

公共企事业单位应如何信息公开

朱 芒*

内容提要 《政府信息公开条例》第37条设置了不同于“行政机关”的“公共企事业单位”信息公开义务,由此,依据怎样的规范以怎样的方式公开信息等等成为当前亟需解决的课题。本文首先将第37条置于该条例整体中进行定位分析,确定了该条作为连接规范的地位,从而使前36条整体构成了第37条的解释基础,并通过确立“最少存留适用”等规则以及“主体类同”和“职能类同”的解释方法赋予“参照”具体的内涵,由此整理规范对象行为与不予公开的信息种类之间的一般属性和特殊性,以及审查程序与救济相关事项之间的关系,为公共企事业单位的信息公开建立了基本的适用规范。

关键词 政府信息公开 公共企事业单位 参照 法解释学

《政府信息公开条例》(以下简称为《条例》)自2008年5月1日起开始施行至今,不仅自身的发展已经取得了很大的成果,而且对中国法制建设形成了不容忽视的倒逼机制。^①其中,《条例》第37条(以下简称为“第37条”)规定“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息的公开,参照本条例执行”,将《条例》第1条至第36条(以下简称“前36条”)以“行政机关”为公开义务主体的内容扩展至公共企事业单位。迄今为止,在第37条的实际适用方面,不仅可以查阅到相关的申请事例,^②而且已经诞生了至少一个行政诉讼的判决。^③因此,《条例》第37条在政府信息公开法律制度体系中究竟居于怎样的地位,应该如何理解其规定的内容,这些问题无疑已经成为进一步推进我国政府信息公开制度深入发展的关键课题。

如单单就第37条的文字表现而言,起码可以将该条作出两种一般性定位。一是作为立法根据,以此为根据设置独立的,与前36条不同的法规范体系,单独调整公共企事业单位的信息公开事项;二是作为解释规范,在与其他法规范相关联的基础上,推导出能够适用于公共企事业单位在具体情况下的信息公开事项。由于“参照本条例执行”的“参照”一词连接了第37条与作为《条例》主体内容的前36条,因此,笔者将第37条作为《条例》整体中的一个具体条款来理解,立足于第37条与《条例》前36条相关联

* 上海交通大学法学院教授,博士生导师。本论文改写自上海市政府决策咨询研究项目《与人民群众利益密切相关的公共企事业单位信息公开研究》(编号2011-Z-20-A)的第一部分“解释路径”。在写作过程中,周汉华、沈岿、李洪雷、宋华琳、高秦伟和成协中等学界同仁提出了宝贵的批评和修改意见,在此一并致谢。

① 参见“中国法治网”:《学者谈政府信息公开条例:旨在建立改革倒逼机制》中周汉华教授的发言内容。http://law.china.cn/features/2011-05/03/content_4171098.htm。

② 很受关注事例如北京大学法学院三名教授向北京市发展和改革委员会、北京市交通委员会以及首都高速公路发展有限公司申请首都机场高速路投资总额、收费依据等事项的案件。相关报道参见陈煜儒:《首都机场高速路收费案:信息公开条例需细则完善》, http://news.xinhuanet.com/legal/2008-07/01/content_8469384.htm; 秦旭东:《北大教授申请公开高速公路收费信息》, <http://www.ogichina.org/newsinfo.asp?newsid=135>。

③ 参见河南省南阳市卧龙区人民法院(2010)宛龙行初字第127号行政判决书。有关案情报道见新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2011-11/03/c_122232015.htm,“全国首例公民诉通信公司信息不公开案宣判”,判决书内容见本文对该判决的介绍和分析部分。

的前提下,从体系性法律解释的角度,^④从《条例》构成内容的整体中分析第37条的定位以及从第37条与前36条的相关性方面推导该条规定的公共企事业单位应该承担的信息公开方面的各项具体规范的内容和边界。

一、《条例》第37条的定位

这里所谓的定位,是指在以《条例》为整体的制度之中,第37条居于什么样的位置,或者说,该条与《条例》前36条构成的由政府公开信息为主体的规范之间,存在着怎样的差异与共同之处。只有明确这些,才能从《条例》整体的角度对构成《条例》一个部分的第37条予以定位,并由此为基础解释和推导出该条文字所包涵的内容。

(一)解释的总体方法

由于第37条只是《条例》中的一个条款,因此,在研究该条的内容时,应将《条例》作为一个整体来认识,以此为认识基础才能准确解释作为其中一部分的第37条所具内容,即,对第37条的研究,首先需要明确该条在《条例》整体中的定位,以及作为《条例》一个部分的该条与前36条之间的关系。

1.《条例》的两个构成部分

就整体结构而言,《条例》是由两个部分构成的。第一部分是“行政机关”为规范义务主体,由前36条构成。统领该部分的条款为《条例》第2条,该条设定了规范义务主体为“行政机关”,^⑤且至第36条为止的内容都是统一在此规范义务主体的范围之内。第二部分是《条例》的第37条,该条所规范义务主体是“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位”,而这些公共企事业单位并非组织法上的行政机关,^⑥其内容有别于前36条,构成独立的一部分。因此,从结构上而言,因义务主体的种类不同而可以将前36条作为一个整体,而把被设置在《条例》的“附则”部分的第37条作为一个相对独立的部分看待。

2.第37条主体的共性——非权力性行政

《条例》第37条规定的信息公开义务主体公共企事业单位涉及多个种类,明文表述为“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”领域。这里,尽管所列的主体公共企事业单位会因领域分类不同而在归属方面产生差异,但是,维系这些不同主体之间的共同归属,也是该条规定的共同之处是相应企事业单位从事的社会公共服务活动。由此可见,第37条通过文字表述的形式方面的规范,将在不同领域但具有活动性质相同的各类主体统合成该条统一规范的对象。

如果单纯从企事业单位的性质看,暂且抛开其中复杂的事业单位类别及其设立目的,仅从法人的角度看^⑦,其主体地位与政府并非同归一类,私法主体的地位决定了其具有追求自身利益的正当性和合法空间。但是,之所以要第37条所规范的企事业单位承担信息公开的义务,是因为其具有公共性质,其“提供社会公共服务”方面的活动并非单纯的私法性质,该类企事业单位在法律上还担当着属于政府所

④ 在不同的法律方法著作中,有关法解释的方法的表述方面存在着或大或小的内容差异,即使同一类别中表述的内容也不尽相同。本文有关体系性解释的方法参考了日本早稻田大学笹仓秀夫教授的论述。笹仓教授所称的体系性解释是指在解释一个条款或用语时,“通过与其他条文或法律命题(法律、习惯法、先例、条理)相互关联的基础上推导其内容”。他强调体系性法解释的重要之处在于,一是通常能够通过参照其他法律或条文来确定所适用条文的内容及其效力涵盖范围;二是推导出的内容能够不与上位法或者同位法相矛盾。参见笹仓秀夫「法解釈講義」,東京大学出版会2009年,第3—6页。

⑤ 《条例》第2条规定“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”将规范的对象,即政府信息公开的义务主体设定为行政机关。

⑥ 所谓组织法上的行政机关是指国家机关整体之中,区别于其他(各自行使立法、司法等权限)的国家机关的行使行政权限的国家机关。在我国,由宪法第85条和第105条第1款以及《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第54条设置的国务院和地方各级人民政府即为组织法上的行政机关。与此相对应的是行为法上的行政机关。

⑦ 依据《民法通则》的规定,企业、事业单位构成民法上的法人,具有私法上的法律人格。参见《民法通则》第3章第2节和第50条第2款。

应承担的公共服务职能。换言之,该类企事业单位是以私法主体的地位,借助私法(如合同等)的方式提供政府对社会提供的公共服务,即非“行政机关”提供了属于(政府)“行政机关”的公共服务。^⑧

因此,从上述内容可见,避开行政组织法的角度,从行政行为法的角度而言,第37条的内容应该是规范与前36条相关,在广义上也属于“政府”活动范围,只是其处于前36条的“行政机关”主体尚无法涵盖范围之外,即活动主体并非组织法意义上的主体(非“行政机关”)所作出的行政活动。更进一步而言,第37条将“提供社会公共服务”的“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”福利性质的,由非行政机关承担的,属于非权力型行政活动也纳入了《条例》规范的对象范围。这里必须注意的是,在通常的情况下,行政法学往往只关注经典意义上的行政活动,即以(政府)行政权力支配为基础的行政活动(权力性行政活动),而第37条则进入了非权力性的行政领域。

由此可见,第37条的公共企事业单位有别于前36条规范的行政机关,在从事的行为或活动方面,分属两个种类,但毕竟同为行政属性,有着类同性质。基于这样的认识,本文在解释第37条时所采的基本立场如下:

(1)《条例》前36条的内容中的基本原则以及所有的规范,均可一般性地适用于第37条。即第37条只是前36条构成的《条例》整体在行为活动方面的延伸。因此,第37条所规定的不是(就公共企事业单位方面的信息公开)立法授权内容,而是适用性质的规定。第37条适用时,应遵循前36条规定中的所有规范。只有在整体上将《条例》作为一个系统看待,才能从《条例》整体的体系上寻找和理解作为《条例》部分的第37条的内容。

正因为如此,此一基本立场也为如何理解第37条后句规定的制定“具体办法”的内容提供了解释基础。第37条后句规定的“参照本条例执行,具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定”的含义也应在适用而非创制新规范的范围之内解释。相应的主管部门可以制定具体办法,该办法的内容应受限于前36条内容的制约,而不是根据第37条该句的规定,全新地建立单独适用于公共企事业单位信息公开的法律制度。同时,根据同样的理由,即使有关的主管部门尚未制定相应的具体办法时,在处理相应领域中的信息公开申请时,理所当然应根据前36条内容的规定,推导出能够适用于相应公共企事业单位的信息公开事项,而不能以具体办法尚未由有关主管部门制定而不承担公开的义务。概括而言,第37条后句规定设定的不是创制性立法义务,而是设置了解释成文规范的义务。

(2)在《条例》之中,由于第37条与前36条为不同的两个部分,因此,如前36条的内容可以适用于第37条,那么,需要寻找到两者之间的接点。从规范适用的角度看,接点可以存在于两个方面,一是主体,一是活动(包括法律上的“行为”概念在内,但不限于此)。只有在主体方面与前36条规定的“行政机关”具有类同的性质,或在活动方面与前36条规定的“行政机关”的行为活动具有类同的性质,那么,可以理解为第37条的主体或行为是前36条规定的“行政机关”或政府活动在实质意义上的延伸(或者是广义的政府或者政府活动)。因此,在理解第37条与前36条作为整体在《条例》中的定位的基础上,可以发现,在解释第37条时存在着两种解释路径,一是判断两者之间主体是否具有相同性,可简称“主体类同”思路;二是判断两者之间在活动方面是否具有相同性,可简称“职能类同”思路。从《条例》适用的司法和行政实务活动看,两者皆有适用的空间。

(3)无论解释是采用“主体类同”还是“职能类同”的思路,在使用第37条时,都需要注意两个方面的事项。其一,作为广义的或实质意义上的政府或者政府活动,其在适用第37条时,在不予公开方面究竟有怎样的不同于前36条的特殊性。其二,作为非政府主体的企事业单位,即使在具有主体或者行为方面具有可适用前36条的相同性时,其活动中需要区分作为法人应享有的意思自治领域,即不公开的自由,以及公共服务活动方面应予以公开的责任之间的界限。

^⑧ 这里的公共服务本身是政府所应承担,且其中大量属于给付行政的事项,外在形式的区别只是由非行政机关承担。正是这些服务具有公共属性,因此才须接受信息公开在内的各种公共性质的法律限制,而不是仅仅接受私法方面的制约。

(二)“参照”的含义——考虑特殊事项的适用

第37条要求公共企事业单位在信息公开方面,“参照本条例执行”。如直接使用该条款本身的用语,那么如本文开头部分所述,“参照”本身就具有解释的内容属性,由此,上述解释第37条时采用的三点立场,也同样体现为如何理解“参照”一词的解释立场。换言之,上述三点可以理解为“参照”的基础原则、“参照”的接点和“参照”的例外事项。因此,“参照本条例执行”的内容规定表现出,一方面公共企事业单位的确不能理所当然毫无区别地适用前36条的规定,另一方面,其同时亦非全然将第37条独立于整个《条例》体系之外。这样,如何理解“参照”也定义着第37条如何适用前36条的方式。

1. “参照”作为法律概念的一般涵义

(1)“参照”在现有法律中的通常涵义

在行政法的成文规定领域中,最受到关注的“参照”是《行政诉讼法》第53条关于法院在审查具体行政行为是否合法时,除了根据法律和法规之外,可以“参照”规章进行司法审查。

无疑,成文法的规范和司法解释中都没有归结出一个统一的解释何为“参照”的标准。围绕《行政诉讼法》中“参照”的研究,早期主要集中在“参照”与“根据”的区别方面,即被“参照”的规章是不是属于法院司法审查判断根据的“法”。在这一问题上,至今解释论层面上已经没有根本的差异。^⑨此后另一支的研究走向也是注重解释论,认为是行政诉讼法潜在地承认对规章的隐性司法审查权。^⑩但无论如何,“参照”总体上反映出来的特征是两点:一是其作用于适用层面上,二是与主要内容之间存在差异,主要是适用方式方面存在着差异。这样的适用层面上的例外性特点,也正是需要在定位第37条时予以讨论的问题。

(2)适用规则——“最少存留适用”规则和解释事例

第37条“参照”具体化的解释事例,需要体现上述部分第37条与前36条之间在适用方面原则与例外的关系。

如上所述,由于《条例》前36条是该法的主体部分,第37条是该部分在适用范围上的延展领域,因此,就适用的整体而言,应以前36条适用优先为原则。这里,所谓前36条适用优先意味这样的基本内容:首先,在可能涉及到适用第37条的事项时,尽可能将有关的信息解释至前36条的适用范围之中去,以便在前36条的管辖范围中讨论相关信息是否可以予以公开。其次,只有的的确确无法归入前36条的适用范围,且又的确属于公共企事业单位作出的行为时,即在解释思路已经无法排除出第37条的适用范围时,才以该条为根据判断相关信息是否应予以公开。本文将这种最终无法排除出适用范围的内容才能适用第37条的方法,暂且称之为“最少存留适用”规则。

在适用“最少存留适用”规则来判断信息是否应该适用第37条的情况中,最典型的是如何处理如下所示的“双可申请”情况。

所谓“双可申请”情况是指当信息公开的申请人可以依据第37条直接向相关企事业单位申请公开有关信息,同时又因该信息已由行政机关“获取”而可直接向相关行政机关申请公开该信息^⑪时,应如何处理和协调的情况。

首先,申请人应向谁申请,在目前没有其他法律规范规定的情况下,属于申请人的自由选择事项。申请人可以向《条例》前36条规定的“行政机关”提出信息公开申请,同时也可以根据第37条向相关的“公共企事业单位”提出同样的信息公开申请。

^⑨ 这里暂且不触及法学理论方面的争议以及对《行政诉讼法》第53条的各种解释,但就实定法的方面而言,2000年3月15日全国人大通过的《立法法》就直接设定了规章作为法的地位(参见该法第71条)。因此,目前对《行政诉讼法》第53条中“参照”的解释已经不能纠缠在规章是否是法的问题上了。

^⑩ 参见朱芒:《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》,载《中国法学》2003年第1期第38页注②。

^⑪ 《条例》第2条规定“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息”。当公共企事业单位的相关信息被提交至相应管辖行政机关后,该信息同时也就符合了行政机关“获取”的信息这一条件。

其次,由于《条例》规范的重点在前36条的内容方面,第37条是其延伸扩展适用部分,即信息公开条例的主体是政府信息公开责任,公共企事业单位只是在该条例延长线上的责任,因此,在解释如何处理协调此“双可申请”时,应以此为基本立足点,尽可能从强化前36条中的政府所承担的责任方面寻找基本的处理思路,这同时也是为了维护《条例》所建立的政府信息公开制度的统一和有效性,避免《条例》被随意地分割成两个彼此无关的独立部分。

再次,向公共企事业单位提出了申请的,如该信息已经提交给相关行政机关,即已经由政府获取的,则该被申请的“公共企事业单位”可以自行公开,也可以向申请人告知该信息已经提交的具体行政机关,同时将该申请转交该行政机关。该申请自被移交起,适用条例前36条中规定的相应程序,相关政府信息是否应该公开,完全适用前36条的规定进行判断。

2. 已有实施条例中的思路——解释适用而非立法创设

针对公共企事业单位的信息公开事项,《条例》第37条要求“具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定”,这应属于已经“参照本条例执行”中的第一步,制定适用规则的步骤。

在《条例》施行之后,国务院办公厅于2008年4月29日发布《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(国办发[2008]36号),该文件要求“关于公共企事业单位的信息公开工作”方面有两项内容:(十九)国务院有关主管部门(单位)要按照条例的要求,把公共企事业单位的信息公开纳入本部门(单位)信息公开工作的总体部署,在2008年10月底前制定具体的实施办法,积极推动公共企事业单位的信息公开工作。同时,要加强对各省(区、市)人民政府有关部门的工作指导,把公共企事业单位信息公开工作全面推向深入。(二十)公共企事业单位要以涉及人民群众切身利益、社会普遍关心的内容为重点切实做好信息公开工作。要创新公开形式,拓展公开渠道,完善公开制度,全面提高公开工作水平。

至今,通过对相关的“国务院有关主管部门或者机构”官方网页的查阅,搜寻到已经“参照本条例执行”而制定了具体办法的有教育部、卫生部、住房和城乡建设部、环境保护部和国家计划生育委员会。^⑫其制定的办法与名称具体如下:教育部《高等学校信息公开办法》(规章,教育部令第29号2010年4月6日)及相关文件《教育部关于推进中小学信息公开工作的意见》(教办[2010]15号)。卫生部《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》(规章,卫生部令第75号2010年6月3日)。住房和城乡建设部《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》(建城[2008]213号2008年11月12日)。环境保护部《环境保护公共事业单位信息公开实施办法》(环发[2010]82号2010年7月16日)^⑬。国家人口和计划生育委员会《人口和计划生育技术服务机构信息公开办法(试行)》(2009年2月3日)。上述这些主管部门或者机构制定有关《条例》第37条方面的规范,也同时推动了其下属机构或所管辖的公共企事业单位建立各自的信息公开制度,制定相应的信息公开规定。例如,教育部以2010年29号令颁布规章《高等学校信息公开办法》及相关通知。上海市教育委员会依此发布文件《市教委关于本市高校信息公开试点工作的情况通报》及《上海市高等学校信息公开专栏标准化建设指导意见(征求意见稿)》。作为试行试点单位的上海交通大学制定了《信息公开实施细则》、《信息内容概述编写规范》、《网上专栏设置规范》、《信息主动公开工作流程》、《信息公开指南》等文件。

从上述几个主管部门或者机构颁布的信息公开方面的文件看,其内容规定方面多少与《条例》前36

^⑫ 这里的资料收集限定在《条例》第37条规定的“国务院有关主管部门或者机构”的范围之内,其实,在此之外,一些地方也制定和发布了涉及公共企事业单位信息公开事项的规定,如《四川省公共企事业单位办事公开实施办法(试行)》、《黄山市公共企事业单位办事公开暂行办法》、《南阳市公共企事业单位信息公开实施办法(暂行)》、《南通市公共企事业单位信息公开实施办法》和《河南省慈善捐助信息公开办法》等规定。本文暂且不对这些规定与《条例》第37条之间的关系进行分析。

^⑬ 环境保护部制定有针对环境保护信息公开事项整体的规章《环境信息公开办法(试行)》(国家环境保护总局令第35号)。该规章除了对应《条例》前36条规定了相关的政府信息公开事项之外,还专设“企业环境信息公开”一章规范企业的相关信息公开事项。但是,此项企业信息公开制度与公共企事业单位信息公开制度不同。严格而言,该部分内容是以法(规章)的方式设定企业的信息公开义务,其并非与《条例》第37条公共企事业单位的信息公开义务相对应。

条的规定存在着不同的地方,但从考察第37条与前36条的关系角度着眼,需要关注的是两者只归纳在主体与行为方面的实质性差异。

其一,在主体方面。教育部《高等学校信息公开办法》设定的信息公开义务主体是“高等学校”,而“高等学校”受《高等教育法》的规范,具体的外延由该办法“附则”部分予以明文规定(第29条第1款)。卫生部《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》设定的信息公开义务主体“医疗卫生服务单位”是指“从事疾病诊断治疗、疾病预防控制、健康教育、妇幼保健、精神卫生、采供血和卫生技术服务等医疗卫生服务活动的单位”(第2条第2款)。该定义涵盖了卫生部管辖的事务中除从事行政执法(即权力性行政活动)的组织(如“卫生行政部门卫生监督执法任务的卫生监督机构”,见该办法第2条第3款规定)之外的所有组织,即可以理解除了行政执法组织之外的从事上述疾病诊断治疗等的组织,都属于从事《条例》第37条规定的从事“医疗卫生”的公共企事业单位。住房和城乡建设部《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》设定的信息公开义务主体是“供水、供气、供热等公用事业单位(企业)”(第4条),直接与《条例》第37条规范的公共企事业单位相一致。环境保护部《环境保护公共事业单位信息公开实施办法》设定的信息公开义务主体“环境保护公共事业单位”是指“县级以上人民政府环境保护行政主管部门所属具有提供社会公共服务职能的事业单位”,其具体的义务主体名录授权“由各级环境保护行政主管部门依据编办或者人事部门批复的职责性质确定并公布”(第2条第1、2款)。国家人口和计划生育委员会《人口和计划生育技术服务机构信息公开办法(试行)》设定的信息公开义务主体是“人口和计划生育技术服务机构”(第2条)。

归纳而言,这样确定的信息公开义务主体,与《条例》前36条的规定相比较,其完全归属于第37条规范的公共服务领域中的行政范围之内,就属于相应的行政机关管辖权限范围之内的事项的承担者。也就是说,除了不属于组织法上的行政机关这一特点之外,该主体的其他特征与行政机关没有区别。因此,从这几个事例中可以看出,相关主体的规定都属于将前36条内容在应用于公共服务行政领域的具体化的条款,即属于解释性适用的规范,而没有将该条作为创设不同于前36条内容的新规范的根据。

其二,在行为方面。上述几个主管部门和机构在各自的信息公开规定中,对于作出公开信息方面,尤其是在依申请公开方面,除了在程序设置方面,例如申请人的资格要求上较之《条例》前36条的规定内容有少许不同,且有更为严格的要求之外,在不予公开的事项方面,基本上与《条例》前36条的规定内容相一致。当然,集中在文字表述方面存在着一定的差异,但从实质性判断的角度看,其内在的内容并无不同之处。因此,同主体方面的规定一样,几个事例中规定的内容,在行为方面也都属于将前36条内容在用于公共服务行政领域方面的具体化,而非将第37条作为创设不同于前36条规范的根据。

总之,从这两项关键之处的内容可以看出,制定相应部门信息公开规范的部门本身在制定过程中,同样将公共企事业单位置于《条例》前36条的规范(结构和内容)要求之中,并在此前提之下,根据适用对象的情况进行了具体化的内容设置。因此,可以说,从这几项事例可以看到,第37条规定的公共企事业单位信息公开参照本条例执行,“具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定”,其制定的办法内容已经被制定者自然而然地确定在将《条例》前36条内容具体适用的范围之内。

可见,无论从任何角度都说明,所谓“参照”这一用语表达的也同样是一种法的适用状态,只不过意味着是一种包涵特殊事项的适用方法而已。

二、“参照”的解释路径之一——“主体类同”

“主体类同”的解释路径是判断《条例》前36条与第37条之间主体是否具有相同性的解释路径。由于《条例》是一个统一的整体,对于第37条中的“公共企事业单位”概念,除了需要寻求准确的定义之外,还需要在适用方面保持与前36条中“行政机关”概念尽可能多的一致性。当第37条成为适用方面与前36条之间的连接性规范的情况下,前36条中的各项规范内容才能够据此适用于第37条规定的公共企事业单位。

(一)公共企事业单位与行政的关系

第37条的“公共企事业单位”本身的成立,其法律人格就不同于以自身营利为目的的单纯民事法人,它是以非权力性方式承担(广义)行政活动的主体。该类行政主体与作为行政机关的行政主体的区别在于,它只不过是属于分担另一类行政活动的实质意义上的“行政机关”而已。

进一步就第37条的规定内容而言,“公共”意味着该类单位承担的是广义的行政活动任务,即一方面,该类单位承担的任务与《条例》前36条主体的行政机关所承担的行政任务具有共性,都非为自身为目的,而是对外的,具有实现公共利益的性质;另一方面,该类单位所承担的任务与《条例》前36条主体的行政机关所承担的行政任务又有不同之处,该任务无法由前36条构成的内容所包含,至少其实现公共利益的方式非行政组织法上一般的行政机关所能行使。因此,从政府信息公开法律体系的角度看,一旦采用“主体类同”的路径解释第37条,那么,当主体的定位确定之后,其后所有的问题处理,包括最后程序上的救济方法,也同样理所当然地最大可能地适用前36条中的相关规定。

必须注意的是,在我国行政法领域至今为止判断行政机关之外的主体是否能够构成行政主体(或可称为“实质上的行政机关”)时,一直采用的是形式主义的,即必须在法律法规(有时也包括规章)这些成文法律规范明文规定非行政机关可以行使行政权限的情况下,该非行政机关才能构成行政权的行使主体。此标准即所谓的“法律法规授权”标准。而此标准中相应的行政职权的范围限于具有强制支配力的行政职权,主要集中在行政处罚、行政强制和行政许可领域,基本上不涉及到第37条规定的公共服务这些不具有强制性的,属于服务性的行政领域。^⑭

(二)外国的立法例及其特征

至今已有许多国家制定了政府信息公开的法律,这些法律在设定政府或者行政机关信息公开义务的同时,是否建立类似于我国《条例》第37条的制度,这些制度是以怎样的方式处理相关问题的,无疑这都是在研究第37条时具有参考价值的内容。但是,因本文的重点不是比较法分析或外国法研究,而是仅仅停留在寻找解释第37条的思路方面,即关注点在中国法律的解释路径方面,因此,仅在有限的资料中对本文紧密相连的事项予以关注。^⑮

美国《信息自由法》(Freedom of Information Act,简称FOIA)规范的行政机关中,将田纳西流域管理局、农产品信用公司等政府相关法人,以及政府管理下的法人也归入其中。在法国,以国家和地方公共团体为规范对象的行政信息自由法,将法国高速公路公司、巴黎机场等公共设施法人,以及律师协会、法国电视播送协会等虽然属于私法上的法人,但因其也承担因委任而管理公共服务,这样的情况下这些团体也归入规范对象的范围之内。荷兰《行政公开法》中,行政机关的定义中也包括了公共企业。丹麦的政府信息公开法的规范对象不仅仅规范行政机关,还包括天然气企业、电力和其中供暖企业中的一定范围的主要的能源供应公用事业企业。此外,主要以公费为经营费用的,或根据法律规定拥有替代国家或者地方公共团体进行决定权限的民间团体,经主管大臣与法务大臣协议也可被指定为信息公开法的

^⑭ 《条例》第36条也有相同的规定,“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织公开政府信息的活动,适用本条例”。就体系而言,该条中的法律法规授权的内容,是承接该条之前部分中的行政活动内容,其中并不包含第37条的内容。如李广宇指出:《条例》实际上“适用范围只能是行政机关,但行政机关又是广义的,不仅包括各级人民政府及县级以上人民政府部门,也包括法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织”。参见李广宇:《政府信息公开诉讼:理念、方法与案例》,法律出版社2009年版,第71—72页。

^⑮ 本文中有关此方面的外国法综述性文献,主要参考了周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较》,中国法制出版社2003年版;松井茂记《情報公開法》、有斐閣2001年;宇賀克也「特殊法人、独立行政法人、認可法人等の情報公開——特殊法人情報公開検討委員会報告を中心として」、『ジュリスト』2000年10月15日号第28頁;宇賀克也「情報公開法の理論[新版]」、有斐閣2000年第48—50頁。有关美国此方面最新的研究成果参见王军:《私人主体的信息公开义务之认定标准研究》,载“中国知网”<http://www.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbcode=CMFD&QueryID=0&CurRec=5&dbname=CMFDLAST2012&filename=1012019506.nh&urlid=&yx=&uid=WEEvREcwSJHSlDTTGJhYlN2MzBmK3I1RlBydEthdS9BenV0Vm0vYnVuRWZaSlhEdnN1dk5uN3BwZWJidkJRQ>。这份研究成果就美国《联邦信息自由法》中“行政机关”的概念,通过对作为基点的Soucie案以及具有标志性的Forsham案等一系列判例的梳理,寻找法院在法律解释方面的判断思路及其演化过程的轨迹,其也为我国的同类研究提供了借鉴。

规范对象。澳大利亚《联邦信息自由法》的规范对象为“法定机关”。该“法定机关”中包含有澳大利亚机场公司、澳大利亚广播公司等特定的企业。加拿大的《联邦信息获取法》也在行政机关的定义中,包括省之外的组织。这些组织有加拿大银行、加拿大存款保险公司等特定的企业。新西兰的《行政信息法》规定的规范对象为省或者组织拥有的信息。这里所谓的组织包括新西兰航空公司、新西兰广播公司等特定的企业。^⑩ 奥地利的《联邦信息公开法》规范的对象中,除了联邦、州和地方的机关之外,还包括公法人。德国的《环境信息法》也同样,除了联邦、州和地方的机关之外,储蓄金库之类的公法人也属于规范对象。韩国《公共机关信息公开法》对“公共机关”的定义中也包括“由《政府投资机关管理基本法》第2条规定的政府投资机构及其根据总统命令指定的机构”。日本在《行政机关信息公开法》之外,还另行颁布有《独立行政法人等信息公开法》。根据《独立行政法人通则法》的规定,承担行政事务的主体,只要符合两项条件中的一项,即①根据相关的设置法规定,理事长等人的职位由大臣等任命的,或②由政府出资的法人,即构成独立行政法人。符合该条件的所有独立行政法人都构成《独立行政法人等信息公开法》的规范对象(“等”中还包括需要进行单独判断认定的特殊法人和认可法人,其均由附件具体列举规定),承担相应的信息公开义务。这些主体中例如包括有国立大学。

从这些国家的政府信息公开立法例中可见,在组织法上属于行政机关之外,立法机关通过法定的方式,将政府机关之外的,属于政府的公共职能延展范围之内的一定的企业也纳入规范对象的范围之内。将规范范围扩展至传统意义上认识的“行政机关”概念范围之外,且将应适用信息公开法律的非行政机关纳入行政机关的范畴之内进行规定或解释的制度安排,^⑪无疑,这为研究《条例》第37条的内容提供了许多可参考的资料。

但是,特别值得注意的是,成文立法之外,在法律适用层面上,法院在判例中对相关事项的解释动向。由于资料和前期研究的有限性,本文无法广泛地收集整理各个国家相关的判例,但是,至少在涉及美国 FOIA 方面,有判决判例认为科学技术局(Office of Science and Technology)被认为不仅拥有向总统行使建议和助理的权限,而且还具有评价联邦科学项目的独立功能,因此,判决认定为其属于《信息自由法》的规范对象机关。^⑫

由上述资料可以看出,在类似于我国《条例》中“公共企事业单位”如何适用政府信息公开法律制度方面,立法例中的义务主体“政府”或者“行政机关”并不限于组织法上狭义范围之内的概念,而是注重实质判断,从广义的概念出发,即从功能上理解何为“政府”或“行政机关”。

在上述的事例中,除了日本是以颁布与《行政机关信息公开法》并行的《独立行政法人等信息公开法》之外,其他各国的共性在于,通过立法定义,或者司法判例解释来确定所谓“行政机关”的概念内涵外延,寻找类似《条例》第37条中公共企事业单位在主体方面与“政府”或“行政机关”的同一性,即立法规定或者司法判例解释公共企事业单位被包含在“政府”或“行政机关”的概念之内,从而使前者可以适用规范后者的法律条款。

(三)我国的裁判事例

既有的涉及到第37条的诉讼,都会涉及到公共企事业单位与行政机关之间的关系问题。如前述事例首都机场高速路收费案中就遇到了“首都高速公路发展有限公司作为企业是不是政府信息公开的义务主体”以及“政府信息公开条例规定的‘公共交通等公共企事业单位’中的‘公共交通’是否包括‘经营性收费公路’等争议问题。^⑬ 但因此案没有进入最终的判决程序,所以无法考察此案中的司法判断的

^⑩ 新西兰《政府信息法》对持有“政府信息”的组织的外延中,包括了“大学”。参见王万华:《新西兰政府信息公开制度》,载前引^⑤周汉华主编书,第242页。

^⑪ 如日本学者认为,“虽然特殊法人是不同于政府的法人,但其既然在广义上属于与行政相关的组织,那么其公开信息的必要性就与行政机关没有什么不同了。”松井茂记『情報公開法』、有斐閣2001年第78頁。

^⑫ 448 F.2d 1067 (D. C. Cir., 1971)。对此判决的研究参见前引^⑤,王军文,第8页。

^⑬ 参见前引^②。

思路。

最近受人关注的“王聚才诉中国联合网络通讯有限公司南阳市分公司不履行政府信息公开法定职责案”(以下简称“王聚才诉联通案”)是有限的反映《条例》第37条适用情况的判决事例。可以说,该判决是采用“主体类同”的思路进行司法判断的判决事例。尽管目前可查阅到的只此一例,被称为“全国首例公民诉通信公司信息不公开案”,但至少可以说明我国的政府信息公开法律适用领域,也同样存在着与外国事例中相同的司法思考方式。

该案简要情况如下:王聚才(原告)于2010年7月19日向中国联合网络通讯有限公司南阳市分公司(被告,以下简称“南阳联通”)申请公开其计费系统2009—2010年度相关计时计费的检定证书和报告。被告未在法定期限内作出答复。原告因此要求法院确认被告该行为违法并责令被告作出答复。

诉讼涉及到的内容有多项,除了被告是否能适用《条例》之外,还涉及到被告是否属于信息的适格发布主体等事项。但无论如何,判决首先需要判断的是其中针对南阳联通这样的通讯公司是否属于《条例》规范对象的问题。而这恰恰也是本文需要阐明的事项,因此,本文对该判决的分析仅仅限于该范围之内,省略其他部分。

该判决书^②的主要内容如下:①根据《条例》第37条和第13条的规定,“该法规将公共企事业单位纳入政府信息公开范围,是政府信息公开的主体”。②“根据国家工商总局《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》,已界定邮政、电讯等行业经营者包括被告中国联合网络通讯有限公司南阳市分公司属于公用企业(即公共企事业单位),应该按照信息公开条例公开有关信息。”

从该判决的上述内容看,法院进行司法判断的基本思路如下:

首先,判决在内容①指出《条例》将公用企事业单位纳入了政府信息公开的范围,是政府信息公开义务的主体。由于通过解释确定第37条的适用主体公共企事业单位的同时,也决定着该主体须适用(参照)前36条中的相关规定内容,而《条例》第13条设定的依申请公开的内容,直接的适用义务主体是前36条中的行政机关,这样,公共企事业单位也类同于前36条规定中的主体行政机关。

其次,内容②意味着至少公用企业属于第37条规定的公共企事业单位,而是否属于公用企业,则由成文的规章明文规定。

简单归纳判决的判断方式可以看出,至少在被规章明文规定为“公用企事业单位”的企业的前提下,该明文范围内的企事业单位属于《条例》规定的信息公开主体,即该范围内的公用企事业单位具有与行政机关相类同的主体地位。

总之,此一判决虽然是我国目前可以查阅到的极为有限的事例,但其所表现的意义十分重要,至少其标志着将在组织法上虽然不能归入行政机关范围的公共企事业单位,在适用第37条时,可以与行政机关在主体定位方面同等对待处理。其采用的对适用对象的判断方法,无疑拓展出了新的视角:其一,即使在坚持适用既有的形式主义标准的情况下,在公共服务行政领域,形式的范围也与权力行政领域的不同,其无需具体明确行政权限行使的具体行政机关,而只需要广泛地说明相应事项属于政府的行政领域的范围即可。其二,也可以从实质主义的角度加以理解,该判决在公共服务行政领域,完全避开了权力行政领域中确认授权行政主体的标准,从全新的方向开拓出只要是公共企事业单位,就构成公共服务行政领域中的(实质上的)行政机关。进一步而言,这样的判断方法,也建立了可以借鉴美国FOIA的适用方法,建立了可以从域外直接寻找适用和解释方法的通道。

三、“参照”的解释路径之二——“职能类同”

(一)“职能类同”解释路径的存在空间

^② 参见前引③。

“王聚才诉联通案”判决设定了适用第37条的要件,即一、形式:成为法律法规规章明文规定;二、内容,被这些成文规范明文规定在公用事业企业的范围之内。只有满足了这两项要件,相应的企事业单位才能够与“行政机关”适用同样的信息公开规范。

上述“主体类同”解释路径究竟是能够广泛地且突破狭义的范围适用,即不限于上述“王聚才诉联通案”判决所设定的要件约束,以同类主体均可涵盖的原则广泛适用于第37条所列的所有类型的主体,还是仅仅停留在这些要件构筑的狭义的明文规定的范围之内,这决定着“主体类同”的解释路径究竟能够适用至多大的范围。

如果“主体类同”的解释路径能够广泛适用,那理所当然是在适用方面采取了较为简便的方法。但如该路径只能严格适用于符合上述要件范围之内的主体,那么除此之外,第37条列举的其他类型的,尤其是没有可依据的明文法律法规规章以定位主体地位的其他公共企事业单位(如在工商行政管理行政机关管辖之外的其他企事业单位)是否可适用,则需要另外寻求解释路径。

当无法从成文规范中寻找明确的主体定位根据时,企事业单位所作出的行为或从事的活动是否与行政机关的行为或活动具有共同的性质,即采用与“主体类同”解释路径不同的“职能类同”解释路径的方法进行解释,则是另外一条可以判断第37条规定的公共企事业单位是否可以适用《条例》前36条规定的解释路径。在《条例》立法过程中的前期,《政府信息公开条例专家建议稿》中就存在着这样的思路。该思路认为,除依据国家行政机关的形式标准外,某些情况下还要依据是否行使行政管理职能或者提供公共服务标准,只要具备行使行政管理职能或者提供公共服务两个标准中任何一个,都足以构成适用政府信息公开的条件。^②

另一方面,即使采用“主体类同”解释路径的情况下,由于公共企事业单位本身职能的复杂性,在确定某企事业单位为公共企事业单位,与行政机关在适用《条例》方面具有同样主体地位时,如何划分该公共性与企事业单位作为民事法人主体中的“私”的内容,在一定情况下仍然需要从职能的角度进行判断,以辅助和补充“主体类同”解释路径在细节划分方面的不足。

归纳而言,“职能类同”解释路径可运用于两种情况。一是当可以采用“主体类同”的解释路径时,则在一定范围内,进而需要划分该公共企事业单位活动中属于公共的和企业私性领域时,可以采用“职能类同”的解释路径去确定具体的活动或行为是否具有公共性质。二是完全回避公共企事业单位是否与行政机关具有“主体类同”的属性,而是直接针对相应企事业单位的具体活动或行为,确定其是否与行政活动在职能方面作用相同。

(二)一般基准

在现代行政活动中,上述公共企事业单位从事的活动中,相当部分属于广义的政府行政活动。但是,非由行政机关作为主体作出的活动所涉范围非常广阔,因此,接着的问题是,第37条究竟在多大范围之内将上述广义的“政府”活动也纳入到《条例》的规范对象范围之中。或者说,应根据怎样的基准来判断哪些活动的(非行政机关)主体可纳入《条例》的规范范围之中。

要分析此问题,须从第37条的条文构成着手深入,即从该条规定的内容中析出公共企事业单位的活动与行政活动之间具有相同性的要件构成。

第37条规定的“信息”内容为“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息”,在“信息”概念之前附有很长的定语。这些定语的构成内容对“信息”作出了怎样的限定,需要与前36条条款一同进行分析。

首先,“公共企事业单位”的内涵可以从以下方面理解:

其一,“公共”意味着该类单位承担的是广义的行政活动任务,即一方面,该类单位承担的任务与《条

^② 参见周汉华:《政府信息公开条例专家建议稿》,中国法制出版社2003年版,第63页。

例》前 36 条主体的行政机关所承担的行政任务具有共性,都非为自身为目的,而是对外的,具有实现公共利益的性质;另一方面,该类单位所承担的任务与《条例》前 36 条主体的行政机关所承担的行政任务又有不同之处,该任务无法由前 36 条构成的内容所包含,至少其实现公共利益的方式非行政组织法上一般的行政机关所能行使。例如,作为管理医疗机构的行政机关卫生局,无法采用医院提供医疗服务的方式完成行政任务。

其二,“企事业单位”意味着该单位本身并非组织法意义上的行政机关,而是因其承担的任务和从事的活动具有“公共”属性而成为《条例》规范的对象。这也正说明这里的公共行政活动并非属于《条例》前 36 条中规定的主体——组织法上的行政机关(包括因法律法规授权而可以行使行政职权的实质意义上的行政机关)——而是由在主体确定方面属于企事业单位这些或是工商登记而成立的私法主体。

其三,与组织法意义上的行政机关不同,企事业单位本身具有自身的经营业务范围,即属于企事业单位“私”的范围。因此,从狭义的范围来看,第 37 条规范的信息公开范围,目前只能限定在其承担的“公共”活动范围之内。所以在适用该条时,必须区分同一个公共企事业单位的活动中“公共”和“私”的部分,划分出彼此的分界线。

其次,该条列举出“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”事项,这意味着在外延方面,第 37 条所规范的对象可以有两种解释。其一为列举主义的解释方式,即规范的范围仅仅限于此处被列举出的事项的范围之内;其二为概括主义的解释方式,即这些事项仅仅是具有共性的企事业单位性质或者所承担任务的例举,而所有公共企事业单位都成为第 37 条的规范对象。

如果仅从文字的表述层面上理解和分析,则这两种解释的结论都有合理存在的可能性,但是,考虑到第 37 条所建立的信息公开制度是《条例》前 36 条构成的政府信息公开制度的拓展和延伸,且目前在制度建设方面还仅仅处于开始尝试的阶段,在制度的实践方面尚未切实地展开(因而也无实例可供分析),因此,从逐步推进制度深化发展的角度考虑,本文从渐进建立完善的法律制度的立场出发,认为至少在公共企事业单位信息公开制度刚刚起步的阶段,应将该条的适用规范的对象范围限制在文字明确表述的范围之内,即采用列举主义的解释方针。^②

再次,“与人民群众利益密切相关”的语句,是说明上述公共企事业单位作出的公共活动,是具有外部性的活动,即该类活动不能仅停留在企事业单位自身内部的经营活动范围之内,排除了内部单位管理性质的活动,而将这类活动与其服务对象之间的联系表现出来。因此,第 37 条所规范的事项,应该是属于公共企事业单位对外的,与服务的社会有接触方面的事项。“密切相关”,可以理解为该企事业单位的各项工作和任务中直接服务于外部社会的部分。

同时,这里的“人民群众利益”就是理解为上述列举的“教育”等事项的外部性,且属于公共服务(福利行政、积极行政领域)中的问题,排除相关企事业单位单纯以自身经营为目的的事项。

最后,“在提供社会公共服务过程中”的内容在于,首先,此处的“社会服务”就是指该条列举的“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”事项。其次,“过程中”意味着信息不仅仅局限于表现为显示于外部的最后一个环节,而是与此活动或行为相关的整个过程所涉及到的信息都纳入该条的规范范围。

② 采列举主义的立场,即在最初阶段将第 37 条的适用范围限制在“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通”这些明文表述的范围之内。当然,不可避免地会面临如何解释该条列举事项之后紧接着的“等”字的含义问题。这里可借鉴《行政处罚法》有关听证程序规定的第 42 条第 1 款的解释发展过程。该款规定行政机关作出“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等”行政处罚决定之前应当告知当事人有要求举行听证的权利。对于列举的三项处罚种类之后的“等”字究竟是否包含着未被明文规定的其他处罚种类的问题,学界一直有着“等内说”和“等外说”之争,即“等”字是否属于不完全列举,但实务上一直采完全列举的立场。2012 年 4 月 13 日最高人民法院公布第 6 号指导性案例(黄泽富、何伯琼、何熠诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案),将该“等”解释为不完全列举,其中包含了与明文列举的行政处罚种类类似的其他行政处罚。由此可见,在对第 37 条中“等”字解释时,起步的现阶段可以暂时限定在完全列举的范围内,而在经过一定实施时间之后可扩展为不完全列举。

归纳而言,在制度起步的目前阶段,第37条适用要件可设置为如下两项:(1)活动或行为主体要件:在组织性质上登记为“企业”或“事业单位”。(2)活动或行为的方式要件:公共服务,形式上体现为教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等形式,且与外部相关联。当满足这两项要件时,相应活动或行为的整个过程都应适用信息公开的要求。

四、规范的对象行为及其不予公开的信息种类

由于《条例》前36条在政府信息公开方式上建立了主动公开和依申请公开两种类型,因此,作为前36条的延展部分,第37条中公共企事业单位的信息公开也理应对应地采用这种分类。在根据第37条的要求,已经制定了相应管辖领域中公共企事业单位信息公开规定的部门,如教育部等,在其规定中也采用的是这种分类。

(一)主动公开和依申请公开

在公开的方式上,从前36条规定的结构上可知,主动公开与依申请公开的区别主要在于程序方面。在公开义务的对象方面,前者是法定必须予以公开,而后者则应在发生公民法人等社会成员提出请求之后才产生公开义务。也正因为这一程序方面的差异,决定了公开对象的义务承担方式方面,前者必须在最大限度内符合法定的要求,后者则将除前者之外的所有信息都概括其中,即只要申请的程序开始之后,相应的行政机关主体就必须予以对此申请进行判断,只要不在不予公开的豁免之列,就必须公开相关信息。

第37条关于公共企事业单位的信息公开也应遵循此种分类,首先需要列出法定的必须主动公开的信息,之外的信息都归入依申请公开的范围之中予以判断。

由于主动公开是基于法定的义务,因此,这项法定的根据除了依据已有的法律法规之外,就必须根据第37条中“参照本条例执行,具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定”的要求,由这些有关主管部门或者机构具体制定必须予以主动公开的信息的范围或种类。

考察《条例》前36条中的有关主动公开的条款内容^③发现,涉及到政府对外权限、公民法人社会组织义务方面的信息,必须列入最为需要主动公开的事项。因此,对应这项法定义务,公共企事业单位应将居于公共服务核心部分的信息,即首先必须主动公开收费根据方面的信息。这些信息涉及到公民法人等社会成员产生义务和权利受到限制方面的法律制度问题。其次,必须公开的信息为福利行政方面的给付标准,这涉及到社会公正的基本问题。再次,是公共企事业单位在完成上述职能时涉及到的财政、公共采购等方面的信息,这涉及到与上述活动相关的行政运行是否合法的问题。

此外,与行政机关不同的是,由于公共企事业单位本身具有法人人格,构成行政机关的管理对象,因此,在这种管理关系中发生的诸如(企事业单位,而非个人)受到刑事处罚和行政处罚等方面的信息,则属于绝对必须主动公开不能免除的领域。

在依申请公开方面,与《条例》前36条相关联,公共企事业单位原则上除法定不公开的所有信息,都应该公开,但这些信息(在目前施行的现阶段)可先限制在“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”第37条列举范围内主体制作的,对外或与对外有关的信息范围之内。

(二)不予公开的种类

针对第37条的公共企事业单位的信息公开申请,在判断哪些应归入不予公开信息的范围时,也应以前36条部分的内容为前提进行分析和推导。概括而言,相关的不予公开的信息大致是以下两类。

1. 法定不予公开的信息

前36条的基本规范是将不予公开的信息的类型予以法定化。

^③ 主要为《条例》第10条至第12条规定的相关人民政府及其部门的主动公开义务。

在《条例》前 36 条部分的规定中,第 14 条第 4 款规定“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。”即政府信息中的国家秘密、商业秘密和个人隐私属于不予公开的信息。同时,《条例》第 8 条规定“行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”因此,概括而言,《条例》前 36 条部分不予公开的政府信息有危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的信息,以及涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的信息(以下称为“法定不予公开的信息”),总共七个类型^②。

在适用第 37 条进行判断是否要予以公开相关信息时,首先理应遵循上述七个类型的要求,因此,在判断哪些信息属于不予公开时,除非在今后的适用过程中出现了目前尚未设想到的情况(例如文字上虽是同样的表述,但在适用的义务主体不同时,其在内容理解上是否会出现差异的情况),前 36 条部分设定的法定不予公开的信息种类,第 37 条应当同样适用。

2. 公共企事业单位特有的不予公开的信息

除了前 36 条可适用的法定不予公开的信息之外,由于公共企事业单位本身与政府或行政机关具有不同的属性,尤其是在其本身具有独立法人资格的情况下,在从事的活动中,公共企事业单位的活动应可被划分为属于法人本身的事务和属于对外的公共事务两大类型。前者属于法人自身私的领域中的事项,只要不受到公共性法律规范的制约,原则上属于自治范围(经营自主权)之内的事项,对社会不承担说明义务,因此,属于不予公开的信息范围。换言之,例如在运用“职能类同”解释路径的情况下,当被申请公开的信息不具备一般基准所要求的两个相关要件时,相应公共企事业单位就可不承担公开该信息的义务。

对于属于对外的公共事务部分,即后者而言,由于其属于公共性质,具有对外的作用,因此,当公共企事业单位在从事这一部分的事务时,该范围之内的信息应接受前 36 条规范内容的制约,相关的信息在原则上应该予以公开。

但是,这里还存在着一个判断方面的技术问题,在一定的场合,上述前后两者的边界可能存在着在技术上无法予以明确地做出“一清二楚”区分的情况,即在前者中混同有后者方面的信息,或者,在后者中混同有前者方面的信息。在这样的情况下,如何进行区分则是一个需要在今后的适用过程中,尚需通过积累案例来逐渐进行明了分析研究,在目前阶段的研究中,只能就此设置法律解释的思路。

就法律解释的思路而言,在前者的范围内,会因后者的公开而涉及到自治领域是否需要公开相关信息的问题,其所涉及到的规范与《条例》第 23 条中的“第三方”利益相类似。

《条例》第 23 条规定,“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。但是,行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的,应当予以公开,并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。”第 37 条公共企事业单位的活动中,后者相当于前句规定,前者相当于后句规定。而该条的但书规定表现了当前后两句规范相互冲突之时的调整规范。从第 23 条的内容可知,但书规定建立了裁量公开制度,在衡量了前后两句中所涉及到的各种利益之后,该条确立了在保障公共利益优先的基础上,应公开第三方信息的制度。以此为原则分析上述问题可以得出,在公共企事业单位的自治领域中,当相应公共企事业单位可以根据被申请公开的信息属于经营自主权范围之内的事项,可以不予公开时,如因此可能对公共利益造成重大影响的,则也应予以公开。

但是,与第 23 条但书规定不同的是,由于第 23 条但书规定中的裁量权行使者是行政机关,即是主张利益的第三方之外的公共利益法定代表者,而第 37 条中,审查信息公开申请的主体就是被申请人公

^② 也有学者认为该条文明文规定的这六个信息名称,并非为六个并列的类型。其认为,第 8 条属于总则条例,当需对第 14 条中的三项不予公开信息进行实质性判断时,其起着解释基准的作用。参见朱芒:《什么是或者不是“社会稳定”》,载《华东政法大学学报》2011 年第 3 期。

共企事业单位本身,因此,如何保障中立客观地进行判断,是一项无法回避的问题。就一般的制度设计方法而言,既然无法排除在自我判断中的非中立客观的因素,那么,从程序方面着眼,增加相应公共企事业单位的义务以消除这种因素的影响则是一种可行的思路。例如,当相应公共企事业单位作出不予公开的判断时,在程序方面设置严格的说明义务。

此外,在商业秘密方面,公共企事业单位也同样会涉及到如同行政机关要面对的是否应公开的局面。《条例》第23条规定商业秘密是否公开首先需要征求公开后可能受到利益损害的第三方的意见,是因为商业秘密是属于前者领域,即属于该第三方的私的领域中的事项(或财产),对此第三方拥有自主的处分权。在此前提下,才设置了但书规定的裁量公开规定,通过对私的领域公共介入的方式,建立了一个前者领域中的应适用公开的例外区域。

与上述第23条有关商业秘密是否公开的判断结构相对应,第37条同样适用这项规范。因此,需要确定的是在适用第37条请求信息公开时,属于公共企事业单位的商业秘密在什么情况下应该予以公开?具体而言,这里涉及到的公共利益及其重大影响究竟如何把握。

就目前尚无全面展开对第37条的研究,以及涉及第37条的裁判事例十分稀少的情况看,显然还无法在穷尽相关事项的基础上抽象地归纳出此一例外区域。但是,如果重点观察其中重要的公私结合点,在涉及到“商业秘密”的各种情况中,招投标无疑是一个重要的环节。

从国外已有的法律实践看,美国FOIA制定之初,对于“营业秘密”采广义解释,通常从侵权法的角度将营业秘密理解为“商业活动中用于制造方法、类型、装置、或者信息的编辑物,其可使不知其或不使用其者获得有利的竞争地位”。^⑤但1983年的判例则从狭义的方面定义了“营业秘密”,将此定位为“使用于商品的制造、设计、合成、加工方面,具有技术革新或通过相当努力取得的成果等具有秘密的商业性价值的规划、制造方法、工艺或装置”,其强调了与生产工艺之间的直接关联性,因此,在政府契约中投标人提出的价格信息则不被包含在“营业秘密”范围之内。^⑥

在日本,2001年3月16日国会通过的《独立行政法人等信息公开法》的第5条规定了不予公开的信息。这些规定与《行政机关信息公开法》第5条规定的不予公开的信息内容基本一致。

由此可见,至少这里可以归纳出一个关键点,即凡是在政府公共工程的招投标中使用过的投标资料中,涉及到决定价格的信息则应作为例外领域中的信息,应该予以公开。

五、审查程序与救济相关的事项

(一)申请人与原告适格

依照《条例》第13条的规定,除主动公开之外,“公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。”因此,就一般意义而言,当申请人自身“生产、生活、科研等特殊需要”可解释到最大化时,条例中信息公开的申请人,可以是任何人。因为每个人都有选择职业、生活方式和从事科学研究的自由,^⑦在法律上无法将生产、生活、科研从特定的社会成员所享有的自由中予以排除。

《条例》颁布之前地方性的政府信息公开规定中并未见到过此类设定。2004年至2008年之间,在《条例》施行之前,上海市施行的政府信息公开制度中,申请人的申请书中“申请目的”不属于必填项目,而只是参考事项。^⑧从国外的立法例来看,也并未查见这样的条款。因为政府信息公开法律制度是以

^⑤ Restatement of Torts, See. 757, comment b (1939).

^⑥ AT&T Information Systems v. GSA, 627 F. Supp. 1396 (D. D. C. 1986)。转引自宇賀克也「情報公開法——アメリカの制度と運用」,日本評論社2004年第202頁。

^⑦ 例如,我国宪法第47条前句规定:“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由”。

^⑧ 例如2004年5月1日开始施行的《上海市政府信息公开规定》中就没有这类主观要件设定,相应地在信息公开申请书中,申请目的只是一个非强制的选填项目。

监督政府为宗旨的立法,而非以保护个人等社会主体的权益为直接目的,因此,信息公开申请人并不需要在申请中证明申请内容与自身权益之间的关系。也正因为立法的宗旨是如此,所以在行政复议或诉讼阶段,在原告或申请人的适格方面,或者将法定的信息公开请求权本身作为被侵害的合法权益,或者将主观权益客观化,从而形成了尽管仍然适用作为保护主观权益的行政复议或者行政诉讼程序,但事实上则客观化了的要件特征。^②

《条例》施行之后,第13条规定的“特殊需要”可以解释成一般人的需要,即申请人只需提示相关需要而无需证明申请人的职业或其他事项与所申请信息的关系。^③在这样的情况下,“特殊需要”并不构成申请人的资格要件,因而也就不会成为原告适格方面的障碍。但是,如果“特殊需要”被解释成申请人需要自我证明的资格要件之一,那么,在其后的诉讼阶段也会成为原告的主观要件。事实上,在政府信息公开实施至今的行政实务中,时常会让申请人证明申请与自身是否有符合该规定的“特殊需要”的事例。

在《条例》前36条施行的上述前提下,第37条施行时,对申请人是否需要予以“特殊需要”方面的资格限制,进而在其延长线上是否需要对原告适格限制方面,也可以形成相应的两种方向的解释。

其一,广泛性解释。由于公共企事业单位提供的公共服务,是广泛不特定的,因此,申请者也无需具体证明申请的信息与自身需求之间存在关系,而只要符合《条例》第13条的规定,表明具有需求即可。

其二,特殊性解释。由于公共企事业单位提供的公共服务种类广泛且复杂,在判断申请人是否具有申请资格时,根据公共服务的地域性限制(如公用事业中的供水供气,城市内公共交通等)或特定人员限制(如学生入学等)情况,具体设置申请人的资格。由此也为原告适格确定了相关要件。

在当前政府信息公开制度初步建设和发展的第一阶段,本文倾向于特殊性解释的路径。但是,为了防止接受申请的公共企事业单位随意解释“特殊需要”的构成内容,最终导致第37条事实上被架空,应从程序义务设置的角度,由被申请的公共企事业单位承担事前设置根据的义务,即在履行第37条规定的“由国务院有关主管部门或者机构制定的”具体办法中,明确设置细致的“特殊需要”的具体要求目录,而没有列入目录之内的,一律不能作为审查信息申请人主体资格的要件。

(二)义务主体与被告

只要没有其他的法定限制,承担信息公开的义务主体理所当然就是第37条文字规定所指向的公共企事业单位。这里,或许存在着两个问题需要予以明确。

1. 义务主体重合的情况

由于公共企事业单位具有不同于行政机关的、独立的民事法人资格,因此其不同于在组织法本身就规定为行使公共权力的行政机关。同时,公共企事业单位又接受业务主管行政机关的管辖,以及在相应业务活动方面必须接受相应领域的行政机关的管辖,由此,其相关的信息也会由这些行政机关“获取”。这样,一个相同的信息就会有(至少)两个主体掌握。那么,在依申请公开的制度中,究竟哪一主体应该成为履行信息公开义务的主体则需要明确,否则会造成相互推诿的局面。

适用第37条受理相关信息公开申请时,义务主体自然是该条规定的公共企事业单位。但是,如遇到前面提到的“双可申请”的情况时,则需要运用“最少存留适用”规则为好。因为在《条例》整体运行中,应以前36条适用优先为原则,在无法排除第37条适用范围时才适用该条。

如前已经提到的那样,首先,前36条中的行政机关和第37条中的公共企事业单位都能够成为公共服务方面信息公开的义务主体,由申请人确定义务主体。其次,申请人向公共企事业单位提出了申请的,如该信息已经提交给相关行政机关,即已经由政府获取的,则该被申请的公共企事业单位可以自行

^② 这里涉及到主观诉讼中原告适格要件在信息公开诉讼中如何解释的问题。参见朱芒:《开放型政府的法律理念和实践(下)》,载《环球法律评论》2002年冬季号,第474页。

^③ 其制度基础可以设定在我国宪法第47条前句等方面的规定上。

公开,也可以向申请人告知该信息已经提交的具体行政机关,同时将该申请转交该行政机关。该申请自被移交起,适用条例前36条中规定的相应程序。

2. 义务主体与被告适格的要件

当公共企事业单位拒绝履行信息公开义务或作出不予公开信息的决定,相应的申请人如果要提起行政诉讼,那么,作为义务主体的公共企事业单位能否成为被告,是一个事关第37条信息公开制度能否最终得到法律保障的制度性问题。对此,依然可以沿着上述的“主体类同”和“职能类同”的两个解释路径进行分析推演。

首先,如果采用“主体类同”的解释路径,那么,正如上述部分提到的“王聚才诉联通案”判决书所展现的那样,只要被申请者属于公共企事业单位,该单位就属于(广义的)行政主体,其与《条例》第37条有关的行为就属于《行政诉讼法》管辖的对象。这是一条较为简洁的法律判断思路。

其次,如采用“职能类同”的解释路径,则首先需要论证与职能相关的行为(即拒绝履行信息公开义务或者作出不予公开信息的决定的行为)是否是属于《行政诉讼法》规定的“法律法规授权的组织”作出的。

在至今为止围绕《行政诉讼法》讨论的“法律法规授权的组织”概念,源自《行政诉讼法》第25条第4款前句。该句规定,“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告”,其判断思路是从行为法的角度确定被诉行为的“行政”性质,进而认定其主体为被告的过程。例如,在著名的田永诉北京科技大学的判决^③中,法院的推论过程就是沿着这样的思路进行司法判断的。即从被诉的是学士学位授予行为,该行为是根据《教育法》第21、22条和《学位条例》第8条的规定,“由国务院授权的高等学校”才能做出,因此,作出该授予行为的高等学校具备被告适格的要件。《条例》第36条的设计也承继了这样的思路。

但是,在第37条建立的公共企事业单位信息公开制度中,却无法当然地沿用上述推论思路。其原因在于教育、医疗等这类公共服务本身就是由学校或医院等企事业单位直接承担的,而不是来自于法律法规从其他主体处的转移,即这里不存在行为法意义上的“授权”。因此,只要承认涉及到第37条的行政纠纷也需要纳入司法审查的范围,那么,对于《行政诉讼法》第25条第4款前句规定的“法律法规授权的组织”的认定方法,就需要从新的角度予以研究。

由于在至今为止的“法律法规授权的组织”认定方法方面都是从行为法入手的,需要具体地寻找到法条上的明文规定,因而无法直接解决《条例》第37条中的认定方法问题。究竟如何在法理上引导出具有实效的可以实际应用的规则,目前尚缺大量的基础理论研究和行政及司法实务,尤其是判例的基础性积累。但是,从新的角度定义“法律法规授权的组织”时,至少可以将以下的角度作为一个开始的视角,从而逐步深入发展。

首先,具体承担某项公共服务的公共企事业单位都有管辖其具体事务的行政机关,即存在着在组织法上管辖相关公共服务事项的行政机关。在设置相应行政机关的政府组织法中,对各级政府应行使的职权和承担的公共职能都有一般且广泛的规定(如《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条第5项规定,县级以上的地方各级人民政府行使“管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作”的职权)。这可以认定为是“法律法规授权”中的“法律法规”前提。进而,具体的公共企事业单位所从事的公共服务事项为通过公司设立和注册或工商登记许可的事项,则可以认定为组织法上规定的公共服务事项转移为具体的公共企事业单位承担,即发生了“授权”的活动。当然,如果在组织法的规定与公司设立和注册或工商登记许可之间存在着具体的有关特定公共服务事项的立法的话,则“授权”可以体现得更为明显。

^③ 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书行政诉讼案,载《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第4期。

其次,被诉的是拒绝履行信息公开或者作出不予公开信息的决定的行为。该行为针对的被申请公开的信息只要在“表面证据”层面上属于“公共服务”属性的,那么拒绝履行公开义务或者不予公开的决定就可以归入“法律法规授权的组织”作出的行为的范围之内。

需要注意的是,从组织法的层面上开始推导“法律法规授权的组织”的方法,与“主体类同”具有了相类似的出发点。换言之,如果在讨论解释路径以及行政诉讼被告适格问题时,能统一以“主体类同”为共同出发点,则无论是制度建设还是《条例》在具体案件中的适用,都会变得较为简便和直接。

结 语

以上内容是围绕《条例》第 37 条公共企事业单位信息公开规定的适用方面,就其中的几个主要问题所作的分析尝试,期待能为该条的适用提供一个最基本的立足点。就法解释的谱系而言,本文采用了基本可以归类于系统性解释的类别,即在讨论《条例》第 37 条的适用内容时,从《条例》的整体出发,借助了前 36 条的内容,将第 37 条定位为连接规范,从而使前 36 条的内容在一定规则的制约之下可以运用于第 37 条的范围之内。

在上述的解释框架中最后需要强调的是,本文最基本的立足点在于:无论是制定适用规定还是在解决具体案件而需要解释条文内容时,应坚持与《条例》正文(即前 36 条)内容的整合性。同时,在实践中,当可以做出多种的解释,且无论是逻辑层面还是制度的现实层面都具有正当性时,但仅就现阶段制度发展的最小限度而言,本文选择狭义范围内的解释。总之,在公共企事业单位信息公开法律制度建设刚起步,且现阶段相关法律意识还非常稀薄,实施非常困难之时,应采取谨慎且具实效的做法为妥。

Abstract: Article 37 of the Regulations on Government Information Disclosure defines an obligation to disclose information of the “public enterprises and institutions”, which is different from that of the “administrative organs”. Hence, many issues surrounding information disclosure, such as according to what regulations and in what way, have been a problem needs to be addressed immediately. This article analyses Article 37 in the whole Regulations and then ascertains the position that the Article being as a linkage rule so that the preceding 36 articles constitute an interpretive basis of the Article 37. In addition, “reference” is given concrete connotation through defining the rules of “the least reserved application”, etc. and the interpretive methods of “similarity of subjects” and “similarity of function” so as to sort out general characteristics and specialty between the behaviors of regulated objectives and the types of undisclosed information and relations between review procedure and remedy related issues, providing a basic applicable regulation of information disclosure of the public enterprises and institutions.

(责任编辑:吴 雷)