

工傷
認定

The Latest Rules of Industrial Injury and Apply

最新工伤认定规则与适用

(第二版)

杨科雄 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

工傷
認定

The Latest Rules of Industrial Injury and Apply

最新工伤认定规则与适用

(第二版)

杨科雄 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

最新工伤认定规则与适用 / 杨科雄著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7169 - 5

I. ①最… II. ①杨… III. ①工伤事故—伤害鉴定—
法律适用—中国 IV. ①D922.545

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 261010 号

最新工伤认定规则与适用(第二版)

杨科雄 著

策划编辑 李天一
责任编辑 李天一
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
版本 2015 年 1 月第 2 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 21.25 字数 354 千
印次 2015 年 1 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7169 - 5

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

工伤保险行政案件涉及民生,关系到职工的切身利益。特别是随着《社会保险法》和新修订《工伤保险条例》的实施,工伤保险参保范围进一步扩大,参保人数也不断增加,工伤保险行政案件数有进一步上升的趋势。虽然《社会保险法》和《工伤保险条例》等法律、法规、规章对工伤认定标准作了一些规定,但由于工伤认定行政案件数量多、难度大,具体情形千差万别,上述规定显得有些捉襟见肘。目前,学术界和实务界对工伤认定标准的研究比较零散、不够系统,在一些关键问题上众说纷纭,导致在实践中有时无所适从。

科雄同志从2008年开始关注工伤认定问题,整理相关法律规定和案例,并形成了这本专著。本书不是纯理论性的专著,而是关于实践中迫切需要研究的工伤认定标准的著述。从我国现阶段经济社会现状出发,以保护职工合法权益为本位,科学准确地把握工伤认定标准已成为实践中无法回避的问题。本书将工伤认定标准总体上分为工伤认定的基本原则和具体规则,并将后者又细分为主体要件、关系要件和客观要件,同时对其中的法律适用和事实认定问题进行专门研究,内容翔实,具有较强的可操作性。

法学发展到今天,越来越需要对一些看似细小但实践中迫切需要的领域作独立思考、富于创见的精雕细琢。客观地讲,工伤保险是社会保障中相对较小的领域,科雄同志的这本著作以小见大,见微知著,在工伤认定标准这一“小”领域作了一定的思考,并提出一些自己的见解,完善了工伤认定标准,有利于指导实践。书中运用了大量工伤认定行政案例阐释工伤认定的标准,同时从这些案

例中归纳出一些工伤认定的原则和规则,这种研究路径和方法,我以为是值得尝试的,也是目前法律实务的发展所需要的。

是为序。

江必新

二〇一三年三月二十八日于北京

第二版前言

自从《企业职工工伤保险试行办法》施行,特别是2003年国务院《工伤保险条例》和《社会保障法》颁布以来,工伤保险行政案件数占社会保障行政案件的比例最大,而其中的工伤认定标准一直是核心问题和争议焦点。一种观点认为,工伤认定应当严格按照《工伤保险条例》第14条、第15条的规定办理;不仅不能超过上述规定的情形,而且上述规定的情形也应严格解释;另一种观点认为,鉴于我国现阶段社会保障制度不完善,可以对工伤认定标准作较为宽松的解释,尽可能扩大工伤认定的范围,以最大范围、最大限度地保护广大职工的权益。在笔者看来,工伤认定应当从我国现阶段的社会经济发展阶段出发,既不能是严格的法条主义,也不宜脱离实际的“泛化”,工伤认定应当最大可能地保障主观上无恶意的职工因工作或者为用人单位利益遭受事故伤害或者患职业病后获得社会保障的权利。

按照以上思路,笔者在第一版的基础上,将本书由六章修订为七章,增加第七章“工伤认定的法律程序”。第一章主要探讨工伤认定的基本原则;第二至四章分别探讨工伤认定标准的主体要件、关系要件和客观要件(狭义的工伤认定标准)。第五章至第七章主要探讨工伤认定标准的法律适用、事实认定和工伤认定的法律程序问题。最高人民法院近期公布了《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》并于2014年9月1日施行,为此,本书相关部分也按照该司法解释做了相应的修改和完善,并增加收录了一些关于工伤认定的规定到附录中,方便读者查阅。

本书意在归纳出《社会保险法》、《工伤保险条例》、最高人民法院的司法解释和答复批复以及国务院和社会保险行政部门的有关规定中关于工伤认定的基本原则和具体规则。理论来源于实践,理论研究也为实践服务。本书运用了大量收集的案例阐释工伤认定的原则和规则,也从这些案例中归纳和总结了一些工伤认定的原则和规则。不当之处,欢迎批评,欢迎斧正。

杨科雄
2014年初秋

第一版前言

自从《企业职工工伤保险试行办法》施行,特别是2003年国务院《工伤保险条例》和《社会保障法》颁布以来,工伤保险行政案件数占社会保障行政案件的比例最大,而其中的工伤认定标准一直是核心问题和争议焦点。一种观点认为,工伤认定应当严格按照《工伤保险条例》第14条、第15条的规定办理。不仅不能超过上述规定的情形,而且上述规定的情形也应严格解释。另一种观点认为,鉴于我国现阶段社会保障制度不完善,可以对工伤认定标准作较为宽松的解释,尽可能扩大工伤认定的范围,以最大范围、最大限度地保护广大职工的权益。在我看来,工伤认定应当从我国现阶段的社会经济发展阶段出发,既不能是严格的法条主义也不宜脱离实际的“泛化”,工伤认定应当最大可能地保障主观上无恶意的职工因工作或者为用人单位利益遭受事故伤害或者患职业病后获得社会保障的权利。

按照以上思路,作者将本书分为六章。第一章主要探讨工伤认定的基本原则;第二至四章分别探讨工伤认定标准的主体要件、关系要件和客观要件(狭义的工伤认定标准)。第五章和第六章主要探讨工伤认定标准的法律适用和事实认定问题。本书意在归纳出《社会保险法》、《工伤保险条例》、最高人民法院的司法解释和答复批复以及国务院和社会保险行政部门的有关规定中关于工伤认定的基本原则和具体规则。理论来源于实践,理论研究也为实践服务。本书运用了大量收集的案例阐释工伤认定的原则和规则,也从这些案例中归纳和总结了一些工伤认定的原则和规则。不当之处,欢迎批评,欢迎斧正。

杨科雄
2013年初春



第一章 工伤认定的基本原则 / 1

第一节 合法原则 / 1

第二节 倾斜保护原则 / 3

第三节 利益衡量原则 / 6

第四节 正当法律程序原则 / 8

第二章 工伤认定中的用人单位与职工 / 10

第一节 用人单位 / 11

一、用人单位的基本构成要件 / 11

二、双重劳动关系中的用人单位确定 / 14

三、建筑或矿山等领域违法发包、转包情况下的用人单位确定 / 15

四、挂靠关系中的用人单位确定 / 19

五、劳务派遣中的用人单位确定 / 22

六、其他情形中的用人单位确定 / 29

(一) 承包(租赁)关系 / 29

(二) 企业分立、合并、转让及分支机构 / 30

(三) 居委会、村委会等群众性自治组织 / 31

(四) 国家机关、事业单位、社会团体等组织 / 33

第二节 职工 / 36

一、职工的构成要件 / 36

二、非法使用的童工 / 38

三、实习生和勤工助学人员 / 39

四、家政公司的家政服务人员 / 40

五、退休工人 / 41

第三章 工伤认定中的劳动关系 / 54

第一节 劳动关系与其他法律关系 / 54

一、劳动关系与劳务关系 / 54

(一) 劳动关系与承揽关系 / 55

(二) 劳动关系与狭义的雇佣关系 / 58

二、劳动关系与承包关系 / 59

第二节 劳动关系的认定 / 60

一、事实劳动关系的认定 / 61

二、特殊情况下的事实劳动关系认定 / 66

(一) 挂靠关系 / 66

(二) 劳动合同无效时的劳动关系 / 66

(三) 劳务派遣关系 / 67

(四) 双重用工关系 / 67

(五) 虽无劳动关系,但因单位利益受伤 / 67

第三节 劳动关系认定程序的冲突与解决 / 67

第四章 工伤认定的标准 / 77

第一节 工伤认定标准的不同理解 / 77

第二节 工作原因 / 84

一、工作原因的解说 / 84

二、法定的工作原因 / 89

(一) 从事与工作有关的准备性或者收尾性工作 / 89

(二) 因履行工作职责受到暴力等意外伤害 / 92

(三) 职业病 / 98

(四) 因工外出 / 99

三、非法定的工作原因 / 102

(一) 职工从事本职工作或者用人单位临时指派工作的 / 103

(二) 职工工作过程中满足吃饭、喝水或工间休息等人体正常生理、生活需要的 / 104

(三) 职工参加本单位或者经本单位同意参加其他单位组织的集体活动的 / 107

- (四)职工为了用人单位的(正当或合法)利益(在处理重大、紧急情况
的活动中)从事相关活动的 / 110

第三节 工作时间 / 112

- 一、法律规定、劳动合同约定或用人单位规定且实际履行的工作时间 / 113
- 二、完成用人单位临时指派工作的时间 / 115
- 三、各种加班加点延长工作的时间 / 115
- 四、在工作场所,职工从事与工作有关的准备性或者收尾性工作所需的时间 / 115
- 五、在工作场所,因满足吃饭、喝水或工间休息等人体正常生理、生活需要的必要时间 / 116
- 六、在工作场所,换班、代班或者备班的时间 / 117
- 七、松散型管理企业职工为完成工作任务、从事与本单位工作性质相关的活动的时间 / 117
- 八、因工外出期间 / 118

第四节 工作场所 / 120

- 一、与职工工作相关的,用人单位能够对其日常生产经营活动进行有效管理的区域以及自然延伸的合理区域 / 123
- 二、职工为完成其特定工作所涉及的单位内或单位以外的相关区域以及自然延伸的合理区域 / 125
- 三、因工外出所涉及的区域以及自然延伸的合理区域 / 126
- 四、职工来往于多个与其工作相关的工作场所之间的必经区域 / 126

第五节 最高人民法院最新司法解释对一些特殊情形的规定 / 128

- 一、职工在工作时间和工作场所内受到伤害,用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的 / 128
- 二、职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的 / 129
- 三、在工作时间内,职工来往于多个与其工作职责相关的工作场所之间的合理区域因工受到伤害的 / 129
- 四、其他与履行工作职责相关,在工作时间及合理区域内受到伤害的 / 130

第六节 视为工伤的认定与排除工伤认定 / 130

- 一、视为工伤的认定 / 130

- (一)必须在工作时间和工作岗位 / 131
- (二)如何理解“突发疾病”的问题 / 135
- (三)如何理解“48小时”的问题 / 135
- (四)如何理解“死亡”的问题 / 137
- (五)主动放弃治疗是否认定工伤的问题 / 138

二、排除工伤 / 140

第五章 工伤认定标准的法律适用 / 142

第一节 工伤认定的法律解释 / 142

- 一、文义解释 / 142
- 二、体系解释 / 144
- 三、目的解释和法意解释 / 147
- 四、合宪性解释 / 151
- 五、社会学解释——社会效果之考量 / 152
- 六、选择解释方法的规则 / 158

第二节 工伤认定的法律冲突 / 161

第三节 工伤认定的法律漏洞填补 / 163

- 一、目的性限缩 / 164
- 二、目的性扩张 / 165
- 三、类推 / 167

第四节 上下班途中工伤认定的法律适用 / 168

- 一、上下班途中规定的概况 / 168
- 二、上下班规定的文义解释 / 170
 - (一)空间因素 / 171
 - (二)时间因素 / 178
 - (三)目的因素 / 184
 - (四)合理因素 / 187
 - (五)几种法定的上下班途中情形 / 193
- 三、上下班规定的社会学解释 / 195
- 四、上下班法律规定的并存与冲突 / 197
- 五、上下班规定的法律漏洞填补 / 202

第六章 工伤认定的事实依据 / 215

第一节 工伤认定举证责任的分配 / 215

一、职工的举证责任 / 215

二、用人单位的举证责任 / 217

三、职工与用人单位在特别情况下的举证责任分配 / 221

第二节 工伤事实证据的调查核实 / 225

第三节 对特殊工伤事实证据的审核认定 / 228

一、认定或者视同为工伤证据的审核认定 / 228

(一) 发生事故下落不明的审核认定 / 229

(二) 职业病的审核认定 / 229

(三) 突发疾病的审核认定 / 231

(四) 抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动的审核认定 / 232

二、不得认定或者视同为工伤证据的审核认定 / 232

(一) 本人主要责任 / 235

(二) 醉酒或者吸毒 / 236

(三) 自残或者自杀 / 237

(四) 故意犯罪 / 238

三、有关法律文书的排除问题 / 240

四、无法获得法律文书或者法律文书未作出明确认定的处理 / 241

第四节 对工伤事实的判断规则 / 242

第七章 工伤认定的法律程序 / 246

第一节 工伤认定机构 / 246

(一) “统筹地区社会保险行政部门”如何理解 / 246

(二) 由社会保险基金中心承担工伤认定工作的特殊情况 / 247

(三) 用人单位注册地与生产经营地不在同一统筹地区时的工伤认定机构 / 247

(四) 企业的分支机构与企业不在同一地区时的工伤认定机构 / 248

(五) 异地劳务派遣的工伤认定机构 / 248

第二节 工伤认定的申请 / 248

一、申请主体 / 248

二、申请期限 / 249

(一) 申请的法定期限 / 250

(二) 申请期限的起算点 / 250

(三) 申请期限的延长、中止、中断、扣除 / 251

三、工伤认定的申请材料 / 258

第三节 工伤认定的受理 / 259

一、解除劳动关系后提出工伤认定申请的 / 263

二、存在双重劳动关系的 / 263

三、撤回工伤认定申请后,在法定申请期限内再次提出申请的 / 263

四、达成和解协议后又在法定期限内再次申请工伤认定的 / 264

五、作出受理或不予受理决定,但未书面告知并说明理由的 / 264

第四节 工伤认定的决定及送达程序 / 267

一、工伤认定的决定期限 / 267

二、社会保险部门的中止和终止决定程序 / 267

三、工伤认定决定的形式与送达 / 269

(一) 工伤认定决定的形式 / 269

(二) 工伤认定决定的送达 / 270

附录 有关工伤认定的法律规定 / 272

一、司法解释及答复 / 272

1. 最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定 / 272

2. 最高人民法院行政审判庭关于如何适用《工伤保险条例》第十四条第(六)项及第十六条第(一)项如何理解的请示 / 274

3. 最高人民法院行政审判庭关于河南省高级人民法院就《焦作爱依斯万方公司诉焦作市劳动局工伤认定案件的请示》的电话答复 / 275

4. 最高人民法院行政审判庭关于工伤保险条例时间效力问题的答复 / 275

5. 最高人民法院行政审判庭关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复 / 276

6. 最高人民法院行政审判庭关于离退休人员与现工作单位之间是否构成劳动关系以及工作时间内受伤是否适用《工伤保险条例》问题的答复 / 276

7. 最高人民法院行政审判庭关于职工外出学习休息期间受到他人伤害应

否认定为工伤问题的答复 / 277

8. 最高人民法院行政审判庭关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复 / 277
9. 最高人民法院关于非固定居所到工作场所之间的路线是否属于“上下班途中”的答复 / 278
10. 最高人民法院行政审判庭关于国家机关聘用人员工作期间死亡如何适用法律请示的答复 / 278
11. 最高人民法院行政审判庭关于《工伤保险条例》第六十四条理解和适用问题请示的答复 / 279
12. 最高人民法院行政审判庭关于劳动行政部门在工伤认定程序中是否具有劳动关系确认权请示的答复 / 279
13. 最高人民法院行政审判庭关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的, 应否适用《工伤保险条例》请示的答复 / 280
14. 最高人民法院行政审判庭关于职工在上下班途中因无证驾驶机动车导致伤亡的, 应否认定为工伤问题的答复 / 280
15. 最高人民法院行政审判庭关于职工因公外出期间死因不明应否认定工伤的答复 / 281
16. 最高人民法院行政审判庭关于职工无照驾驶无证车辆在上班途中受到机动车伤害死亡能否认定工伤请示的答复 / 281
17. 最高人民法院关于职工在上下班途中因无证驾驶机动车导致伤亡应否认定为工伤问题的答复 / 282
18. 关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因公伤亡的, 能否认定工伤的答复 / 282

二、法律 / 283

中华人民共和国社会保险法(摘录) / 283

三、行政法规、国务院法制办公室复函 / 285

1. 工伤保险条例 / 285
2. 国务院法制办公室对《四川省人民政府法制办公室关于职工退休后被诊断为职业病应如何解决工伤待遇有关问题的请示》的复函 / 295
3. 国务院法制办公室对《关于职工在上下班途中因违章受到机动车事故伤害能否认定为工伤的请示》的复函 / 296

4. 国务院法制办公室对《关于对〈工伤保险条例〉第十七条、第六十四条关于工伤认定申请时限问题的请示》的复函 / 297
5. 国务院法制办公室对《关于黑龙江省劳动和社会保障厅能否对 2003 年工伤认定行为重新作出认定的请示》的复函 / 298
6. 国务院法制办公室对《关于重新进入劳动生产领域的离休人员能否享受工伤保险待遇的请示》的复函 / 298
7. 国务院法制办公室对《关于职工参加单位组织的体育活动受到伤害能否认定为工伤的请示》的复函 / 299
8. 国务院法制办公室对《关于对〈工伤保险条例〉第六十四条的法律溯及力问题的请示》的复函 / 299
9. 国务院法制办公室对《关于职工违反企业内部规定在下班途中受到机动车伤害能否认定为工伤的请示》的复函 / 300
10. 国务院法制办公室对《关于请解决有关劳动保障监察行政处罚问题的函》的复函 / 301

四、人力资源社会保障部规定 / 301

1. 人力资源社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见 / 301
2. 人力资源和社会保障部办公厅《关于工伤保险有关规定处理意见的函》 / 303
3. 工伤认定办法 / 304
 - 附:工伤认定申请表 / 307
 - 工伤认定申请受理决定书 / 309
 - 工伤认定申请不予受理决定书 / 309
 - 认定工伤决定书 / 310
 - 不予认定工伤决定书 / 310
4. 因工死亡职工供养亲属范围规定 / 311
5. 非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法 / 312

后 记 / 315

案例索引 / 317

第一章 工伤认定的基本原则

工伤认定行政案件涉及民生,关系到职工的切身利益。只有保护好作为弱势群体的职工的合法权益,才能实现社会的稳定和发展。近三年,工伤认定行政案件数大约排在各类行政案件前四位,每年一审案件约一万件。随着新修订《工伤保险条例》的实施,工伤保险参保范围进一步扩大,参保人数也不断增加,工伤认定行政案件数有进一步上升的趋势。这类案件数量多、难度大,工伤情形千差万别,不仅需要在具体问题上进一步规范,更需要对工伤认定的基本原则予以明确。工伤认定的基本原则是指社会保险行政部门和人民法院在办理和审理工伤认定行政案件过程中所应当遵循的基本原则。对于工伤认定的基本原则而言,既要考虑到对职工权益的保障,又要考虑到不应增加企业不当负担;既要考虑到对因工受伤者的医治、补偿,又要考虑到督促用人单位改善劳动保护条件;既要体现人文关怀,又要考虑社会的承受能力。因此,工伤认定要从建立工伤保险制度的目的出发,从工伤保障的现实需要出发,从当前经济社会的承受能力出发。具体来说,在工伤认定应当遵循或体现以下几项基本原则。

第一节 合法原则

19世纪到20世纪初的法治国理念,是以个人主义、自由主义、权力分立以及国民主权为基础的。它们要求,法治国理念重视实在法在规范国家秩序中发挥的作用。“由立法者通过的成文法规容易极清楚地确定及建构一个秩序,可避免空泛地援引类似民主、人权等其他源自自然法之标准所招致的不明确性,所以,法治国理念(形式法治——笔者注)逐渐地偏重在其形式方面。易言之,法治国理念强调把法律当作治理国家及科予人民服从义务的工具,至于法律本

身的品质是否符合宪法所追求之保障正义及人权,就失去其重要性。”^[1]由此看来,19世纪到20世纪初的法治国理念以崇尚形式主义和自由主义为基本特征,而形式主义和自由主义关系密切,互为彼此,是一对孪生姐妹,它们共同关注的是实证法在法治国家之中的作用。这种法治理念,也是当时法实证主义盛行下的产物。

“法治思想之发展和行政法学之发展密不可分,现代之行政法体系与架构亦是由自由国民法治之理念所衍生,特别是依法行政原则以及针对行政行为所提供之司法上的权利保护方式之探讨,至今仍受到热烈的讨论。”^[2]较早认识到法治理论和行政法学这种关系的是德国的行政法学之父奥托·迈耶,他在《德国行政法》一书中对这个问题进行了详细而富有远见的阐述。奥托·迈耶认为:“法治就是经理性规范的行政法国家。”^[3]法治意味着对行政尽可能的司法化。既然分权首先确保了法律对司法以外的行政的控制,那么与此相关的法治也要求应尽量广泛地将法规应用到行政法领域中去,同时必须将这种国家决定规定为行政行为并予以充分适用,以在个案中作出有关权利义务的决定并予以执行。这种设置也是从过去的司法经验中借鉴而来的。所以,行政应尽可能地被司法化,同时被迫依照司法的、被紧密约束的、有规律的形式进行。这是法治向制定法规和确立这种设置的立法权提出的要求,也是法治向制定法规命令和做出行政行为的行政机关提出的要求,法治要求它们应该尽可能广泛并丰富地将这些符合法治要求的制度应用到它们的职权范围中去。^[4]

总之,行政权和司法权一样也应受法律约束。法治是以法律拘束国家权力的,是法律统治,只要经国会通过的法律,行政及司法必须完全地服从,尤其是对于行政的拘束。所以,法治的第一要求是行政应该用法的方式来确立,尽可能以法规的方式来拘束。奥托·迈耶的德国行政法学展现了自由法治国思想下行政法的传统观点,该观点强调国家在实施侵害性行为时,必须受到法治国基本理念(如法律优位、法律保留)的拘束,受到行政裁判权的审查,而这也

[1] 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第84页。

[2] 彭国能:“法治国之基本理念”,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》,三民书局1997年版,第394页。

[3] [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,商务印书馆2002年版,第60页。

[4] [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,商务印书馆2002年版,第64—65页。