

## 疫情防控中征用对征收规范的借鉴 ——以甲市征用乙市口罩事件为例

刘连泰\*

---

**内容提要：**行政征用是对财产使用权的剥夺，行政征收是对财产所有权的剥夺。如果被征用的财产是一次性使用的物品，使用后无法返还或者返还根本没有意义，征用就应转化为征收，即形式上是征用，法律效果上是征收。征收、征用的对象是“公民的私有财产”，一个政府机构不能征用另一个政府机构的财产，只能请求另一个政府机构支援。征收和征用的程序有一定的联系，征用程序大体上是简化征收程序的结果，但不能违背正当程序的基本价值。征用对应的政府义务首先是返还被征用物品，其次是损失补偿。补偿的损失包括财产被征用期间的使用权损失和被征用财产毁损、灭失的损失。

**关键词：**征用 紧急情形 正当程序 补偿

---

2020年2月2日，甲市卫生健康委员会征用乙市新冠肺炎疫情防控指挥部向甲市某公司购买的一批口罩，该批口罩尚在快递公司未运出，存放在甲市辖区内某快递公司仓库。作出征用决定后，甲市卫生健康委员会通知乙市新冠肺炎疫情防控指挥部申请补偿，逾期不申请即视为放弃补偿要求。一石激起千层浪，人们不禁追问，这种征用合法吗？

在疫情肆虐时期，医疗资源严重不足，常态的医疗秩序受到巨大冲击。急需的抗疫物资无法通过正常的市场交易获得，鉴于时间的紧迫性，政府可以采用征用措施。然而，学界对征收征用的研究多聚焦于征收，征用问题常常一带而过；预设的场景也多是常态秩序，非常态秩序少有考量。出于防控疫情的需要而征用物资或场所，目的基本具有正当性，但政府面对紧急需要时只能进行征用，不能实施征收吗？谁的物资和场所可以被征用？依据什么程序征用并进行补偿？返还和补偿是什么关系？这些问题在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中悉数呈

---

\* 刘连泰，厦门大学法学院教授。

本文为厦门大学中央高校基本科研业务费专项资金项目“疫情防治中的征用问题”（20720201050）的阶段性成果。

现。我们可以看到疫情防控中医疗资源供给不足，但我们选择性忽略了与医疗资源供给不足并行的制度资源供给匮乏。任何疫情都不会持续太久，但制度的研究需要长期储备。本文以甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件为例，依次讨论上述问题。

## 一、征用还是征收：由征用转化的征收

征用是对财产使用权的剥夺，征收是对财产所有权的剥夺。<sup>〔1〕</sup>甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩后，乙市疫情防控指挥部要求返还物资，甲市卫生健康委员会先答复物资已经发放，无法返还，只能补偿，随后答复返还口罩（当然不是收回已经发送完毕的口罩再返还，事实上只能是同型号的其他口罩）。这不是征收吗？甲市卫生健康委员会为什么不直接征收，而是征用乙市疫情防控指挥部的口罩？

此事件涉及的相关法条规定如下：<sup>〔2〕</sup>《宪法》第13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。”《物权法》第42条第1款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”《物权法》第44条第1款规定：“因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。”《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。”《突发事件应对法》第12条第1款规定：“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。”上述规范之间的关系是什么？彼此的含义如何融贯？

### （一）限制征收征用法律条款的合宪性

部门法在明晰《宪法》文本中的征收征用含义，使之进一步类型化的过程中，渐次收缩国家征收征用权，是否具有合宪性？根据《宪法》第13条第3款的规定，政府出于公共利益的需要，既可以对公民的私有财产实施征收，也可以实施征用；既可以征收不动产，也可以征收动产。但政府显然不能直接依据《宪法》征收征用公民的私有财产，只能“依照法律”，“依照法律”为立法机关设定了立法义务。全国人大通过系列立法，将上述条款具体化。《宪法》第13条第3款只从受到影响的权利种类区分征收和征用，《物权法》增加了两个区分维度：是否紧急；是动产还是不动产。“征收和征用的另一个区别，征收是和平环境的法律制度，征用是紧急状态下的特别措施。”<sup>〔3〕</sup>征用的对象既可以是不动产，也可以是动产，而征收只能针对不动产。<sup>〔4〕</sup>《传染病

〔1〕 参见王兆国：《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》——2004年3月8日在第十届全国人民代表大会第二次会议上，载《中国人大》2004年第6期。

〔2〕 甲市所在的省也有地方立法，即该省《突发事件应急征用与补偿办法》，是省人民政府办公厅发布的规范性文件，不涉及征收征用概念，本部分不涉及。

〔3〕 梁慧星：《谈宪法修正案对征收和征用的规定》，载《浙江学刊》2004年第4期，第119页。梁慧星教授发表这一观点时，《物权法》尚未通过。王利明教授也发表了类似的观点，稍微缓和一些。后来通过的《物权法》完整贯彻了上述概念。

〔4〕 《物权法》只规定了针对不动产的征收，没有关于动产的征收。

防治法》和《突发事件应对法》与之相应，只规定了行政应急状态下的征用。在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，甲市卫生健康委员会对口罩只能征用，原因有二：一是口罩属于动产，征收只能针对不动产；二是紧急状态下只能征用，不能征收。《物权法》将征用的情形限制为“紧急需要”，没有授予政府“紧急需要”情形下的征收权；将征收的对象仅限于不动产，不授予政府征收动产的权力，这是对《宪法》征收征用条款的“完善”，还是对《宪法》征收征用条款的僭越？〔5〕

宪法中的财产权需要法律形成，作为对财产权进行限制的征收征用同样需要法律形成。立法机关完成宪法规定的立法任务时有“形成空间”，有“立法裁量权”，但立法裁量要接受合宪性审查。合宪性审查包含形式审查和实质审查两个维度。形式审查是对立法权限和立法程序的审查。实质审查包括两方面内容：是否侵犯公民基本权利；是否有助于序言和总纲中国家目标、国家任务的实现。〔6〕判断一项立法是否侵犯公民基本权利时，合宪性审查的重点是立法是否限缩了公民基本权利，限缩理由是否正当，限缩是否合乎比例原则。〔7〕《宪法》第13条第3款“依照法律”的表述意味着立法委托，立法机关制定《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》，限制征收征用的适用空间在形式上具有合宪性。《物权法》将征收征用作为对物权的限制来表述，《传染病防治法》和《突发事件应对法》规定特殊情形中的征用，构成特殊情形的征用特别法。上述立法是对国家征收征用权的限制，并未限缩公民的财产权，侵犯公民财产权无从谈起；对国家征收征用权的限制与《宪法》序言和总纲中的国家目标无关。因此，《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》限制征收征用的适用空间在实质上是合法的。

## （二）征用能否转为征收

《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》限制征收征用的适用空间合宪，这就意味着，即便甲市健康卫生委员会是出于征收乙市疫情防控指挥部的口罩的意图，但按照《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》也只能征用，否则就是超越法定职权。但问题是征用只涉及对财产使用权的剥夺，事后需要返还原物，如果被征用的财产是一次性使用的物品，使用后无法返还或者返还根本没有意义，如何处理呢？法律规定了补偿。《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。”征用了一次性使用的物品，使用即意味着毁损或者灭失，没有“及时返还”的空间，补偿事实上是指向征收的，因为征用补偿只涉及财产使用权的价值，而征收补偿才涉及财产所有权的价值。以合法的征用开始，以合法的征收补偿结尾，能否在法律体系中求得圆融的解释？这就涉及征收法上一个传统的问题：征用能否转为征收。

日本和我国台湾地区对征收和征用进行了区分。中国清末引进日本的征收立法，区分征收和

〔5〕 王利明教授认为，似乎是对《宪法》征收征用条款的完善。参见王利明：《物权法草案中征收征用制度的完善》，载《中国法学》2005年第6期。

〔6〕 参见王锴：《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》，载《中国法学》2019年第1期。

〔7〕 参见前引〔6〕，王锴文。

征用，国民政府时期的立法沿袭下来，征收和征用的概念界分后被台湾地区沿用。<sup>〔8〕</sup>上述做法区分征收和征用概念的同时，认可征用可向征收转化。征用在两种情形下可以转为征收：第一种情形是征用期限太长（我国台湾地区规定为三年），超出征用概念中的“临时”界限；第二种情形是对使用权的剥夺影响财产的其他用途（比如本来只使用土地的地上权作为航道，但噪音太大，影响土地的其他用途），使财产的价值几乎归零，剥夺的财产权超出征用中的“使用权”概念，<sup>〔9〕</sup>类似于德国法上所说的所有权本质内涵遭受不可逆的损害。<sup>〔10〕</sup>《突发事件应对法》第12条规定的“财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿”，可以归类在“转化的征收”概念之下。值得注意的是，征用转化来的征收仍然是合法的征收，而不是侵权，《突发事件应对法》第12条用“补偿”而不是“赔偿”，暗含了这样的意蕴。在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，口罩作为一次性使用的物品，用过即为“毁损”，财产权的本质内涵被侵蚀，甲市卫生健康委员会对乙市疫情防控指挥部口罩的征用转化为征收，即形式上是征用，实质上是征收。

## 二、政府可以征用的财产：征用的权力半径

在甲市卫生健康委员会征收乙市疫情防控指挥部口罩事件中，甲市政府机构能否跨区域征用乙市的财产？被征用的口罩所有人系政府机构，一个政府机构能否征用属于另一个政府机构的物资？

### （一）地方政府能否跨区域征用

一种解释进路认为，甲市没有征用权，因为按照《传染病防治法》的规定，人民政府只能征用本辖区内的物资，超过本辖区的物资征用，只能由国务院实施。<sup>〔11〕</sup>也就是说，征用的概念半径仅及于人民政府管辖的区域。这种说法的规范依据是《传染病防治法》第45条第1款：“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。”县级以上人民政府只能在“本行政区域内”征用财产，跨省的征用只能由国务院实施。那么，如何理解“在本行政区域内”呢？

本行政区域内的财产存在两种可能的解释：属地的解释和属人的解释。从属地的角度看，在本行政区域内的财产就在可征用之列，不管作为财产权人的个人、单位住在哪里；从属人的角度看，本行政区域内单位、个人所有的财产才在可征用之列，不管他们的财产在哪里。认为甲市

〔8〕 参见童旭、丁亚兰：《“土地征收”概念的中国缘起——以民国时期“土地征收”概念的演变和发展为中心》，载《中山大学法律评论》第12卷第1辑，广西师范大学出版社2014年版，第3页。

〔9〕 参见我国台湾地区“土地征收条例”第57条、第58条。

〔10〕 参见王锴等：《疫情防控下，哪些场所会被行政征用？事后如何补偿》，载《检察日报》2020年2月11日，第3版；赵宏：《疫情防控下个人的权利收缩与尊严保障》，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_5796374](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5796374)，最后访问时间：2020年3月1日。

〔11〕 参见叶必丰：《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》，载《法学研究》2011年第6期。

没有征用权的学者，显然是从属人的角度理解的。如果结合《传染病防治法》的非常态法特征，从征用便利的角度看，应该做属地理解，即县级以上地方人民政府有权征用本行政区域内的财产，不管这些财产所有人的住所是否在本行政区域内。从这个角度看，甲市卫生健康委员会的征用不能理解为跨区域征用。

## （二）政府机构能否征用另一个政府机构的财产

《宪法》第13条第3款将征收征用的对象规定为“公民的私有财产”，《立法法》第8条将征收征用对象规定为“非国有财产”，《物权法》第44条和《突发事件应对法》第12条将征用的对象规定为“单位、个人的财产”。“公民的私有财产”“非国有资产”和“单位、个人的财产”这几个概念是什么关系？“尽量避免宪法问题”是合宪性解释的基本要求。《宪法》第13条规定征收征用的对象是“公民的私有财产”，那么“公民”是否单指自然人？如果这样解释，法律规定征收征用单位的财产就违宪了。好在这个障碍容易跨越，公司和一些单位可以理解为公民的集合，中国《宪法》许多规定公民基本权利义务的条款都可以自然延伸到公民集合。问题是如何理解“私有财产”。

在中国《宪法》文本中，“私有”是和“公有”对应的概念，“公有”包括“国家所有”和“集体所有”。《宪法》第13条第3款规定的征收征用对象为“私有财产”，是否意味着国家所有的财产和集体所有的财产都不能征收。《宪法》第10条第3款规定了集体所有的土地的征收，这意味着征收对象可以包括作为公有财产的集体所有财产，征收征用的排除对象仅仅是作为公有财产的“国有财产”，《物权法》第44条和《突发事件应对法》中作为征用对象的“单位、个人”的财产应指作为“非国有财产”的“单位、个人”的财产。个人的财产肯定不是“国有财产”，但作为“非国有财产”的“单位财产”指哪类财产？国家出资企业的财产是不是“非国有财产”？能不能作为征收征用的对象？国家出资企业的资产尽管最终归国家所有，但国家出资设立企业后，就形成了与国有财产分离的“企业财产”，即《立法法》第8条所指的可能作为征收征用对象的“非国有财产”，国家不能无偿调拨，征收征用应予补偿。《企业国有资产法》第16条规定：“国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及企业章程享有占有、使用、收益和处分的权利。国家出资企业依法享有的经营自主权和其他合法权益受法律保护。”作为市场主体的国家出资企业，与其他市场主体平等，没有国家公权力，是“私人”而不是享有公权力的主体，国家出资企业对财产享有的权利与其他市场主体对财产享有的权利并无不同，当然可以作为征收征用的对象。

经过以上分析，可以得出的结论是：不能作为征收征用对象的“国有财产”就指国家所有，并未分离出其他非国家机构所有权的财产。回到甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件，乙市疫情防控指挥部购买的口罩无疑属于乙市疫情防控指挥部所有，是国有资产，而且没有分离出其他非国家机构所有权，不能作为征收征用的对象。如果甲市卫生健康委员会确实需要使用乙市疫情防控指挥部的物资，但乙市疫情防控指挥部的物资又不能成为征用对象，那么该怎么办呢？只能由《突发事件应对法》第52条第1款规定提供正当性，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……请求其他地方人民政府提供人力、物力、财力或者技术支持，……”此时应当适用政府间关系的规则，而不应适用处理

国家和非国家机构关系的规则。

从征用的目的要件看，甲市卫生健康委员会也不能征用乙市疫情防控指挥部的口罩。《宪法》第13条第3款规定的征用的目的为公共利益，表明公共利益相对于私人利益具有优位性。然而，乙市疫情防控指挥部的物资服务于公共利益，甲市卫生健康委员会征用物资的目的也是为了公共利益，其中涉及公共利益之间的权衡。在征收征用的公益性评估中，的确存在多种公共利益的平衡，“公共利益并非一块整石，……具有多种利益组合而成的结构”<sup>〔12〕</sup>，要计算构成公共利益的多种指标的权重——社区居民生活关系重建、国家的粮食安全、对生态的影响等。<sup>〔13〕</sup>但在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，涉及的公共利益是同质的——甲市卫生健康委员会征用口罩的目的是为了防疫，乙市疫情防控指挥部购买口罩的目的也是为了防疫，二者并无高下轻重之分，甲市的公共利益不能成为限制乙市公共利益的理由。

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩也不符合比例原则。《宪法》《物权法》《突发事件应对法》《传染病防治法》规定的征用都是“可以征用”“有权征用”，而不是“应当征用”或者“必须征用”，暗含了征用机关的裁量权。法律对公民私有财产权的保护是一般情形，征收和征用是例外情形，国家机关行使征收征用权应符合比例原则，还应在一般意义上符合成本收益分析。比例原则包含四个内容：目的正当性、适当性、必要性、法益相称性。<sup>〔14〕</sup>必要性原则要求最小损害，甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩，可能有利于甲市疫情防控，但代价却是乙市疫情防控物资不足。以牺牲乙市疫情防控收益为成本，收获甲市疫情防控的公益，不符合比例原则所要求的最小损害原则。

### 三、征用与征收的正当程序：如何快而不乱

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩后，公告要求口罩所有人申请补偿，声明逾期不申请即视为放弃补偿要求。甲市卫生健康委员会公告的规范依据是该市所在省的政府办公厅颁布的规范性文件《突发事件应急征用与补偿办法》。<sup>〔15〕</sup>

立法总是着眼于常态秩序，中国法将征用的适用情形限制为“紧急需要”，程序规范付诸阙如。紧急情形下的征用，程序设计不能过于严苛，“在政府与自由的永久话题上，危机意味着更多的政府而较少的自由”<sup>〔16〕</sup>。相较而言，征收的程序立法相对完善。《物权法》《传染病防治法》

〔12〕 〔美〕E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第20页。

〔13〕 参见陈明灿：《土地征收导论》，新学林出版股份有限公司2013年版，第52页。

〔14〕 参见刘权：《行政判决中比例原则的适用》，载《中国法学》2019年第3期。

〔15〕 甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》系该省人民政府办公厅发布，载明“经省人民政府同意”。根据《立法法》第85条和第96条规定，省人民政府规章应由省长签署命令予以公布，并及时在省人民政府公报和中国政府法制信息网以及在本行政区域范围内发行的报纸上刊载。因此，甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》不属省人民政府规章，只能理解为规范性文件。

〔16〕 Cecil T. Carr, Crisis Legislation in Great Britain, 40 *Columbia Law Review*, 1324 (1940).

《突发事件应对法》没有规定具体完整的征用程序，地方立法有无形成空间？形成空间有多大？<sup>〔17〕</sup>《立法法》第8条将“非国有财产的征收、征用”立法列入法律保留的范围，这是否意味着甲市卫生健康委员会征用所依据的地方立法抵触上位法？如果是这样，那就意味着甲市卫生健康委员会在行使征用权过程中，所有的程序问题都只能自由裁量。如果甲市所在省人民政府办公厅为了细化裁量权，经省政府同意，发布了具有“裁量基准”意义的实施办法，可以理解为裁量权的自我收缩。而且，《立法法》授予地方的立法权逻辑上包含两个部分：创制性立法和实施性立法。地方的创制性立法仅限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面，但实施性立法，即为了实施上位法，其立法范围不限于上述几个方面。《突发事件应对法》规定了政府应急征用的权力，地方立法就紧急征用权的行使进一步细化规定，可以理解为是《突发事件应对法》的实施办法。因此，我们不必纠结于甲市所在省是否有权限制定该省的《突发事件应急征用与补偿办法》，以细化上位法的规定。

问题是甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》规定征用不告知财产权人，仅一般性公告，要求财产权人申请补偿，是否合法呢？如前文所述，征收的适用情形不是“紧急需要”，法律规定了相对复杂的程序，给予财产权人最大限度的保护。这就意味着，征用程序借鉴征收程序必须有限度。但由于征收和征用都构成对公民私有财产权的限制，征收和征用程序有大致相同的底色。域外一些有关征用程序的立法，大体上是简化征收程序的结果。<sup>〔18〕</sup>征收的哪些程序可以在征用程序中简化，哪些不能简化，值得探讨。

#### （一）征用征收程序的比较考察

美国法上没有征用程序，但有快速征收程序，快速征收程序事实上是改造了的征收程序。《美国法典》第40卷第3114节规定，<sup>〔19〕</sup>在某些情况下，允许政府在法院对征收做出判决前“宣告征收”某些财产，随即可以占有被征收的财产。但政府在宣告征收财产时，必须将预期的补偿款交给法院。这种改造主要是先后顺序的改变：先决定还是先占有——典型征收是先由法院作出判决，然后政府占有不动产，而快速征收是政府先占有不动产，之后法院作出判决；补偿是先确定还是先支付——典型征收是先确定公平市场价值，然后预存入法院账户，而快速征收程序是先将预期的补偿款交给法院，事后再评估公平市场价值。无独有偶，法国的快速征收也是借鉴一般征收的程序，只是将征收程序简化，事后补偿。<sup>〔20〕</sup>征用准用征收程序规定得最明确的是我国台湾地区。我国台湾地区“土地征收条例”规定了紧急情况下的征用，但未单独规定征用程序，第58条第2款规定：“第二章规定，于征用土地或土地改良物时，准用之。但因情况紧急，如迟延履行土地或土地改良物，公共利益有受重大危害之虞者，得经中央主管机关核准后，先行使用该

〔17〕 一些学者主张地方没有立法形成空间。参见前引〔11〕，叶必丰文，第89-91页；马怀德：《地方立法不宜涉及行政征用》，载《法制日报》2010年10月12日，转引自法治政府网：<http://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1138/3623.htm>，最后访问时间：2020年3月14日。

〔18〕 日本、韩国、意大利、我国台湾地区和澳门地区区分征收和征用概念，但涉及征用的条款不多，有关征用程序的更少，征用一般准用征收程序。参见房绍坤、王洪平：《分立抑或再合一：“征收”与“征用”之概念关系辩证》，载《法学论坛》2009年第5期。

〔19〕 40 U. S. C. A. § 3114.

〔20〕 参见许中缘：《论公共利益的程序控制——以法国不动产征收作为比较对象》，载《环球法律评论》2008年第3期。

土地或土地改良物。”从该条规定可以看出，我国台湾地区征用一般适用征收程序，特殊情形下，经过主管机关批准后，将本来是最后一道程序的土地使用提前。

从美国、法国和我国台湾地区的前述规定可以看出，因为紧急，征用可以简化征收程序，顺序可以调整，但一些基本的要素不能或缺：依然需要主动地补偿，仍然要遵守基本的正当程序。面对紧急情形，政府如何依法行政，公法学上有两种进路：“有限的超法律主义”和“宽松的法律主义”。<sup>〔21〕</sup>前者主张政府在紧急情形下，可以在一定限度内超越法律的具体规定；后者主张主要考量法律的目的、原则和精神，而不拘泥于法条。其实这两种主张的内核是一致的，都可以归类为实质的法治主义，即不拘泥于法条，更看重法治背后的原理和精神。正当程序的价值是法治背后重要的价值之一，这就意味着，即便紧急情形，正当程序的基本价值仍应遵守。

## （二）征用应遵守正当法律程序原则

征用前要不要听取利害关系人意见呢？作出对利害关系人不利的决定要听取利害关系人意见，这是正当程序最古老的诫命之一。参照征收程序，行使征用权的人民政府也应该听取财产权人的意见。《土地管理法》第47条第2款规定：“县级以上地方人民政府拟申请征收土地的，应当开展拟征收土地现状调查和社会稳定风险评估，并将征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等在拟征收土地所在的乡（镇）和村、村民小组范围内公告至少三十日，听取被征地的农村集体经济组织及其成员、村民委员会和其他利害关系人的意见。”在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，如果无法及时查询到财产权人，在紧急情况下通过公告方式告知似乎尚具有一定的合法性，但不听取利害关系人意见，则明显违反了正当法律程序原则的基本要求。如果听取利害关系人意见耗时费力，至少可以按照简易程序听取财产权人的口头意见。如果甲市卫生健康委员会听取了乙市疫情防控指挥部的意见，就不一定会作出征用决定。事实证明，乙市疫情防控比甲市更紧急，事后甲市撤回了征用决定，相关责任人也受到相应的处分。

如前文所述，征用程序简化了征收程序，但主动补偿的要求不能改变。甲市在征用口罩后，没有主动补偿，而是要求财产权人申请补偿，某省《突发事件应急征用与补偿办法》要求申请才补偿是违法的。政府在征收中的补偿是依职权的行为，无须财产权人提出申请，征用补偿程序亦是如此。征用是政府依职权主动做出的行政行为，为什么补偿就需要财产权人申请呢？给财产权人施加这种义务的依据是什么？情况紧急是否可以作为规定申请补偿的理由呢？不能，情况紧急只能是补偿滞后的理由。征用机关或许会以不知道被征用物资的价格或者财产权人的损失为由，要求财产权人提出申请，先行申报价格和损失，但损失补偿可以协商，征用机关可以在紧急情况消除后主动与财产权人协商。协商补偿可以按照公平市场价值补偿，而无须要求财产权人申请。补偿不是授予财产权人权利，既不是许可，也不是备案，无须当事人申请。不申请就视为放弃补偿的规定，剥夺了利害关系人的财产权，必须有明确的上位法依据。甲市所在省《突发事件应急征用与补偿办法》要求申请补偿，增加了财产权人的义务，并非收缩裁量权，没有明确的上位法

〔21〕 参见沈岷：《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型H1N1流感隔离决策的考察》，载《华东政法大学学报》2009年第5期。



依据，超越了《立法法》规定的立法权限。

#### 四、返还还是补偿：不是问题的问题

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件发酵后，乙市疫情防控指挥部要求甲市卫生健康委员会返还物资，拒绝接受补偿，甲市卫生健康委员会同意返还口罩。当然，征用的口罩由于已经发放，返还的口罩只能是同型号的另一批口罩。

补偿对应财产权人的损失。征用由于只是对使用权的临时剥夺，征用机关的首要义务是返还原物，这一点不存疑问。要追问的是，政府返还被征用财产后，政府是否还有补偿义务。《宪法》第13条第3款明确规定征用补偿，政府返还被征用财产后依然有针对使用权损失的补偿义务。《传染病防治法》第45条也规定了政府针对使用权损失的补偿义务，第45条第2款规定：“……临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的，应当依法给予补偿；能返还的，应当及时返还。”但《物权法》和《突发事件应对法》的规定稍有不同。《物权法》第44条规定：“因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。”《突发事件应对法》第12条规定与《物权法》第44条的规定类似：“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。”《物权法》第44条和《突发事件应对法》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”，如何理解？政府返还被征用财产，被征用财产没有“毁损、灭失”就不需补偿吗？从字面上看，这种解释似乎也在规范的含义范围内。但如果这样解释，《物权法》第44条、《突发事件应对法》第12条就与《传染病防治法》第45条冲突，与《宪法》第13条第3款抵触。

合宪性解释要求“尽量避免宪法问题”<sup>[22]</sup>，体系解释要求尽量将法律解释得没有矛盾<sup>[23]</sup>。我们必须寻求在规范含义范围内的其他解释方案，事实上，财产“被征用或征用后毁损、灭失的，应当给予补偿”，可以解释为两种补偿：财产“被征用的补偿”和财产“被征用后毁损、灭失的补偿”，财产“被征用的补偿”对应财产使用权的损失，财产“被征用后毁损、灭失的补偿”对应财产恢复原状的损失和所有权的损失。这种解释方案就能与《宪法》第13条第3款、《传染病防治法》第45条融贯。征用的损失补偿逻辑上可以分解为两种情形：被征用财产未毁损、灭失的，返还被征用财产+财产被征用期间的使用权损失；被征用财产毁损、灭失的，返还财产被

[22] The Avoidance of Constitutional Questions and the Preservation of Judicial Review: Federal Court Treatment of the New Habeas Provisions, 111 *Harvard Law Review*, 1578-1595 (1998); 王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期,第52页。相关文献还可参见〔德〕克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特:《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第448页;〔美〕路易斯·亨金、阿尔伯特·J.罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力、强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第52页。

[23] 参见韩大元:《论合宪性推定原则》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版)2004年第5期;张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期。

征用期间的使用权损失+被征用财产毁损、灭失的损失。

甲市卫生健康委员会返还乙市疫情防控指挥部同型号口罩，已不再是征用立法要求的返还被征用财产原物，而属于补偿。征收法上的补偿方式有两种：货币或者安置，<sup>[24]</sup>征用补偿也可以参照征收法上的补偿方式，被征用人有选择补偿方式的权利。在甲市卫生健康委员征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，乙市疫情防控指挥部选择实物补偿。如前文所述，被征用财产毁损、灭失的，补偿应包括两部分：财产被征用期间的使用权损失和被征用财产毁损、灭失的损失，但乙市疫情防控指挥部并没有要求补偿口罩被征用期间的使用权损失。

## 五、结 语

疫情留给我们许多需要深入思考的问题，征用与征收就是其中之一。疫情防控中法律人的贡献或许只能是制度的阐释。如果能在疫情之后，阐释出征用与征收的一般法理，建构出征用与征收的一般规范，为未来实施的征用与征收储备必要的智识资源，也算法律人对疫情防控作出的可能贡献。

---

**Abstract:** Requisition is the deprivation of the right to use of property, while expropriation is the deprivation of the title to property. If the requisitioned property is disposable, it can't be returned after use, or it is meaningless to return, and requisition is converted into expropriation. That is requisition in form, but expropriation in legal effect. The object of expropriation and requisition is "private property of citizens". One government agency can't requisition the property of another government agency, but can only request another government agency to provide support. The expropriation and requisition procedures have roughly the same background. The requisition procedures are generally the result of simplifying the expropriation procedures, and it can't violate the basic value of due process. The corresponding government obligation of requisition is firstly to return the requisitioned property and secondly to compensate for the loss. The loss of compensation includes the loss of the right to use during the period of requisition, and the loss of damage or destruction of the requisitioned property.

**Key Words:** requisition, a state of emergency, due process, compensation

---

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

---

[24] 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第21条、《土地管理法》第48条第4款。