

WORK-RELATED INJURY



工伤认定

疑难案例解析与要点剖析

袁庆护 著

选取典型案例+展示认定历程+专业深度评析
明晰工伤认定裁判要旨 做好职工保护与风险防范

上下班途中遭遇交通事故如何认定工伤

发生职业病情形如何认定工伤

履行工作职责发生伤亡如何认定工伤

假冒他人身份入职发生伤亡如何认定工伤

更多免费书籍 docsriver.com

中国法制出版社
CHINA LEGAL SYSTEM PUBLISHING

WORK-RELATED INJURY



工伤认定

疑难案例解析与要点剖析

栾居沪 著

选取典型案例+展示认定历程+专业深度评析
明晰工伤认定裁判要旨 做好职工保护与风险防范

上下班途中遭遇交通事故如何认定工伤 履行工作职责发生伤亡如何认定工伤
发生职业病情形如何认定工伤 假冒他人身份入职发生伤亡如何认定工伤

.....

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

版权信息

书名：工伤认定疑难案例解析与要点剖析

作者：栾居沪

出版社：中国法制出版社

出版时间：2020-06-01

ISBN：9787521610017

版权所有·侵权必究

前言

案例，是人们对已经发生的典型事件进行捕捉后的截取和记述。“案例”一词最初是医学界对医案及个别病例情况的统称，后来逐步应用至其他各个领域。案例对于人们的学习、研究、生活借鉴等具有重要意义，人们常常把案例作为一种工具用来进行说服、思考和教育，让其在解决问题当中起到引领、示范和指导的作用。

我国自古就有重视案例的传统。秦朝的“廷行事”、汉朝的成例汇编、隋唐时期的判例适用、明朝的《问刑条例》、清朝的“凡引律必全引其本文，例亦如之，有例则置其律，例有新者则置其故者”等制度，都说明了案例是除成文法外重要的法律形式。

20世纪50年代，最高人民法院就开始重视案例在审判实践当中的作用。2010年11月26日，最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》，其中第七条规定：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”指导性案例是法律实践与法学理论探讨有机结合的衍生物，是由最高司法机关进行严格认定和履行法定程序后所作出的权威发布。指导性案例不同于法律和司法解释，也与判例法系的“判例法”有本质区别，它在我国不属于正式法律渊源，主要在司法裁判中发挥指导和参考的作用。截至2020年1月14日，最高人民法院共发布24批139件指导性案例，其中有3件涉及工伤认定。无论是我国历史上的案例，还是当下的指导性案例，其效力都不是强制性的，它们的意义并非在于提供一个具体规则，而是在于提供一种处理方式，对行政工作人员和司法工作人员的思维过程和裁判过程形成一种事实上的约束力。

按照《工伤保险条例》《工伤认定办法》《劳动争议调解仲裁法》《行政诉讼法》和《民事诉讼法》的规定，如果劳动者与用人单位没有签订劳动合同，劳动者在工作中受到事故伤害要通过法律途径维权的话，可能会经过以下法律程序：（一）确认劳动关系，即申请仲裁、一审、二审（特殊情况下还有再审）；（二）申请工伤认定，即社会保险行政部门认定是否属于工伤（可能还要行政复议）、行政一审、行政二审；（三）劳动能力鉴定，即市劳动能力鉴定委员会作出鉴定结论、省劳动能力鉴定委员会作出再次鉴定结论；（四）支付工伤保险待遇及费用，即申请仲裁、民事一审、民事二审。可以看出，工伤职工维权可能要经过四类共11道法律程序，在每道法律程序都通过的情况下才能最终获得工伤赔偿。如果每道法律程序按照理想状况实践最短两个月的话，那么整个程序走下来也要两年时间。两年的时间用来维权，成本何其高！

更多免费书籍微信：[booker123](#) 本书所要探讨的问题是工伤认定。应当说，工伤认定程序是所有程序中最复杂、最耗

时、最消磨当事人意志的程序。在这个程序中受到煎熬的，不仅是工伤职工及其亲属，还有作为工伤认定机关的社会保险行政部门。与其他行政行为一样，工伤认定也需要行政监督和司法监督，但工伤认定有一个行政认定回转的过程。由于工伤认定属于社会保险行政部门的法定职权，在审理工伤行政确认案件中，人民法院并无职权对职工是否属于工伤直接作出认定，这是工伤认定的特别之处。需要特别注意的是，经过多轮行政认定或司法确认之后，还有一个工伤待遇确认过程与支付确认的长期复杂过程，这不是一般行政行为的“一次性办好”，而是一个服务与被服务、公权力与私权利的矛盾处理解决过程，更需要双方的共同努力。因此，对工伤认定疑难案例的研究，不仅是对司法机关的行政判决的研究，还是对社会保险行政部门和行政复议机关的行政认定的研究，通过研究工伤认定方面的疑难案例，达到行政机关与司法机关有效衔接，进而实现法律效果和社会效果的统一，实现公平正义的目的。

工伤认定是行政行为，其救济途径应当是行政复议或行政诉讼。但无论是社会保险行政部门的认定行为，还是复议机关的复议决定，都是行政机关的行为，都要接受司法机关的监督。《行政诉讼法》自1990年10月1日实施起至今已经历三十年，这是行政诉讼制度从无到有、从创立到不断完善的三十年；是行政审判机构和审判队伍不断健全壮大的三十年；是老百姓从不会告、不敢告、不愿告，到能主动地运用行政诉讼、捍卫自己权利的三十年；是行政机关从抵触行政诉讼、害怕行政诉讼监督，到接受行政诉讼监督的三十年；是公民请求救济权利的范围、行政机关接受司法监督的范围不断扩大的三十年；是经济与社会的转型变迁、政府职能与治理模式不断变化与发展的三十年。可以说，《行政诉讼法》走过的这三十年，是国家不断推进法治政府建设和依法治国进程的三十年。

2019年3月31日，国家发布了“推动中国法治进程十大行政诉讼典型案例”。其中，“刘某荣与新疆维吾尔自治区米泉市劳动人事社会保障局工伤认定纠纷再审案”是“十大案件中唯一一个由检察机关提出抗诉、‘两高’共同监督纠错，并确定工伤认定相关界限标准，维护劳动者合法权益的行政诉讼案件”（见最高人民法院第七检察厅厅长张相军在2019年3月31日发布会上的发言）。该案历经十二年，审限之长、案情复杂之程度是少见的。张相军认为，该案无论是在纠错方式还是在法律适用，乃至政策考量等方面，都在我国行政诉讼制度发展进程和完善劳动者合法权益保护的法治进程中留下了深刻的印记。这不仅反映了工伤认定这一行政行为在中国行政法治进程中的地位，也折射出这一行政行为在整个社会中的高关注度以及行政机关和司法机关相关认知上的差异。

形成共识需要时间，科学决策需要经验。无论是正义理论还是法律文书的释法说理理论，都不可能从理论本身获得，其获得的唯一途径是大量分析案例，始终保持对经验事实和法言法语的敏感、认真和专注。对于是否工伤的判定，社会保险行政部门与司法机关在认知上有差异，但也有共识，有衔接的内在动力，这个过程需要时间、逻辑和经验。因此，工伤认定的案例研究应该是一个很好的结合点，也是解决社会保险行政部门与司法机关认知差异问题的方法。指导案例是最高人民法院审判委员会讨论确定的，其裁判要点是最高人民法院审判委员会总结出来的审判经验和裁判规则，笔者认为可以视之为与司法解释具有相似的效力。因此，实践中的指导案例的裁判要点既可以作为说理的依据引用，也可以作为裁判的依据引用。（可参考胡云腾的文章《关于参照指导性案例的几个问题》。）运用好指导案例、研究典型案例，对于实现习近平总书记提出的“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”的目标具有重要意义。建设中国特色社会主义法治国家，迫切需要我们认识到司法案例的法治价值；统一法律适用及司法裁判尺度需要指导案例这个重要手段；人民群众信法、学法、用法需要指导案例这个活生生的教材。

更多免責申籍微借可讀
近日，笔者研读了逻辑学教授L.S.斯泰宾的《有效思维》，译者吕叔湘先生曾说，

他翻译这本书，是有鉴于常常看到一些说理的文字里头隐藏着许多有悖于正确思维的议论，希望能通过这本书的译本使发议论的文风有所改进，哪怕是百分之一，千分之一，也就使八十多岁老人把已经极其有限的工作时间用在这个译本上不为无益了。我颇有感慨，一个八十多岁的老人还翻译逻辑思维方面的书籍，而且还关注着正确思维关于说理的文字的道理，不能不说这是作为一名语言学家的责任和担当。而作为一个法律工作者，无论是作出行政决定还是司法判决，都要努力做到正确无误，并且要把法律阐释清楚，把道理讲明白，这也正是党的十八届四中全会中所提到的“释法说理”。释法说理就是要让正义被看见，法律被说清，道理被讲明。也就是说，第一，正义不仅要实现，还要以人们看得见的方式实现。事实上，无论是行政决定还是司法判决，不仅要经由严格的程序作出，还必须要有详细充分的理由分析来支撑，这样才能真正达成个案的正义。第二，个案的法律文书的作出不仅应建立在严格的法定程序基础之上，还要体现于充分的明法析理之中。实现个案正义，不仅要求过程能被看见，而且要求结果能被说清讲明。第三，个案的释法说理，要阐明事理、释明法理、讲明情理、讲究文理。

想要写作一本有关工伤认定的书的想法由来已久，主要有以下三个方面的理由：一是从事工伤认定工作十三年余，在工作过程中有很多感想和认知，不讲不快；二是自2001年从事工伤认定工作之后，陆续在一些期刊、杂志上发表过有关工伤认定的案例评析，有了一些思考的积累；三是针对目前工伤保险事业发展的状况以及工伤认定复议、诉讼过程中社会保险行政部门、劳动者以及司法机关在不同方面的认知差异，有一种使命的冲动一直启发我，促使我不断地思考。

本书已成，但由于本人水平有限，认识不免有偏颇，出现错误也未可知，敬请读者批评指正。本书在成书过程中得到了中国法制出版社吕静云老师的悉心指导和帮助，在此深致谢意。

本书案例大多取自高级人民法院、最高人民法院的终审判决案例，较具代表性、典型性和权威性。从这些真实案例的形成过程中，我们可以体认社会保险行政部门、司法机关在工伤认定问题上的相同与不同的认知，权衡并思考工伤职工、用人单位、社会保险行政部门在工伤认定法律规则与法律原则下的不同认识和利益博弈，从而引发法律人对工伤认定实践的思考。相信本书对于人力资源、社会保障和企业管理方面的从业人员及相关行政单位从业人员、司法从业人员都能有所帮助。同时，它也是广大劳动者的维权指南。

| 第一章 |

工伤认定基本理论





工伤，又称“职业伤害”，包括工作过程中突发事故导致的事故伤害和长时间工作环境、工作岗位原因造成的职业伤害。对于工伤的概念，综观我国工伤保险法律、法规和政策性文件，均没有一个明确的定义。我国的工伤保险立法采取了列举式的方法，将工伤的概念及其构成作了总括性的描述，同时囊括了应当认定为工伤的七种情形、视同为工伤的三种情形和不认定为工伤的四种情形。由于工伤认定是一项理论性、技术性、实践性较强的工作，有必要对工伤的构成作进一步的理论探究。

第一节 工伤的构成

一般认为，工伤是劳动者在工作时间、工作场所，因工作原因受到的事故伤害。这是工伤最原始、最基本的定义。从这个最基本的概念出发，我们可以得出构成工伤的四个要件：一是劳动者在劳动过程中造成伤害的事实；二是事故伤害发生在劳动者的工作时间；三是事故伤害的地点为工作的场所；四是劳动者造成的伤害是由工作原因引起。这四个要件可概括为“三工一关系”，即工作时间、工作场所、工作原因和劳动关系。其中，劳动关系是工伤的前提和基础，是认定工伤的最基本要件。

一、劳动关系

劳动关系是指劳动者与用人单位在实现劳动过程中建立的社会经济关系。从广义上讲，生活在城市和农村的任何劳动者与任何性质的用人单位之间因从事劳动而形成的社会关系都属于劳动关系的范畴。从狭义上讲，现实经济生活中的劳动关系是指依照国家劳动法律法规规范的劳动法律关系，即双方当事人是被一定的劳动法律规范所规定和确认的权利和义务联系在一起，其权利和义务的实现是由国家强制力来保障的一种特殊的社会经济关系。劳动法律关系的一方（劳动者）必须加入某一用人单位，成为该单位工作中的一员并参加单位的业务劳动，遵守单位内部的劳动规则；而另一方（用人单位）则必须根据劳动者的劳动质量和数量给付报酬，提供工作条件，并不断改善劳动者的物质文化生活。从理论上说，劳动关系的特性可以具体概括为以下几个方面：

第一，劳动关系是一种劳动力与生产资料的结合关系。从劳动关系的主体上讲，当事人一方固定为劳动力所有者和支出者，称为劳动者；另一方固定为生产资料所有者和劳动力使用者，称为用人单位（或雇主）。劳动关系的本质是强调劳动者将其所有的劳动力与用人单位的生产资料相结合。这种结合关系从用人单位的角度观察就是对劳动力的使用，将劳动者提供的劳动力作为一种生产要素纳入其生产过程。在劳动关系中，劳动力始终作为生产要素而存在，而非用人单位的产品。劳动关系区别于劳务关系的本质特征在于，劳务关系劳动者所具有的劳动力往往是作为一种劳务产品而输出，其体现的是一种买卖关系或者加工承揽关系等。

第二，劳动关系是一种具有显著从属性的劳动组织关系。劳动关系一旦形成，劳动关系一方（劳动者）要成为另一方（所在用人单位）的成员。因此，尽管双方的劳动关系是建立在平等自愿一致的基础上，但劳动关系建立后，双方则具有了从属关系。用人

单位作为劳动力使用者，要安排劳动者实现与生产资料的结合；而劳动者则要通过运用自身的劳动能力，完成用人单位交办的多项生产任务，并遵守单位内部的规章制度。这种从属性的劳动组织关系具有很强的隶属性质，即成为一种隶属主体间的以指挥和服从为特征的管理关系。而劳务关系的当事人双方则是无组织或无主体间的从属性。

第三，劳动关系是一种人身财产关系。由于劳动力的存在和支出与劳动者人身不可须臾分离，劳动者向用人单位提供劳动力，实际上就是劳动者将其人身在一定限度内交给用人单位，因而劳动关系就其本质意义上说是一种人身关系。但是，由于劳动者是以让渡劳动力使用权来换取生活资料，用人单位要向劳动者支付劳动报酬等物质待遇。就此意义而言，劳动关系同时又是一种以劳动力交易为内容的财产关系。

（一）劳动关系成立的要件

前面我们分析了劳动关系的三个特征，对于什么是劳动关系有了一个大致地了解，但在具体实践中判定劳动关系是否成立却不是十分容易的事情。一般认为，劳动关系成立必须同时具备三个要件：

1.用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。劳动关系中的用人单位按照《劳动合同法》第二条的规定，主要是指中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位，同时包括与劳动者建立劳动关系的国家机关、事业单位、社会团体。但这些用人单位是否具有劳动关系中用人单位的主体资格，还要经过国家有权部门的登记、备案方可认定。例如，在中华人民共和国境内设立企业要由工商行政部门依法登记，民办非企业单位、社会团体的成立要依法完成民政部门的备案手续等。在实践中，有些用人单位和劳动者发生的在劳动过程中的关系有时也按劳动关系来处理，但它们不是真正意义上的劳动关系。例如，非法用工单位的劳动者在劳动过程中受到了事故伤害，用人单位应该按照工伤保险待遇的标准向受害者进行赔偿，但法律上并不承认其劳动关系的存在，因为这里的用人单位虽然已经具备了“用人单位”的其他形式要件，但该“用人单位”是非法的，没有经过国家有权部门的依法登记或者备案。所以，劳动关系中的用人单位主体资格必须是依法登记、备案的中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业单位和社会团体等。

劳动关系中的劳动者的主体资格必须符合法律、法规的规定。综观国家法律、法规，均没有明确劳动者具备什么样的资格才是劳动关系中合法的劳动主体。一般认为，劳动者要具备以下几个条件才能成为法律、法规许可的劳动关系合法主体：

第一，劳动权利能力。《宪法》第四十二条规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”因此，劳动权利能力是公民依法享有劳动权利和承担劳动义务资格，这种权利能力是法律所赋予的。

第二，劳动行为能力。劳动行为能力不仅指劳动者本身具有劳动的能力，而且劳动行为本身要具有合法性。

劳动者的劳动能力是具有劳动的智力、体力以及综合协调生产资料、劳动环境的复杂能力，劳动力必须具有付出功能，否则，就不能称其为具有劳动能力。例如，被鉴定为一至四级的伤残职工、重度智力障碍者、婴幼儿、老年人等均不能视为具有劳动能力。

劳动行为本身的合法性讲求的是“劳动行为”合法，而不探讨其合理性的存在。例如被判处有期徒刑的劳动行为、偷渡者的打工行为等就不适合被认定为劳动行为。

第三，合法劳动年龄。《劳动法》《劳动合同法》都没有明示什么年龄是合法的劳动年龄，也没有明示劳动年龄的起始阶段，但《劳动法》《未成年人保护法》《禁止使用童工规定》都有相关的禁止条款把劳动年龄的起始作了相关规范。《劳动法》第十五条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须遵守国家有关规定，并保障其接受义务教育的权利。”《未成年人保护法》第三十八条规定：“任何组织或者个人不得招用未满十六周岁的未成年人，国家另有规定的除外。任何组织或者个人按照国家有关规定招用已满十六周岁未满十八周岁的未成年人的，应当执行国家在工种、劳动时间、劳动强度和保护措施等方面的规定，不得安排其从事过重、有毒、有害等危害未成年人身心健康的劳动或者危险作业。”《禁止使用童工规定》第二条、第三条、第四条规定，用人单位均不得招用未满16周岁的未成年人，禁止任何单位或者个人为不满16周岁的未成年人介绍就业，禁止不满16周岁的未成年人开业从事个体经营活动。第十三条规定：“文艺、体育单位经未成年人的父母或者其他监护人同意，可以招用不满16周岁的专业文艺工作者、运动员。”这表明，除文艺、体育单位外，16周岁可以作为合法的劳动起始年龄，但对于16—18周岁劳动者的工作环境有特殊的限制。

那么，合法劳动的终止年龄是多少呢？国务院《关于工人退休、退职的暂行办法》规定，全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的职工，符合下列条件之一的，应该退休：男年满60周岁，女年满50周岁，连续工龄满10年的；从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作，男年满55周岁，女年满45周岁，连续工龄满10年的；工作条件相同的基层干部，男年满50周岁，女年满45周岁，连续工龄满10年，经劳动能力鉴定委员会鉴定完全丧失劳动能力的。《关于安置老弱病残干部的暂行办法》规定，党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部，男年满60周岁，女年满55周岁，参加革命工作年限满10年的；男年满50周岁，女年满45周岁，参加革命工作年限满10年，经过医院证明完全丧失工作能力的；因公致残，经过医院证明完全丧失工作能力的，可以退休。国务院《关于延长部分骨干教师、医生、科技人员退休年龄的通知》、《关于老干部离职休养制度的几项规定》和中共中央《关于建立老干部退休制度的决定》等规定，部分骨干级教师、医生、科技人员，确因工作需要，身体能够坚持正常工作，有较强的业务能力，本人又愿意继续工作的，经所在单位报请县一级以上主管机关严格审查批准，其退休年龄可以延长1—5年，延长后的退休年龄，女同志最长不得超过60周岁，男同志最长不得超过65周岁；中央、国家机关的部长，省、自治区、直辖市的党委书记、省长、主席、市长和相当职务的干部，退休年龄可延长至65周岁。由此可见，合法劳动的终止年龄一般为男年满60周岁，女干部满55周岁，女工人满50周岁。

然而，对于离退休人员重新被用人单位聘用后发生的与工作有关的事事故伤害如何处理的问题，在社会上一直存在争议。我们认为，基于合法劳动年龄的规定，参照《中共中央办公厅、国务院办公厅转发〈中央组织部、中央宣传部、中央统战部、人事部、科技部、劳动保障部、解放军总政治部、中国科协关于进一步发挥离退休专业技术人员作用的意见〉的通知》（中办发〔2005〕9号）中关于“离退休专业技术人员受聘工作期间，因工作发生职业伤害的，应由聘用单位参照工伤保险的相关待遇标准妥善处理；因工作发生职业伤害与聘用单位发生争议的，可通过民事诉讼处理”的规定办理。

2.用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位管理，从事用人单位安排的劳动。这里至少包含三层含义：首先，劳动者受用人单位规章

制度的约束；其次，劳动者与用人单位之间是管理与被管理、指挥与被指挥的关系；最后，劳动者的劳动是有报酬的有偿劳动。国家法律规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。《劳动法》《劳动合同法》都明确规定了订立劳动合同应当具备的条款，这些条款既包括劳动合同的期限、工作内容、工作地点、工作时间和劳动报酬等，也包括社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护等内容。从订立劳动合同的必备条款来看，劳动者与用人单位之间具有人身依附关系和以劳动力为交换条件的财产关系的特征。

3.劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。劳动有广义和狭义之分。广义的劳动指从生物学的角度对劳动作出的最广泛的抽象或概括，是指人们在各种活动中劳动力的使用或消耗；狭义的劳动是指人类在自身智能的支配下，通过各种手段和方式创造社会财富以满足人类日益增长的物质、精神等方面需要的有目的的活动。劳动关系中劳动者的劳动指的是广义的劳动，主要内容是劳动者体力、脑力的支出和消耗。用人单位业务可以是用人单位的业务，也可以是用人单位与其他单位因协议而产生的其他业务。但需要明确的是，劳动者这种体力和脑力的付出必须与用人单位的业务相联系，即实现劳动力与用人单位业务的结合。

（二）事实劳动关系的认定机关

事实劳动关系是在劳动争议处理和工伤认定工作中经常被用到的概念，原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十七条第一次在立法中使用了“事实劳动关系”这一概念。其实，事实劳动关系与劳动关系相比，仅仅是欠缺了书面合同这一形式要件，但立法认定用人单位故意不订立劳动合同但形成事实劳动关系的，劳动者享有与订立劳动合同的职工同等的权利。从立法沿革来看，法律上赋予“事实劳动关系”合法地位，更多的是维护劳动者的合法权益，进而维护整个社会的稳定。

《劳动争议调解仲裁法》第五条规定：“发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。”第二条规定，因确认劳动关系发生的争议适用本法。因此，若劳动者与用人单位没有签订书面劳动合同而与用人单位发生事实劳动关系的，劳动者与用人单位因确认劳动关系发生争议，应首先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

二、工作时间

（一）工作时间的概念及工时制度

工作时间，是指劳动者根据法律法规的规定，在企业、事业单位、国家机关、社会团体及其他组织中用于完成本职工作的时间。工时是劳动者进行劳动的时间，是劳动的自然尺度，是衡量每个劳动者的劳动贡献和付给劳动报酬的计算单位。工时的主要表现形式是工作日，即指法律规定的劳动者在一昼夜内的工作时间长度。根据《劳动法》的规定，工时制度可分为标准工时制度、综合计算工时工作制度和不定时工作制度。

更多免费资料下载请进入[标准工时制度](#)，是指通过立法的形式规定劳动者为履行劳动义

务而消耗时间的最长限度的一种工时制度。根据《劳动法》第三十六条和国务院《关于职工工作时间的规定》，我国现行的标准工时制度是劳动者每日工作时间不超过8个小时，平均每周工作时间不超过40个小时。在正常的情况下，任何单位和个人不得擅自延长劳动者的工作时间。

2.综合计算工时工作制度。综合计算工时工作制度，是指因企业生产特点或工作性质等原因不能均衡生产，必须在一定时间内连续生产或工作，以一定期限为周期综合计算工作时间，采取集中工作、集中休息的一种特殊工时制度。根据原劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》的有关规定，企业对符合以下条件之一的职工，可以实行综合计算工时工作制：一是交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；二是地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；三是其他适合实行综合计算工时工作制的职工。综合计算工时工作制的计算周期一般以周、月、季、年为周期，且其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准时间基本相同。

3.不定时工作制度。不定时工作制是指劳动者因生产条件或工作的特殊性，在一段时间内必须进行连续生产或工作，而不受固定工作时间的限制，不进行固定计算工作日而无定时工作，采用轮休调休、弹性工作时间等方式的一种特殊工时制度。根据劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》规定，企业对符合以下条件之一的职工，可以实行不定时工作制：一是企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；二是企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及工作性质特殊，需机动作业的职工；三是其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

（二）制度工作时间的计算和日工资、小时工资的折算

法定节假日的天数和法定节假日是根据《全国年节及纪念日放假办法》的规定确定的。全国年节及纪念日放假办法经过了三次修订。其历史沿革为：1949年12月23日《全国年节及纪念日放假办法》由政务院发布，1999年9月18日、2007年12月14日、2013年12月11日国务院分别以国务院令第270号、国务院令第513号、国务院令第644号的形式进行了三次修订发布。

因此，1999年9月18日至2007年12月31日，国家的法定节假日是：新年，放假1天（1月1日）；春节，放假3天（农历正月初一、初二、初三）；劳动节，放假3天（5月1日、2日、3日）；国庆节，放假3天（10月1日、2日、3日）。法定节假日是10天。2008年1月1日至2013年12月11日，全体公民的节日假期为：新年，放假1天（1月1日）；春节，放假3天（农历除夕、正月初一、初二）；清明节，放假1天（农历清明当日）；劳动节，放假1天（5月1日）；端午节，放假1天（农历端午当日）；中秋节，放假1天（农历中秋当日）；国庆节，放假3天（10月1日、2日、3日）。国家法定节假日是11天。其中增加了清明、端午和中秋，把五一劳动节改为1天。2013年12月11日以后，《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》（国务院令第644号）只是调整了春节假期期间（改为农历正月初一、初二、初三），天数没变。

1.制度工作时间的计算

年工作日：365（天）-104（天，休息日）-11（天，法定节假日）=250（天）

季工作日：250（天）÷4（季）=62.5（天）

月工作日：250（天）÷12（月）=20.83（天）

工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的8小时。

2.日工资、小时工资的折算

按照《劳动法》第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的11天法定节假日。据此，日工资、小时工资的折算为：

月计薪天数= [365（天）-104（天）] ÷12（月）=21.75（天）

日工资=月工资收入÷月计薪天数

小时工资=月工资收入÷（月计薪天数×8）

（三）工伤认定中工作时间的界定

工作时间是指劳动者为履行工作义务，在法定限度内为用人单位从事工作或者生产的时间。工作时间的范围，不仅包括作业时间，还包括准备工作时间、结束工作时间和法定非劳动消耗时间。在工伤认定实践中，对于工作时间的界定，不应机械地仅以用人单位与劳动者约定的工作时间为限，而应尊重客观事实，从劳动者所从事的工作内容的具体性质出发，综合进行判断。例如，职工在休息、休假期间回单位操作机器而受伤，是否应认定为工伤？职工在休息、休假期间回单位操作机器，不论是基于单位的指示，还是基于帮助同事解决技术难题等原因，只要是为了用人单位的利益，在单位正常工作时间内、在工作场所内进行操作，就应当符合《工伤保险条例》规定的“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”的工伤认定情形。

三、工作场所

工作场所，顾名思义，是指工作的场地和处所。在工伤认定和司法实践中，社会保险行政部门、用人单位、劳动者和司法机关对工作场所的理解分歧很大，因此，工作场所成为工伤确认中内涵和外延都不确定的弹性用语。但从工伤的立法本义出发，对工作场所应作适当扩大解释，注重以下几个层次的理解和把握：

第一，工作职责意义上的工作场所。工作场所是劳动者从事劳动、履行工作职责的特定处所，是与劳动者的岗位职责、工作范围密切联系的区域。例如机械设备加工厂的车工，其工作场所就是该工厂的机械加工车间，而该工厂的装配车间、电气生产车间都不能视为该车工的工作场所。

第一，为工作需要而设立的服务场所可视为工作场所的延伸。为工作需要、为方便劳
更多免费书籍 www.docsviper.com

劳动者或为提高工作效率而设置的相关设施和处所，可以视为工作场所的延伸，在工伤认定中大多数社会保险行政部门把这种为工作需要而设立的服务处所视为工作场所，如更衣室、休息室、开水间、饮水室、消毒间、烘干室、卫生间和煤矿采煤工人的洗澡间等。此类处所尽管不是劳动者工作的作业区，但劳动者上班时饮水、上厕所、工作时间内的短暂休息是劳动者解决生理需求的需要，也是为用人单位创造更多的利润所必需的；特殊行业的劳动者进入工作场所时更换工作服或防护服，进行消毒、除尘或烘干是劳动者进行劳动的前提条件；处于高温场所的劳动者、采掘行业的劳动者在工作前的更衣和工作完毕后的洗澡也是该种行业或该特殊工种必备的预备性、收尾性工作。因此，上述为工作设立的服务处所应该是工作场所的延伸。

第三，工作场所法律上的延伸。基于对劳动者利益的保护原则，为了体现工伤保险立法的价值理念，工作场所还包括法律上的延伸处所。例如，职工因工作外出的途中，无论在汽车上、火车上还是飞机上，这些交通工具均可视为工作场所的法律延伸；职工因工作外出期间，凡与工作有关联的场所；用人单位安保工作人员的工作场所不仅包括安保工作人员的工作场所，还包括其为履行工作职责而应到达或可能到达的场所。当然，这种法律上的工作场所的延伸，要具体情况具体分析，通过具体案例、具体场景实现工伤立法的本意。

四、工作原因

工作原因，一般理解为与劳动者的工作职责直接关联、因劳动者履行工作职责而相关的工作原因。在工伤认定实践中，对于工作原因的界定，不应机械地仅以用人单位内部规定、用人单位与劳动者约定或用人单位领导安排为限，而应尊重客观事实，从劳动者所从事工作内容的具体性质出发，进行综合判断。同时，对于工作原因的分析，还应当尊重用人单位长期以来形成的特定工作惯例。有时候用人单位特定的工作惯例虽然没有经过法定程序（如召开职工代表大会或职工大会没有将这些长期以来形成的惯例上升为用人单位的规章制度），但如果劳动者按照工作惯例在本职工作中受伤，也应界定为工作原因。例如，某公司营销部经理陪客户到饭店吃饭，出来时不慎从楼梯上摔下来，造成身体多处受伤，是否应当认定为工伤？在该案的认定中，如果公司内部制定的合法的岗位职责中有针对营销人员“因应酬而餐饮”的岗位要求，且符合《工伤保险条例》中“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”应当认定为工伤的情形，则可以认定为工伤。但一般情况下用人单位对营销人员“因应酬而餐饮”问题不作相应的规章制度要求，往往都是在招待客户过程中灵活把握。如果营销人员“因应酬而餐饮”符合用人单位在长期的经营过程中形成的由营销部等相关外联部门人员陪伴招待的惯例，同时符合《工伤保险条例》中应当认定为工伤的情形，就应当认定为工伤，而不能以用人单位规章制度中没有相应规定而忽视劳动者应得的工伤保险利益。

第二节 工伤认定的概念和原则

一、工伤认定的概念

工伤认定是指社会保险行政部门根据国家法律、法规的规定，确定职工受到事故伤害或患职业病的事实性质的确认。工伤认定也称为认定工伤。

《工伤保险条例》规定了应当认定为工伤、视同工伤和不得认定为工伤或视同工伤三类情形，这些规定只是一个类别的划分。现实生活中的情况十分复杂，有些情形需要认定机构工作人员根据国家法律、法规和《工伤保险条例》的立法精神作出判断。因此，社会保险行政部门在认定工伤的过程中如何理解和把握国家法律法规的规定十分重要。

二、工伤认定的原则

现行认定工伤的依据是《劳动保险条例》《劳动保险条例实施细则》《社会保险法》《工伤保险条例》《工伤认定办法》等规定，其中对企事业单位职工工伤性质认定作出具体规定的只有《社会保险法》和《工伤保险条例》，法源相当不足。与现代国家行政管理具有的专业性、技术性、适应性和多变性等因素相比，法律条文的有限性、列举式立法认定的局限性使得我国的立法现在无法跟上社会发展的需要，立法中的空白地带大量存在。目前工伤的表现形式多种多样，法条不可能包罗万象、无一遗漏地进行列举，在这种情况下，我们就不能因为规范性文件，即《工伤保险条例》的具体条文没有对某种情况加以列举，就以“于法无据”而将其“拒之门外”，而是应当结合有关工伤保护的法律法规、法律目的或法条背后所隐含的法律精神、法律价值来进行认定。所以在对“行政的法定性”的理解上，不能机械地认为必须要以具体法律规则为依据，实质上“依法行政之‘法’不仅应包括法律规范，还应包括法律的一般原则以及法律目的和法律精神”^①。

学界和实务界均认为，工伤认定应遵循以下原则：

一是应以承担社会责任作为工伤认定的出发点，只要没有证据否定是工伤，在排除其他非工伤的情形下，就应当认定为工伤。工伤保险民事责任发展到雇主责任甚至目前的社会责任，工伤保险作为一种强制的社会保险之所以能够存在，其承担起社会责任是一个重要原因。

二是准确把握《工伤保险条例》的规定，把“因工作原因”作为工伤认定的核心。人们的职业活动复杂多样，立法不可能穷尽一切对象。在工伤认定中，具体个案可能千差万别，时间、空间、因果关系标准的运用必定存在一定的模糊性或不确定性。工作时间、工作场所、工作原因无论从法律条文字面上还是从立法宗旨上理解都是有机的整体，缺一不可，其中工作时间、工作场所是认定的前提条件，工作原因是核心。工伤认定的要件是时间范围、空间范围及所形成的伤害与工作是否存在因果联系。其中，时间要件和空间要件是判定伤害性质的必要条件，而因果关系要件则是充分必要条件。不同的职业伤害事件与时间、空间要素的关联程度不尽相同，但它们必定与职业活动有着内在的或直接或间接的联系。因此，因果关系、“因工作原因”是工伤认定的核心要件。在工伤认定中，因果关系要件或与时间、空间要件并用，或与其中某一个要件并用，尤其在时间界限和空间界限较为模糊的条件下，因果关系的判定对于工伤认定具有关键的意义。

三是认定为工伤的情形在把握时应主要考虑是否因工作原因，视同工伤的情形在把握时应严格掌握法律的规定，在作出不得认定为工伤的决定时应有充分的证据。对于职工在工作时间和工作场所内受到的伤害是否属于履行工作职责所致，应由社会保险行政部门根据具体情况作出判断。在工伤认定工作中，应对各方面情况进行综合分析，没有证据否定职工受到的伤害与履行工作职责有必然联系的，在排除其他非履行工作职责的因素后，应认定为履行工作职责。

三、工伤认定的程序规则

（一）工伤认定申请

1. 提出工伤认定申请的主体

根据《工伤保险条例》的规定，申请工伤认定的法定主体包括用人单位、工伤职工或者其近亲属、工会组织。

工伤保险实行的是雇主责任原则，用人单位是工伤保险义务的承担者。因此，职工因工作受到事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病后，其所在单位应首先履行工伤认定申请义务。

申请工伤认定是职工的基本权利。但由于种种原因，工伤职工本人可能无力申请工伤认定，为了更充分地保障工伤职工行使权利，《工伤保险条例》规定了其近亲属也有权申请工伤认定。按照行政诉讼法规定的近亲属的范围，近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

工会作为维护职工权益的专门性群众组织，当职工遭受事故伤害或者罹患职业病时，如果职工的权益没有或者不能得到保障，工会组织应承担起为职工申报工伤的职责。

《工伤保险条例》对申请工伤认定主体的规定，充分体现了工伤保险保障受伤害职工工伤保险权益的目的，从多方面保障职工实现其权益，这也是工伤保险充分承担社会责任的宗旨的具体体现。

2.工伤认定的申请时限

不同申请主体，工伤认定的申请时限不同：

(1) 对用人单位而言，申请时限为自事故发生之日或者由省级人民政府卫生行政部门确定的职业病诊断机构诊断、鉴定为职业病之日起30日内；有特殊情况的，经社会保险行政部门批准，可以适当延长。一般认为，提出工伤认定申请时限延长申请的，应当在事故发生之日或职业病诊断之日起30日内提出，社会保险行政部门批准延长的时间也应控制在30日之内。

为了督促用人单位及时向社会保险行政部门提出工伤认定的申请，对用人单位逾期未提出工伤认定申请的，在此期间发生的工伤保险待遇等有关费用由该用人单位负担。对“在此期间”，国家并没有明确规定。实践中存在三种不同的观点（由图示说明）：



如果某工伤事故发生于2019年3月15日（A），由于2019年3月共31天，那么30日期满的时间就是2019年4月14日（B）。我们现在讨论的是无论是工伤职工本人、近亲属、工会组织，还是用人单位都没有在30日内提出工伤认定申请的情况。设C为单位或个人提出工伤认定申请日期时间点，D为社会保险行政部门工伤认定申请受理时间点。第一种观点认为，“在此期间”应为A、B之间，因为《工伤保险条例》只是规定了用人单位在工伤事故发生后的30日内没有提出工伤认定申请的责任期间，该期间就应该为30日而不应该有超过30日的可能。第二种观点认为，“在此期间”应为A、C之间，因为C时间点为单位或个人申请日期，无论是个人还是用人单位，只要在此时提出工伤认定申请，就履行了工伤认定申请的义务，责任期间应为包括30日后迟滞的期间。第三种观点认为，“在此期间”应为A、D之间，因为D为社会保险行政部门的受理时间点，提出工伤认定申请的C时间点只是“提出申请”，还有一个受理的过程。笔者同意第三种观点。在工伤认定申请过程中，申请人提出申请的材料如果不完整或社会保险行政部门在书面告知补正材料的情况下，社会保险行政部门有一个最长15日的材料审核期限，C、D之间可能是1—15日，只有在社会保险行政部门对工伤认定申请材料审核合格的情况下，才能视为用人单位提出了工伤认定申请，用人单位的责任期间应该为发生事故之日至受理日的A、D期间。需要说明的是，C、D时间点可能在E之前，也可能在E之后。

(2) 对职工个人、近亲属、工会而言，工伤认定的申请时限为事故伤害发生之日起或者是被诊断、鉴定为职业病之日起的1年内。

对用人单位的申请时限要求较短，主要是为了加强对用人单位安全生产工作的监管，便于有关证据的搜集与分析，尽快查明事情的真相，及时保护职工的合法权益。而对个人的申请时限作较长的规定，主要是为了充分保证工伤职工申请工伤的权利。

3.工伤认定申请的受理机关

《工伤保险条例》规定，工伤保险基金在直辖市和设区的市实行全市统筹，其他地区的统筹层次由省、自治区人民政府确定。第十七条规定，职工发生工伤事故伤害或者按照《职业病防治法》被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当向统筹地区社会保险行政部