



旅游格式合同 法律问题研究

Studies of Format Contracts in Tourism

张艳敏 田丽红◎著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE



旅游格式合同 法律问题研究

Studies of Format Contracts in Tourism

张艳敏 田丽红◎著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

旅游格式合同法律问题研究 / 张艳敏, 田丽红著.

北京: 中国经济出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5136 - 3604 - 9

I. ①旅… II. ①张… ②田… III. ①旅游—经济

合同—合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 283071 号

责任编辑 孙晓霞

责任审读 贺 静

责任印制 马小宾

封面设计 华子设计工作室

出版发行 中国经济出版社

印 刷 者 北京艾普海德印刷有限公司

经 销 者 各地新华书店

开 本 710mm × 1000mm 1/16

印 张 16.5

字 数 250 千字

版 次 2015 年 6 月第 1 版

印 次 2015 年 6 月第 1 次

定 价 58.00 元

广告经营许可证 京西工商广字第 8179 号

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换 (联系电话: 010 - 68330607)

版权所有 盗版必究 (举报电话: 010 - 68355416 010 - 68319282)

国家版权局反盗版举报中心 (举报电话: 12390) 服务热线: 010 - 88386794

序 言

随着人们生活水平的提高和对幸福的追求，外出旅游越来越成为人们生活中的常态，这促使了我国旅游业的蓬勃发展，形成了优势行业，业务越来越繁忙，为适应高效率追求的需要，具有使用简捷、省时、经济又体现交易高速度要求的旅游格式合同越来越得到普遍使用。而旅游格式合同一直是国内法学研究领域比较薄弱的地方。这与我国旅游业作为优势行业的发展要求不相适应。因此，研究旅游合同格式问题具有重要的理论和实践价值。张艳敏和田丽红两位年青学者从各自的专业特长入手对旅游格式合同进行探讨，确实是一件有勇气又十分有意义的事。

旅游格式合同有许多新问题需要进行深入的探讨，在研究思路最基本的就是要清楚旅游法律法规的具体规定和旅游服务的具体标准。《旅游格式合同法律问题研究》注意到了旅游法的规定和旅游服务条款，对格式合同进行了概要说明，并据格式合同原理对旅游格式合同做了自己的探讨，提出了自己的见解。

旅游格式合同研究应当更加注意其实用性，要具体探讨有哪些具体的旅游格式合同，这些格式合同应当具备哪些条款，这些条款的依据又是什么，并拟定出参考格式合同条款。希望两位年青学者持之以恒，在熟知旅游法律法规的基础上，立足于国内旅游法律关系调整的需要并参考借鉴国外的有益经验，争取有更高水平的成果发表。

童光政

2014年11月1日

目 录 CONTENTS

第一部分 格式合同概要

第一章 格式合同概述

- 第一节 格式合同的概念及其特征和相关概念的区别 3
- 第二节 格式合同的性质、分类 12

第二章 格式合同产生与发展

- 第一节 格式合同产生的理论基础 21
- 第二节 格式合同形成和发展的原因 27
- 第三节 我国格式合同产生与发展的必然性 32

第三章 格式合同规制的必要性

- 第一节 格式合同的基本价值 37
- 第二节 格式合同的弊端 42

第四章 各国对格式合同规制的考察

- 第一节 格式合同的立法规制 50
- 第二节 格式合同的行政规制 57

第三节 格式合同的司法规制	60
第四节 格式合同规制的社会规制	67

第五章 我国格式合同法律规制的现状、问题与对策

第一节 立法规制的现状、问题与对策	72
第二节 行政规制的现状、问题与对策	83
第三节 司法规制的现状、问题与对策	88
第四节 社会规制的现状、问题与对策	95

第二部分 旅游格式合同

第六章 旅游合同概述

第一节 旅游业概况	103
第二节 旅游合同基本理论	109

第七章 旅游合同法律分析

第一节 旅游合同主体的法律分析	128
第二节 旅游合同客体的法律分析	156
第三节 旅游合同纠纷的法律分析	160

第八章 旅游格式合同法律分析

第一节 旅游格式合同概述	165
第二节 旅游示范合同概述	177
第三节 旅游格式合同的弊端及其法律分析	186
第四节 旅游格式合同纠纷的法律分析	190

第九章 旅游格式合同法律规制

第一节 旅游格式合同的立法规制	203
第二节 旅游格式合同的司法规制	209

第三节	旅游格式合同的行政规制	211
第四节	旅游格式合同的社会控制与旅游业行业自律	214
第五节	旅游格式合同中的旅游者保护	217
第十章	海南旅游业格式合同分析与规制	
第一节	海南国际旅游岛建设概况	222
第二节	海南旅游业格式合同研究	224
第三节	海南旅游合同纠纷解决方法	238
参考文献		246
索 引		252
后 记		254

旅游格式 合同法律问题研究

第一部分 ■

格式合同概要

第一章 格式合同概述

第一节 格式合同的概念及其特征和相关概念的区别

一、格式合同的概念

在不同国家、不同法系的视野下，研究格式合同制度的角度不尽相同，有的将其作为合同的整体进行研究，有的则单纯从合同的角度进行研究。对于格式合同的概念，主要有以下几种：

其一，英国法和以色列法称为标准合同。以色列于1964年颁布的《以色列标准合同法》第一条规定：“本法所称之标准合同是指以提供商品及服务为目的，全部或者部分内容已经是由提供商品或者服务的当事人（简称供给者）或者代理供给者的当事人预先设定了各项合同条件，以作为供给者与不特定的多数人（顾客）之间的订约使用的合同。”^①英国的标准合同则分为两种类型：一种是示范合同，另一种是附意合同。示范合同是根据法律和惯例确定的具有标准化格式合同的各类合同，不具有强制效力，当事人可以进行协商和修改；附意合同是指经济实力较强的一方当事人预先拟订一定格式和内容，并凭自己的经济实力强加于对方的合同。双方实际

^① 杜军，格式合同研究[M]，北京：群众出版社，2001：3。

上不存在协商订立合同、达成交易的可能，对方当事人只需对已确定的合同表示拒绝或接受。

其二，法国法称为附合合同，指合同相对方对于合同提供方事先已确定的只能表示概括的同意或不同意的合同，即合同相对方要么从整体上接受合同条件，要么不订立合同。而所谓的“不订立合同”的选择，实际上又根本不存在。^① 日本法对法国“附合合同”的称谓予以沿用。

其三，德国法则是比较典型的从合同角度研究格式合同。德国 1976 年制定的《一般交易合同法》及后来公布的《德国民法典》都规定，一般交易合同是指合同一方当事人为了供将来订立多数合同之用而预先拟订，并于订立合同之时提供给对方的所有合同；不论该合同是否构成合同的另一单独部分，或者被直接载入合同，也不论其范围、书写方式和所采用的形式如何，都属于一般交易合同。^② 奥地利法也采用一般交易合同或一般契约合同，与德国法基本相同。

其四，中国台湾的有关规定中定型化契约的概念。根据台湾地区 1994 年通过所谓的“消费者保护法”第 2 条规定，所谓定型化契约，是指“企业经营者为与不特定多数人订立契约之用而单方预先拟订的契约合同”。值得注意的是，有学者对该条的表述表示了质疑：该规定以合同说的角度使用了“定型化契约”的术语，却从合同说的角度对其进行定义，显示出了立法者摇摆不定的立场。^③

其五，在我国大陆，法学界也有不同的主张，对格式合同也有多种称谓和界定。学术界比较有代表性的有：一是“定式合同，又称定型化合同，或称标准化合同，是指合同条款由当事人一方预先拟订，对方只能表示同意或者不同意的合同，亦即一方当事人要么从整体上接受合同条件，要么不订立合同”。^④ 二是“定式合同是由一方当事人、有关团体或者国家机关制订的，或者由国家法律规定的，包括全部交易合同的一种合同，它在相

① 尹田著，法国现代合同法 [M]，北京：法律出版社，1995：120.

②③ 苏号朋，格式合同条款研究 [M]，北京：中国人民大学出版社，2004：39.

④ 王利明，合同法新论·总则 [M]，北京：中国政法大学出版社，1996：231.

同条件下适用于一切不特定的相对人，相对人没有就合同条款进行协商的自由，只能概括地接受或者不接受合同”。^① 三是“格式合同又称附从合同，是指当事人不能就合同条款进行协商而订立的合同”。^② 四是“格式合同是采用格式条款订立合同的简称，指合同（并不一定是全部合同）由当事人一方预先拟定，并在订立时未与对方当事人协商，对方只能表示全部同意或者不同意的合同”。^③ 从我国法律规定来看，1993年通过的《消费者权益保护法》将其称为格式合同：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式做出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示含有前款所列内容的，其内容无效。”而我国1999年通过的《合同法》第39条则将其称为格式条款：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的合同。”

就以上所述来看，我国大多数学者都比较倾向于把格式合同的内涵确定在“不可修改”的范围之内，这几个定义都明确地表达了“要么接受，要么走开”的意思，对方没有进行协商的权利，只有完全同意才能成为合同当事人，我国现行立法基本上也采取此态度。但格式合同是一种特殊性质的合同，其特殊性不仅表现在合同的一方预先拟订性，而且具有合同内容的不可协商与不可修改的重要特性。不然，就可以用调整一般合同的方法对其进行规制。而上述定义均只反映了格式合同的某一方面的特征。如第一个定义则强调格式合同条款和形式定型化、标准化，与一般合同相比，缺少了合同的协商过程，即内容和形式已经确定的合同在同样条件下适用于任何一个相对人。第二个定义则将预先拟定格式合同的主体扩大到一方当事人、有关团体、国家机关，或者是采用国家法律规定的合同条款。第三个定义强调相对人的附从地位，即接受对方提出的全部合同条款，不得提出新的要约。第四个定义则强调其书面要式性及格式合同的固定性。应

① 张新宝：《定式合同基本问题研讨》[J]，法学研究，1989（6）。

② 房绍坤，郭明瑞，唐广良：《民商法原理（三）》[M]，北京：中国人民大学出版社，1999：176。

③ 魏俊哲：《格式合同、消费者与法律资源配置》[J]，今日法坛，1999（11）。

注意的是,格式合同的条款不是必须由当事人一方亲自预先拟定,当事人一方可以使用他人预先拟订好的合同。事实上,由于有关团体或行政主管部门制订的合同示范文本一旦被当事人采用,就可以构成格式合同,而不是必须由当事人一方亲自预先拟订,比如我国铁路、邮电等企业所采用的格式合同就是分别由铁道部、邮电部批准或制订的。当然,格式合同最终表现为特定的一方当事人向对方提供的。有关行业组织、团体或行政主管部门制订的合同示范文本只有被当事人一方采用并转化为当事人一方预先拟定的合同时,才构成格式合同。

针对《合同法》第39条规定:“格式条款是当事人为重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的合同。”笔者认为该定义是否准确值得推敲。其一,该合同中的“格式条款是当事人为重复使用而预先拟订”的表述有歧义。究竟是当事人一方单方预先拟订还是双方共同预先拟订?条文并没有表达清楚。与此同时,是否必须由当事人亲自拟订?使用由第三方预先拟订的格式合同是否也可以视为当事人一方亲自拟订?其二,“在订立合同时未与对方协商”一句也存在漏洞。究竟是指在协商之前由一方预先拟订,作为协商的基础,在协商时可以讨价还价,还是指订立合同时不容改变,要么接受、要么走开?

综上所述,笔者认为,所谓格式合同是指合同条款由当事人一方为重复使用而预先拟订,相对人只能对该拟订好的合同表示接受或者不接受,而不能与对方进行协商的合同。其中,提出格式合同条款的一方为提供人,与格式合同条款提供人缔约的一方为相对人。

二、格式合同的特征

如前所述,尽管不同国家、不同学者对格式合同的称谓各不相同,但对格式合同的理解却是大同小异的,笔者通过对格式合同概念的认真梳理,可发现它具有以下几方面的特征:

(一) 格式合同条款的预先拟订性

一般情况下,合同的订立要经过要约和承诺两个阶段,当事人双方直

接参与磋商，合意达成合同条款；而格式合同是由一方当事人在订约以前就已经预先拟订，合同相对人并不直接参与合同的制订。合同不是由双方当事人反复协商制定出来的，合同相对人只能被动地选择接受或者放弃。从而在本质上改变了缔约中的合同自由原则。拟定格式合同的一方多为固定提供某种商品和服务的公用事业部门、企业和有关的社会团体等，也有些格式合同是由有关政府部门为企业制订。一般来说格式合同的拟订在法律实践中有三种情况：一是由合同当事人即在经济实力上占有明显优势的企业或集团单方制定；二是作为企业或企业集团与作为交易对象的顾客共同参与制定；三是由不属于交易当事人中任何一方的第三人具有专门或法律赋予的权利就特定交易而拟订。三种情况尤以第一种情况的采用最为普遍。由此可以看出，合同双方是否对合同进行协商是格式合同与一般合同的区别之一，也是格式合同所具有的特征之一。

（二）格式合同条款的定型化

所谓定型化的特点，是指格式合同具有稳定性和不变性，它将普遍适用于一切要与格式合同提供者订立合同的不特定的相对人，它针对的是不特定多数人，它并不会因不特定多数人的身份不同而改变其相应内容，如果这样的话也就无预先拟订之必要了。一方面，格式合同普遍适用于一切要与合同的提供者订立合同的不特定的相对人，相对人对合同的内容只能表示完全的同意或拒绝而不能修改、变更合同的内容。因此，格式合同条款也就是指在订立合同时不能协商的合同，格式合同相对人对此只能“要么接受，要么走开”。另一方面，格式合同的定型化是指在格式合同的适用过程中，要约人和承诺人双方的地位固定，而不像一般合同在订立过程中，要约方和承诺方的地位可以随时改变。

（三）格式合同条款内容的不可协商性

格式合同条款内容的不可协商性是格式合同最主要的特征，即格式合同的使用者预先将自己意志表示为文字，与之交易的合同相对方只能对之表示全部接受或全部不接受，而不存在就合同有关内容进行协商的余地。也许正是由于这个缘故，法国将采用格式合同订立的合同称为附合合同，

王利明教授将此特性归纳为“格式合同承诺的无奈性”，^①形象地说明了承诺人接受格式合同时的心情。根据我国《合同法》第39条第2款，格式合同是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的合同。这里，“订立合同时未与对方协商”，不能简单地从字面上理解为格式合同使用者没有与合同相对人进行协商，而应是对方的意见根本没有得到体现和采纳。

（四）格式合同条款使用的反复性

格式合同在应用上具有反复使用的特点。我们从格式合同的概念中不难看出，格式合同一般都是为了反复使用而不是为了一次性使用预先拟定的，因为他们在各自从事的领域内拥有众多的消费者，而且许多交易活动是不断重复进行的。为了提高工作效率，减少交易成本，获得高额乃至垄断利润，他们就在与众多消费者缔约之前预先拟定了能够重复使用的条款合同，用相同的合同与不同的消费者缔约。因此，从这一角度讲，预先拟定条款合同就是为了能够重复使用。正是反复使用这一特点才需要合同提供方预先拟定出来，否则预先拟定也就失去了它存在的意义了。我国《合同法》第39条在解释格式合同的含义时，特别强调它具有“重复使用”的特点。《德国民法典》第305条的规定与我国《合同法》类似，认为格式合同是指为多数合同预先拟定的合同，根据德国学者的解释，此处的“多数合同”是指多次重复使用作为订立条款的合同。^②当然，也有学者认为“重复使用”不是格式合同的本质特征，难道格式合同仅使用一次就不是格式合同吗？况且这样规定格式合同条款的定义会加大合同相对人的举证责任。^③此观点也确有道理，但是大量的格式合同确实是为了多次重复使用而拟定的。

^① 王利明，崔建远．合同法新论·总则（修订版）[M]．北京：中国政法大学出版社，2000：189.

^② [德] 迪特尔·梅迪库斯．德国民法总论[M]．邵建东译．北京：法律出版社，2000：301.

^③ 王利明．合同法研究（第一卷）[M]．北京：中国政法大学出版社，2002：380.

（五）格式合同条款形式的书面性

格式合同是否一定以书面形式表示出来，对此学者们见解不一。英、美学者大多数主张格式合同形式采用书面主义。我国台湾地区学者也大多认为格式合同以书面为主，但在概念上不以此为必要。“就其形式而言，有的与契约结合在一起，有的成为单独文件。就其范围而言，有的印成细密文件，长达数页。有的则以粗体字或毛笔字书写，悬挂于营业场所。”^① 随着科技的进步，格式合同的载体更加丰富，大多数仍然以纸质载体表现出来，或者直接作为合同书的部分合同出现，或者记载于另外的文件中，例如各种通知、公告、车票等。但是，诸如电子公告牌之类的载体，不能因其形式的发展变化而忽视其格式合同的界定。但是，须以书面明示为原则。正如《德国民法典》第 305 条的规定，无论一般交易合同采用何种书面形式，都不影响其性质。我国大陆学者亦认为格式合同应采用书面形式。格式合同可以用不同的但必须是明确的书面形式表达出来。格式合同提供者可以将合同文本印制成为固定的合同表格，仅需要双方在空白处填写时间、当事人姓名、名称等内容，可以将合同的条款印制在某些单证如车船票上；或者将合同的条款通过公告、通知、顾客须知、公司章程等方式悬挂于营业场所。这些格式合同的形式虽然有所不同，但都是明确的书面形式。

三、格式合同与相关概念的区别

（一）格式合同与格式条款的区别

“格式合同”一词并非中国土壤的自生之物，而是“舶来品”。各国立法和司法实践对其称谓也不尽相同。不但各国的学者及有关立法总是设法更为准确、精练地揭示这种合同特性，由于各称谓、概念的混乱，也会给我们研究和运用此类合同带来或多或少的不便。因此，笔者认为对此类合同应该统一使用“格式合同”的称谓。从法理上分析，格式条款与格式合同并无实质性不同。但对格式条款的范围，存在两种观点：一种认为格式

^① 王泽鉴：《债法原理》[M]，北京：中国政法大学出版社，2001：91。

条款限于当事人一方事先拟订的合同条款；另一种认为格式条款包括法律规定的机关、团体制订的合同条款。格式条款的本意含有“合同内容”和“合同条款”的意思，完整地讲应该是格式合同的条款或者合同的格式条款，因此不能将格式条款理解为单方意思表示，将格式合同理解为双方意思表示。在表述习惯上，这两个术语可以从不同的角度、在不同的场合使用，而这一点主要取决于个人的用语习惯和论著的侧重点，有时可以从区别整体性与局部性的角度，分别使用格式合同与格式条款。格式合同，通常是指整个合同的内容或者合同的主要内容具有附合性，在谈契约自由原则及规制等宏观理论问题时，使用“格式合同”一词，以表示不是双方经要约与承诺而协商一致的普通合同。而格式条款是指合同的一部分具有附合性，在谈到解释、效力及分析现行立法条款等针对合同的具体微观操作时，使用“格式条款”一词，与合同中的非格式条款相区别。

笔者认为，凡含有格式条款的合同都可称为格式合同，我国《合同法》使用格式条款的概念，意味着在一个合同中可以将所有的条款分为两类，即格式条款与非格式条款，即使不存在书面合同，那么，对于已经纳入到合同中和将要纳入到合同中的格式条款，也可以适用我国《合同法》第39条、第40条、第41条的规定。可见，《合同法》使用格式条款的概念扩张了《合同法》上述规定的适用范围，这可以说是两个术语在使用上的差别。但是，不应当因这种使用上的差别而将格式条款与格式合同作为完全不同的两个概念。从本质上讲，格式条款与格式合同只是对同一类合同的不同表述，尽管范围可能有差别，但二者的法律规则和规制方法是相同的。

（二）格式合同与示范合同

在实践中，格式合同常与示范合同混淆。它们都是为了重复使用而预先拟订的，且都可以由企业的主管机关制定，这是二者的共性。但二者也有很大的区别，示范合同是指依据法规和惯例而确定的具有合同示范作用的文件。在我国，房屋买卖、房屋租赁、建筑等行业推行使用示范合同，工商行政管理部门制订了一些合同示范文本在一些行业或领域内推广使用。示范合同价值体现在具有示范参考性，其对于完善合同内容、明确当事人