

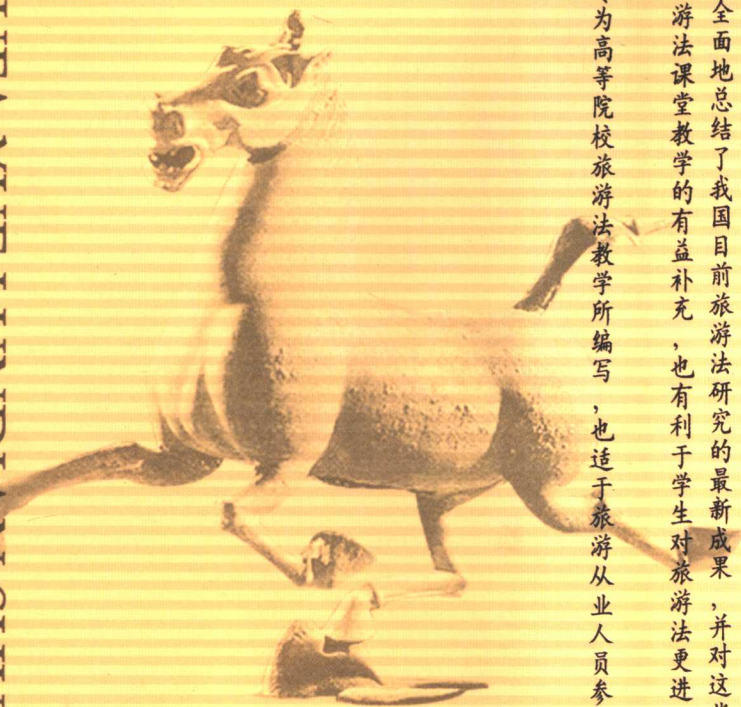
高等教育旅游法学示范教材

旅游法学论点述评

董玉明 陈耀东 孟凡哲 主编

本书较全面地总结了我国目前旅游法研究的最新成果，并对这些论点加以评述，是对旅游法课堂教学的有益补充，也有利于学生对旅游法更进一步的学习与研究。

本书专为高等院校旅游法教学所编写，也适于旅游从业人员参考使用。



LÜYOUFA XUE LUNDIAN SHUPING

知识产权出版社

高等教育旅游法学示范教材

旅游法学论点述评

主 编 董玉明 陈耀东 孟凡哲
副主编 李长健 史广峰 韩 阳

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

旅游法学论点述评/董玉明, 陈耀东, 孟凡哲主编.
北京: 知识产权出版社, 2006.5
高等教育旅游法学示范教材
ISBN 7-80198-494-3

I. 旅… II. ①董…②陈…③孟… III. 旅游-法
学-中国-高等学校-教材 IV. D922.296.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 039374 号

内容提要

本书较全面地总结了我国目前旅游法学研究的最新成果, 并对这些论点加以评述, 是对旅游法课堂教学的有益补充, 也有利于学生对旅游法更进一步的学习与研究。

本书专为高等院校旅游法学教学编写, 也适于旅游从业人员参考使用。

高等教育旅游法学示范教材

旅游法学论点述评

主 编: 董玉明 陈耀东 孟凡哲

责任编辑: 刘 睿

责任校对: 董志英

封面设计: 段维东

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: BJB@cnipr.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000893

责任编辑: 010-82000889

传 真: 010-82000889

印 刷: 北京白帆印务有限公司

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 720mm×960mm 1/16

印 张: 17

版 次: 2006 年 6 月第一版

印 次: 2006 年 6 月第一次印刷

字 数: 314 千字

定 价: 23.00 元

ISBN 7-80198-494-3/D·391

如有印装质量问题, 本社负责调换。

总 序

在当今旅游业比较发达和现代法制建设相对完备的西方国家,其旅游法律制度已经相当健全,其旅游法学的理论研究也相当深入和系统。而在我国,旅游法学的研究和教学则是伴随着改革开放的步伐而开始的,并随着旅游业的迅猛发展而逐渐兴盛起来。如今,旅游法学已经成为我国各个院校旅游专业的一门重要课程,并且也逐渐成为法学界越来越重视的一门学科。

从学理上说,旅游法能否作为一个相对独立的法律部门,在根本上取决于旅游法是否有自己相对独立的调整对象。而作为一门学科的旅游法学,能否作为一个相对独立的法学学科,在根本上则取决于它有没有自己相对独立的研究对象。在我国,旅游基本法的立法进程之所以步履维艰,迄今我国大陆还没有一部旅游基本法问世,在很大程度上与我国立法机关和有关学者对旅游法的调整对象没有达成共识有关。这也与我国旅游法学学者对旅游法学的研究对象没有达成共识,并因而对旅游法学的理论体系和基本内容没有达成共识有关,因此,我国旅游法学的研究和教学亟待进一步深化和系统化。

本系列教材正是基于这一目的应运而生的。为了推进我国旅游法学研究的进一步深化和系统化,促进我国旅游法学的学科建设,进一步规范旅游法学的教学体系、学科体系和基本内



容,我们在吸收和借鉴国内外已经面世的旅游法学教材的基础上,组织全国部分旅游法学专家和学者,经过集思广益和共同研讨,编撰了这套旅游法学系列教材。

本系列教材的最大特点:一是在旅游法学的内容和体系编排上推陈出新,吸收和借鉴了国内外已有的旅游法教材和著作的体系结构,按照法学学科体系的内在逻辑重新加以整合和系统化;二是旅游法学的教材、案例、论点述评、相关法律法规和习题库成龙配套,便于相关教师、科研人员和广大学生在实际教学、研究和学习时参考借鉴和使用,这在国内旅游法学教材的编写方面尚属首次尝试;三是在相关理论内容上吸收和借鉴了国内外的最新研究成果,同时又保持着教材内容的相对稳定性和可接受性,在文字叙述上尽量做到简洁明快、行文流畅、可读性强。

然而,毋庸讳言,由于旅游法学的教学和研究在我国方兴未艾,还有许多问题亟待进一步深入研究,譬如有关旅行社的法律法规、饭店业的法律法规、旅游景区的法律法规、旅游者权益保护的法律法规、旅游业的行业标准化研究等等,都还有待于我国法学界作深入系统的理论探讨。同时,在我国构建和谐社会的进程中,旅游立法如何坚持以人为本、践行人文关怀,是旅游立法者应当追求的终极目标,如何以旅游者利益的实现为核心构筑旅游立法体系和旅游法学科体系,也是旅游法学研究的首要课题。因此,旅游法学研究在我国还是一个有待开垦的全新领域,需要我们在旅游法学教学和研究中不断地对之进行充实和完善。



我们期待广大读者和专家学者对本系列教材提出宝贵意见,以便我们在修订时进一步完善。

杨富斌

2006年2月5日

编 委 会

主 任

杨富斌 北京第二外国语学院法政学院院长、教授、旅游法律与产业规制研究中心主任、法学重点建设学科带头人，校学术委员会委员，博士，《旅游法论丛》主编。

委 员（排名不分前后）

宋才发 中央民族大学教授，法学博士，重点学科带头人，博士生导师，科研处处长，国务院“政府特殊津贴专家”。

陈耀东 南开大学法学院教授，法学博士，硕士研究生导师。

万国华 南开大学法学院教授，法学博士，硕士研究生导师。

刘敢生 武汉中级人民法院副院长，法学博士。

韩玉灵 北京第二外国语学院旅游法律与产业规制研究中心副主任，副教授，旅游管理学院党总支书记，硕士研究生导师。

李 克 北京政法职业学院科研处处长，《北京政法职业学院学报》主编，教授。

高桂林 石家庄经济学院法学院副院长，法学博士，教授，硕士研究生导师。

马永双 河北大学法学院法律系副主任、副教授，法学硕士，硕士研究生导师。

董玉明 山西大学法学院教授，法学研究所所长，法学博士，硕士研究生导师。

李 燕 中国政法大学民商经济法学院副教授，硕士研究生导师。

王天星 北京第二外国语学院法政学院副教授，法学博士，旅游法律与产业规制研究中心学术秘书。

孟雁北 中国人民大学法学院副教授，法学博士，硕士研究生导师。

李长健 华中农业大学法学系主任，副教授，硕士研究生导师。

汪传才 暨南大学深圳旅游学院副教授。

沈和江 河北师范大学旅游文博学院副教授，硕士研究生导师。

姜连起 中国传媒大学副教授。

- 刘铁红** 黄山学院旅游系副主任，法学教授。
- 董红梅** 山西财经大学旅游系副教授，硕士研究生导师。
- 孟凡哲** 北京第二外国语学院法政学院讲师，法学博士，旅游法律与产业规制研究中心研究人员。
- 杜启新** 北京第二外国语学院法政学院讲师，法学博士，旅游法律与产业规制研究中心研究人员。
- 韩 阳** 北京第二外国语学院法政学院讲师，法学博士，旅游法律与产业规制研究中心研究人员。
- 王建喜** 南京农业大学人文学院讲师，博士。
- 杨正宏** 黑龙江大学法学院讲师，法学硕士。

目 录

第一章 旅游法总论	(1)
第一节 旅游法概述	(1)
一、旅游法的概念	(1)
二、旅游法产生的条件	(2)
三、旅游法的渊源	(3)
四、旅游法的调整对象	(3)
五、旅游法的性质、特征和作用	(6)
六、旅游法的原则	(9)
第二节 旅游法律关系	(10)
一、旅游法律关系的概念	(10)
二、旅游法律关系的特点	(10)
三、旅游法律关系的要素	(11)
第三节 旅游法制建设	(15)
一、旅游法制的含义	(15)
二、旅游法制建设的现状	(15)
三、旅游法制建设的目标	(18)
第二章 旅行社监管法律问题研究述评	(22)
第一节 旅行社的组织形式	(22)
一、旅行社的基本制度	(22)
二、旅行社的组织形式	(23)
第二节 旅行社行业监管制度	(28)
一、“管理”与“监管”之辨	(28)
二、旅行社行业监管模式的比较及选择	(29)
三、旅行社行业监管制度的设计	(38)
第三节 旅行社的责任保险和质量保护金制度	(41)
一、旅行社责任保险制度	(41)
二、旅行社质量保证金制度	(44)
第三章 导游人员管理法律制度研究述评	(46)
第一节 概述	(46)



一、导游人员的含义	(46)
二、导游人员的类别	(46)
三、导游人员的从业条件、原则和素质	(46)
第二节 导游人员的管理概述	(47)
一、旅游行政管理部门的管理	(47)
二、旅行社的管理	(48)
第三节 导游法	(48)
一、概念和内容	(48)
二、导游人员资格考试制度	(48)
三、导游证制度	(49)
四、导游人员计分管理制度	(50)
五、导游人员年审管理制度	(51)
六、导游人员等级考核制度	(52)
七、导游人员的权利和义务	(53)
八、领队人员的管理	(55)
第四章 旅游合同法律制度研究述评	(58)
第一节 旅游合同概述	(58)
一、旅游合同的概念	(58)
二、旅游合同的性质	(60)
第二节 旅游合同的订立	(62)
一、旅游合同的格式化	(62)
二、旅游合同的内容	(63)
三、旅游合同订立中的责任问题	(63)
第三节 旅游合同的效力	(64)
第四节 旅游合同的履行	(66)
第五节 旅游合同的变更和转让	(66)
一、旅游合同的变更	(66)
二、旅游合同的转让	(67)
第六节 旅游合同的终止解除	(69)
一、概述	(69)
二、旅游者解除合同	(70)
三、旅游营业人解除合同	(71)
第七节 旅游合同的违约责任	(72)
一、概述	(72)



二、瑕疵担保责任	(72)
三、旅游辅助人对旅游者的违约责任	(74)
第五章 旅游资源保护法律研究述评	(77)
第一节 旅游资源开发与保护的现状	(77)
第二节 旅游资源产权法律制度	(79)
一、旅游资源产权的界定	(79)
二、对当前我国旅游资源产权制度的评析	(81)
三、完善我国旅游资源产权制度的对策	(83)
第三节 旅游资源的经营体制	(84)
一、旅游资源经营权	(84)
二、旅游资源经营权的出让	(84)
三、旅游资源的经营体制	(85)
第四节 旅游资源保护的相关立法	(88)
一、加强对旅游资源的法律保护	(88)
二、旅游资源保护的法律体系	(88)
三、旅游资源保护法的基本内容	(89)
四、旅游资源保护的具体法律制度	(89)
五、旅游资源可持续发展的法律保障	(91)
第六章 旅游交通运输及出入境管理法律问题研究述评	(92)
第一节 旅游交通运输法律问题	(92)
一、旅游交通运输法的基本理论	(92)
二、旅游交通管理法	(95)
三、旅游交通运输合同法	(97)
四、国际旅游交通运输法	(107)
第二节 旅游出入境管理法律制度	(108)
一、出入境管理的一般问题	(108)
二、外国旅游者出入境法律制度	(111)
三、港、澳、台同胞出入境问题	(113)
四、中国公民出入境管理法律制度	(114)
第七章 旅馆服务法律问题研究述评	(115)
第一节 旅馆法规的产生及其内容框架	(115)
一、旅馆的产生发展及其服务内容的演化	(115)
二、旅馆服务法的产生与发展	(118)
三、旅馆服务法律的内容框架	(127)



四、我国旅馆立法的必要性分析	(129)
第二节 旅馆与旅客之间的权利义务	(130)
一、旅馆与旅客双方权利义务关系的产生、终止及范围界定	(131)
二、旅馆的主要权利和义务	(133)
三、旅客的主要权利和义务	(143)
四、饭店法中的其他问题	(143)
第三节 旅馆与其他有关人员之间的权利义务	(144)
一、旅馆与员工之间的法律雇佣关系	(144)
二、旅馆与旅行社之间的权利义务	(145)
三、旅馆与非旅客之间的权利义务	(146)
四、联号旅馆之间的权利义务	(146)
五、旅馆同政府主管部门之间的权利义务	(146)
第四节 旅馆的责任	(147)
一、概述	(147)
二、旅馆违反合同产生的法律责任	(148)
三、旅馆因侵权行为产生的法律责任	(149)
四、旅馆工作人员的过失产生的法律责任	(149)
五、旅馆在共同过失中的法律责任	(149)
六、旅馆的间接法律责任	(150)
七、旅馆应承担的其他法律责任	(150)
八、旅馆应承担的社会责任	(150)
第八章 餐饮服务法律问题研究述评	(152)
第一节 餐饮业服务安全	(152)
一、经营者对服务场所安全保障义务的概念	(152)
二、经营者承担安全保障义务的法理依据	(153)
三、经营者安全保障义务的法律性质	(155)
四、经营者安全保障义务的来源	(157)
五、经营者安全保障义务的主要内容	(157)
第二节 食品安全	(160)
一、我国食品安全方面存在的问题	(160)
二、当前我国的食品安全法律体系的现状及存在的问题	(161)
三、发展和完善我国食品安全保障体系的建议	(165)
第三节 餐饮业损害赔偿责任	(167)
一、经营者违反安全保障义务的责任类型	(167)



二、未履行安全保障义务民事责任性质的界定	(170)
三、安全保障义务人的免责事由	(171)
四、未履行安全保障义务民事责任的赔偿范围	(171)
第九章 旅游业竞争法律问题研究述评	(174)
第一节 旅游业不正当竞争行为的法律问题	(174)
一、市场混淆行为	(175)
二、侵犯商业秘密行为	(178)
三、引人误解的虚假宣传行为	(179)
四、商业贿赂行为	(181)
五、低于成本价销售行为	(182)
第二节 旅游业垄断行为的法律问题	(183)
一、对垄断行为的界定	(183)
二、旅游企业滥用市场支配地位及经济优势地位的行为	(184)
三、旅游企业联合限制竞争行为的行为	(187)
四、旅游企业合并行为	(188)
五、旅游业行政性垄断行为问题	(189)
第十章 旅游娱乐服务法律问题研究述评	(191)
第一节 漂流游中的法律问题	(191)
一、漂流游经营者的法律义务和法律责任	(192)
二、规范漂流游活动的对策建议	(194)
第二节 娱乐场所损害赔偿法律责任法律问题	(197)
一、娱乐场所的安全保障义务	(197)
二、娱乐场所承担损害赔偿责任的若干问题	(198)
第十一章 旅游者权利保障法律问题研究述评	(203)
第一节 旅游者的内涵	(203)
一、国际社会对旅游者概念的界定	(203)
二、我国对旅游者概念的界定	(204)
第二节 旅游者的基本权利义务	(206)
一、旅游者的基本权利	(206)
二、旅游者的义务	(210)
第三节 旅游者的人身安全维护	(210)
第四节 旅游保险合同	(212)
第五节 旅游消费者权益保护	(214)
一、旅游者合法权益的保护	(214)



二、旅游者合法权益的国际保护	(215)
三、旅游者合法权益国内保护发展	(216)
第十二章 旅游纠纷管理法律制度研究述评	(223)
第一节 旅游纠纷的界定	(223)
一、旅游纠纷的定义	(223)
二、旅游纠纷的特征	(224)
第二节 旅游纠纷的类型及成因	(225)
一、旅游纠纷的类型	(225)
二、旅游纠纷发生的原因	(227)
第三节 旅游纠纷的解决	(228)
一、解决旅游纠纷的法律依据及途径概述	(228)
二、旅游纠纷的协商解决	(229)
三、旅游纠纷的调解解决	(230)
四、旅游纠纷的仲裁解决	(231)
五、旅游纠纷的诉讼解决	(231)
六、旅游纠纷的投诉解决	(234)
七、旅游纠纷解决途径的完善	(240)
第十三章 旅游法热点和前沿问题研究述评	(244)
第一节 旅游消费中分时度假法律问题	(244)
一、分时度假的概念	(244)
二、分时度假的法律模式和性质	(245)
三、当前分时度假存在的主要问题	(246)
四、规范分时度假的对策建议	(248)
第二节 旅游产品知识产权保护法律问题	(251)
一、旅游产品的概念界定	(251)
二、旅游产品知识产权保护模式	(252)
第三节 国际旅游中的跨国犯罪及公共旅游资源经营权	(254)
一、国际旅游中的跨国犯罪	(254)
二、公共旅游资源经营权的法律	(255)
后记	(257)

第一章 旅游法总论

第一节 旅游法概述

随着旅游业的迅速发展,旅游法作为新兴的法律学科分支应运而生,早在20世纪80年代,就有有关旅游法的专著性质的小册子产生,如1988年法律出版社出版的刘海山主编的《旅游法》,将旅游法作为相对独立的法学研究方向加以介绍。近10多年来,越来越多的学者投入到旅游法的教学和研究中去,在某些领域已经取得了一定的研究成果。但是一个不能否认的事实是,旅游法作为具体的部门法分支学科,在法学研究中还基本上处于边缘法学的地位,从事旅游法研究的人员大都是从事旅游教育人士,法学界对此关注不多,在很多问题上还没有涉足,在很多领域还没有达成共识,甚至连诸如旅游法是不是法学的一个分支、旅游法的调整范围有哪些,这些基本的问题都还没有取得一致的意见,需要我们作进一步的研究。

一、旅游法的概念

关于什么是旅游法,一般认为:广义的旅游法是指调整旅游活动领域中各种社会关系的各种法律规范的总称。它既包括旅游基本法,也包括旅游行政法规和部门规章;既包括中央一级的法律法规,也包括地方旅游立法。^①有学者认为,旅游法是调整社会旅游关系的法律规范的总称。旅游法律规范,既集中于旅游法律和旅游法规之中,还散见于宪法和其他法律、法规之中。^②另有学者认为,旅游法有广义和狭义之分。狭义的旅游法一般是指各国的旅游基本法,广义的旅游法是指一个法律规范体系的全部。^③还有学者认为,正确理解旅游法的概念,当注意把握三点:(1)旅游法的概念有广义和狭义之分。广义的旅游法是一个法律规范体系,它是由国家指定或认可的调整旅游活动中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。狭义的旅游法是指旅游基本法,即规定一个国家发展旅游事业的根本宗旨、根本原则和旅游活动各主体根本权利义务关系的法律;(2)旅游

● 韩玉灵编著:《旅游法教程》,旅游教育出版社2004年版,第9~10页。

● 赵林余:《旅游法概论》,法律出版社1995年版,第85~87页。

● 王健编著:《旅游法原理与实务》,南开大学出版社1998年版,第10页。



法是一个法律规范体系,从法的分类的角度,它既包括国内法规范,又包括国际法规范;既有实体性规范,又有程序性规范;既有私法性规范,又有公法性规范;(3)旅游法是用以调整旅游活动中各种社会关系的,因而体现了旅游活动的特点,这是旅游法区别于其他部门法的一个基本标志。^①

综合上述观点,有学者认为:“归结起来有以下几种表述:(1)旅游法是以旅游关系为调整对象的各种法律法规的总和。(2)旅游法是调整纵向旅游关系和横向旅游关系的法律规范的总和。(3)旅游法是调整旅游活动领域中各种社会关系的法律规范的总称,即以旅游法律关系为调整对象的各种法律规范的总和。旅游法律关系主要是指:国家旅游行政管理机构之间及其与旅游企业之间的关系、旅游企业相互之间的关系、旅游者与旅游经营者之间的关系、旅游者与旅游行政管理机构之间的关系、旅游涉外因素之间的关系。”^②但这三种表述都有一定程度的不足:“第一种表述主体不明确,它实际上包括全社会各种类型、性质的主体,认为它们之间都可以发生旅游关系,这样旅游法的调整对象就太宽泛了。第二种表述从内容上把旅游关系分为纵向的和横向的,这是一种形象化的字眼,而非科学的法律用语,其包括的社会关系具有多种性质,具有不确定性,同时也有主体不明确之嫌。第三种表述似乎主体较明确,但是所指社会关系具有多种性质,同时又把调整对象归结为法律关系,这不符合法学理论,在没有经法律调整以前,法的调整对象应是一般的社会关系。笔者认为旅游法应表述为:旅游法是调整国家旅游管理机关之间、国家旅游管理机关与旅游经济组织、旅游者之间因旅游而发生的社会关系的法律规范的总和。”^③这种观点对旅游法的概念进行了较为深入的分析,在一定程度上对旅游法的概念进行了更为科学、明确的界定。

通过上述的各种观点我们也可以看出,旅游法律关系是定义旅游法的基础,旅游法就是调整旅游法律关系的一系列法律规范。

二、旅游法产生的条件

正如其他的部门法律一样,旅游法也不是从来就有的。许多学者遵循法的产生的一般原因分析了旅游法产生的条件,普遍认为经济原因是旅游法产生的重要条件。有学者分析了旅游法活动的发展过程,认为“旅游法是旅游活动发展的

① 陈远生主编:《旅游质量监督执法全书》,海潮出版社2001年版,第127页。

② 郑六一:“浅谈旅游法的几个基本问题”,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2000年第3期。

③ 郑六一:“浅谈旅游法的几个基本问题”,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2000年第3期。



必然产物”^①。有学者专门论述了旅游法产生的基础条件，提出旅游法是旅游业发展到一定历史阶段的产物，认为经济的发展是旅游法产生的基础，同时也是现代旅游业的发展向立法提出的客观要求。这种要求是全方位、多层次的，主要包括：（1）关于旅游业的法律地位；（2）关于旅游业的经营权；（3）关于旅游者；（4）关于旅游资源与旅游基础设施；（5）关于文化及精神文明建设等方面的法律调整要求。^②还有学者认为旅游法的产生源于调整旅游活动中的社会关系的必要性和紧迫性，以“保护旅游业的健康发展，抑制旅游业发展过程中产生的消极因素，解决旅游业发展过程中遇到的矛盾和问题”^③。

三、旅游法的渊源

关于法的渊源问题，存在不同的认识，有论著将法的渊源与法的形式相区别，认为前者指法的来源，后者指法的具体表现形态。^④关于旅游法的渊源，许多人在法的形式意义上使用的。

有学者认为，旅游法的渊源即是旅游法律规范的各种表现形式，包括国内渊源和国际渊源两大类。国内渊源是指用以调整旅游社会关系的国内法，包括法律、法规、条例、法令和法院判例。中国旅游法的渊源主要包括旅游法律、旅游行政法规和地方性法规。国际渊源包括国际旅游条约和协定，国际旅游组织、国际旅游会议作出的重要宣言、决议、法案，国际旅游惯例。^⑤

有学者认为，从我国目前的情况看，旅游法规的渊源主要应由以下5个部分组成：第一，宪法中有关旅游的规定；第二，综合性的旅游基本法，其内容包括：（1）规定国家发展旅游事业的根本宗旨和原则；（2）规定旅游主管机构的性质、任务和权限；（3）规定旅游经营部门的行为准则；（4）规定对旅游者合法权益的保护；（5）规定对旅游资源的保护；（6）规定奖惩措施；第三，旅游部门单行法规；第四，旅游相关单行法规；第五，与旅游相关的国际条约和国际协定。^⑥

通过上述观点可以看出，旅游法的表现形式是多样的，可以通过不同效力等级的文件体现出来。其中地方性法规占有很大的比重。

四、旅游法的调整对象

旅游法能够成为相对独立的法学学科分支，在很大程度上取决于它是否有自

● 王健编著：《旅游法原理与实务》，南开大学出版社1998年版，第10页。

● 韩玉灵主编：《旅游法教程》，高等教育出版社2004年版，第3~4页。

● 孙子文主编：《旅游法规教程》，郑州大学出版社2002年版，第4页。

● 张文显主编：《法理学（第二版）》，高等教育出版社2003年版，第6章，“法的渊源、形式和效力”。

● 王健编著：《旅游法原理与实务》，南开大学出版社1998年版，第10页。

● 向三久主编：《旅游管理法规教程》，暨南大学出版社2004年版，第6~8页。