

周祖成 张印◎主编

地方立法文本 与实施效果研究

Study on
Local Legislative Text and
Implementation Effect

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

周祖成 张印◎主编

地方立法文本 与实施效果研究

Study on
Local Legislative Text and
Implementation Effect

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

地方立法文本与实施效果研究 / 周祖成, 张印主编.
—北京: 中国法制出版社, 2018.8
ISBN 978-7-5093-9392-5

I. ①地… II. ①周… ②张… III. ①地方法规—立法—研究—中国
IV. ① D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 067084 号

责任编辑 侯 鹏

封面设计 杨鑫宇

地方立法文本与实施效果研究

DIFANG LIFA WENBEN YU SHISHI XIAOGUO YANJIU

主编 / 周祖成 张 印

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 8 月第 1 版

印张 / 20.5 字数 / 355 千

2018 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9392-5

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66060794

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

序 言

大智立法，一个国家的现代转型过程必然是一个制度化、再制度化的过程，而制度的内核和中枢，在于以宪法为根本的法律规范体系。地方立法是中国特色社会主义法律体系和地方法治建设的重要组成部分，是推动社会治理体系和治理能力现代化的重要支撑，是全面推进依法治国在地方的实践探索。“四个全面”战略布局的落实离不开地方立法。2014年，党的十八届四中全会提出，“建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键”。2017年，党的十九大报告提出完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。地方立法是国家法治体系的重要组成部分。从规范意义上讲，地方立法先行先试经验有利于全国普适性制度创新；从地方立法运用于司法层面上讲，地方立法作为司法裁判的依据嵌入社会治理，解决社会纠纷，实现社会控制；从社会治理角度讲，广土众民国情下多样化治理格局的形成需要地方立法参与。基于此，加强地方立法研究的重要性则不言而喻。

重庆市地方立法研究协同创新中心、西南政法大学地方立法研究院以“传承文明、创新理论、咨政育人、服务发展”为建设宗旨，回应地方立法重大需求。遵循从重庆到市外，从地方到全国，从立法到法治全部环节的工作步骤，协同力量和智慧，汇集各领域高水平专业人才，以社会现实问题为导向，以地方立法项目为依托，通过跨地域、跨单位、跨部门、跨学科的协同，实现理论与实务的有机融合，把中心打造为引领地方立法理论创新的前沿阵地，服务地方立法与重大决策的高端智库，创新人才培养和国际学术交流合作的重要平台。

中心根据“双一流”建设的要求全面提升人才、学科和科研“三位一体”的创新能力，服务地方立法与法治中国建设。为推动中心地方立法研究的繁荣发展、提高学生的学术研究水平，中心每年围绕着地方立法中的重点难点问题设立博士后、博士研究生和硕士研究生科研项目，定期发布科研项目招标指南，并提供相

应经费支持。鼓励学生在地方立法领域自主选题研究。对于具有前沿性、创新性的优秀研究成果，中心给予科研后期资助与奖励。主要形式有以下两种：第一种，中心根据立法理论与实践的需要，主动设计硕士与博士论文选题，选题向协同单位开放，对于选择相关选题作为学位论文选题的学生，中心主动给予协同培养，设立培育专项基金。第二种，提供立法调研机会为研究生完成学位论文提供平台，动员硕士生参与地方法规整理、评估以及政府权力清单等重大课题，深化与实务部门的协同合作，强化学生实践能力培养。在校学习期间，学生学会进行科研工作，掌握科研基本方法，提高综合能力是十分重要的。学生科研可以提高学生学习的积极性，加深对知识的理解，同时在科学研究中形成创新意识、社交能力和合作精神。

为规范西南政法大学学生科研创新项目的管理，充分利用学校各类资源，打造多层次科研创新平台，提升学生科研素养和创新能力，提高本科生和研究生培养质量，根据《西南政法大学学生科研创新项目管理办法》（西政校发〔2016〕272号）之规定，地方立法研究院从2016年10月至2017年6月组织进行2016年度地方立法研究学生课题项目申报活动。经过前后四次修稿、中期检查与结项审核，2016年度共有16个课题项目顺利完成结项。现将这些课题论文汇编，希望这些成果能够为我国地方立法研究提供理论指导和工作参考，便于学术讨论和交流。

科学研究是无止境的，本书肯定会存在不足或不当之处，希望有关专家和读者提出宝贵意见。

目 录

分享经济的地方规制逻辑（莫林）.....	001
矿产资源开发生态补偿地方立法比较研究报告（夏永梅）.....	053
古代“天人合一”思想对现代生态立法的启示（王俊涵）.....	072
重庆自贸区立法模式选择研究（周淑梅）.....	088
上海自由贸易试验区与广东自由贸易试验区立法比较研究（侯嘉淳）.....	111
设区市文物保护方面地方性法规立法状况实证研究（孙凯丽）.....	130
重庆市水污染防治立法比较研究（苗玲君）.....	144
地方立法前评估机制的“困境摆脱”（牟倩）.....	159
地方立法质量评价标准研究（余庆）.....	175
重庆市建立在线纠纷解决系统研究（周妍君）.....	196
网络环境下个人信息法律保护研究（陈明扬）.....	210
信息时代网络集合行为的立法规范（黄鹏）.....	224
古建筑保护地方性法规立法实证研究（吴晨）.....	239
P2P 网络借贷平台监管法律制度研究（张翌）.....	254
《重庆市信访条例》实施情况调查报告（吴晓凤 雷浩伟）.....	286
重庆市地方性法规立法特色与困境分析（1997—2017 年）（郑伟华）.....	309
后 记.....	322

分享经济的地方规制逻辑^①

——以十五市网约车地方立法为中心的考察

莫 林

(西南政法大学 重庆 401120)

摘要：基于对十五个国家中心城市网约车地方立法样本的分析可发现，地方监管者罔顾网约车与巡游车在市场准入、法律关系、人事、价格、运营范围及方式、要约、声誉、监督机制八方面的本质差异，径行挪用旧有许可体系于新兴产业之上，奉行整体管控逻辑。旧体系的设定构成要件先天不足，致使地方立法规范层级过低，以“具体规定”之名违法增设条件，令新兴产业严重受制于一套既不“合身”又不合法的规制体系。该体系对平台、车辆、驾驶员和运价实施一系列不当规制，反映出地方规制理念上的因循守旧、手段上的“路径依赖”、策略上的轻事中事后监管、意图中的地方保护主义，最终带来效果上的失灵与失范。要扭转此局面，必须重建规范体系、转变规制理念、创新规制模式。

关键词：网约车 地方立法 合法性缺陷 规制失灵 修正路径

一、绪论

(一) 问题缘起及选题意义

作为互联网移动终端技术发展的突出产物，网络预约出租车（以下简称网约车）的兴起如江上之新风，已掀起不大不小的波澜。其跨越共享经济与职业经济

① 基金项目：2015年西南政法大学研究生科研创新计划资助项目（XZYJS2015153）、2016年重庆市研究生科研创新项目（CYB16087）、西南政法大学2017年度学生科研创新项目（2017XZXS-005）阶段性成果。

双重领域，对交通模式、出行理念和法律框架带来颠覆性的影响。这一新兴业态如同“鲶鱼”，搅动出租车行业那一潭濒于凝固的“死水”，激活改革的生机。这是依凭技术革新倒逼改革的生动案例。

2016年7月27日，交通运输部、工业和信息化部、公安部、商务部、工商总局、质检总局、国家网信办七部门联合发布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》），为长期游走于法律空白地带的网约车经营活动提供了初步合法性基础。次日（7月28日），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》（以下简称《指导意见》）。《指导意见》提出，要“坚持改革创新”“抓住实施‘互联网+’行动的有利时机，坚持问题导向，促进巡游出租汽车转型升级，规范网络预约出租汽车经营，推进两种业态融合发展”。同时指出，出租车行业“坚持属地管理”，“城市人民政府是出租汽车管理的责任主体，要充分发挥自主权和创造性，探索符合本地出租汽车行业发展实际的管理模式”。这无疑明确了出租车行业，包括网约车监管的地方性事务属性。随即，2016年10月8日，北京、上海、广州、深圳四市同日发布网络预约出租汽车经营服务管理的有关《办法》或《实施细则》的征求意见稿，对驾驶员户籍、驾照、驾龄、车牌、车龄、车型、排量和辅助装置等作了较为严格的限制，引发广泛争议。其他城市迅速跟进。据新华社报道，截至2016年12月30日，全国共有42个城市正式发布了网约车监管实施细则，140余个城市已启动社会公开征求意见程序。

事实上，自2012年“滴滴打车”软件正式发布和2014年美国Uber进入中国市场以来，网约车带来的出行模式革新和监管手段创新已引致公共政策学界、经济学界和法学界的大量研讨。北京大学国家发展研究院于2015年10月15日、2016年8月3日，以及最近的2016年10月17日三次举办了针对网约车发展与规制的研讨会，最近一次会议的主题为“地方网约车发展与规制”。北大国家发展研究院副院长黄益平教授在会议主持中毫不讳言地指出，网约车、房地产和产业政策是当前中国社会的三大全民性议题，亦是地方治理的三个重要领域。

网约车监管之所以吸聚了如此广泛的关注，在于其在“互联网+”“创新发展”和国家（地方）治理现代化三重时代背景下，事实上处于当前几大热点问题的汇集点：互联网、分享经济、出租车改革、城市管理等。从立法学视野看，网约车监管背后实际上内含六大重要立法学问题：

第一，立法与改革的关系问题。众所周知，我国出租车行业改革由于既得利

益集团的阻挠和牵涉甚广的复杂局面而步履维艰，网约车的兴起无疑是打破这一改革僵局的契机。中央立法和地方立法是否应借此机会对这一改革顽症有所突破，是否有突破的动力，如何利用立法进行突破，值得关注。

第二，立法与创新的关系问题。网约车带来的出行模式创新和网络技术的进一步发展与“互联网+”“创新发展”“双创”大潮的时代背景息息相关。地方立法应如何规范、促进新生事物，不仅关乎民生要务，亦反映出地方政府在其中究竟扮演创新的推动者还是阻碍者。

第三，立法与分享经济的关系问题。分享经济在全球范围内的蓬勃发展，不仅对人们的生活方式产生了巨大影响，更深刻重塑着人们的思维方式和社会交往模式。分享经济下，资源配置格局迅速调整，由此带来就业形态的快速变迁。立法如何回应分享经济，如何保障新型就业权；政府如何有效监督分享经济活动，是当下法理学界亟须面对的问题。

第四，地方立法的合宪性、合法性与合理性问题。部分城市公布的征求意见稿已引发法学界对其合宪性、合法性、合理性的讨论，如户籍限制是否侵犯公民平等就业权，是否违反《行政许可法》第15条第2款的规定，是否违反《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》等；对网约车平台经营年限的限制是否违反《公司法》原则等。在合理性方面，部分城市采取的监管措施是否符合比例原则。这些问题极具讨论价值。

第五，地方立法中的地方保护主义问题。如北京市交通委员会在就征求意见稿作出的解释中认为，北京“城市病”的主要原因之一是“人口无序过快增长”，治理“城市病”的首要举措是“严控人口规模”。同时，按照构建“高精尖”经济结构的要求，城市就业将主要“以高端服务业和高新技术产业为发展方向”。因此，北京市不仅“对非京籍人士购车和外埠进京车辆实行了限制政策”，《北京市出租汽车管理条例》也明确限定“出租汽车驾驶员须有本市常住户口”。这种种措施无一不涉及地方保护行为，殊值进一步深入探讨。

第六，地方立法中的部门利益和行业利益博弈问题。出租车行业改革的瓶颈在于既得行业利益以及延伸至相应政府部门的部门利益的双重固守，这些利益团体在相关地方立法中“纵横捭阖”，发挥着重要影响。本轮针对网约车的地方立法，势必面对行业利益、部门利益与公众利益三者间的博弈与妥协。如何平衡各方利益、最大限度地维护公众利益，是网约车地方立法必须处理好的问题。从本轮立法出发，也可以反思和审视当前地方立法在遏制部门利益法制化方面的程序

设置与制度漏洞。

可见，网约车地方立法吸聚了当前立法学、行政法学界的若干重要议题，处于各种复杂问题的交汇点。对网约车监管地方立法的密切关注与深入研究，不仅是对这一社会热点话题的及时回应，更可循此对背后更深层次的理论问题予以梳理和解答。显然，网约车监管实为一良好切入点和“问题洼地”。

（二）研究现状

长期以来，出租车监管作为典型的地方事务，交由各地政府因地制宜。地方监管者主要在“准入（数量或规模）”“价格”和“服务质量（安全标准）”三方面展开规制。尤其在准入规制下，监管部门在使出租车经营权具备极高稀缺性的同时，亦通过牌照拍卖收取高额许可费。正因如此，传统出租车公司热衷于同监管部门形成“利益同盟”，共同掌控公共交通中“私人订制”出行服务的主导权。

与此相反，互联网产业普遍具有跨地域、跨国界特性，其在极大降低交易成本——尤其是信息成本——的同时，促进资源精准、高效、广域流通。当作为既得利益者的地方出租车行业面对跨地域的新兴网约车产业咄咄逼人的竞争态势，抵触情绪与竞争火花便骤然升腾。幸而，经由中央立法引导，网约车得以合法化，并赢得地方政府一定程度的尊重。然而，新旧产业间毕竟在未来较长一段时期内仍将是直接竞争关系，地方政府如何从扮演一方“同盟”，转变为竞争市场的科学监管者和市场秩序的中立维护者，又如何从包揽一切的管理人转变为适度作为的服务者，便殊值考量。

2016年7月27日，交通运输部等七部门联合发布《暂行办法》，为长期游走于法律空白地带的网约车提供了初步合法性基础。随即，各地网约车细则如雨后天春笋般迭出，利用行政许可制度对驾驶员户籍、驾照、驾龄、车牌、车龄、车型、排量和辅助装置等作出较严格限制，引发各界广泛争议。作为“一般禁止之例外”的赋权制度，行政许可容易沦为监管部门不当限制公民权利、排除竞争的工具，理应时时置于合法性审查之下。网约车地方规制由于新旧利益盘错、多方势力纠缠而更易偏离法治轨道。形式合法性审查对地方规制“越轨”形成第一道防线。

由于地方细则的出台时间滞后，目前学界对网约车规制的研究，尚聚焦于如下几个方面：其一，对以网约车为代表的共享经济的内外法律结构展开分析，尤其专

注于网约车合法化以前平台公司的法律地位和责任承担问题；^②其二，对网约车监管的必要性、监管原则、监管模式与具体措施进行研究，并比较各种规制方案的优劣得失；^③其三，对网约车合法化之必要性、立法规制之紧迫性、立法模式的选择以及此前《暂行办法》征求意见稿的显著问题，从规范分析角度作出合宪性、合法性、合理性评价；^④其四，立足于交叉学科，从法经济学角度分析私家车接入网约车平台的合法化问题。^⑤总体而言，上述研究基本围绕中央立法和一般规制理论展开，对地方规制及其具体措施的及时剖解尚为数不多。^⑥本研究试图以15个城市的网约车地方细则为研究对象，从合法性角度对若干复杂问题展开深度剖析，亦对一些学界观点作出澄清，以期抛砖引玉，为网约车的科学规制贡献绵薄之力。

（三）研究对象和研究方法

本研究以国务院住房和城乡建设部于2010年12月出版的《全国城镇体系规划（2006—2020年）》为基本依据，以国务院于2014年3月发布的《国家新型城镇化规划（2014—2020年）》、国家发改委与住建部于2016年4月印发的《成渝城市群发展规划》，以及国家发改委于2016年12月印发的《促进中部地区崛起

-
- ② 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；侯登华：《“四方协议”下网约车的运营模式及其监管路径》，载《法学杂志》2016年第12期；侯登华：《共享经济下网络平台的法律地位——以网约车为研究对象》，载《政法论坛》2017年第1期。
- ③ 傅蔚冈：《“互联网+”与政府规制策略选择》，载《中国法律评论》2015年第2期；罗清和、潘道远：《“专车”进入后的出租车市场规制策略研究》，载《长安大学学报（社会科学版）》2015年第4期；金自宁：《直面我国网络约租车的合法性问题》，载《宏观质量研究》2015年第4期；彭岳：《共享经济的法律规制问题——以互联网专车为例》，载《行政法学研究》2016年第1期；王静：《中国网约车的监管困境及解决》，载《行政法学研究》2016年第2期；高秦伟：《竞争的市场与聪明的监管》，载《财经法学》2016年第2期；吴韬：《网络约租车监管的制度逻辑》，载《财经法学》2016年第2期；陈越峰：《“互联网+”的规制结构——以“网约车”规制为例》，载《法学家》2017年第1期。
- ④ 王军：《出租汽车经营行政许可之合宪性分析》，载《行政法学研究》2016年第2期；张效羽：《互联网网约车规章立法中若干法律问题研究》，载《行政法学研究》2016年第2期；顾大松：《“专车”立法刍议》，载《行政法学研究》2016年第2期；傅蔚冈：《专车立法在促进创新吗？》，载《财经法学》2016年第2期。
- ⑤ 薛志远：《私家车接入网约车平台的法经济学分析——兼评〈暂行办法〉的相关规定》，载《时代法学》2017年第1期。
- ⑥ 目前仅有两篇论文对此有初步涉及，见张效羽：《网约车地方立法若干法律问题研究》，载《行政与法》2016年第10期；郑毅：《中央与地方立法权关系视角下的网约车立法——基于〈立法法〉与〈行政许可法〉的分析》，载《当代法学》2017年第2期。

“十三五”规划》为参照，择取四大全球职能城市——北京、上海、广州、深圳，和 11 个国家中心城市——天津、南京、杭州、重庆、武汉、成都、青岛、厦门、沈阳、西安、郑州，一共 15 个城市的网约车地方立法作为考察对象，全面收集相关征求意见稿和正式文本、政策解读、说明等立法资料。^⑦ 基于上述 15 个城市样本，本研究将采取如下研究方法：

1. 文本研究法

本研究将主采文本研究法。研究过程中，密切关注、更新新发布的其他城市征求意见稿和相关文件，及时收集、分析未来正式出台的《管理办法》或《实施细则》；在已发布征求意见稿的城市范围内，收集草案审议、修改的相关信息、公告，对各地行政立法程序作一番检视。

2. 比较研究法

本研究对各市所处区位、经济发展水平、城市规模、城市交通管理现状等背景要素展开了对比分析，了解各市在网约车监管立法上的制度环境。另外，在占有第一手文本资料的前提下，对各市征求意见稿或此后出台的正式规定进行比较研究。比较研究的内容主要涉及实体问题、程序问题，以及两大专题研究——地方保护主义和部门利益法制化问题，共四个方面。

3. 实证调研法

本研究利用空余时间，就近择取若干城市，对三类群体进行问卷调查。第一类为政府立法人员，包括市法制办和市交通委员会的工作人员；第二类为传统出租车（即巡游车）司机；第三类为网约车司机和经常利用网约车出行的乘客。对这三类调查对象，将按照“侧重各异、有针对性”的原则设计若干问题，对各方观点进行收集、整理和分析。

二、概念说明

（一）“分享经济”与“共享经济”之辨

目前，国内学界及实务界几乎不加区分地混用“分享经济”与“共享经济”

^⑦ 截至 2017 年 5 月 8 日，尚有西安未出台正式文本。为保持样本完整性，仍将该市的“征求意见稿”纳入分析。

指称英文 sharing economy, 在此有必要予以廓清。尽管“分享”和“共享”在汉语标准含义上并无差别,但在经济领域不宜混用。在分享经济的诞生地美国,最初以“协同式消费”(collaborative consumption, 亦称“合作式消费”)指称类似经济活动。^⑧ 分享经济主要是私人个体借助信息平台,将闲置资源的使用权有偿让渡或无偿赠予相关需求方,实现资源高效利用的经济形态。其典型为网约车、私人住宅分享(Airbnb、小猪短租)等。在此形态下,所有权人将物品使用权“分”出来,让需求方附随或自行获取用益。反而观之,共享经济实际上是一种基于互联网的租赁经济,^⑨其由商事主体(企业)预先购置并拥有共享物品,利用信息平台租赁给不特定公众使用。此处所谓的“共享”,不是物品所有权人(企业)与使用者之间的共享,而是使用者之间的共享。换言之,符合一定条件的社会公众都可以付费使用。这种经济形式的典型即共享单车、共享睡眠。可见,分享经济与共享经济是存在一定差别的:前者通常是私人所有权个体将物品使用权“分享”给有需要的人,后者更多的是企业事先购置共享物,投入市场,交由公众自助付费取用,其实质是公共租赁经济。^⑩

分享经济与共享经济的区分有其意义。如平台责任方面,共享经济平台自行购置共享物投放市场,应严格保证产品质量并就质量瑕疵导致的事故承担相应责任;而分享经济下,平台主要负责信息整合,分享物由私人所有和提供。在产品和服务质量上,分享平台的责任份额更小,或与分享者共同承担连带责任。

(二) 关于“网络预约出租汽车”

从国务院七部委颁布的《暂行办法》上看,目前政策制定者仍将“以互联网技术为依托构建服务平台,整合供需信息”,将闲置、非巡游状态下的私人车辆、驾驶员和出行需求相结合,有偿或无偿提供点对点式客运服务的活动归属于“出

⑧ 参见 Marcus Felson, Joe L. Spaeth, Community Structure and Collaborative Consumption: A Routine Activity Approach, American Behavioral Scientist, 1978, 21(4) 007, pp.614-624; Rachel Botsman, Roo Rogers, What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption, Harper Collins, 2010。

⑨ 参见谈婧:《平台经济、共享经济和租赁经济》,载 <https://mp.weixin.qq.com/s/AyTjDZxI-cTFskcBjfBqgA>, 访问日期:2017年8月17日。

⑩ 当然,分享经济与共享经济的上述界限不一定绝对清晰。如在网约车领域,有些汽车租赁公司特地购买符合指标的车辆若干,承包给他人作专职经营,按月收取承包费。这种情形便显然与私家车主以自有车辆参与分享有很大差别。总的来说,分享经济与共享经济可被视为“理想类型”(ideal type),两者间会有许多中间形态。这也是市场变通的必然结果。

租汽车”经营范畴。在绝大多数国家,“出租汽车”作为公共交通的重要类型,一般由政府自行或特许相关企业经营。经营者自行购置车辆、雇用驾驶员、执行政府定价,按乘客要求的路线行驶,按路程或时长收费。相反,新兴网约车完全诞生于市场,是由互联网技术催生的纯市场产物。网约车平台主要负责信息整合、发布以及服务质量监督,不提供车辆,不雇用驾驶员。私家车主经由平台与乘客取得联系,展开缔约活动。直观上看,网约车经营法律关系中,并不存在公权主体,其业态外观与传统出租车也有相当大的差异。但至少目前,我国监管机构仍将网约车视为出租汽车之一类,命名为“网络预约出租汽车”。同时,将传统出租车改称为“巡游出租汽车”。易言之,“巡游”和“网络预约”皆为出租汽车的召唤方式。本报告暂因循成例,将“网络预约出租汽车”简称为“网约车”,将“巡游出租汽车”简称为“巡游车”。

三、网约车与巡游车的差异比较

即便沿用“网络预约出租汽车”之名谓,网约车与传统巡游车之间巨大的本质性差异也难以被刻意淡化。目前,学界与实务界对二者差异仅有零星的表述和分析,不少论证较为片面。要科学设置对网约车这一新兴业态的合理监管机制,需真正理解与传统巡游车相比,其究竟“新”在何处?这种“新”,究竟是在原有基础上的改良,还是与前者存在实质差异。

多数学者一致认为,“准入规制(数量或规模规制)”“价格规制”和“服务质量(安全标准)规制”是当前国内外巡游车市场规制的主要手段,^①由此形成“以牌照制为手段的市场准入制度”“以政府定价为手段的价格控制制度”和“日常服务管理制度”三项核心管理制度。^②有学者指出现行管理模式存在“经济利益的非均衡性”“产权关系的模糊性”“政府管制的非经济性”三方面体制性弊病。^③我们认为,这些问题根源于监管者尚未认同网约车与巡游车在运营模式与法律构

① 傅蔚冈:《“互联网+”与政府规制策略选择》,载《中国法律评论》2015年第2期;罗清和、潘道远:《“专车”进入后的出租车市场规制策略研究》,载《长安大学学报(社会科学版)》2015年第4期。

② 吴韬:《网络约车监管的制度逻辑》,载《财经法学》2016年第2期。

③ 程赐胜、刘中、马振东:《城市出租车管理模式的改革建议》,载《政策论坛》2005年第3期。

造上的实质性差异，更遑论科学应对。经不完全归纳，调研组认为，网约车与巡游车的本质差异主要体现在如下几个方面：

（一）市场准入机制

在绝大多数国家，出于对道路运载力、交通拥堵、环保治理、过度竞争等种种因素的考量，巡游出租车运营受到政府的严格管控。政府通过特许机制，授予小部分企业以经营权，并对运营数量、价格和安全服务标准进行统一规定和管理。^⑭ 牌照是经营权的重要体现。在允许入市流通的地区，一块正规出租车牌照可被炒至天价。^⑮ 而网约车的诞生立足于互联网科技，依赖于大量民营资本的注入，旨在充分利用闲置交通资源，缓解目前供不应求的局面，参与、补充多样化的公共交通。其诞生于纯粹的市场经济动机，而非政府的公益考量。其初生时期并未遭遇市场准入壁垒。仅是自主生长的后期，政府设置了若干条件，试图对其采取与巡游车同样的管制手段。因此，作为特许事项，目前巡游车数量受限，网约车数量通过其他硬性指标受限。

（二）法律关系结构

无论在外部法律关系还是内部法律关系上，巡游车与网约车皆存在较大不同。从外部法律关系上看，政府的交通运输主管部门通过招投标方式特许部分企业获得经营权，双方签订经营协议。而网约车经营虽被径行纳入既有巡游车监管体系，但外观上更类似于普通的申请—许可制。平台企业在符合若干条件的前提下，按照经营区域向相应出租车行政主管部门提出申请，审核通过后，获颁《网络预约出租汽车经营许可证》。企业之间无须竞标争取经营权，也无须与主管部门签订经营协议。

在内部法律关系上，巡游车经营的基本法律主体为经营者（巡游车企业）和

^⑭ 出租车运营属于《行政许可法》第12条第2项所规定的“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项”。

^⑮ 在美国旧金山市，每块出租车牌照的售价为25万美元，不含税。该市公共交通安全管理局每售出一块牌照，将收取20%的转让费，另有5%的费用直接进入出租车司机基金。在纽约州，一块牌照曾卖出55万美元的天价。在法国巴黎，出租车牌照的平均转让价格在2013年已达到24万欧元，最高可达27万欧元。绝大部分巴黎出租车司机要贷款十年甚至更久才能买得起一块牌照。

驾驶员，双方通常签订劳动合同或经营合同，后者又通常包含挂靠合同和承包合同两种形式。^⑩现实中，往往还牵涉到劳务派遣公司，实际法律关系也更为复杂。较典型的组织方式有三种：

其一，挂靠制。挂靠制是我国各地出租车行业起步时广泛采用的制度，延续至今，仍被一些市县地区沿用。此一关系下，驾驶员自行购置车辆并对之拥有完整所有权，携车挂靠于出租车企业，缴纳管理费（俗称“份子钱”）以换取经营资格。运营中发生侵权事故，由出租车企业（被挂靠人）与驾驶员（挂靠人）承担连带责任。^⑪

其二，承包制。承包制下，车辆由经营企业购置，驾驶员承包车辆，按时缴纳承包费。承包对象表面上是车辆，实际上是车辆所承载的经营权。由于经营者与驾驶员之间不签订劳动合同，一旦发生侵权事故，责任主体只有驾驶员一方。而驾驶员个体的担责能力相对有限，被侵权人往往难以获得充分赔偿。显然，这种模式不利于消费者权益和公共利益保障。因此，实际操作中，往往还纳入劳务派遣公司，由经营者、劳务派遣公司和驾驶员构建三方关系——经营者与驾驶员形成车辆承包关系，劳务派遣公司与经营者签订劳务派遣协议，驾驶员与劳务派遣公司形成劳动关系。这种改进实际上是“拉入”劳务派遣公司分担风险，提升责任能力。

其三，劳动合同制。经营者购置并提供车辆，与驾驶员签订劳动合同，形成劳动关系。驾驶员作为员工，为公司开车；公司为驾驶员支付工资、购买保险。运营中发生交通事故致人损害，由经营者（企业）承担侵权赔偿责任。劳动合同制应是巡游出租车行业转型升级的方向。^⑫

⑩《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》明确要求“出租汽车经营者要依法与驾驶员签订劳动合同或经营合同”。在此指导下，《巡游出租汽车经营服务管理规定》第21条规定，“巡游出租汽车经营者应当遵守下列规定：……（四）保障聘用人员合法权益，依法与其签订劳动合同或者经营合同……”

⑪《最高人民法院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条规定：“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。”

⑫《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》提出，要“鼓励巡游车经营者、网络预约出租汽车经营者通过兼并、重组、吸收入股等方式，按照现代企业制度实行公司化经营，实现新老业态融合发展”。

网约车的内部法律关系与上述巡游车的第三种组织形态略有相似，但本质并不相同。准确来说，这种相似肇因于地方政府的规制措施。首先，从车辆权属上看，网约车车辆主要为私家车；^{①⑨}其次，私家车车主加入网约车经营，须向平台公司（网约车经营者）提出申请。审核通过后，“平台公司应……根据工作时长、服务频次等特点，与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议”。^{②⑩}网约车诞生之初，平台的首要功能在于信息整合，将闲置的交通资源与出行需求相结合，克服巡游车无法避免的信息不对称难题。平台公司并无与私家车车主订立劳动合同之必要，那将无谓提高经营成本。^{②⑪}但是，若仅由私家车车主与乘客自行缔结客运合同，一旦发生交通事故，乘客或第三人的权益极可能因车主担责能力有限而无法充分受偿。鉴于此，《暂行办法》要求网约车平台与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议，

①⑨ 巡游车利用网约平台软件开展经营活动的情形除外。

②⑩ 《暂行办法》第18条。

②⑪ 在网约车合法化前，意即《暂行办法》正式颁布之前，为规避法律强制性规定和相关风险，网约车平台通常联合汽车租赁公司、劳务派遣公司和私家车主，共同构建一种四方协议关系：平台公司仅负责供需信息联络，扮演居间角色。为规避私家车不得参与客运经营的强制性禁令，私家车车主将车辆挂靠在汽车租赁公司，以换取运营资格；驾驶员加入劳务派遣公司，成为劳务派遣人员。从法律上看，私家车和驾驶员分别隶属于汽车租赁公司和劳务派遣机构，但事实上两类公司对车辆和人皆不实施实际管理。详言之，从法律关系上看，平台公司获得预约信息后，分别将租车信息发送至汽车租赁公司以派出车辆，将用工信息发送至劳务派遣公司以派出驾驶员，车与人再结合为乘客提供服务。尽管事实上，车与人从未分离，平台公司是将其收到的出行信息直接共享至附近的车辆和驾驶员——由此形成法律上的“人车分离”与事实上的“人车合一”并存的局面。在这种模式下，平台公司仅是信息服务商，履行信息居间人义务。在法律架构上，其既不参与汽车租赁公司与乘客（承租人）之间的汽车租赁关系，也不涉足劳务派遣公司与乘客（用工方）之间的劳务派遣协议。整个四方结构中，并不存在客运合同关系，也无人承担承运人责任。网约车乘客虽名为“乘客”，实非客运合同中的“旅客”，无法享受人身及财产保障。相反，一旦发生交通事故责任，乘客将处于极为不利的法律地位。若乘客受损肇因于驾驶员操作不当，可向驾驶员所隶属的劳务派遣机构要求赔偿；若因于车辆质量缺陷，亦可向汽车租赁公司追责。但这两种情形较少发生，更常见的是运营中致第三人损害。在这种情形下，由于乘客是车辆的承租人和使用人，需在交通强制责任险赔付范围外承担补充赔偿责任。又因为乘客是驾驶员的用工方，负有合理指挥和劳务管理的义务。受损第三人可以此为理由要求乘客与劳务派遣公司一并承担连带责任。可见，四方协议框架下的乘客不仅不能获得旅客权益保障，还要担负范围广泛的补充或连带责任风险。而网约车平台作为信息供应商和居间人，不用承担任何风险，经营成本相当低廉。正因如此，《暂行办法》直接颠覆上述框架，剥离汽车租赁公司和劳务派遣公司，要求网约车平台直接与私家车主订立劳动关系，并承担承运人责任。