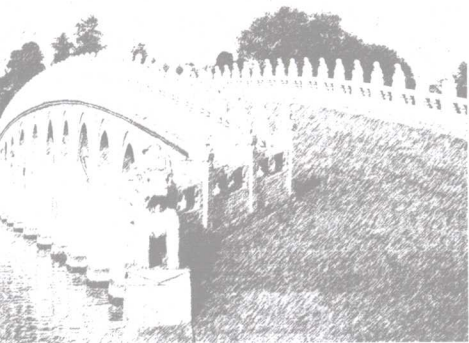


中国旅游法学

程国庆 著 *Introduction to China's Tourism Laws*

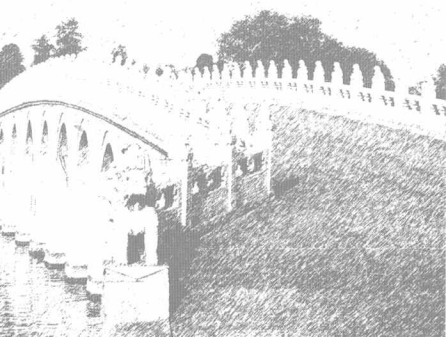


导论

青岛大学专著基金资助项目



中国海洋大学出版社
CHINA OCEAN UNIVERSITY PRESS



I 中国旅游法学

程国庆 著

Introduction to China's Tourism Laws

导论

青岛大学专著基金资助项目

中国海洋大学出版社
· 青岛 ·

图书在版编目(CIP)数据

中国旅游法学导论/程国庆著. —青岛:中国海洋大学出版社, 2008. 9

ISBN 978-7-81125-236-1

I. 中… II. 程… III. 旅游业—法学—研究—中国
IV. D922. 296. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 124670 号

出版发行 中国海洋大学出版社

社 址 青岛市香港东路 23 号

邮政编码 266071

网 址 <http://www.ouc-press.com>

电子信箱 whs0532@126.com

订购电话 0532—82032573(传真)

责任编辑 施薇

电 话 0532—85901040

印 制 日照报业印刷有限公司

版 次 2008 年 8 月第 1 版

印 次 2008 年 8 月第 1 次印刷

成品尺寸 170 mm×230 mm

印 张 28

字 数 500 千字

定 价 59.80 元

序

近来,中华人民共和国青岛大学副教授程国庆女士多年辛勤研究之作《中国旅游法学导论》终于要出版了。我作为程女士留学日本筑波大学大学院时期的指导教官,看到她在我研究室潜心钻研的成果竟然结出如此硕果,特此表示由衷的祝贺。同时,也有一份铭感,那就是对她努力学问的诚挚精神所怀的敬意。我相信并期待着,本书作为中国旅游法学的首部体系化的著作,会在今后相当长的理论与实践发挥重要作用。

程国庆女士长期以来一直致力于国际间旅游贸易第一线及其法律问题的研究,1997年4月考入筑波大学大学院经营政策科学研究科,就读企业法学专业,从此,志愿于专业法学的研究。筑波大学大学院经营政策科学研究科^①企业法学专业,开设于1990年4月,是日本文部省最早开设的完全独立的社会人文大学院。专门招收具有国际化业务水准和社会经验的法官、律师、国家公务员、银行要员以及大型企业的法律监督等职业人为研究生,培养他们完成国际经营职业化专家所需的前沿科学发展教育的硕士、博士课程,进而成为目前这样一所新型的特别大学院。筑波大学为了实现文部省的上述教育目标,不断招募日本法学界一流专家的前沿学者和法官出任教官,开设普通讲义、演习以及特别研究等课程,专业涉及企业法学界的各个领域。程女士就读该专业期间,出席了以民法、商法为首,由国际贸易法、经济法、反垄断法、劳动法、知识产权法等课程构成的企业法学的各项讲义和演习科目。她甚至对每门普通讲义课程都那么热心,认真听讲,不时提问,按时提交研究报告,完成并获得了学位额定成倍以上的学分等,给我和我的同僚们留下了深刻记忆。正是她那积极而高昂的学习热情和平易的人格魅力,赢得了大家的亲切信赖。程女士与教授和同学们间培育起来的广泛交流关系作为日中间学术交流和友好的

^① 自2002年秋季更名为“Business 科学研究科”(译者注)。

见证,延续至今。

程女士在我的指导下完成了特别研究课程,并向筑波大学提交了题为《关于日中两国组团旅游交易合同与约款制度的比较研究》的硕士学位论文。这是一部论证日中两国的组团旅游贸易合同的现状和问题,提出今后中国的旅游贸易应参考日本的约款制度,规范组团旅游合同约定条款等主张的论文。

论文首先,围绕日本法规范的组团旅游贸易合同的性质及旅游事故等个案中的学者论点,概观了由此产生的各种学说、判例的状况,从中提炼出论文的问题点。有关组团旅游的性质论,程女士在委任论和买卖论等学术争执中支持了买卖论的学说。并且,立足于该学说理论,展开了具体的实证,阐明了其中的疑问等,给学者们留下了深刻的印象。接着,围绕中国法,就有关当时的以引进外资为背景不断向市场经济转型的现状,对旅游贸易合同的法律规范,以及作为承担合同约定责任的旅行社等独立的旅游企业组织形态的未完善之处,乃至已有的标准合同存在的各种诸多问题的表现等,作了清晰的阐述。最后,参考日本为解决同类问题而建立的组团旅游合同约定条款制度,提出了中国应采用合同约定条款制度来规范旅游债的己见,并拟订出了草案(全部 20 条)。在上述各点的论证中,引用数据、文献翔实,论述认真适当,是一部揭示该领域研究方向的论文。

上述论文的完成,已经使中国旅游贸易合同法完整成章。进而,还在介绍中国组团旅游合同实例时,涉及了中国旅行社业的现状;在介绍随着 1992 年中国社会主义市场经济体制的建立,1996 年修改《旅行社管理条例》等当时最新动态等章节中,论及了投资环境改善等方面的国家旅游产业发展的政策等。

本书作为上述的继续,进一步考察、证实了中国经济社会市场化转型与发展的法制化进程中的课题,提出了旅游法学这样一个新构想。其中,引起学界关注的是,程女士在该构想下拓宽了问题意识的同时,所展现出的体系化研究成果。该领域的研究,即便在日本,也是局限于旅游贸易合同或游客运送合同之类的各论研究,还从未深入到旅游法学这样一个独立的法制领域展开讨论。尽管如此,也无可置疑该构想与实践与学术上所具有的魅力。因为,国际上关系到旅游行为的法律科学,应该是以民法、商法为基本法,可是,以此为基础的司法实践,如解释、适用旅游合同关系中特有的各种各样的惯例、合同约款时,却遇到了问题。甚至,问题远不止这些,包括各种旅游服务贸易行为在内的,基本法无法取代的那些至今还未成文的,名目繁多的习惯、惯例等,都亟待考察、研究、证实它的法律特征和归属等。况且,仅出境旅游纷争经常会引发与

外国企业间矛盾而言,标准依据法、标准约定条款等的境外适用问题,又牵掣到国际私法;有关外资投入还要涉及国际经济法等。由此,我相信并期待着,出自程女士之手的本著作,不仅在中国,也为日本,促进今后的研究奠定极为有益的基础。

最后,承蒙信赖,能给我留下撰写跋文的机会,甚感荣幸。同时,也衷心地祝愿程女士日益健康、不断进步。

筑波大学大学院教授
法学博士 庄子良男

2002年7月25日

(程国庆 译,2003年1月1日终稿于中国青岛)

前言

旅游法,按照近代(工业社会的)法的方法论,它应是用权利与义务规范旅游行为,调整其经济关系的法律规范总称。然而,发达国家打破常规,特为旅游业制定基本法的立法实践说明,旅游法,正沿着权力、权利、权利能力的进化规则,将进入规范权利能力及其结果的科学领域,即成为用能力与义务规范旅游行为能力调整其经济关系的法律规范的总称。它应受由国家认可的旅游法的方法论——旅游法律拟制并规范而成的原理,由国家机器制定的一系列行业性法律文献组成,体现国家或人民的旅游发展意志,以国家司法的强制性手段保证并实施的法律文献构成。这与近代法律规范,如宪法、行政法、民法、商法等普通法相比,旅游法显然不再完全是行为当量的规范结果。这就是旅游法从它诞生那天起就被誉为“特殊法”之美称的科学依据。本书将沿着这条法律科学的轨迹,展开旅游法律拟制与规范理论与实证研究。

现代旅游,已经成了大众生活的必需品,也是形成和谐社会的媒介,更是填补社会经济空洞直至脱困致富的朝阳消费品。如游客为前工业时期的地区(如苗寨)带去的商品观念和旅游服务贸易规则,填补了当地的商业空洞;国际游客带来的硬通货,为第三世界填补了通货亏空;城里人体验乡村生活的远足,特别是乡村修学旅游的盛行,竟然意外地为青年人流失的乡村填补了劳动力空洞,乃至福利空洞;如今,日本以招揽国际游客为契机,提出了旅游立国的国策。依据中国的经验,该政策可能会挽救日本“产业空洞”带来的所谓金融危机的局面。发展旅游,作为满足游客需求而生产、经营并帮助游客满足消费旅游意愿的新兴服务形式,是成为变输血为造血的最经济的媒介。这就是以法律手段管理旅游政治经济,维系其价值法则的必然性所在。

根据我国“依法治国”^①的立宪精神,国家通过建立和实施旅游市场经济

① 请见《中华人民共和国宪法》第五条。

的法律制度,来达到维护旅游市场秩序、调控旅游经济发展的目的。这正是我国宪法对旅游法制的解释和要求。因此旅游法,又是人们旅游或从事旅游贸易的行为规则。用传统的大陆法法律体系划分的话,可分为民法意义上的旅游行为规则;商法意义上的旅游贸易行为规则。值得担心的是游客,会不会成为旅游贸易标的?游客的人权会不会受到伤害?事实说明这些担心并不是没有依据的猜测。这就是以法律手段管理旅游政治经济,维系其价值法则的必要性所在。

然而,刚刚建立的社会主义市场经济制度,又将以旅游大国的姿态参与 WTO 的国际服务贸易法制体系,这就是中国旅游业界及国家行政步入 21 世纪面临的新局面。因此,适应国际旅游服务贸易规则,尽快建设和完善我国 21 世纪社会主义旅游市场经济新秩序,明确中国乃至旅游法律制度的内涵,就成了旅游法治的当务之急。可是,法律作为马克思主义政治经济学的方法论,随着马克思主义的引进而漂泊到中国舶来品,对沿用了 2000 多年的法以及道德规范的中国人来说,该如何尽快掌握、正确操作、准确使用它,便成了中国法治言不由衷的难题,更成了旅游法制课题。

从法学的角度讲,如何规范社会主义旅游市场交易、服务,调整经济关系,并保证其与 WTO 国际化水平一致,确实是个划时代的新课题。因此,运用近代法的方法论系统地规范旅游市场以及现行的规章,对于建设和完善即将成为旅游大国的我国 21 世纪社会主义市场经济新秩序,调整社会主义旅游关系来说,意义非凡。于是,明确法的方法论,运用它来规范旅游业的贸易行为,建立社会主义旅游市场制度,为中国国家旅游经济管理、业者有序经营、游客安全消费提供一个有方法论保障的措施等,便成了中国法学及其旅游法学界人士所面临的重要课题。

本著作,首先依据近代法的方法论,解析旅游司法判例,通过司法实践中的新现象,阐明现代旅游法治的目标(第一篇)。接着,应用我国的宪法原则和 WTO/GATS 以及有关国际惯例,从判例及其旅游活动规律入手,对中国旅游市场现状及国家政策进行了法律分析(第二篇)。然而,马克思曾经说过“在法律面前,我除了行为外,什么都不是。”这句名言告诉我,研究近代以来的法律问题的切入点只有一个,那就是“行为”,即行为价值法则的规律。于是,当笔墨进入核心的第三篇,不得不落实到行为时,着重对旅游商行为进行了法律分析,经过判例的分析、证实,明确了旅游法律的对象并不全是行为,而是能力,即,旅游能利。它是旅游法制的核心,是旅游法治的关键环节。在此基础上,

阐述了旅游法的特征和法律拟制与规范的框架;试论了旅游法律——能利与义务及其结构能利价值发生、变更、终止或可持续利用的元素和方法论(第四篇)等,通过既成事实的法律规范的考证,完成了定义旅游法律作为国家认可并强行的方法论及其概念——用商品生产商品的法律科学。

以上论述所形成的法律界面的体系,主要揭示了法、法律、旅游法律,以及行为能力、能利关系及其功能对旅游经济政策、市场交易法则、可持续发展等发挥支配作用的方法问题,并阐述自己对中国旅游法制及其发展的己见。其中,运用法的比较方法论,从民法、商法、行政法等不同的旅游法律行为的角度,与现有旅游行政条例规范旅游经济关系(即旅游者在旅游活动中与旅行社、饭店等各公司法人、国家法人所构成的不同的交易或经济关系)做了比较,从而,澄清了旅游法律规范的框架和基本法的主张,构造出促进旅游事业发展基本法的拟制与规范体系及构成其方法论的元素。

其中依据的基础理论,主要来自于三个方面,一是商品价值结构学说(卡尔·马克思,1867);二是《用商品生产商品》(Piero Sraffa,1960);三是《法律进化论》(穗积陈重,1924—1927)。通过19年的旅游事实取证,意外地发现旅游商品化规律竟然弥补了法律行为规范系统中的空白——信息服务债,乃至资源消费债。于是,通过15年的努力,如今,首次尝试着为读者明确法的方法论及其在旅游规范中的应用和创新原理;试图结束近代法学长期以来用法的精神或法的哲学来解释法律的历史,推动法律科学进一步现代化。从而,也为读者提供了系统而充实的法学及其不同历史时期的方法论知识,以便在国际竞争及其法律预防中正确把握规范中国乃至旅游法治及其形式、结构和内容的方法论,将其运用于旅游立法的及其发展;有效地实施法律预防措施,必将展现出跨越式发展旅游法律制度的科学原理。

著作中有关法的现代方法论的揭示,完全是借助旅游这一先进的商品及其不可有一丝亵渎的生产、交易、消费方式的问世,为人类认识价值自然规律所带来的启迪和证实。也就是说,法律作为自然价值法则的科学规律,早已成了人们治理国家政治经济的方法,所以,人们称它为科学,却总觉得它又像工具,原因是它作为方法论还存在着诸多不完善的地方,特别关键的是系统性实证案例始终没有得到取证。时至今日的旅游价值自然法则规律全面地验证了这一方法论体系的社会存在。相反,任何国家旅游价值创造的进步,到目前为止始终沿着自身法律的轨迹在发展,否则,接下来的遭遇便是失败等事实也证实了这一点。这使我感悟到了中国旅游为什么在20世纪70年代刚刚起步,

就进入了市场运营的轨迹;为什么第一批领到简化手续发放中国公务员护照者是中国国际旅行社的市场开拓部;为什么 90 年代初期的一年国家给旅行社下达的接待计划指标后,连年都未过就消声灭迹了。其间没有人反对,也没有发生批判,但每位过来人都心知肚明——抑制中国经济发挥大国作用的外汇收入,不是管理或计划能创出来的,而是市场经营到最佳状态的旅游价值及其发生点——能利被认可的结果。就这样,为了使国有旅行社履行企业创汇的义务,上述“特权”悄悄地流入了旅游业,形成了中国旅游企业的第一份“权利”。因此可以断言,旅游业的发展更需要法律。可以说,这就是笔者在不获之年花去多年积蓄,远渡重洋,探究、著作本书的初衷。

此外,在取证上述中国旅游法制建设状况中,意外地发现旅游商品化规律竟然弥补了法律行为系统的空白。于是,努力并首次为读者明确了法的方法论及其在旅游规范中的应用原理——到社会实践中找回旅游实务造就价值和可持续发展的科学规律。目的是为了结束近代法学历长期以来用法的精神或法典来解释法律的历史,推动法律科学步入现代化,以便适应现代“商品”经济规范形式之一的旅游法制的的需求。从而,也为读者提供了系统而充实的法律科学的知识,对于追求哲理的中国人来说,它不仅便于在国际竞争中正确把握中国乃至旅游法治及其规范形式、结构和内容;而且,在国际法律竞争中,能更为有效地实施法律预防措施。

上述研究,是多年来在留日导师,著名商法学学者,公益信托大隅法学研究奖励基金大隅健一郎赏获得者庄子良男教授一丝不苟地指导下,从事旅游法学教学和近 20 年研究成果的总结。经过“入世”的检验,有幸在奥运光临中国北京、青岛之际,得到中国海洋大学出版社的鼎力支持才成书,感激之余倍感欣慰。本书,可供读者正确实施法律预防措施提供系统而实在的旅游法治的方法论,使以往的原则得以解放;供政法、财经、旅游管理学院研究生院师生的教学,供市场经济管理者,以及从事本学科研究者学习和研究中国旅游市场经济法律制度者参考。并为探讨建立中国社会主义服务市场法律制度模式,抛砖引玉。望各方不吝赐教。

作者

2003 年 1 月终稿

2008 年 8 月交稿于青岛大学

凡例

众所周知,近代法律行为论本身既是由权利、权利与义务及其实证、拟制与规范等三个层面构成的双轨、三要素、四份制等综合体系构成。而我国现行旅游规范基本处于权力与义务的行政规范形态。所以,在执笔现代中国旅游法学导论过程中,可想其文书会爆涨到何种程度。为在节减文书量的同时,便于不同角度的系统阅读,文中使用了国际规范的法学研究著作凡例如下。

一、目录体系

各篇、章、节、段、项的标示,如第12章的第3节的第2段的第4项等的文字与格式,采用了国际法学界课题证实性著作的排序方法,除标题采用“第12章”表示外,文中均标为“12.3.2.”以及“§4”。又如,“13.1”表示13章的1节等。其中,除“篇”、“章”相对独立成立之外,其次的“节”均与章保持着法律行为的逻辑演义关系。再次的“段”或是与“节”保持着进化演义关系,或者是保持着法律关系支配的结构分析或证实与被证实关系。最后的“项”基本处于结构元素项目的证实与被证实关系。尽管努力使本著作接近于教科书式的结构程度,但毕竟是在执笔导论,自觉难免纰漏。恐有损于教科书的威严,特按国际规范选择了这种比起教科书式的“第一章”、“第一节”等,结构要求宽松许多的证实性撰著方法,标示本著作章以下的标题序号。

二、索引排序

表序索引排列,按照表在书中出现的顺序排列,如《表1》、《表2》等。

定义索引排列,按照定义在书中出现的顺序设定双位数注明排序,其后设括号注明该定义所在章、节、段,全部注释用“[]”括注。如“法律[定义01(1.1)]”,“01”表示“法律”在定义索引排列中为第一个,“(1.1)”表示法律的定义出现第一章第一节中。

概念索引排列同上。

事项索引,如有排序注释的“法的进化规律”、“库克现象”等,均同上。

相关联项目的接续,主要用于界面内部的知识系统的接续。如权利与义务界面涉及的法律行为或法律关系或法律地位等,提示有关具体考察事项所需系统性参考知识的所在章节。接前文的参考内容用封堵箭头“⇨”标注;接后文参考内容用敞封箭头“⇨”表示。其后注明参考内容所在的章、节、段。其中“章、节、段”皆用“[]”括注,全部注释用“()”加廓。如“法律行为的种类(⇨[第三篇])”,表示此处所云的“法律行为的种类”请参照第三篇各章。又如,“商人的法律地位(⇨[2.4.1 § 2])”表示此处所云的“商人的法律地位”请参照第二章第四节第一段第二项的论述。

三、注释简称

关于注释中的“同上”,是指该段引用内容与上一次引用内容的出处相同。

关于注释中的“同前”,是指所注内容的出处与前一注释一样。

四、实例类编

判例:是指经过法院审理具有判决结果的案例而言。如判例 1 等,它在法律科学中属于法律规范的一部分。

裁例:是指经过法庭调解、仲裁庭裁定,做出裁定结果的案例而言。如裁例 1,它在法律科学中属于社会公序良俗的一部分。

案例:是指具有专门评论结果的社会事例或事件而言。它普遍用于社会科学的调查研究中,如案例 1、案例 2 属于客观现象。在法律科学中,案例是判例和裁例的总称,用于公序良俗的社会背景或法律规范背景等方面的分析、研究。它被现代社会经营科学引用后,作为该学科的主要教学方法,被喻为“案例教学法”。

另外,有关参考文献的作者说明,请见各引用章节的页脚注释。

特此。

作者

2008 年 8 月

目 次

第一篇 法治的原理·法律与旅游法治的目标

第1章 近代法的本质、特征与中国及其旅游业的法治观	5
1.1 法的形成与使命	5
1.2 近代法的本质	14
1.3 近代法与法律的特征	15
1.4 法的进化与现代化概念	17
第2章 法的起点——权利内涵的社会定位与法治的原理	28
2.1 法的起点——权利内涵的社会定位与法的选择	28
2.2 价值机制带给现代法治的思考	32
2.3 权利内涵价值考察之一——权力内涵价值的选择与法	36
2.4 权利内涵价值考察之二——近代权利人格化定律的形成	39
2.5 近代权利与法的本质	48
第3章 近代法律的起点——权利平等、自愿效应的体现	54
3.1 权利人格化与权利效应发生的原理	55
3.2 近代权利与义务关系揭示了权利效应发生的体现形式	58
3.3 权利与义务交换的原理	65
3.4 权利与义务交换的定理	68
第4章 法治及中国旅游法治的目标——法律行为	73
4.1 旅游事件的法律分析——理解与法律的比较	73
4.2 事件与权利发生的特征决定了法律行为的意义和逻辑形式	81
4.3 法律逻辑方法论——法律行为的原质与因素	91
4.4 现代法律逻辑方法论——法律行为的实践与检验	95
4.5 旅游法治的目标——旅游经营(服务)能力	100

第5章 近代法律的结构方法——法律关系 101

- 5.1 法律关系的一般概念——实体结构方法论 101
- 5.2 法律关系的发生方式——权利与义务关系的元素及其实体自治论 105
- 5.3 法律关系发生的主观要件——主张权利与义务的意识及其要素 109
- 5.4 法律关系发生的客观要件——法律意志及其要素 112
- 5.5 法律关系的应用——人生价值法律关系的客体及其主体 116
- 5.6 法律关系——近代法的结构方法论 122

第二篇 旅游商业存在与中国市场政策的法律分析

第6章 旅游商业存在及其法律分析 133

- 6.1 旅游法治是旅游商品化的产物——库克商行为的法经济学分析 134
- 6.2 旅游法是旅游商品化交换的产物 136
- 6.3 旅游商行为性质的区别及其法治领域——旅游基本法纲要之一 145
- 6.4 旅游效应价值的权利化目标——旅游基本法纲要之二 152

第7章 《宁某诉讼公司奖励旅游伤害人身赔偿案》的法律分析——旅游者法律地位的界定与中国旅游法治启示录 157

- 7.1 中国旅游贸易及其商行为能力——来自《宁某诉讼公司奖励旅游中人身伤害赔偿案》的启示 157
- 7.2 宁某作为公民与游客在法律关系中的地位——旅游法学特殊性之一 164
- 7.3 宁某的人身在旅游合同中的法律地位及其人格权利保护的方法论——旅游法学特殊性之二 170
- 7.4 旅游法治的始端——旅游商应就商行为风险向社会作出不殃及人身伤害的基本承诺 175
- 7.5 本案留给现代化法治的课题——旅游法学的特殊性之三 182

第8章 中国社会主义旅游市场政策的法律分析及其一般法学概念的界定 185

- 8.1 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》的法政策论 186
- 8.2 市场与社会主义市场的提问——市场的种类及其法治问题 192
- 8.3 社会主义市场与法律的结合点 195
- 8.4 商行为规范与合同约定的法律制度 198
- 8.5 中国社会主义旅游市场法政策面临的课题 208

第三篇 行为论·旅游商行为的法律分析

第9章 商行为论旅游法律规范的一般领域与范畴	219
9.1 “旅游业务”的法律分析及其概念——经纪商行为	219
9.2 旅游“经营活动”的法律规范及其概念——旅游商行为	224
9.3 旅游商行为法律规范的一般功能	229
9.4 旅游业务及其经营的法律规范的领域与范畴	234
第10章 旅游委任行为的一般法律规范	237
10.1 委任行为法律规范的进化与旅游委任的法律概念	237
10.2 旅游委任行为的授权种类及其基本权利与义务	245
10.3 旅游委任行为的发生、变更与终止	254
10.4 委任行为的一般责任	260
第11章 旅游代理商行为的法律分析——商行为道德渊源的法律法规	262
11.1 旅游代理法律行为规范的渊源——发生与进化	262
11.2 委任代理义务履行及其一般行为能力的法律法规	269
11.3 委任代理行为法律规范的后果	277
11.4 旅游代理行为的特征及其在旅游法律法规中的地位	285
第12章 旅游行纪商行为的法律分析	290
12.1 旅游行纪法律行为规范的渊源——发生与进化	290
12.2 行纪行为的发生、变更或终止	294
12.3 委任行纪买卖物品或服务的信誉表现形式的法律法规	300
12.4 行纪行为法律规范的结果	306
12.5 旅游服务商品生产、交换、消费的法律分析及其行纪行为的种类	310
第13章 旅游居间商行为的法律分析	315
13.1 旅游居间法律行为规范的渊源——发生与进化	315
13.2 居间行为要素的法律分析	322
13.3 商事居间行为的法律法规	325
13.4 居间行为法律法规中存在的问题与旅游居间行为	334
第14章 旅游承包商行为的法律分析	338
14.1 承包行为的本质——受任加工特定使用价值	338
14.2 中国旅游承包法律行为规范的渊源——发生与进化	341
14.3 承包行为的法律法规	347
14.4 [裁例1]中的旅游产品生产、交换、消费与一般承包行为	360

第四篇 试论中国旅游事业的法律及其拟制与规范

第 15 章 市场进入法律制度与旅游法律的结构模式	367
15.1 旅游市场进入制度的法律渊源与中国现状的考察	369
15.2 市场进入法律制度与旅游市场行为的一般法律规范模式	375
15.3 中国旅游市场准入制度及其行为能力模式的考察	382
15.4 《表 7》的模式揭示了旅游法律的独立性	388
第 16 章 试论中国旅游事业发展基本法的拟制与规范	398
16.1 旅游商事意思表示的模式打破了近代法律拟制与规范的领域	399
16.2 《旅行社管理条例》应有的法律效力与旅游立法的必然性	404
16.3 旅游商行为的法律事实为立法奠定了基础	414
16.4 中国旅游立法的方法论——旅游法律	420
16.5 旅游法律及其内涵与适用	423
附录	427
附录 1 事项索引	427
附录 2 列表索引	429
附录 3 案例索引	430
参考文献	431
后记	433

第一篇

法治的原理 · 法律与旅游法治的目标

现代法典,随着社会生产能力的提高,种类越来越多。^①然而,每部法的基本模式却始终没变。对此,法学界,特别是东方法学界一致认为,这是由于法的内在精神或法哲学原理的作用所致,我本人也坚信这一点。但是,同时也坚信单单凭借事物的精神或原理,无论如何也无法使法律规范自然而统一地成为分工明确、不出枝权的法律;更无法让所有的人都相信它的正义性。否则,同样具有系统精神和原理的其他任何一种社会规范形式,比如,我国(乃至东方)的道德规范等,尽管其中大部分也被制定为国家刑律(如《大清律例》)的处罚依据,可怎么却没有形成规范性的法典呢?怎可谓没有正义性呢?等等事实起码可以说明,要使某种规范原理或法做到与各种社会行为和刑罚相一致并成为法典,那就需有一个与行为有着直接联系的、结构严密的方法论来组织和应用法的宗旨或原理,并支配立法、执法和司法活动,使法漂洋过海、跨越

^① 法典:是实施成文法制的大陆法系对国家法律文献的总称。比如,公元前18世纪古巴比伦的《汉穆拉比法典》和公元6世纪拜占庭士丁尼下令编纂的《查士丁尼法典》等,都是古代西方具有代表性的法典。在中国,公元前5世纪战国时期,魏相李悝编纂的《法经》,是中国最早的法典之一。公元701年以中国唐朝的《永徽律》为蓝图,颁布的《大宝律令》是日本第一部成文法典。进入近代之后,法典一词被部门行为法所用,如1804年拿破仑颁布的《法国民法典》(又称《拿破仑法典》),1897年5月10日颁发的《德国商法典》,是大陆法系编纂行为规范的典型,也是大陆法系国家编纂民事法律规范、商事法律规范等文献的典范。1911年1月25日清廷颁布《清朝刑律》作为中国第一部专门刑法典,被日本法学家穗积陈重博士作为刑事法律规范的典范,研究了10多年。这些法典,与宪法、行政法、诉讼法等共同构成法典全书,简称为六法全书。于是,古代国家称谓的法典,到了近代以后,便被“六法全书”所取代。而法典本身,就成了部门法的专用语。我国的法律体系,自古以来属于大陆法系,因此,使用了法典一词。