

邮轮休闲娱乐服务经营者的法律地位与责任承担

孙思琪¹, 金怡雯²

(1. 上海海事大学 法学院, 上海 201306; 2. 上海市闵行区人民法院, 上海 201199)

摘要: 邮轮休闲娱乐服务是邮轮旅游的重要组成部分。休闲娱乐服务经营者在英美法下属于独立合同人, 而在我国法律之下则以认定为外包合同的承包人为宜, 同时构成旅游经营者。休闲娱乐服务经营者与旅行社、乘务人员以及旅客之间通常均不存在合同关系, 也不构成旅行社的履行辅助人。对于休闲娱乐服务造成的旅客人身、财产损害, 旅行社、邮轮公司基于合同相对性原则, 应当分别依据邮轮旅游服务合同、邮轮船票证明的海上旅客运输合同承担违约责任; 根据《旅游法》第71条第2款以及《消费者权益保护法》的相关规定, 旅行社、邮轮公司也应为休闲娱乐服务经营者先行承担侵权责任, 邮轮公司同时还应承担选任休闲娱乐服务经营者的过失责任。

关键词: 邮轮旅游; 休闲娱乐服务经营者; 法律地位; 独立合同人; 侵权责任

中图分类号: F59 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-5841(2019)01-0085-14

邮轮旅游属于典型的休闲旅游, 因而休闲娱乐服务对于邮轮旅游具有不可替代的重要意义。所谓邮轮休闲娱乐活动, 也称邮轮康乐活动^[1], 具体可以分为运动健身、文化演出、博彩娱乐、艺术鉴赏、购物消费、美容美体等多种类型^[2]。此外, 也有观点将岸上观光列入, 并视为邮轮旅游的特色之一^[3]。但是, 考虑到目前我国邮轮旅游实践中岸上观光大多由旅行社经营, 即使邮轮公司也并非以海上旅客运输承运人的身份经营岸上观光, 因而岸上观光环节的民事责任承担相对独立、清晰, 不宜与其他休闲娱乐服务在法律上等同视之。本文所论邮轮休闲娱乐服务经营者, 主要是指除邮轮公司、旅

基金项目: 国家社科基金后期资助项目“《海商法》修改基本理论与主要制度研究”(16FFX010)。

作者简介: 孙思琪(1992—), 男, 上海人, 2016级博士研究生, 法学硕士, 研究方向为海商法、邮轮旅游法律; 金怡雯(1992—), 女, 上海人, 法官助理, 法学硕士, 研究方向为民法、海商法。

行社的受雇人和代理人外,经与邮轮公司订立合同,而在船上提供休闲娱乐服务的经营者。

我国邮轮旅游法律研究虽然对于休闲娱乐服务经营者已有关关注,但具体的理论研究尚付阙如。交通运输部法制司项目“《中华人民共和国海商法》(修改建议稿)审核研究”海上旅客运输合同分组发布的调查问卷共有两项涉及休闲娱乐服务经营者。一是您认为邮轮现有的邮轮生活空间或者娱乐场所是否就是传统的海上客、货运输原有船员的生活娱乐区间的翻版?二是如果邮轮旅游或邮轮场所不视为船员原有生活娱乐空间的话,那么邮轮休闲娱乐设施经营人(或独立合同人)是否应对休闲娱乐设施导致的人身伤亡独立承担责任?据此不难发现,法律调整邮轮休闲娱乐服务经营者的重点在于法律地位,包括由此延伸的休闲娱乐服务经营者与旅客、邮轮公司、旅行社乃至乘务人员等主体之间的权利义务关系,以及与邮轮公司、旅行社等邮轮旅游经营者的责任划分,尤其是休闲娱乐服务经营者导致人身、财产损害的责任承担。

一、邮轮休闲娱乐服务经营者的法律地位

传统海上旅客运输虽然也提供一定的餐饮、娱乐等服务,但此类服务基本上是以顺利、妥善完成运输服务为目的,而邮轮旅游在船期间则提供更多的休闲娱乐服务^[4],并且更为侧重服务本身带来的休闲娱乐体验。若从法律角度考察,休闲娱乐活动对于法律关系及责任的影响并不在于服务数量的多寡,而应关注是否存在相对独立于承运人的经营者,由此方才产生不同于传统海上旅客运输的法律关系,以及相应的责任划分与承担规则。因此,邮轮休闲娱乐空间在法律意义上并非只是“船员生活娱乐空间的翻版”,而是有其较为独立的法律意义,需要专门加以调整。

(一) 独立合同人:邮轮休闲娱乐服务经营者的英美法定位

邮轮公司制定的船票条款通常将休闲娱乐服务经营者归入独立合同人。例如,皇家加勒比国际游轮《乘客票据合同》第4条“医疗护理和其他个人服务”规定:“本游轮、交通工具或其他地方的任何特许服务项目(包括但不限于礼品店、Spas、美容沙龙、艺术品展、摄影服务或正装特许经营店),均是独立合同方或由独立合同方承包商自行运营,提供该等服务仅是为乘客便利之目的。尽管承运人有权就上述服务的安排收取费用并获取收益,但上述所有人员或实体应被视为是独立合同方,而并非是作为承运人的代理人或代表行事^[5]。”公主邮轮《航行合约》第7条“健康、医疗保健和

其他个人服务”也有类似规定^①。

独立合同人 (independent contractor) 乃英美法之概念, 独立合同人虽承担特定工作, 但却可以自由从事该工作并自主选择完成任务的方法^[6]。由于独立合同人是基于自己之判断而行事, 因而与代理人、受雇人尚难等量齐观^[7]。如果独立合同人在执行工作任务的过程中从事不法行为, 合同相对人通常并不对此承担责任^[8]。简言之, 独立合同人是为开展某项事务而与他人签订合同, 但不受合同相对人的控制, 合同相对人也无权对其进行控制的人^[9]¹³⁷。

美国的司法实践形成了若干区分雇员与独立合同人的标准。根据美国《第二次代理法重述》第220条, 至少包括提供劳务者的专业技术、工作时间长短、工作内容是否属于接受劳务一方日常营业的组成部分、提供劳务者本身是否具有独立的营业活动、工作所需的工具和设施由何者提供、工作地点、报酬的支付方式以及当事人的意图等^[10]。上述标准应当综合进行考虑, 单独适用任何一项均无法构成绝对有效的决定性因素。据此分析邮轮休闲娱乐服务经营者, 虽然休闲娱乐服务属于邮轮公司日常营业的组成部分, 经营者也是根据邮轮航次长期固定在船上开展经营工作, 不仅工作地点在船上, 工作所需的场地等不少设施亦由邮轮公司提供, 但此类服务对于经营者的专业技术依赖程度较高, 诸如健身等仅需设施, 而对于专业技术要求不高的项目往往由邮轮公司自行经营。而且, 休闲娱乐服务是经营者自身相对独立的经营活动, 其与邮轮公司之间不存在报酬支付关系, 而是对于经营收入依照约定比例进行分成, 双方之间也不具有雇佣的意图。因此, 邮轮休闲娱乐服务经营者应当符合英美法下独立合同人的内涵。

(二) 承包人: 邮轮休闲娱乐服务经营者的中国法定位

我国民事法律尚无独立合同人的概念, 而大陆法系与独立合同人类似的概念应是承揽人, 各国法律普遍存在区分承揽人和雇佣人的传统做法^[11]。我国《合同法》第十五章虽然专门规定了承揽合同, 但其中规定的承揽行为内涵相对较小, 主要限于加工、定作、修理、复制、测试、检验等事项^②。相较而言, 比较法上关于承揽合同标的范围的规定却普遍较为宽泛。例如, 德国《民法》第631条“承揽契约之契约典型义务”规定: “①依承揽契约, 承

^①公主邮轮《航行合约》第7条“健康、医疗保健和其他个人服务”规定: “所有温泉中心工作人员、摄影师、讲师、客座讲师和艺人以及其他个人服务人员均视为直接为乘客服务的独立承包商。”公主邮轮: 《航行合约》, http://www.princesschina.com/wp-content/uploads/2015/05/Cruise_Contract.pdf, 2017年10月1日最后访问。

^②参见《合同法》第251条。

揽人负完成一定之工作，定作人负支付约定给付报酬之义务。②承揽契约之目标，得为物之制造或变更，亦得为其他经由劳动或劳务提供所完成之成果。”^[12]据此，德国民法上承揽合同的标的范围相当广泛，大凡设备安装、维修、洗涤、汽车修理、照片冲洗、钥匙配制、金属加工、鉴定意见、计划、翻译、市场研究、艺术演出、电脑程序的制作、建筑设计、树木砍伐、旅客运输等，均可以作为承揽合同的标的^[13]，甚或旅游合同也是作为与承揽合同类似的合同加以规定^①。邮轮公司与休闲娱乐服务经营者之间的合同关系亦不例外。因此，承揽合同在德国法上具有较大的多样性，可以覆盖社会生活的方方面面^[14]。对于我国法律与比较法之间在承揽合同标的范围上的差异，尤其是不提供工作成果的服务合同，在我国通常被纳入委托合同的范围^[15]。

考察邮轮公司与休闲娱乐服务经营者之间的合同关系，仍与委托合同多有不同。委托合同的目的是由受托人为委托人处理事务或管理事务^[16]⁶⁹⁸，而休闲娱乐服务经营者与邮轮公司订立合同显然是为了达成合作关系，取得船上休闲娱乐服务的经营权，进而开展自身相对独立的经营活动。虽然委托合同的受托人享有一定的事务处理权，即受托人可以处理委托人事务的权限^[17]，但《合同法》仍然要求受托人应当按照委托人的指示处理委托事务^②，并按要求报告处理情况^③，从而与独立合同人，尤其是休闲娱乐服务经营者颇为自由的经营权限存在一定差距。而且，对于有偿委托的情形，应当是由委托人向受托人支付报酬^④，但邮轮公司与休闲娱乐服务经营者之间却并非报酬支付关系。尤其对于在船上销售化妆品、奢侈品等商品的经营者，往往是由经营者在销售收入中提取一定比例作为经营权的对价支付给邮轮公司。因此，邮轮休闲娱乐服务经营者并不符合受托人在我国法律之下应当具有的主要特征。

邮轮公司与休闲娱乐服务经营者之间的合同关系更为接近俗称的外包合同，即将任务交给外单位或外部人员承包，从而将内部某些非核心生产活动或职能通过合同方式转移至外部服务提供者，发包人与承包人签订的是具有民事合同性质的外包合同。参考《对外经济贸易部、国家工商行政管理局关于承包经营中外合资经营企业的规定》，承包经营应当是指企业与承包者通过订立承包合同，将企业的全部或部分经营管理权在一定期限内交给承包

①德国《民法》第二编“债务关系法”第八章“各种债务关系”第九节为“承揽合同和类似的合同”，其中第一目是“承揽合同”，第二目是“旅行合同”。

②参见《合同法》第399条。

③参见《合同法》第401条。

④参见《合同法》第405条。

者, 由承包者对约定事项进行经营管理, 承包者在承包经营期内承担经营风险并获取企业的部分收益。邮轮休闲娱乐服务经营者符合上述特征, 因而在我国法律之下应以认定为外包合同的承包人为宜, 与邮轮公司之间构成承包人和发包人的关系。至于双方之间签订的具有外包合同性质的邮轮休闲娱乐经营合同, 由于外包合同或称承包合同均不属于《合同法》分则以及特别民事法律规定的有名合同, 应当归入无名合同的范畴。

此外, 邮轮休闲娱乐服务经营者作为为旅客提供娱乐、购物等服务的经营者, 根据《旅游法》第111条第1项也属于旅游经营者。但是, 《旅游法》虽有多处提及旅游经营者, 对于旅游经营者的调整却以公法性规范为主, 民事法律规范较为集中的第五章“旅游服务合同”并未涉及旅游经营者。

二、邮轮休闲娱乐服务经营者与相关主体的法律关系

(一) 旅行社

讨论邮轮休闲娱乐服务经营者与旅行社之间的法律关系, 重点在于休闲娱乐服务经营者是否构成旅行社的履行辅助人^①。严格依据法条的文义分析, 履行辅助人应与旅行社存在合同关系, 并且该合同的服务内容与包价旅游合同的相关服务内容一致^[18]。但是, 也有观点认为, “与旅行社存在合同关系”并非履行辅助人的必备条件, 只是对其典型形式的描述^{[19]237}。要求履行辅助人与旅行社之间必须存在合同关系, 应是《旅游法》的立法漏洞, 也是该法缺乏充分理论研究作为立法基础的具体例证之一。旅游服务的实际提供人既可能是受旅行社委托协助其履行债务的主体, 亦有可能是旅行社受旅游者委托而代理旅游者与该实际提供人签订合同的主体^[20]。实践中景区、酒店以及航空、铁路承运人等主体与旅行社之间往往并不签订合同, 但显然不能就此否认此类主体具有履行辅助人的法律地位。因此, 履行辅助人的根本特征应是协助旅行社履行包价旅游合同义务, 从而实际提供包价旅游合同约定的一项或多项服务^{[21]178}, 是否与旅行社订有合同实非关键。对此似乎也有相关案例可供佐证。例如, 蒋建萍诉皇家加勒比 RCL 邮轮有限公司、浙江省国际合作旅行社有限公司上海分公司海上人身损害责任纠纷一案中^②, 组团社与邮轮公司之间并不存在直接的合同关系, 而是由地接社与邮轮公司订立邮轮船票销售合同, 而后再由地接社将船票转包给组团社。上海海事法院在该案一审

^①《旅游法》第111条第6项的规定: “履行辅助人, 是指与旅行社存在合同关系, 协助其履行包价旅游合同义务, 实际提供相关服务的法人或者自然人。”

^②上海海事法院 (2017) 沪72民初136号民事判决书。

判决中认定邮轮公司属于组团社的履行辅助人,依据是邮轮公司与地接社之间存在合同关系,并且实际为组团社提供了邮轮游览服务。

无论是否要求履行辅助人与旅行社之间存在合同关系,邮轮休闲娱乐服务经营者均不宜认定为旅行社的履行辅助人,原因在于旅行社应当负有谨慎选择履行辅助人的义务。履行辅助人提供的服务质量通常与旅游服务合同目的能否实现直接相关,并且关乎旅游者的切身利益^[22]。对此,《旅游纠纷司法解释》第14条第2款规定:“旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务,旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的,人民法院应予支持。”起草单位认为谨慎选择履行辅助人属于旅行社安全保障义务的范围,也是《消费者权益保护法》第18条和《旅行社条例实施细则》第38条相关规定的具体化^[23]。休闲娱乐服务经营者虽然确是邮轮旅游服务合同约定的休闲娱乐服务的实际提供者,但却是由邮轮公司而非旅行社选任,因而根本上不具备构成旅行社履行辅助人的基础。

进而亦可追问的是,休闲娱乐服务经营者能否构成邮轮公司作为旅行社的履行辅助人,问题的关键在于邮轮公司是否属于旅行社?邮轮公司虽然属于邮轮旅游经营者,但由于当前我国邮轮旅游基本均是出境旅游,市场上的邮轮公司也以外商投资居多^[24],而《旅行社条例》第23条又规定外商投资旅行社不得经营我国内地居民的出境旅游业务,导致邮轮公司无法作为旅行社经营邮轮旅游业务。此亦我国特有的旅行社包船模式,以及旅客、邮轮公司、旅行社三方之间法律关系的形成原因。因此,休闲娱乐服务经营者虽与邮轮公司存在合同关系,并且实际提供休闲娱乐服务,但由于邮轮公司本身不能构成旅行社,休闲娱乐服务经营者也无法构成《旅游法》所称履行辅助人。

(二) 乘务人员

邮轮乘务人员俗称海乘,一般是指邮轮上除驾驶、轮机等航海部门以外的其他工作人员。乘务人员是否属于船员,也曾在我国邮轮旅游法律研究中受到一定关注。《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。”同时,《船员条例》第4条也规定,船员是指依照规定经船员注册取得船员服务簿的人员^①。一般认为法律意义上的船员应当满足四项条件:一是取得船员资格,二是受聘或受雇于船舶所有人,三是在特定船舶上从事劳动,四是以特定形式从事特定劳动。因此,旅客虽在船上,但并

^①《2006年海事劳工公约》第2条“定义和适用范围”第1款第6项也规定:“海员一词系指在本公约所适用的船舶上以任何职务受雇或从业或工作的任何人员。”

不从事劳动, 故而不属于船员; 邮轮公司的岸上工作人员有些甚至持有船员相关证书, 但工作地点不在船上, 所以也不属于船员^[25]。

基于以特定形式从事特定劳动的特征, 有观点认为, 船员劳动的目的应是保证船舶的航行、使用、作业和其他活动等事项, 仅在船上从事与此类事项无关劳动的人员不是船员^[26]。《海商法》第31条所称“任职人员”, 传统上也是指对于船舶运行不可缺少的人员, 也即按照船舶职员法或海上交通安全法的配员要求担任船上职务的人员, 因而范围相对较小, 不包括虽在船上但不从事与船舶航行有关工作的技术职务人员^[27], 邮轮乘务人员应属此类。但是, 此种观点对于“任职”的理解是否符合法律解释学的规则, 尚有讨论空间。而且, 虽然仅从船舶航行角度而言乘务人员并非不可或缺, 但仅具备航行能力并不能满足邮轮作为船舶的存在价值, 缺少乘务人员的服务将会直接导致邮轮的主要功能以及船东经营邮轮旅游业务的目的落空。传统船员法是否能够充分适应邮轮旅游作为新型海事活动的特殊性, 亦非无可置疑。邮轮乘务人员同时满足“在船上”以及“从事劳动”两项特征, 实践中邮轮乘务人员均须持有船员服务簿以及船员证方能上船工作, 似乎很难在现行法律的明文规定之下寻得乘务人员不属于船员的依据。《〈中华人民共和国船员条例〉释义》也明确指出: 《船员条例》所称船员是所有经过船员注册并取得船员服务簿的人员, 其中普通船员是指除船长和高级船员以外的其他船员, 主要包括值班水手、值班机工、GMDSS 限用操作员、服务类人员等^[28]。因此, 邮轮乘务人员在我国法律之下应当属于船员。此外, 实践中也可能有极少数以旅客身份登船的人员实际在船上从事服务工作, 此种情形是否符合法律规定值得商榷。

基于乘务人员的船员身份, 其与邮轮休闲娱乐服务经营者的关系便会更为复杂。乘务人员作为船员, 通常是通过邮轮公司也即船东^①办理船员证等手续, 并与其签订劳动合同^②上船工作, 至少在法律意义上应属邮轮公司的

①海商法学界历来对于“船东”一语争议颇多, 反对者大抵认为“船东”并非规范的法律术语, 而应以“船舶所有人”代之。对此《2006年海事劳工公约》第2条“定义和适用范围”第1款第10项规定: “‘船东’一词系指船舶所有人或从船舶所有人处承担了船舶经营责任并在承担这种责任时已同意接受船东根据本公约所承担的职责和责任的任何其他组织或个人, 如管理人、代理或光船承租人, 无论是否有任何其他组织或个人代表船东履行了某些职责或责任。”考虑到船员的雇主并不限于船舶所有人, 亦有可能是船舶经营人、光船承租人等主体, 本文暂以船东称之。

②对于船员合同的称谓和性质, 学界历来也有“船员劳动合同”与“船员劳务合同”的分歧。本文无意讨论这一问题, 皆采用船员劳动合同的表述。

雇员,而与休闲娱乐服务经营者鲜少存在劳动合同关系。《2006年海事劳工公约》标准 A2.1“海员就业协议”第1条第1项也规定:海员在船上工作应持有一份由海员和船东或船东的代表双方签署的海员就业协议。但是,从事休闲娱乐服务的乘务人员客观上却是为休闲娱乐服务经营者工作,劳动法关于劳务派遣的规定又无法尽数匹配适用^①,导致产生了休闲娱乐经营人虽然在船上开展经营活动,但实际为其在船工作的人员均非自身员工的特殊现象,同时也会影响雇主责任的认定与承担。与此相反,传统陆上经营活动中商场专柜的销售人员一般是与专柜品牌经营者而非商场管理者签订劳动合同,商场只是专柜及其销售人员的经营、劳动场所。邮轮公司虽然可与休闲娱乐服务经营者通过合同约定对于乘务人员的责任划分,但此种约定无法对抗法律规定,邮轮公司在法律意义上仍是乘务人员的雇主。乘务人员若因执行工作任务造成旅客损害,应由邮轮公司首先承担雇主责任^②,而后邮轮公司可以基于合同约定向休闲娱乐服务经营者进行追偿;邮轮公司也可与休闲娱乐服务经营者约定由后者实际支付乘务人员的工资,但如果发生克扣或者无故拖欠工资的情形,乘务人员仍可依据劳动合同请求邮轮公司支付工资。此亦现代邮轮旅游活动特殊性对于传统海事法律乃至其他法律领域造成的挑战。

(三) 旅客

邮轮休闲娱乐服务经营者与旅客之间不存在直接的合同关系,旅客是通过与旅行社、邮轮公司之间的邮轮旅游服务合同、海上旅客运输合同享受休闲娱乐服务经营者的服务,船票价款中已经包含免费服务项目的费用,因而是由旅行社代表邮轮公司收取。同时,邮轮上存在不少需要另行付费方能享受的休闲娱乐服务,但目前邮轮旅游的船上消费绝大多数均使用无现金交易的船卡签账系统,旅客通过刷用船卡实现消费,而船卡账户则与旅客的信用卡或预先缴纳的消费押金绑定。因此,船上消费也是由邮轮公司收取费用,而后再与休闲娱乐服务经营者进行分成,旅客与休闲娱乐服务经营者之间并

^①例如,《劳动合同法》第66条规定:劳务派遣用工是补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施,其中临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位;辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位;替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。虽然《劳务派遣暂行规定》第25条规定船员用人单位以劳务派遣形式使用国际远洋海员不受临时性、辅助性、替代性岗位的限制,但“国际远洋海员”显然无法全面涵盖各类出境邮轮旅游的乘务人员,公海邮轮旅游即属典型。因此,乘务人员、邮轮公司以及休闲娱乐服务经营者之间的法律关系是否悉数属于劳务派遣,值得商榷。

^②参见《侵权责任法》第34条第1款。

不因为另行付费享受休闲娱乐服务而形成事实上的合同关系。

三、邮轮休闲娱乐服务导致损害的责任承担

邮轮休闲娱乐服务导致的损害,主要是指此类服务对于旅客造成的损害,且以人身损害居多,而财产损害涉及较少。讨论此类损害的责任承担,重点在于邮轮公司、旅行社等邮轮旅游经营者是否应为休闲娱乐服务经营者承担责任。仅就违约责任而言,只要造成损害的服务属于邮轮旅游服务合同、邮轮船票证明的海上旅客运输合同约定提供的服务,并且符合违约责任的构成要件,邮轮公司、旅行社即应基于合同相对性原则承担违约责任,对此《合同法》第121条也有明确规定。至于侵权责任,则应分别加以讨论。

(一) 旅行社应为邮轮休闲娱乐服务经营者承担侵权责任

根据《旅游法》第71条第2款的规定^①,要求旅行社先行为履行辅助人承担侵权责任的原因在于,旅游者在与旅行社订立包价旅游合同时,对于合同所涉及的履行辅助人既不认识也无法选任^{[16]1055},因而有必要通过设置旅行社与履行辅助人之间的不真正连带责任维护旅游者权益。既然邮轮公司在邮轮旅游服务合同下构成旅行社的履行辅助人^②,而休闲娱乐服务经营者不属于履行辅助人,那么休闲娱乐服务经营者导致的损害是否属于该条所称“履行辅助人的原因造成”?《旅游法》第71条第2款采用的表述是“……的原因”,而仅强调原因作为侵权责任的立法表达似乎有欠合理。侵权责任构成要件的重点在于过错,即行为人主观上无故意或过失的心理状态。如果行为人不存在过错,除非法律规定适用无过错责任的情形,否则即便客观上侵害了他人的民事权益、存在因果关系,也不产生侵权责任^{[29]209}。原因主要是指法律主体的作为或不作为,也即加害行为,仅依原因并不必然构成侵权责任。因此,《侵权责任法》通篇鲜少出现“原因”一词^③,而是更多采用“因……过错……造成他人损害”的表述。

①《旅游法》第71条第2款规定“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。”

②关于邮轮公司在邮轮旅游服务合同下的法律地位,尤其是否构成履行辅助人、公共交通经营者,参见“孙思琪,戎逸.邮轮旅游法律关系的立法范式与理论辩证[J].中国海商法研究,2017(3):89-90”。

③《侵权责任法》仅有两处出现“原因”一词。一是第31条提及“自然原因”,二是第86条第2款规定:“因其他责任人的原因,建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的,由其他责任人承担侵权责任。”而且,建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成的损害在《侵权责任法》下适用无过错责任原则。

《旅游法》第71条第2款采用“……的原因”的措辞语焉不详，似乎含有适用无过错责任原则的意味。相关释义著作认为：履行辅助人原因造成的损害应当是指，履行辅助人向旅游者提供的旅游服务存在瑕疵导致的损害，例如为旅游者代管的行李物品遭受的损害^[30]，或者未适当履行包价旅游合同的保密、安全保障等随附义务造成的损害，而不包括履行辅助人与履行包价合同义务无关的侵权行为导致的损害^{[21]242}。换言之，该款规定仅关注履行辅助人提供的旅游服务是否符合包价旅游合同的约定，而对服务是否由履行辅助人本人提供则没有明确。因此，邮轮休闲娱乐服务经营者虽然不是旅行社的履行辅助人，但只要导致损害的休闲娱乐服务同时属于邮轮旅游服务合同、邮轮船票证明的海上旅客运输合同约定应由邮轮公司提供的服务，此类损害即构成履行辅助人原因导致的损害，旅客可以要求旅行社先行承担侵权责任。虽然损害是由休闲娱乐服务经营者导致，但旅行社本质上是作为履行辅助人的邮轮公司承担责任，因而旅行社承担侵权责任后可向邮轮公司追偿。而且，虽然旅客在签订邮轮旅游服务合同时大多明确知道具体的邮轮公司，但对于承包船上相关休闲娱乐服务的经营者仍不了解。考虑到目前我国邮轮船票制度尚不健全，船票的私法功能仍然不甚清晰，旅客更多依据邮轮旅游服务合同针对旅行社寻求救济，如此理解《旅游法》第71条第2款既不违背法条的文义，也更有利于旅客权益的保障。

（二）邮轮公司应为邮轮休闲娱乐服务经营者承担侵权责任

关于邮轮公司是否为休闲娱乐服务经营者承担侵权责任，邮轮公司提供的船票条款大多订有专门的免责条款。例如，诺唯真游轮《乘客船票合同》第8条“独立承包商”第2款规定：“其他独立承包商：乘客承认，提供船上其他个人服务的人员（包括但不限于发型师、美甲师、个人教练和/或按摩师）均为独立承包商，直接为乘客工作，因提供此类服务导致的任何损失或伤害，承运人概不负责^[31]。”2018年3月23日出台的《海商法》（修订征求意见稿）第169条第2款规定：“因船上任何履行辅助人的过失引起事故，造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏发生在承运人责任期间的，承运人不负赔偿责任。”虽然休闲娱乐服务经营者在英美法下作为邮轮公司的独立合同人，雇主不为独立合同人承担侵权责任属于一般原则，但允许邮轮公司完全免责仍然颇有可资商榷之处。旅客是通过与旅行社、邮轮公司订立合同方能上船接受服务，而与休闲娱乐服务经营者之间并不存在合同关系。旅客在接受服务时通常也不了解特定服务项目是由邮轮公司自行经营抑或外包他人经营。如果允许邮轮公司不为休闲娱乐服务经营者承担责任，要求旅客径直向

不存在合同关系的实际经营者寻求救济, 将会违反邮轮法律应当具有的消费者保护倾向, 显然有欠公允。

美国法下雇主对于独立合同人不承担责任虽是一般原则, 但并非没有例外, 其中之一便是雇主在独立合同人的选任、指示或监督方面存在过失, 此时雇主承担的并非替代责任, 而是对其自身的过失行为承担责任^{[9]140}。美国《第二次侵权法重述》第411节“选择承包商的过失”也规定: “雇主未能行使合理关注以雇佣一有能力并且细心的承包商(a)去从事除非使用技巧和细心去从事否则将包含造成实际损害风险的工作, 或(b)去履行雇主对第三人负有的义务, 则雇主应对因此给第三人造成的实际损害承担责任^[32]。”对此, 《人身损害赔偿司法解释》第10条亦有类似规定^①。而且, 定作人指示过失责任与雇主责任区分的重要标志之一, 便是前者实施侵权行为的是独立合同人, 而后者为雇员。独立合同人当然包括承揽人, 但不应限于承揽人。虽然上述司法解释第10条使用的概念为“承揽人”, 但由于该司法解释的起草单位认为该条确立的定作人责任源于英美等普通法国家判例对于独立合同人的规定^[33], 因而该条规定的承揽人应当扩张解释为独立合同人, 具体包括承揽类合同中提供劳务的一方当事人, 以及委托合同、行纪合同、居间合同的受托人^{[29]437}。邮轮休闲娱乐服务经营者自然也不例外。因此, 对于休闲娱乐服务经营者造成的损害, 邮轮公司如果存在选任过失, 至少应当承担相应的侵权责任。

邮轮旅游以及船上休闲娱乐服务作为经营活动, 还应受到消费者保护法律的制约。《消费者权益保护法》规定, 旅客作为消费者在接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利, 有权要求经营者提供符合保障人身、财产安全要求的服务^②; 经营者也应保证提供服务符合保障人身、财产安全的要求^③, 服务如果存在缺陷则应承担责任^④。因此, 无论邮轮公司是否存在过错, 只要船上服务存在缺陷, 即应承担消除危险、赔偿损失等侵权责任^[34]。邮轮公司对于船上提供的休闲娱乐服务, 均会通过官方网站以及船上广告等各种方式进行宣传, 而不区分服务是由邮轮公司自行或者外包经营。例如,

①《人身损害赔偿司法解释》第10条规定: “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。”

②参见《消费者权益保护法》第7条。

③参见《消费者权益保护法》第18条第1款。

④参见《消费者权益保护法》第48条第1款。

皇家加勒比国际游轮官方网站介绍了甲板跳伞、海上攀岩墙、海上多功能活动中心、甲板篮球场、室内泳池、健身中心、水疗中心等一系列休闲娱乐服务,但仅标明设施位置以及收费标准,而不会特别说明服务是由何者经营。同时,休闲娱乐服务的费用均由邮轮公司先行向旅客收取,而后再与经营者进行分成,其中免费项目是包含在船票价格之内,而额外收费项目则是通过船卡消费支付。据此休闲娱乐服务仍是邮轮公司提供的服务,只是实际由他人经营。而且,邮轮作为休闲娱乐服务经营者的经营场所也是由邮轮公司提供,旅客是通过购买邮轮公司提供的船票方有可能享受休闲娱乐服务。邮轮公司与休闲娱乐服务经营者之间的关系,对于旅客而言其实和旅行社与履行辅助人的关系并无二致,旅客直接向履行辅助人寻求救济的障碍转至休闲娱乐服务经营者的场合仍然存在。因此,参考旅行社和履行辅助人、产品生产者和销售者之间不真正连带责任的规范模式,如果休闲娱乐服务造成旅客损害,旅客对于邮轮公司和休闲娱乐服务经营者应当均有损害赔偿请求权,从而更有利于旅客寻求救济。邮轮公司承担的此种侵权责任与选任过失责任不同,前者实为替代责任,邮轮公司可向休闲娱乐服务经营者追偿;后者则是邮轮公司为自己的过失行为承担责任,属于自己责任的范畴。此外,损害如果是由于乘务人员导致,亦有可能存在邮轮公司承担雇主责任的空间。

四、结语

通过上文分析,可以得出以下结论。

第一,邮轮休闲娱乐服务经营者在英美法下属于独立合同人,而在我国法律之下则以认定为外包合同的承包人为宜,同时构成旅游经营者。

第二,休闲娱乐服务经营者与旅行社之间不存在合同关系,不构成履行辅助人;乘务人员作为船员属于邮轮公司的雇员,也与休闲娱乐服务经营者不存在合同关系;休闲娱乐服务经营者与旅客同样不存在合同关系。

第三,对于休闲娱乐服务造成的旅客人身、财产损害,旅行社、邮轮公司基于合同相对性原则,应当分别依据邮轮旅游服务合同、邮轮船票证明的海上旅客运输合同承担违约责任;根据《旅游法》第71条第2款以及《消费者权益保护法》的相关规定,旅行社、邮轮公司也应为休闲娱乐服务经营者先行承担侵权责任,邮轮公司同时还应承担选任休闲娱乐服务经营者的过失责任。

基于上述结论,建议《海商法》修改时针对邮轮休闲娱乐服务经营者增加如下规定。

“船上休闲娱乐服务由休闲娱乐服务经营者提供的, 承运人应当如实告知旅客。

由于休闲娱乐服务经营者的原因导致服务不符合海上旅客运输合同约定的, 承运人应当承担违约责任; 承运人承担责任后可以向休闲娱乐服务经营者追偿。

由于休闲娱乐服务经营者的原因导致服务存在缺陷造成旅客人身损害、财产损失的, 旅客可以要求承运人、旅行社、休闲娱乐服务经营者承担侵权责任; 旅行社承担责任后可以向承运人或者休闲娱乐服务经营者追偿, 承运人承担责任后可以向休闲娱乐服务经营者追偿; 承运人对休闲娱乐服务经营者未尽谨慎选任义务的, 应当承担相应的补充责任。

本条所称休闲娱乐服务经营者, 是指“除实际承运人和承运人、实际承运人的受雇人和代理人外, 与承运人存在合同关系, 实际提供船上休闲娱乐服务的经营者。”

[参考文献]

- [1] 倪望清, 胡志国. 国际邮轮服务与管理 [M]. 天津: 天津大学出版社, 2014: 139.
- [2] 叶欣梁. 邮轮概论 [M]. 大连: 大连海事大学出版社, 2016: 75.
- [3] 柴勤芳. 邮轮休闲娱乐服务管理 [M]. 大连: 大连海事大学出版社, 2017: 3.
- [4] BAATZ Y. Maritime law [M]. London: Informa Law from Routledge, 2018: 216 - 217.
- [5] 皇家加勒比国际游轮. 乘客票据合同 [EB/OL]. (2017 - 05 - 31) [2018 - 10 - 29]. <https://www.reclchina.com.cn/content/brand/passenger/repeat>.
- [6] 薛波. 元照英美法词典 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 682.
- [7] 杨仁寿. 海牙威士比规则 [M]. 台北: 三民书局, 2000: 278.
- [8] BRYAN A G (ed.). Black's law dictionary [M]. New York: Thomson West, 2014: 888.
- [9] 小詹姆斯·A·亨德森, 理查德·N·皮尔森, 道格拉斯·A·凯萨, 等. 美国侵权法: 实体与程序 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 137 - 140.
- [10] 爱德华·J·柯恩卡. 侵权法 [M]. 北京: 法律出版社, 1999: 231 - 232.
- [11] 吴焕宁. 国际海上运输三公约释义 [M]. 北京: 中国商务出版社, 2007: 79.
- [12] 台湾大学法律学院, 台大法学基金会. 德国民法典 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 594.
- [13] 陈卫佐. 德国民法典 [M]. 北京: 法律出版社, 2015: 249.
- [14] 杜景林, 卢谟. 德国民法典全条文注释 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 521.
- [15] 王利明. 合同法研究 (第三卷) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 409.
- [16] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由·合同编 [M]. 北京: 法律出版社, 2012: 698 - 1055.
- [17] 崔建远. 合同法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 650.
- [18] 李飞, 邵琪伟. 《中华人民共和国旅游法》释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 256.
- [19] 杨富斌, 苏号朋. 《中华人民共和国旅游法》释义 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2013: 237 - 242.
- [20] 周江洪. 从“旅游辅助服务者”到“履行辅助人” [J]. 旅游学刊, 2013 (9): 17.

- [21] 杨富斌. 旅行社法律责任制度研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 178.
- [22] 王利明. 合同法研究 (第四卷) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 595.
- [23] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院审理旅游纠纷案件司法解释理解与适用 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 182 - 183.
- [24] 孙思琪, 戎逸. 邮轮旅游法律关系的立法范式与理论辩证 [J]. 中国海商法研究, 2017 (3): 88.
- [25] 赵鹿军. 船舶船员法 [M]. 大连: 大连海事大学出版社, 2017: 110 - 111.
- [26] 司玉琢. 国际海事立法趋势及对策研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2001: 563.
- [27] 王秀芬. 船员之法律概念辨析 [J]. 社会科学家, 2010 (11): 82.
- [28] 刘功臣, 赵晓光, 何建中. 《中华人民共和国船员条例》释义 [M]. 北京: 人民交通出版社, 2007: 16 - 19.
- [29] 程啸. 侵权责任法 [M]. 北京: 法律出版社, 2015: 209 - 437.
- [30] 吴高盛. 《中华人民共和国旅游法》释义及实用指南 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2013: 201.
- [31] 诺唯真游轮. 乘客船票合同 [EB/OL]. (2018 - 01 - 01) [2018 - 10 - 29]. <http://www.goncl.cn/upload/down/ncl-contract 2017.pdf>.
- [32] 许传玺, 石宏, 和育东. 侵权法重述第二版: 条文部分 [M]. 北京: 法律出版社, 2012: 172.
- [33] 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 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 155.
- [34] 李适时. 《中华人民共和国消费者权益保护法》释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 227.

On the Legal Status and Liability of Cruise Entertainment Operator

SUN Siqu¹, JIN Yiwen²

(1. School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China;

2. Shanghai Minhang District People's Court, Shanghai 201199, China)

Abstract: Entertainment service is an important part of cruise tourism. Cruise entertainment operator is identified as an independent contractor under Anglo - American law but a contractor of outsourcing contract and tourism operator under Chinese Law. There is no contractual relationship between the cruise entertainment operator and travel agency, cruise crew or passengers, and cruise entertainment operator is not the performance assistant of travel agency. In case of any breach of cruise tourism service contract or contract of carriage of passengers by sea for the reason of cruise entertainment operator, travel agency and cruise line shall be held liable due to the privity of contract. In case of any personal or property damage to passengers caused by cruise entertainment operator, passengers concerned may require travel agency or cruise line to honor its liability. Cruise line that is negligent in respect of the selection of cruise entertainment operator shall bear appropriate liability for compensation.

Keywords: cruise tourism; entertainment operator; legal status; independent contractor; tort liability