

余妙宏,徐润. 船员人损责任纠纷适用法律之司法考察[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(4): 45-54

船员人损责任纠纷适用法律之司法考察

余妙宏¹, 徐润²

(1. 浙江万里学院 法学院, 浙江 宁波 315100; 2. 北京炜衡(杭州)律师事务所, 浙江 杭州 310011)

摘要: 船员是航运产业的重要组成部分, 因其工作的高风险性, 用工期间易发人身损害事故。对船员与自然人船东间的人损责任纠纷进行司法考察, 并提出以下观点: 船员与自然人船东之间在法律关系上应定性为雇佣关系而非个人劳务关系, 应适用《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》, 仅在船员故意或重大过失时方能减轻船东的赔偿责任, 挂靠经营下企业船东应与自然人船东承担连带赔偿责任。

关键词: 船员人身损害; 雇佣关系; 劳务关系; 挂靠经营

中图分类号: D923 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2020)04-0045-10

Judicial investigation of the applicable law for the disputes of the crew's liability for damage

YU Miao-hong¹, XU Run²

(1. Law School, Zhejiang Wanli University, Ningbo 315100, China; 2. Hangzhou Branch, W&H Law Firm, Hangzhou 310011, China)

Abstract: Seafarers are an important part of the shipping industry. Due to the high risk of their work, they are prone to personal injury accidents during employment. Based on the judicial inspections of human injury liability disputes between seafarers and natural person shipowners, the study believes that the legal relationship between the crew and the natural person shipowner should be characterized as employment relationship rather than personal labor service relationship, and the *Interpretation of the Supreme People's Court of Some Issues concerning the Application of Law for the Trial of Cases on Compensation for Personal Injury* should apply. The shipowner's liability can only be reduced when the crew has intention or gross negligence. The shipowner of the enterprise shall bear joint liability with the natural person shipowner in the operation of affiliation of ship.

Key words: crew personal injury; employment relationship; labor service relationship; affiliation of ship

船员是海洋命运共同体的重要成员, 是航运产业不可缺少的组成部分。海上作业风险性高, 船员在工作期间易发生工伤事故, 导致失踪、死亡或受伤, 其发生人损的概率远大于其他普通行业的劳动者。而船员用工模式及法律关系又较为复杂, 根据用工主体(雇主)不同, 可以分为三类: 其一, 船员与“用人单位”^①船东之间形成的劳动关系或事实劳动关系; 其二, 船员与自然人船东之间形成雇佣关系或劳务关系; 其三, 自然人船东将船舶挂靠在企业船东

名下经营时, 船员与自然人船东以及名义上的企业船东之间形成不同性质的法律关系。自然人船东涉诉风险高已成为近年来船员人身损害责任纠纷的特点之一, 《宁波海事法院船员权益司法保护情况通报(2016—2018年)》显示, 近三年以自然人船东为被告的案件占比高达65%。

在保障船员合法权益的时代背景下, 笔者以司法实践为切入点, 以船员与自然人船东间人损责任纠纷为研究对象, 就其法律关系的定性、法律的适

收稿日期: 2020-09-30

基金项目: 2019年国家社科基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项“海洋命运共同体视阈下海法体系构建研究”(19VHQ001)

作者简介: 余妙宏(1976-), 男, 浙江淳安人, 法学博士, 浙江万里学院法学院副教授, 中国海事仲裁委员会仲裁员, 浙江省法学会海商法学研究会副会长兼秘书长, E-mail: yumh8990@163.com; 徐润(1987-), 女, 浙江杭州人, 北京炜衡(杭州)律师事务所专职律师, 北京炜衡律师事务所海商海事专委会委员, E-mail: xurun@weihenglaw.com。

① 依据《中华人民共和国劳动法》(简称《劳动法》)与《中华人民共和国劳动合同法》, 用人单位指的是“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业等组织”。

用、责任的承担等展开实证研究。为突出案件的典型性,笔者搜集、统计与分析了全国原十家海事法院上诉案件及再审案件的判决结果,通过研究以期对解决船员人身损害责任纠纷以及最高人民法院起草的船员纠纷司法解释条款的完善有所裨益。

一、案件数据获取与研究范围

船员因工造成人身损害是船员劳务纠纷的主要类型,笔者采用实证分析的方式展开研究。笔者选择无讼案例网和 Alpha 数据库,以 2010 年至 2019 年共十年期间法院就船员人身损害责任纠纷案件的二审(包括再审)裁判案件为分析基础。船员劳务(劳动)合同(含船员劳务派遣协议)项下人身伤亡赔偿纠纷依然适用“海上、通海水域人身损害责任纠纷”这一案由而未对基础法律关系进行区分,^{[1]76-77}因此,笔者将检索案由定为“海上、通海水域人身损害责任纠纷”,添加“雇佣关系”“劳务关系”“劳动关系”为关键词进行检索,并进一步将检索范围限定在高级人民法院与最高人民法院的二审

(再审)判决。

经两个数据库的检索及交叉比对,笔者筛选出符合条件且具有研究价值的案件数量为 108 件,在把船东限定为自然人后案件数量缩减为 87 件,其中有 12 个案件为自然人船东挂靠在企业名下经营。通过对这 87 个案件(简称样本案件库)的深入分析归纳,重点研究了在目前司法实践中对船员用工法律关系的认定以及法律适用的状况。

按照各法院判决的数量统计,山东省高级人民法院二审判决数量最多,为 23 件;其次为辽宁省高级人民法院,为 21 件;随后是浙江省高级人民法院,为 15 件。其余各省高级法院二审判决数量均在 10 件以下,分别为广西壮族自治区高级人民法院 7 件,广东省高级人民法院与福建省高级人民法院各 6 件,湖北省高级人民法院 4 件,天津市高级人民法院和上海市高级人民法院各 2 件,海南省高级人民法院 1 件,具体如图 1 所示。

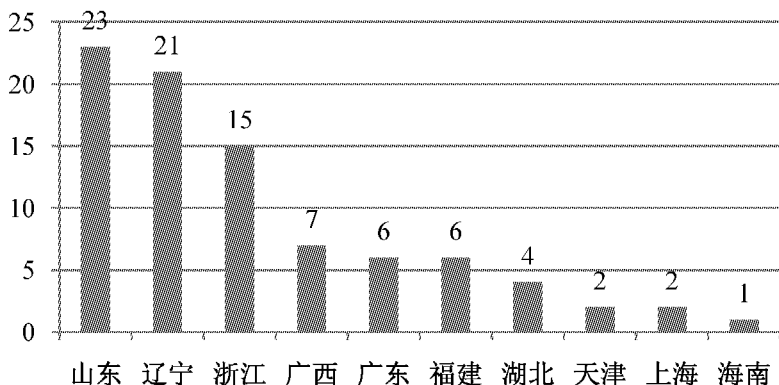


图 1 各高级人民法院判决的船员人损责任纠纷案件数量

按涉及的行业统计,涉及到渔船或者渔业作业的人身损害纠纷有 68 件,占全部案件的 78.16%。故从全国范围来看,涉渔船船员受伤的案件数量比例较 2019 年 6 月公布的《宁波海事法院船员权益司法保护情况通报(2016—2018 年)》中所通报的涉渔船船员受伤比重占 71% 的结果更高。

另外,检索获得最高人民法院民事裁定书 8 份[其中有 7 份属上述样本案件库中案件的再审(申请)案件],大部分判(裁)决时间集中在 2017—2018 年。最高人民法院对样本案件库中的再审申请都予以了驳回,但在 2019 年的“黄周吉、杨风菊海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^①中,最高人民法院以

“本案二审判决认定事实不当,适用法律错误”为由,判令山东省高级人民法院再审此案。

二、船员与自然人船东之间责任纠纷适用法律的冲突

在用工期间船员因劳务自身受损(含失踪、死亡),船员及其家属向自然人船东提出索赔,其争议的焦点主要有以下三点:其一,法律关系如何定性:是认定为雇佣关系还是个人劳务关系?其二,如何适用法律:是适用《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》(简称《人身损害赔偿解释》)第 11 条^②还是《中华人民共和国

① 参见最高人民法院(2019)最高法民申 3040 号,裁决日期 2019 年 8 月 27 日。

② 《人身损害赔偿解释》第 11 条第 1 款规定:“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。”

侵权责任法》(简称《侵权责任法》)第35条^①?其三,如果适用《侵权责任法》第35条规定的过错责任,举证责任如何分配:是由船员证明自然人船东有过错,还是反之由自然人船东证明船员有过错,亦或由自然人船东证明自己没有过错?

(一) 认定法律关系的冲突

法律关系的定性是解决船员人身损害责任纠纷案件的基础,准确认定法律关系决定了法律的正确适用,是否正确适用了法律又决定了责任承担判决的公平合理与否。

笔者对各高级人民法院所判决的自然人船东的87个案件进行了统计与分析,不难看出各法院关于法律关系的理解比较混乱,判决书明确指出双方为“雇佣关系”的判例为24个,为“劳务合同关系”的为11个,为“个人劳务关系”的仅为2个。更多的案件中则是交叉使用“雇主”“雇员”“受雇佣”“雇佣”“从事雇佣活动期间”“提供劳务过程中”等模棱两可的描述,具体如图2所示。笔者认为,正是对雇佣关系与劳务关系混乱的理解造成了在最终判决中法律适用的冲突。

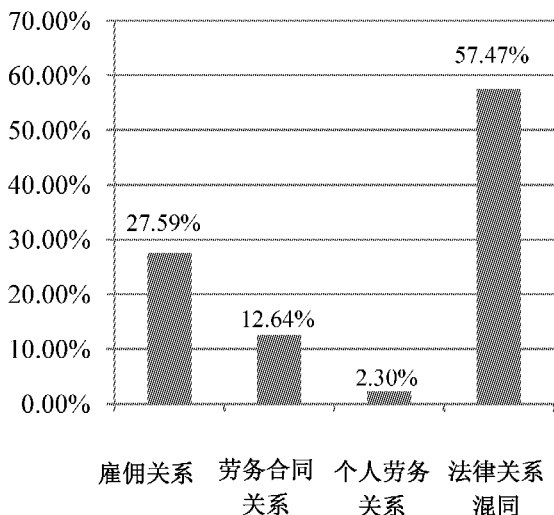


图2 船员与自然人船东之间法律关系的司法认定

(二) 适用法律的冲突

对船员与自然人船东之间法律关系识别的不同导致了法律适用的不同。在《侵权责任法》施行之

前,理论和认识上本已渐趋一致,审判实践中亦不再分歧,即认定船东对船员劳务人身损害承担无过错责任,适用《人身损害赔偿解释》。^{[2]53-54}但自2010年7月1日《侵权责任法》实施后,船东责任的法律适用却开始陷于不确定之中。因为无论依据新法优于旧法的原理,还是法律的效力高于司法解释的要求,理论普遍认为在《侵权责任法》实施后,有关个人劳务关系下判定雇主责任应适用《侵权责任法》第35条而不再继续适用《人身损害赔偿解释》第11条的规定。部分法院认为在《侵权责任法》实施后,继续适用《人身损害赔偿解释》的合法性与正当性已不复存在,故不宜在裁判文书中再直接引用。

但据笔者统计,国内各个法院统一适用《侵权责任法》第35条的局面并未形成。仅就样本案件库中的87个案件而言,继续适用《人身损害赔偿解释》的案件有48个,占比超过50%;而适用《侵权责任法》的案件有31个,仅占到三分之一左右;值得注意的是其中有3个判决中同时援用了《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》。适用其他法律规则或者法律适用不明确有11个案件,包括适用《中华人民共和国民事诉讼法》第5条和第132条之公平规则或适用《侵权责任法》第6条和第26条之过错相抵等,具体适用如图3所示。

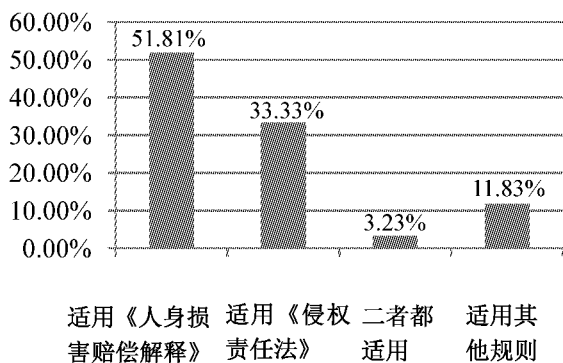


图3 船员与自然人船东人损责任纠纷法律适用情况

从各高级人民法院的法律适用情况来看,除广东省高级人民法院一贯坚持适用《侵权责任法》^②,以及由于案件数量过少(天津、上海、海南少于2件)无法得出法律适用的倾向性结论的外,其他法

^① 《侵权责任法》第35条规定:“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。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”。将于2021年1月1日实施的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第1192条“个人劳务关系中的侵权责任”的规定与《侵权责任法》第35条规定后半段的内容一致,为论述的需要,文中依然称为《侵权责任法》。

^② 广东省高级人民法院共审理6个案件,全部适用《侵权责任法》第35条。参见(2015)粤高法民四终字第186号,判决日期2015年12月29日;(2016)粤民终1983号,判决日期2017年4月1日;(2016)粤民终954号,判决日期2016年11月25日;(2017)粤民终522号,判决日期2017年6月2日;(2017)粤民终2329号,判决日期2017年12月6日;(2017)粤民终2456号,判决日期2017年12月28日。

院都出现了前后适用法律不统一的情况。其中山东省高级人民法院23个案件中有15个案件适用《人身损害赔偿解释》,4个案件适用了《侵权责任法》,1个案件同时援用了《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》;辽宁省高级人民法院21个案件中有17个案件适用《人身损害赔偿解释》,2个案件适用《侵权责任法》;浙江省高级人民法院15个案件中有7个案件适用《人身损害赔偿解释》,8个案件适用《侵权责任法》,2个案件同时援用了《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》。

以案件数量最多的山东省高级人民法院的判决为例,该院适用《侵权责任法》的案件主要集中在2014年年末至2015年期间;2016年后,该院仅在“计玲玲与宋振江、单国亮海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^①中适用了《侵权责任法》(该案最终判决船东承担全部赔偿责任),其余案件或是适用《人身损害赔偿解释》,或是适用了其他法律规定。

再看辽宁省高级人民法院的判决,该院全部21个案件均为渔船船员受伤的案件,该院适用《侵权责任法》第35条的案件仅有2个,比例不足10%。除高达80.95%的案件适用《人身损害赔偿解释》外,笔者发现该院在判定船东责任的归责原则上有从过错责任向无过错责任的明显转变:该院在2014年“李树田与苗秀萍海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^②中维持了一审大连海事法院适用《侵权责任法》第6条判决船东承担70%损害赔偿责任的結果;但到了2017年“谷钧宝、辛洪华海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^③中,该院又转而维持了一审大连海事法院适用《侵权责任法》第7条判决船东承担全部损害赔偿责任的結果。

在判定船东责任应当适用何种归责原则的问题上最纠结的当属浙江省高级人民法院。该院在2015年“陈清方与陈清云海上人身损害纠纷案”^④中曾纠正了一审法院同时适用《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》的偏差,明确法律适用规则如下:《侵权责任法》施行后发生的侵权行为引起的民

事纠纷案件,应适用《侵权责任法》的规定,原《人身损害赔偿解释》规定雇主对雇员受伤承担无过错责任的归责原则不再适用。但随后2017年至2019年判决的8个案件(排除1个驳回原告起诉^⑤)中,一审宁波海事法院适用《人身损害赔偿解释》的案件数量仍有5个之多,浙江省高级人民法院虽然对当事人双方是否存在过错有所论述,但均维持了原判且并未对一审法院适用法律问题予以指出或纠正。值得注意的是,在2018年“王义考、唐安武海上、通海水域人身损害责任纠纷案”与2019年“严夏道、叶亚珍海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^⑥中,一审判决依据中既有《侵权责任法》,也有《人身损害赔偿解释》,且貌似更侧重于后者。二审并没有对法律适用问题加以明确,且判决书中表述为“作为船东、雇主对于涉案船舶疏于管理,对船员受伤存在过错,应赔偿损失。”

在以何种归责原则判定船东责任上反复转换的还有福建省高级人民法院。从该院在样本案件库中的6个案件^⑦来看,2010年和2014年的2个案件中法律关系被认定为雇佣关系,适用《人身损害赔偿解释》。在随后2015年至2019年上半年的3个案件中,该院转而适用《侵权责任法》。在2019年底最新的第6个案件中该院立场又再次发生了转变,认为双方系雇佣关系,不属于劳动合同关系,应适用《人身损害赔偿解释》。在该案件中,一审厦门海事法院还对不应当适用《侵权责任法》的原因从立法背景、法律适用现状以及法律关系的性质三个方面给予了详细的理由,二审法院予以了维持。

(三) 举证责任的冲突

依法理船员与自然人船东的法律关系如果适用《人身损害赔偿解释》,则自然人船东对于船员人身损害的赔偿责任为无过错责任;而如果适用《侵权责任法》第35条后半段规定,则自然人船东对于船员人身损害的赔偿责任为过错责任。

1. 无过错责任下的举证责任

笔者通过对48个适用了《人身损害赔偿解释》

① 参见(2018)鲁民终1947号,判决日期2018年11月23日。

② 参见(2014)辽民三终字第90号,判决日期2014年6月12日。

③ 参见(2017)辽民终955号,判决日期2017年11月3日。

④ 参见(2014)浙海终字第148号,判决日期2015年5月13日。

⑤ 参见(2018)浙民终1042号,判决日期2019年1月11日。

⑥ 参见(2018)浙民终133号,判决日期2018年3月26日;(2019)浙民终1468号,判决日期2019年12月18日。

⑦ 参见(2010)闽民终字第524号,判决日期2010年9月20日;(2014)闽民终字第555号,判决日期2014年5月29日;(2015)闽民终字第2099号,判决日期2016年7月1日;(2017)闽民终123号,判决日期2017年3月28日;(2019)闽民终55号,判决日期2019年6月18日;(2019)闽民终1631号,判决日期2019年12月24日。

的案件作进一步分析发现,其中有5个案件^①一审法院在判决结果中均根据船员自身过错酌定判决自然人船东按比例承担赔偿责任,二审法院对法律适用及结果都未予纠正。除前述5个直接按比例降低了自然人船东赔偿责任的案件外,还有5个案件虽最终判决都是自然人船东承担了全部的损害赔偿赔偿责任,但在审理过程中,都对船员是否存在过错/故意/过失进行了论述。因此,从审判实践角度来看,就船员受雇于自然人船东期间发生的人身损害赔偿案件,无论援引《人身损害赔偿解释》还是《侵权责任法》的规定,法院都会关注在事故中船员自身是否存在过错,最终判决雇主是否需要承担责任也正从无过错责任原则向过错责任原则转变,但更接近于理论上的“严格责任原则”。

2. 过错责任下的举证责任

举证责任的分配事关船员权益的保护,比如“陈世珠等与王玉琼等海上人身损害赔偿纠纷案”^②中,广州海事法院认为船员须承担举证责任证明船东有过错,因船员无法举证,最后判决船东不承担赔偿责任,仅需向船员支付5万元的补偿款;但广东省高级人民法院认为应该由船东对船员的过错承担举证责任,由于船东举证不能所以改判由船东承担全部赔偿责任。

如前所述,在审判实践中法院有逐渐向采用《侵权责任法》第35条之过错责任原则转变的趋势,但法律并未规定举证责任如何分配。实践中,对于过错及相应过错责任比例的确定有几种做法:其一,由船员证明自然人船东对船员人身损害结果有过错;其二,由自然人船东证明船员对损害结果发生有过错或者证明自己没有过错;其三,由法院酌情或综合认定各自的过错比例。

在31个适用了《侵权责任法》第35条的案件中,法院判决由船员和自然人船东按过错比例承担责任的案件有18个。笔者对这18个案件作了进一步分析,在举证责任的分配上,仅2个案件中明确说

明了需由自然人船东举证证明船员有过错,而剩余16个案件都是由法院“酌情”认定或者“综合考虑”认定双方的过错及比例,并未严格按照举证责任的分配,由船员或者自然人船东进行举证。因此,在笔者看来法院拥有一定的自由裁量权:比如“许连杰、冯桂英等与杨喜华、张文等海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^③中,青岛海事法院认为许德龙和张君波应分别承担本次事故的次要责任和主要责任,即分别承担30%和70%为宜;而山东省高级人民法院二审则认为许德龙无过错,雇主张君波承担全部责任。再如,在“任广艳、丁雪与刘云莲海上人身损害责任纠纷案”^④中,大连海事法院认为丁维福的重大过失造成其自身的死亡后果,刘云莲对任广艳、丁雪因丁维福的死亡造成的各项损失给予20%的赔偿比例应属合理;而辽宁省高级人民法院则认为综合考虑本案全部情况,在丁维福落水死亡事故中,刘云莲及丁维福应当各承担50%的责任。

(四) 最高人民法院态度不明

笔者对当事人向最高人民法院申请再审的6个案件^⑤进行分析:最高人民法院在查明部分都维持了一、二审法院的法律适用,全部再审申请都被驳回。但回溯原审法院的法律适用,除在“陈金奖、黄克明海上、通海水域人身损害责任纠纷案”中一审北海海事法院适用了《侵权责任法》外,其余5个案件一审海事法院都适用了《人身损害赔偿解释》。

在2014年“冯志富与蔡炳常海上人身损害赔偿纠纷案”^⑥中,最高人民法院认为一、二审判决认定双方系雇佣法律关系,适用《人身损害赔偿解释》并无不当,申请再审人认为本案应适用《侵权责任法》缺乏事实依据和法律依据。在2017年“叶寿云等诉裴某等通海水域人身损害赔偿纠纷案”^⑦中,最高人民法院认为原判决适用《人身损害赔偿解释》是正确的。在2018年“冷教录与王兴义海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^⑧中,最高人民法院认定一、二审法院适用《侵权责任法》以及

① 参见(2015)鲁民四终字第62号,判决日期2015年7月23日;(2017)鄂民终619号,判决日期2017年6月19日;(2017)浙民终319号,判决日期2017年6月26日;(2018)辽民终179号,判决日期2018年3月16日;(2019)辽民终238号,判决日期2019年10月8日。

② 参见(2015)粤高法民四终字第186号,判决日期2015年12月29日。

③ 参见(2015)鲁民四终字第36号,判决日期2015年12月29日。

④ 参见(2019)辽民终238号,判决日期2019年10月8日。

⑤ 参见(2012)民申字第1289号、(2014)民申字第1406号、(2017)最高法民申3699号、(2018)最高法民申631号、(2018)最高法民申2396号、(2018)最高法民申2883号。

⑥ 参见(2014)民申字第1406号,裁决日期2014年11月5日。

⑦ 参见(2017)最高法民申3699号,裁决日期2017年9月30日。

⑧ 参见(2018)最高法民申631号,裁决日期2018年3月28日。

《人身损害赔偿解释》的有关规定正确。在2018年“陈金奖、黄克明海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^①中,最高人民法院认为:“根据《侵权责任法》第35条的规定,……,一审判决酌定黄跃南承担20%的责任,二审判决予以维持,并无不当。”

从数量上来看,似乎最高人民法院认同了《人身损害赔偿解释》的适用,但从对适用法律有明确回应的案件作出裁决的时间上来看,最高人民法院却更像是在从《人身损害赔偿解释》第11条开始向《侵权责任法》第35条转变。因此,在笔者看来,最高人民法院在此问题上仍缺乏清晰明确的立场。

四、挂靠经营模式下责任承担的冲突

由于运输运营资质的限制,自然人船东为了从事国内水路货物运输,通常会选择将其所有的船舶登记在企业船东名下,或者把企业船东登记为经营人或管理人,并以该企业的名义从事国内水路货物运输经营活动。自然人船东与企业船东通常会签订挂靠或委托管理协议,每年向该具有水路运输经营资质的运输企业缴纳管理费,司法实践中俗称这一经营模式为船舶挂靠^②。虽然被挂靠的企业并不参与船舶的实际经营与管理,不参与船员的雇佣、不支付船员工资与报酬,但为了满足海事部门对船舶安全管理的强制要求,又会在形式上由被挂靠企业与船员签订劳动合同。而挂靠协议通常都约定,由实际的自然人船东负责船舶的实际经营管理,雇佣船员支付报酬并承担船员人损的赔偿责任,被挂靠企业不承担任何责任。此种情形下,当船员在用工期间遭受人身损害,是由自然人船东还是由企业船东亦或由二者共同承担损害赔偿责任,就成了一个司法难题。笔者针对12起自然人船东挂靠在企业船东名下的船员人身损害案件进行分析如下。

(一) 法律关系的认定

在挂靠经营模式下,船员与自然人船东之间形成雇佣关系或劳务关系没有争议,但船员与被挂靠的企业船东之间是否成立法律关系,形成什么样的法律关系,对此存在不同的认识。有观点认为船员与被挂靠企业之间成立劳动关系或事实劳动关系,也有观点认为是劳务关系。还有观点认为在挂靠经

营模式下形成两种法律关系,即一方面船员与自然人船东之间形成雇佣或劳务关系,另一方面船员与被挂靠企业形成事实劳动关系,两个法律关系形成竞合,船员或其家属有权利选择按哪种法律关系进行索赔。如在“陈祥业等诉江苏兴航船务有限公司通海水域人身损害责任纠纷案”^③中,法院认为,陈清庆与陈云平、庄道良间构成雇佣法律关系,同时与该轮挂靠经营单位即兴航公司间构成劳动合同关系。两项请求权存在竞合,已经选择了雇佣法律关系,并已经获取了雇主责任的赔偿,就不能再要求工伤保险待遇给付赔偿,否则将存在双重赔付的情况。因笔者研究对象为船员与自然人船东之间的法律关系,在此不予展开。

(二) 法律责任的承担

1. 由自然人船东承担责任,被挂靠企业不承担责任

其法理在于按照合同相对性原理,船员由实际的自然人船东雇佣而形成雇佣或劳务关系,则由自然人船东对船员在工作期间造成的人身损害承担赔偿责任,船员与被挂靠公司之间实际上不存在法律关系,被挂靠公司不承担责任。

据笔者统计,此种情形的案件共有4个,其中3个由浙江省高级人民法院审理,在“范广祥等与宁海县第三航运公司海上人身伤亡损害赔偿纠纷案”^④中,法院认为严宝成与范广祥之间形成雇佣法律关系,第三航运公司仅系收取挂靠管理费费用的经营者,并非范某的真正雇主。范某在从事雇佣活动中发生人身伤亡,雇主严某应负赔偿责任。同时判决被挂靠公司不需就本案承担赔偿责任。“何星其等诉吴顺宝海上人身损害责任纠纷案”^⑤中,法院认定涉案船员劳务合同关系成立,吴顺宝受何星其雇佣在“启顺78”轮作业时受伤,应当由何星其承担雇主赔偿责任,并未判定被挂靠公司承担责任。“孙兆明等诉金顺昌海上人身损害责任纠纷案”^⑥中,法院认为金顺昌与孙兆明双方之间的雇佣合同关系依法成立,船舶虽然登记由满洋公司经营,但金顺昌并未明确主张并证明其与满洋公司存在雇佣关系,最终判决金顺昌对本次坠船事故应自负20%的责任,

① 参见(2018)最高法民申2396号,裁决日期2018年6月29日。

② 参见《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》(法发〔2012〕28号)第8条。

③ 参见(2014)浙海终字第97号,判决日期2014年10月15日。

④ 参见(2010)浙海终字第177号,判决日期2010年12月20日。

⑤ 参见(2017)浙民终55号,判决日期2017年5月22日。

⑥ 参见(2017)浙民终319号,判决日期2017年6月26日。

满洋公司不需承担责任。另有1个为湖北省高级人民法院审理的“施小虎、田如何海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^①,该案法院判决由施小虎承担赔偿责任。

2. 由自然人船东和被挂靠企业共同承担责任

经笔者检索,由自然人船东和被挂靠企业共同承担责任的案件有7起,根据被挂靠企业承担责任的形式不同,又可细分为连带责任及按份责任。

其一,由被挂靠企业承担连带责任。7个案件中法院判决被挂靠企业需承担连带责任的有6个^②,占了绝大多数。此种情形下,法院通常认定船员与实际雇主(自然人船东)形成雇佣或劳务关系,由自然人船东承担损害赔偿责任,但同时判令被挂靠企业承担连带赔偿责任。

其二,承担比例过错责任。在7个案例中,仅1个案件判决被挂靠企业按比例承担责任,即天津市高级人民法院在“靳森、王军连海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^③中判决被挂靠企业按比例向船员承担30%的赔偿责任。法院认定:“李从斌将该轮挂靠森远船务公司名下经营,将森远船务公司登记为该轮所有人,森远船务公司作为被挂靠企业应对挂靠船舶负有监管责任,但森远船务公司并未能通过有效监管保证船舶适航,以避免事故的发生,森远船务公司对章新金死亡承担30%的责任。”

(三) 最高人民法院裁判观点同样不明

笔者梳理了涉及挂靠经营模式下最高人民法院的裁判观点。在以上12个案件中,有3个案件的当事人向最高人民法院申请了再审,分别是:2012年的“范广祥等与宁海县第三航运公司海上人身伤亡损害赔偿纠纷案”^④,原审法院判决被挂靠企业无需承担责任,最高人民法院予以了支持;2017年的“靳森、王军连海上、通海水域人身损害责任纠纷案”^⑤,原审法院判决挂靠企业承担按份责任,再审法院也予以了支持;2017年的“叶寿云等诉裴某等通海水域人身损害赔偿责任纠纷案”^⑥,原审法院判决被挂靠企业承担连带责任,最高人民法院再次予以了支持。从最高人民法院作出裁决的时间来看,有理由

认为最高人民法院对挂靠经营模式下被挂靠企业是否需要承担责任的态度,已经转向其需要与实际雇主共同承担责任,且此责任为连带责任。

五、适用法律困境及应对

(一) 法律适用之困境的原因分析

1. 雇佣关系与劳务关系混淆

“雇佣”在中国不是一个正式的法律术语,劳务关系一词同样不是严格意义上的法律概念,甚至有学者认为“劳务关系”的概念属于中国民法独创。^[3]而理论上对雇佣关系、劳务关系及劳动关系一直未有公认的观点,有“雇佣关系与劳动关系相互独立说”“雇佣关系是特殊的劳动关系说”“劳动关系是具有从属性的雇佣关系说”以及“劳动关系与雇佣关系同质说”等,有学者认为“劳动关系是具有从属性的雇佣关系说”在当前中国法学界占统治地位。^[177]目前关于雇佣关系与劳务关系之间的关系,理论上有两种学说。^[4]其一为等同说,即认为应将二者视为同一民事法律关系来受理,早期称为雇佣关系,目前用劳务关系取代了雇佣关系。其二为并列说,即认为二者是并列的,不存在包含与被包含的关系,二者主体的确定性程度不同、主体地位不同、生产资料的归属不同、双方关系的稳定性不同、国家的干预不同。雇佣关系与劳务关系的理论分歧,加剧了司法实践对法律关系识别的困难。

2. 对《侵权责任法》的错误理解与适用

笔者认为,将船员与自然人船东之间定性为个人劳务关系与对《侵权责任法》的误解密不可分。在《侵权责任法》于2009年12月26日通过后,最高人民法院侵权责任法研究小组编写的《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》于2010年1月1日出版,其中明确指出“本法实质上是以‘劳务’‘劳务关系’‘接受劳务一方’‘提供劳务一方’等术语分别取代了‘雇佣’‘雇佣关系’‘雇主’‘雇员’等术语”,并认为“在中国立法及司法实践中,雇佣关系与劳务关系的含义其实是相通的”。该释义还进一步强调:“《侵权责任法》第35条实际上已经取代了《人身损害赔偿解释》第11条规定,在今后

① 参见(2018)鄂民终1030号,判决日期2018年10月16日。

② 参见(2013)沪高民四(海)终字第87号,判决日期2013年12月26日;(2016)粤民终1983号,判决日期2017年4月1日;(2017)鄂民终619号,判决日期2017年6月19日;此案最高人民法院再审后维持原判,参见(2017)最高法民申3699号,裁决日期2017年9月30日;(2016)桂民终121号,判决日期2016年8月15日;(2016)桂民终122号,判决日期2016年8月15日。

③ 参见(2016)津民终373号,判决日期2016年11月29日;此案最高人民法院再审后维持原判,参见(2017)最高法民申1130号,裁决日期2017年4月26日。

④ 参见(2012)民申字第1289号,裁决日期2012年10月31日。

⑤ 参见(2017)最高法民申1130号,裁决日期2017年4月26日。

⑥ 参见(2017)最高法民申3699号,裁决日期2017年9月30日。

的审判实践中如遇到此类问题,应依据《侵权责任法》规定处理。”^[5]

由于该书为最高人民法院编写,其指导性与权威性“不言而喻”,最高人民法院对《侵权责任法》条文理解与适用的意见对司法实践往往具有很强的指引性,在此后审理相关个人劳务人损责任纠纷时,法官们在不断疑惑与询问求知中,逐渐改变了适用法律与归责原则,从先前适用《人身损害赔偿解释》第11条规定的无过错责任转向适用《侵权责任法》第35条规定的过错责任。但在司法实践的应用过程中,《侵权责任法》第35条的适用却不断遭到质疑与修正:有法官也认为,船员劳务属于生产经营活动,而非个人生活劳务,不应该界定为个人劳务关系,而应该界定为雇佣关系,提出在海事审判中应对《侵权责任法》第35条进行适用限制。^{[2]53-59}同时审判实践中为了平衡船员与船东的利益,保护船员的权利,出现了一方面在法律适用上援引《侵权责任法》第35条所规定的“过错责任”,另一方面又在举证责任的分配上采取过错推定,即推定作为雇主的船东有过错,以免除或减轻船员或其遗属举证负担,这反映了法官们在权利保护上倾向于作为弱者的船员的心态,也反映出在法律适用上摇摆不定的心理,上述各地高级人民法院判决书中在适用法律上的摇摆正是这种矛盾心理的印证。

从司法实践的统计分析来看,《侵权责任法》实施后并没有出现法律适用统一的结果,相反由于对该法第35条后半段理解的冲突,造成审判实践适法裁判极不统一。笔者认为,最高人民法院对《侵权责任法》的释义恐是导致法律适用不统一的原因之一。

(二) 船员与自然人船东之间为雇佣关系

1. 从法律关系的属性角度分析

第一,雇佣关系的本质为隶属性。理论上通常认为,雇佣关系有广义与狭义之分,广义上的雇佣关系包括劳动关系与非劳务关系的但具有隶属性质的用工关系;前者是雇佣关系受国家公权力干预的部分,而后者属于未受公权力干预的雇佣关系。狭义上的雇佣关系则指的是雇员从事生产经营活动或者类似的劳务活动,且双方之间不构成劳动关系的民事契约关系。从历史发展来看,雇佣关系分为从属性雇佣和独立的雇佣两种形态,承载着平等和公平的双重理念回归至罗马法中的从属性本质,是为现代的劳动合同。就本质而言,雇佣关系与劳动关系具有同质性。^[6]雇佣合同回归其从属性本质,并与

劳动合同概念重合。在《劳动法》将接受劳务一方限定于“用人单位”之后,在“用人单位”之外的自然人雇主与提供劳务一方的雇员之间就不能再称为劳动关系,这种“非劳动关系”或者解释为劳务关系,或者解释为雇佣关系,在《侵权责任法》实施之前司法实践中通常以“雇佣”的名义在《人身损害赔偿解释》中找到其存在的空间。很多学者认为,现行《人身损害赔偿解释》中的雇佣关系在本质上应属于劳动关系范畴。有学者甚至提出不宜在学理或规则中再区分民事雇佣关系和劳动关系,而应当分为自然人雇佣关系和组织(用人单位)雇佣关系,可合并称之为雇佣关系、劳动关系或雇佣劳动关系,纳入社会法保护范围,在修改《劳动法》时进行一体调整。^[7]

第二,劳务关系的本质为平等性。劳务关系起初是从法律实践和学术研究中发展出的一个概念,劳务关系通常也有两种理解,广义上的劳务关系强调以提供“劳动力”为内容,包含雇佣在内的民事领域中凡是以提供“劳动力”为标的的法律关系;狭义的劳务关系则强调接受劳务一方与提供劳务一方之间的平等性,更注重合同当事人之间不存在隶属性,因此将雇佣关系排除在外。近代民法在演变过程中渐渐将独立的雇佣剥离,而在现代民法典中,独立的雇佣与其他类型的服务合同界限日益模糊,所谓“独立雇佣”要么在概念上被服务合同所替代,要么在内容上逐步被其他类型服务合同(如委托合同等)吸收。笔者认为,狭义的劳务关系是从独立性雇佣关系的基础之上独立发展而来的,其内容往往可以涵盖委托、承揽、雇佣与消费服务等四类不同性质的关系。如果将雇佣关系界定为具有从属性的、隶属性关系的基于提供劳务而形成的社会关系,那么狭义的劳务关系应该被定义为是具有平等性的、非隶属性关系的基于提供劳务形成的社会关系,二者具有本质的区别。劳务关系具有平等性的属性,这是适用过错责任的前提。

2. 从目的解释角度分析

从立法目的来看,《侵权责任法》第35条后半段的个人劳务关系应该仅指具有平等属性的服务关系,并不包括具有隶属性的用工关系。原全国人大常委会在2009年10月27日十一届全国人大常委会第十一次会议提交的《关于修改情况的报告》中,介绍了《侵权责任法》第35条的立法背景,即“理论和司法实践中有人提出,因实际生活需要,现实生活中因房产装潢而雇请个人提供劳务,因保洁等需雇请保姆提供劳务,往往会在个人之间产生

较多的劳务关系,草案应对提供劳务一方自己受到伤害时的责任承担作出规定”,建议增加第35条后半段。据此可知,《侵权责任法》第35条后半段系针对保姆、小时工、家庭教师、家庭装修人员提供劳务时受伤的特殊情况制定,这些法律关系的基本特点均系基于个人生活需要、人身隶属性较低,使令用工者承担雇佣责任过于严苛,因此规定了不同于传统雇佣责任的过错责任。该条的后半段是为了调整并规范个人劳务之间的非隶属性的雇员因工受害责任,并不适用于具有人身隶属性质的船员用工法律关系。若将《侵权责任法》第35条的个人劳务关系扩大解释为广义上的所有个人之间因劳务而形成的关系,则会超出立法者的预设,造成不公平的后果,且与世界上对于隶属性的劳务关系的规制采取无过错原则的大趋势不相一致。

另外可以作为佐证的是同期全国人大法工委民法室编著的《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》一书并未对《侵权责任法》取代《人身损害赔偿解释》进行权威的公布,且《侵权责任法》施行至今,全国人大常委会及最高人民法院均未废止《人身损害赔偿解释》关于雇佣责任的规定,也进一步说明并不存在以个人劳务关系取代的雇佣关系的结论。

3. 从船员用工的本质属性分析

依据上述两种用工关系的本质属性,船员与自然人船东之间到底是个人劳务关系还是雇佣关系?如果是前者,那么船员与自然人船东之间具有平等性,作为雇员的船员仅负有按约定完成相应的工作或者提交相应的劳动成果的义务,其有权自行决定如何实施并完成劳务,具体工作的时间与方式等并不需要受到作为雇主的船东的支配和制约。而从航运实践可知,船员职业具有时间连续、地点固定、工作生活场所合一、劳动强度和作息时间不固定等种种特点,从法律关系的属性出发,可知作为雇主的船东有权向作为雇员的船员下达指令,并就具体的工作进行指示与管理,可以指派和支配不同岗位、不同工作内容的船员协作完成航行与运输,船员受雇之后必须接受船东的任务安排,双方之间明显存在管理与被管理、支配与被支配的关系,这是典型的具有隶属性的生产经营雇佣关系。因此船员与自然人船东之间是雇佣关系而非个人劳务关系。

须注意的是国际劳工组织(ILO)在2006年第95次大会就雇佣关系相关议题进行讨论,并通过了《雇佣关系建议书》(第198号),要求ILO会员国

明确界定雇佣关系,拟定有关雇佣关系范围存在与否的判断标准。该建议书第9条规定,雇佣关系存在与否,应从业务之执行和劳动者之报酬的相关事实入手进行判断。该建议书第12条规定,各会员国为判断雇佣关系存在与否,可以考虑注入明确定义从属性或依存性之条件,并从人格从属性和经济从属性角度列举了可供各国斟酌的订立指标。^[8]中国作为ILO会员国,应在ILO建议下完善国内劳动关系界定的标准,就船员用工事实而言,从船员业务之执行、报酬之取得以及人格与经济从属性均可推定其为典型的雇佣关系而非个人劳务关系。

综上,因船员与自然人船东之间为雇佣关系而非一般意义上的个人劳务关系,因此应当适用《人身损害赔偿解释》,采用无过错责任,在逻辑体系上船员因劳务自身受损与工伤责任无异。

(三) 挂靠经营下的被挂靠企业船东应承担连带责任

笔者仅在确定船员与自然人船东之间成立雇佣关系基础上,就被挂靠企业船东是否应承担连带责任以及承担何种责任进行阐述。

船舶挂靠经营模式下,在自然人船东与被挂靠企业并存时,船员人身损害应由自然人船东和挂靠单位承担连带赔偿责任。虽然有反对意见认为,船员与被挂靠的企业船东之间无合同关系或者有形式的合同但无真正的权利义务关系,并认为被挂靠的企业船东虽然收取了自然人船东的管理费,但并不参与船舶的实际运营,无法履行安全保障义务,其收取管理费的金额与其可能承担的船员人损赔偿责任的后果间不成比例,让其承担连带赔偿责任不符合权责对等原则,被挂靠企业船东责任过高不利于航运业发展。但笔者认为应该要求企业船东就船员人身损害承担连带责任,理由包括以下几个方面。

其一,承担连带责任是权利义务平衡的要求。既然被挂靠企业同意自然人船东挂靠并收取管理费享有了收益,就有义务对挂靠自然人船东的资质进行选择,虽然不参与船舶的实际经营,但不影响被挂靠的企业船东承担安全监管的职责,比如督促自然人船东为船员购买雇主责任险或者船东对船员附加险。船员用工期间发生人损事故,往往与被挂靠企业对挂靠船舶疏于管理脱不了干系,要求被挂靠企业船东就其过错承担责任符合侵权法的基本原则。

其二,承担连带责任是保障航运安全的需要。以挂靠形式进行运输经营,违反了《国内水路运输管理条例》有关经营许可的强制性规定,航行市场

上挂靠经营之所以屡禁不止,与挂靠经营下被挂靠企业责任偏低不无关系。唯有让被挂靠企业船东对运输经营行为以及雇佣合同下的人损赔偿承担连带责任,才能课以被挂靠企业船东较重的责任,让被挂靠企业船东清醒地认识到其行为的错误性和危害性,使被挂靠企业船东对挂靠的船舶加以有效管理,真正利于行业的有序发展,从而结束船舶挂靠的乱象,从根源上减少船员人身损害的发生。

其三,承担连带责任是保障船员利益的要求。船员虽然事实上未与被挂靠企业船东存在劳动或劳务关系,但从保护船员这一特殊劳动者权益及维护社会公平正义的角度出发,根据立法目的考量和程序补缺实体理论的技术性推定,在责任承担方式上判定由被挂靠企业和挂靠自然人船东承担连带赔偿责任,可以最大程度地保障船员的利益。

其四,承担连带责任是交通运输法制统一的要求。《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》与《民法典》规定,“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车造成损害的,由挂靠人和被挂靠人承担连带责任”^①。目前水路运输中虽然无相关的规定,但《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》^②中规定,挂靠船舶因侵权行为造成(船员)人身损害的,依据侵权责任法与海商法及有

关司法解释的规定,挂靠船舶的实际所有人(自然人船东)和被挂靠企业(船东)应当承担连带赔偿责任。为体现交通工具(车辆与船舶)挂靠经营下被挂靠人责任规定的统一,应该明确船舶挂靠经营下的被挂靠企业船东同样承担连带责任。

六、结语

船员资源是中国海运业核心竞争力的重要组成部分,是中国从“海运大国”向“海运强国”转变的关键。^[9]《中华人民共和国船员条例》中未见涉及到船员与自然人船东之间法律关系的规定,劳动合同未纳入到《民法典》之中,^[10]《民法典》中个人劳务关系的规定依然未进一步明确其适用范围,有关船员与自然人船东之间法律关系及法律适用的问题仍未得以解决。自2020年9月29日起施行的《最高人民法院关于审理船员纠纷案件若干问题的规定》第15条规定了船员作业期间侵权责任的承担方式:“船员因劳务受到损害,船舶所有人举证证明船员自身存在过错,并请求判令船员自担相应责任的,对船舶所有人的抗辩予以支持。”此规定未采用《侵权责任法》第35条后半段的体例,更类似于《侵权责任法》第26条的过错相抵原则。在笔者看来,这条规定尚不足以对船员因作业自身受到损害提供全面的救济。

参考文献:

- [1] 孙光,闫婧茹. “应然”视角下船员劳务(劳动)合同项下人身伤亡赔偿纠纷案件之司法应对[J]. 中国海商法研究,2017,28(3).
- [2] 吴胜顺. 船员劳务岂是“个人劳务”?——兼论《侵权责任法》第35条在海事审判中的适用限制[J]. 中国海商法研究,2014,25(4).
- [3] 于慧. 因劳务自身受损的责任承担研究——关于《侵权责任法》第35条后半句的法律适用[D]. 上海:华东政法大学,2017:7.
- [4] 刘金伟. 劳务关系与雇佣关系辨析[J]. 劳动保险世界,2014(2):154-155.
- [5] 最高人民法院侵权责任法研究小组. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2010:257-258.
- [6] 战东升. 民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点[J]. 法学,2018(10):100-102.
- [7] 钱叶芳. 民法典编纂背景下雇佣(劳动)合同的去向——现代民法与劳动法的分工与合作[J]. 浙江学刊,2018(6):62.
- [8] 徐晶. ILO《雇佣关系建议书》与我国劳动关系的界定[D]. 上海:华东政法大学,2013:32.
- [9] 王玥,陈莹. 海员人身损害赔偿法律救济研究[J]. 大连海事大学学报(社会科学版),2015(5):68.
- [10] 谢增毅. 民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构[J]. 当代法学,2019,33(6):14.

^① 《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条规定:“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害,属于机动车一方责任,当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的,人民法院应予以支持。”《民法典》第1211条在文字上作了调整,但内容未变。

^② 《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》第12条规定:“挂靠船舶因侵权行为造成他人财产、人身损害,依据民法通则、侵权责任法、海商法和有关司法解释的规定,挂靠船舶的实际所有人和被挂靠企业应当承担连带赔偿责任。”