

上海世界著名旅游城市建设丛书

旅游法制理论 与实务研究 第一卷

上海市旅游局 主编



上海市
著名商
标

华东师范大学出版社

全国百佳图书出版单位

上海世界著名旅游城市建设丛书

旅游法制理论 与实务研究 第一卷

上海市旅游局 主编

 华东师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

旅游法制理论与实务研究. 第1卷 / 上海市旅游局编
著. —上海: 华东师范大学出版社, 2012. 5
ISBN 978-7-5617-9514-9

I. ①旅… II. ①上… III. ①旅游业—法规—研究—
中国 IV. ①D922.296.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 097341 号

旅游法制理论与实务研究(第一卷)

编 著 上海市旅游局
项目编辑 范耀华
审读编辑 陆模兴 梁 飞
责任校对 汤 定
装帧设计 黄惠敏

出版发行 华东师范大学出版社
社 址 上海市中山北路 3663 号 邮编 200062
网 址 www.ecnupress.com.cn
电 话 021-60821666 行政传真 021-62572105
客服电话 021-62865537 门市(邮购)电话 021-62869887
地 址 上海市中山北路 3663 号华东师范大学校内先锋路口
网 店 <http://hdsdcbs.tmall.com>

印 刷 者 上海华大印务有限公司
开 本 787×1 092 16 开
印 张 23
字 数 592 千字
版 次 2012 年 8 月第一版
印 次 2012 年 8 月第一次
书 号 ISBN 978-7-5617-9514-9/D·164
定 价 45.00 元

出 版 人 朱杰人

(如发现本版图书有印订质量问题,请寄回本社客服中心调换或电话 021-62865537 联系)

编辑委员会

主 任：道书明

副主任：杨劲松 沈山州 程梅红 吴建国
杨永和 许保安

主 编：沈山州

编 委：汪剑明 朱国建 寇云凤 刘巍嵩
王玉松 翁长茂 林章林 汤云婷



编写说明

建设世界著名旅游城市作为上海城市的发展目标已正式写入《上海市国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》。世界著名旅游城市涉及经济、社会、文化等方面,而法治、标准、科研更是提升上海旅游业发展素质、转变旅游业发展方式的重要保障。为了总结规律、积淀成果、推广经验,市旅游局对历年编纂的内参资料《上海旅游法制聚焦》、《上海旅游调研信息》、《旅游标准化前沿》进行汇总、提炼,并结合多年的科研成果陆续推出“上海世界著名旅游城市建设丛书”。《旅游法制理论与实务研究》(第一卷)是该丛书的第一本。

《旅游法制理论与实务研究》(第一卷)是根据2006—2010年间的《上海旅游法制聚焦》(以下简称《聚焦》)整理、编写的。《聚焦》为内部刊物,主要供政府部门、业内专业人士阅读。编辑方式为每期对一个旅游热点问题进行“聚焦”,分为“典型案例”、“各方反映”、“专家视角”等部分,从实务与理论、旅游行业与法学研究等不同角度对相关理论问题进行探索和思考,对正确认识和解决实务问题提出建设性意见。编辑至今,内容基本涵盖旅游法律的各个方面,得到了业内人士的广泛好评,也得到了不少领导同志的肯定和重视,产生了良好的声誉和影响。

为了对已有成果进行总结,服务社会,也为今后的研究工作积累更多的经验,市旅游局将五年来(2006—2010年)《聚焦》的内容进行整理,汇编成册,以便大家阅读、研究。鉴于《聚焦》各期

编辑迄今已有较长时间,且自2009年起,国家加大了旅游立法工作,一批新的旅游法规已经出台或修订,与以前的规定相比有了较大的变化,《聚焦》的一部分内容需要结合最新实践进行调整。因此,编辑人员在汇编时将原稿结合最新的旅游法规又做了较大幅度的改写,以体现最新的旅游法研究成果。编写顺序上,尽可能将相近的内容汇编在一起,同时注意了各篇之间的内在逻辑。

因编写时间比较仓促,加之编者的水平有限,编写中难免有疏漏谬误之处,诚恳希望各位领导、专家、读者给予指正,以便今后不断完善。

上海市旅游局副局长



二〇一二年七月



目 录

- 专题一：认认真真签合同，快快乐乐去旅游 / 1
- 专题二：旅游行业“霸王条款”扫描 / 8
- 专题三：不可抗力引发的旅游难题 / 13
- 专题四：取消旅游行程，该怎么办？ / 19
- 专题五：旅游合同违约责任面面观 / 27
- 专题六：解读旅游组团合同之“第三方责任” / 35
- 专题七：“先行赔偿”的误读与正解 / 43
- 专题八：解读旅游经营者的告知义务 / 47
- 专题九：出游“生死状”，你签了吗？ / 54
- 专题十：《侵权责任法》与旅游 / 60
- 专题十一：谁该为旅游交通事故埋单？ / 68
- 专题十二：论旅行社的安全运送保证义务 / 75
- 专题十三：话说景区安全责任 / 82
- 专题十四：酒店安全保障义务解读 / 88
- 专题十五：客人车辆遗失，酒店该不该赔？ / 94
- 专题十六：住店客人隐私权的保护 / 101
- 专题十七：旅游者的“精神损失”究竟该不该赔？ / 110
- 专题十八：“诚信旅游”离消费者还有多远？ / 119
- 专题十九：拿什么拯救你，亲爱的导游？ / 124

- 专题二十:** 根治非法回扣,完善旅游佣金 / 129
- 专题二十一:** 旅游欺诈,宰你没商量 / 138
- 专题二十二:** 旅游广告“忽悠”了谁 / 146
- 专题二十三:** 聚焦旅游价格的信用缺失 / 153
- 专题二十四:** 谁制造了“零负团费”? / 161
- 专题二十五:** 聚焦出国游的是是非非 / 168
- 专题二十六:** “夹缝”中的出境游保证金 / 173
- 专题二十七:** 让保险守护旅游平安 / 179
- 专题二十八:** 出门旅游,请系上保险“安全带”——再谈旅游保险 / 185
- 专题二十九:** 《劳动合同法》与旅游业 / 192
- 专题三十:** 导游用工关系面面观 / 200
- 专题三十一:** 旅游人才流动典型争议的法律分析 / 207
- 专题三十二:** 旅游企业,请保护好你的商业秘密 / 213
- 专题三十三:** 旅游品牌的商标保护 / 221
- 专题三十四:** 直击旅游行业的不正当竞争 / 228
- 专题三十五:** 旅游行业垄断行为扫描 / 234
- 专题三十六:** 会展业知识产权保护:向左走向右走? / 242
- 专题三十七:** 旅游企业改制中的法律问题 / 249
- 专题三十八:** 旅行社承包、挂靠的风险究竟有多大? / 255
- 专题三十九:** 职务行为还是个人行为?——旅行社经理的职务行为认定及法律责任 / 262
- 专题四十:** 扑朔迷离的旅行社代理关系 / 270
- 专题四十一:** 餐旅业特许连锁经营的法律问题 / 279
- 专题四十二:** 新型旅游,如何从无序走向有序? / 287
- 专题四十三:** 莫让探险游成为“冒险游” / 296
- 专题四十四:** 邮轮旅游法律问题初探 / 307
- 专题四十五:** 在线旅游,你准备好了吗? / 315
- 专题四十六:** “水土不服”的分时度假 / 322
- 专题四十七:** “入世”后的旅游法制环境及应对 / 330
- 专题四十八:** 回眸我国旅行社业的开放历程 / 337
- 专题四十九:** 今天我们怎样文明出游? / 345
- 专题五十:** 旅游投诉:游客维权的绿色通道 / 352



专题一：认认真真签合同，快快乐乐去旅游

编者按：

旅游合同纠纷已经成为恶化游客与旅游经营者及从业人员之间关系、降低旅游活动吸引力、损毁我国旅游业形象的主要问题。虽然这些纠纷基本上是在旅游合同履行阶段爆发出来的，但引发纠纷的“祸根”实际上在双方订立旅游合同的环节就已经埋下了。双方没有签订合同或者合同签订得太粗糙，才可能使得旅行社或者导游恣意妄为，无视游客的利益，才可能造成游客与旅行社因误解对方的许诺而各执一词，也才可能让一个普通的合同纠纷变得如此纷繁复杂、难以了断。因此，规范旅游合同的订立，无论对于游客，还是对于旅行社，抑或是对于管理部门，都是当务之急，需要积极面对。

典型案例

案例一：未签合同去旅游，遇到车祸难索赔

2006年5月30日，王某和女儿、丈夫以及朋友一行十四人组团远赴四川绵阳旅游，在四川负责接待的是九寨沟当地某旅行社。5月31日上午，他们在导游的带领下风尘仆仆赶往九寨沟。突然，“轰隆”一声巨响，迎面而来的东风大卡车与王某等人乘坐的旅行车相撞了，车内的十四人刹那间全部受伤，无一幸免。惊惶失措的王某这时才想到：“天啊，我们的旅游合同、保险合同都没有呀！”原来，王某一行为了节省一点费用，这次旅行都是通过王某的熟人——上海A旅行社的周先生私下安排的。王某伤愈出院后，急忙打电话给周先生，要求帮忙开具A旅行社的发票和补办保险合同，但遭到了周先生的明确拒绝。于是，王某等人找到A旅行社，团团围住总经理，拿出预先写好的“收条”要求签字。或许是迫于压力的缘故，总经理无奈地在收条上签了字盖了章。2007年5月，王某等十四人将A旅行社和九寨沟当地某旅行社一并告上了法庭。上海市浦东新区法院审理后，依法作出了判决：驳回原告对第一被告A旅行社的诉讼请求；第二被告九寨沟某旅行社赔偿原告等人相关的损失。判决后，王某等人不服，提起上诉。二审法院也作出了维持原审的判决。

案例二：旅游合同协定模糊，游客投诉难成立

供职于广州一家广告公司的谢小姐到管理部门投诉说：他们公司组织前往惠东海边旅游，却发现整个旅游行程“货不对板”。事先他们经过与旅行社的口头协商，已经达成入住当地三星级酒店、大巴往返全程走高速等事项。“结果这些承诺都没有兑现。”谢小姐说，2008年1月24日上午9时许，他们乘车从广州出发，于下午2时许，到达惠东巽寮湾。“由于旅行社的导游执意从

新塘上高速,整个行程花上5个多小时。”谢小姐还表示,准备入住酒店时,导游突然借口原定的三星级酒店停电,需要改换另一家酒店。“后换的酒店档次比较差,并且也是停电。”“到了晚上,我们才发现有些洗手间的冲凉设备是坏的,没有办法洗澡。”谢小姐说。对于谢小姐投诉的种种情况,该旅行社负责人则表示,整个行程并非谢小姐所说的那样,“我们是按照原定商议的协议执行的,这个旅游行程并没有失职”。管理部门再查看双方签订的旅游合同,发现住宿标准一栏上面仅写着“标双”,即标准双人间,并没有具体规定酒店的标准以及具体哪家酒店;而交通工具及标准一栏也只写明“旅游空调车”,没有对具体行程路线作出规定。“由于签订合同那天,我非常忙,并没有仔细看合同。”谢小姐表示。

案例三:健康状况未申明,途中发病自担责

李先生一家参加了由某旅行社组织的“意大利、希腊十日游”,于2007年2月25日搭乘土耳其航空公司航班,前往伊斯坦布尔,后转乘土耳其航空公司航班前往意大利罗马。到罗马机场后,李先生发现托运的黑色行李箱丢失,箱内有随身物品及药品。李先生及其家人无法正常随团旅游,不得不采购生活用品和药品。因为降压药也随箱丢失,李先生旅途中心脏病发作,险些在异国丧命。回国后3个月,土耳其航空公司北京办事处才将李先生的行李箱找到并交还。李先生起诉请求判令旅行社为其重新安排同等日程、同等旅游线路的“意大利、希腊十日游”;支付原告各项物质损失及精神损失共计43 000元。法院认为:原告需乘土耳其航空公司飞机前往目的地,在购买了土耳其航空公司机票后,就与该公司形成了客运合同关系。原告乘坐该航空公司飞机,托运行李丢失,应向该航空公司要求赔偿。在旅游合同健康状况一栏中,原告未申明其患有高血压病症,在行李丢失后,因不能正常服药导致返程途中发病,被告无过错。在原告行李丢失后,被告方也尽了积极协助义务。因此,法院判决驳回了原告的诉讼请求。一审判决作出后,李某未再上诉,目前,李某已正式起诉航空公司。

案例四:网上签约有疏漏,无奈游客夜半返

高小姐与姐姐是首次来深圳过年,心想可不能错过这个去香港游玩、购物的好机会。2007年2月6日上午,高小姐通过网上搜索,找到了深圳市某国际旅行社,在与工作人员邓先生电话谈妥出发日期、旅游项目、费用等相关细节后,高小姐采用网上转账的方式向旅行社汇去了她与姐姐的旅行费用共计3 100元。邓先生用短信通知高小姐第二天的集合时间、地点和订单号。7日傍晚,导游带领高小姐二人入住香港悦来大酒店,并且嘱咐二人8日清晨退房。8日清晨,二人退房后询问导游:“8号晚我们住哪里?”没想到导游非常诧异:“你们是三日游吗?”当得知二人为三日团后,导游同意帮助二人续房,并将二人的行李放在酒店寄存。在前往旅游景点的路上,二人因不放心还致电导游确认订房的相关事宜,导游明确表示已经办好续房手续,让二人晚上回到原酒店入住。然而,当日晚10点多二人回到酒店时,却发现根本没有两人的房间,酒店工作人员也表示从未接到该公司打来的任何续房电话,二人再次致电导游,但电话一直无人接听。由于该酒店已经没有空房,二人询问附近所有的酒店但均被告知没有房间。最后,二人走投无路只得深夜打的返回深圳。2月9日,二人来到旅行社投诉,旅行社表示可以退还房费与返深的士费,并支付30%的违约金,共计约为一半的旅游费用。高小姐认为,旅行社的欺骗行为让二人第三天的自由行未能成行,他们应退还全部的旅游费用。但旅行社拒绝了二人的要求,并且拒绝向二人提供旅游合同及发票。最终高小姐接受了旅行社的赔偿意见。

专家视角

合同的出现应当是社会进步的表现。合同之于人类的意义就如同红绿灯之于交通的意义一样重要。而旅行社和旅游者之间关于旅游服务的明确约定,对于我国旅游业的发展又意味着什么?国家旅游局发布的2010年度全国旅游投诉情况通报显示,在投诉旅行社案例中,比较集中的问题有:投诉旅游行程中降低服务标准问题1695件,占受理投诉总数的19.33%,比上年增加104件,同比上升6.54%;投诉旅行社未经游客同意擅自增减旅游项目问题837件,占受理投诉总数的9.55%,比上年增加203件,同比上升32.02%;投诉导游未尽职责问题1139件,占受理投诉总数的12.99%,比上年增加355件,同比上升45.28%;投诉因航班等交通工具导致行程延误变更行程问题602件,占受理投诉总数的6.86%,比上年增加101件,同比上升20.16%。我们对这组数字稍作分析就可以发现,前两种投诉问题共2532件,占到投诉总量的近1/3,而这两种投诉问题其实就是一种性质的问题,即旅游合同履行的问题。我们相信,如果把导游未尽职责的问题分类,一定还会有许多是与旅游合同直接相关的。

以上数字表明,旅游合同纠纷已经成为恶化游客和旅游经营者、从业人员之间关系、降低旅游活动吸引度、损毁我国旅游业形象的主要问题。虽然这些纠纷基本上是在旅游合同履行阶段爆发出来的,但引发纠纷的“祸根”实际上在双方订立旅游合同的环节就已经埋下了。由于双方没有签订合同或者合同签订得太粗糙,才可能使得旅行社或者导游恣意妄为,无视游客的利益,才可能造成游客与旅行社因误解对方的许诺而各执一词,也才可能让一个普通的合同纠纷变得如此纷繁复杂难以了断。因此,规范旅游合同的订立,无论对于游客,还是对于旅行社,抑或是对于管理部门,都是当务之急,需要面对。

规范旅游合同的订立,是游客维护自身权益的基础

典型案例一和二的情形都非常清楚地表明,没有合同作为依据,游客维权将会非常被动。上海师范大学旅游学院副教授、上海旅游法制研究室负责人王玉松认为:游客在签订合同这一环节应当积极作为,尽量争取合同对自己有利。具体说来,游客需要做到的是:

1. 签约前查资质

根据《旅行社条例》的规定,开办旅行社、经营旅游业务应当获得旅游行政管理部门的许可,取得经营资格。不同类型旅行社有不同的经营资质,不能超范围经营。如果游客选择越权经营的旅行社报名出游,那将意味着风险的无限加大。首先,旅行社越权经营是违反行政管理规定的行为,一旦被发现,旅行社面临的将是行政制裁;而已经报名参团的游客,将不得不面对极可能出现的“旅游费已付却无法成行”的窘况,更有甚者,旅游费用还迟迟无法退还。其次,如果自己没有任何经营资质却打着其他旅行社的旗号组团,那么背后掩藏的事实真相可能就是:或者这是违法挂靠或承包经营的旅行社,或者这是进行欺诈性经营的旅行社。而无论是哪种事实真相,都意味着:这种旅行社可能并没有相应的旅游组团接待能力。游客参加这样的旅游团,其基本权益都无法得到保障,要么就是服务质量很差,要么就是在不同的旅行社之间被“转卖”,要么干脆就是彻底地上当受骗。

因此,游客一定要慎重地选择有合法经营资质、信誉好的旅行社。游客在签约前还应当让旅行社出具合法的经营证照,如旅行社经营许可证、工商营业执照等。仔细查看许可证上的许可经营范围、被许可人名称等,看看与拟签约的旅行社是否一致。对营业执照上的有效期限等情况也

应当注意,避免有些旅行社明明已经不再具备相应的经营资质,却用失效的证照瞒天过海、欺骗游客。

2. 签约中审条款

选定旅行社后,游客一定要和旅行社签订书面的旅游合同,切忌口头约定。因为旅游活动涉及的环节比较多,各种关系比较复杂,口头约定根本无法清楚地表明在诸多环节中各方的权利和义务究竟是什么。《旅行社条例》第二十八条就明确规定:旅行社为旅游者提供服务,应当与旅游者签订旅游合同并载明下列事项:

- (一) 旅行社的名称及其经营范围、地址、联系电话和旅行社业务经营许可证编号;
- (二) 旅行社经办人的姓名、联系电话;
- (三) 签约地点和日期;
- (四) 旅游行程的出发地、途经地和目的地;
- (五) 旅游行程中交通、住宿、餐饮服务安排及其标准;
- (六) 旅行社统一安排的游览项目的具体内容及时间;
- (七) 旅游者自由活动的时间和次数;
- (八) 旅游者应当交纳的旅游费用及交纳方式;
- (九) 旅行社安排的购物次数、停留时间及购物场所的名称;
- (十) 需要旅游者另行付费的游览项目及价格;
- (十一) 解除或者变更合同的条件和提前通知的期限;
- (十二) 违反合同的纠纷解决机制及应当承担的责任;
- (十三) 旅游服务监督、投诉电话;
- (十四) 双方协商一致的其他内容。

以上都是旅游合同中的必备条款。目前各地旅游管理部门都推出了旅游合同示范文本,但即使是示范文本,游客也一定要仔细阅看合同条款,因为旅行社会单方面在这些文本上增减一些条款,或者把本应协商确定的内容事先填写好。游客在阅看合同条款时,需要注意的是:(1) 发现对自己不利的或者模棱两可的语句一定要问清楚,并且应争取对相应条款加以修改、补充。(2) 旅游合同构件包括标准合同、旅游报名须知及责任细则、旅游行程表等;签合同时留意各构件是否齐全,合同上有无加盖公章及经办人的真实签名;行程表是否包括旅行社提供的服务内容及标准。(3) 不同旅行社推出的相同线路,由于交通工具、游览景点、餐饮住宿标准不同,会有多种价格。所以要详细咨询吃、住、行、游等具体内容和标准。(4) 对购物的地点和次数以及逗留时间、住宿的标准、餐饮的标准、旅游车的标准等容易引起纠纷的事项应在旅游合同中明确约定。(5) 明确旅游行程中的景点和费用,明确团费包含哪些旅游项目。对各景点的具体游览方式也要约定清楚,避免在实际游览时才发现原来都是“车游”、“远眺”等无成本的游览。(6) 明确是否有“拼团”现象,问清“拼团”的合作对象及组团社、接待社的联系方式,避免自己在“拼团”途中被甩掉时找不到投诉的对象。(7) 游客在签约时对合同中要求表明的自身情况应当清楚如实地告知旅行社,并在合同中写明,避免出现类似于典型案例三中的情形。换一种情形,如果在这个案例中,游客已告知旅行社自己有心脏病,而旅行社在安排行程时未对这一情况充分注意,导致游客发病而得不到及时地救治,则旅行社就有可能要对自己的过失承担一定的责任了。(8) 在合同中应设置违约金条款,明确约定在旅行社不适当履行合同时应向旅游者赔偿的具体数额。如果旅行社不愿意详细约定类似条款,游客也不应该放弃,应当尽量争取。

3. 签约后要凭证

游客在交纳旅游费用后,切记要向旅行社索要正式发票。一方面因为发票是双方之间旅游

合同关系存在的证明,如果没有签订旅游合同或者旅游合同遗失,发票可以辅助证明双方之间的关系;另一方面因为发票是游客已履行了主要合同义务的证明,有时旅行社会以游客未履行付款义务而强调自己的不履行行为是一种合法的抗辩,此时游客便可以用发票说明问题了。所以,发票是游客进行旅游维权的重要证据,一定要妥善保管。除了发票以外,其他的一些凭证,如行程单、游客须知等与旅游活动相关的书面材料也应当妥善保管,以备发生纠纷时作为证据使用。

规范旅游合同的订立,是旅行社防范纠纷的必要手段

订好旅游合同对游客意义重大,对旅行社同样是有益无害的。规范旅游合同的订立,是旅行社防范纠纷的重要手段。我们看到,有许多旅游纠纷的发生,根源都在于旅游合同签订时就存在许多缺陷。王玉松认为,由于旅游产品的生产和消费是同步的,所以游客事先无法对旅游产品状况有非常清晰的认识,这就容易在游客的期待和实际情况之间形成较大的差距,并进而引发纠纷;再加上旅游活动所涉及的环节比较多,游客的旅游知识又相对缺乏,其在选择旅游产品、签订旅游合同时有很大的盲目性。在这种状况下,可以说,旅游合同的签订是完全操控在旅行社手中的。合同的权利义务是否对等?合同中是否存在“陷阱”?旅行社应当是心知肚明的。而如果旅行社放任这种不公平的、模糊不清的合同条款存在,合同履行过程中的纠纷就在所难免了。

市场经济是法治经济,任何违背公平原则的交易关系一定不能持久,任何损害消费者利益的经营行为也一定会遭到唾弃。我们的旅行社业需要尽快改变短视的、急功近利的经营思路,走一条健康稳健的发展道路,而这条路,也许就是从规范旅游合同的签订开始的。旅行社在签订旅游合同时做到的是:

1. 应如实告知游客各种情况

《旅行社条例》第二十九条明确规定:旅行社在与旅游者签订旅游合同时,应当对旅游合同的具体内容作出真实、准确、完整的说明。因此,旅行社在正式签订合同之前,应当将所有涉及游客利益的真实情况如实地告知游客,与游客进行充分的沟通。这些情况一般包括:(1) 旅游报价所包含的旅游项目及游览方式,途中是否还有其他收费项目或收费事项;(2) 各项旅游服务的具体标准,包括:用餐、住宿的确切标准,最好具体到餐馆、酒店的具体名称;交通工具的标准、出发与到达时间;游览工具的类型、标准;安排购物的次数、购物点逗留的时间等等;(3) 旅游保险事项,解释清楚旅行社责任险的承保范围,避免误导游客;同时可以建议游客自己去选择投保旅游意外保险,但提醒游客要注意各旅游意外保险的赔付条件;(4) 负责接待的旅行社是哪一家,是否存在拼团或转包团,所安排导游或领队的情况;(5) 对旅游中存在的安全风险对游客进行充分的提示和说明,提醒游客充分注意;(6) 由于客观原因导致行程取消时的处理方案,包括如何承担已发生的费用、是否需要赔偿等等。

总之,对所有可能发生误解并产生争议的问题,旅行社千万不可抱侥幸心理糊弄游客,一定要事先解释清楚,让游客在了解真实情况的基础上作选择。这才是一个诚实的经营者应有的态度,也是即使发生了问题游客也会比较容易谅解的态度。

2. 应当按照公平的原则拟定合同条款

公平原则是《合同法》确立的基本原则,也是在签订合同、履行合同以及解决合同纠纷时应当把握的基本准则。由于旅游安排有一定的专业性和复杂性,游客通常并不具备签约的专业知识。加之旅行社签订旅游合同是大量的重复行为,所以现实中旅游合同的文本通常是由旅行社一方事先拟定好的,也就是说,通常是旅行社一方提供的格式合同。在这种情形下,旅行社需要把握好的是:合同权利义务的设置一定要体现公平。

我们经常会发现旅行社的一些格式旅游合同条款中存在这样的问题:(1) 免除了旅行社应

承担的法定责任。例如某旅行社组团合同规定:“因交通运输、酒店等非旅行社自身原因所致的质量问题,并已积极协助旅游者追究有关经营者,免除旅行社责任。”(2)加重了游客方的责任。例如某旅行社出境组团合同规定:“60岁以上老人参加澳大利亚旅游团,须多缴团费300澳元/人。”(3)排除了游客方的主要权利。某国旅集团合同书规定:“在不减少景点的前提下,甲方(经营者)保留对行程进行调整的权利。”(4)权利义务不平衡。例如某旅行股份有限公司合同书规定:“甲方(消费者)因故申请取消原订旅游计划,乙方(经营者)可按下列情况处理:48小时内至24小时之前,收取全款30%的损失费。”“乙方(经营者)因故取消原订旅游计划,48小时内至24小时之前取消的应按全款10%赔偿甲方(消费者)。”

旅游合同条款设置中存在的上述问题,绝对不是个案问题,而是有相当代表性的问题。可以想见,看到这样的合同条款,游客怎么能心平?又怎么可能信赖旅行社?不公平的合同条款,损害的不仅仅是游客的权益,它也在强化着游客和旅行社及其从业人员之间的对立情绪,根本地动摇着旅行社业生存的基础——客源市场。对此,《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第六条规定:旅游经营者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出对旅游者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害旅游者合法权益的责任,旅游者请求依据消费者权益保护法第二十四条的规定认定该内容无效的,人民法院应予支持。《旅行社条例》第二十九条规定:旅行社和旅游者签订的旅游合同约定不明确或者对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释;对格式条款有两种以上解释的,应当作出有利于旅游者的解释;格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。因此,旅行社在拟定旅游合同时,如过分维护自身权利,不仅不合情理,法律上也未必具有效力。

3. 应慎重、规范使用电子旅游合同

旅游商务电子化旅游市场打开了新的空间。电子化不仅大大提高了交易的效率,也大大拓展了旅游交易的空间。电子手段正在被越来越多的旅游经营者、越来越广泛的旅游商务活动所采用。从最初的酒店业经营者提供的网上订房系统,到现在旅行社提供的网上订旅游产品、旅游汽车运输公司提供的网上订车、景点经营部门提供的网上订票等等,可以说,电子化已经在旅游活动中全面渗透。但伴随而来的是,旅游电子商务纠纷不断显现,并逐渐类型化,其中,旅游电子合同纠纷是比较集中的一类。

我国《合同法》规定,当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。而电子数据交换(Electronic Data Interchange,简称EDI)是一种由电子计算机及其通讯网络处理业务文件的技术,作为一种新的电子化交易工具,又称为电子合同。关于旅游电子合同,我们可以从《合同法》的上述规定中得出以下两个结论:第一,旅游电子合同在形式上是合法的;第二,旅游电子合同是一种书面合同。因此,理论上讲,旅行社以电子数据的形式和游客之间订立旅游合同是完全可行的,不存在法律障碍。但实践中的经验却告诉我们,目前电子合同的适用尚存有诸多的局限性,而可能正是由于这些局限性才使得旅游电子合同纠纷更容易发生,解决起来更复杂。

首先,旅游电子合同的订立是双方在互不见面的网络传输中完成的,双方的沟通是以非常简洁的问答形式进行的,因此,双方很难进行非常充分的信息和需求交流。而旅游产品涉及的环节又比较复杂,单靠三言两语的网上交流根本无法清楚地了解对方的意思,往往还需要线下通过电话,甚至当面沟通。典型案例四中的高小姐虽然是通过网上预订和支付的,但具体的沟通还是借助电话完成的。即使这样,旅行社方仍然出现了差错,造成了高小姐的尴尬。

其次,目前以电子形式订立旅游合同,在技术上和制度上还存在较大的不安全性。技术上的

不安全,是指电子合同赖以生成的技术还存在一些漏洞,如身份认证技术、保密技术、反“黑客”侵入技术等。制度上的不安全,是指关于电子合同的一些问题在制度层面尚未得到确定,这就给电子合同当事人的维权造成很大的不确定性。虽然我国《合同法》对电子合同作了一定的规定,但也仅限于合同形式。在实践中可能会发生纠纷的问题,诸如电子合同成立与生效的条件和标志、电子合同当事人身份的确认、电子合同内容的认定等,目前都还没有立法作具体的规定。

最后,旅游电子合同在诉讼或仲裁中作为证据的效力还比较欠缺。我国《民事诉讼法》第六十三条规定了七种法定证据:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料;(4)证人证言;(5)当事人陈述;(6)鉴定结论;(7)勘验笔录。电子证据到底该归入何类,这是一个颇值得探讨的问题。一种观点认为:电子证据理应归入视听资料,因为“电子计算机储存的资料,也要在计算机终端显示出它所储存的图形、数字、符号、形象等”。而按照我国《民事诉讼法》第六十六条,视听资料应与其它证据相结合方能确定其证据力,这样,电子证据的证明力就大打折扣。另一种观点认为:应将电子证据归入书证之中,因为法律可以对书面作更宽泛的解释,使之涵盖数据电文。但对于书证,《民事诉讼法》第六十八条又要求“提供原件”,不过,该条也规定,如提交原件确有困难,也可以提交复制品、副本。目前我国司法实践中针对这一问题的做法是:一方面,电子证据作为孤证不能单独证实相关事实;另一方面,经过公证的电子数据页面可以作为书证采纳。这种做法综合考虑了作为书证和视听资料的要求,但对当事人而言,则意味着取证难度和成本都大大增加。

但是,即使旅游电子合同存在着种种局限性,对于旅行社来说,也不能完全摒弃电子形式的旅游合同。因为电子化毕竟是交易活动发展的趋势,完全不信任电子手段可能会减少旅行社的商业机会。积极的做法是:(1)旅行社企业应当制定电子旅游合同的签约规则,要求操作人员严格遵照执行。在制定这些规则时,应充分考量双方之间交易的公平性、真实性、安全性、可证实性。(2)针对电子合同目前存在的局限性,可以采取一些可行的线下措施,以弥补电子旅游合同存在的缺陷,例如进行线下的电话沟通、打印出合同的纸质文本送达游客确认等。

规范旅游合同的订立,是管理部门加强市场监管的重要抓手

虽然旅游合同在形式上是旅行社和游客之间意思自治的结果,但由于信息的不对称,游客一方签约能力普遍比较欠缺,因此,常常会出现合同的约定背离游客真实意愿的情况。再加上旅行社行业诚信度普遍不高,整体素质比较低,游客感觉上当受骗的事情更是时有发生。在这样的市场背景下,就需要借助于政府管理部门的力量来改变这种不公平的交易关系。因此,政府管理部门需要加强对旅游市场的监管,而规范旅游合同的订立是加强市场监管的重要抓手。

首先,政府管理部门可以制定旅游合同示范文本的形式,引导旅行社和游客更好地签订旅游合同。目前各地旅游行政管理部门都制定了旅游组团合同示范文本,并推荐旅行社使用。这无疑对规范旅游合同的签订,预防和减少旅游合同纠纷,发挥了积极的作用。

其次,由于旅行社在签订旅游合同时处于主导地位,政府管理部门可以对旅行社提出一定的签订合同的要求,以规范性文件的形式发布,要求各旅行社遵照执行。对未达到要求的旅行社提出整改意见,并通过在行业内曝光或批评的方式对其进行监管。同时,应当在旅行社等级评定工作中将签订旅游合同的情况作为一项重要的衡量标准。

最后,政府管理部门还应当加强对旅行社和游客的教育和宣传,让双方都能清楚地认识到规范签订旅游合同的重要性,强化他们的合同意识。在此过程中,尤其要要求旅行社加强学习,端正合同观念,改变目前所存在的对合同问题认识的偏差。



专题二：旅游行业“霸王条款”扫描

编者按：

本是利人利己、于法有据的“格式合同”，怎么一不小心就变成了天怒人怨的“霸王条款”呢？看来问题的关键是有人忘记了公平公正的市场经济准则。拟订合同的一方利用优势地位在合同中加重对方义务、减轻自身责任或排除对方主要权利，这才是“霸王条款”产生的真正根源。

典型案例

案例一：莫名其妙的“开瓶费”

2003年7月15日晚，为庆祝北京申办2008年奥运会成功，广州市民曲某自带了一瓶珍藏了十多年的杜康酒，和老朋友相约来到广州市某餐厅，准备开怀畅饮。宴会一开始，当众人的目光聚集在那瓶杜康酒上时，餐厅服务员不失礼貌地告诉他们，自带酒水要收“开瓶费”。众人对此不解，服务员解释说是餐厅的规定。于是，曲某提出买餐厅的杜康酒。他的用意很明白，假如餐厅没有同样的酒卖，那就没有理由收取开瓶费了。很快从总台返回的服务员表示，餐厅没有这样的酒卖，但如果他们要喝自己带来的酒，还是要收“开瓶费”，这也是餐厅的“规定”。为了让老朋友喝上杜康酒又不至于因开瓶费而扫兴，曲某试图用另一种规定来回应餐厅“规定”。他告诉服务员，中国消费者协会前不久刚发布了一个规定，说餐厅向自带酒水的顾客收取开瓶费是不合法的。对此，服务员仍坚持要收开瓶费，并叫来了餐厅的一名部长再次重申餐厅的“规定”。菜已经陆续上来了，杜康酒是不能不喝的，于是，曲某自己动手开启了酒瓶。结账时，曲某再次提出中消协的规定，餐厅方面则再次告知收取开瓶费是餐厅“规定”，曲某还辩解道，酒是自己打开的，并没有让服务员开启，餐厅廖部长却认为，即使如此，也要照收开瓶费。最后，曲某要求餐厅出具开瓶费发票，餐厅只在一张百元定额发票上注明“其中开瓶费20元”的字样。曲某气愤之余一纸诉状将对方告上了法庭。广州中院判决曲某胜诉，禁止餐厅收取开瓶费。

案例二：酒店的“一天”究竟有多长？

2004年10月11日零时20分，兰州李女士与朋友一起住进当地的某宾馆。当日中午12时，宾馆服务台通知李女士退房时间已到，若要继续住，需另交房费。因为还需要住3小时，无奈李女士只好又补交了60元钱。事后，李女士认为该宾馆的这种收费方式不合理，宾馆的价目表上明确写着120元/天，一天是24小时，在没有住够24小时的情况下，宾馆却要求她再交60元的房费。李女士认为，宾馆在客人住宿未够24小时按一天收费，违反了《消费者权益保护法》的相关规定。据此，李女士一纸诉状将兰州某宾馆告上法庭，请求法院确认宾馆12时退房的要求无

效,并退还多收的60元房款。而该宾馆负责人认为,宾馆遵从的是行业惯例,如行业内大家都改了,该宾馆也可以改,但就宾馆这种特殊行业,现行的这种退房时间还是相对合理的。某律师表示支持李女士的诉讼理由。他认为,第一,酒店已经明确计价期间单位为“天”。我国《民法通则》第154条规定:“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。”也就是说,旅客住宿一天的时间应为24小时。既然约定以“24小时”计价,在没有特别约定“不满一天按全天计价”时,消费者住宿不足24小时,酒店就不应该按24小时计价。第二,酒店的“惯例”做法违反了《消费者权益保护法》第24条:“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、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。”酒店的“惯例”做法实质是单方制定的不成文的格式合同。酒店的格式合同在计价时,实际上把“不满一天按一天计算”强加给消费者。这样的解释,不符合“格式合同”的解释应体现保护弱者利益的原则,就是说对“惯例”有多种解释的,应作出有利于消费者的解释。因此,酒店的“惯例”实质是一种“霸王条款”。

案例三：各执一词的“出境书药费”

刘某于2005年1月20日报名参加某旅行社组织的云南8日游,并在旅行社提供的《旅游协议书》上签字,按合同规定缴纳了旅游费4900元。旅游协议规定3月20日组团出游。1月底,国家计委和民航总局联合发文规定各航空公司国内票价不得以任何名义和形式折扣销售,团体优惠票价不得低于90%,因此旅行社原先预订的折扣票已无法购到。鉴于这一情况,旅行社即与刘某协商解决方案:一是计划继续出游,补齐机票款420元;二是取消此次旅游,退还全部旅游费。刘某考虑已临近春节,再安排其它旅游线路可能来不及,就勉强同意补缴机票款,按原计划赴云南旅游。旅游至第三日,在中缅边境办出境手续时,旅行社让刘某交付“边境通行证费”和“出境书药费”(缅方入境须知一本和免疫药品费)共计112元。刘某则认为,按合同规定,他只应支付“出境书药费”12元,而“边境通行证费”100元包括在旅游费中,应由旅行社支付。旅行社解释,合同中标明的“云南出境书药费”是两部分组成,即“出境费”和“书药费”。刘某对此解释虽然尚有异议,但为了能完成全部游览项目,还是暂时作了妥协,支付了这笔费用。返回北京后,刘某找旅行社交涉,认为双方既然签订了旅游合同,就应该遵守,不得再变更,而这次旅游中,旅行社违反约定,又额外加收了532元,要求旅行社退赔加收的这两笔费用。

案例四：丽江四景点捆绑销售涉嫌“霸王条款”

2005年12月15日,丽江市旅游协会下发文件称,该地各旅行社在旅游销售中,必须对“纳西文化走廊”旅游线路中的四个景点集中报价,统一销售。据悉,这四个捆绑的景点包括黑龙潭、世界遗产公园、束河茶马古镇和白沙壁画。丽江市旅游协会要求凡不按规定操作的旅行社,将被严肃处理;对严重违规者,做一次性退会处理。该文件从12月15日起实行。

专家视角

有关专家从四个方面对相关问题进行了分析。

首先,应当正确区分合同示范文本、格式合同和“霸王条款”。人们常常将格式合同与合同示范文本相混淆,实际上两者是有区别的。合同示范文本是由工商行政管理机关和业务主管部门根据长期实践,反复优选、评审、经过法定程序而正式规定下来的合同文书格式。合同示范文本