

陈诗婷,何丽新.港口经营人法律地位的判例探析[J].中国海商法研究,2021,32(2):65-77

港口经营人法律地位的判例探析

陈诗婷¹,何丽新²

(1. 北京大学法学院,北京 100871;2. 厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

摘要:近年来,涉及港口经营人的法律纠纷日趋增加,但中国立法对港口经营人的规定漏洞尚存,导致其法律定位不明、权利义务不清,故亟需借鉴各国司法实践经验,明确港口经营人的法律定位。针对中国港口经营人法律地位的争议,建议采取实证分析的方法,通过考察两大法系的174个典型案例,即可得出中国应将港口经营人作为独立合同人进行专门性立法的结论。《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》应当删去针对港口经营人的专门条款,并将港船关系和港口经营人的权利义务等事项留待新《中华人民共和国港口法》进行调整。

关键词:港口经营人;法律定位;判例分析;两大法系

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0065-13

On legal status of port operators by case analysis

CHEN Shi-ting¹, HE Li-xin²

(1. Law School, Peking University, Beijing 100871, China; 2. Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Legal disputes concerning port operators have been increasing in recent years. However, there are still loopholes in the provisions of Chinese laws and regulations on port operators, which lead to uncertain legal status as well as unclear rights and obligations of them. Therefore, it is urgent to learn from the judicial practice of countries around the world. By analyzing both the legal theory and judicial practice in 174 typical cases from two legal systems, it is more reasonable for China to use "independent contractor" as the legal status of port operators and enact special legislation. Therefore, regulations aiming at port operators in *Chinese Maritime Code (Draft Revision for Comments)* should be deleted, leaving the legislative matters such as the relationship between carriers and port operators and the rights and obligations of port operators to the new *Law of the People's Republic of China on Ports*.

Key words: port operator; legal status; case analysis; two legal system

港口是中国面向世界的窗口,港口作业之复杂多样、港口经营之困难重重、港口风险之难以预料,都要求国家法律法规给予更为完善的规定。在中国先后废止了若干效力低下的部门规章之后,港口货物作业的司法纠纷几乎陷入了无法可依的尴尬局面。因此,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)修订进程中,港口经营人的法律地位认定成为了各界关注的热点,港口经营人是否纳入《海商法》调整及具体如何调整等问题备受关注。中国大量学

者已经在剖析国际公约和他国立法的基础上,就以上问题作出回应,但至今尚无研究从判例角度出发,论述港口经营人法律地位。笔者通过对两大法系代表性国家的典型判例进行收集,分析司法判例下港口经营人的法律定位,为《海商法》和《中华人民共和国港口法》(简称《港口法》)的修订提供全新的外国实证视角。为此,笔者选取了英美法系的代表性海运大国——英国、美国、加拿大和澳大利亚,以及大陆法系的代表性国家——德国、日本和韩国的

收稿日期:2020-12-01

基金项目:2018年度国家社会科学基金项目“《海商法》修订中重大问题研究”(18BFX208)

作者简介:陈诗婷(1997-),女,福建厦门人,北京大学法学院宪法与行政法专业硕士研究生,E-mail:690844936@qq.com;何丽新(1966-),女,福建闽清人,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师,E-mail:helixin@xmu.edu.cn。

共 174 个有港口经营人参与的货损案例。

一、理论界的港口经营人法律地位之争

“港口经营人”一词来源于《1991 年联合国国际贸易运输港站经营人责任公约》(简称《港站经营人公约》),在中国 1995 年《国内水路货物运输规则》(已失效)、2001 年《港口货物作业规则》(已失效,简称《港规》)和 2003 年《港口法》中均有出现。2000 年后随着海事司法实践中港口经营人纠纷数量的日益增加,理论界就港口经营人的法律地位展开激烈讨论,延续至今,现就主要观点总结如下。

观点一,认为港口经营人是承运人的受雇人或代理人。^[1-2]该观点作为早期主流观点,体现出中国在国际条约本土化过程中的拿来主义倾向:首先,中国早期对国际公约的翻译混淆了“servant of”与“employed by”,忽视了中国民法背景下对受雇人人身依附性的较高要求;其次,该翻译无视了中国民法下的代理理论与英美法系中“agency”的区别,未意识到普通法系国家对代理的认定与大陆法系国家之间存在的重大差异。目前,受雇人说已被摒弃,但代理人说仍在改良中寻求新发展。但是,现行海商法下非集装箱货物运输中承运人的责任期间与港口经营人并无重合,若以承运人的代理人作为定性,必然出现责任承担上的矛盾。

观点二,认为港口经营人是美国法下的“履约承运人”。^[3]¹¹⁸2005 年以后,开始有学者提出参照 1999 年《美国海上货物运输法》(简称 COGSA),把港口经营人定性为“履行、承诺履行或者组织履行运输合同项下契约承运人的任何义务的人”,^[4]³⁸⁷⁻³⁸⁸该概念包含承运人的雇佣人、代理人和独立合同人,故港口经营人必然被涵盖其中。^[5]但是,独立合同人的独立性与承运人体系本身存在本质矛盾,两概念的兼容性尚待讨论。

观点三,认为港口经营人是实际承运人,并对船方和货方委托的港口经营人作区分定性。^[6]根据《汉堡规则》第 1 条第 2 款^①的规定,实际承运人无法涵盖货方委托的主体。此外,港口经营人作为无法发生位移的陆上主体,是否“从事货物运输或部分货物运输”争议极大。从目的解释的角度,立法者在创设这一概念之际,从未考虑纳入任何无法发

生物理移动的陆上主体,因此任何强行扩张其内涵的说法都难以自圆其说。

观点四,认为港口经营人是大陆法系民法理论下的“履行辅助人”。^[7]⁸⁰⁻⁹⁰《德国民法典》第 278 条和第 831 条的规定^②将债务履行辅助人分为法定代理人和使用人(含意定代理人),囊括了受雇人、代理人和独立合同人等前述所有定义。因此有学者提出借鉴大陆法系经验,将港口经营人定性为“独立型陆上履行辅助人”,甚至明确归入“使用人”的范畴。^[8]尽管此从理论上此定性并无问题,但是中国缺乏相应的民法土壤,在立法和司法层面都难以实现。

观点五,认为港口经营人是《鹿特丹规则》中的“履约方”项下的“海运履约方”。^[9]⁵³,^[10]³⁶⁻³⁷,^[11-12]2007 到 2015 年期间中国学界兴起一股“鹿特丹狂潮”,有观点认为应在《海商法》中全面引入海运履约方体系。但是,《鹿特丹规则》尚未生效,部分条款争议性极大,在《鹿特丹规则》前景未明之际,中国不宜盲目移植。^[13-14]

观点六,认为港口经营人是独立合同人。^[15]独立合同人是“承担某种工作并达到约定的结果,但在实际完成此项工作时能够发挥自身能动性,而不受委托人指令或控制的人”。^[7]⁸⁶该观点强调港口经营人与船方或货方独立订立契约,应该获得与船货双方对等的独立地位,更加贴合当代港口经营实践,同时更符合国际立法趋势,但是需要在立法中加以明确。

因此,依据对港口经营人与承运人之间关系判断的不同,上述对港口经营人的定性可分为三类:第一类,依附性定性,即突出港口经营人对承运人的依附性,包括承运人的受雇人、代理人以及承运人的履行辅助人。第二类,承运人概念的扩张,即将港口经营人划入最广义的承运人体系中,包括履约承运人和实际承运人。第三类,独立性定性,将港口经营人置于整个海上货物运输中,作为船港之外的独立第三方,包括海运履约方和独立合同人。理论上,上述定性范围存在重叠:履行辅助人能够涵盖所有其他定性。履约承运人和海运履约方的范畴略窄于前者,是否包含受雇人和代理人尚存争议。其余的概

^① 《汉堡规则》第 1 条第 2 款规定:“‘实际承运人’是指受承运人委托从事货物运输或部分货物运输的任何人,包括受托从事此项工作的任何其他人员。”

^② 《德国民法典》第 278 条规定:“在与债务人自己的过错相同的范围内,债务人必须对其法定代理人和债务人为履行其债务而使用的人的过错负责,不适用第 276 条第 2 项的规定。”第 831 条(为履行辅助人而负的责任)规定:“(1)为某事务而使用他人的人,对该他人在执行事务中所不法加给第三人的损害,负赔偿责任……”

念之间则相互交错,只有受雇人和独立合同人在两大法系中均无交集,代理人仅在大陆法系中与独立合同人无法兼容。

对港口经营人法律定位的理论探索有助于为立法提供更多选择,但是中国司法实践中,由于相关立法的长期滞后导致缺乏统一认定标准,问题频发。此时对各国判例进行比较研究的重要性不言自明——只有通过直观的对比参照,方能探究国内司法裁判问题之本,同时借鉴他国有益司法经验。在普通法国家,判例作为正式法律渊源,法院判决的要旨提炼、历史变迁和整体分析都极具价值。西方国家港口私营化改革较早,相关判例数量庞大,其中许多重要判决在直接塑造国内法的同时还间接地对国际公约的起草发挥作用。即便在大陆法系国家,法官仍须在审判中通过法律解释和法律选择等方式发挥能动性。因此,不同法系的判决中蕴含着丰富的法理资源及实践成果,能够为中国的立法选择提供有益指导。

二、英美法系判例中的港口经营人

笔者从英美法系国家中选取了美国、英国、澳大利亚、加拿大四个具有代表性的海运大国,并通过关键词搜索的方式在 Westlaw Next 数据库(next.westlaw.com)和 Informa i-law 数据库的“劳氏法律报告”(Lloyd's Law Reports)板块中选取了 108 个重要判例。案件重要性的判断标准在于 Westlaw 数据库对案件作出的分级评价,以及被西方知名学者在相关论文中提及的次数。判例的同一性基础在于均涉及法院对港口经营人的法律地位认定。因此,其基本案情均为港口经营人在参与国际货物运输作业的过程中发生货损,遭到以下三种类型起诉:合同之诉、侵权之诉和托管之诉。

美国及欧洲沿海国家的港口民营化集中在 19 世纪末期,由此,涉及港口经营人法律地位认定的案件从 20 世纪开始激增,并在 20 世纪中后期达到顶峰,故下文的判例选择集中在 20 世纪。近年来,由于海运行业的萎靡和海运合同的完善等原因,相关案件数量有所下降且极少在遵循先例的基础上有所突破,故笔者对普通法系国家 21 世纪案件选取数量较少。此外,由于美国具有在世界海运业的霸主

地位和相关立法的先行优势,故笔者将其与其他英联邦国家进行区分,单独进行归纳研究。

(一) 美国判例中的港口经营人

在美国法院,与港口经营人法律定性相关之案件的主要争议点皆为“喜马拉雅条款”的效力,法官多在遭遇“喜马拉雅条款”的适用问题时才对港口经营人的法律地位进行讨论,以判断其是否包含于提单条款当中。关于“喜马拉雅条款”本身的效力争议,法院的态度从 *A. M. Collins* 案^①之后的大力支持到 *Herd* 案^②之后的严格把控,再到 1972 年 *Secret Machine* 案^③之后的逐渐放松,后由联邦最高法院在 *Norfolk Southern Railway v. Kirby* 案^④中盖棺定论,即突破合同默契原则,承认“喜马拉雅条款”的有效性。

笔者选取了 61 个以国际海上货物运输中的港口经营人为被告的美国判例,其中的 18 个判例,原告提起托管之诉,故法院根据普通法托管理论认定港口经营人为货方的(次)受托管理人,除非证明自己无过错,否则在其占有货物期间应对货物的毁损灭失承担赔偿责任。在剩余的 43 个判例中,近半数法院判决认定其为承运人的代理人,近三分之一的判决认为其为独立合同人。比较特别的是,法院在 4 个判例中作出承运人代理人兼独立合同人的认定。最后,在早期判例中,有 4 个法院判决将港口经营人认定为承运人的受雇人。从中能够看出,除托管之诉中港口经营人当然作为受托管理人应诉之外,在侵权之诉中,法院通常认定港口经营人为承运人的代理人或独立合同人,而对此二者之间的关系,不同法官理解存在差异,但这并不妨碍对港口经营人享有提单权利的确认及保护。

在 1929 年的 *New York & Hastings Steamboat Company* 案^⑤中,Godard 法官认为港口经营人为承运人的受雇人或者代理人,至于二者有何区别对案件并无影响,因为海上货物运输法规定了“受雇人或代理人”的权利义务,显然无意区分二者。1953 年,在 *A. M. Collins* 案^⑥中,Rives 法官将港口经营人认定为承运人的代理人并排除了同时作为受雇人的可能,表明其意识到港口经营人的独立性增强,其与承运人签订的合同性质并非劳动合同或劳务合

① 参见 *A. M. Collins & Co. v. Panama R. Co.*, 197 F.2d 893 (1952)。

② 参见 *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Mach. Corp.*, 359 U.S. 297, 301, 1959 AMC 879, 882-83 (1959)。

③ 参见 *Secret Mach. Corp. v. S. S. Tiber*, 450 F.2d 285 (1971) A.M.C. 815。

④ 参见 *Norfolk Southern Ry. Co. v. Kirby*, 542 U.S. 935 (2004) 542 U.S. 935, 124 S.Ct. 2926 (Mem), 159 L.Ed.2d 810, 72 USLW 3767。

⑤ 参见 *New York & Hastings Steamboat Company*, 1929 WL 60297 (1929) 1929 WL 60297, 1929 A.M.C. 1472。

⑥ 参见 *A. M. Collins & Co. v. Panama R. Co.*, 197 F.2d 893 (1952)。

同。虽然“受雇人”在普通法中范围极广,但是使用代理人可以避免因受雇人对承运人的人身依附性要求而造成的争议,甚至能够将部分“受承运人指导而非指挥”的独立合同人包括在内。此后的大量案件中,法院均作如此考量。直到 1954 年的 *Ford Motor v. Jarka* 案^①,Schweitzer 法官明确指出代理人包括独立合同人,且不必区分受雇人和代理人,以上三个概念同时适用于港口经营人。随后在 1957 年的 *Coffee Growers of Colombia v. Isbrandtsen* 案^②中,Edgar 和 Nathan 法官首次区分了代理人和独立合同人,认为港口经营人由于其履行的是承运人在海运合同项下的义务而无法成为独立合同人。1959 年的 *Herd* 案^③中,法官将港口经营人定义为代理人,背后的重要原因在于英美法关于代理的先例众多且论述清晰,法官能够从其他类型的案件中找到大量依据,而受雇人和独立合同人的概念边界在美国法乃至整个英美法系判例法中难以达成统一。19 世纪 70 年代之后,随着“喜马拉雅条款”中涵盖的主体扩展到独立合同人,越来越多的美国法院开始抛弃受雇人和(或)代理人的概念,仅认定港口经营人为独立合同人,以避免对代理人理论的过度依赖而造成造法能动性局限。

值得注意的是,在美国法院的判决中,代理人与独立合同人的概念相互交错。法官主要依据港口经营人与承运人的合同关系和其作业性质是否包含在承运人在运输合同项下的义务之中进行判断。多数美国法官认可代理人与独立合同人的兼容关系^④,但少数案件中法官强调了二者的区别,其判断标准在于港方作业过程中多大程度上受到承运人的监督和控制。例如,在 *La Salle Mach. Tool v. Maher Terminals* 案^⑤中,承运人将货物交给港口经营人装船,未在现场指派人员或者作出任何指示,港口经营人装船错误导致货损,此时并非代理人和独立合同人。相反地,在 *Brown & Root v. M/V Peisander* 案^⑥和 *Koppers Co. v. S/S Defiance* 案^⑦中,港口经营人在承

运人的一般控制和监督下转移或装卸货物,承运人实际参与其中,扮演监督者的角色。如前所述,由于代理人概念的包容性强、先例众多且往往出现在提单“喜马拉雅条款”之中,所以法官倾向于作此种认定以减少歧义和适用提单的障碍。

(二) 英联邦国家判例中的港口经营人

笔者选取了英联邦国家的 47 个判例,包括 17 个英国判例、21 个澳大利亚判例和 9 个加拿大判例。受普通法传统的影响,此类案件类型以托管之诉为主,法院对港口经营人定性的直接论述较少,其中 3 个早期案件中,港口经营人被认定为受雇人,6 个案件中被认定为代理人,其余情况下皆被认定为次合同人及次受托保管人。值得注意的是,英国的所有案例均为托管之诉,法院皆认定港口经营人为(次)受托保管人。

英国受到普通法传统理论的禁锢,在突破合同相对性、赋予“喜马拉雅条款”法律效力的问题上相对落后于美国和其他英联邦国家,但是托管理论的发展弥补了这一不足。早在 18 世纪初,英国就逐步发展出一套完整的托管责任体系^⑧。在国际货物运输中,托运人作为委托保管人(bailor)将货物委托承运人保管,此时承运人是受托保管人(bailee);此后承运人又作为委托保管人将货物转委托港口,授权港口成为自己的受托保管人兼托运人的次受托保管人(sub-bailee)。托管关系强调物的占有转移,与所有权归属无关,所以即使承运人不享有货物所有权,或者所有权转移至收货人,也不影响次托管(sub-bailment)关系的存在。货物卸下后,港口经营人自然成为收货人的受托保管人。托管理论以其独特的优势灵活地解决了四方主体之间因为缺乏合同关系导致的诉权受限问题,创设出合同之诉和侵权之诉以外的全新诉讼路径。

值得关注的是,在著名的 *Midland Silicones v. Scruttons* 案^⑨中,一审 Diplock 法官否认了港口经营人纳入承运人的可能,并总结出提单下对港口经营

① 参见 *Ford Motor Co. v. Jarka Corp.*, 134 N. Y. S. 2d 52 (1954) A. M. C. 1095。

② 参见 *National Fedn. of Coffee Growers of Colombia v. Isbrandtsen Co.*, 17 Misc. 2d 113 (1957) N. Y. S. 2d 392。

③ 参见 *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U. S. 297 (1959) A. M. C. 879。

④ 参见 *Tokio Marine and Fire Insurance Co. v. Nippon Yusen Kaisha Lines*, 466 F. Supp. 212, 213 (W. D. Wa. 1979); *Hyundai Marine & Fire Insurance Co., Ltd. v. Pyongtaek*, 2016Da213237 (2016)。

⑤ 参见 *La Salle Mach. Tool, Inc. v. Maher Terminals, Inc.*, 452 F. Supp. 217 (1978) A. M. C. 1374; *Afir. La Salle Mach. Tool, Inc. v. Maher Terminals, Inc.* 611 F. 2d 56, 1980 A. M. C. 1187。

⑥ 参见 *Brown & Root, Inc. v. M/V Peisander*, 648 F. 2d 415 (1981) 1982 A. M. C. 929。

⑦ 参见 *Koppers Co., Inc. v. S/S Defiance*, 542 F. Supp. 1356 (1982) A. M. C. 1404; *Afir. Koppers Co., Inc. v. S/S Defiance*, 704 F. 2d 1309 (1983) A. M. C. 1748。

⑧ 最早的先例参考 *Coggs v. Bernard*, 2 LD. RAYM. 909 (1704)。

⑨ 参见 *Midland Silicones v. Scruttons*, Lloyd's Rep Vol. 1 Q. B. (Com. Ct.); 289-304 Lloyd's Rep Vol. 1 571-587 C. A.; Lloyd's Rep. 365 at p. 371; H. L.

人保护的两种思路:一是“明示合同理论”(express contract theory),即承运人作为装卸公司代理人,代表装卸公司与托运人签订合同;二是“默示合同理论”(implied contract theory),装卸公司占有货物时,其与货主之间默示合同开始生效。英美法系法官充分利用代理理论的灵活性,反其道而行,将承运人视为港口经营人的代理人,而前提在于对隐名代理的认可。

相比之下,澳大利亚法院早在1951年的 *Waters Trading Company v. Dalgety* 案^①中便认定港口经营人为独立合同人。本案中Owen法官还对先例中的港口经营人身份进行总结,笔者称之为“双重身份理论”——第一种双重身份是指在大洋洲早期判例中,法院多将港口经营人同时认定为承运人的受雇人和代理人,在作为受雇人的同时还发挥着代理人的功能。第二种双重身份是港口经营人在作出侵权行为时,既是承运人的代理人也是收货人的代理人。收货人的代理人地位对装卸公司并无好处,还因此承担无限侵权责任,所以法院判决时往往将其视为承运人的代理人,这体现出法院在维护商业稳定方面的权衡,提供倾向性保护。

同案中,Herron法官对“代理人”作出如下解释:“‘代理人’一词指的是船东在履行合同的正常过程中可能要求其履行合同的某一部分的人,而不能仅限于与船东的受雇人一样在侵权诉讼中使船东承担责任的人”,也就是说,代理人的判断标准并非承运人是否为之承担法定替代责任,而是是否受承运人之托实际履行运输合同中的义务。综上,澳大利亚法官在司法实践中区分了承运人的受雇人、代理人和独立合同人,同时将代理人理论进一步完善。

(三)英美法系判例总结

第一,承运人雇用(employ)港口经营人开展海上运输合同下的作业,此处的雇用并无对人身依附性的严格要求,两主体间的具体关系主要依据港口作业的性质进行区分——当承运人对港口经营人的作业起指挥和支配作用时,则港口经营人是承运人的受雇人;若承运人仅作为“港口监督人”(wharf

watcher)或“保险员”(insurer)提供装卸或存储货物的指导,则港口经营人是承运人的代理人。此外,部分普通法法官希望通过将提单中“承运人”的概念进行扩张解释以纳入港口经营人^②,这恰恰体现出前文中笔者归纳的关于港口经营人定性的第三种思路。但是,英美法系最终摒弃了上述观点,其最主要的原因在于港口经营人并非海上货物运输合同的当事人,而是通过作业合同实际加入了承运人提单下运输义务的履行。因此,现代港口实践排除了将港方视为传统承运人或承运人的受雇人的可能。中国在摒弃受雇人说的同时,也不宜直接引入“履约承运人”这一在美国本土都尚未充分论述和发展的概念。

第二,港口经营人是(次)受托保管人。根据英美法系特有的托管理论,港口经营人从接收货物并对货物享有实际控制之时起,成为承运人的受托保管人及托运人的次受托保管人,在承运人的责任期间终止且货物的控制权尚未转移至收货人及其代理人期间,港口经营人转变为收货人的受托保管人。因此,对于港口方占有并实际控制货物期间发生的货损,货方有权提起托管之诉。此类传统的普通法理论在中国无适用空间,借鉴意义不足。

第三,港口经营人是托运人的次合同人,是具有独立性的合同主体。次合同人包括但不限于船舶(承运人除外)的所有人、经营人和租船人、装卸工、码头和集团经营人、公路和铁路运输经营人以及承运人直接或间接雇用的任何独立承包商^③。港口经营人同时也可以作为承运人的代理人,此处的“代理”包含意定代理和不为中国民法所认可的隐名代理,即凡是“双方约定一方代表另一方行事且受其必要控制而产生的信托关系”(fiduciary relation)均包含其中,而不以向第三人表示为必要条件^④。在澳大利亚著名的 *York Production* 案^⑤中法官指出,“在商业世界中使用的‘代理人’是一个根据情况而有不同含义的词”^⑥,可见“代理人”一词在英美法系中的灵活性之大、涵义之宽泛模糊。Herron法官在 *Waters Trading Company* 案^⑦判决中叙述:“‘代理

① 参见 *Waters Trading Company, Ltd. v. Dalgety & Co., Ltd.*, Lloyd's Rep. [1951] Vol. 2 N. S. W. Sup. Ct.

② 参见 *Home Ins. Co. v. Philadelphia Piers*, 100 F. Supp. 348 (1951); *Cabot Corp. v. S. S. Mormacscan*, 441 F. 2d 476 (1971) A. M. C. 1130.

③ 参见 *Nipponkoa Ins. Co., Ltd. v. Wallenius Wilhelmsen Lines*, A. S. 2003 A. M. C. 1907.

④ 参见 Restatement (Second) of Agency s. 1 (1957), 源自 *Graceline Inc. v. Todd Shipyards Corporation*, Lloyd's Rep. [1975] Vol. 1.

⑤ 参见 *Sanderson York Production v. Gilchrist Watt and Sanderson*, Lloyd's Rep. [1970] Vol. 2.

⑥ 参见 *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd. v. Producers & Citizens Co-operative Assurance Co. of Aust. Ltd.*, 46 C. L. R. 41, at p. 50; *International Harvester Company of Australia Pty. Ltd. v. Carrigan's Hazeldene Pastoral Co.*, 100 C. L. R. 644, at p. 652.

⑦ 参见 *Waters Trading Company, Ltd. v. Dalgety & Co., Ltd.*, Lloyd's Rep. [1951] Vol. 2 N. S. W. Sup. Ct.

人’一词指的是船东在履行合同的正常过程中可能要求其履行合同的某一部分的人,而不能仅限于与船方的受雇人(employed by carrier)一样在侵权诉讼中使船东承担责任的人。装卸公司通常是以独立合同人的身份开展装卸业务的独立公司,但同时也是承运人的代理人”。综上,英美法系法官在适用代理规则时往往基于对本国代理规则的宽泛性,意欲在最大程度上保护港方权益。而《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)对代理的规定严格,没有必要出于相同考量而将港口经营人定性为代理人,否则将限缩其范围。

此外,为了突破合同默契原则而使“喜马拉雅条款”适用于港口经营人,英美法系的法官们还对港方和船方、港方和货方之间的关系另辟蹊径,通过“默示同意”^①、第三方受益合同^②和前文的“双重身份理论”等方式,为“喜马拉雅条款”的适用提供理论支撑。相比之下,中国法院对“喜马拉雅条款”的态度不明,由于种种原因,该条款在中国的实际适用空间几乎为零。故通过肯定“喜马拉雅条款”的效力来保护港口经营人,无需特别立法的观点在中国没有可行性。而在货方委托港口进行运输相关作业的情形下,港口经营人的权利义务主要根据双方之间的港口作业合同进行判断,不存在成文法对受货方委托的港口经营人加以规制,其责任限制的享有等权利通过完善的“喜马拉雅条款”进行保护。

三、大陆法系判例中的港口经营人

(一) 德国

《德国商法典》第四编第四章即为德国海商法,根据其中第 436 条和第 437 条的规定,一旦港口经营人在德国法院被认定为“承运人的受雇人”或“实际承运人”即可享受法定责任限制。2013 年最新修订的《德国商法典》第 509 条^③在原有基础上进一步

明确了实际承运人的概念及权利义务关系。中国有学者指出,新德国海商法下提供货物搬运、仓储服务的码头经营者并非实际承运人,而提供装卸服务的码头经营者则视为实际承运人。^[16]

笔者通过在 Beck-Online 数据库(beck-online.beck.de)中进行各种关键词检索并对结果进行筛选,将不同审级法院就同一案件作出的判决进行合并,最终得到在判决主文中对港口经营人进行法定性的 10 个典型案例。10 个判例中有 8 个明确将港口经营人认定为履行辅助人,其余 2 个判例中法院认定其为承运人的代理人。

实践中,德国法院判决普遍将港口经营人认定为“Nebenintervenientin”,中文直译为“辅助干预者”,法律意义上即为“履行辅助人”,在特定案件中法院将其定义为“承运人在准备或正在进行运输时使用的次合同人”^④,理论上,由于履行辅助人的定义宽泛,故港口经营人被理所当然地划入其中。“Hilfsperson”(译为助手或助理)和“Subunternehmer”(译为次合同人)也通常被用于指代港口经营人。

值得关注的是,德国法院在部分案件中将港口经营人认定为承运人的“Vertreter”(译为代理人),其经典判决主旨为“承运人对其代理人的过失承担责任”^⑤。德国法院对于港口经营人及承运人的关系论述尤为详细,法官在判决中反复强调承运人对其“辅助者”或“代理人”的无条件替代责任。无论是运输前的港口储存导致货物受潮,或是装货过失致使运输途中货物毁损灭失,还是卸货过程中过失货损,亦或是货物的无单交付,承运人须为港口经营人的过失负责,除非港口经营人存在重大过失或者故意。个别情形下,承运人承担全部责任后甚至无法向港口经营人追偿,例如 2006 年的码头错装货物

^① 美国代表性案例参见 *Wilson v. Darling Island Stevedoring and Lighterage Company, Ltd.*, [1956] 1 Lloyd's Rep. 346, followed. 港口经营人在海上运输合同订立时是承运人的被代理人,即承运人代理港口经营人与货方缔约,而货方则对此默示同意,这种隐名代理在普通法国家普遍受到认可。由此,港口经营人成为海上货物运输合同的隐形当事人。英国代表性案例参见 *Midland Silicones v. Scruttons*, Lloyd's Rep Vol. 1 Q. B. (Com. Ct.); *Pioneer Container*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 593 at p. 603, col. 2; [1994] 2 A. C. 324 at p. 344C/G.

^② 参见 *Ryan Stevedoring Co. v. Pan-Atlantic Steamship Corp.*, 350 U. S. 124, 76 S. Ct. 232; *Crumady v. Joachim Hendrik Fisser*, 358 U. S. 423, 428, 79 S. Ct. 445, 448, 3 L. Ed. 2d 413 (1959); *Waterman S. S. Corp. v. Dugan & McNamara, Inc.*, 364 U. S. 421, 81 S. Ct. 200, 5 L. Ed. 2d 169 (1960); *Williams v. Pennsylvania R. R. Co.*, 313 F. 2d 203 (2d Cir. 1963)。港口经营人是海上货物运输合同的第三方受益人(债权受益人),作为合同利益第三方可以享受合同中债务人承诺对其履行的债务,即提单中规定的各种抗辩。

^③ 《德国商法典》第 509 条(实际承运人)规定:“(1)对于运输期间造成的任何货物灭失或损坏,如果全部或部分运输系由承运人之外的第三人履行的,那么该第三人(实际承运人)应对此负与承运人相同的责任。(2)任何与托运人或收货人之间的合同约定,且据此对承运人的责任扩大化的,只有在实际承运人以书面形式同意的情况下,才能对实际承运人发生效力。(3)根据件杂货运输合同对承运人成立的抗辩和异议,对于实际承运人同样适用。(4)承运人和实际承运人作为连带债务人负责。(5)如果请求权是针对实际承运人的属员或船舶乘务人员提出的,准用第 508 条的规定。”

^④ 参见 2NJOZ 2017, 938. BeckRS 2016, 116079. BGH, Urt. v. 1. 12. 2016-I ZR 128/15.

^⑤ 参见 BeckRS 2009, 21136.; BeckRS 2013 \10680; ECLI:DELGDARMS:2010:0108. 150363. 07. 0A; BeckRS 2016, 128414.

案件和2018年的起重机绑扎失误货损案件^①。不难发现,德国在处理承运人和港口经营人的关系时基本适用雇主责任,这导致货方直接起诉港口经营人成为徒劳,船港双方无法直接承担连带责任,追偿与否取决于港口与船方的协商,这是大陆法系与英美法系判例最典型的区别。

另一个问题在于,2009年的案件^②中承运人给予港口经营人错误的指示而导致卸货过程中的汽车损坏,法院认定港口经营人作为承运人的代理人无需直接承担合同责任,由承运人承担责任并享受责任限制后再向港口经营人追偿。然而在2019年的相似案件中,同样是港口卸货失误导致货物撞击损坏,法院却认定承运人无法享受责任限制,承担全部赔偿责任后可向港口经营人全额追偿^③。可见,在港口经营人法定责任限制缺失的情况下,其诉讼风险把控存在困难,承运人能否享受责任限制成为其赔偿金额大小的关键,不合理之处尽显。

(二) 日本

2018年《日本商法典》修订后,从事国际海上货物运输的船舶和当事人适用1958年《日本国际海上货物运输法》、国际公约以及《日本商法典》第二编第八章“运输营业章”和第三编“海商”。根据1992年最新修订的《日本国际海上货物运输法》,当且仅当港口经营人被法院认定为承运人的受雇人之时,方可享受法定免责和责任限制。类似地,最新的《日本商法典》第588条“承运人受雇人的责任”中规定了承运人的受雇人在侵权情形下与承运人享有相同的免责和责任限制,除非是出于受雇人的故意或重大过失。

笔者通过在Westlaw-Japan数据库中进行与法条关联的判例检索,得到与港口经营人在国际海上货物运输中法律地位认定相关的11个代表性判例,其中有3个早期判例视其为“承运人的代理人”,4个判例中明确将港口经营人认定为“使用人”,4个仅使用“履行辅助人”对其进行定性。

早在1996年,东京地方裁判所就将无单放货的港口经营人认定为承运人的“使用人”,故承运人不

可脱离责任。法院认为“承运人的‘使用者’是指承运人为履行自己的债务而使用的人,即指履行辅助人,不限于承运人和雇佣关系中狭义的受雇人,也包括独立合同人、代理人等履行辅助人”^④。2000年东京地方法院判定港口经营人是独立于承运人的代理人,不能认为二者之间就每种货物的交付具有指挥和监督关系,故承运人无需承担雇主责任。承运人并无共同侵权行为,亦不必承担连带责任^⑤。2004年,东京地方法院再次就类似案件给出判决,认定港口经营人是承运人的履行辅助人和当地代理人,由于港方的员工在违法期间并不是在履行承运人海上货物运输合同下的义务,故承运人不必为其承担雇主责任,上诉后东京高级法院维持原判^⑥。可见,早在21世纪初,日本法院便否定了港口经营人是承运人的受雇人,视港口经营人为承运人的代理人,同时将其归类为履行辅助人项下的“使用人”。

除无单放货判决以外,日本其他类型的港口货损案件判决基本与德国法院一致:在承运人责任期间内发生的一切货损,不论港口经营人于其中扮演何种角色都统一认定为承运人的履行辅助人,由承运人承担替代责任后自主进行追偿^⑦。有趣的是,在2010年的装载货损案件中,货主起诉承运人在日本的代理人和港口装卸公司因装载问题导致货损。承运人的日本代理人因提单项下的法院选择条款而逃脱日本法院管辖,但本地装卸公司则根据日本民法侵权规定承担不受限制的侵权赔偿责任^⑧。这样一来,港口经营人在国际海运承运人通过各式各样的提单条款享受便利的同时,独自面临更多的商业风险。

(三) 韩国

根据2007年8月最新修订的《韩国商法》第五部分“海事”第798条第(2)款的规定,承运人的受雇人或代理人在特定条件下享有承运人的抗辩和责任限制,且对承运人以外的实际承运人同样适用。值得注意的是,法条原文中使用“사용인”的字样,中文直译为“使用人”,而韩国国家法令信息中心公布

① 参见 ECLI:DE:OLGHE;2006:0629.12U100.05.0A.;BeckRS 2009,21182;BeckRS 2018。

② 参见 NJW-RR 2009,1479 BGHZ 181,292 MDR 2009,1120。

③ 参见 BeckRS 2018,39158 TranspR 2019,285。

④ 参见 1996年东京地方裁判所ら8(ワ)1355,WLJPCA10290009。

⑤ 参见 2000年东京地方裁判所へい11(わ)15507,2000WLJPCA10120001。

⑥ 参见 2004年东京地方裁判所へい14(わ)4953,49532004WLJPCA04260002。

⑦ 参见 2009年东京地方裁判所へい19(わ)29620,2009WLJPCA09258007。

⑧ 参见 2010年东京地方法院へい19(わ)33008,2010WLJPCA06048007。

的英文范本却将其翻译为“employee”,即《海商法》中的“受雇人”,故其涵盖范围远远小于履行辅助人理论中的“使用人”^①。

笔者通过在韩国国家法令信息中心(law.go.kr)网站上进行法条关联判例检索和关键词检索,得到判例21个,并从中筛选出法官在判决主文中明确认定港口经营人法律地位的案件共9个,9个判例中法官均将港口经营人认定为独立合同人。

早在1992年的91(다)4249号判决^②中,韩国大法院承认“喜马拉雅条款”的效力并利用一个宽泛的术语履约助理(이행보조)将港口经营人纳入其中。此后,在2007年(다)4943号案件^③中法院再次确认了“喜马拉雅条款”的效力和适用可能性。本案中韩国大法院判定其作为独立合同人不能援用《韩国商法》有关承运人的抗辩和责任限制。但是,法院认为,只要货物的灭失、毁损或者迟延交付不是由于港口经营人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的,则可依据“喜马拉雅条款”规定援用承运人的责任限制。因为“喜马拉雅条款”的约定与海上运输的特殊性危险相关,不仅在国际上通用,而且也与运输委托人承担的运费相牵连。

在2001年(다)75318号判决^④中,法院将《韩国商法》第789条中的“受雇人或者代理人”解释为“根据雇佣合同或者聘用合同等接受承运人的指挥监督而履行业务的人,不包括不存在指挥监督关系而根据自己的判断并按照自己的意志和方式完成工作的独立合同人”,判定港口仓储保管人作为独立合同人不属于该法条所指的受雇人或者代理人,因此不能援引承运人的抗辩和责任限制^⑤。在2014年韩国大法院的23320号判决^⑥中法官再次引用了前案判决,判定港口经营人败诉并无法享受提单责任限制。由此,中国有观点认为,虽然韩国理论界长期存在着与中国相似的“受雇人或代理人说”和“实际承运人说”,但是“独立合同人说”一直占据主导

地位,并影响韩国司法实践。^{[17]118}

不难看出,韩国大法院在几十年的司法实践中对港口经营人的法律定性不断限缩,最终确认其为独立合同人而非其他。虽然其没有法定的免责与责任限制,却因为“喜马拉雅条款”的普遍适用而得到一定的保护。因此有学者指出,中国可学习韩国经验,通过认定“喜马拉雅条款”的效力给予港口经营人保护而无需修改或新设法律加以专门规定。^{[17]116-118}

(四)大陆法系判例总结

第一,大陆法系国家普遍认可港口经营人为承运人的履行辅助人,并进一步细分为使用人。港口经营人辅助承运人履行其在海上货物运输合同中的义务,承运人为其承担无条件的替代责任。由于“受雇人说”已被摒弃,“实际承运人说”存在巨大争议,法官更倾向于使用更加完善的传统民法理论认定承运人与港口经营人之间的关系。

第二,大陆法系国家在早期判例中认定港口经营人是承运人的受雇人^⑦。如前文所述,鉴于包括德国、日本等国家在内的大陆法系国家对“受雇人”的范围定义广泛,并不局限于通过劳动合同受用人单位雇佣的人,故港口经营人作为承运人的受雇人解释空间较大。^{[4]987}法官进行扩大解释的目的在于填补当时海商立法的漏洞,直接依据法律明确承运人与港口经营人之间的关系,并分配其责任。

第三,少数判例中法官认定港口经营人是实际承运人^⑧。《德国商法典》同中国一样,借鉴了《汉堡规则》中的实际承运人规则,并在最新的海商法中加以明确,但是在司法实践中法官的意见尚待统一。

值得注意的是,在大陆法系国家的司法判例中存在一个共同困境,即原告在诉的类型竞合时只能择一起诉,这与英美法系下能够以不同诉的种类对不同被告提起同一诉讼的模式差异明显。这样一来,要么港口经营人成为侵权之诉的主体,依赖成文

① 《韩国商法》第798条(适用于非合同索赔)规定:“(1)本节中关于承运人赔偿责任的规定也适用于因承运人非法活动造成的损害赔偿。 (2)当向承运人的受雇人或代理人提出与海上货物运输有关的损害赔偿时,如果损害是由于受雇人或代理人履行其职责而引起的,则受雇人或代理人可以援引承运人享有并可能提起的抗辩和责任限制。但是,如果损害是由于受雇人或代理人的故意或其轻率地作为或不作为造成的,则受雇人或代理人应当对货物损坏或延迟交付负责,不得援引承运人的抗辩和责任限制。”

② 参见1992年韩国最高法院91(다)4249号判决。

③ 参见2007年3月10日韩国大法院2007(다)4943号判决。

④ 参见2001年9月19日韩国大法院2001(다)75318号判决。

⑤ 参见2014年5月16日韩国大法院2012(다)23320判决。

⑥ 参见2014年5月16日韩国大法院2012(다)23320判决。

⑦ 参见2004年东京高等裁判所平16(ネ)3028号,2004 WJPCA12150005。

⑧ 参见德国案例 BeckRS 2018,39158 TranspR 2019,285。

法的规定享有责任限制等法律保护,且货方的证明责任过重导致不公;要么货方的起诉被法院以主体不适格驳回,港口经营人间接享有责任限制。此外,虽然托管(bailment)理论起源于罗马法中的承保责任(receptum),却在大陆法系的演变历史中逐渐消失,成为普通法系国家的“专利”。货主在成文法无规定的情形下无法主张港口经营人在普通法下的管货义务,这使大陆法系的货方陷入了起诉二选一的困境,并且极少发生对港口经营人的提单条款适用的讨论。

比较而言,德国以其商法典为依据形成了相对严密的规范体系,有关港口经营人的责任承担问题皆可通过对上述条文的解释予以解决;日本法借鉴德国经验,履约承运人的体系长期运行;韩国在司法实践中另辟蹊径,是对大陆法系传统理论的突破。《民法典》和各类商事规范中均无履行辅助人的相似规定,直接引入履行辅助人概念一则并无必要,二则引起混乱。不妨借鉴韩国经验,从既有框架中跳脱出来,确认港口经营人的独立地位并就相关问题专门解决。

四、中国判例中的港口经营人

笔者在“北大法宝”(pkulaw.com)数据库中检索关键词“港口经营人”,截至2020年9月7日共得判决416篇。笔者从相关判例中筛选出以港口经营人作为被告的国际海运货损案件,剔除了港口行政纠纷、港口人身损害等无关判决,同时将不同级别法院对同一案件的判决视为一个。由此共收集到36个在判决主文中直接或间接涉及港口经营人在国际货物运输中法律地位和法定权利义务的判决。

中国法院通常回避对港口经营人的定性问题,或者认为没有必要说明。故在36个案件中,仅有以下5个判决明确了港口经营人的法律性质。

第一,港口经营人是承运人的受雇人。代表性案例为2001年“福建顶益食品诉中远集装箱案”^①,本案法院否定港口经营人是实际承运人的观点,认定港口经营人为承运人的受雇人,以此判决承运人承担替代责任,驳回原告对港口经营人的诉求。此外,在此前的1999年“中国外运广东湛江储运诉香港利昌隆案”中,^[18]法院也是出于类似的考虑将港口经营人定义为承运人的受雇人。法院此举既能合

理驳回原告对港口经营人的诉讼请求,也可直接对港口经营人适用《海商法》第四章的规定。

第二,港口经营人是承运人的代理人。在2014年“中材供应链诉洋浦华泓船务案”^②中上海市高级人民法院认为:“可以认定宝钢股份在本案中系根据承运人洋浦公司的委托操作涉案货物到达码头后的装卸船作业,并将货物交付给收货人,其应为洋浦公司的代理人。”由于两被告在交付货物方面并无过错,驳回了货方的诉讼请求。法官根据承运人和港口经营人之间委托代理合同的性质,将履行交货义务的港口经营人视为承运人的代理人。

第三,港口经营人是独立合同人。代表性案例为2000年“浙江东方诉以星轮船案”^③,法院将港口经营人定性为独立合同人并否认了其作为承运人的代理人之可能,其目的在于否定承运人与港口经营人承担连带责任,进而以合同关系不存在为由驳回原告对港口经营人的诉讼请求。截至目前,中国法院仅在此一个判决中明确将港口经营人定性为独立合同人。

第四,港口经营人是《海商法》下的实际承运人。此类判例同样仅有一个,即2010年“烟台环球码头与烟台冰轮股份有限公司上诉案”^④。山东省高级人民法院支持原审青岛海事法院根据本案中港方的申辩,认可其性质为实际承运人,目的在于使《海商法》中的责任限制条款适用于港口经营人。2016年原交通部废止了大量司法实践中长期适用的部门规章,导致法官不得回归《海商法》,寻找港口经营人的权利义务规定,而实际承运人体系成为最优选择。

中国法院之所以对港口经营人定性不一,主要原因包括法律法规的缺失、法官司法能动性低下、涉外案件的特殊性和审判效率的压力等。从判决结果来看,中国面临着和德国与日本相同的局面,即港口经营人在诉讼中直接承担责任的可能性微乎其微,需要承运人进行事后追偿。造成这种局面的原因如下:首先,法律法规对港口经营人的作业标准规定不健全,导致对“过失”和“重大过失”的判断标准模糊,判决所依据的法律法规各不相同。其次,收货人和托运人地位尴尬且举证困难。当货方与港口经营人无合同关系时,港口作业合同下的规定无法直接

① 参见大连海事法院(2001)大海法商初字第246号民事判决书。

② 参见上海高级人民法院(2014)沪海高民四(海)终字第67号民事判决书。

③ 参见宁波海事法院(2000)甬海商初字第218号民事判决书。

④ 参见山东省高级人民法院(2010)鲁民四终字第87号民事判决书。

适用于第三方,货方只可提起侵权之诉。然而,证明侵权的构成要件比较困难,多数案件中货方并未全程跟进货物到港后的相关作业,因此处于不利地位。最后,与此类案件相关的举证责任分配充满争议。多数货方代表都认为《港规》第 45 条^①确立了港口作业货损举证责任倒置的原则,但当时的法官普遍不认可此种观点。如今《港规》已被取消,关于举证责任分配和港口作业过失标准彻底陷入无法可依的状态^②。

与英美法系国家不同的是,在中国,“喜马拉雅条款”鲜少成为案件的争点,在笔者收集的 36 个案例中仅有 3 个案例有所提及,且均以驳回原告诉讼请求告终,尚未涉及条款效力认定。原因主要有如下几点:首先,如前文所述,港口经营人能够预料法院将驳回货主对其的诉讼请求。其次,法院在承运人和港口经营人都存在过错的情况下会判决承运人承担责任后向港口经营人追偿,当承运人享受责任限制,港口经营人也就间接适用了承运人的法定责任限制。最后,在侵权之诉中,判决结果不是因为货方处于劣势难以证明港口经营人存在过失被驳回诉讼请求,就是港口经营人明显存在过失,故法院将其定义为重大过失或重大疏忽从而排除责任限制的适用。归根结底,还是因为中国货方主体多数情况下无法对港口经营人提起合同之诉导致。

五、司法判例对中国港口经营人相关立法的启示

(一) 港口经营人的法律定性为独立合同人

首先,港口经营人并非实际承运人,《海商法(修订征求意见稿)》(简称《征求意见稿》)中的规定不合理。仅从司法实践的角度来看:第一,英美法系法官早期所有将港口经营人纳入承运人体系的尝试均以失败告终,这为“喜马拉雅条款”的效力扩张奠定了基础。^[19]西方海运大国普遍认同港口经营人为独立合同人,同时利用代理和托管理论明确其权利义务以及与其他海运主体间的关系。虽然 COGSA 将港口经营人纳入履约承运人范畴的举动似乎表明美国试图将港口纳入广义承运人的体系中,但是法院在实际判决中由于诉讼类型和法律选择等原因极少引用此法条,而是坚持在先例的指引下强调

港口经营人的独立性。第二,在大陆法系中,虽然德国新商法的修订将实际承运人融入其中^③,但从现有判例上看,将港口经营人定性为实际承运人的司法实践尚待观察,法院仍可依据民法规范将其定性为履行辅助人。此外,日韩国内法中均未出现“实际承运人”的字眼,并且不论在理论界还是实务界,港口经营人是实际承运人的观点都占少数,韩国法院更是直接认定港口经营人为独立合同人,并承认“喜马拉雅条款”的效力以保护货方委托的港口经营人。综上,即使在大陆法系,实际承运人说也备受质疑,中国若一意孤行,将港口经营人定性为实际承运人,将在实践中造成更多混乱,并给航运实践带来更多不确定因素。^[20]纵观海商司法实践发展历程,将港口经营人等其他履行承运人海运义务的主体与承运人进行分离是立法的共同趋势,具体体现在至今仍被广泛适用的《海牙—维斯比规则》中对独立合同人作排除性规定。此外,仅从《汉堡规则》的条文无法推知实际承运人包含港口经营人,故港口经营人作为实际承运人的观点从立法与司法实践角度均缺乏说服力。

其次,不宜引入其他概念来定性港口经营人。除了实际承运人和独立合同人之外,中国有学者还提出将实际承运人用其他包容性更广的概念进行替换,如履约承运人或海运履约方,^{[3]117-120, [9]53-56, [10]40}这些概念能够将所有除承运人以外履行承运人运输合同下义务的其他第三人涵盖其中,取代实际承运人制度。笔者认为,中国确应借鉴履约承运人制度对实际承运人的定义进行修改,但是直接引入该制度将造成《海商法》修改难度大幅增加,且在租船合同领域需要进行广泛调整。此外,贸然移植他国法中的概念将导致副作用,且不论是履约承运人还是以之为原型的海运履约方都无法将货方委托的港口经营人纳入其中。此外,多数国家对《鹿特丹规则》持观望态度,尚无任何根据该规则作出的司法判决。故在《鹿特丹规则》真正生效之前,中国立法不可冒进,直接引入海运履约方制度的观点不宜采纳。

最后,港口经营人是独立合同人,需要单独立法加以规制。独立合同人是英美法下一个古老的概念,根据 1958 年美国代理法第二次重述,独立合同

^① 《港规》第 45 条规定:“港口经营人对港口作业合同履行过程中货物的损坏、灭失或者迟延交付承担损害赔偿责任,但港口经营人证明货物的损坏、灭失或者迟延交付是由于下列原因造成的除外:(一)不可抗力;(二)货物的自然属性和潜在缺陷;(三)货物的自然减量和合理损耗;(四)包装不符合要求;(五)包装完好但货物与港口经营人签发的收据记载内容不符;(六)作业委托人申报的货物重量不准确;(七)普通货物中夹带危险、流质、易腐货物;(八)作业委托人、货物接收人的其他过错。”

^② 参见最高人民法院(2015)民申字第 905 号民事判决书。

^③ 参见《德国商法典》第 509 条。

人是“与另一人订立合同为他做某事,但不受另一人控制,也不受另一人在履行承诺时对其身体行为的控制权的制约的人。他可能是,也可能不是代理人”^①。显然,现代港口经营人是独立合同人,其在作业过程中受到承运人的指导或提示而非控制,尤其是身体上的履行。从中国立法现状来看,引入这个概念并无阻碍,唯一的争议在于英美法系下的代理与中国民法中的代理存在显著差异,在中国代理人与独立合同人相互排斥,代理人是以被代理人名义行事、可能受到代理人物理控制的主体。有学者认为独立合同人必须完全独立于承运人而不能受到一点指示或者指导,^[21]这与英美法系的观点大相径庭,且不符合实际情况。

显然,港口经营人作为独立于船货双方的第三方主体,需要专门立法加以规制,而目前最便捷可行的方式无疑是修订《港口法》,将与港口经营人相关的规则纳入其中,不论是船方还是货方委托。

(二)在《港口法》中明确与港口经营人相关的重要规范

如前文所述,港口经营人既非承运人的受雇人或代理人,更不是实际承运人的一部分,故在现有《海商法》规范的基础上纳入港口经营人并无捷径。在认定港口经营人为独立合同人的前提下,将其纳入《海商法》第四章是不合理的。

第一,由于港口经营人并非运输合同当事人且港口作业合同性质争议极大,世界主要航运国家均未在国内运输法中对港口经营人法律地位作出明确规定。相比之下,大陆法系则倾向于以单独行政立法的形式规定港口作业的相关事宜。若强行让港口经营人作为船货两方之外的独立主体出现在《海商法》第四章,并无任何立法参考,过度标新立异。

第二,港口经营人通过与承运人或者货方签订港口作业合同的形式参与海商货物运输,但港口作业合同并非海上货运合同的一部分,其本质为委托合同。而《海商法》的调整范围是海上运输关系和船舶关系,对于港口经营人是否真正参与“海上”货物运输争议尚存,更何况港口作业的专业性和特殊性使其内容与货物运输合同差异巨大。

第三,将港口经营人独立成章或成节纳入《海

商法》中将打破原有的立法体例,使中国海商法出现逻辑混乱,不论将其置于何处都会引起争议。港口经营人本就不是海上运输中的关键主体,其与船货双方的关系又错综复杂,若按照委托人对其进行区分,则货方委托的港口经营人在立法中会显得孤立而突兀。

第四,在尚有其他立法手段的情况下,没有必要将港口经营人强行加入《海商法》中,引发新一轮的争议和法律适用问题。中国大可以将港口经营人和港口作业相关内容在专门性立法《港口法》中加以明确,如此一来大大节约了立法成本,避免日后对《海商法》的再度调整。虽然在当前《港口法》订立过程中对港口民事权利入法争议极大,但时过境迁,港口作业实践和可适用的法律都发生了重大变化,如今再次修改的阻力将会减小。

从各国判例的共性来看,司法实践中需要《港口法》加以明确的基本问题如下。

第一,港口经营人的定义。欲成为港口经营人,无需与任一方签订明确的港口作业合同,而是通过实际履行承运人在国际货物运输合同项下的义务来实现,散装货物运输也不例外。中国须摆脱旧《港规》中的循环定义,参考《鹿特丹规则》进行规定。

第二,港口作业合同的类型和性质。多数情况下作业合同存在且直接决定了委托方与港口方之间的权利义务关系。港口作业类型关系到法院管辖权和法律适用,该问题在《联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约》(简称《港站经营人公约》)和现行《港口法》《港口经营管理规定》中均有规定,笔者将其总结为广义装卸^②、驳运和运输仓储^③三大作业。

第三,请求权的竞合和连带责任的承担。中国对诉讼竞合的择一要求造成了中国货损案件中针对港口经营人的诉求经常因合同关系不存在遭到驳回。对此,大陆法系国家通过规定承运人为其履行辅助人承担无过错的替代责任进行解决,而英美法系法院通常判决承运人与港口经营人承担连带责任。笔者认为,当承运人和港口经营人中任一方的过失是导致货损的唯一原因时,二者承担不真正连带责任。船港一方若造成货损,就应该在责任限制

^① 参见 Restatement (Second), Agency § 2(3) (1958)。具体论述详见 *Consolidated Housecraft, Inc. v. United States*, 170 F. Supp. 842 (E. D. N. Y. 1959); *United States v. Olympic Provision & Baking Co.*, 282 F. Supp. 819 (S. D. N. Y. 1968), aff'd 393 U. S. 480, 89 S. Ct. 708, 21 L. Ed. 2d 688 (1969)。

^② 此处指最广义的“装卸”,含装前卸后港区内的货物运输、集装箱的拼装拆箱等,涵盖积载、平舱、隔垫、港扎等配套服务。

^③ 此处含待装卸时的港口临时堆放和卸货后待提期间。

范围内直接承担全部的货损责任,无法承担的部分再由另一方承担;当双方都存在无法免责的过失时,则应该认定为《民法典》第1171条所规定的聚合因果关系而导致的真正连带责任,此时双方根据过错的比例进行赔偿和相互追偿。

第四,归责原则和举证责任分配。笔者认为,中国法院不应再固守侵权责任四要素或者原《合同法》及《港规》下的严格责任原则,《港口法》对港口经营人的有关规定应与《海商法》对承运人的归责原则一致,即统一适用过错推定并以此为基础分配举证责任。

第五,针对货方委托的港口经营人,应在意思自治的基础上,同样作为独立合同人适用未来《港口法》中关于港口经营人权利义务的规定,尤其是享有责任限制和诉讼时效等法律对港口经营人的必要保护。

从赋权角度来看,国际和国内立法中,承运人通常享有四大保护:责任限制、免责事由、诉讼时效和留置权,这些法定权利在《港站经营人公约》《鹿特丹规则》和已失效的《港规》中均有体现。新《港口法》也应优先给予港口经营人类似的保护。

首先,港口经营人的责任限制应该明确纳入新《港口法》之中,其具体数额、适用和丧失应该与《海商法》中的承运人和实际承运人保持一致,在干散货运输中实际损失难以达到限额的现实,不足以打破此国际惯例,立法不宜过度地向港口经营人倾斜。同时必须规定不论在侵权之诉或合同之诉中均适用责任限制。其次,参照原《港规》第45条规定港口经营人及其受雇人、代理人的免责事由。再次,港口纠纷所适用的诉讼时效期间应遵循《征求意见稿》调整为2年,并明确规定时效开始的时间节点。保留《海商法》关于向第三方追偿的90日追偿期限及其起算点。最后,港口经营人的留置权须在《港口法》中加以规定。即作业委托人以担保的方式满足自身提货需求,并要求港方在担保完成的情况下,根据合同的约定和港区的作业习惯将货物从集装箱内取出并及时完成交付。对于自己租赁的集装箱等运输器具,原则上港口经营人不得留置。

参照中外各国立法和国际公约,针对港口经营人的专门性法律规定除法定权利以外,还包括港口作业的一般性义务和港口经营人的责任承担。港口经营人在作业和货物保管过程中的基本义务应在法律上有所体现。尤其是约定不明的情况下,《港口法》应当对原则性标准进行规定。值得注意的是,

司法实践中的疑难纠纷通常发生在交付环节,特别是港口经营人无单放货。对此,法律应该明确港口经营人凭提货单放货的义务和保函的效力问题。港口经营人的责任规定包括责任期间和责任范围:首先,责任期间应参照原《港规》,与承运人的责任期间类比,规定为“由港口经营人接收到交付”的期间,同时进一步明确接管货物和交付货物的标准;其次,港口经营人的责任范围应当包括货物的毁损、灭失和迟延,至于赔偿的范围首先应尊重当事人合同自治,以损失的可预见性为标准进行限定。

(三)《海商法》的修订应与《港口法》相配套

《海商法》的修订应考虑与未来立法的衔接,为此《海商法》在《征求意见稿》的基础上还需进行以下调整。

第一,取消将港口经营人并入实际承运人的做法,将《征求意见稿》中所有涉及港口经营人的条款加以调整:《征求意见稿》第4.2条中“港区”的定义存在争议,不宜用于定义港口经营人;删除《征求意见稿》第4.27条。在整个《海商法》中不宜出现“港口经营人”一词。

第二,修改《征求意见稿》第4.6条。应该统一集装箱与非集装箱承运人的责任期间为“接收货物时起至交付货物时止”,使其能够完整涵盖港口作业期间。这样一来,即使非集装箱货物的运输绝大多数是货方委托港口经营人,承运人的责任期间也不会缩短,港口经营人独立承担全部货损风险的可能性降低。目前《海商法》仍对非集装箱货物采用“钩至钩”期间,这与全球立法趋势不符。在诉讼中,货方证明货损发生在港口经营人的责任期间存在较大难度,所以,承运人的起诉可能性始终是对货方权益的必要保障。

第三,在第四章中进一步完善托运人和收货人的法定权利义务,为保障港方权利、明确港口义务提供依据。此举重点在于同步加强对两种托运人的权利保障,尤其是实现卖方在FOB情形下的各类请求权、明确收货人的提货义务和承运人的放货标准等。

第四,《征求意见稿》中依然坚持不完全过失责任原则。此规定遵循了《海牙—维斯比规则》,但与《港站经营人公约》和《鹿特丹规则》等国际公约和发达海运国家的国内法背道而驰。如上文所述,中国应在《海商法》和《港口法》中引入过错推定原则,对在承运人和实际承运人管货期间发生的货损作过错推定,货方仅需证明货物发生在二者的责任期间,后由船方对法定免责事由的存在进行证明。

六、结语

港口是国际货运的重要枢纽,港口经营人却因其作业性质长期被视为承运人的附庸,为立法所忽视。判例分析最为直观地呈现了实践中的问题,同时展现出两大法系不同国家对港口经营人法律地位认识的转变。总体而言,重视港口经营人的利益保障和船货港三方平衡是各国的普遍共识。

海商法所特有的国际性要求中国立法者在此次修法过程中最大程度地与世界接轨、与各国共通,切不可因追求特色而过度超前,甚至标新立异。这就需要更多的比较法研究并对国际立法予以选择性适用,同时适当借鉴他国的司法经验和立法成果。近年来,《港站经营人公约》和《鹿特丹规则》等重要国际立法已经为港口经营人法律定位的统一提供了借鉴。正如澳大利亚法官 Stephen 在 *The New York Star* 案^①中所说:“任何接近或影响国际贸易法律的统一性的东西无疑都是难以实现的,最可能通往统

一的道路在于国际公约和随后的国家立法。国际公约和国际立法要先行,国内的案例才能实现统一。”

海商法的实践性要求所立之法必须切实可行,其最终的目的在于促进经济的活力和海运业的复苏,为近年来疲软的海上运输行业注入一剂强心针。^[22]法律的条文应该更多地尊重合同自由,切不可出于保护的原意而对任何一方主体限制过度,在非技术方面作方向性引导即可,更重要的是三方利益的平衡。

笔者坚持认为港口经营人作为独立合同人,其作业规范、责任限制、留置权、责任期间、免责和归责原则等问题应该在《港口法》中独立且全面地体现,同时《海商法》的配套修改须借此次修法机遇提前完成。此路径是在借鉴两大法系司法实践经验后得出的最佳举措,也是世界海上货物运输立法的一次合理创新,唯有如此才能在保持海商法稳定性的前提下,最大程度地与国际立法相衔接。

参考文献:

- [1] 朱家麟. 论港口经营人的法律地位[J]. 水运管理, 2000(8): 30-34.
- [2] 李璐玲. 受承运人委托的港口经营人之法律地位辨析[J]. 政治与法律, 2010(8): 112-123.
- [3] 余妙宏. 论港口经营人的法律地位[J]. 浙江万里学院学报, 2005(1).
- [4] 韩立新, 王秀芬. 各国(地区)海商法汇编(中英文对照)[M]. 大连:大连海事大学出版社, 2003.
- [5] 傅志军. 港口经营人法律地位浅析[J]. 珠江水运, 2009(6): 41-43.
- [6] 司玉琢. 中国海商法下港口经营人的法律地位[J]. 昆明理工大学学报(社会科学版), 2007(5): 90-96.
- [7] 傅廷中. 论港口经营人在国际贸易运输中的法律地位[J]. 清华法学, 2008, 2(5).
- [8] 夏元军. 海上货物运输法中“承运人的代理人”之真实身份考察[J]. 中国海商法年刊, 2011, 22(3): 61-69.
- [9] 黄应军. “联合国运输法公约”对港口经营人的重大影响[J]. 中国港口, 2008(8).
- [10] 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(3).
- [11] 王肖卿. 从船货利益平衡视角看国际货物运输公约[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(3): 86.
- [12] 张建军. 《鹿特丹规则》下港口经营人的法律地位[J]. 水运管理, 2010(8): 24-28.
- [13] 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): 130-135.
- [14] 李璐玲. 《鹿特丹规则》对我国港口经营人的影响[J]. 法学杂志, 2013(1): 116-124.
- [15] 刘冰, 耿新颖, 柳强. 试析港口经营人在海上货物运输中的法律地位[J]. 中国水运(理论版), 2007, 5(1): 211-212.
- [16] 王彦. 德国海商法的改革及评价[J]. 中国海商法研究, 2015, 26(2): 77-80.
- [17] 马炎秋. 中韩港口经营人责任限制制度比较研究[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2015, 36(3).
- [18] 中国外运广东湛江储运公司与香港利昌隆贸易有限公司海运提单项下货物侵权损害赔偿纠纷上诉案[EB/OL]. [2020-03-13]. http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f342a1f4a471eb080b0d4a79c2f25978a3bdfb.html.
- [19] BALDWIN K. A carrier by any other name: is it time to expand definition of a COGSA carrier[J]. *Tulane Maritime Law Journal*, 2010(35): 33.
- [20] 邱维勇. 货运代理对《海商法》修改的关注点[J]. 中国远洋海运, 2019(12): 54.
- [21] 杨沛欣. 海上货物运输中港站经营人的法律地位研究[D]. 大连:大连海事大学, 2010: 6-8.
- [22] 张守国. 修法是为了推动行业更好地发展[J]. 中国远洋海运, 2019(12): 48.

① 参见 *The New York Star*, *Lloyd's Rep.* [1979] Vol. 1 Aust. Ct. p. 35。