

• 体育社会科学 •

## 体育活动中安全保障义务的判断标准

韩勇

(首都体育学院 体育社会与经济教研室, 北京 100088)

**摘 要:** 体育中的安全保障义务, 是指从事体育经营活动或组织其他体育活动的人对他人身安全所承担的合理的保护义务。确定违反安全保障义务侵权行为的基本要求, 就是行为人违反必要的安全保护义务。确定体育中合理的安全保障义务应考虑: 防范风险以及损害的能力、体育活动开展的特征、风险或损害行为的来源及强度、预防与控制风险或损害的成本和受害人参加经营活动或者社会活动的具体情形。结合英美法国家经验和体育活动的特殊性, 我国应在立法中明确体育活动的参与者和观众甘冒风险作为抗辩事由。可以契约形式明确参与者和观众自甘风险, 即缔结免责条款, 其合法性取决于是否明确、具体、清晰和协商过程自由、开放、透明。因故意或重大过失而产生损害时免责条款无效。

**关键词:** 体育法; 安全保障义务; 体育伤害; 自甘风险; 免责条款

**中图分类号:** G80-05 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7116(2009)12-0016-07

### Standard for judging safety assurance obligations in sport

HAN Yong

(Department of Sports Society and Economic, Capital Institute of Physical Education, Beijing 100088, China)

**Abstract:** Safety assurance obligation in sport refers to a rational obligation undertaken by a person engaging in sports business activities or organizing other sports activities to protect the personal safety of others. The basic requirement for determining a safety assurance obligation breaching behavior is that the doer violates the safety assurance obligation. In determining rational safety assurance obligations in sport, the followings should be considered: the ability to prevent risks and damages, the characteristics of the development of sports activities, the source and intensity of risks or damaging behaviors, the costs for preventing and controlling risks or damages, and specific circumstances of the victim participating in business activities or social activities. By referring to the experiences of UK, USA and France as well as the specificity of sports activities, in its legislations China should specify sport activity participant and audience assumption of risk as a reason for defense. The participant and audience assumption of risk can be specified in the form of agreement, i.e. establishing an exculpatory clause, whose legitimacy depends on whether it is well defined, specific and clear, and whether the negotiation process is freewill, open and transparent. When damage is done intentionally or by a gross negligence, the exculpatory clause will be invalid.

**Key words:** sports law; safety assurance obligation; sports injury; assumption of risk; exculpatory clause

托马斯·霍布斯曾说过:“人的安全乃是至高无上的法律”。近年来,随着我国体育事业的发展,用于公众开展体育活动的体育场所的范围,体育活动的组织方式、参与人数、参与项目都有所增加。大量全民健身路径修建起来,学校、单位内部体育场地设施向社会公众开放,社会力量投资于体育场所经营和体育活

动的组织,这些新情况在满足了社会公众的体育娱乐需求的同时,也出现了令人关注的体育伤害纠纷问题。体育伤害,尤其是免费开放的体育场所和非营利性的体育活动中发生的伤害不能妥善解决,必将影响体育场所开放和体育活动组织的积极性。

安全保障义务在很多国家的民法中都已经发展成

收稿日期: 2009-06-29

基金项目: 国家体育总局 2008 年软科学项目《体育竞技伤害的法律分析》(1258SS0B076)。

作者简介: 韩勇(1974-),女,副教授,博士,研究方向:体育法学。

一套成型的理论和法律规则。我国对安全保障义务的探讨始于 1998 年的银河宾馆案。<sup>①</sup>2003 年民法学者张新宝、唐青林<sup>11</sup>提出“经营者对服务场所的安全保障义务”这一概念后，体育学术期刊随后刊发了有关体育活动场所经营者的安全保障义务的论文，指出体育活动场所经营者具有安全保障义务<sup>12</sup>，其后较少见到体育中的安全保障义务的研究。现有研究存在几方面问题：一，将安全保障义务研究局限于体育场所这一主体，实际上很多体育伤害的责任主体可能是活动的组织者；二，未能体现体育活动中违反安全保障义务侵权区别于一般违反安全保障义务侵权的特殊性，研究多是侵权法研究在体育实践中的套用；三，未研究体育实践中存在的大量免费和非营利性场所和活动违反安全保障义务侵权的赔偿责任。

体育中的安全保障义务指从事体育经营活动或组织其他体育活动的人对他人人身安全所承担的合理的保护义务。这一界定意味着体育中安全保障义务的义务主体范围是从事体育经营活动或组织其他体育活动的人。按照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 6 条规定，负有安全保障义务的义务主体应当是经营者和其他社会活动的组织者，包括自然人、法人和其他组织。可见，第一种主体是经营活动的经营者，第二是其他社会活动的组织者<sup>13</sup>。各种体育经营活动主要指各种营利性体育场所所发生的活动，所谓营利场所包括收费开放的健身娱乐场所和体育竞赛，如滑雪场、游泳馆、高尔夫球场、极限类体育项目，作为观众观看比赛也包含在其中。其他社会活动主要包括群众性公益活动和各类教育活动，如在免费开放或少量收费的公园、浴场、社区、体育场、健身路径、户外等社会活动的公共场所发生的社会活动<sup>14</sup>。因此，体育中安全保障义务的主体既包括体育场所的经营者，即所有者、管理者、承包经营者等对该场所负有法定安全保障义务或具有事实上控制力的公民、法人或其他社会组织，也包括体育活动的组织者。

## 1 体育活动中安全保障义务履行的判断标准

体育中安全保障义务的内容至少应包括：提供安全可靠的设施设备、配备足够的安全保障人员、保证服务管理的质量、提供适当的救助<sup>15</sup>。确定违反安全保障义务侵权行为的基本要求，就是行为人违反必要的安全保护义务。安全保障义务人的义务范围和种类并不是无限的，而是只在合理的范围内承担必要的安全保障义务。所谓必要，就是根据经营者提供的特殊经营活动的性质所应当达到的注意程度<sup>16</sup>。英美法可以

合理地察觉或者预见的危险确定当事人应当负有的义务范围。

虽然千差万别的体育活动很难找到统一的标准，应当具体问题具体分析，但客观上存在一些能够确定义务人是否尽到了安全保障义务的要害。如在确定是否尽到安全保障义务时，可以从安全保障义务的性质、侵权行为的性质和力度，安全保障义务人的保安能力以及发生侵权行为前后所采取的防范、制止侵权行为的措施等方面，综合判断，确定义务人是否已经尽到安全保障义务<sup>16</sup>。娱乐体育机构对于到访者有注意的法律义务，注意的标准由到访者的身份、适用法律和惯例、成文的内部标志(手册或指导信)及常识决定。当个体在参与体育活动受伤时，原告依据法律程序需要了解被告书面的关于管理活动的标准、场馆维护、设计和建设情况，以及在该事故发生的场地或近似的场地是否发生过同样事故。管理必须要达到自己的标准。体育经营者组织者应检查自己的书面规定从而确定是否达到这些标准。如果无法达到，则该规定应被修改或需要以书面形式记录为何组织没有达到自己的规定。如果既达不到自己规定的要求又不能指出其原因则在随后的诉讼中会遇到麻烦<sup>17</sup>。确定体育中的合理的安全保障义务应考虑下列内容：

### 1) 防范风险以及损害的能力。

在体育实践中，大量免费开放的体育场所和免费进行的体育活动中出现的伤害经营者和组织者能否免责？没有尽到安全保护义务应当承担侵权责任，免费不能成为免责的理由。但是，对于大量免费或者非营利性的体育场馆和体育活动，完全无视其非营利性特征也不利于促进体育活动的开展。

目前国家鼓励学校体育设施对外开放，以缓解我国全民健身设施供给严重不足的局面。《公共文化体育设施条例》作为规范公共文化体育设施的行政法规，就学校体育设施对外开放问题也做了相应的规定。但是，日本文部省调查显示，1989 年日本 99% 的市町村的公立中小学对外开放体育设施<sup>18</sup>，而我国教育系统占有全国体育场地总数的 65.6%，其开放率仅为 29.2%<sup>19</sup>。学校体育场地对外开放积极性不高，害怕开放中存在的法律风险是其中重要原因之一。

在美国司法实践中，出现过以慈善豁免来限制慈善组织的法律责任的判例。<sup>②</sup>在民事豁免立法方面，为了限制与非营利体育项目有关的人的民事责任，议员 George Gekas 在 1985 年向议会提交了《非营利体育法律责任限制法案》(H.R.3756)，该法案虽然没有在议会通过，但目前新泽西等 3 个州已经实施类似的法案。提出该法案的原因是因为民事诉讼迫使一些体育参与

者,特别是志愿者远离体育组织,尤其是青少年体育组织<sup>[10]</sup>。

因此,根据体育的特殊性和风险利益平衡负担的原则,可将安全保证义务人防范风险以及损害的能力作为首位需要考虑的标准。从事经营活动或者从中获得收益者,以营利为目的的经营者组织者比起公益性的经营者组织者有着更雄厚的财力,有着更强的防范风险以及损害的能力,其安全保障义务的范围应该更大,强度更高,因达到安全保障义务标准增加的成本可以通过获益来抵销,这样可以更好地促进当事人尽到该义务。对于无偿或者公益性的安全保障义务人,就应该适用相对严格的判断标准。中国人民大学法学院起草的民法典建议稿第一千八百五十六条规定了安全保障义务,其中关于“安全保障义务的合理限度范围的确定标准”中要考量的第一个因素就是“义务人是否获益”<sup>[11]</sup>。在集美大学免费游泳池溺亡案中,法院考虑到死者自己有过失责任,同时游泳池免费开放,因此减轻被告的责任是正确的。

## 2) 体育活动开展的特征。

(1)应考虑体育项目本身的特征。体育项目不同,风险也不同。对抗性的体育活动和非对抗性的体育活动相比,同场竞技类项目与非同场竞技类项目相比,风险可能更高,具有身体接触性、同场竞技性特点的足球、篮球、散打、摔跤等运动比慢跑、乒乓球、羽毛球更容易造成伤害。体育活动自身的危险性越大,原告遭受伤害的可能性越大,则被告承担的注意义务越高。Arnold案是里程碑式的判例。在该案中,一辆赛车冲过木头围栏,撞伤多名、撞死11名观众。法院认为,纽约州政府是该赛事的主办者,对于赛车离开赛道的可能性没有尽到注意义务,应当对受害者的损失承担赔偿责任。<sup>③</sup>在Saari案中,法院认为由于赛车运动的风险很高,因此,“注意的标准必须相应提高。开展或组织该活动的人要以较高程度的注意为参与者和观众提供足够的安全保护。”<sup>④</sup>

(2)应考虑开展项目的气候环境等外界因素。在室外举行的项目比室内项目要更多考虑环境的影响。如天气情况、赛道封闭、交通疏散、饮水供应、警示设立和医疗救助等。如在恶劣的气候条件下举办的体育活动比在适宜的气候条件下更容易造成伤害,在夏季举办马拉松的组织者应对炎热天气引起的中暑和引发的猝死有所准备。

(3)应考虑项目参与者的特点。体育中的理性人标准是相当于领导者、教师、指导者或教练,这种假设的谨慎人的行为可能综合了主观的和客观的因素,包括体力特征、心理能力和技能,但有些参与者无法达

到这一标准。首先,对儿童未尽安全保障义务造成儿童损害的侵权行为需要有特别的规则,对儿童的安全保障义务较高<sup>[12]</sup>。根据滋扰理论,不动产权利人不动产之内或之上存在的某种物、东西或环境对未成年人具有天生的吸引力、诱惑力并因此可能会刺激未成年人的好奇心时,不动产权利人即应采取措施防止未成年人被吸引而进入自己的不动产之内或之上<sup>[13]</sup>。在废弃游乐设施导致儿童受伤案中,某小学组织学生购票进入某活动中心参观法制教育展后分组活动。受害人所在小组到活动中心游乐设施区域内自由活动。受害人在玩已经报废但无人看管的设施“空中钢索”时绳索断裂,摔成伤残<sup>[14]</sup>。活动中心作为青少年教育基地经常有大量学生参观,应当预见到活泼好动、好奇心强的儿童会被无人看管的废旧设施吸引而去玩,可能造成损害,但却丝毫不加防范,显然存在过错,应承担赔偿责任。对于体育经营者组织者来说,举办以儿童为对象的体育活动风险比成人体育活动要高,但体育组织的社会责任要求其尽力为儿童提供体育机会,明智的做法是举办亲子体育活动,父母和子女一起参与体育活动时有责任监护他们的子女。其次,对于参与体育的年老、残疾、肥胖等特殊体质者,经营者、组织者的注意义务应高于普通人。一般人应注意自己所处的环境特征,但如果该人是哑、盲、聋或其他残疾人,则经营者组织者必须采取有效措施使其知晓情况和风险。在Bobinson案中,原告因其儿子和孙子在一家州立精神健康中心溺水而对该中心提起诉讼,法院认为,未能向有癫痫病倾向的病人在游泳时提供救生员,超出了豁免规则的免责范围。<sup>⑤</sup>再次,对初学者的注意义务要高于高水平的参与者。最后,组织同场对抗时要考虑各方实力相当,否则造成伤害应承担

## 3) 风险或损害行为的来源及强度。

(1)体育活动本身的固有风险。如果伤害是由于比赛方面的原因引起的,如棒球飞上看台击中观众,就有必要考虑事故是普通的可接受的风险,还是疏于管理的结果,如果伤害是由运动中固有的正常合理的惯例引起,那么不发生法律责任,这种事件仅被认定为意外事故,其花费必须由受害者自行承担,偶然的意外事故是运动员或观众在受益于运动的同时所付出的必然代价<sup>[15]</sup>。

(2)经营者组织者的设施设备没有尽到安全保障义务。如果体育比赛的伤害是由于土地瑕疵或建筑物造成的,比如坍塌的看台、危险的路面、拥挤的楼梯,在确定责任时应考虑到在设计、维修和管理中是否尽了适当的注意义务;组织者的责任是将观众安全地限

定在某一范围内并通过使用足够的遮挡物或栅栏为其提供适当的保护。

(3)第三人的侵害。体育经营者和组织者在防范和制止第三人侵害方面未尽义务,造成体育参与者的损害,也构成违反安全保障义务的侵权责任,但如果第三人侵害已经超出体育经营者组织者的控制范围,如大规模的球迷骚乱显然属于社会公共安全的风险,应由公安部门负责,不应由体育经营者组织者负责。作为普通社会成员,安全保障义务人的义务只是针对社会一般情形的风险强度来考虑,如果偶然发生的侵害行为强度大大超过的一般情形,也不应该苛加义务人过多的义务<sup>[1]</sup>。法官在 Kline 案中认定:“如果暴力行为是突发的、不可预料的,则除非暴力是由有力量为某一行为的当事人的雇员实施,否则控制方不承担赔偿责任。”<sup>⑥</sup>

#### 4)预防与控制风险或损害的成本。

根据法律经济学的考量,可以就组织者改变危险环境需要的成本和可能造成人身伤害的损失之间进行价值判断,这是现代法律制度的设计,尤其是侵权法制度设计中必须考虑的因素。

危险控制义务可以被分成两类。第一类是那些得以使潜在的受害人对危险自己负责的义务。主要涉及的是警告或告知的发出,但在特别危险的情况下可能要求明示禁止或提供必要的帮助及设备。第二类是以直接排除危险源为目的的义务。警告是最弱的安全措施,与直接作用于危险源的措施相比它比较简单、经济和无效,警告通常不被他人重视,因此就不能很好发挥作用,特别是对孩子。而直接作用于危险源的排除危险的措施一般成本更高但是更有效<sup>[6]</sup>。

究竟应该仅发出警告和指示还是必须直接采取措施排除危险,应当承担第 1 类危险控制义务还是第 2 类危险控制义务可以根据法律经济学考量。如果改变危险环境所需要的成本较高,组织者则承担第 1 类危险控制义务,履行警告或者告示等义务。如果改变危险环境所需要的成本显然低于造成人身伤害的损失,组织者则应当承担第 2 类危险控制义务,即应直接排除危险源。极端的情况是,无论投入多大的成本,也不可能预防的风险,这种情形显然不属于安全保障义务的关注范围。

Nussbaum 案确立了这样一项原则:任何人都没有义务防止由发生概率极小的事件所导致的损害;虽然导致损害的风险可以预见,但是一般而言这种风险是可以被忽略不计的。在 Nussbaum 案中,原告的房子与一家乡村俱乐部毗邻,原告不幸被一只打偏的高尔夫球击伤。法院认定:虽然打偏球的被告以前也曾依

相同的线路击球,并且也知道原告的房子与高尔夫球场相邻,先前也偶尔有高尔夫球偏落到原告的房子周围。但是在本案中,原告的房子并没有处于高尔夫球路的正中,而是离主球路有大约 20 到 30 英尺的距离,而且原告被高尔夫球击中并受伤的可能性极小,被告也就不承担任何责任。<sup>⑦</sup>

#### 5)其他具体情形。

此外,还应该考虑受害人参加经营活动或者社会活动的其他具体情形。向社会开放程度高的安全保障义务人所负有的防止或制止损害的义务,要重于开放程度低的安全保障义务人。具有专业知识的安全保障义务人防止或制止损害义务重于不具有专业知识的安全保障义务人。因为专业人员对危险的预见性和了解程度高于普通人,更能够采取有效的措施防范和制止<sup>[7]</sup>。在体育活动中,教练员、裁判员、救生员、医护人员等专业人员的注意标准显然要高于普通人。

## 2 体育活动中违反安全保障义务的抗辩

### 2.1 自甘风险作为抗辩事由

在英美法国家违反安全保障义务的体育伤害案件中,被告常常以受害人自甘风险进行抗辩。自甘风险指被告以原告知道或至少应该知道自己所介入的风险,因此不能因风险的实现而主张权利。国外的立法对此有明文予以确认。如《埃塞俄比亚民法典》规定:“在进行体育活动的过程中,对参加同一活动的人或在场观众造成伤害的人,如果不存在任何欺骗行为或者对运动规则的重大违反,不承担任何责任。”<sup>[18]</sup>

英美法国家法院通常认定体育比赛的参与者甘冒与观看比赛有关的通常的、能够预料的风险。例如,摔跤手将对手扔出摔跤台落在一个观众的膝盖上,法院认为:“娱乐场所的被邀请者通常甘冒常见危险,但是他并不甘冒根据常识不明显或潜在的、缺乏警示的、缺乏个人知识的危险。”因此,法院认为该风险不是摔跤比赛的观众能够预料到的。<sup>⑧</sup>

在棒球击伤观众案中,原告是一位女士,她第一次去观看棒球比赛就被一个飞上看台的球击中受伤。<sup>⑨</sup>她对俱乐部和场地所有者提起诉讼,认为其存在疏忽。法官认为,在先前判例中处理过相似的问题,不管现场观众数量有多少,管理者并无责任为所有人提供有挡网的座位。<sup>⑩</sup>只要管理者为观众席上最危险的区域提供了挡网保护,并为那些最希望得到被保护座位的观众提供保护,则其应被视为达到注意的要求。并不需要为某一类特定的观众提供保护,如本案的原告。也没有理由要求其注意到原告缺乏对危险的认识,如果要求售票员或被告的其他工作人员警示每一个观众

他们在没有挡网的看台区域就可能被乱飞的棒球击中,无疑是荒谬的。<sup>①</sup>关于整个场地都应该被挡网保护的說法被威斯康星法院认定不合理,因为棒球作为一项广为开展的全国性运动,在看台上追寻误飞上看台的球给热爱收集体育纪念品的美国观众带来了无穷乐趣,如果加了挡网,观众的热情将会大幅度降低。

美国有一系列棒球伤人案件,一般推定观众知道在一些情况下球会飞上看台,他们被推定为甘冒风险。最早的公开的案例指出:“棒球是我们的国球,它的比赛规则、比赛方式和存在的风险都是常识。”<sup>②</sup>密歇根最高法院在判决中指出:“对于参与棒球运动的人来说,有一些事实是常识,球被用巨大的力量投出和击打,它们可能会因漏接球、击球或投球出界,站在这些位置被球击中的人根据知识,自愿使其处于该位置,可以认为是甘冒风险。”<sup>③</sup>

杨立新<sup>[19]</sup>主持起草的《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿(第二稿)》第29条“自愿承担损害和自甘风险”第3款规定,参加或者观赏具有危险性的体育活动,视为自愿承担损害后果,适用本条第一款的规定,但行为人违反体育运动管理规则,故意或者重大过失造成损害的除外。但《中华人民共和国侵权责任法(草案)(二次审议稿)》并未接受专家建议稿的意见,并无自甘风险的规定<sup>[20]</sup>。在司法实践中,由于法律对自甘风险没有规定,体育经营者和组织者往往在并无过错的情况下也要承担责任。如跆拳道道馆对练受伤案中,道馆认为自己无过错不应当承担责任,应认定受害人自甘风险,但主审法官并不认可<sup>[21]</sup>。美国侵权法规定,体育活动是一种单独的抗辩事由。参加和观赏体育运动在实质上仍然是一种自甘风险的行为,因为体育运动本身就具有群体性、对抗性和人身危险性,造成某些伤害本来就在参加运动的人预料之中的。对于参加体育运动的人,以及观看体育运动的人,都对体育活动的风险有明确的认识,既然是参加或者参观体育活动,就应当预见到风险,受到损害应当风险自担<sup>[11]</sup>。但是,体育活动的参与者和观众可以推定经营者和组织者为保证安全采取了足够的措施,如果未能履行其安全保障义务,则其应对受害人承担法律责任而不能以受害人自甘风险作为抗辩理由。

## 2.2 体育活动中免责条款的效力问题

在很多案件中,体育经营者和组织者都起草免责条款来避免法律责任。参与者受到人身伤害时,可以选择以侵权责任或违约责任为由提出救济。如果提起侵权责任诉讼,则被告可以用合同约定的限制责任条款内容抗辩,由此导致违约责任和侵权责任的竞合。对于用合同内容抗辩侵权责任的效力,我国立法并没

有明确规定。

那么,“生死合同”是否具有法律效力?国内目前有3种不同观点:(1)免责协议有效,因为这是双方自愿达成的真实意思表示,基于合同自治的要求应当承认其效力。(2)免责协议无效,因为人身伤亡赔偿是不能通过合同约定免除其责任的,根据我国《合同法》第53条“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的。”之规定,“生死协议”属绝对无效。(3)免责协议并非当然无效,应根据不同情况具体分析<sup>[22]</sup>。借鉴各国的立法和司法实践,我国应当允许当事人以合同条款的内容对侵权责任提出抗辩,以有利于民事纠纷的解决,体现法律的公平原则,但应当根据体育赛事的具体情况和法律原则对限制责任条款的法律效力做出正确判断<sup>[23]</sup>:

1)从体育发展的历史与各国法律的现状来看,并非绝对禁止经营者组织者与参与者对风险负担进行约定。在英美侵权法中,有效的弃权书和免责条款通常是体育经营者和组织者避免或减轻其责任的有效方式;特别是自愿参加的危险性体育活动,法院允许参加者承担各种风险。

2)很多体育活动都是民间自愿组织的公益性活动,参加者加入活动完全取决于自愿,在这种情况下,如果将免责条款一律视为无效,则对于那些致力于公益性体育活动的组织者和志愿者而言是不合理的,将使有志于此者望体育而却步,将阻碍大众体育活动的开展,尤其是青少年体育活动的开展。如果体育活动组织者通过章程或公告等方式对活动风险、成员的权利义务等做出具体规定,参加者加入该组织或活动即应视为自愿接受其章程或公告内容的约束。

3)免责条款涉及到责任放弃,可能会出现合同法和侵权法的冲突。侵权法的法理基础是任何因疏忽或故意行为导致他人的伤害都应承担责任,一个人应对自己的行为后果负责。合同法的基本理念是任何有缔约权的一方都有绝对的权利与有缔约权的另一方缔结有约束力的协议,对于合同自由应高度保护,只有当协议侵犯了公共政策时作为合同才是无效的。责任的放弃在缔约自由与人们应对自己导致他人伤害的行为负责之间产生了冲突。虽然在英美法的判例中两边的案例都可以找到,但合同法与侵权法原则的冲突的解决办法是:通常责任的放弃是有效的,除非它侵犯了重要的公共政策,或条约缔结过程是极其不公平的。该解决办法是根据合同法的一般原则产生的,即缔约必守,除非有证据证明该合同存在欺诈、歪曲和强迫。为了判断是否存在欺诈、歪曲和强迫,法院将考虑免除责任的一方是否知道或有机会知道该条款。在

Wagenblast 案中, 法院并没有认定为运动员提供的标准免责条款是否可以作为认可自甘风险的依据。为了判断该问题, 在实际的案例中需要事实来得出结论。<sup>④</sup>

4)就安全保障义务的性质而言, 无论是基于契约或法律的规定, 抑或先行危险行为而产生, 经营者组织者对参与活动的公众(参加者、观众、第三人等)都负有法律规定的最低限度的安全注意义务, 如果因未尽安全注意义务而造成他人损害的, 应当承担损害赔偿赔偿责任。从这个角度而言, 组织者与活动参加者订立的免责条款, 并不具有绝对的法律效力。从英美侵权法的有关体育伤害的司法判例来看, 免责条款应符合以下要求:

(1)经营者组织者负有以合理方式告知参与者注意该免责条款内容的义务, 并负有根据参与者的要求进行说明的义务。免责条款必须明显, 不能被隐藏在整齐印刷的文字中导致即使细心的阅读者也不易察觉; 没有阅读或理解该免责条款将导致其无效。另外免责条款必须在正式契约性文件上明确地写出来, 而不能只是记载在凭证或收条上<sup>[15]</sup>。Garretson 案中, 法院认为免责条款是有效的, 因为原告已经阅读了以显著文字写成的协议并签署了协议<sup>⑤</sup>。

(2)免责条款应基于自由和开放的协商过程, 如果一方强迫另一方接受免责条款则无效。在长跑中暑案中, 原告参与了一项万米公路赛, 在比赛中因中暑、肾衰竭和其他失常导致了永久性的机能受损, 因此对赛事组织者提起诉讼, 认为其没有提供足够的风险警示, 因此存在疏忽。被告认为原告自甘风险并签署了免责条款。原告认为该免责是无效的, 首先, 根据此赛事的较大规模和赛事宣传推广的良好效果, 组织者保证参与者的安全应该是一种公共责任; 其次, 参赛选手和竞赛官员对于该免责条款具有不对等的议价位置。法院认为, 除非免责条款侵犯了公共政策, 否则该条款是有效的。原告签署的协议有效, 并非是在被迫的情况下才签署了免责条款, 因此他关于不对等的议价位置的理由不能成立。<sup>⑥</sup>

(3)免责条款的语言应清晰、详细和特指, 如果免责条款未被清晰陈述则无效。在健身俱乐部会员因地板湿滑摔倒案中, 法院认为会员签署的甘冒一切与俱乐部活动有关风险的条款, 不能免除因俱乐部疏忽而导致的法律责任。<sup>⑦</sup>反言之, 应依通常理解对条款进行解释, 但不能对其意思做有利于起草人的扩大解释。

(4)在涉及未成年人签订的合同时, 只有在符合未成年人利益的前提下才被认为有效, 因为既然权利的排除对未成年人不利, 则合同就不具有强制执行力<sup>[15]</sup>。

(5)基于对人身权益保护的 legal 要求, 只有疏忽

行为可以被免责, 如果免责条款免除故意或重大过失的行为则无效, 因为“故意”或“重大过失”的行为已经不具有道德上的肯定性。冯·巴尔<sup>[16]</sup>在考察欧洲各国有关人身伤害免责条款效力问题时做出了这样的评述:“完全否认免责协议的有效性, 在作者看来也还是过于极端了。可能的妥协途径就是, 个人之间完全排除协议免除故意和重大过失责任的可能性, 但协议免除因轻微过失导致的人身伤害赔偿责任仍然是可以的。”在跳水碰伤案中, 原告参加铁人三项比赛时跳入水中, 头碰到了水面下不可见的物体, 造成四肢瘫痪。参赛前每位选手都被要求签署了报名表, 其中包括一则免责条款, 免除了赛事组织者和主办者在本赛事中“任何和所有伤害”的责任。原告引用了弗吉尼亚高等法院 1890 年的判例, 认为铁路公司排除因任何原因引起伤害或死亡的责任的协议侵犯了公共政策。<sup>⑧</sup>原告认为该先例仍然有效。高等法院认可了原告的说法, 认为铁人三项赛报名表上的免责条款因侵犯公共政策而无效。<sup>⑨</sup>

体育活动存在着危险因素, 但经营者、组织者还是要为公众提供体育活动的机会, 这是体育活动经营者和组织者的社会责任。免费虽然不能成为免责的条件, 但体育中安全保障义务的履行应由防范风险以及损害的能力、体育活动开展的特征、风险或损害行为的来源及强度、预防与控制风险或损害的成本来判断。虽然并没有完全可以免于诉讼的灵丹妙药, 但体育活动的经营者组织者应为参与者提供安全的设施设备并配备足够的安全保障人员; 需要训练工作人员达到职业标准; 有足够的装备和供应来救助事故的受害者, 能够使用先进的急救方法; 保留事故记录, 进行彻底的调查; 参加高风险体育项目应充分告知参与者所存在的风险, 并尽力通过训练、资格证书和适当的装备使危险最小化。

本文于中国人民大学法学院民商法律科学研究中心师从杨立新教授, 进行教育部高等学校青年骨干教师国内访问学者项目期间完成, 特此致谢!

#### 注释:

① 上海市第一中级人民法院(2000)沪一中民终字第 2309 号民事判决书。

② Southern Methodist University v. Clayton, 176 S.W.2d 749(Tex. Sup. Ct. 1943).

③ Arnold v. State, 163 A.D. 253, 148 N.Y.S.479(1914).

④ Saari v. State, 203 Misc. 859,866,119 N.Y.S.2d