

规则抄袭或细化的法解释学分析

——部门规则规定应急征用补偿研讨

叶必丰^{*}

内容提要：宪法修正案第22条第3款中的“法律”系狭义的法律，部门规则无论是规章还是行政规范性文件，政府部门无论是国务院各主管部门还是地方政府的职能部门都不能创制应急征用制度。突发事件应对法第12条与第52条及有关单行法，在应急征用主体上系普通法与特别法间的关系，由此可以确定政府部门并非应急征用主体。政府部门没有应急征用权，就无权细化应急征用条款。规则抄袭或细化并无必要和意义，相反容易导致规则建设资源的浪费和对法律意思的肢解或误解。规则细化或地方规则建设应基于法律的授权或地方自主权。对不允许或无需细化的规则，应加强法律解释和案例指导。

关键词：突发事件应对 征收征用 征用补偿 立法学

突发事件频繁以及突发事件应对法的出台，激发了地方政府和有关部门对突发事件应对法制建设的热情。在四川省法制办公布《四川省突发事件应对办法（送审稿草案）》（2010年8月25日）前，上海市经济和信息化委员会发布了《上海市公共信息系统突发事件处置办法》。该办法第22条第1—4款规定：“发生重大、特别重大公共信息系统突发事件时，由市经济信息化委紧急调配和征用处置工作所需的网络设备、软件产品等相关资源”，“应急处置结束后，发生公共信息系统突发事件的运营、使用单位应当及时返还上述网络设备、软件产品等相关资源，并向市经济信息化委报送返还物品清单和交割单”，“相关设备被征用或者因征用而毁损、灭失的，市经济信息化委或者相关主管部门应当予以补偿”，“上述网络设备、软件产品等相关资源所属单位和个人应当予以配合，及时满足市经济信息化委的调配、征用要求”。该条虽然被标定为“资源调配”，但在内容上却是对私有财产的应急征用。这些应急征用规则，导致了公众的担忧和不安。^{〔1〕}上海市经济和信息化委员会对应急征用的规定，向法学界提出了政府部门能不能制定应急征用规则，以及如何认识普遍存在的抄袭或细化上位规则的问题。

^{*} 上海交通大学法学院教授。

〔1〕 参见叶建平等：《“应急征用”会否沦为“公权滥用”——四川拟规定“突发事件可征用个人财产”引发质疑》，http://news.xinhuanet.com/politics/2010-10/13/c_13555516.htm，最后访问日期：2011年11月13日。

一、政府部门无权创制应急征用规则

宪法修正案第22条第3款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这里的“法律”，对征收来说仅限于狭义的法律，即全国人大或全国人大常委会制定的法律。立法法第8条明文规定，对非国有财产的征收“只能制定法律”。所谓“只能制定法律”，意味其属于全国人大及其常委会的专属立法权，不能与任何其他国家机关分享，除非根据该法第9条的规定，国务院才可以依授权创制有关征收等行政法规。国务院制定《国有土地上房屋征收与补偿条例》，正是基于《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》的授权。如果征收制度非由法律创制，或者非经全国人大及其常务委员的授权创制，则可能构成违宪。“北京大学五学者”质疑《城市房屋拆迁管理条例》违宪并请求全国人大常委会审查，〔2〕正是基于上述规定和法理。

征用虽然也是对私人财产的严重干涉，但毕竟不同于征收。〔3〕不过，从立法法第8条有关征收必须由法律规定的条款，直接推导出宪法修正案中征用的“法律”也是狭义的法律，〔4〕尽管似有牵强、严谨不足，结论却是成立的。

对法律、法规和规章中的“法律”一词是否意指狭义的法律，我国有权解释机关一直坚守条文本身“最自然、明显、正常和常用的意义”这一文义解释规则。1989年4月4日通过的行政诉讼法第12条规定：“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：……（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。”1991年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第3条第1款就此解释称：“行政诉讼法第12条第4项规定‘法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为’中的‘法律’，是指全国人民代表大会及其常务委员会依照立法程序制定、通过和颁布的规范性文件”，该条第2款进一步指出：“法规或者规章规定行政机关对某些事项可以作‘最终裁决’，而公民、法人或者其他组织不服行政机关依据这些法规或者规章作出的‘最终裁决’，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理”。上述对法律的解释，并没有违背行政诉讼法第12条的目的以及行政诉讼的价值目标，因而不仅为司法所实践，也为立法所肯定。此后制定的法规和规章没有再规定“最终裁决”，而行政复议法第30条第2款、第14条则规定了“最终裁决”。上述对法律的解释，在1999年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第5条中得以遵循。

根据立法法第42的规定，法律的解释主体是全国人大常委会。该法第55条规定：“全国人民代表大会常务委员会工作机构可以对有关具体问题的法律询问进行研究予以答复，并报常务委员会备案。”目前，负责此项具体工作的是全国人大常委会法工委。

法律解释并不是可以任意妄为的，而有文义解释、体系解释、历史解释、目的解释和合宪性解释之法律解释方法的约束。〔5〕从全国人大常委会法工委已有的询问答复来看，其对法律的解释仍以文义解释为主。针对地方人大能否根据国务院的《企业劳动争议处理条例》制定有关劳动争议仲裁的地方性法规，2004年10月22日全国人大常务委员会法工委答复称：“根据《中华人

〔2〕 参见沈岿等：《关于对〈城市房屋拆迁管理条例〉进行审查的建议》，<http://npc.people.com.cn/GB/14840/10553850.html>，最后访问日期：2011年11月13日。

〔3〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第107页。

〔4〕 参见万学忠等：《马怀德：地方立法不宜涉及行政征用》，《法制日报》2010年10月12日。

〔5〕 参见〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯莫尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第283页。

民共和国立法法》第8条的规定,仲裁制度是全国人大及其常委会的专属立法权。因此,地方性法规不能规定仲裁制度。”历史解释和目的解释,在全国人大常委会法工委的答复中最多只作为文义解释的辅助功能。针对行政许可法第15条第1款规定的“尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可”,2004年12月24日全国人大常委会法工委答复称,“这一规定应当理解为,在尚未制定法律、行政法规的情况下,也就是无上位法依据时,地方性法规可以设定行政许可。如果某一领域或者某一事项制定了法律、行政法规,但法律、行政法规没有设定行政许可的,或者对该领域内某一事项未设定行政许可的,地方性法规不得设定行政许可”。针对行政处罚的细化规定,2003年7月14日全国人大常委会法工委答复称,“地方性法规在对一法律规定的行政处罚予以具体化时,应当在法律规定的行为、种类和幅度内作出规定,不能增加新的行为和种类”。上述两则解释可以从法律条文本身推导而得,但也可以说结合考虑了行政许可法限制滥设行政许可,行政处罚法限制滥设行政处罚的目的。

全国人大常委会法工委的答复在文义解释不可能时,也作过为数不多的体系解释。针对人民法院是否可以基于民事诉讼法第65条第1款(人民法院有权向有关单位和个人调查取证,有关单位和个人不得拒绝)的规定检查移动通信用户通信资料的问题,2004年4月9日全国人大常委会法工委肯定了湖南省人大常委会法工委的意见,认为通信检查应严格限定在宪法第40条所确立的条件范围内,即基于国家安全或者追查刑事犯罪的需要并由公安机关或检察机关依照法律规定的程序实施,而不能扩大到人民法院在民事诉讼中的调查取证。针对矿产资源法第36条,2005年3月25日全国人大常委会法工委答复指出,“对该矿区范围内已依法取得采矿许可证的个体矿山企业应如何处理,该条未作规定”,同时指出应当根据行政许可法第8条的规定给予补偿。

当文义解释和体系解释都不可及时,全国人大常委会法工委的答复没有尝试用历史解释和目的解释来寻求突破条文意义和逻辑体系所包含的意思。2004年8月20日针对城市房地产管理法第40条第2款的答复指出:“关于人民防空工程设施的登记问题,如属不动产产权登记,则涉及民事法律基本制度。此外,这个问题比较复杂,各地情况也不完全一致,尚需中央有关部门统一研究解决,以不在地方性法规中规定为宜。”针对地方组织法,2005年8月23日全国人大常委会法工委答复指出,“关于在街道设立城市区级人大派出机构的问题,还需认真、慎重研究”。也就是说,在文义解释——体系解释——历史解释——目的解释——合宪性解释的法律解释方法序列中,^{〔6〕}全国人大常委会法工委只选用了第一、二位的解释方法,严格遵循了法律解释规则,并已经成为其答复的惯例。当然,由于我国的法律解释还处于起步阶段,全国人大常委会法工委目前没有运用历史解释和目的解释进行答复,并不构成像英国法官进行法律解释那样的“排他性规则”。^{〔7〕}同时,本文也并不否认文义解释和体系解释的缺陷,而只是想说明,如果目前向全国人大常委会法工委询问宪法修正案中有关征用的“法律”一词的外延,那么最有可能的是,它会被严格地限定为全国人大及其常委会所制定的法律,而不会扩及法规、规章或者行政规范性文件。

基于上述分析,从法律解释学上说,宪法修正案中有关征用的“法律”,被解释为狭义法律的概率大大超过包括法规和规章的广义法律,可被解释为广义法律的概率几乎可以忽略不计。甚至在“依据立法原意”的释义者看来,该“法律”作为狭义的法律根本不致引发争议,因而无需作出解释。^{〔8〕}

根据立法法的规定,政府部门无权制定法律。即使是国务院的各主管部门,也只有制定规章的权力。既然征用需要由法律加以规定,那么上至国务院下至县级人民政府的各职能部门,都没

〔6〕 参见苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,《中国法学》2008年第5期。

〔7〕 参见〔比〕R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第17页。

〔8〕 参见李飞主编:《〈中华人民共和国突发事件应对法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2007年版,第87页。

有创制应急征用制度的权力。上海市经济和信息化委员会不具有法律的制定权，所制定的《上海市公共信息系统突发事件处置办法》并非法律，也就不具有征用私人财产的制度创设权。

二、政府部门无权细化应急征用条款

当然，也可以说《上海市公共信息系统突发事件处置办法》只是对突发事件应对法规定的应急征用条款的细化。突发事件应对法根据宪法修正案和物权法第44条的规定，创设了应急征用制度。该法第52条第1款规定：“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府，必要时可以向单位和个人征用应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资，请求其他地方人民政府提供人力、物力、财力或者技术支持，要求生产、供应生活必需品和应急救援物资的企业组织生产、保证供给，要求提供医疗、交通等公共服务的组织提供相应的服务。”征用与补偿是“唇齿条款”，^{〔9〕}有征用必有补偿，否则构成违宪。为此，该法第12条规定“财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿”，第61条第2款进一步规定，“受突发事件影响地区的人民政府应当根据本地区遭受损失的情况，制定救助、补偿、抚慰、抚恤、安置等善后工作计划并组织实施，妥善解决因处置突发事件引发的矛盾和纠纷”。那么，上海市经济和信息化委员会是否有权对突发事件应对法中的应急征用条款予以细化？

职权法定是国家公权力必须遵循的原则。我国除了行政处罚法第9—14、15条和行政许可法第4条等规定体现了这个原则外，全国人大常委会法工委关于“如何执行《中华人民共和国道路交通安全法》第103条的规定”，关于“上级人大或政府是否有权将下级行政机关的职权上收”，关于“上路行驶的机动车排气污染超标能否设定行政处罚”，关于“《中华人民共和国渔业法》第38条应如何适用”，以及关于“地方能否就人事争议仲裁进行立法”等一系列答复，都坚持了这个原则。基于这一原则，上海市经济和信息化委员会要细化突发事件应对法中的应急征用条款，就必须具有细化的权限。上海市经济和信息化委员会作为上海市人民政府的职能部门，对法律所规定的应急征用条款是否具有细化的权限，不仅要看“三定方案”等组织规则上有关主管信息化工作的依据，还要看行为法上是否具有细化应急征用条款的权限。对此，本文拟把突发事件中的征用行为分解为征用行为和突发事件应对行为两方面来分析。

在有关突发事件应对行为上，突发事件应对法第17条第2款规定：“地方各级人民政府和县级以上地方各级人民政府有关部门根据有关法律、法规、规章、上级人民政府及其有关部门的应急预案以及本地区的实际情况，制定相应的突发事件应急预案。”根据这一规定，地方人民政府的职能部门可以制定突发事件应急预案。应急预案的内容，当然可以包括征用私人财产，如在什么条件下征用私人财产、如何征用私人财产、由谁来征用私人财产，事后如何归还财产和补偿，对财产损害的赔偿，以及对不及时归还被征用财产或对被征用财产不按规定给予补偿的责任人员的责任追究等。但是，突发事件应急预案和征用制度是两回事。突发事件应对法赋予地方人民政府职能部门具有制定应急预案的权限，并不意味着也赋予其对应征征用条款予以细化的权限。

在有关征用行为上，突发事件应对法第52条没有设置委任性规则，即没有授权地方人民政府的职能部门制定，甚至没有授权地方人民政府制定应急征用条款的具体实施办法。那么，在此情况下，地方政府职能部门要细化对法律的规定，必须针对自己所具有的权限加以规范。公安机关有权实施行政拘留，才能制定规范行政拘留实施的规则，但它不具有吊销企业营业执照的职权，就不能制定规范吊销企业营业执照的规则，否则就缺乏调整对象或构成越权。

〔9〕 参见李震山：《论行政损失补偿责任》，载台湾行政法学会主编：《损失补偿、行政程序法》，台湾元照出版有限公司2005年版，第137页。

突发事件应对法第12条规定：“有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。”根据这一规定，上海市经济和信息化委员会等政府部门似乎具有征用权。但该法第52条第1款却把突发事件中的征用权赋予给了“人民政府”，并且必须是“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的”人民政府，而没有把征用权赋予给政府部门。政府部门最多具有按应急预案向所在人民政府提出征用的请求权，以及为实施政府所作应急征用决定而进行“组织、指挥、协调、监管，确保整个应急处置过程的有序进行”。^{〔10〕}就上海市而言，征用权在上海市人民政府，而不在上海市经济和信息化委员会等职能部门。

在上述两个条款存在不一致的情况下，如何确定政府职能部门是否具有应急征用权？从突发事件应对法的结构上看，第12条属于总则中的条款，第52条属于第四章应急处置与救援中的条款，是一般规则与特殊规则之间的关系。基于特别规则优先于一般规则的法律适用原则，自然应当适用第52条的规定，即政府部门不具有应急征用权。有学者不分析这两个条文之间的关系，就得出政府部门也具有应急征用权的结论，^{〔11〕}似为政府部门细化应急征用条款提供了伪证。

突发事件包括突发的传染病、地震、洪水、火灾和国防动员等事件。在突发事件应对法之前，我国已经专门制定了传染病防治法、防洪法、消防法和防震减灾法等法律，之后又制定了国防动员法、修订了消防法等。突发事件应对法是关于突发事件应对的一般法、普通法，传染病防治法、防震减灾法、防洪法、国防动员法和消防法等法律则是突发事件应对的特别法。尽管特别法优先于普通法是一项法律适用原则，但为了明确起见，普通法仍需要设置准予单行法作为特别法优先适用的规则，^{〔12〕}即设置准用性规则。所谓“准用性规则”，即并未规定具体行为规则，而规定参照、援用其他法律条文或法规的规则。^{〔13〕}它所指向的规则，可以是同一部法律、法规或规章中的另一条款，也可以是其他法律、法规或规章的条款。由此，我们不能仅仅根据第12条这一准用性规范还要结合被援用规则，不能仅仅根据突发事件应对法这一普通法还要根据有关特别法，来确定政府部门是否具有应急征用权。如果特别法对应急征用权主体有规定，则从其规定。只有特别法对应急征用权主体没有规定时，才可按第12条认定政府部门有应急征用权。

传染病防治法第45条第1款规定：“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。”防震减灾法第32条规定：“严重破坏性地震发生后，为了抢险救灾并维护社会秩序，国务院或者地震灾区的省、自治区、直辖市人民政府，可以在地震灾区实行下列紧急应急措施：……（三）临时征用房屋、运输工具和通信设备等……”。国防动员法第54条第1款规定：“国家决定实施国防动员后，储备物资无法及时满足动员需要的，县级以上人民政府可以依法对民用资源进行征用。”修订前的消防法第33条第2款规定：“扑救特大火灾时，有关地方人民政府应当组织有关人员、调集所需物资支援灭火。”经修订的消防法第45条第3款规定：“根据扑救火灾的紧急需要，有关地方人民政府应当组织人员、调集所需物资支援灭火。”这四部单行法所规定的征用主体，都是县级以上地方人民政府。

“依据立法原意”的释义针对突发事件应对法第12条规定的应急征用主体指出：“从具体实践看，防震减灾法、传染病防治法等单行法规定，征用主体包括了有关人民政府、政府有关部门

〔10〕 前引〔8〕，李飞主编书，第207页。

〔11〕 参见党雷：《突发事件应对中的行政征用补偿制度研究》，《法治研究》2010年第2期。

〔12〕 参见叶必丰：《从行政许可法与单行法的关系看法制建设的路径选择》，《法制日报》2005年11月17日。

〔13〕 沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第39页。

等。”^{〔14〕}但上述讨论表明，释义所称的上述法律并没有把政府部门规定为应急征用主体。当然，本文并未对特别法中的应急征用条款作全面统计，不排除有授予政府部门应急征用权的可能。不过，从突发事件应对的复杂性和突发事件应对法第4条的要求来看，都不是某个政府部门可以实现的，而需要政府的统一指挥和调度。^{〔15〕}即使存在授予政府部门应急征用权的条款，也应该予以修改，规定政府为应急征用主体。

基于突发事件应对法第12条系准用性规则的分析，并基于被援用规则即该法第52条和现行特别法征用条款并未规定政府部门为征用主体，包括上海市经济和信息化委员会在内的上至国务院下到县级政府的各职能部门都非应急征用主体，不具有应急征用权，也无权细化应急征用条款。

三、政府部门无权应急征用不为补偿条款推翻

突发事件应对法第12条规定了应急征用的补偿，即“被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿”。根据这一规定，财产被征用的，除了事后的返还，以及毁损、灭失的补偿外，还应当给予所有权人无法正常使用其财产的补偿。“财产被征用的，虽未造成财产本身的直接损害，但基于利用财产使用价值的事实，也应当给予补偿”，这一规定既落实了宪法修正案第22条第3款和物权法第44条的规定，又吸取了2004年传染病防治法第45条第2款规定的经验。^{〔16〕}可以认为，这一规定是对1989年传染病防治法的完善，是对“非典”期间征用补偿经验的总结。在“非典”期间，有关地方政府征用了医院、宾馆，^{〔17〕}被征用医院、宾馆在被征用期间以及征用结束后的一段时间内，无法正常营业，从而遭受了相应的损失。对此，实施征用的地方政府给予了多种形式的补偿。^{〔18〕}

突发事件应对法第12条与第52条之间的关系，属于一般规则与特殊规则之间的关系。第52条只规定了应急征用而没有规定补偿，也就是说没有作特殊规定，因而应当适用第12条所规定的补偿。德国民法典中的总则，系“非专属于某一特定法律制度所有的规则”，具有“普遍的适用性”。^{〔19〕}我国也有学者认为，“总则在法的整体中居于统领地位，从整体上说它是整个法的纲领和事关法的全局的内容的整合。”^{〔20〕}突发事件应对法第12条具有同样的性质。但是，《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条第3款只规定了被征用之物的返还和损坏、灭失补偿，而没有规定财物被征用期间所有权人无法使用的补偿，显然与上位法相抵触。《四川省突发事件应对办法（送审稿草案）》第47条第3款关于补偿的规定，也存在同样的问题。

《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第1条所指出的制定依据，除了突发事件应对法外，还有“有关法律、法规”。突发事件应对法之前的法律，确有如同《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条第3款和《四川省突发事件应对办法（送审稿草案）》第47条第3款的补偿规定。防洪法第45条第2款规定：“依照前款规定调用的物资、设备、交通运输工具等，在汛期结束后应当及时归还；造成损坏或者无法归还的，按照国务院有关规定给予适当补偿或者作其他处理。取土占地、砍伐林木的，在汛期结束后依法向有关部门补办手续；有关地方人民政

〔14〕 前引〔8〕，李飞主编书，第87页。

〔15〕 同上书，第63页以下。

〔16〕 同上书，第89页。

〔17〕 参见崔红：《北京首次征用三级甲等医院及周边宾馆防非典》，《北京晨报》2003年4月28日；《唐山市人民政府关于临时征用房屋用于控制和预防非典型肺炎的通知》。

〔18〕 参见北京市财政局转发财政部、国家税务总局关于调整部分行业在“非典”疫情期间税收政策的紧急通知。

〔19〕 [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第70页。

〔20〕 周旺生：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第593页。

府对取土后的土地组织复垦,对砍伐的林木组织补种。”防震减灾法第38条规定:“因救灾需要,临时征用的房屋、运输工具、通信设备等,事后应当及时归还;造成损坏或者无法归还的,按照国务院有关规定给予适当补偿或者作其他处理。”它们都没有规定“财产被征用……的,应当给予补偿”这一内容。这些法律所规定的突发事件具有特定性,不能扩大到除地震或洪水以外的其他突发事件。那么,针对地震和洪水而应急征用的补偿,是否可以按照特别法优先于普通法的原则适用防洪法第45条第2款和防震减灾法第38条的补偿规定?

如果采用前文有关应急征用主体那样的体系解释,必将得出应优先适用防洪法第45条第2款和防震减灾法第38条的结论,从而导致公民得不到应有补偿的结果。而如果采用另一种体系解释,即基于总则的普遍适用性,就不应当适用防洪法第45条第2款和防震减灾法第38条,而应当适用突发事件应对法第12条来处理补偿问题。这就发生了法律规范的“多解”或“意志与其表达之冲突”。^{〔21〕}这一冲突如何解决,既关系到公民是否有权得到应有的补偿,又关系到前文有关征用主体的结论能否成立。因为从逻辑上说,既然突发事件应对法第12条有关补偿的规定可以作为总则而普遍适用于其他法律,那么它关于征用主体的规定也可以作为总则而普遍适用于其他法律,从而政府部门应作为应急征用的主体。

对上述冲突的解决,文义解释和体系解释已经无能为力,必须借助于目的解释,因为目的解释的效力高于其他法律解释方法。^{〔22〕}拉德布鲁赫指出:“不是法律制度的实质,而是法律制度的目的才是唯一的原则。法律的具体规则可以溯源于这种原则,……如今的情况是,以构造而加以表述的具体法律制度的目的,是作为较高和更高目的的手段及所有法律的一种最高目的的最后终结而予以理解和描绘的。”^{〔23〕}

突发事件应对法之前的单行法对补偿虽有不同规定,但之后制定、修订的法律对补偿的规定却都与突发事件应对法第12条的规定保持了一致。国防动员法第58条规定:“被征用的民用资源使用完毕,县级以上地方人民政府应当及时组织返还;经过改造的,应当恢复原使用功能后返还;不能修复或者灭失的,以及因征用造成直接经济损失的,按照国家有关规定给予补偿。”消防法第49条第2款规定:“单位专职消防队、志愿消防队参加扑救外单位火灾所损耗的燃料、灭火剂和器材、装备等,由火灾发生地的人民政府给予补偿。”突发事件应对法前后单行法对补偿规定的变化,反映了我国法制建设的进路。我国的法制建设往往先制定单行法,在问题积累或经验成熟到一定程度后才进行整合,才着手制定统一法典。统一法典的制定,使得原先已经存在的单行法成为特别法,新制定的统一法典本身就成了普通法。也就是说,原先已经存在的单行法与统一法典不一致的规定,并非有意识的特殊规定。其中,有的仍然有合理之处,在统一法典制定以后可以作为特别法继续存在,但有的却并不合理,是统一法典改革和整合的对象。我国行政处罚法、行政许可法和行政复议法的制定,都体现了对单行法中行政处罚、行政许可和行政复议规定的改革和整合。突发事件应对法第12条有关补偿的规定,正是对以往单行法中有关补偿规定不足的改革和弥补。与突发事件应对法第12条有关补偿规定不一致的单行法规定,并不构成可以优先适用的特别法,相反,应按新法优于旧法的原则适用突发事件应对法第12条的补偿规定。从上述角度出发,《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条第3款等有关补偿的规定,就不应当以“有关法律、法规”为依据。

对有关征用主体的规定,则不能采用目的解释。即使采用目的解释,也不能消除突发事件应对法第12条与第52条和单行法规定上的矛盾。并且,如果通过目的解释或其他法律解释,得出

〔21〕 [奥] 凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第100页。

〔22〕 参见前引〔6〕,苏彩霞文。

〔23〕 [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第172页。

政府部门也是征用主体的结论，就显然与行政法的权力控制价值以及突发事件应对的集中指挥价值相抵触。因此，突发事件应对法以及有关单行法中的补偿条款，并不能推翻政府部门并非征用主体、不具有征用权的结论。

基于职权与职责相一致的原则，政府部门既然没有征用权也就没有补偿义务。与没有职权就不能规定该职权行使的规则一样，没有该义务也就不应该规定补偿规则。《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条第3款对补偿的规定，亦缺乏权限依据。

四、规则抄袭或细化于法治有害无益

上海市经济和信息化委员会《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条的规定，是对突发事件应对法第52条的抄袭，是第52条的简化版。这只是在众多规则抄袭中的一个例子，类似情况比比皆是。《湖南省实施〈中华人民共和国突发事件应对法〉办法》第36条第1款关于征用的规定，第2款关于补偿的规定，甚至比突发事件应对法第12、52条的规定还要粗放，几乎只是设定了一条准用性规则而已。^{〔24〕}

自依法治国被确立为治国方略以来，各级各类国家机关对制度建设表现出充分的重视。在制度建设中，基于宪法和立法法有关法制统一或者不得与上位法相抵触的规定，下位规则的建设空间被大大限缩，尤其是有关行政机关本来就有很大冲动的行政许可和行政处罚领域进行规则建设的空间几乎不再存在。同时，下位规则本来所承载的一项主要功能，是细化上位规则。在立法法、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》制定前，我国法律、法规和规章的具体化，就往往需要由下位法或者行政规范性文件来实施。但是，上述法律和行政法规规定了法律解释制度，对法律、法规和规章本身含义的解释权分别属于法律、行政法规和规章的制定主体。这些制定主体的法制部门也加强了对法律适用问题询问的答复工作。也就是说，细化规则是规则制定主体及其法制部门的职权。这样，需要由下位法和行政规范性文件加以具体化的空间越来越小。于是，在细化上位规则名义下的规则抄袭也就不难理解了。

无论是抄袭还是细化，所建立的规则都没有太大的必要和意义。徐向华教授的课题组对《上海市消费者权益保护条例》、《上海市实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》、《上海市音像制品管理条例》和《上海市图书报刊市场管理条例》四部地方性法规，在2003年上海市和徐汇区两级主管部门的实施情况进行的调查发现，市级主管部门仅适用过《上海市图书报刊市场管理条例》2次，与适用上位法相比仅占0.83%，而对其他三部地方性法规根本未予适用过；徐汇区主管部门适用过《上海市消费者权益保护条例》2次，适用过《上海市图书报刊市场管理条例》1次，与上位法的适用比例分别是11.11%和5.0%，对其他地方性法规未予适用。其中的原因，课题组总结为被调查地方性法规“并不具有比上位法更易识别和判断的优势”，上位法“更为重视违法行为与法律责任之间的‘一一对应’性”，以及上位法对罚款的设计“更为恰当和‘细腻’”。^{〔25〕}也就是说，地方性法规的规定要么与上位法基本相同，要么比上位法还要粗放，基于在诉讼中可能得到法院支持的考虑，主管部门自然愿意适用上位法而不会适用下位法。

正如前文有关政府部门无权细化应急征用条款所做的讨论，任何国家机关抄袭或细化上位规则需要相应的权限。但是，这往往为时下所流行的规则抄袭或细化者所忽视。引发广泛争议的

〔24〕 该条第1款规定：“负责组织处置突发事件的人民政府必要时可以向单位和个人征用应急救援所需的设备、设施、场地和其他物资。”第2款规定：“有关人民政府及其部门应当及时返还突发事件应对工作中征用单位和个人的财产，并按照国家有关规定给予补偿。”

〔25〕 参见徐向华主编：《地方性法规法律责任的设定——上海市地方性法规的解析》，法律出版社2007年版，第424页以下。

《四川省突发事件应对办法（送审稿草案）》第47条共分3款。除了前述第3款补偿规定外，第1款规定：“县级以上人民政府为应对突发事件，必要时可依法征用单位和个人的财产。财产征用人员不得少于2人，并署名备查，征收组应当有公证人员参加”，第2款规定：“征用时应当向被征用的单位或者个人出具应急处置征用手续并登记造册。被征用的单位或者个人拒不接受应急征用的，征用执行人员在情况紧迫并且没有其他替代方式时可以强制征用”。如果把上述条款与突发事件应对法作专业性对比，我们可以发现其中的问题。第47条第1款增加了“财产征用人员不得少于2人，并署名备查，征收组应当有公证人员参加”；第2款增加了“征用时应当向被征用的单位或者个人出具应急处置征用手续并登记造册”。虽然四川省人民政府依法享有应急征用权，且上述增加规则系对其行使应急征用权的自我限制，并无不妥，但是第47条第1款所规定的应急征用主体前省去了“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的”这一定语，扩大了应急征用主体。基于前文有关宪法修正案第22条的“法律”系狭义法律的分析，该扩大应急征用主体的规定缺乏充分的权限依据。而第2款增加了“被征用的单位或者个人拒不接受应急征用的，征用执行人员在情况紧迫并且没有其他替代方式时可以强制征用”，这一规定系征用的应有意思，实属对征用强制性的法律解释。四川省人民政府并非法律的解释主体，该法律解释缺乏充分的权限依据。虽然四川省政府法制办公室认为，第47条系“严格遵循国家大法 and 上位法”，^[26]但它在有意地“严格”规则抄袭或细化中，无意地超越了自己的职权，或进行了自我授权。

同时，有关机关往往是根据自己的需求，对上位规则有选择有取舍地进行抄袭或细化的。正如本文所讨论的《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条和《四川省突发事件应对办法（送审稿草案）》第47条第3款那样，上位规则无论是法律还是法规或规章，都是一个体系，法律解释有着各种各样的规则。规则抄袭或细化中的取舍和顾此失彼，很容易破坏上位规则的整体性或“法律秩序的统一体”，^[27]歪曲上位规则的意义，进而导致与上位规则的抵触。

突发事件应对法已经创设了征用制度，包括征用的财物即“应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资”。《上海市公共信息系统突发事件处置办法》所规定的需征用财物，已经包括在突发事件应对法所规定的需征用财物范围之内，无需解释和细化。而上海市经济和信息化委员会基于其职权范围的限制，在《上海市公共信息系统突发事件处置办法》中对征用的细化规定，比突发事件应对法中所规定的需征用财物范围要小得多，这既限缩了需征用的财物范围，不利于突发事件的应对，又与上位规则不一致。

上述有关规则抄袭或细化中的越权、可应急征用财物范围的限缩和补偿规定的违法，主要是围绕《上海市公共信息系统突发事件处置办法》第22条的讨论。其实，规则的简单抄袭或者形式主义的细化，很难把体系化的上位规则、“非有意不确定”的上位规则（如实为征用的消防法第45条第3款规定的“调集”和防洪法第45条第1款规定的“调用”等）做符合法治要求的推进，反而浪费规则建设资源甚至引发公众不安。依法治国是基本治国方略，但机械甚或“严格”地套用而高喊的依法治省、依法治市、依法治县、依法治乡、依法治村、依法治校、依法治水、依法之路和依法治林等等就与法治差之千里了。依法治国的“国”，不是指地理意义上的“国”，而是政治意义上的“国”即国家权力。省、市、县、乡却仅仅是地理意义上的，村、校、水、路和林等更不具有政治意义，依法治“×”把对公权力的规范变成了对私权利的管制。规则的简单抄袭或者形式主义的细化，结果与此无异，只能祸害法治。

当然，规则抄袭或细化于法治有害无益，并不意味着各级各部门国家机关绝无制度建设空间，而是说各级各部门国家机关的制度建设必须基于上位规则的授权或允许，地方国家机关的制

[26] 熊德壮：《四川法制办：应对突发事件政府有权征用个人财产》，《成都晚报》2010年10月14日。

[27] [奥]凯尔森：《法语国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第141页。

度建设还有赖于在我国宪政框架中对地方自主权范围的确定。同时,法律、法规或规章如果允许或需要有关国家机关作出细化规定的,应当设置委任性条款。委任性条款的设置,是为了加强“上位规范规制下位规范之创制”。“上位规范不仅确定其所创下位规范之创制程序,且可能确定其内容。”^{〔28〕}法律、法规或规章如果不允许、不需要有关国家机关作出细化规定的,则法律解释主体及其法制部门应加强法律解释工作以满足细化的现实需求。从长远来看,最高法院目前正在推行的案例指导,才是我国特色的规则细化的正途。

Abstract: According to the law interpretation of the Standing Committee of the NPC and the Supreme Court, the “law” in Paragraph 3, Article 22 of the Amendment of the Constitution, which says “state may, for the public interest, expropriate or take over private property of citizens for public use, and pay compensation in accordance with the law”, belongs to its narrow sense. Governmental departments have no power to enact a law, thus they have no power to create a requisition and compensation system.

Article 12 of the Emergency Response Law says that governmental departments can be the subject of emergency requisition. However, Article 52 of this Law and other current separate laws of emergency response has no such provision. Compared to Article 12, Article 52 and those current separate laws belong to special laws. Based on the interpretation principle that the special law derogates the general law, governmental departments are not the subject of emergency requisition and cannot make refinements to the emergency requisition article in the Emergency Response Law. As to compensation, those separate laws have different provisions from Article 12. As the provision of Article 12 is more effective to protect the interests of the citizens, the purpose interpretation must be applied to exclude those provisions in the separate laws. Moreover, this interpretation will not override the conclusion that governmental departments cannot make refinements to the emergency requisition article, because no power of requisition means no obligation of compensation, and hence no power to refine the compensation article.

The phenomena of refining emergency requisition and compensation articles without power, or even copying rules of higher level law are already quite prevalent. It will lead to the wasting of rule-making resources and the dismemberment of legal provisions, and then destroy the rule of law. The refinement of rules and the local legislation should be based on the authorization of law or local power. To those rules that are forbidden or unnecessary to refine, we should strengthen the work of law interpretation and case guidance. General provisions in law, regulation and rule should also be more scientific and reasonable.

Key Words: emergency affair, requisition, compensation, legislation law

〔28〕 前引〔21〕,凯尔森书,第97页。