

陈喜燕. 分合同人法律责任制度的解析与重构——以完善海商法模式为途径[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(1): 87-94

分合同人法律责任制度的解析与重构

——以完善海商法模式为途径

陈喜燕

(上海海事大学 法学院, 上海 201306)

摘要:分合同人作为合同法上的第三人,造成商人违约后,对商人的债权人的责任承担在中国现行法律体系中有三种模式:坚持合同相对性的合同法模式、对分合同人进行区分的旅游法模式、强调连带责任的海商法模式,这三种模式分别对应民事合同、消费合同、商事合同。分合同人法律责任制度的碎片化损害了商事活动的安全与效率,也不利于对消费者的保护。中国应借鉴海商法模式,突破合同相对性,构建统一的分合同人法律责任制度。

关键词:分合同人;违约责任;侵权责任;连带责任

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)01-0087-08

Review and reconstruction of the liability system of the merchant's subcontractor by way of improving the maritime law mode

CHEN Xi-yan

(Law School, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China)

Abstract: As a third party under the contract law, the subcontractor may assume his liability by separate ways: the contract law mode of insisting the privity of contract, the tourism law mode of differentiating subcontractor, and the maritime law mode of emphasizing joint and several liability. These modes are designed for civil contract, consumer contract, and commercial contract respectively. The fragment of the subcontractor's liability regime imperils safety and efficiency which are necessary for running business and can not protect consumers' interests. A unified liability system of subcontractor therefore shall be established on the basis of the maritime law mode by breaking the privity of contract.

Key words: subcontractor; liability for breach of contract; liability for tort; joint and several liability

在中国,不同法律调整的不同合同中的分合同人的名称不同,例如:在《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)及新出台的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)中^①,建筑工程合同承包方的分合同人被称为第三人;在《中华人民共和国旅游法》(简称《旅游法》)中,旅游合同的组团社的分合同人被称为地接社、公共交通经营者、履行辅助人;在《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)中,海

上货物运输合同承运人的分合同人被称为实际承运人。上述分合同人在合同法中均属于第三人的范畴,是第三人中的履行辅助人。商人使用履行辅助人来订立、履行合同为其商事经营之常态,其履行辅助人包括受雇人、代理人和分合同人。在商人使用分合同人辅助履行自己与债权人之间合同的情况下,商人的违约多数情况下由分合同人直接造成。

从属型履行辅助人的受雇人和代理人对商人的

收稿日期:2020-11-04

基金项目:2018年度国家社科基金重大项目“新时代海洋强国战略法制保障研究”(18VHQ004),交通运输部2017年度交通运输战略规划政策项目“国际海运业反垄断豁免问题研究”(2017-5-6)

作者简介:陈喜燕(1972-),女,黑龙江绥滨人,上海海事大学法学院讲师,E-mail:xychen@shmtu.edu.cn。

^① 《民法典》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议于2020年5月28日通过,自2021年1月1日起施行,《民法典》实施后,《合同法》将被废止。

债权人的责任有统一的规则,但对作为独立型履行辅助人的分合同人,《合同法》和《民法典》“合同编”均未作专门的、统一的规定,而是将其一并放在第三人范畴进行调整,其具体责任的承担,要根据当事人的约定或其他法律的规定。中国关于第三人的立法现状使得分合同人的法律责任呈现碎片化状态,而分合同人的法律地位在立法上的不确定性容易导致纠纷的产生,增加社会成本。因此,有必要探究法律对不同合同下分合同人的责任进行区分的内在机理,并为相关立法提供参考^①。

一、碎片化的分合同人法律责任制度

在中国现行法律制度下,分合同人对商人之债权人的责任有合同法模式、旅游法模式、海商法模式。在合同法模式下,根据合同相对性原则,因分合同人不是合同当事人,不直接向债权人承担违约责任;而作为债权人,可以选择要求债务人承担违约责任,或者要求分合同人承担侵权责任。在旅游法模式下,对分合同人进行区分,并对具有优势地位的分合同人科以较重之责任。在海商法模式下,分合同人应当和债务人一起向债权人承担连带责任、限制债权人直接要求分合同人承担侵权责任。

(一) 坚持合同相对性的合同法模式

根据合同相对性原则,合同只应对订立合同的当事人产生约束力,而不应约束没有对合同的内容进行意思表示的第三人;而包括分合同人在内的第三人造成合同当事人违约的责任,则一般通过侵权制度来解决。《合同法》及《民法典》“合同编”均坚持了合同相对性原则^②。确立合同相对性原则的目的在于将合同所涉及的权利义务仅限于合同当事人,而合同当事人是指订立合同的双方当事人,合同

之外未参与订立合同的第三人则不应受合同的拘束,从而限制了合同责任,并使缔约风险确定化,能合理地维持交易秩序。^[1]

(二) 对分合同人进行区分的旅游法模式

《旅游法》及相关司法解释规定了包括旅游合同当事人及其履行辅助人之间责任的承担等问题。旅行社与旅游者之间的旅游合同为消费合同:作为债务人的旅行社是以营利为目的的商人;其分合同人为地接社、公共交通经营者、履行辅助人等以营利为目的的商人;作为债权人的旅游者是消费者。在上述当事人中,旅游者相对于旅行社处于弱势地位,而公共交通经营者相对于旅行社而言则处于强势地位。根据《旅游法》第70条和第71条的规定^③,由于分合同人的原因导致违约的,由债务人承担违约责任;债务人承担责任后可以向分合同人追偿,可见,《旅游法》在分合同人造成商人违约方面仍然坚持合同相对性原则。在侵权方面,旅行社与公共交通经营者均为以营利为目的的商人,但是后者相对于旅行社处于相对优势地位,且公共交通经营者赔付能力也比较强。因此法律规定由具有相对优势地位的分合同人承担侵权责任,债务人的义务则是协助债权人向分合同人索赔。

(三) 强调连带责任的海商法模式

有关国际海上货物运输的国际公约与国内法基本上都确立了实际承运人(分合同人)与承运人(债务人)向托运人(债权人)承担连带责任的制度,在分合同人有责任的情况下,须与债务人一起向债权人承担连带责任。如《汉堡规则》第10条、《海商法》第63条等。对于这种分合同人承担连带责任的规定之合理性,似乎没有人怀疑。^[2]

① 立法上对商人的履行辅助人有不同的称谓。从属型履行辅助人在《中华人民共和国劳动法》(简称《劳动法》)及《中华人民共和国劳动合同法》(简称《劳动合同法》)中为“劳动者”,在《民法典》中被描述为“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”“代理人”“受托人”,在《海商法》里为“受雇人”和“代理人”。对于独立型履行辅助人,建筑工程合同承包方的独立型履行辅助人被称为第三人,在《海商法》中被称为实际承运人,在《旅游法》中被称为地接社、公共交通经营者、履行辅助人等。在理论上,主流观点将履行辅助人放在商事代理制度下进行处理,争论的焦点在于如何与民事代理进行区分,同时对履行辅助人进行分类。然而不同的履行辅助人与商人之间有本质的不同,代理制度是无法解决的,统一解决的思路使得理论与立法都处于一种剪不断理还乱的状态。而实践中,根据履行辅助人与债务人的不同法律关系,已经使用受雇人、代理人和分合同人对商人的不同的履行辅助人进行区分,笔者采用实践中的分类。

② 《民法典》第465条规定:“依法成立的合同,受法律保护。依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。”

③ 《旅游法》第70条规定:“旅行社不履行包价旅游合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当依照承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任;造成旅游者人身损害、财产损失的,应当依法承担赔偿责任。旅行社具备履行条件,经旅游者要求仍拒绝履行合同,造成旅游者人身损害、滞留等严重后果的,旅游者还可以要求旅行社支付旅游费用一倍以上三倍以下的赔偿金。由于旅游者自身原因导致包价旅游合同不能履行或者不能按照约定履行,或者造成旅游者人身损害、财产损失的,旅行社不承担责任。在旅游者自行安排活动期间,旅行社未尽到安全提示、救助义务的,应当对旅游者的人身损害、财产损失承担相应责任。”第71条规定:“由于地接社、履行辅助人的原因导致违约的,由组团社承担责任;组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。由于地接社、履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,旅游者可以要求地接社、履行辅助人承担赔偿责任,也可以要求组团社承担赔偿责任;组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。但是,由于公共交通经营者的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,由公共交通经营者依法承担赔偿责任,旅行社应当协助旅游者向公共交通经营者索赔。”

在海上货物运输合同下,承运人享有法定的免责权与责任限制权,根据合同相对性原则,因分合同人不是海上货物运输合同的当事人,债权人就可以对分合同人提起侵权之诉,而非向承运人提起违约之诉,以此获得较高赔偿。因此,调整国际货物运输的国际公约和国内法(如《汉堡规则》第7条和第8条、《海商法》第61条和第64条)基本都作出了相同的规定:无论作为债权人的货方(托运人与收货人)是向承运人提起违约之诉,还是向履行辅助人提起侵权之诉,履行辅助人都享有承运人所享有的免责与责任限制权,从而避免货方通过向承运人的履行辅助人提起侵权之诉来获得较高赔偿。

中国现行法律制度下,分合同人法律责任的三种模式实际上分别对应了三种不同的合同:民事合同、消费合同、商事合同。合同法模式对应的是民事合同,民事合同是最早的合同种类,是自然人为了满足生活需求而订立的合同,为的是获得物的使用价值。因其主体的自然人属性和订立合同的生活需要目的,对其规制的逻辑起点是个人主义,强调合同双方当事人之间的公平或平等,^[3]因此产生了基于合同主体为有心理状态的自然人的合同相对性原则、亲自履行原则、过错责任原则,基于满足生活需要目的的实际履行原则、赔偿的补偿原则等。旅游法模式对应的是消费合同,其坚持合同相对性原则,并通过加重偿付能力强的分合同人的责任来保证消费者获得充分的赔偿。海商法模式对应的是商事合同,商事合同是商人出于营利目的而订立的合同,商人营利目的的实现需要通过连续性的交易实现,交易的连续性会涉及超出订立合同当事人的其他人。因此,对其规制的逻辑起点则是整体主义,^[4]其特征是通过寻求商业社会的“整体公平”来实现个体的“相对公平”,^[5]强调严格责任、外观主义、连带责任、有限责任和惩罚性赔偿等。

二、统一分合同人法律责任制度的正当性

审视各国的民商立法,到处均体现着将人根据种种差异区别对待的倾向,^[6]尽管中国立法已经基于民事合同、消费合同、商事合同当事人的不同,对商人的分合同人的法律地位作出了相关规定,并形成了三种模式。但是,在这三种模式中:合同法模式过于僵化、旅游法模式重点不清、海商法模式则有待完善。

(一)僵化的合同法模式

在很多情况下,坚持遵循合同相对性原则处理分合同人与债权人之间的关系,会增加商事活动的

交易成本、降低效率、损害公平。根据合同相对性原则,在涉及第三人履行或者向第三人履行的合同中,因第三人不是原合同的当事人,第三人就必须通过订立合同成为当事人一方,来实现原合同关于第三人的权利和义务。合同相对性使得一个合同可以解决的问题需要通过两个或两个以上的合同来处理,这不利于交易的便捷,也增加了商事活动参加人的缔约成本,有损合同法的经济功能。在分合同人造成商人违约的情况下,坚持合同相对性原则意味着债权人只能要求商人承担违约责任,或要求分合同人承担侵权责任,不如使二者承担连带责任对债权人的交易安全有保障。

事实上,若一味坚持合同相对性原则,现代社会很多常见的交易现象,如人身保险、货物运输、信托等性质涉及第三人的合同便根本无法处理。^[7]合同相对性的突破被用来解决合同相对性在商事合同中无法适用的问题,充分证明了在商事合同领域坚持合同相对性原则的弊端。对合同相对性的突破也进一步促进了交易活动的开展,保障了合同当事人和第三人的合法权益,体现并维护了法的正义、秩序、效率的价值。^[8]《民法典》部分地消解了合同相对性过于刚性的问题,规定法律另有规定时,可以突破合同相对性,但远远不能满足商事活动对效率与安全的要求。

(二)重点不清的旅游法模式

《旅游法》对因分合同人造成的违约而产生的法律责任,仍然坚持合同相对性原则。根据《旅游法》的相关规定,在包价合同中,由于地接社等分合同人的原因导致违约的,由作为债务人的旅行社承担违约责任;债务人承担责任后可以向分合同人追偿。这样规定的结果使得作为消费者的旅游者只能向债务人要求承担责任,意味着少了分合同人这样一个责任主体,从而不利于消费者利益的保护。而组团社往往不在合同的履行地,旅游者不能直接要求地接社、酒店、景点等分合同人来解决纠纷,亦不利于消费者索赔的便利与及时。

在侵权责任方面,对于作为分合同人的地接社、履行辅助人的侵权,消费者可以选择作为旅游合同债务人的组团社或作为分合同人的地接社、履行辅助人承担责任;而对于同样作为分合同人的公共交通经营者侵害旅游者权利的,组团社无需承担法律责任,仅由公共交通经营者承担责任。这样的法律规定排除了连带责任,在消费者面前少了一个责任主体,且限制了消费者追究连带责任或违约责任的

选择权。对分合同人责任进行区分,则进一步增加了消费者索赔的难度,损害消费者的利益。《旅游法》在分合同人制度方面,还存在其他问题,如履行辅助人的概念受到了不必要的限制、地接社没有必要从履行辅助人中独立等。^[9]

(三) 尚需完善的海商法模式

《海商法》中规定承运人与实际承运人对货方承担连带责任,货方有权直接要求实际承运人承担责任,因而无需承担在合同相对性原则下识别承运人的风险与成本,从而保证了货方的交易效率与安全。《海商法》对货方向实际承运人提起侵权之诉加以限制,使实际承运人作为分合同人与债务人享有同样的免责与责任限制权,符合债务人与分合同人作为商人从事商事活动的合理预期、有利于保障分合同人的交易安全。使分合同人承担连带责任、限制其承担侵权责任的海商法模式是对各方利益的平衡,有利于商事交易整体的效率与安全,维护了法律的公平正义。

然而,《海商法》对作为承运人的分合同人的实际承运人之界定^①,造成了理论以及司法实践的混乱。^[10]例如,对实际承运人概念中的“委托”和“运输”等没有明确解释,使得港口经营人这个承运人的履行辅助人,在司法中被认定为承运人的受雇人、代理人或实际承运人等。这对港口经营人妥善安排生产经营、合理预测和控制风险,都产生了相当大的不利影响。^[11]《鹿特丹规则》中已经注意到这个问题,进而废弃了实际承运人并使用了“履约方”的概念。但从字面上看,“履约方”会被误读为包括债务人及其从属型履行辅助人、独立型履行辅助人等所有参与履行海上货物运输合同的人,范围过于广泛。海商法模式的重大缺陷就在于对作为重要的履行辅助人之一的分合同人的界定不清,而不同的履行辅助人(受雇人、代理人、分合同人)因与债务人之间的合同性质不同,由其造成债务人违约时,对债权人承担的法律责任的亦是不同。

中国以合同相对性为原则的第三人法律制度造成了分合同人法律地位在理论上以及实践中的混乱,使其责任制度呈现出碎片化状态。在现行第三人法律责任制度下,对作为第三人的受雇人和代理人,已经通过劳动合同制度以及代理制度作了统一的处理,使其成为合同当事人一方;而对于作为第三

人的分合同人的法律责任,只在货物运输合同、建筑合同、旅游合同等极少数典型合同中突破了合同相对性原则,使分合同人与商人一起承担连带责任。自《合同法》通过至今,对于作为第三人责任制度的核心条款之第121条的理解就产生诸多争议,学者们普遍看到此条规定的僵硬性与绝对化,^[12]然而,《民法典》中对上述问题的解决仍无突破性的进展。合同相对性原则及僵化的第三人制度已经损害了商事交易的效率与安全,对社会整体利益造成不利的影响。

三、分合同人法律责任制度的内容

实践中,已有格式合同和推荐性的国家标准等来对商人、分合同人及债权人的关系进行处理,如《香港货运物流业协会有限公司的标准交易条件》《国际货运代理通用交易条件》等。然而,在订立合同时,当事人由于种种原因,可能会忽略一些利益相关的信息,这些信息的缺失可能导致履行合同时的争议,因此需要立法为合同的制定以及合同的履行提供明确的指导,提高交易效率,减少纠纷的发生。有关分合同人责任的立法应突破民事合同的合同相对性原则,借鉴海商法模式,构建统一的商人的分合同人责任制度。

被海商法调整的海上货物运输合同不是特殊的商事合同,而是典型的商事合同,其规则起源于参与海上货物运输活动的各方当事人在合同中的约定,体现了合同法的意思自治原则。这些合同的约定因符合各方利益平衡的需要而成为惯例,后被认可为法律。海商法的产生源于人们的海上贸易实践,早期的海事习惯法所追求的航运安全、效率以及船货双方权利、义务及责任的合理分担,至今仍然是海商立法中追求的最重要的价值目标,^[13]而安全与效率也是现代商法的价值追求。作为调整海上货物运输及多式联运的世纪公约的《鹿特丹规则》,对实践中的通常做法给予认可,也创设了一些新的制度。^[14]例如,首次在海上货物运输法律中引入了“履约方”和“海运履约方”的新概念,并规定了一整套与海运履约方有关的制度。^[15]这些制度可以为商人的分合同人法律责任制度的构建所借鉴。

(一) 分合同人的界定

社会分工的不断细化使得商人常常无法亲自完成所有的经营活动,为了谋取利益,增强其营利能

^① 《海商法》借鉴了《汉堡规则》关于实际承运人的概念,根据《海商法》第42条的规定,“实际承运人”是指接受承运人委托,从事货物运输或者部分运输的人,包括接受转委托从事此项运输的其他人。

力,商人起初雇佣他人,在时间和空间上对他人的行为进行控制,为其提供劳动力,以提高商品及服务的供应量,这就是受雇人^①。但是被这样控制的人在行动方面是有局限的,不利于商人能力的扩张,于是商人们又选择使用了不在时间与空间上进行控制、而在名义上控制的代理人^②,替商人参与商事活动,其结果由商人承担。随着社会分工的进一步细化、专业化和职业化,为他人处理事务的代理人逐渐以处理他人事务为业并以此谋利,成为了商人。这些人可以自由地选择方式和地点来处理商人委托的事务,通过订立商事合同而与商人建立关系,通过履行其对商人的义务而辅助商人履行对债权人的义务,如海上货物运输中的实际承运人、建筑工程承包中的第三人、旅游合同中的地接社等,均为分合同人^③。

分合同人不是受雇人或代理人。根据《劳动法》及《劳动合同法》,受雇人即为“劳动者”,是指与用人单位建立劳动合同关系的自然人。而代理人须以被代理人(商人)的名义及在商人的授权范围内进行活动,其结果才由商人承担。代理人应为《民法典》“总则编”中的“代理人”和《民法典》“合同编”中的“受托人”,是指受他人委托,以他人名义,为他人处理他人事务之人。

分合同人与商人之间的关系为商事合同关系,而非劳动合同关系或委托合同关系。例如在旅游合同中,旅行社与酒店之间为住宿合同关系、与公共交通经营者之间是旅客运输合同关系;再如,在海上货物运输合同中,承运人与实际承运人之间为海上货物运输合同关系或租船合同关系。上述合同均属商事合同,商人与分合同人均出于营利目的签订上述合同,二者是合同双方当事人,分合同人不以商人的名义履行上述合同。因此,分合同人是与商人有合同关系,辅助商人履行商人与债权人之间的合同的

人,但受雇人与代理人除外。

(二) 商人对分合同人的使用

从债权人的角度来说,如果债务人使用他人履行合同并不影响其实现订立合同的目的,禁止债务人使用他人履行就是没有意义的。尤其在债权人为商人的情况下,其目的为营利,其营利的获取与债务人的亲自履行关系不大。商事合同与消费合同的债务人使用履行辅助人为常态,已经明显地突破了合同相对性原则,而这种突破也是明显地符合现阶段各国立法以及司法的发展趋势。受雇人与代理人已有相关规制,被认为是商人一方当事人;而对分合同人而言却没有专门统一的规则,如果不予以明确,在合同相对性原则下,使用分合同人可能会被认为违法^④。因此,相关立法应该统一规定商人可以使用分合同人履行其对债权人的债务,还应明确商人应当为分合同人原因造成其对合同的违向债权人承担违约责任,以及对分合同人的责任承担所需具备的法律要件。^[16] 债务人为履约辅助人承担责任的做法已经在国际海上货物运输立法当中得到了承认,例如《鹿特丹规则》第18条确立了承运人应当为其他人承担赔偿责任的相应规则,并设定了统一的限制性条件。^[17]

(三) 分合同人连带责任的承担

连带责任可见于各国的法律规定中,对保护债权人的合法权益和维护市场交易安全意义重大。连带责任的归责依据在于:数个责任人的关联行为与整体债权的形成具有密切的关系、连带责任人之间的关系比责任人与债权人之间的关系更为密切、其追偿权更容易实现,即使责任人不能实现其追偿权也符合公平正义。^[18] 分合同人与商人承担连带责任符合连带责任的归责依据,因为分合同人与商人之间存在商事合同关系,通过商事合同成为一方当事人,一起向债权人履行合同义务;分合同人与商人之

① 受雇人是与商人有劳动合同关系的自然人,而代理人是与商人之间有委托合同关系的自然人或法人,劳动合同关系与委托合同关系本质不同,《民法典》将劳动者纳入代理人的范围,原因之一在于对履行辅助人进行区分的理论不够完善。将劳动者作为代理人亦与《劳动法》以及《劳动合同法》的相关规定冲突。

② 需要说明的是,代理制度在大陆法系与英美法系中有诸多不同,中国合同法同时借鉴了大陆法系和英美法系的代理制度,这造成委托合同、代理制度立法上的矛盾冲突、理论上的混乱。鉴于在委托合同外,中国合同立法尚有行纪合同和中介合同,所以委托合同应是狭义上的委托合同,代理应限制为显名代理。

③ 笔者认为,分合同人能够准确地概括立法上所谓五花八门的独立型履行辅助人:首先,分合同人表明了其不是合同当事人的身份;其次,表明其为辅助债务人履行债务之人,并区别于已经存在的以债务人名义进行活动的受雇人和代理人;再次,有助于将独立型履行辅助人从合同法上的与债务人无合同关系的第三人中区分出来;另外,“分合同人”在实务中常常被用来描述独立型履行辅助人,如《中远集装箱提单条款》。该条款定义的“分合同人”是指任何承运人使用的履行运输的独立合同人,包括但不限于船东和船舶经营人(承运人除外)、道路和铁路运输经营人、装卸经营人、站场经营人、仓储经营人、集拼商等。

④ 例如,根据《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》第2条和第5条,货运代理人的身份可以为当事人(承运人、保管人等),但如果合同中没有明确约定货运代理人有权转委托的,即使委托人明知货运代理人委托他人实际履行合同,转委托亦不成立。

间关系密切,而与债权人之间没有合同关系;分合同人和商人之间可以通过二者之间的商事合同进行追偿,如果商人或分合同人承担了超过自己份额的债务而不能实现追偿权,均与债权人无关。

连带责任在激励连带债务人相互监督、积极履行债务方面,有自己独特的机制,使得每一个债务人都希望其他债务人能够积极履行债务,改善资信条件。^[19]因此债务人之间会相互监督履行合同,使得合同当事人正确履行合同。而分合同人作为实际履行合同的人,相对于债务人更具有履行合同的条件,更有利于实现合同当事人订立合同的目的。在违约责任的承担方面,商人和分合同人共同承担债务清偿的责任,债权人可以从商人和分合同人中选择最具清偿能力的人来偿还债务,如此,可以最大限度地保护债权人的利益。

(四)分合同人承担侵权责任的限制

由于商人的履行辅助人属于第三人,与商人的债权人没有合同关系,债权人可能会要求履行辅助人承担侵权责任。认识到这种风险,商事合同的当事人便首先在合同条款中限制履行辅助人的侵权责任,这就是海上货物运输合同中的喜马拉雅条款。该条款原本用以规定海上货物运输承运人(债务人)对其船长、船员等(履行辅助人)承担的责任,同时也限制货方(债权人)通过直接向承运人的船长、船员等要求承担侵权责任而获得较高赔偿。从喜马拉雅条款的发展来看,履行辅助人的限制范围从从属型履行辅助人(船长、船员)到特定的独立型履行辅助人的分合同人(实际承运人),再到所有的履行辅助人(履约方),其范围不断扩大,而且此种限制从合同中的约定发展为法律规定。^[20]调整国际货物运输的国际公约和国内法基本都通过统一承运人及其履行辅助人的免责和责任限额的方式,来避免作为债权人的货方通过向承运人的履行辅助人提起侵权之诉来获得较高赔偿。海上货物运输承运人与履行辅助人,以及相应的货方的权利与责任,从喜马拉雅条款下的二元对立,发展到实际承运人制度下的融合一体,再到海运履约方制度下的深入一体化,体现了贸易、航运产业利益博弈的均衡。^[21]其合理性在于:这样的责任分配是商事活动的各方参与人在

合同自由原则下对风险与利益的平衡,符合整体公平理念。

法律通过赋予商人责任限制权使得商人不致因其经营上的失败而无法再次投资,从而控制商事经营风险,鼓励其从事商业活动以满足社会需求^①。连带责任的“给付的同一性”和“消灭上的整体性”要求商事合同的商人与分合同人承担的责任相同,从而限制债权人通过选择不同的责任人而获得不同的赔偿,这集中表现为法律通过统一商人与分合同人的免责与责任限制来实现。如果坚持合同相对性原则,允许债权人选择对商人的分合同人提起侵权之诉,而规避因通过向商人提起违约之诉而获得本该得不到的赔偿或本不该得到的赔偿数额的话,会使商人和分合同人的责任面对不确定性,实际上也剥夺了商人的用于企业维持的责任限制权,因而不公平的。

商业活动的“连续性交易”特征需要法律对多元化的主体之间的利益进行平衡,并保障商业活动的整体安全。例如:为了强化企业的维持,法律赋予商人以责任限制权,为了保护交易的安全,又对责任限制权的滥用进行限制与惩罚;法律允许商人使用履行辅助人使其营利能力扩张,又使其对履行辅助人承担责任;允许独立型履行辅助人通过商人实现自己的营利,又使其与商人承担连带责任。法律遵守了公平性的思想,通过平衡各方当事人的利益与风险来保障安全和效率,从而实现社会利益的最大化。起源为习惯的海商法的价值目标为安全、公平、效率,在商人及分合同人的责任方面,海商法模式是平衡商事合同各方当事人利益、维护交易的安全与公平的典范。因此,对商人及其履行辅助人一方的规制,应以海商法模式为基础,通过对该模式的完善,使其成为适用于所有商人及其履行辅助人的统一性的制度。在中国,由于受雇人和代理人已经由劳动合同制度和代理制度进行专门的规制,分合同人制度便成为规制的重点。

四、重构分合同人法律制度的途径

(一)当事人之间的意思自治

一些企业制定的格式合同,一些组织制定的示范条款、推荐性国家标准,以及国际组织制定的条约

^① 商人(出资人或投资人)尚在海商法中享有海事赔偿责任限制,在货物运输法中享有单位赔偿责任限制,以及在其他合同中享有约定的单位赔偿责任限制。海事赔偿责任限制出现于公司有限责任之前,是商人之间自发形成的商事惯例,后被法律所确认,在公司有限责任出现之后,应当退出历史舞台。单位赔偿责任制度主要存在于货物运输法中,承运人一方对货物灭失损坏的赔偿责任限制在每一货运单位(重量或件数)一定金额以下,即责任限额。如果货物的灭失或损坏是承运人一方的故意或重大过失造成的,则丧失责任限制权。与单位赔偿责任限制相配套的制度是保价制度,即在声明价值的情况下,获得高于责任限额的赔偿。除了货物运输合同外,在洗衣服务、冲印服务等合同中,当事人也会约定责任限制条款和保价条款。

等,在特定领域内已经将分合同人进行定义,明确分合同人与债务人之间的连带责任的承担,对债权人向分合同人提起侵权之诉进行限制。如《香港货运物流业协会有限公司的标准交易条件》《国际货运代理通用交易条件》《鹿特丹规则》等。但是,这些只限于特定领域,基本上都与国际货物运输相关,当事人参照上述规则订立合同条款时,要根据实际情况以及本国的法律进行处理。在中国,要根据《合同法》(2021年开始,则要根据《民法典》)及其他相关法律和行政法规,来判定合同条款是否有效,尤其是格式条款以及免责条款等,商人必须根据合同的性质及适用的法律谨慎制定。

(二)立法及司法的规制

现代经济生活中,以公司形式为主的商事主体的交易行为已占绝大多数,单纯的自然人之间的交易之数量已微乎其微。因此,《民法典》“合同编”今后的修改应以商事合同为主,设立统一的商人的分合同人责任制度。然而,立法永远滞后于现实,法律修改之前,司法途径就成了解决商事合同特殊规制的现实的选择。事实上,最高人民法院已经通过三种途径来解决立法滞后于现实的问题,即司法解释、指导性案例、审判工作会议纪要。

法律一经制定,便落后于时代,司法解释是廓清法律条文含义并指导案件法律适用的重要方式。^[22] 司法解释针对法律适用过程中如何具体应用法律问题进行了说明,缩短了法官的判断过程,提高了司法效率,同时也在一定程度上限制了法官的自由擅断,在审判实践中起到保证法律正确适用、统一适用的作用^①。截至2019年7月18日,现行有效的司法解释有561件。^[23] 2020年3月,《最高人民法院2020年度司法解释立项计划》公布,到2020年底,需完成与《民法典》相关的旧司法解释的清理,以及《关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释(一)》的制定。在《民法典》调整的所有的19个

典型合同中,几乎所有的合同当事人都可以是商人,而双方均为自然人的民事合同数量极少^②。合同相对性的突破对商事合同而言是常态,不宜通过特别法进行处理。关于分合同人的责任制度可以在《民法典》的司法解释中进行规定,以解决分合同人责任制度碎片化的问题。

指导性案例制度是最高人民法院在已经生效的案件中遴选、公布典型案例作为指导性案例,通过该指导性案例为后案的法官提供指导和参考的一项制度^③。指导性案例为后案提供一个“从具体到具体”的参照,^[24]对于立法和司法解释的未尽之处,可以借助案例指导制度的灵活性适时地加以填补。^[25] 采用具体的案例形式作为模板和范例,特别是一些疑难复杂案件和社会热点案件,对于各级人民法院的裁判具有重要的导向作用。^[26] 然而,截至2020年10月,最高人民法院发布143个指导案例中,有关商事合同的指导性案例占比很小,更没有涉及到作为独立型履行辅助人的分合同人的法律责任^④。如前所述,现有立法没能有效解决商人对分合同人的使用问题,最高人民法院应该加强商事合同指导性案例工作,在已生效的判决中遴选相关典型案例并予以公布。

审判工作会议纪要对统一裁判思路,规范法官自由裁量权,增强民商事审判的公开性、透明度以及可预期性,提高司法公信力具有重要意义。最高人民法院2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)的11个方面的内容,绝大部分与商事纠纷有关。在合同部分,其明确指出合同是市场化配置资源的主要方式,^[27]并坚持鼓励交易原则,对法官运用商法思维审理涉及分合同人法律责任的案件有指导意义。

五、结语

在中国民商合一的立法体制下,以民事合同相对性为核心规则的第三人法律责任规则同样适用于商事

^① 但是,司法解释也存在问题,如法律授权不够明确、容易引发新的争议和问题等。因此修改后的《中华人民共和国立法法》增加了专门针对司法解释问题的规定,对司法解释的主体、范围及程序进行了进一步的明确及限定。最高人民法院也对已经颁布的司法解释进行过多次清理,废止过时、冲突的司法解释。

^② 《民法典》“合同编”第九章至第二十七章调整的典型合同有:买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,保证合同,租赁合同,融资租赁合同,保理合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,物业服务合同,行纪合同,中介合同,合伙合同。

^③ 中国的案例指导制度开始于2010年,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》于2010年11月26日发布,其第2条明确指导性案例为“裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例:(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例”。其第7条规定“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案件时应当参照”。最高人民法院先后出台了一系列有关案例指导制度的规范性文件,如《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则》《最高人民法院关于印发〈人民法院民事裁判文书制作规范〉〈民事诉讼文书样式〉的通知》等。

^④ 数据来源:最高人民法院官网:<http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-77.html>。

合同和消费合同,造成了分合同人责任制度的碎片化。不同身份的群体有着不同的群体利益诉求,法律应对其不同的利益诉求进行回应。然而《民法典》“合同编”仍未能对第三人进行分类,更没有将分合同人从第三人以及履行辅助人中区分出来。

民商合一的立法模式并不意味着可以忽略民事与商事的区别。^[28]无论是民商分立的国家,还是民

商合一的国家,均考虑到民事合同与商事合同的差别,从而作出相应的安排。事实上,《民法典》“合同编”调整的合同中,商人为一方当事人的合同占大多数。^[29]因此,在今后的民商事立法中,对民事合同仍须坚持合同相对性原则,而对商事合同和消费合同中的分合同人,则应突破合同相对性原则,并借鉴海商法模式,构建统一的商人的分合同人责任制度。

参考文献:

- [1] 蔡芳. 论“海运履约方”制度对合同相对性原则的突破——兼评我国《海商法》实际承运人制度[J]. 西北成人教育学报, 2014(1):64.
- [2] 马得懿. 对《海商法》所界定实际承运人的思考[J]. 当代法学, 2002, 16(7):53.
- [3] 张娟. 论商事主体与民事主体的区分[J]. 公民与法(法学版), 2013(4):26-28.
- [4] 刘道远. 商事责任法律制度的反思与重构[J]. 北京工商大学学报(社会科学版), 2010, 25(5):94.
- [5] 郑彧. 民法逻辑、商法思维与法律适用[J]. 法学评论, 2018, 36(4):84.
- [6] 樊涛. 我国商事合同制度的解析与重构[J]. 理论导刊, 2008(6):105.
- [7] 陶娟. 对债权相对性突破的几点思考[J]. 学理论, 2011(15):179.
- [8] 彭玉海. 试论合同相对性的突破——一种基于法哲学的思考[J]. 法制与社会, 2013(11):21.
- [9] 汪鹏旭. 《旅游法》履行辅助人制度评析[J]. 旅游学刊, 2015(9):94-95.
- [10] 傅廷中. 我国海商法中的实际承运人制度及其适用[J]. 当代法学, 2014, 28(5):32.
- [11] 韩立新. 《鹿特丹规则》对港口经营人的影响[J]. 中国海商法年刊, 2010, 21(1):36.
- [12] 李永军, 李伟平. 因第三人原因造成的违约与责任承担——兼论《合同法》第121条的理论解构[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2017(5):24.
- [13] 胡正良, 赵迪. 海商法价值的理论证成与实现路径[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2020(2):129.
- [14] 司玉琢, 蒋跃川. 国际货物运输的世纪条约——再评《鹿特丹规则》[J]. 法学杂志, 2012, 33(6):29.
- [15] 蒋跃川. 在中国《海商法》中引入“海运履约方”制度的若干问题论析[J]. 甘肃政法学院学报, 2011(5):130.
- [16] 葛伟. 债务履行辅助人责任初探[J]. 科技信息, 2012(15):454.
- [17] 于沛海. 论承运人为他人行为承担责任的条件及其适用——以《鹿特丹规则》为视角[J]. 中国海商法研究, 2017, 28(2):25.
- [18] 王静波. 论连带责任的归责依据——兼谈合同法第四百零九条[J]. 广东青年干部学院学报, 2006(3):17-19.
- [19] 郭晓霞. 连带责任制度探微[J]. 法学杂志, 2008(5):104.
- [20] 余筱兰. 《鹿特丹规则》承运人制度研究——兼论对中国相关法律制度的影响[D]. 上海:复旦大学, 2014:96-100.
- [21] 李天生. 海上货物运输权责二元制与一体化:从喜马拉雅条款到海运履约方制度[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2012, 36(6):43.
- [22] 王群, 杨杰. 司法解释制定科学化:逻辑博弈和一个新的视角——兼论迈向商谈的司法解释制定[J]. 河北法学, 2020, 38(6):62.
- [23] 孙航. 最高法开展司法解释全面清理工作 废止司法解释103件 明确现行有效司法解释561件[EB/OL]. (2017-03-15) [2020-10-27]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-171582.html>.
- [24] 乔文进, 沈起. 案例指导制度与司法解释制度功能区分刍议[J]. 行政与法, 2019(4):101.
- [25] 杨楠. 指导性案例与规范性司法解释关系的实证考察——以刑事司法为例[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2019, 33(2):103.
- [26] 李学成. 指导性案例的法源意义与确认路径——以最高人民法院公布的私法性指导性案例为研究对象[J]. 北方法学, 2014, 8(6):20.
- [27] 最高人民法院. 全国法院民商事审判工作会议纪要[EB/OL]. (2019-11-14) [2020-10-27]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-199691.html>.
- [28] 刘琨. 商事代理制度的系统构建[J]. 山东青年政治学院学报, 2014, 30(1):129.
- [29] 李建伟, 帅雅文. 民法典合同编分则“二审稿”民商事规范的区分设置检讨[J]. 法律适用, 2019(21):65.