

# 网约车合法化构成对出租车牌照的管制性征收

刘 连 泰\*

摘要:网约车合法化,本质上是政府放松对出租车的管制,尤其是放松对出租车的进入管制。网约车合法化后,原有出租车经营者的利润遭遇冲击。原有出租车营运牌照是一项牌照持有人支付了对价的特许,体现牌照持有人的财产权,受征收规范保护。网约车合法化克减了原有出租车营运牌照持有人的财产权,破坏了原有出租车投资者基于公平竞争权的合理投资预期,构成对原有出租车营运牌照的管制性征收,应该分门别类补偿原有出租车营运牌照持有人的损失。

关键词:网约车 出租车营运牌照 财产权 管制性征收

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2017.06.010

一波三折,网约车在政治正确的语境中合法化了。<sup>①</sup>随后,“放管服”改革加持,在民众的狂欢中,网约车一路高歌。网约车合法化,本质上是政府放松对出租车的管制,尤其是放松对出租车的进入管制。管制与放松管制都是复效行为:总会产生获益者和受损者。网约车合法化后,网约车司机、网约车平台公司和消费者无疑都是受益者,但原有出租车经营者的利润却遭遇冲击。<sup>②</sup>网约车与巡游车之间的关系绝不像“养狗”与“养猫”、“茶餐厅”与“咖啡厅”的区别一样直观。<sup>③</sup>世界上没有免费的午餐,谁在为这场网约车的盛宴买单?面对网约车的大举入侵,原有出租车的利润空间被大幅压缩。原有出租车经营者的声音被一浪高过一浪的放松管制呼声碾压,变为沉默的少数人。批评原有出租车的声音从未间断,原有出租车早年就被讽刺为“四处游荡的窃贼”,<sup>④</sup>晚近更是与“宰客”“性骚扰”联系在一起,<sup>⑤</sup>这种“集体无意识”很容易将原有出租车经营者送上道德的绞架。在舆论场外部分原有出租车司机以极端方式表达自己的情绪,罢运、打砸甚至斗殴屡有出现,<sup>⑥</sup>想象中的“管制俘虏”剧情反转。<sup>⑦</sup>如何经由法律的形式化体系吸纳滔滔民意,平息网约车与出租车的利益之争,成为当下法律人必须面对的课题。

\* 厦门大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX028)

① 网约车合法化一直是媒体、民众讨论的话题。2015年人大代表提出议案,要求将网约车合法化。随后,交通运输部公布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(征求意见稿),批评之声远远大于赞誉之声。待7部委正式出台《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》后,各地出台了地方性立法,批评的声浪再度高涨。在司法层面,先后有“陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心案”和“蔡某诉广州市交通委员会案”,人民法院不惜适用自然法规则和经济学分析来顺应民意,得出不能将网约车这种新商业模式一概排斥于市场之外的结论。参见潘俊强:《济南“专车案”一审宣判 客管中心行政处罚被撤销》,《人民日报》2017年1月3日;《社论:以判决阐明法理,广州网约车诉讼值得回味》,《南方都市报》2017年7月21日。

② 巡游车是网约车合法化后才有的概念。在网约车出现以前,就指出租车巡游车。关于网约车与巡游车的分类,参见《国务院办公厅关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》和《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》。

③ 在“伊利诺斯运输贸易协会诉芝加哥市政府案”的判决中,波斯纳法官将巡游车与网约车的关系比喻为“养猫”与“养狗”、“咖啡厅”与“茶餐厅”的区别。See Illinois Transportation Trade Ass'n v. City of Chicago, No. 16-2009 (7th Cir. Oct. 7, 2016).

④ 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17页。

⑤ 参见任翔:《有个的哥性骚扰女乘客?6个的哥驱女拦截》,http://scnews.newssc.org/system/2012/12/04/013681915.shtml, 2017-08-29。

⑥ 参见王锡锌、章永乐:《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》,《法商研究》2010年第5期。

⑦ 参见张占江:《政府与市场和谐互动关系之经济法构建研究》,《法律科学》2007年第3期。“管制俘虏”一般指管制者被既得利益者俘虏,体现在出租车管制领域,就是出租车的管制部门被传统的出租车即巡游车经营者俘虏。但是,在巡游车与网约车之争中,巡游车司机反而经常觉得委屈,觉得政府没有打击网约车,侵犯了他们的正当利益。

如果单从出租车服务的效率观察,那么没有数据证明放松管制或者不管制比管制的制度绩效更高。<sup>①</sup>因此,从制度绩效高低方面思考放松管制的正当性,会陷入“公说公有理,婆说婆有理”的局面。从权利的角度看,在规范的框架内求得各方利益的妥协,才是求解正当性的唯一方法。在财产法的视阈内,管制性征收就是处理政府管制给财产权人造成损失问题的经典概念:如果管制的利益流淌太不匀质,让一部分人承受了按照公平和正义原则本应由公众承受的负担,那么就构成管制性征收。<sup>②</sup>当然,管制性征收教义处理的一般是管制过于严苛、给财产权人造成损失的情形。放松管制是否可能构成管制性征收?管制性征收主要是在针对不动产管制的诉讼中发育出来的概念,对不动产的管制罕有放松,因此,放松管制如何构成管制性征收,判例稀缺,难以形成经典教义,但放松管制可以构成管制性征收,管制性征收的标准也适用于放松管制,在这个问题上没有争议。<sup>③</sup>在美国法上,主要从以下几个方面判断:政府行为是否克减当事人的财产权,是否破坏当事人的合理投资预期,政府行为的性质。<sup>④</sup>如果政府管制走得太远,克减了当事人的财产权,破坏当事人的合理投资预期,且目的不是排除“妨害”,那么构成管制性征收,政府应对财产权人的损失予以补偿。中国法中的“征用”概念内涵宽泛,可以用作借鉴管制性征收概念的通道。<sup>⑤</sup>运用管制性征收的概念,我们可以分析网约车合法化是否构成对原有出租车营运牌照的管制性征收,为妥善处理巡游车与原有出租车之间的利益纷争提供分析框架。

### 一、作为行政许可的原有出租车营运牌照包含作为征收对象的财产权

征收的对象是财产权,非财产权的客体不能成为征收的对象。作为行政许可的原有出租车营运牌照是否包含作为征收对象的财产权?现代财产权含有太多的政治意蕴,物权法定之法,本来是想借“法律”的形式理性去除财产权中政治要素,但这种祛魅过程永无穷尽——法律也不过是政治妥协的产物。如果将部分行政许可理解为一项财产权,那么物权法定中的法就不再是民法意义上的物权法,而是行政法。这就是所谓“新财产”。<sup>⑥</sup>在传统的财产法中,财产本身就归属于财产权人,物权法只是肯定已经形成的财产权关系。虽然物权法是物权的构成性要素,但是物权法本身并不形成财产权。但新财产不是经由行政许可形成的财产,是法律创造而不是表述一项已经形成的财产关系。

当然,并非所有的行政许可都具有财产价值,只有设定数量上限且允许转让的行政许可才有财产价值。行政许可可演化为财产权一般须符合以下要求:首先,资源稀缺,过度使用降低效率;其次,政府颁发许可,限制进入者,提高资源使用效率;最后,允许许可证转让,但施加某种限制。<sup>⑦</sup>很多行政许可是一种分配资源的方式,如果资源足够丰沛,那么就无须政府管制,也无须行政许可,因此,行政许可存在的前提是资源稀缺。<sup>⑧</sup>资源稀缺只意味着资源具有财产价值,并不意味着分配稀缺资源的行政许可就一定具有财产价值,政府也可能通过颁发不设数量上限的行政许可,仅仅减弱资源配置中的过度竞争。如果政府发放的行政许可不设数量上限,那么该项许可不具有稀缺性,也就没有交易该项行政许可的前提条件——需要行政许可的市场主体完全可以再度向政府申请行政许可,而不会向已经获得行政许可的市场主体购买。如果行政许可不允许转让,并且政府的执法密度能够保证杜绝“黑市”交易,那么该项行政许可的财产价值

① 参见荣朝和等:《出租车业的竞争、契约与组织》,经济科学出版社2012年版,第360页。

② See Margaret Teresa Harris & John Patrick Parker, *Compensable Takings And Why Not — An Analysis of the Fifth Amendment Just Compensation Clause and Police Power Regulatory Takings*, 10 *American Journal of Trial Advocacy*, 365(1986).

③ 参见[美]J. 格里高利·西达克·丹尼尔·F. 史普博:《美国公用事业竞争转型:放松管制与管制契约》,宋华琳、李鹤等译,上海人民出版社2012年版,第416页。

④ 参见刘连泰、刘玉姿等:《美国法上的管制性征收》,清华大学出版社2017年版,第20页以下。

⑤ 参见刘连泰:《宪法文本中的征收规范解释——以中国宪法第十三条第三款为中心》,中国政法大学出版社2014年版,第125页。

⑥ See Charles A. Reich, *The New Property*, 73 *Yale Law Journal*, 771(1964).

⑦ See Steve Oxenhandler, *Taxicab Licenses: In Search of a 5th Amendment, Compensable Property Interest*, 27 *Transportation Law Journal*, 113-158(2000).

⑧ 波斯纳认为资源稀缺是政府管制形成的原因。参见[美]理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第69页。

沉淀,不能通过市场交易获利。《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)将行政许可分为普通许可和特许,<sup>①</sup>前者没有数量上限,后者设定数量上限,部分特许允许转让。只有允许依法转让的行政特许才具有财产价值。

行政许可具有财产价值,构成一项财产,被许可人从中享受财产利益,但这并不意味着被许可人对行政许可享有财产权,这种财产利益可能仅仅是事实上的利益,不构成法律上的财产权。<sup>②</sup>美国法上严格区分“权利”与“特惠”,前者受财产法保护,后者不受财产法保护。也有学者努力将“特惠”纳入财产法范畴,名之为“新财产”,<sup>③</sup>但应者寥寥,且极少付诸制度实践。<sup>④</sup>虽然后者也是一项许可,数量有限,还具有财产价值,但并不构成一项财产权,后者毕竟是行政许可创造出来的东西,前者可以作为征收的对象,而后者不是:当事人获得没有付出对价,政府拿走也就对当事人没有产生特别损害,补偿义务就无从谈起。证明“特惠”构成一项新财产的学者,意图也仅仅是将正当程序规范延伸适用于福利领域,并无扩充征收规范适用疆域的学术愿景。<sup>⑤</sup>构成征收,且需要补偿的前提是被财产权人承受了不合比例的负担,或遭遇了特别牺牲。由于其他人并未得到这种特惠,财产权人也就不可能承受不合比例的负担,或遭遇特别牺牲,因此,构成征收对象的只能是传统的财产权,而不是“特惠”。《行政许可法》第8条规定,撤回行政许可,对当事人合法权益造成损害的,应当补偿。撤回行政许可并且造成损害是补偿的前提,这恰恰证明并非所有的行政许可都构成财产权。如果所有的行政许可都构成被许可人的财产权,那么撤回行政许可就意味着给被许可人造成损害,就可以直接规定补偿,而加上给当事人造成损害这一条件,暗含着“并非所有的行政许可都构成财产权”这一教义。

毋庸讳言,作为行政许可的原有出租车营运牌照具有财产价值,是《行政许可法》规定的特许,政府发放出租车营运牌照属配置有限公共资源,<sup>⑥</sup>是公共物品用途私人化的结果。原有出租车营运牌照的财产价值是如何形成的呢?早期政府发放出租车营运牌照的确是为了管制交通拥堵,控制出租车的数量,同时也保证出租车经营者不至于因为过度竞争导致收入降低,从而引发道德风险;<sup>⑦</sup>政府对出租车营运牌照一直实行总量控制,对进入者设置系列条件,允许营运牌照持有人有条件地转让营运牌照。<sup>⑧</sup>问题在于,原有出租车营运牌照持有人是否对营运牌照的财产价值享有财产权?从财产价值产生的过程以及出租车行政许可的目的看,似乎是政府创造了出租车营运牌照的财产价值,与牌照持有人无关。原有出租车营运牌

① 参见《中华人民共和国行政许可法》第12条。

② 在英美法中,财产与财产权的分割,关键看其中是否包含“estate”的法律概念。参见赵萃萃:《英美财产法之Estate研究——以财产和财产权的分割为视角》,法律出版社2015年版,第24页。

③ See Charles A. Reich, The New Property, 73 Yale Law Journal, 771(1964). 但也存在反对“新财产权”概念的学者。See Richard A. Epstein, No New Property, 56 Brooklyn Law Review, 747(1990); Richard J. Pierce, The Due Process Counterrevolution of the 1990s, 96 Columbia Law Review, 1973(1996).

④ 参见高秦伟:《政府福利、新财产权与行政法的保护》,《浙江学刊》2007年第6期。

⑤ See Charles A. Reich, The New Property, 73 Yale Law Journal, 771(1964); Charles A. Reich, The New Property After 25 Years, 24 University of San Francisco Law Review, 223(1989).

⑥ 参见全国人大常委会法工委行政法室:《中华人民共和国行政许可法释义》,法律出版社2003年版,第10页。一些地方立法明确将出租车营运牌照列为公共资源配置,如《厦门经济特区公共资源市场配置监管条例》第3条第2款、《珠海市公共资源市场化配置管理暂行办法》第2条、《成都市公共资源交易管理办法》第2条。有学者对行政特许的物权属性进行了系统研究。参见王克稳:《行政许可中特许权的物权属性与制度建构研究》,法律出版社2015年版,第139页。

⑦ 早期对出租车并无数量限制。随着出租车的增多,数量上限成为常规性的出租车管制方法。1937年,纽约市长费欧雷罗·拉瓜迪亚签署《哈斯法案》,对出租车实行特许经营,出租车必须有官方颁发的出租车牌照才合法。See Edward G. Rogoff, The Limitation of New York City of Taxicab Medallions: Economic Theory and Political Reality of the HAAS Law, 64 Journal of Transportation Law Logistics & Policy, 462(1997)。中国北京等城市也出台了一些有关城市出租车行业竞争与管制的政策法规,如《关于1994年控制出租汽车总量增加的通知》《北京市出租汽车管理条例》《北京市“十五”时期交通行业发展规划》《北京市人民政府关于加强出租车行业管理的意见》《上海出租汽车管理条例》等。

⑧ 参见建设部、公安部于1997年发布的《城市出租汽车管理办法》第16条。该办法是巡游车过去获得行政许可的依据。

照仅仅是政府的财产权:政府从中收取各种税费,而当事人仅仅从中获得某种反射性的利益。<sup>①</sup>虽然营运牌照持有人能够从日常营运中获利,但是如果出租车营运牌照的财产权属于政府,那么营运牌照持有人享有的就仅仅是事实上的财产利益,而不享有财产权。说出租车营运牌照体现了政府的财产权,原因在于:政府的管制产生了财产利益,政府管制密度决定了财产利益的价值高低;出租车是公共运输工具,要为社会提供普遍服务,费率受到严格管制。原有出租车营运特许与自然资源开发利用特许有重大区别:自然资源的稀缺是自然形成的,财产价值形成于市场,即便没有政府管制,自然资源也有财产价值,但出租车营运牌照的财产价值却完全仰赖于政府管制——政府设定出租车营运牌照数量上限,人为地垒起一座高墙,制造了稀缺,政府设定的数量上限越小,出租车营运牌照就越具有稀缺性;政府对出租车市场的管制密度越高,打击非法营运的执法力度越大,出租车营运牌照潜在的买方市场就越大。在出租车营运牌照数量上限的设定和打击非法营运的执法力度上,政府具有较大的裁量空间,可以通过裁量操控出租车营运牌照的市场价值。申请人取得自然资源开发利用的特许,目的是通过开发营利,没有普遍服务的义务,可以根据市场行情出售自己的产品或服务,是私人的一项权利,但出租车营运牌照却与此不同,出租车营运牌照持有人虽然也旨在营利,但是负有普遍服务义务,费率受到政府的严格管制,公共色彩较强。

如果出租车营运牌照体现出来的财产权属于政府,那么原有出租车营运牌照持有人从中分享的就不是财产权,而是某种特惠,从而不构成征收的对象,也不受征收规范的保护。但上述分析进路存在理论瑕疵。界定我国原有出租车营运牌照的财产权究竟属于谁时,我们不能忽略的维度是:在网约车合法化以前,原有出租车营运牌照的申请人大多支付了不菲的对价才取得出租车营运牌照,也就是说,原有出租车营运牌照申请人“购买”了政府管制,这与无偿取得的政府“特惠”明显不同;原有出租车营运牌照持有人当然拥有财产权。并且,特惠不能出租、不能转让,而原有出租车可以出租给别人经营,还可以转让牌照,利益归属于出租车营运牌照持有人。这些都体现着原有出租车营运牌照持有人的财产权。原有出租车营运牌照持有人向政府支付的对价就是出租车营运牌照在一级市场上的价格,这就缓解了美国法上“为无价定价”的尴尬。<sup>②</sup>虽然中国无美国法上的管制契约概念,<sup>③</sup>但是管制契约的概念框架仍有借鉴意义:被管制企业与政府的关系类似于关系契约。<sup>④</sup>这种契约不是合同法意义上描述彼此权利义务的契约,而仅是一种解释框架。该框架可以厘定原有出租车营运牌照持有人享有的财产权,廓清对应该财产权的政府义务。

综上所述,网约车合法化以前,原有出租车营运牌照是一项申请人支付了对价的特许,可以出租、转让,体现营运牌照持有人的财产权,受征收规范保护。

## 二、网约车合法化克减了原有出租车营运牌照持有人的财产权

政府管制只有克减了财产权人的财产权,给财产权人造成损害,才可能构成管制性征收。网约车合法化是否克减了原有出租车营运牌照持有人的财产权?

<sup>①</sup> 这种解释进路来自美国法上的萨尔瓦多模式。萨尔瓦多模式是学者从“美国诉萨尔瓦多案”中提炼出来的,经常用来说明行政许可到底属于谁的财产,即当政府以财产权人面目行使权力时,就创造属于政府的财产权。政府以财产权人面目行使权力主要表现为:从被管制行业里取得税收,控制得到和使用牌照的人,限制牌照的发放数量,因此创造价值。See Steve Oxenhandler, Taxicab Licenses: In Search of a 5th Amendment, 27 Compensable Property Interest, Transportation Law Journal, 113(2000).

<sup>②</sup> See Steven J. Eagle, The Perils of Regulatory Property in Land Use Regulation, 54 Washburn Law Journal, 1(2014). 从理论上讲,管制财产的定价方式并不复杂,在一个封闭的市场内,经营许可证是一种具有货币价值的产权,而竞争性利润与垄断利润之间的差额决定了这一权利的市场价值。但竞争性利润是多少?在管制的情形中,竞争性利润只能是虚拟出来的数字。参见[南斯拉夫]斯韦托扎尔·平乔维奇:《产权经济学——一种关于比较体制的理论》,蒋琳琦译,经济科学出版社1999年版,第57页。

<sup>③</sup> 美国学者提出了管制契约的概念。参见[美]J. 格里高利·西达克、丹尼尔·F. 史普博:《美国公用事业的竞争转型:放松管制与管制契约》,宋华琳、李鹤译,上海人民出版社2012年版,第103页。美国学者还提出了将管制契约作为关系契约的理论。参见[美]J. 格里高利·西达克、丹尼尔·F. 史普博:《美国公用事业的竞争转型:放松管制与管制契约》,宋华琳、李鹤译,上海人民出版社2012年版,第103—167页。

<sup>④</sup> See Oliver E. Williamson, Transaction—Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 Journal of Law & Economics, 223(1979); Oliver E. Williamson, The Mechanisms of Governance, 44 Administrative Science Quarterly, 799(1999) (discussing the relational contract framework).

如前所述,原有出租车营运牌照所蕴含的财产权是“政府掌舵、私人划船”的结果,与政府管制密切相关,现在政府将舵交给私人。网约车合法化,让原有出租车与网约车平等竞争,就在事实上放松了出租车营运牌照的数量限制。<sup>①</sup>网约车合法化是否会克减原有出租车营运牌照持有人的经济利益?原有出租车都是巡游车,这就涉及网约车与巡游车的关系。网约车合法化肯定会克减原有出租车营运牌照持有人的经济利益;巡游车与网约车所提供的服务基本同质,市场重叠,网约车会切割巡游车的市场份额,导致巡游车营运牌照持有人收益降低。

巡游车与网约车服务的地域范围重叠,网约车服务的地域范围甚至大于原有出租车服务的地域范围。网约车可以根据约定或平台公司安排去往任何地方,但巡游车的营运牌照具有严格的地域性,不能跨地域经营,<sup>②</sup>甚至在一个市里,不同区的营运牌照都有区别,不能跨越某些人为设定的分区。这与美国的管制体系迥异,故美国联邦第七巡回上诉法院波斯纳法官的判决意见无法适用于中国语境。波斯纳法官将巡游车与网约车的关系比喻为“养猫”与“养狗”、“咖啡厅”与“茶餐厅”的关系,借用当年革命导师对费尔巴哈的批评,“与其说是深刻的,不如说是机智的”。<sup>③</sup>要笼统回答巡游车与网约车之间是否存在竞争关系,的确困难重重:美国各州、各个城市中巡游车与网约车的管理体系千差万别,从经营区域看,在部分城市,巡游车与网约车的营运区域不重叠,有各自不同的运营区域;<sup>④</sup>而在另一些城市,巡游车与网约车的营运区域重叠。<sup>⑤</sup>脱离美国,波斯纳法官的这一说法在其他一些国家更是无法适用:在新加坡,有学者主张对巡游车和网约车实行对称管制;<sup>⑥</sup>澳大利利益北部行政区取消出租车数量管制后,政府回购原有的出租车旧牌照;<sup>⑦</sup>在德国,“优步案”的判决完全是另一番景象。<sup>⑧</sup>在中国,网约车与巡游车并不切割营运区域,巡游车与网约车之间的关系是“养猫”与“养猫”的竞争,是“茶餐厅”与“茶餐厅”的较量。

巡游车与网约车提供的服务同质,区别仅在于达成交易的方式不同。网约车与巡游车都通过满足乘客个性化的出行需求营利,都是“一人一车”提供服务。只不过巡游车招手即停,而网约车通过服务平台与乘客达成交易,但最终都是按照乘客的要求将其送达指定的地点。<sup>⑨</sup>主张将网约车理解为“网络信息服务”的学者,显然忽略了一个基本事实:乘客支付的费用是网络服务的对价还是乘车的对价?价格是根据网络信息服务的难度还是根据乘车的距离调整?显然是后者。如果因为通过网络达成交易就将交易的性质定义为“网络信息服务”,那么网上购物、网上订票属于什么性质的交易?不管将法律解释的技术发挥到何种境界,都无法回避一个基本事实:网约车提供的是出租车服务。我们可以抱怨当下出租车管制的种种沉疴,也可以憧憬对网约车放松管制后的笔笔福利,但不能因此按照自己的偏好对网约车服务的性质“指鹿为马”。网约车合法化以前,原有出租车(巡游车)几乎包揽了个别出行的全部业务,既可巡游,又可接受

① 网约车的许可不遵循总量控制的原则,以许可为一般,以不许可为例外。参见交通运输部《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第13条、第14条和第15条的规定。

② 参见交通运输部《巡游出租汽车经营服务管理规定》第21条。

③ [德]恩格斯:《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》,中共中央编译局译,人民出版社1972年版,第16页。

④ 例如,在纽约,巡游车服务的区域位处曼哈顿四个繁华的区域,而“优步”等只能在外围服务。芝加哥的情形也与此类似。See Steve Oxenhandler, Taxicab Licenses: In Search of a 5th Amendment, Compensable Property Interest, 27 Transportation Law Journal, 113 (2000). 即便是在纽约,由于不同的时段管制密度不同,网约车也构成对巡游车的冲击,《经济人》分析过2013—2015年的运营数据,研究结论是:“优步”快速增长的主要部分来自于替代出租车,而不是补充出租车,“优步”导致巡游车订单量急剧下降。See Taxi v. Uber: Substitutes or Complements? <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/08/taxis-v-uber>, 2017-08-29.

⑤ 受“优步”和“来福车”影响,旧金山最大的出租车公司已经破产。See Heather Kelly, San Francisco's Yellow Cab Files for Bankruptcy, <http://money.cnn.com/2016/01/25/technology/yellow-cab-bankruptcy/>, 2017-08-28. 芝加哥42%的出租车没有运行,收入下降了40%。See Joe Ciolli, Uber and Lyft are Destroying Chicago's Cab Drivers, <http://www.businessinsider.com/uber-and-lyft-are-destroying-chicagos-cab-drivers-2017-6>, 2017-08-28.

⑥ See Toh Yong Chuan, Regulate Uber and GrabCar with a Light, <http://www.straitstimes.com/opinion/regulate-uber-and-grabcar-with-a-light-touch>, 2017-08-27. “对称管制”系相对于电信法上的“不对称管制”而言的。所谓“不对称管制”,是指电信监管机构根据特定的区分标准对不同电信运营商采取不同的管制方式。其目的是扶持新兴电信运营企业,防止主导运营商滥用网络优势妨碍竞争,从而获得有效竞争的市场效果。参见姜耀雄:《论电信法中不对称管制的反向歧视特征及立法权》,《法学杂志》2010年第4期。

⑦ 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124页。

⑧ 参见张冬阳:《专车服务:制度创新抑或违法行为?》,《清华法学》2016年第2期。

⑨ 参见许明月、刘恒科:《网约车背景下地方出租车市场法律监管的改革与完善》,《广东社会科学》2016年第5期。

预订。随着网约车合法化,且数量急剧膨胀,预订服务市场被割去大半。此外,即时通讯工具越来越便捷,预订时间可以大幅缩短,几乎与街头等待巡游车的时间相当,使许多本来等待巡游服务的乘客转向预订服务,巡游车的市场份额再度被切割,运单量急剧下降,收益雪上加霜。

一些城市的统计数据表明,网约车合法化以来,原有出租车的收益被挤压,部分城市出租车司机的收入甚至减少 1/3 左右。据中国电子商务研究中心的监测数据,截至 2016 年 12 月,网约车用户规模为 1.68 亿,且仍在继续急速增长,仅下半年的增长率就达到 37.9%。<sup>①</sup> 根据易观智库预测,2016 年中国互联网专车交易规模将达 559.3 亿元,较 2015 年增长 50.9%。<sup>②</sup> 许多网约车用户从原有出租车用户中分流出来导致原有出租车接单量锐减,原有出租车经营者收入断崖式下降。在许多城市,原有出租车经营者的收入几乎减少 1/3。<sup>③</sup> 与此同时,原有出租车营运牌照的市场价格也急转直下,几十上百万的价格几乎被腰斩。<sup>④</sup> 因原有出租车运单量下降,原有出租车司机与网约车司机的冲突时有发生,有的甚至演变为群体性事件。<sup>⑤</sup>

原有出租车经营收益降低已是不争的事实。接下来的问题是:原有出租车营运牌照持有人能否减少甚至避免损失?比如转行。如果转行不产生沉淀成本,那么网约车合法化,放松对出租车的管制也不可能构成征收。美国学者正是从这个方面论证的:出租车作为资产的特异性程度低,车主不存在不可逆的投资,车辆不做出租车后,可以完全转做他用,车主还可以去那些没有开放网约车的城市继续开出租车。<sup>⑥</sup> 但在中国,原有出租车营运牌照持有人若将出租车移作他用,则沉淀成本十分巨大。首先,原有出租车营运牌照是特许的结果,当事人缴纳了价值不菲的特许使用费,没有法律依据在自己转行后请求政府退费;其次,原有出租车营运牌照具有严格的地域性,且实行总量控制,一个城市放松对出租车的管制后,原有出租车营运牌照持有人不可能去另一个没有放松管制的城市经营巡游车。因此,网约车合法化后,原有出租车经营如果转行,那么其沉淀投资无法收回,政府放松对出租车的管制会导致原有出租车营运牌照持有人不可逆的损失。从这个角度看,网约车合法化克减了原有出租车营运牌照持有人的财产权。

### 三、网约车合法化破坏了原有出租车营运牌照持有人的合理投资预期

单有网约车合法化给巡游车营运牌照持有人造成不可逆的损失,仍不足以证成对原有出租车营运牌照的征收:没有人享有免于竞争的权利,竞争利润肯定少于垄断利润。因此,没有人能合理预期免于竞争,市场本身就蕴含竞争和风险。也正是从这种意义上讲,许多学者主张网约车合法化没有破坏原有出租车营运牌照持有人的合理投资预期。<sup>⑦</sup> 这一判断是否正确?原有出租车营运牌照持有人不能有免于竞争的预期是毋庸置疑的:现行宪法文本中的市场经济条款就内含竞争是常态而垄断是例外。但公平竞争是当事人合理的投资预期,如果网约车合法化破坏了当事人对公平竞争的合理预期,导致原有出租车营运牌照持有人的经济损失,那么可证成网约车合法化构成对原有出租车营运牌照的征收。

公平竞争能否作为一项权利?如果不能,那么原有出租车营运牌照持有人主张网约车合法化构成征

<sup>①</sup> 参见中国互联网信息中心:《中国互联网络发展状况统计报告》,http://www.cnnic.net.cn/gywm/xwzx/rdxw/20172017/201701/t20170122\_66448.htm,2017-08-26。

<sup>②</sup> 参见易观智库:《中国专车市场趋势预测(2016-2018)》,https://www.analysys.cn/analysis/22/detail/17226/,2017-08-26。

<sup>③</sup> 参见雷蕾:《出租车月收入减 1/3 打车软件在港惹争议》,《人民日报》(海外版)2015 年 7 月 9 日。

<sup>④</sup> See Suzanne O'Halloran, As Uber & Lyft Hire More Drivers, Taxicab Medallion Values Tank, http://www.foxbusiness.com/features/2015/04/07/as-uber-lyft-hire-more-drivers-taxicab-medallion-values-tank.html, 2017-08-30。

<sup>⑤</sup> 例如,2016 年 5 月 31 日,西安市就发生出租车司机在街头闹事罢工抗议网约车的事件。参见秦阿琪:《西安出租车集体罢工 集体抵制网约车值得同情吗?》,http://www.huanqiu.com/www/mobilenews/hot/2016-06/9008059.html,2017-09-30;又如,2015 年 12 月 7 日,青岛市发生出租车围堵快车的行为。参见张晓鹏、赵波、李珍梅:《又杠上了,滴滴推出新业务,青岛的哥围堵快车》,http://www.qiwb.com.cn/2015/1208/509898\_2.shtml,2017-09-30。

<sup>⑥</sup> See J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, Givings, Taking and the Fallacy of Forward-Looking Costs, 72 Social Science Electronic Publishing, 1068(2001)。

<sup>⑦</sup> See Leige H. Martin, Deregulatory Taking: Stranded Investments and the Regulatory Compact in a Deregulated Electric Utility Industry, 31 Georgia Law Review, 1183(1996)。

收就缺少请求权基础。<sup>①</sup>《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第 1 条规定:“为保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”该法第 2 条第 2 款再度提及“经营者的合法权益”。有学者将这两条规范中涉及的“经营者的合法权益”理解为公平竞争权,并在学理上将其作为上位概念,整理出公平竞争权的规范体系。<sup>②</sup>随后,最高人民法院在司法解释中明确使用公平竞争权概念,《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 13 条规定:“有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼:(一)被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的……”这意味着最高人民法院在规范的意义肯定了上述学理解释。2014 年,全国人民代表大会常务委员会通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》,将“行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的”行为纳入人民法院受理行政案件的范围,再次在立法层面肯定了前述最高人民法院司法解释的正当性。通过立法和解释的目光流转,公平竞争权在中国法律体系中登堂入室,意指行政机关在市场经济条件下应平等对待每一位经营者。<sup>③</sup>公平竞争权还可以从宪法文本中逻辑地推导出来。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 33 条规定了平等原则,第 42 条规定的劳动权则可以逻辑地包含职业自由,<sup>④</sup>由此,对《反不正当竞争法》中的公平竞争权之解释找到了宪法根基。经过宪法和法律之间的目光流转,经营者的公平竞争权在我国法律秩序内被证立。

正是“公平竞争权”让原有出租车营运牌照持有人产生了如下合理投资预期:会出现竞争者,也可能利润减少,但利润的减少一定源自公平竞争。网约车合法化后,由于政府对网约车与巡游车实施不对称管制,原有出租车负载沉重的“在位者负担”,<sup>⑤</sup>原有出租车负重前行,体现在:(1)市场准入的管制不同。巡游车通过特许进入营运市场,原有出租车营运牌照是通过投标、拍卖取得的;网约车通过申请一般许可进入营运市场,无需为营运牌照向政府支付对价。(2)数量上限管制不同。政府对巡游车实行数量上限管制,每一家巡游车公司持有的营运牌照客观上存在数量上限;政府对网约车不实行数量上限管制,经营网约车的平台公司拥有的网约车没有数量上限。(3)对驾驶员的管制不同。巡游车驾驶员要经过政府组织的专门考试才能取得从业人员资格,政府对网约车驾驶员没有这项要求。(4)对车辆的管制不同。政府对巡游车的车型有严格要求,基本全市统一,但对网约车的车型管制相对宽松。(5)承担的普遍服务义务不同。巡游车司机承担《行政许可法》第 67 条规定的“普遍服务”义务,不能拒载,否则将受到处罚,而网约车司机却不承担这项义务。(6)费率管制不同。巡游车执行严格的政府定价,定价机制没有弹性;网约车没有政府定价,定价机制灵活。<sup>⑥</sup>巡游车与网约车的负担比较可用图 1 表示:

图 1

	巡游车	网约车	比对结论
市场准入	特许(支付对价)	一般许可(不支付对价)	巡游车负担重于网约车负担
数量上限管制	有	无	同上
驾驶员管制	严	松	同上

① 虽然请求权的基础是一项私法上的理论,但是在征收案件中依然可以适用。按照物权法定的原则,如果不能找到一项受到影响的财产权,那么不能证成征收。参见朱学磊:《管制性征收的请求权基础》,《时代法学》2015 年第 1 期。

② 参见李友根:《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》,《南京大学学报》(哲学社会科学版)2009 年第 4 期。

③ 参见高俊杰:《政府特许经营项目运行中的行政纠纷及其解决机制——一种框架性分析》,《当代法学》2016 年第 2 期。有学者认为公平竞争权包括正当竞争权和自由竞争权。参见王显勇:《公平竞争权论》,人民法院出版社 2007 年版,第 102—103 页。

④ 参见王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014 年第 3 期。

⑤ 所谓“在位者负担”,是指政府可以通过对已经进入某一行业的经营者(在位者)和新进入该行业的经营者(新进者)不对称地适用规则,来激励或促进某一行业准入。如果在位者面对的归因于管制的成本,政府并没有强加给新进者,那么就称之为存在在位者负担。参见[美]J. 格里高利·西达克·丹尼尔·F. 史普博:《美国公用事业竞争转型:放松管制与管制契约》,宋华琳、李鸽等译,上海人民出版社 2012 年版,第 28 页。

⑥ 参见许明月、刘恒科:《网约车背景下地方出租车市场法律监管的改革与完善》,《广东社会科学》2016 年第 5 期。

车辆管制	严	松	同上
普遍服务义务	有	无	同上
费率管制	有	无	同上

放松管制与网约车合法化是破除原有出租车的垄断,赋予其他竞争主体公平竞争权,符合大众预期,与宪法文本中的市场经济条款合拍。这一制度变革的意义不容小觑。但如果不顾原有出租车沉重的“在位者负担”,不调适对巡游车的管制,任其在泥沼中艰难爬行,让负重骆驼与一骠轻骑同台竞争,那么无疑是以一种制度不正义替代另一种制度不正义。网约车合法化,开放市场准入,因应了“放管服”改革的政策取向,是对网约车驾驶员职业自由的尊重,也促进了公共利益,但成本应该由全社会承担。放松管制提高了整个社会福利,但让原有出租车营运牌照持有人的福利缩水并承担不合比例的负担,破坏了原有出租车经营者基于公平竞争权的合理投资预期。

综上所述,网约车合法化,克减了原有出租车营运牌照持有人的财产权,并破坏了其基于公平竞争权的合理投资预期。网约车合法化的目的不是在网约车与原有出租车之间建构强制性互惠,<sup>①</sup>更不是为了制止公害,不属于警察权的行使,<sup>②</sup>构成对原有出租车营运牌照的管制性征收。

#### 四、如何补偿原有出租车牌照持有人的损失

补偿是征收的“唇齿条款”。如果网约车合法化已构成对原有出租车营运牌照持有人的管制性征收,那么补偿就是题中之意。既然对原有出租车营运牌照构成管制性征收的缘由是不对称管制,让原有出租车承受沉重的“在位者负担”使之无法与网约车公平竞争,那么,能否对称管制巡游车和网约车,从而让政府免于承担补偿义务?对称管制的思路不外乎两种:放松对巡游车的管制,使对巡游车的管制接近对网约车的管制;加大对网约车的管制力度,使对网约车的管制接近对巡游车的管制。对巡游车的管制已经大致成型,如果没有网约车合法化浪潮的冲击,那么也许我们根本就不会去反思该管制体系的制度绩效。虽然有《行政许可法》高悬在许可设定权之上,但是设定一项行政许可比取消一项行政许可容易。<sup>③</sup>网约车是刚刚兴起的新事物,制度构造远未完成,原有的制度惯性,长期形成的路径依赖,都可能使政府倾向于网约车出租车化,而不是出租车网约车化。但是,在现有的法秩序内,显然以放松管制为导向的制度安排更容易获得正当性支持。在不同利益、不同观点的博弈中,最低限度的共识正在达成:网约车合法,但也要受到管制,分歧在于管制密度;对巡游车的管制要逐渐放松,分歧在于放松到何种程度。管制或者不管制,并不是一个二进制的开关,中间有开阔的半开状态。至于半开到何种程度,需要反复的制度试错。我们当下必须解决的问题是:如何补偿原有巡游车营运牌照持有人的财产损失?

对网约车合法化以后新进入巡游车行业的经营者,政府不应该给予补偿。网约车合法化,不对称管制是已知的事实,他们的合理投资预期没有被破坏,并且新的巡游车营运牌照大多没有支付对价,也不能转让,故很难证明该营运牌照包含作为征收对象的财产权。2016年,国务院办公厅发布《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》明确规定:“新增出租汽车经营权全部实行无偿使用,并不得变更经营主体。”截至2016年4月,深圳、苏州、无锡、常州、徐州、南昌、南京、宁波、金华、杭州、义乌、武汉等多个城

① 互利的合作有时必须让政府推动,如果让一部分人承受了负担,却从合作中得到了互惠利益,经济利益没有遭到损害,那么也不构成管制性征收。参见刘连泰:《法理的救赎:互惠原理在管制性征收案件中的适用》,《现代法学》2015年第4期。

② 如果财产权人对财产的使用方式已构成对不特定多数人财产的妨害即公害,那么政府可以管制。这时的管制也造成财产权人的损失,但不构成管制性征收。See *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623 (1887); *Terri A. Muren, Public Use Coterminous with Scope of Police Power*, 53 UMKC Law Review, 324(1985).

③ 政府可以有选择性地说明很多管制的理由,在对立冲突的管制目标之间选择性失明,学者也无法穷尽管制的全部变量。这给管制评价带来诸多困扰。取消一项行政许可除了会受到已经获得许可的行政相对人的阻挠外,政府也不愿放弃已经设定的行政许可。See *George W. Wilson, Deregulation: How Far Should It Go?* 51 *Indiana Law Journal*, 700(1976).



市已相继取消出租车经营权有偿使用费,<sup>①</sup>巡游车最沉重的“在位者负担”将不复存在。

需要讨论的是如何补偿原有出租车营运牌照持有人,即如何补偿那些通过投标、交纳出租车经营权使用费的巡游车营运牌照持有人。补偿的标准着眼于损害,即网约车合法化给原有出租车营运牌照持有人造成的不可逆损失。如前所述,网约车合法化后,原有出租车的“在位者负担”主要源自出租车经营权有偿使用费、数量上限管制、驾驶员管制、车辆管制、普遍服务管制和费率管制。在上述损失中,因数量上限管制、驾驶员管制、车辆管制、普遍服务管制和费率管制属于可逆的损失,按照美国学者的思路:<sup>②</sup>原有出租车营运牌照持有人不经营巡游车时,可以将车辆用于经营网约车,数量上限管制、驾驶员管制、车辆管制、普遍服务管制和费率管制导致的支出不会成为经营网约车的沉淀成本。进入巡游车行业需要特许,但退出不需要特许,并且,政府对巡游车的管制密度比对网约车的管制密度更高,因此,退出巡游车行业的出租车仍可用作网约车。既然原有出租车退出巡游车行业后仍可以经营网约车,那么网约车合法化后原有出租车营运牌照持有人的不可逆损失就是转行成本,即投资于经营原有出租车,转行到网约车经营后无法继续发挥效益的沉淀成本。具体来说,就是出租车经营权有偿使用费,这一部分损失应该得到补偿。

由于各地原有出租车经营权有偿使用费收取方式不一,部分地区不同时间段的制度也不同,补偿原有出租车经营权有偿使用费的数额不同,因此只能大致设计出对原有出租车营运牌照持有人补偿的框架性方案:无偿取得出租车经营权的,没有转行成本,不予补偿;有偿取得有期限原有出租车经营权的,剩余年限出租车经营权使用费就是其转行成本,应该补偿;有偿取得无期限原有出租车经营权的,以车的使用年限为依据,计算出每年均摊的出租车经营权使用费,剩余年限均摊的原有出租车经营权使用费属于转行成本,应该补偿。<sup>③</sup> 补偿方案如图2所示:

图 2

		不补偿	补偿	补偿标准
网约车合法化后取得巡游车营运牌照的牌照持有人		✓		
网约车合法化以前取得巡游车(原有出租车)营运牌照的牌照持有人	无偿取得	✓		
	有偿取得有期限出租车营运牌照		✓	剩余年限出租车经营权有偿使用费
	有偿取得无期限出租车营运牌照		✓	推算年限的出租车经营权有偿使用费

“有时候一页的历史需要一整卷的逻辑去解释。”<sup>④</sup>历史不服从于逻辑,但人类必须将历史整合进逻辑才能建构法律秩序。出租车的管制体系建立于巡游车时代,网约车的出现,使原有出租车管制体系相形见绌。但是,不能因为网约车不符合原有出租车管制的制度逻辑就削足适履,硬生生地将网约车改造为出租车。制度革新的动能来自技术革新的经验世界。法律也应该尊重建立在传统制度逻辑中的财产权,将技术革新和制度革新的成本降到最低。管制性征收的概念可以较好地化解网约车合法化的制度逻辑与技术革新之间的矛盾。我们在拥抱网约车的同时,也应对原有出租车营运牌照持有人的损失分门别类处理,使网约车与原有出租车的竞争变成双赢的博弈。这是技术的胜利,也是制度的胜利。

责任编辑 谭冰霖

<sup>①</sup> 参见李金磊:《多地取消出租车经营权使用费或倒逼降低“份子钱”》,http://www.chinanews.com/cj/2016/03-26/7812293.shtml,2017-08-26。

<sup>②</sup> See J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, Givings, Taking and the Fallacy of Forward-Looking Costs, 72 Social Science Electronic Publishing, 1068(2001).

<sup>③</sup> 按照《中华人民共和国行政许可法》第18条的规定,特许经营都有经营期限,无期限的出租车经营权牌照不应该被理解为永久性出租车经营权牌照,当事人不应该有这种投资预期。当然,以车的使用年限为标准进行补偿只是其中的一种补偿方案。应当指出的是,无年限的出租车经营权牌照只在早期有过,后来大多转成了有期限的出租车经营权牌照。参见赵东辉、吴亮:《从城市资源变成“烫手山芋”——出租车行业发展调查》,《出租车之家》2004年第5期。

<sup>④</sup> Lawrence W. Waggoner, Reformulating the Structure of Estate: A Proposal for Legislation, 85 Harvard Law Review, 735(1972).