的,个人也可以要求社会保险行政部门或者社会保险费征收机构依法处理。四个排列式的“依法”措辞,值得深究。目前对这些纠纷的处理,所依据的法律要么缺失,要么很不充分,这说明“依法”措辞在该条中已经虚化了。要弥补这一缺陷,必须建立完善的社会保险纠纷解决法律、法规和规章体系。否则,虚化的“依法”将使公民符合社会利益的权利本位流于形式。流于形式的权利本位,其实质是义务本位,这是和现代法治精神相违背的。

此外,《社会保险法》(草案)设置了一些授权性条款,如缴费率的确定与养老金计算标准的建立等,可操作性不强,使公民难以及时得到法律所授予的社会保险权利和利益。建议修订时予以明确和细化,或者要求国务

^⑩ 这种体面性,既不是保证被保障人高水平的生活,也不是保证其最低水平的生活,而是为了保障其基本的生活、医疗和生育护理。

^⑪ 德国称当代人为上一代人买单的行为为代际互助,称代内不同收入群体之间调剂社会福利待遇的行为为代内互助或者同代人互助。

^⑫ 刘宏:《社会保险法草案:聚焦九大方面内容》,http://www.2008red.com/member_pic_516/files/qhsxnsjcyjmc/html/article_6673_1.shtml,访问日期:2009年8月3日。

院同时制定有关的配套法规,与《社会保险法》同时实施。

四、基本方针的确立问题

从基本方针的确立来看,《社会保险法》(草案)的修订应当符合两个要求,一是充分借鉴国外社会保险法的经验;二是立足于中国的基本国情、社会风俗和现实立法。《社会保险法》(草案)第3条规定:“社会保险制度坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的方针,社会保险水平应当与经济社会发展水平相适应。”从表面看,该规定符合这两个要求,但实际上该条视野狭窄,且缺乏前瞻性,妨碍了制度设计的展开与创新。具体体现在以下三个方面:

一是中国具有家庭养老、家庭供养、家庭扶养的传统,该传统经过几千年的历史积淀,已经作为中国特色巩固下来,并成为维系家庭团结、家庭发展和促进社会和谐稳定的重要力量。如果一味地强调社会保险,忽视家庭的抚养、供养、扶养和赡养作用及亲友的互助作用,那么,一旦家庭责任和亲友的互助资源被法律强制性地转移到社会保险上去,社会保险将无法承受由家庭责任所转移的压力,或者无法持续地满足社会保险资金供给的需求,社会将因缺乏供养资源、医疗卫生资源及其他社会资源出现动荡与不安。也就是说,我们不要盲目地全盘否定由《民法通则》和《婚姻法》所确认的家庭权利义务,还应继续发挥家庭养老、供养与扶养的作用。如果可能,我们可以把传统的家庭抚养、供养、扶养和赡养制度和现代的商业保险结合起来,即由家庭购买保险来保障家庭成员养老、医疗、工伤、失业、生育等方面的资金需要。

二是虽然《社会保险法》(草案)要强调社会保险的“广覆盖”,但是一些自愿性的机制或者选择性的机制却妨碍了这一点的实现。如农业合作医疗加入具有自愿性,一些外地打工的农民既没有加入家乡的合作医疗,也未参加打工地的医疗保险,一旦他们生病,将给法律救济体制之外的家庭养老、供养与扶养主体造成巨大的经济压力,这对于保障宪法规定的公民基本社会性权益是不利的。为此,笔者建议,国家应当实行全民性的强制社会保险,不分公务员还是企事业单位职工、农民、自由职业者,只要符合条件,就应加入社会保险。

三是“保基本”仅考虑了“广覆盖”、“多层次”等要求,但未从发展的角度考虑人民群众不断增长的社会保障需求。由于部分人需要得到比基本社会保障标准更高的保障,这就需要建立护理保险等新的社会保险^①,需要发挥商业保险的作用。虽然立法的名称为《社会保险法》,但是,该法应当留下与商业保险立法衔接的接口。

基于以上三点,笔者建议,该条可以加上一段内容作

为第1款:“社会保障应坚持社会保险与商业保险、家庭责任、社会互助相结合的方针。商业性养老、医疗、工伤、失业、生育保险的法律问题,由法律法规另行规定。”

五、立法体系的协调问题

按照现在的立法规划,《社会保险法》(草案)将由全国人大常委会通过,这意味着,《社会保险法》将属于一般的法律。我们知道,《社会保险法》(草案)主要规范养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险,因此和《劳动法》、《劳动合同法》、《就业促进法》、《老年人权益保障法》、《妇女儿童权益保障法》、《残疾人保障法》等社会保障法、社会促进法及即将制定的《慈善法》、《社会救助法》等法律有着密切的关系。按照法律制度和机制设计的体系化、相关化要求,《社会保险法》(草案)必须留有与《劳动法》、《劳动合同法》、《就业促进法》、《老年人权益保障法》、《妇女儿童权益保障法》、《残疾人保障法》等相关性社会法律衔接和协调的接口。但是,在我国,目前所有的民事法律由《民法通则》和《物权法》两部基本法律来协调;所有的刑事法律由《刑法》和《刑事诉讼法》两部基本的法律来协调;所有的行政法律,虽然目前无《行政诉讼法》的协调,但是有《行政诉讼法》和《国务院组织法》等基本的法律来衔接和协调。也就是说,在公法和私法领域,目前都有了基本法律的协调。而在社会法(包括社会保险法、劳动法、社会促进法、社会救助法、社会校正法等)领域,目前由于缺乏由全国人大通过的基本法律的协调,因此给人的印象是:这些社会性法律虽然具备了一定数量,但是很零散,强调应用性,含有“头痛医头、脚痛医脚”的色彩,体系性、相关性差。这与中国的基本法加专门法的立法传统模式是不相符的。上述专门法律均由全国人大常委会通过,因此效力等级都相同。那么,在法律适用时,如何以科学的立法模式来处理这些法律之间的规则援引、衔接和协调呢?目前的社会立法体系建设没有解决这个问题,值得进一步研究。虽然《社会保险法》(草案)在第1条规定“根据宪法,制定本法”,体现了宪法的根据地位,但是它和其他单行社会法律的关系,不是母子或上下位法关系,仍然是平行的关系。基于此,建议在今后由全国人大制定一部综合性的社会法基本法——《社会保障和促进法》,对社会保险作出基本的规定。在此之前,可以修订《社会保险法》(草案),明确不同法律之间与社会保险有关的法律规则适用关系。

(责任编辑:李辉)

^① 在德国等一些欧盟国家,护理保险属于社会保险的范畴。