

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.02.019

欢迎按以下格式引用:焦艳玲.论产品售后义务——兼评《侵权责任法》第46条[J].重庆大学学报(社会科学版),2016(2):160-166.

Citation Format: JIAO Yanling. Discussion on post-sale duties; Comments on article 46 of torts law[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2016(2): 160-166.

论产品售后义务

——兼评《侵权责任法》第46条

焦艳玲

(天津医科大学 医学人文学院,天津 300070)

摘要:要求生产商对已经投入市场的产品负担售后义务是中国《侵权责任法》的一大突破。售后义务起源于严格责任下对发展风险抗辩的矫正,具有预防损害和保护消费者安全的重要功能。售后义务以生产商知道或者应当知道产品具有缺陷为产生的条件,至于缺陷存在的时点(售前抑或售后)则不影响售后义务的成立。违反售后义务所产生的侵权责任属于过错责任,生产商不得主张发展风险抗辩。关于受害者赔偿请求权除斥期间的规定不应在违反售后义务的侵权责任案件中适用。

关键词:售后义务;发展风险;缺陷;除斥期

中图分类号:D922.294

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2016)02-0160-07

现代消费社会产品安全至关重要。科技进步使产品的种类空前丰富,消费者在享受便利的同时,遭受损害的风险也越来越大。生产商负有产品安全保障义务,在产品出售时应确保其不存在危及人身和财产安全的不合理危险。然而问题在于,一些危险是潜在的,在产品出售时尚无法发现,投入使用后才暴露出来。由此带来的问题是:生产商的义务究竟终于产品销售当时抑或延伸至产品销售以后?对于隐藏的风险所造成的消费者损害,生产商应负赔偿责任吗?传统的产品责任法将规范的重心放在产品销售之前,对于售后义务则鲜有涉及。近年来由于产品隐蔽风险致害问题凸显,各国加强了对售后义务的立法规范,中国也在《侵权责任法》第46条明确了产品售后义务。该条规定具有里程碑意义,它首次在法律层面将售后义务确立为一项针对所有产品的普适性义务。尽管如此,有关售后义务的立法与理论仍旧十分薄弱,第46条是高度概括的,学界对许多问题的认识尚不清晰。诸如售后义务究竟缘何产生?产品存在缺陷是否是生产商负担售后义务的唯一条件?缺陷出现的时点(售前出现抑或售后出现)是否影响售后义务的成立?违反售后义务的侵权责任是过失责任还是严格责任?如果产品缺陷于售后才出现,那么生产商可否主张发展风险抗辩?从售前义务到售后义务意味着产品责任法的一次革命,然而总体观之售后义务仍是处于生长中的特别义务,系统化的理论与规范尚待建立。

一、售后义务的界定

售后义务是指生产商对已经投入市场的产品的安全所负担的注意义务,又称后续注意义务、跟踪观察义务。售后义务的概念在传统侵权法上并不存在,只是随着产品责任理论和实践的发展才渐渐进入人们的视野。按照传统侵权法理论,生产商仅于产品投入市场之前对产品安全负担注意义务,即生产商仅仅负担售前义务,而一旦产品脱离生产商控制进入消费者手中,即便生产商知悉产品存在缺陷也不负担任何义务^[1]。可是随着工业技术的发展和商品经济的需要,大量新产品被制造出来并被推向市场,这些产品的研发

修回日期:2015-10-21

基金项目:国家社会科学基金青年项目“药品侵权问题研究”(14CFX032)

作者简介:焦艳玲(1979-),女,山西晋中人,法学博士,天津医科大学副教授,硕士研究生导师,主要从事生命法和生命伦理研究。

时间愈来愈短,制造工艺不断创新,由此产生的缺陷也越来越难以被发现。现实生活中产品的许多缺陷是在产品被投入市场之后才被发现的,倘若此时生产商不再负担注意义务而使缺陷产品放任自流,那么消费者的安全将会受到严重威胁。在产品大规模行销的现代社会背景下,此种损害的范围无疑十分广泛,损害的程度也会相当严重。既然新技术的应用应受鼓励,新产品的开发更值提倡,那么因新技术的应用和新产品的开发而给消费者带来的危险就必须受到关注,否则就有可能违背技术革新的初衷而与保护消费者的目标相悖。受此理念的影响,立法不断提升对生产商注意义务的要求,一方面使注意义务被客观化,过失推定责任、严格责任得到广泛适用;另一方面使注意义务的范围得到扩张,售后义务开始超越售前义务而存在。在产品投入市场之前,生产商必须保证产品符合当前的工艺水平,在产品投入市场之后,生产商则必须持续观测产品安全,倘若发现有不合理危险,生产商必须进行必要的改善,如果产品已经投入市场,那么生产商必须采取警示或者召回措施以预防危险,此即为生产商的售后义务^{[2]111}。

售后义务自产品被投放于市场时起就已经存在,只是履行售后义务属于生产商内部控制的范畴,对消费者并不发生直接影响。只有当产品确实存在危险并且有可能危害到消费者安全时,生产商才须采取应对措施,此时售后义务便会显现出来。而根据生产商所采取的应对措施的内容,售后义务常常被划分为两类:售后警示义务和召回义务。售后警示义务是指生产商对已经投入市场的产品所具有的不合理危险提供警告和指示的义务^[3]。无论产品在投入市场当时是否具有缺陷,只要生产商于售后阶段发现了产品的危险,他就有必要对这些危险作出警示。事故索赔、顾客投诉、产品返修、产品测试以及相关产品领域的调查报告和研究报告都为生产商了解产品危险提供了途径,只是在获悉危险信息后生产商应当如何作出警示则依个案情况而有不同。通常的要求是生产商以书信的方式直接通知消费者或者通过大众传媒进行广范围的告知,至于警示究竟要向销售商作出还是要向消费者或者社会大众作出,则应依照比例原则加以确定^{[2]114}。倘若警示措施已不足以阻止损害的发生,特别是在损害可能危及消费者的生命健康时,生产商则必须采取更加有效的补救措施——召回产品。所谓召回义务是指当产品在投入市场后被发现有可能危及生命健康的严重损害时,生产商依照特定程序回收产品并排除产品上危险的义务。与售后警示义务相同,召回义务的产生也是以产品存在危险为前提,但是召回之目的是要消除这些危险,而非仅仅对这些危险作出警示,至于这些危险是否已经发生或者一定会发生则不影响召回义务的成立。与售后警示义务相比召回义务的履行更加艰难,通常只有完成三项任务才能认定召回义务履行完毕,即锁定用户和产品;发出召回的通知;为消除危险而采取适当的补救措施。对于所有生产商而言,完成上述任务均颇具考验,它不仅要求生产商拥有完备的客户信息跟踪系统,而且要求生产商具备雄厚的资金保障,所以无论生产商主动实施召回抑或接受命令被动实施召回,召回程序启动前均须进行可行性分析,尤其是对于召回可能引发的成本和收益,实施者必须进行准确的衡量。

令生产商负担售后义务是发达国家保护消费者的重要手段,尤其是对于一些不可避免的不安全产品(例如药品和药械)而言,售后义务更是发挥了预防损害的重要功能。中国自2004年起陆续要求食品、汽车、儿童玩具、药品和药械的生产商对其产品引起的投诉、举报、伤害事故和纠纷向相关机关报备,并要求生产商一旦确认产品存在缺陷必须立即启用警示和召回措施^①。上述要求可谓中国售后义务制度的雏形,然而遗憾的是其均来自于公法层面的规范。由此引发的疑问是,若生产商违反了上述要求,除了应当依法承担行政责任外,对于由此给消费者带来的损害是否也需承担民事责任,关于这一问题学术界鲜有讨论,直至2010年《侵权责任法》出台,问题才得到回应。根据《侵权责任法》第46条,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。第46条确认了生产商负有私法上的售后义务,指明了生产商违反售后义务将招致侵权责任,同时还突破了先前仅在特定产品之上适用售后义务的规则,将售后义务扩张至所有产品,使之成为一项普适性义务。另外,2013年修正的《消费者权益保护法》也对一般性售后义务进行了确认^②。这些新近立法昭示了售后义务制度在未来法律生活中将发挥越来越重要的作用。

二、售后义务的起源——严格责任下对发展风险抗辩的矫正

售后义务的出现虽然是晚近之事,但是在现代产品责任法中其地位却不断提升,功能亦越来越受到关注。而追踪售后义务的缘起,不难发现其与严格责任以及发展风险抗辩的关联。可以说在产品严格责任的框架之下,发展风险抗辩是售后义务产生的直接动力,而售后义务则是基于对发展风险抗辩的矫正发展而

①中国针对食品、汽车、儿童玩具、药品和药械五类产品实施的召回措施分别规定于《食品召回管理规定》、《食品安全法》、《药品召回管理办法》、《儿童玩具召回管理规定》、《医疗器械召回管理办法(试行)》、《缺陷汽车产品召回管理条例》中。

②《消费者权益保护法》第19条和第33条要求经营者和有关部门在发现商品或服务存在危及人身、财产安全时,应当采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。

来的。

(一) 严格责任下发展风险抗辩的存废之争

发展风险是指产品投入流通时按照当时的科技水平无法发现的致害风险,又称为研发缺陷、工艺水平抗辩。发展风险作为产品系列风险中的一种类型,乃是与现实危险相对的概念。现实危险是指已经发现的或者虽未发现但是有能力发现的危险,发展风险则是指未知且不得而知的风险,科技水平与认知能力是区分二者的重要标准。对于已知或者可以预知的现实危险,经过判断如果属于不合理危险消费者可以主张缺陷产品责任,可是对于那些不知的且在当时科技水平下无法得知的危险,若要追究生产商责任则显得依据不足。因为任何产品都有不同程度的危险性,而法律仅仅要求生产商对“不合理危险”负责,发展风险既然超越了人类的认识能力既不可知也不可控,那么将它划入“合理危险”的范畴,使生产商免于对这类危险负责就存在着合理性。

然而是否允许发展风险作为生产商免责的抗辩,各国司法实践表现得并不一致,理论上也存在截然不同的观点。持反对观点者认为,发展风险抗辩体现了对过错的排除,因而属于过错范畴的事物,若在严格责任框架下允许发展风险抗辩,那么无异于是对严格责任的瓦解和颠覆。因为严格责任仅仅关注产品的客观状态并以此来决定生产商的责任,对于生产商的主观过失则并不考虑^[4]。倘若认可发展风险抗辩,那么就回到了对生产商行为的判断而非对产品本身的判断,这实际上是改变了严格责任的内容而向过错责任的复归^[5]。更何况禁止发展风险抗辩可以使责任落于生产商,而生产商可以通过改变产品价格的方式将损失分摊出去,比起受害人独自承受损害后果显然更加合理。然而持赞成观点者认为,如果不允许生产商以发展风险进行抗辩,那么产品严格责任将变为绝对责任^[6]107。绝对责任以损害结果作为责任承担的唯一依据,它不考虑任何可以合理导致损害的情形,纵使行为人没有过错,他也必须为他的行为负责,而如此一来,道德标准和正义观念就会从侵权法上消失。赞成者还认为,允许发展风险抗辩从表面上看有利于生产商,从根本上看则有利于整个社会,因为禁止发展风险抗辩一定会给生产商带来高额的保险费用,而这会形成对发明创造的抑制,最终有用的产品将不会被投放到市场,消费者和企业都将遭受灾难^[7]。

尽管争论依旧存在,但是立法和实践似乎对允许发展风险抗辩表现出更多的支持。1985年欧共体《产品责任指令(85/374号)》出台时不仅确立了产品严格责任,同时还在第7条e项中规定了发展风险抗辩。虽然指令未将发展风险抗辩作为一项强制性规则进行推行,而是允许各成员国选择适用,但是德、法、英等发达国家已经通过国内法认可了发展风险抗辩^[8]。而在美国,基于产品缺陷类型的不同,归责原则也不尽一致,真正的严格责任只存在于制造缺陷上,对于设计缺陷和警示缺陷则更多考虑的是生产商的过错因素,实质上适用的是过错责任^[6]105。在制造缺陷的产品责任诉讼中发展风险抗辩几乎没有适用的余地,可是在设计缺陷和警示缺陷案件中发展风险抗辩则有较大的适用空间。中国的《产品质量法》同样肯定了发展风险抗辩,这意味着中国的产品严格责任并非一项绝对性责任,它必须接受来自发展风险抗辩的限制^③。

(二) 售后义务对发展风险抗辩的矫正

发展风险抗辩既然能使生产商免责,不幸损害就要由消费者承担,如此责任分配虽有正当性基础,但是对于消费者实则不利。倘若生产商可因发展风险不可预见获得免责资格,那么同样缺乏预见能力的消费者又缘何独自承受不幸损害?况且损害追根溯源是由生产商引起的,生产商即便不承担赔偿责任,他亦不应消极地放任损害的蔓延,否则对消费者极不公平。再者,发展风险虽然不可预见但终究可以被发现,就发现的能力和条件而言生产商显然最为优越,因此若使发展风险抗辩免责下失衡的利益得以矫正,那么令生产商在产品投入市场之后继续负担观察产品安全的义务就最为必要。

事实上,售后义务就是基于对发展风险抗辩的事后补救发展而来的,而允许发展风险抗辩是推动售后义务出现最直接的动力。当投入市场的产品被发现存在销售当时不为人知的风险时,生产商就不得放任风险来袭,为此立法上特设售后义务,以敦促生产商及早发现危险,并通过救济措施来遏制损害的发生^[9]。获得科技上完全无危险的产品基本不可能,所以对于产品创新必须留有后续观察的时间,而售后义务正是对发展风险的规范措施^[10]。更何况随着科技水平的提高,发展风险最终会成为可知和可控的风险,如果生产商已经对其有所认识,再允许生产商主张抗辩就缺乏合理的根据,所以为了防止生产商对已知的产品危险主张发展风险抗辩以逃避责任,同时也使消费者能够对产品上新发现的危险及时产生预警并避免遭受损害,立法上也有必要使生产商负担售后义务。由此一来,严格责任、发展风险抗辩、售后义务三者便形成了一个连续制衡的链条,如果说发展风险抗辩是为了防止严格责任的绝对化而对严格责任进行的修正,那么售后义务就是为了防止发展风险抗辩的绝对化而对发展风险抗辩进行的修正。或言之,售后义务是顺应了

^③中国《产品质量法》第41条第2项规定,若能够证明将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷存在的,生产商不承担赔偿责任。此即对发展风险抗辩的认可。

发展风险抗辩的需要并为矫正发展风险抗辩的缺陷而出现的补救机制。

欧盟理事会于1992年发布《产品安全指令(92/59号)》,指令第3条被认为从欧洲共同法的高度确立了生产商的售后义务^[11]³⁶⁵。而在欧盟内部,早在指令颁布之前许多国家就已经认可了生产商的售后义务。美国各州对于售后义务尽管存在分歧,但主流学说和判例肯定了这一义务的存在。1998年美国法学会在总结全美司法判例的基础上通过《侵权法重述(第三版):产品责任》,第10条、第11条分别对售后警示义务和召回义务进行了确认^④。中国台湾地区的《消费者保护法》第10条也被学者认为规定了“经营者的后续观察义务”^⑤。在解释上将该条规定视为民法第184条第2项中的“保护他人之法律”^[12]。

三、售后义务存在之判定

售后义务根源于一般注意义务(德国称为交易安全义务)理论,是一般注意义务或交易安全义务在产品售后领域的具体化。根据交易安全义务的内涵——发动或维持某一危险的人负有避免使他人遭受此种危险的义务,生产商负担的交易安全义务表现为他必须时刻关注科技发展近况,保证产品对他人不构成威胁^[13]。交易安全义务与危险性的存在密切相关,然而并非在任何有危险源开启或持续的场合都会产生交易安全义务。由于交易安全义务的本质是对危险形成预警和防免,所以只有当危险具有可预见性和可避免性时才有义务存在的问题,至于义务产生后被告是否采取了防免措施以及如何采取防免措施,则属于义务违反的问题。义务存在是义务违反的前提,每一案件的起点都必须首先解决义务存在的问题,即被告对原告是否负担注意义务这一问题。具体到售后义务的产生条件,发达国家主要围绕以下两个问题展开。

其一,生产商是否知道或者应当知道产品存在危险。在美国司法判例上,判令生产商负担售后义务必须以生产商知道产品存在危险为条件已是公认的做法^[14]。在具体认定生产商是否知道产品具有危险时,法院习惯上采用“合理人标准”,也就是说,当一个与生产商处于相同境遇的人在产品售后能够发现缺陷,而生产商却没有发现,那么生产商也会被法庭认定为知道危险的存在。换言之,生产商应当就自己知道或者应当知道的产品危险向消费者提供警示或者实施召回措施,如果其不知道且没有合理的理由知道产品危险的存在,那么他才不会负担警示或者召回的义务。如何判断生产商知道或者应当知道产品存在潜在危险,在产品责任诉讼中这是一个典型的“事实”问题,由陪审团来定夺,举证责任则由原告负担。对于原告而言,完成这一证明任务并没有太大障碍。他们通常会提供产品的测试和返修记录以及以往发生的事故和投诉等证据来证明生产商对危险已有察觉,有时他们甚至会将生产商对同系列产品的改进或者生产商的同行竞争者对产品的改进作为证据提供给法院以实现对生产商“知道或者应当知道”的证明。由于法院通常将生产商推定为该产品领域的专家,因而原告的上述举证很多情况下会被认可。

其二,产品销售时是否存在缺陷。围绕售后义务的产生条件,另一个被频繁讨论的话题是“产品销售时是否具有缺陷”。然而在这个问题上美国司法实践存在巨大分歧。一些法院认为,售后义务仅仅产生于销售时产品就有缺陷的情况。如果产品在销售时没有缺陷,那么即使售后被发现具有缺陷,生产商也不负担警示或者召回的义务。然而另一些法院认为,无论产品在销售当时是否具有缺陷,只要售后被发现存在缺陷,生产商的售后义务就可能产生^[15]。

观点上的这种分歧在召回义务的案件中表现得尤为鲜明。例如在1985年的 *Lanclos v. Rockwell International Corp.*^⑥ 一案中,原告起诉被告设计制造的牛头刨床缺少安全装置,正因如此原告才会在使用该机器时失去了手指。事实查明,被告在制造牛头刨的10多年前已经获悉刨床上可以安装一种防护装置,且该装置在当时的木制行业中普遍被认为是必要的,然而被告并没有为其生产的牛头刨安装这样的装置,亦没有在其产品销售后的10多年间为先前出售的这些牛头刨追加安装这样的装置。最终路易斯安那州上诉法庭,认为被告违反了一项义务——利用新的安全装置改良先前生产的缺陷产品的召回义务。换句话说,

④《侵权法重述(第三版):产品责任》第10条:a.如果销售者未能在产品销售或者分销之后提出警示,而一个在销售者地位的符合理性的人应该提出这样的警示,因这样的不作为而导致他人财产或人身伤害的,从事销售或者分销产品的商业行为者,应承担民事责任。b.在下列情形下,一个符合理性的处于销售者地位的人,应该提出警示:(1)销售者知道或者理应该知道产品对于人身或财产具有重大的伤害风险;并且(2)那些可能应该被提供警示的人能够确定,并且可以推断他们对于该伤害风险并不知悉;而且(3)警示能够被有效地传递给那些可能应该被提供警示的人,并且他们能够在受到警示之后采取相应行动;并且(4)伤害的风险足够大,因而有必要为提供这样的警示付出必要的费用成本。第11条:凡从事产品销售或者分销商业经营活动,在下列情形下,应对销售者未能在产品出售或分销后追回该产品从而导致的人身或财产损失承担责任:a(1)依据成文法或者行政法规所颁发的政府命令,具体要求销售者或分销者追回该产品;或者(2)在没有a(1)追回要求的情况下,销售者或分销者主动决定追回该产品;而且b销售者或分销者未能在追回产品的过程中合理谨慎地行事。

⑤中国台湾地区《消费者保护法》第10条规定:企业经营者有事实足以认定其提供之商品或服务有危害消费者安全与健康之虞时,应立即回收该批商品或停止其服务。但企业经营者所为必要之处理,足以除去其危害者,不在此限。商品或服务有危害消费者生命、身体、健康或财产之虞,而未于明显处做警告标志,并附载危险之紧急处理方法者,准用前项规定。

⑥470 So. 2d 924 (La. Ct. App. 1985).

法庭之所以认可牛头刨的生产商负担改良(召回)义务,是因为该产品在销售当时就有设计缺陷。在1992年 *Romero v. International Harvester Co.* ⑦一案中,联邦第十巡回法庭采用了同样的立场。该案原告因卡车碾压致死,原告代理人称碾压事故是因为卡车生产商违反了对卡车的改良义务所致。法庭对比了制造当时通行的技术水平,查明诉争卡车符合制造当时的技术水平,据此法庭认为卡车没有缺陷,生产商亦没有召回或者改良无缺陷产品的义务。在1997年的 *Tabieros v. Clark Equipment Co.* ⑧一案的判决中,夏威夷最高法院再次证明了改良(召回)义务存在于制造、设计当时产品就有缺陷的情形。该案原告于1988年被一辆安装了跨坐式货架的机动车撞伤,该货架制造于1963年。原告声称被告本应通过车轮、车灯、喇叭和外视镜等装置对货架进行改良,因为这些装置自1974年起就被发现是必须的,被告没有这样做,所以应对其未进行改良的行为承担责任。法庭否认了原告的说法,理由是改良义务的产生以产品销售时存在缺陷为必要,而该案诉争之货架在制造当时(1963年)是没有缺陷的。

之所以有法庭认为召回义务必须存在于“产品制造、设计当时有缺陷”的情形,是基于一种推理——召回是对产品售前缺陷的补救。这种推理实际上将召回义务视为生产商售前义务的延续,其结果等于否认了召回作为售后义务的独立地位,并将发展风险排除在召回制度之外。从实践的角度分析,产品上总有一些危险是人们依据产品投入市场当时的科技水平还不能认知,对于这部分危险(发展风险)的了解,人们只能期待产品投入市场后科技水平的提高。一旦这些危险被发现,生产商必须立即提供救济措施,从而避免使消费者遭受损害。倘若将“销售时产品具有缺陷”作为召回义务的产生条件,那么发展风险必将被排除在召回制度的救济范围之外,如此一来,召回制度的预防功能将无法发挥,消费者安全也将遭受重大威胁^[16]。实务上不以“销售时产品存在缺陷”作为召回义务产生条件的立法和实践均有存在,例如中国台湾地区的《消费者保护法》仅要求有客观事实证明产品有危险,召回义务便可产生。美国近年来的司法判例也渐渐突破“销售时产品存在缺陷”的限制,对于在制造和设计当时本无缺陷的产品亦认可生产商有召回的义务。这方面的代表案例是 *Hernandez v. Badger Construction Equipment Co.* 案^⑨。该案原告是一位起重机械装配工,因起重机的吊钩和球头分离而遭受严重损害。原告起诉被告生产的起重机有缺陷以及被告没有发动对缺陷起重机的改良运动。陪审团认定诉争的起重机在设计当时没有缺陷,但是加利福尼亚州上诉法庭还是认为生产商在没有发起改良运动方面存在过失,应当承担由此产生的责任。该案判决否定了召回义务必须以“销售时产品存在缺陷”为成立条件。

实际上对“销售时产品存在缺陷”这一条件的取舍本质上反映的是消费者与生产商利益的博弈。显然,肯定这一条件的存在会使消费者安全大打折扣,而排除这一条件的适用则会使生产商负担过重,这导致美国法院在这一条件的取舍问题上长期存在分歧,而分歧的根源其实是价值考量上的差异——究竟应当充分保护消费者利益还是应当在保护消费者利益的基础上兼顾考虑生产商的负担。

四、售后义务的违反及其法律后果

如果说判定售后义务是否存在是从法秩序的角度考虑该义务的正当性的话,那么判定售后义务是否违反则是从事实的角度对行为人有无偏离行为标准进行的衡量和认定。由于与一般注意义务具有同质性,发达国家对于生产商有无违反售后义务普遍采用了“合理人”标准或称“谨慎人”标准。一旦生产商的行为被认定偏离了该标准,那么生产商就构成了对售后义务的违反,由此给消费者带来的损害生产商必须承担赔偿责任。中国《侵权责任法》第46条对生产商违反售后义务的法律后果(承担侵权责任)作出了明示,使中国的售后义务制度更加丰满和有张力。然而针对违反售后义务的判定该条采用了“未及时采取补救措施”或者“补救措施不力”的表述,司法适用中难免出现争议,解释上宜借鉴国外的“合理人标准”或“谨慎人标准”。针对违反售后义务的法律后果,以下几个重要问题存在争议,亟需在理论上予以厘清。

(一) 售后责任的归责原则

就违反售后义务的侵权责任的归责原则,学上说存在三种不同的看法:一种观点认为是严格责任,理由是《侵权责任法》第46条未显示出过错的内涵^{[17]180};一种观点认为是过失责任,理由是对违反售后义务的行为本身就道德上具有可责难性^[18];还有观点认为是过错推定原则,理由是违反售后义务属于过失认定的范畴,而为了保护弱者有必要将举证责任倒置^{[19]324}。笔者赞同第二种观点。

产品售后责任的成立以违反售后义务为前提,它关注的是生产商的行为而非产品自身的状态。生产商违反售后义务的行为体现了道德上的可责难性,表明过错是责任承担的真正基础。从实践角度看,售后义务因具有持续性其效力会延伸至产品售后的整个期间,如果对违反售后义务施加严格责任,那么无异于将

⑦979 F.2d 1444(10th Cir. 1992).

⑧944 P.2d 1279(Haw. 1997).

⑨34 Cal. Rptr. 2d 732(Cal. Ct. App. 1994).

生产者和产品永久绑定,而生产者将变成产品永远的保险人。在美国售后义务被称为“继第二次侵权法重述之后的又一次重大变革”,其原因就在于它表征了产品责任归责原则的变化——严格责任向过失责任回归。这一变化缘起于对产品责任危机的反思,反映了产品责任法的发展趋向:产品责任法应在效率和公平、个人权益与社会发展之间寻找平衡,而由严格责任向过失责任回归,显示了产品责任法日趋成熟^[20]。从中国《侵权责任法》第46条的表述看,过错责任更符合立法的本意,因为“未及时采取补救措施”和“补救措施不力”的表述本质上反映了对售后义务的违反,而违反售后义务意味着过错的成立。国外判例与学说也多赞成售后责任为过错责任。例如在欧盟内部,学者们普遍认为在《产品责任指令》未涉及的领域例如产品售后领域,侵权行为法上的不当行为责任仍发挥着重要作用^{[11]337}。《侵权责任法》第46条尽管没有出现“过错”的字样,但是这并不能成为否定过错责任的理由,因为在过错早已客观化的现代侵权法上,“不当行为”和“违反义务”都是过错的体现,仅凭没有“过错”字样就断定适用严格责任未免太过牵强。至于过错推定责任的主张,本意是要缓解消费者的举证负担,虽具有可行性但不免加重生产商的负担,影响产品改进的积极动力,加之立法尚未对此种举证责任转换的规则予以肯定,所以该主张只具有学术意义。

(二) 售后责任与发展风险抗辩

如前所述,发展风险被许多国家认可为缺陷产品责任的抗辩事由,可是随着售后责任的出现,一个新问题产生了:违反以预防系统风险尤其是发展风险为核心任务的产品售后义务而产生的侵权责任可否适用发展风险抗辩而免责?对于这一问题理论上形成两种不同的看法。一说认为可以抗辩,理由是中国的《产品质量法》认可了发展风险的抗辩规则,售后责任既然属于产品责任的一个类型,那么理应与缺陷产品责任一样适用这一规则。二说认为不得抗辩,原因是发展风险抗辩与售后义务存在功能上的冲突,允许发展风险抗辩就如同否定售后义务制度。发展风险抗辩使生产者摆脱了承担责任的风险,既然没有责任风险的压力,也就没有动力追寻产品技术的发展情况,更没有动力对投入市场的产品进行跟踪调查并采取补救措施,所以允许发展缺陷抗辩会令产品售后义务制度失去了存在的价值^{[17]180}。

正如前文所言,肯定发展风险抗辩乃是为了维护生产者的创新积极性,然而适用这一规则的结果不能超越产品责任法保护消费者的底线,否则就会被生产者滥用,演变为生产者逃避责任的工具。由于肯定发展风险抗辩会带来消费者保护的不周,为降低此副作用立法才设立了售后义务制度,所以售后义务是私法上专门限制发展风险抗辩滥用的制度设计,这意味着生产者如果没有履行售后义务,那么他不得主张发展风险抗辩^{[19]323-324}。发展风险抗辩仅在缺陷产品责任案件中有适用的余地,对于因违反售后义务而产生的售后责任则不得适用,因为允许抗辩将直接导致与售后义务的功能冲突,其结果等于对售后义务制度的否定,而《侵权责任法》第46条也将变成一纸空文。

(三) 除斥期间在售后责任案件中的适用空间

除斥期间乃权利的存续期间,期间经过则权利消灭。中国《产品质量法》第45条第2款对产品受害者的赔偿请求权设置了10年的除斥期间,自产品交付最初的消费者之日起10年不行使则权利丧失。这一规定对于传统的缺陷产品责任案件自然具有适用的余地,可是在《侵权责任法》新建售后义务制度后,上述规定能否运用于售后责任案件则不无疑问。赞成者认为产品责任法上的除斥期间以限制生产者责任为己任,因此所有关于生产者责任的案件都可以适用除斥期间,售后责任既然是生产者责任,那么就可以像缺陷产品责任一样适用除斥期间^[21]。反对者认为传统的生产者责任仅是指缺陷产品责任,而产品责任法上的除斥期间也仅仅针对缺陷产品责任设立,售后义务的立法既然比除斥期间的规定出现要晚,那么就意味着除斥期间的规定不可以在售后责任案件中适用。显然,赞成除斥期间的适用对生产者有利,因为生产者可以不必对超过除斥期间的产品负担售后义务和责任;而否定除斥期间的适用对于消费者有利,因为即便产品投入流通的时间超过了除斥期间,消费者也可以要求生产者针对产品危险采取救济措施,并要求生产者对未采取救济措施的行为承担责任。

从历史的角度分析,除斥期间的规定的确只是针对缺陷产品责任而设。产品责任法将除斥期间的起算点设置为产品投入市场当时即表明了除斥期间的考察对象是生产者的售前行为,所以除斥期间其实是专门针对缺陷产品责任的限制制度,售后责任既然与生产者的售前行为没有瓜葛,那么也就不会与除斥期间制度发生交集^[22]。允许在售后责任案件中适用除斥期间的规定就如同对售后义务制度进行了否定,因为除斥期间作为一种免责事由意味着期间经过则责任免除,而责任既然已经得到免除,那么生产者就不会再履行售后义务,法律亦无权要求其履行售后义务,如此一来生产者不仅不会对产品进行跟踪调查,亦不会对产品技术进行实时更新,这种结果与售后义务的制度目标明显背离。更何况除斥期间要从产品投入市场时起才开始起算,而此时生产者的售后义务尚未产生,既然不存在,就不会发生违反的事实,所以若允许除斥期间可以于售后责任诉讼中适用,那么无异于剥夺了受害人请求救济的机会。综上所述,否认除斥期间的适用似乎更加具有合理性。

参考文献:

- [1] RICHMOND D R. Expanding products liability: Manufacturers' Post-sale duties to warn, retrofit and recall[J]. Idaho Law Review, 1999(36):8.
- [2] 郭丽珍. 产品瑕疵与制造人行为之研究——客观典型之产品瑕疵概念与产品安全注意义务[M]. 台北:神州图书出版有限公司,2001.
- [3] 董正和. 产品售后警示义务研究[J]. 江汉大学学报(社会科学版),2004(1):98-101.
- [4] 杨麟. 论美国产品责任法中的缺陷认定理论[M]//王军. 侵权行为法比较研究. 北京:法律出版社,2006:408.
- [5] 张再芝,谢丽萍. 论产品责任中发展缺陷抗辩的排除[J]. 政治与法律,2007(2):75-80.
- [6] 涂永前,韩晓琪. 论产品责任之发展风险抗辩[J]. 西南民族大学学报(人文社科版),2010(10):104-108.
- [7] E. 克拉克,曹力. 开发风险[J]. 环球法律评论,1992(4):36-40.
- [8] 梁亚. 比较法视阈下的开发风险抗辩[J]. 经济研究导刊,2012(4):120-122.
- [9] 田野,焦艳玲. 论药品流通后之安全观察义务[J]. 西北工业大学学报(社会科学版),2011(2):23-30,48.
- [10] 萧雅毓. 论产品责任中产品瑕疵之判断与举证责任之分配[D]. 台北:(中国)台湾国立成功大学,2005:82.
- [11] 冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷)[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [12] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京:北京大学出版社,2009:569.
- [13] 刘静. 产品责任法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:92.
- [14] SCHWARTZ V. The passage of time: The implications of the product liability the post-sale duty to warn two unfortunate forks in the road to a reasonable doctrine [J]. New York University Law Review,1983,58:892.
- [15] 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):41-60.
- [16] 吴祥佑. 论产品召回制度中发展缺陷抗辩的排除[J]. 消费经济,2008(4):77-81.
- [17] 张云. 突破与超越:《侵权责任法》产品后续观察义务之解读[J]. 现代法学,2011(5):174-183.
- [18] 陈龙业. 产品缺陷论[D]. 北京:中国人民大学,2009:33.
- [19] 杨立新. 侵权责任法[M]. 北京:法律出版社,2010.
- [20] 郑海英. 美国严格产品责任制度的变革及其启示[J]. 商业时代,2008(27):72-73.
- [21] KULBASKI F E. Statutes of repose and the post-sale duty to warn: Time for a new interpretation[J]. Connecticut Law Review, 2000(32):1044.
- [22] 焦艳玲. 论除斥期间与产品售后义务的冲突与解决[J]. 兰州学刊,2012(8):171-174.

Discussion on post-sale duties: Comments on article 46 of torts law

JIAO Yanling

(School of Medical Humanities, Tianjin Medical University, Tianjin 300070, P. R. China)

Abstract: It is a breakthrough in Torts Law to impose post-sale duties on manufacturers after products had been put on markets. Post-sale duties are correction of development risk defense under strict liability. It has functions of preventing damage and protecting consumers. That manufacturers know or should know defect of product is the generating condition of post-sale duties. When defect emerges (before sale or after sale) does not affect the establishment of post-sale duties. The tort liability caused by violating post-sale duties belongs to fault liability, and cannot be defended by development risk. The statutes of repose on victim's right of remedy cannot be applied in suits on violating post-sale duties.

Key words: post-sale duties; development risk; defect; statutes of repose

(责任编辑 胡志平)