

文章编号:1674-5205(2014)04-0127-(006)

# 论侵权法上的产品跟踪观察义务

周友军

(北京航空航天大学法学院,北京 100191)

**摘要** 在侵权法上,生产者负有产品跟踪观察义务,包括狭义的产品跟踪观察义务和警示、召回等反应义务,它属于安全保障义务的次类型。在我国,该义务的主体应当限于最终产品的生产者、零配件的生产者、拟制的生产者和准生产者。该义务的确定应采个案判断、综合判断等原则。生产者还应当对特定类型的、他人的附属产品负有此种义务。违反产品跟踪观察义务的责任属于过错责任,在产品存在发展缺陷时其具有较大的意义。

**关键词** 产品跟踪观察义务;警示义务;召回义务

**Abstract:** The producer should shoulder the post-sale duty of observation to products, which include the post-sale duty of observation in the narrow sense and the duty of post-sale warning and recall. These duties are a sub-type of the duties in intercourse. In Chinese tort law, the subjects of these duties are as follows, namely producer of final product, producer of product components, importer and quasi-producer. The principles of case-by-case and comprehensive judgment should be used to determine the post-sale duties of observation more specifically. The producer should take the post-sale duties of observation to certain products, which is produced by others and is used with the main product. After concerning producer breaches these duties, he should take fault liability, which plays an important role when the product has a development defect.

**Key Words:** post-sale duty of observation to products; duty of post-sale warning; duty to recall

中图分类号:DF522 文献标识码:A

## 一、引言

我国《侵权责任法》第46条规定:“产品投入流通后发现存在缺陷的,生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施。未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害的,应当承担侵权责任。”该条开创性地确立了我国侵权法上违反产品跟踪观察义务(Produktbeobachtungspflicht)的责任制度。在侵权法上,产品跟踪观察义务是指在产品投入流通以后,生产者应当对产品进行持续观察,了解产品是否存在未知的危险,以及在产品使用中是否存在其他危险;如果产品存在危险(或称缺陷),生产者应当采取警示、召回等措施,以防止产品的危险。<sup>(1)</sup><sup>150-151</sup>产品跟踪观察义务又可以进一步区分为狭义的产品跟踪观察义务和反应义务(Reaktionspflicht),前者是指生产者应当负有持续观察,以了解产品是否存在危险的义务;后者是指如果产品存在危险,生产者负有采取警示、召回等措施的义务。<sup>(2)</sup>

从比较法上来看,我国《侵权责任法》的此项规定具有重要意义。正如德国学者鲍尔维克(Bollweg)等在对该条规定的评论中所指出的,该条规定是“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>(3)</sup><sup>98</sup>不过,该条关于产品跟踪观察义务的规定比较原则和抽象,在法律适用中还有诸多问题需要明确,主要包括:其一,该义务的性质如何,是法律义务还是法律责任,消费者是否可以以此为依据对生产者提出请求,如请求其召回产品?其二,该义务的主体如何确定,该条中所说的“生产者”、“销售者”如何理解?其三,该义务的内容如何具体确定?确定地说,警示义务如何承担?义务人何时负担召回义务?“等补救措施”的含义如何?其四,违反该义务的责任如何确定?尤其是采用种归责原则、举证责任如何分配等。所有这些问题都是在适用《侵权责任法》第46条时必须解决的问题,也是法教义学上的重要课题。

## 二、产品跟踪观察义务的产生原因与性质

### (一)产品跟踪观察义务是现代工业社会的产物

为了应对现代社会中的产品风险,强化消费者权益保护,产品跟踪观察义务在近几十年逐渐被各国所认可。例如在德国,产品跟踪观察义务是通过司法实践逐步发展起来的,属于交往安全义务(Verkehrspflichten)的次类型,生产者违反该义

收稿日期:2013-11-14

基金项目:北京航空航天大学基本科研业务费项目“民法教义学基本理论研究”

作者简介:周友军(1978—),男,河南省潢川县人,北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。

务应当依《德国民法典》(以下简称“德民”)第 823 条第 1 款的规定承担侵权责任。<sup>(4)</sup>在美国,法院也认可产品跟踪观察义务(包括警示、召回等义务),违反该义务要承担过失侵权(negligence)的责任。<sup>(5)118-120</sup>《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第 10 条和第 11 条对此也有明确规定。

可以说,侵权法上的产品跟踪观察义务是现代工业社会的产物,之所以要求生产者负有此种义务,原因主要在于:第一,生产者开启了危险源。在现代工业社会,产品的复杂化、高科技化以及规模化都使得其危险性日益增加,并呈现出普遍化和隐蔽化的特点。生产者将产品投入流通,就开启了危险源,也就应当负有防范危险的义务。<sup>(6)</sup>第二,生产者从产品中获得了利益。生产者从产品的销售中获得了利益。尤其是,生产者并非要排除所有的产品危险,才能将产品投入市场。只要其依据既有的科学技术水平,认定产品很可能不存在危险即可投入流通。<sup>(7)815</sup>如此,生产者就将“剩余的风险”投向了社会,而自己通过及时的产品投放获得了利益。因此,要求生产者承担此种义务,符合“利益之所在、风险之所归”的原理。第三,生产者处于防范危险的有利地位。与产品的使用者相比,生产者更容易获得产品使用的信息、确定产品存在的问题,并采取相应的措施避免危险的实现。<sup>(8)</sup>从经济分析的角度来看,生产者可以以最小的成本来防范危险。<sup>(9)5</sup>第四,发展风险抗辩的采纳导致对消费者保护的不足。为了鼓励生产者的创新活动,产品责任制度赋予了生产者发展风险抗辩。但是,这一抗辩事由的采纳也会导致对消费者保护的不足,这就需要产品跟踪观察义务来予以弥补。正是在这个意义上,有学者认为,从发展风险抗辩中可以推导出生产者的产品跟踪观察义务。<sup>(10)</sup>

### (二) 产品跟踪观察义务属于安全保障义务的次类型

侵权法上的产品跟踪观察义务的性质如何,其属于法律义务还是法律责任,尤其是消费者是否可以据此直接对生产者享有请求权,如请求其召回有缺陷的产品?对此,我国学界存在争议。有学者认为,它属于法律义务;<sup>(11)</sup>也有学者认为,它属于法律责任,确切地说是预防性法律责任。<sup>(12)</sup>笔者认为,其属于法律义务,而且应当属于安全保障义务的次类型。在德国法上,产品跟踪观察义务被作为交往安全义务的一种次类型来对待。生产者因将产品投入流通而开启了危险,因此,其应当采取所有可期待的措施,以控制由其产生的风险,这就是产品跟踪观察义务。<sup>(13)</sup>从我国法律借鉴的情况来看,安全保障义务就是借鉴德国法上交往安全义务的结果,所以,我国法上的产品跟踪观察义务也应当解释为安全保障义务的次类型。另外,产品跟踪观察义务的产生就是为了防范产品的危险,扩张生产者的作为义务,这与安全保障义务的制度目是一致的。既然产品跟踪观察义务属于安全保障义务的次类型,它就并非真正的法律义务,它并非确立了真正的行为强制或行为禁止,原则上不具有强制执行性。<sup>(14)529-530</sup>从比较法的经验来看,消费者都不能依据该制度而享有要求生产者发出警示、召回产品等的请求权。<sup>(15)433-436</sup>生产者违反该义务的后果仅仅是受害人享有了损害赔偿请求权。

必须注意的是,侵权法上的产品跟踪观察义务不同于行

政法上的产品跟踪观察义务。在我国,《药品召回管理办法》、《儿童玩具召回管理规定》、《食品召回管理规定》、《缺陷汽车产品召回管理条例》也确立了行政法意义上的产品跟踪观察义务。虽然侵权法上和行政法上的产品跟踪观察义务的内容基本相同,目的也基本相同(如保护消费者),而且有可能出现重叠(如在行政机关强制生产者召回产品的情形),<sup>(16)123-124</sup>但是,两者应当进行明确区分,前者是私法上的义务,而后者是公法上的义务。《侵权责任法》第 46 条所确立的仅仅是私法上的产品跟踪观察义务,并非行政法上的义务,这一规定不能成为行政执法的依据。同时,行政法上的产品跟踪观察义务也不能简单地、直接地转化为侵权法上的义务,生产者是否负有侵权法上的义务要考虑该法上的标准。

## 三、产品跟踪观察义务的具体化:主体、内容与存续期间

### (一) 产品跟踪观察义务的主体是生产者

产品跟踪观察义务主体的确定对于《侵权责任法》第 46 条的适用具有重要意义。从该条的表述来看,似乎生产者和销售者都负有产品跟踪观察义务。不过,笔者认为,如此解释并不妥当。从比较法上来看,该义务主体的确定存在不同的做法,主要有两种模式:一是美国模式。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,前者包括制造商、批发商及零售商等,后者包括从事商业活动的出租人等。二是德国模式。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>(17)2469</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>(15)191</sup>

笔者认为,应当借鉴德国法的经验,对《侵权责任法》第 46 条中的“销售者”进行目的性限缩,即限于进口商(即拟制的生产者);同时,“生产者”的概念应当进行扩张解释,包括最终产品的生产者、零配件的生产者和准生产者。所以,本文简单地以“生产者”来指称产品跟踪观察义务的主体。扩张解释生产者的概念,似乎不存在争议。就零配件的生产者来说,因为其将产品投入流通从而开启了危险,并因此获得了利益,所以,应当对此危险负责。而准生产者在他人产品上使用自己的名称或商标,这使得消费者合理地信赖其会采取安全措施,以避免损害。<sup>(18)</sup>另外,准生产者与消费者直接联系,更了解营销渠道,能够就产品出现的问题向生产者提出建议。因此,准生产者也应当负有该义务。<sup>(15)191</sup>

之所以对“销售者”的概念进行目的性限缩,仅仅要求进口商承担此种义务,是因为他们了解本国技术上和法律上的安全标准,了解消费者的习惯和期待,也能够对其引进的产品进行跟踪观察。<sup>(19)</sup>要求其承担此种义务,还因为受害人向国

外的生产者主张责任承担比较困难<sup>①</sup>。除进口商以外,其他的销售者不应当承担产品跟踪观察义务,理由主要在于:其一,要求所有销售者承担该义务,会导致不必要的义务主体的增加。因为要求生产者承担该义务,已经足以保护消费者的权益。其二,从销售者(尤其是零售商)的经济实力、投保可能性等考虑,要求其承担该义务不具有期待可能性。其三,在我国,行政法上产品跟踪观察义务主体一般都限于生产者,从法律体系一致性考虑,也应当在侵权法上将该义务主体限于生产者。

(二)产品跟踪观察义务内容的确定应采个案认定、综合判断等原则

《侵权责任法》第46条明确了生产者负有采取警示、召回等补救措施的义务,这是对产品跟踪观察义务内容的规定,确切地说是对反应义务的规定。不过,该条没有明确生产者负有的狭义的产品跟踪观察义务,可以说是立法的不足。另外,警示和召回义务的具体化则是实践中必须解决的问题,如警示的对象、警示的程度、何时负有召回义务、召回的费用负担等。总体上,产品跟踪观察义务内容的确定应当遵循个案认定原则、综合判断原则以及期待可能性原则。这就是说,生产者负担何种义务,义务的具体内容如何,应当从个案出发,综合考虑各种因素来确定,生产者的义务应当是具有期待可能性的。具体来说,产品跟踪观察义务的确定取决于各种因素,包括:产品可能导致损害的大小、产品危险的严重程度、跟踪观察措施的可能性、跟踪观察措施的成本等。<sup>(20)</sup>以各种综合因素为基础,结合个案情况进行判断时,也要考虑对于生产者来说该义务是否具有期待可能性。例如,对于小型企业,不必要求其了解全世界范围内的信息,但对于国际性的大企业来说,这一要求则是合理的。<sup>(21)</sup>

### 1. 狭义的产品跟踪观察义务

狭义的产品跟踪观察义务,又分为消极的义务和积极的义务。消极的义务,是指生产者应当接受消费者就自己产品致损事件和产品不安全性的投诉,收集、分析这些信息并进行验证的义务。<sup>(22)</sup>在产品投入流通以后,生产者要通过收集信息、分析信息,从而了解其产品经过使用(包括错误的使用)是否被证明是安全可靠的。<sup>(23)</sup><sup>1301</sup>积极的义务,是指生产者应当主动获取和分析与自己产品安全有关的信息,从而形成自己产品是否存在危险的判断的义务。<sup>(16)</sup><sup>123</sup>生产者的信息收集义务包括两个方面:一是主动获取所有产品引发的、与安全有关的信息。其获取信息的渠道应当是多方面的。就内部渠道而言,包括生产环节、产品测试环节等。就外部渠道而言,包括售后服务、营销网络、竞争对手的产品情况、行政机构告知的信息等。<sup>(9)</sup><sup>52</sup>二是不断跟踪本领域的知识和技术的最新发展,<sup>(24)</sup>包括国外的发展情况,尤其是在本领域处于领先地位的国家的情况。具体方式包括阅读与自己产品相关的学术或技术文献、与学术或专业机构建立联系、参加学术会议等。

对于通过各种渠道获取的信息,生产者应当进行系统的分析。如果已经发现了线索,生产者应当通过产品测试或委托他人进行研究等方式,确认产品是否存在危险。<sup>(9)</sup><sup>53</sup>在确定产品是否存在缺陷时,应当采消费者合理期待标准,而不能简

单地以国家标准为依据,例如,在很多燃气热水器导致受害人一氧化碳中毒死亡的案件中,被告都提出,虽然热水器没有配备烟管,但国家标准对烟道式燃气热水器没有强制性规定必须配置烟管,因此,不存在缺陷<sup>②</sup>。应当说,这一抗辩不能得到支持。

### 2. 反应义务

如果生产者发现了产品的缺陷,但并没有作出反应(如警示和召回),这一信息的获取对于消费者来说就没有意义,所以,反应义务十分必要。《侵权责任法》第46条明确了生产者应当负有警示、召回义务,这就是对反应义务的规定,也是对产品跟踪观察义务核心问题的规定。同时,该条采取“等补救措施”的表述,这一表述如何理解,值得探讨。例如,在一起果冻噎死儿童的案件中,死者的父母起诉生产者,除了要求赔偿以外,还要求被告停止生产同一型号的果冻<sup>③</sup>。虽然按照前述产品跟踪观察义务的性质论述,该义务具有不可请求性,原告的这一请求不应得到法院的支持,但是,原告的这一主张也提出了如何解释“等补救措施”的问题。笔者认为,“等补救措施”至少应当包括如下两项义务:一是对于已经生产的产品,生产者在特定条件下负有停止销售的义务。如果产品导致人身或财产损害的严重性超过了产品的价值,就应当停止产品的销售。<sup>(25)</sup>二是更改产品的设计方案;改进生产流程,降低制造缺陷;或者完善产品的售前警示。<sup>(26)</sup>

从实践来看,警示和召回是最重要的反应义务。警示包括警告和指示两项内容。警告是指提醒产品使用者以及第三人注意产品的危险。例如,警告消费者,取下绞肉机上的安全罩可能导致手指被绞断。指示是指告知产品使用者以及第三人如何控制和避免产品的危险。警示义务实际上使得产品使用者负担了排除危险的义务。在实践中,案件当事人往往对于如何警示发生争议,例如,在许多燃气热水器导致受害人一氧化碳中毒死亡的案件中,生产商往往声称其在说明书中载明了安装方法,但是,受害人往往还可能错误安装。在生产者了解到这一情况后,其是否负有警示义务,该义务如何确定,都值得探讨。笔者认为,在具体确定生产者的警示义务时,应当注意如下方面:第一,警示的对象。生产者可以对销售者发出警示,也可以直接对消费者发出警示。通常来说,单纯向销售者警示是不够的。<sup>(15)</sup><sup>72</sup>警示也不能仅仅向最初的购买人作出,如果可以合理预见到产品将被第三人使用,或者给第三人带来威胁,还应当对第三人发出警示。<sup>(27)</sup>如果产品必须经过专业人士才能取得(如处方药),则生产者通常只需要对专业人士发出警示。第二,警示的方式。生产者可以通过给销售者发信、给消费者发信,或者借助大众媒体等方式发出警示。具体采取何种方式取决于是否能够使消费者正确地、充分地

① 所以,我国《缺陷汽车产品召回管理条例》第8条第3款规定:“从中国境外进口汽车产品到境内销售的企业,视为前款所称的生产者。”

② 参见张慧帆、夏广会《燃气热水器一氧化碳中毒引发巨额人身损害赔偿案》,载 <http://www.dffy.com/sifashijian/al/200711/20071107150521.htm> 2012年4月14日访问。

③ 参见连有会《小果冻噎死3岁童父母索赔32万》,载 <http://www.66law.cn/goodcase/10223.aspx> 2013年1月6日访问。

认识到产品的危险。<sup>(28)</sup> 第三,警示的内容。警示应当使相对人能够理解危险,并能够采取措施避免自己和第三人遭受损害。所以,生产者应当准确地指出危险的类型(包括被错误使用的危险)和严重程度,并告知产品使用者或第三人如何避免产品的危险。

召回是指生产者通过免费的维修、更换、回购的方式来排除产品的危险。<sup>(29)</sup> 例如,因为汽车行李厢中蓄电池设备存在问题,可能会导致车辆起火,因此,生产商召回汽车进行维修。《侵权责任法》并没有明确在何种条件下生产者负有召回的义务。对此问题,可以抽象地回答,即如果警示不足以防范危险,则生产者负有召回的义务。<sup>(30)</sup> 问题是,如何判断警示是否足以防范危险,对此存在不同的理论:一是受威胁的民事权益类型说。此种观点认为,如果产品的危险仅威胁到财产权益,则生产者应当仅负有警示的义务。只有产品的危险威胁到身体、健康或生命时,生产者才应当负有召回义务。因为消费者接到警示后继续使用有危险的产品,就应当自己承受对其财产的损害。<sup>(31)</sup><sup>965</sup> 二是产品缺陷类型说。此种观点认为,对于发展缺陷和投入流通前的警示缺陷,生产者仅负有警示义务,不负有召回义务。因为产品存在发展缺陷,表明生产者生产过程中已经尽到其注意义务。而投入流通前的警示缺陷表明,通过事后的警示可以使消费者正确使用产品,避免危险。只有在产品存在设计缺陷或制造缺陷时,生产者才应当负有召回义务,因为其在生产过程中已经违反了其注意义务,不能通过单纯的事后警示就免除其责任。<sup>(32)</sup><sup>1061-1064</sup> 三是综合判断说。此种观点认为,生产者是否负有召回义务要综合考虑各种因素,包括产品缺陷的类型、受威胁的权益类型、损害发生的可能性、损害的严重程度、受威胁的人的范围、消费者自我保护的可能性、消费者的经济状况等。<sup>(15)</sup><sup>253-256</sup>

笔者赞成综合判断说,这与产品跟踪观察义务中的综合判断原则是一致的。另外,实践中的具体情况比较复杂,采取单一的标准难以兼顾。当然,在采综合判断说时,也应当吸收受威胁的民事权益类型说和产品缺陷类型说的合理成分,得出最妥当的结论。召回的方式包括维修、更换和回购三种。例如,以新款热水器免费更换存在缺陷的热水器,就属于“更换”的方式。具体选择何种方式,应当以能够排除危险为标准。另外,在召回时还涉及费用的负担问题。例如,在丰田汽车因油门踏板缺陷而召回的事件中,这一问题已经突显。当时,我国的消费者就提出,生产商应当补偿其交通费<sup>①</sup>。对于履行召回义务时的费用负担,理论上存在不同的看法。有学者认为,在召回的情形,生产者要承担所有的费用,包括运输费、修理费,甚至以销售价格回购产品。<sup>(33)</sup> 有学者认为,消费者应当自己承担将产品送到生产者或其经销商处的费用,其他的费用由生产者承担。<sup>(34)</sup><sup>99-100</sup> 还有学者承认有条件的召回,此时消费者要分担部分召回的费用。<sup>(35)</sup> 笔者认为,应当由生产者负担召回的费用,这既与义务的概念保持一致,也可以为消费者请求召回提供足够的激励。另外,如此理解也与我国相关行政法规保持一致。例如,《缺陷汽车产品召回管理条例》第19条第2款就明确规定:“生产者应当承担消除缺陷的费用和必要的运送缺陷汽车产品的费用。”

(三)产品跟踪观察义务的存续期间就是产品的使用寿命

产品跟踪观察义务的起点是产品投入流通之时,<sup>(36)</sup><sup>290</sup> 并不以产品已经实际导致了损害为起点。但是,其终点是何时,理论上却存在较大的争议。有学者认为,该义务主要集中在产品投入流通过后的一年或两年,此后就基本不再负担义务。<sup>(37)</sup><sup>312-313</sup> 有学者认为,该义务的存在时间应当是产品的使用寿命。<sup>(38)</sup> 还有学者认为,考虑到产品跟踪观察义务的保护作用,它应当长期存在。<sup>(39)</sup><sup>61</sup> 在美国,不少州的法律规定,此种义务的存续期间是产品投入流通过后的一段时间(如佛罗里达州规定为12年、密歇根州规定为10年)。也有些州(如明尼苏达州)规定,该期间为产品的使用寿命。<sup>(40)</sup><sup>1089-1090</sup> 从我国《侵权责任法》第46条的规定来看,其并没有明确产品跟踪观察义务的终点。笔者认为,以产品的使用寿命为限比较妥当,因为产品存在较大的差异,统一规定一定的期限,难免不能兼顾。另外,产品已经超过使用寿命,消费者仍然使用,就应当自己承担相应的风险。

#### 四、产品跟踪观察义务对他人附属产品的扩张适用

从我国《侵权责任法》第46条的规定来看,产品跟踪观察义务的负担似乎限于生产者自己的产品。值得探讨的是,该义务是否可以扩张适用于他人的产品?在德国,联邦法院于1986年的Honda案判决中指出,主产品的生产者对于特定类型的、他人的附属产品也要尽到跟踪观察义务,其应当关注自己产品与他人的附属产品组合使用而可能导致的危险。<sup>(41)</sup> 此处所说的“他人的附属产品”,是指与主产品共同使用,但在主产品投入流通时并不属于主产品的组成部分、也不是其附属部分的产品。具体包括三类:一是必需的附属产品。它是指主产品必须要使用的附属产品,缺少它主产品就无法使用或者无法正常使用。例如,对于汽车而言,汽车轮胎、汽油、润滑油就是必需的附属产品。二是预计的附属产品。它是指纳入主产品生产者的计划之中的附属产品。主产品生产者往往在自己产品上已安装有支架、金属环等(如汽车顶部配备的放置自行车的支架),以便安装此类附属产品。三是通常的附属产品。它是指消费者普遍使用的附属产品(如汽车上使用的气流偏导器)。<sup>(15)</sup><sup>236</sup>

笔者认为,可以考虑借鉴德国法的经验适当扩展该义务的对象,以符合该制度的设立目的,即防范产品的危险。另外,消费者也有理由信赖,在生产者的产品与他人产品结合使用或者主产品与他人的附属产品组合使用时,应当没有危险。<sup>(9)</sup><sup>38</sup> 出于保护消费者的需要,也应当适当扩展产品跟踪观察义务的对象。至于生产者义务过重的问题,可以通过在义务具体认定时的适当减轻来缓和。

对于不同的附属产品,主产品生产者负担的狭义的产品跟踪观察义务应有所区别,具体来说:第一,对于必需的附属

<sup>①</sup> 参见《丰田在美召回补贴交通费用 中国“同车不同命”》,载《长江日报》2010年3月3日。

产品来说,自主产品投入流通时,主产品的生产者就负有收集信息、分析信息等义务。在必要时,其还应当通过实验来检验组合使用是否存在危险。<sup>(42)</sup><sup>1958</sup>第二,对于预计的附属产品来说,其跟踪观察义务与对于必需的附属产品的义务相同。<sup>(9)71</sup>第三,对于通常的附属产品,主产品生产者的义务要轻一些。其原则上仅仅负担消极的义务。如果没有具体的理由(如发生事故),不必负担积极的义务(如测试)。<sup>(42)</sup><sup>1958</sup>如果他人的附属产品与主产品组合使用存在危险,主产品的生产者应当负有反应的义务。他应当通知附属产品的生产者,要求其生产无危险的配件。他也应当进行新的无危险的产品设计,并尽快执行新的设计方案,不过,并不应当负有自行生产附属产品的义务。<sup>(43)</sup>主产品的生产者还应当对自己产品的消费者发出警示。在可能的情况下,他也可以建议,和附属产品的生产者共同排除因产品组合使用而产生的危险。<sup>(9)77</sup>不过,在附属产品的组合使用存在危险时,通常不应当要求主产品的生产者召回其产品。

### 五、违反产品跟踪观察义务的责任

生产者违反产品跟踪观察义务,且符合责任构成要件时,就应当承担侵权责任。《侵权责任法》第46条没有明确其归责原则,但很多国家(如德国、<sup>(44)</sup>美国<sup>①</sup>、英国<sup>(45)</sup><sup>298</sup>)都采过错责任原则。在解释上,我国也应当采同样立场。如此解释也有利于适当减轻生产者的责任,避免给工商业带来较大的不利影响。生产者的责任属于不作为侵权责任,受害人应当证明生产者违反其作为义务(即产品跟踪观察义务),从而认定“侵权行为”要件的成立。除此之外,受害人还应当证明其他责任构成要件(包括损害、因果关系、违法性和过错)。不过,要求受害人就所有的构成要件承担举证责任,似乎过于苛刻。为了适当减轻受害人的举证负担,可以考虑借鉴表见证明理论,以减轻受害人对于过错和因果关系的证明义务。

产品跟踪观察义务适用于产品投入流通前就已经存在的各种产品缺陷,包括设计缺陷、制造缺陷、警示缺陷,也适用于产品投入流通后才发现的发展缺陷。不过,在产品存在设计缺陷、制造缺陷和警示缺陷时,生产者要承担不以过错为要件的产品责任,因此,受害人主张违反产品跟踪观察义务的责任的可能性不大。从这个意义上说,违反产品跟踪观察义务的责任具有辅助性的特点。<sup>(46)</sup><sup>579</sup>从实际运用来看,违反产品跟踪观察义务的责任主要适用于产品存在发展缺陷的情形。另外,在美国法上,如果受害人以产品投入流通前的缺陷为基础,要求被告承担不以过错为要件的产品责任,此时,法院可以将被告已经知悉产品缺陷的事实作为判定惩罚性赔偿的考

量因素。<sup>(15)61</sup>这一经验也值得我们借鉴,在类似情形,我国的受害人可以依据《侵权责任法》第47条要求生产者承担惩罚性赔偿责任。

在生产者承担侵权责任时,还涉及到与行政法上的产品跟踪观察义务的关系问题。例如,汽车的生产者违反国务院产品质量监督部门的要求,没有召回缺陷汽车。在德国,如果生产者违反了行政法上的产品跟踪观察义务(包括违反法律规定和行政机关的命令),就认定为违反了保护他人的法律,受害人可以依据《德民》第823条第2款请求生产者承担责任。<sup>(16)121</sup>在我国,并没有独立的违反保护他人法律型侵权类型,但是,笔者认为,违反保护他人的法律实际上属于“违法”的一种具体体现,生产者违反行政法上的产品跟踪观察义务,可以直接认定行为的违法性,进而适用《侵权责任法》第6条第1款的规定,没有必要再适用该法第46条的规定,从而可以使得法律适用简单化。

另外,针对不以过错为要件的产品责任,各国基本都规定了除斥期间。我国《产品质量法》第45条第2款也规定,该期间为自缺陷产品交付最初消费者之日起满10年。问题是,这一规定是否可以适用于违反产品跟踪观察义务的责任?对此,在理论上存在争议。在美国的司法实践中,也存在截然不同的判例。<sup>(47)</sup>笔者认为,上述除斥期间的规定不应当适用于违反产品跟踪观察义务的情形,因为这一义务的确定就是为了强化对消费者的保护,防范产品的危险,如果适用则有违这一立法目的。另外,对于有些产品来说(如药品),其危险要经过很长时间才能被发现,生产者应当长期跟踪观察。此时,适用上述除斥期间就导致消费者无法得到保护。

### 六、结语

《侵权责任法》第46条的规定是对现代工业社会的积极反应,它对于保障产品安全、维护消费者权益都具有重要的意义。不过,该条的规定仍然比较抽象和原则,需要结合我国法律制度体系和社会生活实际,借鉴比较法上的经验,对其作出妥当的解释。只有如此,才能便利消费者主张权利,明确生产者的义务和责任,更有助于法院正确适用法律。当然,如果通过理论研究对其中若干问题达成了共识,并能够为司法界认可,则可以考虑通过最高人民法院作出司法解释的形式将部分规则固定下来,从而便利法律的适用,保障裁判的统一。

① 参见《美国侵权法重述·产品责任》(第三版)第10条、第11条。

### 参 考 文 献

- (1) Haack, Schuldrecht BT 4 (M). 5. Aufl., Münster 2005.
- (2) MünchKomm/Wagner, § 823 (M). Rn. 645.
- (3) Bollweg/Doukoff/Jansen, Das neue chinesische Haftpflichtgesetz (J). ZChinR2011.
- (4) BGHZ 99, 167.

- (5) Kindler ,Produkt haftung und Produktsicherheit im US – amerikanischen Recht (D). Diss. Bremen 1998.
- (6) MünchKomm/Mertens , § 823 (M). Rn. 286.
- (7) Sack ,Produzenten haftung und Produktbeobachtungspflicht (J). BB 1985.
- (8) MünchKomm/Wagner , § 823 (M). Rn. 646.
- (9) Klinger ,Die Produktbeobachtungspflicht bezüglich Fremdzubehörenten (D). Diss. Tübingen 1998.
- (10) Staudinger/ Oechsler , ProdHaftG § 3 (M). Rn. 112.
- (11) 王利明. 关于完善我国缺陷产品召回制度的若干问题 (J). 法学家 2008 ,(2) :69 – 76.
- (12) 李友根. 论产品召回制度的法律责任属性 (J). 法商研究 2011 ,(6) :33 – 43.
- (13) RGZ 163 21.
- (14) Jansen , Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB (J). AcP202(2002).
- (15) Bodewig ,Der Rückruf fehlerhafter Produkte (M). Tübingen 1999.
- (16) Deutsch/Ahrens ,Deliktsrecht (M). 5. Aufl. ,Kln 2009.
- (17) Nagel ,Die Produkt – und Umwelthaftung im Verhältnis von Herstellern und Zulieferern (J). DB 1993.
- (18) BGH VerR 1980 ,30.
- (19) BGH NJW 1980 ,1219 ,1220.
- (20) MünchKomm/Wagner , § 823 (M). Rn. 647.
- (21) BGHZ 80 ,199 ,203.
- (22) BGHZ 99 ,167 ,170 f.
- (23) Brüggemeier ,Produzenten haftung nach § 823 Abs. 1 BGB (J). WM 1982.
- (24) BGHZ 80 ,199 ,203.
- (25) BGH NJW 1994 ,3349 ,3351.
- (26) MünchKomm/Wagner , § 823 (M). Rn. 650.
- (27) Hopkins v. Chip – in – Saw Inc. ,630 F. 2d616.
- (28) BGH BB 1959 ,1186.
- (29) Staudinger/Hager(2009) , § 823 (M). Rn. F25.
- (30) BGH NJW 2009 ,1081.
- (31) Michalski ,Produktbeobachtung und Rückrufflicht des Produzenten (J). BB 1998.
- (32) Schwenzer ,Rückruf – und Warnpflichten des Warenherstellers (J). JZ 1987.
- (33) Staudinger/Hager , § 823 (M). Rn. F26.
- (34) Reusch ,Warnung und Rückruf – Versuch einer dogmatischen Begründung (J). StoffR 2009.
- (35) von Westphalen (Hrsg. ) ,Produkt haftungshandbuch (M). 2. Aufl. ,München 1999 , § 24 ,Rn. 285.
- (36) L? we ,Rückrufflicht des Warenherstellers (J). DAR 1978.
- (37) Günter ,Sorgfaltspflichten bei Neuentwicklung und Vertrieb pharma – zeitischer Pr? parate (J). NJW 1972.
- (38) von Westphalen (Hrsg. ) ,Produkt haftungshandbuch (M). 2. Aufl. ,München 1999 , § 24 ,Rn. 260.
- (39) Taschner/Frietsch (hrsg. ) ,Produkt haftungsgesetz und EG – Produkt haftungsrichtlinie (M). 2. Aufl. ,München 1990.
- (40) Comment ,Minnesota Development – Hodder v. Goodyear Tire & Rubber Co. :End of the Road for the Useful Life Defense? (J) . 73Minn. L. Rev. 1081(1989).
- (41) BGHZ 99 ,167ff.
- (42) Kullmann ,Die Produktbeobachtungspflicht des Kraftfahrzeugherstellers im Hinblick auf Zubeh? r (J). BB 1987.
- (43) BGH NJW 1994 ,3349 ,3350f.
- (44) BGHZ 99 ,167.
- (45) Street/Brazier ,The Law of Torts (M). 8th ed. ,London:Edinburgh ,1988.
- (46) Brüggemeier ,Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7. 12. 1993 (J). JZ 1994.
- (47) 张民安. 美国侵权法上的售后危险警告义务研究 (J). 北方法学 2008 ,(6) :41 – 59.

( 本文责任编辑 焦和平)