

[文章编号] 1672-7320(2010)03-0416-06

论我国国际旅游法律制度的缺失与构建

——以和平崛起为视角

夏 雨

[摘 要] 国际旅游已成为我国国民经济发展的重要一翼。21 世纪初提出和平发展战略后,国际旅游活动有了方向的指引,其本身也践行了和平发展的战略。不过,在进一步深化和平发展战略的进程中,国际旅游法律制度暴露出若干结构性的缺陷,现行的国际旅游法律制度无法适应发展的需要。为此,必须从国际旅游法律制度的核心要素、基本依托、具体问题等方面进行构建。

[关键词] 国际旅游;和平崛起;制度构建

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A

旅游业不仅是世界上最大的产业,而且是发展速度最快的产业之一,兼具经济功能和社会功能。根据世界贸易组织和信息委员会 1995 年 7 月的统计,国际旅游被列为国际服务贸易的十一大类之一。国际旅游一般指一个国家的居民跨越国界到另一个或几个国家和地区去的旅游活动。包括入境旅游和出境旅游^[1](第 14 页)。中国作为世界上最大的发展中国家,国际旅游的发展,对我国国民经济的发展,起着极为重要的作用^[2](第 11 页)。但与中国国际旅游迅猛发展趋势不相适应的是,近年来我国国际旅游活动连续遭受各种突发事件和金融危机等不利因素的影响,在前进的道路上面临了前所未有的考验。其间我国关于国际旅游的现行法律制度逐渐显露出若干结构性的缺陷,无法应对国际旅游进一步发展的要求。笔者拟从私法角度,以和平崛起治国方略为指引对现行体制的缺失进行分析和阐述,并提出改进性意见,给出重新构建的若干建议。

一、和平崛起治国方略对国际旅游活动发展及其法治化的要求

(一)和平崛起的治国方略为国际旅游活动进一步发展指明了方向和路径

中国的和平崛起——就是努力争取和平的国际环境来实现中华民族的伟大复兴,同时又以自身的崛起强大,来维护世界永久性和平和促进全球的持续发展,推进全球一体化进程^[3](第 5-7 页)。概括而言,国际旅游经济功能强盛,外交涵义深邃、个人权利凸显。但在其蓬勃的发展势头之下,国际旅游活动依然需要方向的指引和路径的规划。“和平崛起”的治国方略是 21 世纪中国发展的总蓝图,是中国对和平与发展关系的深刻理解,是对当今世界脉搏的准确把握。根据“和平崛起”战略提出的国家发展的性质、目标和方法,国际旅游的发展方向是快速提升我国国际旅游活动的素质和国际竞争力,最终大力增强我国的经济实力。国际旅游的发展路径则是充分利用国内国际两个市场、两种资源,使我国国际旅游实现产业集群化、业态多元化、发展国际化、服务信息化。

(二)国际旅游活动法治化是国际旅游活动进一步发展的制度保证

尽管国际旅游现在总是会被视为一国甚至全球经济发展和文明进步的重要标志,但所有的事物都有其正面与负面影响,国际旅游的负面作用也不少。由于发展中国家基本是旅游东道国,在国际旅游活动的开展过程中难免出现对外国投资、国外客源、就业机会创造的依赖,当大量的外国游客进入东道国境内时又会对该国的政治、文化、社会生活以及价值观念和环境保护等方面造成巨大的冲击。因此,在“当代国际关系最突出的就是逐渐进入法制化阶段”的背景下,基于国际旅游依托性、关联性和开放性极强的特点,国际旅游活动的法治化研究随着国际旅游业的迅猛发展变得尤为迫切和必要。一是国际旅游活动的正常开展不能离开法律的全面调整和规范,没有配套法律规范的国际旅游只能陷入无序状态,这样必将危及国际旅游活动的兴旺与发达。二是国际旅游的跨国性决定了国际旅游纠纷的不可避免性。由于国际旅游活动的主体具有多样性,主要包括:旅游企业、团体或个人旅游者、政府的旅游主管部门以及各类旅游组织。各种不同的参加者基于不同的目的、利益和要求去开展国际旅游活动,往往表现出利益多元的活动态势。这种多样性的利益追求必定导致旅游争议的产生。同时跨国旅游活动充斥着现代与传统、本土与国际、利益与可持续性等等因素的碰撞和冲击,这一切又会使国际旅游争议更加频繁地出现。当国际旅游纠纷产生时,它的解决既影响当事人的利益,又关系国家的形象,并牵涉国家之间的关系。因此,必须运用有效的法律规范,以减少旅游纠纷的发生并妥善解决已发生的旅游纠纷。所以,各国无不运用法律的手段,通过制度的构建和规则的确立,建立完善的国际旅游法律制度。以此趋利避害、扬长避短,确保国际旅游的健康发展。而中国现阶段提出的“和平崛起”治国方略中三个要件:“和平性质崛起”、“依靠和平力量崛起”、“为了和平力量而崛起”可以说都离不开法律手段。为此,必须改善国际旅游活动的法制环境,把国际旅游活动的实施安放于法律的制度保证中。

二、和平崛起视野下我国国际旅游法律制度存在的结构性缺陷

总体而言,我国已形成了较为完整的旅游产业体系,但由于我国关于国际旅游法律制度的研究起步较晚,立法保守,相关法律法规的效力层次低下。这使得现行有关国际旅游的法律制度,在面对国际旅游活动自身的行业发展要求和“和平崛起”战略进一步实践的历史需要时,呈现出框架体系以及逻辑完整的缺陷,难以有效完成历史所赋予的使命。

(一)旅游基本法缺失使国际旅游法律制度缺乏指导性的核心内核

所有产业的发展均无法离开行业纲领性法律文件的保障与规范,如上文所述国际旅游活动在运转过程中由于涉及到内外国当事人,所以特别需要有基础性法律的指引,需要以基础性法律作为处理国际旅游事务的依据。基本法就是一个产业的灵魂、是该产业的价值导向。一般而言,旅游基本法指一国以旅游产业中的各种社会关系为规制对象,集实体法规范与程序性规范、公法规范与私法规范于一身的综合性法律^[4](第58页)。但旅游业发展最大的困局是旅游基本法缺失。为什么旅游业需要基本法呢?第一,旅游业是综合性很强的行业,涉及交通、游览、住宿、餐饮、购物和娱乐六大行业。现阶段我国调整旅游活动的法律规定散见于民事、商事、行政和刑事的法律之中。这意味着在没有权威的综合立法时,无法协调各部门之间和各法律法规之间的关系。而正确认清和划分各行业的界限范围、明确彼此间的责权利,则是保障旅游业健康持续发展的最基础要求。第二,评价一项立法项目是否有存在的必要,主要是看是否有需要专门性法律规范的独特规范对象。我国旅游法学者公认,旅游基本法是产业法,即规定一国发展旅游事业的宗旨、原则和旅游活动各主体权利义务关系的法律。因此,旅游基本法具备了存在的学理逻辑。第三,旅游基本法是一个国家发展旅游事业的根本大法,国外许多国家的旅游基本法早已出台。如:美国的《全国旅游政策法》、日本的《旅游基本法》等等。显而易见,制定旅游基本法是各国旅游法制建设的必由之路。第四,我国已经有铁路法、民航法等融合行业管理、民间合同关系和行业重大问题的综合性立法。这说明我国的立法体系里也有成熟的可供借鉴的经验。

此外,与旅游基本法相关联的是我国还存在另一引人深思的问题。与国家旅游基本法立法缺失局

面相反的是地方综合性旅游法规的繁荣。迄今为止,我国共有 30 个省级行政区人大制定了综合性旅游法规,我国地方综合性旅游法规体系的构建已初步完成。此种立法现状存在的原因主要是地方在发展旅游经济的考量下,在没有国家统一立法时往往不得不各自在所辖范围内去寻找旅游立法或旅游法制建设的空间。地方旅游立法在很大程度上对促进地方经济甚至全国经济的发展功不可没,但也带来了某些法学理论和法律实践方面的难题。从法理上讲,我国是集中统一立法的国家,分散立法必将带来一系列的宪法和立法例的问题,这有损于我国法治完整和统一。从司法实践看,各有差异的旅游立法与连续不可分割的旅游活动会出现冲突。旅游的天然跨界性决定了跨省市、跨地区、跨国旅游消费常常是一个不可分割的整体链条。但每个省市的旅游立法不一样,这便给旅游者和旅游经营者依法办事带来很多冲突和矛盾。一旦发生旅游纠纷,应该按哪个省市的旅游法解决问题?在地方保护依然盛行的今天,纠纷必然会久拖不决。区际法律冲突问题在旅游产业必定十分严重。同一事实和同一法律关系可能出现不同的判决结果。

(二) 旅游合同无名化使国际旅游活动缺乏依托和支撑

1999 年,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)出台。在草案的几经反复后,旅游合同没有被列为单独的有名合同。在涉及旅游合同的相关问题时,只能依靠合同法的一般原则和规定加以调整。在跨国旅游活动中,旅游合同是中国与世界其他国家联系的基点。旅游纠纷的产生常常是与旅游合同能否兑现联系在一起。旅游合同的主要目标是规定旅游当事人双方的权利义务关系、明确合理的法律诉求,确定损害赔偿原则。不过由于旅游活动的特殊性,使用合同法的一般规定处理旅游纠纷常常会带来有失公平的结果,当事人的权利可能处于失于保护,或者是无法可依的状态,这种情况下寻求法制手段解决纠纷的心理因素便会削弱。尤其在国际旅游活动中,旅游合同是双方当事人交易旅游服务的重要甚至是唯一的凭证。当关于旅游合同没有具体明确规定时,一方面于我国当事人而言,利益无法实现保护;另一方面又会让外方当事人对我国国际旅游的软环境产生质疑,影响我国旅游大国的形象,更为严重的是会影响我国国际旅游业的可持续发展。所以关注国际旅游合同相关法律问题势在必行。

当然,旅游合同相关规定的缺失除了会导致直接法律依据的空缺,还会引发国际旅游领域的另一深层次法律问题。对冲突规范与实体规范的关系研究表明,冲突法与实体法是不同层次的法律,在涉外民商事法律关系中,首先适用冲突法,冲突法是上位法,各国的实体法是下位法^[5](第 102 页)。因此,发生国际旅游纠纷时,明确国际旅游合同的冲突法规则要以实体法为基础,实体法本身必须足够清晰,否则会制约国际旅游法律冲突的解决。我国旅游合同无名化带来的问题就是国际旅游合同冲突规则的无法细致化和特定化,特别是在我国国内法没有具体规定时,如果冲突规则指引适用中国法又会出现某些情况下没有可以援引的法律法规的问题,导致准据法落空。

(三) 国际旅游法律具体规定的简单化使国际旅游活动的诸多方面保障不足

与货物贸易相比较,国际旅游作为服务贸易的一种,涉及的法律要复杂得多,主要包括了市场准入、人员签证、劳动力移动、投资限制等。所以,国际旅游关联的法律关系也具有了综合性和复杂性。在法律关系中,既有出境旅游者所属国与旅游地国基于双边、多边条约产生的法律关系外,还有旅游者同法定的旅游服务提供者之间的关系、旅游者在海外与旅馆、商店、饭店及其他涉外旅游服务的机构之间发生的各种关系。令人遗憾的是,我国关于国际旅游的相关法律规定存在一些严重问题。

1. 保障旅游消费者权益的力度不足,将导致内外外国当事人居于不平等的地位。我国有关旅游的法律规范内容大多是调整纵向关系的,而调整横向关系的规范,比如:调整旅游者、旅游组织者、服务提供者之间关系的法规明显不足。从一定意义上说,旅游者在旅游关系中的地位更为重要,是旅游活动的决定性因素。旅游业较发达国家的立法者早已考虑到这个问题的重要性,均分别在旅游基本法和旅游单行法中对旅游者的权利、义务及保护等作了较详细的规定。一方面,旅游消费者的权利享受形态和损害形态明显不同于一般消费者;另一方面其权益的损害也不像一般商品那样具有明显的外观特征,而更多的是旅游消费者的心情感受及情绪好坏。对旅游消费者精神上损害该不该补偿,这种精神损害赔偿应

怎样确定,在我国一直是尚未解决的问题。我国把旅游消费简单地视作一种服务消费,适用《民法通则》和《消费者权益保护法》来保护旅游消费者的权利。《民法通则》与《消费者权益保护法》未就此类服务的精神损害问题做出规定,出现了保护旅游者权益的法律空白。这样的问题在纯粹的国内游中对旅游消费者不会存在法律待遇差异现象,但在国际旅游活动中,一般旅游消费者往往是在本国法院提起诉讼,法院也常常会适用法院地法,这样就会出现发生同样的违约侵权事件时,国外旅游消费者所得补偿将明显高于我方当事人的情况。假如我国当事人希望获得同等的待遇,往往在人力、物力方面要付出更多的努力,有时甚至付出了努力,也不一定可以获得期待的结果,这样只能将我方当事人置于不利的地位。

2. 国际视角的欠缺,导致国际旅游的立法大量留白。我国自加入 WTO 后,相关的法律法规立、改问题不断进步,效果正在全面显现。在我国入世之初,关于“服务贸易”谈判中国际旅游的“水平承诺”和“部门承诺”两方面原本存在较大问题。不过,随着国务院《旅行社条例》和国家旅游局《香港和澳门服务提供者在广东省设立旅行社申请审批办法》等法规、规章的出台,对部分承诺给与了法律实现。例如:允许设立三种形式包括外商独资的外商投资旅行社;且对于外资旅行社和旅游经营者的注册资本要求将与国内旅行社和旅游经营者的要求相同。但很多问题仍然没有达到入世承诺,仍处于立法缺失。例如:我国旅游法律还是没有有关外商设立的旅行社、饭店、餐馆的经理、高级管理人员和专家等高级雇员,在我国境内首期停留或居留的期限(如3年)的规定。在既有问题没有明确立法的情况,随着入世活动的深入开展,一些新问题开始出现,这些新问题更是没有得到足够的法制呼应。例如:2008年4月,我国和新西兰签订了自由贸易协定。根据该协定新西兰将为中文导游等5类职业提供工作许可,这涉及到人员流动和商业存在等立法问题的新发展。类似事件为旅游法研究带来了大量的新问题,科学认识和解决这些新问题将有效提升旅游法的研究层次^[6](第8页)。

(四)法律规定的层次低下使国际旅游活动依法治理力度大为削弱

既然旅游是国家经济发展的重要一翼,就应有足够权威的法律来加以调整。到目前为止,关于旅游方面的法规、条例、规定已经有40多个,其涉及的范围也涵盖了旅游的方方面面。但关于国际旅游活动一是规定较少,常常只是零星涉及,另一缺憾是从立法机关的地位高下来看,有关规定大都是由国家旅游局制定,法律规定通常以规章和条例、办法的形式出现。前文所述的旅游基本法、旅游合同规定的缺失正是国际旅游活动依法治理力度明显不足的例证。立法机关权威低下,危害是十分明显的。一方面,立法机关的层级越高意味着其立法能力越强,其具体规则的科学性和完善性更易获得保障,所以在现行体系下,国际旅游活动法律规则的不妥当之处时常有之。另一方面,在现实生活中,在涉及到跨国旅游案件时法院进行判案往往更愿意适用民法或者合同法那样通用性、效力层次较高的法律以此来表明判决的说服力,尽量争取外方当事人的信任。所以为了确保国际旅游活动法律治理的效力必须提高有关规定的效力等级,至少应该提升到行政法规的层次。否则即便法律规定制定得再完美,也难以成为强有力的法律依据。

三、以和平崛起为引导建构我国国际旅游法律制度

温家宝总理在阐述中国和平崛起的要义时说,中国的崛起离不开世界。中国必须坚持对外开放的政策,在平等互利的基础上,同世界一切友好国家发展经贸关系。但很多外国人士对中国的“和平崛起”战略存在疑虑,提出所谓的“中国威胁论”。为此,我国特别强调:第一,我们的发展是不会损害其他国家的国家主权、国家利益和民族尊严,不会把本国的富裕建立在别国贫困基础上的大国崛起的道路。中国的和平崛起是对外和平,对内和谐。第二,和平崛起的着眼点在于提高实力,尤其是软实力,软实力包括文化、意识形态。而我国最大的文化特点在于以和为贵,正是源于“和”的文化,我们应当与其他国家相互借鉴、相互补充。第三,和平崛起的道路是不断融入国际体系,同时又遵守公认的行为准则。所以在以“和平崛起”为引导构建国际旅游法律制度时,我国应该按照国际旅游活动的习惯性规律办事,并注意立足本国国情构建起国际旅游发展的整体法律制度。有关的制度应致力于建立秩序、促进产业发展,起

到推动物质文明和精神文明的双重作用。

(一)尽快出台旅游基本法将国际旅游置于统一而协调的组织结构下

在加入世界贸易组织之后,唯有制定良好的旅游基本法,才能为旅游业日益激烈的国际竞争提供政策保障,确定基本的市场竞争规则,并借此解决长期困扰旅游界的问题。旅游基本法的制定不是容易的事,但正是因为不容易更彰显了全国性旅游基本法的重要性。我国旅游的现状与未来发展已经表明,旅游基本法的出台已经有了现实的需要、独特的调整对象,可供借鉴的国内国际经验,而且大部分省、市、区都有地方性的综合立法,这些法规的实践为旅游法的制定提供了丰富的资料。制定旅游基本法的各种条件已经成熟。旅游基本法的名称各界以为应使用《中华人民共和国旅游法》(简称《旅游法》)。国际上通说认为,《旅游法》主要包括两部分,一部分是如何规范旅游过程中发生的民事关系,属于私法领域;另一部分是关于国家如何规范旅游企业主要是旅行社的成立以及行为的法律规定,属于公法领域。整体框架上,我国的《旅游法》可以此立法模式来具体建立。有了旅游基本法,将会使国际旅游获得良好的立法起点,为国际旅游明确根本宗旨、根本原则和基础性法律关系。它将作为国际旅游的立法支持平台为国际旅游给与集中统一、协调一致的精神内核和正确指引。

(二)将旅游合同有名化,为国际旅游活动提供实施保障

合同安全的保障是发展旅游业法治环境的重要组成部分,对确保旅游市场的交易安全具有重大意义。在国际旅游活动中,由于旅游者身处异国他乡,旅游者的信息与旅行社相比较,明显处于不对称地位,致使国际旅游者始终处于弱势地位。因此,旅游合同的有名化对国际旅游的作用尤为显著。首先,在落实旅游合同有名化的过程中,在肯定旅游合同意思自治的前提下,对旅游合同必须规定某些强制性规范。确立旅游合同的主要内容和形式,明确旅游合同变更、终止的条件和程序以及旅游合同的实现及保障制度。其次,旅游合同立法采用的方式。在《合同法》中规定旅游合同已是不可能,在我国既定法律体制下,旅游合同立法可以采用三种方式。第一,我国正在进行民法典的制定工作,我们可以在民法典的有关章节加以规定。第二,在《旅游法》中规定。旅游法中的内容有一部分是规定民事法律关系,可以在民事法律关系中对旅游合同加以规定。第三,制定专门的《旅游合同法》。当然,具体采用哪种形式,还是要取决于旅游合同立法工作的进展和立法时机。

(三)查漏补缺,及时反应,对国际旅游中的新老问题逐个解决

对国际旅游活动中的既有问题,我们应进一步兑现我国入世时的水平承诺和部门承诺。对国际旅游活动过程中的新情况、新问题,应加强标准化体系建设,在归纳新问题的共性基础上,分别进行立法或法律的推定适用。在进行立法或法律推定的过程中,要注意把握两个层面的东西。一个层面,需探讨本土化的可行性,对中国特色的国际旅游规则进行严密论证。另一层面,国际旅游作为跨越国界的社会文化活动,它的发展在全球遵循一个共同的客观规律。我国应该充分研究和借鉴国外旅游发达国家的立法。对成熟法律的借鉴和移植具有事半功倍的效果。而这又正是我们现在比较欠缺的工作。同时,我们还要加强对国际组织的法律规定的研究。国际统一私法协会的《关于旅游合同国际公约草案》和《关于旅馆合同的国际协定草案》,以及欧共体委员会的《1990 年关于包价旅游指令》,这些文件中不乏经典规则,都是国际旅游业人士经验和实践的总结,并且糅合了法律工作者的科学表达。

综上所述,旅游基本法和旅游合同的有名化可以在一定程度上提高有关国际旅游规定的效力等级。但除此之外,在国际旅游活动中我们还要注意参与有关国际组织的活动,加入一些国际条约。就我国现行的立法规划而言,对国际旅游问题专门立法可行性较小,而按照我国既定的立法体制,国际条约的效力等级较高,我国加入或接受的国际条约具有优先于一般法律法规的效力。所以,我国应该在在全球化渐起普及的潮流中,积极努力地通过国际活动的参与提升国际旅游相关法律文件的权威性。

[参 考 文 献]

- [1] 杨时进:《旅游述略》,北京:中国旅游出版社 1987 年版。
- [2] 曾 哲:《中国和平崛起正义论》,载《时代法学》2007 年第 4 期。
- [3] 苏 勤:《旅游学概论》,北京:高等教育出版社 2001 年版。
- [4] 韩钧雅:《我国地方综合性旅游法规立法体例比较研究》,载《旅游学刊》2005 年第 3 期。
- [5] 李 旺:《冲突法上的实体法导论》,载《法商研究》2003 年第 2 期。
- [6] 李秀娜:《旅游法范畴需加强基础性理论研究》,载《旅游学刊》2008 年第 11 期。

(责任编辑 车 英)

On the Deficiency and Construction of the International Tourism Legal System in Our Country

Xia Yu

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: International tourism has become an important part of Chinese economic development. Since the strategy of China's Peaceful Rise was put forward at the beginning of 21 century, the international travel in China has begun to operate under some guidance, which is in fact practicing the strategy of China's Peaceful Rise. However, as time goes on, some structural flaws are revealed in Chinese international travel law system, which makes it inadequate to fulfill the needs of economic development. As a result, we have to rebuilt our international travel law system, in fundamental elements, basic support, and concrete problems.

Key words: international tourism; China's Peaceful Rise; system establishment