

文/江涛

引言

自从改革开放以来,实施了以经济建设为中心的政策。随着人民生活水平的提高,双休日、黄金周等休假制度的实行,大大刺激了我国旅游市场的飞速成长,我国的旅游业更是一路高歌猛进,呈现出持续、快速、全面发展的良好态势,至2004年旅游总收入达到6840亿元人民币,相当于全国GDP的5.01%。国内旅游、入境旅游、出境旅游这三大旅游市场的需求不断的升温。

与发达国家旅游立法相比,从我国旅游业的产业规模、内涵、产业结构优化,发展阶段以及国民经济和社会发展的作用而言,我国立法明显滞后,旅游立法的要求日益凸现,旅游法律体系尚未建立。尤其在旅游活动中频发旅游纠纷,但现有法律却没有相应的规定,因而导致司法处理争议不断,最为显著的,就是旅游经营中最大量的民事法律关系,即旅游者与旅游经营者之间的合同关系。

目前,我国虽然有合同法,但是旅游合同没有被列为单独的有名合同,因此,只能适用合同法的一般原则和规定调整。但是,由于旅游活动的特殊性,使用合同法的一般规定处理旅游纠纷常常会带来尴尬的结果。

一、三部草案比较分析

中国民法典草案的起草上,合同法争议相对较少。这是因为在1999年之前,制订合同法时已进行过激烈争辩,随着我国旅游业的不断发展壮大,旅游合同的不断深入研究,在民法典中列入旅游合同,已成共识。另外,在合同法制定时究竟是否大量采纳英美法的合同法规则,曾有过大争论,但是2002年法国民法典债编修正施行,大量采纳英美法合同法规则,对我国民法典自然而然产生影响。

本文研究以中华人民共和国民法草案(以下简称官方草案)、中国人民大学法学院教授王利明主导起草的民法典草案(以下简称人大草案)及中国社会科学院法学院研究所研究员梁慧星主导起草的民法典(以下简称社科院草案)中关于旅游合同的规定,以官方草案与人大草案、社科院草案,进行比较分析。

(一) 三种版本的基本架构

1. 官方草案的基本架构

官方草案,合同法为草案的第2编,其中第十分节为旅游合同。自1121条至1139条止,共19条。包括旅游合同、旅游费提高及旅游费提高的效力、第三人参加旅游及费用负担、旅游质量及纠正、减少旅游费用、终止合同及送回、损害赔偿、因旅客自身原因未达到质量要求、游客自身原因造成不能旅游及送回、限制责任、旅游开始前解除合同。不可抗力终止合同、时间浪费、不利约定禁止等。

2. 人大草案的基本架构

人大草案分为八编,合同法为草案的第七编,共分三十章。法条计四百六十六条,内容属合同法的分则性质,因为它将合同法总则一部分规定在第六编总则。第二十五章为旅游合同,自第一千六百三十七条至第一千六百五十一条止,共16条。包括旅游合同的定义、旅游合同内容及形式、旅游业者的资格、旅游业者的主合同义务、服务内容的变更、专职导游、说明义务。

3. 社科院草案的基本架构

社科院草案分为七编。合同法为草案的第四编。自第二十七章至第六十二章,第五十七章为旅游合同,自第一千三百九十六条至第一千四百一十一条,共16条。包括旅游合同的定义、旅游合同的成立、旅行社的义务和瑕疵担保责任,旅行社的附随义务、游客的交费义务、游客的附随义务、旅游团的组织、合同转让、旅游合同的罢工、旅游开始前的解除、旅游开始后的解除、游客人身安全、游客的财产安全、因合同义务人的原因造成的损害、精神损害赔偿、法律适用等。

(二) 比较分析

1. 官方草案与人大草案的比较

官方草案与人大草案的规范内容相异之处:

(1) 官方草案有旅游合同的定义。人大草案不但有旅游合同的定义,还列出旅游相关企业,旅游合同的内容及形式,强调旅游合同应当采用书面形式。

(2) 官方草案无旅游业者的资格和专业导游的规定。人大草案有两条分别规定旅游业者资格和专业导游提供旅游服务。

(3) 官方草案对旅游业者的瑕疵担保责任有详细的规定，共六条：旅游质量、纠正、减少旅游费用、终止合同、送回及损害赔偿、可操作性强。人大草案仅有一条。

(4) 官方草案有因游客自身原因未达到质量要求，游客自身原因造成不能旅游，送回及费用负担等规定，可操作性强，规定双方权利义务特别是明确游客的责任。人大草案无此规定。

(5) 官方草案有限制责任的规定，旅游业者对旅游合同中所负的人身伤亡以外的赔偿责任的进行限制，该限额不满旅游费的三倍的，增加为三倍。人大草案无此规定。

(6) 官方草案有时间浪费的规定，由于旅游组织者的过错游客未能按照规定行程旅游的，就其所浪费的时间所造成精神损害，游客可以请求适当的金钱赔偿。人大草案无此规定。

(7) 官方草案有不利约定禁止的规定，有不同的约定，对游客不利的，无效。人大草案无此规定。

(8) 官方草案和人大草案均有规定旅游开始前，游客可以解除旅游合同。官方草案还规定旅游组织者可以请求损害赔偿。

(9) 官方草案规定了旅游费的提高以及旅游费提高的效力。规定的时间限制及费用限制。人大草案无此规定。

(10) 人大草案对旅游业者规定的说明义务，救助义务，协助义务及游客支付费用的义务。但官方草案无此规定。

(11) 人大草案中有法律适用的规定，即本章没有的适用承揽合同的有关规定。但官方草案无此规定。

2. 官方草案与社科院草案的比较

官方草案与社科院草案的规范内容相异之处：

(1) 社科院草案与官方草案的精神损害赔偿（或称时间赔偿）之规定，社科院草案的精神损害赔偿范围较宽泛。

(2) 社科院草案与官方草案均有旅行开始后解除合同之规定。不可抗力事由不尽相同。

(3) 社科院草案规定了合同转让。即旅行社因游客人数不足以成团；将合同转让，事先应当征得游客书面同意。官方草案无此规定。

(4) 社科院草案规定因合同义务人的原因造成的损害，可以向该义务人或旅行社请求赔偿，官方草案无此规定。

(5) 社科院草案规定了旅行社旅游团的组织，游客的人身安全、财产安全等较多义务。官方草案无专门条文规定。

(6) 社科院草案规定了游客的附随义务、交费义务。官方草案无专门条文规定。

此外，官方草案独有规定已有论述，人大草案与社科院草案相同条文在此不再赘述。

二、法条评析及立法建议

针对三版本民法典的异同，与立法过程中的争议、评析并提出立法建议。

1. 官方草案值得肯定方面

(1) 旅游合同有名化

在民法典中将旅游合同作为一种有名合同进行规定，具有以下几个方面的意义：第一，节约交易成本。在立法对旅游合同双方当事人的权利义务作出详细规定之后，旅游业者与旅客在订立旅游合同时减少消耗成本。第二，提高裁判的可预见性。第三，有助于旅游合同关系进行规范的调整。目前我国旅游法律关系的调整主要依靠国家旅游局颁布和发布的行政规章以及期效力层次较低的规范性文件。第四，强化对旅游当事人的民法保护。实现旅游合同的有名化以后，可以强化对旅游合同当事人的私法救济。而旅游合同的有名化可以减少旅游合同的行政干预色彩，强化当事人承担的民事责任。

(2) 主合同义务、瑕疵担保义务

旅游业者应当按照合同约定的标准向游客提供服务。瑕疵担保义务是除劳务给付合同以外的其他有偿合同的债务人应负的义务内容之一。

(3) 旅游业者的协助义务（送回）

由于异地性是旅游最根本的特征。旅游业者应尽量协助旅游者返回原地出发，身处异地甚至异国他乡的旅游者极可能面临困境。送回是旅游业者法定的协助的内容之一。当然，原因不同，费用承担义务也是不同的。由于旅游业者的过错终止合同的，费用由旅游业者承担；由于不可抗力终止合同的，费用由旅游业者和旅游者各承担一半；由于旅游者自己原因造成终止合同的，旅游者可以请求旅游业者将其送回，费用由旅游者承担。

(4) 第三人代替旅游

本条是关于第三人顶替旅游的规定。旅游开始前，旅客得变更由第三人参加旅游，这实际上类似于赋予旅客一种任意变更权。法律之所以赋予旅客在旅游开始前享有任意解除权，主要是因为旅游合同的发行必须由一方当事人亲自参加，如旅客因自己一方之事由（如健康、工作或家庭等原因）不

能参加，则会被视为受领迟延；而旅行社与旅客之间基于旅游合同产生的债务原则上并无属人性，旅客依照旅游合同享有的债权在旅游开始前享有任意变更权。但是也不能因旅客变更而使旅行社承受不利益。

(5) 游客的任意解除权

本条是关于游客的任意解除权的规定，允许其在旅游合同签订后，旅游开始前，可随时解除合同，且此解除无须提出正当理由。这是因为如果旅客在此时不能参加旅游，也不能由第三人替代其参加，法律又不允许其退出合同关系的话，就会导致旅客构成迟延，旅行社在旅客不能参加时也不能停办旅游，从而造成财产的不必要的浪费。

(6) 变更

旅游开始后，旅游业者应当依照合同约定而为给付，不得任意变更旅游项目。但在不可抗力事由出现导致合同不能依约履行时应允许旅游业者对合同进行变更。

(7) 时间浪费损害赔偿

因由于可归责于旅游业者的事由而致旅游无法进行时，旅客可以因利用休假无效而请求相当数额的金钱损害赔偿。应当认为，在生活节奏相当快的现代社会，支持旅客在无益旅游中的损害赔偿请求权意义重大。设立了旅客的时间浪费损害赔偿请求权，即如因可归责于旅游业者之事由而导致旅客不能参加旅行，旅客仍然可以主张预定旅游期间的的时间浪费损害赔偿。关于合同预定期间之外的时间浪费问题，如办理手续、被滞留于国外的超过旅游预定期间的期间等时间花费，扩张解释不仅可以使旅客遭受的实际损害得到补偿，也可以使法律中关于损害赔偿数额限制的规定得到平衡。

2. 人大草案与社科院草案可借鉴之处

(1) 旅游业者及专业导游资格

旅游合同的双方当事人旅客与提供旅游服务之企业，在我国旅游业为特许经营行业，民事主体从事旅游业务必要得到国家旅游局的批准，如《旅行社管理条例》第3条的规定，旅行社是指依法设立，有营利目的，从事旅游业务的旅游公司、旅游服务公司、旅游咨询公司和其他同类性质的企业。旅行社必须具备法人资格、依法登记，具有符合国家规定的旅行社章程等。本条规定沿袭了我国旅游法规的既有做法。

根据我国《导游人员管理条例》规定，从事导游工作必须通过国家考试。导游在旅游合同的履行过程中居于十分重要的地位，导游工作品质的高低决定着旅游服务的品质。导游的法律地位应当依照导游与旅行社之间是否存在劳动关系进行认定。在实际生活中，导游多与旅行之间签有劳动合同，在这种情形中，应将导游视为旅行社的代理人，在合同履行过程中处于履行辅助人的地位，其行为所产生的法律后果由旅行社承担。

(2) 旅游合同的内容和形式

此条是关于旅游合同的内容和旅游合同的形式的规定。旅客与旅游业者就旅游的主要条款达成合意，旅游合同既告成立，旅游文件的交付具有证明旅游合同成立的作用。

书面文件的内容应当记载旅游业者之名称及地址、旅客名单、旅游线路、旅游业者提供旅游服务的具体内容和费用、提供旅游服务的期限以及其他有关事项。对于旅游合同书内容，参照我国国家旅游局公布的《国内旅游组团合同范本》。

(3) 旅游业者附随义务（说明、扶助义务）

说明、扶助义务是关于旅游业者基于诚信原则而负有的附随义务。首先旅游业者对旅客负有说明义务。在旅游开始之前，特别是在出境旅游合同中，对旅游地的风俗习惯、气候条件、货币、餐饮与购物习惯、特殊法律规定、气候状况等特殊情况，旅行社应当向旅客如实告知。

此外，旅游业者对旅客还负有照顾义务。在旅行进行中，如旅客有疾病不适，如患有急病、分娩、遇险等，倘双方在旅游合同中并未约定如何处理的，应解释为旅行社有照顾旅客身体健康的附随义务。

(4) 旅游业者协助义务（购物）

本条是关于旅游业者对旅客所负有的协助及垫付特定费用义务的规定。旅客于旅游中可能会因不可归责于己或不可归责于旅行社、或不可归责于双方的事由导致身体上或财产上损失以至于解除合同，在这些情形中旅行社负有必要的协助义务。此种义务并非因道德或诚信原则而起，乃是法律上规定的义务。旅行社履行协助义务所生之费用，如无可归责于旅行社之事由，应当由旅客负担。旅行社虽有垫付之义务，但旅客应当附加利息加以偿还。

此外，在旅游进行过程中，旅游业者经常会安排旅客在旅游地的特定场所购物，在出现因所购物品质量不合格旅客要求索赔的情事时，旅游业者负有协助义务。

(5) 旅游业者亲自履行合同义务

这是因为旅游服务属于一项专门服务，其虽不需要营业者具备特殊的技能，但对旅游业者的经营能力却有专门的要求，否则根本无法保证旅游合同的切实履行。旅游业者擅自将其招揽的旅客转让给其他旅行社的，旅客有权解除合同。

对于旅游业者是否能够将旅游合同转让，在理论上存在不同观点。有的法律规定，旅游业者欲向其他旅游业者转让其招揽之旅游业务，首先应得到旅客的书面同意，旅客同意的意思相当于终止其与

原旅游者之间的旅游合同，而将合同债权债务进行概括转让，原旅游者退出合同关系。

(6) 旅客支付费用义务

交付旅游费用是旅客的主要义务，依照旅游业的惯例，旅游者有权在旅游开始之前收取旅游费，实践中即表现为缔约时预付。旅游费用的种类、数额及支付日期，一般由当事人自由约定，一般而言，旅游费用包括旅游者代办交通、膳宿、导游等必要费用以及旅行社应收的报酬以及合同的利润等内容。但在实践中，由于旅游合同多采纳格式合同，旅游费的数额实际上是旅游者一方确定的，旅客要么接受，要么就“走开”，完全没有协商的自由。对此，一般通过法律或者格式合同范本来规定旅游费用中可以包括哪些项目的费用，哪些费用不能作为旅游费用予以收取的做法，来避免在旅游合同的签订过程中旅客财产权益受侵害。

(7) 法律适用

旅游的确与承揽存在诸多相似之处：第一，与承揽一样，旅游给付的完成不仅要求有给付行为，也同样重视给付的效果；第二，在承揽合同中，定作人可以任意解除合同。（如我国《合同法》第268条规定）游客在旅游合同未完成前也享有任意解除权。并且在旅游合同中，由解除而发生的损害赔偿的范围应为合同终止后旅游完成前旅行社得之报酬，此与“定作人不仅赔偿承揽人已经工作部分之报酬且赔偿未完成工作部分应得之报酬相类似。

结语

综上所述，我国制定的三部民法典草案，大量借鉴德国及我国台湾地区成功的立法经验，兼顾我国现行旅游法规，结合我国旅游司法实践，旅游合同当以官方草案为蓝本，吸收人大草案，社科院草案的合理成分及各界人士的建议而定。（作者单位：浙江旅游职业学院）

相关链接

外部性问题在天然气资源开发评价中的应用
山东省三大产业安全估算及其维护对策
我国旅游产业合同立法研究
中部高技术产业跨越式发展的探讨
秦皇岛市旅游产业的问题与对策研究
重庆市温泉旅游产业发展的基本构想
从“钻石体系”看浙江产业集群竞争力优势
根雕艺术的文化性与根雕艺术的产业化思考

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