

# 至理

至理律师事务所简报 〈第4期〉

真理至上

法律至上

客户至上

责任至上

4

# Contents

至理简报第4期 目录

#### 本期内容——

- 02 至理•业务及活动
- 03 立法及司法动态
- 05 合同法案例
- 06 合同一词的历史渊源
- 06 法律咨询 O&A
- 07 浅析住宅租赁合同中的几个 关键点
- 12 浅析我国刑法立功制度中的 功利主义
- 15 《旅游法》评述





公正或正义的规则完全取决于人们所处的 特定国家和环境,而这些规则的产生和存 在归结于效用,正是通过一贯严格遵守这 些规则而产生了社会。(by 休漠)

### 至理业务

- 近期,本所来自各家银行的诉讼及执行业务的数量呈上升趋势,据统计,这段时间内集中发生的大量银行主诉案件绝大部分都涉及与钢贸有关的金融产品。
- 在7月诉至法院的一宗房地产合作开发纠纷案件中,由于合作一方恶意解除合同造成守约方损失,本所代理守约方向违约方提出支付违约金并赔偿预期可得利益损失的诉讼请求。预期可得利益损失是指在合同履行前并不为当事人所拥有的,而为当事人所期望在合同全面履行以后可以实现和取得的财产权利。

#### 至理活动

5月底和6月初,我们与美丽的宝岛台湾进行了一次短期的亲密接触。作为立足于海西经济区的法律服务机构,未来我们将越来越多地介入两岸经济交流活动,此次以旅游形式精心策划的团队活动,除了放松身心,也意在让我们的律师拓展视野,亲临其境感受台湾地区的经济环境、传统习惯和文化氛围。 ✓



2013 年 7 月 12 日,国务院总理李克强签署第 637 号国务院令,公布了行政法规《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》。《条例》共 39 条,将于 2013 年 9 月 1 日起施行。制定这一条例是为了规范签证的签发和外国人在中国境内停留居留的服务和管理。

2013 年 7 月 17 日,全国人民代表大会网站上公布了《中华人民共和国环境保护法修正案(草案二次审议稿)》,第二次向社会公开征集意见。此次修订,立法部门将"环境保护是基本国策"写入了修正案草案。对违法排污企业拟"按日计罚",这被誉为此次《环保法》修正案草案的一大亮点,成为各界关注焦点。在此次审议中,指定公益诉讼主体成舆论最大争议点,草案二审稿中将环境维权的公益诉讼主体确定为中华环保联合会一家,此点引发了公益界、公益律师及法律学者的强烈不满,有舆论质疑中华环保联合会"垄断"了环保公益诉讼的主体资格,并称这是"一种倒退"。基于此,社会各界呼吁相关部门审慎听取民意,此次第二次全文公布草案再次征求意见,被外界理解为回应这一诉或

立法 及 司法

动态

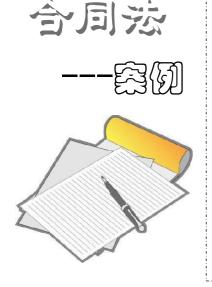


2013年7月15日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》,对寻衅滋事罪的认定、该罪"情节恶劣"和"情节严重"的认定等问题进行了详尽的解释。

2013年6月7日,最高人民法院公布了三起"保险合同纠纷典型案例"。分别提示了如下几个要点: 1、投保人在订立保险合同时应当亲自签章。保险业务员代为签字,但投保人已经交纳保险费的,视为其对代签字行为的追认。2、保险人未在法定期间内解除合同,丧失保险合同解除权。保险人以投保人违反如实告知义务为由拒绝赔偿的,人民法院不予支持。3、保险人提供的格式合同文本中的责任免除条款、免赔率条款、比例赔付条款,可以认定为《保险法》第十七条第二款规定的"免除保险人责任的条款",保险人应当尽到提示和明确说明义务。

2013年7月19日,最高人民法院举行新闻发布会,会上公布了《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》,同时公布了五起涉及失信被执行人的典型案例。10月1日以后,各级人民法院对公布失信被执行人名单及信息将统一按《规定》执行。《规定》出台的目的是为了压缩恶意逃债者的生存空间,促使被执行人自觉履行生效法律文书确定的义务,推进社会信用体系建设。《规定》明确,具有6种情形之一的被执行人将被纳入失信被执行人名单,即:以伪造证据、暴力、威胁等方法妨碍、抗拒执行的;以虚假诉讼、虚假仲裁或者以隐匿、转移财产等方法规避执行的;违反财产报告制度的;违反限制高消费令的;被执行人无正当理由拒不履行执行和解协议的;其他有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务的。一旦纳入名单,失信被执行人的身份信息以及被执行人失信行为的具体情形等将被曝光,通过互联网及其他方式向社会公布。





一十么偿债能力,但是甲公司的关联企业丙公司有能力还款,于是,甲公司和乙公司双方就该笔欠款的清偿问题签订了一份还款协议,协议约定由丙公司在某个期限内来还这笔欠款。期限届满后由于丙公司没有还款,乙公司就将甲公司和丙公司一并起诉到法院。甲公司答辩称:双方已经说好由丙公司来还款了,乙公司也已经书面同意,所以甲公司不再承担还款责任;丙公司答辩称:这个合同是甲公司跟乙公司签的,丙公司没有在上面盖章,丙公司没有义务替甲公司还款。

问: 乙公司究竟有权向何者主张债权?

#### 律师意见:

首先,从合同相对性原理出发,丙公司不是合同当事人,其没有义务去履行这份协议。

其次,根据《合同法》第 65 条, "当事人约定由第三人向债权人履行 债务,第三人不履行债务或者履行债务 不符合约定,债务人应当向债权人承担 违约责任。"因此,甲公司的答辩意见 不能成立——虽然乙公司同意由丙公 司来偿还债务,但由于甲公司在协议中 的身份是债务人,丙公司只是代甲公司 履行债务的第三人,在丙公司没有还款 的情况下,要求甲公司承担违约责任是 乙公司的合法权利。

#### - LINKS -

其他与涉他合同有关的规定:

- 合同法第64条: 当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。
- ➤ 合同法解释二第 16 条:人民法院 根据具体案情可以将合同法第六 十四条、第六十五条规定的第三 人列为无独立请求权的第三人, 但不得依职权将其列为该合同诉 讼案件的被告或者有独立请求权 的第三人。

"合同"其实不是外来词,这个词的历史渊源在我们中国本土。虽然在 20 世纪 50 年代之前,人们称这种约定的东西更多的叫做"契约",但是"合同"这个词在中国古代历史中就已经出现过,只是到了今天我们又把它从故纸堆当中翻出来使用,并且逐渐替代了早先更普遍使用的契约一词。大约在西晋末年到北魏统一中原这个期间(也就是十六国时期),出现了"和同"的说法,不过那个时候用的是"和"字不是"合"字,但意思一样:在两块木片上写上同样的约定文字,拼在一起在骑缝处写一个"同"字,然后甲乙双方各持一块木片,履约过程中一旦有争议时,为了证明约定文字是当时双方的意思,两方就要都把木片拿出来合在一起,合在一起时"同"字对上了,就说明这是当时双方约定的内容。同字合在一起,就是合同,合同这个词就是这么来的,是不是挺有意思的呢?

# **「合同」一词**

Q: 我投资于一家有限责任公司,但没有在工商登记中记载为股东,而是委托他人代持该公司股权,这种情况下我到底还算不算这家公司的股东呢?

Q & A

A: 根据公司法的司法解释规定,你是实际出资人,代持股权的人是名义出资人,如果你们之间订立了委托投资合同,约定实际上是由你出资并享有投资权益,那么,这种约定一般是有效的。但是,这种约定只能约束你(实际出资人)和代持股权的人(名义出资人),并不约束公司。你不能直接向公司主张股东权利,只能通过名义出资人来主张。当名义出资人不向你交付其已取得的投资权益时,你有权起诉名义出资人请求其交付。

Q: (续)如果股权代持人未经我的同意将股权转让了,我能否请求法院 认定转让无效?

A: 这要看受让人是不是"善意取得",如果受让人不知道转让人只是名义出资人,转让价基本符合股权的市场价值,并且已经办理了变更登记,那么你的主张将不获支持。该种情形下,你只能请求名义出资人赔偿损失。

## 浅析住宅租赁合同中的 几个关键点



至理律师事务所 徐陈明

租赁合同作为最普遍的合同形式之一,密切关系着个人、企业的生产生活。现行规范租赁行为的法律法规有《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《商品房屋租赁管理办法》等,租赁房屋涉及抵押问题的,还受《中华人民共和国担保法》及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》(以下简称"《担保法解释》")的约束管理。社会生活中,人们往往为了节省繁琐的程序、提高交易效率,省去了许多流程或是没有在合同中明确关乎自身利益的条款,操作存在着诸多的不规范,这种现象对社会交易生活的诚实信用原则提出了较高的要求,但可以预测,当这样的租赁行为一旦出现纠纷,如一方有违约行为,另一方当事人权益遭受侵害时,由于在合同中没有事先约定,就会存在不能明确责任的结果。故本文为规范住宅租赁合同的几个关键点做一个总结,仅供参考。

#### 一、关于合同的效力

首先,租赁合同与任何其他合同一样,都不得存在《合同法》第五十二条规定的无效情形;亦须注意,若租赁合同约定一方免责的条款,该免责条款不得包含造成对方人身伤害时的免责,也不得包含因故意或重大过失造成对方财产损失时的免责,否则该免责条款根据《合同法》第五十三条的规定也是无效的。

其次,作为一类特殊的合同,住宅租赁合同的合法性还必须符合《城市房屋租赁管理办法》的规定。该办法第六条规定下列房屋不得出租: 1、未依法取得房屋所有权证的; 2、司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的; 3、共有房屋未取得共有人同意的; 4、权属有争议的; 5、属于违法建筑的; 6、不符合安全标准的; 7、已抵押,未经抵押权人同意的; 8、不符合公安、环保、卫生等主管部门有关规定的; 9、有关法律、法规规定禁止出租的其他情形。租赁双方当事人在签约前应详细了解标的物是否存在上述情

况,如若存在,应停止签约。

#### 二、关于合同的形式

虽然我国《合同法》承认口头形式和其他形式的合同,但是,《合同法》第二百一十五条针对租赁合同特别规定,"租赁期限六个月以上的,应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的,视为不定期租赁"。由此可见,是否采用书面形式不会影响租赁合同的效力,但会影响其性质(定期租赁还是不定期租赁)。

有必要提醒的是:实践中双方多以口头、租金收据等非书面形式来确定租赁 法律关系,完全依靠双方的诚实信用来自觉履行;有的租赁行为则较为规范,签 订有书面的租赁合同,但这样的书面租赁合同多是常见的租赁合同模板,或者是 直接手写出主要的条款。不论是口头的租赁行为还是通过简陋的书面租赁合同订 立的租赁行为都存在一定的风险,万一产生纠纷,首先合同是否存在、有效双方 都需要进行举证,而且在合法有效的前提下,亦会存在相关的责任无法明确的问 题。所以,订立正式、详细的书面租赁合同是十分必要的。

#### 三、租赁双方当事人

不论对方是个人还是企业,订立租赁合同前双方应对对方的资信状况、履约能力进行一个大概的调查,并落实到详细的书面合同中。出租人及承租人双方的姓名、身份证号(是法人的,载明法人全称、住所地、组织机构代码证号以及法定代表人)应准确无误的体现在合同中。另外,对方的证件副本(法人的应有合法有效存续的相关材料,如营业执照副本、最近一年的年检报告副本等)最好以附件形式附于合同之后。实践中为便于合同审核,一般将出租人作为甲方,承租人作为乙方,并且出租人列于承租人之前。

#### 四、租赁标的物、租赁范围

租赁标的物条款应详细载明租赁房屋的地址及面积。地址须完整,应载明何省、何市、何区(县)、哪个路段、哪个小区、几座、几室、几号。租赁房屋的面积应载明系建筑面积还是套内面积,建筑面积包括了套内面积与公摊面积,租赁的范围亦应明确有无包括配套设施或公摊部分,如车库等。

#### 五、租赁用途和期限

双方应明确本租赁用途为住宅用,本条款系为保护出租人。实践中,普遍存在承租人对租赁房屋进行非住宅的使用,致使周围邻户的生产生活收到影响,且租期届满后租赁房屋的状况大大不如租赁房屋出租前,有的甚至导致租赁房屋无法再次出租。若事先明确租赁用途,当承租人存在擅自将租赁房屋实施经营行为等非住宅行为的,出租人可依据本条及违约条款追究承租人责任。

租赁期限应明确具体。在此须注意的是,《合同法》第二百一十四条规定, "租赁期限不得超过二十年。超过二十年的,超过部分无效。"

#### 六、租赁房屋的交付、租金的支付

租赁合同中应明确约定租赁房屋的交付时间、交付标准。实践中以出租人各种理由迟延交付租赁房屋,或交付的租赁房屋存在瑕疵为常见情况,后者如水、电、煤气设施设备不完善或经常停用,周边道路交通阻塞等,此时承租人的利益无疑将遭受损害。承租人接收房屋时房屋的质量决定着在承租房屋时到合同履行中维护修缮及期满退房时的相关责任的承担,明确本条对承租人来说尤为重要。

对于租金条款,实践中,若承租人是以汇款方式交纳的租金,出租人一般以口头或短信的方式告知账号,出租人应注意保留该等短信,以在产生租金支付纠纷时举证履行过告知义务;若承租人是以现金方式交纳租金的,承租人应注意向出租人索要收条,收条上应载明租金数额、租金所对应的租赁期间以及租金所包括的范围。站在出租人的角度上来说,承租人迟延交纳租金的情形较常出现,故明确租金数额、交纳时间及交纳方式对出租人来说亦为重要。

#### 七、租赁房屋的维护修缮

实践中常存在租赁合同双方当事人对租赁房屋的维护、修缮义务及维护修缮费用的承担约定不明确的情形,这样往往会导致合同期满或合同解除时出现退还的保证金是否抵扣维修缮费用的争议问题。根据《合同法》相关规定,在无约定的情况下,租赁房屋的维护修缮由系出租人之义务并由其承担相应费用,但当事人另有约定的除外。因此,若出租人有意让承租人承担上述义务,应与承租人在

租赁合同中进行明确约定。

#### 八、租赁保证金

租赁保证金的作用在于承租人对租赁房屋内的原有设施物品、装饰装修做一个担保,在合同期满或合同解除时,若租赁房屋内的这些物品除自然损耗外无其他瑕疵的,租赁保证金应如数退还。在实践中,对于短期租赁的双方当事人,由于租期短,承租人的流动性大的特点,租赁保证金被赋予了一个额外的功能——转租的担保,即当合同期满之时,租赁房屋内的物品不仅要完好无损,且承租人必须找到下一个承租人与出租人签订租赁合同,否则保证金不予退还。保证金被赋予这样一个功能无疑是经济生活催生出来的产物,因为从出租人的角度来看,出租人自然希望租客稳定,租赁期限不要太短,至少一两年比较好。如果租赁期限只有几个月不超过半年,则出租人交易的风险会相应增大,主要体现在合同期满后,出租人很难马上找到下个合适的承租人,租赁房屋将会闲置,出租人就不能得到原本可期待的租金收益。但不难看出,如果双方之间存在关于前述情形下保证金不予退还的约定,不免增加了承租人义务,有"霸王条款"之嫌。

#### 九、转租

转租条款之所以单独列举说明,足见其重要之处。若合同中未明确租赁房屋是否可以转租,对出租人来说,则承租人很有可能擅自转租、变相转租从而赚取中间差价,从而使出租人利益受损;而对承租人来说,租赁房屋的产权人很可能以转租未经其同意为由强行收回房屋,此时出租人(转租人)将押金、转让费席卷而逃,从而房屋产权人及承租人的利益将会受损。

#### 十、已设定抵押房屋的出租

《城市房屋租赁管理办法》第六条第7项所述的已抵押的房屋未经抵押权人同意擅自出租,属于租赁实践中十分常见的问题(如租赁房屋房贷未还清,房屋被用以抵押贷款等),而当事人双方也容易忽视在该种情况下的房屋租赁问题。依据《担保法解释》第六十六条规定,"抵押人将已抵押的财产出租的,抵押权实现后,租赁合同对受让人不具有约束力。"第二款"抵押人将已抵押的财产出

租时,如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的,抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任;如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的,抵押权实现造成承租人的损失,由承租人自己承担。"该条被视为是"抵押不破租赁"的例外情形,第一款规定,若出租人将已经抵押的房屋出租的,抵押权实现后,租赁合同对实现抵押权的受让人不具有约束力,即承租人主张赔偿损失的对象只能是出租人;第二款作出了例外规定,即如果出租人已书面告知承租人该房屋已抵押的,承租人所遭受的损失只能由承租人自行承担。

#### 十一、退房

双方应明确约定,合同期满或被解除后,租赁房屋内新增的装饰装修物、设备等应如何处理,出租人对承租人退租后遗留的物品是否有处置权。若合同中没有明确约定,则属于未经出租人同意新增的设施、装饰装修物等,出租人有权要求恢复原状;属于经出租人同意新增的,造成了租赁房屋的增值,承租人还有权要求出租人进行补偿。

以上是租赁合同中较为重要的几个内容,也是容易引发纠纷的几个关键点。 租赁当事人应注意规范租赁行为,在诚实履约的前提下,还应明确相关条款及责任,只有这样才能避免任何一方遭受不必要的损失。



## 浅析我国刑法立功制度 中的功利主义



至理律师事务所 支帅

功利主义:是指根据行为是否具有增进涉及切身利益的当事人之幸福的趋势来肯定或否定各种行动,或者说,是以能否促进幸福来评价行动。一部完备的刑法典在制定之初就应站在增进涉及关乎当事人切身利益之幸福的立场来设定条文。在我国的立功制度下,国家和立功者本人成为最大的受益者。国家通过节约司法成本、快速高效打击犯罪、维护国家和社会的稳定来体现,立功者则通过从宽处罚而获益。

#### 一、立功制度中功利主义的合理性

在日常的司法工作中,侦查呈现多样化趋势的犯罪通常要耗费巨大的司法资源和社会成本。因此,为提高司法工作效率,节约司法资源,最大限度地发挥刑法惩治犯罪的功能,立法者经过权衡确立了立功制度。实践证明,利用犯罪分子趋利避害的本性来瓦解犯罪行为,通过犯罪分子掌握的其他犯罪线索去查获案件,节约司法成本,立功制度在实践中成效显著。

在我国的立功制度,将预防犯罪、维护社会秩序延展到了刑罚执行之前。因此使得我国的立功制度在预防方面的效果尤为明显。例如一些已经犯罪预备的人,由于被抓获的犯罪分子提供了线索而使司法机关得以及时采取措施,使之不能着手实施犯罪行为,达成其犯罪目的,实现了对即将发生的危害结果的预防。同时,对于立功者而言,立功从宽处罚,一定程度上对犯罪分子的心理产生了感化作用和教育作用,也警示他如果再次犯罪同样也有可能被他人揭发,起到了预防累犯和再犯的作用。

#### 二、功利主义对立功制度的负面作用

建立在功利主义刑法的价值取向之上的立功制度,缺乏制衡和必要的约束,导致立功手段异化显现大量出现。立功手段异化这一消极后果,是重视立功的实际效果,忽视立功手段合法性的必然产物。

#### (一)、恶意立功

犯罪分子亲友或者代理律师帮助恶意立功的行为,第一、犯罪分子以金钱为对价,由自己的亲友、律师去收买其他人的犯罪线索,由犯罪分子揭发给司法机关。第二、出于有利于犯罪分子从宽处罚的动机,犯罪分子的亲友、律师,或者在羁押机关的工作人员将可以构成立功的信息透露给犯罪分子,然后由犯罪分子向有关机关告发。

犯罪分子之间恶意串通,被羁押的犯罪嫌疑人之间出于哥们义气或者以利益交换为代价,一方将自己的部分或者全部犯罪行为告知另一方,由对方去揭发,最终使对方获得从轻处罚的机会。 之后可能从相对人那里得到金钱等好处。这与恶意帮助立功又有区别,恶意帮助立功的主体是犯罪分子的亲友或代理律师,而恶意串通的主体是犯罪人之间。

采取非法手段获取他人的犯罪信息,即使经查证属实,在客观上也为国家打击犯 罪做出了实际贡献,但其会对国家的法律制度起到负面作用,我们在保证实体正 义的时候要兼顾程序正义,要看到法律程序的独立价值。犹如美国刑事诉讼证据 理论中的"毒树之果"一样,是不可取的。与此同时,我们要把握好立功与法律 制裁的度,进而达到犯罪行为和法律制裁的最优平衡。

#### (二)、急功近利导致公平正义的背离

我国的立功制度价值取向过于功利,已为广大学者所认同。正如叶希善老师 所说:"我国刑法规定的立功制度虽然对公平和效率两大基本价值都有所体现, 但客观地说,对效率的追求显然更加突出一些,功利的倾向更加明显一些,这种 功利偏向必然在一定程度上害及公平正义的实现"。

偏离法律面前人人平等原则,由于犯罪分子社会地位、财富状况千差万别,掌握的可用资源也是千差万别。如果立功制度允许一部分人通过不正当手段获取立功机会,势必造成那些没有能力获得从宽处罚机会的群体处于不公正的立场。基于功利主义的出发点,信息的有效性成为司法实践中认定立功的至关重要的标准之一,帮助恶意立功、引诱、恶意串通等立功异化现象极有可能根据形式要件被认定为立功,这就等同于允许犯罪分子通过显失公平的手段来达到从宽处罚的目的,刑罚就违背了保护大多数人的利益,成为权势和社会资源丰富者的专利。

偏离罪刑相适应原则,罪行相适应原则是指犯多大的罪,就应承担相应的刑事责任,做到重罪重罚,轻罪轻罚,罪刑相称,罚当其罪。立功行为在本质上并不能改变立功者犯罪行为的性质,其犯罪行为的社会危害性、体现出来的人身危险性并未随着立功者的揭发检举行为而降低。在功利的驱动下,对潜在犯罪线索的片面追求更是以国家放纵犯罪分子、让渡部分刑罚权为代价,由此造成的罪和刑的失衡正是对罪刑相适应原则的偏离。

# 《旅游法》

## 评述

2013 年 4 月 25 日,《中华人民共和国旅游法》经全国人大常委会审议通过,将于 10 月 1 日起施行,这是酝酿了 30 多年才终于发布的我国第一部旅游综合立法,立法宗旨在于理顺旅游者与旅游经营者之间的法律关系,针对旅游业存在的诸多现状问题作出了重在保障旅游者合法权益的具体规定。我们在此抽出几个旅游者较为关注的问题,结合《旅游法》进行评述:

1、关于强制消费或变相强制消费 参加过组团旅游的游客多多少少 有过这样的经历:或被"建议"参加自 费项目,不参加的游客也要花时间等待 参加者完成自费项目,如果大家都不参 加,就可能要忍受导游一张臭脸了;或 被带至指定的场所购物,有时是名为参 观实为购物,就算不想买也只能被困在 指定地点浪费时间。大量对旅行社或导 游的投诉集中在类似方面,针对这些问 题,新出台的《旅游法》规定:旅行社 组织或接待旅游者,不得指定具体购物 场所,不得安排另行付费旅游项目,除 非双方协商一致或者旅游者要求有这 样的安排并且不影响其他旅游者的行 程安排。如果违反上述规定侵害了旅游 者权益,旅游者有权要求旅行社为其办 理退货并先行垫付退货货款,或者退还

另行付费旅游项目的费用。

#### 2、关于"零负团费"现象

目前有一些旅行社推出的国内游、 出境游团费低廉到令人难以置信,其至 明显低于成本价, 旅行社最终不可能亏 本经营,减少了的费用肯定要通过降低 旅游质量、指定购物、增加自费项目弥 补回来。对此,《旅游法》规定旅行社 不得以不合理的低价组织旅游活动,诱 骗旅游者,并通过安排购物或者另行付 费旅游项目获取回扣等不正当利益。以 上说的是组团社,对于地接社采取"零 负团费接团"(目的地地接社不仅不向 组团社收取任何接待费用,反而向组团 社"买团")的方式接待外地游客,《旅 游法》也予以禁止,规定组团社必须向 地接社支付不低于接待和服务成本的 费用。

#### 3、关于导游的违法行为

旅游过程中,导游与旅行者直接接触,许多强制消费或变相强制消费的行为是由导游直接实施的。导游这么做的原因更多是因为旅行社不但不向导游支付报酬、反而还要向导游收取"人头费"(导游须按游客人数向旅行社付费"买团"),逼得导游只能通过强制游客消费赚取回扣利益来保证自己不亏本。《旅游法》除了规定导游不得索取小费、不得诱骗或强制旅游者消费外,也规定旅行社应当向导游支付报酬,不得要求导游垫付或者向导游收取任何费用。