



跨国旅游服务 纠纷解决机制研究

夏雨 著

中国社会科学出版社



跨国旅游服务 纠纷解决机制研究

夏雨 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

跨国旅游服务纠纷解决机制研究/夏雨著. —北京:
中国社会科学出版社, 2012. 3
ISBN 978-7-5161-0539-9

I. ①跨… II. ①夏… III. ①国际旅游—旅游
服务—经济纠纷—处理—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 021245 号

责任编辑 孔继萍
特邀编辑 徐亚莉
责任校对 王俊超
封面设计 弓禾碧
技术编辑 王炳图

出版发行	中国社会科学出版社	出版人	赵剑英
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010 - 64040843 (编辑)	64058741 (宣传)	64070619 (网站)
	010 - 64030272 (批发)	64046282 (团购)	84029450 (零售)
网 址	http://www.csspw.cn (中文域名: 中国社科网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京君升印刷有限公司	装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2012 年 3 月第 1 版	印 次	2012 年 3 月第 1 次印刷
开 本	880 × 1230 1/32		
印 张	9.625	插 页	2
字 数	245 千字		
定 价	29.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

随着改革开放向纵深推进，我国旅游业发展迅速。目前，我国已经成为世界上旅游市场增长速度最快的重要客源国之一，而我国出境旅游市场的崛起也正在改变着世界旅游发展的格局。跨国旅游业的快速发展，必然引发许多跨国旅游服务纠纷，而如何解决跨国旅游服务纠纷就成为大家所关心的问题。夏雨博士撰写的《跨国旅游服务纠纷解决机制研究》就是在这种背景下应运而生的。

作者在这本书中以国别和国际为视角，从理论与实践两个方面，对跨国旅游服务纠纷妥善解决的权力与权利配置、法律适用以及出现的若干新趋势进行了较为全面的梳理与归纳，并为我国跨国旅游服务纠纷的妥善解决提供了有见地的参考性方案。

该书首先对跨国旅游服务纠纷的特征进行了解析，指出其多发的必然性，提出了“不考虑跨国旅游的独特性品质，直接使用消费者行为的理论来讨论旅游者的行为，不利于跨国旅游服务纠纷解决”的论点。作者认为，旅游产品具有特殊性，旅游经营者在交易中只承担经济风险，而旅游者不仅要承担经济风险，还要承担生存风险。不止如此，旅游经营者的利益在旅游者交付

货币后便得到即时满足，而旅游者的利益却只能在旅游活动开展中甚至结束后才能实现。所以，与其他消费主体相比，旅游者尤其希望以“最短的时间、最少的精力、最灵活的程序、最少的金钱”获得“最适宜”的结果。

同时，该书较为深入地探讨了跨国旅游服务纠纷的非诉讼与诉讼解决方式和相关的法律适用问题。主要体现在如下几个方面：

一是作者认为非诉讼解决方式更常态化地运用于跨国旅游服务纠纷的解决之中，而解决跨国旅游服务纠纷所使用的每一非诉讼方式在运用中都表现出了与其他涉外民商事纠纷解决不一样的地方。例如，投诉发挥了基础作用；由于旅游产品的使用和提供不可分离，协商和解成为使用最多且有效的手段；鉴于人们对调解效率的怀疑和调解之优点在旅游产业中的弱化，调解的运用十分有限；仲裁解决方式则出现了“仲裁协议排他效力的否定”和“裁决再次面临审查”的特殊问题。

二是作者在分析诉讼解决方式时，注意到它在跨国旅游服务纠纷解决中的某些新趋向：其一是“回家去”的趋向，即“旅游者本国法院优先行使管辖权”的趋向非常明显，各国一般对此持赞成态度；其二是“小额诉讼程序”的广泛使用和契合旅游特点的量身定做方式齐头并进。

三是作者以现实和模拟的案例为切入点，结合各种类型的跨国旅游合同，对有关的冲突法规则做了范式总结和妥当性分析。作者指出，尽管现在的冲突法规则仍大量表现为国内法规则，但各国旅游合同援用的冲突规则的趋同化趋势较为明显。表现在当事人意思自治原则以及最密切联系原则得到普遍适用；具体认定“是否存在真实的当事人意思自治”、“最密切联系地在何处”时，许多国家不约而同地对旅游者护之以“结果定向”的政策性立法举措。

四是作者在解读了我国旅游法律规范现状之后，立足我国的

现实需要，提出了三个层面的改进意见。第一，解决纠纷的方式急需完善。投诉和调解方式需拓宽纠纷受理主体的范畴，积极发挥旅游行业组织的作用；在协商和解中，要确保当事人之间地位平等、信息对称；区分不同当事人的不同需求，扩大旅游仲裁中心的建设规模；明文规定旅游者本国法院的保护性管辖，推行契合旅游实际的小额诉讼制度。第二，旅游实体法必须发展。我国应尽快出台旅游基本法，实现旅游合同有名化。第三，冲突规则需要修正。考虑到我国有关跨国旅游合同的冲突规则的僵固，作者建议采纳各国通用的弱者保护立法技术。在继续肯定“应当保护旅游者”的同时，让意思自治原则和最密切联系原则重新回归于旅游合同。而且，作者还结合不同类型的旅游合同列出了一些特征性履行的连接点，以此来确立冲突规则。例如，旅游者和实际服务提供者之间的合同适用合同履行地法；旅游者与旅游经营者之间的合同适用合同签订地法，旅游者与旅游经营者有共同住所地的，则适用共同住所地法。

当然，该书也有不少需要改进之处。比如，对跨国旅游领域的各种非诉讼方式虽有论述，却不够深入和全面；述及诉讼方式时，自己的观点较少；讨论跨国旅游合同的冲突规则时，有些分析的条理不够分明。但必须肯定的是，该书将跨国旅游服务纠纷的解决作为国际私法领域中的一个新问题予以研究，选题新颖，是对跨国旅游服务纠纷解决机制建立所作的有益尝试。可以说，该书是国内第一部全面系统论述跨国旅游服务纠纷解决的专著。它的出版必将引起人们对跨国旅游服务法律规制的重视，对于促进跨国旅游者权益的保护、我国旅游产业的发展具有不言而喻的意义。

黄 进

2012年3月6日于北京

目 录

XX

引言	(1)
一 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究现状	(1)
二 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究意义	(4)
三 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究思路	(5)
四 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究方法	(7)
 第一章 跨国旅游服务纠纷概述	(9)
第一节 跨国旅游	(11)
一 跨国旅游的概念	(11)
二 跨国旅游的特点	(11)
第二节 跨国旅游发展的社会影响	(13)
一 跨国旅游的发展推动了国际合作	(13)
二 跨国旅游对国家主权体制形成制度性冲击	(15)
三 跨国旅游凸显国际法研究的重要性	(16)
第三节 跨国旅游服务法律关系	(18)
一 跨国旅游服务法律关系的构成要素	(19)

二	跨国旅游服务法律关系的特点	(30)
第四节	跨国旅游服务纠纷	(32)
一	跨国旅游服务纠纷发生的必然性	(32)
二	跨国旅游服务纠纷的含义和特点	(34)
三	跨国旅游服务纠纷的主要情形	(38)
第五节	跨国旅游服务纠纷的解决	(41)
一	纠纷解决机制和类型划分	(41)
二	跨国旅游服务纠纷解决机制	(45)
第二章	跨国旅游服务纠纷的非诉讼解决机制	(53)
第一节	旅游投诉	(57)
一	跨国旅游投诉的概念	(57)
二	接受投诉的机关	(58)
三	投诉的范围	(62)
第二节	协商和解与调解	(66)
一	跨国旅游服务纠纷的协商和解	(66)
二	跨国旅游服务纠纷的调解	(71)
第三节	仲裁	(77)
一	跨国旅游服务纠纷仲裁的概念	(77)
二	跨国旅游服务纠纷仲裁的优越性	(78)
三	运用仲裁方式解决跨国旅游服务纠纷需 关注的若干问题	(84)
第四节	互联网使用对跨国旅游服务纠纷解决 方式的影响	(97)
一	欧盟受理跨国旅游服务纠纷的网络机构	(98)
二	加入欧洲非诉讼争议解决网络的实体	(99)
三	ECC 与 EEJ - NET 机制具体的运作程序	(100)

第三章 跨国旅游服务纠纷的诉讼解决机制	(103)
第一节 跨国旅游服务纠纷管辖权确定的新趋势	(105)
一 跨国旅游服务纠纷管辖法院确定的特别趋势	
——“国外旅游,回家诉讼”	(106)
二 英美法系的做法	(108)
三 大陆法系的做法	(113)
第二节 互联网对跨国旅游活动管辖权的影响	(120)
一 英美法系的做法	(121)
二 大陆法系的做法	(126)
第三节 跨国旅游服务纠纷管辖法院具体形式的	
变革	(133)
一 小额诉讼程序的肇始和概念	(134)
二 小额诉讼程序解决跨国旅游服务纠纷的	
匹配性	(137)
三 跨国旅游服务纠纷小额诉讼程序的国别例	(139)
第四章 跨国旅游服务纠纷的法律适用—	
——冲突规则	(143)
第一节 跨国旅游合同的基本问题	(145)
一 包价旅游合同	(146)
二 旅游代办合同	(150)
三 自由行	(152)
第二节 跨国旅游合同准据法确立的一般原则	(153)
一 当事人意思自治原则	(153)
二 最密切联系原则	(160)
第三节 跨国旅游活动中主要类型合同的	

法律适用	(163)
一 旅游者与实际服务提供者之间的合同	(164)
二 旅游者和旅游中间人之间的合同	(170)
三 旅游中间人和实际服务提供者之间的合同	(171)
四 旅游组织者和实际服务提供者之间的合同	(173)
五 旅游者和旅游组织者之间的合同	(174)
第四节 关于跨国旅游合同法律适用的国际条约	(180)
一 《罗马公约》关涉旅游合同的一般规定	(180)
二 《罗马公约》关涉旅游合同的特别影响	(183)

第五章 跨国旅游服务纠纷的法律适用二

——统一实体法	(186)
第一节 跨国旅游统一实体法概述	(187)
一 跨国旅游统一实体法条约涉及的范围	(187)
二 跨国旅游统一实体法条约的效力	(188)
第二节 布鲁塞尔《旅行契约国际公约》	(190)
一 《公约》的主要内容	(190)
二 《公约》之理想与现实的矛盾	(196)
第三节 欧盟关于跨国旅游服务的统一实体法成果 ...	(200)
一 欧盟促进跨国旅游发展的主要阶段性成果	
概述	(201)
二 调整旅游发展的标志性法律文件——《欧共体	
关于包价旅游、包价度假和包价旅行指令》	(203)
三 规范旅游活动新模式的法律文件——《欧共体	
关于分时度假、长期度假产品、转售和交换的	
一些方面保护消费者的指令》	(215)

第六章 建立我国跨国旅游服务纠纷的多元化	
解决机制	(229)
第一节 我国跨国旅游服务纠纷解决现状分析	(229)
一 我国跨国旅游服务纠纷解决的立法现状概述 ...	(229)
二 我国规范最详尽的纠纷解决方式	
——旅游投诉	(231)
三 我国现行跨国旅游服务纠纷解决体制的评述 ...	(238)
第二节 跨国旅游服务纠纷多元化解决机制在我国的	
建立	(260)
一 建立健全跨国旅游服务纠纷多元化解决机制的	
必要性	(260)
二 跨国旅游服务纠纷多元化解决机制的理论	
基础	(261)
三 跨国旅游服务纠纷多元化解决机制的现实	
基础	(264)
四 我国建立跨国旅游服务纠纷多元化解决机制的	
基本构想	(269)
第三节 我国跨国旅游服务纠纷多元化解决机制	
构建的具体建议	(270)
一 关于跨国旅游服务纠纷实体法层面的完善	
建议	(271)
二 关于跨国旅游服务纠纷程序法层面的完善建议 ...	(275)
三 关于跨国旅游服务纠纷冲突法层面的完善建议 ...	(282)
参考文献	(286)
后记	(296)

引言

一 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究现状

(一) 国外研究现状

综观各国，跨国旅游的研究在欧美等经济发达国家历史比较悠久，“许多国家已经建立了各具特色的旅游法律学科体系”^①。现有的旅游法学类期刊：《国际旅游法杂志》（*International Travel Law Journal*）对跨国旅游所涉及的法律问题进行了集中的论述。一些相关的法学论文也散见于某些旅游行业期刊，比如，《旅游研究年刊》（*Annals of Tourism Research*）、《国际旅游研究杂志》（*International Journal of Tourism Research*）等。研究的内容几乎涵盖了旅游法律关系的所有实质问题，比如：饭店、旅馆、运输公司、旅行社和旅游者之间的权利义务关系。关于跨国旅游服务纠纷的解决，学者们从诉讼和非诉讼的不同角度、实体法与冲突法的不同层面给予了充分的论证。相关文章大多运用比

^① 刘敢生：《WTO 与旅游服务贸易的法律问题》，广东旅游出版社 2000 年版，第 15 页。

较的方法,将法律的基本原理糅合至旅游领域,探求旅游纠纷的解决路径和发展走势。例如:L.朗金(Louise Longdin)的《国际旅游产业中的可替代性纠纷解决方式——以新西兰为视野》列举了跨国旅游服务纠纷中的非诉讼方式,并评论了这些不同解决方式所发挥的作用;D.C.克鲁齐耶(Douglas C. Crozier)的《旅游、国际仲裁和适当的判断》解析了诉讼与非诉讼方式之间的交互影响,指出仲裁的使用已经对诉讼造成极大的冲击,且在一定程度上改变了人们对诉讼的选择心理;T.迪克森(Thomas Dickerson)的《国外旅游,回家诉讼》论证了传统纠纷解决方式——诉讼的新变化,认为旅游案件中产生了旅游者本国法院优先管辖的趋势;M.查普曼(Michael Chapman)的《旅游立法最新发展》描述并评价了旅游合同法和侵权法的最近动态;I.基尔比(Ian Kilbey)的《网络合同的管辖权和法律选择条款——包价旅游合同》分析了被人们广泛使用的跨国旅游合同——“包价旅游合同”电子化后应如何确定管辖权以及怎么选择准据法的问题。

除大量的专业文章之外,欧美国家也有诸多著作涉及该话题。不过从目前收集的资料来看,笔者没有发现以跨国旅游服务纠纷解决为主题的专著。与其有关的代表性较强的著作有:M.波格丹(Michael Bogdan)的《旅行社比较法与国际私法》,该书讨论了旅游中间商、旅游组织者的权责和国际私法中的旅游合同问题;R.M.贾维斯(Robert M. Jarvis)等著的《旅游法:案例与资料》,该书从“旅游代理商”、“运输人”、“旅馆”三大旅游经营主体入手,分别介绍了与之关涉的旅游领域的各种案例,同时针对案件的裁判给出了客观意见;Z.雅名布(Zahd Yaqub)等著的《欧洲旅游法》,该书介绍了欧盟关于旅游的相关指令,讨论了旅游法应起的基本作用,并从欧盟成员国的角度探究了各国旅游法的框架和目标。这些论著均是在有关章节中结合具体问题专题讨论跨国旅游服务纠纷的解决。

总体而言,西方学者关于跨国旅游服务纠纷解决的研究已经达到一定水平。应该发现并注意的是,学者们并非孤立地探析跨国旅游服务纠纷,而是将旅游服务纠纷的解决按其性质归属,“隶属于消费者纠纷领域”,进行本质与特殊类型相结合的辨析,提出或指明跨国旅游服务纠纷化解的可行方案。研究不仅具备了相当的理论深度,而且具有了较强的操作性,为跨国旅游的可持续发展提供了坚实的基础。不过这些研究通常以国别研究、区域研究为基本模式,不以推导出放之四海而皆准的结论为首要目标。

(二) 国内研究现状

我国关于跨国旅游服务纠纷的法学研究可谓相当薄弱。首先,涉及跨国旅游服务纠纷的专著大多是从经济和文化角度展开论述,关于跨国旅游服务纠纷的法学专著极少。目前从法律角度论述的专门性著作主要有刘敢生所著的《WTO与旅游服务贸易的法律问题》、王建所著的《中国旅游业发展中的法律问题》,这些著作均写作于20世纪末期,关于跨国旅游服务纠纷解决的各方面事项仅有概要性阐述。其次,我国虽然也有《旅游法论丛》(旅游业法学类集刊)和《旅游学刊》(旅游业专业类期刊)这样的刊物,但与著作类的研究情况相似,不足之处较为明显。第一,可以查阅的法学类文章数量比较有限。《旅游法论丛》2005年创刊,2011年才编辑第二辑,而《旅游学刊》偏重于业务管理,对法律问题关注不多。第二,即便已有的文章讨论的范围也局限于跨国旅游服务纠纷的某一特定问题。论文文献主要有:介绍跨国旅游服务纠纷统一实体法的文章,如《〈旅行契约国际公约〉评介》;讨论跨国旅游服务纠纷冲突规则适用的文章,如《国际旅游服务纠纷的法律适用问题》;关于跨国旅游服务纠纷解决方式的文章,如《奥运旅游与小额诉讼程序的建立》等。研究虽取得了一定的成

果,但仍有诸多需要改进的地方。除具体论题仅有一两篇文章述及之外,还存在以介绍为主、论题小、篇幅短、零散不具规模等问题,基本上跨国旅游服务纠纷解决中的主要事项或是不曾涉及,或是浅尝辄止,建设性的深入研究比较匮乏。

二 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究意义

现阶段,跨国旅游服务贸易成为跨国服务贸易中的重要项目,其对城市经济发展的拉动性、社会就业的带动力以及对文化与环境的促进作用日益显著。据世界旅游组织预测,2020年中国将成为世界第一大旅游目的地,并成为世界主要旅游客源国之一。与这个繁荣态势相伴随的必然产物是跨国旅游服务纠纷的大幅增加。跨国旅游服务纠纷与国内旅游服务纠纷相比,法律关系更为复杂,旅游者的权益更不易获得应有的保护。纠纷发生之后,如果处理不当,对案件的当事人来说意味着费钱、费时,个案公平难以保障;对案件所牵涉的旅游东道国而言则面临着重大的社会后果,国家声誉可能因此受损,严重的甚至会对一国旅游业发展的未来前景形成重大的负面冲击。因此,如何妥善解决跨国旅游服务纠纷已经成为一国旅游法制建设至为重要的内容。

自1985年《旅行社管理暂行条例》颁布以来,我国有关的国家立法机关、行政主管部门及相关部门、县级以上地方立法机关及政府陆陆续续出台了一些有关旅游业的法律、法规和文件,对旅游业的初步发展起到了一定的作用。然而,在中国从旅游大国迈向旅游强国的今天,在加入WTO之后旅游业国际化程度越来越高的情形下,我国的现行立法体制难以担起应有之责。总体而言,解决旅游纠纷的配套立法条文少之又少,同时即便已有的规定也偏于粗放,当事人可以援引的法律依据极为不足。这样的法制背景与我国既是具有吸引力的旅游东道国,又是潜在发展的旅

游客源输出国的旅游发展现状极不相称。有学者曾经对该种矛盾状态进行了形象的描述,“好比是驾驶一辆顶级法拉利跑车正在极速飞驰,但糟糕的是它的刹车制动系统先天不足,跑得越快车毁人亡的概率越高”。^①有鉴于此,建立健全跨国旅游服务纠纷解决机制是我国旅游产业发展的现实需要。

本书将以既有的国际法理论为基础,以我国国家利益为核心,立足于跨国旅游服务纠纷的解决机制进行研究。一方面,希望通过分析国际上旅游服务纠纷解决的理论和实践,考量利益多元,结合旅游服务纠纷的特点,构建我国解决跨国旅游服务纠纷的基本理论;另一方面,尝试建立公正有效的跨国旅游服务纠纷解决机制,以利于对跨国旅游的引导管理,为我国旅游产业竞争质量的提高和跨国旅游者合法权益的保护提供有益的技术支持和理论服务。

三 跨国旅游服务纠纷解决机制的研究思路

本书把跨国旅游服务纠纷的解决作为国际私法领域中的一个新问题加以研究。全书着眼于理论和实践,综合采用国别和国际两种视野,对跨国旅游服务纠纷妥善解决的权利与权利配置、法律适用和出现的新趋势进行较为全面的梳理与归纳。本书共分六章。

第一章是全书的理论起点,论述了“跨国旅游的一般理论”。此部分首先对跨国旅游及其主要纠纷形态进行综述;其次讨论跨国旅游服务及跨国旅游服务纠纷的特殊性;最后对现行跨国旅游服务纠纷的主要解决体系进行概括介绍和总结。

^① 后智钢:《中国旅游业入世的法制环境准备》, <http://www.studa.net/guojifa/030622>。

第二章讨论跨国旅游服务纠纷解决的非诉讼方式。此部分对“投诉”、“协商和解”、“调解”、“仲裁”四种不同的非诉讼纠纷解决方式在跨国旅游服务纠纷中的作用、特点和适用范围进行评述，然后分析这些纠纷解决方式的运用价值与发展动向。

第三章剖析跨国旅游服务纠纷解决的诉讼方式。诉讼方式是解决纠纷的重要方法，它的使用有其必要和合理之处。但是由于跨国旅游服务纠纷的独特性相对突出，在诉讼方式的具体选用过程中，诉讼方式发生了某些变化。一方面，法院在受理案件时，采取了“外国旅游，回家诉讼”的司法态度；另一方面，针对跨国旅游服务纠纷小额、时间性强的特点，被大力推荐的新型诉讼形式“小额诉讼程序”在跨国旅游服务领域得到了广泛的运用。

第四章从法律适用的角度，论述了解决跨国旅游服务纠纷的第一种法律依据形式：冲突规则。目前，国际上还没有针对跨国旅游合同法律适用的专门性立法，因此，各国国内法中不同的冲突规则在解决跨国旅游服务纠纷中起到了主要作用。虽然各国均是从本国立场出发对跨国旅游服务纠纷给予关注，而且也采用不同的立法技术制定有关的冲突规则，但考虑到跨国旅游服务活动开展的规律性，世界各国关于跨国旅游合同的法律适用也趋向于大致相同的冲突规范。即以意思自治原则为基础，以最密切联系原则为补充；同时，结合不同类型的跨国旅游合同特点，某些特征性履行所在地法律成为当事人未做法律选择时，各国实践中的惯常选择。

第五章在第四章的基础上，进一步探讨了跨国旅游服务纠纷适用法律依据的第二种形式：统一实体法。在跨国旅游服务领域，统一实体法的调整范围主要集中于普适型的旅游合同。而关于旅游合同统一实体法发展的标志性文件是《布鲁塞尔旅行契