



杨富斌 侯作前 主 编

第三辑

旅游法论丛

Review of Tourism Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Review of Tourism Law

旅游法论丛

第三辑

主 编：杨富斌 侯作前

副主编：孟凡哲 苏号朋

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

旅游法论丛. 第3辑/杨富斌, 侯作前主编. —北京: 中国法制出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4957 - 1

I. ①旅… II. ①杨…②侯… III. ①旅游业 - 法规 - 文集 IV. ①D912. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 275515 号

策划编辑 舒丹 责任编辑 舒丹 林林 封面设计 杨泽江

旅游法论丛 (第3辑)

LÜYOUFA LUNCONG (DISANJI)

主编/杨富斌 侯作前

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 12 月第 1 版

印张/19.5 字数/320 千

2013 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4957 - 1

定价: 58.00 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: 66070042

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

《旅游法论丛》编委会成员

(以姓氏笔画为序)

王天星	王惠静	申海恩	史广峰	李京	李广
李杉	苏号朋	杨富斌	杨帅	杜启新	孟雁北
孟凡哲	陈耀东	汪传才	宋才发	郑晶	高咏
董玉明	黄恢月	韩玉灵	韩阳	渠涛	温晓红

本辑由北京市法学会旅游法研究会、北京第二外国语学院
旅游法律与产业规制研究中心、浙江大学城市学院旅游发展与
法制研究中心联合组织撰写并汇集出版

导 言

《旅游法论丛》第三辑是由北京市法学会旅游法研究会、北京第二外国语学院旅游法律与产业规制研究中心、浙江大学城市学院旅游发展与法制研究中心联合编辑出版的专门探讨《中华人民共和国旅游法》实施和完善问题的专辑。

2013 年是我国旅游法制建设发展的重要一年。2013 年 4 月 25 日，中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过并公布《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》），并决定于 10 月 1 日起在全国施行。无疑，这是我国旅游法制建设发展的重要里程碑，也是我国旅游法治建设方面的一件大事。

《旅游法》从颁布到实施，在国内外旅游业界和旅游法学界引起重大反响。长期以来，人们翘首以待的《旅游法》终于赫然亮相，从幕后走向前台。从《旅游法》通过、公布直到施行的几个月里，社会各界，尤其是旅游主管部门和旅游实务部门以及广大旅游者，都在认真学习、深刻领会和反复推敲各自关心的条款和相关制度性规定，畅想《旅游法》实施后对旅游业、旅游法制和法治建设以及各自工作和生活的影 响。在学习、宣传和贯彻旅游法的过程中，社会各界都对《旅游法》出台寄予厚望，诚望通过《旅游法》实施来治理旅游业界长期存在的各种乱象，尤其是所谓“零负团费”、强迫旅游者购物、强迫参加自费项目等，还有与之相关的旅游市场综合协调和管理问题，旅游景区流量控制问题，旅游资源的开发、利用与保护如何协调的问题，旅游安全和救助的责任、义务和费用承担问题，旅游纠纷的协商解决和司法解决问题，导游和领队的薪酬问题，文明旅游的问题等，都是人们希望通过旅游法的贯彻和实施来解决的重要问题。

然而，一部《旅游法》如何从“纸上的法律”变为“行动中的法

律”，真正实现《旅游法》的立法目的，实际上则并非一件容易之事，也决非一蹴而就的事情。尽管有国务院领导针对《旅游法》的贯彻实施所作的专门讲话，有国家旅游局专门下发的学习宣传、贯彻和执行《旅游法》的通知和规定，社会各界包括各地旅游主管部门和旅游经营单位，专门研究旅游法的专家学者等，由于各自的出发点、立足点、关心的问题和价值取向不同，因而对《旅游法》中的各项制度和规范，在理解上并不完全相同，甚至有一定的差异。而《旅游法》作为一项基本的法律制度，在制度规定和相关规范方面，由于受到主客观两方面的制约和影响，一是不可能完全地、绝对正确地反映我国旅游业的各种实际情况，因此有些制度性规定可能与有些地方的旅游业实际不相符合或不完全符合，与其他相关法律规范的衔接尚须进一步理顺；二是在公布和实施后，并非所有公民甚至相关政府部门及其工作人员，都能认真学习、研究和深刻领会旅游法的各项规定，不少人甚至包括不少公务员可能至今都不知道《旅游法》中都有哪些新的制度性规定，政府各部门对旅游法贯彻和执行应当做哪些工作。因此，对《旅游法》的各项法律制度和规范，就难免存在这样那样的误解、误读，甚至“歪嘴和尚念经”的现象也不在少数。即使在专门研究旅游法的学者中间，也有诸多不同看法，在旅游主管部门，包括国家旅游局和省地市县旅游主管部门，人们也有不同理解，尤其是基层旅游主管部门与省级和国家旅游局的理解往往有很大不同，旅游法研究者与旅游实务部门和主管部门的理解也不尽相同，可谓仁者见仁、智者见智的现象比比皆是。三是旅游业因为涉及交通、运输、工商、税务、财政、餐饮、娱乐、安全、出入境管理等诸多领域，需要社会各界尤其是政府各部门综合协调，才能真正治理旅游业乱象，推动我国旅游业健康持续发展。而《旅游法》颁布后，不少地方只是旅游主管部门在积极组织本部门及其主管的相关旅游企业在学习、宣传和贯彻《旅游法》，政府其他相关部门的学习和贯彻活动则了了无几，甚至有的可能会认为《旅游法》的贯彻实施和执行与他们无关。这样一来，《旅游法》中规定的国家发展旅游业的原则与职责、旅游发展原则、旅游综合协调机制的建立、旅游发展规划的编制、旅游政策支持、国家旅游形象推广和旅游公共信息服务等，就很难落到实处。

因此，《旅游法》的颁布实施只是我国旅游法制和法治建设的重要

一步,甚至只是“万里长征第一步”。如何真正地把这些法律规范和制度落实在国人的心中和行动上,落实在旅游业开发、利用和保护上,落实在旅游规划和监管上,落实在旅游安全、旅游纠纷解决和旅游者合法权益、旅游经营者合法权益、导游人员和领队人员的合法权益保护之上,还有很长的路要走。甚至在实施过程中可能会遇到各种各样的严重困难,使《旅游法》中的各项规定成为镜中花和水月中。

为此,就需要我们对《旅游法》中的各项法律制度予以进一步研究和探讨,对《旅游法》实施以来出现的新情况和新问题进行专门探讨。本辑收录的论文,就是针对《旅游法》中的相关制度性规定,并结合《旅游法》颁布以来社会各界对旅游法中所涉及的各个问题的讨论,特别是结合《旅游法》实施以来出现的各种新问题和相关问题,经过理论思考,撰写的专题论文。尽管这些论文观点各异,甚至有的观点和主张不尽成熟,需要进一步探讨和完善补充。但是,这些论文中提出的观点对于进一步推进旅游法研究,促进旅游法治建设,无疑具有重要作用和启示。

本辑中的论文根据论题不同,分为如下栏目:

一是“理论探索篇”,主要有关于《旅游法》中十大制度创新的探讨,《旅游法》实施中涉及的法治思维的探讨,《旅游法》何以能作为实施旅游发展规划的法律保障,《旅游法》对“零负团费”的控制模式与以往的调控模式有何不同,《旅游法》何以能促进旅游公共服务体系建设,根据《旅游法》我国旅游业立法如何完善,中国生态旅游如何发展,从法团主义视角看,《旅游法》的国家功能是什么,以及人们在《旅游法》颁布和实施以来,社会上存在的对《旅游法》的十大误解。特别是“新形势下旅游领域犯罪现象的原因和对策分析”,从刑法学视角研究旅游领域的犯罪现象,别有新意,对促进旅游法研究从部门法视角切入,具有重要启发。

二是旅游者权益和旅游经营者权益保护篇。这里收录的几篇论文,不仅探讨了《旅游法》在旅游者权利救济领域的三大亮点,探讨了旅游者权利分类及其体系,旅游者的法律地位,关于旅游购物的立法规制的利弊得失,而且还从责任配置与合同控制视角,探讨了《旅游法》对旅游服务质量的保障和促进问题,探讨了从最高法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干规定中的“旅游辅助服务者”到现在《旅游法》中

规定的“履行辅助人”概念的演变及其法律意义。

三是旅游执法篇，这里的几篇论文，探讨了《旅游法》规定与实务的冲突及如何完善这些规定的设想，分析了旅游主管部门在旅游执法过程中可能会或者已经遇到的五大困惑，并结合今年“十一黄金周”期间，高速公路拥塞、景区游客暴满、北京一日游市场仍然存在的乱象等问题，对如何解决假期交通拥塞、防止景区游客暴满和消除北京一日游乱象，提出了一些可行性建议。

四是地方旅游法治篇。这里收录的几篇论文，主要是有关北京一日游的调研报告和浙江大学城市学院旅游发展与法制研究中心的几位研究人员，针对《旅游法》框架下如何发展杭州旅游、如何做好杭州市旅游目的地监管、如何保护好文化遗产等问题，提出的一些富有建设性的设想和观点。虽然这些报告和论文中的观点只是针对北京市和杭州市的旅游业而讲的，但对其他地方的旅游发展也许具有一定的借鉴意义。

最后一篇论文是域外经验介绍，探讨了西方福利旅游经验及其对我们的启示。

“法律的生命在于经验”——美国联邦最高法院大法官、著名法学家霍姆斯的这句名言，一直激励着现代法律人在实践中发现真理和检验真理。党的十八大报告明确强调，我国要建设社会主义法治国家、法治政府和法治社会，这“三位一体”的法治建设，无疑也包含着我国旅游业的法治建设。事关旅游法治大是大非的《旅游法》，作为旅游业的基本法律，它的生命也在于经验——我国旅游业发展的实践经验和我国旅游法律制度与法治建设的经验。这些实践经验的发展，是推进我国旅游法治建设最强大的动力。任何法律规范和法治措施，必须真正符合这些实践经验，才能真正得到实施和落实，并会产生积极的良好效果。否则，可能会给旅游业发展带来各种各样的负面效果。历史经验证明，只有良法才能真正促进社会发展，而不符合实际的法律规定则可能会有碍于社会的发展。

如今，《中华人民共和国旅游法》已经作为既定的文本面世，其中的法律制度和相关规范已经成为白纸黑字的客观事实摆在世人面前。立法过程中曾经的争论已经尘埃落定。然而，针对既定的《旅游法》文本规定以及人们的不同理解，与此相应，针对旅游业实践中人们的不同行为，肯定又会出现这样那样的争议。这既是正常的，也是进一步完善

《旅游法》所必需的。旅游法研究者的任务，不能满足于既有的旅游立法的各项规定，而是要结合实际，特别是结合我国社会主义法律体系现有的立法和旅游业发展的实际，针对旅游法实施后出现的新情况和新问题，创造性地回答和解决实践中的问题，既为人们贯彻落实《旅游法》的各项法律制度答疑解惑，同时也为进一步完善《旅游法》的各项法律制度，提出建设性的和具有可操作性的意见和建议。唯有如此，我国旅游法制建设才能不断完善和发展，最终才能真正实现我国《旅游法》“保障旅游者和旅游经营者的合法权益，规范旅游市场秩序，保护和合理利用旅游资源，促进旅游业持续健康发展”的立法宗旨。旅游法研究者的任务不是为既有《旅游法》的规定唱赞歌，而是在深入研究现有旅游立法规定的基础上，着眼于考虑和探讨如何进一步推进它和完善它。

诚望这里收录的论文能在推进我国旅游法研究和旅游法治建设上略尽绵薄之力。

杨富斌

2013年10月25日于望京花园

目 录

导 言	(1)
-----------	-----

理论探索篇

《旅游法》十大制度创新	(3)
《旅游法》实施中的法治思维	(19)
《旅游法》是编制和实施旅游发展规划的法律保障	(29)
“零负团费”的调控模式	(41)
——从《旅游法》视角看	
《旅游法》对旅游公共服务体系建设的促进与提升	(52)
对《旅游法》的十大误解	(55)
中国旅馆业立法的现状、问题及完善	(66)
中国生态旅游法律问题探究	(83)
法团主义视角下《旅游法》中国家功能之检视	(91)
新形势下旅游领域犯罪现象的原因和对策分析	(102)
旅游法与生态文明建设理念的关系思考	(121)

权益保护篇

《旅游法》在旅游者权利救济领域的三大亮点	(131)
旅游者权利分类及体系	(134)
旅游者的法律地位：权利、义务与意识	(141)
旅游购物之立法规制	(147)
——《旅游法》相关规定评析	

责任配置与合同控制：《旅游法》对旅游服务质量的保障 和促进	(156)
从“旅游辅助服务者”到“履行辅助人”	(160)
论旅游者任意解约权	(166)
立法规制与意思自治在《旅游法》中的平衡及存在问题	(188)
——以《旅游法》第三十五条和六十三条为例	

旅游执法篇

《旅游法》规定与实务的冲突与完善	(201)
旅游执法的五大困惑解析	(215)
高速公路假日拥塞，各方协动方能解堵	(222)
景区游客爆满滞留，须相关各方联手预防	(225)
北京一日游亟待规范，游客须谨慎参团	(228)

地方旅游法治篇

北京“一日游”治理调研报告	(237)
《旅游法》框架下的杭州旅游	(254)
游客满意度视角下的杭州市旅游目的地监管：问题与对策 研究	(258)
可持续发展与善治下的文化遗产保护	(278)
——评《浙江省历史文化名城保护条例》及《浙江省历史文化名城 古镇名村保护条例（草案）》	

域外经验篇

西方国家福利旅游发展经验及启示	(293)
-----------------------	-------

理论探索篇

《旅游法》十大制度创新

杨富斌*

《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》）已由第十二届全国人大常委会第二次会议于2013年4月25日通过并予以公布，自2013年10月1日起在全国施行。《旅游法》的颁布和实施是我国旅游法制建设史上最重要的里程碑，对我国依法兴旅和依法治旅具有极其重要的推动作用，是实现我国旅游业“两大战略目标”即把旅游业培育成国民经济发展的战略性支柱产业和人民群众满意的现代服务业的制度基石。综观整个《旅游法》的制度设计，可以把我国《旅游法》在旅游法律制度方面的重大制度创新归纳为十个方面：

一、确立了旅游者合法权益保护制度

首先，《旅游法》把“旅游者”用专章予以规范，既规定了旅游者应享有的合法权益，也明确了旅游者应承担的义务，这在中外旅游立法上是一大创举。迄今，国外旅游立法一般都未将“旅游者”专门作为一章来规范。而我国《旅游法》从权利和义务两方面对旅游者作出明确规范，在目前不少旅游者素质不高的情况下，无论对于保护广大旅游者的合法权益，还是对于规范少数旅游者的不文明旅游行为，促使和引导旅游者文明旅游，均具有重大的现实意义。

其次，在《旅游法》各相关章节中，都融会和贯穿着以旅游者为

* 杨富斌（1958—），男，北京第二外国语学院法政学院院长、教授、硕士生导师、法学学科带头人、旅游产业与法律规制研究中心主任、北京市法学会旅游法学研究会会长、国家旅游局配合全国人大起草《旅游法》专家咨询组成员（2009年12月—2013年4月）。此文是北京市教委人文社会科学项目《我国旅游立法理论研究》（项目编号：2011100031005）的成果之一，并在《法学杂志》2013年第10期发表。此处发表时略有补充和修改。

本的立法理念和基本精神。这样,既充分体现了我国旅游立法坚持“以人为本”的基本原则,同时也把保护旅游者合法权益的理念具体落实到各项制度建设中,使之具有可操作性。关于旅游者合法权益保护制度的具体设计,主要体现在如下几方面:

一是在第一章“总则”中,有三条规范涉及对旅游者合法权益的保护。第一,在第一条立法宗旨中明确规定,制定本法的目的是为了“保护旅游者的合法权益”。第二,在第三条“国家发展旅游业的原则与职责”中,明确规定了“国家依法保护旅游者在旅游活动中的权利”。一方面,这是对旅游者享有的旅游权利的明确宣示,是《宪法》中有关公民权利在旅游休闲方面的具体化;另一方面,这是《旅游法》对旅游者权利的某种限定,表明国家只是依法保护旅游者在旅游活动中的各项合法权益,而旅游活动之外的公民权利,则并非《旅游法》所要保护的范畴,因此,在旅游实务中不要把旅游者的权益无限扩大。第三,总则第六条规定,旅游经营者要“为旅游者提供安全、健康、卫生、方便的旅游服务”,这是从旅游经营者角度对旅游者合法权利的保护规范。

二是在第二章“旅游者”中,前四条(即第九条至第十二条)明确规定了旅游者的自主选择权、信息知情权和要求旅游经营者履约权(第九条);规定了旅游者的受尊重权(第十条);规定了特殊旅游群体的优惠权(第十一条)和旅游者请求救助、保护及求偿权(第十二条)。《旅游法》以明确的规范把旅游者享有的这些权利表示出来,无疑对现实旅游实践中切实维护旅游者的合法权益,具有极其重要的作用。

三是在《旅游法》其他相关章节中,多处体现了对旅游者合法权益的保护。如在第三章“旅游规划和促进”部分,规定了县级以上人民政府要“加强旅游基础设施建设、旅游公共服务和旅游形象推广”,这无疑体现着对旅游者合法权益的保护。因为只有通过具体落实加强旅游基础设施建设和公共服务,才能为真正实现旅游者的旅游权利提供条件,为落实旅游者合法权益保护提供保障。再如,同一章还规定,县级以上人民政府应当根据需求建立旅游公共信息和咨询平台,无偿向旅游者提供旅游景区、线路、交通、气象、住宿、安全、医疗急救等必要信息和咨询服务;应当设置旅游咨询中心和旅游指示标识;应当建立旅游客运专线或者游客中转站,为旅游者在城市及周边旅游提供服务等。显

然，这是从大旅游概念上界定“旅游者”范畴，即《旅游法》并没有像旅游业界通常理解的那样，把“旅游者”仅限于参团游的游客，而是囊括了所有实际参加旅游观光的人，包括自助游游客、“驴友”等。只要是公民参加旅游活动，他们的合法权益都应当得到国家保护。应当说，这是我国旅游立法先进性的重大表现，充分体现了我国立法机关以人为本的立法原则和理念，也是中国特色社会主义的人道主义精神在立法上的充分体现。

因此，可以说，我国《旅游法》从旅游者权利、旅游规划和促进、旅游经营规范、旅游服务合同、旅游安全救助、旅游监管和旅游纠纷处理等诸方面，全面构建了一个以旅游者合法权益保护为核心的法律制度。

二、确立了旅游经营者合法权益保护制度

我国《旅游法》虽然以优先保护旅游者的合法权益为基本原则，然而，却并不否定对旅游经营者合法权益的保护。相反，《旅游法》处处体现了对旅游经营者合法权益的保护。

首先，《旅游法》也是为保护旅游经营者的合法权益而制定的。在“总则”立法宗旨里，与旅游者权益保护并列，开宗明义地规定了“为保护旅游者和旅游经营者的合法权益……制定本法。”这毫无疑问地表明，保护旅游经营者的合法权益，也是我国《旅游法》的立法宗旨之一。因此，旅游经营者千万不要误解，认为我国的《旅游法》是专门规范、制约、监管和“制裁”旅游经营者的法律。实际上，《旅游法》中既有规范、制约、监管旅游经营者的条款，也有许多保障旅游经营者合法权益的条款。其确立的一些重要制度和监管、运营机制，例如，旅游综合协调机制、旅游经营者的权利和免责条款、旅游安全保障、旅游纠纷解决机制等，对大量诚信经营的合法经营者，具有重要的保护作用。正如真正遵守交通法规的司机绝不会认为交通法规是专门制约和限制司机的一样，真正遵守旅游法律法规的经营者也绝不当认为旅游法律法规是专门制约和限制旅游经营者的法律法规。相反，这些旅游法律法规更多地是为了保护守法经营者的合法权益，制约、限制和制裁那些不法经营者，甚至对那些无证经营的“黑社”还要予以行政处罚，直到给予刑事处罚，充分显示“乱世用重典”的法治精神。

其次,根据我们的理解,我国《旅游法》首先是为了“依法兴旅”而制定的,而不是为了某些监管部门“依法治旅”而制定的。正因如此,我国《旅游法》才着力确立了推动我国旅游业发展的各项法律制度,例如,确立了旅游规划和促进的相关制度,确立了旅游资源开发、利用和保护的相关制度,确立了旅游安全保障制度和旅游综合协调制度等。特别是在有关规范里,还特别明确规定了旅游经营者的合法权利和相关的免责条款。这些规范和制度对于诚信经营的旅游经营者而言,不啻是保护他们合法权益的“护身符”和“尚方宝剑”。而对那些不法旅游经营者而言,则是制约其不法经营行为的“克星”。不说,这些保护诚信经营者的规范和制度对于防止和避免旅游市场上旅游经营者“劣币驱逐良币”的现象,无疑具有极其重要的作用。如今我国旅游市场乱象丛生,因进入门槛低导致各种旅游经营者鱼龙混杂,坑蒙拐骗旅游者的事件时有发生。而旅游规划、旅游资源开发、利用和保护等问题,以往因为我国没有从基本法律层面予以规范,其中存在的许多难题一直得不到有效的解决。现在,《旅游法》以综合立法的模式,既规定了旅游促进的有关规范,也规定了旅游监管、旅游经营、旅游安全和旅游纠纷解决的有关规范,这对旅游经营者无疑是巨大的福音,因为这些都是为旅游经营者创设良好的社会环境和市场秩序,为他们持续健康发展建造“高速公路”。这些关于旅游促进、旅游经营、旅游监管、旅游安全等方面的规定,首先是依法兴旅的促进规范,其次才是依法治旅的制度。倘若通过全国上下和相关行业共同努力,在若干年内把《旅游法》中有关旅游规划和促进的制度,旅游资源开发、利用和保护的制度,旅游经营、旅游监管、旅游安全和旅游纠纷解决的相关制度真正落到实处,必将会极大地促进我国旅游业的持续健康发展,推动我国从旅游大国迈进旅游强国。

再次,《旅游法》中有许多条款直接保护的就是旅游经营者的合法权益。对此,旅游经营者要认真学习,深刻领会,自觉贯彻,运用它们来保护自己的合法权益。旅游监管者也要准确把握这些规范的立法本意,以免在处理有关纠纷时有意无意地损害旅游经营者的合法权益。同时,旅游主管部门对遵纪守法和社会责任感强的先进个人和经营者要给予奖励。例如,总则第四条规定,国家鼓励各类市场主体在有效保护旅游资源的前提下,依法合理利用旅游资源。第五条规定:“国家倡导健