

## 旅行社对旅游者的安全保障义务与法律责任分析

文/缪明聪

近年来,随着我国旅游业的发展,旅游纠纷也大量出现。不少纠纷在解决过程中出现了适用法律不明确的问题,这与我国目前还没有一部统一的《旅游法》有一定的关系。在所有的旅游纠纷中,旅行社对旅游者的人身、财产损害的责任问题,尤其是涉及第三人的情况下,是相当棘手的问题之一,各法院的判决也常常不相一致,甚至互相矛盾。这对我国旅游业的发展是很不利的。旅行社对旅游者的安全保障有什么义务?当旅游者遭受损害时旅行社要承担什么责任?本文想就此问题做一分析。为使分析范围更加集中,本文假设旅行社与旅游者之间签定的是综合性全程旅游合同。

### 一、旅行社对旅游者的安全保障义务

#### (一)旅行社安全保障义务的法律依据

旅行社对旅游者的安全保障义务可以有两种规定方式:约定和法定。其中,约定的义务因为双方意志明确而争议较少;法定的安全保障义务常常因为规定不够明确而导致争议。目前相关的法律规定主要包括以下几项:

##### 1、《民法通则》的相关规定

如第5条关于公民、法人的合法民事权益受法律保护的规定。

##### 2、《合同法》的相关规定

如第60条关于当事人应当遵循诚信原则,履行通知、协助、保密等义务的规定。

又如第301条、302条、303条关于承运人对旅客的救助义务和赔偿责任的规定。

##### 3、《消费者权益保护法》的相关规定

如第7条关于消费者享有人身、财产安全的权利和第18条关于经营者保障消费者人身、财产安全的义务。

##### 4、司法解释的相关规定

如最高院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条关于住宿、餐饮、娱乐等活动的经营者的安全保障义务以及涉及第三人侵权时的责任划分规定。

#### (二)旅行社安全保障义务的内容与性质

旅行社的安全保障义务依据诚信及公平原则确立,是旅行社对与其签定旅游合同,接受其服务的旅游者的人身、财产安全所承担的保障义务。目前相关法律的规定是比较原则和抽象的,这给实际适用带来了不少困惑。不过,大方向上的理解应该是没有歧异的,指的是旅行社在自己负有责任的范围内,或者说在与自己有关系的、可能导致旅游者人身财产损害的近因范围内,有义务采取必要的防范措施,保护旅游者免受伤害或者少受伤害。

旅行社的安全保障义务包括法定义务和约定义务,以法定义务为基础。只有在约定义务或者旅行社单方承诺的义务(也可视为约定)高于法定义务时,约定义务才具有实际的意义。

### 二、旅行社违反对旅游者的安全保障义务时的侵权责任

旅行社不能尽到对旅游者的安全保障义务时,可能构成侵权,也可能构成违约,或者两者竞合。但是否构成侵权或违约,不宜对抽象的法律规定做表面化、扩大化的理解,而是要具体分析。民法通则第106条对侵权是这样规定的:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”由此可知,侵权责任包括有过错责任和无过错责任。其中,有过错责任的构成要件一般理解为四项,即(违法的)侵害行为(或不行为)、损害发生的事实、侵害行为与损害之间的因果关系以及侵害行为人的主观过错。无过错责任的侵权行为的构成要件也可以理解为四项,即(违法的)侵害行为(或不行为)、损害发生的事实、侵害行为与损害之间的因果关系以及法律的特别规定。

由于在旅游合同的履行过程中,旅行社可能自己提供相关服务,也可能通过其他协助履行的第三方提供具体服务,因此,旅行社侵权的情况就比较复杂。具体分析如下:

#### (一)旅行社自身提供服务时侵权

旅行社自身提供的服务侵权,可能是其线路设计不规范,或组织安排不科学,或导游活动有缺陷,或其自身拥有的交通、餐饮、住宿等环节出问题。既包括积极的侵权行为,也包括消极的不作为,比如未履行告示义务,未履行救助义务等。总之,只要是旅行社自身经营或控制的服务环节满足了上述的侵权构成要件,就要由旅行社对旅游者承担完全的侵权法律责任,这是不言而喻的,实践中也不易产生争议。

#### (二)协助履行的第三方提供服务时侵权

实践中，产生争议最多的情形不是旅行社本身的行为侵权，而是协助旅行社履行旅游合同义务的第三方侵权。对于协助履行的第三方侵权，旅行社是否要承担侵权责任，在实际案例中有不同的意见。根据最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释，（即使涉及的是比财产损失相对严格的人身损害责任），在协助履行的第三方直接侵权的情况下，如果旅行社能证明自己没有过错就不必承担责任。如果旅行社本身也有一定过错，作为安全保障义务人，未能在自己能够预防或制止损害发生的限度内提供相应的安全保障，则也只要承担相应的侵权责任。显然，对直接侵权人和旅行社的责任是要区别对待的。作为直接侵权人的协助履行人应当对损害后果承担全部赔偿责任。而作为安全保障义务人的旅行社，只有在存在过错的情况下，才承担相应的责任，而且，这种责任一方面受限于在其能够防止或者制止损害的范围内，另一方面还只是补充责任，即只是在第一顺序的直接责任人无力赔偿、或者赔偿不足、或者下落不明时，第二顺序的补充责任人才开始承担责任，就第一顺序的责任人承担不足或者不能承担的部分补充承担。而且，安全保障义务人承担责任后，还可以向直接责任人追偿。

然而，北京市第一中级人民法院对韩国公民李先生诉中海国际旅行社旅游服务合同纠纷、人身损害赔偿纠纷一案做出的一审判决，却似乎与此精神不符。

该案中，法院认为，直接侵权的协助履行第三人（桂林市美景旅行社）是旅游组织者中海国际旅行社的代理人，其履行安全保障义务不当，造成人身损害后果，应该由中海国际旅行社承担相应的民事赔偿责任，赔偿李某的医疗费、交通费、丧葬费及精神损失费。

笔者以为，法院判决中海国际旅行社要赔偿李某精神损失费，就意味着认定中海国际旅行社存在侵权。而结合最高院的司法解释，即便认定中海国际旅行社存在过错，其所承担的也只是补充赔偿责任，应由直接责任人桂林市美景旅行社承担首先的赔偿责任，而不应该直接判定中海国际旅行社的赔偿责任。至于中海国际旅行社是否存在过错，笔者以为也存在可商榷之处，如果桂林市美景旅行社是一家资质合格的旅行社，对其选择就很难说存在主观过错。当然，如果从违约的角度来判断则另有说法，下文将会对此进行分析。

也可能有观点认为因为本案是交通事故，中海国际旅行社承担的是无过错侵权责任。但是，既然司法解释有明确的规定（安全保障义务人有过错才承担责任），本案的直接加害人（桂林市美景旅行社）又具有完全的民事行为能力，无论从合法还是合理的角度出发，都似乎更应该判决直接加害人（桂林市美景旅行社）承担首先的赔偿责任。否则，如果绝对化地理解安全保障义务人的法定义务，认为不管在什么情况下，安全保障义务人都要负责，甚至是都要负第一性的责任，那也是有违公平原则的。对旅游业的正常发展也不利。

### （三）与旅游合同无关的第三方侵权

与旅游合同无关第三方侵权导致的旅行社侵权，与上述协助履行的第三方提供服务时侵权有相似之处，不同的是后者有可能涉及违约之诉，而前者以违约理由提起诉讼是很牵强的。旅行社依据旅游合同而产生的安全保障义务应该是有限的、相对的，是私法意义上的安全保障，只针对与自己有关的行为和与合同有关的对象，只要其本身提供的服务是符合安全保障要求的，主观上是没有过错的，就不应该认为侵权。私法意义上的安全保障义务人并没有义务去保证无关第三人也不侵权。目前正在起草的《民法典》专家建议稿，对这个问题的处理与上述最高院的司法解释精神是一致的。

然而，也有人从《消费者权益保护法》第7条和第18条出发，认为在与旅游合同无关的第三方侵权的情况下，旅行社应当承担连带责任，而不是补充责任。笔者以为这种观点对旅行社来讲过于苛求了。虽然《消费者权益保护法》对旅行社（经营者）的随附义务做了原则性的规定，但不宜从字面上做绝对化的理解，不能认为经营者的责任是漫无边际的。那样的话，既不合理，也不具有可行性。旅行社对于超出旅游合同范围的安全保障责任不应该比公安机关还高。举例来说，顾客在餐馆用膳，餐馆对顾客停放在其停车场的车辆有负责看管的义务，但这种义务范围可以保证车辆不被偷，却不能保证车辆不被抢。因为后者已经超出了餐馆所能控制的范围了。对于车辆被抢，餐馆的义务应该只是告知和警示。

### （四）旅行社可以免责的情形

#### 1、旅游者自身的过错导致伤害

民法通则第131条规定：“受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任”。如果受害人的过错是造成损害结果发生的唯一原因或者主要原因，旅行社就可以不承担责任或只承担轻微责任。

#### 2、旅游者同意

某些旅游活动具有很高的风险，如探险游之类，若无一定的免责事由则无法开展。如果旅游者事先明确表示自己愿意承担某种损害后果，则在此范围内旅行社不承担安全保障义务的民事责任。我国目前并没有相关立法对此问题作出明确规定。但是，从丰富旅游活动，发展旅游事业出发，谨慎地承认这种抗辩理由是必要的。

#### 3、其他免责事由

其他法定的免责事由，如合法行为、正当防卫、紧急避险也同样适用于与旅行社安全保障义务有关的侵权案件。上文所述的第三人侵权，而旅行社没有过错的情形，也可归入此项。

### 三、旅行社违反对旅游者的安全保障义务时的违约责任

对于旅行社违反对旅游者的安全保障义务时应负的责任，时下的流行观点是，旅行社既要承担侵权责任，又要承担违约责任，是两种责任的竞合，旅游者可以选择其中之一起诉。笔者以为，笼统的概括不利问题的解决，应对其进行具体分析。上文分析了侵权的情况，下面再对违约情况也做一分析。

#### （一）违约的构成要件

《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”由此可见，《合同法》对违约采用的是无过错归责原则，除了分则中的某些特别规定以外（如关于赠与合同的189条、191条，关于运输合同的303条、320条等），只要当事人没有按照合同约定履行义务的，不管主观上有没有过错，都要承担违约责任。而且，根据《合同法》的一般理解，违约既包括违背约定义务，也包括违背法定义务。对旅游者的安全保障义务的违背常常就属于违背旅行社的法定义务。

#### （二）旅行社自身提供服务时违背安全保障义务

在旅行社自身提供的服务有瑕疵，造成了旅游者生命、财产受损害的情况下，旅游者提起违约之诉是实践中最常见的选择，其原因大概就是因为违约之诉不需证明旅行社主观上的过错，案情相对简单明了，不会有太多的疑义。而且，在合同约定的安全保障义务高于法定的安全保障义务的时候，旅游者选择违约之诉就更是明智之举了。

#### （三）协助履行义务的第三方提供服务时违背安全保障义务

当旅游服务不是由旅行社自己提供，而是由与旅行社有合同关系的第三方提供的时候，如果该协助履行义务的第三方提供的服务有瑕疵，导致旅游者生命、财产受伤害的，旅游者通常提起违约之诉。

《合同法》第121条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”时下多数观点认为协助履行义务的第三方通常与旅游者并没有直接的合同关系，其行为的结果由旅行社直接承担，除非另有约定，第三方的违约就是旅行社的违约。

上述观点对于一般合同是正确的，然而，对于旅游合同，却有可商榷之处。由于旅游合同的特殊性，旅行社对于协助履行义务的第三方的行为通常是无法控制的，尤其是象铁路、航空、景区等具有垄断性质的第三方。毫无二致地要求旅行社对旅游者直接负责，显然将导致旅行社责任过重而最终无法承担，受害的将是整个旅游业。鉴于这种考虑，1970年在布鲁塞尔达成的《旅行契约国际公约》15条规定，旅游营业人（即本文的旅行社）委托第三人提供运输、膳宿或其他与实现旅行或短期逗留有关的服务，对旅游者由于全部或部分未能履行所引起的损害，假如能够证明其在选择给付提供人时已经尽到勤勉的旅游组织者的注意义务时，可以免除责任。

虽然我国大陆尚非该公约的签字国，但在实践中一些案例的处理也体现了这种精神。

美国是采用严格产品责任的国家，但其严格责任对服务却不适用。在美国加州上诉法院1985年对McCollum v Firendly Hills Travel Center案件的审理中，对旅游营业人（即本文的旅行社）的安全确保义务进行了解释。法院最后的判决认为被告旅行社不必对协助履行的第三人负责，旅行社并非旅游安全的保险人，他只有在有过失的时候才承担责任。

我国《合同法》303条规定承运人有过错时才对在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失承担赔偿责任。

我国《旅行社管理条例》第23条的规定同样也支持这一观点。认为旅行社因自身过错而违约的才承担责任。

因此，虽然我们不能否定《合同法》第121条的效力，但在旅游合同中，至少针对法定的安全保障义务而言，对旅行社应该采取过错归责原则。在今后的《旅游法》制定过程中，值得立法者考虑。

### 四、违背安全保障义务时旅行社侵权责任与违约责任的竞合问题

综合上述的分析，在旅行社自身具有主观过错，而违背安全保障义务，导致旅游者生命、财产遭受侵害的情况下，旅游者是可以提起侵权之诉或违约之诉的。至于到底是提起侵权还是违约之诉，按《合同法》的相关规定，旅游者可以选择，但只能提起一种诉讼。一般情况下，旅游者倾向于提起违约之诉，因为违约之诉无须证明旅行社的主观过错，此外，选择通常是处于同一地域的旅行社也比较方便。

虽然法律规定原告可以选择以侵权或违约起诉，但只是一种原则性的概括规定。由于侵权责任与违约责任在责任构成、责任形式、归责原则以及法律意义上都有所不同，因此，笔者以为，具体到个案，是侵权还是违约不应该简单由原告选择。而应该要慎重判断案件性质，有明显趋向的，应该按其趋向定性。只有在不能明确定性时才可任意选择。

笔者以为，可以考虑从三方面来判断是侵权还是违约：一是看行为主体：行为人是旅游合同当事人之一的（包括间接当事人），定性违约较合理，否则定性侵权为宜；二是看行为性质：行为本身违法的，宜定性侵权，否则定性违约；三是看被侵害的权益：如果被侵害的是合同所涉的相对权，宜定性违约，反之，侵害的是与合同无关的绝对权，则应定性侵权。

#### 五、结束语

在我国目前还没有一部统一的《旅游法》的背景下，各地旅游行政管理机关和人民法院如何公平合理地处理旅游合同纠纷，事关整个旅游产业能否健康发展。其中，如何平衡旅行社的安全保障义务、旅行社的风险控制能力和旅游者的合法权益三者之间的关系，显得尤为重要。在一些争议无法一时之间达成一致意见的情况下，或许可通过强化旅游保险等手段暂时解决。但要从根本上解决问题，还是需要由统一的专门的《旅游法》及其配套法规来规范（作者单位：厦门海洋学院）

#### 相关链接

铁路货运企业发展第三方物流浅析  
中国物流业——问题与对策  
现代物流客户服务分析  
经济市场化与行业协会转型  
构建规范完善的英语培训市场体系  
浅谈建设监理企业发展的对策和建议  
旅行社对旅游者的安全保障义务与法律责任分析  
论我国行政性垄断行业改革的必要性和决策

本网站为集团经济研究杂志社唯一网站，所刊登的集团经济研究各种新闻、信息和各种专题专栏资料，均为集团经济研究版权所有。

地址：北京市朝阳区关东店甲1号106室 邮编：100020 电话/传真：（010）65015547/ 65015546

制作单位：集团经济研究网络中心