

公共企事业单位信息公开的立法定位与制度选择

彭 鐔

内容提要:修订后的《政府信息公开条例》第55条删除旧法第37条的“参照执行”规定,把公共企事业单位信息公开的规范依据和监督救济交由主管行政部门负责,实现“脱条例化”。但这一改革偏离全球主流、缺乏比较法根据,违反比较法经验、忽视本土语境,将导致我国公共企事业单位信息公开立法模式杂糅,并带来规范缺位、标准不明和救济堪忧等系统性挑战。因此,有必要顺应世界潮流,通过出台统一的具体规定,尽快将公共企事业单位重新纳入《政府信息公开条例》的框架,建立起普适性、民主性的公共企事业单位信息公开制度。

关键词:私人主体 公共企事业单位 信息公开 脱条例化

彭鐔,北京大学法学院助理教授。

一 问题的提出

2019年4月,修订后的《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称“新《条例》”,修订前的该条例称“原《条例》”)正式公布,原《条例》第37条被修改为新《条例》第55条,公共企事业单位信息公开在双重意义上“脱条例化”:一方面,规范依据不再“参照条例执行”,而是“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”,同时授权“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”;另一方面,救济方式变为“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”,而不再“参照条例执行”,其中包括行政诉讼。

之所以选择“脱条例化”,据参与修法的工作人员解释,一个重要原因在于“从信息公开法的基本定位来讲,信息公开制度确立的初衷是要对行政权力运行进行监督。因此,公开主体主要是行使行政权力的国家机关。这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”。“少数国家虽然有一些相关规定”,但“这种极少数的例外规定,也大多限于这类机构履行行政职能的例外情形。总之,原则上,公共企事业单位不应作为

信息公开义务主体。”然而，“我国原《条例》是个例外。其第 37 条将供水、供电等公共企事业单位列为参照适用的信息公开义务主体。”之所以出现这种违反世界通例的做法，“是由于当初对信息公开制度认识不深入，对规律性把握不够”。^[1] 因此，此次修法“将教育、医疗卫生等公共企事业单位的信息公开，作为主管部门的行政监管事项，交由其他相关法律法规和主管部门的文件进行调整，不再参照适用政府信息公开条例”，^[2] 因为“作为信息公开义务主体的单位，应当是行政性的单位”，而“不应该包括所谓的公共企事业单位”。^[3] 这一看法很大程度为既有研究所印证，因为以往视角基本局限于美国，而美国《联邦信息自由法》规定的信息公开义务主体，从立法原旨来看，又恰好指向“行政机关”（agencies）。^[4] 在此背景下，视原《条例》第 37 条为全球信息公开法之例外几成通说。

但这一认识是不够准确的。本文试图论证：世界范围内，统一信息公开立法纳入公共企事业单位绝非“极少数的例外规定”，而是通行做法。“脱条例化”不仅偏离了全球主流，同时也缺乏比较法根据，违反比较法经验，更忽视本土语境。

进入具体分析前，须作两点说明。第一，由于中英文语言和中西方传统的差异，国际上通常把纳入统一信息公开立法的非行政机关称为“私人主体”（private bodies），原《条例》第 37 条使用的术语则是“公共企事业单位”。正如下文将揭示的，两者并非完全对应，只是部分重合，因为各国立法例上的“私人主体”除了提供公共服务的组织以外还包括从事公共管理的组织。但就本文目标而言，考察信息公开统一立法规定私人主体公开义务的世界经验已能满足本文的论证需求，可以对思考公共企事业单位信息公开的中国问题提供镜鉴。

第二，需要区分统一信息公开立法和信息公开法律体系。前者是指在一部法律中全面、系统地规定信息公开制度，例如美国的《联邦信息自由法》和我国的《条例》。但统一信息公开立法并不必然穷尽一个国家或地区法律体系中有关信息公开的全部内容，这些内容亦可蕴于其它法律规范中。比如除《联邦信息自由法》外，美国还制定了《阳光下的政府法》《隐私权法》《联邦咨询委员会法》等，也发展出大量的信息公开司法判例，这些同《联邦信息自由法》一道构成美国的信息公开法律体系。^[5] 与此类似，除了《条例》，我国还有许多法律规范包含了信息公开的内容，如《统计法》第 23 条、《城乡规划法》第 26 条等。^[6] 在此意义上，我国也拥有一套信息公开法律体系，《条例》只是其中一

[1] 后向东：《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题》，《行政法学研究》2017 年第 5 期，第 103 页。

[2] 后向东：《构建新时代中国特色政府信息公开制度》，《中国行政管理》2018 年第 5 期，第 8 页。

[3] 后向东：《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大关系》，《中国行政管理》2017 年第 7 期，第 15 页。

[4] 相关中文研究可见高秦伟：《私人主体的信息公开义务美国法上的观察》，《中外法学》2010 年第 1 期，第 142 - 146 页；王军：《美国私主体承担信息公开义务的司法判定——行政作用范围的收缩及其对我国的启示》，《行政法论丛》（第 15 卷），第 101 - 102 页；王军：《美国信息自由法上“行政机关”之认定标准——基于判例的视角》，《行政法学研究》2013 年第 2 期，第 138 - 144 页。少数文献涉及美国以外国家的经验，但都只有相当简略的介绍，未见深入分析。参见朱芒：《公共企事业单位应如何信息公开》，《中国法学》2013 年第 2 期，第 153 - 154 页；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 111 - 122 页。

[5] 参见万鹏飞、饶诗韵：《美国联邦政府政务公开制度的实践及启示》，《经济社会体制比较》2006 年第 2 期，第 88 页；梁艺：《美国信息自由法上过程性信息的豁免公开——基于判例视角的反思与借鉴》，《法治研究》2014 年第 10 期，第 60 - 61 页。

[6] 后向东：《论“信息公开”的五种基本类型》，《中国行政管理》2015 年第 1 期，第 30 页。

部分,尽管是最核心的部分。在此体系中,除原《条例》第37条外,还有许多涉及公共企事业单位信息公开义务的规范,比如2018年2月国务院办公厅发布的《关于推进社会公益事业建设领域政府信息公开的意见》以及2018年8月民政部发布的《慈善组织信息公开办法》等。可见,“脱条例化”并不表示公共企事业单位从此就不再承担任何信息公开义务,而是意图将其从根据原《条例》“基于知情权的信息公开”转向根据相关监管规范的“作为行政管理措施的信息公开”,即从统一信息公开立法中脱钩,转入信息公开法律体系,适用体系内的其它规范。其理由在于“《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。”〔7〕

本文余下内容分五部分展开。第一部分介绍在统一信息公开立法中纳入私人主体是全球多数国家的通例,“脱条例化”偏离世界主流。第二部分整理各国对私人主体课以公开义务的不同模式和路径,说明“脱条例化”缺乏比较法上的根据,会导致我国相关立法模式的杂糅。第三部分以近年来英国信息公开法制发展趋势为例,揭示“脱条例化”违反比较法上的相关经验。第四部分反思中国现实,论证“脱条例化”背离本土语境,将给公共企事业单位信息公开带来系统性挑战。结论部分阐述如何在新《条例》实施的背景下避免“脱条例化”可能带来的问题,进一步完善公共企事业单位信息公开制度。

二 公共企事业单位信息公开“脱条例化”偏离世界主流

据联合国教科文组织统计,截至2017年,全球共112个国家或地区拥有统一信息公开立法。〔8〕欧洲信息获取组织(Access Info Europe)和法律与民主中心(Centre for Law and Democracy)联合举办了“全球信息权排名活动”(Global Right to Information Rating),对其中109个国家或地区所颁布的统一信息公开立法(而非信息公开法律体系)进行量化测评,考核内容包括知情权确认(是否明文规定知情权)、公开范围、公开申请程序、不公开例外、救济机制、责任与保障以及落实措施,共7大板块、61项指标。其中“公开范围”板块中的第12号指标考察在统一信息公开立法中“信息获取权是否适用于(1)履行公共职能的私人主体以及(2)获得公共资助的私人主体”。〔9〕该指标分值为2分,如果某国或地区信息公开立法没有明文规定适用于私人主体,则得0分;如果明文规定适用于履行公共职能或获得公共资助的私人主体,则得1分;如果对两类私人主体都适用,则得2分。下表展示中国以外108个国家或地区的情况:

〔7〕 后向东:《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题》,《行政法学研究》2017年第5期,第104页。

〔8〕 UNESCO, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development: 2017/2018 Global Report*, p. 14, <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002610/261065e.pdf>,最近访问时间[2018-07-13].

〔9〕 指标原文为 The right of access applies to a) private bodies that perform a public function and b) private bodies that receive significant public funding。此次测评指标体系和方法可见 Centre For Law And Democracy, *RTI Legislation Rating Methodology*, www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Indicators.pdf,最近访问时间[2018-09-17].

统一信息公开立法适用于履行公共职能和获得公共资助的私人主体(共 48 个)	亚洲:斯里兰卡、哈萨克斯坦、格鲁吉亚、亚美尼亚、吉尔吉斯斯坦、孟加拉国、马尔代夫、中国台湾地区 欧洲:丹麦、意大利、乌克兰、葡萄牙、拉脱维亚、波黑、爱沙尼亚、保加利亚、摩尔多瓦、斯洛文尼亚、波兰、克罗地亚、塞尔维亚、爱尔兰、科索沃、马其顿、黑山共和国、马耳他 非洲:几内亚、南非、尼日利亚、利比里亚、科特迪瓦、卢旺达、塞拉利昂、南苏丹、莫桑比克、肯尼亚、突尼斯 美洲:特立尼达和多巴哥、巴拿马、墨西哥、安提瓜岛、多米尼加共和国、尼加拉瓜、危地马拉、萨尔瓦多、哥伦比亚、厄瓜多尔、阿根廷
统一信息公开立法适用于履行公共职能的私人主体(共 22 个)	亚洲:以色列、阿富汗、伊朗、约旦、蒙古、阿塞拜疆 欧洲:阿尔巴尼亚、芬兰、英国、匈牙利、挪威、瑞士、捷克、法国、列支敦士登、荷兰、德国 非洲:安哥拉、尼日尔、多哥 美洲:秘鲁、伯利兹城
统一信息公开立法规定了获得公共资助的私人主体(共 12 个)	亚洲:印度、尼泊尔、也门、印度尼西亚、韩国 欧洲:罗马尼亚 非洲:埃塞俄比亚、布基纳法索 大洋洲:新西兰 美洲:洪都拉斯、巴西、圭亚那
统一信息公开立法不适用于私人主体(共 26 个)	亚洲:泰国、乌兹别克斯坦、日本、巴基斯坦、塔吉克斯坦、土耳其、菲律宾、越南 欧洲:瑞典、希腊、比利时、奥地利、立陶宛、西班牙、俄罗斯 非洲:津巴布韦、乌干达 美洲:智利、乌拉圭、加拿大、牙买加、美国、圣文森特和格林纳丁斯、巴拉圭 大洋洲:澳大利亚、库克群岛

以上表为基础,整理世界范围内统一信息公开立法纳入私人主体的总体比例、地域分布和时间顺序,可得三点结论:第一,全球拥有统一信息公开立法的 108 个国家或地区中,共有 82 个明文规定了私人主体的信息公开义务,占比高达 76%。显然,世界范围内,纳入私人主体才是“各国信息公开法的通行做法”,而非“极少数的例外规定”。第二,空间维度上,除大洋洲外,其它各大洲均有相当多的国家或地区在统一信息公开立法中明文纳入私人主体,其中欧洲 30 个、亚洲 19 个、非洲 16 个、美洲 16 个。就有此规定的国家占各大洲拥有统一信息公开立法国家总数之比而言,最高的为非洲 89%,其次是欧洲 81%,亚洲和美洲均为 70%,地域分布较为平衡,不存在某个区域此类立法过于集中的现象。第三,时间维度上,20 世纪 90 年代末以来,将私人主体纳入统一信息公开立法的国家或地区数量迅速增长。1951 - 1998 年这 47 年间,全球共有 15 个国家或地区有此规定;但到了 1999 - 2016 年这 17 年间,这个数字上升至 67。第四,在比例上,2006 年一份全球信息公开立法观察报告显示:当年全球 69 个拥有统一信息公开立法的国家中,有 19 个涵盖了私人主体,占比 28%。^[10]今天这个比例是 76%。在此意义上,2007 年通过的原《条例》第 37 条将公共企事业单位纳入统一信息公开立法,并非世界范围内的例外,反倒契合了近二十年来全球信息公开立法的

[10] David Banisar, *Freedom of Information Around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Information Laws*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707336, 最近访问时间[2018 - 10 - 05]。

大趋势。与此相反,新《条例》第55条使公共企事业单位信息公开从统一信息公开立法中脱钩。从这个角度讲,“脱条例化”恰与世界主流背道而驰。

然而,仅此并不能说明“脱条例化”就是错误的,因为主流不等于正确。简单追求同世界主流接轨而忽视中国实际,往往源于智识上的懒惰,实践中也会造成橘生淮北的排异反应。因此,要审慎判断某项法律制度到底该求同还是存异,不能简单用所谓国际主流标准来臧否本国的特定制度选择,而应在深入考察某项域外制度生长情境之基础上,理解和反思本土现实。如前所言,统一信息公开立法只是信息公开法律体系的一部分。新《条例》把公共企事业单位信息公开从统一信息公开立法转由信息公开法律体系中的其它规范来调整,纵然偏离了大多数国家的做法,但不一定没有比较法上的根据,或不符合比较法上的经验,而完全可能更符合我国的现实情况。如果这三点成立,那么“脱条例化”实质上就是更适宜的选择。然而,本文接下来三部分将论证“脱条例化”既缺乏比较法上的根据,也违反相关比较法经验,更忽视了我国的现实语境。

三 公共企事业单位信息公开“脱条例化”缺乏比较法根据

如前所言,全球108个拥有统一信息公开立法的国家或地区中,有82个选择在该立法中纳入私人主体,剩余26个则没有做此选择。但这并不意味着这些国家中私人主体就无须承担信息公开的法律义务,因为除统一信息公开立法外,其信息公开法律体系内的其它规范仍然可以规定私人主体负有公开义务。事实上,纵观世界各国的信息公开法律体系,可以归纳出两大规定私人主体信息公开义务的模式。一种是多数国家所采用的、在统一信息公开立法中直接规定的“统一规定模式”;另一种则是少数国家所采用的,在统一信息公开立法中没有规定但在信息公开法律体系中以其它方式规定的“分散规定模式”。唯有在全面了解和比较这些模式后,才能准确定位“脱条例化”,为判断其优劣得失奠定基础。

(一) 私人主体承担信息公开义务的“统一规定模式”

从整体上看,“统一规定模式”分为两条路径:概括性规定和授权性规定。前者指在统一信息公开立法中明确规定特定私人主体就特定信息承担公开义务;后者指在统一信息公开立法中无此规定,但授权特定机关决定该法适用于私人主体。

具体而言,概括性规定包括三种形式。第一,概括性地规定所有私人主体对特定信息负有公开义务。比如南非《信息公开促进法》开宗明义地指出:“为了行使和保护自身的权利,公民有权获得政府或第三人所掌握的任何信息。”^[11]这里的第三人(another person)就包括私人主体(private bodies)。根据该法第一章,私人主体指从事或已经从事商业、贸易或某职业的自然人与合伙企业以及公共机构之外的其他法人。可见,南非统一信息公开立法将私人主体界定得非常宽泛。但这并不表示在南非私人主体就要承担无限信息公开

[11] 中文翻译参考了周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较》,中国法制出版社2003年版,第393页以下。但本文对private bodies的汉译不同,以“私人主体”替代了“私立机构”,原因有二:第一,这样能保持本文术语的一致性;第二,更重要的,南非信息公开法上的private bodies包括了自然人,翻译为“私人主体”比“私立机构”更恰当。

责任,因为《信息公开促进法》只要求其公开信息申请者“行使或保护权利”所需要的信息。

第二,概括性地规定特定类型的私人主体负有公开义务,具体包括五类。第一类是履行公共职能和获得公共资助的私人主体。比如墨西哥《透明度与公共信息知情权统一法》第 1 条规定的适用对象包括“立法、行政和司法机关、自治团体、政党、信托基金和公共基金以及任何获得和使用公共资源(public resources)或履行联邦、州和市的职权(acts of authority)之个人、法人或团体”。^[12] 第二类是履行公共职能的私人主体。如德国《信息自由法》第 1 条第 3 款规定:“受行政机关委托履行公法职责的自然人和法人也应被视为本法上的行政机关”。匈牙利《信息自决权和信息自由法》第 26 条第 3 款要求根据立法或行政协议而提供服务的私人主体公开所持有的信息。^[13] 第三类是获得公共资助的私人主体。如印度《信息权法》第 2 条第 8 款第 6 项规定“任何获得政府直接或间接提供的大量资助(substantially financed)的非政府组织”均属于信息公开义务主体。^[14] 韩国《公共机关信息公开法》第 2 条第 3 款将《政府投资机构管理框架法》第 2 条规定的政府投资机构纳入公共机关范畴,具体指政府出资在 50% 以上的企业。^[15] 罗马尼亚《公共信息自由获取法》第 2 条第 1 款把任何使用公共财政资源并在本国境内开展活动的私人主体纳入适用范围。新西兰《官方信息法》第 2 条第 5 款规定,同行政机关签订合同、获得公共资金的私人主体就相关信息负有公开义务。^[16]

除上述三类外,还有一些其它类型的私人主体也被部分国家的统一信息公开立法直接规定为公开义务主体,只是因数量较少而未被前引“全球信息权排名活动”单列,具体包括两类。第一类是具有垄断市场地位的私人主体。比如爱沙尼亚《公共信息法》第 5 条第 3 款规定:在市场上占有主导地位或拥有特许或独占经营权或属于自然垄断的企业,就其所提供的商品和服务以及收费的条件和价格信息负有公开义务。第二类是受行政机关控制的私人主体。挪威《公共机构持有文档公开法》第 2 条第 1 款规定,中央和地方行政机关直接或间接持有其最高决策机构之过半投票权或有权直接或间接选举其最高决策机构之过半投票权成员的独立法人负有信息公开义务。^[17]

概括性规定的第三种形式结合了上述两种进路,既把特定的私人主体作为信息公开

[12] 相关中文研究没有提及墨西哥的法定信息公开义务主体包括私人主体这一内容。参见后向东著:《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社 2016 年版,第 102-103 页。

[13] 规定因合同承担公共职能的私人主体负有公开义务的国家还包括阿塞拜疆、厄瓜多尔、斯里兰卡等。

[14] 这一点在相关中文研究未被提及。参见后向东著:《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社 2016 年版,第 61 页。

[15] 相关中文研究未提及这一点。参见后向东著:《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社 2016 年版,第 520 页。

[16] 信息来源为 *Private Bodies Carrying Out Public Functions*, www.freedominfo.org/2014/11/private-bodies-carrying-public-functions/,最近访问时间[2018-09-20]。需说明的是,就此类信息而言,签订合同的行政机关也负有公开义务,这一点已经为新西兰国会行政专员所澄清,见 *Contracting out and the OIA*, www.ombudsman.parliament.nz/ckeditor_assets/attachments/57/6-3.pdf,最近访问时间[2018-09-20]。相关中文研究对此没有展开论述。参见后向东:《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社 2016 年版,第 319 页。

[17] 挪威之所以在“全球信息权排名活动”中被划入将履行公共职能的私人主体作为信息公开义务主体的国家,是因为该法第 2 条第 2 款紧接着指出:“前款第 3、4 项不适用于主要业务同私法主体形成直接竞争或处于同等条件的法人”。换言之,只有当私人主体的主要业务不是竞争性的市场行为时,该主体才负有信息公开义务。

主体,也要求全部私人主体对特定信息负有公开义务。比如哈萨克斯坦《信息获取法》第8条第4、5项规定,受到财政资助的和在市场上具有主导或垄断地位的私人主体,应公开同财政资金使用或所提供商品、服务之价格有关的信息,第6项则规定任何私人主体若持有涉及生态环境、紧急状态、自然和技术灾害及其预测和结果、消防安全、流行病、辐射、食品安全以及其它对公共健康和安全产生负面影响的因素的信息,都负有公开义务。

在“统一规定模式”下,大多数国家采用了上述概括性规定的方式,但也有极少数国家选择了授权性规定。典型代表如英国。其《信息自由法》附件一详细列举了520多个被视为信息公开主体的“公共机构”(public authority),并未包括私人主体。但该法第5条第1款规定内阁部长(secretary of state)有权下令将以下两类未被含括于附件一的机构纳入《信息公开法》所指的公共机构之列:第一,内阁部长认为行使公共职能的机构;第二,根据与公共机构签订的合同履行本属于该公共机构职能的机构。^[18] 据此,英国《信息自由法》授权内阁部长“一事一议”地指定私人主体就其所履行的公共职能承担信息公开义务。丹麦《公共文件获取法》第1条第2款也做了类似规定。

(二)私人主体承担信息公开义务的“分散规定模式”

在“全球信息权排名活动”所列的26个未在统一信息公开立法中规定私人主体公开义务的国家中,有一些已经通过“分散规定模式”,即借助信息公开法律体系中的其它规范实现了同样的结果。具体有两条路径。一是,扩展统一信息公开立法的适用范围至私人主体。比如美国《联邦信息自由法》规定的公开义务主体为“行政机关”,在1974年之前沿用《联邦行政程序法》的一般定义,1974年后则扩展到所有行政部门、军事部门、政府公司、政府控制的公司或其他由政府执行分支机关建立的部门(包括总统办公室)以及独立规制机关。^[19] 但美国《联邦信息自由法》至今未明确规定适用于私人主体。尽管如此,正如我国不少学者所观察到的,数十年来,美国联邦和州级法院通过一系列判例,以受到政府控制、与政府职能等同、由政府创建以及获得政府资助等为标准,早已将私人主体纳入《联邦信息自由法》上的行政机关。^[20]

二是,为既有中文文献所忽略的是,除了司法扩展,美国法上还存在立法扩展。1999财政年度的《综合拨款法》(Omnibus Appropriations Act)有一个附加条款(rider),要求白宫管理和预算办公室(OMB)修改A-110号通告(全称为《对高等教育机构、医院及非营利机构给予资助的统一管理要求》),以保证“受到联邦政府财政资助的科研项目之全部相关信息,将按照《联邦信息自由法》所规定的程序向公众公开”。^[21] 当年9月30日,白宫

[18] 需要指出的是,相关中文研究把英国《信息自由法》中的“secretary of state”翻译为“英国信息公开主管部门的负责人”,这是不太准确的。该术语在英国指的就是作为内阁成员的部长,或称“内阁大臣”。换言之,英国有权将私人主体纳入《信息公开法》的不是仅有一位官员,而是有多个。见后向东著:《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社2016年版,第214页。

[19] 高秦伟:《私人主体的信息公开义务美国法上的观察》,《中外法学》2010年第1期,第142页。

[20] 王军:《美国信息自由法上“行政机关”之认定标准——基于判例的视角》,《行政法学研究》2013年第2期,第143-144页。

[21] *Uniform Administrative Requirements for Grants and Agreements With Institutions of Higher Education, Hospitals, and Other Non-Profit Organizations*, www.georgewbush-whitehouse.archives.gov/omb/circulars/a110/a110.html,最近访问时间[2018-09-22]。

管理和预算办公室作出修改,修改后的 A-110 号通告第 35 条第 4 款规定:若受资助方收到根据《联邦信息自由法》提出的信息公开申请,且该信息同联邦政府资助的研究项目所产生的已发表研究相关,且作为政府作出具有法律效力决定之依据,则受资助方应当在合理期间内,按照《联邦信息自由法》规定的程序向公众公开信息。该通告第 2 条把“受资助方”定义为:从联邦资助机构直接获得财政支持以开展项目的机构,包括公立和私立高校、公立和私立医院以及其它准公立和私立非营利组织。可见,1999 年的这项立法拓展了《联邦信息自由法》的适用范围,首次要求受联邦政府财政资助的私人主体把作为行政决策依据的科研信息公诸于众。由于该项规定的倡议者是参议员理查德·谢尔比,其实际效果是部分修改了《联邦信息自由法》,故一般被称为“谢尔比修正案”(Shelby Amendment)。

“分散规定模式”的第二条路径是另行立法规定私人主体承担的信息公开义务。典型代表如日本。其在 1999 年《行政机关信息公开法》之外,还于 2001 年出台了《独立行政法人等信息公开法》。“独立行政法人等”包含两项内容,即《独立行政法人通则法》第 2 条第 1 款规定的“独立行政法人”和《独立行政法人等信息公开法》第一附表中所列举的法人。^[22] 独立行政法人是指基于国民生活与社会经济安定确有必要实施的公共事务,毋须以国家为主体亲自直接实施,但委托民间恐难以执行,或有必要通过委托方能有效实施时,政府基于此目的而设置的法人。^[23] 独立行政法人要么是根据相关的设置法规定,理事长等人的职位由大臣等任命,要么是由政府出资设立。^[24] 之所以日本要单独立法把这些非行政机关的独立法人划定为信息公开主体,其目的在于让那些虽形式上与国家分离且具有独立法人资格,但实质上属于政府组成部分的私人主体,在主权者国民面前与国家行政机关一样负有公开责任。^[25]

(三)“脱条例化”导致立法模式的杂糅

根据上述分析可得以下四点结论。

第一,时至今日,就采纳信息公开立法的国家或地区的数量而言,在统一信息公开立法中概括性地规定非行政机关的私人主体负有公开义务无疑已是全球信息公开立法的主流。

第二,各国在确定私人主体何时承担公开法律义务时所采用的标准趋同,主要包括公共职能、公共身份和公共信息三项。公共职能是指私人主体经授权或依合同开展公共管理、提供公共服务、利用公共资源等;公共身份强调私人主体由政府设立,或受到政府资助、控制,或具有垄断性或主导性市场地位;公共信息则是从信息本身的特点出发,如涉及人权保障、公共安全、行政决策等,要求持有此类信息的私人主体进行公开。

第三,放在全球视野下考量,原《条例》概括性地规定特定类型的私人主体就特定信息承担公开义务,属于世界范围内的主流。其第 36 条规定作为统一信息公开立法的《条例》适用于法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,第 37 条要求公共企事业单位参照适用《条例》。在国际语境下,前者是指经授权开展公共管理的私人主体,后者则为

[22] 参见石龙潭:《日本的信息公开制度:回顾、现状与展望》,《宪政与行政法治评论》2012 年第 6 期,第 68 页。

[23] 参见李清池:《事业单位监管立法的域外经验》,《国家行政学院学报》2011 年第 2 期,第 63 页。

[24] 参见朱芒:《公共企事业单位应如何信息公开》,《中国法学》2013 年第 2 期,第 154 页。

[25] 参见李清池:《事业单位监管立法的域外经验》,《国家行政学院学报》2011 年第 2 期,第 68 页。

提供“与人民群众利益密切相关”之公共服务的私人主体。同时,第 37 条还明确公共企事业单位应当公开“提供社会公共服务过程中制作、获取的信息”。据此,原《条例》有关私人主体信息公开义务的规定融合了公共职能和公共信息两项标准,这也是符合世界主流的。

第四,新《条例》第 55 条改变了这一局面,导致我国私人主体信息公开立法模式上的杂糅,即同时具有“统一规定模式”和“分散规定模式”的特征。首先,在何为公共企事业单位的问题上,新《条例》第 55 条延续之前的做法,采用公共职能和公共信息两项标准,故属于“统一规定模式”下的概括性规定。其次,在公共企事业单位如何承担公开义务的问题上,新《条例》第 55 条却改变了之前的做法,将有关内容交由信息公开法律体系内的其它规范来调整,故又属于“分散规定模式”下的另行立法路径。再者,与采取了类似路径的日本所不同的是,我国在这个领域的另行立法并非由立法部门统一制定,而是交给相关主管行政部门来分别制定。在世界立法例上,这种杂糅不仅非主流,更是独一无二,如下表所示:

立法模式	公开主体 (谁是负有公开义务的私人主体)	公开义务 (私人主体如何承担公开义务)
“统一规定模式”下的概括性规定	统一信息公开立法界定	统一信息公开立法确定
“统一规定模式”下的授权性规定	统一信息公开立法授权特定机关界定	统一信息公开立法确定
“分散规定模式”下的扩展原法	信息公开法律体系中的其它规范界定	统一信息公开立法确定
“分散规定模式”下的另行立法	信息公开法律体系中的其它规范界定,该规范为议会立法	信息公开法律体系中的其它规范界定,该规范为议会立法
中国	统一信息公开立法界定	信息公开法律体系中的其它规范确定,但该规范并非议会统一立法,而是由相关主管行政部门分别制定

当然,独特不等于谬误。唯有深入把握这种杂糅模式的后果,并从比较法上寻找恰切的参照对象,方能准确评断其优劣得失。在这方面,英国是一个合适的比较项。

四 公共企事业单位信息公开“脱条例化”违反比较法经验

“脱条例化”会导致两个后果。第一,公共企事业单位究竟如何承担公开义务将由主管行政部门来确定。在原《条例》中,这是作为一个法解释学问题被统合于第 37 条之下的。有学者提出的“最少存留适用”规则,本质上是对第 37 条做出的结构或体系解释,即通过考察原《条例》前 36 条与第 37 条之间的关系,得出“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”的结论。^[26] 由此,公共企事业单位如何承担公开义务的答案就蕴含在行政机关如何承担公开义务之中,统一信息公开立法随之得以

[26] 朱芒:《公共企事业单位应如何信息公开》,《中国法学》2013 年第 2 期,第 150 页。

“参照执行”。然而,在新《条例》的框架下,由于不复参照适用《条例》,“最少存留适用”规则被“釜底抽薪”,公共企事业单位如何承担公开义务将不再取决于如何解释第 55 条,尤其是该条同前 54 条之间的关系,而是取决于各主管行政部门出台的具体规定。换言之,原本统合在原《条例》第 37 条之下,具有普适性的公共企事业单位信息公开制度,从此将具有“一事一议”的个别性特征。第二,新《条例》出台后,正如修法意图所追求的那样,公共企事业单位信息公开将从基于知情权的公开变成作为行政管理措施的公开。前者是根据统一信息公开立法进行的民主性公开,目的是保证作为主权者的人民对公共企事业单位提供公共服务享有知情权;后者则是依据行政规范性文件进行的监管性公开,类似于上市公司、慈善组织的强制信息披露,目的是防止涉及垄断性、公共性或者公益性的行业组织逃逸监管。^[27]因此,整体而言,“脱条例化”会使我国公共企事业单位信息公开从普适性、民主性的公开走向个别性、监管性的公开。这正与近年来英国信息公开法制的发展趋势南辕北辙。

英国的统一信息公开立法《信息自由法》于 2000 年通过,经历五年筹备期后正式实施。如前所述,该法第 5 条授权内阁部长指定特定私人主体为适用该法的公共机构。但在 2005 年至 2011 年间,此授权从未被启用。2007 年,英国政府首次就内阁部长是否应使用该授权召开了一次历时三个月的公众咨商会,并于 2009 年公布咨商报告。从反馈意见来看,公众对此有不同看法。赞同的观点主要基于三点理由:一是让《信息自由法》适用于私人主体有利于保障公众知情权、促进政府公开、透明和问责;二是让公众监督私人主体信息公开,有助于完善政府外包的决策机制、提高其效能和效率;三是可以统一公共机构和私人主体的信息公开标准。^[28]与此相对,另一部分公众则认为部长不应把《信息自由法》扩展适用于私人主体,具体理由包括:第一,相关信息完全可以由更有资源、能力的公共机构来公开;第二,有些私人主体已经自愿公开相关信息了;第三,信息公开义务将加重私人主体的负担,降低其参与提供公共服务的意愿;第四,承担信息公开义务会给私人主体带来商业和竞争方面的劣势;第五,公开义务会导致为政府提供外包服务的私人主体不得不把一部分经济资源转用于信息公开合规工作,这与政府减轻规制负担的目标背道而驰。^[29]可见,成本收益是英国决定是否将统一信息公开立法适用于私人主体的关键考量:让私人主体承担公开法律义务固然有利于促进其公开透明,但也不可避免地会带来更高的合规成本。

基于此考虑,2009 年英国政府发布的公众咨商报告仅迈出了一小步,只是建议内阁部长将极少数私人主体指定为适用《信息自由法》的公共机构。^[30]两年后,第一批私人主体被指定为公共机构,即警察首长协会、金融监察服务有限公司和高校招生录取服

[27] 后向东:《论“信息公开”的五种基本类型》,《中国行政管理》2015 年第 1 期,第 32 页。

[28] Ministry of Justice, *Freedom of Information Act 2000: Designation of additional public authorities (Response to Consultation)*, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20091009074807/http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/consultation-response-section5.pdf>, pp. 6-7, 最近访问时间[2018-09-24]。

[29] Ministry of Justice, *Freedom of Information Act 2000: Designation of additional public authorities (Response to Consultation)*, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20091009074807/http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/consultation-response-section5.pdf>, p. 7, 最近访问时间[2018-09-24]。

[30] Ministry of Justice, *Freedom of Information Act 2000: Designation of additional public authorities (Response to Consultation)*, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20091009074807/http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/consultation-response-section5.pdf>, pp. 14-15, 最近访问时间[2018-09-24]。

务公司。^[31]与此同时,英国国会司法委员会提出了一套替代性的公开政策,具体包括两项内容:一是“自愿公开”,即建议私人主体自愿遵守《信息公开法》的要求和信息公开专员办公室制订的公开标准;二是“合同公开”,即要求公共机构在外包合同的义务条款中更加明确地要求提供外包服务的私人主体公开信息。^[32]比如在英国国民医疗系统下,政府和私立医院签订的服务外包合同模版就包括如下条款:“承包方认可发包方承担《信息自由法》上的义务并应当帮助和配合每一个发包方遵守其《信息自由法》上的公开义务”;“若承包方收到信息公开申请但本身不适用《信息自由法》,则其不会回复该申请(除非相关发包方有相反指示),并应迅速(最多不超过两个工作日)将该申请移交相关发包方”。^[33]对此,时任英国司法部副部长格兰特(Helen Grant)曾在2013年解释道:“我们正在采取措施扩展《信息自由法》的适用范围至更多履行公共职能的组织……我了解到有些议员对提供外包公共服务的公司是否适用《信息自由法》存有疑虑。外包公共服务对于透明度带来的挑战是真实的,但我们必须按比例地应对这一挑战。我们目前不建议把《信息自由法》正式扩展到所有外包公共服务的提供者。我们倾向于司法委员会的建议,即使用和执行作为合同义务的透明度要求来保证信息公开义务的落实。我们试图在透明度需求与最小化企业负担,鼓励不同规模的主体积极参与提供公共服务之间求得平衡。有些人可能认为这还不够,但这是一种轻触式(light-touch)的好办法,要求公共机构和承包方相互合作。”^[34]

但这种“轻触式的好办法”很快就遭遇重大挫折。2014年3月,英国媒体爆出G4S和Serco这两家提供监狱安保服务的公司自2005年起就持续骗取司法部资金。其手法是伪造并不存在的囚犯,然后向司法部收取电子监控设备的费用,被伪造不存在囚犯的人数高达3000人。最终,两家公司被处以总额近1.8亿英镑的罚款,G4S公司还被禁止参与司法部外包项目的招投标。^[35]这一丑闻激起了英国社会的强烈反映。同年7月,下议院议员翰明(John Hemming)发起动议,要求修改《信息自由法》,把所有与外包服务合同有关的信息都作为向私人主体发包的公共机构所持有的信息,并因此予以公开。^[36]9月,另一名下议院议员莫里斯(Graname M. Morris)动议要求把更多私人主体纳入《信息自由法》的

[31] *The Freedom of Information (Designation as Public Authorities) Order 2011*, www.legislation.gov.uk/ukdsi/2011/9780111514962, 最近访问时间[2018-09-24]。警察首长协会接受英国内政部财政资助,职能是协调全国警方行动;金融监察服务有限公司从金融机构收取法定费用,负责向社会公众提供申诉、处理服务;高校招生录取服务公司收取申请学生所付的申请费和各高校所付的费用,向社会提供相应的服务。

[32] Ministry of Justice, *Freedom of Information Act 2000: Designation of additional public authorities*, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20091009074807/http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/consultation-response-section5.pdf>, p. 15, 最近访问时间[2018-10-02]。

[33] *NHS Standard Contract 2017/18 and 2018/19 General Conditions (Shorter Form)*, www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2018/01/18-nhs-standard-contract-1718-1819-general-conditions-short-form-comparison.pdf, 最近访问时间[2018-10-02]。

[34] <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmhansrd/cm130124/halltext/130124h0001.htm>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[35] Mark Wallace, *Serco and G4S ripped us off-the public sector must start to play hardball*, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/mar/13/serco-g4s-public-sector-hardball-government-taxpayers>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[36] John Hemming, *Transparency and Accountability Bill 2014-2015*, <https://services.parliament.uk/bills/2014-15/transparencyandaccountability.html>, 最近访问时间[2018-10-02]。

适用范围。^[37] 2015 年 8 月,成立近 20 年,接受公共财政资助逾 4000 万英镑的孩子公司 (Kids Company) 因经营不善倒闭,并被曝出长年隐瞒真实财务状况。2016 年 1 月,下议院议员布雷克 (Tom Brake) 发起动议,主张《信息自由法》应适用于所有获得公共资助的慈善机构。^[38]

尽管上述动议尚未落实,但连年不断的丑闻和危机充分表明:随着英国民营化改革的深入,越来越多的公共职能从公共机构流向私人主体,相关信息也随之转移。若无有效措施,持有这些信息的私人主体将逃避公开义务,致使公众无法对其实施有效的监督和问责。显然,无论是英国《信息自由法》上授权内阁部长“一事一议”地扩展适用范围,还是英国政府所期望的“零敲碎打”依靠私人主体自愿或按照外包合同公开,这些个别性的公开机制都被证明并非避免这一现象的有效手段。

更重要的是,英国政府也日益认识到,仅仅要求私人主体在行政部门监管下,依据各领域的监管规范进行信息披露,即监管性公开,是远远不够的。这在其对国家铁路公司 (National Rail) 应否适用《信息自由法》的前后立场转变中体现得尤为明显。前引 2009 年英国政府发布的公众咨商报告曾有如下表述:“一些反馈意见者认为那些负责提供以前是国营服务的公用事业公司应该适用《信息自由法》,因为水、电、气、铁路、电信服务被视为对大多数人的生活不可或缺。尽管这些服务并非由税收支持,但有人认为此类公司有关其服务的决策信息涉及公共利益,公众有权知晓。政府承认这一点。但自从《信息自由法》实施以来,有关受政府规制的公用事业公司的信息已经通过相关的规制机构公开了。负责规制水、电、气、电信、铁路行业的政府机构都适用《信息公开法》。它们也都按照该法主动或依申请公开了其监管的企业之信息。公众已经能够通过这些规制机构获得水、电、气、电信和铁路行业公司的信息了。”然而,2015 年 3 月,国家铁路公司还是被正式指定为适用《信息自由法》的公共机构。这是该法第 5 条的授权性规定第二次启用。对此,英国司法部的解释是:“政府认为有充分理由拓展《信息自由法》的适用范围至履行公共职能的机构”。“鉴于存在要求该法适用于国家铁路公司的呼声,而这又反映了依据该法公开有关铁路网络安全和纳税人所交税收是如何被花费的信息所蕴含的重大公共利益”,故政府决定将国家铁路公司指定为适用《信息公开法》的公共机构。^[39]

最新的发展是:2017 年 6 月,伦敦格伦费尔塔 (Grenfell Tower) 火灾导致 72 人丧生,震动全球。调查表明,建材不合格是火情发生的重要原因,而这又是由于接受政府外包、负责承建大楼的主建筑公司将工程层层外包给其它小公司。^[40] 当民间组织事后向主建筑公司提出有关防火安全设施的信息公开申请时,该公司以自己不属于《信息自由法》规

[37] Grahame M. Morris, *Freedom of Information (Amendment) Bill 2014 - 2015*, <https://services.parliament.uk/bills/2014-15/freedomofinformationamendment.html>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[38] Liam Kay, *Tom Brake's bill to extend FOI Act to charities slated for second reading*, <https://www.thirdsector.co.uk/tom-brake-bill-extend-foi-act-charities-slated-second-reading/policy-and-politics/article/1380165>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[39] www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/851/pdfs/ukxiem_20150851_en.pdf, 最近访问时间[2018-10-02]。

[40] Peter Hetherington, *The Grenfell Tower fire is the fatal legacy of extensive outsourcing*, <https://www.theguardian.com/society/2017/jun/20/grenfell-tower-legacy-extensive-outsourcing-cuts-ideology>, 最近访问时间[2018-10-02]。

定的公共机构为由拒绝公开。^[41] 这进一步凸显将《信息自由法》直接适用于私人主体的必要性。在此背景下,2017年9月,由英国信息公开专员主办的第十届国际信息公开专员大会在曼彻斯特召开,来自全球39个国家和地区的信息公开主管人员共同通过了一份决议,倡议“完善有关外包服务和私人组织的信息公开立法”。^[42] 2018年6月,英国下议院议员斯劳特(Andy Slaughter)提出修改《信息自由法》的动议,建议对所有通过外包合同提供公共服务的私人主体课以公开义务。^[43] 该动议目前正在审议中。^[44] 同年5月,英国内阁办公室下设的公共生活标准委员会(Committee on Standards in Public Life)发布报告,建议政府举行公众咨商会,就是否扩展《信息自由法》的适用范围至依外包合同提供公共服务的私人主体征求意见。^[45] 2019年1月,英国信息公开专员办公室向国会提交报告,明确要求拓展《信息自由法》的适用范围至提供公共服务的私人主体。^[46]

综上,英国信息公开法律制度近年的发展表明:提供公共服务的私人主体应当同公共机构一样,成为统一信息公开立法直接、全面适用的对象,而不能仅靠受权机关“一事一议”地纳入适用范围,也不能“零敲碎打”地自愿或依合同公开,更不能只是作为行政管理对象,根据各监管部门的要求来公开。针对提供公共服务的私人主体,英国正在从个别性、监管性的公开,走向普适性、民主性的公开。同我国的“脱条例化”改革不同,英国走的正是“入条例化”之路,其并非盲目模仿所谓国际经验,而是立足本土现实的制度选择。那么,我国的“脱条例化”改革是否也如此?

五 公共企事业单位信息公开“脱条例化”忽视本土语境

以全球立法例和英国经验反观中国,不难发现:原《条例》第37条本非全球信息公开法上的例外,而是主流,“脱条例化”反倒使我国的公共企事业单位信息公开制度从主流走向例外。这一选择也许无可厚非,只要其符合我国的实际情况,也能有效应对真实问

[41] Owen Bowcott and Ian Cobain, *MP seeks stronger FoI powers after Grenfell fire and Carillion collapse*, <https://www.theguardian.com/politics/2018/jun/13/mp-seeks-stronger-foi-powers-after-grenfell-fire-and-carillion-collapse>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[42] International Conference of Information Commissioners, *Resolution Right of access to information and accountability of public services*, <https://icic2017open.files.wordpress.com/2017/09/icic-2017-resolution.pdf>, 最近访问时间[2018-10-03]。

[43] Andy Slaughter, *Freedom of Information (Extension) Bill 2017-19*, <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/freedomofinformationextension.html>, 最近访问时间[2018-10-02]。

[44] Andy Slaughter, *We must extend FOI to cover private contractors providing public services*, <https://www.politicshome.com/news/uk/economy/opinion/house-commons/102304/andy-slaughter-mp-we-must-extend-foi-cover-private>, 最近访问时间[2018-05-09]。英国国会在2019年3月6日对此展开辩论,相关记录参见 <https://hansard.parliament.uk/commons/2019-03-06/debates/13D3C282-16DE-4378-913B-4E5577E116B2/HousingAssociationsAndPublicContractorsFreedomOfInformation>, 最近访问时间[2018-05-10]。

[45] Committee on Standards in Public Life, *The Continuing Importance of Ethical Standards for Public Service Providers*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/705884/20180510_PSP2_Final_PDF.pdf, 最近访问时间[2018-10-03]。

[46] Information Commissioner's Office, *Outsourcing Oversight? The case for reforming access to information law*, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2614204/outourcing-oversight-ico-report-to-parliament.pdf>, 最近访问时间[2018-05-10]。

题。对此,既有研究提出理论和实践两方面论据,证明“脱条例化”的适当性。理论层面,有学者指出,“基于知情权的信息公开”和“作为行政管理措施的信息公开”是两种类型的公开制度,存在“全方位的区别”,不应混淆。作为行政管理对象的公共企事业单位和作为行政管理主体的行政机关不同,前者的信息公开属于行政管理的手段,不适用《条例》,后者的信息公开才是基于《条例》所保障的知情权。^[47] 实践层面,有学者指出,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。”^[48] 据此,从全球主流走向例外的“脱条例化”才真正贴合本土语境。

然而,现实恰好相反。理论层面,主张公共企事业单位信息公开不基于知情权的观点并不成立。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机关一样,也是人民管理国家经济、文化、社会事务的工具和渠道,故两者信息公开的宪法基础都在于人民当家作主所必需的前提——知情权。诚然,公共企事业单位同时也是行政管理的对象,并因此承担各项行政管理法规设立的信息披露义务,但这并不能免除其基于知情权,根据统一信息公开立法负有的公开义务。^[49] 两种公开固然不同,但并不需要非此即彼——一家上市国企,完全可以同时根据《证券法》进行信息披露和根据《条例》进行信息公开。

更重要的是,在实践层面,“脱条例化”非但不能解决问题,反而会带来系统性挑战。

首先,规范缺位。当主管行政部门未制定具体规定时,“脱条例化”会导致公共企事业单位信息公开缺乏依据。时至今日,在原《条例》第 37 条明列的九个领域之外,没有任何一家主管行政部门制定了公共企事业单位信息公开的具体规定。^[50] 2018 年国务院办公厅《关于推进社会公益事业建设领域政府信息公开的意见》提出,“经过 3 年左右的努力,公开内容覆盖社会公益事业建设各领域、各环节,公开工作制度化、规范化、标准化水平显著提高”,重点推进“脱贫攻坚、社会救助和社会福利、教育、基本医疗卫生、环境保护、灾害事故救援、公共文化体育等领域政府信息公开”。国务院办公厅发布的《2019 年政务公开工作要点》也要求,“国务院相关部门要建立健全本行业本系统公共企事业单位信息公开制度”。但目前,负责脱贫、社会救助和福利的民政部门,负责灾害事故救援的应急管理部门和负责公共文化体育的有关部门,均未就所辖公共企事业单位的信息公开制定具体规范。即便其能够按国务院办公厅要求于 2021 年前出台规定,在此之前,相关公共企事业单位信息公开的法律依据仍将付之阙如。若仍能参照适用《条例》,那么这些公共企事业单位的信息公开就还保有一个兜底性的规范依据,否则将无法可依。事实上,

[47] 后向东:《论“信息公开”的五种基本类型》,《中国行政管理》2015 年第 1 期,第 32 页。

[48] 后向东:《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题》,《行政法学研究》2017 年第 5 期,第 103 - 104 页。

[49] 更为细致的分析可见彭鐸:《我国政府信息公开制度的宪法逻辑》,《法学》2019 年第 2 期,第 95 - 97 页。

[50] 彭鐸:《公共企事业单位信息公开:现实、理想与路径》,《中国法学》2018 年第 6 期,第 94 页。

从过去十年的经验来看,主管行政部门能否尽快、及时制定规范本身是存疑的。国务院办公厅早在《2016年政务公开工作要点》中就指出,“推进公共企事业单位办事公开,国务院相关行业主管部门年内要制定完善具体办法”,但这一要求仍远未得到落实。比如早已大量涉诉的电信领域迄今没有规范,导致电信企业信息公开无据可凭。^[51]一些主管行政部门甚至违背公开承诺不制定规范。如中国民用航空局早在2008年5月1日《条例》施行当天就颁布了《民航行政机关政府信息公开办法》,其第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。”十一年过去了,这项承诺依旧停留在未完成时。由此可见,“脱条例化”后,许多领域的公共企事业单位信息公开无法可依,恐怕并非暂时的问题,很有可能是长期的状态。

其次,标准不明。“脱条例化”将使各领域主管行政部门制定公共企事业单位信息公开具体规定失去统一、明确的合法性判准。这里又存在两方面问题。一方面,在原《条例》之下,已有一些领域的主管行政部门制定了公共企事业单位信息公开具体规定。^[52]“脱条例化”后,这些规定是否需要修改或重作、其合法性如何随即成了问题。若承认其合法性,保留原样,那么之前参照原《条例》制定的具体规定,其性质仍然是基于知情权的民主性公开,并不符合作为行政管理措施的监管性公开。若因此否定其合法性并修改或重作,那么就要另起炉灶创设制度。第二方面的问题随之而来。原《条例》第37条授权主管行政部门制定具体办法,目的在于落实参照执行的要求。故本着上位法优于下位法的基本法理,主管行政部门无权出台与《条例》相抵触的具体办法。若真有抵触,公民也可在起诉个别公开决定时,依据《行政诉讼法》第53条对具体办法提起附带审查。然而,“脱条例化”后,各领域的主管行政部门制定具体规定时就不再需要以《条例》作为底线基准。此时,突破底线的具体办法就可能出现。比如《证券法》所要求的上市公司信息披露只是主动公开,并不授权投资人或普通公众向上市公司申请公开信息。以此为由,某个领域的主管行政部门就可以制定具体办法规定公共企事业单位仅须主动公开信息,无须依申请公开。对上市公司来说,这固然有意义,因为《证券法》上信息公开的核心在于平等性,即平等地向不特定投资者公开或不公开,而不得仅向个别投资者公开,否则个别人就可以通过依申请公开独立于其他投资者获取与上市公司有关的信息,进而破坏证券市场的公平秩序。^[53]但这一逻辑并不适用于非上市的公共企事业单位,也不适用于那些上市的公共企事业单位的所有信息,比如涉及普惠性基本公共服务的信息。相关主管行政部门若以此制定具体办法排除社会公众向公共企事业单位申请公开信息,无疑不合法理。

第三,救济堪忧。“脱条例化”取消司法机关的外部监督,使来自行政系统内部的科

[51] 比如在贾某与中国移动青岛分公司信息公开案([2017]鲁02行终356号)中,两审法院均以相关主管行政部门尚未规定公共企事业单位的信息公开办法为由,判定“本着审慎的态度,法院无法将该等信息认定为被告‘提供社会公共服务过程中制作、获取的信息’”。

[52] 《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)、《供电企业信息公开实施办法》(2014年3月10日)。

[53] 这一推理逻辑引自刘志清与中国证券监督管理委员会信息公开纠纷案判决书([2016]京01行初1322号)。

层压力成为公共企事业单位信息公开的唯一救济渠道,其效果令人担忧。不可否认的是,在我国行政权相对强势的大背景下,上级主管部门对下级单位的敦促和监督往往相当有力。但原《条例》实施十年的经验表明:在信息公开问题上,主管行政部门的表现一直不尽人意。^[54] 比如原《条例》第 29 条明确要求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。然而,与各级、各地行政机关纷纷设立、运行信息公开工作考核、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行政机构有过类似动作。原《条例》第 37 条所列举九个领域的具体实施办法中甚至有两部对这些制度只字不提。^[55] 当然,新《条例》实施后,主管行政部门很可能会投入更多精力,推动所辖公共企事业单位公开信息。但这并不能成为“脱条例化”的理由,因为外部司法监督和内部行政压力本非水火不容,而是能共存并行、相互促进。主管行政部门依据统一信息公开立法制定的具体规定能为司法审查提供更加精细的准据,而司法机关通过诉讼也能为主管行政部门监管下辖公共企事业单位的信息公开活动,指明问题,提供底线救济。

六 公共企事业单位信息公开“脱条例化”的补正之道

总结前文,纵览各国信息公开法,统一信息公开立法适用于提供公共服务的、非行政机关的私人主体,即我国语境下的公共企事业单位,非但不是例外,反而正是主流。由是观之,原《条例》第 37 条并非“当初对信息公开制度认识不深入,对规律性把握不够”的产物,而是符合世界信息公开法之大势。相反,新《条例》第 55 条既偏离全球主流,也缺乏比较法根据,还违反比较法经验,更忽视本土语境。在我国公共企事业单位信息公开制度难言完备、实践差强人意的当下,“脱条例化”导致立法模式的杂糅,也带来规范缺位、标准不明和救济堪忧等系统性挑战。因此,更好的制度选择应当是“入条例化”,让我国的统一信息公开立法直接适用于公共企事业单位。

然而,在新《条例》出台不久、再次修法不大可能的背景下,无法期待通过修改第 55 条来实现“入条例化”。但为了避免“脱条例化”造成的立法模式杂糅和系统性挑战,依据第 55 条中“全国政府信息公开工作主管部门根据实际需要可以制定专门的规定”之表述,作为全国政府信息公开工作主管部门,国务院办公厅有必要尽快制定公共企事业单位信息公开的专门规定。如此方能及时提供普适性的规范依据,防止不同领域的主管行政部门在制定相关具体规定时各行其是。具体而言,这一专门规定还须重视如下两个目标,以使公共企事业单位信息公开重新回归到统一信息公开立法的框架中。

第一,保证公共企事业单位信息公开受到司法诉讼监督。新《条例》第 55 条把向主管行政部门申诉明确列为公共企事业单位信息公开争议的解决机制,本意在于绕开此类组织不属于传统行政法上的行政主体、无法做行政诉讼被告的难题。^[56] 新的专门规定可设立申诉前置的诉讼程序,确立行政主管部门处理申诉决定的可诉性,以此实现“一箭三

[54] 彭箴:《公共企事业单位信息公开:现实、理想与路径》,《中国法学》2018 年第 6 期,第 92-97 页。

[55] 《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)、《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)完全没有涉及考评监督制度。

[56] 后向东:《论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题》,《行政法学研究》2017 年第 5 期,第 103 页。

雕”：既绕开公共企事业单位缺乏行政主体资格的难题，也促使主管行政部门因诉讼压力而加强申诉处理工作，并最终将公共企事业单位信息公开活动纳入司法监督。^[57]

第二，保证公共企事业单位信息公开制度受统一信息公开立法之约束。新的专门规定不得突破《条例》的基本框架，只能在公共企事业单位自身特点所必需的情况下加以细化或补充。这方面，日本的经验值得借鉴。如前所述，日本采取另行立法的方式，在《行政机关信息公开法》之外出台《独立行政法人等信息公开法》，使提供公共服务的私人主体承担公开法律义务。^[58] 比较这两部法律可以发现，独立行政法人和行政机关的信息公开制度基本一致，都奉行以公开为原则、以法定情形的不公开为例外，都允许任何人提出信息公开申请，也都适用相同的救济机制，包括行政不服审查（类似我国的行政复议）、向信息公开及个人信息保护审查会申诉以及行政诉讼。事实上，两部法律确立的不公开例外情形也完全一致，都规定了“有关国家或地方公共团体经营的企业、独立行政法人等或者地方独立行政法人的事业，可能损害该企业经营上的正当利益的”信息不予公开。反观我国，原《条例》第37条和新《条例》第55条皆明确限定公共企事业单位仅对“在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息”负有公开义务。这表明我国的统一信息公开立法已经给保障公共企事业单位的经营自由留出空间。在此情形下，国务院办公厅出台的具体规定应当进一步细化或补充说明哪些信息不涉及社会公共服务、触及公共企事业单位经营自由，并在《条例》为行政主体设立的信息公开豁免情形之外，增设相应的公开豁免。

[**Abstract**] In the recent revision of the Regulations on the Disclosure of Government Information, the provision on “implementation by reference” in Article 33 was deleted by Article 55 and the responsibilities for the normative basis of, supervision over, and remedy for the disclosure of information about public enterprises and institutions were transferred to competent administrative authorities, thus realizing their decoupling from administrative regulations. However, this reform measure deviates from the global mainstream, lacks comparative law basis, contravenes comparative law experience, and ignores local context. As such, it will confound the legislative mode of the disclosure of information about public institutions and enterprises, and lead to such systematic problems as absence of norms, unclear standards, and poor remedies. Therefore, it is necessary for China to adapt itself to the global trend, adopt unified and concrete provisions to bring public enterprises and institutions back under the framework of the Regulations on the Disclosure of Government Information, and establish a universal and democratic system of disclosure of information about public enterprises and institutions.

（责任编辑：支振锋）

[57] 彭锋：《公共企事业单位信息公开：现实、理想与路径》，《中国法学》2018年第6期，第106页。

[58] 两部法律的中文翻译可参见刘杰著：《日本信息公开法研究》，中国检察出版社2008年版，第223-239页。