

网络预约出租车经营服务行政许可设定权分析

——以国务院令第412号附件第112项为分析视角

沈福俊

(华东政法大学 法律学院, 上海 201620)

摘要:“互联网+”催生了网络预约出租车这一新型经营业态的产生和发展。为适应这一新经济模式的发展,便利公众出行,维护出行安全,交通运输部等多个部门发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》对经营单位、营运车辆和驾驶员所应获得的行政许可作了规定。这一规定权来源于2004年国务院令第412号国务院决定所设定的行政许可。依照《行政许可法》,国务院决定设定的行政许可为临时性行政许可。国务院决定在设定临时性行政许可过程中的程序以及许可内容本身存在一定的法律瑕疵。为规范出租车经营活动,应当改变依据临时性行政许可对网络预约出租车进行行政许可的模式,并制定将网络预约出租车和传统出租车一体化管理的行政法规,以实现出租车行业的常态监管,不仅适应“互联网+”、分享经济背景下的法律应对,也体现政府通过常态化行政监管方式实现对公民权利的保护。

关键词:“互联网+”;网络预约出租汽车;临时性行政许可;行政许可设定权;政府监管

中图分类号:DF312 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)06-0105-11

一、问题的提出

“互联网+”催生经济模式的创新与发展已是不争的事实。万众瞩目的“网约车”能否合法运营的问题终于在2016年的炎炎夏日有了最终结论:《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(以下简称《网络约车办法》)于2016年7月14日经交通运输部第15次部务会议通过,并经工业和信息化部、公安部、商务部、工商总局、质检总局、国家网信办同意,于2016年7月28日公布,自2016年11月1日起施行。根据《网络约车办法》第2条第2款的规定,所谓网约车经营服务,是指以互联网技术为依托构建服务平台,整合供需信息,使用符合条件的车辆和驾驶员,提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。同时,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》也同时公布,明确提出:“出租汽车是城市综合交通运输体系的组成部分,是城市公共交通的补充,为社会公众提供个性化运输服务。出租汽车服务主要包括巡游、网络预约等方式。城市人民政府要优先发展公共交通,适度发展出租汽车,优化城市交通结构。要统筹发展巡游出租汽车和网络预约出租汽车,实行错位发展和差异化经营,为社会公众提供品质化、多样化的运输服务。”这一定位,为传统出租车的改革和网络预约出租汽车的生存和发展提供了制度基础,既是交通运输供给侧结构性改革的重要举措,又是实施“互联网+”的具体行动。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出要“促进合理竞争,维护公平

收稿日期:2016-08-12

作者简介:沈福俊(1961—),男,上海人,华东政法大学法律学院教授,博士生导师。

竞争的市场秩序”。因此,《网络约车办法》的出台,对于正确处理政府和市场关系,强化法治思维,完善出租汽车行业法规体系,依法推进行业改革,维护公平竞争的市场秩序,保护各方合法权益,具有重要的实践意义。

本文主要对《网络约车办法》中涉及网络预约出租车经营服务行政许可设定权的问题展开讨论。所谓行政许可,“是指行政机关,根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为”。^①而行政许可的设定权,其实是对行政许可进行创设性规定的权力,属于使行政许可“从无到有”的一项法定职权。我国《行政许可法》第二章第11条至第21条对行政许可的设定问题作了详细的规定。

由于出租车行业本身涉及市场准入与运营安全问题,根据《行政许可法》第12条第1项关于“直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项”可以设定行政许可的规定,出租汽车经营服务属于可以设定行政许可的范围。根据《网络约车办法》的规定,其对事前准入的行政许可主要规定了以下三个方面:

第一,经营单位应当取得《网络预约出租汽车经营许可证》。《网络约车办法》第5条规定:“申请从事网约车经营的,应当具备线上线下服务能力,符合下列条件:(一)具有企业法人资格;(二)具备开展网约车经营的互联网平台和与拟开展业务相适应的信息数据交互及处理能力,具备供交通、通信、公安、税务、网信等相关监管部门依法调取查询相关网络数据信息的条件,网络服务平台数据库接入出租汽车行政主管部门监管平台,服务器设置在中国内地,有符合规定的网络安全管理制度和安全保护技术措施;(三)使用电子支付的,应当与银行、非银行支付机构签订提供支付结算服务的协议;(四)有健全的经营管理制度、安全生产管理制度和服务质量保障制度;(五)在服务所在地有相应服务机构及服务能力;(六)法律法规规定的其他条件。外商投资网约车经营的,除符合上述条件外,还应当符合外商投资相关法律法规的规定。”第6条第1款规定:“申请从事网约车经营的,应当根据经营区域向相应的出租汽车行政主管部门提出申请,并提交以下材料:(一)网络预约出租汽车经营申请表;(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)企业法人营业执照,属于分支机构的还应当提交营业执照,外商投资企业还应当提供外商投资企业批准证书;(四)服务所在地办公场所、负责人员和管理人员等信息;(五)具备互联网平台和信息数据交互及处理能力的证明材料,具备供交通、通信、公安、税务、网信等相关监管部门依法调取查询相关网络数据信息条件的证明材料,数据库接入情况说明,服务器设置在中国内地的情况说明,依法建立并落实网络安全管理制度和安全保护技术措施的证明材料;(六)使用电子支付的,应当提供与银行、非银行支付机构签订的支付结算服务协议;(七)经营管理制度、安全生产管理制度和服务质量保障制度文本;(八)法律法规要求提供的其他材料。”第2款、第3款规定:“首次从事网约车经营的,应当向企业注册地相应出租汽车行政主管部门提出申请,前款第(五)、第(六)项有关线上服务能力材料由网约车平台公司注册地省级交通运输主管部门商同级通信、公安、税务、网信、人民银行等部门审核认定,并提供相应认定结果,认定结果全国有效。网约车平台公司在注册地以外申请从事网约车经营的,应当提交前款第(五)项、第(六)项有关线上服务能力认定结果。”“其他线下服务能力材料,由受理申请的出租汽车行政主管部门进行审核。”第7条规定:“出租汽车行政主管部门应当自受理之日起20日内作出许可或者不予许可的决定。20日内不能作出决定的,经实施机关负责人批准,可以延长10日,并应当将延长期限的

^①《中华人民共和国行政许可法》第2条。

理由告知申请人。”第8条规定：“出租汽车行政主管部门对于网约车经营申请作出行政许可决定的，应当明确经营范围、经营区域、经营期限等，并发放《网络预约出租汽车经营许可证》。”

第二，从事网约车经营的车辆应当取得《网络预约出租汽车运输证》。《网约车办法》第13条规定：“服务所在地出租汽车行政主管部门依车辆所有人或者网约车平台公司申请，按第十二条规定的条件审核后，对符合条件并登记为预约出租客运的车辆，发放《网络预约出租汽车运输证》。城市人民政府对网约车发放《网络预约出租汽车运输证》另有规定的，从其规定。”而《网约车办法》第12条则对于车辆作了规定：“拟从事网约车经营的车辆，应当符合以下条件：（一）7座及以下乘用车；（二）安装具有行驶记录功能的车辆卫星定位装置、应急报警装置；（三）车辆技术性能符合运营安全相关标准要求。车辆的具体标准和营运要求，由相应的出租汽车行政主管部门，按照高品质服务、差异化经营的发展原则，结合本地实际情况确定。”

第三，从事网约车经营的驾驶员要获得《网络预约出租汽车驾驶员证》。《网约车办法》第14条规定：“从事网约车服务的驾驶员，应当符合以下条件：（一）取得相应准驾车型机动车驾驶证并具有3年以上驾驶经历；（二）无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪记录，无吸毒记录，无饮酒后驾驶记录，最近连续3个记分周期内没有记满12分记录；（三）无暴力犯罪记录；（四）城市人民政府规定的其他条件。”第15条规定：“服务所在地设区的市级出租汽车行政主管部门依驾驶员或者网约车平台公司申请，按第十四条规定的条件核查并按规定考核后，为符合条件且考核合格的驾驶员，发放《网络预约出租汽车驾驶员证》。”

《网约车办法》明确将网约车纳入客运监管体系，平台、车辆和驾驶员实行许可管理。这是网约车取得合法地位的标志，也是政府大力发展“互联网+”分享经济的直接成果之一。但是，按照《行政许可法》的规定，《网约车办法》作为国务院部门规章，是没有行政许可设定权的，其原因就在于我国《立法法》规定了部门规章是一种执行性立法，不具有创制性立法的功能。^①那么，既然没有行政许可设定权，《网约车办法》所规定的《网络预约出租汽车经营许可证》、《网络预约出租汽车运输证》和《网络预约出租汽车驾驶员证》三项行政许可是否属于对行政许可的设定？其是依照怎样的规范作出的行政许可？同时，作为一项新生事物，我国网约车行业在今后较长的时间内将可能稳定存在的前提下，如何进一步规范和完善其行政许可设定权及其依据？这些都应当是值得思考和研究的法律问题。

笔者注意到，自交通运输部于2015年10月初向社会公布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）之后，引发了学者的相关争论。^②但这些争论基本都是以《征求意见稿》中的相关问题为主要研究对象的，与具体的行政许可设定权问题尤其是正式公布之后的《网约车办法》规定的行政许可所涉及的设定权问题关系不大。其中，引起本文关注的是针对《征求意见稿》所设定的《道路运输经营许可证》等问题，张效羽副教授认为，《征求意见稿》存在明显的违法增设行政许可、违法增设行政许可条件和没有上位法依据减损公民权利、增加公民义务的内容。《征求意见稿》之所以出现如此明显的合法性缺陷，是因为忽视了部门规章的执行性，试图通过部门规章立法规范法律、行政法规中留有法律空白的新兴产业。因此，有关互联网网约车监管的立法应当调整方向，将立法层次提升到法规

^①沈福俊：《部门规章为什么没有行政许可设定权》，《政治与法律》2005年第6期。

^②如高秦伟：《竞争的市场与聪明的监管》，《财经法学》2016年第2期；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；张效羽：《互联网租约规章立法中若干法律问题析》，《行政法学研究》2016年第2期等。

立法,通过行政法规或地方性法规立法为互联网网约车行政规制奠定较为坚实的法律基础。^①本文对这一观点基本赞同,但《网约车办法》中很多内容已经在《征求意见稿》的基础上经过修改。因此本文的研究重点主要在于正式公布的《网约车办法》所规定行政许可的设定权及其依据问题。本文的主要观点是:第一,国务院部门规章没有行政许可设定权,《网约车办法》中关于网络预约出租车经营服务方面的行政许可,是对国务院决定所设定的行政许可所作的明确规定。第二,依照《行政许可法》的规定,国务院决定所设定的行政许可为临时性行政许可,实施以后如果要继续实施的,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。《网约车办法》根据临时性行政许可规定网络预约出租车经营服务方面的市场准入,存在法律缺陷。第三,为体现对网约车这一新型业态的常态化监管,应当在《网约车办法》实施一段时间和各地实践的基础上,及时制定对包括网约车在内的所有出租车行业进行监管的行政法规,将临时性许可转化为经常性许可,以体现法律对这一行业的正常管理。

二、网络预约出租车经营服务行政许可设定权之依据:临时性许可的不足

根据《立法法》第80条的规定,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内制定规章。同时,部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。依照上述规定,部门规章只能是执行性立法,即“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项”,不能在上位法没有规定的前提下进行创设性立法。“执行性立法是指行政机关为了执行或实现特定法律和法规或者上级行政机关行政规范的规定而进行的立法”。^②因此,作为国务院部门规章的《网约车办法》并不具备行政许可的设定权已经为立法所确认。实际上,据考察,《网约车办法》所规定的三项行政许可,来自于《行政许可法》正式施行之前的2004年6月29日公布的国务院令412号《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(以下简称《国务院行政许可决定》),以及附件《国务院决定对确需保留的行政审批项目设定行政许可的目录》第112项“出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发”,其实施机关为“县级以上地方人民政府出租汽车行政主管部门”。这是一项由国务院决定设定的行政许可。

《行政许可法》第14条第2款规定:“必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后,除临时性行政许可事项外,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。”这一规定明确赋予了国务院可以决定的方式设定临时性行政许可的职权。依据这一规定,国务院于2004年6月29日公布《国务院行政许可决定》,以决定的方式设定了500项行政许可,自2004年7月1日起施行。《国务院行政许可决定》称,“依照《行政许可法》和行政审批制度改革的有关规定,国务院对所属各部门的行政审批项目进行了全面清理。由法律、行政法规设定的行政许可项目,依法继续实施;对法律、行政法规以外的规范性文件设定,但确需保留且符合《行政许可法》第12条规定事项的行政审批项目,根据《行政许可

^①张效羽:《互联网租约规章立法中若干法律问题析》,《行政法学研究》2016年第2期。

^②姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第162页。

法》第14条第2款的规定,现决定予以保留并设定行政许可,共500项。为保证本决定设定的行政许可可依法、公开、公平、公正实施,国务院有关部门应当对实施本决定所列各项行政许可的条件等作出具体规定,并予以公布。有关实施行政许可的程序和期限依照《行政许可法》的有关规定执行”,并以附件的形式发布了《国务院决定对确需保留的行政审批项目设定行政许可的目录》,其中第112项为“出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发”。笔者注意到,既然是“法律、行政法规以外的规范性文件设定,但确需保留”的行政许可事项,那么应当有一个法律、行政法规之外的规范性文件曾经设定过相关行政许可。实际上,出租车经营资质、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发的许可来自于由建设部、公安部制定并于1998年2月1日起施行的《城市出租汽车管理办法》。^①因此,“出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发”可以说就是国务院在2004年6月《行政许可法》实施之前,依据《行政许可法》第14条第2款的规定,对《城市出租汽车管理办法》所设定的行政许可予以保留的行政许可项目。

然而,依据《行政许可法》第14条第2款规定,由国务院决定设定的行政许可却明显属于临时性行政许可。该款后半句“实施后,除临时性行政许可事项外,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”的表述就非常明确地说明了该类行政许可的临时性性质。从法理角度而言,国务院决定并不是行政法的渊源,当时在立法时之所以赋予国务院决定一定范围的行政许可设定权,主要是“考虑我国现阶段实际的情况,在社会公共管理的某些领域,立法的时机和条件尚不成熟,但又需要实施必要的行政管理,在有些情况下,也需要国务院采取临时性的行政许可措施”。^②由于《行政许可法》没有赋予国务院部门行政许可设定权,由《城市出租汽车管理办法》所设定的出租车经营资质、车辆运营证和驾驶员客运资格证的行政许可随着2004年7月1日《行政许可法》的实施而归于无效,国务院通过《国务院行政许可决定》的方式将包括出租车许可在内的事项设定为行政许可,但根据《行政许可法》的规定,却是一个临时性的许可。因此,《行政许可法》赋予国务院决定的行政许可设定权,是特定情形下行使的“临时性权力”,并非是一种经常性权力。国务院以决定的形式设定的这类临时性许可,虽然从开始至今已经十多年了,但从法律规定的角度而言,其临时性许可的性质并未改变。

因此,可以说,《网络预约办法》对《网络预约出租汽车经营许可证》、《网络预约出租汽车运输证》以及《网络预约出租汽车驾驶员证》的规定,是根据国务院令412号《国务院行政许可决定》关于“为保证本决定设定的行政许可依法、公开、公平、公正实施,国务院有关部门应当对实施本决定所列各项行政许可的条件等作出具体规定,并予以公布”的要求对相关行政许可的条件所作的规定。笔者认为,以《国务院行政许可决定》设定的临时性行政许可的方式对网络预约出租车经营服务进行监管,在依据上是欠缺的。因此,可以说,《网络预约办法》所规定的行政许可,存在明显的“先天不足”。

1.临时性许可使网络预约出租车的监管处于一种“临时状态”。从功能角度而言,行政许可是现代行政权的一种表现形式,是行政机关依法管理社会政治、经济、文化等社会事务的事前控制手段。^③因此,行政许可既体现了对被许可人权利的尊重,也体现了对社会成员从事某种

^①2016年3月21日,《住房城乡建设部公安部关于废止〈城市出租汽车管理办法〉的决定》已经住房城乡建设部常务会议、公安部部长办公会议审议通过,2016年3月16日予以发布,废止《城市出租汽车管理办法》的决定自发布之日起施行。http://www.mohurd.gov.cn/zxydt/201603/t20160322_226967.html,2016年8月29日浏览。

^②乔晓阳:《中华人民共和国行政许可法及解释》,中国致公出版社2003年版,第77页。

^③应松年:《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第706页。

特定社会活动权利的监督与管理,更是从维护公共利益的角度体现了对特定社会事务的控制。然而,对于与城市交通运行安全、控制危险密切相关的网络约车这一新生业态,应当属于政府必须加以监管的新型产业,其许可制度却仅仅是一种临时性许可,这明显与网络预约出租车监管应有的稳定性不相符合。近来,针对网约车损害乘客权利的现象,乘客及专家呼吁加强监管、有效落实国家新政,有必要在法制和平等的框架下维护市场的公平竞争环境,为此,政府要加强监管,为网约车“做规矩”。^①笔者认为,一个靠临时性许可支撑起来的监管制度是难以具有稳定性效果的。

2.临时性许可使公众对网络预约出租车的安全监管处于一种“非信任状态”。正如《行政许可法》第12条第1项所规定的那样,“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项”属于可以设定行政许可的事项,这一规定明显突出了行政许可制度应有的控制危险功能。网络预约出租车可能存在危及人身健康、生命财产安全等隐患,需要政府部门通过行政许可的方式进行有效的监管,以杜绝危险的发生。行政许可的主要功能表现在三个方面:一是控制危险;二是配置资源;三是证明或者提供某种信誉、信息,而控制危险是行政许可“最主要、最基本的功能”。^②正因为如此,如果一项与人身健康、生命财产安全紧密相关的行政许可制度,长时间地处于一种临时性的许可状态,那么公众有可能对其能否得到稳定的安全监管产生担忧情绪,从而可能影响网络预约出租车的正常发展。笔者甚至认为,从网络预约出租车这一新型产业而言,其实质上与行政许可的三项功能都密切相关,除涉及控制危险外,出租车行业还明显涉及道路资源的配置,以及由于经过行政许可之后所具有的对从业者为合法经营者的证明作用等。所以,对于这样一种新经济业态,以临时性许可的方式予以对待明显不够合适。

3.《网络约车办法》授权地方进一步规定许可条件与《行政许可法》相关规定不符。《网络约车办法》对相关行政许可的规定并不是完整的行政许可,其还授权地方政府对下列事项作出其他规定:第一,第12条第2款规定:“车辆的具体标准和营运要求,由相应的出租汽车行政主管部门,按照高品质服务、差异化经营的发展原则,结合本地实际情况确定。”同时,第13条第2款规定,城市人民政府对网约车发放《网络预约出租汽车运输证》另有规定的,从其规定。第二,第14条第4项规定,从事网约车服务的驾驶员的条件,除《网络约车办法》第14条第1至3项规定的条件外,还包括城市人民政府规定的其他条件。由此可见,《网络约车办法》根据《国务院行政许可决定》附件第112项所规定的行政许可并不是完全的行政许可,关于《网络预约出租汽车运输证》和从事网约车服务的驾驶员的条件还授权地方政府可以作进一步的规定。不仅如此,其第40条还规定:“本办法自2016年11月1日起实施。各地可根据本办法结合本地实际情况制定具体实施细则。”这一做法与《行政许可法》第18条关于“设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限”的规定不符,将可能出现各地在行政许可标准、条件等方面的严重不一致,导致经营单位、驾驶员在从事网约车经营方面的市场准入条件的不一致,阻碍这一行业的正常发展。

4.《网络约车办法》中行政许可依据存在缺陷。最严重的是,《网络约车办法》依据的是《国务院行政许可决定》,其作为临时性许可,本身存在法律缺陷和不足。前已述及,《行政许可法》第18条规定,设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。《国务院行政许

^① 金志刚、张欣平:《为网约车“做规矩”应加大力度》,《新民晚报》2016年10月7日第2版。

^② 汪永清:《中华人民共和国行政许可法释义》,中国法制出版社2003年版,第10页。

可决定》设定了500项临时性行政许可,但并未规定实施这些行政许可的条件,而是授权国务院部门对实施行政许可的条件作出规定。实际上这种授权方式并不符合《行政许可法》精神。《行政许可法》要求国务院设定行政许可时规定行政许可实施条件,表示行政许可的条件应由国务院规定。且《行政许可法》第17条规定,除法律、行政法规、国务院决定、地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。规定行政许可条件,也属于设定行政许可的范畴,国务院授权部委规定行政许可实施条件,显然违反《行政许可法》第17条规定。同时,《行政许可法》第19条规定:起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。《国务院行政许可决定》没有广泛听取社会公众意见,也没有说明设定行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。^①因此,《国务院行政许可决定》本身存在一定的法律瑕疵,与《行政许可法》的规定并不完全符合,且所设定的行政许可依照《行政许可法》第14条第2款的规定属于临时性行政许可。因此,可以说,《国务院行政许可决定》附件第112项所设定的“出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发”属于临时性行政许可,而根据这一临时性许可在《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》规定的相关许可无疑也属于临时性行政许可规定。严格来说,对于长期许可,应当注意延续的程序;而对于临时许可,应当严格监督它的“临时性”,防止将临时许可变成长期许可。^②但《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》在制定和发布时并没有对其临时性许可的情况进行说明,很有可能是按照经常性许可的思路在进行运作,其实在法律上是有明显缺陷的。

三、网络预约出租车经营服务行政许可设定权:从临时性许可走向完善的路径

网络出租车作为一个新型产业,是“互联网+”背景下分享经济发展的产物。就目前的发展形势来看,中国互联网发展亮点频现,分享经济就是其中一个不可忽视的亮点。无论在市场层面,还是顶层设计层面,分享经济都迎来了发展的“风口”。分享经济具有天然的互联网基因,是互联网搭建的共享平台将之前“沉睡”的闲置资源重新带入流通领域,从而催生新的商业模式。因此,如何发挥出“互联网+”对传统行业的升级改造的作用,进一步释放社会主体的经济活力和创造力,不仅是政府所面临的一个重要话题,也是法律在“互联网+”背景下所面临的一个新问题。

《行政许可法》第14条第2款赋予国务院决定以行政许可设定权,是一种“来不及立法”且又为行政管理所必需的“临时性权力”。这种权力的行使,应当严格遵循法律的规定,其不仅要符合法律所规定的“必要性”准则,而且对于在实施以后还将继续实施的行政许可,应当及时提请全国人大或者常委会制定法律,或者由国务院自行制定行政法规,将非正常状态下所设定的行政许可转化为“正常状态”下的行政许可,从而体现法律对包括经济事务在内的社会事务的常态管理。^③因为“行政许可的内容是国家一般限制或禁止的活动。许可行为是对符合条件的对象解除限制或禁止,允许其从事某项活动,享有特定权利和资格的行为。……许可事项必须有明

^①徐继敏:《国务院设定行政许可实践研究》,《行政法学研究》2015年第1期。

^②胡建淼:《行政法学》,法律出版社2015年版,第265-266页。

^③沈福俊:《国务院决定行政许可设定权:问题与规制》,《社会科学》2012年第5期。

确的法律规定,许可是建立在普遍限制和禁止基础上的解禁行为。因而,对于大多数人而言,它是限制公民法人活动自由的行为”。^①从《行政许可法》对行政许可设定权的规定也可以看出,对于行政许可这样一种对公民、法人个体予以授益而以限制大多数人的权利和自由为宗旨的行政行为来说,其设定权必须严格加以控制。而授权国务院以决定的方式设定行政许可,仅仅是在特定情境之下对特殊情况的一种“照顾”,而非行政许可设定权的正常状态。同样,在国务院决定所设定的行政许可实施以后,及时将其转化为法律、行政法规设定的行政许可,不仅是国务院应当履行的一项义务,更是将行政许可设定权纳入法治轨道的一项重要举措。应当承认,《网络约车办法》的出台,确实顺应了互联网技术的发展和市场需求,将长期以来的否定式管理变为肯定式管理,政府此举理应值得“点赞”。同时,《网络约车办法》的出台实现了网约车与传统出租车的公平竞争。其最根本的,是公众享受到了互联网技术的发展所带来的便利。然而,作为一项临时性许可的产物,有关网络预约出租车的规范理应依据《立法法》和《行政许可法》以及国务院关于简政放权、减少行政审批的要求进行。笔者注意到,除了前文已经提到的《城市出租汽车管理办法》已经于2016年3月由住房城乡建设部、公安部决定废止以外,交通运输部已经于2014年9月30日发布《出租汽车经营服务管理规定》、于2011年12月26日发布《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》,这两部交通运输部的规章中都已经包括了出租汽车经营许可,明确规定经营范围、经营区域、车辆数量及要求、出租汽车车辆经营权期限等事项,并向被许可人发放《道路运输经营许可证》以及出租汽车驾驶员从业资格考试全国公共科目和区域科目考试均合格的,设区的市级道路运输管理机构应当自公布考试成绩之日起10日内核发《中华人民共和国道路运输从业人员从业资格证》等。而《网络约车办法》所规定的经营者应当获得的《网络预约出租汽车经营许可证》、运营车辆应当取得《网络预约出租汽车运输证》以及驾驶员应当获得的《网络预约出租汽车驾驶员证》与上述两部规章中规定的《道路运输经营许可证》和《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》是什么样的法律关系,并不明确。按照笔者的理解,巡游出租车、网络预约出租车都属于出租车的种类,理应受同一规范调整,只不过目前从专门制定《网络约车办法》的角度而言,网络预约出租车至少在制度上还没有被正式纳入出租车的范畴之中。

此外,多年来,很多地方制定了出租车管理方面的地方性法规,如上海市于1995年就制定《上海市出租汽车管理条例》,并经1997年、2001年、2003年、2006年和2011年多次修正,其中同样规定了出租车经营的资格和出租车驾驶员应当具备的条件。根据我国《立法法》第73条关于地方性法规的立法事项为“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项”和“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”的规定,国务院决定并不是地方性法规应当作为执行依据的立法事项。因此,在《行政许可法》实施以后和《国务院行政许可决定》已经在附件第112项设定了“出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发”,照理说已经不需要地方性法规再来设定或者规定有关出租车经营方面的行政许可了。

笔者认为,仅仅靠目前在设定依据方面存在一定瑕疵的《网络约车办法》来规范网络预约出租车经营实在是“勉为其难”:一是其所规定的这些许可是否合理、合法尚有争议;二是该《网络约车办法》所规定的行政许可与交通运输部前几年所发布的《出租汽车经营服务管理规定》和《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》之间是什么关系并没有厘清;三是最主要的,其作

^①应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年版,第245页。

为依据的《国务院行政许可决定》本身是对临时性许可的设定,且这一设定与《行政许可法》所规定的设定行政许可的内容、程序存在明显的不符合,其依据本身的合法性存在质疑。因此,要使网络预约出租车经营活动得到健康发展和获得正常的监督与管理,应当依据《行政许可法》的规定,在充分研究、论证的基础上,以行政法规的方式对网络预约出租车经营活动进行全面规范。当然,《网络约车办法》发布不久,自2016年11月1日起施行,现在将其废止不切实际。应当在其试行一段时间以后并在地方实践的基础上,通过将所有的出租车经营活动都纳入管理范围的行政法规(或称《出租车经营服务管理条例》)来实现对整个出租车行业的有效监管,是实现相关领域行政许可合法化的一个有效路径。

第一,整合各种立法资源,以行政法规的形式对包括网络预约出租车在内的所有出租车经营活动进行规范,设定相关行政许可。根据前面的分析,目前我国涉及出租车经营活动和行政许可的规范较多,仅交通运输部的部门规章就有多部,唯一与出租车经营有点联系的国务院行政法规《道路运输条例》由于制定于2004年4月14日《行政许可法》颁布之前,其中虽然有关于客运经营和驾驶人员条件以及相关许可的规定,但不可能对近年来发生的客运经营互联网信息服务等道路运输相关业务作出相关规定。因此,应当依据《行政许可法》第14条第2款规定,对于国务院决定所设定的临时性行政许可,国务院应当及时提请全国人大及其常务委员会制定法律,或者自行制定地方性法规。而且,将包括网络约车在内的出租车行业的监督与管理纳入一部行政法规之中,完全是可行之举。

第二,制定出租车行业行政法规、设定相应行政许可应当严格遵循《行政许可法》相关规定。一是必须符合行政许可设定的基本原则。《行政许可法》第11条规定:“设定行政许可,应当遵循经济和社会发展规律,有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性,维护公共利益和社会秩序,促进经济、社会和生态环境协调发展。”二是必须符合行政许可设定的程序。《行政许可法》第19条规定:“起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况”。三是依法完整设定相关行政许可。依照《行政许可法》第18条的规定,设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。

第三,在制定行政法规的前提下,适时修改地方性法规。长期以来,在很多地方出租车事务一直被视为地方性事务而由地方立法予以调整。而网络预约出租车这一新型经济形态的出现,已经超越了传统出租车的地方事务范围。可以说,传统的以巡游出租车为监管对象的地方出租车管理条例等地方立法已经难以适应互联网技术发展背景之下的出租车管理。因此,在未来制定出租车经营服务管理方面的行政法规之后,各地的地方性法规依据《立法法》第73条第1款的规定,应当为执行行政法规为宗旨进行必要的修订,根据《行政许可法》第16条第2款关于“地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定”的要求,对出租车领域经营服务方面的行政许可,在行政法规已经设定的前提下,从因地制宜的角度作出具体的规定,从而形成完整的出租车监管体系。

四、结 语

互联网技术对出租车经营模式的影响,可以说带来了新的机遇。它在方便人们出行、催生一种新型业态的同时,也产生了新的问题。而新问题的出现,需要政府的依法监管。这些依法监管,包括合法有效的事前监管——行政许可。网络预约出租车的出现,打破了传统的由巡

游出租车“一统天下”的体制。这实质是社会发展进程中的一种新经济运行模式,虽然它仅仅出现在出租车领域。然而,对于这种新经济模式如何为其设定相应的法律制度,尤其是对于其应有的行政许可如何设定,是行政法必须关注和回答的问题。笔者必须明确指出的是,作为一种临时性权力的产物,《网络约车办法》根据《国务院行政许可决定》所制定的规章存在一定的法律瑕疵,可能对其制度功能的发挥产生消极影响。依据十多年前《国务院行政许可决定》所设定的临时性许可设计今天的网络预约出租车经营监管,是否完全符合现实需要,是否科学与合理,尤其是其能否应对得了当今社会日新月异的经济发展的,是政府值得考量的一个重要问题。因为“一种制度(体制)安排,要发生效力,必须是一种纳什均衡。否则,这种制度安排便不能成立”。^①正如有学者所言,未来三到五年,为了赶上分享经济的快速列车,发挥出“互联网+”对传统行业的升级改造的作用,进一步释放社会主体的经济活力和创造力,必须由中央政府出面对行政许可制度进行改革,为网约车行业量身打造适应新形态的新监管模式。^②我们认为,这种新监管模式不是将十多年前的临时性行政许可拿来就用,而是要根据《行政许可法》的规定,在“促进经济、社会和生态环境协调发展”的前提下,适应“互联网+”对传统行业的升级改造的作用,以进一步释放社会主体的经济活力和创造力为目标,从全国通盘考虑的角度进行整体性立法,以体现互联网时代法律对新经济模式的重视。尤其是针对实践中网络约车所产生的问题,加强常态化监管应当是我们努力的方向。我们认为,随着互联网技术与社会事务尤其是经济运行模式的广泛结合,一种适合这种发展趋势的立法需求以及政府监管模式必将会出现。

主要参考文献:

- [1] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2015.
- [2] 乔晓阳. 中华人民共和国行政许可法及解释[M]. 北京: 中国致公出版社, 2003.
- [3] 应松年. 当代中国行政法[M]. 北京: 中国方正出版社, 2005.
- [4] 汪永清. 中华人民共和国行政许可法释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2003.
- [5] 胡建淼. 行政法学[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [6] 应松年. 行政法学新论[M]. 北京: 中国方正出版社, 1998.
- [7] 张维迎. 博弈论与信息经济学[M]. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1996.
- [8] 沈福俊. 部门规章为什么没有行政许可设定权——部门规章功能分析[J]. 政治与法律, 2005, (6).
- [9] 高秦伟. 竞争的市场与聪明的监管[J]. 财经法学, 2016, (2).
- [10] 张冬阳. 专车服务: 制度创新抑或违法行为? [J]. 清华法学, 2016, (2).
- [11] 张效羽. 互联网租约规章立法中若干法律问题[J]. 行政法学研究, 2016, (2).
- [12] 徐继敏. 国务院设定行政许可实践研究[J]. 行政法学研究, 2015, (1).
- [13] 沈福俊. 国务院决定行政许可设定权: 问题与规制[J]. 社会科学, 2012, (5).
- [14] 金志刚, 张欣平. 为网约车“做规矩”应加大力度[N]. 新民晚报, 2016-10-7(2).
- [15] 中华人民共和国住房和城乡建设部.《城市出租汽车管理办法》废止[EB/OL]. http://www.mohurd.gov.cn/zxydt/201603/t20160322_226967.html, 2016-03-22.
- [16] 王静. 网约车三证许可并无必要应制定新监管模式[EB/OL]. <http://yuanchuang.caijing.com.cn/2016/0808/4159398.shtml>, 2016-08-08.

下转第127页

^①张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1996年版,第17页。

^②王静:《网约车三证许可并无必要应制定新监管模式》, <http://yuanchuang.caijing.com.cn/2016/0808/4159398.shtml>, 2016年9月1日浏览。

the rule of law; and the core element includes political and economic democracy in the framework of the rule of law, namely the construction and implementation of modernized fiscal and tax system ruled by law. Through a historical comparison of foreign experience and the reality in China, it argues that, the dominant position of local governments in fiscal rights in the urban construction, the improvement of social participation in budget management, and the clarification of the central-local administrative authorities by the reform of tax system could effectively broaden and shore up the economic base of urban public services, balance the layer differences of social resources in the primary distribution, and realize the harmonious unification of efficiency and justice of social governance.

Key words: urbanization; rule of taxation law; United States experience; no taxation without representation; statutory taxation

(责任编辑: 海 林)

上接第114页

Analysis of Administrative License Enactment Rights of Network Booking Taxi Business Service: From a Perspective of the State Council Decree No. 412, Item 112

Shen Fujun

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: “Internet Plus” creates and develops a new business format of network booking taxi. In order to adapt to the development of this new economic model, facilitate public travel, and maintain travel safety, Ministry of Transport and other departments have issued “Interim Network Booking Taxi Service Management Interim Measures” stipulating that business units, operating vehicles and drivers should acquire the administrative licenses. This power derives from the administrative licenses set by the State Council Decree No. 412 that the State Council decided to enact in 2004. In accordance with the “Administrative Licensing Law”, the administrative licenses that the State Council decided to enact belong to temporary administrative licenses. There are legal flaws in the procedures for the establishment of the temporary administrative licenses and the content of the license itself that the State Council decided to enact. In order to standardize the taxi business activities, it is necessary to change the mode of administrative licenses to make an appointment to taxis on the network according to the temporary administrative licenses, and to formulate the administrative rules and regulations of integrated management of network reservation taxis and traditional taxis in order to realize the normal regulation of the taxi industry. Regulation, not only adapts to the “Internet Plus” and sharing economy, but also reflects the protection of civil rights by governments through normal administrative supervision modes.

Key words: Internet Plus; network reservation taxi; temporary administrative license; administrative license enactment right; government regulation

(责任编辑: 海 林)