

论免费通行政策的法律性质

钱锋森

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年5月27日; 录用日期: 2022年6月10日; 发布日期: 2022年7月12日

摘要

国务院发布的免费通行政策虽取得良好的社会效果, 但剥夺了高速公路经营企业的公路收费权, 并且不提供救济途径, 缺乏正当性, 不合乎程序正义和实体正义。免费通行政策的法律性质决定行政机关是否需要高速公路经营企业予以行政补偿, 首先, 判断免费通行政策的法律性质应当明确高速公路收费权的法律性质属于私权利, 而不是公权力。其次, 免费通行政策基于公共利益目的剥夺私权利, 构成行政征收, 应当予以补偿。

关键词

高速公路收费权, 免费通行政策, 私权利行政征收

Study on the Legal Nature of the Free Pass Policy

Fengmiao Qian

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: May 27th, 2022; accepted: Jun. 10th, 2022; published: Jul. 12th, 2022

Abstract

Although the toll-free policy issued by the State Council has achieved good social effects, it deprives expressway business enterprises of their right to collect tolls and does not provide relief. It lacks legitimacy and does not conform to procedural justice and substantive justice. The legal nature of the free toll policy determines whether the administrative organ needs to make administrative compensation to the expressway operating enterprise. First, to judge the legal nature of the toll-free policy, it should be clear that the legal nature of the expressway toll right is a private right, not a public one. Secondly, the free pass policy deprives private rights for the purpose of public interest, which constitutes administrative expropriation, and thus the expressway operating

enterprise should be compensated.

Keywords

Expressway Toll Right, Toll Free Policy, Private Rights, Administrative Collection

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

我国宪法第十三条第二款规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”公民的合法财产受法律保护,公权力机关不得擅自侵害公民财产,在我国公路事业发展过程中,行政机关却利用行政权力直接侵害公路经营企业的收费权(财产权利的一种)。2012年国务院颁布的37号文件《关于批转交通运输部等部门<重大节假日免收小型客车通行费实施方案>的通知》(以下简称《通知》)规定春节、清明节、劳动节、国庆节等四个法定节假日(共计22天)公路免费通行政策,侵害了公路经营企业在节假日期间的收费权。该通知仅仅以“提升收费公路通行效率和服务水平,方便群众快捷出行”的行政目的为由规定部分车辆(绝大多数为私家车,也是通行费的主要来源之一)通行免费,只字不提该通知的法律依据,也无任何程序性文件(听证会或论证会等记录表)予以说明,换言之,该通知没有经过听证会、论证会等法定程序,作出限制公路经营企业单位收费权的决定,没有听取其意见反馈。另外,《收费公路权益转让办法》第三十六条明确指出,收回收费权应当依法给予补偿,可见,对公路收费权的不当限制,立法上确认了公路经营企业请求补偿的权利,而《通知》回避了行政补偿问题。此外,以2017年度公路收费收支情况为例,全国收费公路通行费收入5130.2亿元,支出9156.7亿元,收支缺口4026.5亿元。在疫情压力下,由于全国动态清零政策,无论是客运还是货运,公路的创收环境日益被挤压,而相关免费通行政策(在这里,不仅指节假日期间的免费通行政策,同样包括因为疫情原因,降低流通成本,刺激经济为目的出台的各类免费通行政策)罔顾公路经营企业的还款压力,借出台公路免费通行政策降低公众出行成本。但是,问题是,公路收费权是一项公权力还是私权利,或者其他呢?行政机关可以通过一纸诉状就剥夺公路经营企业单位的收费权吗?是否符合法律规定,抑或是否遵循了学理上的法律保留?

因此,本文旨在先分析公路收费权的法律属性,结合我国学界对免费通行政策的研究成果,进而探讨以《通知》为首的各类收费公路免费通行政策界定其在法律上的行政行为性质,以期能为未来我国行政部门在出台相关政策时能考虑对各方利益主体的平衡。

2. 公路收费权的权利属性

公路收费权的法律性质决定免费通行政策的法律依据,以及是否构成行政征收,进而判断能否适用《行政许可法》第八条第二款的规定,进行行政补偿。在学界存在公权力论和私权利论的两种观点,因此,下文将讨论公路收费权的权利性质。

2.1. 公权力论

公权力论者认为,根据《收费公路管理条例》第七条,公路收费权的来源是“依法批准”,因此属于公权力。公路经营企业获取垄断性收费权来源于国务院的授权,因此,《通知》涉及通行费免收权的

设定,国务院有权据此对免收通行费的时段和车辆做出规定,并不是违法或者侵害公路经营企业收费权的行为,不存在合法性问题。同时,公路经营企业与公路使用人之间不是私人之间的买卖交易关系,而是属于行政法律关系[1]。换言之,公路经营企业是根据行政法授权获取的行政权力,公路使用者支付的路费是为享受该公权力带来的便利支付的对价。

笔者认为,一方面,倘若认为公路收费权属于公权力,众所周知,公权力因其公正性禁止进入流通领域,因为权钱交易会损害职务行为的公正性,那么,收费权便不能通过其他经营手段获取经济利益,然而,事实是,根据2017年《公路法》第六十条第二款、第六十一条规定了公路收费权的出让及其细则(包括期限、价格、程序等),以及国务院2004年《收费公路管理条例》第十九、二十条规定依照本条例可以依法转让收费公路权益。换言之,法律已经明确规定公路经营企业可以在自由市场中流转收费权,公权力论者无论如何都不能否认公权力禁止进入流通领域,因此,认为公路收费权属于公权力的论点站不住脚跟,至少存在法律矛盾,收费权定性为公权力与学理不通。

另一方面,此处所称的“依法批准”语焉不详,并不等同于公路经营企业通过行政授权获取具有公权力性质的特许经营权,如同一般的经营企业也需要通过申请营业执照进行从事经营生产活动,公权力论者将公路收费权定性为公权力的理由之一是因为法律明确规定了公路收费权必须经依法批准,然而,无论什么行业,例如,餐饮行业需要取得市场经营准入许可以及各种消防、卫生等许可,才可进入市场,也就是说,并不是说法律规定了“依法批准”就意味着该项权利的产生是基于行政权力取得,完全有可能只是法律规定了该行业的门槛,但是该权利在满足门槛后完全可能是一项私权利,可以权利主体在法律范围内自由行使。换个角度,追根溯源,公路经营企业并不是为了“做慈善”而参与公路建设,经营性公路早期因为缺乏资金,行政机关为吸引资金进入而打开门槛,该权利的来源是私人企业与公共部门签订的BOT协议而产生的一项权利,只不过这项权利并不能肆意妄为,如恶意提高节假日期间的收费标准等,但是只要在法律框架内(权利不可滥用原则乃普遍公认的原则),高速公路经营企业便可通过该权利(财产性权利)获取经济利益。

2.2. 私权利论

私权利论者认为,公路收费权权利来源是双方签订的BOT协议,也即特许经营合同。该协议的在收支风险自负的基础上决定了不可能是行政权力,也即并不是公务,因为公务行为并不以收益为导向[2]。在行政合同类型中属于公共工程行政特许经营合同[2],虽然此处所称的“合同”并非民法狭义上的合同,学界普遍认为,行政合同正在逐渐走向社会化的合同处理方式,具有民法上的效力,遵守民法的相关规定,其合同内容条款的遵守与民法上诚实信用原则无异,权利的行使和义务条款的执行双方均享有并执行,没必要因为一方主体是行政机关而否认行政合同的民法适用的可能,高速公路经营企业与行政机关签订的合同不是行政机关的意志强加,而是平等主体间自由交易的契约遵守,故而,收费权属于私权利。

从历史沿革看,我国早期公路建设因缺乏资金投入,于1984年提出“贷款修路、收费还贷”的设想,高速公路企业与政府机关签订BOT项目协议,推进我国公路基础设施建设。BOT协议方式大大减少政府对基础设施的投入,把基础设施建设推向了民营化[3]。但是,BOT协议在执行过程中也存在负面效应。BOT协议既然属于行政协议,基于行政协议的合意性,行政机关应当遵守协议内容,不得以行政需要为由任意损害公路经营企业的合法权益。如果行政机关基于公共利益目的发布减损公路经营企业利益的通告,必须履行法定程序,对无过错的行政协议相对人予以行政补偿。也就是说,高速公路收费权的来源是政府为开拓高速公路事业而赋予民事主体开发,并签署的BOT协议,虽然《收费公路管理条例》第二条所称的“经批准收取车辆通行费”,但并不意味收费权不具备私权利特征,行政机关可以经过内部程序予以调整,而无需经过高速公路经营企业的参与,而是说明早期高速公路经营企业须具备准入资格罢

了。

而且，在司法实务中，已经有相关案例将关于收费公路与使用人之间的纠纷定性为服务合同纠纷，而不是行政纠纷[4]。在“王巍与辽宁省高速公路管理局服务合同纠纷”一案¹，法院将高速公路经营企业与高速公路使用人之间形成了事实上的服务合同法律关系。类似案件还有屈建军、武陟县宏达汽车运输有限公司诉焦作市新时代高速公路有限公司案。笔者认为，一方面，倘若将高速公路经营企业的收费权认定为公权力，那高速公路经营单位人员适用《公务员法》，企业侵害使用人的权利时参照的赔偿依据《国家赔偿法》，显然是违背常识的，既不能起到规范企业人员的作用，又加剧民事救济矛盾。另一方面，收费权的来源是高速公路经营企业与行政机关签订的BOT协议，没有私权利主体投入资金是不足以建设庞大的高速公路系统，故而，将之认定为私权利比较妥当。

2.3. 评述

新闻界早已有文章指出，“免费通行有滥用职权之嫌；交通运输部和省级人民政府无权作出免费通行之决定”[5]。公权力论者无论是法律规定还是现实中公路收费权的行使，均无依据支撑，而私权利使得公路经营企业得以在收费中攫取经济利益，而企业追求利益乃是天经地义，因此，公路收费权是一项私权利更为妥当。

3. 免费通行政策构成行政征收

我国《宪法》第十三条中规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或征用并给予补偿。”一项行政行为是否构成“行政征收”需要满足公共利益(也即目的性限制)、依照法律(本文观点，即程序性限制)、私有财产(也即私有性)、和补偿性四个特征，下文也将从这四个特征论述经营性公路免费通行政策构成行政征收。另外，需要补充说明的是，我国公路收费一直秉持“用路者付费、差别化负担”的基本理念，应当消除对部分高速公路已经开启免费化的歧义理解。

3.1. 目的性限制——公共利益属性

公共利益应当满足以下几个条件：首先，社会公共利益的主体是社会公众。经营性高速公路服务的对象是广大的所有的“有车一族”的出行需求，并不是针对特定用户，基于我国现有的庞大的汽车保有量[6]，受益主体的不特定性是肯定的。其次，个体利益的保护。现代全世界的法律都表现出给社会利益转化为私人利益的倾向，免费通行政策换一种角度来讲，可以说是将未来的收回公路收费权，提前在特殊时间贴现，服务日益增长的出行需求，从我国法律并没有直接说明公路是一种公共产品，但是从法律的规范含义而言，高速公路最终还是会回归到一般社会公共产品，只是现阶段的经济水平不足以支撑免费通行。对于经营性高速公路企业来说，让渡特殊时期(节假日、疫情等)的收费权益，行政机关颁布免费通行政策后也应当为高速公路经营企业予以适当形式的补偿，从《草案》来看，也已经开始重视对该方面的补偿。再次，公共利益的合理性。合理性的要求包括个体利益本身的合理性；个体和公共利益相互转化的合理性；公共利益评价体系的合理性；个体利益向公共利益转化程序的合理性[7]。在本文的第一部分已经指出，早期高速公路建设缺乏资金投入，高速公路经营企业建造公路收取过路费本身就存在理性，企业的逐利性是其根基。高速公路经营企业利用建造公路的方式促进全社会的交通出行需求，促进不同区域间的资源流动，减少交易成本(相较于高昂的短途铁路运输和航空运输)，具备个体利益和公共利益转化的合理性，公共利益评价体系的合理性可以从法律经济角度予以论证。最后，在程序上转化的合理性体现在公权力机关在调和个人利益与社会利益平衡中的桥梁作用，个体利益无端受损以促进社

¹ 参见“王巍与辽宁省高速公路管理局服务合同纠纷一案民事判决书”(2010)辽审二民提字第23号。

会利益实现没有天然正当性，因此必须在程序上予以公正妥当的处理，后文也将在程序限制上论述免费通行政策实体上的正当性须经程序得以实现。

接上文，公共利益评价体系的合理性可以从法律经济角度予以阐释，高速公路属于混合产品，²区别是，与公共产品相比，服务对象不是不特定公众，以高速公路为例，其服务的对象是具有跨区域出行需求的有车人士，包括私人出行需求、运输货物需求等，另一方面，其表现在非垄断性、竞争性，因为公路经营企业并非完全不存在竞争，基于现代铁路运输、航空运输等多式联运交通行业的发展，中长距离的竞争优势正在下降；相较于私人产品，高速公路企业又表现为一定的垄断性，在第一级的利益分配上，公路垄断了私人出行费用和商业运输费用，不存在竞争性。

3.2. 程序性限制——正当程序

免费通行政策是否构成行政征收应当符合正当程序原则，原因正是上述免费通行政策的受益群体具有公益性质，行政单位承担了降低社会公众的出行成本责任，但是，在沟通公路使用人、公路经营企业和行政机关，甚至包括银行企业等多方主体的利益平衡问题，需要遵从正当程序。公共利益属性的体现不在于实质上行政单位是否通过一系列的科学计算或者论证，而在于通过衡量行政对该利益诉求是否已经给予程序参与和意见表达的形式加以衡量[8]。通过行政正当程序限制公权力对私权利的侵害已经成为全球行政法发展的共识，包括但不限于听证会、论证会、行政协商等多元化利益冲突化解机制。具体而言，根据《公路法》第八条第三款的规定，县级以上地方人民政府交通主管部门可以根据申请材料和调查结果，对地方免费通行政策是否符合公共利益进行专项审查，通过听证程序和专家论证来作出决定。同时，加强吸收与免费通行政策无利益冲突的代表群体的参与。听证结束后，组织听证的机关应当根据听证的记录作出裁决，并给予充分说明理由。由此可见，《通知》所反映出的问题并不局限于法律保留问题，而且并没有充分吸收公众参与，换言之，国务院发布免费通行政策时没有广泛的听取公路经营企业、公路使用人(也可以是代表人出席)和行政机关的三方沟通，没有形成高效的公众参与可能导致“借花献佛”，以损害经营单位的利益而满足有车人士的出行需求。

从应然层面讲，倘若是私人主体之间的利益冲突当然不需要行政参与的方式公开谈判，高速公路的收费问题因为牵扯的是公民的财产权(也即收费权)与社会经济总体发展的利益冲突，而且在行政机关具有“充分的优势”的情况下(因为政府机关与高速公路经营企业签订 BOT 协议时，公路收费权以及收费期限都有严格规定)，多种条件加持下，公众参与是必不可少的。不少公共事件，如常洪隧道项目遭大量行政信息公开行政诉讼，正暴露了政府的一家独大和公众参与的严重缺失[9]。免费通行政策一方面缺乏实践上的必然性，因为行政机关在追逐行政目标实现时不得不考虑比例原则，当以降低公众特定时间内的通行成本为目标时，必须对免费通行时段交通拥堵情况、高速公路经营企业的盈利能力、高速公路经营的信贷风险等诸多压力，而“一纸文件”并不能说清楚这些利益纠纷的复杂关系，需要通过公众参与的方式消除误解。另一方面，面对社会公众“借花献佛”的指责，行政机关有必要对其所作的行政行为的正当性和妥当性予以说明，在存在多方利益冲突的场景下，加强公众参与，提供一个官民的消息通畅的渠道是提高政府公信力的必要手段之一，那么，高速经营企业、公众代表、行政机关，乃至其他行政相关人的参与，对于免费通行政策的施行对各自带来的潜在的积极的或者消极的影响，都应当通过正当程序表达诉求，这样才能是一项公众政策的合法性、正当性所在。

3.3. 救济性限制——补偿性

在法治发达国家，征收和补偿作为唇齿条款早已被明确规定[10]。日本司法界对行政行为对私权利的

²西方经济学者基于边际效用价值理论将各种产品与服务分为三种，即公共产品、私人产品和混合产品。混合产品是指介于私人产品和公共产品之间的特殊的产品。

干涉需要行政补偿的起点，可以总结出唯一的规律：即财产权的损失是否达到了特别牺牲的程度。特别牺牲的判断标准也是着眼于行为的效果与行为的内容对财产权主要内容的侵害是否超越了社会的一般忍受义务。也即，倘若一项行政行为对公民财产权主要内容的干涉程度，严重损害公民财产权内容的实现，就需要对其财产权不能实现而进行行政补偿。

换言之，我国国务院和地方各级政府发布的免费通行政策虽然目的具有正当性，但是仍然是以违背私权利主体意志，擅自剥夺高速公路经营企业的收费权，且该收费权是高速公路经营企业的主要收入来源，系主要内容。社会制约程度方面，公众应当认识到早期公路建设是“贷款修路”的号召下，由民营企业单位投入资金建造，而且平时均采取收费策略，公众没有理由认为节假日或者疫情期间等特殊时期应当免费通行的天然正当性。反而是，行政机关通过剥夺高速公路经营企业的收费权，极大削减了收益来源，扩大了收支缺口，加大了高速经营企业的违约风险，也就是说，免费通行政策已经造成了社会难以容忍的程度，构成了特殊牺牲，行政机关应当对限制公民财产权的消极结果做相应的补偿。

3.4. 公民财产私有性

如前所述，一项公民财产如果性质上本身不属于私有财产，行政机关基于行政权力对财产的征用也不构成行政征收，最多只是行政机关内部的财产分配。前述私权利论已经详细论述，不在此赘述。

综上所述，免费通行政策满足行政征收的四个要件，法律属性上应当按照行政征收的相关规定处理。

4. 结语

高速公路免费通行政策是行政机关拍脑袋决定的内部行政行为还是对公民私人财产权的不当限制，从收费权本身来说，属于私权利，没有任何理由可以推出收费权属于公权力。从免费通行政策的法律属性上说，其属于行政征收行为，而且是扩张的财产权限制类型的征收，现代意义上行政公权力限制财产主要权能的发挥，即属于行政征收行为的调整范围。从本文的论述的观点主要可以包含以下几点：

第一，高速公路的法律属性是私权利，而不是公权力。原因在于，收费权的来源是行政机关。

与民事主体签订的 BOT 协议，而非法律授权。协议规定的权利、义务条款不呈现行政隶属关系，而与民法上的诚实信用原则的内涵一致。其次，从历史沿革看，早期高速公路的发展也是企业为获取利润参与公共事业发展，以逐利为主要特征，并非以提供公共服务为首要目的，也不符合公权力非营利性特征，反过来说，立法上规定收费权可以进行权利质押，侧面也反映了收费权可以进入公共流通领域，不属于公权力。

第二，免费通行政策的法律性质属于行政征收行为。免费通行政策服务的系不特定公众，任何人均可享受该福利，具备公共利益属性；在法治发达国家，征收和补偿作为唇齿条款，免费通行政策已经达到了“特殊牺牲”的标准，具有补偿性；高速公路收费权源于 BOT 协议，与行政机关系平等主体关系，该权利表现为私权利特征；最终，因为牵扯行政机关的行政效益、高速经营企业的收费权、公众的出行需求等多方利益的平衡，应当引进听证会、论证会等正当程序予以协调。以上四个特点说明免费通行政策属于行政征收行为。

至于是否应当补偿以及补偿标准的确立，立法上已经有支付补偿金、延长收费期限等补偿方式的出现，但是在学理上的论证有待进一步的研究。

参考文献

- [1] 虞青松. 重新界定公路收费权的法律属性[N]. 东方早报, 2012-10-9.
- [2] 孟鸿志, 秦祖伟. 收费公路免费通行规定之法律反思[J]. 法学论坛, 2014, 29(6): 125-131.

-
- [3] 孙潮, 沈伟. BOT 投资方式在我国的适用冲突及其法律分析[J]. 中国法学, 1997(1): 58-66.
- [4] 孟鸿志. 节假日免收通行费政策的行政法检视[J]. 法学评论, 2015(2): 57-62.
- [5] 谢丁等. 免费午餐?还是最后晚餐?——关于高速公路免费通行若干疑问的探讨[J]. 中国公路, 2012(5): 34-38.
- [6] 公安部. 2021 年全国机动车保有量达 3.95 亿[EB/OL]. 来源网站:
http://www.gov.cn/xinwen/2022-01/12/content_5667715.htm, 2022-5-17.
- [7] 戴国凤. 从“最牛钉子户拆迁案”谈对公共利益的界定[C]//当代法学论坛. 贵州省法学会: 2008 年第 4 辑. 北京: 中国方正出版社, 2008: 74-76.
- [8] 杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京: 中国法制出版社, 1998.
- [9] 马龙君, 张松. BOT 特许协议中的公众参与研究[J]. 行政法学, 2017(2): 122-131.
- [10] 杜仪方. 财产权限制的行政补偿判断标准[J]. 法学家, 2016(2): 96-108.