

工伤排除规则重构:从过错到因果

侯玲玲*

内容提要 《工伤保险条例》第14条第6项以及第16条均以劳动者过错因素作为直接的工伤排除规则,最高人民法院公布的40号指导案例亦采用以无过失为起点的推理逻辑,从而形成了以劳动者过错替代工伤因果关系的刚性规则。工伤排除规则中的过错责任是工伤保险演变的“胎记”,与工伤定义并不协调。为防止个人行为或自愿行为具有可责难性成为排除工伤认定的一般规则,进一步周延工伤定义的理论以及完善工伤法律制度,应在因果关系判断中考虑劳动者过错。当劳动者过错足以改变行为(不再是工作行为)的性质时,方可排除工伤认定。在逻辑上,工伤认定规则中的因果关系应该具有周延而完整的解释力。

关键词 工伤 劳动者过错 工伤排除 因果关系

《工伤保险条例》第14、15、16条(以下简称“工伤三条”)是我国工伤认定的法律依据。第14条规定了认定工伤的情形,第15条规定了视同工伤情形,而第16条规定了排除工伤认定的三种法定情形,即故意犯罪、醉酒或吸毒、自杀或自残。“工伤三条”在现实适用中引发诸多混乱,同案不同判现象严重。以因喝酒死亡的工伤认定纠纷案为例,使用“行政 工伤 喝酒 饮酒”关键词在裁判文书网搜索,就有354个上网判决书。判决书对于喝酒死亡的工伤认定大致有两种:一种是适用第14、15条,以喝酒是否与工作存在必然关系来判定因喝酒死亡是否属于工伤^①;另一种是适用第16条,以是否因醉酒死亡来判定是否为工伤。^②两者的不同在于,前者是以因果关系来认定工伤,喝酒死亡如果为工作必须,属于工作范畴,则认定为工伤,不论是否醉酒;而后者直接将醉酒作为工

* 深圳大学法学院教授。本文系2019年度国家社科基金项目“人工智能对劳动法的挑战及其应对研究”(项目批准号:19BFX178)阶段性成果。

① 参见“林海艳等诉绵阳市人力资源和社会保障局确认再审查行政判决书”(2017)川行再4号,载北大法宝。“该案一审二审认为喝酒与工作没有必然关系,陪客户喝酒不属于工作范围,所受到伤害不属于《工伤保险条例》第14、15条规定,不能认定为工伤。再审则认为,死者陪客户喝酒属于正常工作应酬,应认定为履行工作职责,应认定为工伤。”

② 参见“广州市冀安运输服务有限公司、广州市白云区人力资源和社会保障局劳动和社会保障行政管理(劳动、社会保障)二审行政判决书”(2018)粤71行终970号,载北大法宝。“该判决书认为,因醉酒死亡,属于不能认定工伤的情形”。

伤认定排除情形,因醉酒死亡则排除工伤认定。醉酒作为工伤排除情形,依有关解释为,“醉酒具有主观故意,应由行为人自己承担后果”。^③由此推定,后者是以劳动者过错来排除工伤认定。“工伤三条”的严格文义解释必然得出以过错直接排除工伤的规则。

《工伤保险条例》并未规定工伤认定中考虑劳动者过错因素的一般性规则,但在特定情形或者例外情形中涉及劳动者过错。这种过错排除规则与“工伤保险”的“无过失补偿”并不吻合,由此产生了一个亟待厘清的争议命题,即“劳动者过错与工伤排除规则之间应为何种关系”。这个问题没有在工伤一般条款研究中得到回应。一般条款研究的贡献在于提供了工作与事故存有因果关系、事故导致人身伤害的一般逻辑。^④沿着这个逻辑的进一步贡献是在“因果关系”中提出了“工作过程”以扩大工伤范围。^⑤这种共识强化了一个重要的学术状况,“不问过错”已成为工伤原理中的“不可问”底线。然而,已经有学者关注到工伤认定中似乎不是绝对“不问过错”,劳动者过错当然存在于工伤排除条款中。视同工伤“48小时条款”^⑥、过劳自杀^⑦、醉酒死亡^⑧的相关研究中均涉及现行工伤条款中劳动者过错存在的事实以及对工伤认定影响的论述。只是这些研究不是针对性回应“劳动者过错与工伤排除规则之间应为何种关系”这一命题,仅是在特定情况下的工伤认定中提出了劳动者过错因素,并没有对工伤排除规则予以系统性研究。理论研究匮乏,导致诸多观点各自论说。例如,醉酒死亡研究中,有观点提出为了单位利益的醉酒死亡应是工伤。^⑨即使是为了单位利益,但未进一步阐明醉酒是否为工作所必需,能否影响工伤认定,继而依然无法解决因公醉酒工伤认定中现有判决书凸显的争议问题。过劳自杀研究中提到“工作压力—精神障碍—自杀”,以精神障碍来否定自杀的“故意”。^⑩职场因素导致的自杀原因可能很多,如被侮辱等,而非仅仅工作压力,且该文也提到富士康劳动者在重压下一样工作,“连跳”的毕竟是少数,重压可能导致过劳,但以此否定自杀的“故意”,证明难度确实很大。“48小时条款”研究则认为相当因果关系弱化了工作与疾病的因果关系,如过劳自杀、心血管疾病“视为职业病”^⑪,并没有就相当因果关系中的过错予以具体研究。本文以上述研究为基础,本着回应“劳动者过错与工伤排除规则之间应为何种关系”这一争议命题,对工伤排除规则进行系统

③ 参见国务院法制办公室与人力资源和社会保障部《工伤保险条例释义与实务》,中国劳动社会保障出版社2011年版,第92页。

④ 参见林嘉、魏丽《工伤认定一般条款之立法思考》,载《法学杂志》2008年第1期。

⑤ 参见谢增毅《“工作过程”与美国工伤认定——兼评我国工伤认定的不足与完善》,载《环球法律评论》2008年第5期。

⑥ 参见李海明《依“48小时条款”之病亡的工伤定性》,载《法学》2016年第10期。

⑦ 参见郑晓珊《日本过劳自杀工伤规制之借镜——从富士康事件谈起》,载《中外法学》2013年第2期。

⑧ 参见曾祥全《工伤认定中“醉酒排除条款”研究》,中国政法大学硕士论文2018年。

⑨ 参见前引⑧,曾祥全文。

⑩ 参见前引⑦,郑晓珊文。

⑪ 参见前引⑥,李海明文。

研究 检讨“工伤三条”中的劳动者因素(过错) 作为工伤排除规则所存在的问题, 希冀在完善工伤定义的模式选择上评估工伤排除规则的合理性, 继而就工伤排除规则重构提出具体建议, 以弥补我国对一般性工伤排除规则研究之不足, 为未来完善工伤保险立法提供理论支持。

一、基于过错的工伤排除规则的一般化: 从最高人民法院指导案例 40 号说起

最高人民法院 40 号指导案例(以下简称“指导案例 40 号”) 凸显司法部门与行政部门对劳动者过失与工伤关系的观点差异。该案劳动者受指派外出接人, 在公司所在地商业中心内下楼时滑落台阶而摔伤。指导案例确定了工作场所、工作原因的因素后, 主张排除工伤认定的法定情形仅限于故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀的等三种情形, 过失“不能排除职工受伤与其从事本职工作之间的关联关系”, 从而明确工伤认定与过失的关系。然而, 劳动行政部门在工伤认定中则认为是劳动者注意力不集中导致受伤, 这种过失影响了工伤中的因果关系。该案中, 司法部门和行政部门对于工伤认定中过失因素的适用规则的逻辑完全不同。司法部门认为第 16 条是关于劳动者故意的工伤排除规则, 行政部门则认为劳动者过错会影响工伤认定中的因果关系。综上可知, “工伤三条”形成的规范推理与生活感知的工伤观念出现了明显隔阂, 从而引出以下问题:

首先, “工伤三条”中是否存在过错的问题。《工伤保险条例》第 16 条显然规定了比过失更为严重的过错, 由此可以推出更为严重过错可排除工伤, 较轻事由(过失) 则未必。即使疏忽大意的过失不在法定工伤排除规则中, 也不能推定疏忽大意的过失不影响工伤认定, 例如上下班途中工伤的“非本人主要责任”判断与过失有无、大小均有关系。

其次, 过错与工伤排除规则的一般建构性问题。“指导案例 40 号”认为不够谨慎的过失不影响工伤认定, 其立论大致有三: (1) 工伤保险所分担的事故包含了受伤职工具有疏忽大意、精力不集中等过失行为的工伤事故; (2) 根据工伤保险的“无过失补偿”原则, 劳动者主观过失不是工伤排除条件; (3) 工伤排除规则具有私法上的适用效果, 既然《工伤保险条例》仅规定若干故意情形的例外, 那么其他的故意情形以及同属于劳动者因素的过失将不会排除工伤认定。与之不同, 劳动行政部门在工伤认定中主张劳动者过失会影响因果关系。在没有雨雪等客观因素情况下, 劳动者精力不集中而摔伤, 就不是因工作原因而受伤。过错在工伤原理中的一般存在性问题显然超越了“工伤三条”的内容。有关工作原因、工作场所、工作过失等三个方面的争议纠缠在一起时则出现了劳动者过错影响工伤认定的抗辩。

最后, 故意与第 16 条工伤排除规则之间的关系问题。从文义上看, 一般认为, 第 16 条所列三种情形中, 除了“故意犯罪”这种情形属于劳动者故意外, 其余两种情形并不必

然。例如,醉酒或者吸毒可能是非自愿的,自残或者自杀也可能是无意识、不自主的。那么,故意是否是第16条工伤排除规定的基础则值得进一步商榷。

二、我国工伤排除规则中的劳动者过错及其缺陷

我国现行工伤保险立法没有明确定义工伤,也没有清晰地规定工伤认定规则中的劳动者过错因素。^⑫然而,劳动者过错因素却存在于若干工伤排除规则中,《工伤保险条例》第14条第6项、第16条的具体规定及其解释凸显劳动者过错对工伤排除规则的影响。检讨这些规定可透视劳动者过错因素在工伤认定中的存在及其缺陷。

(一) 我国工伤排除规则中过错因素的存在

1. 上下班途中工伤认定中的“非本人主要责任”

我国上下班途中工伤的立法是限缩性立法技术,相应的法律解释亦偏向限缩解释。在立法上,上下班途中工伤仅限于特定事故类型的工伤,即是列明的交通事故,事故类型的扩大极为谨慎,上下班途中发生的其他意外就不在工伤事故的范围内。在司法解释中,“上下班途中”是以合理时间和合理路线为前提的。^⑬“非本人主要责任”也成为限缩上下班途中工伤认定的重要立法技术。

根据《中华人民共和国道路交通安全法》(2011第二次修正)第76条规定,机动车之间发生交通事故适用过错责任,机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故适用偏向非机动车一方的复杂过错责任。具体而言,非机动车一方没有过错就推定责任在机动车一方,非机动车一方的过错可减轻机动车一方的责任,机动车一方没有过错也要承担部分责任。由此,“非本人主要责任”可细分具体规则是否适用过错责任。简单过错责任中,主要责任一方一定是主要过错方;复杂过错责任中,本人主要责任一方至少是推定的过错责任。上下班途中的事故受害者若为主要责任一方,必定是过错方,过错者所受事故伤害不属于工伤;上下班途中的事故受害者若为非主要责任一方,此时若为非机动车一方却可能也有过错,可认定为工伤。以道路交通事故责任的划分来看,上下班途中工伤中的劳动者过错会影响其所受伤害的工伤认定,但是经由“非本人主要责任”的其他部门法的规范建构后,其间的规则变得较为复杂。不驾驶机动车上班已然成为增加工伤保障的重要生活法则,此种情况下,劳动者过错并不影响工伤认定。从交通事故民事责任承担的学理来看,有学者认为我国立法应是以过错推定为基本、过错责任为辅助的归责原则,^⑭也有学者认为应该坚持过错责任原则并根据过错程度建立不同的

^⑫ 工伤排除规则主要在考虑工伤认定中的劳动者因素,这里准确的说法也应该是“劳动者因素”。但是,本文所使用的“过错”重在强调此种规则中的过错因素,特别是其中的可责难性,这与“故意”意义上的过错有较大差别。

^⑬ 参见《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》(法释〔2014〕9号)第6条。

^⑭ 参见杨立新《我国道路交通事故责任归责原则研究》,载《法学》2008年第10期。

赔偿制度。^⑮应该说,责任与过错一一对应,过错较大,则为主要责任,上下班工伤中劳动者须证明自己没有过错或过错较小。

“非本人主要责任”在司法实践中产生了一种交通管理部门无划分责任动机的单方交通事故下的上下班途中工伤案例。依照《工伤保险条例》规定,工伤认定的举证原则有利于劳动者一方。然而,交通事故举证责任的主体主要是劳动者,劳动者举证不能时,应当承担不利后果,所受伤害不能认定为工伤。^⑯要划分单方交通事故责任就需要另一个承担责任的主体,例如事发主要原因是新车刹车故障,则主要责任人可能是机动车生产商。假如事故原因是雷雨大风、路边的风景,那么事故责任划分就甚为荒唐,此处的劳动者过错判断也变得非常主观,因为能不能归责于雷雨大风、路边风景本身就是一个想象的主观世界。由此推测,单方交通事故中价值判断的空间巨大,劳动者是否负有主要责任可能会转化为对劳动者过错或过失因素的吹毛求疵。

整体而言,上下班途中所受诸事故中的“非本人主要责任”主要是就劳动者过错因素而言。劳动者无过错成为上下班途中工伤认定的一个重要条件。上下班途中工伤以非本人主要责任为直接前提,这种制度设计强化了上下班途中工伤与交通事故民事责任的竞合。在理论模型上,将工伤建立在案外侵权关系的基础上,使得上下班途中工伤的理论缺乏自足性;在技术操作上,将两个复杂的请求权体系叠加在一起,无论何种制度选择都无法在补偿公平和赔偿正义中同时妥当。

2. 故意犯罪中的过错

故意犯罪作为工伤排除规则最直接考虑了劳动者过错因素。劳动者所受伤害伴随着故意犯罪,径直改变了工伤属性,排除工伤给付的可能。我国《刑法》第15条对故意犯罪有明确定义^⑰,故意犯罪一般分为直接故意和间接故意,故意的程度可能不影响定罪,但对量刑的影响是毋庸置疑的。^⑱在私法上,故意程度也可影响责任按比例分配。然而,在我国工伤保险立法上,则不论故意程度,只要涉及故意犯罪,就简单排除工伤。

伴随工伤的故意犯罪大致有两种情形:一种是行为竞合的伤害型犯罪,例如故意伤害罪、故意杀人罪。常见情形是因工作而引起的或与工作相关的伤害行为。有两个公开的案例显示了此种情形的裁判思路。案例一,同事甲乙因工作原因发生吵架,甲连续两次拿塑料凳砸向乙均被躲开,乙则掏出随身携带弹簧刀将甲刺伤后导致甲失血性休克死亡。法院认为,打斗行为超出职责范围,不属于职务活动或雇佣行为,甲的死亡不属于工伤。^⑲案例二,甲因工作原因与乙发生抓扯、互殴受伤,在等待就医时被乙叫来的

^⑮ 参见雷群安《我国道路交通事故民事责任承担模式反思——以预防和减少道路交通事故的发生为视角》,载《政治与法律》2014年第7期。

^⑯ 参见向春华、简华良《交通事故工伤中非本人主要责任的证明》,载《人民司法》(案例)2016年第32期。

^⑰ 参见《中华人民共和国刑法》第14条规定,“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”

^⑱ 参见陈烨《区分故意类型定罪问题之我见》,载《中国刑事法杂志》2013年第2期。

^⑲ 参见“易运年、严培香等与惠州市惠阳区人力资源和社会保障局劳动和社会保障局劳动保障行政判决书”,(2013)惠中法行终字第61号,载北大法宝。

丙二次伤害。法院认为,第一次伤害不是工伤,原因是互殴违法过程中的受伤不能认定为系履行工作职责所致;第二次伤害更不是工伤,因为就医途中被他人犯罪致伤,并非工作原因所致。^{②①} 案例一中,甲的伤害是由于不当的管理行为所引起,但法院并未考虑此种因素而是径直将其定性为非职务活动。案例二中,对二次伤害的定性更像是对一个完全孤立事件的定性,根本没有考虑两次伤害的前因后果。上述案件分析起点皆为伤害是否因履行职务行为或职责所致,但是按照其逻辑,工作过程中的诸多伤害均会排除在外。另一种是故意犯罪与伤害之间存在因果关联。刑法分则规定的诸多故意犯罪可与伤害产生关联。例如,有用人单位主张劳动者因索贿被打伤,应属于此种工伤排除情形,只是因证据不足而未进一步探讨。^{②②} 仅就文义理解而言,劳动者在工作过程中索贿而被打伤可以排除工伤认定。问题在于,若按此种理解,绝大多数的故意犯罪只要伴有伤亡发生则可在逻辑上成为此处的“故意犯罪”。因劳动者故意犯罪行为而引致伤害的,劳动者故意可能仅是伤害的起因或诱因,这并不等于劳动者在事故或伤害本身上是故意的。因工伤事故而引致故意犯罪的,劳动者故意仅是伤害之后另一行为的故意,这更不等于劳动者在工伤事故上有故意。例如,劳动者提供服务被打伤是一个事实,紧接劳动者将对方打伤是另一个事实,即“因工受伤,一气之下引发还击犯罪”。^{②③} 事实上,故意犯罪与其伴随的伤害结果很难区分,更多是逻辑上的区分。

从比较法的角度来看,故意犯罪中涉及同事间打架斗殴的,一方所受伤害是否属于工伤须具体判断。在美国的“伯德案”中,劳动行政部门区分了“攻击者”和“起因于工作且发生在工作过程之中”的标准,并将“起因于工作”理解为“工作创造了导致事件发生的联系和条件”。^{②④} 在特定情况下,攻击者所受伤害也可能属于工伤。这种秉承工伤定义的解释思路与我国简单工伤排除规则相比,显得更为符合逻辑,也更能切实地保障真正的职业伤害者。

3. 醉酒或者吸毒中的过错

我国法律禁止吸毒,企业自然也不会在工作中默许自己员工吸毒。但当吸毒本身构成职务行为时,自有例外中的例外,例如警察卧底时吸毒而染上毒瘾属于因卧底工作需要默许的行为,其伤害属于工伤。^{②⑤} 只是吸毒上瘾后伴随的伤害并不是无限地属于工伤。然而,我国有着饮酒传统文化和习俗,很多业务或工作都是在酒桌上谈成的。对于醉酒是否属于工伤,有严格按照条文解释主张非工伤的,也有本着理性假设来解释是否属于工伤的。^{②⑥} 如有认为不认定工伤有利于遏制喝酒风,也有认为认定为工伤或许更有

^{②①} 参见“朱德明与南充市人力资源和社会保障局、第三人南充市逗号园林设计有限责任公司劳动和社会保障纠纷一案行政判决书”(2015)顺庆行初字第75号,载北大法宝。

^{②②} 参见“雷克洋、温州市华瓯建设工程监理有限公司劳动争议案”,(2016)浙03民终1307号,载北大法宝。

^{②③} 参见杨学友《因工负伤但同时涉嫌故意犯罪,能否认定工伤》,载《人民政坛》2013年第5期。

^{②④} See *David Bird v. Advance Security*, H&AS No. 84-69, OWC No. 015644, (D. C. Dept of Empt Servs. June 7, 1985).

^{②⑤} 参见程胜清《染上毒瘾是卧底需要吗?》,载《检察日报》2012年8月29日第5版。

^{②⑥} 参见秦希燕《各方激辩——因公醉酒伤亡算不算工伤》,载《检察日报》2009年12月21日第6版。

利于单位从经济的角度自觉抵制喝酒风。尽管因公陪酒以致醉酒身亡若非工伤有悖常理,但是《工伤保险条例》第16条通过刚性规定将醉酒伤亡排除在工伤之外,在法律上,醉酒成为工伤认定的排除事由,此规定更多是立法政策对饮酒的态度。

在醉酒或吸毒仅构成了伤害的前状态或部分原因时,其后行为或过程中所受伤害是否能认定为工伤则有讨论的必要。一种情形是醉酒后在上下班途中伤亡。此种情形会与上下班途中工伤认定联系在一起,在劳动者非本人主要责任的情况下,仍然存在醉酒不排除工伤认定的可能。一种情形是醉酒后出现工作过程中的伤害。通常,醉酒会增加工作伤害的可能性,用人单位也多数禁止酒后上班。工作前饮酒在特定情况下有其合理性,存在可谅解理由。简单排除醉酒的规则意味着酒后上班受伤的工伤认定重心成为饮酒和醉酒的区分标准以及相应的举证问题。^{②6}此时,根本不去考虑因工受伤的事实,也不去分析醉酒本身是否有原因。

对醉酒排除工伤的质疑并不应该局限于因公醉酒的讨论,因为此种情形下醉酒有着明显的工作上的原因,其在理论上属于工伤。但是,从舒缓压力而饮酒和工作场所控酒的角度来看,有些领域的饮酒尽管有明显害处,雇主却很难去执行严格的控酒政策。^{②7}从法律上看,限制饮酒涉及私人权利,工作饮酒极有可能是个人习惯;限制饮酒还涉及酒文化,工作饮酒也有可能是职场文化的一部分。就此而言,醉酒是否排除工伤断不能仅从醉酒的可责难性出发即得结论。

4. 自残或者自杀中的过错

自残是一种故意行为、自己行为,不应纳入工伤范围,但是工作中所受伤害是否属于自残则应该有极高的标准。一方面,应该在是否属于故意自残上有充分的举证。^{②8}另一方面,应该对充分证明后的故意自残做进一步的原因分析。否则,在证明结构上就不会考虑自残故意是如何形成,更不会区分自残的故意是积极主动的抑或消极放任的。^{②9}笼统地将自残认定为个人过错,势必将具有职务因素的受伤害认定为个人行为。

自杀是自残更为严重的自我伤害行为,常识认为个人不会无原因地自杀。假如把自杀直接认定为劳动者过错,则扩大了对自杀行为的责难性。富士康员工自杀事件凸显了劳动组织治理中,尊严认知与获得差距所引发的组织内员工退出、呼吁和自杀等各种保护性行动。^{③0}员工自杀虽然是故意,但却是对工作管理的一种对抗。有学者从过劳的角度引入日本的过劳自杀理论,其实质是将因罹患业务性精神障碍而自杀的认定为工亡,其重点是对因业务而产生的心理负担强度的评价。^{③1}过劳并非因工引起自杀的

^{②6} 参见“抚顺宏峰细木板厂不服抚顺市人力资源和社会保障局工伤认定决定案”(2011)抚中行终字第00021号,载北大法宝。

^{②7} See Krause, Barbara L. *Drug and Alcohol Abuse in Mining: An Employer's Dilemma*. *Journal of Mineral Law & Policy*, Vol. 3, Issue 2 (1988), pp. 465-516.

^{②8} 参见潘行球《是否属故意自残举证要充分》,载《中国劳动保障》2009年第1期。

^{②9} 参见达一:《职工班中自残能定为工伤吗?》,载《现代职业安全》2007年第8期。

^{③0} 参见汪和建《尊严、交易转型与劳动组织治理:解读富士康》,载《中国社会科学》2014年第1期。

^{③1} 参见前引⑦,郑晓珊文。

唯一原因。例如在因工受外伤引起的脑震荡而导致的抑郁情绪影响下发生扩大性自杀的也应该属于工伤,现行制度将自杀作为排除工伤认定的刚性规定而阻碍了此种工伤救济可能。^②

(二) 现行规定的缺陷

《工伤保险条例》所规定的工伤排除法定事由或多或少考虑到劳动者过错,这些规定均有鲜活的司法实践,甚至在特定情形下延伸出新奇的案例。这种直接考虑劳动者过错因素的立法技术,整体性映射了工伤与劳动者过错的生硬对接关系,既造成了工伤理论体系的困惑,也造成了法律解释的失当,更让具有复杂理论基础的工伤排除规则在制度中未能得以实现。这是当下应考虑和解决的制度缺陷。

1. 工伤理论体系的缺陷。在工伤认定中直接考虑劳动者过错因素,脱离了工伤定义的解释体系,造成了工伤的定义缺陷。我国虽然在立法中没有明确地定义工伤,但是《工伤保险条例》立法目的仍然给出了工伤抽象内涵,即“因工作遭受事故伤害或者患职业病”。工伤的定义应是“因工受伤”,并不直接排除劳动者过错情形。但是在列举式工伤定义中出现了四处涉及劳动者过错的规定,这让工伤定义的包容性大打折扣。在将劳动者过错因素直接作为工伤排除规则时,工伤补偿成为针对无过错劳动者的补偿,这明显是建立在私法过错责任基础上的赔偿,与工伤社会化补偿原理产生了冲突。简言之,定义上的缺陷带来了制度整体的解释悖论。

2. 工伤规范解释的文意缺陷。工伤排除事由中的劳动者过错因素并没有嵌入工伤的定义体系,这强化了列举性规范的刚性。如此刚性的规范使得劳动者过错所排除的工伤缺失了社会基础。例如,在有紧急事由和雇主指令下的上班仓促而导致责任事故的,劳动者虽然在事故中承担主要责任,但是将其纳入工伤更令人信服;在具有正当职务行为的前提下或因果下出现的故意犯罪、吸毒或者醉酒、自残或者自杀具有明显的非责难性,将其纳入工伤是法律解释应有的努力和贡献,而刚性规范并没有提供相应的解释空间。

3. 工伤制度与其他制度衔接上的缺陷。首先,工伤与侵权理论的衔接及其实施是工伤法理论必须要回应的问题。工伤定性不问过错,但在工伤给付中不得不个别地回应过错补偿,因此产生了工伤与侵权竞合给付的不同模式,且在并行给付中出现了按项目分情况处理的实践和学说。^③考虑劳动者过错因素大大增加了工伤和侵权的竞合可能,使得技术性处理日益复杂并不断平衡,以侵权难以或无法救济的工伤理论假设前提受到极大挑战。其次,工伤与保险理论的衔接及其实施也是工伤制度必须要遵守的。保险原理自会考虑过错,但是涉及劳动者过错的排除规则并不像雇主责任保险传统中的排除规则那么合理。伴随着工伤范围扩大,异化工伤中过错责任的影子更加明显,然而通过“非本人主要责任”来扩大工伤范围却明显是乱上添乱。

^② 参见黄乐平《由外伤引起的自杀,是否为工伤?》,载《现代职业安全》2007年第12期。

^③ 参见周江洪《侵权赔偿与社会保险并行给付的困境与出路》,载《中国社会科学》2011年第4期。

现行规定在实务中出现了诸多问题,这并不意味着工伤排除规则不应考虑劳动者过错因素,只有解决现行规定的缺陷,才能将工伤排除事由中的劳动者过错进行很好的制度安排,让工伤的定义更准确、范围更妥当、司法推理更顺畅。唯有如此才能重新检讨“指导案例40号”。

三、工伤排除规则中劳动者过错存在的原因分析

“指导案例40号”在解释工伤排除规则时使用了过错划分的方法,有着浓厚的过错责任影子,其中的悖论在于同时使用了无过失补偿和劳动者过错因素两种推理。我国工伤认定中考虑劳动者过错的四种情形更是将劳动者过错作为排除工伤认定的直接要素并产生了诸多缺陷。究其原因,工伤排除规则与过错责任之间的关系是复杂的、历史的,其形成与发展受到不同观念和制度的影响。工伤保险所定义的职业灾害抑或工作相关伤害与工伤保险制度的发轫与发展有关,工伤的范围是否经由过错责任的检验也不尽相同。总体来看,劳动者过错因素影响工伤认定源于以下三个方面。

(一) 侵权理论的影响

工伤保险制度是在职业灾害法律救济机制不断演进的基础上“妥协”性选择的结果。有关过错责任向工伤保险演变的诸说却极易忽略这个事实,尤其是在简单化描述或总结过错责任向工伤保险演变时,过错责任与工伤保险关系的来龙去脉容易被掩盖。例如,有观点认为,职业伤害赔偿从现代侵权行为法中分离出来而被社会保险法所吸收。^⑤这种区分工伤保险和侵权救济的思维将工伤补偿法与侵权法远远剥离,工伤保险制度拒斥侵权的思维。其实,工伤保险根本不能否认侵权责任在职业灾害中的存在及价值,其理论也不能独立于责任理论的话语体系。

通说认为,作为社会保险的工伤保险肇端于德国俾斯麦时期的劳工伤害保险法。有学者在介绍德国工伤保险的制度优势时认为,强制灾害社会保险比过错责任有着明显的优势,工伤保险大博世界赞赏、他国旋即效仿。^⑥但是,与英法相比,德国是工业化的后进国家,在其引入劳工伤害保险前,工伤救济机制即便是停留在过错责任上,也不是毫无任何作为。德国1871年的《雇佣人责任法》就铁路、矿业及特定工厂中发生灾害,扩张雇佣人原有的民事责任。经营铁路的雇主就其经营中所发生的伤亡负无过失赔偿责任,而矿场、工厂等雇主则以其选任的干部职员在业务执行过程中的过失行为为前提。但干部职员过失的举证责任由被害人负担。^⑦如果跳出德国立法例,从更多的制度演进来看,侵权理论对工伤规则的影响同样具有深刻性,更体现了制度逐渐演变时的某些特征。

^⑤ 参见林嘉《社会保险对侵权救济的影响及其发展》,载《中国法学》2005年第2期。

^⑥ 参见王卫国《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社2000年版,第89页。

^⑦ 参见黄越钦、王惠玲、张其恒《职灾补偿论》,台湾五南图书出版社1995年版,第121-122页。

责任和保险在逻辑上并非是替代性的,两者恰似两条可缠绕的演进线,总是以某种方式衔接或交织在一起。过错责任的不断演变是一条线,特别是在雇主对雇员损害的责任上,经历了过错责任、推定的过错责任、无过错责任(严格责任)的不断演变;^{③7}工伤保险的萌芽、发展到成熟是一条线,在职业灾害救济机制上,先后至少存在着劳动者合作保险、雇主责任保险。^{③8}两者不能互相推导,且两条线的分段并不具有对合关系,似乎有着错序下的对应关系。抽象地看,过错责任向工伤保险演变中存在三种理想的对应关系:过错责任和劳动者合作保险、推定的过错责任和雇主责任保险、无过错责任和工伤保险。在过错责任下,劳动者难以证明雇主过错,劳动者承担职业风险,劳动者合作保险随之而生。这种实践的历史痕迹是工会以及劳动者组织管理或推动的工伤保险。在推定的雇主过错责任下,雇主所承担的仍然是过错责任,但是雇主必须证明自己无过错,这意味着雇主承担了绝大多数的职业风险,相应的雇主责任保险则不承保雇主或雇员的故意和重大过失。在无过错责任下,雇主承担所有的职业风险,实现了雇主责任和工伤保险给付义务的分离,此种情形雇主过错并不是拒绝履行工伤保险给付义务的抗辩理由,准确地讲,工伤保险不问雇主是否有过错,工伤理论自此“横空出世”。

工伤理论屏蔽了工伤事故中的过错责任。简单的工伤保险给付并没有精细地回应过错的存在空间。例如,雇主故意或有重大过失时,是否影响工伤的认定,以及如何处理雇主责任和工伤保险给付的关系;劳动者故意或有重大过失时,是否影响工伤的认定,以及如何处理工伤保险给付和劳动者向雇主赔偿的关系。这在工伤保险给付与侵权损害赔偿给付的关系上出现了不同的做法和看法,在学说上出现了补充模式、兼得模式、替代模式和选择模式。^{③9}有学者在总结审判实践的基础上提出以不同赔付项目的性质来分别判断是否构成重复填补的并行给付模式^{④0},而这种得到推崇的处理方式已经不再拘泥于抽象的工伤保险理论。工伤保险在屏蔽过错责任的同时又在给付中“偷偷”地考虑过错因素。当然,这并不意味着立法不能解决“单赔”抑或“双赔”的制度安排,^{④1}工伤理论必须要回应过错者的责任问题。若基于过错责任而获得赔偿,在选择模式下会排除工伤保险给付也无不可。基于过错的赔偿请求权是留给劳动者,还是转化为保险代位权,只是一个技术问题。再如,德国的工伤保险是比较纯粹的劳动者补偿,劳动者不能再向雇主主张过错责任,但是劳动者仍然有向第三人的请求权。^{④2}无视过错的工伤保险不仅有瑕疵,而且是不现实的理想模型。工伤救济自侵权法体系分离后进入社会保险法体系更多是理论上的纯化,却并不能否定侵权理论在工伤救济中的存在和影响。

^{③7} 参见张新宝《工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系》,载《中国法学》2007年第2期。

^{③8} 参见[美]约翰·法比安·维特《事故共和国——残疾的工人、贫穷的寡妇与美国法的重构》,田雷译,上海三联书店2008年版,第122-176页。

^{③9} 参见前引^{③7},张新宝文。

^{④0} 参见前引^{③3},周江洪文。

^{④1} 参见郑尚元《〈工伤保险法〉之立法构想》,载《甘肃社会科学》2018年第3期。

^{④2} See Parsons C. Liability Rules, Compensation Systems and Safety at Work in Europe. Geneva Papers on Risk & Insurance Issues & Practice, 2002, 27(3): 358-382.

如果不在工伤基础理论中充分考虑这一点, 工伤给付和侵权给付的现实关系就永远是一种权宜之计。

(二) 对保险原理的遵守

无论劳动者合作保险, 还是雇主责任保险, 均是在过错责任基础上建立的制度, 故而与过错责任有着很好的衔接。有意思的是, 此两种保险机制中基于过错和保险原理的排除规则在工伤保险中有所留存。换言之, 虽然工伤保险原理否认过错责任, 但是继承了原有的某些保险规则。

美国的工人合作保险在 19 世纪末一度很繁荣,^{④③} 合作保险同样面临一般保险中的道德问题和逆向选择问题。其做法是对申请者进行体检, 彻底调查申请者品行, 对体检中虚报年龄和撒谎者予以开除。在具体的协会章程中通常会规定排除醉酒、斗殴和其他可耻行为所导致的伤残, 多数会规定排除自愿面对非同寻常危险所带来的威胁。^{④④} 唯有切实地限制保险的范围, 才能确保保险的是真正的职业事故伤害。例如 20 世纪初, 美国兄弟会的理赔主要针对工作事故受害者, 而到了 1914 年, 对病患成员或自愿原因死亡成员家庭的理赔已经超过对工作事故受害者的理赔。^{④⑤} 这显然是工作合作保险失败的一个直接原因。

雇主责任保险属于事故保险, 沿袭侵权法中的过失原则, 在具体保单上会排除诸多劳动者因素。首先, 要求劳动者健康状况良好, 无精神疾病, 生活节制。其次, 排除劳动者有过失的事故类型。在雇主责任保险刚刚开始时, 通过判例而不断积累的排除类型有自愿面对不必要危险所造成的事故、因酒精饮料影响而导致的事故、违法行为所造成的事故、自愿透支身体所导致的事故、未适当注意个人安全而带来的事故等等。^{④⑥} 事实上, 保险机构不仅会排除劳动者过失造成的伤害, 而且对劳动者故意造成事故而诈骗保险金的行为更为警惕。这种工伤例外虽然是在雇主责任保险的基础上通过判例累积形成的, 但是当今美国工伤保险法律制度却相当程度地继承了这些规则。以《加州劳动法》为例, 其所定义的工伤就排除了诸多类似的情形, 例如因吸毒、醉酒或使用其他违禁品而受伤害的, 故意自残、自杀的, 因口角挑起冲突而受伤害的等等。^{④⑦} 其虽然规定工作是导致伤害近因, 不问过失, 但是所列举的逐项情形中又予以体现。

我国《工伤保险条例》第 16 条所规定的工伤排除情形可看作是原有保险成例的继承。在工伤保险之前, 我国工伤事故是在计划用工体制内完成的。改革开放初期新生的企业形态缺乏相应的制度环境, 对工伤事故更无救济。此种背景下, 也存在雇主为雇员受伤害而购买的意外保险。1990 年代初, 在私营企业快速发展的背景下, 保险公司所设计的雇主责任保险中有明确的除外事项, 包括“因罢工、暴动、战争、暴力、酗酒等行为

^{④③} 参见前引^{④②}, 黄越钦、王惠玲、张其恒书, 第 95 页。

^{④④} 参见前引^{④③}, 约翰·法比安·维特书, 第 143-144 页。

^{④⑤} 参见前引^{④③}, 约翰·法比安·维特书, 第 134-135 页。

^{④⑥} 参见前引^{④③}, 约翰·法比安·维特书, 第 129 页。

^{④⑦} See Inc. Matthew Bender & Company *Parker's California Labor Code* 2015 Lexis Nexis 2014 p. 315-316.

招致的伤害和疾病、流行病、分娩、流产等支付的医疗费用,以及被保险人的故意行为或重大失误,都应规定为除外责任。”^{④⑧}从工伤保险的实践来看,排除工伤的三种情形均可在雇主责任保险的除外责任中找到影子。例如,故意犯罪的可追溯至暴力行为造成的伤害,醉酒的可追溯至酗酒造成的伤害,自残自杀的可追溯至被保险人的故意行为。从规则出现和定型来看,考虑劳动者过错因素的诸多工伤排除规则多来源于保险实践,内含着保险的制度理性。

(三) 上下班途中及其他: 异化的工伤

工伤补偿的一个重要原理是雇主或企业享有经营利润就应该承担商品生产和服务提供中所发生伤亡的最终责任。^{④⑨}普通人对工伤的认识也多限于工作中所遭受的事故伤害。但是,工伤范围却比工作中受伤的范围要大很多,其中最为典型的则是上下班途中工伤。在雇主并不提供交通工具的情况,很难发现雇主承担责任的侵权法基础,而上下班途中事故作为交通事故却往往有其他更为直接的责任主体,例如公共交通的提供者、造成交通事故的过错一方。正是因此,不同国家对上下班途中事故是否纳入工伤有着明显不同的选择,如英国和美国并未将上下班途中事故纳入工伤赔偿范围之内,只是英国例外说明在雇主提供交通工具的情况下则属之。^{⑤⑩}与此类似的观点则认为,上下班途中事故应通过交通事故的社会化补偿方能实现其理论自洽。^{⑤⑪}更多的国家则将上下班途中事故纳入工伤赔偿范围内,但又对上下班途中事故的工伤规则有特别的规定或限制。例如,日本对上下班途中工伤和业务工伤进行了特别定义和不同设计,上班途中利用单位专用交通工具过程中受伤则为业务工伤,^{⑤⑫}而上下班途中工伤仅指因就业之故而在住所与就业场所或者就业场所之间的合理路线上所出现的伤害,这种工伤并无雇主补偿的责任基础,其缴费主体、保险费率、休业等待期、以及解雇保护等方面均与一般工伤不同。^{⑤⑬}上下班途中工伤在本质上是异化的制度安排,其性质很难界定,实践也争议甚多。我国在上下班途中工伤制度安排上几经变迁,从《企业职工工伤保险试行办法》(1996年)、《工伤保险条例》(2003年)以及《工伤保险条例》(2010年修订)有关上下班途中工伤的规定来看,最初的限制是“无本人责任或者非本人主要责任的道路交通事故”,后来放宽为“机动车事故”,但是最近的修法又限定为“非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故”。可见劳动者在事故中的责任是否影响上下班途中工伤判定着实令立法者纠结。

上下班途中事故伤害作为异化的工伤类型是工伤范围逐步扩大的结果,然而,工伤

^{④⑧} 刘芙田《在私营企业中尽快推行雇主责任保险的探讨》,载《保险研究》1994年第4期。

^{④⑨} See Joseph W. Little, Thomas A. Eaton & Gary R. Smith, *Workers' Compensation cases and materials*, West Academic Publishing, 2004, p. 74.

^{⑤⑩} 参见张其恒《论通勤灾害应否视为职业灾害》,载台湾《政大劳动学报》2011年第27期。

^{⑤⑪} 参见李海明、郑尚元《通勤事故损害赔偿解释论》,载《法治研究》2010年第5期。

^{⑤⑫} 参见金剑《中日工伤保险制度比较研究》,首都经济贸易大学硕士论文2013年。

^{⑤⑬} 参见郑晓珊《日本通勤灾害保护制度探析——兼谈对我国〈工伤保险条例〉第14条第6款之再审视》,载《社会法评论》(第6卷)林嘉主编,中国人民大学出版社2016年版,第84-100页。

适用情形的扩大却远不止于此。例如我国视同工伤情形, 其中就规定了争议巨大的“48小时条款”病亡的工伤条款。此种将突发疾病死亡视为工作过程中的事故伤亡逻辑更无雇主补偿的责任基础, 但是仍然可以从职业病因果关系中分析雇主责任因素。^{⑤4} 若以此来看过劳死法律救济逻辑, 仍然要在雇主和劳动者之间分配责任。此外, “指导案例40号”也表明了过错的另一种存在可能, 即远离典型的业务伤害却又纳入工伤范围者, 过错成为限制所扩大范围无限适用的一种手段。

四、工伤排除规则的理论重构: 在因果关系中考虑劳动者过错

重构工伤排除规则的实质是定义工伤, 有必要比较工伤定义的立法例, 以检讨我国的工伤定义模式。工伤定义的核心是在工作与健康之间建立因果关系。因果关系理论不仅会影响工伤的定义, 而且会将过错因素考虑进工伤概念中, 进而实现工伤定义与劳动者过错因素在理论构建中的统一。逻辑上, 工伤排除事由并不否定既有工伤结论, 但会影响工伤因果关系的过程判断。工伤排除事由应该是列举性的, 这些列举主要是对劳动者因素影响因果关系的具体化, 其中不少列举是有关劳动者过错的。

(一) 工伤定义模式“因为”“为了”抑或“过程”(条件)

《工伤保险条例》通过列举式立法确定工伤范围。尽管《工伤保险条例》第14条第1项所规定的“工作时间”“工作场所”和“工作原因”似乎成了工伤的一般条款, 但是这明显是非常狭义的工伤情形, 也几乎不会囊括后续的任何工伤情形。支持列举性立法的观点更看重经验在工伤范围中的价值。“抛开逻辑主义, 只有经验主义可以采纳, 尽管常常出现顾此失彼而产生法律漏洞的情形, 但没有更好的法律规范模式可以采纳。”^{⑤5} 然而, 主张定义工伤者仍然希望立法上提供认定工伤的一般条款, 因为开放、普适的定义有着诸多功能, 不仅在实践中可填补列举性的漏洞, 而且能够在理论上促进工伤范围的妥当化、体系化。^{⑤6} 从可见的工伤定义来看, 经验和逻辑并非冲突, 而是互补。引入工伤定义, 并不意味着要放弃列举工伤的情形。

1. 德国的因果关系+扩展列举模式。德国工伤定义是分别规定工伤事故和职业病的。德国《社会法典》所定义的工伤事故是“因被保险人从事享受保险保护的工作而在短时间内从外部对身体造成影响并导致健康损害或死亡的事件。”^{⑤7} 这样的定义明显对“工作”的定义范围要窄, 因而后款又规定了两种通勤事故和劳动工具事故, 并有更进一步的限制或例外。^{⑤8} 前述定义提供了德国工伤定义的构成要件及其逻辑关系, 即从被保

^{⑤4} 参见前引⑥, 李海明文。

^{⑤5} 郑尚元《工伤保险法律制度研究》, 北京大学出版社2004年版, 第70-71页。

^{⑤6} 参见林嘉、魏丽《工伤认定一般条款之立法思考》, 载《法学杂志》2008年第1期。

^{⑤7} 蔡和平《中德工伤保险法律制度比较研究》, 北京大学博士论文2004年。

^{⑤8} 参见前引⑤7, 蔡和平文。

险工作与事故之间的责任成立的因果关系,以及从事故与健康损害之间的责任范围的因果关系。^⑤ 这里工作与事故之间的因果关系极其抽象,具体因果关系的判断有赖于司法实践的展开。其好处是已经将通勤以及其他扩张的工伤进行了单独规定,属于一般条款加特别条款的立法模式。

2. 日本的业务上伤害模式。日本的劳动基准法和劳灾保险法采用了“业务上”这一高度抽象的概念,即职业灾害为劳动者在业务上的负伤、疾病、失能、死亡。^⑥ 这种定义如同汉语中“工伤”本身,其几乎不能限定业务与伤害之间的因果关系。在其行政解释中发展出了“业务起因性”理论,采用相当因果关系理论,判断“业务起因性”要先判断“业务遂行性”,业务遂行性强调受雇主的支配。^⑦ 国内学者认为日本的“为了工作”囊括了目的关系和因果关系,很容易在定义内将工伤扩展至通勤工伤。^⑧ 这种定义模式具有极高的抽象性,由于所定义本身的限定性不够,需要进一步的解释。

3. 美国的源于且在雇佣中+说明或例外的定义模式。美国属于判例法国家,其工伤赔偿中的工伤范围首先是通过判例而累积起来的。后来经过各州的成文化努力,才有了所谓的美国定义模式。这种定义模式不追求抽象,仅追求细致。例如,在加州的工伤定义中,所指的伤害是雇员在雇佣过程中源于雇佣的伤害,以及该伤害所致的近因死亡,但这并不是完整的定义,其后列举了十项说明或例外。这些说明和例外成为工伤定义的重要补充。与定义和雇员过错相关的内容如:其一,伤害发生时,雇主和雇员均适用于此规定;其二,伤害发生时,雇员正在提供工作所生或伴随的服务,且在工作过程当中;其三,工作系致伤害的近因,无论是否有过失;其四,排除雇员醉酒、饮酒或非法使用受限物质导致的自己伤害;其五,排除故意造成的伤害;其六,排除故意和刻意的自杀;其七,排除吵架中先动手雇员所受的伤害;其八,排除雇员因重罪或特定列明罪行所致自己的伤害。^⑨ 这种模式下的内容特别接近我国所列举的例外事由,但是其受抽象定义的限制,且属于抽象定义的补充。

如果认为我国《工伤保险条例》第1条提供了隐藏的工伤定义,那么我国的工伤定义与日本的“业务上”伤害比较类似,具有高度的抽象性;如果认为《工伤保险条例》第14条第1项提供了类似的工伤一般条款,那么我国的工伤定义又有些德国模式的特征,属于一般条款加特别条款的定义模式;如果考虑到我国工伤情形非常强的列举属性,以及其中包含的除外事由,那么我国的工伤定义又有点美国加州劳动法的定义模式。整体来看,工伤定义不应排除列举,但是抽象的工伤定义更有利于工伤定义的司法把握和工伤情形的逻辑推理。

(二) 因果关系与我国的工伤定义

^⑤ 参见前引^⑤ 蔡和平文。

^⑥ 参见林良荣《日本过劳职灾之行政认定基准的形成、转换与法理论争》,载台湾《台北大学法学论丛》2017年第107期。

^⑦ 参见前引^⑥ 林良荣文。

^⑧ 参见郑晓珊《工伤保险法体系——从理念到制度的重塑与回归》,清华大学出版社2014年版,第131-133页。

^⑨ See Inc. Matthew Bender & Company *supra* note 47.

工伤定义的差异在于如何界定工作与伤害事故之间的关系。在分析德、日、美工伤时,有观点是根据目的与因果的分与合来解析,认为,“在业务起因的处理上,目的关系与因果关系的界定有些时候是独立开来的,而另一些事实则很可能因为人们的思维习惯或法律用语的交叉而难以分辨”^④。从工伤范围的角度来看,其中的差异在于工伤定义所一般界定的工作范围。而用语上的差异主要是因果关系本身的模糊性所造成。工伤针对的是职业灾害,职业与灾害之间的因果关系始终是工伤定义的核心。在《工伤保险条例》中有“因工作遭受事故或者患职业病”“因工作原因”等描述,但是“因工作”本身的文义解释是非常宽泛的。“工作过程”是工作原因的限缩点,倘若没有“工作过程”的限制,仅仅是“为了”工作而受伤害则会极大地扩大工伤范围。我国工伤保险立法中具有“工作过程”意义的规定是在类似一般条款的规定中使用了“工作时间”和“工作场所”。其缺陷在于该条规定并非真正的一般条款。事实上,罗列的工伤情形中存在明显不符合该款工伤旨趣的情形。

因果关系是工伤的文义规定性,在没有明确工伤定义的情况下,工伤认定行政以及工伤司法实践中也会运用工伤二字文义的自我规定性来解释何谓工伤。学理上,工伤定义可以建构合理的工伤范围,防止不同情形下工伤定性的巨大差异。如果没有因果关系的理论建构,工伤的公平性会受到巨大质疑。唯有建立在规范基础上的因果关系,才能让工伤的法律判断与生活常识趋于一致,获得制度理性和正义。因此,不应该在工伤因果关系判断之外另行考虑过错因素。

(三) 工伤因果关系判断与劳动者过错

因果关系与过错均为侵权法上的古老议题。随着相当因果关系理论的提出,过错中的可预见性(结果过错)逐渐被因果关系所覆盖,因果关系与过错的竞合自此而来。^⑤侵权责任中两者竞合所带来的问题在工伤法律制度的发展中出现了新变化,工伤制度仅仅建立在因果基础上,即不问过错。“不问过错”的思维对工伤判断有着现实的影响。例如,劳动者在工作中因疏忽而被其操作的机器所伤的情况下,一般认为该种伤害属于工伤,其逻辑在于因工作受到伤害,尽管劳动者有过错,但是工伤不问过错。后面的补充非常有意思,其在通过否定的方式回应侵权的推理过程。问题在于,工伤判断是否需要此种“不问过错”的判断。

从工伤排除事由对劳动者过错的考虑来看,工伤判断中对“不问过错”的重申是有原因的。工伤因果关系的判断本身需要考虑劳动者的过错因素,其最大的原因在于工伤因果关系本身具有主观性。随着职业灾害范围的扩大,工作本身也经过了主观化解释,将伴随着工作的舒适行为、为了工作的准备与路途纳入工作的概念。是否在工作,端赖劳动者主观状态。因此,工伤因果关系有一个非常重要的判断标准,即劳动者主观

^④ 前引②,郑晓珊书,第130页。

^⑤ 参见李中原《论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第6期。

上是在工作。劳动者具有工作外因素是否会影响工伤的因果关系,依赖于劳动者出现工作外因素的主观状态。劳动者过错恰恰是对工作外因素的主观状态的否定评价。工伤的因果关系判断时会考虑劳动者过错。此种过错并不是与雇主过错相应一起的责任分担机制,而是探究劳动者所受伤害是否已经脱离工作的本有意义。过错并非工作外行为本身所具有的故意或过失,而是随后伤害与工作之间无法建立因果关系的劳动者因素。

(四) 劳动者过错因素在工伤认定规范中的适用

在因果中考虑过错可为现行规范提供新的解释思路。《工伤保险条例》第14条所列的六项工伤情形均直接或间接含有因果关系的要求,相应的表述是“因工作原因受到事故伤害”“从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害”“因履行工作职责受到暴力等意外伤害”“患职业病”“由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明”“受到非本人主要责任的”。其中,前三项均以工作场所为前提,工作时间或工作时间前后的限定均说明是在工作过程中发生的事故。“患职业病”要求职业与疾病之间存在因果关系。因工外出同样要求“由于工作原因”。如果说,“上下班”本身构成了因果关系,那么“非本人主要责任”恰恰是根据劳动者过错对上下班工作性质的限缩。以上下班工伤为例,现有的规定不尽合理。本着界定“上下班”本身与伤害之间建立工作上因果关系的原则,伤害应该在常识上可认定为在上下班。劳动者在交通事故中承担较多责任并不一定会改变其是为了上下班才受伤的事实,特别是在雇主催促快速到班的情况下,更应该原谅劳动者过失。但是,上下班途中故意违章、与人戏耍则会改变“上下班”的性质。

《工伤保险条例》对因果关系的描述采用了差异化描述,这为因果关系的解释提供了尺度不同的解释可能空间。“因工作原因受到事故伤害”对劳动者主观因素要求极低,劳动者操作上的失误不会打断工作与伤害之间的因果关系,即便是看似故意的破坏机器的行为也可能不会打断这种因果关系。因工作而带来的心情低落而拍打、脚踢机器的行为看似故意,却仍然具有工作上的因果关系。只有纯粹的刻意破坏机器行为则与工作无关,所受伤害才不是工伤。其中的逻辑是劳动者过错改变了行为性质(不再是工作行为),并非故意本身改变了工伤认定。在涉及暴力伤害的情况下,须以“履行工作职责”为前提来界定工伤,打闹戏耍带来的暴力伤害若以履行工作职责为前提则为工伤,若逸出工作职责的要求则非工伤。两者的差异并不在于过错程度,而在于所适用条款对因果关系的不同规定,以及过错对伤害事件性质的影响。

目前工伤排除事由没有将劳动者过错纳入因果关系,这是劳动者过错因素在工伤认定规范中未臻成熟的表现。在因果中考虑过错的情况下,诸种工伤排除事由均须附加条件。尽管故意犯罪中对自己造成的伤害多数属于自己行为,但应该区分故意犯罪的严重程度、是否具有工作上的原因以及受伤原因和犯罪行为在逻辑上的区分。这有利于鼓励劳动者在职务行为中与外来暴力进行有效的抵抗。尽管醉酒和吸毒均属于明细的政策不鼓励或禁止、被社会污名化的行为,但是应该区分醉酒或吸毒是否出于自

愿、是否具有工作或职务上的正当性。这可以支持惯常化饮酒、非自愿吸毒等与工作叠加时因为明显的工作原因而受伤害的工伤救济。自残或自杀虽然属于最为严重的自己行为,但是同样应该区分其背后是否具有工作上的原因、区分自残或自杀是否具有清晰的意识。这可以支持过劳自杀、工作导致伤害后抑郁自杀的工伤救济。

五、基于因果关系的工伤排除规则的适用: 最高人民法院指导案例 40 号再检讨

“指导案例 40 号”是一个争议很大的案例,该案在将焦点分散化的同时,也打散了我国对工伤因果关系的整体判断。同时,该案所强调的劳动者过失不应作为认定工伤的排除条件具有明显的误导性,因为《工伤保险条例》所列举的工伤情形仍然有考虑职工过错的因素。就“指导案例 40 号”本身而言,恰恰需要构建因果关系中考虑劳动者过错的案例基础,并将其建立在现有规范的基础上进行体系化解释。撇开因果关系而在工伤认定中强调无过失补偿的思路存在瑕疵。

劳动者因工外出途中、上下班途中具有类似的泛工作意义,相应的工伤认定标准应具有可类比性。此外,我国列举性的工伤规定对不同工伤的因果关系规定有一定的差异,这使得区分工作途中与工作场所的法律意义更大。“指导案例 40 号”的争议也恰在于此。故而对适用何项工伤情形规定的争议更多是对工作状态的事实争议,其对本案影响很大。从因果关系判断来看,工作场所中的工作与伤害之间的因果联系较强,劳动者因素不太容易改变对工作与伤害之间具有因果关系的判断;工作途中的工作与伤害之间的因果联系较弱,劳动者因素很容易改变对其工作与伤害之间有因果关系的判断。然而,最高人民法院法官认为“指导案例 40 号”提供了特种情形下的一般规则,即职工为完成工作任务在转换工作场所的必经区域过失导致自身伤亡应当认定为工伤。^{⑥⑥}这个结论本身经得起推敲,但是将其纳入《工伤保险条例》第 14 条第 1 项的解释框架内并不准确,若在该项解释中阐释过失则意义不大。

从《工伤保险条例》第 14 条的第 1、5、6 项的规定来看,因工外出途中与上下班途中的工伤认定标准差异很大,因工外出途中与工作场所内的工伤认定标准的差异性则不清晰。这造成了两种途中情形的工伤认定规则并不一致。依据现有规定,因工外出途中不慎滑倒应认定为工伤,但是上下班途中不慎滑倒则无法认定为工伤。应该统一工作途中伤害的工伤认定标准,即根据劳动者过错因素进行统一细化,在工伤因果关系中考虑劳动者过错。其中,劳动者过错是改变途中性质的重要依据,若劳动者不慎摔倒的前提是有明显的工作外因素,乃至劳动者具有明显的不慎表现,则摔倒的原因更多是劳动者过错,其摔伤与工作不具有因果关系;若劳动者不慎摔倒的前提是一般意义上的不

^{⑥⑥} 参见石磊、阎巍《〈孙立兴诉天津新技术产业园区劳动人事局工伤认定行政纠纷案〉的理解与参照——职工为完成工作任务在转换工作场所的必经区域过失导致自身伤亡应当认定为工伤》,载《人民司法》(案例)2016年第20期。

小心,存在可认知或可谅解的外在因素,劳动者不慎并不构成劳动者摔倒致伤的主要原因,那么摔伤与工作则具有因果关系。

结 语

党的十九大报告提出要完善工伤保险制度,这意味着《工伤保险条例》有可能会进一步修改或者提升立法层次。工伤认定是工伤保险立法的核心和适用前提。将来的工伤保险立法应该建立工伤排除的一般规则,而这个规则应该改变目前基于过错的特别情形下的工伤排除规则,否则必然会在司法实践中形成基于过错的工伤排除规则的一般化。在因果关系判断中仍会考虑劳动者过错,但是应避免劳动者个人行为或自愿行为具有可责难性而形成排除工伤的直接唯一规则。只有劳动者过错改变了行为性质,将工作行为转化成了私人行为,才能否认工伤。如此,在逻辑上可确保工伤认定规则中的因果关系具有周延而完整的解释力。这为认定工伤和排除工伤的内在一致性提供了基础,也为现行法中“工作时间”“工作场所”“工作原因”的法教义学研究和将来定义工伤的学理提供了一个更为核心的准则,即定性工伤的关键是工作与伤害之间的因果关系。

Abstract: Item 6 of article 14 and article 16 of the Regulations on Work-related Injury Insurance takes the factors of employee's fault as the basis for directly eliminating work-related injury and Guiding Case No. 40 of the Supreme People's Court also shows the logic based on the analysis of employee's negligence, thus forming a special rule of replacing the causal relationship of work-related injuries with fault liability. As a birthmark of the evolution of work-related injury insurance system, fault liability appears in the exclusionary rule of work-related injury, but it is inconsistent with the definition of work-related injury. The exclusionary rule of work-related injury should consider the fault of employees in the judgment of causality, so as to prevent blamable individual or voluntary acts from becoming the general rules of exclusion of employee's compensation benefits, and to improve the work-related injury system in academic research and legislation. The work-related injury can be denied only when the behavior's nature changes from working to private by the factor of fault. Logically speaking, the causal relationship in the identification of work-related injury should be used to explain all the situations.

(责任编辑:王莉萍)