

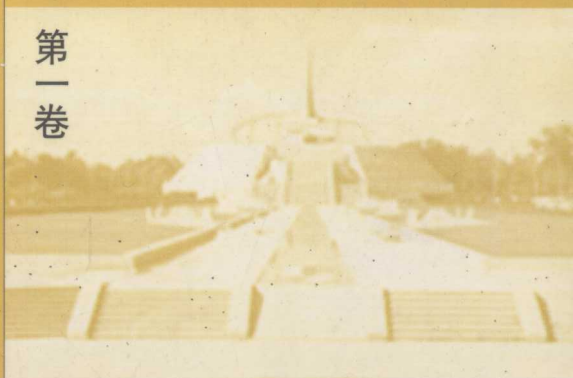


北京市律师协会

- ◎展示律师专业水平
- ◎探索法律前沿课题
- ◎关注立法修改动向
- ◎评说司法热点难点
- ◎切磋执业技巧经验
- ◎奉献依法治国方略

首都律师论坛

第一卷



法
律
出
版
社

公法律师业务理论与实务

首都律师论坛

第一卷

法

律

出

版

社

公法律师业务理论与实务

图书在版编目(CIP)数据

首都律师论坛.第1卷,公法律师理论与实务/北京市律师协会编.—北京:法律出版社,2002.12

ISBN 7-5036-3666-1

I.首… II.北… III.①法律—中国—文集②公法—中国—文集 IV.D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095267 号

编辑委员会

主 任：张涌涛

副主任：庞正中 巩 沙 唐金龙

委 员：(按姓氏笔划为序)

尹 飞 王雪华 许兰亭 张小平

张晓森 李晓斌 李静冰 陈 文

金海军 康 伟 管仁林

出版说明

《首都律师论坛》共分四卷,是近年来首都律师在工作实践中,对律师业务理论和实践探讨,所做的各专业论文的合集。

第一卷包括公法领域的论文,主要涉及宪法与人权、未成年人保护法、行政法、诉讼法、刑法、证据学、劳动法、基本建设等方面律师业务理论与实践的论文。

第二卷主要包括公司法和证券期货方面律师业务理论与实践的论文。

第三卷包括银行法、保险法、税法、破产法、国际贸易与投资、WTO、反倾销反垄断、环境保护等方面律师业务理论与实践的论文。

第四卷包括民法、物权法、担保法、知识产权、合同法、电子商务、海商海事、房地产与建筑工程、婚姻家庭、消费者权益保护、医疗纠纷等方面律师业务理论与实践的论文。

2002年11月

导 言

2002年12月7—8日,由北京市律师协会主办,在北京会议中心召开的“2002首届北京律师论坛”,将隆重推出《首都律师论坛》这一品牌!

创设《首都律师论坛》的构想,肇始于我们对时代脉搏的总体把握和对中国律师使命的深刻省察。

律师制度的恢复与发展,得益于改革开放的催生和民主法制建设的召唤。改革开放二十三年来,包括首都律师在内的整个律师职业群体通过为社会提供法律服务的方式,代表当事人表达自己的利益要求以协调解决社会矛盾,规范市场经济主体的行为以促进经济建设和社会进步,保障公民和法人财产安全以促进财富流转增益社会福祉,推动依法行政司法公正以实现社会公平正义,维护社会稳定提升全社会的法律意识水平。律师已经成为政府之襄理,企业经营之智囊,当事人维护自身合法权益之代言,社会交易活动顺畅达成之中介。中国律师是“三个代表”重要思想的坚定拥护者、实现者和捍卫者,是依法治国进程中一支不可或缺、不断壮大、生机勃勃的重要力量。

北京乃政治之首都,经济之中心,交通之枢纽,学术之重镇。立法动态,顷刻指掌;案源充裕,比肩东南;枢机之侧,尽得地利之便;人文荟萃,每开风气之先。首都律师拥有得天独厚的资源优势 and 公平有序的执业环境,应能以其独特的地缘优势、较高的业务水平、良好的服务意识、卓越的创新精神对周边乃至全国的法律服务行业产生持续性的重大影响。

历史赋予我们机遇和荣耀,同时亦赋予我们使命与责任。当时代

列车驶入二十一世纪的时候,中华民族的现代化进程也进入一个全新的阶段。当全面建设小康社会的宏伟蓝图顺次展开、渐成现实之际,社会对法律服务提出了更高的要求。作为首都律师,我们面临着努力完善行业自律,全面提高队伍素质,维护律师合法权益,优化律师执业环境,维护律师行业社会公信力,拓展服务领域,提升服务水平的艰巨任务。这就要求我们努力实现服务手段的现代化、道德文明的现代化、知识结构的现代化和服务意识、经营理念的现代化,并用优质、高效的法律服务为首都的经济繁荣和社会发展服务。

我们深刻意识到,建设社会主义法治国家,有赖于立法、司法、法律研究、法律服务和社会公众诸方面的频繁沟通与良性互动,有赖于各种意见和观点的交流、融合与撞击。律师作为法律人、法律实施者、文明使者 and 公平正义的捍卫者,对于完善社会主义民主、健全社会主义法制,建设物质文明、精神文明和政治文明,有着自身独特的思考和不应被忽视的真知灼见。在这个过程中,首都律师能够和将要发挥应有的和独特的作用。

鉴于上述,北京市律师协会理事会决定创设《首都律师论坛》,这一行动得到了北京市司法局领导的大力赞赏和支持,得到了7000名首都律师同行的响应,得到了社会各界的鼎力襄助。

我们希望《首都律师论坛》能做成律师业中的高层次的交流平台。首都律师、外地律师、港澳台律师、外国律师能藉此研讨业务难题、展示律师专业水平、探索法律前沿课题、关注立法修改动向、评说司法热点难点、切磋执业技巧经验、奉献依法治国方略。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个窗口。立法、司法、行政各部门,学术教育界、实业界、商界、各种中介机构、各种媒体等等都能够通过这个窗口了解律师,了解作为非独立利益集团的律师群体能为国家、社会作出的特殊贡献,进一步加深律师与社会各界的交流与合作。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个舞台,首都律师和其他律师同行能够在此展示自己的风采,成名成家,同时提升律师业的整体形象和水平。

我们希望《首都律师论坛》能成为一套知名的律师实务丛书。
“2002首届北京律师论坛”乘着中国共产党十六大的东风召开,论坛将

集聚北京的、外省市的、港澳台的和外国的律师上千人共同研讨交流，并邀请了法律界的领导和知名学者作为嘉宾或者点评人。我们将北京律师的论文 300 余篇了编辑成《首都律师论坛》第一至四卷，即：第一卷 公法律师业务理论与实务；第二卷 公司证券律师业务理论与实务；第三卷 金融与国际贸易法律师业务理论与实务；第四卷 民商法律师业务理论与实务。只要我们不懈努力，把《首都律师论坛》一届届办下去，就可以推出这套丛书的第五卷、第六卷……第 N 卷，这一本本书必将丰富我国律师执业实务与理论文库，并将架设一座首都律师冲出国门并迈向世界的桥梁！

展望新世纪首都律师业的发展，我们深信，创设《首都律师论坛》的举措必将成为促进首都律师业发展的创新机制和动力之源。我们由此出发，共同奔向充满希望的光辉未来！

北京律师协会
业务指导与继续教育委员会
2002 年 11 月 26 日

目 录

宪法与人权

户籍制度——中华农业文明的遗传密码	吴 革 / 3
宪法第 51 条应当修改	吴 革 / 15
基层民主:政治体制改革的先导	肖太福 / 20
从言论自由的宪法保障谈新闻出版法的尽快制定 实施	刘庆平 / 29
WTO 非歧视待遇原则对我国宪法及人权保护的影 响	王晓林 / 35
从人权理念看中国战争受害者对日索赔之讼	康 健 / 41
论我国关于宗教信仰自由的行宪经验	步丰川 张红兵 / 49
维护公民被忽视权益之律师实务	周金培 / 55
论人权与主权	潘维煌 / 60

未成年人保护

中国传统与未成年人有关的法学研究及现行立法 的缺陷与发展	佟丽华 / 69
关于教师体罚学生案件的法律思考	黄琳琳 / 86
因配戴 OK 镜导致人身损害赔偿案	张 强 / 98
对离异家庭子女追索教育费案的法律思考	张雪梅 / 101
小议未成年人夜不归宿如何救治	贺乃环 / 105
浅谈家庭与青少年犯罪	赵天庆 / 110
“北京规则”与中国未成年人刑事审判法律援助制	

度	王志毅/114
教师继续教育应开设未成年人权益保障课程	王毅伟/118

行政法

行政诉讼证据问题研究	吕立秋/125
对行政机关受理申诉、控告、检举期限的几点看法	付世德/133
浅析行政诉讼中举证责任的分配	徐 莉/137
试论公职律师制度的启动与发展	史宝伦 刘立柱 何志才/146
行政诉讼中原告代理律师应注意的几个程序问题	胡秀山/152
谁有权辞退教师	黄寿广/158
行政诉讼案件的级别管辖制度应当改革	田元昊/167
对其他规范性文件的其他分析	王宝华/171
试论行政程序违法的法律后果	杨定鄂/180
也谈外商投资企业劳动立法的完善	易廷斌/186
论行政强制措施的几个问题	张 锋/196
论行政诉讼举证责任倒置	张 宇/205
关于律师参与交通事故处理的设想	李毅多/210

诉讼法

刑事二审程序如何发挥辩护人的作用	刘小力/233
------------------------	---------

谈程序公正的法律意义	于 君/240
正确运用国际惯例保护国内企业权益	张 巍/245
以法治国,呼唤法律信仰	马维国/252
刑事诉讼中证据开示制度的建立	韩冀坤 孔令杰/271
浅议对违约赔偿范围的限制及抗辩	杨 乐/275
关于管辖异议及移送管辖的几点思考	杨 光/282
举证责任的含义及分担法则	单云涛/287
程序权利案例笔谈	舒邦思/292
浅谈民事证据制度的新特点	白雪鹰/298
论我国民事诉讼缺席审判制度	郑英华/302
辩诉交易初探	曹树昌/311
谁对该案享有管辖权	其木格/316
股东诉权之浅析	刘振海/321

刑法

试论交叉询问艺术	许兰亭/327
“刑讯逼供”何时了	钱列阳/339
从比较法的角度看我国司法鉴定制度的完善	邱宝昌 顾红华/342
关于律师刑事辩护业务现状的思考	柴冠宏/352
“辩诉交易”值得适度借鉴	张星水/358
刑事辩护律师执业艰难的立法原因	张青松/362
以国际公约标准评析我国刑事辩护制度	刘 枚/368

侦查程序中犯罪嫌疑人律师帮助权的法律思考

- 张玉钺 蒋丽华/374
- 阻碍和限制律师刑事诉讼权利的深层原因探析 郑德昌/382
- 借鉴英国的庭审抗辩技巧来完善我国证人询问规则
..... 邱宝昌 顾红华/386
- 刑事诉讼中证人出庭若干问题浅析 崔醒民/392
- 证人出庭制与证人证言的认定 李会更有/396
- 论我国刑事案件证人出庭作证的问题 杨晓虹/400
- 小议刑事诉讼中的“再生证据” 邱宝昌 顾红华/404
- 从沈绍甫案看应当建立司法机关回避的规定
..... 刘文元 张 萍/409
- 论超期羁押犯罪嫌疑人是一种新型非法拘禁犯罪
..... 林炎炎/416
- 论刑事诉讼中的一事不再理原则 邱宝昌 顾红华/421
- 把权力交给人民 李肖霖/427

证据学

- 谈谈行政诉讼被告补充证据的条件 牟继源/451
- 关于录音证据的规定和实务 杨盛华/454
- 案中谈举证责任的分配问题 刘艳敏/459
- 浅谈分担举证责任的原则 李凤森/467
- 排除非法证据与遏止刑讯逼供的思考 武卫东/473
- 案中谈《物证鉴定书》的科学性与客观性 刘艳敏/477

人身保险纠纷中的必要证据及其效用探析	张玉伟/483
证人证言的询问和质证若干问题研究	黄荣昌/491
我国刑事证据规则研究及运用	于 军/496
对刑事辩方证据几个问题的探讨	孙 铁/522
我国刑事证据制度若干问题的思考	洪 氢/530
关于在我国设立“沉默权”规则的思考	马轅进/534
论被告人“翻供”	赵志成/539
论口供证据	李允宝/549
彻底根除刑讯逼供的思考	彭山涛/553
民事举证时限制度刍议(一)	罗晓斌/556
民事诉讼证据的审查判断与逻辑分析	李 晋/572
论催款函件在诉讼时效中断中的证据效力	陈永忠/579
关于民事诉讼证人出庭问题的探讨	林顺平/585
论主张债权之诉应注意的几个问题	孙 铁/589
录音证据在民事诉讼中的质证方式	吕新伟/593

劳动法

关于企业裁员的思考	吴颖萍/599
集体合同:一个律师待开垦的领域	姜俊禄/606
关于无故克扣、拖欠工资案件的仲裁时效问题	苏文蔚/614
浅议劳动者的竞业禁止	金晓莲/620
劳动争议案件的举证责任问题	杜忠文/625

基本建设

- 外商投资基础设施领域的相关法律问题 王卫东 /633
- 北京市现行城市轨道交通融资模式的法律缺陷及
其解决对策 罗先觉 /640
- 奥运基础设施建设的资金筹措方式与相关法律问
题初探 吴维丁 /648
- 从招标投标活动透视法治的规范和现实 翁晓波 /654

宪法与人权

户籍制度——中华农业文明的遗传密码

北京市中闻律师事务所 吴 革

基本概念 农民、市民、公民、征赋派役、户籍制度、文明、文明创新(自由地创造)、中华农业文明。

纲要 等级制度在中国历史上长期存在,而农民长期处于中国等级金字塔的底层,当代两个基本的等级就是市民与农民。市民社会是中国的未来,农民社会是中国的历史,也是中国最为严峻的社会现实。将农民世代束缚于土地之上,维系极少数人统治秩序的户籍制度,在中华农业文明形成之初,就已经基本定型。它贯穿着中华文明成长、发展、辉煌、停滞、衰落、振兴的全过程,它作为中华农业文明最基本的生存方式,最基本的生产方式,历朝历代最基本的统治工具,一脉相承,如影随形,虽万变不离其宗,在中国历史上发挥着无可替代的作为,成为中华农业文明结构中核心的部分,是中华农业文明的遗传密码。

户籍制度在支持中华文明走向辉煌之后,也束缚了中华文明的创新与发展,是中华文明长期停滞一个重要原因。

如果当代中国能够摆脱农民社会,而进入公民社会,无疑是中国有史以来最伟大的进步。

但是,这个进步也面临着极大的危险。因为农民作为中国社会低层的存在,是几千年来中国社会的基本特征。当市民社会在引领中国