

国际私法第四次课堂作业参考答案 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022__E5_9B_BD_E9_99_85_E7_A7_81_E6_c36_53186.htm

(一) 识别问题 首先本案是一起涉外民事案件，当事人一方为美国公民。其次美国A公民来参加由中国某国际旅行社组织的旅游活动，A公民与旅行社之间签订了国际旅游服务合同，旅游合同中条款规定旅行社必须保障游客在旅游时的人身财产的安全的要求，而旅行社在履行合同过程中违约行为使A公民受到人身伤害，A公民明显可以旅行社为被告提起违约之诉；至于能否以旅行社提起侵权之诉，有待商榷。我们知道侵权行为指行为人由于过错侵害他人的财产权和人身权，依法应当承担民事责任的不法行为，以及依法律特别规定应当承担民事责任的其他侵害行为，侵权行为的构成要件，又称侵权民事行为的构成要件，是指行为人的行为构成侵权行为，并依法应承担侵权民事责任所必须具备的条件。一般侵权行为采用过错责任原则，一般侵权行为的构成要件一般为四要件，即行为违法性、损害事实存在、违法行为与损害后果之间的因果关系、行为人主观有过错。其中过错包括故意和过失，故意指行为人预见到自己的行为可能发生某种不利后果而希望或放任该不利后果发生的主观心理状态，过失是指行为人应当预见到自己的行为会引起某种不利后果的发生而由于疏忽没有预见或虽已预见但轻信能够避免的一种主观心理状态，可见本案中虽然有损害事实的存在，但旅行社并未实施不法行为，更谈不上违法行为与损害事实之间的因果关系，也无主观上的过错，因此要求旅行社承担侵权责任是不妥的。而风景区

明显可以实施了侵权行为，如果原告以侵权之诉起诉风景区则是可以的。（二）管辖权及法律适用问题 如果A公民在我国法院以旅行社为被告提起违约之诉，依据我国《民事诉讼法》第244条规定，“涉外合同或涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与有争议有实际联系的地点的法院管辖。”由于本案的合同中并没有约定管辖条款，而《民事诉讼法》第24条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”本案中由于被告住所地及合同履行地均在我国，可见我国法院是有管辖权的。依据《民事诉讼法》第19条关于级别管辖的规定中级人民法院管辖重大涉外的第一审民事案件，以及最高院《关于适用若干问题的意见》第1条指出《民事诉讼法》第19条的重大涉外案件，是指争议标的额大，或者案情复杂或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件，我国的被告住所地的中级人民法院是有管辖权的。对于法律适用问题，则适用《涉外经济合同法》第5条及《民法通则》第145条的规定涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同最密切联系的国家的法律。 本案中当事人没有选择法律，因此根据最密切联系原则，本案的合同履行地、被告住所地均在中国，应适用中国法律。根据《涉外经济合同法》第2条规定“本法的适用范围是中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同（以下简称合同）”。因此可以适用该法的相关规定。 如果A公民在我国法院以风景区位被告提起侵权之诉，则根据《民事诉讼法》第29条的规定“因侵权行为提起的诉讼，有侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖”；

可见我国法院也是享有的管辖权。关于法律适用问题，根据《民法通则》第146条规定侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法，故也适用中国法。我国最高院在《关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》第187条规定：侵权行为的法律包括侵权行为实施地的法律合侵权结果发生地的法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。也应适用我国法律。（三）损害赔偿问题 关于违约之诉的赔偿问题，本人有以下分析。本案中原告受伤之后，被告立即采取了补救措施，并且建议其住院治疗，但原告不予听从，在被告为其准备轮椅并经得医生同意，原告在途中也未感不适，被告承担了全部医药费和营养费。因此根据《涉外经济合同法》第18条规定"当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后，尚不能完全弥补另一方受到的损失的，另一方仍然有权要求赔偿损失"可以认定被告采取了合理的补救措施。原告回美国以后，如果经医院医生鉴定并出具证明，证明原告的手术不妥，伤口并未愈合，原告也不能完全康复，且原告在回国后并未因其他原因致使伤口再次受伤或复发，由此而原告误工住院治疗并承担了医药费此时可以认定被告的补救措施未能完全弥补原告所受的损失，根据该法第18条，原告仍有权向被告要求赔偿；如果原告回国后住院是因为他自己未采取合理的措施或其他原因导致原以愈合的伤口再次受伤的，根据该法第22条规定"当事人一方因另一方违反合同而受到损失的，应当及时采取适当措施防止损失的扩大；没有及时采取适当措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿"，原告当然不能就扩大的损失再

要求赔偿。即使原告有权向被告要求损害赔偿，根据该法第19条规定"当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失，但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失"，被告仍然可以以原告所受损失超出其订立合同时未能预见到的因违反合同可能造成的损失予以抗辩。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com