

地方信息公开规定法律问题探讨

——写在《政府信息公开条例》实施一周年之际

周汉华

中国社会科学院法学研究所 北京 100720

摘要: 分析了《政府信息公开条例》制定前后地方政府信息公开规定的制定、修改情况,探讨了条例制定前后地方信息公开规定面临的主要法律问题,并对相关问题进行了阐释。

关键词: 政府信息;信息公开;地方信息公开;政府信息公开条例

我国政府信息公开制度的推出,明显采用了先地方立法积累经验、后中央立法整体推进的方式,取得了较理想的效果。从2001年开始制定信息公开地方性法规或地方政府规章,到2007年年初国务院通过《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》),短短几年时间里,信息公开制度由点及面、由地方到中央,迅速普及,取得的成就已引起国际社会的广泛关注和好评。

不过,这种立法路径也会引起一些法律问题,值得深入研究和探讨。

一、《条例》制定前地方信息公开规定的制定情况及法律问题的解决

(一)《条例》制定前地方信息公开规定的制定情况

除港澳台地区外,全国共有22个省、5个自治区、4个直辖市、22个省会城市、5个自治区首府城市、18个较大的市¹、4个经济特区市总共80个地方政府有权制定地方性法规或地方政府规章。在《条例》制定前,截至2006年11月15日,共有34个地方政府专门制定了信息

公开地方性法规或规章,占比42.5%(详情参见表1)。

从时间维度看,2001年立法的只有福建省;2002年立法的有广州市;2003年立法的有汕头、哈尔滨、太原3市;2004年立法的有上海、重庆、湖北、吉林、武汉、杭州、成都、宁波、济南、长春、昆明、大同、鞍山等13个省市;2005年立法的有北京、广东、河北、辽宁、黑龙江、陕西、海南、苏州、郑州、海口、贵阳、乌鲁木齐等12个省市;2006年立法的有江苏、四川、深圳、本溪等4个省市。这些数据表明,2004年和2005年是我国地方政府立法的高潮阶段,其间共有25个省市制定了地方规定。此举较快地推动了政府信息公开制度的发展,为《条例》的出台提供了宝贵的经验。

从规定的性质来看,除了广东省人大常委会和大同市人大常委会采用了地方性法规的形式以外,其他地方均采用的是地方政府规章的形式,并且这种政府规章主导的立法形式一直延续至今。个中原因似乎比较容易解释,因为中办发〔2002〕17号文件(关于转发《国家信息化领导小组关于我国电子政务建设指导意见》的通知)

1 从广义上来看,较大的市包括省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市这三类城市。为避免重复统计,本文对其做狭义解释,只将经国务院先后批准的18个较大的市列为“较大的市”。到目前为止,经国务院批准的较大的市共有18个:1984年批准的唐山市、大同市、包头市、大连市、鞍山市、抚顺市、吉林市、齐齐哈尔市、无锡市、淮南市、青岛市、洛阳市,1988年批准的宁波市,1992年批准的淄博市、邯郸市、本溪市,1993年批准的徐州市、苏州市。(重庆市1984年被国务院批准为较大的市,但1997年3月升为直辖市,不再是“较大的市”。)

表1 我国地方政府制定信息公开地方性法规和规章情况(截至2006年11月15日)

地方政府类别	制定情况	占比	具体地方政府
直辖市	已经制定	75%	北京、上海、重庆
	尚未制定	25%	天津
省	已经制定	50%	广东、江苏、福建、湖北、辽宁、河北、海南、四川、陕西、吉林、黑龙江
	尚未制定	50%	浙江、山东、湖南、河南、山西、江西、云南、青海、贵州、安徽、甘肃
少数民族自治区	已经制定	0	无
	尚未制定	100%	新疆、广西、西藏、内蒙古、宁夏
经济特区市	已经制定	50%	深圳、汕头
	尚未制定	50%	厦门、珠海
省会城市	已经制定	54.55%	广州、武汉、杭州、郑州、成都、太原、哈尔滨、长春、济南、昆明、贵阳、海口
	尚未制定	45.45%	南京、福州、沈阳、石家庄、长沙、西宁、南昌、合肥、西安、兰州
少数民族自治区首府城市	已经制定	20%	乌鲁木齐
	尚未制定	80%	南宁、拉萨、呼和浩特、银川
较大的市	已经制定	27.78%	苏州、宁波、大同、鞍山、本溪
	尚未制定	72.22%	大连、无锡、青岛、唐山、徐州、淄博、包头、抚顺、吉林、淮南、洛阳、邯郸、齐齐哈尔
总计	已经制定	42.5%	具体省、区、市见上,共34个
	尚未制定	57.5%	具体省、区、市见上,共46个

说明:上述“尚未制定”地方法规或规章的省、区、市普遍都有推进政府信息公开的其他规范性文件。虽然其他规范性文件在一定范围内也具有法律效力,如山东省的《山东省人民政府关于进一步推行政务公开的意见》、江西省的《江西省人民政府办公厅关于在政府网站公开政务信息的若干意见》、安徽省的《安徽省人民政府办公厅关于进一步加强政务公开促进机关效能建设的通知》,等等,但由于其他规范性文件的随意性较大,规范性不足,约束力不及法规或规章,所以本文将这些省、区、市归入“尚未制定”类。

第一次提出要制定政府信息公开行政法规或者规章,这可能是地方普遍采用政府规章立法形式的主要原因。正因为如此,本文主要讨论信息公开地方政府规章相关的法律问题。

(二)《条例》制定前地方信息公开规定面临的主要法律问题

《条例》制定前的这一时期,地方信息公开规定面临的主要法律问题有两个:一是地方政府是否有相应的立法权,是否可以创制信息公开方面的政府规章?二是地方政府规章是否可以扩大行政诉讼的受案范围?

对于第一个问题,根据《立法法》第七十三条规定,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定规章。地方政府规章可就下列事项作出规定:为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;属于本行政区域的具体行政管理事项。从字

面含义看,实践中对于本条规定应该说有两种不同的解释:狭义解释重点强调本条第1款的内容,严格将地方政府规章限制在执行层面,非有法律、行政法规或者地方性法规作为依据不能制定相应的规章,这应该可以部分解释为什么超过一半的地方一直没有创制信息公开方面的地方规定;广义解释重点强调第2款所规定的内容,并从两种立法事项的并列中推论出地方政府规章在“本行政区域的具体行政管理事项”中具有创制立法权,这应该是那些率先制定地方规定的地方的直接法律论据,而其更高制度层面的考量一定是推动社会进步、建设法治政府、保障公众的知情权。

对于第二个问题,《行政诉讼法》第十一条除了明确列举行政诉讼的受案范围以外(信息公开不在该范围之内),还规定人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。按照本条规定,由于信息公开既不在该条明确列举的范围之内,又没有其他法律、法规的规

定,因此,相关争议并不在人民法院行政诉讼案件的受案范围之内,人民法院不能根据地方政府规章扩大行政诉讼案件的受案范围。但是,地方信息公开规定不同于以往一些政务公开做法的最大不同就在于:它们率先建立了正式的法律救济制度,争议可以最后诉诸人民法院。如果争议不能诉诸人民法院,信息公开地方规定就会流于形式,整个信息公开制度的意义也会大打折扣。从最后的实践结果来看,人民法院并没有拘泥于《行政诉讼法》的字面解释,而是从保障公众权利的角度认可了地方政府规章对于诉讼解决机制的规定,并在《条例》实施之前就受理了数量可观的信息公开行政诉讼案件(尤其在上海),为推动信息公开制度做出了重大的贡献。

从上述两个法律问题的最终解决可以看到,当法律规定的字面含义模糊或者规范之间规定不一样时,不能仅仅就法论法而简单判定下位法律规范不合法或者无效,而应该引入规范之外的更高评价标准或原则来确定规则的含义或者确定下位法的效力。如果完全就法论法,势必挤压甚至窒息下位法的生存空间和制度创新空间,使法律制度失去活力和创造力。《条例》制定之前,贯穿信息公开制度发展始终的就是这些更高评价标准或原则的有效运用。正是它们的运用,使得地方有勇气创制地方信息公开规定,也使得这些规定能够得到司法的有力保障。这个结论弥足珍贵,它对于我们今天处理规范之间的关系也具有非常重要的现实意义。也就是说,当《条例》与地方规定存在字面差别时,不应简单地否定地方规定的效力,而应根据更高的评价标准或原则来确定规则的适用。如果地方规定符合这些更高的标准或者原则,就应该予以支持;如果不符合,则应予以否定。

二、《条例》制定后地方规定的修改(制定)情况及目前面临的法律问题

(一)《条例》制定后地方信息公开规章的修改(制

定)情况

《条例》于2007年1月17日由国务院常务会议通过,并于2007年4月5日正式公布。《条例》公布两年来,地方规定的修改(制定)情况大致如下:一些过去没有地方规定的又陆续制定了地方规定,如南京市、天津市和甘肃省都制定了信息公开方面的地方规定,而大连市制定了依申请公开的专门政府规章。但是,应该说这样的地方数量不是太多,绝大多数过去没有制定地方规定的,在《条例》公布之后仍然维持了过去的格局,至今都没有制定相应的地方规定。一些过去已经制定了地方规定的,对原规定依据《条例》进行了相应的修订,如陕西、河北、上海、辽宁、宁波、杭州和成都均修订了原地方规定,广州修订了依申请公开信息办法。但是,这样的地方仍然是少数,大部分过去已经制定了地方规定的,都还没有来得及根据《条例》对原规定进行及时的修订。由于国务院办公厅的重视和大力推动,几乎所有地方均制定了信息公开具体配套制度方面的其他规范性文件,它们涉及诸如领导体制、保密审查、社会评价、纪律制裁、年报编制、统计分析、人员培训等范围广泛的问题。尽管这样的规范性文件数量庞大,数以百计,但是,由于它们不具有地方政府规章的法律地位,仍不能被统计在地方立法的范畴之内。

初步分析上述情况可以发现:就立法层面而言,不同地方对于信息公开工作的重视程度存在比较明显的差别。根据地方规定的制定(修订)情况,目前大致可以分为四类地方:第一类是过去重视现在仍然重视,包括上海、广州、成都、陕西、辽宁等8个地方,在80个有地方立法权的地方政府中占比为10%;第二类是过去重视现在重视不够,也就是未能及时修订原规定的26个地方(34-8=26),占比为32.5%;第三类是过去重视不够现在非常重视,包括天津、大连等4个新制定地方规定的地方,占比为5%;第四类为过去与现在均重视不

够,即那些一直没有制定地方规定的42个地方(80-34-4=42),占比为52.5%。从这份初步统计分析结果来看,应该说地方规定的制定(修订)的形势并不乐观。《条例》的制定并没有带来制定(修订)地方规定的新高潮。《条例》公布至今已经有两年时间,其间制定或者修订地方规定的共有12个地方,这个数字与制定地方规定高潮的2004年、2005年的数字相比,显然还有比较大的差距。从理想的角度考虑,《条例》本来应该能够起到更大的作用,在其公布之后迅速促进地方立法的进一步发展,促成大规模制定或者修订地方规定的新高潮。这种预期局面没有能够出现,值得各界深入探究其中的深层次原因。对于那些未能及时修订地方规定的地方而言,由于他们的规定必然会与《条例》的规定存在比较大的差别,所以他们对于在实践中如何确定规定的效力,就会存在较多的不确定性。

(二)《条例》颁布后地方信息公开规定面临的主要法律问题

综上所述,在这一时期,《条例》的出现使地方规定实际上面临更多的法律问题。这些问题归纳起来主要包括:没有地方规定的是否需要制定?已经制定了的地方规定是否需要修改?已经制定的地方规定是修改合适还是重新制定合适?地方规定是采用执行性规定的形式还是采用自主规定的形式?如果地方规定与《条例》的规定存在差别,那么应如何确定其法律效力?

对于第一个问题,答案显然应该是肯定的,那些仍然没有地方规定的应尽快根据《条例》制定本地方的实施性规定,以推进信息公开工作。其理由如下:

第一,《立法法》第七十三条明确规定了地方政府的立法权限和立法范围,该条即是授权性规定,其实也是义务性规定,要求地方政府在需要时积极通过地方政府规章的形式实施法律、行政法规与地方性法规的规定。如果说《条例》实施之前地方政府有选择制定或者不制

定地方规定的权力或者自由,那么《条例》实施之后这种权力其实就转变成为了一种法律义务。权力、义务的这种转化,是国家机关职责的一个重要特征。

第二,考虑到各地的不同情况和未来的适用,《条例》的规定相对比较简略:有些条文授予地方很强的灵活尺度(如第三条第3款);有些条文要求地方制定执行性规定(如第四条、第七条、第十四条、第二十九条等);有些条文明确区分了不同级别地方政府的不同义务(如第十条、第十一条、第十二条)。《条例》的这种立法思路和方式表明:必须充分发挥地方立法的作用,才能够使《条例》的原则和制度得到落实和执行。

第三,虽然目前各级地方政府均制定了大量的信息公开规范性文件,并且这些文件在实践中也发挥了不可替代的积极作用,但是这些规范性文件仍不能代替地方政府规章。这是因为,这些规范性文件缺乏地方政府规章的法律地位,其法律效力受到一定的限制。同时,目前绝大部分的规范性文件都以规定单项制度为主,就事论事,缺乏信息公开地方规定覆盖面上的广泛性和体例上的完整性,因此这些规范性文件无法提供系统的解决方案。

第四,通过这些年信息公开制度的实践可以发现,类似上海、广州这样的信息公开工作落实得比较好的地方均有地方政府规章,因此完全可以得出这样的结论,地方立法是搞好信息公开工作的一个前提条件。

对于第二个问题,应该说更容易得出肯定的答案。其道理很简单,由于下位法制定在前,上位法制定在后,而上位法本身同下位法存在很多区别,因此下位法必须根据上位法的规定进行相应的修订。如果下位法不能及时进行修订,那么其法律效力其实处于高度的不确定状态。如此可以说,地方政府存在明显的立法不作为。

对于第三个问题,其实是一个带有普遍性的立法技术问题,其结论要视具体情况而定。由于我国《宪法》、

《立法法》以及其他法律并未明确规定法律修改与重新制定的条件，两者之间的界限不是特别清晰。按经验观察，我国大致是以原条文变动的数量作为法律修改与重新制定的主要判断标准：若对原条文变动较多，则归为重新制定（如1982年宪法被称为制定新宪法，不属于宪法修改；食品安全法属于重新制定，不属于食品卫生法的修订）；若对原条文变动较少，则归为修订（大部分法律修改采用这种形式）。因此，地方规定究竟应采用修订形式还是采用重新制定形式，取决于变动的幅度。若变动较大，则适合采用重新制定的形式；若变动不大，则适合采用修订的形式。在《条例》制定以来地方信息公开规定修改的实践中，上海、河北、成都采用的是重新制定的形式，即制定新的规定的同时废止了旧的规定；陕西、辽宁、宁波、杭州采用的是修订的形式，修订后的规定仍保留原规定的效力。

对于第四个问题，需要结合我国的立法体制进行分析，并把握《条例》所带来的地方规定的性质转变。根据《立法法》第七十三条第2款的规定，地方政府规章可以分为两类：一类是执行性规章，另一类是创制性规章；并且，一旦制定了上位法，原来的创制性规章就可能需要转变为执行性规章。具体到信息公开领域，在《条例》实施之前，地方规定应属于创制性立法，属于地方政府的自主立法活动，地方政府有自主选择权。但是在《条例》实施后，地方政府就有义务为《条例》的执行制定执行性规章，不再有立法的自主选择权。可见，《条例》的实施从性质上改变了地方规定的性质。由此可以推论，《条例》实施之后制定或者修订的地方规定宜定性为执行性规定，不宜再保留过去自主规定的形式。不过，从《条例》制定以来新制定或者修改的12个地方规定的实际情况看，大部分仍然维持了自主规定的形式（主要体现在名称上），只有新疆、河北明确采用了执行性规定的立法形式（尤其是河北明确从过去的自主立法形式改变为实

施办法的立法形式）。

第五个问题是最难回答的问题，也是最需要关注的实践问题。从法理上讲，上位法与下位法的规定存在一定的差别，应是任何法律体系构成的基本特征，也是法律适用必须考虑的基本环节。但是，具体到我国的信息公开领域，问题要更为复杂一些。由于地方规定大多制定于2004、2005年信息公开立法的高潮期，地方的情况也更为简单，许多规定应该说比较领先，体现了许多国际通行的理念（如很多地方明确规定了“公开为原则，不公开为例外”）。相反，《条例》的制定可以说更为慎重，考虑的方面也要更多，这些考虑最终也必然体现在具体条文中（如《条例》就没有明确规定“公开为原则，不公开为例外”）。这样，在一些重要的原则、制度或者程序上，地方立法与《条例》都有可能存在一定的差别，即使地方规定进行修订或者制定新的地方规定也难以完全抹平这种差别（如《条例》公布之后制定的《南京市政府信息公开规定》第四条仍然规定了“政府信息以公开为原则，不公开为例外”）。在实践中当地方规定与《条例》存在差别时，如何确定法律适用规则就显得尤其重要。对于简单情况，当然可以根据上位法优于下位法的原则来确定法律的适用。对于复杂情况，则需要经常回顾、借鉴制定《条例》之前解决法律问题的历史经验，在必要时求助于更高的评价标准或原则。唯有如此，以史为鉴，才能不断开创信息公开的新天空，造福于国家，造福于人民！

作者简介：

周汉华，1964年生，中国社会科学院法学研究所研究员，国家信息化专家咨询委员会委员，中国法学会信息法学研究会副会长；主要从事信息法学、行政法学与政府监管制度研究。