



社会保障研究  
Social Security Studies  
ISSN 1674-4802,CN 42-1792/F

## 《社会保障研究》网络首发论文

题目： 新时代我国退役军人保障法制的重构——理论视角与路径选择  
作者： 韩君玲，王一宏  
网络首发日期： 2021-02-19  
引用格式： 韩君玲，王一宏. 新时代我国退役军人保障法制的重构——理论视角与路径选择[J/OL]. 社会保障研究.  
<https://kns.cnki.net/kcms/detail/42.1792.f.20210219.1104.002.html>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

# 新时代我国退役军人保障法制的重构\*

## ——理论视角与路径选择

韩君玲 王一宏

(北京理工大学法学院,北京,100081)

**摘要:**退役军人保障的法的性质决定了退役军人保障法制的理论基础与路径选择。我国退役军人保障制度保障军人退役后的基本生活,显示出社会保障的性质;同时,该制度补偿退役军人作出的特别牺牲,显示出国家补偿的性质。但有关退役军人保障法制的国家补偿理论研究较为缺乏,导致退役军人保障法律体系建设的总体设计缺少国家补偿这一重要支柱,法制发展道路的选择不尽合理,具体法律规范与权利救济等内容规定存在缺失。在新时代背景下,我国应在明确退役军人保障具有复合的法的性质基础上,科学设计退役军人保障法律体系,合理选择制度发展路径,健全完善相关法律规范与权利救济等内容,构建新时代有中国特色的退役军人保障制度。

**关键词:**退役军人保障;社会保障;国家补偿;法制

### 一、问题的提出

我国现有 5700 万退役军人<sup>[1]</sup>,退役军人保障问题是关乎我国公民权利保障和社会发展的重大法制问题和时代问题。按照我国现行法律的规定,我国退役军人保障主要包括退役安置、退役军人优待、退役军人抚恤和褒扬激励。退役安置是国家根据《退役军人保障法》(2020 年)、《兵役法》(1984 年)等的规定<sup>①</sup>,经法定移交接收程序,安置退出现役的军官、军士和义务兵等人员,并为其提供教育培训和就业创业服务。具体而言,对退役军官采取退休、转业、逐月领取退役金、复员等方式安置<sup>②</sup>,对退役军士采取逐月领取退役金、自主就业、安排工作、退休、供养等方式安置<sup>③</sup>,对退役义务兵采取自主就业、安排工作、供养等方式安置<sup>④</sup>。退役军人优待是国家和社会依照《退役军人保障法》、《军人抚恤优待条例》(2011 年)等,为退役军人提供能够保障其一定生活水平与质量的资金与服务<sup>⑤</sup>。退役军人抚恤是国家依照《退役军人保障法》、《军人抚恤优待条例》和《伤残抚恤管理办法》(2019 年)等的规定,保障因战、因公牺牲或死亡或致残的退役军人及其遗属的基本生活<sup>⑥</sup>。褒扬激励是国家根据《退役军人保障法》等的规定,表彰、奖励做出突出贡献的退役军人,向服役期间获得表彰、奖励的退役军人提供相应待遇<sup>⑦</sup>。

目下我国虽然颁布了有关退役军人保障的法律法规,初步建立了退役军人保障法律体系,但在新时代社

\* 本文系国家社科基金重点项目“健全退役军人工作体系和保障制度研究”(20AZD077)的阶段性研究成果。

① 本文中《退役军人保障法》是《中华人民共和国退役军人保障法》的简称,《兵役法》是《中华人民共和国兵役法》的简称。

② 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第 21 条,《中华人民共和国兵役法》第 63 条。

③ 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第 22 条。

④ 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第 23 条,《中华人民共和国兵役法》第 54 条。

⑤ 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第 48、49、51、52、53、54 条,《军人抚恤优待条例》第 2、3、4、40、45 条等。

⑥ 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第 49、56 条,《军人抚恤优待条例》第 2、27、28 条等。

⑦ 具体参见《中华人民共和国退役军人保障法》第七章。

会背景下,面对大量涌现的退役军人生活保障诉求,现有制度无法足以应对现实中出现的诸多问题。鉴于此,本文试图从源头上探究关于退役军人保障的法的性质,在此基础上,检视我国退役军人保障法制的现状,剖析其中存在的问题,进而提出重构我国退役军人保障法制的具体建议。

## 二、社会保障与国家补偿:我国退役军人保障的法的性质

目前关于我国退役军人保障的法的性质,主要有三种观点:第一种是社会保障性质说,第二种是国家补偿性质说,第三种是社会保障和国家补偿性质兼有说。

### (一) 社会保障性质说

目前的通说认为,退役军人保障具有社会保障性质,退役军人保障是我国社会保障制度的重要组成部分,主要依据是,《国民经济和社会发展第七个五年计划(1986—1990)》首次提出“社会保障”的概念,基本确定了包括社会保险、社会福利、社会优抚和社会救助四部分的社会保障制度体系框架<sup>①</sup>。其中,社会优抚主要为军人(包括现役和退役军人)及其家属提供优待、抚恤生活保障。笔者认为,退役军人保障具有社会保障的安全性、强制性、社会性和互助性等特征。其一,退役军人保障具有社会保障的安全性特征,体现在它是国家为保障军人退役后的基本生活而构筑的保障性质制度,是退役军人的“安全网”。《国防法》(1997年)、《兵役法》等法律的部分条款,《退役军人保障法》、《军人保险法》(2012年)、《军人抚恤优待条例》等法律规范的主要条款<sup>②</sup>,均对保障退役军人基本生活作出了规定。按照现行法律的规定,退役军人优待部分是为了保障退役军人一定的生活水平与质量,退役军人抚恤部分是为了保障因战、因公牺牲或死亡或致残的退役军人及其遗属的基本生活,退役安置中涉及社会保险的规定,则是基于对社会保险的一般理解,由社会保险制度保障退役军人的社会生活安全。其二,退役军人保障具有社会保障的强制性特征,是国家通过立法的方式强制推行的一种制度。如《军人保险法》第6条、第47条就明确规定,军人依法参加军人保险并享受相应保险待遇,采取违法手段骗取保险待遇应承担法定责任;《军人保险法》第45条规定,军队后勤(联勤)机关财务部门和地方社会保险经办机构不按规定转移接续军人保险关系的,将承担被责令改正、直接负责的主管人员和其他直接责任人员接受处分、造成损失的依法承担赔偿责任的法律后果。其三,退役军人保障具有社会性特征,社会保障涉及的问题皆为社会性问题,因而退役军人保障问题已成为社会性问题,需国家介入强力干预。其四,退役军人保障具有互助性特征,社会保障的作用实际体现在分散社会风险功能上<sup>[2-3]</sup>,而分散风险和责任共担是以社会互助为基础实现的,互助性是社会保障制度的基础和必然要求<sup>[4]</sup>。国家建立退役军人保障制度,在一定意义上意味着借助国家力量,通过国民收入的再分配等手段,实现对退役军人各种生活的援助。从我国退役军人保障制度的内容看,退役军人优待包含着社会救助与社会福利的内容,退役军人抚恤具有社会救助的内涵,退役安置涉及社会保险,它们均在社会保障制度规范框架内,符合对社会保障的一般理解。

### (二) 国家补偿性质说

与通说不同的是,有少数学者明确提出了国家补偿性质说,认为军人退役安置制度的理论基础在一定程度上可以借鉴国家补偿的理论基础,退役安置制度的目的是基于对退役军人这一特殊群体进行国家补偿<sup>[5]</sup>。不过,该观点并未论及退役军人的优待、抚恤或军地保险转接等退役军人保障内容属于何种性质。笔者认为,从国家补偿的理论渊源、成立要件和目的的角度分析,该观点具有一定的合理性。

从理论渊源看,国家补偿主要是基于特别牺牲理论。德国学者奥托·梅耶认为,国家为公共利益在必要时须牺牲个人权益,涉及的公民遭受的损失构成特别牺牲,特别牺牲的损害后果不应由个人负担,应从公共

① 《国民经济和社会发展第七个五年计划(1986—1990)》提出“要有步骤地建立起具有中国特色的社会主义的社会保障制度雏形。建立健全社会保险制度,进一步发展社会福利事业,继续做好优抚、救济工作”。此文件并未明确提及退役军人安置。

② 本文中《国防法》是《中华人民共和国国防法》的简称,《军人保险法》是《中华人民共和国军人保险法》的简称。

资金中对个人予以补偿<sup>[6]</sup>。日本学者田中二郎认为,为公益事业发展等积极目的而对特定的财产权做必要的征收及其他限制,属于特别牺牲,需要损失补偿<sup>[7-8]</sup>。日本学者芝池义一进而指出,如果公共权力的行使造成国民的生命、身体和健康受到损害,国家亦应进行损失补偿,并且,国家应采取职业转换对策、生活重建融资、帮扶等生活重建措施来保障国民的生活权或生存权<sup>[9]</sup>。基于上述理论,国家为了国防公共利益征召公民参军,退役军人为国防事业、军队建设作出了贡献和牺牲,国家有补偿作出特别牺牲的退役军人的义务与责任,国家应当调整 and 平衡公民之间的义务负担,退役军人也据此享有向国家主张补偿的请求权。

从成立要件看,国家补偿成立的要件主要包括合法的原因行为、造成损害、原因行为与损害间存在因果关系:国家为保障国防利益,依法征召公民入伍参军并对其进行军事行政管理,符合合法原因行为要件;退役军人在其服役期间履行法律和军事行政命令等规定的义务与要求,承担生命、自由等方面的权利减损结果;因接受国家征召、军事行政管理,退役军人在其服役期间作出了特别牺牲,原因行为与损害间存在因果关系。故此,退役军人应当获得国家补偿。

从国家补偿的目的看,国家进行补偿的目的在于依据宪法的平等原则和人权保障规定<sup>[10]</sup>,公平弥补当事人基于对公共利益的保护而作出的特别牺牲所受到的个别损害。首先,根据宪法的平等原则,公民合法权利平等受法律保护,公民基本权利为公共利益受损而获得法律制度的公平填补,是我国建设法治国家的应有之义。为了国防利益,军人服役期间在生命、自由等基本权利上作出了特别牺牲。例如《中华人民共和国刑法》(1997年)第十章限缩了军人维护自己生命权的权利;《中国人民解放军内务条令(试行)》(军令[2018]58号)集中规定了军人各方面自由权利的限度,如通讯工具需登记备案,不得擅自在地地方学术活动中发表言论等。对于上述军人的基本权利被限缩的情形,有学者认为,那是军人应当履行的义务,不在权益侵害及补偿研究范畴内<sup>[11]</sup>,也有学者采用特别法优于一般法的法律冲突解决规则对此加以解释<sup>[12]</sup>。笔者认为,这些观点皆说明国家为保证国防利益而对军人的相关权利进行限缩具有一定合法性与合理性,但并不代表对国家需填补军人所受特别损害、补偿军人特别牺牲的否定。其次,人权保护是宪法的基本价值追求,国家有尊重和保障公民权利的法律义务与责任,承担公民为公共利益所受特别损害的补偿责任是应有之义。在我国法制实践中,《退役军人保障法》规定退役军人的退役相关待遇与其服役期间所做贡献挂钩,还规定国家统筹规划烈士纪念设施和军人公墓建设,弘扬英雄烈士精神,褒扬激励军人的特别牺牲和贡献。为补偿军人在生命和身体健康方面的权利损害,《军人保险法》规定军人应参加军人伤亡保险,国家承担该项保险缴费费用。在就业机会方面,为补偿军人社会工作经验缺乏和社会信息接收不便,《军队转业干部安置暂行办法》(中发[2001]3号)规定,国家组织协调国家机关及事业单位和部分企业单位,为退役军人安排工作、提供就业扶助等补偿,并根据具体情况给予两年或三年职业转换适应期。就业资金保障方面,《退役军人保障法》规定,安置地人民政府组织退役军人免费参加职业教育、技能培训,从事个体经营的退役军人依法享受税收优惠政策;《关于进一步扶持自主就业退役士兵创业就业有关税收政策的通知》(财税[2019]21号)规定,对退役士兵创业、企业招用自主就业退役士兵等情形,给予税收优惠。可见,我国退役军人保障制度是国家基于维护公平正义、恢复社会平等之目的与责任,公平弥补退役军人所受特别损害而建立的,因而具有国家补偿的性质。

### (三) 社会保障和国家补偿性质兼有说

通过梳理与分析上述关于退役军人保障的法的性质学说可以发现,退役军人保障既有社会保障性质,又有国家补偿性质。如前所述,社会保障性质说成立的原因在于,退役军人保障法制符合社会保障特征,具有社会保障性质。但该学说对退役军人保障制度的特殊性解释不足。首先,退役军人的退役安置,尤其是安排工作、给付退役金,超出了我国社会保障制度为一般社会成员提供的保障范畴,褒扬激励中建设烈士纪念设施、军人公墓等规定,也不只是向军人提供某项社会保障待遇,还有对其所做特别牺牲的补偿;其次,退役军人保障制度的构建目的,并不仅限于防范和应对生活风险或事故、保障公民生存权及维护社会稳定等社会保障制度的一般目的,更有调整与平衡公民间义务负担、稳定军心使现役军人踏实服役、鼓励青年积极参军卫

国的深刻内涵。退役军人保障制度的部分内容超出了社会保障制度的体系边界,所以社会保障性质说不能充分体现退役军人保障的法的性质。国家补偿性质说将退役军人应当享受的退役待遇与其入伍时便作出的特别牺牲联系起来。并且,退役军人保障也不是退役军人的一项特殊权利,而是基于促进实质机会平等而设置的合理差别待遇。国家补偿退役军人,符合对公民主体的损失填补原则和平等原则,说明了退役军人保障制度的构建原因和价值,有利于提升军人投身国防建设的积极性。但也应当看到,国家补偿旨在补偿退役军人的特别牺牲,退役军人的一般性社会生活保障问题则属于社会保障范畴。因此,国家补偿性质说也不能全面涵盖退役军人保障的法的性质。

综上分析,若从退役军人的基本生活来考量,对其提供防范和应对生活风险的必要给付具有社会保障性质;若从退役军人因国家的征兵行为在基本生活方面出现障碍(如就业困难)来考量,对其提供退役安置和褒扬激励实质上具有国家补偿性质。鉴于此,笔者认为,退役军人保障的法的性质实则具有社会保障与国家补偿的复合性质,因此主张社会保障和国家补偿性质兼有说,其应当成为构建新时代中国特色退役军人保障法制的理论基础之一。

### 三、保障不足与补偿缺失:我国退役军人保障的法制现状

目前我国基本形成了以《退役军人保障法》、《国防法》、《兵役法》、《现役军官法》(1988年)、《军人保险法》、《军人抚恤优待条例》、《退役士兵安置条例》(2011年)、《军队转业干部安置暂行办法》、《军队干部退休暂行规定》(国发[1981]39号)等法律法规为基础的退役军人保障法律体系<sup>①</sup>。此外,该体系还包括对退役军人在军地保险转接<sup>②</sup>、就业<sup>③</sup>、教育培训<sup>④</sup>、抚恤优待<sup>⑤</sup>等各项具体权益方面作出专门规定的部门规章和规范性文件。我国退役军人保障法制存在以下突出问题,亟待解决。

#### (一) 退役军人社会保障法制不完善

其一,退役军人社会保障法律体系过于庞杂。由于我国退役军人保障法制是伴随着国防和军队改革而配套建立并发展的,保障项目由军队和相关国家机关根据相应时代背景和经济社会发展水平,以及特定时期、特定事项的退役军人保障问题来确定,因此,我国退役军人社会保障制度内容散见于诸多效力等级不同的规范性文件中。《军人保险法》规定了军人保险制度,《军人抚恤优待条例》和《伤残抚恤管理办法》规定了退役军人抚恤,《军人抚恤优待条例》还规定了退役军人优待,《军队转业干部安置暂行办法》、《退役士兵安置条例》、《关于军人退役参加机关事业单位养老保险有关问题的通知》(人社厅函[2015]369号)、《关于解决部分退役士兵社会保险问题的意见》(2019年)等规范性文件也对上述制度内容作出了详细规定。《退役军人保障法》概括整合了现行涉军法律法规中退役军人抚恤优待、军地保险转接等内容,提高了我国退役军人社会保障的立法层次。这表明目前我国退役军人社会保障法律体系日趋健全。但原有部门分散立法和

① 本文中《现役军官法》是《中华人民共和国现役军官法》的简称。

② 具体参见《军人退役医疗保险暂行办法》(国办发[1999]100号)、《关于退役军人失业保险有关问题的通知》(人社部发[2013]53号)、《关于军人退役基本养老保险关系转移接续有关问题的通知》(后财[2015]1726号)、《关于军人职业年金转移接续有关问题的通知》(后财[2015]1727号)、《关于军人退役参加机关事业单位养老保险有关问题的通知》(人社厅函[2015]369号)、《关于解决部分退役士兵社会保险问题的意见》(2019年)等。

③ 具体参见《关于自主择业的军队转业干部安置管理若干问题的意见》(国转联[2001]8号)、《关于士兵退役移交安置工作若干具体问题的意见》(民发[2014]136号)、《关于促进新时代退役军人就业创业工作的意见》(退役军人部发[2018]26号)、《关于进一步加强由政府安排工作退役士兵就业安置工作的意见》(退役军人部发[2018]27号)、《关于进一步扶持自主就业退役士兵创业就业有关税收政策的通知》(财税[2019]21号)等。

④ 具体参见《关于加强退役士兵职业教育和技能培训工作的通知》(国发[2010]42号)、《关于实施退役士兵教育资助政策的意见》(财教[2011]538号)等。

⑤ 具体参见《关于调整部分优抚对象等人员抚恤和生活补助标准的通知》(退役军人部发[2019]42号)、《伤残抚恤管理办法》(2019年)等。

应急式立法导致的立法碎片化,相关单项立法内容之间交叉重叠,以及立法综合性程度不高的状况并未彻底改善<sup>[13]</sup>。退役军人社会保障法律体系亟待整合重构,保障内容有待充实完善。

其二,军人保险制度与一般社会保险制度衔接不顺。为帮助退役军人防范和应对基本生活风险,顺利实现社会化,《军人保险法》规定,国家建立与社会保险制度相衔接的军人保险制度,保险关系和相应资金随军人退出现役而转入社会保险制度。其中,军地保险均包括养老和医疗保险,相应保险关系及相应资金依法转入地方社会保险经办机构<sup>①</sup>;对于退役后参保失业保险的军人,依法将服役年限视同缴费年限<sup>②</sup>。但是,目前军地保险基金分别由军人保险基金管理机构集中管理<sup>③</sup>,由社会保障基金管理运营机构管理运营<sup>④</sup>,两个机构管理机制差异较大,且具体转接办法散见于退役安置规范性文件中,系统规范的军地保险转接机制尚未形成。

## (二) 退役军人国家补偿法制缺失

其一,国家补偿责任缺失。从国家补偿成立要件的角度看,退役军人为了国防利益而牺牲了个人权利并承担相关损害后果,符合国家补偿成立要件,国家需要对其承担损害填补的法律义务和法律责任。但从我国的国家补偿制度建设现状看,现行法律制度中,涉及国家补偿责任内容规定的,以对征地、环境、刑事被害人的补偿为主,主要有《中华人民共和国土地管理法》(1998年)、《中华人民共和国环境保护法》(2014年)、《关于开展刑事被害人救助工作的若干意见》(2009年)等,未涉及退役军人。我国尚未建立起系统的国家补偿制度,立法分散且缺乏内在整序性,补偿范围存在局限。另外,从主体性定位角度看,退役军人一直以来都被视为受退役军人保障法律制度保护的客体,而实际上退役军人也是积极能动的、独立的法律关系的主体,其作为退役军人保障法律关系的中心的应然定位被忽视<sup>[14]</sup>。这导致退役军人本应享有的向国家主张补偿的请求权,并未被详细规定在法律中。上述原因造成了我国退役军人保障法制建设一直以来都忽略了国家对退役军人的补偿责任,以及退役军人具有的基于退役军人保障的国家补偿性质而主张获得补偿的权利。因此,未来应将国家对退役军人的补偿责任和退役军人的补偿请求权以法律的形式明确规定下来。

其二,补偿内容规定不精细。《退役军人保障法》规定退役军人待遇与其服役期间所做贡献挂钩,明确了补偿边界。同时,该法还规定向部分退役军人提供退役金,为部分退役军人统一安排工作,为退役军人提供教育培训和就业创业服务,建设军人公墓等内容,基本明确了补偿范围和权益范围。但补偿标准和补偿强度(例如退役军人享受退役相关待遇应具备的资格条件、国家提供退役相关待遇的标准和程度)尚不明确。规定内容笼统抽象,安排、服务的具体标准不明确,缺乏可操作性,因此需细化规定内容和明确标准。

其三,传统补偿方法效果消减。因退役安置待遇缺乏合理长效增长机制,原先按照自主择业方式安置的退役军人的实际待遇不佳且内部失衡。这使得退役军人倾向选择国家安排工作的形式转业,而国家安排工作这种安置补偿又与现行企业用工自主制度存在一定冲突。因此,需创新补偿方法,保证与我国社会经济水平、社会用工制度相匹配。

其四,权利救济的途径不畅。一方面,我国负责退役军人安置的行政机关的自由裁量权较大。从我国退役军人保障法律规范角度看,《退役军人保障法》规定地方各级人民政府按照移交接收计划安置退役军人,并由安置地人民政府安排工作岗位,各级人民政府结合各地实际情况给予退役军人优待。这意味着安置退役军人和决定具体优待待遇的行政权力集中在安置地人民政府,各地难以在退役军人权益保障事项及实践监督标准上形成一致,相关权利主体也难以根据各地不一的保障标准主张权利救济。另一方面,我国行政复议法和行政诉讼法及其司法解释,均未明确规定退役安置事项属于行政复议范围或行政诉讼受案范围。《退役军人保障法》第79条虽规定了退役军人有就退役相关待遇申请行政复议或提起行政诉讼的权利,但

① 具体参见《中华人民共和国军人保险法》第三章、第四章。

② 具体参见《中华人民共和国军人保险法》第49条。

③ 具体参见《中华人民共和国军人保险法》第36条。

④ 具体参见《中华人民共和国社会保险法》第71条。

将申请行政复议、提起行政诉讼的事项限定为不服省级人民政府退役军人工作主管部门作出的中止、降低、取消其退役相关待遇的决定。即省级以下人民政府退役军人工作主管部门和其他依法履行保障退役军人义务的相关行政主体作出的其他有损退役军人合法权益的行政行为尚未被纳入我国行政复议、行政诉讼范围。例如,退役军人认为行政机关在办理军地保险转接过程中损害其合法权益,目前还主要依靠《军人保险法》规定的举报、投诉<sup>①</sup>两种监督形式获得权利救济。那么,此前实践中以下这种情况仍将继续出现:退役军人以“市(县)级行政机关作出的退役安置相关行政行为侵犯其合法权益”为由提起行政诉讼,法院作出“属于要求落实安置退役军人政策的历史遗留问题,不属于行政诉讼受案范围”<sup>②</sup>的处理意见。上述两方面因素给我国退役军人的权利救济带来的消极影响尚未完全消除。其中,未将退役军人作为独立的法律权利主体来对待,是退役军人申请行政复议或提起行政诉讼的法律权利规定缺失的根本原因。

#### 四、完善保障与推进补偿:新时代我国退役军人保障法制重构的路径选择

上述我国退役军人保障法制存在的问题,亟待通过重构我国退役军人保障法制来解决。鉴于我国退役军人保障兼具社会保障性质和国家补偿性质,国家应当整合现有法律法规,丰富、发展退役军人保障法律内涵,构建新时代中国特色退役军人保障法制,使其具体包括退役军人社会保障和退役军人国家补偿两大部分,并配套建立退役军人权利救济制度,保证该群体的实质性权利与程序性权利。

##### (一)完善新时代中国特色退役军人社会保障法制

###### 1.完善退役军人社会保障法律体系

应秉持强化退役军人社会保障法律体系性的完善思路,进一步整合有关退役军人抚恤和优待的各类规范,清理重复性规范性文件,推进我国退役军人社会保障法律体系的简明化、科学化。同时,注重制度内容的完善,细化保障标准与程序,明确保障法律责任规定。为退役军人提供体系化、规范化的制度保障。

###### 2.转顺与一般社会保险制度的衔接

加强与一般社会保险制度的横向衔接,织密退役军人社会保障安全网。首先,整合有关军地保险转接的各类规范,以法律的形式完善军地保险转接立法,形成系统的军地保险转接机制。其次,加强军地保险转接机制的规范性,优化军地保险管理机制。具体地,明确规定有关单位与个人在军地保险转接过程中的法律义务与责任,统一规范军人保险向地方养老、医疗、失业保险转接的程序和操作规程;提升军人保险管理的社会化程度,如与驻军所在地的地方社会保险机构建立业务关系,通过地方社会保险机构协调办理军人保险业务,军地双方定期互通保险费收缴、保险项目办理、关系转移等军人保险业务情况等<sup>[15]</sup>,为军地保险顺畅接续提供基础。最后,伤残军人的护理问题也是目前军人保险制度的未及之处,应结合军人职业特殊性,探索构建军人长期护理保险制度,前瞻性地研究其与一般长期护理保险制度的转接机制。

社会保障法的特定功能与内涵决定了其法制边界的有限性。对于超出社会保障法制边界的退役安置制度,若试图通过突破社会保障法制的应然边界、重塑社会保障制度体系的办法加以规范,既非必要亦不符合比例原则。因此,保障退役军人合法权益,还需要在社会保障法制之外继续寻找新的法制解决方案。

##### (二)构建新时代中国特色退役军人国家补偿法制

###### 1.完善退役军人国家补偿的法律

由于退役军人是退役军人保障法律关系的主体,在退役军人因特别牺牲而获得国家补偿的理论与法制基础上,依据《退役军人保障法》概括整合退役军人保障制度中退役安置、教育培训和就业创业服务等具有

① 具体参见《中华人民共和国军人保险法》第44条规定,任何单位或者个人有权对违反本法规定的行为进行举报、投诉。

② 具体参见最高人民法院行政裁定书(2018)最高法行申72号。另外,最高人民法院行政裁定书(2017)最高法行申6121号、最高人民法院行政裁定书(2016)最高法行申4174号、江苏省高级人民法院行政裁定书(2019)苏行申1727号等裁判文书,对于此类争议的裁判意见皆持“属政策问题而非属行政诉讼受案范围”的意见。

国家补偿性质的规范内容,明确国家所负有的服务管理义务和法律责任具有国家补偿性质,并将退役军人享有申请和选择退役相关待遇的补偿请求权规定下来。

## 2.明确细化国家补偿的内容

一是细化规定内容。细化退役相关待遇的资格条件、待遇水平和服务质量等内容,例如,明确退役军人申请和选择逐月领取退役金安置方式的资格条件,以及退役军人或其家(遗)属申请利用军人公墓设施的资格条件和程序;明确影响逐月领取退役金数额、其他退役相关待遇水平的因素,如服役时长、贡献程度等,并明确其在确定相关待遇中的权重;进一步明确退役军人获得教育培训和就业创业服务的具体形式、基本时长、资金来源、管理办法、监督责任等。

二是明确补偿标准与形式。由于非财产性内容受损难以恢复原有状态,补偿应根据国家补偿法理,秉持重视受害人救济的基本原则,尝试“通过请求权发生说,向无法通过赔偿理论获得救济者进行补偿”<sup>[16]</sup>。补偿不必局限于何种权利的损失对应该种权利的补偿,可结合社会经济发展水平和退役军人实际生活需求,科学、规范设置补偿标准。而补偿的形式,应采取多种形式的综合性补偿。例如,在未来制定的退役军人安置法律中系统规定,向退役军人提供统一安排工作、给付退役金、转改文职等国家补偿性质的安置方式,以及退役军人申请、选择具体安置方式和相应安置待遇的标准和程序。再如,规范对退役军人提供的国家补偿性质的就业扶助资金,由国家退役军人事务部统一管理和发放此类资金,专门补偿退役军人因服役作出的特殊牺牲,提供就业资金支持。退役军人依据能够证明其服役年限和服役贡献的合法证明材料(如证书证明、档案记载等),以及个人实际情况,向安置地人民政府退役军人工作主管部门申请相应类别(如创业贷款、再就业培训金、继续教育贷款等)和相应级别的就业扶助资金,退役军人工作主管部门对报送的有关材料进行核对,最终由国家退役军人事务部根据补偿标准和实际情况确定补偿方式与程度。

## 3.创新国家补偿的方法

对于安排工作的转业形式,结合军人职业化改革方案,逐步减少直接安排进入地方单位的退役军人数,通过优化制度保障引导其转改文职、自主择业、自主参加国家公务员招录考试。针对逐月领取退役金、自主择业的退役军人,既要为其提供合理且充分的教育培训和就业创业服务,也要科学设定服役年限及服役期间个体的“贡献”“牺牲”因素在个人退役金基数计算中的占比,平衡退役军人内部新、老待遇不公平的问题,确保逐月领取退役金、自主择业安置方式的可持续性。

## 4.保障国家补偿权利救济

党的十九大报告提出,组建退役军人管理保障机构,维护军人军属合法权益。这是保障强军目标实现的一项重要举措,也是将退役军人的权利保障纳入法治轨道的宣言。法律保障退役军人权利,退役军人依法维护自身权利。权利的实现离不开权利救济制度的保障,在强调权利保障理论和规范内容的重要性之同时,也要重视权利救济制度的建设。第一,以立法形式将退役军人获得国家补偿的权利明确规定下来。第二,将退役安置、褒扬激励等国家补偿权利争议纳入行政复议范围和行政诉讼受案范围,明确退役军人有就退役安置等获得国家补偿的事项申请行政复议、提起行政诉讼的程序性权利,确保退役军人在获得国家补偿的权利受到安置地人民政府及相关行政主体侵害时,能够通过行政复议或行政诉讼的方式得到救济。美国1988年颁布的《退伍军人司法审查法》标志着“退伍军人福利权的司法审查制度最终得以确立”<sup>[17-18]</sup>,该法实施后,美国在捍卫宪法赋予的公民权利、制约相关行政机关权力、保障退伍军人群体福利权实现等方面都取得了良好效果。第三,立法应明确并具体规定退役军人安置相关行政主体的职权,对于逾越职权范围的行政行为,退役军人可依法提出权利救济的诉求。

## 五、结语

新时代我国在退役军人保障法制建设过程中,应将退役军人作为积极能动的法律关系之主体来对待,应认识到我国退役军人保障具有社会保障和国家补偿复合的法的性质,并以其为理论基础,进行退役军人保障



的立法顶层设计,重构新时代我国退役军人保障法律制度。一方面,要整合完善现有退役军人社会保障的制度内容,做好其与一般社会保障制度的有机衔接;另一方面,要推动退役军人国家补偿的制度建立与发展,重视退役军人的相关权利救济,充分保障退役军人的合法权益。

#### 参考文献:

- [1]郭萌,刘薇,张军胜.为了5700万老兵的期待——写在退役军人事务部成立百天之际[N].解放军报,2018-07-25(4).
- [2][日]小盐隆士.社会保障的经济学(第三版)[M].东京:日本评论社,2005:6.
- [3][日]菊池馨实.社会保障法制的将来构想[M].韩君玲,译.北京:商务印书馆,2018:13.
- [4]高和荣.论社会保障制度的建设维度[J].社会科学战线,2018(7):218-223.
- [5]李瑰华.法治视野下的军人退役安置[J].理论导刊,2008(4):95-97.
- [6]姜明安,主编.行政法与行政诉讼法(第五版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011:628.
- [7][日]田中二郎.新版行政法(上卷)(全订第二版)[M].东京:弘文堂,1974:215-216.
- [8][日]宇贺克也.国家补偿法[M].肖军,译.北京:中国政法大学出版社,2014:366.
- [9][日]芝池羲一.行政救济法讲义[M].东京:有斐阁,1995:164,182-184.
- [10]陶凯元.法治中国背景下国家责任论纲[J].中国法学,2016(6):24-39.
- [11]胡建森.中国现行行政法律制度[M].北京:中国法制出版社,2011:497.
- [12]田思源,王凌.国防行政法与军事行政法[M].北京:清华大学出版社,2009:262.
- [13]丛文胜.国防法律制度——宪法视角下的国防法律制度研究[M].北京:解放军出版社,2012:314.
- [14][日]菊池馨实.社会保障法制的将来构想[M].韩君玲,译.北京:商务印书馆,2018:16.
- [15]侯帅.军民融合发展背景下军人保险制度改革初探[J].公安海警学院学报.2017,16(3):44-48.
- [16][日]宇贺克也.国家补偿法[M].肖军,译.北京:中国政法大学出版社,2014:364.
- [17]PAUL C L.Forging legislation[M].New York:Norton,1992:229.
- [18]王丽.美国退伍军人福利权司法审查制度史研究[J].甘肃社会科学,2013(5):231-235.

## Reconstructing the Legal System for the Protection of Veterans in the New Era —Theoretical Perspective and Path Choice

HAN Junling WANG Yihong

**Abstract:** The nature of the law on the protection of veterans determines the theoretical basis and path choice of the legal system for the protection of veterans. The legal system for the protection of veterans guarantees veterans' basic life, which shows the nature of social security. At the same time, the system compensates veterans for their special sacrifices, shows the nature of state compensation. The research on the protection of veterans from the perspective of state compensation theory is less, the overall design of the legal system for the protection of veterans lacks the state compensation theory, the development path of the system is not reasonable, the specific legal norms and rights relief are also insufficient. This paper suggests clarifying the complex nature of the law on the protection of veterans, designing a scientific legal system for the protection of veterans, choosing a reasonable development path for the protection of veterans and perfecting legal norms and rights relief, in this way, reconstruct the legal system for the protection of veterans with Chinese characteristics in the new era.

**Key words:** protection of veterans, social security, state compensation, legal system

(责任编辑: H)