

民法典自甘风险规则法律适用探究

庞瑞霖

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2023年3月8日; 录用日期: 2023年5月11日; 发布日期: 2023年5月18日

摘要

《民法典》根据我国社会关系发展的现实情况明确规定了自甘风险规则。作为一种侵权责任的免责事由, 在国外存在时间已经很长, 在国外的侵权责任相关法律体系中起到重要的作用, 我国将自甘风险规则加入民法体系中不仅是出于完善对国外优秀法治的衔接, 也是为了进一步提高侵权责任纠纷案件的司法效率。在我国司法实践中, 自甘风险的理念早已在体育运动等领域开始了适用, 法官根据法律的相关原则和指导判例, 结合具体案情来裁判, 但是由于对自甘风险规则缺乏明确统一的界定, 存在着裁判上的差别问题, 裁判的结果和逻辑存在参差, 且与侵权责任法律中早已规定的受害人同意、过失相抵原则、公平责任原则等相混淆。所以在民法典作出规定后积极的探讨法律适用的理论和实践问题价值凸显。

关键词

民法典, 自甘风险, 受害人同意, 过失相抵

Study on the Legal Application of Assumption of Risk Rule in Civil Law

Ruilin Pang

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Mar. 8th, 2023; accepted: May 11th, 2023; published: May 18th, 2023

Abstract

The Civil Law clearly provides Assumption of Risk rules according to the reality of the development of social relations in our country. As a kind of tort liability cause, it has been around for a long time in foreign countries and plays an important role in foreign tort liability related legal systems. Our country adds Assumption of Risk rules to civil law system not only to improve the connection with the excellent rule of law of foreign countries, but also to further improve the judicial efficiency of tort liability dispute cases. In our judicial practice, the concept of self-risk has already

been applied in sports and other fields. Judges judge based on relevant principles of law and guiding precedents, combining specific cases, but due to the lack of a clear and unified definition of self-risk rules, there are differences in judgment, and the result and logic of judgment are inconsistent. Moreover, it is confused with the consent of the victim, the principle of fault offset and the principle of equitable liability already stipulated in tort liability law. Therefore, it is made great value to explore the theory and practice of law application actively after the provisions of the Civil Law.

Keywords

Civil Law, Assumption of Risk, Consent of Victims, Fault Offset

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 历史沿革和域外发展

1.1. 历史沿革

《民法典》中“自甘风险”规则的设立并非是法学理论的最新创新，甚至并非是近现代法律发展所提出的新兴概念，因为早在古罗马时期就存在“对同意者不构成损害”的法律格言，也就是说，原告倘若出于自愿并且接受风险，那么就产生阻却被告承担相应侵权责任的法律效果。在古代中国同样存在着具有类似含义的“自愿承担风险者自食其果”的法谚。放眼域外法，关于自甘风险规则的发展也是经历了一个漫长而又波折的过程。自甘风险规则出现在法律适用中，最早起源于英美法律，随着十八世纪工业革命的开展，企业在社会生活中扮演了重要的角色，与此同时企业中也造成了很多工伤事故的发生，如果按照当时主流的侵权理论，则需要适用过错归责原则，这样最直接的后果就是企业面临着负担大多数工伤损害赔偿，这样的适用环境下虽然可以更好地保护工人的利益获得损害赔偿，但是另一方面也加重了企业的成本，对企业的生存发展产生一定的影响，最终会波及社会经济的发展。英国的“雇工工伤案”发生成为了自甘风险规则适用的世界第一案，此后工业化进入成熟时代，在对社会生产力的更大需求背景下，社会对于法院适用自甘风险规则的情形接纳和追求。由雇工自己承担因自愿接受工作风险而导致的损害结果，从而限制雇主承担相应的损害赔偿赔偿责任。此时雇工倘若仍然从事相关工作，则可以认为其已经完全意识到工作相关的危险，并通过其行为可以认定其主观上也默许承担相应的危险结果。此时，自甘风险规则就成为雇主的一种独立的侵权责任抗辩事由，而且在雇工为了避免失去工作而继续从事相关危险工作的情形下依旧可以适用。在同样作为普通法系国家的美国，在十九世纪初期就被应用于法律实践之中，且对于英国法律当中规定的适用范围进行了扩大，从单一的“工伤事故”扩展到“体育活动、自助旅游”等其他的领域。自甘风险规则在美国的发展尤为迅速，处于顶峰时期的《侵权法重述(第二次)》甚至对其做了详尽阐述与类型划分，将自甘风险规则区分为明示型与默示型两种。而在大陆法系国家之中，自甘风险规则最早被适用于德国关于“好意同乘”的相关案件处理之中，但其与德国法律中所规定的“公序良俗原则”存在一定程度的法律冲突，因此其在德国的法律实践也一直备受争议^[1]。自甘风险规则在我国的发展确立也是经历了一个漫长而曲折的过程。1986年《民法通则》没有对自甘风险作为侵权责任的抗辩事由做出规定。教育部2002年制定颁布的《学生伤害事故处理办法》第12条之规定被普遍视为我国自甘风险条款的雏形，学术界关于自甘风险规则的讨论已存在了很多年。一直以来都

有学者呼吁在《侵权责任法》中增加自甘风险条款，在2009年制定《侵权责任法》的过程中，有人提出增加“自甘风险”的抗辩事由规定，经过认真斟酌，立法部门一些考虑没有在《侵权责任法》中增加自甘风险的规定。直至此次《民法典》的制定，自甘风险规则正式地以法律条文的形式明确规定下来。

1.2. 域外发展

1) 美国的英美法系的自甘风险规则

美国实行联邦制的国家体制，这样每个独立的州拥有相当大的立法权，所以在自甘风险这个具体规则上的规定也呈现出不同的设计。比如在佛罗里达州，起初佛罗里达州的自甘风险理论认为在法律规定中只规定明示的自甘风险就足够了，因为默示的自甘风险和比较过失制度并不存在区别，不需要单独规定。法院认为自甘风险规则为了满足社会和经济发展的需要，极易在雇主和雇工的人身关系中出现，同时也不符合法律的正义价值，反映出自甘风险规则存在不合理的地方。因此，在默示的自甘风险中，原告倘若在主观上存在过错，那么跟原告自愿接受风险、自愿承担损害结果并没有什么实质区别，法院基于公平考虑，应当适用更为合适的制度，因此判定用比较过失制度代替默示的自甘风险。俄亥俄州在相关制度中最主要区分的是自甘风险制度和比较过失制度。其是通过划分自甘风险的类型来区分这两种制度(基本型的自甘风险和派生型的自甘风险)。在案件中若当事人在没有履行自己的法律注意义务的时候，就必然构成了法律意义上的过失，其属于派生型的自甘风险，就会排斥适用自甘风险规则，适用比较过失规则，由原告和被告共同承担侵权损害赔偿赔偿责任[2]。

2) 德国、日本大陆法系的自甘风险规则

大陆法系在具体制度的设置上，受害人同意制度和自甘风险规则还是存在一些不同。受害人同意规则的适用范围比自甘风险规则的适用范围要狭窄一些。在日本法上，受害人同意的判断主要考虑以下方面：

第一，受害人同意要判断自身的认识和判断能力。第二，严格审查受害人同意行为的性质。受害人同意的行为不得违背法律和公序良俗。主要考虑以下因素：第一、不得同意现行法所禁止的行为对象。第二、受害人同意的法益内容必须是财产法益，不得随意处分身份法益。第三、必须关注加害人在实施加害行为时的主观情况。受害人同意制度仅仅适用于相对较轻的加害行为。第三，受害人在事前必须作出真实有效的承诺。倘若受害人在事后才作出同意的意思表示，不符合法律精神，同时也不符合自甘风险规则的适用条件。

在日本法上，倘若有未成年人参加的体育项目中，大部分情况法院并不会认定构成受害人同意，然而却需要豁免加害人的侵权损害赔偿赔偿责任。为了解决这一司法实践中的难题，日本法并不像德国一样适用恶意抗辩制度，而是利用了本国法中的正当行为来进行抗辩，通过赋予加害人的行为的正当性来免除其侵权责任。

2. 自甘风险规则的构成要件分析

2.1. 所参与活动固有风险导致的损害

自甘风险规则天然的要求受害人所参与的活动具有一定的风险性，这是因为若没有风险的存在，那受害人就不可能遭遇损害后果，自甘风险规则的适用也就没有了基础。文体活动具有的固有风险应是指的受害人在参与进行中的文体活动在客观上就具有不确定性的风险。具体来说，损害结果发生与否、发生时间、发生地点等等都是未知且不确定的。根据风险发生的可能性，可划分为固有风险和可能风险。在自甘风险规则应当认为指的是固有风险。固有风险是指由于客观规律或者规则引发的且具有合理性的风险。以社会大众的视角出发，在某种活动中发生概率较高的风险就可以视为固有风险。具体来说可以

从危险发生概率和危险与活动本身的联系上去理解，即该风险是伴随该活动的，各方都没有办法完全避免这种风险的存在，只能在一定程度上降低风险。以羽毛球比赛举例，无论是专业还是日常活动的羽毛球活动，均有此项体育活动的一系列运动规则，这些规则是参与者都必须遵守的规则。如果说在双方都没有违反规则的情况下，由于所进行的羽毛球运动本身特性所造导致的身体伤害是一种合理的固有风险，应适用自甘风险的法律条文。但若两方中的任意一方恶意破坏规则进行肢体碰撞从而造成身体损伤，此时就不再属于自甘风险的适用范围之内了，而是应当按照过错原则承担侵权责任。

此外，“文体活动”即文化和体育活动。这里更多指向体育活动，但是有些文艺表演(如杂技表演、武术表演等)也具有一定的人身损害风险。尽管法律条文没有明确要求这里的文体活动为合法行为，但是我们认为至少应该是不为法律所禁止的文体活动。如果是法律禁止的活动，发生人身损害事故不适用本条的规定。因为本条的立法目的在于放宽行为人的侵权责任，实际上是“赦免”行为人在一般过失情形下的损害赔偿 responsibility，以此来鼓励参与者进行更为激烈的文体活动达到“更高、更快、更强的效果”。而违法行为显然不在受到鼓励的范围。因此，在违法赛车、黑拳比赛、赌博等情形发生的参加者之间的损害，不适用本条的规定

2.2. 受害人事先对风险明知或应知

自甘风险条款能够正确适用的一个基础性环节就是要求受害人在参加具有客观风险的活动时，具备在事前对风险有明知的主观心理。《美国侵权法重述第二版》第 496 条规定，受害人必须事前清楚有风险的存在，这时侵害人造成伤害的行为才能适用自甘风险规则。风险所造成的损害应由社会一般人所认知，受害人需在主观上认识到危险的存在。这符合学界一部份学者主张的主观标准，即在判断是否采用自甘风险规则是，要先做好受害人主观上是否对于其参加文体活动所承担的风险充分的认知的判断，裁判者需要在不同案件对于不同事件中的当事人采取实质性分析。但是判断受害人是否明知或应知也不应只以受害人的损害前后的主张为标准，而是应该综合考虑客观标准，即考虑一个具有相似智力水平和生活经验的人在参与体育活动前是否可以预见该体育活动的风险。具体来说，重点需要考虑的方面是按照受害人的年龄、经验、认知水平等为基础的综合判断。

2.3. 受害人参与的自愿性

我国《民法典》1176 条对规定的自甘风险法条表述直接反映着如果想要适用自甘风险必须要求原告在参与文体活动时是出于自愿。对于这里自愿的理解应当认为是原告在还未参与活动而在参与活动之前决定是否参加该活动时以一种自由、没有胁迫和没有限制的环境中根据自己个人的主观意愿去主动参与到活动中。在普通的体育运动中，受害人自愿参加比赛，绝不能将其理解为同意他人违反游戏规则或体育精神对其造成伤害。在正如冯巴尔所说的：“进入运动场参加比赛的人，并不同意他的腿被折断”[2]。受害人在明知体育运动存在风险的请款下依然自愿参与并自愿承担风险，其目的通常是获取非常规的报偿[3]。受害人应当是以明示或默示的方式作出意思表示，并且意思表示是出于内心真意合法有效的。

2.4. 损害与受害人的行为存在联系

王利明认为，若构成自甘风险则损害的发生与受害人之间存在着的一定的联系[4]。并不是指由于受害人的行为直接产生了损害结果，而是指由于受害人的选择导致了损害的发生。这里指的是损害结果是可以避免的。若不管受害人作出何种行为，损害结果均会发生，那么受害人的行为与损害结果的发生并没有相当因果关系，倘如相同的损害后果并没有实际产生，那么就可以得出结论，判定损害与受害人的行为存在联系。这可以进一步推定在这个行为分析中的伤害产生或损害发生并非是不法原因，这种侵害是一种顺应受害人主观意愿的，是其主动想要获得的或者最起码不排斥的一种结果，这样从本质上就

与适用侵权规则的内在法理相悖，因为应该认定为不构成侵权。

3. 自甘风险与关联概念的界分

3.1. 自甘风险与受害人同意

受害人同意是指受害人通过明示或默示的方式对他人实施的造成自己损害的行为表示同意^[5]。受害人同意规定于《民法典》第一千一百七十四条，在民法典正式规定自甘风险规则之前，受害人同意与自甘风险在司法实践中纠结不分、混乱不清局面甚至存在滥用的情形，在《民法典》正式规定自甘风险规则的情境下，很有必要区分自甘风险与受害人同意。

中肯的讲，这两者确实存在相似的地方，自甘风险规则虽然最早起源于英美法系，但是英美法长久以来没有将自甘风险和受害人同意区分，而以德国为代表的大陆法系比较早的普遍认为两者存在区别。两者难以区分的重点原因在于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，也意味着自愿接受对自己造成的损害。首先，在法律明确规定的情况下，自甘风险只能限定在文体活动之中，而受害人同意普遍适用于各类侵权案件之中。其次，两者行为所指向的对象不同。自甘风险对应的是一种不确定性的风险，而且对于风险还要求是文体活动本身固有的风险，而受害人同意指向的是一种具体明确的损害，且损害原因广泛。再次，受害人对风险的主观意愿不同^[6]。在受害人同意中，受害人对可能造成自身损害的行为是表示同意甚至追求这种结果，但是在自甘风险中，虽然受害人同意承担风险及风险造成的损害，但是并不是希望某种损害就真实的发生，受害人仅仅是同意承受可能发生的风险及其损害，甚至其不希望这种风险的发生，对风险发生的态度是消极的。

3.2. 自甘风险与过失相抵

过失相抵原则是指就损害的发生或者扩大，受害人对于损害的发生或者损失的扩大具有过错时，法院可依其职权，依法减轻或者免除义务人的损害赔偿责任，从而公平合理地分配损害的一种制度。

过失相抵原则与自甘风险规则在致被告的可预见性上存在不同。在过失相抵的使用情况中，原告对于被告的伤害行为缺乏预见的能力和可能性，没有办法提前做好心理准备和相应措施避免或减轻来自对方的侵害，侵害发生的时间、程度、部位等等受害人没法进行预判，完全取决与被告的行为。而自甘风险中，原告对风险存在一定的预见性，而自甘风险的受害人相较于过失相抵中会承担着更多的注意义务的本质也在于此，即自甘风险是在预见危险的基础上自愿去“冒险”，自我承担责任程度明显增加。

过失相抵原则与自甘风险规则判断顺序存在不同。过失相抵原则是在损害发生之后，致害人已经确定存在侵权责任，只是通过对当事人之间的过错进行判定来减轻致害人的侵权赔偿责任的大小，这需要已经确定致害人需要承担侵权责任。而自甘风险规则则是损害责任还没有确定，通过自甘风险规则来确定当事人是否有侵权则责任的存在，若受害人构成自甘风险则免除致害人的侵权责任，即使造成损害也不承担损害赔偿责任。

另外，过失相抵是一种减轻责任的理由，并非是一种免责理由，但自甘风险则是一种免责理由。适用自甘风险规则会导致被告一方依法不承担责任，但是过失相抵适用是平衡双方责任，只能做到减轻被告的责任来公平分担双方各自的责任。

4. 司法适用现状和改善

截至 2023 年 3 月，在中国裁判文书网上输入“自甘风险”(关键字)检索出民事裁判文书 2558 篇，其中最高法院裁判的有 30 篇，高级人民法院裁判的有 70 篇，中级人民法院裁判的有 1100 篇，基层人民法

院裁判的有 1358 篇。

一般情况下，法不具有可溯及力，新的法律只对其实施以后法律事实产生约束力，对施行前的法律事实没有溯及力。但是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十六条规定：“民法典施行前，受害人自愿参加具有一定风险的文体活动受到损害引起的民事纠纷案件，适用民法典第一千一百七十六条的规定。”因此《民法典》原则上不具有溯及力，但如果存在适用新法更能符合公序良俗且不会带来无法预见的不利后果的特殊情况，则可以根据法律规定溯及既往。自甘风险规则作为一项抗辩事由，有助于促进文体活动，对促进人民健康有重要意义，所以可以溯及适用。

根据现阶段的法院裁判实务情况来分析，判决书的裁判要点是具有很多共性，对于法条的理解适用上也具有需要进一步解释论的工作。首先表现在就是对于“文体活动”的界定需要进一步明确。我国自甘风险规则明确将其适用范围限定在文体活动中，文体活动顾名思义就是文化活动与体育活动，但是看似明确的限定其实是抽象的范围，就体育活动一项来说就没有明确采用什么标准去认定，特别是在飞速发展，变迁迅速的当代社会中，大家进行的类体育活动的范围被一直扩展。对于体育活动的判定现状来看，进行个案的实质性分析或许是必不可少进行的步骤。而对于文化运动就更为尤甚，文化活动相比体育活动来说对抗性和激烈程度较小，危险的发生率和严重程度都相对低，随着社会精神生活评价体系的进一步多元化，未来还会出现各式各样的文化活动。另外对于“其他参加者”也需要进一步明确。越来越来的文体活动并非是简单的只有双方牵扯其中，更会有其他的组织、保障、辅助的人员，这些人员是否可以统一称为其他参加者，还是需要进行区分这里并不明确。民法典 1176 条中的“其他参加者”，应当在理解倾向性上偏向是直接参与到该文体活动中的人员，只有这种情况下，此类人员才有产生侵权责任的现实可能性，这种对于其他参加者的限定是必要的，可以避免自甘风险这个免责规则被滥用产生不公平的归责和裁判。

在现在已有的裁判文书中，可以得出一些启示，《民法典》实施之后，自甘风险规则的适用范围明显缩小，更多的限定在具有一定危险的文体活动中，但是在《民法典》明确规定之前把实际裁判交给法官司法实务时，是被较为广泛的适用在各类案件中的。《民法典》实施之后，由于对于适用范围进行了限缩，在适用初期各级法院通常选择严格适用自甘风险规则进行判决，这样会导致法官在适用 1176 条进行裁判时采取谨慎的态度，采取驳回自甘风险人的诉讼请求的判决。

5. 总结

《民法典》对文体活动自甘风险的明确规定有助于为自甘风险规则在我国的落地提供具体的适用范围、成立要件与法律效果。依据《民法典》的规定，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。自甘风险并非受害人同意，并且不再与公平责任原则同时适用。构成《民法典》第一千一百七十六条自甘风险的行为作为一个免责的条款，应当进一步地去具化和限定其正确合理的适用，注重法律效果的达成，并且在法律实务中应当科学处理该条款和过失相抵规则的相互关系，更好地促进自甘风险规则在民法典背景下的落地适用。

参考文献

- [1] 于熠舟. 我国自甘风险规则法律适用研究[D]: [硕士学位论文]. 太原: 山西财经大学, 2021.
- [2] 段云涛. 自甘风险规则的司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 甘肃政法大学, 2022.
- [3] 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 90.
- [4] 王利明. 论受害人自甘风险[J]. 比较法研究, 2019(2): 6.
- [5] 程啸. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 301.
- [6] 杨雪, 张峻博. 《民法典》体育活动自甘风险的要件及其司法适用[J]. 南海法学, 2021(6): 54-64.