

## 关于政府信息免予公开典型条款的几点思考

贺诗礼

(耶鲁大学法学院中国法律研究中心,美国纽黑文)

**摘要:**《中华人民共和国政府信息公开条例》规定,涉及国家机密、商业秘密和个人隐私的政府信息免予公开,这与其他国家的信息开放制度十分相似,但仅这三个免予公开的规定并不能包括政府官员(行政机关)拒绝公开的内容,诸如政府讨论过程中的信息,执法性的信息和根据其他法律须保密的信息,建议对条例修正时将这三类信息纳入信息公开的豁免范围,免予公开。

**关键词:**政府信息;政府信息公开的豁免

中图分类号:DF3

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2009)03-0037-05

世界上大多数“信息自由”或“信息公开”法律的制定都是为了尽可能鼓励和要求政府持有的各项文件和记录能尽量充分公开。这就是被称为“最大限度公开”<sup>1</sup>或“推定公开”原则。根据这一原则,一般由政府承担义务或“举证责任”通过证明其希望拒绝提供的信息属于适用的“信息公开”法所规定的有限的公开例外范围来证明这些信息不应该被公开。

即使某项法律或法规没有清楚规定“推定公开”原则,例如中国国务院最近颁布的《中华人民共和国政府信息公开条例》,通过一部信息公开法律本身就大大提高了公众对透明度和对政府持有的信息的获取权的期待值。在中国,党政高级官员关于人民“知情权”的言论以及有关新《政府信息公开条例》的新闻报道激起公众相当大的热情,以致2008年5月1日《政府信息公开条例》生效后,退休工人和农民以及律师和法律教授等立即递交信息公开的申请,并就政府拒绝公开其持有的信息而提起上诉。

世界各地的信息公开法律普遍承认政府有责任公开其产生和持有的信息,以及公众获得信息的权利,都必须服从于为某些具有优先权的公共利益而规定的正当和社会可以理解的限制。公开信息的责任和获得信息的权利“必须根据保护其它权利和自由以及保护更广泛的公共利益而加以平衡。”<sup>2</sup>这类限制被称为“免予公开”而作为普遍公开信息总体原则的某些例外。

尽管如此,建立官方和公众接受并信任的信息公开制度中关于信息公开的种种例外应该尽可能清楚地在法律中阐明,从而使政府官员对哪些信息应该公开、哪些信息不应该公开有章可循,并使公众的期望值能得到有效的调整。当然,如何确切界定这些例外是必须由各国民政府和人民做出的政治决定。

美国的《信息自由法案》是现代信息公开法律中较早的一部。它确立了一项法定推定:即联邦记录一律向“任何人”公开。这项推定可以通过有效地证明某项记录属于九项法定免予公开中的任何一项而被推翻。<sup>3</sup>根据《信息自由法案》,信息免予公开属裁量性而非强制性,行政机关不引用某项信息公开免除的决定不受制裁。

中国的《政府信息公开条例》不仅没有明确阐明推定公开原则,<sup>4</sup>它还提醒说,作为一般原则

作者简介:贺诗礼,美国耶鲁大学法学院中国法律研究中心副主任。

“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”（第8条）。这些所谓的“三个安全一个稳定”都属于法律未予界定的广泛类别，因而难以执行。此外，《政府信息公开条例》第35条第5款的规定使政府官员可能因“公开不应公开的政府信息”而承担刑事责任。总而言之，《政府信息公开条例》建立的原则好像更接近于“推定不公开”，似乎与条例第一条所规定的“为了保障公民、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，促进依法行政，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”的总目的不一致。

鉴于《政府信息公开条例》中对公开要求的不确定性，就那些不应该公开的信息种类和信息不予公开的政策原因给政府官员和公众以更多的指导便更为重要。

《政府信息公开条例》第14条明确规定只有三种类别的信息免予公开：“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”。这与世界上几乎所有信息开放制度所规定的免除公开条件十分相似，尽管在写法上有些细微差别。例如，美国的《信息自由法案》中写的是免予公开“国家机密”，而是免予公开“为了国防或外交政策的利益予以保密的信息”。

本文讨论世界各地信息公开法律中规定的信息免予公开的其它三个普遍例外<sup>5</sup>，着重讨论所谓的“讨论过程中信息的豁免”（deliberative exemption），以及中国可以如何考虑借鉴。可以通过一个《政府信息公开条例》修正案，或一项对公众公开的行政指导，并允许在正式通过修正案之前进行某些试点实验。

### 根据其他法律明确规定免予公开的信息

世界各地信息公开法律中关于免予公开的一个普遍例外是根据其它法律对信息保密。根据中国法律，这一常理性原则可能已在暗示之中而无须专门提及。但最好能在信息公开法律中将此写明。此外，除了《政府信息公开条例》中提及的《中华人民共和国保守国家秘密法》以外，其它包含信息保密规定的相关中国法律还包括《中华人民共和国档案法》、要求公务员保守工作秘密的《中华人民共和国公务员法》、以及要求对某些财政信息予以保密的银行法及其他法律。

在一些国家，新的信息公开法律对公开的规定意在使优先于某些现存的法律或下级规定。在中国，鉴于《政府信息公开条例》不具有一部法律的地位，如能澄清其有关公开的条款与其他法律，以及有出现矛盾的潜在可能的行政法规和地方规章之间的关系，可能对避免理解混乱或纠纷十分有益。

### 免予公开政府讨论过程中的信息

另一种免予公开的普遍例外涉及政府在规章或决定形成之前反映内部讨论过程、特别是各种意见和想法的文件。对这些文件免予公开的作法有时被称为“机关内和机关间通信免予公开”，在美国也常被称为“讨论过程中信息的豁免”或“讨论过程中信息的特权”。这一例外的社会政策目标涉及如何平衡政府问责制与保障政府机关内制定政策和规章的一个创造性坦诚机制的合理运作。<sup>6</sup>

对此类信息免予公开背后的理论是自由和坦率的内部讨论有益于政府的决策，但如果政府官员和顾问认为内部辩论及初步想法和意见可能会公诸于众并受到公开质疑时，讨论就可能不会完全坦诚。免予对决定前提议、意见和建议公开可以保护下属畅所欲言，保护希望避免过早公开拟议政策的行政机关，也可以保护公众避免因未定论的想法而造成的思想混乱。<sup>7</sup>

这样，一个行政机关官员与另一个行政机关官员之间、或同一行政机关两名官员之间交流的备忘录、信函或电子邮件等可以受到保护免予公开，只要这些通信或通信的某些部分属咨询

性、且不包括行政机关赖以做出决定或行使职权的信息。例如，由工作人员准备的、可能被机关首脑采纳或不采纳的意见无须公开。在美国，行政机关掌控的由外部专家或其他受托人准备的和包括其建议的报告也可以免予公开，理论是这些由政府聘用的顾问的职能与行政机关内部人员的职能无区别。<sup>9</sup>

免予公开的决定前文件，或其中的某些部分，往往在决定做出后仍然作为机密以便保护坦诚的意见交流，除非有关行政机关确定公开此信息以服务于公共利益的好处大大超过了对它进行保密的好处。例如，如果某决定涉及颇具争议的问题，公开内部辩论的信息可能有助于公众更好地理解最后的决定。此外，许多国家的档案法规定若干年或在有关官员去世以后，为了历史目的需要公开讨论过程记录。

然而，行政机关赖以做出最后决定或规定或执行其公务的事实、事实分析、技术资料、统计信息、政策和确定在做出决定或采取行动之后一般应该公开。这类事实性信息可以包括专家姓名、技术、经济和科学资料、内部建议中可以与讨论过程中信息部分分开的事实性信息部分等。

此外，如行政机关在讨论过程中公布了拟议规定或决定草案供公众评论，该行政机关赖以起草该草案的背景信息（包括经编纂的资料和准备的调研情况等），往往也应向公众公开以使公众能更好地理解草案的基本理念。

一个名叫“第 19 条”的非政府组织根据“最佳”国际做法制定了一个《信息自由示范法》，下面是从中引述的一个例子，以示“讨论过程中信息豁免”的提法。第 32 条规定：

#### “公共机关的政策制定和运作

(1) 公共机关可以拒绝表明其是否持有某项记录，或拒绝提供该信息，如果这样做会、或可能会：

- (a) 对有效制定或形成政府政策造成严重伤害；
  - (b) 因过早公开政策而严重挫伤该政策的成功；
  - (c) 因阻碍自由和坦诚地提出建议或交换意见而大大阻碍公共机构内的讨论过程；或
  - (d) 大大妨碍公共机关使用的检测和审计程序的有效性。
- (2) 本条第(1)款不适用于事实、事实分析、技术资料或统计信息。”<sup>10</sup>

同样，在美国，纽约州的《信息自由法》规定政府机关可以拒绝公开机关内或机关间的通信，但拒绝程度仅限于该通信不属于(1)统计或事实性汇编或数据资料；(2)对工作人员下达的、影响公众的指示；(3)机关的最终政策或决定；或(4)外部审计，包括但不仅限于财务主任或联邦政府进行的审计。<sup>11</sup>

不管具体立法如何，中国似乎也可以从明确规定对有关政府决策过程中的信息和讨论过程中的意见、草案和其他做出决策前信息免予公开中获益。再有，这似乎是个中国公众可以理解和接受的概念。

也许这一“讨论过程中信息”的概念与 2005 年《中华人民共和国公务员法》要求所有政府工作人员保守工作秘密和国家秘密的“工作秘密”概念类似。<sup>12</sup>因此，眼下推出这一例外而无需实际修订《政府信息公开条例》的一个办法可以是发布一项公开解释，阐明如何以类似界定“讨论过程中信息”的方式界定“工作秘密”，并在决定是否主动或依申请公开某些政府信息时予以考虑。

#### 免予公开执法性的信息

世界各地信息公开法律一般规定免予公开的第三个普遍例外是一旦公开将对调查刑事案件或更广泛地执法不利的信息。保护公众不受犯罪活动、恐怖主义和其他非法行为的伤害是一个强有力的社会政策考虑。然而，保护警察和其它执法行为必要的机密性与信息公开法律的根本

性公开原则相矛盾，而且世界各地的执法保密常容易被滥用。<sup>13</sup>

根据美国的《信息自由法案》，“为执法目的编撰的记录或信息”免予公开，但仅限于公开此类执法记录或信息将会产生具体的不利结果，包括(1)干预执法程序；(2)剥夺某人受公正审判或公平审理的权利；(3)暴露秘密情报源的身份；(4)暴露执法技术和程序；或(5)对可能危及某人生命或实体安全的合理担心<sup>14</sup>。美国最高法院阐明了此事的底线：如果一项合法的执法调查正在进行而公开某政府信息可以被合理地理解为会导致上文描述的某类法定伤害，则该政府信息免予公开。然而，该项例外在适用于联邦规制机关的民事活动时的保密程度低于适用于刑事执法机关的活动。<sup>15</sup>

非政府组织“第 19 条”制定的《信息自由示范法》对其“执法性免除”在写法上有些不同。它规定政府机关作为临界事项，可以“拒绝表明其是否持有某项记录”以及“拒绝提交信息”，如果提供此信息会或可能会严重伤害：(a) 预防或侦破犯罪；(b) 逮捕或起诉犯罪人；(c) 行使司法权力；(d) 分摊或收缴税收或关税；(e) 移民管制业务；或(f) 公共机关对民事或刑事程序或根据任何法规采取的规制行动是否得当的评估。<sup>16</sup>

执法信息的例外反映了问责制及透明度与保护重要的警察及规制性调查及防止犯罪行动的保密性之间矛盾利益的极为复杂的平衡。特别是警察活动往往是政府对公众争议最多的影响点。<sup>17</sup>尽管公众可以接受其基本前提，这一豁免范围很可能成为公众持续审视和检测的对象。

### 中国法律如何对待这几项免予公开的情况

如前所述，中国的《政府信息公开条例》在第 14 条中仅确认了三种免予公开的一般性情况，即涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。仅有这三种免予公开的规定使得政府官员在拒绝公开似乎不属于这三类、但可能属于“讨论过程中信息”或“执法信息”的豁免免予公开的信息，或属于《政府信息公开条例》中未予明确的另一项法律规定应该保密的信息时，难以证明自己的做法是正确的。这种情况很可能最终导致公众不满并影响他们对《政府信息公开条例》和政府本身的信任。

在中国，许多在《政府信息公开条例》颁布之前通过的地方性政府信息公开规定中包括了上述三项免予公开。例如 2004 年《上海市政府信息公开规定》第 10 条免予公开的政府信息范围内规定免予公开：正在调查、讨论、处理过程中的，但法律、法规和本规定另有规定的除外；与行政执法有关，公开后可能会影响检查、调查、取证等执法活动或者会威胁个人生命安全的；法律、法规规定免予公开的其他情形。<sup>18</sup>

然而，这些免予公开的条款在《政府信息公开条例》通过后，上海市《政府信息公开规定》进行修改而从最后定稿中删除。<sup>19</sup>还有类似情况，例如，2005 年《河北省政府信息公开规定》在第 7 条中原本包括了类似的讨论过程中信息、执法信息和其他法律法规规定的豁免，但在 2008 年《河北省实施〈中华人民共和国政府信息公开条例〉办法》中被删除。<sup>20</sup>

不过有趣的是，有些在《政府信息公开条例》颁布之后通过的实施细则却包括了一些或全部纳入这些上述的、国际上接受的免予公开的情况。例如国家税务总局在其《国家税务总局依申请公开政府信息工作规程》第 7 条中规定免予公开与“国家税务总局内部研究、讨论或审议过程中的信息，以及公开后可能影响税收调查、取证和检查等税收执法活动的信息和法律、法规及有关规定禁止公开的其他政府信息。”国家审计署在其《审计机关、政府信息公开规定（试行）》第 11 条中也包括了类似例外。遗憾的是，这些……

本文讨论了世界各地信息公开法律中普遍规定的、建议中国可能可以作为国家政策予以采用的另外三个免予公开的情况：“讨论过程中信息的豁免”、“执法信息的豁免”和根据其他法律

须保密信息的豁免。中国在《政府信息公开条例》通过以前的一些地方已有执行这三项豁免情况的经验，并且有许多国际经验可以借鉴。中国可以有效地考虑通过一项《政府信息公开条例修正案》或在公开的行政指导中采用纳入的免予公开情况，从而允许在国家级别法规正式采用之前进行一些地方和部门试验。

注：

<sup>1</sup>《大众知情权：信息自由立法的原则》，“第 19 条”组织(1999 年 6 月),<http://www.article19.org/pdfs/standards/righttoknow.pdf>。

<sup>25</sup>联合国开发计划署：《信息权：实用指南说明》2004, 第 21 页, 第 21-22 页,[http://www.undp.org/governance/docs/A2I\\_Guides\\_RighttoInformation.pdf](http://www.undp.org/governance/docs/A2I_Guides_RighttoInformation.pdf)。

<sup>35</sup> USCA 第 552 节(b)(1)-(9)段这一证明要求证据，通常以拥有该信息的行政机关提交行政机关工作人员宣誓保证书为证据形式。

<sup>4</sup>在执行《政府信息公开条例》之前，有许多地方政府信息公开规定确实建立了“推定公开”的原则，有些如《广州市政府信息公开规定》在第 6 条中明确阐明“政府信息以公开为原则，不公开为例外”。此外，如 2004 年《上海市政府信息公开规定》对推定公开如此规定：“除本规定第 10 条所列依法免予公开的外，凡与经济、社会管理和公共服务相关的政府信息，均应予以公开或者依申请予以提供。”2005 年 3 月，中共中央办公厅和国务院办公厅发布了一个文件，确定作为一项国策“要严格按照法律法规和有关政策规定，对各类行政管理和公共服务事项，除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私之外，都要如实公开”。《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步推行政务公开的意见》2005 年 3 月 24 日，载于：[http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-04/26/content\\_2877607.htm](http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-04/26/content_2877607.htm)。

<sup>6</sup>例如见《信息自由法案》，5 U.S.C. § 552(b)(5)。

<sup>7</sup><sup>8</sup><sup>9</sup><sup>10</sup><sup>11</sup>詹姆斯·T. 奥赖利 (James T. Reilly):《联邦信息公开》(第三版, 2000 年 12 月)第 15:71 节、第 15:1 节、第 15:27 节、第 17:1 节、第 17:1 节、第 17:1 节。

<sup>10</sup>《信息自由示范法》第 32 条, 2001 年 7 月,<http://www.article19.org/pdfs/standards/modelfoilaw.pdf>。

<sup>11</sup>2008 年 8 月修改，第 87 节，第 2 款，(g)段，载于 <http://www.dos.state.ny.us/coog/foil2.htm>。

<sup>12</sup>《中华人民共和国公务员法》第 12 条第 6 款。此规定似乎沿用《中华人民共和国法官法》第 8 条要求法官保守工作秘密的类似规定和《中华人民共和国检察官法》第 8 条要求检察官保守检察工作秘密的类似规定。

<sup>14</sup>5 U.S.C. 552(b)(7)。

<sup>16</sup>《信息自由示范法》第 29 条；前引奥赖利书，第 17:1 节。

<sup>18</sup>《上海市政府信息公开规定》，载于 <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2319/node2407/node12938/userobject26ai983.html>。

<sup>19</sup>新修订的《上海市政府信息公开规定》，2008 年 4 月 7 日市政府第 5 次常务会议通过，自 2008 年 5 月 1 日起施行,<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2319/node13013/userobject21ai52732.html>。然而，其最终文本确实使用了讨论过程中信息免予公开的措词，将它放在第 10 条(不确定、虚假和不完整信息的处理)中：“除行政机关将文件草案公开征求意见外，属于调查、讨论、处理过程中的政府信息，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，不得公开。”

<sup>20</sup>2008 年 7 月 1 日生效,[http://www.gov.cn/fzfg/2008-06/23/content\\_1024851.htm](http://www.gov.cn/fzfg/2008-06/23/content_1024851.htm)。

(责任编辑：郑平)