

# 中国养老保险法制建设:法律性质、现状与未来发展

鲁全

(中国人民大学 中国社会保障研究中心,北京 100872)

**摘要:**作为现代社会保障体系中最重要项目,养老保险迫切需要健全的法律保障并始终运行在法治的轨道上。目前我国的养老保险法制呈现出立法层次低、法律条款不完善、部分法律要求未得到有效实施以及养老保险权利的司法救济存在困境等问题。因此,迫切需要在修订《社会保险法》相关内容的基础上,制定专门的《养老保险法》,明确养老保险经办机构的独立法人地位,加快养老保险的法治化进程。

**关键词:**养老保险;法律关系;法制建设

中图分类号: D632.1

文献标识码: A

文章编号: 1007-5194(2020)03-0052-10

DOI:10.16501/j.cnki.50-1019/d.2020.03.005

作为现代社会保障体系的重要组成部分,养老保险承担着解除社会成员年老后生活来源后顾之忧的职责,是现代国家公民的一项基本社会权益。由于养老保险建立在劳资双方与政府等多个主体分担责任的基础上,且公民个人的养老金权益具有长期累积性,若无法律规制便无法明确赋权明责并提供稳定预期。因此,养老保险制度自1889年在德国首创起,就是以法定制、于后再行实施,法制成为养老保险制度建设与实施的必要条件。我国现行的养老保险制度是在从计划经济向市场经济转型的过程中从传统的退休金制度逐步演变而来的。在中华人民共和国成立之初,1951年由中央人民政府颁布的《劳动保险条例》对包括养老保险在内的劳动保险进行了法律规制,规范着相关主体的权利义务关系及其制度的运行。2011年7月,《中华人民共和国社会保险法》(以下简称“《社会保险法》”)正式实施。作为社会保险领域的基本法,其专设第二章“基本养老保险”,共13个条款,对基本养老保险的法律关系及制度框架进行了规定。但在养老保险的具体实践中,迄今仍以各种政策性文件为实施依据,司法机构亦往往只能以相关的规章制度和政策文件作为审判依据,这表明我国的养老保险并未步入法治轨道,迫切需要加快法制建设步伐。

## 1 养老保险法律关系的理论分析

权利义务关系是法学研究的基本理论视角。作为典型的社会法,养老保险法律关系的主体涉及用人单位、参保人、政府以及养老保险经办机构等,既具有社会法关系中的一般特征,也因为养老保险制度具有全民性、跨期性等特点,而在相关主体的权利义务关系方面具有自身的特点。因此,对养老保险法律关系的理论分析要从社会法和养老保险制度两个视角展开。

收稿日期: 2020-04-06

基金项目: 国家社会科学基金特别委托重大项目“中国社会法系列研究”(18@ZH023) 项目负责人: 郑功成。

作者简介: 鲁全(1981—),男,博士,中国人民大学中国社会保障研究中心副教授,中国社会保障学会秘书长。

### 1.1 法律体系划分的基本视角与社会法的提出

对于法律分类的经典划分来源于罗马法学家有关公法和私法的分野<sup>[1]</sup>,这成为其后影响法律分类的重要标准。其中,公法调整的是公共权力与公民权利之间以及公共权力之间的关系,其核心是权力和权利的关系;私法调整的是平等主体之间的权利关系。相比而言,公法具有不对等性和强制性,私法具有平等性和自愿性<sup>[2]</sup>。然而,随着公共治理模式的变化与公共服务供给方式的革新,传统的公法-私法两分法日益面临挑战,呈现出公法私法化和私法公法化的双重特征<sup>[3]</sup>。

在中国法制建设的语义下,我国采用了部门法的划分模式。2001年3月9日在第九届全国人民代表大会第四次会议上,时任全国人大常委会委员长的李鹏同志在代表常委会所作的工作报告中将中国特色的社会主义法律体系划分为宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等7个法律部门。部门法的划分与公法-私法两分法是相互联系的。例如公法主要以行政法和行政诉讼法为表现形式,私法主要以民商法和经济法等为表现形式。

随着社会领域公共事务日益受到关注,超越公共权力和私人利益领域的“第三法域”开始吸引法学家的关注,并逐步提出社会法的概念。虽然国内法学界就社会法的内涵和外延仍有不同认识,但从全球社会保障制度的发展历程来看,社会法是与社会保险制度的诞生和发展密切相关的。作为社会保险的创始国,德国不仅有完整的社会法体系,而且设立有专门的社会法院负责处理社会保险领域的司法纠纷。

在我国,包括养老保险在内的社会保障法律体系属于中国特色社会主义法律体系中的社会法部门。以社会保险制度为核心的社会法与传统的私法和公法有显著的区别。相比于私法领域,社会保险虽然看似与商业保险类似,其待遇的享受需要以缴费义务的履行为前提,但其缴费通常具有强制性,因此参保人与社会保险经办机构之间绝非基于自愿而产生的平等交换关系,回报与保费也不具有明显的对价性<sup>[4]</sup>。相比于公法领域,社会保险经办机构坚持自治管理的原则,并非是公法范畴下的行政机构,而具有典型的俱乐部性质。参保人(包括劳动者与用人单位)、政府、养老保险经办机构之间形成了完整的养老保险法律关系。

### 1.2 养老保险的权利义务主体

养老保险权利义务关系的核心是参保人与养老保险经办机构之间的关系,同时,作为工业化时代的产物和重要的准公共物品,养老保险制度亦需要用人单位和政府的参与。养老保险制度的法律关系符合社会法的一般特征,主要涉及参保人、政府和社会保险(养老保险)经办机构之间的关系。同时,由于社会保险制度是现代工业化的产物,劳资分责是社会保险的基本特征,因此参保人就可以被具体划分为自然人和用人单位,其中自然人既包括受雇的劳动者,也包括以灵活就业者或非受雇劳动者身份参加养老保险的其他自然人。

图1描述了养老保险法律关系中的主体及其之间的权利义务关系。首先,自然人(无论是受雇劳动者还是非受雇劳动者)承担参保缴费的义务、享受领取待遇的权利。需要强调的是,对于受雇劳动者而言,其缴费义务往往是委托雇主完成的,而其并非直接与经办机构产生缴费关系(图1中用虚线表示)。其次,用人单位(无论是企业还是公共部门)承担参保缴费的义务,负责直接向养老保险经办机构登记参保并依法向养老保险费征收机构按时足额缴费。根据劳资

分责的原则,用人单位的缴费既包括其本身要承担的部分,也包括为其职工代缴的部分。如果是非受雇劳动者,如灵活就业人员等,则需要自行向征收机构缴费。再次,政府公共财政作为社会保险的担保人,需要承担缴费补贴的义务。最后,养老保险经办机构根据法律的授权,承担基金管理的权利,履行向符合条件的自然人支付养老保险待遇的义务。

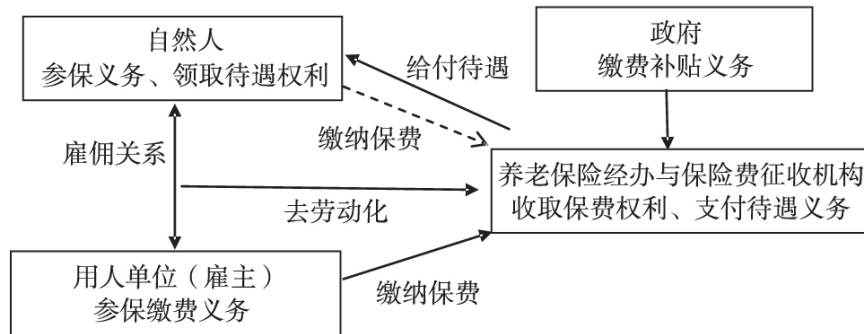


图1 养老保险权利义务关系示意图

在养老保险的权利义务关系中,用人单位和政府都是绝对的义务人,需要为其雇员缴纳保费和进行财政补贴;参保自然人和养老保险经办机构既有权利也有义务,而参保自然人则是最终的权利享有者,即享有养老保险的待遇。因此,从资金流的角度来看,养老保险是一个三方缴费(用人单位、劳动者、政府)、单方(劳动者)受益的制度。关于养老保险的权利义务主体,有三点需要特别说明。

其一,养老保险的权利主体经历了从工业公民资格到社会公民资格的拓展<sup>[5]</sup>。养老保险权早期是建立在劳动权基础上的衍生权利,在权利义务关系上表现为只有受雇劳动者才有法定的养老保险权,非受雇劳动者则作为自由参保人。然而,随着经济社会的发展,非受雇劳动者的养老问题也需要得到制度性的回应,再加上社会公平的要求,在大多数社会保险型国家都体现出权利主体的扩张,即从受雇劳动者拓展到全体公民。相应地,养老保险权的性质就从基于劳动权的衍生权利转变成了国民的基本权利。但是,劳动者身份的不同导致了筹资结构的差异,受雇者由劳资双方供款;自雇者则完全由个人承担缴费责任,或者由政府承担雇主责任。在完全由个人承担缴费责任的情况下,参保者的福利性显著降低,其应当成为法定参保人还是自愿参保人,这是养老保险立法在面对劳动力市场结构变化时需要回答的问题。

其二,政府是养老保险中的义务人,不宜成为规则制定者。在社会保险制度中,劳资双方是责任主体,政府则扮演双重角色:一方面,政府是制度建立的推动者和担保者,承担着法定的补贴责任;另一方面,政府作为公职人员的雇主,也需要为其雇员缴纳养老保险费。也就是说,政府自身也是养老保险制度中的责任人,在这样的背景下,如果由政府来制定养老保险规则,就把运动员当成了裁判员,自然无法制定出合理的规则。因此,包括养老保险在内的社会保险立法由于需要规范和约束政府的相关行为,必须由立法机关来制定规则。

其三,养老保险经办机构是养老保险法律关系中的重要主体,因此需要将其独立化、法人化。在学术界,有一种观点认为,养老保险是个人对政府的权利<sup>[6]</sup>,即政府是养老保险待遇的给付人。但其实在绝大多数社会保险型国家,养老保险经办机构作为独立于政府的社会法人,承担着给付养老金等待遇的义务。但是在我国,养老保险经办机构与行政管理机构之间尚未彻底

实现管办分离,经办机构实质上是行政管理机构的附属,无论是财务上还是人事上,都受社会保险行政管理机构的管理,并不享有独立的法人地位。在管办不分的情况下,经办机构无法成为独立的法人,承担法律赋予的权利与义务,养老保险的社会法属性就可能因此异化为行政法的关系。

### 1.3 养老保险权利义务关系的特点

养老保险制度与其他社会保险制度在权利义务关系上既有一致性,也有差异性,其差异性主要体现在三个方面。

其一,养老保险不同主体权利义务关系的统一性与分离性。如上文所分析的,在养老保险的法律关系中,涉及的主体包括参保自然人、参保用人单位、养老保险经办机构以及政府。其中,参保用人单位和政府都是法定义务人,经办机构和参保自然人既需要承担义务又享有权利,而最终的权益实现者是参保自然人。也就是说,用人单位和政府是绝对的缴费义务人,而没有领取待遇的权利,权利与义务是相分离的<sup>①</sup>;参保自然人则是权利与义务相统一的,履行缴费义务,享受领取待遇的权利。

其二,养老保险权利义务在时间上的跨越性。养老保险的实质是代际之间的互助共济。在同一时点上,履行义务的是参保缴费的在职职工,享受权利的是退休的老人;但从个体的角度看,在其整个工作生涯中,都在履行缴费义务,待其符合领取养老金待遇条件时,往往已经退出劳动力市场,缴费义务也随之结束。因此,一般而言,参保自然人的养老保险权利义务在时间上是分离的,参保者需要长期履行缴费义务,才能享受到退休后领取养老金的权利。这种权利义务在时间上的分离性必然会对参保意愿产生影响,这也是各国养老保险制度都采取强制参保的重要原因。

其三,养老保险法律关系是去劳动化的。虽然社会保险关系在早期是劳动权的衍生权利,即如果雇主不履行缴费义务,那么劳动者的社会保险权就会受到影响,但随着社会保险权作为一项基本权利被认可,包括养老保险在内的社会保险关系呈现出“去劳动化”的基本特征,即从法律关系上看,如果雇主未履行缴费义务,那么作为承担收取保费义务的征收机构应当向用人单位提出缴费要求,而不应当以损害劳动者的养老保险权益为代价<sup>②</sup>。

## 2 中国养老保险法制现状与问题

经过近40年的改革,我国已经初步建立起了与市场经济相适应的养老保险制度,在法制化方面亦取得了一定的进展。《社会保险法》设置专章对养老保险进行了规范,相关部门亦出台了一系列政策措施。但是,总体而言,法制化程度较低仍然是制约我国养老保险制度发展的重要因素。

### 2.1 总体现状

有法可依是法制化的前提,因此法制化程度应当成为评价养老保险制度的重要定性指

<sup>①</sup> 这里的权利主要是指待遇方面,用人单位和政府相关部门依然享有参与制度管理、监督制度运行等方面的权利。

<sup>②</sup> 根据全国人大社会建设委员会有关《社会保险法》实施情况的专题材料显示,在养老保险领域,因雇主未按时履行缴费责任而导致的司法案件占比最高,达到72.8%。

标<sup>[7]</sup>。我国基本养老保险制度的法律依据包括《社会保险法》的相关章节、有关的部门性规章与政策性文件以及地方性法规。其中,《社会保险法》专设第二章“基本养老保险”,共13条,对养老保险的制度模式、参保对象、资金筹集、待遇确定等作出了原则性的规定。在法规方面,国务院并没有直接制定过有关养老保险的法规,只有《社会保险费征缴暂行条例》(1999年国务院第259号令)和《全国社会保障基金条例》(2016年国务院第667号令)与养老保险制度有关。

国务院的有关政策性文件与部门规章根据《社会保险法》的相关规定或授权作出具体规定,直接指导着养老保险制度的运行。其中,职工基本养老保险政策依据主要是《关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》(国发〔2005〕38号);城乡居民养老保险政策依据主要是《关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》(国发〔2014〕8号)和《关于建立城乡居民基本养老保险待遇确定和基础养老金正常调整机制的指导意见》(人社部发〔2018〕21号);机关事业单位基本养老保险的政策依据主要是《关于机关事业单位工作人员养老保险制度改革决定》(国发〔2015〕2号)。由此可见,我国养老保险的法制化水平还比较低,总体上依靠政策文件来对制度进行规范和调整。

在司法实践中,养老保险的司法纠纷呈现出大幅上涨的态势<sup>①</sup>。根据中国裁判文书网的查询结果,社会保险事由的案例从2012年的571例上升到2019年的19198例,占全部劳动争议类案件的比例从2012年的6%提高到2019年的38.2%,其中2015年和2016年分别达到66.4%和51.3%;养老保险的案例从2012年的140例上升到2019年的2706例,占社会保险类案例的比例稳定在13%左右<sup>②</sup>。

## 2.2 面临的主要问题

党的十八大以来,我国的养老保险制度改革进入到了快车道,原有的养老保险法律规定或者因为立法层次过低,或者因为滞后于制度实践,已经无法适应新时代养老保险制度的发展,更无法有效规范养老保险的法律关系,从而面临着一系列的问题有待解决。

第一,缺乏专门立法和较高层次的行政法规。从养老保险法律体系的建设上看,除了《社会保险法》中设置了专章外,其他有关养老保险制度的规定均处于部门规章或政策性文件的较低水平,缺乏较高层次的综合性行政法规,更没有专门的养老保险立法。相比而言,工伤保险、失业保险等险种均已有相应的行政法规,这与养老保险制度的重要地位不相符合。

如前所述,由于政府也是养老保险制度中的责任主体之一,因此适宜由立法机关对相关权利义务主体进行规制,而在管办分离的条件下,政府作为监管者,则可以对养老保险的制度体系、关键参数、政府内部不同部门以及不同层级政府之间的权责分配进行更加细致的规定。同时,鉴于养老保险权利义务关系的特殊性以及与其他社会保险制度之间的差异性,有必要在《社会保险法》的原则框架指导下,制定专门的养老保险法。

① 根据全国人大社会建设委员会有关《社会保险法》实施情况的参阅资料显示,在审结的案件中,基本养老保险占比为9.25%,低于工伤保险和失业保险,排在第三位。但由于有关社会保险费征缴、社会保险基金、社会保险经办和社会保险监督的案件中涉及养老保险的最多,因此从险种上看,涉及养老保险的案件占比最高。

② 以上数据来源于中国裁判文书网的查询,查询时间为2020年4月10日。裁判文书网是根据2014年1月1日《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》要求最高人民法院设立的官方网站,网址为:wen-shu.court.gov.cn,统一公布各级人民法院的生效裁判文书。

第二,现有法律中部分条款有待完善。由于对养老保险本质规律的认识还不够充分以及受到相关政策实践的制约,现行《社会保险法》中部分养老保险的条款与养老保险制度的发展规律不符,从而亟待完善。其一,在参保权利方面,根据现行法律规定,个体工商户、灵活就业人员以及城乡居民均为自愿参保人,而非义务参保人。这显然与此前分析的有关养老保险权利扩张的趋势和规律不相符合。其二,关于个人账户的属性。我国的基本养老保险制度实行统筹账户与个人账户相结合的模式。《社会保险法》规定,个人账户余额可以继承,具有私人属性;而个人账户养老金计发办法则要求终身给付,具有公共属性。两者之间相互矛盾,必然导致个人账户资金无法实现自我平衡并进而影响到社会统筹基金的财务可持续性,成为养老保险最大的长期财务风险因素。其三,关于最低缴费年限。《社会保险法》规定,缴费满15年即可领取养老金待遇。该项最低缴费年限的规定被误读为缴费15年后就可停止缴费,大大削弱了“长缴多得”机制的作用发挥。其四,关于待遇调整机制。《社会保险法》规定,根据职工平均工资增长、物价上涨情况,适时提高基本养老保险待遇水平,而基本养老保险待遇包括基础养老金和个人账户养老金。正如此前对个人账户养老金性质的讨论,待遇调整的对象应当仅限于基础养老金部分,而不宜适用于个人账户部分,并且,由于缺乏国家统一的待遇计发基数和依据,导致了待遇不公现象<sup>[8]</sup>。其五,关于补缴。《社会保险法》第十六条规定,参加基本养老保险的个人,达到法定退休年龄时累计缴费不足15年的,可以缴费至满15年,按月领取基本养老金。设置该项条款的历史背景是在20世纪90年代建立职工基本养老保险制度时,大量职工距离退休已不足15年,因此设置了这样的临时性条款。但由于未明确该项规定的适用对象和适用条件,导致在实施中出现就业期间不按时参保缴费,待临近退休时一次性补缴的情况。其六,关于城乡居民养老保险。《社会保险法》中有关新型农村社会养老保险和城镇居民养老保险的表述已经与目前城乡居民养老保险合并实施的现实不相匹配,从而需要做相应修改。

第三,现有法律中部分条款未得到有效落实。在对《社会保险法》的学术评价中,有观点认为其规定过于原则<sup>[9]</sup>,部分构成制度关键要素的重要规制在实践中未得到有效落实。其一,《社会保险法》明确规定,基本养老保险实行全国统筹。全国统筹是实现养老保险制度统一性、增强可持续性的关键环节。虽然中央政府出台了中央调剂金制度,向养老金全国统筹迈出了实质性步伐,但距离全国统筹的本质要求还有很大距离。其二,《社会保险法》明确规定,视同缴费年限期间的保险费由政府承担。但迄今为止,视同缴费年限的认定仍未出台全国统一政策,而由地方自主决定;视同缴费年限应缴费用的财政支出方案也未出台。随着“中人”退休规模的不断增大,视同缴费的问题将会日益显著。从养老保险司法案例来看,视同缴费的认定问题也是最主要的纠纷所在。其三,《社会保险法》明确规定,国家建立基本养老金正常调整机制。但目前各项基本养老保险待遇调整周期不一致(职工养老保险自2005年以来每年调整,城乡居民养老保险则只调整过两次)、调整幅度不一致、调整内容不一致(职工和机关事业单位调整基本养老金,城乡居民只调整基础养老金),从而有待出台相关政策予以统一和落实。

第四,改革缺乏法律依据与明确授权,破坏了制度的统一性。近些年来,为了适应新常态下的社会经济环境、推动养老保险制度可持续发展,相关部门推出了一系列改革措施,包括持续降低用人单位缴费率、重新界定社会平均工资计算口径、出台养老保险基金投资管理办法等。但这些改革措施都缺乏相应的上位法依据。更重要的是,由于法律中缺乏对改革主体的明确规

定,导致授权不清、责任不明,部门或地方自行决策,反而不利于养老保险制度的统一。例如,不同地方对于视同缴费年限的认定不统一,对过渡养老金的参数设定不统一,对城乡居民基础养老金标准与调整机制的规定不统一等,都在实践中导致了一系列问题。

第五,司法救济存在困境,法律关系尚未理顺。正如上文所分析的,养老保险法律关系的本质是参保人与养老保险经办机构之间的社会法关系,但由于劳动者权利的实现要以用人单位的缴费为前提,所以其养老保险权的司法救济往往与劳动关系认定等劳动法领域的问题有所关联;而经办机构的准政府性质则又使得社会保险关系会被异化为行政关系。在养老保险法律关系不清晰的情况下,劳动者养老保险权的司法救济就存在着两难的境地:一方面,如果选择行政争议程序,劳动者往往无权对社会保险管理部门发起行政争议程序,只能作为投诉人或举报人向劳动监察部门反映情况<sup>[10]</sup>;即使启动了行政争议,根据《行政诉讼法》的要求,需要由被告(即行政机关)承担举证责任,而行政机关对劳动者的劳动关系等状况无法掌握充足的证据。另一方面,如果选择民事仲裁程序,按照“谁主张、谁举证”的民事纠纷举证原则,处于相对弱势方的劳动者亦无法提供用人单位未履行相关义务的证据,即使提供了相应的证据,经过调解—仲裁—诉讼的漫长环节,也使劳动者的养老保险权益往往无法得到及时保护。

### 2.3 原因分析

导致上述问题的原因是复杂的,既有对养老保险法律关系定位不清的原因,也有我国法律行政化的通病,还有养老保险制度处于快速变革中的客观原因,从而需要综合分析、全面看待。

第一,对养老保险法律关系定位不清、法律主体地位不明是首要原因。清晰法律关系的前提是明确的法律主体以及主体之间的权利义务关系。一方面,由于我国的养老保险制度脱胎于企业劳动保险制度,与德国等典型社会保险国家起源于行业或地区自治完全不同,因此养老保险的法律关系往往被异化为劳动关系,从而使得劳动者因用人单位未履行义务而权益受损;另一方面,养老保险经办机构不具有独立的法人地位,其准行政化的特征导致养老保险法律关系中最重要责任主体地位不明确。

第二,养老保险制度的快速变革与法律相对稳定性之间的矛盾。从全球的一般规律来看,养老保险制度大多遵循“立法先行”的原则,但我国的养老保险制度改革缘起于20世纪80年代,是伴随着计划经济向市场经济转型而展开的,具有被动性,其改革实践早于制度立法,甚至早于各种行政规章的规范。因此,我国的社会保险法制建设进程并非是顶层设计的过程,而是对实践中被证明了的改革实践的“法制化认可”过程。从社会保险法中有关养老保险制度的规定来看,大多是在2011年《社会保险法》实施之前已经付诸实践的做法。另外,由于养老保险制度在实践中仍然处于快速变革的状态,而法律修订需要一定的时间和程序,因此必然导致法律适用性不强,甚至落后于制度的实践。

第三,立法方式使得养老保险法律规定体现出较强的“行政化”色彩。法律的本质是对相关利益群体权利义务关系的规范,而我国以行政力量为主导的立法方式使得法律的行政化色彩比较浓厚,《社会保险法》也不例外,体现为由主管社会保险的行政部门主导立法。因此,法律的内容更多地体现了有关部门对社会保险事务的管理职责,侧重于行政法范畴,强调行政权力<sup>[11]</sup>。正如前文所分析的,在养老保险法律关系中,政府也是责任主体之一,需要承担相应的义务,因此需要由立法机关来主导,而养老保险制度的关键结构和参数设计则可以由中央政府以法规的

形式予以明确。

第四,独立的养老保险司法体系尚未建立。鉴于包括养老保险在内的各项社会保险制度的社会法属性,在德国等典型的社会保险型国家都设立有专门的社会法院,负责审判社会保险领域的司法案件。这种专门法院的出现既是面对社会领域司法纠纷日益增长的必然选择,也是专业化分工和认可社会法相对独立地位的具体表现。社会法院的法官都具备相应的社会保险知识,从而帮助他们做出正确的司法审判。但目前我国的养老保险案件或归类于劳动纠纷领域<sup>①</sup>,或归类于行政纠纷领域,缺乏独立的养老保险司法系统。

### 3 中国养老保险法制的未来发展

由于养老保险具有较长的周期性,对于参保者而言,从其参保到待遇实现,有30多年的时间跨度。我国的养老保险改革缘起于20世纪80年代中后期,90年代全面展开。时至今日,彼时的参保者即将退休成为待遇领取者。伴随着领取待遇人数的不断增多,养老保险领域的制度问题会日益暴露,司法纠纷可能会相应增加。因此,我国迫切需要加快养老保险法制建设,切实保护劳动者的养老保险权益,规范养老保险法律关系。

#### 3.1 尽快出台养老保险行政法规,适时制定专门的《养老保险法》

纵观世界各国养老保险的立法体制,主要有三种:第一种是在《社会保险法》中规定所有社会保险项目的内容,养老保险也纳入其中;第二种是设立一部统领性的《社会保险法》,在其指导下再对各项社会保险做出专门的法律规定;第三种是在一部统领性的《社会保险法》指导下,用行政法规的方式对各项社会保险制度做具体规定。三种方式各有利弊:第一种方式可以更好地体现社会保险制度的共性,适用于社会保险体系的初创时期;第二种方式可以兼顾社会保险的共性和各项项目的差异,适用于社会保险体系的完善时期;第三种方式具有较强的灵活性,适用于外部经济社会环境变化较快时期。目前,我国采用的是第三种类型<sup>[10]</sup>。

根据前文的分析,社会保险适宜由立法机关通过法律形式规制,而不适宜由行政法规规范;养老保险又与医疗保险、工伤保险、失业保险等其他险种在风险应对方式等方面存在本质的差别而需要单独立法。因此,理想的模式是采取第二种立法体制,即在《社会保险法》的基础上再制定专门的《养老保险法》,对养老保险各主体的权利义务进行规范,对养老保险法律关系进行调整。考虑到实际的可行性,建议采取“两步走”的策略,首先尽快由中央政府出台养老保险的专门法规;其次再提高立法层次,制定专门的《养老保险法》。具体而言,建议按照《社会保险法》的基本原则,由主管部门牵头起草,以国务院名义出台《基本养老保险条例》,对各项基本养老保险制度的框架和关键要素做出明确规定,尽快实现基本养老保险制度的统一。其内容至少包括:各项基本养老保险制度的参保对象、筹资机制(包括缴费基数和费率)、基金管理模式、待遇确定与调整、养老保险关系转移与衔接、管理体制、经办服务与信息系统建设等。在条件成熟后,适时制定专门的《养老保险法》。《养老保险法》既可以瞄准基本养老保险制度,也可以针对多层次养老保险体系,其核心内容要从制度构建转变为对相关主体权利义务的规范和建立相应

<sup>①</sup> 根据最高人民法院有关案由的分类,社会保险争议被划分到劳动争议中,与之相并列的还包括劳动合同纠纷和福利待遇纠纷。



的法律救济途径。

### 3.2 尽快启动修法程序,修改《社会保险法》相关条款

建议根据养老保险制度的客观发展规律,在充分调研和论证的前提下,开展社会保险法修法工作。其一,确定强制参保的原则,将所有国民均作为法定参保人,将所有适龄劳动者均纳入养老保险。修改《社会保险法》第十条的相关表述,将所有适龄劳动者(在校学生除外)均纳入基本养老保险,实现法定强制参保。对于受雇劳动者,明确应当参加职工养老保险制度;对于个体工商户等灵活就业人员则可以参加职工养老保险,也可以参加居民养老保险,但必须履行参保缴费义务。其二,明确个人账户的私人属性。完善《社会保险法》第十四条的相关表述,增加有关“个人账户养老金总额领完为止、不得从社会统筹账户中列支”的表述;在具体的行政法规和政策文件中,提供一次性领取、转化为商业养老保险等多种备选方案,明确个人账户的私人属性和长寿风险的分担机制。其三,淡化有关最低缴费年限的规定,并尽快启动延长最低缴费年限的改革。目前《社会保险法》中有关最低缴费年限的规定不利于鼓励劳动者长期缴费,但考虑到延长最低缴费年限需要一个过程,尚不宜直接在法条中提高最低缴费年限。因此,建议删除《社会保险法》第十六条中有关最低缴费年限的规定,改为“可根据经济发展与人口结构状况,逐步提高最低缴费年限,具体方案由国务院制定”的原则性表述。其四,明确养老保险待遇调整机制的对象和原则。修改《社会保险法》第十八条的相关表述,将基本养老保险待遇调整的对象从基本养老金修正为基础养老金,调整幅度主要与当地基本生活水平挂钩。其五,取消有关补缴的规定。删除《社会保险法》第十六条第二款有关养老保险可以补缴至15年的规定,根据制度实际运行与司法案例中的情况,由主管部门出台全国统一的缴费办法,对历史欠缴、中断缴费等情况的处理作出明确规定。其六,统一对城乡居民养老保险的表述。修改《社会保险法》第二十条、二十一和二十二条,统一表述为城乡居民养老保险制度,并对制度框架做原则性规定。

### 3.3 尽快启动《社会保险法》执法检查,确保法律要求落地

《社会保险法》从2011年实施至今已经有9年时间,一方面,一些影响养老保险制度设计的外部环境在发生重大的变化;另一方面,《社会保险法》中有关养老保险的一些制度规定仍未落实。监督法律的实施也是立法机构的重要职能,因此,有必要通过启动《社会保险法》的执法检查来落实养老保险的相关条款并为日后制定养老保险条例或养老保险法做好前期准备。

在推动法律条款落地方面,重点包括三个领域:其一,推动基本养老保险的全国统筹。《社会保险法》第六十四条第三款明确规定“基本养老保险基金逐步实行全国统筹”,但目前全国统筹尚未迈出实质性的步伐。其二,视同缴费年限的财政责任机制。《社会保险法》第十三条明确规定“视同缴费年限期间应当缴纳的基本养老保险费由政府承担”,但目前仍未有全国统一的视同年限认定办法与财政支付机制。其三,基本养老金正常调整机制。《社会保险法》第十八条明确要求“国家建立基本养老金正常调整机制”,但目前城镇职工和公职人员基本养老金调整幅度较大,城乡居民养老金尚未建立正常调整机制。

### 3.4 实现养老保险经办机构的法人化,并逐步建立专门的社会法院

理顺养老保险法律关系的前提是明确其法律主体和各自的权利义务关系,目前养老保险法律关系不明确的关键就在于经办机构缺乏独立的法人地位,从而无法形成参保者与经办机构之间明确的养老保险法律关系。因此,需要严格按照“管办分离”的原则,实现经办机构的独立化

和法人化。在医疗保障行政管理相对独立的背景下,养老保险经办机构和医疗保险经办机构也要实现相互独立。经办机构法人化的关键是消除其与养老保险行政机构之间的人事“旋转门效应”以及建立独立的运行经费来源渠道。

相应地,需要建立包括养老保险在内的独立的社会保险司法体系。现阶段,需要避免将养老保险纠纷定位为劳动纠纷或行政纠纷,尤其是对于因用人单位未履行缴费义务而导致劳动者权益受损的案件,要严格按照“去劳动化”的原则,在保护劳动者权益的同时,追究用人单位的责任。建议由最高人民法院整理并发布有关典型案例,指导地方正确处理养老保险的司法纠纷。从长期来看,可以参照国外经验建立专门的社会法院,专门承担社会保险等领域的司法职责,优化包括养老保险在内的社会保险权利救济机制,更好地保护国民的养老保险权益。

#### 参考文献:

- [1] 郭明瑞,于宏伟.论公法与私法的划分及其对我国民法的启示[J].环球法律评论,2006(4):425-430.
- [2] 罗豪才,宋功德.和谐社会的公法建构[J].中国法学,2004(6):5-24.
- [3] 龚刚强.法体系基本结构的理性基础——从法经济学视角看公私法划分和私法公法化、公法私法化[J].法学家,2005(3):40-46.
- [4] 王健.论社会保险权的财产权属性[J].学术交流,2019(9):104-113.
- [5] 李志明.社会保险权的历史发展:从工业公民资格到社会公民资格[J].社会学研究,2012(4):221-240.
- [6] 杨狄.关于我国社会保险权类型化问题的研究[J].中国政法大学学报,2015(4):126-132.
- [7] 华颖,郝功成.中国养老保险制度:效果评估与政策建议[J].山东社会科学,2020(4):66-74.
- [8] 杨俊.职工养老保险社会统筹制度计发方式研究[J].社会保障评论,2020(1):35-47.
- [9] 林嘉.《社会保险法》的价值与创新[J].法学杂志,2011(9):59-65.
- [10] 史博学.“社会保险权”在我国立法中的确立与完善[J].法学论坛,2019(4):116-124.
- [11] 王韶华,黄姝畅.刍议社会保障制度的若干问题——以《社会保险法》为视角[J].江汉论坛,2019(12):112-115.

责任编辑:金华宝