

2005年司法考试卷四第七题分析(2) 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\\_53109.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_53109.htm)

三、举证责任的分配 女大学生甲是否受到连锁店乙的强迫而脱去内衣，对赔偿数额的认定将有着重大的影响。一、二审法院在这一问题上作出了截然相反的裁决。分歧的关键在于举证责任的分配：一审法院适用了举证责任倒置规则，推定乙强迫甲脱衣的事实成立；二审法院则坚持了“谁主张、谁举证”的基本证据规则，将举证责任分配给了原告，并最终因原告未充分举证而认定强迫脱衣的事实不成立。笔者认为，一审法院对事实的认定是正确的，依据证据规则，应当认定强迫脱衣的事实成立。首先，当事人的举证条件决定了本案应适用举证责任的倒置。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》）中虽然仅仅列明了适用举证责任倒置的几种情形，但同时设定了弹性条款。《规定》第七条规定：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”本案即应适用该条的规定。纵观本案事实，甲一个人到乙连锁店购物，其事先不可能预见到纠纷的发生，也不可能事先为取证做必要的准备。在被带进经理室后，甲孤身一人，更是丧失了获取证据的条件。而乙作为连锁店的经营管理者，物品失窃可以说是其经营损失的一部分，乙对此应当有所预见。与消费者甲相比，乙事先更有条件通过安装监控设备等手段固定证据。在甲被带进乙的经理室后，乙更是处于绝对的控制地位。在消费

者甲根本不具备举证条件的情况下，人民法院应当依据《规定》第七条适用举证责任倒置，推定甲所主张的被强迫脱衣的事实存在。其次，连锁店乙的侵权行为决定了其应当承担更重的举证责任。本案中，连锁店乙因怀疑消费者甲盗窃物品而对甲进行了搜身，“争执过程中引来众多顾客围观”，随后又将甲带进乙的经理办公室进行盘问。乙的上述行为严重侵犯了甲的名誉权及人格权。正是乙的违法行为，使得甲被迫进入了经理办公室这一特定的封闭场合，使得室内究竟发生了什么事后无法查清。在这种情况下，人民法院只能要求造成事实不明的一方即本案中的乙承担举证责任。如果乙无法充分举证，则其必须为自己的违法行为承担不利的后果。最后，举证责任的倒置有利于敦促乙改进安保措施。法院的判决，不仅要注重其在个案中对当事人利益的衡平，更要注重其对类似纠纷的防范作用。人民法院运用举证责任倒置的规则，将使更多的营业机构认识到，留置消费者进行盘问并非解决问题的良策，从而敦促其改进安保措施及解决纠纷的手段，学会以合法文明的方式与顾客相处。

#### 四、法官自由裁量权的边界

“女大学生超市搜身案”，一审法院判决超市赔偿女大学生精神损害11万元，二审法院却在基本事实不变的情况下，改判超市赔偿精神损害1万元。由此引发了对法官自由裁量权的思考。自由裁量权是法律赋予法官的权力，适用于民事、刑事等各个领域。比如民法通则有关司法解释规定，当事人请求撤销重大误解或显失公平的民事行为的，人民法院可以酌情予以变更或撤销；刑法分则中，许多条文都授予了法官对量刑的自由裁量权。法律为法官设置自由裁量权的目的在于，把简单的、原则的法律规定灵活地应用到复

杂的、具体的社会生活中去，以实现法律所追求的公平正义。为适应多变的社会生活，赋予法官自由裁量权是非常必要的，问题的核心是，法官自由裁量权的边界在哪里。我认为，法官行使自由裁量权的第一道边界是法律，如果法律为自由裁量设置了明确的界限和范围，法官必须在法定的限度内行使权力，不能越界，否则，危害甚大。比如试题中，原告起诉的赔偿数额是10万元，一审法院的法官却自由裁量，判决被告赔偿11万元。这一判决违反了法律规定的“不告不理”原则。这样的判决将会从根本上侵蚀我们的司法制度。还比如在刑事司法中，如果法官任意在刑法规定的法定刑幅度以外判处被告人刑罚，显然是一个错误判决。可见，法官行使自由裁量权的底线是法律。然而，仅有法律作为自由裁量权的边界是远远不够的，法官自由裁量权的行使，不是在法定限度内的随心所欲，还必须受到社会常理和人们普遍观念的约束。后者甚至是更重要的。因为对普通民众而言，由于对法律基本制度或基本原理知之甚少，在判断法官的自由裁量权行使得是否合理妥当时，往往不会在乎判决的结果是否合法，而可能更在意其是否合情理。如果法院判决被告赔偿的数额超过原告的诉求，除了法律专业人士和被告之外，可能没有多少人（包括原告自己）会认为法院的做法有问题，反而会觉得法院更加充分地保护了原告的合法权益。之所以有这样的看法，是因为人们觉得这一结果是合理的。同样，电影《秋菊打官司》中的秋菊却怎么也弄不明白她只是想讨个“说法”，派出所为什么要把村长抓走。秋菊的困惑在于，尽管派出所是依法办案，在秋菊看来却是不合理的。对他们而言，合理的事，不合法也无关紧要；相反，合法的事，

如果不合常理，也是不能接受的。那么，是不是说只要合乎常理的事就可以置法律于不顾呢？当然不是。在法律限度内的自由裁量要尽可能做到符合社会理性、社会公众的认知水平，只有这样，司法才能使更多的人接受和信服。试题中，二审判决把精神损害赔偿改判为1万元，尽管不违反任何法律规定，但却遭到社会的质疑，引发公众对司法公正性的怀疑，就是不当行使自由裁量权带来的负面影响。司法的结果不但要符合法律的规定和原则，更要经得起社会公众的检验，只有这样，法官才能真正成为正义的守护神。

### 五、浅议人格权的保护

乙超市对甲的非法搜查行为（不管是否进行了强制搜身）在广为传播后给甲造成了精神上的巨大压力和负担，导致其出现了失眠、头晕等症状，无法继续学业，很明显乙超市的行为已严重侵害了甲的心理健康，理应承担相应的精神损害赔偿责任。这是因为，自然人不仅是肉体的存在，而且是心理的存在。享有健全丰富的精神生活，此乃人的基本需要、基本利益和基本权利。所谓精神生活，亦即心理活动、心理生活。现代医学和心理学研究表明，心理健全比肉体健全更重要。因此，保护人的正当心理利益，不使心理遭受非法侵扰，不使人无端地遭受心理痛苦，便成为民法的基本任务之一。保护之道首先在于肯认人的心理利益权，并且使之明细化和定型化，同时，尚应建立对被害人同质救济的制度，疗治其心理创伤，祛除其心理痛苦，使之恢复完满状态。于是，精神人格权制度应运而生。具体在本案中，首先，乙超市在对甲进行全身搜查时，无论其是否强令甲脱去了内衣，都已违反了“禁止对自然人的人身或住所进行非法搜查”的相关法律规定，构成了违法行为。这是因为，人的人身

权利或者与人身权利有关的住宅权等享有不受侵犯的权利，除非是有搜查权的人员，经法定机关批准，按照法定的程序而进行的搜查。这里的“有搜查权的人员”，主要是指司法行政机关中有权进行搜查的人员，“法定机关”就是指有搜查权的司法行政机关或其上一级机关。而乙超市既不是有搜查权的部门，其人员也就更谈不上是有搜查权的人员了。虽然其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，但根据我国消费者权益保护法可知，经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由；不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式，作出对消费者不公平、不合理或减轻、免除其损害消费者合法权益时应当承担的民事责任的规定，如果经营者的格式合同、通知、店堂告示等含有上述所禁止的内容，其内容无效。其次，乙超市在进行非法搜查行为时主观方面明显表现为故意，并对此事件的传播采取一种放任的态度，而在此事件传播后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。根据社会一般经验和智力水平可以认定，乙超市的上述非法行为足以给甲造成精神上的巨大压力和负担，导致其出现失眠、头晕等症状，以至无法继续学业。诚然，心理健康权并不属于我国现行法律所规定的健康权，也未被单独列为一类权利，但这并不代表其不受法律的保护，因为，民法设立的具体精神人格权类型，仅具宣示功能，而非法定和限制。况且，在最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条第二款中已规定：“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民

法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

### 六、企业保安的权限

企业保安是协助公安机关维护社会秩序，预防和减少违法、犯罪行为的重要力量，在现代社会管理中扮演着不可或缺的角色。但与预期作用相左的是，实践中，企业保安非法侵犯他人权利的事件却时有发生。具体到本案，超市一方的违法之处具体表现在以下三个方面：（1）保安阻拦甲并强行将其带至值班经理办公室；（2）让女工作人员对甲强制搜身；（3）在超市内张贴告示，声称保留对顾客搜查的权利。这些行为的共性在于，三者均为超市的保安措施，并且均超越了企业保安的应有权限，最终造成了对甲人身权利的侵犯、人格尊严的侮辱。关于企业保安的权限范围或说职责范围，现行法律并没有明确的规定，目前，在规范层面只有部委规章以及一些地方规章对其作出了界定。有代表性的如，公安部2000年出台的《关于保安服务公司规范管理的若干规定》（以下简称《公安部规定》）、深圳市1994年出台的《深圳经济特区企业事业单位保安工作管理暂行规定》（以下简称《深圳市规定》）等。其中《公安部规定》第十三条规定，保安人员不得有下列行为：（1）剥夺、限制公民的人身自由；（2）搜查他人的身体或者扣押他人合法证件、合法财产；（3）辱骂、殴打他人或者教唆殴打他人。本案中，超市保安强行将甲带至值班经理办公室的行为限制并侵犯了公民的人身自由，如此这般的保安措施不仅与《公安部规定》不符，并在根本上构成了对《中华人民共和国宪法》的违背。我国宪法第三十七条规定，中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的

身体。第三十八条规定，中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。根据上述两条规定的精神可以推定，人身权利为宪法赋予公民的基本权利，非经国家司法机关依法定程序不得被任意限制；人格尊严体现了公民基于自己的身份和地位对自己社会价值的自我认识和评价，任何人不得以任何方式对之辱没。企业保安不等于公安机关，其职责仅限于协助公安机关维持社会秩序。且不说本案之中甲开始只是被怀疑为“携带了未结账的商品”（结果证明是一种无端的猜测），即便其窃取商品被当场发现，保安以及相关的工作人员也无权私自对其进行人身限制并强制搜身，而应及时向公安机关报告将事情交由公安机关处理。概而言之，公民的人身自由、人格尊严当处于优位保护的地位。为减少甚至杜绝以“保安”的名义对其横加践踏的事件，当务之急应以法律的形式对企业保安人员的权责作出明确的界定，以克服《公安部规定》位阶偏低的局限；同时，立法应对企业保安人员的培训、考核以及录用等问题作出规定，以确保保安人员品德优良、业务熟稔、恪尽职守。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)