

# 政府信息公开的若干问题

## 基于 315 起案件的分析

余凌云\*

---

**摘要** 通过对 315 起案件的分析发现,当前政府信息公开遇到的主要问题不是要不要公开,而是应当怎样公开,其中最为关键的是要明晰有关的法律规则与涵义。更为重要的是,应当在服务行政、给付行政的理路上夯实政府信息公开的基础。

**关键词** 政府信息公开 问题 案例分析

---

### 引言:315 起案件描述出的实践

《政府信息公开条例》(2007 年)已实施六年有余,配套规定的制定、修改也已告一段落,法院积累了相当多的案例,民间有不少持续性的实证调研,学者也发表了一批研究性著述。该到我们沉下心来,做更深入、全面性的反思的时候了。

要把这个看似空泛、文献已多的题目写得不飘浮,笔者选择了检索案例,对足够多的判决样本进行分析,这使得笔者的研究能够获得某种经验基础,并通过它们勾勒实践面相,提炼问题意识,总结实践做法。我们以“北大法宝—司法案例”数据库为检索对象,以“信息公开”为标题关键词进行检索,共获得初始检索结果 320 条。通过逐一审阅检索结果,在剔除重复、雷同与不相关项以及行政裁定书之后,获得有效检索结果 315 项。检索的截止日期为 2013 年 5 月 31 日。

---

\* 清华大学法学院教授。本文(项目批准号 10AZD023)是笔者主持的国家社科基金重点项目“监督与规范行政权力的主要路径和重点领域”的阶段性成果,以及笔者主持的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“《政府信息公开条例》的实施与改进(2012—2014 年)”的阶段性成果。施立栋、赵丽君帮助收集、整理、统计有关规范性文件 and 案件,吕艳滨博士、周汉华教授、王锡锌教授提供了有关资料,在此一并致谢。

通览案件,涉及15个省、直辖市。其中,上海法院判决的案件最多,共249起,占79%,之后是浙江、河南,分别为19、10起,各占6%、3%,其余的13个省、直辖市的案例少得可怜。很难说这些省市的案件数量原本就少,只能说是司法公开的程度不一。

逐一阅读有关案件后发现,其中不乏精彩的裁判,但多数案件的法院裁判说理不够深入,有着明显的“党八股”味道,基本是“三段论”:行政机关是否有公开信息的职责、程序是否合法,以及诉争问题如何解决,几乎都是浅尝辄止,甚至有的语焉不详。即便如此,对于政府信息公开的现状,我们还是可以获得如下感性的认知。

第一,在上述案件中,当事人胜诉的寥寥无几,仅35起,占11.1%。其中不少判决,在笔者看来是有问题的。之所以胜诉率不高,除了个别明显袒护行政机关的以外,首先,对当事人的举证要求过于苛严,<sup>[1]</sup>而行政机关是否应有此信息,法院又无从查起,全凭行政机关的诚信。法院也很少从行政机关的法定职责、执法规范化的要求去判断行政机关应否有此信息。因此,对于当事人质疑的“信息不存在”、“信息虚假”,法院多以“无证据加以佐证”,不予支持。其次,对涉及“国家秘密”、过程信息,法院较为顺从行政机关的判断,判决说理也只是复述行政机关的理由。对于“商业秘密”,只要第三人反对公开,行政机关、法院就予以认可。最后,固执地强调公开主体必须是制作机关,而不论被告(被上诉人)是否实际持有该信息。

第二,当事人诉求的信息,除3起案件是应主动公开而未主动公开引发纠纷的以外,基本上是依申请公开的纷争,主要涉及土地资源、城市规划、房屋产权、征收征用、许可登记、审计监督、行政处理、行为依据等领域。其中,“征收征用”、“城市规划”、“土地资源”、“房屋产权”居多,它们彼此之间又有着内在的关联。此外,许可、登记涉案较多。这说明,首先,这些领域的信息是相对人较为关注、与其利益密切相关且迫切需求的。其次,这些领域的主动公开尚有继续拓展的空间,可以适时地将那些重复诉求率高且允许公开的信息转为主动公开。

表1 涉及领域

案件类型	具体内容	数量
土地资源	土地性质及其变更、土地出让、宅基地权属、项目用地	40
城市规划	城市建设项目、建筑规划设计、建设工程规划表、批准建设文件、开发协议、施工许可、宅基地上建房	56
房屋产权	住房保障、房屋产权争议、安置房、房屋评估	31
征收征用	房屋拆迁许可、强制拆迁、拆迁补偿、拆迁项目审批、搬迁安置、动迁、征地	101
许可、登记	信息管理、企业登记改制、检查核准鉴定、调查评定检验、竣工验收	37
审计监督	动迁审计、离任审计、环境评价审计、村务审计	6
行政处理	强拆人员工作证式样、传唤拘留、处罚决定	9
行为依据	拆迁依据、补助意见、裁定依据	6
其他事项	行政收费、合作备忘录、行政奖励、小区物业、历史信息、工龄查询、环境	29

[1] 苏苗罕认为,“公众胜诉的比例不高,与政府信息公开案件审理规则不明确有关”。参见苏苗罕:“《政府信息公开条例》实施现状及其展望”,《电子政务》2009年第4期。

第三,起诉主体为个人的居多,只有32起案件是由公司、律师事务所、研究所、中华环保联合会等单位提起的,占10.2%,这一点极为反常。那些直接从事生产、销售、中介或其他经济活动的企业本该对政府信息有着强烈的渴求,却寂静无息。或许,它们已从别的渠道甚至是非正常的路径获取了所需信息。

第四,这些案件基本只关涉私人利益,但是,我们还是发现了一起公益诉讼——“中华环保联合会诉贵州省贵阳市修文县环境保护局环境信息公开案”(2012.03.12),该案中原告胜诉。这印证了有学者的断言,当下对信息公开的诉求还不是“政治参与民主型”的,而是“生活需求实用型”的。<sup>〔2〕</sup>对信息公开的关注,由私人利益到公共利益的延伸,还需要我们沉下心来,慢慢培育那些专注公益的第三部门。

第五,行政机关、法院和相对人基本上能够在《政府信息公开条例》设计的范式上交流,但是,也有些行政机关、法院不能娴熟运用《政府信息公开条例》,与当事人的对话显得不那么中规中矩、恰当妥帖。比如,分不清咨询与信息公开申请,对咨询行为按政府信息公开事项答复处理;又比如,申请的信息不存在却不先行告知,而是径行以过程信息替代,或者提示查询的机构,给人以不规范的跳跃感。

第六,在程序、方式上的瑕疵对行政决定效力影响的把握上,有长足进步。法院更加务实,也更接近理论认识。对于《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)3“违反法定程序的”,没有简单地采取“判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为”,而是进一步审视程序瑕疵是否“对原告的权利义务产生实际影响”。对不产生实际影响的,法院表现出更大的宽容。比如,“经批准逾期答复、却未告知原告、后经原告谅解的”、<sup>〔3〕</sup>“延期答复未书面送达而是口头告知”、<sup>〔4〕</sup>“将信息公开决定与过程性补正告知在一份答复书中回复”、<sup>〔5〕</sup>“超出法定的答复期限”、<sup>〔6〕</sup>“未能正确告知复议受理机关”、<sup>〔7〕</sup>“答复中没有说明有关情况的意见”、<sup>〔8〕</sup>等等,这些瑕疵均不影响行政决定的效力。或许,这是因为信息公开是一个事实行为,而法官更关心的是结果而不是程序。

阅读上述案件之后,一个强烈的印象就是:我们现在面临的突出问题已不再是要不要信息公开,而是怎样公开。掣肘信息公开的主要是缺少操作的细节,对法律的认识不统一,包括什么是政府信息?如何理解“谁制作、谁公开”?主动公开和依申请公开指向的信息是否不同?“三需要”的用途?如何理解不予公开的例外?哪些属于公共企事业单位范畴?与相关法律的

〔2〕 倪洪涛:“依申请信息公开诉讼周年年度调查报告——基于透明中国网刊载的40宗涉诉案的考察”,《行政法学研究》2009年第4期。

〔3〕 比如,“刘桂兰与阜阳市颍泉区人民政府政府信息公开纠纷上诉案”(2009)皖行终字第0079号)。

〔4〕 比如,“陈某某与上海市黄浦区住房保障和房屋管理局政府信息公开答复案”(2011)沪二中行终字第166号)。

〔5〕 比如,“上海顺泰创强实业有限公司与上海市规划和国土资源管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(2010)沪二中行终字第37号)。

〔6〕 比如,“周甲诉上海市闸北区人民政府政府信息公开决定纠纷案”(2010)沪二中行初字第25号)。

〔7〕 比如,“陈某某与上海市黄浦区地名管理办公室政府信息公开决定纠纷案”(2012)沪二中行终字第283号)。

〔8〕 比如,“邱某某与上海市公安局政府信息公开决定纠纷上诉案”(2010)沪二中行终字第123号)。

冲突如何解决?等等,这些构成了我们以下讨论的基本问题。

更为重要的是,从足够多的法院判决中体察法官对《政府信息公开条例》的理解,提炼出有关规则与解释,是在发现“活的法”。当然,因个案争讼的不同,法官的认识也呈碎片状,较零散,也不完全是正确的,这就需要我们去批判、校正和淬炼。

## 一、什么是政府信息?

《政府信息公开条例》第2条对“政府信息”下了一个定义:“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。”第6条要求“信息公开必须及时、准确”。对于其中“履行职责过程”和“制作或者获取”、“准确”这几个核心且不确定的概念,结合有关案件的判决,可以进行如下建构性解释。

### (一)如何理解“履行职责过程”?

至少可以解构为以下三点:

第一,“履行职责过程”无疑具有公法意义,但采取的手段显然可以是多样的,既可以是公法上的手段,也可以是私法上的手段。比如“丁某某与上海市黄浦区建设和交通委员会政府信息公开决定纠纷上诉案”(2010)沪二中行终字第22号,法院刻意进行了限定,以拆迁人与被拆迁人是“民事法律关系”,用手段的私法性来否定安置房的公法性。<sup>[9]</sup>这显然是不妥的。

第二,应当是履行“行政”职责。这是根据《政府信息公开条例》第1条规定的立法目的所作的推定。比如“邱某某与上海市公安局政府信息公开决定纠纷上诉案”(2010)沪二中行终字第123号,上诉法院就是如此推论的,认为政府信息“是指行政机关在履行行政职责过程中所形成的信息”,判定“上诉人申请公开的《关于轻微刑事案件审查逮捕适用条件的若干意见》,系被上诉人(市公安局)与上海市人民检察院联合制定的,内容涉及刑事司法范畴,并非被上诉人在履行行政管理职责中制定的政府信息”。

第三,履行职责过程中制作或者获取的信息,包括法定要求的与非法定要求的两种。前者是指根据有关法律规定,在履行职责过程中应当、也必须制作或者获取的信息,否则构成程序瑕疵,或者不履行法定职责;后者是指虽不是法定要求的,但却是在履行职责过程中实际制作或者获取的信息。比如“王某与上海市某区住房保障和房屋管理局政府信息公开申请答复行政行为纠纷上诉案”(2012)沪一中行终字第54号,法院就明显是从上述两个路径去审查的,其在判决中指出:“被上诉人已当庭确认上诉人所申请的信息并非其在履行职责过程中应当制作或者获取的,以一定形式记录保存的信息。上诉人亦未能提供充分有效的证据和依据证明被上诉人具有制作或获取上诉人所申请的动迁人员核对表的职责,也不能证明被上诉人实际制作或获取过上诉人所申请的信息。”

[9] 在该案中,法院认为:“上诉人要求获取的‘南车站路某号丁某某(户)安置用房符合国家质量标准的检测报告’的信息,是被上诉人基于其拆迁人身份而取得的。被上诉人虽然是行政机关,但其作为拆迁人,与被拆迁人之间是平等的民事法律关系,实施的拆迁行为也是民事法律行为,故被上诉人在房屋拆迁过程中取得的信息不是其履行行政职责过程中制作或获取的信息。”

## (二)如何理解“制作或获得”?

应当是发生在履行职责过程之中,是基于职责、程序的要求,信息的制作或获取是一种程序运作的结果,或者是程序继续运作下去的基础。比如“王某与上海市某区住房保障和房屋管理局政府信息公开申请答复行政行为纠纷案”(2012)沪一中行终字第112号,被告认为,《上海市住宅物业管理规定》(2011年)第25条规定的保管行为“是事实代管行为,不属于法律意义上获取政府信息的方式”。法院在判决中也分析了该第25条的规定,<sup>[10]</sup>认定“某区房管局下属房管办系依规定而代为临时保管上述材料,上述材料非由某区房管局制作,此临时保管行为亦不属法律意义上的获取,因此,上述材料不属于某区房管局的政府信息”。也就是说,保管行为不是行政职责履行过程中的一个环节或程序要求。

## (三)如何理解“准确”与“完整”?

从《政府信息公开条例》第6条规定和法院判决看,对于信息的“准确”与“完整”,至少有两种理解:一种是以行政机关存有的原始状态的信息为准,即便与行政机关给出的正式文本有出入,或者不符合规范要求,存在笔误,也不足以否认其“真实”、“准确”。<sup>[11]</sup>另一种是不以行政机关制作或获取时的原始文件为准,而是以实际情况为准,从而赋予了行政机关进一步调查核实的职责。“俞霞金等诉宁波市鄞州区人民政府政府信息公开行政诉讼案”(2009)浙甬行终字第44号)中,法院就凭据上诉人提供的证据,因“俞彩定不在被上诉人所公开的128户名单中”,“认定被上诉人政府信息公开的内容不真实、不完整”,即便被上诉人提供的户数源自“宁波市国土资源局鄞州分局”的原始统计。

笔者觉得,《政府信息公开条例》本身就充斥了混杂与矛盾:从本意上看,行政机关有义务公开的只是原始信息,原汁原味的,无需加工、再制作。但是,从第7条规定的政府信息公开协调机制看,行政机关又被附加了进一步调查核实、校正纠错的义务。在笔者看来,后者只是特定情境下的一个例外。一般而言,政府信息公开止于原始信息。如果原始信息有误、不全,那是通过要求更正、要求履行法定调查职责等其他途径来解决的。

# 二、公开的主体

## (一)与行政主体理论的关系

从《政府信息公开条例》对公开信息的义务主体的表述看,主要有“行政机关”、“人民政府及

[10] 《上海市住宅物业管理规定》(2011年)第25条规定:“业主委员会应当自换届改选小组成立之日起十日内,将其保管的有关财务凭证、业主清册、会议纪要等档案资料、印章及其他属于业主大会所有的财物移交物业所在地房管办事处保管。业主大会、业主委员会依法需要使用上述物品的,物业所在地房管办事处应当及时提供。”

[11] 比如,“乔某等与上海市某新区建设和交通委员会政府信息公开申请答复行政行为纠纷案”(2012)沪一中行终字第99号,法院认定,“被上诉人在审理中当庭确认其提供给上诉人的系争评估报告和送达回证是相关房屋拆迁裁决档案卷宗内调取复印的,与档案里保存的完全一致”。至于上诉人提出的“该评估报告不符合《上海市城市房屋拆迁评估技术规范》规定的形式要件与内容要求”,进而质疑信息的真实性,法院认为,这“与本案政府信息公开答复行政行为不属同一法律关系,不属本案审理范围”。

其部门”，与其他法律法规的表述无异。《政府信息公开条例》第17条还进一步对具体的公开主体作了规定。稍微有点行政法知识的人，很容易把它和行政主体联系在一起。

从有关案件看，也多与行政主体理论暗合。有的法院还依此认定被告。<sup>〔12〕</sup>第17条说的“谁制作”，被行政机关的很多同志严格地界定为是在法律上有权批准、公布的机关，是信息的完成机关。这主要是考虑责任问题，谁有权对该信息的真实性、准确性负责，谁才是“制作机关”。但也有个别案件不是，比如“袁裕来与安徽省人民政府不履行政府信息公开法定职责纠纷上诉案”（（2008）皖行终字第0136号），法院就没有按照行政主体理论来认定信息公开的主体，而是认为，“省政府法制办是办理复议案件的机构”，尽管属于内设机构，但是，“复议材料也由其保管，一般情况下省政府法制办可以是政府信息公开的主体”。

笔者赞同这个结论，却不认可法院的推理。上述第17条也完全可以涵摄到行政主体理论之中去解释，就像以内设机构所隶属的机关为被告一样。或许，法院是默许了实践，不把简单问题复杂化。实践中，承担信息公开义务的单位都不注重是否为内设机构或者执法主体，而是以事实上是否制作或保管有关信息为标准。所以，在认定被告上也没有必要过于固执，非行政主体不可。

其实，在笔者看来，信息公开主体之所以可以游离于行政主体理论之外，主要是因为行政主体理论是秩序行政的产物，秩序的维护要以限制公民权利为代价，要特别强调主体的资格以及权力的来源。而信息公开属于给付行政范畴，是受益和提供信息服务的，所以，没有必要受行政主体理论桎梏。如果这个观点是可以成立的，那么，有关信息公开的案件中，行政复议的被申请人和行政诉讼的被告就可以舍弃行政主体理论，由实际承担信息公开的主体来担当。

## （二）“谁制作、谁公开”？

第17条之所以坚持由制作的行政机关负责公开，很可能是为了确保信息的原始性和准确性。实践中，因捆绑上了过错追究和行政问责，非制作的行政机关持有信息，也不愿公开，宁可把当事人呼来唤去，也不愿“蹚浑水”、沾惹是非。

在笔者看来，第17条不尽合理：第一，制作机关制作的原件有可能已送达给相对人、其他机关，没有留存，或者留存的底稿等信息与原件有一定出入。有的行政机关主动提供了相关的信息，反倒吃了官司。<sup>〔13〕</sup>第二，不便民，也徒增成本。因为相对人不熟悉复杂的行政过程，很难准确识别制作信息的行政机关，难免误打乱撞，不得要领。非制作的行政机关即使持有原件也矫情，不给相对人。

“陈某某与上海市黄浦区绿化和市容管理局政府信息公开答复上诉案”（（2011）沪二中行

〔12〕 在“张某某诉杭州市萧山区某某镇人民政府其他政府信息公开纠纷案”（（2012）杭萧行初字第8号）中，法院在判决中还特意套用了行政主体理论，指出，“某某镇信息公开办公室是被告某某镇政府的内设机构，该办公室在没有法律、法规或者规章授权的情况下，即以自己名义作出被诉答复行为，原告张某某对该答复不服提起行政诉讼，应当以某某镇政府作为本案的被告”。

〔13〕 比如，“陈某与上海市规划和国土资源管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”（（2012）沪二中行终字第91号），建设项目选址意见书正本已颁发给建设单位，提供给上诉人的底稿与正本记载的内容一致，只是有些笔误，却吃了官司。

终字第 267 号)就很典型。上诉人申请公开的沪黄房地拆许延字(2002)第 18 号房屋拆迁期延长许可通知,“制作机关为本市房屋土地管理部门”,并非被上诉人。但是,被上诉人是该房屋拆迁期延长许可通知的被许可人,保存有原件。法院也是按照上述第 17 条做出判决,“被上诉人不是上述信息公开的义务机关”。但是,作为行政机关的被上诉人明明持有原件,为什么就不能提供给上诉人呢?更有讽刺意味的是,“上诉人提起诉讼后,被上诉人却将该上述材料作为证据提供给上诉人”。这起案件充分说明了第 17 条的不合理性。

其实,从有关案件看,行政机关、法院也并没有坚持“谁制作、谁公开”原则,其中不乏灵活机变。我们至少发现了四种情形:

一是不转由制作机关,而是自己直接提供。比如“吴某某与上海市城乡建设和交通委员会政府信息公开决定纠纷上诉案”(2011)沪二中行终字第 222 号),被上诉人查明,上诉人所申请公开的信息是“由其下属机构上海市建筑业管理办公室制作”的,但“本着公开、便民的原则”,被上诉人直接向上诉人提供了该信息。

二是指示下级行政机关回复。比如“史丽江诉江苏省国土资源厅不履行土地信息公开法定职责案”(2011)苏行终字第 0066 号),原告申请公开的相关征地批准文件及与其相对应的“一书三方案”属于阶段性行政行为,需要经过层层批准、审核,最终由被告完成。但是,被告按照“就近、便民的原则”,直接“通知无锡市国土资源局”向原告提供,并在答复函中告知原告。无锡市国土资源局也及时提供了有关信息。原告获得的信息或许不完整(缺少上级审批印章),但就信息内容而言却是一致的,能够满足原告的实质要求。对于这样的处理,原告在诉讼中也提出质疑,“被告无权通过自设文件的方式将其应当履行的职责免除或转移至其他行政机关”,被告的回复“不是《政府信息公开条例》所规范的回复”,“不能因为其采用了回复这种文书形式就认为其实质上履行了信息公开的职责”。但是,法院不以为然。

三是信息已移送档案馆的,也随之“移交”了公开义务。比如“赵某某与上海市某某管理局政府信息公开申请纠纷上诉案”(2009)沪二中行终字第 229 号),当事人申请公开的信息尽管是行政机关制作的,但已向城建档案馆移交了档案,因此,建议当事人向档案馆咨询。

四是将制作权委托给了其他行政机关。比如“王景清等与福州市人民政府信息公开决定纠纷上诉案”(2012)闽行终字第 125 号),被告曾发布《关于启用“福州市人民政府土地审批专用章”的通知》(榕政综[1986]741 号),授权福州市国土部门制作并保存有关土地批复文书。法院因此认定,有关土地批复文书“虽以福州市人民政府名义作出,但系福州市人民政府授权福州市国土资源管理局制作,并加盖被告福州市人民政府土地审批专用章,因此该政府信息的制作机关实际是福州市国土资源管理局”。

在笔者看来,上述第一、二种处理颇便民,第三种因与《档案法》交织,较为折腾当事人,第四种却悖离法理,市政府的“授权”实质上是委托。从法律上看,制作机关仍然应当是市政府。

一些地方立法也没有完全亦步亦趋。比如,《浙江省政府信息公开暂行办法》(省政府令 2012 年 302 号)第 6 条第 2 款规定:“行政机关保存的属于其他行政机关制作的政府信息,作为其行政管理依据的,根据公民、法人和其他组织的申请,在其掌握的范围内依法公开。”

其实,行政机关制作的信息会因行政程序、行政过程而合法地流向其他行政机关或者公共

机构,为后者所保存。有的是作为后者作出决定的基础,有的是作为行政管理的依据。从有关讼争看,不少当事人也期望能够从这个过程环节上直接获取信息。比如“张永汉诉广东省人民政府作出的政府信息公开行为纠纷案”(〔2010〕穗中法行初字第53号),原告之所以坚持要求被告提供“案涉行政处罚决定书”,是因为该信息“虽非被告制作”,却是它在履行“行政复议职责过程中”,“从其他法人处获取、保存并认定的信息”,是作出复议决定的唯一依据。

综上,笔者建议:第一,《政府信息公开条例》第17条规定的“谁制作”可以解释为“具体承办制作信息的机构”,无须行政主体。第二,不是信息制作机关的行政机关做出的决定,如果是以上述信息为基础和依据的,只要不涉及不公开的情形,也由该行政机关负责公开。如果无法一目了然做出可否公开的判断,交由原制作的行政机关决断,并告知申请人。申请人质疑信息的真实性、完整性,可以直接向原制作机关申请。第三,给申请人增加一个备选方案,接受信息公开申请的行政机关没有该信息,可以帮助申请人从制作机关调取,并收取合理费用。

### 三、主动公开与依申请公开之关系

#### (一)指向的信息

无论是主动公开还是依申请公开,只是公开的方式不同,它们指向的对象都是可公开的信息,在这一点上却是共通的。“薛建彬与青岛市黄岛区人民政府不履行政府信息公开义务纠纷上诉案”(〔2009〕青行终字第107号)中,一审法院刻意区分主动公开与依申请公开的信息,将其视为两类不同的信息,显然是误读了法律。一些地方政府也误以为“依申请公开只能适用于主动公开的信息之外的信息”。〔14〕

因此,即便是主动公开的信息,当事人不知晓,或者行政机关没有主动公开的,当事人也可以依申请公开。“张征文诉兴安县湘漓镇人民政府政府信息公开案”(〔2009〕行字第2号)中,原告要求公开《磨石江建设小康文明示范村规划图》等磨石江新农村文明示范点的相关信息,就属于应主动公开的政府信息,但是,湘漓镇人民政府却因种种原因没有主动公开,法院肯定了原告有权要求申请公开。

对于已主动公开的信息,行政机关可以告知当事人获取的方法与途径,如果不增加额外成本,也可以直接提供有关信息。“张艳琴与郑州市国土资源局政府信息公开纠纷上诉案”(〔2010〕郑行终字第129号)中,行政机关已告知当事人获取的方式,之所以会发生争执,是因为其中一个信息要“到市土地储备中心查阅”,而当事人“到土地储备中心查阅相关资料要求复印时,遭到拒绝”。

#### (二)两者关系

之所以要划分主动公开和依申请公开,首先是考虑“需求程度高”的信息要主动公开,这也

〔14〕 参见“中国政府透明度年度报告(2010)——以政府网站信息公开为视角”,载中国社会科学院法学研究所编:《中国法治发展报告》,社会科学文献出版社2011年版,页226。



能减少回复公众经常申请的行政成本,提高效率。<sup>[15]</sup> 而对于“需求程度低”的信息,为节约公开的成本,依申请公开。<sup>[16]</sup> 其次,还因为先前的地方实践已经屡经试错,积攒了经验,形成了较为固定的两种公开范式。

因此,笔者始终认为,当前政府信息公开的着力点应当是做好依申请公开,理由是:第一,依申请公开的信息都是相对人迫切需要的,对其生产、生活与研究有着重要意义。从公开的成本与效益上看应该是最高的,不像主动公开,常流于形式,成本大,又多不为相对人所关心,效益不彰显。第二,是因为迄今我们都无法自信地说,我们已经完全认识和掌握了所有信息的种类和性质,不会因为现代科学和信息分析技术可以从看似片段、没有问题的多个信息之中分析、提炼出有损公共利益的信息,所以,我们需要通过依申请公开来挨个试错。如果公开的片段信息没有产生问题,且需求较大,当然可以转为主动公开。主动公开的信息也可以“因为时效或需求量小等原因”转为依申请公开。<sup>[17]</sup> 第三,主动公开的信息毕竟量少,大量的信息是通过依申请公开,纠纷也频发于此。

## 四、“三需要”与涉嫌滥用申请权

### (一)“三需要”

《政府信息公开条例》第13条引入了“根据自身生产、生活、科研等需要”(以下简称“三需要”)可以申请获取有关政府信息。国务院办公厅在《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(2008年4月29日)作了进一步的解读:“行政机关对申请人申请公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关的政府信息,可以不予提供。”现有研究已反复论证了,这是一种误读,且流弊甚广。不少案件显示,行政机关甚至法官都把“三需要”设定为申请资格条件,要求申请人必须予以证明。

其实,“三需要”不是用来限制申请资格(或者原告资格)的,因为《政府信息公开条例》第20条第2款没有这样要求。而且,“就一般意义而言,当申请人自身‘生产、生活、科研等特殊需要’可解释到最大化时,条例中信息公开的申请人,可以是任何人。因为每个人都有选择职业、生活方式和从事科学研究的自由,在法律上无法将生产、生活、科研从特定的社会成员所享有的自由中予以排除”。<sup>[18]</sup> 因此,对于“三需要”,行政机关不得随意搭附,不得限缩解释,进而刁难、推诿。

大多数国家现在都允许任何人申请信息,不论其是否有法律利益、是否为公民或者是否为居民(A majority of countries now allow anyone to ask for information regardless of legal in-

[15] David Banisar, “Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Information Laws”, *Privacy International Report*, 25(2006) [http://www.freedominfo.org/documents/global\\_survey2006.pdf](http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf).

[16] 参见程洁:“政府信息公开的法律适用问题研究”,《政治与法律》2009年第3期。

[17] 同上注。

[18] 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。

terest, citizenship or residency.)。〔19〕比如澳大利亚,在决定信息公开时,原则上不要求申请人给出用途说明和申请目的。正如 Maeve McDonagh 和 Moira Paterson 指出的,“个人要求获得文件,只是作为权利,无需给出索取的理由或者正当性,如何使用这些文件也不受限制。一般而言,在作出决定时考虑申请人的身份或动机是不适当的”。〔20〕从澳大利亚有关判例看,申请目的以及申请人对信息有限使用的承诺,这些也不是绝对不考虑。法官、行政机关考虑它们,只是用来决断涉及隐私的信息是否可以公开。比如,在 *Victoria Police v Marke* 案中,当事人被指控有恋童癖(paedophilia),他要求公开控告者和警察的有关谈话笔录,但行政机关和裁判所均以“向当事人公开这些文件就是对世公开这些文件”(any release of the documents to the applicant was a release to the world)为由拒绝公开,最高法院法官 Hansen 却认为,裁判所没有考虑申请人已保证其获得上述文件后不会泄露有关信息,要求裁判所重新裁决。〔21〕

在笔者看来,“三需要”的意义仅体现在举证责任,而且仅在过度申请、涉嫌滥用申请权时才显现。在笔者看来,这种限制的妥当性只与申请公开的信息数量有关,并通过说明理由的程度来实现。申请人申请的信息数量愈大,意味着占用的公共资源愈多,就负有更多的说明理由义务。如果申请人给出的理由不足以说服行政机关,行政机关可以引用上述第 13 条规定予以拒绝。

## (二)涉嫌滥用申请权

在案件梳理中,我们还是嗅出了申请权被滥用的味道。比如,杨某在 2009 年 6、7 月连续向崇明岛行政机关提出四个申请,且分别经过了行政复议,尔后进入诉讼,甚至上诉。〔22〕杨某的刁难之意在其中一起案件中表现得尤为张扬。在“杨某诉崇明县人民政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第 10 号)中,杨某要求获取“崇明县人民政府对杨某某(户)实施房屋拆迁行政强制执行过程中,参与执行的人员佩戴的强制执行工作证的样式”,并且特意标明“是在对杨某某户进行房屋拆迁强制执行这一特定过程中所产生的”,未参加执行的其他人员佩戴的,即便是同一样式,也一概不接受。

那么,什么是涉嫌滥用申请权呢?一般挟有恶意,比如报复、捣乱、找茬、干扰等,客观表现为申请的信息数量过大,或者过于频繁。之所以要抑制这种行为,是因为它占用过多的公共资源,却无实际意义,又影响行政机关的正常业务。滥用申请权一旦被拒,很可能衍生为滥用诉权。

行政机关和法院的应对也可从出现频率最高(多达 19 起)的上海顺泰创强实业有限公司

〔19〕 David Banisar, Op.Cit.15, 22.

〔20〕 Maeve McDonagh & Moira Paterson, “Freedom of information: taking account of the circumstances of individual applicants”, *Public Law*, 505(2010).

〔21〕 Maeve McDonagh & Moira Paterson, Op.Cit.20, 523—526.

〔22〕 “杨某诉崇明县人民政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第 8 号)、(〔2010〕沪二中行初字第 9 号)、(〔2010〕沪二中行初字第 10 号)、(〔2010〕沪二中行终字第 68 号)。

案中窥见一斑。其中,在 2009 年至 2010 年间涉案 13 起,包括诉讼或上诉,<sup>[23]</sup>都是围绕着“静安区愚园路某号基地土地使用者上海天顺公司闲置土地十年后”,并不断变换提要,试图获取有关政府信息。每次行政机关都要求补正,“在审查原告的书及补正申请书后,不能确认原告申请所具体指向的文件名称、文件号以及其他特征描述,无法根据原告的书进行搜索”,拒绝公开。法院也随之附和认为,“该申请内容未指明所需政府信息的名称、文号,虽有一定的特征描述,但该描述不明确、指向不特定,不足以确定相应的政府信息,被告据此认定原告的书不符合上述规章的规定,并无不当。”十份判决读起来单调、雷同。很显然,行政机关与法院之间有着某种默契,用“补正”来应对原告(上诉人)似乎无休止的“纠缠”。

上述应对,在笔者看来,不够妥帖。从国外瞥见的、学者能够想到的比较适当的应对包括:①直接拒绝。②收费。收费的合理性在于信息公开涉及公共资源的占用。申请次数越多、信息数量越大,耗费的公共资源也越大。超出合理申请的次数和数量的,甚至可以按几何基数征收费用,以抑制当事人的好奇冲动和权利滥用。③限制每次的申请数量,意在消耗滥用权利者的时间和精力。

但是,这三种方法都不太可能根本解决问题。因为滥用者或许有的是时间、精力,甚至金钱。申请信息数量大,不见得都是滥用,而信息公开又要尽量避免收费,不得利用收费“吓跑申请者”。<sup>[24]</sup>用收费来抑制滥用,效果恐怕不彰显。<sup>[25]</sup>行政机关直接拒绝,又会将举证责任全部揽到自己身上,增加行政机关的负担。《政府信息公开条例》选择的是“生产、生活、科研等特殊需要”,用不确定法律概念在举证责任上作适度的限制,这在笔者看来是最机敏、有效的。

## 五、不予(免于)公开

从我们浏览的有关地方立法和司法解释看,对不予(免于)公开事项的表述高度重复,在具体事项的列举上略有出入,大致包括“三安全、一稳定”、“国家秘密、商业秘密和个人隐私”、过程性信息、影响国家利益或公共利益(社会公共利益)、执法信息和内部公开事项、工作秘密等。其中很多事项的内涵、判断标准,立法与司法解释都没有进一步阐释。我们将其中涉及事项较多、较为典型的文本梳理、统计如下:

---

[23] “上海顺泰创强实业有限公司诉上海市静安区人民政府政府信息公开决定纠纷案”((2010)沪二中行初字第 26 号)、((2010)沪二中行初字第 27 号)、((2010)沪二中行初字第 28 号)、((2010)沪二中行初字第 29 号)、((2010)沪二中行初字第 30 号)、((2010)沪二中行初字第 31 号)、((2010)沪二中行初字第 38 号)、((2010)沪二中行初字第 39 号)、((2010)沪二中行初字第 40 号)、((2010)沪高行终字第 47 号)、((2010)沪高行终字第 48 号)、((2010)沪高行终字第 49 号)。

[24] 参见吕艳滨、Megan Patricia Carter:《中欧政府信息公开制度比较研究》,法律出版社 2008 年版,页 4。

[25] 爱尔兰和英国也曾有过激烈讨论,最后意见是“要用另外的方式(而不是收费)来限制对法律的滥用”。同上注,页 34。

表2 立法中政府信息免于公开事项统计表

文件名称	“三安全、一稳定”	国家秘密, 商业秘密, 个人隐私	过程性信息	国家利益、公共利益	执法信息	内部公开事项
政府信息公开条例(2008年)	√	√				
广州市政府信息公开规定(2003年)		√	√	√		
湖北省政府信息公开规定(2004年)		√		√	√	
武汉市政府信息公开暂行规定(2004年)		√		√	√	
郑州市政府信息公开规定(2005年)		√	√		√	
海南省政府信息公开办法(2005年)		√	√		√	
苏州市政府信息公开规定(2006年)		√	√		√	
黑龙江省政府信息公开规定(2006年)		√ (工作秘密)	√	√		√
本溪市人民政府信息公开暂行办法(2006年)		√	√		√	
深圳市政府信息公开规定(2006年)		√			√	
南京市政府信息公开规定(2008年)	√	√	√	√		
宁波市政府信息公开规定(2008年)	√	√	√	√	√	
杭州市政府信息公开规定(2008年)		√	√		√	
山东省政府信息公开办法(2010年)		√	√		√	
上海市政府信息公开规定(2010年)	√	√	√		√	
最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定(2011年)		√				

有学者否认“三安全、一稳定”是“一个独立的例外情况”,甚至认为其“已包含在‘涉及国家秘密’题中了”。<sup>[26]</sup> 笔者以为,假如“三安全、一稳定”只是第14条的脚注,没有独特的、广袤的内涵,那它纯属多余,也难以称之为原则。而且,从法规范分析看,也难以凭据第8条不在第二章第14条之内,就得出其不是规定例外情况的结论。况且,从实践看,也并非如此。在笔者看来,“三安全、一稳定”是一个独立的例外情况,它也的确与国家秘密有交叉,却不重叠,外延更大,它还囊括了其他不宜公开的情形。比如,它与《公务员法》(2006年)第12条、第15条规定的工作秘密就有着某种呼应。

由于《政府信息公开条例》仅承认两类不公开事项,即“三安全、一稳定”、“国家秘密、商业秘密和个人隐私”,因此,对于地方立法规定的其他事项,除了应当证成其免于公开的正当性外,还必须将其融入上述两个法定事由之中。在笔者看来,或许“三安全、一稳定”是最佳的吸

[26] 李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,页258—259。

纳这些事项的场域。<sup>〔27〕</sup>

即便是涉及“三安全、一稳定”、“国家秘密、商业秘密和个人隐私”的信息,也不是绝对不公开。首先,如果存在“可分的、依法应公开”的部分信息,可以将其从不公开的信息中切割出来,予以公开。<sup>〔28〕</sup>其次,涉及第三方商业秘密或个人隐私的信息,基于公共利益的考量,也可以公开,但行政机关应当将公开的内容和理由告知第三方。

### (一)“三安全、一稳定”

多数案件在论及“三安全、一稳定”时,无论是法庭辩论还是判决也都只是给出结论,不加分析。“周某诉上海市人力资源和社会保障局政府信息公开案”((2010)黄行初字第31号)却是少有的例外。

在该案中,原告、被告和法院在“公开相关高评委专家名单是否危及社会稳定”上展开了较深入的对话。被告认为可能危及社会稳定,把这种潜在的“危及”具体描述为“影响评审公正公平,以及评委正常生活、工作”。原告反对,但理由贫乏。法院在判决中作了细腻的辨析,在法院看来:第一,与公开随之而来的不正之风、打击报复等并非评委面临独有的职业风险。抵制不正之风,不畏打击报复乃系对我国较多行业从业者提出的基本职业要求。我国逐步完善的行政处罚、刑罚体系已将上述职业风险降到最低。第二,由于评委个人的评审意见及投票情况职称申报者并不知晓,被告持有的职称申报者对评委个人可能会实施扰乱工作、生活行为,以及打击报复的假设缺乏合理的根据。因此,法院认为,被告的上述理由“并不能充分地推导出公开相关高评委专家名单可能危及社会稳定的结论”。

在“上海某某资产经营有限公司诉建德市人民政府信息公开申请纠纷案”((2011)浙杭行初字第82号)中,法院开始寻求更加客观的判断标准,认为“在省、市均制定了评估办法”,“对重大事项社会稳定风险评估的范围、原则、内容、责任主体、评估程序等都作了具体规定”,行政机关如果认为公开有可能危及社会稳定,应按照有关规定,“对可能存在的社会稳定风险进行评估,根据评估结论作出信息公开答复”。

### (二)国家秘密

“国家秘密是关系国家安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。”《保守国际秘密法》(2010年)第9条、《保守国家秘密法实施办法》(1990年)第4条列举了涉密的具体事项与判断标准,但是,“保密审查所依据的标准极为宽泛,而且缺乏明确性”。《政府信息公开条例》第14条还规定了是否涉密的事前审查程序,无法确定的,应“报有关主管部门或者同级保密工作部门确定”。浓厚的保密气息弥漫在《政府信息公开条例》之中,这种立法趣味本身就透露出对国家秘密的极度敬畏,几乎不敢触碰。王锡锌教授断言,“当

〔27〕 比如,《上海市政府信息公开规定》(2010年修订)第10条就明确规定,不公开“属于调查、讨论、处理过程中的政府信息”(包含了过程性信息和执法信息),是“因其内容不确定,公开后可能影响国家安全、公共安全、经济安全或者社会稳定”。

〔28〕 参见叶必丰:“具体行政行为框架下的政府信息公开——基于已有争议的观察”,《中国法学》2009年第5期。

前的信息公开仍是《保密法》控制下的信息公开”。<sup>[29]</sup>

这在我们阅读的案件中也有例证。比如,“郑洪与上海市住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(2009)沪二中行终字第71号)中,尽管上诉人辩解,“房产的登记变更、购买出售的资料从未有作为国家机密的情况,根据《物权法》的规定,权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料,登记机构应当提供。且上诉人家的房屋不涉及政治、经济等事项,其作为落实政策问题由来已久。被上诉人系自己将公房登记资料列为保密资料,法院不能据此来审查行政行为的合法性”,但是,上诉法院还是认为,“根据被上诉人提供的证据可以认定,上诉人申请的内容系国家秘密”。笔者实在看不出“公房登记资料”有保密的必要。这种简单化的判断、无条件的依从,从某种意义上讲,揭示了法院功能的某种缺失。

参考借鉴一些国家的经验,对国家秘密的判断标准,规定都很原则。没有发现哪个国家真正解释清楚其中的不确定法律概念,实质性挤压了行政机关定密的裁量权。法院的审查也会因高度政治敏感而无法深入。这说明,通过这两条路径来为信息公开释放出更大的空间,实际上很困难,收效也很有限。在笔者看来,或许提高定密的层级,将这项权力收归省级以上,可以避免不少弊端,收到一些实效。更为重要的是,应当尽快在省级以上保密行政管理部门内部建立相对独立的信息公开委员会,判断信息是否属于国家秘密,是否允许公开,用团体主义来降低个人判断的政治风险。

### (三) 商业秘密

在笔者所阅读的案件中,法院极少阐释“商业秘密”,即便有,也是重复上述《反不正当竞争法》(1993年)第10条第2款的规定。比如,“孟某诉上海市虹口区房屋土地管理局信息公开答复纠纷案”(2008)虹行初字第39号)中,法院对“商业秘密”作了阐释,“是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的经营信息”。

是否为商业秘密、可否公开,第三人必须举证、明示态度。但这并不免除行政机关的审查义务,行政机关也必须对是否属于商业秘密作出判断。而且,即便是第三人明确拒绝公开或者消极不回复,行政机关也必须权衡利益、斟酌利害,决定是否公开。这个过程不止于内心活动,也不能简单顺从第三人判断,<sup>[30]</sup>必须详细说明理由,<sup>[31]</sup>或者邀请专家论证。

### (四) 个人隐私

迄今,法律没有对个人隐私下过定义,也没有作过解释。但是,法官却无法拒绝裁判。所以,我们从案件中发现了法官的判断标准:一是不向公众公开的、不愿公众知悉;二是公开后是

[29] 参见王锡锌:“政府信息公开法律问题研究”,《政治与法律》2009年第3期。

[30] “北京北方网讯通讯有限责任公司诉北京市海淀区人民政府政府信息公开不予公开告知行政纠纷案”(2010)一中行初字第1225号),法院认为,对于涉及商业秘密的信息,“行政机关在不作审查的情况下,径行征求第三方意见,并以第三方不同意公开作为信息不予公开的理由,于法无据”。

[31] 比如,“吴文其诉上海市虹口区国家税务局信息公开申请答复案”(2011)虹行初字第33号),对涉及的“财务印鉴、企业印鉴和公司电话号码”是否为商业秘密,法院分析道,“公司电话号码作为联系方式是公司开展经营活动的条件之一,财务印鉴、企业印鉴是公司在经营活动中进行意思表示的一种确认形式,三者通过对外公开或出示,发挥其基础作用,不符合商业秘密不为公众所知悉的特征,不属于商业秘密”。

否会对权利人生产、生活造成明显不当影响。

在“吴文其诉上海市虹口区国家税务局信息公开申请答复案”((2011)虹行初字第 33 号)中,法院对个人隐私下了一个定义,“至于个人隐私,一般是指公民个人生活中不向公众公开的、不愿公众知悉的、与公共利益无关的个人信息”。并结合本案涉及的“个人印鉴”是否为个人隐私问题作了进一步的分析。法院认为,“个人印鉴为个人进行意思表示的一种确认形式,同签名一样,通过出示发挥其基础作用,具有对外性,不符合个人隐私不向公众所公开、不愿公众所知悉的特征,不属于个人隐私”。

在“俞霞金等诉宁波市鄞州区人民政府政府信息公开行政诉讼案”((2009)浙甬行终字第 44 号)中,一审法院提出了判断“个人隐私”的一个标准,即“政府信息公开中的‘个人隐私’,应根据公开后是否会对权利人生产、生活造成明显不当影响来判断,不能将所有涉及个人的资料都列入‘个人隐私’的范畴”。因此,认为要求公开“芝山村村民提出建房申请时的年龄”,虽对权利人有一定影响,但达不到明显程度,因此被告应当公开。

对于的确涉及个人隐私的信息,比如第三人与政府签订的拆迁补偿协议,从有关案件看,是否公开往往取决于第三人意愿。第三人不同意的,行政机关就不公开,法院也认可。或许,这些案件都是个人提出的信息公开申请,不涉及公共利益,所以,行政机关也不会援引《政府信息公开条例》第 23 条,进一步判断“不公开是否可能对公共利益造成重大影响”。在我们阅读的这些案件中也没有出现一起强制公开案件,“并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方”。

法院在判决中都一致强调,第三人的同意必须是明示的。正如“杨某与崇明县住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”((2010)沪二中行终字第 287 号)、“郑某与上海市住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷案”((2011)沪二中行终字第 63 号),行政机关和法院一致认为,“权利人对是否同意公开的意见征询未向行政机关作答复的,视为不同意公开”。

#### (五)利益衡量

已确定是商业秘密、个人隐私的信息,即便第三人不同意公开,也不是绝对不予公开的。行政机关还必须衡量公开的公共利益是否大于不公开的私人利益。行政机关决意公开时,不能不给第三人第二层次的保护。

有学者主张,“不能绝对排除在征求意见阶段提起诉讼,如果起诉人有较充分的证据证明政府信息即将被公开,即可满足启动事前救济的要件”。或者在通知决定公开与实施公开行为之间设定必要的“犹豫期”。<sup>[32]</sup>在笔者看来,前一种方法给起诉人的举证责任过重,后一种则不太符合行政行为生效的原理。

笔者以为,最合理的方案是把公开决定设计成“附期限的行政行为”。先将公开决定送达给申请人与第三人,但是,申请人须得等待一段期限之后才能获得有关信息。这就为第三人留出了足够的寻求救济的时间,使得“预防性行政诉讼”才有意义。但期限也不必太长,因为第三

[32] 李广宇,见前注[26],页 336。

人无论是提起行政复议还是行政诉讼,都可以援用“救济不停止执行”中的例外规定,说服复议机关、法院先行作出停止执行公开决定的裁定。

## 六、公共企事业单位的信息公开

涉及《政府信息公开条例》第37条的案件极少,从我们对上述案件的统计看,仅有3起。这意味着有关问题还未充分展开,可供我们深入研究的素材实在太少。从这3起案件看,最集中的争议是涉案单位是否属于第37条的调整对象,是否落入公共企事业单位范畴。

《政府信息公开条例》第37条所列举的“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”公共企事业单位,显然是开放式的不完全列举。<sup>〔33〕</sup> 有关规定对其他企事业单位的“公共”属性已有定论的,自然就应当属于公共企事业单位范畴。<sup>〔34〕</sup> 如果没有,就必须有识别标准。

对公共企事业单位的识别,不能完全采用行政主体理论,因为行政主体理论是建立在国家行政之上的,在林林总总的公共企事业单位中,或许在某种组织形态上、具体行为模式之中夹杂着法律法规授权组织,但又不完全是,它们更多的可能是涉及社会行政、给付行政范畴,是与传统行政主体很不一样的组织形态。

在笔者看来,之所以让公共企事业单位背负上比一般企事业单位更重的信息公开义务这样一种公法上的义务,主要是因为:第一,它们的资金全部或者部分来自公共财政,或者允许行政性(或类似行政性)收费,是纳税人的钱。那么,这些资金是如何收取或使用的,以及以此为物质基础而提供的社会公共服务,要受到公法规范。所以,丹麦、日本都将“主要以公费为经营费用的”、“政府出资”为识别标准。<sup>〔35〕</sup> 第二,它们提供的社会公共服务,在本质上属于公共行政,更多的是给付行政的内容,或者是其“拥有替代国家或地方公共团体进行决定的权限”,<sup>〔36〕</sup> 或者是行使着政府职能、公共权力。<sup>〔37〕</sup> 换个角度看,这两个理由也就构成了识别公共企事业单位的标准。要求其公开的信息一般是在公共行政的过程中,或者是在执行行政机

〔33〕 比如,“朱A与上海市黄浦区绿化和市容管理局政府信息公开纠纷案”(〔2012〕沪二中行终字第96号),朱A申请获取的内容“是原上海市黄浦区绿化管理局作为建设单位在申请建设用地许可过程中产生的文件,并非其在履行行政管理职责过程中制作或者获取的信息”,因此,无论是被上诉人还是法院都认为,“这不属于黄浦绿容局的政府信息公开职责范围”。但是,在笔者看来,因为原上海市黄浦区绿化管理局(现更名为“上海市黄浦区绿化管理所”),是上海市黄浦区绿化和市容管理局的下属事业单位,“系上海城墙绿地建设项目的建设方”,完全应该适用上述第37条。

〔34〕 “中国联合网络通信有限公司南阳分公司与王聚才不履行信息公开答复职责纠纷上诉案”(〔2011〕南行终字第78号),一审法院根据国家工商总局《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》“已界定邮政、电讯等行业经营者属于公用企业”,直接认定中国联合网络通信有限公司南阳市分公司是《政府信息公开条例》第37条调整的对象,是行政诉讼上适格的被告。

〔35〕 朱芒,见前注〔18〕。

〔36〕 朱芒,见前注〔18〕。

〔37〕 David Banisar, op. Cit.15, 20.



关决定的过程中发生的。

比如,“张某诉某区房屋土地经营管理中心政府信息公开行为案”(2010)西行初字第 329 号)中,某区房屋土地经营管理中心应当属于公共企事业单位;第一,它是“经区委、区政府研究决定设立的专门负责直管公房的事业单位”,“由财政直接拨款”。第二,原告申请公开的腾退安置协议是因“重修道观”、需要“搬迁腾退”而签订的,是在执行政府批准的文保项目过程当中发生的,显然具有“公”的因素。因此,即便像被告所说,“这是被告作为房屋产权人与承租人签订的协议,属于民事行为,是被告在开展自身业务时所形成的信息”,也应当依申请公开。

上述看法似乎已突破、扩展了以往流行的只从形式和内容两个标准(主体类同和职能类同)来识别的观念。<sup>[38]</sup> 细细体察,我们还会发现,上述第 37 条规定的“公共企事业单位”完全可以对接行政法上说的社会行政,尤其是具有公共管理职能的第三部门,比如,行业协会也应当履行信息公开的公法义务。

## 七、与《保守国家秘密法》、《档案法》的关系

政府信息本身是一种客观存在,不因定秘或归档而改变。但是,因为有着不同立法,被定秘、归档的政府信息在公开上似乎就呈现出了特殊性,就有了特别研究的必要。《政府信息公开条例》是国务院制定的行政法规,法律位阶不如《保守国家秘密法》(2010 年)和《档案法》(1996 年)。至少有两三篇作品<sup>[39]</sup>花费大量笔墨描述它们之间的冲突,以及其对信息公开的掣肘。

在阅读上述案件过程中,笔者发现,不少是行政机关形成信息之后,按照有关档案规定移送到档案馆,根据《政府信息公开条例》第 17 条“法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的,从其规定”,要求当事人到档案馆查询。然而,从制作或获取的行政机关转手到“另有规定的”其他机关,给人隔断感,执行起来也不那么顺畅。

因此,发生这些案件的争执,也不奇怪。比如,“朱文铭与上海市杨浦区发展和改革委员会政府信息公开纠纷上诉案”(2009)沪二中行终字第 165 号),是因为当事人不愿去档案馆查询,坚持要行政机关提供。“深圳市花半里花园业主委员会诉深圳市规划局龙岗当事人查询的要求分局不履行信息公开法定职责案”(2009)深中法行终字第 318 号),却是行政机关被档案馆无理的部分拒绝。“魏某诉上海市静安区人民政府政府信息公开决定纠纷案”(2010)沪二中行初字第 2 号),当事人按照行政机关建议前往档案馆要求查阅有关文件,“却被告知该文件定有密级,作为公民个人是不能阅看的”。

这是立法已有规定,在衔接上却给相对人带来了不必要的麻烦。至于实践中出现的一些

[38] 周汉华、朱芒等教授都认为,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的任何一个,都足以构成适用政府信息公开的条件。参见周汉华:《政府信息公开条例专家建议稿》,中国法制出版社 2003 年版,页 63;朱芒,见前注[18]。

[39] 比如,刘飞宇:“从档案公开看政府信息公开制度的完善——以行政公开第一案为契机”,《法学评论》2005 年第 3 期。

误读与偏差,比如,将较为保守的同位阶或位阶更低的法规范作为特别法规范优先适用,或者以“不予公开的规定优先”为标准,<sup>[40]</sup>更是要不得的。

目前对上述各法之间的冲突与化解多以秩序行政的原理来解释,在笔者看来,这在根本上就选错了路径。信息公开应算是授益行政,偏向服务行政和给付行政,是向相对人提供信息的公共服务。这类活动在法规范的规制上呈现出来的特点,不同于秩序行政。

在秩序行政中,良好秩序的形成常通过侵害或限制公民权利的方式来实现,在人民主权和代议制民主下,下位法就不得与上位法抵触,最终将对公民权利的法律处分权归于法律,这才符合主权在民的思想。而在授益行政中,要充分发挥地方政府的能力,只要财力所能及,就应最大限度地满足公众诉求,所以,上位法一般规定的是最低必须满足的标准,不妨碍下位法提出更高更多的授益目标。

因此,在法律适用上,当这些法律与《政府信息公开条例》规定不一致时,不适用“上位法优于下位法”,而是适用“最有利于当事人原则”。这就将所有定密或者归档的信息都归拢到《政府信息公开条例》的调整范畴,只有符合条例规定的不予公开情形,才免于公开。

这尽管不能解决定密上过宽、过泛、过于随意的问题,但至少可以将洋溢在《政府信息公开条例》之中的便民思想波荡开来,删减不必要的衔接手续,让相对人更便捷地穿梭在这几个法律当中。当然,如果能够尽快制定《信息自由法》,扫清与《保守国家秘密法》、《档案法》之间的龃龉,便会少费许多口舌,根治问题。

## 八、结束语

当前政府信息公开遇到的种种问题,笔者以为,很大程度是因为我们不能准确认识这类行为的性质,依然沉溺于秩序行政的思维定势。从本质上讲,政府信息公开是一种服务,应当在服务行政、给付行政的理路上夯实它的基础。

这就必须仔细品味其与秩序行政的不同原理,对依法行政、行政主体、行政诉讼被告等理论做进一步的批判性反思。可惜的是,对于秩序行政和服务行政(给付行政)的不同特质,迄今我们的认识还很肤浅,行政法教科书也付之阙如,或着墨不多。这折射到政府信息公开,就使得本不该成为问题的问题,却变为问题;本不该成为争议的争议,也变成了争议。

(责任编辑:章永乐)

[40] 朱芒,见前注[16]。