

文体活动自甘冒险的风险分配与 范围划定

申海恩*

内容提要：文体活动是我国民法典创设的一个特殊的风险分配场域。由于文体活动的风险喜好、娱乐社交等特性，在这一领域，风险的开启与控制、避免与分散、成本与收益、信赖保护等传统风险分配考量因素均已失灵。文体活动自甘冒险中参加者并无自己承担损失或免除对方责任的意思，不能基于受害参加者之自愿得出免责的结论。文体活动风险分配的决定性考量因素在于风险的固有性和共同性，在这一领域采取注意标准降低至避免无谓损害的风险分配路径更能反映其实质。文体活动注意标准的降低，在立法上表现为对重大过失负责，因此在司法裁量是否构成重大过失时，也应结合具体文体活动，判断致害参加者是否尽到避免无谓损害的注意义务。对文体活动范围的扩张或者限制论，均未从文体活动风险的特殊性入手，具备这些特征风险的文体活动，即应纳入民法典第1176条的文体活动自甘冒险规则的适用范围内。

关键词：自甘冒险 文体活动 注意义务 重大过失 风险分配

引言

自甘冒险立法在比较法上争议极大。一方面，德国、法国、瑞士、奥地利、意大利、荷兰、比利时等国现行法上均未明确规定自甘冒险，〔1〕美国《侵权法（第三次）重述·责任分担》第2条也已放弃《侵权法（第二次）重述》中第496A-496G条规定的自甘冒险免责规则，而将其置于比较过失之下考察。〔2〕另一方面，《欧洲侵权法原则》第7:101条第1款（d）项、〔3〕

* 中国政法大学民商经济法学院副教授。

本文为国家社科基金一般项目“民法典抗辩权体系化研究”（22BFX182）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔德〕U.马格努斯、〔西〕M.马丁-卡萨尔斯主编：《侵权法的统一：共同过失》，叶名怡、陈鑫译，法律出版社2009年版，第18页，第46页，第374页；〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》下卷，焦美华译，法律出版社2001年版，第636页以下。

〔2〕 See Restatement of the Law, Third, Torts: Apportionment of Liability, § 2 cmt. i. (2000); 周晓晨：《论受害人自甘冒险现象的侵权法规制》，《当代法学》2020年第2期，第43页。

〔3〕 参见欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第173页以下。

《欧洲民法典共同参考框架草案》第VI-5:101条第2款,^[4]却又与欧洲大多数国家立法背道而驰,明确将自甘冒险规定为独立的免责事由。我国民法典第1176条则采取了不同于上述立法例的第三条道路:一方面明确肯定了自甘冒险规则,但将其适用范围限定于“具有一定风险的文体活动”,以体现“适用范围不宜过宽”的立法建议;^[5]另一方面又通过对故意或者重大过失致害设置例外规则,创设了独树一帜的文体活动自甘冒险为重大过错负责的立法体例。

就自甘冒险之法律效果,历来有免责事由、与有过失两种争论,近年来将其纳入与有过失制度体系中处理的主张,在我国理论与实务上趋于主流。^[6]民法典第1176条既放弃比较法上现成的立法例,也不采理论界的主流立场,独辟蹊径地创设文体活动自甘冒险为重大过错负责的规则,其背后的考量为何?从法条表述以及立法资料来看,比较明显的原因应该在于该条将适用对象限于“具有一定风险的文体活动”。然而,“具有一定风险的文体活动”究竟指涉什么,何以支撑为重大过错负责的法律效果?毕竟“文体活动”并非一个具有明确边界的法律概念,我国现行法律法规中极少出现。^[7]即便是在“文体活动”范围内,我国司法实践历来亦对能够适用自甘冒险规则的活动范围莫衷一是,有将群众性体育活动排除出适用范围者,^[8]也有自甘冒险仅适用于正式比赛的主张。^[9]理论上关于本条“文体活动”的解释,主要有“文化活动和体育活动”^[10]或“文化、娱乐以及体育活动”,^[11]这些说文解字式的解释虽不能言其错,但对法教义学发展与司法裁判裨益寥寥。

职是之故,本文拟从一般观念之文体活动入手,探寻其支撑民法典文体活动自甘冒险为重大过错负责规则的根本属性,并在此基础上对该规则之正当性与解释适用方向作一探索;希冀在此基础上对“具有一定风险的文体活动”的法律概念与范围划定、参加者重大过失之衡量等重要问题提供一隅之见。

一、文体活动:风险分配体系中的新场域

就所追求的目标来讲,人类活动不外乎有二:一为追求外在的物质财富,二为追求内在的身体与精神愉悦。追求物质财富的活动,从生产交易到归属保护,均被纳入民法的调整范围。

[4] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》第5卷、第6卷、第7卷,王文胜等译,法律出版社2014年版,第616页以下。

[5] 参见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》,第十三届全国人大常委会第十二次会议,2019年8月22日。

[6] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第282页;王利明:《论受害人自甘冒险》,《比较法研究》2019年第2期,第4页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第303页;前引[2],周晓晨文,第43页。

[7] 现行法律中仅有民法典第1176条。行政法规中出现“文体活动”者仅有《拘留所条例》第21条、《卖淫嫖娼人员收容教育办法》第6条、《残疾人专用品免征进口税收暂行规定》第3条,但均未对“文体活动”作出明确界定。

[8] 参见天津市第一中级人民法院(2018)津01民终6258号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2019)川01民终12505号民事判决书。

[9] 参见北京市东城区人民法院(2019)京0101民初1479号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2019)京02民终12650号民事判决书。

[10] 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第44页;徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注(精要版)》,徐涤宇执笔,中国人民大学出版社2022年版,第1230页。

[11] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注·侵权责任编》,叶名恰执笔,中国法制出版社2020年版,第130页;杨代雄主编:《袖珍民法典评注》,黄禄斌执笔,中国民主法制出版社2022年版,第1016页。

而追求内在的身体与精神愉悦的文体活动，不仅因其无内在经济目的而排斥财产法的调整，有时更因不发生人际关系或不发生为法律看重的人际关系，构成法外空间或“法律无涉空间”（rechtsfreier Raum），^{〔12〕}进而排斥法律的介入。如居家绘画不发生人际关系，交响乐团演奏中各成员之间的配合虽存在人际关系，但并非法律所看重的人际关系，足球活动首先由足球比赛规则这一法外规则调整，主要也不属于法律调整的范围。换言之，文体活动本身作为法外空间，不受法律调整是其遵循的基本原则，这也是文体活动极少见诸法律的根本原因。当然，法内空间和法外空间的界限变动不居，作为国家权力介入范围的分野，实属法律解释的基本问题。^{〔13〕}

人类活动始终面临各种风险，因通常都希望尽可能降低或消除肇致人身、财产损害的风险，故大多数活动为风险厌恶型。但也并不排斥在特殊情境下，风险作为某些活动的必要前提存在，无风险则无活动，此类活动为风险喜好型，如期货、证券交易以及博彩活动。不仅追求外在的物质财富的活动存在风险厌恶型和风险喜好型的二分，而且主体指向自身的、追求内在身体提升与精神愉悦的文体活动，也同样存在此两种类型，前者如写生、音乐、游泳和垂钓等，后者如足球、赛车、杂技和拳击等。对于不同风险类型的人类活动，法律可能的风险分配规范配置方向存在较大差异。在风险厌恶型活动中，风险在客观上可能也有必要予以消除，法律通常对活动主体规避乃至消除风险的行为持积极态度。而在风险喜好型活动中，法律则对风险采取消极维持的态度，根本原因在于，客观上在此际消除风险或者不可能，或者与活动开展的宗旨相背离。

风险社会中的文体活动直接以追求内在的身体与精神愉悦为目标，与民法上历来主要处理的风险厌恶型经济活动极为不同，是民法典风险分配体系中的新场域。

（一）文体活动的特性

1. 娱乐社交性

与民法典侵权责任编所假定规范的侵权案件场域有极大的不同，文体活动参加者参与该活动的目的与法律无涉，通过文体活动所直接追求的仅仅是精神和身体方面的愉悦。作为法外空间的文体活动，首先是娱乐活动，而娱乐具有鲜明的主观性、任意性和非理性。^{〔14〕}一旦承认文体活动的这一属性，就会立即发现，很难想象参加者在参加文体活动之前，就非常认真而充分地考虑可能的损害结果，甚至预先免除他人对自己造成伤害的责任，或者放弃求偿的权利，这显然违背常理。即便最为谨慎的人，也无非是对可能存在的风险作出判断，并事先做好防护的准备。如果预先考虑到会发生严重伤害甚至死亡的后果，没有人会选择继续参加文体活动，遑论免除他人对自己伤害的责任。

就此而言，如同在情谊行为场合一样，对当事人预先风险分配作主观解读的事实基础是不存在的。^{〔15〕}当事人在文体活动过程中，受追求快乐等娱乐因素的影响，精神状态可能会高度紧张、亢奋，此种状态与理智状态相去甚远，很难用过错对其行为进行评价。此外，信赖保护

〔12〕 关于法外空间的讨论，参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第422页；〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第466页。

〔13〕 参见上引黄茂荣书，第422页以下。对于通常被认为属于法外空间的结伴登山活动，弗卢梅则主张，参加者之间基于社会接触而负有辅助义务，从而可能因该义务违反而承担损害赔偿赔偿责任。参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2012年版，第99页。

〔14〕 关于娱乐的法律意义，参见刘承魁：《中国影视娱乐法论纲》，《法学杂志》2016年第12期，第44页以下；刘承魁：《娱乐法的规范意蕴与体系构建》，《政法论坛》2019年第4期，第157页。

〔15〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第154页。

之类的解读也仅具有事后拟制的意义。试想,文体活动中犯规情形比比皆是,甚至被认为是活动的组成部分,参加者何以能够对其他参加者遵守规则、避免伤害自己形成强烈的、合理的、法律应予保护的信赖?

与其娱乐目的相联系,文体活动往往发生在同事、朋友、同学、亲戚等熟人之间,具有较强的社交属性,在娱乐的同时寻求信任、默契、宽容,加深感情,增强凝聚力。此类活动在人类社会活动中所处的位阶、所追求的目标,远远高于“勿害他人”的陌生人社会以及基于法律的经济交往关系。对具有社交属性的文体活动,一方面因其并不以追求物质财富为目的,自然不能以成本收益视角考察风险分配;另一方面为其活动宗旨最大程度的实现,将此过程中发生的不幸交由社交规则解决,未必不是当事人可能的选择。毕竟对于社交行为,当事人之间的情感、社会交往与礼仪规范的约束力比法律救济手段更优。^[16]在相关司法实践中,也不乏致害参加人基于球友、同学等关系,表达分担损失的意愿。^[17]从价值位阶角度看,当事人在选择参加文体活动时所追求的精神价值目标远远高于人身、财产的安全,以发生与否尚不确定的人身、财产安全为代价追求更高位阶的价值,并非不可理喻。而在人身、财产所面临的风险不幸实现时,立即放弃原定目标,希冀国家公权力介入,通过损害赔偿予以救济,这种行为并不符合基本的正义观。

2. 风险喜好性

侵权风险分配领域均属于风险厌恶型场域,无论是产品责任、交通事故还是建筑物致害等,均以尽一切可能消除致害风险为目标。与之不同,文体活动的开展经常是需要在克服风险的过程中获得身体或精神的愉悦,进而实现更高位阶的价值目标。比如,拳击手就是要在避开对方击打的同时击中对方才能得分,被对方击中的风险是拳击比赛的必备要素。

为此,文体活动中的风险是必须开启并予以维持的,消灭了风险即消灭了文体活动本身。而且,文体活动固有的风险是只要开展文体活动就必然存在的风险;且对具体的受害参加者而言,其参加文体活动就开启了该文体活动给自己造成损害的风险。在风险厌恶型场域,以风险的开启、维持等来考量风险分配,无疑具有正当性。但在风险喜好型的文体活动中,由于风险的开启、维持不仅没有不当之处,甚至是受参加者欢迎的,仍以谁开启、维持风险谁承担责任的原则进行风险分配,自然就不再正当。

(二) 文体活动风险的质的规定性

作为特殊的风险分配场域,文体活动必须具有“一定风险”方可被纳入自甘冒险的涵射范围之内。但现代社会风险无处不在,即便是在文体活动场域中,风险在肇因、属性、控制与排除等方面各有不同,究竟哪些文体活动中的风险现实化可以纳入第1176条的调整范围,须在明确文体活动自甘冒险中风险的质的规定性之后,方能有正确的回答方向。而第1176条所规定的“一定风险”之内涵与外延均极为模糊,法律适用者无所适从,立法机关办事机构提出的所谓“一定风险”应为“较高风险”的释义,^[18]也无法回应“一定”为什么相当于“较高”、立法时为何不表述为“较高”以及如何衡量“较高”等疑问。除立法中可能存在的偶然性和任意性之外,这些问题的合理解答都有必要回到文体活动风险本身去探索,以求在法教义学、个案正义以及社会效果之间获得妥当的解释。

[16] 参见谢鸿飞:《论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度》,《环球法律评论》2012年第3期,第18页。

[17] 参见四川省成都市中级人民法院(2019)川01民终12505号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终7720号民事判决书。

[18] 参见黄薇主编:《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。

所谓风险,在侵权法领域也称为危险,是指“损害可能性及其状态”,^[19]即对参与者权益有侵害之虞的状态。^[20]风险是潜在化、抽象化的损害可能性及其状态;损害乃是风险的现实化、具体化。^[21]文体活动自甘冒险中,风险和损害必须具有内在的同一性,只有文体活动固有风险现实化的损害,才属于自甘冒险免责范围内的损害,否则无主张自甘冒险抗辩的余地。自甘冒险中的风险(危险),不同于民法典第1236条至第1244条明确规定的高度危险;^[22]也不同于日常社会生活必须面对的一般生活风险。^[23]作为特殊的风险分配场域,文体活动中的风险具有其特殊的属性,是自甘冒险规则适用的客观前提。

1. 风险的固有性

自甘冒险中的风险,应为文体活动本身“具有”的一定风险,通说认为此种风险应为文体活动的固有风险,此即风险的固有性:^[24]风险由文体活动性质决定,伴随文体活动始终,与特定文体活动密不可分。

关于风险固有性的认定标准,存在客观标准说、主观标准说和综合认定说。^[25]客观标准说关注的重点是特定活动的性质、加害人在活动中的角色、加害人与受害人之间的关系,而非受害人的主观认知。^[26]主观标准说认为,原告了解其存在、全面评估其属性并自愿面对的风险,即为固有风险。^[27]综合认定说则兼顾主、客观标准,综合认定。^[28]笔者认为,客观标准说更符合第1176条明确“对抗性、风险性较强”的体育活动责任界限的立法初衷。^[29]如风险并非文体活动的固有风险,即使受害人了解并自愿面对,也不能依自甘冒险免除加害人责任。此外,受害人自愿参加为第1176条的独立构成要件,但与风险固有性判断并非同一问题,不能以受害人的主观状态影响甚至替代对风险固有性的客观判断。

具体而言,风险的固有性表现为发生上的固有性、存续上的固有性以及不可排除性。其一,发生上的固有性,是指固有的风险与文体活动相伴而生,只要按照通常规则开展文体活动,就必然开启此类风险。例如,只要开展篮球运动,就开启了冲撞、“盖帽”导致人身伤害的风险。其二,存续上的固有性,是指固有的风险与文体活动相伴持续存在,直至该活动结束,如滑雪运动中存在被冲撞导致人身伤害的风险。其三,不可排除性,即只要活动不停止,

[19] 邱聪智:《从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成》,中国人民大学出版社2006年版,第95页。

[20] 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第502页。

[21] 参见前引[19],邱聪智书,第95页。

[22] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第672页以下。

[23] 参见杨立新、余孟卿:《〈民法典〉规定的自甘风险规则及其适用》,《河南财经政法大学学报》2020年第4期,第3页。

[24] 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第250页。我国学者对此表述不一,如“按照客观规律以及规则设计客观合理存在着的风险”(上引杨立新等文,第6页);或者“常见、固有且能够被合理预见”的风险(张素华、顾红松:《自甘冒险规则的适用范围与责任构成》,《三峡大学学报(人文社会科学版)》2020年第6期,第86页)。

[25] 参见陈聪富:《自甘冒险与运动伤害》,《台大法学论丛》第73期,第24页;Gregory D. Hanscom, *Baseball Juiced Up: Should the Increased Risk Associated with the Use of Performance-enhancing Substances Create Tort Liability*, 15 Vill. Sports & Ent. L. J. 367 (2008); A. M. Winfree, *Increasing the Inherent Risks of Baseball: Liability for Injuries Associated with High-performance Non-wood Bats in Sanchez v. Hillerich & (and) Bradsby Co.*, 11 Vill. Sports & Ent. L. J. 77, 102-103 (2004)。

[26] See Heidi C. Doerhoff, *Penalty Box or Jury Box? Deciding Where Professional Sports Tough Guys Should Go*, 64 Mo. L. Rev. 739, 751 (1999)。

[27] See *Home v. N. Kitsap Sch. Dist.*, 965 P. 2d 1112, 1119 (Wash. Ct. App. 1998)。

[28] 参见前引[25],陈聪富文,第24页。

[29] 参见前引[18],黄薇主编书,第48页。

固有的风险就不可排除。需要说明的是,风险的不可排除性并非客观上绝对的不可排除,而是指排除该风险或者将导致相应文体活动丧失其基本属性,或者将导致其根本无法开展。如在追求速度的文体活动中,无法要求参加者将速度降低至不会发生偏离轨道、与他人碰撞的范围内。

固有风险之外的风险为额外风险。文体活动的固有风险不能通过履行恰当的注意义务而消除,^[30]但额外风险并不具有产生和存续上的固有性及不可排除性。参加者尽到任何人在该文体活动中均能尽到的注意义务即可避免者,即为额外风险。额外风险是超出活动范围之外的风险,如运动设施设备具有瑕疵或不符合安全使用状态所导致的危险,不得以自甘冒险免除责任。^[31]额外风险案件不构成自甘冒险,被告应承担侵权责任,但不排除依过失相抵规则减免赔偿责任的可能性。

2. 风险的共同性

风险的共同性是指风险指向文体活动的所有参加者,各参加者既是危险的潜在制造者,又是危险的潜在承担者。文体活动风险的共同性,在学术文献中几乎未见论及,但最晚自2009年起,参加者“既是危险的潜在制造者,又是危险的潜在承担者”这一本文称之为风险共同性的表述,已经成为文体活动侵权纠纷中对其风险特点极为普遍且统一的描述。^[32]

风险的共同性,首先是指文体活动的固有风险由所有参加者共同制造。虽然在具体损害事件中,现实化的风险可能是由某个或某些具体参加者实施的行为致害,但损害的发生可能性本身来源于所有参加者共同开展的文体活动。文体活动的固有风险的开启者、控制者并非具体的致害者,而是所有参加者。如足球比赛中,双方球员都是身体伤害的潜在制造者,致害人甲的行为导致乙受到损害,仅是该活动风险及其现实化的具体表现之一,该比赛中所有的参加者都可能导致其他参加者遭受损害。

风险的共同制造性,也有助于将其他人员排除出文体活动自甘冒险的适用范围。以文体活动的观众来讲,其虽然属于文体活动固有风险的潜在承担者,如棒球运动员将棒球击出场外打中观众,但由于观众并非该风险的共同制造者,因而不属于第1176条所称的参加者,观看文体活动不构成该条规定之自甘冒险。此外,场地的擅自闯入者,如老太穿过篮球场被篮球运动参加者撞伤,受伤老太既非篮球运动的参加者,更不是篮球运动固有风险的共同制造者,仅是偶然成为篮球运动被撞伤风险的承担者,受伤老太之行为并不构成第1176条规定之自甘冒险。^[33]

[30] 参见[美]丹·B.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477页,注6。

[31] 参见前引[25],陈聪富文,第25页。

[32] 参见上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民一(民)终字第4914号民事判决书。其他使用该表述的判决择其要者如下:安徽省蚌埠市中级人民法院(2022)皖03民终1799号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2021)京03民终5483号民事判决书;河北省石家庄市中级人民法院(2020)冀01民终4667号民事判决书;江苏省徐州市中级人民法院(2019)苏03民终8737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;安徽省合肥市中级人民法院(2016)皖01民终3136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;河南省平顶山市中级人民法院(2014)平民三终字第69号民事判决书;广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2011)南市民一终字第1379号民事判决书。

[33] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2021)鄂01民终1941号民事判决书。本案一审法院依与有过失判定致害人承担40%的责任,球场管理人承担10%的责任,受害人自行承担50%的损失;二审法院认定致害人无过错、球场管理人无过错,受害人自行闯入构成自甘冒险。本文认为,二审判决虽未援引民法典第1176条,但其在判决主文中称二被告“不存在故意和重大过失的情形,不构成侵权行为,不应当承担赔偿责任”的表述,以及对受害人自甘冒险的认定,实际上是在适用民法典第1176条。但其对自甘冒险的认定,显然违背了该条关于自愿参加文体活动的前提,对风险的共同性也未予考虑。相同观点,参见王利明:《论比较过失》,《法律科学》2022年第2期,第40页。相似情形下,广东省广州市越秀区人民法院(2021)粤0104民初5210号民事判决书对打球者判定了10%的责任。

风险共同性的另一面是风险的共同承担性,即损害风险的现实化为文体活动的所有参加者共同面对和承担。文体活动之固有风险现实化所发生的损害,完全可能发生在任一参加者身上,即所有参加者均是同一损害风险的威胁对象。如果某一损害仅发生在特定人身上,而不可能发生于致害人身上,则并非文体活动自甘冒险中的风险。例如,“网红坠亡案”中,坠亡危险仅发生在吴某身上,无论如何也不会发生在有关视频网站这一主体身上,因此并不具备第1176条所应对风险的要件,不宜适用该条规定之文体活动自甘冒险规则。换言之,场地提供者、活动组织者可能是风险的共同制造者,并负有安全保障义务,但其并非风险的共同承担者,不属于活动的参加者,故不能援引自甘冒险规则免除责任。^[34]

风险的共同制造性与共同承担性,是风险共同性一体之两面,必须同时具备,方能成为文体活动中的固有风险,相关主体才可主张适用第1176条自甘冒险规则。文体活动相关医疗服务人员、餐饮服务人员、新闻工作人员以及观众,要么不是风险的共同制造者,要么不是风险的共同承担者,因此不在文体活动自甘冒险规则的涵摄范围内。

二、文体活动风险分配的路径选择困境

(一) 传统侵权风险分配要素之失灵

与情谊行为主要纠结于是否具有创设法律关系的意图不同,兼具风险喜好性与娱乐社交性的文体活动,是以其所涉损害如何分配的问题进入立法者视野的。为寻找“将损害转嫁他人的理由”,现代侵权法借助对发端于社会学上风险社会^[35]概念的泛化处理,将视线前移至与损害具有同一性的、损害发生可能性的风险,通过风险的分配解决损害赔偿责任的确定问题。风险分配思想在法律领域几乎获得了无所不能的解释力,无论是在侵权责任法的体系构建,^[36]还是在归责原则^[37]或具体制度^[38]建设上,基于风险的开启、维持、控制、避免与分散的可能性,再叠加成本与收益关系、^[39]信赖保护^[40]等风险分配考量因素,风险分配思想大致可以为所有侵权法问题提供可接受的解决方案。全国人大宪法和法律委员会关于“正常风险原则上应当由参加者自己承担”的观点,^[41]以及将适用范围从“危险活动”限缩至“具有一定风险的文体活动”的决策,^[42]似乎与现代社会风险分配思想密切关联。不过,当下的风险分配考量因素,在文体活动领域的风险分配中却力有不逮。

基于风险分配思想,开启、维持、控制风险者,或者可能避免或分散风险者,为风险实现

[34] 参见北京市第四中级人民法院(2019)京04民终139号民事判决书。相反观点,参见前引[23],杨立新等文,第7页。

[35] 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第8页以下。

[36] 参见朱岩:《风险社会与现代侵权责任法体系》,《法学研究》2009年第5期,第18页以下;何国强:《风险社会、风险分配与侵权责任的变革》,《广东社会科学》2018年第3期,第228页以下。

[37] 参见叶金强:《风险领域理论与侵权法二元归责体系》,《法学研究》2009年第2期,第38页以下。

[38] 参见冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009年第4期,第62页以下。

[39] 参见刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,《法学研究》2014年第3期,第109页以下。

[40] 参见前引[37],叶金强文,第52页。

[41] 参见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》,第十三届全国人大常委会第七次会议,2018年12月23日。

[42] 参见前引[5],全国人民代表大会宪法和法律委员会汇报。

致害承担责任。文体活动组织者、器械或场地提供者作为其风险领域内的负责者,应当根据民法典第1198条以下的规定承担违反安全保障义务的责任,或者根据民法典第708条及第577条以下的规定承担违约责任。但是,对于非因组织者、器械或场地提供者的原因所致损害,最典型的是其他活动参加者所致损害,文体活动组织者、器械或场地提供者可以通过对损害发生无因果关系或依民法典第1175条第三人致害主张抗辩。就文体活动参加者之间造成损害的可能性而言,基于文体活动风险的固有性,此种风险的开启、维持是伴随着文体活动的开展而生,所有参加者均为危险的潜在制造者,也是危险的潜在承担者。^[43]在文体活动的进程中,此类风险几乎不具有可控性,要避免在文体活动中的意外伤害风险,唯有立即终止文体活动一途,但显然与文体活动的必要性相悖。至于风险分散的可能性,参加者自行投保责任保险或者意外保险虽在理论上不无可能,但显然与我国现阶段的保险业发达程度、民众保险意识不合,难免苛刻。即便以通过保险分散风险的可能性为依据分配风险,依然首先要回答究竟应由受害人投保意外险还是由致害人投保责任险的前提问题。

即便从成本与收益关系角度考虑风险分配,也不能一以贯之地实现风险分配目标。文体活动中的职业活动、商业活动和休闲娱乐活动,前两者或许可以从成本收益角度考虑风险分配,但对于不具有职业、商业属性的纯粹以休闲娱乐为目的之文体活动来讲,通过参加文体活动所获得的纯粹的身体健康改善、精神愉悦,难以评价收益,故也难以从成本收益关系出发合理分配风险。

信赖保护作为风险分配思想的有益助手,经常会被用来作为其他考量因素辅助风险的分配。文体活动领域,参加者对组织者、器械或场地提供者的信赖无疑是可以证成的;但对于其他共同参加者,合理信赖的程度因活动类型各异,甚至能否合理信赖、信赖什么,都因时因地因人而异。例如,在滑雪场上,能否合理信赖所有滑雪者都具有必要的滑雪技能、控制能力?在橄榄球运动中,能否合理信赖对方球员不会作出危险的防守、进攻动作?显然,与信赖保护规则在其他风险分配场合有较为明晰的边界相比,文体活动参加者之间的信赖保护是否存在、边界如何,至少极为模糊。信赖保护这一补充工具也显得无能为力。

传统的风险分配思想之所以发生上述捉襟见肘的问题,是因为其预设的风险场域与文体活动领域完全异质,因而不能照样援用传统风险分配的考量因素来看待文体活动这一新场域的风险分配。

(二) 法律行为理论的放弃

在传统的风险分配要素失灵的背景下,无论比较法上还是我国民法典第1176条的规定,对文体活动中的风险分配均以受害人自愿为前提,或明或暗地循着自愿参加、自愿承受风险的逻辑探寻风险分配的意定之道,似乎一切均在私法自治的范围内展开。

借助法律行为理论对自甘冒险进行风险分配的论证,存在两种结构:^[44]一为所谓的默示责任放弃合意,^[45]二为受害方同意潜在损害。^[46]虽然这两种论证结构实际上均产生于好意搭乘案型,但在早期也都被德国法院运用于参加危险活动的案型中。两种论证的效果都旨在通

[43] 参见北京市朝阳区人民法院(2020)京0105民初67259号民事判决书。

[44] Vgl. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1961, S. 93.

[45] 参见王利明:《侵权责任法研究》上卷,中国人民大学出版社2016年版,第427页。

[46] See Connell v. Payne, 814 S. W. 2d 486.

过受害人的同意排除加害行为的违法性，进而全面排除加害人的侵权责任。〔47〕

但实际上，受害人的法律行为或者准法律行为性的意思根本不存在。〔48〕就参加人的主观方面而言，能够确定的仅是其自愿参加文体活动的意思。这一意思所表明的是，其参加文体活动的行为受参加者自主意思的支配。依照意思表示理论，这种意思仅是有意实施行为的意思，即行为意思，〔49〕除此之外没有表示意思、效果意思等意思表示的其他构成要件存在。表示意思，即当事人表明其行为是具有法律上意义的表示的意思，〔50〕是使参加人自我决定、受其表示拘束的根源。但在一般的文体活动中，很难想象相约踢球的朋友之间会有任何发生某种法律上拘束的意思。即便从相对人保护的角度出发，认为表示人应避免其表示被作为意思表示对待，〔51〕也无法依照诚实信用原则或者交易习惯从参加文体活动的意思中解读出参加者想要发生任何法律上效果的表示意思。至于希望引起特定法律效果的法效意思，在此处即为“放弃活动中可能的损害赔偿责任”、“同意自己承担活动中因其他参加人肇致的损害”的特定法律效果意思，似乎也不可能出现在任何一个正常的文体活动参加者的思想中。假设行为方有任何形式的意思表示，是一种方法上不诚实的拟制。〔52〕有学者批评道，这就是法官把他想要说的话放进当事人的嘴里，说是当事人说出来的。〔53〕

采取法律行为理论的逻辑进路者，均以受害人意识到风险为出发点，正因为其了解风险仍自愿参加，所以受到损害时其他参加者不承担责任。〔54〕比较法上的主流观点也认为，包括危险搭乘、擅入险境、运动风险在内的广义自甘冒险，必须以受害人知悉危险且对系争危险进行评估为前提条件。〔55〕即便民法典第 1176 条并未涉及参加者对风险的主观态度，我国权威观点仍然认为，自愿参加本身就表明受害人明确地知道文体活动具有一定的危险。〔56〕之所以法律行为论者均以受害人知悉风险为前提，其背后的逻辑在于，无论是默示的责任放弃合意，还是受害方同意接受潜在损害，均以受害人自行承受损害、放弃损害赔偿请求权的意思表示为核心。对于作为损害之前身的风险的知悉，即为其意思表示之标的，无论是对标的之无意识抑或错误认识，均将影响意思表示的效力。

然而，将受害人了解风险作为必要前提的法律行为理论，根本不关注受害人实际上是否了解风险。虽然此类观点均主张，和与有过失采取客观理性人标准不同，对于受害人是否知悉特定致害风险采主观标准，即依其主观上对于风险情况是否知悉进行判断，但同时又主张对于客观上明显而清楚的风险，受害人不得推诿不知。〔57〕明显而清楚的风险，系对于任何理性参与

〔47〕 Vgl. BeckOGK/Looschelders, 2021, BGB § 254 Rn. 47.

〔48〕 同上引评注，边码 136。

〔49〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 192 页。

〔50〕 参见〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社 2019 年版，第 49 页。

〔51〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒：《德国民法总论》，刘洋译，北京大学出版社 2022 年版，第 107 页。

〔52〕 参见前引〔44〕，Stoll 书，第 94 页。

〔53〕 Vgl. Löhlein, Das Handeln auf eigene Gefahr, ZHR 102 (1936), S. 299, 301. 转引自前引〔44〕，Stoll 书，第 94 页。

〔54〕 参见前引〔18〕，黄薇主编书，第 44 页，第 47 页。

〔55〕 美国法上的情况，参见前引〔25〕，陈聪富文，第 15 页；德国法上的情况，参见〔德〕埃爾文·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社 2022 年版，第 82 页以下。

〔56〕 参见前引〔22〕，程啸书，第 354 页。

〔57〕 参见前引〔25〕，陈聪富文，第 15 页，注 23。

者均可理解其存在的风险,即固有风险,[58]此种风险为受害人自愿面对并承担的风险。[59]换言之,法律行为论者强调的受害人了解这一必备要件,通过客观化论证变成了受害人理应了解,无论如何都会得到满足。对法律行为论来讲,受害人是否了解风险根本就不为其关注,所需要的仅是受害人了解风险这样一个判断,以便进一步沿着意思自治的逻辑得出受害人自担风险的结论。

这样的论证进路显然是自说自话,根本无法真正回答受害人为何要自担风险的追问。在自甘冒险中,没有任何法律行为论者考察受害人不知风险、错误评估风险的问题,即可从另一方向佐证上述判断。正如冯·巴尔所言,因缺乏专业知识或因为年龄原因而不理解所介入风险的可能性始终存在,[60]受害人是否了解风险并不能理所当然地从其自愿参加行为中得到确定的判断。毕竟,如果正确评估了会导致自己严重受伤甚至死亡的风险,又有谁会愿意冒着如此巨大的风险参加足球、篮球、羽毛球这样的文体活动?

不仅如此,法律行为理论还存在一个致命的缺陷,即所涉法律行为的效力通常会遭到否定性评价。依民法典第506条第1项,无论致害人主观上是否存在过错,任何关于造成对方人身损害的免责条款均属无效。因此,将受害人参加文体活动解释为与加害人达成免除责任的默示合意,通常会因免责合意无效而无法产生所拟制的免责效果。将自甘冒险解释为当事人默示合意免责,又面临着其还属于无效免责条款之例外的论证任务。即便针对文体活动对第506条作目的论限缩使其例外有效的解释,[61]理论上也不是沿着当事人意思自治的路径展开的,而是认为相关主体无需承担责任的原因并不在于免责约定,而是因为致害行为“在法律上是被认可的,不具有责任引致原因的属性”,[62]是谋取利益而甘愿付出的代价。[63]就此,意思自治的论证思路仍然不能贯彻始终,最终还是要回到文体活动自身寻求正当性依据。

更何况,理论上还对免责条款有明示性要求,即必须由当事人在合同中明确约定,不得以默示的方式作出,也不得由法官推定免责条款的存在。[64]对此,通常仅有英美法上所谓的“明示的自甘冒险”(express assumption of risk),如各种职业体育运动、竞技比赛,才具备此种明示性,而像日常文体活动、学校体育活动等立法者拟主要针对的情形,通常都不存在参加者之间的明示免责合意。这也正是法律行为理论将其解释为默示的免责合意之由来,但这显然与对免责条款的明示性要求不符,从而导致第1176条所针对的大多数文体活动情形,均无法通过免责合意的有效性验证。法律行为理论的主要倡导者德国学者弗拉德也坦陈,其学说必须作必要限制,即对潜在侵权行为的同意(风险的承担)不能违反法律禁令与公序良俗,并应当结合不同的伤害严重性、类型和程度确定其效力。[65]即便如此,套用自愿参加、了解风险并自己接受风险及其实现的后果,本质上仍然是一种拟制的、存在重大缺陷的说理逻辑,是理

[58] See Timothy Fitzgerald, *The Inherent Risk Doctrine, Amateur Coaching Negligence, and the Goal of Loss Avoidance*, 99 *Nw. U. L. Rev.* 889, 906 (2005).

[59] 参见前引[25], Hanscom 文, 第380页。

[60] 参见前引[1], 冯·巴尔书, 第644页以下。

[61] 参见前引[11], 杨代雄主编书, 第415页; 王利明:《合同法研究》第2卷, 中国人民大学出版社2015年版, 第551页。

[62] 前引[10], 徐涤宇等主编书, 第549页以下。

[63] 参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注·合同编·通则1》, 耿林执笔, 中国法制出版社2020年版, 第346页。

[64] 同上书, 第342页; 崔建远:《合同法》, 北京大学出版社2021年版, 第369页。

[65] Vgl. Flad, *Handeln auf eigene Gefahr*, *Recht* 1919, S. 20. 转引自前引[44], Stoll 书, 第94页。

论上和心理上的双重误解。此种法律行为理论因其拟制色彩过重，很快就于 20 世纪 60 年代被德国法学界彻底抛弃。

（三）禁止矛盾行为理论的缺陷

取代法律行为理论的，是禁反言（*venire contra factum proprium*）或谓禁止矛盾行为（*Verbot widersprüchlichen Verhaltens*）的说理逻辑。^{〔66〕}此种理论认为，故意将自己置于可避免的危险中者，如果随后要求他人对这种行为的后果负责，则违反了诚实信用原则，这可以解释由于受害方自甘冒险而导致的责任排除。^{〔67〕}

这一说理逻辑最核心的考量是，参加者接受了其他参加者合规行为所造成的侵害，^{〔68〕}这一论证逻辑成功地将争论焦点转移到了对活动规则的讨论之上。据此，运动必须具有明确的规则，且规则的功能更多地在于保护参加者的人身安全，而不仅是对公平比赛秩序的维持。^{〔69〕}但实际上，与前文所指出的法律行为理论的缺陷相同，参加者是否接受了合规行为所造成之侵害，完全是对参加者内心意思的不容证伪的拟制。将致害行为限制在合规行为的范围内，虽然一定程度上限制了违规行为肇致损害仍然免责的极端不合理结果的发生，但依然没有脱离对受害人自愿承受损失的意思拟制，也没有摆脱其在效力方面所可能面临的消极评价。另外，理论上通常也将与有过失规则的正当性依据建立在禁反言原则的基础之上，^{〔70〕}这样就导致同样是由禁反言原则衍生的规则，自甘冒险完全免责，而与有过失却是对责任的减轻，显然存在评价上的矛盾。^{〔71〕}此外，禁反言的说理逻辑实际上是在寻求民法“帝王条款”诚实信用原则的帮助，^{〔72〕}在理论上被批评为向一般条款逃逸。^{〔73〕}

三、注意标准调整的进路与为重大过失负责

（一）注意标准调整的进路转向

法律行为理论与禁止矛盾行为理论的风险分配路径均从“自甘冒险”这一引人误解的名称出发，始终站在受害人对自己冒险行为负责的立场上，寻求加害人责任减免的正当理由。事实上，“自甘冒险”仅仅是对现象的描述，并未表明构成要件与法律效果，^{〔74〕}对自甘冒险的望文生义式解读自然是误入歧途：一方面将重点放在“甘”上，表现即为前述法律行为进路和禁反言原则的适用路径；另一方面着眼于其中的“自”，观察的视角和立场始终集中在受害人方面，而忽视了对责任成立要件的考察，存在论证逻辑上的跳跃。实际上，加害人方面是否违反注意义务，既可能在行为不法说视角下影响违法性的认定，^{〔75〕}也可能在过错层面影响加

〔66〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 371 页。

〔67〕 参见前引〔44〕，Stoll 书，第 103 页。

〔68〕 参见前引〔66〕，罗歇尔德斯书，第 371 页。

〔69〕 参见前引〔47〕，Looschelders 评注，边码 139。

〔70〕 同上引评注，边码 9。

〔71〕 同上引评注，边码 140。

〔72〕 MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 254 Rn. 64; 前引〔66〕，罗歇尔德斯书，第 371 页。

〔73〕 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 83.

〔74〕 参见前引〔55〕，多伊奇等书，第 86 页。

〔75〕〔德〕汉斯-约哈希姆·蔡斯拉克、沃夫冈·豪：《德国民法概论》，刘志阳译，中国人民大学出版社 2016 年版，第 338 页。

害人对损害的可归责性。

加害人是否违反注意义务,依赖于对作为判断标准的“交往上必要的注意”之确定。现代侵权法上对此奉行客观承担的原则,即根据职业领域和危险领域处于行为人位置者所应尽到的注意。^[76]据此,行为人的注意标准并非普遍适用的抽象标准,而是随具体的交往情境而有所不同。在文体活动这一特殊场域,不考虑危险领域的特殊性,依然以一般生产生活中的注意作为加害行为人的过失判断标准,有刻舟求剑之嫌。在文体活动中,不能要求处于奔跑、射门或扣篮中的参加者像日常生活中那样避免损害的发生,而仅能要求其遵守相应的活动规则或者不得严重违反该规则。^[77]因此,在维持活动风险、追求活动目的的同时,对参加者应达到的注意程度要求作实质性地调整,以与文体活动本身的风险喜好性、不可排除性相适应,才是解决文体活动风险分配的正确进路。

注意义务标准降低的具体调整方案,仍应与过错的客观化、类型化方向保持一致。客观化的注意义务标准为,各具体文体活动类型的正常参加者所能尽到的注意程度。侵权法上注意义务的边界并非经验技术上与法律上的可能性,而是在合理范围内的注意义务,^[78]对文体活动参加者所能期待的注意程度也是如此。文体活动正常进行与参加者安全保护之间需要达致平衡,在瞬间作出决断的活动要求,使得日常的一般注意程度要求对参加者而言过于苛刻。为保证文体活动所追求的必要速度、力量、对抗等,该平衡点只能是对参加者注意程度的适当降低,从一般生活场域中勿害他人的注意程度,降低到较一般注意义务更为宽松的体育道德和规则范围内,^[79]或曰避免无谓损害的程度。这一标准通常要求,参加者应避免严重违反活动规则或者毫无顾忌地伤害其他参加者,例如血腥滑铲或者争球之外的拳脚相加。^[80]

对是否尽到上述注意程度的判断,实践中最具参考意义的即为文体活动的活动规则,如篮球、足球等比赛规则,其作为文体活动参加者法律外的行为规范(außer-gesetzlicher Verhaltensregeln),对所有参加者具有普遍约束力。^[81]参加者遵守活动规则的行为,即当然满足对正常参加者注意程度的要求,因而对所造成的损害没有过错,不承担侵权责任。对于违反文体活动规则的行为,则应依据活动规则的不同功能区分对待。参加者仅违反具有维持公平功能的活动规则而未违反具有保护功能的活动规则时,应与未违反规则作相同处理,即因其无过错而不成立侵权行为。而在参加者的具体致害行为违反具有保护功能的活动规则时,则存在构成过错的可能,^[82]但并不能当然得出其违反注意义务的结论。原因在于,被违反的活动规则仅是文体活动的行为规范,并非具有约束力的法律,^[83]违反的后果也仅限于文体活动领域,比如罚球、扣分等。至于是否因此产生侵权法上的效果,则应由法官判断该行为是否超出了被允许的风险范围。^[84]

[76] 参见前引[6],王泽鉴书,第299页。

[77] 参见前引[73],Wagner评注,边码796。

[78] 参见上引评注,边码476。

[79] 参见北京市朝阳区人民法院(2020)京0105民初67259号民事判决书。

[80] 参见前引[73],Wagner评注,边码797。

[81] Looschelders, Die haftungsrechtliche Relevanz außer-gesetzlicher Verhaltensregeln im Sport, JR 2000, 265 (270)。

[82] 前引[47],Looschelders评注,边码139。

[83] 参见前引[73],Wagner评注,边码797。

[84] 参见前引[81],Looschelders文,第274页。我国司法实践中即有法院明确区分篮球比赛中的犯规故意与侵害故意。参见江苏省南京市鼓楼区人民法院(2020)苏0106民初8364号民事判决书。

将注意义务要求降低至避免无谓损害的程度,遵守活动规则及一般违反规则的行为免责,不仅适用于专业人员之间的对抗性体育活动,而且同样适用于具有对抗属性的休闲娱乐活动。^[85]对于没有明确规则包括民间公认规则的游戏、玩耍和嬉戏来讲,将注意义务要求降低至避免无谓损害的程度,也同样符合此类活动的娱乐社交和风险喜好等基本属性。

(二) 为重大过失负责的解释

文体活动自甘冒险的内在逻辑,是对参加者注意标准的降低。从责任构成角度来讲,注意标准的降低意味着,同一致害行为在一般生活场域因违反注意义务而成立轻过失,应承担侵权责任,但在文体活动场域则因行为人并不违反已经降低的注意义务标准,不成立轻过失而无需承担侵权责任。仅在致害参加人违背了降低之后的注意标准的情况下,才会成立过失而需承担侵权责任。

如将此种说理逻辑转化为立法,则其外在表现依然是一般过失责任,只是衡量过失的注意标准不同于一般生活场域中过失的注意标准。如果能够在司法实践中,结合文体活动的特殊性而由法官通过对过失的类型化作具体判断,将会在一般过失责任体系内消解文体活动自甘冒险的特殊性,而无需寻求例外规则。^[86]但由于理论上对注意标准降低的内在逻辑揭示不足,司法实践不仅不从文体活动的固有风险角度出发,考虑致害人注意标准的降低,反而因循一般的过错侵权责任原则,认为危险越大应尽的注意越多,于是普遍提高了各参加人的注意标准,以致对致害参加者适用的几乎是严格责任、结果责任。^[87]受害参加者也动辄得咎,似乎参加文体活动即负有无限制的自我防护义务,如有的法院径直以受害人“缺乏安全意识,未尽到自己的注意义务”为由,判定其承担部分责任。^[88]正是这种操作,导致各方对文体活动领域的裁判接受度不高,实践中争议较大,催生了立法需求。^[89]

不过,民法典第1176条并未采取将注意标准降低的逻辑予以直接转化的表达方式,而是通过“自甘冒险免责+重大过错例外”的立法表达,确立了文体活动参加者为其故意或者重大过失负责的立法体例。在立法技术上,与德国法上明确规定“社会交往中必要的”注意标准、法国法上明确规定“善良管理人的”注意标准不同,我国民事立法除民法典第7条规定诚实信用原则之外,未从正面规定注意标准,而是从过错作为责任构成的角度出发,将作为过错基础的注意标准隐藏于条文背后。由此引发的疑问在于,就第1176条中的重大过失而言,所采取的注意标准究竟是一般生活交往中必要的注意,抑或是已经降低了的文体活动中必要的注意。

对第1176条作文义解释之结论似乎应是,文体活动参加者仅对文体活动中的重大过失负责,而无需对一般过失(抽象轻过失)负责。所谓重大过失,为以异乎寻常的方式违背必要之注意,学界也倾向于认为,“无视最基本的预防措施”时,即构成重大过失;^[90]连最基本的注意义务都没有尽到,^[91]显著超出了通常的过失程度。^[92]基于此,重大过失的核心构成

[85] 参见前引[73],Wagner评注,边码799。

[86] 这也正是侵权责任法未采纳自甘冒险规则的主要理由之一。参见前引[18],黄薇主编书,第45页。

[87] Vgl. von Bar, Verkehrspflichten, Carl Heymanns Verlag KG, 1980, S. 114-118.

[88] 参见甘肃省肃南裕固族自治县人民法院(2022)甘0721民初141号民事判决书。

[89] 参见前引[41],全国人民代表大会宪法和法律委员会汇报。

[90] 参见前引[55],多伊奇等书,第67页。

[91] 参见前引[22],程啸书,第296页。

[92] Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015, Rn. 361.

有二：其一，被违反的是最基本的注意义务，即正常人都不会违反的注意；其二，违反注意义务的方式、程度极为异常，正常人都不会如此行为。^{〔93〕}也正是这种构成，使重大过失与故意无限接近，从而在法律效果上多将其与故意作相同处理。^{〔94〕}

在文体活动场域，将注意标准降低至避免无谓损害的程度，一方面意味着参加者在追求文体活动目标的过程中，无需遵从一般社会生活场域中善良管理人的注意标准；另一方面意味着，只要尽到特定文体活动参加者通常能够尽到的注意，竭力避免无谓损害的发生即可。这也要求，即便是在文体活动允许的框架内故意采取犯规战术，也应尽力避免对相对人造成极不相称的伤害。参加者不得将非正常或非对等的风险强加于对方，制造非对等风险的异常放任行为是承担侵权责任的基础。^{〔95〕}而对文体活动固有风险范围内、不可避免之伤害，则由受害人自行承担，这正是文体活动自甘冒险的根本内容。

从注意标准是对文体活动参加者行为的正面要求的角度来看，降低后的注意标准同样要求文体活动参加者在遵从文体活动基本精神的前提下，以对其他参加者负责的态度开展竞争、对抗活动，善尽文体活动中最基本的保护义务，避免实施显而易见会造成其他参加者损害的行为。从妥当分配风险的角度来讲，对文体活动注意标准的降低，是将受害人应容忍的损害风险范围从善良管理人可排除的风险扩大到文体活动的固有风险，如正常的羽毛球活动中，羽毛球击中眼睛导致损害，即便非常严重，也应由受害人自行承担，而不得苛求致害人避免造成此种损害。^{〔96〕}

就此来讲，无论是从规范目的、对最基本注意义务的客观要求，还是对文体活动参加者的主观要求来看，对降低后文体活动注意标准的违反，与一般场域中的重大过失具有内在一致性，从而第1176条所规定的“重大过失”应当解释为一般生活场域的重大过失，文体活动场域的抽象轻过失。如此解释不仅与文体活动场域的注意标准降低相吻合，而且在比较过失场合也能实现致害参加者与受害参加者之间的公平对待。在致害参加者有重大过失需承担侵权责任时，受害参加人对损害仅有抽象轻过失的，仍应对双方过错进行比较过失处理。^{〔97〕}这将导致二者在同一场域、同一事故上的注意标准不平等，即致害参加人仅对重大过失负责，受害参加人则对抽象轻过失也要负责。经由对第1176条“重大过失”的解释，加害人和受害人均同样对一般生活场域中的“重大过失”、文体活动场域的抽象轻过失负责。否则，致害参加者仅对重大过失负责的优待，与受害参加者对抽象轻过失负责的苛刻，将与公平原则相悖，也容易诱发文体活动的参加者争做致害参加人、避免沦为受害参加人的道德危机。

（三）文体活动参加者过失的衡量

将文体活动参加者的注意标准降低至避免无谓损害的程度，或者正常参加者能够被期待的注意程度，是客观类型化的过失标准。此外，在衡量文体活动参加者的过失时，还要考虑诸多因素，以求对参加者行为作更准确的评价。

文体活动本身固有风险现实化的几率、可能肇致损害的性质、损害的严重程度，对参加者

〔93〕 参见叶名怡：《重大过失理论的构建》，《法学研究》2009年第6期，第79页。

〔94〕 我国民法典除第1239条、第1240条单独规定重大过失减责外，重大过失均与故意同时出现。

〔95〕 See George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 Harv. L. Rev. 537, 548 (1972). 另参见〔美〕小詹姆斯·A. 亨德森等：《美国侵权法：实体与程序》，王竹等译，北京大学出版社2014年版，第434页以下。

〔96〕 参见北京市第三中级人民法院（2021）京03民终5483号民事判决书。

〔97〕 关于比较过失，参见前引〔33〕，王利明文，第43页。

的注意标准有较大的影响。在风险程度较高、容易造成人身伤害的文体活动中，参加者即负有较之于危险程度低、造成损害多为财产性损失的文体活动中更高的注意义务。与文体活动相关的环境也应纳入考量。例如，雨天进行的足球比赛、人满为患的滑雪场、灯光昏暗不清的舞池等，这些活动相关的环境因素无疑增加了文体活动固有风险现实化的几率，活动参加者之注意标准应随之有所提高。

文体活动参加者本身的情况，如参加者的专业化程度、参加者之间的能力对比甚至参加者是否具有特殊的认识、控制能力（障碍）等，也应当纳入考量。例如，在成年人和未成年人之间的篮球比赛中，成年人即应尽到更高的注意义务，但如果15岁的未成年人持球进攻与防守的成年人相撞受伤，在均未违规的情况下并不成立需要考量的过错；^{〔98〕}受过足球专业训练的足球教练在与业余爱好者之间的业余比赛中，负有较之业余爱好者更高的注意义务。^{〔99〕}在儿童之间的玩耍、老人参加的文体活动中，即不能按照普通成年人的注意标准要求，而仅能适用与其年龄、认识和控制能力、身体健康状况相适应的注意标准。

司法实践中，需要综合考虑文体活动本身的风险性、参加者的能力等因素，判断致害参加人是否构成过失。例如，大学校内高级别篮球锦标赛的风险显然高于普通体育课中或者业余时间作为游戏活动的篮球比赛，但参赛学生对风险的防范准备等无法与长期参加比赛的职业参赛者相比，所以对业余参赛者的犯规行为不能过于苛责。^{〔100〕}

（四）注意标准调整与严格责任的协调

文体活动参加者注意标准降低还面临另外一个非常严峻的挑战，即当适用无过错责任的具体致害事件发生在文体活动中时，究竟应贯彻无过错责任原则，还是应适用文体活动参加者自甘冒险的规则？典型为文体活动中的动物侵权，如骑马活动中的马匹对参加者人身、财产权益的侵害案件。设张某与李某相约骑马消遣，张某所骑马匹突然向后踢向李某及其所骑马匹，导致李某被踢伤。^{〔101〕}张某究竟是依民法典第1245条作为饲养人、管理人就马匹对李某造成的损害承担无过错责任，还是可依第1176条主张文体活动自甘冒险的抗辩，仅对李某的损害负重大过错责任？

关于骑马者是否属于动物侵权责任的保护对象，德国司法实践和学界主流意见持肯定态度，^{〔102〕}但包括拉伦茨、埃塞尔、多伊奇等在内的重要学者主张，骑马者自甘冒险应排除动物饲养人的责任。^{〔103〕}我国司法实践中也有观点认为，原侵权责任法第78条（即民法典第1245条）所赔偿的是“他人”之损害，不包括对马匹进行控制、管理的人员的损害，骑马行为是对马匹的管理和控制，骑马者为马匹的管理人，不适用动物侵权的严格责任。^{〔104〕}

是否符合动物侵权无过错责任的保护目的，根本上取决于所受损害是否为特定动物风险的实现所致，^{〔105〕}骑马的风险被认为属于动物风险范畴，适用动物侵权责任。^{〔106〕}因此，在德国

〔98〕 参见湖南省邵阳市中级人民法院（2021）湘05民终2011号民事判决书。

〔99〕 参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终1056号民事判决书。

〔100〕 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。

〔101〕 设例改编自贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院（2015）黔南民终字第992号民事判决书。

〔102〕 参见前引〔47〕，Looschelders评注，边码150；MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 833 Rn. 25。

〔103〕 参见前引〔55〕，多伊奇等书，第188页。

〔104〕 参见北京市第三中级人民法院（2016）京03民终3265号民事判决书。

〔105〕 参见前引〔22〕，程啸书，第711页。

〔106〕 参见前引〔47〕，Looschelders评注，边码151。

司法实践中,仅在自甘冒险而且是仅在骑马者通过操控马匹“使自己面临特殊的危险,而这种危险超出了通常与骑马或靠近马匹有关的危险”^[107]的情况下,例如驯马师驯马、体育比赛中的场地障碍、盛装舞步等,才考虑依禁止矛盾行为排除骑马者的损害赔偿请求权。但反对意见认为,只要骑马就有摔下来的风险,就应该按照自甘冒险处理,而不受动物侵权责任规则的调整。^[108]

笔者认为,我国法上的文体活动自甘冒险构造较德国法上自甘冒险的范围更为狭隘,有必要区分不同情形予以讨论。其一,我国司法实践中发生争议最多的是骑马旅游项目,通常是经营者提供马匹供游客娱乐,游客在骑马过程中受伤。这种情形属于德国法上的争议案型,但并不属于我国民法典第1176条发生于文体活动参加者之间的自甘冒险。换言之,除非马匹饲养人、管理人同时参加骑马活动(例如民间赛马),成为文体活动的参加者,否则马匹饲养人、管理人难以依据第1176条对骑乘其马匹且因马匹固有危险受伤者主张自甘冒险抗辩。

其二,司法实践中更为普遍的有偿骑马游玩、马术培训等服务过程中遭受的损害,则更多应通过租赁合同、承揽合同等考虑损害的分配方案,^[109]在构成加害给付时,也不排除通过无过错的动物侵权责任路径使受害人获得赔偿。至于骑马者是否因自甘冒险而自行承担部分损失,民法典施行前司法实践中有支持观点。^[110]笔者认为,参加具有一定风险的文体活动本身并不违反任何注意义务,不构成过错,在不能证明参加者自身具体导致其伤害发生的过错时,^[111]不能随意以参加者自甘冒险作为减轻责任的事由。

其三,在民间赛马等文体活动中,马匹饲养人、管理人同时是赛马等文体活动参加者,符合第1176条的主体范围限制,相互间可以作为文体活动参加者主张仅就故意和重大过失负责。理由在于,在马匹饲养人等人之间的赛马活动中发生的致他人损害事件,已经明显超出民法典第1245条所设定的动物风险范围,此类文体活动的举行极大地放大了固有的动物风险程度,不符合动物危险责任的保护目的范畴,而应置于文体活动这一风险分配场域处理。另外,即便认为赛马等文体活动中参加者的受害原因也来自于马匹,可以纳入动物侵权的范畴,由于该致害事件发生于文体活动中,文体活动中的动物侵权也应将第1176条作为第1245条的特别法予以优先适用。

四、风险分配视角下文体活动范围的划定

民法典第1176条仅以“具有一定风险”对文体活动这一边界极为模糊的非法律概念进行限定,鉴于风险的普遍性和立法表述的模糊性,理论与实践上对文体活动的具体范围存在不同的解释倾向,主要体现为扩张论和限制论两种立场。基于前文之考察,此两种主张均有明显缺陷,未来拟定相关司法解释时,仍应从规范目的以及文体活动风险的固有性、共同性等根本特性着手,方能更好地实现本条的社会治理目标。

[107] 参见前引[102],Wagner评注,边码26。

[108] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2. Besonderer Teil, Halbbd. 2, 13. Aufl., München: C. H. Beck, 1994, S. 617.

[109] 参见前引[102],Wagner评注,边码30。

[110] 参见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终3265号民事判决书。

[111] 参见广东省清远市中级人民法院(2021)粤18民终5507号民事判决书。

（一）活动范围划定的方向

1. 扩张论的方向错误

扩张论者认为，“具有一定风险的文体活动”过于狭窄，应将其扩展为“具有一定风险的活动”，^{〔112〕}或者通过类推适用自甘冒险将本条适用范围扩张到文体活动之外的爬树采摘杨梅、在高楼楼顶做极限挑战、冰面遛狗等自伤案件。^{〔113〕}

在民法典第1176条作出明确的立法选择，将适用范围从民法典草案二审稿的“具有危险性的活动”限缩为“具有一定风险的文体活动”的背景下，背离清晰明确的立法政策，逆转制度设计方向，不符合法教义学和解释论的基本立场，为本文所不采。

至于通过类推适用将本条适用范围扩张至文体活动之外的其他活动的主张，一方面似与类推适用以开放型法律漏洞为填补对象^{〔114〕}相悖，立法者非常明确地将文体活动之外的广义自甘冒险行为排除，并不存在“违反制定法计划”的不完整性^{〔115〕}这一漏洞。实际上，受害人自伤案件中根本就不存在加害行为、因果关系、过错等责任构成要件，适用民法典第1165条第1款足以处理。另一方面，类推适用的基础在于两个事实彼此之间的类似性，^{〔116〕}但这些自伤案件与文体活动自甘冒险之间并不存在类似性。

2. 限制论的立场错误

考虑到第1176条所规定的“一定风险”和“文体活动”均较为模糊，其适用范围容易过于宽泛，导致受害者不能获得应得的赔偿，理论和实务上多倾向于对该规定作限制性处理，以防止自甘冒险全有全无规则的泛滥。具有代表性的限制论观点，主要是从文体活动的危险程度、活动规格两个方面着眼。

危险程度限制论主张，应将文体活动限于体育比赛及其他与之相似的文化体育活动，且各参加者间须有身体对抗或协同，^{〔117〕}也有主张应将文体活动解释为包括直接和间接的正当身体接触的文体活动，^{〔118〕}或直接打击身体、间接触碰或者其他物品伤及身体的活动。^{〔119〕}活动规格限制论主张，文体活动仅限于正式比赛或活动，而排除培训、教学、排练等活动。^{〔120〕}在竞技性体育活动和群众性体育活动中，自甘冒险规则仅适用于竞技性体育活动。^{〔121〕}“具有一定风险的文体活动”应是具有一定比赛规则、为公众认可的体育活动，不包括户外探险活动、

〔112〕 参见杨立新：《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》，《东方法学》2021年第4期，第113页。

〔113〕 参见曹巧峤、赵韶峰：《民法典自甘风险规则的解釋论研究》，《河北法学》2023年第1期，第198页以下。

〔114〕 参见前引〔12〕，拉伦茨书，第479页。

〔115〕 同上书，第469页。

〔116〕 同上书，第479页。

〔117〕 参见前引〔2〕，周晓晨文，第43页。

〔118〕 参见前引〔11〕，杨代雄主编书，第1016页；石记伟：《自甘风险的法教义学构造》，《北方法学》2022年第1期，第157页以下。

〔119〕 同上引石记伟文，第157页以下。

〔120〕 关于主张事前培训或者模拟排练活动风险可控不适用自甘冒险的观点，参见北京市第二中级人民法院（2019）京02民终12650号民事判决书。该案一审法官的评析文章，参见陈贝、范欠歌、孙跃：《在培训机构训练中受伤不适用自甘冒险规则》，《人民司法（案例）》2022年第2期，第77页。另参见前引〔6〕，王利明文，第5页；前引〔23〕，杨立新等文，第4页。

〔121〕 以非竞技性体育运动不支持自甘冒险抗辩的裁判，参见浙江省绍兴市柯桥区人民法院（2017）浙0603民初6215号民事判决书；天津市第一中级人民法院（2018）津01民终6258号民事判决书。

娱乐性冒险活动。^[122]也有学者认为,应从活动空间、时间、性质和内容等角度,确定文体活动的边界。^[123]

就危险程度而言,文体活动中的风险区别于日常生活风险和高度危险侵权风险是学界共识,^[124]但以对抗性较强^[125]甚至人身伤害风险为限,^[126]尤其是“风险大者免责,风险小者负责”的逻辑,令人费解。按照举重明轻的当然解释方法,风险大者免责,风险小者亦当免责;从社会导向来看,这种限制将导致风险虽大但免责的极少数活动得到推广,而真正为数众多的低风险不免责活动受到压制。此外,实践中常见的文体活动自甘冒险多以人身损害为典型;但从促进文体活动正常开展的规范目的出发,并无任何正当理由将具有财产损害固有风险的活动排除于适用范围之外。司法实践中,对因帆船赛期间游艇碰撞所致财产损失,法院也同样正确地适用本条自甘冒险规则处理。^[127]

活动规格限制论虽直接体现为活动规格方面的考量,但其底层逻辑依然在于活动风险。主张文体活动仅限于竞技性体育活动之理由在于,其残酷性和风险性高于群众性体育运动;^[128]而排除非正式活动的理由也在于,日常训练、练习活动的风险往往是可控的;^[129]排除群众性体育运动的理由还在于,其缺少类似竞技性活动的应对风险保护措施和保险等分担运动伤害风险的保障机制。^[130]

风险程度高并非限制理由,已如前述。可控的风险不应纳入文体活动自甘冒险范畴,但不能因其为培训、教学、排练以及群众性健身活动,就否认其客观存在的对抗性和人身危险性。^[131]群众性体育运动中,参加者同样会为了竞争而发挥自身最大潜力,争夺性、竞争性必然存在。^[132]至于群众性体育运动之应对风险保护措施、损害分散机制的缺乏状态之改善,反倒是可以通过将其纳入自甘冒险免责范畴,引起参加者的重视而得以实现。况且,何为群众性体育活动,并无明确界定,司法实践中也有法院将篮球、^[133]足球、^[134]气排球、^[135]羽毛球、^[136]滑雪,^[137]甚至饲养信鸽、信鸽放飞^[138]作为群众性体育活动对待。依此划定文体活动范围,实不可取。

[122] 参见前引〔24〕,张素华等文,第86页。

[123] 参见前引〔10〕,徐涤宇等主编书,第1231页。

[124] 参见前引〔11〕,邹海林等主编书,第130页;前引〔23〕,杨立新等文,第3页。

[125] 参见前引〔18〕,黄薇主编书,第47页。

[126] 身体对抗、协同、身体接触等论者,其背后的考量应是将文体活动风险限于人身伤害风险。参见前引〔2〕,周晓晨文,第43页。

[127] 参见广东省高级人民法院(2019)粤民终635、636号民事判决书。

[128] 参见广东省惠州市惠城区人民法院(2015)惠城法民一初字第2013号民事判决书。

[129] 参见前引〔6〕,王利明文,第5页;前引〔23〕,杨立新等文,第4页。

[130] 参见广东省惠州市惠城区人民法院(2015)惠城法民一初字第2013号民事判决书;广东省深圳市龙岗区人民法院(2018)粤0307民初3304号民事判决书(该案二审纠正了这一区分)。

[131] 参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2018)川0191民初12581号民事判决书。但该一审判决为二审推翻,二审采纳了竞技性与群众性的区分。参见四川省成都市中级人民法院(2019)川01民终12505号民事判决书。

[132] 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终7720号民事判决书。

[133] 参见福建省龙岩市中级人民法院(2019)闽08民终1199号民事判决书。

[134] 参见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。

[135] 参见云南省高级人民法院(2019)云民申3767号民事裁定书。

[136] 参见河南省平顶山市中级人民法院(2014)平民三终字第69号民事判决书。

[137] 参见吉林省白城市中级人民法院(2016)吉08民终1304号民事判决书。

[138] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01行终191号行政判决书。

活动规格限制论与正式活动限制较为相似的是，对文体活动要求有明确的比赛规则。^[139]我国各地存在的拔河、^[140]跳绳、顶牛、跳马、扛腿（斗鸡）、跳皮筋、丢沙包、跳房子、踢毽子、扳手腕、^[141]摔元宝、打雪仗、老鹰抓小鸡、^[142]碰碰车、^[143]真人CS、模拟战斗游戏等文体活动，较之篮球、足球等具有官方认可规则的体育活动，的确欠缺明确的活动规则，但是否因此将这类活动排除出文体活动范畴，需从活动规则是否为“具有一定风险的文体活动”之质的规定性及其规范功能出发予以审视。

从促进文体活动正常开展的规范目的来看，民法典并未将文体活动限于具有明确活动规则者，有利于身心健康甚至只要不为法律所禁止者，^[144]均可纳入其中。在处理体育运动侵权案件中，德国司法上发展出来的禁止矛盾行为理论，确实以明确的具有保护功能的规则为前提。^[145]但之所以如此，是因为该理论针对的受害人在先表示同意而后又主张侵权的，正是其他参加者可能造成损害的合乎活动规则的行为。^[146]但如前所述，禁反言理论存在过度拟制缺陷，作为该理论的逻辑前提亦无继续坚持的必要。另一方面，活动规则的首要性质是运动内部行为规范和制裁准则，主要目的是确保比赛的正常进行，即便违反保护参与者固有利益的规则，也并不必然构成侵权行为。^[147]活动规则在文体活动自甘冒险中发挥的规范功能仅在于，辅助判断致害参加人是否制造了额外风险而具有重大过失或故意。要求文体活动必须具有明确活动规则，有颠倒主次、削足适履之嫌。再者，将没有明确活动规则的文体活动排除出本条适用范围之外，相关的侵权纠纷处理将延续以往的做法，“将受伤一方视为弱者而要求另一方给予一定的补偿、赔偿，这种‘和稀泥’的做法使公众对于社会价值的判断处于‘混沌’的状态，对于‘对’和‘错’的判断不明晰”，^[148]而这种不良后果正是文体活动自甘冒险规则所旨在改变和正在改变的。

（二）“具有一定风险的文体活动”之司法解释建议

民法典侵权责任编司法解释2022年6月11日讨论稿第15条拟规定：“具有一定风险的文体活动，是指篮球、足球、拳击、赛车、赛马、团体操、群体舞、户外探险等风险性或者对抗性较强、对活动参加者自身条件有一定要求的文艺和体育活动。”^[149]这一规定采取了“示例+概括”的定义式规范模式，为司法实践部门清晰界定“具有一定风险的文体活动”提供了较为明确的思路。该规定对文体活动提出了两个方面的要求：其一，风险性或者对抗性较强；其二，对活动参加者自身条件有一定要求。结合前文研究，该规定尚有改进余地。

将文体活动限于风险性或者对抗性较强的范围，存在“风险大免责而风险小负责”的逻

[139] 参见前引〔24〕，张素华等文，第86页。

[140] 参见四川省宜宾市中级人民法院（2017）川15民终770号民事判决书。

[141] 参见陕西省宝鸡市中级人民法院（2017）陕03民终193号民事判决书。

[142] 参见江苏省徐州市中级人民法院（2019）苏03民终8737号民事判决书。

[143] 参见辽宁省大连市沙河口区人民法院（2021）辽0204民初3631号民事判决书。

[144] 王泽鉴先生对摔跤游戏即持此种态度。参见王泽鉴：《摔跤游戏之违法性》，载氏著：《民法学说与判例研究》第1册，北京大学出版社2009年版，第171页。

[145] 参见前引〔66〕，罗歇尔德斯书，第371页。

[146] 同上。

[147] 参见前引〔81〕，Looschelders文，第271页。

[148] 吉林省高级人民法院发布10起民商事典型案例之二：孙某诉李某侵权责任纠纷案，【法宝引证码】CLI.C.502854357。

[149] 2023年3月29日的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）（征求意见稿）》并未纳入该条，但鉴于未来尚有在此基础上出台司法解释的可能，本文依然以此为讨论基础。

辑缺陷。而且,进入司法程序的文体活动意外事故,无论是气排球、羽毛球,还是老鹰抓小鸡、扳手腕等,大多发生了严重的人身伤害甚至死亡,^[150]又如何判定案涉文体活动风险较强还是较弱?风险大小、对抗强弱,并非厘定文体活动自甘冒险适用范围的根本,自甘冒险规则指向的是文体活动的固有风险。

“对活动参加者自身条件有一定要求”与“具有一定风险的文体活动”并无内在关联,无法发挥筛选作用。例如,只要四肢健全就可以参加足球、篮球等典型的风险性文体活动,那么足球、篮球是否对活动参加者自身条件没有要求而不属于具有一定风险的文体活动,抑或是四肢健全即为足球、篮球运动对参加者自身条件的要求?如果是前者,那么本条所列举的文体活动除了赛车、赛马之外,将无一例外被排除出第1176条的适用范围。如果是后者,那么除了将残疾人排除之外,类似四肢健全、身体健康、精神正常之类的参加者自身条件要求,对于本条的解释适用没有任何意义。

法律概念仅具有规范价值,而无描述事实的叙事价值。^[151]对“文体活动”的界定,本质上是在何种范围内通过自甘冒险规则分配活动风险的价值判断问题。对“具有一定风险的文体活动”的界定,应基于目的性考虑,经由取舍使得保留特征为充分必要特征,以符合第1176条的规范目的,减轻司法裁量负担。以此为出发点,建议将其界定为“始终存在由两个或两个以上参加者共同制造、共同面对的导致人身财产损害风险”的文体活动,以实现法律概念定义之本来功能。另一方面,文体活动本身是第1176条采取自甘冒险方案的特殊场域,其特殊性是这一风险方案的根本正当性所在,为此文体活动的娱乐社交、风险喜好等特殊属性为其决定性特征,故建议将其界定为“为休闲娱乐、体育锻炼、竞技挑战等目的开展的活动”。

至于示例性列举,一方面需符合上述对文体活动的抽象界定,另一方面应在司法实践中具有典型性。讨论稿中“团体操、群体舞”虽不排除构成“具有一定风险的文体活动”之可能,但实践中的典型情形是参加者因自身原因受到伤害,而非其他参加者的行为致害,故不建议列举,以免不必要的误导。为避免群众性、对抗性以及无比赛规则活动是否属于文体活动之争议,建议分别就对抗性、协调性、正式性以及无明确活动规则者作较为全面的列举,故建议列举活动为“足球、滑雪、赛马、武术、舞蹈、踢毽子等”。

综上,建议将来的司法解释条文拟定为:“具有一定风险的文体活动,是指足球、滑雪、赛马、武术、舞蹈、踢毽子等为休闲娱乐、体育锻炼、竞技挑战等目的开展,始终存在由两个或两个以上参加者共同制造、共同面对的导致人身财产损害风险的活动”。

结 语

法学史上,自甘冒险能否作为独立的免责事由及其正当性根据,存在较大理论争议。晚近以来,将自甘冒险纳入比较过失、与有过失制度中处理,逐渐成为理论和实践的主流。我国民法典另辟蹊径,将自甘冒险的三种典型情形分而治之。第1176条直接针对危险活动型自甘冒

[150] 参见北京市丰台区人民法院(2017)京0106民初2518号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2021)京03民终5483号民事判决书。

[151] 参见前引[12],黄茂荣书,第67页。

险作出规定,危险搭乘型自甘冒险则纳入第1217条的调整范围,而第1243条特别处理了擅入险境型自甘冒险的责任承担问题。民法典对三种典型自甘冒险的论题式处理,无心插柳地获得了特别的体系化效益,避免了自甘冒险一般条款可能存在的正当性基础各异、构成要件不一和全有全无效果的僵化,而其实际效果又大致和与有过失的法效果相吻合,值得肯定。

以娱乐社交性和风险喜好性为特点的文体活动构成特殊的风险分配场域,其具有固有性、共同性的风险应通过注意标准调整进路予以分配。对降低后文体活动注意标准的违反,与一般生活场域中行为人的重大过失具有内在一致性。基于此呈现的民法典第1176条,在具体判断文体活动参加者是否存在重大过失时,仍要回到文体活动中注意标准降低至避免无谓损害的程度。唯其如此,才能在真正实现文体活动自甘冒险规则维护和促进文体活动开展的规范目的之同时,体认法律在文体活动领域内避免过度干预、承认社会交往规则与社会自我调适的意义。

Abstract: Recreational and sports activities constitute a special area for risk allocation provided by Chinese Civil Code. However, due to the special features of recreational and sports activities in risk appetite, socialization and entertainment, traditional considerations for risk allocation such as creation and control of risks, avoidance and dispersion of risks, cost and benefit, as well as trust protection have failed to work in this area. Some participants who place themselves in a dangerous situation in recreational and sports activities have no intention to bear the loss or to release the liability of other parties, thus the conclusion of exemption based on the voluntary participation of the injured party cannot be made. The decisive factor for risk allocation in recreational and sports activities is the inherent and common nature of the risk itself. Adopting a lower standard of care in this area to avoid unnecessary damage is more in line with the essence of this special nature. The lowering of the standard of care for recreational and sports activities is legislatively manifested as responsibility for gross negligence. Therefore, when determining whether gross negligence is constituted in the judicial process, the court should consider whether the inflicting parties have failed to exercise the duty of care to avoid unnecessary damages in the context of the specific recreational and sports activity. The theories of expansion or limitation of the scope of recreational and sports activities both fail to consider the special nature of the risk of recreational and sports activities, which should be considered when delineating the application scope of the rules of assumption of risk in the recreational and sports activities provided by Article 1176 of Chinese Civil Code.

Key Words: assumption of risk, recreational and sports activities, duty of care, gross negligence, allocation of risk
