

外派船员人身伤亡 损害赔偿法律问题研究

王亚男·著



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

外派船员人身伤亡损害赔偿法律问题研究

王亚男 著

 东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

外派船员人身伤亡损害赔偿法律问题研究 / 王亚男
著. —南京:东南大学出版社, 2017. 8
ISBN 978 - 7 - 5641 - 7410 - 1

I. ①外… II. ①王… III. ①劳务出口-船员-工伤
事故-赔偿-研究-中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 204998 号

外派船员人身伤亡损害赔偿法律问题研究

出版发行 东南大学出版社
出 版 人 江建中
社 址 南京市四牌楼 2 号(邮编:210096)
网 址 <http://www.seupress.com>
责任编辑 孙松茜(E-mail:ssq19972002@aliyun.com)
经 销 全国各地新华书店
印 刷 虎彩印艺股份有限公司
开 本 700mm×1 000mm 1/16
印 张 11.5
字 数 232 千字
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5641 - 7410 - 1
定 价 49.80 元

(本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话:025 - 83791830)

目 录

引言	1
----------	---

第 1 章 外派船员人身伤亡损害赔偿概述

8

1.1 外派船员	10
1.1.1 外派船员的概念	10
1.1.2 外派船员的特殊性	14
1.2 人身权与人身损害	18
1.2.1 人身权	18
1.2.2 外派船员的人身伤亡损害	19
1.3 损害赔偿	25
1.3.1 损害赔偿的性质	25
1.3.2 损害赔偿的内涵	26
1.3.3 损害赔偿的特征	27
本章小结	28

第 2 章 外派船员人身伤亡损害赔偿之主体问题

30

2.1 权利主体的识别与确定	30
2.1.1 直接受害船员本人	32
2.1.2 其他间接受害人	33
2.1.3 船员外派机构作为权利主体的资格	38
2.2 责任主体的识别与确定	41
2.2.1 合同之诉下外派船员人身伤亡损害赔偿责任主体的确定	42
2.2.2 侵权之诉下外派船员人身伤亡损害赔偿责任主体的确定	52

本章小结	55
------------	----

第3章 外派船员人身伤亡损害赔偿之责任关系问题 56

3.1 与外派船员人身伤亡损害赔偿请求权相关的法律关系的认定	57
3.1.1 劳动关系以及在此基础上的工伤保险责任	57
3.1.2 雇佣关系以及在此基础上的雇主责任	61
3.1.3 侵权损害赔偿关系	71
3.1.4 保险合同关系	72
3.2 不同赔偿制度之间的关系处理问题	81
3.2.1 工伤保险补偿与侵权损害赔偿的关系	82
3.2.2 工伤保险补偿与其他保险赔偿的关系	87
3.2.3 第三人侵权责任与雇主责任的关系	89
本章小结	93

第4章 外派船员人身伤亡损害赔偿之归责原则问题 94

4.1 外派船员人身伤亡损害赔偿之侵权责任归责原则	95
4.1.1 我国侵权责任的归责原则体系	95
4.1.2 侵权责任归责原则的内涵及适用	98
4.1.3 外派船员人身侵权损害赔偿归责原则之重构	103
4.2 海上违约行为导致的外派船员人身伤亡损害赔偿归责原则	112
4.2.1 关于违约责任的归责原则的重新思考	112
4.2.2 合同责任下雇主承担外派船员赔偿责任的归责原则	114
本章小结	120

第5章 外派船员人身伤亡损害赔偿之理赔问题 121

5.1 外派船员人身伤亡损害赔偿的范围	121
5.1.1 财产损失	122
5.1.2 精神损害	128
5.2 外派船员人身伤亡损害的赔偿金额的计算	138
5.2.1 财产损失赔偿金额的计算	138
5.2.2 精神损害赔偿金额的计算	141

5.2.3 外派船员人身伤害赔偿金的给付	144
5.3 外派船员人身损害赔偿的海事赔偿责任限制	147
5.3.1 海事赔偿责任限制制度的概念	147
5.3.2 海上人身伤亡之海事赔偿责任限制	150
5.3.3 海事赔偿责任限制与海事连带责任	151
5.3.4 对《涉外规定》80 万责任限额的质疑	152
本章小结	155
第 6 章 外派船员人身伤亡损害赔偿之程序问题	157
6.1 外派船员人身伤亡损害赔偿案件的涉外海事诉讼管辖	157
6.1.1 涉外海事诉讼管辖	158
6.1.2 确定涉外海事诉讼管辖的原则	159
6.2 外派船员人身伤亡损害赔偿案件的海事请求保全	161
6.2.1 海事请求保全	161
6.2.2 外派船员人身伤亡损害赔偿的海事请求保全措施	162
6.2.3 我国海事请求保全体系之我见	163
6.3 外派船员人身伤亡损害的伤残鉴定	163
6.3.1 外派船员人身伤亡的伤残鉴定标准	164
6.3.2 伤残鉴定标准适用中存在的问题	164
本章小结	166
结论	167
参考文献	169
后记	177

引言

一、研究的缘起

人身权是民法赋予民事主体的基本权利,“系其他一切权利存在之本和派生之源,且实为人类一切福祉维系与发展的原点和目标”^①。

将视野限缩于海商领域,船员是海运的重要参与者,在当今世界和国家经济发展中起着助推器的作用。我国作为拥有丰富的船员劳动力资源的大国之一,船员劳务输出在我国对外贸易中占据重要地位。从1979年第一批中国船员走向国际海员劳务市场开辟远洋外派之路开始,中国船员外派产业迅速发展起来。据我国海事主管部门的统计,目前,我国丰富的海员资源已经使我国成为世界十大海员输出国之一,外派海员规模在4万人左右。中国的外派海员劳务市场分布已从过去的新加坡和韩国等扩大到亚洲、欧洲和美洲许多国家和地区。

本书之所以将“外派船员人身伤亡损害赔偿”从普通人身损害赔偿中分离出来单独研究,主要是基于外派船员自身的特殊性。

说其特殊,一则是因为它的雇佣模式相对于普通船员来说要复杂。在我国现有法律框架下^②,船员外派劳务合同应是境外船东与外派船员在船员外派机构的辅助参与下达成的。从这个意义上讲,船员外派机构是我国船员外派过程中不可逾越的环节,在船员外派过程中起着桥梁和纽带作用。由于船员外派机构的参与,外派船员的雇佣模式就显得相对复杂,除去外派船员与境外船东外,还存在一个“第三者”,即船员外派机构,他们三方之间形成了一个三角形的法律关系,同时各司其职。船员外派机构承担向外派船员支付工资、缴纳社会保险、保障外派船员无工作期间的最低工资收入等义务;而境外船东则对外派船员进行实际意义上的监

^① 杨立新. 人身权法论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2002: 15.

^② 参见《对外劳务合作经营资格管理办法》第4条;《中华人民共和国船员服务管理规定》第22条。

督、指挥和管理。这样传统意义上的雇主的权利和义务转由两个独立的单位来分别承担。这种“雇佣”与“使用”相分离的雇佣模式,一方面是对传统劳动法律关系的突破,即“雇人不用人,用人不雇人”;另一方面也导致了外派船员人身损害赔偿案件牵涉多方主体,案件的处理牵涉多方利益,尤其是船员外派机构的利益,法律关系也更为复杂。在外派船员遭遇人身伤亡损害后,船员外派机构与境外船东相互推诿的情况时有发生,导致外派船员的正当权益受损,不能得到及时的赔偿。近年来,外派船员人身伤亡的案件的频发使得如何保障外派船员合法权益的问题显得日益迫切,而该问题在实践中也存在较多的争议。

二来,缘于船员海上劳动的特殊风险以及由此衍生出的一系列海事制度。俗话说“行船跑马三分险”,外派船员工作的环境不同于陆地,作为船员群体的一部分,其工作地点基本上是在船上。由于海上固有的特殊风险使得船员要长期面对恶劣天气、海上风浪甚至是近几年层出不穷的海盗的威胁,加之漂泊海上所遭受的强磁场、强震荡以及昼夜不停的船舶噪音影响等,船员在身体和心理上承受着巨大的压力,这一切也解释了船员这一特殊职业群体的弱势地位^①。虽然航海技术的进步使航运业的危险性有所降低,但船员仍被列为十大最危险职业之一。海上的特殊风险是诸多海事制度产生的根源,而船员人身伤亡损害赔偿制度作为海事制度体系之一,其不可避免地船舶优先权、海事赔偿责任限制等一些海事制度密切相关,这也导致船员人身伤亡损害呈现出不同于其他人身损害的诸多特点。可见,外派船员人身伤亡损害与普通主体的人身损害之间区别的关键,其实并非仅仅由于发生在“海上”这一空间上的特殊性,更在于隐含在这个特殊空间背后更为深刻的原因,即船员海上劳动的特殊风险以及由此衍生出的一系列海事制度。因此在远离陆地的船上,在缺乏医疗资源的情况下,一旦发生伤病往往会对外派船员的生命造成严重威胁,此时外派船员在海上应该如何进行紧急医疗处理,后续如何安排治疗与理赔给付?

航运发展,以人为本。一方面,船员的社会价值和自身价值越来越重要;另一方面,其自身安全和个体利益也越来越受到来自多方面的威胁,人身权利受到侵害的各种危险无时不在。为了维护外派船员的价值、尊严和安全,立法应不断加强对其人身权进行法律保护的职能,不断地完善人身权保护的立法体系。然而,我国对

^① Judge John R Brown. Admiralty Moot Court Competition Bench Memo and Winning Briefs [M]. San Francisco: University of San Francisco Maritime Law Journal, 2009.

于外派船员人身伤亡损害赔偿的立法现状不容乐观。相关法律规定或过于原则,无法解决具体的实践问题;或过于陈旧,不能适应目前情况的发展。面对实践中的诸多现实困境,均无力回应。如何寻求解决之道,已成为摆在海商法学人面前无法回避的问题。

二、研究现状

在现代社会,人身权的研究已成为民法体系中的一个独具特色的、严密的分支系统,与财产权法一道,构成现代民法的两大支柱之一。最近十几年,我国人身权法理论研究沿着两条线索发展。一方面,通过研究侵权法来研究人身权法,这种研究途径的焦点聚集在精神损害赔偿问题上;另一方面,对人身权进行专门研究,在研究人身权的同时,研究人身权的法律保护问题。而本书的研究属于后者,即以“外派船员”为研究对象,从人身权的视角,对外派船员的身体权、健康权、生命权进行研究,重点放在对损害的救济,即人身损害赔偿领域。

外派船员人身伤亡损害具有不同于一般人身损害的诸多特殊性,而我国对于外派船员人身伤亡损害赔偿的立法现状却不容乐观,导致实践中的诸多现实困境均无力回应。从笔者所掌握的资料来看,我国目前在人身损害赔偿研究领域尚未有以“外派船员”为研究对象的专题研究。近年来,国内相关方面的研究主要围绕与海上人身伤亡损害赔偿相关的具体理论以及具体制度展开。

国内关于海上人身损害赔偿问题的专题研究始于司玉琢教授与吴兆麟教授所著的《船舶碰撞法》^①一书,该书首次对海上人身伤亡损害,特别是船舶碰撞造成的海上人身伤亡损害中的赔偿范围、计算方法以及精神损害赔偿等问题进行了专门的论述;此外相关的专题研究也很繁荣,如司玉琢教授主编的《海商法专题研究》、司玉琢教授与单红军教授主编的《海商法》、司玉琢教授与李志文教授主编的《中国海商法基本理论专题研究》以及胡正良教授和韩立新教授主编的《海事法》等国内海事海商法著作中都对海上人身伤亡损害的赔偿问题进行了系统的专题研究。尤其值得一提的是,作为大连海事大学修改海商法课题组研究成果之一的《〈中华人民共和国海商法〉修改建议稿条文、参考立法例、说明》,其中新增了一章“海上人身伤亡损害赔偿”,对赔偿责任的归责原则、雇主责任、赔偿范围以及精神损害赔偿数

^① 司玉琢,吴兆麟.船舶碰撞法[M].大连:大连海事大学出版社,1991:150.

额等诸多实践难题均提出了颇有见地的立法建议。

虽然目前尚未有外派船员人身伤亡损害赔偿的专著问世,但研究这一问题的论文已是佳作频现,很多学者、海事法官和律师纷纷在《中国海商法年刊》和《海事司法论坛》等业内权威刊物上撰文,针对外派船员人身伤亡损害赔偿的疑难问题发表各自的观点和见解;亦有十几篇硕士论文以此为题展开不同程度的研究。这些研究成果都为笔者进行外派船员人身伤亡损害赔偿领域的研究提供了灵感和思路。

三、研究的主要内容

本书从基础性概念的界定入手,以“外派船员人身伤亡损害”的主体问题为基础,围绕着主体之间的“权利”和“责任”展开讨论。对主体问题、责任关系问题、归责原则问题、赔偿范围及程序问题进行深入的研究,并针对目前我国外派船员人身伤亡损害赔偿方面的立法所存在的问题与不足,提出修改和完善的意见和建议,以求推动和促进我国外派船员人身伤亡损害赔偿方面问题的解决。

外派船员人身伤亡损害赔偿的概念不仅是损害赔偿法律规范适用的前提和基础,更是研究这类损害赔偿责任问题的起点,所以其重要性不言而喻。在外派船员人身伤亡损害赔偿法律关系之中,“外派船员”是该法律关系的主体,“人身权”是受侵害的权利的客体,而“损害赔偿”则是该法律关系的内容。外派船员人身伤亡损害作为一类特殊主体的人身权损害,在对其概念进行界定时应着重于强调其与一般人身伤亡损害的不同点。他们之间区别的关键其实并非仅仅由于发生在“海上”这一空间的特殊性,更在于隐含于这个特殊空间背后更为深刻的原因,即船员海上劳动的特殊风险以及由此衍生出的一系列海事制度。因此可以说,“海上”这一空间要求只是外派船员人身伤亡损害的形式条件,而“海上”背后所体现的海事相关性才是其实质要件。因此,笔者在归纳法律法规层面以及学界对船员人身伤亡损害的基础上,通过把握船员人身伤亡损害的形式要件和实质要件,同时借鉴其他国家的相关做法对船员人身伤亡损害进行界定。

主体问题是人身伤亡损害赔偿法律制度中的基础,也是确定损害赔偿范围以及赔偿数额等相关内容的基础。就赔偿权利主体而言,按照其自身的人身权是否直接遭受侵害分为两大类:直接受害人和间接受害人。确定了受害船员本人、其近亲属以及其具有扶养义务的被扶养人在不同情形下的赔偿权利主体资格,否定了

船员外派机构的主体资格和船舶优先权的获得。就责任主体而言,分别针对合同责任与侵权责任下不同的责任主体资格进行论述。在合同责任下,以船员外派各方法律关系为基础,确立了境外船东、船员外派机构与国内航运公司在外派船员人身伤亡损害时的责任主体地位;在侵权责任下,针对不同情形下的侵权主体进行分析,尤其在确定境外船东作为赔偿责任主体时,对在不同的租船合同下境外船东作为责任主体进行识别。同时提出外派船员人身伤亡损害赔偿的责任主体应由传统的单一的“控制论”逐渐向“利益论”转变。

在外派船员遭遇人身伤亡损害后,船员外派机构与境外船东之间相互推诿,导致外派船员的正当权益受损,不能得到及时的赔偿,因此在本书中笔者首先就与外派船员人身伤亡损害赔偿请求权相关的法律关系进行梳理,针对外派船员人身伤亡损害赔偿的实际情况,对境外船东承担雇主责任的多种情形进行详细的分析;然后就如何处理侵权损害赔偿、雇主责任、工伤保险和商业保险之间关系的问题进行论述。

归责原则是责任构成的进一步抽象,把握了归责原则也就把握了责任构成,进而可以了解责任的本质。本书对于外派船员人身伤亡损害赔偿所涉及的侵权责任以及合同责任两方面的归责原则分别进行阐述。在外派船员人身伤亡损害赔偿之侵权责任归责原则的论述上,围绕侵权损害赔偿归责原则的问题,一直存在着一元论、二元论以及三元论不同观点,笔者提出我国损害赔偿应采用“2+1”元论的归责原则体系;同时,对于过错责任原则与无过错责任原则的内涵及在具体损害赔偿案件中的适用问题进行分析,并大胆提出以过错责任原则、过错推定责任原则、无过错责任原则来构建外派船员人身伤亡损害赔偿之侵权责任归责原则体系,以充分体现现代海事侵权法之“人命优位”的价值理念;在对海上违约行为导致的外派船员人身伤亡损害赔偿归责原则的论述上,笔者首先对违约责任的归责原则进行重新思考,并以船员外派合同三方之间的法律关系为基础,对在不同性质的合同关系下分别适用的归责原则进行分析。

外派船员一旦发生人身伤亡事故,受害者及其亲属最关心的法律问题莫过于能否获得赔偿以及赔偿的数额多少,这样就涉及损害赔偿的范围和赔偿金额问题。因此赔偿问题无疑是本书的第一要务,“损害赔偿范围的确定与计算,既涉及损害赔偿责任的承担亦即损害的量化问题,本质上又属于损害赔偿之债自身的问题;其

既可视作为一个事实问题,又可视作为一个法律问题。”^①因此,本书围绕外派船员遭受人身伤亡损害时根据怎样的赔偿原则来确定责任主体的赔偿范围以及具体的赔偿金额,也就是说它解决的是“怎样赔”“赔什么”及“赔多少”的问题。

就外派船员人身损害赔偿案件而言,仅通过相关的实体法来确定当事人应得的赔偿是远远不够的,还需借助相关程序性的法律规定来确保赔偿的最终实现。诉讼程序作为一种法律程序,包括为公正有效地解决该纠纷而设立的阶段、步骤、方式和方法的总和,可以说它是一个具有时间性和空间性特点的法律运用过程。其中确定案件的海事管辖权使得外派船员的权益通过海事法的救济得以实现;有效地保全受害人的索赔请求,将名义上的损害赔偿落到实处;客观地鉴定受害人的受损程度,将损失与赔偿尽量准确对应。可见,在损害赔偿中,相关程序问题的妥善解决与当事人实体权利的明确是同等重要的环节。

四、研究方法

研究方法的确立有助于研究者厘清研究思路,进而更准确地把握该项研究的意义并提出自己的观点与意见,而且还有助于研究者梳理自己的研究路径,避免毫无益处地浪费精力甚或出现自相矛盾的现象。就本书而言,鉴于外派船员人身伤亡损害赔偿涉及的实践问题较多,本书在分析不同的问题时主要运用了以下研究方法:

第一,历史分析法。船员外派本身是历史发展的结果,有关船员外派的法律调整机制也历经了历史的洗礼,这不仅是制度自身内在运动的结果,也是与社会历史互动的结果。科学的研究方法自然不能回避对相关历史的研究,进而发现历史中的规律性联系。因此,有必要从历史发展的角度来阐释外派船员产生的源流,同时在归责原则、损害赔偿等方面也具有一定的历史连续性与继承性。只有厘清历史发展脉络,才能在传统与积淀的基础上对现有规则体系进行深度的思考与重构。

第二,比较分析法。比较分析法主要是对国外立法对比分析,由于国外海事立法较为完备,相关的判例更为丰富,对于理论上的研究与探讨也较为深入,因此可以通过比较研究的方法汲取和借鉴国外立法的合理内容,为我所用;同时对国外船员人身权保护的异同进行辨别,找出这种差别的制度性背景,探讨在相异的制度背

^① 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001:62.

景下借鉴外国相关制度的可能性与现实性。尤其海运业更多地具有国际性的特点,船员的培训、流动、待遇与安全保障等也颇具国际性,各国海事法律在国际性方面的趋同性也较为明显。除了对国外法与国内法进行比较研究之外,还注重将作为特别法的船员人身损害赔偿法律同一般人身损害赔偿的法律进行比较,找出共同的理论基础,进而对因海上特殊环境而必须做出的变通进行有侧重的研究。

第三,案例分析法。案例分析是英美法系的主要分析形式,与普通法的传统一脉相承,近年来大陆法系学者也呼吁采用案例分析的方式进行法律学习和教学。本书中涉及了大量案例,在不同的案例中讨论怎样采取不同的法律救济措施实现效率目标。与纯理论分析相比,案例分析不但能增强直观效果,而且使考查更加深化和量化,反映不同损害赔偿方式的效率性。本书结合具体案例分析雇主责任的不同情形,提出不同案例采取不同救济方式的主张。可以说,案例分析是本书的重要研究方法之一。

第1章

外派船员人身伤亡损害赔偿概述

文章的题目决定文章的内容,在笔者决定了该书的写作方向后,关于书名问题着实思量了很久,原因在于“人身伤亡”的称谓上。

在查找资料时笔者发现,民法与海商法关于人身权遭受损害时的称谓并不相同,民法学界一般直接称之为“人身损害”,随之将这个领域的赔偿制度称为“人身损害赔偿制度”。而在海商法的相关著作与论文中,除少数学者有不同意见外^①,绝大多数学者都把发生在海上的人身权损害称为海上“人身伤亡”损害,这两字之差仅是习惯上的叫法不同还是两者之间存在着深层的含义不同?

关于这个问题,笔者认为,应要从学界关于“海上人身伤亡”这一称谓的最早提出谈起。“人身伤亡”这一提法最早出现于司玉琢教授和吴兆麟教授于1991年发表的著作《船舶碰撞法》中^②,该书对发生于海上的人身权损害,尤其是因船舶碰撞造成的人身权损害的相关问题进行了特别论述。在这之后,相关领域的研究与论述中基本都沿用了“海上人身伤亡”的提法,这与相关领域的英文著作使用“maritime personal injury and death”与“loss of life and personal injury at sea”有着密切的关系^③,“海上人身伤亡”这一提法已被我国海商法界较为普遍地接受,并且已经出现在最高人民法院制定的司法解释中。例如:《关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定(试行)》,该规定作为审理具有涉外因素的海上人身伤亡案件的具

① 参见:余根荣,《海事人身损害赔偿法研究——关于美国港口工人伤害赔偿若干问题的探讨》[J],大连海运学院学报,1986(2):36. 另外陈琦博士曾在她的博士论文的开篇第一章中进行过讨论,按照她的观点,将发生在海上的人身权遭受损害的事故称为“海上人身伤亡损害”有其局限性,这样将损害结果似乎仅局限在伤残和死亡两项,而由于人身权遭受损害而导致的赔偿权利人的精神损害不能概括其中,因此应统称为“人身损害”为好。

② 司玉琢,吴兆麟,《船舶碰撞法》[M],大连:大连海事大学出版社,1991:15.

③ 按字面意思直接翻译过来就是“海上人身伤亡”。

体法律依据,正式确认了“海上人身伤亡”的提法,自此“海上人身伤亡”这一称谓在法律层面上得到初步的确认。随后颁布的《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)作为调整海上运输和船舶关系的特别法,在其法律条文中也使用了“人身伤亡”^①这个称谓。可见,无论从学界论述还是法律规定来看,“海上人身伤亡”已经成为对于发生在海上的人身权损害约定俗成的习惯称谓。

“人身伤亡”不仅体现了称谓上的约定俗成,而且还概括了人身权损害的后果。从“损害赔偿”本身出发,损害的存在是赔偿的前提,人身权的损害后果主要体现为伤残和死亡两种,称谓中的“伤亡”二字可以准确地反映人身损害的内容。同时伤亡的痛苦应理解为不仅体现在生理上,还体现在心理上的精神损害,因此在赔偿时不仅包括对于受害人生理性损害结果的赔偿(如医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费以及必要的营养费等),还应该包括对受害人精神损害的赔偿(残疾赔偿金和死亡赔偿金)。赔偿是损害的逻辑结果或损害在法律上的后果,“无损害即无责任”^②。因此笔者使用“外派船员人身伤亡损害赔偿法律问题研究”作为本书的书名,这样不仅能保持海商法界对于人身权损害的一贯称谓,而且还可以将这个题目拆分成“外派船员”“人身伤亡”“损害赔偿”三个关键词来进行分析。

“概念是法律思想的基本要素,是我们将杂乱无章的具体事项进行重新整理归类的基础。”^③“有了概念,人们就有可能在只有较少规则的情况下工作,并有把握应付那些没有现成规则可循的各种新情况。”^④具体到外派船员人身伤亡损害赔偿的概念而言,它不仅是损害赔偿法律规范适用的前提和基础,更是研究这类损害赔偿责任的起点,重要性不言而喻。在外派船员人身伤亡损害赔偿的法律关系中,“外派船员”是该法律关系的主体之一,“人身权”是受侵害的权利客体,而“损害赔偿”则是该法律关系的内容。正如博登海默所言:“概念乃是解决法律问题所必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人。”^⑤

① 参见《海商法》第169条第3款规定:“互有过失的船舶,对造成的第三人的人身伤亡,负连带赔偿责任。”

② 张西安,程丽庄.俄罗斯联邦民事诉讼法(执行程序法)[M].北京:中国法制出版社,2002:22.

③ 《牛津法律大辞典》(中译本)[M].北京:光明日报出版社,1988:533.

④ 沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:法律出版社,1983:86-87.

⑤ [美]博登海默.法理学[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:486.

1.1 外派船员

1.1.1 外派船员的概念

对外派船员的研究应建立在对船员这一上位概念的分析 and 理解之上。船员是船舶在航海过程中进行劳动的具有特定身份的劳动者(laborers),其劳动力价值要通过在具体的船舶上从事具体岗位的劳动来实现。

对于“船员”这一概念,各国根据自身的立法习惯以及实际需要有着不同的规定。有的国家将其定义在海商法或商船法等民商法之中,还有一部分国家则制定了专门的从属于劳动法律部门的船员法。但无论是将其规定在民商法中还是规定在劳动法中,其内容大多是对船员的法律地位、任职资格以及船员劳动权利义务等方面予以规定。

考查各国相关立法,对船员的含义以及范围的确定不尽相同,且对船员的称谓亦有所不同。以英美为代表的普通法系国家采用分别规定的方法,即将船长和船员分开规定,因此船员相关的立法大多不适用于船长,例如:按照英国法律,船员雇佣合同必须由船长作为船东的代理人签字。而以德、日为代表的大陆法系国家,则采用将船长与船员合并规定的方式,即将船长和其他在船上任职的人员统称为船员,船长和其他船员在适用法律上并无区别,例如:《德国商法》第 481 条规定,“船员是指船长、船舶职员、船舶属员及所有在船上的其他成员”。日本《船员法》也有相似的规定^①。我国法律对船员的含义以及范围采取的也是将船长与普通船员合并规定的方式,例如:我国《海商法》第 31 条规定,“船员,是指包括船长在内的船上一切任职人员”;另外,《中华人民共和国船员条例》中也有相同的规定^②。可见,我国相关立法对“船员”的定义采用广义说。本书对外派船员人身伤亡损害赔偿法律问题的研究,以更加全面地保障船员的合法权益为出发点,对“船员”亦采用广义的定义,即包括船长在内的船上一切任职人员。

这里需要注意的是,在我国,“船员”与“海员”往往不加区分地被作为同义语使用,这从我国相关的法律用语中即可以得到证实。例如,最高院 1989 年规定的海

① 参见日本《船员法》第 1 条规定:“船员是指在船上服务的船长、船员及其预备船员。”

② 参见船员条例第 4 条规定:“本条例所称船员,是指依照本条例的规定经船员注册取得船员服务簿的人员,包括船长、高级船员、普通船员。”

事法院受案范围包括“海员劳务合同纠纷案件”,而2001年最高院《关于海事法院受理案件范围的若干规定》中则使用了“船员劳务合同纠纷案件”,我国《海商法》中使用的也是“船员”这个概念。在船员外派过程中,船员与船员外派机构签订的劳动合同有时被称为“海员劳务合同”,有时又被称为“高级船员合同”。故本书中对“船员”与“海员”的称谓也不做区分。

外派船员,顾名思义就是服务于外轮的本国船员,它的产生伴随着大规模现代意义上的国际船员劳务合作。1890年阿尔弗雷德·萨尔·马汉出版了历史著名的《海权论》(全称《海权对历史的影响》),马汉在该书中坚称:“一个国家的海上力量不仅仅包括强大的海军舰队,还应当包括海上和平贸易和商船运输业。”^①正是这一理论促使西方发达国家特别是美国和英国大力发展本国海上力量,发展本国的商船建造业和海上航运业^②。因此在很长时间内,海上大规模的航运船队都属于欧美发达国家,船员也都来自于这些国家。外派船员的产生是世界经济发展到一定历史阶段的产物。

首先,亚洲金融危机造成航运发达国家船员短缺是外派船员产生的主要原因。20世纪末,亚洲金融危机致使各国进出口贸易额锐减,航运业更是遭受了不可抗拒的打击。据资料记载,在20世纪90年代的中后期,数不清的船东纷纷倒闭,或被法院执行卖船抵债,或被迫宣告破产,或负债累累,或惨淡经营。与此同时,势力较雄厚的船东则趁机通过收购兼并等方式形成新的企业垄断势力,使竞争愈加惨烈。船东为了生存,千方百计降低成本,不得不对船舶也实行减员减薪,使船员劳动负荷增加,报酬反而减少。船员薪水的优势降低,人们特别是青年人因追求陆上舒适安全的生活而不愿从事船上工作,从而造成大批船员尤其是欧洲国家船员的严重流失。据LLOYD'S SHIP MANAGER 1997年报道,欧盟成员方国家的船员在过去十年减少了10万人,还有报道说英国船员将以10%的数量逐年递减。日本1985年有远洋船员22 563人,而到了1997年则只有4 561人了^③。目前,日本国内船员已严重不足;韩国、新加坡以及我国的台湾和香港地区从事船员的人数也越来越少。为此,这些国家和地区被迫招募其他国家和地区的船员工作,这为船员外派的发展创造了市场。

其次,船舶开放登记制度的出现,打破了某些国家船东不允许雇佣外国船员的

① [美] Alfred Thayer Mahan. 海权对历史的影响[M]. 范利鸿,译. 西安:陕西师范大学出版社,2007: 375.

② 参见:[日]伊藤宪一. 国家与战略[M]. 北京:军事科学出版社,1989:94.

③ Lloyd's Register of Shipping[M]. London: Lloyd's Ship Manager,1997:33.