

粤港澳大湾区跨境就业养老保险协调： 规范、判例与路径

覃曼卿

【摘要】养老保险作为需要长期缴费才能兑付待遇的险种,其稳定性与粤港澳大湾区劳动者跨境就业的流动性产生了冲突,衍生跨境养老保险缴费年限累计与互认问题,直接关涉跨境劳动者养老保险权益的兑付。养老保险参保是一个持续性行为,参保过程往往会涉及新旧法规交替,因此需要梳理新旧规定、整理司法判例中的讼争要点,剖析实现跨境养老保险权益的关键障碍,通过柔性衔接的方式实现粤港澳三地养老保险制度的协调,以“新法有利溯及”解决因新旧法规变化而导致的养老保险待遇兑付问题。

【关键词】粤港澳大湾区;养老保险;跨境就业;溯及力

【作者简介】覃曼卿(1982-),女,贵州遵义人,法学硕士,广东省科技干部学院文化与传媒学院副教授,研究方向为劳动与社会保险法(珠海 519090)。

【原文出处】《中国劳动关系学院学报》(京),2023.6.51~60

【基金项目】本文系广东省哲学社会科学“十三五”规划学科共建项目“粤港澳大湾区跨境就业养老保险可携性研究”(项目编号:GD20XFX02)的阶段性研究成果。

2019年《粤港澳大湾区发展规划纲要》颁布以来,国家部委及广东省出台了多项政策措施引导港澳劳动者到大湾区内地城市就业,促进港澳与内地不断融合。同时,随着“港车”“澳车”北上政策落地实施,跨境就业更加便利。然而粤港澳三地法律体系不同,跨境就业劳动者的权益保护存在制度障碍,其中涉及劳动者老年权益保障的养老保险^①问题尤为突出,“三地养老保险制度存在兼容性难题”^②。由于养老保险的兑付需要积累缴费年限^③,在不同区域跨境就业期间参保的年限是否可以累计,是跨境养老保险协调的核心问题。2020年,人社部、国家医保局实施了《香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法》(以下简称《参加社会保险暂行办法》),为港澳居民来内地就业并参加内地养老保险提供了便利,广东省也制定了相关政策措施。从中央到地方,涉及港澳居民跨境就业养老保险的法规

政策是否解决了实践中的问题?本研究将梳理国家部委及广东省涉港澳养老保险法规政策,从立法角度分析制度现状,并通过中国裁判文书网等检索工具查询具体判例讼争的焦点,从司法实践角度剖析制度障碍,以期探寻粤港澳大湾区跨境养老保险的协调路径。

一、国家部委及广东省涉港澳跨境就业养老保险法规政策

从2005年至今,国家部委及广东省颁布了一系列法规政策规范涉港澳跨境就业养老保险问题,具体文件详见表1。

2005年原劳动和社会保障部(现人力资源和社会保障部)颁布了《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》(以下简称《就业管理规定》),该规定第11条要求用人单位与受雇的港澳台人员签订劳动合同及缴纳社会保险费。2005-2006年,深圳、珠海开始探

表 1 国家部委及广东省涉港澳跨境就业养老保险的法规政策

年份	国家部委法规政策	广东省法规政策
2021	—	《关于印发港澳台居民在广东省参加养老、工伤和失业保险办事指南的通知》
2020	《香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法》	—
2019	—	《关于进一步完善我省港澳台居民养老保险措施的意见》
2014	—	《〈深圳经济特区社会养老保险条例〉实施细则》
2010	—	《关于台港澳人员在深就业参加社会保险有关问题的通知》
2009	《关于贯彻落实国务院办公厅转发城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法的通知》	—
2006	—	《关于在珠海市就业的台港澳人员参加社会保险有关问题的意见》
	《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》(已失效)	《关于贯彻执行〈台湾香港澳门居民在内地就业管理规定〉的通知》
2005	《关于贯彻实施〈台湾香港澳门居民在内地就业管理规定〉有关问题的通知》	《关于台港澳人员在深就业参加社会保险有关问题的通知》

注:国家部委及广东省密集出台了多项规定以促进大湾区建设和发展,其中不乏提及优化港澳人员来内地就业、社会保险衔接方面的内容,但均不涉及实际操作层面,仅具有宏观原则性意义,未回应跨境劳动者养老保险存在的现实问题。为了对跨境养老保险进行精准分析,列表排除仅原则性提及养老保险的法规政策。

索港澳居民来内地参保的具体操作方式。为便利港澳劳动者到内地城市就业,2018年《就业管理规定》被废止,港澳劳动者到内地就业不再需要办理就业许可。然而养老保险缴费时间长,缴费年限往往覆盖2005年到2018年这一阶段,只要涉及2018年之前的缴费年限,司法裁判仍然会援引《就业管理规定》。因此该规定虽已失效,仍为重要研究对象。2020年《参加社会保险暂行办法》,从法律渊源上属于部门规章,是目前关于港澳居民在内地参保所依据的位阶最高的规定。与此同时,广东省针对该规定出台了具体实施细则和指南,进一步规范参保行为和服务。本研究将按照入境就业—离境—再次入境就业的逻辑,分析港澳居民参加内地养老保险的新旧规定,以及离境后养老保险关系管理规范的问题。

(一)港澳劳动者入境内地就业参加养老保险与跨省份流转

1. 港澳劳动者在内地就业并参加养老保险

国家层面,港澳劳动者能够在内地参加养老保险始于2005年《就业管理规定》,同年还配套发布了《关于贯彻实施〈台湾香港澳门居民在内地就业管理规定〉有关问题的通知》,这两个文件规定了在内地参加社会保险的港澳人员范围,为参保人员建立基本养老个人账户。但该规定的目的主要是规范就业管理,实施就业许可制度,并没有明确参保操作层

面的规则。地方层面,北京、广东、上海、厦门、天津等地都出台了关于港澳劳动者跨境就业的规定,由于地缘关系,广东省出台的规定相对较多。早在2005年,深圳市就发布了《关于台港澳人员在深就业参加社会保险有关问题的通知》,明确港澳居民可以在深圳参保,甚至还超前规定了港澳居民在内地流动及离开内地如何处理社保的问题。

2. 港澳劳动者在内地不同省份流动,养老保险的转移接续

国家层面,由于在2009年之前内地未颁布实施统一的社会保险关系转移接续办法,相关规范完全空白^[2],因此2009年之前港澳劳动者在内地不同省份之间流动,养老保险的转移接续并没有明确规定,养老保险的衔接存在困难。深圳和珠海通过制定地方性规定来解决相关问题,比如2005年深圳市出台了《关于台港澳人员在深就业参加社会保险有关问题的通知》,2006年珠海市出台了《关于在珠海市就业的台港澳人员参加社会保险有关问题的意见》。这两个规定的做法基本一致,即:如果从两市流动到其他能够转移接收的地方,则办理转移;如果没有办理转移,重新返回两市就业,则之前的养老保险年资可累计;如果没有办理转移,又没有返回两市就业,就失去了之前积累的养老保险年资。2009年人社部、财政部制定《城镇企业职工养老保险关系转移接续暂行办法》,打通了养老保险在不同省份之间的流

动障碍,但在司法实践中存在此规定是否适用于港澳劳动者的争议。《参加社会保险暂行办法》第8条规定,参保的港澳劳动者如果跨省转移养老保险关系,将按照国家有关规定执行,对于流动的地域和年龄都没有限制。

3. 港澳劳动者养老保险待遇的兑付

2020年之前,港澳劳动者在内地参保的兑付,特别是跨省流动后的兑付缺少操作规范,这在客观上造成了港澳劳动者养老保险权益受损。《参加社会保险暂行办法》明确了港澳居民兑付养老保险的条件:在达到法定退休年龄时,累计缴费不满15年的,可以补缴至满15年^③,之后可在内地领取养老金。随后广东省人社厅等四部门联合发布《关于进一步完善我省港澳台居民养老保险措施的意见》(以下简称《广东意见》),进一步明确了港澳居民在内地参保后的待遇领取地问题,规定了将广东确定为待遇领取地的条件^④。为落实《广东意见》的相关规定,2021年广东省社会保险基金管理局、国家税务总局广东省税务局联合出台了《关于印度港澳台居民在广东省参加养老、工伤和失业保险办事指南的通知》(以下简称《广东指南》),明确了港澳劳动者在达到法定退休年龄要求兑付养老保险时,由于缴费年限不足15年而延缴和一次性趸缴养老保险的具体办事方法及流程。

(二)港澳居民或内地参保人获得港澳永久居民身份后离境的养老保险关系处理

1. 港澳居民离开内地

《参加社会保险暂行办法》规定,在内地参保的港澳居民离境,可以选择是否保留养老保险关系,如果选择保留,则再次来内地就业参保时,前后的缴费年限可累计,也可选择在离境时终止养老保险关系,一次性支取社会保险个人账户储蓄额^⑤。

2. 内地参保人获得港澳永久居民身份到港澳定居

关于内地参保人获得港澳永久居民身份后,是否具有养老保险关系保留的选择权,经历了多次反复。根据人力资源和社会保障部《关于贯彻落实国务院办公厅转发城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法的通知》附件一第5条的规定,参保人到港澳定居的,应按“国家有关规定办理终止基本

养老保险关系手续,并全额退还个人账户储蓄额”。按照这一规定,内地参保人获得港澳永久居民身份后离境的,没有选择权,养老保险关系只能终止且退还个人账户储蓄额。然而2011年《社会保险法》生效后,《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》(以下简称《若干规定》)却有完全不同的规定。根据该规定,“离境定居”时尚未达到领取养老金条件的,不能终止养老保险关系,其个人账户予以保留。只有离境前丧失了中国国籍,才能终止职工基本养老保险关系,并支取个人账户储蓄额^⑥。这两个规定都由人力资源和社会保障部制定,对于是否能够保留养老保险关系,两者的规定完全相反,引发理论界和实务界的争议。直到2020年《参加社会保险暂行办法》出台,才得以盖棺定论。该办法第7条规定,赋予获得港澳永久居民身份的内地参保人自主选择权,其可以终止养老保险关系并支取个人账户储蓄额,也可以保留养老保险关系,未来再次返回内地就业时,累计计算缴费年限。

(三)离境后又返回内地就业的养老保险缴费年限问题

无论是港澳居民,还是内地参保人获得了港澳永久居民资格离境后又返回内地就业的,离境前及返回内地就业后的养老保险能否累计年限,取决于离境之时有没有终止养老保险关系。正如前文所述,2020年之前,劳动者并无选择权。按照《参加社会保险暂行办法》,如果劳动者离境时未终止养老保险关系,重返内地就业的,之前的缴费年限可以累计。如果离境时已经终止养老保险关系,重返内地就业只能重新建立社保关系,虽然个人账户的权益不受影响,但其丧失了离境前缴费所积累的年资以及单位缴存部分的对应权益。

“政策文件以及与政策相关的文本是政府政策行为的反映,是解读政策意图尤为有效的客观凭证。”^[3]为了落实粤港澳大湾区建设战略,当前内地出台的政策文件已解决港澳劳动者到内地就业并参加养老保险的基本面问题,但个别关键环节尚未完全打通。同时由于养老保险待遇的兑付需要达到一定的缴费年限,这一漫长的持续性过程必然会涉及相关法规政策的修改,而制度的变化对劳动者的权益

将产生巨大影响,直接关系到他们的养老保险权益能否兑付,特别是新的规定颁布后对之前参保行为的影响,新旧规定对同一个连续性的参保行为规定不同时,究竟该如何选择适用?这些有争议的问题必然由劳动者传导到司法实践当中。

二、跨境就业养老保险案件讼争焦点:以司法判例为中心

(一)判例基本情况

本研究通过中国裁判文书网和“威科先行”等工具检索发现,涉港澳居民劳动争议案件基本发生在2005年《就业管理规定》颁布之后。基于相关政策梳理,笔者以国家层面颁布适用于全国范围的《就业管理规定》和《参加社会保险暂行办法》为研究对象,分析两个规定实施以来的司法判例。分别以上述两个规定的名称和“养老保险”为检索条件,一共检索到41份裁判文书,每一份文书均有数项诉讼请求,而涉及养老保险权益兑付以及赔偿养老保险待遇损失的请求,获得法院裁判支持的只有一份。

(二)判例主要争议类别

首先,以2005年《就业管理规定》和“养老保险”为条件,检索到21份裁判文书,除有3宗案例关联性不强外,其余均为要求兑付、补缴养老保险待遇或者赔偿养老保险待遇损失的案例。涉及的争议主要有3类。

一是未办理就业许可的参保行为是否有效。原为内地参保人,取得港澳永久居民身份后仍然在内地就业并缴纳养老保险,但在身份转换后未办理就业许可,法院认定未形成劳动关系,继而认定其缴纳养老保险为无效参保行为,不予兑付养老保险待遇^⑦。

二是在参保地缴费未满10年能否确定为养老保险待遇领取地。对于取得港澳永久居民身份赴港澳地区定居后返回内地就业的人员,达到法定退休年龄时在参保地的养老保险累计缴费达不到规定年限,则不能将最后参保地确定为待遇领取地,也不能继续参保或者一次性缴满15年。比如2014年胡雯祺与深圳市社会保险基金管理局养老保险待遇争议二审行政案件中,深圳市中级人民法院根据《城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办

法》的相关规定^⑧,认为胡雯祺在深圳缴费未满10年,因此并未支持其继续缴费并将深圳确定为待遇领取地的请求。

三是能否要求用人单位补缴养老保险。由于养老保险追缴属于行政权范畴,应由行政机关履行职责,因此根据我国劳动争议解决的相关司法解释^⑨,司法机关不受理劳动者补缴养老保险的请求,除非劳动者达到法定退休年龄并且取得社保经办机构不能补缴的证明。在检索到的案例中,由于劳动者并未举证证明社会保险经办机构不能进行补办,也没有证据证明不能补办导致无法享受养老保险具体损失的事实,因此案例中劳动者要求用人单位补缴养老保险的请求均未能得到法院支持^⑩。

其次,以2020年《参加社会保险暂行办法》和“养老保险”为搜索条件,检索到20份裁判文书,相关争议主要有3类。

一是用人单位是否必须为港澳劳动者缴纳养老保险。这涉及2020年《参加社会保险暂行办法》第11条^⑪的司法适用。在此之前,对于来内地就业的港澳居民,无论其是否在港澳参加了社保,在内地都被要求参加社会保险。而根据该规定第7条,劳动者如果在港澳已经参保并保留养老保险关系的,提供参保证明后,在内地可以不参保^⑫。

二是单位未缴纳养老保险,劳动者能否要求赔偿养老保险待遇损失。有17份判决书显示,劳动者要求赔偿养老保险损失的请求并未得到法院支持^⑬,主要原因是劳动者没有提交社会保险经办机构出具的不能补缴社会保险费的证据,亦未提供证据证实由于不能兑付养老保险待遇导致的实际损失的准确数额。通过比对发现,获得支持的案件并不多见,其中,张国全与湖北三环海通汽车有限公司等劳动合同纠纷案较有代表性,劳动者要求赔偿养老保险待遇损失的请求获得了支持,主要原因是其出具了社保经办机构不予受理补缴社保的证明,以及当地在计算不能补缴养老保险的待遇损失方面,具有明确且操作性较强的地方规定^⑭。

三是劳动者离境前后的社保账户能否合并。2020年《参加社会保险暂行办法》生效后,赋予了在内地参保的港澳居民离境时是否终止养老保险关

系的选择权,内地参保人取得港澳台永久居民身份后,于2009年离境又返回内地就业的,提起诉讼要求合并离境之前的账户,法院以当时相关规定并未赋予其保留社会保险关系的选择权,认定其业已办理退保手续,不能合并计算年限,驳回了劳动者的诉讼请求^⑤。

三、粤港澳大湾区劳动者实现跨境就业养老保险权益的关键障碍

(一)不认可跨境劳动者在港澳缴纳养老保险的年限

现行规定要求劳动者在离境时作出是否保留内地养老保险关系的选择,如果选择保留,将来返回内地就业可以累计缴费年限,如果选择不保留,则缴费年限清零,将来返回内地参保要重新计算缴费年限。但无论是否保留,其在港澳就业期间缴纳养老保险的年限都无法在内地计算,在内地的缴费年限也无法在港澳计算。根据现有规定,对于达到法定退休年龄但尚未缴足15年养老保险的,可以延长缴费至达到15年,继而领取内地养老金^⑥。而“可以延长缴费”即意味着在港澳积累的养老保险年限不被认可。对于曾经在港澳参加养老保险的跨境就业劳动者来说,损失了其在港澳积累的养老保险缴费年限。由于粤港澳三地养老保险制度存在差异,加之欠缺养老保险衔接的顶层设计和协调机制,2020年《参加社会保险暂行办法》、2019年《广东意见》和2021年《广东指南》都回避了认可港澳养老保险缴费年限问题,在港澳曾经参保的跨境劳动者到内地就业后,仍然要在内地缴费满15年才能享受养老保险待遇,否则将丧失养老保险权益。除此之外,现有规定均为针对内地的制度安排,缺乏与港澳养老保险政策衔接和转换的制度设计。

(二)法规政策变迁,有利于跨境劳动者的新法并未追溯适用

由于养老保险参保是一个持续性行为,养老保险待遇的获得需要积累至少15年缴费年限,往往会涉及新旧法规交替问题,也即参保过程持续进行,养老保险权益尚未兑付时新法颁布,能否适用新法的问题。笔者梳理了上文提及的41份裁判文书,在《参加社会保险暂行办法》颁布之后,跨境劳动者请求法

院按照新规支持其诉求,但法院无一例外均坚持“法不溯及既往”原则,依据旧法进行了判决,未适用新法。这些判例中,讼争焦点涉及的新法对旧法的修正共有三类。

一是离境是否能保留养老保险关系,从不能选择的“一刀切”到赋予劳动者选择权。这一问题存在3个节点的不同规定,2009年规定必须办理养老保险终止手续^⑦,2011年规定要保留养老保险关系,除非在离境时已达到领取养老金领取条件^⑧。这两个节点的规定,对于是否保留养老保险,劳动者都没有选择权。而2020年的规定^⑨则赋予了劳动者自主选择权,离境时可以终止养老保险关系并支取个人账户余额,也可以保留养老保险关系,未来再次返回就业时可合并计算缴费年限。对于2020年之后首次到内地就业的港澳劳动者来说是有利的规定,劳动者可以根据自己的未来规划自由选择是否保留养老保险关系。但对于2009年之前即在内地就业,2009年至2011年之间离境时又不得不被迫按照当时的规定终止养老保险关系,后又返回内地就业的港澳劳动者来说,2009年之前积累的养老保险年限不能合并计算,损失了之前缴纳养老保险的累计年资。

二是港澳居民在内地跨省份流动,待遇领取地的确定从刚性要求到人性化处理。2020年之前,对于港澳居民在内地跨省份流动就业的养老保险如何处理问题,并无专门规定,正如前文判例分析所述,实践中法院根据人社部、财政部《城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法》第6条的规定来处理^⑩。根据该规定,要确定某地为待遇领取地,需要满足在当地缴费满10年的刚性条件,如果在每个参保地缴费都不到10年,要“将其基本养老保险关系及相应资金归集到户籍所在地”,而港澳居民在内地并无“户籍所在地”,由于制度相异也不可能转回港澳,这种做法严重损害了港澳劳动者的权益。《参加社会保险暂行办法》并未对缴费年限进行限制。根据该办法第8条的规定,港澳居民在流动就业的各参保地缴费均不满10年的,缴费年限最长的参保地为待遇领取地,如果缴费年限均不到10年且缴费年限相同,则最后参保地为待遇领取地。

三是港澳劳动者参保是否需要有效的就业许可证,从强制要求到不设此限。2018年废除港澳劳动者就业许可制度之前,一些港澳劳动者入境就业后一直未办理就业许可证,亦有获得港澳永久居民身份后的大陆居民返回大陆就业后未办理就业许可,但用人单位及劳动者本人在内地工作期间缴纳了养老保险。由于没有就业许可不具有内地劳动者的资格,这些参保行为被法院认定为无效行为。即便是在2018年取消就业许可制度之后,法院仍然认定之前的缴纳行为无效,劳动者不能获得缴入基金池的养老保险权益,损失了积累的缴费年资。养老金是被保险人履行缴费义务的对价所得,养老金权益属于公法上请求权^[4]。劳动者与用人单位均已履行缴费义务,由于社会保险经办机构未依据当时的法律规定进行核查,“未在当事人参保缴费伊始告知其不具备参保资格,致使当事人未能及时补正参保资格瑕疵”^[5],最后让劳动者承担不利后果不符合权利义务相对等的基本法理。

(三)内地与港澳之间养老保险制度开放程度不对等

粤港澳大湾区建设的重要战略考量即吸引更多港澳劳动者到内地就业,这有助于促进港澳与内地融合,提升港澳居民的归属感。一方面,中央和广东省促进港澳居民跨境就业的立法动力更强,其出台的法规政策与港澳相比,开放度和包容度都更大。2020年实施的《参加社会保险暂行办法》明确了参保主体的权利义务问题,《广东意见》《广东指南》不断简化办理流程,为港澳劳动者提供参保便利。然而另一方面,内地劳动者并未在港澳获得同等待遇,在澳门工作的内地劳动者甚至没有资格参加当地的社会保险,不仅如此,雇用外地雇员的雇主,还需要根据外地雇员人数按照每人每月200澳门元的标准向政府缴纳外地雇员聘用费^②,澳门政府将此费用纳入澳门的社保基金,用于发放本地居民的社保金。从这一制度设计来看,澳门目前并没有与内地打通养老保险障碍的动力。参加养老保险能极大提高居民的幸福感和社会公平感^[6]。近年来,澳门政府也逐渐意识到人才与劳动力的流动是促进经济发展的重要因素,有学者呼吁扩大社会保障覆盖面,建立针对外

地雇员养老需求的特殊保障制度^[7]。

四、粤港澳大湾区跨境养老保险协调路径

(一)成立养老保险粤港澳跨境协调常设机构

平等对待和互惠互利是跨境养老保险合作得以深入推进的前提,短期的单向施惠只能实现部分政策目的。长远来看,不对等会损害合作积极性。由于“港澳合作领域的事权大多在中央”^[8],为了粤港澳大湾区三地养老保险制度的区域合作能够有序进行,保障跨境劳动者的养老保险权益,应在尊重三地制度差异的前提下建立共商协调常设机构,打造共通、共治的粤港澳大湾区养老保险协调合作机制,由全国人大及其常委会在《立法法》和港澳基本法的框架下,构建促进大湾区法治协调的综合授权机制^[9]。养老保险跨境协调常设机构在互惠互利、双向平等基础上明确合作目标和方式,着力处理3方面的问题:一是制度建设问题,“由于地理位置与港澳接壤,频繁的跨境经贸往来倒逼深圳与珠海的法律制度改革”^[10],可选择深圳或者珠海作为试点,通过协调立法的方式逐步打通制度衔接关键障碍,实现养老保险可携,时机成熟再逐步推广。二是及时处理法律法规政策适用过程中的难题,推动三地养老保险问题处理常态化。三是与各方保持沟通联络,及时向社会公布工作情况和效果,确保粤港澳三地在跨境养老保险问题上能够相向而行。

(二)粤港澳三地养老保险制度“柔性”衔接

所谓“柔性”衔接,即在不改变三地养老保险制度基本运行规则的前提下,以协商与合作的方式促进相关制度衔接。粤港澳大湾区社会保障制度在不同的政治制度下衍生发展^[11],养老保险分别为城镇职工养老保险、香港强制性公积金^③、澳门双层社会保障制度^④,三地养老保险制度在资金筹措方式、养老金申领条件、基金管理方式、社会功能等方面均存在巨大差异^[12]。制度的颁布和实施都有着深刻的社会历史文化背景,这种差异难以通过变更某地的制度来消融,但可以通过柔性处理方式,实现规则和制度的衔接。具体来说,在粤港澳跨境协调常设机构的组织协调下,由粤港澳三地进行协商,按照国际社会保障跨境合作经验,最大限度地保障跨境就业劳动者养老保险权益。

从社会保障国际合作的实践来看,“国家或地区间社会保障合作的方式主要有社会保险费用互免、福利可输出、参保时间累计计算、按比例支付等”^[13]。在社会保险费用互免方面,目前内地已引入养老保险费用免除制度,对于已在港澳参保人士,只要开具已参保证明,即可免于在内地重复参保^⑧。香港强积金制度也向内地赴港工作人员豁免特定人员的参保要求^[14]。而“福利可输出、参保时间累计计算、按比例支付”这3种方式事实上是相互关联的。当跨境就业劳动者达到了法定的领取养老金年龄,在跨境就业各地的参保时间可以累计,如果积累年限达到了法定时长,可以在曾经就业的跨境各地申请领取,获得的待遇根据跨境就业劳动者在各地参加社会保险的时间,由各地按对应比例分段计算,各自支付相应的社会保险金^[15]。为解决粤港澳养老保险跨境可携问题,当前亟须协调两方面问题:第一,三地互认缴费年限,确保跨境就业人员在各地的缴费年限可以随着他们的流动而有效携带,尊重养老保险缴费连续性特征;第二,在不同区域积累的年限达到领取条件后,三地分段按比例支付,最终目的是达到待遇衔接,“确保跨境劳动者在流动过程中的养老金待遇不丧失、不受损”^[16]。

粤港澳大湾区成为国家战略后,中央及广东省积极引导港澳居民来内地就业,以丰富内地人才资源,同时不断增进港澳居民的国家认同感,因此社会保险福利开放单向化明显。虽然港澳吸引内地人才的“优才计划”亦存在多年,但其主要功能并非促进人员跨境流动,同时由于政治、社会、法律制度的差异,港澳在养老保险方面与内地合作的动力不足。为促进粤港澳三地融合,内地固然能够继续以单边出台法规政策的方式做出更大开放和让步,但这种单向施惠行为势必危及内地养老保险基金安全,双向不对等也不利于制度的持续发展。因此,跨境劳动者养老保险问题的解决,需要港澳方面的积极参与,内地单方施惠行为并不能从实质上激发港澳参与的动力。简而言之,粤港澳三地养老保险制度柔性衔接的方向和方案有国际社会的先例可循,从操作层面看也并不存在不可逾越的鸿沟,但事实上养老保险制度的衔接已经超越了社会保险问题本身,

需要经济和社会的不断发展与融合倒逼港澳参与联动与协作,粤港澳三地养老保险制度的衔接仍道阻且长。

(三)探索以“新法有利溯及”解决养老保险待遇兑付问题

法不溯及既往是一项基本法治原则,意即新法对其颁布之前的行为没有约束力,但这一原则也有例外,即有利溯及。我国《立法法》也确认了这一例外^⑨。养老保险从参保到兑付,是一个长期的持续性行为,当参保过程持续进行,养老保险权益尚未兑付时,“新法出现在持续性法律事实的持续期间——已经开始、尚未结束,在此期间如何适用法律,成为法律适用的关键问题”^[17]。关于法的溯及力问题,19世纪初萨维尼从既得权的角度出发,认为当事人尚未获得权利,只是为获得权利而做准备,因此新法可对事实的这种未竟状态起作用^[18]。

正如前文所述,当前港澳人员养老保险争议中有3个方面涉及新法适用问题。在已经审判过的案件中,法院均严格遵循“法不溯及既往”原则而未按照有利溯及适用新法,这虽然有利于保持法的安定性,但损害了劳动者的养老权益。在港澳劳动者来大陆就业政策发生改变之后,也有学者关注到前后规定差异给劳动者带来的劳动权益损害问题,提出以“有利溯及”方式解决现有劳动权益争议,切实保护港澳同胞的合法权益^⑩。劳动者并无任何过错,不应让其承担当时政策一刀切的不利后果^[19]。虽然在社会保险领域并无“有利溯及”先例可循,但民法领域类似的规定可供借鉴。2021年最高人民法院针对《民法典》的适用出台了相关司法解释——《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》,对《民法典》施行前的法律事实持续至其施行后,处于“正在进行时”状态的民事纠纷直接适用新法^⑪。值得一提的是,对于已经终审的案件,为了保持司法权威和司法秩序,既判力优先于溯及力。回归本研究论题,在2020年《参加社会保险暂行办法》实施后才开始在内地就业的跨境劳动者,能够享受到新法赋予的便利,但对新法实施前已在内地就业的跨境劳动者而言,其享受养老保险待遇面临着诸多制度障碍,这种代际间的纵向不公平不符合基本养老保

险制度的公平价值^[20]。因此,在跨境劳动者的养老保险参保行为持续到2020年《参加社会保险暂行办法》颁布之后,当讼争事项适用新法对其更有利时,法律适用部门应借鉴民法领域的做法,将新法有利溯及,保障跨境就业劳动者的合法权益。

注释:

①内地养老保险分为城乡居民养老保险和城镇职工基本养老保险。本文探讨的是跨境劳动者就业领域的养老保险问题,因此文中的内地养老保险均特指“城镇职工基本养老保险”。

②内地缴纳养老保险累计满15年;澳门规定2011年1月1日后首次登记的,供款满360个月;香港的强积金并未设置供款年限限制,但供款时间会影响养老金收益。

③《参加社会保险暂行办法》第6条规定:“参加职工基本养老保险的港澳台居民达到法定退休年龄时,累计缴费不足15年的,可以延长缴费至满15年。《社会保险法》实施前参保、延长缴费5年后仍不足15年的,可以一次性缴费至满15年。”

④《广东意见》第2条规定:在广东省累计缴费满10年,或者在各省缴费都不足10年,但缴费年限最长参保地在广东省,即可将广东省确定为待遇领取地,在广东省累计缴费年限不是最长,但最后参保地在广东的,可自愿在广东继续缴费,缴费满15年即可在广东领取养老保险待遇。

⑤参见:《参加社会保险暂行办法》第7条。

⑥参见:《若干规定》第6条。

⑦参见:顾广鸣与深圳市社会保险基金管理局养老保险待遇争议案,广东省高级人民法院行政裁定书(2019)粤行申2638号;周荣娇与深圳市社会保险基金管理局、深圳市人力资源和社会保障局养老保险待遇争议上诉案,深圳市中级人民法院行政判决书(2016)粤03行终437号;顾建敏与深圳市人力资源和社会保障局、深圳市社会保险基金管理局养老保险待遇争议案,深圳市盐田区人民法院行政判决书(2016)粤0308行初696号。

⑧《城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法》第6条规定:“(二)基本养老保险关系不在户籍所在地,而在其基本养老保险关系所在地累计缴费年限满10年的,在该地办理待遇领取手续,享受当地基本养老保险待遇;”“(四)基本养老保险关系不在户籍所在地,且在每个参保地的累计缴费年限均不满10年的,将其基本养老保险关系及相应资金归集到户籍所在地,由户籍所在地按规定办理待遇领取手续,享受基本养老保险待遇。”

⑨参见:《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第1条。

⑩参见:林子梅、东莞黄江裕元精成门诊部劳动合同纠纷案,广东省东莞市中级人民法院民事裁判文书(2019)粤19民终4087号;林鸿荣、新协中建筑有限公司宁波分公司劳动合同纠纷案,浙江省宁波市中级人民法院民事判决书(2017)浙02民终3027号。

⑪《参加社会保险暂行办法》第1条规定:“已在香港、澳门、台湾参加当地社会保险,并继续保留社会保险关系的港澳台居民,可以持相关授权机构出具的证明,不在内地(大陆)参加基本养老保险和失业保险。”

⑫参见:余恒知与北京火力文化传播有限公司劳动合同纠纷案,北京市顺义区人民法院一审民事判决书(2021)京0113民初7558号,由于劳动者已在香港参保,因此法院并未支持劳动者请求。而在刘桂瑶与华通凯度洞察(北京)信息咨询有限公司上海浦东分公司劳动合同纠纷案,上海市静安区人民法院一审民事判决书(2021)沪0106民初33129号,由于劳动者未提供在港澳参保的证明,并不能排除用人单位缴纳社保的义务,因此支持了劳动者恢复劳动关系的请求。

⑬这17个判决为集体诉讼。参见曾百锋等17人与福建汉晶光电科技有限公司劳动争议案,福建省云霄县人民法院民事判决书(2019)闽0622民初2909号等17份裁判文书。

⑭湖北省人力资源和社会保障厅《关于审理劳动争议案件若干问题处理意见》第9条规定,对因政策性原因无法补办、补缴的,应裁定用人单位分别不同社会保险险种,补偿劳动者相应损失:养老保险,可裁决用人单位按劳动者在单位工作年限,工作每满一年计发2个月本人申请仲裁前12个月平均工资的补偿费。本人申请仲裁前12个月平均工资高于当地上年度职工平均工资的,以当地上年度职工平均工资为计发基数。

⑮参见:李梦舟与上海市社会保险事业管理中心劳动和社会保障争议上诉案,上海高级人民法院行政判决书(2021)沪行终8号。

⑯参见:《参加社会保险暂行办法》第6条。

⑰《关于贯彻落实国务院办公厅转发城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法的通知》附件一第5条规定:“对于参保人员出国定居或到香港、澳门、台湾地区定居的,应按国家有关规定办理终止基本养老保险关系手续,并全额退还个人账户储存额。”

⑱参见:《若干规定》第6条和第30条。

⑲参见:《参加社会保险暂行办法》第7条。

⑳跨省流动就业的参保人员达到待遇领取条件时,按下列规定确定其待遇领取地:(一)基本养老保险关系在户籍所在地的,由户籍所在地负责办理待遇领取手续,享受基本养老保险待遇。(二)基本养老保险关系不在户籍所在地,而在其基本

养老保险关系所在地累计缴费年限满10年的,在该地办理待遇领取手续,享受当地基本养老保险待遇。(三)基本养老保险关系不在户籍所在地,且在其基本养老保险关系所在地累计缴费年限不满10年的,将其基本养老保险关系转回上一个缴费年限满10年的原参保地办理待遇领取手续,享受基本养老保险待遇。(四)基本养老保险关系不在户籍所在地,且在每个参保地的累计缴费年限均不满10年的,将其基本养老保险关系及相应资金归集到户籍所在地,由户籍所在地按规定办理待遇领取手续,享受基本养老保险待遇。

②①参见:澳门《社会保障制度》(第4/2010号法律)和《聘用外地雇员法》(第21/2009号法律)。

②②香港强制性公积金简称“强积金”,由政府强制推行,于2000年12月正式实施。根据《强制性公积金计划条例》,18-65岁的一般雇员、临时性雇员以及自雇人士,都要参加强积金计划。

②③双层社会保障制度中的第一层以强制性制度为主,任意性制度为补充,第二层为非强制中央公积金制度。第一层的强制制度适用于与雇主建立劳动关系的澳门居民,以及受聘为在澳门特别行政区登记的企业于外地分支或代理机构工作的澳门特别行政区居民,任意性制度适用于在职公共行政工作人员等。

②④参见:2020年《香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法》第11条。

②⑤《立法法》第104条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”

②⑥在港澳居民就业许可制度被废除后,存在劳动关系是否成立、成立的时间点、能否优先适用劳动仲裁程序等问题,引发新旧规则适用的争议。

②⑦参见:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》第1条第3款。

参考文献:

- [1]李建国.构建粤港澳大湾区养老保险合作柔性机制——基于欧盟养老保险可携带性经验借鉴[J].开放导报,2023(1):86.
- [2]岳宗福.我国内地涉及台港澳地区的社会保险法规政策研究[J].社会保障研究,2016(4):67.

[3]陈铀,吴伟东.港澳青年跨境就业创业政策研究——基于广州、深圳、珠海的政策对比分析[J].青年探索,2021(2):92.

[4]张荣芳.老龄化背景下基本养老保险待遇调整法律问题研究[M].北京:法律出版社,2022:168.

[5]李梦云.内地就业香港特别行政区居民享受基本养老保险待遇的裁判分析与规则调适——以广东省的裁判实例为分析样本[J].公共治理研究,2023(3):5.

[6]王萍,陈捷.社会保障参与、社会公平感对主观幸福感的影响:基于CGSS2017的实证研究[J].中国劳动,2022(6):56-66.

[7]潘涵沛.澳门养老制度研究[D].澳门:澳门科技大学,2016:24-28.

[8]文雅靖,王万里.论粤港澳大湾区的规则衔接[J].开放导报,2021(2):75.

[9]石佑启,陈可翔.粤港澳大湾区治理创新的法治进路[J].中国社会科学,2019(11):82-83.

[10]李可,唐晓晴.横琴粤澳深度合作区:理念创新与制度构建[J].港澳研究,2022(1):20.

[11]谢华清.粤港澳大湾区社会保障衔接探究[J].中国社会保障,2020(8):55.

[12]覃曼卿.粤港澳大湾区养老保险跨境可携性问题探究[J].特区经济,2021(9):54-55.

[13]谢勇才.中国社会保障国际合作研究[M].北京:社会科学文献出版社,2018:140.

[14]陈天红.粤港澳大湾区社会保障合作治理困境及对策研究[J].岭南学刊,2022(3):44.

[15]郭佑胤.欧盟流动劳动者社保权益协调机制研究及其经验借鉴[D].上海:华东理工大学,2016:25-27.

[16]阳义南.促进粤港澳三地养老保险关系衔接的初步设想[J].中国人力资源社会保障,2022(5):33.

[17]杨立新,李怡雯.从原则到例外:《民法典》时间效力规则的体系化展开[J].法学杂志,2022(1):25.

[18]萨维尼.法律冲突与法律规则的地域和实践范围[M].李双元,译.北京:法律出版社,2016:168.

[19]王倩.取消就业许可制度后涉港澳台居民劳动争议案件裁判规则统一问题探析[J].法律适用,2021(2):128-129.

[20]凌文豪,王晗.公平与效率:基本养老保险制度的价值取向[J].华北理工大学学报(社会科学版),2019(1):22.