

# 经营者风险预防义务的证成与边界

## 以 AED 配置义务为重点

刘恩志\*

**摘要** 经营者对特定风险的风险预防义务,应受经济分析和分配正义的双重检视。前者着眼于采取预防措施的边际效益、横向成本对比,后者落脚于风险创设、利益获取、风险控制、合理信赖等要素的判定。以心源性猝死风险为例,自动体外除颤器(AED)是抢救心脏骤停患者的利器,置于人流量大的公共场所将极大提升救治率,收益高于成本、较个人预防亦有成本优势。客流量高的收费运动场所、长途交通工具创设风险并从中获益,大规模学校和养老机构被服务对象高度依赖,经营者应负 AED 配置义务。现行管制规范大多对此项义务保持沉默,但已具时滞性,不应盲目采纳合规抗辩,封闭私法义务。独立生长的私法义务可充当管制立法的低成本试点,并促成风险预防成本在私人和财政间的互补分摊。地铁站、机场、大型商超未创设风险,义务认定须谦抑,宜由财政负担 AED 投放成本。这一个案揭示了经营者风险预防义务的机理,也推动着风险规制的对象延展与全景式公私法协同方案的设计。

**关键词** 安全保障义务 经济分析 分配正义 合规抗辩 风险规制

### 一、问题与背景:经营者有配置 AED 的风险预防义务吗?

以心脏骤停为主要症状的心源性猝死近年来引起了广泛关注。早在 2009 年前后,我国每

\* 北京大学法学院博士研究生。本文的写作,得益于许德峰、葛云松、常鹏翱、金自宁、叶姗、方博诸位老师及匿名评审专家的宝贵建议,作者谨致谢忱。

年就有约 50 万人死于此类风险,患者存活率不足 1%。<sup>〔1〕</sup>这是因为,心脏骤停多肇始于心室颤动,若心肺复苏、电击除颤不及时,几分钟内便可夺命;配备专业除颤设备的急救人员无法马上赶到,而除颤每延误 1 分钟,成活率就下降 10—25%。<sup>〔2〕</sup>恰是这样的致命风险,却悄悄潜伏在每个熬夜、过劳的普通人身边。不过,科技发展为风险预防开辟了一条通路:若患者所在场所配有可由非专业人员操作的自动体外除颤器(Automated External Defibrillator,简称 AED),成活率可提高 40%以上。<sup>〔3〕</sup>我国局部地区在公共场所运用该设备的经验也表明,其挽救生命的成效显著。<sup>〔4〕</sup>可现实颇为骨感,AED 推广周折不断,规则和政策缺失是重要障碍,<sup>〔5〕</sup>其中突出的症结是:公共场所的经营者有无配置 AED 的风险预防义务?

经营者对事故风险的风险预防义务兹事体大。对比以个人为风险单位的心源性猝死,人们更熟悉踩踏、火灾等集体性风险。不论风险性质为何,若经营者义务由公法明定,私法均不难将其纳入《民法典》第 1198 条(原《侵权责任法》第 37 条)安全保障义务麾下。<sup>〔6〕</sup>但若公法对特定风险的风险预防义务规定阙如,经营者在私法上应否负担义务?这正是 AED 配置问题的困境所在。

一方面,现行公法规范对公共场所配置 AED 的态度基调并非“强制”而是“鼓励”。在有关急救设备配置的规范中,位阶最高者是 2019 年《基本医疗卫生与健康促进法》第 27 条第 2 款后段“公共场所应当按照规定配备必要的急救设备、设施”。其虽有强制性特征,却难以直接适用,似应解释为授权低位阶规范规定何种设备为“必要”。然而,上海、青岛、大连等多地的院前急救法规都延续了前述模糊措辞、未正面列举,反而单独表示“鼓励有条件的场所配置自动体外除颤仪”;北京等地的《文明行为促进条例》意旨类同。南京、杭州、广州三地的法规明定公共场所“应当配备”AED,是少有的例外。<sup>〔7〕</sup>

另一方面,公法规范直接影响了私法裁判。当猝死者的亲属主张经营者未配 AED 违反安全保障义务时,<sup>〔8〕</sup>法官极度依赖管制规范。目前罕有的肯定经营者 AED 配置义务的案例

〔1〕 See Wei Hua et al., “Incidence of Sudden Cardiac Death in China: Analysis of 4 Regional Populations,” *Journal of the American College of Cardiology*, Vol. 54, No. 12, 2009, pp. 1111-1118.

〔2〕 See Terence D. Valenzuela et al., “Outcomes of Rapid Defibrillation by Security Officers after Cardiac Arrest in Casinos,” *New England Journal of Medicine*, Vol. 343, No. 17, 2000, pp. 1206-1209.

〔3〕 参见黄锋庆等:“自动体外除颤仪急诊急救的应用与效益评估”,《中国急救医学》2008 年第 8 期,第 734—736 页。

〔4〕 例如,宁波市 2019 年配置 AED 设备 335 台,截至 2020 年上半年便已有 10 起 AED 救人事件。参见胡珊、张逸龙:“街头‘救命神器’新增 335 台”,《宁波通讯》2020 年第 3 期,第 22 页。

〔5〕 北京地铁曾因“没有政策、没有许可”拒绝 AED 捐赠。参见《AED 离我们有多远》,载北京商报网, <https://www.bbtnews.com.cn/2019/1202/327379.shtml>,最后访问日期:2024 年 2 月 22 日。

〔6〕 参见朱虎:“规制性规范违反与过错判定”,《中外法学》2011 年第 6 期,第 1194—1215 页。

〔7〕 参见《上海市急救医疗服务条例》第 43 条、《青岛市社会急救医疗管理规定》第 23 条、《大连市急救医疗管理办法》第 15 条、《北京市文明行为促进条例》第 52 条、《南京市院前医疗急救条例》第 19 条、《广州市社会急救医疗管理条例》第 34 条、《杭州市公共场所自动体外除颤器管理办法》第 8 条。

〔8〕 法条中“经营场所、公共场所”和“经营者、管理者”两组概念有交叉,释义书便指出公共场所“包括以公众为对象进行商业性经营的场所”。为论述之便,本文统称“经营者”和“公共场所”。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社 2020 年版,第 106 页。

发生在南京安德门地铁站,关键依据正是《南京市院前医疗急救条例》。其明定轨道交通换乘站应配备 AED,即便案发时仅施行约 2 月,南京市中院也据此认定,地铁公司未配备 AED“存在过错”。〔9〕在其他省市的地铁站猝死案中,因无类似的管制规范,法官态度消极。例如,北京市一中院认为,鉴于本市无相应的强制规范,要求地铁公司等非专业医疗机构配备 AED 过于“苛刻”;〔10〕广东省高院表示,要求深圳地铁公司承担 AED 配置义务,对地铁建设和管理提出了“较现行法更高的要求,将不适当地增加运营成本,超出了运营单位的风险控制能力”。〔11〕面对运动场所内的事故,法院也多因缺乏强制规定或行业规范否定配置义务。〔12〕

此种与公法“共进退”的私法义务判定是否合理?我国 AED 法制的研究方才起步,仅有关乎政策导向或急救免责的零星探讨;〔13〕在经营者义务的研究中,从风险规制和预防视角统观公私法义务、探讨其互动关系者同样鲜见。〔14〕有鉴于此,本文拟以 AED 配置义务为重点,全面探索经营者风险预防义务的证成机理及其边界。第二、三部分着眼于私法脉络内的判断,以《民法典》第 1198 条为教义学入口,从经济分析与分配正义两个维度剖析义务证成路径。第四、五部分落脚于公私法机制的协调,着力探讨:管制规范的沉默应否“封印”私法脉络下的义务判定结论?若否,以风险预防为目标,私法如何与管制规范、财政支出等公法机制形成良性互动?最后,从经营者的风险预防义务出发,反思风险规制的一般理论,指出 AED 配置义务问题为风险规制的对象延展、公私法协同方案之设计都带来了新视角。

## 二、经济分析层面经营者风险预防义务之证成

### (一)成本收益分析的两个维度

成本收益分析对私法义务认定的作用至鉅。例如,德国法上的交往安全义务以行为人控制危险的可能性为前提,若防免费用显失比例、不具备期待可能性,则不满足要求。〔15〕英美法上过失侵权中注意义务的合理性判断,也系于风险消减的收益与防免成本的衡量;著名的汉德公式(Hand Formula)将行为人引发的损失(loss, L)和可能性(probability, P)、防免负担

〔9〕 参见江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2018)苏 01 民终 10952 号(但该案最终否定了因果关系,被告仍然无责)。

〔10〕 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2020)京 01 民终 3758 号。

〔11〕 参见广东省高级人民法院民事裁定书,(2019)粤民申 10238 号。

〔12〕 参见江苏省苏州市中级人民法院(2018)苏 05 民终 4262 号、广西壮族自治区柳州市柳北区人民法院(2020)桂 0205 民初 3844 号、上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 民终 2990 号民事判决书。

〔13〕 参见廖彦昭等:“自动体外除颤仪的研究及应用进展”,《中国心脏起搏与心电生理杂志》2018 年第 1 期,第 82—84 页。

〔14〕 参见樊荣:“经营者安全保障的法律规制——以‘公法模式’作为研究中心”,《法律科学》2009 年第 2 期,第 140—145 页;万方:“公私法汇流的闸口:转介视角下的网络经营者安全保障义务”,《中外法学》2020 年第 2 期,第 357—377 页。

〔15〕 Vgl. Gerhard Wagner, in: MüKoBGB, 9. Aufl., 2024, § 823, Rn. 530 f.

(burden, B)分置两端,仅  $B < LP$  时判定侵权责任,是这一思路的集大成者。<sup>[16]</sup> 美国有关经营者 AED 配置义务的著名案件 *Verdugo v. Target Corp.* 就衡量了不配置 AED 的风险与配置负担。<sup>[17]</sup> 我国最高法院曾概略地将经济分析列为安全保障义务制度的法理依据之一,晚近研究也倾向于将行为风险和防免成本的衡量视为义务认定的抓手。<sup>[18]</sup>

不过,除了比较施加义务的成本和收益,为促成社会总成本最小化,还应横向对比不同主体实现相似收益所需的防免成本,将负担分配给最小成本防免者(least cost avoider)。<sup>[19]</sup> 若受害人相较于行为人有成本优势,就应采纳无义务规则,倒逼受害人自我保护。

因此,经营者风险预防义务的成本收益分析须兼顾两个维度:一是潜在义务人采取预防措施的成本收益分析,确定设定义务的成本低于收益。为臻精确,应考虑汉德公式的边际修正,落脚于边际成本和收益的衡量。<sup>[20]</sup> 二是义务人和受害人之间的横向成本比对,确定义务人实现特定收益所需成本更低。下文将据此思路展开以 AED 配置义务为例的分析。

## (二) AED 配置的边际效益分析

国内虽有研究证明 AED 救助心梗患者的效率显著高于传统方法,<sup>[21]</sup>但缺乏完整、精细的 AED 配置成本收益研究。相形之下,美国联邦和多数州法都规定了 AED 配置的义务主体、设备的维护和使用细则,且有充分的成本收益分析背书,可为中国语境下的经济分析提供参考。

### 1. 美国 AED 配置的边际效益分析

联邦航空管理局曾依《航空医疗救助法》的授权制定有关飞行器配置 AED 的强制规范,并为此作了详尽的调查和评估:1998—1999 年间,约 82 起飞行器上的紧急医疗事故生自心源性问题的,52 起事故中航班因此返航,AED 在 14 起事故中被使用、成功挽救 4 人。再结合乘客基数,AED 治愈率被估定为 0.7193/百万人,后续十年可挽救约 95 人。据此可列计 AED 配置的收益:按 2.7 百万美元/人计,人命挽救收益为年均 25.2 百万美元;此外,航班(因心梗事件)被迫返航的成本也会减少。配置成本则涵括设备购置与维护、搭载设备的燃料、人员培训,

[16] See Restatement (Second) of Torts § 291, Comment f; Nicholas J. McBride and Roderick Bagshaw, *Tort Law*, 6th ed., London: Pearson Education Limited, 2018, pp. 238-242; *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

[17] See *Verdugo v. Target Corp.*, 59 Cal.4th 312 (2014).

[18] 参见黄松有主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社 2003 年版,第 101—102 页;刘召成:“违反安全保障义务侵权责任的体系构造”,《国家检察官学院学报》2019 年第 6 期,第 58 页。

[19] 参见(美)盖多·卡拉布雷西:《事故的成本——法律与经济的分析》,毕竟悦等译,北京大学出版社 2008 年版,第 113—127 页。

[20] See Mark F. Grady, “Untaken Precautions,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1, 1989, pp. 139-156.

[21] 参见魏耀庭:“体外自动除颤仪在急性心肌梗塞心脏骤停急救中的效果观察”,《现代诊断与治疗》2021 年第 21 期,第 3481—3482 页。

共计每年 2.4 百万美元。据此,制定 AED 配置的强制规则具备效率。<sup>[22]</sup>

2000 年里程碑式的《心脏骤停救助法》出台后,关于公共场所内 AED 配置的成本收益研究在美国学界涌现,数据上则更精确:由于使用 AED 并非救治的充分条件,AED 为抢救创造窗口期后,患者还须接受院内急救、后续治疗,若将患者生命质量的优化置于收益端,则成本端须同时纳入 AED 配置、院内治疗两类数据。

基于这些成本数据以及心脏骤停发生、AED 被使用、患者除颤后生存年限等概率数据,研究指出,各类场所配置 AED 的生命挽救成本区别显著。当场所内心脏骤停年发生率高于 20% (五年内至少有一次事故)时,为一名患者调整生命质量一年,对应 3 万美元成本(\$ 30,000 per quality-adjusted life year)。发生率高于年 12%,这一数据就可以控制在 5 万美元以下。以此为参照系,国际机场内事故高发,成本可低至 1—3 万;大型运动场所、高尔夫球场、购物中心等约为 6—8 万;人员密集度低的酒店、宾馆,成本却高达 60 万。<sup>[23]</sup>

结合联邦航空管理局算定的生命挽救收益,即每名患者 2.7 百万美元,纵使保守地认为其中包含对 40 个生命调整年度的估测,收益也高达 6.75 万美元/生命质量调整年。两相对照,在人员密集度高的场所,配置 AED 的效率显著。此外,针对载客量大的飞机、人数众多的中学等,有关定向研究也充分展现了配置 AED 的效益。<sup>[24]</sup>

## 2. 中国 AED 配置的边际效益推算

以上述研究为基础不难推知,在中国人流量大的场所配置 AED,同样效率卓著。

首先是对成本的推算。在基础成本和概率类数据间,后者受国情差异影响相对较小,关键区别在于前者:第一,AED 配置和使用成本。最重要的是初始采购成本,国内约 1—3 万元人民币,<sup>[25]</sup>折算汇率后与前述美国研究使用的设备价格(2000—3000 美元)近似;日常维护即低频的充电和极片更换,成本很低;因操作简单,员工培训成本亦寥寥。故而此项数据大体可与美国持平。第二,院内治疗成本。因美国就医费用高昂,这在前述研究的成本数据中占比极重,急救费高达约 5 万、后续治疗费约 2 万美元。反观中国,以北京医保局公布的数据为例,心脏复苏类急救手术费为 422 元人民币;后续治疗费可能包括冠脉支架购置费、支架植入或心脏瓣膜手术费、住院与药品费等,购置费在国家统一采购后已降至均价不足 1000 元,手术费

[22] See Federal Aviation Administration Report, No. 66 FR 19028, Vol. 66, No. 71, April 12, 2001.

[23] See Graham Nichol et al., “Cost Effectiveness of Defibrillation by Targeted Responders in Public Settings,” *Circulation*, Vol. 108, No. 6, 2003, pp. 697-703; Peter Cram et al., “Cost-effectiveness of Automated External Defibrillator Deployment in Selected Public Locations,” *Journal of General Internal Medicine*, Vol. 18, No. 9, 2003, pp. 749-752.

[24] See Peter W. Groeneveld et al., “Cost-effectiveness of Automated External Defibrillators on Airlines,” *Journal of the American Medical Association*, Vol. 286, No. 12, 2001, pp. 1482-1489; Mark V. Sherrid et al., “State Requirements for Automated External Defibrillators in American Schools: Framing the Debate about Legislative Action,” *Journal of the American College of Cardiology*, Vol. 69, No. 13, 2017, p. 1739.

[25] 参见贾昊男等:“我国公共场所配置自动体外除颤器的相关问题分析”,《医学与社会》2020 年第 1 期,第 55 页。

1000—5000元/次,一名患者的实际治疗支出共计约3—4万元。<sup>[26]</sup>因此,等幅缩减基础成本数据后可推知,场所事故年发生率为20%时,中国配置AED救治患者的成本约为2.5万元人民币/生命质量调整年;若发生率为12%,约为4.3万元/生命质量调整年。

其次是对患者救治收益的计算。公共经济学将统计生命价值(value of statistical life)作为生命收益的核心指标,以人们对危险预防措施的支付意愿(willingness to pay)为测算基准,<sup>[27]</sup>本质是对生命的主观估值。与之相比,侵权死亡赔偿以预期收入为准,折射着生命对社会及其近亲属的客观价值。<sup>[28]</sup>从衡定赔偿的事后视角看,预期收入算法意在填平事故发生后可测的实际损失,吻合侵权损害赔偿的功能;但从判定义务存否的事前视角看,统计生命价值算法考虑了潜在受害者的主观效用,可增加效益测算的精度、完善行为激励。<sup>[29]</sup>晚近研究显示,在医疗药品与器械领域,中国统计生命价值约为1.16—2.9倍人均GDP/生命质量调整年。<sup>[30]</sup>若以2023年人均GDP即89358元为底数,<sup>[31]</sup>配置AED救治患者的收益约为10.4—30万元人民币/生命质量调整年。

两相对比可知,在中国配置AED的收益远高于成本。此外,由于中国人口远多于、人流密度也大于美国,各类公共场所的心脏骤停发病频率很可能远高于美国。虑及这一因素,目前的成本测算可能偏于保守,AED配置的效益更为显著。

### (三) 风险预防的横向成本对比

若将避免心源性猝死风险设为收益目标,不难发现,由经营者配置AED预防风险的成本远低于患者预防的成本,经营者负担配置义务可促成社会总成本的最小化。

首先,在事故预防环节,经营者确无采取有效措施的可能性,但患者个人预防的难度同样极大、无明显的成本优势。作为心血管疾病最危险的症状之一,心脏骤停的临床特点就是骤然、快速、不可预期。<sup>[32]</sup>一方面,部分患者并无心脏病史,遑论预防。例如,一些冠心病患者缺乏明显的早期症状,首次发作就表现为心脏骤停。另一方面,即便是已确诊、采取了医疗措

[26] 参见北京市医保局:《关于规范调整手术等医疗服务价格项目的通知》(京医保发〔2019〕9号);《降幅93%,便宜1万多元!揭秘冠脉支架断崖式降价背后的秘密》,载微信公号“央视财经”,2020年12月14日上传。

[27] See W. K. Viscusi, “The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World,” *The Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 27, No. 1, 2003, pp. 5-76.

[28] 参见张新宝:“《侵权责任法》死亡赔偿制度解读”,《中国法学》2010年第3期,第22—36页。

[29] See W. K. Viscusi, *Pricing Lives: Guideposts for a Safer Society*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2018, pp. 199-200.

[30] See Dan Cai et al., “Estimation of the Cost-Effective Threshold of a Quality-Adjusted Life Year in China based on the Value of Statistical Life,” *The European Journal of Health Economics*, Vol. 23, No. 4, 2022, pp. 607-615.

[31] 参见国家统计局:《中华人民共和国2023年国民经济和社会发展统计公报》(2024年2月29日发布),[https://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202402/t20240228\\_1947915.html](https://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202402/t20240228_1947915.html),最后访问日期:2024年3月9日。

[32] 参见中华医学会心电生理和起搏分会、中国医师协会心律学专业委员会:“2020室性心律失常中国专家共识(2016共识升级版)”,《中国心脏起搏与心电生理杂志》2020年第3期,第203页。

施的患者,仍可能在外出时心脏骤停而无力防御。以冠心病和心肌炎两种常见的风险源疾病为例:第一,各类冠心病中,唯有心绞痛可在发病时服药缓解。急性心肌梗死(尤其是ST段抬高型)等心脏骤停的常见诱发病,无法临时服药抵抗。第二,确诊冠心病的患者虽可安装支架、改善心脏供血,但仍可能再犯心脏骤停,否则“二进宫”不会如此频繁。第三,作为新冠疫情的常见遗留症,心肌炎与冠心病不同,患者既无法在发作时即速用药,又缺乏诸如安装支架等远期救治措施,确诊后只能坚持日常服药,偶发心脏骤停难以避免。

其次,在事故中的急救环节,经营者有巨大的成本优势。就AED配置边际效益分析中论及的两类成本而言,院内治疗成本不因防免主体而转移,关键在于院前为急救创造窗口期的成本。若要求患者采取仅在医院附近活动等极端措施,对行动自由的束缚,远非几万元所能估量;要求患者随身携带除颤设备,更是天方夜谭。对比之下,经营者耗费数万元在其控制的场所内配置AED,即能应对大量潜在患者的紧急需求,规模经济效益可观。

#### (四)成本收益分析的潜在局限

以上分析表明,经营者配置AED,能够得到成本收益分析的支持。但是,仅依靠经济分析,可否为经营者在侵权法上的风险预防义务一锤定音?

肯定结论将失之草率。一方面,它忽视了侵权法的直接功能。侵权法具备填补损害和预防风险的双重功能,前者强调损害转嫁和个案正义,是直接功能;后者涉及责任设置的行为激励,是面向未来的间接效果。<sup>[33]</sup>因此,义务设置也须回应两层正当性考量。成本收益分析只能证成后者,无法妥适回应前者,这将陷侵权法于意义危机——由于还存在行政管制等更直接的规制手段,借侵权法仅施加行为激励的必要性与合理性不无疑问。另一方面,更重要的,是经济分析一贯面临的价值诘问:纯基于效率的分析无法回答,为什么经营者必须牺牲个人的自由和利益,以增加他人福利。<sup>[34]</sup>因此,成本收益分析的正面结论难当义务设置的充分条件,须进一步考虑以公正为导向的其他价值观念,筛选出最具正当性的义务负担主体。

### 三、分配正义层面经营者风险预防义务之证成

#### (一)风险预防义务设定中的分配正义要素

公平原则在侵权法上主要呈现为矫正正义(corrective justice)和分配正义(distributive justice)两类话语。<sup>[35]</sup>过错责任中,矫正正义一直占据上风并与经济分析分庭抗礼,<sup>[36]</sup>它强

[33] 参见何国强:“风险社会下侵权法的功能变迁与制度建构”,《政治与法律》2019年第7期,第94页。

[34] See George P. Fletcher, “Fairness and Utility in Tort Theory,” *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 3, 1972, pp. 537-543.

[35] 参见易军:“民法公平原则新论”,《法学家》2012年第4期,第54—59页。

[36] 中文概述,参见胡焯:“矫正正义与侵权法的哲学基础再审视——一个德性理论的视角”,《法制与社会发展》2022年第3期,第167—186页。

调过错或不法行为方须赔偿受损方,着眼于特定利益状态遭破坏后的矫治。<sup>[37]</sup>但对风险预防义务的设定而言,矫正正义理论不敷援用:一方面,矫正正义未给“不法”的判断提供实质标准,重在“矫”而非“正”,仅是对侵权法上第二性义务(损害赔偿义务)的伦理描述;<sup>[38]</sup>而经营者的风险预防义务,系第一性义务(注意义务),直指利益定分,应在分配正义的理念中寻求支持。另一方面,风险预防的语境使分配正义具备特别意义。抵触分配正义的既有研究强调侵权法的双边结构,认为“矫正”体现两人关系,而“分配”涉及三个或更多主体。<sup>[39]</sup>这是只关注第二性义务和损失转嫁的结果,忽略了第一性义务具备的行为激励面向。而后者恰好与风险规制的图景相连:围绕特定受控行为的义务设定,将潜在受害者都纳入保护范围,其意义已溢出了具有相对性的双边结构,呈现出一定的“绝对性”。<sup>[40]</sup>

质言之,对于侵权法上第一性义务的设定,经济分析和分配正义才是同一层次的理论资源。二者价值侧重不同,带来了矛盾,却也引出了互补潜力。宜以分配正义对经济分析的结论作外部修正,<sup>[41]</sup>采“经济分析—分配正义”的双重检视路径,通过取交集确定最正当的义务设定场景。在有关安全保障义务的教义学分析中,分配正义理念主要呈现为关乎风险分配的若干要素:风险创设、利益获取、风险控制、合理信赖。<sup>[42]</sup>既有研究未能清晰阐发各要素的内涵、将之与《民法典》的内部价值作体系融合,下文试图弥补。

第一,风险创设。行为人开启、制造、维持了某种风险时,应承担风险预防义务。理论上对安全保障义务作“危险源控制型”和“法益保护型”两分,凸显了此要素的重要性。<sup>[43]</sup>

第二,利益获取。从对义务证成的作用看,须区分“获益”的两重含义:一是狭义获益,其与风险创设相伴,是“风险与利益相一致”原则的所指——当行为人从自行创设的风险中获益,负

[37] See Ernest J. Weinrib, “Corrective Justice,” *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2, 1992, pp. 403-426.

[38] 矫正正义理论家大多承认此点,并将“不法”的认定诉诸道德实践、康德法权理论等关乎分配正义的外部理论资源。See Jules L. Coleman, “The Practice of Corrective Justice,” *Arizona Law Review*, Vol. 37, No. 1, 1995, pp. 15-31; Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 56-113.

[39] 参见胥纳:“过错责任与无过错责任何以统一?”,《西部法学评论》2022年第1期,第104页。

[40] 参见李春晖:“绝对权、绝对义务及其相对化:民事权利与法益保护的单一框架”,《中外法学》2023年第3期,第646—667页。

[41] 法经济分析典型范式表征的古典功利主义与分配正义的冲突系重要议题,并有两条调和进路:一是以分配正义限制功利主义的效用分析结论(外部限制);二是将分配要素经由偏好转化为功利主义的效用评价指标(内部修正)。基于福利理论的修正式经济分析偏向后者;本文侧重前者,以吻合法学对价值分歧的惯常处理。参见(美)约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第3—53页; (英)约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,商务印书馆2014年版,第51—89页。See Louis Kaplow and Steven Shavell, “Fairness Versus Welfare,” *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 4, 2001, pp. 976-985.

[42] Vgl. Christian von Bar, *Verkehrspflichten - Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktrecht*, 1980, S. 112 ff; Thomas Raab, *Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht*, *JuS* 2002, S. 1044 f.

[43] 参见洪国盛:“论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担”,《法学》2020年第9期,第119页。



担防免义务高度正当。<sup>[44]</sup> 营业内容有内在风险且经营者从中盈利,就是典型。二是宽泛获益,行为人未创设风险,但从和受害者的关系中获益,仍须基于衡平思想负担注意义务,只是强度弱于有狭义获益时。美国侵权法中,场所经营者(business owner)对其有营业往来的受邀人(invitee)承担不分风险来源的保护义务,明显强于其对无营业往来而仅被许可进入者、侵入人的义务,正是因为经营者获得的商业利益可构成防免“对价”。<sup>[45]</sup>

除去衡平思想,利益获取也关乎风险分散,《民法典》第 1254 条第 1 款的高空抛物规则为风险分散价值提供了体系支持。<sup>[46]</sup> 经营者可通过定价机制,将防免费用及损害赔偿转嫁给潜在受益者,实现风险的横向分散。不过,营业规模与获利程度、市场地位和定价能力都会影响风险分散的可能性,设定义务时必须考虑。<sup>[47]</sup>

总体而言,获益愈丰厚,能证成的义务强度愈大,公益经营者的义务认定应谦抑;而狭义的、与风险直接关联的获益,比宽泛获益具备更大的义务证成潜力。

第三,风险控制。多数论者为其嵌入了两个常被混合的子要素:一是以可预见性为核心的风险控制可能性,二是行为人控制风险的能力。<sup>[48]</sup> 前者重事实判断,只有可被认知的风险才能要求行为人防免,这是义务设定的底线要求;<sup>[49]</sup> 后者重规范判断,当行为人防免收益高于成本、成本最小时风险控制能力最佳,<sup>[50]</sup> 这与经济分析重叠。两者均未从分配正义视角为义务设定提供进一步的指引。值得注意的反而是,有观点将经济实力视作风险控制能力的又一子要素。据此,财力强者风险控制能力也强,受害人则为弱势,义务认定合乎实质公平。<sup>[51]</sup> 这种理念背倚《民法典》第 1186 条的公平责任,并非常态,单独运用须谨慎。<sup>[52]</sup>

第四,合理信赖。其内涵也有两个层次:一是受害人对行为人控制风险的可期待性,若受害人通常应自我保护,则须慎重对行为人课加侵权责任;二是将当事人之间的结构性依赖关系作为义务基础。前一层次仅能在人们对社会惯行观点一致时起作用,面对心源性猝死等频发历史短的新型风险、AED 等新科技赋能的预防措施,判定共识须慎重。后一层次强调,受害人若有特别的脆弱性或受控于行为人,容易产生结构性的依赖,此时后者负担特别的注意义务。

[44] Vgl. von Bar (Fn. 42), S. 125 f; Wagner (Fn. 15), Rn. 505.

[45] See Harold F. McNiece and John V. Thornton, “Affirmative Duties in Tort,” *The Yale Law Journal*, Vol. 58, No. 8, 1949, pp. 1273-1275.

[46] 参见黄薇,见前注[8],第 256 页。

[47] 参见黄松有,见前注[18],第 116 页。

[48] 如公报案例“张玉梅诉南京港华燃气有限公司案”强调,“在判断义务人在何种限度内承担安全保障义务时,要考虑义务人预防、控制损害的能力,能力范围内能够预见及避免的危险”。

[49] 参见刘召成,见前注[18],第 58 页。

[50] Vgl. Wagner (Fn. 15), Rn. 502.

[51] 参见黄松有,见前注[18],第 116—117 页。

[52] 均贫富思想多用于共同体制度设计(如税收),据此在私人间设定义务、损害转嫁,必须慎重。参见(美)理查德·W. 赖特:“法权、正义与侵权法”,载(美)戴维·G. 欧文主编:《侵权法的哲学基础》,张金海等译,北京大学出版社 2016 年版,第 180 页。

务，<sup>[53]</sup>这在《民法典》有关学校、教育机构、网络服务提供者的义务规定中不难管窥。<sup>[54]</sup>

以上各项要素描画了分配正义的不同侧面，对义务证成的作用力有强弱之别。当行为人创设风险并从中获益时，分配正义思想中根深蒂固的“风险与利益相一致”原则支持义务设定；<sup>[55]</sup>未有风险创设时，宽泛获益（及风险分散理念）、依赖关系、强经济实力，也能为义务证成提供一定支持。AED配置义务的分析将据此展开。

## （二）AED配置义务上分配正义要素的应用

### 1. 创设风险并从中获益的经营者应负担配置义务

第一，客流量大的收费运动场所、含冒险项目的娱乐设施等场所，如健身房、体育馆、游乐场、冒险公园的经营者。这些场所的营业创设了心率提升、心脏骤停发生的风险，经营者从风险事务中盈利、财力充足，承担义务的理由最充分。

第二，载客量大的长途公共交通工具的运营者，如航空飞机、长途列车的运营者。尽管运输服务未直接创设心脏骤停的风险，但运输环境封闭、路途往往人烟稀少，延长了急救人员到达现场的时间，提升了死亡风险；而这又是运输服务高效开展、运营者盈利的前提。风险和获益交织，运营者经济实力也强劲，承受义务有合理性。飞行器配置AED的要求已在全球范围内蔓延，除美国外，欧盟也于2021年作了强制规定。<sup>[56]</sup>

### 2. 被服务对象高度依赖的经营者应负担配置义务

学校、教育机构，养老、疗养机构等是一类特殊的主体。它们功能复合性强，往往都配备了锻炼设施，可能创设风险；经由服务收取对价也满足获益因素；但最重要的是，服务对象受到经营者较大幅度的监护或管控，且可能有特别的脆弱性（如老人心血管状况不佳），与经营者存在高度依赖关系。当规模大而风险高发时，应配置AED。

### 3. 风险创设和获益只居其一的经营者例外承担配置义务

创设风险但并未从中获益的经营者，如免费开放的体育场馆或运动中心的经营者，其营业虽创设了风险，但获利甚微，除自身财力极强外，义务认定应谦抑。

类似的，并未创设风险的经营者，虽仍有可能有宽泛的获益，义务认定也应克制。大型商超、市场、购物中心、娱乐中心等经营场所，车站、机场、地铁站等交通枢纽，收费景区或公园等基础设施，纯因人群聚集而风险高发。它们基于对公众的开放和邀请而获利，这可证成采取呼叫120等基础措施的急救义务，但难以证成AED配置义务。<sup>[57]</sup>不过，对规模大、获利多、定价能力和经济实力强者，如客流巨大的商超、地铁站，或可例外施加配置义务。

[53] See *Woodland v Essex County Council*, [2013] UKSC 66, para. 12.

[54] 平台设施构成用户行动的核心场景，这是结构性依赖的典例。参见武腾：“电子商务平台经营者的侵权责任”，《法商研究》2022年第2期，第103—115页。

[55] 参见（英）托尼·奥诺尔：“侵权法的道德性：问题与答案”，载欧文主编：《侵权法的哲学基础》，见前注[52]，第84—85页。

[56] See Annex III to ED Decision 2021/005/R, Amendment to AMC1 CAT. IDE. A. 220(b)(4).

[57] See Dan B. Dobbs et al., *The Law of Torts*, 2nd ed., 2021, § 408.

#### 4. 未创设风险亦无获益的经营者无配置义务

未创设风险、也基本未获利的主体,不应负担 AED 配置义务。市政图书馆、开放式公园、普通市政建筑等基础设施,即便因人流量大而具备配置效益,也不可强制经营者担责。

表 1 各类场所对应的分配正义要素及经营者 AED 配置义务

场所类型	风险创设	利益获取	风险控制	合理信赖	义务存否
客流量高的健身房和体育馆等收费运动场所、含冒险项目的娱乐设施、飞机和长途列车等远途公交设施	强	风险中获益	强	弱	应负担义务
大型学校和教育机构、养老机构、疗养中心等场所	中	宽泛获益	中	强	应负担义务
人流量大的免费体育活动场所	强	弱	弱	弱	谦抑认定,获益丰或财力极强除外
大型商超、娱乐中心等经营场所,收费景区或公园,地铁站、车站、机场等交通枢纽	弱	宽泛获益	强	弱	无义务
市政图书馆、开放式公园、普通市政建筑等公共基础设施	弱	弱	弱	弱	无义务

### (三)我国 AED 配置义务之判决及实例评析

上述分析表明,在个案中,即便面对 AED 配置效益显然的情境,法官仍须结合各项分配正义要素作具体的利益衡量。回顾文章开头的案例,在营利性健身场所发生的案件,经营者负担配置义务的正当性强(具体判断还需结合客流量);相反,在地铁站发生的 3 起案件,义务认定应更谨慎。广东省高院在判断深圳地铁公司应否负担配置义务时,已经初步展现了对前述要素的运用:“确定安全保障义务的合理边界和限度,应考量特定行业的经营范围、经营活动自身的风险类型、管理人的风险控制能力等。”〔58〕

此外,引爆心源性猝死关注度的明星高以翔事件,则涉及《民法典》第 1198 条覆盖的另一类主体,即群众性活动的组织者,也有必要略加探讨。在经济分析层面,活动组织者可以短租或借用 AED,成本远低于场所经营者,大型活动中配置 AED 的正效益不难得出。在分配正义层面,组织者义务因活动性质而异:第一,体育竞技类活动。此类活动越激烈,引发心脏骤停的风险越高;组织者盈利越多,义务正当性越强。高以翔参加的“追我吧”是一档大型夜跑竞技秀,强度大、在深夜录制,加剧了参与者的心脏供血负担。卫视方创设风险且从中获益丰厚,应当负担 AED 配置义务。此外,迄今为止,唯一一例在违反 AED 配置义务的基础上肯定侵权责任的案例,所涉义务人正是盈利性越野挑战赛的组织者。〔59〕第二,其他聚集人流的大型活动。此类活动未创设、只是聚集风险,认定组织者的配置义务须慎重。

〔58〕 见前注〔11〕。

〔59〕 参见北京市高级人民法院民事判决书,(2021)京民再 49 号。

## 四、管制规范沉默并不一概封闭经营者的私法义务

### (一) 侵权法上合规抗辩的效力因事项性质和管制规范状态而异

依上文分析,就风险预防义务证成的机理而言,特定经营者应承担配置 AED 的私法义务,但实践中法官频频因管制规范无强制要求而拒绝认定。这就涉及“合规抗辩”(regulatory compliance defense)效力之问,即应否将行为人已遵守公法上兼具私益保护性质的管制规范,视为排除侵权责任的有效抗辩。<sup>[60]</sup>此种抗辩实为宣称,行为人已满足管制规定设置的注意标准,故而不应在私法上被判定为未尽注意义务。

合规抗辩的效力在中国法上聚讼纷纭。肯定论者主张,应保护人们对管制标准和政策之信赖,遵守标准即可免责。<sup>[61]</sup>否定论者则认为管制规范基于宏观事实,仅为最低标准,侵权法应可作突破以维护个案正义。<sup>[62]</sup>不过,晚近研究倡导的区分说有力地协调了两种观点:受控行为与风险后果间的关联状态,决定了以行为规范控制风险的难易度,即“行为的可标准化程度”,应据此区分两类事项,分别确定合规抗辩的效力。<sup>[63]</sup>

一方面,风险预防行为的可标准化程度高时,确定性强、须反复实施,管制规范既能更连贯地促成政策目标,又可充分利用统一决策程序、压缩管理成本,设定最优行为标准有可行性,此时侵权法无需加码。另一方面,风险预防行为可标准化程度低时,刚性的管制规范无法精准实现政策目标,只能也只应设置门槛性标准;法官则可以利用当事人的信息优势压缩管理成本,灵活判定具体场景中的最优行为标准,这时不能盲目承认合规抗辩。<sup>[64]</sup>

急救设备在公共场所的配置,无疑是一个行为可标准化程度相当高的事项,行为规范(要求经营者配置特定的急救设备)和政策目标(降低心脏骤停引起的猝死风险)间的关联性简单明了。然而,事项性质并非唯一准据。美国 AED 法制的发展提供了新的镜鉴:对行为可标准化程度高的事项,还须虑及管制规范实际的完备程度。

### (二) 借镜美国法:管制法完备程度决定 AED 配置合规抗辩的效力

#### 1. 立足完备的管制法肯认合规抗辩

上世纪末开始,美国有关 AED 配置义务的法规渐趋完善。联邦法上,1998 年《航空医疗

[60] See Robert L. Rabin, “Keynote Paper: Reassessing Regulatory Compliance,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 88, No. 7, 2000, pp. 2049-2084.

[61] 参见王成:“环境侵权行为构成的解释论及立法论之考察”,《法学评论》2008 年第 6 期,第 92—96 页。

[62] 参见宋华琳:“论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步观察”,《中国法学》2006 年第 6 期,第 130 页;朱岩:“违反保护他人法律的过错责任”,《法学研究》2011 年第 2 期,第 95 页。

[63] 参见宋亚辉:《社会性规制的路径选择:行政规制、司法控制抑或合作规制》,法律出版社 2016 年版,第 223—226 页。

[64] See Steven Shavell, “Liability for Harm versus Regulation of Safety,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 2, 1984, pp. 357-374.

救助法》要求达到特定规模的航空公司在飞机上配置 AED；2000 年后各州立法跟进，逐步鼓励或强制要求经营者配置 AED。<sup>〔65〕</sup> 目前，经营者在州法上负担 AED 配置义务的场所包括医疗保健、运动、教育、博彩等各种场所；规定运动场所须配置 AED 的州约 10 余个，要求学校配置 AED 的州逾 15 个。纽约州配置义务覆盖面最广，特定规格的健身俱乐部、牙科诊所、学校、蹦床公园、冲浪海滩、游泳设施均包括在内。而且，前述规则大多配有明确罚则。<sup>〔66〕</sup>

这些规范极大影响了私法判决。当管制规范对特定场所经营者的配置义务保持沉默时，法官往往认定，被告在私法上的注意义务不包括配置 AED。

其中，部分案例认为私法上额外的义务设定有违立法者的目的。例如，在 2002 年宾夕法尼亚州的 *Atcovitz v. Gulph Mills Tennis Club, Inc.* 案中，因心肌梗塞未得到及时救护而重伤的原告，起诉被告网球俱乐部，主张其因未配置和使用 AED 而违反了注意义务。法院充分梳理了宾夕法尼亚州的 AED 立法，认为立法者已详尽考量相关事项，超越管制法要求私主体负担配置义务，将与立法者的意图相抵触。<sup>〔67〕</sup> 2016 年田纳西州的 *Wallis v. Brainerd Baptist Church* 案同样认为，现行州成文法未规定教堂有配置 AED 的强制义务，在普通法上作此要求，将和田纳西州法“鼓励而非强制”教堂配置 AED 的立法意图抵触。<sup>〔68〕</sup>

其他案例则采纳了更委婉的义务限制路径。例如，2012 年加利福尼亚州著名的 *Verdugo v. Target Corp.* 案中，法院虽拒绝了“目的抵触”的说理，认为成文法的沉默并不会直接封闭私法义务，但从权力分工视角出发，强调此类事故对零售门店缺乏高度可预见性、将带来重大负担，由立法机关决断义务存否更合适。<sup>〔69〕</sup> 不少案例中，法院虽未明确阐释制定法对注意义务内容的影响，但基于先例的沉默否定了配置义务；<sup>〔70〕</sup> 这意味着，直到立法变化前，特定类型主体无配置义务的结论都将在诉讼中延续，其实仍把决定权交给了立法机关。

## 2. 面对薄弱的管制法排除合规抗辩

乍看之下，中国法院目前习惯于以管制法未作要求为理由，认定经营者安全保障义务的内容不包括配置 AED 等急救设备，与美国多数州的法律状态相近。但是，美国法在 AED 配置义务的问题上将管制规范奉为绝对主导、肯定合规抗辩，关键在于管制规范体系的完备性。唯有管制法在相关领域不但能够、而且确实设定了富有效率的行为标准时，肯定合规抗辩才有正当性。一旦管制法客观上停留在最低标准、甚至根本没有作出有效的行为约束，侵权法仍承认

〔65〕 See Tom Auferheide et al., “Community Lay Rescuer Automated External Defibrillation Programs,” *Circulation*, Vol. 113, No. 9, 2006, p. 1261.

〔66〕 例如，纽约州《普通商法典》第 627-a 条第 1 款规定，会员人数不低于 500 人的健身俱乐部须配备至少一台 AED，违者将据同法第 628 条承担不低于 2500 美元的罚款。

〔67〕 See 571 Pa. 580, 812 A.2d 1218 (2002).

〔68〕 See 509 S.W.3d 886 (Tenn. 2016).

〔69〕 See 704 F.3d 1044 (9th Cir. 2012); 59 Cal.4th 312, 327 P.3d 774 (2014); 770 F.3d 1203 (9th Cir. 2014).

〔70〕 See *LA Fitness Intern LLC v. Mayer*, 980 So. 2d 550 (Fla. Dist. Ct. App. 2008); *Boller v. Robert W. Woodruff Arts Center Inc.*, 311 Ga. App. 693, 716 S.E.2d 713 (2011).

合规抗辩,将使行为规制和权益保护出现不合理的真空状态。

其实,在管制规范尚不成熟的地区或时期,美国州法院并非“唯管制法马首是瞻”。例如,尽管联邦法规定了在特定规格的飞行器上配置 AED 的义务,但法官认为这仅是基础规定,州法和普通法可创设与之无目的冲突的更高标准;因此,不妨在过失诉讼解释注意义务,要求未被管制规范覆盖的机型配置 AED。<sup>[71]</sup>再如,2004 年,伊利诺伊州尚无 AED 配置义务的立法,Satle v. YMCA of Metropolitan Chicago Foundation 案提及,被告是否履行了合理急救义务乃事实问题,应由陪审团决断,被告未配置 AED 很可能构成义务违反;<sup>[72]</sup>康涅狄格州 2012 年才开始 AED 配置义务立法,2011 年的 Aquila v. Ultimate Fitness 案也认为,成文法义务缺失不妨碍陪审团在事实层面判定被告未配置 AED 构成过失。<sup>[73]</sup>两则案件中,法官都未在“义务存在”要件下直接否定 AED 配置义务,而是承认宽泛的注意义务,任由陪审团在“义务违反”要件下借事实审查的外衣回答经营者应否 AED 配置的政策问题。<sup>[74]</sup>

### (三) 回观中国法:管制规范不完备与 AED 配置合规抗辩之否定

自美国法借镜,应首先回答:中国的管制规范现状如何?前文所提及的诸多地方性规范,通过“倡导”AED 的配置委婉指涉,有关急救设备配置的强制规范并不包括 AED。这些规范制定或最近修订时间多在 2016—2018 年,彼时各类场所发生心脏骤停、AED 被使用的频次远不如今;<sup>[75]</sup>中国法上对 AED 配置效益的实证研究空白,也影响了政策判断。在各地政府对事故频次、AED 的实效缺乏直观认知的前提下,关于急救设备配置的既有管制规范难当“最优行为标准”之名,盲目承认合规抗辩并不可取。

诚然,AED 配置是一个可标准化程度高的事项,设置统一确定的管制规范能够收获更高的风险控制效益;鉴于事项的技术性和专业性,行政机关的统一筹划也使管制法较侵权法有更大的成本优势。<sup>[76]</sup>因此,制定管制法既有必要,也有充分的可行性。长远来看,美国现行法上以管制法为主导、在私法上承认合规抗辩的路径值得借鉴。

但行政立法难以一蹴而就,数据研究、调查试点均有一定周期。《基本医疗卫生与健康促进法》第 27 条第 2 款中“必要的急救设备”虽语焉不详,可绝无一概排除私主体负担 AED 配置义务的意图,更似为具体规定留出时间与空间。2017 年《南京市院前医疗急救条例》走在前列,是设定 AED 配置义务的重要尝试;杭州、广州则在 2021、2023 年跟上步伐。缓慢的规范

[71] See *Somes v. United Airlines, Inc.*, 33 F. Supp. 2d 78 (D. Mass. 1999); *Stone ex rel. Estate of Stone v. Frontier Airlines, Inc.*, 256 F. Supp. 2d 28 (D. Mass. 2002).

[72] See 351 Ill. App. 3d 524, 814 N. E. 2d 610 (2004).

[73] See No. CV085017159S, 2011 WL 2611820 (Conn. Super. Ct. June 15, 2011).

[74] See Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 7, Comment a; § 40, Comment d.

[75] 例如,在百度资讯框中检索“AED 救人”,绝大多数检索结果集中在 2020 年后,2018 年前仅 7 条。2021 年 5 月 24 日,北京地铁站首次发生 AED 成功救人事件。

[76] See Donald Wittman, “Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring,” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1977, p. 207.

设置进程也意味着,在全面的管制体系建成前,机制灵活的侵权法应充分发挥经由个案、面向未来相似情景设定行为标准的作用,填补罅隙、作权宜规制,<sup>[77]</sup>促进权益保护。

据此,就经营者风险预防义务与合规抗辩的关系而言,AED配置问题引出了一重动态维度:既有研究从“行为可标准化”角度判断合规抗辩的效力,是对管制规范之应然状态作静态观察的结果。但若动态看待管制规范,即便在风险预防行为可标准化程度高的领域,也可能出现规则滞后、管制规范并非最优行为标准的情况,此时,独立判断经营者风险预防义务的范围,实现额外的行为激励,是类似实例中更合理的裁判选择。

## 五、经营者私法义务与公法机制的互动

### (一) 促进:私法义务作为管制规范的“低成本试点立法”

当管制规范陷于时滞性,短期来看,在侵权法上肯定经营者的风险预防义务,是对现有规范状态的“突破”;而从长期来看,私法义务可充当管制规范的“低成本试点立法”。

“试点”关系的成立根源于价值考量上的共性。安全保障义务的理论脉络,可为设定公法义务提供参考。尽管后者无关损失转嫁,但行为激励层面的价值拷问区别甚微。不论通过公法或私法,为经营者设置行为激励、要求其负担防免费用,经济分析和分配正义的双重检视,都是论证义务正当性的重要环节。纯立足于效率的经济分析同样难为公法义务背书。<sup>[78]</sup>

此外,相比公法自身的试点,侵权法的“试点”还因其特质而具备低成本的优势:第一,侵权法机制由个人启动,天然具备筛选高频、重点案件的功能,法官则可以借此率先选取最典型的场景,施加风险预防义务。<sup>[79]</sup>与义务设定有关的信息,由权益保护需求迫切的当事人提供,符合激励相容的原则。第二,侵权法给行为自由留有余裕,容错率高。对比管制法上刚性的行为标准,侵权法可在个案中作利益权衡,克制地作行为规制,避免过度消极的行为评价,防止不当限制行为自由。面对事后责任,经营者可自行衡量采取防免措施的成本收益、不作为的风险和自身承受能力,理性决断如何行动。第三,侵权法能在管制立法成熟前引导民众的心理过渡,降低管制法完善过程中的政策传达和接受障碍。这有赖于侵权法在政策沟通和预防功能上异于管制法的特点。就政策沟通而言,管制政策依据到达民众的渠道有限、内容抽象,而法官可借个案判决直接与当事人、间接与民众作更生动有效的沟通。<sup>[80]</sup>就预防功能而言,不同

[77] See Susan Rose-Ackerman, “Regulation and the Law of Torts,” *The American Economic Review*, Vol. 81, No. 2, 1991, pp. 55-56.

[78] See Robert W. Hahn and Cass R. Sunstein, “A New Executive Order for Improving Federal Regulation? —Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 150, No. 5, 2002, p. 1527.

[79] See Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1987, pp. 277-286.

[80] See Marshall S. Shapo, “Tort Law and Environmental Risk,” *Pace Environmental Law Review*, Vol. 14, No. 2, 1997, pp. 543-544.

于管制法精准、硬性的特征,侵权法藉由点状判决和社会舆论等机制实现松散的一般预防,是在人们观念转变过程中更易被接受的权宜策略。

## (二) 互补: 风险预防成本的私人承受与财政负担

AED 配置实例还映射出一个重要疑问: 某些场所虽因人流量大而具备配置效率, 但为经营者施加义务, 无法通过分配正义的检视, 此时患者的生命挽救需求是否注定落空? 质言之, 若防范措施具备正效益, 但经营者无义务, 如何应对潜在受害者的风险预防需求? 于此, 有必要统合公私法机制, 全景式地分析风险预防负担分配的诸种可能, 在经营者、受害者外纳入其他主体, 尤其是国家。前文确立的经济分析与分配正义双重检视框架仍值应用。

首先, 在经济分析层面, 针对具备正效益的风险预防目标, 应充分对比各类私主体与国家采取预防措施所需的成本。在人流量大的公共场所配置 AED 具备正效益, 这一风险预防目标的效率正当性不随防免主体而转移。单论 AED 配置, 对比国家, 经营者并无明显的成本优势; 相反, 政府采购还可能基于规模效应和招投标竞争压缩成本, 例如, 目前中国政府采购网上的 AED 采购项目设备单价就可低至 1—1.5 万元,<sup>[81]</sup> 低于 2—3 万元的市价。因此, 不论由经营者负担配置义务, 还是国家财政支出配置费用, 通过经济分析的检视并不困难。

其次, 在分配正义层面, 当经营者创设风险并从中获益或与弱势的潜在受害者之间有依赖关系时, 令其承担风险预防成本, 受到分配正义的支持; 当经营者虽创设风险但并未从中获益或根本未创设风险时, 义务设定则须谦抑。但私人义务退却之域, 分配正义尚有其他实现可能性——社会化地分散风险预防成本, 基于国家税收机制作利益调配, 通过财政支持风险预防措施(如购买并投放 AED), 就是典型途径。<sup>[82]</sup>

据此, 风险预防成本大于收益时, 经分配正义指引, 预防成本的私人承受和财政(社会)负担可形成绝佳互补。这恰恰呼应着当前地方政府逐步型塑的财政支出秩序: 私人义务认定应谦抑或根本无义务的场所, 正是拨款投放 AED 的重点。自 2017 年前后, 常州、绍兴、杭州、深圳、宁波等市陆续拨付财政资金大规模投放 AED。<sup>[83]</sup> 以绍兴为例, 投放重点是文体活动中心、便民服务中心、大型商超、养老服务中心、学校、车站, 常州还包括政务中心、机场、地铁站。其中, 文体活动中心创设风险但不获利, 其他场所则纯因人群聚集而风险高发。

当然, 还应进一步检视, 政府负担特定风险的风险预防成本, 是否符合财政支出的用途限制和预算法的内在逻辑。以 AED 配置为例, 一方面, 其意在保障民众生命权益, 符合公共财政支

[81] 青岛、龙岩市 2023 年的采购单价分别为 1.5、1.2 万元/台, 南京市建邺区更低至 0.8 万。参见中国政府采购网, <http://www.cccp.gov.cn>, 最后访问日期: 2024 年 2 月 22 日。

[82] See Linda Sugin, "Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems," *Fordham Law Review*, Vol. 72, No. 5, 2004, p. 1997.

[83] 例见《常州市政府办公室关于印发〈常州市红十字事业“十三五”(2016—2020 年)发展规划〉的通知》(常政办发[2017]180 号)、《绍兴市人民政府办公室关于印发市政府 2018 年重点工作责任分工的通知》(绍政办发[2018]8 号)。



出的目的要求。<sup>〔84〕</sup>近年来,心血管病的防控与应急处置,更被国务院列为财政支持的重点领域。<sup>〔85〕</sup>成本收益分析的正面结论也满足了预算法上从效率、均衡等角度为财政支出划定的合理性边界。<sup>〔86〕</sup>另一方面,经收支平衡、以收定支等原则的指引,<sup>〔87〕</sup>不难理解为何发达地区政府率先投放 AED。随着经济的发展,民众权益保护需求提升,各地政府将 AED 投放支出列入预算的必要性也将不断加强。

此外,政府负担风险预防成本时,私主体可能仍有合理限度内的配合义务。例如,政府投放 AED,经营者应负接收和放置的容忍义务,以及日常维护义务。这些义务由其承受成本最低,且非显著负担,同样合于经济分析和分配正义的要求。

## 六、代结语:风险规制的对象延展与全景式公私法协同

风险社会的来临,动摇了前现代社会中根深蒂固的自由主义风险观,使风险预防从个人任务向社会任务转化。<sup>〔88〕</sup>风险规制研究随之云涌。经营者的风险预防义务,实为风险规制的一个重要锚点,关乎诸项公私法规制机制间的脉络关联与互动平衡。对 AED 配置实例的探讨,不仅指向经营者风险预防义务的理论建构,更撬动了对风险规制的总体反思,在待规制的“风险”对象、公私法协同方案的整全与动态性上补充了既有研究。

首先,从风险规制的对象来看,既有研究重点关注作为技术过剩产物的环境污染、食品药品安全等风险,这些风险具备显著的规模性、广延性。<sup>〔89〕</sup>但诸多以个体化形式呈现的风险,同样是现代性的产物,是深嵌于现代社会中的结构性风险,个人的预防能力远比想象中弱小,心源性猝死风险即是典例。正如贝克(Ulrich Beck)所言,工业风险社会也是一个发达的劳动市场社会,人们看似通过个体化进程获得了分化的“自由”,却并未实现解放,反而趋于生活方式的制度化。<sup>〔90〕</sup>支配者不再是僵劲的外部社会规范,而是“内卷”等话语折射的、以能力伦理为中心的生存意识形态。返观心源性猝死风险的诱因,熬夜、过劳、作息不规律、饮食不合理,在形式上都源于自我管理失败,但正是这些个人主义话语,掩盖了风险的结构性特征。面对高歌

〔84〕 参见刘剑文、王桦宇:“公共财产权的概念及其法治逻辑”,《中国社会科学》2014年第8期,第145页。

〔85〕 参见《国务院关于实施健康中国行动的意见》(国发〔2019〕13号)。

〔86〕 参见蒋梧真:“论中国预算法的现代化”,《环球法律评论》2018年第5期,第15—16页。

〔87〕 参见叶姗:“法律促进预算平衡之基本原理研究”,《现代法学》2010年第5期,第60—69页。

〔88〕 参见赵鹏:“风险社会的自由与安全——风险规制的兴起及其对传统行政法原理的挑战”,《交大法学》2011年第2期,第46—47页。

〔89〕 参见宋亚辉:“风险立法的公私法融合与体系化构造”,《法商研究》2021年第3期,第53—66页;苏宇:“风险预防原则的结构化阐释”,《法学研究》2021年第1期,第35—53页。

〔90〕 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105、159—164页。

猛进的生产发展需求和机遇紧俏的劳动力市场,对身体施加负面影响难以避免。要在发展和保障间求得平衡,必须探求系统性的风险规制策略。

其次,从风险规制的具体方案来看,结构性风险脱缰于自治,也意味着私法难以独当此任,公私法协作不可不究。本文从管制规范沉默时经营者在私法上的风险预防义务问题入手,试图描绘的乃是风险规制中公私法协同的一个全景式方案:第一,应通过成本收益分析确定风险预防的必要性,证成规制目标。仔细权衡负担与收益,能防止认知偏狭造成的风险预估错误、通过公开风险计算过程促进民主。<sup>[91]</sup>第二,明确风险预防目标后,应斟酌防免主体。在考量特定私人应否负担义务时,须作合宪性调控。本文提出的经济分析与分配正义双重结构可供参考。<sup>[92]</sup>以公共场所的风险预防为例,受害者通常无成本优势,待考虑的核心主体是经营者和国家。为保护基本权利,只有经营者在预防成本上无显著劣势,同时在分配正义层面满足尽可能多的要素(如风险创设、利益获取)时,方可施加义务,否则宜优先考虑由国家负担预防成本。第三,若明确应由特定私人防免,须合理配置规制工具,妥善协调公私法义务设定机制。侵权法重在个案的事后赔偿,行为激励效能松散,虽在单独应对大规模风险时构成劣势,<sup>[93]</sup>但在配合待完善的管制规范、填补罅隙并充当试点时又转为优势。据此,若管制规范对义务沉默,合规抗辩的效力认定也应一分为二:管制规范完备时,承认合规抗辩;管制规范因事项性质无法设定最优行为标准,或暂不完备时,不宜承认合规抗辩。

风险规制研究未充分关注的两个向度由此凸显:第一,风险预防负担在私人与国家间的分配。既有研究主要强调对私人利益相关者的行为规制,落脚于规制工具的选择。<sup>[94]</sup>但是,立足于国家对个体的积极保护义务,尤其是狭义的国家保护义务或侵害防止义务,<sup>[95]</sup>除去规制机制和程序上的努力,还应考虑国家通过财政支出采取措施、直接充当风险预防主体这一选项。第二,风险预防义务设定上公私法角色的动态辩证化。既有研究强调行政立法的简便易行和主动性,认为其在政策判断上比司法机关更及时。<sup>[96]</sup>但这可能是仅关注长期趋势而忽略短期变化的结果,个案裁断的灵活性,令私法足以胜任权益规制者的角色。

风险社会中,风险规制与权益保护实乃一体两面。频发的心脏骤停事故是这个忙碌时

[91] 参见(美)凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第22—33、124—135页。

[92] 这可深化既有研究倡导的“平等原则”审查。参见王旭:“论国家在宪法上的风险预防义务”,《法商研究》2019年第5期,第123页。

[93] 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115—118页。

[94] 参见宋亚辉,见前注[89],第53—66页;苏宇,见前注[89],第35—53页。

[95] 国家的积极保护义务分三层:制度保障、组织与程序保障、针对个体的侵害防止义务(狭义国家保护义务)。参见张翔:“基本权利的双重性质”,《法学研究》2005年第3期,第27—29页;王锡锌:“个人信息国家保护义务及展开”,《中国法学》2021年第1期,第156、163—165页。

[96] 参见宋亚辉,见前注[63],第206页。

代的缩影,AED则承载了科技对生命的回响。法律对经营者配置义务的筹划,和私人义务退却时财政投放AED的努力,都不啻对死神的奋起搏击,映照出守卫生死之关的一片丹心。

---

**Abstract:** An operator's obligation to prevent specific risks should be subject to dual examinations of economic analysis and distributive justice. The former focuses on the marginal benefits and horizontal cost comparison of preventive measures, while the latter focuses on the determination of risk creation, benefit acquisition, risk control, reasonable trust and other factors. Taking the risk of sudden cardiac death as an example, an automated external defibrillator (AED) is a powerful tool for rescuing cardiac arrest patients. Placing it in a public place with a large flow of people will greatly increase the treatment rate. The benefits are higher than the cost and are more effective than personal prevention. There is a cost advantage. Charged sports venues and long-distance public transportation with high passenger flow create risks and benefit from them. Large-scale schools and elderly care institutions are highly dependent upon by the service recipients, and operators should bear the obligation to configure AEDs. Most of the current regulatory regulations are silent on this obligation, but it has a time lag. Regulatory compliance defenses should not be blindly adopted and private law obligations closed. Independently growing private law obligations can serve as low-cost pilots for regulatory legislation and enable complementary private and fiscal sharing of risk prevention costs. Subway stations, airports, and large supermarkets shall hardly be obligated because they have not created risks, so the finance should bear the cost of AED deployment. This case study reveals the functioning mechanism of risk prevention obligations of operators, as well as promotes the extension of the objects of risk regulation and the design of a panoramic public-private law collaboration plan.

**Key Words:** Duty to Guarantee Security; Economic Analysis; Distributive Justice; Regulatory Compliance Defense; Risk Regulation

---

(责任编辑:贺 剑)