

民法典“自甘风险”条文研究

曹权之*

内容摘要:随着社会观念的变革以及法律制度的发展,传统意义上过于宽泛的自甘风险制度如今已难以为继,在多数案件中不再具有免除加害人责任的法律效果。但是,在文体活动领域,自甘风险依然有作为一项独立免责事由而存在的必要性。自甘风险与受害人同意、与有过失等其他抗辩事由不同,其法理基础在于,基于特定的法政策考量,加害人的一般过失行为不构成侵权。在解释论上,还应当区分民法典第1176条第1款规定的自甘风险与第2款规定的活动组织者责任,明确文体活动的参加者和组织者适用不同的注意义务标准。此外,在实践中使用“自甘风险”一词时,应当秉持谨慎、克制的态度,仅用其指代民法典第1176条第1款,以避免法律概念的混淆以及法律适用的错误。

关键词:自甘风险 具有一定风险的文体活动 受害人同意 与有过失 民法典 侵权

中图分类号:DF5 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-4039-(2021)04-0121-138

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.20210722.001

民法典第1176条第1款规定:“自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任;但是,其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”该款系民法典与侵权责任法相比新增之规定,一般又被称为“自甘风险”规则。关于自甘风险,我国在此之前已经积累了一定的理论基础和司法实践经验。民法典的颁布为自甘风险的适用提供了全新的规范依据,因此,有必要以民法典的规定为出发点,系统梳理已有成果与经验,以实现与民法典新条文之间的对接。同时,民法典第1176条第2款规定:“活动组织者的责任适用本法第1198条至第1201条的规定。”该款亦是民法典新增之规定。民法典第1176条第1款和第2款对文体活动参加者和组织者的侵权责任作了不同规定,这种区分在理论上应当如何理解,在实践中又应当如何适用,需要在解释论上予以明确。鉴于此,本文旨在围绕民法典第1176条的规定,展开解释论层面的研究。

一、受害人自甘风险:历史演进、司法现状与问题

(一)民法典“自甘风险”条文的历史演进

*中国人民大学法学院博士研究生。

民法典第1176条第1款首次在法律规范层面规定自甘风险,属于侵权责任编的一大亮点与创新。^[1]不过,早在2002年制定民法草案的过程中,法学界就已经认识到规定自甘风险的必要性。当时两部具有重要影响的学者建议稿,即中国人民大学法学院王利明教授主持起草的《中国民法典学者建议稿及立法理由》和中国社会科学院法学研究所梁慧星研究员主持起草的《中国民法典草案建议稿附理由》都对自甘风险有所关注。但是,两部学者建议稿都在同一个条文中规定受害人同意与自甘风险,未将两者明确区分开。^[2]其后中国人民大学法学院杨立新教授主持起草的《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》在前述两部学者建议稿的基础上又前进了一步。在立法思路上,该建议稿未明确区分受害人同意与自甘风险,但是该建议稿第29条第3款对体育活动中的侵权责任作了特殊规定:“参加或者观赏具有危险性的体育活动,视为自愿承担损害后果,适用本条第1款的规定,但行为人违反体育运动管理规则,故意或者重大过失造成损害的除外。”^[3]可见,该建议稿第29条第3款与民法典第1176条第1款相比,除了在细节上存在一些差异(例如体育活动的观众是否适用自甘风险)外,整体上已较为相似。

上述各部学者建议稿都在侵权责任法的制定过程中发挥了重要的作用。但是,2009年颁布的侵权责任法未将自甘风险规定为一项不承担责任或者减轻责任的情形。原因在于,关于是否规定自甘风险,立法过程中存在不同意见。不同意规定自甘风险的意见或是认为自甘风险是处分自己权益的行为,被告的行为不构成侵权,因此也不需要免责;或是认为由司法实践根据个案的情况确定被告方的责任比较妥当;或是认为自甘风险不能起到免除有过错的加害人之责任的法律效果。面对上述反对意见,立法机关最终采取了较为保守的态度,决定在侵权责任法中暂不规定自甘风险,留待在司法实践中发现问题后再予以考虑。^[4]

侵权责任法虽然未规定自甘风险,但在司法实践中,我国法院逐步确立了体育运动伤害除故意或重大过失外免责的法律规则,有时法院也会直接使用“自甘风险”一词指代这一规则。^[5]例如,在“贺某某与康某某生命权、健康权、身体权纠纷案”中,法院认为:“体育运动具有身体对抗性,具有一定的风险,在参与体育运动的过程中,如果不存在对运动规则的重大违反,即便对参与体育运动的人造成伤害,亦无须承担侵权责任,此即体育运动中的‘自甘风险’原则。”^[6]在“韩某某申请生命权、健康权、身体权纠纷申诉案”中,法院认为:“二审法院根据竞技体育比赛惯例,参赛者一旦参加比赛,视为自愿承担比赛中的风险,即自甘风险原则,竞技体育比赛中因对抗而产生的伤害行为,在适用归责原则时不同于一般的侵权行为,应看加害者是否严重违反比赛规则或故意致人损害。”^[7]此外,在实践中,体育活动以及诸如闯关节目等其他文体活动的组织者是否应当承担违反安全保障义务的侵权

[1]参见张鸣起:《民法典分编的编纂》,载《中国法学》2020年第3期。

[2]参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,法律出版社2005年版,第54—55页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编》,法律出版社2013年版,第45—46页。

[3]杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第89页。

[4]参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第145页。

[5]参见北京市高级人民法院(2016)京民申3808号民事裁定书;四川省高级人民法院(2019)川民申7183号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民一终字第446号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法民终字第2445号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民一(民)终字第2353号民事判决书;云南省昆明市中级人民法院(2015)昆民三终字第849号民事判决书;湖南省娄底市中级人民法院(2016)湘13民终612号民事判决书;山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15民终1747号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终16640号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终3253号民事判决书;宁夏回族自治区中卫市中级人民法院(2017)宁05民终707号民事判决书;山东省日照市中级人民法院(2017)鲁11民终1669号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2020)沪02民申208号民事裁定书;上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终5428号民事判决书;吉林省白山市中级人民法院(2020)吉06民终315号民事判决书;云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院(2020)云25民终1327号民事判决书。

[6]广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终9602号民事判决书。

[7]北京市高级人民法院(2016)京民申1407号民事裁定书。

责任问题也较为突出。^[8]

在此种背景下,民法典侵权责任编的编纂及时关注到了是否应当规定自甘风险的问题。在侵权责任编草案一审稿征求意见的过程中,有的部门、法学教学研究机构和社会公众提出,参加对抗性较强的体育等活动容易发生受伤等情况,实践中,对伤害由谁承担责任经常产生纠纷,建议对这个问题作出明确规定。宪法和法律委员会研究认为,参加者自愿参与这些活动应当充分认识到其危险性,由此产生的正常风险原则上应当由参加者自己承担。确立“自甘风险”规则,对于明确学校等机构正常开展此类活动的责任界限是有利的。^[9]基于此,侵权责任编草案二审稿增加第954条之一,该条文规定:“自愿参加具有危险性的活动受到损害的,受害人不得请求他人承担侵权责任,但是他人对损害的发生有故意或者重大过失的除外。活动组织者的责任适用本法第973条的规定。”此后,在对侵权责任编草案二审稿进行审议时,有的常委会组成人员、专家学者和社会公众提出,“自甘风险”规则的适用范围不宜过宽,应限定为体育比赛等具有一定风险的文体活动。同时,建议明确教育机构在组织这类活动时应当如何承担责任。宪法和法律委员会经研究,建议采纳这一意见。^[10]基于此,侵权责任编草案三审稿将第954条之一调整为:“自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任,但是其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。活动组织者的责任适用本法第973条至第976条的规定。”最终经大会审议通过的民法典第1176条除了在标点符号以及条文序号方面作出个别修改以外,基本保留了侵权责任编草案三审稿第954条之一的规定。

(二)现存的理论和实践问题

不可忽视的是,我国既有经验中也存在着对自甘风险的误读,部分观点对自甘风险的理解有不精确之处,主要体现在以下三个方面:

第一,自甘风险与侵权法中的其他法律规定界分不清。自甘风险作为一项侵权法中独立的抗辩事由,身处受害人同意、与有过失和加害人无过错的“三面夹击”之中。在理解与适用自甘风险时,很容易将其与前述三种加害人不承担责任或者减轻责任的情形相混淆。

首先,在与受害人同意的界分上,侵权责任法出台前学界起草的学者建议稿多将自甘风险和受害人同意规定在同一个条文中。虽然自甘风险与受害人同意都可以起到免除加害人责任的法律效果,在制度起源上也存在一定的共通性,但是两者本质上是不同的法律规则,在法理基础、构成要件以及适用范围等方面都有较大的区别。

其次,在和与有过失的界分上,学界有观点认为,对于涉及自甘风险的案件,应当“综合适用责任构成制度、过失相抵制制度,根据双方当事人的有无过错、过错大小、有无因果关系、原因为大小等因素综合确定合理的损害分担结果,不能仅因自甘风险就一概由受害人承担全部损害”。^[11]上述观点实质上否认了自甘风险作为一项独立抗辩事由而存在的必要性,认为其只是与有过失的一种特殊情况。但是,在民法典侵权责任编的规范体系中,自甘风险和与有过失的界分是清晰的,并不存在前者被后

[8]关于体育活动组织者违反安全保障义务之侵权责任问题,参见广东省高级人民法院(2018)粤民申11996号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民一终字第3046号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2017)京01民终1536号民事判决书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2019)黑01民终9982号民事判决书。关于闯关节目等其他文体活动组织者违反安全保障义务之侵权责任问题,参见安徽省高级人民法院(2018)皖民申978号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2012)穗中法民一终字第4551号民事判决书;甘肃省酒泉市中级人民法院(2014)酒民一终字第235号民事判决书;安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖01民终5495号民事判决书。

[9]《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典侵权责任编(草案)〉修改情况的汇报》(2018年12月),载北大法宝<https://www.pkulaw.com/protocol/17652f9c2ddc807f60a5e14c333b9e13bdfb.html>,2021年6月18日。

[10]《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典侵权责任编(草案)〉修改情况的汇报》(2019年8月),载北大法宝<https://www.pkulaw.com/protocol/d1c6c4285b31e602723bf551292826f7bdfb.html>,2021年6月18日。

[11]周晓晨:《论受害人自甘冒险现象的侵权法规制》,载《当代法学》2020年第2期,第43页。

者吸收的情况。

最后,在与加害人无过错的界分上,自甘风险和加害人无过错的法律效果都是加害人实施的行为不构成侵权行为,因而不需要承担侵权责任。但是,理论上两者的界分应当是清晰的。只有在加害人实施的行为满足侵权行为各项构成要件的情况下,加害人才有主张自甘风险这一抗辩事由的必要性。当加害人对损害的发生无过错时,侵权行为因缺失过错这一构成要件而不成立,自甘风险自然不存在适用的余地。实践中,法院经常会在加害人无过错的案件中,分析受害人的行为是否构成自甘风险。这种叠床架屋的分析方法不仅没有必要,反而可能导致论证逻辑不清、适用法律错误的后果。

第二,“自甘风险”这一法律术语在司法实践中被滥用。自甘风险作为民法典侵权责任编规定的抗辩事由,其适用有着诸多限制条件。但是,自甘风险并非侵权责任法中具有普遍适用性的一般规则,更非私法的一般规则。因此,法院在使用“自甘风险”一词时如果忽视其本身具有的特定含义,不仅不能起到锦上添花之效果,反而有画蛇添足之嫌疑。

首先,自甘风险中的“风险”仅指受害人的人身、财产安全遭受侵害之风险,不包括诸如交易风险等与侵权责任无关的风险。实践中广泛存在的现象是,法院在不涉及侵权责任的案件中频繁使用“自甘风险”,导致其含义被模糊化。^[12]例如,在广州互联网法院发布的网络购物合同纠纷十大典型案例之八——“陈某与某烨公司网络购物合同纠纷案”中,法院总结道:“根据自甘风险原则,当事人自愿以风险赌利润的,则当风险出现的时候,就应当自行承担,法院不鼓励当事人自甘风险又无法获利时向对方索赔的行为。”^[13]在上述语境中,法院使用“自甘风险”一词表达的含义仅仅是受害人在明知诸如交易风险等其他风险存在的情况下依然冒险行事,因此其应当自行承受相应的损害,不得归咎于他人。而这一含义与民法典侵权责任编中自甘风险规则所指代的含义相去甚远。

其次,受自甘风险和与有过失界分不清的影响,实践中经常出现的问题是,法院使用“自甘风险”描述受害人实际上与有过失的行为。^[14]例如,在“东莞市恩兴纸业有限公司等与周某某提供劳务者受害责任纠纷上诉案”中,法院认为:“周某某作为一个智力正常的成年人,其应当知晓乘坐起重吊机极其危险,但其仍然自甘风险,违规乘坐起重机并跌落受伤,周某某没有对自己的健康尽到谨慎注意义务,亦存在一定的过错,周某某应当对事故的发生承担次要责任。”^[15]在受害人与有过失的语境下使用“自甘风险”一词,其描述的实际上是一种特殊形式的与有过失,与民法典第1176条第1款意义上的自甘风险有本质的区别。

最后,受自甘风险与加害人无过错界分不清的影响,法院经常在分析加害人有无过错,尤其是加

[12]参见最高人民法院(2017)最高法民终162号民事判决书;江苏省高级人民法院(2013)苏商外终字第0049号民事判决书;江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申字第00464号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申字第01397号民事裁定书;山西省高级人民法院(2020)晋执复103号执行裁定书;四川省高级人民法院(2020)川民申1754号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2020)苏民申4361号民事裁定书。

[13]参见《3·15特辑 网络刷单、标价“乌龙”……广互公布网络购物合同纠纷十大典型案例!》,载广州互联网法院网站<https://www.gzinternetcourt.gov.cn/#/ArticleDetail?type=TypicalCase&apiType=convincing&id=a81b8621c6bb4cb6b843389fac175cf3>,2021年6月18日。

[14]参见浙江省高级人民法院(2009)浙海终字第140号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终9434号民事判决书;湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民终3993号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终1155号民事判决书;山东省菏泽市中级人民法院(2017)鲁17民终1190号民事判决书;广东省东莞市中级人民法院(2017)粤19民终5586号民事判决书;江苏省盐城市中级人民法院(2019)苏09民终4524号民事判决书;贵州省毕节市中级人民法院(2020)黔05民终2994号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终11495号民事判决书;青海省西宁市中级人民法院(2020)青01民终2057号民事判决书;山东省烟台市中级人民法院(2020)鲁06民终1627号民事判决书。

[15]广东省东莞市中级人民法院(2014)东中法民一终字第1761号民事判决书。

害人是否违反安全保障义务时使用“自甘风险”一词。^[16]例如,在“彭某与某有限公司健康权纠纷案”中,法院认为:“上诉人彭某随其他顾客来到被上诉人某公司经营场所的自动电梯口,在彭某看到前行的顾客强行逆向上行的情况下,仍然不顾自身安全逆行而上,导致其摔倒受伤。彭某上述过于自信、自甘风险的行为产生的损害后果,其本人应当承担全部责任。”^[17]在该案中,被告不承担侵权责任的关键理由是被告未违反安全保障义务,对损害结果的发生也不存在过错。而受害人的行为属于何种性质,对被告是否违反安全保障义务以及有无过错的判断有一定影响,但并非具有决定性的因素。在这类案件中使用“自甘风险”一词,可能导致法院仅止步于对受害人行为的分析,反而忽视对加害人有无过错这一关键问题的论证,值得警醒。

上述实践中对“自甘风险”一词的滥用表明,在我国以往的法学话语体系中,自甘风险是一个较为宽泛的概念,而民法典第1176条第1款规定的自甘风险却是一项非常具体且适用范围有限的法律规则。美国最高法院Frankfurter大法官曾指出:“‘自甘风险’这一术语很好地说明了对词语不加批判的使用会在某种程度上导致法律制度内部的混乱。它起初是一种具有文学性质的表述,它精炼的措辞使得人们对它进行懒惰的重复使用。这种重复使用很快就转变为一项法律规则,被人们不加区别地用来表达不同的,有时甚至是完全相反的观点。”^[18]如对概念的使用不加以谨慎审视,自甘风险极容易成为减轻或者免除加害人责任的托辞,从而掩盖真正涉及案件要害的法律问题。因此,针对实践中存在的术语滥用问题,有必要在教义学上厘清自甘风险在民法典中的基本含义,在实践中注重其规范化使用。

第三,在文体活动领域,法院在适用自甘风险认定其他参加者不承担侵权责任后,又经常适用“公平责任”判决其他参加者给予参加者一定的补偿。^[19]例如,在“叶某、深圳市龙岗区弘文学校与林某生命权、健康权、身体权纠纷案”中,法院认为,行为人叶某对受害人林某造成损害的行为不构成侵权,但是“林某确实因参加该篮球活动产生损害,叶某作为造成该损害的行为人,虽然没有过错,但对林某的损失,应根据公平责任予以分担”。^[20]一方面,民法典第1186条已对侵权责任法第24条作出实质性修改,严格限制了“公平责任”的适用范围;另一方面,“公平责任”的适用虽然可以弥补受害人遭受的部分损失,但却给其他参加者带来过重的负担,其是否符合人们一般的公平正义观念以及法政策的要求,存有疑问。因此,法院在此类案件中将自甘风险与“公平责任”结合适用是否合理,同样有反思之必要。

综合前述分析可知,重新梳理我国目前已有的学术研究成果与司法实践经验,厘清自甘风险之教义学构造,对保障民法典第1176条的顺利实施有重要意义。而自甘风险之教义学研究的开展,应当以明确自甘风险的法理基础为前提。

[16]参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民申2462号民事裁定书;广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终8373号民事判决书;湖南省衡阳市中级人民法院(2017)湘04民终359号民事判决书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2017)浙04民终1734号民事判决书;河南省南阳市中级人民法院(2019)豫13民终8123号民事判决书;江苏省苏州市中级人民法院(2020)苏05民终1855号民事判决书;湖南省长沙市中级人民法院(2020)湘01民终1265号民事判决书;湖北省孝感市中级人民法院(2020)鄂09民终146号民事判决书;重庆市第四中级人民法院(2020)渝04民终990号民事判决书。

[17]上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民一(民)终字第2822号民事判决书。

[18]Tiller v. Atlantic Coast Line R. Co., 318 U.S. 54 (1943) (Frankfurter, J., concurring).

[19]参见四川省高级人民法院(2019)川民申7183号民事裁定书;广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民一终字第446号民事判决书;福建省福州市中级人民法院(2015)榕民终字第5604号民事判决书;山东省青岛市中级人民法院(2016)鲁02民终3925号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终1030号民事判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01民终7045号民事判决书;云南省玉溪市中级人民法院(2019)云04民终1447号民事判决书;江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终181号民事判决书;吉林省白山市中级人民法院(2020)吉06民终315号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2020)沪02民申208号民事裁定书。

[20]广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法民终字第2445号民事判决书。

二、受害人自甘风险的法理基础

(一)传统侵权法理论中的自甘风险

自甘风险(assumption of risk)起源于英国普通法,是法谚*volenti non fit injuria*在过失侵权案件中的体现。该法谚可直译为“伤害起因于非自愿”或“自愿不导致不法”。尽管自甘风险有着古老的普通法根基,但是其直到19世纪工业革命到来之后才受到法官们的重新关注。^[21]工业事故的频发使得雇主经常援引自甘风险来对抗雇员的损害赔偿请求。法院为了尽可能地让雇主免于承担这部分“人力开销”,往往会以雇主并未强迫雇员从事其提供的工作,或者雇员自愿地将自身置于危险中等理由驳回雇员的诉讼请求,以此促进工业经济的发展。^[22]自甘风险在这一过程中逐渐被英美法系的判例所确认。美国学者Francis H. Bohlen教授在其奠基性的论文中写道:“法谚*volenti non fit injuria*是普通法系个人主义倾向的精炼表达,它将个体的行为自由视为整个社会结构的基石,由公民们所提出并旨在维护他们的行为自由。每个人都有权自由地决定其自身的命运;他不应当受到外界的干涉,但是如果不存在这种干涉,他应当有足够的能力保护自己。”^[23]在自由主义观念的指引下,一般而言加害人只需要尽到提醒或者警示义务,将潜在的危险告知受害人,为受害人提供保护自己的机会,最终为受害人人身财产安全负责的应当是受害人自己。^[24]而受害人对风险具有充分认知正是加害人尽到注意义务的体现。美国第一次侵权法重述第893条和第二次侵权法重述第496A—496G条都对自甘风险作了规定。

传统美国侵权法理论认为,自甘风险是一项取决于受害人主观认知和主观意愿的抗辩事由,其主要构成要件有两个:其一,受害人对加害人施加的不合理风险有充分认知;其二,受害人自愿承受这种不合理风险。^[25]除此之外,自甘风险的适用并无其他严格限制。但是随着社会的不断发展,支撑传统自甘风险制度的前述理念遭到了严峻的挑战。在雇主责任领域,自甘风险推崇合同自由。如果雇员想要获得更为安全的工作环境,他必须与雇主进行谈判。然而,雇员在谈判时面对的经济压力与生存压力则完全未得到任何考虑。^[26]在多数情况下,受害人只是在表面上处于意志未受强迫的状态,但实际上未必心甘情愿地承受加害人施加的不合理风险,并且自愿承担这种风险可能导致的损害。当个人主义和放任经济的思潮已经不再占据社会主导地位,法律逻辑的起点也由保护企业家的利益逐渐转变为保护劳动者的利益时,自甘风险制度便显得不合时宜。它对受害人过于严苛,其内涵与美国后续颁布的劳工赔偿法等法律的精神直接相冲突。^[27]在社会观念方面,对个人行为自由的保护也逐步让位于对他人人身财产安全的保护。一般情况下,加害人除了对受害人负有提醒和警示义务之外,还负有积极的保护义务。即使受害人充分知晓并且自愿承受加害人施加的不合理风险,这也只能表明加害人尽到了提醒和警示义务。如加害人未能对受害人的人身财产安全提供合理的保护,加害人对损害的发生依然具有过失。^[28]可见,传统的自甘风险制度对受害人损害的救济以及加害人责任的承担作了过于宽泛的限制,注定会走向没落,其原因在与受害人同意以及与有过失的对比中可得到更为清晰的体现。

[21]See Charles Warren, *Volenti Non Fit Injuria in Actions of Negligence*, Harvard Law Review 8, 462 (1894—1895).

[22]See supra note [18].

[23]Francis H. Bohlen, *Voluntary Assumption of Risk*, Harvard Law Review 20, 14 (1906—1907).

[24]See Ibid, at 14—16.

[25]See Restatement (Second) of Torts § 496D, 496E (1965).

[26]See W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on Torts*, West Publishing Company, 568(1984).

[27]Fleming Jr. James, *Assumption of Risk*, Yale Law Journal 61, 154 (1952).

[28]See Fleming Jr. James, *Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation*, Yale Law Journal 78, 191—192 (1968).

(二)自甘风险与受害人同意

一般认为,在英美法系的侵权法中,自甘风险是过失侵权的抗辩,受害人同意是故意侵权的抗辩。对于以明示方式作出的自甘风险和受害人同意,这一区分并不是泾渭分明的。原因在于,在明示的情况下,两者在法理基础上具有一定的共通性与相似性。不论加害人实施侵害行为是出于故意还是出于过失,在损害结果发生之前,受害人都有权以明示的方式放弃自己的部分权益,从而在与加害人协商的过程中换取更为有利的对价,实现受害人最希望实现的目的。^[29]当受害人以明示的方式,尤其是以合同方式作出这种预先安排时,在不与公共政策相抵触的前提下,法院应当承认其效力。^[30]因此,以明示方式作出的自甘风险和受害人同意有着相同的法律效果,都可以完全免除加害人的责任。不过,以明示方式作出的自甘风险和受害人同意的法律效果问题往往属于合同效力的判断问题,而非典型的侵权法问题。

但是,如受害人未以明示方式作出这种预先安排,只是其外在行为表明其内心可能存在同意加害人实施侵害行为的意愿,则在判断受害人的内心真意时,需要考虑作为过失侵权之抗辩的自甘风险与作为故意侵权之抗辩的受害人同意之间的两处明显差异。其一,在主观心态方面,实施故意侵权行为的加害人主观上追求损害结果的发生,受害人对故意侵权行为的同意表明其同样希望损害结果发生;而有过失的加害人只是不法地创造了一种不合理风险,这种风险不一定会现实化为损害,加害人和受害人都不希望损害结果最终出现。^[31]其二,在损害的确定性方面,故意侵权行为造成损害结果的可能性较高,受害人对损害结果的类型及其严重性有一个大致的预期,因此受害人对故意侵权行为的同意往往意味着对损害结果的同意;而过失侵权是否会造成损害结果是不确定的,受害人也很难对损害的类型以及严重性等形成清晰的预期,因而受害人自愿承受风险并不意味着受害人自愿承担损害结果。

基于这两项主要差异,以默示形式作出的自甘风险与受害人同意在法理基础上有着本质区别。就受害人同意而言,由于损害结果的出现具有较高确定性,受害人可以精确地判断侵害行为整体上对其是否有益,是否符合其主观意愿,从而利用同意对损害结果之分配作出预先安排,自愿承担侵害行为带来的损害结果,以此促成那些对其有益的侵害行为的实施。因此,受害人同意是受害人顺利开展日常社会交往、与他人形成良性互动的重要手段。另外,受害人不可能将内心所有的想法都用语言清楚地表达出来,现实中很多受害人同意也是以默示而非明示方式作出的。出于社会交往之必要性的考虑,加害人在实施整体上对受害人有益的侵害行为时,可以综合考虑受害人的行为方式、社会习俗以及当事人之间的关系等情况,^[32]推断受害人是否默示地同意其实施侵害行为,并自愿承担相应的损害结果。

就自甘风险而言,受害人自愿承受已知风险的行为虽然也能够暂时获得某种好处,但由于损害结果是不确定的,整体上来看受害人依然要承受一项潜在的不利后果。受害人并非甘愿承受加害人对其实施的侵害行为且自愿承担未来可能出现的损害结果,其心态只是侥幸认为自己未来不会遭受损害,从而冒险行事。因此,人们不能从受害人自愿承受已知风险的行为中推断出受害人自愿承担最终出现的损害结果的结论。^[33]一般而言,这种推断不符合受害人的内心真意,也有违一般理性人观念。美国学者William L. Prosser教授指出:“受害人自愿承受某种已知的风险并不必然表明他同意承担未来加害人因过失而给他造成的任何损害。对于一个横穿街区中心马路的行人而言,虽然来往车辆

[29]See John L. Diamond, *Assumption of Risk after Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine*, Ohio State Law Journal 52, 746 (1991).

[30]See Restatement (Second) of Torts § 496B (1965).

[31]参见王利明:《论受害人自甘冒险》,载《比较法研究》2019年第2期。

[32]参见[美]多布斯:《侵权法》(上册),马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第195—196页。

[33]Vgl. Gottfried Schiemann,in: Staudinger Kommentar BGB. Buch 2,14.Aufl.2005, § 254 Rn.66.

以极高的速度行驶,但是我们无论如何都不能认为,他同意司机不必尽到注意义务而把他撞倒。相反,他坚持司机应当尽到注意义务。”^[34]冯·巴尔教授也认为:“它(受害人同意)实际上是无法‘发生’在过失责任中的,因为对未知的将来事件是很难谈得上同意的。只要我尚不知道具体会发生什么,则即使是有意识地接受了风险,实际上也希望它不要发生;换句话说,实际上我是不同意伤害结果的。”^[35]在过失侵权中,当受害人未作明确表示,只是以行为自愿承受某种已知风险时,其主观意愿往往不是对侵害行为以及损害结果的同意,也不是对自身权益的放弃,而是希望损害结果将来不会出现。在绝大部分情况下,以默示形式作出的自甘风险都不能视同于受害人同意,^[36]因而不具有免除加害人责任的法律效果。

(三)自甘风险和与有过失

传统理论中宽泛的自甘风险和与有过失有较大部分的重合。与有过失在美国法上被称为促成过失(contributory negligence)或者比较过失(comparative negligence)。英美法系传统理论认为,自甘风险是否成立取决于受害人的主观认知和主观意愿,这与促成过失不同,后者是否成立取决于受害人的行为是否达到理性人的客观标准。美国学者经常援引这一点来区分自甘风险与促成过失。^[37]但是,如果受害人自愿承受某种风险的行为客观上来看是有过失的,或者说如果任何一个理性的人都不会像受害人一样实施承受这种风险的行为,受害人的行为同时构成传统理论中的自甘风险与促成过失。在比较过失尚未出现之前,自甘风险与促成过失的法律效果都是免除加害人的责任,两者可以共存。在比较过失取代促成过失之后,比较过失的法律效果是减轻加害人的责任,受害人可以获得部分赔偿,而自甘风险的法律效果是完全免除加害人的责任,两者之间存在直接冲突,法律必须作出取舍。

为了对传统理论中宽泛的自甘风险作更加精细化的讨论,美国学者对自甘风险进行了一系列的分类,其中主流的分类方法是将自甘风险首先分为明示的自甘风险与默示的自甘风险,其次将默示的自甘风险分为初级自甘风险与次级自甘风险,最后将次级自甘风险分为合理的自甘风险与不合理的自甘风险。^[38]其中,明示的自甘风险指受害人以合同或者其他形式明示同意承受加害人施加的不合理风险,^[39]其法律效果与受害人同意相同。默示的自甘风险欠缺明示表达的要素,在法理基础上有别于受害人同意,因而需要进一步区分两种情况:在初级自甘风险情形,加害人对受害人不负有注意义务,其行为不具有违法性。加害人的行为不论是否合理,都不构成对受害人权益的不法侵害,因此初级自甘风险与促成过失不存在重合之处,可作为一项独立的抗辩事由;在次级自甘风险情形,加害人对受害人负有注意义务,其行为具有违法性,因此次级自甘风险可能会与促成过失发生重合。当受害人自愿承受已知风险的行为在客观上未能达到一般理性人标准时,其行为属于不合理的自甘风险,例如受害人为贪图便宜使用已知具有缺陷的产品;当其行为在客观上符合一般理性人标准时,其行为属于合理的自甘风险,例如父母尝试从火灾中解救其孩子。^[40]当比较过失逐步取代促成过失之后,美国主流观点认为,不合理的自甘风险属于比较过失范畴,受害人可以获得部分赔偿,其中具有代表性的

[34]W. Page Keeton et al., *supra* note26, p.485.

[35][德]巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,张新宝校,法律出版社2004年版,第604页。

[36]对于此处例外情况的分析,可参考美国学者Kenneth W. Simons教授提出的“完全偏好”(full preference)理论。See Kenneth W. Simons, *Assumption of Risk and Consent in the Law of Torts: A Theory of Full Preference*, Boston University Law Review 67, 218—224 (1987); Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2 Reporters' Note to Comment i (2000).

[37]See W. Page Keeton et al., *supra* note26, p.495; John W. Wade, *The Place of Assumption of Risk in the Law of Negligence*, Louisiana Law Review 22, 11—12 (1961); Paul Rosenlund & Paul Killion, *Once a Wicked Sister: The Continuing Role of Assumption of Risk under Comparative Fault in California*, University of San Francisco Law Review 20, 231 (1986).

[38]See W. Page Keeton et al., *supra* note26, p.496—498; Fleming Jr. James, *supra* note27, at 141; Scott Giesler, *The Uncertain Future of Assumption of Risk in California*, Loyola of Los Angeles Law Review 28, 1500—1504 (1995).

[39]See *supra* note30.

[40]See Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 3 Comment c (2000).

案例是Li v. Yellow Cab Co.案。在该案中,美国加利福尼亚州最高法院认为,不合理的自甘风险属于促成过失的一种变体,采纳比较过失制度必然要求将其归入按照过错程度来衡量责任大小的损害分担体系中。^[41]这意味着不合理的自甘风险已经演变为一种特殊形式的比较过失,其中自甘风险的成分已经失去了独立存在的意义。而合理的自甘风险则无法继续作为一项免责事由存在。原因在于,当不合理的自甘风险被纳入比较过失,从而演变为一项减责事由时,如将合理的自甘风险继续保留为一项免责事由,则会出现利益衡量上的失衡:同样是自愿承受某种风险的受害人,当其行为合理时,他将无法获得任何赔偿;而当其行为不合理时,他却可以获得部分赔偿。这种结论无疑是违反法律逻辑的。同时,由于合理的自甘风险客观上符合一般理性人标准,其也不应当是一项减责事由。原因在于,法律鼓励人们合理地从事社会交往,受害人没有过失的行为本身就不应当受到任何责难。^[42]

(四)自甘风险的法理基础:特定法政策之衡量

通过将自甘风险与受害人同意、与有过失进行对比,可以看出,自甘风险在绝大部分情况下都不能视同于受害人同意,难以成为像受害人同意一样具有普遍适用性的免责事由。而传统理论中宽泛的自甘风险和与有过失相重叠的部分被与有过失吸收,再使用“自甘风险”一词描述这类行为只会徒增困扰,不具有任何实际意义。美国第三次侵权法重述整体上废除了第二次侵权法重述中规定的自甘风险制度,将明示的自甘风险重新表述为“责任的约定限制”(contractual limitations on liability),强调其合同法的属性。^[43]不合理的自甘风险则被视为一种加重形式的与有过失,由于受害人对风险具有充分认知,其法律效果是在责任分担时受害人应当自行承担更多的责任。而合理的自甘风险既不免除也不减轻加害人的责任。^[44]在受害人同意、与有过失等法律规则的冲击下,传统意义上的自甘风险制度已经难以为继,在多数案件中不再具有免除加害人侵权责任的法律效果。

但是,在诸如文体活动等特殊类型的案件中,自甘风险在经过一定的调整、限制后,依然有作为一项独立免责事由而存在的必要性。其法理基础在于,出于特定法政策的考虑,加害人的一般过失行为虽然对受害人造成了人身伤害或者财产损害,但是却不构成侵权行为,加害人也无须承担侵权责任。关于自甘风险在文体活动等特定领域的适用,美国法上具有标志性意义的案件是Knight v. Jewett案。在该案中,原告、被告以及数名朋友在“超级碗”橄榄球比赛的中场休息时间自发组织了一场非正式的触身式橄榄球赛。在一次防守过程中,被告撞倒了原告并踩伤了她的手。美国加利福尼亚州最高法院认为,就体育活动参加者之间的侵权责任而言,基于法政策之衡量,参加者不应为其在参与体育活动过程中实施的一般过失行为承担侵权责任,否则不利于文体活动的开展。^[45]关于自甘风险的法理基础,有三点需要进一步予以明确。

第一,与受害人同意不同,自甘风险免责的法理基础不是受害人自愿承担最终出现的损害结果,而是基于特定法政策的考量,加害人的一般过失行为导致的侵权责任应当得到免除。受害人同意取决于受害人的主观认知和主观意愿。自甘风险的判断却融入了更多客观化的因素。自甘风险是否成立虽然需要考虑受害人是否自愿参与文体活动等主观因素,但在自愿参与的基础上,其是否在主观上自愿承受侵害行为以及损害结果并不重要,重要的是其他参加者对行为界限的合理期待以及相关法政策的考量。^[46]

在文体活动领域,受害人同意无法起到替代自甘风险的作用。原因在于,受害人同意只有在少数

[41]See Li v. Yellow Cab Co., 13 Cal.3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal.Rptr. 858 (1975).

[42]See W. Page Keeton et al., *supra* note26, p.497—498; Matthew J. Toddy, *Assumption of Risk Merged with Contributory Negligence: Anderson v. Ceccardi*, Ohio State Law Journal 45, 1071—1072 (1984).

[43]See Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2 Comment a (2000).

[44]See *Supra* note40.

[45]See Knight v. Jewett, 3 Cal.4th 296, 834 P.2d 696, 11 Cal.Rptr.2d 2 (1992).

[46]See Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2 Reporters' Note to Comment j (2000).

风险极高的文体活动中才能成立。例如,在拳击运动中,损害的发生具有高度确定性,一般而言可以从受害人自愿参与拳击运动的行为中推断出其同意。但更为常见的是,受害人自愿参与文体活动的行为只是使自己介入了一项存在不确定性的风险中,受害人和加害人都希望风险不要实现。例如,自愿参与足球比赛的球员并未“同意”他的腿被其他参加者的过失行为所踢断。^[47]因此,在文体活动领域,有必要将自甘风险规定为一项独立的抗辩事由。

第二,和与有过失不同,自甘风险的法律效果是完全免除而非减轻加害人的责任。在美国法上,目前仅有初级自甘风险依然独立于与有过失等其他抗辩事由而存在。^[48]初级自甘风险的实质在于加害人对受害人不负有注意义务,因而不存在加害人是否违反注意义务的问题。加害人的行为不论是否符合理性人标准,都不构成侵权行为。^[49]美国第三次侵权法重述虽然未采用初级自甘风险的表述,而采用无注意义务(no duty)或者有限的注意义务(limited duty)之表述,但两者实质上是同一法律规定。^[50]在我国侵权法理论体系中,应当认为自甘风险的法律效果是阻却加害人行为的违法性。不论加害人的行为是否存在过失,其侵权责任都将得到免除。

在文体活动领域,与与有过失也无法起到替代自甘风险的作用。原因在于,人们参与具有一定风险的文体活动的行为往往难以被认定为过失行为。即使是某些具有较高风险的极限运动,同样也会有参加者。哪怕在一般理性人看来,参与这类极限运动需要冒过高的风险,但是对于部分风险偏好者来说,其参与极限运动的目的就是承受这种较高的风险、寻求刺激、挑战自我。^[51]一般而言,承受文体活动的风险不会给参加者带来负面影响,反而会为其带来正面效益。因此,将参与具有一定风险的文体活动的行为认定为过失行为存在理论上的障碍。此外,适用与有过失的法律效果是加害人需要承担部分损害赔偿责任,这可能会挫伤人们参与文体活动的积极性,不利于鼓励文体活动发展之特定法政策的实现。

第三,一般而言,当代侵权法以受害人权益的保护,尤其是以受害人人身权益的保护为主要目标,而自甘风险则要求法律牺牲这一目标以实现特定的法政策,属于法律在利益衡量上作出的例外判断。因此,自甘风险不是侵权法中具有普遍适用性的一般规则,仅适用于部分特殊类型的案件。在比较法上,文体活动是自甘风险最主要的适用领域,民法典第1176条第1款的适用范围也被限制在具有一定风险的文体活动之内。在文体活动领域,自甘风险所考虑的特定法政策将得到最为充分的体现。

三、受害人自甘风险在文体活动领域中的保留

民法典第1176条第1款规定的自甘风险对文体活动领域的侵权责任作了特殊规定。在比较法上,体育运动侵权责任也遵循着与一般侵权责任有所不同的认定规则。^[52]自甘风险要求法律将受害人权

[47]参见同前引[35],巴尔书,第611页。

[48]美国目前有部分州依然使用初级自甘风险的表述,例如加利福尼亚州、明尼苏达州、纽约州、俄亥俄州、俄克拉何马州、夏威夷州、新罕布什尔州等。See *Knight v. Jewett*, 3 Cal.4th 296, 834 P.2d 696, 11 Cal.Rptr.2d 2 (1992); *Soderberg v. Anderson*, 922 N.W.2d 200 (2019); *Custodi v. Town of Amherst*, 20 N.Y.3d 83, 980 N.E.2d 933, 957 N.Y.S.2d 268 (2012); *Horvath v. Ish*, 134 Ohio St.3d 48, 979 N.E.2d 1246 (2012); *Thomas v. Holliday By and Through Holliday*, 764 P.2d 165 (1988); *Yoneda v. Tom*, 110 Hawai'i 367, 133 P.3d 796 (2006); *Sanchez v. Candia Woods Golf Links*, 161 N.H. 201, 13 A.3d 268 (2010).

[49]See Stephen D. Sugarman, *Assumption of Risk*, Valparaiso University Law Review 31, 842—843 (1997).

[50]See Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2 Comment j (2000).

[51]See David Horton, *Extreme Sports and Assumption of Risk: A Blueprint*, University of San Francisco Law Review 38, 621—625 (2004).

[52]参见同前引[35],巴尔书,第318—319页。

益的保护置于特定法政策之后,这在人们的生活中较为少见。但是,文体活动却能很好地契合自甘风险的理念。很多文体活动都具有一定程度的风险性,参加者对此往往并不排斥;相反,参加者希望直面这种风险,并在挑战自我的过程中更好地实现增强体质、娱乐身心的目的。在竞技体育领域,参加者遭受人身伤害的可能性则更高。竞技体育更加强调勇于拼搏、超越极限、不怕冒险、敢于尝试开发高难度复杂技术动作的体育精神。^[53]而竞技体育一旦失去竞技性或者风险性,其意义也将丧失大半。因此,文体活动的风险性同时也是其价值所在。这种风险不是法律希望降低或者消除的风险,而是法律希望保留甚至鼓励的风险。但应当明确的是,并非所有与文体活动相关的风险都具有同等法律意义。在教义学上,应当将文体活动的风险区分为内在风险与外在风险。

(一) 文体活动的内在风险与外在风险

文体活动的内在风险指的是只要参与该文体活动就必须承受的典型风险,其属于该文体活动不可分割的一部分。对于文体活动的内在风险导致的损害,参加者原则上应当自行承担。文体活动的内在风险又可以大致分为两类:第一类内在风险来源于参加者自身的行为或者非人力的自然因素,主要存在于个人文体活动中,如体操、跳水、攀岩、滑雪、单人魔术等。例如,体操运动员在完成高难度动作时可能会因失误或者意外而出现伤害,^[54]户外运动的参加者也可能因遭遇雪崩或山体滑波而受到伤害。当参加者自愿承受第一类内在风险遭受损害时,损害在多数情况下不是由他人的行为所造成的,而是由参加者自己的行为或者非人力的自然因素所造成的,不产生侵权责任由谁承担的问题。因此,参加者自愿承受第一类内在风险的行为不涉及自甘风险。第二类内在风险来源于其他参加者实施的侵害行为(包括其他参加者无过失以及存在一般过失两种情形),主要存在于多人文体活动中,如足球、篮球、拳击、多人武术表演等。例如,篮球运动员在比赛过程中,可能会因动作幅度过大不慎肘击他人,而拳击手参与拳击比赛的行为本身就表明其自愿承受对方的击打行为。当参加者自愿承受第二类内在风险遭受损害时,损害是由其他参加者实施侵害行为所造成的,因而产生其他参加者是否应当承担侵权责任的问题。不过,第一类内在风险同样可能存在多个人文体活动中。例如,足球运动员在尝试鱼跃冲顶等具有较高难度和危险性的技术动作时,可能会因动作不规范或自身身体素质原因而受伤。在部分情况下,第二类内在风险也可能存在于个人文体活动中。例如,赛车手以极快的速度急转弯时,可能会因不慎造成车辆打滑而伤及其他选手。^[55]但是,在个人文体活动中,对第二类内在风险的认定应当采取谨慎的态度。原因在于,人们在参与个人文体活动时,抗争的对象是秒表和计量尺而非对手的技巧和力量。^[56]一般而言,在个人文体活动中,参加者之间不存在直接的身体接触,因此第二类内在风险的认定(尤其是当其他参加者的行为存在一般过失时)在很多情况下不符合个人文体活动的性质,也不符合人们参与个人文体活动时的合理预期。例如,在滑雪活动中,后方滑雪者应当选择不危及前方滑雪者的线路滑行,前方滑雪者有雪道的优先使用权,前方滑雪者被后方滑雪者撞伤的风险一般不属于滑雪活动的内在风险。^[57]

当参加者因第二类内在风险,即来源于其他参加者实施的侵害行为之内在风险而遭受损害时,如其他参加者存在一般过失,其行为虽然满足侵害行为、损害、因果关系与过错这四项侵权行为的构成要件,但是出于特定法政策的考量,法律不应当将其认定为侵权行为。原因在于,当参加者高度专注地投入具有一定风险的文体活动中时,其不可避免地会作出一些疏忽行为,这也是该文体活动不可分割的一部分。参加者在进行激烈的身体对抗,或者在尝试较高难度的技术动作时,无法精确地控制自己的每一个行为,也无法做到让每一个行为都合乎规范。如采用一般理性人标准来分析参加者

[53]参见黄莉:《体育精神的文化内涵与价值建构》,载《体育科学》2007年第6期。

[54]参见钱叶六:《竞技体育伤害行为的正当化根据及边界》,载《法学家》2017年第3期。

[55]参见同前引[35],巴尔书,第325页。

[56]参见同前引[35],巴尔书,第323页。

[57]参见河北省张家口市中级人民法院(2020)冀07民终730号民事判决书。

的这类行为,很可能得出参加者对损害的发生具有过失的结论。^[58]但是,法律如果要求人们为其在正常参与文体活动的过程中不慎作出的一般过失行为承担侵权责任,将会产生“寒蝉效应”,挫伤人们参与文体活动的积极性。潜在的侵权责任会使参加者尽量避免作出一般过失行为以及接近于一般过失行为的合理行为,文体活动本身的性质也将因此而改变。^[59]例如,足球、篮球、橄榄球等具有高度对抗性的竞技体育项目将因对抗性下降而丧失意义。最坏的情况则是人们彻底放弃参与这类具有一定风险的文体活动。所以,在法政策上,为了鼓励人们积极参与文体活动,法律需要对参加者的侵权责任进行适当的限制,给予参加者更大的行为自由。^[60]张新宝教授指出,自甘风险要求人们在参与具有一定风险的文体活动之前,应当对自身规避风险的能力以及承受损害的能力作出客观的评估。如果某人不具有规避文体活动之内的风险的能力,或者难以承受内在风险可能导致的损害,则其在参与文体活动之前应当谨慎抉择,三思而行。同时,自甘风险也可以为文体活动的参加者提供更多的行为自由,使参加者能够在文体活动中更好地发挥,不需要顾及因一点点的处理不当而可能导致的较大的损害赔偿后果,从而使文体活动更加精彩,提升文体活动水平。^[61]

但是,法律对参加者行为自由的保护同样有着一定的限度。作为文体活动之内的侵害行为仅包括参加者的无过失行为以及一般过失行为,不包括其故意或者重大过失行为。当参加者对损害的发生有故意时,其行为实质上系假借文体活动之名而行故意伤害他人身体之实,^[62]自然不属于文体活动之内的风险的范畴。例如,球员在比赛中被对手犯规而记恨在心,在下一次身体对抗中故意强烈冲撞对手,导致对手严重受伤。对于此种严重违反体育道德的行为,加害人仍然需要承担侵权责任。^[63]当参加者对损害的发生有重大过失时,其行为往往属于对文体活动规则的严重违反,完全超出一般参加者可能采取的正常、合理行为的范畴,体现出对受害人人身安全的漠视,有违文体活动开展的精神与本质,因而也不属于文体活动的内在风险。例如,足球运动员在铲球时如果抬脚过高或者鞋钉对人,极容易给对方造成较为严重的人身伤害,很有可能构成重大过失。因此,参加者的故意或者重大过失行为所带来的风险不属于文体活动的内在风险。根据一般理性人观念,人们在参与文体活动时也没有自愿承受这种风险,参加者的侵权责任不能得到免除。

文体活动的外在风险指的是与文体活动的开展没有必然联系的风险,其中最为典型的是活动组织者未尽到安全保障义务之过失行为导致的风险。文体活动的组织者并无消除文体活动之内的风险的义务。一般而言,自愿参加文体活动的受害人因文体活动之内的风险而遭受损害的事实也不能表明活动组织者存在违反安全保障义务的过失行为。例如,在滑雪活动中,猫跳道由各种大小一致均匀散布的雪包组成,其作用是让滑雪者练习特定的技术动作。该种雪道与平整的雪道相比虽然具有更高的风险,但是为了获得更好的滑雪体验,滑雪者必须承受这种较高的风险,滑雪场也不负有移除雪包的义务。如滑雪者因自愿承受这种较高的风险而受伤,滑雪场并未违反安全保障义务,对损害的发生也不具有过失。但是,活动组织者负有不得在内在风险之外增加额外风险的义务。^[64]例如,滑雪场负有日常维护雪道、确保滑雪设施安全、对初次参与滑雪的新手提供充分指引、对滑雪者的安全护具进行检查,以及在发生滑雪事故时及时提供救援等义务。如活动组织者在组织文体活动的过程中存在安全隐患,其所带来的风险是人们在正常参与文体活动时本不必承受的风险,因而属于文体活动的外在风险。

[58]参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注·侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第129页。

[59]See supra note [45].

[60]参见张新宝:《侵权责任编:在承继中完善和创新》,载《中国法学》2020年第4期。

[61] 参见《打羽毛球击伤对方,我该赔吗?》,载央视网<https://tv.cctv.com/2021/01/05/VIDE7ahGiZdJZbwOysZpFc16210105.shtml?spm=C45404.P8Vkmelq79V.S21938.2>,2021年6月18日。

[62]上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终3253号民事判决书。

[63]参见中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会:《民法典侵权责任编条文理解与司法适用》,法律出版社2020年版,第42页。

[64]See Supra note45.

基于内在风险与外在风险的划分,文体活动的组织者和其他参加者对参加者的侵权责任遵循不同的判断规则。文体活动的内在风险是法律希望保留甚至鼓励的风险,而文体活动的外在风险则不享有此种优待。活动组织者对文体活动的开展虽然也有促进作用,但是其并非直接参与文体活动的主体,不存在因积极投入文体活动而不可避免地实施过失行为的情况。因此,如活动组织者未尽到安全保障义务导致受害人遭受损害,活动组织者理应为其过失行为承担侵权责任。同时,组织者尽到一般注意义务是文体活动以符合安全规范的方式顺利开展的前提,只有在活动组织者尽到安全保障义务的前提下,人们在参与文体活动的过程中遭遇安全事故的可能性才会降低至合理的程度。降低活动组织者的注意义务标准,在法律上要求其仅就故意或者重大过失负责的做法,不利于活动组织者积极履行保护参加者人身财产安全的注意义务,也不利于文体活动的推广与发展。实践中,也有法院正确认定文体活动的组织者对参加者之侵权责任的判断应当适用安全保障义务的相关规定,不适用自甘风险。^[65]这种做法值得赞同。

(二)观众等其他相关人员

在多数情况下,观众等其他相关人员遭受的损害能否得到救济,主要涉及活动组织者是否应承担侵权责任的问题。文体活动的组织者除了负有对参加者的安全保障义务外,还负有对观众等其他相关人员的安全保障义务。观众不直接参与到文体活动中,其观赏文体活动的主要目的是为了得到娱乐,与参加者有较大的区别。^[66]因此,观众在观赏文体活动时承受的风险并无内在或外在之分,只有合理与不合理之分。而观众承受的风险是否合理,主要涉及活动组织者是否尽到安全保障义务的问题。活动组织者应当综合考虑采取某项安全防护措施的成本和收益,并结合观众观赏文体活动的需求和习惯,作出符合一般理性人标准的判断。例如,一般而言,篮球场或足球场不会将看台设置在距离场地过远的地方,或者使用铁丝网等安全防护设施将看台全部围起来。这样既不具有经济效益,也有碍于观众的观赛体验。然而,如果活动组织者未能维持好观赛秩序,或者就观赛过程中可能出现的风险未对观众进行充分提醒或警示,则活动组织者具有过失。活动组织者对观众同样应当尽到一般注意义务,不适用自甘风险。如适用自甘风险,则即使是在技术条件允许的情况下,活动组织者也不必为观众提供更为充分的保护,而这种假设显然是站不住脚的。冯·巴尔教授指出:“人在群体中的举止有别于独处时。人在盛会的繁乱中不会像平常那样考虑自己的安全。有的人甚至为避免被群体中的其他人称作‘懦夫’而不得不无视安全。而且,为了获得群体认同感,人们很容易情绪高涨和具有进攻性。”^[67]因此,活动组织者更应当尽到一般注意义务,评估观众在观赏文体活动的过程中承受的潜在风险并进行充分的事前预防。适用一般注意义务标准也可以敦促组织者随着科技和文体活动的发展而不断改良安全防护措施,为观众提供更为安全的观赏环境。^[68]

在部分情况下,观众等其他相关人员遭受的损害能否得到救济,还涉及活动参加者是否尽到注意义务的问题。参加者的行为可能会给观众等其他相关人员带来一定的风险,但是,只要参加者的行为符合文体活动的相关规范,这种风险一般而言都是合理的。例如,在篮球比赛中,球员在救球时可能会冲出场地,与场边观众或者其他相关人员相撞,导致其受伤。由于球员在比赛过程中偶尔冲出场地的行为可以为一般理性人所预见,观众等其他相关人员不应当过于接近比赛场地,活动组织者一般也会在场边预留出足够的空间。在司法实践中,如受害人在观看比赛的同时,在赛场周边距离较近的地方捡拾垃圾,被在扑救篮球的过程中不慎摔倒的球员撞倒受伤,^[69]或者擅自横穿正在进行比赛

[65]参见广东省高级人民法院(2018)粤民申11996号民事裁定书;安徽省高级人民法院(2018)皖民申978号民事裁定书;北京市第一中级人民法院(2017)京01民终1536号民事判决书。

[66]参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第117页。

[67]参见前引[35],巴尔书,第330页。

[68]See David Horton, Rethinking Assumption of Risk and Sports Spectators, UCLA Law Review 51, 367—368 (2003).

[69]参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终4349号民事判决书。

的篮球场地,与追球的队员相撞受伤,^[70]法院都会判决球员不存在过错,不应承担侵权责任。但是,参加者不符合文体活动开展之安全规范的行为可能会给观众等其他相关人员带来不合理风险,此时参加者可能因存在过失而承担侵权责任。^[71]例如,在“王某某、许某某生命权、健康权、身体权纠纷案”中,两名滑雪者同乘一个滑雪圈下滑,没有按照滑雪要求一人一圈,导致滑雪圈滑出滑道,将站在滑雪场边的受害人撞伤。法院判决滑雪者存在过错,对受害人的损失应当承担赔偿责任。^[72]

可见,观众等其他相关人员遭受的损害能否得到救济,主要取决于活动组织者是否尽到一般注意义务,在部分情况下还取决于参加者是否尽到一般注意义务,与自甘风险无关。此外,观众等其他相关人员的行为也可能存在不合理之处,如其违反观赛秩序、对自身安全未尽到足够注意,则构成与有过失,应当自行承担相应的责任。实践中可能会出现观众等其他相关人员与活动组织者双方分担损害,或者观众等其他相关人员、活动组织者以及参加者三方分担损害的情况。

综上所述,自甘风险主要适用于具有一定风险的文体活动领域,且仅适用于文体活动的参加者因其他参加者的行为而遭受损害的情形。同时,对于文体活动参加者之间的侵权责任以及活动组织者的侵权责任的认定,形成民法典第1176条第1款和第2款分治的格局。关于民法典第1176条的理解与适用,在教义学上依然有一些细节问题需要探究。

四、民法典第1176条的教义学构造

关于民法典第1176条的构成要件和法律效果,在教义学上有必要从以下几个方面进一步予以明确:

(一)“具有一定风险的文体活动”

一般认为,文体活动指文化活动和体育活动两类活动。^[73]其中风险较低者,如歌唱、相声表演、棋类比赛等,不属于具有一定风险的文体活动。而大多数竞技体育项目都具有一定程度的风险。其中,运动员之间存在直接身体接触的接触性体育项目,如足球、橄榄球、拳击等,一般具有较高的风险。而运动员之间不存在直接身体接触的非接触性体育项目,如羽毛球、乒乓球、高尔夫球、^[74]踢毽子^[75]等,其风险程度虽然与接触性体育项目相比而言更低,也属于具有一定风险的文体活动。^[76]一些非正式的文体活动,例如当事人共同参与的投篮练习、^[77]像踢足球那样争着踢一个废弃的易拉罐^[78]等,如其存在导致人身伤害的较高可能性,同样可以认定为具有一定风险的文体活动。此外,具有较强娱乐性质的文体活动,例如碰碰车、^[79]户外真人秀节目^[80]等,如其存在一定的风险性,在符合法政策

[70]参见重庆市第一中级人民法院(2020)渝01民终360号民事判决书。

[71]参见前引[35],巴尔书,第319—322页。

[72]参见河南省安阳市中级人民法院(2020)豫05民终1985号民事判决书。

[73]张新宝:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,中国法制出版社2020年版,第49页。

[74]关于高尔夫球运动,美国法上的典型案例为Shin v. Ahn案。在该案中,美国加利福尼亚州最高法院认为自甘风险适用于高尔夫球运动。See 42 Cal.4th 482, 165 P.3d 581, 64 Cal.Rptr.3d 803 (2007). 部分学者对该案判决的合理性有所质疑。See *Tort Law—Sports Torts—California Supreme Court Extends Assumption of Risk to Noncontact Sports—Shin v. Ahn*, Harvard Law Review 121 (2008); Brian P. Harlan, *The California Supreme Court Should Take a Mulligan: How the Court Shanked by Applying the Primary Assumption of Risk Doctrine to Golf*, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 29 (2008).

[75]参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01民终7045号民事判决书。

[76]参见前引[58],邹海林、朱广新主编书,第130页。

[77]参见湖北省黄石市中级人民法院(2019)鄂02民终2019号民事判决书。

[78]See Pfister v. Shusta, 167 Ill.2d 417, 657 N.E.2d 1013 (1995).

[79]See Nalwa v. Cedar Fair, L.P. 55 Cal.4th 1148, 290 P.3d 1158, 150 Cal.Rptr.3d 551 (2012).

[80]参见安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖01民终5495号民事判决书。

考量的前提下,可以认定其属于具有一定风险的文体活动。但是,一些具有违法性质的文体活动,例如飙车、线下约架比武等可能违反法律、行政法规或者其他相关管理规定,不属于具有一定风险的文体活动。^[81]

依照民法典第1176条第1款的规定,自甘风险仅适用于具有一定风险的文体活动领域,不适用于其他领域。在不涉及文体活动之侵权责任的语境中,“自甘风险”一词表达的含义仅仅是描述受害人在已知风险存在的情况下依然冒险行事的行为,不具有任何规范意义。因此,当民法典正式施行后,在使用“自甘风险”一词时应当秉持谨慎、克制的态度,仅用其指代民法典第1176条第1款。此外,在司法实践中,应当正确区分自甘风险与受害人同意、与有过失以及加害人无过错(尤其是加害人未违反安全保障义务),以避免法律概念的混淆以及法律适用的错误。除文体活动领域外,如仍有必要描述受害人的行为,可采用“受害人自愿承受已知风险”等其他表述,与具有独立规范含义的自甘风险相区分。

(二)“自愿参加”

首先,由“自愿参加”可知,自甘风险仅适用于文体活动的参加者遭受损害的情形,不适用于观众等其他相关人员遭受损害的情形。

其次,只有在受害人自愿参加具有一定风险的文体活动,而非被强迫、胁迫、欺骗参加此类活动的情况下,自甘风险才有适用的余地。^[82]将“自愿参加”作为自甘风险的构成要件,既是民法典第5条规定自愿原则的要求,也是文体活动正常开展的前提。一般认为,“自愿参加”同时要求受害人对文体活动的风险性具有一定程度的认知。^[83]不过,自甘风险的适用不应当以受害人对文体活动的潜在风险有十分清楚、具体的认知为前提,只要其认知程度达到一个正常参加者的水平,满足社会对该项文体活动参加者的一般期待即可。

最后,关于自愿参与,实践中较为突出的问题是未成年人能否“自愿参加”具有一定风险的文体活动。与旨在调整法律交易的民事行为能力制度不同,“自愿参加”是否成立以受害人对文体活动的潜在风险是否具有认识能力为判断标准。实践中受到年龄差异、个体差异等因素的影响,不同未成年人之间身体和心智水平可能相差较大。^[84]因此,未成年人能否满足“自愿参加”的要件,应当结合其对风险的认识能力以及其他参加者对文体活动之开展的合理期待,根据案件具体情况作出判断,以协调好保护未成年人合法权益与促进青少年体育发展之间的关系。如果某项文体活动的参加者都是身体素质、心智水平差异不大的未成年人,则一般而言未成年人的承受能力能够与该项文体活动的风险程度相适应,未成年人对于潜在的风险也具有与其心智相适应的认识能力。在此类案件中,一般可以适用自甘风险。例如,在“华宁县宁州镇示范小学、尤某生命权、健康权、身体权纠纷案”中,原被告均为未成年人,法院认为,原被告“虽是未成年人,但对于足球运动过程中的身体激烈对抗、运动强度以及可能承受或造成的侵害等问题是明知的,而且不超出各自年龄认知范围”,^[85]应当适用自甘风险排除被告的过错侵权责任。如某项文体活动的参加者中既有未成年人,又有成年人,且未成年参加者与成年参加者在身体素质、心智水平等方面存在较大差异,则该项文体活动可能会给未成年人带来超出其承受能力和认识能力的风险。在此类案件中,一般不适用自甘风险。例如,在“赵某与贾某健康权纠纷案”中,原告为年龄9岁的未成年人,而被告为成年人,且原告体形瘦弱,个头相较于被告较矮。法院认为,原告对参加竞技活动可能发生的损害缺乏足够的预见能力与认识能力。而被告自愿与未成年人共同踢球,在运动时应当尽到审慎的注意和保护义务,其侵权责

[81]参见同前引[73],张新宝书,第50页。

[82]参见同前引[73],张新宝书,第51页。

[83]参见同前引[73],张新宝书,第50—51页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第47页。

[84]参见韩勇:《〈民法典〉中的体育自甘风险》,载《体育与科学》2020年第4期。

[85]参见云南省玉溪市中级人民法院(2019)云04民终1447号民事判决书。

任之判断不适用自甘风险。^[86]

(三)“其他参加者的行为”

由该表述可知,自甘风险仅适用于加害人为参加者的情形,不适用于加害人为活动组织者、观众等其他非参加者的情形。民法典第1176条第1款规定的“其他参加者的行为”,指的是属于文体活动之内在风险的行为。在个人文体活动中,很多情况下其他参加者的一般过失行为不符合个人文体活动的性质,属于对他人的不当干扰与妨碍,不属于个人文体活动的内在风险。仅在比赛情形中或者在多人共同进行个人文体活动的情形中,各个参加者的行为之间具有较为密切的联系,可以酌情认定其他参加者的一般过失行为属于这类情形中的内在风险。^[87]解释论上应当认为,对于其他参加者不属于文体活动之内在风险的过失行为,其侵权责任之判断不适用自甘风险,否则有违社会对文体活动之安全性的一般期待,不利于文体活动的正常开展。但是,如受害人对同一损害的发生或者扩大存在过失,在责任的认定上可以结合与有过失规则,综合考虑其他参加者和受害人的过错程度以及原因力的大小,根据实际情况由双方合理分担损失。例如,在“张某与季某及长白山国际旅游度假区开发有限公司、长白山国际旅游度假区开发有限公司管理分公司生命权、健康权、身体权纠纷再审案”中,两名滑雪者在滑行过程中相撞。法院认为,原告和被告在滑雪过程中,应当保持安全距离主动规避风险,但双方均未能对周边环境尽到谨慎注意义务。在该案中,法院未适用自甘风险完全免除被告的责任,而是适用与有过失减轻了被告的责任。^[88]

(四)“有故意或者重大过失的除外”

当作为加害人的文体活动参加者对损害的发生有故意或者重大过失时,其侵权责任之判断不适用自甘风险。就故意而言,文体活动参加者的故意侵权行为往往与文体活动之正常开展无关,明显违背人们基本的道德观念,体现出参加者较强的主观可责难性,一般而言也有相对清晰的判断标准。就重大过失而言,在文体活动开展的过程中,参加者之间因违反文体活动规则而发生人身伤害事故在所难免,其违反规则的行为在部分情况下可能为社会所广泛接受,在部分情况下可能存在不合理之处,人们对于其是否存在过失的问题也可能见仁见智。而民法典第1176条第1款采取的重大过失除外标准可以使法官不必纠结于违反规则和违反注意义务之间的复杂关系,将关注的重点转移到参加者是否存在严重违反规则的行为上来。^[89]基于重大过失除外标准,法律可以将那些具有导致人身伤害的极高可能性、参加者普遍认为其不合理的行为,与文体活动中虽然具有一定风险性但已经为参加者所普遍接受与认可,且属于文体活动不可分割的一部分的行为相区别开,^[90]对前者采取严格规制的态度,对后者采取宽容处理的态度。

对于文体活动参加者的行为是否存在故意或者重大过失的问题,应当综合考虑该项文体活动的性质、规则、惯例以及社会的一般期待等因素,采取与该项文体活动相适应的判断标准。例如,在“王某某、王某某、高某等与王某、北大公学肇庆实验学校生命权、健康权、身体权纠纷案”中,原被告在学校足球场共同参与一场非正式的抢球游戏。轮到被告抢球时,球正好传到原告处,被告从原告右后方的位置伸脚铲球,却踢到原告右小腿,导致原告脚部受伤。在该案中,被告从右后方铲球的行为属于足球运动中风险性较高的动作,明显不属于该种非正式抢球游戏中参加者可能采取的正常行为的范畴。法院也在该案中认定被告的行为存在重大过失。^[91]

(五)“不得请求其他参加者承担侵权责任”

[86]参见山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终7967号民事判决书。

[87]参见同前引[35],[德]巴尔书,第324—325页。

[88]参见吉林省高级人民法院(2020)吉民申2037号民事裁定书。

[89]See Gerrit De Geest, *Who Should Be Immune from Tort Liability*, Journal of Legal Studies 41, 293 (2012).

[90]See *England v. Mountain Creek Resort, Inc.*, 213 N.J. 573, 66 A.3d 1252 (2013).

[91]参见广东省肇庆市中级人民法院(2020)粤12民终1770号民事判决书。

自甘风险的法律效果是完全免除而非减轻文体活动参加者的侵权责任。实践中有两项法律规则与自甘风险的法律效果有紧密的联系。

第一项法律规则是民法典第1173条规定的与有过失，其法律效果是减轻而非免除加害人的责任。鉴于文体活动领域的侵权责任具有较强的特殊性，当自愿参加文体活动的受害人的行为同时构成自甘风险和与有过失时，自甘风险排除与有过失的适用。原因在于，与有过失的适用与自甘风险背后的法政策目标相冲突。但是，如其他参加者实施的行为不属于文体活动之内在风险，自甘风险不存在适用的余地，此时可以考虑受害人对损害的发生或扩大是否存在过失，结合案件具体情况合理确定其他参加者的责任。

第二项法律规则是民法典第1186条规定的“公平责任”，其法律效果是由受害人和行为人分担损失。与侵权责任法第24条相比，民法典第1186条将“可以根据实际情况”修改为“依照法律的规定”，将“公平责任”由一项可以直接适用的条文修改为一项不可直接适用的指引性条文。^[92]在文体活动领域，由于法律未明确规定可以由受害人和行为人分担损失，因此“公平责任”不存在适用的余地。在我国以往的司法实践中，法院经常在文体活动领域适用“公平责任”，虽然认定行为人不存在过错，不承担损害赔偿责任，但是却要求行为人分担部分损失，实际上起到和与有过失相类似的法律效果。^[93]可见，“公平责任”的滥用会使得人们在参与文体活动时依然顾虑潜在的补偿义务这一法律上的不利益，不断侵蚀、甚至破坏自甘风险的法政策目标，因此，在文体活动领域应当拒绝其适用。司法实践中也有法院采取拒绝在文体活动领域适用“公平责任”的态度，^[94]值得赞同。

(六)活动组织者的责任

依照民法典第1176条第2款的规定，活动组织者之侵权责任的判断不适用自甘风险，而适用民法典第1198条至第1201条关于违反安全保障义务之侵权责任的规定。^[95]活动组织者的安全保障义务所保护的对象不仅包括文体活动的参加者，同时也包括观众等其他相关人员。在解释论上，民法典第1176条第2款的适用存在一个前提条件，即活动组织者组织的是具有一定风险的文体活动。如活动组织者组织的不是此类活动，应当直接适用违反安全保障义务之侵权责任的相关规定，不必适用该款。

由于活动组织者适用违反安全保障义务之侵权责任的相关规定，其遵循的是一般注意义务标准，而非仅就故意或者重大过失负责的降低的注意义务标准。活动组织者不负有消除文体活动之内在风险的义务。如参加者因文体活动之内在风险而遭受损害，一般而言组织者并未违反安全保障义务，对损害的发生不存在过失。例如，马拉松作为一项距离长、强度大、负荷高的体育项目，对参赛者的身体状况有较高的要求，有导致参赛者中暑、耗竭、心脏疾病，甚至猝死的风险。对于这种内在风险，马拉松比赛的组织者即使在比赛沿途配备充足的救护人员，有时也难以避免损害结果的发生。^[96]但是，活动组织者负有不得在内在风险之外增加额外风险的义务。在甘肃白银景泰“5·22”黄河石林百公里越野赛进行过程中，有21名参赛选手遇难，8人受伤。赛事主办单位、承办单位、具体承办单位以及协办单

[92]参见张新宝：《侵权责任编：在承继中完善和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

[93]参见四川省高级人民法院(2019)川民申7183号民事裁定书；广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民一终字第446号民事判决书；福建省福州市中级人民法院(2015)榕民终字第5604号民事判决书；山东省青岛市中级人民法院(2016)鲁02民终3925号民事判决书；河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终1030号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01民终7045号民事判决书；云南省玉溪市中级人民法院(2019)云04民终1447号民事判决书；江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终181号民事判决书；吉林省白山市中级人民法院(2020)吉06民终315号民事判决书；上海市第二中级人民法院(2020)沪02民申208号民事裁定书。

[94]参见北京市高级人民法院(2016)京民申3808号民事裁定书；黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2014)哈民二民终字第914号民事判决书；云南省昆明市中级人民法院(2015)昆民三终字第849号民事判决书；山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15民终1747号民事判决书；上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终5428号民事判决书。

[95]参见同前引[73]，张新宝书，第52页。

[96]参见同前引[84]，韩勇文。

位组织管理不规范、运营执行不专业,^[97]在比赛的内在风险之外增加了额外风险,未尽到对参赛选手的安全保障义务,应当承担侵权责任。关于活动组织者是否尽到安全保障义务的问题,应当结合其组织的文体活动的性质,判断其采取的安全防护措施是否充分合理。

结 论

编纂民法典是增进人民福祉、维护最广大人民根本利益的必然要求,对于更好地维护人民权益,不断增加人民群众获得感、幸福感和安全感,促进人的全面发展,具有十分重要的意义。^[98]民法典第1176条第1款首次在法律规范层面规定自甘风险,切实回应了人民的法治需求,更好地满足了人民日益增长的美好生活需要。^[99]在民法典编纂之前,我国法学界和实务界在自甘风险规则上已经积累了较为深厚的理论和实践基础,但其中存在部分误区应当予以澄清。与传统意义上过于宽泛的自甘风险不同,民法典第1176条第1款规定的自甘风险以特定法政策之衡量为法理基础,仅能适用于文体活动等特定领域,符合比较法的发展趋势。基于此,应当明确区分自甘风险与受害人同意、与有过失以及加害人无过错,在应当适用自甘风险的案件中拒绝适用“公平责任”。在教义学上还应当厘清民法典第1176条的规范构造,正确理解该条文第1款和第2款分别针对活动参加者和活动组织者确立的不同规则,以实现民法典定分止争的社会治理功能,促进文体活动蓬勃发展。

Abstract: With the change of social concept and the development of legal system, the traditional assumption of risk defense is now too broad to be sustainable. In most cases, it no longer has the legal effect of exonerating the injurer from liability. However, in the field of recreational and sports activities, assumption of risk is still necessary as an independent exemption. Different from victim's consent, comparative negligence and other defenses, the legal basis of assumption of risk lies in that based on considerations of special legal policies, ordinary negligence of the injurer is not tortious. In terms of the theory of interpretation, we should distinguish between the defense of assumption of risk stipulated in the first paragraph of article 1176 of the civil code and the responsibility of the organizer stipulated in the second paragraph of article 1176 of the civil code, and make it clear that participants and organizers of recreational and sports activities shall be applied different standards of duty of care. In addition, the term "assumption of risk" shall be used cautiously and restrainedly in practice, referring to the first paragraph of article 1176 of the civil code, so as to avoid the confusion of legal concepts and errors in the application of law.

Key words: assumption of risk; recreational and sports activities with certain risk; victim's consent; comparative negligence; the Civil Code; tort

[97]参见《甘肃白银山地马拉松赛21名参赛人遇难事件 联合调查组通报调查结果》,载央视网http://news.cctv.com/2021/06/12/VLD_EBaC3PnhtuFe1ZtowTQJ。210b12.shtml,2021年6月18日。

[98]参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上。

[99]参见唐林森:《比较视域下的〈民法典〉自甘风险规则》,载《江西社会科学》,2020年第10期;王森波:《我国民法典编纂的视角问题》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》,2019年第6期。