

政府法治研究丛书

依法行政的制度建设

(2013~2015年研究报告集)

上海市行政法制研究所 编

上海人民出版社

政府法治研究丛书

依法行政的制度建设

(2013~2015年研究报告集)

上海市行政法制研究所 编

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

依法行政的制度建设: 2013~2015 年研究报告集 /
上海市行政法制研究所编. —上海: 上海人民出版社,
2016

(政府法治研究丛书)

ISBN 978-7-208-14208-4

I. ①依… II. ①上… III. ①行政执法-研究报告-
上海-2013-2015 IV. ①D927.510.211.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 289150 号

责任编辑 秦 堃

封面装帧 王斯佳

依法行政的制度建设

——2013—2015 年研究报告集

上海市行政法制研究所 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 24.25 插页 4 字数 442,000

2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14208-4/D·2964

定价 65.00 元

“政府法治研究丛书”编辑委员会

主 任：吴偕林

副主任：刘 平 罗培新 江子浩

成 员：王凤萍 李 平 董海峰 赵德关 常 江

钱焰青 管丽娟 诸晓鸣

“政府法治研究丛书”编辑部

主 编：刘 平

目 录

《政府信息公开条例》立法后评估调研报告·····	(1)
申请法院行政强制执行实务研究·····	(41)
上海市推动建立行政处罚裁量基准的调研报告·····	(73)
居住证制度若干问题研究·····	(88)
基层民主协商制度研究·····	(128)
行政行为的治愈	
——具体行政行为错误的更正和瑕疵的补正·····	(146)
行政事实行为的认定和救济制度研究·····	(176)
上海市违法建筑的成因、拆违现状及对策研究·····	(197)
香港对政府公共工程建设的规制及其启示·····	(213)
医患纠纷人民调解法律问题研究·····	(238)
国有土地上房屋征收决定若干难点问题研究	
——以上海市黄浦区为例·····	(260)
政府信息公开行政复议疑难问题研究·····	(284)
政府规章、规范性文件即时清理制度研究·····	(319)
负面清单完善路径研究·····	(343)
辅助行政执法制度比较研究·····	(358)
后记·····	(382)

《政府信息公开条例》立法后评估调研报告

课题组组长 刘 平

引 言

在我国，政府信息公开制度虽然是舶来品，但却有着异常深厚的政治、经济和社会文化基础。政府信息公开脱胎于政务公开，是建设现代服务政府、责任政府、法治政府和廉洁政府的关键环节，也是新时期发展社会主义民主、转变政府职能与管理方式、促进依法行政以及防治腐败的重要抓手。就国际而言，它是我国履行加入 WTO 承诺的国际义务，是负责任大国形象的重要体现。

政府信息公开的核心是知情权。作为一个法律概念，知情权最早见于 1993 年《消费者权益保护法》，当时主要是私法上的权利。后来《统计法》、《行政许可法》、《环境影响评价法》等法律中虽然规定了政府公开相关信息的义务，但作为公法意义上的知情权，首见于 2002 年 11 月颁布的《广州市政府信息公开规定》。该规章开宗明义指出立法目的是“保障个人和组织的知情权，规范政府信息公开”，开国内政府信息公开立法之先河。紧接着，2004 年上海市颁布了《上海市政府信息公开规定》（以下简称上海《规定》），为国内首部关于政府信息公开的省级的地方政府规章。此后，多个地方和国务院部门跟进。直至 2007 年 4 月 5 日，国务院正式公布了《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称《条例》），从而将政府信息公开制度在全国范围统一实施。据不完全统计，截至 2013 年 1 月，除《条例》以外，国内已有 13 个省级政府、16 个较大市政府颁布了地方政府规章，多个国家部委颁布了部门规章，各类规范性文件若干，为政府信息公开工作提供了法制保障。

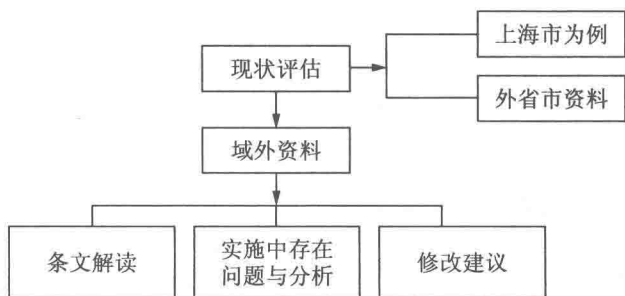
《条例》实施以来，对全国范围内政府信息公开工作的开展起到了重要推动作用。但随着该项工作的推进，实践中也暴露出了不少问题和矛盾，归结起来，就是认为《条例》在很多方面“不管用、不好用”。这当中有认识方面的原因，如很多人对政府信息公开制度怀有不切实际的期望，寄希望于通过政府信息公开毕其功于一役，解决多年来政府管理中存在的浪费、低效率、腐败等“顽

疾”。也有不少盲目期望通过政府信息公开的新途径解决长期未得到解决的各种历史遗留问题。实践中该理想一旦受挫,即归咎于《条例》。也有现实国情的原因。我国地区差异性大,经济社会发展程度不同,相应对政府信息公开的需求也不同。《条例》作为中央立法,难免众口难调。而且当前的形势与《条例》制定之初相比,已发生了重大变化,这或多或少影响了《条例》的实效性。

当然,无可回避的是《条例》自身的原因。政府信息公开堪称是对整个政府管理从内容到形式的再造,涉及方方面面。然而在一些方面,《条例》要么语焉不详,要么规定不尽合理,从而影响了实施。实施中碰到的问题主要有:从宏观的方面来讲,有不同制度之间的衔接问题,如政府信息公开与档案、信访、复议制度的衔接问题;有《条例》的定位问题,与《行政许可法》、《突发事件应对法》等涉及政府信息公开的法律、法规、规章相比,具体适用中是按照普通法与特别法的关系,抑或其他?从中观的角度来讲,主要是对《条例》中一些具体概念和内容的理解问题,如政府信息的概念应如何把握,范围有多大;要不要对主动公开和依申请公开两类信息作区分,两者之间是什么关系;依申请公开信息和单位、个人自身信息的关系。此外还有如何适应新情况的问题,比如反复申请如何应对,日常执法中行政许可、行政处罚和行政强制类信息如何公开等。从微观角度来讲,主要是操作层面问题,如依申请公开的处理步骤和答复口径如何统一等。对此,国务院办公厅、最高人民法院等部门以及不少地方通过制定文件或司法解释的方式,对其中一部分作了一些解答,但在权威性、系统性、科学性和效力等方面,均有待进一步完善。实践呼吁对《条例》实施以来碰到的问题进行归纳、研究,并提出切实的意见,修订和完善《条例》,以更好地促进政府信息公开事业的发展。上海市在这方面有着独特的优势。一方面,它是国内最早制定和推行政府信息公开制度的省级行政区域;另一方面,作为国内最大的工商业城市,以及市场经济、市民社会发育最为成熟的地区,上海市的政府信息公开推进工作遇到的问题和挑战最具有代表性,实践最为丰富,从某种程度上来讲上海市的政府信息公开构成了整个国家政府信息公开的“缩影”。上海市的实践,不仅为国家层面的立法和制度建设提供了有益素材,也为自身经济社会的转型发展以及政府建设作出了贡献。有鉴于此,上海市行政法制研究所受国务院法制办公室的委托,对《条例》实施问题进行调研和评估,形成了本课题报告。

在研究方法上,本课题主要采用了实证研究和比较研究的方法(技术路径见下图)。一是对《条例》实施以来,上海市实践中出现的相关案例、碰到的问题和相关探索进行收集和分析整理;二是借鉴参考了兄弟省市的做法和对域外资料进行收集比较,从而为《条例》修订提供借鉴,并提出具体的立法修订建

议。在具体内容上,本课题报告围绕实施中存在的突出问题,分11个部分,对政府信息的界定、三类信息(主动公开、依申请公开和不予公开)、公开主体等作了详尽阐述,并提出相应修改建议。课题研究总的目的,是通过实证分析和借鉴国内外先进经验,为国家层面政府信息公开制度的进一步完善提供一份有价值的参考。



一、关于政府信息概念的界定

《条例》第二条对何谓政府信息作了界定。

(一) 条文解读

结合条文规定以及当前政府信息公开工作的实践,一般从以下五个方面进行理解:

一是从信息的拥有主体看,应当是行政机关拥有的信息。这里所说的行政机关是广义的,既包括行政组织法上的各级人民政府及其工作部门,也涵盖了法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

二是从信息的性质上看,是指与行政机关履行行政管理职责相关的信息。因此,行政机关如作为民事主体拥有的信息就不属于《条例》所指的政府信息。

三是从信息的产生方式看,不仅包括本行政机关在履行职责过程中制作的信息,还包括在履行职责过程中依职权从公民、法人和其他组织处获取的信息。

四是从信息的存在形式看,应当是以一定形式记录、保存的信息,既可以是纸质的信息,也可以是胶卷、磁带、磁盘等介质存储的信息,且该信息应当是客观上实际存在的,行政机关没有义务根据申请人的要求汇总、加工或重新制作政府信息。

五是从对应的权利来看,主要是利害关系人或公众享有知情权的信息。除涉及国家秘密等特殊情况以外,超出知情权范围之外的信息,一般也不纳入政府信息范畴。这方面较为典型的是内部信息,在行政机关纯内部的事务上,如

人事管理、课题研究等,设立知情权不仅没有必要,而且会妨碍行政机关的正常运转。

(二) 实施中的问题与分析

《条例》第二条的规定比较宽泛,是对政府信息一般情况的概括和归纳。在实际工作中,由于政府管理和社会生活的复杂多样性,经常会碰到《条例》第二条所讲的“政府信息”(法律意义上)与整个“政府相关信息”(一般意义上)的混淆问题。政府相关信息,是指行政机关作为独立法人和一种社会存在,不可避免地要与外界发生各种各样的联系,在整个社会这样一个大的信息流中留下痕迹,产生或接收的信息。这些信息中,有些是行使管理职能符合《条例》第二条规定的政府信息,有些则属于民事信息、党政混合信息等内部信息。这就带来了一个如何区分的问题。

1. 与民事信息的区分

根据对实践的归纳,行政机关作为独立民事主体形成的相关信息,包括以下两种情形:一是行政机关作为独立民事主体与其他普通民事主体间形成的信息,如行政机关为购买日常办公用品与商场签订的销售合同;二是行政机关作为行政管理相对人,与其他行政机关(作为行政主体)间形成的信息,如行政机关为建设本机关自用的办公大楼,向建设部门提交的建设许可申请材料等。这类信息,不属于《条例》第二条所指的政府信息。对此,印度也有类似的规定,即民事合同信息不予公开。

2. 与行政机关内部信息的区分

从《条例》第二条规定来看,政府信息主要是指行政机关在对外行使管理职能时形成的相关信息。对此,公众或利害关系人有知情权,行政机关负有公开义务。《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》(国办发〔2010〕5号,以下简称国办《5号意见》)对此作了相应规定,行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息,一般不属于《条例》所指应公开的政府信息。据此,行政机关的内部管理信息,如人事管理、财务管理、课题管理及本机关内部的请示与批复等,可以将其视作政府信息的例外,不予公开。申请人如申请此类信息,行政机关可依据《条例》第二条,作出“不属于《条例》所指应公开的政府信息,因此不予提供”的答复。当然也有例外,如行政机关将原本属于内部管理信息,在对外行政管理活动的法律文书中公开予以引用,作为行政执法和行政管理依据的,该信息已对行政相对人的权利义务产生直接法律作用,因此,在这种情况下,行政机关不宜再以该信息属于内部管理信息为由而不予提供。

在这方面,国外也有相似的规定:美国将其定义为“内部文件”。所谓行政

机构的内部文件,就是对机构外部不产生直接约束力的普遍政策阐述或对个案的非终极性意见(*opinions*)。之所以要免除内部文件的公开,目的是保护一种基于普通法传统的特权(*privilege*),维护行政机构内部或不同机构之间的交流,使官员畅所欲言,不用担心被公开而掩饰自己的真实意见。这类文件的披露虽然可以增进政府的公开化与透明度,但也有可能使政府官员不能坦率地讨论法律或政策问题,从而降低政府管理的质量和效率。日本在《信息公开法》中规定国家机关或地方公共团体内部或互相之间审议、讨论或协商的信息不予公开;关于行政机关事务、事业的信息,因公开该信息会对该事务或事业造成妨害的不予以公开。在乌干达,内阁及其委员会的记录、法庭审理记录等不属于公开范围。

需要强调的是,内部信息区别于政府信息,是从概念上而言的,实践中并不排除特定的内部信息,随着民主法治进程的加快,会转变为政府信息。如“三公”经费的公开,原来是内部信息,现在则作为政府信息要求予以公开。

3. 与过程性信息的区分

过程性信息,是指行政机关在决策前的讨论、研究或者审查阶段,制作或者获取的相关信息。关于过程性信息,《条例》没有具体规定,国办《5号意见》规定:“处于讨论、研究或者审查中的过程性信息,一般不属于《条例》所指应公开的政府信息。”由于该文件将内部信息与过程性信息相提并论,实践中两者又存在交叉,因此一般将两者等量齐观。在过程性信息究竟是否属于政府信息这个问题上,国办《5号意见》有关“一般不属于《条例》所指应公开的政府信息”有两种理解:一种是认为不属于政府信息;另一种认为过程性信息属于政府信息,但不需要公开。在这个问题上,实践中一般采取回避的态度。

目前争议最大的是过程性信息本身的界定。目前也有两种理解:一种是看“状态”,即看申请人提出公开申请时,该信息相关的决策过程是否已结束,如已结束,则不再构成过程性信息;另一种是看“流程”,即无论决策是否已经作出,只要相关信息的制作或获取确实发生在决策之前,即可以认定为过程性信息。无论是状态说还是流程说,我们认为,在过程性信息的界定上,核心问题是申请人知情权与过程性信息所要保护利益之间的平衡。状态说侧重保护决策过程不受不当干扰;流程说则在此基础上,还注重保护决策参与人的发表意见的自由。两相比较,流程说似较为合理,从上海的实践来看,最初支持状态说,但目前已愈来愈倾向于流程说。当然流程说也有不足,如行政机关可以此为由妨碍知情权的行使,等等。

4. 与党政混合信息的区分

《条例》只针对行政机关适用,因此,对党委、人大、司法机关等单位制作

或者获取的信息,即使与公共管理相关,也不适用。但现实中碰到的问题是党政混合信息应该如何处理。党政混合信息,是指含有党的工作和行政管理等相关内容,并以同一载体记录、保存的信息。具体包括五种情形:一是党委和政府及其相关部门之间的联合发文;二是行政机关接受党委部门的委托,依职权制作的文件,如审计部门受党的组织部门委托,对有关干部进行审计并制作的审计报告;三是党政合署办公单位制作的有关行政管理的文件,如纪检监察机关制作的有关行政监察等方面的文件;四是属于党委序列具有行政管理职能的单位涉及行政管理的文件,如编制管理部门制发的有关事业单位登记的文件;五是其他涉及行政管理事务的党政混合信息。

对于党政混和信息,实践中最初完全将其排除出政府信息适用范围,而交由党务公开或政务公开处理。但鉴于党务公开、政务公开并未形成法律化制度,公开的制度性、规范化程度不够,缺乏程序保障。再加上大多数党政混合信息的主要内容是行政管理,依法应属于《条例》规定的政府信息的范畴,完全排除在外不仅于法不符,而且也不符合党和政府推进政府信息公开制度的本意。因此,上海从2012年开始,推行党政混合信息的分类公开制度,按照党政混合信息的文号进行划分:凡使用行政机关文号的党政混合信息,明确其属于政府信息,纳入政府信息公开制度管理,按照《条例》规定公开;凡使用党委文号的党政混合信息,考虑到现阶段的国情,性质上仍属于党委信息,但程序上实行“党委授权公开”,由收到申请的行政机关征得党委部门授权后,向申请人公开。该制度是目前较为科学、可行的党政混合信息公开规定。需要说明的是,考虑到我国的特殊国情,有关党政混合信息的公开问题,不宜在法律条文中予以明确表述,而宜以实施性文件或者立法释义的方式加以明确。

5. 与档案信息的区分

政府信息与档案既有联系又有区别,两者并非完全是时间上的前后关系。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》(国办发〔2008〕36号,以下简称国办《36号意见》)中作了明确:“已经移交档案馆及档案工作机构的政府信息的管理,依照有关档案管理的法律、行政法规和国家有关规定执行。”此后,《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》(法释〔2011〕17号,以下简称最高人民法院《若干规定》)第七条规定,政府信息由被告的档案机构或者档案工作人员保管的,适用《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定。政府信息已经移交各级国家档案馆的,依照有关档案管理的法律、行政法规和国家有关规定执行。

对此,国外也有类似的规定,政府信息一旦移交档案馆,就转化为档案,其如何发布和利用就要适用其他的法律。《日本行政机关拥有信息公开法》规定,

在依政令规定的公文书馆以及其他机关,根据政令规定作为历史的或者文化的资料或者学术研究用的资料被特别管理的,不属于该法所称的“行政文书”。阿塞拜疆规定,涉及公民投诉的信息、档案以及国际协定明确不适用信息公开的信息不予公开。保加利亚规定,个人信息、公共服务过程中可以获取的信息,以及档案不予公开。吉尔吉斯斯坦规定,公民投诉建议和请愿相关信息(信访)不属于公开范围。

6. 与信访信息的区分

根据《信访条例》第二条的规定,信访是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式,向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况,提出建议、意见或者投诉请求,依法由有关行政机关处理的活动。

根据《信访条例》和《条例》的规定,受理信访事项和政府信息公开申请的主体都是行政机关;从表面上看,都是由行政机关保存的从当事人那里获得或者自行制作的信息。但是,信访信息和政府信息的性质是不同的,一个是公民、法人或者其他组织反映的情况、意见、建议和请求,保护的是公民的陈述权和诉请权;一个是政府掌握的信息,保护的是公民、法人和其他组织对政府工作的知情权和参与权。除了性质不同外,还有其他的本质上的区别,如受理范围不同,救济的渠道不同。

对于信访信息,原则上应当按照信访的有关规定救济。《信访条例》与《条例》可以界定为特别法与一般法之间的关系。根据特别法优于一般法的原则,因此,对于明确属于信访信息,除有特殊的情形外,原则上应当按信访的规定寻求救济,而不应该走政府信息公开的程序。^①目前在政府信息工作实践中,会经常出现一些信访人员在长期信访无果的情况下,把依申请公开作为实现其信访目的或为其信访增加筹码的手段,围绕动拆迁强迁等事项,反复提出与其自身信访诉求相关联的申请。此类申请,不适用《条例》的规定范围。

(三) 修改建议

课题组建议将《条例》第二条修改如下:

第二条 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。

行政机关在民事活动、日常内部管理以及信访等活动中制作或获取的信息,不适用本条例。

属于政府信息的档案信息,适用本条例的规定;属于国家档案的,其适用

^① 王天品:《政府信息公开与信访事项关系辨析》,载于上海市《政府法治简报》2008年第5期。

于有关档案法律法规的调整。

此外,增加一条过程性信息的规定,纳入不予公开部分:

第×条 行政机关在调查、讨论、研究或者处理过程中制作或者获取的政府信息不予公开,法律、法规另有规定的除外。

二、关于政府信息公开的原则

《条例》第五条是关于政府信息公开原则的表述。

(一) 条文解读

本条明确了行政机关公开政府信息应当遵循的三个基本原则,即公正、公平、便民原则。公正、公平、便民是政府信息公开的行为准则,是体现为人民服务宗旨的重要内容,也是转变政府职能、深化行政管理体制改革的必然要求。国务院在《全面推进依法行政实施纲要》中指出:“行政机关实施行政管理,应当遵循公平、公正的原则。要平等地对待行政管理相对人,不偏私、不歧视。”应当“遵守法定时限,积极履行法定职责,提高办事效率,提供优质服务,方便公民、法人和组织”。

(二) 实施中的问题与分析

《条例》的现行规定主要存在以下问题:

1. “公正、公平、便民”原则缺乏针对性

上述三点内容是依法行政的普适性要求,适用于所有的行政管理和执法领域。《条例》这样规定,体现不出政府信息公开原则的个性化特征。

2. 未体现政府信息以“公开为原则,不公开为例外”的价值取向

这是本条文的主要弊病。政府信息“以公开为原则,不公开为例外”,是实践中对政府信息公开制度的价值取向、指导思想的归纳和概括。该表述虽然在《条例》具体条文中并没有出现,但从立法的本意,以及建设现代透明政府的要求来看,都是应有之义。相比较,《上海市政府信息公开规定》在第三条(原则)中增加了一款规定,即:“行政机关应当公开政府信息,但依法不予公开的除外。”作了适当弥补。

具体来讲,“以公开为原则,不公开为例外”就是指政府信息除依法不能公开的以外,均应当公开。这包含两层含义:

一是“以公开为原则”。政府信息原则上都应当公开,其中,对于公共性质的政府信息,行政机关原则上应予主动公开。对于行政机关掌握的特定个人(含个体工商户)或企业的政府信息,在征得权利人同意后,可予依申请公开;对涉及商业秘密、个人隐私的政府信息,行政机关认为不公开可能对公共利益

造成重大影响的,可予主动公开。

二是“以不公开为例外”。主要为法律、法规、规章规定不予公开的情形,如政府信息涉及国家秘密,或者公开会危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的,不予公开;政府信息涉及特定利益主体的商业秘密、个人隐私的,原则上不予公开。

政府所掌握的很多信息是具有“秘密”等级的,这是基于国家安全的需要,也是世界各国普遍的做法。如,瑞典在1766年制定的《出版自由法》中规定:“对于公民查阅文件的请求,除非法律有具体、明确的规定,不得拒绝”。同样,瑞典在《保密法》中则规定了“涉及国家安全和外交关系的”等十一类属于秘密的官方文件。

当政府信息的内容涉及国家的安全,公开会影响国家的利益时,其公开就会受到严格禁止,并通过《保密法》予以严格规制。所以,政府信息公开有例外规定,并且,由于对可以公开的信息难以一一列举,因而,在立法技术上,一般把例外信息作为研究的重点,除去例外信息以外,其余政府信息均应当公开。

(三) 修改建议

根据上述分析,该条修改有两个方案,具体如下:

1. 方案一:去掉第一款,保留第二款

第五条 政府信息公开应当以公开为原则、不公开为例外。

2. 方案二:参考上海的规定

第五条 行政机关应当公开政府信息,但依法不予公开的除外。

行政机关公开政府信息,应当遵循公正、公平、便民、及时的原则。

三、关于“三安全一稳定”

《条例》第八条对政府信息公开不得危及“三安全一稳定”作了原则性规定。

(一) 条文解读

本条是关于政府信息公开应当维护公共利益的规定。

从规定上看,国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定是广大人民群众利益的集中体现,也是新的历史时期政府工作的重要目标,行政机关的一切工作都要围绕维护国家利益和社会公共利益,保护公民、法人和其他组织合法权益进行。制定《条例》的一个重要目标就是保障公民、法人或者其他组织依法获得政府信息,但是权利的行使不得危害国家公共利益。我国宪法也规定,公民在行使权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合

法的自由和权利。正是基于这样的价值观和理念,本条提出了“三安全一稳定”的规定。有的学者认为,本条规定的是政府信息公开应当保障公共利益的原则。最重要的现实考量是,鉴于目前因依法行政状况的不平衡性,要避免以此为由纠缠于历史遗留问题不放,影响社会发展和稳定。课题组认为,对于公共利益保障原则的适用,应当属于行政机关裁量公开的情形。如果行政机关以“三安全一稳定”为由作出不予公开决定,应当说明理由。行政机关应当做到既要避免因随意公开政府信息而损害公共利益,又要避免过分强调公共利益而剥夺公民获取政府信息的权利,尤其要防止裁量权力的滥用和误用,以“三安全一稳定”为托词故意逃避信息公开。

(二) 实施中的问题与分析

从实际操作来看,这一条文实际上赋予了审查机关很大的裁量权。国办《36号意见》中作了更具体的解释:“凡属国家秘密或者公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的政府信息,不得公开。”这一解释事实上将“公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的政府信息”等同于国家秘密信息而免于公开。在实践操作中,存在较大的争议。存在的主要问题如下:

1. “三安全一稳定”在依申请公开的答复中适用较少

其原因主要是“三安全一稳定”系原则性规定,需要行政机关进行主观判断,而判断的标准又比较原则,且实践中缺少相应的判例和指引,判断的难度较大,多使用容易形成不予公开的大口袋,予人口实。

2. 从立法技术的角度,“三安全一稳定”规定得太原则,立法上存在一定的缺陷

而上海《规定》则弥补了不足,细化了具体操作性规定,其第六条对适用该条文时设置了要报上级部门审查的门槛,即“行政机关按照前款不予公开政府信息的,应当书面报告市或者区(县)政府信息公开工作主管部门”。在程序上对“三安全一稳定”进行了限制。

3. 认为“三安全一稳定”赋予行政机关的权力过于宽泛

直接由行政机关作出认定而没有限制会造成其权力过大,实践中容易导致行政机关将此作为不公开信息的“挡箭牌”。2012年年初上海市法制办在与德国同行召开研讨会过程中曾提到过这一条款,德国的专家也认为《条例》第八条赋予行政机关的权力过大。“三安全一稳定”虽然属于行政机关自由裁量的范围,但该条所涉及的国家安全、公共安全等是十分重大的事件,所以,即使援引该条,也要十分慎重,只有在极例外的情况下,在报上级主管部门批准的情况下才能适用。

4. 法院系统和法律学者对该条款认识有分歧

有观点认为这一条可以作为原则,但不能直接作为政府信息公开实施中的依据。目前,国务院办公厅在文件中已作了进一步解释,直接可以依据这一条来操作。因此,基本上已经解决了操作性问题。如果在实践中碰到“三安全一稳定”的情形,可以直接依据第八条来执行。但是在具体执行过程中容易引起质疑。因为,在实践中涉及“三安全一稳定”的信息,还达不到国家秘密的等级,不能适用不予公开的情形。

最高人民法院的司法解释没有将“三安全一稳定”这一条写进去,认为其作为不确定法律概念,涵盖的信息范围过于宽泛,且与国家秘密等制度之间存在竞合关系,没必要单独列举。这样,可以抑制政府滥用“三安全一稳定”限制权利的行使和实现。

国外关于政府信息不予公开涉及国家安全、经济安全方面也有一些类似的规定,但大多以列举法进行具体表述。如:英国在《信息公开法》中列举了四类与国家安全、社会公共利益有关的信息为例外信息:一是与国家安全事务有关的信息,主要是由安全机关提供的或者与执行安全事务的机关有关的信息;二是与国防有关的信息;三是公开有损英国国际关系的信息;四是公开有损英国联邦内部联系的信息。在日本,公开可能危害国家安全和公共安全的信息被列为不公开信息,《日本行政机关拥有信息公开法》规定:有关国家安全的信息,主要包括防卫关系信息和外交关系信息。有关公共安全的信息,主要包括刑事执法的信息。可见,国外的规定虽然也是比较原则性的,但大多列明了具体的项目,在实际操作中比较容易把握。

对于“三安全一稳定”的适用,虽然属于行政机关自由裁量的范围,但在实践中应当谨慎进行,对公开后的确不利于“三安全一稳定”的信息,课题组认为,可以借鉴国外经验和实践要求,在适用本条过程中,应当尽可能地将其列举清楚,涉及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的主要包括以下几种情形:可能干扰行政执法和司法活动的政府信息;容易引发群体性事件,影响社会稳定的信息;不宜公开的审计报告(相关审计结果的信息是否公开仍应依法执行);不宜公开的政府部门的计算机软硬件系统的规划建设方案、安全保障实施方案等。有以上情形之一的,建议行政机关可以以涉及“三安全一稳定”为由答复不予提供政府信息。但需要明确的是,对于“三安全一稳定”的适用,应当一事一议,在适用前有一个审查程序,行政机关要向上级政府信息公开工作的主管部门进行书面报告,征得其同意后才能运用该条。

(三) 修改建议

课题组建议:将该条放到第二章,并增加一个程序性审查的条款,用两款

来表述,具体细化规定:

第×条 行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。

政府信息具有下列情形之一的,行政机关报经本级政府信息公开主管部门同意,可以不予公开:

- (一) 公开可能会干扰行政执法和司法活动的;
- (二) 容易引发群体性事件,影响社会稳定的;
- (三) 属于不宜公开的审计报告;
- (四) 政府部门计算机软硬件系统的规划建设方案、安全保障实施方案等。

四、关于政府信息的主动公开

《条例》第九条至第十二条是有关主动公开的政府信息的规定。其中,第九条是概括性的规定;第十条至第十二条分别就县级以上各级人民政府及其部门,设区的市级人民政府和县级人民政府及其部门,以及乡(镇)人民政府主动和重点公开的政府信息,作了列举性的规定。

(一) 条文解读

政府信息的主动公开,是行政机关根据法律的规定和本机关职权,在相关政府信息形成后,无需有人申请,即直接向社会公开的一种方式。主动公开是政府信息公开的主要方式,也是《条例》设定的一项重要制度。^①根据《条例》第九条以及第十条至第十二条的规定,法定主动公开的政府信息主要包括四种类型:

一是利益类信息,即涉及一部分(不特定的)公民、法人和其他组织的切身利益,或者社会公共利益的政府信息。该类信息大多为公共服务方面的,较为典型的有扶贫、教育、医疗、社会保障、就业、行政事业性收费项目等政府信息,几乎与每个公民的切身利益相关,必须公开。

二是公众参与类信息,即需要社会公众广泛知晓、需要听取公众意见和接受监督的信息。很多政府管理活动需要普通公民的广泛知晓和共同参与,同时,公众对相关信息的广泛及时知晓,对于防止谣言流传、杜绝虚假传言也有积极作用,如突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况等。

三是行政机关履职类信息,主要是指反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的信息。目前,有关机构设置、职能等所谓“三定”方案的信息,

^① 曹康泰主编:《中华人民共和国政府信息公开条例读本》,人民出版社2007年版,第54页。