

私法中理性人标准之构建

叶金强*

内容提要：他人内心世界的无法直接获知性，决定了个案裁判中理性人标准的不可或缺。司法实践中，需要运用理性人标准来完成相应的评价工作。理性人标准的运用包括三个阶段：理性人建构、场景重构、透过认知图式得出结论。个案中，通过设想一个具有特定知识结构和能力水准之人，在具体的场景下会形成什么样的认识，来完成对行为人的评价任务。理性人的内部结构主要包括知识结构、认知能力和行动能力，理性人的具体化即表现为理性人的知识结构和能力水准的具体确定。理性人的具体化、场景的重构，均需在价值指引下进行。对此，认为理性人标准系为单一价值服务的观点不可取。理性人标准所要实现的价值，必须结合其所要解决的问题领域具体地加以确定，不同领域中理性人标准所要实现的价值也会不同。价值实现的基本途径是，将价值取向作为确定理性人能力水平和具体知识状况的标准，并指引场景的重构。理性人标准在私法中有着非常广泛的适用空间，并可扩展到公法领域。

关键词：理性人标准 认知图式 适用机制 价值实现

一、问题的提出

以一个人格化的形象作为参照来评判个案当事人，在法律中具有悠久的历史。远在罗马法时代，便存在着善良家父标准，未尽到一个善良家父之注意者，即具有抽象轻过失。^{〔1〕}在合同及准合同关系中，罗马法同样会运用善良家父标准来作出判断。^{〔2〕}契约法中的善良家父的勤谨注意，由依善意履行、履行能力和胜任程度三项因素构成，^{〔3〕}违反该勤谨注意标准而构成的过失属于契约过错，不同于契约外过错。

* 南京大学法学院教授。

本文是2013年度司法部部级科研项目（项目编号：13SFB2031）、南京大学985三期项目成果之一。

〔1〕 See Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 170.

〔2〕 同上书，第180页，第228页。

〔3〕 参见丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第160页。

法国民法承继了罗马法的传统，其民法典中的“bon père de famille”概念，几乎是罗马法上善良家父的直译。法典分别在用益权、准契约、保管、租赁、借用等领域，设定了“bon père de famille”之人格化注意标准。该标准通常汉译为“善良管理人”，〔4〕也有间或译作“善良家父”的。〔5〕不过，法国下议院于2014年1月21日通过修正案，弃“bon père de famille”（善良家父）而改用“raisonnable”（理性的）之表达，2014年8月4日的男女真正平等法第26条（LOI n° 2014 - 873 du 4 août 2014 - art. 26），再次确认了此种修改，对法国民法典第601、627、1137、1374、1728、1729、1766、1806、1880、1962条中的相应表达作出了调整。法国法的此处修正，可能主要基于性别平等理念的考虑，于法实践上倒不会带来实质性的改变。意大利民法典在债法、继承、物权等领域广泛使用“善良家父”标准，例如，其第1176条规定：在债的履行中，债务人应当尽到善良家父般的谨慎义务。〔6〕日本民法典采用了“善良管理人”的注意标准，其第298、400、644条分别针对不同的情形作出了规定，其中第400条规定：债权标的为特定物交付时，债务人在其交付以前，须以善良管理人的注意保存其物。〔7〕德国民法典与上述法典不同，其于第241a、276、831、833、834、836条之中，采用了所谓“交易上必要之注意”（im Verkehr erforderliche Sorgfalt）标准，其中第276条第2款规定：未尽到交易上必要之注意，即构成过失地实施行为。这里，德国法形式上虽未采用人格化的标准，但解释上同样会考虑具体交易领域、参与人的典型性等，并根据职业、教育、年龄组作出区分，形成诸如谨慎之商人等标准。〔8〕

英美法系判例法传统中，担当人格化判断标准的是理性人（Reasonable Man），最初被运用于过失侵权领域，以理性人的形象为参照来判断行为人过失之有无。后该标准不断扩张其适用范围，其间因女性主义者质疑其中的男性色彩，而逐渐演变为Reasonable Person标准，间或也会根据个案情况使用理性之妇女（Reasonable Woman）标准，〔9〕另有学者针对一些案型，提出了理性受害人（Reasonable Victim）标准。〔10〕不过，没有人确切地知道理性人最初是怎样出现在法律中的，有人认为是演进而来，有人主张是建构出来的。〔11〕

就具体适用领域而言，英美法系中理性人标准起始于侵权法，随后扩展到私法的其他领域，进而进入刑法、行政法和宪法领域，经历了一个显著的扩张过程。〔12〕例如，在作为

〔4〕 参见《拿破仑民法典》，李浩培等译，商务印书馆1997年版。

〔5〕 罗结珍所译《法国民法典》中将第601、627、1137、1766条中的“bon père de famille”译作“善良管理人”，而将第1374、1728、1729、1806、1880、1962条中的“bon père de famille”译作“善良家父”。例如，其第1374条译作：管理人应对事务的管理给予善良家父之应有注意。参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版。

〔6〕 参见《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社1997年版，第325页。

〔7〕 参见《最新日本民法》，渠涛编译，法律出版社2006年版，第90页。

〔8〕 Vgl. Reiner Schulze (Hrsg.), BGB Handkommentar, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 3. Auflage 2003, S. 268.

〔9〕 See Elizabeth L. Shoenfelt, Allison E. Maue and JoAnn Nelson, *Reasonable Person Versus Reasonable Woman: Does It Matter?*, 10 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 633 (2002).

〔10〕 See David Schultz, *From Reasonable Man to Unreasonable Victim?: Assessing Harris v. Forklift Systems and Shifting Standards of Proof and Perspective in Title VII Sexual Harassment Law*, 27 Suffolk U. L. Rev. 717 (1993).

〔11〕 Randy T. Austin, *Better off with the Reasonable Man dead or the Reasonable Man Did the Darkest Things*, B. Y. U. L. Rev. 480, 479 (1992).

〔12〕 Mayo Moran, *The Reasonable Person: A Conceptual Biography in Comparative Perspective*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 1233, 1233 (2010).

私法的商标法中，理性人会被具体化为理性的消费者，商标是否会发生混淆须运用理性的消费者标准来判断。^[13] 刑法中，有学者认为，没有比“理性人”更重要的刑法概念了；谋杀、胁迫、挑衅、自卫等规则均依赖于该概念。^[14] 强奸案件中，当我们力图确定受害人的行动和语言是否构成对性行为的同意时，理性的妇女标准需要引入。^[15] 在一个理性的妇女会相信抗拒将危及自己的身体或精神康宁之情势下，未抵制性接触并不意味着同意。^[16] 夸张性表达是否构成诽谤，需要理性人标准的检验，其取决于一个理性人会不会将被告所述当作事实主张来看待。^[17] 此外，宪法领域中，搜查和扣押的合理性，也需运用理性人标准来作出判断。^[18] 总括看来，恰如学者所言，理性人标准遍布美国法。^[19] 《美国统一商法典》§ 2-313A、§ 2-313B 使用了理性人标准；在判例整理基础上编纂的法律重述中，《第二次合同法重述》之§ 162、§ 228，《第二次侵权法重述》之§ 283A、§ 464、§ 652B、§ 652D、§ 652E，均采用了理性人标准。

由以上简要的梳理之中，不难看出人格化标准广阔的作用空间。而“善良家父”、“善良管理人”、“理性人”之间，除了因时代背景、适用领域等不同而引发的差异之外，实质上应具有一致性，均是以一定的人格形象为参照来就所面临之问题得出结论。^[20] 那么，这里能否抽取出统一的基础，塑造出统一的结构，便成为颇值思考的问题。而就名称选择而言，《联合国国际货物销售合同公约》第 8 条、第 25 条就合同解释和根本违约之判断，采用了“理性人”（Reasonable Person）标准，同时考虑到名称的涵摄能力，笔者倾向于采用“理性人”之表达。这样，由前文引申出来的基本问题便包括：为什么需要理性人这样的人格化标准？理性人标准背后的基础性价值是什么？理性人的基本结构及其构建模式是怎样的？理性人标准采用什么样的适用机制？为便于主题的把控，本文拟将讨论范围基本限定于私法领域，但所得出的结论对其他领域的问题同样具有参考价值。值得一提的是，这里的讨论并非仅具理论意义，其同时也具有重大的实践价值。一方面，我国立法上虽没有明确使用理性人标准的规定，但司法解释中已出现了实质意义上的理性人标准，^[21] 司法解释的适用需要理性人标准一般性研究的支持。另一方面，即便立法条文中未使用理性人之表

[13] See Laura A. Heymann, *The Reasonable Person in Trademark Law*, 52 St. Louis U. L. J. 781 (2008).

[14] Victoria Nourse, *After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity/Objectivity Question*, 11 New Crim. L. Rev. 33, 33 (2008).

[15] Donald C. Hubin and Karen Haely, *Rape and the Reasonable Man*, 18 (2) Law and Philosophy 113, 119 (1999).

[16] 前引 [15], Hubin 等文, 第 121 页。

[17] See Eric Scott Fulcher, *Rhetorical Hyperbole and the Reasonable Person Standard: Drawing the Line Between Figurative Expression and Factual Defamation*, 38 Ga. L. Rev. 736, 717 (2004).

[18] See Marla Eastwood, *Constitutional Law: Investigatory Stops and the "Reasonable Person"*, 44 Fla. L. Rev. 131 (1992).

[19] Steven P. Scalet, *Fitting the People They Are Meant to Serve: Reasonable Persons in the American Legal System*, 22 (1) Law & Phil. 75, 76 (2003).

[20] 在由 Georges Rouhette 教授翻译的法国民法典英译本中，“bon père de famille”被译作“prudent administrator”，在该译本的“词汇表”相应条目下，译者认为“bon père de famille”与理性人（Reasonable Man）具有大致相同的功能。http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/.../Code_22.pdf.

[21] 《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（二）》（法释〔2009〕5号）第19条规定：对于合同法第74条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。这里所谓“交易当地一般经营者”，即是一个已具体化的理性人标准。

达,在许多规则的解释适用上,仍然需要运用理性人这一工具,^[22]理性人标准成为藏于解释论这只木马中的奇兵,为实务问题的妥当解决贡献着力量。

二、理性人标准的认识论基础

从认识论的角度来看,理性人标准运用中,法官是通过获知理性人的内心状况并以之为参照,来完成对行为人的评价等任务。为什么早在罗马法上便出现了人格化标准的实践,并于现代进一步发扬光大?这可能还得从认识论的基本原理以及法律实践的特殊性方面来思考。对于认识是如何发生的问题,早期存在经验主义和先验主义之分,在这两极之间,思想史上形成了各种不同的学说。^[23]针对生命体相互之间的认知可能性,早在两千多年前,惠子即提出了“子非鱼,安知鱼之乐”的诘问,而庄子则回以“子非我,安知我不知鱼之乐”。^[24]法律实践面临着主体间认识的问题,法官作为裁判的主体,需要在一定的认识基础之上作出裁决,这包括对当事人的内心活动形成认识和作出评价。对此,“设身处地”地移情性思考,也许是一种方法。有学者指出:移情判断问题的实质,是“主体间性”问题,即某一认知主体能否达到对另一认知主体的诸如快乐、恐惧、疼痛等此类情感的认知问题。^[25]其实,我们确实无法通过“经验”他人的心理经历来认识他人的心理感受;但是,我们确实可以感知他人的内心世界,实践已经明晰地展示出这一点。“人是人的镜子,每个人都从他人身上看到自己,也从自己身上看到他人;在主体间的这种相互观照中,既确定了对于自身而言的自我的存在,同时也确认了他人的自我的存在。”^[26]

人具有认识世界的能力。现代认知心理学中的认知图式(认知结构)理论,可以为认识的实现提供理论支持。有学者指出:认知活动的进行是通过人脑对信息客体的选择、整合和理解而实现的。人脑对信息客体的选择、整合和理解的模式就是认知图式(cognitive scheme)。它是存在于主体之中,附着在由遗传素质决定的脑神经结构之上,由多级心理、意识要素构成,能加工、整合信息,形成人的观念和认识的微观机能系统。^[27]另有学者指出:主体认识图式,从构成上说,是认识活动中主体先存的各种意识状态的综合统一体。所谓各种意识状态,是指主体认识图式既不单纯是知识,也不单纯是逻辑结构,而是包括知识和逻辑结构在内的主体多种意识的总体。这个意识总体既有知识的、逻辑的方面,又有非知识的、非逻辑的方面,例如各种意向性心理,包括信念、情绪、兴趣、欲望、意志等。^[28]这样,人作为主体,透过自身的认知图式,可以实现对物质世界以及他人的认识。

不过,法律认识实践的特殊性在于其大量涉及认识他人内心世界的任务,因为法律正

[22] 例如,合同法第49条规定的“有理由相信”的判断,即需要置入一个理性的相对人,通过判断其是否会相信行为人有代理权来得出结论;第113条规定的可预见性规则的适用,也需要置入一个理性的缔约人来判断相关损失在订立合同时是否可以预见。

[23] 参见[瑞]皮亚杰:《发生认识论原理》,王宪钊等译,商务印书馆1985年版,第21页。

[24] 《庄子·秋水》

[25] 及乃涛:《壕梁之辩:没有赢家》,《江汉论坛》2000年第10期,第66页。

[26] 郭湛:《论主体间性或交互主体性》,《中国人民大学学报》2001年第3期,第33页。

[27] 参见齐界:《认识的主体性结构——认知图式及其对认知过程的制约性》,《社会科学研究》1992年第4期,第43页。

[28] 参见周文彰:《主体认识图式引论》,《中国社会科学》1988年第3期,第62页。

是需要据此作出评价，进而赋予法律效果。个案中，往往不是要法官认识当事人的外在特征，而是要认识其内心活动，即类似于进行“知鱼之乐”的认知活动。例如，在合同解释场合，法官需要认识的是当事人对相关条款的理解，判断其是基于什么样的内心愿望订立了合同。此时，如果规范上就是要求以具体当事人的理解为准，法官要做的就是根据个案当事人的状况构建其相应的认知图式，并设想以此认知图式为基础，在个案情境之中会获得什么样的认识。这与罗马法上的具体过失之判断颇为相似。具体过失系指对他人事务或物品未采用对自己事务或物品所采用的勤谨，是以过错人本身作为标准的模型。^[29]所以，具体过失的判断，需要运用过错人本身的认知图式结合个案情境来得出结论。广义上而言，这里运用的也是理性人标准，只是理性人被具体化为个案当事人。除此之外，更多场合下，法律确立的是一个并不与当事人完全重合的理性人标准，标准的调整取决于具体场景下所需要实现的价值。而当法律设定了当事人之外的标准时，法官就需要构建出相应的认知图式，运用自己的心理能力推导出结论来作为参照，这样的活动实质上正是运用理性人标准的过程。可见，法律实践的特殊认识任务，决定了法律中理性人标准的重要地位。

实际上，在一般的伦理实践中，当需要根据特定主体内心的认识来作出评价时，同样需要理性人标准的运用。运用人的标准来评价人的行为，是人类的思维定式、基本方法，我们是在比较、类比中完成对人的评价。这样的思维定式背后的真正原因，正是前文所述的他人内心活动的无法直接获知性。“人心隔肚皮”，一个“隔”字确定了认识的间接性。在需要认识他人内心世界时，鉴于无法通过直接体验的方式来获得认识，可能的方法只能是基于他人的认知图式进行推知，而这里的他人认知图式即是以理性人形象出现的，理性人最终落实在具体的认知图式上。当然，法律中需要运用理性人标准的，并不仅限于需要直接评价行为人内心的场合。例如，判断一项作品是否是淫秽物品，需要考虑“一般的人，运用当代社会的标准，是否会认为该作品作为一个整体，是为了满足色情的目的”。^[30]此时，评价的是作品的属性，但参考了理性人的内心认识。商标法中的争议商标是否与他人注册商标相似，也可根据一个理性的消费者在面对这两个商标时是否会发生混淆来得出结论，该结论会进一步运用于对被告行为的评价，此时，理性人标准解决的是两项商标是否具有混淆可能性的问题。

法律实践中，法官是关键的认识主体，一方面要运用自己的认知图式直接形成一定的认识，另一方面还要运用自己的认知图式，推断出具有不同认知图式的另一主体会获得什么样的认识。“社会认知理论家的核心概念是‘图式’(schema)，由过去经验获得的有组织的知识体系被用来解释新的经历，我们每个人均针对许多事情拥有一定的图式，在引入新的信息时即根据相关具体图式来加以解释。”^[31]“认知图式并不是先天固有和一成不变的东西，而是通过后天的实践形成的，是主体认识活动和社会实践活动的内化，是文化的积淀；作为一个开放系统，它不但是稳定的，更重要是发展的。”^[32]法官的认知图式是经由长期

[29] 参见 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 79 页。

[30] 参见 [美] 约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克：《法律中的社会科学》，何美欢等译，法律出版社 2007 年版，第 129 页。

[31] L. S. Wrightsman, *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?*, New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 1999, p. 23.

[32] 前引 [27]，齐界文，第 47 页。

的学习与实践逐渐形成的,其中,法律的学养、对世事的洞察能力、对社会及其成员的把握能力、过往的人际交往经验等,均构成其获得妥当判断的基础。

理性人标准之运用,涉及两个不同的认知图式,呈现为一种双层结构。第一层次是法官自身所拥有的认知图式,第二层次是法官需要“设身处地”地运用的理性人的认知图式。两者之中,决定性的是法官自身的认知图式。作为第二层次的理性人的认知图式本身,也是经由法官自身认知图式而构建出来的,同时,后者的运用还要在前者的框架内进行。此外,运用理性人标准而进行的认知活动,在难度上并没有实质性地增加,这和日常生活中推知他人内心认识的活动是基本一致的。在日常推知的场合中,也需要先归纳出他人的特质,此项活动与构建理性人标准类似,只是前者完全根据所面对的他人来思考,后者则需要依规则设定的方向来进行。法官对理性人认知图式的建构,是在规则的约束之下完成的。法律通过理性人形象的设定,确立了一定的评价标准,交由法官通过理性人来实现相应的法价值。

三、理性人标准的内部结构

理性人标准不是一个抽象的标准,而是一个非常具体的标准。由一个抽象标准无法得出任何结论。个案中需要将理性人标准具体化,而具体化的方向则取决于标准所需实现的价值。从技术层面来看,具体化表现为标准内部结构的充实。理性人标准的内部结构的主要方面与认知图式相同。有学者指出:“主体认知结构是由认知要素和非认知要素相统一构成的大系统。认知要素是由主体的知识结构、能力结构及其相互关系构成的,用来反映和加工客体信息的认知子系统。”^[33]无疑,这里的认知要素是理性人标准内在结构的核心部分,其中的知识结构由具体的知识汇集而成,其内部的层次可以按照不同的标准加以划分。能力结构由感性能力、理性能力、自我意识能力构成,感性能力包括感觉能力和观察能力;理性能力为抽象思维的能力,包括分析、概括、推理、判断等能力。自我意识能力是主体在感知、抽象的基础上,对自身进行自我认识、自我调解、自我控制的能力。^[34]

由于人的认知能力是一个综合体,内部结构的划分仅有相对的意义,其内在的构成随着认知心理学的发展,才逐渐能够有所描述。就理性人的知识结构和能力结构而言,也不可能具体到每一项逐一加以限定,只能是在借助于对各种类型的把握的基础上,再作必要的调整。基于社会生活经验,法官在内心会逐渐形成各种人格形象,诸如常人、妇女、商人、专家、儿童等,对于这些形象法官可形成整体上尚属准确的认识。个案中,法官会根据价值实现的需要来选定基础性人格形象,然后再决定需要在哪些方面作进一步调整,最终完成理性人标准具体化的作业。所以,第一步的工作是往返于个案当事人与自己脑中的人格形象库,选定一个形象作为基础,然后再考虑是否需要调整以及如何进行调整。

调整工作中,涉及知识方面的相对较多,一些具体信息的知晓与否会直接影响当事人的判断,但这些知识与个体整体认知水准一般没有太大关联。个案中的争议焦点往往与知识方面的个别调整密切相关。对一些关键性事实是否了解,以及理解核心问题所需要的知

[33] 裴桂清、吴泮莲:《主体认识结构是认知要素和非认知要素的统一》,《理论探索》1995年第5期,第87页。

[34] 同上文,第86页。

识是否具备等，会成为构建理性人标准的关键性因素。这些知识基本上属于“地方性知识”，是具体案情牵涉到的特殊信息，需要根据价值实现之需要来确定是否纳入理性人的知识库。例如，在 *Raffles v. Wichelhaus* 案中，买卖合同中约定用“无敌号”船舶运送标的物，但同年同航线名为“无敌号”的船舶有两艘，一艘 10 月份启航，另一艘 12 月份启航，合同未明确用哪一艘来运送，卖方用 12 月份启航的无敌号船舶将货物运达时，买方拒收。^[35] 该案中，如果买方知道有两艘无敌号船舶，并且知道卖方仅知道 12 月份出发的无敌号，解释合同时，理性人的知识构成中就应当增加这些信息。

涉及能力调整的情况相对较少，通常是在不同的类型之间作出选择，以相应类型的人格形象所具备的认知能力为准据。仅在个案当事人某一项认知能力存在显著差异，而为了实现相应的价值需要将该特殊情况考虑进去时，才会在认知能力上作偏离所选定基础形象的调整。不同于知识量的增减，能力高低的判断本身便较为模糊，而要对不同能力水准作准确描述也非常困难。所以，仅在需考量的差异特别显著时，才会考虑理性人能力的个别调整。一般情况下，能力标准的确定会在类型选择中完成。

理性人内部结构的另一个问题是，应如何安排认知图式中的非认知要素。有学者对情绪、情感等非认知要素在认识中的功能进行了研究，指出这些非认知要素具有驱动功能、选择功能、调控功能。^[36] 非认知要素是指由主体需要及其满足状况等构成的动力系统，包括情绪、情感、意志、需要、信念等内容。^[37] 认知要素和非认知要素密不可分，相互协调、相辅相成地完成认识活动。从这个角度来看，理性人的内部结构中当然包括非认知要素。不过，在理性人构建之中，对非认知要素进行个别性调整的必要性较小，这些要素一般是由所选定的具体类型带入，依通常状态进行赋值。对非认知要素作重大不同考虑的必要性，会通过基础类型的调整来体现。例如，妇女情感、情绪方面的特殊性，是催生理性之妇女标准的重要原因之一。又如，有学者在批判美国警察搜查和扣押之实践时指出：刑事司法体系中，现在的种族中立标准未能将黑人独特的经验考虑进去。^[38] 一个黑人从犯罪现场逃离可能有许多合法的、非犯罪的理由，这些理由与其作为少数族裔在美国有色人种社区的社会学经验相关。据此，应建立一个理性黑人标准。^[39] 这样的理性人建构主张之中的核心部分，正是试图将黑人特有的非认知要素考虑进去，这些非认知要素直接影响了当事人的认识活动。

最后，理性人标准的内部结构中还可能包括行动能力的部分，其不同于认知图式的“知”，所涉及的是“行”的能力。但行动能力并不存在于所有的理性人标准的内部结构之中，许多理性人标准不涉及行动能力。例如，合同解释场合中考虑的仅是理性人在特定语境中对合同条款的理解，仅与认知能力相关。但有一些理性人标准的内部构造中含有行动能力，涉及主体的体能、身体功能、技能等内容。例如，有无过失的判断，需要考虑理性

[35] See P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, *An Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 43.

[36] 张浩：《论情绪和情感及其在认识中的功能——主体认识结构中的非理性因素研究》，《广东社会科学》2006 年第 6 期，第 81 页以下。

[37] 参见前引 [33]，裴桂清等文，第 87 页。

[38] Mia Carpiniello, *Striking a Sincere Balance: a Reasonable Black Person Standard for "Location Plus Evasion" Terry Stops*, 6 Mich. J. Race & L. 355, 355 (2001).

[39] 同上文，第 359 页。

人是否可以避免损害的发生,此时就会涉及对行动能力的考察。理性之妇女标准的提出,在侵权领域考虑更多的便是妇女行动能力上的差异,而在性骚扰等场合下考虑更多的则可能是妇女非认知要素方面的差异。

四、理性人标准的价值基础及其实现方式

(一) 价值基础

依前文所述,理性人标准系基于技术上的原因而出现在法律之中,但其有着自己特有的价值追求。对此,“空桶”论认为,理性人标准就像一个“空桶”,由法庭用各种规范和道德判断填充后去决定具体场景下什么是合理的。^[40]这种观点虽有值得肯定之处,但法官因此拥有了进行价值填充的自由裁量权,于是作为一个虚拟角色的理性人,成为用来掩饰法官价值判断的东西;^[41]理性人因而常常显现出与法官可疑的相似性。^[42]这必将引发这样的担忧:考虑到自由裁量权在性质上的开放结构,我们如何确保其不会仅是为偏见和歧视创造空间?^[43]为此,有学者主张“两部检验法”:一是确定供比较之标准的相关特质,二是根据这些特质于相关场景中评价实际当事人的行为和观念。^[44]不过,该理论虽也强调第一阶段作业中价值判断之影响,但其侧重于理性人标准的操作步骤,故与“空桶”论并未形成直接的碰撞。合理限制法官的自由裁量,主要还是得确定需要法官实现的价值,而不是完全放手由法官去补充。那么,理性人标准背后是否存在统一的价值基础呢?

对于理性人标准背后的价值,有学者认为:罗尔斯关于法治的讨论,抽取出了公民平等理念中的平等主义要求,并提醒注意其被损害的复杂、微妙的方式,注意到了司法程序中好恶与偏见形成的扭曲如何有效地导致对特定群体的差别对待,而这可能抓住了理性人标准问题的关键所在。^[45]理性人标准的客观化安排受到了来自于平等主义的批判,在许多领域需要作出相应的调整,以实现人际间平等。^[46]这里,平等固然是法律的基本价值,但适用理性人标准的个案当事人之间的核心诉求不会是平等主义,而应是具体的权益诉求。平等主义的批判基本上是由案件之间的比较而提出,其主张需要平等对待不同个案中相似角色的当事人。而这样的平等诉求,于个案中必然会被具体化。例如,侵权过失案件中理性之妇女标准的引入,实质基础是为了寻求受害人权益保障与行为人自由之间的平衡;而一个理性黑人标准会帮助在犯罪预防和个人权利这样的竞争性利益之间达成真实的平衡。^[47]

于此,笔者以为,理性人标准背后的价值基础不可能是统一的,只可能是具体分立的。理性人所要实现的价值,必须结合其所要解决的问题以及其所现身的场域,具体地加以确

[40] 参见前引 [19], Scalet 文, 第 75 页。

[41] See John Cooke and David Oughton, *The Common Law of Obligations*, Butterworths London, Edinburgh, Dublin 2000, 3rd ed., p. 222.

[42] Mayo Moran, *Rethinking the Reasonable Person*, Oxford University Press, 2003, p. 17.

[43] 同上书, 第 15 页。

[44] 前引 [19], Scalet 文, 第 82 页。

[45] 前引 [42], Mayo Moran 书, 第 10 页。

[46] 参见前引 [12], Mayo Moran 文, 第 1233 页。

[47] 前引 [38], Mia Carpiniello 文, 第 387 页。

定。不同领域中理性人标准，所要实现的价值也会不同。法院须为某一个特定法规或法律的某一分支，将相应的理性人标准的理念具体化。^[48]

这里，关于理性的与合理的、“理性人”和“具有合理性的人”之间差异的讨论，颇具启发意义。有学者指出，理性的（reasonable）一词在法律语境中恰是意味着正当（justified），^[49]合理的（rational）则是强调行为的合目的性。当某人合理地（rationally）但非理性地（unreasonably）作出行为时，其有效地追求了自己的利益，但却未能充分尊重他人的正当利益。^[50]学者指出，不应将“理性人”和有效追求自身目的之“具有合理性的人”相混淆，“理性人”应理解为社会合作公平条款的表达；“具有合理性的人”实施从他的角度来看最符合其目的之行为，而“理性人”会适度考虑其他人的利益。^[51]这样，“理性人”的理念便成为规范正当性（normative justification）的独特表达；^[52]“理性人”即是正当的人（justified person），其所为、所信、所惧以及所采取的谨慎措施等，均是正当的。^[53]“理性人”是私法用以贯彻伦理标准的人格形象，是符合伦理标准的人，是伦理标准的践行者；^[54]在他的身上凝聚着诚实信用戒律对人类形象的假定。^[55]

可见，作为正当、诚信之化身的理性人，肩负的是合理解决主体间利益冲突的任务。诚实信用内含的是一般法律精神，其需要在具体情境中具体化。理性人标准所要实现的价值，也需要在其所适用的场域中具体地确定。例如，侵权领域中，有学者归纳出应影响理性人相关特征选择的五项原则：谴责、威慑、公平、适当救济、管理可行性。^[56]又如，合同解释领域，理性人标准背后的基本考量包括：契约自由之维护、归责性之比较、给付均衡性等，这些维度对理性人的塑造均会发生影响。德沃金认为理性人标准可发挥占位符（placeholder）的功能，为各种潜在的法律原则和政策之辩论和平衡提供空间。^[57]为此，立法可以简洁的方式确立理性人标准，让理性人取得“占位”，然后通过解释论来具体化其背后的价值。解释论上通说的形成，确立了具体场合下所需要实现的具体价值及其实现方式，可对法官自由裁量权构成合理的限制。理性人标准是一个非常具有弹性的工具，这使得其在价值实现上也因此获得了更大的可能空间。

（二）价值的实现方式

如上文所述，理性人标准背后的价值是分立的，依不同作用场域而有所不同，但其实现方式却具有一致性。具体而言，各项价值均是通过影响理性人的建构，即理性人内部结构的具体化，来实现自己。依价值判断指引而构建起来的理性人，当将其作为标准运用于个案中时，其适用之效果必然指向于相应价值的实现。理性人的内部结构如前文所述，主

[48] 前引〔19〕，Scalet文，第96页。

[49] John Gardner, *The Mysterious Case of the Reasonable Person*, 51 U. Toronto L. J. 273, 273 (2001).

[50] Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 Stan. L. Rev. 311, 312 (1996).

[51] Arthur Eipstein, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, 1999, p. 7.

[52] 同上书，第8页。

[53] 前引〔49〕，John Gardner文，第273页。

[54] 冯珏：《汉德公式的解读与反思》，《中外法学》2008年第4期，第519页。

[55] [瑞] 彼德·高赫：《理性人：瑞士债法中的人像》，谢鸿飞译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第35卷，法律出版社2006年版，第183页。

[56] 前引〔19〕，Scalet文，第86页。

[57] 同上文，第76页。

要包括认知图式和行动能力。理性人标准必须经内部结构之填充而具体化后,才可能运用于具体案件,而此项工作是在理性人标准所需实现价值的指引下完成的。

认知图式的核心是理性人的知识结构和能力结构。建构理性人时,需要具体确定其知识拥有状况及能力水准。此外,部分理性人标准还涉及行动能力的具体化。价值取向直接影响并决定着构建理性人的材料、信息或特征的选择,此种影响可能是针对某项具体材料,也可能是针对材料选择的标准。例如,合同解释中意思自治是基本取向之一,该原则影响理性人建构的方式可表现为将当事人共知的某项信息纳入理性人的知识结构之中,而如此建构起来的理性人对合同条款的理解,将更接近当事人的真实意思。而在可预见性规则的实践领域,构建理性人知识结构的时间点被确定为“订立合同时”。^[58]这里所确定的信息筛选的标准,内含尊重当事人选择的取向,盖交易条件系在合同订立时确立,当事人不可能将超出其预想范围的东西纳入合同关系,而其预想范围是以此时点缔约人掌握的信息为基础的。

理性人标准背后的价值决定着理性人的具体化方向,所有建构信息的过滤均需透过价值取向之网,离开价值基础,理性人的建构工作便失去了方向。前文已述及,理性人内部结构的具体化一般采取在一定类型基础上进行适度调整的方式。作为建构基础的类型,在无特别事由时,一般确定为常人;在有特别事由时,则可能确定为商人、专家等。类型基础的适度调整,涉及具体特征的取舍,既可以表现为肯定性的纳入,也可能是拒绝纳入。

理性人标准在价值实现上存在的一个特殊问题是,成本考量指向的标准一般化,会与价值实现指向的具体化形成对抗。一般化的标准运作成本最低,而价值实现所需要的具体化则会增加运行成本,二者之间存在着张力。此种对抗在传统理论中表现为客观主义与主观主义之争,^[59]而实质上是具体化的程度与方向问题,具体化程度越高,信息成本越高,不同的具体化方向,信息成本也会有所不同。针对过失侵权案型,有学者指出:客观模式的分析之中,不进一步掺入任何个体特殊技术、能力因素的考虑。^[60]若考虑个案中的主观因素,过失规则会变得低效率,而不考虑个案主观因素则可以提高规范的阻吓效果。^[61]如果法院确定个体避免事故的能力的成本为零,那么其将在所有案件中为每个人确立不同的注意标准。^[62]对此,笔者认为,具体化与一般化之间的竞争问题,与其他场合下的张力关系一样,其解决方式取决于个案中各方表现出的牵引力大小。例如,当所需实现的价值在法伦理上的评价较弱时,其对具体化的推动力也弱,此时,如果具体化的成本很高,则可能最终选择更一般化的标准。而在具体化的成本很低时,较弱的价值也可能促成标准的具体化。当某项信息已确证,信息搜集成本为零时,指向该信息的具体化就不存在成本上的阻力。

[58] 合同法第113条第1款但书规定:“……但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

[59] 有学者认为,至少有两种不同的主、客观标准,一种是以行为为基础加以判断者为客观标准,以意思状态为基础加以判断者为客观标准;另一种是以普通人在该情势下会如何行动来判断者为客观标准,以具有被告特征的人在該情势下会如何行动来判断者为客观标准。See Goldberg, Sebok, Zipursky, *Tort Law: Responsibilities and Redress*, Aspen Publishers, 2004, p. 157.

[60] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, 2d ed., University of California at Berkeley, 1992, p. 7.

[61] 同上书,第362页。

[62] Warren F. Schwartz, *Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims*, 78 Geo. L. J. 241, 247 (1989).

五、理性人标准的适用机制及适用领域

（一）适用机制

理性人标准的适用一般经历三个阶段：理性人建构、场景重构、透过认知图式得出结论。理性人建构以理性人知识结构、能力水准的具体化为核心，一般是在某一具体的类型基础上进行调整，具体类型系参照个案当事人的整体状况而选定，具体知识结构以及认知能力和行动能力的调整，则是在相应价值的指引下结合个案来完成。由此，法官可以在自己的心中勾勒出一个具体的人格形象。

具体的人格形象只有在一个具体的场景下，才能发挥认知与评价功能，故法官需要重构理性人所身处的场景。场景主要由行为发生的特定时空信息组成，场景的重构并非个案情境的简单描摹，而是需对包括场所信息、行为所处地域、交易领域等方面信息在内的相关信息进行筛选。此项工作同样是在价值判断的指引下进行的，这与理性人建构阶段所奉行的价值基本一致，只是具体当事人所感知时空信息的影响力更大一些。当事人所应知以及可得而知时空信息，也会被考虑进去，这之中含有举证负担以及归责性之考量。在各当事人感知的时空信息不一致时，则需要从中作出选择。例如，合同解释领域中，双方当事人的语境有可能并不完全重合，对于各自不为对方所知的时空信息，则需依责任法原理作出选择，一方应知的对方语境要素，也会被置入重构的语境之中。不过，场景信息与理性人知识之间存在交叉，场景信息在宽泛意义上甚至均可归入知识范畴，只是其指向于特定时空，但这样的边界不清晰，不会实质性地影响法官的判断，法官可对边缘部分进行模糊处理。

完成理性人建构及场景重构之后，接下来的工作则是由法官运用其自己的认知能力，就具有特定认知图式和行动能力的理性人在相应的场景下，会如何行动或形成什么样的认识作出推断，进而和当事人的行为和认识进行比较评价。有学者指出：“理性人测试”所要做的正是就被告实际所做或所想与一个理性人在相似情境下会做什么或怎么想，进行比较。^{〔63〕}而在最终的效果上，有些场合是直接以理性人的认识作为结论，例如，合同解释中将理性人的理解确定为合同内容；有些场合则是对与理性人所为、所思相一致的当事人予以正面的评价，不相一致的当事人予以负面的评价。例如，侵权场合下，理性人可预见、可避免的损害，行为人未能避免的，行为人即有过失；违约救济场合下，违约人未预见、理性人也不可预见的损害，则被排除出损害赔偿的范围。

理性人标准的适用中，法官的认知水准具有极其重要的意义。理性人的建构、场景的重构均是法官认知活动的结果，而第三阶段的设身处地的推知过程，同样也是以法官的认知图式为基础。法官虽然受理性人背后的价值的约束，但因标准的弹性，自由裁量的空间依然广阔。不过，就具体理性人标准于解释论上形成的通说以及法律职业共同体拥有的解释传统，均可合理约束法官的自由裁量权。

（二）适用领域

私法中理性人标准的适用领域非常宽广，虽然我国立法层面上尚未见使用“理性人”

〔63〕 前引〔19〕，Scalet文，第80页。

之表达的规则，但司法解释中已出现实质意义上的理性人标准。最高人民法院“法释[2009]5号”第19条，即借助于“交易当地一般经营者”这样的理性人标准，来解决合同法第74条规定中的是否以“明显不合理低价”转让的问题。此外，在诸如过失判断、合同解释、可预见性规则、因果关系判断、善意取得中善意无过失之判断、表见代理构成等领域，均需适用理性人标准。这里，拟先扼要列举现行法中可适用理性人标准的规则，然后再就若干重要领域作简要论述。

简单梳理一下现行法，可以发现许多可适用理性人标准的现行规则。例如，合同法中，第19条第2项规定的要约不可撤销，是以一个理性的受要约人“有理由”认为要约不可撤销为标准的；第50条规定的“应当知道”代表人超越权限、第55条及第75条规定中的“应当知道”撤销事由之判断，均可通过判断一个理性人是否会知道相应事实来得出结论；第56条规定的合同部分有效的问题，可通过设想一个理性当事人在缔约时若想到合同部分无效时还会不会订立合同，来得出结论。侵权责任法第30条规定的正当防卫是否超过必要限度、第31条规定的紧急避险采取的措施是否不当及是否超过必要限度，也可经由一个理性人在个案场景下是否会作出同样的防卫或避险措施来得出结论。公司法（2013）第148条规定的董事勤勉义务，可依商业判断规则，参照一个理性商人标准来作出判断。商标法（2013）第57条第2项规定的商标混淆可能性的判断，应以一个理性的消费者是否会发生混淆为标准。证券法（2013）第63条规定的“误导性陈述”，则是以一个市场中的普通投资者对该陈述的合理解释为参照，来判断该陈述是否具有误导性。现行法中可使用理性人标准的规则，应还远不止这些，这里列举的仅是其中的一部分。

接下来对适用理性人标准的几个重要领域作简要的论述。首先是过失责任领域。通过参照一个人格化标准来判断侵权过失之有无，是可追溯到罗马法的私法传统。一个处于行为人位置的理性人会不会同样犯错，决定着个案行为人是否有过失。理性人的理念服务于风险的公平分配，^[64]表达了合理平衡自由与安全的思想。^[65]此种意义上的理性人并非典型的或普通之人，而是其行为显示出对他人及自己利益适度尊重之人。^[66]这样，理性人的构建就需要体现侵权法的基本价值。由于侵权法理念的变迁，过失责任也相应地处于变化之中。如何通过理性人的构建来对此作出回应，是过失责任法中的核心问题之一。

合同解释之中的理性人标准，已为《联合国国际货物销售合同公约》、《商事合同通则》、《欧洲民法典共同参考框架草案》等法律文件所采用。^[67]虽然我国合同法第125条未言及理性人标准，但合同解释实践仍然无法从这样的技术性方案中挣脱出来。拉伦茨指出：表达的客观意义总是仅针对特定人际圈子（Personenkreis）而言的，这样的人际圈子最终可由两个人组成。^[68]这里的圈子实际上是语境的一部分，合同解释就是要确定在特定语境之下理性人对争议条款的合理解释，寻找文本所可传递给一个具有当事人订立合同时可获得的全部背景知识的理性人的意思。^[69]而合同解释中的困难在于，双方当事人认知图式

[64] 前引[51]，Eipstein书，第291页。

[65] 同上书，第7页。

[66] 同上书，第192页。

[67] See CISG Article 8, PICC Article 4.1, 4.2, DCFR Article II-8:101, II-8:102.

[68] Karl Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Alfred Metzner Verlag, 1966, S. 71.

[69] David McLauchlan, *Contract Interpretation: What Is It About?*, 31 *Sydney L. Rev.* 5, 50 (2009).

和所身处的语境可能不一样，理性人构建和语境重构之中应对材料进行取舍。对此，同样需要从基础价值的角度来思考，引入归责性的考量。

表见代理中相对人的信赖是否具有合理性，也是通过考察一个理性人在特定的交易背景中会不会对相应的代理权外观产生合理信赖来作出判断的。信赖合理性要件系考察相对人一方的事由，意在将不合理的信赖排除出保护范围，故理性人标准基本上应取向于个案相对人来进行建构，除非当事人的特征已超出了被代理人的合理预见范围，场景的重构也是如此。当所建构的理性人会对代理权外观产生合理怀疑时，相对人的信赖就不具有合理性。此外，违约损害赔偿中的可预见性规则可合理限制违约损害赔偿的范围，其核心价值在于尊重当事人选择，维护交易的公平性。一项具体损害是否可以预见，同样可适用理性人标准来判断。这里的理性人建构，法律已作出了限定，应以违约方、订立合同时为准来选择材料，场景重构也受此约束。

相当因果关系作为法律上因果关系的理论，系指行为对损害发生可能性之提升具有相当性，而是否具有相当性的判断需引入一个理性人标准，考察理性人于个案环境中是否会认为被告行为实质性地提升了损害发生可能性。而对于理性人的知识构成，存在不同的观点。恩吉施认为，仅行为时知道和应当知道的情况应当纳入。^[70]拉伦茨认为，不是根据确定的行为人的能力和知识，而是根据一般性的、客观标准，即理性人来加以判断。^[71]多伊奇认为，相当性判断是以经验知识为支撑，以常人对损害结果的一般预见可能性为基础。^[72]特艾格尔则是从消极层面表达了自己的观点：不管是行为人还是谨慎之人不知道或不应当知道的情况，均不纳入行为的描述之中。^[73]笔者倾向于认为，判断行为对损害发生可能性之提升程度是否具有相当性，其知识应包括：常人拥有的全部知识、案件发生时处于行为人位置上的常人可以获得的知识、行为人在案件发生时已掌握和应掌握的知识。这样，理性人构建基本上以常人形象为基础，在能力状况基本维持的同时，于知识量上适度予以增加。如此判断出的因果关系相当性，还是以事实性为特质，而侵权领域中复杂的价值判断，最后也要汇入相当性判断之中，来展现力量、实现自己。

结 语

作为人类伦理实践之一部分的法律实践，一直面临着对人的评价问题。由于对他人的心理过程无法直接获知，技术上只能采取推知的方式。推知方法的技术核心是，运用自身的认知能力去设想具有特定知识结构和能力水准的人，在给定的场景下会形成什么样的认识。主体具有能够推知他人内心活动的心理能力，成为社会生活展开的基础。由此，主体间的认识鸿沟得以跨越。实质上，理性人标准即是这样的技术性方法，其通过具体化理性人的知识结构和能力水平，塑造出一个生动的人格形象，进而将该人格形象置身于重构的

[70] H. L. A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the Law*, Clarendon Press, 2d ed., 1985, p. 483.

[71] Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927, S. 84.

[72] Erwin Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 1995, S. 31.

[73] 前引 [70], Hart 等书, 第 483 页。

场景之中,来观察其所为与所思,并以此为参照解决个案争议问题。这样的技术性方法深深植根于认识论的土壤之中,注定要在法律实践中发挥关键性作用。

普通伦理实践中的评价,指向于评价对象的主观状况,以评价对象的知识 and 能力水准为准则,所构建的标准人是对评价对象的描摹。而法律实践中的理性人,绝非对评价对象的简单描摹,而是要依据具体领域所需实现的价值,来选择构建的材料,由此而形成的人格形象也将肩负起实现其背后价值的使命。理性人标准实质上是一项评判规则,其拟解决的问题会涉及什么样的价值判断,决定了理性人的构建方向。

普通伦理实践和法学实践中,我们一直在有意、无意地运用着这种方法。但基于法律实践的特殊功能考虑,需要形成自觉的意识。唯有在对此种方法的技术特征及其背后的价值均有充分认识的基础上,才可能将法律实践引向精细化的方向。现阶段,理性人标准的重要性尚未得到广泛的认可,理性人标准所拥有的能量远未被充分发掘出来。但是,理性人在展现了其非凡的能力之后,定会逐渐登堂入室,成为法律实践中的尊者。

Abstract: The non direct accessibility to others' inner world determines the indispensability of the reasonable person standard to the adjudication in individual cases. In judiciary practice, we need to use reasonable person standard to complete our assessment. The application of the reasonable person standard consists of three steps: the construction of the reasonable person, the reconstruction of the scene and drawing a conclusion through a cognitive scheme. In an individual case, we image what kind of cognition a person with certain knowledge structure and ability would form in a certain scene and use the outcome as reference to complete our assessment of an actor. The inner structure of the reasonable person includes knowledge structure, cognitive ability and the ability of action. The specification of the reasonable person is the determination of the knowledge structure and ability of the reasonable person. Both the specification of the reasonable person and the reconstruction of the scene should be done under the guidance of certain values. The value to be realized by the reasonable person standard needs to be determined by taking into consideration the specific area of the problem to be solved and therefore varies from area to area. The basic approach to the realization of value is to take value orientation as the standard to determine the ability and specific knowledge level of the reasonable person and to guide the reconstruction of the scene. The reasonable person standard has a broad scope of application in the field of private law and its scope of application can be expanded to the field of public law.

Key Words: reasonable person standard, cognitive scheme, application mechanism, value realization
