

工伤保险体系中的“诉讼禁止条款”研究*

李满奎

内容提要:“诉讼禁止条款”与工伤保险体系的“强制性”相互依存、不可偏废。“诉讼禁止条款”成为强制性工伤保险的核心要素之一,对于保护雇主和劳动者的利益至关重要,这也是实行工伤社会保险国家的通例。我国工伤保险体系中的“诉讼禁止条款”有着重大缺陷,消解了工伤保险体系的“强制性”,极大地损害了劳动者的利益。应当从根源上反思我国工伤保险体系的“强制性”特征,并相应地对“诉讼禁止条款”进行重新构建,以此来完善我国的工伤保险体系。

关键词:诉讼禁止条款 工伤保险 强制性

李满奎,西南政法大学经济法学院教师。

一 “诉讼禁止条款”的历史演进与制度内涵

(一) 历史演进

“在工业革命之前,劳动灾害(即工业事故伤害——笔者注)虽亦有之,但多属个别案件,劳工或食宿于雇主,或视同雇主之家人,通常均能获得必要之照顾”,^[1]工伤预防和工伤赔偿问题就无从谈起。到了19世纪,人们开始逐渐关注工业事故和职业病问题,但当时的注意力集中在酒精滥用与工业事故的关系:酒精滥用被认为是一种自我强加的状态,而由此造成的事故的受害人应被视为对其所遭受的伤害而负责。^[2]这种“受害人应受责难”的观念在当时成为占主导地位的观念,使得当时的社会也不具备产生工伤赔偿制度的条件。

随着工业革命的深入开展,新的生产方式和生产工具被广泛使用,而当时的工人对这些新的生产方式和生产工具却不具备相应的操作技巧和知识,导致工业事故和职业病大幅增加,造成了一定程度的社会问题。当时的社会观念认为管理层和工人都应该对这种糟糕的职业健康安全状况负责。^[3]从法律层面讲,工人可以起诉雇主要求其承担损害赔偿,但是必须证明雇主的过错,否则无法获得赔偿。同时,在英国通过判例还形成了“邪恶的三

* 在本文写作过程中,笔者曾与加拿大职业健康安全法律首席科学家、渥太华大学法学院教授 Lippel 女士进行沟通交流,获益良多,特此致谢。

[1] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第三册),中国政法大学出版社2005年版,第237页。

[2] Dianne E. G. Dyck, *Occupational Health & Safety: Theory, Strategy & Industrial Practice*, Markham: LexisNexis Canada Inc., 2007, p. 13.

[3] Dianne E. G. Dyck, *Occupational Health & Safety: Theory, Strategy & Industrial Practice*, p. 14.

位一体抗辩事由”即:过错相抵原则,即如果受伤的工人在工业事故的发生上在任何方面存在任何过错,雇主即可免责;^[4]共同雇佣原则,即如果受伤工人的同事直接造成了工业事故的发生,那么雇主即可免责;^[5]以及风险自负原则,即工人在接受工作时就已经了解了该工作存在的风险,并且接受工作就表明对这些风险的接受。当时的这种制度安排使得工人很难在法律上获得赔偿,因为他很难证明雇主的过错,并且雇主也可以通过证明上述抗辩事由的存在而规避责任;但另一方面工人毕竟有可能在一些案件中获得胜诉判决,并且在当时赔偿是有限额的,再加上雇主在聘请律师出庭应诉上也耗费了大量的财力人力,经济上的负担也使得雇主苦不堪言。工人和雇主对这一制度安排的不满使得他们很快就建立一种新的制度安排的必要性达成共识。

西方各国均先后对工人和雇主要求改革原来的工伤赔偿制度的诉求进行了回应。在这些国家中,尤以加拿大的做法最具代表性,并且也对现代工伤赔偿制度的建立产生了重大的影响。1910年,安大略省首席大法官 W. 梅雷迪思勋爵被任命为安大略省皇家委员会专员,负责进行工伤赔偿体制的调查工作。他考察了主要欧洲国家如德国、英国、法国、比利时等和美国以及加拿大其他省份的工伤赔偿立法和体制。W. 梅雷迪思勋爵于1913年提交了最终报告,这一报告被后人称为“W. 梅雷迪思报告”。^[6]在该报告中,W. 梅雷迪思勋爵对“邪恶的三位一体抗辩事由”进行了抨击,并提出了建立工伤赔偿体制的几个原则:“无过错”保险、集体责任、独立管理和排他管辖。根据 W. 梅雷迪思勋爵的判断,“在社会不满和行业动荡的当下,对社会来讲最重要的就是那些因糟糕或不公平的法律而导致的对某一部门或阶层的任何不公正现象应当即刻通过救济性立法而予以消除,并且我坚信我们国家因为立法机关能够迅速地识别并尽快消除不公正现象而能够享受行业稳定和社会平和的好处。”^[7]为此,他在报告中阐述了一种“交易”,即工人放弃起诉雇主的权利,而换来获得无过错法定赔偿的优惠;而雇主则出资成立工伤保险基金对工伤和职业病伤害提供无过错赔偿,换来免受工人起诉的优惠,这一特殊的“交易”安排,后来被称为“历史大妥协”。根据“历史大妥协”而确定的“诉讼禁止条款”,一方面使得雇主在工伤事故中的所有风险都通过缴纳工伤保险费的方式得到转移,另一方面也使得工人能够通过一种比民事诉讼更便捷的方式获得法定赔偿,有力地消除了“不公正现象”。“诉讼禁止条款”产生了深远的影响,不仅成为加拿大工伤赔偿制度的核心要素,也对其他实行工伤社会保险国家的工伤赔偿制度产生了重要的辐射作用。

(二) 制度内涵

诉讼禁止条款,又被称为“雇主诉讼豁免条款”,“工人不得起诉雇主”原则,或者工伤赔偿救济的“排他性条款”,是指在实行强制性工伤社会保险的国家,一旦雇主的工作场所中发生工业事故或者职业病而对工人造成人身伤害,工人只能向工伤赔偿机构申请工伤赔偿,并且因此所产生的纠纷是介于工人与工伤赔偿机构之间的;这一工伤赔偿救济具有排他性,

[4] 参见 *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East 60, 103 E. R. 926。

[5] 参见 *Priestley v. Fowley* (1837), 3 M. & M. 1, 150 E. R. 1030。

[6] *Final Report on Laws Relating to the Liability of Employers to make Compensation to their Employees for Injuries Received in the Course of their Employment which in Force in Other Countries*, by The Hon. Sir William Ralph Meredith, C. J. O., Commissioner., 1913.

[7] Meredith, *Final Report*, pp. 17-18.

工人不得再针对雇主提起诉讼要求赔偿,雇主享有诉讼豁免的待遇。^[8]从该定义及上述对“历史大妥协”背景的介绍不难看出,“诉讼禁止条款”是与强制性工伤保险体系相伴随的:既是工伤保险体制“强制性”的应有之意,又是确保工伤保险体制“强制性”的重要手段。这一点在实行强制性工伤社会保险的国家和地区都得到了印证:在加拿大,自安大略省在1914年确立强制性工伤社会保险之后,其余所有的省份和地区都实行了这一工伤赔偿制度,也都无一例外地确立了“诉讼禁止条款”。在美国,华盛顿州、俄亥俄州等六个州实行强制性的工伤社会保险,这六个州中均无一例外地确立了“诉讼禁止条款”。在新西兰,工伤赔偿纳入到事故赔偿体制之下,通过“工作账户”进行赔偿,亦为强制性的工伤社会保险,同样也确立了类似的原则。在澳大利亚,“越来越多的州政府和联邦,已经限制或取消了工伤工人起诉其雇主的过失的权利。这一趋势在20世纪90年代尤其明显。”^[9]而依德国《国家保险条例》第636条规定,因劳动灾害(即工伤事故)而受到损害者,仅得请领伤害保险给付,不得向雇主依侵权行为法之规定请求损害赔偿。^[10]

由上述各国法律所确定的“诉讼禁止条款”,在近百年的历史演进中,内容不断得到扩张,形成了具有丰富意蕴的原则体系。具体来讲,现代各国“诉讼禁止条款”共包含以下四方面的内容:

(1)如果工人的雇主为工伤保险计划所涵盖,那么工人(包括在工人因工伤死亡情况下工人的供养亲属,下同)在因工业事故或者职业病而遭受伤害的情况下,不得起诉其雇主、雇主所雇用的董事长、管理人员、其他代表雇主行使管理权的人员以及其他工人等。

(2)为了维护整个工伤保险体系的协调性,各国有关工伤保险的法律还往往进一步规定,如果工人的工伤是因工伤保险范围内(或者同一行业,取决于工伤保险账户的运作情况)的其他雇主、其他雇主所雇用的董事长、管理人员或者工人所造成的,受伤工人同样不得对这些雇主、雇主雇佣的管理人员或者工人提起诉讼。不过,在故意或者重大过失造成工伤的情况下,法律往往对享受“诉讼禁止条款”保护的雇主范围进行限制,仅限于工伤工人的雇主;对于工伤保险范围内的其他雇主、其他雇主的管理人员或者工人因故意或者重大过失行为造成工伤事故的,并不享受“诉讼禁止条款”的保护,工伤工人可以选择对其提起诉讼或者选择申请工伤赔偿而将起诉的权利转让给工伤保险机构。

(3)如果工伤保险计划范围内或者同一行业的任何雇主、雇主所雇用的董事长或其他管理人员,或者雇主所雇用的工人(在工作过程中),对其他工人的工伤事故的发生负有过失、过错,那么他们也不需要对外工伤事故伤害进行赔偿;法院可以在诉讼中确定上述人员在工伤事故中的过错程度(即使他们不是诉讼当事人),但工人或者第三人不得通过诉讼对这部分损失进行追偿。

(4)对于工伤保险计划范围内的雇主,其享有诉讼豁免的待遇不受其是否在实际按照规定缴纳保险费的影响,同样,工人根据工伤保险计划享受的权利也不受雇主是否在实际

[8] 参见 James M. Mesnard, "Exclusivity under the Act", 6 *Loy. Mar. L. J.* 59. 不过这种“诉讼禁止条款”又以实行强制性工伤保险的国家和地区贯彻得更为彻底和典型。出于对我国工伤保险体系进行研究的需要,本文主要关注强制性工伤保险模式下的“诉讼禁止条款”问题。

[9] Kevin Purse, "Common Law and Workers' Compensation in Australia", *Australian Journal of Labor Law*, October 2000, Volume 13, 转引自张新宝:《工伤保险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。

[10] 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第三册),中国政法大学2005年版,第253页。

上按照规定缴纳保险费的影响。

从上面关于“诉讼禁止条款”内容的介绍来看,其内容在演变过程中出现了扩张的趋势,从最初的工伤工人的“雇主”享有诉讼豁免,演进到现在的工伤保险计划范围内(或者同一行业内)的所有雇主、雇主雇佣的管理人员及工人均享有诉讼豁免。许多国家的工伤保险立法明确规定,“工伤赔偿待遇是建立在雇主和工人双方相互放弃诉讼权利和抗辩的基础上的”。^[11] 这种“诉讼禁止条款”的制度安排,也可以从实体法和程序法两个层面加以理解和认知:从实体法的层面上来讲,“诉讼禁止条款”意味着工伤赔偿救济具有排他性,即在工伤发生的情况下,只能申请工伤赔偿,这一救济为排他性救济;工伤赔偿制度具有取代雇主侵权责任的功能,法律上奉行“全面替代主义”。^[12] 从程序法层面上讲,“诉讼禁止条款”意味着工伤工人起诉权利的剥夺或者严格限制,也就是说在工伤情况下,国家并不认可工人与(工伤保险范围内的)任何雇主、雇主的管理人员或者其他工人之间发生工伤纠纷的可能性,当然也就不会为这种所谓的“纠纷”提供解决平台;所有的纠纷都通过工伤保险这一机制而转化为工伤工人与工伤保险机构之间的纠纷。所以,在实行强制性工伤社会保险的国家,与工伤有关的纠纷解决机制都是围绕着工伤工人和工伤保险机构之间的纠纷而展开的,完全不同于工人与雇主之间的劳动争议解决机制、工人与雇主之间的侵权纠纷解决机制,而是根据工伤纠纷的特点,设计一套在证明标准、解决程序、裁决机构、时间要求等方面适应工伤纠纷要求的纠纷解决机制。以加拿大为例,其所有省份和地区的工伤纠纷解决机制均独立于司法体系之外,而在工伤赔偿机构之上单独设立一个工伤赔偿上诉机构作为工伤纠纷的终审裁决机构。工伤纠纷通常要经过工伤赔偿机构自身的复议(或称上诉),对复议结果不服,可以上诉到工伤赔偿上诉机构获得终审裁决。整个纠纷解决程序简单快捷,能够避免司法程序拖沓冗长的弊端,并有效防止雇主凭借其雄厚的财力通过迫使工伤工人在法院提起诉讼来对其进行滋扰的做法。^[13]

这种“诉讼禁止条款”及相应的纠纷解决机制,反映并坚持了自“历史大妥协”以来工人和雇主就工伤赔偿问题所达成的“交易”,有效地维护了工人、雇主的利益,实现了“双赢”的局面。从工人的角度讲,这一制度安排虽然剥夺了他们在工伤情况下起诉雇主的权利,但是却赋予了他们获得无过错法定赔偿的权利,使得他们可以在工伤情况下快速获得工伤赔偿,而不需要通过“拉锯式”诉讼要求雇主承担责任,这对他们来讲,无疑是一种保护。从雇主的角度来讲,这一制度安排使得他们不必再去应对工人所提起的诉讼,节省了大量的人力财力,而只需要按照特定的费率缴纳工伤保险费,“它也在工作相关伤害的责任问题上为雇主提供了一定程度的可预见性”,^[14] 这一“可预见性”成本使其能够更合理地安排生产并且通过一定的途径将这一成本最终转移给消费者。同时,由于同一行业的所有雇主均被要求参与这一工伤保险计划,这也使得所有的雇主都能够在同一水平上进行竞争,不会因参与工伤保险计划而在生产成本上处于劣势,更加有利于维护公平竞争的市场环境。此外,由于这一制度安排将工人和雇主之间因工伤发生的纠纷从法律层面上“予以取消”,这就极大地节约了司法资源;再加上针对工伤工人和工伤保险机构所设计的特殊纠纷解决机制,无论在程序

[11] 参见《内华达州修正法律汇编》第 616A. 010 条、《怀俄明州法律汇编》第 27 - 14 - 101 条等。

[12] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第三册),第 262 页。

[13] Meredith, *Final Report*, p. 12.

[14] James M. Mesnard, "Exclusivity under the Act", 6 *Loy. Mar. L. J.* 59.

上还是在时间上都更为迅捷,也提高了工伤纠纷的解决效率,这对于维护整个工伤保险制度的运作至关重要。

二 “诉讼禁止条款”在我国运用及其局限

(一)我国工伤保险“强制性”的迷失

我国的工伤保险制度主要通过《工伤保险条例》和《职业病防治法》的相关规定而建立。根据《工伤保险条例》第2条规定:“中华人民共和国境内的各类企业、有雇工的个体工商户(以下称用人单位)应当依照本条例规定参加工伤保险,为本单位全部职工或者雇工(以下称职工)缴纳工伤保险费。”《职业病防治法》第6条规定:“用人单位必须依法参加工伤保险。”这两部法律已经非常明确地规定了用人单位^[15]参加工伤保险、缴纳工伤保险费的义务,由此建立了我国的强制性工伤社会保险制度。从形式上看,这也符合社会保险立法的国际惯例,西欧各国的保险立法大多明确规定了强制性原则,将雇主和雇工强制性地纳入社会保险系统。^[16]

然而,《工伤保险条例》第60条的规定却令人“大跌眼镜”：“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由劳动保障行政部门责令改正;未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。”根据该条规定,在用人单位违反《工伤保险条例》规定,未缴纳工伤保险费的情形下,其所承担的“责任”或者“不利后果”仅仅是被“责令改正”,这意味着在用人单位应参加而未参加工伤保险的情况下,法律责任非常轻,违法成本非常低。^[17]而“未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用”,对违反缴纳工伤保险费义务的用人单位而言根本就不是“不利后果”,充其量相当于用人单位在不存在工伤保险制度的情况下为工人的工伤所应当承担的“雇主责任”。对于追求利润最大化的用人单位而言,合乎“经济理性”的做法就是不参加工伤保险、不缴纳工伤保险费,因为他们都怀着一种侥幸心理:假如工伤事故不发生,那么就相当于省了一大笔工伤保险费;即使工伤事故发生了,工伤赔偿费用有可能会少于其为全体工人所缴纳的工伤保险费,况且用人单位还可以利用强大的经济实力和冗长的诉讼程序来达到不支付或者少支付工伤赔偿费用的目的。这样一来,在工伤保险问题上,公平竞争的环境就不复存在,“向下竞争”会成为一种趋势,而工伤保险体系的强制性就成为一种空谈。

工伤保险体系的强制性的“迷失”所产生的后果是极为严重的,它使得我国原本一体化的工伤保险体系“分崩离析”,具体表现为:工伤赔偿来源和途径的二元化,以及工伤纠纷解决机制的二元化。就工伤赔偿的来源和途径来讲:如果用人单位按照规定缴纳了工伤保险费、参加了工伤保险,那么工伤工人将从工伤保险经办机构获得部分工伤赔偿待遇;如果用人单位没有按照规定缴纳工伤保险费,那么工伤工人只能要求用人单位承担工伤赔偿

[15] 本文中,“用人单位”与“雇主”为同一含义,将根据用语习惯交替使用。

[16] 参见陈信勇等:《社会保险法基本原则研究》,载《浙江工商大学学报》2006年第5期。

[17] 参见翟玉娟:《中国工伤保险制度预防机制的不足与完善》,载《天津市政法管理干部学院学报》2009年第2期。

的责任。就工伤纠纷解决机制来讲:如果用人单位按照规定缴纳了工伤保险费、参加了工伤保险,就按照规定应由工伤保险经办机构承担的赔偿待遇项目发生纠纷的,工伤工人只能通过申请行政复议、提起行政诉讼的途径解决这一纠纷;而对于应当由用人单位所承担的工伤赔偿待遇项目而发生的纠纷,工伤工人仍然需要起诉用人单位按照劳动争议解决(仲裁前置,下同)。如果用人单位未按照规定缴纳工伤保险费,那么工伤工人只能够起诉用人单位,通过劳动争议解决机制来解决因此而产生的纠纷。虽然《工伤保险条例》规定,这种二元化的工伤赔偿均按照工伤保险待遇项目和标准进行支付,但是在二元化模式下,用人单位和工伤保险经办机构在承担责任的能力上是有巨大差异的,并且用人单位相比于工伤保险经办机构更容易滥用诉讼程序、侵害工伤工人的合法权益。也就是说在二元化的工伤赔偿模式下,工人能否最终获得工伤赔偿以及能够获得工伤赔偿的额度会存在天壤之别。而法律恰恰将选择权交给了用人单位,而工伤工人则完全要承受因用人单位行使选择权而产生的任何(往往是不利的)结果。原来“强制性”的工伤保险体系竟然成了消解强制性的潜在动因,这不能不引起我们的反思。在我国工伤保险体系的强制性迷失的同时,作为工伤保险强制性伴生物的“诉讼禁止条款”的处境也令人堪忧。

(二)我国工伤保险体制下“诉讼禁止条款”的现状考察

我国最高人民法院在《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下称《人身损害赔偿司法解释》)第12条规定:“依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,因工伤事故遭受人身损害,劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的,告知其按《工伤保险条例》的规定处理。”再结合《工伤保险条例》第52条、第53条和第60条的规定不难看出:对于依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,如果该用人单位按照规定缴纳了工伤保险费,在工人遭遇工伤伤害的情况下,就工伤保险基金所提供的工伤赔偿待遇发生纠纷的,工伤工人不得起诉用人单位,而应当按照《工伤保险条例》第53条的规定,依法申请行政复议;对复议决定不服的,可以依法提起行政诉讼。这就在我国工伤保险体系中确立了“诉讼禁止条款”,不过这一“诉讼禁止条款”的适用范围极为有限,并且受到非常严格的条件限制;其内容与国外通行的“诉讼禁止条款”相比,也存在较大差异。

我国工伤保险体制中“诉讼禁止条款”的内容可以归纳为以下几点:

(1)在我国工伤保险体制下,根据《工伤保险条例》的规定,对于那些“依法应当参加工伤保险统筹”的用人单位,只有其按照法律规定缴纳工伤保险费,才有可能享受“诉讼禁止条款”的保护,在一定条件下免于受到工伤工人的起诉;如果用人单位不按照规定缴纳工伤保险费,将无法享受到“诉讼禁止条款”的保护,工人可以也必须通过起诉用人单位来获得赔偿。

(2)即使用人单位按照规定缴纳了工伤保险费,“依法参加工伤保险统筹”,“诉讼禁止条款”也仅仅适用于工伤工人的用人单位,并且通过《人身损害赔偿司法解释》第12条第2款解释,用人单位的其他劳动者应当也包括在内,即工伤工人也不得因工伤对同一用人单位的其他劳动者提起诉讼;这一“诉讼禁止条款”不包括工伤保险范围内的其他用人单位及其管理人员、工人等。也就是说,如果工人的工伤是由其他用人单位的管理人员或者工人的过错行为所造成的,即使该用人单位按照规定缴纳了工伤保险费,工伤工人仍然可以按照《人身损害赔偿司法解释》第12条第2款的规定对该用人单位、该用人单位的管理人员或者工

人提起诉讼要求承担民事赔偿责任,因为按照规定这些人员属于“第三人”,并不受到“诉讼禁止条款”的保护。

(3) 在我国的工伤保险体系下,用人单位即使按照要求交纳了工伤保险费、参加了工伤保险统筹,有些赔偿项目如停工留薪期间的工资、停工留薪期间的护理费、住院期间的伙食补助费、伤残津贴(5级至6级伤残)、一次性工伤医疗补助金、伤残就业补助金,仍然是由用人单位负责支付的。就这些由用人单位负责支付的赔偿项目发生争议的,工伤工人可以起诉用人单位,按照劳动争议处理。也就是说,即使用人单位按照规定缴纳了工伤保险费,就上述由用人单位负责支付的工伤赔偿项目而言,其并不能享受“诉讼禁止条款”的保护。

我们不难看出,我国的“诉讼禁止条款”,相较于其他国家强制性工伤社会保险体制下的“诉讼禁止条款”,在启动条件、享受保护的主体范围、诉讼禁止的内容等方面有着诸多限制,充其量是一个“删节版”的“诉讼禁止条款”,并没有能够完全发挥这一条款在保护工人和用人单位方面的作用。在此基础上形成的二元化工伤纠纷解决机制,实施效果也不能令人满意。

(三) 我国二元化的工伤纠纷解决机制

我国现行的工伤纠纷解决机制主要由《工伤保险条例》和《劳动争议调解仲裁法》所确立,体现为二元化的纠纷解决机制:既包括行政复议和行政诉讼程序,也包括一般的劳动争议解决机制(调解、劳动仲裁、诉讼)。而具体使用哪一种纠纷解决机制,则要依据工伤纠纷的类型和内容而定。在司法实践中,在上述两种工伤纠纷解决机制之间进行选择适用时,主要考虑到以下三个因素:首先,就工伤认定结论发生的纠纷和就工伤待遇发生的纠纷很可能适用不同的纠纷解决机制;其次,就不同的工伤保险待遇项目如一次性伤残补助金或者伤残就业补助金发生纠纷,也可能会适用不同的纠纷解决程序;再次,用人单位是否按规定为工人缴纳了工伤保险费,也会影响到不同的纠纷解决机制的应用问题。

《工伤保险条例》第53条第1项规定,只要职工对工伤保险经办机构做出的工伤认定结论不服的,都可以依法申请行政复议和行政诉讼。因为工伤保险经办机构隶属于劳动行政部门,对其工伤认定结论不服就相当于对劳动行政部门做出的具体行政行为不服,理应通过行政复议和行政诉讼的程序来解决。《工伤保险条例》第53条第4项规定,工伤职工或者其直系亲属对经办机构核定的工伤保险待遇有异议的,有关单位和个人可以依法申请行政复议;对复议决定不服的,可以依法提起行政诉讼。其第52条又规定,职工与用人单位发生工伤待遇方面的争议,按照处理劳动争议的有关规定处理。这里就存在着两个条文的协调问题。根据《工伤保险条例》的规定,工伤待遇共包括以下几项:停工留薪期间误工费、停工留薪期间的护理费、医疗费用、住院伙食补助费、(评定伤残等级后的)生活护理费、一次性伤残补助金、伤残津贴、一次性工伤医疗补助金、伤残就业补助金、丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工伤补助金等十余项。如果用人单位没有按照规定缴纳工伤保险费,那么所有的工伤保险待遇都由用人单位支付,而由此发生的工伤保险待遇纠纷,则适用劳动争议处理机制,即工伤工人可以起诉用人单位要求支付上述工伤保险待遇,在这种情况下,用人单位并不享受“诉讼禁止条款”的保护。而如果用人单位按照规定缴纳了工伤保险费、参加了工伤保险,那么对于停工留薪期间误工费、停工留薪期间的护理费、住院伙食补助费、伤残津贴(5级到6级伤残)、一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金等根据规定应当由用人单位所负担的工伤待遇项目发生争议的,适用劳动争议解决机制,工人可以起诉用人单位要

求其支付这些工伤赔偿待遇,用人单位在这些工伤赔偿项目上并不享受“诉讼禁止条款”的保护;而对于医疗费用、一次性伤残补助金、伤残津贴(1级到4级伤残)、(评定伤残等级后的)生活护理费、丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工伤补助金等按照规定需要由工伤保险基金支付的工伤待遇项目发生纠纷的,应当适用行政复议和行政诉讼程序,只有在这种情况下,按照规定缴纳了工伤保险费的用人单位才能够享受“诉讼禁止条款”的保护。

因工伤保险强制性的“迷失”而导致“诉讼禁止条款”在范围和内容上受到不适当限制,而不合理的“诉讼禁止条款”又直接造成不合理的工伤纠纷解决机制。这一二元化的工伤纠纷解决机制内容庞杂,不同的工伤纠纷类型要适用不同的工伤纠纷解决机制;甚至是同一个工伤赔偿待遇纠纷,因为工伤赔偿项目的不同,也不得不适用不同的纠纷解决机制。这种做法一方面让那些本来可以通过一个纠纷解决程序解决的问题,不得不通过两个不同的纠纷解决机制来解决,极大地浪费了社会资源特别是司法资源,并且增加了劳动者的维权成本,使其在与用人单位的关系中更加处于劣势地位;另一方面,由于一个工伤纠纷需要通过两个程序来解决,可能会导致不同的裁决出现,而损害法律的统一性和权威。

三 国外“诉讼禁止条款”对完善我国工伤保险体系的启示

(一)公平与效率:“诉讼禁止条款”的价值承载

如前所述,20世纪之前普通法上的人身损害赔偿诉讼对工伤的救济漏洞百出、弊端深重,引起了工人和雇主普遍的不满。由是,“历史大妥协”和“诉讼禁止条款”应运而生。这一条款既满足了工人阶级的诉求,强制性地要求雇主出资(工伤保险费)成立工伤保险基金,使工人能够获得无过错的法定赔偿,有力地保护了工人的利益;又满足了雇主的诉求,剥夺了工人此前享有的起诉雇主的权利,使雇主可以从此前疲于应对的诉讼负担中解脱出来,也不必担心支付不可预知的“惩罚性”赔偿,对雇主利益的保护也不言而喻。所以,“诉讼禁止条款”不仅仅是对雇主的保护,更是对工人的保护。这体现了“诉讼禁止条款”所承载的公平价值。

“诉讼禁止条款”的另一项功能就是通过取消工人因工伤而对雇主享有的诉权,将工伤纠纷转化为工伤工人和工伤赔偿机构之间的纠纷,来防止雇主利用其在实力和信息上的优势拖延诉讼程序、浪费诉讼资源;能够使工人在尽可能短的时间内获得工伤赔偿,而不需要去应对烦琐的诉讼程序。简而言之,“诉讼禁止条款”的目的之一就是为了缩短程序的时间,提供比民事诉讼更为迅捷的救济途径和纠纷解决方式。这体现了“诉讼禁止条款”所承载的效率价值,也是我们在设计工伤保险制度时必须考量的因素。

反观我国二元工伤纠纷解决机制背景下的“诉讼禁止条款”,用人单位在很大程度上可以根据自己的利益判断来选择适用“合适”的纠纷解决机制:他们可以通过缴纳工伤保险费的方式,在很大程度上将纠纷疏导到行政复议、行政诉讼的纠纷解决机制上来,从而享受“诉讼禁止条款”的保护;他们也可以拒绝缴纳工伤保险费,选择适用劳动争议解决机制,放弃“诉讼禁止条款”的保护。原本强制性的“诉讼禁止条款”却变成了用人单位可以玩弄于股掌之间的玩物,而在这一过程中用人单位成了利益上的“不倒翁”;对于劳动者而言,“诉讼禁止条款”却变成了“达摩克斯之剑”,劳动者随时可能因为用人单位的选择而被置于一一种不利的境地。这实际上使得劳动者承担了工伤保险制度发展过程中的制度变迁的成本,

然而事实上,“只有政府充分担当起转型期的成本承担责任,用其信誉来担保这一制度的安全、稳定和可靠,而不是由劳动者和企业来承担,这样才能保证整个制度改革的顺利开展。”^[18]这种做法使得“诉讼禁止条款”原本所承载的公平价值无从体现。此外,在大量用人单位选择拒绝缴纳工伤保险费的情况下,工伤劳动者只能选择通过起诉用人单位,要求后者支付各项工伤保险待遇。根据现有的程序要求,劳动者往往需要经历劳动关系认定程序(劳动仲裁、一审、二审)、工伤认定程序(认定、复议、一审、二审)、劳动者与用人单位之间的工伤保险待遇劳动争议解决程序(劳动仲裁、一审、二审)、劳动者与工伤保险经办机构之间的工伤保险待遇索赔程序(复议、一审、二审)等十多项程序。这一过程所花费的时间从法律允许的角度来讲可以长达三四年,并且实践中用人单位滥用诉讼程序进行恶意诉讼的情况并不少见,^[19]“其目的是以‘时间’换‘空间’,迫使那些拖不起、等不及的人接受远低于国家标准的赔偿,自愿‘私了’。”^[20]“诉讼禁止条款”成为了一种摆设,其所承载的效率价值根本无从谈起:原本应当比民事诉讼更快捷的工伤保险体系和工伤纠纷解决机制,在实践中甚至比民事诉讼更加耗时。

东莞“刘汉黄刺杀台商案”以一种悲剧式的方法揭示了这种既不公平又无效率的“诉讼禁止条款”所带来的灾难性后果。农民工刘汉黄在遭受工伤事故,右手掌被切除并被鉴定为五级伤残之后,就开始了漫长的索赔过程:先是与雇主协商,雇主不愿意进行妥协;然后是进行劳动仲裁,仲裁庭不同意赔付安装和更换假肢的费用,赔偿数额过低;刘汉黄被迫向法院提起民事诉讼(劳动争议),获得胜诉判决;雇主对一审判决不服,提起上诉。^[21]因为雇主在劳动能力鉴定之后已经停止支付工资,再加上采取的诉讼拖延策略使原本可以得到的工伤赔偿变得遥遥无期,在一定程度上导致刘汉黄因为绝望而采取了极端措施。“实际上,如果工伤保险以及社会保障等制度比较健全,当事人之间没完没了的那种交涉基本上就可以避免。”^[22]而完善的“诉讼禁止条款”应当是比较健全的工伤保险制度的核心内容之一,这一条款能够有效地从法律层面消灭工人和雇主之间就工伤发生纠纷的可能性,避免“当事人之间没完没了的那种交涉”,从而从根本上杜绝这种极端行为的出现。然而,在这个案件中,由于我国现行工伤保险体系在“诉讼禁止条款”上存在的缺陷,雇主拒绝缴纳工伤保险费,实际上从自身利益出发选择放弃了“诉讼禁止条款”的保护,迫使工伤工人不得不通过诉讼的方式来对抗经济实力强大的雇主,而这几乎是一场不可能赢得的“战争”。“这一切基本上都由制度设计决定,前提条件不改变,人们的行为方式和心理反应也很难改变,本来可以避免的悲剧就会不断上演。”^[23]“刘汉黄刺杀台商案”这一极端案件向我们清晰地揭示了改变“诉讼禁止条款”这一制度设计的必要性。

然而,我们需要反思的是:这种表面上由有瑕疵的“诉讼禁止条款”造成的悲剧,其最终的根源究竟在哪里?

[18] 孙树菡、朱丽敏:《中国工伤保险制度30年:制度变迁与绩效分析》,载《甘肃社会科学》2009年第3期。

[19] 人力资源和社会保障部曾作过调查,全国大约70%以上的工伤争议来自未参保企业。参见《工伤赔偿路难行——从一起因工死亡农民工赔偿诉讼看〈工伤保险条例〉修改》,载《人民日报》2009年10月14日。

[20] 《工伤官司打赢不易 获赔更难》,载《人民日报》2007年4月24日。

[21] 罗洁琪:《刘汉黄刺杀台商始末》,载《财经》2009年第14期。

[22] 季卫东:《天问》,载《财经》2009年第14期。

[23] 季卫东:《天问》。

(二)对我国工伤保险体系“强制性”的反思

“工人和他们的供养亲属,为了获得适量但有保障的赔偿待遇,需要放弃他们在普通法上所享有的、就工伤赔偿法律所涵盖的伤害对雇主提起诉讼主张损害赔偿的权利。”^[24]“诉讼禁止条款”与现代工伤保险体制之间的“天然联姻”成为现代法治国家的通例,而工伤保险体制的“强制性”特征则是实现这种“联姻”的“红娘”。通过我们上述对工伤社会保险体系历史的回溯,我们不难发现工伤社会保险与“诉讼禁止条款”的联姻关系依然存在并且更为牢固,原因在于在工伤社会保险体系中,其强制性特征表现得更为明显。

“工伤保险作为一种社会制度安排,政府是其当然责任主体,更需要政府强有力的引导和规制。”^[25]然而反观我国现行的工伤保险体系,政府却没有很好地承担起这种引导和规制的责任,处处体现出功能缺位和“趋利避害”的倾向,这在强制性问题上表现得尤为明显。正是因为这种指导思想上的偏差,我国工伤保险体系与删节版的“诉讼禁止条款”之间的“联姻关系”似乎从一开始就不被人们所祝福:本来应该是互为支撑的两项制度,却因为设计上的缺陷,导致互相牵制、相互消解,最后导致整个工伤保险制度无法充分发挥保护工人和用人单位的双重目的。从“强制性”角度来讲,我国《工伤保险条例》一方面规定用人单位应当参加工伤保险,为工人缴纳工伤保险费;另一方面又规定如果用人单位未缴纳工伤保险费,那么该用人单位应当对工伤事故负责并向工人按照《工伤保险条例》规定的工伤赔偿待遇项目和标准支付赔偿,而不需要承担其他后果。这样一来,用人单位就享有事实上的选择权:除非用人单位的“道德标准”较高,或者能够确切地知道所发生的工伤事故的赔偿费用会超过其参加工伤保险所缴纳的工伤保险费(即使如此,用人单位也有可能认为他们可以通过诉讼程序达到不支付或者少支付工伤赔偿的目的),否则根本不会缴纳工伤保险费、参加工伤保险。而由此导致的必然结果是,有关我国工伤保险的“强制性”的法律规定成了一纸具文。皮之不存,毛将焉附?没有了工伤保险的强制性,工人和雇主自20世纪初以来达成的“交易”就失去了存在的依托,法律只有规定工伤工人可以通过起诉用人单位来主张工伤赔偿,这就意味着必然对“诉讼禁止条款”进行限制。而“诉讼禁止条款”受到限制又意味着更多的工伤劳动者需要起诉用人单位获得工伤赔偿,其必然结果是劳动者会在这一场实力悬殊的斗争中败下阵来,用人单位会充分利用诉讼程序来逼迫工伤劳动者做出让步,达到不支付或少支付工伤赔偿的目的。这种结果又会不适当地鼓励更多的用人单位不缴纳工伤保险费,进一步消减我国工伤保险体系的“强制性”。这种恶性循环一旦形成,必然会损及总体上的生产效率,进而害及劳资关系的和谐与稳定。

我们必须纠正《工伤保险条例》在“强制性”问题上指导思想的偏差。工伤保险的“强制性”包含相互递进的两层含义:首先,用人单位必须按照规定缴纳工伤保险费、参加工伤保险,这是用人单位的法律义务;其次,如果用人单位不履行缴纳工伤保险费的法律义务,法律将通过科以各种可能的法律责任,使得工伤保险经办机构能够从用人单位那里收取所欠的工伤保险费。这里的核心问题是工人根据工伤保险体系所享有的权利,不受其用人单位是否缴纳工伤保险费的影响;用人单位不缴纳工伤保险费,这是用人单位和工伤保险经办机构之间的纠纷;工伤保险经办机构有权采取法律规定的各种措施向用人单位追索所欠的工伤

[24] Arthur Larson, *Workers' Compensation Law*, NY: Matthew Bender, 1984, p. 1.

[25] 孙树菡、朱丽敏:《中国工伤保险制度30年:制度变迁与绩效分析》,载《甘肃社会科学》2009年第3期。

保险费。以加拿大安大略省《职业安全与保险法》第 89 条的规定为例,如果雇主不按照规定缴纳工伤保险费,那么职业安全与保险局可以在工伤保险费基础上向雇主追加一定的比例作为惩罚;对于在雇主不缴纳工伤保险费期间发生的工伤事故和职业病,职业安全与保险局有权按照其确定的需要向工人支付的工伤赔偿待遇的资本还原值向雇主追偿。在美国实行工伤社会保险的州中,多数也作了类似的规定。这种做法也更符合社会正义的理念和保护工人利益的需要,因为在工人和工伤保险机构二者之间,相对于雇主而言,工伤保险机构更有资源、更有清偿能力、更能消化因追偿不能而带来的风险,同时也更有能力向雇主追索工伤保险费(或者工伤赔偿)。试想:如果连工伤保险机构都无法从雇主那里追索工伤保险费,如何期待处于绝对劣势的工伤工人从雇主那里获得工伤赔偿?如前所述,工伤最初属于侵权责任的范畴,那么我们不妨也从侵权责任分担的角度来分析这一问题,“分配正义至少在最终责任的分担、受偿不能风险的分担和连带责任人分摊不能风险在当事人之间的再分担三个层次对侵权责任分担现象具有解释力”,^[26]很明显,分配正义也不允许将工伤情形下受偿不能的风险分配给工伤工人。因此,在我国,由工伤保险机构承担用人单位不缴纳工伤保险费的风险,既有利于维持工伤保险的“强制性”特征,也完全符合现代社会风险分担的原则。

纠正《工伤保险条例》在“强制性”问题上指导思想的偏差,意味着我们必须回归工伤社会保险的“强制性”的本来面目,在法律中明确规定用人单位不按照规定缴纳工伤保险费,不影响工人按照工伤保险获得赔偿。这既是“强制性”的应有之意,也是“诉讼禁止条款”的核心要素之一。作为配套措施,我们一方面应该完善工伤保险费的征收机制,从法律上赋予工伤保险机构通过诉讼或者其他途径追索工伤保险费的一些权力,甚至创设一些特殊的程序和制度,确保工伤保险基金能够正常运行;以实行工伤社会保险的美国华盛顿州为例,如果雇主没有按照规定缴纳工伤保险费,那么可以以州的名义通过诉讼来进行追索,并且不影响其他的救济或诉讼的权利;如果雇主在收到要求缴纳工伤保险费的通知后仍然没有缴纳,那么主管机构的负责人可以要求雇主提供金额相当于其在下一年需要缴纳的工伤保险费两倍数额再加上滞纳金、利息、滞纳金、费用之前限制其从事任何营业或者活动,并且在这一段期间雇主对工厂、设备等的转让、出卖以及租赁行为都是无效的。^[27]另一方面,应当对工伤保险基金的赔偿待遇范围进行改革,将原来需要由用人单位负担的部分赔偿项目如停工留薪期间的误工工资等一并改由工伤保险基金支付,并在此基础上确定合理的工伤保险费率标准,从根本上消除工伤劳动者与用人单位就工伤保险待遇发生纠纷的可能性,更彻底地贯彻工伤保险体系的“强制性”特征。

(三)对“诉讼禁止条款”的重塑

如前所述,工伤保险体系的强制性与“诉讼禁止条款”之间的“婚姻关系”诞生于 20 世纪初的“历史大妥协”,源于雇主和工人之间达成的一项“交易”,并为实行工伤社会保险体系的国家和地区所承继至今。工人为获取法定体制的预定待遇而被剥夺根据普通法在法院

[26] 王竹:《侵权责任分担论》,载《法学家》2009 年第 5 期。

[27] 参见《华盛顿州修正法典》第 51.16.150 条。

获得救济的权利的“交易”,经常被称为一种社会协议或者社会契约。^[28] 这种社会契约得到了普遍的遵守:雇主获得“诉讼禁止条款”保护的前提是必须同意成立“强制性”的工伤保险,而同意成立“强制性”工伤社会保险的条件则是雇主享有“诉讼禁止条款”的保护。二者相辅相成,不可或缺,不可偏废,否则将会影响整个工伤保险制度的运作。

毋庸讳言,我国现行《工伤保险条例》在强制性和“诉讼禁止条款”等方面存在严重缺陷。这些缺陷举其要者有二:一是在用人单位违反缴纳工伤保险费义务的后果上,仅规定由用人单位向工伤劳动者支付工伤赔偿待遇,消解了工伤保险的强制性;二是在用人单位参加了工伤保险后,工伤保险待遇分别由工伤保险基金和参保的用人单位承担一部分,使得工伤劳动者仍然需要向用人单位主张工伤赔偿待遇。这两方面的缺陷使“诉讼禁止条款”名存实亡,影响了我国工伤保险体系的科学性。国务院法制办于2009年7月向社会公布了《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定(征求意见稿)》,对上述两方面问题均进行了一定的回应。对于第一方面即用人单位违反缴纳工伤保险费义务的后果这一问题,《征求意见稿》第20条赋予工伤保险经办机构对未参保用人单位的处罚权力,增加了对未参保用人单位的罚款、收取滞纳金、申请人民法院强制执行等措施,加大了对未参保用人单位的处罚力度,会在一定程度上强化工伤保险的强制性,也进一步厘清了在用人单位不缴纳工伤保险费情况下工伤劳动者、用人单位、工伤保险经办机构之间的关系。但是在用人单位应参保而未参保情况下,《征求意见稿》依然延续了现行规定,职工发生工伤的,仍然由用人单位支付各种工伤赔偿待遇。尽管《征求意见稿》在同条补充规定“用人单位参加工伤保险并补缴欠缴的工伤保险费、滞纳金及罚款后,由工伤保险基金和用人单位按照本条例的规定支付新发生的费用”,较之现行规定虽有所进步,但难谓有根本性改变:对于用人单位参加工伤保险并补缴欠缴的工伤保险费、滞纳金及罚款之前发生的工伤赔偿费用,劳动者依然需要向用人单位主张。对于第二方面即参保的用人单位仍然要承担一部分的工伤赔偿费用问题,《征求意见稿》第11、14、15条将由用人单位支付的一次性工伤医疗补助金、住院伙食补助费、工伤职工到统筹地区以外就医的交通食宿费改为由工伤保险基金支付,扩大了工伤保险基金支付的工伤保险待遇范围,保障了工伤职工的利益,也在一定程度上减轻了参保用人单位的负担;但是,对于停工留薪期间的工资、停工留薪期间的护理费、(5-6级)伤残津贴以及一次性伤残就业补助金仍然由参保的用人单位负责支付,就这些工伤赔偿项目发生争议,工人也仍然需要向用人单位主张,并没有从根本上改变工伤工人的处境。

可以说,此次《征求意见稿》认识到了现行《工伤保险条例》在强制性和“诉讼禁止条款”问题上存在的缺陷,并采取了一定的措施对这些缺陷进行修正和弥补,这是积极进步的方面,也印证了笔者关于这一问题的论断;但令人遗憾的是,《征求意见稿》所采取的措施只是“小修小补”,并未从根本上改变在工伤保险的“强制性”问题上所奉行的错误指导思想,依然没有真正地贯彻工伤保险的“强制性”。也正是由于《征求意见稿》在工伤保险的“强制性”问题上认识不清,自然而然就导致在“诉讼禁止条款”问题上的漏洞百出,无法将“诉讼禁止条款”的保护公平地扩展至工伤工人和用人单位。《征求意见稿》并未从根本上触及二元的工伤纠纷解决机制,在用人单位未缴纳工伤保险费而未参保的情况下,工伤工人仍然需

[28] 参见[1999] 1 NZLR 549 (CA); G Mclay (1990) 30 VUWLR 197; S Todd [1999] NZLJ 216, 转引自 Bill Atkin, Geoff Mclay & Bill Hodge, *Torts in New Zealand* (4th ed), Victoria, Australia: Oxford University Press, 2006, p. 184.

要起诉用人单位获得赔偿,“诉讼禁止条款”无从谈起。这又会回到前面提到的“恶性循环”之中,而最终的受害人始终是处于弱势地位的工人。

在国务院对《工伤保险条例》进行修改的同时,全国人大常委会也一直在紧锣密鼓地进行《社会保险法》的起草、审议工作。目前,《社会保险法》(草案)已经向全民公布征求意见,并且全国人大常委会也已经进行了三次审议。在这一部“五险合一”的综合社会保险立法中,工伤保险被作为一种重要的社会保险类别规定在第四章。《社会保险法》(草案)延续了现行《工伤保险条例》所确立的工伤保险制度,并在此基础上进行完善和提高。与《工伤保险条例》和《征求意见稿》相比,《社会保险法》(草案)的相关规定较为进步,特别在工伤保险的“强制性”问题上,确立了正确的指导思想,取得了重要的突破。草案第37条规定:“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费的,不影响个人享受工伤保险待遇”,这就彻底地贯彻了工伤保险的“强制性”,使得工伤工人不会因为用人单位不缴纳工伤保险费而受到不利影响,从根本上厘清了工伤工人、用人单位、工伤保险经办机构之间的关系,在我国工伤保险制度的发展历史上,这一规定具有重大意义。但是在工伤保险基金所支付的工伤待遇项目和范围上,《社会保险法》(草案)完全延续了现行《工伤保险条例》的规定,工伤保险基金仅仅支付包括一次性伤残补助金、伤残津贴在内的一部分待遇;而对于停工留薪期间的误工损失、一次性工伤医疗补助金、伤残就业补助金等仍然由用人单位支付,在这一点上,《社会保险法》(草案)规定的科学性甚至远不如《征求意见稿》的相关规定。在这种情况下,就由用人单位支付的工伤赔偿待遇,工伤工人仍然需要向用人单位主张,“诉讼禁止条款”的范围仍然受到很大的限制,其制度目的依然无法实现。

工伤保险的强制性与诉讼禁止条款之间的关系,决定了我们在纠正有关工伤保险“强制性”的错误指导思想的同时,必须对原有的“诉讼禁止条款”相应地进行重塑,充实其内容,只有这样才能保障工伤保险体系的正常运行,这也是我国未来《社会保险法》在工伤保险问题上必须完成的“功课”,否则,我国的工伤保险体系根本就无法实现现代化。这一重塑后的“诉讼禁止条款”应当至少包括以下几个方面的基本内容:

(1)按照法律规定,只要用人单位及其所在行业为强制性工伤保险所覆盖,那么用人单位即享受“诉讼禁止条款”的保护,而不受其是否按照规定缴纳工伤保险费的影响;同时用人单位是否按照规定缴纳工伤保险费,也不影响其劳动者根据工伤保险计划享有各种权利。

(2)应当确立工伤保险责任优先于雇主责任的地位,与此同时,工伤保险请求权也优先于普通人身损害赔偿请求权或者对用人单位的劳动合同请求权。这是工伤保险作为“社会保险之社会安全责任”的必然要求和合乎逻辑的结果。^[29]这意味着,当工伤发生时,工伤劳动者只能向工伤保险机构申请工伤赔偿,而不得依据普通人身伤害请求权对用人单位提起侵权诉讼,也不得依据劳动合同对用人单位提起劳动争议解决程序。

(3)一旦为工伤保险体系所涵盖,工伤劳动者不得因为在工作过程中因工作原因引起的伤害或者职业病而起诉自己所在的用人单位、该用人单位所聘请的管理人员以及劳动者;并且,出于整个工伤保险体系的协调问题,如果劳动者的工伤是工伤保险体系范围内(或者同一行业,取决于工伤保险账户的运作情况)的其他用人单位、其他用人单位所聘请的管理人员或者劳动者所造成的,工伤劳动者亦不得起诉这些用人单位、用人单位所聘请的管理人

[29] 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第359页以下。

员或者劳动者,不论这些用人单位是否按照规定缴纳了工伤保险费。

W. 梅雷迪思勋爵在近百年前设计加拿大安大略省的工伤赔偿制度的时候,曾经说过一段振聋发聩的名言,现在读来,依然回味无穷:

现行法律对工人造成的不公正现象为每一个人所承认。考虑到他们长期以来所遭受的这些不公正待遇,在我看来,如果未来的救济性立法的范围和特征不是建立在如何为工人提供公正待遇的考量上,相反却是考虑如何给他们提供最少才能把他们哄走;或者立法机关因为担心通过这部法律之后对该省的工业会带来灾难这样一种毫无根据的恐惧而不敢通过一部旨在实现完全正义的法律的话,那将是最严重的错误。^[30]

以此作为文章的结尾,期望修改后的《工伤保险条例》以及未来的《社会保险法》能够正确地处理工伤保险的“强制性”与“诉讼禁止条款”之间的关系。

[Abstract] The “bar on action” clause is closely related to the compulsory nature of occupational injury insurance system. Being one of the core elements of the compulsory occupational injury insurance system, the “bar on action” clause is vital to the protection of interests of both employees and employers and becomes a rule for a country practicing occupational injury insurance. Current version of “bar on action” clause in occupational injury insurance system in China has very serious defects which adversely affect the compulsory nature of occupational injury insurance system and jeopardize the interests of injured workers. This article calls for reflecting upon the compulsory nature of occupational injury insurance system, and reshaping correspondingly the “bar on action” clause so as to improve the occupational injury insurance system in China.

(责任编辑:佩 佳)

无论在当下还是在其他任何时候,法律发展的重心不在立法、不在法学,也不在司法,而在社会本身。

——[奥]埃利希

[30] Meredith, *Final Report*, pp. 17 - 18.