

对我国《民法典》第 835 条运费风险条款修正之释评

何赛*

(大连海事大学 法学院, 大连 116026)

[摘要] 我国《民法典》第 835 条在修改时产生了争议。通过反思修改动议可知, 第一, 货物运输合同的标的是提供有效果的服务, 而非纯粹的服务; 第二, 不存在“预付运费概不退还”的国际惯例。通过对《民法典》进行体系解释, 可知《民法典》第 835 条与第 590 条并不具有位阶关系。《民法典》未规制当事方在运输合同未拟定运费风险条款时, 在运输过程中货物因不可抗力部分灭失且剩余货物运抵目的地, 或就近安全港卸货的情形。对前者应适用扩大解释后的《民法典》第 590 条, 后者应适用《海商法》第 91 条。《民法典》第 835 条的合理之处在于法理上符合民法学的一般精神和基本学理; 立法上综合运用法律技术平衡《民法典》与《海商法》之间的关系; 不合理之处在于, 法条中的“法律另有规定”部分有将该条转变为强行法与倒逼《海商法》立法之嫌。

[关键词] 预付运费 国际惯例 运输合同 运费风险 不可抗力

我国《民法典(草案)》第 835 条在人大分组审议中产生了争议。该条规定:“货物在运输过程中因不可抗力灭失, 未收取运费的, 承运人不得请求支付运费; 已经收取运费的, 托运人可以请求返还。”有代表认为该条文有悖于国际惯例。其指出, 在国际惯例中, 预付运费概不退还; 按照通常的做法, 出现不可抗力事件, 双方当事人都可以无偿解除合同。^[1] 最终, 该条文在正式颁行的《民法典》中被修改, 增加了“法律另有规定的, 依照其规定”的表述。面对争议, 立法者并未对大幅更改此条文, 而是谦抑地运用准用性法律规范将问题留待其他法律予以解决。立法者这种“委婉的回答”不禁使人深思:《民法典》第 835 条究竟有无修改之必要? 修改后的条文是否适当?

一、修改《民法典(草案)》第 835 条的动议分析

若想正确解释并评价《民法典》第 835 条, 则必须对修改《民法典(草案)》第 835 条的具体理由进行分析。如果对《民法典(草案)》第 835 条的修改理由无法证立, 则立法者对该条文的谦抑性修改是妥当的。相关学者的主张《民法典》第 835 条的规定不符合“运费概不退还”的国际惯例, 其理由主要基于两点: 其一是“运费概不退还”符合货物运输合同的性质; 其二是“运费概不退还”是一种国际惯例。^[2]

(一) 货物运输合同的标的是提供有效服务

有学者认为, 货物运输合同的标的是“service (即货物依约从一地运往另一地, 货物实现空间上的位移)”(原文写作“service”, 下文用“服务”指称)。由于服务是无形的, 因而运输合同具有及时履行的特点, 相当于货物一出运, 服务在提供的同时就被消费了。^[2] 因此, 运费作为托运人支付给承运人提供的服务的报酬, 在承运人开始履行运输合同后, 就已经转

* 何赛(1992-), 男, 锡伯族, 辽宁沈阳人, 大连海事大学博士研究生。联系电话:15802401461, 电子邮箱:hesai@dlmu.edu.cn。

移给了承运人。至于在履约过程中无论是否发生了不可抗力，皆对运费的归属不构成影响。

此观点的可商榷之处在于：运输合同在性质上为承揽合同，运输合同的标的不仅是提供服务，还需提供有效果的服务。这已成为大陆法系国家对运输合同标的的普遍认知，而作为大陆法系国家之一的中国概莫能外。

1. 大陆法系国家对运输合同性质与标的的认识

运输合同自罗马共和国已降，作为承揽合同（*location-conductio operis faciendi*）的一种特殊形式，合同的标的不是劳务本身，而是劳务的最终成果。^{[3] (P225)}德国法学界一般认为，货物运输合同的性质是承揽合同（*Werkvertrag*）。因为承运人的债务是运输与交付的效果（*Erfolg*）⁽¹⁾。^{[4] (Rn. 13-17)}德国法学家卡纳里斯（*Carnaris*）认为，因为货物承运人对运送和交付本身负有责任，并且不能仅仅对此作出努力即可，所以其给付义务不是与行为，而是以成功的结果有关，因此货物运输合同在法教义学上可以界定为《德国民法典》631条意义上的承揽合同。^{[5] (P730)}汉堡大学海法与海商法研究中心主任帕什克（*Paschke*）教授认为，就货物运输合同而言，承运人有义务“运输货物至目的地并交付给收货人”。因此，《德国商法典》第407条第1段规定的货物运输合同，是《德国民法典》631条及其后规定的承揽合同的变体。据此，承运人允诺货物的场所变动以及其交付的效果。因此，《德国民法典》对承揽合同的规定可对货物运输合同予以漏洞填补。^{[6] (Rn. 15-17)}在法国达洛兹出版社（*Dalloz*）出版的法律指南中认为，运输合同属于广义的承揽合同。^[7]在日本，通常认为货运合同是兼具承揽性质的合同。^{[8] (P194)}

至于海上运输合同，德国海商法学家霍尔夫（*Rolf Herber*）教授认为，和所有运输合同一样，海上货物运输合同是承揽合同的一种类型。^{[9] (P230)}日本海商法学者箱井崇史教授认为，由于海上运输合同是以完成对物或人的位移为目的，因此，从合同类型看，应属于民法上的承揽合同。^{[10] (P129)}

2. 对《民法典》中货物运输合同的性质与标的的解释

虽然我国并未在《民法典》中明确规定运输合同与承揽合同之间的关系，但根据我国《民法典》对运输合同的定义，可以解释出运输合同的标的是有效果的提供服务。根据该法第809条第1句，在运输合同中，承运人有义务将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点。我国的法律文本和德国不同，未明确指出承运人的两个义务分别为运输与交付。

藉由文义解释解释，可将承运人所承担的义务划分为二：一是从起运点运输，二是运输到约定地点。换言之：如果承运人仅从起运点运输，而未运输至约定地点，则承运人违约。但从违约的样态上看，如果承运人在起运点接收货物，但未能运输至约定地点，究竟是认定承运人不履行还是不完全履行，则仍需讨论。

如认定承运人不履行债务，其标准在于将“运输到约定地点”与“从起运点运输”作为统一的构成要件。换言之，无论承运人从起运点运输多远，只要未运到指定地点，承运人即未履行运输合同下的义务；如认定承运人不完全履行债务，则其标准在于将“运送到约定地点”作为运输合同的单独构成要件。如果承运人从起运点开始运输，虽未运输到约定地点，仍认定承运人部分履行债务。在预付运费的场合，在前者标准下，承运人由于未履行债务，而应退还托运人支付的运费；在后者标准下，承运人由于履行了部分债务，其仅应退还托运人部分运费。

认定承运人不履行债务是更加合理的。首先，根据对《民法典》809条的文义解释，托运人支付运费的对待给付，是承运人将货物从起点运至约定地点的完整过程。如果承运人仅从起点运输而未运输至约定地点，则运输行为不完整。因此无论承运人付出了多少努力与成本，都应视为未履行义务。

其次，考虑到运输行为的性质与目的，运输服务在一般意义上应属于不可分之债。即对

⁽¹⁾ 德文“*Erfolg*”有“成功”与“效果”两个意思。本文在译介中酌情选择。

运输服务的分割将会损害其经济用途、降低其价值或改变其性质。未运输到约定地点的货物对托运人而言无任何意义。运输行为对托运人而言只有“运到”与“未运到”的区别。至于运到了哪里，距目的地有多远，并不是托运人所关注的问题。这符合一般的生活经验，即结果导向是所有服务类行为的标准。比如在理发业或雕塑业，理发师不能在鬓角未剪完时就收取顾客的费用；雕塑师在全身像的雕刻中，也不会的手臂未雕刻完成时就收取定作人的费用。

最后根据法律行为的解释，托运人在与承运人缔结运输合同时的完整意思表示是，将货物从启运地运输至目的地。虽然运输合同在现实中多为格式合同，但也根本不存在不填写目的地的运单。尤其是在海上货物运输中，提单可以不填写收货人，但绝对不会不填写目的港。因此，目的地对货物运输合同来说是必不可少的要素，缺少目的地的运输不能构成运输行为。

由此可见，“从起运点运输”与“运输到约定地点”是运输行为的统一构成要件，二者相互结合，缺一不可。可以认为“运输到约定地点”就是运输行为的效果要件。

3. 马克思在《资本论》中对运输业的解释

有学者指出：货物一出运，服务并未在提供的同时就被消费了。而是在持续提供服务的过程中，消费在同时进行。直到服务提供終了，消费才最终完成。换言之，货物不仅在出运时，而且在运输中，消费一直在持续。直到运抵目的地，消费才结束。^[2]

马克思在《资本论》中指出，运输业所售卖的是场所变动。而场所的变动，就是运输手段所引起的生产过程；唯有在这种生产过程的持续中，运输的效用能被消费。^{[11] (P22)} 马克思说明了资本循环在交通产业中的特殊表现形式，即生产与消费两种行为是同时并行的，而非判然个别的两种行为。^{[11] (P22)} 由此可见，运输是一个持续的生产过程，而非一个瞬间完成的行为。由于运输业的生产与消费是并行的，因而消费也是一个持续的过程。

如果认为“货物一出运，服务在提供的同时就被消费了”，就意味着只要货物装运完成开始运输，预付运费就已经消耗了，因而就能得出预付运费概不退还的结论。但是根据马克思的理论，预付运费会随着运输的不断进行而逐步消耗，直到运输行为结束；也就是货物运抵目的地时，预付运费才最终耗尽。如果运输行为中止，预付运费并未耗尽，承运人当然不能拒绝托运人对预付运费的返还请求。

（二）预付运费概不退还不是国际航运惯例

对《民法典》第 835 条的争议焦点在于，其内容违背了“预付运费概不退还”的国际航运惯例。但“预付运费概不退还”真的是国际航运惯例吗？

就国际航运惯例的概念而言，司玉琢教授认为：“国际航运惯例通常是指在国际航运中，对同一性质的问题所采取的类似行动，经过长期反复实践逐渐形成的，为大多数航运国家所接受的，具有法律拘束力的（通常为不成文）行为规则。”^{[12] (P5)} 因此，如果某一规则不为大多数航运国家所接受，并且不具备法律拘束力，则足以说明该规则不是国际航运惯例。

就“预付运费概不退还”规则而言，其只是一项由运输合同当事方自由拟定的合同条款，其法律约束力仅对缔约双方而言有效，其法律效力来源于意思自治，而非来源于该规则本身。也就是说，如果当事人未在运输合同中约定“预付运费概不退还”条款，则该规则不生效力，其不能作为一种默示的规则成为法官的判案准则。在这种情况下，全世界航运国家无一例外的适用“运费到付”原则，即使运输合同当事方并未在合同中约定运费的支付方式与运费的风险分摊。因此，“运费概不退还”规则不过是一种普通的合同条款，而不是国际航运惯例。不能因为这种条款在运输合同中出现的频率高，就认为其已经升格为国际航运惯例；希冀将这样的合同一般条款升格为国家法律作为价值补充、裁判指引，难以服众。

下文即分别对两大法系的主要航运国家对“运费概不退还”规则的态度予以阐述。

1. 英国“预付运费概不退还”规则的法理分析

在英国，运费的支付以到付为原则。⁽²⁾ [13] (p289) [14] 而所谓预付运费 (advance freight)，根据艾肯斯 (Aikens) 法官给出的概念，是指在普通法规定下支付运费的时间（如在货物运输至收货地）之前而支付的运费。预付运费概不退还规则是指，除非有相反的明文规定，在付款权利产生后，实际付款前，即便由于除外风险 (excepted perils)⁽³⁾ [15] (§ 1. 47) 造成了货物的损失，预付运费也不予偿还。^{[15] (§ 1. 47)}

预付运费概不退还规则在实务中一般以合同条款的形式存在。不同的条款规定了不同的运费应付日期。通常的表述形式为：“在货物装船时/承运人收到货物时/签发提单时/启航时，运费到期应支付（或：运费视为已赚取）并且不予退还，无论船舶和/或货物灭失与否。” (freight due and payable (or alternatively: freight to be considered earned) on shipment/on receipt of goods by carrier/on signing bills of lading/on sailing and non-returnable, ship and/or cargo lost or not lost) 有些条款对运费“赚取”(earned) 的日期（船东转移了运费风险）和运费实际支付的日期作了区分。^{[16] (P163)}

对于预付运费概不退还规则的法理基础，在英国 Allison 诉 Bristol Marine Insurance 案中，布雷特 (Brett) 法官在对先例进行了广泛的审查后指出：“存在对当前租约形式下的运输单证如何解释的统一观点。这种观点就是：预付运费必须支付，即便货物在付款之前因海上风险而灭失。如果运费在货物因海上风险而灭失之前已经支付，则不能返还。虽然我说过这种商业行为可能在理论上是反常的，但是我认为其起源和存在能够得到合理的解释。在漫长的印第安航行中就出现了这种情况。航程的长度使船东长期缺少资金；并且作为对第三方的担保，运费相较于代表货物的提单而言，难以用于质押。因此，托运人同意预先支付他最终要支付的款项，并且作为对价，其承担了预付款不予偿还的风险，此举扰乱了商业交易。”^[17] 塞尔伯恩 (Selborn) 勋爵对此指出：“英国法的奇怪 (peculiar) 规定，即在航次开航时收取的运费预付款，在没有相反规定的情况下，是一种不可撤销的付款，其风险由货物的托运人承担...”^[17]

由此可见，预付运费概不退还规则是英国法所特有的规则。但是该规则在理论上似乎无法自洽。有学者试图从商业实践的角度解释这一规则：“运费条款通常包括明确的声明，预付的运费在船舶或货物灭失后不予偿还。在英国法律中，这是完全不必要的（其他许多法律制度都要求偿还）；但它却有商业上的优势。通过让托运人援引格式条款来解决与托运人的纠纷，比证明一般法律原则更加容易。”另有学者认为该规则只存在于航次租船合同之中：“这条长期的规则（预付运费概不退还）是航次租船合同所特有的，它是关于合同预付款通则的一个例外。”^{[18] P330}

2. 大陆法国家对“预付运费概不退还”规则的态度

然而，在大陆法系国家中，根本不存在预付运费概不退还这种规则。甚至作为英国政治实体之一的苏格兰，都不存在这种规则。根据苏格兰法，除非当事方在合同中明确订立或明确暗示不得返还预付运费，否则租船人向船东预付的运费可以在船舶全损的情况下由租船人追偿，即便发生除外风险。^{[19] P328} 这可能是因为苏格兰法属于大陆法系的缘故。德国、法国与日本法同样如此。

在德国，托运人没有提前支付运费的法律义务，即在订立运输合同或在开始运输时支付

⁽²⁾ 英国海商法学者威尔逊 (John F Wilson) 指出：“在没有相反约定的情形下，普通法假定只有在货物交付卸货港的收货人之后，才被支付给承运人。”英国 Willes 法官奠定了承运人取得运费的原则。他指出：“运费请求权的真正标准在于，是否已基本履行服务，并且通常来说，运费是在货物运输并准备交付给商人时才能赚取。”

⁽³⁾ 除外风险制度起源于英国。在 19 世纪，如合同中未明确风险的分担，作为公共承运人的船东对货物的保管负有绝对责任。除非他能证明出现了极其有限的例外情形，即损失并非由其过失所导致，且属于四种除外风险之一。这些除外风险分别是：(1) 天灾 (act of God)；(2) (国王或女王的) 公敌行为 (act of public (the King or Queen's) enemies)；(3) 托运人的过错 (fault on the part of the shipper)；(4) 固有缺陷 (inherent vice)。

运费。在实践中，货物运输合同通常订有预付协议（Vorauszahlungsvereinbarungen）。^{[20] (Rn. 3-8)}德国并没有对预付运费的问题作出专门规定；也未对发生不可抗力时，运费的风险分配作出相应规定。因此，如果运输合同中规定了预付运费条款，则其效力通过解释法律行为来判断；如果运输合同中未规定预付运费条款，或者未规定发生不可抗力的情况下，预付运费是否退还，则必须通过《德国商法典》中有关运费的法律规范来判断。

在德国，有关运费的规定集中体现在《德国商法典》第 493 条。该条第 1 款第 1 项规定，运费应当在货物交付时支付。第 2 款第 1 项规定，只要无法执行运输，则运费请求权消灭。因此，在原则上，只要遭遇不可抗力致使承运人无法执行运输，无论运费的支付形式如何，承运人丧失运费请求权。申言之，在预付运费的场合，承运人对已经收取的运费构成不当得利，应予退还；在到付运费的场合，承运人对尚未收取的运费丧失请求权。

德国联邦司法部在《海商法改革法草案》中指出，第 493 条第 2 款第 1 项旨在符合旧法第 633 条、第 617 条第 1 句、以及《德国民法典》第 326 条第 1 款。^{[21] (P135)}第 633 条规定，如果在航程开始后，货物因意外全损，则货运合同终止。在这种情况下，运费既不全额支付，也不部分支付。第 617 条第 1 句规定，对于意外事故中丢失的货物，不支付运费，并且预付运费要退还。对于上述海商法的特殊规定应符合《德国民法典》第 326 条第 1 款，当主给付义务排除时，对待给付免除及解除。这也正是运费请求权在运输无法执行时丧失的法理所在。

当然，该原则有例外。根据第 493 条第 2 款第 2 项，如果由于运输或交付的障碍而提前终止运输，则承运人有权就已完成的部分运输，按比例获得运费。前提是部分运输对托运人而言有利益。其中“运输或交付的障碍”是指该法第 492 条中规定的“货物的运输或交付明显不能按照合同来履行”。需要说明的是，德国法本身并无不可抗力的明确规定，在德国法中此类情况受履行不能（《德国民法典》第 275 条）和情势变更（《德国民法典》第 313 条）的规制。由于不可抗力是导致运输或交付障碍的因素之一，因此对于不可抗力下预付运费的风险分担，可得适用此法条。

该条起源于“区段运费”（Distanzfracht），根据旧法第 630 条第 1 款的规定，所谓“区段运费”是指，船舶在航程开始后因意外而灭失。但如果货物获救，应在货物被救助的程度内，托运人按照所行驶的航程与全部航程的比例，支付运费。在新法中，扩大了该条的适用范围。《海商法改革法草案》将其重新定义为，由于运输或交付的障碍而提前终止运输，承运人所提供部分运输的报酬请求权。^{[21] (P136)}但此种请求权只有在托运人可以从提前终止的运输中受益（例如节省开支）的情况下，才产生支付运费的义务。如果再次将货物运回，托运人的利益很可能会消失。^{[20] (Rn. 13-16)}

综上所述，在德国根本不存在预付运费概不退还的航运惯例。霍尔夫（Rolf Herber）教授总结道：“如果部分运输未完成，或部分运输对托运人而言没有利益，或当不受合同任何一方影响的外部事件（低潮，风暴）致使运输无法进行时，运费请求权消灭。”^{[9] (P255)}由此可见，在运费预付以后发生了不可抗力，只有承运人完成了对托运人仍有利益的部分运输，才能保留部分运费，但是仍需退还未完成运输的那部分运费。

在法国和日本，同样没有运费概不退还的航运惯例。索邦大学的德莱贝克（Delebeque）教授指出，在原则上，如果承运人由于不可抗力而无法履行其义务，托运人将免除其支付运费的义务。除非在运输合同中明确订立了“在所有情况下都取得运费”（fret acquis à tout

événement) 条款⁽⁴⁾。^{[22] (P719)}也就是说, 在没有合同明确约定的情形下, 发生不可抗力致使承运人无法履行货物运输的义务, 即便承运人已经收取了预付运费, 也应当退还。日本海商法专家田中诚二教授指出: “各国法制一致认为, 运费以到付为原则。当运输品不到达目的地时不产生运费。因为在我们的商法中, 运输合同的性质是承揽合同, 所以运费是针对完成工作而支付的...如果有相反的特别约定则需遵循。预付运费和已收取的运费不退还的特别约定实际上很普遍, 判例法对此也予认可。”^{[23] (P328-329)}

有学者曾无不担忧的说道: “按照国际惯例, 预付运费概不退还。一旦发生不可抗力, 承运人拿出国际惯例, 不退运费; 而托运人拿出这部民法典, 请求返还, 这不就相悖了吗?”^[2]对此, 笔者的回答是: 托运人不仅可以拿出《中华人民共和国民法典》, 还可以拿出《德国商法典》、《法国运输法典》、《日本商法典》乃至苏格兰的航运法律来要求承运人退还运费, 因为预付运费概不退还根本不是国际惯例。

二、对《民法典》第 835 条的体系解释

由于《民法典》第 835 条的文字表达十分清楚, 不需要进行文义解释。因此对此条文的理解主要从体系, 即其与《民法典》和《海商法》中相关条文之间的关系方面, 进行解释。

(一) 《民法典》第 835 条的规范来源: 与《民法典》第 590 条的关系

有学者指出《民法典》第 835 条的内容存在体系矛盾: “为什么民法典第 835 条规定: 运输途中发生不可抗力事件, 免除了货方支付到付运费的责任, 而不免除承运人预付运费下的运输责任——《民法典(草案)》第 590 条基本上沿袭了《合同法》的规定。民法典草案第 590 条规定: ‘因不可抗力不能履行合同的, 根据不可抗力的影响, 部分或者全部免除责任, 但是法律另有规定的除外。……’那么, 第 835 条规定的发生不可抗力的法律后果的依据是什么? 法律人请明辨。”^[2]

该观点似乎认为, 《民法典(草案)》第 835 条是第 590 条在运输合同中的具体规定, 其内容有违第 590 条之意旨与授权。申言之, 根据第 590 条, 出现不可抗力时, 应根据不可抗力的影响, 部分或者全部免除责任。但依据第 835 条, 只免除了货方支付到付运费的责任, 却没有免除承运人在预付运费下的运输责任。该观点值得深入探讨。因为对第 590 条和第 835 条的关系认识将直接影响法律适用的路径。

如果严格恪守对第 590 条的文义解释, 则第 590 条与第 835 条之间并非具有位阶关系。二者的相同之处在于, 其适用的前提均为不可抗力的发生, 也就是出现了不可归责于合同双方的事件。但二者的区别在于不可抗力所作用的对象: 第 590 条中的不可抗力直接作用于合同的履行本身, 亦即不可抗力的发生直接导致合同无法履行; 第 835 条却作用于货物, 亦即不可抗力的发生致使货物灭失——而非直接导致运输合同不能履行。此外, 在法律后果上二者也是不同的: 第 590 条规定的法律后果是(全部或部分)免除合同责任; 而第 835 条的法律后果是承运人退还各种形式的运费。前者的法律后果并不能涵摄后者。因为责任是对义务违反所产生的后果, 亦即违反第一性义务而引起的第二性义务;^{[24] (P122)}而支付运费是托运人

⁽⁴⁾ 该条款通常规定: “运费应在预订运输货物时视为已全额赚取, 并且在任何情况下均应支付且不可退还。如果商人在任何时间出于任何原因取消对运输的预定, 他应承担向承运人及其代理人, 继承人或受让人支付罚款的责任, 罚款数额等同于货物的价值, 包括因取消预订而产生的所有费用, 成本与支出。” (Freight shall be deemed fully earned upon booking of the goods for the carriage and shall be paid and non-returnable in any event. Should the merchant cancel the booking of the goods for the carriage, at any time and for any reason whatsoever, he shall be liable for the payment to the carrier its agents, successors, or assignee, of a penalty equal to the value of the freight, including all charges, costs and expenses deriving from the cancellation of the booking.)

在运输合同中承担的第一性义务。责任与义务的划分被规定在《民法典》第 180 条。⁽⁵⁾ 所以托运人不支付运费（或承运人退还运费）并不是对运输合同责任的免除，而是对运输合同义务的免除。质言之：第 590 条与第 835 条所规范的内容是根本不同的。

根据第 835 条，承运人退还运费的原因并非源于合同无法履行，而是合同的履行无意义。因为不可归责于承托双方的事件致使货物灭失，导致了运输合同标的物不复存在。因此承运人的履约行为无法实现运输合同的目的。虽然承运人在客观上仍然能够履约，但是在此情形下履约已经丧失了意义；而并非承运人不能履约。那么也就不难理解为何承运人要将托运人预付的运费退还，因为根据《民法典》第 563 条第 1 款，因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。而解除合同的后果，根据《民法典》第 566 条，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。因此，承运人退还预付运费的行为是恢复原状的具体表现，即将承托双方的地位恢复至合同订立前的状态。并且根据第 590 条，免除承运人的赔偿责任。质言之，于此种情形下，第 835 条是第 563 条第 1 款及第 566 条在运输合同领域运费问题上的具体化表现。

（二）《民法典》第 835 条的体系漏洞及其填补：货物部分灭失时运费的风险分配规则事实上，此前对《民法典（草案）》第 835 条的争议可以被理解作为一种体系上的漏洞。因为我国《民法典》及《海商法》并未规定当事方在运输合同未拟定运费风险条款时，在运输过程中货物部分灭失且剩余货物运抵目的地后的情况下，运费风险由谁承担的问题。虽然第 835 条的适用前提为“货物在运输过程中因不可抗力灭失”，但是这种灭失是全部灭失还是部分灭失并不清楚。但从该条设置的法律后果——托运人不支付运费或承运人退还预付运费——判断，此种灭失只能是全部灭失。因为如果承运人将部分货物运抵目的地，立法者不可能剥夺承运人的全部运费请求权。所以，《民法典》在上述场合中的漏洞被归咎到无辜的第 835 条头上。

对于上述漏洞，可以通过对《民法典》第 590 条做扩大解释的方法来填补。质言之，将第 590 条的适用前提：“因不可抗力不能履行合同”扩大解释为“因不可抗力（间接）不能（推定）履行合同”。理由如下：

第一，第 590 条并未说明不可抗力是如何致使合同履行不能的。不可抗力既可以直接方式，也可以间接方式致使合同履约不能。具体而言，直接的方式指不可抗力作用于运输合同履行的必要条件。如自然原因，船舶因风暴来袭而遭肢解；或社会原因，全体船员被海盗劫持。间接方式指不可抗力作用于运输合同履行的目的。如船舶所载货物因不可抗力灭失，因而运输行为失去了意义。

第二，第 590 条并未说明合同是实际履行不能，还是推定履行不能。实际履行不能是指在客观上，合同无论如何都不能履行。如运输载具的损毁或船员集体罢工。推定履行不能是指在客观上合同仍能履行，但继续履行则会在经济上产生损失。如不可抗力造成了货物的部分灭失，继续运输余下的货物会使承运人付出的成本远远超过其所赚取的运费。

之所以能够对第 590 条做扩大解释，是因为根据第 590 条的文字表述，对合同责任的判断标准除了发生不可抗力之外，立法者还要求裁判者在适用第 590 条时必须考虑不可抗力对合同履约造成影响的性质与程度。也就是说，上述例子中的经济因素不是不可抗力本身，而是不可抗力所产生的影响。这与第 835 条的标准不同。后者直接规定了承运人返还预付运费的法律后果。因为根据第 835 条的文字表述，立法者不考虑不可抗力对货物灭失的影响性质与程度，而是强调不可抗力已经直接导致了货物灭失的客观后果，所以第 835 条中的货物灭

⁽⁵⁾ 《民法典》第 180 条规定：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

失没有解释空间，只能是物理上的全部灭失。

在上述解释的情景中，法官需要平衡两种利益。承运人的利益在于，如继续履约，其所付出的成本应小于或等于其赚取的运费；托运人的利益在于，运输行为的继续履行对其而言仍有价值，即托运人仍然能够通过部分货物的运输获得利益。（此种利益的获得途径和数额则在所不问）因此，对于是否继续履约，法官就可以根据上述利益情况做出判断：如果托运人基于通过要求承运人继续履约所能获得的利益而能够承诺支付给承运人的运费大约或等于承运人继续履约的成本，那么法官应当支持运输合同的继续履行，反之则不应支持合同的继续履行。

如果合同继续履行，运费应当依据公平原则，参考剩余货物与剩余航程重新计算；或按照原定运费数额做相应比例的扣减。如果托运人和承运人能够就剩余货物运抵目的地的运费数额达成一致，法官应当予以支持。

（三）《民法典》第 590 条与《海商法》第 91 条的衔接

对《民法典》第 590 条做扩大解释能够解决当事方在运输合同未拟定运费风险条款时，在运输过程中货物部分灭失且剩余货物运抵目的地后的情况下，运费风险由谁承担的问题。但是，如果对托运人和承运人而言，将剩余货物就近安全港口卸货更加符合他们的利益，则《民法典》第 590 条不敷适用。在这种情形中，对托运人而言，因受其货物本身的时效性（如时令水果、农产品等）和商事交易的时效性（贸易相对方对货物交付时间的要求）等，仍将受到不可抗力影响后的剩余货物运送至目的地，可能对货物的价值产生影响，因此在就近安全港口将货物卸下更加符合托运人的利益；对承运人而言，选择就近安全港口卸货除了能够降低运费损失外，还能在就近港口找到其他合适的托运人而避免空运返程。

虽然《民法典》并未具体规定这种情形，但是该法第 590 条是准用性规则，即规定了“法律另有规定的除外”。因此应当适用我国《海商法》第 91 条。该条的适用前提为，“因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货”。该条文具有解释空间，即其并未言明不可抗力与船舶不能在合同约定的目的港卸货之间具体的因果关系。换言之，部分货物因不可抗力而灭失所造成的经济影响，也可能是船舶不能在合同约定的目的港卸货的原因之一。在法律效果方面，该条规定，除合同另有约定外，船长将货物在目的港邻近的安全港口卸载，就视为已经履行了合同。

但是《海商法》中并未规定，在运输合同未约定运费风险分担时，承运人将货物就近安全港口卸载时的运费数额问题。在这种情况下，运费应当按照海上货物运输合同原定数额支付。这是因为《海商法》第 91 条拟制了承运人已经履行了合同的法律后果。事实上，该条文在政策上对承运人做出了倾斜。承运人在事实上并未履行合同，因为其未将货物运往目的地。但考虑到海上运输的特殊风险，对承运人应当做出一定程度上的保护。这是作为特别法的《海商法》的任务，而不是《民法典》的任务。

货物因不可抗力全部或部分灭失情况下的法律适用如下表：

货物受不可抗力的状态	法律适用	承运人	托运人
全部灭失	《民法典》第 835 条	返还预付运费	免除到付运费支付义务
	《民法典》第 563 条	解除合同	解除合同
部分灭失	《民法典》第 590 条	继续履约	支付比例运费/重新商议
	《海商法》第 91 条	视为履行合同	支付原合同约定的运费

三、对我国《民法典》835 条评价

虽然正式颁行的《民法典》并未正面回应争议，但相较于草案的规定，仍然新增了一句“法律另有规定的，依照其规定”。修改后的《民法典》第 835 条既有合理之处，亦有不当

之处。

（一）《民法典》第 835 条的合理之处

《民法典》第 835 条在法理上符合民法学的一般精神和基本学理；在立法上综合运用法律技术平衡《民法典》与《海商法》之间的关系。其合理之处表现为如下两方面：

第一，《民法典》第 835 条的内容符合民法学的理论基础；符合大陆法系国家的立法潮流，在内容上与世界各个国家的规定相一致，这一点前文已详述。《民法典》第 835 条应被正名，而不应背负“偏袒托运人”这样莫须有的罪名。^{〔6〕}〔25〕

有学者认为：“我们的民法典 835 条为何标新立异，弃航运通行规则于不顾？且让承运人在发生不可抗力事件时，还承担预付运费的风险，试想，如果不可抗力事件是在货物快抵达目的港的时候发生的，service 都快消费完了，立法还赋予托运人返还运费的请求权，让承运人承担（有悖惯例的）预付运费风险。这样的条款对承运人而言是显失公平的。”^{〔2〕}这种观点是站在承运人的角度对第 835 条所作的分析。但如果站在托运人的角度来看：在其货物已经完全灭失的情形下，如果再让托运人为其根本没能享受到的运输服务支付费用，对其而言无疑是雪上加霜。因为托运人的身份并不唯一，他同时也作为（国际）货物买卖合同的当事方。因此其还需处理与买卖合同相对方的法律纠纷。在货物灭失、货物买卖合同相对方的索赔与运输合同承运人的索赔这三重风险下，足以使中小型外贸企业倾覆。但是，由于现代保险业的发达，运费风险早已被纳入保险公司的承保范围。因而承托双方实际上有多种方式分配运费风险。

《民法典》作为一部基础性法律，其使命并不在于维护特殊群体的特殊利益，而在于对最广大的弱势群体进行保护以实现社会的公平与正义；第 835 条的照顾对象并不局限于海上货物运输领域，而在最普遍意义的运输之中：他所保护的重点不在于财力雄厚的大货主或挥斥方遒的大船东；而在于成千上万个势单力薄的人民群众，在日常生活中面对实力强于其百倍的运输企业得以抗衡的可能性，这正是《民法典》作为“人民权利的宣言书”最本质体现。至于对海上货物运输中的职业货主与船东的利益保护，则是《海商法》要解决的问题。

第二，我国《民法典》采用了潘德克顿式立法技术，即以“总则——分则”的范式将民事法律规范构筑成完整的体系。从第 835 条所处的位置上来看，其处于“典型合同——运输合同——货运合同”的层次中。因此，第 835 条所规范的内容乃是普遍存在于一般货运合同之中的。申言之：第 835 条的规范内容除了适用于海上货物运输之外，也必须适用于陆路运输（公路运输、铁路运输）、航空运输以及内河运输等多种运输方式。除非在国内、国际所有运输方式的货运合同中都存在“运费概不退还”的惯例，否则将不具有普遍性的、只存在于某一运输方式中的个别规则加入《民法典》中，是不合适的。因此立法者综合考虑所有情况，通过制定准用性法律规范的立法技术来避免挂一漏万。

由于我国采不完全民商合一制度，即将商法一部分内容纳入民法典，而公司、票据、保险、海商等商法的主要内容采用单行立法。“运费概不退还”规则作为国际航运领域的特殊规则，并非是《民法典》所要解决的主要问题。因此，也可以将第 835 条中“法律另有规定”理解为发挥提示性功能。它提请法律适用者注意，此处存在应予考虑的特殊情形。此外，第 835 条在民事法律立法更迭中保持了稳定性，易于人们理解。《民法典》第 835 条可溯源至《合同法》第 314 条，二者的实体内容是一致的。因而有利于法律适用者和普罗大众对《民法典》的使用与学习。

（二）《民法典》第 835 条的不足之处

1. 有将任意性法律规范转变为强行性法律规范之嫌。

运输合同作为有名合同的一种，其在本质上可由合同双方当事人进行商议，这自然也包括运费风险的分担。运费风险的可处分性已得到世界各国的承认，前文也论证了这种合同条

^{〔6〕} 有实务界人士指出，《民法典》第 835 条与《合同法》第 314 条均过于向托运人倾斜。

款的存在。在实践当中，运费风险的分担可能受到多种因素的影响：如承托双方的财务状况，实力对比，运输市场（特别是航运市场）的波动起伏，乃至于托运人与承运人之间的私人关系等等。因此不可能存在变动不居的运费风险分担形式。

但根据《民法典》第 835 条，合同当事人则丧失了对运费风险的处分权。如果对第 835 条“法律另有规定的，依照其规定”作反对解释，可得出“法律未另行规定的，依照本条规定”。也就是说，只有法律才能够对运费风险的分配进行规范：要么适用《民法典》第 835 条，要么适用其他法律中对此问题的专门规定。如此，第 835 条则由任意法转变成了强行法。当事人在运输合同中所约定的“预付运费概不退还”条款，会由于缺乏法律的授权和违反强行法而无效。这显然有悖于商业逻辑，阻碍商业发展。新法无疑剥夺了当事人的合同自由，破坏了意思自治。

此外，《民法典》第 835 条的修改迫使人们只能面向强行法的方向进行解释。因为即使人们不通过文义解释来确定“法律另有规定的，依照其规定”的功能，也能够通过体系解释得出该条文是强行性法律规范的结论。人们在解释“法律另有规定的，依照其规定”的功能时，会首先排除《民法典》第 835 条的准用功能。因为《立法法》第 83 条确立了“特别法优于一般法”的规则，也就是说即便没有“法律另有规定的，依照其规定”的表述，也应当遵循“特别法优于一般法”的法律适用原则；并且《民法典》第 835 条所在章节的同类型的法律条文中，只有该条文有“法律另有规定的，依照其规定”的表述。这就意味着《民法典》第 835 条不具备一般合同条款的相当性，而具有特殊性。这种特殊性又不在于准用性，因而人们在解释上只能认为是法律规范的性质发生了转变，即只有经过法律授权而非意思自治，当事方才能自主分配运费风险。

当然，这里并不是说“法律另有规定的，依照其规定”和“特别法优于一般法”二者的意义是等同的，而是说目前除了《海商法》之外，《民法典》第 835 条根本不存在其他可能准用的法律，而《海商法》又恰恰是《民法典》的特别法，并且对第 835 条修改的动议也正是由所谓海上贸易“惯例”所引发的。因此，可以认为在本文所探讨的具体情况中，二者具有相同含义。

沿着这种思维，也许有人会认为“法律另有规定的，依照其规定”是兜底条款，其旨在发挥预防性功能。因为毕竟目前《海商法》也不存在预付运费的相关规定。而且随着中欧班列的发展，铁路提单也可能出现预付运费的问题。但是这种想法也不妨碍将《民法典》第 835 条理解为强行法，兜底条款是未来面向，强行法是效力面向，二者并不冲突。

因此，第 835 条的“法律另有规定”实属无甚必要。运输合同作为典型合同，本应发挥指引作用与合同漏洞填补作用。即供合同当事方在合同拟定时自由选用；于合同未拟定相应条款时，作为裁判者解释法律行为的判断标准。即便第 835 条不规定“法律另有规定”，按照《立法法》第 83 条“特别法优于一般法”的法律适用规则，也应当先适用《海商法》，再适用《民法典》。加入准用性内容反而有画蛇添足之嫌。

2. 有倒逼《海商法》立法之嫌。

对于《民法典》第 835 条的修改，笔者推测立法者的目的是想将此问题留待正在修改中的《海商法》予以解决。但在目前《海商法（修订征求意见稿）》中，并未对此问题进行专门规定。^[26]因此，对于《民法典》立法者的期待，《海商法》的回应至关重要。如果在新《海商法》中加入对此问题的规定，则会强化《民法典》第 835 条的强行法性质，使“运费概不退还”规则的法律适用形成闭环体系；如果新《海商法》未加入对此问题的规定，则会使《民法典》第 835 条中“法律另有规定”流于形式。毕竟对《民法典（草案）》第 835 条的修改动议就是因海上货物运输中的运费风险分担而提起的。因此，《民法典》第 835 条就使《海商法》的修改陷入了窘境：为了使前者的“法律另有规定”不致落空，则新《海商法》必须加入“运费概不退还”规则。

即便新《海商法》加入了对此问题的专门规定,在其未颁行之前,此问题仍处于未决的状态中。《民法典》第 835 条对“运费概不退还”问题依然无能为力。实际上,我国《民法典》并未像《德国商法典》一样:对所有关于运费风险的内容作出巨细无遗的规定,或通过立法技术将产生运费风险的情形涵摄在抽象的一般规则之下。而这种情形的存在,既有国情上的差别,也有民商合一和民商分立主义的影响,但不容否认的是:将一个本应由特别法处理的问题,反要屈就于一般法的“授权”,这种做法令人困惑。《民法典》虽然贵为“社会生活的百科全书”,但它也并非“诸事尽通的不二法门”。本应藉由此次修改《海商法》的机会解决“运费概不退还”的问题,为何执意要对《民法典(草案)》第 835 条大动干戈?

四、结语

“运费概不退还”规则并不是国际航运惯例。“运费概不退还”规则的实现主要依靠合同当事人在运输合同中所订立的相关条款。当合同未对运费风险的分担作出约定时,应首先穷尽适用《海商法》中的规定,然后再适用《民法典》。我国《民法典》第 835 条的规定在总体上是合理的,但该条中的“法律另有规定”部分有将该条转变为强行法与倒逼《海商法》立法之嫌。有关运费风险的法律问题是复杂的,本文仅对《民法典》中在不可抗力下的运费风险问题做出了详细讨论,未来仍需法律工作者们对交通运输中涉及所有运输工具的运费风险问题进行系统性探索。

参考文献

- [1] 界面新闻. 民法典草案修改稿已采纳上海团陈晶莹代表建议 [EB/OL]. (2020-05-27) [2020-10-27]. <http://sh.sina.com.cn/news/zw/2020-05-27/detail-iirczymk3743537.shtml>.
- [2] 王海燕. 民法典这条规定与国际惯例不符!全国人大常委会副委员长:这条建议要反映上去 [EB/OL]. (2020-05-25) [2020-10-27]. https://mp.weixin.qq.com/s/Z_c6fEU7Hi0xi0nC4fg19g.
- [3] Marija Ignjatovic & Aleksandar Arsic. Contract of Carriage of Goods by Sea from the Aspect of Roman and Contemporary Law[J]. 2018 Ius ROMANUM 219 (2018), p.225.
- [4] Baumbach/Hopt. Handelsgesetzbuch[M]. 39. Aufl. 2020, Rn.13-17.
- [5] [德]C.W.卡纳里斯. 德国商法[M]. 杨继,译. 北京:法律出版社,2006:730.
- [6] Oetker, Handelsgesetzbuch, 6. Aufl 2019, Rn. 15-17.
- [7] Dalloz. Contrat de transport de marchandises[EB/OL]. (2020-08-01) [2020-10-27]. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000267>.
- [8] 刘成杰. 日本最新商法典译注[M]. 北京:中国政法大学出版社,2012:194.
- [9] Rolf Herber. Seehandelsrecht Systematische Darstellung[M]. Berlin: Walter de Gruyter, 2015: 230.
- [10] [日]中村真澄,箱井崇史. 日本海商法[M]. 张秀娟,李刚,朴鑫,译. 北京:法律出版社. 2015:129.
- [11] [德]卡尔·马克思. 资本论(第二册)[M]. 郭大力,王亚南,译. 上海:上海三联出版社. 2009:22.
- [12] 司玉琢. 海商法[M]. 北京:法律出版社. 2018:5.
- [13] John F Wilson. Carriage of goods by Sea[M]. Pearson Education Limited, 2010: 289
- [14] Dakin v Oxley(1864) 143 ER 938.
- [15] Richard Aikens, Richard Lord & Michael Bools. Bills of lading[M]. Informa Law from Routledge. 2016: §1.47.
- [16] Anthony Rogers, Jason Chuah & Martin Dockray. Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea[M]. Routledge. 2016: 163.
- [17] Allison v Bristol Marine Insurance (1876) 1 App Cas 209.
- [18] Julian Cooke, Timothy Young et al. Voyage charters[M]. London: Informa Law from Routledge. 2014: 330.
- [19] Bernard Eder, Howard Bennett, Steven Berry & David Foxton. Scrutton on charterparties and bills of lading[M]. London: Sweet & Maxwell. 2011: 328.
- [20] Pötschke, Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, Rn. 3-8.
- [21] Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Seehandelsrechts, 2012, S. 135.
- [22] Philippe Delebecque, *Droit Maritime*, Dalloz, 13^e éd., Paris, 2014, p. 719.
- [23] 田中誠二. 海商法詳論[M]. 东京:勁草書房. 1985:328-329.
- [24] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社. 2011:122.
- [25] 纪玉峰. 《民法典》(草案) 835 条争论:虽无“国际惯例”,但应支持不返还运费

- [EB/OL]. (2020-05-25) [2020-10-28]. https://www.sohu.com/a/397564820_100138309.
- [26] 中华人民共和国交通运输部. 交通运输部关于《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》公开征求意见的通知
[EB/OL]. (2020-11-05) [2020-10-28]. http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/fgs/201811/t20181105_3109896.html.

An Interpretation and Commentary on the Amendment to Article 835 freight risk of the Civil Code

Sai He

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026)

Abstract: Article 835 of the Civil Code was controversial when it was amended. By reflecting on the motion for amendment, it is clear that, firstly, the object of the contract of carriage of goods is the provision of an effective service, not a pure service, and secondly, there is no international practice of "non-refundable prepaid freight". A systematic interpretation of the Civil Code shows that Article 835 of the Civil Code does not have a hierarchical relationship with Article 590 of the Civil Code. The Civil Code does not regulate the situation when the parties do not have a freight risk clause in the contract of carriage, and the goods are partially lost due to force majeure during the carriage and the remaining goods arrive at the destination, or are unloaded at the nearest safe port. In the former case, Article 590 of the Civil Code, as expanded, shall apply, and in the latter case, Article 91 of the Maritime Code shall apply. The reasonableness of Article 835 of the Civil Code is that it conforms to the general spirit and basic doctrine of civil law in terms of jurisprudence, and the comprehensive use of legal techniques to balance the relationship between the Civil Code and the Maritime Law in terms of legislation. The suspicion is that the "otherwise provided by law" part of the law has the effect of turning the article into a mandatory law and forcing the legislation of the Maritime Law.

Key words: Freight prepaid; international practice; contract of carriage; freight risk; force majeure