【侵权法】

论受害人自甘冒险

王利明

【摘　　要】我国民法典侵权责任编草案二审稿第954条确认了自甘冒险规则，具有重要的现实意义。但是，该规则没有严格区分自甘冒险与受害人同意，且将其作为免责事由，缺乏对构成要件的严格限制，需要作出进一步的完善。尤其是考虑到自甘冒险情形的特殊性，应当将其适用比较过失规则，而不宜简单地将其规定为免责事由。此外，关于自甘冒险活动中组织者的责任，也应当区分不同情形而确定组织者是否违反安全保障义务，并应当承担责任。

【关 键 词】自甘冒险；过失相抵；免责事由

【作者简介】王利明，中国人民大学教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，法学博士。

【原文出处】《比较法研究》（京），2019.2.1～12

【基金项目】本文是国家社科基金重大课题“人格权保护立法研究”（项目批准号：18ZDA143）的研究成果。

一、引言

所谓受害人自甘冒险（assumption of risk，Handeln auf eigene Gefahr，acceptation desrisque），是指受害人已经意识到某种风险的存在，或者明知将遭受某种风险，却依然冒险行事，致使自己遭受损害。比较法上普遍承认自甘冒险是免除行为人责任的一项事由。[①]我国民法典侵权责任编草案二审稿第954条之一规定：“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。”该规定确认了自甘冒险作为一项免责事由，其意义在于：一方面，有利于鼓励人们参与具有一定危险性的活动。在现实生活中，许多正常活动尤其是体育活动（如踢足球、拳击等），具有一定的危险性，容易发生伤害。如果一旦发生伤害事故，该活动的组织者或活动参与人就需要承担责任，如此不仅徒增纠纷，而且会使得人们望而却步，学校等机构也难以开展正常的对抗性较强的体育等活动。另一方面，有助于保障人们的行为自由，尤其是参与体育运动、旅游探险等活动的自由。按照草案上述规定，只要行为人没有故意或重大过失，就可以免责，这就使民众可以放心地从事这些活动，保障个人的行为自由。此外，该规则的确立也有利于司法审判中妥当处理纠纷。在我国司法实践中，经常发生因体育运动等发生伤害，被告如何承担责任，司法裁判不太统一，且缺乏明确的法律依据。但是，自甘冒险能否归入受害人同意这一免责事由中？自甘冒险的构成要件以及法律效果如何？等等，均必要在法律上作出进一步探讨。有鉴于此，本文拟对自甘冒险谈一点粗浅的看法。

二、民法典侵权责任编有必要区分自甘冒险与受害人同意

我国民法典侵权责任编草案并未将受害人同意规定为独立的抗辩事由，有一种观点认为，自甘冒险在性质上属于受害人同意，因而，可以以自甘冒险规则代替受害人同意规则。笔者认为，此种观点是值得商榷的。诚然，从比较法上来看，一些国家的判例、学说认为，自甘冒险不是独立的抗辩事由，而是受害人同意的特别内容。[②]所谓受害人同意，是指受害人对他人实施的造成自己损害的行为通过明示或

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

默示的方式表示同意。[3]法谚有云:“自甘风险者自食其果(volenti non fit iniuria)。”这一古老的规则一直流传至今。一些国家的法律将自甘冒险和受害人同意等同对待,因为原告的行为表明其自愿接受了损害的发生。

“自甘风险”规则虽然最早起源于英美法,但普通法一直没有将自甘冒险与受害人同意区分开。霍姆斯指出,“人们必须要为其自己从事的行为承担风险(a man acts at his peril)”,普通法的侵权法原则应当是“谁造成事故的损失,就由谁承担责任”,即便有人因该原则而遭受不幸,也不失其真理性。[4]而受害人的自甘冒险行为表明其自愿承担某种风险,因而受害人应该承担该危险造成的结果。普通法系国家并没有严格区分所谓自食其果(volenti non fit iniuria)和自甘冒险(voluntary assumption of risk),认为这两者之间并无实质性的区别。自甘冒险表明受害人自愿地或者在完全了解危险的情况下承担损害后果,因此,可以导致被告被免责,例如,Letang v. Ottowa Electric Ry. Co.一案中,法院认为原告完全认识到他承受的风险的性质和内容而默示同意接受这一伤害(with full knowledge of the nature and extent of the risk he ran, impliedly agreed to incur it),因此应自担损害。[5]但是近几十年来,这一观点也受到了批评,因而逐步被比较过失的规则所替代,即依据受害人与加害人的过错程度而确定责任。[6]

德国法早期认为,自甘冒险是默示合意免除责任,但法院以后解释认为其应属于受害人允诺,具有阻却违法性,近几十年来则强调自甘冒险应适用与有过失的规则。[7]例如,德国联邦最高法院1961年的一项判决认为,自甘冒险并不能阻却加害人行为的违法性从而免除其责任,应该适用与有过失。[8]德国判例学说普遍认为,自甘冒险与受害人同意存在区别。它应当属于与有过失的问题,依据《德国民法典》第254条的规定来减轻或者免除被告的责任。[9]德国学者Lange认为,受害人承诺不仅要考虑自甘冒险的构成要件,还需要判断受害人是否有放弃法律对其给予的保护的意思,进而同意加害人对其权益进行侵害。因而构成自甘冒险不一定当然构成受害人同意。[10]

应当看到,自甘冒险与受害人同意在一定程度上确实具有相似性。在受害人同意的情形下,受害人通过明示或默示的方式,对某种特定的针对自身的损害作出了同意,而在自甘冒险的情形下,受害人自愿承受了某种风险,也意味着其自愿接受对自己造成的损害。由于这一原因,两者之间难以区分。但从法律上看,受害人同意和自甘冒险仍然是存在明显区别的,主要表现在:

第一,适用领域不同。受害人同意可以广泛适用于一般的行为与活动,只要行为人实施行为获得了受害人同意,如果此种同意不违反法律和公序良俗,则均可产生免责效果;典型的例如医疗诊疗行为,可能对患者造成一定伤害,但是如果患者事先作出了知情同意,则医疗机构可以免责。但是,自甘冒险则主要适用于一些特定的领域,通常是具有危险性的竞技活动或者体育、娱乐(如冲浪、攀岩、乘坐过山车)、探险等活动。

第二,受害人对发生损害后果的知情程度不同。在受害人同意的情形下,受害人就损害的发生以及损害的性质等一般是知情的。也就是说,受害人知道了给自己造成的损害风险,并且同意他人给自己造成损害。但是在自甘冒险的情形下,受害人常常只是意识到存在某种风险,但其并不能准确地判断此种风险能否产生损害后果、产生多大的损害后果。例如,在爱尔兰的一个案件中,被告驾驶一辆赛车,邀请一位副驾驶员坐在自己的座位旁,但其在车上竖了一个牌子,上面写道:“副驾驶员风险自负”,后来该赛车发生事故,副驾驶员受到伤害,法院认为,被告在竖上这个牌子时并没有告诉副驾驶员,副驾驶员对此并不知情,因此,被告应当承担赔偿责任。[11]可见,如果受害人并不知情,不能全部承担损害后果。当然,在特殊的情形下,如果受害人对损害后果的发生能够准确判断,并仍然愿意承担此种风险,则会导致行为人的免责。

第三,损害的发生是否符合受害人的意愿不同。在自甘冒险的情形下,受害人并没有明确地同意承受因参与危险活动而产生的损害,甚至该损害的发生与受害人的意愿是相违背的。在自甘冒险中,受害人虽然意识到一定的危险的存在,甚至也可

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

能愿意承担这种风险，但其并不是真正希望承担对自己的损害后果，其可能是愿意冒风险，但不一定愿意受损害。[12]例如，在上述醉酒驾车案中，受害人对损害的发生主观上存在一定的侥幸心理，而非明确同意承受该损害后果。所以，不能认为受害人明确同意愿意承受损害后果。但在受害人同意的情况下，损害的发生是符合受害人的意愿的。

第四，受害人是否以明示或默示的方式自愿处分了自身的权益不同。在受害人同意的情形下，受害人必须通过明示或默示的方式表达了自愿承受相关损害的意思，同时，对自己权益自愿作出了处分，自愿接受他人对自己的人身和财产造成的损害，从而放弃了法律对自身的保护。[13]受害人以明示或默示的方式表示作出此种处分行为，也是私法自治原则的体现，只要不违反法律的规定和公序良俗，此种处分在法律上就应当是有效的。[14]但自甘冒险中，受害人并没有作出自愿接受损害后果的意思表示。有人认为，自甘冒险等同于默示同意，如果某人自愿参加某种特殊的或者典型的危险活动，如足球、拳击、射击或者观看摩托车大赛，就应认为此人默示地免除了相对方的责任。实际上，在自甘冒险的情形下，损害的发生并不符合受害人的意愿，受害人对损害的发生甚至是排斥的。其只是意识到自身可能遭受的风险，但并没有作出自愿承受损害后果的意思表示，也并未放弃法律对自身的保护。也就是说，在自甘冒险的情形下，并非当然表明受害人同意他人造成对自己的损害，受害人并没有对自身的合法权益进行处分，放弃法律对自己的保护。

第五，法律效果不同。受害人同意是一种免责事由。在受害人同意的情形下，即使造成了对受害人的损害，行为人将被免责。《欧洲侵权法原则》第7：101条第4款规定，受害人同意承担受损害的风险，可导致行为人被免责。而在自甘冒险的情形下，比较法一般认为，应适用比较过失原则，因为自甘冒险，只是表明受害人对损害的发生具有一定的过错，并不当然能够免除行为人的责任，是否能够免责，还需要考虑行为人的过错程度(如是否具有故意或重大过失)、所从事的活动的危险程度、受害人对危险所导致的损害后果的预见程度等予以判断。虽然我国民法典侵权责任编草案承认自甘冒险为一种免责事由，但正如笔者在后文所指出的，并非所有的自甘冒险都属于免责事由，其还可能是减轻责任的事由。例如，受害人从事踢球等活动，而某个踢球者违反规则故意伤害受害人，也不能完全免除行为人的责任。再如，组织从事某种危险活动的人在组织过程中存在过错，也应当分担受害人所遭受的损失。因此，自甘冒险的法律效果与受害人同意是不同的，否则可能不利于对受害人的保护。

在我国《侵权责任法》的制定中，关于自甘冒险是否应当作为免责事由，学界一直存在争论。其中一种观点就认为，自甘冒险应当纳入受害人同意之中，而不能成为独立的抗辩事由。我国《侵权责任法》在第三章关于不承担责任和减轻责任中并没有规定自甘冒险，《民法典侵权责任编草案》在总结司法实践经验的基础上，从有利于保护行为自由、鼓励人们从事一些必要的危险活动出发，确认自甘冒险是免责事由，但即便在承认自甘冒险可以成为免责事由，也不宜将其与受害人同意相混淆，鉴于目前草案并没有规定受害人同意，因此，笔者建议，我国民法典应当单独规定受害人同意规则，而不宜以自甘冒险规则替代受害人同意规则，尤其是鉴于自甘冒险不同于受害人同意，与受害人同意不同，自甘冒险只是减轻或免责的事由，如果混淆自甘冒险和受害人同意，可能会不适当地扩张其适用范围和法律效果，甚至可能导致该规则被滥用。当然，在受害人同意的情况下，受害人所同意承受的危险必须通过严格解释而限定于特定的危险，因为受害人同意构成了受害人权利的放弃。[15]

三、民法典侵权责任编应当进一步限定自甘冒险作为免责事由的要件

自甘冒险之所以作为一种独立的抗辩事由，重要原因之一在于其具有不同于受害人同意、共同过错等独立的构成要件。例如，受害人同意中，要求受害人具有作出同意的意思表示，而在自甘冒险中，受害人只是意识到相关的风险，但并没有作出同意的表示。正如冯·巴尔所指出的，进入运动场参加比赛的人，并不意味着同意他人将自己的腿踢断。[16]受害人同意参加比赛，并不能视为其同意承担他人违反

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

游戏规则、实施故意攻击行为或者违反公平竞赛精神的行为所引发的风险。[17]与受害人同意不同,"'自负风险'的概念是建立在受害人自愿且充分了解其可能遭受的损害的基础之上的。正是因为这一原因,受害人也免除了行为人预防相关风险的义务。自负风险的概念也意味着受害人从一开始就享有是否与行为人发生关联的选择权。"[18]在实践中,自甘冒险经常与共同过错、受害人同意等相混淆,所以,明确自甘冒险的构成要件,对正确处理此类案件也是十分必要的。

民法典侵权责任编草案二审稿第954条之一规定:"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"。该条规定将"自愿参加具有危险性的活动受到损害",作为免除行为人责任的要件,是十分必要的。所谓自愿,是指受害人并非在他人强迫之下参与了危险性的活动,而是基于自主的意思而参与该活动。所谓参加,通常是指受害人自愿从事某种危险活动,或者使自己陷入危险的境地。受害人自愿参加危险活动,是构成自甘冒险的最本质要件。但是,考虑到完全免除行为人的责任确实是比较重大的法律效果,对受害人而言,将因此无法获得任何补救。虽然上述规定揭示了自甘冒险的核心要件,但并没有就自甘冒险的免责构成要件作出明确界定。也就是说,在何种情况下,自甘冒险才能产生免除行为人责任的效果,还需要进一步完善。由于自甘冒险作为免责事由对受害人的利益影响较大,因此,应当严格限定其适用条件。笔者认为,自甘冒险在构成要件方面还需要进一步完善如下内容:

第一,受害人必须完全意识到特殊活动的异常风险。在现代社会,许许多多的活动都有一定的危险。例如,搭乘他人的摩托车,后来因交通事故,搭乘人受伤。再如,在"好意同乘"的情形,受害人因交通事故受伤。有人认为,在这些情形都可以适用自甘冒险的规则。笔者认为,自甘冒险中的风险,并非是这些日常生活中一般活动的风险,不能将自甘冒险制度的适用领域过于泛化,否则,受害人参与任何具有风险的活动都要自担风险,显然对其不公平。比如在"好意同乘"中的风险仍然属于生活中的一般风险,搭乘所有交通工具出行都会面临一定的风险,不能因此认为所有乘坐交通工具遭受损害均适用自甘冒险。自甘冒险中的风险,说到底,是针对一些特殊活动的异常风险。只是这些风险是否必然造成损害是不确定的,但是受害人针对这些风险,仍然享有一种是否承受的选择权,[19]在这一点上,受害人的意志是自由的,其并没有受到他人的强迫。也正是因为受害人自愿选择参与这类危险活动,因此,其应当对自己的行为后果负责,这也是对自己行为负责原则的当然引申。

在法律上应当对"具有危险性的活动"的内涵作出明确限定。笔者认为,其应当具有如下特点:一是它应当是指极易发生危险的、具有内在的、固有的危险性的活动。在社会一般人看来,从事此种活动容易引发此种危险。例如,拳击、踢足球、爬野山、冰上空中技巧运动、进入无人区探险等。二是这种固有的危险造成人身伤害的可能性极大。例如,打篮球也可能会受伤,但是和拳击等相比,其造成人身伤害的可能性相对较小。三是对此种危险活动造成损害,可以为社会一般人所认知。另外,从比较法的经验来看,自甘冒险通常适用于正式的比赛或活动,而排除培训、教学、排练等活动;因为事前培训或者模拟排练活动毕竟不同于最后的正式比赛,其风险往往是可控的,因此,不应该允许相关组织者主张自甘风险而免除责任。[20]如果发生损害,应适用侵权法其他的制度(如教育机构的责任等)予以解决,以防止自甘冒险制度被滥用。所以,民法典侵权责任编草案应当对危险活动作出具体界定,如此才有利于法律的适用。

第二,受害人自愿参与了极可能造成损害后果的危险活动。自甘冒险本身是一个比较宽泛的概念,在此,要区分作为责任免除还是责任减轻的事由,如果作为免责事由,则必须是受害人自愿承受风险所致的损害。例如,受害人赶马车去被告的石灰厂装石灰时,前方正在爆破岩石,并且设置了明显的危险警示标志,但受害人仍穿越危险区,后被点炮后飞散的碎石渣砸伤。再如,受害人明知驾驶人醉酒,仍然坚持搭乘其汽车,最后发生事故。该案中,虽然受害人明知驾车人醉酒,意识到这种风险,但是,醉

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

酒与发生事故之间只是一种或然关系，受害人仍然心存侥幸。因为考虑到危险发生具有较大的可能性，因此，可以认为他具有自甘冒险的意愿。但如果损害发生的可能性比较低，受害人即便参与，也不能认为当然是自甘冒险。不能认为，只要受害人认识到了危险的存在并从事了某种行为，就认为受害人是自甘冒险，从而应减轻或免除行为人的责任，需要通过危险活动发生损害的概率来判断；概率越高，表明其自负风险的可能性越大。

问题在于，在自甘冒险的情形下，受害人的过错是否包括故意？笔者认为，受害人自负风险虽然表明受害人具有过错，但不能把受害人自甘冒险与受害人故意等同起来，其原因在于：一方面，在受害人故意的情形下，表明其造成损害结果的行为具有明确的指向，即知道其行为会发生何种结果，并希望此种结果的发生。而一般来说，在自甘冒险的情况下，受害人并不追求损害结果的发生，他仅是意识到损害的发生可能性，但并没有去积极追求损害自身的结果。在受害人故意的情形下，受害人是积极追求相应的损害后果；而在自甘冒险的情况下，受害人虽然意识到危险的存在，但可能并不知道危险造成损害的概率、特定的损害后果，或虽意识到危险存在但并不希望损害后果产生，或者其客观上认为该危险可以避免或者消除，[21]其对损害的发生通常持有排斥态度。在许多情况下，自甘冒险者只是预见到了造成损害的可能性，但并不能准确认识到该行为一定给自己造成损害，并且受害人主观上是避免给自身造成损害。所以，自甘冒险一般不像受害人故意那样积极追求或放任特定损害后果的发生。另一方面，受害人的故意行为都是自愿行为，即受害人完全按照自己的意志从事某种行为。而自负风险的行为不一定是自愿的，有时甚至对受害人来说是不情愿的。此外，在受害人故意的情形下，加害人虽然也可能采取措施避免损害的发生，但要避免损害的发生往往是困难的。例如，受害人故意撞向行为人高速行驶的车，行为人无法及时避免损害。而在受害人自甘冒险的情形下，加害人常常可以采取某种措施避免损害的发生。因此，在受害人故意的情形下，行为人通常可以免责，而在受害人自甘冒险的情形下，应当从案件的具体情况出发，审慎地认定双方当事人的过错和过错程度，以决定责任和责任范围，通常不会免除行为人的责任。

第三，受害人的损害与其过错之间存在一定的因果关系。此处的因果关系是损害发生的因果关系，而非损害扩大的因果关系。在自甘冒险的情形下，受害人对损害的发生具有一定的选择权，按照社会一般经验考察，如果将受害人的行为从损害发生的因果链条中完全排除，其他条件不变，而损害后果仍然发生时，那么，应当认定，该行为与损害后果之间并不存在因果关系；如果将其排除，损害后果就不会发生，则其与损害后果之间就存在因果关系。[22]但在自甘冒险的情形下，如果受害人选择该冒险行为，则将使自己产生损害后果，反之，如果其没有选择该冒险行为，则发生了此种损害后果，这也意味着，受害人的行为与损害后果之间存在因果关系。例如，受害人明知行为人醉酒，仍然搭其车回家，后因发生交通事故而使自己遭受损害，此种情形下，受害人的自甘冒险行为与损害后果的发生就具有一定的因果关系，也就是说，如果受害人没有选择自甘冒险，则不会发生相应的损害后果。在自甘冒险中，受害人只是对于损害的发生具有过错，且该过错行为与损害结果存在相当因果关系。如果受害人只是对损害结果的扩大具有过错，而对于损害的发生本身没有过错，那么就不应减轻或免除行为人的责任。

第四，行为人并非出于故意或重大过失造成了受害人的损害。民法典侵权责任编草案二审稿第954条之一规定："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。"在该规定中，也确定了行为人对损害的发生有故意或重大过失的，不适用自甘冒险的规则。在自甘冒险的情形下，行为人也可能具有一定的过错，甚至是故意或重大过失。对此，应当区分不同的情形确定法律后果。例如，在踢足球时，某人故意将他人的腿踢断，此种情形属于故意侵权，而不再是过失相抵。但仅仅是因为犯规而致他人受伤，并非出于故意或重大过失，则仍然可以适用过失相抵。在德国等国家的一些判例中，足球运动员参与足球比赛，可以被认

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

为是自愿承担了风险，也有人认为，这是对其将来遭受的损害作出了默示的同意，但这并不包括，根据比赛规则来看，无论在性质上还是规则上都是反常的比赛，如故意踢伤他人，则仍然应当承担责任。[23]在行为人具有故意或重大过失的情形下，即便受害人自愿承担风险，行为人仍应当负责。一方面，自甘冒险中，受害人所愿意承担的风险只是活动本身的正常风险，并不包括活动中他人故意或重大过失的侵害行为所带来的损害。故意或因重大过失侵权导致损害，已经不属于活动内在的危险，而是行为人借活动之机，故意或基于重大过失伤害他人。所以，对于此类侵权行为必须要求行为人承担完全的责任，从而实现预防损害发生的目的。也就是说，在行为人故意或者重大过失的情形下，造成受害人损害的原因已经不完全是受害人所自愿承担的风险，此时，对于超出受害人自愿承担风险之外的原因所造成的损害，行为人仍应当承担责任。另一方面，行为人对其过错行为承担相应的责任，行为人故意实施侵权行为时，表明其具有主观恶意，具有明显的违法性，尤其是行为人具有故意或重大过失的情况下，其行为本身具有可非难性。如果允许行为人免责，显然不利于对其具有可非难性的行为进行惩罚。而重大过失通常等同于故意，此时，即便受害人自愿承受风险，依据《合同法》第53条的规定，凡是免除对方人身伤害责任的，该免责条款无效。这主要是因为，生命、健康等利益是最高的法益，受害人无权处分该法益，既然任何当事人都不能通过免责条款处分其生命、健康等权益。因此，在自甘冒险的情形下，如果行为人出于故意或者重大过失，也不能免除其侵害受害人人身权益的侵权责任。

但是，行为人具有故意或重大过失，究竟是自甘冒险的构成要件，还是分担责任的要件，民法典侵权责任编草案二审稿第954条之一的规定并不清晰。笔者认为，行为人的故意或重大过失，应当是构成要件，可以理解为是消极要件，即具有这一要件，就排除了自甘冒险的适用。

此外，还应当看到，在侵权责任编明确规定为免责事由的条件下，责任人可以减轻或者免除责任。例如，《侵权责任法》第76条规定："未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人已经采取安全措施并尽到警示义务的，可以减轻或者不承担责任。"再如，我国《侵权责任法》在高度危险责任中规定了占有或者使用高度危险物造成他人损害，遗失或者抛弃高度危险物造成他人损害的情形，但该法没有规定，在此情况下，如果造成占有人或者管理人自身的损害，所有人或者抛弃危险物的人、遗失危险物的人是否应当负责。笔者认为，此时可以适用自甘冒险的规则。因为如果因占有人自身的原因造成了损害，他已经意识到危险的存在，仍然占有该危险物，就应当减轻或者免除所有人的责任。尤其是在社会生活中，因为交往关系导致损害的原因十分复杂，如果受害人的自甘冒险行为的确是构成损害的重大事由，则法官可以酌情将其作为责任的减免事由，以倡导按照妥当的行为标准行为。在受害人自甘冒险的情况下，不应当免除行为人的责任，但可以减轻其责任。

四、民法典侵权责任编应当规定自甘冒险适用过失相抵的规则

既然自甘冒险不同于受害人同意，因此，并非所有的受害人自甘冒险都导致行为人免责，在许多情形下，自甘冒险只是减轻责任的事由，因为一方面，在自甘冒险中，行为人形成的危险或者从事的危险活动，造成了受害人的损害，损害与危险之间存在一定的因果联系，因此在自甘冒险的情况下，行为人通常都具有过错，或者是行为人开启了某种危险源，应当根据其过错程度承担责任。例如，在"孙永青与胡有磊等人身损害赔偿纠纷上诉案"中，原告孙永青找被告胡有磊帮忙办事，在与其吃饭喝酒后，乘坐被告胡有磊驾驶的小客车，胡有磊醉酒驾驶该车途中，与被告李新军驾驶的大货车相撞，发生交通事故，致被告胡有磊及车上乘客朱保东和原告受伤、车辆受损。法院认为，原告自甘冒险，乘坐被告胡有磊醉酒驾驶的车辆，有一定的过错，可减轻被告胡有磊的赔偿责任。[24]在该案中，受害人虽然明知司机已经醉酒的情况，但醉酒并不当然导致损害后果，损害的发生仍有一定的不确定性，因此，其构成自甘冒险，但只能减轻被告的责任。我国一些地方法院认为，在此类案例中，清醒者明知驾驶人系严重酒后驾车，具有

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

发生交通事故的重大可能性，而仍然执意同乘并在后来的交通事故中遭受损害。此种情况下，法官可以根据驾驶人员的醉酒状态、同乘者的意识能力等情形，来减轻或者免除驾驶人对受害人的责任。[25]另一方面，在许多情况下，受害人虽然意识到危险的存在，但仍然抱有侥幸的心理，其虽然参与相关活动，但并不愿意承受相关的后果，而行为人以及活动的经营者、组织者、管理者等在参与活动的过程中也具有一定的过错。因而，不能将自甘冒险简单地作为免责事由，还应当适用过失相抵规则，确定其效力。

我国民法典侵权责任编也有必要考虑将自甘冒险行为纳入其中。但自甘冒险行为作为一种抗辩事由，是否意味这将其作为绝对免责事由？民法典侵权责任编草案二审稿第954条之一规定："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。"该条实际上是将自甘冒险作为绝对免责事由，这实际上是不妥当的，而是应当适用比较过失制度。主要理由在于

第一，采用比较过失符合比较法的发展趋势。从各国判例学说发展的趋势来看，自甘冒险逐渐朝着比较过失的角度发展，并没有将其等同于受害人默示同意。受害人对危险的认识本身并不足以构成受害人同意承受危险。从比较法上看，一些国家最初都是采用受害人同意的方式使行为人完全免责，但是这一做法现在已经开始逐渐改变。首先从普通法国家来看，现在开始通过区分受害人同意与受害人自愿，将受害人自愿置于过失侵权之中。通过采取比较过失的原理来解决风险自负的问题。[26]在普通法系国家，有时将受害人自甘冒险认定为存在一种"默示契约"，从而使行为人被免责。[27]但是，近来这一观点也受到了批评，因而逐步被比较过失的规则所替代，即依据受害人与加害人的过错程度而确定责任。[28]在法国和比利时等国的法律中，当受害人自甘冒险时，通常依过失相抵制度相应地减轻加害人的赔偿责任。[29]而在德国、葡萄牙等改变了将自甘冒险作为完全免责事由的做法，而采取过失相抵的方式加以解决。[30]在法国和比利时等国的法律中，当受害人自甘冒险时，通常依过失相抵制度相应地减轻加害人的赔偿责任。[31]借鉴比较法上的经验，我国民法典应该适用比较过失进行规范。

第二，采用比较过失也是自甘冒险行为的性质所决定的。严格地说，从自甘冒险的行为中，很难确定受害人的过错程度，受害人可能是故意的，也可能是过失的，不能当然地认为其是一种免责事由。在自甘冒险的情况下，需要判断受害人的过错程度以决定责任的承担和范围。在考虑过错程度时，应当考虑如下几个因素：一是受害人对危险的存在、危险发生损害的几率、损害后果的认识和理解程度。正如一美国学者所言："假如原告不在这个位置，他肯定不会遭受损害，原告所处的位置是损害发生的确定原因。"[32]二是侵害人形成的危险状况。例如，侵害人形成的危险通常比较严重、危害性较大，即使受害人意识到了危险的存在，也可能会遭受损害，尤其是在适用严格责任的情形下，即使受害人从事自甘冒险的活动，但法律没有将自甘冒险规定为抗辩事由的情形下，也不能轻易免除行为人的责任。三是在损害发生的时候，受害人所形成的危险是否继续存在，如果危险已经消除，则不能认为受害人有过错。四是加害人在受害人形成危险以后，是否可以或在多大程度上可以采取措施避免损害的发生，但如果受害人是参加某人组织的危险活动，组织者在组织过程中具有过错，组织者应承担相应的责任。五是受害人遭受的损害结果。如果受害人遭受了严重的损害结果，完全由受害人自己承担也并不合理。易言之，对受害人自负风险的行为应作具体分析，不能简单地与受害人的默示同意等同。

第三，采用比较过失符合《侵权责任法》的相关规定，该法实际上采取的是比较过失。例如，我国《侵权责任法》第76条规定："未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人已经采取安全措施并尽到警示义务的，可以减轻或者不承担责任"。从该规定来看，《侵权责任法》在特殊情况下，是将自甘冒险作为减轻或者免除责任的事由来对待，但并没有将其作为一般免责事由加以规定。

第四，采用比较过失有利于法院公正裁判。应当看到，在某些情形下，如果自愿从事一些风险极高

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

的竞技活动,受害人可以对该损害后果进行预见,其仍然自愿参与,这有可能会导致行为人的免责;如果受害人自愿从事一些风险极高的探险活动,则有可能表明其是愿意承受后果的,并导致活动的组织者被免责。但是自甘冒险并非绝对的免责事由,而在许多情况下,则是减轻责任的事由。因为,一方面,法院不能将自甘冒险作为绝对的免责事由对待,毕竟在自甘冒险的情况下,行为人也有一定的过错,甚至这种过错程度比较严重,如果将受害人自甘冒险等同于默示同意,就使得加害人完全免责,这对受害人确实不太公平。另一方面,在个案中,将自甘冒险作为受害人的过错,从而适用过失相抵的规则。此种适用可以使规则具有灵活性,避免一概免责造成的僵化。实际上是赋予法官根据案件具体情况平衡当事人之间的利益关系。这一规则设计有助于法官针对纷繁复杂的自甘冒险情形确定妥当的法律后果,从而实现个案的公正。根据侵权责任法上的风险理论,形成风险者应当承担风险。因此,对于形成风险的行为人完全免责也是不公平的。例如,受害人基于好奇心理进入核设施区域内,虽然其具有自甘冒险的心理,但管理人不能因为受害人的此种心理而完全免责。[33]虽然自甘冒险不能成为一般的免责事由,但可以作为减轻责任的事由,毕竟在此情况下,它表明受害人是有过错的,据此可以相应地减轻行为人的责任。

应当看到,自甘冒险可以适用比较过失规则,但应当看到,自甘冒险主要适用于损害的发生,而过失相抵则既适用于损害发生,也适用于损害的扩大。[34]对自甘冒险发生损害之后所发生的损失扩大则不再适用自甘冒险,而应考虑过失相抵。

总之,我国民法典侵权责任编草案只是规定了自甘冒险作为免责事由,而没有规定其作为减轻责任的事由,该规定未免过于僵化,无法应对实践中的各种情形。因此,应当区分不同的情形,对自甘冒险作为免责事由和减轻责任的事由分别予以认定,在自甘冒险作为减轻责任的事由时,对其适用过失相抵规则比较妥当。但这并不意味着自甘冒险就绝对不能成为免责事由。事实上,在符合前述自甘冒险的条件下,自甘冒险也可以作为一种免责事由。

五、民法典侵权责任编应当进一步完善冒险活动组织者的责任

在受害人自甘冒险的情形下,活动的组织者也可能具有一定的过错。因此,不能简单地认为,自甘冒险由受害人自己承受全部损失,活动组织者也可能需要承担一定的责任。

依据民法典侵权责任编草案(二审稿)第954条之一第2款的规定,“活动组织者的责任适用本法第九百七十三条的规定。”这一规定明确了,活动组织者应当承担违反安全保障义务的责任。所谓违反安全保障义务的责任,是指侵权人未尽到法律法规所规定的,或基于合同、习惯等产生的对他人的安全保障义务,造成他人损害时应承担的赔偿责任。我国《侵权责任法》第37条对违反安全保障义务的责任作出了规定。民法典侵权责任编草案(二审稿)第973条进一步作出了规定。在实践中,许多具有危险性的活动都是有组织地进行的。民法典侵权责任编草案(二审稿)第954条之一第2款实际上就明确了,在此情况下,适用安全保障义务制度。因为依据《侵权责任法》第37条的规定,群众性活动的组织者要负有安全保障义务,本条实际上就是要明确,在具有危险性的活动中组织者仍然要保障参与者的人身财产安全,避免参与者的损害。

当然,并非当事人参与某项活动,就直接认定其自甘冒险,尤其是在受害人没有充分认识到相关活动的风险时,更不能将其认定为自甘冒险。例如,从事野外探险、驴友的森林自助游、无人区探险等,当事人之间可能存在信息不对称,部分当事人也可能并没有认识到危险就参与了活动,此时,不能简单认定为自甘冒险。如果在当事人并不知情或者说不知悉风险的情况下,则不宜认定为自甘冒险。此时,如果活动的组织者没有尽到安全保障义务,则可能要组织者承担责任。

“群众性活动”的组织者本身就应当负有安全保障义务,因为这些活动本身具有一定的危险性。而且,活动的危险性越大,组织者的义务也就越重。社会风险理论认为,过多的人群聚集在一起,就会形成一种社会风险,人群聚集范围越大则社会风险也越高。[35]但这并不意味着组织者组织某项具有一项危

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

险性的活动一定应当承担责任。笔者认为,如何确定冒险活动组织者是否应当承担责任,应当区分如下几种情况:

第一,是否告知受害人风险的存在以及风险的程度。从实践来看,有些活动是不需要组织者告知危险的,因为这些活动的固有危险(如足球比赛)是已经为社会一般人所认知的。例如,组织者举办了足球、橄榄球比赛,如果是比赛参与者致人损害,则应当由其承担责任,而不能由组织者承担责任。至于观众从场外向场内扔玻璃瓶致人损害,组织者应当承担责任。再如,在"朱玉香与曹吉长人身损害赔偿纠纷上诉案"中,被上诉人与其校友李某某到上诉人经营的"大家乐"溜冰场溜冰时摔伤,法院认为,"因为溜冰本身就是一种具有危险性的运动,从溜冰者进入溜冰场,穿上溜冰鞋实施溜冰行为以后,就已经存在着一定程度的危险性。它与溜冰者的溜冰技术等因素有很大关系,在这一过程中,提供溜冰场所的经营者的注意义务不是确保每个溜冰者不发生摔跤跌倒等意外。本案中,被上诉人在事发时已是未满16岁的中学生,应当具有对溜冰行为危险性的识别能力。其能够意识到溜冰可能导致摔伤的后果,也完全可以通过不去溜冰而避免危险的发生,但其为了通过溜冰而获得某种身体或心里上的满足,不顾潜在的危险而去溜冰的行为属'自甘冒险行为'。这种行为的法律后果主要由自甘冒险者自己承担"。[36]

第二,在活动进行过程中,组织者是否尽到了必要的安全保障义务。在活动进行的整个过程之中,组织者都应当负有保障参与者人身和财产安全的义务,应当采取必要的安全保障措施。例如,在上述"朱玉香与曹吉长人身损害赔偿纠纷上诉案"中,法院认为,上诉人所经营的"大家乐"溜冰场具有公共娱乐场所许可证和文化经营许可证,在事发时,溜冰场设备齐全,具有护栏,配备了业余溜冰教练,墙上贴有溜冰注意事项。[37]因此,组织者已经尽到了安全保障义务。再如,在"张小俊、罗志威生命权、健康权、身体权纠纷二审民事判决书"中,法院认为,"张小俊组建户外QQ群,发出'重装逃票梵净山'活动公告,张小俊作为'重装逃票梵净山'活动的组织者,开启了一定的风险源,由于此次徒步穿越路线不是已经开发的旅游观光路线,且梵净山属原始森林,应当预见到此次活动具有较大的风险。对谢信权2017年6月3日下午没有与队员共同到达目的地,张小俊得知谢信权在'断崖'处迷路的情况后,仅安排谢信权当晚在原地等待,次日上午派人去接应谢信权,应当预见到在地形、环境、气候恶劣的原始森林一个人单独扎营,会发生意想不到的危险。次日上午张小俊安排队员接应谢信权未果的情况下,由于自信认为谢信权安全,也未及时报警,张小俊未对谢信权尽到完全安全保障义务……应承担未尽完全安全保障义务的责任。"[38]

第三,活动组织者在发生损害后是否及时采取了合理的救助措施。在受害人遭受损害后,活动组织者应当及时采取合理的救助措施,如果没有即使采取合理的救助措施,也应当承担责任。

第四,进一步确定损害发生的直接原因。从实践来看,许多危险活动损害的发生不仅仅是因为行为人的侵权行为引发,也可能是该活动的组织者没有尽到安全保障义务而导致,还可能是两种原因共同作用导致损害后果的发生。例如,对组织竞技比赛所发生的损害,组织者是否应承担责任?从比较法的经验来看,应当区分竞赛过失(技术性过失)、竞赛中出现的过失以及违反竞赛规则的过失等不同类型;[39]参与者都应当遵守运动规则和技术规范,该规则或规范应当时刻约束参与者的行为,如果参与比赛的运动员违反比赛规则,故意致他人损害,则很难认为组织者具有过错。组织者已经明确了比赛的规则,如禁止暴力行为等,而有人出于报复等原因将他人踢伤,仍然属于行为人的个人行为,不能要求组织者负责。[40]再如,受害人到他人的滑雪场滑雪,在滑雪过程中被他人撞上,如果滑雪场的经营者未尽到相应的安全保障义务,则其应当与侵权人共同对受害人的损害承担责任。在此情形下,虽然受害人到滑雪场滑冰,其能够意识到相关的损害风险,且甘愿承受相应的风险,构成自甘冒险,但直接侵权人仍应当承担一定的侵权责任,滑雪场的经营者也因其未尽到其安全保障义务而应承担一定的侵权责任。如果在活动中,第三人的行为造成他人损害的,此时应

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

当适用《侵权责任法》第37条第2款，由第三人承担侵权责任，活动组织者承担相应的补充责任；如果不存在第三人的侵害行为，例如滑雪场经营者未尽到安全保障义务，造成滑雪者撞上护栏受伤，此时应当适用《侵权责任法》第37条第1款。

另一个问题是，违反安全保障义务的组织者，应当如何承担责任？关于自甘冒险案件中的受害人与活动组织者之间如何分担损失，受害人的过错是否要导致过失相抵规则的适用？对此，民法典侵权责任编草案没有明确规定，笔者认为，一方面，从《侵权责任法》第37条第2款的规定来看，在因第三人行为造成他人侵害的情形下，违反安全保障义务的人只是承担相应的补充责任，也就是说，要考虑活动组织者的过错程度确定责任。因而，在自甘冒险的情形，也有必要考虑受害人的过错确定组织者的责任。另一方面，从法秩序的内在一致性的角度考虑，此时应当适用过失相抵规则，受害人的过错应当导致责任的减轻或者免除。例如，在无人区探险中，组织者没有详细告知可能的风险和应对措施，但是，参与人在活动中也没有尽到保护自己的义务，导致其受伤，此时应当适用《侵权责任法》第37条第2款，同时应当适用过失相抵规则。需要指出的是，自甘冒险的情形下组织者的责任与非自甘冒险情形下组织者的责任存在一定的区别，直接适用违反安全保障义务的责任，有一定的道理，但在自甘冒险的情形下，受害人意识到了一定的危险，而在非自甘冒险的情形下，组织者可能并未告知相关的风险。如果组织者明确告知了危险性的存在，如进入某个无人区，或者从事攀岩活动，但是受害人执意参加，后来发生损害事故，如何分担责任，应当根据其不同的过错程度而定。

注释：

①参见冯·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。

②参见冯·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637页。

③参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第301页。

④See Oliver Wendell Holmes, The Common Law 81-84 (Boston, Little Brown and Company 1881).

⑤本案涉及乘客明知驾驶者已经喝醉，仍然搭乘其驾驶的私人飞机而遭受损害。Letang v. Ottawa Electric Railway Co. [1926]AC 725. 731.

⑥John G. Fleming, An Introduction to the Law of Torts 239 (Clarendon Press 1967).

⑦参见王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第242页。

⑧参见冯·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637页。

⑨Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p. 89.

⑩Hermann Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 644.

⑪McComiskey v. McDermott[1974]I. R. 75.

⑫A. M. Honoré, Causation and Remoteness of Damage, in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Chapter 7, Tübingen, 1979, p. 113.

⑬参见程啸：《论侵权行为法中的受害人同意》，载《中国人民大学学报》2004年第4期。

⑭参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第303页。

⑮参见《美国侵权法重述》(第2版)第496条。

⑯参见冯·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638页。

⑰石佳友：《侵权责任制度的重要完善》，中国法律评论微信公众号，2019年1月2日。

⑱Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p. 90.

⑲Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p. 90.

⑳参加石佳友：《侵权责任制度的重要完善》，中国法律评论微信公众号，2019年1月2日。

㉑See Fleming, The Law of Torts 163-165(8th ed., The Law Book Co. Sydney 1992).

㉒参见陈聪富：《侵权行为法上因果关系》，载《台大法学论丛》第29卷第2期。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

㉓Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p. 89.

㉔最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(总第66辑),第84页以下。

㉕参见重庆市高级人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的指导意见》第24条。

㉖Clerk & Lindsell on Torts 3-33(Sweet & Maxwell 2018).

㉗参见John G. Fleming:《民事侵权法概论》,何美欢译,中文大学出版社1992年版,第258页。

㉘See Fleming, An Introduction to the Law of Torts 239(Oxford 1967).

㉙See Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p.90.

㉚参见冯·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637页。

㉛Jean Limpens, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, Liability for One´s Own Act, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck, Tübingen), 1975, p.90.

㉜ Nigel P. Gravells. Three Heads of Contributory Negligence, 93 The Law Quarterly Review 581(1977).

㉝参见王胜明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉解读》,中国法制出版社2010年版,第120页。

㉞参见程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第436页。

㉟黄胜开:《我国踩踏事故民事责任制度的检讨》,载《河北法学》2015年第6期。

㊱江西省赣州市中级人民法院民事判决书,(2004)赣中民一终字第279号。

㊲江西省赣州市中级人民法院民事判决书,(2004)赣中民一终字第279号。

㊳贵州省铜仁市中级人民法院民事判决书,(2018)黔06民终515号。

㊴石佳友:《侵权责任制度的重要完善》,中国法律评论微信公众号,2019年1月2日。

㊵参见邓蕊、袁爱华:《论群众性体育活动组织者的安全保障义务及抗辩事由》,载《内蒙古农业大学学报》2015年第6期。

On Victim´s Voluntary Assumption of Risk

Wang Liming

Abstract: Article 954 of the second draft of the Civil Code´s Tort Liability confirms the rule of voluntary assumption of risk. It has important practical significance. However, the article does not strictly distinguish between voluntary assumption of risk and victims´ consent, and as an exemption of liability, lacks strict restrictions on the constituent elements and needs further improvement. Considering the particularity of voluntary assumption of risk, it should be applied to comparative negligence rule and not be simply regarded as a valid reason to be exemption of liabilities. Additionally, regarding the responsibility of organizers in such activities, it is also necessary to distinguish between different situations and determine whether the organizer violates the security guarantee obligation and should bear the liability.

Key words: voluntary assumption of risk; contributory negligence; grounds for exemption from liability

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/