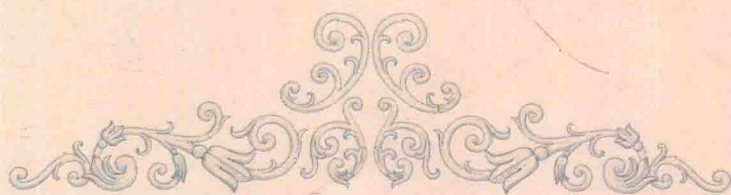




世界侵权法学会丛书 | 壹

World Tort Law Society Series



侵权法论

第五版

杨立新 / 著



下

人民法院出版社



世界侵权法学会丛书 | ⑤
World Tort Law Society Series

侵权法论

第五版

杨立新 / 著

下

人民法院出版社

目 录 | CONTENTS

第一编 侵权行为与侵权法

第一章 侵权责任法概述 ... 3

- 第一节 侵权法的概念和特征 ... 3
- 第二节 侵权法的调整功能和立法目的 ... 10
- 第三节 我国侵权责任法的发展和立法特色 ... 15
- 第四节 《侵权责任法》对国外立法经验的成功借鉴 ... 21
- 第五节 我国侵权法的保护范围 ... 35
- 第六节 侵权法与其他法律的联系与区别 ... 44
- 第七节 侵权责任法的渊源 ... 48
- 第八节 侵权法的结构 ... 50

第二章 侵权法的历史发展 ... 55

- 第一节 中国古代侵权法 ... 55
- 第二节 中国近代侵权法 ... 78
- 第三节 国外侵权法的历史发展 ... 84

第三章 侵权行为和侵权行为一般条款 ... 98

- 第一节 侵权行为的概念 ... 98
- 第二节 侵权行为一般条款 ... 111
- 第三节 侵权行为与其他违法行为的联系与区别 ... 129

第四章 侵权特别法和侵权法司法解释 ... 137

- 第一节 侵权特别法 ... 137
- 第二节 侵权法司法解释 ... 147

第二编 侵权责任构成

第五章 侵权责任归责原则 ... 161

- 第一节 归责原则概述 ... 161
- 第二节 过错责任原则 ... 175
- 第三节 过错推定原则 ... 182
- 第四节 无过错责任原则 ... 188

第六章 侵权责任构成要件 ... 197

- 第一节 侵权责任构成要件概说 ... 197
- 第二节 违法行为 ... 210
- 第三节 损害事实 ... 219
- 第四节 因果关系 ... 226
- 第五节 过错 ... 259

第七章 侵权责任方式 ... 270

- 第一节 侵权责任方式概述 ... 270
- 第二节 侵权责任方式的适用 ... 277
- 第三节 民事制裁方式在侵权行为中的适用 ... 283

第八章 侵权损害赔偿法律关系与侵权请求权 ... 288

- 第一节 侵权损害赔偿法律关系 ... 288
- 第二节 侵权请求权及在民事权利保护请求权中的地位 ... 298
- 第三节 侵权损害赔偿请求权的产生、变更和消灭 ... 312
- 第四节 侵权责任竞合 ... 317
- 第五节 非冲突性法规竞合与侵权请求权的优先权保障 ... 324
- 第六节 侵权请求权与绝对权请求权竞合及选择 ... 335
- 第七节 侵权责任与其他责任的竞合 ... 339

第九章 免责事由与诉讼时效 ... 347

- 第一节 侵权责任免责事由 ... 347
- 第二节 诉讼时效 ... 365

第三编 侵权行为类型

第十章 侵权行为类型化的思路和方法 ... 373

- 第一节 大陆法侵权行为一般化的意义及英美法侵权行为类型化的启示 ... 373



第二节	英美侵权法类型化立法的方法和主要内容 ...	378
第三节	大陆法系侵权行为一般化的局限性及其突破 ...	388
第四节	侵权行为一般化和类型化结合的尝试 ...	393
第五节	一般化和类型化结合是我国侵权法的基本出路 ...	401
第六节	按照归责原则实现侵权行为类型化及《侵权责任法》的做法 ...	405
第七节	大规模侵权及《侵权责任法》的应对举措 ...	409
第十一章	过错责任的侵权行为类型 ...	426
第一节	侵害人身 ...	426
第二节	侵害人格及其利益 ...	438
第三节	妨害家庭关系 ...	482
第四节	侵害物权 ...	492
第五节	侵害债权 ...	499
第六节	侵害知识产权 ...	506
第七节	媒体侵权 ...	517
第八节	商业侵权 ...	521
第九节	恶意利用诉讼程序 ...	530
第十二章	法律特别规定的过错责任侵权行为类型 ...	532
第一节	网络侵权行为 ...	532
第二节	违反安全保障义务的侵权责任 ...	554
第三节	医疗损害责任 ...	569
第十三章	过错推定责任的侵权行为类型 ...	606
第一节	监护人责任 ...	606
第二节	暂时丧失心智损害责任 ...	624
第三节	用人者责任 ...	628
第四节	学生伤害事故责任 ...	653
第五节	机动车交通事故责任 ...	665
第六节	物件损害责任 ...	689
第十四章	无过错责任的侵权行为类型 ...	711
第一节	产品责任 ...	711
第二节	环境污染责任 ...	730

- 第三节 高度危险责任 ... 750
- 第四节 饲养动物损害责任 ... 770
- 第五节 工伤事故责任 ... 789

第四编 侵权责任形态

第十五章 侵权责任形态概述 ... 803

- 第一节 构建侵权责任形态体系的基本设想 ... 803
- 第二节 侵权责任形态理论体系的构建 ... 811
- 第三节 《侵权责任法》规定的侵权责任形态 ... 816
- 第四节 侵权行为形态 ... 827
- 第五节 多数人侵权行为及责任 ... 832

第十六章 自己责任和替代责任 ... 849

- 第一节 自己责任 ... 849
- 第二节 替代责任 ... 857

第十七章 单方责任和双方责任 ... 875

- 第一节 单方责任 ... 875
- 第二节 双方责任中的过失相抵 ... 878
- 第三节 双方责任的公平分担损失规则 ... 895
- 第四节 双方责任中非机动车驾驶人或行人的受害人过错责任 ... 900

第十八章 单独责任和共同责任 ... 903

- 第一节 单独责任 ... 903
- 第二节 共同侵权行为与连带责任 ... 904
- 第三节 分别侵权行为与按份责任 ... 968
- 第四节 竞合侵权行为与不真正连带责任 ... 970
- 第五节 第三人侵权行为与责任承担 ... 1002

第五编 侵权损害赔偿

第十九章 损害赔偿及其规则 ... 1027

- 第一节 损害赔偿的概念和性质 ... 1027
- 第二节 损害赔偿原则 ... 1031
- 第三节 数种原因造成损害结果的赔偿数额计算 ... 1042



第二十章 人身损害赔偿 ...	1049
第一节 人身损害赔偿制度检讨 ...	1049
第二节 人身损害赔偿概述 ...	1062
第三节 人身损害常规赔偿 ...	1071
第四节 丧失劳动能力的赔偿 ...	1084
第五节 造成死亡的赔偿 ...	1088
第六节 对间接受害人的扶养损害赔偿 ...	1095
第七节 人身损害赔偿的计算及方法 ...	1107
第八节 死者尸体损害赔偿和未出生的胎儿受到 损害的赔偿 ...	1120
第二十一章 财产损害赔偿 ...	1122
第一节 财产损害赔偿概述 ...	1122
第二节 财产损害数额的计算 ...	1128
第三节 财产损害的赔偿方法 ...	1135
第二十二章 精神损害赔偿 ...	1138
第一节 精神损害赔偿概说 ...	1138
第二节 精神损害赔偿的发展历史 ...	1150
第三节 精神损害赔偿责任方式 ...	1161
第四节 人身损害的抚慰金赔偿 ...	1165
第五节 侵害财产权的抚慰金赔偿 ...	1173
第六节 精神损害赔偿金的计算 ...	1181
第二十三章 惩罚性赔偿责任与附带的损害赔偿 ...	1189
第一节 惩罚性赔偿责任 ...	1189
第二节 刑事附带民事损害赔偿 ...	1219
第三节 行政附带民事损害赔偿 ...	1228
附录一：《中华人民共和国侵权责任法》司法解释草案建议稿 ...	1233
附录二：中国媒体侵权责任案件法律适用指引 ...	1263
附录三：中国侵权行为形态与侵权责任形态法律适用指引	
——中国侵权责任法重述之侵权行为形态与侵权责任形态 ...	1296
附录四：中国医疗损害责任案件法律适用指引 ...	1318
本书专用概念索引 ...	1340
本书使用案例索引 ...	1346
参考书目 ...	1351

第十四章 无过错责任的侵权行为类型

第一节 产品责任

一、产品责任概述

(一) 产品责任的概念和特征

产品责任，是指产品生产者、销售者因生产、销售缺陷产品致使他人遭受人身伤害、财产损失或有致使他人遭受人身、财产损害之虞而应承担的赔偿损失、消除危险、停止侵害等责任的特殊侵权责任。

产品责任具有以下法律特征：

1. 产品责任发生在产品流通领域

产品进入流通领域的标志，是产品经过交易、转让等合同行为，由生产者、销售者之手，转入消费者之手，中间可以经过若干流通环节，即批发、销售、仓储、运输等过程。产品责任发生在这个领域。

2. 致人损害的产品须存在缺陷

产品责任并不是产品自身质量问题 and 自身损坏造成的产品本身的财产损失，而是产品因缺陷造成使用人的人身伤害或者缺陷产品以外的财产损失。这关系到产品责任的性质是侵权责任还是合同责任。产品自身质量问题和产品损坏造成自身的财产损失，是产品的违约责任；产品因缺陷而造成他人人身伤害，造成缺陷产品以外的其他财产损失的，才是产品责任。

3. 产品责任是特殊侵权责任

产品责任是物件损害的特殊侵权责任，是人对物所造成的损害负责。即产品致人损害时，与该致害产品有关联的人，即生产者、销售者对所造成的损害承担赔偿责任，是一种特殊侵权责任。

(二) 产品责任的发展

现代工业社会的迅猛发展，使流通的产品极大丰富，缺陷产品致人损

害的事例层出不穷，产品责任应运而生。

产品责任是 20 世纪上半叶产生的新型侵权责任。此前，由合同法相关制度调整生产者、销售者与产品的使用者、消费者的关系。在最早的合同法理论和实践中，对于标的物品质的保证责任适用明示担保责任。明示担保，是指产品的生产者对其产品所作的明示说明，包括对其性能、质量、用途等的介绍。生产者应保证产品质量达到其所明示说明的质量标准；如果达不到这一标准而给他人造成损害，则认为是违反明示担保，应承担相应的法律责任。明示担保的理论具有明显的缺陷，这种担保责任以加害人和受害人之间存在合同关系以及明确的合同条款为前提。反之，受害人则无法依明示担保寻求法律救济。后来，默示担保规则解决了这个问题。该规则认为，生产者虽然没有作出明示的说明，但也应担保其产品的一般效用，具有平均的品质且不含有隐蔽的缺陷，此外，还应担保其产品适合某一特定的用途，否则，因产品缺陷造成买受人损害，则认为产品制造人违反默示担保，应当承担赔偿责任。

这两种担保理论可以在一定程度上解决产品致害的赔偿问题，但仍然局限在合同法的框架之内，产品致害一旦超出合同的范围，例如缺陷产品的受害人不是产品的直接购买者，就无法依据合同担保理论寻求法律救济；而且对于缺陷产品所致的受害人固有利益的损失也无法救济。学说和实务转而主张采用侵权法救济缺陷产品受害人的损害，认为侵权法最适合规范生产者的责任。

案例 14-1 美国轮胎爆裂产品责任案

1916 年，美国 *Macpersen v. Buick Motor Co.* 案采用过失侵权责任处理产品侵权案件。原告购买被告制造的汽车，在行驶过程中因轮胎爆裂致车翻，原告被抛出车外受伤。法官就此案创设下述规则：任何商品，依其本质足以危害人之生命、健康者，均属危险物品，制造人可知悉买受人以外之第三人，会不经检验使用该物品时，则不论当事人间有无契约关系，制造人对该商品的制造负有注意义务。制造人未尽注意者，就所生之损害，应负赔偿责任。^①

这种做法，从一定程度上解决了产品致害责任的确定，但是，采用过失责任原则确定侵权责任，因举证责任要求过严，对受害人仍有保护不周之弊。1932 年，英国 *Donoghue v. Stevenson* 案，采用“事实说明自己”的

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第三册），台湾地区三民书局 1981 年版，第 199 页。



证据法则，减轻受害人的证明负担。

案例 14-2 美国多功能器具产品责任案

1963年，美国加利福尼亚州 Greeman v. Yuba Power Product Inc. 案确立了产品致人损害的无过错责任原则。被告生产一种兼具锯子、钻等多功能器具，原告之妻购买一件作为礼物送给原告。原告使用时，木头突然从该机器中飞出，击中原告前额致伤。判决指出：生产者将产品置于市场，知悉其将未被检查是否具有缺陷而使用，就此项具有缺陷产品对人身所肇致之损害，应负无过错责任。^①至此，确立了产品责任的无过错责任原则。

1973年，欧共体设专家委员会，1976年完成立法草案，确认产品责任，“商品制造人对于因其产品所具有之缺陷所生之损害，应负责任。其是否明知或可得而知该缺陷，在所不问。”1985年6月发布《欧洲经济共同体有关缺陷产品责任的指示》，成员国以此为据修改和制定了本国的产品责任法。英国法制委员会于1975年提出具有缺陷产品之责任的研究报告，公开征询专家学者及社会人士的意见，于1977年正式发表第82号报告，提出关于英国产品制造人责任的改进建议，要求为保护受害人，原则上应使产品制造人在侵权法上负无过错责任。日本从20世纪60年代初期引进美国的产品责任理论，处理了一些产品侵权案件，于1975年提出《制造物责任要纲试案》，采无过错责任主义。至20世纪80年代以来，产品责任已成为各国通行的侵权法制度。

产品责任理论及其制度的出现，起码产生了以下两个方面的重要影响：第一，解决了对缺陷产品侵害第三人造成损害的救济问题，使受到损害的第三人能够得到赔偿，使受到损害的权利得到恢复。第二，使受到损害的合同关系中的债权人只能依据违约责任请求赔偿，改变为既可以依照加害给付责任请求承担违约损害赔偿，也可以按照产品责任理论请求承担侵权损害赔偿，给受到损害的债权人更多的选择余地，更有利于保护其权利。

二、产品缺陷

在产品责任中，最重要的概念就是产品缺陷。我们先研究产品缺陷这个概念。

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第三册），台湾地区三民书局1981年版，第199页。

（一）产品缺陷的概念

《产品质量法》第46条对产品缺陷作了界定：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”《侵权责任法》对产品缺陷没有界定，应当继续使用《产品质量法》的上述规定。但是，这个定义不完美。

我认为，缺陷是指产品存在危及人身、财产安全的不合理危险，不符合保障人体健康、人身财产安全标准等不具备人们有权期望的安全性。这一界定，既保留了《产品质量法》上述规定的内容，也借鉴了《欧共体产品责任指令》第6条关于缺陷的界定。

缺陷不同于瑕疵。所谓瑕疵指的是瑕疵担保责任中的瑕疵概念，即意味着买卖目的物本身存在有物质性的缺陷，原则上造成产品在贸易中的价值低落。而缺陷则意味着物质存在危险性，产品缺乏通常所应具备的安全性，可能对身体、生命造成主动性的侵害。瑕疵的概念大于缺陷，缺陷只是瑕疵的一部分。

缺陷不同于质量不合格。质量不合格，是指产品质量不符合质量要求的标准，如果某项产品没有规定质量标准，就不存在不合格的问题，却可能有缺陷。这也可据以说明产品缺陷比产品质量不合格更为准确。对于产品缺陷，《民法通则》第122条称为“产品质量不合格”，司法实务中也一直使用这一概念。至1993年《产品质量法》制定时始采用“产品缺陷”，这在立法上是一大进步。

缺陷的具体含义是：

第一，缺陷是一种不合理的危险，合理的危险不是缺陷。借鉴1992年6月29日《欧共体产品责任指令》第2条第6项的规定，在耐用期限内的，在通常或合理的可能预见的使用状态下，无任何危险性；或虽具有危险性，但该危险性是被加以容许，而且被认为是与每个人的安全与健康的保护相互一致，仅在产品使用的最小限度内有危险性的，则认为不存在不合理的危险。

第二，这种危险危及人身和产品之外其他的财产安全。产品缺陷这种危险直接危及的是产品使用者的人身财产安全，其中人身安全是使用者的生命或者健康所面临的危险，财产安全是使用者所拥有的除了缺陷产品之外的其他所有财产所面临的危险。危险一旦发生，必将造成使用者的人身损害和财产损害。



第三，缺陷是产品不符合保障人体健康、人身财产安全的标准。产品有保障人体健康、人身财产安全的国家标准、行业标准的，产品的缺陷就是指不符合该标准。违反安全标准，是产品缺陷的一个简单的评判准则。

第四，缺陷还包括产品包含的不合理危险之外的其他不符合保障人体健康、人身财产安全标准的情形。在界定缺陷是不合理的危险的时候，更多的是指设计缺陷和制造缺陷，在警示说明缺陷以及跟踪观察缺陷中，产品中包含的可能是合理的危险，或者未发现有不合理危险。即使是在警示说明等缺陷中不具有不合理危险，但其仍然存在“不具备人们有权期望的安全性”，也就是缺陷。

（二）产品缺陷的种类

欧共体产品责任中，产品瑕疵分为生产瑕疵、设计瑕疵和疏于告知义务的瑕疵。^①但德国将其分为设计缺陷、制造缺陷、警示说明缺陷和跟踪观察缺陷。^②美国《标准统一产品责任法》第104条将缺陷分为结构缺陷、设计缺陷、警示说明缺陷和发展缺陷，《美国侵权法重述（第三次）·产品责任》将缺陷分为制造缺陷、设计缺陷和警示缺陷。^③

借鉴德国和美国《标准统一产品责任法》的做法，产品缺陷应当分为设计缺陷、制造缺陷、警示说明缺陷和跟踪缺陷四种。理由在于：（1）设计缺陷作为一种产品缺陷，被普遍承认。（2）制造缺陷、生产缺陷只是表述不同，无实质差异。对于原材料缺陷和装配缺陷，有的单列为一种，其实应包含在制造缺陷中，并无必要单列。（3）对于警示说明缺陷的称谓较多，实质差异不大。（4）至于学者提出的其他缺陷类型，如包装缺陷、仓储或运输缺陷、修理缺陷等，并无成为独立缺陷类型之必要，只有科学上尚不能发现的缺陷，可以依照德国和美国的做法，称之为跟踪观察缺陷（发展缺陷），用以概括发展风险中违反跟踪观察义务的缺陷。

1. 设计缺陷^④

产品设计缺陷，是指产品的设计，例如产品结构、配方等存在不合理

^① [美] 玛格丽特·格里菲斯：《欧洲经济共同体产品责任中的瑕疵问题》，张新宝译，刘慈忠校，载《法学译丛》1990年第1期。

^② 杨立新：《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社2007年版，第396页。

^③ Restatement of The Law Third: Torts - Products Liability, Softcover Edition, American Law Institute Publishers, 1998, p. 9, p. 14.

^④ 本书将四种缺陷的认定，实际上作为产品责任中的四种类型。

危险。^① 考察设计缺陷，应当结合产品的用途，如果将产品用于所设计的用途以外的情形，即使存在不合理危险，也不能认为其存在设计缺陷。

设计缺陷有三个特点：（1）批量产品存在缺陷。产品的设计有缺陷，通常是在生产这一批产品中都会存在这种缺陷。所以设计缺陷是一个很严重的缺陷。（2）造成损害通常是大面积的、突发的，会造成很严重的后果。（3）由于损害具有突发性，因此，事后的防范比较容易控制损害的继续发生。

2. 制造缺陷

产品制造缺陷，是指产品在制造过程中所产生的不合理危险。导致危险的原因多样，包括质量管理不善、技术水平差等。此种缺陷可能发生于从原材料、零部件的选择到产品的制造、加工和装配工序等各个环节。

制造缺陷的特点是：（1）是个别产品存在缺陷，而不是批量的产品存在缺陷。（2）造成损害具有个别性、偶然性，并不是普遍发生的大面积损害。（3）制造缺陷由于带有偶发性特点，因此比较难以防范。

3. 警示缺陷

警示缺陷，是指产品存在合理危险，销售产品没有适当进行警示与说明。警示包括警告和指示说明，警告是对产品所具有的危险性运用标志或文字所作的提示，指示说明则是对产品的主要性能、正确的使用方法以及错误使用可能招致的危险等所作的文字表述。产品的警示缺陷是指因产品提供者未对产品的危险性和正确使用作出充分的说明与警告所造成的不合理危险。

《产品质量法》第27条规定：“产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：……（五）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。”第28条规定：“易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。”《消费者权益保护法》第18条第1款规定：“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的

^① 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第493页。



方法。”

产品是否存在危险，分为四种情况：（1）当一个产品完全没有危险的时候，这是一个正常的产品。（2）一个产品中包含合理危险，合理的危险标准是，产品有危险，但是按照正常的使用方法使用，危险就不会发生，这就是合理危险。一个产品包含的是一个合理危险的时候，这个产品就要警示说明。（3）产品中包含不合理危险，不合理的危险就是缺陷，包括制造缺陷和设计缺陷。（4）产品中如果具有高度危险，那就是高度危险责任，要用高度危险责任的特别规则去适用法律，确定责任不适用产品责任的规定。产品所包含的危险分为四个层次，产品责任中所包含的危险是前三个层次。

界定警示说明缺陷的前提，是产品有合理危险。既然是一个合理危险，这个产品就可以销售，投入流通，但必须对该产品进行警示和说明。警示和说明要求的标准是充分。充分，是说这个产品无论辗转流通多少个环节，到最终使用者即最终用户的手里的时候，只要按照警示说明去使用，危险就不会发生。达不到这样的程度，就是警示说明缺陷。

案例 14-3 杀虫剂警示说明不充分致人损害案

齐齐哈尔某人开了一个蛋糕房，买了3瓶喷雾杀虫剂，吩咐两个员工打扫完卫生以后喷洒杀虫剂。这两个员工打扫完卫生就开始喷杀虫剂，蛋糕房有200平方米左右，第一个员工喷了两瓶，第二个员工喷了大半瓶。另外一个员工招呼他们下班，三个人穿好衣服到门口，关灯时发生空气爆炸，把三个工人炸伤。三人向法院起诉，要求该杀虫剂的生产者和销售者承担赔偿责任。法官认为，尽管该产品有警示说明，但其中关于“使用本品，每10平方米喷洒15秒，关上门窗20分钟，效果最佳”的说明不充分，对一个有合理危险的产品进行警示说明时，要告诉使用者不这样使用就会发生危险，但本产品的说明能够得出的结论是按照这种方法进行使用最经济、最合算，并没有说明不这样使用就会发生危险。故判决生产者承担60%的赔偿责任，实行过失相抵，其余的40%责任要由受害人自己承担。

4. 跟踪观察缺陷

为了鼓励产品生产者努力开发新产品，鼓励科技创新以满足社会和公众的需要，各国均认可发展风险规则，即使在实际上这种新产品存在着致人损害可能的缺陷，但在将产品投放流通之时的科学技术尚不能发现的，产品生产者免除其责任。但是，法律赋予生产者应当在产品投放流通时，

就产生跟踪观察的义务，未尽该义务，就构成跟踪观察缺陷。

跟踪观察缺陷，是指在发展风险中，生产者将新产品投放市场后，违反新产品应当尽到的跟踪观察义务，致使该产品造成使用人的人身损害或者财产损害的不合理危险。《侵权责任法》第46条规定的“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”，就是跟踪观察缺陷。产品生产者将未能发现有缺陷的产品投放市场后，应当尽到必要的跟踪观察义务，发现产品有缺陷，应当及时召回、警示，召回或者警示不及时，或者召回、警示不能避免危险，即为缺陷，因此而造成损害的，应当承担侵权责任。确定了跟踪观察缺陷，就更能够发挥产品责任保护消费者权益的作用，在新产品投放市场以后，生产者必须跟踪观察，对于用户的反映和提出的问题必须付诸行动，要进行研究，并且提出改进的方法。如果存在损害的可能性，则还要召回；有的还要向用户进行可靠使用的说明。没有做到这一点，致使新产品的隐蔽缺陷造成了损害，就应当承担跟踪观察缺陷的侵权责任。

确立跟踪观察缺陷的意义在于，对一般的产品侵权责任免责事由即“将产品投放流通时的科学技术尚不能发现缺陷存在”的突破，因而给产品使用者提供更加安全的权利保护。

（三）产品缺陷的认定标准

判断危险的合理与否或者判断某一产品是否存在缺陷的标准分为一般标准和法定标准：一般标准是人们有权期待的安全性，即一个善良人在正常情况下对一件产品所应具备的安全性的期望，法定标准是国家和行业对某些产品制定的保障人体健康、人身和财产安全的专门标准，有法定标准的适用法定标准，无法定标准的适用一般标准。^①

我认为，判断产品缺陷的标准有三：

1. 消费者期待标准

消费者期待标准是指判断产品是否具有不合理的危险应以一般消费者的智识水平为据，如果该产品的危险程度超过了一个理性消费者所能预见的程度，则其具有危险性，该产品即为缺陷产品。

对于供一般使用、构造和功能相对简单的产品，消费者期待标准发挥作用的较大。对于高技术型的产品，由于消费者缺乏相应的知识，难

^① 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第493页。



以形成合理的安全期待值。这一标准主要适用于对设计缺陷和警示缺陷的认定，制造缺陷的认定则不需要。

2. 成本效益分析标准

产品责任的承担需平衡消费者利益保护与产业发展两者的关系。缺陷成立尺度的松紧关系产品责任有无。纯粹的消费者期待标准有可能失之主观，对产品安全性提出过高的要求而导致产品成本增加，阻碍产业发展，故需要其他的标准来补充。

成本收益标准是通过比较更安全的设计方案以及警示方法所需增加的成本与因此可能避免发生的损害，来确定产品销售者的严格责任。除非在设计和销售产品时，在技术可行性方面存在着更安全的设计或警示方案可供生产者或销售者选择，否则产品不存在设计或警示缺陷。显然，这是为了对受到越来越多严格产品责任诉讼困扰的生产者提供经济上合理的保护，以利于工业的发展和技术的进步，使产品责任在保护消费者的同时，不至于影响经济的发展。

3. 生产者特定的产品标准和法定标准

产品的质量、性能，生产者自身制定有相应的标准，产品的安全状态偏离生产者的预期目的致人损害的场合，生产者特定的产品标准可以作为判断缺陷是否存在的客观标准。^① 国家相关部门或行业对某些产品（尤其是食品和药品）制定了保障人体健康、人身和财产安全的专门标准，将这种标准称为“法定标准”，如果产品达不到或不符合这一法定标准，即可认定该产品存在不合理的危险，属于缺陷产品。^②

该标准主要适用于制造缺陷的认定，与其他产品缺陷不同，制造缺陷的认定不需要考虑社会对产品安全性能的态度或消费者的期望，将该缺陷产品与其他同类安全产品进行比较检验，根据产品的客观技术要求或规格作出判断即可。^③

三、产品责任构成

（一）产品责任的归责原则

要确定产品责任构成要件，首先应明确产品责任的归责原则。产品责

① 朱克鹏、田卫红：《论产品责任法上的产品缺陷》，载《法学评论》1994年第6期。
② 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第493页。
③ 刘静：《产品责任论》，中国政法大学出版社2000年版，第135页。

任是过错责任还是无过错责任，学者有不同意见。一是主张产品责任是无过错责任，无论生产者、销售者有无过错，只要产品有缺陷并造成他人损害，就应当承担赔偿责任。^①二是认为产品责任是过错责任，理由是我国经济不够发达，不具备产品生产者、销售者承担无过错责任的条件，应适用过错推定原则。^②三是主张二元论，认为产品责任既适用无过错责任原则，也适用过错责任原则，但以无过错责任原则为主导。^③

从总体上说，产品责任是无过错责任，但是，《侵权责任法》并非将产品责任都规定为无过错责任，在确定中间责任和产品销售者以及第三人的最终责任时适用过错责任原则。具体情况是：

第一，产品责任在整体责任的确定上，应当确定为无过错责任原则的侵权行为。在《侵权责任法》第五章的规定中，确定了这样的规则。

第二，在确定《侵权责任法》第43条第1款规定的产品责任中间责任时，适用无过错责任原则，无论被侵权人主张生产者或者销售者承担该责任，都适用无过错责任原则；在确定《侵权责任法》第41条生产者的最终责任时，适用无过错责任原则。

第三，在确定《侵权责任法》第42条规定的销售者的最终责任，第44条规定的第三人的最终责任，以及确定《侵权责任法》第47条规定的恶意产品侵权惩罚性赔偿责任的时候，适用过错责任原则。但是，在确定《侵权责任法》第42条第2款规定的“销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担侵权责任”，适用无过错责任原则。

（二）产品责任构成要件

构成产品责任的中间责任须具备以下要件：

1. 产品存在缺陷

产品及其缺陷在产品责任构成中处于非常重要的地位，前文已对缺陷作了专门论述，下面主要对产品进行阐释。

《产品质量法》第2条第2款规定，产品是指“经过加工、制作，用于销售的产品”。产品须具备两个条件：一是经过加工、制作，未经过加工制作的自然物不是产品；二是用于销售，因而是可以进入流通领域的

① 杨立新：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社1990年版，第178页。

② 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第432页。

③ 张新宝：《中国侵权行为法》（第二版），中国社会科学出版社1998年版，第503页。