

零风险 旅游合同

李志轩 裴建军 编著



中国旅游出版社

零风险旅游合同

李志轩 裴建军 编著

中国旅游出版社

责任编辑：殷 钰

责任印制：李崇宝

图书在版编目(CIP)数据

零风险旅游合同/李志轩,裴建军编著. —北京:

中国旅游出版社, 2007. 1

ISBN 978-7-5032-3058-5

I. 零… II. ①李… ②裴… III. 旅游—经济合同—合同法—基本知识—中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 145275 号

书 名：零风险旅游合同

编 者：李志轩 裴建军

出版发行：中国旅游出版社

(北京市建国门内大街甲九号 邮编：100005)

<http://www.cttp.net.cn> E-mail: cttp@cnta.gov.cn

发行部电话：010-85166507 85166517

排 版：北京浩德博文信息科技有限公司

经 销：全国各地新华书店

印 刷：北京新魏印刷厂

版 次：2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

开 本：720 毫米×970 毫米 1/16

印 张：14.75

印 数：5000 册

字 数：223 千

定 价：30.00 元

I S B N 978-7-5032-3058-5/D·38

版权所有 翻印必究

如发现质量问题,请直接与发行部联系调换

作者简介

李志轩 笔名,吕游,山西省长治市人。现为全国多家旅行社法律管理、财务会计管理咨询顾问。

现专职从事旅游行业的法律管理、财会管理、旅游保险、旅游安全预防与监控方面的研究,并参加旅游纠纷中的各种疑难民事诉讼。

出版的书籍有《旅行社会计实用手册》。

作者既有较丰富的旅游法律方面的“临床”心得,又有一定的培训旅行社总经理、计调、导游、财会人员的经验。

裴建军 山西运城人,法学硕士,山西财经大学法学院讲师,山西龙盛律师事务所律师。教学和 research 的主要领域为经济法学、国际经济法学、旅游法学。

近年来在《商业研究》、《中国工商报》、《经济与法》、《法学杂志》等国家级和省级刊物上发表学术论文几十篇,并参与和完成了多项省部级课题。曾参加《北京大学法学百科全书》(经济法卷)的编写工作。在社会法律事务方面,为许多政府机关和大型公司企业做法律培训和讲座,同时也担任法律顾问和代理诉讼。

前 言

零风险旅游合同是指旅游者与旅行社使用具有《合同法》委托代理合同性质的合同时,当旅游者或旅行社非因自己的过错造成对方损失的,依据这类合同的约定或者法律规定,不向对方承担责任的一种合同形式。通俗地讲就是当旅行社按照国家法律、法规、规章以及国家标准、行业标准规范经营时,由于第三人的原因造成旅游者损失的,旅行社不承担责任的一种合同形式。

为什么要研究零风险旅游合同呢?因为按照旅行社现行使用的具有德国式承揽性质的旅游合同,即便旅行社合法经营、规范操作,按照这种旅游合同的性质,旅行社时时刻刻都面临着破产倒闭的风险。旅行社的破产倒闭实际上又直接损害了旅游者以及与旅行社合作的其他经营者的合法权益,所以,研究零风险旅游合同对于理清旅游合同中涉及的各经营者之间的法律关系,明确各经营者应当承担的责任以及解决目前“零负团费”问题具有特别的重要意义。

关于旅游者、旅行社使用具有承揽性质的旅游合同文本带来的风险,借用一案例说明。

2002年7月14日,某国内旅行社组织的旅游团在旅游途中,由于司机操作不当造成7死46伤的特大交通事故。该案中的旅行社是合法的旅行社,旅行社为出团单位以及旅游者所选派的旅游车辆、司机是某合法汽车公司的客运车辆及合法司机,派出的导游为合法持证导游。这本身是一起责任非常明确的交通事故,受害旅游者只需按照道路交通法律法规的规定索赔即可实现自己的合法权益。然而,旅游者却以旅游合同纠纷起诉旅行社,要求赔偿受害旅游者及家属合计数额为407万元。由于该旅行社使用的是具有德国式承揽性质的旅游合同,所以,法院以《中华人民共和国消费者权益保护法》(简称《消费者权益保护法》)的有关规定,认为旅行社为旅游者提供的服务应当是一种没有任何瑕疵的服务成果,判决该旅行

社承担全部责任,赔偿各种损失合计为 206 万元。这是一家注册资本为 30 万元刚成立不到半年的新旅行社。虽然旅行社向旅游者赔偿后可以再向汽车公司追偿,但旅行社在应诉旅游者的诉讼案件中支付的律师代理费等费用已达到十多万元,如果现在起诉汽车公司,单一审的诉讼费、律师代理费以及可能进行的二审的费用,恐怕就可以达到重新再办几个旅行社的程度。所以,法院判决后,该旅行社一是无力赔偿旅游者的损失,二是没有资金再起诉真正责任人汽车公司。2006 年年初,旅行社的质量保证金被法院强制划拨,目前该旅行社已人去楼空。从案件发生一直到 2006 年下半年,旅游者的损失除法院强制执行旅行社的 10 万元质量保证金外所得到赔偿很少。这起典型案例,结果是既损害了旅行社的合法权益,又严重损害了旅游者的合法权益,而在这个案件中,最大的受益者却是真正的肇事者汽车公司以及为汽车办理有关保险的保险公司。

旅行社行业的另外一类风险是,由于第三人原因造成旅游合同中的旅行社违约,因而旅行社又造成与其相互合作的接待旅行社、吃、住、行、游、购、娱、导游公司等经营者损失的,旅行社向他们赔偿后,由于旅行社与一些第三人没有法律上的合同关系,导致旅行社不能向其索赔。比如,由于航空公司的原因造成旅游合同中的旅行社违约,且旅行社造成与其合作的其他经营者损失的,旅行社向其赔偿后,由于与航空公司没有法律上的合同关系,则不能向航空公司索赔,这就导致该旅游合同产生一项法律漏洞。上海某旅行社 2002 年诉某航空公司航班延误案就充分说明了这种法律关系给旅行社带来的恶果。

第三类风险来源于合同归责原则的不同。在具有承揽性质的旅游合同中,按照合同法的规定,其归责原则为严格责任原则,而组团旅行社与接待旅行社之间的合同关系由于属于委托合同关系,按照委托合同的归责原则为过错责任原则,那么,由于与接待旅行社有关的其他经营者的原因造成组团旅行社与接待旅行社之间的委托合同不能履行或者不能完全履行时,而此合同的不履行又造成旅游者与旅行社之间的旅游合同中的旅行社违约的,组团旅行社按照严格责任原则向旅游者承担赔偿责任后,当向接待旅行社索赔时,由于接待旅行社无过错,组团旅行社的损失自然不能向接待旅行社索赔,如果向真正责任人索赔,组团旅行社又没有法律上的合同关系,这就造成组团旅行社的又一个巨大法律风险。在旅游活动中,旅行社既与旅游者签订旅游合同,又与接待旅行社签订合同,由于这两种合同的归责

原则的不同,必然导致组团旅行社法律风险的产生,这是具有承揽性质旅游合同所固有的问题。

这就是中国旅行社行业使用具有德国式承揽性质旅游合同所带来的主要风险。

使用德国式承揽性质旅游合同给中国旅行社行业带来的风险还来源于权利与义务不对等。

根据国家旅游局每年发布的《年度全国旅行社业务年检情况通报》,2004 年度旅游业务毛利率为 6.12%,2005 年度旅游业务毛利率为 6.31%。广义的理解就是旅行社组织旅游者的旅游收入为 100 元,旅行社的毛利润只有 6 元多,也就相当于旅行社收取 6%的代理费或者报酬。与旅行社行业具有强烈对比的行业就是中国的外贸代理企业。

在我国外贸代理业务活动中,外贸公司所处的位置相当于旅游活动中的旅行社,对内要与国内的企业签订合同,对外要与国外企业签订合同。合同法生效前,由于我国对于代理制度的规定仅限于《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》)直接代理的规定,这就造成外贸公司以自己的名义与他人签订的合同只能约束外贸公司。而对于外贸公司“对内收取 1%~3%的代理费,对外却承担 100%的责任”的不公平现象,使得一旦出现第三方违约且代理方为维护自身利益而采取不合作态度,则会人为地增加解决争议的难度,提高外贸代理业务的实际成本。此种情况下,外贸代理中的双方当事人缺乏安全感,对外贸代理望而生畏。

中国的外贸代理企业处在国内委托人和国外第三人之间,不论谁违约,外贸企业都要先行承担赔偿责任。

所以,在《合同法》起草过程中就针对外贸企业存在的这个问题,在《合同法》中专门规定了间接代理制度,其规定见《合同法》第四百零二条、第四百零三条。

外贸企业的代理费是 1%~3%,相比旅行社行业的 6%来讲是低了一点,但大家不要忘记,外贸企业的每一笔业务少则几百万,多则几个亿,而旅行社行业呢?如果组织一个散客一日游收费 100 元,按照毛利率 6.3%计算,其毛利润只有 6.3 元,假如这位旅游者是深圳城镇居民且赔偿情形为深圳居民最高标准,如果他在旅游活动中发生交通事故意外死亡,按照深圳 2005 年人均可支配收入计算,旅行社应当赔偿其各种损失约 103 万元,大家可以计算,旅行社每赚旅游者 1 元毛利润,却要承担赔偿责任 16.34 万元的风险,这与外贸企业相比结果如何呢?如果旅行社接

待的是外国游客,这个问题就更突出。2004年,三位瑞典游客在中国某地旅游,不幸遇交通事故死亡。三位瑞典游客的直系家属按照2004年我国最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的赔偿规定,非常保守地计算了中国接待旅行社应当赔偿的数额为每人800万元人民币,三人共计2400万元人民币。按照国家旅游局发布的《2005年度全国旅行社业务年检情况通报》的入境旅游旅行社的毛利率8.05%计算,该旅行社承担的赔偿责任又有多重,恐怕不比中国的外贸企业承担的责任差多少。

值得庆幸的是外贸企业的代理问题通过《合同法》的规定彻底解决了这个问题,而中国的旅行社行业还在重复着外贸企业昨天的故事。

零风险旅游合同与具有德国式承揽性质的旅游合同的区别如下:

1. 零风险旅游合同的特征与《合同法》委托合同特征最相类似,特别是《合同法》中的间接代理制度完全能够解释旅行社与旅游者合同之间所涉及的各种法律关系,包括吃、住、行、游、购、娱、接待旅行社、导游公司之间的法律关系。应用委托代理合同制度,不仅旅行社不存在具有承揽性质的旅游合同中的法律风险问题,而且旅游者、旅行社和为旅游者直接服务的其他经营者的法律关系特别的明确。

2. 具有德国式承揽性质的旅游合同要求旅行社为旅游者提供的服务必须是一种成果,一种不能有任何瑕疵的完美成果,而零风险旅游合同只是受旅游者之委托,勤勉地为旅游者完成受托事务,旅行社对于旅游者的损失,有过错则承担责任,无过错则不承担责任。

3. 零风险旅游合同对旅游行业“零负团费”问题具有遏止作用。按照委托代理合同原理,旅行社的收入就是旅行社向旅游者收取的报酬,除此的收入均为非法所得。旅游活动结束后,旅行社必须把从吃、住、行、游、购、娱、导游公司、接待旅行社等经营者处获得的佣金、回扣、折扣以及各种收益,全部移交给旅游者,这样旅游活动中的各个项目费用非常明确,当旅行社获得的报酬与其劳务支出成正比时,当然就不会发生零负团费坑害旅游者的情形,即便发生这种情形,国家现有法律、法规的规定,对于旅行社的这种行为制裁是非常严厉的,不像现在的旅行社,既吃旅游者给的报酬,又吃其他经营者给的折扣,还吃购物店的回扣、佣金。具有承揽性质的旅游合同在旅行社行业的应用,直接导致“零负团费”问题发生。

4. 零风险旅游合同对于出境旅游的旅行社的例外规定,即境外旅行社违约,

境内旅行社先行赔付制度,这样就有效地保护了旅游者的合法权益,使旅行社更勤勉地为旅游者完成委托事务。

5. 零风险旅游合同按照《合同法》第四百一十条规定的“委托人或者受托人可以随时解除委托合同”的规定进行了特别约定,在出境旅游合同中,双方均不得解除合同,除非有法律的强行性规定,这样就可以保护旅游者的合法权益。

6. 零风险旅游合同中的旅行社在旅游活动中应当随时听从旅游者的指示,每天向旅游者汇报一次当天的有关旅游活动事务,并将第二天的安排向旅游者请示,随时听从旅游者的安排,一切以旅游者的意愿为中心,最大限度满足旅游者的各种需要。

7. 零风险旅游合同,避免了具有承揽性质的旅游合同产生的诉累。

零风险旅游合同能够明辨是非,责任分明,谁有过错,谁承担责任,谁是肇事者谁直接承担责任。旅行社行业与其他行业最大的不同就是旅游活动行程的特殊性,它可能涉及若干个受托的接待旅行社,比如,北京的旅游者到广州、珠海、深圳、武夷山、厦门旅游,这里除北京的组团旅行社外,还涉及广州、珠海、深圳、武夷山、厦门等接待旅行社,如果旅游者是在最后一站厦门发生交通事故受到伤害,按照具有承揽性质的旅游合同的法律关系,北京的旅游者依合同违约只能起诉北京的组团旅行社,然后北京的旅行社起诉广州的旅行社,广州的旅行社起诉珠海的旅行社,珠海的旅行社起诉深圳的旅行社,深圳的旅行社起诉武夷山的旅行社,武夷山的旅行社起诉厦门的旅行社,厦门的旅行社起诉厦门的汽车公司,如此反复。这样的诉累恐怕在其他行业是绝无仅有的,查看旅行社行业审理过的案件,几乎都是遵循这样的规律,这是具有承揽性质的旅游合同所必经的程序;而零风险旅游合同则非常简单,旅游者在厦门发生交通事故,旅游者按照委托合同中的转委托关系先看各旅行社在选任汽车公司是否有过错,对于汽车公司的指示是否有过错,有过错的旅行社则承担相应责任,无过错则不承担责任;而对于旅游者与厦门汽车公司之间的法律关系,由于旅游者已在组团旅游合同中委托授权旅行社可以以旅游者的名义或者以旅行社的名义与厦门汽车公司签订包租客运合同,按照代理关系,事实上是旅游者与厦门汽车公司形成直接的客运合同关系,所以,旅游者向厦门汽车公司请求赔偿时,既可以按照合同违约直接向汽车公司索赔,又可以以侵权行为向汽车公司索赔。

值得注意的是,厦门旅行社以旅游者名义与厦门汽车公司签订包租客运合同时,旅游者、厦门旅行社、厦门汽车公司之间形成直接的代理关系,由《民法通则》

中的代理制度调整;如果厦门旅行社是以自己的名义与厦门汽车公司签订包租车客运合同,由于旅游者与厦门旅行社是复代理关系,而且汽车公司也知道这种代理关系,按照《合同法》第四百零二条的规定,间接代理关系成立,该客运合同直接约束旅游者和厦门汽车公司。实际上,2001年12月,国家旅游局按照新修改的《旅行社管理条例》而修改的《旅行社管理条例实施细则》第四条、第五条中规定的旅游者、旅行社与吃、住、行、游、购、娱等经营者的代理关系的授权规定是明确的,只不过旅行社行业的从业人员没有按照这个规定执行而已,委托代理合同性质的零风险旅游合同在旅行社行业中的应用,就是要贯彻执行《旅行社管理条例》以及实施细则的明确规定。

8. 两种合同性质的不同,导致旅行社为其职工办理工伤保险的费率不同。

劳动和社会保障部、财政部、卫生部、国家安全生产监督管理局发布的(劳社部发[2003]29号)《关于工伤保险费率问题的通知》中的《工伤保险行业分类表》,对于旅行社行业是风险比较小的行业还是风险较大行业发生分歧。大家知道,交通运输部门是高风险行业,而旅行社为旅游者提供旅游服务时是包含各种交通运输服务的,按照《消费者权益保护法》的有关规定,经营者提供的服务应当保障消费者的人身财产不受损害的规定,实际上第三人提供的服务就变成了旅行社提供的服务,第三人属于高风险行业,旅行社自然就属于高风险行业了。这种认识,不仅仅是劳动部门是这样认为的,而且全国的旅游者、为旅游者处理纠纷的法律工作者、甚至一些法官都是这样认为的,这可以从许多旅游者与旅行社纠纷的判例中得到证明。既然旅行社有这么大的风险,劳动部门认定旅行社行业为高风险行业也就不足为奇了。所以,全国的旅行社在办理工伤保险时,如果按照高风险行业核定保险费率,行业风险越高,费率越高,旅行社的经营成本越高。

9. 零风险旅游合同对于正确适用旅行社责任保险具有指导意义。

由于具有承揽性质的旅游合同对于旅行社的责任划分,模糊不清,旅行社自己疏忽或过失的责任与第三人原因造成旅游者人身损害或者造成旅游合同中旅行社的违约责任界定不清,导致旅行社行业旅行社责任保险不保险的结果。由于零风险旅游合同对于各经营者的责任划分非常明确,所以,目前的旅行社责任保险与零风险旅游合同结合,完全能够解决旅行社行业的风险问题。

值得注意的是,使用零风险旅游合同时,应当要求保险公司将保额提高,而不

是重新修改什么条款。由于2004年人身损害赔偿标准的提高,旅行社责任保险的赔偿限额如果还按照保险合同约定的8万元赔偿,旅行社的法律风险则无法完全避免。所以,旅行社应当与保险公司重新约定赔偿限额。

零风险旅游合同,按照《合同法》、《民法通则》的有关规定,吸取外贸企业的经验,根据中国的旅游消费的国情,将其应用到中国旅行社行业中,不仅能满足旅游者的旅游需求,而且对于中国旅行社行业的健康发展将起到巨大的促进作用。

本书共分四部分,第一部分为案例分析,本书所采纳的旅游案例均为经法院审理判决的案例,第一,用以说明具有承揽性质的旅游合同给旅游者、旅行社以及其他经营者造成损害的形成过程;第二,简述具有承揽性质的旅游合同的例外情形,即政府部门参与解决的旅游事故旅行社不承担责任的情形;第三,介绍委托代理合同在旅行社审判实践中的具体应用。第二部分为零风险旅游合同的原理,详细说明具有委托代理合同性质的零风险旅游合同的原理以及图解案例分析,通过图解零风险旅游合同原理的形式使得最普通的旅行社行业的从业人员、旅游者,一看就懂,心领神会。第三部分为零风险旅游合同在旅行社行业中的直接应用。这部分从出境旅游组团合同和国内旅游组团的角度,结合大量的旅游案例以及审判实践,为旅行社、旅游者提供一份可供参考的旅游合同示范文本。该旅游合同文本首先从保护旅游者的角度出发,搞清楚了旅游者、旅行社,单位职工与单位的法律关系,同时搞清楚了旅游合同所涉及的吃、住、行、游、购、娱、接待旅行社、导游公司等经营者之间的法律关系,从而使旅行社与旅游者的风险降为零。第四部分为与零风险旅游合同密切相关的法律、法规、规章以及旅游行业的国家标准和行业标准。

本书所提供的零风险旅游合同示范文本,仅供大家参考,由于该旅游合同文本在旅行社行业的使用率还比较低,还需要大量的实践经验来充实、完善,恳请各位专家学者以及各级有识之士提出宝贵意见。

特别感谢肖建华、肖建国两位先生合著的《委托行纪居间合同》一书给作者提供了非常宝贵的理论依据。

本书在论及旅游合同相关法律问题时,难免会有种种不足之处,尚请各位专家学者不吝赐教。

2006年10月

目 录

前言	1
第一章 旅游合同概述	1
第一节 旅游合同的概念与法律特征	1
第二节 旅游合同与承揽合同的区别	5
第三节 旅游合同与委托代理合同最相类似	23
第四节 旅游合同的归责原则	28
第五节 旅游合同关系的相对性	35
第六节 旅游合同的种类	48
第二章 旅游合同的订立	50
第一节 旅游合同订立概述	50
第二节 旅游合同当事人	51
第三节 旅游合同的形式	55
第四节 旅游合同订立实务	57
第五节 特别委托与概括委托	61
第三章 旅游合同的效力	63
第一节 旅游合同的效力概述	63
第二节 旅游合同对旅行社的效力	64
第三节 旅游合同对旅游者的效力	71
第四节 旅游合同对第三人的效力	76
第五节 第三人与旅游者的抗辩权	84
第四章 旅游合同的变更	86
第一节 转委托	86
第二节 转委托合同关系案例图解	91
第三节 另行委托	98

第五章 旅游合同的解除	101
第一节 旅游合同的随时解除权	101
第二节 旅游合同解除的损害赔偿责任	103
第六章 旅游合同的终止	105
第一节 旅游合同的终止	105
第二节 旅游合同终止的法律后果	106
第七章 旅游合同的违约责任	111
第八章 图解旅游合同案例	119
第九章 零风险旅游合同示范文本	127
第一节 国内旅游组团合同示范文本	127
《国内旅游组团合同》示范文本	127
《旅游活动计划表》示范文本	133
《旅游活动结算单》示范文本	137
《财物移交单》示范文本	141
《旅游者报名表》示范文本	142
《转委托旅行社基本情况表》示范文本	143
第二节 出境旅游组团合同示范文本	144
《出境旅游组团合同》示范文本	144
第十章 旅游案例分析	152
第一节 具有承揽性质旅游合同案例分析	152
一、“5·6”B旅行社交通事故案启示一	152
二、“5·6”B旅行社交通事故案启示二	162
三、“7·14”A旅行社交通事故案的启示	173
四、“3·19”多家旅行社交通事故连环诉讼案的启示	177
五、上海A旅行社诉M航空公司航班延误案的启示	181
第二节 具有承揽性质旅游合同的例外分析	186
一、“10·10”N旅行社发生的特大交通事故案的启示	186
二、“11·4”特大交通事故案的启示	190
三、“7·11”特大交通事故案的启示	192

四、“6·18”某景区飞来石事故案的启示	194
五、“7·16”公路悬崖落石伤人案的启示	195
六、“7·7”某旅行社交通事故案的启示	196
第三节 委托代理合同在审判实践中的应用分析	204
“8·1”C 旅行社交通事故案的启示	204
后记	215

第一章

旅游合同概述

第一节 旅游合同的概念与法律特征

一、旅游合同的概念

旅游合同,是指旅游者与旅行社约定,由旅行社处理旅游者旅游事务的合同。旅游合同又是指平等主体的旅游者与旅行社之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。在旅游合同关系中,委托对方为自己处理事务的当事人称为委托人即旅游者;而接受委托为对方处理事务的当事人称为受托人即旅行社。

旅游合同分为出境旅游合同(或者称为出境旅游组团合同)和国内旅游合同(或者称为国内旅游组团合同)两大类。根据旅游活动的特点,本书中将旅游合同中的旅行社又称为组团旅行社,简称组团社,旅游合同所涉及的转委托的旅行社又称为接待旅行社,简称接待社。

本书中的零风险旅游合同是指旅游者与旅行社使用具有《合同法》委托代理合同性质的合同时,当旅游者或旅行社非因自己的过错造成对方损失的,依据这类合同的约定或者法律规定,不向对方承担责任的一种合同形式。通俗地讲就是当旅行社按照国家法律、法规、规章以及国家标准、行业标准规范经营时,由于第三人的原因造成旅游者损失的,旅行社不承担责任的一种合同形式。

本书中的旅游合同指的就是零风险旅游合同。

《合同法》委托合同的立法,对于中国旅行社行业的旅游合同的发展将起到重大促进作用。

旅游合同最早产生于旅游者的自助旅游活动,在我国没有旅行社之前,旅游者

的旅游活动全靠自己亲自处理旅游事务。一方面,由自己购买各种交通票据、自己订房、订餐、购买游览景区门票;另一方面,自己通过了解各种旅游知识为自己充当向导,其他各种旅游事务都由自己来完成。

由于旅游者的时间、精力、信息、专业技能等方面的要求,旅游者没有必要对旅游活动中事务性的工作“事必躬亲”,所以,旅游者对获得各种服务的需求越来越普遍,委托现象也十分频繁。比如,委托他人购买机票、火车票、订房、订餐、租赁客运汽车、导游等具体事务。随着旅游者旅游活动的迅速增长,使得这些服务成为一种以营利为目的的服务行业,这就是旅行社行业。尽管旅行社与第三人签订的合同可能不包含委托的字样,但专门从事旅游活动服务的旅行社无不需要旅游者的委托开展业务而生存。所以,旅行社是因为有大量的旅游者的增长才有旅行社的出现和发展,旅行社的所有活动,紧紧围绕着旅游者的委托事务而开展自己的业务活动。为了便于双方履行承诺,确定双方的权利义务,旅游合同就出现了。

二、旅游合同的法律特征

(一) 旅游合同的订立以旅游者与旅行社之间的相互信任为前提

旅游者要承担旅行社依委托授权所为民事活动的后果,所以旅游者对旅行社的选任,是以他对旅行社的办事能力和信誉的了解,相信旅行社能够处理好委托的事务为前提的。旅行社愿意接受委托,也是基于为旅游者服务的自愿和能够以自己的能力处理好委托事项的自信。如果任何一方不再相信对方,都可以解除或终止委托合同。

(二) 旅游合同的内容是由旅行社用旅游者的名义和费用处理或管理旅游者的事务

旅游合同是一种典型的提供劳务的合同。旅游合同订立后,旅行社在委托的权限内办理受托的事务应以旅游者的名义进行,其后果直接由旅游者承担。旅行社在委托权限内所实施的行为,等同于旅游者自己的行为,旅行社办理受托事务的费用也由旅游者负担。比如,《旅行社管理条例实施细则》第四条、第五条明确规定对于旅游合同中涉及的吃、住、行、游、购、娱等经营者,旅行社是代理旅游者与其签订各种形式的服务合同,旅行社这时的角色是代理人,是以旅游者的名义与这些经

营者签订各种合同的。

在旅游实务中,旅游者的委托事项可分为两类:一类属于法律行为,如委托旅行社代订机票、订房、订餐、订导游公司之导游等。一类为非法律行为,其中主要是一些事实行为,尚不构成法律事务。而委托处理的事务中,相当多的事务是法律事务。学者一般认为,事实行为和法律行为都可以作为委托的事项。在合同法颁布后,这一观点得到立法的肯定。因为我国的《合同法》已明确地将委托合同与代理关系区分开来。委托合同是旅游者与旅行社之间的约定,而代理则既有以委托合同为基础的内部关系,又有旅行社与第三人之间发生的外部关系。如果委托事项是以设立、变更、终止民事权利或民事义务为目的的民事法律行为,旅行社与第三人要成立民事法律关系,后果由旅游者承担,这将构成一项代理。所以委托事项的范围比代理事项的范围广。一般而言,无论法律行为还是非法律行为,各种事务原则上均可委托他人处理。采取这样广义的观点,有助于自然人和法人处理不能或不便亲自处理的除代理以外的一切事务。当然,委托的事务应有以下限制:第一,不得违背公序良俗,不得违法;第二,事务的性质须许可由他人代为处理。

(三) 旅游合同为诺成合同

旅游合同自双方当事人意思表示一致时,即可成立并生效,不以物的交付或当事人实际履行为合同成立生效的要件。因此,旅游合同为诺成合同。旅游合同的订立程序虽然也有要约与承诺阶段,但是旅游合同基于当事人之间的信任关系和单方授权的性质,所以法律也可规定受要约人不为承诺也可以推定承诺成立。比如旅行社经营需要挂牌营业,这类挂牌营业属于一种要约引诱。如旅游者向其发出委托(要约),其职业道德或执业规范往往要求其不得拒绝。

(四) 旅游合同为不要式合同

当事人订立旅游合同可以根据实际情况选择口头、书面或其他适当的形式。所以,一般地说,旅游合同为不要式合同。但是,法律规定必须以书面形式的,应依法律规定采用要式合同形式。要式旅游合同一般仅限于委托处理的事务依法须有旅游者向受委托人特别授权的情况。旅游合同因以当事人之间有信任关系为前提,合同条款的订立往往比较简单,当事人之间常常遵守以往的合作惯例或当地当时的商事习惯。