

风险归责视角下的用人者责任 ——以《民法典侵权责任编解释（一）》为中心

阮神裕*

内容提要：用人者替代责任属于责任承担规范，而非责任成立规范，涉及的是分配正义、而非矫正正义的理念。不管是工作人员、提供劳务一方还是承揽人致人损害，责任成立的问题均适用《民法典》第 1165 条或第 1166 条指引的特别规定。用人者替代责任的理由，除了控制力理论、报偿理论或者深口袋理论之外，还有风险归责理论。被使用者在执行职务时给他人造成的损害，乃是用人者经营活动的固有风险现实化造成的，因此用人者应当承担替代责任。在风险归责的视角下，用工关系和执行职务两项要件应当根据被使用者是否被纳入用人者的风险领域进行判断；倘若被使用者在执行职务时开启了新的风险并且造成了损害，被使用者应当对外承担责任。被使用者受到损害时，用人者的侵权责任属于责任成立的问题，应当适用《民法典》第 1165 条的规定进行判断。

关键词：用人者责任 替代责任 风险归责 新就业形态人员

在现代分工社会中，每一个体均身处庞大的组织网络，受他人指示、为他人利益行事。一旦个体行为造成他人损害，该项损害如何在组织网络中进行分配，成为一项重要的侵权法议题。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1191 条至第 1193 条的规定形成了用人者替代责任与定作人自己责任的框架。然而，该框架的具体适用仍然存在不少争议。用人单位工作人员的范围以及执行工作任务或者劳务（以下统称“执行职务”）的行为应当如何认定？尤其是以平台为中心的新就业形态人员致人损害时，平台是否需要为此承担替代责任？又如用人者承担替代责任之余，工作人员或提供劳务一方（以下统称“被使用者”）是否以及何时应当对外承担责任？本文拟结合不久前颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）》〔以下简称《民法典侵权责任编解释（一）》〕的相关规定对以上问题进行探讨。

* 阮神裕，中国人民大学法学院助理教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。

一、用人者替代责任作为责任承担规范

用人者替代责任的特殊之处在于其属于责任承担规范，而非责任成立规范。这一性质决定了用人者替代责任尽管也是无过错责任，但是其内在机理不同于责任成立层面的无过错责任。

（一）责任成立与责任承担的区别

我国侵权法区分了责任成立规范和责任承担规范。本文所称的责任成立规范，规定的是损害何时应当从受害人转嫁到行为人的问题。“如果侵权责任成立，已经产生的损失要从受害人头上转移给加害人，由加害人负担；反之，侵权责任不成立时，受害人就要自认倒霉，自担损害。”〔1〕损害一旦发生，就无法消除，只能要求他人通过赔偿或补偿进行填补。损害的转嫁将会增加新的管理成本（如诉讼或协商的成本）。故此，损害原则上应当停留在其发生之处，要让损害发生转移，就需要特定的理由，这些理由就是责任成立的构成要件。〔2〕

责任成立规范关涉矫正正义。法律在决定是否将损害从受害人转嫁到加害人的时候，应当遵循矫正正义的理念。矫正正义的目标，是使每个人在没有不公平地减少其他人的同等能力的前提下获得所要之物。矫正正义要求，一个人不得剥夺另一个人的财产。〔3〕矫正正义要求加害人填补受害人的所失，使双方的地位恢复至最初的平等状态。故此，立足于矫正正义的责任成立规范具有“双极性”（bipolarity）的特征，〔4〕即责任成立规范总是关涉两造主体，一为受害人，二为加害人。《民法典》侵权责任编的绝大多数规范均属责任成立规范，其中《民法典》第1165条和第1166条规定的过错责任、过错推定责任以及无过错责任，乃是最为典型的责任成立规范。

责任承担规范是指，解决损害在行为人一方内部如何进行分配的规则。在现代社会中，真正造成损害的往往不是单一主体，而是数个主体结合形成的活动共同体。该活动共同体造成损害时，依据责任成立规范，损害不应当由受害人承担，而是应当转嫁给活动共同体。但是，该活动共同体中的哪一主体应当承担损害，则需要进一步的法律规则加以规范。此即本文所称的“责任承担规范”。《民法典》侵权责任编第三章“责任主体的特殊规定”中的监护人责任和用人者责任就是本文所称的责任承担规范。

责任承担规范关涉分配正义。在决定侵权责任如何在作为加害人的活动共同体内部进行分配时，应当遵循分配正义的理念。分配正义是按照某些标准对诸如侵权责任等负担进行分配（在本文语境中不涉及利益的分配），分配正义的运作包括三个元素：一是被分配的负担，二是接受分配的主体，三是分配的标准。〔5〕分配正义确保每个接受分配的人员得到他们应该承担的负担。在用人者责任中，侵权责任成立之后，该责任究竟由用人单位承担，还是由工作人员对外承担，

〔1〕程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第32页。

〔2〕Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 2017, S. 2.

〔3〕参见〔美〕詹姆斯·戈德雷：《私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利》，张家勇译，法律出版社2007年版，第16页。

〔4〕参见〔加〕欧内斯特·J. 温里布：《私法的理念》，徐爱国译，北京大学出版社2007年版，第66页。

〔5〕参见〔加〕欧内斯特·J. 温里布：《私法的理念》，徐爱国译，北京大学出版社2007年版，第64页。

就涉及侵权责任的分配问题。与矫正正义不同，分配正义不以双极性为其特征。分配正义可能涉及多个主体。《民法典》第 1191 条规定，劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任，劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。该条就涉及侵权责任在用工单位、劳务派遣单位和被派遣的工作人员三方主体之间进行分配的问题。

用人者替代责任属于责任承担规范，而非责任成立规范。可能会有论者质疑责任承担规范与责任成立规范之区分，并且主张用人者替代责任亦属责任成立规范。^{〔6〕} 那些主张《民法典》中的用人者责任是自己责任、危险责任的观点，^{〔7〕} 主张《民法典》中的用人者责任是疏于选任、监督或组织的过错推定责任的观点，^{〔8〕} 以及主张用人者承担的替代责任是与高度危险责任、饲养动物损害责任等无异的无过错责任的观点，实质上亦将《民法典》第 1191 条和第 1192 条作为责任成立规范。这些观点认为，用人者之所以承担侵权责任，是基于用人者存在选任、监督或组织的过错，或者实施了危险活动等具有可归责性的理由。故此，受害人遭受的损害应当转嫁于用人者，如同直接行为人加损害于受害人的场景一样。

然而，将《民法典》中的用人者责任界定为责任成立规范而非责任承担规范，忽视了两个重要的事实：第一，用人者是否承担侵权责任，需要检讨两个层次的构成要件，一是检讨被使用者的行为是否符合《民法典》第 1165 条或第 1166 条及其指引的条款所规定的侵权责任的构成要件，二是在被使用者的侵权责任成立的基础上检讨《民法典》第 1191 条或者第 1192 条规定的构成要件是否得到满足，方可决定用人者是否需要承担侵权责任。可以说在逻辑上，《民法典》第 1191 条和第 1192 条的功能不同于《民法典》第 1165 条或第 1166 条。第二，用人者之所以需要承担替代责任，是因为用人者对于被使用者存在控制力（控制力理论），或用人者须在通过使用他人享受利益的同时承担被使用者导致的损害（报偿理论），或用人者通常具有更强的赔偿能力（深口袋理论）。这些理由着眼于侵权责任在用人者和被使用者之内部如何分配，不同于行为人为其过错或者为其活动、设施存在的危险现实化造成的损害承担侵权责任。可以说在价值上，《民法典》第 1191 条和第 1192 条所要实现的正义观念也不同于《民法典》第 1165 条或第 1166 条。故此，在法解释学上应当承认责任成立规范与责任承担规范之区分，才能准确把握我国侵权法体系的特殊之处。

（二）区分责任成立规范与责任承担规范的实益

区分责任成立规范和责任承担规范，有助于进一步厘清《民法典》以及《民法典侵权责任编解释（一）》中相关规定的内涵：

第一，用人者责任与产品责任、环境污染和生态破坏责任、高度危险责任、饲养动物损害责任以及建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷致人损害责任等侵权责任，看似均属于无过错责

〔6〕 在 2024 年 6 月 8 日中国社会科学院法学研究所举办的“《民法典》颁布四周年学术研讨会：民法典适用中的重大疑难问题”中，王文胜教授对拙文的评论意见认为责任成立规范与责任承担规范之区分有待商榷。

〔7〕 参见孙洪亮：《企业雇主责任的性质与雇员保护》，载《南大法学》2023 年第 1 期。

〔8〕 参见杨立新：《侵权责任法》（第 4 版），法律出版社 2020 年版，第 178 页。

任,但是责任主体承担无过错责任的理由完全不同。一方面,产品责任、环境污染和生态破坏等侵权责任是自己责任,《民法典》以及司法解释中的相关条款乃是责任成立规范。产品责任、环境污染和生态破坏等侵权责任采取无过错责任的理由是“危险”,即“特定企业、特定装置、特定物品之所有人或持有人,在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业、装置、物品本身所具危害而生之损害,应负赔偿责任”〔9〕。在危险责任中,使责任成立的乃是特定活动或者物品的危险。另一方面,用人者责任是替代责任,《民法典》以及司法解释中的相关条款乃是责任承担规范。尽管用人者责任不以用人者的过错为要件,看似属于无过错责任,然而用人者责任的成立实际上是以被使用者的行为符合侵权责任的构成要件为前提。倘若混淆责任成立与责任承担两个不同的层次,将《民法典》第1191条和第1192条的无过错责任看作责任成立的特别规定,将用人者责任解释为自己责任、危险责任,将严重干扰我国侵权法的归责原则体系。例如有一种观点认为,用人者承担的是自己责任、危险责任,即企业雇主作为用人者,须为企业运营产生的外溢至社会公共领域的风险承担危险责任。〔10〕根据这一观点,每一种因执行工作任务造成他人损害的行为,均应适用危险责任。以交通事故为例,工作人员为企业驾驶汽车发生交通事故造成损害的,企业应当为此承担自己责任、危险责任。出租车公司、公交车公司将永远为其聘用的工作人员造成的交通事故承担危险责任。果如此,《民法典》侵权责任编第五章关于机动车交通事故责任的规定许多规定将沦为具文。故此,简单将用人者承担责任的归责原则界定为无过错责任,〔11〕并不完全准确。至少应该在无过错责任的概念之下,进一步区分两种类型:一是用人者责任;二是产品责任、环境污染和生态破坏责任、高度危险责任、饲养动物损害责任以及建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷致人损害责任等侵权责任。〔12〕

第二,定作人责任在外部体系上虽与用人者责任相邻,但是《民法典》第1193条规定的是自己责任,而非替代责任。定作人之所以承担侵权责任,是因为其在定作、指示或者选任上存在过失。故此,与用人者责任不同的是,即便承揽人实施的直接行为不足以构成侵权行为(如承揽人没有过错),定作人也可能因其定作、指示或者选任上的过失而承担侵权责任。除此之外,《民法典》第1193条没有规定实施直接行为的承揽人是否承担侵权责任的问题,《民法典侵权责任编解释(一)》第18条第1款对此进行了补充,该款规定:“承揽人在完成工作过程中造成第三人损害的,人民法院依照民法典第一千一百六十五条的规定认定承揽人的民事责任。”笔者认为,这一条款失之过窄。《民法典侵权责任编解释(一)》第18条第1款尽管补充规定了承揽人的侵权责任应当依据《民法典》第1165条进行判断,但是忽视了承揽人实施的侵权行为属于无过错责任的情形。例如,承揽人是一家从事照管宠物业务的店铺,在宠物的饲养人假期旅游期间负责饲养和管理宠物,若是在承揽人照管期间发生动物致害,在判断该承揽人是否需要承担侵权责任

〔9〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国法上损害赔偿之归责原则》,王泽鉴译,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第5册),北京大学出版社2009年版,第187页。

〔10〕参见孙洪亮:《企业雇主责任的性质与雇员保护》,载《南大法学》2023年第1期。

〔11〕参见张新宝:《侵权责任法》(第5版),中国人民大学出版社2020年版,第142页;梁慧星:《侵权责任法讲义》,法律出版社2023年版,第108页。

〔12〕参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第126-127页。

时，应当根据《民法典》第 1245 条规定的无过错责任，而非《民法典》第 1165 条规定的过错责任或者过错推定责任进行判断。

二、风险归责作为用人者替代责任的理由

用人者承担替代责任的法律规则解决的是责任承担而非责任成立的问题，涉及的是分配正义而非矫正正义的理念。用人者承担替代责任的理由也就不同于侵权责任成立的理由。除了控制力理论、报偿理论和深口袋理论外，风险归责也应当是用人者替代责任的正当性理由。

（一）用人者替代责任的理由及其不足

通常认为，用人者承担替代责任的证成理由包括控制力理论、报偿理论以及深口袋理论。^{〔13〕}然而，如同任何一种抽象的法律思想一样，这些理论的抽象程度决定了，其或许可以证成用人者应当承担替代责任，但是没有办法对用人者应当在多大程度上承担替代责任作出进一步的指引。具体而言：

第一，报偿理论主张一个人在通过使用他人享受利益的同时，也应当承担使用他人产生的风险，故此用人者应当为被使用者承担替代责任。然而在现代社会中，社会分工无处不在，几乎每一个人所实施的活动都要依赖于他人的协助。但是法律没有普遍地要求人们为其使用他人的行为承担替代责任。例如，定作人也通过使用承揽人享受利益，但是《民法典》第 1193 条没有要求定作人承担替代责任。故此，仅凭报偿理论无法有效地区分用人者责任和定作人责任。

第二，深口袋理论假定用人者的赔偿能力优于被使用者，因而由用人者承担替代责任有助于实现受害人的救济，但该理论无法解释被使用者何以无需对外承担责任。2003 年颁布的《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 条第 1 款第 1 句后段规定了“雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任”，该条款不同于《民法典》第 1191 条和第 1192 条。有的学者将前者称为“有限替代责任”，将后者称为“完全替代责任”。^{〔14〕}不管是有限替代责任，还是完全替代责任，均契合深口袋理论。甚至可以说，由用人者和被使用者承担连带责任的有限替代模式，反而更加契合深口袋理论的要求，毕竟用人者的责任财产总是小于用人者与被使用者的责任财产之和。然而，《民法典》规定的却是完全替代责任，深口袋理论也无法充分解释现行法中的用人者替代责任。

第三，替代责任的证成理由中最具说服性和可操作性的是控制力理论，又称“支配或重大影响说”。根据控制力理论，用人者能够支配被使用者的行为，或者对其行为施加重大影响，使其在被支配或重大影响之下实施了加害行为，因此用人者应当为被使用者的所作所为承担责任。^{〔15〕}然而，控制力理论面临一些难以解释的问题：一方面，用人者承担替代责任的理由若是控制力，

〔13〕 参见程啸：《侵权责任法》（第 3 版），法律出版社 2021 年版，第 445 - 446 页。

〔14〕 参见王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023 年第 5 期。

〔15〕 参见尹飞：《为他人行为侵权责任之归责基础》，载《法学研究》2009 年第 5 期；尹飞：《接受劳务一方侵权责任适用的体系性思考》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期。

那么在用人者失去控制力的场景中，用人者理应享有不承担责任的抗辩理由。然而现行法没有赋予用人者这样的抗辩理由。《民法典侵权责任编解释（一）》第17条规定，工作人员在执行工作任务中实施的违法行为构成自然人犯罪的，用人单位仍然应当承担替代责任。工作人员并不总是在用人单位的支配或者重大影响之下才实施犯罪行为，^[16]但是用人单位仍然需要为其无法控制的行为承担替代责任。另一方面，主流观点认为被使用者无需对外承担责任。按照控制力理论的解释，是因为被使用者的意志受到了用人者的支配或者重大影响，所以被使用者不需要对外承担责任。果如此，在教唆他人实施加害行为的场景中，被教唆人也应当因其意志受到他人支配或者重大影响而无需对外承担责任，然而现行法要求被教唆人和教唆人承担连带责任。因此，仅仅是行为人的意志受到用人者的支配或者重大影响，还不足以证成替代责任。

（二）风险归责理论及其证成

控制力理论、报偿理论和深口袋理论尽管正确，但还不够完整。^[17]在用人者承担替代责任正当性理由的拼图中，还有一个重要的板块没有得到揭示和说明。这一板块就是基于风险领域的归责原则，又称风险归责（Risikozurechnung）或者风险责任（Risikohaftung）。根据该原则，在判断损害应当如何分配时，应当考虑该损害发生于谁的风险领域。^[18]风险归责原则具有高度抽象性。卡纳里斯认为，风险归责包括两个要素：一是客观要素，即事物的持有者在享受与之相关的好处时，应当承受由此引发的特定风险；二是主观因素，即责任主体开启或者维持了风险。只要以上两个要素得到满足，那么开启或者维持风险的主体就应当对该风险现实化造成的损害承担赔偿责任。^[19]风险归责原则的抽象性决定了其具有广泛的适用空间，既可适用于侵权法领域，也可适用于合同法领域。前者如基于物品或者设施的危险性产生的无过错责任，^[20]后者如信赖责任应当依据特定表示的风险进行分配。^[21]

风险归责原则同样可以证成用人者替代责任，具体而言，用人者之所以应当承担替代责任，其理由在于：被使用者在执行职务给他人造成的损害，乃是用人者经营活动的固有风险现实化造成的。因此，只要被使用者的所作所为没有开启新的风险，那么用人者的经营活动的固有风险现实化给他人造成的损害，均应当由用人者承担。相反，倘若被使用者开启了新的风险，或者造成

[16] 例如，银行等金融机构的客户经理或者其他工作人员利用职务便利，实施诈骗行为给客户造成财产损失，工作人员被依法判处诈骗罪后，银行等金融机构仍然应当承担替代责任。这些违法行为并非在用人单位的控制之下实施。参见云南省丽江市中级人民法院（2022）云07民终32号民事判决书。

[17] 当然，本文的目标不是论证风险归责原则优于并且排斥控制力理论，或者报偿理论、深口袋理论，而是尝试揭示一项萦绕在用人者承担替代责任的现行法规则中的法律思想，并对控制力理论作出补充。

[18] 参见叶金强：《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，载《法学研究》2009年第2期。

[19] Vgl. Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, S. 43.

[20] 例如，卡纳里斯认为：“对危险物品承担责任和对风险活动承担责任，其实是更高层次的风险归责制度的两个子类别。该制度适用于从风险中获益并且风险应归于其意愿的人。”Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, S. 44. 国内对此理论的借鉴，参见叶金强：《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，载《法学研究》2009年第2期。

[21] 同样以卡纳里斯的观点为例，其还主张当且仅当被代理人的明示或者默示的表示促进了相对人信赖无权代理人享有代理权时，该被代理人才须对此信赖承担责任。Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 482. 国内对此理论的借鉴，参见纪海龙：《走下神坛的“意思”——论意思表示与风险归责》，载《中外法学》2016年第3期；朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，载《法学研究》2017年第2期。

损害的乃是日常生活中的风险，那么用人者无需对该损害承担赔偿责任。当然，一项风险究竟是否为用人者经营活动的固有风险，只能在具体个案中进行判断（详见下文）。

风险归责作为用人者替代责任的理由，其正当性表现在：在现代分工社会中，每个人都不是独立的行动者，始终处于某种活动共同体中，为他人利益而行动。在工业时代，企业改变了社会交往中的主体形态，以企业为中心的各种组织成为侵权法上的行动主体和责任主体。^{〔22〕}每个人都处于各种企业的分工体系中，成为该企业经营活动的实际实施者。个体为执行企业的工作任务而引发的损害，实际上来自该企业而非个体。不管是谁负责执行工作任务，都有可能触发其中的固有风险。个体是高度同质化的，其身份、性别或者个性对于损害的发生均不具有决定性。于此场合，企业而非个体应当承担因经营活动引发的损害。在信息时代，企业的组织形式发生扁平化，诸如劳动力等生产要素纳入企业的组织成本高于在市场中直接寻找的信息成本，原本位于企业组织中的劳动力要素将会重新回到市场中，^{〔23〕}由此产生了所谓的“新就业形态人员”。^{〔24〕}然而，从风险领域的角度考虑，即便新就业形态人员通过平台自主接单承接工作任务，并从消费者支付的费用中直接分成，但是其仍然处于以平台为中心的活动共同体中，其所执行的工作任务引发的损害，仍然来自平台经营活动的风险领域。因此，不管是工业时代的组织形式，还是信息时代的组织形式，以损害来自谁的风险领域为判断标准，可以作为用人者承担替代责任的正当性理由。

事实上，现有规定和理论已经蕴含着依据风险领域决定责任承担的法律思想。首先，《民法典侵权责任编解释（一）》第15条第1款规定背后隐藏着风险归责的法律思想。该条细化了《民法典》第1191条第1款中“用人单位的工作人员”的含义，该条第1款规定“用人单位的工作人员”包括“与用人单位形成劳动关系的工作人员”和“执行用人单位工作任务的其他人员”两种情形。这一规定表明，只要是执行用人单位的工作任务，不管是形成劳动关系，还是临时的用工关系，均应当由用人单位承担完全的替代责任。^{〔25〕}之所以作此规定，是因为用人单位的工作任务引起的风险，不管是由形成劳动关系的工作人员加以现实化造成损害，还是由其他人员加以现实化造成损害，均应当由用人单位承担替代责任。其次，在解释学上，判断损害是否因执行工作任务或者因劳务而发生，不仅要看该活动是否为用人者所授权或指示，还要看该活动的表现形式是否为履行职务或者与履行职务具有内在联系。^{〔26〕}“内在联系”应当以风险领域为标准进行认定，即被使用者实施的行为是否仍在用人者经营活动的风险领域之中。有的德国学者认为，判断用人者责任的关键在于，对于被使用者（即事务辅助人）已经做出的不当行为而言，其发生的风险，是由委托的事务本身引起的，而不是由于恰恰聘用了这名被使用者而有所提高。^{〔27〕}最

〔22〕 参见〔日〕星野英一：《民法典中的侵权行为法体系展望》，渠涛译，载《法学家》2009年第2期。

〔23〕 参见〔美〕罗纳德·H. 科斯：《企业、市场与法律》，盛洪、陈郁译，格致出版社、上海人民出版社2014年版，第33页。

〔24〕 《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第3391号（社会管理类287号）提案的答复》指出：“新就业形态人员大多通过平台自主接单承接工作任务，准入和退出门槛低，工作时间相对自由，劳动所得从消费者支付的费用中直接分成，其与平台的关系有别于传统的‘企业+雇员’模式，导致新就业形态人员难以纳入现行的劳动法律法规保障范围。”

〔25〕 参见王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023年第5期。

〔26〕 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第465页。

〔27〕 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第175页。

后，用人者替代责任的法律规则中隐藏着被使用者的免责事由，^{〔28〕}控制力理论不能对此提供充分说明，因为在教唆他人实施违法行为的场景中，被教唆人的意志毫无疑问受到教唆人的重大影响，然而被教唆人仍然要承担自己责任，同样是意志受到支配或者重大影响的被使用者，何以享有免责事由？在风险归责原则看来，这是因为被使用者实施的行为引发的损害，乃是用人者经营活动的固有风险现实化所致；换句话说，即便不是特定的某人而是其他任意一个人作为被使用者执行职务，也有可能引发同样的损害，那么这样的损害就不应该由被使用者承担，而应当由用人者承担。

需要说明的是：其一，风险归责的内涵不同于报偿理论。报偿理论认为，一个人在使用他人获得利益时，也应当承担使用他人带来的风险。这一理论隐含的前提条件是，使用他人带来的风险属于用人者的风险领域。^{〔29〕}尽管报偿理论也涉及风险，但其所称风险，乃是因使用他人给社会公众增加的风险，是指被使用者产生的风险，而非用人者经营活动的固有风险。试想，定作人也在使用他人（委托承揽人）完成工作中获得利益，承揽人的业务活动毫无疑问增加了风险，定作人何以无须为委托承揽人带来的风险承担责任？报偿理论似乎无法回答这个问题。但在风险领域理论看来，这是因为委托承揽人带来的风险无法被纳入定作人固有的风险领域中。其二，本文只在责任承担而非责任成立的层面上讨论风险归责。在《中华人民共和国侵权责任法》（已失效，以下简称《侵权责任法》）起草过程中，有的论者提出过错归责与风险归责的二元归责体系，其中的风险归责是指：“在行为人没有过错的情况下，损害分配之实质就是风险的分配……无过错行为导致损害之分配，实为风险之分配，可通过构建‘风险领域理论’来解决这一风险分配问题。”^{〔30〕}亦有论者提出过错责任、危险责任与组织责任的三元归责体系，其中组织责任是指企业或者其他组织在经营活动以及其他活动过程中，对因各种组织活动风险所产生的损害后果承担相应的侵权责任。^{〔31〕}这些观点实质上是将风险归责作为责任成立的归责原则，将风险归责作为无过错责任的统一理论基础。这一思路的问题在于，可能造成过错责任与无过错责任的混淆。这是因为，依客观过错的标准，在判断行为人是否存在过错时，须考虑其是否应当预见或者控制潜在的风险。^{〔32〕}若是行为人创造、维持或者没有控制风险，其究竟是承担过错责任，还是无过错责任？故此，以上观点最终没有被《侵权责任法》以及《民法典》采纳。

综上，风险归责尽管不是责任成立的充分理由，但是可以作为责任承担的理由。在用人者责任的场景中，被使用者的行为足以使侵权责任成立时，可以结合风险领域对损害进行分配。根据

〔28〕 在德国法上被称为劳动者解放请求权（Freistellungsanspruch），劳动者之所以可以从其工作过程的致害责任中解放出来，是因为劳动者的轻过失乃是雇主组织瑕疵的产物。参见班天可：《雇主责任的归责原则与劳动者解放》，载《法学研究》2012年第3期。

〔29〕 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第445-446页。

〔30〕 叶金强：《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，载《法学研究》2009年第2期，第49页。

〔31〕 参见朱岩：《风险社会与现代侵权责任法体系》，载《法学研究》2009年第5期。将组织责任发展为风险归责的研究，参见石一峰：《企业侵权责任的归责原则》，载《中外法学》2018年第5期。

〔32〕 冯·巴尔认为，德国法上交往安全义务的基础包括：危险的创造或维持、信赖保护、危险控制的可能性、危险领域的私人和共同体效用。由此可见，交往安全义务的判断也体现了对风险进行控制的注意义务。Vgl. Christian v. Bar, Verkehrspflichten-Richterliche Gefährsteuerungsgebote im deutschen Deliktrecht, 1980, S. 112.

风险归责理论，用人者替代责任的构成要件和法律效果可以得到更加清晰的阐释。

三、风险归责视角下用人者替代责任的解释构造

在风险归责视角下，用人者之所以承担替代责任，是因为给他人造成的损害来自用人者经营活动的风险现实化。据此，用人者替代责任的构成要件和法律效果均应当围绕风险归责的法律思想进行具体化。

（一）用人者替代责任的构成要件

根据《民法典》第 1191 条和第 1192 条的规定，用人者承担替代责任的构成要件：一是关系，即当事人形成用工关系；二是行为，损害系由执行职务（即执行工作任务或者提供劳务）的行为造成的。两项构成要件均应依据风险归责的法律思想进行阐释。

1. 当事人形成用工关系

用人者承担替代责任须以当事人之间存在用工关系为必要。当且仅当用人者将被使用者纳入自己的组织体系，由被使用者实施用人者的经营活动，被使用者的行为及其造成的损害才归属于用人者的风险领域。根据用人者的身份类型不同，可以分为两种用工关系：一是《民法典》第 1191 条的单位用工关系，二是《民法典》第 1192 条的个人用工关系。^{〔33〕}《民法典》第 1191 条中“用人单位”的范围很广，是指除了《民法典》第 1192 条中的“个人”以外的一切组织，因此单位用工关系的内涵及其适用边界仍需进一步具体化。《民法典侵权责任编解释（一）》对单位用工关系作了一定的细化，具体而言：

第一，《民法典侵权责任编解释（一）》第 15 条第 1 款将“用人单位的工作人员”具体化为“与用人单位形成劳动关系的工作人员”和“执行用人单位工作任务的其他人员”。“执行用人单位工作任务的其他人员”具有兜底功能，可以涵盖诸如公务员和参照公务员管理的工作人员、与事业单位存在聘用合同的工作人员以及退休返聘的工作人员。^{〔34〕}这些工作人员被纳入用人单位的组织体系，其因执行职务造成的损害应当来自用人单位的风险领域，没有太大争议。

存在争议的是，诸如快递员、外卖骑手或者网约车司机等新就业形态人员民法典是否属于平台经营者的工作人员。遗憾的是，《民法典侵权责任编解释（一）》没有对此问题作出正面回应。该问题之所以存在争议，是因为平台经营者在多数情况下不与新就业形态人员订立劳动合同，而是授权代理商经营平台业务，由该代理商雇佣新就业形态人员从事快递、外卖或者客运服务。以外卖骑手在配送过程中致人损害为例，司法实践中的一种观点认为平台经营者与外卖骑手之间没有形成劳动关系，也没有形成劳务关系，因而平台经营者无需承担用人者替代责任。^{〔35〕}另一种观点认为，即便平台经营者没有直接雇佣外卖骑手，还是应当由平台经营者作为用人者承担替代

〔33〕 参见王利明：《侵权责任法》（第 2 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 163 页。

〔34〕 参见程啸：《侵权责任法》（第 3 版），法律出版社 2021 年版，第 453 页。

〔35〕 参见北京市第二中级人民法院（2022）京 02 民终 190 号民事判决书；四川省乐山市中级人民法院（2020）川 11 民终 688 号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2017）京 03 民终 5156 号民事判决书。

责任，或者与代理商承担连带责任。^{〔36〕}

在风险归责视角下，外卖骑手在配送过程中发生交通事故引发的损害，属于外卖平台经营活动的固有风险。即便只是依靠日常生活的经验也可以发现，正是外卖平台的兴起大幅增加了路面上的电动车或者摩托车的交通流量，提高了交通事故发生概率。因此，根据风险归责原则，外卖骑手因配送发生交通事故造成他人损害的，外卖平台经营者应当承担用人者责任。在实践中，因为外卖平台经营者与代理商签订《外卖配送合作协议》，授权代理商在某个区域从事配送业务，所以有的观点认为仅由代理商作为用人者承担替代责任，外卖平台经营者不承担替代责任。^{〔37〕} 本文认为这一裁判思路有待商榷。这是因为，代理商实际上没有开启新的风险，不管外卖骑手是由代理商雇用，还是由外卖平台经营者直接雇用，其均是外卖平台经营活动共同体的组成部分，因而外卖骑手发生交通事故造成的损害，仍然来自外卖平台的风险领域。除此之外，即便是依照控制力理论进行判断，外卖骑手也始终受到平台算法的支配和控制；即便代理商可能对外卖骑手进行考核和奖惩，然而其考核标准仍然是由外卖平台决定的。^{〔38〕} 故此，尽管外卖骑手与平台经营者之间没有订立劳动合同或者成立劳务关系，但是仍然可以将外卖骑手认定为《民法典侵权责任编解释（一）》第15条第1款中的“执行用人单位工作任务的其他人员”，由平台经营者对外卖骑手在配送过程中引发的损害承担替代责任。

第二，个体工商户是否属于《民法典》第1191条中的“用人单位”？对此存在不同的观点，一种观点认为，个体工商户属于自然人（《民法典》第54条），因此应当认定为《民法典》第1192条中接受劳务的一方。^{〔39〕} 另一种观点认为，个体工商户应当纳入“用人单位”的范围，其主要理由是：在劳动法中，个体工商户应当与劳动者签订劳动合同、建立劳动关系（《中华人民共和国劳动法》第2条第1款和《中华人民共和国劳动合同法》第2条第1款）；在工伤保险问题上，个体工商户应当为其雇工缴纳工伤保险费，当个体工商户的雇工因工作任务而受到人身伤害时，可以享受工伤保险待遇。

《民法典侵权责任编解释（一）》第15条第2款规定：“个体工商户的从业人员因执行工作任务造成他人损害的，适用民法典第一千一百九十一条第一款的规定确定民事责任。”该条明确将个体工商户界定为用人单位。然而这一规定的意义似乎有限。这是因为：（1）仅就个体工商户在从业人员造成他人损害所要承担的替代责任而言，不管适用《民法典》第1191条还是适用第

〔36〕 参见江苏省南京市秦淮区人民法院（2018）苏0104民初10430号民事判决书。不过，在一年后的另一纠纷中，尽管案件事实基本相同，但是同一法院认定外卖平台不需要承担责任。参见江苏省南京市秦淮区人民法院（2019）苏0104民初8321号民事判决书。其他判决外卖平台承担用人者责任的案例，参见重庆市渝北区人民法院（2018）渝0112民初15083号；上海市宝山区人民法院（2019）沪0113民初14125号；浙江省平阳县人民法院（2019）浙0326民初6908号等等。又如，同城必应公司（闪送平台）与王氏鸿业公司签订《闪送全城配送代理运力合作协议》，授权王氏鸿业公司在北京市等地运营闪送业务，王氏鸿业公司雇用了张某某作为闪送员。在一次配送中，张某某撞伤了受害人。法院判决同城必应公司与王氏鸿业公司承担连带责任。参见北京市朝阳区人民法院（2020）京0105民初59634号民事判决书。

〔37〕 例如北京市第二中级人民法院（2022）京02民终190号民事判决书。

〔38〕 参见赖裕萱：《外卖骑手，困在系统里》，载微信公众号“人物”，2020年9月8日，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/Mes1RqIOdp48CMw4pXTwXw>，最后访问时间：2024年3月20日。

〔39〕 参见尹飞：《接受劳务一方侵权责任适用的体系性思考》，载《国家检察官学院学报》2023年第5期。相近观点参见王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023年第5期。

1192条，均可得出相同的结论，即个体工商户应当承担替代责任。^[40]（2）在风险归责的视角下，从业人员为完成个体工商户的工作任务而造成他人损害的，只要从业人员没有开启新的风险，那么该项损害就是个体工商户经营活动的固有风险现实化造成的，因此不管是将个体工商户界定为单位还是个人，均不影响依据风险归责原则判断个体工商户承担替代责任。事实上，个体工商户之所以有必要被纳入用人单位的范畴，是因为个体工商户应当为其从业人员缴纳工伤保险，从业人员自身受到损害时可以享受工伤保险待遇，所以个体工商户的雇工的法律地位不同于个人之间形成劳务关系中提供劳务的一方。

2. 执行职务的行为

用人者承担替代责任的另一条件是被使用者因执行职务（即执行工作任务或者提供劳务）造成他人损害。被使用者实施的行为是否属于执行职务的范围，一方面取决于该行为是否受到用人者的授权或指示，另一方面取决于该行为与工作任务或劳务是否具有内在联系。^[41]在实践中可能存在争议的是，如何判断一项行为与工作任务或劳务的内在联系。在风险归责视角下，“内在联系”应当具体化为被使用者实施的行为及其造成的损害来自用人单位经营活动的风险领域。

以用人单位的工作人员实施的行为构成自然人犯罪为例，该工作人员的行为是否属于执行职务？《民法典侵权责任编解释（一）》第17条第1句对此作出了明确规定，即“工作人员在执行工作任务中实施的违法行为造成他人损害，构成自然人犯罪的，工作人员承担刑事责任不影响用人单位依法承担民事责任”。该条采取了“工作人员承担刑事责任不影响用人单位依法承担民事责任”的表述，其言下之意是：工作人员实施的犯罪行为，不能一概被认定为不是执行工作任务，也不能一概被认定为执行工作任务。裁判者仍然需要在具体个案中进行判断。在风险归责的视角下，裁判者应当采取的标准是被使用者实施的活动是否延续了用人者经营活动的固有风险。根据这一标准，即便被使用者因故意或者重大过失实施违法行为，也可能是用人者经营活动的风险领域的延伸，因此用人者仍然应当承担替代责任。例如，物流公司雇用的司机违反交通规则构成交通肇事罪的，其驾驶机动车撞伤他人的行为，属于物流公司的固有风险；^[42]金融机构的工作人员利用职务之便实施诈骗行为的，属于金融机构经营活动的固有风险；^[43]保安公司外派的保安在建筑工地上为阻止他人进入工地，与他人发生口角，并且实施故意伤害行为的，也属于保安公司应当承担的固有风险。^[44]相比之下，商场猪肉摊铺的销售人员与顾客发生冲突，对顾客实施故意伤害行为的，则不属于商场或者该摊铺经营者的风险领域。^[45]由此可见，《民法典侵权责任编解释（一）》第17条第1句属于注意规定，其没有改变用人者替代责任的规则，只是提醒裁判者应当依法认定用人单位的替代责任。循此逻辑，尽管《民法典侵权责任编解释（一）》

[40] 不过有的观点认为，《民法典》第1192条第1款第1句的“由接受劳务一方承担侵权责任”应解释为法律为保护受害人利益而作的特别规范，其只是扩张了责任主体的范围，而没有排除提供劳务一方作为直接加害人的侵权责任。参见尹飞：《接受劳务一方侵权责任适用的体系性思考》，载《国家检察官学院学报》2023年第5期。

[41] 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第467页。

[42] 参见西藏自治区拉萨市中级人民法院（2016）藏01刑终26号刑事附带民事裁定书。

[43] 参见广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终6767号民事判决书。

[44] 参见陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01民终8690号民事判决书。

[45] 参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民终9362号民事判决书。

没有明文规定，但是该解释第17条第1句也应当适用于提供劳务一方在完成劳务过程中实施犯罪行为的场景。

（二）用人者替代责任的法律效果

根据《民法典》第1191条和第1192条的规定，被使用者在执行工作内容或者劳务时致人损害的，用人者承担替代责任，被使用者不对外承担责任，此乃“完全替代模式”。^[46]在历史上，我国侵权法曾经规定“有限替代模式”，即雇员构成故意或者重大过失的，应当与雇主承担连带责任（2003年《人身损害赔偿解释》第9条第1款第1句后段）。但是《民法典》以及2020年修订后的《人身损害赔偿解释》删除了有限替代模式，形成了用人者完全替代责任与定作人自己责任的二元结构。^[47]

然而，不管是理论界还是实务界都有观点主张，被使用者在某些场景中应当对外承担责任。有的学者主张以2023年修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第191条的规定为契机，^[48]重构侵权法用人者的有限替代责任，即被使用者（包括工作人员、提供劳务的一方以及帮工人）存在故意或者重大过失的，不仅用人者需要承担替代责任，被使用人也要对外承担责任，由此形成用人者和被使用人的连带责任。^[49]有的学者主张，《民法典》第1191条、第1192条和第1193条之间按照支配力和控制力逐渐减弱，形成了三个相互独立的、各自具有独特功能的责任承担规范。用人单位应当承担严格的替代责任，接受劳务的一方与提供劳务的一方承担不真正连带责任，定作人和承揽人按照各自的过错对受害人承担侵权责任。^[50]在实践中，被使用者明知用人者所要排放的废水将会污染环境，仍然按照用人者的指示进行排放的，法院通常判决被使用者与用人者承担连带责任；即便被使用者提出抗辩称，按照《民法典》第1192条的规定，应当由用人者一方承担替代责任，接受劳务一方不需要对外承担责任，法院也予以明确驳回，理由是：明知其排放废水行为会造成污染环境，仍接受安排听从指派，故意实施污染环境行为，构成共同侵权（甚至共同犯罪），应当与用人者承担连带责任。^[51]

笔者认为被使用者在某些场景中对外承担侵权责任，具有一定的合理之处。一方面，在风险归责视角下，用人者之所以承担替代责任，是因为被使用者实施的行为造成的损害来自用人者经营活动固有的风险领域，而非被使用者的风险领域。然而，这个假定可能存在例外：（1）损害来自被使用者的风险领域。例如被使用者的私人行为而非执行职务的行为造成损害的，不宜适用替代责任。（2）损害既来自用人者的风险领域，被使用者的所作所为也开启了一种新的风险，二者叠加共同造成了损害。例如，保安公司应该可以预见其雇请的保安可能在执行工作任务过程中与他人发生冲突，但是个别保安在发生冲突时动用武力，甚至使用管制刀具，则是作为被使用者的

[46] 参见王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023年第5期。

[47] 参见曹险峰：《〈民法典〉中用人者责任与承揽人责任之二元模式论》，载《法学家》2023年第1期。

[48] 《公司法》（2023年修订）第191条规定：“董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。”

[49] 参见王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023年第5期。

[50] 参见尹飞：《接受劳务一方侵权责任适用的体系性思考》，载《国家检察官学院学报》2023年第5期。

[51] 参见广东省高级人民法院（2021）粤民终1711号民事判决书；山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁02民初139号民事判决书。

保安附加的额外风险。因此 2003 年的《人身损害赔偿解释》第 9 条第 1 款第 1 句后段规定了雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。因为雇员在执行职务时存在故意或者重大过失的，意味着雇员的自身原因开启了新的风险。

另一方面，从体系解释的角度而言，在一些特殊场景中不认定被使用者与用人者承担连带责任，将会使侵权法体系产生不融贯之处。上文提到，用人者雇用被使用者的目的就是为实施违法行为，并且被使用者对此是明知的，若是允许被使用者主张《民法典》第 1191 条和第 1192 条中隐含的免责事由，那么将与《民法典》第 1168 条或者第 1169 条的规定产生评价矛盾。根据后二者的规定，当数个行为人具有共同加害的故意，或者一方明知他方意欲实施违法行为而提供帮助，该行为人均应承担连带责任。因此，在工作任务或者劳务本身就是违法行为的场景中，被使用者不得主张全由用人者承担替代责任，其自身也应当对外承担责任。除此之外，若是被使用者的行为构成犯罪，在刑法中需要承担刑事责任，但是在民法中却不需要承担赔偿责任，亦有法律评价不协调之嫌。

《民法典侵权责任编解释（一）》没有针对用人者替代责任的法律效果作出特别规定。在解释论上，不妨以《公司法》第 191 条的规定为契机，承认《民法典》第 1191 条和第 1192 条规定的完全替代责任存在隐藏漏洞（或称除外漏洞），^[52] 在特定场景中承认受害人对被使用者的损害赔偿请求权。问题在于被使用者对外承担赔偿责任的特定场景应当包括哪些。有的论者建议被使用者具有故意或者重大过失的，被使用者就要对外承担责任；^[53] 有的论者建议，在个人用工关系中，提供劳务的一方应当对外承担责任；^[54] 更加极端的观点是主张被使用者总是需要对外承担责任。^[55]

以上建议其实均采取了“规则”（rule）的路径。规则路径的优点在于，行为人可以事前（ex ante）明知其行为性质，而且预留给裁判者的自由裁量空间相对较小，因此有利于提高法律确定性；相比之下，标准则是一种裁判结果开放式的法律规范，行为人只有在事后（ex post）经过裁判者的判断才能知道自己的行为性质，因此不利于法律确定性。^[56] 但是，《民法典》第 1191 条和第 1192 条的规定恰恰不是以“行为规范”的方式、而是以“裁判规范”的方式发挥作用的，也就是说：不管是规定用人者承担完全替代责任，还是被使用者也要对外承担责任，这些法律规则不是被使用者作出行动的理由。在现实生活中很难想象人们事先考虑了自己的所作所为是由自己承担责任，还是由其用人单位承担责任，然后才作出行动。因此，在决定被使用者是否对外承担责任的时候，可以放弃“规则”路径，而采“标准”（standard）的路径。在风险归责视角下，当被使用者开启了新的风险，并且该项风险还不足以使被使用者的行为脱离执行职务的范畴时，被使用者就应当对外承担责任，并且用人者仍需承担替代责任，由此形成不真正连带责任〔或者

[52] 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 165 页。

[53] 参见张新宝：《侵权责任法》（第 5 版），中国人民大学出版社 2020 年版，第 151 页；王成：《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》，载《清华法学》2023 年第 5 期。

[54] 参见尹飞：《接受劳务一方侵权责任适用的体系性思考》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期。

[55] 参见孙鸿亮：《企业雇主责任的性质与雇员保护》，载《南大法学》2023 年第 1 期。

[56] 参见田源：《行为法律经济学视野中的“法律确定性命题”——以规则和标准的分类为线索》，载《法制与社会发展》2018 年第 2 期。

按照《民法典侵权责任编解释（一）》的表述“共同承担责任”]。至于被使用者是否在工作内容的范围之内开启了新的风险，则应当交由法官在具体个案中进行判断，从而最大限度地实现个案正义，此乃采取标准路径的题中之义。

四、被使用者自身遭受损害的归责原则

以上论证表明，《民法典》第1191条和第1192条中的用人者替代责任乃是责任承担规范，而非责任成立规范，并且风险归责乃是用人者承担替代责任的理由。然而，当被使用者自身遭受损害时，用人者是否承担侵权责任则属责任成立、而非责任承担的问题，该问题应当依据《民法典》第1165条等侵权责任成立的请求权基础规范进行判断。

（一）工作人员受到损害的情形

《民法典》第1191条没有规定用人单位的工作人员遭受损害时，用人单位是否应当承担侵权责任，也没有规定该侵权责任适用何种归责原则。这主要是因为：在单位用工关系中，用人单位通常应当参加工伤保险，用人单位的工作人员自身遭受损害的，可以享受工伤保险待遇。然而，工伤保险待遇可能无法覆盖工作人员的全部损害。工作人员在享受工伤保险待遇时，还可以向用人单位主张没有得到赔偿的财产损失或者精神损害。此时需要讨论用人单位是否承担侵权责任。

通常认为，《民法典》第1191条没有作出特别规定，因此用人单位的侵权责任依据《民法典》第1165条第1款规定的一般侵权责任即过错责任进行判断。^[57]这一观点值得赞同，这是因为：首先，《民法典》第1191条和第1192条之所以规定用人者为被使用者致人损害承担不以过错为要件的替代责任，是为了解决在侵权责任已经成立的情况下，该项损害应当由用工活动共同体中哪一主体承担的责任归属问题。因此这两个条文以风险领域或者控制力等因素为标准，规定用人者应当承担替代责任。相比之下，在被使用者自身遭受损害的案件中，用人者是否承担侵权责任，属于责任成立而非责任承担的问题，因此不能简单地将被使用者致害的归责原则转用于被使用者受害的场景中。其次，《民法典》第1192条在规范个人用工关系中提供劳务一方因劳务受到损害时，接受劳务一方的侵权责任是否成立时，采取了过错责任的归责原则。在法律没有作出特别规定的情况下，单位用工关系没有什么理由作出不同解释。最后，需要讨论的问题是，致使工作人员遭受损害的工作任务属于应当适用无过错责任的情形时，用人单位应当承担过错责任还是无过错责任。例如用人单位雇用工作人员从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具等作业的，工作人员在执行工作任务时遭受损害的，用人单位是否需要按照《民法典》第1240条承担无过错责任？在实践中，有的法院认为《民法典》第1240条中的“他人”仅限于与高度危险作业无关的第三人，不包括从事高度危险的工作人员。因此工作人员因高度危险作业遭受损害的，应当适用《民法典》第1165条的过错责任。^[58]这一观点值得肯定。危险责任之所以是无过错责任，是因为从事危险活动的主体开启、维持了危险，并且从危险活动中获益。用人单

[57] 参见程啸：《侵权责任法》（第3版），法律出版社2021年版，第474页。

[58] 参见青海省高级人民法院（2018）青民再10号民事判决书。

位的工作人员同样属于开启、维持危险，并且在危险中获益的主体，其应当属于危险责任的承担主体，而非受到该危险责任保护的主体。故此，即便工作人员执行的工作任务属于应当适用无过错责任的情形，在工作人员向用人单位主张侵权责任时，亦应适用《民法典》第 1165 条的规定。

（二）提供劳务一方受到损害的情形

《民法典》第 1192 条第 1 款第 3 句规定：“提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”根据这一规定，接受劳务一方承担的是过错责任。2003 年的《人身损害赔偿解释》第 11 条第 1 款第 1 句曾经规定“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任”，即采取了无过错责任的立场。然而考虑到实践中因提供劳务而自身遭受损害的情况较为复杂，^[59]《侵权责任法》第 35 条改为了过错责任的立场，《民法典》延续了《侵权责任法》第 35 条的规定模式。不过，有的学者认为采取过错责任并不妥当，违背了用人者责任的报偿原理，不利于提供劳务一方的权益救济。^[60]

提供劳务一方因劳务受到损害的，其向接受劳务一方的损害赔偿请求权，应当适用过错责任。这是因为：其一，从我国《民法典》侵权责任编对无过错责任的规定来看，若是涉及责任成立的层面，那么无过错责任均以危险作为归责事由，若是涉及责任承担的层面，那么无过错责任则以控制力、风险领域等作为归责事由。提供劳务一方因劳务遭受损害涉及的是责任成立的问题，而非责任成立之后的责任承担的问题，报偿原理只能用来证成责任承担的特别规定，还不足以证成责任成立层面上应当采取无过错责任。只有当该劳务涉及特别的危险时，才能采取无过错责任的归责原则。否则的话，接受劳务一方承担的不是无过错责任，而是结果责任，对接受劳务一方过于严苛。其二，上述观点认为采取过错责任并不妥当还有一个重要的理由是，要求接受劳务一方承担无过错责任，可以“促使任何人在决定究竟是自我服务还是接受他人服务时，三思而后行”^[61]。这一观点所想象的个人之间形成劳务关系的典型生活事实是雇用家政或者保姆提供服务的情形，^[62]针对这些情形，接受劳务的一方或许应该为提供劳务的一方的人身安全负责。然而在司法实践中，《民法典》第 1192 条以及此前的《侵权责任法》第 35 条主要适用的场景却是，包工头临时雇请小工共同完成特定劳务，该小工因完成劳务过程中的意外而遭受人身伤害。^[63]在我国的劳动力市场中，普遍存在“包工头”或者“兄弟班”的务工模式，某一个人寻得务工机会后邀请其熟识的其他个人（多为亲戚或者老乡）共同参与相关劳务。^[64]在此场景中，倘若后者在劳务过程中因意外而遭受人身损害，要求前者按照无过错责任承担全部赔偿责任似有不妥，至少这种类型的生活事实不同于雇请他人自己提供家政或保姆服务的生活事实。其三，提供劳

[59] 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社 2010 年版，第 168 页。

[60] 参见程啸：《侵权责任法》（第 3 版），法律出版社 2021 年版，第 480 页。

[61] 程啸：《侵权责任法》（第 3 版），法律出版社 2021 年版，第 480 页。

[62] 在起草《侵权责任法》时，“有的地方、法院和专家提出，现实生活中因雇佣保姆、家庭装修等在个人之间形成劳务关系的较多，提供劳务一方造成他人损害或者自己受到伤害的，由谁承担责任，草案对此应当作出规定”。张柏林：《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）〉修改情况的汇报》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2010 年第 1 号，第 15 页。

[63] 实践中存在大量此类案件，例如谈某委托郭某某完成卫生间的隔墙拆除工作，郭某某雇请杨某完成工作。在作业过程中，杨某不慎从脚手架上跌落受伤。参见甘肃省张掖市中级人民法院（2023）甘 07 民终 337 号民事判决书。

[64] 参见程士强：《进城创业：包工头家庭经济的实践逻辑》，载《社会学评论》2014 年第 2 期。

务一方因劳务遭受损害时，根据双方各自的过错承担相应的责任，可以有效地在双方之间分散损失，有利于在务工人员没有参加工伤保险时进行损失分担。

（三）承揽人受到损害的情形

《民法典》第1193条规定：“承揽人在完成工作过程中造成……自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。”根据这一规定，承揽人因工作而遭受损害的，定作人承担过错责任。就此而言，定作人与用人者承担的侵权责任在归责原则上是一致的，原则上均属于过错责任。由此产生的问题是：在提供劳务一方或者承揽人受到损害的情形中，区分《民法典》第1192条中的劳务关系还是第1193条中的承揽关系是否仍有实益。倘若没有实质性差异，那么提供劳务的一方或者承揽人受到损害的情形似乎可以进行统一规定，而不像现行法一样分别予以规定。

就归责原则而言，定作人与用人者对承揽人或者被使用者遭受损害的侵权责任固然一致，然而，在过错的判断上，定作人与用人者的注意义务存在差异：定作人不对现场作业负有指挥、管理或者监督的义务，而用人者则负有这些义务。这是因为定作人对承揽人不具有控制力，并且，承揽人所要完成的工作内容通常具有专业技术性，承揽人须自行提供工作设备或工具，因此开启了独立的风险。基于这些理由，定作人通常不对现场作业进行指挥、管理或者监督，因此在承揽人给他人造成损害时，定作人只对定作、指示和选任上的过错承担责任；同样，在承揽人给自己造成损害时，定作人也不应当对现场作业负有注意义务。^{〔65〕}例如，王某某到罗某、李某家从事安装橱柜的事务。王某某虽然没有木工资质，但是一直以安装或装修作业为生。在安装过程中，罗某和李某虽然提供了部分帮助，但是由于安装工作的专业技术性，他们没有对安装作业提出具体意见。王某某使用罗某、李某家中的磨光机时，因为倒装了锯片，导致王某某自身受伤。就此案件，法院认为罗某、李某与王某某成立的是承揽关系，而非劳务关系，鉴于王某某经常从事装修工作，因此罗某和李某的选任、定作或者指示没有过失，不应该对此承担侵权责任。^{〔66〕}相比之下，若是将委托他人完成事务的关系认定为《民法典》第1192条意义上的劳务关系，那么接受劳务的一方通常要对现场作业进行指挥、管理或者监督，即便是提供劳务的一方因意外或者自身过失遭受伤害（如从脚手架上摔下受伤），接受劳务的一方也要承担部分责任。^{〔67〕}

五、结 语

《民法典》第1191条至第1193条的主旨涉及为他人利益行事引发损害的责任承担规范，其中第1191条和第1192条规定的是用人者替代责任，而第1193条规定的是定作人自己责任。本文论证表明，除了控制力理论、报偿理论和深口袋理论以外，风险归责原则亦是用人者替代责任的证成理由。《民法典侵权责任编解释（一）》同样在一定程度上体现了风险归责的法律思想。尤其值得注

〔65〕 在一些案件中，法院要求定作人对现场作业承担注意义务，似乎对定作人要求过苛。参见陕西省汉中市中级人民法院（2022）陕07民终1974号民事判决书。

〔66〕 参见甘肃省天水市中级人民法院（2024）甘05民终20号民事判决书。

〔67〕 实践中存在大量此类案件，例如北京市第三中级人民法院（2023）京03民终19035号民事判决书等。

意的是，随着平台经济的迅速发展，企业的组织形式发生了变化，劳动力作为生产要素不再纳入企业的组织架构，而是回到市场中，形成了所谓的新就业形态人员。这些人员执行职务致人损害的，平台是否需要为此承担替代责任成为新问题。在风险归责的视角下，该问题的答案不取决于组织形式，而是取决于风险分配。依据风险归责理论，尽管《民法典》第 1191 条至第 1193 条的文字没有发生变动，但其仍然可以有效回应平台经济已经引发或者将来可能引发的新问题。

Abstract: Employer substitution liability pertains to responsibility allocation rather than liability formation, emphasizing distributive justice over corrective justice. Whether caused by employees, service providers, or contractors, the issue of liability formation is governed by Articles 1165 or 1166 of the Civil Code. In addition to theories of control, indemnity, or deep pockets, the theory of risk attribution supports employer substitution liability. Harm caused by an employee while performing duties reflects inherent risks of the employer's business, justifying the employer's responsibility. From a risk attribution perspective, the employment relationship and duty performance should be assessed based on whether the employee falls within the employer's risk domain. If new risks are created during duty performance and cause harm, the employee bears external responsibility. When the employee suffers harm, the employer's tort liability concerns liability formation and should be judged by Article 1165 of the Civil Code.

Key Words: employer liability, substitution liability, risk attribution, new employment forms

(责任编辑：徐建刚)