



XIANDAI FAZHI YANJIU TANSUO

现代法制研究探索

■ 霍红卫 主编

陕西人民出版社

编辑委员会

主 编 霍红卫

执行主编 闫小军 马雅玲

副主编 岳晓路 曹 越 毛小红

编 委 马雅玲 毛小红 毛武群 邓西元

李亚明 李 莉 刘孟琪 沈 颖

张述涛 岳晓路 闫小军 曹 越

霍红卫 戴友斌

学问的质量（代序）

贾 宇*

学问的质量是最难评价的事物之一，但学问确实存在质量问题。

当今中国的学术社会，行政权力与学术权力的博弈越来越突出。就眼下看，行政权力对于学术权力的干预颇有成就。一个学者是不是有当教授的学问，行政机关在事先有量化的标准，在事后要审批。一个大学有没有资格和能力培养博士、硕士，也要行政审批。而学问是最难量化的。贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》翻译成中文只有12万字，却指导了全世界范围内200多年来的刑事司法改革。有些学者啰里啰唆不知所云的等身著作，对社会最大的影响可能就是加剧了木材的浪费。有的大学有两院院士、有国家实验室，对于国家的科学实验有重大贡献。有的大学有社会科学家、经济学家、法学家，对于全社会的和谐发展举足轻重。对这些价值的评判，都不能用简单的数字来量化。而行政官员既无能力、也无兴趣去了解每个学者著作中的思想观点、每所大学对于社会的特殊价值。于是他们偏偏采用了最不可取的数字量化标准。在这种小学生就可以操纵的学问评价体系指导下，我们的大学校长都变成了“只会数数，不会认字”的简单劳动者。

深层次的问题，还不在于教授的评审和大学的评价。真正的隐患是，学术社会里不再重视学问的质量。很多人不再承认学问有质量，只承认谁出版的书多，谁发表的文章多（当然也有不少既高产也高水平的学者）。一些人坚持学问有质量，但他们的评价只是非主流的、只可意会不可言传的、不能影响学者升迁也不能影响大学排名的民间意见，因而也是无力的。学问的根基被动摇了。

学问的质量最难评价。解决之道也很艰难。但首先要上道：区分行政权力和学术权力。学问的事情，让学问家们自己去解决。

* 贾宇，西北政法学院院长，法学博士，博士生导师。

以上文字，是2005年5月17日发的一番感慨，系应约为西北政法学院的《研究生通讯》刊物写的卷首语。

我校的2003级在职法律硕士们毕业在即。与前几期的师兄师姐们一样，他们为锻炼和证明自己的科学研究能力，也为完成“答辩前至少公开发表一篇专业论文”的任务，共同编辑了这部洋洋百万字的法硕文集。感谢同学们的信任，再三要求我为文集写篇序言。按照惯例，序言中应对本书所研究的课题有新论述，还应对本书的成就有新评价。可是坦白地讲，一方面，本文集涉及面甚广，对其概括论述太难；另一方面，本文集篇幅也甚大，对其进行客观的评价也不易——短时间内读完是不可能的。所以，想出来个偷懒的办法，找出篇小文章来“代序”。当然，这篇小文章与同学们的文集也不是没有联系。我是想说：第一，我们积极鼓励同学们做学问；第二，我们热诚期望同学们做真的学问、做出好的学问。愿与同学们共勉。

贾 宇

2006年5月2日

于古城西安

目 录

第一篇 宪法 行政法

浅谈公证机关赋予强制执行效力的债权文书的几个问题	姬 梅 (3)
建立责任政府浅析	郝成院 (8)
对行政不作为可诉性的法律分析	尚贞华 (13)
少年收容教养制度分析	薛 刚 (19)
检察业务流程的规范化管理问题研究	霍建东 (26)
对刑事被害人权利保护的若干思考	李雪晴 (31)
浅析司法独立及其实现	潘 铃 (39)
浅谈相对集中行政处罚权制度	李怀志 (45)
略论我国检察机关的法律监督职能	刘孟骥 (54)
透析中国的违宪审查制度	邹守鸣 (60)
司法独立之浅析	金媛媛 (66)
检察官与被羁押人和被监禁人的人权保护	霍红卫 (72)
论非诉具体行政行为的申请执行主体	张笑天 (77)
论当代中国行政法的基本原则及其作用	张武军 (83)
农村组织及其负责人主体地位的法律困惑和定位设想	李 莉 (89)

第二篇 刑 法

浅谈无罪推定原则	彭 琳 (97)
对洗钱罪立法现状的思考	王宝廷 (103)
论共同犯罪的构成	王军强 (108)

国家工作人员涉“黑”犯罪浅论	刘继锋 (114)
对中国死刑立法的理性思考	冉利民 (120)
论量刑适当	马宇舟 (125)
统计犯罪的思考和立法完善	杨密霞 (129)
论未成年犯相对负刑事责任的范围	苏 慧 (133)
浅议《反洗钱法》的立法背景和基本思路	贾海涛 (137)
关于构建量刑建议制度的思考	陈 宏 (146)
贩卖毒品案件审理中应注意的几个问题	高旺纯 (152)
关于“入户抢劫”的认定	王秋菊 (156)
论“东突”恐怖组织犯罪特点及其惩治措施	李法合 (160)
故意伤害辨析	王颖川 (167)
交通肇事逃逸致人死亡问题研究	周 纯 (173)
抢劫罪构成中暴力手段行为初探	关 玮 (178)
浅议巨额财产来源不明罪及其立法完善	范永滨 (181)
认定黑社会性质组织犯罪中的几个问题	吴 宏 (191)
网络与青少年犯罪	雷 涛 (199)
我对介绍贿赂罪之浅见	周前锋 (205)
湖南第一假药案引发的思考	宋西彬 (210)
酌定量刑情节刍议	赵顶峰 (215)
试述当前盗窃犯罪的特点、原因及对策	渠 源 (222)
浅谈网络犯罪的现状	庞疾风 (227)
论特别防卫权的若干问题	李延兵 (233)
校园暴力产生的原因及预防对策探析	许 志 (240)
论抢劫罪的认定与处罚	巢红叶 (246)
论职务犯罪与预防	刘党勤 (252)
浅谈职务犯罪成因及其预防	杨小林 (259)
浅析医疗事故罪的认定	丁照军 (264)
浅议安乐死	刘 遐 (273)
浅析洗钱犯罪及洗钱犯罪立法建议	张朝惟 (279)
浅析家庭暴力	张 龙 (286)
对我国家庭暴力的法律分析	马跃明 (292)

第三篇 民 商 法

公司法人治理结构的完善	田 凯 (301)
合同解释若干问题探析	赵建明 (308)
论对股份公司经理的激励	张晓飞 (317)
论合伙的法律地位	王 俊 (325)
著作权侵权与精神损害赔偿及其归责原则	李渭红 (331)
社会信用与市场经济的法律思考	谭 荣 (337)
上市公司收购法律制度研究	侯振新 (347)
物权行为浅议	李一兵 (354)
消费场所停车法律问题之探析	薛 琪 (359)
网络银行的法律问题的初探	李佳祥 (367)
浅析婚姻法中的夫妻财产制	张奋霆 (372)
我国合同法中的缔约过失责任	董新兰 (379)
物权行为理论初探	侯军旗 (384)
试论善意取得的构成要件及需要注意的问题	王瑞峰 (390)
悬赏之要约性质再论	刘 琪 (397)
浅谈医疗事故条例	邵建勇 (403)
住房抵押贷款证券化中的若干法律问题初探	石 列 (408)
民事诉讼程序暂时停顿浅议	刘剑平 (414)
论要约	李春丽 (418)
探讨商品房逾期交付的法律实务	边 欣 (423)
论我国的离婚损害赔偿制度	张建军 (429)
法律适用误区及矫正	
——兼论法律思维能力的养成 (从民法的视觉)	邓峰彬 (438)
浅议医疗事故中的民事责任与赔偿	张 谦 (446)
关于完善外观设计保护制度的几点建议	鲍文林 (453)
民法保护交易安全的法律制度	陈 辉 (458)
著作权与信息利用权的均衡立法探讨	程雪艳 (464)
中国民法发展之展望	高 雅 (470)

对我国事实婚姻的再认识	杜小燕 (474)
由《公司法》111 条谈股东大会决议瑕疵的法律救济制度	沈 颖 (480)
交通事故损害赔偿侵权责任问题初探	仵国栋 (486)
浅论侵害公民隐私权的法律保护	赵 晖 (491)
未成年学生校内人身伤害案件中学校的法律责任	张建立 (494)
浅析我国对公民私有财产权的宪法保障	张述涛 (500)
论预期违约责任	周东峰 (506)
试论侵害名誉权的精神损害赔偿	王晓东 (513)
论法律行为与意思表示之关系	赵进轩 (520)
论有限责任公司股东资格的认定	桂 红 (528)
浅谈我国上市公司 MBO 的运用及完善	张文娟 (533)
试论建筑工程施工合同无效情形的认定	李 文 (542)
试论企业并购之法律问题	曾 思 (548)
对我国现行《破产法》立法缺陷及其重建时的若干思考	党 霞 (555)
浅析离婚精神损害赔偿制度	王 荣 (560)
小议合同解除权	陈少军 (566)
物权行为理论若干问题探讨	侯卫宁 (569)
对未以真实身份登记结婚行为的法律思考	王 弦 (573)
试论侵权行为的因果关系	康纪龙 (579)
浅析住房按揭贷款合同纠纷的原因及对策	范尔峰 (584)
商品房购房定金的法律思考	杨志东 (590)
隐私权基本问题的思考	许亚斌 (595)
隐私权的民法保护	张 明 (602)
试论不动产用益物权的抵押	朱 培 (610)
物权法上交易安全制度	王小涛 (616)
完善单一的破裂主义离婚原则	何红玺 (622)
论精神损害赔偿的几个问题	孟 军 (626)
浅析违约金及其适用	崔 喜 (633)
论无效合同的确认和处理	赵 兆 (641)
浅谈医疗侵权民事责任的构成及运用	刘若昱 (649)
新闻侵权：现象、抗辩与免责	袁长保 (656)

浅析商业秘密的法律保护	周亚群 (662)
关于餐饮业“禁带酒水”及收取“开瓶费”的法律思考	马小利 (667)
试论商品房买卖中的惩罚性赔偿制度	孙 敏 (673)
保证人预先追偿权的探讨与思考	马 强 (679)
对合同生效中“意思表示真实”要件的思考	高亚安 (684)
浅议注册商标转让条件和程序的完善	李万耀 (690)
有限责任公司股东出资瑕疵相关法律问题的探讨	赵海峰 (696)
我国存款保险制度的相关法律问题研究	毛小红 (703)

第四篇 经济法

论经济法的价值	张晓峰 (713)
论经济法的地位	
——从法律部门的划分标准谈起	刘兵舰 (718)
论劳动者权益保护法律制度的体系	师 帅 (723)
关于劳动争议案件审理情况及存在问题的探析	衡飞玲 (731)
浅析劳动者违反劳动合同的赔偿责任	焦筱平 (739)
论现行土地征收制度的缺陷及改革完善	岳晓路 (744)
关于破产企业的土地使用权处置问题的探讨	李 冰 (751)

第五篇 诉讼法 仲裁法

论我国强制执行财产调查制度的建立和完善	梁红照 (759)
我国民事强制执行制度	申 浩 (769)
刑事附带民事诉讼中精神损害赔偿问题的再研究	应文涛 (776)
对完善我国证人出庭作证制度的一点见解	南崇敬 (783)
民事简易程序的改革与完善	李忠民 (789)
民事证明责任“正置”与倒置的划分	张海洋 (796)
从反贪侦查思路的转换谈提高职务犯罪侦查能力	邓 武 (801)
关于审判委员会制度改革的几点思考	李 力 (806)
论我国经济犯罪侦查中律师参与诉讼的内容	张 宁 (810)

浅论我国刑事不起诉制度	曹 越 (815)
浅谈民事诉讼过程中法官能否不待当事人主张依职权主动适用 诉讼时效的问题	贺 军 (819)
试论处分原则与一事不再理	薛江明 (826)
民事简易程序的构建和完善	李 旭 (830)
论检察机关的刑事诉讼监督	张 辉 (838)
关于我国刑事诉讼中证人出庭作证问题的思考	麻玉江 (846)
浅析“重大误解”	蔡青峰 (852)
我国民事诉讼简易程序之浅析	李孔书 (859)
浅议仲裁立案审查中的几个问题	张琳琳 (869)
论刑事诉讼国际准则在中国之适用及中国刑事诉讼立法之完善 ...	张宏军 (875)
公益诉讼原告资格确认之我见	毛武群 (883)
诉讼保全制度存在的问题及建议	黄 勇 (889)
基层法院审判流程管理工作的现状与完善 ——从陕西省绥德县法院立案改革谈起	李勇维 (897)
我国法院实施独立审判存在的问题及对策	屈保印 (905)
民事诉讼送达制度的不足与完善	胡春丽 (911)
仲裁裁决的恶意撤销	李亚明 (917)
从“执行难”谈中国的信用制度建设	时昌云 (924)
试述民事诉讼举证责任分配	徐鸿莉 (929)
司法调解定位及职能发挥初探	舒孝玲 (936)
论法律协助义务	伏广超 (940)
浅谈电子邮件证据效力	田少荣 (945)
浅议我国刑事证据能力制度的构建	杨康波 (950)
引案谈我国刑事诉讼的证明标准	杨翔翔 (956)
从一民事案件透视举证责任的适用及证明标准	景永利 (964)
试论对被执行人的执行	张延新 (971)
论民事诉讼中无独立请求权的第三人	马建平 (979)
执行异议制度在实践中的适用及完善	孙爱萍 (986)
关于被执行财产查明的几个问题	李福恒 (991)
检察自由裁量权的行使和完善	王秀平 (997)
各国民事诉讼和解制度的考察与比较	刘李娜 (1004)

论诉讼调解制度的完善	崔志刚 (1011)
论无独立请求权的第三人	宋小敏 (1017)
浅谈刑事诉讼中的沉默权	董旭红 (1024)
不当民事抗诉:成因、危害与避免	李刚 (1030)
浅谈“零口供”	唐淑惠 (1036)
关于既判力原则在我国的实践问题及其对策的思考	王艳萍 (1040)
试析翻供的原因及预防对策	肖西亮 (1045)
关于完善我国提起公诉证据标准的几点反思	张东 (1051)

第六篇 国际法

保障措施的基本理论初探	秦薇涓 (1059)
我国应对保障措施的思考	鲁世宗 (1066)
法国公证制度及其启示	周慧 (1076)
对国际私法中反致的思考	阎小军 (1081)
WTO时代之最密切联系原则本质初探及其发展趋势	何小莉 (1086)
TRIPS与我国对专利及商业秘密的法律保护	单战 (1091)
《联合国反腐败公约》及其对我国反腐进程的影响	邓西元 (1097)
国民待遇与完善外商投资企业登记的思考	裴靖瑜 (1102)

第七篇 法理 法制史

法治在效率与风险的控制中体现价值

——对法治本土论、建构论的一些思考	孔钢 (1111)
判例与法	晏航舰 (1117)
寻找适用法律的最佳推理方法	刘巧贞 (1122)
法治:通向和谐社会的渐进理性之路	杨杰 (1128)
对建立中国特色的判例制度的思考	范庆标 (1134)
走出“二等公民”的怪圈	
——农民平等权的法理学思考	詹晓晔 (1139)
中国古代死刑制度的历史演变	张红玲 (1147)

对《反分裂国家法》的法理思考	马雅玲 (1152)
试探判例在我国法律体系中的地位和作用	曹 辉 (1156)
法治的生长与守法精神	戴友斌 (1161)
现代司法理念和审判行为	程慧玲 (1168)
浅谈典型案例的现实作用及理性走向	郭卫利 (1174)
亲亲相隐的时代特征及其现代价值	王 东 (1179)
健全法律法规, 为外资并购提供制度保障	王凤丽 (1186)
后 记	(1191)

第一篇 宪法 行政法

浅谈公证机关赋予强制执行效力的 债权文书的几个问题

姬 梅*

摘 要：公证机关赋予强制执行效力的债权文书作为执行根据之一，《执行规定》对其范围作了规定。最高法院及司法部的《联合通知》又进一步予以明确。具有强制执行效力的债权文书公证书是公证证明文书，法律赋予当事人据其向法院申请强制执行的权利，同时并不排斥当事人以同一诉讼标的直接向法院提起诉讼。

关键词：公证机关赋予强制执行效力的债权文书 效力范围 赋予权利 禁止诉讼

一、公证文书强制执行效力的范围及条件

公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书是执行根据之一。按照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》及《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》的规定，公证机关赋予强制执行效力的债权文书的范围是：

1. 借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同；
2. 赊欠货物的债权文书；
3. 各种借据、欠单；
4. 还款（物）协议；
5. 以给付赡养费、扶养费、抚育费、学费、赔（补）偿金为内容的协议；
6. 符合赋予强制执行效力条件的其他债权文书。

公证机关赋予强制执行效力的债权文书应当具备以下条件：

* 作者简介：姬梅（1972—），女，甘肃天水市人，新疆博州中级人民法院法官。

1. 债权文书具有给付货币、物品、有价证券的内容；
2. 债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义；
3. 债权文书中载明债务人不履行义务或不完全履行义务时，债务人愿意接受依法强制执行的承诺。

公证机关在办理符合赋予强制执行效力的条件和范围的合同、协议、借据、欠单等债权文书公证时，应当依法赋予该债权文书人有强制执行效力^①。举一案例说明。

案例：某商业银行 A 支行作为贷款方与借款方 B 某分别签订了汽车消费贷款合同与抵押担保合同，A 支行向 B 某贷款 27 万元整，B 某以其自有的北京现代汽车一辆向 A 支行设定抵押，并办理了相应的抵押登记。同时，A 支行分别就上述汽车消费贷款合同和抵押担保合同办理了赋予强制执行效力的公证书。后因 B 某未如约还款，A 支行便持公证机关出具的公证书和执行证书向人民法院申请强制执行。

人民法院对应否受理该执行案件存在两种意见：一种意见认为应当受理 A 支行的申请。其主要理由是，按照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行规定》）第 2 条第 4 项的规定，执行机构负责执行的生效法律文书包括公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿借款、物品的债权文书，A 支行已经办理了公证，即可以直接向人民法院申请执行。理由是按照《联合通知》规定：公证机关赋予强制执行效力的债权文书的第一类为：借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同。本案中争议的是汽车消费贷款合同及其抵押担保合同均经公证后强制执行的效力问题。

依据《联合通知》的精神，针对借款合同并未区分设定担保与不设定担保强制执行的效力范围有什么不同。且 A 支行既是公证债权人，又是抵押担保物权人，作为汽车抵押也经过了公示，法院受理 A 支行的申请后，执行中如有案外人对抵押物提出异议，可通过执行异议主张其权利，此外，现行执行异议制度对第三人实体权利、程序权利的保护很不充分，为保护债务人或第三人的合法权益，民诉专家呼吁有必要设立实体上执行救济制度，具体为债务人异议诉讼、第三人异议诉讼、参与分配异议诉讼。故对于抵押担保合同，A 支行可一并申请强制执行。

另一种意见认为不应当受理 A 支行的申请，应当告知其向人民法院另行起诉。其主要理由为：按照《执行规定》第 2 条第 4 项的规定，只有经公证机关依法赋予强制执行效力的关于“追偿借款、物品的债权文书”才能作为执行的依据，而本案涉及对抵押物的处分已经超出了“追偿借款、物品的债权文书”的范

碍，因此不能作为人民法院执行的依据。理由是：在本案中，经过公证的文书是否具有强制执行效力，主要取决于两个方面：

第一，要看公证文书的性质。按照前述《联合通知》的规定，只有“债权文书”才能够在被公证机关赋予强制执行效力以后作为人民法院的执行依据。在本案中，汽车消费贷款合同属于“债权”，而抵押担保合同则并非“债权文书”，即使被公证机关赋予强制执行效力以后，也不可以作为人民法院的执行依据，因为抵押担保合同直接涉及对抵押物的处分，其不属于“债权文书”，不以给付为内容。并非任何文书一经公证赋予强制执行效力便可成为人民法院的执行依据。

第二，要看申请人所申请的执行标的。在本案中，如果A支行将执行标的列为返还本金及利息，则人民法院应当受理，并就该款项的返还进入执行程序。但应当注意的是，此时执行标的应仅限于本金及利息的返还，而不应包括抵押车辆的强制执行。因为具有强制执行效力的仅仅是汽车消费贷款合同，该合同中并不涉及抵押车辆，申请人不能超出该车辆消费贷款合同的范围要求强制执行。执行标的的变更在本案中是不适用的。

抵押担保合同并非“债权文书”，即使被公证机关赋予强制执行效力以后也不可以作为人民法院的执行依据。抵押担保合同是否有效尚需人民法院依法进行审查。人民法院应当告知申请人就抵押合同另行起诉，以实现其抵押权。

笔者同意第一种意见。

二、具有强制执行力的债权文书公证书是否具有禁止诉讼的效力

首先，具有强制执行效力的债权文书公证书并不是非诉讼生效的法律文书，而仅系因法律明确规定而具有强制执行效力的文书^②。换言之，生效法律文书确有强制执行的效力，但具有强制执行效力的并非都是生效法律文书，经公证的债权文书即是如此。既然该债权文书并非生效的法律文书，当事人不依据其申请强制执行可谓正当，系其对自身权利的处分，其依据有关基础法律关系提起诉讼或仲裁并不违反“一事不再审”的原则。

其次，从制度构架角度考察，具有强制执行效力的法律文书的执行必须通过专门的国家机关实施，鉴于该专门国家机关的权力系国家赋予其实施的及该权力所具有的公权力难以逆转的特点，必须对其能够予以强制实施或执行的法律文书的范围进行限定，最为重要的则是必须排除当事人意思自治的产物。经过公证的债权文书，从本质上讲尚属于当事人意思自治的产物，只是基于节约司法资源、节约当事人实现债权的成本等考虑及在没有争议的情况下尊重当事人的意思自