

2005年司法考试卷四第七题分析(3) 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_53111.htm

八、谈精神损害应采适度赔偿原则 看到“女大学生超市遭搜身”这一案件，相信不同立场的人会从各自的角度形成不同的意见。作为一名法官，笔者认为两审法院对于精神损害赔偿的请求作出相差悬殊的判决以及从中反映出的两审法院截然不同的态度颇值得回味。精神损害赔偿在司法实践中一直是一个敏感和备受关注的话题，其中的重要原因是由精神损害赔偿制度本身的不健全、不完善，实践经验缺乏与公民权利意识蓬勃发展之间存在着的种种冲突。目前，精神损害赔偿适用范围限于人格权和身份权受到损害的情形，对于生命权、健康权、身体权等物质性人格权遭受侵害的，在最高人民法院《关于审理人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》出台前，一直采用的是定型化的赔偿模式，即人身受到伤害致残或死亡，给予伤者或死者近亲属的精神抚慰的方式便是给予残疾赔偿金和死亡赔偿金。残疾赔偿金是根据当地的平均生活水平和伤者伤残等级，运用公式计算得出，死亡赔偿金亦是同理，这样的赔偿方式，经过十多年的司法实践，已为社会公众及法律界人士所认同，一方面，定型化的赔偿模式直接导致赔偿数额的确定性和可预见性，便利了审判操作，减少了当事人诉讼不当的风险；另一方面，该赔偿模式充分考虑了损害后果的程度和当地社会平均生活水平，对于实现精神损害赔偿的补偿与惩罚的目的具有积极作用。而名誉权、荣誉权、隐私权等精神性人格，当其遭受侵害时，由于不具有身体上的创伤，纯粹是内

心的痛苦，属于主观范畴，且痛苦程度不仅取决于加害人的侵权情节的恶劣程度，与受害人本人的心理素质、文化涵养和承受能力密切相关。在超市搜身案中，一审法院认为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，判决精神损害赔偿11万元。根据官方统计，2003年全国城镇居民人均可支配收入为8472元，农村居民人均纯收入为2622元，11万的赔偿相当于一个城镇居民13年劳动的全部收入。不可否认，一名青春年少的大学女生被疑为贼并遭遇搜身，尤其是消息传开后，名誉受损，精神压力肯定是存在的，但是否“严重”到一定要用11万元人民币的赔偿来弥补的程度呢，笔者不敢苟同。精神损害赔偿应当实行适当限制原则，处理人格利益损害的诉讼，如果动辄给予高额财产赔偿，会引导人们追求不当的高额赔偿，使得人格带上商品的印记。我们不能因为怀着人格权神圣的满腔冲动而任性，司法审判应当是谨慎而务实的，我们的法官应当把维护司法的严肃性和权威性放在高而又高的位置。二审法官基本否认了一审法官的判决，把赔偿额从11万降为1万。然而，精神损害赔偿如此之大的弹性空间，也是一般社会公众难以理解和接受的。精神损害并不限于货币赔偿这一种形式，法律还规定了停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉的责任形式。笔者认为，精神损害赔偿应当适度，虽然对名誉权损害赔偿不能像对身体权损害赔偿一样实行定型化赔偿，但是两者均是以实现补偿与惩罚为赔偿目的的，前者在数额的确定上可以参考后者而为之，这种方式是合理而又可行的。

九、法官自由裁量权应当依法节制

法官自由裁量权是国家赋予法官在某种情况下所行使的一种权力。自由裁量源于自由心证和

遵循先例，证据的取舍、证明力的大小及争讼的处置，法律不预先加以成文规定，而由法官根据良心和理性进行自由判断，并根据其形成的内心确信认定案件事实；依据判例或公平正义和理智的道德，自主斟酌、独立处理案件。我国法官自由裁量权，是指法官依据立法目的和正义、公平、公正、合理的原则，发挥主观能动作用，选择、适用法律和司法解释对具体案件作出评价判断，并作出司法裁判的权力。优秀的法官不仅是法律的具体操作者，而且应当是睿智的法学理论家。法律条文是机械的、有限的，而社会现象是变化不羁的，所以自由裁量权在任何一种司法体制中都是不可或缺的。目前我国改革发展正处于关键时期，社会利益多元性，矛盾错综复杂，新情况新问题层出不穷，在不违背立法精神的条件下，赋予法官适当的自由裁量权，让其启动智慧之门，从纷繁复杂的纠纷中，展开法律的逻辑，作出明智的裁判，可以更加有利于贯彻正义、公平的原则，从而达到个案公正和社会正义的统一、法律政策与道德情理的和谐。但是，法官的自由裁量权应当依法受到一定的节制，否则，极易造成法官个人的恣意擅断。赋予法官自由裁量权本应无可非议，然而，在现实生活中，法官的自由裁量权往往成了能伸能缩的橡皮筋，同案不同判的案例并不鲜见。本案一审法院判决乙超市赔偿甲精神损害11万元，二审法院改判乙超市赔偿甲精神损害1万元，赔偿数额相差10余倍；虽然均可堂而皇之的冠以法官自由裁量，但难以排除人民大众对司法公正产生合理的怀疑。节制和规范法官的自由裁量权是公平正义的内在要求。法官是为法律而存在的，司法公正是法官良知的底线。法院是社会正义的最后一道防线，而法官就是这道防线的

守门人。当社会全体成员将自身的生命、自由与财产的终极保护，托付给国家的法官时，法官就是正义之神的化身。如果不对法官的自由裁量权给予必要的节制和规范，一旦法官行使自由裁量权失衡甚至违背立法精神，滥用自由裁量权，则不仅会为法官的司法专横和破坏法治提供口实，还容易使公众对司法公信度产生质疑，导致作为公平与正义化身的法官地位受到动摇。节制和规范法官自由裁量权的有效举措是裁量公开。审判公开原则即强调审理过程和裁判结果的公开，而更重要的是采纳证据的理由及裁判理由的公开。采纳证据的理由及裁判理由的公开，是审判公开的实质与核心，也是遏制司法腐败的滋生、节制和规范法官自由裁量权的有效举措。正义不仅要实现，而且要以人们看得见的方式实现。法官应当通过裁判文书展示举证、质证、认证及法律推理和法律论证的过程，使其成为“阳光下的裁量”，真正让胜诉一方赢得堂堂正正，败诉一方输得明明白白。法官自由裁量权是把双刃剑，应依法赋予，更应当依法节制和规范。

十、从司法考试案例看自由裁量权 依《牛津法律大辞典》，法官自由裁量权是指（法官）酌情作出决定的权力，并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官在情势所需时在规定的限度内行使自由裁量权。我国的民事法律授予法官相当广泛的自由裁量权，如实体法的自由裁量权在承担责任的方式及承担责任幅度方面和民事制裁方式及其严厉程度方面的表现。此外，法律中经常出现的“适当”、“可以”等表述。程序法中对于证据采信方面的自由裁量权，更被认为是法官裁判的基础。法律授予法官自由裁量权，是审判工作的性质和社会客观需要所决定

的。只有通过自由裁量权的行使，普遍性的法律规定才能适用于具体、个别的民事案件，法官能及时公正地解决复杂多变的新类型纠纷，成文法所具有的不周延性、模糊性、滞后性等局限性才有可能得到弥补。但法官自由裁量权的适用必须遵循两个基本原则：一是合法性原则，该原则要求法官的自由裁量权不得侵犯法律明文规定及其基本原则并符合法律精神。二是合理性原则，该原则要求法官自由裁量权的行使，须具备正当的动机，建立在正当的考虑基础上，且结果符合社会理性和情理。自由裁量权的行使应当体现出法律正义的价值取向，符合公序良俗，达到好的社会效果，而不得考虑私情、权势等不相关因素。就2005年司法考试第七题的内容而言，这是一个典型的法官运用自由裁量权的侵权案例。一审法院的裁判显然没有很好地运用自由裁量权，违反了合法性与合理性原则，其判决结果不能服人：其一，就事实争议方面，“在双方均未提出充分证据”的情况下，“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”。此处关于举证责任分配和证据采信的自由裁量权不妥，违反了合理性原则。待证事实是是否进行了侵害甲人格权的全身搜查，其中是否“强令甲脱去内衣”只是一个情节，不影响侵权的成立。虽然乙超市作为强势一方，但试想一下，其不能靠参与搜查的女工作人员的证言来证明（哪怕是多名女工作人员），又不能靠现场录像之类的视听资料来证明（那更侵犯了甲的隐私权），何以证明“没有发生的事情确实没有发生”？这是一种常见的因难以举证而致讼争事实不清的情况，应由提出此主张的甲承担举证不能的后果，而不应当因为乙超市行为不当就

认为其应承担所有不利后果。其二，就支持当事人的主张方面，甲的诉讼请求标的额是10万元，一审最多也只能全额支持，否则就违反了“不告不理”的基本原则，但案例中一审法院判令乙超市赔偿11万元，显然不合法。相比之下，二审法院充分发挥了职能，注意到了上述两点并进行了合理改判。笔者特别想指出的是：所有精神损害赔偿数额的确定，都是法官运用自由裁量权的结果，应特别谨慎，需要全面考虑社会经济状况、公众预期和各方面利益均衡。这一案例足以提醒我们，要正确行使自由裁量权，力求每个案件都获得正当、合理的解决，最终体现法律精神，实现公平和正义。

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