

公共企事业单位信息公开的路径选择

——新型冠状病毒肺炎疫情引发的法律思考

陆海波, 孟鸿志

(东南大学法学院, 江苏南京 211189)

摘要: 新冠肺炎疫情中暴露出了信息公开制度的一系列问题, 其中作为事业单位的疾病预防控制中心和医疗机构是否应当对相关疫情信息进行公开引起了公众的普遍关注。《中华人民共和国政府信息公开条例》对公共企事业单位只作了原则性的规定, 现有的“最小存留适用”“最大限度适用”和“脱条例化”的公开路径理论均存在不同的缺陷。公共企事业单位作为一个整体对外虽然与行政机关存在相似性及差异性, 但其相互之间也并不完全相同, 公开主体与公开目的都存在一定的特殊性及不同之处, 因而无法适用统一的公开路径, 需遵循“入条例化”和“脱条例化”的双重路径进行信息公开。当公共企事业单位同时符合“实质控制”“公益性”和“弱竞争性”的标准时应当按照“入条例化”路径展开, 否则按照“脱条例化”的路径进行公开。

关键词: 公共企事业单位信息公开; 双重路径; 入条例化; 脱条例化

中图分类号: DF36

文献标志码: A

文章编号: 1671-4970(2020)02-0022-09

新型冠状病毒肺炎给 2020 年伊始蒙上了一层阴影, 对人的生命健康和国家的经济发展造成了重大影响。从此次疫情中我们看到了一些政府治理能力的不足, 也看到了相关行政机关和公共企事业单位在信息公开方面的一系列问题, 这些问题都是导致新冠肺炎如此扩大的原因之一。更有言论认为如果武汉的相关医院或中国疾病预防控制中心早日公布新冠肺炎人传人的证据, 这场疫情便不会如此大范围流行。但是《中华人民共和国传染病防治法》

(以下简称《传染病防治法》)第 31 条只规定了个人或医疗机构具有向疾病控制机构报告的义务, 第 30 条只规定了疾病预防控制机构具有向相关行政机关或政府报告的义务, 均未规定医疗机构或疾病控制机构具有向社会公开的义务。疫情信息的公布则由第 38 条规定交由卫生行政部门负责。因此,《传染病防治法》并未规定医院或疾病预防控制中心这样的事业单位对传染病疫情信息进行公开, 但也并未作出禁止性规定。因此, 在此次疫情初期尚未暴发、流行

收稿日期: 2020-02-21

基金项目: 国家社会科学基金重点项目(18AFX007)

作者简介: 陆海波(1990—), 男, 江苏高邮人, 博士研究生, 从事行政法学研究。

时,出现了人传人的证据而相关卫生行政部门公布了错误甚或虚假信息的情形下,是否可以借由《中华人民共和国政府信息公开条例》^①的第55条的规定,由上述事业单位公开人传人的证据信息呢?而要回答这个问题,离不开对公共企事业单位信息公开路径选择的回应,即究竟是按照政府信息公开的制度予以公开,还是需脱离政府信息公开制度单独予以规定?

一、公共企事业单位信息公开路径的理论分歧

早在2007年发布的《条例(旧)》第37条便规定了“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”需要公开,而如何公开只规定了“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”。该表述过于模糊,无法直接适用,故而引起了学界的争议:公共企事业单位的信息公开路径是遵循政府信息公开的规定,还是应当区别对待,另行规定?2019年《条例(新)》将其修订为“依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行”,这种将“参照”变为“依照”是否意味着公开路径上发生了变化?目前学界共有3种理论,这3种理论不论是修订之前还是修订之后都得到了相关学者的支持。

1. “最小存留适用”理论

《条例(旧)》第37条列举了9种公共服务领域,随之而来的问题是,公开主体是否只限于该9项领域?信息究竟如何公开,即是否可以直接作为政府信息予以公开还是需要交由行政机关另行规定?朱芒教授也正是基于对这些问题的回应,从“主体类同”与“职能类同”出发,创设出了“最小存留适用”的理论,即尽量通过解释的方法将公共企事业单位的信息公开解释为政府信息公开,从而适用《条例(旧)》的前36条规定,实在无法解释为政府信息公开的才适用第37条^[1]。前36条和第37条的规定在公共企事业单位信息公开的适用中,构成了一种“一般-例外”^[2]的关系。

但“最小存留适用”理论无法消弭其对于行政主体理论所造成的冲突,因为多数公共企事业单位并无上级行政机关,无法成为行政复议的对象;且该条款并非授权条款,而是一项“义务的适用性规定”^[3],使其无法成为适格的行政诉讼被告而被法

院驳回,进而造成了公众知情权被侵犯之后无法救济。当然,实践中也有法院直接避开对被告的认定,进而突破《中华人民共和国行政诉讼法》被告制度的规定而予以受案裁判,如“潘国民诉承德市双峰寺水库工程建设管理局案”^②等。这种做法在一定程度上保障了公民的知情权,但对法律体系却造成了更大的冲击。而由“参照”到“依照”的变化更是为“最小存留适用”的理论斩断了逻辑连接点,无法成为现行条例合理的解释。

2. “最大限度适用”理论

“最大限度适用”理论也早已有之,似乎与《条例(新)》更为契合,也可将之称为“条例的兜底适用”规则。该解释刚好与“最小存留适用”相反,即只要相关行政机关出台了细化规定,就必须最大限度地依据其规定进行信息公开,当不存在细化规定时,才能由公共企事业单位依据自身实际参照政府信息公开的规定裁量执行^[4],即政府信息公开的规定只是作为公共企事业单位无规范依据情况下的兜底、变通适用。但这种解释也存在难以填补的漏洞。

首先,《条例(新)》第55条的规定并非只是对《条例(旧)》语言表述的完善以填平其存在的歧义,“参照”变为“依照”意味着适用路径在根本上发生了变化,而“最大限度适用”与“最小存留适用”都可基于对“参照”进行解释而得出,最高法院完全可以直接出台司法解释将该适用方法确定下来,而无需对《条例(旧)》进行修订。

其次,该条款对公共企事业单位的信息公开是按照行业领域列举的,且已有的细化规定也基本限于条款所列举的几个领域,这便意味着其信息公开并非关注主体的公共性,而是以主体所属的行业领域不同适用不同的规定。此种不考察公开主体所承担公共职能、提供公共服务的重要性,而仅以其行业性质确定公开强度的做法,不符合实质法治的要求。

3. “脱条例化”理论

“脱条例化”理论认为公共企事业单位信息公开并非基于知情权产生,而是“作为行政管理措施的信息公开”,即公共企事业单位作为行政机关的

① 《中华人民共和国政府信息公开条例》最初于2007年公布,在2019年进行了修订,故而以下对修订之前的条例称之为《条例(旧)》,修订之后的条例称之为《条例(新)》。

② 承德市中级人民法院(2018)冀08行终1号行政裁定书。

监管对象,为便于行政机关的监管而公开相关信息,应当完全脱离《政府信息公开条例》的束缚,其是否公开交由行政机关决定^[5]。《条例(新)》第55条的规定使得相关学者认为公共企事业单位信息公开路径的“脱条例化”变为了现实^[6]。但是,基于“脱条例化”的制度实施也将带来下列问题:

其一,如何处理公共企事业单位信息公开的规章及规范性文件与《条例(新)》之间的关系?国务院各部委依据《条例(旧)》出台了一些规定^①,以规范各自不同领域的公共企事业单位的信息公开,但这些都是基于原来的“参照”规定而制定的,并未突破《条例(旧)》对政府信息公开的规定。因而,当依据相关规定推行公共企事业单位的信息公开时,便又变成了“参照”适用的路径,使得《条例(新)》的修订失去意义。

其二,部分公共企事业单位信息公开的责任减轻。美国的《信息自由法案》依据所有权规则将政府公司或者政府控制的公司纳入政府信息公开的主体之中,我国也存在着类似于美国政府公司一样,承担了一定行政目的国有企业或事业单位。如“郑银洪等六人诉峨眉山市旅游经济开发区管理委员会案”(以下简称“郑银洪案”)^②中的管委会、“戴伟诉济南市槐荫区房屋征收服务中心案”(以下简称“戴伟案”)^③中的房屋征收中心等,它们均不是法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织,却依据政府的其他规范性文件承担了一定的管理职能或者行政目的。“脱条例化”适用也将如同两案的判决一样,使得其承担的信息公开责任得以逃脱。

其三,存在政府责任逃逸的可能。脱条例化路径使得一切公共企事业单位的信息全部按照行政机关的相关规定进行,掌握规则制定权的行政机关集公共企事业单位的监管主体与归属单位于一身,必然将其自身对政府信息公开的责任降到最低,从而无法保证制度正常、公正地运转。而且,虽然规章无法授权法律保留的事项,但依然可以授权其他组织进行公共事务的管理,行政机关便可通过委托的方式将相关的公共事务管理职能交由其他组织行使。因此,行政机关可能将其不愿意公开信息的相关事项交由其他组织来承担,从而逃避了政府信息公开的义务。

4. 结语:规范解释需另辟蹊径

上述3种理论都无法完全解决公共企事业单位的信息公开问题,究其原因,它们均简单化地将所有

公共企事业单位作为一个整体对待,或者虽有区分,也只是对其进行行业区分,同一行业领域内也是作为整体对待,并未看到不同的公共企事业单位所承担职能的差异性。因此,不能仅仅基于单独的“依照”一词对《条例(新)》进行文义判断,更不能将公共企事业单位视为一个整体,而是要从我国的实际出发,分析公共企事业单位信息公开的特殊性,才能确定公共企事业单位的信息公开路径。

二、公共企事业单位信息公开的特殊性

公共企事业单位信息公开制度的确定与政府信息公开制度应否相同?对此问题的回答必须建立在公共企事业单位信息公开相对于政府信息公开有无特殊性的基础之上。

1. 信息公开主体的特殊性

目前,学界对公共企事业单位信息公开的研究,多数都只将公共企事业单位作为一个整体与行政机关进行对比,并未注意到公共企事业单位相互之间的不同。正是基于此种较为片面的认识,才使得诸多学者的理论在适用中存在不同的缺陷。

(1) 公开主体产生的特殊性

在全球范围内,对公共企事业单位的称谓虽有所不同,但其产生的主要原因基本相同,是伴随着世界范围内民营化浪潮的兴起而来。除此之外,在我国还存在着另一项原因,即行政编制总量控制的必然。我国政企分开、政事分开的改革虽然改善了政府办企业、办事业的现状,但多数企业或事业单位并未放权,“有些地方只是将原有的一些行政机构退出党政序列,但并未真正的减少,而是采取变通的办法”^[7],仅仅将其名称或性质变更为企业或事业单位。甚至有些地方政府想要增设一些具有行政管理职能的行政机关,但由于行政编制总量控制的限制,只能采取“堤内损失堤外补”“行政编制不够用事业

①现行有效的有:《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》《高等学校信息公开办法》《环境保护公共事业单位信息公开实施办法(试行)》《供电企业信息公开实施办法》《慈善组织信息公开办法》《教育部关于推进中小学信息公开工作的意见》《交通运输部公共企事业单位信息公开指导意见》。已失效的有:《供电企业信息公开实施办法(试行)》《人口和计划生育技术服务机构信息公开办法(试行)》《医疗卫生服务单位信息公开管理办法(试行)》。

②乐山市中级人民法院(2014)乐行终字第77号行政裁定书。

③济南市中级人民法院(2017)鲁01行终522号行政裁定书。

编制凑”的策略^[7],“纯粹由地方政府根据编制需要设定”^[8],将其增设为事业单位。同样的情形也存在于公共企业之中,如2015年天津爆炸案当中的消防部门便是企业组织。但这些公共企事业单位与真正的行政机关并无任何不同,因而其信息公开与政府信息公开也不应存在区别。

(2) 公开主体相互之间的差异性

公共企事业单位首先存在“公共企业”和“事业单位”的区分^[9]。这两者之间本就存在巨大差别,各自内部也存在不同定位,无法用统一的制度进行调和。

公共企业的概念不甚清晰,法律规范也未对其进行界定,甚至还有“公用企业”“公用事业”及“公益类国有企业”的称谓,导致公共企业的范围不能确定。从《条例(新)》第55条的规定可以看出,公共企业的界定不能以国家所有权为标准,而应当以服务的公共性质出发^[10],对其采用产品性的标准进行解释^[11],即提供公共产品的企业就是公共企业。但“公共产品本身的多元和不确定”^[12],也使得公共企业无法完全确定。即使能够对公共企业作出完全界定,也存在着国有企业与民营企业之分。两者在资金来源、企业设立、人事管理、自然垄断等方面存在着天然的不同,而且,国有企业也存在营利性与公益性之分,自然对信息公开所承担的义务不尽相同。

事业单位更是存在财政全额支付、差额支付以及自收自支等不同类型。自收自支类型的事业单位更类似于企业,甚至该类型的部分事业单位实质上并不承担或很少提供公共服务的职能,如属于事业单位的酒店或宾馆。而且,基于我国的国情,许多事业单位是基于“三定方案”而非法律、法规的授权产生了公共事务的管理职能,仍将其与不享有公共事务管理职能的事业单位一视同仁,则可能导致权力的滥用。另外,我国的公共企业与事业单位之间还存在互相转变的可能。造成如此混乱的原因在于我国“公共职能组织的设定大多是基于编制的考虑,公务的专门性和职权合理性考虑得很少”^[8]。

2. 信息公开目的的特殊性

《条例(新)》第1条的内容包含了三个方面,分别为:保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息;提高政府工作的透明度,建设法治政府;充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用。因此,有学者认为这三个方面的内容

正是政府信息公开的三重目的^[13];另有学者认为这三重目标并非政府信息公开的核心目标,其核心价值目标应当是强化民主政治^[14];更有学者认为建设法治政府和发挥政府信息的服务作用并非是立法目的,而是立法的功能,唯一的立法目的应当是保障知情权^[15,16]。不管是上述单一立法目的说、三重立法目的说还是核心价值目标说,无论“建设法治政府,强化民主政治”是政府信息公开的立法目的或立法功能,都不能否认其对政府信息公开制度建立与运行的重大作用。因此,政府信息公开的目的具有一定的客观面向,更多表现为一项客观的法律制度。正如刘艺教授所言,“政府信息公开立法的依据和真正动力就是国民主权的宪政基础和为实现这一宪政目标的政策动力”^[17]。即便知情权是政府信息公开的目的,但其“具有权利主体的自用功效和对政府权力进行监督的他用功效的统一性”^[18],仍然无法排除政府信息公开法律制度的客观属性。

而公共企事业单位已在上文对其进行了区分,对于仅因行政编制总量控制而设置的公共企事业单位,其本身与行政机关或法律法规授权组织并无二致,因而此类公共企事业单位信息公开的目的与政府信息公开的目的也是一致的。而有自主事务或除公共服务之外的其他价值追求而设置的公共企事业单位,其信息公开的目的跟前述主体有所不同。此类公共企事业单位信息公开不包含公民参与权与表达权的实现,更无民主政治的内涵。因为,公共企事业单位愿意承担公共服务的主要原因在于自身能够从中获得一定的利益,从而由公众参与和表达与自主经营格格不入,其信息公开的目的只有保障公民知情权与监督权的实现。而且,在《条例(旧)》出台之前就有相关法律条文对企事业单位的信息公开进行了规定,如上市公司财务披露制度、食品标签制度等。这些规定虽然并非适用于所有的公共企事业单位,但不可否认这是关于企事业单位信息公开的最初规定,至少适用于部分企事业单位的信息公开。它是在社会分工精细化之后,为了保障公众的知情权,政府对作为被监管对象的公共企业所实施的一种监管措施^[19],是“规制国”时代背景下政府运用信息规制工具的结果。此种保障社会公众知情权的信息公开所对抗的是“社会公权力”^[20],是为了保护公民自身的合法利益而产生的一项权利,而非政府信息公开所对抗的行政高权,不具有客观面向的属性。

三、公共企事业单位信息公开的双重路径

通过对公共企事业单位信息公开特殊性的分析不难看出,公共企事业单位相互之间差异性巨大,既有完全类似行政机关的,也有私法属性较重的,因而无法完全使用单一路径进行信息公开,而需采取双重公开路径。

1. 入条例化路径

根据《条例(新)》第2条与第54条的规定,政府信息公开所针对的是行政管理职能与公共事务管理职能过程中所产生的信息,以保证两种职能所产生的公权力运行的透明、公民的参与及监督。针对两种职能而言,行政管理的职能只能由法律、法规规定,而公共事务管理职能并非只能由法律、法规授权。虽然“公共事务的属性决定了政府在其中的核心责任”,但“由于公共事务的具体性质和价值层次的不同”^[21],为了灵活应对公共事务的管理,政府在承担最终责任的基础上必然会对其提供方式进行不同的设置,因而除了法律、法规授权的组织之外,还存在三定方案、规章和规范性文件授权等政府委托方式所产生的承担公共事务管理职能的组织,它们作为公权行使主体,都存在相应的权力运行,因而不能排除在政府信息公开之外。

《条例(新)》第54条却只规定了“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”按照政府信息公开的规定执行。这便使得部分具有公共事务管理职能的组织被排除在政府信息公开的制度之外,如“泉州市泉港区建设工程质量监督站、福建吴宇建筑工程有限公司质量监督检验检疫行政管理”^①一案中,泉州市泉港区建设工程质量监督站是泉港区住房和城乡建设局下属事业单位。一审法院认为该事业单位符合《条例(旧)》第37条的规定,是适格被告。二审法院则查明泉港区质监站是接受泉州市泉港区住房和城乡建设局的委托行使工程建设项目质量安全监督管理职权,因而既非行政机关,也非法律、法规或规章授权的组织,更不是第37条所规定提供社会公共服务的公共企事业单位,故而撤销原判并驳回起诉。对此种公共企事业单位的信息公开如果采用不同于政府信息公开的规定,将有违实质正义。因此,需将其纳入政府信息公开的制度体系之中,即采取“入条例化”的路径实施信息公开,即上述相关公共企事业单位与行政机关一同

适用《条例(新)》的规定公开信息。

2. 脱条例化路径

除上述只承担公共管理职能的公共企事业单位之外,多数公共企事业单位具有自身运行发展的目的,此类单位的信息公开应脱离《条例(新)》的束缚,交由相关行政机关自行规定,其原因无外乎以下几点。

(1) 风险社会影响信息公开的专业性判断

王敬波教授认为信息公开的纠纷具有专业性,因而法院不能过早介入其中^[22]。工业化及科技发展导致了风险社会的到来^[23],而风险具有不确定性,因而对风险的判断变得越发的专业化,单一的行政机关再也无法应对多种多样的社会风险,不同领域的风险规制必须交由对该领域最为熟悉的行政机关或独立的规制机构。因此,不同行业提供公共服务的信息,公共企事业单位的何种措施或掌握的信息会对公共利益造成影响,需由负责监管或规制的行政机关作出专业的判断,即使其不能完全判定时也可引入专家评估作为其判断的参考依据。只有如此公开的信息,才适应风险社会的公众需求。

(2) 公共服务的具体性使得多数信息无法公开

公共企事业单位虽然面向公众提供公共服务,但归根结底都会指向具体的个体,而为个人所提供的服务大多建立在私法合同的基础之上,因此相关信息多带有个人隐私性质。如医疗机构主要是为患者提供诊疗服务,但由此而产生的信息却不能随便公开,因此《中华人民共和国侵权责任法》第62条规定:“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料,造成患者损害的,应当承担侵权责任。”故而,这些信息公开与否还要受到个人“信息自决权”的限制^[24]。

(3) 公共企事业单位的部分信息转化成了政府信息

行政机关将涉及公共利益的服务交由公共企事业单位承担时,对其都负有监管职责,主要体现为被监管对象的信息报告义务和监管机关的信息收集义务。如在传染病的防控之中,当医疗机构发现有传染病病患时,必须上报^②,监管机关也必须密切监控、收集相关的传染病信息。因此,该信息便成了行

①泉州市中级人民法院(2017)闽05行终105号行政裁定书。

②《传染病防治法》第30条。

政机关所掌握的信息,可直接由行政机关予以公开。

(4)公共企事业单位无法承担巨大的信息公开成本

“信息搜集的成本极其高昂”,不仅包括人力成本、物力成本和制度成本等静态成本,还包括管理成本、监督成本及补救成本等运行成本,甚至还有一系列的机会成本、沉没成本以及激励成本等衍生成本^[25]。行政机关在信息公开中虽承担了如此高昂的成本,但社会却因信息公开而获得更大的收益,这正是行政机关的职责所在。但对于公共企事业单位而言,如按照“入条例化”的路径进行信息公开,自身却无法从中获得任何收益。对于中小型公共企事业单位而言,更可能无法承受如此高昂的信息公开成本,因而需与政府信息公开的制度区别开来。

3. 双重路径的优势

双重公开路径不仅对不同的公共企事业单位的信息公开具有正当性,而且相比于单一的公开路径更具有诸多优势。

(1)防止行政机关及公共企事业单位责任的逃逸

单一的“入条例化”路径可能引发行政机关监管责任的逃逸。当行政机关对某单位负有监管职责,应收集相关信息而不收集时,该行政机关便可以不存在该信息为由而拒绝公开,从而交由公共企事业单位公开,由此行政机关逃避了其监管责任。而单一的“脱条例化”路径不但可能使得具有公共事务管理职能的公共企事业单位的信息公开责任有所减损,而且让行政机关更愿意通过委托、规章授权等方式将相关权力交由公共企事业单位行使,从而使其信息公开的责任也得以逃脱。因而,双重路径有利于不同类型的公共企事业单位承担不同的信息公开义务,也有利于防止行政机关信息公开责任的逃逸。

(2)合理解决公共企事业单位信息公开的纠纷

双重公开路径意味着纠纷解决也是双重的。“入条例化”路径的公共企事业单位,相关职能若来自于规章,因而自身完全可以成为行政诉讼的被告;若源于行政机关的委托,则应当将信息公开事项随管理职能一同委托,因而委托机关可以成为复议被申请人或行政诉讼的被告。若是“脱条例化”路径的公共企事业单位,其纠纷解决应另辟路径,通过《条例(新)》第55条第2款规定的申诉渠道,向负有监管职责的行政机关提出申诉,抑或通过民事诉

讼程序解决纠纷,如食品标识不符合规定的情况下,消费者可以对生产商或销售商提起民事诉讼。

(3)有效解决“双可申请”难题

“双可申请”难题是指公共企事业单位在提供公共服务过程中所产生的信息,不仅自己掌握,而且也成为行政机关在履行职责过程中所掌握的信息,因而在申请该信息时,该向谁申请,被申请人该如何处理,由谁负责公开?现有理论,只有朱芒教授对此做出了回应,认可了申请者具有选择权,但仍认为最好从“最小存留”适用角度出发^[1]。但是,交由申请者选择容易造成行政机关与公共企事业单位之间相互“踢皮球”的现象,而适用“最小存留”原则会不当限缩公共企事业单位信息公开的适用范围,因而无法有效解决“双可申请”的难题^[6]。其实,造成“双可申请”难题出现的原因恰恰是现有理论没有解决好信息公开中不同主体的责任,致使它们之间可以相互推诿。而采取双重公开路径,不同主体之间的责任得以落实,“双可申请”的难题便不复存在,信息公开纠纷也将有效化解。

(4)扩大信息公开的主体范围

当相关领域尚未出台且无动力出台公共企事业单位信息公开的规定,按照现有理论也无法将某公共企事业单位的信息公开解释为政府信息公开时,即便该公共企事业单位承担了部分公共事务管理职能,它也会游离在信息公开制度之外。而双重公开路径则能够将所有的公共企事业单位均纳入信息公开制度之中。

四、公共企事业单位信息公开 路径选择的标准

明确了公共企事业单位的信息公开应当按照双重路径展开,但如何判断某公共企事业单位是按照“入条例化”还是“脱条例化”的路径予以公开呢?为此,不得不明确其判断的标准。

王军教授基于对美国信息公开制度的分析,认为需从形式与实质双重路径出发进行判断,符合其中任何一项者,则按照政府信息公开规定予以公开^[2]。虽然美国《信息自由法案》将信息公开的主体规定为“任何行政部门、军事部门、政府公司、政府控制的公司,或政府行政部门所属的其他机构(包括总统行政办公室),或任何独立规制机构”^①。

①《美国法典》第5章第552条第(f)款第(1)项(2016年版)

其中政府公司及政府控制的公司与我国的公共企事业单位虽具有一定的相似性,但也应当认识到其不同之处。因为美国一直奉行自由主义,即使在罗斯福新政之后加强了政府对经济社会的管制,但依然处于重私人竞争、轻政府管制的状态^[26]。“小政府大社会”的结构强调政府干涉的有限性,国家处于辅助性的地位,因而政府公司“是对美国政府机构的一种替代”^[27]。我国的国有企事业单位虽然与政府(控制)公司一样都由国家所有或控制,但却是基于社会主义制度,并以“大政府小社会”的结构予以设立,因而不能单从国家所有或控制的形式要求其承担政府(控制)公司一样的信息公开义务,需从实质进行判定。将待判断公共企事业单位作为与行政机关对比的对象,考察其与政府的关联程度^[28],关联程度越高则适用“入条例化”路径,越低则适用“脱条例化”路径。

1. 实质控制标准

按照“入条例化”路径承担信息公开义务的公共企事业单位,必须处于政府的实质控制之下。该标准借鉴自美国的信息公开制度。美国《信息自由法案》中规定的信息公开主体包括政府公司和政府控制公司,这些公司不是政府完全所有的公司,就是由政府控股或通过相关协议取得控制权的公司,只有如此才需承担政府信息公开的义务。而且,在该法案的立法报告中,更是明确提出将未受政府实际控制的公司排除在信息公开的主体之外,如公共广播公司。“美国诉奥尔良”案确立了个人行为转化为行政行为的前提必须存在政府“广泛的、具体的和几乎日复一日地监督”^①。该结论也成为“福谢姆案”的重要依据^②,并由此案奠定了“实质控制”原则成为认定私人主体可以构成行政机关的标准。因此,从美国法来看,不管法律本身还是立法报告,抑或经典案例所确立的强监管模式,均使得承担政府信息公开义务的主体必须处于政府的实质控制之下。该标准虽然由美国判例法所奠定,但对我国采取“入条例化”公开路径的公共企事业单位的判断仍具有参考价值。因为该标准是一种判断私人主体是否构成行政机关的方法,进而直接适用行政机关的信息公开制度。故而,实质控制标准是判断某公共企事业单位是否应当适用“入条例化”路径所必不可少的一项标准。具体而言,该标准的内涵包括实质的监管、财政支持、人员的行政任命、特许、国家

审计、向行政机关的汇报等^[29]。这些因素的考量需进行整体性的把握,不能因一项的满足而作出判定,正如“福谢姆案”中的大学群体糖尿病项目小组虽然受到了财政的支持,但仍不符合实质控制标准。

2. 公益性标准

“入条例化”路径的公共企事业单位必须具有公益性。美国“小政府大社会”的国家辅助原则,确立了承担政府职能的私人主体多数都具有公益性,故而单一的实质控制标准便已足够。而我国在“大政府小社会”体制的影响下,政府控制的公共企事业单位何其之多,几乎无所不包,单独一个实质控制标准无法将遵循不同路径进行信息公开的公共企事业单位完全区分开。大多数的国有企业、央企等虽然是国家控制的,但并不具有任何行政目的,更不具有公益性,如石油石化、电信等行业^[30],其更像民营企业一样追求经济利益。因此,在国有企业改革中,有学者认为应当将其划分为公共政策性、特定功能性和一般商业性三种类型的国有企业进行治理^[31]。另外,2011年3月23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》,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3个类别。因而,并非所有的受行政机关实质控制的公共企事业单位都必须以“入条例化”路径公开信息,只有公益性单位才需要公众对其事项进行参与,才具有行政机关的相似性,进而应当按照“入条例化”路径进行信息公开。

目前多数的公益性企事业单位仍“游离于政府与市场之间,既享受着政府的财政支持,又规避市场约束,以发展公益为借口加大对资源的占有与人员的配置”^[32]。造成此种现象的原因在于缺乏外部监管机制。将符合公益性标准的公共企事业单位纳入“入条例化”信息公开路径,使其信息公开的强度如行政机关一样,也是强化其外部监管的必然要求。而公益性是一项不确定的概念,于此大致可以从以下几点进行综合判断:是否提供涉及社会公众福祉和利益的公共产品;定价机制是否由政府控制;单位的社会效益是否高于经济效益等^[30]。

3. 弱竞争性标准

“入条例化”路径的公共企事业单位必须是弱

①《美国最高法院判例汇编》第425卷第807页(1976年)

②《美国最高法院判例汇编》第445卷第169页(1980年)

竞争性的,而且这种弱竞争性并非单纯基于政府许可而形成,而是基于市场失灵、社会资本不愿介入或难以介入的原因而导致。正如美国将私人主体纳入《信息自由法案》的调整范围之后,多数的公开申请都是由企业所提出,目的是为了寻求它们竞争者的信息^[33]。具有强竞争性的公共企事业单位的信息公开涉及大量的商业秘密,难以作出判断,更需要专业的规制机构来确定,因而需遵循“脱条例化”的路径公开信息。高秦伟教授虽然指出竞争性不强的公用企业应当适用政府信息公开的规定,但却认为“地域提供者之间的竞争仅仅是用户数量的竞争,而非企业生产过程的竞争”^[34]。随着经济全球化的发展,基于特许的公共企事业单位虽然在一定地域范围内不存在竞争,但其商业秘密可能影响其商业向其他地域的发展,故而不能仅仅以一定地域来判断其竞争性的强弱。而且,即使在美国,相关判例认为红十字会组织虽然获得了联邦的特许,但是基于综合因素的考量,仍然无法构成行政机关^①,从而排除适用政府信息公开的规定。基于此,弱竞争性要求相关公共企事业单位所提供的公共服务是社会资本不愿或难以进入的领域,且这种难以进入的状态并非由政府的特许制度所引起。

以上3种判断标准是一种串联方式的标准,只有同时满足三者的公共企事业单位才可以按照“入条例化”的路径予以公开信息,否则,便只能以“脱条例化”的路径公开信息。反观这次新型冠状病毒肺炎疫情,在卫健委收到疾控中心和医疗机构的上报信息而未予公开时,或者公开了不实信息时,医疗机构与疾控中心是否可以公开。虽然《传染病防治法》规定疫情信息由卫健委公布,但并未直接禁止事业单位进行公开,而《政府信息公开条例》明确了公共企事业单位应当进行信息公开。医院虽然是事业单位,但医院市场化的医疗体制改革的影响尚未消除,公立医院的逐利机制尚未完全破除^[35],医院很难符合实质上的公益性,但医院定位的应然要求及医改的方向均要求其承担起公益性的责任,综合医院也被划分为公益二类事业单位,故而符合公益性标准。但目前医疗市场的开放,市场主体纷纷进入该行业,因而难以符合弱竞争性的标准,因此,医疗机构的信息公开应当沿着“脱条例化”的路径展开。但具体什么信息可以公开,该如何公开,公开程序、责任等内容并非本文所讨论的范围,也非本文篇

幅能够展开,故而不在此处予以详述。

通过《中央编办关于国家卫生健康委所属事业单位机构编制的批复》(中央编办复字[2018]90号)不难发现,中国疾病预防控制中心的职能主要是进行疾病的预防与控制,虽然也有部分科研与教育的职能,但此种职能更多的是一种为疾病的预防与控制服务的职能,为其提供科学依据,因而其完全满足公益性与弱竞争性的要求。从其资金来源、领导人员的产生、审计及《传染病防治法》等相关法律法规中也可以看出卫健委对疾控中心传染病预防与控制的职能也保持着实质的监管,符合实质控制标准的要求。因此,中国疾控中心完全符合“入条例化”路径的标准,应当按照政府信息公开的要求公开疫情信息。

参考文献:

- [1] 朱芒.公共企事业单位应如何信息公开[J].中国法学,2013(2):147-163.
- [2] 王军.公共企事业单位信息公开:依据、路径与标准[J].中国行政管理,2018(11):56-61.
- [3] 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[J].行政法学研究,2014(3):94-100.
- [4] 曹康泰.中华人民共和国政府信息公开条例读本[G].北京:人民出版社,2007:149.
- [5] 后向东.论“信息公开”的五种基本类型[J].中国行政管理,2015(1):27-33.
- [6] 彭簪.公共企事业单位信息公开:现实、理想与路径[J].中国法学,2018(6):89-108.
- [7] 孙宇辉,仓定芳.政府、事业不分出现的新问题[J].人才开发,1999(8):48.
- [8] 于立深.法定公共职能组织的资格、权能及其改革[J].华东政法大学学报,2016(6):49-64.
- [9] 张昊天.论公共企业的信息公开主体资格[J].交大法学,2016(2):108-127.
- [10] 朱柏铭.公共经济学理论与应用[M].北京:高等教育出版社,2013:259.
- [11] 叶常林.公共企业:涵义、特征和功能[J].中国行政管理,2005(10):47-49.
- [12] 胡改蓉.论公共企业的法律属性[J].中国法学,2017(3):142-163.
- [13] 杨小军.论公民的政府信息知情权[J].甘肃行政学院

①《联邦判例汇编第2辑》第640卷第1051页(第9巡回上诉法院,1981年)

- 学报,2009(3):118-122.
- [14] 涂四溢.《政府信息公开条例》的价值缺陷[J].行政法学研究,2010(1):59-67.
- [15] 黄学贤,雷娟.《政府信息公开条例》立法目的之检讨[J].浙江学刊,2012(1):117-123.
- [16] 戚红梅.我国政府信息公开制度立法目的之探讨[J].河北法学,2013,31(5):163-169.
- [17] 刘艺.知情权的权利属性探讨[J].现代法学,2004(2):67-72.
- [18] 王锡铤.滥用知情权的逻辑展开[J].法学研究,2017(6):41-60.
- [19] 后向东.论我国政府信息公开制度变革中的若干重大问题[J].行政法学研究,2017(5):99-112.
- [20] 李海平.论基本权利对社会公权力主体的直接效力[J].政治与法律,2018(10):109-123.
- [21] 李延均.公共服务及其相近概念辨析——基于公共事务体系的视角[J].复旦学报(社会科学版),2016,58(4):166-172.
- [22] 王敬波,李帅.我国政府信息公开的问题、对策与前瞻[J].行政法学研究,2017(2):77-93.
- [23] 乌尔里希·贝克.世界风险社会[M].吴英姿,孙淑敏,译.南京:南京大学出版社,2004:102.
- [24] 赵宏.从信息公开到信息保护:公法上信息权保护研究的风向流转与核心问题[J].比较法研究,2017(2):31-46.
- [25] 牛红亮,刘静.基于经济学视角的政府信息公开[J].情报理论与实践,2011,34(2):9-12.
- [26] 徐扬,田雷.从“弱国家的神话”到“社会中的国家”:美国早期国家研究的新趋势[J].史学理论研究,2017(3):70-79.
- [27] 徐炜.美国国有企业监管体制研究——以美国联邦政府公司为例[J].比较管理,2012(2):56-63.
- [28] CRAIG D F. Privatization and the freedom of information act: an analysis of public access to private entities under federal law [J]. Federal Communications Law Journal, 1999,52(1):21-62.
- [29] 王军.美国行政机关:认定标准及变迁[M].上海:上海人民出版社,2019:123-132.
- [30] 程民选,王罡.关于公益性国有企业的理论探讨[J].当代经济研究,2014(3):42-48.
- [31] 黄群慧.论国有企业的战略性调整与分类改革[J].人民论坛·学术前沿,2013(22):48-55.
- [32] 徐旂瑶,朱仁显.公益性事业单位的公共责任及其实现机制[J].东南学术,2018(1):90-98.
- [33] WALD P M. The freedom of information act: a short case study in the perils and paybacks of legislating democratic values[J]. Emory Law Journal, 1984,33:649-683.
- [34] 高秦伟.对公众获取公用企业信息法律分析[J].行政法学研究,2010(4):30-44.
- [35] 国务院深化医药卫生体制改革领导小组.国务院深化医药卫生体制改革领导小组简报(第91期)(城市公立医院改革试点评估报告)[EB/OL].(2015-07-15)[2020-02-08]. www. nhc. gov. cn/tigs/ygjb/201507/bd39f973732849dea9e0a1ede3a10577. shtml.

(责任编辑:许宇鹏)

