

# 民法典编纂中产品责任制度的完善<sup>\*</sup>

周友军<sup>\*</sup>

**内容摘要:**在我国民法典侵权责任编立法中,应当设专章集中规定产品责任制度,并对现有的产品责任制度予以完善。尤其是要将《产品质量法》中规定的部分产品责任制度纳入民法典之中,以实现法典中心主义。另外,该制度具体的完善建议主要包括:完善“产品”的概念并明确其范围、完善“产品缺陷”的概念和认定标准、明确产品责任的主体原则上限于生产者、完善产品责任的免责事由、明确违反产品跟踪观察义务的责任是过错责任、考虑合同法与侵权法的协调以完善相关规则。

**关键词:**产品责任 产品缺陷 产品跟踪观察义务

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.02.012

## 一、引言

产品责任是指因产品缺陷导致他人损害而应承担的危险责任(或称严格责任)。产品责任是20世纪的新制度,可以理解为是工业化在责任法上的后果。<sup>①</sup>我国自1986年《民法通则》开始,就积极规范产品责任问题(第122条),历经1993年的《产品质量法》和2009年的《侵权责任法》(第五章)的制度构建,逐渐形成了较为完备、先进的产品责任制度。

不过,在我国民法典编纂的背景下,也需要思考是否在民法典的侵权责任编中规定产品责任制度。比较法上,有些国家(如法国、荷兰)在民法典中规定产品责任;也有些国家(如德国、瑞士、日本)在民法典之外,通过特别法的方式予以规范。在民法典之外通过特别法规范产品责任,很大程度上是因为产品责任制度产生于民法典编纂结束之后。在我国,民法典编纂之时,产品责任已经成为重要侵权责任制度,将其置于特别法之中既没有必要、也违背法典中心主义的要求。另外,我国《侵权责任法》中已有产品责任制度,从法的稳定性角度考虑,也应当将其纳入到民法典之中,继续设专章予以规定。

如果要将产品责任制度纳入民法典之中,则需要考虑如何借此机会完善产品责任制度。从目前《侵权责任法》的规定来看,其主要存在如下问题:

其一,现行《侵权责任法》关于产品责任的规定不完整、不全面,背离了法典中心主义的目标。虽然今天我们所倡导的法典中心主义,不可能强调“以法典作为唯一法律渊源”,但至少也应当强调“要构建以民法典为中心的民事立法体系”。<sup>②</sup>目前,我国《侵权责任法》对产品责任中的一些问题没有规定(如产品的定义、产品缺陷的定义、产品责任的抗辩事由、诉讼时效与除斥期间),这些问题要适用《产品质量法》的规定,这与法典中心主义的要求是不一致的。

其二,现行《侵权责任法》中的若干规则需要进一步完善,以满足实践的需要。例如,产品责任的主体界定(《侵权责任法》第41至43条),是否符合产品责任的法理,需要检讨;再如“产品”的概念如何界定,其范围如何,都需要进一步完善,以适应司法实践的发展。

其三,现行《侵权责任法》关于产品责任的规则设计没有反映国际上最新的立法趋势和理论成果。例如,

<sup>\*</sup> 本文为国家社会科学基金项目“作为特殊类型法定之债的牺牲责任研究”(批准号:16BFX106)的阶段性成果。

<sup>\*</sup> 北京航空航天大学法学院教授。

<sup>①</sup> Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, S.119.

<sup>②</sup> 参见王利明:《论法典中心主义与我国民事立法的体系化》,载《云南大学学报(法学版)》2009年第2期。

就基因产品而言,其责任人应当不能主张发展风险抗辩;再如,关于违反产品跟踪观察义务的责任制度(《侵权责任法》第46条),也有借鉴比较法上的经验予以完善的空间。

正如德国学者基尔克所言,“当法学在法生活的重大决策时刻保持缄默时,其似乎已自暴自弃。”<sup>③</sup>在我国民法典编纂的重要历史时刻,本文拟就我国产品责任制度修订入典时需要解决的问题提出建议。

## 二、产品的概念界定及其范围

“产品”概念及其外延的界定是产品责任制度的起点,也是明确产品责任的适用范围的需要。在比较法上,很多国家都通过立法对“产品”作出界定。例如,《德国产品责任法》第2条规定,“产品是指一切动产,包括构成另一动产或不动产的一部分的物……”我国《侵权责任法》没有对产品的概念和范围作出规定,仅由《产品质量法》第2条对此作出了初步规定。在我国民法典编纂之时,应当对“产品”的概念和范围作出界定,以明确产品责任制度的适用范围,避免实践中不必要的争议。

在比较法上,仅有少数立法例(如我国台湾地区)将不动产纳入产品责任的保护范围。<sup>④</sup>大多数国家和地区都将产品限定为动产。我国《产品质量法》第2条第3款明确了,产品责任不适用于“建设工程”,这与大多数国家的立场是一致的。

根据《产品质量法》第2条第2款的规定,产品是指“经过加工、制作,用于销售的产品。”这一概念有同语反复之嫌。考虑到产品责任不适用于不动产的立法宗旨,本条规定可以改造如下:“产品,是指为了进入市场而加工的动产。动产即使存在于另一动产或不动产之中,仍然属于产品。”这一表述与《产品质量法》存在三个主要的差异:一是没有再强调“用于销售”,代之以“为了进入市场”。这是考虑到在现代社会,产品投入流通的方式多样,并非都以“销售”的方式进行,也可以是租赁、质押、典当等方式。因此,借鉴美国1979年《统一产品责任示范法》第102条c款的经验,采“为了进入市场”的表达代替过去的“用于销售”。二是以“加工”代替“加工、制作”,在理论上,产品都应当是经过“加工”的动产。《产品质量法》第2条第2款采取“加工、制作”的表达有重复之嫌,也给法律的解释带来了困难。三是明确地将不动产排除在产品责任的适用范围之外,但是,没有采《产品质量法》使用的“建设工程”这一不太精准的表达。四是明确了即使产品已经成为另一动产或不动产的组成部分(如成为房屋组成部分的电梯),也不应当影响产品责任的承担。这与《产品质量法》第2条第3款的立法精神保持了一致性,同时,也借鉴了比较法上的经验(如《欧共体产品责任指令》第2条)。另外,在界定产品的范围时,还应当明确如下问题:

其一,产品应当包括零部件和原材料。《欧共体产品责任指令》第3条规定,“‘生产者’指成品的制造者、原材料的制造者或者零部件的制造者……”笔者赞成这一做法,理由主要在于:这有助于加强对受害人的保护,特别是有助于避免因无法区分真正造成损害的商品部分,致使受害人求偿无门。<sup>⑤</sup>而且,这也有利于强化产品的各个生产环节中生产者的责任,预防损害的发生。

其二,初级农产品原则上不属于产品,但经过加工的除外。初级农产品是指种植业、畜牧业、渔业产品,不包括经过加工的这类产品。<sup>⑥</sup>在很多国家,初级农产品都原则上并非产品,除非其经过了初步加工。例如,德国(参见《德国产品责任法》第2条)、瑞士(参见《瑞士联邦产品责任法》第3条第2款)和日本,<sup>⑦</sup>都采此立场。因为人类对自然出产物的生长过程几乎无法产生影响,不应由生产者对其未介入的生产过程造成的结果负责,否则将导致大量非由自己行为导致的损害需由当事人承担侵权责任的结果。<sup>⑧</sup>当然,也有学者认为,为了提高农产品的质量和安全,提高我国农产品的国际竞争力,应当将初级农产品纳入产品的范畴。<sup>⑨</sup>对此,笔者认为可以通过宽松地解释“农产品的初步加工”来实现。

③ [德]基尔克:《私法的社会任务》,刘志阳、张小丹译,中国法制出版社2017年版,第25页。

④ 参见我国台湾地区“消费者保护法施行细则”第4条。

⑤ 参见詹森林:《民事法理与判决研究》(第四册),中国政法大学出版社2009年版,第83页。

⑥ 参见1985年《欧共同体产品责任指令》第2条。

⑦ 参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第206页。

⑧ 参见[瑞士]雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第325页。

⑨ 周新军:《产品责任立法中的利益平衡》,中山大学出版社2007年版,第322页。

其三,电力属于产品的范畴。电力是否属于产品的范畴,在比较法上存在不同的做法。有些国家(如日本)不予认可。<sup>⑩</sup>但也有不少国家认为其属于产品,如德国、<sup>⑪</sup>英国、<sup>⑫</sup>奥地利<sup>⑬</sup>等。在物权法上,电力是人类可以支配的自然力,可以视为物。而且,它具有经过加工,并被投入流通的特点,解释为“产品”也没有困难。不过,电力产品的缺陷认定具有其特殊性,其缺陷主要表现为电流或电压的不稳定,<sup>⑭</sup>如果电源中断或供电者拒绝供电,则并无产品存在,也不存在产品责任的问题。<sup>⑮</sup>

其四,无形的智力成果的载体以及与有体物相结合的无形的智力成果,属于产品。无形的智力成果往往有一定的载体,如书籍、计算机软件等,其载体属于动产,应当属于产品的范畴。但是,无形的智力成果本身是否是产品,值得探讨。例如,司法考试辅导用书存在内容错误,是否适用产品责任?笔者认为,无形的智力成果原则上并非有体物,其无法纳入产品的范畴。例如,就书刊中的资讯和见解,其是否正确,不属于产品的内容,也不适用产品责任。<sup>⑯</sup>而且,无形的智力成果排除在产品之外,还有助于实现言论自由的保护。<sup>⑰</sup>

但是,如果无形的智力成果与物相结合,而形成一个有体物,这个有体物可以认定为产品。例如,在计算机软件存在缺陷的情形,虽然软件本身属于知识内容并不是有体物,也就不是产品,但是如果该软件被装入电脑等机器,如果该软件存在缺陷的话,这种缺陷就被视为产品本身的缺陷,成为该法的适用对象。<sup>⑱</sup>

其五,血液可以作为产品来对待。《侵权责任法》第59条就“输入不合格的血液造成患者损害”的产品责任作出了规定。这一规定是借鉴法国法的经验,<sup>⑲</sup>虽然本条没有规定在“产品责任”一章,但就其内容来看,应当属于产品责任。问题是,血液是否属于产品?对此,在比较法上,多数国家都采取区分血液和血液制品的做法。对于血液一般不认为其属于产品;而对于血液制品,因为其经过了加工,所以也属于产品。《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)明确地将血液排除在产品的范围之外。<sup>⑳</sup>我国也有不少学者认为,血液不属于产品,因为对血液进行分装、储存、保管、运输以及加入抗凝剂等,不构成“加工”。<sup>㉑</sup>《侵权责任法》第59条规定了“血液”,按照立法者的解释,其就是要将血液视为产品,以强化对输血者的保护。<sup>㉒</sup>如果在法政策上仍然倾向于强化输血者的保护,也可以通过法律拟制的方式,将血液“视为”产品。

### 三、产品缺陷

产品缺陷意味着,从社会的角度来看,产品具有不合理的欠缺安全性的状态。<sup>㉓</sup>它是产品责任的核心。我国《侵权责任法》没有界定“缺陷”的概念,《产品质量法》第46条既强调产品缺陷是指其“存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险”;同时又规定,在“产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,[日]吉村良一书,第206页。

<sup>⑪</sup> 参见《德国产品责任法》第2条。

<sup>⑫</sup> 参见胡雪梅:《英国侵权法》,中国政法大学出版社2008年版,第195页。

<sup>⑬</sup> 参见[德]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504—505页。

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,[瑞士]雷伊书,第324页。

<sup>⑮</sup> 王泽鉴:《侵权行为法》(第二册),2006年自版,第318—319页。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑮</sup>,王泽鉴书,第318—319页。

<sup>⑰</sup> Walter v. Bauer, 109 Misc. 2d 189, 191, 439 N.Y.S.2d 821. 转引自冉克平:《产品责任理论与判例研究》,北京大学出版社2014年版,第61页。

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,[日]吉村良一书,第206页。

<sup>⑲</sup> 在法国法上,医院将已受艾滋病毒感染的血液输给患者、患者因服用缺陷药物致受损害、因装置缺陷的医疗支架器材致受损害等,都采取医疗意外事故的无过失责任。参见曾品杰:《我国医疗民事责任之实务发展》,载《中正大学法学集刊》第29期。

<sup>⑳</sup> 《美国侵权法重述·产品责任》(第3版)第19条规定,“人类血液及人类组织器官,即使是商业性提供的,也不受本重述规则的支配。”

<sup>㉑</sup> 参见王竹:《论医疗产品责任规则及其准用》,载《法商研究》2013年第3期。

<sup>㉒</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第241页。

<sup>㉓</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,[日]吉村良一书,第207页。

准”时，产品缺陷是指不符合这些标准。

从比较法上来看，对于缺陷的概念界定有两种方式：一是“消费者合理期待”模式。欧盟国家都采这一模式。例如，依据《法国民法典》第 1386—4 条第 1 款的规定，产品“不能提供人们可以合理期待之安全时”，就认定为存在缺陷。《德国产品责任法》第 3 条也有类似规定。二是“不合理的危险”模式。美国法一般使用“缺陷状态的产品”这一术语，并强调缺陷状态的产品对使用者、消费者的人身及财产具有不合理的危险。<sup>④</sup>

我国《产品质量法》第 46 条借鉴了美国法的经验，明确了产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；同时，又规定了缺陷是指不符合国家标准和行业标准。对于是否需要引入“国家标准和行业标准”学界存在争议。多数学者认为，不需要引入国家标准和行业标准。<sup>⑤</sup> 笔者赞成多数学者的观点，在我国民法典侵权责任编起草时，应当确立产品缺陷认定的单一认定标准，如产品存在“不合理的危险”或者产品“不能提供人们可以合理期待的安全”。国家标准和行业标准不应作为产品缺陷的直接依据。因为标准的制定和修改是一个相对滞后的过程，而且该标准一般是对产品较低的要求。另外，就国家标准和行业标准的制定，生产者有发言权，而消费者没有发言权。<sup>⑥</sup> 所以，国家标准和行业标准应当作为认定产品缺陷的最低标准，违反该标准认定为产品缺陷，但符合该标准的产品未必不具有缺陷。实践中，法院往往也认为，产品即使符合了国家标准和行业标准，也可以认定其存在缺陷。<sup>⑦</sup>

比较而言，在确定产品缺陷的认定标准时，笔者更倾向于采“消费者合理期待”模式，以进一步明确产品缺陷的认定依据，具体可以表述为“产品缺陷，是指不具有人们可以合理期待的安全性”。这里所说的社会公众对安全性的合理期待的判断，以社会平均的产品使用人的预期为准；具体和个别产品使用人具有的高于或低于产品平均使用人对该产品的认识水平的，不在考虑之限。<sup>⑧</sup> 同时，为了对司法实践提供必要的指引，可借鉴我国学界通说和比较法经验，明确产品缺陷的三种类型，即设计缺陷、制造缺陷和警示缺陷。

另外，在民法典侵权责任编中，为了提升产品缺陷认定的可操作性以及可借鉴的经验，<sup>⑨</sup>明确规定在判断产品缺陷时，应当考虑的主要因素，包括产品的说明、能够合理期待的使用、产品投入流通的时间等。<sup>⑩</sup> 当然，这里所列举的只是主要考量因素。在判断产品是否存在缺陷时，其他事实情况也有可能成为考虑因素，例如产品本身的性质、技术法规与安全标准、产品价格等。<sup>⑪</sup>

#### 四、产品责任的主体

在比较法上，关于产品责任主体的立法模式有两种：一是欧盟模式；二是美国模式。

##### （一）欧盟模式

考虑到德国是欧盟模式的典型，下面以其为例予以介绍。在德国法上，产品责任的主体是生产者，原则上不包括销售者。在例外情况下，销售者被视为生产者，承担产品责任。这是借助法律拟制技术，适当扩大生产者的概念，以满足救济受害人的需要。就特定的缺陷产品来说，其可能存在数个生产者（包括拟制的生产者），按照《德国产品责任法》第 5 条的规定，所有的生产者要承担连带责任。

##### 1. 生产者

《德国产品责任法》第 1 条规定，产品责任的主体是生产者。生产者当然包括最终产品的生产者。另外，

<sup>④</sup> 参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 288 页。

<sup>⑤</sup> 否定说同前注，张新宝书，第 289 页。肯定说参见石慧荣：《产品缺陷研究》，载《法学杂志》1996 年第 4 期。

<sup>⑥</sup> 奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2010 年版，第 302 页。

<sup>⑦</sup> 参见王某、黎某诉昆明金星啤酒有限公司产品责任纠纷案，云南省昆明市中级人民法院（2008）昆民三终字第 195 号判决。

<sup>⑧</sup> 同前注<sup>⑥</sup>，[瑞士]雷伊书，第 325 页。

<sup>⑨</sup> 参见《瑞士联邦产品责任法》第 4 条第 1 款、《日本制造物责任法》第 2 条第 2 款、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第 6—3:204 条、《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第 1334 条第 1 款。

<sup>⑩</sup> 参见《德国产品责任法》第 3 条、《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第 1334 条第 1 款、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第 6—3:204 条、日本《制造物责任法》第 2 条第 2 款。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>⑥</sup>，[瑞士]雷伊书，第 327 页。

根据该法第4条第1款的规定,原材料和零部件的生产者(即供应商)也包括在内。<sup>②</sup>这就是说,生产分工不应当在诉讼中造成对最终购买人的不利,生产过程的所有独立参与者都应当成为责任主体。而且,受害人应当有机会向生产链条中最具有赔偿经济能力的人行使请求权。<sup>③</sup>不过,根据该法第1条第3款的规定,在如下两种情形,原材料和零部件的生产者可以免责:一是原材料和零部件的缺陷是因最终产品的设计造成的;二是原材料和零部件的缺陷是因最终产品生产者的指示造成的。

## 2. 拟制的生产者

根据《德国产品责任法》第4条的规定,拟制的生产者包括如下三类:一是进口商。对于进口商的概念,德国法采扩大解释,该法第4条第2款规定:“以出卖、出租、租卖或其他具有经济目的的营利方式为目的,在其营业活动范围内,将产品输入或带入建立欧洲经济共同体合同的适用范围者,也视为产品的生产者。”进口商是指产品在国内经营链上的第一位企业。<sup>④</sup>之所以要求进口商承担责任,是因为产品从国外输入,常常因转卖、运销等原因致使难以追查其生产者,即使能够查明其生产者,受害人要向外国厂商请求赔偿,也比较困难。二是表见的生产者。它也称为准生产者,是指在他人的产品上标注姓名(或名称)、商标或其他标识的人。之所以要求表见的生产者承担责任,是因为在他人产品上标注自己标识的事实使人们产生了其就是生产者的印象。<sup>⑤</sup>三是出售无生产者标识产品的销售商。如果销售商在接到受害人的请求之日起经过一个月,不能指明生产者或上一级供货商,其就应被视为产品的生产者。<sup>⑥</sup>该规定的目的主要在于:一是帮助消费者找出匿名生产者;二是鼓励销售商和供货商保存能够证明前供货商身份的资料;三是间接制止“无名产品”的不道德行为。该规定也适用于虽表明了生产者名称却无法确定进口商身份的进口产品。<sup>⑦</sup>

### (二) 美国模式

《美国侵权法重述:产品责任》(第三版)第1条和第20条明确指出,其产品责任的主体是“商业销售者或者分发者”(Commercial Seller or Distributor)。<sup>⑧</sup>如果将美国法上的“商业销售者或者分发者”对应于我国法上的术语,其应当包括产品的生产者和销售者。美国学者认为,生产者和销售者承担产品责任的原因在于:其一,损失转移或分散。它将消费者因瑕疵产品造成损害的损失,转移给有能力负担并有能力分散损害成本的人承担。其二,保护消费者的安全和健康。<sup>⑨</sup>

《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第20条还专门对“商业销售者或者分发者”的概念进行界定。该条分三款规定了“商业销售者或者分发者”的具体类型。<sup>⑩</sup>

### (三) 我国民法典侵权责任编应当采欧盟模式

我国《侵权责任法》并没有明确产品责任的主体,在民法典侵权责任编起草中,我们应当采欧盟模式,原则上以生产者(包括表见的生产者)作为责任主体,只有在例外情况下,才将销售者视为生产者,要求其承担责任。理由主要在于:

<sup>②</sup> Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 9. Aufl., Neuwied/Kriftel 2001, S.181.

<sup>③</sup> 参见[德]福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第307页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>,[德]冯·巴尔书,第501页。

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>③</sup>,[德]福克斯,第307页。

<sup>⑥</sup> 也有些国家的立法要求,销售者在合理期限内提供生产者或前手供应商信息,否则视为生产者(如瑞士《联邦产品责任法》第2条第2款)。

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>③</sup>,[德]冯·巴尔书,第502页。

<sup>⑧</sup> 《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第1条规定,“从事商业性的产品销售或者以其他方式分发的经营者,销售或者分发缺陷产品,应对该缺陷所造成的人身或者财产损害承担责任。”

<sup>⑨</sup> Thompson, Imposing Strict Products Liability on Medical Providers, 60 Mo.L.Rev. 711, 714(1995).

<sup>⑩</sup> 《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第20条规定:“(a)在商业情形下向他人转让所有权,或是为了使用或消费,或是为了指向最终使用或消费的转售,该行为人是在销售产品。商业产品销售者包括但不限于制造商、批发商及零售商。(b)在非销售性商业交易中,不是为了使用或者消费,也不是作为导向最终使用或消费的预备步骤,向他人提供产品,该行为人是在以其他方式分发产品。商业性非销售产品分发者包括但不限于出租人、寄托人及将其作为促进此类产品的使用、消费或者其他商业活动的一种方式而提供产品者。(c)如果在商业交易中提供产品和服务的结合体,或是该交易作为一个整体,或是其中的产品,符合第a款或第b款规定的标准,该行为人也是在销售或以其他方式分发产品。”

其一，从归责的角度考虑，产品责任应当由能够实际控制产品缺陷的人承担。危险责任应当由实际控制危险并从中获益的承担责任。<sup>①</sup>就产品责任来说，作为归责基础的危险就是产品缺陷。生产者控制产品缺陷的人，要求其承担危险责任，可促使其进行技术更新，并采取其他措施，以防止事故发生。<sup>②</sup>而销售者很难控制产品的缺陷，它无法控制产品的设计和制造过程，甚至难以检查发现缺陷。

其二，从风险分散的角度考虑，产品责任应当由最适合分散风险的人承担。生产者的经济实力较强，具有清偿能力，并可以通过价格和保险机制来分散风险。而销售者（尤其是零售商）的经济实力较弱，不具有承担损害、分散风险的能力。<sup>③</sup>

其三，从受害人救济的角度考虑，仅由生产者负责并非不利于保护受害人。有学者认为，要求受害人必须向产品的生产者主张权利，可能会劳民伤财，增加讼累。<sup>④</sup>但是，在我国民事诉讼法上，侵权案件的管辖法院包括侵权结果发生地，<sup>⑤</sup>这意味着，受害人并非必须到生产者所在地起诉。

在此模式下，生产者包括最终产品的生产者、原材料和零部件的生产者。当然，原材料和零部件的生产者要作为产品责任的主体，应当符合产品缺陷的认定前提，也就是说，其所提供的原材料或零部件具有缺陷。<sup>⑥</sup>另外，生产者还应当包括表见的生产者（也被称为准生产者）。<sup>⑦</sup>

在例外情况下，也可以将销售者“视为生产者”，要求其承担责任。例外情形的销售者仅包括进口商和出售无生产者标识产品且在合理的期限内无法提供其上一级销售者或生产者信息的销售者。<sup>⑧</sup>

值得探讨的是，我国《侵权责任法》第59条将医疗机构作为医疗产品的销售者，这一做法是否妥当。反对者认为，医疗机构提供医疗产品是医疗服务的一部分，并非从事医疗产品的销售，而是医疗产品的使用者和消费者。<sup>⑨</sup>在美国，很多判例都认为，医疗机构不应当作为医疗产品的销售者，因为医疗产品的提供完全附属于其医疗服务。<sup>⑩</sup>我国《侵权责任法》为了强化对受害人的救济，将医疗机构作为销售者对待，要求其承担责任。这一做法值得赞同，理由主要在于：医疗产品缺陷带来的危险通常是医疗机构能够评估防范和有效控制的，而患者并不具有相关的专业知识和必要的资讯。此外，医疗机构易于分散风险，它能够通过价格机制和保险机制将风险分散。

## 五、产品责任的免责事由

### （一）现行法上的三项免责事由应当继续认可

《侵权责任法》并没有规定产品责任的免责事由，但是，《产品质量法》第41条第2款规定了三项产品责任的免责事由。从比较法的角度来看，我国就免责事由的规定主要是借鉴欧盟国家立法经验的结果。在民法典侵权责任编起草中，应当继续认可这三项抗辩事由，具体理由分述如下：

第一，未将产品投入流通。这一免责事由，旨在保护生产者，使其免于对因非自愿方式脱离占有的产品承担责任。<sup>⑪</sup>因为生产者没有将产品投入流通，就没有制造危险，也就不应当被归责。产品投入流通的判断标准是“生产者完成产品交付”。这就是说，当产品脱离生产者可以支配的制造进程，并进入市场营销的过程

<sup>①</sup> Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2002, S.492.

<sup>②</sup> 参见高圣平：《论产品责任的责任主体及归责事由》，载《政治与法律》2010年第5期。

<sup>③</sup> 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第3册），中国政法大学出版社1998年版，第236页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>，奚晓明书，第313页。

<sup>⑤</sup> 参见《民事诉讼法》第29条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条。

<sup>⑥</sup> [德]布吕格迈耶尔、朱岩：《中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由》，北京大学出版社2009年版，第103页。

<sup>⑦</sup> 我国司法解释也认可表见的生产者是生产者。参见《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》（法释[2002]22号）。

<sup>⑧</sup> 参见《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第1333条。

<sup>⑨</sup> 参见苏永钦等：《民法七十年之回顾与展望纪念论文集（一）》（总则·债编），中国政法大学出版社2002年版，第237页。

<sup>⑩</sup> 参见赵西巨：《医事法研究》，法律出版社2008年版，第153、167页。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>⑧</sup>，[瑞士]雷伊书，第331页。

时,产品就被投入流通。<sup>②</sup> 产品投入流通的具体形式很多,包括出售、出租、抵押、出质、典当等。<sup>③</sup> 如果产品是以违反生产者意愿的方式被他人占有,则不属于“投入流通”。例如,产品因遗失、盗窃、抢夺、强盗、被诈骗、侵占者,生产者就不必负责。<sup>④</sup>

第二,产品投入流通时,引起损害的缺陷尚不存在。这一免责事由也是被普遍认可的,认可的理由在于,生产者对产品缺陷负责,而消费者应当对产品因具体使用而产生的危险负责。<sup>⑤</sup> 例如,使用人的擅自改造或不当维修导致产品缺陷的产生,生产者就不必负责。

第三,将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。这一免责事由被称为“发展风险抗辩”。发展风险,也被称为发展缺陷,是指产品符合其投入流通时的科技水平,因事后科学技术的发展而被发现的缺陷。<sup>⑥</sup> 这就意味着,在目前的知识水平以及现有的认知可能性完全不能认知这种缺陷及其伴随的潜在产品风险的情况下,才能排除责任的承担。<sup>⑦</sup> 这里所说的科学技术水平应当属于客观标准,并不考虑具体生产者的知识水平,而且应当以国际范围内相关领域认可的专业人员所具备的知识水平为准,并且专业人员所具备的专业知识可以为公众所知,保密的研究成果不在此限。因为生产者有义务使自己的专业知识技术接近世界最新科技水平。<sup>⑧</sup> 一般认为,发展风险抗辩仅适用于设计缺陷和警示缺陷,并不针对制造缺陷。<sup>⑨</sup> 因为制造缺陷仅是与设计的背离问题,与科学技术无关。

在比较法上,发展风险抗辩是被普遍认可的免责事由,我国民法典侵权责任法也应当认可这一抗辩事由,理由主要在于:其一,它有助于鼓励技术创新。产品不因嗣后出现的更先进、更安全的产品而被认定为具有缺陷,这可以间接地鼓励生产者进行技术创新。其二,它有助于增加社会福利。技术的创新会增加全社会的福利,消费者也因技术创新而获得更安全、更优质的产品。其三,生产者缺乏可谴责性。如果尽可能地满足了当时科技状况的一切要求,也就没有了生产者的责任,因为这时已经没有理由对他进行谴责。<sup>⑩</sup> 其四,它的弊端可以通过事后的产品跟踪观察义务而得到弥补。生产者虽然不必对发展缺陷负责,但是,通过事后的跟踪观察义务,可以在一定程度上避免其带来的危险。

另外,就发展风险抗辩而言,是否要承认例外,也值得探讨。具体来说,包括如下两个:

一是药品生产者是否可以主张发展风险抗辩。对此,在比较法上,存在不同的做法。在日本,药品生产者的发展风险抗辩,也是被认可的。<sup>⑪</sup> 而在德国,其《药品法》第84条则明确了,药品的生产者要对发展风险抗辩负责。笔者认为,考虑到药品对于患者的生命、健康的严重影响,基于法政策考量,不应当允许其生产者主张发展风险抗辩。

二是基因产品的生产者是否可以主张发展风险抗辩。依据《德国基因技术法》第32条第1款的责任,基因技术产品的生产者也要承担对于发展风险的责任。因为基因技术是较新的技术,社会在此方面的经验也不足,因此,非常难以估计其发展风险。<sup>⑫</sup> 笔者赞成此种做法,基因技术产品的风险,即使是现有的科技水平无法认识的,其生产者也应当承担责任。这与基因技术的后果无法预测性,是相一致的。

## (二)我国还应认可新的产品责任免责事由

在比较法上,产品责任的免责不限上述三项事由,还包括其他两项重要的免责事由。这些免责事由也应

<sup>②</sup> Deutsch/Ahrens, a.a.O., S.126.

<sup>③</sup> 同前注<sup>②</sup>,张新宝书,第405页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>,王泽鉴书,第319页。

<sup>⑤</sup> MünchKomm/Wagner, § 823, Rn.234.

<sup>⑥</sup> George A. Bermann, Etienne Picard(ed.), Introduction to French Law, Kluwer Law International BV, 2008, p.255—256.

<sup>⑦</sup> [德]舍费尔、[德]奥特:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第340页。

<sup>⑧</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,[瑞士]雷伊书,第334页。

<sup>⑨</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,[德]舍费尔、[德]奥特书,第340页。

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,[德]福克斯书,第122页。

<sup>⑪</sup> 参见杨立新主编:《世界侵权法学会报告(1)产品责任》,人民法院出版社2015年版,第153页。

<sup>⑫</sup> Dietz, Technische Risiken und Gefährdungshaftung, Köln u.a. 2006, S.130.

当为我国民法典所借鉴,具体来说:

其一,因遵循政府的强制性法律规范而导致产品存在“缺陷”。《欧共同体产品责任指令》(85/374号)第7条(d)对此作出了明确规定。欧盟国家基本上都在其国内法中采纳了这一免责事由。其存在的合理性在于,如果存在强制性法律规范,只要生产者从事生产,就必须依照具有约束力的法定标准进行,其他生产方式被绝对禁止。<sup>⑤</sup>我国现行法对此没有规定。事实上,在我国也有很多产品存在强制性的标准,因这些标准的推行而导致产品存在缺陷,生产者是否免责也是重要的问题。因遵循政府的强制性法律规范而导致产品“缺陷”的,应当认定免责,否则,就对于生产者过于苛刻。

其二,原材料和零部件的缺陷是因最终产品的设计造成的或者是因最终产品生产者的指示造成的,原材料和零部件的生产者应当可以免责。这一免责事由在比较法上被广泛认可。<sup>⑥</sup>其合理性在于,原材料以及零部件生产者对生产方案不具有干涉和影响可能性。<sup>⑦</sup>笔者认为,从利益衡量的角度考虑,此时要求原材料和零部件的生产者负责,似乎过于苛刻。而且,消费者毕竟可以从最终产品的生产者处获得赔偿,也不必再要求原材料和零部件的生产者承担责任。

## 六、违反产品跟踪观察义务的责任

产品跟踪观察义务可以有广义和狭义两种理解。广义的产品跟踪观察义务,包括狭义的产品跳跃观察义务和反应义务。<sup>⑧</sup>狭义的产品跟踪观察义务,则指生产者应当负有的持续观察以了解产品是否存在危险的义务。反应义务是指生产者在发现产品存在危险之后,采取措施以避免危险实现的作为义务。如果产品存在危险,生产者负有的采取警示、召回等措施的义务则属于反应义务。<sup>⑨</sup>本文采广义的产品跟踪观察义务的观点。

严格说来,违反产品跟踪观察义务的责任并非属于产品责任的范畴,只能说是与产品有关的责任。因为产品责任是以产品缺陷为核心设计的,而违反产品跟踪观察义务的责任是以义务的违反为核心设计的。另外,产品责任是危险责任,而违反产品跟踪观察义务的责任是过错责任。

目前,侵权法领域的产品跟踪观察义务被很多国家所认可。例如,《法国民法典》第1386—12条第2款通过与发展风险抗辩相结合的形式确立了产品跟踪观察义务,即生产者没有尽到该义务不能援引发展风险抗辩。在德国,产品的跟踪观察义务是通过司法实践发展起来的,其被理解为交往安全义务的次类型,生产者违反该义务应当依《德国民法典》第823条第1款的规定承担侵权责任。<sup>⑩</sup>在美国法上,法院也认可产品跟踪观察义务(包括警示、召回等义务)。<sup>⑪</sup>《美国侵权法重述·产品责任》(第3版)第10条和第11条对此也有明确规定。

我国《侵权责任法》第46条规定了法定化的产品跟踪观察义务,<sup>⑫</sup>并明确了违反该义务的责任,该规定是“现代化的规定,它实现了对消费者的全面保护,可以成为西方国家法制的榜样。”<sup>⑬</sup>但在民法典侵权责任编立法中,需要进一步完善《侵权责任法》第46条的规定,具体包括以下三个方面:

其一,区分狭义的产品跟踪观察义务和反应义务。已如前述,广义的产品跟踪观察义务包括狭义的产品跟踪观察义务和反应义务。但是,《侵权责任法》第46条并没有予以区分。就此,可以表述为:“产品投入流通过后,生产者应当跟踪观察,发现产品存在缺陷的应当及时采取警示、召回等补救措施。”

其二,明确负有产品跟踪观察义务的主体限于生产者。在比较法上,产品跟踪观察的义务主体存在不同

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>④</sup>,[瑞士]雷伊书,第333页。

<sup>⑥</sup> 参见《德国产品责任法》第1条第3款、《瑞士联邦产品责任法》第5条第2款、《日本制造物责任法》第4条第2项。

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>④</sup>,[瑞士]雷伊书,第335页。

<sup>⑧</sup> Haack, Schuldrecht BT 4, 5. Aufl., Münster 2005, S.150f.

<sup>⑨</sup> MünchKomm/Wagner, § 823, Rn.645.

<sup>⑩</sup> BGHZ 99,167.

<sup>⑪</sup> Kindler, Produkthaftung und Produktsicherheit im US-amerikanischen Recht, Diss.Bremen 1998, S.118ff.

<sup>⑫</sup> Brüggemeier, Neues Gesetz über das Deliktsrecht der VR China, PHI 2010, 96.

<sup>⑬</sup> Bollweg/Doukoff/Jansen, Das neue chinesische Haftpflichtgesetz, ZChinR2011, 98.



的做法,主要有美国模式和德国模式两种。

按照《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第10条和第11条的规定,该义务的主体是商业性的产品销售者或分发者。结合该重述第20条的定义和第14条的规定,其义务主体就是生产者和销售者。

而在德国,该义务的主体原则上限于生产者,不包括销售者。此处所说的生产者首先是指最终产品的生产者,也包括零配件的生产者(即供应商)。<sup>⑦</sup>另外,拟制的生产者(即进口商)和准生产者(即在他人产品上使用自己的名称或商标者)也负担此种义务。<sup>⑧</sup>

从我国《侵权责任法》第46条的条文表述来看,似乎生产者和销售者都负有产品跟踪观察义务。不过,在民法典侵权责任编立法时,应当借鉴德国法的经验,原则上仅生产者负有此种义务。“生产者”包括最终产品的生产者、零配件的生产者和准生产者,以及拟制的生产者(即进口商)。

其三,明确违反产品跟踪观察义务的责任属于过错责任。

就此种责任的归责原则,《侵权责任法》第46条并没有明确。从比较法上来看,很多国家(如德国、<sup>⑨</sup>美国<sup>⑩</sup>)都将违反产品跟踪观察义务的责任设计为过错责任。借鉴域外的经验,我国法上违反产品跟踪观察义务的责任也应当界定为过错责任。另外,将其界定为过错责任,也有利于适当减轻生产者的责任,避免对工商业的发展带来不利影响。

## 七、合同法与侵权法相协调视角下产品责任制度的完善

合同法与侵权法的协调问题是我国民法典编纂中要解决的重要问题。在我国民法典编纂过程中,我们非常注重的就是科学化和体系化。<sup>⑪</sup>在我国民法典侵权责任编立法时,产品责任制度的完善也涉及到合同法与侵权法的协调,其中突出的表现有两个:一是产品责任与物的瑕疵担保责任的关系;二是产品责任是否救济产品自身的损害。

### (一)产品责任与物的瑕疵担保责任的关系

在理论上,产品缺陷与产品瑕疵的概念是存在区别的。产品的“瑕疵”,属于物的瑕疵的范畴,是指存在于物之上的品质缺陷,包括交易性瑕疵和技术性瑕疵(或称效用上的瑕疵)。<sup>⑫</sup>

从制度上而言,产品缺陷问题和产品瑕疵问题是分别由不同的制度来处理的。产品的“瑕疵”问题由合同法中瑕疵担保责任制度予以规范,而产品的“缺陷”问题则由侵权法中的产品责任制度予以规范。在我国司法实践中,有的法官混淆了产品责任和因产品的“瑕疵”而引发的瑕疵担保责任。<sup>⑬</sup>这实际上是因为法院没有明确区分两个制度的结果。

虽然具有缺陷的产品,通常也会被认定为存在物的瑕疵,因此,可能会存在侵权责任与物的瑕疵担保责任的竞合或聚合问题。但产品责任制度与物的瑕疵担保责任制度毕竟分属于侵权法和合同法,存在着明显的差异,主要表现在如下三个方面:其一,瑕疵担保责任的适用以当事人之间存在合同关系为前提;而产品责任的适用不要求当事人之间存在合同关系。其二,瑕疵担保责任制度的首要目标是通过双方返还或减价重建均衡关系,损害赔偿请求权在此仅居于第二位的功能和意义;而产品责任制度的首要目标在于对缺陷产品造成的法益损害进行赔偿。其三,产品责任制度仅适用于瑕疵结果损害(不救济缺陷产品自身的损害),而在瑕疵担保责任制度中,物的瑕疵本身处于该制度的核心位置。<sup>⑭</sup>

因此,在我国民法典产品责任制度的构建中,界定“产品缺陷”的概念应注意其与产品“瑕疵”的区分。

<sup>⑦</sup> Nagel, Die Produkt- und Umwelthaftung im Verhältnis von Herstellern und Zulieferern, DB 1993, 2469.

<sup>⑧</sup> BGH NJW 1980, 1219, 1220.

<sup>⑨</sup> BGHZ 80, 199.

<sup>⑩</sup> 参见《美国侵权法重述·产品责任》(第3版)第10条、第11条。

<sup>⑪</sup> 参见孙宪忠:《我国民法典编纂中的几个问题》,载《中国人大》2016年第19期。

<sup>⑫</sup> 交易性瑕疵,是指标的物具有减少或灭失其交换价值的瑕疵;技术性瑕疵或效用上的瑕疵,是指标的物具有减少或灭失其使用价值上的瑕疵。参见黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第204页。

<sup>⑬</sup> 同前注<sup>⑪</sup>,冉克平书,第138页。

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑩</sup>,[瑞士]雷伊书,第328页。

## （二）产品责任是否救济产品自身的损害

产品责任救济的对象，是否包括产品自身的损害？这实际上也涉及到合同法与侵权法的关系问题。对此，我国《产品质量法》第41条第1款曾明确规定，产品责任的救济对象限于“缺陷产品以外的其他财产损失”。但是，《侵权责任法》第41条、第43条第1款则仅强调“因产品存在缺陷”造成他人损害，并没有明确地将产品自身的损害排除在救济范围之外。《侵权责任法》立法者认为，该法中的产品责任既救济缺陷产品以外的其他财产的损害，也救济缺陷产品本身的损害，从而有利于及时、便捷地保护消费者的合法权益。<sup>⑩</sup>笔者认为，《侵权责任法》立法者的立场，该立场并不值得赞同。民法典中的产品责任制度不应当救济产品自身的损害，理由主要在于：第一，这是区别侵权责任与合同责任（尤其是物的瑕疵担保责任）的必要。<sup>⑪</sup>产品缺陷导致产品自身的损害，原本属于合同法救济的范围。产品责任制度的产生并非为了削弱合同法的规范功能，如果将其纳入产品责任的救济范围，就会导致侵权责任不当地侵入合同责任的领域。第二，这会破坏合同当事人通过合意确立的风险分配机制。缺陷产品自身的损失属于纯粹经济损失，当事人通过合同自由地分配该损失符合交易原则。反之，如果侵权法亦对缺陷产品自身损失予以规范，则当事人通过协议确立的风险分配机制将遭到破坏。<sup>⑫</sup>第三，这与危险责任原则上不救济纯经济损失的原则有所背离。产品自身的损害并不属于对受害人的所有权的侵害，而属于纯经济损失的范畴，<sup>⑬</sup>因为受害人的产品自始就存在缺陷。虽然危险责任也并非绝对不救济纯经济损失，但是，如果要突破这一原则，应当有坚实的法政策基础。第四，这并非不利于受害人的救济。主张产品责任救济产品自身损害的学者认为，这有利于在一次诉讼中解决受害人的救济问题，有利于便捷、及时地救济受害人。但是，即使受害人的产品自身遭受损害，其也可以提起合同诉讼，并与产品责任诉讼合并，这并非不利于受害人的及时、便捷的救济。第五，这与比较法上多数国家的做法不一致。在比较法上，很多国家（如德国、<sup>⑭</sup>美国、<sup>⑮</sup>日本、<sup>⑯</sup>瑞士<sup>⑰</sup>）的产品责任都不救济纯经济损失。产品自身的损害主要通过违约责任来解决。<sup>⑱</sup>

因此，在我国民法典之中，应当借鉴《产品质量法》第41条第1款的经验，强调产品责任的救济对象限于“缺陷产品以外的其他财产损失”。

---

**Abstract:** In the enactment of Tort Liability Part of Civil Code in our country, we should set up a special chapter focusing on the system of product liability and improve the existing system of product liability. In particular, it is necessary to incorporate parts of the product liability rules stipulated in the Product Quality Law into the Civil Code in order to realize the Co-dex-centrism. In addition, the specific suggestions for improvement of the system include: perfecting the concept of "product" and clarifying its scope, perfecting the concept of "product defect" and the standards of its identification, clarifying that the subject of product liability is in principle limited to the producer, improving the exemptions of product liability, clarifying that violating tracking and observing obligations of products is a liability for negligence, considering the coordination between the Contract Law and the Tort Law to improve the relevant rules.

**Key Words:** Product Liability; Product Defects; Tracking and Observing Obligations of Products

---

（责任编辑：张素华）

<sup>⑩</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2010年版，第174页。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，王泽鉴书，第325页。

<sup>⑫</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，冉克平书，第264页。

<sup>⑬</sup> 参见[德]瓦格纳：《当代侵权法比较研究》，高圣平、熊丙万译，载《法学家》2010年第2期。

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，[德]福克斯书，第303页。

<sup>⑮</sup> Reinhard Zimmermann & Mathias Reimann(eds.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, 2007, p.1014.

<sup>⑯</sup> 于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社1998年版，第330页。

<sup>⑰</sup> 参见《瑞士联邦产品责任法》第2条。

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，詹森林书，第98页。