

产品自损、纯粹经济损失与侵权责任

——以最高人民法院(2013)民申字第 908 号民事裁定书为切入点

朱晓喆^{*}

冯洁语^{**}

目次

- 一、案件裁判与问题引入
- 二、我国产品责任中“财产损害”概念的发展变迁
 - (一) 从《民法通则》到《产品质量法》：通说的形成与个案的变奏
 - (二) 《侵权责任法》第 41 条：立法的转向
 - (三) 产品责任中的纯粹经济损失
- 三、基于德国民法学说与判例的比较法考察
 - (一) “继续侵蚀性损害”的侵权责任构成
 - (二) “继续侵蚀性损害”的学理论辩
- 四、从比较法透视我国产品自损侵权责任的构成理由
 - (一) 通过产品的瑕疵形态限制侵权责任适用范围？
 - (二) 纯粹经济损失与模糊的侵权法边界
 - (三) 侵权法架空合同法的特别规整？
 - (四) 产品买受人对生产者的直接请求权
- 五、结论与展望

摘要 本文以最高法院(2013)民申字第 908 号民事裁定书入手,提出产品自损和纯粹经济损失是否适用侵权责任的问题。首先梳理了我国《民法通则》和《产品质量法》中产品责任的“财产损害”概念,明确其一般不包括产品自身损害。但《侵权责任法》中的产品责任可能包括产品自损及纯粹经济

^{*} 上海财经大学法学院教授、法学博士。本文系上海市教育发展基金 2012 年曙光学者项目(12SG42)以及上海市哲学社会科学规划课题(2013BFX010)、上海市教育委员会科研创新项目(13ZS117)的阶段性研究成果。本文在匿名审稿人的批评建议基础上做出修改,特此致谢。

^{**} 复旦大学法学院博士研究生。

损失。继而本文以功能主义的比较法方法研究德国民法中的“继续侵蚀性损害”学说与实务，并与我国民法进行对比分析，进而得出结论认为《侵权责任法》第41条可予赔偿的产品自损范围过于宽泛，应作适当限缩。

关键词 产品自损 纯粹经济损失 侵权责任 限缩

一、案件裁判与问题引入

2009年12月颁布的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第41条就生产者的产品侵权责任做出如下规定：“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”此前《中华人民共和国产品质量法》(以下简称《产品质量法》)第41条第1款规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称‘他人财产’)损害的，生产者应当承担赔偿责任。”对比二者文义，就缺陷产品造成的财产损害而言，《侵权责任法》未有“缺陷产品以外的其他财产损害”的限制。由此引起法律解释适用上的难题是：“缺陷造成他人损害”是否包括产品本身的损害？换言之，如果产品的缺陷也构成买卖合同标的物的瑕疵，通常应由销售者承担违约责任，那么生产者或销售者是否须对此承担产品侵权责任呢？

最高人民法院近期裁判的“阜新市和美工程机械有限公司与铜陵华磊商品混凝土有限责任公司产品责任纠纷申请案”(最高人民法院[2013]民申字第908号民事裁定书，以下简称“混凝土搅拌站案”)涉及产品自身损害的侵权责任问题，本文拟就该案所提出问题，展开分析研讨。

本案再审申请人阜新市和美工程机械有限公司(一审被告，以下简称“和美公司”)与被申请人安徽省铜陵市华磊商品混凝土有限责任公司(一审原告，以下简称“华磊公司”)于2005年11月签订HZS120双机组混凝土搅拌站买卖合同并履行。2008年10月，铜陵华磊公司与案外人铜陵营造有限责任公司(以下简称“营造公司”)签订了一份混凝土买卖合同约定：华磊公司为铜陵营造公司承接的施工项目提供混凝土，并随后履行合同。2008年12月22日，铜陵市铜建建设监理有限责任公司(监理单位)向营造公司下发工程停工令，以混凝土强度不达标为由，要求其施工暂停，进行整改。2010年6月9日，铜陵营造公司向铜陵市狮子山区人民法院起诉，请求法院判令华磊公司因出售的混凝土不合格，赔偿损失2 980 000元。经铜陵市狮子山区法院调解，以(2010)狮民二初字第0014号调解书确认：华磊公司赔偿铜陵营造公司1 771 111.41元，并承担案件受理费10 370元。随后，华磊公司以和美公司提供的设备存在严重质量问题为由，向铜陵市中级人民法院提起诉讼，请求和美公司根据侵权责任法赔偿：更换不合格产品价值300万元、承担产品质量造成经济损失1 781 481.41元(上述调解书确认的损失)、承担设备质量鉴定费5万元。法院委托的鉴定机构出具《质量鉴定报告》结论是：(1) HZS120双机组混凝土搅拌站粉料仓隔仓板设计不合理，存在质量缺陷，不符合“混凝土搅拌站(楼)技术条件”的要求；(2) HZS120双机组混凝土搅拌站粉料仓隔仓板的损坏是造成混凝土产品质量事故的原因。

一审法院认为，和美公司出售的HZS120混凝土搅拌站存在质量缺陷事实成立，由于该搅拌站质量不合格，华磊公司赔偿了营造公司1 781 481.41元损失，依据《产品质量法》第40条、《侵权责任法》第41条、《民法通则》第122条，和美公司应对华磊公司损失承担主要责任(80%)；华磊公司未对设备进行保养维护，对损失承担次要责任(20%)，遂判决：(一)和美公司为华磊公司维修

或更换混凝土搅拌站粉料仓,并使之符合技术条件,若没有维修或更换,华磊公司可自行维修或更换,由此产生的费用由和美公司承担;(二)和美公司赔偿华磊公司因产品质量不合格造成损失1781481.41元的80%,即1425185.12元。

双方当事人因不服判决,均上诉。安徽省高级人民法院经二审做出(2012)皖民一终字第00004号民事判决,驳回上诉,维持原判。被告和美公司不服二审判决,以案件纠纷法律关系性质为买卖合同、适用侵权法错误为由,向最高人民法院申请再审。其申诉理由重点在于:“《民法通则》第122条规范对象是产品发生质量事故,造成他人财产、人身损害的,并不包括使用该产品生产出不合格产品后,造成第三人财产损失。因此,本案适用《民法通则》第122条,属于对法律的曲解。”最高人民法院就上述再审申诉理由做出认定:和美公司因生产的HZS120双机组混凝土搅拌站粉料仓隔仓板设计不合理,存在质量缺陷;粉料仓隔仓板的损坏是造成混凝土产品质量事故的原因。“华磊公司因混凝土产品质量事故支付给营造公司的赔偿款、承担诉讼费用是由于和美公司提供的混凝土搅拌站质量缺陷造成的。因此,根据《侵权责任法》及《民法通则》第一百二十二条的规定,和美公司均应承担相应的赔偿责任。和美公司主张一、二审判决适用《民法通则》第一百二十二条的规定错误,理由不能成立。”最高人民法院遂下达(2013)民申字第908号民事裁定书,驳回申诉人的再审申请。

本案法院判决支持原告的诉讼请求包括:(1)维修或更换质量不合格的混凝土搅拌站;(2)赔偿原告因生产的水泥有质量瑕疵而对第三人已赔付的经济损失178万多元以及设备质量鉴定费5万元。从合同法视角考察,上述损失都属于合同履行利益,原告可依据《合同法》第107条、第111条、第155条请求被告承担违约责任。如按产品侵权责任解决上述问题可能遭到质疑:上述损害项目(1)(2)是产品自身的瑕疵损害及其带来的其他经济损失,本属合同瑕疵履行的违约损害赔偿范围,而产品侵权责任保护的是受害人的固有利益(人身或其他财产损失),用侵权责任解决合同履行利益混淆了违约与侵权的体系区分。如果上述侵权责任成立,则意味着我国产品侵权责任的保护对象除了“人身和其他财产损失”(固有利益)之外,还将包括:产品自身损害及其伴随的纯粹经济损失。^[1]综观大陆法系和英美法系,如此宽泛的产品责任保护范围实属罕见,而其面临的理论和实务困境仅露出冰山一角。本文试图从我国立法与司法实务的发展变迁、比较法与法教义学的进路展开上述问题的分析。

二、我国产品责任中“财产损害”概念的发展变迁

(一)从《民法通则》到《产品质量法》:通说的形成与个案的变奏

1986年《民法通则》第122条规定:“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。”如从文义解释本条,产品制造者、销售者因“不合格”产品造成他人财产损失包括两

[1] 产品自身损害与纯粹经济损失的关系,在不同国家的民法理论上有不同认识。例如,产品自损在德国民法上成立侵权责任的情形被称为“继续侵蚀性损害”,并且是一种所有权的侵害行为,适用《德国民法典》第823条第1款(下文详述)。因产品自损发生的后续损失(如停业损失、收入减少等),是侵害所有权的损害后果,并非纯粹经济损失。而在美国侵权法中,产品因缺陷发生自损本身就是纯粹经济损失问题,而随之发生的其他损失也属于纯粹经济损失(参见美国法律研究院:《侵权法重述第三版:产品责任》,肖永平等译,法律出版社2006年版,第423页)。王泽鉴教授也认为产品自损及伴随的经济损失都属纯粹经济损失范畴(参见王泽鉴:《商品制造者责任与纯粹经济上损失》,载《民法学说与判例研究》(第8卷)),中国政法大学出版社1998年版,第251页)。本文认为,我国《侵权责任法》第41条保护产品自损及经济损失,不能理解为产品所有权的侵害,从纯粹经济损失的角度更容易理解。

类：(1) 消费者因购买不合格产品导致的损失，即产品本身的价值减损；(2) 消费者或第三人因使用产品而造成其人身或其他财产损害。当时民法学界通说认为，产品责任解决因不合格产品造成他人人身或财产损害，根本未论及产品本身的损害问题。^{〔2〕} 数年之后，梁慧星教授发表《论产品制造者、销售者的严格责任》一文首次指出，《民法通则》第 122 条的财产损害应指因缺陷产品造成消费者其他财产的损害。缺陷产品本身的损害，以及因缺陷产品本身的损害造成受害人可得利益的损失，不包括在本条“损害”概念之中。理由是缺陷产品本身的损害及因此所受可得利益损失，应依合同法的规定处理。^{〔3〕} 换言之，因不合格产品所致合同履行利益损害，按违约责任处理；而产品导致人身和其他财产损失属固有利益范畴，按侵权责任处理。

1993 年颁布的《产品质量法》在《民法通则》的基础上，完善了产品生产者的无过错损害赔偿责任。与《民法通则》第 122 条相比，其明显的变化是：其一，在产品侵权责任方面弃用产品“不合格”用语，而采各国产品责任法中通用的“缺陷”，并在第 46 条定义缺陷是指“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”。其二，《产品质量法》第 41 条明确产品侵权责任针对因产品缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害（简称“他人财产”），从而将缺陷产品本身的损害明确排除法条文义之外。在此基础上，民法学理区分了“产品缺陷”与“产品瑕疵”，^{〔4〕}前者根据《产品质量法》第 46 条确定其含义，侧重产品危及他人人身、财产的危险性，属侵权责任范畴；而后者是指产品的质量不符合合同约定或标的物欠缺通常应具备之使用价值，《产品质量法》第 40 条规定销售者销售的产品不具备产品使用性能的、不符合标注的产品标准的、不符合产品说明或实物样品表明的质量状况，从而给消费者造成损失，销售者应予修理、更换、退货以及损害赔偿，属于产品违约瑕疵担保责任范畴。^{〔5〕}

如果生产者或销售者与缺陷产品受害人之间存在合同关系，就固有利益损失可能发生违约责任与侵权责任的竞合。此处违约责任是指债务人提供的产品有缺陷导致债权人人身或其他财产发生损害，构成加害给付。根据《合同法》第 122 条，债权人得选择适用违约责任或侵权责任。但上述请求权竞合的前提是二者均针对债权人的固有利益损害。^{〔6〕} 买受人因产品本身的瑕疵而发生瑕疵损害，即履行利益的损失，仅得主张违约责任，与产品侵权责任不发生请求权竞合，而是构成请求权聚合关系，二者可并行主张。^{〔7〕} 例如，吉林省高级人民法院（2006）吉民再字第 64 号民事判决中，原审法院认为产品的销售者就产品本身的损害发生违约责任与产品侵权责任的竞合，经人民检察院抗诉后，吉林省高级人民法院再审认定：“构成产品责任，必须有人身、财产损害的事

〔2〕 参见最高人民法院《民法通则》培训班编：《民法通则讲座》，北京市文化局出版处 1986 年版，第 256 页。中国政法大学民法教研室编：《中华人民共和国民法通则讲话》，中国政法大学出版社 1986 年版，第 220～221 页。王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论（上）》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 526～527 页。

〔3〕 梁慧星：《论产品制造者、销售者的严格责任》，载《法学研究》1990 年第 5 期，第 67～68 页。张新宝教授也主张缺陷所致损害不包括产品本身的价金损害，其应属于合同责任。参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 400 页。

〔4〕 桂菊平：《论出卖人瑕疵担保责任、积极侵害债权及产品责任之关系》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1994 年版，第 398 页。张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1995 年版，第 307 页。

〔5〕 卞耀武：《产品质量法诠释》，人民法院出版社 2000 年版，第 104 页。

〔6〕 《合同法》第 122 条所指违约责任与侵权责任的竞合，一般出现在债务人加害给付或违反保护义务，侵害债权人固有利益的情形。参见朱晓喆：《瑕疵担保、加害给付与请求权竞合》，载《中外法学》2015 年第 5 期。

〔7〕 孙鹏：《合同法热点问题研究》，群众出版社 2001 年版，第 386 页。请求权聚合或累积性竞合（Anspruchshäufung, kumulative Konkurrenz）是指同一案件事实依不同的规范产生数个指向不同给付的请求权，且各该请求权可并列获得实现。Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C. H. Beck München 2004, S. 321.

实,即缺陷产品造成了消费者或第三人的人身伤害,或者造成了缺陷产品以外的财产损害。而本案泉州塑料公司生产的两台挤塑机,未造成原告人身损害和两台挤塑机之外的财产损害,不存在产品质量责任意义上的人身、财产损害的事实。因此,本案不存在产品质量违约责任和产品缺陷侵权责任的竞合。”〔8〕

从《民法通则》到《产品质量法》的时代,尽管立法、学说与司法实践就产品责任中的“其他财产损害”已形成通说,但司法实践还是存在通过产品侵权责任保护产品自身损害的个案。例如在《人民法院案例选(总第64辑)》登载的“祁庆民诉上海大众汽车有限公司产品责任纠纷案”(以下简称“祁庆民案”)中,〔9〕原告祁庆民2003年4月29日购买了上海大众公司生产的帕萨特小轿车一辆。2004年7月12日该车发生自燃。原告起诉上海大众公司对保险公司未赔偿的部分承担产品质量责任,赔偿汽车损失67600元、汽车附加费损失27200元及其他损失20000元。本案二审法院判决上海大众公司赔偿祁庆民损失35867元。二审合议庭认为该案裁判理由在于:(1)侵权法保护的客体包括人身权和财产权,产品责任限于除产品本身以外的其他财产损失,“如果对财产权所指向的具体财产加以区分限制,规定侵权人仅对某一类或某部分财产承担侵权责任,无异于削弱了对受害人权利完整性的保护”。(2)从法律位阶关系而言,作为民事基本法律的《民法通则》第122条并未对产品造成的财产损失范围做出限定,虽然《产品质量法》第41条所称的“他人财产”不包括缺陷产品本身,但其作为民事特别法和下位法,不能与基本法的原则和规定相违背。因此,不能依据《产品质量法》限制消费者就产品自身损害请求侵权责任。(3)受害人得就产品自身损害选择适用违约责任或侵权责任,“如果规定受害人只能就缺陷产品以外的其他财产损失向生产者主张侵权责任,对于缺陷产品本身的财产损失,则应向销售者主张合同责任,既加重了当事人的诉讼成本,也给法院带来诉累,有违诉讼经济原则。就汽车自燃案件而言,汽车受损的价值往往大于其他财产损失,应允许受害人根据自身的利益考虑,选择向生产者主张产品侵权责任,或是向销售者主张合同责任,法院不便加以干涉”。〔10〕

但是正如前文所述,通说认为《民法通则》第122条并不调整产品本身损害;根据《产品质量法》第41条的文义和立法目的,亦可得出相同结论。因此,二者并不存在特别法与普通法或下位法或上位法不一致的问题。“祁庆民案”中,法院为便利解决原告就车辆本身损害向生产者索赔,允许原告在搁置出卖人违约责任的前提下,向生产者直接主张侵权责任,显然偏离民法通说和规范目的。尽管上述法院的裁判理由和结论不足以推翻通说和立法目的,但是在《侵权责任法》实施之前,针对实践中经常发生的汽车自燃案件,部分法院在认定车辆自燃具有危险性缺陷的基础上,依《产品责任法》第41条判决生产者或销售者承担产品自身损害的产品侵权责任。〔11〕

(二)《侵权责任法》第41条:立法的转向

如果说“祁庆民案”在《民法通则》时代是个异数,那么2010年实施的《侵权责任法》第41条则

〔8〕 吉林省高级人民法院(2006)吉民再字第64号民事判决。

〔9〕 北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第25号民事判决,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(总第64辑)》,人民法院出版社2009年版,第107~114页。

〔10〕 关于北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第25号民事判决的二审合议庭观点参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(总第64辑)》,人民法院出版社2009年版,第111~112页。

〔11〕 参见漯河市(2009)郾民初字第1321号民事判决、永州市(2009)永中法民二终字第2号民事判决、佛山市(2006)佛中法民二终字第532号民事判决。类似案例的理由分析,参见邵文龙:《汽车自燃案件中产品侵权责任的认定》,载《人民司法》2011年第18期,第78~81页。

将该案的规则确立为常态。根据全国人大常委会法制工作委员会的立法说明,立法者是明知关于产品责任中的“财产损害”发生的理论和实践争议,对于产品瑕疵的合同违约责任与产品缺陷的侵权责任的区分也是了然于心,即便如此,立法者还是从保护用户、消费者的角度出发认为:“本条的财产损害,既包括缺陷产品以外的其他财产的损害,也包括缺陷产品本身的损害,这样,有利于及时、便捷地保护用户、消费者的合法权益。”^{〔12〕}部分学者对这一立法理由表示支持。^{〔13〕}

尽管解释和适用法律应从尊重现行法律规范的文义和立法者的规范目的出发,^{〔14〕}但毕竟《侵权责任法》第41条对此前的立法和通说转变过大,且偏离世界各国主流的产品责任立法模式,故而遭到部分民法学者强烈抵制。反对的主要理由在于:其一,产品侵权责任规范目的在于保障消费者、使用者的人身和财产安全,而缺陷产品自身损害属于合同履行利益范畴,应仅由合同法调整。如要求产品生产者对所有购买者与销售者之间的交易负责,势必将生产者转变为保险人,令其承担所有的销售者的商业失败风险,并非合理的侵权法政策。其二,缺陷产品的损失责任已有合同违约责任调整,如果侵权法也对缺陷产品自身损失予以救济,则当事人通过合同确立的风险分配机制可能遭到破坏。其三,合同法是鼓励创造财产,而侵权法是保护现有财富,二者功能不同,如果此类案件以侵权论处,将使合同法淹没于侵权法的汪洋大海之中。^{〔15〕}

迄今为止,《侵权责任法》已实施数年,司法实践中已经积累了丰富的判决,就第41条的产品责任是否包括产品本身损害,法院大多尊重现行法裁判。例如福建省龙岩市(2012)岩民终字第632号民事判决书明确认可《侵权责任法》第41条“未再区分缺陷产品以外的其他财产的损害和缺陷产品本身的损害”,原告就缺陷产品本身的损害主张产品质量损害赔偿,将案由确定为产品质量损害赔偿纠纷并无不当。^{〔16〕}前述最高人民法院在(2013)民申字第908号民事裁定书以及该案一、二审法院所表达的观点,也是对《侵权责任法》第41条立法目的的认可。

总之,产品自身损害的侵权责任在我国的发展,经历了《民法通则》的无意识状态,至《产品责任法》的有意识排除,再到《侵权责任法》有意识地引入,这一曲折变化的过程,体现着我国民事法律和学说的独特发展路径。

(三) 产品责任中的纯粹经济损失

纯粹经济损失是指非因侵害人身权或绝对性财产权(如物权)权益,而产生的经济或财产损失。^{〔17〕}产品责任中的“财产损害”是否包括纯粹经济损失,是与产品缺陷或瑕疵始终相伴随的问题。不论《民法通则》第122条“他人财产损害”以及《产品质量法》第41条第1款的“其他财产损失”,还是《侵权责任法》第41条的“他人损害”,从文义解释,都不能排除纯粹经济损失。况且,自

〔12〕 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。

〔13〕 参见王利明:《论产品责任中的损害概念》,载《法学》2011年第2期,第47页。杨立新、杨震:《有关产品责任案例的中国法适用》,载《北方法学》2013年第5期,第6页。

〔14〕 [德] 拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第220页。

〔15〕 冉克平:《缺陷产品自身损失的救济路径》,载《法学》2013年第4期,第98页。类似的论述参见张新宝、任鸿雁:《我国产品责任制度:守成与创新》,载《北方法学》2012年第3期,第17页。李永军:《“产品自损”的侵权法救济置疑》,载《中国政法大学学报》2015年第3期,第95页以下。

〔16〕 福建省龙岩市(2012)岩民终字第632号民事判决书。

〔17〕 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第296页。周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第128页。

《民法通则》以来(第106条第2款),我国侵权法对纯粹经济损失的保护并无特别限制,只是个案地确立保护的界限。^[18] 因此,基于我国侵权法的现状可以得出如下结论:如果产品缺陷导致产品自损并随之发生其他纯粹经济损失,即使搁置产品自损的赔偿性质究竟是违约责任抑或侵权责任争议,产品缺陷造成的纯粹经济损失是受害人固有利益,对此成立侵权责任毫无法律上障碍。从实践来看,如果产品没有缺陷或瑕疵一般就不会发生后续的经济损失,所以除产品自身以外的纯粹经济损失通常都是伴随产品的缺陷或瑕疵而发生。

对于此类纯粹经济损失的赔偿,《侵权责任法》实施之前或之后我国司法实践中均有作证案例。例如,《侵权责任法》实施之前,福建省宁德市(2010)宁民终字第418号民事判决中,原告购买车辆发生自燃,起诉被告出卖人要求赔偿车辆损失和车辆自燃事故造成的评估费损失,法院认定:依据《产品质量法》第41条第1款及第43条的规定,因车辆自燃事故造成的评估费损失4000元也应属赔偿范围。^[19] 《侵权责任法》实施之后,例如鹤壁市山城区人民法院(2011)山民初字第1772号民事判决书中,原告鹤壁市禹昌工贸有限公司起诉广州汽车集团客车有限公司出售的汽车产品质量不合格,请求其承担产品责任,法院判决:因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害,在本案中是指如下经济损失:(1)原告与案外人鹤壁市信裕旅行社签订车辆使用协议书,在协议履行的一年期间内因车辆故障致使未出车损失47000元,及中途发生故障而赔偿信裕旅行社27000元,共计74000元;(2)因涉案车辆送至汽车修理厂修理无法履行与信裕旅行社的协议,信裕公司解除与原告的协议,原告按约定赔偿违约金100000元。法院判决支持原告禹昌公司因该车辆质量不合格造成的上述损失合计174000元。^[20] 在本文主要研究的“混凝土搅拌站案”中,法院判决支持原告所主张的对第三人赔偿的1781481.41元以及鉴定费50000元,均属于纯粹经济损失。

综上所述,从我国司法实践看,通过产品责任保护受害人因产品缺陷或瑕疵导致的纯粹经济损失是一贯的规则。

三、基于德国民法学说与判例的比较法考察

按功能主义比较法理论,尽管各国社会体制不同,但总有些问题同样都要面对,尤其是在普遍理性程度较高的私法领域,只不过不同国家的法律制度可能以不同的方式处理这些相同或类似的问题。^[21] 产品自身损害就是这样的一个典型事例。国内已有较多文献从英美法角度讨论产品自身损害,^[22]

[18] 有关我国司法实践中纯粹经济损失案例的分析研究,参见葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,载《中外法学》2009年第5期,第689~736页。

[19] 福建省宁德市(2010)宁民终字第418号民事判决。

[20] 商品的买受人因产品质量问题导致对第三人承担法律责任及可得利益损失,是我国司法中常见案型。例如:浙江省宁波市北仑区人民法院(2013)甬仑柴民初字第5号民事判决书(购买电动车瑕疵造成买受人对第三人的侵权责任);常德市中级人民法院(2013)常民一终字第66号民事判决书(购买并销售缺陷产品被处以行政处罚);河南省通许县人民法院(2011)通民初字第694号民事判决书(购买机器质量有瑕疵造成对第三人的违约责任、可得利益损失)。

[21] [德]茨威格特/克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第46页。Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", in: Reimann/Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 339-382.

[22] 参见张平华:《英美产品责任法上的纯粹经济损失规则》,载《中外法学》2009年第5期。参见前注[15],冉克平文。董春华:《产品自身损害赔偿研究》,载《河北法学》2014年第11期。

相比而言,对德国的比较法考察较少。^[23]而恰恰在这一方面,德国司法实践发展出来的“继续侵蚀性损害”(Weiterfresserschäden)理论构成其侵权行为法领域特有的风景,值得参考。

(一)“继续侵蚀性损害”的侵权责任构成

就产品瑕疵造成的合同违约与产品缺陷造成的其他固有利益损害,德国民法原本泾渭分明地将二者分别划归合同法和侵权法的范畴。但是,公认自德国联邦法院 1976 年 11 月 24 日做出“浮标开关案”(Schwimmerschalterfall)判决以来,侵权法逐渐介入产品自身损害的调整,并在此后被其他法院裁判效仿,从而引发理论上的重大争议。^[24]

在“浮标开关案”中,出卖人出卖给买受人的清洗设备配有一个可自动断电的浮标开关,但是该开关未能正常工作,致使清洗设备完全毁损。在 2002 年之前,德国债法中的买卖合同瑕疵担保责任请求权适用短期时效 6 个月且自交付之日起算,而侵权请求权则适用 3 年消灭时效,且从受害人知道损害和加害人时起算,二者相差甚远。^[25]因此,买卖合同瑕疵担保请求权对买受人殊为不利。德国联邦法院认为,本案中浮标开关自始即有瑕疵,但开关以外的清洗设备,买受人无疑是拥有完好的所有权。有缺陷的浮标开关只是整体设备的一个部分,与其他部分在功能上可以区分,因为开关的故障导致整体设备的损害,构成侵害其他部分所有权的行为。法院认为:“具有决定性意义的是,随着交付有缺陷的开关而产生之危险原因,恰在财产所有权转移之后,造成超出该瑕疵本身的损害,并由此使得买受人对设备其余无瑕疵部分的所有权一起遭受侵害。”^[26]因该案中标的物的部分瑕疵起初隐蔽不显,其继续运作最终导致整个物的毁坏、灭失,所以称为“继续侵蚀性损害”,可以构成《德国民法典》第 823 条侵害所有权的侵权责任。由于本案中原告诉主张的损害是整体设备,它与开关在功能上可以区分开来(funktional abgrenzbar),因而该案所代表的观点又被称为“功能区分说”。

但是功能区分说很快被发现诸多理论破绽。一方面,机器产品部分的瑕疵同时也是整体设备的瑕疵,没有该部分则该设备也仅具备部分功能。^[27]换言之,无法在功能上区分出部分和整体。另一方面,如果买卖合同的标的物的瑕疵部分与其他完好部分可区分,从而发生侵权行为损害赔偿请求权,而在其他不可区分瑕疵部分与其他部分的情形则无此请求权,那么,同样涉及合同标的物的价值减损,何以要作区别对待。^[28]

鉴于理论上的诸多质疑,在 1978 年的“后轮胎案”(Hinterreifenfall)中,德国联邦法院提出以

[23] 王泽鉴教授针对台湾地区产品自损问题,分别从美国、欧洲、德国和日本的角度予以考察研究,视野开阔。参见前注[1],王泽鉴文,第 213~252 页。郭丽珍教授着重从德国法的视角进行研究。参见郭丽珍:《瑕疵损害、瑕疵结果损害与继续侵蚀性损害》,台北翰芦出版公司 1999 年版。大陆的德国法研究参见金印:《论作为绝对权侵害的产品自损——兼论“物质同一说”的能与不能》,载《政治与法律》2015 年第 9 期。

[24] 德国当代几乎所有关于民法典第 823 条的侵权行为或买卖合同瑕疵担保或产品责任法的重要文献,都涉及这一论题,于此不可遍览,仅列举代表性的文章如:Reinicke/Tiedike, Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung, NJW 1986, 10; Katzenmeier, Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen, NJW 1997, 486; Gsell, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei “weiterfressendem” Mangel, NJW 2004, 1913; Tetting, Wer frisst wen? Weiterfresser vs. Nacherfüllung, JZ 13/2006, 641; Heßeler, Der kaufrechtliche Anspruch auf Schadensersatz für Weiterfresserschäden, JuS 2007, 706.

[25] Peifer, Schuldrecht Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Nomos 2010, S. 72.

[26] BGHZ 67, 359=NJW 1977, 379.

[27] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/1, 13. Aufl., C. H. Beck 1986, S. 72.

[28] Esser/Weyers, Schuldrecht II, 6. Aufl., C. F. Müller Juristischer Verlag 1984, S. 69.

损害的“质料同一性”(Stoffgleichheit)作为判断是否构成所有权继续侵蚀性损害的标准。本案中K购买了B的一辆跑车,车的轮胎在高速行驶中爆裂并造成车辆毁坏。德国联邦法院指出:

“虽然车胎有瑕疵,但该车总体上还是有价值的财产。只是所有权转移后,在具体交通事故中,源自该瑕疵的危险导致与该瑕疵本身不同的、大大高于该瑕疵的损害后果。假如轮胎及时得到更换,则与瑕疵的轮胎(损害)质料不同的损害或可避免。”^[29]

随后,在1983年的“油门案”(Gaszugfall)^[30]中德国联邦法院进一步阐释了损害质料同一性标准。该案中,买受人K从出卖人L处购买了由B组装的车辆,该车辆油门有瑕疵,加速后无法复位,导致车辆持续加速,由此引发两次事故,K请求B赔偿车辆维修费。本案中,油门与车辆的其他部分在功能上区分显然十分困难,德国联邦法院试图通过等价性利益(Äquivalenzinteressen)与固有利益(Integritätsinteresse)的区分来阐述质料同一性。在买卖合同中,等价性利益是指合同法保护债权人取得无瑕疵之物的合同预期;而固有利益是指所有权或占有不因交易中的(瑕疵)物而受侵害,属侵权法的保护范畴。^[31]根据以上区分原则,德国联邦法院就产品自身损害是否得主张侵权责任阐述如下:

“侵权法中的交往义务并不保护买受人对取得无瑕疵之物之价值和使用的预期,若无民法典第826条意义上故意侵权之特别情事,则对此种预期的保护仅是合同法规则的任务。……如果(原告)所主张之损害,与取得标的物时自始即负有瑕疵所生之价值减损相一致,该损害仅可归入遭受挫折的合同期待范畴。与此相反,如果损害与瑕疵体现的(作为等价性利益或使用利益)物之价值减损并非质料相同,则所有权人或占有人受侵害之固有利益表现为损害——对此根据情况生产者负有保护之责,该损害原则上可由侵权法上的生产者责任接管,甚至与合同法上的瑕疵担保责任或赔偿法发生竞合。”^[32]

据此可知,所谓质料同一性就是指原告主张产品缺陷所生之损害,是否与产品自始发生的价值减损相同。此种区分标准必须在个案中综合考虑所主张损害的种类、程度、既存瑕疵、瑕疵对物之保存的意义、生产者交往义务等因素加以衡量。在“油门案”中,关键的是油门的瑕疵绝不会使得还能运行的汽车自始就无价值。因油门缺陷而引发之事故,本可能避免,如得及时发现并修补之则不生此种损害。^[33]

德国民法学说进一步廓清德国联邦法院的“质料同一性”见解。首先,“质料同一性”标准仅适用于由产品之一部所负瑕疵引发其他的损害案型,也即适用的前提是瑕疵仅存在于产品之一部分上,否则,则无必要审查是否存在“质料同一”,不发生侵权损害赔偿请求权。其次,需审查该瑕疵是否可于物之毁损前被发现或发现后可以被补正。如果标的物的瑕疵不能被发现,或即使发现也不能补正,或瑕疵必然会导致标的物的毁损的情况下,标的物的价值自始就是确定的,具有不符合合同预期的价值减损,换言之,买受人从未取得一个完好的标的物,故而谈不上继续侵蚀性损害,

[29] BGH NJW 1978, 2241.

[30] BGHZ 86, 256=NJW 1983, 810.

[31] Schwab/Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Vahlen 2011, S. 277. 当然,需注意的是,固有利益并不只受侵权法所保护,在德国债法改革之前,德国联邦法院通过“积极侵害债权”对固有利益加以保护,而在债法改革之后,《德国民法典》第280条第1款与给付并存的损害赔偿请求权(Schadenersatz neben der Leistung)也涵盖因附随义务违反和加害给付所生之固有利益的损害。Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., De Gruyter Recht 2006, S. 184.

[32] BGHZ 86, 256=NJW 1983, 810.

[33] BGHZ 86, 256=NJW 1983, 810.

侵权损害赔偿请求权不成立。总之，仅在瑕疵可补正，瑕疵所致价值减损与随后发生的损害不具“质料同一”时，侵权损害赔偿请求权才能成立。^{〔34〕}

（二）“继续侵蚀性损害”的学理论辩

自德国联邦法院创设“继续侵蚀性损害”理论，将瑕疵造成产品本身损害纳入侵权法的保护范围，学说批判甚多，主要理由如下：

其一，以“质料同一性”作为判断是否构成侵权的标准存在评价上的矛盾。其推论的结果如下：如果生产者生产的产品自始即毫无价值，则生产者无须承担侵权责任；而如果产品因自始隐蔽的部分瑕疵而嗣后致其失去价值，且瑕疵本可发现、补正却未发现、补正，则生产者需承担侵权责任。由此，生产者行为的可责性（Vorwurf）越小，其所应承担的责任越重。换言之，如果标的物仅有部分瑕疵，其余部分皆无瑕疵，而该瑕疵随后导致整个物毁损，则生产者必须承担责任，如是，将会鼓励生产者生产自始即无价值的物。上述两种情况的区别对待并不公正。^{〔35〕}

其二，“继续侵蚀性损害”混淆侵权法与合同法的关系。“继续侵蚀性损害”与现有瑕疵担保体系存在衔接上的疑难。在德国民法瑕疵担保责任上，将损害后果分为瑕疵损害（Mangelschaden）和瑕疵结果损害（Mangelfolgeschaden）。二者的区分也运用等价性利益与固有利益的区分标准。以买卖合同为例，瑕疵损害是买卖合同当事人通过合同可取得的等价性利益损失。它与侵权法无涉，属于合同法分配风险的领域。^{〔36〕}而瑕疵结果损害是，买卖之标的物的瑕疵造成买受人除瑕疵标的物价值减损以外的其他损害，即买受人固有的权利、法益的损害。那么，“继续侵蚀性损害”究竟属于何者呢？就瑕疵结果损害定义而言，“继续侵蚀性损害”似应属之。然而，自合同法角度考察，“继续侵蚀性损害”的赔偿范围又恰好落入了替代给付的损害赔偿（Schadenersatz statt der Leistung）的范围之内（《德国民法典》第280条第3款），又属于瑕疵损害范畴。如此概念游戏，令人颇感困惑。

其三，从体系视角而言，“继续侵蚀性损害”制度架空合同法的规定。这一方面体现在对瑕疵担保短期消灭时效的影响上，因为《德国民法典》第438条第1款就瑕疵担保请求权规定短期消灭时效2年，且自交付标的物之日起计算。而“继续侵蚀性损害”的侵权请求权适用普通消灭时效为3年。如果买卖标的物在交付一段时间之后，瑕疵才被发现，但是瑕疵请求权已罹于时效，此时如借助侵权请求权，使得买受人获得额外的救济，有违立法者的本意。^{〔37〕}另一方面，可能架空合同法上违约责任的特殊规定。例如，在瑕疵担保的责任体系《德国民法典》第437条中后续履行（Nacherfüllung）处于优先地位。根据《德国民法典》第440条、第280条、第281条之规定，在买卖标的物存在瑕疵时，买受人替代给付的损害赔偿请求权的行使方式因瑕疵是否可补正（behebbar）而不同。只有在瑕疵不可补正或者出卖人明确拒绝继续履行时，买受人才得直接主张替代给付的损害赔偿。否则，买受人应当先设定合理期限，给予出卖人继续履行的机会。如果买受人借助“继续侵蚀性损害”而依据《德国民法典》第823条第1款直接主张损害赔偿，无须设定期限，这无疑会使得第281条中给予出卖人继续履行之机会的目的无法实现。事实上，在2005年发生的一起案件

〔34〕 Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Vahlen 2011, S. 61. Münchener Kommentar zum BGB / Wagner, § 823, Rn. 128. 金印：《论作为绝对权侵害的产品自损——兼论“物质同一说”的能与不能》，载《政治与法律》2015年第9期，第115页以下。

〔35〕 Reinicke/Tiedike, NJW 1986, 10. 见前注〔23〕，郭丽珍书，第80页。

〔36〕 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, S. 69.

〔37〕 Tetting, Fn. 〔24〕, S. 641 - 650. 见前注〔23〕，郭丽珍书，第76~77页。

中,德国联邦法院以买受人未为出卖人设定合理期限,变相剥夺了出卖人的选择权(出卖人可以主张修缮或重新交付无瑕疵之物)为由,驳回买受人的诉讼主张。^{〔38〕} 总之,在瑕疵担保责任中,法律赋予出卖人的后续履行较优先的地位。如果在瑕疵造成产品本身损害的情形中,允许买受人绕开后续履行之规定,无疑会造成评价上的矛盾。^{〔39〕}

然而,任凭反对者诸多质疑,但德国联邦法院自岿然不动,仍旧坚持己见,并获得部分学者的支持。^{〔40〕} 其理由约略如下:

首先,“同等事物同等对待”的法理要求。产品负有瑕疵,本属合同法的调整范围。否定在此种情况下构成侵权,理由是并无所有权受侵害,因为买受人自始取得的就是有瑕疵的所有权,何谈所有权受侵害呢? 然而,在第三人毁损买受人有瑕疵之物时,买受人理所当然可以基于侵权法请求损害赔偿,侵权人不得主张受侵害之物并无价值、买受人未遭损害而免责,那么在侵权人是出卖人时,买受人为何不得对其主张侵权责任呢? 此外,在瑕疵构成加害给付,造成买受人其他物品所有权侵害的情况下,买受人得依侵权法请求损害赔偿,而在瑕疵造成产品本身所有权侵害时,买受人又为何不得依侵权法主张损害赔偿呢?^{〔41〕} 正如德国联邦法院在“后轮胎案”中指出,并无理由拒绝受害人的侵权请求权,从而使受害人的地位优于损害该瑕疵之物的第三人的地位。^{〔42〕}

其次,等价性利益与固有利益的区分也使得创设继续侵蚀性损害理论成为可能。尽管德国联邦法院在买卖合同的标的物上区分等价性利益与固有利益的做法尚有争议,但是,无论是否支持继续侵蚀性损害的“构想”,侵权法保护当事人的固有利益,而合同法瑕疵担保责任保护当事人的等价性利益已成共识。^{〔43〕} 如果瑕疵确实能与之后发生的损害相区分,则侵权法的调整也就有可能。事实上,德国联邦法院试图通过两种利益的区分,将“继续侵蚀性损害”对合同法的冲击影响减至最小,德国联邦法院指出:“尽管侵权责任不应改造合同法,但是正确地将侵权责任限于固有利益之上,且有可能将其与当事人的使用与等价性利益(Nutzungs-und Äquivalenzinteressen)在价值上相区分,并不是对合同法的改造。”^{〔44〕}

再次,在德国债法改革之前,《德国民法典》瑕疵担保的短期消灭时效对买受人殊为不利。2002年之前《德国民法典》第477条第1款规定,动产在交付买受人6个月后,瑕疵担保请求权消灭时效届满。而依据侵权法所生之损害请求权适用第852条3年的消灭时效规定。二者之间相差过大。即使德国债法改革之后,瑕疵担保请求权的消灭时效延长至2年,但是二者的区别并未完全消除。而且瑕疵担保请求权消灭时效原则上自标的物交付之日起算。而侵权损害赔偿请求权根据《德国民法典》第195条、第199条第1款,通常自权利人知晓之日起满三年消灭时效届满。^{〔45〕}

最后,从保护消费者的角度而言,承认侵权请求权与瑕疵担保请求权的竞合,允许自由选择请

〔38〕 BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 57.

〔39〕 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, S. 62. Tetting, Fn. 〔24〕, S. 641 - 650.

〔40〕 除德国联邦法院以外,民法学界认为继续侵蚀性损害中,存在合同上的请求权与侵权上的请求权真正竞合的也不乏其数。例如, Katzenmeier, Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen, NJW 1997, 486; Bamberger Kommentar zum BGB/ Spindler, § 823, Rn. 65; Staudinger Kommentar BGB (1999)/Hager, § 823 - 825, Rn. B118.

〔41〕 Staudinger Kommentar BGB (1999)/Hager, § 823 - 825, Rn. B118.

〔42〕 BGH NJW 1978, 2241.

〔43〕 Vgl. Brüggemeier, Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Springer 2006, S. 455; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., C. H. Beck 2010, S. 69.

〔44〕 BGHZ 86, 256 = NJW 1983, 810.

〔45〕 Schwab/Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 278. Ermann/Schiemann, § 823, Rn. 124.

求权基础,更利于保护消费者。在现代商业社会,生产者与销售者往往并不同一,何者更有偿债能力难以判断。瑕疵担保请求权仅在买卖合同当事人之间发生,买受人仅得向出卖人主张瑕疵担保。如果承认买受人的侵权损害赔偿请求权,允许买受人自主选择向谁主张损害赔偿,无疑可使买受人获得更好的保护。^[46]

由上可见,不论“继续侵蚀性损害”的支持者或反对者均能举出言之成理的论据,双方观点相持不下。在研究我国侵权责任法上产品自损问题时,我们既要借鉴上述德国民法的辩论思路和理由,同时也须注意,有些在德国民法上特有的难题,可能在他国不成为问题。

四、从比较法透视我国产品自损侵权责任的构成理由

通过以上关于德国民法上“继续侵蚀性损害”侵权责任的介绍,可知产品自身损害是否适用侵权法的问题,在德国也同样存在争议,未有定论。对比我国和德国的理论和实务,除了后者的历史更长、论证更显丰富之外,还可以发现二者在案例解决和理论构造方面存在诸多不同之处。本文基于比较法的考察,以前述若干案例为例,阐述其共性和区别,探索我国产品自身损害侵权责任的司法对策。

(一) 通过产品的瑕疵形态限制侵权责任适用范围?

首先,德国民法上“继续侵蚀性损害”只解决产品部分负有隐蔽瑕疵,嗣后导致其他部分损害的案型。^[47] 如果产品自始整体上即无价值,则根本谈不上所有权的侵害。再者,继续侵蚀性损害也不适用于静态瑕疵,即并非嗣后导致物品其他部分损害的瑕疵。德国联邦法院认为这种情况仅适用瑕疵担保责任。^[48] 但我国《侵权责任法》第41条以及相关司法实务并无上述限制,也即不论产品瑕疵自始全部负有瑕疵抑或部分负有瑕疵,不论瑕疵逐渐导致其他部分损害抑或仅瑕疵部分自身损害,均可适用侵权法。

一方面,德国“继续侵蚀性损害”的学理和判例仍顾及合同法与侵权法的分界,不希望过分冲击二者的界限,造成体系的混乱。这也是我国一些学者批评《侵权责任法》第41条包括产品本身损害的理由。^[49] 但是,从另一方面看,区分部分瑕疵与整体瑕疵、静态瑕疵与动态瑕疵,并予以区分对待是否合理值得斟酌。既然承认了部分瑕疵和动态瑕疵的侵权责任,整体瑕疵和静态瑕疵为何不得适用侵权责任? 由买受人观点难以理解如此区别。^[50] 从我国司法实践看,“混凝土搅拌站案”算是部分瑕疵最终导致整体设备质量瑕疵(机器的粉料仓隔仓板设计不合理),尚可认为属部分瑕疵、动态瑕疵,但是实践中另有大量的汽车自燃类案件,甚至根本无法查明火灾原因(例如“祁庆民案”),谈不上缺陷损害部分与其余完好部分的区分。但我国对上述两种案型均适用侵权责任。

侵权法需要协调“权益保护与行为自由之间的紧张关系”,^[51] 不过分限制加害人行动自由空间。在产品自身损害案件中,德国民法通过部分瑕疵与整体瑕疵、静态瑕疵与动态瑕疵的区分为

^[46] Staudinger Kommentar BGB/ Hager, § 823 - 825, Rn. B116.

^[47] 继续侵蚀性损害中的功能区分说与质料同一性说,均将侵权损害限于部分瑕疵造成其他部分损害情形。参见前注[23],郭丽珍书,第68~69页。

^[48] 见前注[23],郭丽珍书,第111页。

^[49] 见前注[15],冉克平文,第101~102页。

^[50] 见前注[23],郭丽珍书,第111页。

^[51] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2. Halbband, 13. Aufl., C. H. Beck 1994, S. 350.

继续侵蚀性损害划定界限。尽管如德国理论和实务界的批评,这个方案并不完美,但它毕竟反映了对产品自损侵权责任设置了控制阀门。而反观我国,《侵权责任法》第41条对产品自损的情形不作任何区分,提供过于宽泛的侵权法保护,需要反思检讨。

(二) 纯粹经济损失与模糊的侵权法边界

在德国民法上,如果因出卖人提供的产品具有瑕疵,造成买受人营业损失或对第三人承担赔偿责任等纯粹经济损失,一般不能对出卖人或产品生产者直接主张侵权责任,而只能通过合同的瑕疵担保责任解决。^[52] 如果产品自损的情形符合“继续侵蚀性损害”的构成要件,从而构成一种(产品自身)所有权的侵权行为,适用《德国民法典》第823条第1款的侵权责任。在此基础上,营业收入等经济损失便可计入侵害所有权的损害赔偿范围。^[53] 换言之,倘若产品自损不构成所有权侵权行为,则无论如何侵权法不能介入纯粹经济损失赔偿。

相比之下,我国侵权法历来不限制产品侵权造成的纯粹经济损失赔偿。从《产品质量法》第41条第1款的文义看,“其他财产损失”完全可以包含纯粹经济损失。从前述司法实务情况看,法院并未将产品侵权责任的保护范围限于所有权或类似所有权的损害,也包括产品自身损害以及买受人经济收入的丧失、多支出的费用、对第三人承担的法律费用等纯粹经济损失。德国民法上“继续侵蚀性损害”理论还算是努力克制将产品自损及经济损失赔偿限于所有权侵害的情形,尽量不破坏侵权与合同责任的界限,这也是“功能区分”“质料同一性”等各种眼花缭乱的学说名目产生的根源。反观我国,《侵权责任法》第41条不分情况对产品自损都适用产品责任,毫无节制地突破合同相对性,而伴随的其他纯粹经济损失,更使上述问题雪上加霜。长此以往,或许正如学者担忧的那般,合同法将被淹没在侵权法的汪洋之中。

(三) 侵权法架空合同法的特别规整?

德国民法上“继续侵蚀性损害”案型创设的初因在于避免德国合同法中瑕疵担保责任对债权人的种种不利。尤其是在2002年新债法之前,买受人、承揽委托人的瑕疵担保请求权的消灭时效过短(6个月),且自交付之日起算。尽管新债法之后,瑕疵担保请求权消灭时效延长为2年,对此矛盾稍有缓解,但仍未消除其与侵权请求权消灭时效的区别。再者,德国新债法上瑕疵担保责任确立了买受人后续履行请求权的优先性,而侵权责任则无此要求。因此,产品自损适用产品侵权责任,将回避合同法上的特别规定。

以上侵权法与合同法之间的矛盾在我国民法中也部分存在,但程度和表现形式或有不同。首先,就消灭时效而言,尽管《民法通则》第136条规定出售产品质量不合格适用短期消灭时效1年,而侵权责任请求权原则上适用普通时效2年(《产品质量法》第45条规定的消灭时效也是2年),但起算点均为权利人知道或应当知道权利被侵害时(《民法通则》第137条)。因此,因消灭时效不同导致的后果差异,在我国民法上并不像德国民法那样突出。

其次,根据德国民法,债权人主张瑕疵担保责任须先要求债务人后续履行(补正)。而我国《合同法》第107条规定的继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任形式,并无严格的先后顺序。^[54] 依违约责任,债权人可以放弃退货、更换等权利,而直接主张损害赔偿并无障碍。

最后,我国《合同法》第158条规定买受人对质量不合格的异议期间,如果超出异议期,视为标

^[52] Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, S. 257.

^[53] [意] 布萨尼、[美] 帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第240页。

^[54] 韩世远:《合同法总论(第2版)》,法律出版社2008年版,第547页。

的物符合约定。此项限制,对买受人极为不利。故而《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第18条对此进行缓和处理。如果买受人就产品自身损害主张侵权责任,则无该异议期间限制。

由上可见,德国和我国民法上,关于违约责任(瑕疵担保)存在一些特别规整,可能会给产品买受人的权利主张带来不利影响。如果买受人合理地利用法律制度,回避合同法的不利因素,本身也无可厚非。况且,一些合同法上的特别规整本身也值得反思检讨。例如,瑕疵担保责任的短期时效究竟意义何在?普通民事买卖合同中,是否有必要采用质量异议期间的规定?倘若根据实证法,当事人主张违约责任与侵权责任的效果不同,那么在立法上未作统筹安排并消除不合理的差异之前,允许债权人选择适用请求权基础,依侵权责任主张产品自身损害的赔偿,未尝不可理解。^[55]

(四) 产品买受人对生产者的直接请求权

我国司法实践中发生的产品自损侵权案例,其中很大部分是买受人直接向并非出卖人的生产者主张侵权责任。例如前述“祁庆民案”中消费者跳过汽车经销商而直接向上海大众汽车公司主张侵权损害赔偿。^[56]向生产者主张侵权责任的便利和获赔的可能性高,是发生此类案件的重要原因。

实践中,如果产品的直接销售者陷入无清偿能力状态或企业破产,或主张合同免责条款,则买受人的损害赔偿难以完全获得实现。而且,相对于销售商,在大型工业产品方面,如汽车、机器等,生产者往往具有更专业的能力以及更强的承担责任经济实力。因此,近期美国合同法就将买卖合同的担保责任逐渐突破相对性而直接作用于生产商。^[57]法国也有相同的趋势。^[58]如果买卖合同瑕疵担保责任能够直接扩张及于生产者,可稍微缓解买受人对生产者就产品自损寻求赔偿的侵权诉讼的压力。而我国《产品质量法》第40条规定销售的产品出现瑕疵,销售者应负责修理、更换、退货以及赔偿损失。2013年修订后的《消费者权益保护法》第40条第1款也作相似规定。基于合同相对性原则,产品生产者不是直接买卖合同当事人,无须对从销售商采购商品的买受人负违约责任。在此情形下,买受人求助于侵权法向生产者主张侵权责任也是我国合同法上的救济不足使然,是一种来自原告的诉讼压力的释放。《侵权责任法》第41条在法律政策上并非没有依据。

五、结论与展望

通过本文的分析可见,产品自损的侵权责任是极具体系破坏力、被植入侵权法中的一个“木马”,处理不妥将引发侵权法与合同法体系的紊乱。这也是理论家和实践者颇为伤神之处。笔者在此提出如下几点意见可供司法者在运用《侵权责任法》第41条时参考。

首先,合同法与侵权法的概念体系界分固然重要,但自20世纪初利益法学开创以来,法律应为社会生活目的服务的思想逐渐获得认同。在现代大工业生产社会,面对生产经营者的强势地位,强调买受人尤其是消费者的权利符合现代民法思想发展趋势。^[59]因为我国合同法基于相对性原则,瑕疵

[55] 相同观点参见前注[22],董春华文,第48页。

[56] 类似案件参见湖南常德慈利县人民法院(2012)慈民三初字第2号民事判决。河南商丘市(2013)商梁民初字第1687号民事判决。河南许昌市(2013)魏民一园初字第57号民事判决。

[57] [美]杰弗里·弗里尔、迈克尔·纳文:《美国合同法精解》,陈彦明译,北京大学出版社2009年版,第359页。另参见前注[22],董春华文,第48页。

[58] 参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2003年版,第124页。

[59] 例如有学者建议,将产品自损侵权责任的构成限于消费者保护领域。参见马一德:《论消费领域产品自损的民事责任》,载《法商研究》2014年第6期。

担保责任不能针对生产者,作为功能替代,《侵权责任法》第41条不失为一个解决问题的入口。

其次,我国《合同法》的违约责任相比侵权法有若干限制,在发生请求权竞合时,允许当事人选择适用侵权或违约责任,是我国民事立法和司法认可的一贯策略(参见《合同法》第122条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第30条)。倘若就产品自身损害,同时发生违约和侵权责任,也应允许当事人选择请求权基础。

再次,就产品自损带来的其他经济损失,究竟是所有权侵害的损害后果,还是与产品自损一并都认作纯粹经济损失,存在理论上的定位问题。前者是德国“继续侵蚀性损害”的所有权侵权模式,后者是美国产品自损的纯粹经济损失侵权模式。本文更倾向于后者观点。不论如何,从债权人固有利益的角度看,此类其他经济损失都包含在《产品质量法》第41条第1款和《侵权责任法》第41条的文义之内。从同等事物同等对待的法理出发,产品自身损害作为一种纯粹经济损失适用侵权责任,在法律方法论上可以支持。

最后,侵权法既要保护受害人,也要顾及加害人的行为自由。如对《侵权责任法》第41条不作限定,适用于一切产品自损及纯粹经济损失情形,则《合同法》违约责任规则亦将形同虚设。因此,笔者主张《侵权责任法》第41条应该适用于价值判断上较容易成立的、而通过《合同法》又缺乏救济的(例如生产者一般不是合同责任主体)案型。在这方面,美国侵权法发展出来的“以危险方式致产品自损”规则值得借鉴。^[60] 此类案件中,产品自损是以危险、激烈的方式发生。正如美国一个法院所说,“当缺陷产品对人身或其他财产造成具有潜在危险的环境,则严格责任得以适用,即使损害局限于该产品本身也不例外”。^[61] 以本文所讨论案例为例,在“混凝土搅拌站案”中所涉及的损害主要是机器故障以及由此带来的经济损失。搅拌机质量问题造成其生产的混凝土质量瑕疵,但该故障对周围环境并不会造成突发的、剧烈的危险。而且,出卖人和美公司是合同当事人,买受人华磊公司本可以对其主张违约责任,似无必要跳过违约责任而主张产品侵权责任。而在“祁庆民案”之类的汽车自燃案件中,既涉及汽车产品本身的质量,同时汽车自燃等事故也给买受人及不特定公众带来安全隐患。而且《侵权责任法》第41条的产品侵权责任明文适用于“缺陷”产品,所谓缺陷即与产品的危险性紧密相连(《产品质量法》第46条)。因此,这类案件中,判令汽车生产商对买受人承担侵权责任,在价值判断上更容易为人接受。

总之,在产品自损及伴随其他纯粹经济损失的情形下,首先应考虑一般的产品瑕疵仍应归违约责任调整;如果产品以剧烈的、突然的方式发生自损,可以考虑适用产品侵权责任。换言之,以产品的危险方式自损作为构成产品自损侵权责任的界限,或可期待作为限制《侵权责任法》第41条适用范围过宽的方法。

(责任编辑:庄加园)

[60] 对此观点,请参见较为详细的美国法研究,张平华:《英美产品责任法上的纯粹经济损失规则》,载《中外法学》2009年第5期。见前注[22],董春华文,第48页。

[61] *Kodiak Elec. Ass'n v. DeLaval Turbine, Inc.*, 694P.2d 150,153. 转引自前注[1],美国法律研究院书,第434页。再例如 *McNamee v. American Honda Motor Co., Inc.* 案中,原告购买的汽车在正常行驶中失控、轮胎爆裂导致汽车损害,但原告所幸未受到伤害,也未有其他财产的损害。法院认定,汽车存在的缺陷状态对买方及其财产构成不合理的危险,且造成损害的方式是突然和实质性的。*McNamee v. American Honda Motor Co., Inc.*, 11 Pa. D. & C. 4th 633(1991).