

对《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定（征求意见稿）》的意见和建议

中国劳工通讯

国务院《工伤保险条例》在施行了四年半之后，终于有了被修订的机会。2009年7月24日，国务院法制办公室公布了“征求意见稿”，向社会公开征求意见。我们注意到，在这份“征求意见稿”中，国务院有意对现行的《工伤保险条例》在工伤认定范围、工伤认定、工伤鉴定、争议处理程序、处罚力度、工亡待遇标准等方面做出重大修改。我们认为，国务院此次对《工伤保险条例》的修改，是我国数亿劳工之幸事，修改后的《工伤保险条例》将为我国的工伤保险事业奠定坚固的法律基础，将更有利于维护劳动者的有关权益。

中国劳工通讯是在香港注册的一家合法的劳工权益组织，自1994年成立以来，一直关注内地工人的基本劳动权益，并从2003年开始，一直为工人提供法律援助，鼓励他们依据劳动法律法规的规定，通过劳动争议处理的法定程序追讨自己的权益。在我们援助过的劳工权利案件中，有相当一部分是工伤（职业病）索赔争议。在对涉案的工人提供法律援助的同时，我们也就一些个案进行了研究分析，积累了一些对工伤（职业病）争议的处理经验和对有关法规缺陷的看法。在此，我们借国务院法制办公室就修改《工伤保险条例》向社会各界征求意见之机，提出以下意见和建议。正文中引用的个案均为中国劳工通讯法律援助个案：

一、征求意见稿：第二条第一款、第二款修改为：“中华人民共和国境内的各类企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位等组织和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。”

“中华人民共和国境内的各类企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位等组织的职工和有雇工的个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。”

建议：在这个“适用范围”的条款中，有必要扩大该条例的适用范围，特别是将非正规就业的劳动者，包括：临时工、半日制工、项目工（经“包工头”雇用）等纳入该条例的调整范围。目前，非正规就业者已经成为我国用工的一个重要组成部分，在《劳动合同法》中也明确了非全日制用工的法定权利，表明他们受到劳动法律的保护。另外，对大中专院校、技工学校、职业高中等到用人单位实习的学生，该条例亦应对这类群体的工伤保险事项有所顾及。

二、征求意见稿：第四条第三款修改为：“职工发生伤害事故后，用人单位应当采取措施使受到事故伤害的职工得到及时救治，对死亡职工进行善后处理，

并应当在 24 小时内以书面形式向统筹地区人力资源和社会保障行政部门报告；受到事故伤害的职工或者其近亲属、工会组织也可以以书面形式向统筹地区人力资源和社会保障行政部门报告。”

（第二方案：增加一款，作为第四款：“人力资源和社会保障行政部门接到报告后，对于出现死亡的、重伤的或者 5 人以上轻伤的，应当及时赶赴事故现场调查取证，用人单位应当予以配合。”）

建议一：将“得到及时救治”改为“得到及时必要的救治”。

理由：加入“必要”一词，要求用人单位在及时救治之外，要尽可能减少工伤者和职业病患者的肢体、器官伤残并降低死亡率。

建议二：将“工会组织也可以以书面形式向统筹地区人力资源和社会保障行政部门报告”改为“工会组织必须以书面形式向统筹地区人力资源和社会保障行政部门、当地工会组织报告”；

理由：《中华人民共和国工会法》第二十六条、国务院《生产安全事故报告和调查处理条例》第三条、十条、二十二条、三十三条赋予企业工会和地方工会参与工伤事故调查处理的职责，这些职责应在《工伤保险条例》中得到体现。同时，要求企业工会组织必须报告工伤事故，也有助于减少用人单位瞒报工伤事故的现象。

建议三：赞成“征求意见稿”中的“第二方案”，增加一款。建议将“人力资源和社会保障行政部门接到报告后，…”改为“人力资源和社会保障行政部门和当地工会组织接到报告后，…”。

三、征求意见稿：第十二条修改为：“工伤保险基金存入社会保障基金财政专户，用于本条例规定的工伤保险待遇、劳动能力鉴定、工伤预防以及法律、法规规定的用于工伤保险的其他费用的支付。”

建议：去掉工伤保险基金用途中的“工伤预防”。

理由：工伤保险基金的主要用途是支付劳动者工伤或者患上职业病之后的有关费用及待遇，并非用于工伤前的支出。预防工伤事故和防治职业病的费用应由用人单位另行支付。

四、征求意见稿：第十六条修改为：“职工有本条例第十四条、第十五条规定的情形在事故中伤亡，但属于下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（一）犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。”

建议：将“醉酒”与“吸毒”分为两款。另外，将“醉酒的”改为“醉酒后因个人原因导致伤亡的”。

理由：职工的确不应在工作场所和工作时间内饮酒，但在醉酒时，如因外界原因（例如，他人操作不当或者机械故障）导致伤亡的，应当视为工伤。

五、征求意见稿：第十七条第二款修改为：“用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日或者其他情形发生之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区人力资源和社会保障行政部门提出工伤认定申请。”

建议一：第十七条应对职工发生事故或者被诊断、鉴定为职业病之后与申请工伤认定之前这段时间内，工伤者（职业病患者）与用人单位、工伤认定部门之间发生的争议有所考虑。因此，有必要加入第三款，即在第二款所确定的“1年”的工伤认定申请时效内，允许有一个争讼导致的“中止”申请时间，并作出“延长”申请时间的规定。

理由：中国劳工通讯在对内地矽肺病患者提供法律援助的过程中发现，大部分患者在离开原用人单位回到家乡数年后病症加剧，经当地职业病防治院诊断，确诊为矽肺病（职业病）。但是当他们找到原用人单位要求工伤认定时，却都遭到了拒绝；有些人在直接向工伤认定部门提出申请后，该部门也拒绝受理，要求他们待重新进行职业病鉴定或者收集到有关证据后再行申请。这种情况导致这些矽肺病患者在被诊断为职业病之后，不能在1年内提出申请，从而延误了治疗时间，无法实现其获得工伤待遇的权利。

肖化忠案

尘肺病患者肖化忠为四川农民工，曾在1995年至2003年间，在四川省渠县工农煤矿担任采煤工，2003年因身体感到不适辞工。2007年4月经四川大学华西职业病医院检查，被诊断为煤工尘肺三期。2007年4月下旬，肖去四川省达州市劳动和社会保障局申请工伤认定，但该局工作人员告知，工伤认定需要很长时间，而且肖与煤矿的劳动关系认定很困难，不如去法院，按侵权之诉直接诉矿主，请求人身损害赔偿。但经过将近两年的法院审理后，二审法院认为该案为劳动争议，需按《工伤保险条例》的规定处理。当肖化忠再次提出工伤认定申请时，达州市劳动和社会保障局的答复是，此案申请工伤认定的时效已过。

建议二：第十七条第二款修改后，加入了“或者其他情形发生之日起”。如果该条并无后续条款说明何种情况为“其他情况”的话，应当去掉这种语焉不详的内容。

六、征求意见稿：第二十九条改为第三十条，第四款修改为：“职工住院治疗工伤的，由工伤保险基金按照所在单位因公出差伙食补助标准的70%支付住院伙食补助费；经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医的，所需交通、食宿费用由工伤保险基金按照所在单位职工因公出差标准支付。”

建议：“征求意见稿”对现行《工伤保险条例》原条款的修改不过是将原来由用人单位负担的住院伙食补助费改为由工伤保险基金负担，这种修改并未改变住院伙食补助费的标准。而在不同的用人单位，因公出差伙食补助的标准是不同的，修改后的这一条款将给工伤保险基金的实际操作带来一定的难度，对来自不

同用人单位的工伤者和职业病患者适用不同的标准，也显失公平。因此，建议在“征求意见稿”中对这个标准做出统一的规定，可以使用反映当地人均生活水平的指标。

七、现行《工伤保险条例》在“第七章 法律责任”中，缺少对用人单位和工会违法行为所需承担法律责任的规定，“征求意见稿”在这方面并无明显改进。

1、“征求意见稿”将该条例第四条第三款修改为：“职工发生伤害事故后，用人单位应当采取措施使受到事故伤害的职工得到及时救治，…向统筹地区人力资源和社会保障行政部门报告。对死亡职工进行善后处理。”在对第三款进行了修改后，在“法律责任”中并未就用人单位和工会不执行这一条款所应承担的法律责任作出规定。

建议：在“法律责任”一章中，加入对用人单位不予及时救治“受到事故伤害的职工”、未能善后处理“死亡职工”、用人单位和企业工会组织未能在限定时间内向政府有关部门报告等行为所需承担的法律责任。

2、现行《工伤保险条例》第六十条、“征求意见稿”第六十二条第二款：“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的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”应为该条例“分则”的内容。现行条例已经放错了位置，“征求意见稿”并无修改。

建议：第一，将这一条款放在该条例“分则”的适当位置；第二，在“法律责任”一章中加入未参加工伤保险的用人单位拒绝支付费用所需承担的法律责任。第三，允许工人和工会在用人单位拒绝参加工伤保险后，向人民法院提起诉讼。

3、现行《工伤保险条例》第四十九条规定了“劳动保障行政部门依法对工伤保险费的征缴和工伤保险基金的支付情况进行监督检查。”在“法律责任”一章中对该政府部门不履行这一职责的行为并无规定。

建议：应在“法律责任”作出相关规定。

4、现行《工伤保险条例》第十九条、五十一条、《中华人民共和国工会法》、《中华人民共和国安全生产法》、《生产安全事故报告和调查处理条例》等法律和行政法规均规定了各级工会组织在生产安全监督和工伤事故报告调查处理中的权利与职责。遗憾的是，在这些法律规定中，均没有对工会不履行这些职责所应承担的法律责任作出规定。这一缺憾导致目前我国工会对上述职责的履行处于一种“自由裁量”的状况，对其疏忽职守的行为可以完全不负任何责任。中国劳工通讯认为，这种状况应当在修改《工伤保险条例》时开始扭转。

建议：在“法律责任”一章中，对工会在“征求意见稿”第四条第三款、第十七条第二款、第十九条第一款和现行《工伤保险条例》第五十一条中的各种职责作出相应的法律责任规定。

八、现行《工伤保险条例》和“征求意见稿”对急需救治的工伤者和职业病

患者均无“先行垫付”的规定。

建议：在“征求意见稿”中增加“先行垫付”的条款，规定，当工伤者和职业病患者经医院或者职业病防治院诊断，确定为工伤和职业病后，如果用人单位已经参加工伤保险，应由工伤保险基金先行垫付医疗费用。

理由：中国劳工通讯在对职业病患者提供法律援助的过程中发现，在用人单位无视现行法律法规，拒绝为他们支付医疗费用和相关职业病待遇的情况下，职业病患者可能要经过 19 道程序才能最终走到申请职业病待遇程序的“门口”。这些程序包括：职业病诊断（职业病防治院）→ 职业病鉴定（市级卫生行政部门）→ 职业病再鉴定（省级卫生行政部门）→ 提起劳动关系确认诉讼（法院一审）→ 不服一审判决，上诉（法院二审）→ 劳动部门工伤认定 → 劳动者或企业不服认定（申请行政复议）→ 不服复议，提起行政诉讼（法院一审）→ 不服一审判决，上诉（法院二审）→ 劳动能力鉴定（劳动能力鉴定委员会）→ 劳动者或企业不服鉴定（申请复评）→ 核算职业病待遇（工伤保险基金）→ 劳动者或企业对职业病待遇不服（申请行政复议）→ 对行政复议结果不服，提起行政诉讼（法院一审）→ 不服一审判决，上诉（法院二审）→ 企业拒绝给付职业病待遇（劳动争议仲裁）→ 不服仲裁裁决，提起劳动争议诉讼（法院一审）→ 不服一审判决，上诉（法院二审）→ 申请法院强制执行（执行程序）。这些程序如果全部完成，所需时间难以计算。在此期间，许多职业病患者要用尽他们本来就不长的生命，除了要忍受病魔的折磨，还要受各种来自程序和人事方面的刁难，有些患者在没有得到应有的工伤待遇之前就去世了。因此，这个现行条例的缺陷应当在未来修改后的条例中得到弥补。

邓文平案

矽肺病患者邓文平为四川农民工，于 1997 年 11 月受雇位于广东博罗县的丽雅宝石厂（港资），从事宝石切割工作。邓于 2000 年底经广东省职业病诊断鉴定委员会确诊为 II 期矽肺病，2004 年 4 月被诊断为 III 期矽肺病。邓在 2001 年 1 月向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，此后此案历经两个劳动争议仲裁和诉讼程序。2005 年 7 月，在广东省人大常委会主任作出批示后，此案方在广东惠州市中级人民法院主持下达成调解协议，邓获得一次性赔偿 23 万元。2006 年 1 月，因延误治疗，导致病情恶化，邓在四川家乡去世。

九、现行《工伤保险条例》第六十条规定，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。这条款对那些未参加工伤保险的用人单位拒绝支付有关工伤和职业病待遇的行为并无惩罚性措施。

建议一：增加强制性条款。在工伤认定和劳动能力鉴定之后，如果工伤者或职业病患者因工伤（职业病）待遇与用人单位发生争议，或者用人单位拒绝支付有关待遇，在争议处理期间，人力资源和社会保障行政部门有权责令用人单位先期支付医疗费用。

建议二、增加惩罚性条款。在上述争议经劳动争议仲裁或经法院判决认定为

用人单位过错之后，由人力资源和社会保障行政部门责令用人单位按相当于工伤（职业病）待遇的一至五倍向工伤者或者职业病患者支付赔偿金。这一条款可参照劳动部 1994 年 12 月 26 日发布的《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》第六条的规定。

理由：中国劳工通讯在对职业病患者提供法律援助的过程中发现，未参加工伤保险的用人单位往往拒绝向职业病患者支付有关费用，或者利用仲裁与司法程序故意拖延。而且，即使用人单位在有关争议的处理败诉，其最终结果也不过是按规定的职业病待遇项目和标准支付费用，不会因其本身的违法行为而承担更多的责任。有时，用人单位更将仲裁与司法程序作为一种减少支付的手段，争取在仲裁或者诉讼期间，与职业病患者达成“调解协议”，以大大减少医疗费和待遇的支付总额。反之，职业病患者（例如矽肺病患者）在冗长的争议处理过程中有可能中途放弃索赔或者在争议解决之前去世。增加上述强制性条款，可以利用政府有关部门的权力，使职业病患者早日得到救治；增加上述赔偿性条款，可以对用人单位的违法行为予以惩罚并使其承担拖延支付的风险。

十、现行《工伤保险条例》和“征求意见稿”对人力资源和社会保障行政部门和工伤保险基金的经办机构之行政不作为均无规定司法救济途径。

建议一：在“第六章 监督管理”中加入“允许工伤者、职业病患者及其近亲属、工会组织对人力资源和社会保障行政部门和工伤保险基金的经办机构的行政不作为提起行政诉讼”的条款。

建议二：在“第六章 监督管理”中加入“允许公民个人和社会组织代表工伤者、职业病患者及其近亲属对用人单位不履行工伤保险义务、人力资源和社会保障行政部门和工伤保险基金的经办机构的行政不作为提起社会公益诉讼。

十一、现行《工伤保险条例》第十八条规定，在提出工伤认定申请时，需要提交与用人单位存在劳动关系的证明材料。

建议：在“征求意见稿”中，增加“举证责任倒置”的原则，即，在工伤者和职业病患者提出工伤认定申请且提供了与用人单位现在或者曾经具有劳动关系的证人证言后，如果用人单位否定与其现在存在或者曾经存在过劳动关系，则用人单位应当提供不存在劳动关系的证据。

理由：在现实中，事实劳动关系是大量存在的，特别是农民工这个群体，大部分人在受雇时与用人单位没有签订劳动合同或者签订的劳动合同极不规范，在结束劳动关系时，又没有办理相关手续。当这些与用人单位存在事实劳动关系的工伤者或者职业病患者自行提出工伤认定申请时，往往难以出示现行《工伤保险条例》第十八条要求的“与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料”。于是，这一条款在实际操作中就变成了，如果用人单位拒绝向工伤者或职业病患者提供书面的劳动关系证明，工伤认定部门就不能开始工伤认定程序。这样，就迫使他们不得不付诸冗长的仲裁与司法程序来确定与用人单位的劳动关系，由此耽误了对他们的及时救治并妨碍了他们获得相关的待遇。

十二、现行《工伤保险条例》在总则中已经提及，制定本条例的目的之一是“促进工伤预防”，遗憾的是，在条例条款中，这个目的并无体现，“征求意见稿”对此也没有涉及。

建议：在“第六章 监督管理”中加入“在各类大中型企业建立工人职业安全卫生监督委员会，在小型企业内建立安全卫生监督小组并在其所在区域建立工人职业安全卫生联合监督委员会。委员会成员应该由工人自己选举的代表组成。建立职业安全卫生监督委员会与企业管理方的定期会议制度，反映工人代表发现的安全事故与职业病危害隐患，并促使管理方及时整改。建立不定期的工人代表检查制度，随时向管理方反映工作场所的安全卫生问题”和“各级工会与用人单位通过集体谈判，签订有关职业安全卫生的专项集体合同。由政府安全生产监督管理部门和人力资源和社会保障行政部门负责监督此类集体合同的履行并处理有关争议”等条款。

理由：在我们为中央政府不断完善工伤保险制度感到欢欣鼓舞的同时，对现实中工伤事故和职业病例居高不下的态势也深表忧虑。中国劳工通讯认为，尽管《工伤保险条例》的修改，对广大劳工来说确是一个福音，但保障和提高劳工福祉的根本在于减少安全生产事故和职业病例。在此，我们重申，必须发动工人参与对企业安全生产的管理和监督，使组织起来的工人与政府各级安全生产监督管理部门和各级工会之间建立起一套制度化的、有法律保障的联系，从而将目前这种效果微弱的“自上而下”，“由外向内”的安全生产监督管理体制转变为一套“自下而上”，“由内向外”的安全生产监督管理制度。

随建议附上中国劳工通讯近年有关的研究报告 5 份，供参考；本建议与研究报告的书面文本将在近期以邮递方式呈送贵办公室。

中国劳工通讯

中国香港特别行政区

邮政总局邮政信箱 11362

电话：+ 852 2780 2187

传真：+ 852 2359 4324

电子邮件：clb@clb.org.hk

网址：www.clb.org.hk

附件：中国劳工通讯发表的有关安全生产治理和工伤待遇的研究报告

中国劳工权益保障研究系列报告之二

官商较量与劳权缺位：中国职业安全卫生报告（2005年4月）

中国劳工权益保障研究系列报告之五

致命的粉尘：中国广东地区珠宝加工业矽肺病个案分析报告（2005年12月）

中国劳工权益保障研究系列报告之六

有效的工人组织：保障矿工生命的必由之路 — 中国煤矿安全治理研究报告（2006年3月）

中国劳工权益保障研究系列报告之八

“以人为本”？：煤矿矿难遗属谈话的启示（2006年11月）

中国劳工权益保障研究系列报告之十一

公力救济在劳工维权过程中的异化：对三起工伤（职业病）索赔案的分析（2007年12月）