

## “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

谢增毅

**内容提要:**在美国,通常只有发生于“工作过程”的伤害才可以受到工伤赔偿的保护。我国《工伤保险条例》在工伤认定的规定上存在缺陷,可借鉴美国的理念和判例做相应的修改。实践中,我国也应借鉴美国的理论和判例,对与工作存在模糊关系的伤害是否属于工伤做出准确的裁判。

**关键词:**工伤 美国 工作过程 工伤保险

谢增毅,中国社会科学院法学研究所副教授、法学博士。

美国工伤赔偿法主要是参照德国法律建立起来的,是美国最先出现的社会立法。最先制定工伤赔偿法的州是威斯康星州,该州于1911年制定了工伤赔偿法,到1920年,约有40个州制定了工伤赔偿法,到1940年,几乎所有州都制定了工伤赔偿法。在美国,尽管联邦有针对特定雇员的工伤赔偿法,但工伤赔偿的规定主要体现在州法当中。除了联邦政府的雇员受《联邦雇员赔偿法》(*Federal Employees' Compensation Act*)保护、在可航行水域工作的雇员受《码头和港湾工人赔偿法》(*Longshore and Harbor Workers Compensation Act*)保护之外,有关工伤赔偿的内容由州法规定,而各州之间的法律存在很大差别。工伤赔偿法也由州的机构实施。<sup>[1]</sup>以下主要分析判例中法院如何认定工伤。

### 一 “工作过程”在工伤认定中的地位

在美国,根据大部分州法的规定,工伤的成立必须满足四个条件:(1)存在人身伤害,一些州将精神上的伤害排除在外;(2)伤害因事故而发生,一些州将长期形成的伤害而不是创伤性的事故导致的伤害排除在外;(3)伤害因工作而产生,也即伤害的来源与工作有关;(4)伤害发生于工作过程之中,即伤害发生在雇主场所以及工作时间之内。<sup>[2]</sup>随着工伤赔偿法的发展,工伤成立的要件也发生变化,前三个要件出现缓和的趋势,工伤认定中因果关系呈现弱化的趋势,对“事故”的要求也逐渐放松,精神上的伤害也受到一定的保护。例如,随着判例的发展,工作无需是伤害发生的起因,只要工作促进或加剧了伤害的发生,工伤就可以成立。例如雇员举起某一重物导致椎间盘破裂,雇主不能以雇员先前存在缺陷,健康人举起该重物不会发生伤害作为抗辩事由。工伤认定中对“事故”的要求也越来越宽松。最初,工伤赔偿主要适用于“意外事件”,现在工伤扩大到那些非意外事件导致的“意外结果”。例如,工人在常

[1] Benjamin W. Wolkinson and Richard N. Block, *Employment Law: The Workplace Rights of Employees and Employers*, Blackwell, 1996, pp. 209, 211.

[2] Steven Willborn, Stewart Schwab, John F. Burton, JR., *Employment Law: Cases and Materials*, LexisNexis, p. 903.

规性的举重工作中后背受伤,尽管举重是一项经常性的任务,并非意外事件,但后背受伤仍可作为“意外结果”被认定为工伤。美国一些州甚至已经完全放弃了“事故”这一要求。<sup>[3]</sup>而且许多法院也判决精神伤害属于工伤。因此,随着以上前三个要件的缓和,“工作过程”成为工伤认定的主要标准。相应地,认定某一活动是否属于工作过程便成为工伤认定的主要任务。

因此,受害人必须证明伤害发生在“工作过程之中”才能主张工伤赔偿。如果伤害与“工作”无关,则无法获得工伤赔偿。在美国,有关工伤赔偿的诉讼主要涉及那些与工作存在“模糊关系”的行为导致的伤害,例如上下班途中遭受的伤害,吃饭、换衣、梳洗、休息以及从事其他个人性质的行为导致的伤害,参加与雇主有关的娱乐或社交活动导致的伤害,雇员的恶作剧或不当行为导致的伤害,雇员从事超出其通常职责的活动导致的伤害,雇员在应对紧急情形时遭受的伤害,雇员在雇佣关系正式开始之前或结束之后遭受的伤害等等。在这些场合中,行政机关或者法官都需要对行为是否与工作存在足够的关联做出判断,以决定受害人是否可以获得工伤赔偿。<sup>[4]</sup>因此,“工作过程”也成为工伤认定中的核心标准。

2004年我国开始实施的《工伤保险条例》规定了工伤的认定。《工伤保险条例》第14条规定,职工有下列情形之一的,应当认定为工伤:(1)在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害的;(2)工作时间前后在工作场所内,从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的;(3)在工作时间和工作场所内,因履行工作职责受到暴力等意外伤害的;(4)患职业病的;(5)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;(6)在上下班途中,受到机动车事故伤害的;(7)法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。从《条例》规定看,我国工伤认定中的主要标准是伤害发生于“工作时间和工作场所”,这一标准和美国成文法和判例中“工作过程”的要件类似。但除了第14条第2、6项有关预备性和收尾性工作和上下班途中遭受伤害的规定外,《工伤保险条例》并未对与工作存在模糊关系的其他情形导致的伤害如何认定工伤做出规定,相关的行政规章以及司法解释也缺乏规定,而实践中有关工伤的案件主要涉及伤害是否发生在“工作场所和工作时间”即“工作过程”这一核心问题。本文通过考察美国相关判例和学说中“工作过程”的范围,分析美国工伤认定的标准和方法,从而为我国完善工伤认定的标准以及明确工伤的范围提供有益参考。

## 二 美国对几种典型伤害是否属于工伤的认定

### (一)上下班途中

#### 1. 一般原则

由于美国的工伤赔偿法并不对雇员一般的生活风险提供保护,因此雇员受到的伤害必须和工作存在“合理关系”才能获得保护。在判例中,雇员在“准备出发”以及往返于工作场所途中因事故受到的伤害通常无法主张工伤赔偿,即使雇主为雇员提供了交通补助,雇员也不能主张工伤赔偿。只有当雇员确实进入雇主的工作场所,雇员才可以主张工伤赔偿。<sup>[5]</sup>可见,美国法院不认为“工作过程”包括上下班途中。因此,雇员在进入雇主的场所之前以及离开雇主的工作场所之后发生的伤害都不属于工伤。但在工作场所之内发生的伤害并不必然属于工伤。雇员下班之后重返工作场所,在工作场所中发生的伤害是否属于工伤,则应看雇员行为的性质。在塔特诉夏威夷GTE电话公司案(*Tate v. GTE Hawaiian Telephone Co.*)<sup>[6]</sup>中,原告在离开工作场所之后又返回工作场所取回一个用于个人消费的蛋糕,在雇主场所内发生意外。由于原告的行为完全属于个人行为,原告无法获得工伤赔偿。但在霍夫曼诉工伤赔

[3] Benjamin W. Wolkinson and Richard N. Block, *Employment Law: The Workplace Rights of Employees and Employers*, Blackwell, 1996, pp. 212 - 213.

[4] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, p. 611.

[5] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, p. 611.

[6] 77 Hawaii 100, 881 P. 2d 1246 (1994).

偿申诉委员会案 (*Hoffman v Workers' Compensation Appeal Board*)<sup>[7]</sup>中,原告在下班时间,根据雇主的惯例到工作场所取工资单,法院认为雇员的工资单和雇主具有相当的关联,因此,原告可以获得工伤赔偿。这两个判例具有一定的典型意义,因为伤害既不是发生在途中,也不是发生在正常的上班时间内。法院的判断标准是:只有雇员的行为和雇主有关联才能主张工伤赔偿。

## 2 雇主场所的范围

由于通常只有发生在雇主工作场所内的伤害才属于工伤,因此,雇主场所范围的界定就非常重要。如果雇主的设施有围墙,则围墙内通常均属于雇主场所。雇主提供的停车场也被视为雇主场所的一部分,即使停车场与其他雇主共用或者停车场和主要设施并不相邻。大多数法院支持发生在公司停车场和雇主主要设施之间的公共人行道上的事故属于工伤。但如果停车场不是雇主所有,则雇员在停车场和雇主场所之间的公共人行道上发生的意外则通常并不属于工伤。总之,如果雇主有多个工作场所,而这些场所并不相邻,则雇员在往返于这些场所的公路或人行道上发生的伤害属于工伤,因为法院认为,雇员是为了雇主的利益而往返于这些场所之间的。因此,如果雇员主要在家庭办公,则家庭和雇主之间的行程,将被视为是雇主不同工作场所之间的行程,因此,在此途中发生的伤害可以认定为工伤。<sup>[8]</sup>但雇员在家庭办公必须是雇主所要求的,如果仅仅只是雇员自己经常在家庭办公,家庭不能被视为工作的第二场所,在雇主场所和家庭途中发生的伤害就无法受工伤的保护。<sup>[9]</sup>

## 3 “特殊危险”规则

尽管雇员在正常的上下班途中发生的伤害不属于工伤,但如果伤害的发生是由于雇主工作场所附近特殊的危险引起,由于法院认为这种危险和工作有关,法院有时会认定伤害为工伤。例如雇员在公共人行道上被碎片击中,而这些碎片是雇主所排出的。即使危险不是由雇主工作场所产生的,但如果邻近雇主场所的地理位置非常特殊,雇员遭受的伤害可能被认定为工伤。例如雇员步行在雇主场所附近车辆极其拥挤的人行道上而遭遇车祸时,则可能被认定为工伤。在该种情形中,雇员必须证明是由于雇主附近的区域存在“显著危险的情形”而导致了伤害的发生。即使事故不是发生于雇主场所附近,如果途中存在“特殊危险”,则途中发生的伤害也可能被认定为工伤。在鲁克曼诉加比钻探公司案 (*Ruckman v Cubby Drilling, Inc.*)<sup>[10]</sup>中,原告在从家中到一僻远的训练场从事特定任务的途中发生事故,法院就运用“特殊危险”的理论使原告获得工伤赔偿。法院认为尽管该路的危险和大部分的路线相同,但原告必须长途旅行才能到达僻远的训练场使雇员的风险增加,因此,雇员应该得到法律的保护。如果特殊风险不是直接来自于途中,但与工作相关,雇员在途中遭遇的风险仍可能受到保护。例如在斯娄巴格诉三县电力联营公司案 (*Snowberger v Tri-County Electric Cooperative*)中,雇员在事故发生前的 100.5 小时里工作了 86 小时,雇员在工作结束回家途中距离雇主场所 22 英里的地点由于开车睡着而遭遇车祸身亡。法院认为由于事故发生前雇员长时间的工作导致了雇员的疲倦,因此认定伤害发生于工作过程,雇员受到工伤保护。<sup>[11]</sup>

## 4 “特殊任务”规则

由于“特殊任务”而在途中发生伤害,则很可能被认定为工伤。例如,市政工人每天晚上必须到公园关闭喷泉,由于往返于公园的时间要远远超出关闭喷泉的时间,法院把该类雇员的行程特点视为其工作的基本特征,因此,在途中发生的伤害很可能被认定为工伤。类似的案件还有本茨诉西北自由公司案 (*Bentz v Liberty Northwest*):<sup>[12]</sup>原告主要在家庭办公,有一天在从家庭到办公室取信的途中受伤,法院

[7] 559 Pa. 655, 741 A. 2d 1286 (1999).

[8] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 612 - 613, 617.

[9] 40 Cal. 3d 345, 220 Cal. Rptr. 94, 708 P. 2d 673, California Supreme Court, 1985.

[10] 81 Ohio St. 3d 117, 689 N. E. 2d 917, 1998 Ohio 455 (1998).

[11] 793 S. W. 2d 348, Supreme Court of Missouri, 1990.

[12] 311 Mont. 361, 57 P. 3d 832 (2002).

认为家庭办公室和雇主场所之间的行程是其工作的一个条件,从而支持了原告的工伤请求。如果事故的发生是由于雇员临时受雇主指派,则雇员在途中遭遇的伤害很可能被认定为工伤。在斯佳德市立医院诉莫妮案 (*Stroud Municipal Hospital v Mooney*)<sup>[13]</sup>中,雇员是医院实验室主管,当在家里进行午餐休息时,医院因紧急情形要求他赶回医院,在回医院的途中,雇员遭遇车祸。由于其从家中回到医院是为了雇主的特殊任务,法院认定可以获得工伤赔偿。在另一类似的案件巴尼斯诉儿童医院案 (*Barnes v Children's Hospital*)<sup>[14]</sup>中,一位医院的主管在星期日和家人购物时,医院要求该主管顶替另一名未上班的雇员的工作。该主管在送家人回家和前往医院之前,停在加油站加油,在加油站发生意外。由于其较早离开购物中心是为了医院的需要,而且必须先送家人回家,因此,法院运用“特殊任务理论使雇员获得赔偿。因此,“特殊任务理论一般运用于那些在下班时间而被雇主要求返回工作场所从事工作的场合,即使雇员的任务不是其通常的任务,也不影响工伤的成立。例如,雇员在被要求回工作场所为修理工开门的途中遭遇伤害也属于工伤。“特殊任务”规则的运用在于,在这些场合中,雇员受到伤害是直接为了雇主的利益,而且雇主的行为为雇员带来不便。此外,适用“特殊任务”的工作通常是较为轻微的工作,通勤构成了雇员服务的主要内容。因此,如果雇员需要回公司从事更为广泛的工作,旅途并不构成雇主服务的大部分内容,则无法适用“特殊任务理论”。<sup>[15]</sup>

#### 5. “双重目的”规则

雇员经常在从事公务的途中也从事私人事务,法院通常运用“双重目的”规则来解决此类问题。当某一旅程同时具有公务和私人目的,如果不管公务目的是否存在,旅程都会进行,并且如果没有个人目的,旅程将被取消,那么该旅程将被认为属于个人事务,由此发生的伤害不属于工伤。反之,如果即便没有私人目的,该旅程也需要进行,则该旅程属于公务。<sup>[16]</sup>

该原则同样适用于上下班途中。尽管雇员在上下班途中发生的事故通常不属于工伤,但如果雇主要求雇员在上下班途中从事公务,则在从事公务的那部分途中发生的伤害,属于工伤。如果雇员在公务出差途中绕道,例如,某雇员在出差途中,为了个人目的顺便到其他地点,通常只有为了公务目的的行程部分受工伤赔偿保护,个人绕道的行程不受保护,只有当雇员重新回到公务的路线部分,才能再受到保护,在雇员未回到公务路线的部分,雇员不受保护。相反,如果雇员为雇主从事“特殊任务”,雇员轻微绕道,选择了一条风景更好的路线回家,如果事故发生在“轻微延伸的途中”,则雇员很有可能受到工伤保护。

问题在于,很多时候无法将属于公务部分和私人部分的路线清楚地分开。例如,雇员为了公务从纽约出差到芝加哥,雇员可能为了私人的目的在底特律停留。由于到底特律并没有偏离纽约到芝加哥的基本路线,因此,从纽约到芝加哥的整个途中都可以受到法律的保护;当然,在底特律纯属个人目的旅程不受保护。但如果因个人目的严重偏离了公务路线,大部分法院认为这部分行程不应受到工伤的保护。例如同样从纽约出差到芝加哥,如果雇员先从纽约直接飞到芝加哥从事公务,这部分行程受到保护,但从芝加哥到圣路易斯则可能被认定完全属于个人的行程,因为该路程和雇员从芝加哥返回纽约无关,但从圣路易斯回到纽约的路程则可能受到法律的保护,因为该行程和雇员从芝加哥返回纽约的旅程相似。但是如果雇员偏离公务行程的路线更长,例如从芝加哥到旧金山旅游,则法院通常认为,从芝加哥到旧金山纯属个人目的;而且大部分法院认为从旧金山到芝加哥的回程属于个人行为,只有当雇员回到芝加哥和纽约之间的路程时,雇员才受到保护。也有少数法院认为,雇员从旧金山到芝加哥整个行程都应受到保护,因为,雇员结束了在旧金山的个人事务后应该被认为已经回到了公务的行程中。

因此,在公务行程涉及私人绕道的情形下,核心问题是雇员为了个人目的偏离直接的公务路线的程

[13] 933 P. 2d 872 (Okla. 1996).

[14] 109 Md. App. 543, 675 A. 2d 558 (1996).

[15] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 615 - 616

[16] *Marks' Dependents v Gray*, 251 N. Y. 90, 167 N. E. 181 (1929).

度。如果这种偏离并不显著,则整个行程,例如纽约—底特律—芝加哥—纽约,都受到工伤保护。但是,如果为了个人目的偏离公务路线非常显著,如到圣路易斯或旧金山,则明显属于个人目的的行程部分将不受法律保护。<sup>[17]</sup>

## (二)“个人舒适”

雇员在工作时间内,也需要经常从事一些满足个人需要的行为,例如饮食、喝水、放松、洗漱、换衣、休息等,在从事此类行为中发生的伤害是否属于工伤?法院在解决这类问题时,产生了“个人舒适”规则。

雇员在工作过程中满足个人需要的行为如果是雇佣关系不可或缺的部分或者有利于雇主的利益,雇员通常可以受工伤保护。如果这些行为没有严重偏离他们通常的工作,这些行为一般被认为发生在工作过程中;只有当雇员的行为严重偏离了工作职责,才不受工伤保护。在上班过程中,雇主通常都为全职的雇员提供休息或者用餐时间,尽管雇主可能不向雇员支付休息时间的工资,但雇员于休息时间内在雇主场所发生的伤害通常属于工伤。因为,尽管这些行为发生在非工作时间,但这些行为在空间和时间上和工作存在紧密关系,因此,应被视为工作的一部分。具体而言,雇员在休息或者用餐时间在雇主的场所内由于和工作相关的危险导致的伤害属于工伤。即使伤害不是工作环境固有的因素所致,雇员也可能受到工伤的保护。大部分法院基于雇员位于雇主的场所之内以及在工作日内从事个人必需的事务的事实,认为因此产生的事故发生在工作过程之中。雇员只有故意进入那些禁止进入的区域或者从事那些与休息完全无关的行为,才不受工伤的保护。在休息时间,如果雇员到雇主工作场所之外的地方用餐,通常无法获得工伤保护,除非能证明雇主要求他们到外面就餐。雇员在工作时间需要短暂休息喝水或其他饮料,在此过程中发生的伤害同样受工伤保护。例如,手夹在制冷设备里,错把酸味饮料当成水,在排队中因插队被同事撞伤。即使雇员短暂地抽烟休息,也受工伤保护。因为这些活动发生于雇员“轻微偏离”他们正常工作的过程中。同样的道理,雇员在工作中短暂的放松也受到工伤保护,例如,雇员在往返于厕所的途中以及使用这些设施过程中发生的伤害,同样受工伤保护。雇员在上岗之前或完成工作之后可能从事一些与工作相关的事情,例如,工作之前换上制服或者在工作之后洗漱或洗澡,这些行为与工作密不可分,因此受工伤保护。但如果是在上班之前或下班之后只在雇主场所内闲逛,与工作毫不相关,因此发生的伤害不受工伤保护。如果雇员用不合理的方式使工作环境更舒适,例如,雇员粗心大意地在火中灌入汽油使工作场所变暖,疲惫的工人在公司的车辆里睡觉,在这些情形中,如果雇员只是疏忽,通常可以受到保护,但如果雇员故意地从事这些危险行为,以致被认为和工作无关,就无法受工伤保护。

如果雇员在雇主的场所内居住,因与住处相关的风险导致的伤害,例如发生火灾,通常可以获得工伤保护。但是如果在公司的住所从事纯粹的个人事务,通常不受保护。如果雇主要求或者鼓励雇员在雇主场所之内处于待命状态,且可以随叫随到,即使雇员在此期间从事个人事务,由此发生的伤害通常也属于工伤,如果雇员离开工作场所从事完全属于个人的事务,则通常不受工伤保护。<sup>[18]</sup>

## (三)娱乐和社交活动

许多雇主允许、鼓励甚至要求雇员参加娱乐或社交活动。这些活动可能发生在工作时间内,也可能发生在工作时间的前后,可能发生在雇主场所内,也可能发生在雇主场所之外。雇员在这些活动中受到伤害的,雇员通常必须证明伤害发生在雇主场所内,是由于雇主明示或默示要求雇员参加的活动而引起的,或者伤害发生在对公司有实质益处的娱乐或社交活动过程之中。

如果娱乐或社交活动是雇员工作的一部分,雇员肯定受工伤保护,例如雇主要求雇员参加一项公司主办的社交活动。如果活动在雇主场所之外由公司举办,即使雇主没有要求雇员必须参加,只是鼓励雇员参加,雇员仍可能受保护;如果活动不是公司举办的,且公司未要求雇员参加,则除非雇员能证明雇主

[17] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 616 - 618.

[18] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 618 - 621.

可以从雇员的出席中获得“有意义的雇用利益”，否则通常不受工伤保护。因此，如果活动不是公司举办的，且雇员不能证明公司从他们参加的活动获得任何益处，雇员就无法获得工伤的保护。一些州的法律规定，雇员在下班时间参加自愿性的娱乐或社交活动，即使公司对这些活动提供了资助，雇员通常也不受工伤保护。在没有成文法规定的州，如果娱乐或社交活动发生在雇主场所之内，特别是在事先确定的休息时间内经常性的活动中发生的伤害，雇员通常可以受工伤保护，因为在此场合，法院容易推论出这些活动与工作相关。如果娱乐或社交活动是自发和非经常性的，则雇员受到保护的可能性较小，因为雇主可能不知道这些分散的活动，法院也难以将其作为工作事故。

有关体育活动的工伤认定，通常需要考虑四个因素：如果体育活动在公司里举办，雇员很可能受工伤保护，尤其当活动在正常的工作日举行时；体育活动明显由公司发起时雇员可能受工伤保护，如果活动主要来自于雇员自己的兴趣，雇员通常不受保护；如果雇主提供活动设施、制服和奖励，雇员受工伤保护的可能性就很大；法院考虑的另一个因素是公司是否可以从雇员参加的体育活动中获得商业和雇用利益，例如，法院可能基于体育活动有利于提高雇员的士气和效率，使雇员获得保护。<sup>[19]</sup>

#### (四) 出差雇员

雇员在出差途中可能从事完全属于公司业务的事务，也可能从事一些与工作相关而满足个人需要的行为，或者从事完全属于个人的行为。雇员从事雇主业务的过程，当然受保护，雇员在出差过程中从事的私人事务如果与工作相关，则雇员通常受到保护。由于出差雇员通常需要住宾馆，法院将适用于居住在公司的雇员的规则适用于出差雇员。因此，出差雇员在宾馆里用餐的过程中受到伤害的，属于工伤。和雇员出差相关的因素导致伤害发生的，雇员通常受保护，例如，宾馆失火、雇员遭到入侵者身体伤害的，都属于工伤。即使雇员从宾馆走路或者开车到餐馆吃饭，在途中发生的伤害，也很可能属于工伤。此时法院运用的是“特殊任务”规则。当出差雇员在出差过程中处于待命状态，法院通常将所有合理的个人事务视为工作过程的组成部分。如果雇员在途中从事非连续性的工作，许多个人事务也受工伤保护。即使雇员在洗澡或穿衣过程中发生的事故法院通常也会认定为工伤，因为，雇员保持良好的形象是必要的。

法院的许多判例支持出差的雇员在完全属于娱乐的旅途中遭遇的伤害属于工伤。这些判决认为，当雇员为了雇主的业务出差到一个较远的地方，并且需要在出差的地点停留特定长的时间，其雇员身份在整个出差的行程都存在着，因此，在这期间发生的伤害都受到法律的保护，只要雇员在遭受事故时从事的是合理的活动。因此，雇员在出差过程中的大部分活动都可以受到工伤的保护，包括那些和工作关系较远的个人活动。只有当雇员从事单独的并且明显的个人行为时，才可能不受工伤保护。<sup>[20]</sup> 例如，雇员在出差过程中，到室外呼吸新鲜空气而受伤的，通常可以受工伤保护，但到宾馆的游泳池游泳而受伤的，通常不受工伤保护。<sup>[21]</sup>

如果雇员在途中突发非职业性的疾病，法院并不保护。在拉·塔瑞特诉工伤赔偿申诉委员会案 (*La Tourette v. Worker's Compensation Appeals Board*) 中，雇员在出差过程中，由于先前的身体状况，发生了非职业性的心脏病突发，雇员被送往医院治疗并接受手术。在治疗过程中，由于个人感染细菌而死亡。尽管该雇员在出差过程中由于心脏病突发而死，但法院认为死亡并不是由于工作引起的，其死亡和工作职责没有关系。<sup>[22]</sup>

#### (五) 恶作剧和不当行为

在因恶作剧导致的伤害中，雇员因其他雇员的恶作剧受到伤害的，通常可以得到工伤保护，其他雇

[19] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 621 - 623.

[20] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 623 - 624.

[21] Matthew W. Finkin, Alvin L. Goldman, Clyde W. Summers, Kenneth G. Dau-Schmidt, *Legal Protection for the Individual Employee*, West Group, 2002, p. 634.

[22] 17 Cal. 4<sup>th</sup> 644, 72 Cal. Rptr. 2d 217, 951 P. 2d 1184 (1998).

员从事的是禁止的行为也不影响受伤害的雇员获得工伤赔偿。相反,如果雇员鼓动或参与恶作剧而导致自身受到伤害,则可能不受工伤保护。法院认为,故意恶作剧的行为者在从事不当行为的过程中,暂时“脱离了工作”,因此,允许雇主以此为由拒绝工伤请求,但如果法院认为不给予雇员工伤保护是不公平时,则会通过其他途径使受到伤害的雇员获得工伤保护。一些州法院区分两种不同的恶作剧:已经成为工作环境正常特征的恶作剧以及纯属个人的孤立的恶作剧。雇员参与恶作剧导致了工作中惯常的事故通常可以获得工伤赔偿;雇员参与反常的恶作剧通常不能获得工伤保护,因为这些行为不能被合理地认为与工作环境相关。大部分法院的立场是,如果雇员有理由相信其恶作剧属于可以被接受的活动,法院就推定雇主接受此类恶作剧,使受到伤害的雇员受工伤保护。<sup>[23]</sup> 例如在路勃拉鲁诉马里莱特案 (*Lubrano v Malinet*)中,原告是一名16岁的加油站操作员,在某一工作日,一名同事向原告演示了向一个装有石油、汽油和润滑脂残余的桶投掷点燃的火柴而不会爆炸的可能性,加油站另一名雇员及一名老板也曾向这位同事展示过这项“技术”。原告在某日朋友来访时,在等待客户或任务分配时,试图演示该“技术”,结果爆炸致身体受到大面积烧伤。由于事故发生在工作空闲时间,且之前至少已有两次类似的“演示”行为,法院因此认为,这是一项“累计的恶作剧”而不是孤立行为,从而认定原告的行为发生在工作过程中,受到工伤保护。<sup>[24]</sup> 因此,如果雇员经常用恶作剧来减少沉闷或打发空闲时间,此类恶作剧通常可以受到保护。<sup>[25]</sup>

法院在恶作剧案件中,使雇主承担工伤责任使用的另一种方法是考察伤害是否因工作环境中而产生。如果雇员的恶作剧行为没有严重偏离雇员正常的工作,则雇员的伤害通常可以获得赔偿。例如,雇员在去自动饮水机途中的恶作剧,雇员由于同事取其搬起油漆桶的能力而掰手腕,一名铁路雇员在行走的轨道上打击信号雷管,只要这些恶作剧行为只是轻微地偏离他们正常的工作职责,法院通常使恶作剧者获得工伤保护。例如,在达克运输公司诉杜伦案 (*Darco Transportation v Dulen*)<sup>[26]</sup>中,一名货车司机在驾驶货车途中与火车相撞。雇主以雇员在事故发生时与其同事有性行为为由拒绝赔偿。法院认为,司机在事故发生时仍然代表雇主在驾驶车辆,即使其可能同时从事性行为。由于没有证据表明司机在当时放弃了为雇主从事运输的任务,因此法院仍判决其行为受工伤保护。如果证据表明雇员的恶作剧严重偏离他们的正常工作,因此而受到伤害的,通常不受工伤保护,因为法院不认为在这些情形下伤害是由于工作而发生的。例如,一名园林工在工作日结束时在公司之外乘坐同事的摩托车而受伤,一名雇员违反公司禁止乘坐铲车的规定乘坐铲车而在下车时受到伤害,一名电梯操作员离开岗位与其他工人发生口角,等等。在判例中,因醉酒、非法吸毒等导致伤害的,通常不受工伤保护。但如果喝酒或吸毒与工作有关,则雇员可能受工伤保护。

因雇员故意的不当行为导致的伤害通常不受工伤保护,如果仅仅是由于雇员的疏忽导致的伤害通常可以获得赔偿。当雇主否认雇员的赔偿请求时,雇主有义务证明雇员的行为是故意的或者属于漫不经心的漠视。<sup>[27]</sup>

## (六)超出工作职责的活动

雇员超出自己正常的工作职责从事的行为,如果这些行为是出于善意的努力以促进雇主的利益,则法院通常会认为伤害与工作有关,从而使雇员受到保护。在判例中,法院通常认为,雇员帮助同事从事工作之内的行为属于工作行为,即使雇员的行为并不能同时促进自己的工作。法院认为,雇员善意地帮助其他同事从事工作范围内的行为导致的伤害不受法律保护是不公平也是不明智的,如果不保护这些

[23] Benjamin W. Wolkison and Richard N. Block, *Employment Law: The Workplace Rights of Employees and Employers*, Blackwell, 1996, p. 212.

[24] 65 N. Y. 2d 616, 491 N. Y. S. 2d 148, 480 N. E. 2d 737, New York Court of Appeals, 1985.

[25] Matthew W. Finkin, Alvin L. Goldman, Clyde W. Summers, Kenneth G. Dau-Schmidt, *Legal Protection for the Individual Employee*, West Group, 2002, p. 640.

[26] 922 P. 2d 591 (Okla. 1996).

[27] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 624 - 627.

雇员,将无法鼓励雇员从事有利于雇主的行为。同样的道理,当雇员受主管或雇主的指示从事直接有利于主管或雇主的私人事务时,尽管这些私人的事务超出了雇员正常的工作职责,通常雇员也可以受到工伤的保护。法院保护这些雇员的理由在于他们是善意地执行与工作相关的指令。雇员可能和同事交换工作,例如对本职工作的厌烦而从事其他的工作。如果雇员之间换岗得到雇主的同意,雇员从事新工作的行为也属于工作范围。但如果雇员交换工作没有得到雇主的同意或者雇主并不知晓,则因此造成的伤害通常不受工伤保护。法院并不认为雇员由于个人的原因交换工作有利于雇主的利益,尤其当雇员彼此交换工作违反公司规则时,雇员受到保护的可能性就更小了。

雇员帮助其他雇员处理私人事务导致的伤害通常不受工伤的保护,例如,当其他雇员生病时,开车送其回家,或者把工资单送到未上班的雇员家中。由于这些行为并不与工作直接相关,雇员通常不受工伤的保护。只有当这些行为不仅使其他雇员个人受益,而且也促进了雇主利益时,才可能获得工伤保护。雇员参加正式的培训项目或者自我提高的项目导致的伤害也涉及工伤问题。如果培训是由雇主提供且在工作场所内举行的,雇员的伤害可以受工伤保护;如果雇主明示或默示鼓励雇员参加培训课程或者为其提供费用,则雇员因此导致的伤害可能被法院认为是发生在工作过程中从而获得保护。如果没有雇主的直接支持,即使公司支付了课程的费用,通常也不受工伤的保护。个人参加与职业相关的会议导致的伤害是否属于工伤?如果雇员能够证明雇主明示或默示地指示或者强烈鼓励雇员参加,则雇员的伤害可被认定和工作有关。反之,如果没有雇主的鼓励,而只是个人决定参加会议,则雇员通常不受法律的保护,即使雇主从雇员的行为中间接获益。雇员参加工会的活动导致的伤害是否属于工伤?例如,雇员参与集体谈判,是否属于受工伤保护?法院很可能认为这些活动与工作环境有关,而使雇员受到工伤保护。但如果雇员仅代表雇员组织参加活动而与雇主没有实际联系,则不受保护。雇员因罢工而受到伤害的,通常不属于工伤。<sup>[28]</sup>

### (七)紧急情况

当紧急情况发生时,同事、顾客或者普通公众面临危险时,雇员为了使别人摆脱危险而遭受伤害时,如果雇员施救的努力和工作有关,则可以受到工伤的保护,如果和工作没有关系,则无法受工伤保护。如果雇主的利益因紧急情况受到威胁,雇员为了保护雇主的财产遭受的伤害通常属于工伤。雇员为了帮助因与工作相关的因素而陷入危险的同事而遭受的伤害通常受工伤保护。雇员为了使自已摆脱工作环境中的危险而遭受伤害的,通常也受工伤的保护。雇员为了使顾客摆脱由于雇主原因造成的危险而遭受伤害的,也受工伤保护。如果顾客遭受的危险和雇主无关,则雇员可能无法受到工伤的保护,尽管雇员的行为有利于雇主和客户的关系,但缺乏与工作的紧密联系。雇员帮助陌生的公众也适用类似的规则。

### (八)雇用关系开始之前和结束之后的工伤认定

法院通常认为只有实际的雇用合同成立后,雇员的伤害才受工伤保护,因此,雇员在求职过程中,在被正式雇用之前遭受的伤害通常不受法律保护,雇员遭受损害的,只能通过侵权获得救济。如果雇用关系已经成立,而雇员尚未正式开始工作,则可能受到工伤保护。例如在都德桑诉工伤赔偿分局案(*Dodson v. Workers' Compensation Division*)<sup>[29]</sup>中,布朗—鲁特公司(Brown & Root)同意录用原告,条件是原告必须自己付费参加一项有关安全的课程并且参加一项由公司组织的有关身体灵活性的测试。在身体测试中原告受伤,由此主张工伤。法院认为,在测试之前,双方的雇用合同已经成立,从而认定原告受到的伤害是在工作过程中发生的。

雇员主动辞职或被雇主解雇之后,可能回到办公室收拾个人物品、或者回公司取薪水单,雇员在雇用关系结束后的合理时间内从事这些事务而遭受的伤害可能被认定为工伤,因为这些事务可以被认为

[28] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 627 - 629.

[29] 210 W. Va. 636, 558 S.E.2d 635 (2001).

是工作中的正常事故;如果雇员未在合理的时间内从事这些事务,则可能无法获得工伤保护。<sup>[30]</sup>

### 三 美国工伤认定对我国的启示:理念和制度完善

#### (一)“宽严相济”的理念

从美国工伤认定的标准和相关规则可以看出,美国工伤的基本判断标准是伤害必须发生在“工作过程”中,即伤害必须与工作相关,与工作不相关的伤害被排除在工伤保护范围之外,从这点看,美国在工伤赔偿的认定上颇为“严格”。例如,伤害通常必须发生在雇主的工作场所内,正常上下班途中遭遇的伤害并不受保护,出差过程中完全属于私人的事务,甚至在出差过程中由于自身先前的健康状况导致的事故也不受工伤保护,擅自交换工作岗位一般也不受保护,雇员帮助同事处理属于私人的事务通常也不受工伤保护,参加罢工遭遇的伤害也不受保护,雇员在紧急情况下帮助其他顾客或者公众而遭受伤害的,只有当危险和雇主相关时,才能获得保护。总之,美国并不把那些由于公共风险或者雇员从事私人事务而引起的伤害纳入工伤范围,只有与工作相关的伤害才可能被认定为工伤。

尽管工伤必须在工作过程中发生,但美国法院在解释“工作过程”时,又对其做比较宽松的解释。雇员从事和工作存在模糊关系的事务导致伤害的,如果发生在雇用场所内,或者得到雇主的同意,或者雇主强烈鼓励,或者雇员的行为使雇主受益,雇员都可能被认定和工作相关,从而获得工伤保护。从这一点看,美国的工伤认定又比较“宽松”,对雇员采取一种相对扶持的态度。例如,尽管普通上下班途中遭遇的事故不受保护,但由于雇主的“特殊风险”和雇员的“特殊任务”导致的伤害则受到保护;雇员在出差途中轻微的“绕道”仍受工伤保护;雇员在休息时间或者工作时间从事与工作必不可分的个人事务遭遇的伤害(包括抽烟)一般都受工伤保护;娱乐或社交活动如果是雇主强烈鼓励雇员参加的,或者即便不是雇主要求参加但有利于雇主利益的,也受工伤保护;出差雇员在出差过程中从事合理的个人事务也受工伤保护;如果恶作剧是工作环境中的合理行为也受到保护;甚至喝酒或吸毒如果与工作相关也可能受工伤保护;雇员的不当行为只有在故意或重大过失时才不受保护;雇用关系开始之前和雇用关系结束之后雇员的合理行为也受工伤保护,等。当然法院对工伤采取的“宽松”态度也是有限的,这些行为必须可以解释为与工作相关。

因此可以看出,工伤的核心理念在于“与工作相关”。超出“工作”之外的伤害,雇主不应承担责任,反之,与“工作相关”的事故,雇主则必须承担责任。因此,对工伤做出过宽的解释不仅不符合工伤的本意,对雇主也不公平;同样,对工伤做出过窄的解释不利于保护雇员,也失去了工伤的应有意义。在工伤认定上,要坚持“工伤”的基本内涵,不应把那些工作之外的伤害也作为工伤来处理,这是必须严格遵守的原则。但另一方面,工伤赔偿法属于社会立法,对雇员的保护应有所倾斜,凡是那些和工作存在模糊关系但有理由解释为和工作相关的伤害,都可以且应该认定为工伤。因为,雇主对工伤的赔偿数额是受到法定限制的,且单个雇主可以通过保险将赔偿责任分散到广大雇主中,而且雇员处于弱势地位,因此,对“与工作相关”的解释应该宽松一些。这是在工伤认定上应该持有的“宽严相济”理念。

#### (二)我国《工伤保险条例》相关规定的不足

##### 1. 工伤的认定不应超出工伤的基本内涵

###### (1)在上下班途中的伤害

我国《工伤保险条例》第14条规定,“在上下班途中,受到机动车事故伤害的”应认定为工伤。笔者认为,这种做法表面上虽有利于保护雇员,但却加重了雇主的风险和负担。由于雇员在途中的风险雇主通常无法控制,途中的风险主要属于一种公共风险,雇员在途中与工作的相关度很低;而且雇主通常并不事先知晓雇员的上下班路线,上下班的路线也可能随时变动,因此,让雇主承担这种事先无法控制且

[30] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 630 - 633.

与工作相关度很低的公共路线上的风险并不合理。而且这种机动车风险完全可以通过追究第三人的责任使受害人获得保护,在雇员遭受伤害可以通过其他合理途径获得解决时,完全没有必要由雇主承担这种风险。相比而言,美国对上下班途中伤害的认定比较科学,成文法和判例原则上不对上下班途中发生的伤害提供保护,只有当伤害与雇主的工作存在关联时,例如事故发生于“特殊风险”、“特殊任务”之中,雇员才能获得保护。这种做法较好平衡了雇员保护和雇主风险控制二者之间的关系,值得借鉴。

由于目前我国《工伤保险条例》规定雇员上下班途中受到机动车伤害应认定为工伤,因此,实践中对雇员正常上下班途中遭遇的风险应依法提供保护。但对“上下班途中”宜从严解释,不应做过宽解释。对于雇员在上下班途中从事个人事务、“绕道”行为导致的伤害不应认定为工伤,除非与工作相关,或者只是轻微地偏离正常的上下班路线,或者只是轻微地从事个人的合理事务。只有这样才能减轻雇主的风险,使工伤认定符合其本来含义。

### (2) 突发疾病死亡的事故

《工伤保险条例》第15条(1)项规定,“在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”视同工伤。这种规定过于僵化。雇员在工作时间和工作岗位突发疾病死亡或经抢救无效死亡,应视其死亡的原因而定,不宜一概认定为工伤。如果工作是突发疾病死亡的原因之一或者工作使雇员的身体条件受到影响,即死亡与工作相关时,雇主应承担工伤赔偿责任。如果死亡与工作毫无相关,例如雇员自身存在先天疾病,雇员的工作时间很短,工作并不是导致其发病死亡的原因或者工作并不会导致其发病的可能性提高时,在此情形下不应将雇员突发疾病死亡视为工伤。

### (3) 抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害

从工伤的本意,工伤必须与工作相关。从美国的判例法来看,雇员在紧急情况下帮助其他顾客或者公众而遭受伤害,也只有当危险和雇主相关时,才能获得工伤保护。因此,将抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到的伤害都认定为工伤,虽然有利于鼓励该类行为,但这些行为与雇主工作缺乏关联性,让雇主承担工伤赔偿责任使雇主承担了工作之外的其他风险,而这些风险是雇主所无法控制的。而且“维护国家利益、公共利益活动”概念很不确定,范围宽泛,雇主的风险很大。这种立法明显具有将国家责任转嫁给雇主的嫌疑,是否合理也值得怀疑。

综上,笔者认为,在工伤认定的标准和范围上,应坚持“工伤”的应有之义——与工作相关。过于宽松的解释从表面看有利于雇员的保护,但这种目的是否可以真正实现则颇有疑问。因为工伤的覆盖范围越宽,工伤保险的费用越高,雇主的成本就越高,雇主少参加或者不参加工伤保险的可能性就增大,雇员可能得不到保护;反之,如果工伤保险的覆盖控制在合理的范围内,工伤保险的费用越低,雇主参加工伤保险的积极性就可能增加,雇员可能更能得到保护。因此,对于那些可以通过其他途径使雇员获得赔偿的事故,应尽量通过其他途径解决。例如,上下班途中发生的机动车伤害完全可以通过机动车保险解决,参加抢险救灾等维护国家利益和社会公共利益活动导致的伤害应通过社会救助或社会抚恤制度给予补偿,不宜认定为工伤的就不应通过工伤赔偿途径解决。如果雇主未参加工伤保险,一旦事故发生,过宽的工伤范围,将使雇主陷入巨额的赔偿责任之中,对于那些小企业,可能造成严重的负担或者导致经营的困难,从而也不利于雇员的就业和保护。总之,在工伤认定的立法上,必须坚持工伤的本来含义,分析工伤范围宽窄的利弊得失,着眼于实效性,而不是随意地扩大工伤的覆盖范围,否则,效果可能适得其反。

## 2 《工伤保险条例》中不属于工伤的规定

《工伤保险条例》第16条规定,职工有下列情形之一的,不得认定为工伤或者视同工伤:(一)因犯罪或者违反治安管理伤亡的;(二)醉酒导致伤亡的;(三)自残或者自杀的。该条规定存在值得商榷之处。根据美国的经验,雇员由于故意或者重大过失的行为导致伤害的通常不受保护,因此,雇员因犯罪罪具有明显的故意或重大过失,不能认定为工伤。但雇员违反治安管理规定的,则应视行为者是否具有故意或重大过失而定,如果与工作相关,完全剥夺其工伤保护请求权并不合理。由于醉酒导致的伤害通常也不应认定为工伤,但如果醉酒与工作相关,是否应认定为工伤?例如,雇主由于工作需要要求雇员喝

酒或者强烈建议雇员喝酒,雇员因此遭受伤亡的,完全禁止其主张工伤赔偿也不尽合理。“自残或自杀”是否应一概排除在工伤赔偿范围之外?根据美国的判例,由于和工作相关的长期压力、焦虑或者失望导致的精神问题都可能受到工伤的保护。<sup>[31]</sup>因此,如果自残或者自杀是由于与工作相关的创伤导致了精神错乱和失去自我控制而自杀或自残的,应当认定为工伤。如果自杀或自残是故意的,则不应认定为工伤。对于自杀或自残行为不应一律否认其受工伤保护,尤其随着许多工作岗位工作压力越来越大,由于工作的原因导致精神障碍或自杀自残的现象越来越多,立法不应完全排除此类行为受工伤保护。

总之,《工伤保险条例》在工伤的认定上存在缺陷,不应作为工伤的却规定为工伤,可以认定为工伤的却明确排除在工伤之外,因此有必要借鉴美国的理念和判例做相应的修改完善。

### (三)实践中如何适用《工伤保险条例》认定工伤

尽管《工伤保险条例》第14、15和第16条规定了应该认定为工伤、视为工伤以及不应认定或视为工伤的情形,但许多事故缺乏明确的规定,实践中如何认定工伤仍有疑问。借鉴美国的经验,根据工伤的内涵和功能,笔者认为,在法律缺乏明确规定的情形下,对工伤的认定应坚持工伤的实质——与工作相关,凡是与工作有关的伤害应认定为工伤,这是工伤认定的基本标准。具体内容主要包括三方面:第一,如果伤害发生在雇主的工作场所,或者发生于雇主指示、明示或默示同意、强烈鼓励的行为之中,则通常可以认定为工伤;如果雇员的行为没有得到雇主的同意或强烈鼓励,但明显有利于雇主的利益也可以认定为与工作相关,使雇员受到工伤保护。有关雇员参加娱乐或社交活动,参加体育活动,从事超出自己正常工作职责范围内的事务,雇员在紧急状况下帮助他人等情形下遭遇的伤害应按照此原则加以认定。第二,基于“与工作相关”的原则,休息或工作时间内和工作密不可分个人行为,应认定为工伤。例如在雇主的场所用餐,往返于厕所途中以及使用厕所设施发生的伤害,雇员在工作中正常的休息而导致的伤害都应当认定为工伤,在出差过程中与工作密不可分的事项,诸如在宾馆从事的合理的个人行为导致伤害的也应该认定为工伤。第三,本着保护雇员的原则,对于那些和工作存在模糊关系,仅仅只是轻微偏离正常工作的行为导致的伤害通常也应认定为工伤。例如上下班途中轻微的绕道,出差途中轻微的绕道,工作中与工作环境相适应的合理的恶作剧,雇用关系开始之前和结束之后合理期间与工作相关的行为导致的伤害应当认定为工伤,这些行为尽管具有一定的个人性质,但与工作的关系较为密切,仍可认定为工伤。但严重偏离工作职责,具有明显个人性质的行为,例如,严重偏离上下班路线,出差途中严重绕道,与工作环境无关的恶作剧或不当行为,私下交换工作岗位,帮助其他同事从事个人事务导致的伤害等不应认定为工伤。

---

[ Abstract ] In the US, workers' compensation statutes cover only injuries occurring during the course of employment. The provisions on the determination of industrial injuries in Chinese Regulations on Industrial Injuries Insurance are defective and should be revised by taking reference of the relevant ideas and cases in the U. S. In addition, the Chinese administrative agencies and courts should properly handle cases involving injuries that have tenuous relationship with the employment by taking the doctrines in U. S. case law as reference.

---

(责任编辑:冉井富)

[31] 361 Mich. 577, 106 N. W. 2d 105 (1960).