

# 罗炳福诉项金国通海水域人身损害责任纠纷案

## ——应以类型化方法区分雇佣与承揽

杨世民

### 【关键词】

雇佣 承揽 涵摄 类型

### 【裁判要旨】

当事人对构成雇佣抑或承揽产生争议，如可查明工作内容为修理的，应根据《合同法》第二百五十一条第二款的规定认定为承揽关系。雇佣合同中受雇人对雇用人以供给劳务本身为目的，承揽合同中承揽人以向定作人交付工作成果为目的，此为二者的根本区别。承揽人完成工作过程亦付出劳务，但该劳务已凝结转化至工作成果中，承揽人不得以其付出劳务为由主张与定作人构成雇佣关系。

### 【相关法条】

《中华人民共和国合同法》第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定做、修理、复制、测试、检验等合同。

《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条 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。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。

《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》第十条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

### 【案件索引】

一审：宁波海事法院（2017）浙 72 民初 2097 号（2018 年 10 月 10 日）

二审：浙江省高级人民法院（2018）浙民终 1037 号（2019 年 2 月 11 日）

### 【基本案情】

原告（上诉人）罗炳福诉称：请求判令项金国赔偿其人身损害各项损失 1018696.50 元。

被告（被上诉人）项金国辩称：一、罗炳福携带设备及材料，依据自身技能与经验，独立自主进行修理，双方构成承揽关系而非雇佣关系，根据《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《人损赔偿解释》）第十条，其作为定作人不承担赔偿责任；二、罗炳福诉称粉尘爆炸导致其受伤，无事实依据，事故发生时船舱中并无可引发燃爆事故的粉尘，罗炳福操作不慎导致发泡胶爆炸，责任应由其自行承担。

法院经审理查明，罗炳福与项金国均在浙江省嵊泗县务工，罗炳福从事木工，项金国从事捕捞。“沪崇渔 13033”船系项金国向他人租赁。2016 年 8 月中旬，项金国让罗炳福至该船修理保温舱内的破损泡沫，并出资让罗炳福购买两箱发泡胶以供修理。同年 8 月 16 日，罗炳福独自进入该船保温舱修理破损泡沫，修理过程中使用了发泡胶，期间发生燃爆事故，致罗炳福被烧伤，构成五级伤残。罗炳福有抽烟习惯，事故发生时随身携带有移动电话。事故发生后，项金国已支付罗炳福 40000 元。

### 【裁判结果】

宁波海事法院于 2018 年 10 月 10 日（2017）浙 72 民初 2097 号民事判决：一、项金国于本判决生效之日起十日内赔偿罗炳福 99498.36 元；二、驳回罗炳福其余诉讼请求。

罗炳福不服原审判决，提起上诉。浙江省高级人民法院于 2019 年 2 月 11 日作出（2018）浙民终 1037 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

### 【裁判理由】

法院生效判决认为：根据《合同法》第二百五十一条的规定，修理为典型的承揽合同类型。项金国让罗炳福对涉案渔船保温舱破损泡沫进行修理，罗炳福依约进行修理，双方间成立承揽关系，而非雇佣关系。根据民法原理，雇佣合同中雇员提供的是无形的

劳动力；承揽人提供的是工作成果，承揽人在完成工作任务过程中付出的劳动力，并非向定作人提供，而是承揽人完成其工作任务的手段，其向定作人提供的是无形劳动力凝结转化而成的工作成果。罗炳福以其从事修理活动主张与项金国成立雇佣关系，既与事实不合，亦缺乏法律依据。《合同法》未规定定作人对承揽人在完成工作过程中所受损害负严格责任，《侵权责任法》亦未将此情形规定为特殊侵权行为，故对罗炳福的主张应按一般侵权行为审理，适用过错责任原则。事故发生时仅罗炳福一人在保温舱内工作，其应对事故原因有基本认识，但庭审中其对起火原因、燃烧时间、火如何熄灭等均表示不清楚。因本案适用过错责任原则，罗炳福对涉案事故原因负有举证责任，现有证据无法证明事故原因，由此产生的法律后果应由其负担。项金国出资让罗炳福购买发泡胶，双方就使用该发泡胶修理保温舱破损泡沫达成一致意见。项金国作为长期从事捕捞的渔民及渔船承租人，应认识到发泡胶使用过程中会产生易燃气体，且渔船保温舱属密闭空间，空气流通性较差，两者之结合对罗炳福的人身安全构成潜在危险。项金国作为定作人，虽无须对罗炳福的人身安全承担严格责任或无过错责任，但前述潜在危险既系定作行为引起，项金国则不得忽视，应可预见却未预见该危险，未采取加强通风、安排人员进行现场监管、警示罗炳福作业时不得使用移动电话、明火等

合理措施，项金国的不作为与罗炳福所受损害具有因果关系，对罗炳福所受损害负有一定过错。但罗炳福不能证明涉案事故系项金国行为直接引发，结合涉案事故发生时保温舱内尚有冰若干，嵊泗县消防大队出具的未立案证明，以及罗炳福有抽烟习惯、事故发生时随身携带移动电话，且其未证明保温舱内有其他爆炸源等情况，本院认定两人过错比例为 80%：20%。结合本院认定的事故合理损失 647491.79 元及项金国的责任比例，扣除项金国已支付的 40000 元，项金国还须赔偿罗炳福 99498.36 元。二审法院予以维持。

### 【案例注解】

本案争议在于罗炳福与项金国间构成雇佣还是承揽，罗炳福主张构成雇佣，如此其可要求项金国举证证明对其受伤不具有过错，否则项金国即应承担赔偿责任；项金国辩称构成承揽，这样其便可要求罗炳福举证证明其对罗炳福所受伤害具有过错。故本案中，雇佣与承揽之争仅是表象，实质为二者背后的举证责任之争。区分雇佣与承揽，在债务专属性、人身保护义务、危险负担、合同解除权等方面的认定上另具相当价值。实践中常借助雇佣与承揽的定义区分二者，但因二者概念模糊、难以准确界定二者概念，以及该方法本质系适用涵摄推论方法而涵摄推论方法存在诸多缺陷，定义区分法往往效果不佳。笔者主张以类型区分法取而代之，通过经济、社会等视角深入剖析雇佣的本质，在准确把握

雇佣的社会化趋势及专业化趋势基础上，提出工作类型、合同主体、合同性质、营业关系等具体区分类型，以期准确区分雇佣与承揽，定分止争。

## 一、区分雇佣与承揽的意义与方法

### （一）意义

对受雇人在提供劳务过程中遭受人身损害雇主应承担何种责任这一问题，《合同法》因未规定雇佣合同而未作回应。《人身损害赔偿解释》第十一条第一项前段规定“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。”采取的是无过错原则。《侵权责任法》第三十五条则规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。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。”改采过错责任原则。该规定饱受学界批评，有观点认为：尽管立法者考虑的是接受劳务的一方作为个人，赔偿能力有限，因而规定为过错责任原则，但是这样无法为个人劳务的人提供安全保障，是不妥当的。<sup>①</sup>审判实践中亦无法严格执行该规定，要求受雇人对雇用人具有过错承担举证责任，多采取要求雇用人举证证明受雇人具有重大过错以加重雇用人举证责任的方式取得保护受雇人的效果。《合同法》承揽合同一章未规定承揽人在完成工作过程中遭受人身损害时定作人应承担何种责任。根据《人身损害赔偿解释》第十条的规定，定作人对定作、

---

<sup>①</sup> 杨立新：《侵权责任法条文背后的故事与难题》，法律出版社2018年版，第140页。

指示或者选任具有过失时，方应承担相应赔偿责任。据此可知定作人对承揽人承担的是过错责任。本案根本争议即在于举证责任分配问题。

自理论角度讲，区分雇佣与承揽还具有以下意义：一、债务专属性不同，劳务供给具有人身专属性，受雇人不得随意使他人代替本人提供劳务，雇用人亦不得任意要求受雇人向他人提供劳务；承揽合同关注的是工作成果，故《合同法》第二百五十三条规定承揽人仅须完成主要工作即可。二、人身保护义务不同，雇用人负有保护受雇人不因提供劳务遭受人身损害的义务；定作人无定作、指示或者选任过错的，对承揽人所受人身损害不承担赔偿责任。三、危险负担不同，受雇人提供劳务后可要求雇用人支付报酬，是否具有工作成果，在所不论；承揽人因故不能交付工作成果的，无权要求定作人支付报酬。四、合同解除权不同，雇用人无正当理由不得解除雇佣合同；定作人随时可解除合同，惟须对承揽人因此所受损害承担赔偿责任。

## （二）方法

### 1. 定义区分法之不足

就如何区分雇佣与承揽，实践中最常见也最流行的方法是定义区分法。我国虽至今无法律规定雇佣的定义，但参考我国台湾地区“民法”第 482 条、日本民法典第 623 条、德国民法典第 611 条的规定，结合我国民法学界关于雇佣的理论学说，可将雇佣定义为“当事人约定一方为他方提供劳务，他方给付报酬的合

同”；《合同法》第二百五十一条第一款明确了承揽的定义，据此可对两者作出区分。然而，笔者在审判实践中切实感受到此方法可操作性不强：

首先，两者的区别看似明确，实则模糊，何为提供劳务，何为交付工作成果，过于笼统抽象，且承揽人在完成工作过程中必付出劳务，其向定作人提供的工作成果中凝结了无形的劳动力，承揽人为自然人时二者尤其难以区分。尽管在理念上可以进行清楚的界定，但实际上常常存在着巨大的界定困难。这是因为：第一，所约定的是否仅为劳务抑或也包含成果（有时包含成果，那么包含何种成果），这常常可能颇具疑问。……第二，存在用以约定不同种类给付的合同：即此种合同不仅具有成果关连性，同时也具有行为关连性。<sup>①</sup>

其次，在“雇佣”、“承揽”等契约类型，对其究竟能否作精确的概念规定，即不无疑义，就此许多尝试在概念上清晰区分两者的（徒劳无功）努力，足资证明。<sup>②</sup>如法国民法典第 1710 条规定：“称劳动力的租赁者，谓当事人约定，一方为他方完成一定的工作，他方约定支付报酬的契约。”该条亦是雇佣的定义，但与我国台湾地区“民法”、日本民法典、德国民法典所规定之雇佣便存在较大区别。

再次，也是最为重要一点，定义区分法本质上是在适用逻辑

---

<sup>①</sup>〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谌译，法律出版社 2007 年版，第 285 页。

<sup>②</sup> Dazu Leenen, Typus und Rechtsfindung, S.147. 转引自〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 181 页。

学上的涵摄推论方法，通过将案件事实归入雇佣或者承揽概念中的法律构成要件，得出当事人基于特定案件事实形成的法律关系为雇佣抑或承揽的结论。但借助定义的概念适用，只有当且仅当该定义的全部要素在案件事实中全部出现时，概念始可适用于案件事实。（当事人）所主张之法律后果所依据的法律规范只有在这种情况下才可以适用，即其每一个事实构成要素都已经“实现”。也就是说，存在与每一个事实构成要素相对应的，可为其所涵摄的事实。<sup>①</sup>实践中这种情况较为鲜见，原因在于合同领域以合同自由为基本原则，当事人可自由作出约定而无须考虑法律对该合同类型的相关规定，其约定与法律关于合同类型的界定往往相龃龉，约定的内容与定义中的全部要素不能契合。本案中即存在项金国未与罗炳福明确约定报酬金额及支付报酬期限等情况。另外，涵摄推论最大的困难在于如何准确将案件事实归入法律构成要件中，其原因在于案件事实系以日常用语表述，法律构成要件则以规范性的法律语言表述，将前者转换为后者，除个别的典型情况，最终均须借助转换主体自己或者通过他人的感知以及社会生活经验方可实现。在此转换过程中，逻辑推理几无发挥作用余地，须借助法律评价、法律判断方可实现。

## 2.类型区分法之优势

鉴于定义区分法存在较多不足，有必要向类型化方法寻求帮助。类型也是一种规范生活事实的方法，按拉伦茨教授的观点，

---

<sup>①</sup>〔德〕齐佩利乌斯著：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第136页。

类型不能定义，只能描述，类型本身仅具有征兆或象征意义，借助一些例示的特征或事例来描绘案件事实。区别于概念，为描述类型而提出的各种因素无须全部出现，可谓处于一种滑动状态，可多可少、可强可弱。具体案件事实是否属于某一类型，取决于这些典型的因素在数量及强度上的结合程度，是否足以使该案件事实整体看来符合类型的形象表现。<sup>①</sup>类型的背后是立法者对特定生活事实的评价以及拟赋予该生活事实的法律效果，联结二者的是立法者所秉持的法律理由——通常为价值判断。探寻此类法律理由——事物的本质与法律效果间的联系，便成为我们固定类型的不二法门。故探寻雇佣及承揽的本质，即应成为区分二者的开端，以起到“正本清源”的作用。

## 二、自社会的视角考察雇佣与承揽

### （一）雇佣——由不平等到形式平等再到实质平等

#### 1. 古代社会——不平等

人精力的有限性决定其无法事必躬亲，通过他人完成自身事务在人类社会出现生活资料积累、社会生产分工后已成为必然。惟在古代社会，以农耕经济为主，工商业尚欠发达，使用他人劳动力从事生产的产业规模通常较小，主要局限于家庭生活内部且具有较为明显的人身依赖性或者不平等性。在我国古代，提供劳动力的形式主要有两种，主奴关系及雇工关系。前者主要是家奴，主人通过买卖、国家赏赐等形式取得家奴后，家奴丧失自由与人

---

<sup>①</sup>（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第100页。

格，成为一种商品，具有经济价值和劳动价值。后者主要是雇工，雇工接受定额工资为主家提供劳务，权利义务由双方协商确定，雇工仍保留自由及人格，契约结束时其提供劳务义务停止，同时解除与主家间的主仆关系。雇工虽与奴婢有间，但在佣工期间，究有主仆之名分，应受家长管教，如有过失，家长便得加以责罚。<sup>①</sup>在罗马法上，雇用仅以低级劳务或不自由劳务为标的，被作为租赁的一种。但由于认为其是以奴隶的租赁为原型，因此应该说当时的雇用可以说是属于物权法式的构成。<sup>②</sup>保留了较浓罗马法色彩的法国民法典，至今仍将雇佣规定在租赁合同下，该法第1711条第一款第三项即规定“雇佣即劳力或服役的租赁”。

## 2.近代社会一形式平等

从经济学角度讲，生产要素包括自然资源、劳动力以及资本。资本主义经济的蓬勃发展仅有自然资源与资本尚为未足，还要求市场能够供给自由充分的劳动力，这便将劳动力供给市场的人身依赖关系对经济发展的阻碍作用逐步暴露出来。经济发展的决定性作用，配合以启蒙运动中“人人生而平等”的理念，“从身份到契约”的社会发展大趋势在雇佣领域亦充分体现，受雇人得以独立自主的人格与雇用人就工作报酬、工作时间、工作地点等进行协商，受雇人可自由流动，极大促进了经济发展。故有学者总结认为经理人才不顾人身关系的雇用属于资本主义三个技术性

---

<sup>①</sup> 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2010年版，第268页。

<sup>②</sup> （日）我妻荣：《债权各论（中卷二）》，周江洪译，中国法制出版社2008年版，第3页。

格之一。<sup>①</sup>

### 3.现代社会—实质平等

然而，近代社会受雇人与雇用人之间的平等，其形式意义大于实质意义：基于抽象的人格平等理念，立法者仅关注两者签订合同的权利，而不关注合同的内容，盖其认为作为理性人的受雇人自会拒绝对其苛刻不利的合同。但受雇人与雇用人之间的各种不均衡尤其是悬殊的经济地位差别，决定了将保持合同内容公平合理的近代法理想寄托于两者间个别契约的想法，只能是镜花水月。实不能想象亟需解决自身温饱问题并供养家庭的受雇人，能够与拥有土地房产、设施的雇用人平起平坐、气定神闲地协商工作条件及报酬。于是，工会团体、团体协议等渐次产生，通过提高受雇人的谈判能力、规定工会与雇用人达成的团体协议适用于所有加入工会的受雇人等方式，调整受雇人与雇用人间失衡的权利义务状态。此趋势发展到后期，法律直接介入，通过对双方合同内容加以最低限度的规制，如规定最低工资制度、货币支付制度、八小时工作制等规定，确保受雇人的权益得到基本保障，维持社会平稳持续发展。我国台湾地区、日本、德国的雇佣立法，无不经历了该历程。由此，合同自由的民法基本理念受到限制，雇佣呈社会化趋势，逐步逃离民法领域，转由劳动法调整。总的来说，劳动法已发展成为一个独立的法律领域，在这里，社会（福利）原则具有重要的意义。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店2015年版，第34页。

<sup>②</sup>〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第74页。

我国在劳动力供给方面有着不同的演进路径。20世纪50年代公私合营改造完成后，私营经济已无存在的社会土壤。国营经济及集体经济下，对企业与工人间本质为一种劳动力供给关系的理论持怀疑态度。在我国是由工人阶级领导的人民民主专政的社会主义国家的理论指导下，我国劳动方面的法律法规相当发达，民法领域的雇佣理论相对未获足够重视，其所发挥的作用亦远低于劳动法律法规。这可自《劳动法》于1994年制定、《劳动合同法》于2012年制定，至今无一部法律就雇佣作出规定中窥得一二。

## （二）承揽—雇佣专业化发展之结果

随着人类文化之提升，经验之传承积累，智慧性、技能性劳务需求，日益增加，单纯提供劳务之雇佣，其重要性相对减低，相对于此者，则为注重事务处理过程及劳务结果之契约类型，日渐盛行。<sup>①</sup>雇佣在劳务型合同中不再一家独大，事务处理型、劳务结果型合同日渐增多且经济社会作用愈发重要。我国台湾地区“民法”债编中，单纯提供劳务的合同限于雇佣；事务处理型合同包括委任、经理人、代办商、居间、行纪、寄托、仓储；劳务结果型合同包括承揽、旅游、出版、运送、承揽运送。日本民法典中，单纯提供劳务的合同亦仅为雇佣；事务处理型合同包括委任、寄存；劳务结果型合同则为承揽。德国民法典中，单纯提供劳务的合同包括雇佣合同和治疗合同；事务处理型合同包括居

---

<sup>①</sup> 邱聪智：《新订债法各论（中）》，姚志明校，中国人民大学出版社2006年版，第7页。

间、悬赏广告、委托、有偿事务处理、付款服务、寄托；劳务结果型合同包括承揽、旅游。《合同法》就单纯提供劳务合同未作规定；事务处理型合同包括保管、仓储、委托、行纪、居间；劳务结果型合同包括承揽、建设工程、运输、技术。通过考察劳务性合同类型的沿革，可知此类合同呈日益专业化趋势，不同的合同类型对应不同的规则。在法律适用上，有特别规定时应适用特别规定。然而有时为解释或者补充特别规则，人们可以回想一下较为特殊的类型系源于何种较为一般的类型，这是有好处的。<sup>①</sup>

雇佣的社会化趋势与专业化趋势，既属其本质，则应成为以类型化方法区分雇佣与承揽的基础。

### 三、自规范的视角区分雇佣与承揽

#### （一）工作类型区分法

《合同法》第二百五十一条第二款规定：“承揽包括加工、定做、修理、复制、测试、检验等工作。”据此，如某项工作可定性为加工、定做、修理、复制、测试、检验等，则可将当事人间法律关系界定为承揽。《合同法》第二百八十七条规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”结合我国台湾地区“民法”、日本民法典、德国民法典承揽合同一章中关于建设工程合同的规定，可知建设工程合同系衍生自承揽合同衍生，其包含的工程勘察、设计、施工合同亦可界定为承揽合同的特殊类型自不待言。据此，如某项工作可定性为工程勘察、设计、施工，

---

<sup>①</sup>〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第244页。

则当事人间的法律关系亦应界定为承揽。工作类型区分法以雇佣的专业化趋势为基础，不足之处在于仍须在一定程度上依赖涵摄推论方法。本案中，适用此方法可认定罗炳福与项金国构成承揽关系。

## （二）合同主体区分法

上文已述，单纯提供劳务的方为雇佣。疑问在于提供他人劳务者是否属于雇佣，笔者认为雇佣情形下应限于提供自身劳动力，提供他人劳动力的应认定为劳务供给合同，可由《劳动合同法》中的劳务派遣制度调整。故受雇人应限于自然人，其他组织、法人因无法直接提供劳动力而不能成为受雇人。另外，根据《劳动合同法》第二条的规定，我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系以及国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同的，适用该法或者依照该法执行。据此，如雇用人非属自然人的，其与受雇人间的劳务供给关系应由《劳动合同法》调整，即构成劳动关系，而不能界定为雇佣，双方是否签订书面协议，在所不论。但这一原则不可绝对贯彻，如雇用人属于《劳动合同法》规定的用人单位，受雇人已逾退休年龄，受制于社会保障制度其无法享受相应的社会保障，此类受雇人不能成为《劳动法》《劳动合同法》上的适格劳动者，双方间不能成立劳动关系，又转而成立雇佣关系。合同主体区分法以雇佣的社会化趋势为基础，不足之处在于其属“排除法”，仅可确

定某情形不属于雇佣，而不能界定该情形是否属于承揽。本案中，罗炳福、项金国均系自然人，适用此方法无法排除双方不构成雇佣关系。

### （三）合同性质区分法

雇佣可为短期合同，如提供一次性劳务情形，但通常为长期合同。在均属长期合同情形下，承揽为一时性合同，雇佣则为继续性合同。一时性之债，又称非继续性之债，是指一次给付便能实现的债。买卖、赠与、承揽等合同关系均属此类。……继续性之债，是指其内容非一次性给付可完结，而是继续地实现的债。其基本特色在于，时间因素在债的履行上居于重要地位，总给付的内容取决于应为给付时间的长短，换言之，随着履行时间的推移在当事人之间不断地产生新的权利义务。<sup>①</sup>由此可言，定作人、承揽人之间的权利义务状态是固定的，双方间关系可随一次履行完毕而告终结；雇用人、受雇人间的权利义务状态则处于持续之中，给付不是一次履行即可完成，双方间权利义务随着受雇人一次次的提供劳务而逐渐增加，至雇佣期限届满方形成总的给付。合同性质区分法以雇佣的专业化趋势为基础，不足之处在于仅适用于长期合同，遇短期合同则无用武之地。本案中，双方间权利义务关系可随罗炳福修理完毕行为而告终结，适用此方法亦可认定双方构成承揽关系。

### （四）营业关系区分法

---

<sup>①</sup> 崔建远：《债法总论》，法律出版社 2013 年版，第 37 页。

司法实践中，民事雇佣如家庭雇用保姆虽不少见，但雇佣的本质作用得以发挥更多体现在商事雇佣上，即以经营特定事业为目的的雇佣。以浙江沿海地区最为常见的渔业捕捞为例，一艘渔船便是一个基本生产经营单位，船东以渔业捕捞为业，往往既是船长又是雇用人，船上人员除了其直系亲属外均受其雇佣。如接受劳务一方不以经营为目的，其与提供劳务一方之间成立的通常不是雇佣关系。如农村建房过程中建房人员受伤，因房主系建房自住，并非以建房作为其经营事业，其与建房人员间权利义务关系认定为承揽更为妥当。当事人一方所提供的劳动是其独立的业务或者经营活动，还是构成合同相对方的业务或者经营活动的组成部分，<sup>①</sup>便是营业关系区分法的具体化。另外，此方法还衍生出从属关系考察法及提供劳动工具/设备考察法。现代法上受雇人与雇用人人格平等，但不意味着双方合同地位也平等：雇用人作为经营者，须提供工作场所以及劳动工具/设备，并组织人员生产经营，必规定劳动纪律以规范人员生产经营活动，否则其营业必定难以为继。受雇人在雇佣合同中居于从属地位，应为不争之事实；通常情况下，受雇人仅提供劳动力。承揽人与定作人则处于完全平等地位，定作人无权指挥、干涉承揽人的工作；承揽人系以自己的设备、技术和劳力完成工作，应自备劳动工具或设备。营业关系区分法以雇佣的社会化趋势为基础，不足之处在于不适用于民事雇佣。本案中，罗炳福以做木匠活为业，项金国以

---

<sup>①</sup> 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 157 页。

渔业捕捞为业，罗炳福涉案修理活动并非项金国渔业捕捞营业活动组成部分，适用此方法亦可认定双方构成承揽关系。

以上四种具体区分方法各有不足，却系类型区分法固有属性的表征，类型毋宁总是处于滑动变化之中，各类型如何结合、结合至何种程度方可据以区分雇佣、承揽，实不可仅作概念上的考察，必深入考察二者的经济作用、社会作用、历史沿革及运行原理等，以期能够取其堂奥，得事半功倍之效。

（一审合议庭成员 姚雪峰 肖琳 杨世民  
二审合议庭成员 苗青 姜裕峰 黄青  
编写人 杨世民）