提供劳务自然人遭受意外伤害的法律适用研究

——基于《侵权责任法》第35条后句适用的统计分析

吴 桐 胡大武

〔摘要〕 在自然人劳务提供者自身遭受意外伤害时适用过错责任的规定忽视了不同劳务提供者所从事劳动的差异性。试图用民事平等法则裁判自然人之间所形成的雇佣关系恰恰是对公平价值的背离。在现行法律背景下，司法者应当秉承职业健康安全理念，细分自然人劳务关系类型，在充分考虑案件中劳务提供者所提供劳务的从属性因素、营利性因素和危险性因素基础上做出正确的裁判。《人身损害赔偿司法解释》中有关雇佣关系的规定应视为《侵权责任法》第35条后句之特殊情形，雇主责任属于劳务接受者责任的特殊规定，对于具有从属性劳务关系的自然人劳务提供者在工作过程遭受意外伤害的，裁判者应回归《人身损害赔偿司法解释》，由劳务接受者承担具有严格责任性质的雇主责任。

〔关键词〕 劳务提供者；雇主责任；《侵权责任法》第35条后句

〔中图分类号〕D923.7 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000－4769（2019）06－0060－13

一、问题的提出：提供劳务自然人遭受意外伤害责任分配的司法实践

在对待《人身损害赔偿司法解释》第11条雇主承担无过错责任规定和《侵权责任法》第35条后句过错责任规定的态度上，我国司法裁判文书显示，不同法官裁判时存遵守、变通或一定程度抵制等不同的司法心里。在司法上，因雇佣关系纠纷被明确纳入“提供劳务者受害责任纠纷”案由中[①]，在1000份“提供劳务者受害责任纠纷”案由的裁判文书中，将《人身损害赔偿司法解释》作为裁判依据的案件711件[②]，将《侵权责任法》作为裁判依据的案件679件[③]，将《民法通则》作为裁判依据的案件221件[④]，将《合同法》作为裁判依据的案件30件，将《安全生产法》作为裁判依据的案件1件。可见，在“劳务提供者遭受意外伤害纠纷”案件中，以适用频率高低为序，法院判决依据分别是《人身损害赔偿司法解释》《侵权责任法》《民法通则》《合同法》《安全生产法》。统计显示，在裁判“提供劳务者受害责任纠纷”案中，法院裁判依据尽管多样，但如何处理《侵权责任法》第35条后句同《人身损害赔偿司法解释》第11条之间的关系乃是裁判者面临的重大难题。

（一）遵守：《侵权责任法》第35条后句取代论

有学者认为，《侵权责任法》将雇佣人责任

〔作者简介〕吴 桐，西南财经大学法学院博士研究生，四川 成都 611130；
胡大武，西南政法大学经济法学院教授，重庆 401120。

改为使用人责任，并由过错推定责任改为无过错责任。[5]统计显示，在1000份裁判文书中，有619件直接接受劳务者因雇佣而承担责任。在饶某因与吕某甲、何某提供劳务者受害责任纠纷案件中，二审法院认为[6]："根据新法优于旧法、上位法优于下位法的法律适用原则，提供劳务方与接受劳务方（即雇员与雇主）之间的责任认定应适用《侵权责任法》第35条之规定。原审法院依据《人身损害赔偿司法解释》第11条第1款的规定，判决雇主何某承担雇员吕某甲的损害赔偿责任系适用法律不当，应予纠正。"在荆伟与王伟兰提供劳务者受害责任纠纷案中[7]，二审法院认为："关于争议是由谁提供的劳动工具马登的问题，双方当事人各执一词，且均没有证据证明自己的主张成立。在此种情况下，可以依据双方存在的劳务关系，认定雇主应当承担赔偿责任。"在该案中，法院根据双方的劳务关系认定雇主责任，将雇佣关系纳入劳务关系范畴，并适用《侵权责任法》第35条后句之规定，裁定接受劳务者承担90%责任，提供劳务者承担10%。在陈蒋兴诉谢志龙、朱先伟提供劳务者受害责任纠纷一案中[8]，法院回避了当事人是否有雇佣关系问题，直接认定双方为劳务关系，径直适用《侵权责任法》第35条后句之规定。在杭州市中级人民法院受理的乔哲江、何新装与浙江自理建设集团有限公司、杭州市夏衍幼儿园提供劳务者受害责任纠纷案中，裁判认定：根据《侵权责任法》第35条后句规定，在雇佣关系中，雇员受到损害的，雇主承担过错责任。该规定已经取代了《人身损害赔偿司法解释》第11条雇主承担无过错责任的规定。[9]

笔者统计，在1000份裁判文书中，满足如下两个条件的裁判文书有24份，即：第一，仅在劳务提供者和接受者之间进行责任分配；第二，仅依据《侵权责任法》第35条后句作为裁判依据。24份裁判文书中劳务关系接受者和劳务提供者之间的责任份额比例显示，即便是在取代论的裁判案件中，劳动者担责的份额也很少，雇主承担责任份额远大于雇员。在24件裁判文书中，劳务提供者承担责任的最高比例为50%，案件数为1件；24件案件中，劳务提供者承担的责任均为50%（包括50%）以下；劳务提供者不承担责任的案件6件，占比为25%。相反，劳务接受者承担50%以上（不包括50%）责任的案件23件，占比为95.83%，雇主承担全责的6件，占比为25%。若综合算之，在24件案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为20.42%；劳务接受者承担的责任份额平均为78.33%。[10]

（二）坚守雇佣关系

《人身损害赔偿司法解释》有关雇佣关系责任配置的规定表明最高人民法院在雇员遭受安全生产事故问题上采取了"中间道路"。一方面，对过错责任原则的适用进行了限制，另一方面又抑制了基于绝对无过错责任原则衍生出的劳务提供者被假定为天生弱者而当然免责的主张的宽泛适用。这意味着，当劳务提供者因违反工作场所中严格的绝对义务而承担责任时，法院不得不考虑：法律旨在保护疏忽大意的劳务提供者，但相比较而言，劳务接受者仍处于更有利控制和避免风险的地位。所以，只有在极少数案件如因提供劳务者故意或者任性轻率行为导致自身伤害时才会以共同过失原则而减少劳务接受者的损害赔偿。同时，劳务提供者是否具有故意或轻率行为需要由劳务接受者举证。在一些家政服务员遭受意外伤害的案件中，劳务提供者基于自己的判断产生了一个超出劳务接受者控制范围之外的新的独立风险。在众多擦洗玻璃的家政服务员坠楼事故中，该类情形较为普遍。[11]在雇主责任的619份裁判文书中，共计196份裁判文书适用《人身损害赔偿司法解释》第11条，占1000份裁判文书中的19.6%，其又有适用该条第1款和第2款之别。

1．在196份文书中，仅将《人身损害赔偿司法解释》第11条第1款作为唯一裁判依据。该类裁判文书仅11份[12]，其中10份裁判文书显示劳动者受伤，都未签订任何合同。在《侵权责任法》生效后，很多法院在裁判雇佣关系案件的时候，仍然适用《人身损害赔偿司法解释》。雇佣关系不同于承揽关系、居间关系中的劳务提供关系。即便2011年最高人民法院将2008年《民事案件案由规定》的劳务（雇佣）关系统一为劳务关系案由后，司法实践中仍存在着这种区分。例如，在郑某与被上诉人张某、重庆某某运输有限责任公司提供劳务者受害责任纠纷一案中，尽管法院将该案案由确定为提供劳务者受害责任纠纷，但仍认为"其本人虽有一定的不慎，但并不属于重大过错，则一审未减轻郑某的赔偿责任并无不当。"[13]显然，在该案中，法院尽管将雇佣定位为劳务，但并未适用《侵权责任法》第35条后句所规定的过错责任，而适用雇主责任。在该案中，张某长期受雇是法院适用《人身损害赔偿司法解释》的前提之一。相较于那种仅基于特定时间内完成某项工作，一旦该工作结束双方关系终止的

临时劳务关系，雇佣关系则有本质的区别。11 份裁判文书中劳务提供者和接受者承担的责任份额分配情况显示，在坚守雇佣关系的裁判案件中，劳动者担责的份额更少，雇主承担责任份额远比雇员大得多。在 11 件裁判文书中，劳务提供者承担责任的最高比例为 40%，案件数为 1 件；承担 40%（包括 40%）以下责任的案件为 2 件，占比为 18.18%；劳务提供者不承担责任的案件 9 件，占比为 81.82%。相反，劳务接受者承担责任份额都在 60%（包括 60%）以上，雇主承担全责的 9 件，占比为 81.82%。若综合算之，在 11 件案件中，劳务提供者承担责任的平均份额为 6.36%；劳务接受者承担的责任份额平均为 93.64%。统计数据表明：尽管 81.82% 的案件中，劳务接受者承担全责，但是仍有 18.18% 的案件中劳务提供者仍然担责。就改判率而言，11 份裁判文书中，有 4 个案件被改判，改判率为 36.36%。这表明法院在适用《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款时并非贯彻了无过错责任原则。在 11 份裁判文书中，有 2 份裁判文书显示劳动者因“违反安全操作规范和工作规定”而担责。而“劳动者未尽安全注意义务”则没有成为适用该条的理由。这一裁判现象表明：一方面该类裁判显示了裁判者对于劳动者承担责任的谨慎态度，另一方面说明该类裁判在一定程度上否定了雇主责任的绝对无过错责任原则的适用。

2. 将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款和第 2 款同时适用。该类裁判文书共计 12 份，其中，劳务提供者承担责任的平均比例为 8.33%，劳务接受者承担责任的平均比例为 83.75%。相较于仅适用《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款为裁判依据的裁判文书而言，在劳务提供者责任承担比例方面增加了 1.97%，而在劳务接受者方面，则减少了 9.89%。需要求证的是：在依据《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款裁判的时候，其前提条件是雇佣关系的确认；按照逻辑推断，由于有其他人承担连带责任，裁判者分配劳务提供者意外伤害风险责任时具有更大的灵活性。在此常理下，劳务提供者承担的责任可以更少些。因为在分配较低责任份额给劳务提供者之后，雇主同承担连带责任者之间更有能力共同分担雇主责任。但是，本统计数据并没有得出这样的结论。这表明，即使在认同《人身损害赔偿司法解释》第 11 条的裁判文书中，法院也并没有按照无过错责任原则分配责任。在司法实践中，《人身损害赔偿司法解释》第 11 条的适用被打了折扣。

（三）区分并用

据统计，在 1000 份裁判文书中，同时适用《侵权责任法》第 35 条和《人身损害赔偿司法解释》第 11 条的裁判文书有 201 份，占比 20.10%。其中，同时将《侵权责任法》第 35 条后句和《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款作为裁判依据的案件 35 件；同时将《侵权责任法》第 35 条后句和《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款作为裁判依据的 166 件。在 166 件案件中，在劳务接受者承担雇主责任类型中，仅将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款和《侵权责任法》第 35 条后句作为适用依据的 44 件[14]，只将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款和《侵权责任法》第 35 条后句作为适用依据的 7 件。统计数据表明，在判定劳务接受者是否承担雇主责任的时候，按照《人身损害赔偿司法解释》相关规定认定。一旦认定雇主责任成立，需要划分劳务提供和接受双方责任大小时，则依据《侵权责任法》第 35 条后句之过错责任原则规定，考虑劳务提供者是否有过错。这也是诸多法院将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条同《侵权责任法》第 35 条后句，或者《民法通则》第 131 条等混同适用的根本原因。在（2014）鄂武汉中民二终字第 00346 号案件中，法院认定[15]：劳务提供者何绍友与丁波之间的雇佣关系系个人之间的劳务关系，根据《中华人民共和国侵权责任法》第 35 条之规定，提供劳务一方因提供劳务受到损害的，应按双方各自过错承担相应的责任。本案件中，作为提供劳务一方的何绍友……对事故的发生具有一定过错，应自负一定比例的责任，原审酌定其自负 30% 的责任并无不妥，二审予以支持。

在 44 件仅将《侵权责任法》第 35 条后句和《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款作为裁判依据的案件中，综合算之，劳务提供者平均承担的责任份额为 21.14%；劳务接受者承担的责任份额平均为 78.86%。44 件案件统计显示：在雇佣关系条件下，法官原则上依据《侵权责任法》第 35 条后句规定的过错责任原则裁决案件。但是，如果意外伤害属于安全生产事故，需要适用连带责任规则时，法官则依据《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款裁决。[16]在普海龙诉上海东圣建筑工程（集团）有限公司等提供劳务者受害责任纠纷一案中[17]，对于劳务接受方的主要义务被表述为：“董仕科作为接受劳务一方，有

义务为劳务者提供必要、安全的工作场所和作业工具，而普海龙作为提供劳务一方也应当在工作过程中负有安全谨慎注意义务。本案普海龙在提供劳务过程中从三米高处摔下受伤，根据现有证据无法证实普海龙从高处摔下系其自身疏忽大意所致，还是董仕科提供的作业工具在安全保障方面存在瑕疵。故法院根据本案的实际，酌情确定董仕科对蒲海龙的损害承担 50% 的责任”。在本案中，法院在适用《侵权责任法》第 35 条后句的基础上，适用《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款所规定的连带责任，本质上是将工程发包中非法承包案按照非劳动关系处理的。在 7 件同时依据《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款和《侵权责任法》第 35 条后句作为裁决依据的裁判文书中，综合算之，劳务提供者平均承担的责任份额为 24.28%；劳务接受者承担的责任份额平均为 65.72%。

（四）基于平均责任比的分析

从无过错责任到过错责任的改变，对于劳务提供者和劳务接受者而言，责任砝码的倾斜在多大程度上为弱者赢得了正义？《侵权责任法》第 35 条究竟在多大程度上改变了《人身损害赔偿司法解释》第 11 条所确定的雇主责任？通过对有关劳务提供者受害责任纠纷裁判者法律适用后的总体责任平均统计表明：（1）从总的责任分配比例看，无论是哪种选择，劳务提供者承担的责任份额都相对于劳务接受者而言更少。在主张《侵权责任法》35 条后句替代论的裁判案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 20.42%；劳务接受者承担的责任份额平均为 78.33%。在坚守雇佣关系论案件中，劳务提供者平均承担的责任份额为 6.36%；劳务接受者承担的责任份额平均为 93.64%。这表明司法长期实践所形成的裁判思维显著地影响了法官的决策，司法裁判并不会因新法而带来实质上的影响。另一方面，不管适用什么样的法律规范，面对伤痕累累的劳动者，法官不得不思考司法裁判在解决社会问题中的社会后果。在该类案件中，很少看到裁判者作为冰冷的旁观者存在。裁判者群体在极力找寻给予劳务提供者救济的法理依据。即便对于那些坚持第 35 条后句替代论的裁判者亦是如此。（2）《侵权责任法》颁布后，更多的裁判文书呈现出总体上增加劳务提供者责任的趋势。在劳务提供者责任承担方面，由适用《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款雇主承担无过错责任时的 6.36% 到《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 2 款和《侵权责任法》第 35 条后句共同适用的 24.28% 之责任差异，增幅达到 17.92%。更有甚者，即便在可能认定为劳动关系的案件中[18]，法院仍可能裁决劳务提供者承担较大比例的责任份额。（3）相当多的司法裁判在学理上将《人身损害赔偿司法解释》第 11 条第 1 款雇主无过错责任原则修订为过错责任原则，以此达至《人身损害赔偿司法解释》第 11 条和《侵权责任法》第 35 条后句在适用上的一致性。

二、裁判纠偏：走出侵权法第 35 条后句的适用误区

在司法实践中，一方面，劳务提供者通常基于下列原因主张劳务接受者应该担责：因器械或者工具的缺陷而受到伤害，而劳务接受者本应纠正这些缺陷；或者因劳务接受者的疏忽大意而遭受伤害；或者劳务提供者因遵守或者执行命令而受到伤害；或者因其同事遵守规程或者遵守劳务接受者的命令而受到伤害等。另一方面，劳务接受者也往往基于如下原因主张劳务提供者承担责任：劳务提供人遭受意外伤害是因其不谨慎所致，劳务提供者明知风险存在，应遵循“风险自负原则”，即劳务提供者在接受工作时就已经了解该工作所存在的风险，接受工作就表明对这些风险的接受。不过，从举证责任角度看，劳务提供者很难证明劳务接受者的过错，并且劳务接受者也可以通过证明上述抗辩事由的存在而规避责任。显然，在私法的逻辑下，自然人之间提供劳务遭受意外伤害的，劳务提供人将不得不承担诸多不利后果。面对这些不利后果，若法官对《侵权责任法》第 35 条后句的适用处置不当，会导致裁决结果有失公允，这表现在以下方面：

（一）裁判技术上采取了一刀切的处理方式，未能反映劳务类型的多样形态

当今社会利用他人之劳务从事工作的关系非常广泛。从大规模企业的劳动关系到个人之间的劳务关系，或者从营利性的行业到非营利性的家庭劳务，还有从普通行业到危险性的行业，各不相同。1000 份判决亦显示劳务提供人的劳务内容多种多样：安全生产性劳务 450 件，占比最高。此外，装修（室内、室外）案件 56 件，家政服务 6 件，人工搬运和装卸货物 75 件，运输劳务 78 件，餐饮、教育卫生、销售等服务性工作 39 件，农村里的搭建、拆除、维修房屋等劳务 137 件，农业劳务 31 件，其他劳务 128 件。

试图通过适用《侵权责任法》第 35 条后句便解决所有的因劳务提供引起的纠纷，根本无法适应复杂的劳务关系现实。裁判者应根据实际情况采取最恰当的法律规定以及法律构成。从这个意义上看，限定《侵权责任法》第 35 条后句的适用乃正确的方向。不过，也恰恰因为劳务提供者和接受者之间的关系多种多样，即使采用类型化方式，也应该认识到《侵权责任法》第 35 条后句适用与不适用的界限是变化的。因此，考虑到保护受害人的权益，应该减轻因劳务提供而遭受伤害者的证明责任，以保留该条适用的灵活性。

不同的劳务关系反映了不同当事人之间的社会地位差别、经济条件的差异。这种差异往往成为法律调整相关社会关系的重要因素。不同劳务关系之间的差异不仅是矛盾双方抗辩对方或支持己方观点的关键支撑，亦是法院选择裁判依据的参考因素。这种差别化的劳动意味着劳动者遭受意外伤害后应适用不同的救济方式、救济力度和救济理念。毫无疑问，劳务一词具有广泛的内涵的特点决定了裁判者需要区分劳务的类型并适用不同的责任规则。这一点是正确区分并适用民法和劳动法的前提，这或许也是诸多国家民法典中规定了有关劳动者保护条款的根本原因。例如，《巴西新民法典》第 593 条就规定不受劳动法或特别法调整的服务提供才按照民法有关“提供服务规则处理”。[19]

（二）裁判理念上忽视了侵权法本身的弱者保护功能，试图用民法的平等掩盖客观存在的不平等现实

民事法以所谓的意思自治取代现实的不平等，同劳务提供者的无奈选择背离，而基于资产的意思自治所建立的民事法律规则，忽视了社会中贫弱者的现实困境。从对生命的关怀出发，防止更多人遭受意外伤害，应强化劳务接受者的责任，这不仅是促进劳务接受者阻止风险发生的有效机制，亦是其作为受益人应该具有的责任，也是劳务接收者作为业主对于合法进入其管理场所衍生出的保护义务的体现。因此，劳务接受者的责任更具有公益性内涵。事实上，在 1837 年，英国历史上最具有影响力的 Priestley v. Fowler 案中法官就对雇主承担的雇员照护义务做出了理论阐述。

对于劳动者的保护，在法律史上经历了从民事自由、过错理念向政治社会模式转变，即从伤害自负到“安全绝对第一”的理念转变。在当代风险社会中，社会个体的不幸往往具有社会根源。这种不幸往往同其所提供劳务的体力劳动性质、从属性关系、接受者的营利性和劳务活动本身的危险性等特点具有因果关系。

通过对自然人之间提供劳务进行类型化分析发现：（1）自然人之间提供的劳务有 79.4% 属于体力性劳动。（2）接受劳务者营利性明显。统计数据显示 1000 份判决书中，劳务接受者营利性占比高达 88.8%，这意味着直接接受劳务者通过劳务提供者的劳动获得了更多的商业性利益。（3）自然人之间提供劳务所形成的社会关系从属性显著。统计数据显示 1000 份判决书中，有 807 份判决书揭示了提供劳务者同接受劳务者之间存在从属性。劳务提供者通常接受劳务接受者的指令和安排，具有明显的从属性。（4）提供劳务的自然人所从事的工作危险程度很高。在 1000 份裁判书中，危险性劳动为 796 件，占比为 79.6%。在劳动内容上，“安全生产性劳务”和“安装、拆除、搭建、维修”两类危险性很高的劳务共计 587 件，占比 58.7%。事实上，作为劳务提供者的自然人通常提供的是体力劳动，往往因工作环境存在客观危险因素，加之安全保障意识的缺乏（特别是在我国职业健康安全教育缺位的情况下更是如此）导致提供劳务者遭受人身意外伤害。但这种劳动往往成为直接接受劳务者获得更多利益的前提或重要因素。

（三）裁判视野上秉持狭隘的部门法思维，缺乏体系化的劳动者保护观

裁判者潜在地将民法和劳动法做了绝对的二分，要么是劳动法问题，要么是民法问题。[20]对于劳动者权益的保护，在诸多国家均形成了包括宪法、民事法、劳动法、社会保障法和刑法等部门法在内的劳动者权益保障体系。在这一体系中，不同的部门法之间存在着功能互补、此消彼长的具有可变动性的劳动者保护机制。民法特别是侵权法所具有的“弱者保护”功能被我国民法学界长期忽视，以致形成当下劳动社会保障法学者和民法学者之间缺乏沟通的局面，进而导致多数民法学者不关注劳动法，或者仅是将劳动法作为民法的特别法看待；而多数劳动法学者不讨论民法问题，忽视侵权法和合同法理论在劳动法中的运用。

加拿大著名劳动法专家 Terence G. Ison 认为[21]：侵权责任的威慑价值是有限的。尽管它提升了责任风险的防范积极性或者减少了保险费用增加的风险，但是却无法降低伤害发生的几率。就事故发生率而言，侵权责任太情节化（episodic）和无规则可循（irregular），其无法达到阻止

不可预料风险的目的，无法使对风险的监控达到满意水平。[22]恰如1967年的Woodhouse报告所指出的那样，过错之诉（negligence）是彩票的一种形式。在产业事故情形下，过错诉讼仅能为不到百分之一的受害工人提供不确定性的解决办法。[23]相比较国外的认识而言，我国《侵权责任法》第35后句之规定折射出我国多数立法者和理论研究者的保守性，并未认识到“私权发展的高级阶段，私权的功能和作用得到了越来越大的弘扬和发展。私权不仅仅表达个人意志和个人利益，私权还承载着社会公共利益，同时协助公权力对整个社会进行合理的管理。”[24]当我们讨论雇佣关系的时候，国外已经从雇佣关系的认知发展到劳动关系的讨论；当我国立法者将家政工人排除于劳动法保护之外的时候，越来越多的国家正在将自然人纳入劳动法用工主体之列。

（四）司法裁判者在寻求衡平中迷失方向

现行立法是基于共同过失原理构建劳务提供者和接受者的责任分担机制。此类责任分担机制仅限于传统民事侵权法所谓的侵权人承担责任并不是以有损失存在才承担责任，而是有过错。[25]但是，我国部份法律对于雇主的安全保障义务做了规定，亦有相关特别法对安全生产中的劳务提供者遭受意外伤害规定了无过错责任原则。这些法律政策的基点均在于：遭受意外伤害的劳务提供者的工作更多地具有公共政策性质。目前，劳务提供者上诉率居高不下的根本原因很大程度上在于裁判者对于劳务提供者遭受意外伤害责任规则同雇佣关系逻辑的误解。劳务关系包括具有较强管理或控制内容的雇佣关系和不具有管理或控制内容的其他劳务提供关系。将雇佣关系同劳务提供关系等同的逻辑错误直接影响了法院本身的思维逻辑，并由此产生的对于“弱者保护”理念背离的行为，忽视了人类法律历史的发展逻辑，也忽视了国际立法主流的影响。

劳务提供者因履职而遭受意外伤害，即使有一定过错也因劳务接受者的风险责任而吸收。司法实践表明，即使面对《侵权责任法》第35条后句可能导致偏差的文意，该规定也未能得到积极有效的实施。在大量的案件中，只有极少数案例积极地适用了《侵权责任法》第35条后句的规定。如果仅就过错责任分配结果看，那种仅在对第35条后句进行狭隘的理解中寻找过错责任的分配要素，无法指出劳务接受者的过错而裁判其担责的判决很可能是违背公平正义价值追求的。此时，法院往往采取的是各打五十大板的策略来寻求社会矛盾的平息：一方面，对于劳务提供者而言，责备其对自身安全的疏忽大意，追问劳务提供者思想上的过错[26]，但往往忽视疏于照顾自己的过错只应与一个劳务提供者所能够预见的范围和性质相匹配的基本原理。[27]另一方面，对于劳务接受者而言，则因其风险防范义务的不尽责或者未履行好业主的职责，其对安全生产义务的不履行通常总会成为其承担责任的基础。这种简单的法律责任分配思维不仅不能平息社会矛盾，反而可能引发更激烈的矛盾冲突。

三、理念回归：找回雇佣关系中的司法裁判理性

劳务提供者的劳务活动具有职业化特征。对于职业化的劳务提供中导致的意外伤害救济应该秉持职业健康安全保护理念。“职业灾害”责任是对古典立法“将损失理解为个人的命运”和古罗马法原则“所有权人自吞苦果”、反对由法律来阻碍偶然事件的发生，并反对由法律补偿由命运所造成的不平等[28]的否定。基于工作环境权的逻辑，接受劳务者应该确保合法进入该场所之人的人身安全。显然，劳务提供者的生命健康的重要性远远大于劳务接受者的经济利益的重要性。劳务接受者承担无过错责任具有公共政策的合理性，通过公共政策的配置可以实现损失分散之目的。[29]

（一）风险具有客观性。风险的客观性表现为两个方面：（1）劳务工作机械性。机械性工作在性质上就伴随着不可避免的不注意。德国法院早在1892年就主张机械性工作在性质上就伴随着不可避免的不注意，这样的不注意不是过失。[30]“鉴于人类在本质上的不完美，无论何等仔细周到的人，如将其长期置于精神紧张的状态，都会犯错误。”[31]（2）风险来源往往为劳务接受者所提供环境的客观存在。在徐生富与孔德先提供劳务者受害责任纠纷案中[32]，法院认为：徐生富辩称因孔德先自身操作失误以致损害结果的发生，但未能提交充分有效证据证明，且其自述此情况亦未听闻。双方均认可孔德先知悉木工技术且会操作射钉枪，孔德先在可以预知射钉枪使用风险的情况下违反规程致己伤害于情相悖，故法院对于徐富生辩称意见不予采纳。”理性雇员不会故意伤害自己是风险责任归责的逻辑起点，而职业灾害的防范具有公共性则是劳务接受者承担风险责任的公法逻辑。生产安全责任是伴随着人类生产

力的提高和技术进步而存在的。尽管在很多具体案件中是以“私”的法律关系存在，但这种风险防范政策明显具有公共性。

实践表明，提供劳务者遭受意外伤害风险原因乃基于两个方面的叠加。（1）客观可能性。风险源通常来源于劳务接受者提供的场所，其在一定程度上影响风险发生的可能性。有学者指出：“在产业化的工厂，产业事故通常很少是个人过错导致，日益难以归咎为工人个体责任，而通常生产过程本身是事故发生的原因”。[33]事实上，劳务提供中的意外伤害事故风险原因同产业化工厂中发生的事故原因没有任何差异。在提供劳务纠纷案件中，提供劳务者遭受意外伤害本身表明在提供劳务过程中一定风险的存在。这种风险因不同的工作场景和工作内容决定其发生的确定性程度。例如擦玻璃，在一楼擦窗户的风险就比在二楼和三楼擦窗户的风险小。因此，相对而言，一楼的家政服务接受者对于风险的责任承担就要小些。当然，在一楼因擦玻璃所受到的伤害相比较而言也要轻。（2）主观可能性。经过风险防范培训的劳动者比未经过培训的劳动者具有更好的风险防范意识。提供劳务者自身风险防范意识薄弱通常也是事故发生的重要原因。简单地从这两个方面考察，现行《侵权责任法》第 35 条后句采取的过错责任原则似乎符合风险来源的两个方面的必然逻辑。一方面，接受劳务方因其本身提供给劳务提供者的工作环境或场所具有客观的风险性，应该承担过错责任；另一方面，提供劳务者因自身疏忽大意导致意外伤害事故的发生亦应该承担相应的责任。

然而，风险的客观性决定了接受劳务者承担责任的合理性。一方面，风险来源的客观存在意味着劳务提供者遭受意外伤害的风险具有不确定性，即使合理的注意也不能完全杜绝风险的发生。当劳务接受者亲自为自己提供劳务时，同样可能发生意外伤害。故劳务接受者承担劳务提供者的风险后果符合公平价值要求。[34]另一方面，风险依附在其物业之上，劳务接受者作为业主应该承担此责任。对此，有学者指出：“由于雇员是利用雇主所提供的劳动条件完成雇佣活动的，因此，雇员受损害，往往是由于雇主所提供的物件（如机械）或者其他条件（如所从事工作的危险性）造成的。”[35]值得特别指出的是，如果置身于该场所的劳务提供者基于工作的原因或者因职务行为制造了新的风险源导致自身伤害的，劳务接受者仍应承担责任。

（二）劳务接受者拥有控制劳务提供者职业安全风险的能力。这种能力体现为三个方面：第一，劳务接受者对于劳务提供者所工作的环境中存在的风险种类和风险可能发生的位置更为熟悉；第二，基于对劳务提供者的控制地位具有控制劳务提供者冒险工作的能力，即面对雇主的指令，劳务提供者不得不在要么服从防范风险的措施、要么不干走人的选项中做出选择；第三，劳务接受者可以花较少的钱为该类活动购买商业保险，防范风险的发生。[36]其应为雇员的职业活动负有安全注意和劳动保护的义务。在部分判决中，劳务接受者主张劳务提供者不听安排，擅自作业造成了伤害。但是，尽管“不能规定雇主必须预见到雇员会拒绝执行命令，雇主不能保证雇员会犯不可预见的疏忽大意，但如果雇员的疏忽大意可以预见到，就必须提供必要的设备预防事故发生，即便雇员有足够的工作经验。”[37]不过，一些特别案件显示，的确存在劳务提供者“自甘冒险”的情形，如不听劝阻，不按照操作规则操作机器等，尽管这些是劳务提供者受伤的主要原因，但是在安全生产场合，我们仍有足够的理由相信：一方面，事故之所以发生乃是因劳务提供者没有接受过包括劳务接受者提供的职业安全培训在内的各类职业安全培训所导致的；另一方面，如果接受劳务者强力阻止劳务提供者之风险行为，仍可以避免意外伤害事故的发生。可以想见，当面对血淋淋的事故时，劳务提供者自甘冒险的行为将不会发生；劳务接受者也会坚决阻止劳务提供者的冒险行为。此外，劳务接受者承担责任并非没有获得相应对价。在德国法中，雇主有保护雇员生命、健康安全的默示义务。与此相对，雇员则有听从雇主指令、保守雇主秘密和在雇佣关系存续期间不同雇主竞业的默示义务。[38]德国法上的默示义务具有相互性。对于履职中的伤害，雇主责任原则均属于无过错责任原则，“属于直接责任、单方责任，是一种普通的人身损害赔偿责任”。[39]据此，劳务接受者完全承担责任的因果关系得以建立，即接受劳务者没有做出积极的最大努力防止风险发生的事实本身就构成其承担劳务提供者伤害责任的正当理由。对此，恰如加拿大学者指出的那样：“风险危害的程度与合理注意的程度相一致，行为人没有把危险限定在合理限度内，就是一种过错”。[40]

（三）劳务提供活动中所产生的风险由劳务接受者承担，有利于强化其选任劳务提供者，督促其提高风险意识。对于没有经过特定职业培训

的人，其防范风险的意识和能力较弱，接受劳务者如果强化风险意识，而不抱侥幸心理往往能防止事故的发生。劳务接受者只能证明自己在不能阻止劳务提供者的情况下才对劳务提供者遭受意外伤害不承担责任。不过，对法官来说，给予劳务提供者何种程度的自我保护通常取决于特定场景下的劳务提供者自身职业技能水平。取得职业资格的劳务提供者的自我保护水平显然高于未参加培训的劳务提供者的自我保护水平。1000 份裁判书显示，自然人劳务提供者几乎没有获得过职业培训。这表明了我国劳动者职业培训远远不够，职业培训的缺乏恰恰是发生意外伤害事故的重要原因之一。

在以危险性特别大的诸如安全生产法上所谓的活动中，实行绝对严格责任是必要的，这对于国家在此领域中的职业健康安全公共政策目标的实现具有重要意义。在对于非安全生产法领域的劳务提供人伤害案件中，绝对严格责任可以在低水平上适用。例如，在家政服务工作中，需要借助安全设施的室外擦玻璃工作等劳务应该适用严格责任，以强调一般家政服务和特殊家政服务之间的差异性。对于此类家政服务提供人必须取得职业资格才能从事。家政服务接受者应该在许可家政服务员从事该类工作时查验其职业资格证。否则，若家政服务员没有获得该类资格而导致意外事故发生的，家政服务接受者应该承担严格责任。通常情况下，基于经济上的考量，劳务提供者为生存所需存侥幸心理而从事该类危险工作，尽管其存在一定过失，但不应配置其承担过失责任。反之，对于非危险性的劳务，则劳务提供人存在重大过失或故意的情况下应该承担责任。

（四）劳务接受者往往具有更大的经济支付能力，有更强的责任承担能力。风险责任的正当性基础在于风险分配。人身意外伤害一旦发生，其后果往往具有不可逆转性，并且受伤人员往往成为其家庭乃至社会的负担。通常而言，劳务提供者往往为经济上的贫穷者。他们对于失去或损失金钱的厌恶，以及对于金钱的不满足感促使他们更愿意通过诉讼方法解决纠纷。[41]因此，强化劳务接受者的责任，以便一旦劳务提供者发生意外伤害可以促使劳务接受者及时给予救济。

危险防范义务的不履行主要体现为如下几个方面：第一，选任过失。雇主在录用雇员的时候，均应考察劳务提供者的资质，通过录用程序明确其是否适合所从事的工作。第二，监督义务的违反。作为雇员管理人之雇主，在管理那些文化素质比较低的劳务提供者时，因后者判断能力较低，对危险的认识不充分，其理应承担起危险防范义务。对于危险监督义务的不履行应成为雇主承担责任的根本依据，从而适用一般侵权责任条款。第三，危险的发生同其取得利益具有密切的因果关系。按照狄骥的观点：“在工业社会里，资本家的生产履行了一种社会职务，这里包含了两个要素，即资本和劳动。而问题的全部就在于工作中的危险应该由哪一个要素负担。既然资本的利益归资本家享有，因此让资本要素负担自然是合理公平的。”[42]雇佣他人扩张自己的社会活动领域，就可能因此对社会增大危险性，因而应该承担该危险性的现实化过程中的责任。同时，雇佣他人以扩张自己的社会活动领域并享受到利益的人，应该赔偿与该事业活动有关的给他人造成的损害。[43]

《侵权责任法》第 35 条后句仅适用于直接的自然人之间提供劳务和接受劳务之情形。例如，自我雇佣形态的家政工人为自然人提供家政服务。但是，在存在事务多层转包的情况下，认定劳务接受者的责任承担更为复杂。相对于劳务提供者而言，其危险来源的责任主体具有多个，如第一发包人、第一承包人，第二承包人等。他们之间的责任分配可以考虑三个因素：（1）谁处于劳动风险控制的最佳位置。（2）谁获得的利益最多。对于上述两个问题的甄别又需要考虑两个因素：完成事务过程中是否涉及抽取劳务利益、承包人承包仅是提供劳务还是包括劳务和材料在内。（3）合同中是否对风险进行了约定。风险责任承担的约定意味着签约方自身对于风险责任的事先认知，发包人对劳务提供者风险的认知和对劳务承接者的风险认知已经成为合同签订中的一大风险考虑因素而存在。因此，一旦合同约定了风险转移则表明事务承接方已经考虑了风险因素，并将风险利益考虑在承包费用中。这应当成为发包方免责的正当性基础，这也应该成为裁判者减轻或者免除责任的基础。因此，若发包人的合同中，明确了自然人发包人的免责约定，则法院应当考虑该因素。相反，因没有免责约定，则发包人应当承担一定责任。

四、自然人之间劳务提供风险责任的分配建议

如何认定劳务提供者人身伤害纠纷中的过错，

将直接影响到劳务提供者权益保障水平。“法律规则应根据文意进行解释，并考虑到历史及立法时的背景以及适用时的社会现实进行整体解释，但法律规则的精神和目的则是最根本的因素。”[44]笔者认为，对于《侵权责任法》第35条后句的适用应秉承弱者保护原则，倾斜保护劳务提供者，对劳务关系双方的责任做正确界分。

（一）将雇佣关系作为劳务关系的一种特殊类型，适用严格责任

我国现行《侵权责任法》规定了三种归责原则，即过错责任（含推定过错）、无过错责任和公平责任原则。有学者认为：无过错责任之适用是以难以认定适用对象过错为条件的，如其过错明显，断无机械适用无过失责任之理由。因过错责任最能表明归责之原因并最能体现社会正义，最能指出责任人之过错予以谴责之。[45]在美国1990年的著名案例Indiana Harbor Belt Railroad Co. V. American Cyanamid Co中，波斯纳法官认为：当过失责任可以解决问题时，就没有必要求助于严格责任制度。[46]从《侵权责任法》第35条后句之规定看，其文意为过错责任，排除了公平原则和无过错责任的适用。但是1000份裁判书表明，《侵权责任法》第35条后句之过错责任原则在劳务提供者遭受意外伤害的情况下无法有效归责，经常发现不存在可归责理由或归责勉强的情形。这种窘态反映出自然人之间提供的劳务活动仍然存在诸多风险。对于风险性劳务，波斯纳法官强调：“在行为之危险性得以善尽注意义务（亦即无过失）加以避免时，过失责任足以发挥侵权行为法之功能，此时无须采取无过失责任。但是某些特殊意外事故，无法以善尽注意义务加以避免，而只能以改变活动方式或地点，使意外事件在别地发生，或因而减轻损害之危险；或只能减小活动范围，以减低意外事件之发生次数。无过失责任给行为人提供一条过失责任无法提供之路径，促使被告尝试其他避免意外事故发生之方法，或在无法避免事故发生时，更换地点、改变活动方式或减少（甚至不从事）发生意外事故之活动。”[47]现代事故法的重心已经转移到保护受害当事人一方，独立于导致事故发生的责任人行为，不考虑受害人是否应受诘责。[48]因此，对于《侵权责任法》第35条后句适用时，需要认识到劳务提供者的过错就在于：没有认识到劳务接受者没有采取积极的有效防范措施才导致风险发生。

《人身伤害赔偿司法解释》使用了“劳务”语词。该司法解释第9条第2款将“从事雇佣活动”界定为“是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动”。这表明“雇佣活动”就是劳务活动的一种，“指示”是其特点。王涛与合肥鹏泰投资有限公司、安徽鸿鹄建筑节能防水工程有限公司等提供劳务者受害责任纠纷一案中[49]，一审法院认为：“王涛根据时朝各提供的劳动工具、安排的工作场所，从事时朝各所要求的拆除变压器防护栏工作，时朝各按每天100元给付王涛劳务报酬，故王涛为提供劳务一方，时朝各为接受劳务一方，双方之间是雇佣关系”。可见，在本案中，法院将雇佣关系作为劳务关系看待。但是，从种属关系论之，并非所有的劳务关系均是雇佣活动。因此，《侵权责任法》第35条包括了雇佣活动，但不仅限于雇佣活动，雇佣活动仅是劳务活动的一种特殊情形。把雇佣关系纳入《侵权责任法》第35条后句所规定的劳务关系之内涵中，把《人身损害赔偿司法解释》中有关雇佣关系的规则视为《侵权责任法》第35条后句的特殊规定，可以在逻辑上协调两者之间二选其一适用的矛盾，并且不影响有关雇佣关系司法解释的效力。因为《人身损害赔偿司法解释》的相关规定仍属过错原则，只不过，其前提条件是以重大过错或过失为前提。不过，我国工伤保险相关规定采取了严格责任原则。[50]为了同现行的工伤保险归责原则保持协调，法院在适用雇佣责任的时候应比照工伤保险相关规定裁定。[51]

（二）区分严格责任适用的三种情形

1. 区分营利性劳务和非营利性劳务。对于营利性劳务则适用劳务接受者责任原则。我国之所以将自然人排除在劳动法用工主体资格之外，根本原因在于两个方面：一是自然人作为用工主体承担责任能力不足；二是劳动法上之用人单位是以营利形态的经济活动主体为主要形式。此种分类不加重非营利型劳务接受者的责任。从实务上看，无论是在农村建房中，还是承揽事项转包中，都存在第一承包人再次转包的情形大量存在。在黄淑英、卢洋与法库县教育局、法库县叶茂台镇人民政府、李明辉提供劳务者受害责任纠纷案中，作为第一承揽人的李明辉以10000元的承包费从叶茂台镇人民政府处承包了学校窗户清洁工作，尔后以5000元的价格转包给了卢仁山等人，卢仁山在擦玻璃劳动中发病死亡。在此案中，法院最终按照公平原则，综合考虑原告所受损失、被告的受益情况和经济承受能力、社会和谐等因素做出了判决。[52]在本案中，第一承揽人从第一被告处

以 10000 元承包，而让八位具体从事擦玻璃工作的人共计获得 5000 元的劳务费用。因此，第一承包人实际抽取了第二承包人 5000 元的直接劳动利益。

是否抽取利益应该成为责任主体确定的主要因素。在陕西省高级人民法院再审的杨英涛诉被申请人张侃良案中，法院认为：承包人和其他劳务提供者同工同酬，即使其从原告处承包了劳务工作，但没有二次利润，所谓的承包实际上是一种提高劳动效率的劳动形式。因此，再审裁定同工同酬的第一承包人不承担雇主责任。[53]可见，我国司法实践已经认识到：在存在抽取劳务利益情形下，表明承包人从事了非单纯的劳务提供活动。在实务中，可以从两个方面判定是否存在抽取劳务利益事实的存在：一是为了完成发包人的事务，承包人是否提供原材料。二是其将该事务转包给另外的直接提供劳务者的时候，其是否以更低的价格转包。通常而言，若存在抽取利益的情况，这两类事实都说明承包人并非真正的劳务提供者，其行为已经具有商事行为的性质，具有劳动法上用工主体的实质内涵。基于此，在法律责任分配方面就意味着：一是对于发包人而言，其风险责任就可能降低或免除；二是对于具有商事行为性质的劳务提供者而言，可能自行承担其所承包事务中的意外伤害风险。

2．区分从属性劳务和非从属性劳务

从《侵权责任法》第 35 条后句之本意看，乃在于劳务提供者和接受者之间天然平等。在这一假设前提下，仅能以非从属性劳务适用该条才符合立法本意。对于从属性劳务，属于雇佣性质的劳务提供关系，则需要按照弱者保护原则处理。这一区分在许多国家或地区的民法典中得到充分体现，并体现为一般性立法选择。（1）对从属性劳务和非从属性劳务做了明确的区分，将从属性劳务关系纳入劳动法调整范围，代表性立法例如《葡萄牙民法典》《瑞士债法典》等。《葡萄牙民法典》一千一百五十二条规定了劳动合同的概念，一千一百五十三条则明定了劳动合同由特别法规范。一千一百五十五条则将劳务合同明确分为三类，即委任、寄托及承揽均属于劳务合同。[54]（2）将劳动法排除在外的从属性劳务关系在民法典中给予特别规定。在从属性劳务关系中，雇主享有命令和要求雇员忠诚的权利，但同时也承担雇员遭受某种风险的保护义务。这些风险包括生命风险（早期的工厂立法和现代的职业安全和健康）和经济风险（例如收入来源中断、免遭因疾病、不公平解雇所致的就业风险和年龄大的原因工作被停止的风险）[55]，代表性立法例如《巴西民法典》。（3）将从属性劳动和非从属性劳动放置在民法典中分别规定。代表性立法例如《意大利民法典》《德国民法典》《荷兰民法典》。事实上在从属性形态下，接受劳务者通常在作业内容和工作方式上制定了可能发生损害的机制。劳务提供者按照此机制工作而遭受损害，劳务接受者作为组织者应该承担全部责任。

3．区分危险性劳务和非危险性劳务

最大的注意或勤勉不是严格责任的抗辩理由。[56]“出于技术或经济的原因人们无法将他们所带来的危险置于控制之下，过失责任倘若一方面固守由理性人范畴中推出的注意义务和危险之间的相互关系，而另一方面却使自己陷入不得不将理性人标准下原本正确的行为认定为不合理行为的境地，这就走向荒唐了。”[57]在冀泮虎诉刘明提供劳务者受害责任纠纷一案中，原告在建筑工地拆除外架的时候，因触高压线而坠落受伤，法院认为：“冀泮虎根据刘明的指示到室外去拆钢管。当时冀泮虎向刘明说过上面有高压线的情况，但刘明作为雇主未采取相应的防护措施，冀泮虎在拆卸钢管时因钢管接触高压线被电击受伤，对此，刘明存在过错，应对冀泮虎所受的损害承担主要责任；冀泮虎明知钢管旁边有高压线，拆卸钢管上的卡子时未尽到相应的安全注意义务，对其受伤亦存在过错，应承担次要责任。”[58]在本案件场景中，原告和被告之间并未形成稳固的持续性的长期劳务提供关系，故不属于雇佣关系。不过，原告根据被告安排从事相关工作，性质上可以适用承揽中的定作人的指示过错。在此案件中，按照交往安全理论，即如果某人创造了一个危险的根源，也就是说，如果他使这一危险的根源产生并且延续……那么他就要根据情况为了保护他人而采取必要的安全措施。[59]在上诉人王洪轩因与被上诉人徐辉提供劳务者受害责任纠纷案中[60]，上诉人被法院判令担责百分之四十，理由在于：其自身具有重大过失。即其受伤主要是因为没有把固定钻杆的插销插上，导致钻杆掉落砸伤其脚部，伤残七级。

上述二案件的裁判者因固守过错责任原则，忽视了职业健康风险归责原理。对于危险性劳务未按照风险归责原则由劳务接受者承担。在现代社会，随着人权保障理念的增强，职业健康权保障被法律强化，风险性劳动中的劳动者保护得到强化，对于依靠劳动者冒生命风险而获得利益的

行为附加更为严格的风险责任成为定律。对此，日本学者指出：在营利型和危险型的情况下，从报酬责任或者危险责任视角看，就不需要以劳务提供者的故意或者过失为要件了。[61]“利益之所存，损失之归属”的公理表明：某种经济活动在实施过程中将会给社会带来危险的情形下，“当存续危险而提升利益时，由此而产生的损害由制造出这种原因的人来承担。现代企业的实际情况也是将收益和危险作为核心要素。并且二者相伴的时候很多。所以，应以报酬责任原则和危险原则作为根据进行解释。”[62]

五、余论：徐国栋之愁

徐国栋教授指出：“处在21世纪的人们，应认真考虑如何修改《民法通则》第2条，这才是需要更大智慧的问题。把‘平等主体’改为‘平等主体与不平等主体’诚然可以，但如此民法又何以与行政法区分呢？真是愁死人了。”[63]就本文而言，徐教授之愁在于要在民法的范围内按照民事思维来调整雇佣关系。这一主张源自他所持有的劳动法为民法特别法的认知。这一认知必然破坏民法本身的内在逻辑机理，并导致立法和司法困境。当裁判者将人权保护的目的置于劳务提供者身上的时候，裁判者的立场就不难理解。[64]在2009年11月5日至12月5日，立法机构就《侵权责任法》草案在全社会公开征求意见期间，就有意见认为：提供劳务一方在劳务过程中自己受到伤害的，应由接受劳务一方承担责任，但提供劳务一方对伤害的产生有过错的，可以适当减轻或者免除接受劳务一方的责任。[65]此意见有两个关注点：一是确立雇主责任的一般性原则；二是将劳务提供者过错作为减轻或免除雇主责任的条件；三是赋予法院结合案件事实裁判劳务提供方承担责任的灵活性。在此类案件中，接受劳务方往往主张曾经劝阻劳务提供者，劳务提供者自愿将自身置于风险中，要求劳务提供者自担风险。然而，假若受害人有权处分受到影响的权利，则对于损害的事先同意本身就能够阻止严格责任，尤其是财产权。严重的人身伤害通常不能归属于该种类。在这些案件中的受害人的同意可以仅仅解释为异常的危险或者共同过失。[66]这是因为：劳务提供者往往是从事无技术含量的底层劳动者，他们经济上的内在压力使得劳务提供者的自由选择无法实现。[67]因此，应当对处于风险环境中的劳务提供者有一定的宽宏。

---

① 例如，(2013) 浙江省宁波市中级人民法院 (2013) 浙甬民一终字第952号《民事判决书》载明：“本案黄仁贵是在雇佣活动中受伤，故本案的案由宜定为提供劳务者受害责任纠纷”。

② 适用《人身损害赔偿司法解释》裁判案件的情形包括：单独适用，同其他法律规定一起适用。

③ 不包括虽将《侵权责任法》做依据，但不指明具体条款的案件1件。依据《侵权责任法》第35条后句裁判案件的情形包括：单独适用，同其他法律规定一起适用。

④ 不包括虽将《民法通则》做依据，但不指明具体条款的案件1件。

⑤ 梁慧星：《侵权责任法相关规定的理解与适用》(下)，《人民法院报》2011年9月28日，第7版。

⑥ 参见湖北省汉江市中级人民法院 (2013) 鄂汉江中民一终字第00073号《民事判决书》。

⑦ 参见辽宁省沈阳市中级人民法院 (2014) 沈中民一终字第00038号《民事判决书》，此类案件还可参见浙江省嘉兴市中级人民法院 (2013) 浙嘉民终字502号《民事判决书》。

⑧ 参见浙江省绍兴市中级人民法院 (2013) 浙绍民终字第852号《民事判决书》。

⑨ 参见浙江省杭州市中级人民法院 (2013) 浙杭民终字第3300号《民事判决书》。

⑩ 这里劳务接受者和劳务提供者平均责任份额之和不是100%，原因在于个别案件还存在由第三方承担责任的情形。文中其他处的统计数据亦存在类似情形，就不再逐一说明。

⑪ ㉗ ㉙ ㊼〔德国〕U. 马格努斯、〔西班牙〕M. 马丁－卡萨尔斯主编：《侵权法的统一：共同过失》，叶名怡、陈鑫译，北京：法律出版社，2009年，第157、69、156、153页。

⑫ 鉴于将《人身损害赔偿司法解释》第11条第1款和第2款作为裁判依据的案件中，因有承担连带责任的当事人参与责任的分配，从而可能降低雇主承担责任比例。因此，本文不再讨论将《人身损害赔偿司法解释》第11条第1款和第2款作为裁判依据的案件。

⑬ 参见重庆市第三中级人民法院 (2013) 渝三中法民终字第00970号《民事判决书》。类似案件还可参见北京市第二中级人民法院 (2014) 二中民终字第00743号《民事判决书》等。

⑭ 本处选取的裁判文书限于法院仅依据《人身损害赔偿司法解释》和《侵权责任法》作为裁判依据，并且《人身损害赔偿司法解释》依据中包括了第11条，《侵权责任法》中包括了第35条后句在内，排除了将《民法通则》《合同法》等作为依据但同时又将《人身损害赔偿司法解释》和《侵权责任法》作为裁判依据的裁判文书，以及存在连带责任和受益人责任情形的案件。

⑮ 参见湖北省武汉市中级人民法院（2014）鄂武汉中民二终字第00346号《民事判决书》。

⑯ 不过当法院在适用《人身损害赔偿司法解释》第11条第2款的时候，仍需以雇佣关系存在为前提。此类关系一般分为：同雇主具有长期稳定的雇佣关系和不具有长期稳定的雇佣关系。

⑰ 参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民一（民）终字第3052号《民事判决书》。

⑱ 参见山东省青岛市中级人民法院（2013）青民五终字第592号《民事判决书》，在上诉人盐城市明星涂装设备有限公司与被上诉人张庆伟提供劳务者受害责任纠纷案中，一二审都认为劳务提供者同劳务接受者之间存在劳动关系，但是仍判决劳动者承担40%责任。

⑲《巴西新民法典》，齐云译，北京：中国法制出版社，2009年，第85页。

⑳ 在统计时，我们设置了劳务提供者的身份认知项，即“劳务提供人”“劳动法上劳动者”和“其他”三个类别，旨在检讨裁判者对民法和劳动法的认知逻辑。在1000份劳务提供者受害责任纠纷案件的裁判文书中，仅有三份裁判文书认可劳务提供者为“劳动法上的劳动者”。而“其他”项中包括了“承揽人”“第三人”等。这一现象具有法律适用的必然逻辑。基于立法规定，法院也不得不采用二分法的办法。这一司法习惯的养成强化了民法和劳动法二分思维的进一步固化。不过，即便如此，面对遭受意外伤害的劳动者，裁判者不得不放弃过错责任原则的机械适用，即便在过错责任之下，亦不得不强化劳务接受者的法律责任。这反映在二审案件对劳务提供者责任的普遍减轻和对劳务接受者责任的普遍增加的趋势上。裁判者运用这一司法技巧巧妙地克服了成文法所带来的适用难题。

㉑ Terence G. Ison教授将普通法以过错为基础的工伤赔偿制度称之为法庭上的彩票（Forensic Lottery）。该主张对新西兰的伍德报告有很大影响。伍德报告五次提到了Terence G. Ison教授的主张。参见Brian Easton, The Historical Context of the Woodhouse Commission, 2003, 34 VUWLR , p. 197.

㉒ Terence G. Ison, *Compensation Systems for Injury and Disease: the Policy Choices*, Toronto: Butterworths, 1994, pp. 46 –47.

㉓ New Zealand Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry, Government Printer, Wellington, 1967, para 1.

㉔ 参见马新彦教授在首届“全国民法基础理论与民法哲学论坛”上的发言，载http://www. lncivillaw. com/s_ HY_ hownews. asp? id = 314。显然，当一个人因意外伤害后，其所陷入的生存困境的解决应该基于公私法的双重设计加以解决。(1) 私法赔偿应有限度。这种限度在于不能因私法责任的承担让责任人本身限于困境，这是底线。否则，责任人将因不能承受赔偿之重而不得不逃避该类义务。基于此，更多法院尽可能地找到理由让更多环节当事人加入到分担责任风险中来。(2) 公法层面。当没有找到更多人分担责任的时候，公法必然调整，以解决私法救济不足或不能的问题。因此，国家保障责任应该归位于此。

㉕ 我国《侵权责任法》第6条将此作为一般性归责原则。

㉖ 在吴业细与张武任、江长生等提供劳务者受害责任纠纷案二审民事判决书中，法院认为：“被上诉人吴业细作为具有完全民事行为能力的人，且经常从事建筑工作，应该知道在没有任何安全防护措施狭隘工作的危险性，应尽到注意安全义务，但在思想上未引起重视，其本身亦有过错，应担承担一定的民事责任。”参见江西省鹰潭市中级人民法院（2013）鹰民一终字第238号。

㉘ ㊾〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，北京：法律出版社，2006年，第2、103页。

㉚ ㉛ 班天可：《雇主责任的归责原则与劳动者解放》，《法学研究》2012年第3期。

㉜ 参见北京市第二中级人民法院（2014）二中民终字第00743号《民事判决书》。

㉝ ㊽ Evert. Verhulp, “The Employment Contract as a Source of Concern,” in Robert Knegt (Eds.), *The Employment Contract as an Exclusionary Device: An Analysis on the Basis of* 25 *Years of Developments in the Netherlands*, Intersentia Uitgevers , 2008, pp. 66, 68.

㉞ 侯国跃：《中国侵权法立法建议稿及理由》，北京：法律出版社，2009年，第264页。

㉟ 奚晓明、王利明主编：《侵权责任法热点与疑难问题解答》，北京：人民法院出版社，2010年，第120页。

㊱ 目前，还没有保险公司开设该类意外伤害保险。因此，可以推动商业保险公司从事该类业务。

㊲〔加〕达. E. 奥斯特、L. 夏莱特：《雇佣合同》，王南译，北京：中国对外翻译出版公司，1995 年，第 56 – 61 页。

㊳ Sascha Morgenroth，“Employment Contracts and Further Legal Sources，” in Jens Kirchner，Pascal R. Kremp，Michael Magotsch，eds，*Key Aspects of German Employment and Labour Law*，London，New York：Springer Heidelberg Dordrecht，2010，p. 31.

㊴ 杨立新、袁雪石、陶丽琴：《侵权行为法》，北京：中国法制出版社，2008 年，第 364 页。

㊵〔加拿大〕欧内私特. J. 温里布：《私法的理念》，北京：北京大学出版社，2007 年，第 5 页。

㊶ 孙进时、徐斐：《“贫穷感”对于个体生存策略和风险决策的影响》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2019 年第 1 期 。

㊷〔法〕莱昂·狄骥：《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》，徐砥平译，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 22 页。

㊸ ㊶〔日〕吉村良一：《日本侵权行为法》，张挺译，北京：中国人民大学出版社，2013 年，第 148、150 页。

㊹ 参见《西班牙民法典》第 3 条第 1 款。

㊺ 刘士国：《使用人责任疑难问题探讨》，《辽宁大学学报》（哲学社会科学版）2006 年第 6 期。

㊻ ㊼ Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co. , 916 F. 2d 1174（7th Cir. 1990）.

㊾ 参见安徽省合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 01323 号《民事判决书》。

㊿ 有学者认为我国工伤保险实行无过错责任原则。由于无过错责任乃大陆法系概念，而英美法系侵权法中则使用严格责任概念。从工伤保险法将故意行为、醉酒、自杀等排除在工伤救济之外的规定看，工伤保险采用严格责任原则更为妥当。

51 我国《社会保险法》第 37 条将“故意犯罪；醉酒或者吸毒；自残或者自杀”排除在工伤原因之外。

52 参见辽宁省沈阳市法库县人民法院（2013）法民一初字第 252 号《民事判决书》。

53 参见陕西省高级人民法院（2014）陕民一申字第 00020 号《民事裁定书》。

54《葡萄牙民法典》，唐晓晴等译，北京：北京大学出版社，2009 年，第 198 – 199 页。

55 Simon Deakin ，The Legal Framework of Employment Relations，September ，2007，p. 5.

56 ㊻〔奥地利〕伯恩哈德·A. 科赫、赫尔默特·考茨欧 ：《侵权法的统一：严格责任》，管洪彦译，北京：法律出版社，2012 年，第 276、49 页。

57〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔 ：《欧洲比较侵权法》上卷，张新宝译，北京：法律出版社，2004 年，第 390 页。

58 参见北京市顺义区人民法院（2013）顺民初字第 13635 号《民事判决书》。

60 参见山东省青岛市中级人民法院（2012）青民五终字第 1123 号《民事判决书》。

62〔日〕田山辉明：《日本侵权责任法》，顾祝轩、丁相颖译，北京：北京大学出版社，2011 年，第 143 – 144 页。

63 徐国栋：《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》，《中国法学》2011 年第 5 期。

64 吕怡维：《以人为本思想的人权属性》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2019 年第 1 期。

65 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《侵权责任法立法背景与观点全集》，北京：法律出版社，2010 年，第 116 页。

（责任编辑：周中举）