



杨富斌 苏号朋 孟凡哲 主编

第四辑

旅游法论丛

Review of Tourism Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Review of Tourism Law

旅游法论丛

第四辑

主 编：杨富斌 苏号朋 孟凡哲

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

旅游法论丛·第4辑/杨富斌, 苏号朋, 孟凡哲主编.
—北京: 中国法制出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5093-6780-3

I. ①旅… II. ①杨… ②苏… ③孟… III. ①旅游业
—法规—文集 IV. ①D912. 290. 4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 240694 号

策划编辑 舒 丹

责任编辑 林 林

封面设计 杨泽江

旅游法论丛 (第4辑)

LÜYOUFA LUNCONG (DISIJI)

主编/杨富斌 苏号朋 孟凡哲

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16

版次/2015 年 12 月第 1 版

印张/17 字数/269 千

2015 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6780-3

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

《旅游法论丛》编委会成员

(以姓氏笔画为序)

王天星	王惠静	申海恩	史广峰	杨富斌	杨 帅
孟雁北	孟凡哲	苏号朋	李 杉	汪传才	宋才发
郑 晶	高桂林	高 咏	侯作前	董玉明	韩 阳
韩玉灵	渠 涛	温晓红			

本辑由北京市法学会旅游法研究会、北京第二外国语学院
旅游法律与产业规制研究中心、浙江大学城市学院旅游发展与
法制研究中心联合组织撰写并汇集出版

导 言

《旅游法论丛：第四辑》是由北京市法学会旅游法学研究会、北京第二外国语学院旅游法律与产业规制研究中心共同编辑出版的。

本辑所收录的论文，一是北京市法学会旅游法学研究会 2014 年年会提交的论文，一是北京旅游法学研究会理事和旅游法学爱好者及有关专家自年会之后所撰写的论文和评论。所有论文的主题都同学习、贯彻和落实我国首部旅游法有关。

旅游法自 2013 年 10 月 1 日实施以来，无论对旅游立法的基本精神和原则，还是对如何具体地实施旅游法的各项规定，在旅游业界、旅游执法和监管部门以及旅游法学界，由于各自的立场、任务、职责和着眼点不同，都有不同的理解和解读。甚至是旅游法中的一些关键性问题，诸如旅游法的性质和调整范围与对象，旅游法所调整和调整的旅游活动究竟包括哪些活动，各级政府在旅游业发展中应当发挥什么作用，旅游监管部门与其他相关政府部门之间在旅游执法和监管活动中应当如何相互配合和支持，旅游法实施以后旅行社应当如何转变经营方式，应当如何协调好导游人员、出国领队人员与旅游者的关系，新的旅游合同示范文本是否更为符合我国旅游业实际，导游人员薪酬应当如何改革，旅游者的特殊权益与其他一般消费者究竟有哪些不同，旅游法第 35 条究竟应当如何正确地理解和执行才符合旅游立法的基本精神和原则，旅游者精神损害赔偿在哪些情况下法院才会支持，“不合理低价”到底如何界定和监管，不文明旅游行为到底应当如何监管，这些问题都是我国旅游业界和监管部门以及旅游法学界所应当考虑的难题。

近年来，随着我国经济社会快速发展，我国旅游市场的发展也突飞猛进，同我国经济社会的发展成正比增长。在此大背景下，一系列新的旅游业态在我国纷纷出现，相应地则出现了监管滞后，法律法规建设跟

不上旅游业发展实际等问题。不仅旅游监管部门感到旅游业发展迅速,就连旅游业界的经营者们,大多也感到发展太快了,他们的思维方式和经营方式似乎都跟不上时代的发展。而旅游业界又特别地爱赶时髦,创造新术语。因此,这些年,所谓“智慧旅游”、“互联网+旅游”等概念迅速流行,并且已成为旅游监管部门的工作语言。而多年在旅游业界约定俗成的旅游六大要素——吃、住、行、游、购、娱,如今也拓展为十二要素——在六要素基础上又拓展了“商、养、学、闲、情、奇”六要素。原来的六要素成为旅游的基本要素,而新的六要素则成为旅游发展要素或拓展要素。其中,“商”是指商务旅游,包括商务旅游、会议会展、奖励旅游等旅游新需求、新要素;“养”是指养生旅游,包括养生、养老、养心、体育健身等健康旅游新需求、新要素;“学”是指研学旅游,包括修学旅游、科考、培训、拓展训练、摄影、采风、各种夏令营、冬令营等活动;“闲”是指休闲度假,包括乡村休闲、都市休闲、度假等各类休闲旅游新产品和新要素,是未来旅游发展的方向和主体;“情”是指情感旅游,包括婚庆、婚恋、纪念日旅游、宗教朝觐等各类精神和情感的旅游新业态、新要素;“奇”是指探奇,包括探索、探险、探秘、游乐、新奇体验等探索性的旅游新产品、新要素。

显然,旅游法学研究要跟上时代的发展。法律虽说应当是经验的和地方的,不是逻辑的推演,但是,立足现实,适当地有超前意识,尤其是对新的旅游现象和行为给予法律上的界说和阐释,这是旅游法学研究者义不容辞的任务。这也是我国旅游法学界应当在厘清、阐明有关观点后,通过澄清错误、深化认识,为我国旅游业的产业自信、行业自信和事业自信提供法理上的支撑。用我国现任旅游局局长李金早的话说:我国旅游业的新阶段既是我国旅游业的发展机遇期和转型攻坚期,也是矛盾凸显期。旅游业改革发展的使命光荣、任务艰巨,我们旅游行业迫切需要不断强化产业自信、行业自信、事业自信,增强责任感、使命感和敢于担当的精神,不断提升整合资源、统筹发展和引领创新的能力。

包括今年(2015年)在内的未来三年,我国旅游主管部门将重点做好“坚持问题导向,依法整治旅游市场秩序”的工作。因为长期以来,我国旅游市场秩序失范已成千夫所指。相当一部分地方旅游市场乱象丛生,欺行霸市、垄断市场、非法经营、欺客宰客、强迫消费,有的甚至有黑恶势力渗透。人民群众对这种治理乏力、正气不彰的状况极为

不满。如果继续任其发展,无疑是我国旅游监管部门乃至整个政府的严重失职。旅游市场秩序是衡量地区旅游发展水平的首要标准,加快旅游业发展是各地的重要目标,但市场秩序不好,游客感受不佳,社会反响很差,速度再快也不能说成功。因此,从监管部门方面说,监管干部要敢于担当、主动作为,形成标本兼治、惩建并举、综合治理的工作格局,建立市场监管的长效机制,通过一系列“组合拳”,明显遏制旅游市场乱象。

为此,旅游法学界要积极开展相关研究工作:一是要加强旅游市场监管工作机制研究,为旅游监管部门提供理论参考。二是要加强旅游市场秩序综合评价制度研究。从2015年第二季度开始,国家旅游局将按季度发布各地旅游市场秩序综合水平指数,让全社会都来评价和监督旅游市场秩序的管理。旅游法学界应对此作出理论上的分析和解读,以进一步完善相关的制度。三是要加强旅游服务等级“退出制度”研究。四是要加强对“黑社”、“黑导”、“黑车”、“黑网站”等非法行为的综合治理的研究,为监管部门惩治这些非法经营行为提供理论支持。旅游综合整治的有效机制常态化和长效化,既需要实践中大力推进,也需要从理论上予以深入研究。

本辑的论文分为如下几个栏目。

一是理论探索篇,主要是探讨了旅游调控权问题,旅游市场主体的法律思维问题,旅游合同纠纷中的精神损害赔偿,特别是违约精神损害赔偿问题,还对如何完善我国旅游法律制度作了探讨,对我国政府如何推动旅游业发展的路径作了探讨,对线上和线下经营旅游业务的法律监管作了探讨,对旅游执法体系和自助游监管法律问题作了探讨。

其中,关于旅游调控权问题,《旅游调控权论纲》以旅游法规定分析为基础,就政府旅游调控权的概念、内涵、相关权力与职责的关系以及有效实施问题进行了初步探讨。所谓旅游调控权是指由政府职能部门,为促进旅游事业的健康发展,达到旅游经济发展目标,在制定旅游业发展政策基础上,运用经济调控工具,对旅游业进行调节和控制活动时,所依法享有的权力。它是由政府职能部门行使的专项职权;其目的是为促进旅游事业的持续健康发展,达到旅游经济发展目标;并具有特定的调节工具。旅游调控权与旅游经营权、旅游市场监管权以及政府的社会管理和公共服务职责之间,既有联系,又有区别。在新形势下,旅游调

控权必须以法治思维和方式予以规范；充分发挥市场的决定性作用和相关社会组织的作用，并以公益性为基础确定政府旅游调控权的边界，才能保证其有效地行使。

关于旅游市场主体的法律思维，《论旅游市场主体的法律思维》一文认为，在当下的中国旅游市场，执法者的法治思维和市场主体的法律思维共同构成旅游法治建设的精神基础。旅游市场的失范在很大程度上来自于经营者的商法精神和旅游者的主体意识的欠缺。为了进一步遏制失范行为，规范市场秩序，需要形塑以契约精神为基础的经营者的诚信自律思维和旅游者依法维权思维。

二是旅游实务探索篇，主要就北京西城旅游功能区发展建设的基本政策支持体系和改革提出一些建议，并对西城区特色住宿业发展的困境和对策提出了作者的建议。

三是权益保护篇，侧重探讨了旅游者所拥有的基本权利，分析了旅游者享有的包括安全权、知情权、特殊旅游者享受便利和优惠的权利、个人信息受保护权、替代权在内的几项特殊权利。期望通过对上述权利应有内容、受侵害表现和存在的问题等方面的分析，增强对旅游者权利保护的学理支持。同时，还探讨了旅游者同其他普通消费者一样也是消费者，应当享有普通消费者的一切权利，并要承担其相应的义务。但因为旅游者有不同于其他消费者的特殊性，如在异地消费和接受服务；以追求精神享受为主要目的；旅游购物不同于日常生活中的普通购物；参加另行付费项目的活动不同于参加日常的消费活动。加之我国旅游行业长期存在的某些潜规则和有些不法旅游经营者恶意欺诈旅游者，强迫或变相强迫旅游者购物；有些旅游商品质次价高，旅游商品供销渠道和行为缺乏必要的监管；有些导游人员、领队人员和旅游车司机恶意诱导或欺骗旅游者；旅游者在异地投诉和维权因各种原因也比较困难。因此我国对旅游者权益保护应有相应的特殊措施：在旅游立法上对旅游者应有明确的特殊保护规定；在旅游执法上应当有别于日常的其他普通执法；而在旅游纠纷司法解决上也应有相应的特殊规定和程序。

四是旅游执法篇，主要探讨了导游领队用工的管理问题，如何控制旅行社的“零负团费”问题，团队境内旅游合同违约问题，以及对“不合理低价”的讨论，对云南某女导游辱骂游客等事件的评论。

其中，对导游和领队人员的管理问题，作者提出了很好的建议。对

“零负团费”这种扰乱旅游市场，侵害旅游者利益的经营方式作了分析，认为我国应通过一般法律、旅游专门法以及地方法规和规定等三个层面对其进行规制。旅游法是规制零负团费最重要的手段。然而，该法实施一年多以来，“零负团费”的治理并没有取得预期的效果。针对实践中出现的新问题，笔者认为旅游法应当从周延的规定、新旧法的衔接以及可操作性等角度进行完善。

关于新旅游合同示范文本，有作者认为，由于旅游业综合性强、涉及面广，旅游活动中法律关系错综复杂，加上旅游基本法的长期缺失，致使旅游市场行为出现了不同形式的失范，旅游者的合法权益屡遭侵害。旅游法实施后，国家旅游局会同国家工商行政管理总局联合修订了《团队境内旅游合同（示范文本）》，其目的在于通过规范示范文本引导行业自律，把法律的强制性规范变成行业的自觉规范。因此，作者在结合《团队境内旅游合同（示范文本）》进行分析的基础上，对旅游服务合同中旅行社违约和救济进行了分析和探讨。

关于包价旅游合同，作者认为，该合同表明旅行社提供的旅游服务具有多样性，旅游者支付的旅游费用具有总价性质、旅游活动具有定期性、团体性、依赖性及不确定性等特点，适用情势变更原则十分必要。旅游法首次在法律层面规定了情势变更原则，在该原则与不可抗力制度的立法上采“一元规范模式”，有利于法律的适用。旅行社的“再交涉义务”是一种法定义务，应当在赋予履行该义务的旅行社中止履行合同的抗辩权的同时，追究违反该义务给旅行者造成损失的旅行社的损害赔偿责任。

关于包价旅游中的“不合理低价”问题，有作者认为，目前我国旅游市场上组团游报价的“不合理低价”乃是旅游市场上其他诸多原因所造成的结果，其本身并不是造成旅游市场失范的根本原因，毋宁说，其本身正是旅游市场失范的结果。因此，重新认识“不合理低价”产生的原因，对症下药，方可真正解决这一旅游市场的顽疾。

诚望本辑论文能对我国旅游法的贯彻实施和进一步完善提供一些参考。

杨富斌

2015年7月20日于望京花园

目 录

导 言	(1)
-----------	-----

理论探索篇

旅游调控权论纲	(3)
论旅游市场主体的法律思维	(14)
村寨文化旅游业发展创新的法治问题探讨	(25)
略论我国旅游法律制度的完善	(34)
从比较法看旅游合同中的违约精神损害赔偿	(40)
论旅游合同纠纷中的精神损害赔偿	(49)
修学旅游法律问题研究	(61)
《旅游法》视角下我国政府推动旅游业发展的路径探讨	(70)
旅游资源保护的立法维度研究	(80)
《旅游法》对林业旅游资源开发与利用的影响	(91)
中国旅游 OTA 与传统线下旅行社经营竞合中的法律监管	(101)
《旅游法》实施对旅行社未来发展的影响	(107)
强化旅游管理体制下的执法体系建设	(113)
自助游监管法律问题浅析	(117)

实务探索篇

北京市西城旅游功能区发展建设基本政策支持体系和 改革建议	(131)
北京市西城区特色住宿业发展的困境与对策	(142)

权益保护篇

论旅游者的权利	(149)
旅游者权益保护的的特殊性探析	(170)

旅游执法篇

《旅游法》《劳动合同法》背景下导游领队用工管理问题探讨	(185)
略谈如何控制旅行社“零负团费”经营行为	(196)
旅游“零负团费”问题法律规制再检审	(199)
团队境内旅游合同违约责任的分析	(211)
试论包价旅游合同中情势变更原则的法律适用	(222)
云南某女导游辱骂游客事件的法理解析	(232)
“不合理低价”并非旅游市场失范的根本原因	(238)
导游辱骂游客该谁反思	(245)
“一元钱”组织旅游之孰是孰非	(249)
焦点访谈式执法凸显旅游法软肋	(254)
中国游客扔下国内景区爱出国旅游的根源	(258)

理论探索篇

旅游调控权论纲

董玉明 赵烁*

【摘 要】本文以旅游法规定分析为基础,就政府旅游调控权的概念、内涵、相关权力与职责的关系以及有效实施问题进行了初步探讨。本文认为,旅游经济调控权,简称旅游调控权,是指由政府职能部门,为促进旅游事业的健康发展,达到旅游经济发展目标,在制定旅游业发展政策基础上,运用经济调控工具,对旅游业进行调节和控制活动时,所依法享有的权力。它是由政府职能部门行使的专项职权;其目的是为促进旅游事业的持续健康发展,达到旅游经济发展目标;并具有特定的调节工具。旅游调控权与旅游经营权、旅游市场监管权以及政府的社会管理和公共服务职责之间,既有联系,又有区别。在新形势下,旅游调控权必须以法治思维和方式予以规范;充分发挥市场的决定性作用和相关社会组织的作用,并以公益性为基础确定政府旅游调控权的边界,才能保证其有效地行使。

【关键词】旅游;旅游法;旅游调控权

从1993年起,我国开始实施社会主义市场经济体制并强调加强宏观调控。这个决策和实践被宪法所确认。^①从实践来看,宏观调控权的行使主要由中央政府及其相关职能部门行使。与此同时,在法律和中央政府的授权下,地方政府对本地经济和社会发展也拥有调控权。尤其是,随着市场经济的深入发展,当政府的职责被定位于“经济调控、

* 作者董玉明系山西大学法学院教授,赵烁系山西大学法学院研究生。

① 对此,1993年《宪法修正案》第7条将《宪法》第15条修改为:“国家实行社会主义市场经济。”“国家加强经济立法,完善宏观调控。”“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”

市场监管、社会管理和社会服务”时，由中央或地方政府行使的调控权是否能够正当合理地行使，对各行各业能否健康发展具有重要的意义。其中，对于旅游业而言，也同样具有重要的意义。为此，本文专门就旅游调控权所涉及的基本问题进行探讨。

一、旅游法对旅游调控权的规定分析

我国于2013年10月1日起实施的《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》）是一个综合性的法律。它涉及旅游法律关系的方方面面。既涉及旅游民事关系的确立，也涉及政府对旅游业发展的职责规定。但总体来说，体现了国家对旅游业发展的调节与控制的立法理念。首先，该法第7条规定，“国务院建立健全旅游综合协调机制，对旅游业发展进行综合协调。县级以上地方人民政府应当加强对旅游工作的组织和领导，明确相关部门或者机构，对本行政区域的旅游业发展和监督管理进行统筹协调。”这就从国家法律的高度赋予了县级以上人民政府对旅游事业的发展负有统筹协调的职权。其次，该法专设“第三章 旅游规划和促进”，用11个条款，就政府履行调控权时，所涉及到的旅游发展规划、旅游产业政策指引、加强旅游基础设施建设、旅游公共服务和旅游形象推广，以及鼓励和支持发展旅游职业教育和培训等进行了规定。^①再次，在“第六章 旅游安全”中规定，“县级以上人民政府统一负责旅游安全工作。县级以上人民政府有关部门依照法律、法规履行旅游安全监管职责。”“国家建立旅游目的地安全风险提示制度。旅游目的地安全风险提示的级别划分和实施程序，由国务院旅游主管部门会同有关部门制定。县级以上人民政府及其有关部门应当将旅游安全作为突发事件监测和评估的重要内容。”“县级以上人民政府应当依法将旅游应急管理纳入政府应急管理体系，制订应急预案，建立旅游突发事件应对机制。突发事件发生后，当地人民政府及其有关部门和机构应当采取措施开展救援，并协助旅游者返回出发地或者旅游者指定的合理地点。”^② 本文认为，这三个方面，明确了旅游调控权的行使主体及其主要内容，是分析旅游调控权的基本的立法基础。

① 参见《中华人民共和国旅游法》第17—27条。

② 参见《中华人民共和国旅游法》第76—78条。

二、旅游调控权的概念界定

根据以上旅游法的规定以及我国理论界对宏观调控与经济调控权的基本认识,本文认为,旅游经济调控权,简称旅游调控权,是指由政府职能部门,为促进旅游事业的健康发展,达到旅游经济发展目标,在制定旅游业发展政策基础上,运用经济调控工具,对旅游业进行调节和控制活动时,所依法享有的权力。这一概念界定包括以下基本的内涵:

(一) 旅游调控权是由政府职能部门行使的专项职权

根据旅游法规定,行使旅游调控权的主体是政府的职能部门。这一政府部门主要指的是县级以上旅游主管部门,即中央、省、市和县的各级旅游管理部门。但不限于这些专门的旅游管理部门。对此,2014年9月9日国务院《关于同意建立国务院旅游工作部际联席会议制度的批复》(国函〔2014〕117号)表明,目前,旅游调控权的行使,涉及由国家旅游局牵头的,中央宣传部、外交部、发展和改革委员会、教育部、公安部、财政部、国土资源部、环境保护部、住房和城乡建设部、交通运输部、农业部、商务部、文化部、卫生计划和生育委员会、工商总局、质检总局、新闻出版广电总局、安全监管总局、食品药品监管总局、统计局、林业局、气象局、铁路局、民航局、文物局、中医药管理局、国务院扶贫开发领导小组办公室共28个部门的相互配合及权力配置问题。而在地方旅游经济管理,也存在多个政府部门的相互配合问题。由此可以看出,旅游调控权行使的复杂性。与此同时,也表明,无论是旅游行业组织者或旅游经营者均不具有旅游调控权,他们是旅游调控权的作用对象。

(二) 旅游调控权行使的目的是为促进旅游事业的持续健康发展,达到旅游经济发展目标

首先,旅游调控权行使的基础是旅游事业的定位。按照学理解释,所谓事业是指“人所从事的,具有一定目标、规模和系统而对社会发展有影响的经常活动。”^①据此,旅游法之所以把我国当前的旅游活动视为一种事业,是因为随着经济社会发展,人民生活水平的提高,旅游

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第5版),商务印书馆2009年版,第1246页。

已经成为逐步富裕起来的我国人民群众的一项普遍的经常性的活动。

其次,从旅游实践来看,人们之所以在物质条件允许下,利用休闲时间参与旅游活动,其目的就在于通过旅游开阔视野,了解异地风情和文化,并有利于自己的身心健康。也就是说,要使旅游者感到旅游消费花钱花得值。然而,旅游作为一种市场行为,必然会遭遇基于旅游经营者的行为不规范而带来的旅游“不愉快”,甚至纠纷,从而影响了旅游的可持续发展。为此,通过政府旅游调控权的行使,促使旅游经营者规范经营是必不可少的。

最后,旅游调控权的立足点在于使旅游活动符合国家和地方经济发展目标。在当前,无论是国家还是地方,均把旅游业的发展视为国民经济的一个新的增长点,进而大力扶持。从经济调控角度分析,旅游业的发展对国民经济的影响,体现在促进经济增长、促进充分就业、保持物价稳定、保持国际收支平衡和国家经济安全等方面。为此,政府旅游调控权的行使,应当引导旅游消费为实现国家与地方经济调控的目标做贡献。

(三) 旅游调控权的行使具有特定的调节工具

根据旅游法及经济调控原理和实践,旅游调控权的行使,具有特定的调节工具,其主要表现为以下几个方面:

1. 发展规划

根据旅游法的规定,制定和实施旅游发展规划,是政府行使旅游调控权的基础或前提,即旅游调控权的行使,应当按照发展规划来进行。因此,旅游规划权是旅游调控权的首要权力。根据我国现行的发展规划体制,旅游发展规划包括国民经济和社会发展规划纲要中旅游发展部分、旅游专项规划以及旅游发展相关的区域发展规划三种。为此,旅游法分4条,专门就旅游规划作出了专门规定,是旅游职能管理部门制