

占道经营行为合法化路径研究

——以公物特许利用为视角

常 健

(苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006)

摘要:行政机关与占道经营者长达十多年的“战争”彰显了取缔措施的无效。在此背景下,城市管理综合执法机构进行了治理的创新行为——拍卖占道经营权。占道经营行为违法性根源在于经营者无法取得道路的使用权。占道经营行为合法化首先须通过公物法的规定,行政机关以行政特别许可的方式赋予占道经营者对道路合法的特别使用权,通过“产权”机制解决外部性问题。此外,为了优先满足道路供公众一般自由通行的价值,公物管理机关可设置占道经营的禁止区、严控区以及诱导区。就费用而言,公物管理机关对占道经营者收取的费用不宜过高。

关键词:占道经营;公物;特别利用;比例原则

中图分类号:D912.112

文献标识码:A

文章编号:1008-5092(2019)04-0025-06

一、占道经营权拍卖的违法性分析

据搜狐网报道,为了解决城市占道经营的问题,江西省弋阳市城管大队有选择地在城区人行道和市政道路划出 100 多个摊位,组织占道经营的摊贩竞价拍卖,价高者得,得者发证算合法经营。2010 年 3 月 6 日,弋阳县城管局在城区贴出《通知》称,临时占道拍租摊位的期限为一年,拍租成功后现场签订临时占道协议书。对于未拍租的摊点,城管部门将进行取缔并予以罚款。最终,城管部门以“城市道路占用挖掘费”的名义,收取了 69 家摊点近 14 万元竞价拍租资金。有店铺经营者反应,门面房前的人行道要掏钱拍回,不参与竞拍自家门面房前的空地即被别人拍走,影响经营。

此种拍卖占道经营权的做法引起公众的普遍反对。质疑的观点主要为:一方面,人行道的拍卖有变“非法”经营为“合法”的嫌疑;另一方面,拍卖行为并不能改变占道经营对环境卫生、交通秩序的破坏。在公众朴素法感情提出的质疑之下,最终城管大队退回收取的拍卖费用。然而,无独有偶,该种拍卖占道经营的行为在其他地区同样

存在。

从行政法学的角度对城管大队拍卖行为的违法性进行分析是必要的。首先,从拍卖占道经营权行为的法律属性而言,城管大队对占道经营权进行竞价拍卖并发证的行为无疑属于行政许可行为。按照行政许可的赋权性与否,可以将行政许可分为:普通许可与特许许可。特许许可表现为行政主体直接为相对人设定特定权利的行为,是行政机关对相对人的赋权,相对人获得了其本身并不享有的权利。普通许可则是在一般禁止的情况下,行政机关对于符合法定条件的相对人解除禁止,是对相对人原有的权利的恢复。具体而言,我国《行政许可法》上的特许为行政机关代表国家依法授予组织或个人自然资源、公共资源持续排他的使用权或直接涉及公共利益的特定行业垄断经营权的行政许可行为^[1]。依据《行政许可法》第 53 条的规定,实施第 12 条第 2 项所列事项的行政许可的,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式做出决定。通说认为,该条规定了特许决定应当以招标、拍卖等公平竞争方式做出。由此,城管大队以拍卖形式所实施的行政许可行为属于第 12 条第 2 项规定的特许行为。城市道

路作为公共资源,占道经营权拍卖的实质在于授予相对人对有限的城市道路资源进行排他的经营性使用的权利。

从城管大队所享有的职权来看,自1996年《行政处罚法》第16条规定了相对集中行政处罚权以来,经国务院批准,1997年北京市第一个在城市管理领域启动集中处罚权试点。其后全国多个城市相继组建了城管执法队伍,原属于工商部门的摊贩管理权被划入其职权范围之内,城管组织将取缔街头无证摊贩作为主要的工作任务之一。^[2]此外,公安交通管理方面的法律、法规、规章规定的对侵占城市道路行为的行政处罚权也被纳入相对集中行政处罚权的范围。但需要注意的是,城市综合执法机构尽管被授予了相关部门的行政处罚权,但其是否具有行政许可的权力仍需要结合《行政许可法》加以判断。从《行政许可法》所规定的实施行政许可的主体来看,只有具有行政许可权的行政机关在其法定职责范围内才能实施行政许可。由于法律、行政法规、地方性法规可以设定经常性行政许可,国务院决定和省级政府规章可以设定临时性行政许可。只有得到以上法律规范明确授权的行政机关才有实施行政许可的权力。在上述弋阳市拍卖占道经营权事件中,当记者追索拍卖所依据的法律文件时,城管大队提供的《江西省城市道路占道许可费收费标准》《江西省城市市容和环境卫生管理实施办法》均不符合上位的《行政许可法》关于行政许可设定权的规定。因此,城市综合执法机构并不具有划定允许占道经营的城市道路的范围并作出特许可决定的职权,城管大队拍卖占道经营权的行為构成超越职权。

此外,收费票据也佐证了城管大队行政许可行为的违法性,虽然城管大队声称其收取的是占道经营费,但其所开具的却是以“城市道路占用挖掘费”为名的收据。某种意义上,行政机关出具的收费票据既是其完成收费行为的书面记载,也是确定收费行为是否合法的依据。依照《城市道路管理条例》第33条的规定,城市道路占用挖掘费属于因工程建设需要挖掘城市道路时,由申请人向市政工程行政主管部门和公安交通主管部门办理审批手续后缴纳的费用。同时,该费用应当是经物价局核定的固定费用。毫无疑问,此种名不符实的票据再次显示了城管大队拍卖占道经营行为的违法性。

二、占道经营行为合法化的必要性

否定城市综合执法机构拍卖占道经营权行为的合法性是简单的,但需要进一步思考,行政机关从取缔违法的占道经营到拍卖占道经营权背后,是否反映了行政机关对占道经营行为态度的某种变化,或者说是占道经营行为是否可以合法化。

1. 取缔非法占道经营行为的视角:场所的非合法化与负外部性

如上所述,自城市综合执法机构组建以来,对城市流动摊贩的治理一直是其工作的重心。在过去十几年中,城市综合执法队伍不断扩大,执法者与占道经营者的矛盾时而见于报端,其中不乏流血的悲剧。“占道经营”意味着经营者从事经营活动的空间范围是供公众通行的道路,是对特定道路的使用权。由于街道非属于私人经营场所,根据现行《个体工商户条例》以及《个体工商户管理办法》规定,个体工商户注册登记时需要登记经营场所,因此借由城市街道摆摊设点的经营者无法获得营业许可证。最终导致占道经营者被视为非法的市场经营者,其行为也是违反行政法律的经营行为。

由于经营场所的公共性,占道经营同时带来了严重的负的外部性问题。数目众多的占道经营者无偿占用城市道路可能会扰乱交通秩序,挤占行人和车辆的通行空间;另一方面,占道经营,特别是食品摊贩的占道经营行为严重地污染了道路环境。此外,从市场竞争而言,众多占道经营者的无证经营以及对公共空间的无偿占用打击了合法经营店铺的公平竞争活动。为了维护道路秩序、市容市貌的整洁卫生等社会公共利益,政府对占道经营行为的规制成为必要。我国长期以《行政处罚法》《无证经营取缔管理办法》、市容卫生方面的行政法规、规范性文件为依据对占道经营者采取一刀切的“取缔性”监管措施,然而,占道经营者与行政机关长达十多年的拉锯战,并没有使得占道经营行为消失,一律取缔的监管措施一度造成了新的社会矛盾,“一刀切”的禁止措施陷入失灵状态。因此,当下的政策制定应当考量占道经营行为是否应当合法化。

2. 比例原则视角:占道经营合法化的必要性

有学者对摊贩进行特征性研究发现,摊贩群体主要来源于两个方面。其一,外地摊贩主要为流入城市的农村人口,由于自身劳动技能限制以

摆摊为生;其二,本地摊贩主要为国有企业改制和产业结构调整造成的失业人群。^[3]对于这两类群体而言,其占有的社会资本稀缺,设摊占道经营只需要极低的成本,他们只要付出劳动力和时间即可能赚取生活费用,可以说,摊贩这一就业形式是我国社会保障制度落后的情况下,弱势群体解决基本生存问题的途径之一。

“行政乃实现国家目的之一切国家作用,而所谓国家目的者,具体而言,即指公共利益或者公共福祉而言,是以,追求公益可谓是行政的一项重要特征。”^[4]但行政机关对抽象的公共利益的维护又往往带来对个人权利武断的侵害,在现代国家,利益的多元化和复杂化,决定了行政法应当权衡多元利益和价值,因此,政府“不宜笼统地强调抽象的公共利益优先,更不宜强调公共利益优先原则的绝对化,而忽略其他各种利益”^[5]。现代行政法一般认为,行政机关在维护公共利益的同时,对公民个人权利的不利影响需要符合比例原则的要求。广义的比例原则主要包括三项子原则:适当性原则、必要性原则以及均衡性原则。^[6]对占道经营行为一刀切的取缔行为需要受到比例原则的考量。

首先,适当性原则要求行政机关针对占道经营行为所采取的措施有助于达到行政管理的目标。自国务院出台《无证经营查处取缔办法》以及各地方相继出台市容卫生方面的法律、法规,对占道经营行为均提出了取缔“违法”经营行为的目标。然而,行政执法实务的现实反映了占道经营行为并未消失,反而造成了严重的社会冲突。因此,一律取缔措施的适当性受到质疑。第二,行政行为需要满足必要性原则,即行政机关在多种方案中选择对相对人(占道经营者)利益损害最小的方案。由于摊贩主要为进城的农村人口以及失业人群,行政机关长期以来绝对禁止的态度和实务中经常采用的没收经营工具的行为将直接导致以占道经营为生活来源的公民生存权以及就业权受到损害。就均衡性原则而言,需要衡量行政机关追求的交通秩序、环境卫生的公共利益和取缔行为对众多占道经营者的生存利益以及其他居民因占道经营所获取的生活便利的利益造成的损害。毫无疑问,行政机关维护城市良好的市容环境和有序的交通秩序是为了生活在城市中的公民能更好地生活,如果剥夺了同样生活在城市里的占道经营者的生存权,且无视其他公民实际生活

需要,难以说行政机关的行为取得的利益大于损害的利益,即一律取缔不符合均衡性原则的要求。

行政机关对占道经营行为的取缔行为违背比例原则的要求,应当放弃。然而,占道经营所产生的负外部性,以及城市道路作为公共物品的属性也显示出单独的市场机制难以解决负外部性的问题,此时需要政府的介入。从经济学视角来看,外部性问题来源于产权的冲突或交叉。在占道经营合法化的问题上,产权的明晰界定能够内化占道经营行为带来的外部性。在行政法上,产权的界定表现为由法律规定占道经营者对城市道路是否有权使用,以及在多大范围内使用。这些问题在行政法上即属于公物法的内容。因此,需要从公物法出发使得占道经营行为合法化。

既然经营场所的违法性是占道经营行为违法性的根源所在,那么,今后占道经营行为的合法化需要从行政法中的公物理论出发,给予占道经营者对城市道路的合法使用权。一旦承认了占道经营者对城市道路特别利用的权利,即可在赋予权利的同时设置内化负外部性的条件,并进行后续有效的监管。

三、公物理论之下占道经营的合法化

现代福利国家,“公物法与社会法、资助法共同构成了给付行政的三架马车”^[7]。在我国,公物理论的研究和法律制度的构建具有滞后性。世界范围上看,早在古罗马时期即产生了公物的概念,罗马法依据所有权归属国家或者私人划分公物与私物。其后,罗马法上的公物与私物理论为大陆法系国家所接受。按照大陆法系国家的公物理论,公物指的是服务于行政活动或者行政主体支配之下直接服务于公共利益并供公众无须许可或根据特定的许可使用的物品^[8]。由公法设定并供公共使用的物称为公物。在法国,供公众直接使用的公物称为公共用公物,供行政机关公务用的财产称为公务用公物。占道经营行为的本质涉及对公共用公物的利用与规制。

1. 占道经营行为的法律属性——对公共用公物的特许利用

城市道路一般由政府投资建设,由政府予以支配,并由公众自由使用,是典型的公共用公物。就公共用公物的使用规则而言,公物的本质应当是供公众自由利用。作为人造公物的一种,城市道路作为政府给付行政的内容之一,其设置的目

的在于供公众自由使用。应当注意,自由使用必须是符合公产设置目的的使用。以城市道路设置而言,其以供行人以及车辆通行行为基本目的,在此目的范围内,公众无须许可即可自由使用城市道路以满足通行的基本需求。

“从各国公物实践来看,公物的公共用途性质并不排斥公物之公用目的之外的适用,在一定程度上甚至可以认为,公物公用目的外之私人适用也是公物的一种功能延伸”^[8]。因此,公物法上存在超出公物一般利用目的范围的私人使用行为。在德国的公物理论中,尽管道路的使用出于交通——位置变化的目的,但道路仍然是“多重目的系统”,在一般使用之外,法律承认沿线居民的使用、根据公法许可的特别使用等使用方式^[9]。法国行政法理论认为,公产的使用必须符合最佳使用原则,即“行政主体在满足公产的公共适用使命的同时,和在不妨碍公共使用使命的范围内,可以利用公产取得正当的经济效益。”^[10]在我国台湾地区,在一般使用和习惯使用之外,还有许可利用和特许利用的模式。许可利用并非设定权利的行为,只是对不具备条件者禁止其利用,对具备条件者解除其禁止,所产生的效果不具有赋予权利的属性。例如,对超重、超长车辆的道路行驶,需得到市政工程主管部门的同意,并按照指定的时间和路线行使。许可利用常为一时的利用,如果独占地排他适用,则需要取得公物的特许利用权。特许利用是公物管理机关为特定人设定公法上的特别利用权,使相对人可以继续且排他地占用公共用公物。

实际上,我国现行关于道路利用的规定已经体现了一般使用和许可使用两种使用形态。在《公路法》《城市道路管理条例》中,城市道路即是供车辆、行人通行的道路桥梁以及附属设施,这体现了道路的一般自由使用。依附于城市道路建设的管线等设施的建设,需要事先经过市政工程行政主管部门批准。超重、超长车辆的道路行驶,需要得到市政工程主管部门的同意。此处“批准”和“同意”即体现了公物的许可使用。

由于摊贩在道路上的经营活动并非以道路交通的目的利用公路,其使用行为超出了公路一般公共用途的范围,且系对城市道路进行了独占继续地适用,故属于对于公路的特别利用,占道经营人应当得到公物管理机关的特许授权。《道路交通安全法》第31条以及《城市道路管理条例》

第32条的规定可以解释为,市政工程主管部门对集贸市场等占道经营行为可以做出特别许可的决定,允许相对人特别独占使用,但是应当严格规划可以许可的城市道路的范围和限制授予特别利用权利的相对人的范围。今后法律、法规还需要明确规定行政机关对占道经营行为的特许许可的具体内容。

2. 占道经营权赋予的具体内容

公物的特别利用可能损害到公物本来的用途,行政机关即有维护公路本来用途、维护公共秩序的必要性。对此,《道路交通安全法》第31条规定:“未经许可,任何单位和个人不得占用道路从事非交通活动。”因此,需要从以下方面对特许权的授予予以限制:

(1) 特许利用的城市道路的范围。不同地理位置和宽度的城市道路可以满足通行和占道经营的能力不同,为了不损害城市道路的一般使用目的,需要根据道路的具体情况,合理规划可以特别利用的道路的范围。从其他国家的立法经验而言,一般将城市道路划分为三类:绝对禁止区域、相对禁止区域以及诱导区域。^[2]城市主干道、车站道路等通行需求大,占道经营可能引发交通秩序混乱的地区,不得占道经营。其他车流或人流稀疏的地区,公民应当在取得政府的特许之后从事占道经营。对于城市郊区等车辆通行少、空间范围大的地区,政府可以设置集中性的市场,并鼓励占道经营的摊贩进入。为了保障经营者的利益,此类集中经营地点应当满足一定程度的经营需求,不能在人口稀少的地方强制设置集中经营市场。此外,政府许可可以进一步划分不同经营者的经营时间。上海市在具体实践中,按照经营项目和区域的不同,采取了不同治理措施。如,根据城市交通、市容卫生和市民需求的实际情况,将城市道路划分为严禁区、严控区和控制区,并对三种区域实行差别化管理。

占道经营行为除了可能损害到行人和车辆的通行以外,还可能损害道路两旁店铺经营者者的权益。德国判例中,联邦行政法院的判决认为道路旁经营者是道路的一般使用权人,其适用的核心为与外部的往来,此种往来权益包含于受保护的财产权。^[7]道路两旁商铺店主对于店前道路空间此种依赖利用,无须取得行政机关的许可。行政机关对此种利用应当予以尊重,在规划允许占道经营的范围时,应当保障道路旁经营者一定范围

空间的利用便利。在占道经营者与道路旁店铺经营者之间存在利用冲突的,应当承认道路店铺经营者有权请求取缔店前的超越许可范围占道的经营。《行政许可法》规定,拟设立行政许可的,行政机关应当采取听证会、论证会等形式听取意见。因此,在划定道路范围的过程中,充分的公众参与也必不可少。

(2)特别许可决定的行政主体。公物理论将行政主体职责分为:公物管理权和公物警察权。公物管理权是实现公物目的的概括性权能,公物警察权则侧重于对公共安全以及秩序的妨害行为加以预防和镇压。^[7]《城市道路管理条例》第20条规定,城市道路的养护、维修由市政工程主管部门负责,且在该条例第四章具体对路政管理职责做了规定。对于在公路上设置管线等设施,需要事先得到市政工程行政管理机关的批准,此即体现了市政工程行政管理机关享有公物的管理权,即其可以持续性地授予相对人城市道路的特别利用权。公安交通主管机关对非法侵占城市道路的行为有行政处罚以及强制的权力,也体现了公安交通主管机关享有的公物警察权。因此,占道经营主体应当向市政工程行政管理机关申请获得对城市道路的特别利用的权利。

(3)授予特别利用权利的相对人的范围。为了控制占道经营者的数量,保障交通通行需求的优先满足,其他国家和地区有严格控制许可证数量或规定限制占道经营者范围的规定。我国大陆立法中也可以借鉴,但要明确本地户籍和外地户籍的申请人应平等享有获得许可的权利,而不能仅仅保障某一城市户籍的弱势群体的利益。

(4)特许利用的收费。由于占道经营行为超出了公物的一般自由使用范围,是经营者对公物的独占持续性使用,为了平衡占道经营者和非占道经营者的利用关系,内化占道经营行为给城市公共道路造成的负外部性,对独占使用行为进行收费往往是必要的。在法国,特别的独占利用的使用者必须缴纳费用。对于特别独占适用许可费的性质,在法国有不同观点:其一,该费用属于租

金性质;其二,该费用属于捐税,相当于间接税的性质。“收费标准必须按照事先规定的收费表,对一切特别独占使用人平等对待”^[12]。在德国,道路法对特殊使用费的一般原则是“等价原则”,根据特殊使用影响公物、一般使用、交费义务人经济利益的方式和程度等因素确定。

就费用的具体确定而言,以拍卖的方式竞价配置占道经营权无疑增添了多数低收入群体占道经营负担。在其后的经营中,因为高竞价资金带来的压力,占道经营者在卫生和品质上投入的资金会尽可能控制在较低水平,其亦可能延长占道经营时间以获取更多收入。占道经营者在社会资本的占有上往往处于弱势地位,其占道经营行为即是资本缺乏下的无奈之举,因此对其收费不当过高。相反,如果占道经营行为的收费过低又可能对室内同类型的经营者构成不正当竞争,会反向引导室内经营者从事占道经营行为。

四、结语

占道经营行为的屡禁不绝反映了行政机关对于占道经营行为一律取缔措施实效的低下。占道经营行为的合法化符合比例原则的要求。一方面,行政机关作为公益的维护者,需要对城市道路的交通秩序、环境卫生等公共利益予以保障;另一方面,占道经营者生存权也需得到行政机关的尊重。在占道经营合法化过程中,首先需要完善我国公物立法,在法律上承认城市道路作为公共用物可以由私人在通行的一般利用方式之外独占、持续地使用。只有承认了占道经营场所的合法性,在现行工商登记规定下,才可能赋予占道经营者合法的经营者身份。为了平衡占道经营权人的使用权益以及不影响一般的通行权利,可以根据道路实际情况,设置禁止区、控制区和诱导区。这些区域的划定,需要充分、有效的公众参与机制。其次,在行政机关授予占道经营的权利时,可以对占道经营者的设备状况、卫生设施予以检查和指导。最后,行政机关还需要强化后续监督以内化占道经营行为产生的负外部性。

参考文献:

- [1] 王克稳. 行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究[M]. 北京:法律出版社,2015:21.
- [2] 钱莹. 摊贩管理的行政法思考[D]. 北京:中国政法大学,2008.
- [3] 何丹,朱小平,钱志佳. 城市流动摊贩研究述评——兼论上海市流动摊贩的特征[J]. 城市问题,2013(3):75-77.

- [4] 翁岳生. 行政法:上册[M]. 北京:中国法制出版社,2009:14-15.
- [5] 杨建顺. 公共利益辨析与行政法政策学[J]. 浙江学刊,2005(1):159-164.
- [6] 姜明安. 行政法与行政诉讼法学[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2015:73.
- [7] [日]大桥洋一. 行政法学的结构性变革[M]. 吕艳滨,译. 北京:中国人民大学出版社,2008:192.
- [8] 肖泽晟. 公物法研究[M]. 北京:法律出版社,2009:8.
- [9] [德]汉斯·J·沃尔夫. 行政法:第二卷[M]. 高家伟,译. 北京:商务印书馆,2002:499.
- [10] 笪素林,王可. 城市街头摊贩治理之道——基于纽约街头摊贩治理的分析[J]. 江苏行政学院学报,2017(6):76-80.
- [11] 曾纪茂. 港澳台摊贩管理比较与经验借鉴[J]. 城市法制管理,2009(3):42-45.
- [12] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京:北京大学出版社,2007:267.

Legalization of Road Occupation Business Behavior ——Based on the Point of Public Property Theory

CHANG Jian

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu 215006, China)

Abstract: The war between the administrative authorities and street vendors reflects the ineffectiveness of the action of ban. Under this circumstance, the administrative authorities manage to auction the road occupation rights, which is absolutely an illegal practice. The illegality of the behavior relies on the lack of access to the right of utilizing the road. Considering that roads are typical type of shared public property, the legalization of the occupation behavior depends on the public property law to admit the special use of the property, and the administrative authorities grant street vendors the franchise rights, which will help to solve the negative externalities. Moreover, to give priority to the value of the normal use of transportation, the public property authorities shall set up forbidden areas, strictly controlled areas and induced areas. Last but not least, the cost of the franchise right shouldn't be too high.

Keywords: road occupation business; shared public property; the principle of proportionality; franchise rights

(责任编辑:沈建新)