

【法律学学术前沿书系】

JUDICIAL REVIEW
OF THE GOVERNMENT INFORMATION
DISCLOSURE EXCEPTION

政府信息公开例外 规则及其司法审查

董 妍◎著



在研究“公开”与“例外”规则时，预先对二者本身进行价值判断，是不符合政府信息公开制度设计的，同时也是对于民主制度理解上出现了偏差。这种价值判断中严重向公开一侧的失衡现象，不利于公开和例外规则的健全。

【法律学学术前沿书系】

政府信息公开例外 规则及其司法审查

董妍◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

政府信息公开例外规则及其司法审查 / 董妍著. —

北京: 经济日报出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 80257 - 779 - 4

I. ①政… II. ①董… III. ①国家行政机关 - 信息管理 - 司法监督 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 033769 号



作 者	董 妍
责任编辑	范静泊
责任校对	徐建华
出版发行	经济日报出版社
地 址	北京市西城区右安门内大街 65 号 (邮政编码: 100054)
电 话	010 - 63567683 (编辑部) 010 - 63516959 83559665 (发行部)
网 址	www.edpbook.com.cn
E - mail	edpbook@126.com
经 销	全国新华书店
印 刷	北京京华虎彩印刷有限公司
开 本	710 × 1000 毫米 1/16
印 张	13.5
字 数	257 千字
版 次	2015 年 4 月第一版
印 次	2015 年 4 月第一次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 80257 - 779 - 4
定 价	38.00 元

版权所有 盗版必究 印装有误 负责调换

序 言

近代确立人民主权原则之后，政府信息“以公开为原则，以不公开为例外”已经成为各国的通例。我国政府信息公开条例也依通例以此为政府信息公开的基本原则。在研究政府信息公开基本原则时，通常主要研究政府信息为什么需要公开、哪些信息需要公开、如何公开，同时，从社会成员的角度研究在何种条件下有权要求政府公开信息。特别是在我国现阶段，关于政府信息公开的研究主要侧重于此，主要的案例也集中于此，关于法院审理此类案件时的标准的争议也聚焦于此。毋庸置疑，这一研究在我国特定历史背景下，当然是具有非常重要的理论价值和实践意义的。

在过去很长一段时间内，我国实行计划经济体制。计划包括指导性计划和指令性计划，当然起决定性作用的是指令性计划，即行政命令。计划经济体制不仅意味着在经济领域按照计划的思维进行管理，而且在社会的所有领域均按照计划的思维进行管理。这一国家管理和社会管理思维、方法的基本特征是：

第一，政府为无限政府、全能政府。从本来的意义上说，政府只需要处理应当由政府处理的社会公共事务，而不处理私人事务。即使属于社会公共事务，政府也只能是在其他社会主体无法处理、不能处理、无力处理的情况下，才进行处理。换言之，政府在处理社会公共事务时，是作为最后的选择主体和选择手段。但是，在计划经济体制下，国家、社会、个人三位一体，即国家生活、社会生活、个人生活合一，国家生活即是社会生活，国家生活即是个人生活，国家包办了所有社会公共事务，甚至个人私生活，社会和个人失去了活动的空间，国家权力的触角延伸到国家、社会、个人的所有细枝末节。

第二，与上相对应，政府集中了所有的国家权力、社会权力和个人权利。或者说，国家权力包括了所有的本来意义上的国家权力以及社会权力和个人权利。政府要处理纷繁复杂的社会公共事务，必须高度集权。

第三，与上述两点相对应，并不存在社会权力和个人权利。在计划经济体制下，社会组织实际上并不存在，而存在的只是政权组织，本来意义上的经济组织实际上也成为了政权组织。农村基层名义上称为“政社合一”的人民公社、生产大队、生产小队，实际上是政权组织的形态，发挥着政权组织的功能。城市的国营企业和集体企业实际上也是政权组织的组成部分。同时，个人完全处于被动

的社会地位。每一个人的工作、住房、粮食等等都是政府分配的，并没有自由选择的可能，也不可以主张自己的权利。或者说，个人即使对私人的事务也并不存在自我决定权。个人没有权利、没有利益，即使有权利和利益，在必要时，必须为国家和集体作出牺牲。

在计划经济体制下，政府权力并非依法获得，政府行使权力也非依法进行。因此，宪法和法律并不能够对政府权力进行规范，特别是限制政府的权力。政府的一切行为均被冠之以“为了全体民众”，没有被宪法法律“驯服”的强大政府权力的存在，使得政府信息必须公开这一基本的前提条件在计划经济体制下并不存在，要求政府信息必须公开也就成为了一件不可想像的事情。

经济改革特别是市场经济体制使得国家、社会、个人三者分离，国家权力、社会权利、个人权利三者逐渐清晰，并要求在法律上予以明确界限。市场经济体制对我国社会产生了巨大的冲击，具体而言，其冲击主要有二：一是对政府权力的冲击。主要有三个方面：（1）政府权力的范围。市场经济体制要求“政府的归政府，市场的归市场”，即政府不再处理所有的社会公共事务，特别是政府不再处理私人事务，必须在政府、社会、个人之间划定清晰的界限。（2）政府权力的来源。在计划经济体制下，只需要在政治上回答政府权力的来源，即政府的权力是人民赋予的，而在市场经济体制下，除回答政府权力的政治来源，还需要回答政府权力的法律来源，即人民通过何种载体赋予、赋予多大的权力。（3）政府权力的行使依据。政府在作出任何决定时，必须明确指出其法律上的授权依据，而不得依照自己制定的政策行使权力。这一冲击暗含着宪法和法律在授予政府权力的同时，必须限定政府权力的范围、行使主体、程序等。二是对社会成员观念的影响。在市场经济体制下，市场主体必须具有自由、权利、平等及依规则办事。市场主体的自由、权利、平等及依规则办事，既是针对其他市场主体而言的，更是针对政府而言的。广而言之，市场主体即是所有的社会成员，换言之，所有的社会成员都是市场主体，他们在市场领域均享有自由、权利、平等及依规则办事。社会成员在市场领域具有独立的经济人格。市场经济的核心是市场主体的选择权。那么，社会成员是否会出现人格上的分裂？即在市场领域享有自由、权利、平等及依规则办事，而在其他领域包括社会领域、政治领域、思想领域不享有自由、权利、平等及不依规则办事？当然是否定的。他们仍然要求在其他领域里享有选择权。

市场经济体制使得社会权利获得了广阔的空间，社会组织如雨后春笋般展开来并成长起来，社会成员个人的自由意识、权利意识、平等意识及法治意识也逐渐增强。同时，个人利益可以在法律规定的条件下为国家和集体作出牺牲，但

必须获得相应的补偿。政府行使权力必须严格依法进行，政府权力必须受到法律的严格限制。因此，从本质上说，市场经济是法治经济，引申开来说，市场经济要求国家治理和社会治理实行法治的理念和方式。法治的核心即是以规范政府的权力，特别是限制政府的权力，而限制政府权力的核心又在于能够依法监督政府的权力。

从改革开放以来我国社会发展的实践看，在由计划经济体制向市场经济体制转变过程中，政府始终处于被动的地位。政府总是不情愿地放权、不情愿地受法律的约束。突出表现为，政府总是不自愿地公开自己权力的范围、依据，特别是公开自己行使权力的过程。因此，在这一背景下，制定政府信息公开法、研究政府信息公开的必要性、政府信息公开的范围、政府信息公开的方式，特别是通过诉讼的方式界定政府信息公开的范围，应当说在我国极具现实意义。

关于政府信息公开的价值，中外学者的研究成果可以说汗牛充栋，尤其是近年来我国学者的研究成果大多主要集中于此。从政治意义上、从法律意义上、从个人权利保障意义上，均可以阐发其中的价值。同时，虽然我国宪法上未明确规定公民的知情权，但也不难从宪法关于人民主权原则、公民基本权利的规范中引申出公民具有知情权这一当然的逻辑结论。

同时也不得不承认，学术界关于政府信息公开基本原则的另外一面即“不公开为例外”的价值，关注不够或者说关注不多。政府信息公开作为基本原则或者说一般原则，实际上，其核心要义是除“不公开”之外，一律需要公开。换言之，在政府信息公开已经成为一种共识、常识的认知之下，在政府信息公开理念及制度研究中，研究“不公开”事项的价值以及在此基础上的范围界限，应当成为政府信息公开研究的焦点所在。也就是说，政府信息并非公开的越多越好，甚至一切政府信息都应当公开。政府信息公开的价值与不公开的价值并存，仅仅研究政府信息公开的价值，而不研究政府信息不公开的价值是不全面的。从政府信息公开制度的意义上说，研究作为政府信息公开例外情形的“不公开”，其价值更为明显和突出。从各国政府信息公开制度的发展历程观察，基本上聚焦于此。从表面上看，各国政府信息公开制度的进步是在公开与不公开的讨论、争论、较量中取得的，而实质上，其焦点仍然是集中在“这一事项为什么可以不公开”这一问题上。当缺乏充分足够的理由支持“这一事项为什么可以不公开”时，当然地需要公开。

那么，政府信息中哪些事项具有不公开的正当性、这些事项的范围界限是什么、这些事项在何种情况及何种范围内仍然需要公开等问题，就成为政府信息公开制度研究的重点。

董妍博士自硕士阶段即开始关注作为政府信息公开例外情形的“不公开”事项的研究，博士论文以此为命题进行了更为深入的研究。应当说，在国内是比较早、也是比较深入系统地研究这一问题的研究者，本书即是其这些年来持续关于这一问题研究的学术成果。我认为，这一学术研究成果推进了我国政府信息公开理论及制度的研究，特别是对于我国立法机关、行政机关及司法机关在行使各自权力时完善政府信息公开制度无疑具有重大的参考价值。

作为董妍博士的指导教师，看到弟子的精心之作能够出版发行，甚感欣慰。写下以上文字，权且为序。

胡锦涛

2015-1-6

自序

自研习政府信息公开制度以来的几年中，一直关注着政府信息公开制度实务界以及学术界的动态，本书写作选题的过程也经过了一番思考。学术界关于政府信息公开的文章，主要集中在两个领域中：第一个是为什么要政府信息公开，也就是政府信息公开的意义，建设法治政府的需要、遏制腐败、提高行政效率是最常提到的三点意义。第二个领域是政府信息公开范围究竟是什么，哪些信息可以公开，哪些信息不可以公开，这也是在实务操作中最为关心的一个问题。

在第一个领域中，我发现，其实这些理由和价值都是在说一些外在的监督和需要，那么，政府信息公开内在的动力究竟是什么，或者说，行政主体从政府信息公开中可以获得什么。我想，只有弄清楚这个问题，才能真正地在实践中推行政府信息公开制度，行政主体对政府信息公开的实施才是真正有动力的。针对第二个领域，在阅读和查找资料的过程中，我首先发现了一个价值判断的问题，即在媒体舆论的导向下，很多人倾向于一个观点——政府信息公开就是要公开，公开的范围越大越好，公开的就都是好的，不公开的就都是透明度不够。在看到这个价值判断以后，我也陷入了思考。目前骚扰电话和垃圾短信困扰着我们每一个人，这表明我国个人信息保护的强度还远远不够。我设想，如果哪一天，在我根本不知情的情况下，我的信息被一个和我毫无关系的政府信息公开申请人获取，我的个人信息被泄露，并且可能会对我的生活造成影响，这一定不是我想要的。因此，必要的例外范围同样也是必须的。此外，政府信息公开的基本原则是“以公开为原则，以不公开为例外”，我认为，当我们认真研究好例外规则之后，除了应当适用例外规则的信息以外，剩下的信息都应当是公开的。这种以排除法界定政府信息公开范围的思路也未尝不是一种新的尝试。

于是，我选择了《政府信息公开例外规则及其司法审查》这个题目，试图通过研究解决上述问题。由于个人学术基础、能力和时间有限，书中难免有错误、遗漏之处，还望各位读者不吝赐教。本书的出版得到了很多人的热心帮助，感谢胡锦涛教授为本书作序，感谢天津科技大学法政学院的资助，感谢王吉林教授的支持和帮助，感谢出版社编辑们的辛勤劳动。谢谢你们！

董妍

目录

引 言 走出“公开”与“例外”价值判断的纷争	1
第一节 政府信息公开的焦点：公开与例外的纷争	2
一、“以公开为原则”	2
二、“以不公开为例外”	5
第二节 价值的重新厘定	6
一、对“公开”与“例外”的价值判断	6
二、走出失衡误区：对“公开”与“例外”的重新认识	7
第三节 例外规则国内研究现状及问题	9
一、例外规则的范围和内容	10
二、例外规则的程序、审查及救济	14
三、目前国内研究现状简评	16
第四节 本书的研究方法及特点	18
第一章 政府信息公开例外规则的历史演进	19
第一节 从1766到1966	20
一、1766：来自瑞典的经验	20
二、1966：来自美国的实践	21
第二节 中国例外规则的历史演进	23

一、中国古代的例外规则	23
二、新中国成立初期至改革开放	30
三、改革开放以后	34
第三节 例外规则历史演进的分析	36
一、历史上例外规则与当代例外规则的关系	36
二、历史上例外规则对研究当代例外规则的意义	37
第二章 政府信息公开例外规则的范畴	39
第一节 政府信息公开例外规则的理论基础	40
一、例外规则的语境	40
二、“政府信息公开”的解读	41
三、例外规则的情形	42
第二节 政府信息公开的正当性	43
一、理论正当性	43
二、现实正当性	46
第三节 例外规则的正当性	47
一、理论正当性	47
二、现实正当性	50
三、历史正当性	52
四、国际立法惯例	52
第四节 公开正当性与例外正当性的关联：法律与现实两个衔接点	53
第五节 例外规则的三个层次	54
一、层次划分的依据	54
二、国家安全与公共利益	55

三、第三方利益	56
四、行政职能	57
第三章 国家安全与公共利益例外：例外规则的最高层次	59
第一节 关于“最高”的论证	60
一、理论基础	60
二、“最高”的特征与表现	61
三、实践中的强制性不公开	62
第二节 国家安全与公共利益例外公开的依据	69
一、第一层次依据：法律	69
二、第二层次依据：行政主体决定	70
三、行政政策的影响	70
四、三种影响因素之分析	72
第三节 国家秘密：最高层次例外规则的核心内容	73
一、国家秘密在西方国家	74
二、我国法律中的“国家秘密”	80
三、案例分析	84
第四节 行政主体初次分类义务	89
一、行政主体初次分类义务的含义	90
二、行政主体初次分类的理论基础及价值	91
三、违反义务的不利后果	92
第四章 第三方利益例外：例外规则的中间层次	95
第一节 第三方利益例外的含义解读及其特征	96
一、“第三方利益”的解读	96

二、第三方利益例外的特征	99
第二节 商业秘密：第三方利益例外的难题	100
一、商业秘密制度概述	100
二、商业秘密保护与公众知情权冲突的表现	103
三、利益衡量：冲突解决的基本出发点	105
四、告知并听取利害关系人意见：公法领域的特殊保护	107
五、诉讼：权利保障的最后防线	108
六、案例分析	109
第三节 反信息公开诉讼：第三方对例外请求权的探讨	114
一、“反信息公开诉讼”的产生	114
二、反信息公开诉讼与政府信息公开诉讼的关系	117
三、反信息公开诉讼的特殊程序：预先禁止诉讼	118
第五章 行政职能例外规则：例外规则的最低层次	121
第一节 最低层次例外规则的特征	122
第二节 行政职能例外的必要性	123
一、权力分工的需要	123
二、保证行政权力的顺利行使	124
三、保障行政效率	124
四、保护行政主体工作人员	125
第三节 内部文件与协商特权：行政职能例外的主要范围	125
一、内部文件	126
二、协商特权	128
三、案例分析	134
第四节 最低层次例外规则的限制	137

第六章 例外规则中的权力配置	139
第一节 例外规则中权力配置的影响.....	140
第二节 例外规则制定中立法权与行政权的界分.....	142
第三节 例外正当性的最后保障：例外规则的司法审查.....	144
一、例外规则的特殊司法审查.....	144
二、三个层次例外规则中的司法审查.....	151
第四节 中美政府信息公开诉讼比较分析.....	158
一、中国的政府信息公开诉讼概说.....	158
二、美国的政府信息公开诉讼概说.....	166
三、中美政府信息公开诉讼制度之比较.....	177
四、中美两国政府信息公开诉讼面临的突出问题.....	183
结 语 中国的选择：以例外规则三个层次构建权力配置模式	189
参考文献.....	193
后 记.....	200

引言 走出“公开”与“例外” 价值判断的纷争

“公开”和“例外”都是信息存在的应当有的状态，都是信息存在的一种常态，“例外”绝非信息存在的异常状态。

第一节 政府信息公开的焦点：公开与例外的纷争

信息流动性与可传播性的性质决定了对其采取公开与例外两种保护方式的可能性与必要性。各类信息在不同时代、不同背景下，不停地在公开与例外之间徘徊。政府信息也面临着如此纷争，而其本身与执政者、民众、国家三者利益紧密相连的天然特性，又使得其状态备受重视。当代政府信息公开制度建立是以强调知情权为开端，并在制度确立伊始就设置了为世界范围所认可的基本原则——“以公开为原则，以不公开为例外”。这一基本原则不仅为行政主体政府信息公开行为提出了基本要求，同时也为司法审查中的公开推定提供了根本依据。^① 这一原则也成为了研究政府信息公开制度的出发点。

一、“以公开为原则”

“以公开为原则”的基本含义需要从以下两方面进行把握：

1. 对政府信息采取公开推定

对于政府信息采用公开推定是“以公开为例外”的最重要也是最直接的表现。公开推定要求政府信息在没有法律禁止性规定的情况下，一律应当公开，换句话说，只要没有不公开的规定，政府信息均应当予以公开。以公开为原则是政府信息公开制度区别于其他公开公示制度的重要特征之一。公开推定使政府信息公开义务主体在没有法律特别允许的情况下，必须将公开信息的行为作为保管信息的一种常态。公开推定原则加大了政府信息公开的力度，公开推定原则在一定程度上对政府信息公开制度的实施起到了极大的推动作用，加大了公开透明的力

^① 关于政府信息公开中公开推定的内容可以参见胡锦涛光、王书成：《美国政府信息公开推定原则及方法启示》，《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学），2009年第6期。

度,对于公开制度的实施性也有所增强。正是基于公开推定原则的积极功能,许多国家的政府信息公开规范中均有此规定。例如,作为公认的政府信息公开制度发源地的瑞典,在其《出版自由法》第二章第一条规定:“基于促进思想自由交流和启蒙公众的目的,每个王国的国民都有权利查阅官方文件。”^①英国《信息自由法》第一条规定:“任何人有权要求查询公共机构的信息,无论公共机构是否拥有查询请求中所列的特定信息,其必须书面回复查询人;如果拥有该信息,应提供给查询人查阅。如有本条下列情形和第2条、第9条、第12条、第14条所定情形,则适用本条第(1)款。如果公共机构,需要查询相关信息(further information)以识别和定位索要查询的信息,并已告知查询人,”^②《挪威信息自由法》第二条规定:“政府文件都应公开,法律有例外规定的除外。”^③《罗马尼亚自由获取公共利益信息法》第一条规定:“个人根据本法自由和不受限制地获取任何公共利益信息,是个人和公共权力机关之间关系的一项基本原则。”^④《芬兰政府活动公开法》第一条规定:“除本法或者其他芬兰另有其他特别规定外,官方文件必须公开。”^⑤我国香港地区《香港公开资料守则》在引言部分规定“未经守则授权及规定公务员除有特别理由外,应按惯例或因应要求提供资料。这些理由载列于第2部。若拒绝任何索取资料的要求,通常会提述这些理由。”^⑥《荷兰政府信息(公共查阅)法》第二条规定:“行政当局在行使其职能过程中,应依照本法法律向外发布信息,同时并不违反其他法律规定。”^⑦

2. 公开对象的任意性

所谓公开对象的任意性是指在法律没有特别规定的情况下,政府信息公开的对象是不特定的公众,包括所有的组织和个人,政府信息公开的对象没有特别的限制。政府信息公开主要分为主动公开和依申请公开,主动公开是公开主体主动通过各种媒介发布信息的行为,其公开途径就决定了公开对象的任意性。因此在讨论公开对象任意性时主要在依申请公开范围内进行讨论。公开推定在该领域中的体现是在法律没有特殊规定的情况下,任何人均可以提出政府信息公开申请。

从该含义出发,考察各国政府信息公开规范,就会发现,在公开对象层面上的公开原则是不完全的。仅有部分国家规定任何人均可申请政府信息公开,有相

① 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第23页。

② Freedom of Information Act 2000.

③ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第549页。

④ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第554页。

⑤ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第561页。

⑥ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第593页。

⑦ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第609页。

当一部分国家在申请人的资格上作了限制,这种限制多是要求申请人为本国公民或者国内的组织。我国的《政府信息公开条例》不但有对于国籍的限制,更要求申请人申请信息需要与自身的生产、生活、科研相关。这是将公开对象的范围进一步缩小。^①

3. 公开原则两方面的关系

前文已经述及,公开原则分为包括政府信息的公开推定和公开对象的任意性。但这二者之间并非是并列关系,而是决定与被决定的关系。简单说,政府信息的公开推定决定了公开对象的任意性。

进一步说,从根本上,政府信息公开制度本身所具有的特殊性是实行政府信息公开推定的决定性因素,而政府信息公开制度中公开对象的任意性又是由公开推定所决定的。先暂且不提政府信息公开制度究竟是否具有附加价值,政府信息公开制度本身具有单向利益流动的特征。在一个社会的正常状态中,社会利益总量一般是维持在一个稳定的水平,利益在不同社会成员之间流动即形成了利益的得与失。公平理念和现实需要要求不同社会主体之间的利益形成双向流动。而政府信息公开制度则较为特殊,如果仅仅把视角局限在政府信息公开的过程中,不考虑税收、代议制度等其他制度,政府信息公开中的利益流动是单向的,即利益从政府信息公开主体流向公众。这种利益流动的单向性导致政府信息公开主体在公开政府信息的时候缺乏履行的动力,这也是必须对政府信息采取公开推定的直接原因之一。在政府信息公开推定的制度背景下,政府信息公开制度要解决的首要问题是要求公开主体公开信息,除特殊情况外,公开对象是谁,对于信息本身是否应当公开没有实质性影响,因而在所不问。这一过程就表明了,在“以公开为原则”中,对政府信息公开内容的公开推定,决定了公开对象的任意性。

需要说明的是,虽然“以公开为原则”的两部分之间存在决定与被决定的关系,但是并不代表二者地位存在轻重之别。应当说,只有同时包含上述两个内容的政府信息公开制度,才能算得上践行了公开原则。很多国家的政府信息公开制度尚处于起步阶段,因而只规定了公开原则的第一方面,而对于公开对象的资格加以了限制。比如《保加利亚公共信息获取法》第四条规定:“除非其他法律对公共信息申请、接收和传播的程序有特别规定,保加利亚共和国的任何公民均有权根据本法规定的条件和程序获取公共信息。”^②我国的《政府信息公开条例》

① 《政府信息公开条例》第十三条:除本条例第九条、第十条、第十一条、第十二条规定的行政机关主动公开的政府信息外,公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。

② 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较研究》,北京:中国法制出版社,2003年版,第581页。