

收稿日期:2023-04-22

# 论《民法典》中自甘风险的适用范围与认定标准

## ——基于92份判决的实证考察

刘茂梁,刘清宇

(南京市秦淮区人民法院,江苏 南京 210007)

**摘要:**《民法典》第一千一百七十六条确立的自甘风险是一项具体且严格限定适用范围的法律规则,“具有一定风险的文体活动”和“因其他参加者的行为受到损害”,从适用场景和行为主体两方面框定了自甘风险规则的适用范围。基于立法目的,对适用范围的法律解释应采严格解释立场。该法条所构建的自甘风险包含主观要件、客观要件和消极要件三个方面,主观要件强调知情和自愿,客观要件强调损害系固有风险现实化结果,消极要件强调行为人非故意和重大过失。对主观要件的认定,应采用“客观标准”推定受害的主观状态;对固有风险的认定,应采用“场地性”标准;对行为人过错的认定,应对违规行为进行法律评价,只有对损害结果具有故意或重大过失的违规行为,才能排除适用自甘风险规则。

**关键词:**自甘风险;适用场景;固有风险;场地性

**中图分类号:**D923

**文献标识码:**A

**文章编号:**1003-6873(2023)04-0047-09

**基金项目:**南京市法学会自选课题“类案同判视角下《民法典》与金融法律衔接适用问题研究”(NJFX(2022)D16)。

**作者简介:**刘茂梁(1992—),男,山东东平人,南京市秦淮区人民法院法官助理,硕士,主要从事民商法学研究;刘清宇(1992—),男,江苏盐城人,南京市秦淮区人民法院法官助理,硕士,主要从事宪法学与行政法学研究。

**DOI:**10.16401/j.cnki.ysxb.1003-6873.2023.04.051

2021年1月1日起实施的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第一千一百七十六条将“自甘风险”确立为一项法律规则<sup>①</sup>,在立法上首次规定自甘风险为免责事由,具有重要的行为规范和裁判规范价值。自甘风险规则一方面要维护公民参与文体活动免受伤害威胁,另一方面要维护公民自由地参与文体活动而不至于背负沉重负担,在这两种价值取向中寻求平衡。

自甘风险也称自甘冒险,在不同语境下有着不同内涵,有学者将其分为现象意义上的自甘风

<sup>①</sup> 《民法典》第一千一百七十六条规定:“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。活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定。”

险和规范意义上的自甘风险,现象意义的自甘冒险是用以描述“明知危险而仍然冒险”这一法律现象,规范意义的自甘冒险是用以特指对这种现象进行规制的独立抗辩事由<sup>[1]</sup>。在《民法典》实施之前,我国制定法上并无自甘风险规则,各地法院创造性适用自甘风险规则,虽因应司法实践的需要,但由于无明确制定法依据,同案不同判的问题突出。《民法典》实施后,自甘风险规则在司法实践中运行如何,本文以2021年和2022年生效的92份判决书为样本<sup>①</sup>,进行实证考察。对上述92份判决进行梳理分类,有33份判决涉及活动组织者责任,当事人虽提出自甘风险抗辩,但未直接涉及自甘风险规则的适用;有59份判决涉及自甘风险规则适用,其中46份判决适用自甘风险规则,13份判决排除适用自甘风险规则,有6份二审判决以一审判决适用法律错误为由予以改判。以上述适用自甘风险的判决样本所涉文体活动类型统计,篮球23件,足球11件,掰手腕6件,拳击、搏击4件,赛车2件,往返跑2件,钓鱼2件,羽毛球2件,其他项目如骑行、登山、滑雪、帆船、铅球等合计7件。从以上数据可见,自甘风险案件数量与该项文体活动的普及程度呈正相关。

通过对以上判决样本的研究分析发现,《民法典》实施后,各地法院在适用自甘风险规则过程中主要存在的问题有:

一是滥用自甘风险概念。有些判决对规范意义上的自甘风险概念认识不准确,仅在现象意义上使用自甘风险概念,在不适用自甘风险规则的判决说理中滥用自甘风险概念<sup>②</sup>。

二是对适用自甘风险规则的法律后果认识错误。适用自甘风险的法律后果是行为人完全免责而非减轻责任,有的判决在明确适用自甘风险规则后又判决行为人与受害人分担损失<sup>③</sup>。有的判决在适用自甘风险规则后,又依据公平原则判决行为人对受害人进行适当赔偿<sup>④</sup>。

三是对自甘风险规则适用范围认识错误。《民法典》第一千一百七十六条第一款明确自甘风险规则的适用范围是“具有一定风险的文体活动”和“因其他参加者的行为受到损害”,对于既非“一定风险的文体活动”也非“因其他参加者行为”造成的损害显然不应适用,如结伴钓鱼不慎落水<sup>⑤</sup>。《民法典》第一千一百七十六条第二款明确文体活动的组织者适用安全保障义务人责任、教育机构责任等,排除适用自甘风险规则,但有的判决仍适用自甘风险规则为教育机构免责<sup>⑥</sup>,或为活动组织者免责<sup>⑦</sup>。

四是对自甘风险成立要件认定不统一。限制民事行为能力人能否适用自甘风险规则存在同案不同判,有的判决认为限制民事行为能力人不应适用自甘风险<sup>⑧</sup>,有的判决认为限制民事行为能力人也可以适用自甘风险<sup>⑨</sup>。对自甘风险消极要件的认定不统一,有的案件一审法院认定为

① 样本说明:笔者以“自甘风险”和“文体活动”为关键词,在中国裁判文书网上共检索到2021年65份判决书和2022年27份判决书,共92份判决书,检索时间为2022年8月24日。

② 参见湖南省邵阳市大祥区人民法院(2022)湘0503民初554号民事判决书。

③ 参见陕西省西安市碑林区人民法院(2022)陕0103民初1212号民事判决书,辽宁省大连市甘井子区人民法院(2021)辽0211民初2986号民事判决书。

④ 参见山东省菏泽市鄄城县人民法院(2021)鲁1726民初3001号民事判决书,天津市蓟州区人民法院(2020)津0119民初7492号民事判决书。

⑤ 参见湖南省邵阳市邵东市人民法院(2021)湘0521民初4277号民事判决书。

⑥ 参见吉林省吉林市船营区人民法院(2021)吉0204民初362号民事判决书。

⑦ 参见山东省日照市莒县人民法院(2020)鲁1122民初7718号民事判决书。

⑧ 参见上海市闵行区区人民法院(2020)沪0112民初20297号民事判决书,甘肃省张掖市民乐县人民法院(2021)甘0722民初1406号民事判决书。

⑨ 参见山东省东营市中级人民法院(2021)鲁05民终2137号民事判决书,广东省广州市增城区人民法院(2021)粤0118民初4635号民事判决书。

一般过失,二审法院认定为重大过失<sup>①</sup>,认定行为人主观过错的标准并不明确。

《民法典》第一千一百七十六条确立的自甘风险是一项具体且严格限定适用范围的法律规则,其适用的法律后果是行为人免责,由受害人自行承担损害,对受害人的权利实现有着根本性的影响。因此,自甘风险规则的适用范围和认定标准,必须通过法教义学予以准确阐明,以实现法律规则的统一适用。

## 一、自甘风险规则的适用范围

《民法典》第一千一百七十六条将自甘风险适用范围限定为“具有一定风险的文体活动”和“因其他参加者的行为受到损害”,从适用场景和行为主体两个方面框定了自甘风险规则的适用范围。但“文体活动”本身又是语义模糊的词语,将其上升为严谨的法律概念,势必要通过文义解释、目的解释等法律解释方法建构其核心内涵。对自甘风险的适用范围的解释,应通过对立法目的探寻准确把握法律解释的宽严尺度,解释过宽将造成受害人不能获得应有的赔偿,限缩侵权法的救济功能,解释过窄将造成行为人不当担责,侵犯行为人的行为自由。

### (一)扩张解释与限缩解释之争议

对于自甘风险规则的适用范围问题,理论上仍存在较大争议,有学者指出,《民法典》第一千一百七十六条文体活动定义过窄,概括类型不足,应将“文体”限制拿掉<sup>[2]</sup>;文体活动用语不够周延,应当类推适用,以文体活动限缩自甘风险不合理<sup>[3]</sup>。也有学者指出,“文体活动”扩大了体育活动的范围,涵盖了其他带有风险性以健身、休闲、娱乐为目的的身体活动<sup>[4]</sup>;取消立法者对自甘风险中“文体”的语词限制,无异于重新立法,混淆了立法论与解释论<sup>[5]</sup>。

自甘风险规则作为一项法律规则,是用以调控因文体活动固有风险而带来利益损失的一种风险管控手段,盲目扩展自甘风险的适用范围,将出现大部分情况之下文体活动损害后果由个人自负的判决结果,在相关的社会保障制度和补充机制还未健全的情况下,此类判决将导致活动风险不加区分地完全由受害人个人负担。应当看到,从《民法典》草案二次审议稿第九百五十四条到《民法典》第一千一百七十六条<sup>②</sup>,从“危险性的活动”修改为“具有一定风险的文体活动”,自甘风险规则适用范围由宽到窄,彰显了立法者的立法意旨。由于社会风险的多样性,单一的自甘风险规则并不能应对现代社会中的全部风险行为,无限扩展其适用范围,将会挤压其他制度的适用空间,导致概念混乱、制度重叠、法律适用错误和判决结果的不公。因此,基于立法目的解释,自甘风险规则的适用范围应当被严格限定。

### (二)具有一定风险的文体活动

#### 1. 文体活动之规范构建

《民法典》第一千一百七十六条明确自甘风险的适用场景是“具有一定风险的文体活动”。“文体活动”并非严谨的法律概念,仅以文义解释,文体活动包含文化活动和体育活动,有学者认为文体活动是广义上的“大体育”概念,包含各种体育活动和其他以健身、休闲、娱乐为目的的身体活动<sup>[4]</sup>;有学者认为“大体育”概念无法涵盖“文”的内涵,应包含文娱活动和体育活动<sup>[6]</sup>。但也

<sup>①</sup> 参见福建省福州市中级人民法院(2021)闽01民终8167号民事判决书。

<sup>②</sup> 《民法典》草案二次审议稿第九百五十四条:“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。”

有学者主张文体活动应限缩在具有竞技性质的活动,排除健身、休闲、娱乐等性质的活动<sup>[7]</sup>。

从本文选取的判决样本上看,适用自甘风险规则的文体活动种类繁多,司法实践中较为认可的是“大体育”概念。笔者认为,文体活动应限定在特定规则的指引下人们参与各类身体活动,且要求存在一定风险性和竞争性。从外延上看,文体活动应包含大众体育和职业体育,两者在对抗、接触和竞技等方面并无本质区别,将文体活动仅限缩在狭义上的竞技体育,不符合司法实践的现实。法律规范意义上的文体活动,应以风险性、竞争性的身体活动为核心内涵,根据现实需要进行类型化建构。另一方面,规范意义上的自甘风险适用范围应受到严格限制,工伤领域、交通事故领域、贸易领域非“文体活动”文义所及,应排除适用,避免自甘风险规则的滥用。

## 2. “一定风险”之界定

文体活动常伴随各种各样的风险,但不是所有的风险都能达到自甘风险规则的要求,《民法典》第一千一百七十六条以“一定风险”予以限定。“一定风险”是一个模糊的法律术语,就其规范意涵,理论上存在不同见解。有学者认为一定风险是该文体活动常见的、固有的风险且该风险能被合理地预见<sup>[8]</sup>;有学者认为“一定风险”仅指超出日常的特殊风险<sup>[1]</sup>;有学者认为“一定风险”在质上是特定的风险而非抽象的风险,且在量上是介于一般风险与高度危险之间<sup>[9]</sup>;有学者认为“一定风险”是特定活动的固有风险,是通常的、明显的、可预见的、必要的风险<sup>[5]</sup>;有学者认为“一定风险”是公开且明显的固有风险,无法完全避免或者能够避免但需付出巨大代价<sup>[7]</sup>。

根据本文选取的判决样本可见,司法实践中对“一定风险”的认识一般结合具体的文体项目,根据不同文体项目认定其包含一定风险。如“篮球运动具有群体性、对抗性的特点,且时常伴有激烈的身体碰撞,容易产生一定程度上的人身伤害”<sup>①</sup>;“卡丁车比赛的风险包括但不限于卡丁车之间的碰撞及碰撞导致的人身受损”<sup>②</sup>;“足球运动具有群体性、对抗性及人身危险性,出现人身伤害事件属于正常现象,应在意料之中,参与者无一例外地处于潜在的危險中”<sup>③</sup>;“掰手腕是一种比拼臂力和腕力的运动,双方在角力中展现自身素质及身体爆发力,符合竞技性体育的一般特征”<sup>④</sup>。可见,规范意义上的一定风险,是基于具体活动自身特点而存在的固有风险,是可以转化为现实损害的特定风险,而非抽象意义上的泛指风险,受害人可以认知到风险的存在,其主要表现形式是活动过程中身体对抗的风险。

### (三)因其他参加者的行为受到损害

《民法典》第一千一百七十六条明确自甘风险规则适用主体是文体活动的参加者,“参加”应是直接投身活动中、在活动中担当某种角色,活动的组织者、观众等其他非参加者应排除适用。本条明确要求损害是由其他参加者导致,损害若非来自其他参加者,则不符合自甘冒险规则的文义要求,如结伴钓鱼不慎落水导致损害不应适用自甘风险规则<sup>⑤</sup>。“因其他参加者的行为受到损害”,最主要的类型是同场竞技伤害。同场竞技伤害是在体育竞技中,共同参加竞技活动的运动员在训练或比赛中发生的人体损伤<sup>[4]</sup>,常发生于篮球、足球等可能发生身体接触和对抗的球类集体项目,拳击等以实战攻防格斗为手段击打对手获胜的搏击类项目,自行车、赛车等可能发生身

① 参见北京市第三中级人民法院(2021)京03民终19480号民事判决书。

② 参见湖南省株洲市中级人民法院(2022)湘02民终294号民事判决书。

③ 参见吉林省长春市二道区人民法院(2021)吉0105民初4469号民事判决书。

④ 参见重庆市垫江县人民法院(2021)渝0231民初626号民事判决书。

⑤ 参见湖南省邵阳市邵东市人民法院(2021)湘0521民初4277号民事判决书。

体接触碰撞的竞速类项目。

“因其他参加者的行为受到损害”这一限定对文体活动的要求是,适用自甘风险规则的文体活动须存在多个参加者,各参加者间须有身体对抗或协同,因对抗性而产生超出日常的特定风险。单纯个人活动受到损害一般不应适用自甘冒险规则,仅在多人共同进行个人活动且各个参加者的行为之间具有密切的联系时,酌情认定其他参加者的一般过失行为免责<sup>[10]</sup>。因受害人仅应对其所参加的活动承担风险,受害人与“其他参加者”应限于同一活动,所受损害须与活动的内在风险之间有因果关系,如老人在篮球场地上跳广场舞,篮球落地缓冲后再次弹跳冲撞跳广场舞的老人造成的损害,不应适用自甘风险规则<sup>①</sup>。

## 二、自甘风险的认定标准

《民法典》第一千一百七十六条确立的自甘风险规则,是统合具体侵权事实和法律效果的完全法条,无需再引用其他条文而可以直接适用。该规定虽揭示了自甘风险规则适用的核心要义,但由于规定过于简单,对自甘风险的构成要件和认定标准均未明确,容易造成司法实践中法律适用的不一致,本文选取的判决样本也确实存在认定标准不统一和同案不同判的情形。自甘风险规则是文体活动损害案件中重要的防御手段,在《民法典》实施过程中,需要通过法律解释厘清自甘风险构成要件和具体的认定标准。

对于自甘风险的构成要件,理论上仍存在争议,有学者主张自甘风险的构成要件,一是受害人必须完全意识到特殊活动的异常风险,二是受害人自愿参与了极可能造成损害后果的危险活动,三是受害人的损害与其过错之间存在一定的因果关系,四是行为人并非出于故意或重大过失造成了受害人的损害<sup>[11]</sup>;有学者认为明知风险、自愿参与、固有风险和无故意及重大过失是构成自甘风险的要件<sup>[4]</sup>;有学者主张自甘风险的构成要件包括两个方面,在主观方面受害人必须满足知情与自愿要素,在客观方面必须满足损害系固有风险现实化的结果<sup>[3]</sup>;有学者主张自甘风险的构成要件为风险、自愿以及行为人非故意或重大过失<sup>[12]</sup>。

在本文选取的判决样本中,不少法官在判决中也对自甘风险规则的构成要件进行阐述,并依照案件事实予以具体认定,如“自甘风险规则的构成要件包括以下四个方面,一是受害人自愿参加具有一定风险的文体活动,二是受害人遭受损害,三是其他参加者的行为与受害人所遭受的损害之间存在因果关系,四是其他参加者对受害人所遭受损害的发生在主观上没有故意或者重大过失”<sup>②</sup>，“自甘风险的构成要件,一是组织者组织的文体活动有一定的风险,二是受害人对该危险有意识但自愿参加,三是受害人参加此活动,因其他参加者的行为造成损害,四是组织者、其他参加者没有故意或者过失”<sup>③</sup>。通过以上判决可见,司法实践中存在将自甘风险适用范围和构成要件混淆的问题。自甘风险的适用范围和构成要件是法律适用中两个层面的问题,虽然两者均指向最终规则能否适用,但存在先后顺序,若案件事实不属于规则的适用范围,且不存在规则扩大适用的可能,则无必要再讨论构成要件的问题,两者存在一定顺位性。

通过以上观点的梳理可见,虽然学者和法官对自甘风险构成要件的具体描述不同,但均是基于《民法典》第一千一百七十六条第一款文义进行的构建,且集中在主观要件、客观要件和消极要件三方面的内容:主观方面强调知晓风险和自愿,客观方面强调损害系固有风险现实化结果,消极要件强调行为人非故意和重大过失。对于自甘风险的主观要件、客观要件和消极要件的具体

① 参见湖南省邵阳市大祥区人民法院(2022)湘0503民初554号民事判决书。

② 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终732号民事判决书。

③ 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终732号民事判决书。

内涵和认定规则,则需要结合司法实践进行进一步明确。

### (一)客观要件:损害系活动固有风险现实化

#### 1. 固有风险之界定

自甘风险的客观要件是损害系活动固有风险现实化的结果。文体活动的固有风险,是伴随文体活动本身而来难以避免的风险,是按照规则设置客观存在的风险。固有风险一般是显而易见的,且不能与该文体活动的过程相分割,即使履行了必要的注意义务,也难以避免发生。同时固有风险在发生上又具有不确定性,发生时间、发生方式、发生后果均不确定。文体活动项目不同,固有风险并不相同,比如赛车中的高速度风险、篮球比赛中的对抗风险,需要针对不同项目进行个别认定。

#### 2. 固有风险之认定

自甘风险规则中的风险是指文体活动的固有风险已成为共识,司法实践中,法院在认定适用自甘风险规则时,一般也会对该文体活动的固有风险进行认定。比如“搏击运动特点和固有风险,即直接将对方的身体作为攻击对象,及在搏击运动中运动员的身体遭受伤害的风险高”<sup>①</sup>,“篮球运动对抗性明显,消耗体能巨大,时常伴有激烈的身体碰撞,容易产生一定程度上的人身伤害”<sup>②</sup>。从上述判决内容可见,由于文体活动的类型繁多,文体活动的固有风险无法穷尽,应当通过一定的识别标准予以认定,文体活动的“场地特征”可作为识别固有风险的标准之一。

文体活动具有“场地性”特征,活动场地以内和场地以外执行的是不同的行为规则,以活动场地的边界为界限<sup>[12]</sup>。风险应该是活动场地内所发生的风险,排除活动场地以外发生的风险。如在杨某滑雪案中,“原告杨某主张其与冯某并非在滑雪运动过程中相撞,而系在滑雪场边缘,杨某亦并非在进行滑雪运动而系在滑雪场底部往上方步行,故本次事故的发生不属于自甘风险的情形”<sup>③</sup>,根据场地规则,本案不应适用自甘风险规则,否则有滥用自甘风险规则之嫌疑,与立法原意不符。当然,因为文体活动固有风险不一而足,凭借单一识别标准或仍难以认定,法官应在分析案件事实的基础上结合固有风险的属性、特征及标准对风险进行逐一认定。

### (二)主观要件:知情且自愿

自甘风险的主观要件,为受害人的知情且自愿,自甘风险是其自由意思选择的结果,受害人充分认知风险才能适用自甘风险。《民法典》第一千一百七十六条“自愿参加具有一定风险的文体活动”中的“自愿”,应进行严格解释,必须是基于对风险充分认知的自愿。

#### 1. 受害人知情之认定

自甘风险规则中的受害人知情,一是指受害人知悉其所参加的文体活动的固有风险,二是指受害人知悉该风险转化为现实损害的可能性。在司法实践中,受害人对风险的认知状态常成为双方争辩的焦点,受害人往往以自己不知道风险存在要求排除适用自甘风险规则。对于受害人风险认知状态的判定,理论上存在主观标准和客观标准的争论,前者认为自甘风险规则的适用必须要受害人事实上知晓风险,后者认为应以社会理性人的角度推定受害人知晓风险。支持主观

① 参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03民终5804号民事判决书。

② 参见吉林省吉林市船营区人民法院(2021)吉0204民初177号民事判决书。

③ 参见四川省成都市青羊区人民法院(2020)川0105民初12305号民事判决书。

标准的学者认为,不能以一个社会理性人的角度来判断,强调受害人主观的认知<sup>[3]</sup>。支持客观标准的学者认为,对受害人风险认知状态的判定应以社会一般人理性标准,以受害人的认知能力、职业化程度、年龄、智识、经验或者经历、职业、精神状况等情况,结合活动对抗性强度、风险大小、普及程度等客观因素综合予以考察<sup>[6]</sup>。

笔者梳理本文选取的判决样本发现,法院在适用自甘风险规则时,一般采用客观标准予以认定受害人知情,如“按照其年龄和认知能力,其应当对参加篮球运动的风险具有一定的预见性”<sup>①</sup>，“作为限制行为能力人的原告对于包括羽毛球在内的常见体育运动本身的风险应当具备一定的认知”<sup>②</sup>。由于受害人的主观认识千差万别,案件事实在大多数情况下仅有受害人的个人陈述,通过案件事实证明参与人主观上明知风险异常艰难,为实现裁判的一致性和稳定性,采用客观标准更为合理,也更为可行。客观标准是以客观事实推定受害人对固有风险的认知,推定是以一般社会理性人思维模式为标准,在推定受害人的风险认知情况时,应综合考察其认知能力、职业化程度与文体活动的类型、普及程度和对抗程度等因素。

## 2. 受害人自愿之认定

受害人“自愿参加”文体活动作为自甘风险规则的主观要件,是《民法典》第一千一百七十六条的明确要求,彰显意思自治与责任自负的私法精神。受害人自愿参加是受害人明知或应知文体活动的固有风险,非基于法律、职业、道德等义务而自愿地趋近该危险状态而遭致损害。自愿意味着无拘束、无压力地作出行为选择,意思表示真实自由,明示或行为推定的默示均可构成。在认定受害人自愿时,应尽量探求受害人的真实主观意思,当不能获取时,应采取一般理性人的客观标准予以认定。

在司法实践中,法院在认定自甘风险的主观要件时,最常遇到的抗辩是受害人系限制民事行为能力人或无民事行为能力人,一些判决也基于此要件排除适用自甘风险,如“事发时原告王某、被告韩某均系小学五年级学生,参加兴趣小组的主观意愿中服从多于自愿,限制行为能力人对活动风险的认识与判断能力亦不能等同于成年人,况且要求学生自担活动风险,其价值取向亦不为社会公众所认同,故本案不适用自担风险规则”<sup>③</sup>,而更多的判决认为限制行为能力并不能排除适用自甘风险规则,如“本案双方当事人事发时虽为未成年人,但已经年满 10 岁,双方对于参与足球活动潜在的危險和损害可能性,理论上具有预见和认知的能力,当事人自发参与活动本身即意味着自愿承受足球活动可能导致的损害后果”<sup>④</sup>。《民法典》实施后,多数判决并未将限制民事行为能力人和无民事行为能力人排除在自甘风险规则之外,有一定的合理性。首先,民事行为能力制度与自甘风险规则的制度功能不同,行为能力制度旨在保护认识及意思能力不足之人的交易安全,自甘风险则为维护公民自由地参与文体活动而不至于背负沉重负担;其次,未成年人之间身体和心智水平可能相差较大,一概排除并不合理;同时,若自甘风险规则仅能适用于成年人,将极大缩减该规则适用的法律空间,压缩未成年人的行为自由空间,与立法本意不符,应根据具体案情予以认定,以协调好未成年人合法权益保护与促进青少年体育发展间的关系。

### (三)消极要件:非故意和重大过失

行为人故意或重大过失造成其他参加人损害的,排除适用自甘风险规则,此消极要件是《民

① 参见福建省福州市中级人民法院(2021)闽 01 民终 4324 号民事判决书。

② 参见广东省广州市增城区人民法院(2021)粤 0118 民初 4635 号民事判决书。

③ 参见甘肃省张掖市民乐县人民法院(2021)甘 0722 民初 1406 号民事判决书。

④ 参见北京市朝阳区人民法院(2020)京 0105 民初 71595 号民事判决书。

法典》第一千一百七十六条的明确规定。该规定将自甘风险规则适用的行为人主观过错要件缩为一般过失和无过失,自甘风险规则中受害人愿意承担只是文体活动的固有风险,并不包括活动中他人故意或重大过失的侵权行为所带来的损害。加害人的过错表现为对注意义务的违反,故意是对损害结果的追求,重大过失是行为人连最基本的注意义务都没有尽到,或者是以一种异乎寻常的方式违背了必要的注意,已显著超出了通常的过失程度。《民法典》第一千一百七十六条采用重大过失除外标准可以使法官不必纠结于违反活动规则和违反注意义务之间的复杂关系,将审查重点转移到行为人是否存在严重违反活动规则上来<sup>[10]</sup>。

### 1. 犯规与行为人过错之关系

文体活动一般都有特定的参与规则或者安全活动方法,尤其是竞技体育中有较为完备的比赛规则体系,即使一些新兴项目缺少明确的比赛规则,也有体育道德予以补充,以实现活动的精彩性与参加人安全之间平衡。文体活动中行为人的过错,主要体现在对活动规则的违反。违反项目规则和体育道德的行为可作为认定行为人主观过错的有力参考。但行为人违反某文体活动规则的行为并不都是法律意义上的过错行为,比如技术性犯规通常是比赛允许并容忍的行为,即使是故意采用技术性犯规,也不必然被认定为法律意义上的故意或重大过失。

在司法实践中,受害人也常以行为人恶意犯规,存在故意或重大过失为由,主张排除自甘风险规则的适用。在一些判决中,法院在审查行为人的主观过错时,即使发现行为人存在一般犯规行为,也未认定为故意或重大过失,可见,即使行为人行为构成犯规,并不必然说明其在主观上存在故意或者重大过失,仍需要具体分析,而不能简单地将体育竞技运动中参赛者犯规时的主观心理状态与一般侵权行为构成要件中作为主观要件的故意或者重大过失划等号。

### 2. 行为人过错之认定

在认定行为人过错程度时,应将具体文体活动中的犯规行为之主观过错与法律对侵权行为之主观过错相结合,以法律规范评价为主,同时参考具体文体活动竞技规则。首先,文体活动规则和法律具有内在一致性,遵守文体活动规则的行为,行为人无过失。即使活动中的抢夺、冲撞行为可能造成损害,但只要合乎体育活动规则,行为人就不应承担法律责任;其次,行为人的一般过失与文体活动的固有风险相对应,基于文体活动的固有风险的轻微犯规行为、故意的技术性犯规等行为,应认定为一般过失。文体活动中采用技术性或战术性策略故意犯规致损他人,通常是该项目竞技性的体现,行为人犯规的故意并不是对损害结果的故意,不应认定为故意或重大过失;再次,对损害结果具有故意或重大过失的犯规行为,应认定为故意或重大过失,排除自甘风险规则的适用。对损害结果的故意或重大过失,主要体现为犯规行为与文体活动的关联程度,若行为人的犯规行为对活动的进程不能产生任何影响,其目的更可能是伤害他人,应认定行为人具有故意或重大过失。对损害结果的故意或重大过失,还体现为犯规行为是否超出合理范围,对犯规行为的合理范围应根据活动特性、活动规则、加害方式、损害后果的严重性进行综合认定。

《民法典》第一千一百七十六条确立的自甘风险规则,仅适用于文体活动这一特定领域,鉴于自甘风险的立法目的考量,不宜过分扩张其适用范围。《民法典》实施后,应以规范立场适用“自甘风险”规则,通过文义解释、目的解释、体系解释等法律解释方法,厘清自甘风险的适用范围、构成要件、法律后果等规范构造,通过实证分析进行类型化构建,统一司法裁判的认定标准,以实现《民法典》的社会治理功能。

### 参考文献

[1] 周晓晨.论受害人自甘冒险现象的侵权法规制[J].当代法学,2020(2):33-43.



- [2] 杨立新. 自甘风险:本土化的概念定义、类型结构与法律适用:以白银山地马拉松越野赛体育事故为视角[J]. 东方法学, 2021(4):107-120.
- [3] 李鼎. 论自甘风险的适用范围:与过失相抵、受害人同意的关系[J]. 甘肃政法大学学报, 2021(1):128-143.
- [4] 韩勇. 《民法典》中的体育自甘风险[J]. 体育与科学, 2020(4):13-26.
- [5] 石记伟. 自甘风险的法教义学构造[J]. 北方法学, 2022(1):148-160.
- [6] 董璐, 杨江涛. 民法典时代自甘风险的规范解构及其漏洞补充[J]. 法律适用, 2022(5):85-94.
- [7] 谭佐财. 论《民法典》中自甘冒险规则的司法适用[J]. 太原理工大学学报(社会科学版), 2021(1):52-59.
- [8] 张素华, 顾红松. 自甘冒险规则的适用范围与责任构成[J]. 三峡大学学报(人文社会科学版), 2020(6):82-88.
- [9] 杨立新, 余孟卿. 《民法典》规定的自甘风险规则及其适用[J]. 河南财经政法大学学报, 2020(4):1-9.
- [10] 曹权之. 《民法典》“自甘风险”条文研究[J]. 东方法学, 2021(4):121-138.
- [11] 王利明. 论受害人自甘冒险[J]. 比较法研究, 2019(2):1-12.
- [12] 刘铁光, 黄志豪. 《民法典》体育活动自甘风险制度构成要件的认定规则[J]. 北京体育大学学报, 2021(2):32-40.

## On the Scope of Application and Identification Standard for the Assumption of Risk in Civil Code — An Empirical Examination Based on 92 Judgements

LIU Mao-liang, LIU Qing-yu

(Qinhuai District People's Court, Nanjing, Jiangsu, 210007, China)

**Abstract:** The assumption of risk stipulated in Article 1176 of Civil Code is a specific and strictly limited legal rule. With “cultural and sports activities with a certain risk” and “damage caused by the actions of other participants”, it is defined in terms of both the applicable scenario and the subject. Based on legislative purposes, the legal interpretation of the scope of application should adopt the strict construction position. The assumption of risk stipulated by this article contains three aspects: subjective element, objective element and negative element. The subjective element emphasizes knowledge and voluntariness, the objective element emphasizes that the damage is the result of the actualization of the inherent risk, and the negative element emphasizes that the actor is not intentional and grossly negligent. For the determination of the subjective element, the “objective standard” should be used to presume the subjective state of the victim; for the determination of the inherent risk, the “premises” standard should be used; for the determination of the fault of the actor, the legal evaluation of the foul act should be made, and only foul act that is intentional or grossly negligent with respect to the outcome of the damage is not subject to the rule of the assumption of risk.

**Key words:** assumption of risk; applicable scenario; inherent risk; premises standard

〔责任编辑:朱 根〕