

法治与法官的自由裁量权 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_B3_95_E6_B2_BB_E4_B8_8E_E6_c122_483552.htm 前不久，众多媒体都刊登了这样一条消息：北京7岁的女孩圆圆对“1.2米以下儿童谢绝入场”这条演出业行规提出质疑，将以此为由拒绝其进场观看演出的保利剧院诉上法庭，称被告的行为违反了《中华人民共和国未成年人保护法》，侵犯了其接受综合素质教育的权利。但是法庭经过审理，却并没有支持圆圆的诉讼请求，使全国首例这类的儿童维权诉讼遭遇挫折。法院的判决理由并没有援引《未成年人保护法》，而是适用《合同法》。法庭认为，圆圆与保利剧院之间是合同关系。演出票背面标明“1.2米以下儿童谢绝入场”的规定即为合同内容，圆圆接受入场券时，即表明接受保利剧院的约定。剧院拒绝圆圆入场是履行合同的行为，不存在侵权的问题。这一案件似乎到此为止了，即使原告一方表示将继续提出上诉，依照中国目前司法的经验，二审法院将会维持原判。这本来是个小案，公众对于法院的判决也不会太较真，因为对于众多行规，一般人在心理上都习惯于接受，而很少有人对其合理性产生怀疑，何况能不能进剧院上看一场演出，并不关乎切身利益。但是我认为，这一案件仍然有很多值得说道的地方。从合同法的角度来看这个案件，法院的判决确实是无懈可击。但这一案件不仅仅是一个合同纠纷。从法律上说，原告和被告之间确实存在着合同关系，但这种合同并非协议性合同，而是一种格式合同，其具体形式就表现为入场券。格式合同是一些服务行业针对那些经常、反复发生的交易行为而拟

定的合同，目的是使交易行为能够方便快捷地进行，因此法律一般是承认格式合同的效力的。但是格式条款本身存在一个合法性问题，这种合法性不仅影响到合同的效力及当事人权利和义务的分配，而且它还可能存在违宪问题从而必须接受司法的审查以决定其去留。本案原告起诉的其实是“1.2米以下儿童谢绝入场”这条格式条款(也称行规)的合法性，但是法院却将这一条款作为判决的前提，从而得出原告败诉的结论。法院之所以没有适用《未成年人保护法》，据称是因为《未成年人保护法》对影剧院向儿童开放并没有明确的规定。《未成年人保护法》第22条规定：“博物馆、纪念馆、科技馆、文化馆、影剧院、体育场、动物园、公园等场所，应当对中小學生优惠开放。”法院认为，“优惠开放”是有前提条件的，不能理解为剧院举办的任何演出都必须向學生优惠开放。应当承认，从法律规定的“优惠开放”中并不能导出“必须开放”的含义，《未成年人保护法》也没有明确的禁止演出场所对未成年人“限制身高”的规定。法律规定的不明确是导致法律适用困难的一个主要原因，由此引起人们对立法技术的诸多反思，但是就本案来说，从“优惠开放”规定中就能导出“对1.2米以下儿童一律不予开放是合法的”结论吗？如果影剧院和其他公共场所限制1.2米以下儿童入场是合法的，那么法律规定的“优惠”如何体现呢？其实，笔者无意在此评说法院对本案所作判决的正确性问题，因为对于一个案件的法律判决，其正确性永远只是相对的，它不可能像自然科学问题那样有唯一正确的答案。笔者想说的是，在没有明确的法律依据的情况下，法官究竟应如何作出判决。因为这是司法人员(尤其是法官)在司法实践中经常面

对的问题。众所周知，在当今世界两大主要法系中，大陆法系奉行的是立法至上原则，国家企望通过立法机关的智慧和理性，将社会生活中存在的、必须由法律加以调整的一切社会关系都由法律加以定型化、规范化，不仅为普通民众提供行为范式和指针，而且也为解决社会纠纷的司法机关提供裁判的依据。法律如同一部百科全书，任何社会矛盾和纠纷都可以在其中找到解决的答案。法官的作用主要在于，面对某一个具体案件，知道到哪里去寻找最适合于该案的法律条文。法官在处理案件时，要严格遵循法律的规定，不准有任何创造性发挥，更不能自己造法。但是在英美法系国家，情形则完全不同。英国历史上并没有制定一部包罗万象、囊括无遗的民法典或者刑法典，其普通法即形成于法官在处理案件时所作判决而积累起来的判例。这些判例都是法官基于普遍的良知和正义而作出的，而且经过长期的筛选，因此其公正性和合理性是不成问题的。当然，在英美法系国家，随着社会生活的日益复杂化，针对一些具体问题的制定法也大量出现，但其判例法传统依然未改。大陆法系和英美法系这两种迥异的法律传统源于两种完全不同的思维方式和价值观念。在大陆法系，人们相信人类的理性是万能的，立法者凭借自己的理性和智慧可以预知现实与将来人类生活中各种社会关系，并在理性的指导下，基于公平和正义的原则对其加以规范化、法制化，以建立一种和谐有序的法律秩序。因此大陆法系国家的法律形式表现为大量的成文法和制定法。这种成文法传统的优点是，法律从原则到条文都很明确、稳定，依据法律，人们对自己的行为方式和行为后果都有明确的预知，不必担心自己会一不小心陷入法网。而且法官在处理案件

时有明确的尺度，可以避免法官的恣意和专横。但是这种法律传统的缺点也是很显然的，法律缺乏应有的弹性，不能适应变动不定的社会生活，一定时期以后必然产生滞后性。另外过于刚性的法律极大地限制了法官针对复杂多样的社会生活而使用的自由裁量权，使案件的裁决可能出现适于法而亏于情的现象。而英美法系的判例法传统恰好可以弥补这方面的不足。在英美法系国家，人们认为人类的理性并不是万能的，凭理性不能预知社会生活中所有可能出现的社会关系，并给予恰当的法律规制和评价，因此制定一部十全十美的成文法是不可能的，用一成不变的成文法来调整社会生活也是不恰当和不公正的。为解决法律的稳定性与生活的多变性之间的矛盾，有赖于高素质的法官凭藉其专深的法律知识、高尚的职业道德和普遍的社会良知对案件作出其内心确信为公正的裁断。因此法律授予法官高度的自由裁量权是必要的。如何评价两大法系的优劣得失，是人类千百年来众说纷纭的话题。个中问题，谁也说不清。但是一个确定无疑的趋势是，两大法系正相互借鉴，取长补短，慢慢走向趋同。中国在以往是一个大陆法系传统较多的国家，但是在近年来开展的大规模的司法改革运动中，开始大量借鉴英美法系的传统，如加强司法的独立性、专业性，保障和扩大当事人的诉讼权利，增强诉讼的对抗性等。但是在赋予法官独立的自由裁量权方面似乎还进展不大。当然这里有体制的原因、法官素质的原因等。但是目前(包括法官自身在内)一个普遍的观念是，司法即是司“已有”之法，对于某个案件，法律已有明确规定的，严格依照法律，法律没有规定或者规定不明确的，则宁可驳回当事人的诉讼请求或者予以搁置，留待日后慢慢

研究，法官不敢运用专业知识和道德良知作出自己的判断。(当然法官的自由裁量权也是有的，但是这种自由裁量权一般仅限于刑罚的期限是三年还是四年，或者民事赔偿金额是一万元还是两万元。)这样造成的结果是法院内部法官个人对领导的依赖，以及下级法院对上级法院的依赖，其表现形式就是领导定案以及上下级法院之间大量的请示、批复和大量的司法解释，从而极大地妨碍了主审法官的相对独立和各级法院之间的相互独立，两审终审实际上只有一审，影响了司法公正的实现。从理论上说，能够担任法官、主审案件的人都是具有较广博的法律知识、丰富的社会经验、高尚的职业道德和社会良知的人，能依照自己的知识、伦理对案件作出独立的判断。虽然法院系统内部有审级的划分，上级法院对下级法院的审判负有监督之责，但这不过是为保证司法公正而设置的防错机制，而不意味着上级法院的法官比下级法院的法官知识更多，更有智慧。法官在处理案件时，首先是要服从法律，其次是服从自己的良知(除此以外，不应该再受别的什么因素的支配和影响)。这里的法律不仅是指具体的条文，也包括现代社会法治的原则和精神(主要是宪政原则)。一个案件，可能在法律条文中找不到具体的规定，但相关的法治原则还是有的，完全没有任何法律依据的案件实际上很少。因此法官不应随意驳回当事人的诉讼请求，或者搁置不问。再回到前文所述的案件。即使《未成年人保护法》没有明确规定演出场所必须对对未成年人一律开放，其中规定的“优惠开放”也足以为裁判提供指引。再退一步说，即使没有《未成年人保护法》的相关规定，依据宪法保障公民受教育权的规定和利益权衡原则，也不难作出相对公正的裁断。因

为就儿童的受教育权与演出场所的正常秩序(据称这就是“1.2米以下儿童谢绝入场”这一行规存在的意义)两种权益相比较，前者显然重于后者，法律应该优先保护处于优位的权利。而且说儿童缺乏自制力、可能影响剧场秩序只是一种推定，并不等于事实。即使某个儿童真的影响了剧场秩序，剧场还保有采取相应措施的权利，而完全没有必要一律限制1.2米以下儿童入场。前一段时期，新闻媒体还广泛报道了这样一则案例：某个犯罪嫌疑人因罪行严重而被一审法院判处死刑，在判决宣告后，该犯之妻鉴于其夫性命难保，基于为其夫留下一支血脉的想法，向法院申请允其夫妻通过人工授精的办法生下一子。然而法院基于无先例可援、缺少法律依据等为由作出了驳回申请的裁定。此案经媒体报道后，在社会上引起广泛争论。其实此案没有什么可争论的余地，许可其申请的理由远远多于拒绝的理由：首先，罪刑法定的含义是，不仅什么行为是犯罪是明确的，而且对犯罪行为处以什么刑罚也是明确的。对死刑犯法律规定要剥夺的只是生命权、政治权利或者财产权利，而没有规定还要剥夺生育权；其次，对死刑犯的生育权问题法律确实没有明确规定，但是有法谚云：法不禁止即自由，法律既然对生育权未作限制规定，那么他就享有生育权；第三，现代司法不仅讲求公平正义，还讲求人道主义精神，人道主义是现代司法文明的一个重要标志。拒绝一个死刑犯的临终遗愿，显然不符合人道主义精神。总之，司法不只是一个将既定的法律运用到现实个案中去的工作，而且是一个能动的创新性的工作，尤其对于现代社会经济、文化、科技等迅速发展、社会关系日益复杂多变而言更是如此。法官不能甘当照本宣科的机器，而应该

运用自己的智慧和良知去干预、引领社会生活。要创建一个完善的法治社会，构建一个完备的立法体系是重要的，但是培养造就一个知识渊博、经验丰富、道德高尚、能独立、公正地行使自由裁量权的司法职业者(尤其是法官)群体更重要。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com