

# 负面清单管理模式下网约车的法治进路

孙丽岩

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:** 作为出租车运营融合互联网技术而产生的一种市场经营方式,网约车的迅速发展给行政管理带来了诸多挑战。面对此类互联网新经济业态,行政管理必须进行改革创新,适应市场经济发展的需要。负面清单模式作为政府管理经济的一种手段,它突破了我国传统的行政管理模式,适应了我国深化市场化改革的要求,特别是在规范政府权力、促进经济自由、激活市场活力等方面显现出独特的优势。网约车的管理可以借鉴负面清单模式中监管和放权的双重功效,以此改革和完善我国传统的出租车行政监管制度,推进互联网时代我国行政管理的创新发展。

**关键词:** 负面清单; 网约车; 市场监管

**中图分类号:** D922.1    **文献标识码:** A    **文章编号:** 0438-0460(2018)06-0127-11

根据极光大数据在2018年5月发布的《2018年5月专车市场研究报告》,截至2018年5月底,网约车app市场渗透率为16.9%,用户规模为1.85亿。2018年5月,滴滴出行月均DAU为1504.4万,神州专车和首汽约车分别为31.2万、20.7万。<sup>[1]</sup> 面对网约车新业态的迅猛发展,我国行政机关对网约车这一互联网新经济形态没有墨守僵化的管制思维,而是尊重市场经济的发展规律,通过引导、规范扶持互联网经济的创新发展,这与同时期我国自贸区实行的负面清单管理制度有着异曲同工之妙。互联网时代是一个急剧变革的时代,经济要创新发展,政府的市场监管就必须首先要革新观念,破除束缚市场经济发展的藩篱,为新的互联网经济形态的发展创造条件。相较于传统的经济管理模式,负面清单模式能够最大限度地释放市场经济的自由度,扩大和保障经济自由是市场经济繁荣发展的驱动力,这就要求政府必须对传统的市场监管进行改革和创新。

## 一、网约车引发的社会行政管理困境

网约车的兴起始于2014年,它的出现源于两个方面的因素:一是城市半径的扩大、人口的增长与公共交通的匮乏。近些年的城市化进程将城市圈不断扩大,城市人口激增但可支配的公共资源有限,特别是一直受政府许可支配的出租车市场长期处于发展停滞,无法满足民众自主出行的需要。二是移动互联网的发展客观上为网约车的兴起提供了平台和技术支撑,将包括交通服务在内的服务从线下延伸至线上。网约车经营从诞生之日起就面临诸多争议,毕竟网约车经营事关社会多方利益。对于运营者来说,网约车系基于市场需求而产生的,它极大地满足了民众改善出行的需求,并节约了社会资源。对于管理部门而言,一方面从现有立法来看,网约车经营确实不符合道路运营前置许可程序的规定,且相较于传统出租车运营管理模式缺乏一定的安全保障机制。<sup>[2]</sup> 但另一方面,大多数民众对于便利快捷、经济实惠的网约车给予了广泛的肯定和认同,基于强大的民

收稿日期:2018-08-23

作者简介:孙丽岩,女,吉林舒兰人,厦门大学法学院教授,法学博士。

意支持,政府管理部门一直纠结在放与禁的两难境地。这种监管困境反映了网约车引发的不同主体之间现实利益的冲突。“执法难度作为制度成本问题,它是一个实质性问题,而不是技术性问题。制度效率是效益与成本之比,离开成本谈效率,谈一个制度好还是坏,是没有意义的。”<sup>[3]</sup>究其原因,政府管理面临取舍的根源在于网约车领域反映出的个体利益与公共利益的利益博弈、政府管理的成本与效益取舍以及民众对管理和放任的容忍程度等。

### (一) 网约车运营中个体成本与社会公共效益冲突引发的管理困境

根据科斯定理,如果交易成本为零,不管怎样选择法律规则、配置权利,有效率的结果都会出现。从网约车这种经济现象产生的源头来看,它是一种区别于传统出租车市场、意图从客运市场获取效益的经济行为。在营运车市场体系中,运营车辆、从业人员等均存在着个体成本,而道路的建设、使用、维护等都不可避免地存在公共成本,故而在道路运营市场关系中不存在理想的交易成本为零的现象,当然也就不可能任何法律设置、制度安排都是普遍适用的。因而,网约车对经济发展而言是正效益还是负效益,最终取决于该制度的有效性,正如科斯所言“能使交易成本最小化的法律就是最好的法律。”

除了经济主体内部的成本博弈外,作为一种公共经济制度,网约车制度本身还存在社会公共效益和个体效益之间的中和成本。包括出租车在内的社会公共交通具有服务社会大众的公益性和盈利性双重属性,投入运营的出租车不仅需考虑投入成本,因其兼具满足大众不同的出行需求以及弥补公共道路网布局不完善、运力不足的社会功能,出租车数量的多寡还取决于社会道路的承载成本和公共交通运输力分担的成本,这种公共效益成本必须纳入个体效益的考虑范畴。出租车运营市场一旦完全放开,将可能诱使大量社会资金的涌入,促成出租车经营的无序发展,使社会公共管理陷入困境。

### (二) 网约车许可与放任的政府管理效率困境

实践中,政府的运转同样需要考虑投入与产出的收益比,特别是诸如涉及网约车这类资源调配类的许可或者管制,关系到行政管理体系内部与外部之间的成本与效益对比。“作为基本行政职能的调配不仅是对静态成分的简单组合,每一个被调配的要素都有其自身的动态,在其特有的速率上运作,并且受制于组织外的影响因素。”<sup>[4]</sup>网约车经营除了需要遵循网约车自身的纵向经济守则、规律,也要适应整个道路运输体系应有的经济规律,许可抑或管制作为组织外的影响因素能够直接影响该行业的发展趋势。

在高度集中、融合的群体社会中,政府的许可抑或管制不仅影响经济主体的市场前景,决定其收益大小、难易程度等,而且对社会整体经济的发展起着至关重要的作用。市场准入的前置许可程序对于网约车经营者也许只是单纯的经济成本,但对政府机构就不仅仅是管理成本的问题,还涉及政府投入成本带来的社会收益问题。如果政府投入的管理成本高而获得的社会收益小,则不单是行政过程本身不经济的问题,还会对整个社会经济的发展起到制约作用。从政治层面而言,这种组织管理是不成功或是失败的;从经济层面来看,这种管理则消耗了有限的政府支出,阻碍了社会财富的增长,制约了市场效率的提高。现阶段,我国政府部门对于出租车市场设定了较高的准入门槛,出租车经营权事实上成为了行政性垄断资源。一些出租车经营企业为了获得或继续保有出租车经营权,不惜代价去“俘获”政府管理人员,由此造成出租车经营市场被严重扭曲。当然,对于出租车经营市场也不能放任管理,单纯的放任看似没有支出,但一味的放任造成的社会经济混乱无序后果,由此引发的社会稳定成本、社会公共资源的浪费成本都会转由政府来承担,导致纳税人共同拥有的社会资源浪费,同样有违经济学上的基本效率追求。

### (三) 自由与秩序引发的网约车管理博弈

自由和秩序是市场经济的基础,秩序要求政府建立完善的市场法律制度,保障市场交易的预期,维护公共利益。而自由意味着政府尽可能少的干预,由市场主体自主判断、自主决策,市场主体

希望来自于法律制度的约束越少越好,自由宽松的市场环境有助于充分激活市场主体的活力。因为管制越少,市场主体进入市场的成本越少,从而增强资本的流动性和提高市场配置资源的效率。

政府管制与市场自由是一种此消彼长的关系,只有二者的制度配置相协调契合,市场效率才可能达到最优。历史上,古典自由主义经济学曾将国家对经济的干预视为阻止实现社会经济帕累托状态的主要障碍,认为只有完全自由竞争的市场经济才是达到帕累托效率的唯一途径。依据经济学理论,在一个完全自由竞争的市场中,如果不存在信息不对称和外部性等干扰因素,供求关系、价格机制、竞争机制等市场机制完全能自动促使市场资源配置达到最优。在理想的市场中,个人和企业基于个人效用和利润最大化的选择一定可以达到最优,但这仅仅是一种假设的理想经济模型。“从人的自利本性出发,只有付出少而获益多的行为才是理性的,从而也只有那些生产成本小于其综合价值(包括但不限于经济价值)的产品,才会有人自愿提供;相反,代价高而获益少的产品必须通过强制手段或激发人的牺牲精神才能进行持续不断的生产。”<sup>[6]</sup>在现实的社会中,诸如垄断造成的不公平竞争、信息不对称造成的市场主体与消费者之间的不平等、溢出效应造成的公共产品缺失等均制约着社会资源实现最优配置,因此,保障现实经济中实现帕累托最优的法律制度就变得必不可少。例如,反垄断法规定的对涉嫌市场垄断行为的反垄断调查制度,可以有力地保障正常的市场机制不受损害;证券法规定的上市公司信息披露制度,可以最大可能地保障投资者将资本投入到效益最优的领域,等等。

市场主体为了实现自身利益的最大化总是期待更少的政府管制,国家立法应符合市场经济规律的要求,既要考虑市场主体的利益追求,也要兼顾社会整体利益的实现,通过法律制度的约束功能抑制机会主义者的放任。因此,政府对于网约车的管理既要考虑不同主体之间的利益诉求,也要考虑资源配置的效率,维护社会公共利益。

## 二、负面清单模式化解网约车管理困境的天然优势

### (一) 负面清单模式的法律界定

“负面清单”作为现代市场经济的一种经济理念和管理模式,是目前国际通行的一种外商投资管理办法。它最早出现在20世纪90年代的国际贸易协定之中,其最典型特征就在于“非禁即可入”,类似于设定投资领域的“黑名单”。通过否定性列表的方式表明外商投资者禁止进入的领域,在清单之外,各类市场主体均可依法平等进入。自上海自贸区在国内率先推行“负面清单”管理模式以来,因其实施效果良好而在全国逐步推广。“实行统一的市场准入制度,在制定负面清单基础上,各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。”<sup>①</sup>实行负面清单管理模式是适应我国新时期市场经济的发展趋势、全面深化改革和扩大对外开放的重大举措。推行负面清单管理模式不仅在经济上具有重要的积极意义,而且是我国市场经济迈向法治化的要求。从市场主体方面来说,负面清单模式充分体现了私法自治、法不禁止皆可为的法律理念。<sup>[7]</sup>而对于行政主体来说,该模式契合了简政放权的时代要求,在如何同时满足市场需求和实现行政管理预期目标层面,诠释了服务行政的基本内涵和有限政府原则,“公民的权利是其固有的,不需宪法授权或列举,公民有权做宪法、法律不禁止的任何事情。”<sup>[8]</sup>

### (二) 负面清单模式有利于推动传统行政管理模式的变革

#### 1. 负面清单模式满足了市场发展和行政管控的双重需求

从实施效果来看,负面清单模式展现了政府行政在市场经济管控中的路径选择,满足了促进市

<sup>①</sup> 参见中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第9条, [http://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content\\_2528179.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content_2528179.htm)。

市场经济发展和实现公共行政管理的双重要求。纵观世界经济的发展历程,在市场经济越发达地区,其政府主动管制的程度越低,市场主体的自主性越大。在以往行政权高度集中和绝对强势的情况下,行政管理者可以通过自己单方的行为使被管理者听命就范。而在法治社会中,管理者与被管理者之间不再局限于管理与服从的关系,管理者不可能通过单方行为将自己的意志强加于被管理者,引导、奖励等非强制行政行为成为政府行为的首选途径。从负面清单的实践来看,它适应了政府从主动运用行政管制到注重发挥市场主体自主性的转变要求,意味着政府行政在市场管理中不再是无所不能,而是必须尊重市场规律,充分调动市场主体的能动性和创造性。以我国《行政许可法》的规定为例,负面清单模式对该法虽然起到了补强的作用,但补强的目的并不是为了要强化政府的行政管理权,而是要明确政府权力的边界,将一些事务性的管理回归社会。从现有的自贸区负面清单来看,负面清单将清单的公布权限定在市级政府层面,除此以外的其他任何主体都不能在自贸区的准入资格上设置门槛,自贸区的市场主体以自己的运行准则调整自己的行为,这种转变正是公共服务的必然要求。

### 2. 负面清单模式凸显了市场主体自主经营和政府服务行政的内涵

负面清单是确立政府与市场关系的一种市场管理模式。负面清单模式赋予市场主体充分的自由,市场交易由市场主体自主决定。负面清单管理模式扩大了市场主体对市场的参与度和自主性,调动了市场主体的积极性,释放了市场主体的活力,极大增加了市场经济的自由度。

传统的许可等强干涉性的管制模式则人为限制了市场主体的经济活力,容易滋生强权政府以及权力寻租。相反,在负面清单模式下,政府部门的市场监管权限以负面清单为界,同样受负面清单的制约和限制,行政管理部门只能对市场主体违反负面清单的行为予以制裁和惩处。负面清单管理模式虽然放宽了市场主体的市场准入资格,但却更加激发了市场主体的自律意识和自我责任意识,政府不再追求事无巨细的管控,而是通过提供良好的市场运行秩序服务于经济,以“管家婆”身份服务于市场需求。

### 3. 负面清单模式能够促进政府公共政策中社会总体利益的最大化

维护公共利益是政府区别于个人逐利而制定公共政策的本旨。但是,“没有一种方法可以精确地确定在多大范围内分享的利益就是公共利益。实际上,不存在所有人共享的利益。”<sup>[9]</sup>负面清单模式划定了市场主体禁入的范围,对于非禁入的领域,市场主体可以自由选择,这种模式是灵活的、自由的,但也并非是至臻完美而无需监管和引导。市场主体可能会因为缺乏制约而变得更加唯利是图,在某些领域也可能导致市场主体一拥而上盲目发展。例如,网约车领域就先后诞生过易到、滴滴打车、一号专车、快的打车、首汽约车、Uber等经营者,可谓群雄逐鹿,各显绝技。负面清单模式在资源配置中具有明显的引导作用,网约车经营者在争取更多市场份额的竞争中只有充分保障消费者的利益,才能避免消费者“用脚投票”,对于促进公共利益的实现具有显著的激励作用。

经济学理论显示,政府监管部门和市场主体的利益关切点不同,它们之间难免存在矛盾和博弈,市场主体进入市场的目的是实现个体利益的最大化,而政府监管部门则力争通过维护市场秩序实现公共利益的最大化,两者看似对立,实则统一。在实践层面,公共利益的过于抽象使得政府为谋取公共利益而制定的政策缺乏说服力,而实实在在的社会总体利益则扮演着公共利益代言人的角色。负面清单模式可以最大限度地保障市场主体追求个人利益,个人利益的最大化也会反哺社会,在一定程度上起到了引导社会总体进步和发展的作用,最终与政府追求的社会总体利益最大化目标相吻合。

## 三、网约车管理领域如何实现负面清单模式的积极功能

实践中,网约车的产生凭借新的技术条件和经营方式突破了专营的市场藩篱,构成对传统出租

车经营的巨大冲击。我国传统的出租车经营在诞生之初因其国营性质而采取行政许可专营方式,造成了出租车行业的自然垄断属性。当政府在对自然垄断行业实行边际成本定价管制时,为了分摊行业的平均成本,政府需要对其进行适度补贴或者赋予其垄断地位。在面对网约车侵蚀原有出租车经营者的利益时,政府不应继续通过严厉的管制来排斥、压制网约车的发展,而应以促进出租车市场健康发展和满足广大民众出行需求为出发点改革原有的行政管理模式,充分发挥负面清单前述的自发管理、自由发展等积极因素,实现交通服务于民众的经济、社会目的。

### (一) 负面清单模式是政府平衡出租车垄断与兼顾网约车发展的双向选择

从现有的实践来看,负面清单管理模式充分体现了市场经济的法治思维,即对市场主体而言“法无禁止即可为”,对政府而言“法无授权不可为”。<sup>①</sup> 市场经济中,“与他人替自己花钱相比,许多人更擅长花自己的钱。有时,它被直接提升为伦理准则:消费者有权自己犯错。”<sup>[10]</sup> 如果将政府行政视为行政服务的话,那么行政管理相对人其实就是行政服务的消费者,他们有权选择适合自己的经营方式,而不是被限定在政府事先设定的范围内,这更能激发他们的活力和创造力,为他们带来更多的利益。

但负面清单模式对相对人而言并不意味着绝对的自由选择,或者说市场条件下相对人的行政消费对象也是有限的,管制是负面清单必不可少的补充和调节。“管制常常被政府用以取得某些目的,如收入的再分配和特殊产业的鼓励,而置经济效率于不顾。许多管制措施实质上就是再分配,并且是政治过程的结果,以满足消费者或产业压力集团的自我利益。”<sup>[11]</sup> 负面清单模式赋予了市场主体追求经济效益最大化的选择权,而管制则通过对市场主体的一定约束来保障这种选择权不被滥用,其行使并未背离实行负面清单模式的本旨,两者实际上并行不悖。

网约车是否需要在负面清单与管制中间必然择一,答案并不唯一的原因就在于此。负面清单模式有助于市场主体自主选择网约车作为经济活动的内容,但管制能够保障网约车车主的选择权,实现预期的经济目标。“网约车运营存在着负外部性、信息不对称,可能形成垄断结构。由于中国出租车运营需要事前许可,它还引发了利益失衡现象。在平台经济的运作下,它还可能在其生态中形成失衡的利益分布。此时,市场机制无法完全有效调节,政府规制就成为了必要。”<sup>[12]</sup> 因此,纯粹的负面清单可能会导致网约车市场全然无序,单纯的管制必然会遏制网约车经济的正常发展,亦会造成黑车泛滥、行政权威受损,只有放权与管制相互结合的负面清单才是网约车领域真正需要的管理模式。

### (二) 寻求市场自发约束的边际线是负面清单模式的目标,也是网约车市场发展的临界点

大多学者认为,负面清单模式可以视为私法自治在行政法领域的延伸。<sup>[13]</sup> 虽然我们认可私法自治对个人权利和自由的尊崇,但私法自治仍存有一定的边界,即不能损害公共利益和公序良俗,不能违反法律的强制性规定和禁止性规定,否则将受到法律的制裁。此外,市场经济中市场主体逐利的边际效用与成本是对市场主体行为的内在约束,网约车与负面清单模式在经济目标、法律效果上同样存在边界的吻合。

经济上,追求投入与产出的效率比是市场主体从事经济活动的标尺,也是衡量负面清单模式是否适用于某一领域的标志。市场秩序“并不是人类的设计或意图造成的结果,而是一个自发的产物”。<sup>[14]</sup> 在市场体系下,作为市场主体的企业,“他受着一只看不见的手的指导,去尽力达到一个并非他本意想要达到的目的。也并不因为事非出于本意,就对社会有害。他追求自己的利益,往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。”<sup>[15]</sup> 负面清单模式能够客观上充分发挥出市场的竞争性经济效益,实现投入与产出的高效益比。法律上,负面清单模式同样通过收益与

<sup>①</sup> 参见李克强总理在国务院第二次廉政工作会议上的讲话, [http://www.gov.cn/ldhd/2014-02/24/content\\_2619594.htm](http://www.gov.cn/ldhd/2014-02/24/content_2619594.htm)。

损害的法律后果来评价市场主体的合规与违规。负面清单模式下的法律模式要求政府为市场主体创造公平公正的市场环境,让市场正常发挥自我调节的作用,而不是试图通过行政强制去控制市场甚至取代市场,从而形成兼顾效率与公平的资源配置结果。

网约车的兴起属于纯粹的市场行为,初始的行为目标单纯以经济效益作为网约车发展的动因,并且是唯一动因。以负面清单模式的经济边际效用来看,网约车经营理论上应当适用私法自治,允许市场主体自由选择出租车的经营方式、范围,实现竞争性经济效益。但是,网约车的无序发展会冲击甚至打乱既有的出租车经营秩序,造成不必要的经营成本内耗,与期待的网约车经营预期收益背道而驰。而在法律成本上,政府对网约车放任而不加以管制不仅不现实、不公平,也触动了政府已有的法律底线,在法律尚未就此加以重新界定的前提下,政府不能无视已有的法律边界,处罚、取缔等行政处罚手段成为政府面对网约车的首选管理方式。是一概严格依法管制网约车,还是区别对待违法运营的网约车,成为政府对待网约车的方向性选择。市场需要完全放任的网约车还是加强监管的网约车与出租车,不仅仅依赖于政府对该领域管理边界的探索,更多地也是市场通过政府放松管制自我摸索的过程。

#### 四、网约车管理领域实现负面清单模式的幅度控制

美国学者 Tamanaha 在阐述法治的作用时说“法治不是有关人民寄希望于政府的任何美好事物。对它作这种解读的终极诱惑是法治具有象征性力量的实际证明,但我们不能沉迷于它。”<sup>[16]</sup>对“法不禁止皆自由”这条奉为圭臬的法治原则亦应当辩证地看待,缺乏法律边界的自治并非解决任何问题的灵丹妙药。政府对网约车的管理正体现了自由状态下的适度管制,网约车管理领域适用负面清单模式并非完全照搬,也需要因地制宜、适度修正。

##### (一) 完全摒弃管制的全能政府或自由国度只是理想状态

回顾世界经济发展的脉络可见,试图打造在资源配置中统管一切的全能政府是不切实际的。因为,全能政府模式是通过行政权的运用来达致经济决策与执行的高度统一,而不是考虑如何通过市场促进社会经济的协调发展。与此相反,负面清单管理模式以一种相对消极的权力模式对待新的经济发展形态,主动将管理权部分地让渡给社会民众,通过社会民众自发自为的管理替代强力约束。但是,如若一味地追求无为而过度推崇负面清单模式,也可能产生混乱。

如前所述,负面清单模式可视为有限政府框架下的具体行政方式之一,它认同政府的权力范围受限,以政府不干涉社会中企业和个人的合法行动为前提,通过基本的、必要的法律来维持社会的正常运行秩序,以充分释放社会经济主体的创造力和活力。不过,负面清单模式下的政府强制力只是被弱化而不是消亡,部分或局部强制力的存在依然是良好的经济和社会秩序的必备要件,缺乏必要秩序保障的负面清单模式并不能真正适应社会要求。经营自由和国家干预从来都是相伴而生的,两者的临界点就是公共利益,也是国家干预的理由和基本出发点。比如德国联邦基本法第14条第2款规定“财产应履行义务,财产权的行使应有利于社会公共利益。”日本宪法第12条规定:“国民不得滥用此种自由与权利,而应经常承担增进大众公共福利的责任。”

由此可见,对于网约车这一新经济形态,单纯的经济管制和绝对的经济自由都是不现实的。国家可以通过制定一定的法律来实现兼顾经济管制与自由的政策目标。基于网约车经济形态的特殊性,考虑到经济自由与秩序的权衡,特别是公共利益的维护,国家适度的行政干预可以防止负面清单赋予市场主体的经济自由被滥用,更好地促进网约车经济的良性发展。当然,如果政府对网约车的管制逾越了公共利益的边界,则将危及个体的经济自由。纵观世界各国对网约车的管理模式,被认为最为宽松的新加坡也是实行注册备案管理制度,虽不设立市场准入门槛,但网约车公司也需要将经营情况向政府备案,接受政府对服务质量的监管。除此以外,美国不同的州、英国等国家对于

网约车的运营都规定了一定的准入条件,在此条件限定下可以自由入市。

### (二) 适当的管制有利于防止出租车市场垄断,促进财富均衡

负面清单模式能够极大地赋予市场主体从事经济活动的自由,这可能会造成社会资本流向热点行业、热点地区,导致行业发展不平衡,地区发展不均衡。适当的管制可以引导市场主体的行为,避免市场主体之间的恶性竞争,更合理、有效地配置社会资源,促进行业和地区经济的均衡发展,防止垄断的发生。

市场主体具有显著的“经济人”特质,在利益最大化的驱使下,市场主体通常会排挤、打压竞争对手,乃至试图实行垄断经营,以独占市场、获取垄断利润作为追求目标。市场主体追逐私利的本性极易将市场演变为“大鱼吃小鱼”的竞技场,这种竞技规则如果不加以引导和约束,就可能导致市场主体之间不择手段地进行恶性竞争,破坏公平有序的市场竞争环境,市场主体期待的经济自由可能最终沦为少数垄断者的自由,从而危及国家经济秩序和社会整体利益。因此,完全寄望于通过市场的自发秩序来维系社会的发展并实现经济自由只是一种不切实际的空想。适当的管制可以弥补负面清单模式的短板,使反垄断和财富均衡获得道义上的正当性。

从网约车管理制度出台的背景来看,2012年网约车诞生之时起引发的烧钱大战、合并之战是网约车管制制度出台的直接动因。截至2012年最疯狂的5月底,通过自杀式的补贴大战,滴滴打车和快的打车二者累计占用户市场份额的98%以上。根据中国IT研究中心(CNIT-Research)发布的《2016年Q1中国专车市场研究报告》显示:2016年第一季度滴滴专车以85.3%的订单市场份额居行业之首,优步中国占7.8%,而易到用车和神州专车则分别以3.3%和2.9%位列三、四位。2016年8月合并之后的滴滴出行,可以通过二级价格歧视获取消费者剩余、病毒营销和类似捆绑销售的方式抑制竞争等方式,轻松获取超额利润。多位学者建言政府应当介入调查滴滴出行和Uber中国的运营管理与财务状况,估算合并后的社会收益与社会成本并视情况启动反垄断决策。同时,应当出台措施限制两家企业利用垄断地位提高价格获取消费者剩余和超额利润;禁止企业差额定价及动态定价,鼓励企业采取其他激励方式促进司机接单,例如评价体系、绩效体系、积分体系等。<sup>[17]</sup>上述网约车市场的发展表明,以反垄断为主要内容的网约车管理也是政府在市场经济条件下无法回避的行政目标。

### (三) 国家与社会主体合作治理成为互联网时代政府管理经济的重要手段

合作治理是融合政府治理和公民自治优势的复合性治理模式,其基本特征是不同的治理主体为解决共同事务而对各方掌控的治理性资源进行交换和共享。<sup>[18]</sup>政府可以采用默许、邀请、授权或其他方式,支持包括社会经济主体在内的各类群体参与公共事务的咨询、决策、实施、评价和监督,共同回应及解决社会中出现的社会矛盾、公共需求。传统的行政管理方式采取的是自上而下或由内及外的单向运作模式,行政机关按照固定的模式治理国家,在面对亟待解决的社会新情况时行政机关往往反映迟钝,相对呆板的行政系统与日新月异的社会变革不能同步。如果能够实行行政机关与社会主体的合作治理,政府就能缓解行政内部治理与社会外部需求之间的不同步问题,广泛吸纳社会性治理资源,增强公共事务中的交互认同感,形成内外联动、上下默契的治理结构和应对能力。

从行为方式上来看,负面清单模式是相较于政府主动管制行为的一种相对被动的管理方式,单纯依赖于负面清单显然只能助长政府的惰性和社会经济主体的逐利性,也只是一直缺乏互动参与的单方面行为方式。从理论上讲,政府与市场并非市场管理中的单选题,两者能否互动以及如何互动才是问题的关键。在市场与政府间进行选择并不关系到制度完善或者不完善的是非问题,而是通过何种途径将不完善变得更完善,降低缺陷的程度。比较理性的选择并不一定要在完善的市场机制或者完善的政府管制之间二选一,而是要在不完善的政府和不完善的市场之间构建有效的协调互动机制,在博弈中寻求政府与市场的契合点,以保证现代市场经济的规范运行。

公共治理追求社会多元主体之间的参与和合作,并试图将经济主体的行为引导至追求公共利



益的轨道上,当然这种公共利益并非服务于某些人或某类人,而是面向大众的一种包容性的开放式利益,这种利益格局下增加新的受益者并不会减少原有受益者的利益,是理想的帕累托最优状态。在网络社会引发的社会经济结构转型期间,政府适度保持战略性、建设性的模糊,秉持更加开放的态度,在网约车管理领域内广泛吸收经济主体参与公共治理,能够有助于政府快速了解互联网时代的经济变化,适时调整管理的手段和策略,避免政府管理手段的僵化落后。

## 五、借鉴负面清单模式规制网约车的法律路径:公共利益优先与适度管制

现代社会的快速发展对行政灵活性的要求为负面清单模式的推行确立了可行性和必要性,而传统管制手段则为负面清单模式提供了相对稳定的发展基础,以管制手段为主的网约车法律法规必须吸收负面清单模式灵活性的一面,以适应社会变革对改革和创新政府管理手段的要求。

### (一) 借助负面清单理念的网约车管理模式选择:确保公共利益优先

在网约车领域如何通过负面清单模式划分出公共利益与私人利益的边界,确保公共利益优先,成为通过市场力量参与社会合作治理形成良性循环的最佳选择。从经济学者的角度来看,“基于ICT驱动的网约车对出租汽车行业的颠覆性创新结果)形成了约车效率高、消费公开化和对现有市场具有颠覆性的新业态,新业态对市场的颠覆性主要体现在重塑低端出租汽车市场、创造‘专车’新市场和发展‘拼车’新市场。”<sup>[19]</sup> 它最终的实际效果是促进了社会整体公共利益的协调进步。公共利益是国家公共政策制定的出发点和终极目标,它“被立法机关和法院视为与整个国家和社会根本有关的原则和标准”。<sup>[20]</sup>

从行政权的历史发展来看,通过政府等公共组织载体行使的行政权力都是基于公共需要和公共利益而产生,目的是避免私利对公共利益的侵蚀。现代公共行政理论更加强化政府管理的公共属性,将政府视为公共利益的代言人,并将政府行为的价值取向等同于社会公共利益的现实需求。网约车涉及的公共利益并不是网约车车主或网约车公司经营者的利益,也不是传统出租车经营者的利益,而是整个民众出行团体的整体利益,网约车的管理效果决定了政府在互联网+和互联网之间如何选择的问题。

首先,尚不成熟的网约车经营不可能实现无门槛的放任式负面清单模式。截至目前,所有出台《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》实施细则的地方都规定了必要的平台、车辆和驾驶员审核机制,初衷是保障民众安全、便捷的出行,优化出租车市场资源配置。适当的市场划分可以避免网约车和传统出租车间的恶性竞争、无序竞争。不过,政府要汲取负面清单模式放松管制的积极因素,真正从公共利益需要出发而不是回到严管许可的老路上去,针对传统出租车和网约车实行差异化的管理模式。比如,对于传统出租车仍以准入管理为主,在坚持数量控制、价格管制的严格监管机制下享受政府税收红利;而对于网约车,则应以平台管理、运营过程监管为主的管理方式。其次,有关网约车的法律规定不能制约新兴共享经济的发展,民众应当享受互联网时代经济发展、科技进步所带来的红利。政府不应出于单纯管制的需要而限定网约车的发展,比如严格限定网约车排量、网约车司机户籍、车辆登记地等。政府是否需要根据不同城市选择不同的管理手段,在具体管理措施上是否需要一刀切,应当以民众的最大利益为依归。再次,为了确保公平、有效的市场竞争,有关网约车的法律规定应纳入反垄断的内容。比如北京、杭州滴滴专军在2016年滴滴和Uber合并之后出现的大幅调价,这种情况对于合并之前的网约车公司来说几乎是不可能的,但滴滴在合并快的、Uber之后,获得了网约车领域的市场垄断地位,具有了制定垄断价格的能力。可见,在行政监管法律层面如何适应行业反垄断的现实需求,是政府出台网约车法律规定必须正视的重大问题。很显然,法律上仅仅作出“不得妨碍市场公平竞争”“不得以低于成本的价格运营扰乱正常市场秩序”的原则性规定,已经无法真正实现制止垄断、维护公共利益的目标。



对政府而言,在维护公共利益方面,负面清单同样并不意味着完全放任,在网约车管理中正确适用信赖保护方能真正维护网约车法律关系中的公共利益。由于信赖利益归属于相对人个人,信赖利益的保护涉及对个人利益的保护与维护公共利益之间的平衡。2015年发生在武汉、济南、长春等地的出租车罢运事件,很大程度上就是因为政府默许网约车经营而冲击了传统出租车行业交通运输许可利益。由于网约车的市场准入成本远低于原有传统出租车经营者的市场准入成本,政府应在一定时期内通过特殊的经济补贴、税收优惠等差异化方式,补偿经营者前期投入的高额准入成本,保护传统出租车经营者既有的期待利益。这是确保市场公平竞争、维护整体社会交通公共利益的需要,更是政府遵循信赖保护维护公共利益的必然选择。

### (二) 网约车负面清单实施方式的法律选择: 适度宽松下的合作共赢

比较遗憾的是,《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》及各地出台的细则仍然试图将网约车纳入传统出租车监管模式之中,以固有的行政管制模式通过行政许可等强制性规范在市场准入条件等进行严格监管,忽视了政府主管部门与网约车经营者之间的合作是实现网约车市场健康发展的基础。网约车经营者主动参与管理,以合作的心态融入管理体制,管理者以开放包容的心态面对社会新生事物,方能实现两者的合作共赢,也才能真正保障民众的利益需求。“法定公共利益通常是,在民主政体中尤其是客观公共利益、国家主体本身的事实利益以及代表个人利益的有影响力团体的事实利益之间相互折中的结果。”<sup>[21]</sup>合作与折中并不代表政府主管部门一味地让步、无原则地放任,负面清单模式并不等同于放任市场不管,而只是市场管理方式的变革,更何况网约车事关广大民众出行的安全和便捷以及出租车市场的健康发展。“网约车监管秩序的维护自不待言,同时也应当重视和关注自由这一法治的精神内核,绝不能离开网约车发展自由简单地来谈监管秩序,否则这种监管秩序也绝不是法治国家所追求的秩序,这种秩序极容易遭受抵制和破坏,从长远来看必将难以维持。”<sup>[22]</sup>

当然,政府主管部门与网约车经营者之间的合作治理,必须清晰确定哪些可以通过市场竞争、行业自律来实现,而哪些又必须由政府予以规范和约束。比如网约车的投放规模、基本定价等属于市场竞争可以决定的因素,完全可以借鉴负面清单来实现,但对于网约车司机的资质等关系民众安全的事项必须由行政主管部门予以审核和监管。一方面,如果应当合作而不合作的,则难以对公众的现实需求做出及时、有效的回应;另一方面,如果过分强调合作、和谐,则会导致行政机关畏手畏脚、行政效率低下,同样不利于问题的解决。有学者还提出开展竞争性规制的建议,运用政府公共权力参与或引导私人竞争,透过市场竞争的方法,实现规制效果。<sup>[23]</sup>此外,当政府管制与市场自治的界限不明时,行政管理部门对于新生事物在一定时期内抱持适当开放的态度,或许比单纯地立即施以管制、打压更有利于问题的解决。如果对于网约车的行政管制导致大量的网约车因不合规而退出运营,那么大量的“黑车”极有可能改头换面“重出江湖”。毕竟,大量实际存在的民众出行需求总要找到出口,一旦网约车数量大幅减少,还会有其他方式的合法抑或不合法的营运车出现。法律出台的根本目的是要规范网约车的运行,更好地满足公众出行的需求,而不是“割韭菜”或玩“猫鼠游戏”。

### (三) 借鉴负面清单模式转变政府监管角色: 从产业执行者到产业监管者

西方政府规制理论强调对自我规制的规制,主张通过法律手段实行对市场主体的宏观管理,在自律性规制之外另设约束性的最低要求和社会绩效目标。良性的监管并非行政管理部门必须亲力亲为、事无巨细的执行,而是通过法律层面的行业监管,通过引导性的管理方式约束行业行为,将其行为限定在社会民众需求的范围内。网约车的迅速发展不仅带动了传统出租车业的转型和升级,也推动了行政监管理念的变革,促进行政主管部门从产业的规划者、保护者转变为市场秩序的维护者。市场经济更多体现的是竞争类的自我淘汰、自我优化,正如萨缪尔森所指出的“竞争制度是一架精巧的机器,通过一系列的价格和市场,发生无意识的协调作用。它也是一具传达信息的机

器,把千百万不同个人的知识和行动汇合在一起。”<sup>[24]</sup>

现代市场监管很大程度上是以消费者的权利保护为导向。从现有的网约车法律规定看,《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》将很多实际的监管机制设定(比如数量、价格、资质等)赋予了地方政府,受制于现行权力、资源、资金的分布,也许在当下是符合客观实际和逻辑的。若不论地方政府在具体执行上的走样,这种监管方式理论表明行政监管层因势利导,在遵循法律层级效力的原则上充分考虑了监管的行业特色,不再盲目地以“管家婆”的身份出现在网约车管理领域。

行政主管部门产业监管角色的转变虽奠定了有效监管的基础,但要想真正实现在公共运输上的安全便捷、价格合理、服务规范,面对每天数以亿计的交易,行政主管部门尚缺乏充分的信息获得渠道、快捷的监督和反应机制,而借助行业自律实施的监管则是政府监管的有益补充,这也是诸多学者提出的政府管平台、平台管车辆的通俗化监管模式。<sup>[25]</sup>

行业协会的自我规制通常被认为是“个人或团体本于基本权主体之地位,在行使自由权、追求私益之同时,亦志愿性地肩负起实现公共目的责任”。<sup>[26]</sup>在我国,行业协会往往是出于规范同类型企业、产品等目的而建立,相对于政府而言,它们更了解同行业在生产经营过程的经济要素、市场需求、行业弊端等,特别是网约车这种依赖于大数据的互联网经济领域。伴随着政府更多地以公共服务者身份出现在民众面前,应努力建立政府、行业与网约车平台企业之间的良性互动关系,让行业协会能及时反映行业的整体利益诉求,并能向政府传递真实的市场信息和利益诉求,辅助政府适时调整行业监管策略。特别是在以价格作为主要竞争策略的网约车行业,应加快推动行业协会建立健全行业经营自律规范、自律公约和职业道德准则,避免恶性的价格补贴、不良竞价的竞争;鼓励行业协会制定发布价格和服务标准;加强行业协会自身建设,改进其内部治理结构,增强其主动辅助政府参与市场规范的能力。

网约车经营是一种融合互联网技术的市场经营行为,它有自身的利益追求。“任何一项公共政策制定都牵涉方方面面的利益和与此相关的方案选择,因此政策制定过程并非一次性博弈,而是阶段性的重复博弈过程,构成一种‘政策圆环’(policy cycling)。对已有的政策进行评估,通过政策的具体落实和实施进一步评估其有效性和效益,从而进行政策调整,构成政策制定的圆环。”<sup>[27]</sup>网约车的出现凸显了个人利益与社会公共利益、经营自由与政府管制之间的矛盾和冲突,如何减少或化解这些矛盾和冲突并实现网约车社会效益的最大化,负面清单模式提供了可资借鉴的市场管理模式。网约车事关民众的出行安全、出租车行业的稳健发展、城市交通的承载能力等公共利益,实行负面清单模式并非是对市场放任不管,而是市场管理方式和管理理念的转变。在网约车领域实行负面清单模式有助于实现市场自治和行政管控的适当平衡,既能极大地激发市场主体的创新活力,又能有效地发挥行政主体的监管和服务职能,促进政府公共政策中社会总体利益的最大化。

#### 注释:

[1] 极光网《2018年5月专车市场研究报告》, <https://www.jiguang.cn/reports/318>。

[2] 高秦伟《竞争的市场与聪明的监管》,《财经法学》2016年第2期。

[3] 姜奇平《后现代经济——网络时代的个性化和多元化》,北京:中信出版社,2009年,第222页。

[4] [5] 詹姆斯·汤普森《行动中的组织——行政理论的社会科学基础》,敬义嘉译,上海:世纪出版集团、上海人民出版社,2007年,第171-179页。

[6] 毛玮《论行政合法性》,北京:法律出版社,2009年,第116页。

[7] 王利明《负面清单管理模式与私法自治》,《中国法学》2014年第5期。

[8] 童之伟、殷啸虎《宪法学》,上海:上海人民出版社,北京:北京大学出版社,2010年,第26页。

[9] James E. Anderson, *Public Policymaking An Introduction (Fifth Edition)*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2003, p. 136.

[10] 托马斯·谢林《选择与结果》,熊昆、刘永谋译,北京:华夏出版社,2007年,第29页。

- [11] 丹尼尔·F. 史普博《管制与市场》,余晖、何帆等译,上海:格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社,2008年,第26页。
- [12] 陈越峰《互联网+的规制结构——以网约车规制为例》,《法学家》2017年第1期。
- [13] 易军《“法不禁止皆自由”的私法精义》,《中国社会科学》2014年第4期。
- [14] 哈耶克《致命的自负》,冯克利等译,北京:中国社会科学出版社,2000年,第1页。
- [15] 亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚南译,北京:商务印书馆,1974年,第27页。
- [16] Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 113.
- [17] 杨奉山《企业并购及网约车企业垄断行为分析——以滴滴并购Uber为例》,《发展改革理论与实践》2018年第4期。
- [18] 敬义嘉《合作治理:再造公共服务的逻辑》,天津:天津人民出版社,2009年,第172-173页。
- [19] 张爱萍、林晓言、陈小君《网约车颠覆性创新的理论与实证:以滴滴出行为例》,《广东财经大学学报》2017年第2期。
- [20] 《元照英美法词典》,北京:法律出版社,2003年,第1117页。
- [21] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔《行政法》(第一卷),高家伟译,北京:商务印书馆,2002年,第330页。
- [22] 程琥《我国网约车监管中的法律价值冲突及其整合》,《环球法律评论》2018年第2期。
- [23] 王首杰《激励性规制:市场准入的策略》,《法学评论》2017年第3期。
- [24] 萨缪尔森《经济学》(上册),高鸿业译,北京:商务印书馆,1979年,第61页。
- [25] 信息社会50人论坛《从“网约车新政”透视转型期政府治理理念转变之必要性——“专车新政与共享经济发展”研讨会纪实》,《电子政务》2015年第11期。
- [26] 詹镇荣《德国法中“社会自我管制”机制初探》,《政法法学评论》2004年第4期。
- [27] 王锡铤《在纠结中前行的网约车改革》,《人民论坛》2016年第9期。

[责任编辑:蔡永明]

## The Rule-of-Law Approaches of Online Car-Hailing under the Negative List Management Mode

SUN Li-yan

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, Fujian)

**Abstract:** Online car-hailing is the result of the development of Internet technology combined with the traditional taxi operating mode, and the rapid expansion of online car-hailing has brought many challenges to administrative management. Facing such a new Internet economic formation, how administrative agencies reform and innovate their management modes has become a topic that the government cannot evade. As a means for the government to manage the economy, the negative list mode marks a departure from the traditional administrative management mode in China, as it meets the requirements of the nation's deepening market-oriented reform and exhibits unique advantages in regulating the exercise of government power, promoting economic liberty and stimulating the vitality of market participants. The management of online car-hailing can draw on the dual functions of supervision and decentralization in the negative list mode so as to reform and perfect the traditional taxi administrative supervision system in China and promote the reform and innovation of administrative management in the Internet age.

**Keywords:** negative list, online car-hailing, market supervision