

【专题】

民刑法中的“一般人”观念及其判断基准

陈航

【摘要】民刑法的制度设计均建立在一定的人性假设之上。尽管在此问题上既有共同点也有差异,但核心之点在于,都是以“一般人”为基准进行的。因此,“一般人”之界定在民刑法中居于隐而不彰的基础地位。“一般人”标准是民刑法中人性假设理论亟待打通的“最后一公里”,其本质是一般人应有的“知识与态度”,也是一种方法论。该标准具有鲜明的价值取向和公共政策属性,应当根据法律责任的不同性质,确定民刑法中“一般人”的判断标准,尤其应当区分刑罚适用者、犯罪嫌疑人及被侵害者的不同视角,对刑法中的“一般人”标准进行具体判断。

【关键词】民刑关系;一般人;判断标准

【作者简介】陈航,法学博士,兰州大学法学院教授。

【原文出处】《法学家》(京),2020.3.15~27

【基金项目】本文系2017年教育部人文社会科学研究规划基金项目“量刑决策中的事实评价与赋值机理:基于量刑情节构成原理及社会度量学理论的反思”(17YJA820001)的阶段成果。

一、问题的提出

“法律不强人所难”这一法谚昭示着,良法必须具有“可为人们所遵守”的天生丽质。问题是,这里的“人们”应当如何把握?应以什么样的族群为参照?从理论上讲,既然法律是普遍适用的规范,就不可能以社会成员中的极少数人为标杆。既不应以道德楷模为模板,也不应和市井无赖相比肩,只能是以“一般人”(抑或“平均人”“标准人”及“中人”等)为参照。因此,民刑法都可被称为“中人”之法。由是以观,“一般人”之界定在民刑法中居于隐而不彰的基础地位。

可是,对“一般人”之把握,在民刑法层面似乎不尽相同。比如,在“许霆案”的定性之争中,^①有不少人就认为,许霆身上所表现出来的人性弱点,其实是普通人性中均有可能出现的贪念之心,是大多数人都不能有效抗拒的,故不应当对许霆追责。^②即便主张对许霆追究刑事责任的研究者,在量刑问题上,绝大多数人都主张应对之从宽量刑,核心理由在于,在

ATM机出现类似故障的情况下,基于人性的弱点,行为人的控制能力已经大大减弱。但在民法问题上,人们一般认为,许霆应当承担返还不当得利的民事法律责任。换言之,即便法律上假定的“一般人”是自利的“性恶”之人,作为以人性恶假设为其“产生与发展之价值前提”“并以之设置各项制度”的民法理论,^③却在看待许霆的民事责任时“毫不手软”。

那么,同样立足于人性恶的假设,同样是针对“一般人”的规定,民刑法为何对所涉及的法律责任有截然不同的判断?“一般人”之概念在民刑法中究竟处在什么样的地位?应当如何把握“一般人”这一评判基准?这既是民刑关系基础理论研究中不能回避的问题,也是民刑法律实践在进行事实评价时必须明确的问题。

二、民刑法上“人性假设”的异同比较

(一)民刑法上“人性假设”的相同点

1. 对人性弱点都给予充分尊重

民法就是对人性的法典化。没有哪一部法律能

像民法那样接近人性并对人那般尊重和神圣化。可以说,每一项民法制度的确立都可以从其立法背景或立法目的中找出或多或少的人性痕迹。

首先,由于民法认为人是追求自身利益的“性恶”之人,有必要对之进行人格塑造,即将每一个个体人性统一看作是无差别的、不可分的、独立的“人”的单元,进而为其开展自由、平等及意思自治下的民事活动创造条件。而确立这一同质之“人”的,就是民法中的人格制度。该制度实现了由身份到契约的历史性转变,它既是民法最大限度地尊重人性的集中体现,也是民法尊重每一个人的逻辑起点。其次,物权是仅次于人格权的又一大民事权利。借助物权制度,民法排除他人对私有财产的“巧取豪夺”和任意妄为。该制度在人性方面的具体功能表现为:为人能够拥有物质生存条件提供了法律保障;为人们崇尚财富并发挥自己的潜能创造财富和积累财富起到激励作用;激发人们对财富最经济、最高效的利用。再次,作为物权之延伸的债权更是如此。既然财产属于私人,为了交换财产、相互调剂余缺,为了实现物权的变动,就必须设定以契约之债为核心的债权制度。而侵权之债、无因管理之债和不当得利之债,无疑是对善良人性的诱导与确认。再其次,亲权无疑是对人性需求的一种法律反映。类似一夫一妻制、禁止近亲结婚等原则不仅规范着“性”活动,同时也体现着对人“性”的尊重与满足。亲权法中父母对子女的抚养义务、监护责任及子女对老人的赡养义务等,正是基于对幼儿、老人等弱势群体予以特别关怀的人性化设计。最后,作为物权之延伸及家庭权演绎的继承权,其人性意义尤其明显:如果没有继承权,私有财产的“神圣”会流于残缺;人类的亲情也难以得到充分眷顾和维护。^④

刑法学对人性的关注程度也毫不逊色。诚如大塚仁教授所言,既然犯罪是人实施的,而刑罚是科于人的,作为刑法的思考常常不能不追问人性的问题。甚至可以说,对人性的理解决定了刑法学的性质。^⑤对此,可从刑法中的期待可能性问题略见一斑。

刑法中的期待可能性具有多重含义。^⑥在规范责任论看来,期待可能性首先是指对行为人进行心理强制的可能性,也就是“他行为可能性”。这意味着,具有期待可能性是行为人承担法律责任的基础。因为,作为对行为人的命令或禁止,只有在行为人能够遵从该命令或禁止时才是适当的。否则,即便行为人违反了这些规范,也不应当对之进行非难。可以说,刑法总则中关于责任能力、故意及过失等责任要素的设定,其实质就是对作为责任基础的期待可能性的法定化、具体化。此外,对于不作为犯的作为义务及过失犯的结果预见义务、回避义务的把握,也隐含着期待可能性的判断:行为人在当时情况下有无能力作出积极的行为,有无能力预见及避免该结果的发生。在大陆法系的不少国家或地区的刑法分则中,对缺乏期待可能性的行为亦有明确规定。比如,在德国刑法中,为了自己或者为了自己的亲属所实施的妨碍刑事司法的行为,不受处罚。在英美国家,对行为人因受胁迫实施的犯罪,在满足一定条件时,可以成为进行合法辩护的事由。^⑦

应当指出,期待可能性存在的根据无非是基于对人性的基本判断:趋利避害是人的本性,刑法不能逆此本性而为。比如,在面临死伤危险之际,期待行为人牺牲重大健康乃至生命去遵守法律,是不可能的。在此情形下宣告行为人有罪,无疑与脆弱的人性相悖。相反,只有那些不与人性相悖的法律,才会得到社会公众的认同。从哲学根据上讲,期待可能性理论的合理性在于人所具有的相对意志自由。只不过,立法者是针对一般人的正常情形设定此问题的,司法者则要针对个案的特殊性加以具体判断,如是而已。

总之,无论是自然人的自私自利,还是犯罪嫌疑人在特定情形下的自制力减弱,在学理和法律中,都要给予充分考虑。比如,为了减少因无人出手帮助而遭受的无可挽回的损失,不少国家或地区的民法中规定,当无因管理发生于职业人士从事的职业活动或者营业活动中时,可以享有报酬请求权。不少国家或地区的民法在一定条件下承认私人通过先占

获得所有权,即:在遗失物经过一定公告期后,如果无人认领,由拾得人取得其所有权。在刑法中,警察圈套之所以被视为可得宽恕的事由之一,就在于警察的不断教唆或制造有利于犯罪的情景使犯罪人产生了本不具有的犯罪动机,而且由该动机向行为转化的概率极高,使得行为人实施合法行为的可能性降低,相应地,非难程度也变得较小或很小。^⑧

2. 对人性之恶竭力进行反制

民法基于人性假设而采取的反向抑制突出表现在:一方面,既然民法上的人被假设为追求自己利益最大化的“经济人”,那么,基于资源的稀缺性,他们将在民事活动中难免出现为一己之私铤而走险的趋向。为反制这种“性恶”冲动,传统民法理论将平等、诚信及公序良俗等确立为民法的基本理念,使之在规范市民正确行使权利方面起到引领作用。^⑨另一方面,在私法立法中,为防患于未然,立法者又不得不假设人性是吝啬、贪婪、背信、狡诈的。以合同法为例来说,其各种条款就是为满足这种需要而设计的。担保形式、履行抗辩、违约责任等制度的确立,无一不是出于对人性恶的制约与防范。^⑩物权法、侵权行为法、亲属法等领域也莫不如此。

刑法则突出表现在:立足于对刑罚掌控者人性恶的质疑而寻找对策。近现代意义上的刑法被认为属于控权法。从表面看,是因为刑罚权是和平时期最具暴力性的公权力。作为一柄双刃剑,运用如有不当则国家与个人两受其害。若进一步思考,则是基于对人性恶的担忧。“权力往往使人沉醉”是古往今来不争之事实,而且权力对自由的侵害要比私人间的相互冒犯严重得多。如果说遭受私人侵害尚可依靠国家权力寻求救济的话,一旦操控公权力的人使这个巨大的“利维坦”失去控制,则可能没有任何力量与之相抗衡。有鉴于此,休谟甚至极端地认为,在设计对公权力的制约、监控机制时,应当把每个成员都假设为无赖之徒,并假设其行为都是为了谋求私利而别无其他。^⑪因此,作为近现代刑法最为重要的原则,罪刑法定原则的核心就是对刑罚权的限制。这种限制首先体现为对立法权的限制:决不能

让刑事立法者成为一个恣意行事的人,立法者只能规定那些确实需要和必不可少的刑罚。即,刑罚法规内容的适正原则。它充满着对立法者的不信任,实质是反对恶法亦法。此外,立法者还要受明确性原则的限制。即,立法者制定的法律应当是明确的,以便于司法适用和行为人遵循。可以说,明确性要求暗含着一种担心,这就是立法权可能侵犯民众自由。这充盈着对立法权的不信任。^⑫基于此,“不明确即无效”被认为是罪刑法定原则的一项派生原则,是判断刑法立法是否违宪的重要根据之一。当然,刑法的明确性原则还意味着以立法权限制司法权。显然,对司法权的限制,表现出的是对司法者的不信任。其实,除明确性原则外,还有法律主义、禁止事后法、禁止类推解释及禁止不定期刑等,无不是为了限制司法权力。

可见,民刑法作为行为规范和裁判规范,都反映着立法者对人性恶的担忧,反映着对之进行反制的不懈努力。民法通过主体资格、行为标准、权利限制、法律责任等各种手段抑制权利人对自由的滥用;刑法则通过罪刑法定、从旧兼从轻、时效原则等,对刑罚权行使者可能的滥权与腐败严加防范与制裁,对犯罪者的恶性更是绝不姑息。

3. 都以“一般人”为其假定的根基,都贯穿着“大数法则”^⑬

从统计数据上看,大数法则表现为大多数人行为的相似性与稳定性。因此,大数法则就是通过平均人的行为和多数人的行为所表现出的持续性状态或稳定性倾向的规则性集合系统。由于多数人的行为往往表现为平均人的行为,故平均人的行为意指正常人、一般人。既然多数人可做的就是正常的或者应当的,那么,一个人的行为越是与多数人行为相似或接近,那么其行为就越会受到人们的肯定,至少不会受到人们的贬低。

在当代中国的法治实践中,尽管“法不责众”的观念往往成为哄抢、聚众闹事等恶性事件的驱动力之一,更由于其天然的“破窗效应”,潜藏着对法秩序的严重破坏。从适法、执法视角看,“法不责众”的观

念应当被彻底否定;但在法律制定修改之前或其过程中,必须考虑到“法不责众”观念的现实性及其可能带来的负面效应,对立法内容反复权衡、详加斟酌;必须充分考量绝大多数人的正当利益诉求,对大多数人固有的习惯性行为、无意识行为、恶性小的行为不加苛责,或者对之逐渐改造,否则,立法的社会效果将会大打折扣。正是从这种意义上,有论者把“法不责众”视为一项潜在的立法原则。^⑭

(二)民法上“人性假设”的差异分析

第一,正如霍布斯所言,对人性的假设是双面的。一面是有关人类的贪婪之假设,另一面是对自然理性的假设。^⑮从总体上讲,刑法更强调前者,民法更看重后者。这可以从民刑法规范的基本属性中得到说明:民法主要是授权性规范,法律假定人们能够正确地判定其所面对的情势,在多种方案中作出最有利于自己的选择;刑法主要是禁止性规范,要求人们必须克制内心的恶性,否则极有可能承担法律上不利的后果。如果说民刑法大致对应着授权性规则与禁止性规则,由于这两类规则恰恰对应的是理性与恶性的不同人性预设,所以,就有了“理性人”与“恶人”这样两种不同的形象。^⑯

第二,即便都将“一般人”设定为理性之人,但对人性标准的高低要求不同。在刑法中,即便基于人性之恶从事一般的违法行为,只要未达到应受刑罚处罚的程度,也尽量克制,将之出罪化处理,对“理性程度”要求较低。但在民法中,作为理性人的代名词,“善良家父”是一个细心的、谨慎的、勤勉的人的标准,难以想象他会罔顾法律任性而为。这种区别归根到底是与民刑事法律责任的性质相联系的。刑事责任意味着最严厉的法律制裁,因而只将那些忍无可忍、严重侵犯公众情感的行为,才纳入犯罪圈。因此,刑法突出强调其谦抑性,而这种谦抑性势必会降低理性人标准。民事责任与之不同,其核心是损害赔偿而不是制裁,因而无须担忧理性人标准的过高而导致不可挽回的严厉后果。更何况,民事行为无处不在,一个人的一生完全可以和刑法不发生直接关系,但他无时不在和民法打着交道。而且,基于

维系正常社会生活之必要,民法中的理性人标准也绝不可能低于刑法。要言之,即便达不到“善良家父”的标准,也未必就沦为“恶人”。

第三,刑法作为公法,是一种控权法,因此,刑法对刑罚权之行使者的人性,有一种深刻的不信任。刑法中大量的制度设计均与此相关。罪刑法定原则之所以被当作刑法中的铁律和最为显赫的原则,即是明证之一。而民法的适用中允许法官进行漏洞补充、允许“造法”,更多地体现为对司法者的信任。

第四,刑事法律关系双方具有天然的不对等性:一方是代表强大国家机器的公权力机关,一方是弱小的公民个人。因此,在人性假定的天平上,也就明显的不对等:手握公权力者的人性之恶高度警惕,对弱小的公民个人更容易洒一掬同情之泪。民事法律关系是平等主体之间的法律关系,在人性假定的天平上一视同仁,决不允许厚此薄彼,更不可能出于对人性弱点的考量而容忍对他人合法权益的侵犯。

第五,刑法层面对人性标准的要求,尽管总体上低于民事法,但就其内部的定罪量刑活动而言,也存在差别。在罪与非罪这一定性评价上,对人性弱点的宽容度似乎不及量刑评价。原因在于量刑活动建立在有罪评价基础之上,既然已经给予了严厉的定性谴责,量刑从宽往往会得到考量。

第六,在民刑法内部,不同的领域也对人性恶的制度设计不尽相同。比如,刑法和侵权责任法更多地关注的是人性恶的防范,但关于正当防卫、紧急避险等紧急状态的规定,是对人性脆弱性的尊重;物权法更强调理性经济人的假设,债权法既强调对人的不信任,又建立在对人的理性假设之上,而亲属法更多关注人性善良、脆弱的特点,关注视角均不一致。在刑法中,除法律有特别规定的以外,对过失行为并不追究刑事责任。对过失犯罪之后逃逸的行为,一般不会作为“犯罪后的恶劣表现”而从严惩处。显然,这里蕴含着一个基本判断:犯罪人犯罪后的逃逸行为是常态,是一般情形,或者是犯罪人的“常情”。^⑰否则,犯罪后自首的行为就失去了从宽量刑的根据。对犯罪后自首的,之所以要考虑从宽处罚,

一是为了鼓励此类行为,以最大限度地节约司法机关侦破案件的人财物力,二是这类行为“难能可贵”,不是大多数犯罪人可以做到的。

三、“一般人”标准之争及其民刑法比较

(一)“一般人”标准之争

民刑法中的人性假设是对抽象出的“一般人”或者“标准人”的人性假设。有论者指出,应将一般人的范围限定在相关法律规范所调整的对象范围之内。而且,一般人标准应是一个集合体而非个人。实质上讲,一般人标准是该集合体内多数人法律智识的描述。而这种智识的集合必定是社会常识、常理、常情在法律上的延伸。^⑧因为,“常识、常理、常情”是指“为一个社会的普通民众长期认同,并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则”。^⑨在实践中,应从时间、空间和人三个方面对一般人标准进行限定。这里的时间是指一般人所处的历史时间和案件的发生时间;这里的空间则包括一般人所处的社会环境和案件发生的具体环境;这里的人,指的是法律作为行为规范所调整的一般人。^⑩

但反对者指出,一般人并不等同于普通人。即便某种脑部肿瘤手术,全世界只有一个医生会操作,也不代表无法依据一般人标准判断。因为,一般人并非与人数多寡必然对应,它是已经存在了的类型化知识。与之相反,行为人标准则是对具体情境下的补充和宽容。质言之,寻找“一般人”,旨在为法律判断提供一个外在的参照系;聚焦“行为人”,则是因为,他是案件中不可或缺的评价对象——“主角”;至于“法官”,则是对案件实际判断的评价主体。既然评价主体并不是评价标准本身,因此,不可用“法官标准”代替一般人标准。否则,带来的直接后果是评价者与判断标准的重合,类似于“预见可能性”等判断就会沦为法官个人的意志。对一般人标准,可以从知识与态度两个方面来把握。其中,“知识”是指作为支撑较低限度的一般人标准的知识。当然,作为检验一般人标准的知识,是类型性、领域性的。例

如医疗行业的基本医疗知识,只是医生群体的“一般人”标准,车辆的基本驾驶知识,则是驾车人群体的基本知识。至于“态度”,旨在表明已经具备足够知识的一般人标准的情况下,有没有表明足够谨慎、理性的态度。因为,知识只是一些工具而已,人们会不会借助这些工具去预见态势的发展变化并设定应对之策,最终取决于是否动用这些工具。^⑪

在论及社会相当性的判断方法时,有论者指出,行为通常性的判断应以一般人为实质标准,立足于显性规范和隐性规范两大方面进行考察。首先,在各个特定行业中,如果存在具体的规章守则,那么,符合该规章守则的行为一般就具有通常性;如果不存在这些规则,就需要借助实质上的一般人标准,这必须根据具体行为所涉及的地区或行业范围进一步限定或细化:如果事关核反应堆,就要引入所有的专业知识;如果是汽车操作稳定性的风险判断,只需引入的是一名熟练技术员的知识。若要确定某种食品是否已经腐烂变质,对企业的保鲜储存而言,取决于食品质检员的判断;对个人消费者来说,一位富有经验的家庭主妇的判断就已经足够。其次,当某一行为符合特定文化领域(如一些农村地区或少数民族地区)内的习惯法(如当地民众的行为习惯、民间法谚俗语、乡规民约等)时,当然可以认为其具有惯常性。最后,对正当化行为的通常性要结合紧急状态下的生活常识加以判断。如结合当地的治安状况、经济文化水平及公权力机关的执法能力等,从当地普通公民的立场看,对是否具有防卫的必要性,以及反击方式是否正常等,作出谨慎判断。^⑫

有论者在言及注意义务标准的把握时指出,对一般人注意标准的判断,其实就是以合理的、谨慎的人为标准。在司法实践中,就是指与行为人处于同一情形下的当地社会公众普遍接受或遵守的行为标准。“同一情形”是指年龄、资历、受教育程度、生活阅历、身体或精神健康状况、所处环境等基本相同或相似,当然,其性格、品行、脾气、智力水平等可能有异。“当地”通常限于“县域”之内。对于特殊人群,如未成年人、精神病人,一般以与他们处于相同能力人

的标准为判断标准。对于该特定专业领域的专业人员,则应以本专业领域具有中等专业水平的人士为标准。^②

那么,“一般人”是否应当与人数多寡相对应,或者说,一般人指的是不是多数人?在笔者看来,回答是肯定的。为什么人们常说“法不责众”?其实质就是表明,法律不能强人所难。也就是说,一般人、大多数人做不到的事,法律不能强令人们去做。有人说,即便某种脑部肿瘤手术,全世界只有一个医生会操作,也不代表无法依据一般人标准判断。言下之意是,仅这一个人的操作标准其实就是一般人标准。但是,这样的“假设”没有意义。且不说是否存在全世界只有一个医生会操作的技术,即便存在,也只有在他因该手术操作产生相关法律责任时,才涉及“一般人”的判断标准问题,研究这种问题的意义何在?而且,既然仅涉及他一个人,不存在参照系,用行为人标准就足够了,此时,没有引入“一般人”标准的必要。法律不理睬琐碎之事,法学理论绝不可能沉湎于这种绝无仅有的假设而“为赋新词强说愁”地否定一般人的“多数性”,否则,就与常识越来越远。^③

其次,一般人标准的实质,是一般人应有的“知识与态度”,也就是被类型化、领域化的“常识、常情及常理”。这里的“领域”,首先应当区分专业领域与一般生活领域;这里的“类型”,就是要在不同领域根据不同的时空条件进行的再划分。而“常识、常情、常理”,既涉及事实层面的问题,也涉及法律层面。就前者而言,是一个单纯的有无问题;就后者来说,可能涉及评价。因为,“知识”毕竟只是工具而已,人们是否会借助这些工具去预见事态的发展变化并设定应对之策,最终要看其是否采取了对一般人而言所应有的足够谨慎、理性的态度。

再次,从逻辑层面讲,“一般人标准”只是“判断标准”罢了,必须将之与判断主体、判断对象及判断要素区别开来。既然在一般人标准的确定和运用过程中,法官仅仅是判断主体,那么,法官就不可能用自己的标准代替“一般人”标准,更不应当将自己对

相关事实及法律问题的认识和态度凌驾于一般人之上。在实践中,对所谓“一般人”的判断,实际是由司法人员进行的。这就要求法官们,应当自觉地以标准人的心态、立场、感受对案件事实进行判断。尽管不能简单地认为,网络舆论倾向就反映着常情常理,但是,法官们以自己的个体经验代替公众经验的倾向的确值得防范。比如,在南京“彭宇案”中,针对被告彭宇关于“不是自己撞伤原告、而是为了做好事主动将原告扶起并送医院救治”的辩解,一审法院的法官“依据‘常理推断’,被告不可能是做好事”,遂判令彭宇赔偿原告损失。此判一出,舆论哗然。显然,公众对法官所谓的“常理”或“日常生活经验”存在着很多质疑,觉得其认知过于偏颇。^④

最后,既然面对海量案件,司法机关不可能案案都调查、事事都征询社会公众或团体的意见,否则,司法活动也将不堪重负。因此,“一般人”标准实际上也是个方法论问题,即,司法者应当自觉地以标准人的心态、立场、感受对案件事实进行判断。同时,“一般人”标准既是程序性的要求,也是对论证责任的分配要求。在司法过程中,司法者对自己是否基于标准人立场、心态、感受进行判断,必须充分地论证,绝不能简单地以一句“依据常理推断”草草了事。对公众反响强烈的案件,尤其应当履行这种论证责任。^⑤

(二)若干比较

1. 民刑法中的“一般人”标准具有同源性

回顾历史,以一个人格化的形象为参照来评判个案当事人,可以追溯到罗马法时代的“善良家父”标准。在英美法中,当人格化判断标准的是理性人标准,最初是在过失侵权领域发挥作用,随后扩展到私法的其他领域,并最终进入刑法、行政法和宪法领域。就刑法而论,当我们判断强奸、诽谤、胁迫、挑衅及自卫等诸多问题时,均毫无例外地要借助“理性人”概念。比如,要确定受害人的言行是否构成对性行为的同意时,需要引入理性的妇女标准。而一个理性的妇女在未抵制性接触时是否就意味着同意该性行为?若一般人相信,该抗拒将危及自身安全时,

显然应做否定的评价。至于夸张性表达是否构成诽谤,也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。^④从源头上看,既然刑法中的“理性人”标准来自民法,这意味着,无论是民法还是刑法,其视野中的所谓“一般人”,均建立在“理性人”基础之上,两者毫无二致。

2. 民刑法中的一般人标准具有鲜明的价值取向和公共政策属性

古今中外,均不乏学者对社会弱势和贫困人群的关注。爱德华·班菲尔德教授考察意大利南部一个落后乡村后指出,这里充斥着利己、家庭本位、排斥集体合作的观念和行爲。他将此概括为“非道德性家庭主义”,认为这制造或加深了村庄的贫困。^⑤但即便如此,对一般人的判断标准依然深深植根于罗马法传统的“善良家父”形象。^⑥在步入网络时代的中国,网络的隐蔽性、互动性、离散性及碎片化特点,一方面拓宽了公众参与社会治理的渠道,另一方面,也为民粹主义提供了滋生的土壤。因此,应当提倡“一般人”的实质特征:他是法律拟制出来的一个标准人,是为办案需要而“制造”出来的实际不存在的具体人。这个标准的确立,必须从社会整体利益出发,融入对社会经济发展和社会公共利益的考量。

3. 法律责任的不同性质与民刑法中的“一般人”判断标准

民事责任主要是解决赔偿问题。从某种意义上讲是“以结果论英雄”,至于该结果是由行为人的故意还是过失导致,甚至是否一定要考虑有无过错,并不是多么重要。因为,民法旨在对私益恢复原状、赔偿损失,并不看重制裁。^⑦而刑事责任,本质上是一种最严厉的制裁,旨在教育改造、预防犯罪。既然如此,就必须考虑行为人的主观恶性和人身危险性,就必须评判行为人有罪过及其类型和大小。如果行为人在当时情形下因缺乏必要的知识而没有认识且不可能认识,或者说,虽然有认识,但在一般人看来,缺乏结果回避可能性,就不具有从事合法行为的期待可能性,追究刑事责任就成为不可能,因而,也就不应当被定罪判刑。可见,在事关构成犯罪的是与

否、事关刑事责任的大与小的判断上,作为案件当事人之参照标准的“一般人”,就与民法中的情形有所不同。质言之,在民法上,基于该参照系会得出结论,行为人应当承担民事责任;但在刑法上,基于该参照系,则未必能得出行为人应当承担刑事责任的结论。

透过许霆案之争,不难窥探个中究竟。就民法问题而论,既然许霆从ATM机中获取的绝大部分是他人财物,无论其行爲是否构成犯罪,无论其是否意识到,都必须承担返还责任。这意味着,民法中的“一般人”是不可能无根据地占有他人财物之人。就刑法问题而论,对许霆是否构成犯罪、构成什么犯罪的回答,必须要掺入认识因素及意志因素的考量。如果认为,“一般人”在此情形下并未意识到自己在“偷”、在“骗”,那就不可能构成相应的盗窃罪或信用卡诈骗罪等。可见,刑法中的“一般人”必须是在该情形下产生相应罪过之人,如果在当时当地情形下不可能产生罪过,就难以形成对犯罪行为的反对动机,也就不可能期待他实施合法行爲。简言之,刑事责任与民事责任有别,作为参照系的“一般人”标准也不一。

4. 民刑法内部的“一般人”标准有待进一步细化

拿刑法分则中的具体个罪来说,合同诈骗罪与诈骗罪的关系引人瞩目。人们不时会问:合同诈骗罪既侵犯了市场经济秩序又侵犯了公私财产权,理应比单纯的诈骗罪更严重才对,但根据司法解释,同样的诈骗数额(如4000元人民币)能构成诈骗罪却不能构成合同诈骗罪,这是为什么?或许,这里反映出的问题其实是各自“一般人”假设的不同:“破坏社会主义市场经济秩序罪”其实主要是“商事犯罪”,针对的一般人是“商人”。而“商人”在从事商行为时,较其他人具有更多的商事知识和专门经验,因而具有更强的注意能力,法律才赋予其更大的注意义务。另外,商事活动涉及的财物动辄万千,为适当控制犯罪圈,也有必要设置更高的入罪门槛。合同法领域也不乏类似论争:在统一合同法中应否确立违约的严格责任原则?有学者主张借鉴《联合国国际货物销

售合同公约》的规定,应当确立此原则;但反对者认为,国际货物买卖中的行为主体是以具有相当交涉能力和注意能力的“商人”为标准来设计的,而在国内合同法的适用中,涉及一切民事主体,各类主体的注意能力、交易能力各不一致,用国际货物买卖中的商人标准来要求国内普通的消费者、劳动者,会带来不公。^③可见,即便在民刑法内部,不同领域对“一般人”的假设也各有千秋,不可大而化之、简单等同。

四、刑法上“一般人”标准在解释论中的展开

(一)基于刑罚权行使者视角的“一般人”标准

刑罚是和平时最强大的“暴力”。如前所述,近现代意义上的刑法之所以把罪刑法定原则奉为铁律,是因为制度设计者们对刑罚权行使者的人性有一种深刻的不信任,故刑法亦被称之为“控权法”。基于此,刑罚适用者必须严格解释刑法规范,不能超出“文义可能具有的范围”。否则,所谓的扩大解释就变成了类推解释,就与罪刑法定相背离。这意味着,刑法使用者对刑法条文的解释不能侵犯国民的预测可能性。换言之,如果一般人对其解释结论大吃一惊时,该解释就是不合理的。

比如,对作为抢劫罪加重情形之一的“冒充军警人员抢劫的”,是否包括真军警抢劫的情形,有研究者曾不无疑虑地设想,是否把“冒充”一词解释成“假冒”和“充当”。因为真军警比假冒的军警抢劫,性质更为严重,更有必要严厉处罚;而处罚的必要性越高,作出扩张解释的可能性就越大。^④但“冒充”一词是个偏正词组,不能这样拆分。否则,无异于把“马路”解释成“马”和“路”,肯定让人目瞪口呆。基于此,最高人民法院在2016年《关于审理抢劫罪刑事案件适用法律若干问题的指导意见》中,明确将真军警抢劫的情形排除于“冒充军警人员抢劫的”之外,特别强调,对军警人员抢劫的,应当从重处罚。这一解释无疑符合一般人对“冒充军警人员抢劫的”的基本预期。

又如,根据现行《刑法》第133条及第25条第1款的规定,交通肇事罪是公认的过失犯罪,共同犯罪也只能是指二人以上的共同故意犯罪。但是,最高人

民法院在2000年11月15日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款规定,“交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。”这和一般人对共同犯罪的认识大相径庭,故“一石激起千层浪”,学界至今还在论辩之中。也许有人会说,这里的“共同犯罪”依然是指故意犯罪,即共同的故意不作为(事后不及时救助)。但这种解释显然是乏力的。因为,如果按此理解,那就应当是以故意杀人罪的共同犯罪论处,而不是“以交通肇事罪的共犯论处”,更不应当按照交通肇事罪的法定刑处罚。

再如,生活实践中形形色色的诈骗犯罪似乎在花样翻新、有增无减,如何认定诈骗罪的非法占有目的,已成为不少案件中的争议焦点所在。应当说,诈骗罪是典型的自然犯,对此类犯罪,一个具有正常理性的普通人可以不借助法律专业知识,仅凭生活经验对之作出判断。如果司法人员基于自己的片面理解,把一些普通人不认为是诈骗的行为论证成犯罪,执法尺度就会超越普通人的预测可能性,就不能让公众感受到司法的权威和公平正义。例如,对价值仅数千元的一幅赝品字画,某字画商店的店员声称是真迹,以数万元要价并卖出。只要交易有票据、交易后该商店仍正常营业,就完全可以通过民事欺诈在法定期限内撤销该买卖合同,不应以“非法占有目的”为由认定为诈骗罪。因为,市场交易中的漫天要价是常见之事,一般人不会将此类行为认定为是诈骗罪。那么,行为人在经营亏损的情况下借入资金,后因继续亏损造成资金无法返还的,能否简单认定为具有“非法占有的目的”?同样不能。^⑤因为,在经营亏损的情况下试图扭亏为盈,是经营者的惯常思维,要经营者在亏损时坐以待毙,显然是强人所难,将这种行为定性为诈骗,更不利于经营者积极进取、发展经济。当然,如果经营者在明知扭亏为盈无望的情况下,仍借入资金并携款潜逃,或将款项隐匿、挥霍,那就属于具有“非法占有目的”了。

(二)基于犯罪嫌疑人视角的“一般人”标准

总体而言,对涉嫌犯罪的行为人,考虑到刑事责任的严厉性,对其“理性”程度的要求低于民法中的要求。在这里,既要充分考虑其从事合法行为的可期待性问题,也要对其所具有的人性弱点“洒一掬同情之泪”。

案例1 袁某某与张某某系夫妻,某日11时许,袁某某在某市场门口捡到章某遗失的建行卡及留有银行卡密码的纸条,遂到附近的ATM机上分数次共取走卡内人民币两万元,回家后交给张某某保管。张某某明知是丈夫袁某某捡到他人银行卡后取得的钱款,仍将部分用于出借他人及家庭开支,部分存入其个人银行账内。案发后,张某某主动向公安机关交代了案件事实并将钱款全部退还给了失主。

关于此案,法院对袁某某构成信用卡诈骗罪,对张某某构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪均无异议,争议点是对张某某是否可以免于刑事处罚。反对者认为,张某某为丈夫袁某某掩饰、隐瞒犯罪所得,虽然基于亲情人伦所为,但因此类犯罪在司法实践中有不少就发生在亲属之间,法律鼓励的是“大义灭亲”而非“亲亲相隐”,故不应从轻。赞同者认为,法律既然是维护基本道德的准则,对基于亲情关系所为的行为就不应强人所难。2012年修订后的《刑事诉讼法》关于强制证人出庭作证的规定中,之所以对被告人的配偶、父母和子女作出例外规定,就是对亲情在法律关系上重要性的某种肯定。既然最高人民法院《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》已经明确规定,为近亲属掩饰隐瞒犯罪所得及其产生的收益,且系初犯、偶犯,能认罪、悔罪并退赃、退赔的,可以认定为犯罪情节轻微,那么,对之免于处罚就有充分根据。法院最终采纳了赞同论的观点。^④在笔者看来,无论是《刑事诉讼法》关于强制证人出庭的例外性规定,还是最高人民法院有关近亲属相盗、近亲属掩饰隐瞒犯罪所得问题的司法解释,都具有积极意义。如果仅就量刑而言,此案体现了对一般人亲情人伦的认同,应当给予肯定。

但应当强调的是,此案在袁某的定罪问题上有误。袁某之所以构成犯罪,前提是其丈夫张某构成信用卡诈骗罪,钱款为犯罪所得。而其丈夫张某构成信用卡诈骗罪的法律解释依据是,最高人民检察院在2008年5月7日《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》中指出,拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的,属于“冒用他人信用卡的行为”,构成犯罪的,以信用卡诈骗罪追究刑事责任。众所周知,“冒用”即“假冒他人之名而使用”,是一种诈骗手段无疑,相对方应当是被骗方。问题是,捡到附有取款密码的银行卡之后到ATM机上取款,对银行而言并没有被骗,卡内资金的损失也应当由遗失银行卡和密码且未及时挂失的开户人自己负责。换言之,捡到一张附有取款密码的银行卡,本质上与捡到现金没有实质区别。因此,在不少人看来,这是碰上了“天上掉馅饼”的好事,不取白不取,怎么会是诈骗呢?反过来讲,如果说是骗了银行,银行为什么又对遗失该卡的储户不承担赔付之责呢?可见,最高检的这一解释,并没有从一般人立场对诈骗进行界定。一般人根据常识很难判定这种行为是否构成诈骗罪,故难以形成反对动机。而作为自然犯的诈骗罪,本来是应当借助人人们的常识加以理解的。故笔者认为,信用卡诈骗罪中的“冒用他人信用卡的行为”,应当是在涉及审查持卡人身份时(如需要签名)的假冒行为,而不应包括捡到后仅仅在ATM机上取款的情形。站在一般人视角,这种情形实质上是不当得利,应当通过民事方式加以解决。

案例2 韩某等人盗窃他人一辆黑色帕萨特轿车后卖给了王某,王某将其开到河南某油田,欲以5万元的价格卖给张某。张某明知该车系套牌车,无合法有效手续证明其来历,但价格优惠,在既想捡个便宜又不触犯刑律的意识支配下,便先托付其在公安局工作的姐姐在公安部门管理网络上查询车辆的相关信息,当得知该车非盗抢车辆后,终于打消了疑虑,于2008年6月购得该车。但到2009年4月,在被公安机关网上通缉后,张某才得知所购车辆系盗抢

车辆。于是,旋即从外地返家,并于2009年7月1日驾驶着该赃车到公安机关投案。后经鉴定,该车价值197820元。

一审判决,张某明知是犯罪所得的赃物而予以购买,构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪,不过,鉴于张某主动投案,且退缴涉案车辆,应当从轻,故判处有期徒刑1年,缓刑1年,并处罚金7000元。辩护人认为,张某在购买该车辆时不是盗抢违法车辆,且购买价格与社会价格相近,不具备犯罪的目的与动机,应当改判无罪。此案上诉后,二审法院经审查认为,张某明知是套牌车,并以明显低于市场的价格购买,且未在国家指定的车辆交易场所进行交易,故辩护人的意见不能成立,对其行为应按照掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪,但考虑到犯罪人犯罪情节轻微,决定免于刑事处罚。^⑤

在笔者看来,一、二审法院对此案的定性都值得商榷。因为,掩饰、隐瞒犯罪所得罪是妨害司法管理秩序的故意犯罪,行为人主观上必须要有希望或者放任其妨害司法结果发生的意图。此案行为人在购买该车前,托付其在公安机关工作的姐姐在公安部门管理网络上查询其是否属于盗抢车辆,得知该车系非盗抢车辆后才购买,这足以表明,行为人既不希望也未放任购买盗抢车辆的情况发生。而且,行为人在事后得知其所购车辆系盗抢车辆后,立即开着该车到公安机关配合调查,尤其能够说明他对“所购车辆系盗抢车辆”并不明知。从一般人角度看,行为人绝非贪利犯险的故意犯罪之人。一、二审法院之所以认定其构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪,核心理由有二,一是其购得价格明显低于鉴定价格,二是行为人明知该车系套牌车,并由此得出结论:行为人明知是犯罪所得而予以购买。但是,套牌车不见得就是盗抢车辆,鉴定价格和购得价格的差价,并不见得就是“明显低于市场价格”。对一般人而言,既然已经通过关系密切可靠之人(公安机关工作的姐姐),在权威可信的系统(公安部门权威性的管理网络)上查明该车不是盗抢车辆,当然足以“心安理得”。而在捡便宜心理驱使下购买一部价廉物美的爱车,也属于人

之常情。把这样的行为定性为犯罪,无疑是对行为人提出了过于苛刻的要求。

(三)基于被害人视角的“一般人”标准

犯罪行为大多是施加于被侵害对象的行为,因此,必须联系被侵害者的感受加以判断。拿抢劫罪、强奸罪中的暴力、胁迫行为来说,既然要求达到足以压制对方反抗的程度,对其性质的界定就不能不考虑被侵害者的情况。而对被侵害者的判断,当然要按照类型化的理性人这个“一般人”标准加以把握。

案例3 郎某系一外教,在跳舞中认识孟某。孟某在酒吧内乘郎某醉酒不省人事之际,骗得酒吧管理者的信任将其带出酒吧,然后伙同次某、多某、索某、拉某等人将郎某带到某小区“星光大道KTV”的202包厢。次某、索某和拉某乘郎某神志不清,先后在包厢内与其发生性关系。事后,郎某回到任教学校即刻向公安机关报警。

对于此案,数名被告及其辩护人辩称,被害人在整个过程中,没有拒绝、反抗或呼救的行为,因此属于自愿发生性行为,不是强奸。但据被害人陈述,当时之所以如此,是因为她很害怕,且因酒醉没有力气,感觉反抗了会受到伤害,只希望该过程赶快结束。而且,据多名证人证实,被害人当晚的确处于醉酒状态需搀扶才能行走。另据各被告人交代,被害人在整个性行为过程中,神情呆滞、一直在哭泣,事后返校途中仍哭泣不止。据此,法官作出综合判定,认为数名被告构成强奸罪。^⑥

笔者认为,此案定性正确。因为,不能因为被害人在当时没有拒绝、反抗、呼救,就简单化地得出结论说,被害人是出于自愿。相反,对被害人的内心真实意思,必须结合一般人在特定情形下的正常反应加以把握。应当说,作为一名外籍妇女,面对多名陌生异性青年,在体能虚弱、孤立无援的情况下,不能反抗、不敢反抗的状态,属于常态。从其一直在哭泣、事后立即报警的情况看,认定该性行为是违背妇女意志的强奸行为,值得肯定。

案例4 某日22时许,肖某、王某在某县城广场旁边的树林里,谎称他们是派出所的便衣警察,并以

抓嫖娼为名向赵某索要钱款,遭到赵某当场抵制后遂使用暴力,抢走现金230元和耳麦一副(估价40元)。被害人赵某本来就对此二人身份怀疑,案发后接连在该地多次蹲守,最终配合警察将肖某、王某成功抓获。

此案的核心争议点在于:对此二人是否应当按“冒充军警人员抢劫”的情形加重处罚?法院认为,此案行为人虽然冒充自己是便衣警察,并实施了抢劫行为,但被害人对其“警察身份”并不相信,不仅当场就予以抵制,事后也一直在蹲点寻找。可见,他们的“冒充”行为并未达到令被害人减低防范意识或不敢反抗的程度,从而没有体现出该行为较之于普通抢劫更大的社会危害性,故不以“冒充军警人员抢劫”认定。^⑤本文认为,此案定性应当肯定。刑法虽然规定了“冒充军警人员抢劫”的加重情形,但何谓“冒充”?对其是否有程度上的要求?这些并不明确。因此,必须进一步判断,该“冒充军警人员抢劫的”行为是否较一般抢劫更严重:是否足以导致造成军警形象、声誉的被损害,是否因此使被害人更易受到侵害。从被害人视角来看,此案中的“冒充”伎俩显然并未产生如此效果。

结语

民刑法背后无不隐含着对人性问题的深层考量。既不乏顺应人性逻辑的制度设计,更具有基于人性假设而采取的反向抑制;既反映出对司法权的高度戒备,也体现着对芸芸众生人性弱点的容错纠偏。当然,也存在一些不切合实际的过度预设。但无论如何,这里的“人”是指“一般人”。作为法律想象的产物,是为办案需要而“制造”出来的、实际不存在的人。无疑,“一般人”标准是人性假设理论中亟待打通的“最后一公里”。该标准应当是与行为人处于同一情形下的当地社会公众普遍接受或遵守的行为标准。它既是一个事关多数人的判断,更是一个类型化的判断。其实质是被类型化、领域化的“常识、常情及常理”;上升到更高视角,也可以说是个方法论问题。它意味着,司法者应当自觉地以标准人的心态、立场、感受,对案件事实进行判断。当然,

“一般人”标准也蕴含着对论证责任的内在要求,核心是司法者必须对自己的判断进行充分论证。在民刑法中,一般人标准既有共性也不尽相同。可以说,两者均源自“理性人”标准,均具有鲜明的价值取向和公共政策属性,但由于民刑法律责任的性质迥异,民法中的一般人标准要求更高。质言之,即便达不到“善良家父”的要求,也不见得就是“恶人”。不过,在民刑法内部,一般人的标准也绝非整齐划一,应当再进一步细化。至于对刑法中“一般人”标准的具体解释,应当分别从刑罚适用者、犯罪嫌疑人、被侵害者的不同视角进行。对刑罚适用者,必须强调严格解释法律,不能将自己的理解凌驾于法律可能具有的文义及社会公众的生活常识之上;对犯罪嫌疑人,必须设身处地地考虑其采取适法行为的可能性,对其人性的脆弱性应适当包容而不宜过度拔高;对被侵害者,则必须从理性人可能具有的正常反应角度,类型化地区别对待。

注释:

①参见谢望原、付立庆主编:《许霆案深层解读——无情的法律与理性的诠释》,中国人民公安大学出版社2008年版,第1-15页。

②参见周安平:“许霆案的民意:按照大数法则的分析”,《中外法学》2009年第1期,第92页。

③参见刘云生:“民法与人性”,西南政法大学博士学位论文(2004年),第1-2页。

④参见胡光志:“民法与人性的哲学考辨”,《法律科学》2011年第3期,第68-69页。

⑤参见[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第2页。

⑥参见张明楷:“期待可能性理论的梳理”,《法学研究》2009年第1期,第62-67页。

⑦参见任彦君、刘霜:“论英美刑法中被迫行为的人性基础——兼论我国刑法中的胁从犯”,《信阳师范学院学报(哲学社会科学版)》2004年第2期,第42-43页。

⑧参见廖万里:“略论美国刑法中的警察圈套及其借鉴意义”,《法学家》2001年第3期,第125-126页。

⑨参见肖峰:“论人性恶与民法理念——从民事权利行使角度”,《兰州学刊》2003年第4期,第132-133页。

⑩参见王立争：“性恶论基础上的民法基本原则重构”，《新疆社会科学》2008年第1期，第91页；朱明伟：“合同法上的人”，南开大学硕士学位论文（2010年），第4-5页。

⑪参见[英]休谟：《休谟政治论文选》，张若衡译，商务印书馆2010年版，第27页。

⑫参见张建军：“反思刑法明确性原则的机能”，《政法论坛》2013年第1期，第63页。

⑬参见注②，第82-87页。

⑭参见盛舒弘：“‘法不责众’的两面性分析”，《广东广播电视大学学报》2011年第2期，第89页。

⑮参见[英]霍布斯：《论公民》，应星、冯克利译，贵州人民出版社2003年版，第4-5页。

⑯参见胡玉鸿：“‘法律人’建构论纲”，《中国法学》2006年第5期，第35页。

⑰但对交通肇事罪，逃逸者将要受到更为严厉的处罚。这里，显然不是因为“肇事后为逃避法律追究而逃跑的行为”没有反映肇事者的人性脆弱性，而是因为它有别于其他犯罪：案件频发、危害后果日趋严重，尤其是，被害者的生命健康能否得到挽救，往往取决于肇事者能否及时施救，故不得不特殊规定。

⑱参见吴广哲：“论一般人标准”，《湖北警官学院学报》2013年第1期，第65-66页。

⑲陈忠林：“‘常识、常理、常情’：一种法治观与法学教育观”，《太平洋学报》2007年第6期，第16页。

⑳参见注⑬，第66页。

㉑参见张浩朋：“论过失犯罪中的一般人标准”，吉林大学硕士学位论文（2018），第29-34页。

㉒参见陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，法律出版社2010年版，第208-210页。

㉓参见刘洪华：“论注意义务在我国侵权法上的适用”，《江汉大学学报（社会科学版）》2013年第5期，第65页。

㉔常见的辞书中查不到对“一般人”的解释，也许在编著者们看来，这个概念是不言自明的：既然“一般”是与“个别”相对而言的，那么，一般人肯定不是个别人，而应当是大多数人。

㉕参见张继成：“小案件大影响——对南京‘彭宇案’一审判决的法逻辑分析”，《中国政法大学学报》2008年第2期，第103-104页。

㉖比如网民中大多数人的言论未必一定能代表“一般人”的立场。但如果对大多数网民的立场持否定态度，就必须进行令人信服的论证——既不能置之不理，更不应简单否定。同样，即便是大多数网民所持的立场，也不应不加论证地直接

采信。换言之，不能用“描述”代替论证，要对少数人的立场进行适度的分析，从而说明，为什么把大多数“网民”的立场视为“一般人”立场的实质理由，使自己的主张立于不败之地。

㉗参见叶金强：“私法中理性人标准之构建”，《法学研究》2015年第1期，第103页。

㉘参见陈雯：“生存智慧：弱势群体的演绎”，华东师范大学硕士学位论文（2010年），第11页。

㉙参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店1991年版，第455-456页。

㉚尽管民事责任中的“惩罚性赔偿”早已出现并呈增加态势，但不能和刑法中的刑事惩罚相提并论。

㉛参见李友根：“论法律中的标准人：部门法角度的思考”，《美中法律评论》2005年第3期，第7页。

㉜参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第239页注①，第18页。

㉝参见虞伟华：“如何认定诈骗罪的非法占有目的”，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第114集），法律出版社2019年版，第259-262页。

㉞参见“袁某某信用卡诈骗，张某某掩饰、隐瞒犯罪所得案”，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第104集），法律出版社2016年版，第28-29页。

㉟参见“张兴泉掩饰、隐瞒犯罪所得案”，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第104集），法律出版社2016年版，第33-34页。

㊱参见“孟某等强奸案”，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第102集），法律出版社2016年版，第46-49页。

㊲参见“王志国、肖建美抢劫案”，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第109集），法律出版社2017年版，第22-27页。

参考文献：

[1]李友根：“论法律中的标准人：部门法角度的思考”，《美中法律评论》2005年第3期。

[2]胡玉鸿：“‘法律人’建构论纲”，《中国法学》2006年第5期。

[3]陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，法律出版社2010年版。

[4]叶金强：“私法中理性人标准之构建”，《法学研究》2015年第1期。