



工伤, 伤不起

工伤法律维权自助教程

王学堂◎著

- 职场的预防工伤宝典
- 工伤人员的维权指南
- 司法人员的法律工具



清华大学出版社



工伤, 伤不起

工伤法律维权自助教程 王学堂◎著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

工伤,伤不起:工伤法律维权自助教程/王学堂著. —北京:清华大学出版社,2014

ISBN 978-7-302-36965-3

I. ①工… II. ①王… III. ①工伤事故-劳动法-中国-教材 IV. ①D922.54

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第135270号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:傅瑞学

责任校对:王凤芝

责任印制:沈露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

课件下载: <http://www.tup.com.cn>, 010-62770175 转 4506

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:145mm×210mm 印 张:6.75 字 数:160千字

版 次:2014年8月第1版 印 次:2014年8月第1次印刷

定 价:25.00元

产品编号:058758-01

和工伤谈谈（代序）

“工伤”这个词一度离我很远。

我大学毕业后在机关工作，这是个相对稳定、事故较少的环境。我的朋友也大多工作在学校、机关，我的家人在农村以务农为生（没有门路也没有胆量外出打工），这些都使“工伤”这一词语难以进入我的视野。

“工伤”这个词一度离我很近。

2007年8月我从法院调任政府法制部门工作。当时的《工伤保险条例》规定，对于涉及行政部门的工伤保险争议，行政复议是前置程序。也就是说，不论主体是用人单位还是劳动者，不论结果是认定还是不认定为工伤，要想到法院讨个说法，必须先进行行政复议这一程序。

当然，2011年1月1日修订的《工伤保险条例》取消了行政复议前置程序，缩短了争议处理的程序和时间，如果企业和个人在接到工伤认定书后不服，无须再申请复议，可直接走司法程序起诉到法院。这当然更有利于保护工伤职工的合法权益。

对这一修改，尽管无论是官方还是民间都异口同声持赞扬态度。我倒有不同看法，就我的不完全统计，从发生工伤到认定为工伤一般要经过3年左右的时间，个别案例甚至长达6年，3个月的复议期间（行政复议案件的审理期限一般为2个月，有时还可延长1个月）



工伤,伤不起

在这么漫长的程序中简直可以忽略不计。行政复议不收费、程序简单,而且在复议过程中调解甚至改变的案件也不在少数,这恰恰方便了劳动者维权之路。这是我的工作经验之谈,也难免因从事本职工作而产生“身在庐山中”的片面性。就我看来,民众对行政复议前置程序的不满,不只是时间拖延带来的维权路漫漫,更多是因为复议很大程度上成了“维持会”。过高的维持率(不敢改变行政机关的处理结果)无异于自杀式选择,严重影响了政府的公信力,也让政府法制机构、业务越来越萎缩。

当年,法制部门受理的复议案件数量并不多,因此工伤争议类就占相当一部分比重。初步统计,6年多的时间,我竟然接触到近百宗复议案件。案件接触多了,特别是当事人各不相同,最终处理结果也“月有阴晴圆缺”,于是就有“记录在案”的表达欲。特别是自2012年年中开始《南方都市报》关注了佛山“断指工老杨之死”,并由此拉开了一场关于工伤问题的系列讨论。身为一名法律研究者,一名对此接触较多的法律实务操作工,于是有了对所办理的工伤行政复议案件加以整理的冲动。

真正总结起来,“工伤”离我还是很远。

2011年1月1日起施行的《工伤保险条例》第14~16条的规定是目前对工伤的权威界定。

但理论总是枯涩的,实际生活却是千姿百态。一是工伤认定必须符合工作时间、工作地点、工作原因(简称“三工”),尽管实践中个案认定确有不同,但此三要素为基本要素,“三工”因素不那么明显的情况就会让裁判者为难不已;二是工伤的认定是个案认定,从立法上看,认定工伤应是例外,不认定工伤是基本原则,尽管事实上是大多数申请都认定了工伤。2011年佛山四区(除顺德区外)总共受理工伤认定申请17367宗,认定工伤17052人。身为法律人,

我更关注 315 件没有被认定为工伤者的命运（工伤认定一般是一宗一人），他们为何不被认定？他们的权益如何维护？他们的命运最终如何？这都是我想探究的。

真正写作起来，简单的三个法条，但又是最复杂的三个法条（这些我会在下述章节中细述），多少沉重的故事、多少的心酸和泪水尽在其中。你肯定想象不出，全国有多少法律学者、法律工作者、公务人员（人力资源部门、法制部门）、法院行政法官为之付出了精力和心血。

在汗牛充栋的工伤类书籍中，这本小书的独特价值何在，自己经办的案件是否正确，自己的说理是否充分？这些顾虑让我的写作长达二年之久，因为我对写作一度怀疑，甚至几欲放弃。毕竟这是一个写作者多于读者的时代。

但工伤的存在是不容忽视的话题。

全球每年有近 4 亿 5 千万人发生工伤事故或遭受职业病的折磨，另有 220 万人因为这两种原因丧生。这是国际劳工组织在 2009 年 4 月 28 日“世界职业安全与卫生日”（俗称“国际工伤日”）到来之际公布的数字。

据上述资料，在全世界范围内每分钟就有 4 名工人死于工伤事故或职业病，有 856 名工人遭受工作事故的伤害。这也意味着每天约有 100 万名工人遭受工作事故的伤害，5 500 名工人死于工伤事故或职业病。如果每天有 5 500 人死于飞机坠毁事故，一定会成为报纸的头条新闻。可惜，因为工伤的报道价值缺失，使这一沉重的数字没有引起普通民众的关注。其实，更重要的原因还在于，乘坐飞机者往往是“上等人”，而工伤受害者则恰恰相反，他们往往处于社会的底层，他们的痛苦也就没人关心，没人过问。

出于职业习惯，我经常在书店法律书架前看到一些饥渴的



工伤，伤不起

“读书”人。他们抱着法条在认真地研读，我凭自己的直觉认为他们一定是遇到了某种麻烦。否则，相信不会有普通人对法律如此执着。可是我想问的是：他们即便读了一些相关法条，能解决遇到的问题吗？能用这种现学现卖方式打赢官司吗？我高度怀疑！

因为就算是我，学了23年法律，让我自己打官司我也不敢，因为太麻烦，因为怕打不赢让人耻笑！

许多当事人，历经社会保险行政部门的决定、上级部门（包括政府）的行政复议和人民法院的判决，面对着一次次“不予认定工伤”的惨痛事实，却从不放弃每一道法律程序，执着地实践了每一条可行的法律途径，往往在最后一道“法律之门”面前，最终实现了自己的愿望，也讨回了应该得到的那份“法律说法”。我们不敢想象，如果他们在哪一个阶段稍微懈怠，这个结局会不会完全改变。

这是卡夫卡的小说《审判》的中国版。

小说中有这样一则寓言：法的门前有一位守门人在站岗。一个乡下人走到守门人跟前，请求进门见法。但守门人说现在不能放他进去。于是，这个懦弱的乡下人直到最后依旧没能见到法，确切地说是没有见到真正的法。因为这个乡下人从站在法律门前的那一刹那开始直到最后死去一直都在与法进行面对面的交流，也就是说他早已无意识地站在了法的面前。他在法律门前一生所见到的都是守门人在职责范围内的行为，守门人是忠诚的法的执行者，他严格地遵循法的旨意而行事。那么守门人的行为也就可以看作是法的意思表示，守门人对乡下人所提出的一切要求或问题的应对也就是法的应对。

值得庆幸的是：许多当事人用自己的勇气战胜了“法的守门人”，最终敲开了“法律之门”，寻到了“工伤之门”。

这当然有执法者、守法人的一份功劳。

值得庆幸的是，学习法律的我，从事与法律相关的工作，也爱好法律（专业、爱好与职业结合是我今生最大的幸运），特别是公平正义的法治理想总在激励我在职务和能力所及的范围内，给需要帮助的人尽一点责任。

因此有了这本书。

我力图将枯燥的法律条文写得通俗易懂一些，力图将悲痛欲绝的工伤事故写得轻松一点，因为读者绝大多数不是法学研究者，人活着是为了希望，而不能总沉浸在痛苦之中。

事故在发生，生活仍继续！

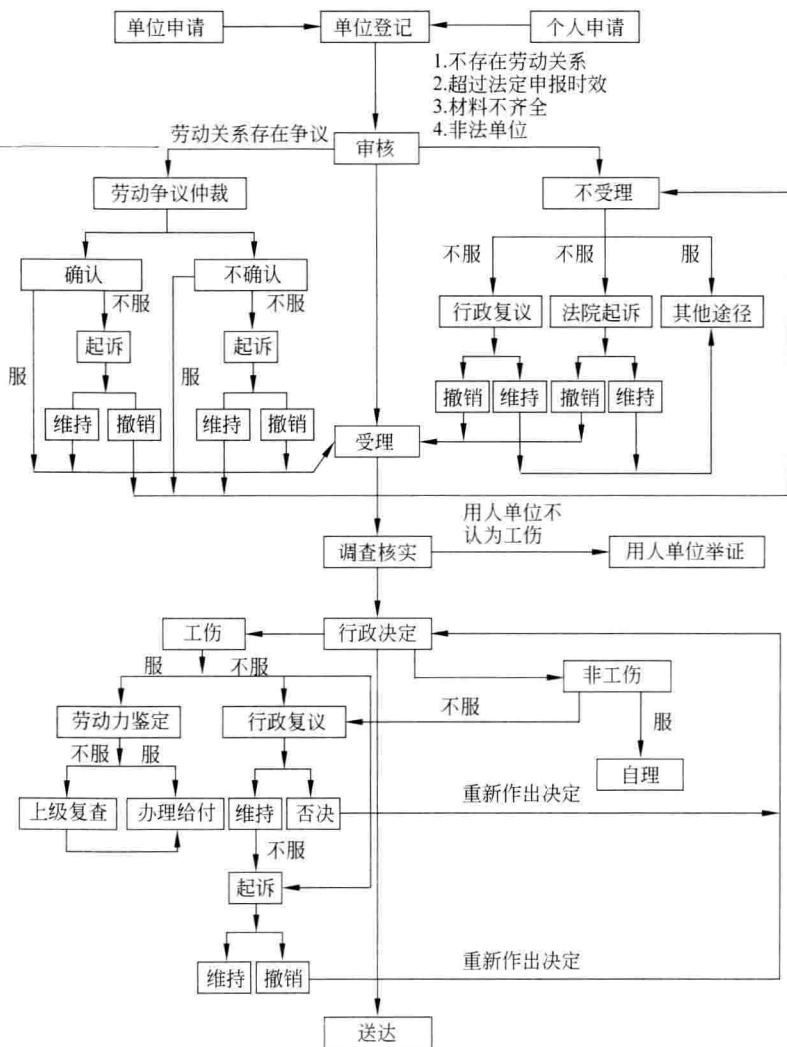
法治实践告诉了我们一个事实：“敲开法的门”不仅仅需要“法”的“守门人”要改变态度，也需要我们公众用自己的勇气和法律技巧来进行配合。

是为序！

作 者

2013年1月20日一稿

2014年2月14日二稿



工伤认定流程图

目 录

- 和工伤谈谈（代序） / 001
- 证明劳动关系 / 001
- 上班下班 / 009
- 交通意外 / 017
- 超龄的工伤 / 021
- 非显性伤害 / 027
- 非本职也是工伤 / 036
- 超出岗位职责的工伤 / 043
- 事故发生在下班后 / 050
- 拜访客户受伤 / 055
- 提前开溜也是下班 / 059
- 违规操作的劳动者 / 068
- 被跳蚤咬伤的女店员 / 076
- 职场性骚扰 / 080
- 陪酒妹的工伤 / 083
- 因“工”喝酒 / 091
- 抽烟受工伤 / 100
- 吃饭意外 / 108



工伤,伤不起

- 走路也受伤 / 113
- 路遇危险跳车受伤 / 120
- 纠结的 48 小时 / 127
- 不住宿舍的员工 / 136
- 回家 / 142
- 打架发生在工作时 / 148
- 摊上了事儿的保安 / 155
- 过劳引发的意外 / 160
- 捉贼受工伤 / 165
- 打羽毛球是工作 / 169
- 超期的申请 / 175
- 工伤复议案的调解 / 184
- 工伤认定的难与烦 / 191
- 远离工伤（代后记） / 197

证明劳动关系

美国一小镇长在公园被自己家的驴子踢死了，算不算工伤？
如果是他家的雇工被踢了呢？

警察卧底染上了毒瘾是不是工伤？

这是2012年9月1日，我在佛山图书馆开设工伤认定专题法律讲座时开篇提出的问题，立即引起了听众的交头接耳。

讲座需要用语言夺人先声，以吸引人的注意力。其实我想表达的无非是工伤认定四步曲：首先是存在劳动关系；其次是工伤认定；再次是劳动能力鉴定；最后是工伤待遇。而认定劳动者与用人单位之间存在合同劳动关系（事实劳动关系）是第一步。

目前，较权威的界定规范是《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）。

认定职工与用人单位之间存在合同劳动关系应当符合以下条件：

(1) 劳动关系是劳动力的所有者（劳动者）和劳动力的使用者（用人单位）两个主体之间形成的以劳动力的使用为标的的权利义务关系；

(2) 劳动关系是基于职业的、有偿的劳动而发生的；

(3) 劳动者和用人单位订立劳动合同；

(4) 劳动关系中的劳动者与用人单位具有管理与被管理的行政隶属关系。



工伤,伤不起

但在实践中,劳动者与用人单位不依法签订劳动合同的现象非常普遍,中小企业尤为突出。1995年劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中,首次提出了“事实劳动关系”的概念,指出中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间,没有签订劳动合同,但劳动者本人事实上已成为企业、个体经济组织成员,并为其提供了有偿劳动,亦认定形成劳动关系。

事实劳动关系是因用工不规范而形成的复杂形式的劳动关系,除欠缺书面合同的形式要件外,它仍然具备劳动法律关系的一般特征:双方确已形成了劳动权利义务关系,劳动者已成为用人单位的一员并从事有偿劳动,身份上具有从属关系。

用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:

(一) 工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;

(二) 用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;

(三) 劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录;

(四) 考勤记录;

(五) 其他劳动者的证言等。

其中,(一)、(三)、(四)项的有关凭证由用人单位负举证责任。

这可是认定工伤关系的法宝。我们在处理案件时,经常引用上述条款。

另外,《工伤保险条例》第19条第2款规定了职工与用人单位的主张不一致时,由用人单位承担举证责任。这样规定,主要考虑

在用人单位与职工之间，单位处于管理者的地位，职工对单位具有依附性和从属性。与职工有关的各种文书、文件是由用人单位拟订并由其保管的，如职工花名册、工资支付单等。当职工与单位的主张不一致时，双方必须提供相应的证据，而这些证据往往涉及上述文书、文件。因此《工伤保险条例》从保护弱者的角度出发，规定由单位承担举证责任。而没有实行一般诉讼中的“谁主张，谁举证”原则。

不过，说起来容易，判断不易。

2006年10月23日，原告王某（女）到被告林某与妻子李某（已死亡）共同经营的饭店打工。2006年10月26日晚，罪犯沈某到该饭店嫖娼，因嫖资问题同李某及卖淫女即原告王某发生争执。沈某恼羞成怒，顿生杀人之念，遂从地上捡起一把铁锤，朝李某头部猛击数下，致其当场死亡。后猛扼王某颈部致其昏迷，恐其不死，又用床单缠绕其脖颈。经鉴定，王某的伤情构成重伤。2007年6月15日，沈某一审判判处死刑，并于当年被执行死刑。王某后经住院治疗，花费2万余元医疗费，出院后将林某一纸诉状告至法院，要求林某赔偿其各项损失5万余元。

江苏睢宁法院认为，原告王某受李某雇佣到饭店打工，而该饭店由被告林某与李某夫妻共同经营，因此王某与李某、林某之间存在雇佣关系。尽管原、被告之间存在雇佣关系，但是原告是在被告饭店从事卖淫的违法活动中受到嫖客伤害的，原告的卖淫行为不是民事活动，原、被告之间基于原告卖淫行为而形成的关系不属于民事法律关系，不受民法调整，不属于人民法院受理民事诉讼的范围，遂于2008年6月19日依法裁定驳回原告王某起诉。

这个判决值得推敲。有伤风化的雇佣是不是劳动关系？一般说来，服务员在饭店卖淫，老板肯定是知情的，甚至有些老板就是始作俑者或者是强迫妇女卖淫的罪犯。卖淫行为当然不是民事关系，



工伤,伤不起

也不受法律保护,但在雇佣关系下的卖淫就应该由用人单位承担一定责任。否则,法律岂不是保护了无良之人?换言之,假如一个卖淫女和嫖客在酒店住宿期间发生意外,中毒死亡了,酒店没有责任吗?道理很简单,卖淫嫖娼非法,应当依治安管理处罚法等行政法规处罚;但劳动关系合法,自然应当赔偿。

我们在行政复议中,遇到不少劳动关系的确认。

2008年5月16日18时30分左右,何全洋在根本棉业公司仓库工作的过程中,不慎从2米高处摔下受伤,造成右桡头骨折及双腕挫伤。

根本棉业公司不认可与何存在劳动关系。

复议机关认为,在本案中应主要审查根本棉业公司与何全洋是否存在劳动关系。根据根本棉业公司在《行政复议申请书》中“申请人的仓库需要搬运工人……每天货物流通量大”的陈述以及根本棉业公司《企业法人营业执照》记载的经营范围:“经销棉纱,棉布;货物进出口、技术进出口”,复议机关认定运输、装卸、搬运工作作为根本棉业公司经营业务的组成部分。另根据何全洋陈述及《搬运承揽合同》的规定,可以证实事件发生时何全洋在根本棉业公司工作,在从事搬运工作中直接接受申请人的指派,接受申请人劳动管理,劳动报酬计算标准以及结算方式都由根本棉业公司决定,并接受其日常管理。

根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)规定,复议机关认定根本棉业公司与何全洋存在事实劳动关系。根本棉业公司称“与何全洋签订《搬运承揽合同》,由何全洋向根本棉业公司提供搬运货物劳务,根本棉业公司定期向何全洋付酬”,不符合《中华人民共和国合同法》第251条“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬

的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作”的规定，复议机关认为不是承揽合同关系。

就这些年的办案实际经历看，劳动关系的证明越来越简单。

目前最复杂的就是分包案件中普遍存在的发包、分包、转包责任。

当前的建设工程实务存在一种不规范的施工模式，即建筑施工企业将其承包的工程非法转包或者分包给不具备用工主体资格的自然人（俗称的“包工头”），包工头自行招用劳动者进行施工。因为包工头通常资金实力较弱，一旦发生劳动者因工伤亡，劳动者常常无法从包工头处获得救济。有的劳动者即主张与建筑施工企业之间存在劳动关系，以便享受工伤保险待遇。对此类案件的处理，实务中认识不一，争点主要是：建筑施工企业与包工头招用的劳动者之间是否存在劳动关系以及建筑施工企业对这些劳动者因工伤亡承担责任的性质。

有观点认为，劳动和社会保障部发〔2005〕12号文件第4条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”该通知冠名为确认“劳动关系”有关事项，而其中规定非法转包、分包的建筑施工企业承担用工主体责任，则当然双方之间成立劳动关系，且工伤保险待遇是劳动法上的概念，如不确认双方之间存在劳动关系，将导致劳动者无法享受工伤保险待遇。

劳动者一般也将发包方列为诉讼的主体，因为冤有头债有主，工伤事故中发包方是最大事主。

从司法主流观点看，这一认识欠妥。

从法律依据上来看，人力资源和社会保障部《关于执行〈工伤



《工伤保险条例》若干问题的意见》第7条已明确规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或自然人，该组织或自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”如此解释，既可避免为保护劳动者而勉强认定建筑施工企业与之形成劳动关系所带来理解上的混乱，而且不过分加重建筑施工企业的负担，利益更为均衡，也较符合当前建筑施工行业的实际。

最高法院在《于都县科力源建材有限公司与郭荣林劳动关系争议一案的请示与答复》中明确指出：郭荣林与科力源公司并无身份上的从属和附属关系，不受科力源公司各项劳动规章制度的制约，也不享有科力源公司的劳动保护、福利和社会保险待遇。科力源公司没有就钢棚修复工程与郭荣林达成书面或口头协议，也未直接雇用郭荣林和向其支付过报酬。科力源公司违法发包钢结构修复工程，并不必然导致其与郭荣林之间形成事实劳动关系。故，郭荣林与科力源公司不存在事实劳动合同关系。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条的规定适用于特定主体，科力源公司不属于建筑施工、矿山企业，故该规定不能扩大适用于本案。案外人张龙驰违法承揽钢结构修复工程，其与郭荣林等人存在雇佣关系。如郭荣林就其受雇期间造成身体伤害提起民事诉讼，要求科力源公司、张龙驰承担责任，应当依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款的规定予以认定。^①

^① 《审判监督指导》2010年第4集，总第34集，177页，北京，人民法院出版社，2011。