

自甘风险适用范围扩张论

李 鼎^{*}

内容提要：《民法典》第 1176 条仅在“文体活动参加者侵权”的范围内适用自甘风险，存在过度限缩。指导性案例第 140 号和第 141 号可以证明，《民法典》第 1176 条不是自甘风险的完全列举，需要对自甘风险继续类型化。具体而言，在文体活动的参加者侵权之外，受害人因自身风险导致损害的、受害人以超越一般公众认知的方式对自己施加风险的、受害人在接受警示后愿意承担该风险的以及加害人参与创造风险但尽到互助义务的，可以适用自甘风险。即使加害人主观存在故意或重大过失，但因文体活动固有风险致害的，可以适用自甘风险。如果加害人是安全保障义务人，受害人自我施加风险时安全保障义务人尽到了警告、预防、管理和救治义务的，也可以适用自甘风险。

关键词：自甘风险 注意义务 因果关系 安全保障义务

一、问题的提出

自甘风险，也称自甘冒险，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，致使自己遭受损害的制度。^{〔1〕}《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布前，《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》，已失效）没有规定自甘风险，但理论和实务上普遍将自甘风险作为一般规则，不限定在特定案型中。^{〔2〕}《民法典》第 1176 条明文规定自甘风险，但将其限缩在“文体活动参加者侵权”的范围内，有过度限缩之嫌。具

^{*} 李鼎，华东政法大学法律学院讲师。

本文受华东政法大学菁英培育计划“原因力减责的体系化适用研究”（A410125211X028）资助。

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

〔2〕 《民法典》颁布前的理论状况可参见杨立新：《侵权损害赔偿》（第 6 版），法律出版社 2016 年版，第 132 页。实践状况可参见董璐、杨江涛：《民法典时代自甘风险的规范解构及其漏洞补充》，载《法律适用》2022 年第 5 期。

体而言：“文体活动”限制了自甘风险的适用类型；“重大过失和故意除外”排除了拳击等格斗运动；有关活动组织者的但书使自甘风险与安全保障义务相对立，加重了安全保障义务人的责任。

上述限制源于理论尚未澄清自甘风险的规范目的，使立法存在滥用自甘风险的疑虑。但立法的保守选择反而致使立法目的不达。例如，立法不仅将拳击比赛作为适用自甘风险的典型，而且希望通过自甘风险解决活动组织者责任过重的问题。^{〔3〕}但上述情形均被《民法典》第 1176 条排除在外，不能适用自甘风险。因此，应当寻找扩张自甘风险的新路径。从解释论看，《民法典》第 1176 条只是对自甘风险既有类型的总结，并未穷尽列举，仍存在进一步类型积累的可能性。关键是明确自甘风险的规范目的，证成扩张自甘风险的可行性。

自甘风险有时不仅被理解为规范，也可能被理解为对“受害人自愿承担风险”的事实描述。只有前者指向法律规则，后者指向的是案件事实。但只有规范意义上的自甘风险才能免除加害人责任。本文在用于事实描述时表述为“自甘风险”，在表达规范意义的自甘风险时不加引号。

二、《民法典》第 1176 条存在“过度限制”的证成

（一）《民法典》第 1176 条不能满足司法实践的需求

1. 限制一：只适用于文体活动的参加者侵权

《民法典》第 1176 条将自甘风险限缩在“自愿参加的文体活动”范围内，只承认部分客观风险，类型过于单一。在司法实践中，自愿在高速公路中穿行、^{〔4〕}自行进入建筑工地坠亡、^{〔5〕}自愿进入危险区域、^{〔6〕}在宾馆中将脚抬至洗脸池内清洗而受伤、^{〔7〕}攀爬窗台坠亡、^{〔8〕}跳上阻土墙行走坠落^{〔9〕}等案件均被定性为“自甘风险”。但上述案件均不能适用《民法典》第 1176 条。对此，学理上存在两种学说。限制说认为，应当尽可能尊重立法文本，维持自甘风险的限缩立场。^{〔10〕}扩张说认为，过度限缩自甘风险导致了裁判说理困难，应当适度扩张自甘风险。^{〔11〕}因此，《民法典》第 1176 条在此处可能存在过度限制的问题，需通过对立法目的的分析得出结论。

2. 限制二：“故意和重大过失侵权除外”的但书

《民法典》第 1176 条第 1 款第 2 句通过但书限缩了自甘风险的适用范围，可能产生不合理的后果。如上文所述，从全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会（以下简称“法工委”）的释义书来看，拳击比赛应当适用自甘风险。但此类格斗运动均被该但书所排除。如果不能免除格斗运动中加害人的赔偿责任，无疑让格斗比赛无法开展，造成立法目的不达。

〔3〕 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 43、45-46 页。

〔4〕 参见福建省厦门市中级人民法院（2019）闽 02 民终 3349 号民事判决书。

〔5〕 参见广东省高级人民法院（2020）粤民申 10058 号民事裁定书。

〔6〕 参见广东省广州市中级人民法院（2024）粤 01 民终 984 号民事判决书。

〔7〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院（2024）湘 06 民终 64 号民事判决书。

〔8〕 参见山东省临沂市中级人民法院（2023）鲁 13 民终 5165 号民事判决书。

〔9〕 参见内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院（2023）内 01 民终 2984 号民事判决书。

〔10〕 参见申海恩：《文体活动自甘冒险的风险分配与范围划定》，载《法学研究》2023 年第 4 期。

〔11〕 参见唐林垚：《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；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》，载《甘肃政法大学学报》2021 年第 1 期。

既有研究均认可在格斗运动中适用自甘风险，但在解释论路径上未形成共识。有观点认为，如果打击符合运动规则，不构成故意。^{〔12〕}有观点认为，拳击等比赛中只有超出运动的固有风险，才能构成故意。^{〔13〕}也有观点认为，此类运动无法适用自甘风险，应当适用受害人同意。^{〔14〕}司法实践中往往通过否认加害人的故意来证成自甘风险。^{〔15〕}但该解决路径明显背离了法释义学上对“故意”的理解，并不可取。因此，《民法典》第 1176 条此处存在过度限制，亟须解释论回应。

3. 限制三：活动组织者的特别规定

司法实践中经常将《民法典》第 1176 条第 2 款理解为第 1 款的但书，得出“活动组织者不适用自甘风险”的结论，导致对安全保障义务人的苛求。^{〔16〕}例如，受害人自行进入水库游泳的，安全保障义务人在警告和劝阻后，因未能有效驱赶受害人而担责；^{〔17〕}参加越野车竞赛活动侧翻致害的，即使安全保障义务人已经对受害人进行过培训，仍以培训效果不好为由要求其承担责任；^{〔18〕}在密室逃脱中参加者之间因碰撞受伤的，认为活动组织者设置的活动具有恐怖色彩，具有过错；^{〔19〕}甚至要求水塘管理人设置几十公里的防护网。^{〔20〕}如上文所述，法工委最初引入自甘风险是为了解决马拉松协会、学校等活动组织者（安全保障义务人）责任过重的问题。但《民法典》第 1176 条的设置反而导致了对安全保障义务人的苛求。

学理上普遍认可对活动组织者适用自甘风险，但对适用边界存在争议。^{〔21〕}争议点在于是否可以通过固有风险免除安全保障义务人的责任。但可以确定的是，对安全保障义务人也可以适用自甘风险。《民法典》第 1176 条第 2 款的限制并不合理，需通过解释论予以修正。

（二）《民法典》第 1176 条针对的风险类型存在理论局限

上文证明了限缩自甘风险后司法裁判存在的困难，尚处于感官层面，不能完全证明“过度限缩”。本文这部分将从风险类型层面证明其“过度限缩”，明确受害人承担哪些“风险”能构成自甘风险。

1. 《民法典》第 1176 条仅针对客观风险

自甘风险的“风险”可以分为主观风险和客观风险两类。^{〔22〕}主观风险是未与特定活动稳定结合，没有被社会一般公众所普遍认知的风险。如果与活动相伴的是主观风险，只有加害人尽到告知或警告义务，受害人才可能清晰、明确和充分地知晓风险。例如，受害人被警告后，仍突破防护设施进入危险地带的，可以推定其知晓风险。^{〔23〕}

〔12〕 参见石记伟：《自甘风险的法教义学构造》，载《北方法学》2022 年第 1 期。

〔13〕 参见雷婉璐：《体育活动自甘风险司法适用的递进模式研究》，载《法律适用》2023 年第 9 期。

〔14〕 参见曹舒然：《后〈民法典〉时代对抗性体育运动致人损害案件的归责路径——基于对格斗致害案件的实证研究》，载《甘肃政法大学学报》2023 年第 1 期。

〔15〕 参见山东省聊城市中级人民法院（2021）鲁 15 民终 501 号民事判决书。

〔16〕 参见安徽省蚌埠市中级人民法院（2024）皖 03 民终 791 号民事判决书。

〔17〕 参见山东省曲阜市人民法院（2023）鲁 0881 民初 4595 号民事判决书。

〔18〕 参见云南省昆明市五华区人民法院（2024）云 0102 民初 7846 号民事判决书。

〔19〕 参见江西省南昌市青山湖区人民法院（2024）赣 0111 民初 1234 号民事判决书。

〔20〕 参见山东省淄博市淄川区人民法院（2024）鲁 0302 民初 1495 号民事判决书。

〔21〕 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》，载《东方法学》2021 年第 4 期；邹海林、朱广新主编：《民法典评注：侵权责任编》（1），中国法制出版社 2020 年版，第 132 页。

〔22〕 类似区分参见唐林垚：《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；樸博行「過失による不法行為における危険の引受け」白鷗法学第 2 号（2020 年）。

〔23〕 参见四川省凉山彝族自治州中级人民法院（2024）川 34 民终 1291 号民事判决书。

相反，客观风险是已经与特定活动稳定地结合，可以期待社会公众从事相关活动时预见的损害风险。如果与受害人从事活动相伴的是客观风险，则推定受害人已经清晰、明确和充分地知晓风险，不需要加害人额外履行告知或警告义务。《民法典》第 1176 条针对的就是此类风险。参加足球或篮球运动可能会带来损伤，是社会公众所普遍认可的事实。此类风险并不需要清晰、明确和充分地告知受害人，可以推定受害人知晓。即使参加文体活动的是未成年人，意思能力有欠缺，也可以有条件地适用该规定。^{〔24〕}

2. 《民法典》第 1176 条针对的客观风险极为有限

即使仅针对客观风险，《民法典》第 1176 条针对的范围也极为有限。由于客观风险不要求受害人清晰、明确和充分地知晓风险，对于其认定应当持谨慎态度。有学者将此类风险的特征归纳为“固有性”和“共同性”，^{〔25〕}但该条所规制的客观风险实际上更为狭窄。

首先，风险的“固有性”往往被从严解释。“固有性”要求风险必须与活动相伴相生，具备不可避免性。只有避免该风险会导致活动无法开展的，才属于固有风险。例如，在滑雪过程中相撞的风险是滑雪者共同创造、与滑雪相伴相生的风险，但滑雪者避免相撞并不会影响滑雪活动的进行，不符合“固有性”的要求，不能适用《民法典》第 1176 条。^{〔26〕}此外，通过法定限制“故意和重大过失除外”，部分文体活动的致害风险也被排除在“固有性”之外，不再赘述。

其次，《民法典》第 1176 条要求风险施加的相互性，加害人和受害人互相施加同种类的相似风险。只有致害风险是参与者在文体活动中互相施加的风险，才能构成《民法典》第 1176 条的自甘风险。例如，加害人和受害人相约游泳，受害人因水性不好而溺毙。溺毙风险虽和游泳相伴相生，但并非互相施加的风险，不能适用《民法典》第 1176 条。^{〔27〕}因此，学理上经常将《民法典》第 1176 条限缩于足球、篮球等“对抗性体育活动”中。^{〔28〕}

再次，《民法典》第 1176 条还要求风险施加的对等性，即加害人和受害人互相施加的风险必须大致相当。如果互相施加的风险大小明显不同，则不能适用《民法典》第 1176 条。例如，如果成年人与未成年人掰手腕，由于双方施加的风险并不对等，不具有相互性，不能适用自甘风险。^{〔29〕}

最后，《民法典》第 1176 条要求风险施加的合法性。如果行为人从事的是非法活动，不能适用自甘风险。例如，原被告双方因琐事发生纠纷，决定私下“切磋”。由于并非法律所认可的文体活动，不能适用自甘风险。^{〔30〕}

3. 应当承认更多类型的自甘风险

本文认为，《民法典》第 1176 条所规定的自甘风险范围极为狭窄。在该条范围外，仍然存在以自甘风险免除加害人责任的需要。因此需要承认更多风险类型，扩张自甘风险。以下详述。

第一，认为主观风险不能适用自甘风险并不合理。最高人民法院的指导性案例第 140 号和第

〔24〕 参见安徽省淮南市中级人民法院（2024）皖 04 民终 2038 号民事判决书。

〔25〕 参见申海恩：《文体活动自甘冒险的风险分配与范围划定》，载《法学研究》2023 年第 4 期。

〔26〕 参见北京市第三中级人民法院（2024）京 03 民终 11665 号民事判决书。

〔27〕 参见江西省赣州市中级人民法院（2024）赣 07 民终 2081 号民事判决书。

〔28〕 参见周晓晨：《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。

〔29〕 参见湖南省嘉禾县人民法院（2024）湘 1024 民初 42 号民事判决书。

〔30〕 参见江西省鹰潭市月湖区人民法院（2023）赣 0602 民初 4541 号民事判决书。

141号即针对主观风险。^{〔31〕}在指导性案例第140号中，受害人未经景区允许攀爬杨梅树导致坠亡，遗属主张景区违反安全保障义务，要求损害赔偿。法院认为，受害人作为完全民事行为能力人，在行为时能够预见损害后果。受害人要求景区将所有树木装上护栏，明显超出合理限度。据此免除了景区的赔偿责任。指导性案例第141号中，受害人在永定河消力池结冰后，私自进入遛狗。冰面破裂导致受害人溺亡。法院认为，消力池是禁止进入的设施，不属于公共场所。作为禁止进入的水利工程，消力池结冰后存在溺亡风险，为社会公众所周知。如果受害人自行进入消力池，因溺亡风险现实化造成的损害，不能请求损害赔偿。以上指导性案例虽然均针对主观风险，但在创设危险源后，通过警示措施，受害人已经充分预见到了可能发生的损害，可以适用自甘风险。

第二，《民法典》第1176条将客观风险限缩在狭窄的范围内，假设了“以风险补偿风险”的思路。在篮球等对抗性体育活动中，每个参加者都互相施加固有风险，互相补偿，具有公平性。但一方面，由于上文所述的多种限制，“以风险补偿风险”的思路也没有得到充分贯彻（如羽毛球中挥拍致人伤害）。另一方面，风险并非仅能通过风险补偿，也可以通过利益补偿。不论是主观利益还是客观利益，如果受害人获得了因风险所致的全部利益，或者加害人已经补偿给受害人利益，由受害人承担全部风险仍是公平的。关键是结合案件具体情形，特别是利益补偿的数额和方式，确定受害人承担风险的范围。例如无偿举办比赛、无偿宴请、好意同乘等情形，应当视情形适用自甘风险。

因此，《民法典》第1176条属于自甘风险，并不意味着自甘风险只对应《民法典》第1176条。为了解决该问题，本文首先分析扩张适用自甘风险的必要性，寻找立法过度限缩自甘风险的原因。其次，本文通过考察美国法的自甘风险制度，建构自甘风险的规范目的。最后，本文希望在《民法典》第1176条之外为法官另行寻找裁判依据，确定自甘风险的扩张范围。

三、立法过度限制自甘风险的原因及其解释论影响

规则的适用范围不能脱离其规范目的。立法出于对滥用自甘风险的担心，过度限制了自甘风险的适用范围。但这种选择客观上没有满足司法实践的规范需求，造成释法说理的障碍。本文这部分对立法意图进行解释，为扩张自甘风险寻找正当性。

（一）立法限制自甘风险的原因

如果司法裁判对自甘风险存在稳定的需求，就有必要探求立法者选择限制自甘风险适用范围的原因。如果该原因成立，应当尊重立法者的选择；如果该原因不成立，则立法者的目的应当被更合理地解释。下文将探求立法者选择限制自甘风险的原因。

1. 直接原因：担心自甘风险被滥用

从《侵权责任法》至《民法典》的立法过程中，一直存在关于自甘风险的争论，致使立法存在疑虑。在《侵权责任法》立法过程中，有观点要求规定自甘风险。但讨论中认为，即使受害人处分自己的权益，也不能直接免除加害人的侵权责任，应当结合个案情况进行判断。如果自甘风

〔31〕 该两个指导性案例的内容参见《最高人民法院关于发布第25批指导性案例的通知》（法〔2020〕253号）。

险适用范围过宽，会损害受害人利益。《中华人民共和国民法典侵权责任编（草案）》中并没有规定自甘风险，但社会各界建议规定自甘风险。立法予以采纳，在《中华人民共和国民法典侵权责任编（草案二次审议稿）》第 954 条之一首次规定了自甘风险，目的是解决对抗性体育活动中的侵权问题，特别是学校等举办方责任过重的问题。在二审稿中，自甘风险针对的并非“文体活动”而是“危险性活动”，范围尚且较宽。但有意见担心自甘风险被滥用，《中华人民共和国民法典侵权责任编（草案三次审议稿）》中就将适用范围改为了“文体活动”。三审稿最终通过并形成《民法典》第 1176 条。^{〔32〕} 因此，不论是《侵权责任法》未规定自甘风险，还是《民法典》选择限缩自甘风险，均出于对滥用自甘风险的担心。法工委在描述该条时不断使用“本着谨慎的精神”“从严认定”等词汇，也侧面佐证了这一点。

由于历史上自甘风险经常被滥用，立法过程中的上述疑虑具有正当性。例如，1900 年美国马萨诸塞州的一个生产斧子的企业由于货架缺陷掉落了斧子，致使其雇员受伤。该雇员事前已经发现了危险的工作环境，被告知“要么继续，要么走人”，该雇员选择继续工作。霍姆斯认为，该案中受害人已经察觉到了风险，继续从事工作等于接受该风险，构成自甘风险，不能获得任何赔偿。^{〔33〕} 但仅仅因为受害人认识到风险，就免除加害人的全部赔偿责任，并不公平。因此，扩张自甘风险的前提是确定其理论基础，防止其滥用。

2. 限制根源：既有理论无法建构自甘风险的规范目的

立法的困惑源于理论资源不足。我国既有观点可以分为同意说、注意义务说和过失相抵说。三种学说均存在缺陷，不能解释自甘风险的规范目的。

（1）同意说会导致自甘风险的滥用

同意说认为，受害人自甘风险可以被视为受害人同意。该说认为，受害人同意从明示意思表示中归纳，而自甘风险从默示意思表示归纳，都以受害人同意为合理化内核。^{〔34〕} 同意说源于拉丁法谚“同意的损害不是损害”（volenti non fit injuria），是解释自甘风险最普遍的学说。

虽然以意思理论作为合理化基础，同意说反而经常背离当事人内心的真实意思。同意说混淆了意思表示解释和意思拟制。意思表示解释以探究表意人内心真实意思为目的，意思拟制却不受此拘束，可以得出与表意人意思相反的结论。^{〔35〕} 如果受害人没有明确表示同意，同意实际上是从受害人已知风险并坚持从事相应活动的行为中解释或拟制出来的。^{〔36〕} 如果受害人没有充分认识到风险，这种“解释”并不符合当事人内心真意，等于法院根据受害人行为拟制出了受害人同意。实质上将受害人从事的事实行为转化为了法律行为，得出了与事实相反的结果。^{〔37〕} 根据该说，只要受害人知道或应当知道风险存在，就可以从受害人从事风险活动的行为中推知其存在默示同意。^{〔38〕}

〔32〕 上述变化参见黄薇主编：《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 35-37 页。

〔33〕 参见〔美〕G. 爱德华·怀特：《美国侵权行为法：一部知识史》（原书增订版），王晓明、李宇译，北京大学出版社 2014 年版，第 52-53 页。

〔34〕 Vgl. Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschaedigten im Privatrecht, 1999, S. 442.

〔35〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 135-136 页。

〔36〕 Vgl. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr eine rechtergleichende Untersuchung, 1961, S. 94.

〔37〕 Vgl. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr eine rechtergleichende Untersuchung, 1961, S. 95-96.

〔38〕 See John C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Shielding Duty: How Attending to Assumption of Risk, Attractive Nuisance, and Other “Quaint” Doctrines Can Improve Decisionmaking in Negligence Cases*, 79 Southern California Law Review 329, 349 (2006).

看似尊重受害人内心意思的同意说，事实上反而最可能违背受害人的内心真意。因此，同意说无法建构自甘风险的规范目的。

（2）注意义务说不能全面解释自甘风险

我国也有学者通过注意义务说解释自甘风险。^{〔39〕}根据该说，受害人如果将自己置身于危险中，就不能期待其他人对自己承担过高的注意义务。由于加害人没有违反注意义务，不存在损害转移的原因，不承担赔偿责任。

由于高度弹性化，该说具有很强的解释力。但即便加害人已经违反了注意义务，也可能适用自甘风险。特别是加害人违反注意义务在前，受害人自甘风险在后的案件，不能因为受害人在后的自甘风险否认加害人已经存在的注意义务违反。例如，在 *Paubel v. Hitz* 一案中，邮递员明知道路上存在大量污染物，存在滑倒风险，仍然继续行走导致摔倒受伤。法院以自甘风险为由驳回了原告的诉讼请求。^{〔40〕}此时，不能因邮递员的“自甘风险”否认加害人的注意义务违反。

（3）过失相抵说不能有效解释自甘风险

过失相抵说认为，自甘风险并非是一个独立的抗辩，而是过失相抵的一个子类型。^{〔41〕}该说认为，受害人自甘风险时违背了“不真正义务”，构成受害人过错，应由过失相抵调整。该说运用“受害人过错”这一不确定概念，解释力很强。

但该说与我国《民法典》的安排存在两处矛盾。第一，德国和日本过失相抵的法律后果是可减责可免责，能够容纳自甘风险。但根据《民法典》第 1173 条，我国的过失相抵是纯粹的减责抗辩，逻辑上不能包含免责抗辩。^{〔42〕}第二，我国制定法确立了独立的自甘风险制度。如果再求助于过失相抵，就脱离了本国法典，难以解释两者的关系问题。此外，理论重点是解释自甘风险免除加害人责任的原因，将其归入过失相抵只是改变了表述，没有解决该问题。

（二）立法选择与解释论扩张

从上述考察可知，立法对自甘风险采取限缩立场，源于理论储备不足。如果能够明确自甘风险的适用边界，则立法者担忧的滥用问题就不存在，就具有通过解释论扩张自甘风险的可能。

1. 《民法典》第 1176 条是理论基础不清下的保守选择

自甘风险的理论基础并不清晰，但司法实践中却存在规范需求，只能通过类型化予以平衡。类型化依赖案例的积累，遵循“案例—案例群—类型”的步骤，通过实践逐步实现规范的明晰化。在规则的构成要件不清晰时，可以先在小范围内归纳出明确的类型，剩余部分留待进一步类型化。在案例群尚未实现充分积累时，等待案例群的持续积累。

《民法典》第 1176 条就是类型化的结果。虽然立法对自甘风险存在疑虑，但在“文体活动参加者互相侵权”的范围内，适用自甘风险已被共识所接受。此时受害人为自己创设的风险和自甘风险的联系是相对稳定的，存在提炼明确规则的可能，抽象为更清晰和准确的《民法典》第 1176 条。

〔39〕 参见廖焕国、黄芬：《质疑自甘冒险的独立性》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2010 年第 5 期。

〔40〕 See, *Paubel v. Hitz*, 96 S. W. 2d 369, 370 (Mo. 1936).

〔41〕 参见王利明：《论受害人自甘冒险》，载《比较法研究》2019 年第 2 期；王竹：《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 308 页。

〔42〕 参见李鼎：《解释论视角下过失相抵和减损规则的区分与统合》，载《清华法学》2024 年第 6 期。

2. 立法允许继续积累自甘风险的类型

立法并未终结自甘风险的类型化工作。在《民法典》第 1176 条外，仍可进一步实现自甘风险的类型化。在文体活动之外，法官可以通过援引其他相关条文（如第 1165 条）免除加害人的赔偿责任，实现自甘风险的适用。

事实上司法实践一直未停止该工作。指导性案例第 140 号和第 141 号就是典型例证。法院通过援引《侵权责任法》第 37 条第 1 款（《民法典》第 1198 条第 1 款）的规定，免除加害人的赔偿责任，达到了与适用自甘风险相同的效果。前文所述众多超出《民法典》第 1176 条文义的裁判也在做类似的类型化工作。因此，在《民法典》颁布后，司法实践仍在不断积累自甘风险的类型，实现自甘风险的实质适用。

3、继续类型化自甘风险的必要性

即使没有自甘风险的规定，仍然有很多判决实质上采用自甘风险的法理免除加害人的赔偿责任。这可能使上文观点受到质疑并得出下面结论：《民法典》第 1176 条是否过度限缩自甘风险不会影响裁判结论，甚至法律是否规定自甘风险都不会影响裁判结论。但事实上并非如此。法律适用会因是否存在类型化后的自甘风险而不同。具体体现为两个方面：

（1）法官行使自由裁量权的可预见性

如果法律并未规定自甘风险，受害人是否构成自甘风险取决于法官的权衡结果。仍以指导性案例第 140 号为例，如果法院通过权衡认为景区没有义务防止游客爬树，该案所涉损害风险即构成自甘风险。相反，则景区有义务防止游客爬树，应当承担赔偿责任。通过指导性案例确定该类型后，同类案件就应当参照适用指导性案例第 140 号作出裁判。日后面对类似案件时，无须法官权衡受害人在景区爬树是否属于自甘风险，可以直接参照适用指导性案例第 140 号裁判。

（2）法官的论证义务

是否存在类型化的自甘风险会影响法官的论证义务。从论据对结论的支持力度来看，可以分为强支持与弱支持。弱支持是指，理由 p 和结论 q 共享一个大前提，例如类推。强支持中可以直接从前提集中推知相应结论，如涵摄。^{〔43〕}

在没有实现自甘风险的类型化时，只能援引概括条款支持裁判结论。此时《民法典》第 1198 条、第 1165 条的规定对裁判结论的支持强度很低，连弱支持都算不上。仍以指导性案例第 140 号为例：如果法律明确规定“游客爬树属于自甘风险，加害人不承担赔偿责任”，对结论是一种强支持。如果法律只规定“游客在景区摔倒属于自甘风险”，与“游客爬树属于自甘风险”共享一个大前提“游客在景区要承担更多自甘风险”，对裁判结果是一种弱支持。但“注意义务”“因果关系”均为不确定概念，不能对结论提供任何有效支持。法官必须证明“游客在景区爬树”与“自甘风险”之间的逻辑联系，否则难以论证免除加害人责任的正当性。

由于《民法典》第 1176 条的适用范围过于狭窄，自甘风险促进规则明确化、减轻法官裁判压力的功能并没有得到充分发挥。我国仍然有必要推进自甘风险的类型化工作，实现自甘风险的扩张。但应当如何在《民法典》的规范基础上推进自甘风险的类型化？

〔43〕 参见〔瑞典〕亚历山大·佩策尼克：《论法律与理性》，陈曦译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 122-123 页。

四、建构自甘风险的规范目的

扩张自甘风险以澄清规范目的、防止其滥用为前提。前文中所述的同意说、注意义务说和过失相抵说希望以单一的法律规则解释所有自甘风险，忽视了自甘风险中的固有风险。侵权法规则主要从加害人视角设计，而自甘风险则从受害人视角判断侵权责任。自甘风险必须转化为有关加害人的规范，才能被既有法释义学所理解。这一转化需要用生根于德国法释义学的中国法体系来理解成熟于英美法系的自甘风险，必须对自甘风险进行合理分类，并用多种理论协作解释。

（一）实质依据：作为一般生活风险的自甘风险

1. 受害人应当自行承担一般生活风险

自甘风险的规范目的在于要求受害人自行承担由自己创造的一般生活风险，保护加害人的行为自由。如果受害人出于自身意志开启了风险，其他人不承担减轻或消除该风险的义务，受害人自行承担该风险现实化的结果。为了维持共同生活，社会共同体必须容忍一定程度内的风险，即一般生活风险。^[44] 只有超出一般生活风险，给他人施加了“异常风险”，行为人才承担侵权责任。^[45] 例如，即使按照交通规则驾驶车辆，仍然会给其他参加公共交通的人提高伤害风险。但这些伤害风险是被社会接受并容忍的，属于一般生活风险。只有超出该范围，才会逾越社会对风险的忍受限度（如闯红灯、高速逆行等），才可能构成侵权。

自甘风险针对的是受害人为自己创造的一般生活风险。受害人出于自由意志选择了某种行为方式，为自己创造了独立的危险源，应当自行承担与此相伴的损害风险，不能转嫁给他人。^[46] 例如，在 *Ford v. Gouin* 一案中，受害人在参加水橇运动时因头撞上了岸边伸出来的树枝而受伤。其认为是加害人将船开得离岸边太近导致的，请求其承担赔偿责任。^[47] 但水橇运动中，船快速运行，不能要求驾驶人与河岸永远保持固定距离。乘船人必然要承担与岸边树枝相撞的危险。受害人选择参加该运动，理应承担相应风险，不能转嫁给加害人。

2. 一般生活风险依赖于衡量

一般生活风险作为法释义学上的理论，范围本身是模糊的，其判断依赖于法官在个案中对禁止得利原则与责任自负原则的权衡。^[48] 适用自甘风险的价值前提是禁止得利原则在与责任自负原则的权衡过程中获胜。责任自负原则要求补偿受害人；禁止得利原则要求受害人为自己的选择承担后果。两个原则都要求实现，但不能同时实现。^[49] 此时应当结合具体案件的情势进行权衡，决定原则的实现比例。^[50] 如果受害人“自甘风险”，却又希望将自己的行为后果转由加害人承

[44] See Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 Yale Law Journal 82 (2011).

[45] See Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 Stanford Law Review 311 (1996).

[46] Vgl. Dirk Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, 1999, S. 456.

[47] See *Ford v. Gouin*, 834 P. 2d 724 (Cal. 1992).

[48] Vgl. Klaus Schlobach, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, 2003, S. 9.

[49] 原则的特征参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律原则的结构》，载〔德〕罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第131页。

[50] 原则之间的权衡参见于飞：《诚信原则修正功能的个案运用——以最高人民法院“华诚案”判决为分析对象》，载《法学研究》2022年第2期。

担，等同于只享受行为利益，不承担行为后果，获得了不当利益。^{〔51〕} 只有禁止得利原则在权衡中获胜，才能将涉案风险归为一般生活风险，适用自甘风险；但如果责任自负原则在权衡中获胜，则涉案风险不再属于一般生活风险，加害人对受害人存在保护义务。因此，必须禁止得利原则击败了责任自负原则，确定受害人遭受的损害源于一般生活风险，才能适用自甘风险。

（二）形式依据：作为侵权责任构成要件的自甘风险

自甘风险的规范目的是让受害人自行承担其创造的一般生活风险。但一般生活风险是一个法释义学上的概念，需要转化为法律体系内的规则。这取决于对自甘风险内容的分析。由于美国法上的自甘风险最为典型，本文此部分通过分析美国法确定自甘风险的规则转化。

美国法理论上注意到了自甘风险当中隐含的张力，对自甘风险进行了分类：根据受害人接受风险的不同方式，将自甘风险分为明示自甘风险和默示自甘风险。明示自甘风险中受害人以明确的口头或书面免责协议接受风险，而默示自甘风险中受害人通过自己的行为表示接受风险。根据加害人对受害人是否承担保护义务，可以将默示自甘风险分为基本型自甘风险和派生型自甘风险。前者加害人负有防止受害人自甘风险的注意义务，后者加害人不负担相关注意义务。对于派生型自甘风险，可以根据受害人接受风险时的理性程度，进一步分为合理派生型自甘风险和不合理派生型自甘风险。^{〔52〕} 下文以此为基础确定自甘风险的免责基础。

1. 明示自甘风险以违法性判断作为免责依据

明示自甘风险中，原告通过合同或其他方式明确表示接受由被告之过失或莽撞行为引起的伤害风险，除非该协议因违反公共政策而无效，原告不得因该伤害获得赔偿。^{〔53〕} 明示自甘风险以免责协议为免责依据，免除加害行为的违法性，实际上包含了受害人同意。

但有学说认为，应当区分自甘风险和受害人同意，该主张被法工委接受。法工委列举了两者的三点区别：（1）自甘风险主要适用于文体探险活动，而受害人同意不受此限；（2）自甘风险中受害人知晓自己承担的风险，却并不确定损害是否发生、如何发生；（3）自甘风险中受害人并不希望损害发生，而受害人同意中损害来自受害人的意思表示。^{〔54〕} 这三点区别均不成立。第一，自甘风险在实践中主要适用于某案件类型并不代表其只适用于该案件类型。这些案件之外的其他案件类型也可以适用自甘风险。第二，在已经开始部分承认风险作为损害的前提下，^{〔55〕} 区分损害和损害风险的意义有限。损害风险包含了损害，是损害的上位概念。如果损害风险达到了百分之百，就等于损害。两者之间只有量的区分，没有质的区别。第三，受害人的意思表示和受害人是否希望损害发生并非同一层面的问题。是否希望发生损害只是做出意思表示的动机之一，不能作为区分两者的标准。因此，明示自甘风险以受害人同意作为免责依据。

2. 默示基本型自甘风险以注意义务判断作为免责依据

默示基本型自甘风险中受害人可能以默示方式与加害人达成免责协议。此时与明示自甘风险

〔51〕 Vgl. Kurt J. Venzmer, Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen schweizerischen und frankzösischen Recht, 1965, S. 23.

〔52〕 该分类方法参见 Dale L. Moore, *Please Watch Your Language! The Chronic Problem of Assumption of Risk*, 61 Catholic University Law Review 175, 184-191 (2011).

〔53〕 参见《侵权法重述第二版：条文部分》，许传玺等译，法律出版社 2012 年版，第 206-207 页。

〔54〕 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 43-45 页。

〔55〕 参见陈聪富：《因果关系与损害赔偿》，北京大学出版社 2006 年版，第 166 页。

的理论基础相同，不再赘述。除此之外，默示基本型自甘风险还可因受害人行为降低加害人的注意义务，使加害人对损害不存在可责性。

默示基本型自甘风险中通过固有风险降低加害人的注意义务。^[56] 固有风险就是活动本身所必然伴随的风险，是一般生活风险的具体化。固有风险主要存在于接触性、协作性和竞争性的运动中，如橄榄球、篮球和骑马等。固有风险与活动相伴相生，如果不接受固有风险，相关活动将无法展开。但这并不意味着固有风险只存在于文体活动中。例如，搬家工需要承担肌肉拉伤的风险，而兽医应当承担治病过程中动物撕咬的风险。如果超出固有风险，就不属于加害人被降低注意义务的范围，不能适用自甘风险。例如，搬家工不承担搬运物中包含炸药进而被炸伤的危险，兽医也不承担狗主人未给狗注射狂犬疫苗带来的伤害风险。

固有风险依据利益和风险的对称性判断。在一般的职业风险中，固有风险已被薪水所补偿。例如，搬家工承受搬运重物导致肌肉拉伤的风险，并通过薪水和社会保险补偿。此时默示自甘风险与明示自甘风险具有相似性。^[57] 在不存在报酬（如参加文体活动）时，行为人可以通过个人精神享受，或其他主体互相承担固有风险的方式获得补偿。^[58] 例如，在 *H. Wagner v. Thomas J. Obert Enterprises* 一案中，原告在轮滑过程中为地面不平整而摔倒受伤。法院认为，致害风险属于运动的固有风险，被告对此不承担注意义务。^[59] 相反，在 *Collier v. Northland Swim Club* 一案中，一个 11 岁的女孩在学习跳水的过程中头触地板而受到伤害。法院认为教练指导不足并非学习跳水的固有风险，加害人应当承担损害赔偿责任。^[60]

3. 默示派生型自甘风险以因果关系判断作为免责依据

在逻辑上，加害人不可能既违反注意义务，又不存在注意义务。派生型自甘风险中加害人已经违反了注意义务，因此注意义务分析并不能为此类自甘风险提供合理解释。这类案件中往往加害人违反义务在先，受害人意识到加害人违反义务在后。但受害人继续从事风险活动，最终造成损害。以因果关系判断解释此类自甘风险更为合理。

受害人“自甘风险”可能影响加害行为和损害之间的因果关系判断。即使加害行为已经发生，如果受害人可以通过极低成本避免损害，加害人就可以期待受害人避免损害。如果最终损害发生，受害人行为可能变成损害的唯一原因，切断了加害人与损害之间的因果关系。在 *Gulfway Gen. Hosp. v. Pursley* 一案中，受害人充分认识到道路结冰很严重，但仍然沿着结冰的道路上楼梯，导致摔倒受伤，法院认为构成自甘风险。^[61] 如果整个道路均结冰，则加害人未按时清理冰雪，应当承担损害赔偿责任；但如果仅部分道路结冰，受害人完全可以在不结冰的部分行走，而其执意在结冰的部分通过，就可能切断加害行为与损害之间的因果关系。

[56] See Dale L. Moore, *Please Watch Your Language!: The Chronic Problem of Assumption of Risk*, 61 Catholic University Law Review 175, 191 (2011).

[57] See John L. Diamond, *Assumption of Risk After Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine*, 52 Ohio State Law Journal 717, 737 (1991).

[58] See Dale L. Moore, *Please Watch Your Language!: The Chronic Problem of Assumption of Risk*, 61 Catholic University Law Review 175 (2011).

[59] See *H. Wagner v. Thomas J. Obert Enterprises*, 396 N. W. 2d 223 (Minn. 1986).

[60] See *Collier v. Northland Swim Club*, 35 Ohio App. 3d 35, 518 N. E. 2d 1226 (1987).

[61] See *Gulfway Gen. Hosp. v. Pursley*, 397 S. W. 2d 93, 93 (Tex. App. 1965).

派生型自甘风险的进一步分类再次佐证了上述观点。特举一个常用来区分合理派生型自甘风险和不合理派生型自甘风险的例子。因加害人过失而导致受害人的房屋燃起大火后，如果受害人的孩子还在房屋内，受害人冲入熊熊大火中拯救孩子就是合理派生型自甘风险，但如果受害人想起还有金钱放在抽屉内，冲入烈火中想要取回金钱就是不合理派生型自甘风险。^{〔62〕}按照这一区分方法，如果受害人的理性行为实际上是损害的自然扩展（保护自己的孩子是遇到危险时的本能选择），不影响加害行为与损害之间的因果关系。相反，不合理派生型自甘风险中受害人行为了异常（为了财物而愿意失去生命），难以被合理预见，受害人的行为是损害发生的唯一原因。例如，在 *Corlett v. Caserta* 一案中，医生因过失导致病人胃出血。由于信仰天主教，病人拒绝输血，最终死亡。法院认为这并不构成自甘风险。^{〔63〕}由于宗教信仰自由，损害是受害人的理性选择，拒绝输血致死是因果关系的自然发展，加害人应当对此承担责任。

需要注意的是，对于合理与不合理派生型自甘风险，美国法院还存在另一种解读。在 *Ordway v. Superior* 一案中，一名骑手因另一名骑手的过失从赛马上摔下，导致损害。法院认为，合理与不合理（reasonable-unreasonable）的表述导致了误解。如果改为“明知、清晰”和“过失、不注意”，就能够更明确地认识到两种自甘风险的区别。前者应当免除损害赔偿赔偿责任，后者应当适用过失相抵。^{〔64〕}这看似与上文的解释是冲突的，但其实源于其对合理与不合理的区分标准采取了与通行标准相反的看法。一般认为，合理与不合理针对的是受害人的理性状态，而该案中合理与不合理评价的却是受害人对风险的认知程度。同样的词汇蕴含着相反的语义，但所代表的思想是一致的。按照 *Ordway v. Superior* 案的解读，如果受害人在事实上完全认识到了损害发生的风险，并可通过自己的行为预防损害的发生，也可以导致因果关系被切断。

（三）自甘风险的扩张路径

从上文的分析可知，自甘风险不创设新的规则，只揭示了受害人“自甘风险”对违法性、注意义务和因果关系判断的影响。其中违法性判断可以被注意义务判断所囊括，本文不再单列。可以通过注意义务和因果关系分析进行解释，得出和援引自甘风险相同的裁判结果。

1. 侵权责任一般条款作为扩张自甘风险的裁判依据

《民法典》第 1176 条将自甘风险的适用范围限缩为“文体活动中参加者的互相侵权”，但仍可在此范围外适用自甘风险的法理。不论是否存在规范意义上的自甘风险，受害人过错与加害人侵权责任构成要件之间的联系仍然存在，可以免除加害人的赔偿责任。

即使《民法典》第 1176 条限制了自甘风险的适用范围，但并未封闭自甘风险的类型扩展。在受害人为自己创造损害风险时，只要加害人不存在对受害人的注意义务，就不应当承担损害赔偿责任。即使加害人违反注意义务在前，如果受害人对自己施加不正当风险造成损害，也可能切断加害行为与损害之间的因果关系，免除加害人的赔偿责任。如果符合上述情形，可以通过援引《民法典》第 1165 条或其他有关注意义务和因果关系的规范作为自甘风险的裁判依据。

〔62〕 See John L. Diamond, *Assumption of Risk after Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine*, 52 Ohio State Law Journal 717, 739 (1991).

〔63〕 See *Corlett v. Caserta*, 204 Ill. App. 3d 403, 149 Ill. Dec. 793, 562 N.E. 2d 257, 3 A.L.R. 5th 1091 (1st Dist. 1990).

〔64〕 See *Ordway v. Superior Court*, 198 Cal. App. 3d 98, 103, 243 Cal. Rptr. 536, 541 (1988).

2. 安全保障义务与自甘风险并非排他关系

安全保障义务也属于注意义务，与自甘风险是一体两面的关系，不能因为第 1176 条的分离设计将安全保障义务与自甘风险对立起来。自甘风险是加害人不存在安全保障义务的另一种规范表达。如果加害人对受害人存在安全保障义务，应当防止受害人施加自我风险（如在景区制止爬树的游客、在水库区设置围栏等措施），就不能适用自甘风险。因此，加害人是否履行了安全保障义务需要法官权衡致害风险是否属于受害人的一般生活风险，不能简单依据加害人的身份是否为体育活动组织者进行判断。

因此，《民法典》第 1176 条第 2 款援引《民法典》第 1198 条至第 1201 条的规定，并非对自甘风险的否定。判断加害人是否承担安全保障义务、加害行为与损害结果之间的因果关系时，都需要考虑受害人是否自甘风险。如果受害人自甘风险，就可以认定加害人不存在安全保障义务或者加害行为与损害之间没有因果关系，免除加害人的赔偿责任。《民法典》第 1198 条至第 1201 条的规定可以成为法官适用自甘风险的裁判依据。由于指导性案例具有“应当参照”的效力，也应当参照适用指导性案例第 140 号、第 141 号来证成自甘风险的适用。

五、以解释论扩张自甘风险的类型构造

为防止自甘风险被滥用，扩张自甘风险的同时必须明确其适用边界。特别是“注意义务”“因果关系”等判断均具有高度不确定性，有必要明确适用自甘风险的具体情形。本文这部分就自甘风险的扩张予以类型化。

（一）文体活动外自甘风险的适用类型

在加害人不是安全保障义务人时，是否可以适用自甘风险，应当结合风险制造的情形来具体分析。如果是受害人单独制造的风险，需要考虑加害人是否尽到保护义务；如果是受害人和加害人共同制造的风险，应当考虑加害人是否尽到互助义务。具体如下：

第一，受害人因与加害人无关的自身风险导致损害的，此时加害人没有互助义务，应当适用自甘风险。例如，在共同饮酒后，加害人将受害人送回家。受害人睡觉后因自身状况中风去世的，应当适用自甘风险，加害人不承担责任。^{〔65〕}

第二，如果加害人无力预见并控制受害人对自己施加的风险，不应当承担消除风险的义务，应当适用自甘风险。例如，受害人醉酒后驾驶摩托车撞上加害人的围栏致死的，^{〔66〕} 致害方式超出了加害人的预见范围，不能强求加害人避免此种损害（如给所有围栏全部包上足够厚的海绵）。

第三，加害人以合法方式制造了风险，受害人在接受警示后选择承担风险继续行为的，可以适用自甘风险。例如，水电公司按照规定进行排水，并在桥面设置了警告牌。受害人看到警告牌和湍急的水流后，仍然坚持将车开入导致发动机熄火，水流冲翻机动车导致损害。^{〔67〕} 此时，受害人对风险的清晰认知切断了加害行为和损害后果之间的因果关系，可以适用自甘风险。

第四，加害人和受害人共同创造风险，加害人尽到互助义务的，可以适用自甘风险。例如，

〔65〕 参见内蒙古自治区巴林左旗人民法院（2024）内 0422 民初 2949 号民事判决书。

〔66〕 参见内蒙古自治区陈巴尔虎旗人民法院（2023）内 0725 民初 921 号民事判决书。

〔67〕 参见贺州市八步区人民法院（2023）桂 1102 民初 4152 号民事判决书。

共同饮酒后，加害人护送受害人回家，并没收摩托车钥匙的。^{〔68〕} 同行钓鱼，受害人要下水捕鱼，加害人以水深危险为由极力劝阻。受害人认为自己水性良好执意下水后溺亡的。^{〔69〕} 虽然加害人和受害人共同创造了风险，但加害人已经尽到了互助义务，可以适用自甘风险免除其赔偿责任。

（二）加害人存在故意和重大过失时可以适用自甘风险

自甘风险本质为受害人应当承担的一般生活风险。受害人从事生产生活活动，就必须承担与活动相生相伴的固有风险。因固有风险所致的损害不得请求损害赔偿。我国《民法典》第 1176 条的所有构成要件都是为了表达和界定文体活动固有风险的范围，但所选表述并不贴切。条文中的“一定风险”被用来修饰“文体活动”，是对文体活动的修饰和限缩，导致“一定风险”与“自甘风险”之间的联系被切断，不能和固有风险产生有效联系。

因此，“参加一定风险的文体活动”之所以能够免除加害人的赔偿责任，源于致害风险是文体活动的固有风险。固有风险属于受害人应当承担的一般生活风险，加害人对此不承担注意义务。如果损害风险超出了固有风险的范围，则并不属于自甘风险的免责范围，不能免除加害人的赔偿责任。例如，在公园中压腿，只自行承担压腿活动所带来的伤害风险，如韧带拉伤，并不承担他人在压腿过程中搂抱推搡导致的损害；^{〔70〕} 在滑雪圈运动中，只自行承担因滑雪圈运动的滑倒风险，并不可以豁免故意互相碰撞的损害风险。^{〔71〕}

“故意或者重大过失的除外”之所以排除适用自甘风险，是因为通常故意和重大过失所致的侵权并不在文体活动固有风险的范围。但不能否认例外的存在。有些特殊文体活动的固有风险甚至包含了故意或重大过失造成损害的风险。上文所列的拳击、跆拳道和武术等格斗类文体活动中，造成伤害的方式均为故意。此时排除自甘风险会产生目的悖反，加害人对文体活动固有风险造成的损害承担侵权责任。例如，在短棍教学过程中，短棍落地后双方应当停止进攻。因此固有风险只包含短棍落地前双方故意进攻所导致的损害。如果行为人在短棍脱落后继续攻击对方，导致受伤，就超出了固有风险的范围，不属于自甘风险。^{〔72〕}

因此，《民法典》第 1176 条“故意或者重大过失的除外”排除的范围过宽，存在隐藏的法律漏洞。应当对《民法典》第 1176 条进行目的性限缩，将其解释为“加害人的故意或者重大过失超出文体活动固有风险范围的，不适用自甘风险”。

（三）安全保障义务人侵权中适用自甘风险的类型

如果“加害人尽到安全保障义务”和“受害人自甘风险”是同一规范的不同表达，梳理安全保障义务的边界就是确定自甘风险类型的前提。加害人的安全保障义务主要有以下几类：

第一，在损害发生前，安全保障义务人应当就存在的风险履行告知和警告义务。安全保障义务人必须清晰、明确和充分地告知受害人可能存在的损害风险。对于社会公众普遍熟知的客观风险，告知义务较轻。例如，对于滑雪、^{〔73〕} 自行车^{〔74〕}等常见项目，并不需要额外警告。相反，

〔68〕 参见贵州省清镇市人民法院（2024）黔 0181 民初 3590 号民事判决书。

〔69〕 参见四川省凉山彝族自治州中级人民法院（2024）川 34 民终 1291 号民事判决书。

〔70〕 参见河南省鹤壁市中级人民法院（2021）豫 06 民终 391 号民事判决书。

〔71〕 参见吉林省吉林市昌邑区人民法院（2021）吉 0202 民初 966 号民事判决书。

〔72〕 参见北京市第二中级人民法院（2021）京 02 民终 8637 号民事判决书。

〔73〕 参见陕西省高级人民法院（2024）陕民申 2446 号民事裁定书。

〔74〕 参见湖北省武汉市东西湖区人民法院（2024）鄂 0112 民初 3381 号民事判决书。

对于社会公众一般不能认识的主观风险，告知义务较重。对于越野车项目、^{〔75〕}跑酷项目^{〔76〕}等不常见的文体活动，应当提前告知风险。此外，对于深坑、窖井和难以通行的道路，因存在特殊风险，需要在合理位置张贴警示牌，警告受害人可能遭受的风险。^{〔77〕}

第二，在活动进行过程中，安全保障义务人具有管理和控制风险的义务。安全保障义务人应当合理安排项目内容，采取合理措施控制损害风险。首先，对于异常行为要及时进行管理和劝告。例如，旅行团游玩过程中游客擅自下湖游泳的，应当及时警告并试图劝返。^{〔78〕}其次，保证所提供的设施符合质量标准，不会施加异常的损害风险。如水表井盖应当能够承受足够压力，防止行人不慎掉入。^{〔79〕}再次，应当确保参加者佩戴必要的安全防护用具，如头盔和护具等。^{〔80〕}最后，对特定危险源实施管控，如合理设置防护网、围墙或上锁等防护措施。^{〔81〕}在组织群众性活动时，必要时还应当进行人群疏散管理。^{〔82〕}

第三，在事故发生后，应当履行合理救助义务，及时进行应急处理。有偿举办活动的安全保障义务人，特别是商业比赛的举办者，应当预备专业医生和医疗设施，及时救治受害人。^{〔83〕}即使是无偿或公益的赛事举办者，在损害事件发生后，也应当将受害人及时送医并通知患者家属。^{〔84〕}

如果受害人对自己施加风险，安全保障义务人已经尽到上述义务的，应当适用自甘风险免除安全保障义务人的侵权责任。具体可以分为以下几种类型：

第一，致害风险是受害人的自身风险，安全保障义务人尽到合理救助义务的，可以适用自甘风险免除加害人责任。例如，受害人在超市使用洗手间过程中猝死，只要超市发现后及时送医，就不应当对此承担赔偿责任。^{〔85〕}

第二，因文体活动的固有风险导致损害，安全保障义务人尽到警告、管理和救治义务的，可以适用自甘风险免除加害人责任。^{〔86〕}安全保障义务人不可能消除文体活动的固有风险，仅可在事前进行警告，确保设施和管理不存在瑕疵。如果有损害发生，及时将受害人送医救治。

第三，受害人自行突破防护措施导致损害，安全保障义务人已经尽到了警告、管理和救治义务的，应当适用自甘风险免除加害人责任。例如，受害人不顾安全提示牌警示及铁丝网拦截，擅自进入未开放区域导致失联死亡的，安全保障义务人不承担责任。^{〔87〕}

〔75〕 参见上海市浦东新区人民法院（2024）沪0115民初18010号民事判决书。

〔76〕 参见四川省犍为县人民法院（2024）川1123民初633号民事判决书。

〔77〕 参见新疆维吾尔自治区托里县人民法院（2023）新4224民初706号民事判决书。

〔78〕 参见辽宁省鞍山市中级人民法院（2024）辽03民终864号民事判决书。

〔79〕 参见安徽省灵璧县人民法院（2024）皖1323民初60号民事判决书。

〔80〕 参见内蒙古自治区牙克石市人民法院（2024）内0782民初210号民事判决书。

〔81〕 参见山东省曲阜市人民法院（2023）鲁0881民初4595号民事判决书。

〔82〕 参见吉林省长春市中级人民法院（2024）吉01民终4334号民事判决书。

〔83〕 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市头屯河区人民法院（2024）新0106民初2138号民事判决书。

〔84〕 参见湖北省仙桃市人民法院（2024）鄂9004民初197号民事判决书。

〔85〕 参见广东省佛山市中级人民法院（2024）粤06民终12157号民事判决书。

〔86〕 参见云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2024）云23民终616号民事判决书。

〔87〕 参见广西壮族自治区金秀瑶族自治县人民法院（2024）桂1324民初326号民事判决书。

六、结 论

自甘风险是受害人自行创造的一般生活风险。根据不同的分类，自甘风险的免责依据分别为免除违法性、降低注意义务和切断因果关系。在解释论上，《民法典》第 1176 条针对文体活动的固有风险。即使加害人主观存在故意或重大过失，只要仍属于文体活动固有风险致害的，可以适用自甘风险。在文体活动参加者侵权之外，可以援引侵权责任一般条款作为裁判依据。在受害人因自身风险导致损害的、受害人以超越一般公众认知的方式对自己施加风险的、受害人在接受警示后愿意承担该风险的以及加害人参与创造风险但尽到互助义务的情形时，可以适用自甘风险。《民法典》第 1176 条虽然分设“文体活动参加者”与“活动组织者”的自甘风险，但安全保障义务与自甘风险并非对立关系，而是一体两面的关系。安全保障义务人应当承担警告、管理和救治义务。在致害风险为受害人的自身风险、致害风险为文体活动的固有风险，或受害人自行突破防护措施导致损害的，安全保障义务人已经尽到了警告、管理和救治义务的，可以适用自甘风险。

Abstract: Article 1176 of Civil Code overly restricts the application of assumption of risk. However, from Guiding Cases 140 and 141, Article 1176 of the Civil Code is not a complete enumeration of assumption of risk, and it is necessary to continue typology of assumption of risk. In addition to the participants in a cultural or sporting activity, assumption of risk may be applied if the victim has caused the harm by his own risk, if the victim has imposed a risk on himself in a way that exceeds the organizer's perception, if the victim is willing to assume the risk after having been warned of it, and if the perpetrator has participated in the creation of the risk, but has fulfilled his obligation to provide mutual assistance. Assumption of risk may be applied even if the aggressor is subjectively intentional or grossly negligent, but the harm is caused by the risk inherent in the cultural or sporting activity. Assumption of risk may be applied to exempt the aggressor from liability if the victim imposes the risk on himself and the defendant has fulfilled its duty to warn, manage and rescue.

Key Words: assumption of risk, duty of care, causality, duty of care

(责任编辑: 徐建刚)