

## ☆ 网约车法律问题 ☆

## 出租汽车经营行政许可之合宪性分析\*

王 军

(中国政法大学, 北京 102249 副教授)

**摘 要:**从宪法视角看,出租汽车经营行政许可制度禁止个人利用其非营运车辆从事有偿运送服务,构成了对公民财产权和劳动权的法律限制。从法律保留原则角度看,这种禁止规范的法律基础并不牢固。从明确性原则看,出租车行政许可的规范欠缺必要的明确性,在实施过程中有较大任意性。从比例相当性原则角度考量,在移动互联网等信息技术快速发展的背景下,这一禁止的妥当性虽在理论上勉强成立,但其必要性和手段目的之衡平性大有疑问。网络约车平台现已具备审查车辆安全性能和司机背景资质以及通过信息技术、合同安排和责任保险最大程度保护乘客、司机和第三人安全的能力。对非营运车辆的网络预约服务有条件、有限度的放开,已具备开展试点进行探索的条件。

**关键词:**出租汽车行业;行政许可;网约车;合宪性;比例原则

**中图分类号:**DF3 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-0078(2016)02-036-13

我国当前的网络预约车(以下简称网约车)大致有以下几种模式:

- 一是“专车”,其车辆来自汽车租赁公司或者挂靠租车公司的非营运车;
- 二是“快车”,其车辆均为非营运车辆;
- 三是“顺风车”,车辆也是非营运车辆。

“快车”和“顺风车”的区别是,前者是有偿服务,后者是非经营性质的合乘出行,车主和搭客人分担必要的出行费用。

按照现行法规,任何车辆从事经营性运营,都须事先获得行政许可。个人未经许可驾驶非营运车辆从事有偿运送服务是违法行为。但是,从宪法角度看,这里对个人利用非营运车辆从事经营的限制实质上是对公民宪法上的财产权和劳动权的法律限制。这种限制在何种范围内才是合宪正当的?在当今移动互联网等信息技术高度发达、“共享经济”深受民众欢迎并有益于社会共同利益的形势下,固守原有的出租汽车行政许可模式是不是最优的选择?

本文认为,国家应当适度放开非营运车辆的网络预约服务。因为,移动互联网等信息技术和经济、社会的发展已经动摇了原有的禁止非营运车辆参与出租汽车经营的正当基础;全面禁止个人的非营运车辆经营服务,与经济、社会和技术发展以及民众对“共享交通”的需求相背离,既不合理,也不可行。以下分四个部分讨论,最后分析有限度放开非营运车辆从事兼职网络预约服

\* 本文的部分内容以《适度放开非营运车辆的网络约租服务》为题发表于《中国改革》2015年第9期第8-14页。本文是在该文基础上的进一步深化和扩展。

务需要解决的若干问题。

### 一、出租汽车经营行政许可对个人非营运车辆从事客运经营构成一般性禁止

在我国当前，经营性客运服务属于行政许可事项。行政许可以法律上存在一般性禁止为前提。“许可”意指政府允许公民、法人或者其他组织从事法律原本禁止的活动。<sup>①</sup>

（一）依现行法，个人的非营运车辆不得从事包括出租车服务在内的经营性客运服务

《道路运输条例》（2004年7月1日起施行，2012年11月修订）规定，拟从事客运经营的经营者须向县级以上政府的道路运输管理机构申请“道路运输经营许可证”，并基于该许可申请工商登记，投入运输的车辆应申请“车辆营运证”。<sup>②</sup>

根据我国机动车管理的规范标准，获得“车辆营运证”的车辆在使用性质上属于“营运机动车”（即“个人或者单位以获取利润为目的而使用的机动车”）。<sup>③</sup>

这表明，经营客运业务属于一般性的法律禁止领域：尽管基于民事法律的规定，个人有权使用自己的私家车并从中获取收益，但非经上述行政许可，个人不得使用私家车从事客运经营。法谚曰：“法不禁止皆可为”。这里恰恰存在法律上的禁令，所以客运经营不是私家车主凭其民事主体地位和私有财产权就可以自由进入的领域。

依据《道路运输条例》第81条，出租汽车客运的“管理办法”应当由国务院“另行规定”。但国务院迄今也未制定有关出租汽车客运行政许可的行政法规。出租汽车经营行政许可的法律依据目前仍是2004年国务院第412号令的规定。该412号令规定，出租汽车经营属行政许可事项，经营者须获得“出租汽车经营资格证”和“车辆运营证”，司机须持有“驾驶员客运资格证”，才能合法经营。因此截至目前，出租车经营也属于行政许可事项。<sup>④</sup>

在现行法律法规之下，尽管个人对其作为私有财产的机动车享有使用、收益之权利，但法律将客运经营、国务院决定将出租车经营设定为行政许可事项：非经行政许可，任何人不得以其个人车辆从事出租汽车经营，否则都属于“非法营运”。<sup>⑤</sup>

（二）什么是“出租汽车经营”？

根据交通运输部2014年9月公布的《出租汽车经营服务管理规定》（部令2014年第16号）第53条，“出租汽车经营服务”，“是指可在道路上巡游揽客，喷涂、安装出租汽车标识，以七座及以下乘用车和驾驶劳务为乘客提供出行服务，并按照乘客意愿行驶，根据行驶里程和时间计费的经营行为”。

由此可知，出租汽车经营包含这样几个要素：

- （1）可在道路上“巡游揽客”；
- （2）显示出租车标识；
- （3）同时提供乘用车和司机的驾驶劳务；
- （4）司机根据乘客指示运送乘客；
- （5）根据行驶里程和时间收费；

<sup>①</sup> 参见《中华人民共和国行政许可法》第2条。

<sup>②</sup> 各项申请条件参见《中华人民共和国道路运输条例》第8—10条。

<sup>③</sup> 根据公安部2008发布、2012年修订的《公共安全行业标准——机动车类型、术语和定义》（GA802—2008），我国机动车使用性质有三类：“营运”、“非营运”和“运送学生”。

<sup>④</sup> 关于出租汽车经营行政许可的法律依据的讨论，参见王静：《出租汽车平台公司的中国法律难题》，载《行政管理改革》2015年第8期。

<sup>⑤</sup> 参见《中华人民共和国道路运输条例》第63条。

(6) 是一种“经营活动”。

16号令也定义了“预约出租汽车经营服务”，其特征包含上述(3) — (6)项；与(1)和(2)不同的是，预约出租车不可以巡游揽客，只能“通过预约方式承揽乘客”，且可以不喷涂、安装出租车标志。

上述规范同时也表明，出租车经营应当是一种“经营活动”（其车辆属于“营运机动车”）。所谓经营活动，理论上通常接受的标准是具备以下三个主要特征的活动：

(1) 独立性，即行为人可以独立支配其活动并决定工作时间，从而行为人的活动有别于受雇用的劳动者的行为；

(2) 有偿性，即行为人的活动以获得报酬为目的；

(3) 持续性，即行为人的活动原则上是持续进行的，指向不确定的大量行为，从而与偶然从事的有偿行为相区别。<sup>①</sup>

在交通管理部门制定的规范性文件中，上述三个要素也被认为是判断有无经营活动的标准，只不过“有偿性”被表述为“商业性”或者“以获取利润为目的”，“持续性”被表述为面向“社会公众”提供服务。<sup>②</sup>

综上所述，在当前的法律条件下，如果个人驾驶自己的私家车，未经行政许可（从而其车辆为“非营运”性质，其本人亦无出租车从业资格），为他人提供与出租汽车服务相同的服务行为，并具有经营活动属性的话，那么，该人的行为就违反了法律法规的禁止性规范。

## 二、出租汽车经营行政许可对公民的财产权和劳动权构成法律限制

上述分析表明，出租车经营行政许可为个人使用私家车、运用其劳动力从事出租车服务设定了法律上的限制。私家车属于公民的私有财产，公民的财产权和劳动权是受我国《宪法》承认和保护的基本权利，那么，道路客运行政许可是否构成对公民财产权和劳动权的法律限制？

### （一）对公民的财产权构成限制

我国《宪法》明确承认并保护个人的合法的私有财产。<sup>③</sup>个人对其私有财产的各项权能由民事法律界定。根据《民法通则》、《物权法》，个人（自然人）对其合法拥有所有权、使用权的财产，有使用、收益的权利。例如，《物权法》第39条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。第117条规定：“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利”。此处所谓“收益”权，除了指所有权人或用益物权人直接享用财产的使用价值以外，还包括运用财产获得生产收益、投资收益或者经营收益等。

个人作为民事主体，本身就有从事经营活动的资格。公民个人（自然人）作为民事主体，因其具有民事权利能力和行为能力而当然享有从事“民事活动”的权利。民事活动包括财产性的民事活动（如各种合同行为）和人身性的民事活动（如结婚）。财产性的民事活动当然包括经营行为。

长期存在的一个观念误区是，自然人要从事经营或营业活动，就必须事先从政府取得某种许可、批准或者获得一个“营业执照”，否则就是“无照经营”、“非法营运”或“非法经商”。这种看法是没有法律根据的。自然人本身具有的民事权利能力就足以作为他或她合法从事一定经营活动的

<sup>①</sup> 参见[德]C.W.卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第30—32页。

<sup>②</sup> 例如，交通运输部《道路旅客运输及客运站管理规定》第3条规定：“本规定所称道路客运经营，是指用客车运送旅客、为社会公众提供服务、具有商业性质的道路客运活动，包括班车（加班车）客运、包车客运、旅游客运。”

<sup>③</sup> 《中华人民共和国宪法》第13条第1款。

法律基础。在我国当前，不具备字号和场所的摊点、流动商贩、个人从事劳务性服务活动如家政服务、维修、保洁、人力运输等行为，以及大量存在的小规模网上营业行为，无论在事实上还是法律法规和国家政策上，都是普遍认可的个人合法经营行为，无须申请政府许可或者申请工商营业执照。<sup>①</sup>

不仅我国如此，小规模营业行为不需要政府特许和商事登记，仅须依照民事一般法调整，是很多国家的既有做法。例如，根据《德国商法典》第2条，小规模营业者可以自由选择是否登记为“商人”，登记为商人的适用商法，不登记的营业者按照民法规范其行为。<sup>②</sup>当然，作为民事主体的“民事活动”的经营行为通常应当是较小规模的，有些情况下主要是一种个人或者家庭的必要谋生手段。但无论如何，认为个人从事任何经营行为均须申请政府许可或者领有政府颁发的营业执照的看法，是不符合法律和实际情况的。

因此，构建出租车经营行政许可的法律法规对公民的宪法上的财产权形成了法律限制。

## （二）对公民的劳动权构成限制

劳动权是公民的宪法基本权利。根据《宪法》第42条的表述，<sup>③</sup>公民劳动权的基本内涵是，公民有通过自己的劳动谋生、获得报酬和发展自我的权利。这里的劳动应当指体力、智力等各种劳动，理应包括经营管理和营业活动。因此，有权开展营业活动也即“营业自由”，是公民劳动权的应有内容之一。<sup>④</sup>

因此，法律法规将公民利用自己的私有车辆开展客运经营纳入行政许可，私人非经行政许可不得从事这项营业，就对公民的宪法劳动权构成了一种法律上的限制。

## 三、出租汽车经营行政许可所设禁止规范的合宪性分析

法律一律禁止个人利用其非营运车辆从事客运经营是否具有足够的合宪正当性？法律应否作出某种调整，允许非营运车辆在一定范围内从事小规模、经营性的预约运送服务？

宪法理论认为，国家对公民宪法基本权利的限制，通常应当符合法律保留、明确性原则和比例相当性原则。

法律保留是指，国家只能通过制定法律的方式限制宪法基本权利，法律以下的规范性文件（如行政命令等）无权设立限制。

明确性原则是指，法律对基本权利的限制必须使相对人或者相关人可以明确认知。

比例相当性原则是指，法律限制基本权利的具体手段应当满足妥当性、必要性、手段与目的衡平性的要求。<sup>⑤</sup>

### （一）法律保留原则考查

<sup>①</sup> 参见吕来明：《流动摊贩的法律地位及其商事登记考量分析》，载《商业时代》2010年第24期；吕来明：《论我国商事主体范围的界定》，载《北方法学》2008年第4期。

<sup>②</sup> 参见[德]C.W.卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第53页。美国、日本和俄罗斯的情况，参见吕来明：《论我国商事主体范围的界定》，载《北方法学》2008年第4期；林艳琴：《对我国商自然人法律制度的审视》，载《政法论坛》2009年第1期。

<sup>③</sup> 《中华人民共和国宪法》第42条第2款规定：“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”

<sup>④</sup> 宪法学学者研究认为，我国宪法的“劳动”概念随政治、经济、社会发展而变迁，当前劳动权的内涵理应包括“营业自由”，参见王德志：《论我国宪法劳动权的理论建构》，载《中国法学》2014年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见陈慈阳：《宪法学》，元照出版有限公司2004年版，第397—410页；郝银钟、席作立：《宪政视角下的比例原则》，载《法商研究》2004年第6期；陈运生：《论比例原则在基本权利保障中的适用》，载《广州大学学报》（社会科学版）2011年第5期。



公民基本权利是国家对公民的庄严承诺,非为公共利益、公共秩序之正当目的,并经正当的法律程序,不得剥夺或者限制。财产权、劳动权作为宪法规定的公民基本权利,国家如要制定法律、颁布命令加以限制,同样也应当有所约束。

我国《宪法》对于立法机构在满足何种条件时才可以立法对公民基本权利施加限制,没有明文规范。《立法法》(2015年修订)规定,有关“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项”只能制定法律,而不能通过法律以外的规范性文件规定。<sup>①</sup>

而对于社会经济类基本权利的法律限制,尤其是可能限制财产权和劳动权的各种行政许可,我国的约束机制是相当宽松的。依照《行政许可法》,法律、行政法规、国务院决定、地方性法规和省级政府规章都可以设定行政许可,从而对公民的财产权、劳动权形成某种限制。<sup>②</sup>也就是说,可以限制公民财产权和劳动权的规范文件的范围非常宽泛,有权设定限制的不仅是立法机关,还有中央和地方的行政机关。

尽管如此,出租车经营行政许可的法律基础仍然是不坚实的。如前所述,目前国家对出租车经营实施行政许可的法律依据是2004年国务院412号令。根据《行政许可法》第14条的规定,以国务院决定设置的行政许可具有临时性,该许可实施后,国务院“应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规”。但自2004年至今已过去11年,全国人大及其常委会并未就出租车经营行政许可制定法律,国务院亦未制定行政法规。出租车经营行政许可的法律基础迄今仍具有临时性,在权威性、严肃性上是有欠缺的。

## (二) 明确性原则考查

美国法学教授富勒在其《法律的道德性》一书中提出,规则要成为法律,须符合八项原则(也即他所说的“法的内在道德”),如:不溯及既往;不要求人民为不可能之事;普遍适用;意思清晰等。缺少普遍适用性、清晰性的规则根本就不成其为法律。<sup>③</sup>

出租车经营许可限制了公民的财产权和劳动权,但相关规范常常缺乏必要的清晰性。国务院412号令决定保留出租汽车经营为行政审批项目,规定:出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证的核发由县级以上政府的出租汽车行政主管部门实施行政审批。但国务院令未明确的问题是:地方政府对出租车经营者、司机和车辆的行政许可究竟是一种“标准管制”还是“数量管制”,抑或“标准”和“数量”一并管制?根据《行政许可法》第12条,政府似乎只能对从业者的“资格”和“资质”(不包括数量)实行行政许可。而实际上,各地政府几乎都对本地出租车数量或者经营者数量施以限制。例如,《北京市出租汽车管理条例》仅规定了经营者、司机和车辆的入行标准,并未规定出租车总量应低于某个数量上限或者符合某种数量标准,但北京市自1994年起就对出租车实行“总量控制”。<sup>④</sup>

退一步说,即便对出租车实施“数量管制”是一个确定的规范,但许多地方的“总量”又是含糊不清的。仍然以北京市为例,2004年7月1日,三位北京出租车司机邵长良、王学永、车殿光向北京市运管局申请出租车经营许可。运管局作出不予批准的决定。该决定指出:“依据北京市

① 参见《中华人民共和国立法法》第8条。

② 参见《中华人民共和国行政许可法》第14—15条。

③ 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2007年版,第62—94页。

④ 参见王军等:《管制政策下的北京出租汽车业》,载《比较法研究》1999年第3、4期(合刊)。

出租汽车管理条例编制的《北京市“十五”时期交通行业发展规划》规定，本市出租汽车实行总量控制。现出租汽车总量已达到控制目标，不再投放新的运力。因此，对从事出租汽车经营的申请不予批准”。

邵长良三人依《行政许可法》提起行政诉讼，请求法院撤销运管局的不予批准决定。法院判决认为：

（1）依据《行政许可法》和国务院令第412号第112项的规定，出租汽车经营资格属于应当获得行政许可的项目，该项目的审批属市运管局法定职责之一；

（2）《北京市出租汽车管理条例》规定，市交通行政主管部门应当根据北京城市总体规划要求编制“出租汽车发展规划和年度计划”，据此编制的“十五交通规划”指出，“2005年出租汽车运营车辆控制在6万辆左右”；

（3）因此，市运管局认定本市出租汽车总量已达控制目标，作出不予批准的决定，具有法律和事实基础。

据此，一审法院判决驳回邵长良三人的诉讼请求。邵长良等不服，以市运管局未组织听证违法、“十五交通规划”不能作为审批依据且内容违法、一审法院认定事实不清等理由提起上诉。二审法院维持原判。<sup>①</sup>

上述判决表明，法院认为市交通行政主管部门编制的“十五交通规划”可以设定北京市出租车“总量”，因为出租车管理条例授权其编制出租车“发展规划和年度计划”。但是，这个“总量”不是一个明确的数量，而是“6万辆左右”。——“6万辆左右”的表述显然不能满足法律规范的明确性要求。但是，在上述案件以及其后的案件中，法院依据它作出了一系列裁判，甚至宣告该争议问题不再具有可诉性。<sup>②</sup>

### （三）比例相当性原则考查

法律、法规和行政规章禁止个人的非营运车辆未经许可而从事客运、出租车经营，其主要目的，一是保护乘客和公众安全，二是维护客运市场秩序。<sup>③</sup>保护乘客和公众安全无疑是符合公共利益的目标，具有显著的正当性。而维护客运市场秩序，无外乎维护经行政许可而从事客运业的“合法经营者”的排他性经营地位。这里的“秩序”其实是保护客运市场中有许可之经营者可以免于无许可者的竞争。这种建立于限制竞争基础上的“市场秩序”是否符合公共利益，本身就是有争议的问题；从前文的法律保留和明确性角度看亦有疑问。以下讨论仅围绕第一个目标即安全性展开。

比例相当性原则是指，法律限制基本权利的具体手段应当满足妥当性、必要性、手段与目的平衡性的要求。以下逐一分析。

#### 1. 妥当性分析。

<sup>①</sup> 北京市第一中级人民法院[2005]一中行终字第1217号行政判决书。

<sup>②</sup> 如在董欣诉北京市运输管理局案（北京市第一中级人民法院[2006]一中行终字第296号行政裁定书），判决指出：董欣案所诉的具体行政行为已在邵长良案的终审判决中有所评判，其诉讼标的受邵长良案的生效判决羁束，不必再次审理，故驳回起诉。依董欣案法院裁定的逻辑，今后市运管局对任何人依据总量控制作出的不予批准决定都是不可诉的，因为邵长良案的生效判决已经一劳永逸地审理了未来所有的不服此种行政审批的起诉。

<sup>③</sup> 参见《中华人民共和国道路交通安全法》第1条、《中华人民共和国道路运输条例》第1条和交通运输部《出租汽车经营服务管理规定》（2015年1月1日起施行）第1条。

所谓妥当性,是指国家所采取的立法或者行政限制手段能够达到其所设定的目标。<sup>①</sup>

依我国现行的车辆管理规范,机动车使用性质分为“营运”、“非营运”和“运送学生”三类。营运车辆在安全技术检验要求、驾驶人要求、强制责任保险费率等方面都高于非营运车辆;<sup>②</sup>营运车辆的强制报废年限则短于非营运车辆。<sup>③</sup>非营运车辆如果要从事营运,必须按照法规规定在符合条件后变更登记为营运车辆。<sup>④</sup>

非营运车辆所执行的安全标准确实低于营运车辆。排除非营运车辆进入客运市场,而只允许安全标准较高的营运车辆从事经营,逻辑上有提升安全性的作用(事实上是否真正产生保护乘客和公众安全的效果,尚需实证研究)。因此,作为一种限制公民财产权和劳动权的手段,法规禁止非营运车辆从事经营活动具有一定的妥当性。

## 2. 必要性分析。

所谓必要性,又称“最小侵害性”,是指国家所采取的限制手段应当是各种可选手段中,能够达到目标而又对公民基本权利损害最轻微的方式。<sup>⑤</sup>

非营运车辆在安全标准上低于营运车辆,但并不能由此得出前者就不安全的结论。事实上,由于汽车工业技术的提升和道路状况的不断改善,目前的技术标准足以支撑非营运车辆日常使用的安全性。<sup>⑥</sup>而所谓“日常使用”,不仅包括为个人和家庭成员日常生活使用,也包含为个人的工作、生产或者商业便利而使用(例如,一位律师以私家车为日常业务的代步工具)。许多私家车的使用率(例如按每月的行驶里程计算)其实不低于营运车辆。但现行车辆管理规范不是根据行使里程设定不同的安全技术标准,而是以事前设定的使用目的规定不同标准。在强制报废年限上,营运车辆不问行使里程和实际性能状况而一律强制最短8年(如小型出租汽车)、最长15年(如大型教练车)报废,不仅会造成严重的资源浪费,而且无异于鼓励经营者尽量压缩购置和维护车辆的投入,从而导致营运车安全性能降低。<sup>⑦</sup>因此,仅以“使用性质”(即“营运”或“非营运”)为准区分车辆的安全与否,是一个过于简单粗放而且低效的方法。

对出租车经营实施市场准入和营运监管的一个重要理由是,服务供需双方之间存在难以克服的信息不对称问题。但是,当前的网络约车软件基本上消除或者很好地解决了原有的信息问题:乘客和服务提供者都可以知悉对方信息,网络平台也可以记录和实时追踪双方信息和服务情况,任何一方利用对方信息不足而实施机会主义行为侵害对方的空间已被压缩到极小程度。因此,继续坚持原来建立在信息不对称理论基础上的行政许可制度,以安全保护为由一律禁止非营运车辆从事网络预约服务,可能对公民财产权和劳动权构成过度限制。

实际上,通过设定详细和明确的监管要求,有条件准许非营运车辆从事网络预约服务,并借助网络平台实时监控,并非不能平衡乘客安全保护和提升民众出行便利两种利益。在美国,2013

① 参见陈慈阳:《宪法学》,元照出版有限公司2004年版,第409页。

② 参见刘元鹏等:《完善车辆安全标准,建立营运车辆安全准入制度》,载《交通标准化》2013年第19期;冯瑞林:《租赁车:营运车 or 非营运车》,载《运输经理世界》2014年第23期。

③ 参见《机动车强制报废标准规定》(商务部、发改委、公安部、环境保护部令2012年第12号令公布):“小、微型出租客运汽车使用8年,中型出租客运汽车使用10年,大型出租客运汽车使用12年”;“小、微型非营运载客汽车、大型非营运轿车、轮式专用机械车无使用年限限制。”

④ 公安部《机动车登记规定》(2012年修订)第10条。

⑤ 参见陈慈阳:《宪法学》,元照出版有限公司2004年版,第409页。

⑥ 参见孙巍等:《论私家轿车的安全技术检验项目和方法》,载《中国标准导报》2015年第5期。

⑦ 参见王学平、张铜柱:《机动车辆强制性报废标准研究》,载《大众标准化》2013年第5期。文章以英国、美国、日本的做法为例指出,规定强制报废年限并不是大部分汽车工业发达国家的通例。



年9月加利福尼亚州，2014年科罗拉多州和华盛顿哥伦比亚特区，都通过立法或者监管决定准许私家车通过网络平台公司（交通网络公司，TNC）向公众提供有偿的网约车服务。立法或监管机构为打算接入网络平台的私家车及其司机设立了严格而详细的安全监管要求。例如，加州公共事业委员会要求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。TNC必须对司机进行刑事背景核查，凡在以往7年内有以下情形的人不得成为TNC司机：因下列行为被判处重罪：因服用毒品或饮酒导致交通事故、诈骗、驾车实施犯罪、暴力侵害或实施恐怖行为；有性侵犯行为；有损害他人财产的犯罪行为 and / 或盗窃行为。TNC应当按照监管规定建立禁止司机服用毒品等致醉物质的规范和实施措施。TNC应当制定司机培训计划，以确保所有的司机在开始服务前掌握必要的安全驾驶技能和具备足够的安全意识。TNC司机须年满21岁，持有有效的加州驾驶执照，并且在开始网约车服务前有至少1年的驾龄。对于车辆，委员会要求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车辆19个部件的全面安全检验。此后，TNC有义务确保车辆每年进行这样的检验，并保留检验记录以供监管机构审查。

此外，委员会要求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故事享有保险金额不低于100万美元的商业责任保险。这一保险要求应当在TNC的手机App和网站上公示。<sup>①</sup>

因此，有条件限制而非一律禁止个人非营运车辆从事有偿服务，很可能是一个对公民财产权和劳动权较少限制而又足以保护乘客、司机安全的方案。

### 3. 手段和目的衡平性分析。

所谓手段和目的衡平性，是指国家的限制手段不应当顾此失彼、得不偿失，达到某种目的而损害其他更加重要、更值得保护的利益。<sup>②</sup>非营运车辆绝对禁入规则除了存在上述必要性疑问外，更有以下弊端：

第一，降低了闲置车辆的利用率，造成资源浪费。大量的个人非营运车辆在多数时间都是闲置的，这造成了极大的资源浪费，包括司机人力资源的浪费。完全禁止非营运车辆从事有偿服务，实际上提升了全社会的成本。

第二，降低了公众出行效率，很可能总体上有损于公众的交通安全。网约车为公众出行提供了多样化、便捷的服务，其原因在于它能够有效动员和整合碎片化的闲置资源。传统出租车由于车辆数固定，其服务供给缺乏弹性，一般情况下都难以与需求完全匹配：不是供过于求，就是供不应求。在出租车和司机均为专用资产（因而被锁定于这一市场）的情况下，这是一个无解的难题。

网约车正是由于其运力来源于非营运车辆，而不是专用车辆，因而其服务供给具有了相当大的灵活性和机动性。网约车的出现使得城市的点到点客运服务具有了可以适应市民出行“潮汐化”特征的弹性。如果禁止非营运车辆和非专职司机从事网约车服务，或者强制要求他们都转变为营运车辆和专职司机，那么网约车的供给弹性就不复存在了。这无疑有损于公众的出行效率。

进而言之，禁止非营运车辆预约服务很可能降低而非提升了民众的安全水平。

首先，由于在特定时段和地段出租车服务不易获得，那么禁止非营运车辆服务就必定减少人

<sup>①</sup> 详见王军：《美国如何管理网络约租车》，载《中国改革》2015年第9期。

<sup>②</sup> 参见陈慈阳：《宪法学》，元照出版有限公司2004年版，第409页。



们获得运送服务的可能性,这本身就可能降低人们的出行安全(试想在深夜或者偏远地段打不到出租车的老弱病残孕者,其人身和财产安全不是提升而是降低了)。

其次,禁止非营运车辆服务使得事实上发生的运送(被称为“黑车”)丧失合法性,相关当事人间缺少必要的法律调整和合同约束。

再次,不合法的私家车运送无法纳入正常的安全监管,例如极可能欠缺必要的背景核查和责任保险。

因此,禁止非营运车辆在任何范围内、任何条件下从事有偿运送服务,将之排除于安全监管框架之外,很可能损害而不是保护了民众的交通安全。

第三,推升了执法成本,浪费了国家行政和司法资源。禁止非营运车辆有偿服务的执法成本极高。过去20多年来,全国各地的所谓“黑车”一直禁而不绝。交通执法机关为此耗费了大量的人力、物力;国家财政为此支出了大量执法费用。非营运车辆有偿服务难以禁绝,主要原因是出租车服务供需失衡,民众视非营运车辆服务为满足其正当需求之手段。其次是执法取证困难。在非营运车辆通过手机App借助网络平台接单的情况下,执法难度更高。一方面,各地出租车服务无法满足民众出行需求,网约车深受民众欢迎;另一方面,政府机关兴师动众查处包括网约车在内的私家车“非法营运”,而屡禁不止。动用大量行政执法资源查处民众有正当需求的一种“非法”服务,这不仅是在浪费行政和司法资源,更有损于国家的法制权威。

综上所述,出租车经营行政许可制度禁止个人利用其非营运车辆从事有偿运送服务,构成了对公民的宪法财产权和劳动权的一种法律限制。从法律保留原则角度看,这种禁止规范的法律基础并不牢固。从明确性原则看,出租车行政许可的规范欠缺必要的明确性,在实施过程中具有较大的任意性。从比例相当性原则的角度考量,在当前移动互联网等信息技术快速发展的背景下,这一禁止的妥当性虽在理论上勉强成立,但其必要性和手段目的之衡平性则大有疑问。从技术发展和已有的国内外实践看,网络约车平台已经具备审查车辆安全性能和司机背景资质,通过信息技术、合同安排和责任保险最大程度保护乘客、司机和第三人安全的能力。当前,对非营运车辆的网络预约服务实行“禁改限”,即有条件、有限度的放开,至少已具备开展试点进行探索的条件。

#### 四、个人利用非营运车辆兼职从事网约车经营应合法化

个人利用自有财产从事小规模的经营性活动,是私有财产权、自然人民事权利能力的当然内容,本无须行政许可。个人的这种权利也是宪法上的公民财产权和劳动权的体现。出租汽车经营许可构成了对公民财产权和劳动权的法律限制,其正当性本来就有争议,<sup>①</sup>网约车平台的出现更加撼动了这种法律限制的正当性。网约车平台在技术和交易架构上很大程度上解决了传统出租车无法解决的信息问题,使得个人利用非营运车辆从事小规模出租车经营具备了更多的正当性和可行性。

##### (一) 网约车技术和商业模式导致出租汽车行业结构性变革

出租车服务的实质内容是,车辆驾驶者按照乘客要求提供点到点的运送服务。传统出租车服务只能由获得政府许可的经营者,以其同样经过政府许可的专用车辆和专职司机提供。可以说,传统出租车行业的物质资产和人力资产都是“专用化”的。但网约车出现之后,客运服务资产的“去专用化”成为可能。基于移动互联网、GPS、大数据等信息技术的发展,加之汽车的普及和车辆安全性、易驾性的不断提高,网约车可以在确保司机、乘客和公众安全的同时,实现服务车辆“非

<sup>①</sup> 相关理论争议,参见陈明艺:《国外出租车市场规制研究综述及其启示》,载《外国经济与管理》2006年第8期。

专用化”和司机“非专职化”。也就是说，提供点到点客运服务的车辆可以不是专用的营运车辆，司机也可以不是专职司机。相应的，经营者也可以不是拥有车辆和不雇佣司机的企业，而只是一个信息匹配平台。网约车提供的的确仍然是点到点运送服务，但是它的生产组织方式、车辆来源、司机来源发生了变化，与传统出租车不一样了。这是出租车服务的新发展，和“前互联网”时代的传统模式大异其趣。

从出租车的发展历史看，“出租车”这种服务的内涵本身也是不断发展演变的。最初它是从马车出租发展为由车夫驾驶的、定点候客的马车。汽车出现后，逐渐发展为两类服务：巡游和定点候客。电话普及后又出现了电话预约服务。<sup>①</sup>技术的发展带动了出租车服务的内涵不断演变。我们显然不能以某个阶段的服务模式作为“出租车”的固有模式，去反对新技术、新模式对传统业态的改造。

有不少人认为，无论是马车还是汽车、电动车，无论用电话预约还是网络预约，网约车和传统出租车的“本质”是相同的，即都是点到点运送乘客；所以，既然服务的“本质内容”没有变，监管也就不应该区别对待，传统出租车的监管模式应该继续沿用于网约车。<sup>②</sup>这种看法不符合逻辑，也不合事实。有线电话和智能电话无非都是通话，“本质”是相同的，是不是它们的管理方式也没有必要区别？巡游出租车和电话预约出租车都是客运服务，“本质”无疑也是相同的，但它们在处理信息问题上的方法完全不同，在许多国外城市预约出租车都没有数量管控和运价管制。这难道不是监管上的区别？

手推磨和蒸汽磨都是磨，动力不同而已，“本质”毫无疑问也是相同的。但马克思说：“手推磨产生的是封建主为首的社会，蒸汽磨产生的是工业资本家为首的社会。”他所揭示的原理是，生产工具、科学技术的发展会改变原有的分工方式、生产组织方式，而分工的演进进一步又将改变相应的生产关系。<sup>③</sup>

事实表明，网约车的出现确实改变了原有的客运服务领域的分工方式和服务组织模式。分工和组织方式已变，监管模式理应及时跟进、调整。

简而言之，网约车技术和商业模式的出现导致出租车行业发生或者应当发生结构性变革，出租车业从传统单层结构转变为双层或多层结构：提供点到点客运服务的车辆不仅有专职司机驾驶的专用车辆（巡游出租车和预约出租车），还应包括接入网约车平台的兼职司机驾驶的非营运车辆；前者可以满足习惯传统打车模式以及更信赖专职司机的乘客，后者基于其服务的多样性和供给弹性可更优地服务于乘客的多样化需求以及城市出行的潮汐式特征。

## （二）个人通过网约车平台利用非营运车辆兼职从事出租车经营应当合法化

个人通过网约车平台利用自己的非营运车辆兼职从事出租车经营的，其车辆仍应界定为非营运车辆。同样，网约车司机也不同于营运车辆的专职司机。他们是利用业余时间从事有偿服务。网络平台可以根据政府监管要求核查其刑事背景、操守、技能、驾驶记录等，并对其实施日常营运监督，要求其配置相应的责任保险等。网络平台也可以通过信息技术手段限定其服务时长和时段，

<sup>①</sup> 关于英美出租车行业及其管制发展演进的简要历史，参见王军：《为竞争而管制——出租车业管制改革国际比较》，中国物资出版社2009年版，第16—29页。

<sup>②</sup> 参见冯会玲：《交通运输部再次召集专家就出租车改革征求意见》，央广网，[http://china.cnr.cn/ygwxw/20151107/t20151107\\_520428260.shtml](http://china.cnr.cn/ygwxw/20151107/t20151107_520428260.shtml)。（最后访问时间：2016年1月5日）。

<sup>③</sup> 参见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译：《马克思恩格斯选集》（第1卷），人民出版社1972年版，第108、127页。

以避免其成为事实上的专用营运车。

鉴于兼职网约车的“非营运”特点，网约车车辆及其司机无须申请行政许可，车主也不必申请工商营业登记。但车主应当依法纳税。

网络平台承担直接管理网约车和其司机的义务，并承担相应的法律责任。在政府与企业合作监管的框架内，车辆和司机无须单独申请行政许可。这一点符合《行政许可法》第13条的规定，“行业组织或者中介机构能够自律管理的”，国家可以不设行政许可。

数量管控和运价管制是现有出租车管理体制的两个重要特征。这两项管制是网约车所不需要的。网约车的数量和运价均应由市场调节，主要理由有二：

其一，网络预约出租车和巡游出租车不同，前者已经有比较成熟的技术手段处理信息不对称问题，没有必要再由政府限制车辆数量和运价。事实上，即使是电话预约出租车，在许多国外城市历来都是不限制运价和数量的。

其二，根据《行政许可法》第13条，凡是市场可以发挥调节作用的，政府不得设定行政许可。

### （三）通过合作监管提升网约车的安全性

对兼职网约车安全性的担忧，常常聚焦于车辆的属性和司机是否专职。一些观点认为，兼职网约车不是营运车辆，司机也无从业资格，安全性无从谈起。但这些观点拿不出可靠的数据证明网约车的安全性低于传统出租车。零星举出个别网约车交通事故、治安案件是没有说服力的，因为传统出租车同样存在类似情况，尽管这个行业声称有严格的监管。

实际上，网约车是否安全，最关键的不是车辆是不是营运车辆、司机是不是专职司机，而是看是否有效实施了可靠的车辆和司机准入标准以及是否配备了充足的保险。没有有效的准入标准控制、动态管理和充足的保险，即便车辆是营运车辆，司机是专职司机，对乘客和公众而言，运送服务仍然是高风险的。维持网约车的安全性需要对车辆和司机进行细致的日常和动态管理。这种管理是政府无法提供的，因为超出了政府的能力和职责。这种日常的动态管理交由网约车平台承担是恰当的。只要法律规定并有效实施合理的车辆、司机准入标准和保险要求，平台出于商业声誉、政府监管和法律责任的约束，是有动力通过管理提升网约车的安全性的。

美国加州等地实行的政府设立标准、平台管理、政府监管的模式，值得借鉴。这种政府和网络平台合作监管的方式，一方面适应网约车的经营特点，降低监管成本，另一方面通过监管和法律责任的三重约束，促使平台在事前事中积极进行动态管理，确保车辆和司机符合安全标准。

目前，由于私家车能否合法从事网约服务尚有争议，国家暂时还没有进行立法或者设立监管，网约车的安全管理机制由网络平台企业自行设置。例如，2015年3月16日，滴滴和快的联合发布《互联网专车服务管理及乘客安全保障标准》。《标准》试图从事前、事中和事后三个方面加强监管，保障用户乘车安全。

首先，平台对车辆和司机实行事前准入，凡是不符合安全条件的车辆一律不得进入平台；司机必须经过面试、笔试、培训等多个环节审核方能加入平台。

其次，平台在日常营运中通过LBS技术实现对车辆的实时追踪，从用户下单到最终支付的整个服务过程进行全程记录。同时，对驾驶员服务记录、服务路线安全监管、服务态度和连续工作时间进行全面监管。

最后，平台建立了司机和乘客的双向评价机制，还建立了先行赔付保障机制，成立乘客“先行赔付”基金，并和保险公司共同达成责任人责任险合作框架，对在体验专车服务过程中发生的



事故，由该基金先行给付赔偿。<sup>①</sup>

上述情况表明，网络平台可以自行建立安全管理体系。而且，这一体系可以覆盖网约车准入和服务全程，涵盖车辆、司机、日常营运、责任保险和赔付机制等。但是，这个安全体系缺少来自外部权威机构的监管和约束。例如，平台企业设置的准入标准、保险要求是否合理、充分，平台应当承担何种管理义务和法律责任等，都缺少外部权威机构的评估、监督和约束。在网络平台企业已经开展自律管理的基础上，政府的外部监管可与之匹配，形成合作监管关系：政府制定或者监督制定标准和要求，网络平台执行和落实标准，并承担相应的法律责任。合作监管减轻了政府的监管成本，给网络平台较大的自主空间，同时又能够通过市场竞争和法律责任促使网络平台将各种监管目标落实到位。

#### （四）如何处理非营运车服务与传统出租车服务的关系？

出租车原本是点到点客运服务的唯一合法经营者，网约车的兴起分享了它们原本独占的市场。尽管网约车在很多时候只是填补了出租车服务的空白，即在出租车短缺时段或地段提供服务，或者提供了出租车无法提供的车型或高档商务服务，但网约车与出租车的竞争是不可避免的。其根本原因在于，预约服务和巡游服务本身就存在一定的相互替代性，而网络约车软件的运用进一步打破了两种服务的边界，使两种服务市场发生更大程度的融合。传统出租车基本上不提供或者很少提供预约服务，但它们如果通过打车软件接单的话，其服务就成了预约服务；而由于预约软件可以完成快捷、即时的预约，网约车的预约服务实际上又接近于巡游服务，只不过它是通过网络平台而不是乘客的招手接收信号。

因此，承认非营运车辆有偿服务的合法性，就必须解决网约车与出租车公平竞争的问题。公平就是不歧视、不偏待。公平竞争是指市场主体在同等条件下享有同等的法律待遇和机会，而不是不加区分的“平均主义”。否则，让网约车与出租车行业的原有标准看齐，网约车根本就不应该出现。要处理好网约车和出租车的关系，需重点考虑以下四点：

第一，网约车应当建立合理而充分的准入标准和日常监管要求，配置合理而充分的责任保险。这既是保护乘客和公众安全的必要措施，也是避免不正当竞争的必要手段。

第二，网约车经营者应当依法纳税，网络平台应承担代扣代缴的义务。

第三，对专职网约车和兼职网约车区分管理。专职网约车属于营运车辆，目前可纳入预约出租车服务，按营运车辆管理。兼职网约车属于非营运车辆，可以通过网络平台对其服务时长、时段、地段予以引导和配置，将其服务限定在一定规模范围内（例如限制每日服务累计时长，限制在特定时段或地段服务）。

第四，传统出租车业也应当借移动互联网等技术的发展，尽快变革其原有行业构造和监管规范。尤其需要政府和出租车企业认真考虑的是：

一是在移动互联网等技术有效解决信息不对称问题的前提下，出租车的数量和运价管制都应当适时放松或者做弹性化改革。

二是，出租车企业应当单独或者与现有网络预约平台合作，加快发展网络预约服务。

三是，某些地方的单一的公司化经营导致公司与司机利益分配极不均衡（例如饱受诟病的司机“份子钱”），政府应当适度放开经营者形态管制，允许司机组建合作社，允许个体营业（安全

<sup>①</sup>《滴滴快的发布互联网专车服务及乘客安全保障标准》，中国新闻网，<http://finance.chinanews.com/it/2015/03-16/7131906.shtml>。（最后访问时间：2016年1月5日）。



管理同样可以依靠信息技术解决), 扩大专职司机的就业选择范围。

总之, 要协调好网约车和出租车的关系, 需要双方以及监管政策制定者都作出努力。

## 五、结论

从宪法角度看, 出租车经营行政许可制度禁止个人利用其非营运车辆从事有偿运送服务, 构成了对公民的宪法财产权和劳动权的一种法律限制。从法律保留原则角度看, 这种禁止规范的法律基础并不牢固。从明确性原则看, 出租车行政许可的规范欠缺必要的明确性, 在实施过程中具有较大的任意性。从比例相当性原则的角度考量, 在当前移动互联网等信息技术快速发展的背景下, 这一禁止的妥当性虽在理论上勉强成立, 但其必要性和手段目的之衡平性大有疑问。在当前经济、社会和技术发展形势下, 继续禁止个人利用非营运车辆从事兼职网约车服务, 已构成对公民财产权和劳动权的某种过度限制。

当前的技术发展和国内外实践表明, 网约车平台已经具备审查车辆安全性能和司机背景资质, 通过信息技术、合同安排和责任保险最大程度保护乘客、司机和第三人安全的能力。当前, 对非营运车辆的网络预约服务实行“禁改限”, 即有条件、有限度的放开, 至少已具备开展试点进行探索的条件。本文认为, 基本的监管框架应当是: 专职网约车和兼职网约车区分监管; 从事兼职网约车服务的车辆仍属于非营运车辆, 经营者无须申请行政许可和工商营业执照; 政府监管机构和网络平台企业合作实施安全管理。