

论公共企业的信息公开主体资格

张昊天*

目次

- 一、公共企业信息公开主体的规范依据
 - (一) 公共企业信息公开主体的内涵
 - (二) 公共企业信息公开主体的外延
 - (三) 问题的引出
 - 二、公共企业信息公开主体的识别——裁判与学说
 - (一) 司法实践的考量及其问题
 - (二) 学理解释的路径及其商榷
 - (三) 小结
 - 三、公共企业信息公开主体资格的厘清
 - (一) 域外立法例的观察
 - (二) “公”属性当作“狭义之狭义”的理解
 - (三) “与人民群众利益密切相关”是“社会公共服务”的应有之意
 - (四) 公共企业信息公开主体的界定
 - (五) 现有框架内“两步走”的识别标准
- 结 语：识别公共企业信息公开主体的现实和理想

摘要 《政府信息公开条例》第 37 条创设了“公共企业”的信息公开义务。针对“哪些企业具有信息公开义务；如何界定公共企业信息公开主体资格”的问题，本文采用规范分析和实证分析相结合的方法展开论证：首先，立足规范视角，对公共企业信息公开主体的内涵和外延进行梳理，引出内涵界定不明和外延概括不清的主体资格问题；其次，通过法官视角和学者视角，具体考察了相关裁判和学说的思路及其在逻辑论证上难以周延的不足；最后，透过域外视角，并再次回归规范视角，并借由“公用事业”推导出公共企业信息公开主体具有行为的公益性、一定的垄断性、受行政规制性和受政策支持性这“四性”，进而提出“两步走”的主体资格识别标准。

关键词 信息公开 公共企业 公开主体 规范法学

* 北京市人民检察院。本文在写作和修改过程中得有清华大学何海波教授、中央民族大学张步峰教授等老师的指点，明理学园和师门同仁的教正以及匿名评审老师的宝贵意见，我在此一并致谢，然文责自负。

一、公共企业信息公开主体的规范依据

《政府信息公开条例》设置了三个信息公开主体:第一个是行政机关,^{〔1〕}包括“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”(第13条),其具体应当“指定机构负责本行政机关政府信息公开的日常工作”(第4条第1款)。第二个是法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。它们公开政府信息的活动“适用本条例”。^{〔2〕}第三个便是教育、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。其在提供公共服务过程中的信息公开“参照本条例执行”。从行为法的层面上看,前两个主体同属权力行政领域,为方便叙述,本文合并称之为“行政机关类”主体;^{〔3〕}第三个主体一般被认为具有私法上的人格,但由于行使了一定的公共职能而被纳入信息公开立法规制,本文称之为“企事业单位类”主体。^{〔4〕}

法律条文将“行政机关类”主体制作、获取的信息表述为“政府信息”,而对于“企事业单位类”主体,则表述为“信息”。其实,正如条例本身的名称一样,虽然采用的是“政府信息公开”一词,但绝不仅限于政府机关的信息,实际规制对象则是一切在行使公共职能的过程中制作、获取的信息。对比两类信息公开主体,“企事业单位类”主体区别于“行政机关类”主体的最大特征就是,前者提供公共服务的行为属于服务行政范畴,即进入了非权力性行政领域。从《政府信息公开条例》第37条“与人民群众利益密切相关”和“在提供公共服务的过程中”这样的用语中可以看出,“企事业单位类”主体以其私法地位而受公法规制,根据在于其行为具有“公”的属性。

(一) 公共企业信息公开主体的内涵

1. “公共企事业单位”概念应如何拆分

法律术语的出现不是偶然,一般都有其发展的轨迹,或是本法域内沿革而成,或是外法域生成后作为舶来品。纵观世界不同法域,并无“公共企事业单位”的提法,比较类似的有美国的政府公司和政府控制的公司,日本的独立行政法人和特殊法人等。但若与我国的“公共企事业单位”相较,还是有不少差异。因此,本文立足我国大陆法域,试图找寻“公共企事业单位”概念的印迹。

以“公共企事业单位”作为关键词,使用北大法宝中国法律检索系统,共有1948条匹配记录。^{〔5〕}“公共企事业单位”一词首见于我国立法,是在原信息产业部1998年4月30日颁布的《邮

〔1〕《政府信息公开条例》第2条:“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。”

〔2〕《政府信息公开条例》第36条:“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。”

〔3〕中央和各地制定有关政务公开的法规、规章和地方规范性文件,即是规范此类主体。

〔4〕值得注意的是,《政府信息公开条例》第37条对于“企事业单位类”主体的规定,设置了“公共企事业单位”这样一个复合性概念,实际上也并非囊括所有的事业单位。国务院法制办在《关于〈中华人民共和国政府信息公开条例(草案)〉的说明》中就曾解释道:“地震局、气象局、银监会、证监会、保监会、电监会等单位虽然是事业单位,但依照有关法律、行政法规的授权,具有管理公共事务的职能,他们在履行公共管理职能的过程中掌握有大量的政府信息,这些单位公开政府信息的活动也要适用本条例。”

〔5〕其中,行政法规7条,部门规章15条,地方性法规1条,地方政府规章21条,地方规范性文件1900条,团体规定、行业规定、军事法规、军事规章及其他共计4条。检索日期:2014年11月20日。

电分营工作指导意见》中。^{〔6〕}此概念在法规范领域中第二次出现便是2007年4月5日公布的《政府信息公开条例》，相应的规范效力也由部门规章上升到了行政法规。此后，“公共企事业单位”在规范层面上的“出境”便呈现井喷之势。特别需要留意的是，所有对此概念的使用都是在信息公开立法领域内出现的，规定方式也几乎都与《政府信息公开条例》一致。由此可见，《政府信息公开条例》第37条奠定了“公共企事业单位”作为法律术语在信息公开领域的标志性地位。^{〔7〕}

显然，“公共企事业单位”是可以拆分的，但在信息公开立法中几乎都是以这种复合概念的形式出现，仅有一处对其作了明确拆分。2010年7月16日，环境保护部出台的《环境保护公共企事业单位信息公开实施办法(试行)》将公共企事业单位拆分成了“公共事业单位”和“公共企业单位”，并对“公共事业单位”有明确的定义。^{〔8〕}

对此拆分，本文认为有所不妥：首先，“事业单位”的用法已经固定化，并且有明确的法律定义。^{〔9〕}其次，“公共企事业单位”作为偏正结构的复合词语，“公共”作为定语理应修饰“事业单位”和“企业”。由“事业单位”的定义可知其设立是为了社会公益目的，本身即有“公共”之意，无必要重复表述。再次，“企业”则根据其是否行使公共职能而有公私之分，“公共企业”的称呼可以限定信息公开的主体资格，确有必要。复次，“单位”一词是否可以用来限定“企业”？“单位”在法律上有“组织”之意，区别于“个人”；“企业”一般指法人或者其他社会经济组织，已经包含了“单位”的概念，且“企业”概念单独表述已经明确，不必赘加“单位”一词。最后，无论是日常还是立法习惯上，几乎都是“事业单位”或者“公共(用)企业”单独称谓。^{〔10〕}信息公开立法毕竟只是涉及两者立法的冰山一角(且仅一处如上拆分)，从立法技术上讲，应当尊重立法习惯、保持法律用语的贯通和精练。

综上，本文认为“公共企事业单位”应当拆分为“事业单位”和“公共企业”，区分和确立“公共企业”的概念，以及研究其在信息公开立法上的主体资格界限，这也是本文立题之本。而对于前者来

〔6〕 2000年7月1日《立法法》生效前所颁布的文件，如果制定机关有立法权，则视同立法，故《邮电分营工作指导意见》应属法规范范畴，该意见规定“二、邮电分营方案要点”第11条中规定“有些公共企事业单位可由邮、电两局继续联合兴办”，但是未作任何解释或者列举。

〔7〕 此外，还有“公用企事业单位”的称谓，并且近几年来，尤其在《政府信息公开条例》第37条明确使用“公共企事业单位”称谓后仍在立法中出现。如《国务院关于促进信息消费扩大内需的若干意见》(国发〔2013〕32号)中规定，“推动市政公用企事业单位、公共服务事业单位等机构开放信息资源”；《国务院办公厅关于鼓励和引导民间投资健康发展重点工作分工的通知》(国办函〔2010〕120号)中规定“鼓励民间资本积极参与市政公用企事业单位的改组改制”；发改委、工信部、科技部等八部门《关于印发促进智慧城市健康发展的指导意见的通知》(发改高技〔2014〕1770号)中规定“鼓励市政公用企事业单位、公共服务事业单位等机构将教育、医疗、就业、旅游、生活等信息资源向社会开放”；等等。“公用企事业单位”通常与“市政”一词相连，在“民间投资”“办事公开”领域一脉相承地使用，因此判断该词的出现应该不是意外。还有住建部关于印发《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法的通知》(建城〔2008〕213号)第4条规定：“供水、供气、供热等公用事业单位(企业)(以下简称公用事业单位)是信息公开的实施主体，承办本单位具体的信息公开工作。”对比《政府信息公开条例》第37条的规定，本文认为“公用企事业单位”和“公共企事业单位”是具有相同内涵和外延的概念，可以相互替换，在信息公开立法领域的论述上，本文倾向顺应《政府信息公开条例》第37条而使用“公共企事业单位”的称谓。

〔8〕 该办法第2条规定：“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。”并且，第14条规定了“环境保护公共企业单位信息公开工作参照本办法执行”。

〔9〕 2004年6月27日颁布的《事业单位登记管理暂行条例》(国务院令 第411号)第2款规定：“本条例所称事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。”

〔10〕 最直接的引证还是国务院法制办在《关于〈中华人民共和国政府信息公开条例(草案)〉的说明》中，称地震局等单位是“事业单位”并将其归入第36条，也采用的是“事业单位”这个用法。

说,具有公共管理职能的事业单位信息公开应当以《政府信息公开条例》第36条为依据。后文对于“公共职能”区分为“公共管理职能”和“公共服务职能”有专门论述,此不赘言。^[11]

2. 主体资格要素

《政府信息公开条例》第37条规定公共企业具有信息公开的义务主体资格,须同时具备两个要素:一是“与人民群众利益密切相关”。这是指第37条所涉行业领域的公共企业“与人民群众利益密切相关”,强调的是一种外部行为。反之,如果公共企业的行为强调的是一种相对狭窄的隶属和管理关系,即属公共企业内部性行为的话,此处予以排除。二是“提供社会公共服务”。公共企业具有两面性:一方面,公共企业是独立的商业性或者营利性组织,具有企业的一般特性,此为“私”属性的一面;另一方面,公共企业又与“行政机关类”主体一样,承担了相应的公共职能,此为“公”属性的一面。只有在“公”属性的一面,即在提供社会公共服务和公共产品的过程中,公共企业才受信息公开立法的约束。所以,“提供公共服务”可以理解为,公共企业的行为代表了其享有的公共职能,从而排除了公共企业作为私主体的私权利行为,即属于一种服务性或者非权力性的行政行为。当然,公共服务的提供,同样呈现了一定的外部性。

(二) 公共企业信息公开主体的外延

《政府信息公开条例》第37条采用“列举+概括式”的方法规定了公共企业信息公开主体的外延。概括式的规定意指在其他与列举项具有类似特征的领域中,“与人民群众利益密切相关的”和“在提供社会公共服务过程中”的公共企业,也作为该条的规制对象。除了明确列举的领域之外,还有哪些企业可以被信息公开义务所辐射?下文试图从我国中央和地方有关公共企业信息公开立法的规定中一探究竟。^[12]

1. 中央层面

承担信息公开义务的公共企业外延首次被明确就是在《政府信息公开条例》的第37条。该条列举了“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通”领域,开创了我国公共企业信息公开立法的先河。国务院以此为契机加强了对信息公开工作的部署。“企事业单位类”主体的范围从最初的9个领域,逐步扩展到公用、^[13]科研和文化^[14]领域,但对大领域内的具体方

^[11] 我国的事业单位分类改革如火如荼,根据2012年4月16日发布的《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》规定,“按照社会功能将现有事业单位划分为承担行政职能、从事生产经营活动和从事公益服务三个类别。对承担行政职能的,逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构;对从事生产经营活动的,逐步将其转为企业;对从事公益服务的,继续将其保留在事业单位序列、强化其公益属性。今后,不再批准设立承担行政职能的事业单位和从事生产经营活动的事业单位”。若分类改革完成,将更有利于对“企事业单位类”信息公开主体的界定。

^[12] 必须指出,由于《政府信息公开条例》第37条“列举+概括式”的规定也是指向“公共企事业单位”这一复合概念的,并未对公共企业信息公开主体的行业领域作单独划分。按照一般的理解,所有领域符合条件的公共企业都有信息公开的义务。目前,我国可能存在某些领域符合《政府信息公开条例》第37条的规定,却尚未引入竞争机制的情况,即只存在事业单位。但是随着我国行政体制改革的不断深入和扩大,不排除这些领域中通过引入竞争机制而出现相应的公共企业,故而本文不作行业领域的区分,而是采用一并列举论述。

^[13] 2009年4月13日,国务院新闻办公室发布的《国家人权行动计划(2009—2010年)》也强调了“规范和监督医院、学校、公交、公用等公共企事业单位的办事公开工作”。2010年10月10日,国务院在《关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号)中指出,“要规范和监督医院、学校、公交、公用等公共企事业单位的办事公开工作”。

^[14] 2013年7月1日,国务院办公厅关于印发《当前政府信息公开重点工作安排的通知》(国办发[2013]73号)“(九)推动以教育为重点的公共企事业单位信息公开”中规定:“逐步扩展公共企事业单位信息公开范围。重点做好推进医疗卫生机构、科研机构、文化机构和国有企业信息公开的研究工作。(教育部、卫生计生委、科技部、文化部、国资委分别牵头落实)”。

向语焉不详。到目前为止,已经“参照”制定具体办法的部门或者机构有交通运输部、住房和城乡建设部、国家人口和计划生育委员会、教育部、卫生部、环境保护部、国家能源局共七个部委(具体请见表1),公共企业信息公开已经完全涵盖了《政府信息公开条例》第37条的列举领域。但却也仅限于上述9个领域,除此之外,并未出现其他领域的主管部门依据《政府信息公开条例》第37条的授权立法。

表1 国务院部门或者机构根据《政府信息公开条例》第37条授权制定的具体办法概览

颁布日期	制定主体	法规范名称	规制主体	对应第37条
2008.10.8	交通运输部	交通运输公共企事业单位信息公开指导意见	交通运输(不含民航、邮政)公共企事业单位 ^[15]	公共交通
2008.11.12	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	供水、供气、供热等公用事业单位(企业)	供水、供气、供热
2009.2.3	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)	人口与计划生育技术服务机构	计划生育
2010.4.6	教育部	高等学校信息公开办法	高等学校(高等学校以外其他高等教育机构参照)	教育
2010.6.3	卫生部	医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)	医疗卫生服务单位 ^[16]	医疗卫生
2010.7.16	环境保护部 ^[17]	环境保护公共事业单位信息公开实施办法(试行)	环境保护公共事业单位(环境保护公共企业单位参照)	环保
2014.3.10	国家能源局	供电企业信息公开实施办法	供电企业	供电

2. 地方层面

到目前为止,全国已有22个省级行政区制定了信息公开规定或者实施办法(包括试行、暂行、征求意见稿)。对于“企事业单位类”主体有规定并列举的,除4个地区外,其他多达11个地区都与

[15] 该意见又进一步细化为“与社会公众利益密切相关的公路水路运输、客货站场及港口经营、公路经营、驾驶员培训、汽车维修、船舶检验、交通运输科技教育和医疗卫生等单位,交通运输行业中介机构及学术团体,以及人民政府明确由交通运输部门实行业务管理的城市公共交通等公共企事业单位”。

[16] 《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》第2条第2款:“本办法所称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。”

[17] 国家环保总局曾在2007年4月11日颁布的《环境信息公开办法(试行)》第三章“企业环境信息公开”中规定了环保领域企业相应的信息公开情况,本文认为该规定并非是《政府信息公开条例》第37条的授权立法,也非与之完全相对应,原因是其颁布时间虽也在《政府信息公开条例》之后,但是其规定了部分企业自愿公开和部分企业应当公开两种情况,公开内容也有差异,故而没有列入表中,特此说明。

《政府信息公开条例》第 37 条的列举不完全一致(具体请见表 2)。〔18〕

表 2 省级行政区有关公共企业信息公开的立法概览〔19〕

颁布日期 (修正)	省级行政区	地方性规章	外延列举	
			是否与《政府信息公开条例》第 37 条一致	
			是	否(超出第 37 条的明文列举)
2005. 12. 10 (2008. 5. 16)	陕西	陕西省政府信息公开规定	一致	
2008. 2. 19	新疆	新疆维吾尔自治区实施《政府信息公开条例》办法	一致	
2008. 4. 11	甘肃	甘肃省政府信息公开办法	一致	
2008. 6. 13	黑龙江	黑龙江省政府信息公开有关制度(试行)		通信
2009. 11. 16	湖南	湖南省实施《政府信息公开条例》办法		电信、邮政、金融、社会保障、农业服务
2009. 12. 12	江苏	江苏省政府信息公开暂行办法		无
2010. 5. 24	宁夏	宁夏回族自治区实施《政府信息公开条例》办法	一致	
2010. 5. 28	山东	山东省政府信息公开办法		邮政、通信、金融、殡葬
2011. 3. 22	贵州	贵州省政府信息公开暂行规定		社会保障、民政
2012. 6. 15	浙江	浙江省政府信息公开暂行办法		文化、广播电影电视
2012. 12. 24	青海	青海省实施《政府信息公开条例》办法		电信、邮政、金融、社会保障、农业服务
2014. 2. 11	福建	福建省政府信息公开办法		无
2014. 3. 25	山西	山西省政府信息公开规定		邮政、通信、金融、签证、鉴定、殡葬
2014. 6. 23	北京	北京市政府信息公开规定		通讯
2014. 11. 20	安徽	安徽省政府信息公开办法		无

(三) 问题的引出

1. 界定不明的内涵问题

(1) “与人民群众利益密切相关”和“社会公共服务”如何解释

法规范表述的“与人民群众利益密切相关”和“社会公共服务”，本身就是不确定的法律概念。

〔18〕 还有地方尝试的有关公共服务的立法对此也有所涉及。如湖南省人民政府于 2011 年 5 月 11 日颁布的《湖南省政府服务规定》将“企事业单位类”主体分为 4 个方面：“一、教育；二、卫生；三、供水、供电、供气等公用事业；四、从事就业促进、社会保险、社会救助、社会福利、文化、体育、科技、人口和计划生育等服务。”

〔19〕 此处仅对各地有关政府信息公开的规章中，有作外延列举的进行梳理。此外，有些地方还制定了公共企事业单位办事公开实施办法(如四川)、推进公共企事业单位办事公开的意见(如安徽、广东)、政府信息公开相关配套制度的通知(如天津)，其中对公共企业的外延列举大同小异，本表不再列明。

对于公共企业是否“与人民群众利益密切相关”，从立法技术的角度而言，可以有两种解释：一是解释为限定、区分性的修辞，即将公共企业按照是否“与人民群众利益密切相关”的标准区分为两种，此处只约束“与人民群众利益密切相关”的公共企业；二是解释为描述、强调性的修辞，即公共企业都是“与人民群众利益密切相关”的，此处仅作描述性的强调。

(2) “公共企业”与“公用企业”是何关系

“公用企业”对应英美法所称的“公用事业公司”(public service corporation or public utility)：《元照英美法词典》将其定义为“私人所有而由政府管理的公司。向用户供应水、电、煤气等，其价格由政府核定，也包括广播公司”；^[20]《巴郎法律词典》的定义是：“企业由于其业务性质，具有自然垄断的特征。例如，对于特定区域而言，拥有单独的供电商是产电和配电的最有效的方法，因此，电力公司通过售电在该区域形成自然垄断。由于公用事业领域没有自由市场或者竞争，公用企业受政府调控价格和分配产品。”^[21] 我国的法规范层面上，对于“公用企业”的定义源于国家工商行政总局 1993 年颁布的《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》，指的是“涉及公用事业的经营者的”。^[22]

那么，什么又是公用事业呢？公用事业被称为我国计划经济的最后一个堡垒和市场经济的“边疆”，^[23]其在学理上的界定众说纷纭，法规范上也仅作行业列举，并无定义甚至也没有作类型化规定。故而，无论是规范上还是学理上，都没有“公共企业”和“公用企(事)业”的确切定义。一方面，公用事业划定不明，作为其经营者的企业就更难界定；另一方面，公共企业的内涵又十分含混，这就让公共企业和公用企业的关系捉摸不定、难以厘清。

2. 概括不清的外延问题

公共企业信息公开主体内涵的不确定性又直接导致其外延的模糊性，具体表现在《政府信息公开条例》第 37 条概括式的规定上。“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通”9 个领域被明确列举，相应领域的公共企业自然被明确了信息公开义务。而“等与人民群众利益密切相关的”概括式的规定，即意味着凡与列举领域具有相类似特征——“与人民群众利益密切相关”，该领域的公共企业在提供公共服务时便具有信息公开的义务。这种立法设计，本意是希望克服法律滞后性和不周延性，避免挂一漏万，但是这又恰恰在界定公共企业信息公开主体的资格问题上埋下了不确定性。究竟除了第 37 条的明确列举之外，还有哪些领域也应当在概括式的范围之内呢？换句话说，具有信息公开义务的公共企业的外延有多大？中央层面似乎没有给出明确答案。

各地对于公共企业外延的规定纷繁多样。总体看来，地方立法规定超出《政府信息公开条例》

[20] 薛波主编：《元照英美法词典》，潘汉典总审订，法律出版社 2003 年版，第 1118 页。

[21] “a company which, because of the nature of its business, has characteristics of a natural monopoly. For instance, an electric company will have a natural monopoly over the sale of electricity to that area, since having a single supplier of electricity for any given area is the most efficient method of producing and distributing electricity. Because no free market or competition exists for the services or goods sold by public utilities, they are subject to government regulation of the price they may charge and the means in which they may distribute their goods. 1 Priest, Principles of Public Utility Regulation Chs. 1-2 (1969).”格菲斯：《巴郎法律词典》，蒋新苗等译，中国法制出版社 2012 年版，第 534~535 页。

[22] 该规定第 2 条规定，“公用企业”是指“涉及公用事业的经营者的，包括供水、供电、供热、供气、邮政、电讯、交通运输等行业的经营者”。

[23] 史际春、肖竹：《公用事业民营化及其相关法律问题研究》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2004 年第 41 卷第 4 期。

第 37 条列举的有“通信、电信、邮政、金融、社会保障、民政、殡葬、农业服务、文化、广播电影电视、签证、鉴定”共计 12 项。这比第 37 条列举的数目还要多。^[24]与此同时,不少地方也制定公共企事业单位办事公开指南,并逐步建立办事公开电子平台。但是各省、市的公共企事业单位信息公开专栏或者办事公开网的具体分类和栏目设置也是五花八门。^[25]并且,部分地区在各个领域的栏目下又分别做了不同程度又不尽相同的细化。

对于公共企业信息公开主体外延的规定和列举,各地与中央立法规定不一,电子信息公开网站的栏目设置的随意性更大。究竟所有的这些列举是包含在《政府信息公开条例》第 37 条之内,还是对《政府信息公开条例》第 37 条设置的公共企业信息公开主体做了扩大解释呢?此处存在进行释明的必要。不过可以确定的是,简单照搬或者随意扩大有关公共企业信息公开主体范围的规定,势必导致主体资格难以界定,进而使公共企业信息公开缺乏可执行性和可救济性。

二、公共企业信息公开主体的识别 ——裁判与学说

如前文所述,我国在立法例中没有明确界定公共企业的内涵和外延,只是单纯采用“列举+概括式”的规定,这就使得信息公开公共企业的界定和识别标准十分模糊,进而无法为《政府信息公开条例》第 37 条建立起有效的适用规范。那么,将规范的“火把”由立法者传到法官和学者手中,又能否借助规范解释,从我国具体的司法例和学说中“照亮”公共企业信息公开主体的识别标准呢?

(一) 司法实践的考量及其问题

通过案例检索,能够查到的援引《政府信息公开条例》第 37 条的司法裁判案例较为有限。^[26]案例的争议焦点基本都是信息公开的被申请人是否属于第 37 条规定的“与人民群众利益密切

^[24] 这些领域分属不同部门的职责范围:通信(电信)属工信部,邮政属国家邮政局,金融属财政部,社会保障属人社部,农业服务属农业部,民政(殡葬)属民政部,文化属文化部,广播电影电视属广电总局,签证属公安部,鉴定表达不明,若是司法鉴定则属司法部。相应的权属部门也并未根据《政府信息公开条例》第 37 条的授权制定相应的规章,最多只是在部门有关信息公开的规章中规定公共企事业单位“参照”适用,如 2008 年 5 月 1 日颁布的《财政部机关政府信息公开实施暂行办法》。

^[25] 如四川省分为教育教学、文化科技、公共交通、医疗卫生、劳动保障、公用事业、通讯金融,见四川省省级公共企事业单位信息公开网: <http://www.sc.gov.cn/10462/10778/50000461/index.shtml>;济南市分为教育、医疗卫生、计划生育、水电气热、公共交通、住房保障、环保、民政、社会保障、邮政通信、金融、农资供应,见济南市公共企事业单位信息公开网: <http://qsy.jinan.gov.cn/>;大连市分为公用事业、教育、医疗卫生、出行信息、城市和居住、劳动就业、旅游、文化体育、百姓日常、农业生产、其他,见大连市公共企事业单位办事公开网: <http://bsgk.dl.gov.cn/>;泰州市分为教育行业、医疗卫生、公共交通、公用事业、社会保障、婚姻生育、城市建设、民生服务、金融通信,见泰州市政府公共企事业单位信息公开专栏: <http://qsygk.taizhou.gov.cn/col/co125/index.html>;佛山市分为医疗机构、自来水、供电、燃气、计划生育、公共交通、科学教育、邮政通信、金融机构、民政信息、妇女儿童、劳动服务、建设工程、其他,见佛山市政府网,公共企事业单位办事公开专栏: <http://www.foshan.gov.cn/fspubgov/ggqsydw/yljg/>;等等。

^[26] 截止时间:2015 年 3 月 2 日。以“公共企事业单位”作为关键词在中国裁判文书网、北大法宝上进行检索,所得全部都是信息公开案例,这也在一定程度上印证了前文说“公共企事业单位”一词几乎是我国信息公开领域“专用名词”。

相关的公共企事业单位”, 应否被纳入信息公开主体范畴之中进而受到行政诉讼的规制。^[27] 其中, 申请公共企业信息公开纠纷的案例有 7 个(其中 3 个是由同一原告提起的诉讼), 分别是: “王聚才诉中国联合网络通信有限公司南阳分公司不履行信息公开答复职责纠纷案”^[28](简称“王聚才诉联通第一案”)、“王聚才诉中国联合网络通信有限公司南阳市分公司不履行信息公开法定职责纠纷案”^[29](简称“王聚才诉联通第二案”)、“王聚才诉中国移动通信集团河南有限公司南阳分公司不履行信息公开法定职责纠纷案”^[30](简称“王聚才诉移动案”)、“张华诉湖南省电力公司长沙电业局信息公开决定纠纷案”^[31](简称“张华诉电业局案”)、“方金华诉中国电信股份有限公司宿迁分公司信息公开纠纷案”^[32](简称“方金华诉电信案”)、“陈开诚诉国网浙江平阳县供电有限责任公司案”^[33](简称“陈开诚诉供电公司案”)、“孙阳兵诉中国移动通信集团广东有限公司深圳分公司案”^[34](简称“孙阳兵诉移动案”)。各个案件中法官的裁判思路请见表 3。

表 3 公共企业信息公开案件中法官裁判思路概览^[35]

案 件 名 称	判决日期	裁 判 思 路	认定结果
王聚才诉联通第一案	2011. 12. 12	《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》(1993. 12. 24)已界定邮政、电讯等行业经营者包括被告企业属于公用企业(即公共企事业单位)	各被告企业均是信息公开主体
王聚才诉联通第二案	2013. 5. 25	《政府信息公开条例》第 37 条虽未明确将通信行业列入参照条例应该公开信息的公共企事业单位, 但通讯企业确属与人民群众利益密切相关的公共企事业单位	
王聚才诉移动案			
张华诉电业局案	不详	被告属全民所有的国有企业, 于供电方面提供与人民群众密切相关的社会公共服务之公共企事业单位	
方金华诉电信案	2014. 5. 16	当前, 社会已进入信息时代, 传输和处理信息成为人们日常工作、生活的重要内容, 电信企业作为向社会提供信息通讯服务的主要企业之一, 其与人民群众利益密切相关	

[27] 鉴于此, 一些涉及申请事业单位信息公开纠纷的案例, 对于其信息公开主体的认定与本文讨论的“公共企业信息公开”具有同样的意义, 思路与本文分析的案例基本一致, 此处不再作具体分析, 如有兴趣请见: 张某诉某区房屋土地经营管理中心政府信息公开行为案[案件字号: (2010)西行初字第 329 号]; 杨宏伟与上海市人民政府信息公开上诉案[案件字号: (2014)沪高行终字第 4 号]; 刘红与北京市东城区房屋土地经营管理一中心信息公开告知上诉案[案件字号: (2014)二中行终字第 255 号]。

[28] 案件字号: (2011)南行终字第 78 号。

[29] 案件字号: (2013)南行终字第 00046 号。

[30] 案件字号: (2013)南行终字第 00047 号。本案与“王聚才诉联通第二案”的原告相同, 申请信息公开的行为发生系同一天, 申请理由几乎相同, 二审判决书字号相连且内容除当事人外也丝毫不差, 故一并观察。

[31] 案件字号: 不详。

[32] 案件字号: (2014)宿中行终字第 0019 号。

[33] 案件字号: (2014)浙温行受终字第 9 号。

[34] 案件字号: (2014)深中法行终字第 526 号。

[35] 本文仅试图探求已有案例中法官对于第 37 条的适用思路, 尤其是被申请信息公开的企业如何被识别为具有信息公开义务的公共企业, 其他部分予以忽略。另外, 对于进入二审程序的案件, 本文选以一审和二审中具有代表性的论述列出考察。

(续表)

案 件 名 称	判决日期	裁 判 思 路	认定结果
陈开诚诉供电公司案	2014. 10. 23	依《政府信息公开条例》第 37 条的规定,国家能源局已发布《供电企业信息公开实施办法》(2014. 3. 10)	各被告企业均是信息公开主体
孙阳兵诉移动案	2014. 12. 5	被告企业是电子通讯运营商,面向社会公众提供电讯服务,属于公共企业的范畴	

虽然这 7 个案例只覆盖了通讯和供电两个领域,但仍具有很好的参照价值。其原因一是“供电”属《政府信息公开条例》第 37 条的明文列举,对于明确列举的其他领域的信息公开主体的识别具有标杆作用;二是“通讯”未在《政府信息公开条例》第 37 条的明文列举之中,有利于类比识别其他领域的公共企业信息公开主体。

在涉及“通讯”领域的案例中,“王聚才诉联通第一案”是我国申请公共企业信息公开第一案,具有标志性意义。不过,尤其需要指出,在认定企业能否成为信息公开的主体方面,法官在此后的所有案件中进行司法判断的思路与该案存在重大差异:在“王聚才诉联通第一案”中,法官采用的是“形式主义”判断标准,认为其所援引的《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》已经将电讯行业经营者界定为公用企业,即属于“公共企业”或者“公共企事业单位”的范畴,应当按照《政府信息公开条例》第 37 条的规定公开有关信息;其他案例(同样是诉通信公司,甚至出自同一审判长之手的案例)中,法官却不再援引国家工商总局的规章,^[36]而是直接进行“实质主义”判断,认定企业行为的性质符合《政府信息公开条例》第 37 条规定的“提供公共服务过程”,属于“与人民群众利益密切相关”的公共企业。在涉及“供电”领域的案例中,“张华诉电业局案”和“陈开诚诉供电公司案”中法官的不同判断也可以提供有益思路。^[37]如果国务院有关主管部门或者机构制定了具体办法,依“形式主义”判断直接援引即可;如果没有具体办法,则需要进行“实质主义”的审查或者说明。

通过梳理上述案例的裁判思路,本文认为,在没有直接依据《政府信息公开条例》第 37 条授权立法的情况下,法官对公共企业信息公开主体的识别存在逻辑断层。在“王聚才诉联通第一案”中,法官仅仅援引规章认定联通公司是电讯行业的经营者(即公用企业)。但是公用企业是否等同于具有信息公开义务的公共企业,或者公用企业是否属于“企事业单位类”信息公开主体,这本是有疑问的。况且,法官这种“形式主义”判断所指向的国家工商总局 1993 年颁布的《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》并非是直接依据《政府信息公开条例》第 37 条授权制定的具体办法,所以法官更不能在未作任何说明的情况下将“公用企业”和“公共企(事)业(单位)”两个概念直接对应。在其他案例中,法官只是笼统地说明,涉案企业提供了与人民群众利益密切相关的服务,这显然不能解释什么是“与人民群众利益密切相关”,何种服务是“社会公共服务”,哪些企业提供这种服务等一系列问题。在不具备“形式主义”的前提时,法官确有必要借助规范要素对企业行为进行“实质主义”判断,单纯笼统的说明不仅在逻辑论证上不够周延,而且也恐怕会使法院的判决难以令人信服,更无法为公共企业信息公开主体建构统一的识别标准。

^[36] 《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》第 2 条对于“公用企业”的界定,这几个案件涉及的供电、电讯行业的经营者都在明文列举之中。

^[37] 虽然“张华诉电业局案”的案件字号和判决时间不详,但依检索经验和裁判思路来看,本案判决时国家能源局发布的《供电企业信息公开实施办法》尚未出台。基于本文的分析来说,该案的裁判思路仍可提供有益参照。

(二) 学理解释的路径及其商榷

1. “主体类同”和“职能类同”路径

《政府信息公开条例》第37条到底应该如何适用?有论者提出了“主体类同”和“职能类同”两种路径,并将其贯穿于解释第37条的定位,赋予“参照本条例适用”中的“参照”以具体内涵,识别公共企事业单位信息公开主体以及确认具体裁判案例中的适格被告之中。^[38]以信息公开的“企事业单位类”主体是“行政机关类”主体在行为活动方面延伸为视角,论者从主体和活动两方面进行判断:“主体类同”思路是判断两类主体之间在主体方面是否具有相同性;“职能类同”思路是判断两类主体之间在活动方面是否具有相同性。

依托“王聚才诉联通第一案”,论者以“主体类同”的解释路径进行推导。该案的判决书“设定了适用《政府信息公开条例》第37条的要件,即须同时满足一、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”。并且,论者也敏锐地认识到,单单“主体类同”思路无法涵盖所有“企事业单位类”主体,于是尽可能将“主体类同”解释路径引向能够广泛地且突破狭义的范围适用,而限于此一个案例。尤其是没有可依据的明文法律、法规以定位其他公共企业是否可适用《政府信息公开条例》第37条时,则需要寻求另外的思路,即转向“职能类同”的解释路径。^[39]“职能类同”的标准是,划分作为民事法人主体中“私”的内容,判断是否行使行政管理职能或者提供公共服务,它的发生条件有:一是当可以采用“主体类同”路径时,若需划分公共企业在活动中“公”和“私”的领域时;二是完全回避“主体类同”路径,直接针对公共企业的活动与行政活动的职能本质是否具有一致性来判断。

2. 对前述思路的商榷

毋庸讳言,《政府信息公开条例》第37条的设置和规范内容存在较大的讨论空间,“主体类同”和“职能类同”的解释路径为该条文建立起整套的适用规范,实属可贵。但是,在公共企业信息公开主体的识别标准问题上,似乎还有待商榷,下文试述之。

第一,“主体类同”若非明确指向《政府信息公开条例》第37条的授权立法,最终仍需要实质主义把脉。

以“主体类同”和“职能类同”两种解释路径作为公共企业信息公开主体的识别标准,貌似进行了形式主义和实质主义的划分,即判断信息公开的两类主体在形式上的主体方面和实质上的活动(职能)方面是否具有一致性,但实际并不尽然。论者指出,单就“主体类同”而言,公共企业在外观上只有不属于组织法上的行政机关这个唯一的区别。

但本文认为,由于我国在立法上对“公共企业”“公用企业”“公共企事业单位”等概念的关系并未明确,故而即便存在法律、法规明文规定某领域的经营者是“公共(用)企业”的,只要该法规范不是根据《政府信息公开条例》第37条授权,都需要对该“公共(用)企业”是否需要信息公开再进行实质主义的判断,而不能单纯援引其他法规范径行套用。如在“王聚才诉联通第一案”中援引《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》,其中对于“公用企业”的规定,必须经过规范上的逻辑

[38] 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。下文所引论者的观点,如未作说明,皆出自此文。此外,朱文的研究对象是《政府信息公开条例》第37条的“公共企事业单位”,对于“公共企业”和“事业单位”未作具体区分,可以推定为一概适用。本文只围绕“公共企业”作有关论述。

[39] 以“职能类同”的解释路径推导《政府信息公开条例》第37条的适用须满足两项要件,也即为公共企业信息公开主体的识别设置了标准:一是活动或行为主体要件,即在组织性质上登记为“企业”;二是活动或行为的方式要件,即公共服务,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。

推导,才能认定是否属于《政府信息公开条例》第37条所规制的“公共企业”。甚至可以扩大而言,以“主体类同”识别公共企业信息公开主体,必须有根据《政府信息公开条例》制定的法规范或者信息公开方面立法的明确指引。“王聚才诉联通第一案”是能够检索到的我国公共企业信息公开第一案,从中推导“主体类同”产生误区的原因可能在于:一方面《政府信息公开条例》第37条不能完善地被推导适用,另一方面又无其他相关案例供参考,这样判决的思路难免会被限制在个案的主体范围,而没有顾及普遍的适用思路。正如前文检索归纳所示,目前涉及公共企业信息公开的案例已有7个,恰恰是其他案例的思路趋于一致,唯独不同于此案,且实践已经朝向以实质主义来判断企业行为的“公”属性。同样在“陈开诚诉供电公司案”中援引的《供电企业信息公开实施办法》是依据《政府信息公开条例》第37条的授权制定的,这就不证自明了。

重新审视也可以发现,若非明确指向《政府信息公开条例》第37条的授权立法,论者提出的上述“主体类同”两个视角中都蕴含了实质主义要素:第一个视角中,即使只需“广泛地说明相应事项属于政府的行政领域范围”,也必须对相应事项进行一个实质性审查,即判断进行该事项的主体是否行使了类似的行政职权或者提供了公共服务,以及是否排除了内部行为而存在外部性因素等;第二个视角中,如何判断主体是否属于公共企业——此概念在法律上并不明确,而有明确界定某个行业经营者属于公共企业的很少且无法涵盖《政府信息公开条例》第37条概括式的规定范围——这本身就蕴含着实质判断。

第二,“职能类同”未能释明公共企业信息公开行为的本质。

“职能类同”的思路是基于公共企业和“行政机关类”主体在行为方面都具有“行政”或者“公”的属性,即公共企业具备并行使了一定的公共职能。论者仅以“职能类同”作为企业“公”属性和“私”属性的划分界限,但究竟公共职能、行政管理职能和提供公共服务之间关系如何,似乎并未引起论者的注意,至少没有被明确区分。实际在规范层面上,我们可以看出端倪:第37条和第36条这两个条文分别规范“提供公共服务”和“具有管理公共事务职能”的信息公开主体,这是区分两条文的关键所在。若仅依“职能类同”的立场,无法解释证监会等“具有管理公共事务职能”的事业单位为何归于《政府信息公开条例》第36条而非第37条来调整。并且,“职能类同”也仅仅停留在形式外观的识别上,即形式上体现为第37条列举领域的形式,且与外部相关联。这同样未能阐释清楚“公共服务”这一“公”属性的特质。

第三,《政府信息公开条例专家建议稿》(以下简称《专家建议稿》)的意图本身就未拘泥于“主体类同”,而是突破主体外观直接进行实质判断。

论者也提及条例的《专家建议稿》中存在的思路,^[40]但这并没有体现出公共企业需要采用“主体类同”的判断。所谓的“形式标准”仅仅用于国家行政机关信息公开主体资格判断。

相反,论者以此《专家建议稿》的思路总结出“职能类同”的解释路径,实际存在一定的误读。该思路在《政府信息公开条例》中被分化为两个具体条文:“具备行使行政管理职能”的标准被具体化为“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”信息公开的标准;“提供公共服务”的标准则是考虑到当代政府除了行使行政管理职能以外,越来越多地提供公共服务,一些国家还出现了

[40] “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的标准,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,都足以适用政府信息公开的条件。”周汉华主编:《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63页。

政府公共服务私营化的趋势,因此将提供公共服务单独作为一个标准加以列举。^[41]由此可见,无论从专家论证还是文本规范上,“行使行政管理职能”和“提供公共服务”都是偏向一种实质主义的判断方法,且在《政府信息公开条例》第36条和第37条的设置上被反映出来。

第四,司法裁判中已突破“主体类同”和“职能类同”的解释路径。

论者立足“王聚才诉联通第一案”,归纳“主体类同”的理论并将其套用到法院的判决中,这在一定程度上确实是一条简洁的思路。法官当然没有“主体类同”的理论意识,只是恰好已有成文规范界定电讯行业经营者属于公用企业,法院借此将“公用企业”与具有信息公开义务的“公共企业”等同,适用了《政府信息公开条例》第37条。

凡被成文规范明文规定为“公用企业”的就认为属于“主体类同”而适用《政府信息公开条例》第37条,逻辑上确有不妥,这在之后裁判实践中已被纠正。尤其在涉及通信领域的案例中,法官的判断已经突破了论者设定的“主体类同”标准,不再指向《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》,而是采用了更为直接的、针对主体活动性质的考察方式。在“方金华诉电信案”中,法官的论证向前迈了一步,突破了“职能类同”的标准,从中可以嗅出实质主义判断的味道。

第五,完全不必固步在“等内说”,也不必在所谓的制度“起步阶段”畏手畏脚。

论者强调我国公共企业信息公开处于不完善的“起步阶段”,故而对其采取了非常谨慎的解释态度,如“等内说”^[42]、“主体类同”的优先适用等。但如此解释,不符合立法习惯,^[43]有过分限缩规范原意之嫌,甚至有违《政府信息公开条例》第37条的立法宗旨,导致此规范条文无法普遍适用于实践中的纷杂事例。即便只是在“王聚才诉联通第一案”中,被认定为信息公开主体的联通公司就属于电信行业领域,而不在《政府信息公开条例》第37条的9项列举范围之内,又怎符合论者“等内说”或者列举主义的解释方针?当然,在《政府信息公开条例》第37条未得到普遍关注和充分解释适用的现实基础上,论者凭此案例和逻辑推导得出解释路径,无疑具有重要意义。同时,论者也认识到“主体类同”存在如活动细节划分不清等局限性。

从历史经验上看,立法和制度建设之于理论和实践,往往缓慢甚至滞后,尤其我国的公共企业信息公开制度需要同复杂的公共行政改革并行不悖(而对后者的法学理论研究尚且薄弱),相关政策和法律法规未能跟进和协调,所谓制度的“起步阶段”根本也无法划清。然而,司法实践却大步向前,并且对公共企业信息公开主体的识别和条例第37条的适用有了回应。即便所谓的“起步阶段”是常态,那么一切旧常态下的“不可能”都可能在新常态下发生,何况基于常态构建的还不能算是“常态”的理论路径。在径自限定在“起步阶段”进行理论划分,囿于“主体类同”的形式外观之时,未料实践已先行走在了实质主义的康庄大道上。

[41] 见前注[40],周汉华书,第65页。

[42] 主要是对规范文本中“等”字的解释问题,论者提出,《行政处罚法》第42条第1款存在相关例证,实务中采“等内说”(仅限列举的事项)而非“等外说”。(前注[38],朱芒文)但是,另有学者从法律用语、立法意图、价值衡量和最高法院答复这四个角度否认了“等内说”的观点。何海波:《行政诉讼法》(修订版),法律出版社2011年版,第85~86页。

[43] 最高人民法院于2004年印发的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》明确:“法律规范在列举其适用的典型事项后,又以‘等’、‘其他’等词语进行表述的,属于不完全列举的例示性规定。以‘等’、‘其他’等概括性用语表示的事项,均为明文列举的事项以外的事项,且其所概括的情形应为与列举事项类似的事项。”因此,把《政府信息公开条例》第37条列举之外的满足适用条件的公共企业纳入该条规制,符合立法习惯和法律用语的一般含义。

(三) 小结

综上所述,无论裁判还是学说,在逻辑论证上都难以周延,无法为公共企业信息公开主体的识别或者《政府信息公开条例》第 37 条的适用建构统一标准。“主体类同”方面,学者和“王聚才诉联通第一案”的裁判思路都有一定问题,既没有指向《政府信息公开条例》第 37 条的授权立法,也没有相关信息公开立法的明确规定,又没有证成相应法规范之间的关系。“职能类同”方面,由于学者没有对具体的社会公共服务行为提供实质的判断标准,某企业若不属于《政府信息公开条例》第 37 条明文列举的领域,则对其的信息公开就很难推导适用,因此陷入了“等内说”的困境,不利于应对社会发展的需求。尤其在《政府信息公开条例》第 37 条指向的具体办法时,法官近乎“复述条文”式的论证(因为企业提供与人民群众密切相关的社会公共服务,所以属于需要信息公开的企业)也很难令人信服。

三、公共企业信息公开主体资格的厘清

对于公共企业信息公开主体的识别,现有的裁判与学说揭示了这样的困境:一方面,法官在裁判论证中缺乏严密的逻辑链条,亟须理论的武器相佐;另一方面,学者构筑的“主体类同”和“职能类同”的解释路径存在局限,于司法实践而言已是方枘圆凿,也需要理论上的厘清。而究其原因,一是法律规定存在较大的解释空间,且相关具体办法没有及时到位;二是未认清公共企业信息公开的实质原因,没有洞悉公共企业“公”属性的本质。唯有在“方金华诉电信案”中,法官对“通信”领域企业的论证——认为在当前的信息社会中,“传输和处理信息成为人们日常工作、生活的重要内容”,电信企业作为向社会提供信息通讯服务的主要企业之一,属于公共企业信息公开主体,由此能够依稀看到实质主义的曙光。若要准确界定和识别公共企业信息公开主体,为《政府信息公开条例》第 37 条建构统一的适用标准,有必要借助比较法的视野,并最终回归到我国的立法规范上来。

(一) 域外立法例的观察

迄今为止,全球已有 104 个国家和地区制定了有关信息公开法律、法规。其中,近 2/3 是 21 世纪以来的立法,足见信息公开制度近来发展之快。^[44] 不同国家和地区对此所使用的称谓不一:^[45] 从历史的角度看,不同称谓反映了各个国家和地区传统法律文化差异;而从现实的角度看,不同称谓所蕴含的价值内涵和表现出的立法效果趋于一致。很多国家都不同程度地将具有公共管理和服务职能的公共企业纳入信息公开的主体,^[46] 只是对该主体的称谓有所不同,其实质与本文所研究的“公共企业信息公开主体”无异。正如有学者所言:“重要的是说什么,

[44] 数据来自信息自由网“country info”(http://freedominfo.org/,最后访问时间 2015-10-28)。

[45] 除“信息公开法”外,还有“信息自由法”“信息获取法”等。其中,“信息自由法”(freedom of information act,简称“FOIA”)一词使用居多。不过,也有人认为此属用词不当,应从公民权利的角度称为“知情权法”(right to know laws)。参见杨伟东:《政府信息公开主要问题研究》,法律出版社 2013 年版,第 35 页。

[46] 当然,也有很多国家并未明确将公共企业纳入信息公开主体,甚至还有明确规定公共企业不是信息公开主体。这个反面典型首推瑞典,它是世界上第一个立法保证个人有权获取公共机构所掌握信息的国家(1766 年《新闻自由法》);但另一方面,瑞典司法部长曾作解释:即使属于国家所有或受国家控制的公司,也不属于“公共机构”。这是一个明显的缺陷,特别是在现代社会中,许多公共职能都由公司行使。参见托比·曼尔德:《信息自由:多国法律比较》,龚文序等译,社会科学文献出版社 2011 年版,第 139 页。

而不是用什么词说。”^[47]通过表4的梳理,本文希望能从其他国家和地区的立法例中寻觅到对于公共企业信息公开主体的合理规定和解释,以裨益于我国公共企业信息公开主体的界定和识别。

表4 其他国家和地区有关“企业信息公开主体”的立法规定概览^[48]

国家或地区	法规范	具体规定
英国	《信息自由法》(2000)	法律指定哪些组织属于公共机构的主要手段,是把名单列在长达18页的一览表1中,在特定情况下,国务大臣可以对该表进行删减(第4条),或者可以将“行使公共性质职能”或者为公共机构提供相关服务的组织指定为更广义的公共机构(第5条),还包括公营企业(第6条)
美国	《信息自由法》(2009)	信息公开主体“机关”(Agency)的定义包括了“政府公司”(Government corporation)、“政府控制的公司”(Government controlled corporation)[第(f)(1)小节]
阿塞拜疆	《信息获取法》(2005)	作为信息所有者的“公共机构”,包括执行公共职能的法律实体,“在法律证书或合同的基础上,在教育、医疗、文化和社会领域内”经营的私有法人实体(第9条)。全部或部分国有或受国家资助的机构,以及占市场主导地位或独占市场地位或权利的法律实体,或在自然垄断的领域中运作的机构,也被认为是与某些类型信息相关的公共机构,这些信息包括“商品的提供、定价,以及在这种条件和价格下的服务和变化”等
牙买加	《信息获取法案》(2002)	作为公开主体的“公共权力部门”纳入了牙买加政府或某机构持有50%或以上股权的任何政府企业。后又通过部长命令的方式,将该法的适用范围扩大至其他政府企业(即政府持有的股权少于50%的公司)或其他提供公共性质服务的机构(后者被认为是牙买加“福利”社会的基本组成部分)
秘鲁	《透明化与公共信息获取法》(2003)	国有企业也“遵守本法规定的信息公开程序”(第8条),私人法律实体也“有义务告知公众所从事的公共服务的特点、成本和行政职能”(第9条)
南非	《信息公开促进法》(2001)	私营机构“若与某些信息相关可被视为公共机构”(第8条)
泰国	《官方信息法》(1997)	公开主体纳入了“国有企业”(第4条),但不涉及获得大量公共资助的私人机构
芬兰	《政府活动公开法》(1999)	立法将“权力机关”做了非常宽泛的解释,当然地包括了“国有企业”(第4条)

[47] 何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第18页。

[48] 根据以下文献整理:前注[46],托比·曼尔德书;前注[40],周汉华书,第65~68页;日本方面参考刘杰:《日本信息公开法研究》,中国检察出版社2008年版;美国方面参考后向东:《美国联邦信息公开制度研究》,中国法制出版社2014年版;台湾方面参考汤宗德:《行政程序法》,载翁岳生编:《行政法》(下册),中国法制出版社2009年版,第1061页。其他国外立法例对于公共企业信息公开的主体规定还可以参考朱芒教授整理中对应公共企业信息公开的部分,前注[38],朱芒文。

(续表)

国家或地区	法规范	具体规定
乌干达	《信息获取法案》 (2005)	公开主体包含“依法成立的公司”(第4条)
罗马尼亚	《自由获取公共利益信息法》 (2001)	公开主体是“权力机关或者公共机构”,包括了“任何国家公司”,前提是“使用公共财政资源”(第2条)
日本	《关于独立行政法人等保有的信息公开的法律》(亦称《独立行政法人信息公开法》),2005)	公开主体包括该法规定的独立行政法人以及附表1列举的法人(第2条)。前者规定“从国民生活及社会经济安定等公共立场出发有确实实施必要的事物及事业,国家自己作为主体直接实施没有必要的,其中委以民间主体实施又未必能够实施的,并且有必要由一个主体进行垄断而且是有效率和有效果的,以此为目的,根据本法以及个别法的规定设立的法人”;后者列举了如冲绳振兴开发金融公库、公营企业金融公库、国际协力银行、日本银行等
我国台湾地区	“资讯公开法” (2005)	将义务主体由台湾地区“行政程序法”的“行政机关”扩大为“政府机关”,同时将义务主体由公部门(机关、机构)扩大至私部门(第4条)

纵览上表,其他国家及我国台湾地区的立法例或多或少对于“公共企业”的概念作了解释,或者是直接明确哪些企业有信息公开的义务(如英国、日本),而不是单单采用“公共企事业单位”这样的抽象概念。在信息公开立法主体的设置上,域外立法例大都将行政机关以外的各种称谓的“公共企业”解释为一是获得部分或者全部“公”的资助;二是具备一定领域的“公”的服务职能;三是存在该职能范围内“公”的行为(或者说是行使该“公”的职能)。行政法理论较为完备的国家和地区,对于信息公开主体的阐释也较为细致。尤其是实行在法人制度下公、私法人的区分,也为界定需要信息公开的公共企业做好了铺垫。并且,特别注意的是,域外立法例较多地侧重以资金来源作为公共企业划分的标准,各信息公开立法中很自然地将国家全部或部分拨款的公司企业纳入规制主体之中。同时,不从公共财政获得支持但也承担公共职能的私有机构也正逐步被吸收进来。

(二)“公”属性当作“狭义之狭义”的理解

信息公开主体的“公”属性,主要表现为其所承担的公共职能,即信息公开主体管理公共事务或者向社会公众提供公共产品和公共服务。从信息公开法规范的视角出发,本文将信息公开主体的公共职能区分为公共管理职能和公共服务职能。从字面上看,“管理”和“服务”似易于区分,但若放在“公共管理职能”和“公共服务(职能)”的语境之中却似乎又难以分辨。有人认为,广义上的“管理”也包括提供服务,并将“公共管理职能”定义为公共主体为实现公共目标,向社会提供公共物品和服务的过程中所体现出来的功效与作用。这似乎使其与“公共服务(职能)”发生混淆。原因在于,随着现代行政理念的转变,公共行政的定位呈现出由传统的“管理与规制”,转变成更为缓和的“给付与合作”的趋势,并逐渐以后者作为实现行政目标的主要手段。本文立足我国《政府信息公开条例》规范上的格局,认为有必要区分“公共管理职能”和“公共服务职能”的内涵,并引导其指向不同的信息公开主体。

公共管理职能以规制行政为基础,涉及整个社会的公共事务,包括强制、处罚等行为。其可能

附带有一定的服务性,但是主要以管理公共事务为核心。公共服务职能则是以给付行政为基础,单纯以提供普遍服务为目的。内容上包括市政公共服务(如供水、供热、供气、园林绿化)、社会公共服务(如教育、医疗卫生、计划生育)、经济公共服务(如金融、信贷)、秩序公共服务(如国防、消防)等。具体到企业信息公开而言,公共企业信息公开主体承担的应是公共服务职能,即具有所谓狭义的“公”属性。

如此,便使《政府信息公开条例》“行政机关类”主体和“企事业单位类”主体信息公开缘由的本质得以被甄别:前者需要信息公开因其侧重于管理职能;后者需要信息公开因其侧重于服务职能。但是,对于公共企业信息公开主体行使公共服务职能,仍要作狭义的理解——不仅仅提供的是公共服务,还须是满足社会公众普遍需求的服务,即社会公共服务。基于“国家-社会”二元论,公共服务除了指向社会之外,还指向国家(国安、国防等)。此处排除了后者,仅将其理解为指向社会的公共服务,此即所谓对公共企业信息公开主体的“公”属性作“狭义之狭义”的理解。

(三)“与人民群众利益密切相关”是“社会公共服务”的应有之意

如何理解“与人民群众利益密切相关”和“社会公共服务”?这是解释适用《政府信息公开条例》第37条的基础,也是识别公共企业信息公开主体的关键所在。到底“与人民群众利益密切相关”是作限定、区分性的修辞,还是作描述、强调性修辞来解释?哪些属于“与人民群众利益密切相关”的公共企业?什么又是“社会公共服务”?

行政法规上有个经典的例子可作类比讨论——对于2000年颁布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第1条第2款第4项“不具有强制力的行政指导行为”的理解。^[49]此条文一出,便引发争议,围绕的焦点是:“不具有强制力的”的修辞是限定、区分语,还是描述、强调语?鉴于我国行政诉讼立法起步较晚、时间不长,宜应从当时的立法背景出发,探究立法者采用此修饰语的真正立法意图。故而通说认为,我国开启行政诉讼之初,公众甚至法律工作者对于行政指导并不了解,传统也认为加上“行政”二字似乎就有命令、强制之意,故而立法者“用心良苦”地将行政指导不具有强制力的客观事实强调出来,避免在法律实务中带来不必要的解释麻烦。

就《政府信息公开条例》第37条的立法语境来看,本文认为对“与人民群众利益密切相关”也应作描述、强调的解释。原因首先在于,公共企业的“公”属性即涵摄了公益性。换句话说,在“公”属性的层面上,公共企业的职能本就是与人民群众利益密切相关的。其次,公共企业之所以需要信息公开,究其原因在于公共企业提供了社会公共服务。社会公共服务本身意在满足“与人民群众利益密切相关”的需求。再次,逻辑上也难以得出社会公共服务领域与人民群众利益的关系程度有“密切”和“不密切”之别。复次,无论是“与人民群众利益密切相关”还是提供“社会公共服务”,都意在强调公共企业的外部性行为,排除内部管理行为。因此,作为信息公开主体的公共企业,“与人民群众利益密切相关”的表现就是提供“社会公共服务”,后者是前者的

[49] 如果是作限定、区分解释,意为行政指导行为还有“具有强制力”的情况,即将行政指导区分为具有强制力和不具有强制力两种,反向推理可能得出结论——存在具有强制力的行政指导行为属于行政诉讼受案范围。这显然有悖于行政指导行为的原意,值得商榷。如果是作描述、强调解释,用以说明行政指导行为是不具有强制力的,即将行政指导的内涵特征又拿来修饰行政指导,不符合法律用语应当精练、准确的要求,未免有画蛇添足之嫌。虽然受制于立法语义不明,两种理解皆有不妥之处,本文还是倾向于做描述、强调的修辞,而非限定、区分之意。原因是如果行政行为具有强制力,或者说具有行政指导的外观,其实是强制要求行政相对人为或者不为一定行为的,这就不属于行政指导行为,而是行政命令,后者不被排除在行政诉讼受案范围之外。

应有之义。

(四) 公共企业信息公开主体的界定

1. 公用事业视角的导入

“公用事业”作为一个法律概念,并未被我国法规范明确界定,而只是以行业领域不完全列举的形式表现出来。^[50] 在规范层面上,我国的公用事业分为市政公用事业和供电、邮政、电讯、公共交通运输(铁路、水路、民航等)等其他公用事业。随着社会发展和规制手段变化,公用事业领域必定也会有相应的调整,包括但不限于上述列举行业。这在立法上也预留了充分的空间。

就学理上所理解的“公用事业”而言,根据王文宇先生的研究,我国台湾地区相关规定中有狭义、广义和最广义三种:^[51]狭义仅指经营供给电能、热能、供水、电信(电话)之事业;广义是除狭义外,还包括公共运输(如铁路、航空、邮政等);最广义是指除广义外,更包括卫生、水利等事业。本文认为,《政府信息公开条例》第37条所规制的提供社会服务、满足公众普遍需求的领域,事实上对应的就是最广义的公用事业,不仅包括市政领域,还包括电信、能源、公共交通,甚至教育、医疗卫生、金融等领域,具有公益性、较强的垄断性等特征。

2. 公共企业信息公开主体的定义

对“公共企业”的定义不同,导致规范上与“公用事业”“公用企业”的关系不同。我国台湾地区对公共企业理论研究较为翔实,其对公共企业的分类可以提供参照:公共企业依其所经营事业的性质,可区分为土木事业(如荣工处)、交通通信事业(台铁、“中华”电信)、经济金融事业(台银)、社会厚生事业(台大医院),以及教育文化事业(公营剧场、音乐厅),并且在各该领域适用个别的法规范。^[52] 由此观察,台湾地区乃是将公用事业的经营者定义成公共企业,并依据其所经营的不同性质的事业,将公共企业予以分类。

本文认为,在我国信息公开法领域,“公共企业”的概念与规范上“公用企业”的概念相同,可以相互替换使用,即,公共企业信息公开主体是我国公用事业的经营者。由于公用事业可以由民营企业或者国营企业经营,进而公共企业信息公开主体在形式上可以分为国有企业和民营企业。进一步而言,作为公共企业信息公开主体的国有企业即为公益类国有企业;^[53]对于民营

[50] 有关定价的《价格法》和有关特许经营权取得的《招标投标法》,与“公用事业”有密切联系,但都未对其概念做出界定。有列举的比较有代表性的有:国家工商行政管理局1993年颁布的《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》第2条列举了公用事业包括“供水、供电、供热、供气、邮政、电讯、交通运输等行业”;原建设部2002年颁布的《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》的规定尤为具体,它在第2款“开放市政公用行业市场”中将市政公用事业分为“供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等经营性市政公用设施”和“市政设施、园林绿化、环境卫生等非经营性设施”;原建设部2004年颁布的《市政公用事业特许经营管理办法》将市政公用事业表述为“城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业”。

[51] 王文宇:《公用事业管制与竞争理念之变革——以电信与电业法为例》,载《台大法学论丛》第29卷第4期,第86、90~92页。转引自邢鸿飞、徐金海:《公用事业法原论》,中国方正出版社2009年版,第12~13页。

[52] 黄锦堂:《行政组织法之基本问题》,载翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社2009年,第478页。

[53] 2015年8月24日,中共中央、国务院印发的《关于深化国有企业改革的指导意见》中规定:“公益类国有企业以保障民生、服务社会、提供公共产品和服务为主要目标,引入市场机制,提高公共服务效率和能力。这类企业可以采取国有独资形式,具备条件的也可以推行投资主体多元化,还可以通过购买服务、特许经营、委托代理等方式,鼓励非国有企业参与经营。对公益类国有企业,重点考核成本控制、产品服务质量、营运效率和保障能力,根据企业不同特点有区别地考核经营业绩指标和国有资产保值增值情况,考核中要引入社会评价。”

化企业,根据民营化程度不同,还可以有政府特许企业、完全的市场化企业等形态的划分。无论企业形式如何,公共企业作为信息公开主体均以提供与人民群众密切相关的公共服务为基本内核。

3. 公共企业信息公开主体的特性

《政府信息公开条例》第37条规制的即是公用事业领域。作为信息公开主体的公共企业便可对应作为公用事业经营者的公用企业。公用事业具有公益性、垄断性等特征,有学者将其概括为:“公益、垄断、规制、竞争”。^[54] 基于公用事业,可以推导出公共企业信息公开主体具有“四性”:行为的公益性、一定的垄断性、受行政规制性和受政策支持性。

第一,行为的公益性。公共企业信息公开主体提供公共服务的行为,关系基础民生,将社会效益置于优先地位,将实现公共利益作为行为的出发点。第二,一定的垄断性。出于社会公益的考虑,国家赋予公用事业以较强的垄断性,在引入企业进行经营的同时,仍然要保持一定的自然垄断、市场垄断或者行政性、政策性的垄断。第三,受行政规制性。本质上由企业经营公用事业是政府“松绑”的结果。后者以“掌舵者”的姿态行使着监督管理的职责。公共企业信息公开主体提供公共服务受到政府或者行政部门实施的准入、定价、退出等强制性约束。第四,受政策支持性。公共企业信息公开主体受政策支持性可以表现为,全部或者部分由政府财政拨款,或者,由政府提供具有公共政策导向性的、提供社会公共服务的机会和定价监管,由企业主体进行投资竞业、服务收费等自主经营,遵循成本与收益的经济学法则。

(五) 现有框架内“两步走”的识别标准

《政府信息公开条例》第37条是一个授权规范,在现有的规范框架内,识别公共企业信息公开主体、认定企业是否具备信息公开主体资格,可以采取“两步走”的路径:

第一步,从形式主义出发,如果国务院有关主管部门或者机构根据《政府信息公开条例》第37条的授权,制定了相应的公共企业信息公开具体办法,或者地方上其他有关信息公开的规范中明确规定了公共企业信息公开,则径行依照具体办法确定公共企业信息公开主体即可。

第二步,如果没有相应的授权立法,或者相应授权立法的规定也不明确,则需要进行实质主义的判断。若某企业同时满足行为的公益性、一定的垄断性、受行政规制性和受政策支持性这“四性”,即可认定其具备公共企业信息公开主体资格。

经过“两步走”,若识别出企业具备信息公开主体的资格,即受到《政府信息公开条例》第37条的调整,再结合具体情境中是否有公共信息的存在(即在公共企业提供普遍服务的过程中是否制作、获取了相应的公共信息)以及是否涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等情况,判断是否需要信息公开。

结 语：识别公共企业信息公开 主体的现实和理想

对于《政府信息公开条例》明文列举的9个领域,国务院有关主管部门或者机构均已制定了具体的执行办法。对这些领域中的公共企业信息公开主体,完全可以根据具体的部门规章规定一步到位加以识别。举例而言,多年来沸沸扬扬的关于经营性高速公路收费信息不公开的质疑事例屡

^[54] “在这四项特征中,公益性和垄断性是公用事业的根本特征,规制性和竞争性是基于公益性和垄断性的衍生特征。”前注[51],邢鸿飞、徐金海书,第21~26页。

见不鲜(虽引公众热议,但均未进入司法领域)。^[55] 争议的焦点在于经营性高速公路是否属于“公共交通”,公众是否可以依据《政府信息公开条例》第37条申请经营高速公路的公司公开信息。事实上,2008年交通运输部根据《政府信息公开条例》等制定的《交通运输公共企事业单位信息公开指导意见》已经将“公路经营”单位纳入其中,完全可以据此认定经营性高速公路的经营者具有公共企业信息公开主体资格。

在如今的中国,并非所有提供“与人民群众利益密切相关”的社会服务的领域中都有公共企业存在。如计划生育领域基本只有事业单位。但是随着民营化和政治经济体制改革的深入,政企、政事被分开后,企事两者也将被逐步剥离。在从单一的社会结构向多元化转变时,企业也不会被淹没在传统国家机器之下,而是在社会治理中开辟出承担公共职能、提供公共服务的一席之地。一旦公共企业在相关领域伴随民营化等改革而出现,在形式主义的具体办法尚未跟进之时,以实质主义识别标准完全可以将其纳入到信息公开的立法规制之中。

本文基于规范法学的分析,针对公共企业信息公开主体,在现有框架内提出“两步走”的识别标准,以期搭建逻辑链条,周延法律规范,最终裨益于司法实践操作。此外,《政府信息公开条例》第37条无疑具有较大的完善空间,日后无论是将其上升为《政府信息公开法》还是制定统一的《信息自由法》,立法者对于公共企业信息公开的规定都需要进一步细化和完善。在公众知情权意识不断提高和信息网络日益发达的当今形势下,以及考虑到我国公共企业都有上位的登记主管机关,国务院有关部门或者机构在制定公共企业信息公开具体办法时,可以列出相应领域内公共企业的“外延清单”,^[56] 联网动态更新。若能如此,公共企业的信息公开主体资格问题将不再是问题。

(责任编辑:蒋红珍)

[55] 相关事例请见:陈煜儒:《政府信息公开条例急需细则完善》,载法制网(http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2008-07/01/content_889680.htm,最后访问时间2014-06-18);《媒体对首都机场高速公路收费提多点质疑》,载《中国青年报》2011年7月4日,第5版(<http://www.chinahighway.com/news/2011/548409.php>,最后访问时间2014-06-18);张志龙、徐海波:《三问地方政府——部分高速公路延长收费期限追踪》,载新华网(http://www.bj.xinhuanet.com/bjyw/2014-01/10/c_118913526.htm,最后访问时间2014-12-12)。

[56] 贵州省人民政府于2014年12月5日颁布的《贵州省公共企事业单位办事公开指导意见》中即附有“贵州省实施办事公开改革的公共企事业单位范围”清单:

“一、教育(高等教育、中等教育、初等教育、学前教育、职业教育、特殊教育、考试招生、培训机构等)公共企事业单位。

二、医疗卫生(医院、医学研究、医疗救援、疾病预防控制、公共卫生、药具管理、技术服务)、计划生育、民政(婚姻登记、社会福利、殡葬管理等)、社会救助(救助管理、救助机构)、社会保障、劳动关系、就业培训、人才管理、社会福利公共企事业单位。

三、生产生活服务(供水、供电、供气、供热、网络通信、邮政、气象)、城市管理(市政管理、园林绿化、环境卫生、市政工程质量)、水务管理(节水、排水、河道管理)、住房保障、物业管理公共企事业单位。

四、公共交通(公交、出租车)、交通管理(车辆审检、车辆号牌管理、道路维护管理、机动车维修、驾驶培训)、道路运输(运输物流、客运站)、航空运输、铁路运输、环境保护(环境质量监测、环境监察、辐射管理)、国土资源(测绘、土地、矿产资源)、农业农村(农技服务、农业市场信息、森林资源管理、自然保护区、水土保持监测、水利工程管理、扶贫开发技术指导)、旅游(景区)公共企事业单位。

五、金融(银行、保险、证券、产权交易)、体育(体育彩票、体育场馆)、法律(律师、公证、法律援助)、文化(图书馆、文化馆、文化艺术品市场、文艺类产品网上传播)、工商、质监、安监、科技、版权、人防等公共企事业单位。”