

互联网分享经济对行政法规制的挑战与应对

张效羽

内容提要:互联网分享经济的发展对行政法财产用途管制制度、市场准入管制制度和职业资质管制制度构成极大挑战,滋生大量行政法意义上的“非法”活动。这种挑战是分享经济创新性和法律滞后性的自然结果,恰恰要求行政法规制必须与时俱进、实现变革。面对互联网分享经济带来的挑战,行政法规制应当坚持消费者优先原则、实施合作规制、创新运用信息规制并通过体制重构努力实现规制机构自身利益与新经济发展激励相容。

关键词:分享经济 行政法规制 互联网+ 合作规制 信息规制 激励相容

张效羽,国家行政学院法学部副教授。

所谓分享经济(Sharing Economy),^[1]又称“共享经济”或协作型消费(Collaborative Consumption),是指利用互联网等现代信息技术整合、分享海量分散化闲置资源、满足多样化需求的经济活动总和。^[2]根据国家信息中心分享经济课题组发布的报告,2015年中国分享经济市场规模约为19560亿元,参与提供分享经济服务者约5000万人左右,^[3]涌现了滴滴出行等一大批分享经济领军企业。随着分享经济迅速发展,它对传统行政法规制以及传统行业的挑战日益显现,^[4]传统行业抵制分享经济的群体性事件时有发生。^[5]

- [1] 分享经济概念第一个含义是指雇员与雇主共享企业发展收益,被视为员工持股计划、劳资合作机制的理论基础。在互联网时代,分享经济又有了新的含义,故称之为“互联网分享经济”。有关分享经济的第一个含义,参见腾维藻、刘卫:《分享经济:评价与启示》,《经济研究》1987年第1期和[美]马丁·威茨曼著:《分享经济:用分享代替工资制》,林青松等译,中国经济出版社1986年版。本文所称分享经济,均指“互联网分享经济”,在文中简称“分享经济”。
- [2] 国家信息中心信息化研究部、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国分享经济发展报告2016》,朱克力、张孝荣编著:《分享经济:国家战略新引擎与新路径》,中信出版集团2016年版,第338页。
- [3] 国家信息中心分享经济发展报告课题组:《中国分享经济发展报告:现状、问题与挑战、发展趋势》,《电子政务》2016年第4期,第15页。
- [4] 分享经济不仅对行政法规制构成挑战,对整个法律规制框架都构成挑战,比如分享经济对反垄断行政规制的挑战、对税收征管体制的挑战等,出于篇幅考虑,文本主要就分享经济对行政法规制构成的挑战与应对进行阐述。
- [5] 参见王瑞:《出租车罢工要挟了谁》,《中国工业报》2016年6月24日;王艾娣:《河南洛阳出租车司机罢工事件的背后——浅析打车软件的诞生与演变》,《新闻研究导刊》2016年第20期;叶曜坤:《当打车软件遇上出租车罢工》,《人民邮电》2015年1月16日。

一 分享经济对传统行政法规制的挑战

(一) 挑战行政法财产用途管制制度

所谓财产用途管制,是指财产的使用必须符合法定用途的行政法管制制度。财产用途管制世界各国都有,是财产法与行政法融合的产物。“在所有的西方国家,包括房屋在内的社团、商业和工业的财产,正日益受到行政法的调整,而个人所有者未经政府的许可,则几乎不能种植一棵树或扩建他的厨房”。〔6〕财产用途管制的正当性在于维护公共利益,确保私有财产之使用不损害公共利益。正可谓“所有权受法令的限制,负有义务,以维护社会公益,此为所有权固有的约束,自由与限制相伴而生,构成所有权的内容”。〔7〕

在财产用途管制诸多内容中,一个最基本的内容就是对财产使用进行民用和商用分类管理,或者按照经营性和非经营性(生活消费性)进行分类管理。特定土地、房屋或车辆、船舶一旦被认定为民用(生活消费使用),则不得用于商用(经营性使用)。民用财产(生活消费使用)如果要变更为商用(经营性使用)财产,必须办理严格的用途变更手续,并且因此肩负更加沉重的行政法义务。盖因财产一旦被用于商用或者经营性使用,则与更多民众发生关联。为了确保广大民众人身财产安全,故对财产商用(经营性使用)施加更为严格的行政法管制。但是分享经济在某种程度上突破了这一点。在分享经济中,涌现出大量财产民商混用的情况,对行政法上财产用途管制制度构成极大挑战。

1. 网约车挑战机动车用途管制

当前,我国对于机动车有严格的管理体制,其基本的分类是将机动车区分为营运机动车和非营运机动车,然后按照营运与非营运实施分类管理。登记为营运的机动车和登记为非营运的机动车在年检、报废、维修、准驾条件等方面承担明显不同的管制措施。比如根据《机动车强制报废标准规定》的规定,小、微型营运载客汽车使用10年强制报废,但小、微型非营运载客汽车无使用年限限制。再比如根据《道路交通安全法实施条例》和公安部、国家质检总局《关于加强和改进机动车检验工作的意见》规定,营运载客汽车5年以内每年检验1次,超过5年的每6个月检验1次,但是非营运轿车在满足一定条件后6年内免检。将机动车区分为营运与非营运,并对其分类管制,主要是考虑到营运机动车使用强度比较大并且关系到公众的人身安全,所以营运机动车相关年检、报废等规定比较严格。这种分类管理模式有其坚固的合理性基础。

但是网约车的兴起很大程度上冲击了机动车营运与非营运分类管理模式。网约车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。〔8〕当前网约车中很多都是兼职从业,其车辆由登记注册为“非营运机动车”的私家车承担。私家车从事城市客运出行服务,在某种程

〔6〕 [美]哈罗德·伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1996年版,第40页。

〔7〕 王泽鉴著:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第494页。

〔8〕 参见交通运输部等七部委于2016年7月27日发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第二条第2款。

度上也具有“营运”的性质,要不要对其按照营运机动车的管理模式管理,就是一个亟待解决的问题。在很长时期,交通运输管理部门都坚持“私家车永不允许当专车用”,^[9]即登记为“非营运”的机动车不能从事网约车营运活动。但是这种态度在2016年年初也发生了转变。^[10]从网约车市场的实际情况看,存在大量私家车车主利用私家车进行网约车活动的现象,这种现象也很难通过严格执法而得以解决。

2. 网络民宿挑战土地与房屋用途管制

网络民宿是指通过互联网将自家闲置房屋(房间)短期出租给他人使用并获取收益的分享经济模式。网络民宿的典型代表是Airbnb,在中国有蚂蚁短租、小猪短租等。这种分享经济模式对土地和房屋用途管制构成极大挑战。

土地和房屋用途管制是指有关机关依法对特定土地和房屋的用途进行限定的制度。《中华人民共和国土地管理法》第四条规定,“国家实行土地用途管制制度……使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地”。《中华人民共和国城市房地产管理法》第十二条规定,“土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方案,按照国务院规定,报经有批准权的人民政府批准后,由市、县人民政府土地管理部门实施。”第四十四条规定,“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。”《中华人民共和国物权法》第七十七条规定,“业主不得违反法律、法规以及管理规约,将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约外,应当经有利害关系的业主同意”,本条规定就是土地和房屋用途管制的具体体现。

城市中网络民宿很多都是利用住宅接待游客和商务房客。如果网络民宿持续性将住宅通过互联网短租给他人使用,就相当于利用住宅开设家庭旅馆,属于变相将住宅改为经营性用房的行为,但绝大多数没有经过相关法律程序予以确认,严重违反土地和房屋用途管制制度。比如我国香港地区最近正准备修改相关法律,规定经营住宿业必须要有许可,如果楼内有居民不同意,则无法进行短租,^[11]就是试图捍卫土地和房屋用途管制制度的做法。

3. 厨房分享经济挑战能源用途管制

电、水和天然气同样可分为民用、商用和工业使用,三者在相关管道铺设标准、安全设施标准、费率甚至使用时间等方面都存在明显差异。比如根据《中华人民共和国电力法》第四十一条规定,国家实行分类电价和分时电价。对同一电网内的同一电压等级、同一用电类别的用户,执行相同的电价标准。《电力供应与使用条例》第三十条和第四十条规定,擅自改变用电类型的,供电企业可以根据违章事实和造成的后果追缴电费,并按照国

[9] 葛红霞:《私家车拼车算不算黑车?拼车仍需政策化》,《社会与公益》2015年第4期,第86页。

[10] 参见刘朝辉:《交通部部长杨传堂谈网约车:管理要量体裁衣》,《新民周刊》2016年第12期,第21页。

[11] 张婧:《在线短租市场崛起 仍面临法律风险》,《南方日报》2015年6月24日,第B01版。

务院电力管理部门的规定加收电费和国家规定的其费用;情节严重的,可以按照国家规定的程序停止供电。水、天然气的使用也有类似规定,均实行按用途分类管理。

但是厨房分享严重挑战能源用途管制。公民利用自己私家厨房做饭供他人食用以获取收益比如“吃吃饭”、“蹭饭”等 App 软件服务,对于我国这种城市居住人口高度集中的国家而言,比网络民宿更加接地气、更有前景。但是厨房分享经济实际上都是将民用水电天然气改为具有民商混用性质,产生明显的合法性风险。

(二)挑战行政法市场准入管制

根据《行政许可法》,行政法对一些行业设置市场准入,也就是设置行政许可。而分享经济激发出来的大量“无证经营”现象,则严重侵蚀现有市场准入管制。

1. 网约车挑战出租车行业市场准入管制

我国出租车行业是一个高度管制的行业。根据《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院第 412 号令)的规定,一家公司要进入出租车行业,必须具备《出租汽车经营资格证》;相应的,公民要从事出租车运营,要具备《驾驶员客运资格证》,其车辆必须具备《车辆运营证》。如果没有这三证,有关部门就有权对无证经营的“出租车公司”和无证从事营运活动的驾驶员进行行政处罚等措施。传统出租车行业的经营者都是自己拥有车辆和驾驶员,网约车企业则很多不拥有车辆和驾驶员,属于轻资产公司。如果按照出租车行业的市场准入标准来规范分享经济网约车行业,则属于削足适履,给网约车企业增加不必要的管制负担。在美国,加利福尼亚州公共事业委员会(CPUC)作出决定,认为网约车企业属于“交通网络公司(TNC)”,不属于传统出租车公司,对其制定新的规制策略。^[12] 原先的出租车市场准入管制就被网约车颠覆了。

2. 人人快递分享经济挑战邮政市场准入管制

所谓人人快递,就是通过互联网调动公众利用闲余时间送快递的一种分享经济,比如利用上下班时间顺便送快递。但是这种分享经济模式和我国邮政行业市场准入存在很大冲突。我国《快递市场管理办法》第九条规定,“国家对快递业务实行经营许可制度。经营快递业务,应当依照《中华人民共和国邮政法》的规定,向邮政管理部门提出申请,取得快递业务经营许可;未经许可,任何单位和个人不得经营快递业务”。但是,在互联网分享经济中,任何人都可以接受互联网上有关送达物品的邀请,按照需求发布人的要求实施快递服务。快递员可以没有公司,也不需要专业从事快递工作。公民完全可以利用上下班顺路帮他人送快递获得相关收益。

3. 网络民宿挑战旅馆行业准入行政许可

随着互联网的发展,网络民宿行业的规模已经今非昔比。以美国网络民宿平台 Airbnb 为例,尽管 Airbnb 自己不拥有一个房间,但是通过互联网平台,其所能提供的房间数量(75 万间)已经超过世界上最大的洲际酒店集团(64.5 万间)。^[13]

根据我国《旅馆业治安管理办法》第四条的规定,“申请开办旅馆,应经主管部门审查

[12] 王军:《美国管理网约车:先给“名分”再规制》,《人民邮电》2015年10月26日,第7版。

[13] [美]罗宾·赛斯著:《共享经济:重构未来商业新模式》,王芮译,浙江人民出版社2016年版,第79-80页。

批准,经当地公安机关签署意见,向工商行政管理部门申请登记,领取营业执照后,方准开业”。但是网络民宿兴起之后,大量的游客都可以到未经许可的民宿花钱住宿,传统的旅馆行业相当多的功能被网络民宿取代了。大量获得旅馆准入行政许可的房间,实际上在从事旅馆行业的服务,对于旅馆行业准入的行政许可是一个大的挑战。

(三)挑战行政法职业资质的行政管制

分享经济既是对财产的分享,也是对劳动和知识技能的分享。但是,为了确保特定行业的商品和服务质量,避免消费者遭受劣质商品和糟糕服务带来的人身财产损害,我国对于特定职业也制定了比较严格的职业准入管制。

1. 网约车挑战驾驶员营运职业准入规制

我国当前关于公路客运驾驶员有严格的职业准入规制。根据《中华人民共和国道路运输条例》、《危险化学品安全管理条例》和《交通部道路运输从业人员管理规定》,从事公路运输服务的驾驶员不仅要有《机动车驾驶证》,还要有《道路运输从业资格证》。根据《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院 412 号令)和《交通部出租汽车驾驶员从业资格管理规定》,从事城市出租车客运服务的驾驶员也必须具备《出租车从业资格证》。根据交通部等七部委办新近颁布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》规定,网络预约出租汽车驾驶员还必须获得《网络预约出租汽车运输证》。应该说,对于具备了《机动车驾驶证》的驾驶员,要从事客运服务,还必须根据情况相应申领有关职业资质许可。但是我国网约车很多司机都是兼职从业,并不具有《道路运输从业资格证》或《网络预约出租汽车运输证》,对我国驾驶员营运职业准入管制构成极大挑战。

2. 厨房分享经济挑战餐饮行业准入规制

我国对于餐饮行业的职业准入是非常严格的。《中华人民共和国食品卫生法》第二十六条规定,食品生产经营人员每年必须进行健康检查;新参加工作和临时参加工作的食品生产经营人员必须进行健康检查,取得健康证明后方可参加工作。《公共场所卫生管理条例》第七条规定,公共场所直接为顾客服务的人员,须持有“健康合格证”。因此,持有相关健康证明是餐饮行业从业人员的必备条件。但是我国分享厨房行业中大多数提供餐饮服务的人员,都是兼职从业,大多不具有相关健康证明。厨房分享经济的存在,对餐饮行业职业准入管制也是一个很大的挑战。

以上就是分享经济对行政法规制的三个主要挑战,也是分享经济发展面临的主要行政法瓶颈。当然,分享经济的种类很多,内容也很庞大,而且尚在迅速发展之中。分享经济对行政法规制的挑战远远不止以上三点。比如分享经济中从业人员大多数属于兼职劳动参与人员,网络平台企业与利用平台从事分享经济服务的从业者之间不是固定的劳动关系,针对劳动者权益保护和社会保障的行政法规制很难直接适用。“如果每个人都在零散的时间做零碎的工作,下一份工作和报酬都无法预知的话,将对个人生活产生无法想象的影响,当大量全职变为兼职,重构社会保障体系的任务将更为紧迫”。^[14]再比如,分

[14] 张新红著:《分享经济:重构中国经济新生态》,北京联合出版公司 2016 年版,第 183 页。

享经济中大量交易都是利用互联网通过个体化单独交易完成,很多分享经济交易无法被纳入现行行政税收体制,同时分享经济的产值也无法被现行行政统计所计入,导致国民经济统计数据失真。^[15]

二 如何正确看待分享经济对行政法规制的挑战

当前,互联网分享经济给人的面目就是“非法”:无证上路从事客运服务的“黑车”,无证提供游客短期住宿的“黑旅馆”,无证利用自家厨房提供餐饮服务的“黑厨房”等。如何正确看待这种行政法上的“非法”现象,至关重要。

(一) 新经济并非不受法律控制只是突破传统部门行政法规制

首先需要明确的是,互联网分享经济这种新业态,并非完全处于不受法律控制的状态。其大量的“非法”只是不符合传统行政法规制的要求。我国法律部门众多,其中基础的实体法律部门是民商法、刑法和行政法等。分享经济并不游离于民商法和刑法之外。比如我国《民法通则》第四条规定,民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。这条规定自然适用于互联网分享经济中的民商事活动。再比如互联网分享经济中如果出现严重侵犯消费者人身权、财产权的事件,完全可以依据《民法通则》、《合同法》、《消费者权益保护法》、《侵权责任法》乃至《刑法》妥善处理。

实际上,互联网分享经济所挑战的主要是传统部门行政立法。互联网租约车主要是挑战交通运输部颁布的《出租汽车经营服务管理规定》、网络民宿主要挑战的是公安部颁布的《旅馆业治安管理办法》等,主要冲击对象是部门行政法规制制度。如果分享经济从一开始就挑战基本社会规则和基本民法、刑法规则,则分享经济也不可能存在。

(二) 新经济处于法律灰色地带恰恰是新经济的特点

新经济在发展初期处于法律灰色地带甚至被视为“非法”,属于正常现象,这恰恰是新经济的特点,也是法律自身特点决定的。新经济具有创新性,必定是与先前的传统经济模式有显著区别。而法律有滞后性,所有法律都是根据社会经济实践经验、总结经验教训制定出来的。因此,互联网分享经济的创新性与法律固有的滞后性结合起来,必然会导致大量分享经济活动在发展的初始阶段处于“非法”的尴尬境地。比如在互联网租约车领域,当前一些互联网租约车企业自己没有一辆车、也不雇佣司机,但却通过互联网平台指挥数百万辆车和上百万驾驶员提供服务。这种分享经济的场景,2004年国务院在颁布《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院412号令)时是无法预见到的。因此,现在判断国务院412号令中所提到的“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”是否包括互联网租约车平台企业的经营许可证,注定会有极大的争论。但是互联网分享经济不能因为存在法律争论就停止发展,只要能够满足消费者需要且不损害他人和公共利益、不违背公序良俗的自愿交易,都会迅速发展。因此,互联网租约车尽管长期以来没有一个合法的身份,但是仍旧迅猛发展,以一个灰色甚至黑

[15] 张晓霞:《分享经济火热 有待纳入统计》,载《中国信息报》2016年7月15日第004版。

色的身份向越来越多的消费者提供服务。

(三) 行政法制必须适应新经济发展

归根结底,行政法制的主要目的是为了维护最广大人民群众合法权益。行政法不是维护特定行业既得利益的法,也不是维护行政主管部门既得权力的法。当前,互联网分享经济在诸多领域都已经给消费者提供更加有性价比的商品和服务,但也存在一定的安全隐患,可能会损害消费者人身财产等权益。因此,有关部门就应当积极推进行政管理创新,积极更新行政法制体系,根据互联网分享经济的特点制定行政法制措施办法,使得分享经济既能够健康发展造福大众,又能够安全发展减少悲剧。

比如,根据传统出租车管理规定,所有出租车都必须安装计价器。从传统出租车行业实际看,要求出租车安装计价器是合理的,因为在前互联网时代出租车消费者很难知道出租车到底行驶多少公里。因此出租车计价装置必须由政府指定企业制造、经过有关部门审查后安装在出租车上。但是互联网网约车是按照手机导航软件统计的行驶公里数计价,这个软件消费者和司机都同时安装,数据实时向消费者公开。且这些导航软件所依赖的GPS系统也并非出租车司机能够左右。在这种情况下,对互联网网约车进行行政法制就完全没有必要要求互联网网约车也必须安装计价器。2016年7月底新颁布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》,删除了去年10月份征求意见稿中有关网约车必须安装计价器的规定,就是行政法制适应新经济发展的例子。

因此,对于互联网分享经济并非不要行政法制,关键是如何规制。法律的制定必须符合法律适用对象的特点,行政法制必须跟上新经济发展的步伐,必须适应新经济发展。

三 通过行政法制变革应对分享经济挑战

正如上文所述,如果消费者都认为脱离传统行政法制的分享经济是不安全的,或者是没有性价比的,则分享经济不会对传统行政法制体制构成挑战。但事实并非如此,因此,要想应对分享经济带来的挑战,就必须走行政法制变革之路。

(一) 端正规制目的

长期以来,我国行政法制对于消费者权益保护重视不够,更多是从促进相关产业健康发展角度筹划规制。但是,“如果说从工业化社会向后工业化社会的发展过程,是‘生产者优先’向‘消费者优先’转换的话,那么,随着IT时代的到来,它将成为维护‘消费者主权’的社会”。^[16]因此,推进行政法制变革就要端正规制目的,从“生产者优先”的规制转向“消费者优先”的规制,站在对消费者最有利的角度考虑规制问题。比如,分享经济的代表网约车兴起之后,网约车与传统出租车的矛盾日益凸显。在这种情况下,既不能简单将传统出租车规制方式施加到网约车行业(这样对网约车不公平)、也不能为了促进网约车发展简单放松行政法制,而是要站在保护消费者权益、赋予消费者更多选择的立

[16] 甘峰:《生产者优先与消费者主权——日美规制改革目的比较》,《世界经济研究》2001年第2期,第28页。

场上,统筹规划针对出租车和网约车的行政法规制,使得消费者而不是特定行业能从行政法规制变革中获得最大收益。

(二) 转变规制模式

对于传统经济,我国行政法规制方式主要是行政法规制机关面对企业和个人直接规制。在互联网分享经济时代,更应当推崇合作规制方式,即“政府-企业-社会三方合作规制”模式(以下简称“合作规制”),从而实现从政府单方规制向多方合作规制模式转变。

第一,分享经济意味着合作规制成为必需。合作规制的思路早已有之,“没有行业的协作,大部分管制方案都会失败”。^[17] 但是互联网分享经济的特征使得政府和企业合作规制不仅成为可能,也成为必需。在分享经济时代,要想做到既保持互联网分享经济的活力又能最大限度地防止其不利影响,就只能走合作规制之路。^[18] 互联网分享经济的特点是参与人数众多、参与方式灵活,潜在规制对象呈现几何数字增长,且这些规制对象的多样化程度很高。根据国家信息中心课题组发布的《中国分享经济发展报告》显示,截至2015年底,接入滴滴出行平台的司机数已超过1400万人,注册用户数达2.5亿。^[19] 这1400万司机有的是近乎专业开网约车、有的是兼职开网约车,有的甚至是为了图新鲜开几次网约车。在这种情况下,依靠各地交通运管部门对其活动实施规制,由于行政机关编制和财力所限,很难达到预期效果。因此,对互联网分享经济实施有效规制,就必须与企业和社会力量合作,这是一条不得不走的路。

第二,分享经济也极大地便利了合作规制。互联网分享经济尽管参与人数众多、参与方式灵活,但是归根结底都是通过互联网平台实现闲置资源共享获利。换句话说,互联网平台公司就是分享经济的信息中枢、组织中枢、财富中枢。在这种情况下,政府与企业合作规制的成本大幅减少了。在传统出租车时代,行政机关也要借助出租车公司的力量实施对出租车司机经营行为的规制。但是传统出租车公司数量众多,行政机关与出租车公司实施合作规制成本很高。但在互联网分享经济时代,网约车平台企业屈指可数,经营高度集中。在这种情况下,政府与企业合作规制成本大幅降低。

(三) 创新规制工具:信息规制工具

传统的行政法规制工具主要是行政许可、行政处罚和行政强制等。这些行政法规制工具有力地促进行政法规制目标的形成。但是,在互联网分享经济时代,行政机关必须根据互联网分享经济的特点创设新的行政法规制工具。

互联网分享经济与其他互联网经济一样,其核心要义在于互联网。互联网分享经济的具体“分享活动”,在互联网到来之前都已经存在,比如曾经广泛存在的房屋租赁市场。在一些单位住宅集中区域,也存在比较固定的拼车搭车上下班的情况。但是,只有通过互联网技术,使得分享经济交易成本大幅降低,分享经济的规模才得以迅速扩大,最终以

[17] [美]朱迪·弗里曼著:《合作治理与新行政法》,毕洪海译,商务印书馆2010年版,第165页。

[18] Cohen M, Zehngbot C. What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy. *Bos. Bar J.*, 2014, 58: 34.

[19] 国家信息中心分享经济发展报告课题组:《中国分享经济发展报告:现状、问题与挑战、发展趋势》,《电子商务》2016年第4期,第16页。

“互联网分享经济”这一新的身份走上历史舞台。不仅被世界所瞩目,而且成为传统经济的有力颠覆者。互联网改造传统分享活动的关键是降低交易成本,具体来说就是降低信息不对称带来的交易成本。因此,信息是互联网分享经济的命门。

因此,对互联网分享经济实行政法规制,就需要运用信息规制工具。所谓信息规制工具,是指行政法规制机关围绕信息展开一系列规制措施的总称,比如强制信息披露、强制信息共享等规制手段。“与传统规制工具相比,信息工具有独特的功能优势,其正确使用不仅能推进公平交易,促使交易主体自律,促进规制制度实施,而且成本较低”。^[20]

第一,强制信息披露。互联网分享经济之所以能够形成规模,就是因为通过互联网技术,大幅度降低消费者与商品生产者和服务者的信息不对称,使得自愿交易得以顺利进行。但是,互联网分享经济时代仍旧存在信息不对称现象,而且互联网平台企业会因为自利动机掩盖相关信息。在这种情况下,行政机关要求互联网分享经济企业披露相关信息,就比自己亲力亲为打击诈骗活动效果好得多。比如《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第十九条规定,(网约车企业)在提供网络预约出租汽车服务时,提供驾驶员姓名、照片、手机号码和服务评价结果,以及车辆牌照等信息。这条规定就是强制信息披露的规定,有助于消费者理性选择网约车司机,防止消费者合法权益被不法侵害。

第二,强制信息留存。互联网经济依赖信息进行追溯和确定法律责任,必须确保相关信息有一定时间的留存。否则,如果相关信息在交易完成之后就消失,则不利于在交易出现争议时法律责任的确定和追究,也就不利于促进分享经济从业人员依法合规经营。为此,行政法规制机关要强制有关经营者实行经营信息留存。《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第十八条第2款规定,“网络预约出租汽车经营者应当留存从事网络预约出租汽车服务的驾驶员真实身份及联系方式,按照《互联网信息服务管理办法》中相关要求,记录驾驶员、约车人在互联网平台内发布的信息内容、用户账号、手机号码、登录日志等数据并备份”。

第三,强制信息共享。强制信息披露是面向消费者的披露,强制信息共享主要是要求经营者与行政法规制机关实施信息共享,便于行政法规制机关掌握相关情况。在政府和企业合作规制的模式中,行政法规制机关没有足够力量对发生的所有争议进行亲自处置,而是站在企业后面督促企业有关部门公正处置。在这种模式下,行政法规制机关必须与企业保持紧密的信息共享机制,否则行政法规制机关的督促作用无法发挥。

第四,建立大数据规制平台。在信息规制中,行政法规制机关并非单纯的信息提取者,也是信息输出者。行政法规制机关也掌握很多企业和社会无法掌握的信息,这些信息对于实施规制也非常重要。比如公安机关掌握的公民交通违法行为信息和车辆信息等。因此,行政法规制部门应当肩负起组建大数据库的主导作用,就相关领域搭建大数据规制平台。在这个平台中,不仅行政法规制机关与企业、社会实现信息共享,不同的行政法规制机关(公安、交管、电信、网信、交通、金融等)也实现信息共享。而且打通历史信息、实时信息与预测信息的鸿沟,通过大数据规制平台实施精准规制。

[20] 应飞虎、涂永前:《公共规制中的信息工具》,《中国社会科学》2010年第4期。

(四) 重构规制体制:实现激励相容

激励相容(Incentive Compatibility)源于经济学。根据《新帕尔格雷夫货币金融大辞典》的释义,这个概念“用来描述这样的一些机制,对于这些机制,过程的所有参与者将发现,违背过程的规则将是不利的”,这个概念“可以追溯到亚当·斯密的‘看不见的手’,它宣称在个人追求自身利益的同时社会利益也达到最大化”。^[21]换句话说,一种激励相容的机制就是这个机制的参与者个人利益与机制所要求的行为一致。在行政法规制领域,建设激励相容的行政法规制机制,就是要促使行政法规制机构的规制目标与行政法规制机构自身利益相容。

在有关互联网分享经济的规制中,存在复杂的利益冲突。其中最显著的就是互联网分享经济与传统行业的冲突。尽管互联网分享经济的发展给传统行业转型升级提供前所未有的机遇,但是互联网分享经济对传统行业的冲击也是不能忽视的。创新不仅仅意味着可以带来更多的收益,往往也意味着一种“创造性破坏”,即“不断地破坏旧结构、不断地创建新结构”。^[22]在这种情况下,行政法规制机构如何做到既能促进新产业的发展、又能最大限度遏制新产业对传统行业冲击带来的负面影响,就成了亟待解决的难题。

当前,我国行政法规制机构主要是应对传统行业规制任务组建起来的,对传统行业的健康发展负有直接责任。而对于互联网新兴产业的发展,其所肩负则责任并不明确。如果互联网新型产业的发展导致传统行业出现萎缩,则行政法规制部门受到的压力极大。况且互联网分享经济的发展还意味着行政法规制机构传统规制模式必须转型升级,这也是一个非常痛苦的过程。在这种新旧的转换中,行政法规制机构不仅要促进新兴产业的发展,本身也是互联网新经济“革命对象”,出现明显“激励不相容”现象。为此,国家应当统筹考虑互联网分享经济在内的互联网新经济促进机制,通过体制机制改革,使得互联网分享经济在内的新经济能够在体制上获得更大的支持。为此,可以采用如下改革措施:

第一,适当提升规制层级。一般来说,越是基层的规制机构,与传统行业的关系越是紧密。而越是高层的规制机构,越是能够站在比较超然的立场上依法实施规制。此外,互联网分享经济作为互联网经济的体现,具有很强的跨地域性。对其实施规制也没有必要必须下沉到基层。《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第六条规定,首次从事网约车经营的,……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”。这条规定将网约车经营企业线上服务能力认定机构提升到省级规制部门,且认定结果全国有效,就是适应互联网经济特点提升规制层级的体现。

第二,适当集中规制机构。当前,我国有关互联网分享经济的规制机构很多,呈现“九龙治水”的情形。比如《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》的发文单位就有七个,涉及交通运输部、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

[21] [美]彼得·纽曼、默里·米尔盖特、[英]约翰·伊特韦尔主编:《新帕尔格雷夫货币金融大辞典》(第二卷),黄卫平等译,经济科学出版社2000年版,第323页。

[22] [美]约瑟夫·熊彼特著:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,商务印书馆2009年版,第147页。

办。这种“多头规制”的局面往往导致权责不一致,不利于实现激励相容。为此,要适当集中互联网分享经济的规制权限,将涉及互联网分享经济的规制权限从行业主管机构中逐渐剥离,组建有关互联网新经济的新规制部门,增强互联网经济在行政法制体系内部的话语权。

第三,将互联网分享经济纳入国民经济统计和政绩考核。由于互联网分享经济主要是兼职经济、甚至是“非法”经济,因此不被纳入国民经济统计和政绩考核。这就使得互联网分享经济这种利国利民的经济模式的地位被低估。传统经济被纳入经济统计、新经济不被纳入经济统计,在经济指标是各级行政机关重要考核指标的制度背景下,行政法制规制机关往往很难站在一个对新经济包容的立场上考虑问题。尤其是互联网分享经济与传统经济之间还存在一定的替代效应。为此,应当将互联网分享经济纳入国民经济统计中。

[本文为国家行政学院院级科研项目“互联网+与政府法律规制制度研究”(16ZBXM007)的研究成果。]

[**Abstract**] The development of Internet sharing economy has posed great challenges to the property use control system, the market access control system and the professional qualification control system established by Chinese administrative law and led to many “illegal” activities in the sense of administrative law. These challenges are the inevitable results of the conflict between innovative sharing economy and laws that lag behind it. They demand administrative regulatory systems to keep pace with the times and reform themselves. Faced with these challenges, China should adhere to the principle of giving priority to customers, implement the system of cooperative regulation, carry out regulation through the innovative use of information, and strive to realize through institutional reconstruction the incentive compatibility between the interest of regulatory bodies and new economic development.

(责任编辑:支振锋)