

工伤认定争议的程序空转及解决

王 宾*

目次

- | | |
|-------------------|-----------------|
| 一、问题的提出 | 四、适用审查程度更高的履行诉讼 |
| 二、程序空转的制度原因 | 五、结语 |
| 三、法院是“工伤与否”的最终决定者 | |

摘要 工伤认定争议往往需经过多次复议、诉讼程序才能定分止争。其制度原因在于：实体上工伤行政认定与司法认定之间存在冲突，而法院坚持“工伤认定归行政”原则，给予行政权较高程度的尊重；程序上法院适用审查程度较低的撤销诉讼，通过撤销违法认定决定间接保护公民权利，救济力度有限。为解决程序空转问题，首先需要明确法院具有工伤司法最终认定权，当行政认定与司法认定存在冲突时，司法认定具有最终效力；其次，法院应转向适用审查程度更高的履行诉讼，围绕原告诉求进行审查，在裁判时机成熟时，于判决中明确行政机关具体的履责内容，以实质化解争议。

关键词 工伤认定 程序空转 司法终局 诉讼类型

一、问题的提出

2014年《行政诉讼法》修改，新增“解决行政争议”的立法目的，标志着“行政争议实质性解决”审判理念法定化。行政争议实质性化解理念提出的背景之一是为了回应行政诉讼的“程序空转”问题。有学者将诉讼程序终结后，当事人继续就同一争议启动新的法律程序的现象定义为“程序空转”。^{〔1〕}“程序空转”一词已为实务界所广泛应用，最高人民法院频频在判决书中使用该表述；^{〔2〕}多地法院

* 北京大学法学院博士研究生。本文写作过程中得到导师沈岷教授的细致指点和修改，也得到匿名评审专家的宝贵意见，在此一并致谢。当然，文责自负。

〔1〕 参见王万华：《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》，载《法学研究》2019年第5期，第101页。

〔2〕 截至2022年9月14日，笔者在“北大法宝”以“程序空转”为关键词进行全文检索，共收集到最高人民法院做出的行政裁判文书158份。

召开“程序空转”现象专项治理会；〔3〕最高人民法院开展“促进行政争议实质性化解”专项行动，以破解“程序空转”，促进案结事了政和。〔4〕

“程序空转”问题在工伤认定争议中非常突出：一方面，工伤认定类案件上诉率高，且申请再审案件数逐年增加。〔5〕有学者统计了2015年湖南省320件工伤认定行政诉讼案件，其中有179件被上诉，上诉率达55.94%；〔6〕而2015年全国法院一审行政案件结案198772件，二审行政案件收案数77988件，〔7〕总体上诉率为39.23%。另一方面，工伤认定争议存在循环诉讼的问题。例如，在汨罗市三福百货店与岳阳市人力资源和社会保障局劳动和社会保障确认复议纠纷上诉案〔8〕（以下简称“三福百货店案”）中，行政机关先后两次做出不予认定工伤决定，均被法院判决撤销并重作；第三次做出认定为工伤的决定，又被复议机关撤销并责令重作；第四次做出不予认定工伤决定，再次被法院撤销，直到第五次做出认定为工伤的决定，才最终解决争议。

在目前的学术讨论中，劳动法学者将“程序空转”的原因简单归结为“司法裁判并非工伤认定的终局决定”〔9〕，行政法学者则多从诉讼类型（审判模式）的角度探讨行政案件“程序空转”的问题，〔10〕具体讨论工伤认定类案件“程序空转”问题的论文仅两篇。〔11〕不同领域的学者分别从实体和程序两方面切中问题要害。实体层面，工伤行政认定与司法认定〔12〕之间存在冲突，而法院坚持行政认定终局；程序层面，法院选择适用撤销诉讼审理此类案件，做出“撤销+重作”判决，通常不会在判决主文中要求行政机关做出特定内容的认定决定，而行政机关可能会以其他理由再次做出相同结论的认定。为解决程序空转问题，在实体上需要回答工伤认定权是否专属于行政机关，法院是否有权代替行政机关做出工伤与否的判断，以及当司法认定标准与行政认定标准之间存在冲突时，应该如何调和的问题。在程序上需要分析法院为何选择适用撤销诉讼审理工伤认定类案件；撤销诉讼的审查方式面临何种问题；在现有的制度框架内，应该选择何种诉讼类型来弥补当前审查模式权利救济力度的不足。本文以最高人民法院和高级人民法院审理的工伤认定案件为分析样本，〔13〕旨在回应前述问题，为解决工伤认定争议程序空转问题提供思路。

〔3〕 参见《嘉兴中院召开审判质效提升暨“程序空转”问题专项治理推进会》，载中共嘉兴市委嘉兴市人民政府网站2021年11月3日，https://www.jiaxing.gov.cn/art/2021/11/3/art_1592146_59415348.html。

〔4〕 参见沙雪良：《〈新京报〉专访最高检第七检察厅厅长：破解“程序空转”促进案结事了政和》，载最高人民法院网站2022年3月11日，https://www.spp.gov.cn/zd gz/202203/t20220311_548931.shtml。

〔5〕 参见刘凤月：《关于强化工伤行政案件检察监督的思考》，载《检察日报》2021年4月28日，第7版。

〔6〕 参见刘文华、臧骞：《2015年湖南省工伤认定行政诉讼大数据报告》，载《中国劳动》2016年第23期，第26页。

〔7〕 参见《2015年全国法院司法统计公报》，载中华人民共和国最高人民法院公报网站，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/27e1cd92304fecedfd132e824441a.html>，最后访问日期：2022年8月30日。

〔8〕 参见湖南省长沙市中级人民法院行政判决书，（2019）湘01行终890号。

〔9〕 郑尚元：《论工伤保险法制之完善》，载《法治研究》2018年第5期，第29页。

〔10〕 参见霍振宇：《不同诉讼目的主导之行政审判模式间的整合与调适——面向司法实践的法解释论思路》，载《法律适用》2020年第6期。

〔11〕 参见俞黎芳：《循环工伤认定行政诉讼的实质性解决途径》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2021年第5期；谭金可：《论工伤认定“循环诉讼”的症结突破》，载《中州学刊》2020年第12期。

〔12〕 本文中的司法认定仅指法院做出的认定。

〔13〕 最高人民法院审理的案例来源是《最高人民法院公报》；高级人民法院审理的案例检索方式如下：在北大法宝以“不予认定为工伤”为关键词，检索条件包括：“精确”“全文”“高级人民法院”“再审”“行政判决书”，共检索到105篇案例，除去重复案例和无关案例，获得有效案例99件。

二、程序空转的制度原因

如上所述,工伤认定争议程序空转有实体和程序两方面的原因。实体层面,行政机关和法院这两大法律适用机关的工伤认定标准不统一,而发生冲突时,法院又坚持将是否构成工伤的决定权在形式上交给行政机关,而不是让自己的认定替代行政认定。正是因为法院在“工伤与否”这一实体问题上给予行政机关较高度度的尊重,其在程序方面即在诉讼中才会选择对工伤认定行为进行较低程度的审查,选择适用撤销诉讼。在撤销诉讼中,法院的审查重点是被诉工伤认定决定的合法性,而被诉决定违法又并不意味着当事人的工伤认定申请成立。多数情况下,法院的审查都无法直接回应是否构成工伤这一核心争议。下面就这两个方面的原因予以具体阐述。

(一) 实体:“工伤认定归行政”原则

1. 工伤行政认定与司法认定之间存在冲突

针对“何为工伤”问题,立法未作概括性规定。工伤认定的规范依据是《工伤保险条例》(以下简称《条例》)。《条例》采用全面列举的方式,以第14至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。^[14]这种立法模式使得行政机关和法院在面对复杂的工伤情形时,缺乏统一的要件指引。^[15]当一般条款缺位时,不同的法律适用机关在解释《条例》列举的工伤认定情形方面更容易产生分歧。例如,实践中,行政机关对“工作时间”“工作岗位”“工作原因”的认定标准较为僵化、严苛。在孙立兴诉天津园区劳动局工伤认定行政纠纷案^[16](以下简称“孙立兴案”)中,孙立兴接受本单位领导指派的开车接人的任务后,从公司所在的八楼下到一楼,在前往院内停放汽车处的途中摔倒。针对工作场所,园区劳动局认为,只有公司在商业中心八楼的营业场所和孙立兴所开的汽车内,才是被上诉人的工作场所;而最高人民法院认为,“工作场所”是指职工从事职业活动的场所,在有多个工作场所的情形下,还包括职工来往于多个工作场所之间的必经区域。针对工作原因,园区劳动局认为,孙某受伤并非因完成工作任务即开车摔伤,也不是因雨、雪天气导致台阶地滑等客观原因摔伤,而是因为本人精力不集中导致,故不属于“因工作原因”;而法院认为,“因工作原因”是指职工受伤与从事本职工作之间存在因果关系,即职工因从事本职工作而受伤,孙某是为了完成开车接人的任务才会下楼,故在下楼过程中摔伤是为完成工作任务所致。

工伤行政认定与司法认定之间的冲突不仅体现在具体案件的处理中,还体现在行政机关和法院针对工伤认定分别制定的行政解释和司法解释之间。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第4条第2项规定,“职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的”属于工伤;而《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见(二)》第4条要求前述活动必须是与工作有关的活动。

除此之外,行政机关和法院对《条例》第15条第1项视同工伤条款的理解也不一致。人社部法规司在关于如何理解《工伤保险条例》第15条第1项的复函中建议,对此条款的理解和适用,应当严格按照工作时间、工作岗位、突发疾病、径直送往医院抢救四要素并重,具有同时性、连贯性来掌

[14] 参见郑晓珊:《工伤认定一般条款的建构路径》,载《法学研究》2019年第4期,第120页。

[15] 参见葛翔、刘洪明:《规则还是惯例:特殊类型工伤的行政认定与司法审查——基于上海市643起一审工伤行政案件的分析》,载《法律适用》2020年第18期,第135页。

[16] 参见孙立兴诉天津园区劳动局工伤认定行政纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第5期。

握;提出虽在工作时间、工作岗位发病或自感不适,但未送医院抢救而是回家休息,48小时内死亡的,不应视为工伤。法院在具体个案中针对该条款做出了更有利于劳动者的解释。例如,在曹始成等与德州市陵城区人力资源和社会保障局确认纠纷再审案^[17]中,受害职工在工作时间和工作岗位上感到身体不适后下班回家,下午在家输液治疗,次日下午打120急救电话,急救到达现场后确认人已死亡。针对这一事实,陵城区人社局严格按照前述复函的精神,认为受害职工身感不适后自行回家,未经任何抢救治疗,且身感不适后与乡医给予输液治疗不具有同时性、连贯性。山东省高院则认为,受害职工突发疾病后下班回家的目的并非仅是休息,其回家后立即接受乡医输液治疗,回家的目的具有合理性、正当性;结合本案其他证据,可以认定其发病至回家路上的症状表现、病情发展、最终死亡之间,在时间上具有紧凑性和连贯性,能够认定其是在工作时间和工作岗位上突发疾病,故本案属于因正当理由未及时送医疗机构抢救,但在48小时内死亡的情形,符合“视同工伤”条款的规定。法院在适用第15条第1项时,并非局限于立法规定的两种情形,还考虑到受害职工因正当理由无法就医的特殊情形,将具有正当理由未能及时送医施救死亡的情形也纳入“视同工伤”的范围。^[18]

行政机关和法院对《条例》第15条第1项中“48小时”的解释也不一致。《劳动和社会保障部关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》规定,“48小时”的起算时间,以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。而对于死亡时间的认定,通常以医疗机构的证明为准。“48小时”是一个确定的法律概念,行政机关一般不会放宽死亡时间的要求。实践中存在这样一种情形:受害职工在48小时之内已被医生确定无抢救必要,死亡具有不可逆性;但家属出于道德良心,仍要求以医疗器械维持微弱的心脏跳动(其实已经死亡),最终医院宣告死亡的时间超出了数学意义上的48小时。在王万军与南京市鼓楼区人力资源和社会保障局行政确认案^[19](以下简称“王万军案”)中,南京市中院认为,对“48小时”的把握,应从《工伤保险条例》的立法本意加以理解,不能简单地计算从医疗机构初次诊断时间到宣告死亡时间;在医院认为无抢救必要,但家属仍坚持抢救的情况下,医院连续抢救虽超过48小时,亦应认定为工伤。

2. 法院坚持“工伤与否”的认定在形式上归行政

工伤行政认定和司法认定之间存在冲突意味着,对于“能否构成工伤”问题,法院和行政机关往往会形成不同的实质判断结论。然而,面对冲突,法院又往往会坚持“工伤与否”的认定在形式上终究归于行政,即工伤认定属于行政权的固有范畴,法院不能代为行使。本文将其称为“工伤认定归行政原则”。例如,在朱汉昌与广州市港安建筑工程有限公司等工伤认定纠纷案^[20]中,广州市南沙区法院认为:“主管本行政区域内的工伤保险工作是南沙社保局的职权,朱汉昌是否属于工伤应由被告根据调查结果依照法定程序作出认定,港安公司请求直接判令被告重新作出朱汉昌不是工伤的诉讼请求,于法无据,不予支持。”按此观点,法院只能撤销违法的工伤认定决定,而无权判断工伤认定申请能否成立。^[21]

[17] 参见山东省高级人民法院行政判决书,(2020)鲁行再31号。

[18] 魏立敏与重庆市南岸区人力资源和社会保障局劳动和社会保障确认纠纷再审案同样体现了这一裁判观点。参见重庆市高级人民法院行政判决书,(2020)渝行再1号。

[19] 参见南京市中级人民法院行政判决书,(2020)苏01行终17号。

[20] 参见广东省高级人民法院行政判决书,(2011)粤高法审监行再字第9号。

[21] 类似案例还有林海艳等诉绵阳市人力资源和社会保障局劳动和社会保障确认纠纷案,四川省高级人民法院行政判决书(2017)川行再4号;广元市交通技工学校等诉广元市人力资源和社会保障局工伤认定决定案,四川省高级人民法院行政判决书(2017)川行再2号。

法院坚持“工伤认定归行政”原则体现在判决类型和判决内容两个方面。工伤认定类案件中最为适用的判决类型是“撤销+重作”判决。重作判决分为规定具体重作义务的实体性判决和仅要求行政机关重新处理的程序性判决。工伤认定类行政案件中,法院最常附带做出的是程序性重作判决,行政机关仍然对如何处理拥有裁量权。

(二) 程序: 撤销诉讼救济不足

撤销诉讼通过监督行政行为合法性来间接实现对相对人的权益保护,该诉讼类型足以满足干预行政中当事人的救济需求。但是,工伤认定行为属于依申请的授益性行政行为,案件的当事人意图通过诉讼获得于己有利的认定,撤销诉讼的审查过程并未触及当事人所争议的问题本质。具体而言,撤销诉讼救济不足主要体现在以下两个方面。

1. 审查过程对原告的诉讼请求回应不足

在工伤认定行政诉讼中,原告的真正目的是希望法院判令行政机关重新做出满足其申请的工伤认定决定,而非撤销已做出的工伤认定决定。尽管从诉讼构造上来看,法院需要解决的是公民和行政机关之间的行政确认争议,但这一问题本质上源于用人单位是否需要为受伤害职工承担责任的民事争议。工伤保险制度将雇主是否对劳动者造成侵害问题,转换为损害能否认定为工伤的问题;将劳动者请求雇主赔偿的私法请求权,转换为申请工伤保险赔付的公法请求权。若劳动者与雇主之间就是否构成工伤达成一致,则劳动者的公法请求权就较为容易实现;若二者对该问题存在不同认识,则工伤认定无论结论为何,都可能因其中一方不满而引发行行政争议。因此,法院要想从根本上化解行政争议,所要解决的问题并非行政机关做出的工伤认定决定是否违法,而是劳动者所受损害是否构成工伤。

然而,实践中,法院一般将此类案件的争议焦点归纳为被诉决定的合法性,审查内容包括行为主体的权限、据以认定事实的证据、选择适用的法律,以及行政程序等。法院回答的主要问题是工伤认定决定的合法性,对工伤认定申请是否成立的判断服务于前一问题。具体而言,在撤销诉讼的审查模式下,法院对案涉证据的审查仅限于行政机关是否调查核实了全部证据,以及据此认定的案件事实是否清楚;在案件事实不清的情况下,法院不会主动结合案涉证据(假设已经收集了全部证据),查清案件事实。法院对适用法律正确与否的审查中,仅审查工伤认定决定所依据的法律条款是否得到正确适用;当认定决定适用的法律条款有误时,法院也极少会主动查找正确的法律条款,并对如何适用该条款做出说明。有限的司法审查意味着多数情况下,法院只能判断工伤认定行为的合法性,而无法为是否构成工伤问题提供充分指引。

法院对工伤认定决定违法的判断可能基于认定主体不适格、证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序等一个或多个原因,而判断原告的工伤申请是否成立的路径需结合行政机关查明的案件事实,寻找相应的规范依据,进而判断是否符合法定工伤情形。若原告的工伤申请成立,则一定能够推导出行政机关否定其申请的工伤认定决定违法;但逆推并不当然成立。

法院对原告的工伤申请进行审查的过程主要是将行政机关已经确定的事实带入法律,看其是否符合法律要件(通常被称为“涵摄”);法院需要逐一检视可能存在的请求权基础规范,其目光在案件事实与法律规范之间来回流转,最终结合正确的请求权基础规范,对原告的申请是否成立做出判断。而在行政行为的合法性审查中,也存在一个“涵摄”过程,即法院判断行政机关适用法律、法规是否正确环节。与前一个“涵摄”过程不同的是,这里法院只审查行政机关已经适用的法律,而不会代替行政机关寻找正确的法律规范。例如,当行政机关本应适用 A 条款,却错误适用了 B 条款,那么法院的审查仅限于判断适用 B 条款是否正确,而不会去代替行政机关判断能否在案件中适用 A 条款。

因此,只有前述两个“涵摄”过程在某个点上交集时,工伤认定决定违法才意味着工伤认定申请成立。换言之,只有在工伤认定案件事实清楚、行政机关适用了正确的法律条文、但对法律条文的解释存在偏差的情形下,法院的审查才会触及原告的诉讼请求,即根据争议条款,判断职工所受伤害是否构成工伤。在除此之外的其他情形中,法院的合法性审查只能够起到指出行政决定的违法之处、督促其改正的作用。而且,如上所述,即便是法院判断职工构成工伤,其也不愿直接用变更判决,而是往往用“撤销+重作”判决予以处理。

2. 撤销判决对行政机关重作行为的指引有限

工伤认定争议时常需要经历“不予认定—起诉—撤销重作—再次不予认定—再次起诉”的过程;有的时候,需要多份“撤销+重作”判决,才能指引行政机关最终做出毫无争议的认定决定。当法院将自身角色定位于监督行政行为的适法性时,其审查的终极目的是指出被诉行政决定的违法之处,而非如何做出正确的行政决定。这样一来,法院的撤销判决往往只能让行政机关“知道错了,却不知如何改正”。行政机关可能会一次次试错,一次次被判决纠正,多次反复后才能做出正确的认定结论。

司法判决对行政机关重作行为的指引方式根据其所涉内容可分为两大类:一是指引行政机关进一步查清案件事实。例如,陈月华、陈思忠与龙岩市人力资源和社会保障局工伤行政认定案^[22](以下简称“陈月华案”)历经三次诉讼,法院做出三份“撤销+重作”判决才最终化解争议。在第一份判决中,法院要求行政机关调查核实相关证明文书,行政机关在重作时调查核对了该文书并否定了其证明力;对此,法院在第二份判决中认为行政机关收集的证据尚不足以推翻相关文书的证明力,因此应依据该文书进行事实认定;行政机关第三次重作时,仍然坚持自身的判断,再次否定了相关文书的证明力;法院在第三份判决中依旧做出与行政机关相反的判断。倘若在做出第一份判决时,案件事实尚不清楚,有待行政机关进一步调查核实证据,法院不应当也无法为如何进行证据认定提供指引;在第二次审理时,行政机关已经重新调查并对证据做出认定,此时法院的观点与行政机关的观点相异,法院应当在判决主文中明确行政机关的违法之处,并要求行政机关遵照法院的判决行为,而非“欲说还休”,以致引发第三次诉讼。

二是指引行政机关正确适用法律。例如,在三福百货店案中,行政机关前后做出五次工伤认定决定,历经四次行政诉讼。在第一份撤销判决中,法院指引行政机关适用恰当的法律条文;行政机关重作时,以判决中指引的法条为依据,认为案涉情形不符合该法条规定的工伤认定条件;对此,法院在第二份撤销判决中认为,案涉情形符合相关法条的规定;行政机关第三次重作时,遵从法院的判决意旨,做出符合该法条规定的认定结论;其后,该行政决定被复议机关撤销,接下来行政机关第四次做出不予认定决定;对此,法院以行政行为违反《行政诉讼法》第71条的规定为由撤销。最后,行政机关第五次做出认定为工伤的决定,其主张该行为属于履行法院的生效判决;而法院则认为该行为属于行政机关行使行政权。法院是适用法律的专家,在案件事实已经查清的前提下,法院完全有能力在一份判决书中明确案件应适用的法律条款,以及案件事实是否符合该条款的规定。

可见,在撤销诉讼审查过程中,法院审查重心是行政机关已为行为的合法性,不管是对行政机关查明事实,还是适用法律的指引,撤销判决的指引程度仅限于行政机关已经做出判断的部分;极少对行政机关未判断的内容进行裁判。

[22] 参见福建省龙岩市中级人民法院行政判决书,(2019)闽08行终137号。

三、法院是“工伤与否”的最终决定者

其实,立法授权行政机关对工伤问题进行第一次认定,其判断结论需要接受法院的审查;法院有权对工伤问题作二次认定。出于司法权对行政权的尊重,法院往往仅对工伤认定决定的合法性做出判断,即使在判决理由中认为构成工伤,也极少在判决主文中要求行政机关做出认定为工伤的决定。但是,在国家权力配置分工与相互制约的结构中,行政机关作为首次适用法律机关,并非最终裁决者,法院作为再次适用机关,是适用法律解决具体个案问题的最终决定者。^[23] 具体理由如下。

(一) 工伤行政认定权的正当性及局限

1. 行政认定权的权力来源

在理论上,行政机关的工伤认定权源于国家对公民的生存照顾义务。工伤保险制度的建立是为了弥补工伤事故中私力救济的不足,国家需要承担起广泛的生存照顾责任,保障公民的个人发展。此乃公权力介入劳资关系领域,调和其间冲突利益,对社会资源进行再分配的正当性所在。

但即使通过国家干预的方式矫正劳动关系领域的社会正义具有正当性,也并不意味着立法可以“一揽子”授权给行政机关。我国立法将工伤认定的权力赋予行政机关,主要是考虑到行政机关在工伤认定中具有专业知识以及保障行政政策施行一致性的需要。理论上而言,工伤认定权并不必然专属于行政机关;只要具备工伤认定专业能力,且不损害工伤保险政策施行的、具有公法属性的机构,都有资格成为工伤认定主体。例如,德国法定事故保险机构是独立于政府行政管理之外、承担事故保险的组织和管理责任的公法人团体,各个行业以国家法律为依据,组建各自的行业工伤保险联合会,并依据联邦法律制定具体的实施规程。法定保险机构负责本行业工伤事故确认、劳动能力鉴定、伤残等级确定、工伤保险待遇支付等一切事宜,是独立于事故当事人的第三方。^[24]

在规范依据上,我国《宪法》第85条规定,行政机关是国家权力机关的执行机关;《条例》第17条规定,统筹地区社会保险行政部门是工伤认定主体。对该条款的法律释义补充说明了立法如此安排的考量因素:第一,工伤认定属行政行为,故应由行政部门负责;第二,认定部门层次需与工伤保险基金统筹层次相同,以实现工伤保险基金的收支平衡;第三,认定部门在进行工伤认定时,需受到行政法的约束。^[25] 立法释义对工伤认定权授予行政机关的解释并不充分:一、三两项考量因素均是将行政机关应当成为工伤认定主体作为逻辑前提条件,并未解释法律为何不选择将认定权交给除行政机关之外的其他主体。第二项因素可以视作一种技术性考量。有学者认为,在不涉及社保基金保险待遇给付而完全由用人单位承担民事赔偿责任的民事诉讼中,法院可以对劳动者是否构成工伤,即用人单位是否应当承担赔偿责任做出判定。^[26]

2. 行政机关在工伤认定中的角色与局限

工伤保险制度本质上是工伤事故与保险机制的融合。^[27] 根据保险法原理,保险事故发生时,

[23] 参见《最高法行政审判庭法官会议纪要——对行政机关专业认定的司法尊重》,载最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院行政审判庭法官会议纪要(第一辑)》,人民法院出版社2022年版,第224页。

[24] 参见刘翠霄:《比较社会保障法》,商务印书馆2021年版,第223—224页。

[25] 参见李建、孔昌生等编:《工伤保险条例释义与应用》,人民出版社2011年版,第83页。

[26] 参见赵盛和、乔娟:《工伤认定职权划分模式》,载《法治论坛》2012年第1期,第17页。

[27] 参见郑晓珊:《工伤保险法体系从理念到制度的重塑与回归》,清华大学出版社2014年版,第230页。

对事故进行核定的主体是保险人。^[28] 因此,在工伤认定中,行政机关的角色相当于商业保险中的保险人。商业保险中保险事故的认定是基于保险人与投保人之间具有协商性质的保险合同;工伤保险中认定工伤的依据是《条例》中规定的法定情形。实践中,行政机关是《条例》的执行人,具体细化工伤认定标准,同时又承担认定工伤的职责。

一般认为,行政机关固有的专业技术判断优势是司法尊重行政机关判断结论的缘由之一,这种优势体现在行政机关具备专业知识、基于长期管理实践形成了习惯性做法,以及行政系统能够更加灵活地适应社会情势的变化。^[29] 在工伤认定领域,行政机关因具备工伤认定的专业能力而拥有工伤认定权;基于对其专业技能的认可,法院也在一定程度上尊重行政机关认定的事实。但行政机关的认定结论更具专业性、权威性的观点,并不是绝对的。在认定主体方面,《工伤认定办法》并未要求认定人员具有专业资质;认定人员的素质参差不齐,确认事实、核定证据、适用法律等工作重担全部由一两个工作人员来承担,客观上能力不足;^[30]在认定程序方面,受制于行政人员编制和车辆等保障条件,工伤认定机构事实上难以完成庞杂的调查任务,只能以审核书面证据资料的方式做出工伤认定决定。例如,以唐山市为例,在试行“工伤保险+商业保险”合作调查新模式之前,工伤认定机构只能重点保障死亡、争议、疑难等重点案件的调查,每年经过调查的工伤认定案件仅占工伤认定总数的10%—15%。^[31] 除此之外,以书面审核方式进行认定的程序缺乏用人单位与劳动者的抗辩程序,缺少相应的证据质证程序,公开、公平性较差。^[32]

(二) 工伤司法最终认定权的正当性

承认司法对工伤认定的最终决定权,不仅可以弥补行政先行处理工伤认定问题的局限性,而且具有规范上的依据;对法院而言,其能力也足以胜任此项工作。首先,立法中并未明确工伤行政认定是终局不可诉的,司法认定权具有规范依据。在行政法上,行政认定终局往往是指行政决定做出后,相关主体无法通过司法途径改变决定的效力。例如,《行政复议法》第30条第2款规定的复议决定终局。而前文提及的法院坚持“工伤认定归行政”,其实是表明,行政决定虽然仍需要接受法院的审查,但法院不会在形式上代替行政机关行使决定权。《条例》第5条规定,社会保险行政部门负责工伤保险工作。由此可知,立法将第一次工伤认定的权力配置给行政机关,但这一权力并非行政机关专属。该法第55条规定,有关单位或个人可以对行政机关的不予受理申请行为和工伤认定结论,提起行政诉讼。这意味着法院有权对行政机关做出的工伤认定决定进行司法审查。而依据《行政诉讼法》司法解释第91条,当履行法定职责理由成立时,法院可以判决被告履行原告请求的法定职责。当该条款适用于工伤认定情景时可以解释为,若工伤认定条件成就,法院可以在判决中要求行政机关做出特定内容的工伤认定决定。这是工伤司法认定权的规范基础。

其次,工伤认定权的归属应符合功能适当原则,法院具备做出工伤认定的机构能力。我国1982年《宪法》中对国家机关权力的划分,蕴含了功能主义的权力配置观,主要是围绕国家机关的“功能—机关”维度,即组织结构与其职权归属的关系展开的。功能主义的国家权力配置观强调将权力配置给在组织、结构、程序、人员上最具优势、最有可能做出正确决定的机关,同时要求承担某

[28] 参见《保险法》第23条第1款。

[29] 参见章志远:《人民法院对行政机关专业认定的尊重及其审查》,载《治理研究》2021年第6期,第124页。

[30] 见前注[9],郑尚元文,第29页。

[31] 参见宁高等:《工伤保险+商业保险:唐山市工伤认定合作调查新模式初探》,载《中国保险》2019年第12期,第45页。

[32] 参见郑尚元:《工伤保险之立法构想》,载《甘肃社会科学》2018年第3期,第142页。

项国家权力的机关,在组织、结构、程序、人员上相应调整以适应职能。^[33]按照这一理论,工伤认定权配置给行政机关还是司法机关,关键是看哪一机关最有可能做出正确的工伤认定决定。工伤认定某种程度上更倾向于事实认定,而非专业认定,从专业角度看,劳动能力鉴定结论和职业病诊断证明是由劳动鉴定机构完成的,具有专业性;工伤认定不是认定受害人的人身伤害程度、是否属于职业病,而是通过类似的审查程序,确认当事人所遭受的人身伤害系职业伤害,并且符合法定范围的工伤的相关条件。^[34]由此可见,工伤认定机构的角色更倾向于“事实发现者”。就事实发现的角度而言,行政机关并不比法院更具有机构优势;恰恰相反,为各方当事人提供充分沟通机会的诉讼程序,在查明案件真相方面,并不比追求效率的行政认定程序差,有时甚至更好。工伤保险制度在起源上具有私法色彩,工伤事故的司法解决路径更是长久而深厚,^[35]讲求公开、公正与当事人充分参与的司法程序比封闭的行政程序更有助于疑难案件的解决。

除了需要查明事实之外,工伤认定机关还需要对认定的事实进行法律评价,即判断认定事实是否符合法律规定的工伤情形,这是一个法律适用的过程。行政机关并不能垄断对工伤情形条文的解释权。第一,法院有权在行政诉讼中对行政机关适用法律正确与否做出判断,法院的判断结论或认可或推翻行政机关的解释,单纯从效力上来讲,经过行政诉讼以后的法院的判断效力高于行政机关的判断。第二,法定工伤情形中包含大量不确定法律概念,诸如工作时间、工作场所、工作原因等都需要行政机关结合具体个案进行解释。对于不确定法律概念的解释,法院原则上全面审查,在价值判断上有所尊重。我国法院对行政机关的价值判断给予尊重的领域包括:(1)对不明朗情况的预测和政治性的判断;(2)具有高度人身性的专业判断;(3)独立专家委员会对不确定法律概念做出的具有最终约束力的判断。^[36]在法律列举的工伤情形中,对职业病的认定结论属于前述第(3)项内容,能够得到法院较高度度的尊重和较低程度的审查;行政机关对工伤认定条款中大多数不确定法律概念的解释都应受到法院的全面审查。既然法院有权对行政机关的解释进行审查(尽管对不同解释的审查程度不同),那么其自然有权力做出工伤与否的结论。综上,无论是案件的事实认定,还是法律适用,法院都具备做出最终认定的机构能力;在能够查清案件事实的情况下,法院应当在判决中明确行政机关重作决定的具体内容,以实质化解争议。

(三) 工伤行政认定与司法认定之间冲突的化解

《条例》采用全面列举的方式划定工伤保险范围,一旦出现列举中未涵盖的新情况、新问题,立法就会对行政认定、司法认定供给不足。对此,根本举措是建构“何为工伤”的一般条款,弥补现行工伤认定方式的缺漏。^[37]在一般条款的指引下,形成稳定的行政认定和司法认定标准。需要注意的是,由于行政机关和司法机关的功能定位不同,其分别对于法律的理解适用必然会存在偏差,因此行政认定标准和司法认定标准并不会完全一致;完全一致的认定标准既无实现可能,也无必要。司法审查中,法院仍旧处于“复审”者地位,监督行政机关正确适用法律,两大机关对法律适用的分歧,都最终会回到如何解释工伤认定一般条款层面。工伤认定一般条款的建构需要劳动法学者的智识与立法机关的推动,本文无意对此展开。本文重点关注的问题是如何在现有的规范框架内减少并化解冲突。

[33] 参见张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,载《中外法学》2018年第2期,第293、302页。

[34] 参见郑尚元:《工伤保险法律制度研究》,北京大学出版社2004年版,第89页。

[35] 参见郑晓珊:《工伤认定的程序理性》,载《甘肃政法大学学报》2013年第5期,第11页。

[36] 参见王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版,第64—69页。

[37] 见前注[14],郑晓珊文,第135页。

1. 行政认定应尊重并主动“求教”于司法

行政机关应当重视法院形成的司法解释和裁判规则。一来避免行政解释与司法解释不一致,例如,人社部针对工伤认定条款的解释、上级行政机关对下级行政机关做出的复函等,不能与最高人民法院的司法解释精神相悖;二来确保在司法框定的裁量界限内进行个案认定,避免所作决定被法院撤销。例如,有学者通过分析最高人民法院公布的34个典型工伤认定案例,提出法院针对行政机关认定标准的审查,是在恪守立法意图、合乎生活情理、适应社会需要三重原则的指导下进行的。^[38] 最高人民法院在指导案例中确定的审理原则也应当成为行政机关在裁定个案时的指导原则。以对“视同工伤”条款中“48小时”的判断为例,行政机关不应过分坚持以医生宣告死亡的时间作为计算基准,而是应该像王万军案中法院所主张的那样,从有利于劳动者的角度进行认定。除此之外,行政机关应加强与法院的互动,针对疑难案件的法律适用问题可“求教”于司法,例如,山东省平度市就开展过相关实践。^[39]

2. 司法应坚持条件成就时的最终认定权

无论是行政机关还是法院都以适用法律的方式活动,行政诉讼的实质是法院“再一次执行”行政机关的法律适用。^[40] 但是考虑到法院的审查能力、司法权与行政权的界限、被审查问题的性质等因素的影响,法院往往不会完全重复行政机关的法律适用过程,而仅作有限程度的审查。在审查过程中,如果法院确信行政机关适用法律错误(如没有全面查清案件事实或者错误解释法律),则必须自行采取必要的法律适用行为,并依法做出判决。^[41] 司法具有最终决定权是行政诉讼的应有之义,需要讨论的问题是,在何种情况下法院能够代替行政机关做出最终决定?

行政机关做出工伤认定一般要经历以下四个阶段:(1)调查和认定案件事实;(2)解释和确定法定事实要件的内容;(3)涵摄,即判断案件事实是否符合法定事实要件;(4)确定法律后果。^[42] 阶段(1)属于事实问题,阶段(2)属于法律问题,阶段(3)(4)是将法律适用于事实的过程,属于混合问题。^[43] 法官是适用法律问题的专家,因此法院对法律问题的审查范围和决定权力都比较大,甚至可以用法院的结论代替行政机关的结论;而事实问题的裁定,需要专门知识和经验,是行政机关的特长,故法院对于事实问题一般尊重行政机关的裁定。^[44]

针对纯粹的事实问题,若待证事实证据不足,仍需要行政机关继续调查取证,那么法院无法代行调查取证的职责,此时只能判决撤销工伤认定决定,并责令行政机关重作。若行政机关已经调查收集了所有证据,法院认为其据此认定的案件事实错误,那么法院有权代替行政机关做出事实认定。在若干案件中,行政机关不认可法院在判决理由中重新认定的案件事实,仍然坚持自己的判断,就同一事实问题多次在诉讼中来回拉扯。例如,在陈月华案中,法院和行政机关的分歧是能否结合现有证据证明受害职工对交通事故承担主要责任,核心问题是能否采信交警大队出具的《道路交通事故认定书》和说明。在第一次诉讼中,法院就提出若被告未能提出相反的证据,则事

[38] 参见章志远:《工伤认定行政规范解释的司法审查》,载《清华法学》2011年第5期,第42页。

[39] 参见《平度市会审前置破解工伤认定难题》,载中华人民共和国人力资源和社会保障部网站2016年9月18日,http://www.mohrss.gov.cn/gsbxs/GSBXSdifangxinxi/201609/t20160918_247354.html。

[40] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第124页。

[41] 同上注。

[42] 同上注,第123页。

[43] 参见张学府:《行政复议审查标准:在“行政诉讼”和“自我纠错”之间》,载《中国政法大学学报》2021年第6期,第182页。

[44] 参见王名扬:《美国行政法》,北京大学出版社2016年版,第503页。

故认定书中认为受害人无责任的意见应予采纳。但行政机关后续做出的两次不予认定决定,均是在没有新证据的情形下坚持自己的判断,拒绝将《道路交通事故认定书》作为定案证据。在第三次诉讼中,法院进一步认为在无法确定受害职工承担主要责任或全部责任的情况下,应本着利于保障劳动者权益的原则,做出相应的工伤认定决定。在这种情况下,法院不能过分尊重行政机关的事实认定权,因为待认定内容更倾向于一种事实认定,而非专业认定,法院的角色是“事实发现者”^[45],司法程序反而更能为争议各方提供一个充分交流意见的平台,有利于了解全部事实。

针对法律适用(法律问题和混合问题)的审查程度涉及尊重行政机关的判断余地问题。判断余地的实质是围绕着不确定法律概念的具体化适用,哪一方享有最后话语权的问题。权力归属的判断标准之一是哪些机关具备最佳决定的能力和条件,即在组织、人员构成、信息掌控、专业知识、程序等方面更加具有优势,能够最大程度上确保决定内容的正确性。^[46] 工伤认定中的“工作时间”“工作原因”“履行工作职责”“上下班途中”等关键因素均涉及对不确定法律概念的解释,原则上法院可以对此进行全面审查。在法律适用中,法院比行政机关更中立和专业,在对行政机关专业知识依赖程度较低的不确定法律概念的解释问题上,法院应当掌握最终的话语权。

四、适用审查程度更高的履行诉讼

法院通常选择审查程度最低的撤销诉讼来审理工伤认定案件。撤销诉讼的主要目的是监督被诉行为的合法性,无法全面回应原告的权利救济需求。在工伤认定案件中,原告真正的诉讼目的是希望法院判决行政机关做出特定内容的工伤认定决定,履行诉讼才是适当的诉讼类型。在适用履行诉讼时,法院应当围绕原告的诉讼请求展开审查,并在判决中尽可能明确行政机关的履责内容。本文在此将分析法院当下主要适用撤销诉讼的原因及其问题,进而提出应用履行诉讼的适当性,最终在此基础上提出履行诉讼的裁判规则。

(一) 适用撤销诉讼的原因

1. 做出工伤认定决定属于行政作为

我国行政诉讼以行为类型而非诉讼目标划定诉讼类型,行为类型是指被诉行政行为的性质,即其属于行政作为还是行政不作为;诉讼目标是指原告意图通过诉讼实现的目的。《最高人民法院关于规范行政案由的通知》(已失效)将行政案件的案由分为作为类案件、不作为类案件和行政赔偿类案件。通说认为,行为人只要做出了一定的行为就构成作为;只有行为人不为法律上的义务时,才构成不作为。^[47] 按此观点,行政机关做出工伤认定决定的行为在程序上存在积极的作为,无论决定的实体内容为何,都属于行政作为。

划分行政作为与行政不作为的意义之一是法院可以根据作为与不作为在构成要件方面的差异,为其选择相应的审查方式和判决方式。^[48] 针对作为类案件,法院往往会适用撤销诉讼;针对不作为类案件,法律通常适用履行诉讼。由于工伤认定类案件中存在一个积极的认定决定,法院一般将其归入作为类案件,选择撤销诉讼这一诉讼类型进行审理。

2. 原告的诉讼请求中包含撤销请求

工伤认定案件中的原告是劳动者或用人单位,多数情况下,二者的诉求相反。总体而言,原告

[45] 见前注[35],郑晓珊文,第12页。

[46] 参见张福广:《德国行政判断余地的司法审查》,载《行政法学研究》2017年第1期,第133页。

[47] 参见周佑勇:《论行政作为与行政不作为的区别》,载《法商研究》1996年第5期,第72页。

[48] 同上注,第76页。

提出的诉讼请求可分为以下四类：第一，仅请求撤销或确认违法；第二，在请求撤销或确认违法的同时要求被告重新处理；第三，在请求撤销或确认违法的同时，要求行政机关做出认定为工伤或不认定为工伤的决定；第四，仅要求被告重新处理或做出认定/不认定为工伤的决定。在大部分案件中原告都会在诉讼请求中要求法院对工伤认定行为的合法性做出判断；只有在少数情形中，原告仅诉请被告履行工伤认定的法定职责。

原告的诉讼请求是不作为类案件的案由构成要素之一，^[49]其在确定案件类型过程中发挥了重要作用。若原告请求法院撤销工伤认定决定，并要求行政机关重新做出行政行为，那么法院一般将案件归类为作为类案件，适用撤销诉讼；只有在原告仅请求法院责令行政机关履行工伤认定职责的情况下，法院才会考虑将案件归入不履行法定职责类案件，适用履行诉讼进行审理。虽然以上两个原因可以说明为什么法院在工伤认定案件中较多适用撤销诉讼，但如前文所述，撤销诉讼在根本上无法回应当事人对实质化解争议的需求，故有必要考虑以履行诉讼代替之。

（二）适用履行诉讼的适当性

1. 理论基础

《行政诉讼法》具有解决争议、保护权利、监督权力三重立法目的，学界针对三重立法目的之间的关系问题争论不休。有观点认为保护权利应为行政诉讼的主要目的和根本目的；^[50]也有观点认为，应当在三个目的之间找到平衡点，让三个目的有机结合，同时在每一个行政案件中得到实现；^[51]还有观点认为，应根据不同的诉讼类型分别论定诉讼目的。^[52]本文赞同最后一种观点。《行政诉讼法》以判决类型化的方式确立了不同诉讼类型，不同的诉讼类型所欲实现的主要目的不同。撤销诉讼的主要目的是监督权力；而履行诉讼的主要目的是救济权利，对权力的监督居于次要地位。

撤销诉讼的审查重心是被告行政行为的合法性，审查结论是行为合法与否。原告通过请求法院撤销被告的行政行为，进而彻底否定该行为的效力，使原告因该行为被侵害的权益得以恢复。^[53]在工伤认定中，行政机关做出的工伤认定决定，并非对公民设置负担，仅仅审查该行为的合法性不能保障原告的权益，因为不予认定决定违法并不意味着应做出认定决定。在此类案件中，原告想要的是确认一个为他受益的法律地位；即使原告要求的受益行为被拒绝，其真正的诉讼目标并非对拒绝的撤销，而仍然是受益行为本身。^[54]因此，履行诉讼是恰当的诉讼类型。

2. 规范依据

我国行政诉讼通过判决类型化的方式实现诉讼类型化构造的任务，《行政诉讼法》通过第12、72、73条以及司法解释第68条第2项、第91至93条中对受案范围、诉讼请求、裁判方式的规定确立了履行诉讼这一诉讼类型。第72条规定的履行判决的适用条件是“被告不履行法定职责”，司法解释第91条将“不履行”进一步解释为“违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复”。按照该条款，对于工伤认定行政案件原告而言，行政机关做出的不予工伤认定的决定是对其申请的拒绝，

^[49] 根据《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》（法发〔2004〕2号），不作为类案件的案由结构为“诉+行政主体类别+不履行特定行政职责或义务”。

^[50] 参见马怀德：《保护公民、法人和其他组织的权益应成为行政诉讼的根本目的》，载《行政法学研究》2012年第2期，第10页。

^[51] 参见郭修江：《监督权力 保护权利 实质化解行政争议——以行政诉讼立法目的为导向的行政案件审判思路》，载《法律适用》2017年第23期，第8页。

^[52] 参见赵清林：《类型化视野下行政诉讼目的新论》，载《当代法学》2017年第6期，第64页。

^[53] 参见章志远：《行政诉讼类型构造论》，法律出版社2021年版，第98页。

^[54] 参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》（第5版），莫光华译，法律出版社2003年版，第217页。

尽管在形式上表现为积极作为,但实质上仍未履行法定职责。司法解释第91条为工伤认定类案件适用履行诉讼提供了规范依据。

当然,在“不履行法定职责”的界定上,最高人民法院并未坚持一致的立场。在《关于行政案件案由的暂行规定》中,最高人民法院将“不履行法定职责”界定为“负有法定职责的行政机关在依法应当履职的情况下消极不作为,从而使得行政相对人权益得不到保护或者无法实现的违法状态”,将“未依法履责、不完全履责、履责不当和迟延履行责等以作为方式实施的违法履责行为”,排除在不履行法定职责的范围之外。从最高人民法院左右摇摆的立场来看,其一方面试图通过扩大解释“不履行”概念的方式回应相对人的权利救济需求,另一方面又力图保证“不履行”作为一种行为类型概念所应具有明确性和稳定性。而两者之间是存在冲突的:当需要“不履行”或“不作为”等概念来充当诉讼类型的划分标准时,其需要解决实践中权利救济需求多样性的问题,相应地,学界会对相关概念进行不断地演绎、修正,以满足实际需要。^[55]如此循环,行政不作为的概念将不断扩充,概念价值锐减。打破循环的方式是抛弃以行为类型划分诉讼类型的做法,将原告的诉讼目标作为选择诉讼类型的标准。

3. 实践转向

司法实践中,最高人民法院通过司法解释、答复、会议纪要、典型案例的方式形成司法认定工伤标准,^[56]为下级法院裁判同类案件以及行政机关的认定行为提供指引。法院对“何为工伤”问题形成实体裁判规则,暗示其对工伤认定类案件的审查事实上已经超出撤销诉讼所要求的审查强度,呈现出转向履行诉讼的趋势。选择撤销诉讼意味着法院只需对被诉决定进行最低程度的审查,即只需要判断工伤认定决定是否合法:当案件事实尚未查明时,法院无须能动地促进事实查明;当案件事实已经查明、法律适用错误时,法院无须为行政机关如何正确适用法律条款提供指引。而履行诉讼需要回答的是行政机关是否需要履行法定职责,即原告的履责请求是否成立;法院在审理中始终围绕“是否符合工伤认定条件”展开,对工伤认定决定合法性的判断从属于前一问题。既有司法实践业已积累了若干工伤认定裁判标准,意味着法院在审查强度上正逐步向履行诉讼靠拢。

在笔者梳理的裁判文书中,有两份判决明确适用履行诉讼审理此类案件。在宁龙诉辽源市人力资源和社会保障工伤行政决定案^[57]中,吉林省高院认为,原告的诉讼目的是要求被告重新做出认定工伤决定,在诉讼类型上,本案诉讼属于课予义务之诉(也称为履行法定职责之诉),即请求判令行政机关做出特定行为的行政诉讼。在张可新、齐齐哈尔市人力资源和社会保障局劳动保障行政管理案^[58]中,黑龙江省高院虽未在判决中明确本案的诉讼类型,但是其做出了要求行政机关履行特定职责的判决,在判决主文中责令被告做出认定工伤决定书。

较撤销诉讼而言,履行诉讼能够有效地回应原告的诉求。在明确了适用履行诉讼的适当性后,接下来需要考虑的问题是如何构建个案中的裁判规则。

(三) 履行诉讼的裁判规则

1. 法院应围绕原告的诉讼请求展开审查

首先,围绕原告的诉讼请求展开审查并不与行政行为的合法性审查相冲突。《行政诉讼法》中规定的合法性审查原则是与撤销诉讼相适配的;在修法时,有一种意见主张将合法性审查原则降

[55] 参见龙非:《中德履责之诉适当性研究进路之比较》,载《行政法学研究》2011年第3期,第141页。

[56] 参见《最高人民法院关于审理工伤案件的20个答复+7个法官会议纪要+3个指导案例+22个公报案例+7个参考案例》,载微信公众号“行政法实务”2022年8月19日。

[57] 参见吉林省高级人民法院行政判决书,(2021)吉行再2号。

[58] 参见黑龙江省高级人民法院行政判决书,(2018)黑行再1号。

格为规则,放在撤销判决部分,以体现撤销诉讼的审查重点。立法并未采纳这一意见。江必新法官认为,合法性审查原则是贯穿于各类行政诉讼类型的主线,即使在给付诉讼和确认诉讼中也离不开对行政行为的合法性审查。^[59]毫无疑问,无论是何种诉讼类型,法院都需要对被诉行政行为的合法性进行审查;但是在不同的诉讼类型中,合法性判断与原告诉请是否成立之间的主次关系不同。围绕原告诉讼请求展开审查意味着“工伤认定申请是否成立”问题居于主要地位,工伤认定决定的合法性判断处于次要地位。

其次,围绕原告诉讼请求审查的思路可类比民法中的请求权审查模式。民法中请求权审查模式的基本构造是“谁得向谁,依据何种规范,主张何种权利”,是一种通过寻找请求权基础、将小前提归入大前提,从而确定请求权能否得到支持的案例分析方法。^[60]请求权审查模式为法院能动地适用法律规范提供了方法指引。法院在审查中对请求权基础规范的适用,不限于行政机关已经适用的规范,其可自行结合行政机关查明的案件事实,寻找相应的规范依据,以此判断原告的请求是否成立。具体而言,当行政机关以案件情形不符合法条 A 的规定为由不予认定时,若法院认为案件属于法条 B 规定的情形,那么法院可以直接适用法条 B,做出应当认定为工伤的结论;而不是仅仅指出行政机关适用法条 A 错误,并指引其适用法条 B。在请求权审查模式下,法院能够一次性地解决法律适用问题,而不必再次交由行政机关重新适用法律,避免其再次适用法律错误,导致循环诉讼。请求权审查方式不仅有助于全面适用法律,还可以指引案件事实的萃取。法院可以针对原告的诉请预选所有可能的请求权基础,并审查原告陈述(非经质证的事实)是否满足请求权基础规范的适用前提;接下来再针对被告的陈述进行审查,对于双方确认的内容给予认可。^[61]下一环节是证据阶段,与民事诉讼不同,此环节并不需要原告进行举证,法院审查的是行政机关据以做出事实认定的证据。经过前一阶段对原告被告双方陈述的审查,法院能够充分判断被告进行的事实认定是否全面,是否遗漏了原告主张的重要事实。

2. 在履行判决中尽可能明确行政机关的履责内容

《行政诉讼法》司法解释第 91 条明确规定,若原告请求行政机关履责的理由成立,在无须被告继续调查或裁量的情况下,法院可以判决行政机关履行原告所要求的法定职责。一般情况下,需要被告继续调查意味着案件事实尚未查清,故应当由行政机关继续履行调查核实义务,法院只能判决行政机关继续履行工伤认定的职责。此时撤销诉讼与履行诉讼的审查模式对案件审理结果而言区别不大。

存在裁量的情况则略为复杂。裁量分为要件裁量和法律效果裁量,前者是指行政机关按照法律文本上的要件要求解释不确定法律概念,使其具体化,再类推适用法律要件;而后者是经要件裁量确定法律含义之后,行政机关再凭借自身的经验和政策考量做出适当的选择,确定个案的法律效果。简言之,效果裁量=要件裁量+适当选择。^[62]一般认为,法院对要件裁量的审查程度高于效果裁量。在工伤认定案件中,个案的法律效果只有认定和不予认定两种,行政机关能够进行“适当选择”的空间较小。这意味着法院在审查过程中,对法律要件进行补充之后,代替行政机关选择法律效果所受到的限制较小。如果法院在解释工伤认定条款的法律要件后,能够对工伤与否问题做出判断,那么其应当在判决主文中明确行政机关具体的履责内容,避免出现判决理由中已经明

[59] 参见江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社 2015 年版,第 11、15 页。

[60] 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,载《政法论坛》2004 年第 2 期,第 124 页。

[61] 参见吴香香:《请求权基础思维及其对手》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2020 年第 2 期,第 97 页。

[62] 见前注[36],王贵松书,第 45—46 页。

确构成工伤、但判决主文中仍坚持完全交由行政机关重新处理的现象。

五、结 语

工伤认定行为关乎劳动者生存权的保障和劳资双方的利益平衡,其间蕴含复杂的事实判断和法律评价,极易引发争讼。法院在案件审查过程中过分尊重行政机关的工伤认定权,在能够对构成工伤与否问题做出结论的情况下,仍保持司法谦抑,判决将案件交由行政机关重新处理;也正因为法院将自身角色定位于监督行政行为合法性,致使其选择适用撤销诉讼,对违法认定决定“一撤了之”,难以直接回应原告的诉讼请求。但是,工伤认定权并非专属于行政机关,在裁判时机成熟时,无论是事实问题还是法律问题,法院均有权代替行政机关做出认定,法院才是个案的最终裁决者。司法在工伤认定条件成就时具有最终认定权一方面要求法院在实体上推动查清案件事实,彻底终结法律适用争议,另一方面要求法院在程序上选择审查程度更高的履行诉讼,围绕原告的诉讼请求展开审查,在回应原告请求的同时兼顾认定行为的合法性审查,在判决中尽可能地明确行政机关的履责内容,以实质化解争议。

工伤认定争议起因于相对人未获得预期的认定决定,即行政机关以积极作为的方式拒绝了相对人的申请。此类争议是行政机关明示拒绝相对人申请类案件的一个缩影,在这一类型的案件中,尽管存在一个拒绝决定,但原告希望通过诉讼明确的是其申请能否成立,而非拒绝决定的合法性。若法院仅围绕拒绝决定的合法性展开审查,那么案件同样存在程序空转的风险。本文对工伤认定中司法权与行政权的关系,以及何为适当诉讼类型的分析,或可为化解其他领域的程序空转问题提供参考。

Abstract The dispute over the identification of work-related injury may be resolved only after several rounds of reconsideration and procedures of litigation. The reason for the system is that there is a conflict between the administrative and judicial determination of work-related injury, and the courts adhere to the principle of “administrative determination of work-related injury”, giving a higher degree of respect to the administrative power; procedurally, the courts apply a lower degree of review of the revocation lawsuit, indirectly protecting the rights of citizens by revoking the illegal determination, and the remedy is limited. To solve the problem of “idle proceeding”, firstly, it should be clarified that the court has the power to determine the work-related injury. When there is a conflict between an administrative determination and a judicial determination, the judicial determination is final. Secondly, the court should turn to the applicable performance actions, review cases based on the plaintiff’s claim and, when the time is ripe, clarify in its judgment the specific duties to be performed by the administrative authorities to resolve the dispute in essence.

Keywords Identification of Work-Related Injury, Procedural Idling, Final Judicial Decision, Types of Litigation

(特邀责任编辑:谭金可)