

工伤认定一般条款的建构路径

郑晓珊*

内容提要：在工伤认定的范围与标准上，《工伤保险条例》第14条先以伤害与工作之紧密关联为指引，形成类型化列举，后辅以“法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形”作为兜底，形成“列举+兜底”的典型结构。但该兜底条款因缺少能够援引的对象而无法适用。最终使该条变为严格列举，时常因遗留漏洞而陷入过宽或过狭之困，亟需借一般条款之开放性、包容性来加以弥补、矫正。此一般条款，仍需以工作关联性为核心，既可采高度抽象的“大一般条款”模式，以“其他与工作密切相关的工作伤害或疾病”来替代现有兜底条款，同时解决拾遗补缺与整合资源两大难题；也可暂借《工伤保险条例》第14条第1项之动态化解释，形成要素确定型“小一般条款”。后者在基础性评价的清晰度以及要素涵盖的全面性、抽象性上略有不足，可做短期过渡使用。前述两种一般条款在具体适用时，均需对所有工作关联要素为整体考量，以其互动及总量平衡为基础做出判断。

关键词：工伤认定 一般条款 工作关联 48小时条款

一、问题的提出

（一）全列举模式之困

所谓工伤，其核心在于伤害“与工作相关”。〔1〕因此，如何诠释这种“相关”，是现代工伤立法的关键问题：它直接左右着立法保护的实质维度与具体边界，决定着工伤判定的要件构成与量化标准。比较法上，各国多采一般条款对这种相关性做出基础性界定，或选用高度抽象的“工作上”表述（如日本），或进一步将其具体化为若干要件或要素，并在各要件（要素）的组合中构成基础定义（如英国及美国各州）。法院则会以此定义为出发点，

* 暨南大学法学院副教授。

本文系作者主持的国家社科基金项目“过劳工伤法律规制研究”（18BFX195）的阶段性成果。

〔1〕 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》，《环球法律评论》2008年第5期，第99页。

在解释中发展出若干工伤认定的具体标准。〔2〕

我国《工伤保险条例》并未沿袭这种通行做法，而是采全面列举方式，以第14—16条描述的12种情形为边界，分别在肯定、扩展、否定三个维度上，划定工伤保护的法定范围。这种立法模式的好处是：类型清晰、要件明确、简单具体、便于把握，有利于提高办案效率；同时，可以给法官更多明确的指示，有助于制约其自由裁量，实现司法判决的统一性与确定性。〔3〕但其缺陷也非常明显：即便是最有远见的立法者，也无法通过列举方式在法规范中穷尽所有社会生活事实。任何一种严格列举，都很快会被生活所抛弃。〔4〕一旦遇到列举时考虑不周或未能预测的新情况、新问题，导致有限列举供给不足，或比照适用列举将有违常理甚至伦理时，司法裁判将陷入困境。此时，《工伤保险条例》总会成为舆论抨击的对象。比如，第14条第6项（上下班途中工伤）的保护范围限定为交通事故，若伐木工人下班后，从林场走向住所的途中被林间毒蛇咬伤，就不能算工伤。而被蛇咬伤本来就是野外作业经常需要面对之特殊职业风险，属业务内在（常伴）风险之现实化，不管在工作关联上，还是在现实保护必要上，均远超普通交通事故，却因交通事故之限而无法获得工伤认定。又如，本为方便疾病救济而设的48小时条款（第15条第1款第1项），也常因要件设定上的宽、狭偏差而备受抨击。除此之外，暴力侵害条款（第14条第3项）也常因报复性侵害的时间是在下班之后（非工作时间），而无法给予受害者工伤保护。当面对在家办公、自由办公等新兴工作模式时，这种僵化列举所表现出来的尴尬与无力将更为明显。

（二）解决问题的出路

产生以上困境的根源，除了诸项列举本身的不完美之外，更多源于它们在立法及适用上的孤立性定位——各单项列举无法单独应对不断变化且错综复杂的工伤现实。若再加上特定的政策性倾向，情况还可能更糟，至少难免有所偏移。

为弥补前述列举之漏洞，矫正其偏移，我们可考虑借体系思维做出突破——在工伤保护的范围内，构建起一种内在的、理性的互动与支撑，将有限的立法资源联结、整合起来，共同应对现实的挑战。首先，这一互动需有一个扎实、稳固的基底。在方法论上，这个基底当具备一般条款之基本性质，使既有列举能借蕴藏其中的价值、原理彼此沟通、调和，并蔚成一个有机的体系。其建构，当先从工伤制度的目的与价值（内部体系）出发，并以其为指引，追寻工伤之事物本质及其内在各要素互动、互补构成的动态系统，再将它梳理并汇聚成工伤判断的基础构架、范围及标准，最终通过一般条款的形式输入规范体系（外部体系）。

作为基底，该一般条款沟通着工伤保险制度之内外部双重体系，是化解前述目的与手段、规范与现实间的矛盾，实现工伤立法中事实、逻辑与价值之统一的关键，也是拓展其“体系效益，保障法律自治、自洽和自足，强化法律约束力和安定性”的关键。〔5〕一方面，它可作为开放式兜底，以其特有的延展性与包容性，填充有限列举的疏漏处，扩展政策性限定的过狭处；另一方面，它也可化为标尺，用以衡量既有规范列举相对于制度本旨的偏移

〔2〕 参见林嘉、魏丽：《工伤认定一般条款之立法思考》，《法学杂志》2008年第1期，第87页。

〔3〕 参见张新宝：《侵权立法模式：全面的一般条款+全面列举》，《法学家》2003年第4期，第29页。

〔4〕 参见朱岩：《危险责任的一般条款立法模式研究》，《中国法学》2009年第3期，第43页。

〔5〕 谢鸿飞：《民法典的外部体系效益及其扩张》，《环球法律评论》2018年第2期，第28页。

及程度，再参照该标尺，谨慎调整这些规范的实际适用，以解释学方法妥善裁剪其超出政策性必要的过宽之处，提高其与既有体系的兼容程度，使政策性与体系性的结合成效达到更优。

二、体系建构：从制度目的、事物本质到保护维度

（一）从目的到本质

体系建构起始于目的与价值的追寻，尤其是在历史中追寻。在此，我们的任务正如富勒所言：首先，应查考这一制度的（普通法）前身是什么；其次，拷问它（前身）未能加以救济的损害和错误是什么；第三，为解决这一问题而运用的措施是什么；第四，这种措施的真正道理是什么。在考虑完所有这些因素之后，我们的任务将转向如何做出最有利于制止损害并促进救济的解释。^{〔6〕}

工伤制度的前身可以一直追溯到古典侵权法，即雇主仅需承担过错责任，单纯事故应被留置于损害出现之处，^{〔7〕}由劳动者自行消化。然而，随着近代工业的发展，能够被证明的雇主过错日见稀少，而无法回避的工作风险逐渐成为工伤事故的主流。如果一直沿用侵权法理，让无辜的劳动者成为工业发展的牺牲品，显然有违人们心中的正义理念。^{〔8〕}这时，作为补救，德国、英国、美国等纷纷开始以雇主责任法的形式调整风险分配，废除共同雇佣法理，限制雇主抗辩，引入雇主替代责任和雇主方过错推定，等等。但这些努力并未达到预期效果，反而引发了大规模的诉讼爆炸，不仅威胁到企业内部的和平，还进一步加剧了劳资双方固有的阶级对立与社会摩擦。^{〔9〕}当越来越多的近代化国家被迫直面工业化进程中急剧膨胀的伤残工人群体、日益崛起的工会力量、^{〔10〕}汹涌澎湃的工人运动以及由此引发的政治危机时，立法者被迫开启了工伤保险化改革。

这一改革首创于德国，形成于雇主责任的保险化处理。它通过强制参保拉平竞争，^{〔11〕}并在统计学与精算学的支持下，用保险业的总体原因理念替换侵权法中的“过错—近因”规则，^{〔12〕}直接转向雇佣工作本身，通过加总平均（而非矫正正义）的方式来实现其制度目标。其实质是站在宏观层面，将现代工业视为一个整体，在此基础上进行归纳并得出结论——其制度目的并不是提供单纯的个人之间的正义，而是建立一种符合所有相关人士之利

〔6〕 参见〔美〕富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第97页。

〔7〕 See Oliver Wendell Holmes, *The Common Law (1881)*, revised ed., New York: Dover Publications, 1991, p. 77.

〔8〕 See Price V. Fishback & Shawn Everett Kantor, *A Preclude to the Welfare State: The Origins of Workers' Compensation*, Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 35.

〔9〕 参见黄越钦、王惠玲、张其恒：《职灾补偿论——中美英德日五国比较》，台湾五南图书出版公司1995年版，第121页。

〔10〕 See John Fabian Witt, *The Accidental Republic: Crippled Workingmen, Destitute Widows, and the Remaking of American Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 19.

〔11〕 See David A. Moss, *Socializing Security: Progressive-era Economists and the Origins of American Social Policy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 21.

〔12〕 工伤保险法关注的不是每一个单独的事故应当由谁来承担责任，而是在每一个行业内，究竟是谁（雇主还是雇员）应该对总体伤亡事故负责。也就是说，其关注的是工作事故的总量，考察的是总体视角下的雇主和雇员。其导向雇主责任推定。

益最大化的损失分配方案。^[13]这一总体化思路从根本上削弱了工业事故中的道德责任，并化解了微观层面的劳资对立。

即便在这一思路下，最终能被视为工伤的损害仍必须与雇佣工作紧密相关，毕竟工伤保险仍完全来源于雇主缴费，属雇主群体独立出资形成的风险分散机制，立法不应强制雇主群体为任何超出工作范围之外的私人伤害埋单。此时，工伤保险与劳动法意义上的雇主赔偿责任之间实则并无本质性差别，甚至明显残留“劳动契约上个别雇主义务”的部分色彩，强调补偿的工作关联性、风险的可控性，着重对“劳动力的损毁、灭失程度相对应的社会价值进行填补”。^[14]只是经由保险机制的引入，使这一责任走出个体领域而迈向集团化，进而缓解了单个企业内部的对立情绪。其责任范围也随之逐步扩大，及至彻底分散开来。^[15]理论上，原本由企业所负担的工业事故风险（保费），最终将被视为整个产业（内所有企业）所共有的生产成本，被计入产品价格，并通过销售转嫁给消费者，在整个社会层面进行风险分散。^[16]但即便是全盘社会化，最终能被计入成本、价格的损失也毕竟是有限的——只有那些与生产过程紧密相关者，才能归入其中。这正是工伤制度内部所蕴藏的原初的价值判断与利益衡量。美国、英国、德国、日本、韩国工伤补偿的判断框架也大抵依此道而行，或强调二者之间的因果关联，或强调其在时间、场所、行为等过程因素上的关联，至于侵权法上的过错因素，则逐渐被淡化为无关紧要的外围因素，直至被废弃。^[17]

我国立法亦然。比如，《工伤保险条例》第14条对何者“应认定为工伤”的6项列举，即是以工作时间、工作场所、工作职责、（工作）行为及工作原因这几项关键词为中心而展开的，其间的差别仅在于关键词的甄选、组合方式与延展、限缩的具体程度。其实质乃是以这些关键词为具体纽带，把伤害与工作捆绑一处——只有与工作紧密相关者，才是工伤。这也正是工伤保护的本质所在。它恰与该制度内在的价值追求表里相依。

（二）类型思维与动态体系

在这一本质的引导下，再行审视第14条的一连串列举，将会发现：与其说它们是工伤认定的严格要件，不如说是一组具有典型性的工伤情形之示范，它们以类型而非概念的样态逐一出场，在它们的结合中，我们可以刻画出类型的主导形象。而解释的工作，就是先从这一主导形象中，尽量勾勒出一个适当的中心，然后再考察具体情形能否被置于其中。在这个过程中，法律事实上只充当了一个框架式的角色，只描绘出大致的范围，且这一框架是一个中心部分浓烈、越到周边越为稀薄的相对性框架。^[18]框架的中心部分，也就是贴

[13] See Crystal Eastman, *Work-accidents and the Law*, New York: Charities Publication Committee, 1910, p. 84.

[14] [日] 山口浩一郎：《劳災補償の諸問題》（増補版），信山社2008年版，第11頁以下。

[15] 参见[日] 西村健一郎：《劳災保険「社会保障化」と劳災補償、民事责任》，《日本労働法学会誌》1970年第36号，第54頁。

[16] See Joseph W. Little, Thomas A. Eaton & Gary R. Smith, *Workers' Compensation: Cases and Materials*, St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2014, p. 67.

[17] 从另一侧面看，恰是伤害与工作过程之间的时、空、行为性关联逐渐取代了过错因素：一则，工作时空已切实涵盖了损害发生的外部环境，而这一环境是由雇主提供（或指派）的，其风险的潜在控制者必然是雇主。其次，工作行为也是依雇主命令而为的从属性劳动，雇主才是这一行为的主导者、控制者，是行为利益的归属者，也应是行为风险的承担者。两者相加，是在以雇主对环境的控制力以及对劳动行为的潜在利益，来替代民法中的过错（或直接推定雇主具有风险控制不力的过错），进而构成了工伤补偿中仅以“原因+过程”定论赔偿的基本结构。

[18] 参见[日] 加藤一郎：《民法における論理と利益衡量》，有斐閣1974年版，第36頁。

近实定法概念核心的部分，比如，处于工作时间、工作场所，从事工作行为时，因工作原因受到的事故伤害，通常并不存在解释上的疑义。它们大多可以通过三段论式的涵摄，直接获得“是工伤”的法律效果。反过来，因特定的构成要件明显不存在，显然不能涵摄其中的情形，通常也少有争议。那些引发争议的事实关系，通常处于框架的周边区域，恰如48小时工伤推定。

对这种情况，评价法学更倾向于引入一种“要素—效力”式的思维方式，^[19] 其与作为思考形式的法的构造类型具有异曲同工之效。^[20] 在这一思维方式下，工伤补偿之责可被视为一个动态体系，一种由复数要素协作、依个案具体情况（各要素之合力）而确定的补偿义务。在此，立法所给出的几项关键词——工作时间、工作场所、工作职责（行为）、工作原因，将被视作这一体系内具有考量价值的一组核心要素。^[21] 除此之外，还可能附带工作目的、雇主利益等辅助性要素。这些要素在法律后果的确定上会呈现出各自的权重，工伤保护的範圍即取决于所有要素的整体权重。^[22] 如此，工伤补偿就成为一个“具有弹性的复数因素之组织”。^[23] 在构建补偿责任时，这些要素并非缺一不可，也并非一定要有特别的要素存在（在个案中，至少其中若干要素可以变更，甚至可以欠缺，却不致影响其类型属性）。在各个具体事件中存在的各要素，会形成所谓的价值序列，它们按照各自的数量和强度相互结合，相互补充。这些要素所具有的价值综合在一起，决定整体的价值。^[24]

这一体系在美国工伤司法上的典型印证即是“总量理论”。它将伤害的工作关联性（可补偿性）视为一个整体，其中包含“源于工作”与“工作过程”两大要素，^[25] 二者在一定程度上彼此作用，相互融合。其中一个要素的不足，可以用另一个要素的强势来弥补，只要总量达到工作关联的底限要求，即当给予工伤补偿。^[26] 其具体适用可参考以下案例：

案例1：Lujan 是油漆工，他需要用大型高压喷枪给管道喷漆。事发当日，因喷枪泄露，致其满身油漆。他用汽油清理身上的油漆，擦干后提早下班回家洗澡（因为公司并未提供洗浴设施）。就在他打开热水器时，打火引燃汽油，致使其全身大面积烧伤而亡。^[27]

该案在业务起因上毫无疑义，即劳动者是因工作之需而满身汽油，随时可燃。问题仅在于，它是否符合“工作过程”的要求。毕竟着火发生在劳动者的私人住宅内，处于工作时间、工作场所之外，属私人行为过程中。关于这一点，法院最终选择对“工作过程”做

[19] 它是与“要件—效力”的习惯性思维模式及三段论式的典型涵摄相对而言的。

[20] 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第345页。

[21] 亦可将其简化为业务起因（工作原因）与业务遂行（包括工作时间、工作场所与工作行为）两大因素。英美法上称之为起因于工作和工作过程中。

[22] 参见 [奥] 海尔穆特·库奇奥：《动态系统论导论》，张玉东译，《甘肃政法学院学报》2013年第7期，第42页。

[23] 参见前引 [20]，拉伦茨书，第345页。

[24] 参见 [日] 山本敬三：《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》，解亘译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，法律出版社2002年版，第183页；汤文平：《批准生效合同报批义务之违反、请求权方法与评价法学》，《法学研究》2014年第1期，第100页。

[25] 英国法亦采这两项标准。See N. J. Wikeley & A. I. Ogus, *the Law of Social Security*, 5th ed., London Carlsbad: Butterworths, 2002, p. 721.

[26] See Lex K. Larson & Arthur Larson, *Workers' Compensation Law: Cases, Materials, and Text*, 5th ed., New Providence, NJ: LexisNexis, 2013, p. 201.

[27] See *Lujan v. Houston General Insurance Company*, 756 S. W. 2d 295 (Tex. 1988).

扩张理解,将其表述为“从工作过程中持续而来的伤害”。按照这一表述,如果雇主交给劳动者的工作、业务、交易、职责是从事或促进雇主自身的事务或业务,那么补偿就应当包括所有与这些工作有关或者起源于这些工作的伤害,不论它们是否发生于工作场所内。因此,该事故属于工伤。

案例2:事故的起因是,一个小男孩朝雇主店铺方向的一棵树射箭。箭刚好射中了受害人的眼睛,导致其失明。当时,受害人刚去店铺后门倒完垃圾,在折返途中。^[28]

本案中,法官们都同意该事故发生于工作过程中,但对于其是不是起因于工作,却存在争议。毕竟,其并非源于工作性质本身所附随的内在风险。法院最终采宽松理解,认为只要工作是导致伤害发生的促成原因(contributing cause)之一,或者说“是导致事故发生的一个必要因素”即可。而这一点显然已获满足,若不是服从工作指派之需,受害劳动者并不会在那个时间,出现在那个特定的地点,也就不会遭受这场事故。所以,该事故属于工伤。

案例3:午休时间,劳动者 Shultz 正梳理头发准备去用餐,却不小心用梳齿刺伤了眼睛,并因此请求工伤补偿。^[29]

法院认为,该事故不符合源于工作过程两大要求,判定不予补偿。

以上三则案例,在对源于工作过程进行解释时,存在不程度的扩张或限缩。其背后的依据是“总量理论”,即法官必须先行判断劳动者的行为与工作之间是否具有足够的关联量,并以此决定是否给予其工伤补偿。^[30]

案例1属典型的迟延伤害,事故的工作关联性紧密,业务起因性明显。但它发生于劳动者的私人时间、私人场所,甚至私人行为(洗澡)过程中,明显与“工作过程中”的字面要求不符。为补足这一缺陷,法官选择将工作过程要素的射程拓展到所有“从工作过程中持续而来的伤害”。其实质,是以工作起因上的优势,来弥补工作过程上的不足,只要总量达标,即属工伤。事实上,只要工作起因足够明确,“工作过程”的延展性还可能被放得更长。比如,一位因解雇员工而遭到怀恨的主管,在解雇事件发生后的周末,海滨度假时遭遇该被解雇者暴力袭击。^[31]再如,一位忠实、勤恳的车间主任,因在罢工期间招聘新员工、继续组织生产而遭到罢工者怀恨,并在家中被罢工者袭击。^[32]在这些案件中,仅仅因为“那些产生于工作的力量最终将劳动者击倒的时间,乃是在这个时间点而不是另外一个”,^[33]并不足以否定劳动者的工伤补偿请求。正因如此,美国法在解释“工作过程”时,所用的动词并非“发生”(occur),而是“起源”(arise),即起源于工作过程。

案例2则属于典型的中性风险,虽发生于工作时间、工作场所、工作行为过程中,业务遂行性具备,但在起因上存在瑕疵,皆非源自“经验法则上,工作行为所常伴风险的现实

[28] See *Gargiulo v. Gargiulo*, 13 N. J. 8, 97 A. 2d 539 (1953).

[29] See *Shultz v. Nation Associates*, 281 App. Div. 915, 119 N. Y. S. 2d 673 (1953).

[30] See Mark A. Rothstein *et al.*, *Employment Law*, St. Paul, MN: West, 2010, p. 669.

[31] 参见前引[26], Larson 等书,第202页。

[32] See *Meo v. Commercial Can Corp.*, 80 N. J. Super. 58, 192 A. 2d 854 (1963).

[33] *Daniello v. Machise Express Co.*, 119 N. J. Super. 20, 289 A. 2d 558 (Cty. Ct. 1972), *aff'd o. B.*, 122 N. J. Super. 144, 200 A. 2d 423 (ADiv. 1973).

化”。^[34] 此时，法官们转采位置风险规则，仅以“若无一则不”的底限要求来限定工作起因。其实质，是以工作过程上的优势，来弥补工作起因上的不足，只要工作关联的总量达标，亦属工伤。

但在案例3中，我们看到的却是所有工作关联要素的薄弱：在工作过程上，它处于午餐时间、私人行为（梳头发）过程中；在工作起因上，则是劳动者的疏忽。虽然这三个弱点单独看来都不是根本性缺陷：如在案例1中，完全处于私人场所、私人时间、从事私人行为（洗澡）者，都能被纳入工伤，更不用说该案尚且发生在工作场所内；至于劳动者的疏忽（过错），这种早已被社会保险机制所抛弃的侵权法要素，它对于工伤结果的影响更是微乎其微。但问题就在于，它的缺陷并不是单一的，而是叠加的。这使它在工作起因和工作过程两项考察上，都处于弱势状态。因此，该事故在工作关联的总量方面无法达标，被排除在工伤范围之外。

在这一总量协调的动态系统里，其整体效果并不是僵化、固定的，而是由多个可变的要素在协同作用中形成的合力来决定的。它是一种建立在协作、互通与整体把握之上的评价系统。从直观角度来看，这一系统运作的正当性大抵来自于一种比较，即以一系列的假设情形与某种特定情形（达标值）相比，并以比较的结果——大于或小于该特定情形，来确定其能否纳入工伤范畴。在这一过程中，工作关联很容易被理解为时间、场所、原因等各种因素的累加（整体权重），而比较的对象，则是一个具有平均性质的基准值S（达标值），即基础性评价。^[35] 只有当各工作关联要素的整体满足度达到S时，才会发生“是工伤”的法律效果R。对于这个基准值S的设定，我们更倾向于将其放在时间、场所、原因等皆可获得满足，但个别因素处于最小强度时。它既可符合典型工伤（《工伤保险条例》第14条第1项）涵摄的全部要求，又能体现整体权重的底限之量。

于此，我们不妨用该基准值作为外围边界，画一个工伤保护的基础性框架。框架之内，是工伤保护的固有范围，且越接近中心，工作关联的色彩就越浓烈，工伤保护的正当性也就越高；越靠近边缘，工作关联的色彩就越稀薄，工伤保护的正当性也就越容易引发质疑。至于框架之外，则通常已经超出了工伤保护的辐射范围，进入民法、刑法等传统法域的固有空间。

三、立法省思：从列举漏洞到一般条款之缓冲

（一）列举漏洞与裁判困境

考虑规范本身的完整度与周延度，其是否足以覆盖整个工伤保护的基础性框架（应然范围），这是列举式立法必须面对的现实挑战。就以第14条“应当认定为工伤”的情形为例，该条前6项均是以工作关联为中心而进行的特定化描述，且已基本考虑到普通工伤的多

[34] 菅野和夫将其表述为“经验法则上可予认同的，包括业务或业务行为在内的‘劳动者基于劳动契约而处于雇主支配之下’时所伴随之危险的现实化”。参见[日]菅野和夫：《劳働法》，弘文堂2008年版，第354页。

[35] 参见[日]山本周平：《不法行為法における法的評価の構造と方法（三）》，《法学論叢》169卷4号（2011年），第60页；解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，《法学研究》2017年第2期，第51页。

数情形,同时将第7项“法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形”设为兜底,貌似周密。但问题是,除《工伤保险条例》外,再无立法提及此事。这一理想中足以拾遗补漏的兜底条款,在现实中却只是个被长久废弃、无法适用的虚设条款。这就使该条变成了一个客观上的全列举条款。但现有列举所展示的仅仅是应予保护的最典型、最无争议的部分工伤类型。列举之外,尚有诸多模糊地带,无法找到妥当且应有的保护性定位。而且随着劳动力市场格局的转变,与新的工作形态、工伤形态相关联的伤害将难以在封闭的工伤类型中找到适切的补偿依据。此时,若简单、机械地照搬适用,结果难免尴尬。

为求个案正义,行政机关与法院不得不开始尝试在规范性列举之外,寻找更符合社会伦理与价值的法律依据——或从常规的找法路线转到更为柔韧的“立法目的”之上,或通过第14条第1项“典型工伤”规定的类型化改造(目的性扩张)寻得出路。比如,在李雍暴力侵害案中(下称“李雍案”),受害人作为总务主管,因在安全工作会议上斥责某保安员而遭其怀恨,后者于次日下班后,用铁水管打击受害人头部,致其死亡。如果严守《工伤保险条例》,则该案的袭击时间显然并不符合第14条第3项“在工作时间”之硬性要件,不应纳入工伤。但再审法院直接依据“工伤保护的**法律原则和精神**”做出判决,认为判定工伤最重要的标准应是“伤害与工作内容相关联”。本案中,“被害地点是在厂区以内,被害原因是基于工作职责受到打击报复”(原因关联与场所关联极强),如果仅因时间因素就简单否认工伤,显然“有违劳动法保护劳动者合法权益的立法本意,也不利于职工履行职责”,因而改判其为工伤。^[36]在另一则案例中,法官更是直接通过对前述立法目的的解释,绕过第16条第3项(自杀排除条款)的限制,判定因工伤(头部外伤)引发精神障碍,并在精神异常状态下实施自杀者属于工亡。^[37]以上案例,在个案层面无疑属正义之举。但这种直接取道于立法目的的“逃逸”,在司法裁判及行政认定中却是一种危险的趋向,甚至比在民事案件中直接适用诚实信用原则判案,更容易导致“法律的软化”。^[38]而且,“保护劳动者合法权益”这一立法目的比一般条款更加抽象,其内涵和外延也更加不确定。

在技术层面,与其借助立法目的,不如直接采用民法式一般条款策略,即以何为工伤之一般条款为总体协调与最终兜底。一方面,这种一般条款当体现工伤制度的目的与理念(理想及应然),但并非该目的的直接引述(否则将无异于前述绕行),而应更进一步,致力于目的与手段、价值与现实、当为与存在之间的沟通与同化,并以二者之间的桥梁——事物的本质为内核,^[39]围绕伤害与工作间的紧密关联而展开。另一方面,它还必须具备高度的抽象性及强大弹性,以便将法律拓展到更宽的社会生活领域,在列举不及之处补缺,在列

[36] 参见吴文莲诉广东省劳动和社会保障厅等行政复议决定案,广州市中级人民法院(2009)穗中法审监行再字第4号行政判决书。

[37] 参见孟祥敏与北京市海淀区劳动和社会保障局工伤认定纠纷上诉案,北京市一中院(2008)一中行终字第656号行政判决书。

[38] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第312页以下。

[39] 立法就是将法律理念(当为)与未来可能的生活事实(存在)相对应的过程。只有它们一一对应时,才能产生真正的法。但因当为与存在二者分属不同的层次,其对应(同化)须有一个在规范与事实之间进行调和的第三者,作为沟通其二元对立的桥梁。这个桥梁就是事物的本质,它是手段与目的相互作用、现实与价值彼此联系的方法论所在。参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司2003年版,第41页,第13页;黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第490页。

举不明之处释明，在列举不当之处或绕行或矫正，能以一般条款的独特优势，提升制度的整体适应能力，拓展制度的内在张力，保持法律的开放性，避免列举之僵化。^[40] 这种一般条款沟通着工伤保险法之内、外双重体系，不仅有利于推动二者的对应，使法律真正成为事实、逻辑与价值的统一，还有利于提高工伤概念的周延性，强化法律的约束力和安定性，亦可为法院及行政机关提供补充判断保险给付正当性的工具，^[41] 并为过劳工伤等新型工伤形态找到适用的依据。

在规范方式上，工伤认定一般条款既可以是缺乏具体内涵的一般抽象性规定，仅提供“与工作紧密相关”的一般原则或价值取向（本文称为“大一般条款”进路）；也可以仅规定需要价值填补的抽象事实构成，如盛行于美国多数州立法的“源于工作与工作过程中”表述（本文称为“小一般条款”进路）。无论采哪一规范方式，若要将其抽象的内容适用到具体的法律事实，均需从事一般条款具体化的工作，如价值填补和援引法律规定之外的处于社会变迁中的法的伦理和价值。^[42]

（二）路径一：就近式“小一般条款”

以形式观之，《工伤保险条例》第14条第1项“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”之规定，与英国社会保障缴费与补贴法^[43]及美国多数州工伤补偿法案所采用的“源于工作与工作过程中”条款已非常相似。但在法律适用中，我国惯常采用的“三同时”原则，禁锢了工作时间、工作场所与工作原因三项条件组合中可能蕴含的灵活性与延展性，使其停滞于僵化的要件式列举。如果采美国式“总量原则”，将此三者视为要素（而非要件），并在此基础上做动态系统化运用，则可在相当程度上担当起前述一般条款之责，暂解列举不足或偏移之困。据此，前述“李雍案”即可通过对该项的动态化解析，以原因、场所要素的强大弥补时间要素的不足，将该事故视为“从工作中延续而来的伤害”而给予补偿。

这种“小一般条款”进路的优点是：其一，并不触及修法，仅就既有资源，在解释论框架下进行延展与扩张，属低成本运作，可以最小的制度冲击，增加适用弹性，缓解列举不力之弊；其二，在开放性“大一般条款”与保守性固定要件之间，它既规避了前者的过度抽象，能以确定要素制约判断框架，防止恣意裁量危及到法的安定性，同时避免了固定要件的僵化之弊，不会过分限制法官发展法律的自由空间，甚至影响法律的续造。在二者之间，这种动态化解析是趋于中庸的。^[44] 但这一解释论进路也存在若干局限：

首先，若对该项采全动态理解，将会在很大程度上削弱、模糊甚至抹杀第14条原本设定的基本案型。而这些基本案型恰恰是最适宜衡量该动态体系运作效果的经典工伤类型，更接近于一种平均或典型的预设状态，或曰基础性评价。而所谓动态体系，若失去了清晰

[40] See K. Zweiger & H. Koetz, *Comparative Law*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 153.

[41] 前者可称为形式功能，后者则为实质功能。参见蒋舸：《反不正当竞争法一般条款的形式功能与实质功能》，《法商研究》2014年第6期，第140页。

[42] 参见前引〔4〕，朱岩文，第43页。

[43] See *Social Security Contributions and Benefits Act (1992)*, Article 94 (1). 根据该条规定，如果受雇劳动者于1948年7月4日之后因事故遭受人身伤害，且该事故符合源于工作和工作过程中之要求，则该劳动者应获得工伤待遇。

[44] 参见前引〔5〕，谢鸿飞文，第43页。

的基础性评价,极易停留于比较抽象的层面,相应的法解释也将很难得出一个确定的法律效果。这样的运用,难以在个案中彻底解决正当化的问题——对法律评价的合理控制。〔45〕

其次,我们还必须直面该项在要素预设上的缺憾。该项所用之描述——工作时间、工作场所、工作原因三者,虽具一定弹性,但就整体而言,其抽象性、延展性仍然偏弱。而且,这三项仅涵盖了“何为工伤”的部分要素,因此,其简单组合即使用动态体系观之,亦难以容纳工伤概念的全部外延。尤其是工作时间、工作场所这两项要素,就其抽象化程度而言,仍处于低阶,与英美法所选用的“工作过程中”标准仍有相当差距,亦不及日本法上的“业务遂行性”标准。后两者除时间、场所要素外,至少还包括:(1)行为要素,即劳动者是否在履行工作职责。在美国工伤补偿法的经典案例教程中,行为要素直接与时间和场所要素并列。在“工作过程”的判断中,其重要程度丝毫不弱于后者。尤其当涉及住家办公、回家加班及自由工作等超出传统工作时空局限的事故伤害时,行为要素更具决定意义。对于住在公司的劳动者而言,它也是判定工伤保护边界的关键。〔46〕(2)目的要素。该要素在通勤事故及兼具公私双重目的出差、外勤工伤判断中具有关键性价值。〔47〕(3)利益要素。该要素对判断那些明显超出工作(职责)范围,但符合雇主利益最大化的劳动者行为及其伤害属性,具决定价值。〔48〕当涉及雇主举办或鼓励雇员参加的各项文体、娱乐活动时,雇主是否可以从获利(既包括商业利益,也包括雇佣利益,如是否有利于提高雇员的士气与效率,或促进劳资关系和谐),也将是判断该活动是否属于工作过程的重要因素。〔49〕在这些因素的辅助下,“工作过程”的判断变得极富弹性与延展性,法院也常采宽松解释。当劳动者的行为与工作间存在模糊关系时,即便事故并未发生于传统意义上的工作时间、工作场所,也可能因得到雇主的同意(包括默许)或鼓励,或者具有相应的工作目的,或者该行为使雇主受益等,被认定为与工作相关,并获得工伤保护。〔50〕

在比较法上,单纯的工作时间和工作场所多属封闭性描述,仅限于既定的时空范围,延展性极为有限。这会在很大程度上压缩工伤保护的范围,更进一步限制其作为一般条款的抽象概括程度及实际包容(覆盖)程度。比如,美国法上对工作场所之判断,即严守“物业红线”规则,“直到劳动者走进雇主物业的那一刻,工作过程才正式开始”。〔51〕日本判例亦多以大门为界,同时强调“雇主的支配管理权”之范围,〔52〕仅受雇主指派的外勤场所除外,但外勤场所之扩展仍是以雇主的命令指示权为依据及界限的。如多家公司以分租

〔45〕 参见前引〔35〕,解亘等文,第54页以下。

〔46〕 See *Doe v. St. Michael's Medical Center of Newark*, 184 N. J. Super. 1, 455 A. 2d 40 (1982).

〔47〕 在双重目的之行程中,我们需判断,在取消私人目的后,该行程是不是照常进行。如果照常,则认可该行程产生于工作需要,属于工作过程;如果取消私人目的后,该行程也会随之取消,则该行程属私人行程,其风险属私人风险。See *Clawson v. Pierce-Arrow Motor Car Co.*, 231 N. Y. 273, 131 N. E. 914; *Marks' Dependents v. Gray*, 251 N. Y. 90, 167 N. E. 181 (1929).

〔48〕 比如,超市的货品清点员在超市附近的道路上(超出工作场所)看到正准备进店购物的顾客遭遇抢劫,奋力擒贼并受伤。虽然擒贼行为已超出其工作职责(工作原因),但为增进雇主利益而为之,当属工伤(See *Howell v. Kash & Karry*, 264 S. C. 298, 214 S. E. 2d 821 (1975))。即便该事故发生于下班时间,亦然。

〔49〕 参见前引〔26〕,Larson等书,第149页;前引〔30〕,Rothstein等书,第685页以下;Kohlmayer v. Keller, 24 Ohio St. 2d 10, 12, 263 N. E. 2d 231, 233 (1970).

〔50〕 前引〔1〕,谢增毅文,第99页。

〔51〕 *General Ins. Co. v. Workers' Comp. Appeals Bd.* (1976) 16 Cal. 3d at p. 598.

〔52〕 只有当雇主对该场所具有管理、控制力时,将该场所内的事故风险分配其承担才具备正当性。

形式共用一栋办公大楼，劳动者工作的起点、终点应以整栋大楼的大门为界。^[53]若雇主的经营场所为开放式区域，并无明确的进出大门，则会同时参考外部人员进入的难度和安全巡视的范围等具体因素，进行综合判断。对于在家工作及类似的场所扩展，则必须苛以严格的限制性条件，需要考察：其一，这种工作形式是否具有经常性、惯例性（非偶尔把工作带回家）；其二，相应的工作场所是否为相对独立的固定空间；其三，这一工作方式是否为雇主及保险人所许可（包括默许），^[54]或具备相应的协议，^[55]等等。毕竟雇主对这一场所之事故风险并无实际控制能力。与此类似，工作时间的延展，一般也仅限于合理范围，无正当理由提前或延后太多，都很难归入保护范畴。^[56]若无限延展，最终恐将失去该要素所固有的价值与本意。

再次，在文义上，该项的保护范围原本仅限于事故伤害，并未覆盖疾病。而“伤”与“病”是现代“劳动灾害”（日本法用语）或“职业灾害”（我国台湾用语）的两种独立典型，前者传统上称为工业事故（包含《工伤保险条例》第14条第1、2、3、5项），后者则以职业病（第14条第4项）为典型。二者在形成机理与判断标准上皆具明显差异。此时，若采“小一般条款”，就必先突破文义乃至立法者本意的局限，通过目的性扩张，将起因于工作的疾病一并纳入其中。而这样的突破，实际上不亚于一次造法，只是造法主体变为法官而已。当然，突破之后，该项的适用范围将被大大扩展，只要目标疾病的形成或恶化确实“源于工作”，皆应纳入工伤，即便其相关职业接触尚未被列入《职业病危害因素分类目录》，或者其病名尚未被载入《职业病分类目录》。妥善运用该项，还可直接绕过48小时条款的偏移之处，将那些确实源于工作，却不符合工作时间、工作岗位、死亡结果或48小时之限的病例，纳入补偿之列。司法实践中，已不乏类似适用。^[57]

最后，因缺少对工伤立法之价值、原则的直接提炼，该项在面对若干法内不当案型时，无法发挥平衡及矫正机能。比如，面对在工作时间、工作岗位上狂犬病发，并在48小时内死亡的案例，我们就无法直接通过“小一般条款”中的正面示例否定其工作关联，拒绝当事人的保险给付请求。

（三）路径二：兜底式“大一般条款”

“大一般条款”之立法典型当属日本劳动者灾害补偿保险法。该法第7条第1款将“劳动者工作上的负伤、疾病、残疾或死亡”简称为“工作灾害”，即工伤，与其相关的保

[53] 转引自〔日〕劳務行政编著：《通勤災害認定の実務》，劳務行政株式会社2006年版，第133頁以下。

[54] See Joe Ready's Shell Station and Cafe v. Ready, 65 So. 2d 268 (Miss. 1953).

[55] 参见前引〔14〕，山口浩一郎书，第67頁以下；前引〔26〕，Larson等书，第132頁。除此之外，在劳动时间的判断上，还需满足态度、行动上的拘束，受雇主指挥监督权的拘束，工作内容、工作方法上的拘束等条件。参见〔日〕吉田美喜夫：《自宅残業の労働時間性》，《立命館法学》2002年6号（286号），第353頁以下。

[56] 如第14条第2项之规定，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。

[57] 参见陈建华与巴东县劳动和社会保障局工伤行政确认纠纷抗诉案，湖北省高级人民法院（2012）鄂行再终字第00004号行政判决书。该案案情是，值班门卫为放行车辆，深夜单衣出门，因室内外温差过大，促发脑出血晕倒。该案因劳动者未死亡而无法适用最贴近案件事实的48小时条款。结果法院直接绕道第14条第1项，以“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”为由，判定其发病为工伤。

险给付由工伤保险承担。^[58]该款中,工伤之判断要点主要有二:其一,是“工作上”,即具有工作关联性;其二,是“负伤、疾病、残疾或死亡”,即表明可补偿的损害类型。至于何种情形属于“工作上”以及应采何种标准判断是否属于“工作上”,则属解释层面的问题,立法并未触及。

与要素确定的“小一般条款”相比,这种“大一般条款”在外延上更加模糊,内涵则更为丰富。“工作上”这一措辞本身即是一个需要填补的不确定概念,它具有高度的抽象性和延展性,并始终对法官造法保持开放姿态,使法官可以透过解释,将不断发展的社会现实需求纳入其中。但在开放之余,该款留给行政认定及法官的自由裁量空间亦很大,适用尺度难以控制。不过,日本劳动行政与司法实践均趋向保守,并在该款适用中发展出颇为严格的业务起因性与业务遂行性标准,用以辅助及控制“业务上”的解释,使其不至过于原则。

我国工伤立法的现实顾虑却与日本法恰恰相反——大多不愁过宽而愁过窄,不愁开放而愁闭锁。此时,若在第14条的6项严格列举之后,加上日本式抽象性一般工伤条款作为兜底,恰可弥补其弹性不足之缺陷。作为兜底,该条款不必是概念周延的要件性规范,而只需提取日式一般条款的精髓,以“工作关联+可补偿的损害类型”为中心。考虑到《工伤保险条例》的整体语言表达习惯,可设定为“其他与工作密切相关的事事故伤害或疾病”。^[59]一方面,在内涵上,这种“密切相关”可以同时容纳工作时间、工作场所、工作行为、工作原因、工作目的以及雇主利益等多重相互作用的工作性要素,并在它们的动态结合中充分实现体系的开放性、包容性;另一方面,在适用时,该动态评价又有可控的基准值S(第14条第1项之适用底限)作为基础性评价,来厘定其辐射范围及边界,还有前6项典型列举可作总量参照或原则性示例,充分利用已确定的事实情况把法官的裁量范围缩小到最小限度。^[60]最终,能够归入第7项的“其他”情形,其在实质上的表现必须能够与在工作时间、工作场所、因工作原因而致之伤害,及其他在第14条中明确提到的事故与疾病相当。^[61]因此,这种抽象概括与类型化相结合的立法结构,其科学性很大程度上仍将取决于一般条款与类型化之间的相互协调程度。

在个案判断时,我们还必须审慎把握该动态评价方式的适用范围。在第14条前6项中,立法者已经通过固定构成要件,照顾到了大多数常态工伤情形。在这些常态案型中,我们仍需充分尊重要件规则的约束力,尊重立法的确定性、稳定性,不能妄用动态体系破坏法定要件,软化现行法。只有在那些严格适用前述条款将有违工伤保护之目的与本质的非常态案型中(如伐木工人在下班途中被林间毒蛇咬伤,或业务主管因维持生产而在下班后被罢工者袭击),才能适用该兜底条款,通过对案件事实中所有工作关联性要素的动态体系化

[58] 该条第2款还规定了“与因通勤而产生的负伤、疾病、残疾或死亡有关的保险给付”,即通勤灾害,其与工作灾害共同构成劳动灾害。但在价值判断上,该给付并非纯粹意义上的工伤给付,而具有混合性质。

[59] 其中,“业务上”其义与“与工作密切相关”并无不同,而残疾与死亡两种损害类型则可作为事故伤害或疾病的附带性后果来获得补偿,不需单列。

[60] 参见王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,《法学家》2009年第3期,第21页。

[61] 恰如法官对德国民法典第823条第1款中“其他权利”做解释时所秉持之态度。参见王成:《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》,《清华法学》2011年第2期,第54页。

解析来认定工伤。

（四）小结：在大、小一般条款之间

相较于全要素动态解析的“小一般条款”进路，有效控制动态范围的“大一般条款”进路需要付出更高的立法成本，但在协调法官自由裁量，合理控制法律评价（防止恣意），确保其评价过程的可视化、可反驳性及法律适用的理性等方面亦更具优势，在法律适用上的总体效益将更大。^{〔62〕} 它不仅可以通过回避“小一般条款”在要素限定偏差及基础性评价模糊等方面的缺欠，还可以其特有的高度抽象性、原则性概括——“与工作密切相关”为内在标尺，检视并衡量法内案型相对于工伤本质及原理是否存在不当偏移，并借工作关联原则的具体化，发挥其正义衡平机能，将偏移的部分或谨慎裁剪或理性归位。对于法外案型，亦可通过对该原则的解释，充分发挥其法修正、法创设之机能。但在这一立法进路完成之前，灵活的“小一般条款”进路可先试先行，暂解列举不足之困，同时也为之后“大一般条款”之动态解释积累经验。

四、试运行：以 48 小时条款之适用、矫正与填补为例

无论选择哪一类型的一般条款，其衡平、修正及创设功能，皆需在动态化解释的框架下寻得合理依据。下文以备受争议的 48 小时条款（《工伤保险条例》第 15 条第 1 款第 1 项）为例，在一般条款的动态化解释中，探索如何凭借工作关联性评价，审慎调整其适用维度。此时，不仅需在列举之外，弥补立法的过窄之处；还需在列举之内，衡量并矫正其不当偏移，参照工作关联性标尺，谨慎裁剪其超出政策性必要的过宽之处，提高其与既有体系的兼容程度，使二者的结合成效达到更优。

（一）48 小时条款的体系性偏离与政策性蕴意

48 小时条款将工伤保险的保障范围由工作原因造成的事故伤害扩大到了在工作时间、工作岗位突发疾病死亡（“过劳死”）的情形。这样规定，一方面保障了因工作原因在工作时间、工作岗位突发疾病死亡职工的权益，另一方面可以避免将各类突发疾病无限制地纳入到工伤保险范围内，影响其基本保障作用的发挥。^{〔63〕} 因此，其具有特定的政策合理性。然而，其要件设定偏离了工伤保护之本质——工作关联性。表面观之，该项似乎也是在加总一系列工作关联性要件，在“工作时间 + 工作岗位 + 突发 + 48 小时”的多重限制中，将发病与工作绑定在一起，以工作过程的强势，弥补工作原因的不足，并追求总量达标。问题是，该项所限定的并非疾病的形成，仅是发病的瞬间。而对于具有潜伏性、发展性的各种疾病而言，这一点在整个疾病损害的可补偿性（工作关联性）评价中，意义甚微。只有跨越整个病程的“疾病形成”过程才具评价意义。但后者的时空跨度较大，导致工作时空与个人时空经常杂糅一处无法分割，最终只能获得一组中性化（偏弱）的过程性要素。因此，在疾病补偿中，需判断工作原因（病因）是否强大到足以弥补工作过程的不足。若病因的工作性足够强大，不管劳动者发病的时间和地点如何，其损害后果皆可被视为迟延伤害而

〔62〕 这也是动态体系的重要方面。参见前引〔35〕，解亘等文，第 51 页。

〔63〕 参见《人力资源社会保障部对十二届全国人大五次会议第 2918 号建议的答复》（人社建字〔2017〕209 号）。

获得补偿。于此,工作过程要素仅被淡化为职业接触的时空,用以辅助判断该职业危害因素在个体身上的具体积累程度、其形成病因的可能性及其在病因构成中所占之地位与比例(实际贡献度)。^[64]但48小时条款对病因只字未提,即起因性要素为0。如此,在一个中性偏弱的过程性要素之后,再加上一个0分的起因性要素,其工作关联总量显然无法达到工伤保护框架的最低要求,将其纳入工伤,确有过宽之嫌。至于其后的死亡结果及其时间限定,则纯属工伤认定之后续程序——核定补偿范围及数额阶段才需考虑的。它既不应列于此处,亦不具工伤定性层面之实际考量价值。其添加又使该项进一步偏离工作关联之本质,在体系层面引发各种过狭之困,并在实践层面招致伦理危机。^[65]

(二) 一般条款对48小时条款的矫正性适用

48小时条款所涉之保护,与工伤制度的本意范围有所不同,因而立法者使用“视同”措辞,表明将其纳入工伤仅是出于一种法律上的拟制(作为指示参照的法定拟制),是“有意地将明知为不同者,等同视之”。^[66]然而,“视同”亦有风险:忽略两者在构成要件上的实质性差异,可能将等同平视扩及于事物上可以接受的范围之外。^[67]比如,将工伤待遇给予因狂犬病突发而亡者,或因获知家庭变故而心脏病发猝死者,等等。这些结果显然并非立法者之追求,也已远超其能够接受的最大保护范围。此时,我们当以工伤之本质及以之为内核的一般条款为标尺,省思这一拟制及其适用维度。

在规范上,自拟制导出的同等对待同样受事物性质的限制与修正。此时,这种拟制在性质上仅为“准用”,“其作用并不在于将不同的法律事实,事实上予以同一化”。所谓的视同,亦不需要在每一点上都视为相同,其在程度上可有差别。假如立法者不想接受其所规定的等同平视将导致之全部后果,就必须依法律的目的做限缩解释。此时,在适用层面,“若各该系争情况的性质显示有此必要,那么执行法律的机关还是必须依据一般的解释原则,针对各个具体案件,斟酌规范上到哪种程度,将系争不同的法律事实给予相同的评价是正当的”。^[68]对于那些在法理上、伦理上无法接受的视同结果,必须以限缩解释来排除其超出政策性必要的过宽之处。在程序法上,则至少应允许雇主方提出反证,证明该突发疾病与工作无关,不应视同工伤。并仅以该反证成立为基础,排除48小时条款之准用。如此,一方面可充分保留既有条款的便捷性、证明性优势,另一方面可限制过分偏离事物本质之不当拟制,合理降低政策性追求所带来的体系性损耗。此为政策面向之理性限缩。

此外,48小时条款之大前提并没有完全覆盖工作关联性发病的全部案型,因此,当出现立法时未预料的案型时,不能仅凭机械性涵摄就直接否认其补偿可能。比如,在重大事故中担当抢救任务的医护人员,因持续超长时间高强度工作,在下班路上猝发心脑血管疾

[64] 根据生物学梯度原则,接触水平越高、接触时间越长,职业病危害因素对疾病发生、发展的影响越大,疾病与接触之间因果关系的可能性就越大。参见《职业病诊断通则》(GBZ/T 265-2014)第3.3.4条及附录A-A.7。关于工作贡献度,可参见 Dept. of Health, Education, and Welfare, Public Health Service Center for Disease Control, National Institute for Occupational Safety and Health, *A Guide to the Work-relatedness of Disease*, revised ed. Washington: DHEW (NIOSH) Publication, Chapter V.

[65] 现实中,家属们常常因48小时的限制,被迫做出是否放弃抢救的伦理抉择。

[66] 参见前引[20],拉伦茨书,第142页。

[67] 同上书,第143页。

[68] 前引[39],黄茂荣书,第204页。

病。此时，发病的业务起因性很强，我们若仅因劳动者发病的时间、场所偏离该项规定，或死亡时间超出 48 小时就拒绝补偿，显然有违工伤法理。在此，48 小时条款仅是可用于疾病工伤保护的备选规范之一，并不能排除一般工伤原理（一般条款）之兜底性适用。此为体系面向之理性回归。

（三）工作关联性之具体评价

前述两个面向上的矫正与适用，实则皆有赖于对个案工作关联总量的具体评价，即采类型思维，在“何为工伤”之动态体系中做整体考量。这时，因疾病本身的特殊性——在工作过程之量上天然偏弱（混合型），如将其认定为工伤，就必须有一个较为有力的工作起因之量来加以弥补，即仍需采起因主导模式。

在起因分析中，受害人发病的原因除工作紧张外，还可能涉及属性复杂的基础性疾病、生活原因，以及其他来自于个人方面或自然属性方面的致病因素等。其中，工作因素的力量，必须达到一定的程度与量值，至少是促发疾病的重要条件时，才能满足起因导向之基本要求。^[69] 此时，即便不要求发病必须是“工作行为所常伴风险之现实化”，^[70] 但工作至少也要是“以引人注意的方式共同引起保险情形的原因”之一，是法律意义上的原因或共同原因，而非仅是导致损害发生的偶然原因（机会原因）。因此，重要与否完全取决于条件的质态（条件本身的重要程度），至于条件的量态（如多个机会原因）或是其在因果关系链条上出现的先后顺序，则无关紧要，更不能因为某个条件出现在最后关头，使结果被显性化，就把它当成重要条件。^[71] 在个案中，这个量值并不是恒定不变的，也不存在某个精确的数学式的公式可以直接套用，需要斟酌个案的全部情况加以判断。

在具体判断中，我们可参考以下步骤：第一步，找出导致发病的所有原因；第二步，对各种原因进行分析、评判，从中找出重要原因，排除不重要原因；第三步，对这些原因进行归纳、总结，并划分为“工作因素”和“非工作因素”两大类。发病是两种原因竞合的结果。如果发病主要是由工作因素引起的，那么工作因素就与发病具有法律上的重要关系，是导致发病的单独原因；如果工作因素与非工作因素具有同等重要性，那么二者构成发病的共同原因。^[72] 在这里，虽然并不要求工作因素必须是发病的主导原因，但工作因素至少要大约与非工作因素等值，才能被视为重要条件，否则“重要”这一特征将被扭曲成一个“随意的公式”。^[73]

这种底限的起因需求，实则源于工伤保险自身的特殊构造，尤其相对于民事赔偿而言。在民事赔偿领域，当我们面对混合原因或混合过错时，往往会选择以某一比例分摊损害或过失相抵。但工伤保险作为一项社会保障制度，并不具备这种分摊或相抵的功能。工伤补偿永远是“全有”或“全无”式的——是工伤者全得，非工伤者全无，并无其他中间选项。面对这样一道“判断题”，我们只能先在所有可能导致发病的工作原因与非工作原因之间做

[69] 工作对结果之发生必须具有重要意义。此时，二者之间更接近一种价值判断，而非单纯的因果关系。

[70] [日] 河野顺一：《劳働災害・通勤災害認定の理論と實際》，中央経済社 2002 年版，第 9 頁。

[71] 参见蔡和平：《中德工伤保险法律制度比较研究》，北京大学 2004 年博士学位论文，第 56 页。

[72] 日本法上的“相对有力原因”理论（行政认定之标准）与“共动原因”理论（司法裁判之标准）同出一源，前者的要求与单独原因相仿，后者的要求则更接近于共同原因。

[73] 参见前引 [71]，蔡和平文，第 56 页。

出权衡：在非工作原因的判断上，已经有基础性疾病作为依据。在工作原因的判断上，紧张、压力等只有具备足够的分量，至少不亚于非工作原因的影响力时，才能将发病归入工伤之列。这已是工伤保护框架边缘的灰色地带和最大承受限度。

在明确前述底限与标准后，接下来的重点与难点是，如何实现两类原因的具体量化与实际比较。整体而言，这是一个操作层面（解释性）而非立法层面的问题。在操作思路，我们可在质与量两个层面上，分别对工作压力与非工作压力做出详尽的量化考察指标。其中，越趋近于短期考察（如发病前一周内），质上的压力越是重要，尤其是来自于工作内、外两个方面的事件与变化将占主导。在此，可借鉴日本过劳死与过劳自杀认定指南之经验，^[74]用清晰化的列表形式，对不同类型的事件与变化加以归纳，并针对其产生的具体压力程度分别设定量化评级。工伤认定时，只需以案件事实对照压力列表，获取工作因素与非工作因素各自所占之分量。最终，以前者不低于后者为底限，确认其工伤属性。^[75]与此同时，越趋近于中长期考察，量上的疲劳积累将越具影响力，尤其是加班时间与休息时间的具体分配，将更具主导价值。对此，可参考日、韩等国医学研究的有益经验，结合我国劳动时间立法的固有标准，设置更具针对性的“过重”工作压力考察指标。比如，当存在如下情形时，应认定劳动者发病与工作间具有紧密关联：（1）发病前24小时内曾从事超长时间劳动（无法保证2小时之底限睡眠）；（2）发病前一周内曾从事超长时间劳动（无法保证4小时/日之最低限度休息、睡眠）；（3）发病前一个月内加班时间达86小时以上（日睡眠时间不足5小时）；（4）发病前2—6个月内，月平均加班时间超过36小时，发病与工作间即可形成相当关联，且加班时数越多，工作与发病之间的关联度越强，当月平均加班时间超过64小时（日睡眠时间不足6小时）时，工作与发病之间具有“强”关联性。^[76]

除此之外，疾病也应被视为一项重要的个人因素。如果劳动者本身的基础性疾病已经很重，即便没有外部工作因素的介入，也足以在短期内直接带来死亡后果，工作就只能视为导致死亡的机会原因，作为内因的疾病才是单独重要原因。此时，劳动者的损害应由医疗保险提供补偿与保障，而不是工伤保险。对此，德国法还专门设立了“生存期缩短至少一年”的硬性标准。^[77]日本法亦秉承同一思路，极少将类似案件判为工伤，^[78]仅有治疗机会丧失型个案是例外。^[79]

[74] 即“脳血管疾患及び虚血性心疾患等（負傷に起因するもの除く）の認定基準”与“心理的負荷による精神障碍等に系る业务上外の判断指针について”。

[75] 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》，《中外法学》2013年第2期，第422页以下。

[76] 医学研究显示，日睡眠量低于4—6小时者，心脑血管疾病的发病率会显著提升（参见[日]岡田邦夫：《安全配慮義務一過労死・メンタルヘルス不調を中心に》（増補版），産業医学振興財団2015年版，第31頁）。因此，日本、韩国及我国台湾地区皆以保障劳动者每日5—6小时最低睡眠为基础线，设定“过劳”判断标准。三地标准，因涉及各自劳动时间基准及加班起算点的不同，而在表述上略有差异。但在加总的工作时间限定上，实际出入极小（不超过1小时/月）。以上标准是由同一工作时间限定，结合我国每周44小时（日本为40小时）工作制计算得出。其实证数据与计算方法，参见[日]佐久間大輔：《精神疾患・過労死》，中央経済社2012年版，第158頁。

[77] 即工伤保险给付的条件是，被保险人在不发生事故（职业病）后果的情况下，至少还能生存一年。

[78] 参见[日]小畑史子：《“過労死”の因果関係判断と使用者の責任》，《日本労働法学会誌》2007年第109号，第25頁図表。

[79] 参见町田高校事件・最高三小判96・1・23 劳判687号16頁。

结 语

工伤立法应尊重工伤保护固有的内在价值及运行规律，不违“工作关联”之事物法则。以这一法则为指引，我们可借用动态体系的分析方法，在各项工作关联要素的结合及互动中，探索并构建工伤保护范围的基础性框架，并将该评价框架与实定法结合，形成“何为工伤”的一般条款，弥补现行工伤认定方式的缺漏及偏移，在整体维度上，使工伤保护得以回归本质。这种一般条款仍需与既有规范性列举紧密结合，以典型的示例法模式，兼顾法律的稳定性与开放性，兼顾法内案型之正义、衡平与法外案型之修正、创设，此为立法型“上策”。在此之前，可考虑深入挖掘既有资源，从典型工伤条款的动态化解释中，发展出便捷、灵活型“小一般条款”，作为权宜之计，暂缓列举不力之困，此为短期过渡型“中策”。

Abstract: Taking the close relationship between injuries and work as guidance, Article 14 of the Regulations on Work-Related Injury Insurance define the scope and standard of work-related injuries through six paragraphs of typed enumerations, supplemented by one paragraph of miscellaneous provision, namely “other circumstances provided for in laws and administrative regulations under which work-related injuries shall be ascertained”, thereby forming a typical structure of “enumeration + miscellaneous provision”. But unfortunately, this miscellaneous provision is useless in practice, as there is no relevant provision in other laws or administrative regulations to be invoked. As a result, Article 14 has become an article of strict enumeration, which is often faced with the dilemma of becoming either too wide or too narrow in its scope due to latent legal loopholes. To remedy this situation, a general clause with enough inclusiveness and flexibility is needed. This general clause should still take the work-relevance doctrine as its core and adopt one of the following two legislative modes: the highly abstract “big general clause mode”, which replaces the current miscellaneous provision with “other work-related injuries and diseases”, thereby remedying the loopholes and integrating existing legal resources at the same time; and the “small general clause mode”, which establishes the key elements of work-related injuries and illnesses through the dynamical interpretation of Article 14 Paragraph 1 of the Regulations. Although the later has some shortcomings in terms the clarity of basic evaluation, comprehensiveness of the coverage and abstractness, it is still suitable for short-term use. In the concrete application of either of the above two modes of general cause, it is necessary to take into overall consideration of all work-related elements, and make decision on the basis of their interactions and overall balance.

Key Words: identification of industrial injuries, general clause, work-relevance, the “48-hour clause”
