

杭州市哲学社会科学重点研究基地项目资助



涉外旅游 法律问题研究

Foreign Tourism Legal Issues

闻银玲 罗一涵 曹兴龙 徐何生◎著

杭州市哲学社会科学重点研究基地项目资助

涉外旅游法律问题研究

闻银玲 罗一涵 曹兴龙 徐何生 著



上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

涉外旅游法律问题研究/闻银玲,罗一涵,曹兴龙,徐何生著. —上海:
上海财经大学出版社, 2014. 10

ISBN 978-7-5642-1922-2/F · 1922

I. ①涉… II. ①闻…②罗…③曹…④徐… III. ①旅游业-法规-研究-中国 IV. ①D922.296.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 109742 号



- ☐ 责任编辑 刘晓燕
- ☐ 封面设计 张克瑶
- ☐ 责任校对 王从远 胡芸

SHEWAI LÜYOU FALÜ WENTI YANJIU
涉外旅游法律问题研究

闻银玲 罗一涵 曹兴龙 徐何生 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海竟成印务有限公司印刷装订

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/16 6.125 印张 164 千字

定价: 25.00 元

前 言

我国旅游业经过三十多年的发展,实现了历史性的跨越。旅游业正深刻地影响着经济、社会、文化等方方面面,旅游也逐渐成为人们生活的一部分。旅游业已经走过零星的小规模阶段,已迈进大众化、产业化发展的阶段。2009年《国务院关于加快发展旅游业的意见》提出,我国要将旅游业培育成国民经济的战略性支柱产业和人民群众更加满意的现代服务业。同时,也指出在旅游业发展过程中出现了诸多问题,需要加强旅游法制建设来保障我国旅游业的健康发展,保护旅游者的合法权益。正是在这样的背景下,旅游法制的建设和旅游法的研究都呈现了加速和深化的趋势,随着2013年我国旅游基本法的施行,这一态势将更加强劲。

浙江大学城市学院地处美丽的旅游城市杭州,是开展旅游法研究较早的高校之一。2011年浙江大学城市学院设立了杭州市人文社科研究基地——旅游发展与法制研究中心,系统深入地开展了旅游法方面的研究,取得了一系列的成果,尤其是在浙江省旅游立法方面取得了较多成果。

本书是杭州市哲学社会科学重点研究基地(旅游发展与法制研究中心)重点项目——“涉外旅游法律问题研究”(项目编号:2011JD27)的最终成果。本书对中国涉外旅游中的法律问题进行梳理和探讨,以期对我国涉外旅游法治化建设提供若干制度建议。全书共分为八章,由浙江大学城市学院法学院的四位教师共同完成,

其中闻银玲撰写第一、五、六、七、八章,罗一涵撰写第二章,徐何生撰写第三章,曹兴龙撰写第四章。在本课题的调研过程中,杭州市旅游局、杭州市旅游委员会、旅游发展与法制研究中心等单位给予了大力协助,在此表示感谢!在本书的写作过程中得到了浙江大学城市学院法学院院长、旅游法专家侯作前教授的指导,在此感谢!本书难免有错误或疏漏之处,请法学界和旅游业界人士批评指正!

闻银玲

2014年4月

目 录

前言/1

第一章 导论:我国涉外旅游的发展和法制进程/1

一、涉外旅游的界定/1

二、发展涉外旅游的意义/6

三、我国涉外旅游的发展和我国涉外旅游的法制进程/10

第二章 涉外旅游市场的开放规则/15

第一节 涉外旅游市场的开放规则:国际旅游服务贸易壁垒与自由化/15

一、国际旅游服务贸易壁垒/15

二、国际旅游服务贸易的自由化/16

第二节 GATS关于旅游服务贸易的规则/18

一、GATS适用于旅游服务贸易的基本原则/18

二、GATS对国际旅游服务贸易“入世”承诺的安排/21

第三节 我国旅游服务贸易“入世”承诺及其履行/22

一、我国旅游服务贸易“入世”承诺/22

二、我国旅游服务贸易“入世”承诺的履行/25

第四节 区域贸易协定中的旅游服务贸易/28

一、区域贸易协定中的旅游服务贸易:欧盟与北美自由贸易区/28

二、中国—东盟自由贸易区中的旅游服务贸易/31

三、中国内地与港澳经贸关系安排中的旅游服务贸易/33

第五节 我国与外国有关国际旅游的双边协定/35

一、中美双边协定/35

二、中欧双边协定/37

三、中日韩旅游合作/38

四、中印双边协定/39

五、国际旅游双边协定中存在的若干问题/40

第三章 涉外旅游的监管/46

第一节 涉外旅游监管概述/47

一、涉外旅游监管的界定/47

二、涉外旅游监管的意义/48

三、涉外旅游监管的主体与模式/50

四、涉外旅游监管的基本内容/53

五、涉外旅游监管的立法/56

第二节 我国的涉外旅游监管/58

一、我国涉外旅游监管的主体与模式/58

二、我国涉外旅游监管立法/60

三、涉外旅游市场的准入监管/63

四、涉外旅游市场的退出监管/68

五、中国旅游者出境旅游的监管/70

六、外国旅游者入境旅游的监管/75

七、涉外旅游合同的监管/78

八、旅行社涉外经营行为的监管/80

第四章 涉外旅游法律争议类型与责任/82

第一节 概述/82

第二节 旅游者与旅游经营者的法律争议与责任/83

一、我国旅游者出国旅游时与旅游经营者之间发生的法律争议/84

二、外国旅游者来我国旅游时与旅游经营者之间发生的法律争议/88

第三节 旅游者与履行辅助人的法律争议与责任/90

一、我国旅游者出国旅游时与履行辅助人之间发生的法律争议/90

二、外国旅游者来我国旅游时与履行辅助人之间发生的法律争议/95

第四节 旅游经营者以及履行辅助人之间的法律争议与责任/96

第五节 外商投资旅游经营者与政府间的投资争议与责任/99

第五章 涉外旅游关系的法律适用/102

第一节 涉外旅游争议法律适用的冲突/102

一、涉外旅游争议的类型和解决方式/102

二、涉外旅游中民事法律冲突的产生/104

三、涉外旅游民事法律冲突解决的方法/108

第二节 涉外旅游合同争议的法律适用/110

一、涉外旅游消费者合同的法律适用/110

二、涉外旅游经营合同的法律适用/113

三、涉外旅游经营合同法律适用分析/118

第三节 涉外旅游侵权责任的法律适用/119

一、涉外旅游中一般侵权责任的法律适用规则/119

二、涉外旅游中特殊侵权责任的法律适用规则/121

第六章 涉外旅游争议的解决途径与机制/124

第一节 涉外旅游争议的协商与调解/124

一、协商/124

二、调解/125

三、涉外旅游争议调解机制的创新/129

第二节 涉外旅游争议的解决——仲裁/130

一、仲裁制度解决旅游纠纷的特点/130

二、仲裁制度解决涉外旅游争议的优势/131

三、涉外旅游争议仲裁程序要点/133

四、构建旅游纠纷仲裁新机制/134

第三节 涉外旅游争议的诉讼解决方式/135

一、诉讼解决涉外旅游争议的特点/135

二、涉外旅游诉讼管辖权/136

三、涉外旅游争议诉讼管辖权冲突/139

四、解决涉外旅游争议的诉讼模式创新/141

第七章 涉外旅游保险和旅游者权益保障制度/146

第一节 涉外旅游保险概述/146

一、涉外旅游保险的必要性/146

二、涉外旅游保险类型/147

三、旅游经营者责任保险/150

四、旅游者投保的旅游保险/157

五、涉外旅游保险合同的法律适用、争议解决/160

第二节 我国涉外旅游保险制度改革与创新/162

一、旅游经营者责任保险面临的问题及对策/162

二、完善多元化的保险争议解决机制/164

第三节 涉外旅游者的权利和义务概述/167

一、涉外旅游者的权利/167

二、涉外旅游者的义务/169

第四节 我国保护涉外旅游者权益的制度体系/171

一、规范涉外旅游经营者的制度/171

二、国家保护涉外旅游者安全的制度/172

三、涉外旅游中的外交保护制度/175

第八章 结论——我国涉外旅游发展的促进和法制完善/178

一、扩大和深化国家间、地区间旅游发展与合作/178

二、完善涉外旅游的相关制度/179

参考文献/183

第一章 导论:我国涉外旅游的发展和法制进程

旅游活动作为世界经济文化交流的重要手段和人类文明生活方式的重要组成部分,随着近代世界经济的发展和世界政治经济文化体系的形成而迅速发展起来。特别是第二次世界大战后,随着社会生产力的高速发展、人们可支配收入的不断增加,以及工作时间的缩短,许多人不仅具备了国际旅游的消费能力,也具备了国际旅游的闲暇时间和消费动机,再加上交通运输条件的改善,从而推动了国际旅游的大众化发展,使国际旅游不再是以少数富有者和商务人员为主的活动,而是一种面向人民群众的大众性的旅游活动。国际旅游的飞速发展给各国的旅游立法带来了挑战,各国制定了调整国际旅游的规范,国家间达成了开放旅游市场的协定。对我国而言,旅游立法滞后,而涉外旅游方面的法制则更加落后。随着我国涉外旅游的发展,涉外旅游方面的立法完善非常紧迫,本书仅以涉外旅游为对象,对如何完善我国涉外旅游法制进行初步探讨。

一、涉外旅游的界定

(一)旅游的定义及特点

1. 旅游的定义

对“旅游”进行界定,在旅游统计、旅游立法和旅游管理活动中非常重要,但是对“旅游”一词的含义进行准确界定却非常难,随着旅游的新业态不断产生,一个定义要想涵盖所有的旅游活动就更加难。中外学者给出的比较权威的定义有很多,但都无法跟上旅游快速发展的步伐。

被誉为旅游研究奠基人的瑞士的克拉普夫和亨齐克,在其1942年合著的《普通旅游学纲要》一书中认为,旅游是“非定居者的旅行和暂时居留所引起的现象和关系的总和。这些人不会导致永久定居,并且不从事任何赚钱的活动”。^① 美国学者威廉·瑟厄波德在《全球旅游新论》中,从“旅游”一词“tourism”的词源考察,认为“旅游意指一种往复的行程,即指离开后再回到起点的活动;完成这个行程的人被称为旅游者”。^② 维也纳经济大学旅游学院将旅游定义为“旅游可以理解为暂时在异地的人的空余时间活动,主要是出于休养;其次是出于受教育、扩大知识和交际的原因的旅游;再者是参加这样或那样的组织活动,以及改变有关的关系和作用”。1966年法国学者让·梅特博士认为,“旅游是一种休闲活动,它包括旅行或在离开定居点较远的地方逗留。其目的在于消遣、休息或为了丰富他的经历和文化教养。”1974年英国萨里大学 A.J.伯卡特和 S.梅特利克认为,“旅游是人们离开他经常居住或工作的地方、短期暂时前往一个旅游点运动和逗留该地的各种活动。”该定义强调了旅游的重要特征是流动性以及旅游具有异地性和暂时性的特点。日本旅游家律田新教授认为,旅游主要是为了达到考察别的国家或地方的文物制度,观赏游览风光等目的。1980年,美国罗伯特·麦金巴什和查尔斯·R.戈尔德耐两位教授把旅游定义为“在吸引和接待旅游者及其他访问者的过程中,由于旅客、旅游企业、东道国政府及东道地区的居民的相互作用而产生的一切现象和关系的总和”。^③

除了专家学者对旅游做出具体的定义外,一些官方或半官方的组织也对旅游的含义做出了各种不同的界定。

联合国“官方旅行机构国际联合会”为了便于开展统计、调查等

① (法)罗贝尔·朗加著,陈淑仁、马小卫译:《国际旅游》,商务印书馆1995年版。

② (法)威廉·瑟厄波德著,张光瑞等译:《全球旅游新论》,中国旅游出版社2001年版。

③ 夏冰:《对完善我国旅游服务贸易立法的探讨》,东北财经大学硕士论文,2007年。

实际工作的需要,特别强调旅游的时间性,因此,他们对旅游的界定是“到一个国家访问,停留超过二十四小时的短期旅客,其访问目的属于以下两项之一:(1)悠逸(包括娱乐、度假、保健、研究、宗教和体育活动);(2)业务、家庭、出使、开会,谓之旅游”。1981年“国际旅游科学家联合会”(AISET)正式采用克拉普夫和亨齐克的定义,认为旅游是“由人们向既非永久定居地亦非工作地旅行并在该处逗留所引起的相互关系和现象的总和”,简称“艾斯特定义”。1993年,世界旅游组织更是给出了为大多数国家的旅游行业管理部门所采用的旅游定义,即“旅游是人们出自非获取报酬以外的任何目的而向其日常环境以外的地方旅行并在该地停留不超过一年所产生的活动”。1997年,在世界旅游组织、世界旅游理事会(WTTC)与地球理事会(Earth Council)联合制定的《关于旅游业的21世纪议程》中将旅游进一步界定为“人们离开其惯常环境,为休闲、商务或其他目的而去往他处并在那里逗留连续不超过一年的活动”。^①

参照各种旅游定义和旅游具有的特征,可将旅游的定义概括为:旅游是人们离开居住地而到他处访问的旅行和暂时停留所引起的各种现象和关系的总和。

2. 旅游的特点

从以上定义来看,旅游具有以下特点:

(1)异地性。旅游的异地性特征是指旅游活动的发生要以旅游者的空间移动为前提,也就是旅游者要由常住地向旅游目的地移动。“异地”排除了在常住地内的旅行和在住所与工作场所之间的往返。然而,在理论上表述“异地”的含义并不难,但在实践中却有大量难以认定的现象,其中最关键的问题是对“常住地”的空间范围难以界定。城镇大小不一,社区也有大有小,不管依据什么标准,都难有统一的结果,因此,出行多远才算是离开了常住地而到了异地,这在实践中是很难界定清楚的。

^① 夏冰:《对完善我国旅游服务贸易立法的探讨》,东北财经大学硕士论文,2007年。

(2)暂时性。旅游的暂时性是指旅游与长久改变定居地不同,也与到异地就业不同,是旅游者在异地短时期的活动,他们离开常住地一段时间又返回常住地,是一种不同于在常住地的活动形式。所以,这段时间也往往被看作是对正常生活时间的一种逸出。与“异地性”一样,“暂时性”的时间界限也是难以确定的。现在通常的做法是在技术性旅游定义中规定一个时间长度,如世界旅游组织规定不超过一年。

(3)综合性。旅游是一种不同于日常生活的特殊的短期生活方式,其内容是丰富多彩的,涉及食、住、行、游、购、娱等诸方面内容,而且旅游活动是在具体的社会环境中进行的,旅游者的活动过程必然与社会、经济、自然、文化、政治以及管理等诸多因素发生联系。

3. 旅游的种类

旅游可以根据不同的标准分为不同的种类。按照旅游活动的组织形式,可以分为自助旅游、半自助游、团队旅游;按照旅游活动的目的可以分为观光旅游、商务旅游、度假旅游;按照旅游内容的特点可以分为文化旅游、体育旅游、农业旅游、工业旅游、生态旅游、医疗旅游等;按照旅游者的行程是否超出本国地域,可以分为国内旅游和国际旅游。

(二)国际旅游与涉外旅游的界定

1. 国际旅游的界定及特点

国际旅游的定义可以概括为:人们为实现旅行目的并且不为获取经济利益而从事的各种跨越国界的旅游活动。其包括入境旅游和出境旅游。

与国内旅游相比,国际旅游具有以下几个方面的特征:

(1)跨国性。国际旅游,顾名思义,是指某一国家或地区的旅游者离开惯常居住国,在居住国以外进行的旅行、游览活动,因而在地域上具有跨国性。这是国际旅游与国内旅游最直接、也是最显著的差别所在。

(2)时间、目的的特殊性。从在居住国以外停留的时间看,旅游

者一般停留时间在 24 小时以上,至于在两国交界的边境地区进行旅游活动,一般也划归国际旅游之列。同时,旅行者在此段时间内的活动是为了实现旅游、游览和观光的特定目的。

(3)服务的无形性。从性质上看,国际旅游是一种跨国的经济、文化交流活动,其实质是一种国际服务贸易活动。它是一种与有形贸易无关,由旅游消费者单独购买并能为旅游消费者提供核心效用的服务,一般需要经过旅游服务提供者和旅游者的面对面接触才能实现其服务。

2. 涉外旅游的含义

涉外旅游在本书中的含义是指站在一国的角度研究一国与他国间的旅游关系。涉外旅游意指旅游关系涉外,具体是指旅游关系的主体、客体以及旅游权利与义务关系据以发生的法律事实等因素中至少有一个为外国因素的旅游。旅游关系除了包括涉外旅游中的民事关系外,也包括旅游中的国际公法关系,例如国家间就旅游达成的旅游协定和安排。但是一国对涉外旅游关系中的私法关系和公法关系的处理是不同的。

1988 年我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》第 178 条对何为涉外民事关系作了解释,其指出:“凡民事关系的一方或双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”就涉外旅游来讲,涉及外国的因素是指:第一,作为旅游关系的主体的一方或双方是外国自然人、外国法人或无国籍人。最常见的是出境旅游和入境旅游时,提供旅游服务的一方或接受旅游服务的一方为外国人。有时外国国家可能成为涉外旅游关系的主体,例如两国签订开放旅游贸易的协定,但此时国家间的旅游贸易协定关系属于国际公法上的旅游关系。第二,客体涉外。就旅游而言,是指旅游在外国进行或完成。例如一国的旅游经营者在国外为本国人提供旅游服务就属于客体涉外。第三,产生、变更或消灭旅游权利义务关系的法律事实发生在外国。

对于我国的涉外旅游关系中的“涉外”应该做以下的理解:首先,外国包括中国以外的国家和地区;其次,目前涉外旅游关系包括涉及我国台湾地区、香港地区、澳门地区的旅游关系。因为这些地区的法律制度不同于中国大陆的法律制度,属于中国的不同法域(territorial legal unit),在法律关系的处理上一直作为涉外法律关系对待。因此,本书研究的涉外旅游关系包括中国大陆与台湾地区、香港地区、澳门地区的旅游关系。

综上所述,本书中的涉外旅游是指具有涉外因素的旅游,包括国际旅游,也包括涉及我国台湾地区、香港地区、澳门地区的旅游以及有涉外因素的国内游。

二、发展涉外旅游的意义

旅游业是世界上发展最快、前景最为广阔的一个服务行业,其在经济中的作用越来越明显,世界各国高度重视旅游业在国民经济中的作用。尤其是在产业结构重心不断向服务业转移的背景下,服务贸易在世界贸易中的比重越来越大。相对于货物贸易和直接投资的新兴产业的服务贸易,国际旅游服务贸易独占鳌头,远远超过了世界其他贸易的增长速度。

自 1885 年英国托马斯·库克旅行社成为世界上第一家为旅游者办理出境旅游业务的专业服务机构开始,旅游服务贸易进入了崭新的时代。从 20 世纪 50 年代起,国际旅游业呈现迅速增长的趋势。世界旅游组织的统计资料表明,从 1950 年到 1960 年的十年间,国际旅游人数从 2 528.2 万人次增加到 6 932 万人次,增长了 1.74 倍,年均递增 10.61%,国际旅游收入从 21 亿美元增加到 68.67 亿美元,增长了 2.27 倍,年均递增 12.58%,但这一阶段国际旅游主要在欧洲和美洲等经济较发达国家和地区进行。从 1960 年到 1980 年的 20 年间,国际旅游人数从 6 932 万人次上升到 58 533 万人次,20 年间增长了 3.12 倍,年均递增 7.3%;进入 20 世纪 80 年代以后,国际旅游人数 20 年间增长了 1.45 倍,年均递增 4.6%,国际旅游收入增长了 3.52 倍,年均递增 7.8%,2000 年,全世界的国际

旅游人数已达到 6.98 亿人次。^① 2005 年全世界的国际旅游人数达到 8.08 亿人次,比 2004 年增长了 5.5%,2006 年,尽管全球旅游增速放慢,但旅游人数仍达 8.42 亿,同比增长 4.5%,再创新的纪录,预计从现在起至 2020 年,全球旅游可维持年增长 4% 的速度。^②

旅游业的发展已经使国际旅游远远超出单一追逐经济效益的功能,而成为集国际政治、经济、文化、社会生活和环境保护等诸多方面功能于一体的综合体,在国家发展对外关系中发挥着越来越重要的作用。

1. 涉外旅游对国际经济关系的影响

旅游从本质上适应人类需求的高层次走向,迎合经济时代的本质要求,享有“朝阳产业”的美誉。旅游业作为一种新兴的产业,是第三产业的一个重要组成部分,在世界经济发展中将发挥越来越重要的作用。现代旅游业涵盖了食、住、行、游、购、娱等多重领域,它可以带动相关产业共同发展,创造数目可观的直接就业机会和刺激消费需求;也可以发展劳动密集型产业和优化经济结构。一个国家或地区可以通过发展旅游来塑造品牌形象,扩大对外影响,从而对这个国家或地区的社会经济发展起到不可估量的作用。

(1) 平衡外汇收支

国际旅游是我国服务贸易的重要组成部分。1998~2007 年旅游服务贸易都是我国服务贸易的重要组成部分,几乎占全部服务贸易量的 1/3~1/2。我国的高额贸易顺差一直是富有争议性的话题,而旅游服务贸易则存在双面性,即入境旅游可以赚取外汇,出境旅游可以促进居民境外消费,弥补贸易差额,缓解国际贸易摩擦。1980~2007 年我国旅游外汇收入年平均增长率为 17%。2007 年我国人均 GDP 已达到 2 456 美元,是旅游消费快速增长的阶段。2007 年我国入境接待 1.3 亿人次,入境过夜达 5 472 万人次,居全

^① 夏冰:《对完善我国旅游服务贸易立法的探讨》,东北财经大学硕士论文,2007 年;转引自罗明义,《国际旅游发展导论》,南开大学出版社 2002 年版,第 22—24 页。

^② 夏冰:《对完善我国旅游服务贸易立法的探讨》,东北财经大学硕士论文,2007 年。