

2005年司法考试卷四第七题分析(1) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/53/2021\\_2022\\_2005\\_E5\\_B9\\_B4\\_E5\\_8F\\_B8\\_c36\\_53106.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_53106.htm)

七、（本题25分）案情：甲系某大学三年级女生。2003年5月5日，甲到国际知名连锁店乙超市购物，付款结账后取回自带的手袋，正要走出超市大门时，被超市保安阻拦。保安怀疑甲携带了未结账的商品，欲将甲带到超市值班经理办公室处理。甲予以否认，争执过程中引来众多顾客围观。后在经理办公室，甲应值班经理要求出示了所买商品及结账单据。值班经理将甲自带的手袋打开检查，并叫来女工作人员对甲进行了全身搜查，均未查出未结账的商品，遂将甲放走。事后，甲在超市被搜身的消息在本校乃至其他高校传开，甲成了倍受关注的“新闻人物”，对甲形成了巨大的精神压力，出现了失眠、头晕等症状，无法继续学业，医生建议其做心理治疗。甲认为乙超市侵害了自己的人格权，遂提起诉讼，请求判决乙超市赔偿精神损害10万元。本案双方的主要事实争议是：乙超市在对甲进行全身搜查时，是否强令甲脱去了内衣。对此，双方均未提出充分的证据。双方的主要法律争议是：超市在每年失窃数额巨大的情况下，是否有权对顾客进行搜查。乙超市认为自己在超市内已张贴告示，保留对顾客进行搜查的权利。一审法院认为乙超市不能提出没有强令甲脱去内衣进行搜查的证据，故对脱衣搜查的事实予以认定；认为乙超市的搜查行为侵犯了甲的人格权，且侵权情节恶劣，后果较为严重，同时考虑到当地经济发展水平较高，判决被告赔偿精神损害11万元。乙超市不服，提出上诉。二审法院除认为一审判决认定乙超市

强令甲脱内衣进行搜查的事实证据不足外，对一审认定的其它事实予以维持，酌情改判乙超市赔偿甲精神损害1万元。甲对二审判决不服，以赔偿太少为由，申请再审，请求将赔偿数额改为11万元。问题：1. 请就本案一审判决、二审判决和再审申请涉及的法律问题进行简要分析；2. 本案发生后社会反响颇大，引发了不少议论，主要涉及精神损害赔偿、法官自由裁量、人格权保护、消费者权益保护、企业安保措施等诸多法律问题，请你任选一个角度简要论述。答题要求：1. 第一问的分析应以法学理论、现行法律规定为依据；2. 第二问的论述应观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺。

分析：一、法官自由裁量权的规制与约束 据材料，某大学女生甲到国际知名连锁店乙超市购物，被保安搜身。一审判决被告赔偿精神损害11万元。二审法院酌情改判乙超市赔偿甲精神损害1万元。本案最引人关注的是赔偿数额，二审仅为一审数额的零头，令人难以理解，于是法官自由裁量权也纳入了公众关注的视线。对此，本人观点有三：观点之一，法官自由裁量权存在确有必要。法律具有规范、指引、评价、预测、教育的功能，法律的适用应当具有确定性，这种确定性就是体现在对相同或类似的行为应当有相同或类似的处理。但是，法律具有一定的局限性，存在着漏洞（特别是成文法国家）。主要表现为：不合目的性、不周延性、模糊性和滞后性。如精神损害赔偿相当长时间内被认为是资产阶级法权而不被借鉴。同样，对该案很多人提出精神损害赔偿应当明码标价、定额化，基于这种议论，最高司法机关在司法解释的草案中，也曾经提出了这样的意见。事实上，这是不合适的。因为社会中的人和事都是具体的、生动的，千变万

化，情况各异，即使对同样的一件事，各人的感受也有所不同。精神损害要素的多元性、易变性、难测性等，决定了法律无法对精神损害赔偿的标准规定得详尽无遗，加之我国幅员辽阔，各地经济水平不一，要在全中国制定统一的赔偿标准显然是不现实的。普遍的法律规范和个案处理之间总是存在一定的距离，这是自由裁量权存在的现实基础。丹宁勋爵将之形象地比喻为：“法官绝不可以改变法律织物的纺织材料，但是他可以也应该把皱折熨平。”观点之二，法官自由裁量权有其内在缺陷。法官自由裁量权是一把双刃剑，其优势是自由性，其内在缺陷也在于自由性。在“宜粗不宜细、成熟一条制定一条”的立法思想指导下，我国已制定出的法律存在着规范不详、弹性极大、可操作性差的问题，导致法官有极大的自由裁量权，如本案中的1万元和11万元，正是其具体表现之一，极易造成司法之随意性进而膨胀为司法专横，直接损害公民、法人和其他组织乃至国家和社会公众的利益，最终破坏法律面前人人平等这一社会主义法制原则，破坏我国法制的统一，有损于司法机关的形象及权威，有悖于司法机关的性质和宗旨。这也是公众对司法进行指责的口实之一。波斯纳将法官自由裁量权比喻为“黑箱”；英国法学家戴西也认为自由裁量是一种专断的权力，与法治原则是不相容的。因为法治要求行为的确定性和可预测性，对其局限性必须有充分认知。观点之三，规制与约束，自由裁量权的必由之路。必须承认，法官行使自由裁量权是法官行使司法权力的一种常态，法律适用中同时并存的确定性与不确定性、可测性与不可测性等特点，决定着适用法律也必然与法官行使自由裁量权并存。只要我们对法官自由裁量权涵义及内在

缺陷有一个清晰的认识，然后设计出一套完善合理的监控制度来有效控制它，就能使法官自由裁量权发挥最大效用，正如肖扬所言，“依法限制自由裁量的空间，实现程序公正与实体公正的有机统一”，上级法院的法官根据当事人的请求运用自己的法律专业知识和司法经验对下级法院法官的司法判断行为进行监督，使不正当运用自由裁量权的行为得到纠正。这种监督实际上是职业法官之间在共同的知识背景下所进行的一种专业性对话与交流。但必须要申明，只要一审法院对自由裁量权的行使未超过合法、合理范围的，二审法院就应当尊重一审法院法官的自由裁量权，如无新的事实依据，不得擅自改变其审判结果，而不是本案的结果。或许，这正是本案给我们的最重要启示。

## 二、私力救济的底线

近年来，“商家搜身案”屡屡见诸报端，却屡“批”不止。人们或大力鞭挞，主张加大惩罚力度，规范商家行为；或大声疾呼，要求广大消费者提高自身的法律水平，增强维权意识。舆论似乎成一边倒的趋势，共同将矛头指向了那被认为是“强势”的商家。而涉案的商家们除了承受点舆论压力或赔点钱外，似乎也并无进一步的举动，搜身案依然在有些地方发生着，人们不禁感到困惑……。作为一名从事法律工作的人，我也不免“三句话不离本行”，从法律的角度谈谈对这类案件的看法。我认为，要杜绝此类现象发生，除了涉及司法审判以及消费者维权以外，还涉及商家的观念转变问题，即商家能否私力救济以及私力救济的底线的问题。一般认为，私力救济是人类幼年时期盛行的制度，在现代文明昌盛时期，原则上是禁止私力救济的。但是，考虑到私力救济迅速、及时的特点，在私法领域，各国法律都例外地肯定特定情况下

的私力救济制度。具体到商家搜身等一系列的案件当中，在商场、超市林立，盗窃现象又比较严重的今天，逐一地要求公安部门出警不太现实，这就要求商家在一定范围内实施私力救济。我以为，如果商家有确凿的证据怀疑顾客实施了盗窃行为时，可以采取一定的措施自我保护，如适当的询问或在顾客完全同意的前提下，打开其背包、购物袋进行检查，但是在实施上述行为时，需要把握一个底线，那就是对消费者不能采取任何强制措施，不管是行为或是言语上，尤其是不能采取非法拘禁、暴力殴打、威胁或逼迫脱衣搜查等手段。即使是“当场抓获”也应该按照刑事诉讼法第六十三条的规定及时扭送公安机关处理，而不能滥用私刑。法院在审理此类民事案件时，一方面应当在把握“人身权优先于财产权”原则的前提下，结合个案情形，加大对消费者一方权益的保护，从而从反面促使商家完善自己的保安措施。对那些可能涉及刑事犯罪的案件，及时移送公安机关处理；另一方面，应该区分情形，合理地判断商家的自我救济行为是否超过了必要的限度，以此确定加重、减轻或免除其相应的民事责任，达到公平、正义的目的。具体到“甲女大学生被乙超市非法搜身”一案，我认为一审法院判定乙超市承担11万元精神损害赔偿的判决比较妥当。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](http://www.100test.com)