

抗震救灾与我国劳动法二题

谢增毅^[10]

关于抗震救灾与工伤认定,从《工伤保险条例》的规定看,典型的工伤是“在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害”,即工伤必须符合“三工”原则——“工作时间”、“工作场所”和“工作原因”。“工作时间”、“工作场所”较易认定;但地震造成的伤害是否属于“工作原因”则较难判断。根据《工伤保险条例》第14条第3款的规定,“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”应当认定为工伤。地震属于典型的不可抗力。^[11]不可抗力的客观标准高于意外事件,由于意外伤害尚可认定为工伤,根据“举重明轻”之规则,认定不可抗力造成的伤害属于工伤应不成问题,因为工伤并不要求雇主有过错。但在由于暴力等外在原因而非不可抗力造成伤害的,雇主往往可以追究第三人的责任,而在不可抗力的场合,如果雇主没有为劳动者办理工伤保险,则由于不能向第三人追偿,雇主可能面临较重的责任。因此,如果劳动者以第14条第3款主张工伤,虽然概率较高,但仍存有法理疑问。

因地震造成的伤害可否认定为是因“工作原因”造成?从工伤保险的目的以及各国工伤保险的发展趋势看,对工伤认定越来越倚靠“工作时间和工作场所”的标准,对“工作原因”的要求则越来越低。法院通过各种原则往往认定在工作时间和工作场所由于自然原因,例如闪电、大风、地震或极度的温度造成的伤害属于工作原因造成。法院的推理原则是,雇员可以通过证明工作的属性使得受到自然原因的伤害的风险加大而主张工伤赔偿,即使不能证明工作使得风险加大,雇员仍可以通过证明雇员受到自然原因的伤害是由于其与雇主的工作场所接触而造成的。^[12]在美国有一案例,雇员在工厂劳动的过程中,由于龙卷风袭击工厂,导致雇员死亡。雇主认为,龙卷风属于不可抗力,因此死亡不是由于工作原因造成的。法院最终认定死亡属于工伤。法院认为,不必证明雇用和伤害之间的因果关系,不可抗力的抗辩事由保留了太多过时的思维,认为雇主非有过错,否则不承担赔偿责任。^[13]因此,从工伤的目的以及我国《工伤保险条例》的规定看,雇员在工作时间和工作地点因地震造成的伤害可以认定为工伤。

另根据《工伤保险条例》第15条的规定,^[14]在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的,也视同为工伤。但该条款不宜做过于宽泛的解释。在抗震救灾中,原则上,只有雇员为了抢救本单位的人员或财产,或者由本单位组织的抢险救灾活动造成的伤害才应认定为工伤,毕竟工伤的基本含义是在工作时间和工作地点因工作原因造成的伤害。雇员自发的或者由当地政府组织的抢险救灾而造成伤害的,应该通过其他社会保障制度加以解决。

关于用人单位能否解雇擅自离岗参与抗震救灾者,在地震灾害发生后用人单位的员工参与抗震救灾的心情可以理解,但从事志愿者活动应当有序进行。《劳动合同法》第39条第2款规定,劳动者严重违反用人单位的规章制度时,用人单位可以解除劳动合同。因此,员工擅自离岗,严重违反单位规章制度的,雇主如果采取相应的处分措施直至解除劳动合同在法律上并无多大障碍。我国台湾地区也有类似的规定。

[10] 作者简介:中国社会科学院法学研究所社会法研究室副主任,副研究员、法学博士。

[11] 《民法通则》第153条规定,本法所称的“不可抗力”,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

[12] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 637 - 639.

[13] Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden, *Tort and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*, Fourth Edition, West Group, 2001, p. 832.

[14] 《工伤保险条例》第15条规定,职工有下列情形之一的,视同工伤:(1)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;(2)在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的;(3)职工原在军队服役,因战、因公负伤致残,已取得革命伤残军人证,到用人单位后旧伤复发的。

问题是,是否只要员工有擅自离岗、充当志愿者行为,雇主均可解雇之?这得视具体情况而定。按照《劳动法》和《劳动合同法》的规定,只有“严重违反用人单位的规章制度,雇主才能解除合同。但我国《劳动法》和《劳动合同法》均没有对规章制度做过多的规定。《劳动合同法》对用人单位规章制度的制定程序作了规定,即单位在制定规章制度时必须与员工进行平等协商,而且必须向员工进行告示或告知员工(第4条)。但用人单位对规章制度的内容拥有很大的自主权,因此,何为“严重违反用人单位的规章制度”也具有很大的弹性。用人单位在决定员工的行为是否严重违反规章制度时必须考虑规章制度本身的合理性与否,并考虑员工离岗的理由和动机。在美国,尽管在一般的劳动合同中,雇主和雇员可以随时解除合同,但如果雇主解雇雇员的行为有违“公共政策”,雇主的解雇行为可能构成违法。“公共政策”理论包括雇员因从事“公共职责”而遭到解雇,此时雇主的行为可能违法。^[15]

抗震救灾与医疗卫生救援若干法律问题

董文勇^[16]

一 医疗志愿者的参与资质问题

为保障公民健康,国家对医疗服务业实行职业准入制度,对医务工作人员规定了严格的从业条件并建立了严格的管理制度。但此次抗震救灾医疗志愿者中,有很多志愿者没有执业医师资格或者没有医师执业证书,甚至一些医学院校组织学生志愿者参与医疗救援。^[17] 尽管救援大量的伤病员需要尽可能多的医务人员,但是医疗救援行为属于专业技术性行为,不适当的医疗救援也可能会延误对伤病员的及时治疗,甚至可能造成漏诊、误诊以及医源性损害。虽然灾后医疗卫生救援有其紧迫性,但是医疗卫生救援质量却不能因此而降低,二者之间不存在内在的、必然的矛盾。根据我国《医疗机构管理条例》等法律的规定,对于在非常情况下专业医务人员的社会参与问题却没有作出规定。我国医疗卫生立法需要对医疗卫生的社会参与行为予以规范,同时也有必要对紧急情况下的社会参与进行专门的规范,包括对地震等自然灾害发生时志愿医疗救援行为的规范。

二 被调遣医务人员的医疗救援行为问题

医疗卫生服务具有强烈的社会性和政策性,不应视为一般的民事法律行为,公立医疗机构及其医务人员也不是市场主体。根据《医疗机构管理条例》、《执业医师法》和《护士条例》,当发生自然灾害时,医疗机构及其卫生技术人员必须服从县级以上人民政府卫生行政部门的调遣。为了对医务人员的医疗行为实施有效管理,国家有法律法规规定,医务人员须在执业证书注册的执业地点或者证书颁发地执业,为此国家还专门规定了《医师外出会诊管理暂行规定》等规范性文件。而医疗救援队的救援行为显然不符合相关规定,但是事实上异地医疗救援行为有上位法依据,^[18]也符合抗震救灾的实际需要。但是,目前《执业医师法》和《防震减灾法》的两条规定过于原则,远远不能有效规范调遣医务人员参与灾

[15] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 784 - 785.

[16] 作者简介:中国社会科学院法学研究所社会法研究室副教授、法学博士。

[17] 资料来源: <http://school.youth.cn/HTML/35380.html>

[18] 《中华人民共和国执业医师法》第28条规定:“遇有自然灾害、传染病流行、突发重大伤亡事故及其他严重威胁人民生命健康的紧急情况时,医师应当服从县级以上人民政府卫生行政部门的调遣。”《中华人民共和国防震减灾法》第34条规定:“地震灾区的县级以上地方人民政府应当组织卫生、医药和其他有关部门和单位,做好伤员医疗救护和卫生防疫等工作。”