

公共企事业单位信息公开:现实、理想与路径

彭 鋈*

内容提要 《政府信息公开条例》修订草案删除原法第37条的“参照适用”规定,将公共企事业单位信息公开交由主管行政部门负责,维持甚至强化其与条例主体部分的差异,呈现“脱条例化”趋势。理由在于认为通过行政管理权而非司法权才是推进相关工作的现实可行方案。然而,10年实践表明:由于责任分配不清、科层压力不够,行政保障面临制度配套不足、考评追责乏力和监督救济缺失的困境;法院则突破限制,探索多样化的审查方式,对公共企事业单位的信息公开活动积极开展监督。因此,可欲且可行的改革方向应是“入条例化”,使公共企事业单位信息公开回归政府信息公开制度的一般原理和基本架构,明确其适用《条例》,并通过设置申诉前置程序引入复议和诉讼救济。

关键词 公共企事业单位 信息公开 脱条例化 入条例化 信息公开诉讼

一、问题的引出:公共企事业单位信息公开制度的“脱条例化”

在我国政府信息公开制度和理论中,公共企事业单位信息公开是一个既“特殊”又“小众化”的问题。^①之所以“特殊”,是因为《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》)内部存在一个“二元结构”,把信息公开主体分为两类,前36条规定“适用”《条例》的行政主体,包括行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,第37条规定“参照执行”《条例》的非行政主体,即公共企事业单位。我国行政法上,行政主体与非行政主体的关键差异在于仅有前者受到行政诉讼和行政复议制度的约束。因此,作为非行政主体的公共企事业单位无法被纳入《条例》第33条第2款规定的诉讼和复议救济机制,这也是《条例》规定参照适用的根本原因。^②在此二元结构下,公共企事业单位信息公开成为一个颇为“小众化”的学术命题,关注度长期偏低,相关成

* 北京大学法学院助理教授,法学博士。本文系中央高校基本科研业务费专项资金资助项目的阶段性成果。

① 参见后向东:《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题》,载《行政法学研究》2017年第5期。

② 参见前引①,后向东文。

果仅占政府信息公开研究的沧海一粟。^③这一点在《条例》修改过程中体现得尤为明显。2017年6月,国务院法制办公布《中华人民共和国政府信息公开条例(修订草案征求意见稿)》(以下简称“条例修订草案”)。这是运行10年后,我国政府信息公开制度首次面临系统性改革,受到广泛关注。然而,对第37条的修改基本被忽略。^④考虑到公共企事业单位“与人民群众利益密切相关”,这种“冷遇”无疑令人遗憾。但更重要的是,从学术角度而言,此次修改并非微调。第37条原文为:“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、获取的信息的公开,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。”条例修订草案改为:“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、获取的信息的公开,依据相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行。全国政府信息公开主管部门可以根据实际需要制定专门的规定。前款规定的公共企事业单位未依据相关法律、法规以及国务院有关主管部门或者机构的规定,公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息,公民、法人和其他组织可以向其主管部门申诉,接受申诉的部门应当及时调查处理并告知处理结果。”

据此,我国公共企事业单位信息公开制度即将面临两大变化。第一,公开依据由“参照条例执行”变为“依据相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行”,并授权“全国政府信息公开主管部门可以根据实际需要制定专门的规定”。第二,明确了公开救济途径,即“公民、法人和其他组织可以向其主管部门申诉,后者应及时调查处理并告知处理结果”。从条例修订草案第48条对原《条例》第33条的修改来看,行政机关信息公开不再设置举报机制,该机制专用于公共企事业单位信息公开。据此,在规范建构和监督救济上,本已特殊的公共企事业单位信息公开同《条例》主体部分之间的差别将进一步拉大,呈现“脱条例化”的趋向。这不啻对既有学术积累的一种颠覆——为数不多的相关研究成果针对第37条“参照执行”进行法解释学工作,提出“最少存留适用”规则,主张公共企事业单位信息公开应最大程度地适用《条例》前36条所

③ 以“公共企事业单位信息公开”为关键词在中国知网上做主题检索,得到45个结果;同一时间以“政府信息公开”为关键词做主题检索,结果则高达26565个。检索时间为2018年6月21日。

④ 条例修订草案公布前后,有许多专家学者发表评论,如程琥《〈政府信息公开条例〉的修改》,载《国家检察官学院学报》2016年第3期;沈岍、何海波《关于〈政府信息公开条例〉修订草案的几点意见》,载<http://www.weiduba.net/wx/1013149862284152>,最后访问时间:2018年6月23日;杨某某、王贵松、黄卉《关于〈政府信息公开条例〉(修订草案征求意见稿)的若干意见》,载<http://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1045/7138.htm>,最后访问时间:2018年6月23日;黄海华《政府信息公开的多元思考——修改〈政府信息公开条例〉应当遵循的立法原则》,载《中国法律评论》2016年第4期。然而,这些评论都没有涉及第37条的修改。国务院法制办《关于〈中华人民共和国政府信息公开条例(修订草案征求意见稿)〉的说明》对该问题也未展开说明。

包含的原则、规范和救济机制等。^⑤此轮修法删除“参照执行”,就此切断行政主体和非行政主体信息公开制度之间的连接点,让“最少存留适用”规则失去规范基础。

当然,“脱条例化”改革的本意并非想让公共企事业单位信息公开变得“无法可依”。相反,据参与修法的人士透露,正是由于清醒意识到既有规则的现实困境,即“《条例》对公共企事业单位提出的参照适用要求,落实情况并不理想”,“脱条例化”才成为选择。^⑥而之所以难以落实,核心困境在于脱离了“外部约束保证法定责任”,因为“公共企事业单位不具备行政主体资格,一般不能进入行政诉讼和行政复议程序”。而“极少数的以公共企事业单位为信息公开诉讼被告的案件”,又体现出“究竟如何参照适用,是个尚不清楚的问题。”因此,尽管将公共企事业单位同行政主体一并作为信息公开义务主体是“朴素的良好愿望”,但“处理公共企事业单位作为公开义务主体的问题,要从理想化的状态中走出来,正视现实、立足现实”。这个现实就是:“从我国政府信息公开实践所探索出的经验看,将公共企事业单位的信息公开,作为相关领域主管部门的行政管理手段和措施,通过行政管理权而不是司法权来保障其落到实处,是现实可行的方案,也是已经为实践所部分印证了的方案。”在此认识的基础上,此轮修法“从我国政府信息公开实践中暴露出的实际问题出发”,“将信息公开主体限定为特定范围内的行政主体”,强调其行政性,即“作为信息公开义务主体的单位,应当是行政性的单位,而不包括立法机关和司法机关,也不应该包括所谓的公共企事业单位。这是因为信息公开法首先是行政程序法,是约束行政机关的法律,不能超出这个基本范畴适用于不具有行政性的其他单位。”^⑦换言之,“脱条例化”是为了强化行政主管部门在规范建构和监督救济两方面的角色,以期弥合理想与现实之间的鸿沟。

本文认为:“脱条例化”既错判了现实,也迷失了理想,并非推进我国公共企事业单位信息公开工作的正确方向。要缩小理想和现实的差距,不能为了迎合现实而扭曲理想,而须在坚持理想的前提下挖掘和利用现实中的积极因素,不断向理想靠近。公共企事业单位信息公开制度变革的可欲理想是尽量消除《条例》的二元结构,让本来同《条例》主体部分若即若离的相关制度“入条例化”,回归其一般原理和基本架构;可行路径是调整条例修订草案对第37条的修改,明确公共企事业单位信息公开“适用”《条例》,并设置申诉前置程序,从而引入复议和诉讼机制。本文余下内容分三部分证成这一观点。第一部分揭示10年以来,较之行政机关,对公共企事业单位信息公开的行政保障大大滞后,由于责任分配不清与科层压力不够,面临着制度配套不足、考评追责乏力和监督救济缺失的困境,并非推进相关工作最现实可行的手段。第二部分对既有的公共

⑤ 参见朱芒:《公共企事业单位应如何信息公开》,载《中国法学》2013年第2期;王丹红:《论公共企事业单位的信息公开》,载《法律与社会》2009年第10期;郭泰和:《立法扩展与实践局限:公共企事业单位信息公开诉讼的路径选择——以〈政府信息公开条例〉“参照”规定的实现为视角》,载《行政法学研究》2014年第3期;申海平:《现有法律框架下政府信息公开救济制度的完善》,载《电子政务》2014年第10期。

⑥ 参见前引①,后向东文。

⑦ 前引①,后向东文。

企事业单位信息公开行政审判实践做类型化梳理,彰显司法机关在种种限制条件下积极探索,发展出多样化的审查方式,使作为非行政主体的公共企事业单位的信息公开活动始终没有脱离外部约束。最后一部分论证“入条例化”既可欲也可行,并提出对《条例》第37条的具体修改方案。

二、公共企事业单位信息公开的现实之一:行政保障的困局

回顾我国政府信息公开制度走过的10年历程,必须承认来自行政系统内部的推动是《条例》落实的重要保障。以行政机关信息公开为例,主要体现为如下三个方面:

第一,制度配套。根据《条例》第4条,各级政府应建立健全本行政机关的政府信息公开工作制度。在中央层面,作为全国政府信息公开主管部门,国务院办公厅至今共发布了14份政府信息公开制度配套的文件,涉及对整体制度的细化、对年度工作的布局、对单行领域的安排以及对具体事项的解释。^⑧在地方层面,各级政府也发布了大量文件进行政府信息公开制度配套,其中包括政府规章48件、规范性文件1393件、工作文件1890件。^⑨截至2012年8月,全国所有的省级行政单位都已出台旨在落实《条例》的本地规范。^⑩值得指出的是,许多下位规范没有止于简单重复上位法,而是对《条例》中的关键概念进一步阐释,以便执法操作。比如《北京市政府信息公开规定》第8条就对《条例》第14条中的“商业秘密”做了更为详细的界定。^⑪

第二,考评追责。《条例》第29条要求各级政府建立健全政府信息公开工作考核制度、社会评议制度和责任追究制度,并定期对政府信息公开工作进行考核、评议。第35条授权监察机关和上一级行政机关对行政机关的信息公开违法行为责令改正,情节严重者可依法处分相关责任人员。在此背景下,制度建设方面,尽管普及率偏低,但仍有不少行政机关完整建立了考核、评议和追责制度,如商务部、海南省政府、四川省政府、苏州市政府、郑州市政府等,设立其中一种或两种制度的行政机关的数量则更多。^⑫还有一些地方政府在信息公开工作考核中引入了第三方评估机制。^⑬与此同时,这些纸面上的制度也逐步走入实践。首先,许多行政机关开展了年度信息公开工作考核,并在

⑧ 如,《国务院办公厅关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(2008年4月29日)、《国务院办公厅关于印发2018年政务公开工作要点的通知》(2018年4月8日)、《关于推进公共资源配置领域政府信息公开的意见》(2017年12月29日)、《关于推进社会公益事业建设领域政府信息公开的意见》(2018年2月9日)、《国务院办公厅政府信息与政务公开办公室关于明确政府信息公开与业务查询事项界限的解释》(2016年9月18日)。

⑨ 在北大法宝数据库的“地方法规规章”板块以“政府信息公开”为法规标题进行高级检索可得该结果。检索时间为2018年6月25日。

⑩ 参见北京大学公众参与研究与支持中心《中国行政透明度观察报告(2011-2012)》,法律出版社2013年版,第69页。

⑪ 具体规定为“根据《中华人民共和国反不正当竞争法》等法律、法规和国家有关规定,涉及不为公众所知悉、能给权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”

⑫ 参见李媛媛、阎天、彭鏊《国家治理透明度报告2015》,法律出版社2016年版,第91、198、199页。

⑬ 参见中国社会科学院法学研究所《中国政府信息公开第三方评估报告(2015)》,中国社会科学出版社2016年版,第173页。

《条例》无明文要求的情况下主动向社会公开考核结果,包括负面结果。如国土部自2008年以来已经五次考核省、市、县三级逾400家国土部门的网络公开绩效。^⑭2017年,甘肃省通报前一年度全省有一半市州的政府信息公开社会评议得分未达60分及格线。^⑮其次,许多行政机关建立政府信息公开社会评议制度并实际开展评议活动。据北大公众参与中心2015年统计,在30个省级行政单位中有11个建立了评议制度,9个组织了评议活动。^⑯再次,落地难度最大的信息公开违法追责也已出现实例。如2017年年初,海南省儋州市商务局局长、党组书记因本单位官网长期未更新而被立案审查,随后被给予行政记过及党内警告处分。^⑰

第三,监督救济。《条例》第30条要求政府信息公开主管部门和监察机关对行政机关信息公开实施情况进行监督检查;第31、32条设置了信息公开年报制度,对年报的发布时间和内容做出规定;第33条则建立了公众向上级行政机关、监察机关或主管部门举报信息公开违法的机制,并责成收到举报的机关予以调查处理。过去10年间,这些行政系统内部的监督救济机制都得到了相当程度的落实。比如2015年至今,针对政府网站的建设和信息公开情况,国办已牵头组织了一次普查和多次季度抽查。^⑱2018年第一季度的抽查更是创被问责人数新高,共有196名责任人被上级主管单位约谈,12人被调离岗位或免职。^⑲许多地方也开展了政府信息公开工作的抽查督导或年度检查。^⑳媒体和学术机构多年持续观察发现,国务院部委和地方政府信息公开年报发布的准时率、内容的合规性与质量均在提高。^㉑行政机关信息公开违法投诉举报的渠道也日益畅通,如安徽、吉林等地制定了专门的工作规范^㉒,上海、深圳、广州等地则设立了供公众投诉举报使用的线上“政府信息公开意见箱”^㉓。据统计,2015年有4家国务院部门和18家省级政府实际收到过相关举报。^㉔

⑭ 分别是2008年、2010年、2011年、2014年、2016年。最近一次的检查结果通报可参见http://www.mlr.gov.cn/zwgk/zytz/201704/t20170414_1498654.htm,最后访问时间:2018年6月26日。

⑮ 参见<http://www.ogichina.org/article/183/29566.html>,最后访问时间:2018年6月26日。

⑯ 参见前引⑫,李媛媛等书,第198-199页。

⑰ 参见http://www.xinhuanet.com/2017-02/08/c_1120427350.htm,最后访问时间:2018年6月26日。

⑱ 参见<http://www.gov.cn/wzpc/2015/>,最后访问时间:2018年6月26日。

⑲ 参见<http://tech.sina.com.cn/i/2018-05-17/doc-iharvfhu1739279.shtml>,最后访问时间:2018年6月26日。

⑳ 如《邯郸市人民政府办公厅关于抽查督导政府信息公开工作的通知》(2011年7月20日)、《湛江市人民政府办公室关于开展2012年政府信息公开工作检查的通知》(2014年12月10日)。

㉑ 参见单玉晓《信息公开十年待再进》,载《财新周刊》2017年第16期;李警锐、吴竞《2016政府信息公开观察:公众关注点转向公开“质量”》,载人民网<http://politics.people.com.cn/n1/2017/0512/c1001-29270426.html>,最后访问时间:2018年6月27日;中国社会科学院法学研究所、国家法治指数研究中心法治指数创新工程项目组《政府信息公开工作年度报告发布情况评估报告(2016)》,中国社会科学出版社2016年版,第8页。

㉒ 参见《安徽省办理政府信息公开举报暂行办法》《吉林省政府信息公开投诉举报受理办法(试行)》。

㉓ 参见<http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw9825/index.html>; <http://yjx.sz.gov.cn/>; http://www.gz.gov.cn/sofpro/otherproject/xxgkyjx/wyts_yqts.jsp;最后访问时间:2018年6月27日。

㉔ 参见前引⑬,中国社会科学院法学研究所书,第175页。

诚然,时至今日,我国行政机关的信息公开工作依然存在许多不足与挑战。^⑤但上述分析表明:在制度配套、考评追责和监督救济三个维度上,来自行政系统内部的保障有力推动了该项工作。与此形成鲜明对比的是,尽管《条例》第37条提出“参照执行”的要求,也授权国务院有关主管部门或机构制定具体实施办法,但针对公共企事业单位信息公开的行政保障大大滞后。

首先,制度配套不足,包括迟作为和不作为。一方面,2008年4月29日《条例》生效前夕,国办发出《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》,明确要求“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”。然而,就第37条明列的9个领域来看,除了交通领域的主管机构按时履行该项义务外^⑥,其他领域均有不同程度的延迟,最晚的超过两年^⑦。另一方面,《条例》第37条以“列举+概括”的方式来界定作为信息公开义务主体的公共企事业单位,这意味着明列项目之外的其他领域也应被涵括在内。实践中,中央和地方层面出台的细化规定早已超越第37条列举的范围,涉及如科技、文化、电信、邮政、金融、社会保障、农业服务、殡葬等领域。^⑧但迄今为止,在第37条未列举领域内,没有一家全国性主管行政机构制定了相关公共企事业单位信息公开的具体实施办法。有些部门甚至违背承诺不立法。如早在2008年5月1日《条例》开始施行当天,中国民用航空局就颁行了《民航行政机关政府信息公开办法》,第30条规定:“民航业内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公开信息,另行规定。”10年过去,该项规定依旧停留在未完成时。^⑨

其次,考评追责乏力,具体表现为规范缺位、要求模糊和执行不力。第一,与各级、各地行政机关纷纷细化《条例》规定、建立政府信息公开工作考核、社会评议和责任追究制度不同,没有任何一家公共企事业单位的主管机构有过类似动作。9个《条例》列举领域的具体实施办法中甚至有两部对这些制度只字不提。^⑩第二,退一步讲,即便相关实施办法对考评追责有所提及,其要求也失之模糊。比如《交通运输公共企事业单位信息公开指导意见》仅是一般性地要求“将信息公开纳入本单位质量控制考核体系进行考

^⑤ 参见王锡锌《政府信息公开制度十年:迈向治理导向的公开》,载《中国行政管理》2018年第5期。

^⑥ 参见《交通运输公共企事业单位信息公开指导意见》(2008年10月8日)。

^⑦ 参见《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》(2008年11月12日)、《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)、《供电企业信息公开实施办法(试行)》(2009年12月28日)、《高等学校信息公开办法》(2010年3月30日)、《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》(2010年6月3日)、《环境保护公共企事业单位信息公开实施办法(试行)》(2010年7月16日)、《教育部关于推进中小学信息公开工作的意见》(2010年12月25日)。

^⑧ 参见张昊天《论公共企业的信息公开主体资格》,载《交大法学》2016年第2期。

^⑨ 与此类似,国家林业局在其《2016年政府信息公开工作要点分工落实方案》中承诺“推进公共企事业单位办事公开,年内要制定完善具体办法”,但至今未兑现。

^⑩ 《环境保护公共企事业单位信息公开实施办法(试行)》《人口和计划生育技术服务机构信息公开办法(试行)》完全没有涉及考评监督制度。

评,并与班子建设、目标管理、绩效考核、行风评议相结合。”而《交通运输部落实〈2016年政务公开工作要点〉实施意见》对下辖行政机关的考核却规定为:“各单位绩效考核部门要在年内将政务公开工作纳入本单位政府绩效考核体系,所占分值权重不应低于4%。”两相对比,同一系统的行政机关和公共企事业单位信息公开工作考核制度的宽严程度存在天壤之别。第三,再退一步,即使有明确规范要求,其执行力度也不尽如人意。比如根据《高等学校信息公开办法》第25条,“省级教育行政部门应当建立健全高等学校信息公开评议制度,聘请人大代表、政协委员、家长、教师、学生等有关人员成立信息公开评议委员会或者以其他形式,定期对本行政区域内高等学校信息公开工作进行评议,并向社会公布评议结果。”但迄今为止,没有哪一个省的教育主管部门公开进行过此类评议或公布评议结果。同样的情况亦适用于信息公开追责。早在2011年,中国政法大学教育法中心发布的《2010-2011年度高校信息公开观察报告》就发现:按照《高等学校信息公开办法》第7条,高校应当向社会主动公开学校经费来源、年度经费预算决算方案和财政性资金的使用情况等信息,但在这一点上教育部“211工程”中的112所大学“全军覆没”。^①数年后,中国社科院编写的《中国高等教育透明度指数报告(2015)》指出:尽管2014年教育部《高等学校信息公开事项清单》明确要求高校公布“受捐赠财产的使用与管理情况”,但被考察的115所高校中有45.22%未公开该项信息。^②然而,迄今没有发生一起高校及责任人员因信息公开工作失职而被问责的实例。

最后,监督救济缺失,主要体现为制度建设不完善和执行落实不到位。制度建设方面,以信息公开年报为例。2010年教育部出台的《高等学校信息公开办法》第24条要求高等学校于每年10月底前将年报报送所在地省级教育行政部门,中央部门所属高校加报其上级主管部门。这显然违反《条例》第31条关于年报于每年3月底前向社会公开的要求。直到2017年9月,教育部办公厅发出的《关于全面落实高校信息公开清单做好高校信息公开年度报告工作的通知》才要求向社会公开,但仍保留了10月31日的截止日期,比《条例》要求晚整整七个月,合规性依旧存疑。执行落实方面,尽管相关主管部门制定的具体实施办法基本都包含了监督检查和投诉举报的内容^③,但从公开材料来看,我国各级、各地主管部门从未对所辖公共企事业单位的信息公开工作进行过检查或抽查,也基本没有设立相应的投诉举报渠道。比如2008年出台的《交通运输公共企事业单位信息公开指导意见》要求该类企业“通过设立举报电话、网络举报邮箱等受理群众举报”,但至今未得到落实。这方面唯一的例外在于2009年原国家电力监管委员会发布的《供电企业信息公开实施办法(试行)》第15条规定:“公民、法人或者其他组

① 参见万静《高校财务信息状况最不透明 财政资金使用全不公开》,载《法制日报》2011年12月2日第6版。

② 参见张起、田禾、吕艳滨《中国高等教育透明度指数报告(2015)》,中国社会科学出版社2016年版,第56页。

③ 如,《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》第24、25条;《环境保护公共事业单位信息公开实施办法(试行)》第12条;《交通运输公共企事业单位信息公开指导意见》第4、5条;《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》第13、14条;《人口和计划生育技术服务机构信息公开办法(试行)》第13、15条;《高等学校信息公开办法》第23、26条;《供电企业信息公开实施办法(试行)》第14、15条;《供电企业信息公开实施办法》第14、15条。

织认为供电企业不依法履行信息公开义务的,可以拨打电话或发送短信至电力监管投诉举报热线 12398 向电力监管机构投诉,或登录中国电力信息公开网(www.12398.gov.cn)点击电力监管机构的“信息公开意见箱”进行网上投诉。”但目前“信息公开意见箱”这一渠道已不复存在^{③④},因为 2014 年国家能源局修订出台的《供电企业信息公开实施办法》第 15 条仅保留了举报热线。

需要说明的是,上述分析并不打算抹杀行政保障在推进公共企事业单位信息公开方面发挥的重要功效。事实上,多年以来,国办在布置信息公开工作重点和安排单行领域信息公开工作时,多次强调公共企事业单位信息公开。^{③⑤}许多地方政府也为此付出了大量努力,包括发布规范、配置平台和编写指南等^{③⑥}。然而,上文分析表明:相较于行政机关,我国公共企事业单位信息公开的行政保障明显滞后,存在制度配套不足、考评追责乏力和监督救济缺失三大问题。原因何在?

首先是责任分配不清。早在 2008 年 5 月底,北大法学院三位教授向北京市发改委、交通委和首都高速公路发展有限公司分别提交政府信息公开申请。对于三位教授申请公开“机场高速公路 1993 年至今的收费总额”,发改委以非本机关信息为由,告知三位教授向交通委申请,交通委同样未提供收费信息,转而告知三位教授向首发公司咨询申请。但申请者发现根据《北京市收费公路监督检查管理办法》,交通管理部门负责对收费公路经营者进行监管。这就意味着北京市交通委理应掌握上述信息,却把公开义务的皮球踢给了所辖公司。^{③⑦}如果说在《条例》施行之初出现这种情况尚属情有可原,那么类似问题持续存在就不能简单归结为不懂法,而是体现了更深层次的结构性问题。数年后,一项实证研究指出:“公共企事业单位信息公开工作中出现了主管部门与各公共企事业单位之间相互踢皮球的现象。主管部门认为信息公开是企业的社会责任,干涉过多会影响对企业商业秘密的法律保护;公共企事业单位认为政府应当为企事业单位创造良好的环境,在推动信息公开工作中有更多的作为。”^{③⑧}究其根源,这种相互推诿很大程度上可以归咎于《条例》设定的公开义务主体结构。《条例》第 17 条规定:“行政机关制作的政府信息,由制作该政府信息的行政机关负责公开;行政机关从公民、法人或者其他组织获取的政府信息,由保存该政府信息的行政机关负责公开。”以此同

^{③④} 原有的中国电力信息公开网已被国家能源局新设的网站(<http://www.nea.gov.cn/ztzl/12398nyjgrx/>)所取代,该网站没有保留“信息公开意见箱”栏目。

^{③⑤} 如《国务院办公厅关于印发 2012 年政府信息公开重点工作安排的通知》《国务院办公厅关于印发 2016 年政务公开工作要点的通知》和《国务院办公厅关于推进社会公益事业建设领域政府信息公开的意见》(2018 年 2 月 9 日)等文件均提及公共企事业单位信息公开。

^{③⑥} 如早在 2009 年广东省政府办公厅就发布了《关于进一步推进公共企事业单位办事公开的意见》;成都市建立了专门的公共企事业单位办事公开网络平台, <http://gk.chengdu.gov.cn/enterprise/index.action>, 最后访问时间:2018 年 6 月 30 日;吉林市编辑出版了《吉林市公共企事业单位办事信息公开指南》,载 <http://www.jlsfzb.gov.cn/lawInfo/gzyw/543141.jhtml>, 最后访问时间:2018 年 6 月 30 日。

^{③⑦} 参见王亦君、杜晋华《三位法学教授激活〈政府信息公开条例〉追问首都机场高速十五年巨额收费》,载《中国青年报》2008 年 6 月 25 日。

^{③⑧} 陶品竹《公共企事业单位信息公开的问题与对策——以 C 县为例》,载《法制与社会》2011 年第 10 期。

第37条一起作为依据,公共企事业单位信息公开就可能出现以下两种情况:如果根据第17条,由公共企事业单位制作而被主管行政机关获取了的信息,就应当由行政机关负责公开;但根据第37条的规定,公开主体又应是公共企事业单位。这正是所谓的“双可申请”,具体向谁提出申请属于申请人的自由选择事项。^{③⑨}这固然给了申请人更大空间,但同时也为不同部门相互“踢皮球”大开方便之门。

其次是科层压力不够。行政保障的根本在于自上而下的科层压力。然而,实证调研表明:“各单位普遍反映在推进公共企事业单位信息公开过程中遇到的最大障碍就是监督制约机制的缺位。在推进政府信息公开工作中,可以将各单位的政府信息公开情况纳入绩效考核,处于末位的部门不仅会在绩效考核评比中获得较差的成绩,而且该部门工作人员会受到扣除奖金之类的处罚。但是,对于公共企事业单位,如果其违反规定不公开相应信息,目前还找不到强有力的监督制约手段。没有了责任追究上的约束,信息公开规定对于公共企事业单位的震慑力也就微乎其微了”。^{④⑩}从前文论述来看,这并非一时一地之弊,而是带有普遍性。

综上,我国公共企事业单位信息公开10年实践的经验并不指向“通过行政管理权而不是司法权来保障其落到实处,是现实可行的方案,也是已经为实践所部分印证了的方案”。很大程度上,现实恰恰相反——受制于责任分配不清、科层压力不够,依靠行政管理权去落实《条例》第37条面临制度配套不足、考评追责乏力和监督救济缺失的困局。当然,这并不是说行政系统内部的保障毫无意义或应放弃,而是说仅仅依靠行政保障还不足以真正让局面改观。接下来的问题是:被认为并不现实可行的司法监督在实践中究竟起到了多大作用?

三、公共企事业单位信息公开的现实之二:司法监督的探索

不可否认,相较于行政机关,我国公共企事业单位信息公开的司法裁判相对不发达,相关案例数量较少。^{④⑪}这是因为在规则层面,“公共企事业单位不具备行政主体资格,一般不能进入行政诉讼和行政复议程序”。^{④⑫}2010年最高法院发布的《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第4条仅仅明确了行政机关和法律、法规授权组织的信息公开行政诉讼被告地位^{④⑬};2018年最高法院行政诉讼法司法解释第20条将规章授权组织纳入适格被告范围,但公共企事业单位仍被排除在外。申言之,在《条例》的

^{③⑨} 参见前引^⑤,朱芒文。

^{④⑩} 前引^{③⑨},陶品竹文。

^{④⑪} 参见余凌云:《政府信息公开的若干问题——基于315起案件的分析》,载《中外法学》2014年第4期。该文搜集考察的315起案例中仅有3起涉及公共企事业单位信息公开,占比不到1%。

^{④⑫} 前引^{④⑪},余凌云文。

^{④⑬} 值得注意的是,该司法解释的征求意见稿第18条曾规定“公民、法人或者其他组织认为教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、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的信息公开行为侵犯其合法权益,提起诉讼的,参照本规定执行。”但最高法院在正式发布司法解释时删除了这一条。

二元结构下,信息公开义务主体和信息公开行政诉讼适格被告两个范畴并不完全重合,作为非行政主体的公共企事业单位属于前者殆无疑义,若划归后者则缺乏实定法上的明确依据。据此,“有的法院为避免大量信息公开诉讼案件涌入,将‘参照’解读为缺乏法律和理论依据,借此来摆脱带来的审判负担和裁判风险”。^④在此背景下,公共企事业单位信息公开的司法监督面临“不能审”和“不愿审”的障碍,借其实现“外部约束保证法定责任”也被认为缺乏现实可行性。但这种看法是片面的。本部分通过类型化地梳理既有司法案例来论证:尽管有种种限制和问题,但不少法院积极探索公共企事业单位信息公开的监督之道,发展出多样化的审查路径。

在开始梳理之前,须做两点说明。首先,公共企事业单位信息公开案件的司法审查分四步:第一,确定被告是否属于公共企事业单位;第二,若前一个问题获得肯定的答案,则进一步确定是否属于适格被告;第三,若被告适格,则确定系争信息是否属于“在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息”;第四,判断是否存在合法的公开豁免。下文分析的焦点将放在前两步,即公共企事业单位的属性及其能否作为信息公开行政诉讼被告的判定,因为这与本文目的联系最密切,最能直接展示现实中公共企事业单位信息公开司法监督的可能与限度。这当然不是说第三、四步不重要,但前两步无疑更能体现法院到底能不能、愿不愿审查涉公共企事业单位的信息公开案件。其次,本文并不强调样本的全面性或权威性,既未穷尽所有相关案例,也无指导性案例或公报案例。但下列案例具有典型意义,可以类型化地展示审判实践。

就判断被告是否属于公共企事业单位而言,司法实践中,《条例》第37条或相关具体实施办法明文列举的领域没有太大争议,争议多出现在未列举领域。比如在贾某与山东广电网络有限公司政府信息公开案([2017]鲁01行终721号)中,一审和二审法院都认为据其营业执照所载的经营范围,广电网络公司从事的是广播电视节目的制作、经营与传送以及广播电视网络的规划、建设、改造、经营与管理等业务,这些并不属于《条例》第37条和《山东省政府信息公开办法》第40条所列的教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通、邮政、通信、金融、殡葬行业。因此,法院判定广电网络公司不负有信息公开法定义务。但在另外一些案件中,法院则突破列举范围,以第37条中的“社会公共服务”和“与人民群众利益密切相关”为实体标准去界定公共企事业单位,具体有两种方式。一是依据业务的公共性来界定。如在程某诉中国移动通信集团湖北有限公司不履行信息公开法定职责案([2015]鄂江汉行初字第00264号)中,被告辩称自身并非第37条所指的公共企事业单位,理由是“《工业和信息化部政府信息公开工作办法》第28条规定:‘具有管理公共事务职能或与人民群众利益密切相关的部直属事业单位,其在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息的公开,参照本办法执行,并应根据本单位实际制订实施细则或补充规定。’这就意味着工信部管理范围的公用企事业单位是部直属事业单位,不包括工信部行政管理的对象,即本案被告。”但法院

^④ 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44页。

对此没有采纳,而是指出:“被告是电子通讯运营商,面向社会公众提供电讯服务,属于公共企业的范畴。”第二种是依据业务与公众利益的相关性来界定。如在陈某诉天津市地下铁道运营有限公司信息公开案([2015]和行初字第0503号)中,被告辩称尽管有第37条的参照执行规定,但“由于目前被告的政府主管部门还未制定相关细则,原告要求被告履行信息公开义务于法无据”。法院认为这一理由并不成立,因为“被告天津市地下铁道运营有限公司作为公共轨道交通的管理、经营、服务者,其社会公共服务行为无疑与人民群众的利益密切相关,符合本条规定的履行政府信息公开的义务主体要求。因此,被告天津市地下铁道运营有限公司是政府信息公开的行为主体。”

然而,即便判定为公共企事业单位,也不能自然推定为行政诉讼适格被告,因为《条例》前36条和第37条之间有行政主体和非行政主体之别,前者作为行政诉讼适格被告殆无疑义,后者则缺乏法定依据。如前所述,这也是《条例》做区分处理的最根本原因。问题随即转化为:司法实践是否承认公共企事业单位为信息公开行政诉讼被告?对于一些法院来说,答案是否定的,理由有三种:

第一种是相关行政主管部门还未制定具体实施办法。如在杨某诉中国铁路总公司要求履行法定职责案([2016]京01行终1003号)中,二审法院认为从《条例》第37条可知,“公共企事业单位参照政府信息公开条例进行信息公开的前提条件是国务院有关主管部门或者机构制定了具体办法。鉴于铁路运输的相关主管部门或机构目前尚未制定相应的具体办法,故中国铁路总公司参照政府信息公开条例进行信息公开的条件并不成就”,亦不具备行政诉讼被告资格。

第二种否定理由是相关具体实施办法设立的投诉、举报机制排除司法诉讼。如在姜某与国网浙江省电力公司嘉兴供电公司政府信息公开案([2016]浙0402行初61号)中,法院认为:根据《条例》第37条,“供电企业在涉及信息公开行为时,与政府信息公开条例的关系是参照执行而非直接适用,当其国务院主管部门对信息公开制定了具体规定时,供电企业应当按照该部门具体规定实施信息公开行为的”;而在《供电企业信息公开实施办法》中,对供电企业未按规定公开有关信息行为的处理方式体现在其第14条第4项和第15条,这些规定“均未赋予公民、法人或其他组织对供电企业的信息公开行为提起行政诉讼的权利,而是根据供电企业的性质按照企业管理的模式赋予了相对方进行投诉的权利及途径”,故本案不属于行政诉讼受案范围。^⑤

第三种否定理由在于公共企事业单位不属于行政主体。如在胡某诉南通市公共交通总公司不履行政府信息公开法定职责案([2017]苏0611行初375号)中,法院明确指出:根据《中华人民共和国行政诉讼法》第2条,“行政诉讼解决的是行政机关包括法律、法规、规章授权的组织在实施行政管理活动中与行政相对人产生的行政争议。这也就

^⑤ 该判决在二审得到维持,见(2017)浙04行终86号判决书。以类似的理由,在孙某不服杭州市余杭区人民政府行政复议决定案([2017]浙01行初509号)中,法院判定如认为供电企业未按规定公开有关信息的,根据《供电企业信息公开实施办法》第15条,可以向国务院能源主管部门及其派出机构投诉,不能直接申请行政复议。

意味着,在政府信息公开申请与答复过程中产生的相关争议也仅限于针对行政机关或者法律、法规、规章授权的组织作出的行使行政职权所引发的行政争议,对于明显不属于行政争议的政府信息公开案件应当排除在行政诉讼的受案范围之外。”同样的,鄢某诉萍乡市中医院不履行信息公开法定职责案([2017]赣03行终40号)中,法院也认为:尽管属于《条例》第37条规定的公共企事业单位,但“在法律、法规、规章未授权赋予萍乡市中医院行政主体资格的情况下,其不能成为行政诉讼的被告。”^{④6}

考察以上三种理由,第一种无疑不具合法性,因为第37条要求国务院相关主管部门或机构制定具体实施办法,意在细化落实“参照执行”,而非设立其前置条件。如果是后者,那实际上等于把《条例》是否、何时适用于公共企事业单位的裁量权交给了行政主管部门,有推迟甚至架空《条例》实施之虞。第三种理由尊重《条例》内部的二元结构,严守非行政主体和行政主体在可诉性上的本质区别,于现行法上是最站得住脚的。第二种理由看似回避但实际指向这一区别,因为绝大部分主管机构之所以不在具体实施办法中规定诉讼权利,正是因为清楚公共企事业单位严格来说并非适格被告。这方面唯一的例外在于2008年住建部出台的《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》第15条:“公民、法人或者其他组织认为公用事业单位在信息公开工作中的行为侵犯其合法权益的,可以依法投诉、控告和检举,或依法向人民法院提起诉讼。”^{④7}可这种立场的合法性存疑。事实上,2014年颁行的《供电企业信息公开实施办法》就删去了该规定。

尽管有上述放弃介入的理由,但实践中仍有不少法院积极探索对公共企事业单位信息公开活动的司法监督之道,大致有如下三种做法:

第一种是否定行政主体地位对于公共企事业单位取得被告资格的必要性,可形象化地表述为“釜底抽薪”。在彭某诉长沙市岳麓区人民政府不履行信息公开法定职责案([2016]湘行终1174号)中,一审法院认为:“从本质上讲,政府信息公开是一种授益和提供信息服务的行为,属于服务行政、给付行政的范畴,从而有别于强调主体资格及权力来源的秩序行政,因此,承担信息公开义务的单位没有必要受到行政主体理论的桎梏”。^{④8}这实际上是借鉴了有学者提出的“信息公开特殊论”,即“对公共企事业单位的识别,不能完全采用行政主体理论,因为行政主体理论是建立在国家行政之上的,在林林总总的公共企事业单位中,或许在某种组织形态上、具体行为模式之中夹杂着法律法规授权组织,但又不完全是,它们更多的可能是涉及社会行政、给付行政范畴,是与传统

^{④6} 依据同样的理由,在姜某等不服国家能源局不予受理行政复议决定案([2017]京行终2038号)中,法院将公共企事业单位的信息公开行为排除出行政复议的范围:“国家电网公司本身并不具有管理公共事务职能的法律、法规的授权,在信息公开方面,属于可以参照信息公开条例执行的公共企事业单位,因此并非法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织,针对其行为所提出的行政复议申请不属于行政复议法规定的行政复议范围。”

^{④7} 一些案件中,法院据此认定公共企事业单位可以在信息公开诉讼中成为适格被告,如徐某与天津市滨海新区水务局、天津市水务局信息公开争议案([2016]津0116行初288号)。

^{④8} 该判决书的这段说理基本沿用了相关教科书的表述,参见余凌云:《行政法讲义》,清华大学出版社2014年版,第347页。

行政主体很不一样的组织形态。”^{④⑨}

第二种做法可称为“暗度陈仓”,即忽略公共企事业单位的非行政主体地位,径直定为适格被告。具体又分三条进路。第一,不讨论公共企事业单位是否属于行政主体,把“参照”视为“等同”。如在夏某与中国医学科学院北京协和医院信息公开案([2015]二中行终字第523号)中,法院认为依据《条例》第37条“参照执行”的规定,公民、法人或者其他组织认为提供医疗卫生公共服务的企事业单位的信息公开行为侵犯其合法权益的,可参照《条例》第33条第2款对行政机关的规定,依法以作出信息公开行为的单位作为被告提起行政诉讼。第二条进路同样不考虑行政主体的定性,而是以公共企事业单位的法人地位为依据认定被告适格。如在王某诉济南市天桥区人民政府不履行法定职责案([2016]鲁行终1492号)中,一审法院认为:“济南市天桥区房屋征收服务中心是事业法人,具有独立承担法律责任的能力,原告向其申请政府信息公开,如果以该申请未获答复为由,提起诉讼,应以其为被告。”第三条进路则承认公共企事业单位不属于行政主体,但强调其特殊地位。在南京市某国际公寓住宅小区业主委员会与国网江苏省电力公司南京供电公司信息公开案([2016]苏8602行初370号)中,法院指出:“本案中,被告南京供电公司虽然并非行政机关,也非一般意义上的行政主体,但其亦有别于一般意义上的企业,其作为向社会公众提供公共电力服务的企业,与人民群众的利益密切相关,故《政府信息公开条例》第37条将其纳入信息公开义务主体范围,从而使得被告在信息公开领域具备作为行政诉讼被告资格的”。“虽然《供电企业信息公开实施办法》第15条规定,公民、法人或者其他组织认为供电企业不依法履行信息公开义务的,可以拨打电话或发送短信至投诉举报热线12398向国务院能源主管部门及其派出机构投诉,但该规定是‘可以’投诉,并不能排除原告选择其他救济途径的权利。”

第三种做法是“借船出海”,即把非行政主体的公共企事业单位同行政主体建立联系,具体有两种方式。第一,将公共企事业单位转化为《条例》第36条规定的法律、法规授权组织。如在孙某诉北京市西城区房屋土地经营管理中心信息公开案([2014]西行初字第76号)中,法院认为《条例》第37条“应当视为行政法规对一些提供公共服务的企事业单位的授权”,故该条所列领域的公共企事业单位都可视为法律、法规授权组织。又如在刘某诉清华大学信息公开案([2017]京01行终428号)中,一审法院认为清华大学既是《条例》第37条规定的公共企事业单位,同时也是第36条规定的法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,因为《教育法》第29条和《高等教育法》第19条授予其招生权。第二,将公共企事业单位的信息公开法律责任吸纳进《条例》第2条规定的行政机关。如在王某诉住房和城乡建设部行政复议决定纠纷案([2018]京01行终271号)中,二审法院认为根据《天津市房地产交易管理条例》,直接行使新建商品房预售资金监管职责的政府主管部门是天津国土房管局,作为其下属事业单位的资金监管中心只是对房地产交易资金的日常监管具体负责,不能独立于天津国土房管局行使监管职

^{④⑨} 前引^{④①},余凌云文。

责。故基于资金监管工作而制作获取的信息,公开主体应为主办机关天津国土房管局。又如在孙某诉南通市港闸区档案馆信息公开案([2015]通中行终字第00329号)中,二审法院指出:尽管从《档案法》第6、8条的具体规定来看,档案局和档案馆系不同的主体,履行不同的职能,但作为本案被告的港闸档案馆,并非独立于档案局的机构,因为《南通市港闸区档案局(档案馆)职能配置、内设机构和人员编制规定》明确规定:“设立区档案局(挂‘区档案馆’牌子),是履行行政管理职能的区委、区政府直属副科级事业单位,依照公务员管理”。该规定同时明确“区档案局(档案馆)受区委、区政府委托,全面履行全区档案事业行政管理的职能。”由此,作为事业单位的港闸档案馆和作为行政机关的港闸档案局,不仅形式上是一个单位,其实质上也履行着相同的行政管理职能,故应当认定档案馆属于港闸区人民政府的下属部门,系政府信息公开诉讼的适格被告。

以上分析表明:《条例》施行10年来,不同法院对传统上不具备行政主体资格的单位能否、应否以信息公开主体的身份进入行政诉讼程序立场不一。尽管部分法院以这样或那样的理由放弃审查,但不少法院展现出较强的能动性:要么超越《条例》第37条及相关实施办法的列举领域,借“社会公共服务”和“与人民群众利益密切相关”等实体标准扩大适用范围;要么通过“釜底抽薪”“暗度陈仓”“借船出海”等方式,认定公共企事业单位为适格被告,对其信息公开活动展开审查。毋庸讳言,从实定法的角度看,“釜底抽薪”和“暗度陈仓”的审查方式都有违法之嫌;而“借船出海”虽在一定程度上解决了这个问题,却难以推广。可即便在此不利条件下,许多法院仍积极探索司法监督之道,使公共企事业单位的信息公开工作并未脱离外部约束。面对这样的现实,我们有必要反思此轮修法选择“脱条例化”是否明智?若答案是否定的,那么改革下一程的理想何在?怎样实现?

四、公共企事业单位信息公开的理想与路径

前文已述,修法“脱条例化”是为了缓解理想同现实的紧张关系,具体基于两点认识:一是由于脱离“外部约束保证法定责任”,“对公共企事业单位提出的参照适用要求,落实情况并不理想”;二是“通过行政管理权而不是司法权来保障其落到实处,是现实可行的方案,也是已经为实践所部分印证了的方案”。从这种“弱司法监督、强行政保障”的认识出发,“脱条例化”本质上是放弃司法监督、加强行政保障。然而,回顾我国公共企事业单位信息公开的10年经验,不难发现这两点认识均错判了现实:一方面,行政保障大大滞后且深陷困局,借其落实公共企事业单位信息公开法定责任的现实可行性堪忧;另一方面,司法监督制约重重却勇于探索,在敦促公共企事业单位信息公开方面取得了一定成效。所以,现实是行政保障没那么强,司法监督也没那么弱。当然,这并非贬低前者之功,夸大后者之能;我们亦无须因此就走向放弃行政保障、端赖司法监督的另一个极端。事实上,无论哪种极端,都属于因现实环境不如意而选择“把孩子和脏水一起泼出去”——“脱条例化”正是在《条例》内部二元结构严重制约司法监督的现实面前

主张另起炉灶,将规范建构和监督救济的责任彻底交给行政主管部门,把鸡蛋都放进行政保障这一个篮子里。这固然不至于缘木求鱼,但10年经验表明单凭行政系统的内部保障有很大局限,司法机关的外部监督不可或缺。更重要的是,我国政府信息公开制度正处在修法变革的转折点,是时候反思《条例》内嵌的二元结构以及公共企事业单位信息公开制度的“特殊”地位,重塑信息公开制度理想图景。

这个理想便是消除《条例》的二元结构,把本来与《条例》主体部分若即若离的公共企事业单位信息公开“入条例化”,从而使之与行政主体的信息公开一样,实现行政保障和司法监督并行并重。换言之,本就特殊的公共企事业单位信息公开不能进一步特殊化,而须回归《条例》的一般原理和基本架构。理由如下:

第一,公共企事业单位同行政主体在信息公开方面共性大于个性,应一体适用《条例》。这首先表现在两者“同来龙、共去脉”。追根溯源,以20世纪80年代末“两公开一监督”改革为起点,我国经历了一场从秘密到公开的深刻变革,其牵涉甚广,涵盖“政务公开”“税务公开”“审判公开”“检务公开”“村务公开”“厂务公开”“校务公开”等多个领域。政府信息公开不过是其中一个板块。21世纪初《条例》起草之际,专家建议稿第7条把适用对象界定为“政府机关”,“指行政机关与法律、法规授权行使行政管理职能或提供公共服务的其他组织”。^{⑤0}这个范围无疑小于当时正在推行的信息公开改革。对此,起草专家这样解释:“对于确实无法归入本条例适用范围的其他主体正在实施的各种形式的公开,可以继续,同时还可以通过制定或修改单行法的形式加以完善。例如,对于村务公开,村民委员会组织法已经有原则性规定,可以通过修改该法进一步完善。再如,厂务公开、校务公开问题,也可以规定在相应的单行法中。”^{⑤1}但厂务公开和校务公开最终没有单行立法,而是写入《条例》第37条。之所以如此,最重要的原因是在长期的“政府办市场”和“政府办社会”传统之下,我国的公共企事业单位具有两大特点:一是数量和规模庞大,二是承担大量行政职能。这是世界上其他国家所无,也是为什么人们会观察到公开主体主要是行使行政权力的国家机关“是信息公开法的基本定位,也是世界各国信息公开法的通行做法”。^{⑤2}因此,《条例》第37条在全球信息公开立法中或许属于例外,但并非“当初对信息公开制度认识不深入,对规律性把握不够的结果”^{⑤3},而是一个立足本土语境、解决现实问题的选择。这一传统延续至今。2016年,中办与国办联合发布《关于全面推进政务公开工作的意见》,强调要“大力推进公共企事业单位办事公开”;2017年,国办《〈关于全面推进政务公开工作的意见〉实施细则的通知》规定“各级行政机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织为《关于全面推进政务公开工作的意见》的适用主体,公共企事业单位参照执行”。这表明在我国从政府信息公开向政务公开的升级转型过程中,公共企事业单位和行政主体的公开透明仍共

^{⑤0} 周汉华《〈政府信息公开条例〉专家建议稿:草案·说明·理由·立法例》,中国法制出版社2003年版,第14页。

^{⑤1} 前引^{⑤0},周汉华书,第64页。

^{⑤2} 前引^{⑤1},后向东文。

^{⑤3} 前引^{⑤1},后向东文。

属政务公开题中之义。正因为与行政主体信息公开“同源共生”,公共企事业单位的信息公开就完全符合且应当遵守《条例》“以公开为常态、不公开为例外”的一般原理和“主动公开+依申请公开”的基本架构。据此,“脱条例化”的修法方向既无视历史和现实,也有悖未来的发展趋势。

第二,不可否认,同行政主体相比,公共企事业单位信息公开确有其特殊之处。但这种特殊之处并非如有的论者所认为的,在于公共企事业单位信息公开不属于一般意义上的政府信息公开,而是特殊类型的信息公开。^{⑤4}其理由是由于“我国《政府信息公开条例》规定的公开主体包括‘公共企事业单位’,而公共企业同时也是行政管理对象,在行政管理中要承担法律法规施加的特别的信息公开义务”,所以“作为行政管理措施的信息公开往往被混同于基于知情权的信息公开”。但公共企事业单位信息公开更应该定位为作为行政管理措施的信息公开,而非基于知情权的信息公开,比如“《证券法》将上市公司的信息披露作为证券监管部门监管事项,《红十字会法》《慈善法》等,也都按照同样的逻辑构建起专门的相关公共企事业单位信息披露规则。”“这些实践中探索出的做法,就是公共企事业单位公开主体问题的答案。”^{⑤5}然而,这一观点并不成立,因为公共企事业单位信息公开同样基于知情权。我国宪法第2条第3款规定:“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”公共企事业单位和行政主体一样,同属人民管理这些事务的工具和渠道,故两者信息公开的宪法基础都在于人民当家做主所必需的前提——知情权。

较之行政机关,公共企事业单位在信息公开方面的真正特殊性在于其社会属性和职能与行政机关有区别^{⑤6},拥有自主经营或运作的权利^{⑤7}。“如果简单地将公法责任移植到私人领域,结果是不仅削弱公法价值存在的基础,而且也会降低私人主体的收益。”^{⑤8}然而,这并不意味着其信息公开就须抛开《条例》“特事特办”或者“入条例化”将侵犯其自主经营空间。过去10年的实践表明:把公共企事业单位作为适用《条例》的信息公开义务主体,并不会对其自主运营造成过重负担。这不单是因为第37条的落实情况不理想,更重要的原因在于:《条例》将公开范围限定为“提供社会公共服务过程中制作、获取的信息”,有效地把公共企事业单位自主运营范围内的信息排除在外。比如在贾某与中国移动山东平度分公司信息公开案([2018]鲁02行终256号)中,被告被要求公开“6连号、7连号、8连号手机号段的最低功能费收费情况和获取及购买方式”。法院认为这属于“通信公司在作为市场主体的商业运作过程中形成的信息”,不是政府信息。又如在阮某与广州市自来水公司信息公开案([2017]粤71行终1522号)中,原告申请公开“刘屋洲至西洲水厂原水输水管工程的工程资料”,旨在为其与被告之间的民

⑤4 参见后向东《论“信息公开”的五种基本类型》,载《中国行政管理》2015年第1期。

⑤5 前引①,后向东文。

⑤6 参见曹康泰、张穹《中华人民共和国政府信息公开条例读本(修订本)》,人民出版社2009年版,第118页。

⑤7 参见莫于川《中华人民共和国政府信息公开条例释义》,中国法制出版社2008年版,第51页。

⑤8 高秦伟《私人主体的行政法义务》,载《中国法学》2011年第1期。

事纠纷搜集证据。二审法院认为:“广州市自来水公司作为市场经营主体,其自身或关联公司在经营过程中与其他市场经营主体产生经济纠纷,该纠纷所涉的资料或信息不属于与社会公共服务相关信息的范围”。与此同时,《条例》及其司法解释所包含的“两秘密一隐私”、过程性信息、内部管理信息等公开豁免,也进一步保证了公共企事业单位的自主经营活动不会因承担信息公开义务而受到侵害。比如在沙某与浙江大学信息公开争议案([2017]浙01行终2号)中,法院基于教育部《高等学校信息公开办法》第10条第4项,认定考生答卷信息属于“法律、法规、规章以及学校规定的不予公开的其他信息”,判决不予公开。在冯某诉中国电信股份有限公司上海分公司信息公开案([2015]浦行初字第108号)中,法院支持被告以商业秘密为由拒绝公开与第三方的合作信息。在程某与中国移动鄂州分公司信息公开案([2017]鄂07行终7号)中,原告申请公开“原告于2016年4月分别向工信部电信用户申诉受理中心、湖北省通信管理局、鄂州市工商行政管理局申诉举报时,被告分别向上述部门提供的相关业务核查材料、情况说明材料”。两审法院均认为投诉举报的答复、说明材料是“处于讨论、研究或者审查中的过程性信息”,不应公开。在王某与天津泰达热电公司信息公开案([2017]津02行终403号)中,原告申请公开“公司内部的购买房屋申请、审批文件”,法院认为这属于企业的内部管理信息,判决不予公开。由此可见,公共企事业单位自主运营的需求和特性,完全可以为《条例》所尊重与容纳,不应使其信息公开工作背离《条例》“以公开为常态、不公开为例外”的一般原理,也构不成逃避“主动公开+依申请公开”之基本架构的理由。

因此,“入条例化”而非“脱条例化”才是公共企事业单位信息公开制度下一步变革的正确理想。但怎样实现这一理想?亟待解决的难题在于:非行政主体的公共企事业单位信息公开如何纳入复议、诉讼等外部监督渠道?^{⑤9} 2014年《行政诉讼法》修正案审议时,有全国人大常委会组成人员和代表曾提出:随着政府职能转变和社会治理方式改进,一些自治组织、行业协会、公共企事业单位、社会团体开始承担越来越多与人民群众的切身利益密切相关的公共行政职能,由此产生了不少纠纷,需要有司法救济,应纳入行政诉讼。但也有人认为,将社会组织带有行政管理性质的行为一律纳入行政诉讼,失之过宽,建议做进一步研究。^{⑥0} 最终,《行政诉讼法》没有赋予公共企事业单位被告资格,《条例》的二元结构得以维系。在此背景下,既有研究提出了几种替代性的解决方案:第一,通过另立规范授予公共企事业单位在信息公开问题上的行政主体资格。比如日本在《行政机关保有信息公开法》实施后专门制定《独立行政法人等保有的信息公开

^{⑤9} 有学者提出主管行政部门可主动对公用企业违法不公开信息进行动态监管,在个案中对公共企业作出强制信息公开要求,并称此为区别于主动公开和依申请公开之外的第三种公开方式“强制公开”。参见郭泰和《公用企业信息公开研究》,中国政法大学出版社2015年版,第232-238、249-251页。但严格来说,这并非一种新型的公开方式,只是在主管行政部门的督促之下,公用企业满足其法定的主动公开或依申请公开义务;而且这种督促同样面临本文所言的行政保障困局,故无法替代复议、诉讼等外部监督机制。

^{⑥0} 参见《十二届全国人大常委会第六次会议审议行政诉讼法修正案草案的意见》(2014年12月25日)。

法》第18、21条规定特殊法人信息公开引发的纠纷可以通过行政复议和行政诉讼的方式解决。受此启发,有学者建议可以依据《条例》第37条的立法授权制定规范,明确规定公民认为公共企事业单位在信息公开中的行为侵犯公民合法权益的,可以依法提起行政复议或者行政诉讼。^①第二种方案是通过司法解释确认公共企事业单位的行政主体地位。有学者指出最高法院可以出台司法解释将《条例》第37条中的“参照执行”界定为对公共企事业单位的法规授权,进而明确其行政主体地位。^②第三种方案是依靠宣传、普及相关案例推动公共企事业单位信息公开的司法救济。有学者援引认定公共企业为信息公开行政诉讼适格被告的司法案例,主张通过宣传和普及使之成为法院审理相关案件的判准。^③

以上三种方案都难以落地。首先,依据《条例》第37条授权制定的规范位阶当然低于《条例》,不得改变《条例》内部的二元结构自行赋予公共企事业单位行政主体地位,否则就逾越了细化上位法的范畴而构成对上位法的抵触。其次,视第37条的“参照执行”为授权性规定,无疑会否定《条例》的二元结构,把本应相互区分的第37条和第36条混为一谈。^④第三,如前所述,法院在实践中将公共企事业单位径直认定为行政诉讼适格被告始终面临实定法上缺乏依据的诘难,单靠宣传、普及并不能解决这一问题。因此,要实现公共企事业单位信息公开“入条例化”,必须另辟蹊径。由于本轮修法明确“公民、法人和其他组织可以向其主管部门申诉,后者应及时调查处理并告知处理结果”,在公共企事业单位短期内无法取得行政主体地位的前提下,“入条例化”的最佳路径便是让申诉成为复议或诉讼的前置程序,使处理申诉的主管行政机关作为被复议人或被告,申诉处理结果为复议或被告对象。此方案有“一箭三雕”之功效:既绕开了公共企事业单位缺乏行政主体资格的难题,也可促使主管行政机关因复议、诉讼压力而加强申诉处理工作,还能最终将公共企事业单位信息公开纳入外部监督机制。同时,申诉前置并不存在法律障碍。事实上,2010年发布的《国家电力监管委员会行政复议办法》第4条第9项就规定公民、法人或者其他组织对电力监管机构作出的有关电力企业信息公开的决定不服的,可以依法向电监会申请行政复议。这里的决定包括处理信息公开投诉举报的决定。^⑤当然,为了在立法上更加明确申诉前置,有必要对条例修订草案第48条进行微调。原条文为:“公民、法人和其他组织认为行政机关依申请公开政府信息的行为侵犯其合法权益的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”已有学者批评该条过分限缩信息公开复议或诉讼事由,与最高法院《关于审理政府信息公开行政案件若

① 参见前引⑤,王丹红文。

② 参见前引④,李广宇书,第44页。

③ 参见前引⑤,申海平文。

④ 参见前引⑤,郭泰和书,第127-128页。

⑤ 《供电企业信息公开实施办法(试行)》第15条规定公民、法人或者其他组织认为供电企业不依法履行信息公开义务的,可以向电力监管机构投诉。

干问题的规定》相抵牾。^⑥该司法解释第1条列举了信息公开诉讼的五种事由,其中最后一项兜底条款是“认为行政机关在政府信息公开工作中的其他具体行政行为侵犯其合法权益的”。这完全可以容纳主管行政机关对公共企事业单位信息公开申诉的处理行为。但为立法语言简洁起见,建议将条例修订草案第48条改为“公民、法人和其他组织认为行政机关开展政府信息公开工作的行为侵犯其合法权益的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”,处理申诉行为由此得以纳入。

综上,本文论证了“脱条例化”的修法方向对现实的误判、对理想的扭曲,以及“入条例化”改革的可欲性与可行性。那么,究竟应如何修改《条例》第37条?是否应回归“参照执行”?答案是否定的,因为实践证明该规定模糊不清,操作起来缺乏准据。虽然有学者提出“最少存留适用”规则,试图在《条例》二元结构之间搭建桥梁,但仍有两点缺陷。首先是实定法根据不足。在我国行政法领域,“参照适用”的最重要实例在于《行政诉讼法》第63条规定的“人民法院审理行政案件,参照规章”。通行的解释认为这是在赋予法院对规章的选择适用权,即考虑是否与上位法相抵触后决定适用与否。^⑦以此为基础,我们无法推导出《条例》中的“参照”就等于“最少存留适用”规则,因为公共企事业单位信息公开参照适用《条例》时并不存在判断其是否与上位法相抵触的问题。当然,《条例》的“参照”并不必然等于《行政诉讼法》的彼“参照”。但即便接受“最少存留适用”规则,也不一定就能最有效地推进公共企事业单位信息公开,这是其第二点缺陷。该规则是指“就适用的整体而言,应以前36条适用优先为原则”,即“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”,“只有的是的确无法归入前36条的适用范围,且又的是的确属于公共企事业单位作出的行为时”,“才以该条为根据判断相关信息是否应予以公开”。^⑧那么,在“双可申请”中,当申请人可以依据第37条直接向公共企事业单位申请公开信息,同时又因该信息已由行政机关获取而有权依据第17条向行政机关申请公开该信息时,按照“最少存留适用”规则,申请人就应当向行政机关提出申请。只有在行政机关没有获取该信息、第17条无法适用,即“的是的确无法归入前36条的适用范围”时,申请人才应依据第37条向公共企事业单位提出申请。这纵然符合所谓“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”,但实际上却把处理依申请公开的责任过分倾斜至主管行政部门,甚至可能导致公共企事业单位只需依申请公开未被主管部门保存的信息,进而不当限缩第37条的适用范围,也难以遏制前文所言的“踢皮球”现象。

因此,本着“入条例化”的改革方向,本文建议将《条例》第37条修改为:“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、获取的信息的公开,除法律、法规

^⑥ 参见前引④,沈岍、何海波文。

^⑦ 参见章剑生《行政诉讼中规章的“不予适用”——基于最高人民法院第5号指导案例所作的分析》,载《浙江社会科学》2013年第2期。

^⑧ 参见前引⑤,朱芒文。

另有规定的,适用本条例。具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定,全国政府信息公开主管部门可以根据实际需要制定专门的规定。前款规定的公共企事业单位未依据相关法律、法规以及国务院有关主管部门或者机构的规定,公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息,公民、法人和其他组织应先向其主管部门申诉,后者应及时调查处理并告知处理结果,对处理结果不服的,可以依法申请行政复议或提起行政诉讼。”如此修改可同时达到三个目标:第一,以“适用”替代“参照执行”,凸显公共企事业单位和行政主体在信息公开方面的共性,也为主管行政部门制定具体办法和专门规定提供更加明确、清晰的依据;第二,通过允许法律、法规设置例外照顾公共企事业单位信息公开的特性;第三,明确申诉前置程序,有效衔接前文建议的对条例修订草案第48条之修改,进而引入复议和诉讼救济机制。由此,在不突破非行政主体不能被复议或诉讼的前提下,《条例》的二元结构得以消除,内部保障和外部监督并行并重。这才是推进我国公共企事业单位信息公开工作的正确方向与路径。

Abstract: The revised draft of the Open Government Information Regulation of 2017 deletes the provision of “reference to the application” in article 37 of the Open Government Information Regulation of 2008, confirms that the governing administrative department is in charge of information disclosure of public enterprises and institutions, maintains or even strengthens its difference with the main part of the Regulation, and presents the trend of “removing from the regulation”, whose reason is that the adoption of administrative power rather than judicial power is a realistic and feasible plan to promote the relevant work. However, a decade of effort shows that administrative guarantee is faced with the predicament of insufficient system support, weak evaluation and accountability, and lacking supervision and relief due to the unclear distribution of responsibilities and insufficient hierarchical pressure. While the court breaks through the restriction, explores the diversified review methods, and actively supervises the information disclosure activities of public enterprises and institutions. Therefore, the desired and feasible reform direction should be “getting into the regulation”, so that information disclosure of public enterprises and institutions goes back to the general principle and basic framework of open government information system, clarifies its application of the Regulation, and brings in reconsideration and litigation relief through the establishment of an appeal pre-procedure.

(责任编辑:吴 蕾)