

“网络约租车规制中的法律问题”专题笔谈

On Legal Issues in the Regulation of Car Reservation via the Internet

高秦伟 傅蔚冈 吴 韬

GAO Qin-wei FU Wei-gang WU Tao

【摘要】 2015年10月10日，交通运输部就《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》向社会公开征求意见。高秦伟认为，目前网络约租车市场存在一定的问题，但是这些问题多数都能被市场所消化，可以暂时不需要政府的直接介入。只有在市场无法解决现有失灵，企业或行业自律也无法解决问题时，政府作为监管主体，才有采取相应监管措施的必要。傅蔚冈认为，专车（网络约租车）无论是在技术基础还是经营方式上都是迥异于传统的出租车，用监管出租汽车的方式来监管专车会出现各种各样的不适应。“暂行办法”的主要目的是保护现存出租车业的利益，但是却以剥夺乘客的选择权和通过私家车出行所带来的各种便利为代价。吴韬认为，应当尽快对传统出租车管理制度实施以竞争为导向的改革，破除数量限制和出租车公司制度这些藩篱，形成进退自由的市场机制，并最终根据市场对两类出租车的需求比例，形成二者在服务差异化基础上的竞争、互补的良性关系。

【关键词】 网络预约出租汽车 专车 出租车 网络预约汽车服务 聪明监管

【中图分类号】 DF416 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)02-0062-17

Abstract: On October 10, 2015, the Ministry of Transport solicit comments from the public on “Interim Provisions on Operation and Services Management of Car Reservation via the Internet” (draft). Professor Gao Qinwei believes that although the current online car booking service market has some problems, most of these problems can be digested by the market. Therefore, the government should not intervene directly. Only when the market cannot solve the existing failure of the situation, and enterprises or industry self-regulation cannot solve the problem, it is necessary for the government to take appropriate regulatory measures. Research Professor Fu Weigang believes that in technology infrastructure and mode of operation, the special car (car reservation via the Internet) is different from traditional taxi. The main purpose of the Interim Provisions (draft) is to protect the interests of the existing taxi industry. The prices are depriving options of passengers and all conveniences brought by private car travel. Associate Professor Wu Tao believes that competition oriented reform should be implemented on the traditional taxi management system as soon as possible, getting rid of the restrictions on the number of the taxi company system, forming the free market system of entry and exit, and finally forming a positive relationship between car reservation via the Internet and traditional taxi according to the market.

Key words: Car reservation via the Internet Special car Taxi Online car booking service Smart regulation

【收稿日期】 2016-01-06; 2016-01-28; 2016-02-03

【作者简介】 高秦伟，男，1973年12月生，中央财经大学法学院教授，法学博士，研究方向为宪法学与行政法学；傅蔚冈，男，1977年12月生，上海金融与法律研究院研究员，法学博士，研究方向为城市化、互联网与政府监管；吴韬，男，1971年12月生，中央财经大学法学院副教授，法学博士，研究方向为竞争法、企业法、政府采购法。

竞争的市场与聪明的监管^①

高秦伟

十八届三中全会决定指出要“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”。若要使市场在资源配置中起决定性作用，充分竞争是关键。只有充分竞争，才会促进持续不断的科技创新、理念创新，才能真正实现大众创业，万众创新的理想局面。当然，这并不代表着市场无所不能，当市场出现自然垄断、外部性、信息不对称等失灵情形时，由政府据有关的法律规范，主要通过事前许可、事后监督等手段，可以对企业的进入、退出、价格、服务的数量和质量等活动采取具有直接影响的监管行为。^[1]监管对规范市场行为，维护市场秩序具有一定的积极作用，同样政府监管亦非万能，不能用政府监管完全取代其他市场失灵解决机制，应根据具体情况和市场发展类型来确定并不断调整各种机制在制度设计中的权重。纵观主要国家的市场与监管的发展历史，均是如此循环并相互交织：自由市场—自我监管—行业监管—政府监管—放松监管—聪明监管（Smart regulation）。^[2]在处理市场与政府的关系中，尤其是在“互联网+”的时代，我国需要在竞争的市场与聪明的监管中达致平衡，更要创新政府监管的理念与方式。

2015年10月，交通运输部为规范网络预约出租汽车经营服务市场，鼓励出租汽车服务创新，促进出租汽车多元化服务融合发展，保障运营安全和乘客合法权益，拟就《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》征求意见（以下简称《征求意见稿》），试图通过该办法来实现对互联网+交通运输业的监管。该《征求意见稿》一出，其是否能切实促进网络预约出租汽车的规范发展，是否正确处理了市场自律与政府监管之间

的关系，引起了社会各界的广泛关注。

一、网络预约出租汽车及其引发的问题

针对民间多种称谓，如“专车”、“快车”等，^②《征求意见稿》将之称为网络预约出租汽车并做出了明确界定，即“是指以互联网技术为依托构建服务平台，接入符合条件的车辆和驾驶员，通过整合供需信息，提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。”接着《征求意见稿》第47条将巡游出租汽车以电信、互联网等方式为乘客提供预约出租汽车服务排除适用；第48条对“拼车”进行了定义，虽未明确是否适用本办法，但规定“合乘服务提供者事先发布出行计划”，结合其他条款可以解释为其亦不适用本办法。从定义及相关条款可以将之与“黑车”等非法运营车辆区分开来，至少表明了政府监管的重要目的与价值取向，即意在规范通过网络系统预约出租汽车，而非打压甚至取缔。当然，这个问题也与传统出租汽车行业急需改革相关，^[3]也应该一并加以考虑。同时，有些地方的经验也应该值得关注，如上海的做法。^[4-5]

这种新型业态是公众借助网络，实现提前约车，改变了原有的乘客“路边招车”、驾驶员“扫大街”的运营方式，这不仅为乘客出行带来了方便，也降低了空车率，减少了出租车巡游可能带来的运营成本、环境成本等，因为便捷且服务质量优异，受到广大公众的青睐。然而，与公众普遍支持相反，政府则认为互联网专车等形态可能会引发很多问题，需要予以监管。在这些问题上尤其以安全性最为值得关注。如在传统安全

^① 本文系北京市社会科学基金2015年重大项目《社会治理法治化问题研究》（项目批准号：15ZDA04）的阶段性成果。

^② 具体运作可参见唐清利：《“专车”类共享经济的规制路径》，载《中国法学》2015年第4期，第287-292页；徐晓日、李思佳：《“互联网+”战略下创新创业模式的规范化发展——以“优步”互联网租约车服务为例》，载《电子政务》2015年第11期，第43-48页。

层面,许多人认为专车司机资质审核不严,司机酒驾肇事、专车司机强奸乘客等,虽然是小概率事件,却充分说明专车确实存在亟需规范的问题。而且,由于缺乏保险赔偿机制,安全问题被一再放大。而在信息安全层面,一些人认为约车采取手机对手机的模式,可能导致个人数据、隐私泄露。同时,规范不足、私家车的接入、传统出租车业的反对,使得将专车等纳入监管的呼声越来越强烈。

二、如何聪明地监管?

面对上述问题,交通运输部近一年多来做出了诸多的努力。2014年7月18日,交通运输部办公厅发布《关于促进手机软件召车等出租汽车电召服务有序发展的通知》,以互联网思维肯定了打车软件“手机对手机”的核心技术模式。2015年1月8日,面对互联网专车业务的快速发展,以及租赁汽车能否开展“专车”业务、私家车能否挂靠租赁公司开展“专车”业务、“专车”就是“黑车”的一系列问题,交通运输部指出当前各类“专车”软件将租赁汽车通过网络平台整合起来,并根据乘客意愿通过第三方劳务公司提供司机服务,是新时期跨越出租汽车与汽车租赁传统界限的创新服务模式,对满足运输市场高品质、多样化、差异性需求具有积极作用。交通运输部同时也强调,各类“专车”软件公司应当遵循运输市场规则,承担应尽责任,禁止私家车接入平台参与经营。2015年1月1日生效的《出租汽车经营服务管理规定》,特别增加了区别于传统巡游出租汽车的预约出租汽车类型,并指出预约出租汽车与传统巡游出租汽车的差别主要有三方面:一是在规定地点待客,提供预约服务,不能提供巡游揽客服务;二是服务费用可以约定,而非只能由政府定价;三是车身颜色与标识可以区别于巡游出租汽车,即可以不设顶灯,不用统一喷涂车身颜色。虽然专车等与该预约出租汽车在是否发放许可证上有区别,但是我们已经可喜地看到交通运输部在监管之时考虑到了公众的需求、市场创新的力量。

此次《征求意见稿》延续了交通运输部一贯的监管理念,如在第3条中对网络预约出租汽车的定位,强调优先发展公共交通、适度发展出租汽车、差异化经营的原则。事实上交通运输部

2013年下发的《交通运输部关于改进提升交通运输服务的若干指导意见》对此就有所体现,当时规定要“推进出租汽车服务多样化”,强调要“在地级以上城市推广出租车信息服务管理系统,申请开通使用统一的出租汽车电召服务号码,推广智能手机打车软件,建立多层次、多差异化的运输服务体系,满足人民群众个性化出行需要”。但是,这里必须强调的是第3条所规定的发展思路,贯彻执行者未必是政府自身。而且我们也可以看到,政府提出这些理念多年,但是“滴滴打车”、“快的打车”等仅仅用两年的时间就初步落实了这些理念,这恰恰说明竞争的市场可以给我们带来的益处。政府要做的不是抑制竞争,而是要消除创新的羁绊。笔者个人认为,在政府决定介入市场之前,需要对相关的问题予以深入分析,才可称得上是聪明的监管者。

首先,要确立市场需求、安全规范、优势互补的理念,虽然目前来说互联网专车等现象对传统出租车业带来了一定的挑战,但从满足公众需求、方便出行方面而言,机遇仍然大于挑战,专车等也不会替代其他类型的交通工具,相反会利用大数据细化市场分工、优化交通方式。未来的创新我们不得而知,但是这种理念却应该坚持下去。

其次,政府可以通过制度设计来解决交强险、依法纳税、培训上岗、信息安全等问题,但应考虑有没有其他的主体可以具体实施,而政府则不必事必躬亲。在这一点上《征求意见稿》未摆脱传统思维,仍将监管权交由各级交通运输主管部门来行使(第4、7、8条)。虽然说政府监管平台拟实现与网络预约出租汽车平台信息共享(第27条),共享信息应当包括车辆和驾驶员基本信息、服务质量以及乘客评价信息等,主管部门也可以展开服务质量测评,但无论是执法资源还是实际的效果都不容乐观,反而会使得企业、消费者过度依赖政府执法,失去自我约束、自我创新、自我发展的动力。过往多个领域的问题已经证明监管失败远比市场失败更可怕。^[6]

再次,即使政府有必要介入与监管,也应该以当前“简政放权、放管结合、优化服务”的改革精神作指引,注重对网络预约出租汽车实施多种措施予以监管,而非仅固守于行政许可及传统的监管方式。然而《征求意见稿》却未全面履行这些改革理念与精神,在第5条中规定申请网络预约出租汽车经营的,应当根据经营区域向相

应的设区的市级或者县级道路运输管理机构提出申请；第12条规定拟从事网络预约出租汽车经营的车辆，由车辆所有人向经营所在地道路运输管理机构提出申请；第14、15条则规定了从事网络预约出租汽车服务的驾驶员的条件与执业许可。如果说对经营者的许可有一定必要的话，对于车辆、驾驶员的许可就很难讲符合简政放权等理念，对于长期从事者设立许可无可厚非，但对于一天仅做几单生意的兼职者可否考虑适用备案制，同时赋予经营者更多的培训、选择、监督责任，这样可能更为有效。

总之，从学理上讲虽然政府是市场监管的重要主体，但是应当作为最后的选择，只有在市场无法解决的情况下才予以适用。^[7]政府要以监管创新的思维去应对竞争市场创新，要学会利用市场的力量、行业协会的力量去解决市场中出现的问题；要学会利用事中事后监管方式，通过与其他多元主体合作治理推动市场创新，保障市场秩序与消费者权益。古语有云：“君子生非异也，善假于物也。”聪明的监管者当如此，方可见者远、闻者彰、致千里、绝江河。

三、市场如何充分竞争？

毋庸置疑，在交通领域推进的这场“互联网+便捷交通”受到公众广泛的欢迎，在未来人们更希望这些企业能够在符合市场规律的前提下充分竞争，进而提升出行质量，让消费者获益良多，这也应当是《征求意见稿》的最终目标。如何充分竞争，政府监管能为竞争做出什么样的贡献呢？对此，尚需要讨论以下几个问题：

第一，网络预约出租汽车经营企业的许可是否有必要向相应的设区的市级或者县级道路运输管理机构提出申请？

《征求意见稿》参照传统出租汽车管理模式，于其第二章对网络预约出租汽车经营者做了如此的规定，甚至还有数量监管的要求。然而反对者认为在互联网+时代，如果对互联网平台企业继续延续此种管理方式，需要数千个县级交通运输管理部门逐个许可，将大大增加许可成本，既不适应互联网产业的发展，也不符合国家简政放权的要求。信息服务的基本特征是跨越地域的分割限制，一处联通、处处联通。因此建议以互联网思维简化许可审批程序，对互联网平台企业的准

入由交通运输部审批，或由企业注册地省级交通运输主管部门审批。我认为后者的意见较为中肯，作为经营者应该申请许可，但考虑到网络的特点，不必去每个县级交通运输管理部门逐个申请许可。具体的监管则可以采取企业自我监管的方式加以实现。所谓自我监管就是要利用企业自我管理的策略或者行业协会自律监管的措施，来创新传统的监管模式。因为技术创新不断，政府监管要么过时显得不足，要么过于严格阻碍创新，不如让企业、协会自身来充分发挥“监管”的作用。当然，目前中国企业自我管理措施偏向自身利益，或者短期难以组织成立协会启动自我监管，在这种情况下，为了保障消费者的合法权益，可行的办法是引导企业加强自我管理，其在制定相关的管理措施时要交由公众评议或者监管部门审核，利用多种力量防止公司自利行为的扩大化。^[8]这不仅可以降低政府成本，更为重要的是为网络企业的创新提供最大的空间。我们必须意识到互联网专车的出现只是当下的现象，未来交通行业的变化可能更加翻天覆地。

第二，网络预约出租汽车是否需要实施传统的数量限制？

传统出租汽车管理模式中数量监管作用重大，其主要目的是为了防止交通拥堵、环境污染和出租车司机收入下降，防止过度竞争导致服务安全水平下降。《征求意见稿》也沿袭了这一思路，如第13条第2款规定城市人民政府对网络预约出租汽车配置数量有规定的，道路运输管理机构根据其规定决定是否发放《道路运输证》。反对意见认为互联网更多的是一种共享经济的形态，把原本闲置的车辆充分利用起来，可使更多人选择不再自己购买私家车，有助于解决停车难、道路拥堵、尾气排放等城市难题。还有一些观点认为《征求意见稿》事实上是将专车纳入了出租车的范围内，沿用传统的出租车监管方式对专车这一新业态进行监管，“一是企业经营者‘转身份’；二是变更接入平台车辆的性质；三是沿用老的出租车数量管制办法；四是沿用老的价格管制办法；五是经营者与驾驶员之间签订劳动合同；六是任何一个平台在任何一个经营地都不得占有市场支配地位。这些‘杀手锏’无一不是沿用传统的监管方式，必然扼杀专车这一新业态的蓬勃发展。”^[9]因此建议应区别对待传统巡游出租汽车与专车，对符合条件的专车准入实施一般

性许可,通过市场机制调节资源配置,不设数量限制。我认为既然是共享,就不必有数量的限制,尤其是对每天仅仅接几单生意的车辆而言,这种限制没有必要。对于数量激增可能带来的问题,市场竞争法则完全可以解决。车辆多了,没有了利润,企业必然会考虑数量的问题。

第三,对待网络预约出租汽车车辆、驾驶员管理是否需要实行一刀切管理模式?

传统出租汽车基于安全考虑,设立了服务安全标准监管,对车辆、驾驶员管理实行严格控制。在车辆准入条件上,要不要将专车性质一刀切定义为营运车辆值得讨论。据2014年全国交通运输统计公报,全国出租汽车日平均运送乘客42次、84人次。而每日接单量10次以上的专车,仅占平台所属车辆的3%左右,绝大部分专车每日接单在0~4次。因此有人建议可以由市场来再做细分,将专车在非营运与营运之间单列一类,并通过保险制度创新来解决理赔和安全问题。此外,专车普遍车况较好,可通过对专车车龄提出5~8年的经营时间限制,杜绝老旧车辆参与专车经营,加强事中事后监管,不必强制要求专车报废年限。而另一方面,乘客与驾驶员的双向评价,导致在市场作用下,驾驶员的服务质量明显提升,效果远比设定专门的许可更为有效。因此有人建议对专车驾驶员管理,在满足准入条件下,由企业经过审核与考试,为驾驶员颁发上岗证。管理部门通过信息共享,加强对平台企业的监督,实现政府监督平台、平台管理驾驶员的科学层级管理。笔者认为政府仍然要摆脱迷恋审批的窠臼,一方面要求企业、行业自我管理,注重发挥市场作用与内生动力。如借助专车每一次出行都能够信息有记录、服务有评价、事后有追溯、投诉有保障的大数据优势,在明确平台责任义务的同时,赋予平台公司相应的管理职能,对所属车辆和驾驶员进行监管。另一方面政府应该发展事中事后监管方式。第五章“监督检查”从第27条到第34条对涉及的行政部门职权进行了分配,不可谓不全面,但仍然有许多可以改进的地方。以拼车而言,《征求意见稿》的制度设计仍然不够,建议将驾驶员是否通过拼车盈利作为判断拼车是否合法的唯一依据,而不是从拼车时段、拼车方式等方面做出限制。简政放权是深化行政体制改革和经济体制改革的核心。党的十八大以来,党中央和国务院把简政放权作为

全面深化改革的重要措施,采取了一系列的做法,激发了市场活力和社会创造力,推动了政府治理能力的提升。尤其需要指出的是,相关监管部门并没有坚持近两年来国务院简政放权的思路,没有将监管思路从事前管理转到事中、事后的监管;没有利用其他多种有效的监管工具(如信息监管工具、税收、经济激励等),从而实现监管工具的多元化。

第四,谁更能激励、规范创新:自我监管抑或政府监管?

创新是发展的动力,市场永远是创新的首要发动者,不过在追求利益的时候市场也会出现问题,此时就需要加以规范。传统政府监管的出现意在于此,但是如果过于强调对立,会导致监管效果不佳。因此各国尤为关注由市场自身所引发的“监管”,即自我监管,企业、协会依据专业知识来框架、填充、认知、运作行为规范与评价规范,提升产品、服务质量。^[10]这样做的益处极为明显,因为企业、协会最为接近市场,最了解问题所在。强调自我监管并不意味着政府放手不管,此时的政府监管可能转为以间接调控的方式来促进市场社会的发展,为企业、协会自我管理提供法治框架。比如,2015年6月,国务院办公厅下发《关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》(国办发〔2015〕51号),提出要充分运用大数据先进理念、技术和资源,加强对市场主体的服务和监管,推进简政放权和政府职能转变,提高政府治理能力。《征求意见稿》可以在这方面下点功夫,比如在基础设施与信息安全保障层面,在提倡主体多元化、责任分散化、机制合作化层面提供政策支持。同时,只有认真对待两者的相互依存关系,才可能使两者共同协力、促进市场社会的发展与创新。

从理论的层面上讲,企业或者行业协会的自我监管是国家以外的私人主体为确保自己的行为标准而采取的一切措施。虽然其不断追求个人或集体的商业利益,但同时兼有公共利益实现的效果。国家以法律为手段预设目标与框架,诱使私人填补该框架内涵——私人具有专业、人力、财力优势甚至包括主动性的优势。强调利用市场、社会的力量,强调自我监管、体现社会价值,与一般的私人参与配合、辅助性功能显然有所不同。本文认为私法自治亦包涵选择符合公益的适当行为,而从自我监管的发展史来看,其本身就

是为坚持私法自治而防止国家干预的行为。但从参与民主的观点来看,自我监管无疑可更为有效地参与公共事务的管理,其最重要的优点在于可以深度影响经济与社会,私人结合自身专长并许诺更高的问题解决能力且自负义务,不仅可以减轻对国家的依赖,也可培养其主体责任感。^[11]

对于是否需要政府监管,有以下几条原则可以遵循:一是除涉及国家安全、生态安全和公共健康等重大公共利益事项外,其他的审批事项原则上要以取消为主。二是政府在调节和管理经济活动中,充分发挥市场配置资源的决定作用,尊重企业的市场主体作用,凡是企业的经济活动不涉及公共资源的开发利用,政府通过发展规划、产业政策和行业监管,可以引导和调整的经济事项,原则上取消政府审批或核准。三是在政府管理的公共事务中,凡是法人、公民和其他组织能够自主决定、自担风险的,行业组织能够自律管理的,原则上取消审批、核准和备案。四是在政府管理企业、社会、公民个人的各类活动以及在商事登记过程中,凡是政府通过行政、经济、法律手段实行事中、事后监管的审批核准事项和前置、后置性办证事项,原则上取消。五是凡通过政府各部门信息资源共享、互联互通的方式能够获得企业、社会组织和公民有关审批事项信息的,除终审部门保留审批、核准、备案,其他部门一律不再保留备案事项。而政府监管或者行政法的任务在于充分利用公法、私法手段,并应依据功能相符的思路展开设计,为了保障自我监管的措施能够符合公益,这些设计框架至少必须具备以下要求:(1)要求有足够数量的机构或个体进行自我监管,以实现充分的普遍性;(2)国家必须

关注重要利益的平衡,如对弱势的市场力量予以特别照顾;(3)必须促使自我监管实现充分的公开与透明;(4)对于不正当竞争或限制竞争予以禁止;(5)为自我监管设定明确的、可控制性的目标;(6)法治所要求的内涵应予以规定,如必须公布监管规制的规范,平等对待,比例原则等;(7)保留国家替代自我监管的立法功能,特别当自我监管无法实现公益时;(8)设置纠纷解决机制。^[12]

四、结语

监管与市场之间的关系是人类社会发展的永恒话题。李克强总理曾指出,“要处理好政府与市场、政府与社会的关系,把政府工作重点转到创造良好发展环境、提供优质公共服务、维护社会公平正义上来。同时,还要创新和改善政府管理,切实加强市场监管,营造公平竞争的市场环境。”目前,网络预约出租汽车市场存在的问题,但是这些问题多数都能被市场所消化,可以暂时不需要政府直接的介入。只有在市场无法解决现有失灵的情况下,企业或行业自律也无法解决问题时,政府作为监管主体,才有采取相应监管措施的必要。即便监管,政府也可以采取更为柔性的方式、契约的方式来展开规制,如此才能够充分利用各种主体的优势,实现聪明的监管。总之,我们要坚持使市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府作用,并将两者有效地结合起来,推动网络预约出租汽车行业的和谐发展。十八届五中全会将“创新”作为五大发展理念之首,贯穿于中国经济社会发展的全过程,市场创新与政府创新均是其中应有之义。

参考文献

- [1] [英] 安东尼·奥格斯. 规制——法律形式与经济学理论 [M]. 骆梅英译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 4-6.
- [2] 杨炳霖. 回应性管制——以安全生产为例的管制法和社会学研究 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2012: 3-6.
- [3] 顾大松. 传统出租汽车需要与互联网专车联运改革 [J]. 效能与港航, 2015 (4): 1.
- [4] 李立娟. “上海模式”下互联网专车的未来 [J]. 法人, 2015 (11): 32-34.
- [5] 孙建平. 互联网专车发展之上海模式 [J]. 检察风云, 2015 (21): 28-29.
- [6] 刘亚平. 走向监管国家——以食品安全为例 [M]. 北京: 中央编译出版社, 2011: 52-56.
- [7] 经济合作与发展组织. OECD 国家的监管政策——从干预主义到监管治理 [M]. 陈伟译. 北京: 法律出版社, 2006: 10-11.
- [8] Robyn Fairman, Charlotte Yapp. Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The Impact of Enforcement [J]. *Law & Pol'y*, 2005 (27): 491.
- [9] 信息社会 50 人论坛. “互联网+”交通新业态下网络租约车的政策监管——兼评《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》 [J]. 电子政务, 2015 (11): 27.
- [10] 高秦伟. 社会自我规制与行政法的任务 [J]. 中国法学, 2015 (5): 73-75.

[11] Mia Mahmudur Rahim. Meta-regulation Approach of Law: A Potential Legal Strategy to Develop Socially Responsible Business Self-regulation in Least Developed Common Law Countries [J]. *Comm. L. World Rev.*, 2011 (40): 174, 178.

[12] [德] 施密特·阿斯曼. 秩序理念下的行政法体系建构 [M]. 林明锵等译. 北京: 北京大学出版社, 2012: 164-165.

专车立法在促进创新吗?^①

傅蔚冈

2015年10月10日,交通运输部起草了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》(以下简称“《征求意见稿》”),并向社会公开征求意见。根据《征求意见稿》,之所以要对网络预约出租汽车进行立法是为了“满足社会公众多样化出行需求,鼓励出租汽车服务创新,促进出租汽车多元化服务融合发展,保障运营安全和乘客合法权益”。按照这个目标,政府对网络预约出租汽车进行立法是为了鼓励出租汽车服务创新,那么,专车在哪些方面促进了创新?《征求意见稿》又如何回应这些创新?本文从专车的创新开始,探讨《征求意见稿》存在的缺陷,最后还将以美国加州的专车立法作为借鉴。

一、专车的创新在哪里?

《征求意见稿》第2条指出,“本办法所称网络预约出租汽车经营服务,是指以互联网技术为依托构建服务平台,接入符合条件的车辆和驾驶员,通过整合供需信息,提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。本办法所称网络预约出租汽车经营者,是指构建网络服务平台,从事网络预约出租汽车经营服务的企业法人。”这种定位,意味着滴滴等公司变成了一家出租汽车公司,只不过与传统巡游出租汽车稍有不同的是,它是网络预约出租汽车。

那么,专车真的是预约出租汽车吗?对此,笔者的回答是否定的。必须指出的是,早在交通运输部出台《征求意见稿》之前,就有很多交通运输专家指出在传统巡游出租汽车无法满足市民的出行需求时,中国应当大力发展预约出租汽车服务,从而满足市民的多样化出行需求。也正是因此,交通运输部在2014年制定、2015年开始实施的《出租汽车经营服务管理规定》中,就提到

要发展预约出租汽车服务,其中第20条规定,“县级以上道路运输管理机构应当按照出租汽车发展规划,发展多样化、差异性的预约出租汽车经营服务。”但非常有意思的一个现象是,尽管学者在呼吁、政策在倡导,但是现实中预约出租汽车服务并未推行,而消费者似乎也不接受这种服务。一个可以作为明证的是,到目前为止,国内开展预约出租汽车服务的城市几乎没有。

与之形成鲜明对比的是,尽管专车不为政府决策层所乐见,却在短短一年之内备受消费者青睐。以滴滴为例,从2014年8月份上线以来,已经在全国150多个城市推出了专车服务,每天的订单数超过300万单。当然,也有不少人将这种成果称之为虚假的繁荣,原因就在于现在的交易量都是建立在大量补贴基础之上,万一停止补贴,真实的市场需求又有多大?因此,他们给出的药方是,要满足市民需求,还是得回到预约出租汽车的路上,而不是像专车一样野蛮生长。

如何看待这种意见?我们先来看看美国市场的专车。到目前为止,美国的专车并没有像中国这样的大规模补贴,而且美国是预约出租汽车的发源地,也是世界上预约出租汽车最为发达的国家。但正是在这个预约出租汽车最为发达的国家,恰恰诞生了世界上第一家、同时也是目前估值最高的打车软件公司, Uber。为什么出租汽车的方式如此多样化,市场却产生了备受市场追捧的Uber?在笔者看来,原因可能有以下几个方面。

首先是技术上的因素。智能手机取代电话成为市民最为基本的通信手段。众所周知,预约出租汽车之所以产生,存在两个前提条件,一是巡游出租汽车的严格数量管制,使得居民的出行需求无法满足,因此产生了诸多身份不明的非巡游出租汽车服务。以纽约为例,自1937年通过旨在控制出租车数量的Hass法案后,纽约出租汽

^① 本文系“互联网专车责任机制研究”项目的阶段性成果。

车数量在近60年时间里不仅没有增长,反而从1937年的13 595辆控制到12 000辆以下。尽管纽约市政府通过提高出租车价格来抑制市民出行需求,但最终的结果反而是产生了管制外供给,在20世纪50年代的曼哈顿地区,出现了只提供预约服务的便利车(Car Service or Liveries):因为它只提供预约服务,不在街上巡游,因此不受Hass法调整。从1964年到1971年,法外的便利车从2 500辆增加到了9 300辆。二是电话的普及。电话使得普通居民能够通过它预约出租汽车,无需在街头扬招就可以获得出租汽车服务,尽管那时候还未出现移动电话,但公司可以通过无线电调度技术作为调度手段——该项技术到目前为止还是绝大多数预约出租汽车提供服务的基本手段。正是在这两种因素作用下,预约出租汽车服务在1970年代的美国终于由灰转白,拥有合法身份并数倍于预约巡游出租汽车。

传统预约出租汽车服务的最大弊病就是成本。预约出租汽车公司必须投入大量的人力在后台接听乘客用车需求的电话,然后将指令下发给司机,司机接收到指令后再到指定地点为乘客服务。这种高度依赖人工指令的调度方式既无法应对用车高峰期的需求——凡是在高峰期打过用车电话的人都有过这样的经历:要么电话无法打通,要么没有可调遣的汽车,同时还因为人工成本缘故无法实施规模化经营,也正是基于这一原因,我们在几乎所有的服务业都能见到连锁经营,但出租车行业却是例外。

但依赖于智能手机的App却改变了这一切,只要服务器的空间足够大,打车软件就可以为无数的约车人提供服务。相对于庞大的订单发生数,平台硬件所增加的成本几乎可以忽略不计,它的这个特点恰好和传统的预约出租汽车服务相反:传统预约出租汽车公司会出现边际收益递减,而打车软件则是边际收益递增,用户数越多则用户体验越好——无论是司机还是乘客。也因此,拥有5 000人的滴滴公司可以为中国几百万辆出租汽车和专车提供服务,这对传统的预约出租汽车公司来说是不可想象的。

其次,专车超越了地理界限,能够在更广大的范围内为乘客提供服务。传统约租车服务无法满足旅客跨地域接受同一个公司服务的需求,但依托于移动互联网的打车软件却可以,乘客可以突破地域界限在全国甚至全球范围内享受到比较

均质的服务,目前滴滴在全国350多个城市提供服务,而Uber在全球超过68个国家和地区提供运营,它彻底颠覆了传统出租汽车的营运方式——无论是约租车还是巡游车。

美国这个预约出租汽车最为发达的国家都无法阻挡乘客对打车软件的偏爱,那么我们更能理解在中国这样一个没有预约出租汽车服务的国家乘客会对专车有着如此庞大的需求。在笔者看来,当下中国之所以出现专车这一新型的交通组织方式,并不是像很多人说的补贴,补贴或许在专车的发展初期起到了培育消费习惯的作用,但是能够让这么多消费者停留在这个平台上,补贴绝对不是主因。必须指出的是,中国今天并不是像很多交通行业研究者所说的应当大力发展预约出租汽车,因为预约出租汽车是20世纪基于无线电技术和电话而产生的业态,在智能手机已经普及的今天,再去发展传统的预约出租汽车业务无异于是刻舟求剑。

不同的技术背景会产生不同的业态,就像中国很多边远落后地区一步从鸡毛信时代迈入手机时代,他们不会像其他地区一样在经历了手摇电话、程控电话、寻呼机和大哥大,最终从模拟机迈入智能电话。中国直接从巡游出租汽车迈入专车,这是由移动互联网的技术背景所决定。因此,监管部门如果要想让监管手段和专车技术相匹配,必须正视专车产生于移动互联网的现实,而不是用管理预约出租汽车的办法来管理专车,因为此前的预约出租汽车是基于无线电调度技术而产生,否则就会产生监管手段和专车技术之间的不匹配,从而导致监管失灵。

专车和传统预约出租汽车的区别不仅仅在于两者所依赖的技术不一致,它们的经营组织形式也完全不同。传统预约出租汽车公司的车辆是属于公司资产,而司机则是公司员工,调度技术尽管重要,但并不占据显著地位。但是对于滴滴这样的专车公司而言,公司最为核心的资产并不是汽车,而是公司的用户数和算法。公司并不需要拥有一辆汽车,司机也不是自己的员工,而平台和司机之间的管理方式并不是承包费——也就是通常所说的份子钱模式,这种运营模式对于传统的出租汽车业来说不啻石破天惊,平台该如何对不在管理层视线之内的移动工作场所进行管理并

保持司机的服务水准？但值得惊讶的是，尽管司机并不是自身员工，但是专车平台对其提供服务品质的控制能力却超过了传统预约出租汽车公司，其中最为关键的一个因素是：基于移动互联网设立的平台、司机和乘客之间的合约安排能够尽可能消灭信息不对称，确保服务水准均质化。

这种组织模式的变化来自于两个方面。一是支付方式的变化。传统出租汽车的管理方式绝大多数是属于份子钱模式，一个重要的原因就是公司或者车主由于信息不对称而无法对司机的服务进行有效管理。这个行业最大的特征是司机掌控着公司最为重要的固定资产，但雇主却无法对其实施有效的管理，甚至雇主还无法知晓其真实营收：雇员可以把一天1300元的营业额说成800，而雇主却无法查证。为了消除这种信息不对称，份子钱模式就应运而生：公司或者车主管司机每天的营收到底是多少，而是规定一个固定的数额，从而来化解两者之间的信息不对称。换句话说，份子钱模式是在雇主无法监督雇员的情况下所不得不采用的应对措施，而从过去出租车近百年的历史来看，份子钱模式确实是实现了激励相融：司机只有努力多开车，才能收入最大化。

但是自有专车之后，这个模式发生了逆转。通过移动互联网的支付手段，车费不再直接支付给司机，而是进入平台账户，平台直接掌握了现金流，司机和现金隔绝。掌握了现金就掌握了主动权，司机尽管是一个独立的供应商，却更像是公司的雇员，而不再是一个个各自为战的个体户。所以我们就会发现这样一个现象，平台上的司机尽管不是专车公司的雇员，但是却能够提供一均质的服务水准。为什么？因为平台可以根据乘客反馈来考察司机是否提供合格的服务，所有的收入进入平台使得司机受到激励按照平台的服务规范提供服务。这个行业第一次出现了按绩效发放所得，而不是像传统出租车司机一样按月向公司缴纳份子钱。尽管事先缴纳份子钱和事后获得应收款看起来只存在时间先后的不同，但区别却非常明显，这意味着平台有足够的信息来判断司机的运营情况。

二、《征求意见稿》错在哪里？

从以上分析来看，现在的专车无论是在技术

基础还是经营方式上都迥异于传统的出租车——包括巡游出租汽车和预约出租汽车。因此，再用监管出租汽车的方式来监管专车，就会出现各种各样的不适应。但不幸的是，《征求意见稿》恰恰用的是旧的监管体系来管理专车。

首先，对网络约租车信息服务平台的地域分割。《征求意见稿》第5条规定平台的经营者“服务所在地与注册地不一致的，应在服务所在地登记分支机构”。这意味着平台要在全国各个县或者设区的市设立分支机构，逐一申请经营许可。但这种地域分割和互联网的全国统一市场服务是相违背的，尽管和传统出租车的监管规则是一致的。在传统的出租车管理模式下，所有的出租车服务都是本地化的——只允许本地车辆在本地提供服务，正如《出租汽车经营服务管理规定》第22条规定的，“在许可的经营区域内从事经营活动，超出许可的经营区域的，起讫点一端应当在许可的经营区域内”。但要求专车平台必须在本地登记，则是非常不合适的。因为基于网络服务的特点，平台必然是全国性的，而这与互联网的去地方化相一致，当要求平台像传统出租车公司一样在全国各个县或者设区的市逐一登记设立分支机构时，互联网的意义就不复存在了，同时还会产生高昂的交易成本。

最大的成本就是设立分支机构的成本。按照《征求意见稿》第6条的规定，“申请从事网络预约出租汽车经营的，应当根据经营区域向相应的设区的市级或者县级道路运输管理机构提出申请，并提交以下材料：（一）网络预约出租汽车经营申请表（见附件）；（二）投资人、负责人身份、资信证明及其复印件，经办人的身份证明及其复印件和委托书；（三）企业法人资格证明，税务登记证，属于分支机构的应当提供分支机构登记证明，外商投资企业还应当提供外商投资企业批准证书；……”同时第7条还规定，“设区的市级或者县级道路运输管理机构应商同级通信、网信等部门对网络预约出租汽车经营申请进行审核，并自受理之日起30日内作出许可或者不予许可的决定。”换句话说，如果一切顺利，要在一个城市“合法”营业，从办理分公司营业执照开始到获得网络预约出租汽车经营许可证，顺利的话得40天左右，同时这还包括办理各种税务登记证书等事宜。

但是像滴滴这样的公司不可能只在一个城市营业,到目前为止已在全国几百个城市开展了服务,而且不可能在这些城市同时提出申请。因为“投资人、负责人身份、资信证明”无法同时在几个城市同时出现,因此必须要等一个城市结束后才开始另一个城市的申请。以滴滴为例,目前开通专车服务的城市有150余个,如果以分公司的方式向当地运输主管部门申请许可,假设“投资人、负责人身份和资信证明”的原件到达每个城市需要2天时间,那么就需要至少300个工作日才能完成登记工作,而每年的工作日只有250天。这对平台公司来说,是一笔巨额成本,而最终这些成本会转嫁到消费者身上。

其次,将平台和驾驶员之间的法律关系不恰当地界定为劳动关系。《征求意见稿》第18条要求平台和驾驶员签订劳动合同,把驾驶员当成平台的雇员。如前所述,尽管在现有的模式下平台比传统的出租车公司更有主动权,但这并不意味着司机就是平台的雇员,从目前构成专车运营的四方协议来看,专车司机是平台的供应商,而不是其雇员。

以滴滴出行的使用条款为例:“滴滴打车信息平台提供的不是出租、租车及/或驾驶服务,我们所提供的仅仅是租赁车辆及驾驶人员的相关信息。租车服务是由租车服务供应商提供的,而驾驶服务是由驾驶服务供应商提供。我们只是您和供应商之间的信息平台。因此,租车服务供应商向您提供的租车服务受到您与租车服务供应商之间协议条款的约束;驾驶服务供应商向您提供的驾驶服务受到您与驾驶服务供应商之间的协议条款的约束”。换句话说,在这个法律架构中,像滴滴快的类的平台并不是提供“出租、租车及驾驶服务”,提供的只是“租赁车辆及驾驶人员的相关信息”。

按照劳动和社会保障部于2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》,当用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立:“(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”那么,专车司机和平台之间符合以上三条吗?显然不符。尽管

专车司机要严格遵守平台的服务规范,但这并不是遵守用人单位的劳动规章制度,更像是供应商在遵守需求方的标准。更为重要的是,绝大多数的司机都是兼职,他们已经和全职工作的公司签订劳动合同,而按照《劳动法》的规定,一个劳动者是无法签订两个劳动合同的。

无论是从合同的形式还是实质方面看,专车平台和司机之间的关系都不是劳动关系,《征求意见稿》的这个规定并不合适。更为重要的是,即便是在传统的出租车行业,司机和公司之间也并不是必然的劳动关系。2009年,最高人民法院在《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中明确指出,“出租车发生道路交通事故致人损害的,车辆属于出租车公司的,出租车公司承担赔偿责任”,“挂靠经营的机动车发生道路交通事故致人损害的,由挂靠人与被挂靠单位承担连带赔偿责任”,“承包经营的机动车发生道路交通事故致人损害的,由承包人与发包人承担连带赔偿责任。”这意味着在传统出租汽车公司中,出租车驾驶员在公司中至少存在三种不同身份:劳动雇员、挂靠经营者和承包经营者。

再次,不恰当地确定平台的责任。《征求意见稿》第四章对网络预约出租汽车的经营行为做了很多规定,其中有很大一部分规定是用来规范平台的经营行为的,其核心是将平台视为网络预约出租汽车的经营者。在这个定位下,才产生了要求平台承担承运人责任、要求平台为乘客购买保险等义务。

平台是专车出现后的新型角色,在传统的出租车经营模式中并没有这样一个角色。尽管很多城市有出租汽车的电召平台,但这些平台并不是出租汽车的经营者。比如北京市自2013年6月1日起实施《北京市出租汽车电召服务管理暂行办法》第3条规定:“提供出租汽车电召服务的出租汽车经营者、驾驶员、调度中心(凡使用出租汽车为客户提供用车服务的第三方运营服务商均属此范围)以及选择出租汽车电召服务的乘客适用本办法。”这意味着调度中心,也就是平台可以是第三方运营服务商,而未必是出租汽车公司。事实上,交通运输部在《关于规范发展出租汽车电召服务的通知》(交运发2013[144]号)中就指出了“第三方电召服务平台”在发展出租

汽车电召服务中的作用，但也没有指出它必须拥有出租汽车经营服务资格。

为什么巡游出租汽车可以存在营利性的第三方汽车电召服务平台，而在网络预约出租汽车中，平台就必须成为出租汽车经营服务提供者？很多人的解释是相对于传统的电召平台而言，后者的控制能力更强，比如说传统的电召平台的收入是固定收取费用，如很多城市是每单收取一元；而现在的平台则是按照比例收取费用，如滴滴是以每单20%的收入提成。更为重要的是，现在的平台不仅仅是提供相关信息，更为重要的是在组织经营，因此传统的电召平台的定位并不适用于它，而应该赋予它出租汽车经营者的地位。

但如果真的将其定位为出租汽车经营者，又会诞生新的问题。在传统的出租车经营管理办法中，并没有要求出租车公司为乘客购买保险的规定。比如2015年开始实施的《出租汽车经营服务管理规定》，通篇没有提及保险二字。由此可见，为乘客购买保险并不是属于经营者的责任。事实上，在包括《道路交通安全法》和《道路运输条例》等的法律法规下，出租汽车经营者只需要购买交通强制险和第三人责任险等保险即可，并不需要额外为乘客购买保险。不仅如此，公交车、飞机和长途大巴也都没有为乘客购买保险的义务，所有的乘客险——只要是交通意外险都是由乘客个人承担，而不是由承运人购买。

于是，这就遇到一个尴尬现象，在学理上，平台只是一个提供信息交流的平台，并不是真正提供出租汽车服务的经营者。不过《征求意见稿》却把它定位为出租汽车的经营者，而这个出租汽车经营者的义务却超过了传统出租汽车经营者的法定义务。

三、如何定位专车：美国加州的经验

《征求意见稿》将专车这种依赖于互联网的运输方式称之为网络预约出租汽车，并将其纳入出租汽车行业管理。这种定位既无视专车和传统出租车不同的技术前提，同时也忽略了两者运营模式的不同，给专车以网络预约出租汽车的身份，将会导致监管手段与监管目标的不匹配：既无法保证这个市场的可持续发展，同时也不利于

保护乘客的合法权益。

如何对其进行定位？专车的发源地美国加州给了一个很好的范例。2013年9月19日，加州公共事业委员会（CPUC）决定授予Uber、Lyft等这些依托于互联网提供运输服务的公司合法性，并将其称为交通运输网络公司（Transportation Network Companies, TNC）。在此之前，加州存在着三种运输模式，一种是受市或者县监管的出租车，还有两种是受加州公共事业委员会（California Public Utilities Commission, CPUC）监管的Charter-party carrier（TCP）和Passenger Stage Companies（PSC）。传统出租汽车服务我们都能理解，什么是TCP和PSC？根据加州法律的规定，TCP提供预约客运服务，根据里程和/或时间计费，包括观光车和供政府机构、公司、学校包租的车辆。PSC的车通常有固定线路和班次，供多人同时乘坐，典型的就是在机场运送旅客的班车。

什么是TNC？在这份名为《关于通过保留交通行业准入的公共安全保护规则和规章的决定》（Decision Adopting Rules and Regulations to Protect Public Safety while Allowing New Entrants to the Transportation Industry）的文件中，TNC指的是在加州通过在线App或平台连接私家车主和乘客以提供有偿预约交通服务的组织，而不管该组织的形式是公司、合伙、个人独资或其他。这个定义表明TNC和出租汽车行业的最大区别在于允许私家车提供服务，而在此之前，加州的出租汽车也有着高额的准入门槛，有着牌照限制。而TNC和TCP的区别是前者不得拥有自己的车辆，它们只能是提供信息服务的网络平台。

根据加州的法律，TNC要开展营业，须向CPUC申请TCP项下的P类许可，并无需申请任何行政许可。为保护乘客和公众安全，CPUC要求TNC对接入平台的私家车及其司机实施严格的安全核查，并对车辆和司机的责任保险提出要求。主要内容包括：第一，对司机的要求及TNC的核查义务，最大程度减少司机侵害乘客的危险发生。第二，对于车辆的要求及TNC的核查义务，要求TNC或者取得权威认证的第三方机构实施并确保，私家车辆接入平台提供服务之前，必须依照规定进行包括19个车辆部件的

全面安全检查 (19-point vehicle inspection)。此后, TNC 有义务确保车辆每年进行这样的检查, 并保留检查记录以供审查。第三, 对车辆和司机的保险要求及 TNC 的义务。CPUC 要求 TNC 确保接入其平台的每辆车, 在提供服务时就每件与车辆和司机有关的事故享有保险金额不低于 100 万美元的商业责任保险。第四, 对乘客的其他保护。比如说 TNC 应当向司机和乘客明确告知或者披露基于 TNC 平台预约的运送服务是由私家车进行; TNC 应当向乘客显示前来服务的司机及其车辆 (包括车牌号码) 的照片; 接入 TNC 的车辆只允许提供预约服务, 不得沿路巡游揽客; TNC 车辆每次载客不得超过 7 人等。

加州为什么要创设 TNC 这种新型交通服务形式? 这还要从加州独特的创新文化谈起。加州作为硅谷的所在地, 一直鼓励创新者通过技术提高加州人民的福祉。Uber 恰好是诞生在加州, 它的出现在加州引发了很多争议并导致传统出租车行业的罢工抗议。如何面对这种新业态? CPUC 从 2012 年 12 月开始组织了关于如何监管网络约车的调查研究, 主要内容是评估网络约车服务的安全性以及出现事故之后如何进行赔偿。调研项目主要由加州公共事业委员会主导, 邀请所有的利益相关方参与讨论, 包括乘客、传统出租车司机、专车司机以及 Uber 等平台。

在 CPUC 通过的这份决定中, 监管部门把保护公共安全和鼓励创新放在首位, 发现 Uber 等公司和传统的出租汽车以及其他交通运输服务公司存在着本质差别, 乘客只需要网络就可以通过一家第三方的 App 或者平台预约汽车服务, 而这和传统的通过出租车或者约租车的服务完全不同, 因此采用了 TNC 这一全新概念。至于 Uber 等公司提出的这是一类信息行业应当属于联邦通信法管辖而不是由 CPUC 管辖的交通运输服务业的主张则被驳回, 原因就在于: 首先, CPUC 并不会通过法案对连接乘客和司机的智能设备增加新的规则, 而这是由联邦通信委员会所管辖的; 其次, CPUC 并不认为仅仅因为是智能手机被应用于交通运输服务就会让 CPUC 没有管辖权。因此, 在考虑了这个新兴行业的特点之后, CPUC 采用了 TNC 的新型模式, 从而使其和以前的出租车、PSC 和 TCP 相区别。

在加州通过 TNC 这一新型的交通运输模式之后, 美国有不少州也通过法案给予 Uber 等公司同样的地位, 比如科罗拉多州、得州和哥伦比亚特区。

那么, 加州的 TNC 立法对我们的专车监管可以提供哪些借鉴? 笔者认为主要体现在两个方面, 一是监管机构的变化。很多研究指出允许私家车接入是 TNC 的最大特点, 尽管这很重要, 但是笔者觉得平台受 CPUC 监管, 而不是像出租汽车一样由县或市监管也具有格外重要的意义, 不仅平台接入的车辆不需要特别许可, 平台本身也不需要额外许可, 每年只需要缴纳 1 000 美元的注册费。更为重要的是, TNC 处在 CPUC 的监管框架之下, 它可以在整个加州提供服务, 这既可以大幅度减少在各个城市分别注册的运营成本, 同时还以超越地域在整个加州提供服务, 与传统只提供本地服务的出租车行业完全不同。

二是对 TNC 不做组织形式的限制。CPUC 将 TNC 的主体视为利用互联网提供有偿预约服务的交通运输服务机构, 而不管该机构是不是公司、合伙和私人有限独资公司等其他形式, 这给 TNC 的主体留下了更多的发展空间, 这意味着很多从事非营利性的拼车业务的机构也可以包括在内, 减少了法律的修正成本。作为反例的就是《征求意见稿》, 它耗费了大量资源来规范网络约车现象, 但是由于将其视为出租车, 由此导致了社会上大量存在的拼车现象处于灰色地带。同时, 尽管第 49 条也对拼车、合成等现象进行了描述, 认为这些行为不属于约租车, 但是在实际执法过程中, 还是会产生很多拼车行为被执法部门处罚的现象——到目前为止, 各地已经发生了很多拼车行为被视为“非法营运”的案例。之所以产生这种现象, 很重要的一个原因是《征求意见稿》的调整对象不具有包容性, 无法及时反映互联网给交通运输服务所带来的变化, 从而扼杀新的服务类型。

四、结论

在讨论专车时, 学界和业界就这个业态到底该怎么监管产生了很大争议。有观点认为, 专车与传统出租车并无本质不同, 都是提供位移服

务,因此应该接受与传统出租车一样的监管。而另一部分观点则认为,由于专车所依赖的技术和生产组织方式发生了变化,因此沿用传统监管出租车的方式来管专车并不合适。从专车的诞生地加州的TNC立法实践来看,必须把握住新技术的特点和组织形式,这样才能让新技术更好地提高人民福祉。

遗憾的是,《征求意见稿》还是将专车视为

预约出租汽车进行管理。这种监管方式,从根本上杜绝了私家车接入平台服务的可能,毫不夸张地说,这个立法的主要目的是保护现有出租车业的利益,但是却以剥夺乘客的选择权和通过私家车出行所带来的各种便利为代价的。不得不说,在“大众创新、万众创业”的背景下,在互联网+深入人心的环境下却产生这样的立法,实在是一件憾事。

网络约租车监管的制度逻辑

吴 韬

以互联网p2p(peer to peer)撮合平台为媒介的“专车”出现后,受到了广大消费者的青睐,同时也对传统出租车行业造成了较大冲击,引发了一些监管冲突。2015年7月5日发布的《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》将其视为一种便民服务新业态,并明确提出要“发展共享经济,规范发展网络约租车”。^①为此,交通部于2015年10月10日公布了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),但引起极大争议。笔者认为,《征求意见稿》的突出问题是将陈旧的传统出租车监管思路和制度套用在新型的网络约租车上,根源是对规制对象的特有规律及与之对应的制度逻辑缺乏正确的认识。以下笔者试就网络约租车监管制度的几个核心问题谈些浅见,供业界和有关政府部门参考。

一、市场准入与数量限制

以牌照制为手段的市场准入(实质为数量限制)制度是传统出租车管理制度的三项核心内容之一。^②《征求意见稿》在市场准入限制方面基本沿用了传统出租车的管理思路,其第13条规定,从事网络约租车经营的车辆需道路运输管理

机构审核并取得“道路运输证”;地方政府可通过“道路运输证”限制网络约租车的数量。这就为特定城市的地方政府对网络约租车实施数量限制提供了制度接口。

近现代以来,营业自由被确立为商业领域划分政府与市场关系的基本遵循原则。对于商业经营活动来说,自由是原则,管制是例外。政府若对某项营业施以限制,需有充分的理论支撑和合理的现实理由。支持对传统出租车实施以数量限制为主要目的的市场准入制度的理由主要有两点:一是对出租车的数量不予限制,会导致道路变得拥挤不堪。城市道路是一种稀缺的公共资源,通常情况下,不存在道路使用者按其对道路的使用强度进行付费的机制。传统出租车以巡游方式揽客,对道路资源占用严重,如果放任发展,出租车数量会无节制增长,直至道路资源被耗尽。^[2-3]这种情况的出现,不仅将导致出租车行业本身因拥堵而丧失生产效率,而且还会提高全社会的出行成本,损害整体福利。二是不对出租车数量进行限制,会导致出租车行业的过度竞争。在服务价格受到管制的情况下,过度竞争的直接后果首先是出租车服务水平的下降。在竞争过于充分的市场中,出租车司机的交易机会大为减少,空驶率提高,营业成本上升。为此,司机

^① 鉴于《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》是迄今正式提及网络约租车概念的最高层级规范性文件,故“网络约租车”的表述宜视为准法律概念。以下本文均使用此表述。

^② 另外两项分别是以政府定价为手段的价格控制制度和日常服务质量管理制度。^[1]

可能采取拒绝路途较近的乘客搭乘,或拒绝为乘客开启车内空调等方式弥补成本上升带来的损失。另外,根据一般认识,竞争应该意味着服务价格的下降,但是论者认为,如果对服务价格缺乏严格的监管,过度竞争反而会导致价格的上涨,因为毕竟提高价格是出租车司机弥补空驶成本的最直接方法。^[4]尽管对传统出租车行业实施数量管制有上述理论根据,但是,现实中因数量管制、缺乏竞争引致的出租车市场的弊端几乎成为世界性问题。其中,饱受诟病的突出问题主要包括三方面:一是供给不足。政府不可能比市场更了解究竟多少出租车才能满足需求,而且,已经取得出租车经营权的经营商会千方百计地游说政府、阻止增加出租车牌照的数量,以便获得垄断利润。因此,凡是限制出租车数量的城市,都不同程度地面临着“打车难”问题。这种情况在高峰期或恶劣天气情况下显得尤为突出。二是服务质量堪忧。在竞争不充分的市场中,供不应求的局面必然导致供需双方市场地位的不对等,经营者不可能对消费者的需求给予足够的关照。因此,即使在服务质量监管十分严格的市场中,出租车拒载等服务质量问题仍屡见不鲜。^[5]三是监管成本高昂。管制带来的问题只能通过监管来解决。为此,一方面,政府必须供养庞大的监管队伍;另一方面,还要设置出租车公司这种高成本的中间环节,以协助管理市场秩序。然而,监管的成本必然要内化于服务价格之中,最终要由消费者买单并因此减损消费者福利。

如果说在传统出租车领域,数量限制的正当性在理论上比较虚弱,是个十分有争议的管制措施的话,那么它对于新兴的网络约租车就完全没有适用的理由了。首先,网络约租车并不是靠巡游来揽客。巡游揽客导致的空驶是传统出租车严重占用道路资源的重要原因。统计数据显示,我国大城市的出租车平均空驶率大约在30%~40%之间,每车日平均空驶里程在100公里左右。^[6-7]而以卫星导航、位置服务和手机通信等技术手段为基础的移动互联网技术,为网络约租车司机通过等候获得交易机会提供了可能,这就基本避免了车辆空驶导致的对稀缺的道路资源的无谓占用。至于网络约租车在载客模式下对道路的占用,则属于有价值的资源利用,其背后是乘客

对出行的刚性需求。在传统出租车供给不足、公共交通还没有发达到能满足乘客对出行质量的需求的情况下,即使没有网络约租车的存在,出行者也会以私家车出行等方式占用道路资源。因此,关于网络约租车加剧城市交通拥堵的观点是缺乏说服力的。第二,网络约租车不会出现传统出租车领域中的所谓“过度竞争”问题。对于传统出租车而言,车辆被相关管理制度固化于准运牌照之上,不可他用;司机作为职业人士被固化于工作岗位之上,不得他谋,因此,运营竞争必定是一种全天候的、无法躲避的竞争。在这种情况下,当从业者数量过多时,就可能出现所谓竞争过度的问题。而真正意义上的网络约租车是分享经济的延伸,最初并非商业意义上的经营活动,只不过是希望闲置资源能获得更有效的利用,^[8]因此,不论是车辆还是司机,都属于“兼职”性质,他们之间的竞争也属于“或有”竞争。只有当市场有需求,并通过网络平台的撮合与乘客达成运输合同时,司机才成为经营者,车辆才成为运营车辆。由于进入市场的成本低,不存在准运牌照这一市场退出的负担,因此,当市场供大于求、竞争过于激烈时,网络约租车随时可以退出市场,而不必非以降低服务质量的方式去参与所谓的过度竞争。这里不得不指出的是,《征求意见稿》第12条第一款第(二)项和第18条第一款分别要求从事网络约租车运营的车辆使用性质应登记为出租客运,司机要与平台经营者建立雇佣关系,恰恰是在固化竞争,为“过度竞争”创造条件。

二、网络约租车平台的竞争关切

由于传统出租车市场是个受管制的市场,一方面,市场准入因数量限制而被政府封闭,另一方面,经营者之间的价格竞争也因定价权被剥夺而付之阙如,因此很难引发竞争关切。但是,网络约租车平台出现后,情况变得大不一样。在我国,首先是网络约租车平台之间的补贴大战引发了关于该行为是否属于不正当竞争的争论;^[9]其后,“滴滴”和“快的”合并又引发了对平台企业经营者集中申报标准的讨论。^[10]作为对这些现象和问题的制度回应,《征

征求意见稿》专辟三个条款来处理有关网络约租车平台的竞争关切,其中,第20条第二、三、四款为反不正当竞争法条款,意在通过反低价倾销和反有奖销售等机制限制平台经营者的补贴行为;第21条则禁止平台经营者具有支配地位、妨碍公平竞争,属于反垄断法条款。应该指出的是,《征求意见稿》第20条第二款和第三款分别为《反不正当竞争法》第11条以及《价格法》第14条第二款的重述,而该两条款虽表述上有些出入,但文义上并无实质性区别,实为不同立法对同一制度的不同表述。

对一个新型产业应采取何种竞争政策,必须在准确把握其技术和经济特点及竞争规律的基础上决定;同时,竞争政策的目标又是永恒的,即提升经济效率和消费者福利。与传统产业相比,网络约租车平台的互联网特征十分典型。首先,互联网创新通常表现为以技术创新引领的商业模式创新,而新商业模式的发明往往意味着对旧业态的颠覆。通常,率先采用新商业模式的互联网企业由于短时期内处于竞争真空,只要抓住机遇,就能凭借暂时性的绝对竞争优势迅速做大,形成“赢者通吃”的局面。这与传统产业(尤其是制造业)往往需要几十年甚至上百年的技术、人才和市场积淀,才能造就领导性企业的情况完全不同。第二,用户的注意力是互联网经济的生命,集聚用户、搭建平台是互联网企业的最高商业追求,而平台的搭建又遵循网络效应的规律。^①根据网络效应的原理,一个网络平台的用户数量越多,该平台对其用户的价值就越大。以网络约租车平台为例,其注册用户越多,乘客的选择才越多,司机的交易机会才越多,交易需求满足的数量和质量才能获得有效保障。同时,平台用户越多,互补品就越多。仍以网络约租车平台为例,当平台注册用户规模足够大时,就能吸引更多的包括网络支付手段在内的第三方合作,从而使用户获得包括拥有更多支付选择在内的福利提升。此外,作为网络效应的一种附属效应,平台规模、潜在用户与第三方合作者之间还存在正反馈效应,即用户规模越大的平台就越容易吸

引新用户和新的合作方,而随着新用户和合作方的进驻,平台的价值和吸引力又会得到进一步强化。可见,对于经营者而言,只有将网络平台做大,才能获得生存和发展的机会;对于用户而言,只有做大的网络平台才有利于提升福利;对于社会而言,只有当网络平台能够做大时,才能提高效率。对于网络平台型的新业态而言,如果在一定时期内仍然不能出现大规模的平台,就意味着整个业态的失败,因此,与其说网络平台是为自身规模而战,不如说是为了整个行业而战。

如前所述,新业态发展的初期阶段是网络平台做大的关键期。此时,率先进入市场的企业必须牢牢把握这个宝贵而短暂的机遇期,通过合理的竞争策略迅速吸引足够规模的用户,将平台的地位和价值构筑起来。一旦整个行业进入平稳发展期,企业就只能靠并购实现规模的扩张。这样,我们就可以理解为什么网络约租车平台在发展初期要不惜血本对用户进行补贴;而在两大平台获得了基本规模后,又为什么会“分久必合”。但遗憾的是,这些制度逻辑并没有得到《征求意见稿》的认同。

《征求意见稿》中的竞争法条款除了体现出的竞争政策与网络平台竞争的内在逻辑不合拍外,在法律技术上还有一些可探讨之处。首先,第21条关于禁止网络约租车平台拥有市场支配地位的规定,既不符合反垄断法理,也与我国《反垄断法》相悖。在反垄断法经济学上,禁止企业拥有市场支配地位是典型的“结构主义”思维。其理论来源是流行于20世纪60、70年代的哈佛学派“结构—行为—绩效”范式。根据该理论,垄断性市场结构是影响市场绩效的最终决定性因素,因此,占据大比例市场份额并由此拥有市场垄断势力的企业为反垄断法所不容。对大企业的相应法律措施就是强制拆分或解散。^[11]随着经济学的发展,企业规模和集中性的市场结构对市场效率提升的积极意义逐渐获得正确认识,反垄断法律制度也实现了从“结构主义”向“行为主义”的转变。在当代反垄断制度中,除经营者集中反垄断审查制度仍然遵从结构分析路径,需要考察企业合并后的市场结构是否利于排除、限

^① 关于网络效应的基本原理,参见闻中、陈剑:《网络效应与网络的外部性:概念的探讨与分析》,载《当代经济科学》2000年第6期,第13-20页。

制竞争外,其他的反垄断制度均转向行为分析,即只关注企业是否实施了反竞争行为,单纯拥有市场支配地位并不违法。从比较法来看,目前虽个别国家的反垄断法还存在反对企业垄断状态的制度,但实践中已经不发挥作用。^①根据我国《反垄断法》第1条的相关规定,该法的直接目标是预防和制止“垄断行为”,明确了其“行为主义”的基本政策取向;在具体制度设计上,《反垄断法》也是只禁止拥有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为,并不禁止经营者拥有或通过合法途径获取支配地位。第二,无市场支配地位的经营者实施的低于成本销售行为,不具有可责性。《征求意见稿》第20条复制《反不正当竞争法》和《价格法》相关条款,禁止网络约租车平台为排挤竞争而实施的低于成本运营行为,其实就是竞争法理论上的掠夺性定价禁止制度。掠夺性定价禁止制度假定行为人能够实现“两步走”战略,即先凭借自身经济实力通过较长时期的赔本销售赶走竞争对手,实现和巩固垄断地位;之后,再利用垄断地位涨价,挽回先前损失并进一步获得垄断利润。在逻辑上,行为人须具有至少由强大经济实力和有效市场进入壁垒作为后盾的支配地位这个前提条件,否则根本无法实现排挤竞争对手和挽回损失、获得超常利润的目的;^[12]没有市场支配地位而盲目实施的低于成本销售行为不仅不会造成竞争损害,反而会在客观上提升消费者福利。因此,事实上,行为人具有市场支配地位是《反不正当竞争法》和《价格法》关于禁止低价倾销条款的隐性前提。之后颁布的《反垄断法》对此进行了明确。鉴于《反不正当竞争法》等立法中的“掠夺性定价禁止制度”实际上已被《反垄断法》相关制度所吸收,在下一步的法律修订中应予删除。在《反垄断法》已进一步明确掠夺性定价禁止制度应以市场支配地位为前提的情况下,《征求意见稿》舍新法而取旧法,容易造成认识和执法上的混乱。

① 日本反垄断法还存在反对企业垄断状态的制度,但由于实践中并不适用,已名存实亡;美国《谢尔曼法》也有对“企图垄断”行为进行规制,但其制度背景是美国反垄断法不存在对具有市场支配地位企业的超高定价行为的规制制度,所以才对“企图垄断”行为持相对严厉的态度。

② 实践中,出租车司机与出租车公司之间的劳动关系有两种情况,一是真正的雇用关系,二是挂靠关系。根据《侵权责任法》第34条第一款的规定,第一种情况下,由用人单位(即出租车公司)直接承担责任;根据《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条的规定,在第二种情况下,由司机和出租车公司承担连带责任。

第三,从立法技术上讲,没有必要在特别法中原文照搬一般法的原则性规定。如果在特定行业监管制度中规定竞争法条款,应该是结合本行业的实际情况和特定规律,针对《反垄断法》、《反不正当竞争法》等一般法中的原则性规定进行细部规定。《征求意见稿》中照搬有关一般法中的原则性规定,显属多余。

三、网络约租车平台与司机的关系

在传统出租车的监管领域,政府将准运牌照授予出租车公司,并要求司机必须加入公司并接受管理,是一种常见的制度安排模式。这种模式大致有两个考虑:一是出租车公司可以承担大部分出租车司机日常运营的监管工作,因此可以分担政府的监管负担,缓解其监管资源不足的压力。二是一旦出租车出现交通事故,给第三人造成损害且依法应由出租车一方承担责任的,可由出租车公司对受害人直接承担责任或与司机一起承担连带责任,这对于受害人而言似乎获赔更有保障。^②在这种认识之下,《征求意见稿》第18条也要求网络约租车平台经营者与司机签订劳动合同,建立雇用关系。

对于传统出租车行业,政府监管任务之所以较重,主要是因为司机与乘客之间存在严重的信息不对称,即乘客无从知晓哪辆出租车的内部环境条件更优越,哪位司机的服务更好。即使有乘客通过亲身经历了解到了具体车辆和司机的相关情况,也缺少将这些信息传达给其他潜在乘客的有效途径,因此,对于司机而言,其与每位乘客的交易都属于一次性博弈,服务质量并不影响其获得下一次交易机会。^[13]所以,在缺乏监管的情况下,司机更倾向于向乘客提供无需付出成本的低质服务。为了保证对司机实施全天候、近距离的日常监管,出租车公司就成了政府进行制度设

计时的不二之选。移动互联网的介入,为上述信息不对称问题的改善和解决提供了有力的技术支持。乘客对司机的服务评价可以通过网络约车平台的司机乘客互评机制被其他潜在乘客了解到,而且每次服务的起讫点、路线等信息也能在网络平台上留下痕迹,供出现服务争议时查勘。信息技术提供的这种便利使司机无法逃避因低质服务所应承担的成本,可以有效约束司机的行为,大幅降低监管需求。至于车辆发生交通事故后对第三人的赔偿问题,其实完全可以通过强制司机购买大额保险的方式解决。只要保险机制到位,出租车公司这种高成本的解决方案并不是必需。

强制要求网络约车平台经营者与司机签订劳动合同、建立雇佣关系的弊端十分明显。首先是增加社会成本,损害司机利益、减损乘客福利。在牌照数量管制的背景下,出租车公司之所以还能尽到管理责任,是因为有超常的行业垄断利润作为激励。传统出租车管理制度中,出租车公司向司机征收的管理费(“份儿钱”)之高,已超出正常人的理解范围。这部分成本最终要反

映到出租车运价中,由乘客承担。同时,高额“份儿钱”对司机形成盘剥,使其缺乏提升服务质量的动力,进而形成整个行业的恶性循环。如果取消牌照制,出租车公司失去巨额利润的激励,也就不可能像政府期望的那样尽到管理责任。第二,司机和车辆被固化于出租车公司后,违背分享经济的理念,不利于资源的有效利用。同时,也限制了司机的选择和平台之间的竞争,不利于平台改善设施和服务水平。

当然,上述探讨并不能涵盖网络约车监管问题的全部。立法不仅要遵循规范对象的规律,还要考虑现实利益的平衡。对于当下网络约车与传统出租车之间的利益冲突,关键还是要解决竞争起点的公平性问题。传统出租车司机所承担的运营成本要比网络约车高得多。解决问题的基本思路就是尽快对传统出租车管理制度实施以竞争为导向的改革,破除数量限制和出租车公司制度这些藩篱,形成进退自由的市场机制,并最终根据市场对两类出租车的需求比例,形成二者在服务差异化基础上的竞争、互补的良性关系。

参考文献

- [1] 罗清和,潘道远.“专车”进入后的出租车市场规制策略研究[J].长安大学学报(社会科学版),2015(4):34-41.
- [2] 郭锐欣,毛亮.特大城市出租车行业管制效应分析:以北京市为例[J].世界经济,2007(2):75-83.
- [3] 李利群.出租车业数量管制效应分析——基于租值耗散理论的视野[J].交通企业管理,2012(12):34-37.
- [4] J. P. Toner. Regulation in the Taxi Industry [J/OL]. Working Paper, 1992 [2016-01-20]. http://eprints.whiterose.ac.uk/2191/1/ITS278_WP381_uploadable.pdf.
- [5] 挑客、拒载、不打表、高价宰客成打车难顽疾 [EB/OL]. [2016-01-20]. http://www.ce.cn/cysc/jtys/csjt/201301/09/t20130109_21315668.shtml.
- [6] 上海出租车空驶率30%打车软件体现新型市场行为 [EB/OL]. [2016-01-20]. <http://sh.sina.com.cn/news/b/2014-01-24/082779492.html>.
- [7] 打车软件出现后出租车空驶率同比降低 [N]. 北京青年报,2015-01-20.
- [8] Allyson Haynes Stuart. Sharing economy: How state and local government are failing and why we need congress to get involved [J]. Southwestern Law Review, 2014, Vol. 44: Issue2.
- [9] 合规发展之路有多远——打车软件市场大战引发不正当竞争争议 [EB/OL]. [2016-01-20]. http://gsj.zj.gov.cn/zjaic%20/gzfw/xfjs/201501/t20150121_134667.htm.
- [10] 滴滴快的合并案:无法回避反垄断审查 [EB/OL]. [2016-01-20]. <http://money.163.com/15/0215/08/AIFU8L-CT00253G87.html>.
- [11] 王晓晔. 反垄断法 [M]. 北京:法律出版社,2011:12-14.
- [12] [美] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策 竞争法律及其实践 [M]. 许光耀,江山,王晨译. 第3版. 北京:法律出版社,2005:373,384.
- [13] 薛兆丰. 释放私车潜力是互联网城市化的必由之路 [EB/OL]. [2016-01-20]. <http://xuezhaoeng.com/blog/?p=1953>.

(责任编辑:于文豪 赵建蕊)