

旅游合同研究

LVYOU HETONG YANJIU

郑文科 ◎ 著



首都经济贸易大学出版社
Capital University of Economics and Business Press

旅游合同研究

郑文科 著



首都经济贸易大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

旅游合同研究/郑文科著. —北京:首都经济贸易大学出版社,
2014.1

ISBN 978 - 7 - 5638 - 2164 - 8

I. ①旅… II. ①郑… 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(2013)第245226号



出版发行 首都经济贸易大学出版社

地 址 北京市朝阳区红庙(邮编 100026)

电 话 (010)65976483 65065761 65071505(传真)

网 址 <http://www.sjmcb.com>

E-mail publish@cueb.edu.cn

经 销 全国新华书店

照 排 首都经济贸易大学出版社激光照排服务部

印 刷 北京京华虎彩印刷有限公司

开 本 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数 217 千字

印 张 8.5

版 次 2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5638 - 2164 - 8/D · 141

定 价 22.00 元

图书印装若有质量问题,本社负责调换

版权所有 侵权必究



序

随着我国社会经济的发展和人民生活水平的提高,旅游业以前所未有之势发展起来,但是由于法律制度上的不成熟,各种旅游陷阱层出不穷,损害游客利益的事件不断发生,这种现象如果不加以制止,旅游者的利益如果一直得不到有效保护,最终必然损害旅游业的发展。因此,研究旅游法律关系、研究对旅游业者的规范化管理意义重大。

旅游合同属于无名合同,在《合同法》中无反映。因为在《合同法》制定之时,我国的经济发展水平较低,人们对旅游的需求尚不旺盛。根据经济基础决定上层建筑的基本理论,作为上层建筑之一的法律制度——旅游合同在法律中当然没办法得到反映。而在旅游经济发达的国家和地区,如德国、日本和我国台湾地区等,关于旅游合同的法律制度比较成熟,这也成为作者写作本书中的重要参考资料。

本书是在八年前的博士学位论文之基础上修改而成。在以旅游合同作为博士学位论文选题时,我国的旅游合同研究还不繁荣,旅游立法未完成,故此选题具有重要的理论意义和实践意义。八年时间内,我国专家、学者对旅游立法特别是旅游合同的研究日益成熟,这给本人提供了大量修改本书的资料,深受启发,在此深表感谢。

就在本书交付出版社后不久,2013年4月25日第十二届全



国人民代表大会常务委员会第二次会议通过了中华人民共和国旅游法,本人又紧急与出版社协商,撤回书稿,对照旅游法进行了审核,发现本书中的若干理论观点在旅游法中已有体现,有些理论认识在旅游法中未有体现,有的理论认识与旅游法中的规定并不一致。本书结合旅游法的相关内容,对若干问题进行了修改,但是,一是由于时间仓促,不能一一比对,二是由于本人才疏学浅,理论研究上存在遗漏或者谬误在所难免,欢迎专家学者不吝赐教。

郑文科

2013 年 10 月



摘 要

旅游合同是依法取得旅游业经营权的主体与游客之间所订立的、由旅游业经营者向游客提供综合性旅游服务、游客支付旅游费用的合同。旅游合同只能是具有法定资格的主体与游客订立的合同,旅游合同的客体是综合性的旅游服务。

有人将旅游合同看作承揽合同或者委托合同的一部分,其核心是否认旅游合同的独立性。我们认为旅游合同本身具有自己的独特性,应当有名化,使之具有自己的法律地位,它与其他有名合同之间不存在隶属关系。

虽然旅游合同具有自己的独立性,但是其与其他合同有密切关系,包括与旅游活动过程相关的各个环节中的合同。在与运输合同的关系中,如果运输行为是由旅游业经营者自己履行时,此时运输行为不具有独立性,是与整个旅游契约合为一个整体的。在运输行为是由其他人履行时,如果是由旅游营业人与其他承运人之间订立运输合同,旅游营业人是运输合同的主体之一,游客成为运输合同的运送对象,此时旅游合同与运输合同是两个完全独立的合同。如果由于承运人违约或者侵权,使游客的利益受到损害,游客对实际承运人享有请求权。如果是由旅游营业人代为游客购买相关运输工具乘坐的票证,游客本人既为运输合同的当事人,也是被运输的对象。在此情况下,运输合同与旅游合同之间没有任何关系,承运人与旅游业经营者之间也没有法律上的关



系。旅游业者只是代理游客与承运人之间订立运输合同,真正的运输合同的当事人是游客与承运人。在旅游合同中也涉及一些委托的事务,但是旅游合同本身不是委托合同。只有在游客为了某些便利,委托旅游业者代订机票、预定旅馆、代购门票等事务时,才形成委托合同。但是这不是旅游合同。我们认为旅游合同与承揽合同有相似的地方,但是它们之间并没有从属关系。

旅游合同的主体包括游客与旅游业经营者。游客是参与旅游业经营者所组织的旅游活动中的自然人,即使他们不是旅游合同的当事人,也能取得与当事人相同的法律地位,受旅游合同的保护。法律对游客并没有民事行为能力上的要求,但是作为旅游合同的当事人,游客必须要具备完全的民事行为能力。旅游业经营者是指依法取得旅游业经营资格、以向游客提供综合性的旅游服务为营业并收取费用之人。上述综合性的旅游服务为安排旅程及提供交通、膳宿、导游或其他有关之服务中两项及以上的服务。我国目前的规定没有强调旅游业经营者主体资格的法定性,也没有强调旅游服务给付的综合性,且将主体定为旅行社,都是不合理的。

在旅游合同的主体中,游客是处于第一位的,因为游客所寻求的是精神利益,而旅游业经营者所寻求的是经济利益。精神利益是属于人身权的范围,而经济利益是属于财产权的范围。

游客与旅游业经营者的权利与义务是旅游合同的核心内容。游客的权利可以分为以下三个层次:第一个层次是作为一般的消费者所享有的权利;第二个层次是作为一个精神利益追求者即纯游客的身份所享有的权利;第三个层次是作为旅游合同的当事人的身份所享有的权利。作为一个消费者,他享有消费者权益保护法中所规定的消费者的权利。作为精神利益追求者的游客应当



享有以下权利:①任意解除权。游客行使任意解除权在法律上之限制性条件极少。游客的任意解除权是形成权。②合同转让权。游客所行使的旅游合同的转让权是属于合同债权的转让。如果转让行为有损旅游业者的利益,则该转让应当禁止。合同转让权的理论基础在于旅客已经履行了旅游合同中的主要义务,剩余的只是权利。权利的转让并不会增加旅游业经营者履行义务的难度。作为旅游合同当事人的游客所享有的权利是最为广泛的。上述第二个层次即游客作为精神利益追求者所享有的权利是其最根本的权利,这些权利也最能反映出游客的特殊性。作为合同当事人的游客,主要的义务是交纳旅游费用,还负有协助、告知等附随义务。不是作为旅游合同的当事人的游客所承担是附随义务和法定的义务。

旅游业经营者的权利主要有旅游费用请求权和旅游内容变更权。旅游内容变更权的行使应当是出于不得已之事由;旅游内容的变更不能降低了旅游的标准,而且变更之后并不能增加旅客的费用。旅游内容变更权的理论基础是旅客至上,以人为本的思想。旅游业者的义务包括先合同义务、合同义务和后合同义务。旅游业者的先合同义务有告知的义务、提示的义务和某些代办的义务;旅游业者的合同义务有合理安排行程的义务和提供旅游服务的义务和安全保障义务等;旅游业者的附随义务主要有对于旅客旅游过程中在旅游业经营者安排的商店所购物品出现瑕疵时,协助办理退换货的义务和相关文件提供的义务。

在现代社会,旅游与保险的关系也越来越密切。旅游中涉及的保险有旅行社责任保险和游客自愿选择参加的商业保险,二者是可以并存在。旅行社责任保险属于责任保险的范围,该责任仅限于民事责任,该民事责任又仅限于财产赔偿责任。有的国家或



者地区规定,责任保险是旅游合同中的一个不可或缺的内容,保险条款就成为旅游合同条款中的一部分。我们认为,旅行社责任保险并无必要成为旅游合同中的内容。因为旅行社责任保险的当事人是旅行社与保险公司,旅客在旅行社责任保险中并没有法律地位。如果旅行社没有投保责任保险,旅游合同本身的效力并不因此而受到任何影响。而在游客的个人旅游保险中,旅行社不能为投保人,因为旅行社对于保险标的不享有保险利益。

虽然法律也明确规定旅行社质量保证金制度也是保障游客利益的措施之一,它与旅行社责任保险双重地保障了旅游者的合法权益,但是二者之间具有以下重要区别:一是旅行社质量保证金的所有权仍归旅行社所有,而旅行社交纳责任保险费后,该保险费归保险公司所有;二是二者适用的赔偿事由不同;三是二者的期限不同;四是二者赔偿的范围不同;五是二者赔偿的数额不同。

在现代生活中,旅游合同多是以格式合同的形式出现。格式合同可以分为广义和狭义两种情况。我国合同法上规定的含有格式条款的合同,就是属于广义的格式合同,旅游合同是广义的格式合同。我国旅游业经营者订入旅游合同中的格式条款,存在以下主要问题:一是扩大自己单方权利;二是单方面免除自己责任;三是减轻自己责任;四是加重游客责任,造成明显的不公平。因此必须对旅游合同中格式条款进行立法、行政和司法上的控制。我国目前的立法控制,存在以下不足之处:一是没有专门的立法控制。二是合同法的规定不具有可操作性。三是缺乏格式合同中应当订入的强制性条款的规定。法律中应当强制性地规定制订格式合同时必须订入的条款。四是应当在法律中规定制订含有不公平格式条款的合同者的责任。而旅游合同格式化的



行政控制主要在于对于旅游合同格式文本制定的指导。其主要方法有两种,一是制定旅游合同示范文本。二是对于旅游业者制定的含有定型化条款的旅游合同进行审查,对于其中的不公平条款进行限制。我们认为旅游行政管理部门对于旅游合同中的格式条款的控制应当从以下两方面入手:一是建立事先审查制度,二是由旅游行政主管部门根据旅游合同的一般情况,制定行业通用的格式合同,强制各个旅游营业人使用。对于旅游合同中格式条款的司法控制只能是就个案而为之。旅游合同中格式条款的司法控制之方法,一是对于旅游合同中格式条款的效力的认定;二是对于旅游合同中格式条款的解释。其解释之规则一是采用非格式条款而放弃格式条款的原则;二是按照通常理解予以解释的原则;三是做出不利于提供格式条款的一方的解释。在此原则指导之下的解释,可能出现损害格式条款制定者的合法利益的情形。如果还有其它方法探明合同用语的含义,是不能采用这一原则的。

旅游业经营者可以采用格式合同,也可以采用旅游合同示范文本与游客订立旅游合同。旅游合同示范文本与格式合同在制定的主体、制定的目的、可修改性及公正性方面都有较大的差异。

在旅游合同中也必须要有完善的违约责任条款,以保护当事人的利益。与一般合同中的归责原则不同,旅游合同之归责原则应当采取过错责任原则为主,无过错责任原则为辅的原则,这符合现有法律的规定。在旅游业者违约后,其承担违约责任的方式又有严格的主次之分:最主要的形式应当是赔偿损失。其次是采取补救措施,其所对应的就是游客的改善请求权。最后是继续履行。旅游合同违约时是否采取继续履行的方式承担违约责任要分为两种情况:一是预期违约的情况。如果在旅游合同订立后,



旅游营业人出现了预期违约的情况,游客可以要求其以继续履行的方式承担违约责任。二是实际违约的情况。如果在履行旅游合同的过程中出现了违约行为,往往是无法要求继续履行的;如果违约行为是由不可抗力和游客的过错造成的,旅游业经营者不承担违约责任。游客对于其行使任意解除权给旅游业经营者造成的损失,也承担赔偿责任。

关于违约的精神损害赔偿问题,传统民法理论是否认违约责任包含精神损害赔偿内容的,有人认为旅游合同的违约应当给予受害人精神损害赔偿。但是从我国的司法实践来看,精神损害赔偿只是在自然因其人格权受侵害时才产生的责任方式。而且,最高人民法院的司法解释中也明确规定,对于精神损害赔偿,必须以侵权为由提起请求。因此我国是不承认违约责任中包含精神损害赔偿的内容的。我们认为,旅游合同的违约责任是否适用精神损害赔偿,不能一概而论,应当分为两种具体的情况进行分析。一是没有造成游客人身伤害的违约行为。如果旅游业经营者在为游客提供旅游服务时,只是服务的质量没有达到合同的约定或者法律的规定,即使给游客的精神上带来了一定的痛苦,也不能适用精神损害赔偿。二是造成游客人身伤害达到一定程度的违约行为,就应当承担精神损害赔偿。至于该程度的确定标准,应当参照刑事案件中的伤害程度进行确认。

如果旅游业经营者造成游客时间浪费,旅游业经营者也应当对由于其过错造成的游客时间之浪费承担赔偿责任。从法律上来看,我们认为游客该请求权的基础有二:一是宪法上规定的“休息权”。劳动者的休息权利,并不是仅仅在工作时间休息的权利,而且还应当包括充分、有效利用自己的休息时间的权利。在旅游活动中,由于旅游业经营者安排不当,造成旅游时间浪费,实际上



损害了游客充分、有效利用其休息时间的权利,存在可责难之处,承担相应的责任也是应当。二是基于合同法上的委托关系。游客委托旅游业经营者合理安排自己有限的旅游时间,由于安排不当造成游客有限旅游时间的浪费,自然应当承担违约责任。游客时间浪费请求权之性质,首先是属于债权。其次属于基于财产权而形成的债权,即认为时间本身就是一项无形财产。

旅游业经营者的违约行为,如果也构成侵权行为,就产生了违约责任与侵权责任的竞合。违约责任与侵权责任的竞合必须符合以下条件:一是行为的同一性和主体的同一性;二是损害结果的同一性;三是归责原则的同一性。在出现责任竞合时,法律上的解决原则是赋予了受害者以自主选择的权利。该选择权是针对行为人行行为类型的选择权,即选择将其行为作为侵权行为或者是违约行为看待。受害者的选择权在性质上属于形成权之类,而且选择权本身的时效是不存在的,但是其选择行使的权利却存在诉讼时效的限制。其存续时间是依据受害者所拟选择的权利的时效进行判断。

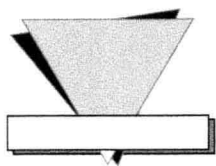


目 录

导 论	1
0.1 研究旅游合同的必要性	3
0.2 研究方法及主要特色	11
第一章 旅游合同概述	17
1.1 旅游合同的概念	19
1.2 旅游合同的特征	26
1.3 旅游合同的种类	31
1.4 旅游合同的性质	34
1.5 旅游合同与相关合同的关系	40
第二章 旅游合同立法的比较考察	49
2.1 德国法中的旅游合同	51
2.2 我国台湾地区立法中的旅游契约	56
2.3 《布鲁塞尔旅行契约国际公约》	66
2.4 日本法中的旅游合同	76
第三章 旅游合同当事人的权利和义务	81
3.1 旅游合同的主体	83
3.2 游客的权利与义务	106
3.3 旅游业经营者的权利与义务	127



第四章 旅游合同中的保险责任	139
4.1 旅游保险	141
4.2 旅行社责任保险	146
4.3 游客个人旅游保险	156
第五章 旅游合同与格式合同	163
5.1 格式合同	165
5.2 旅游合同中格式条款的控制	175
第六章 旅游合同中的民事责任	187
6.1 旅游合同中民事责任的承担主体	189
6.2 旅游合同中的违约责任	192
6.3 旅游合同中违约责任与侵权责任的竞合	214
附录一 中华人民共和国旅游法	223
附录二 关于《中华人民共和国旅游法 (草案)》的说明	240
参考文献	247
致谢	254



导论

0.1 研究旅游合同的必要性

0.2 研究方法及主要特色



0.1 研究旅游合同的必要性

不管是因为生活所迫、还是因为战争等原因,人们离开自己经常居住的场所到其他陌生的地方去,并不是现代社会才有的现象,可以说是自古有之。但是在过去经济生活不发达的情况下,人们对精神利益的追求之意识也不能形成,其个人在社会空间的移动很少有以追求精神愉悦为目的的旅游活动。现代社会的旅游发展是随着社会物质财富的积累达到相当程度后才发展起来的。在社会生产力有一定程度发展、个人的物质财富积累到一定程度、社会的物质财富积累达到一定程度之时,以追求精神利益为目的旅游活动才能出现,但是最初这只是少数有钱人的特权。因为旅游是人们前往异地以寻求愉悦为主要目的而度过的一种具有社会、休闲和消费属性的短暂经历。^① 人们进行旅游的主要目的在于寻求精神上的满足,即精神“愉悦”,这是旅游的本质属性。在人们连最基本的物质生活尚不能维持时,其寻求精神满足之要求也是无从谈起的,甚至于连这种欲望也是不可能产生的。只有当现代社会的物质财富的积累达到相当程度后人们对精神利益的追求才越来越强,如旅游、听音乐会、看展览、看电影等。但是,一旦人们有能力追求这种精神需求时,其所产生的连锁反应又是人们始料未及的。人们在追求自身精神利益的同时,又产生了巨大的外部正效应,最主要的是带动了经济的发展,这一点在人们开展旅游活动时表现得最为明显,因为旅游涉及交通运输、酒店饮食、保险等各个行业,其上游又影响到建筑、制造、食品

^① 谢彦君著:《基础旅游学》,中国旅游出版社,2004年,第73页。