

捆绑、分离抑或第三条道路： 论劳动关系与社会保险的关系

沈建峰

【摘 要】劳动关系和社会保险是解决工业时代劳动领域社会问题的两种不同思路,二者分别采取私法和公法两种不同技术方法,在功能上存在择一使用、次第结合、平行结合三种关系形态,在结构上通过劳动关系相关勾连。在制度发展过程中,因社会保险的社会和平功能、社会国家思想等原因,出现了社会保险对劳动关系的功能替代趋势,但这种功能替代有其限度,市场经济条件下仍应坚持劳动关系解决社会问题的功能优先地位。在当下以新业态发展等为特点的劳动世界,二者应不再紧密捆绑,但也不能彻底分离,坚持社会保险应以具有共同社会风险和缴费能力的社会群体为制度设计前提这一要求,则社会保险原则上仍应以劳动关系为前提,同时基于特定理由可以出现有劳动关系没有社会保险或者没有劳动关系却有社会保险的状况,这也即二者关系的第三条道路。

【关键词】劳动关系;社会保险;分离;功能;新业态

【作者简介】沈建峰,中央财经大学法学院教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2022.5.101~113

【基金项目】本文为国家社科基金课题“劳动合同履行障碍规则体系研究(项目编号:19BFX177)”的阶段性成果。

劳动关系与社会保险的关系在我国几经变迁,新中国成立初期通过《劳动保险条例》建立的是一种企业办劳动者保险,社会保险被劳动关系涵盖的模式。在改革开放后的发展中,逐渐形成了劳动关系和社会保险并存,同时社会保险以劳动关系为前提的制度结构,^①但在《社会保险法》制定前后,一种分离模式的观点开始出现,有学者提出“社会保险关系是一种独立的法律关系,参加社会保险不必然以与用人单位建立劳动关系为前提。”^②就最后通过的《社会保险法》而言,有学者认为“《社会保险法》是我国第一部明确规定社会保险制度突破劳动关系界限而扩及全体居民的法律。”^③似乎该法实现了劳动关系和社会保险的分离。但从具体规则看,该法中法定

社会保险义务却始终以“职工”为前提;^④所谓覆盖全体居民只是在此之外规定了有限的不以劳动关系为前提可以自愿缴纳养老保险、医疗保险等两种例外情况;同时原则性的规定了“新型农村社会养老保险”和“城镇居民社会养老保险”。与立法的谨慎不同,在《社会保险法》实施过程中,在法律未规定不以劳动关系为前提的社会保险类型中,也开始出现不考虑劳动关系却要求缴纳社会保险的情况。2014年相关部门共同发布的《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》确立了建筑工程项目按项目参保的制度,据此建筑工地上的劳动力提供者不问有无劳动关系均应当缴纳工伤保险,在一定程度上实现了建筑工地用工过程中社会保险和劳动关系的分

离。^⑤当前,在解决平台用工等新业态引发的社会问题过程中,越来越多的学者主张,“社会保险制度改革目标应当是社会保险与劳动关系脱钩,‘职工社会保险’扩展为‘劳动者社会保险’,即劳动者无论有无劳动关系,亦即无论是正规就业者还是灵活就业者,无论是劳动就业者还是创业就业者,都为社会保险各种险种所覆盖,扩大刚性参保要求的适用对象。”^⑥一些地方也开始探索更大程度上劳动关系和社会保险分离的制度设计,例如,2020年12月31日广东省人力资源和社会保障厅、广东省财政厅、国家税务总局广东省税务局发布的《关于单位从业的超过法定退休年龄劳动者等特定人员参加工伤保险的办法(试行)》对在从业单位工作的超过法定退休年龄人员、实习学生、单位见习人员、在家政服务机构从业的家政服务人员、村(社区)两委人员、新业态从业人员等未与单位建立劳动关系的人员缴纳工伤保险进行了制度安排。2021年7月八部门发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》不区分当事人之间是否存在劳动关系,提出“强化职业伤害保障”。总体来看,在我国,似乎社会保险和劳动关系渐行渐远,日渐分离,但这种分离的具体内涵是什么?其仅仅是社会政策选择的结果还是有其劳动关系与社会保险本身的机理作为支撑?这种分离的限度在哪里:仅仅是社会保险与劳动关系相比的扩张或者限缩,还是社会保险和劳动关系未来就彻底没有了关联?这种分离在技术上又如何实现?习近平总书记在中共中央政治局第二十八次集体学习时提出,“要准确把握社会保障各个方面之间、社会保障领域和其他相关领域之间改革的联系,提高统筹谋划和协调推进能力,确保各项改革形成整体合力”,“要健全农民工、灵活就业人员、新业态就业人员参加社会保险制度”^⑦,这些要求使得上述问题的回答变得更为迫切。上述问题的解决以及社会保险和劳动关系之间关系的确定,在根本上取决于对社会保险和劳动关系功能的认识。有鉴于此,本文从二者功能的探究开始。在研究对象上,由于社会保险由社会保险法调整,劳动关系由劳动法调整,因此

在一定程度上社会保险和劳动关系的讨论也涉及劳动法和社会保险法关系的讨论,在已有的文献中二者也有所交叉,因此本文在讨论社会保险和劳动关系之间关系时,偶尔也从两个法律的关系角度展开,不做严格区分,这一点敬请读者理解。

一、劳动关系与社会保险:社会问题的内化解决与外化解决

(一)法治框架下解决社会问题的两种不同路径

从历史发展来看,^⑧劳动法和社会保险法都是为了在法治框架下解决工业化过程中出现的社会问题而产生的。^⑨在工业化早期,劳动者问题与社会问题具有同一性,所谓社会问题主要就是工业化过程中的劳动者问题;而劳动者问题也是最主要的社会问题。所以,也可以认为劳动法和社会保险法都是为了解决劳动者问题而产生的。“在‘劳工问题’这一当时的‘典型社会福利问题’下存在两种表现形式:劳动、劳动条件和劳动报酬问题;劳动能力、劳动和劳动报酬的缺乏问题。”^⑩在这两个问题中,前者是劳动法所要解决的问题,后者是社会保险法等社会法所要解决的问题。由于社会问题具体表现形式不同,二者解决问题的思路也各不相同:劳动法采取的是内化解决方案;社会保险法则采取的是外化解决方案。“内化解决方式,在问题产生的场内解决问题;外化解决方式出现在与这个天然问题场有关的其他地方,他们把对社会劣势的补偿任务转移到了更广泛的团结集体中,其中有些已经存在(如社区和国家),还有些是专门为此成立的(如社会保险机构)。”^⑪具体而言,劳动法通过劳动基准法、^⑫劳动合同、民主管理等具有劳动者保护功能的措施直接在劳动者和用人单位之间实现力量和利益的均衡,解决依附性劳动所带来的社会问题;而社会保险法则是在劳动者和用人单位之外通过设立第三方组织——社会保险基金——进行社会给付解决工业化时的社会问题。终极目标的一致性——解决依附性劳动引发的社会问题与解决问题路径的差异性——通过当事人之间利益均衡解决问题抑或通过第三方介入解决问题,成为决定劳动法和社会保

险法、劳动关系和社会保险关系之间关系的基本出发点。

(二)内化解决和外化解决的技术方法

上述内化解决和外化解决社会问题的路径从法律技术角度来看,天然蕴含着私法和公法两种不同的技术方法。^⑮“社会保险法是强制性的、公法性构建起来的,相应的程序规则、特别是职务调查的原则以及社会法院程序等都遵循这个思路;与此相反,劳动关系并非建立在缔约强制和制度强制基础上,而是建立在私人自治原则基础上。”^⑯这是因为内化解决方式是在两个私的市场主体之间进行利益分配,这已为其奠定了私法根基;从规制的技术和目标来看,尽管在形式上其通过劳动基准、集体合同等制度对私人自治进行了限制,但其基本出发点依然是市场主体的自由和自治,其根本目的不是消灭当事人之间的自治,而是通过法律社会化技术最终实现当事人通过自身之力解决社会问题。“社会史和理念史上的争论是,基于所谓的功能失灵,是通过另外一种社会制度代替以合同形式建立和规制劳动关系,还是仅涉及重建功能发挥的前提,以在坚持劳动生活符合市场的法律行为秩序的制度下实现社会问题的解决?”^⑰从目前来看,劳动法所包含的所有劳动关系协调机制都是在私法的轨道上运行:劳动合同和集体合同本身都是自治机制,劳动基准以尊重自治的底线功能形式出现,并通过公法的私法效力而对劳动关系发生效力。^⑱劳动法的制度安排首先反映的是社会问题私人利益一面。与此不同,外化解决路径通过“对社会劣势的补偿任务转移到了更广泛的团结集体中”而解决社会问题,这种广泛的团结尽管可能通过私人行为建立起来,例如商业保险,但基于社会问题与公共秩序的关系等原因,国家也积极介入,通过公权力之手建立这种社会团结,社会保险应运而生:它因公权力的组织而建立,形成一种公法性的组织体,通过公给付实现社会问题的解决。通过社会保险而实现的外化解决更多是一种实现分配正义的公法性制度设计,^⑲“社会保险法是典型的社会行政给付法之一”。^⑳

上述两种解决社会问题时法的技术方法差异是考虑劳动关系和社会保险之间关系时必须考虑的维度。在我国,因为企业办社会保险的历史传统等原因导致长期以来内化解决和外化解决在功能上的勾连为立法和理论所重视,二者在法律技术上的区分却被忽视,劳动关系和社会保险关系的理论和实践出现一种技术层面的混同:理论界多认为“《社会保险法》将社会保险费征缴法律关系的性质界定为公法关系和私法关系的混合,其中征缴主体和用人单位之间,征缴主体和被保险人之间都是公法关系,准确地说是行政法律关系,而用人单位和职工(被保险人)之间是私法关系。”^㉑在此基础上,围绕着社会保险费缴纳的义务就是一个双重义务:社会保险费征缴机构和用人单位之间公法性缴纳义务和劳动关系中用人单位对劳动者承担的缴纳义务。这种特殊的双重义务结构也决定了社会保险费欠缴时救济途径的双重性——既可以行政救济也可以仲裁和司法救济(《社会保险法》第83条)。双重救济形式上看似乎有利于社会保险缴纳义务的实现,但从实践来看,这种公法和私法义务并存的格局并没有给社保欠缴的救济带来更多可能,反而引发了在救济上“踢皮球”的现象,因为存在行政救济途经,裁判机构多不受理劳动者因补缴社会保险而向用人单位提出的劳动争议。^㉒不仅如此,更重要的是,这种双重义务设计导致从劳动者和用人单位之间法律关系的角度理解社会保险关系,引发如下两方面不合理的效果:其一,将劳动者享受社会保险待遇与用人单位缴纳社会保险的义务履行挂钩,最终形成用人单位不履行缴纳义务,国家不行使征缴权力,其最重要的后果却是劳动者不能享受社会保险待遇的诡异结局;^㉓其二,通过私人之间的仲裁和诉讼来解决社会保险缴纳问题,引发劳动者和用人单位之间更多的争议,而如下文所述,之所以在劳动关系之外引入社会保险,其中的重要原因之一就是社会保险的社会和平功能。将社会保险缴纳作为劳动者和用人单位之间的权利和义务关系,根本上妨碍了该社会和平功能的实现。

(三)外化解决和内化解决的功能结构

总体目标上的同一性与法律技术设计上的异质性,必然要求在理顺劳动关系和社会保险关系过程中协调好二者的功能关系。“在功能和目标上二者难以实现脱钩,对其应做体系思考和功能协调。反思外化解决与内化解决的紧密关系对一个国家社会保障的整体图景具有非常重要的意义。”^②从各国和地区的理论和实践来看,在此存在多种组合可能性。德国学者提出,“内化解决与外化解决之间可以被认为是选择关系,也可以次第相接,还可以平行结合。”^③我国台湾学者黄越钦在梳理台湾地区法律的基础上,提出劳动法和社会保险法为核心的社会法之间存在着并存关系、取代关系、优先关系、互补关系、竞合关系、过渡关系等不同关系形态,^④这种劳动法和社会保险法的关系其实也是劳动关系和社会保险的关系形态。尽管上述梳理比德国学者的提法要丰富很多,但概括起来也无外乎择一使用、次第结合、平行结合三种形态。

就具体社会问题解决而言,内化解决方案(劳动法)与外化解决方案(社会保险法)之间具体采取哪种关系形态并没有逻辑上的必然性,有学者提出,“两个法律领域(指劳动法和社会保险法——作者注)的目的都是依附性劳动者的社会保护。在两个领域功能等效(funktionale Äquivalenz)的范围内,这种保护可以通过这个或者那个法律领域实现。”^⑤从域外立法来看,在各个国家和地区,甚至不同国家或地区的不同时期二者的功能关系都没有必然结论,它更多不是一个逻辑问题,而是建立在历史传统等因素基础上的社会政策选择问题。以劳动者在劳动过程中发生工业事故为例,是通过外化解决方式——工伤保险,还是内化解决方式——劳动者和用人单位之间的侵权责任来解决,欧洲各国就呈现出巨大的制度差异。“在社会保障法发挥作用的领域中,英格兰与威尔士、荷兰、西班牙以及瑞典没有以任何形式正式的限制侵权法,被调查研究的其他国家已经部分的在劳动事故及职业病领域废除了侵权法。但废除的程度有所不同:法国、希腊以及意大利仅在雇主和雇

员或同事之间废除了侵权法;比利时似乎也是如此;奥地利、德国和瑞士还在其他受害者及侵权人群间废除了侵权法。此外,有的国家将取代侵权法限制在轻过失或中等过失的情况下(瑞士),但有些也达到了重大过失(奥地利、比利时、德国)。”^⑥在我国,工伤保险和民事赔偿的双倍、单赔还是补充模式,在本质上也涉及此问题。

尽管有上述纷繁复杂的模式,但从制度选择来看,有如下规律值得关注:其一,各个市场经济国家和地区在总体上总体都选择了内化解决方案优先的模式。“在运用外化的解决方案前,应尽可能穷尽内化的解决方案”,^⑦其中的原因首先在于市场和国家的关系。内化解决方式,也即劳动法的方式更多还是一种市场化的方式,通过当事人之力实现当事人之间利益的平衡;而社会保险这种解决方式则是一种国家主导方式,无论何种社会保险都涉及国家对私人生活的直接干预。从维护市场自由的角度出发,社会问题首先在其发生之处,也即当事人之间解决;只有当事人之间无法解决时,才应考虑第三方的介入。其次,也是技术上非常重要的一点,外化解决方式主要通过一般规则建立一般标准来完成,但在现代社会中各个地区不同时段何为应然的一般标准本身就是个极具争议的问题。“内化解决方案更可能贴近个体及其近亲属生活于其中的常态;与此相反,外化的解决方案因为其一般性,则趋向于错失决定个人生活的常态。”^⑧这一点也导致社会保险制度和劳动法制度相比在解决社会问题的制度选择中处于劣后地位。再次,成本、风险问题。通过建立第三方而完成外化解决需要建立专门的机构并在更大范围内实现统筹,需要专门的人力、物力,并且还存在公权力行使的固有风险。其二,外化解决和内化解决在功能上应做总体协调。尽管社会保险法和劳动法解决问题的方式不一,但“劳动法和社会保险法如同连体双胞胎一样紧密且不可分割的捆绑在一起。”^⑨在劳动法的制度安排中不能忽视其对社会保险法的影响,反过来也是一样。例如,在对历史发展的回顾中,学者们正确地指出“失业保险保护的不仅是失业

者免受饥饿和困苦,它也保护工厂中的劳动者免遭劳动条件的恶化。失业保险的额度构成了某种形式的最低工资,工资不可以比它还低。”^③同样,对未来而言,“不分析社会保险,就无法理解当前标准劳动关系的危机;反过来也是如此。”^④在我国备受批评的因社会保险法上的考虑而影响劳动关系的认定等劳动法上判断的现象在一定程度上正是上述规律的表达;在其他国家的司法实践中这一点也并不罕见,“劳动法让步于社会法的政策关切,尝试着不去通过劳动法的观念妨碍该关切。”^⑤重新重视非典型用工对社会保险制度的冲击,也是近年来其他国家学者不断强调的观点。^⑥这种社会保险和劳动关系在功能上的协调,决定了二者不可能完全独立存在,近年来提出的劳动关系和社会保险关系的分离绝不应对是其功能协调的割裂。

二、社会保险的功能扩张及其对劳动法的功能替代

(一) 社会保险的功能扩张趋势

尽管对于社会保险法和劳动法在历史上出现的先后有不同观点,有学者认为“一般来讲,先有劳动法,后有社会保险法。社会保险的产生是在劳资关系调整遇到僵局之后的结果,劳资关系的调整在劳资关系不能维持或者劳资关系中断后陷入僵局。”^⑦据此,社会保险是解决劳动关系这种内化解决社会问题的制度设计本身的不足而出现的制度,这是一种先有市场自由,再有国家介入的市场经济逻辑。但从实证法发展来看,因为立法政策的原因,在有的国家,例如德国,“特别的社会保险法法典化(俾斯麦的社会法典)的历史比劳动法要老,劳动法发端于魏玛共和国时期的辅助性立法。”^⑧尽管有如上差异,却不影响自从二者并立开始,社会保险就表现出功能扩张,^⑨不断替代劳动法功能的趋势。从社会保险制度的起源国德国来看,俾斯麦社会保险立法的思路是一方面压制劳动者结社等劳动法的解决社会问题方案,另一方面进行社会保险立法,“俾斯麦的社会保险政策在德国替代了同样必要的劳动保护法。”^⑩从具体制度来看,例如社会保险中最先发展出

来的工伤保险制度在一定程度上就是为了替代劳动者和雇主之间的民事赔偿。^⑪在此后的发展中“在德国、奥地利和瑞士,虽然存在差异,但共同的是,社会保险起步伊始便开始了它的制度扩张。”^⑫不断有新的社会保险制度被创设出来替代传统劳动法上的制度安排。

在当代,社会保险的功能扩张一直延续,以在我国备受争议的经济补偿为例,有学者提出我国建立的是“经济补偿广覆盖+高标准与失业保险窄覆盖+低标准的并列模式”,因此应对现行法进行“经济补偿缩范围+降标准以及失业保险扩范围+升标准的双向改革”。^⑬也有学者认为“完善失业保险制度之后,可以取消经济补偿金制度。”^⑭上述思路都是扩张社会保险中的失业保险替代劳动关系中的经济补偿。从其他国家的立法实践来看,也出现通过社会保险替代经济补偿的现象。在奥地利,从1920年开始高级雇员——从1979年开始一般劳工——在工作三年后,劳动关系解除时就享有经济补偿请求权。^⑮但该国2003年通过《工友与独立劳动者照顾法(BMSGV)》引入一种新的替代传统由雇主支付经济补偿的劳动者补偿机制,据此雇主在劳动关系开始两个月后将月薪中的一部分通过医疗保险划拨给工友照顾基金(Mitarbeitervorsorgekasse),在劳动关系存续三年后而结束时,劳动者可以向工友照顾基金要求将这笔钱支付给自己、或者由该基金继续管理或者拨付给新雇主或保险公司。^⑯德国学者认为,这是一种具有社会保险性质的制度安排,“奥地利新补偿(neue Abfertigung)的保险属性体现在,劳动者即使在自己解除劳动合同时也可以主张它。”^⑰

社会保险的扩张之势如此明显,当下认为社会保险法的勃兴与劳动法式微的观点不断出现。我国台湾地区有学者提出,“劳动法和社会法在历史上的发展是由衍生到共生,而近世以来且颇有取而代之的态势。”^⑱大陆地区也有学者认为“学界对于劳动法和社会法一直存在此消彼长的判断。可以这样讲,劳动法领域的问题越来越传统,新出现的问题或非典型性问题则成为学界的热点。未来随着科

技进步和信息技术、智能科技的发展,人类劳动方式将发生翻天覆地的变化,劳动法的式微是不可抗拒的潮流。”^④

(二)社会保险功能扩张的根源

社会保险功能扩张本质上是通过公权力之手解决社会问题的思路对通过私人之手解决社会问题思路的替代。其根源主要在于如下方面:其一,社会保险的社会和平功能。劳动关系作为一种有组织生产中存在的社会关系,具有很强的合作、信赖色彩,维持这种合作和信赖是实现劳动关系和谐的重要保障。与直接在劳动者和用人单位之间分蛋糕易于引起二者之间利益冲突的内化解决思路相比,在劳动者生老病死等情况下,通过社会保险这种外化方式解决问题,则劳动者无须直接向用人单位主张权利,这可以避免利益冲突,维护劳动关系和谐。这一点可以被称为社会保险的社会和平功能。我国学者在论述用失业保险替代经济补偿时,也提出“过于依赖经济补偿,容易制造摩擦,诱发劳动争议和群体性事件,影响社会稳定”,^⑤而失业保险则不存在这样的问题。这也是对社会保险的社会和平功能的认可。其二,父爱国家与福利国家(Sozialstaat,或称社会国家)的思想。从国家和社会问题解决的关系来看,不仅在中国,而且在其他国家的历史中,解决社会问题都会被认为是国家的任务和使命,无论是中国古代父母官的思想还是其他国家开明专制时期的“好政策(Good Policy)”思想都将弱势群体的保护或者社会问题的解决托付给国家,而国家解决问题的路径自然首先是公法路径。近现代国家建立之后,尽管上述父爱国家的情结有所削弱,但福利国家思想又得到很大发展,为国家主导的社会问题解决,而不是当事人自己主导的社会问题解决提供了新的依据和正当性基础,通过社会保险解决社会问题而不是劳动法解决社会问题的路径也因此继续扩张。其三,从企业办社会保险向社会办社会保险的转化。对我国来说——在其他国家历史上也有类似的现象,社会保险的功能扩张也是改革过程中从企业办社会保险向社会办社会保险发展过程的结果。在国有企业时

代,企业解决劳动者生老病死等所有社会问题,这就意味着社会问题在劳动关系的框架下解决;^⑥但随着社会保险制度的建立,社会保险开始承接上述解决社会问题的功能,也因此出现社会保险功能的扩张。和发达市场经济国家不同的是,其他国家更多是社会保险替代了本应由劳动关系承接的功能,而在我国,社会保险的功能扩张更多是一种补课:补上其本应承担的功能。我们的问题不是社会保险过度替代而是社会保险应然功能发挥的不足与过度替代的共存。

(三)社会保险功能扩张的限度

尽管因为上述制度或者政策原因出现了社会保险扩张的现象,但是否会出现社会保险法对劳动法的无限扩张以及因此引发的劳动法危机呢?本文认为这种扩张会有而且应有必要的限度,与上述社会保险和劳动关系的功能定位一致,在市场经济条件下社会保险一定是解决劳动关系不能解决的问题的制度安排,具有相对于劳动法的制度劣后性。这一观点不仅得到其他市场经济国家实践的支持,例如在“奥地利,即便建立了社会保险,劳工保护措施依然始终被看成是必要的、甚至是首要的社会政策。”^⑦更重要的是有其事理上的正当性:其一,所有社会保险都是对私人的干预。“从历史的角度看,社会保险是国家帮助组织的强制性自我预防。”^⑧社会保险本身不创造财富,只是财富的再分配,这种分配通过公权力之手实现,也即通过公权力之手强制收取社会保险费用,并通过公权之手进行公共给付。强制性的费用征收和待遇支付蕴含着侵害私人自由和利益的天然风险。对此,德国学者指出,“任何强制保险制度以及强制保险的覆盖都是国家对《基本法》第2条第1款意义上的个人自由的干预。”^⑨因此,社会保险的功能扩张必须有其限度。其二,福利国家的困境。因为社会老龄化等原因,公权主导下的社会问题解决存在着资金来源等困难,福利国家的思路多少存在各种困境。在此背景下,社会保险发展的趋势不是继续扩张似乎更多是收缩。从欧洲德国、瑞士、奥地利、芬兰、法国、英国等的情况来看,“被调查

国家未来很可能缩减社会保障保护的范围,而且这似乎的确是无法避免的。……福利国家的局限已经变得明显起来。打消任何试图依赖所谓社会温床念头的政策已经开始取代先前加强扩大社会保障保护的想法。”^⑧其三,技术上的限度。劳动法和社会保险法以为劳动者提供社会保护为主要目标,但二者在保护对象上有所区别,“劳动法规定的是职业保护和生存保护;社会保险法规定的主要是生存保护。”^⑨尽管社会保险法也可以提供一定的职业保护,例如工伤保险。但劳动法职业保护的核心之一是有组织生产过程中因结构性力量不均衡以及管理和被管理而引发的社会问题,这些通过集体合同、参与管理等实现。在此范畴内,社会保险法将无法介入。背离二者功能区分的社会保险法向劳动法的扩张,将引发法的体系冲突。针对目前出现的社会保险法扩张,已有学者提出,“许多一般认为自然属于劳动法或者劳动者概念构成部分的东西,却被通过社会保险法解决。从积极的角度看,这种功能等效可能产生制度的替代;从消极的角度看,也可以产生体系的不一致以及规则的功能障碍。”^⑩基于以上原因,社会保险对劳动关系扩张和功能替代的每一步都需要进行专门的社会政策、基本权利、法律体系的论证和平衡,替代是例外而不是原则。

三、社会保险关系对劳动关系的超越及其体现

就社会保险和劳动关系的关系而言,不仅存在社会保险对劳动关系的侵蚀和功能替代,而且因为如下原因同时出现社会保险对劳动关系的超越,劳动关系和社会保险关系在一定程度上的分离:其一,用工形式的变化。在工业化时代最典型的用工关系就是通过劳动关系用工;但在服务业、互联网、平台用工等兴起后,以非劳动关系方式用工,例如经济依附的类劳动者、自雇者等的比例越来越高,这些劳动力提供者所面临的社会问题如何解决成为各方需要回答的问题,社会保险作为一种最早生成,相对成熟的制度成为首先被考虑的制度安排之一。其二,功能主义和问题导向的思路。社会保险制度的目的是为了劳动过程中出现的社会问题,尽管在传统

上其与劳动关系紧密相关,但这种技术安排只是厘定社会问题的手段而不是目的,用工过程中的社会问题本身才是社会保险所要针对的对象。其三,“劳动法和社会保险法承担不同的保护任务,所以劳动法上的考虑不能不加考虑的转用到社会保险法上。”^⑪这种不同的社会任务如上所述体现在“劳动法规定的是职业保护和生存保护;社会保险法规定的主要是生存保护”,^⑫劳动法不仅要解决劳动力丧失期间劳动者的生存保障问题,还要解决劳动关系存续劳动力提供期间的劳动者保护问题;而社会保险法主要解决劳动能力丧失期间的社会问题,但又不只解决劳动者劳动能力丧失期间的社会问题。基于以上原因,可以认为劳动关系和社会保险的彻底绑定具有特定历史发展阶段的必然性,却不具有逻辑上的必然性。社会保险对劳动关系的超越,具体体现在如下方面:

(一)劳动关系与雇佣关系的概念分离

工业化时代早期劳动者问题与社会问题的同一性以及立法技术原因导致社会保险和劳动关系从一开始就天然的密不可分。“劳动者概念的法律后果是生存和状态保护,也属于社会安全的领域,而该领域同时也是社会保险法的领域。在此程度上,劳动法和社会保险法实质上以同样的功能、同样的考量涉及同一群体范围。”^⑬这种密不可分,导致在两种制度发展的初期,不仅在我国,社会保险曾被认为是劳动法的构成部分,社会保险法被纳入劳动法;而且在其他国家,例如德国,“在德国著名学者尼佩代(Nipperdey)早期的理论中,个别劳动法就由劳动合同法、公法性的劳动者保护法以及社会保险法构成。”^⑭在此后的发展中,尽管劳动关系和社会保险关系发生了分离,劳动法和社会保险法出现了分立,但在经典的立法和理论中,分离后二者却依然以劳动关系为纽带紧密的关联在一起,“社会保险是以曾经存在的劳动关系为基础而确立的保障制度。”^⑮从其他国家和地区的情况来看,也是如此。在德国,“在社会保险法的基本案件中,社会保险关系的产生和存续是与劳动者的雇佣关系(Beschäftigungsverhältnis)

捆绑在一起的。根据《社会法典》第4卷第7条第1款第1句的规定,雇佣被界定为非自主劳动,尤其是指劳动关系中的劳动。这样一来,公法上的社会保险与私法(劳动法)上的建构就被绑定在了一起。”^⑥而在我国台湾地区,“由于其(劳工保险)为最典型的职业团体保险,并且实行强制保险的合法性又在于当事人的保障需求无法以他人方式解决,因此从属性劳动(abhängige Beschäftigung)乃成为劳工保险被保险人的要件。”^⑦这种以劳动关系为前提建构社会保险关系在工业化时代是如此普遍,以至于学者们提出,“法定社会保险和标准劳动关系的结合是一种工业社会的职业模式。它不仅促成了劳动法和社会法安排的制度化和一般化,而且标准劳动关系和社会保险也影响了主导的关于正确的劳动、工厂中劳动关系以及社会公正的典型形象。”^⑧

但是“在百年之交(指20世纪——本文作者注)出现了将雇工的概念和劳动者概念剥离的发展趋势。”^⑨上述思路最终落实在了相关立法和司法实践中。以德国为例,《德国社会法典》第4编第7条第1款的表述是“雇佣(Beschäftigung)是指非自主的劳动,尤其出现在劳动关系中。”这样一来,首先在术语上区分了劳动关系和雇佣关系;其次,从术语内涵来看,一般认为作为社会保险关系起点的雇佣范围比劳动关系大。^⑩在德国司法实践中,“德国社会法院在其社会保险法中雇佣关系概念的学说中疏远了劳动法,并且尽管多有交集但依然不回归劳动法。”^⑪而在我国,《社会保险法》关于参保义务人使用的术语向来是“职工”而不是“劳动者”,至少从术语上看,社会保险关系的立足点和劳动关系并不完全一致。这种术语的分离是劳动关系和社会保险分离的直接体现,也为这种分离提供了技术可能。

(二)社会保险相对劳动关系的扩张与限缩

在雇工(职工)和劳动者概念分离的基础上,社会保险对劳动关系的制度超越从两个角度展开:扩张与收缩,其中扩张是社会保险超越劳动关系的主要趋势。从历史发展的角度看,社会保险涵盖的人群也具有天然的扩张趋势。以德国为例,“在德国,社

会保险所涵盖的人群一开始占到劳动者的40%或者全体居民的10%,但如今所有劳动者以及全体居民的约90%被它所涉及。”^⑫在我国,根据历年的《人力资源和社会保障事业发展统计公报》,也是越来越多的人被纳入社会保险。^⑬所以,社会保险法的历史就是其覆盖主体扩张的历史。具体到与劳动关系的关系,支撑这种扩张的首先是一个功能主义的视角:劳动关系本身不是社会保险法的目的,劳动关系不能解决的社会问题才是社会保险法要解决的问题。所以,没有劳动关系,但有类似社会问题之处也是社会保险法可以进入的领域。“社会保险模式并非仅适用于原先的设定,也即是由劳动关系所衍生的福利社会问题的外化解决。只要自雇者(如农民、渔民、商人等)也如雇佣劳动者一样,有预防风险的需求和以同样方式进行预防的能力,那么社会保险亦可适用于他们的福利社会问题。换言之,就如雇佣劳动者一样,端视自雇者是否依赖于受法律规制且由国家负责的行政体制提供的保障且能够承担缴费。”^⑭符合该条件的自雇者也应成为社会保险的保障对象。以这个思路为标准,则“产业工人这个保险原始覆盖的人群被证明还是太狭窄了,所以制度扩张到了所有雇佣劳动者。边缘人群(家庭手工业者)与其他类似需要保障的人群(如小作坊从业者)也必须被保险体系覆盖。”^⑮从我国《社会保险法》的规定来看,其也显示出明显的扩张趋势,无雇工的个体工商户、其他灵活就业人员等在《社会保险法》中被纳入养老、医疗等社会保险的范畴。

同样是从功能和目的论出发,在上述扩张趋势之外,社会保险相对于劳动关系同时也出现收缩现象,也即存在劳动关系却不需要缴纳社会保险,建立社会保险关系。“根据传统的理解,社会保险中的保险义务服务于依附性雇佣是其生活基础之人的社会保护。从依附性雇佣中立法者推断出了社会保护需求。如果缺乏这种典型情况,从雇员社会保护的角度来看,则不再要求社会保险义务。出于这个理由,法律规定了保险义务的例外。”^⑯这种例外在各国立法中主要体现为各种非典型劳动关系,例如小微劳

动关系,“处于小微雇佣社会保险自由背后的是原初的规范目的:小微雇佣者不需要社会保护,因为其生活费用通常情况下可以通过其他收入来源得到确保,而社会保险同时也是与该生活费相关联的。”^⑦因此,在德国“如果雇佣非常小,也就是人们常说的迷你工作(Mini-Jobs)的情况下,医疗保险、照顾保险、失业保险不存在保险义务,养老保险从2013年开始存在一个无条件的保险义务免除。”^⑧而在我国,非典型劳动关系中的非全日制用工也不存在强制性社会保险缴纳义务。

(三)自愿社会保险的引入

社会保险对劳动关系的分离还表现在自愿社会保险制度的引入中。从各国发展来看,“总体的趋势是,各项社会保险都在不断开放自愿参与保险的可能性。”^⑨例如在德国,“个别(社会)保险分支在过去越来越向自愿参保开放,这尤其适用于法定养老保险,当代它几乎向所有人开放。”^⑩我国《社会保险法》在养老保险等领域也规定了自愿参加社会保险的制度。自愿社会保险的重要特征之一是可以自由选择是否参加社会保险的用工关系都并非传统的典型劳动关系,更多都是非劳动关系的用工方式。这样一来,自愿社会保险也成为社会保险和劳动关系分离的特殊形式。从目前各个国家和地区立法和理论来看,自愿社会保险主要适用于如下情况:首先,将更多弱者吸收进社会保险的适用范围。强制社会保险的目的在于“一方面在避免保险产生逆选择的情形,形成弱体保险的现象,一方面则籍此达到危险分配以及所得重分配的理想。”^⑪让更多更弱势者能够参加社会保险并不妨碍上述目的的实现。我国法中灵活就业人员纳入自愿养老保险等即是其例。其次,当事人之间已经长期形成了共同社会风险群体,发生社会风险变化时不应轻易将其排除在社会保险之外,而应建立自愿社会保险。德国法中医疗保险和工伤保险在例外情况下可以通过自愿社会保险建立。之所以如此,就医疗保险而言,“自愿社会保险为特定人群提供了在社保和私人疾病保险之间的选择可能。长期作为法定社会

保险成员的人,在其作为疾病保险义务人的前提不存在时不应被强迫离开社会共同体而去参加私人保险。”^⑫再次,其他社会政策目标。例如“自愿养老保险首先服务于完善社会保险谱系的完整(Versicherungsbiografien),避免漏洞。此外,还为此前不属于养老保险义务人群的人员提供了获得法定养老保险保护的可能。”^⑬

四、社会保险超越劳动关系的限度与未来

上述发展,无论是劳动关系和雇佣关系的分离,社会保险的限缩和扩张还是自愿社会保险的引入,在根本上都以例外的形式出现,只是社会保险覆盖范围相对于劳动关系覆盖范围的波动,并不意味着二者彻底的分离。但在当下,尤其是随着新业态等的进一步发展,如前所述,一种社会保险和劳动关系彻底分离,实现全民社会保险的观点出现。有学者提出,“社会保险主体的发展趋势是由劳动者向全体公民扩展,无论社会成员是否有能力参加劳动、是否从事雇佣劳动,其都有资格参保。”^⑭或者认为“在一般意义上,各国社会保险制度都经由工资劳动者—全体劳动者—全民的路径扩张。”^⑮在此,需要反思的是,不考虑劳动关系的社会保险或者不考虑社会保险的劳动关系真的可能吗?

(一)社会保险的制度要求

社会保险法作为一种解决社会问题的制度安排,有其发挥作用的前提、逻辑和技术要求,“社会保险是特定的社会群体(最开始是产业工人团体)为了预防相同的生存风险而形成的保障机制,这一制度建立在预防未来风险的共同需要上,前提是存在可以被典型化的社会风险,主要资金来源是群体成员的缴费。”^⑯传统而典型的社会保险以具有典型共同社会风险和缴费能力的社会群体为制度前提,同时“法定社会保险的标志是它是强制保险。只有这样才能保护大众免受个体不进行风险防范之累,保障风险共同体的广度,而该广度同时使得社会平衡成为可能。”^⑰共同社会风险、缴费能力、强制性成为传统社会保险的基本要求。从这个角度看,社会保险与典型劳动关系的勾连不仅二者因为具有解决同

一社会问题的功能,而且因为传统典型劳动关系在技术上完全满足了社会保险制度设计的上述要求。^⑤在社会保险与典型劳动关系分离时,上述技术上的限度成为能否分离以及分离程度的边界。“除了它的所有社会一政策性变化,社会保险依然受到保险原则的基本要素的约束,即存在缴费、被保险人以此在某种程度上避过风险、缴费与待遇之间的关联。由于具有在预防需求和预防能力之间建立关联的特殊标准,社会保险始终倾向于覆盖特定群体,虽然其范围未必一定等同于雇佣劳动者群体。”^⑥如果无法形成典型的共同社会风险群体和具有缴费能力的群体,则扩张的社会保险本身将发生变异,独具社会保险之名而无社会保险之实。

(二)全民社会保险的本质是社会保险对社会救助等的制度替代

按照上述社会保险制度的逻辑和技术要求,本文认为,不考虑共同社会风险、缴费能力而提出的向全体公民扩张的社会保险制度与其说是社会保险与劳动关系的分离,不如说是社会保险对社会救助等的制度替代和混同。社会保险由于其制度优势和较早成熟的特点,本身就有一种相对于其他社会保障制度的制度扩张趋势。“现代国家可能基于管理便利或者社会公平,将需要通过社会救助解决的社会风险纳入社会保险。”^⑦尤其是在我国,目前由于一些社会救助制度未能建设完成,更是易于出现通过社会保险制度扩张解决没有社会保险者的救助问题的思路,实践中出现的不断扩张工伤保险的现象,一定程度上就是这种思路的直接体现。另外,社会保险制度中大量国家补贴的引入也在从另一角度推动社会救助和社会保险的混同。因为按照传统逻辑,社会保险的经费来源主要是具有共同社会风险和缴费能力群体的缴费,社会救助的经费来源主要是国家通过税收筹集的财政经费。在社会保险经费来源中国家补贴增大的情况下,其与社会救助的经费来源差异就会减小,社会保险替代社会救助的障碍就会降低。不仅如此,在国家社会保险补贴增加的情况下,扩张社会保险同时也获得了更多社会政策上的正当

性——它可以削弱社会保险的不公平性。国家社会保险补贴增加原本存在的问题是,“国家补贴来自税收,补贴的增加也意味着全体纳税者负担的增加,而其中有些人并非社会保险的被保险人。由于社会保险是对特定社会群体提供超出基本生活保障待遇的制度,这种由整个社会共同承担(部分)社会保险支出的做法其实强调了中产阶级的特权,使社会保险这一设计中潜在的不平等因素被强化。”^⑧而扩大社会保险的覆盖面则可以弱化这种不平等因素。在上述原因基础上进行的社会保险扩张,导致“社会保险已经从传统的保险团体成员自助解决风险的方式,演变为国家实现非保险类福利目标和功能的重要工具。”^⑨目前,我国的社会保险已大大偏离了传统社会保险的制度结构。^⑩实际上,从法律比较角度看,推行所谓全民社会保险的国家,在一定程度上都会出现社会保险对社会救助的功能替代以及因此导致的社会保险待遇标准降低。以推行全民社会保险的英国为例,学者们认为,“其(社会)保险目标通常以提供被保险人的基本生活所需为准,甚至在功能上就是为了取代社会救助。”^⑪

尽管有上述一系列历史和现实原因,但本文认为且不论我国已经形成的社会保险和社会救助等其他社会保障制度并存的格局,从制度技术来看,脱离社会保险技术结构而进行的社会保险替代社会救助或者全民社会保险的方案,存在如下问题:其一,忽视了社会保险保护一般大众免遭个体缺乏预防能力之害的功能。社会保险不仅是要保护面临社会问题的个体,更重要的是通过个体缴费实现这种保护,从而使得国家和大众免遭税收负担。“在疾病、需要照顾、失业以及伤残的情况下,享有从社会保险获得至少达到社会救助水平的给付请求权的人,是不需要保护的,也不能在社会保险之外求助于社会救助作为辅助性给付。在社会保险的情况下,在社会救助规定的水平之前,它首先涉及通过自我照管义务避免对大众提出请求。”^⑫其二,弱化了社会保险的社会团结功能。当当事人不能自由选择是否参保时,强制性的社会保险必然以合理而适当的社会风险群体

为其存在的重要正当性基础。通过共同社会风险群体的共同风险和强制缴费制度,将该共同风险群体构建为共同抵御社会风险的共同体,推动了该群体的社会团结,在一定程度上甚至可以减少和预防风险的发生。“社会保险使生产性活动与社会团结转化成为对个人可预见的社会保护,并因此而激发了参与社会团结的动机。”^⑨不以特定风险群体为前提的社会保险不利于社会团结的形成,也不利于形成同抵御社会风险的动力,忽视了作为社会保险基础的社会连带原则。^⑩其三,弱化了社会保险缴费的动力。社会保险不仅强调社会连带原则,而且还强调等值原则,^⑪以此强化当事人缴费的动力,因此社会保险以缴费能力为前提。这一原则体现在建立缴费数额和待遇享受之间的联系;也体现在在待遇方面以保费缴纳为基础的社会保险待遇应当比不以缴费为基础的社会救助待遇要好,社会救助属于具有照顾特点的第二等的社会安全制度;^⑫还体现在社会保险以缴费为前提,所以“社会保险不可能成为对贫困进行社会吸收的工具,社会保险只能防止不穷的人变穷,却不能将穷人从贫困中解脱出来。”^⑬不以缴费能力为前提的所谓社会保险将在根本上不能实现上述制度设计要求,弱化有缴费能力的当事人的缴费动力。综上,不以被保险人的风险共同体以及缴费能力为前提而进行的社会保险覆盖范围扩张,本质上背离了社会保险的基本逻辑,会带来制度的扭曲。本文认为,与其以全民社会保险之名行社会救助之实,不如坚持传统社会保险的基本逻辑,同时积极发展社会救助制度。

(三)自愿保险只是强制社会保险的补充形态

如上所述,在劳动关系和社会保险关系的问题上,一个重要发展趋势是自愿社会保险的引入。自愿社会保险的重要特征在于其并不以劳动关系为前提,是要为其他就业人群提供参加社会保险的可能性。自愿社会保险的引入是否是实现全民社会保险的新路径?本文认为,自愿社会保险主要是扩大社会保险对非劳动关系的覆盖,并不改变传统有劳动关系原则上就应缴纳社会保险的格局,并不能在核

心地带改变劳动关系和社会保险的紧密联系。另外,从各国的理论和立法来看,“自愿社会保险的首要目的是弥合并填补法定强制保险的漏洞。”^⑭因此,其出现具有例外性,其以特定的社会政策原因作为支撑,通过逐一论证而建立起来,“与此相应,存在着不同类型的自愿社会保险。”^⑮它并不能成为社会保险的典型或者一般形态,也不会肆意扩张到所有国民。

(四)社会保险关系与劳动关系的未来

从社会保险的功能来看,社会保险和劳动关系并不具有完全的对应性;但从社会保险以具有共同社会风险和具有缴费能力的群体作为技术前提的这一要求出发,传统劳动关系为社会保险提供了最典型、最标准的前提。在当今,“在世界就业形式多样化、非正规就业日益增加并成为一种重要趋势的情况下,传统的社会保险关系与劳动关系相对固定、统一的状态已经有所改变。因此必须研究劳动关系的柔性化、多元化和不确定性与社会保险关系的确定性、唯一性如何对接的问题。”^⑯也即新的时代,我们更需要站在用工关系图景变迁的大背景下考虑社会保险,而不是简单的建立告别劳动关系的社会保险制度。在此,必须承认尽管生产方式快速变迁,但劳动关系依然是最典型的用工形态,所谓社会保险关系和劳动关系的分离并不是不再考虑劳动关系而重新设计社会保险建立的前提条件,而是在劳动关系+社会保险这一基本模式的基础上,增加新的可以建立社会保险关系的可能性。面对新业态的发展等劳动世界的变化,在我国,这种新可能应按照如下思路展开:其一,典型劳动关系之外的劳动力提供者能否强制纳入社会保险关系,应根据社会政策需要逐一进行具体制度安排,逐步推进,^⑰实现社会保险险种的“打包”与“拆包”。^⑱从其他国家的状况看,“立法者通过《社会法典》第9卷第7条第1款坚持了如下原则:只有依附性职工才可以为社会保险义务所覆盖,并且是被认为特别值得保护的。独立劳动者需要逐个确定是否纳入社会保险义务中,并且仅适用与立法者认为和依附性职工一样需要保护的群

体。”^⑧其次,考虑到现代社会以及新业态背景下,个人需要的差异化和个性化以及保持社会保险基本技术结构的需要,在坚持社会救助和社会保险区分的前提下,可以“向从业者保险过渡同时降低给付的水平(超过社会救助),以便同时为个人的自我预防留下经济上的空间。”^⑨再次,特定条件下,非劳动关系人群的自愿社会保险是实现柔性化、多元化和不确定性的用工关系与社会保险关系对接的可考虑补充方案。

五、结论

劳动关系和社会保险是解决工业时代社会问题的两种不同思路,同时二者也采取不同的技术方法。不论是从历史发展还是二者的制度逻辑来看,二者在功能上都存在着择一使用、次第结合、平行结合三种关系形态,在结构上通过劳动关系相互勾连,这是二者关系最基本和核心的状态。从发展的角度来看,二者之间关系出现两种新现象:其一,社会保险对劳动关系存在功能替代,但这种功能替代有其限度,市场经济条件下仍应坚持劳动关系解决社会问题的功能优先地位。其二,劳动关系与社会保险关系的分离,但这种分离并不能根本改变社会保险以劳动关系为前提的格局,在坚持社会保险基本制度设计要求的前提下,所有分离都应当是例外,通过特殊论证才可以建立。据此,劳动关系和社会保险的关系不再是最传统的紧密捆绑,也不是激进的彻底分离,而是第三条道路:社会保险以劳动关系为前提是原则,但可以通过特别论证建立不以劳动关系为前提的社会保险,或者有劳动关系但无社会保险的二者关系形态。

注释:

①参见郑尚元:《我国社会保险制度历史回眸与法制形成之展望》,载《当代法学》2013年第2期;董保华:《社会保障法与劳动法的界定》,载《华东政法大学学报》2001年第3期。

②参见董文勇:《我国社会保险的突出问题及立法应对》,

载《今日中国论坛》2009年第4期。

③参见王全兴等:《我国社会保险制度深化改革的基本思路选择》,载《江淮论坛》2018年第3期。

④除了人事关系中的劳动者以及公务员关系中的公务员之外,“职工”概念涵盖的仅仅是劳动关系中的劳动者,就本文研究主题而言,社会保险义务依然以劳动关系为前提。

⑤人力资源社会保障部、住房城乡建设部、安全监管总局、全国总工会《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》第一条规定:“针对建筑行业的特点,建筑施工企业对相对固定的职工,应按用人单位参加工伤保险;对不能按用人单位参保、建筑项目使用的建筑业职工特别是农民工,按项目参加工伤保险。”

⑥同前注③,王全兴等文。

⑦“习近平在中共中央政治局第二十八次集体学习时强调 完善覆盖全民的社会保障体系 促进社会保障事业高质量发展可持续发展”,http://www.xinhuanet.com/politics/2021-02/27/c_1127147247.htm,最后访问日期:2021年3月5日。

⑧ Martin Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1995, S. 68ff.

⑨ Köhler, Zacher Hsg., Ein Jahrhundert Sozialversicherung, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, S. 15;郑爱青:《法国“社会法”概念的历史缘起和含义》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

⑩参见[德]察赫:《福利社会的欧洲设计》,刘冬梅等译,北京大学出版社2014年版,第240页。

⑪同前注⑩,[德]察赫书,第342页;Vgl. Auch Bernd Baron von Maydell, Eberhard Eichenhofer Hsg., Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 1993, S. 457.

⑫沈建峰:《劳动基准法的范畴、规范结构与私法效力》,载《法学研究》2021年第2期。

⑬同前注①,郑尚元文。

⑭Preis: Koordinationskonflikte zwischen Arbeits- und Sozi-

alrecht, NZA 2000, S.911(915); Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München: C. H. Becker, 1988, S. 342.

⑮ Picker, die Regelung der Arbeits und wirtschaftsbedingungen, ZfA 1986, 199(246ff.).

⑯ 沈建峰:《劳动法作为特别私法》,载《中外法学》2017年第6期。

⑰ 参见黄越钦:《劳动法新论》,瀚芦出版社2015年版,第552页。

⑱ 参见郑尚元、扈春海:《社会保险法总论》,清华大学出版社2018年版,第67页。

⑲ 参见林嘉、张士诚主编:《社会保险法立法研究》,中国劳动社会保障出版社2011年版,第26页。

⑳ 参见沈建峰:《社会保险费欠缴的法律救济》,载《中国工人》2016年第3期;张姝:《对我国社会保障争议解决机制的理论反思——基于权利救济的考察》,载《当代法学》2009年第6期。

㉑ 参见李海明:《工伤救济先行给付与代位求偿制度探微——兼评〈社会保险法〉工伤保险基金先行支付制度的得与失》,载《现代法学》2011年第2期。

㉒ 同前注⑪, Bernd Baron von Maydell, Eberhard Eichenhofer书,第458页;亦可参见前注⑩, [德]察赫书,第344页。

㉓ 同前注⑪, Bernd Baron von Maydell, Eberhard Eichenhofer书,第458页;亦可参见前注⑩, [德]察赫书,第344页。

㉔ 同前注⑮, 黄越钦书,第554-558页。

㉕ 同前注⑮, Wank书,第336页。

㉖ 参见[德]乌尔里希·马格努斯:《社会保障法对侵权法的影响》,李威娜译,中国法制出版社2012年版,第360页。

㉗ 同前注⑪, Bernd Baron von Maydell, Eberhard Eichenhofer书,第465页。

㉘ 同前注⑪, Bernd Baron von Maydell, Eberhard Eichenhofer书,第465页。

㉙ Hanau, Peters-Lange: Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht, NZA 1998, S. 785(785).

㉚ Martin Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Frank-

furt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, S. 133.

㉛ Birgit Geissler, Normalarbeitsverhältnis und Sozialversicherung—eine überholte Verbindung, MittAB3/98, S.550(550).

㉜ 同前注⑮, Preis文,第916页;也可参见前注⑮, Wank书,第338页。

㉝ Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis Gutachten B fuer den 68.DJT 2010, München: C. H. Beck, 2010, S.116.

㉞ 同前注⑮, 郑尚元文;类似的观点参见前注⑮, 黄越钦书,第554页。

㉟ 同前注⑮, Preis文,第916页。通过劳动法解决社会问题还是通过社会保险法解决社会问题是德国俾斯麦时期重大的立法政策争论,最后俾斯麦打压劳工运动,推动社会保险法立法的政策胜出。参见前注⑮, Martin Becker书,第90页。

㊱ 社会保险从产生其就向两个方面扩张,一方面向其他社会保障制度扩张,承担其他社会保障制度的功能,“五国的比较显示,在社会保险创建初始阶段,它确实在取得成功的地区被认识到是巨大的社会进步,但是整体社会政策空间实际上也的确因此而被挤占了。”(参见前注⑮, [德]察赫书,第248页。)另一方面,向劳动法扩张,承担劳动法的功能。

㊲ 同前注⑮, [德]察赫书,第248页;参见前注⑮, Martin Becker书,第90页。

㊳ 同前注⑮, [德]乌尔里希·马格努斯书,第356页。

㊴ 同前注⑮, [德]察赫书,第247页。

㊵ 参见董保华、孔令明:《经济补偿与失业保险之制度重塑》,载《学术界》2017年第1期。

㊶ 参见王倩:《经济补偿金制度修改的制度替代及方案设计》,载《法学》2017年第3期。

㊷ Rebhahn: Abfindung statt Kündigungsschutz?—Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, S.272(277).

㊸ Vgl. Franz Marhold, Michael Friedrich, Oesterreichisches Arbeitsrecht, Wien: Springer, 2012, S.142.

㊹ Junker, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaft-

spolitischen Herausforderung, München: Verlag C. H. Beck, 2004, S. B79.

④同前注①⑦,黄越钦书,第554页。

⑤同前注①,郑尚元文。

⑥同前注④⑩,董保华、孔令明文。

⑦需要注意的是,在国有企业改革之前,国家和企业是不分离的,所以通过企业解决社会问题和通过国家解决社会问题在此大概是合一的。很难用现代社会保险的观念评价当时企业解决社会问题制度安排的优劣。

⑧同前注⑩,[德]察赫书,第249页。

⑨Schlegel: Wen soll das Sozialrecht schützen?—Zur Zukunft des Arbeitnehmer—und Beschäftigtenbegriffs im Sozialrecht, NZS 2000, S.421(421).

⑩同前注⑨,Schlegel文,第426页。

⑪同前注⑥,[德]乌尔里希·马格努斯书,第388页。

⑫同前注⑭,Wank书,第341页。

⑬同前注⑭,Wank书,第336页。

⑭Brose, Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS, 2017, S.7(7).

⑮同前注⑭,Wank书,第341页;亦可参见田思路:《日本“社会法”:概念、范畴、演进》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

⑯同前注⑭,Wank书,第336页。

⑰Martin Becke, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, S. 295.

⑱同前注①,董保华文。

⑲Waltermann, Sozialrecht, 13. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2018, S. 62.

⑳参见台湾社会法与社会政策学会主编:《社会法》,元照出版公司2015年版,第162页。

㉑同前注㉑,Birgit Geissler文,第552页。

㉒同前注⑭,Wank书,第340页。

㉓Stefan Muckel, Sozialrecht, München: Verlag C. H. Beck,

2003, S. 56.

㉔同前注⑭,Preis文,第917页。

㉕同前注⑨,Köhler,Zacher书,第170页。

㉖<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/tjgb/>.

㉗同前注⑩,[德]察赫书,第265页;亦可参见前注⑩,台湾社会法与社会政策学会主编书,第163页。

㉘同前注⑩,[德]察赫书,第257页。

㉙Igl, Welti, Sozialrecht, 8. Auflage, Neu Wied: Werner Verlag, 2007, S. 60.

㉚同前注⑩,Waltermann书,第67页;Vgl.auch Konrad Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 8. Auflage, Wien: Springer, 2010, S18.

㉛同前注⑩,Waltermann书,第65页。

㉜参见郑尚元主编:《社会保障法》,高等教育出版社2019年版,第93页。

㉝同前注⑩,Waltermann书,第55页。

㉞同前注⑩,台湾社会法与社会政策学会主编书,第128页。

㉟同前注⑭,Stefan Muckel书,第108页。

㊱同前注⑭,Stefan Muckel书,第245页。

㊲参见杨思斌:《社会保险权的法律属性与社会保险立法》,载《中州学刊》2010年第3期。

㊳参见栗燕杰:《中国社会保险广覆盖的趋势及其法理意义》,载《中国劳动关系学院学报》2012年第6期。

㊴参见刘冬梅:《新挑战与新应对:社会保险筹资机制的变迁及其在中国的发展》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期;亦可参见前注⑩,[德]察赫书,第259页;同前注⑭,Stefan Muckel书,第244页。

㊵同前注⑩,Waltermann书,第55页;亦可参见前注⑦,Konrad Grillberger书,第13页。

㊶参见李志明:《社会保险权与社会权、劳动权的分野》,载《重庆社会科学》2012年第6期。

㊷同前注⑩,[德]察赫书,第265页。

㊸参见熊伟、张荣芳:《财政补贴社会保险的法学透析:以

二元分立为视角》，载《法学研究》2016年第1期。

⑤同前注④，刘冬梅文。

⑥同前注④，熊伟、张荣芳文。

⑦同前注④，刘冬梅文。

⑧参见周怡君、钟秉正：《社会政策与社会立法》，洪业文化事业有限公司2006年版，第57页。

⑨同前注⑤，Schlegel文，第427页；Schlegel, Beschäftigte versus Selbstständige-Deutsches Sozialrecht, NZA-Beilage, 2016, S.12(13)；同前注⑥，Waltermann书，第55页；同前注⑤，Brose文，第8页。

⑩同前注⑩，[德]察赫书，第266页。

⑪同前注⑪，Birgit Geissler文，第552页。

⑫同前注⑪，Birgit Geissler文，第552页。

⑬同前注⑪，Birgit Geissler文，第554页。

⑭同前注⑩，[德]察赫书，第260页。

⑮同前注⑪，Konrad Grillberger书，第25页。

⑯同前注⑪，Konrad Grillberger书，第25页。

⑰参见华迎放：《非正规就业群体的社会保障》，载《中国劳动经济学》2009年第1期。

⑱参见张荣芳、弭晶：《非典型劳动者社会保险权实现的法理逻辑与立法进路》，载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

⑲参见姜宇：《平台经济从业者社会保险法律制度的构建》，载《法学研究》2020年第2期。

⑳同前注⑤，Brose文，第8页。

㉑同前注⑤，Schlegel文，第429页。

Binding, Separation or Third Way: On Relationship between Labor Relations and Social Insurance

Shen Jianfeng

Abstract: Labor relations and social insurance are two different thoughts to resolve modern social problems. They use private law and public law as different technical methods. They have three kinds of functional relationship as followings: exclusive option, permutation and parallel use. Labor relations and social insurance are connected through labor relations. During the system development, due to the social moderate function and welfare state ideology of social insurance, there's a trend that labor relations would be replaced by social insurance. However, there's a limit of this system replacement. Under the condition of market economy, we should still adhere to the priority of labor relations to resolve social problems. Under the background of new type of business, a social group with typical common social risk and payment ability should be the pre-condition of social insurance system, thus social insurance should, in principle, bases on labor relations. However, based on specific cause, there could be rules to be formulated when either labor relations or social insurance exists.

Key words: Labor Relations; Social Insurance; Separation; Function; New Type of Business