



Research on Frontier Issues of Tourism Law

旅游法前沿问题 研究

孟凡哲 王惠静 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



Research on Frontier Issues of Tourism Law

旅游法前沿问题 研究

孟凡哲 王惠静 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

旅游法前沿问题研究 / 孟凡哲, 王惠静著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2986 - 3

I. ①旅… II. ①孟… ②王… III. ①旅游业 - 法规
- 研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 140031 号

策划编辑 刘 峰 (52jm. cn@163. com)

封面设计 杨泽江

旅游法前沿问题研究

LUYOUFA QIANYAN WENTI YANJIU

著者/孟凡哲 王惠静

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2011 年 8 月第 1 版

印张/11.5 字数/209 千

2011 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2986 - 3

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

前言

“会当凌绝顶，一览众山小”，人的自然禀赋决定了对大千世界的不断探寻和领略，并成为人生活的重要组成部分。古往今来，走遍名山大川，踏遍大江南北是很多人的美好愿望。2010年，中国的GDP总量超过日本跃居世界第二，在逐渐迈向一个“仓廩食而知礼节，衣食足而知荣辱”的时代，旅游业的蓬勃发展已是顺理成章的事，它的发展反过来又对拉动内需，推动GDP的增长起到积极作用。

2010年3月，温家宝总理在十一届全国人民代表大会第三次会议所做的《政府工作报告》中指出：“我们所做的一切都是要让人民生活得更加幸福、更有尊严，让社会更加公正、更加和谐。”对此，温总理还进一步解释道：“我觉得要使人民生活得更更有尊严，第一就是要保障每一个人享有宪法和法律所给予的自由和权利……所谓幸福，就是要通过我们不断的发展生产和改革开放，使人们的生活水平不断提高，使每一个人都能过上更加体面的生活。”^① 旅游活动是人们增添生活幸福感的重要方式之一，它

^① http://news.xinhuanet.com/politics/2010-03/05/content_13102646.htm

促进了人的身心健康发展，同时作为文化产业的一个分支，它在促进地区之间、民族之间的交流和了解的同时，对当地的经济也做出了很大的贡献。当下，旅游业也越来越成为很多国家经济发展的重要支撑产业，在这样的大背景下，我国旅游业的发展也会面临新的机遇和挑战。

机遇是指作为无烟产业的旅游业对 GDP 的贡献率逐年增加，如果要使旅游业在国民经济发展中发挥更加重要的作用，则需要进一步明确旅游产业的地位、发展方针和主要策略，而这些内容不能仅仅停留在政策和口号的层面，还需要以制度化的形式确定下来。从这个角度来看，旅游产业的良性发展需要法律制度的推动，更需要法律的规范与调整。

挑战是指中国的旅游发展从一开始就面临诸多问题，其中一个重要的方面，就是作为市场主体的两个重要因子——旅游者与旅游经营者之间的关系日趋紧张，旅游市场秩序比较混乱，从而成为旅游业健康发展的障碍。在一个法治社会，良好的市场秩序需要法律的保障，在一个充满危机的市场环境下，旅游业的持续发展不可能长久。当下，旅游市场主体的各种短视行为频现，如欺客宰客、强制购物、服务不到位等不规范行为在很大程度上使旅游者对组团出游多少有点心灰意冷。即便是在法治化程度较高的香港，旅游纠纷也时有发生，2010 年，香港导游以极尽恐吓要挟、辱骂怒斥的手段逼迫内地游客购物的“阿珍事件”刚平息，香港导游界又起风波，2011 年 2 月 6 日，九龙发生一起香港女导游和

内地客发生肢体冲突事件，4人受伤先后送入医院。可见，在任何社会，尤其是旅游者权益的保护问题都已不是一个全新的话题。虽然，目前我国乃至很多国家的立法中还没有关于旅游权的规定，但是旅游者的权利保护问题也是旅游法需要探讨的重要主题。

目前，我们正在进行《旅游法》的起草和论证工作，在这样的背景下，我们结合平时研究的心得体会，完成了这部小书。以旅游业发展的全球化为视野，以中国旅游业发展中的各种突出问题为视角，以自己的拙见对某些较为重要的问题进行了一定的透视，希望能够为中国的旅游产业发展和法治化建设尽绵薄之力。当然，由于作者本身的才疏学浅，可能是坐井观天，而没有鸟瞰到更广阔的视野；可能是挂一漏万，而没有选择到更合适的视角；更可能是一叶障目，而没有透视出问题的真谛。但是，我们知道，对于这个处于法学各学科边缘的小领域，也总得有人去关注，我们愿意和那些充满真知灼见的旅游法学者一起赶路，我们的目标是如此一致，就是有一天，我国旅游法治化的进程逐步实现，旅游产业得到蓬勃发展，旅游者权益得到切实维护，各类违法行为得到有效的惩治，人们更能在旅游活动中获得快乐，获得体面，获得幸福——我们知道，那是法治带来的快乐、体面和幸福！

作者

2011年3月

目 录

第一章 旅游立法问题研究	1
旅游法的学科定位与功能定位	
——兼论旅游基本法的制定	1
从比较法的视野看我国旅游合同立法模式选择	19
第二章 旅游合同相关问题研究	31
旅游合同基础性问题研究	31
旅游经营者的法律责任	60
旅游经营者的责任免除与限制	77
旅游合同履行中的相关法律问题研究	81
第三章 旅游侵权责任研究	88
旅游侵权责任基础性问题研究	88
旅游者的损害赔偿请求权	115
场所旅游企业损害赔偿责任的限定	126
第四章 旅游行业管理中的法律问题研究	137
旅游景区管理中的财产侵权类型及对策	137
旅游景区管理中的合同法律问题	152
旅游景区劳动关系法律问题	167
饭店业经营管理中的法律问题	177
旅游交通运输问题	201

旅游出入境管理法律问题	222
第五章 旅游典型案例分析	230
第六章 旅游法制建设随笔	332
中国旅游立法应加大处罚力度	332
落实休闲计划还需制度努力	335
旅游景区门票涨价的法理思考	339
《旅游法》中不应当规定旅游佣金制度	341
旅游纠纷司法解释中惩罚性条款的理解与适用	345
我国首部旅游纠纷司法解释还应再走一步	348
旅行社身份的重构与定位	351

第一章

旅游立法问题研究

旅游法的学科定位与功能定位 ——兼论旅游基本法的制定

进入 21 世纪，随着经济与社会的全面发展，我国致力于建设社会主义市场经济法律体系的工作逐步推进。2011 年 3 月 10 日，十一届全国人大四次会议第二次全体会议听取了全国人大常委会工作报告，吴邦国委员长在报告中提出：“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法、商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成，国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依，党的十五大提出到 2010 年形成中国特色社会主义法律体系的立法工作目标如期完成。”在这样一个有中国特色的相对完整的社会主义法律体系中，对于从事旅游管理和旅游业经营的群体来说，他们何尝不希望看到《旅游

法》的身影，但到目前为止这还只是我们奋斗的目标。当下我们正在进行《旅游法》草案的立法论证研究，而《旅游法》能否如期推出，则需要有一些前提性的问题需要解决，这些问题的解决又有赖于旅游法的研究取得实质性进展。

一、“旅游法”的学科定位

现在，学界有关“旅游法”的提法已经比较普遍，但是笔者认为我们这里还需要做以区分，即旅游法既可能指学科意义上的旅游法，也可以指规范意义上的旅游法，这就需要我们结合法学的研究方法和立法的技术方法分别加以厘清。首先，我们分析一下规范意义上的“旅游法”，即旅游法的部门法属性。

（一）法律部门划分的基本范式

我们知道，法律部门的划分主要依据该类法律的调整对象和调整方法，在我国相对约定俗成的法律部门中，该类法律的调整对象比较一致，更重要的是其调整方法的基本理念是一致的，例如，调整经济关系的法律部门以民商法、经济法为主，但是刑法、行政法的很多规范中也大量涉及对经济关系的调整，甚至可以说在当下社会任何一个法律部门都涉及到对经济关系的调整，但是我们还是把它们称之为不同的“法”，由此可见，划分法律部门尤其要考虑法律调整的方法，例如作为典型的私法的民商法对经济关系的调整贯彻的是意思自治、等价有偿的精神，作为国家干预经济生活的手段的经济法的社会调整贯彻的是管理、维护

和调控的精神，因为虽然都是“有关经济的法”，但是它们可以比较清晰地被划分为独立的法律部门，同时在各自己的法律部门中，法律规范以一以贯之的态度完成对社会生活的调整。

（二）“旅游法”的独立性问题

那么，旅游法是否可以成为独立的法律部门？顾名思义，它是关于“旅游”的法，作为一种社会活动，旅游基本上涉及到行、游、购、食、宿、娱六大要素。我们现在分别来看一看这其中的法律关系：

1. 行。出行是人参与社会生活的方式之一，旅游一定要出行，但是反过来出行不一定是旅游。因此，我们现在至少要区分出旅游出行和基于其他目的的出行，这样，旅游中的“行”就不具有独立性，在“行”的过程中同时还涉及两个方面的法律关系，一个是对提供“行”的服务的一方即承运人的管理法律关系；一个是“行”的服务方与被服务方的双方当事人即承运人和旅客之间的运输合同法律关系，两者的调整方法亦完全不同，因此在“行”的问题上，我们看到各种关系区分在逻辑上的纵横交错。

2. 游。“游”是旅游活动的核心，在法律关系上也体现得比较纯粹，主要是游客在旅行社导游的带领下去旅游景区参观游览，或者游客自己去旅游景区游览。“游”之所以能够成行，或者在于旅游者与旅行社之间事先签订了旅游合同，按照合同约定，在“游”的过程中，旅行社直接或委托他人提供相应的游览服务，使旅游者获得精神上的愉悦；或者在于游客直接与旅游

景区间成立合同关系。但是，无论哪种形式，在这里法律关系中，基本上是通过合同等私法规范进行调整的。

3. 购。“购”即采购，旅游活动中会发生采购，但是除了旅游活动之外，人们几乎每天或每几天都要采购一些物品以满足消费。从这个角度来讲，“购”不具有独立性。同时，采购意味着在买方和卖方之间成立了买卖合同关系，买卖合同是民法债权的重要组成部分，我国《合同法》分则中规定的第一种有名合同就是买卖合同，可见其普遍性。在旅游活动中，最容易出问题的一个环节就是导游强制要求游客购物或者与卖方共谋欺诈损害作为买方的旅游者的利益，这一方面的法律关系可由《合同法》和《消费者权益保护法》进行调整。因此，旅游购物并非是旅游活动中普遍性的法律关系。但是，如果将来旅游合同有名化，也可在旅游经营者义务方面做以规定。

4. 食。常言道，“民意食为天”。“食”是人生存的必要条件，在旅游活动中，“食”的意义在于人们可以体会到更好的、不同口味的“食”，或者是为了“看”不得不进行必要的“食”。在旅游过程中，大都是在合同中约定旅行社提供的“食”的标准，而饭店和旅游者之间一般不存在直接的合同关系。所以，这部分法律关系，大都在旅游合同中事先作出约定，至于饭店提供的食品的安全卫生监管等方面的问题，则属于行政法的范畴，由行政法中的各专项立法规定。

5. 宿。“宿”也是人几乎每天都不可缺少的生活内容之一。

具有合同关系的住宿有两种情况：其一，旅游者在旅游过程中，按照旅行社的安排入宾馆；其二，客人因其他原因如开会、休闲等入住宾馆。无论哪种情况，都可由住宿合同进行调整，但是我国目前的《合同法》分则中无住宿合同的规定，因此相应的法律关系需要按照合同法总则和行业惯例进行调整。这方面存在制定相应的法律规范的必要性，其中重要一点是涉及到行业惯例的效力问题，立法需要把握好对私法关系进行适度干预的尺度。

6. 娱。“娱”也是人们的社会活动之一，“娱”的形式多种多样，但是从法律关系角度，自娱自乐和旅行社安排的娱乐活动之间就存在很大的区别。“娱”的法律问题涉及到娱乐场所的安全保障义务，以及在自费娱乐项目中游客与娱乐场所，或团费包含的项目中游客与旅行社之间的合同关系，后者可能会涉及到旅行社的法律责任问题。

除了上述内容外，作为相关旅游活动组织者的旅行社、相关旅游产品经营者的承运人、商场商店、宾馆饭店、娱乐场所等都属于商法上的商事主体，其组织行为目前由《公司法》或其他相关企业立法进行调整；其按照市场规则进行营业的问题涉及到行业主管部门的必要的监管，如旅行社的市场准入和退出机制、导游人员资格的取得等问题，同时也凸显出旅游行政主管部门的权利和义务的问题。

通过上面的分析，我们不难看出，旅游涉及的“法”具有综合性的特征，既有私法规范也有公法规范，法律关系也主要体现为两大类：一是行政主管部门对相关企业的行业管理法律关系，

这基本上属于经济法和行政法的范畴；二是旅游者通过旅行社与其他旅游产品经营者，或直接与旅游产品经营者订立的合同关系。在这里，我们很难找出完全具有独立性的法律关系。而法律部门的划分还要考虑到该部门独特的调整手段以及所接受调整的相应法律关系的数量，从这个角度来说，旅游法难以成为独立的法律部门。还需要指出的是，以往有一种观点认为“旅游法”可作为经济法法律部门的一个分支。笔者认为，经过多年的论证，在国内对经济法的认识已经比较一致，即它基本上可以被看成以公法为主要特征的“经济行政法”，而在上述提到的与旅游相关的法律关系中，反倒是以大量的私法规范为主体的，这样，这类法律调整的基本手段是不同的，故至少广义的“旅游法”难以完全被囊括到经济法的体系中。换个角度，如果抽取出大量的可被其他法律部门调整的普遍性规范，“旅游法”所剩下的“自留地”其实已经寥寥无几了，因此，旅游法并非是一个独立的法律部门。

（三）旅游法与旅游法学的区别

按照前文我们对“旅游法”的法律部门地位的定位，旅游法可以从广义和狭义两个不同的角度来理解，广义的旅游法其实是所有与旅游相关的法律，但是其因缺乏独特的调整对象和调整方法而难以体现出独立性。狭义的旅游法可以按照一条主线索来探究其中的法律关系，即旅游活动开展的核心是旅行社的商事经营行为，也就是说旅游社注册登记后，通过游客招徕为旅游者提供一条龙的旅游服务。在这一关系中，一方面涉及对作为市场主体

旅行社的市场行为的监管，一方面涉及作为商事主体的旅行社与作为相对人的旅游者之间的商事合同中权利和义务的分配，以及旅行社与作为商事辅助人的承运人、宾馆饭店、商场、娱乐场所之间的合同关系。其中，旅行社的监管、旅行社与旅游者之间的合同关系是核心的法律关系，同时由于饭店与客人之间的法律关系目前还没有专门的立法来调整，因此也可以先被纳入到旅游法律关系之中。这样，狭义的旅游法其实是以旅行社为核心的“身份”与“契约”的关系，即旅游行政主管部门、旅游经营者（旅行社及其履行辅助人）、旅游者之间的相应关系。

虽然按照上面的界定，旅游法的“空间”被压得很窄，但是这并不影响我们对与旅游相关的各种法的研究，尤其是对在旅游活动中的特定行为与一般性行为相比具有某些特殊性的问题进行专门研究的必要性。也就是说，没有部门法意义上的单一的旅游法不等于没有学科意义上的旅游法学，如果非要从法律部门的角度去命名，我们可以将其称为“旅游业法”，对其相应的研究也可以被称为“旅游法学”。正如我们不能因为一个国家没有《商法典》而否认其存在独立的商法部门及商法学体系一样，我们不能因为旅游法没有相应的独立性而否认旅游法学的存在，部门法的目标是对同类社会关系进行法律调整，部门法学的目标则是对相关学科领域进行广泛的学术研究，它和部门法律规范并非是一一对应的。正因为旅游业所涉及的方方面面的法律关系都有从理论上进行研究的必要，这也更呈现出旅游法学存在的必要性。

二、旅游法的功能定位

在以往的论著中，很多学者认为，旅游法是调整人们在社会生活中的旅游关系的法律规范的总称，如“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，是一个国家制定或认可的调整旅游活动中所产生的社会关系的各种法律规范，其既包括一个国家发展旅游业的根本大法——旅游基本法，也包括涉及旅游活动领域的单行法律、法规、规章，以及散见于其他法律规范中有关旅游的法律规定，还包括国际旅游公约、条约等国际旅游规范。”^① 这种表述如果不做具体的解释，其含义还是比较模糊的。因为，通过前面的论述我们已经说明，在生活中，很多涉及到旅游的关系其实是“被旅游关系”了，如与旅游相关的购物、交通运输这些关系最初并非是什么旅游关系，完全可以通过相应的民商事法律规范进行调整，大可不必“旅游关系化”。那么，我们所理解的旅游法究竟应该调整哪些关系？更进一步说，我们这里所说的旅游法应该承担怎样的职能？

（一）旅游法的基本范畴

在此我们可以通过旅游法的域外考察，来分析旅游法在不同的国家承担的主要职能。

在很多国家，旅游业法是一个相对广大的体系，其中“旅游

^① 杨志刚、高例娟：《旅游法立法初探》，《哈尔滨学院学报》2004年第11期，第74页。

基本法”主要涉及促进旅游业发展的相关政策、方针及旅游行政管理体制等，其余很多内容则通过相应的单行法来调整。日本在1963年颁布了《旅游基本法》，规定了日本发展旅游事业的基本方针，对旅游者的保护、旅游设施的配备、行政机关及有关旅游的团体等内容。如该法第一条规定，国家旅游政策的目标：“在改进国际收支、促进和外国在经济文化交流、增进国民的保健、鼓舞劳动热情以及提高教养上作出贡献”。可见这部法律是以旅游业的促进和基本规范为特征的。当然，在此基本法之外，日本还制定了大量的旅游专项立法，涉及到旅游企业、协会、从业人员、民间资金使用旅游资源等方面，如1949年《国际观光饭店整备法》，对饭店的设立经营管理做了相关的规定，该法在1993年和2000年还进行了两次修订。1971年，日本制定了《旅行业法》，主要涉及旅行社的登记、组织机构、营业保证金、禁止性行为、行业协会、监督检查及法则等方面问题，该法在2004年进行了修订，对相关内容作了较大的调整。此外，日本还制定了《国际观光振兴会法》、《运用民间资金整修旅游设施临时措置法》、《综合疗养地域整修法》、《翻译导游法》等单行法规，从而形成了以《旅游基本法》为支撑、76件法律法规相配套的相当完备的旅游立法体系。^①

英国在1969年颁布实施了旨在促进英国旅游业发展的《英国旅游发展法》，1985年制定了《旅行批发商条例》和《旅行代

① 参见韩玉灵：《浅析我国的旅游立法》，《法学杂志》2005年第5期，第94页。