

文章编号: 1674 - 5205(2011)06-0145-(009)

# 风险社会中的产品刑事责任

吕英杰

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

**摘要** 面对风险社会的到来,我国在追究缺陷产品侵权责任的基础上,有必要将产品责任扩展到刑事领域。尤其在风险社会下,许多产品在生产和出厂销售之时无法发现缺陷的存在,但置于流通领域后该缺陷产品导致消费者人身伤亡的,生产者应该承担回收义务,如果违背回收义务致法益侵害进一步扩大,则应该追究其刑事责任。

**关键词** 风险社会;产品刑事责任;先行行为

**Abstract:** In the coming risk society, we need to expand the responsibility to criminal field beyond tort liability. Especially, we can not detect the drawbacks of many products when they were produced or sent to sell in the market. However, if the products with drawbacks damage people during the course of circulation, the producers must perform their duty of recall and the foundation of recall is their risky behaviors before. And they shall be prosecuted if they violate the duty.

**Key Words:** risk society; criminal responsibility on products; pre-behavior

中图分类号: DF626 文献标识码: A

德国社会学家乌尔里希·贝克早在1986年就在其代表作《风险社会》一书中将当代社会描述为由科技化的社会生产所导致的“风险社会”。“风险社会”这一概念一经提出,社会学界、法学界,尤其是刑法学界都给予了充分的肯定性的回应,而且该概念不仅在德国本土备受推崇,甚至为全世界所普遍接受<sup>①</sup>。因为,当今世界频发的缺陷食品、药品、汽车、环境、矿山等责任事故,无疑已经印证了贝克“风险社会”概念的正确性。对应“风险社会”这一社会学名词,德国刑法学者提出了“风险刑法”<sup>②</sup>的概念<sup>③</sup>,即要顺应风险社会的要求对传统刑法进行修正。风险刑法对传统刑法的改变可以说是深刻的,而且是全方位的,它的改变不仅及于某些具体的归责要件,也及于整个犯罪论体系,甚至及于刑罚的根本目的与理念。具体而言,风险刑法的表现主要包括:法益概念的变迁与新型法益的产生<sup>④</sup>;法益保护的提前<sup>⑤</sup>;归责要件的缓

和<sup>⑥</sup>等。但无论学者总结出多少有关风险刑法的特征,归根结底都在于更加突出、强调刑法的预防机能(主要是一般预防机能)而不是报应机能,即认为刑法不仅是事后的法益保护法,也是事前的风险控制法。换言之,面对激烈的社会变迁,刑法要肩负起“创造安全”的义务,更加积极地参与风险防御与社会控制。

具体到产品责任领域,机器大生产程序复杂、环节繁多,技术性、专业性提高,这些均导致产品风险增大、产品事故增多。而且由于统一国内市场甚至国际

① 我国法学界近来以风险社会为研究对象的论文主要有:王小钢《贝克的风险社会理论及其启示》,《河北法学》2007年第1期;朱岩《风险社会与现代侵权法体系》,《法学研究》2009年第5期;劳东燕《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期;陈晓明《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

② 罗克信认为,风险刑法就是要讨论“刑法在什么范围内处于这样一种境地,需要以其传统法治国的自由的全部手段,其中也包括法益概念,来克服现代生活的风险”。参见(德)罗克信《德国刑法总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第19页。

③ 德国刑法学家Pritwitz在其1993年的《刑法与风险》一书中第一次以专著的形式探讨了“风险刑法”。参见(德)罗克信《德国刑法总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第19页。

④ 风险刑法所保护的法益中包含了更多的普遍法益、团体法益以及新型法益(如环境法益)。

⑤ 法益保护的提前主要表现刑法在对抽象危险犯、预备犯、持有型犯罪等的规制。

⑥ 归责要件的缓和主要表现为在罪责方面采用严格责任或者推定,在因果关系方面采用疫学的因果关系等。

收稿日期: 2010 - 08 - 10

基金项目: 本人主持的国家社科基金课题(10CFX027): “风险社会中的产品刑事责任研究”与李兰英教授主持的国家社科基金课题(08BFX056): “风险社会中的刑事归责研究”。

作者简介: 吕英杰(1979—),女,天津宝坻人,厦门大学法学院讲师,法学博士。

市场的建立,导致被害的范围空前扩大。面对产品事故的发生,故意、过失地生产、销售缺陷产品并导致消费者人身法益受到侵害的自不待言,当然要追究刑事责任。此外,在当前的风险社会中,由于人类理性的限制,许多未知的风险尚且无法把握,有时产品在生产和出厂销售之际即使根据当时一般的认知水平与检验手段都无法发现产品缺陷的存在,但在产品置于流通领域之后如果有根据表明该产品的使用与消费者法益受到侵害具有因果关系,而生产者不进行回收导致被害继续扩大的,也会考虑到追究相关人员的刑事责任。因此,如果要在产品责任上贯彻风险刑法的理念,积极防范产品风险,一方面,我们要超越现有手段对致人伤害、死亡的产品责任进行普遍的刑事规制<sup>①</sup>;另一方面,对于缺陷产品的生产、销售虽无过错、不违法,但在产品置于流通过后发现缺陷却对已售产品不予回收从而导致法益侵害扩大的行为追究刑事责任。

### 一、风险社会中产品刑事责任的必要性

伴随着风险社会的到来,对于缺陷产品责任的追究,国外的立法与司法状况均发生了变化。在德国,之前其产品责任也基本限于民事侵权领域,但自20世纪90年代随着皮革喷雾剂案件(BSHSt. 37, 106)与木材防腐剂案件(BSHSt. 41, 206)的发生,产品致人伤亡的刑事责任开始被提及。<sup>(1)</sup>在皮革喷雾剂案件中,生产企业的两名董事被判构成过失伤害罪与故意伤害罪;在木材防腐剂案件中,生产企业的技术、销售部门的经营责任者被判构成过失伤害罪。

在日本,对产品刑事责任的追究主要集中在2000年以后。一个著名的案例是所谓的“药害艾滋”事件,该案中,因使用带有艾滋病毒的血液制剂致数名患者感染艾滋病而死亡。本案涉及到产、官、学三方的刑事责任,其中,帝京大学医院决定对患者使用缺陷血液制剂的内科医生一审判决无罪(该医生在控诉审中死亡)<sup>②</sup>;出售缺陷血液制剂的“ミドリ十字”公司的三名干部被判构成业务上过失致死罪<sup>③</sup>;劳动厚生省生物制剂科科长也被追究了业务上过失致死罪的刑事责任<sup>④</sup>。另外,2002年发生的三菱汽车离合器系统零件缺陷导致司机死亡事故中,三菱汽车公司总经理等四名被告被判处业务上过失致死罪<sup>⑤</sup>。

在美国,其历史上几乎毫无争议地将产品缺陷致人死伤的案件作为侵权案件来处理,但1980年的印第安纳州诉福特公司疏忽大意杀人案(State of Indiana v. Ford Motor Co.)改变了这一状况。该案中三

名被害人出行时因为其驾驶的福特汽车油箱漏油而被烧死,虽然最后认定被告公司无罪,但之后联邦与州层面上有关法人产品刑事责任的立法逐渐增多。<sup>(2)(3)</sup>

在我国,目前针对产品缺陷导致的法益(主要是指生命、身体法益)侵害案件基本上仍然是运用民事赔偿的手段来解决,但现实中,侵权责任已远不能满足产品责任追究的需要,风险社会的到来迫切要求我们将产品责任扩展到刑事规制的领域,以将缺陷产品的风险控制到最低限度。因此,这里要深入思考的是,为何在风险社会的背景下产品侵权责任已经不能有效保护消费者的权益,从而使产品刑事责任的追究变得必要。

首先,就民事侵权责任而言,无论消费者是仅受到了财产损失,还是同时也遭受了人身侵害,其只能通过损害赔偿的方式弥补消费者所遭受的损失,而无法对生产者施加道义上的谴责,同时也无法实现预防的目的。一方面,在产品责任已经发展了近两百年的今天,过错早已不再是产品侵权的必要要件<sup>⑥</sup>，“缺陷”的存在替代“过错”成为产品责任中最为重要的要件。因此,在以无过错责任为产品侵权原则的今天,要求企业对其缺陷产品承担侵权责任的谴责意味已经大为减弱。然而,事实上并非不需要对这些有过错的企业进行道义谴责,尤其当其产品设计、生产、销售等环节存在重大过错并导致了重大法益的侵害之时。在这一点上,刑法恰恰能够弥补民法的不足,因为适用刑罚本身就意味着代表国家对侵害或者威胁刑法所设定的保护法益的行为进行谴责。另一方面,刑事责任不仅仅着眼于谴责,风险刑法的提出更使得刑法的预防功能尤其是一般预防功能备受关注,对于刑法一般预防功能的探讨甚至不再局限于刑法学、犯罪学领域,而且已经提升到与刑事政策、社会控制相当的地位。<sup>(4)</sup>随着近代以来对理性与自由的高扬,犯罪的一般预防不再以费尔巴哈的“心理强制理论”为根据建立在“人”的威吓的基础之上,显然这种威吓论违背了古典哲学“人永远只能是目的,不能是手

① 对于产品刑事责任的广泛肯定,体现了在危险社会中重视刑事责任的立场。参见(德)Prittitz, Strafrecht und Risiko, 1993. 转引自(日)北川佳世子《製造物責任をめぐる刑法上の問題点》,《早稻田法学》第71卷第2号,第228页注1。

② 东京地判平13・3・28。

③ 大阪高判平14・8・21。

④ 东京高判平17・3・25。

⑤ 横浜地裁平20・1・16。

⑥ 美国于1965年确立了产品侵权的严格责任原则,之后为很多国家所效仿,我国的《产品质量法》也采用了这一原则。

段”的基本理念。<sup>(5)47</sup>现代刑法的一般预防理论是以风险社会为背景,风险社会下新风险增加、风险预测难度增大、被害更加广泛,对此需要法规范充分发挥一般预防功能以安抚国民由此产生的不安感与恐惧感。现代刑法就是要通过对犯罪人进行刑事处罚,来保护国民的法忠诚、法信仰,以此确证法规范的存在与效用,实现维护整体法秩序的目的。而民事侵权责任由其性质决定无法实现以上功能。

其次,很多情况下对于作为加害人的企业而言,追究民事损害赔偿可能无关痛痒。一方面,企业可能已经从产品生产与销售过程中谋取了巨额利润,即使承担了赔偿责任仍然能保有相当的收益,更何况现代企业早已把可能承担的赔偿数额列为必要的经营成本,在产品生产之际即已纳入成本与收益核算当中。尽管企业对其造成的损失做出了赔偿但仍然享受由于缺陷产品带来的收益,这一点是不合理的,而企业刑事责任中的罚金制度则可以弥补这一不足。作为浮动法定刑的罚金制可以与企业利润相挂钩,随着企业利润的高低而上下浮动:企业因犯罪行为获得的利润越多,其社会危害越大,则罚金数额也相应越多。通过罚金制度的运用可以证明:给消费者带来重大法益侵害的企业企图用金钱来抵消过错的想法是行不通的。另一方面,即使像美国那样,一旦发生产品侵权,企业有可能面临灾难性的赔偿数额(包括惩罚性赔偿),但现代企业责任保险制度(不仅在环境污染企业有所体现,而且扩展到一切形式的企业当中)也足以让这些企业从巨额债务中脱身<sup>①</sup>。如此一来,即使追究了企业的侵权责任也难以实现谴责与预防的目的,难以预防可能再次发生的风险。因此,借助刑事责任的力量对企业进行处罚就变得必不可少。

最后,为了弥补民事诉讼的缺陷,也亟待刑事法的介入。民事诉讼通常由被害的消费者个人提起,而消费者处于弱势地位:一方面缺乏必要的诉讼成本,另一方面也难以举证产品缺陷的存在以及产品缺陷与侵害事实之间具有因果关系。诚然,集团诉讼可以在一定程度上解决这一问题,但仍然无法摆脱耗时长、费用高、结案率低等弊病,尤其当被告方是实力雄厚的跨国集团时,即使原告方结成诉讼集团也难以与之抗衡。而由国家司法机关发起、主导的快速而有力的侦查起诉活动则更加有利于查明真相,有利于在惩治犯罪人的同时保护被害人的利益,并有效地预防同类事件的再次发生。

综上所述,风险社会的要求以及民事产品责任的缺陷使得刑法介入产品责任领域已经不可避免。

## 二、我国产品刑事责任的现状

也许有人会说,我国并不缺乏产品刑事责任的规定,因此没有特别提倡的必要。但事实是,既有的立法规定与司法实践只能解决很少部分的缺陷产品的刑事责任问题,与合理防范产品风险的客观要求还相距甚远。

我国刑法典中明确处罚产品责任的法条集中体现在破坏社会主义市场经济秩序罪中的“生产、销售伪劣商品罪”一节。本节共九个罪名,分别规定在第140条至第148条之中,其中包括了对缺陷药品、食品、医用器材、化妆品、农药、兽药、化肥、种子等特殊产品的规制,也包括了对一般不符合安全标准的产品的规制,还包括了对一般伪劣产品的规制。本节犯罪既有危险犯(包含具体的危险犯与抽象的危险犯)也有结果犯,但都是故意犯罪。司法实务对于产品刑事责任的追究也主要以本节规定作为法律依据。因此,基本上我国已有的关于产品刑事责任的判决都是生产、销售伪劣商品的故意犯罪。但是,我们深入思考就会发现,我国刑法典“生产、销售伪劣商品罪”的规定并不能完全涵盖所有故意形式的产品责任。

首先,对缺陷产品导致被害人死伤的故意犯罪如果适用本节规定,很多时候会造成严重的法定刑不均衡。因为本节除了生产销售假药罪和生产、销售有毒、有害食品罪这两个罪名外<sup>②</sup>,其他罪名均无法规制明知产品存在严重安全缺陷,且明知该缺陷会给消费者造成生命威胁而仍然生产、销售该产品并希望或放任他人死亡的情形,否则就会造成与第232条故意杀人罪的法定刑的严重不均衡<sup>③</sup>。

其次,本节有些罪名也无法规制故意导致消费者伤害的情形。例如,第148条生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪,本罪规定“造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金”,从这一法定刑看,对于故意造成消费者重伤的,不能根据本条进行处罚,否则将会导致与第234条故意伤害罪的法定刑严重不均衡。

<sup>①</sup> 在贝克看来,保险合同是企业应付风险及其不确定性的一种技术方法。(参见(德)乌尔里希·贝克《从工业社会到风险社会——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》,王武龙编译,《马克思主义与现实》2003年第3期,第29页)就这一点而言,保险制度确实充当了企业责任“保护伞”的角色。

<sup>②</sup> 这两个罪名的法定最高刑都是死刑。

<sup>③</sup> 例如,第142条生产、销售劣药罪、第143条生产、销售不符合卫生标准的食品罪的法定最高刑为无期徒刑;第146条生产、销售安全标准的产品罪的法定最高刑仅为五年以上有期徒刑。

最后,对生产、销售特定伪劣产品之外的一般伪劣产品导致重大人身伤亡的,也无法全部按照本节犯罪进行处罚。例如,玩具生产商生产并且自行销售明知不符合健康和安全标准的玩具汽车,导致多名儿童人身伤亡的。也许有人认为可以根据第140条生产销售伪劣产品罪定罪处罚,因为本罪是本节犯罪的一般法条<sup>①</sup>。但是,由于第140条规定的法定刑根据销售金额的多少来确定,只有当销售金额在五万元以上时才构成本罪。那么,如果销售金额不足五万元,但造成了消费者的重大人身损害或者财产损害的,即不能按照本罪处理。也许有人认为这种情形可以按照第146条生产、销售不符合安全标准的产品罪定罪处罚,但本罪的法定刑最高只是五年以上有期徒刑,因此只能用来处罚过失致人死伤的犯罪,如果用来处罚故意致人死伤的犯罪,同样会出现法定刑不均衡的现象。

由此可知,就故意形态的产品刑事责任,我国的司法实践还存在很大问题。而对于过失生产、销售缺陷产品致人死伤的行为,由于我国刑法没有专节、专条规定过失的产品刑事责任,司法实践上对于此类案件完全作为民事侵权案件处理<sup>②</sup>。但在德国和日本,其刑法典虽然没有以专门法条规定过失的产品刑事责任,但却如前文所述可以按照过失杀人罪、过失伤害罪或者业务上过失致死罪、业务上过失致伤罪进行处罚<sup>③</sup>。

综上所述,目前我国司法实践对于故意、过失生产、销售缺陷产品并致人死伤的案件的处理,都存在着明显的缺陷。事实上,从刑法分则体系的角度看,“生产、销售伪劣商品罪”规定在破坏社会主义市场经济罪当中,其主要保护的法益并不是公民个人的人身权利,而是着重处罚违背诚信原则、生产、销售不符合安全标准、卫生标准的产品这一行为本身。换言之,本节犯罪本来就无法全面承担保护公民人身权利的任务,这一任务还要更多地依赖以人身权利为保护法益的刑法规范来实现。具体而言,在适用“生产、销售伪劣商品罪”不足以对消费者进行保护或者会导致法定刑严重不均衡之时,则应该考虑按照故意伤害罪、故意杀人罪、过失致人重伤罪或者过失致人死亡罪进行处罚。

在风险社会中,上述故意、过失生产、销售缺陷产品致人死伤的事故是比较常见的产品责任形式,但随着科技的大发展,人们在享受各种新发明带来的巨大便利的同时,也越来越常常面对或深陷于各种前所未有的新型风险当中。有时,生产者依据当时的认知水平并不能科学、有效地预防产品缺陷的发生,因此,即

使产品的生产过程完全符合科学的操作规程,产品本身也完全符合当时国家规定的质量标准<sup>④</sup>,生产者仍不能确保其生产的产品不存在某种缺陷。在生产者无法控制产品缺陷、也无法把握缺陷导致法益侵害的机理的情况下,其对于产品存在缺陷本身并无过错,但事后有根据表明已投入流通的缺陷产品与导致消费者人身侵害之间存在因果关系<sup>⑤</sup>,如果生产者在学习到产品致害的信息后对已售产品不予回收,则会招致法益侵害的进一步扩大。司法实践对于此类情形应该如何处理呢?在我国对于故意、过失生产、销售缺陷产品致人死伤的刑事责任的追究尚且存在诸多问题的情况下,对于这种风险社会出现的新型产品事故,司法实践上当然不会有刑事处罚的先例,不仅不存在刑事处罚的先例,甚至我们都看不到有追究民事责任的情形。其没有被追究法律责任的根据大概是我国《产品质量法》第41条规定的免责条款,其中第3项规定“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”的,生产者不承担赔偿责任。既然都不能追究民事责任,当然更不能问及刑事责任。但是,上述规定只能说明生产者对其发现缺陷之前生产、销售的产品不承担责任,却不能说明如果产品销售后发现存在缺陷并导致法益侵害发生,生产者对其不及时采取回收措施导致损害扩大的也不能承担责

① 我国学者通常认为生产、销售伪劣产品罪与本节其他犯罪之间是一般法条与特殊法条的关系,前者生产、销售的是一般的伪劣产品,后者则是特定的伪劣产品。但是,由于前者根据销售金额确定法定刑,后者根据危害行为本身或者行为可能造成、已然造成的危害结果确定法定刑,因此二者并不是包容与被包容的关系,而是交叉关系。例如,销售有毒、有害食品已经造成消费者的食物中毒,但如果销售金额不足五万元,则不可能构成生产、销售伪劣产品罪。

② 例如,我国曾经发生的一起因被害人购买的奥拓汽车车内苯含量超标而导致车主患再生障碍性贫血并死亡的事故,仅作为民事案件处理,没有作为刑事案件提起公诉。参见杨洁“新车苯中毒”案一审宣判“证据不足原告败诉”。(2004-04-02) <http://www.cctv.com/news/society/20040402/100845.shtml>

③ 德国、日本的刑法典也没有以专条规定故意的产品刑事责任。对于故意的刑事产品责任,按照故意杀人罪或者故意伤害罪来处理。

④ 我国刑法典中的很多犯罪都要求行为必须违反了相关行政法规的规定,例如,若构成生产、销售伪劣商品的犯罪,需以该商品不符合国家规定的质量标准为前提。这虽然为司法实践提供了便利,但刑事规范过于依赖行政法规、行政标准的作法不利于保护法益,也容易导致刑事裁判的形式化。

⑤ 既可能是科学的因果关系,也可能是疫学上的因果关系。

任<sup>①</sup>。而事实上,对于行为人不进行回收所导致的法益侵害扩大的行为,并非不存在追究其刑事责任的余地。下文将围绕该问题进行阐述。

### 三、风险社会中产品刑事责任的追究

这里以德国20世纪80年代发生的引起刑法学界震荡的“皮革喷雾器”一案为例,探讨风险社会中的产品刑事责任的追究。风险社会中的产品刑事责任包括很多问题,例如因果关系、责任主体等,但其核心问题是这里将要论述的回收义务有无及其根据。

“皮革喷雾器”案的基本案情是:生产皮革喷雾器的有限公司将自己生产的皮革喷雾器投入市场进行销售,自1980年开始先后接到报告称使用其商品的消费者出现了呼吸障碍、咳嗽、呕吐、恶寒、发热等症状,其中有患者甚至因为肺部浮肿产生生命危险而入院。1981年5月,该公司召开临时董事会,数名董事及研究所所长就该事件进行了讨论。会议期间,研究所所长做了报告,认为调查结果没有表明喷雾器有毒且具有危险性,因而无需进行回收,但提议“为了查明原因,应该委托公司以外的机关进行调查,并在产品包装上附加警示标志,针对各类不同情况分别对已有的标志进行更改”。董事会接受了该提议,并形成如下决议“在日后的调查能够确定产品果真存在缺陷、对消费者产生危险之前不下达停止销售、回收产品的命令,也不采取警告行动。”此后,有限公司又相继接到被害报告,但由于该公司即便继续进行调查也没有查明原因物质为何物,因此没有停止销售产品,导致了被害的进一步扩大。直至1983年9月,在有关管辖机关的介入下,该公司才停止皮革喷雾器的贩卖并开始进行产品回收。<sup>(6)</sup>

1990年德国联邦裁判所对本案作出了判决(BSHSt. 37, 106)。判决认为,有限公司的两名被告董事从接到被害报告至决定继续销售有害产品这一期间的行为构成作为的过失伤害罪(4件);其决定继续生产、销售、不予回收之后的行为分别构成作为(生产、销售)与不作为(不回收)的故意伤害罪(38件)。判决作出后,德国学者之间对于该判决结果及其理由产生了诸多争议,争议的焦点主要集中在被告是否具有回收义务以及回收义务的发生根据上,概括起来,主要包括安全确保义务说、支配领域说与先行行为说。

#### (一) 安全确保义务说

这是德国法院一审判决所采取的立场。一审判决直接从民法上的产品的“安全确保义务”<sup>②</sup>以及回收义务中引申出刑法上的作为义务。然而,毕竟民法

的设定目的与刑法不同,因此将民事义务直接拿来作为刑事义务的根据并不充分,而且还有扩大刑事责任的危险。正如许乃曼所言,民法上的回收义务是排除侵害请求权的衍生物,因此肯定民事上的回收义务是容易的,但是“把刑法上的产品责任扩张为和民法责任一样宽广的做法”,是“退缩回到形式的法律义务理论”。<sup>(7)650</sup>从民法上找寻作为义务根据无疑是形式化的做法,我们应该结合刑法的法益保护实质化、规范化地确定作为义务的根据。

#### (二) 支配领域说

其中,又包括事实支配领域说与规范支配领域说。

##### 1. 事实支配领域说

持该说的代表人物是许乃曼(Schünemann)。其坦言“在现代工业社会中站在刑法最前线的当然是刑法的产品责任,其最重要的部分乃是由最高法院所确认的生产者将已经贩卖给消费者的危险产品回收的责任。”<sup>(8)538</sup>但他对于这一新的责任形式的态度比较保守,这与他一贯主张的作为义务根据或保证人地位理论——“支配原则”不无关系。

许乃曼将对原因的事实支配视为作为义务的根据,他认为,无法否认的是产品一旦被带入市场流通,生产者便对产品丧失所有的实质支配,因此,回收义务也就无从谈及。他的具体理由是“销售物被置于流通领域之后,即使在其有害性逐渐被认识的场合,也不能将民法上的回收义务与刑法上的保证人义务同等看待。因为对于已经投入流通的产品而言,已然失去了继续的事实上的支配。企业已不具有对已置于市场的产品施加影响的权限。”<sup>(6)</sup>许乃曼根据其支配理论进一步论述其否认生产者保证人地位的理由:“生产者事后对产品危险性的认识也不能补足其对产品事实支配上的缺陷,因为对该危险的认识在许多场合都存在,例如,原料检查部门、商品检查部门、相关行政机关等都可能获得对该产品危险的认识,但我们并不认为这些部门具有保证人地位。”<sup>(6)</sup>因为,以

<sup>①</sup> 我国在《产品质量法》之后的一些立法中规定了回收制度,例如2009年通过的《食品安全法》在第53条设立了食品召回制度。该条规定“食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准,应当立即停止生产,召回已经上市销售的食品,通知相关生产经营者和消费者,并记录召回和通知情况。”但是,该规定也不能说明生产者应该承担对出厂时无法发现缺陷但流通后发现缺陷的产品的回收义务。因为食品召回义务的前提是食品不符合安全标准,而这显然不包括产品出厂时存在无法检测的缺陷的情形。

<sup>②</sup> 我国也称“安全保障义务”。该义务规定在《产品责任法》第26条第1项,即生产者应当保障其产品质量“不存在危及人身、财产安全的不合理的危险,有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,应当符合该标准”。

上部门所承担的义务不过只涉及到德国刑法第 323 条 c 的“救助义务”,而该救助义务以相同的程度涉及到每一位讯息拥有者。<sup>(7)</sup>这正如尽管得知幼儿落水且具有救助可能的路人皆负有对幼儿的救助义务但并不成为支配该幼儿生命的保证人(故意杀人罪的主体)一样,事后的危险认知无法弥补“支配”上的不足,这无论对生产者还是其他机关、部门都是如此<sup>①</sup>。

许乃曼的观点在日本学界也获得了一定的支持,堀内捷三教授同样根据事实支配理论提出,“生产商对于远离批发商而处于流通过程中的制造物,即使能够确保对该商品具有排他性,也不能说该危险物处于自己的支配领域。因此,无论是生产商还是批发商,对于已流入市场的产品都不具有应予回收的作为义务,对于消费者健康受损这一点也不承担不作为伤害罪的刑事责任。”<sup>(9)</sup>

诚如以上两位学者所言,在空间上,远离生产者处于流通中的产品已不属于生产者的支配领域。但是,某些产品虽然在空间上不属于生产者的控制,但是生产者可以通过一定的技术手段掌握、追踪产品的销售路径以及消费者的资料,也就是说在组织上仍然可能对产品进行事实的支配。例如,对于汽车的生产、销售而言,我国《缺陷汽车产品召回管理规定》第 16 条明确规定“制造商应按照国家标准《道路车辆识别代号》中的规定,在每辆出厂车辆上标注永久性车辆识别代码;应当建立、保存车辆及车主信息的有关记录档案。对上述资料应当随时在主管部门指定的机构备案。”而提交备案的材料则应该包括车辆识别信息、技术资料、经销和售后服务渠道以及车主信息;其中车主信息又包括,车主的姓名、身份证号、地址、邮政编码、电话和电子邮件,车辆识别代码,车辆购买时间<sup>②</sup>。由此可见,就汽车生产商而言,即使产品脱离了厂家,生产者仍然具有对该产品进行事实支配的现实可能性。

但是,这是否因此成为汽车生产者应当履行回收义务的根据?笔者认为,“事实支配”只能说明生产商能够容易地对产品进行回收,或者说它反映的是回收可能性的有无及其大小,而不能为回收义务提供理论依据。能够回避结果发生的人未必具有回避结果发生的义务,因此,我们还需从其他角度找寻回收义务的根据。

## 2. 规范支配领域说

在规范支配领域说之下,又具体可以分为“效率说”和“社会期待说”。

第一,效率说。该说认为企业管理者对其产品危

险性的相关知识具有独占性,并且处于能够做出对产品采取回收措施的意思决定的地位,因此能够最有效率地对其危险产品进行回收,所以,企业的管理者具有保证人地位,负有回收义务。也就是说,无论产品是否已经脱离了企业的管辖领域,只要企业集中掌握着商品危险性的信息,控制该商品危险的责任就不能移转给零售业者及消费者。即使存在多数可以采取回收措施的主体,企业管理者也是其中能够最具效率地采取结果回避措施的主体,例如,他们可以要求尚未上市的产品停止上市,可以在一定程度上掌握已进入流通的产品的路径,从而要求停止产品的继续流通。<sup>(6)</sup>

笔者认为,该观点也是值得商榷的。首先,产品的生产者未必具有知识的独占性与行动的优越性。很多情况下,外部的第三者(例如媒体、监管部门乃至竞争者)同样具有这方面的优势,但他们不可能成为具有回收义务的保证人。其次,该说从经济效率的观点出发认为能力最高的人具有保证人地位,违背刑法的正义观念。义务是从规范或者法益出发对行为人提出的要求,具有客观性。如果法规范或法益对能力高者提出的要求高于能力低者,那么将会导致“能者多责”的错误结论。再次,回收效率这一指标同样表明的是结果回避的可能性与容易性,这可以认为是对具体行为人能否科以结果回避义务或者作为义务的前提,但不能视为作为义务的来源。作为义务的来源说的是客观义务的合法根据的问题,其机能是为了保证不真正的不作为犯与作为犯具有同等价值的可罚性。如果以该说作为回收义务的根据,则任何可以回避危险的人都可以成为不真正不作为犯的保证人。因此,知识与行动上的优越性不能成为回收义务的根据。

第二,社会期待说。持该说的代表是布拉莫森(Brammsen),他首先对事实支配说进行了批判,认为事实支配说仅仅以“物理的”、“现实的”支配关系为依据确定保证人义务是不妥当的。社会期待说则从社会秩序的现状出发认为社会是高度复杂且持续变化中的系统,社会秩序处于一系列连锁关系的影响之

<sup>①</sup> 许乃曼对于生产者回收义务的否定还源于他所主张的“低度的结果回避可能性”。参见本文参考文献[8]。

<sup>②</sup> 我国《缺陷汽车产品召回管理规定》的第 26 条规定,制造商确认其生产且已售出的汽车产品存在缺陷决定实施主动召回的,应当立即将其汽车产品存在的缺陷、可能造成的损害及其预防措施、召回计划等以有效方式通知有关进口商、销售商、租赁商、修理商和车主,并通知销售商停止销售有关汽车产品,进口商停止进口有关汽车产品。制造商须设置热线电话,解答各方询问,并在主管部门指定的网站上公布缺陷情况供公众查询。

下,互相补充、彼此混合。因此,不能仅以事实支配关系为基础,还必须援用法的影响与处分关系才能得出合理结论。具体而言,该说认为,产品回收义务的存在与否与产品是否尚在企业内部或已处于销售网络、抑或已经流入店铺或消费者手中没有关系,而是应该通过可预期的社会成员的“相互期待”来予以说明,而该期待是由现实存在的一般人所承认的某种被赋予的特殊社会地位所决定的。本案中,消费者与生产者之间的地位决定了前者对于后者回避、消除危险具有社会性的期待,正是基于这种社会性期待,使生产者对于其制造的产品具有“法律上”的支配权与处分权,也就是具有保证人地位与义务。<sup>(10)137</sup>

对于该说,笔者认为,第一,期待不能产生保证人的回收义务。“期待”反映的是社会的交往关系,期待有社会主体的期待,有法规范的期待。后者是法律义务的根据,前者只代表社会主体自身的主观任意,与法律义务无关。当然,如果社会主体的期待与法规范的期待相一致时,被期待的对象也应该承担法律义务,但其义务的来源仍然是法规范。因此,即使社会公众具有合乎法规范的合理期待,该期待也不能成为回收义务的来源。何况,在本案中,社会公众不仅可以对生产者有所期待,对于企业监管部门、政府机关同样可以有合理的期待<sup>①</sup>,但是否监管部门同样具有刑法上的保证人义务?答案显然是否定的。第二,法律上的支配权、处分权也不能产生保证人的回收义务。布拉莫森是在否定物理、现实的支配的基础上进而提出“法律上”的支配权与处分权的,但何为“法律上”的支配、处分权并不明确,而且对于已经处在消费者手中的缺陷产品,生产者如何能够支配和处分,就这一点布拉莫森也没有详细说明。退一步讲,即使生产者有法律上的支配权、处分权,该权能也不能成为保证人义务的根据,因为在法律上权力是不能导出义务的,法律不能因为主体“能够这样做”而要求他“必须这样做”。概言之,支配权、处分权理论与效率说一样解决的都是结果回避可能性的问题,而不是义务来源的问题。

### (三) 先行行为说

德国联邦法院则以“先行行为”说为根据肯定了本案被告的回收义务,该先行行为是指:被告将具有导致消费者健康损害的危险产品置入流通的行为。但由于被告在产品投入流通之时无法认识到产品存在缺陷,因此学者就判决的合理性产生了分歧。分歧点集中在,作为回收义务根据的先行行为是否必须违反客观的注意义务。

#### 1. 义务违反不要说

该说主张,若以先行行为为根据,该先行行为必须具有义务违反性。而本案中,被告在收到被害报告之前,根据当时一般的认知水平与检测手段,无法查明究竟是何物质导致了损害的发生,更无法排除所属产品之外的其他物质导致损害发生的可能性,因此生产者无法具体认识到产品存在危险性;而且,被告在接到被害报告之后,在本公司内部进行了充分的调查与讨论,结果是仍然不能确定其产品存在致人损害的缺陷。因此,该说认为被告已经尽到了注意义务,不存在义务的违反。对于判决放弃客观的注意义务违反性的做法,哈斯默尔(Hassemer)从法治国的观点批判其将导致刑罚介入的预测可能性的丧失<sup>②</sup>。布拉莫森也论述道“以先行行为为根据的(保证人)义务的发生至少要限于基于客观过失的违法的先行行为。即先行作为所引起的对于法益的升高的具体危险通常是不被允许的,是客观上预见可能的,且必须是如果采取了注意态度就能回避的”,“如果不遵守刑法上义务违反性这一最低条件,必然导致刑法上的行为秩序转化为状态保全秩序,导致责任的扩大”,并且“与作为规范对象的人的意思决定的自由与影响相背离”<sup>③</sup>。许乃曼则严厉地批评德国联邦法院的判决是以刑事政策上的必要性代替学理上的思考。<sup>(7)</sup>

义务违反不要说是站在行为无价值的立场,以被告在生产、售出环节不存在注意义务违反(或客观的预见可能性)为由否定了先行行为可以成为回收义务的根据。笔者赞同行为无价值的立场,认为过失犯的成立需要以违反客观的注意义务为前提,但是不能因此赞同义务违反必要说的结论。因为,该说实际上是把过失犯中的客观的注意义务违反与先行行为的客观的注意义务违反相混同。之所以称之为“先行行为”就证明它不是实行行为本身,而只是作为实行行为的事后不回收行为的根据。因此,只要实行行为本身违反了注意义务且行为人主观上存在过错,就不会违反责任主义原理,不会背离法治国的基本原则,也不会导致刑事责任的无端扩大。

#### 2. 义务违反不要说

① 许乃曼认为,这种一般性的期待在许多地方都可以找到,例如,信赖政府会照顾普通繁荣和国民生产所得持续成长。但充其量该期待只能产生第323条c所规定的一般行为义务,即救助义务,而不是保证人义务。参见本文参考文献〔7〕。

② 相关内容参见(德)Hassemer, Produktverantwortung im modern Strafrecht, 2. Aufl., (1996), S. 59. 转引自(日)镇目征树, 刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開(J). 本郷法政紀要, 1999, (8): 357.

③ 参见(德)Brammsen, a. a. O. (Kap. 1, Anm. 1), GA1993, S. 105ff. 转引自(日)北川佳世子《製造物責任をめぐる刑法上の問題点》,《早稻田法学》第71卷第2号,第228页注1。





符合风险社会、风险刑法的要求。如上文所述,现代科技导致风险的发生具有不确定性、不可预测性,即使是日常行为也可能伴随高度的危险,因此,如果要求先行行为必须违背客观注意义务、要求行为人对于先行行为所伴随的风险具有客观预见可能性,则必然导致新型风险的制造者可以不必为其制造的风险负责,而将风险及其危害转嫁给一般国民。这显然是不公平的。

然而,如果要最终肯定以危险的先行行为作为回收义务的依据,还必须克服一个理论上的难题:如果企业内部发生了人事变更,职务后继者如何为前任的先行行为负责<sup>①</sup>? 这在不承认企业犯罪的德国尤其成为问题。许乃曼就曾提出,根据先行行为理论,刚进入企业之人会因为欠缺违反义务的前行为而不需负责,相反,离开企业的退休之人则仍居于保证人地位。<sup>(7)</sup> 这样的结论显然是不妥当的。但是,在我国规定了单位犯罪的情况下,这一问题并不难解决。虽然

刑法最终惩罚的是个人,但个人的危险行为、法益侵害行为都是与企业紧密相关的,只要当我们把个人的行为与企业联系在一起考虑时,让后继者承担作为义务就不难解释。事实上,后继者承担回收义务不是在为前任的先行行为负责,而是为其所代表的企业的危险的先行行为负责;其所承继的不仅仅是作为企业管理者的权力,也承继了职务所赋予他的维护本企业产品安全的义务。

总之,在风险社会下,全面追究产品刑事责任不仅是刑事政策的考虑,也符合法治国的基本理念,是无法回避的刑法学趋势。

<sup>①</sup> 日本“药害艾滋”事件中,在追究厚生省生物制剂科长的责任时,就遇到了这样的问题。历经数年,最初允许缺陷血液制剂进口并使用的官员早已为后继者所代替,因此,日本裁判所小心翼翼地不是以先行行为为根据追究了现任生物制剂科科长长的责任。参见东京地判平成13·9·28。

## 参 考 文 献

- (1) [德] Kuhlen, *Notwendigkeit und Grenzen einer Strafrechtlichen Produkthaftung* (J). 神例康博译. 松山大学论集 (14·5).
- (2) See California Penal Code, Section 387; Transportation Recall Enhancement, Accountability and Documentation Act, Section 5; Consumer Product Safety Act, Section 2068-2070; Consumer Product Safety Improvement Act, Section 217.
- (3) See Frank J. Vandall, *The Criminalization of Products Liability: An Invitation to Political Abuse, Preemption, and Non-enforcement*, *Catholic University Law Review*, 2008 (341).
- (4) [英] 戈登·休斯. 解读犯罪预防——社会控制、风险与后现代 (M). 刘晓梅, 等译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.
- (5) [德] 康德. 道德形而上学原理 (M). 苗力田, 译. 上海: 上海人民出版社, 2000.
- (6) [日] 镇目征树. 刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開 (J). 本郷法政紀要, 1999 (8): 357.
- (7) [德] 许乃曼. 德国不作为犯法理的现况 (M) // 许玉秀, 等. 不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑. 台北: 新学林出版有限公司, 2006.
- (8) [德] 许乃曼. 过失犯在现代工业社会的捉襟见肘 (M) // 许玉秀, 等. 不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑. 台北: 新学林出版有限公司, 2006.
- (9) [日] 堀内捷三. 製造物の欠陥と刑事責任——その序論的考察 (J). 研修 (546): 8.
- (10) [德] Bramsen. フォーマルな組織における不作為責任 (M) // Knut Amelung. 監組織内犯罪と個人の刑事責任. 山中敬一. 东京: 成文堂, 2002.
- (11) [日] 山口厚编. クローズアップ刑法総論 (M). 东京: 成文堂, 2003.
- (12) [德] Otto. 危険な製造物の引渡しについての刑法上の帰責 (二) (M). 甲斐克则, 等译. 広島法学 (23·2): 268.

(本文责任编辑 付玉明)