

情形及处理;解除合同的情形及处理;意外事件影响行程的情形及处理;对旅行社一方变更行程的限制;违约的情形及处理。

对住宿服务,特别要求因住宿经营者自身或非自身的原因不能按事先约定提供住宿的,应当为旅游者或者协助旅游者解决住宿问题。这是为异地旅游者到达后原订房无效、临时寻找住宿困难而做的安排。

三、签订包价旅游合同的旅行社是生产商,而不是中介

包价旅游合同是指旅行社预先安排行程,提供交通、住宿、餐饮、游览两项以上服务,旅游者以总价支付旅游费用的合同。这里,是否采用组团的形式出游、行程安排得紧凑还是宽松等,都不是包价旅游合同的要件。因此,包价旅游合同并不仅限于旅行社组织的团队旅游这一种形式。现在流行的“机加酒”等形式的合同,如果是由旅行社预先安排出售、旅游者以总价支付的,也是包价旅游合同。

包价旅游合同特殊性较强,立法原有困难。在制订《合同法》时即考虑作为一种有名合同进行规范,后因不成熟在草案中删去了。理解《旅游法》关于包价旅游合同各项规定的关键,在于签订合同的旅行社在性质上是生产商,而不是中介,必须对签订合同的内容向旅游者负全责。其道理如同汽车、冰箱生产商一样,尽管所有零部件都可能是外购的,也要对售出产品的所有质量问题向消费者负责。

这里责任的范围应当限定为合同约定提供服务的项目所产生的责任,对合同约定之外产生的责任问题,与合同无关,不是包价旅游合同的责任。因此,并不是旅游者在包价旅游合同履行期间发生的一切事故和损失皆由旅行社承担责任,这一点也不需要,在《旅游法》中专款明确。并且,不需要也不应当对包价形式的“机加酒”等旅游产品规定不同的责任承担。

签订包价旅游合同的旅行社或旅游者可以根据合同就合同约定的服务项目产生的问题向对方提出责任要求。如果组团社向旅游者作了赔偿,而又是履行辅助人造成的,旅行社可以向履行辅助人进行追偿。这时追偿的依据是旅行社与履行辅助人双方的服务提供合同,而不是旅行社与旅游者签订的包价旅游合同。

《旅游法》对包价旅游合同责任问题作出的例外规定是,在由于公共交通经营者的原因造成旅游

者人身损害、财产损失的,不再采用旅行社先承担赔偿再追偿的程序,改由公共交通经营者直接承担赔偿责任,此时,旅行社应当履行协助旅游者向公共交通经营者索赔的法定义务。公共交通的赔偿往往既涉及参加包价旅游的旅游者,也涉及不参加包价旅游的乘客,这么规定,既便于节约旅游者和旅游经营者的时间,又避免同一个案情通过不同的渠道产生不同的处理结果。

有针对性的、好的合同范本对签订合同的双方有很高的实践参考价值,对于预防可能出现的漏洞、抑制随时出现的不良做法作用很大,但合同范本应当在比较中产生,在自愿的前提下使用。由于法律属强制性行为规范,《旅游法》没有对这种倡导性的做法作出规定,但这不影响旅游主管部门、行业协会、专家学者、旅游经营者、旅游者等研究、提出自己的合同推荐文本、参考文本。

(作者系该室副巡视员;收稿日期:2013-07-14)

对《旅游法》中有关民事法律关系问题的解读和思考

渠涛

(中国社会科学院法学研究所,北京100720)

《旅游法》是一部集行政监督、旅游行业管理、民事合同等规范于一体,作为一部专门针对特别领域的综合性单行法颁行的,其涵盖内容之广,比较全面地反映了所需要调整的法律关系。

《旅游法》的颁行,对保障旅游市场有序发展无疑是福音,但同时必须面对的是实施中将会遇到的各种问题。因此,在庆贺福音的同时,更重要的是预测需要解决的问题,以做到未雨绸缪,让这部法发挥实效。有鉴于此,以下仅围绕该法中与民事法律的关系,就几个具体问题陈述一己学者管见。

第一,《旅游法》中民事相关规定应适用的基本原则。旅游市场作为整体市场的一部分,其正常秩序的培育、建立、维护首先需要的是兼顾各方利益,在法律上的体现就是权利义务对等。就旅游法律关系而言,旅游者与旅游经营者之间的权利必须兼顾,过于偏重经营者的利益会造就大批奸商;而过于偏重旅游者利益则可能出现刁民。

《旅游法》第1条规定的“为保障旅游者和旅游经营者的合法权益,规范旅游市场秩序,保护和合理利用旅游资源,促进旅游业持续健康发展……”这一立法目的正是体现了这一法理。从具体规定看,尽管在“法律责任”(第95~110条)一章全都是对

经营者责任作出的相当严格的规定,但其规定的内容主要是行政处罚;而在民事相关方面,对经营者义务与责任的规定自不待言,从第13~16条旅游者的义务、第66条因旅游者原因解除合同,以及第70条第二款的经营者免责、第72条旅游者违约附随义务责任等规定的设置就可以看出,同时照顾到了两者利益的平衡。因此,《旅游法》民事相关规定适用的基本原则应该是,在充分考量旅游法律关系特殊性的前提下,适用自由平等这一民法一般原则。

第二,“零团费”与“强迫购物”。“零团费”和“强迫购物”是《旅游法》颁行前社会上讨论的热点问题。“零团费”与“强迫购物”两者既有互为因果的关系,也有相互独立、需要分别考虑的关系。

所谓互为因果,其实质是经营者将经营成本和利润取之于旅游者的购物,即是“零团费”需要“强迫购物”,而又因为有“强迫购物”,“零团费”才得以成立。在旅游市场正常秩序尚未健全和旅游者消费理念尚不成熟的社会背景下,它所导致的结果是,诚信的经营成本大于非诚信经营的成本,而由此引发的纠纷却简单地推卸给社会,进而诱发社会问题。但是,值得注意的是,尽管这种现象已经成为受到广泛关注的社会问题,但并不是“零团费”就必然等于“强迫购物”。因为“本”是“强迫购物”,所以只要刹住“强迫购物”,再辅以相应措施就可以杜绝这种恶劣现象的出现。针对这一问题,《旅游法》通过第35条、第38条、第41条分两个层面设置了根治措施。一是在规范导游和领队与旅行社的雇佣关系方面,从劳动合同的角度作出规定。这些规定既体现了《劳动法》领域的基本制度,同时更照顾到了旅游行业的特殊性,尤其是第38条第三款规定实为治本之要。二是在旅游经营者(包括履行辅助人)与旅游者的关系方面,依侵权法理作出规定。在适用上,首先都应注意旅游行业从业规则的特殊性,并在此基础上,前者遵从《劳动法》的基本法理;而后者则要注意准确把握4个基本要件(第35条),即①以不合理的低价组织旅游,②诱骗(包括强迫和变相强迫,第41条第二款)旅游者,③获取不正当利益,④前三者之间的因果关系。法律关系到这个层面为止并不复杂,但第35条但书——即“经双方协商一致或者旅游者要求,且不影响其他旅游者行程安排的除外”——的适用将会遇到一些问题。以包价旅游为例,所谓“双方”的一方是复数旅游者,如果是某一单位组团后委托旅行社的情形还好,但散招成团的情形则难以构成作为旅游者的一方,所谓“旅

游者的要求”和“其他旅游者”两个概念也会因同样的关系使得在具体使用上发生问题。应该说,这条但书的规定修改了草案中的“一刀切”式的绝对否定型规定,贯彻了契约自由原则,这一点是必须予以正面评价的,作为具体判断标准,建议采用第58条、第63条、第100条规定的书面承诺。

此外,这条但书规定十分重要,建议解释为适用于旅游合同变更相关条文的规定。

在结束这个问题的最后,谈一谈“零团费”与“强迫购物”之间的关系。笔者认为,只有两者捆绑到一起,形成互为因果关系时的“零团费”才应该被禁止,因为“以不合理的低价组织旅游”是问题的关键,如果“低价”存在正当理由,则不应被禁止。实际上,国外特定的旅游项目与航空公司联手抛出超低价旅游商品并不罕见。

第三,民事上的连带责任与依据商法规则的责任判断。在旅游合同履行法律关系中,主要有两种:一是旅游者与旅游经营者之间的服务关系,二是旅游经营者之间以及旅游经营者与法人和自然人之间的业务协作和委托关系。

关于后者的关系,在《旅游法》中被定位为组团社与履行辅助人,两者对合同履行负连带责任(第71条、第111条概念解析)。这种规定,按一般法理解释,应该适用于第49条和第54条。

在这层法律关系中,组团社与履行辅助人对旅游合同的履行负连带责任这一点,已经规定得很明白,适用中基本不会出现问题,但是,在一方承担了损害赔偿之后,向另一方或几方追偿时的责任分配上,很可能会出现纠纷,而在解决此类纠纷时如何判断则是需要研究的问题。笔者建议,在这类纠纷解决的具体判断上,首先适用商法原则,即以行业习惯优先于任意法规定的原则;其次,鉴于我国采用民商合一的立法模式,也适用《合同法》中运输、行纪、居间等商事合同规则以及《合同法》中的一般规则。

第四,不可抗力与情势变更。关于不可抗力,在《旅游法》中有导致合同变更解除的规定(第67条)和可减轻责任的规定(第75条)。但却没有将最高人民法院关于适用情势变更原则的规定纳入进来,实在是一大缺憾。

但是,实际上,在国际旅游方面,因汇率急剧变动而引发合同无法履行或履行后会导致严重有失公平的情况虽非司空见惯,但也并非耸人听闻,且为国际旅行业务所必备之常识。然而,在这种情况下,作

为民法上的制度只有情势变更才能处理个中的平衡关系。因此,尽管《旅游法》中没有情势变更的相关规定,一旦遇到类似情况,应该适用最高人民法院关于情势变更的司法解释。

第五 旅游者违反义务时的责任。国务院副总理汪洋在《旅游法》颁布后的讲话中提到:部分游客的素质和修养还不高,公共场所大声喧哗、旅游景区乱刻字、过马路时闯红灯、随地吐痰等不文明行为,常常遭到媒体的非议,有损国人形象,影响比较恶劣。

提高国民素质,提升国人形象,的确是一个非常重要的问题。但是,这些现象一旦超出一定限度进入法律程序中,就绝不单纯是素质和修养的问题了。法律不规定也不管辖素质和修养,法律规定的是权利义务。义务在法律条文中更多的表现为“应当”,它意味着违反“应当”而造成伤害和损失的行为人要负法律上的责任,而这种“责任”又可以分为民事上的责任和刑事上的责任。

《旅游法》对旅游者的违约和侵权等民事方面的责任作出了比较详尽的规定,关于涉及刑法的规定除第110条外,没有任何规定。当然,这属于法部门领域管辖范围所限,无可厚非。但是,需要注意的是,这一条规定适用对象是《旅游法》中规定的所有法主体,当然也包括旅游者。

《旅游法》法律责任一章中规定的刑法适用,在立法上应理解为指示性条款,刑法属于强行法,尤其在行为人涉嫌案件属于公诉类时,更是不以行为人为旅游者抑或XX者为判断条件。因此,当旅游者在旅游过程中的行为涉嫌犯罪时,也会毫无例外地适用刑法。例如,刑法中规定的侵害财产罪、妨害文物管理罪、危害公共卫生罪等都可能适用于旅游者。

第六 关于设置简便纠纷解决机制的建议。旅游与一般消费相比有很多特殊性,因此应该针对其特殊性设置一个公正、简便且具有高信誉度的机构来解决此类纠纷。这一机构既可以作为消协之下的分支机构,也可以作为国家旅游局的分支机构,还可以作为民间ADR(Alternative Dispute Resolution,非诉讼纠纷解决程序)设置。但是,这一机构必须做到的是能够公正、合理、迅捷地解决旅游法律关系的相关纠纷,而能够做到这一点的关键是该机构需要具备对旅游经营者的监督管理权限及其判断可具备与仲裁机构基本相同的司法效力。

(作者系该所研究员;收稿日期:2013-07-16)

## 从“旅游辅助服务者”到“履行辅助人” 周江洪

(浙江大学光华法学院,浙江 杭州 310008)

《旅游法》中关于旅游服务合同的规定,为明晰旅游者与旅游经营者之间的权义界限提供了基本的指南。在《旅游法》出台前,笔者曾结合《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》(以下简称《规定》),提出应当在《旅游法》中明确旅游经营者与旅游辅助服务者之间在责任承担上的关系,最终通过的《旅游法》对此也作了规定,其集中体现在该法第71条,但其较之《规定》又有所变化。以下对此作一简要分析。

《旅游法》第71条规定“由于地接社、履行辅助人的原因导致违约的,由组团社承担责任;组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。

由于地接社、履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,旅游者可以要求地接社、履行辅助人承担赔偿责任,也可以要求组团社承担赔偿责任;组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。但是,由于公共交通经营者的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,由公共交通经营者依法承担赔偿责任,旅行社应当协助旅游者向公共交通经营者索赔。”

该条实质上包含了两部分内容。其中,第一款规定的是因履行辅助人等原因违约时的违约责任承担问题;而第二款规定的是因履行辅助人等原因造成旅游者人身损害和财产损失时的侵权责任承担问题。当然,对于履行辅助人原因造成的损害或损失,既有可能构成合同法上的违约责任,亦可能构成侵权法上的侵权责任。关于两者的竞合问题,主要涉及《合同法》第122条的理解问题,此处不展开讨论。笔者更为关心的是其与《规定》之间的差异所在。

从内容上来看,《旅游法》第71条是在《规定》第4条和第14条基础上所作的全新规定。《规定》第4条规定“因旅游辅助服务者的原因导致旅游经营者违约,旅游者仅起诉旅游经营者的,人民法院可以将旅游辅助服务者追加为第三人。”第14条规定“因旅游辅助服务者的原因造成旅游者人身损害、财产损失,旅游者选择请求旅游辅助服务者承担侵权责任的,人民法院应予支持。旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务,旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的,人民法院应予支持。”其中,第4条规定的是旅游辅助服务者原因违约时