

# 錢湖 法

揭明 主编



完善农村集体非农建设用地流转制度研究

物权请求权与诉讼时效适用之新论

建立我国不动产先取特权制度的思考

浅议物业管理纠纷解决机制



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 錢 湖 於 法

揭明  
主編

**图书在版编目(CIP)数据**

钱湖论法/揭明主编. —北京:法律出版社,2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7838 - 7

I. 钱… II. 揭… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 157156 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/19.75 字数/331 千

版本/2007 年 11 月第 1 版

印次/2007 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995 苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7838 - 7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《钱湖论法》编辑委员会

主编:揭明

编委(按姓氏笔画排序):

丁寰翔(副教授、硕士)

王崇兴(副教授、博士)

戎百全(副教授、硕士)

孙祥生(副教授、博士)

陈信勇(教授)

易 凌(教授)

赵春兰(副教授、硕士)

姜彦君(教授)

倪正茂(教授)

唐先锋(副教授、硕士)

盛 钢(副教授)

# 序 言

浙江万里学院是在一所具有 50 余年办学历史的省属普通高校基础上进行管理模式和运行机制改革的新型高校。目前有全日制在校生 2 万余人。法学院自 1999 年创办以来,已向社会输送毕业生 1700 多人,目前在校生 1500 多人。学校新的办学体制,吸引了全国各地 1000 多名教师来到万里执教,法学院也聚集了近 60 名教职工。他们中有教授 4 名,副教授 12 名;博士、博士生 7 名,35 岁以下青年教师全部具有硕士学位。几年来,教师在搞好教学的同时,积极从事法学研究,已公开发表论文近 300 篇,本书汇集的文章,大部分是他们近一两年的研究心得,也有一些是其他单位同行的佳作。本书绝大部分作者年龄在 40 岁以下,他们思想活跃,思路开阔,思维敏锐;但研究经历较短,研究基础较弱,论述难免不当,文字也难免疏漏。因此,读者尽可评头论足。我们希望您的批评,因为这样能促使他们今后的研究更深入、系统、完整,不断有更好的研究成果奉献给读者。

我们衷心希望社会各界特别是法学、法律界同仁关心支持《钱湖论法》,使其成为繁荣法学研究、推动法学进一步健全和完善的学术阵地。

揭明

2007 年 5 月



- 1 我国旅游合同立法研究 / 陈信勇 楼 颖
- 12 房屋买卖“补充协议”法律问题研究 / 李良鸿
- 19 物权请求权与诉讼时效适用之新论 / 徐仲建
- 25 建立我国不动产先取特权制度的思考 / 欧世龙 付 婕
- 33 国内外有关建设用地使用权期满后法律处置制度及立法述评 / 唐先锋
- 47 浅议物业管理纠纷解决机制 / 郭颖华
- 53 完善农村集体非农建设用地流转制度研究 / 揭 明 张勇敏
- 66 农村集体土地市场化经营法律问题初探 / 张大伟
- 72 论国家侵权的精神损害赔偿 / 赵春兰
- 81 精神损害赔偿制度研究——从精神损害赔偿的范围角度看 / 戎百全
- 91 对家庭暴力的法律思索 / 赵献华
- 98 我国设立冷静期制度的再思考——基于经济学视角的分析 / 陈立峰
- 105 国内 1949 年以来有关社会保障宪法规定之流变考 / 王洪宇
- 117 国家调控价格总水平的法律制度完善之思考 / 徐小平
- 127 纳税人权利的行政救济 / 王宏志
- 135 对依法纳税障碍的理性思考 / 郑 侠
- 146 论对市场监管者的再监管 / 李传轩 黄润源
- 154 有限公司股东资格继承规则研究 / 曹建波 陈 平
- 163 有限公司僵局破解的路径与选择 / 姚菊芬
- 170 中小股东利益保护机制研究 / 任秀芳 张本娜
- 178 证券私募发行法律制度构建中的自由与秩序——资本市场经济宪政的

管中窥豹 / 鲁勇睿

- 186 证券投资信托监管法律制度比较研究 / 张 倩
- 194 企业社会责任及其立法研究 / 易 凌
- 204 论公司的社会责任 / 徐 敏
- 212 社会责任下公司相关权利主体的利益冲突与协调 / 罗俊杰
- 219 企业自主创新的政策支持——基于宁波制造业的分析 / 王卫东
- 225 商号转让程序和效力研究 / 钟漫绯
- 233 专利联盟的反垄断法思考——由“DVD”事件引发的思考 / 李晓乐
- 240 浙江省行业协会限制竞争行为的实例研究 / 侯 帆
- 250 行政性垄断与反垄断法规制研究 / 姜彦君
- 263 反垄断法域外适用的效果原则及其在中国的适用 / 张宏乐
- 269 我国企业应对美国贸易法 337 条款之策略研究 / 陈淑华
- 275 论海上货物运输合同中收货人的收货义务——以《联合国国际贸易委员会  
运输法草案》为视角 / 余妙宏
- 282 关于海上货物运输保险若干法律问题研究 / 蔡 迪
- 289 论无船承运经营者不适格的法律后果 / 章 博
- 305 后记

# 我国旅游合同立法研究

陈信勇\* 楼颖\*\*

**内容摘要:**随着经济的发展和人民生活水平的提高,我国旅游业得到了快速发展和壮大,随之而来的旅游合同纠纷也日益增长。然而,目前我国旅游合同立法现状存在体系混乱、规范缺失、法律效力层次不高等诸多问题,已经远远不能适应现实生活中旅游合同纠纷的解决。启动旅游合同的专门立法,重构我国旅游合同法律体系已刻不容缓。

**关键词:**旅游合同 旅游法 有名合同

## 引 言

随着现代社会的发展,旅游业已成为全球经济中发展势头最强劲和规模最大的产业之一。旅游业在城市经济发展中的产业地位、经济作用逐步增强,其对城市经济的拉动力、社会就业的带动力以及对文化与环境的促进作用也日益显现。

随着近些年来我国社会经济的不断发展和人们对旅游消费热情的持续高涨,旅游业已经逐步成为中国经济发展第三产业的支柱性产业。根据国家统计局的统计结果,2005年我国国内旅游出游人数达到12.12亿人次,比2004年增长10%,而全国国内旅游收入为5286亿元,比去年增长12.2%;中国公民出国(境)旅游人次为3103万人次,比去年增长7.5%,2005年全国国际国内旅游业总收入7686亿元,比2004年增长12.4%。<sup>①</sup>在旅游业迅猛发展的同时,旅游合同已经成为人们社会生活中一类最常见的合同,旅游合同纠纷也随之日趋增多;而我国旅游合同立法的相对缺失与滞后,已经同我国近几年来蓬勃发展的旅游市场极不相称。作为旅游立法的重要组成部分,建立合理、完善的旅游合同法律制度,无疑对保障旅游安全、解决旅

---

\* 浙江大学光华法学院教授,主要从事民商法、法律社会学和社会法研究。

\*\* 浙江大学光华法学院民商法硕士研究生,主要从事民商法研究。

① “2005年我国旅游业各项统计分析”,载中国导航网。

游纠纷具有重大的现实意义。

## 一、我国旅游合同立法与司法的现状考察

### (一)我国旅游合同立法现状

目前,由于我国并无对旅游合同的专门立法,因此现实生活中频频发生的旅游合同纠纷主要依据以下几种法律规范加以处理:

#### 1. 旅游合同作为无名合同,受合同法 and 民法通则规范

1999年合同法修改时,曾经将“旅游合同”作为分则的一章写入《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》,然而在1999年3月15日公布的《中华人民共和国合同法》中则删去了该章,且在现有的资料中没有见到非常详尽的删除理由。根据合同法第124条的规定,旅游合同作为分则没有明文规定的无名合同,适用合同法总则的规定,并可以参照分则或者其他法律最相类似的规定。同时,签订旅游合同作为一项民事活动,自然也受民法通则相关条文的规制。事实上在旅游合同纠纷的司法实践中,许多问题都是通过适用民法通则、合同法总则或是参照类似的承揽合同的相关规定来加以解决的。例如,实践中频发的旅行社将已签订的旅游合同转手卖给其他旅行社以谋渔利的行为,受到我国合同法第89条的规制。根据该条规定,旅行社转让旅游合同(属合同权利义务的概括转移)必须经过旅客的同意。又比如,民法通则中对合同双方民事权利能力、民事行为能力的规定,对旅游合同的成立与生效同样具有约束力。

#### 2. 旅游合同适用消费者权益保护法中的相关规定

按照目前的主流观点,旅游合同第一方当事人——旅游者作为消费者,适用消费者权益保护法(以下简称《消法》)中的相关规定。《消法》第2条规定:“消费者为生活需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护。”王利明教授认为,生活消费的概念在范围上十分广泛,“‘生活消费’其实就是经济学理论中所谓的‘个人消费’,与‘生产消费’相对应”,“它包括满足人们精神文化需要的消费活动,如阅读书报杂志、看电影电视、旅游等”。<sup>①</sup>因此,旅游消费属于生活消费的一种,旅游者因旅游合同纠纷受到的损害应该受到《消法》的规范与调整。例如,《消法》第49条规定:“经营者提供商品或者提供服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,赔偿金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍”,当

<sup>①</sup> 王利明:“消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围”,载《政治与法律》2002年第2期。

旅游者因为旅游合同另一方实行了欺诈行为而导致直接经济损失时,有权根据该条获得双倍赔偿。

### 3. 旅游合同受单项旅游法规、规章调整

一些单项旅游法规、规章的出台也为旅游合同纠纷提供了一些解决途径,如2001年经修改后颁布的《旅行社管理条例》及《旅行社管理条例实施细则》、国家旅游局在1997年发布的《旅行社质量保证金赔偿暂行办法》。还有一些地方性的立法,如浙江省人大常委会在2000年年底通过并公布的《浙江省旅游管理条例》、杭州市人大常委会在2006年年初公布的《杭州市旅游条例》。这些单项法规规章对旅游合同的签订、合同的内容、违约责任等方面都有所涉及,应该说在不同程度上对我国旅游合同法制环境起到了一定的改善作用。

以上的法律、法规构成了当前我国解决旅游合同纠纷的主要规范体系。然而,我们看到,这样的立法局面远远不能满足、适应旅游合同纠纷在实践中的解决,甚至给司法实践带来了诸多难题和负面影响。

## (二) 旅游合同纠纷司法处理的困境

### 1. 相关法律规范缺乏可操作性

民法通则和合同法总则一般都是民事法律行为应遵循的一般性、原则性的规定,适用起来过于宽泛,在面对具体问题时往往缺乏可操作性,且有些规定并不适合在旅游合同纠纷中适用。例如,合同法对“合同概括转移”在第88条作了这样的规定:“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。”在实务中,旅游合同成立后,旅行社未经过旅游者同意而将整个旅游合同转让给另一家旅行社的行为(也就是俗称的“转包”)是被禁止的;但是就旅游消费者来说,其在成行前有权让第三人参加或者顶替旅游,而无须经过旅行社的同意。这是因为不同旅行社提供的服务会对旅游者的权利义务造成本质的影响;而由于旅游者主要承担的是支付旅游价款、服从旅行安排等义务,因此何人来承担旅游合同的权利义务并不影响旅行社的利益;同时,如果强制签订旅游合同的旅游者参加旅行,也并不符合效益原则和公平原则。除了民法通则和合同法总则之外,在旅游合同纠纷中参照适用类似合同(如承揽合同)的规定,抑或是适用《消法》,同样存在类似的问题,由于欠缺有针对性的明确的法律依据,不同法院对能否使用、在何种情况下使用这些法律规范往往做法不一,从而导致同一类案件的判决结果千差万别,严重影响了司法的权威性和严肃性。

## 2. 现行规定不利于保护旅游消费者

《旅行社管理条例》等单项法规要么是旅游管理部门颁布的行政规章,要么是地方人大和政府基于管理旅游市场制定的地方法规与规章,其出发点和立足点无一例外的都在于行政部门对旅游行业的管理与规范。由于并非是为了保障旅游者权利而进行的立法,故在实践中旅行社受到行政处罚而旅游者得不到赔偿之事常有发生。这些法规在维护旅游者合法权益、为旅游者提供充分法律救济等方面,往往只是一笔带过,点到即止,可操作性很差。例如,《旅行社管理条例》第23条将旅行社违约的标准规定为“旅行社因自身过错未达到合同约定的服务质量标准”或“旅行社服务未达到国家标准或者行业标准”。诸如这样笼统概括的规定对于旅游者合同权利的保护是极为有限的。另一方面,就立法体系和立法技术上而言,由于这些法规、规章的效力层次较低且过于散乱,时有与上位法或者其他法规、规章相矛盾之处,使得我国旅游合同法律制度缺乏法律应有的稳定和完善。

综上,我国现阶段的旅游合同法律体系较为混乱,存在诸多不合理、不完善之处,亟待整合与改善。

## 二、旅游合同有名化的必要性与可行性

近两年来,理论界和实务界对于“我国应该尽快建立有名的旅游合同制度”的呼声越来越高。所谓旅游合同有名化,是指立法时明确规定旅游合同的名称和相应的具体规则,使旅游合同由无名合同变为有名合同。<sup>①</sup> 尽快启动旅游合同的有名化立法,已经具备了必要性与可行性两方面的要求。

### (一) 旅游合同有名化的必要性

#### 1. 为提高司法的可适用性与统一性,应使旅游合同有名化

通过对上述我国旅游合同立法的现状考察,我们发现在我国现有的旅游合同立法体系中,缺乏明确的具有针对性的法律适用依据,法官过大的自由裁量权导致司法裁判结果缺乏统一性。随着现代旅游业的兴起和旅游合同纠纷日益扩大化、复杂化,旅游合同无名化的现有状态已经无法适应旅游合同纠纷现实纠纷的解决需要,必须通过有名化的专门立法来提供明确、具体的规范,以填补法律的空白,提高司法的可适用性与统一性,改变目前旅游合同纠纷“无法可依”、“适法不一”的混乱状态。

---

<sup>①</sup> 袁金宏、刘小泉:“旅游合同有名化及其规制”,载《井冈山学院学报》(哲学社会科学版)2005年第1期。

## 2. 为切实保障消费者权益,应使旅游合同有名化

现有立法呈现出来的“重行政监管、轻民事赔偿”现象使得作为旅游合同弱势一方的旅游消费者的合法权益得不到有效保护。对旅游合同进行有名化的专门立法能够为旅游者提供权利救济的明确法律依据。同时,有名化的典型合同规范能够补充当事人约定之疏漏,作为权利意识相对淡薄且容易成为旅游合同权利被侵犯一方的旅游者,由法律来提供或者说提醒其享有哪些合同权利、强化旅行服务提供者的赔偿责任,无疑能够极大地促进旅游者合法权利的保护。

## 3. 为节约旅游交易成本,应使旅游合同有名化

旅游合同有名化还有助于规范格式条款,节约交易成本。在现实中,旅游者与旅行社或是耗费大量成本磋商,或是由旅行社提供格式合同由旅游者接受,作为合同一方当事人的旅游者并无磋商的权利,这些格式合同往往不能有效保护甚至侵害旅游者的合法权利。而“有名合同的法律规范是立法者就实际存在的具有成熟性和典型性的交易形式,斟酌当事人的利益和各种冲突的可能,以主给付义务为出发点所作的规定,一般都能体现公平正义,符合当事人的利益”。<sup>①</sup> 如果通过有名化立法的方式对旅游合同双方当事人的权利义务做出详细规定,那么旅游交易双方只需以法定的权利义务分配为基础,稍作加减、斟酌即可,从而既能避免交易磋商高昂的成本,又能整治、规范现实中大量存在的不公平的格式合同和格式条款。

### (二)旅游合同有名化的可行性

#### 1. 与其他有名合同相比,旅游合同具备其作为一种独立有名合同的典型性

作为旅游合同主要形式的包价旅游合同尽管在特征上与诸多类型的合同有相似之处,以至于过去在理论界对包价旅游合同的性质曾有委托合同说、行纪说、居间说、承揽说、服务合同说等观点。<sup>②</sup> 但如果全面考察包价旅游合同的特征,就会发现其与我国合同法分则规定的15种有名合同相比都存在不同程度的差异,并不能将其归属于上述任何一种合同。这样的观点已经成为近年来理论界的共识,相应地,“混合合同说”、<sup>③</sup>“新型合同说”<sup>④</sup>的观点逐渐成为主流。而无论是“混合合同说”还是“新型合同说”,都认为“不能将旅游合同归类于传统民法中的任何一类有名合同”。因此,应从立法上直接进行规制。

① 杜军:“旅游合同研究”,载《西南民族学院学报》(哲学社会科学版)2001年第5期。

② 杨立新:《中华人民共和国合同法的解析与适用》(下),吉林人民出版社1999年版,第1135~1136页。

③ 符信新、王健:“旅游合同立法初探”,载《山西省政法管理干部学院学报》2003年第2期。

④ 杜军:“旅游合同研究”,载《西南民族学院学报》(哲学社会科学版)2001年第5期。

## 2. 旅游合同有名化的实践基础和理论基础均已具备

长期的旅游实践为旅游合同有名化提供了现实基础。从1949年11月中国第一家旅行社诞生之日起,我国的旅游业已经走过了五十多年的历程。随着旅游业的不断发展,旅游合同也在不断地发展、成熟。在旅游合同的双方当事人享有怎样的权利义务、合同履行过程中容易出现哪些类型的纠纷、纠纷出现后如何解决等方面,已经积累了许多成功的经验和失败的教训。这些经验和教训是根据我国旅游业的现实总结出来的,将会作为未来旅游合同立法的重要参考。与此同时,理论界同样取得了可观的研究成果。自20世纪90年代以来,旅游学界和法学界的学者对旅游合同立法的关注和研究逐渐深入,研究成果涉及旅游合同的各个主要方面,包括旅游合同概念和法律特征等基础理论研究、旅游合同相关法律法规研究、旅游合同纠纷及责任承担研究、旅游者精神损害赔偿研究等。<sup>①</sup>虽然在一些具体问题上还有争议,但对于大部分关系到立法的关键性问题已经达成了共识,足以指导旅游合同立法,为立法提供了有力的理论支持。

## 3. 国外立法为我国旅游合同有名化立法提供了可资借鉴的经验

第二次世界大战之后,随着旅游业的兴起,西方国家逐渐意识到一种新的商事关系和新型合同正在出现,而传统的法律和商业习惯并不能有效安排这种新型合同,也不能公平地处理所产生的纠纷,因此制定、增补了大量旅游合同规范。《德意志联邦共和国民法典》第651条、《南斯拉夫债务关系法》第859~896条、《德意志民主共和国民法典》第3编第4章第5节以及日本、英国的旅游基本法中均有关于旅游合同的规范;<sup>②</sup>前联邦德国还于1979年制定了单行的《旅游契约法》,我国台湾地区也于1999年对“民法”进行了修订,设立旅游合同一节,对旅游合同的主体、形式、双方当事人的权利义务做了详细规定。<sup>③</sup>此外,1970年布鲁塞尔外交会议通过了《国际旅游合同公约》,不仅对各国立法均产生了不同程度的示范作用,更是旅游合同立法走向统一的标志。国外成熟的立法经验为我国旅游合同的有名化立法提供了宝贵的经验和教训,而在我国的旅游市场日益与国外接轨的前提下,这样的借鉴和移植更能体现出它的价值。

从合同法的角度而言,当非典型合同发展到具有典型性与成熟性的时候,合同立法就应该适时地加以规范,使之典型化、有名化。我国的居间合同、行纪合同、融

<sup>①</sup> 瓮炎英:“我国旅游合同研究回顾与展望”,载《旅游科学》2004年第4期。

<sup>②</sup> 张嵩、宋会勇:“试论旅游合同立法”,载《法学》1998年第4期。

<sup>③</sup> 刘劲柳:《旅游合同》,法律出版社2004年版,第69~79页。

资租赁合同都是因为逐步发展、成熟,在具备了典型性和立法必要性之后最终都被立法加以规定而成为有名合同。从某种意义上来说,合同的历史就是非典型合同在不断变成典型合同的过程。<sup>①</sup> 相比于修订合同法的 20 世纪 90 年代,如今我国旅游业和旅游市场取得了不可同日而语的飞速发展,旅游法制环境亟须完备,必须尽快加快旅游合同有名化的立法进程,从而改变旅游合同“立法滞后于实践”的局面。

### 三、旅游合同的基本立法选择

#### (一)立法途径之比较与选择

如前文所述,由于现实的迫切需要,将旅游合同有名化已经成为学界的共识,但在有名化途径的选择问题上,学者间存在各种分歧。翻阅各家论文、著述,理论界对于旅游合同的有名化立法途径主要包括以下四种:

第一,制定单行的旅游合同法;<sup>②</sup>

第二,修订合同法,在分则中增设“旅游合同”的专章加以规定;<sup>③</sup>

第三,制定旅游法,并在旅游法中设专章规定旅游合同;<sup>④</sup>

第四,在制定我国民法典时加以规定。<sup>⑤</sup>

第一种做法“制定单行的旅游合同法”为大部分学者反对,认为我国合同由过去的“三足鼎立”到目前的统一经历了一番复杂的过程,现在再在统一合同法之外制定一个旅游合同法,必将破坏合同法体系的统一性。<sup>⑥</sup> 的确,制定单行旅游合同法或许能应一时之急,但会使原本统一的合同法规范体系再度陷入混乱,如此重蹈覆辙、因小失大的做法是四个方案中最不可取的。

而第二种修订合同法、增设“旅游合同”专章的立法形式应该说有其优点。一方面,能够体现旅游合同规范在合同法中的地位,有利于法律的适用,充实和完善了合同法内容;另一方面,合同法属于基本法,具有较高的法律效力,将旅游合同作为有名合同纳入合同法,与制定其他法规、规章的立法途径相比,无疑具有更好的实践适用效果。但是,我国合同法从 1999 年颁行以来,理论界和实务界的反响都不错,是

① 崔建远:《合同法》,法律出版社 2003 年版,第 24 页。

② “中国旅游业入世的法制环境准备”,载中国论文网/法学/国际法。

③ 葛宇菁:“旅游合同立法初探”,载《旅游学刊》2001 年第 1 期。

④ 杜军:“旅游合同研究”,载《西南民族学院学报》(哲学社会科学版)2001 年第 5 期。

⑤ 刘洪鹏:“论旅游合同性质及我国旅游法律制度的完善”,载《枣庄学院学报》2005 年第 4 期。

⑥ 袁金宏、刘小泉:“旅游合同有名化及其规制”,载《井冈山学院学报》(哲学社会科学版)2005 年第 1 期。

我国鲜见的实施若干年仍未出台相关司法解释的法律,这从另外一个侧面反映了合同法适用状况的良好。就目前状况来看,修订合同法尚未提上立法日程,要通过这条途径来对旅游合同进行立法可以说还只是一个在近期内无法实现的计划。更重要的是,国家目前正在起草民法典。现行的合同法最终将被完全吸收到未来的民法典当中,在这样的立法规划下修订合同法以增加旅游合同规范并不是理想的选择。

第三种途径是制定旅游法,并在其中设专章规定旅游合同的相关规范。作为旅游行业的基本法,在适当的时机制定和出台旅游法是健全我国旅游法律体系的必然要求。旅游合同的法律规范理当体现在这部作为旅游法律体系核心的基本法当中,这一点是没有疑问的。在旅游法的内容设计上,就有学者提出:“旅游法的内容可大体设计为两部分:一部分规定行政管理权限与职能;另一部分规定民事法律关系。”<sup>①</sup>旅游合同规范可以纳入第二部分当中。这样立法途径在理论设计上固然是可行的。然而,应该看到的是,这样的立法设计也有其弱点和缺陷。首先,由于旅游法在本质上又是一部行政法,因此如果按照前面学者的内容设计,立法的重点或许会更多地倾向于规定国家发展旅游业的方针、政策和组织机构的职责权限;其次,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一部旅游基本法,所规范的内容包括了旅游业的方方面面,因此在许多具体领域会更多地着眼于原则性规定,很难对纷繁复杂的旅游合同进行全面完善的规范;再次,从旅游法的立法进程来看,早在1982年国家旅游局就组织专家成立了《中华人民共和国旅游法》起草领导小组和工作小组,并于1985年年底提交了第一稿送审稿。此后至今,已经进行了十余次的修改、送审,却总因旅游行业跨度大、涉及利益方众多等原因迟迟难以颁布。与修订合同法一样,采取这种立法途径同样存在立法进程不确定的问题。因此,在未来的旅游法当中,应该也必须包含旅游合同的相关规定,但这里的规定更趋于原则化,更为具体、细化且具有可操作性的旅游合同规范仍应借助民事立法的途径来加以完成。

我们的看法是,采取第四种有名化立法途径相对来说是比较理想、可行的。如上所述将“旅游合同”作为合同法的一章就理论上而言有着相当的合理性。当前我国正在着力制定民法典,合同法是民法典的有机组成部分,我国现行合同法必将会被纳入未来的民法典而成为其中一编,这是完善合同法的一个最好契机。借鉴德国民法典和我国台湾地区“民法”的立法方式,将旅游合同作为一类有名合同规定在民

---

① 葛宇菁:“旅游合同立法初探”,载《旅游学刊》2001年第1期。

法典的“合同法编”,既充实和完善了我国的合同法规体系,又使得旅游合同立法体现在民法典这一民事基本法层面上,赋予了其较高的法律效力,能够强化对旅游当事人的民法保护和私法救济,更好地保障规范在旅游合同实践中的适用。事实上,无论是法工委主编的具有官方性质的《中华人民共和国民法典草案》,还是王利明教授和梁慧星教授各自主编的作为学者建议稿的2部民法典草案,都将旅游合同作为合同法的一类有名合同纳入。在官方草案中,合同法为草案的第2编,其中第10分节为旅游合同,从第1121条至第1139条止,共19条;在王利明教授主导起草的民法典草案中,合同法为草案第7编,第25章为旅游合同,自第1637条至第1651条止,共16条;在梁慧星教授主导起草的草案中,合同法为草案第4编,第57章为旅游合同,自第1396条至第1411条止,共16条。暂且抛开3个草案对旅游合同具体条文规定上的差异,三者无一例外地把旅游合同作为一类有名合同编入民法典,反映了通过民法典这一渠道来实现旅游合同的有名化立法正在逐渐成为共识。

## (二) 旅游合同定义的确立

前面已经提到,目前我国理论界的研究成果对旅游合同立法提供了有力的理论支持,大部分关系到立法的关键问题已经达成了共识。但是,不可否认,尚有少数基本问题尚未在学界和立法部门达成共识,如旅游合同的定义问题、旅游合同违约责任的归责原则问题、旅行社因违约而产生的对旅游者的精神损害赔偿问题等。其中最为重要也是争论最为激烈的一个问题,就是在未来的立法中如何规定旅游合同的定义和范围。这一争议如不加以明确和解决,将会成为立法进程中的障碍,并会直接影响未来旅游合同立法的质量。

关于旅游合同的定义应采用广义还是狭义的争论由来已久。主张旅游合同的定义采用狭义说的学者认为,旅游合同应该仅指旅行社与旅游者为实现旅游利益而订立的规范相互权利义务协议;<sup>①</sup>而广义的旅游合同,则还要包括运输合同、食宿合同、保险合同等与旅游服务密切相关的一系列合同。<sup>②</sup>在立法选择上,更多的学者倾向于采用狭义的旅游合同定义,认为:广义说的界定涉及面过于宽泛,不能准确地反映旅游合同的本质,何况运输合同、保险合同已经有相关的合同规范专门加以调整。在1997年5月的《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》当中,采用的也是狭

① 张嵩、宋会勇:“试论旅游合同立法”,载《法学》1998年第4期。

② 余功雄:“论旅游合同的规范及其对旅游者权益的保护”,载《金华职业技术学院学报》2002年第2期。

义说,其第325条规定:“旅游合同是旅行社提供旅游服务,旅游者支付旅游费用的合同。”<sup>①</sup>

广义界定由于自身缺陷不应为将来立法所采纳,但是,“狭义说”也有其硬伤存在。第一,我国实行旅行社经营行政许可制度,没有取得旅行社经营资格的,不得从事旅行服务。然而在目前的旅游实践中,无从业资格的旅游服务提供者大有人在,和具有从业资格的旅行社一样,他们与旅游者签订旅游合同,为旅游者提供旅游服务,如果像1997年的《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》那样将旅游合同的主体限定为“旅行社”,那么,这些非法营业人与旅游者签订的旅游合同将失去旅游合同民事立法的保护,非法营业人可因此逃脱相应的民事责任。行政管理机关固然可以处罚和取缔非法营业人,但是这与民事权利的维护和保障是两回事。正因为注意到了这个问题,已经有学者提出以“行为性质标准”来取代“主体资格标准”,使得旅游者与没有经营资格的自然人、法人签订的旅游合同也纳入法律保护的范围。<sup>②</sup> 第二,狭义的旅游合同定义没有为未来留下立法空间。当前我国的确只有旅行社这一唯一合法的旅游业经营者,但随着社会的发展,完全有可能在将来出现更多新类型的营业主体。与其在新型主体出现后修改立法,不如在立法之始就为以后留下空间。

因此,我们认为,一方面,由于运输公司、宾馆在旅游过程中只是作为旅行社的旅行辅助人身份参与到旅游服务中来,因此应当将诸如运输、食宿、保险这样的合同与旅游合同严格区分开来,明确旅游合同的界定,凸显旅游合同作为一类典型有名合同的自身特征;另一方面,我国将来立法在对旅游合同进行定义时,不应将旅游合同的主体描述为毫无转圜余地的“旅行社”,而应该借鉴德国民法典做法,采用类似于“旅游承办人”(reiseveranstalter)这样的概念,避免旅游者与非法旅游经营者签订的合同无法可依,也能够适应将来旅游主体可能发生的变迁。

值得注意的另外一点是,由于包价旅游合同是现实中比较常见、典型的旅游合同,在立法过程中容易忽视另一种旅游合同——代办旅游合同。从目前的理论研究现状来看,也出现了重前者、轻后者的现象,对代办旅游合同的研究几乎空白。在未来立法上应该注意避免这种情况,我们主张在旅游合同定义中直接体现这种分类,如将旅游合同采取这样的定义形式——“旅游合同是指旅游承办人以营利为目的、与旅游者签订的包价旅游或者代办旅游合同”,当然,定义具体的言辞可以再斟酌。

① 何其莹:“从旅游合同的性质看旅游合同立法的必要性”,载《生态经济》2006年第4期。

② 刘劲柳:《旅游合同》,法律出版社2004年版,第18页。