

我国退休法律制度的预设前提及其反思

范 围

〔摘要〕 养老与就业相互排斥、就业的代际冲突以及养老金和劳动报酬兼得有违公平乃我国现行退休法律制度的三个预设前提，其合理性值得反思。社会经济的发展、人口结构的改变以及积极老龄化理念的确立，使得我国退休法律制度面临变革压力，因此，重构退休法律制度，使其适应社会发展的需要，乃是我国社会法所面临的重要课题之一。

〔关键词〕 退休法律制度；预设前提；劳动权和退休权；代际冲突；所得替代

〔作者简介〕 范围：法学博士，首都经济贸易大学劳动经济学院副教授，中国政法大学博士后研究人员（北京 100070）

退休法律制度受到经济发展水平、劳动力市场、人口结构、人均寿命、社会保障等多重因素的影响，随着上述因素的改变，退休法律制度亦应随之调整。我国退休法律制度的基本架构最早由1951年政务院颁布的《中华人民共和国劳动保险条例》（以下简称《劳动保险条例》）所确立，至今已有60多年的历史。期间虽先后颁布多个相关的法律、法规对其进行了修改，但整体上仍未脱离《劳动保险条例》所确立的制度框架。我国经济社会如今已发生了翻天覆地的变化，延续60多年的退休制度已难以适应社会发展之需要。然而，退休法律制度改革影响深远，相关议题在我国争议颇多。尽管中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出了“研究制定渐进式延迟退休年龄政策”的改革要求，但主管机关仍顾虑重重，踌躇不前。

本文将基于对立法演变的梳理，概括、分析

我国退休法律制度构建所预设的三个前提，并从理论和社会变迁的视角对它们予以反思，从而论证我国退休法律制度改革的必要性和紧迫性。

一、我国退休法律制度的三个预设前提

法律规范的制定是立法者有意识、有目的的活动。立法活动展开之前，立法者往往会根据社会发展的需要，预先确立立法目标、原则、前提，用来指导制度构建过程中的权利义务分配、模式选择、责任配置。因此，从我国退休法律制度的立法演变可推导出立法者最初所预设的以下三个制度前提：

（一）养老保障与劳动就业相冲突：退休者丧失劳动者资格

劳动用工理念及制度的形成与我国经济体制、所有制结构等密切相关。新中国成立之初，政府采取了劳动力统一介绍和统一招收制度——

“包下来”政策，以解决大量工人失业的问题。1950年3月，第一次全国劳动局长会议明确提出，各地劳动局要设立劳动介绍所，负责失业工人的登记和介绍就业工作。同年6月，政务院在《关于救济失业工人的指示》中规定：“在招雇新工人和职员时，由当地劳动部门设立劳动介绍所统一介绍。”1952年8月，政务院批准的《关于处理失业工人办法》规定：“所有公私企业，因采用先进生产方法，提高了劳动生产率，因而多余出来的劳动力，应采取包下来的政策，实行轮流调训，发给原工资。”“包下来”政策的覆盖范围不断拓宽，最初仅适用于原国民党政府遗留下来的公教人员和官僚资本主义企业的职工，有重大政治历史问题的人除外。从1951年11月开始，逐步将城镇复员转业军人、中专毕业生、技工学校毕业生、城镇未升学的中学毕业生和高小毕业生都纳入其中。到1954年，除少数集体和个体劳动者外，其他全都由国家包下来，甚至刑满释放人员也由国家安置。^{[1](P19)}1955年，“包下来”政策逐渐演变为全国统一的劳动力招收和调配制度，即统包统配、只进不出的用工制度。

该制度有以下几个特点：（1）劳动力市场进入（就业）的国家化。国家充当了用工主体和分配主体，用人单位和职工丧失了就业抉择的自由。任何企业从社会上招收新职工，一律要由劳动部门介绍，而职工的调动，允许各主管部门在本系统内调整，但在地区之间的成批调动，必须征得调出、调入地区劳动部门的同意。“在统包统配的计划经济体制下，我国劳动权的性质属于纯粹的社会权，即国家直接提供工作岗位以达到适才适用的完全就业。但这一点也往往成为国家借以否定公民消极的劳动自由的依据。由此，劳动不但是公民的权利，同时也是公民的义务，公民没有不就业的自由。”^[2]（2）养老保障的企业化。（国有）企业或单位承担社会职责，为职工提供从摇篮到坟墓的全面保障，包括子女教育、医院和退休福利等。“在我国计划经济体制下，企业并不是经济组织，而是安置单位，是国家整合与控制的中介。企业办社会成为普遍现象。”^[3]（3）劳动力市场退出的国家化（国家强制退休）。劳动力市场进入的国家化使得劳动力市场的自我更新机制丧失，因此，国家通过立法剥夺达到法

定退休年龄者的劳动者资格，强制他们退出工作岗位（劳动力市场），劳动者与企业的自主意志完全被忽略，以国家强制替代市场机制，维持劳动力队伍的更新。

然而，由于此种用工制度存在生产效率低、劳动用工僵化、企业负担重等诸多弊端，因此，随着改革开放的深入和社会主义市场经济体制的逐步确立，劳动用工的国家干预逐渐减弱，市场化的用工机制逐步确立，其主要体现在以下两个方面：

（1）劳动力市场进入（就业）的市场化。1980年，全国劳动工作会议确定了新的劳动就业方针：“在国家统筹规划和指导下，实行劳动部门介绍就业、自愿组织起来就业和自谋职业相结合”的方针。^{[4](P29)}1993年，国务院批转的《国家教委关于加快改革和积极发展普通高等教育意见的通知》指出：“改革高等学校毕业生‘包当干部’和由国家‘统包统配’的就业制度。随着社会主义市场经济体制的建立和劳动人事制度的改革，在国家政策指导下，实行高等学校大多数毕业生自主择业的就业制度。”

（2）养老保障的社会化。为减轻企业负担，增强企业竞争力，企业过度负担的社会职能逐渐被剥离。1991年，国务院颁布了《关于企业职工养老保险制度改革的决定》，提出建立基本养老保险、企业补充养老保险和个人储蓄性养老保险相结合的养老保险体系，实行国家、企业和个人三方共同负担。

但是，劳动力市场退出的国家化（国家强制退休）却依然延续至今。在计划经济体制下，劳动力市场退出的国家化与劳动者、用人单位个体自主择业之间的冲突较小，其原因在于：一方面，企业缺乏独立性。“单位只是当时社会大工厂的一个车间，是作为国家控制个人、强化国家管制的一个环节，财产均归国有，生产意志全部由行政机关制定。”^[5]另一方面，劳动者对单位具有较强的依附性，达到退休年龄后，多遵循单位安排退出工作岗位，继续就业的情形较少。然而，在市场经济时代，企业与公民均为独立个体，个体自治和市场意识增强，且养老保障不完善（没有养老保险待遇或者待遇过低），使得大量劳动者达到退休年龄但不退出就业，从而造成

劳动就业与养老保障不协调的困境。

从上述我国退休与劳动用工制度的历史演变,可清晰地看出我国退休法律制度的一个基本的制度预设——养老保障与劳动就业相冲突,即达到法定退休年龄或者享受养老保险待遇的劳动者不能再享有劳动者资格。有学者根据《劳动法》第十五条关于最低就业年龄的规定,认为退休年龄为“最高就业年龄”:“作为劳动者的法定条件首先是他的劳动年龄,并且,既要符合劳动年龄的下限,也要符合劳动年龄的上限。一个超过法定劳动年龄的人如同一个未到法定年龄的人一样,不应当再从事劳动法意义上的劳动,更不能如同一个正常的劳动者那样享受全部的劳动权利。”^{[6](P65)}因此,退休人员“失去了作为劳动法意义上的劳动就业的劳动能力……被雇用的劳动,只能是建立劳务关系的劳动,因为其已经不具有订立劳动合同的主体资格,这种劳务关系受民法法律的调整和保护”。^[7]此种观点亦体现在部分法院的司法裁判中,如2009年《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》第3条规定:“达到法定退休年龄的劳动者与用人单位形成的用工关系,按雇佣关系处理。”

(二)代际冲突:超龄就业挤占年轻人就业岗位

促进就业被我国政府视为安国之策。^[8]我国政府将增加老年人退休作为促进年轻人就业的重要措施,具体包括:

一是放松退休条件。1951年《劳动保险条例》关于职工退休的最低工作年限规定为:男工人与男职员年满60岁,一般工龄满25年;女工人与女职员年满50岁,一般工龄满20年,且本企业工龄满5年。然而,有关机关先后于1958年和1978年两次放松了上述关于最低工作年限的要求,以求缓解就业压力。1958年,受“大跃进”运动的影响,大量农村劳动力进城,1958年末到1959年初,在两三个月的时间里,仅河南、吉林、山东等10个省就外流农民约300万人。国家职工在1958年一年就增加了2000万人,相当于前8年增加职工人数总和的1.2倍。1959年5月,中央采取紧急措施,提出1959年全国县以上企业职工人数要在1958年职工人数

4532万人的基础上,减少800万人~1000万人。^{[9](P133)}因此,国务院颁布了《关于工人、职员退休处理的暂行规定》(已废止——作者注)将退休所要求的最低工作年限缩短为15年。

1978年改革开放初期,由于大量下乡知青返回城市导致城市失业问题骤然严重起来。“文化大革命”期间,城镇知识青年上山下乡累计1700万人,与此同时,招收了1300万农民进城,因此,“文化大革命”结束后,城镇待业青年积聚。^{[10](P19)}比如天津市,1978年初,全市仅有两万人待业,但由于大批知识青年陆续回城,1979年猛增到38万人,占全市总人口的11.7%,达到了新中国成立以来待业人数比重的最高值,给政府劳动部门带来极大的压力。^[11]因此,1978年,国务院颁布了《关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《关于工人退休、退职的暂行办法》,再次将退休所要求的最低工作年限从15年缩短为10年。

二是子女顶替就业,即父母退休、退职后,由其子女顶替父母退休、退职后空出来的名额,进入父母原工作单位上班。该制度最初是国家对因公死亡或因公残疾而丧失劳动能力的职工建立的特殊保障措施,然而,20世纪70年代末,由于就业形势严峻,子女顶替就业制度作为缓解城镇青年就业压力的手段在全国范围内实行。^[12]1978年,国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《关于工人退休、退职的暂行办法》也规定了子女顶替就业。时任国家劳动总局局长康永和在上述办法的说明中指出:“这个办法(顶替就业)比较好,有利于企业工人队伍的更新,有利于促进生产,并能解决一部分城镇新成长劳动力的就业问题。”^[13]北京市第一机床厂1979年动员了380人退休,其中75%的人有子女被招工。^[14]天津市在1979年集中搞了一次退休顶替工作,让年老、体弱多病的职工退休,安置了一大批待业青年。据统计,这期间有15.8万名职工退休,这种自然减员顶替所安置就业的人数占三年安置总数的29%,大大缓和了当时突出的就业问题。^[15]实践中,甚至在不符法定退休条件的情况下,父母为了让子女顶替就业而非正常退休。有学者对北京市的八家企业顶替就业情况进行调研发现:“1978年施行顶替以来,

男女职工平均退休年龄明显降低。男职工退休年龄比顶替前平均提前 6.5 岁，女职工提前 5.6 岁，低于国家正常的退休年龄。”“在 210 名顶替者中，其父母属正常退休的 64 人，占 30%；非正常退休 146 人，占 70%。”^[16]因此，国务院于 1983 年颁布了《关于认真整顿招收退休、退职职工子女工作的通知》，以规范和限制子女顶替就业。

三是限制退休返聘。改革开放后，退休返聘的现象也越来越普遍，为此，国务院于 1981 年颁布了《关于严格执行工人退休、退职暂行办法的通知》（已废止——作者注），该通知规定：“必须按照《暂行办法》的规定，严格掌握退休、退职的条件。凡是符合退休、退职条件的，就应当动员他们退休、退职。如生产上确有需要，必须缓退的，要经过上级主管部门批准。”“工人退休以后，一般不要留在原单位继续工作，其他单位如果确实需要聘用有技术和业务专长的退休工人作技术和业务指导的，必须由原发退休费用的单位、聘用单位和退休工人三方签订合同，并报当地劳动部门批准后，方能聘用。”各地也采取多种措施严格执行该通知，如江西省丰城县采取经济制裁措施，通过加倍征收管理费和停发工资奖金的方式，强制各单位辞退聘用的退休退职工人，1981 年底，全县 240 名未经批准擅自留用的退休退职工人已经全部清退完毕。^[17]1997 年，劳动部办公厅《对〈关于实行劳动合同制度若干问题的请示〉的复函》第二条再次强调：“关于离退休人员的再次聘用问题，各地应采取适当的调控措施，优先解决适龄劳动者的就业和再就业问题。”

四是提前退休，即职工在尚未达到法定退休年龄时就退出工作岗位。除了因特殊工种提前退休外，在 20 世纪 90 年代末期的国企改革过程中，为了减轻国有企业负担，缓解就业压力，各地纷纷实行提前退休。为此，1999 年，劳动和社会保障部下发了《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》，但是，其仍然允许国务院确定的 111 个“优化资本

结构”试点城市的国有破产工业企业中距法定退休年龄不足 5 年的职工，三年内有压锭任务的国有纺织企业中符合规定条件的纺纱、织布工种的挡车工，办理提前退休。

超龄就业挤占年轻人就业的观念在我国具有普遍影响。近年来，由于人口老龄化导致养老保险基金的支付压力增大，我国政府及社会各界开始研讨推迟退休年龄问题，然而，人们普遍认为：“退休年龄的设置关系到年轻人的就业。退休年龄越小越有利于年轻人的就业。所以，一般来说，从有利于创造就业的角度，退休年龄应当越早越好。”^[18]“我国还面临着巨大的就业压力，过早推迟退休年龄将产生‘挤占’效应，短期内对现有劳动力领域造成冲击。”^[19]因此，反对推迟退休年龄者众多^①，而人力资源和社会保障部也因近年来高等学校毕业生的就业压力增加，明确提出搁置延迟退休计划。^[20]

（三）所得替代：超龄就业获得劳动报酬与退休待遇有违公平

养老保险给付具有“所得替代”的功能，即通过社会保险待遇替代退休劳动者的工资收入。我国对超龄就业人员的劳动报酬与养老待遇的协调随着社会发展而变化，主要经历了以下几个阶段：（1）养老待遇和工资兼得阶段。新中国成立初期，由于工业技术人才匮乏，因此，职工虽符合退休养老条件，但企业若生产经营需要可以继续留用，而为了吸引和鼓励员工继续工作，政务院于 1953 年修正公布的《劳动保险条例》规定，继续留用的职工每月在领取工资的同时，可以领取本人工资 10%~20% 的在职养老补助费。（2）工资替代养老待遇阶段。为了防止“领取在职养老补助费的职工在企业不需留用时不愿退休”^[21]，国务院于 1958 年颁布了《关于工人、职员退休处理的暂行规定》，该规定颁布实施后，继续留用的符合退休条件的工人、职员，都不加发在职养老补助费，只能领取工资。我国立法中养老待遇和劳动报酬二者兼得有违公平、只能得其一的观点至此形成。（3）退休待遇替代工资阶段。改革开放之初，由于就业压力大，国家通过

^① 据调查，有超过 9 成的受访者表示反对推迟退休年龄。参见赵洪杰等：《调查称 9 成以上网友反对延迟退休 6 成支持弹性制》，参见 <http://news.sohu.com/20100915/n274953932.shtml>。

立法强化养老待遇和劳动报酬不可兼得的理念，迫使达到退休年龄的工人退休。1981年，国务院发布了《关于严格执行工人退休退职暂行办法的通知》，该通知规定，没有经过批准，超过退休年龄继续工作的时间不计算“连续工龄”。对于应当退休、退职的工人，经过多次动员仍然坚持不退的，可以停发其工资，改发退休费或退职生活费。经过批准的受聘退休、退职工人，退休、退职待遇由聘用单位支付，且以“补差”（即退休费或退职生活费与本人原标准工资的差额）为主。聘用期满解除合同以后，原发退休、退职费用的单位应该恢复其原来的各项待遇。

受上述立法的影响，有学者认为：“从养老保险的制度功能来看，养老保险的主要目的在于为退出劳动岗位的劳动者提供生活保障，使其能老有所养。返聘人员再次就业后，一方面能通过自己的劳动获取工资，尤其是一些高技能返聘者获取的返聘工资接近于在职时，同时又领取养老金，这样会背离养老金制度的初衷，增大养老金支出的压力，也引起社会不公。”^[22]在司法实践中，亦有法院采纳了此种观点，以是否享受养老保险待遇为标准对超过退休年龄的就业人员予以区分，若未领取养老保险待遇的，则仍为劳动者，其与用人单位之间的关系仍为劳动关系；而已领取养老保险待遇的，则其不具有劳动法的主体资格，其与用人单位之间的关系应为劳务关系，不属于劳动争议案件的受案范围。如《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第7条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”

二、对我国退休法律制度三个预设前提的反思

（一）劳动权乃公民之基本权利，其与退休权互不排斥

一是劳动权乃公民的基本权利，其限制应符合法律保留原则和比例原则。劳动权乃宪法所确立的公民基本权利，作为基本权利的劳动权具有自由权和社会权之双重面向：“在防御国家权力

侵害的同时，也需要国家权力积极地保护其排除社会经济强者的侵害。这种积极保护就是通过劳动权所针对的国家义务来体现的，尤其是立法者的立法行为。”^[23]我国法律并未对超龄就业人员的劳动权予以限制，相反，《老年人权益保障法》第七十一条规定：“老年人参加劳动及其合法收入受法律保护。任何单位和个人不得安排老年人从事危害其身心健康的劳动或者危险作业。”因此，我国现行退休制度对于超龄就业人员（无论是否享领取养老保险待遇）劳动权的限制与剥夺，实际上违背了基本权利之限制的基本原则。国家不仅违反其不得侵害公民基本权利的消极义务，而且违背其基于劳动权之社会权属性所应承担的尊重、保护乃至实现之积极义务。

二是劳动权与退休权相互关联，各有侧重。劳动就业与退休待遇都关乎公民生存权之实现，劳动时以工资报酬维持生活，因此，其对应公民具有劳动能力，且能实现就业的阶段；退休时则是以养老给付为生存来源。基于生命之常理，人随年龄之增长，生理机能退化，导致劳动能力逐渐减弱，从而无法就业，丧失劳动报酬，因此，需以养老待遇之给付维系生存。“退休制度的立法目的在于给因年老而不能参加工作的人一种生活上的保障。”^[24]“退休金的获取是退休权利的集中体现，如果退休仅是工作岗位的退出，单纯享有休息的权利，没有任何经济上的待遇，则几乎没有制度价值。退休后所享有的权利，休息权固然重要，但获得物质帮助的权利才是问题的核心。退休后最主要的权利在于退休金及相关退休待遇的落实。”^[25]

劳动就业与退休养老二者之制度运行紧密联系。退休养老通常被视为雇主责任，此种责任之承担方式与养老保险模式密切相关，若采取社会化的养老保险模式，则雇主需为劳动者交纳养老保险费，如我国的养老保险制度；若采取企业化的养老保险模式，则通常雇主需在劳动者退休之时直接一次性给付相应的退休金，如我国台湾地区的劳保退休金制度。劳动者达到法定退休年龄的，雇主可单方终止劳动合同，从而实现劳动力队伍的更新，而劳动者则开始享受养老保险待遇，因此，法定退休年龄仅是雇主终止合同和雇员享受养老待遇之时间节点，其并没有否定公民

的劳动权。

三是退休年龄并不必然导致劳动者丧失劳动权利能力和劳动行为能力。劳动能力是人类进行劳动工作的能力，包括体力劳动和脑力劳动，其以人体生理和心理因素为根据，具有自然属性。^{[26](P81)}通常而言，“劳动者随着年龄的增加健康状况衰退，身体上更难适应工作，或者更不愿去工作，在一些情况下甚至不能胜任工作”。^{[27](P19)}因此，退休年龄是基于经验或者统计分析，对劳动者因年老而丧失劳动能力的拟定。然而，劳动能力的丧失与否则取决于劳动者身体健康状况和工作岗位的要求，所以，我国一方面对从事井下、高温、高空、特别繁重体力劳动或其他有害身体健康工作的劳动者，规定了提前退休；另一方面，对未达法定退休年龄，因工致残或者非因工致残，经鉴定为完全丧失劳动能力的劳动者，亦规定了提前退休。

劳动权利能力和劳动行为能力是公民依法享有并行使相关权利、履行相关义务的法律主体资格，劳动能力是劳动权利能力和劳动行为能力的客观依据。通常而言，只要公民达到法定就业年龄，且身体健康，具有劳动能力，则他就具有劳动权利能力和劳动行为能力，就可成为劳动法律关系的主体。^{[28](P71)}各国多仅在劳动法中规定了最低就业年龄，作为劳动权利能力和劳动行为能力的起始年龄，而“对劳动行为能力的终止年龄一般未作明确规定，而只是规定退休年龄。但退休年龄不能认为是推定劳动行为能力完全丧失的年龄，按我国现行劳动法规的规定，达到退休年龄的公民，只应推定为限制劳动行为能力人，仍应允许其从事不妨碍老年人身体健康的劳动”。^{[29](P82)}

(二) 老年人就业与年轻人失业并无绝对的替代关系^[30]

一是从劳动力市场的更替来看，老年劳动者的退出与年轻劳动者的进入并非同步。达到退休年龄而未退出就业的劳动者通常拥有丰富的经验或者熟练的技术，且主要从事技术类或者管理类岗位工作，年轻劳动者难以直接替代他们。从我国现实来看，超龄就业人员除了从事技术类、管理类工作外，还包括大量的劳动密集型岗位工作，如环卫工、建筑工等，这些工作往往工作时间长、劳动条件比较艰苦，对体力要求较高，年

轻劳动者多不愿进入。^[31]

二是雇主的雇佣偏好与资本的有机构成密切相关。“如果劳动力的成本低、资本的成本高，市场就会选择劳动力而不是资本；相反，如果劳动力的成本高于资本的成本，市场就会倾向于选择资本而不是劳动力。劳动力成本的高低取决于包括养老金在内的工资和福利的高低。”^[32]低龄退休一方面意味着较短的工作年限，另一方面则意味着较长的退休期。如果社会保险给付水平是一定的，为了达到这一保障水平，社会保险供款率必高，因而劳动力成本必然上升。由于社会保障水平是具有刚性的，所以雇主是不能随意改变社会保障水平的。雇主虽然不能随意改变社会保障的水平，但他们却可以选择用资本替代劳动。资本替代劳动的结果是一部分劳动力被排挤出生产过程，失业率上升。包括德国在内的欧洲国家近些年失业率居高不下的重要原因之一就是包括养老保险在内的高福利导致的劳动力高成本。可见，以牺牲60岁以上人口就业权利为代价的低龄退休制度，成本是极其高昂的。中国富裕的是劳动力，缺乏的是资本，中国应选择的是吸引更多的劳动力而不是排挤劳动力的退休年龄制度。^[33]

三是就业与消费、储蓄密切相关。在人们收入水平和社会保险给付水平一定的情形下，退休年龄越高则意味着社会保险缴费较低，因此，人们可用于储蓄和消费的资金就越多，消费增加和高储蓄意味着经济的高增长和就业岗位的增加；反之，则导致储蓄率下降和消费减少，经济增长减速和失业率上升。^[34]

四是现行制度设置违背增加年轻人就业之目的，反而可能导致逆向选择，诱发道德风险。现实中大量退休人员重新就业有其客观的劳动力供给和需求原因，如退休待遇水平低、不能满足生活需要而迫使退休人员重新就业，退休人员具有中青年不可替代的劳动力资源而为用人单位所需求等，故不可能由于将退休人员劳动关系纳入民法调整范围而阻碍退休人员重新就业。相反，纳入民法调整范围相对于纳入劳动法调整范围会降低用工成本，进而刺激用人单位优先使用退休人员的需求，增加中青年就业竞争的难度，这就不利于中青年就业。^[35]

(三) 劳动报酬与养老保险待遇兼得有违公平, 然而, 现行退休制度亦不公平

个体的经济状况是影响老年人继续工作与否的主要因素, 因此, “社会保障最初建立是为鼓励老年劳动者退休”^{[36](P37)}, 以养老金替代劳动报酬, 使得他们能够终止就业而生活无虞, 然而, 养老保障水平的高低对老年劳动者的继续就业意愿产生重大影响。在没有完善的、高水平的养老保障的基础上, 我国现行退休制度意图通过剥夺劳动者资格来迫使老年劳动者退休, 这不仅不能维护公平, 反而违背实质公平之价值。相对于正当壮年的劳动者, 超龄就业人员因年老竞争力减弱而更为弱势, 从实质正义的角度, 他们理应享受倾斜的劳动保护, 但是, 现实却是将他们排除在劳动法之外, 尤其是大量超龄就业人员因没有或较低的养老保障, 为生计所累被迫超龄就业, 却无法享受劳动法的保护, “雪上加霜”, 凄凉不堪。据学者调查发现, 北京受聘离退休人员的平均工资较正常员工低 41.4%, 天津低 26%, 广东低 22%, 甘肃低 54%。^{[37](P96)}

实际上, 对享有养老保险待遇的超龄就业人员, 现行退休制度所延续的“养老待遇替代工资”之“公平”预设也难以实现。在计划经济体制下, 政府依靠就业审批、企业养老金支付的协调等手段, 可以有效地发现并处理超过退休年龄仍继续就业的人员, 以贯彻落实“养老待遇替代工资”。然而, 如今政府就业审批和企业养老金支付协调等行政手段被市场因素弱化, 导致享受养老保险待遇的超龄就业人员, 无论是否纳入劳动法的适用范围, 都不影响他们同时获得养老待遇和劳动报酬。

三、我国退休法律制度之改革

历经 60 多年的发展, 我国的社会经济、人口结构等已发生了翻天覆地的变化。一是市场经济体制逐步确立。劳动者自主就业得到强化, 就业行政审批不断弱化, 使得计划经济体制下国家对超龄就业人员所实施的行政管控手段不再有效, 而工资形成机制的市场化, 使得达到法定退休年龄的人员面临继续就业获得较高工资报酬的经济诱惑, 因此, 养老保障与劳动就业相冲突的

制度预设面临现实的挑战。二是人口结构改变, 使得我国未来将面临养老保险基金出现收支缺口和劳动力人口短缺的风险。(1) 老年人口规模不断扩大, 老年人抚养比不断提高。根据全国老龄办发布的《中国老龄事业发展报告(2013)》, 截至 2012 年底, 全国 60 岁及以上老年人口已达 1.94 亿, 占总人口的 14.3%, 预计在 2013 年将突破 2 亿, 达到 2.02 亿, 占总人口的 14.8%。老年人的抚养比将达到 21.58%。^[38](2) 劳动力人口绝对数量减少。国家统计局发布的 2012 年统计公报指出, 2012 年末, 我国大陆 15 岁至 59 岁劳动年龄人口为 93 727 万人, 比上年末减少 345 万人, 占总人口的 69.2%, 比上年末下降 0.6 个百分点。这是相当长时期以来劳动年龄人口绝对数量的第一次下降, 且预计中国劳动年龄人口在比较长的一段时间内会持续减少。^[39]三是积极老龄化理念的确立。世界卫生组织在《积极老龄化的政策框架》中将“积极老龄化”界定为“参与”、“健康”和“保障”。就业是老年人参与社会的重要渠道, 且对老年人的健康和幸福具有积极的促进作用, 有学者研究表明: 再就业老年人比居家老年人表现出更加乐观的态度。^[40]2012 年修订的《老年人权益保障法》将“积极老龄化”的理念贯穿始终, 该法第四条第一款规定: “积极应对人口老龄化是国家的一项长期战略任务。”

因此, 我国应立足现实, 借鉴国际经验, 改革现行退休法律制度, 以适应社会发展之需要和人口结构之转变。

(一) 区分劳动法和社会(养老)保险法中的退休制度

退休通常被视为劳动就业与养老保障时序上的连接点, 我国理论上和实务上经常将退休视为劳动就业之结束和养老保障之开启, 此乃延续 19 世纪末德国最初创立现代退休制度时所采取的逻辑, 即劳动者申请养老金, 需达到退休年龄, 且终止劳动关系退出就业。1935 年, 美国制定的《社会保障法》亦延续了该逻辑, 其规定: “正规就业且获得工资的受益人 (Beneficiaries), 不能享受养老金。”^[41]然而, 诸多国家此后因社会变迁放弃了该制度逻辑, 如美国、英国、加拿大等, 确立劳动法和社会保险法中退休

制度的独立价值。一是劳动法之退休乃劳动合同的终止事由。劳动者和用人单位均可在符合法定的退休条件时，单方终止劳动合同。其中，雇主享有强制退休的权利，即当劳动者达到法定退休年龄时，雇主享有强制性的让其退出工作岗位休息的权利；雇员则享有自愿退休的权利。二是社会保险法之退休是养老保险待遇给付之条件。退休年龄的高低往往影响养老保险基金的收支状况，因此，诸多国家通过调整退休年龄来调节养老保险基金收支和养老保险待遇的水平。

我国正面临人口老龄化以及由此而产生的劳动力供给的减少和养老保险基金的支付压力等问题，且基于退休养老保障与劳动就业相排斥前提建构的现行退休法律制度已难以适应经济社会发展的需要，因此，我国应该顺应经济社会发展的趋势，区分劳动法和社会保险法中的退休法律制度，确立退休制度于二法中各自独立的价值。

（二）我国劳动法之退休制度的改革

第一，明确超过退休年龄的就业人员的劳动权利，且基于劳动法的实质平等与倾斜保护的理念，对他们予以特殊的劳动保护。具体包括：（1）为确保超龄就业者的身体健康状况，建立更为严格的聘用审批程序；（2）明确超龄就业者禁止从事的劳动范围，如不得安排超龄就业者从事高空、低温、井下和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动等；（3）特殊工作时间规则，如禁止安排超龄就业者加班和从事夜间工作等；（4）特殊的职业安全卫生保障，如招聘超龄就业者必须进行入职健康检查，且每年进行定期健康检查。

第二，建立并完善用人单位强制退休制度和劳动者自愿退休制度。用人单位基于员工队伍更新之需要可以劳动者达到法定退休年龄为由单方面终止劳动合同。基于人权保障理念的提升和人口结构的改变，许多国家已经取消强制退休制度，如美国等，以防止年龄歧视，保障老年劳动者的平等就业权，这也是我国退休法律制度未来改革的方向。劳动者达到法定年龄或者工龄的，可自主决定终止劳动合同。“自请退休之发动权为劳工。劳工如果已达到法定要件，即可向雇主

提出退休之意思表示，于意思表示达到雇主时，即可生效，且雇主不得拒绝。而员工工作年限的计算，是以同一单位为原则。”^[42](P461—462)

（三）我国社会（养老）保险法之退休制度的重构

第一，延迟退休年龄。从国际比较来看，我国退休年龄相对较低，使得平均的养老保险待遇受领时长远远高于国际平均水平。随着人口结构的改变，我国目前在职职工的抚养负担不断加重，养老保险基金的收支缺口不断扩大，因此，为了缓解养老保险基金的支付压力，我国应逐步延迟退休年龄。^[43]《社会保险法》第十六条将“达到法定退休年龄”作为领取基本养老金的条件之一，未明确退休年龄的具体标准，但据参与立法者解释：“本法没有明确法定退休年龄，目前退休年龄还是按照国家有关规定执行，这样也可以给今后改革留下空间。”^[44](P47)

第二，建立弹性退休及养老保险待遇计发制度。我国目前允许从事特殊工种的劳动者提前退休，同时允许部分人员延迟退休，如转制单位部分人员^①。我国应在延迟退休年龄的基础上，建立提前退休、延迟退休和部分退休等弹性退休制度，并建立与之配套的养老保险待遇计发制度，通过养老保险待遇水平的变化来实现鼓励或延缓退休的目的，达到调控和规制劳动力市场和养老保险基金的目的。

第三，建立收入调查制度。收入调查(Earnings Test)实际上是对退休后收入高于一定标准的人予以收入限制的规则，以减少或者延迟其养老金的给付。“以防止人们在领取养老金的同时还有工作收入……在退休后还继续工作的人获得的养老金会比正常退休情况下少，也可能什么都领不到。”^[45](P41)“实行收入调查对于提高养老保障的效率很有帮助。养老金支付给没有或有很少劳动收入的退休者，以减少养老保障的支出。”^[46](P41)该制度被美国等多个国家采用。我国可在完善养老保险待遇支付制度的基础上，借鉴美国等国家的经验，建立收入调查制度。通过社会保险经办机构与税务部门之间的联动机制，以

^① 参见劳动和社会保障部、人事部、财政部、科学技术部联合下发的《关于转制单位部分人员延缓退休有关问题的通知》（劳社部发〔2004〕11号）。

养老保险受益人的主动申报为主,辅以受益人所在工作单位的申报和税务部门的纳税登记,对未退出就业的超龄就业人员,由社会保险经办机构根据一定的标准减少或者停止支付养老金,从而通过经济调节机制引导达到法定退休年龄的劳动者自主决定是否退出就业。

人口老龄化加剧使得我国退休法律制度的改革迫在眉睫,然而,实施60多年的现行退休

制度及其对人们观念的固化,成为我国退休法律制度改革所面临的巨大障碍。时过境迁,社会经济的发展、人口结构的改变、人权理念的提
升,使得现行退休制度最初的预设前提已经丧失了社会基础,从而不再具有合理性,因此,破除现行退休制度预设前提的禁锢,重构我国的退休法律制度,乃顺应社会需求和国际趋势之必然。

参考文献

- [1] [9] 袁伦渠主编:《新中国劳动经济史》,北京,劳动人事出版社,1987。
- [2] [23] 徐钢、方立新:《论劳动权在我国宪法上的定位》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版),2007(4)。
- [3] [5] 董保华:《企业社会责任与企业办社会》,载《上海师范大学学报》(哲学社会科学版),2006(5)。
- [4] 戴园晨等:《中国劳动力市场培育与工资改革》,北京,中国劳动出版社,1994。
- [6] 黎建飞:《劳动法和社会保障法教程》,北京,中国人民大学出版社,2007。
- [7] 邢瑞莱:《商榷:退休人员是否是最低工资的适用主体》,载《中国劳动》,2007(3)。
- [8] 温家宝:《促进就业是保障和改善民生的头等大事》,载中华人民共和国中央人民政府网,http://www.gov.cn/lhdh/2012-07/22/content_2189273.htm。
- [10] 悦光昭:《搞好劳动工资社会保险制度的综合配套改革促进社会主义现代化建设》,载悦光昭:《劳动工资保险配套改革》,北京,轻工业出版社,1989。
- [11] [15] 李志、王力:《关于天津市劳动就业问题的调查》,载《天津师大学报》,1983(2)。
- [12] 王爱云:《试析中华人民共和国历史上的子女顶替就业制度》,载《中共党史研究》,2009(6)。
- [13] 康永和:《对〈国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法〉〈国务院关于工人退休、退职的暂行办法〉的说明》,载新疆生产建设兵团人力资源和社会保障局网,http://www.xjbt.lss.gov.cn/zhengcefagui/ShowArticle.asp?ArticleID=668。
- [14] 企泉:《关键在于按政策办——总结经验教训,做好退休补员工作》,载《劳动工作》,1981(1)。
- [16] 林克雷等:《顶替就业政策及其影响——北京市部分企业施行顶替的调查》,载《青年研究》,1982(10)。
- [17] 丰城县劳动局:《丰城县纠正乱留乱聘退休工人》,载《劳动工作》,1982(4)。
- [18] [24] 夏正林:《论退休权的宪法保障》,载《法学》,2006(12)。
- [19] 解梅娟、刘晓玲:《对我国老龄化趋势下退休政策调整问题的探讨》,载《保障世界论坛》,2011(1)。
- [20] 索寒雪:《就业压力陡增 人社部搁置延迟退休计划》,载《中国经营报》,2013-06-22。
- [21] 周炳荣:《在职养老费不应继续保留》,载《劳动》,1958(2)。
- [22] 何伦坤:《返聘的劳动法规制研究》,载《理论学刊》,2010(5)。
- [25] 郑尚元:《企业员工退休金请求权及权利塑造》,载《清华法学》,2009(3)。
- [26] [29] 王全兴:《劳动法》,第二版,北京,法律出版社,2004。
- [27] [36] Henry J. Aaron:《退休经济学——应用与实证》,北京,中国劳动和社会保障出版社,2008。
- [28] 林嘉:《劳动法和社会保障法》,北京,中国人民大学出版社,2009。
- [30] [32] [33] [34] 李珍:《关于退休年龄的经济学思考》,载《经济评论》,1997(1)。
- [31] 钟玉明:《“蓝领”短缺白领过剩“新脑体倒挂时代”已来临?》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/employment/2007-06/20/content_6265546.htm。
- [35] 王全兴:《就业权实现的劳动合同法保障——审视我国劳动合同法立法的一种新视角》,载《中州学刊》,2005(6)。
- [37] 金易:《人口老龄化背景下中国老年人力资源开发研究》,吉林大学博士学位论文,2012。
- [38] 吴玉韶:《〈中国老龄事业发展报告(2013)〉新闻发布稿》,载全国老龄工作委员会办公室网站,http://

www.cncaprc.gov.cn/jianghua/22341.jhtml。

[39] 刘铮、王茜：《中国出现人口红利拐点 劳动力人口首次下降》，载人民网，<http://politics.people.com.cn/n/2013/0223/c1001-20578066.html>。

[40] 宋宝安、于天琪：《城镇老年人再就业对幸福感的影响——基于吉林省老年人口的调查研究》，载《人口学刊》，2011（1）。

[41] Jonathan Gruber, Peter Orszag. “Does the Social Security Earnings Test”. *National Tax Journal*, 2000（4）。

[42] 台湾劳动法学会：《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，台北，新学林出版股份有限公司，2009。

[43] 范围：《退休年龄比较研究》，载《人口与经济》，2011（5）。

[44] 信春鹰主编：《中华人民共和国社会保险法释义》，北京，法律出版社，2010。

[45] [46] 科林·吉列恩、约翰·特纳、克利夫·贝雷、丹尼斯·拉图利普：《全球养老保障——改革与发展》，北京，中国劳动和社会保障出版社，2002。

Presuppositions of China's Retirement Legal System and Their Retrospections

FAN Wei

(School of Labor Economics, Capital University of Economics and Business, Beijing 100070)

Abstract: China's current retirement legal system is built on the following three presuppositions: mutual rejection between pension and employment, intergenerational conflict in employment, and unfairness of receiving both pension benefits and wages, the rationality of which are debatable. Under the pressure of socio-economic development, demographic changes, and adoption of active aging philosophy, China has to reconstruct its retirement system so as to meet the demand of social development.

Key words: retirement legal system; presuppositions; right to work and right to retire; intergenerational conflict in employment; replacement of income

(责任编辑 李 理)