

司法学范畴体系、理论体系及学科体系构建

崔永东

法学是一门新兴学科，是一门具有无限发展前景的学科。法学是一门研究司法理念、司法制度和司法实践的学科，也是一门研究司法传统和司法现实、民间司法与国际司法的学科。它既有交叉性的学科特点，又有独立的学科属性。前者指其与哲学交叉形成司法哲学，与历史学交叉形成司法史学，与伦理学交叉形成司法伦理学，与管理学交叉形成司法管理学，与行政学交叉形成司法行政学，等等。后者指其具有独立存在的价值和地位，表现在如下子学科上，如司法程序学、司法制度学、司法传统学、民间司法学、国际司法学、司法理念学，等等。

司法学研究不仅有重大的理论意义,还有重大的现实意义,因为司法是“法治中国”由顶层设计走向具体实践的关键环节。司法学对当前与今后的司法改革具有引领和支撑意义。理论是实践的先导,缺乏理论引领的实践活动是盲目的,也很难达到预期目的。司法学对司法改革具有理论引领作用,司法学对司法改革战略和司法规律等等的研究,将对司法改革的顶层设计和前进方向发挥指引作用,使改革之轮沿着正确的轨道前行,并臻于理想之境。

一门学科的成熟有赖于其理论

体系的成熟,而理论体系的成熟取决于范畴体系的成熟。因此,构建司法学范畴体系就成了促进其理论体系和学科体系完善化的关键。司法学范畴可以分为基础范畴、核心范畴和基本范畴三类,基础范畴在司法学范畴体系中带有根本性,是“基础性工程”,核心范畴是支撑性范畴,基本范畴是辅助性范畴。如果说司法学是一座大厦,那么基础范畴是地基,核心范畴是支柱,基本范畴是砖瓦。它们共同构筑完成了一座理论大厦。

司法学的基础范畴是“人道司法”，这是因为，人道主义是当今法治领域的最强音，也是司法领域的核心价值观。体现人道价值的“人道司法”当然应当成为司法学的基础范畴，它是司法学赖以建立和发展的逻辑起点。司法学的核心范畴包括司法本体、司法价值、司法目的、司法主体、司法客体等等，基本范畴包括司法理论类范畴、司法制度类范畴和司法实践类范畴三大类。司法理论类范畴包括司法理念、司法原则、司法正义、司法独立、司法民主、司法平等，等等。司法制度类范畴包括司法体制、司法行政、司法主权、司法标准、司法监督、伦理司法、宗教司法、民间司法，等等。司法实践类范畴包括司法程序、司法方法、司

法管理、司法建议、刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼，等等。

鉴于一些司法学范畴因其近似性而易致“望文生义”，故在此有必要略作辨析。一是司法行政与行政司法。司法行政是既包括司法机关对人物财物的管理活动，也指司法行政机关对监狱、律师、公证、司法鉴定、司法协助等业务的管理活动。而行政司法则是指行政机关依据法定程序所进行的处理争端、化解纠纷的活动，此种活动与司法机关处理案件的活动有别但又近似，故也被称为“准司法”。我国的行政司法主要包括行政复议、行政裁决、行政处罚、行政仲裁和行政调解等等。二是伦理司法与司法伦理。伦理司法是指伦理对司法的主导性影响，或者说是依据伦理原则进行司法裁判活动，使司法带有鲜明的“伦理性”。司法伦理是指司法道德而言，特别是指司法职业道德。三是民间司法与社会司法。民间司法是指民间组织所进行的化解纠纷的活动，在此点上，社会司法虽与民间司法类似，但社会司法的范围要宽于民间司法，如国家行政机关所进行的化解纠纷的活动就属于社会司法的范围，但其并不属于民间司法。可以说，民间司法是社会司法的一个重要的组成部分，它所依赖的规则是情理、习惯、道德

等等，其运行的方式主要是调解、劝诫，也包括一定的处罚手段。国家司法是国家司法机关解决纠纷的活动，而“社会司法”是与“国家司法”相对的概念，它最初来源于西方法律社会学派的相关著作中，如奥地利法学家埃里希的著作《法律社会学基本原理》就提到了这一概念。他认为，社会组织根据“活法”（社会规则）所进行的解决纠纷的活动就属于社会司法。四是科技司法与司法科技。科技司法是指利用司法或准司法手段来处理科技领域中各种争端或纠纷的活动；司法科技是指依托先进科学技术（互联网、大数据和人工智能等技术）而进行的办案活动或生成的相关产品。

从理论维度审视,司法学的核心理念是人道司法,理论基础是司法二元主义理论,理论支撑包括司法“立法”的理论、行政“司法”的理论、司法监督的理论、司法管理的理论、司法程序的理论、伦理司法的理论、国际司法的理论、司法改革的理论,等等。其中,司法二元主义是一种强调国家司法与社会司法相互支撑的理论,司法立法的理论是一种强调通过司法解释来填补漏洞、确立规则的理論,行政司法的理论是指一种行政机关通过“准司法”手段来解决行政纠纷的理论,伦理司法的理论是一种强调

理论观念影响或主导司法实践的理论,司法管理的理论是一种强调通过考核、评价、奖惩等手段对司法流程和司法人员进行管理的理论,司法监督的理论是一种强调检察机关对审判机关进行监督制约的理论,司法程序的理论是指一种司法机关遵循法定程序从事司法活动的理论,司法改革的理论是一种对司法体制、机制和制度进行革新的理论,国际司法的理论是指一种国际司法机关或国际组织根据国际条约或国际惯例、以司法或准司法手段解决国际纠纷的理论。

司法学范畴体系的形成标志着司法学理论体系的成熟和学科体系的形成。这是因为,学科体系的核心在于理论体系,而理论体系的核心在于范畴体系。司法学的基础范畴、核心范畴和基本范畴,构成了司法学理论体系的骨骼;司法学的核心理念、基础理论和支撑理论构成了司法学理论体系的血肉;而其交合融会便形成了司法学学科体系的主体部分。从而支配和整合着司法学各个下属子学科,形成一个融合范畴体系、理论体系和学科体系于一炉的成熟的“学科群”,这就是司法学的成熟化。这是理论界和实务界同仁共同期待的目标。

(作者系华东政法大学司法学研究院院长,上海市重点培育智库中国法治战略研究中心副主任,教授、博士生导师)

关于惩罚性违约金的性质分析

吴 丹

【裁判要旨】

违约金的调整是否过高，是否需要调整，要根据违约金的性质来进行判定。本案中原告属于行业知名品牌，设置违约金的目的是为了杜绝假冒伪劣产品对其商誉的损害，因此，从性质上看，原被告所约定的违约金系属惩罚性违约金，不需要调整。

【案情】

原告：上海晨光文具股份有限公司

被告：周某

原告诉称：

湖北晨光文具礼品有限公司于2016年6月1日签订一份晨光文具互联网经销协议,协议约定原告授权被告在淘宝网售卖原告品牌产品,授权期限为2016年6月1日至2016年12月31日,并约定被告不得以任何形式售卖假冒“M&G”“晨光”品牌的商品,一经发现,原告有权立即终止被告的授权经销资格,并有权要求被告支付不低于20万元违约金。2016年11月22日,在浙江省杭州市钱塘公证处公证人员的见证下,从被告经营的网店购买了带有“M&G”“晨光”商标的Q7中性笔一盒和中性笔替芯三盒,共计41.67元。经鉴定上述在被告开设的网店购买的商品均为假冒产品。为此,原告为维护自身权益,遂诉来院。要求:1.判令被告支付原告违约金20万元;2.判令被告立即停止销售侵

犯原告“M&G”“晨光”商标权的产品。

被告周某辩称：有时淘宝买家购买原告产品数量较小，为了方便，被告并非从原告的区域服务商处取货，而系从周边市场取货，之后邮寄给淘宝买家，故被告并非故意在淘宝网站上销售假冒“M&G”“晨光”商标的产品。对原告第二项诉讼请求无异议。

【审判】

上海市奉贤法院认为,系争经销协议所约定的违约金系属惩罚性违约金,并不高,无需调整。现原告考虑到被告系属个体经营,资信能力具有一定的限制,且销售量并非很大,同意本院对系争违约金进行适当调整。鉴于此,考虑到原告的自主意愿、被告的主观过错、合同履行程度、原告的损失程度及阻遏被告违约的可行性等因素,本院酌情将违约金金额调整为15万元。

对原告第2项诉讼请求,鉴于被告对此无异议,故本院对该项请求予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百一十四条第二款的规定,判决如下:

一、被告周某于本判决生效之日起十日内偿付原告上海晨光文具股份有限公司违约金 15 万元；二、被告周某停止销售侵犯原告上海晨光文具股份有限公司“晨光”“M&G”商标权的产品。案件受理费 4300 元，由原告上海晨光文具股份有限公司负担 1075 元、被告

周某负担 3225 元。宣判后,周某不服,提起上诉,上海市第一中级人民法院经审理认为:一审法院对于本案的违约金性质作了充分阐述,本院不再赘述。一审法院根据查明的事实,确定周某应当承担的违约金金额,并无不当。故周某的上理理由,缺乏事实和法律依据,本院不予认可。

综上所述，上诉人周某的上訴请求不能成立，应予驳回；一审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：驳回上訴，维持原判。

【评析】

本案争议焦点是，系争经销协议所约定的违约金应否予以调整？

第一，从举证责任角度的分析。上海市高级人民法院《关于商事审判中规范违约金调整问题的意见》对违约金调整举证责任的分配亦采相同观点，该意见第六条规定，当事人主张约定的违约金过高的，应当提供违约金约定缺乏公平性的相应证据。本案中，被告仅主张违约金过高，但并未提供任何证据证明系高销协议所约定的违约金过分高于造成的损失，因此，被告应当承担举证不能的不利后果。

第二,从违约金审查方式角度的分析。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条的规定,当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,人民法

院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

本案中，经销协议针对 20 万元违约金所约定的违约行为是指被告以任何形式销售假冒“晨光”“M&G”品牌的商品，由于“晨光”“M&G”并非一般的商标，而系经国家工商行政管理总局商标局认定的驰名商标，在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉，加之，根据经销协议的约定，被告系销售“晨光”“M&G”产品的被授权主体，因此，被告一旦销售假冒“晨光”“M&G”品牌的商品，必然会降低相关公众对原告产品的评价，给原告的商誉造成难以估量的损失。而原告所受商誉损失难以用确切的金额予以衡量，故无法推定系争违约金过分高于原告所受损失。且合同法第一百一十四条第二款规定的“违约金过分高于造成的损失”中的“损失”是指非违约方的损失，即违约金与非违约方的损失相比，而非违约金与违约方的获利相比，因此，不得以被告获利远低于经销协议所约定的违约金从而认定违约金约定过高。

第三,从违约金性质角度的分析。违约金从性质上可以分为赔偿性违约金与惩罚性违约金。赔偿性违约金以填补损失为主要目的,而惩罚性违约金则以阻止债务人违约

为主要目的。鉴于惩罚性违约金的目的,其是否过高的判断标准应有别于赔偿性违约金,即主要应以违约金对于阻遏债务人违约是否充分必要为衡量标准,也即以合同订立时基于对阻遏债务人违约所需违约成本的合理预估为准来判断惩罚性违约金的适当性。

本案中，原告授权被告销售的店铺是网络店铺，其监管相较于实体店铺存在一定的薄弱环节，且从全国范围看，授权网络店铺销售原告的产品系原告的商业模式之一，从此角度而言，原告设置该项违约金的目的即是为了杜绝被告销售假冒产品，以避免其商誉受到损害，因此，从性质上看，涉案原、被告所约定的违约金，系属惩罚性违约金。而如上文所述，惩罚性违约金的高低不应仅考虑给守约方造成的损失，而且应考虑该违约金是否足以阻遏违约方违约。本案中，进一步而言，即便原告因被告违约所受损失低于20万元，系争违约金仍不应予以调整。原因在于，系争违约金属惩罚性违约金，其具有担保被告履约的作用，若将该违约金的数额调整得过低，则其惩罚作用不复存在，被告完全可以肆无忌惮地进行违约，此举不但导致原告通过违约金条款达到自力救济的目的无法实现，而且有害商业诚信，加之，考虑到被告通过违约获利的情况、20万元款项的购买力、被告主观过错以及类似案件的受理数量（即类似主体违约的数量）等因素，因此，系争经销协议所约定的违约金具有充分必要性，并不高，无需调整。

(作者单位：上海市奉贤区人民