

# 《民法典》第996条的现实意义

□ 傅林放

《民法典》第996条规定,因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。该法条能够修正相关旅游法条存在的某些不完善之处,同时也将带来旅游诉讼案件案由选择的变化。本文将以下列案例加以阐释。

游客甲某参加旅行社组织的出境游,在境外的行程中,甲某搭乘旅行社安排的快艇。由于快艇速度过快,船身剧烈颠簸,甲某被抛入空中,而后重重坠下,导致腰椎骨折,后经鉴定构成7级伤残。

因协商未果,甲某决定向法院起诉。根据案情,甲某可以选择违约之诉,也可以选择侵权之诉,但两者在赔偿项目上是有区别的。

《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》(简称《规定》)第21条规定,旅游者提起违约之诉,主张精神损害赔偿的,人民法院应告知其变更为侵权之诉;旅游者仍坚持提起违约之诉的,对于其精神损害赔偿的主张,人民法院不予支持。据此,甲某选择侵权之诉,以获取更多的赔偿金。但问题是起诉谁呢?《规定》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。

侵权行为人显然是提供游艇服务的境外企业,该企业应承担侵权责任。然而,只要该境外企业在当地是合法经营的,就很难认定旅行社存在“未尽谨慎选择义务”,也就无法让旅行社承担补充责任。据此,甲某应当起诉境外企业,但让游客去境外维权是不现实的。游客当然可以在国内旅行社住所地把组团社和境外游艇企业一并起诉到法院,但该境外企业是否接受中国法院管辖?即使法院判决境外企业承担责任,又如何执行生效判决呢?考虑到以上难题,游客甲某只能基于旅游合同,以违约之



《民法典》第996条规定,因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。

任思潼 绘

诉的案由起诉旅行社,代价是精神损害赔偿请求无法得到法院支持。

精神损害后果客观存在,却无法获得相应赔偿,这显然不公平,不利于游客权益的保障。

## 二

《旅游法》第71条第2款规定,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。据此前述案例中的游客甲某就可以以侵权案由直接起诉组团社。组团社承担责任之后,依法可以向境外企业追偿(但一般而言旅行社不会真这么做,而是会根据裁判文书向旅行社责任保险的保险公司理赔。保险公司理赔之后,考虑到向境外公司进行保险代位追偿的难度,几乎都是放弃追偿的。所以境外企业作为实际的责任人,最终并没有承担责任)。这一规定解决了游客精神损害赔偿利益落空的问题,但带来了新的问题。

一是游客举证责任负担加重。游客为了得到精神损害赔偿的利益,也是有代价的。违约责任采纳严格责任归责原则,且应当由旅行社证明自己履行了安全保障义务,否则应承担相应的违约责任。而一般侵权责任,采纳过错责任归责原则,游客应当证明

旅行社存在侵权行为、存在过错等构成要件。换言之,违约之诉的举证责任更多在旅行社一方,侵权之诉的举证责任更多在游客一方。这显然是不利于游客维权的。

二是侵权行为与责任承担的问题。《旅游法》与《侵权责任法》对此存在分歧。《侵权责任法》第6条规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。境外企业提供的游艇服务不符合安全保障义务,侵害游客甲某的身体健康,应当由境外企业承担侵权责任。

根据《旅游法》,履行辅助人是指与旅行社存在合同关系,协助其履行包价旅游合同义务,实际提供相关服务的法人或者自然人。既然履行辅助人的行为系“协助”旅行社“履行包价旅游合同义务”,应当视为旅行社的行为,因此履行辅助人实施的侵权行为,也就是旅行社实施的侵权行为,从而应当由旅行社承担侵权责任。因此《旅游法》第71条第2款规定由组团社承担。

但这其中也有值得商榷之处。

首先,这家境外企业是否与组团社有合同关系,或者倘若其与地接社存在合同关系,能否解释为就是与组团社之间的合同关系?其次,对其他主体的行为承担侵权责任后果的情形,《侵权责任法》都有相关规定。比如监护人对被监护人、用人单位对其工作人员,接受劳务一方对提

供劳务一方,定作人(对定作、指示或者选任有过错的)对承揽人等。除了这些,依据《侵权责任法》因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。《旅游法》直接让组团社为境外企业的侵权行为承担责任,与《侵权责任法》冲突。

## 三

《规定》严格遵循了《侵权责任法》,但牺牲了游客的精神损害赔偿利益;《旅游法》在诉讼上增加了游客的举证责任负担。之所以会出现这种情形,症结在于此前的立法一直不认可基于违约责任的精神损害赔偿。为了更好地保护人格权,《民法典》第996条直接突破了此前的立法设定。《民法典》第1198条第2款规定,因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后,可以向第三人追偿。

因为《民法典》第996条的规定,今后游客起诉旅行社的案件,选择侵权之诉案由的,可能将会大幅度减少。违约之诉案由将会成为普遍情况,一是其举证责任负担轻,二是精神损害赔偿的主张也不再受影响。

(作者单位:浙江旅游职业学院)

今年是脱贫攻坚的决战决胜之年。在年初新冠肺炎疫情暴发,企业经营遭受重创的前提下,本着履行社会责任的初心,旅行社在跨省团队旅游恢复后的第一时间,积极组织赴对口支援城市的旅游团队,为旅游扶贫贡献自己的一份力量。

## 湖北峡州国旅:旅游援疆彰显担当

□ 程芙蓉

9月21日11时,搭载着85名湖北游客的CZ8501航班从武汉天河机场顺利起飞,前往湖北对口援助的新疆博尔塔拉蒙古自治州(以下简称“博州”)首府博乐市。这是今年以来湖北发出的第一个旅游援疆包机团。团队的组织者之一、湖北峡州旅行社国际有限公司(以下简称“湖北峡州国旅”)从2016年开始就致力于开展旅游援疆包机业务,5年来累计组织了近万名湖北游客飞向“大美新疆”。

9月2日,新疆恢复跨省团队旅游。随即,湖北省发改委(省援疆办)、湖北省援疆工作前方指挥部与湖北省文化和旅游厅携手合作,在南航湖北分公司的大力支持下,共同发起湖北旅游援疆包机首发团。长期参与旅游援疆工作的湖北峡州国旅接到了组织包机团游客的任务。

“时间非常紧张,但我们还是尽全力保证包机首发团顺利成行。”湖北峡州国旅武汉公司总经理杨晓芳说,从落实机票到推出产品,留给他们的时间只有两天。为此,公司专门召开了视频会议,要求全省各地的分公司、门店积极宣传组织游客。同时,通过微信公众号、加大在自有会员体系中的宣传力度以及组织有奖问答等方式,吸引游客报名。与此同时,他们还在旅行社同行间加大宣传,邀请同行实地踩线,为后续的援疆工作做好准备。

湖北峡州国旅为什么如此重视此次旅游援疆包机首发团?用杨晓芳的话说,是因为援疆项目一直是湖北峡州国旅的“一把手”工程,一直高度重视。2016年,湖北峡州国旅迈出了旅游援疆的第一步。当年5月的一天,湖北峡州国旅董事长胡时华一行7人到博州考察,看到博州拥有丰富的旅游资源,经济却一直欠发达,胡时华暗暗下定决心,不管多困难,一定要尽全力援助博州旅游发展。当天,湖北峡州国旅就向博州当地旅行社捐赠了一套由该公司自主研发、价值数十万元的管理软件,并提供后期的培训和管理服务,希望以此提高博州旅行社的管理水平。

从博州返回后,胡时华抓紧部署武汉至博州的旅游包机事宜。两个月后,7月26日,湖北首个旅游援疆包机飞抵博州。当年,湖北峡州国旅累计组织了6个航班、2000多名湖北游客,走进赛里木湖、阿拉山口国门和怪石峪。

2017年至2019年,为了吸引更多湖北游客前往新疆,湖北峡州国旅策划推出了多款性价比高、体验度强的主题旅游产品,比如“大美新疆为爱博州”“赛里木湖的静候”“新疆的葡萄熟了”等,受到了游客的喜爱。连续3年,湖北峡州国旅开行湖北至新疆的旅游援疆包机,每年班次不少于8趟,输送了超过7000名湖北游客到新疆游览,博州是停留时间最长的一站。

今年9月,在新疆恢复跨省团队旅游的第一时间,两地再次携手,开展了今年湖北首个旅游援疆包机团。

除了组织游客到博州旅游,近年来,湖北峡州国旅还把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

“10月,我们会继续组织客人去新疆。”杨晓芳说,只要条件允许,湖北峡州国旅就会把旅游援疆包机团坚持下去,增强两地发展旅游的信心,促进两地旅游复苏和重振。

## 案例研判

# 免费赠送的服务项目,游客可以拒绝吗?

□ 黄恢月

## 案由

旅行社和旅游者签订了境内周边游合同,合同中约定了住宿、游览、餐饮等服务项目,旅游者交纳了旅游团款。在旅游行程中,导游提出由于时间充裕,旅行社要向旅游者免费提供一个新开业的景区游览项目。导游的提议得到了大部分旅游者的同意。但是,有几位旅游者不愿意参加免费游览活动,而是希望按计划结束行程,早点回酒店休息。导游以无法另外安排车辆为由,将全团旅游者都带到景区游览。行程结束后,这几位旅游者以旅行社违反合同约定为由,要求旅行社承担赔偿损失;旅行社则强调是免费旅游,没有向旅游者收取任何费用,拒绝承担赔偿责任。

## 辨析

上述案例涉及以下法律条款:《旅行社条例》第三十三条规定,旅行社及其委派的导游人员和领队人员不得有下列行为:(二)非因不可抗力改变旅游合同安排的行程。《旅游法》第四十一条规定,导游和领队应当严格执行旅游行程安排,不得擅自变更旅游行程或者中止服务活动。

分析上述案例中,需明确以下问题:

一、法律关系的梳理。

第一,旅行社和旅游者之间就周边游建立了包价旅游合同关系,就该包价旅游合同来说,和其他的包价旅游合同并没有什么特殊之处,无非就是旅行社和旅游者经过协商一致,就服务项目、服务价格、服务标准、服务期限、违约责任等内容做出约定,对于双方当事人都有约束力。

第二,对于大部分同意参加免费旅游的旅游者而言,经过双方协商一

致,旅行社和旅游者又建立了一个旅游合同,确定了双方有关免费旅游的合同关系。该合同是对原有包价旅游合同的变更。

第三,对于不愿参加免费旅游的旅游者而言,虽然导游提出了免费旅游的要约,但是并没有得到旅游者的承诺,双方合同关系不成立。

在上述案例中,有一个较为容易引起争议的问题是,旅行社为旅游者提供免费服务,在法律上究竟属于何种行为,是只需要旅行社单方决定,还是需要旅行社和旅游者协商一致。这个问题关乎对于包价旅游法律关系的认识问题。

二、合同约定对于双方当事人来说就是法律。

在旅行社的服务中,不少旅行社和旅游者对于合同的认知都存在一些问题,最为主要的问题是旅行社和旅游者都认为签订合同仅仅是出游前的一个程序,而并没有意识到,签订了书面的包价旅游合同,就是确认了双方在这次旅游服务中的权利和义务。所以,即使合同签订已经完成,旅行社或者旅游者都可能随意解除合同。即使在旅游行程中,旅行社随意改变服务行程的现象也并不鲜见,其中重要的原因就是双方对于合同的认知不够。

殊不知,在一个法治意识较为健全的环境中,已经签订的合同,对于双方当事人就是法律,约束着双方当事人的行为。除非发生了不可抗力等特殊情形,其中任何一方的行为都必须与合同约定相一致,假如出现与合同约定不一致的情况,其中一方或者双方就会为此付出代价,承担相应的民事乃至行政责任。就旅行社来说,擅自增加服务项目、减少服务项目等,均为改变旅游行程的行为,都为法律所不允许。而对于旅游者来说,随意解除合同、改变行程,也要承担相应的经

济损失。

三、旅行社赠送给旅游者的免费服务项目的本质。

除了少数服务产品之外,在普通的团队游中,在行程中对于行程做出一些改变,尤其是增加服务项目往往成为旅行社服务的常态,而且增加的服务项目也是需要旅游者额外付费的,这也是旅游者诟病旅行社服务的重要原因之一。不论是增加或者减少服务项目,只要缺乏正当理由,或者没有经过双方协商一致,就是擅自对原包价旅游合同的变更。

较为特别的情况是上述案例中,由于旅行社增加的是一个免费游览项目,旅行社行为的性质认定就会存在争议,因为此种改变是基于旅游者没有出钱,或者说并没有履行付费的义务。有观点认为,旅行社或者导游赠送服务给旅游者,不仅没有损害旅游者的利益,反而是旅游者从中受益。因此,旅行社或者导游的行为无可指责,旅游者也不要疑神疑鬼,管理部门也没有必要横加干预。但笔者认为,旅行社或者导游赠送服务,尽管表面上并没有损害旅游者的权益,但改变旅游行程的性质仍然是确凿无疑的。

四、纯粹的赠送服务项目仍需要得到旅游者的同意。

在旅行社的服务中,旅行社最大的权利是向旅游者收费,只要提供相应服务,旅行社就可以向旅游者收取相应的费用。根据民法的基本原理,当事人可以处分自己的权利,包括放弃权利。也就是说,旅行社或者导游为旅游者提供服务,但不向旅游者收取相应的费用,就是旅行社或者导游放弃了向旅游者收费的权利。因此,旅行社或者导游不隐含着其他目的地向旅游者赠送服务,放弃向旅游者收费的行为并不违法。

虽然旅行社或者导游有赠送服务的权利,但这种权利是旅行社或者导游单方拥有的权利,并不意味着旅游者必须无条件接受,是否接受免费服务,决定者是旅游者,而不是旅行社或者导游。因为原有合同约定在先,而且约定中并没有赠送免费景区的服务,之所以在行程中有免费服务,是行程中导游单方提出的结果。不论是否付费,旅行社在行程中增加或者减少服务项目,旅游者实际得到的服务与约定不一致,就是单方擅自改变行程。所以,双方的协商一致才是调整旅游服务行程唯一正确的选择。

五、部分旅游者非自愿参加免费游览项目后的赔偿诉求是否合理。

首先,由于导游在未协商一致的情况下,要求几位不愿意参加免费游览景区的旅游者继续行程,导游的行为肯定不符合法律规定。其次,旅游者肯定有提出赔偿的权利。旅游者提出赔偿后,由于没有事先约定,有关赔偿损失的相关事宜,比如赔偿的具体数额等,就必须由旅游者举证。当然,在上述案例中,旅游者举证损失存在很大难度。如果旅游者举证不了损失的存在,旅行社就无须承担赔偿责任。事实上,旅游者的唯一损失,是休息时间被减少了,此类损失实在难以简单计算。

在追究旅行社的民事责任未果的情况下,旅游者有可能转而要求行政管理部門追究旅行社的行政责任。因为导游没有妥善安排不愿参加免费游览的旅游者,而是要求这些旅游者继续参加行程,导游涉嫌强迫旅游者参加游览项目,尽管该项目是免费赠送的,旅行社和导游仍然应当受到相应的行政处罚。所以,最终旅行社和导游还是要担责,根源在于没有遵守合同约定,也没有遵循协商一致的精神。

(作者单位:浙江省文化和旅游厅)