

立法中的 博弈

LIFAZHONG
DE
BOYI

上海地方立法纪事

周慕尧 主编

上海人民出版社

立法中的
博弈

LIFAZHONG
DE
BOYI

上海地方立法纪事

周慕尧 主编

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

立法中的博弈:上海地方立法纪事/周慕尧主编. —上海:上海人民出版社,2007

ISBN 978-7-208-06991-6

I. 立... II. 周... III. 立法—工作—上海市—文集
IV. D927.510.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 050162 号

封面题字 龚学平

责任编辑 曹培雷

封面装帧 王斯佳

立法中的博弈

——上海地方立法纪事

周慕尧 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 20.5 插页 2 字数 298,000

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-06991-6/D·1205

定价 35.00 元

主 编：周慕尧

副 主 编：谢天放

执行主编：沈国明

编委会成员名单

编委会主任：沈国明

成 员：丁 伟 黄 钰 王则君
吴振贵 孟庆钟 葛惠龙
吴勤民 刘伟东 邬立群
刘晓明 郑 辉 孙莉萍

前 言

参与地方立法工作六年来,我一直有一种强烈的愿望,希望立法亲历者能够将所做的工作记录下来,这既是对经验教训的总结,有利于日后借鉴,又是一种文化积累,有利于后人理解和剖析当今的地方性法规。现在,这个愿望终于实现了。展示在读者面前的这本书,就是由上海市人大常委会部分组成人员和工作人员撰写的。作者们在书中叙述了经历过的难以忘怀的故事,记录了各种力量在会议厅内外展开的利益博弈,留存了自己对许多社会现象的法理思考,展示了各自高尚丰富的内心世界。

自1978年地方人大拥有立法权至今,上海市人大及其常委会已经制定地方性法规和法规性决定180多件,有力地促进了上海经济和社会发展,这些法规在上海物质文明、精神文明和政治文明建设中发挥了积极作用。社会各界对法治的认识,与三十年前也就是改革开放前相比,已经完全不可同日而语。现在,法律日益受到重视,法治观念逐步为社会成员所接受。法治化进程的推进,使地方立法获得了快速发展的蓬勃生机。无论是数量还是质量,都足可以使地方性法规傲立于我国社会主义法律体系之中,成为社会生活中重要的行为规范。而且,尽管法律法规日趋完备,仍有很多人代表在积极地提出立法议案,估计这种现象在一个时期里还将延续。可以说,旺盛的社会需求在扩张立法的空间。对此,我们应当予以积极评价,因为它折射出我们身处的社会由忽视法律到重视法律的进步。

写到这里,我要节外生枝地说一下,在抱有强烈立法意愿的同时,须防止患上“法律依赖症”。法律不是万能的,不能眼中只有法律,而没有其他社会规范,似乎什么问题都只能靠法律来解决。其

实,社会存在很多规范,并不是凡事都要法律规范的,党章、道德规范、乡规民约、宗教教义、民间习俗等等,在社会生活中都是具有规范作用的。而且,不恰当地运用法律手段,有时候后果会很严重。关于城市里燃放烟花爆竹的规范问题,很可以用来全面分析法律规范的作用。各地关于禁止燃放烟花爆竹法规的实施情况说明,法律与有着深厚群众基础的民俗等社会规范相抗衡时,并不占优。也就是说,在很多情形下,秩序并不是靠法律建立的。夸大法律的作用,认为“凡事都要有法律规范”,其结果也是灾难性的。不难想象,一个处处都由法律来指挥社会成员行为的环境是多么压抑,距离“和谐”有多么遥远。

制定地方性法规与制定国家法律一样,立法的过程就是权利义务、权力责任设定的过程,也是利益调整的过程。经过长时期的经济体制改革,以市场为导向的经济利益格局已经基本成型,人们的价值观也发生了很大的变化,维权意识大增,过去受人鄙视的“锱铢必较”现在成了经济发展的驱动力之一,与过去羞于谈“利”不同,现在为利益争夺而引发矛盾甚至引发诉讼的不在少数,“利益驱动”成为全社会使用频率很高的一个词汇。与此相适应,立法中展开利益博弈也就显得十分平常。

还有一个变化也导致立法中利益博弈增强。经济和社会的快速发展,在提升人们对自身权利维护的水平。过去相当长的时间里,广大社会成员似乎只知道用既有的法律来维护自身利益,随着改革的深化和法律意识的提高,一些社会成员对法律合理性提出了要求,渐渐懂得要通过参与立法,在法律法规中体现自己的意志,以使自身的权利在源头上得到保护。于是,社会对立法的关注程度大大提高。

与社会的这种进步相适应,人大作为立法机关加快了民主政治建设的步伐,“开门立法”已经不是挂在嘴边的口号,而是已经具体化的工作实践。从全国人大到地方人大,都采取了多种体现民主立法精神的形式,力求使所制定的法律法规反映民意、体现民智。立法草案向社会公布,征求社会的意见,已经成为常规的工作环节,立法听证会、立法论证会也已经成为常规的利益表达渠道,利益群体的游说不再受到抵制和排斥。

上海市人大常委会扩大立法民主、实行“开门立法”的自觉性在

提高。我们深切感受到,很多社会矛盾并不是源自是非之争,而是源自利益之争,有时甚至是政府部门利益与社会公共利益之争。法律要消弭社会矛盾,必须体现大多数人的利益,恰当平衡相关利益群体的利益,而要做到这一点,必须让矛盾充分展开,让相关各方进行充分的博弈。实践证明,利益博弈充分,相关矛盾就会处理得较好,法律法规在现实中也能发挥预期的作用。反之,一厢情愿地搞立法,愿望再好,出台的规范也未必能起作用。

我想,有些地方性法规很值得咀嚼。前面曾经提到过,不少地方制定过关于禁止燃放烟花爆竹的法规,毋庸置疑,立法的初衷肯定是善意的,旨在保护人身安全、公共安全,防止空气污染、噪声污染等,但是,它与市民传统文化习俗有冲突,因而,执法时需要面对的不是通常遇到的个别违法分子,而是一个数量巨大、分布极广的社会群体,从技术层面看,在一个数千乃至上万平方公里面积的城市,即使既有的执法队伍全部上阵,也没法使这件法规得到执行。当然,人们可以责怪法规的制度设计欠周全,但是,这应该不是主要原因,如果不止步于技术层面而进行深究,不难看到,制度设计上的缺陷是与立法民主程度不够密切相关的。假设在制定法规时让各种意见充分博弈,生产厂商、销售商、主张燃放的市民也有机会表达观点,所有各方的意见都经过辩驳,也许就不会出现“有法不依”、“有法难依”的难堪局面。

再如,有的旨在增加就业的法规,其制度设计上的问题也是很值得探究的。企业是论经济效益的,无谓增加人员,会给企业造成不良影响,如果要求企业为解决“就业难”作贡献,法规则必须直面这种不良影响,而当企业对这项立法没有相当的发言权时,法规的含金量一定不足,该法规对企业参与扩大就业的动员效果也就可想而知了。

立法要能够产生实际效果,必须根据社会实际适时调整利益格局,形成满足社会需求的新的平衡,希望在任何人的利益都不受损的情况下使众人得益,这近乎幻想。从现有的研究中可以看出,法律得不到很好执行的原因是多方面的,既有执法方面的原因,也有立法方面的原因。一般说来,如果执法部门有能力,而不忠实履职,可以认为问题出在执法,但是,如果现有的执法力量再尽力也没法达到法律法规的要求,那问题可能出在立法上了。经验证明,执法能够做到“动真格”,往往是因为立法时已经决心要“动真格”了。而现在,面对

利益调整,立法很少去触动既得利益,往往只在增量上做文章,以基本维持现有格局,这也就是当今没法很好执法,或者执法情况不理想的源自立法的原因。当然,这种状况不会长期存在,可以相信,随着改革的深化、立法民主的进一步推进,现状将逐步得到改变。

关于本书,还需要说明的是,凡是书中所涉及对法规的理解,都是基于作者个人的认知,并不一定合乎立法原意,因此,不能用来作为对现有法规的解释,甚至没有法规释义的功能。从编辑角度来说,我们关注纪实性,希望它具有史料价值,也强调可读性,希望做到读者乐于阅读,并可从中受益。之所以要强调这些,完全是因为立法工作特点使然。

立法犹如大型团体操,是集体项目,它需要个人贡献,但极少有个人印迹。两年前,为参加机关联欢会,我曾经写过一段急就章,表达了这样的认识,现在看来,还站得住,我把它抄录于此:“法工委的同志,是专业工作人员,应当用智慧的利剑,劈向矛盾的焦点;法工委的同志,是幕后工作人员,应当用无私的奉献,演绎立法的精彩;法工委的同志,是国家工作人员,应当用人民的语言,书写历史的新篇。让我们将亲手参与制定的每一部法规、每一份文书,视作一块块砖石,一捧捧泥土,铺就坚实的法治化道路。”这话虽然说的是法工委,但是也同样适用于参与立法的所有的人。

也正因为立法是集体项目,立法者都是“无名英雄”,所以,当这本书的清样印上了每位作者姓名的时候,我感到某种莫名的安慰:书中留下了作者们在立法中淡淡的印记,没有将他们的劳动完全隐去。

最后,我要感谢市人大常委会龚学平主任为本书题签,感谢市人大常委会周慕尧副主任领导了本书的编撰工作,感谢市人大常委会谢天放主任委员对本书所作的多方面贡献,感谢所有的作者,还要感谢上海人民出版社曹培雷编辑的支持和合作。作为市人大常委会下属机构,上海市立法研究所承担了书稿的具体组织和编务工作,郑辉付出了大量的辛劳,在此也向他致谢。

有了第一本,就会有第二本、第三本,让我们以这种方式,把亘古未有的快速变化和发展记录下来,把今天存入历史,让历史告诉未来。

沈国明

2007年3月18日

目 录

前言	沈国明	1
以人为本话立法		
——从《上海市法律援助若干规定》的立法中感悟到的	惠熙荃	1
科学立法与民主立法的统一		
——我国第一部青少年保护法规的起草经过	黄钰	14
赤诚之心付法规		
——《上海市机动车道路交通事故赔偿责任若干规定》出台的 前前后后	黄钰	28
留住城市的文脉		
——《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》 立法札记	吴振贵	40
在争议中达成共识		
——立法过程中的体会	孟庆钟	51
打造现代化的国际航运中心		
——记《上海港口条例》的制定	葛惠龙	63
短平快,地方立法的新尝试		
——《关于加强本市城镇职工养老保险费征缴的若干规定》 出台前后	邵许祥	73
民以食为天		
——一部特殊的地方性法规《上海市清真食品管理条例》 诞生记	徐柏林	81

我与立法听证	嵇鸿群	93
文明的提升与城市精神的塑造		
——《上海市市容环境卫生管理条例》立法手记	吴勤民	101
关爱妇女		
——《上海市实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》		
修改侧记	刘伟东	115
利益的碰撞、权衡与抉择		
——记《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》的		
产生	魏蕊	123
难与不难		
——上海市人大常委会年度立法计划编制工作纪实	顾萍	130
为行业协会保驾护航		
——《上海市促进行业协会发展规定》出台始末	郑辉	140
安得广厦千万间		
——《上海市房地产登记条例》修改纪事	沈建明	159
记立法修正案制度的首次运用	阎锐	173
一波三折立法规		
——记关于“居改非”的立法争论	阎锐	180
走向成熟和理性		
——《上海市制定地方性法规条例》制定及修订的故事	邢亚飞	189
当家作主的体现		
——记《上海市村民委员会选举办法》的制定和修改	朱伟强	210
维权的历程		
——制定《上海市消费者权益保护条例》手记	宋菁	223
加入 WTO 后的地方立法		
——从《上海市标准化条例》的制定所想到的	宋菁	245
保护绿色的古董		
——记《上海市古树名木和古树后续资源保护条例》出台的		
前前后后	郑潇昱	254

一次关于“行”的立法实践

- 记《上海市公共汽车和电车客运管理条例》出台的前前后后
..... 郑潇昱 260

起个金字招牌

- 《上海市企业名称登记管理规定》立法漫谈 崔 凯 275

我们是平等的

- 《上海市物业管理若干规定》立法听证会实录 胡 颖 285

第一次独立承办法规修改工作的经历

- 记《上海市新建住宅交付使用许可规定》的制定 李 贺 297

托起明天的太阳

- 《上海市未成年人保护条例》立法纪实 丁 贤 305

以人为本话立法

——从《上海市法律援助若干规定》的立法中感悟到的

上海市人大内务司法委员会副主任委员 惠熙荃

上海市第十二届人民代表大会常务委员会第二十七次会议以全票同意通过了《上海市法律援助若干规定》，为推动本市法律援助工作进一步提供了法律保障。这是前后两届人大常委会努力的结果。作为直辖市人大及其常委会立法是宪法规定的职责之一。我作为第十一届、十二届人大常委会



组成人员每年都参与了常委会的立法审议工作。但这一次若干规定的审议通过，我的心情是百感交集：有喜悦、有欣慰、有牵挂、有压力、有感悟，久久不能平静，也许是好事多磨的缘故吧。

将现实的需要、人民的期盼与启动立法相呼应

法律援助制度是当代社会的一项重要社会保障制度，也是现代法治国家普遍采用的司法救济制度。其理论基础是把法律援助作为现代法治国家对公民必须承担的一项责任，接受法律援助是经济困难的人享有的一项权利。因此，政府是法律援助制度的责任主体，在免费或者收费很少的情况下，对需要专业性法律帮助的穷人给予

帮助,达到保障公民无论贫富都能平等享有法律的保护,以实现合法权益的目的。

我国现行的法律援助制度是指由政府提供财政支持,为经济困难或者特殊案件的当事人提供法律服务,以保障其合法权益得以实现的一项法律制度。

上海是全国率先开展法律援助工作的城市之一。1995年,浦东新区法律援助中心成立,成为全国首家正式挂牌的法律援助机构。1997年6月,经上海市人民政府批准,上海市法律援助中心正式成立。随后,各区县都相继建立了法律援助中心。自1997年以来,法律援助中心有效地开展了法律咨询、刑事、民事、行政诉讼及非诉讼的各项业务,收到了良好的社会效果,积累了丰富的经验,但是也遇到了一些情况和问题,最突出的是如何实现法律援助工作的法制化、规范化。2003年7月,国务院制定和颁布了《法律援助条例》。第一次在国家的层面对法律援助制度作了比较全面的规范,对推动本市法律援助工作发挥了积极作用。为了进一步贯彻落实条例的规定,根据上海社会和经济发展的状况及法律援助事业的需要,有必要通过地方立法,落实《法律援助条例》授权补充的有关规定,细化条例的原则性规定。

上海市人大为此作出了不懈的努力。2001年2月上海市第十一届人大第四次会议上,杨绍刚等12位人大代表提出了建议市人大制定《上海市法律援助条例》的议案。人大交由市人民政府办理。为此,市政府法制办、市司法局、市法律援助中心启动了调研工作。2003年在市人大第十二届第一次会议上,厉明等11位代表和刘兵等16位代表又分别提出制定《上海市法律援助条例》的议案。于是市人大常委会把制定《上海市法律援助条例》作为“抓紧调研论证项目”列入市人大常委会五年(2003—2007年)立法规划中。市人大内务司法委员会亦相应将法律援助立法项目分别列入2003年、2004年的立法调研计划中。

深入进行立法调研和论证, 把握起草的正确方向

2003年市政府应市人大的要求,决定由市司法局组成班子,启

动了《上海市法律援助条例》立法调研起草工作。市人大内务司法委员提前介入,参与了调研和起草的全过程。

深入进行立法调研活动,全面掌握有关情况是启动立法起草工作的前提和必然要求。调研起草小组通过调研,全面掌握了本市法律援助工作的状况,包括机构设置、经费保障、业务开展、制度建设等方面的经验、成效以及存在的问题和改革的探索;通过考察,学习了解全国各省市在法律援助工作方面的立法经验;研究了包括一些世界法治国家在内的法律援助的理论和制度建设情况,为法规起草打下了基础。

在调查研究的基础上,抓住重点,从理论与实践的结合上进行认真的论证,为起草把握了正确的方向。论证主要围绕如下三个问题进行。

一是通过论证,确立了立法的指导思想。宪法规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这是国家以根本大法的形式,对公民的政治、社会地位与法律权利平等的庄严昭示。通过地方立法的形式进一步完善适合于地方特点的法律援助制度,为保障公民无论贫富都能平等实现合法权益的宪法原则,作为立法的指导思想,在论证中达到了高度的一致。

二是通过论证,确立了立法的基本原则。1. 法律援助的政府责任原则。在这个问题上有不同的意见,理由源于律师私人为公共利益提供慈善性质的法律援助的实例,以及对《中华人民共和国律师法》第六章法律援助的有关“律师必须按照国家规定承接法律援助义务,尽职尽责,为受援人提供法律服务”规定的理解。但是法律援助是政府责任的主张方认为:法律援助的政府责任原则是国家行使政治、经济、社会等公共管理权力的对应条件,使经济困难的公民纳入政府运用法律实施的公共管理;法律援助是国家以对弱势群体的关爱来实现尊重和保障人权的宪法精神的具体体现;法律援助是国家为实现“公民在法律面前人人平等”承诺的必要措施,使公民不因为经济困难而得不到其他公民所能享受到的法律服务而实际上形成的不平等;还有我国已于1998年10月5日签署加入了《公民权利和政治权利国际公约》,国家承担法律援助的责任也是履行国际法义务的要求;“法律援助是政府的责任”是2003年7月16日国务院第十五

次常委会议通过的《法律援助条例》的明确规定。经过论证,最后,一致同意将政府责任原则作为立法的指导原则。2. 维护经济困难公民法律权利的原则。论证认为,当今,接受法律援助作为经济困难的人享有的一项权利,已经得到国际社会的公认。《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、国务院颁行的《法律援助条例》中也已被确定下来,在地方立法中坚持这一指导原则,有利于经济困难的人们从单纯、被动地接受慈善救济、施舍,向主动争取个人的权利发展;有利于促进政府对弱势群体生存权利的保障责任。3. 法律援助机构统一受理、审查和组织实施的原则,确保执法的统一性和切实贯彻执行。4. 律师履行法律援助义务的原则。与律师法的有关规定相衔接,主要体现在律师尽职尽责,为受援人提供法律服务。

三是通过论证,确定了采用若干规定的立法体例。对于地方立法采用什么体例,认识上有一个变化过程。开始多数主张求全、求系统,搞《上海市法律援助条例》。人大常委会和内务司法委员会立法计划也以条例作为暂定名。通过调研,对现行法规、规章进行收集、梳理,考虑到国务院颁布的《法律援助条例》对法律援助制度的总体框架、法律援助的范围以及申请、审查和实施等问题已作了较为详尽的规定,基本做到了有法可依。因此,决定上海地方立法不对《条例》已经明确的内容再作重复规定,而是针对国务院《法律援助条例》的授权性规定以及本市法律援助实践中的成功经验和急需解决的问题,以《上海市法律援助的若干规定》(下称《若干规定》)的形式作出补充、细化的规定。

毛泽东曾经说过,调查研究就像十月怀胎,解决问题就像一朝分娩。由于在周密调研和科学论证下,《若干规定》草案起草工作就水到渠成了。

严把审议关,确保立法质量

2005年7月6日,上海市人民政府向市人大办公厅提交了《上海市法律援助若干规定(草案)》的议案,请求审议。

内务司法委员会作为对口联系司法行政机关的专门委员会协助

市人大常委会对议案进行了初审,认为《若干规定(草案)》根据《条例》的授权性规定,采用《若干规定》的体例对本市法律援助实践中急需解决的问题作出补充和细化,又从法律援助的程序性规定,体现了上海特色,有利于维护授权人的合法权益,提高法律援助工作的效率和效果,《若干规定(草案)》的主要内容基本可行。建议主任会议提交常委会审议,同时还提出了内容修改意见。最主要的有两个问题。一是关于公民经济困难的标准。《若干规定(草案)》第六条第一款规定:“公民经济困难的标准,参照本市的最低生活保障标准执行。”市政府在向市人大常委会提交的关于《上海市法律援助若干规定(草案)》的说明中,谈了把“参照本市的最低生活保障标准执行”作为经济困难的标准,指导思想是考虑到实践中存在申请人的家庭收入虽然超过最低保障线,但生活也比较困难的情况,对于这部分群众提出的法律援助申请,法律援助机构在审查时可根据实际情况,适当放宽要求,从而避免用规定过于“刚性”而将确有困难的群众拒之门外。内务司法委员会认同这种立法指导思想,但认为“参照”的规定在实践中随意性太大,操作性不强。同时,更重要的是,应该降低受援对象经济困难的标准,扩大受益面。为了解决这一问题,我们到民政局、财政局征求他们的意见。从民政局了解到他们过去在解决各种帮困救助政策时都以低保线为标准,使低保线含金量过高,而略高于低保线收入的群体实际上成了最困难的群体。为此,将高于低保线的1.5倍以下收入的群众划为低收入家庭保障线,给予就医、就学的专项救助。这一保障线的划定和实施,就为我们研究法律援助提供了支撑。民政局还表示,如果将受援对象的经济困难标准定为低收入家庭保障线,民政局能够协助做好提供相关证明,为法规实施的可操作性排除了障碍。财政局领导对于提供财力进行法律援助的问题给予了极大的支持。在与我们研究时,财政局有关领导明确表示:“不在于钱多少,只要方案好。”根据调查研究,我们提出了如下的修改意见:“有下列情形之一的为经济困难的公民:(一)领取最低生活保障金的;(二)低收入家庭中特别困难的;(三)因严重疾病、自然灾害、突发事件致贫,正在接受国家救济的。”

二是建议将上海先行法律援助的工作成熟经验,加以总结,纳入规定中来,提出增加:“法定诉讼时效即将届满,需要提起诉讼的,法