

# 民法典侵权责任编（草案）个人用工责任制度的立法解读

石冠彬 帅仁策

**摘要：**就个人用工责任制度，将总则编与各分编合稿审议的《民法典草案》第1192条对接受劳务一方所承担的替代责任、对内保护责任进行了规定，综合了《侵权责任法》第35条及《人身损害赔偿解释》第9条、第11条的相关立场。较现行制度而言，《民法典草案》这一条文最大的进步之处，在于明确接受劳务一方对外承担替代责任后享有的内部追偿权，有望消除理论界与实务界就该问题所产生的分歧。同时，提供劳务一方因劳务导致自己权益受损时，接受劳务一方所需承担的对内保护责任在性质上并不属于侵权责任，但是基于权益保护、法律适用等方面的考量，未来民法典确宜在侵权责任编中保留该规则，但在立法术语上应将“侵权责任”修改为“补偿损失”。此外，《民法典草案》就接受劳务一方所承担的对内保护责任采纳过错责任立场颇具商榷，宜将其界定为无过错责任，并根据提供劳务一方的过错予以责任的减免。

**关键词：**个人劳务关系；用工责任；替代责任；追偿权；责任分担规则

**中图分类号：**D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2020）01—0095—09

2019年12月，十三届全国人大常委会第十五次会议就将总则编与分则各编首次合稿的《中华人民共和国民法典（草案）》（以下简称《民法典草案》）依法进行了审议，并面向公众广泛征求意见。就本文所讨论的个人用工责任制度而言，<sup>①</sup>其第1192条第1款规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”第2款规定：“提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳

务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向第三人追偿。”具体而言，上述草案就个人用工责任制度作了如下三方面的规定：

（1）提供劳务一方因劳务侵犯他人权益时，接受劳务一方需要对外承担替代责任；（2）提供劳务一方对外承担替代责任后，享有内部追偿权；（3）接受劳务一方对提供劳务一方承担对内保护责任，一方面，提供劳务一方因劳务导致自己受损的，接受劳务一方需要对其承担对内保护责任；另一方面，第三人的行为造成提供劳务一方权益受损的，受害人有权选择侵权人或接受劳务一方承担侵权责任。

**基金项目：**本文是国家社会科学基金重大项目“人格权保护立法研究”（项目号：18ZDA143）的阶段性成果。

**作者简介：**石冠彬，男，海南大学法学院教授，博士生导师，主要从事民商法学研究。

帅仁策，男，海南大学中国特色自由贸易港研究院副研究员，主要从事民商法学研究。

① 就个人用工责任制度而言，学界就“个人用工责任”是否等同于“劳务关系中的用人者责任”“雇主责任”存在诸多分歧，相关司法判决亦存在不同立场，由此，本文采纳了“个人用工责任”这一不存在争议的称呼，参见石冠彬、谢春玲：《前民法典时代公平责任的适用：裁判误区与应然路径》，《河南社会科学》2019年第9期。

对《民法典草案》“侵权责任编”中的个人用工责任制度，主要有如下两方面问题值得讨论：一方面，接受劳务一方承担对外替代责任后的内部追偿规则。即接受劳务一方承担因提供劳务一方的劳务行为所导致的侵权责任后，应否享有针对提供劳务一方的内部追偿权，与侵犯的是否属于人身权有无关系？如果认为有权追偿，未来民法典的侵权责任编是否应当就该问题予以明确规定？另一方面，接受劳务一方的对内保护责任。即提供劳务一方因劳务导致自己权益受损时，接受劳务一方所应当承担的责任在法律性质上是否属于侵权责任？未来民法典的侵权责任编是否应就该问题加以规制？如果加以规定，在责任分担的规则设计上应当坚持无过错责任立场还是过错责任立场？

毫无疑问，如上问题均是理论和实践中迫切需要厘清的问题，本文将《民法典草案》第1192条的规定作为分析文本，专门探讨个人劳务关系下用人者责任制度的相关问题，并提出相关立法建议，以期能对中国民法典编纂过程中侵权责任编草案的完善以及未来民法典该制度的适用有所裨益。

### 一、接受劳务一方享有内部追偿权的法律规则解读

从现有的《民法典草案》第1192条来看，未来民法典在个人用工责任制度的进步之处主要就体现为其明确接受劳务一方承担替代责任后，享有对提供劳务一方的内部追偿权，其具体包含如下两方面：一方面，草案确立了接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权；另一方面，草案在追偿权适用案件的范围上，并未在字面上限定于人身侵权的类型。

（一）民法典规定接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权的合理性

就未来民法典是否应当规定接受劳务一方对外承担替代责任后的追偿权问题，事实上包含了“能不能追偿”和“该不该规定”两个层面的问题。

1. 接受劳务一方承担替代责任后是否应当享有追偿权

就个人用工责任制度中接受劳务一方承担了替

代责任后是否应当享有追偿权的问题，笔者认为答案应当予以肯定。理由如下：

其一，肯定接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权，体现了责任自负原则。按照责任自负原则，行为人要为自己的侵权行为负责，特别是在行为人具有重大过错的情况下，属于让其对自己的行为负责是必然的，所以理应赋予接受劳务一方以追偿权。<sup>①</sup>

其二，肯定接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权，有助于更好保护他人权益。因为法律具有指引作用，如果仍维持《侵权责任法》第35条的规定，那么至少从字面解释而言，不论提供劳务一方在劳务过程中给他人造成何种损害后果，不论提供劳务一方对损害的发生是否有过错，对受害者的侵权责任将均由接受劳务一方承担，这样显然无法促使提供劳务一方更好地遵守法律、在劳务期间采取更谨慎的行为来完成工作任务，也不利于保护潜在受害人的合法权益，<sup>②</sup>所以理应赋予接受劳务一方以追偿权。

其三，从立法机关当年关于《侵权责任法》的审议报告来看，立法者对于接受劳务一方在承担替代责任后，享有针对提供劳务一方的追偿权，也持肯定态度，在侵权法中之所以没有规定接受劳务一方的追偿权，主要是何时能够追偿的问题较为复杂。也就是说，接受劳务一方在什么情况下可以追偿，并不是一个可以通过“一刀切”的规定来解决的问题，不同行业、不同工种和不同劳动安全条件下接受劳务一方行使追偿权的条件应有所不同；立法机关曾表示，对于接受劳务一方何时享有追偿权的问题，哪些情况下只需提供劳务一方存在过错、哪些要求提供劳务者主观上必须故意或重大过失，侵权法难以作出一般规定；所以，因个人劳务关系产生的追偿权争议问题，宜由人民法院在审判实践中根据具体情况处理。<sup>③</sup>

2. 民法典侵权责任编应否规定接受劳务一方的追偿权

就民法典侵权责任编应否规定个人用工责任制

① 王利明：《侵权责任法研究·下卷（第二版）》，北京：中国人民大学出版社，2018年，第112页。

② 程啸：《侵权责任法》，北京：法律出版社，2015年，第424页。

③ 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国侵权责任法（草案）〉审议结果的报告》，2009年12月22日，中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-03/01/content\\_1580405.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-03/01/content_1580405.htm)。

度中接受劳务一方承担替代责任后的追偿权问题，理论界存在“肯定说”和“否定说”两种立场：“肯定说”认为法律应当明确规定接受劳务一方的追偿权，这样有利于促使提供劳务一方在执行工作任务时更加勤勉谨慎，也符合侵权法“责任自负”的基本原理；<sup>①</sup>司法实践中，很多法院在《侵权责任法》施行后，也仍然依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿解释》）第9条的规定来肯定追偿权的存在。<sup>②</sup>“否定说”认为法律不应当明确规定追偿权制度，因为劳务双方的关系是建立在合同基础上的，对于接受劳务一方是否享有追偿权、什么情况下可以适用追偿权的问题，都应当由合同法来规定和解决，侵权法无需也不应该对此作出规定；<sup>③</sup>司法实践中，也确实有法院在判决书中明确指出，接受劳务一方是否享有追偿权的问题不属于侵权法所应当规定的内容，而属于双方之间的内部契约关系，所以对于追偿权的纠纷，应当另行起诉。<sup>④</sup>

那么，未来民法典是否应当在侵权法部分明确规定追偿权呢？笔者认为，答案是肯定的。理由如下：

其一，未来民法典明确规定接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权，既符合责任自负的基本原理，也有利于保护他人的合法权益。诚如前述，根据责任自负原则以及法律的指引作用，接受劳务一方在承担了替代责任后，理应享有针对提供劳务一方的追偿权。既然享有追偿权，立法对此予以明确规定并不会造成负面效果，且能避免司法实务中就此产生困扰。换言之，如果未来民法典在侵权责任编中未明确规定此追偿权，必然将导致出现“同案不同判”的现象，从而影响到司法公信力。事实上，自2010年《侵权责任法》实施以来，针对用工责任制度中“接受劳务一方承担替代责任后能否对提供劳务一方享有追偿权”的问题，无论是理论界还是实务界都没有达成共识，这主要是因为立法的表述与之前司法解释的

用语存在明显的区分，从而导致理论以及实务就《侵权责任法》是否已经废止最高人民法院曾确立的司法立场出现了认识偏差。因为根据2004年颁布的《人身损害赔偿解释》第9条第1款的规定，雇员在雇佣活动中因故意或者重大过失致人损害的，与雇主承担连带责任，雇主承担责任后享有对雇员的追偿权；但是，根据《侵权责任法》第35条的规定，提供劳务一方因劳务致人损害的，无论是否有过错，接受劳务一方均对外承担替代责任，但对接受劳务一方承担责任后能否向提供劳务一方追偿，侵权法则并没有予以明确。前述司法解释与侵权法立法表述的不一致，使得这一问题不论在理论研究层面还是司法实务层面，均存在较大争议。就裁判立场来看，除了前述有法院直接判定接受劳务一方享有对提供劳务一方的追偿权，以及有法院认为接受劳务一方所享有的追偿权应当另行起诉之外；在司法实践中，事实上还有法院确实否认了该类追偿权的存在，<sup>⑤</sup>这样的判决不仅让接受劳务一方承担了过重的责任，同时也与立法者的态度相违背，所以，法律应该明确规定追偿权制度，避免这种情况的再次出现。从统一裁判立场的角度来说，未来民法典明确接受劳务一方承担替代责任后享有针对提供劳务一方的追偿权，可谓个人用工责任制度上的最大亮点，也体现了民法典编纂回应理论与司法实务争议难点的立法导向，这一自《民法典侵权责任编（二次审议稿）》开始得以转变的立场，值得肯定。

其二，中国法律中没有关于劳务合同的具体规定，个人之间签订的劳务合同在多数情况下并不是那么规范，甚至劳务双方不会签订书面合同，在口头合同的情况下，劳务双方很难想到去约定“追偿权”的问题，而且即使是约定也可能是用工者在任何情况下都能对提供劳务一方进行追偿。所以，如果没有法律来明确规定追偿权制度，那么在提供劳务一方因劳务致人损害的情况下，接受劳务一方很

① 程啸：《未来民法典侵权责任编中用人者责任制度的完善》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

② 参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2018）桂03民终2068号民事判决书；河南省镇平县人民法院（2016）豫1324民初2233号民事判决书。

③ 毛瑞兆：《论雇主的替代责任》，《政法论坛》2004年第3期。

④ 参见广西壮族自治区百色市中级人民法院（2017）桂10民终634号民事判决书。

⑤ 参见甘肃省武威市中级人民法院（2015）武中民终字第685号民事裁定书。

有可能会承担过重的替代责任,而无法向提供劳务一方追偿,这对于接受劳务一方来说显然是不公平的。

(二) 民法典扩大了接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权的案件范围

虽然《人身损害赔偿解释》第9条规定了接受劳务一方承担替代责任后享有追偿权,但是该司法解释所针对的是人身权益受损的情形,其所确立的追偿权至少在字面上仅适用于提供劳务一方因劳务致他人人身权益受损的情形,并不包含其它情况;而对于受害人受到人身损害之外其他损害的情形,除了《律师法》《公证法》等专业领域的法律之外,中国现行法律制度确实未再就其它情形下接受劳务一方能否享有追偿权加以规定。<sup>①</sup>正因此,司法实务就提供劳务一方因为劳务造成他人财产损失的情况下,接受劳务一方在承担替代责任后能否享有针对提供劳务一方的追偿权,存在裁判立场的分歧:一方面,有法院认为,接受劳务一方所享有的追偿权仅限于提供劳务一方因为劳务给他人造成人身损害的情形,如果提供劳务一方因为劳务给他人造成的是财产损失,因为法律就此种情形下接受劳务一方承担替代责任后的追偿权并无一般性规定,所以接受劳务一方在此情形下并不享有追偿权;<sup>②</sup>另一方面,也有法院认为,接受劳务一方的追偿权不仅限于人身损害赔偿的范围,如果提供劳务一方因为劳务造成他人财产损失,此时接受劳务一方也可以参照《人身损害赔偿解释》第9条享有针对提供劳务一方的追偿权。<sup>③</sup>

笔者认为,对于提供劳务一方因劳务造成他人人身以外的其他权益受损的情况,在法律没有明确规定的情况下,完全可以参照《人身损害赔偿解释》的有关内容理解适用。虽然接受劳务一方对于提供劳务一方的追偿权是规定在《人身损害赔偿解释》中的,但从法理上而言,在提供劳务一方造成他人人身权益受损的情形下,规定接受劳务一方的追偿权,根本目的在于避免接受劳务一方承担过重的替代责任;同理,在提供劳务一方因劳务导致接

受劳务一方承担财产损害赔偿的情况下,其本质上仍然是接受劳务一方对提供劳务一方的侵权行为所需承担的替代责任。当接受劳务一方承担了过重的替代责任时,法律理应给予救济。换言之,在提供劳务一方因自己的劳务行为致他人财产权益受到侵犯时,接受劳务一方承担财产损害赔偿后,理应享有针对提供劳务一方的追偿权。

综上所述,《民法典草案》第1192条统一规定接受劳务一方在承担替代责任后所享有的追偿权,意味着在法律体系层面不仅肯定了追偿权,且扩大了司法解释关于追偿权所适用的案件范围。

## 二、接受劳务一方承担对内保护责任的法律规则解读

从现有的《民法典草案》第1192条来看,未来民法典在个人用工责任制度的欠妥之处,主要集中在提供劳务一方因劳务导致自身权益受损时的损失分担规则,即接受劳务一方所应当承担的对内保护责任。具体来说,主要体现在如下两方面:一方面,在立法表述上,现行民法典草案就该问题不宜将接受劳务一方所分担的损失界定为“承担侵权责任”;另一方面,在责任分担的认定上,现行草案在立法表述上将“责任分担事由”与“归责原则”予以混淆,宜明确责任分担规则应当采纳无过错原则。

(一) “承担侵权责任”应当改为“补偿损失”

在提供劳务一方因劳务使自己受到损害的情况下,接受劳务一方所承担的是否应当是侵权责任,这种救济机制在法律属性上是否属于用人者责任的范畴?对此,理论界整体上似乎都倾向于认为这不属于所谓的侵权责任,但对其是否属于用人者责任并未达成共识:其一,有观点主张这里规定的是个人劳务关系中的工伤事故责任,<sup>④</sup>因为用人单位的工伤事故责任由《劳动法》《劳动合同法》《工伤保险条例》《职业病防治法》《安全生产法》等法律法规来调整,但个人劳务关系中的工伤事故没有法律上的救济机制,所以侵权法就该情形所确立的

① 王竹、邹勋、廖力:《使用人承担替代责任后对被使用人的赔偿请求权研究》,《四川大学法律评论》2017年第1期。

② 参见吉林省吉林市昌邑区人民法院(2016)吉0202民初611号民事判决书。

③ 参见黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2017)黑02民终1075号民事判决书。

④ 杨立新:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2018年,第277页。

责任分担规则事实上就是工伤事故责任。<sup>①</sup>其二，有论者认为，这种救济方式只是用工责任的附带性规定，与用工责任有着性质、适用对象等方面的不同，属于法定的赔偿责任，而非侵权责任；<sup>②</sup>换言之，这种救济机制是“雇主对雇员的赔偿责任”，与雇主责任是完全不同的两种制度，其并不属于雇主责任的组成部分。<sup>③</sup>其三，有观点认为，这里规定的是对内人身保护责任，虽然性质上不属侵权责任，但仍应归属于完整的使用人责任规则。<sup>④</sup>对此，中国现行《侵权责任法》第35条规定：“提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”对于接受劳务一方应当承担的“责任”的性质，理论界一直存在较大争议，在此次民法典编纂之中，立法者似乎有意回应这一争端：在《民法典侵权责任编（二次审议稿）》第968条第1款中，立法机关曾明确规定：“提供劳务一方因劳务自己受到损害的，由接受劳务一方承担侵权责任；提供劳务一方有过错的，可以减轻或者免除接受劳务一方的责任。”但该制度从三审稿开始已经恢复了《侵权责任法》第35条的规定，且从《民法典各分编草案》开始，对于第三人行为导致提供劳务一方受侵害的情形，立法机关一直采纳的就是其有权选择要求第三人或者接受劳务一方承担侵权责任。也就是说，立法机关整体上确实一直将接受劳务一方所应当承担的责任界定为侵权责任。

就此，笔者认为，未来民法典不宜将接受劳务一方对提供劳务一方所应当承担的救济责任认定为侵权责任，立法不宜采纳“侵权责任”的表述方式，且不论提供劳务一方是因为自己的劳务行为还是第三人的行为导致自己权益受损，应当将现行草案中该条文的救济机制表述统一修改为“补偿损失”，理由如下：

其一，即使将接受劳务一方对提供劳务一方所承担的对内保护责任认定为广义层面的用人者责

任，并不意味着其法律性质就应当被认定为侵权责任。<sup>⑤</sup>狭义的用人者责任仅指提供劳务一方致他人损害时，用人者对外应承担的替代责任，<sup>⑥</sup>而广义的用人者责任的确包括对外替代责任和对内保护责任。但是，广义上的用人者责任这一概念的确立，只是为了便于讨论整个用人者责任制度，并不意味着接受劳务一方的对内保护责任与对外替代责任的性质相同。具体来说，对外替代责任属于侵权责任的范围，而对内保护责任不属于侵权责任的范围；广义的用人者责任与侵权责任之间并非包含与被包含的关系，而是范围交叉的关系。所以，仅通过扩大用人者责任的外延，就把接受劳务一方的对内保护责任牵强地纳入侵权责任的范围，在逻辑上是行不通的。

其二，对内保护责任不满足任一类型侵权责任的构成要件。一方面，对内保护责任并非替代责任。承担替代责任的前提是提供劳务一方构成侵权，而行为人只有在侵害他人民事权益的时候才可能构成侵权，提供劳务一方因劳务致使自己合法权益受到损害的，自然不构成侵权，接受劳务一方也就无从承担所谓的替代责任。同样，如果提供劳务一方在劳务中受到第三人的损害，接受劳务一方更没有理由替第三人承担责任，因为承担替代责任的前提是替代责任人与致害人之间须有隶属、雇佣、监护、代理等身份关系。<sup>⑦</sup>另一方面，对内保护责任不属于不作为侵权责任。从形式上看，接受劳务一方指示、控制提供劳务一方从事劳务行为，同时又没有履行好监督、管理的义务，对损害的发生具有过错，使得提供劳务的一方受到损害，这种情况似乎符合不作为侵权的构成要件，但事实上并非如此。根据理论界的观点，不作为侵权的前提条件是行为人负有某种特定义务并且消极地不为特定义务，<sup>⑧</sup>乃至实施了违反特定安全保障义务的违法行为。<sup>⑨</sup>在劳务关系中，接受劳务的一方只是有监督、管理的义

① 杨立新：《侵权责任法：条文背后的故事与难题》，北京：法律出版社，2011年，第129页。

② 王利明：《侵权责任法研究·下卷（第二版）》，第108页。

③ 周友军：《侵权法学》，北京：中国人民大学出版社，2011年，第430页。

④ 王竹：《侵权责任法疑难问题专题研究（第二版）》，北京：中国人民大学出版社，2018年，第46-47页。

⑤ 相反观点，参见程啸：《侵权责任法》，第424页。

⑥ 参见程啸：《侵权责任法》，第400页。

⑦ 杨立新：《侵权责任形态研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

⑧ 赵万一、蒋英燕：《论不作为侵权及其法律完善》，《北方法学》2010年第1期。

⑨ 吴祖祥：《不作为侵权责任若干问题研究——以〈侵权责任法〉第37条为视角》，《求索》2011年第5期。

务,多数情况下并没有特定的安全保障的义务,而且很多时候这种损害结果的发生与否不是接受劳务一方所能控制的,例如保姆出门买菜过程中因发生交通事故而受伤的,此时自然无法认定接受劳务一方对此负有特定的安全保障义务。当然,不排除某些特殊的情况下,接受劳务一方对提供劳务一方存在安全保障义务,接受劳务一方消极地不履行该义务,造成提供劳务的一方损害的,有构成不作为侵权的可能性;但是在一般情况下,接受劳务一方对于提供劳务一方确实不存在特定的安全保障义务,即不存在不作为侵权的前提,不作为侵权也就无从谈起。

其三,将对内保护责任的性质明确为补偿损失,具有重大意义。从形式上看,无论是将该种情况定义为侵权责任,还是将其定义为补偿损失,对于提供劳务一方来说,自身的权益都能够得到救济;但是,对于接受劳务一方来说,其法律效果则是不同的,如果承认这种情况下接受劳务一方要承担侵权责任,实质是将责任强加于他,这对于接受劳务一方来说难言公正。如果只是将这种情况规定为补偿损失,则对于提供劳务一方自身损害的一种救济,这种表述不仅符合该责任的本质属性,也能够有效减轻接受劳务一方的心理负担,甚至能避免其社会评价遭到不应有的降低。因为从本质上看,这种对内保护责任的目的在于补偿,重点在于救济损失,或者说,这种救济机制是对提供劳务一方损失的分担,而不是让接受劳务一方承担所谓的“侵权责任”。<sup>①</sup>因此,将其表述改为“补偿损失”更符合其本质。此外,从承担方式上来看,侵权责任的承担方式有很多种,如停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等,但是在“提供劳务一方因劳务自己受损”的情况中,接受劳务一方只需要补偿受害者的损失,这种补偿损失的方式显然不能归属于以上任何一种承担方式。

综上所述,在提供劳务一方因劳务自己受到损

害的情况下,接受劳务一方承担的对内保护责任属于广义的用人者责任的范畴,但其本质并不是侵权责任,而是对受害者损失的补偿。虽然对内保护责任与侵权责任一样,都属于对受害方损失的救济方式,但其在性质、承担方式等方面又与侵权责任有着显著差别,两种方式对于救济者来说也有着不同的意义。显然,区分这两种表述方式的差别是有其必要性和合理性的。因此,《民法典草案》第1192条将对内保护责任表述为“侵权责任”是不妥的,可以借鉴《侵权责任法》第24条“分担损失”和第87条“给予补偿”的表述,将其修改为“补偿损失”,以彰显对内保护责任的救济本质。

(二)接受劳务一方分担提供劳务一方的损失不要求其主观具有过错

就接受劳务一方应当分担提供劳务一方损失的规定而言,《民法典草案》与《民法典侵权责任编(三次审议稿)》《民法典各分编草案》一样,均延续了现行《侵权责任法》第35条第1款第2句的立场:“提供劳务一方因劳务自己受到损害的,根据双方各自的过错承担相应的责任。”从字面上分析,似乎能得出双方在有过错的情况下才承担责任这一结论。就此,理论界就接受劳务一方是否应当适用过错责任存在较大分歧:一方面,有学者认为个人之间的劳务关系不属于依法参加工伤保险统筹的情形,在提供劳务一方受到伤害后,因为没有保险机制来分担其风险,所以不宜采取无过错责任;<sup>②</sup>而考虑到实践中提供劳务一方因劳务受损的情况比较复杂,故应当区分情况,根据双方过错来处理。<sup>③</sup>另一方面,有学者则认为,适用过错责任可能会导致在接受劳务一方无过错的情况下,提供劳务一方因劳务受到损害却无法得到救济的极端情况,<sup>④</sup>不利于保护提供劳务一方的权益。<sup>⑤</sup>而且,对于接受劳务一方来说,令其承担无过错责任并不苛刻,所以应当将其修改为无过错责任。<sup>⑥</sup>

事实上,在此次民法典编纂的过程中,立法机关的态度也曾发生过转变。与现行《民法典草案》

① 王利明:《侵权责任法研究·下卷(第二版)》,第108页。

② 王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,北京:中国法制出版社,2010年,第156页。

③ 奚晓明、王利明主编:《侵权责任法新制度理解与适用》,北京:人民法院出版社,2010年,第184页。

④ 万志文主编:《侵权责任法理解与办案全书》,北京:法律出版社,2010年,第92页。

⑤ 杨立新:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2018年,第278页。

⑥ 程啸:《未来民法典侵权责任编中用人者责任制度的完善》。

不同,《民法典侵权责任编(二次审议稿)》第968条第1款第3句曾规定:“提供劳务一方因劳务自己受到损害的,由接受劳务一方承担侵权责任;提供劳务一方有过错的,可以减轻或者免除接受劳务一方的责任。”由此可知,立法机关也曾将提供劳务一方的过错作为接受劳务一方承担无过错损失分担责任的减免事由,只是后来又恢复了现行《侵权责任法》第35条第1款第2句的过错责任立场,在《侵权责任法》之前的《人身损害赔偿司法解释》第11条也曾确立无过错的立场。笔者认为,参照无过错责任确立接受劳务一方的损失分担规则更加合理,理由如下:

其一,采取无过错责任能够弥补法律的漏洞。

《侵权责任法》以及目前《民法典草案》所采取的过错责任立场,并非是一个完整的归责原则,存在法律适用上的漏洞。在提供劳务一方因劳务自己受损的情况下,其事实上已经“承担全部责任”,根据过错责任认定规则,提供劳务方最终所需承担的“相应责任”的多少,实际上并不取决于其自身过错的大小,而是取决于接受劳务一方过错的大小,这显然不合适。例如,提供劳务一方因劳务受损,而双方对此都没有过错的情况,根据第35条的规定,对于提供劳务一方受有的损失,双方都不需要承担责任,而作为受害者,提供劳务一方却在客观上已经实际“承担了全部责任”。正因为该规则在适用上存有漏洞,所以有学者认为,在运用该条文时,应当考虑劳务双方的过错程度、原因力等因素,综合地确定接受劳务一方应当承担的责任。<sup>①</sup>但是在司法实践中,这种应当综合权衡的因素并不是每个法院都能够考虑到的,所以这种规则上的漏洞很容易导致法院在裁判过程中自由裁量权过大,出现裁判不公的情况。

其二,采取无过错责任有利于提供劳务一方权益的保护。在个人劳务关系中,有一些损害发生的主要原因不是因为提供劳务一方的过错,而是因为劳务本身的危险性。在危险性比较高的劳务活动中,即使提供劳务一方尽到了合理注意义务,也很难避免损害的发生。在专业性强、危险难以回避的劳务活动中,提供劳务一方受到损害的风险与其获得的

薪酬之间是明显不成正比的,如果采取过错责任,根据双方的过错来承担责任,那么接受劳务一方很容易证明自己没有过错从而减轻甚至免除自己的责任,这对于提供劳务一方显然是不公平的。<sup>②</sup>而如果采取无过错责任,能有效加强接受劳务一方对于提供劳务一方的监督、管理,使其更加关注提供劳务一方的安全,促使接受劳务一方为提供劳务一方购买相应的雇主责任保险,来分担自己可能承担的风险,有利于提供劳务一方权益的保护。此外,在这种危险性强的劳务活动中,让接受劳务一方承担无过错责任也并不苛刻,因为接受劳务一方受有该劳务活动带来的利益,当然应该承担该劳务活动带来的相应风险。

其三,采取无过错责任能更好地实现个人用工责任制度的内部衔接。根据《民法典草案》第1192条第2款的规定,提供劳务一方在劳务期间遭受第三人侵害的,接受劳务一方与第三人承担“不真正的连带责任”,而接受劳务一方承担责任的基础并不是因为对提供劳务一方侵权,也不是为第三人承担替代责任,而仅仅是因为提供劳务一方与接受劳务一方之间存在劳务关系。如果按照目前《民法典草案》第1192条第1款的规定,将接受劳务一方承担的责任界定为过错责任,按照这个逻辑,在第三人侵权的情况下,提供劳务一方就很难向接受劳务一方请求赔偿自己因劳务带来的损失;因为在第三人侵权的情况下,提供劳务一方受到侵害是因为第三人的侵权行为,接受劳务一方很容易证明自己没有过错,从而主张不承担责任,这样对于提供劳务一方来说是很不公平的,<sup>③</sup>这一逻辑与《民法典草案》第1192条第2款的规定是相悖的。由此可知,让接受劳务一方承担无过错责任,能够更好地实现该条文内部的体系化,以避免法律内部出现矛盾。

综上所述,在民法典侵权责任编的数个草案之中,只有二审稿就接受劳务一方的责任分担规则采纳了无过错责任立场,并将提供劳务一方的过错作为自身责任的减免事由,这一规定既有利于对提供劳务一方权益的保护,又弥补了过错责任的法律漏洞。民法典侵权责任编草案在后续的修改中,应当

① 王利明:《侵权责任法研究·下卷(第二版)》,第109页。

② 程啸:《未来民法典侵权责任编中用人者责任制度的完善》。

③ 程啸:《未来民法典侵权责任编中用人者责任制度的完善》。

恢复二审稿第 968 条的立场,即采纳“无过错责任+宽泛的减免条件”之立法模式。

(三)未来民法典侵权责任编应否保留接受劳务一方的对内保护责任

诚如前述,在个人用工责任制度中,接受劳务一方对提供劳务一方对内保护责任在性质上并不属于侵权责任,那么,未来民法典的侵权责任编是否还应当保留此规定呢?对此,学界存在较大分歧:一方面,“保留说”认为,因为现行的法律并未规定完整的工伤事故责任,劳动关系中的工伤事故责任交由行政法规来解决,<sup>①</sup>为了加强对劳动者的保护,对于《侵权责任法》中有关劳务关系下工伤事故责任的规定(即接受劳务一方的对内保护责任规定)应当予以保留,但应将“侵权责任”修改为“赔偿责任”。<sup>②</sup>换言之,将个人劳务关系中的救济问题体系化地规定在未来民法典侵权责任编之中,能够统一法律的适用。<sup>③</sup>另一方面,“删除说”认为,未来民法典的侵权责任编应当排除不属于自身调整的内容,<sup>④</sup>对内保护责任的相关规定无需保留在侵权法中,完全可以通过工伤保险制度和劳动合同中违反保护义务的责任来解决。<sup>⑤</sup>笔者认为,对内保护责任的相关规定宜保留在未来民法典的侵权责任编之中,理由如下:

其一,对内保护责任的规定保留在侵权责任编中,有利于避免司法实务产生不必要的分歧,是统一裁判立场的内在要求。一方面,有论者认为,完整的用人者责任应当包括对外替代责任、对内人身保护责任,以及对内人身保护责任与第三人侵权责任竞合时的分担规则;<sup>⑥</sup>但笔者认为,对内保护责任与第三人侵权责任竞合时的分担规则属于法律适

用的方法,并不属于用人者责任的内容,其并没有创设新的责任,故完整的用人者责任只包括对外替代责任与对内保护责任这两项内容。<sup>⑦</sup>现行《民法典草案》之所以仍规定对内保护责任,就是因为其与对外替代责任一样,都是劳务关系中可能出现的损失救济问题,劳务关系是两种救济机制共同的前提。<sup>⑧</sup>也就是说,草案第 1192 条第 1 款同时规定对外替代责任与对内保护责任,构建了完整的个人劳务关系下用人者责任的承担体系,有利于法律的适用。另一方面,对内保护责任的规定,很好地衔接了第 1192 条第 2 款的内容,因为对内保护责任存在与第三人侵权责任竞合的情况,如果将其分开规定,容易造成法律适用上的混乱,同时也不利于厘清两种救济机制之间的关系。关于这一点,《侵权责任法》适用中用人单位责任的相关司法实践为此提供了充分的说理依据,具体而言,在用人单位的工作人员因执行工作任务受到第三人侵害的情形中,正是因为《侵权责任法》中没有规定第三人侵权责任与工伤保险赔偿竞合时的适用规则,才导致学界对此产生了认识分歧,<sup>⑨</sup>司法实践就此问题也出现了同案不同判的现象。<sup>⑩</sup>从这个层面而言,《民法典草案》第 1192 条在第 1 款第 3 句中规定了对内保护责任,同时也在第 2 款中规定了对内保护责任与第三人侵权责任竞合时的法律适用规则,有利于避免法律适用上的混乱。

其二,将对内保护责任的相关规定删除,不利于劳动者权益的保护。主张“删除说”的学者认为,个人劳务关系中劳动者权益的保护完全可以通过工伤保险制度来解决。<sup>⑪</sup>应该说,这一主张确实具有一定合理性,但其忽略了中国个人劳务关系中工伤保险覆盖率较低的现实。不同于用人单位与个人之

① 杨立新主编:《侵权责任法(第二版)》,上海:复旦大学出版社,2016年,第261页。

② 杨立新:《民法典侵权责任编草案二审稿的立法进展与完善》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第2期。

③ 王竹:《侵权责任法疑难问题专题研究(第二版)》,第48页。

④ 张新宝:《侵权责任编起草的主要问题探讨》,《中国法律评论》2019年第1期。

⑤ 李昊:《对民法典侵权责任编的审视与建言》,《法治研究》2018年第5期。

⑥ 王竹:《侵权责任法疑难问题专题研究(第二版)》,第47页。

⑦ 笔者认为,王竹教授提出的“对内人身保护责任”的概念并不准确,因为提供劳务一方因劳务受损的情况不仅包括人身受损,还包括财产受损,故本文采用“对内保护责任”的概念。

⑧ 王利明:《侵权责任法研究·下卷(第二版)》,第109页。

⑨ 张平华、郭明瑞:《关于工伤保险赔偿与侵权损害赔偿的关系》,《法律适用》2008年第10期;张新宝:《工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系》,《中国法学》2007年第2期。

⑩ 辽宁省锦州市太和区人民法院(2015)太松行初字第00013号行政判决书;河南省南阳市中级人民法院(2017)豫13民终1598号民事判决书。

⑪ 李昊:《对民法典侵权责任编的审视与建言》。

间的劳动关系,个人之间的劳务关系并不属于依法必须参加工伤保险的情形,不适用《工伤保险条例》,因此无法通过保险机制来分散风险。<sup>①</sup>通过对内保护责任来分担劳动者权益受损的风险,也是立法者的初衷。正因为个人劳务关系往往不在工伤保险的范围之内,<sup>②</sup>所以在司法实践中,只要是有关个人因劳务受损的纠纷案件,提供劳务一方基本都会以《侵权责任法》第35条第1款第2句为依据来主张救济自己的损失,法院也都会援用该条文做出判决。可以说,对内保护责任的相关规定,已经成了个人劳务关系中劳动者权益保护的“黄金条款”。如果在没有一个合理的机制能够替代这个条文、妥善解决个人劳务中的工伤问题之前,只是因为这个条文的性质不属于侵权责任,就直接将其从侵权法中删除,显然不利于劳动者权益的保护。不能因为形式上的“纯净”,而忽视司法实践中可能出现的劳动者主张救济但无法可依的困境。

其三,将对内保护责任的相关规定纳入未来民法典合同编之中并不具有可行性。理由如下:一方面,现行《合同法》以及最新的《民法典草案》中并没有规定劳务合同,事实上也很难规定劳务合同。因为与劳务有关的有名合同有很多,诸如运输合同、保管合同、仓储合同、委托合同等,<sup>③</sup>这些合同的双方当事人之间都有可能形成劳务关系,但这些合同又并不一定是劳务合同,还有可能是无偿帮工,并不是完全包含于劳务合同之中。所以,如果在民法典合同编之中统一规定劳务合同,不但会导致法律条文关系难以厘清,也很容易造成法律适用上的混乱。另一方面,在运输、保管、仓储、委托这些合同中分别增加对内保护责任的规定也不具有现实可行性。可以想象,如果每个涉及劳务关系的合同规定中都增加对内保护责任的规定,将会造成理论上无谓的繁复,同时也是对立法资源的浪费,显然这种分散规定的方式并不可取。所以,在民法典合同编中无法规定劳务合同的情况下,将对内保护责任放在民法典的侵权责任编之中是更好的选择。

综上所述,在未来民法典侵权责任编中应当保留对内保护责任的相关规定。通过数个民法典侵权责任编草案在该制度上均有对内保护责任的规定,可以看出,立法者是从司法实践、劳动者保护等角度出发,将这种本不属于侵权责任的救济方式规定在侵权法之中,没有为了形式上的“纯净”而忽视可能出现的现实问题。在这种“突破”的背后,足见立法者在法律适用问题上的务实立场。

### 三、未来民法典侵权责任编个人用工责任制度的立法建议

现行《民法典草案》第1192条的规定,解决了理论界与实务界对于追偿权的争论,可谓其最大的进步之处;与此同时,其将接受劳务一方的对内保护责任的损失分担规则定为过错责任原则,不利于提供劳务一方合法权益的保护,未来民法典就此宜恢复二审稿的立场,坚持“无过错责任+宽泛的减免条件”模式的损失分担规则;此外,该条文将对内保护责任表述为“侵权责任”,没有正确体现此种救济机制的性质,应当将其修改为“补偿损失”。对于理论界是否应当删除对内保护责任制度的争议,基于劳动者权益保护、法律适用等方面的考量,笔者认为,将其保留在该条文中是合理的选择。

综上,本文就未来民法典侵权责任编关于个人用工责任制度,提出如下立法建议:

个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后,可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务自己受到损害的,由接受劳务一方补偿损失;提供劳务一方有过错的,可以减轻或者免除接受劳务一方的补偿份额。

提供劳务期间,因第三人的行为造成提供劳务一方损害的,提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任,也有权请求接受劳务一方补偿损失。接受劳务一方补偿损失后,可以向第三人追偿。

[责任编辑:陈慧妮]

① 王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,第156页。

② 王利明:《侵权责任法研究·下卷(第二版)》,第108页。

③ 彭万林:《民法学》,北京:中国政法大学出版社,1994年,第602页。

joining of the third party, or knows that the third party does not challenge the performance of the debt by the third party, the co-existing debt commitment shall be determined to be valid; the relationship between the right of unrest defense and expected breach of contract shall also be coordinated. With regard to the contract change, the transfer of monetary claims should be affirmed and encouraged, and the “exception clause of the notification rule” in the current draft should be deleted; when the creditor and a third party reached a co-existing debt commitment agreement, the debtor should be allowed to raise objections, but if the debtor does not challenge the joining of the third party, or knows that the third party does not challenge the performance of the debt by the third party, the co-existing debt commitment shall be determined to be valid; the relationship between the right of unrest defense and expected breach of contract shall also be coordinated. With regard to the contract rescission, the status of the contract rescission should be clarified, the rules for the breaching party to apply for rescission of the contract in the deadlock of the contract should be confirmed, and the parties should be settled when there is an objection to the rescission of the contract. In addition, improving the damage compensation system after the contract is terminated. With regard to the liability system for breach of contract, it should be clear that the liability for breach of contract does not, in principle, remedy mental damage, improve the system of compensation for available benefits, provide for an adjustment system for agreed damages, and improve the rules for liability for breach of contract damages.

### **Legislation Interpretation on Individual Employment liability of Tort Liability in the Civil Code ( Draft )**

..... SHI Guan-bin & SHUAI Ren-ce ( 95 )

Regarding the personal employment liability system, Article 1192 of the Draft Civil Code stipulates the vicarious responsibility and internal protection responsibility assumed by the party receiving labor services, and integrates the relevant views on Article 35 in the Tort Liability Law, and Article 9 and 11 in the Interpretation of Personal Injury Compensation. Compared with the current system, the biggest improvement of this article of the Civil Code is that it clarifies the internal recovery right of the receiving labor party after assuming vicarious responsibilities, which is expected to eliminate the differences between the theoretical and practical circles on this issue. Also, when the party providing the labor service has caused damage to his own rights and interests, the responsibility for internal protection held by the party receiving the labor service is not a tort liability in nature. But based on considerations such as the right protection and law application, the future civil code should retain the rule in the tort liability chapter, and modify the term “tort liability” to “compensate for losses” in legislation. In addition, the Civil Code Draft is quite debatable about adopting the view of fault liability for the internal protection responsibility assumed by the party accepting the labor service, and it should be defined as strict liability, and the liability of the party providing the labor service shall be reduced or exempted depend on their liability.

### **Structural Heritage: A New Concept to Observe the Contemporary Revival of Chinese Lineage**

..... LIU Shi-gang ( 132 )

At present, many scholars have made useful explorations on the research of contemporary rejuvenation of Chinese lineage, and put forward many explanatory views, which are mainly divided into two categories: one is attributed to the “in-depth thinking” of Chinese traditional culture, such as QianHang’s “theory of intrinsic demand”; the other is attributed to satisfy the “functional demand” of reality, such as Wang Ming Ming’s “theory of functional needs” and so on. However, the views of the two categories of scholars are based on a common premise, that is, their understanding of Chinese lineage still continues Freedman’s partial perspective from the bottom up, which regards Chinese lineage as a single regional organization. Therefore, in order to correct the previous biased understanding of Chinese lineage from the perspective of Freedman, in order to make a new and reasonable explanation for the contemporary revival of Chinese lineage, this paper adopts a holistic perspective to understand Chinese lineage, and regards Chinese lineage as a hierarchical and central structural system. At the same time, this paper puts forward