

# 民营化时代下的信息公开义务

——基于公用事业民营化的解读

卢超

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200240 博士研究生)

**摘要:** 信息公开立法的目的在于钳控传统官僚科层政府,随着民营化时代的到来,诸多政府公共职能外包给私人主体,使得传统的信息公开立法目的落空。以公用事业民营化中的信息公开事项为例,并主要结合英国公用事业民营化的实践,探讨信息公开立法直接适用于承担公共职能的私主体之可能性。并在转型社会与全球化的背景下,来考量现代与后现代法治的交轨处转型国家信息公开立法的多重使命。

**关键词:** 公用事业民营化; 信息公开; 转型国家

**中图分类号:** DF3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-0078 (2011) 02-044-08

## 一、问题的提出

我国《政府信息公开条例》(以下简称《公开条例》)第37条规定:“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息的公开,参照本条例执行,具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定。”<sup>①</sup>依《公开条例》第37条的规定,《公开条例》对于公共企事业单位的信息公开事项设定了一项立法义务,随后住房和城乡建设部于2008年则针对公用事业单位专门制定了《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》,以更为细化的方式对公用事业单位的信息公开事项作出具体规范。

而在另一层面,自上世纪90年代以来,对于公用事业的市场化政策逐步开放,<sup>②</sup>迄今为止,供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等原本国有属性的公用事业纷纷通过各种手段交付给市场,通过市场化、民营化模式实现运营,意图实现效率与服务质量上的双赢。然而随即带来的问题是,民营化后的公共事业企业是否仍然受到原有的公法拘束?就规范层面而言,对于《公开条例》第37条的规定存在理解上的分歧,按照功能主义的解读,基于公用企事业单位关涉公民日常生活的特征,因此将其纳入信息公开的范围,而不考量其属于国有企业还是私营企业的性质。而另一种思路是这种适用仅仅局限于国营性质的公共事业,这种思路的问题在于,当其大规模民营化后,信息公开的公法约束力将在多大程度上继续适用?这种公法约束是否与私营企业的商业秘密保障之间产生不可调和的张力?规范本身并没有对于

<sup>①</sup> 《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》中对于公用企事业单位信息公开进一步作出专门规定。

<sup>②</sup> 2002年12月27日,建设部发出《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》,要求鼓励社会资金、外国资本采取独资、合资、合作等多种形式,参与市政公用设施的建设,形成多元化的投资结构。2004年4月24日,建设部印发了《市政公用事业特许经营管理办法》,对公用事业特许经营的具体运用提出了可操作性的规范。该办法的颁布极大地推动了各城市公用事业民营化的进程。2005年国务院《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制发展的若干意见》,再次指出允许非公有资本进入公用事业与其他设施领域。2010年5月7日颁布的《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发[2010]13号文)进一步明晰民间资本进入市政公用领域的步骤与改革方向。有关各类公用事业市场化政策转变的细节描述,详见余晖,秦虹主编:《公私合作制的中国试验》,上海人民出版社2005年版。

民营化后的信息公开的特殊事项作出更具体的规定，①同时实践中缺乏相关司法诉讼判例，因此本文基于比较法的考量展开论证，并推断出一般意义上民营化对信息公开等公法拘束的冲击与挑战。

## 二、民营化对于信息公开法之冲击

民营化(Privatization)这一概念常常被用来描述诸多不同事项。凯斯将民营化分为四类，国有资产出卖，政府资产包括国有企业的出卖；外包，即政府职能外包给私主体，由私人代替政府向公众承担公共服务；放松规制，减少或者消除对私主体的规制，使得决策制定变得更加私人化与去政治化；减少税收以及采用使用税(user fee)，意味着私人直接获得现金或者不必再为不需要的服务付费。②萨瓦斯将民营化界定为“更多依靠民间机构，更少依赖政府来满足公众的需要，其结果是部分或者传统上由政府承担的公共活动由私人来承担。”③许宗力亦认为“民营化扩张适用到一切由民间或者说私部门参与履行行政政务的现象，若从国家的角度观察，民营化指射的国家利用或者结合民间资源履行行政任务的现象。”④在本文中对于民营化的界定为一般意义上的政府公共职能外包(contract out)事项。

在当代，“民营化越发作为一种行政与规制工具，这存在相应的制度风险，契约可能被立法机构滥用，以逃避责任机制的束缚，其可能严重地削弱国家。从行政法视角来看，外包契约可能削弱公法规范，譬如决策制定中的公共参与，合理性、公正要求以及责任机制。”⑤不同类型的民营化对于政治责任机制的侵害不尽相同，⑥因此引发的责任机制争议亦千差万别。同时，对于民营化的一个经常性的曲解是，“民营化必然会提高效率，而忽视掉这种效率的提升，仅仅在有效的监管体制与适宜的市场环境下才可能实现，人们常常过度关注民营化的潜在收益，而不去考量细节的制度设计来实现这种利益。”⑦民营化的前提是良好的规制框架的确立，否则其预期中的效率提升之目标将很难实现。这种情况在转型国家的背景下，体现得尤为明显。⑧

随着民营化进程的不断加剧，现代公共行政中的“结构多元主义”⑨现象越发明显，政府逐渐将诸多公共职能转移给私人公司、非盈利组织与准政府机构等诸多私主体承担。“原本信息自由法的立法目的在于钳控20世纪崛起的行政国家，公众通过获取政府信息，以达到对科层官僚的监控，促成良好行政与善治的实现。但随着民营化的浪潮，公共治理的模式发生巨变，信息自由法本来意欲确立更稳固的政府责任机制，不料传统意义上的政府却悄然从后门溜走。这对于公民信息权的实现构成巨大挑战。”⑩

以英国为例，根据英国2000年信息自由法规定，任何一个私人组织均可能被视为公共机构纳入该法

① 住房与城乡建设部颁布的《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》以部门规章的形式对于公用事业信息公开作了具体化规定，但仍然较为粗糙。

② Ronald A.Cass, Privatization: Politics, Law and Theory, 71 Marquette L.Rev.(1988), pp 450-462.

③ E.S 萨瓦斯：《民营化与公私部门的伙伴关系》，周志忍等译，中国人民大学出版社2002年版，第4页。

④ 许宗力：《论行政任务民营化》，载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编：《当代公法新论》(中册)，元照出版有限公司2002年版，第582页。

⑤ Jody Freeman, The Contracting State, 28 Fla. St.U.L.Rev. 2000-2001, pp213-214.

⑥ Jack M. Beermann, Privatization and Political Accountability, 28 Fordham Urban L. J. (2000-2001), pp1507-1557.

⑦ Catherine M Donnelly, Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective, OUP, 2007, pp80-84.

⑧ 斯科特·沃尔斯顿：“在规制与民营化之间：改革的顺序选择”，费丽萍，孙宽平译，载《经济社会体制比较》2003年第3期。

⑨ Alasdair Roberts, Structural Pluralism and The Right to Information, 51 U.Toronto L.J. 2002, pp243-270.

⑩ John M. Ackerman Irma E. Sandoval-Ballesteros, The Global Explosion of Freedom of Information Laws, 58 Admin. L.Rev. 2006, pp123-125.

的调整范畴,如果其“通过与公共机构签订契约的方式,提供原本属于公共机构的服务职能。”<sup>①</sup>然而这项判断权属于国务大臣(Secretary of State),需要国务大臣依照该法案制订相应的下位规范,以确定承包方与其他担负公共职能的团体受到信息公开的拘束。但就现在而言,2000年信息自由法无法直接适用于履行公共职能的私人团体。“民营化导致个人获取公共服务的信息变得愈加困难。这对责任机制造成了损害,因为责任机制涉及到对于公共服务履行质量的解释,如果信息无法获致,那么问责就无法展开,公共服务合同的承包方(contractor)经常会辩解道,涉及到合同履行的相关信息属于商业秘密,尤其涉及到财务信息时,这种情形屡见不鲜。”<sup>②</sup>“在一些学者看来,如果信息自由法能够直接适用于行使公共职能的团体,譬如1998年人权法案的适用模式,这样将会更加有利于实现信息自由法的立法宗旨。”<sup>③</sup>

司法部(Ministry of Justice)已经开始商讨方案,计划将信息自由法的覆盖面直接扩展至承包方和其他承担公共职能的团体。依照2000年信息自由法中规定,<sup>④</sup>该法所指涉的信息包括(a)公共机关所控制的信息,以及(b)代表该机关为其他团体或者个人掌握的信息。在实践中,该条规定迫使行政机关同私人承包方在合同中签订特殊条款,以确保其能够获取私人承包方掌控的信息。否则,行政机关将无法实现其在信息自由法中担负的义务。<sup>⑤</sup>尽管如此,信息自由法的信息批露功能仍然受到束缚,因为按照一般流程,个人必须首先向行政机关申请相关信息,并且还要受到商业秘密不公开的限制。然而,正如维森特·琼斯所言:“公共服务的使用者更期望直接获知公共服务合同的细节标准与履行机制,而信息公开法显然不是提供这种信息的有利工具。”<sup>⑥</sup>这种特征在公用事业合同中体现最为明显。

### 三、公用事业民营化的示例解读

以公用事业民营化为例,如全文开始所描述的那般,尽管《公开条例》对于公用事业单位信息公开作参照适用,但并没有说明这种参照适用是否适用于民营化后的公用事业企业。同样,住房与建设部于2008年制定的《供水、供气、供热等公用事业单位信息公开实施办法》对于信息公开的参照适用作了更加详细的规定,但也未指明所适用的“企业”仅仅指国有企业还是包括私营企业在内。而且,即使包括私营企业在内,该信息公开实施办法本身,亦存在诸多问题。

而在另一方面,较之信息公开的适用事项明晰之前,公用事业民营化改革早已大规模展开。以特许经营实施办法出台为标志,各地纷纷以地方政府规章的形式出台了公用事业特许经营管理规范,公用交通、煤气、供水等诸多行业大跨步交付市场运营。然而,不到几年时间内,民营化实践却折戟沉沙,屡遭重创,纷纷又被收归国有的老路。<sup>⑦</sup>其中重要原因便在于民营化后政府监管缺失,在尚未建立良好的公法监管体制下,基于扔掉财政包袱的思想,忽视公用事业社会义务的承担,忙着开始民营化实践。

如罗斯所言,“民营化所带来的自然垄断问题,成为症结之所在。这些对区域性市场形成垄断的私营企业,由于缺乏有效的监控与规制,既不受政治责任机制的约束,又逃脱了经济竞争。在诸多发展中国家,公用事业民营化不仅引发了经济上的困境,而且带来了政治上的不良后果。民营化后生成的自然垄

① FOI Act 2000, s5(1)(b).

② A.C.L Davies, *The Public Law of Government Contracts*, OUP, 2008, pp217-218.

③ 参见 Catherine M Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, OUP, 2007, pp:323-326.

④ S3(2).

⑤ A.C.L Davies, *The Public Law of Government Contracts*, OUP, 2008, pp221-224.

⑥ P Vincent-Jones, *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, OUP, 2006, p220.

⑦ 可见章志远:“民营化、规制改革与新行政法的兴起——以公交民营化的受挫切入”,载《中国法学》2009年第2期,第22-35页。

断将会把权力交付给私主体,甚至是国外的私人团体,这对于公共责任机制将是严峻的挑战。由于公共事业的不当民营化引发的政治危机亦常常出现。”<sup>①</sup>故在推行公用事业民营化之前,必要的制度设计成为良好规制的基础,<sup>②</sup>而良好规制的重要因素是获知公用事业企业的相关信息,因此信息的获取成为公用事业规制成功与否的关键;再者,由于公用事业服务关涉到公民的生存权保障与知情权,如果无法获悉相关服务信息,将对公民宪法权利构成威胁。因此,获取信息成为公用事业民营化良好运转的关键因素,那么在现有相关规范中,有关信息公开的事项是否提供了这种保障?是否需要信息公开法的进一步直接适用,来增强信息对于良好规制与权利保障的实现功能?

#### (一) 作为规制工具的信息

“民营化之后,公共服务最显著的特征便是国家不再承担直接的服务给付功能,但在这些领域仍然担负某种程度的次级责任,这些次级责任主要体现为规制机构的设置,以监管民营化后的公用事业企业的行为。”<sup>③</sup>由于网络型公用事业企业一旦获取了特许经营权后,便在事实上拥有了对该区域的垄断经营权,公用事业企业往往利用这种地位使用诸多策略阻挠规制者对信息的获取。它们可能制造很少信息,或信息的表达方式过于晦涩,或延迟发布信息,利用诸如此类的手法加剧双方的信息不对称。<sup>④</sup>这种“信息不对称状态不仅使得规制者利益受到损害,同时还侵蚀了消费者以及潜在竞争者的利益。”<sup>⑤</sup>

对于公用事业规制而言,由于经营者事实上形成了区域性的自然垄断,这对于规制主体获取经营信息构成了不小的障碍。在公用事业规制中,最重要的是实现价格规制,确保经营主体提供价格合理、优质的持续性服务。而实现价格规制的前提是获取经营者的成本与财务信息。对此,建设部出台的《市政公用事业特许经营管理办法》做出相应规定,随后各地出台的特许经营管理规范中亦纷纷对此事项作出类似规定。《贵州省市政公用事业特许经营管理条例》第25条第(5)款规定:“企业按时将中长期发展规划、年度经营计划、年度报告、董事会决议、董事会成员和主要管理人员的变更等报授权主体备案。”第28条第(9)款规定:“企业协助价格主管部门核算和监控企业成本,必要时提出价格调整建议。”《杭州市市政公用事业特许经营条例》第21条第(5)款规定:“企业及时将企业的中长期发展规划、年度经营计划、年度经营报告、董事会、监事会主要成员及总经理的变更等重大事项报送市市政公用事业行政主管部门备案。”《深圳市市政公用事业特许经营条例》第26条规定:“经营者应当于每年五月底以前将其经过审计的上年度财务报表向社会公布。”

从中不难发现,在各地区的特许经营规范中,企业需要向监管机构报送的信息并不完全相同,报送主体亦不一致,<sup>⑥</sup>同时在各地规范中并没有进一步说明,如果企业违反了报送信息的要求,将会导致怎样的法律后果。在实践中,企业时常并不严格依循报送信息的规范要求,导致无法实现有效的信息规制。

#### (二) 作为生存权保障的信息

民营化之后,公用事业私营主体基于市场法则,“在不符成本或者利润不足的情形下,恐因而放弃提供人民服务或者提高资费,于此情形,国家本于社会国原则之要求,即有义务透过监督管制等手段,保障人民生存基本照顾事项得以透过私人与私经济企业获得充分及价格合理之照顾与满足。”<sup>⑦</sup>在民营化脉络下,国家仍承担了基本权的保障义务功能,使公民免于遭受经国家许可或受

<sup>①</sup> Carol M Rose, Privatization——The Road to Democracy?, 50 St.Lois.U.L.J.2005-2006,pp705-711.

<sup>②</sup> 可见 ,Tony Prosser, Social Limits to Privatization,21Brook.J.Int'l L.1995-1996.pp213-242。

<sup>③</sup> Paul Craig: Administrative Law, Sweet & Maxwell; 6 Ed edition ,2008, p347.

<sup>④</sup> Paul Craig: Administrative Law,Sweet & Maxwell; 6 Ed edition ,2008, p47.

<sup>⑤</sup> Paul Craig: Administrative Law,Sweet & Maxwell; 6 Ed edition ,2008, p47.

<sup>⑥</sup> 《深圳市市政公用事业特许经营条例》中规定财务信息不仅报送监管部门,亦要向社会公布。

<sup>⑦</sup> 詹镇荣:《民营化与管制革新》,元照出版公司 2005 年版,第 126-129 页。

国家委托以自己名义履行私法形势之行政任务之民间机构的侵害。<sup>①</sup>公用事业服务不仅仅是一种商品化的服务,而涉及到公民权、生存权保障问题。公用事业规制不能仅仅用经济效率因素来考量,其是一个开放的、多主体利益博弈的过程,公用事业规制需要权利导向的视角,其核心目的是保障公民权的实现。<sup>②</sup>甚至说,基于权利保障的社会性规制背后更深刻的动因,是社会团结的(social solidarity)需要。<sup>③</sup>

英国的私有化实践提供了一个很好的例子来证明公用事业民营化后,经济性规制如何逐步转向社会性规制。普罗瑟认为:“英国公用事业(煤气、水、通讯、电力、水务等)民营化后,意外导致了‘公共服务法’的出现。”与传统公法不同的是,以消费者保障为主旨的“公共服务法”直接适用于提供公共服务的私主体。公共服务法包括了一系列强制性义务,要求“最基本的公共服务必须无偏私地提供给所有公民”,譬如普遍通讯服务的义务、不间断供应水电义务、无偏私的普遍服务义务,诸如此类。<sup>④</sup>在普罗瑟看来,英国政府初始并没有意图对民营化后的公用事业施加法律义务,这种义务随后却自发地产生了。立法机构随后设置了诸多新型规制机构,依照不同监管事项,对民营化的公用事业分门别类进行专业监管。然而这些规制机构逐渐从最初的经济性规制向社会性规制目标转移,普遍服务与禁止歧视的公法义务通过规制机构的日常监管,逐步施加到民营化后的公用事业企业身上。因此,公共事业独立规制机构的产生,本来被视为民营化后增加投资者信心、防止政府恣意干涉的手段,不料却意外促成了“公共服务法”的出现。<sup>⑤</sup>

因此,“现代公用事业规制不仅仅基于经济因素上的考量,而更指涉到社会因素,这种社会性规制基于公共利益的需要以特定法律形式出现,公用事业普遍服务的义务,便是其中最好的体现。普遍服务的义务要求公用事业基于平等原则,非歧视地向各类不同收入、地域的群体提供普遍公共服务。”<sup>⑥</sup>因此,在社会性规制中,由于更偏重对于弱势群体的生存照顾,“尽管公用事业规制并没有将低收入人群单独列出作为规制保护对象,然而却存在代表普遍消费者利益与特定消费人群的义务,这类消费人群便包括老年人与残疾人、低收入人群等,这在一定程度上,为社会性规制的介入提供了合法性支撑。”<sup>⑦</sup>

同样,在各地公用事业特许经营规范中,亦出现了相应的普遍服务条款。譬如《杭州市市政公用事业特许经营条例》第21条第(1)款:“按照规划和社会需要,在特许经营协议约定的服务区域内向消费者普遍地、无歧视地提供安全、合格的产品和优质、持续、高效的服务。”《山西省市政公用事业特许经营管理办法》第4条:“特许经营者应当提供持续、安全、优质、高效和价格合理的普遍服务。”公民这种不论收入以及地域差异,拥有获得普遍服务的权利,亦是福利权、生存权保障的延展,公民有权利据此知悉提供公共服务的公用事业企业是否满足了普遍服务的要求,是否实现了生存权保障之义务。此时信息公开所对应的便不仅仅是一般意义上的商品服务信息,而是公民权的实

<sup>①</sup> 许宗力:《论行政任务的民营化》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论》(中册),元照出版有限公司2002年版。

<sup>②</sup> 对于公用事业规制诸多理论视角的评析,可详见 Tony Prosser, *Theorising Utility Regulation*, *Modern Law Review*, Vol.62, No.2, (Mar., 1999), pp.196-217.

<sup>③</sup> Tony Prosser 借助社会学家杜克海姆的“社会团结”概念来描述规制国家从经济规制向社会规制转变的深刻动因。详见 Tony Prosser, *Regulation and Social Solidarity*, *Journal of Law and Society*, Vol. 33, No. 3 (Sep., 2006), pp. 364-387.

<sup>④</sup> Tony Prosser, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, 63 *Law & Contemp. Probs.*(2000), pp69-72.

<sup>⑤</sup> Tony Prosser, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, 63 *Law & Contemp. Probs.*(2000), pp66-75.

<sup>⑥</sup> 有关公用事业普遍服务之义务,可详见, Tony Prosser, *Law and Regulators*, Oxford: Clarendon Press, 1997; Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, OUP, 2005, pp121-153.

<sup>⑦</sup> Cosmo Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart, 2000, p58.

现与否。

### （三）消费者团体的信息中介功能

在应然层面上而言，公用事业的信息不仅涉及到良好规制的实现，而且关系到公民基本权保障的需要，但是，是否因此可以断言，因此必须以信息公开法的直接适用来满足规制与权利保障的需要？以英国为例，公用事业民营化的步伐远远早于信息公开的立法实践，而且至今2000年信息公开法仍不直接适用于私营企业，公民并没有权利借助信息公开法直接向公用事业企业申请信息公开。那么在相当长时间内，英国借助何种替代性机制满足公民的信息需要？

在英国，公用事业民营化实践中，各行业消费者团体扮演了一个积极的角色，作为替代机制一定程度上满足了公众的信息需求。“公共事业民营化后的关键议题是消费者团体如何充分获取相关服务信息，在英国消费团体其并没有法定权利直接去获取该类信息，至多在供电与供水服务中其拥有与企业代表定期会见的权利。同时，供电与供水公司必须就一系列规范指南向消费者委员会进行咨询。涉及到消费者投诉的相关信息以及一般性服务政策，英国天然气公司（BG）以及其它公司有义务向天然气消费者委员会（GCC）提供该类信息。”<sup>①</sup>英国诸多公共事业消费者委员会中，除了天然气消费者委员会（GCC）之外，其它消费者委员会均隶属于规制机构，主要功能是通过向规制者提供消费者信息，代表规制者履行监督功能，辅助其实现经济规制的义务。<sup>②</sup>

鉴于公用事业消费者委员会自身的隶属地位，以及获取信息上的能力不足，消费者委员会在实现代表保障消费者利益上存在诸多短板。有鉴于此，英国政府计划改革消费者委员会的法律地位，使其更加独立，同时赋予其就核心规制事项的咨询权，以及获取企业服务信息的法律权利。在绿皮书设计方案中，就信息事项而言，针对服务申诉事项，消费者委员会将拥有对于企业服务信息的直接获取权；就其它信息而言，消费者委员会将通过规制机构获取，规制机构将有义务依循消费者委员会的合理要求获取该类信息。就信息的公布流程，消费者委员会将类同于规制机构的信息公开要求。<sup>③</sup>

但通过条文的分析不难发现，各地区的监督委员会大多数仍然依附于行政机构，独立性较差。更多时候扮演了一个帮助规制方收集消费者信息的角色，明确规定公用事业企业必须向监督委员会提供消息要求的较为少见。<sup>④</sup>因此相比英国消费者委员会而言，我国的公用事业监督委员会更多起到一种单向的消费者信息收集功能，而无法直接获取公用事业企业的服务信息。因此就目前现状而言，依赖公用事业监督委员会的形式，似乎无法充分实现公众信息获取之目的。

### （四）通过个案契约条款实现信息公开？

民营化本身是通过签订契约实现的，那么外包契约条款的设计与执行本身便具有相当强的规制内涵，尽管私法与公法手段在规制效果与强度之间存在根本差异，契约条款本身似乎也可纳入一定的公法规范，实现某种程度的规制功效。

然而尽管合同法本身在一定程度上能够应对外包所引发的诸多挑战，但如果要求其作为一种替代机制来完全取代传统的公法控制模式，至少在目前现状而言，作为私法机制的合同法似乎还难以胜任。在Donnelly看来，由于诸多因素的存在使得外包合同设计很难实现对公共价值的维护。<sup>⑤</sup>对此在合同条款设计上Donnelly给出了三项对策：对于外包的有效监控、激励竞争以及尽可能消弭利益冲突。如果

<sup>①</sup> Cosmo Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart, 2000, p94.

<sup>②</sup> Cosmo Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart, 2000, pp95-96.

<sup>③</sup> Cosmo Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart, 2000, p97.

<sup>④</sup> 仅有《深圳市市政公用事业特许经营管理办法》和《杭州市市政公用事业特许经营管理办法》规定了公用事业企业对于公众监督委员会的经营信息提供义务。

<sup>⑤</sup> Catherine M Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, OUP, 2007, pp335-338.

监控措施已经施行,如何在合同条款中设置良好的激励与惩罚措施,同样棘手。尤其是复杂的外包事项下,政府不愿意执行惩罚措施,因为无法找到合适的替代者。<sup>①</sup>这种情况在垄断性的市政公用事业外包中体现得尤为突出。

一个同样的观点,Dickinson也提出通过契约条款的重塑来实现对公法价值的维护,而不是将公法规范直接适用于私主体。在他看来,在合同条款中直接约定部分公法规范,如约定对于信息公开法的适用问题,要求利益第三方参与合同设计,增强合同执行机制等等手段可以有效防止公法价值的流失。<sup>②</sup>

具体到公用事业民营化现状中,是否特许经营合同通过进一步条款设计,本身就足以实现对公法价值以及公众利益的守护?是否在条款中直接约定信息公开的相关要求,而不需要信息公开法的直接适用,便足以达到相同的规制效果?在地方各地市政公用事业特许经营管理办法中,尽管多数依照建设部《市政公用事业特许经营管理办法》的规定,设定了相关信息公开与报送的要求,但在具体条款中,对于违反此行为的法律责任却晦涩不清,仅有《杭州市市政公用事业特许经营管理办法》第40条规定:“对有下列行为之一的,由市市政公用事业行政主管部门责令改正,并可以按特许经营协议约定提取履约保函:不按照特许经营协议约定将相关信息报送相关部门或者向社会公示的。”大多数情况下,公用事业特许经营合同中缺乏制裁机制来强制实现合同约定的信息公布义务。现阶段诸多市政民营化项目其目的在于尽快摆脱财政困境,因此就具体的特许经营合同条款上对私主体不愿设置过高的规范要求,甚至在一些事项上过分偏袒承包方的商业利益,在条款中忽视对其后续监管义务。一个最为明显的例子就是公用事业民营化初期,许多地区特许经营合同条款中设立固定投资回报率。考虑到成本问题与商业秘密因素,在外包合同中直接设定有关适用信息公开的条款,似乎政府与外包企业均没有动力这么做。<sup>③</sup>因此,希冀通过合同条款的设计来实现对信息公开等公法价值的维护,似乎不太可行。

#### (五)小结

就民营化后的公用事业而言,信息公开适用于私营主体,不仅能够消除信息不对称,防止规制俘虏,实现“规制民主”,<sup>④</sup>同时亦是公民基本权利保障的需要,只有信息的充分获悉,才能实现对生存权与知情权的照顾。就现有规范与实践看,公用事业民营化目的大多基于摆脱财政负担,而忽视政府自身的后续规制与公民权保障义务,由于公用事业委员会在实践中发挥的功能不尽如人意,没有发挥应有的中介功能,且在公用事业特许经营合同规范签订上,个案化的条款无法实现公法规范的普遍规制效力。尤其对于转型国家而言,由于民营化过程中缺乏足够的公法资源实现良好规制,因此通过对信息公开规范的解释,使其直接适用于私主体无疑提供了一个绝佳机会。当然,这种直接适用与私主体之间的商业秘密之间如何调和,仍是一个难题。

#### 四、余论

信息公开法的核心目的,“在于实现公众对于政府的监督功能,以确保政府的日常运作符合公共利益;确保公众获悉公共政策,以实现对于公共政策的独立判断;确保政府不会未经公开秘密的实施执行各种规范。”<sup>⑤</sup>信息公开法不仅仅是良治的保障,同时,从另一个角度看,它的作用还在于能够起到预防

<sup>①</sup> Catherine M. Donnelly, Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective, OUP, 2007, p342.

<sup>②</sup> Larra A. Dickinson, Public Law Values in a Privatized World, 31 Yale J. Int'l L. (2006), pp401-420.

<sup>③</sup> Jody Freeman and Martha Minow eds: Government by Contract : Outsourcing and American Democracy, Harvard University Press, 2009, pp185-186.

<sup>④</sup> Mariano-Florentino Cuellar, Rethinking Regulatory Democracy, 57 Admin. L. Rev. (2005), pp411-499.

<sup>⑤</sup> Fred H. Cate, D. Annette Fields, James K. McBain, The Right to Privacy and The Public's Right to Know: the Central Purpose of the Freedom of Information Act, 46 Admin. L. Rev. (1994), pp42-67.

腐败、①确保市场资本合理流通的实用主义功能。②

当信息公开法伴随民主潮流在全球各地生根发芽时，其在各地所扮演的角色和发挥的功能却不尽相同。③尤其对于转型国家而言，民主转型过程中囿于种种阻力，使得根本性的制度变革不切实际时，信息自由法作为强调公民参与的垂直责任机制，便具备了更多的可行性。转型国家的这种变革不仅为经济发展与民主治理提供了诸多良机，而且促进了政府与市民社会之间的互信关系，而转型国家最为匮乏的便是这种信任机制。④对于转型国家的中国而言，信息公开条例的公布，在某种程度上，推动了民主化进程，尽管在不少方面仍然存在诸多问题。

几乎与信息公开法的全球浪潮大致一致，民营化的浪潮改变了传统的治理模式，诸多公共治理事项被外包给私人主体，私人主体承担了大量公共职能。由于信息公开法仅仅适用于传统意义上的“政府机构”，这些私主体在担负公共职能的同时，不免面临匮乏责任机制的诘难。公共职能的民营化不仅可能会逃脱公法规范的束缚，甚至会面临宪法规范层面的追问。

对于一些较早推行信息公开法的国家，一般的解决路径是通过个案司法裁判或者以补充立法的形式，从功能主义的视角，把担负公共职能的私主体逐步纳入信息公开法的范畴，对这条路径一直争议持久。⑤而对于一些转型国家而言，这两股潮流几乎并行，信息自由法自始似乎就面临双重使命，一方面要实现传统意义上的监督政府、实现良治的目的，同时还需要应对民营化的洪流。譬如，皮文睿就认为：“中国借助公私合作等后现代治理手段时，常常面临法治资源匮乏的困境，由于缺乏法治主义和市民社会的传统，民营化常常无法实现其预期目标，因此需要传统的行政法体制的完善。”⑥不仅如此，随着经济全球化的加剧，民营化中的资本来源已经不再囿于国内，这使得信息公开所需要应对的情况更为复杂。⑦那么，是否是在立法之初便将承担公共职能的私主体纳入信息公开的范畴？就实践层面而言，信息公开法的具体操作将会因此更加复杂，私主体的信息公开义务在强度上是否完全等同于传统政府机构？不履行公开义务的救济方式是否有所不同？过强公法规范的拘束是否会损害私主体的公共服务效率？私法规范在多大层面上能实现与信息公开法效果等同的规制功能？这些都是需要进一步深入考量的问题。

（下转第140页）

---

① Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999, pp160-175.

② “信息自由法有利于实现市场投资环境的透明化，信息是市场的生命，经济市场的健康发展依赖于可靠的信息流通，其中政策信息的变化格外关键。” 详见 John M. Ackerman Irma E. Sandoval-Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, 58 *Admin.L.Rev.*2006,p92。

③ John M. Ackerman Irma E. Sandoval-Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, 58 *Admin.L.Rev.*2006,pp109-115.

④ János Kornai, Susan Rose-Ackerman :*Building a Trustworthy State in Post-socialist Transition*, Palgrave Macmillan, 2004.

⑤ Craig D. Feiser, *Privatization and the Freedom of Information Act: An Analysis of Public Access to Private Entities Under Federal Law*, 52 *Fed. Comm. L.J.* 21 (1999).

⑥ R.Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, pp424-431.

⑦ 阿尔弗雷德·阿曼便认为，经济全球化带来的“民主赤字”(democracy deficit)需要通过国内行政法的变革予以解决，公法必须作出调整变革，以帮助公民获取公共信息，无论该信息掌握于公共机构还是私人团体，法律必须在全球化背景下为公民塑造新的政治审议舞台，以实现良好决策。详见 Alfred C.Aman, *The Democracy Deficit :Taming Globalization Through Law Reform*, New York University Press, 2004.

**第三节 保密信息**

本法不要求披露保密信息的任何内容。

**第四节 政府问责机关的报告义务**

最迟不晚于2010年1月1日,总审计长(the Comptroller General)应向国会递交一份有关该法实施情况的报告。

**Federal Funding Accountability and Transparency Act of 2006**

**Translated by ZHANG Zhuo-ming**

(East China University of Political Science and Law, Shanghai, 200042)

(责任编辑:杨伟东)



(上接和37页)

**The empirical study on Administrative Trusteeship**

——Taking Management Mechanism Establishment of Xi'an City Fengwei

New District for Example

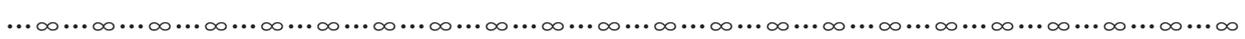
**AN Zi-ming**

(NorthWest University of Politics and Law, Xi'an, Shaanxi province, 710063)

**Abstract:** The Trusteeship, a new mode of power distribution explored in the management system reform by the local government, plays a significant role in government function transformation and management restructuring. Moreover, the innovative two-level management structure of Administrative Commission Flat Management set up by Xi'an City Fengwei New District in applying the trusteeship is of great sample value, which provides a new choice for China's administrative power distribution mode.

**Key Words:** Government; Structural Reform; Trusteeship

(责任编辑:杨伟东)



(上接第51页)

**Information Publicity Obligation in Times of Privatization**

----- Interpretation of Public Utilities Privatization

**LU Chao**

(KoGuan Law School of Shanghai Jiao Tong University, Shanghai, 200240)

**Abstract:** The legislative purpose of information publicity is to regulate the traditional bureaucratic hierarchy government but, with the advent of privatization times, it is defeated for the outsourcing of much government public function to private subjects. Consequently, taking the information publicity issue in public utilities privatization for example, this article, combing the British practice, explores the possibility of related legislation being applied directly to the above private subjects. Meanwhile, under the background of a transitional society and globalization, it also reveals the multiple missions of such legislation in transitional countries at the joint of modern and post-modern rule of law.

**Key Words:** Public Utilities Privatization; Information Publicity; Transitional Country

(责任编辑:林鸿潮)