

误读与被误读

——从公安机关刑事执法信息公开看《政府信息公开条例》修改

周汉华

摘要: 政府信息公开的范围是《政府信息公开条例》实施与修改中的难点领域。公安机关刑事执法信息是否应该公开, 条例规定非常明确, 但司法判例中普遍认定不属于条例适用范围, 产生误读现象, 过程耐人寻味。立法规定被误读, 原因在于混淆知情权制度与行政诉讼受案范围制度, 陷入路径依赖, 导致的后果是条例赖以支撑的基础被解构, 出现各种错位。深入剖析误读与被误读的整个过程, 对于更好推进我国法律实施具有很强的借鉴意义。

关键词: 政府信息公开 刑事执法 免于公开例外 法律实施

中图分类号: DF3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330 (2016) 06-0005-11

DOI: 10.13893/j.cnki.bffx.2016.06.001

公安机关既履行行政管理职能, 也履行刑事执法职能, 两种职能有很大差别。^①在政府信息公开领域, 围绕这种差别的立法与执法实践演变, 一波三折, 值得深入研究。这样的个案剖析, 不但对于正在进行的《政府信息公开条例》(以下简称《条例》)修改有现实意义, 对于更好推进法律实施也有很强的借鉴意义。

一、误读的演变过程

按照《条例》规定, 除明确规定不予公开的几类例外,^②行政机关应当及时、准确地公开政府信息。根据《条例》第2条, “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”, 均要公开。条例并未对行政机关承担的不同职能进行区分, 所有履行职责信息都要公开。从条文规定解读, 公安机关履行刑事执法职能所形成的信息当然也要公开。^③

[作者简介] 周汉华, 中国社会科学院法学研究所研究员, 法学博士。

① 公安机关履行行政职能的行为属于行政行为, 纳入行政法监督; 公安机关履行刑事执法职能的行为属于司法行为, 纳入刑事诉讼法监督。

② 综合《条例》第14条以及第8条的规定, 它们是: 国家秘密、商业秘密、个人隐私以及危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的政府信息。

③ 长期从事行政审判工作的资深法官注意到, “即使是刑事执法过程中形成的信息, 《条例》也并没有明确地将其列为政府信息公开的例外”。参见程琥 《〈政府信息公开条例〉的修改》, 载《国家检察官学院学报》2016年第3期, 第67页。

回顾条例的制定过程，问题会更容易理解。当年，条例的具体草拟部门是国务院信息化工作办公室。2002 年 12 月 27 日由时任国务院信息化工作办公室主任曾培炎签发并报国务院的《中华人民共和国政府信息公开条例（草案）》第 25 条共有七类不予公开的例外，其中第（六）项是“与刑事执法有关，公开后会影响到犯罪侦查、公诉、审判与执行刑罚，或者影响被告人公平受审判权利的信息”。^④也就是说，公安机关刑事执法信息原则上应该公开，只有具备例外规定的情形才免于公开。该草案经征求相关部门意见后由国务院信息办修改为 2004 年 10 月版草案并提交国务院法制办。直到 2006 年 2 月国务院法制办讨论稿仍然包括第（六）项“妨碍对违法犯罪活动的查处或影响公正审判的信息”。从立法意图与过程来看，行政机关刑事执法信息原则上应该公开的立法思路一直没有变化，虽然最后通过的文本只有第 14 条国家秘密、商业秘密、个人隐私三类例外加上第 8 条“三安全一稳定”兜底条款。

《条例》2008 年 5 月 1 日实施后，涉及公安机关刑事执法信息是否应该公开的最著名案例当属清华大学学生朱令急性铊中毒信息公开行政复议案。

朱令急性铊中毒案是当时社会影响很广的一起刑事案件。2008 年 5 月 12 日，朱明新（朱令之母）向北京市公安局申请公开朱令案“立案侦查、侦破过程和结果”。5 月 30 日，北京市公安局作出《政府信息公开不予公开告知书》，答复不予公开，理由是“法律、法规及相关规定不予公开的其他情形”。7 月 9 日，朱明新向北京市人民政府提出行政复议申请，要求撤销被申请人作出的不予公开告知书。北京市公安局在行政复议答复书中称，申请人要求公开的信息内容，是公安机关在行使刑事执法权过程中制作的刑事侦查卷宗，属涉密材料，不属于《政府信息公开条例》规定的政府信息公开范围。

本案之所以轰动一时，不仅因为案件的社会影响大，还因为在复议过程中，复议机关依法中止案件审理，就相关法律适用问题向国务院法制办进行书面请示，国务院法制办相关部门将研究结论告知复议机关后才恢复案件审理。同时，本案采用案审会形式，由非常任委员（学者）与常任委员共同审理，各位委员一致认为《条例》并未豁免公安机关刑事执法信息公开义务。2009 年 3 月 16 日，北京市政府撤销北京市公安局《政府信息公开不予公开告知书》，^⑤等于否定北京市公安局提出的刑事执法职能抗辩理由。

从道理上说，公安机关刑事执法信息公开，条例规定明确，立法意图与过程清晰，行政复议典型案例已经给出答案，司法解释等权威文件均没有相反规定，^⑥故事至此应该告一段落，但是，后面的演变过程却有些出人意料。

通过实证分析发现，司法实践中绝大多数判例均认为，公安机关一方面是国家的治安行政机关，承担着国家的治安保卫任务，同时，公安机关又承担着打击刑事犯罪的刑事执法任务，是国家司法机关的重要组成部分。公安机关在履行法定职责过程中涉及到的执法信息有依刑事诉讼法授权形成的信息和依公安行政管理法律法规形成的信息。公安机关依照刑事诉讼法履行刑事执法职能形成的信息不属于《条例》第 2 条规定的政府信息。^⑦除极个别判例中公安机关的这种主张被法院否

^④ 《关于审议〈中华人民共和国电子签章条例〉（草案）和〈中华人民共和国政府信息公开条例〉（草案）的请示》，载《国务院信息化工作办公室文件》（国信办〔2002〕66号），第57页。

^⑤ 《北京市人民政府行政复议决定书》（京政复字〔2008〕181号）。

^⑥ 《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》《北京市高级人民法院〈关于审理政府信息公开行政案件若干问题的解答〉》以及国务院办公厅相关指导性文件等从来都没有规定公安机关刑事执法信息免于适用《条例》或者豁免公开。

^⑦ 例如，在“杜某某诉上海市公安局政府信息公开案”中，二审法院认为，“《政府信息公开条例》及《上海市政府信息公开规定》所界定的政府信息，是指行政机关在履行行政职责过程中所形成的信息”。在“冀中星诉广东省公安厅政府信息公开案”中，二审法院广东省高级人民法院认为，“对于刑事侦查机关在履行刑事侦查职责过程中形成的信息，原告作为刑事案件受害人可以依据相关法律规定向有关部门申请获取，但因此产生的纠纷不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》的调整范围”。相关判例可见：上海市第二中级人民法院《杜某某与上海市公安局政府信息公开一案二审行政判决书》〔（2011）沪二中行终字第86号〕、广东省高级人民法院《冀中星诉广东省公安厅政府信息公开二审行政裁定书》〔（2013）粤高法行终字第742号〕。

定以外,^⑧在绝大部分判例中法院都支持公安机关的立场。

采用刑事执法职能标准,一个重要的条件是确定刑事执法职能的起始时间。实践中,不同案例一直有不同的判断标准。在《条例》实施当月发生的“XX诉上海市XX公安局政府信息公开案”中,法院认为,“公安机关对涉嫌犯罪的材料进行审查并作出立案与否的决定是其在刑事诉讼活动中履行司法侦查机关的职责,在此过程中所产生的如立案或不予立案的处理情况等相关信息,不属于政府信息的范畴”。^⑨但是,在“白文平诉漯河市公安局郾城区分局信息公开案”中,二审法院的裁定结论正好相反“立案属于刑事诉讼程序的第一阶段,只有正式立案后,刑事诉讼的程序才正式启动。立案之前的初步调查并非《刑事诉讼法》明确授权的行为,应属于人民法院行政诉讼可予审查的行政行为”。^⑩在“陈国民诉如皋市公安局信息公开案”中,法院认为,“从控告开始,被告如皋市公安局即依刑事诉讼法的授权行使刑事司法职权,进行相关的调查,以查明是否存在犯罪事实,查获犯罪嫌疑人,证实罪与非罪,为检察机关提起公诉和人民法院审判打好基础”。^⑪但是,在“王荣诉如皋市公安局政府信息公开案”中,该法院认为刑事执法程序应该从刑事案件正式立案侦查以后才开始。^⑫由此可见,在刑事执法程序的起点上,不同案件的判断标准存在一定的差别,这应该是信息公开行政诉讼采用刑事执法职能标准引起的一个新问题。

在少数案例中,公安机关会以其他方式处理信息公开申请,而不是以履行刑事执法职能作为抗辩理由。^⑬但是,由于其他方式涉及到实体证明义务,公安机关败诉的可能性更大。比如,在“谈某诉上海市公安局闸北分局案”中,^⑭原告所住小区发生凶杀案,警察虽然赶到小区,但凶手隐藏在小区内,未被及时抓获,稍晚原告丈夫在小区遭遇凶手并被杀。为此,原告要求被告公开当日接警后外派处置故意杀人案现场警员名单及职务。被告没有以履行刑事执法职能为由拒绝提供信息,而是根据原告的申请,作出政府信息公开申请告知书,告知内容如下:您(原告)要求获取的信息属于政府信息公开范围,现将该政府信息提供给您,芷江西路派出所民警,民警警号分别为033792和033267。进入行政诉讼后,法院经审查认为,原告提出的政府信息公开申请的具体要求是获取当日凶案现场所有警方人员的相关信息,但被告在未有任何询问、说明的情况下,径行提供当日110出警民警的相关信息,该答复未针对原告的应用作出全面回应,不符合《条例》的规定。据此,法院判决撤销被告作出的政府信息公开申请告知书,并要求被告针对原告的应用依法重新作出答复。可见,以履行刑事执法职能为由直接排除《条例》适用比采用其他方式进行实体抗辩要有效得多,这可以解释为什么公安机关在信息公开行政诉讼中愿意选择以履行刑事执法职能作为抗辩理由。

^⑧ 例如,在“刘长来诉南召县公安局政府信息公开案”中,原告之兄发生交通事故严重受伤,肇事车辆逃逸后被追回处理,原告之兄最终因并发重度肺部感染死亡。为此,原告要求被告提供该交通事故现场笔录、调解笔录、交通事故责任认定书等信息,被告一直未对原告的申请予以答复,故而诉至法院。被告南召县公安局主张该案为刑事案件,未被法院接受。最后,法院判决确认被告不予提供交通事故一案有关信息的行为违法,并限被告在判决生效之日起十五日内向原告提供交通事故一案的有关信息。参见南召县人民法院《刘长来诉南召县公安局政府信息公开纠纷一案一审行政判决书》[(2012)召行初字第05号]。

^⑨ 上海市奉贤区人民法院《XX与上海市XX公安局政府信息公开一案一审行政判决书》[(2008)奉行初字第25号]。

^⑩ 河南省漯河市中级人民法院《白文平诉漯河市公安局郾城区分局信息公开案二审裁定书》[(2012)漯行终字第47号]。

^⑪ 如东县人民法院《陈国民与如皋市公安局一审行政判决书》[(2015)东行初字第00036号]。类似判例还可见无锡市中级人民法院《江阴市银鹭棉业有限公司政府信息公开二审行政裁定书》[(2015)锡行诉终字第00096号]。

^⑫ 如东县人民法院《王荣与如皋市公安局政府信息公开一审行政判决书》[(2014)东行初字第238号]。

^⑬ 例如,在“何剑明诉三亚市公安局政府信息公开案”中,公安机关根据公安部《公安机关执法公开规定》确定的范围向受害人公开信息,得到人民法院支持;在“吴新强诉浙江省公安厅信息公开案”、“王xx诉上海市公安局xx分局政府信息公开案”两个案件中,公安机关均以尸检信息不存在为由进行实体抗辩,没有采用刑事执法职能理由。相关判例分别参见三亚市中级人民法院《何剑明与三亚市公安局政府信息公开行政管理纠纷行政判决书》[(2013)三亚行终字第34号]、杭州市上城区人民法院《吴新强与浙江省公安厅一审行政判决书》[(2013)杭上行初字第43号]、上海市徐汇区人民法院《王xx与上海市公安局xx分局政府信息公开一案一审行政判决书》[(2010)徐行初字第49号]。

^⑭ 上海市闸北区人民法院《上海市公安局闸北分局政府信息公开一案一审行政判决书》[(2013)闸行初字第75号]。

上述这种总体趋势明确、少数个案例外的状态一直延续到 2014 年 9 月 13 日最高人民法院发布全国法院政府信息公开十大案例。在“奚明强诉中华人民共和国公安部案”中，一审法院北京市第二中级人民法院、二审法院北京市高级人民法院均认为，奚明强向公安部申请公开的三个文件及其具体内容，是公安部作为刑事司法机关履行侦查犯罪职责时制作的信息，依法不属于《政府信息公开条例》第 2 条所规定的政府信息。该案作为全国政府信息公开十大案例发布，标志着最高人民法院在最后一道防线承认两种职能划分对于《条例》第 2 条的意义。随后，2016 年 1 月 21 日，公安部印发《公安机关办理政府信息公开行政复议案件若干问题的规定》第 3 条规定，“公安机关履行刑事司法职能过程中制作或者获取的信息、党务信息，以及申请人以政府信息公开名义进行法律政策咨询，或者要求确认相关行为、文件的合法性的，不属于政府信息”。从行政程序源头明确公安机关对于《条例》第 2 条的适用原则，最终完成整个闭环。

二、为什么是误读

显然，《条例》第 2 条规定的行政机关“履行职责”在实践中普遍被解释或者推定为履行“行政管理”职责。^⑮从法律解释规则来看，这种解释方法明显有违文本字面原意，是对《条例》的一种误读，《条例》的适用范围明显被缩小。

从《条例》制定过程来看，第 2 条其实并不存在立法疏漏。在《条例》制定之前，一些地方性法规、地方政府规章率先确立政府信息公开制度。但是，受到行政诉讼中行政行为与刑事执法行为区分的影响，这些地方性法规、地方政府规章均普遍强调“履行行政管理职责”，将行政机关刑事执法信息排除在适用范围之外。例如，《深圳市政府信息网上公开办法》（2004）第 2 条规定，“本办法所称政府信息是指深圳市各级人民政府及其部门以及依法行使行政管理职能的组织在履行行政管理职责或提供公共服务过程中制作、获得或掌握的依本办法应公开发布的文件、数据、图表等资料”。《杭州市政府信息公开规定》（2004）第 2 条规定，“本规定所称的政府信息，是指各级人民政府及其职能部门以及依法行使行政管理职能的组织，在履行行政管理职责或提供公共服务过程中制作、获得或掌握的依照本规定应当公开发布的文件、数据、图表等档案、资料”。武汉、宁波、苏州、海南、黑龙江等地也均有类似规定。《上海市政府信息公开规定》（2004）第 2 条虽然没有明确规定履行行政管理职责，但第 10 条第（五）项只免于公开“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”信息，可以推论其基本逻辑是完全排除行政机关刑事执法信息的法律适用。同样，尽管《广州市政府信息公开规定》（2002）第 2 条没有明确规定履行行政管理职能，但整个规定的其他部分体现的也都是以行政行为为判断标准的基本思路，不包括刑事执法信息。

《条例》第 2 条并没有沿用各地方普遍采用的“履行行政管理职能”表述，背后体现的是完整的知情权理念，目的是实现政府信息公开制度的整体跃升。^⑯

自 2000 年以后，党和国家在一系列重要文件、法律法规中明确确立知情权的地位，^⑰将知情权作为扩大人民民主，保证人民当家作主的一项基本制度，从各个方面进行规划和部署。作为人民

^⑮ “这是根据条例第 1 条规定的立法目的所做的推定”。参见余凌云《行政法讲义》，清华大学出版社 2014 年版，第 340 页。

^⑯ 参见章剑生《知情权及其保障——以〈政府信息公开条例〉为例》，载《中国法学》2008 年第 4 期，第 148 页。

^⑰ 包括诸如《中共中央办公厅、国务院办公厅转发民政部关于在全国推进城市社区建设的意见的通知》（2000）、《中共中央组织部关于加强组织部门干部监督工作若干意见（试行）》（2000）、《中共中央关于加强和改进党的作风建设的决定》（2001）、《中国共产党第十六次全国代表大会报告》（2002）、《物业管理条例》（2003）、《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》（2004）、《全面推进依法行政实施纲要》（2004）、《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）、《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》（2006）、《中国共产党第十七次全国代表大会报告》（2007）、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》（2010 修正）、《中国共产党第十八次全国代表大会报告》（2012）、《国务院关于促进市场公平竞争维护市场秩序的若干意见》（2014）、《中国共产党纪律处分条例》（2015 修订）、《法治政府建设实施纲要（2015—2020 年）》（2015）、《中共中央办公厅、国务院办公厅关于全面推进政务公开工作的意见》（2016）、《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》（2016）、《慈善法》（2016）等。

民主专政的社会主义国家，国家一切权力属于人民，人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。这样，知情权是一切权力属于人民原则的必然要求，是主人与公仆之间的关系，是权利与权力之间的关系。为有效当家作主，人民必须首先知道政府机关在做什么。按照条例规定，凡涉及公民、法人或者其他组织切身利益的、需要社会公众广泛知晓或者参与的，行政机关都要主动公开。行政机关是法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，教育、医疗卫生、计划生育、供水、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位，只要没有条例规定的几种例外情形，不论其履行的是什么职能，均有公开信息的义务，让老百姓知情，受人民群众监督。可见，不论是公开的范围还是履行公开义务的三类主体，《条例》的要求均远远超出“履行行政管理职能”的范畴。

在我国，“履行行政管理职能”曾经是确定行政诉讼受案范围的一个条件¹⁸，是处理行政权与司法权关系的一条原则，处理的是行政权与司法权两种公权力之间的关系。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条第(二)项，公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为，不属于人民法院行政诉讼的受案范围。这条规定是很多司法判例中将“履行职责”解释为“履行行政管理职责”的主要依据。¹⁹简言之，一些地方是在用行政诉讼的受案范围来界定知情权的边界。

然而，知情权制度与行政诉讼受案范围制度是两个层面完全不同的制度，前者是根本政治制度的必然要求和有机组成部分，后者只是一项诉讼制度。用后者去定义前者的适用范围，不但混淆两个不同的制度，造成制度错位，还会削足适履，导致知情权的范围被大大限缩，降低其制度意义。其实，对于公安机关刑事执法信息公开而言，法院审查的并不是刑事执法行为的合法性（行政诉讼不可能审查刑事执法行为），只是判断刑事执法信息公开是否符合法定条件，是否应该公开。在刑事执法领域引入信息公开制度，既不会影响、干扰刑事执法程序与刑事司法制度，也不会影响行政诉讼受案范围划分。相反，将公安机关刑事执法信息排除在《条例》适用范围之外，会使这部分信息回到《条例》制定之前的状态，公安机关愿意公开就公开，愿意公开多少就公开多少，不愿意公开就不公开，并且缺乏法律救济途径保障。²⁰条例全面建立知情权制度，恰恰就是要解决这些问题。²¹同时，用行政诉讼受案范围界定知情权范围，必须借助具体行政行为分析框架与司法技术。然而，正如有法官敏锐地意识到的，“政府信息公开是政府公共服务语境下的事实行为”。²²用一套具体行政行为理论去分析、框定事实行为，还会造成制度的二次错位。²³

另外，根据《宪法》，我国实行人民代表大会制度，一府两院对人大负责，受人大监督。公安部是国务院组成部门，是国务院主管全国公安工作的职能部门。《宪法》第89条第(八)项规定国务院领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作，第107条规定县级以上地方各级人民政府依法管理本行政区域内的经济、教育、文化、民政、公安、监察、计划生育等行政工作。不论公安机关承担什么职能，它的机关性质是由《宪法》确定的，不会改变。同样，人民法院并不因为也

¹⁸ 2014年《行政诉讼法》修改将具体行政行为改为行政行为，并引入“行政争议”概念，扩大了行政诉讼的受案范围。参见童卫东《进步与妥协〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期，第23页。

¹⁹ “确定受案范围一个核心的概念是‘行政行为’，有行政行为，包括作为和不作为，该行为是可诉的，才能产生行政案件”。张传毅《政府信息公开行政行为司法审查若干问题》，载《行政法学研究》2009年第2期，第123页。

²⁰ “公安机关实施这类行为检察机关难以监督，人民法院也无法通过行政审判进行监督，使这类行为处在无人监督的真空地带，不仅会使相对人的合法权益难以保护，同时将会影响政府在人民群众中的威信”。参见江必新《中国行政诉讼制度的完善：行政诉讼法修改问题实务研究》，法律出版社2005年版，第82页。

²¹ 周汉华《政府信息公开条例将带来六大变化》，载《人民日报》2007年2月14日第13版。

²² 侯丹华《政府信息公开行政诉讼有关问题研究》，载《行政法学研究》2010年第4期，第55页。

²³ 对于行政事实行为与行政法律行为区分的辨析，可参见王红建《行政事实行为概念考》，载《河北法学》2009年第7期，第57页。

承担一定的行政后勤、裁判执行等职能而成为行政机关。在公私法边界模糊、职能越来越交叉的时代,行政机关承担诸如行政立法、行政执法、刑事执法、行政协议、公共服务、资产管理、居间裁决、仲裁调解、行政指导等多种职能已经是常见现象,不能因为职能的多样化影响行政机关的性质,更不能将知情权的边界定位在具体行政行为范畴之内。在我国,不仅公安机关承担刑事执法职能,司法行政机关、国家安全机关、海关管理机关等也承担一定的刑事执法职能,但我们不能因此否定这些机关作为行政机关的基本定性,更不能将它们都排除在《条例》适用范围之外。

放到比较法视角下,答案就更为简单。《行政诉讼法》修改之前,我国行政诉讼受案范围深受大陆法系国家行政行为理论影响。但是,在政府信息公开领域,大陆法系国家与其他国家一样,都不存在根据行政行为性质来界定政府信息公开范围的做法。对于行政机关履行刑事执法职能(非行政行为)形成的政府信息,不但均在信息公开法的适用范围之内,并且原则上均需公开,除非有法定的豁免公开理由。^②比如,法国 1978 年《行政文件获取法》、德国 2005 年《联邦政府信息获取法》均规定,对于正在进行的行政或者刑事执法信息,只有公开后会对执法活动产生有害影响的才豁免公开。我们对国外制度的了解与借鉴,明显存在片面化现象。

三、为什么会被误读

必须承认,《条例》会被误读,首先是因为《条例》对于免于公开的例外规定不够周延,本身无法满足现实需要。如前所述,各国信息公开法普遍将执法信息作为一项单独例外加以列举,使其能够在满足法定条件的情况下免于公开。这样做的依据在于,执法权与执法信息本身有其特殊性,既不能不公开(如国家秘密、商业秘密、个人隐私),又不能全部一下子都公开,必须单独设计一类例外。

执法权是国家专属权力,是法律强制力的集中体现,既攸关执法对象的生命、自由与财产,也直接关系公共利益。执法过程不仅涉及执法部门内部多部门、多层次合作,还需要不时与当事人、举报人、控告人、利害关系人、其他执法部门、律师、媒体、社会等互动与沟通,以体现执法过程的民主性、公开性与公信力。执法不但要结果公正,也要过程公开,让大家看到公正的实现。执法信息如果不公开,别说执法过程缺乏公正性、权威性,就是正常的执法活动也无法进行。另一方面,执法信息可能涉及当事人、利害关系人的商业秘密、个人隐私,也可能涉及国家秘密或者执法部门不能公开的技术侦查手段、程序;在执法过程终结之前,相关信息提前片面泄露,还可能会对犯罪嫌疑人、执法对象、利害关系人等造成不良影响,对裁判者与执法者形成无形压力,形成未审先定的舆论审判局面,不利于维护执法的公正性与公信力。因此,执法信息的公开,需要考虑案件涉及的不同因素,选择最恰当的时间点,在个案中逐个确定,实现不同价值之间的平衡。^③在各国信息公开法中,体现为执法信息的单独例外规定。执法信息原则上需要公开,但对符合法定条件的执法信息不予公开,如果发生争议,由司法机关进行最终判断。这样的制度设计,既能满足执法需要,又能贯彻执法公开与公众知情参与等基本原则。

《条例》草案原先有七类例外,包括刑事执法例外。然而,最后通过的文本仅剩下国家秘密、商业秘密、个人隐私三类例外,以及一个兜底的“三安全一稳定”条款。这种过于简化的例外处理方式,使执法实践中刑事执法例外的合理需要无法在《条例》中找到出口,只能最后冲出一条立法者始料未及的解决之道,被全部排除在《条例》适用范围之外,这是《条例》被误读的客观原因。

^② 从目前能够找到的资料来看,还没有哪个国家将行政机关履行司法职能形成的政府信息排除在政府信息公开法律的适用范围之外。参见后向东《信息公开的世界经验:十六国信息公开法译介与评析》,中国法制出版社 2016 年版,第 459 页;周汉华《政府信息公开条例专家建议稿——草案·说明·理由·立法例》,中国法制出版社 2003 年版,第 127 页。

^③ 对于公安机关刑事执法信息公开特殊性的分析以及具体制度设计,可参见王均平、焦俊峰《新政策环境中的警务信息公开研究》,载《江苏警官学院学报》2003 年第 2 期,第 164 页。

当然,在例外规定方面,《条例》遗漏的不仅只有刑事执法信息,还包括内部管理信息与过程性信息。^{②6}但是,《条例》实施之后,内部管理信息与过程性信息分别在司法解释、国办指导文件中得到承认,相当于形成事实上的两类法定例外情形。^{②7}只有刑事执法信息在缺乏任何权威文件、司法解释明确规定的情况下,被整体排除在《条例》适用范围之外。这就需要进一步分析《条例》被误读的主观原因及其演进路径。

在国家层面制定并实施《条例》之前,国内推行政府信息公开制度最为成功的当属上海。^{②8}上海于2004年5月1日开始实施《上海市政府信息公开规定》,同时进行政府信息公开数据统计与年报发布工作。为推动政府信息公开,上海市领导高度重视,设立政府信息公开联席会议制度,由市政府办公厅、市发展改革委、市监察委、市财政局、市信息委、市政府法制办、市政府新闻办、市国家保密局、市档案局和市行政学院组成,负责研究、协调政府信息公开过程中的重要问题,办公室设在市信息委,由市信息委具体负责组织、指导、推动。从一开始,上海市政府信息公开就体现出起步早、标准严、体制顺、力度大等特点。在很长一段时间,上海市政府信息公开行政诉讼/行政复议案件的数量比全国其他各地方案件数量的总和还要多(见表1,北京市行政诉讼案件数量包括中央部委作为被告的行政诉讼案件,与其他地方不具备直接可比性)。上海积累的经验,为国务院制定《条例》提供了宝贵的经验,也为其他地方实施《条例》提供了有益的示范。

表1:七省市政府信息公开行政诉讼/行政复议案件数量对比表

(资料来源:各地方政府信息公开年度报告)

	上海	北京	吉林	天津	重庆	山东	四川
2004	6/38						
2005	29/145						
2006	无数据/124						
2007	30/332						
2008	258/683	10/37	34/118	0/1	0/0	0/5	1/3
2009	199/878	147/216	52/91	1/0	1/3	1/6	15/22
2010	280/648	503/251	3/41	6/2	2/7	9/3	23/25
2011	406/622	578/397	1/23	5/46	2/4	23/18	11/26
2012	583/1218	551/618	1/4	12/167	缺数据	36/45	43/92
2013	576/809	1784/1269	1/10	19/483	22/71	101/306	90/256

^{②6} 参见李广宇《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第241页。对条例例外规则存在缺陷的系统分析,参见陈海嵩《我国政府信息公开例外规则的缺陷与完善——实证分析的视角》,载《黑河学刊》2012年第1期,第88页。

^{②7} 《北京市高级人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的解答》(2014)规定,“行政机关内部管理信息一般只涉及内部管理事务,对外部不具有约束力,亦对相对人的权利义务不产生实际影响,行政机关据此不予公开的,人民法院应予支持。实践中如行政机关内部管理信息对外部产生约束力,亦对相对人的权利义务产生实际影响,则属于《条例》的调整范围,行政机关以属于内部管理信息为由不予公开的,人民法院不予支持”。《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》(2010)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以及处于讨论、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”。按照字面理解和司法实践做法,讨论、研究或者审查过程一旦结束,过程性信息就不再是过程性信息,应该公开。过程性信息的判断标准,还可见最高人民法院发布全国法院政府信息公开十大案例之“姚新金、刘天水诉福建省永泰县国土资源局案”。

^{②8} 《人民日报》2008年11月12日专门刊文介绍上海政府信息公开行政诉讼经验,“自2004年上海的《规定》实施至今,政府信息公开的‘民告官’行政案件,上海已经有近400起,居全国首位”。资料来源于人民网: <http://look.people.com.cn/GB/14748/8324445.html>,最后访问时间:2016年9月20日。

如前所述,《条例》制定之前,《上海市政府信息公开规定》并没有规定刑事执法例外,其基本逻辑是完全排除行政机关刑事执法信息的法律适用。2008年8月16日上海市公安局发布的《上海市公安局政府信息公开实施细则》第2条规定,“本细则所称的政府信息,是指公安机关在履行行政管理职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息”。这是《条例》实施之后最早将行政机关履行职责解释为履行行政管理职责的规范性文件^{②9}并得到上海法院系统的支持。^{③0}考察《条例》实施头两年上海公安机关政府信息公开行政诉讼判例可以发现,^{③1}上海法院系统的认识相当一致,普遍认定公安机关的刑事执法信息不属于政府信息。在国内其他地方没有太多案例与经验的大背景下,上海的统一处理方式与影响力无疑产生了重要的示范效应,并最终成为对《条例》适用的通说。

四、误读的负面后果

用行政诉讼受案范围界定知情权边界,用具体行政行为理论套用信息公开事实行为,不仅导致知情权制度与行政诉讼受案范围制度错位,必然还会产生各种连锁错位后果。

首先,导致《条例》适用与推进警务公开的大趋势背道而驰。从国内外近年来发生的重大刑事案件经验与教训来看,公安机关刑事执法行为不仅事关案件当事人、利害关系人权益,也与社会公共利益紧密相关,是公众关注的热点与焦点领域。有警界人士认为,“从性质和结果上说,实施刑事警务公开,保障当事人的合法权益,使无罪者不受刑事追究,比之公安机关其他业务的警务公开显得更为必要”。^{③2}正因为如此,近年来国家在推进警务公开方面着力甚多,方向明确。《人民警察法》(1995)第44条规定,人民警察执行职务,必须自觉地接受社会和公民的监督。人民警察机关作出的与公众利益有直接关系的规定,应当向公众公布。《公安部关于在全国公安机关普遍实行警务公开制度的通知》(1999)提出,“公安机关的执法办案和行政管理工作,除法律法规规定不能公开的事项外,都要予以公开”。按照公安系统业内人士的解读,“公开的内容既包括公安执法依据、制度、程序、工作纪律等规定,也包括刑事执法和行政执法的内容”。^{③3}《公安机关贯彻实施〈全面推进依法行政实施纲要〉的意见》(2004)要求,“除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的事项外,各级公安机关应当将社会治安和公安执法的信息向社会公开”。2005年7月26日,公安部刑侦局下发《关于实行“办案公开制度”的通知》,实行立案回告、破案回告和命案工作进展回告,实行办案程序、时限、进展、结果公开,侦破危害严重、影响恶劣的案件后,有关地方刑侦部门应当在公安机关统一领导和组织下,采取适当方式向社会公开破案情况和结果。^{③4}《公安机关执法公开规定》(2012)第2条明确,执法公开是指公安机关依照法律、法规、规章和其他规范性文件规定,向社会公众或者特定对象公开刑事、行政执法的依据、流程、进展、结果等相关信息,以及开展网上公开办事的活动。可见,在国家全力推进包括刑事执法在内的警务公

^{②9} 2008年4月28日重新制定的《上海市政府信息公开规定》第2条则与条例规定保持一致,强调政府信息是行政机关在“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。

^{③0} 上海长期从事行政审判的资深法官认为,“‘履行职责’原则上应理解为行政管理职责”。参见吴偕林《政府信息公开行政诉讼有关问题的思考》,载《电子政务》2009年第4期,第39页。

^{③1} 较早的判例包括上海市奉贤区人民法院《XX与上海市XX公安局政府信息公开一案一审行政判决书》[(2008)奉行初字第25号]、上海市第二中级人民法院《邱某某与上海市公安局政府信息公开一案二审行政判决书》[(2010)沪二中行终字第123号]、上海市第二中级人民法院《刘某某与上海市公安局普陀分局政府信息公开一案二审行政判决书》[(2010)沪二中行终字第299号]。

^{③2} 谢盛坚《谈刑事警务公开》,载《政法学刊》2001年第4期,第41页。

^{③3} 杨健《公安机关政府信息公开制度建设探析》,载《净月学刊》2014年第1期,第16页。

^{③4} 对于公安机关刑事立案改革取得的进步与存在问题的分析,可参见高一飞、高建《论公安机关刑事立案公开之改革》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第42页。

开的大背景下,将公安机关刑事执法信息排除在《条例》适用范围之外,明显与大趋势背道而驰,只会使两者相互冲突、抵消,形成非常明显的“两张皮”现象。^⑤

党的十八大和十八届三中全会对健全司法权力运行机制、深化司法改革、推进司法公开作出重要部署。十八届四中全会从全面推进依法治国的高度,要求全面推进政务公开,强调保证公正司法、提高司法公信力,保障人民群众参与司法,构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制。《中办、国办关于全面推进政务公开工作的意见》要求“建立健全政务公开制度,注重将政务公开实践成果上升为制度规范,对不适应形势要求的规定及时予以调整清理”。目前,人民法院正致力于打造阳光司法工程,全面推进审判流程公开、裁判文书公开、执行信息公开三大平台建设,要使司法公开三大平台成为展示现代法治文明的重要窗口、保障当事人诉讼权利的重要手段、履行人民法院社会责任的重要途径。人民检察院正在全面推进检务公开工作,着力推动检务公开从侧重宣传的一般事务性公开向案件信息公开转变,从司法依据和结果的静态公开向办案过程的动态公开转变,从单向宣告的公开向双向互动的公开转变,更好地保障人民群众对检察工作的知情权、参与权、表达权和监督权,不断提升检察机关亲和力、公信力和人民群众满意度。可以看到,近年来政府信息公开制度的很多好经验、好做法正在被人民法院、人民检察院吸收到司法公开、检务公开制度建设中。在全面推进政务公开的新形势下,继续将公安机关刑事执法信息排除在《条例》适用范围之外,一定会越来越不适应形势发展的要求。

其次,导致《条例》的内在逻辑结构发生紊乱。在知情权原则之下,公开是原则、不公开是例外,各国信息公开法所规定的例外“往往是授权性的,而不是禁止性的。如果信息公开义务主体认为可以公开或者有必要公开的,豁免条款并不能限制其公开”。^⑥《条例》对此也精心设计,第14条规定“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。但是,经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息,可以予以公开。”第22条规定“申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容,但是能够作区分处理的,行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。”可见,《条例》规定的几类例外是有条件、分层次的,不是绝对例外。如果信息公开的公共利益大于不公开的利益,即使是国家秘密,也可以根据《保守国家秘密法》解密后予以公开。相比之下,刑事执法信息被全部排除在《条例》适用范围之外,意味着其保护标准比国家秘密的保护标准还要高,属于绝对例外。这样,国家秘密与刑事执法信息的相互关系出现颠倒,理论与实务上都难以自圆其说。

再次,导致《条例》赖以支撑的基础被解构。《条例》赖以支撑的基础在于二分结构,除了例外,其他信息均要依法公开,公开为原则,不公开为例外。由于各种误读,目前实践中出现例外、公开之外的第三类信息(以非政府信息为典型代表)。并且,第三类信息的范围越来越大,^⑦使《条例》实际结构从二分变为三分。在三分结构之下,以公开为原则、不公开为例外失去存在基础,问题从公开还是不公开变为信息究竟是不是《条例》所指的政府信息,是不是本机关职能等,焦点已然发生转移。实践中,诸如历史信息、行政协议、监察信息、行政机关民事行为信息等是否属于政府信息,一直有很大分歧。照此类推,行政机关其他非履行行政管理职能形成的信息(如行政立法、调解仲裁、资产管理、公共服务等)是否属于《条例》适用范围,也不排除会引发各

^⑤ 对于目前警务公开不及时问题以及原因的分析,可参见李淑华、王晓丹《警务信息公开的问题与对策研究——以北京市公安局为例》,载《中国人民公安大学学报(自然科学版)》2015年第3期,第35页。

^⑥ 前引^②后向东书,第556页。

^⑦ 有学者对上海过去十年依申请公开数据进行统计,发现除个人隐私、商业秘密和国家秘密等法定例外之外的答复理由(“免于提供理由”)占比已经达到所有答复总量的39.23%。参见肖卫兵《上海政府信息公开十年:成就、挑战、前瞻》,载《电子政务》2014年第10期,第8页。

种争论。^⑳ 这样的争论看似热闹，实则空转，与《条例》立法初衷相去甚远。

最后，导致信息不对称，增加识别与适用难度。行政机关各种职能交织、融合，你中有我、我中有你，本来就密不可分，还会随外在条件改变而不断相互转化。根据职能划分确定是否适用《条例》，必然因为信息不对称增加外部主体识别与适用难度，等于将决定权完全交给行政机关。^㉑ 某案件最开始是行政案件，后来作为刑事案件立案，再后来因为证据不足撤销刑事案件转为行政案件，这样的情况并不少见，实际情况比这种假设要复杂得多。如果按照职能划分决定是否适用《条例》，就会有时应该适用，有时又不能适用，不断反复，势必有损《条例》权威，无法取信于民。至于刑事诉讼制度，主要任务是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究。将公安机关刑事执法信息排除在《条例》适用范围之外，归入刑事诉讼程序，更不可能完成信息公开制度才能完成的任务。

五、出路与思考

一个并不太复杂的问题，几经演变，就使实施结果与立法文本产生巨大距离，发人深省。类似现象，在其他立法领域其实也不少见。因此，有必要通过个案分析，吸取经验教训，尽量减少发生同样的问题。

误读与被误读，首先是因为《条例》文本出现比较明显的失误，草案中原有的刑事执法例外规定被删除，并引发后续连锁反应。目前，《条例》正在修改，应该对例外规定部分进行全面充实，弥补相关立法漏洞。对于行政机关的执法信息例外（既包括刑事执法，也包括行政执法），《条例》应该单独作为一项予以确立，并明确原则上应该公开，符合《条例》规定条件的可以免于公开。从各国立法经验与执法实践看，这些条件主要应该包括两个方面，可以有一定的弹性，一是公开后会影响到执法程序的正常进行，二是公开后会严重影响被执法对象或者第三人的合法权利。当然，执法信息如果符合其他例外条件，如国家秘密、商业秘密、个人隐私、内部管理信息等，也可以根据其他例外免于公开。通过这些制度的有效配合，包括公安机关刑事执法在内的各种执法信息公开，不会遇到不可克服的障碍，不必有太多的抵触与畏难情绪。关键是执法部门要转变观念，跟上中央全面推进政务公开要求，通过执法公开提升执法能力与执法公信力。同时，立法部门应该更加重视科学立法，通过各种方式，尽快提高立法工作专业化、科学化水平，适应全面推进依法治国的新形势。

当然，由于规则不完备问题不可能一劳永逸地解决，加之我国目前法治发展阶段与各种现实状况，立法也好，执法也好，体系建设肯定很难一步到位，总会面临各种不协调、不配套、不同步现象。行政执法与司法机关对于规则完备性的要求因此不能寄予过高期望，要学会在立法与法治体系不太完备的情况下，尤其在信息公开这样的新领域，通过执法与司法活动，创造性地发展法律，填补立法漏洞，推进制度协调。这是个案分析更值得反思的地方，其意义要远远超出《条例》修改与实施本身。

回过头来审视，误读《条例》虽然有主观、客观方面的原因，甚至带有一定的必然性或者偶然性。但是，整个误读过程中涉及的两个关键点如果能够守住，也许结果会有所不同。第一个关键

^⑳ “在一些案例中，行政机关的一些抗辩主张常常把政府信息与行政行为混为一谈”，“有的认为，申请公开的政府信息是规范性文件，因此属于抽象行政行为，不属于行政诉讼的受案范围；有的认为，申请公开的政府信息是内部的调查报告，对公民权利义务不产生实际影响；有的认为，申请公开的政府信息并没有侵犯其合法权益等等。都属于没有搞清楚政府信息与行政行为不是一个概念”。参见李广宇《政府信息公开判例百选》，人民法院出版社2013年版，第185页。

^㉑ “在实践中如何区分公安、国家安全等机关的刑事侦查行为和行政行为，一直是困扰行政审判实践的问题之一”。前引^⑳江必新书，第80页。

点是知情权原则,第二个关键点是公开为原则、不公开为例外。这两个关键点有很多共同的地方,都是原则而非规则,尽管没有写入《条例》却获得各界认同,^④不会因为规则的不完备受到质疑,适用带有一定的弹性等。因此,守住关键点,实质是坚持法律原则,并将法律原则适用于各种新领域,避免出现颠覆性错误。^⑤如果坚持知情权原则,就能对《条例》制定的意义有更为深刻的认识,避免套用行政诉讼受案范围界定政府信息公开范围;也应该能够避免陷入路径依赖,将过去的习惯做法延续到《条例》适用,使曾经的成绩变成为包袱,错失制度升级的大好机会。如果坚持公开为原则、不公开为例外,应该不会出现哪些是政府信息、哪些不是政府信息的持久争论,最终导致《条例》的基础被解构;公安机关刑事执法信息就有可能被分解到诸如国家秘密、商业秘密、个人隐私甚至“三安全一稳定”等例外中,哪怕暂时看起来是后退,却能保证问题始终停留在《条例》确定的轨道内,为未来随时回归预留接口;也完全有可能在司法实践中促使形成新的刑事执法信息例外,如同过程性信息、内部管理信息一样,而不是偏离立法原意,导致法治权威流失。

可见,如果能够守住任何一条原则,结果都应该比目前面临的局面要好,都不会出现整体排除《条例》适用以及结构性错位现象。法律原则凝聚着社会共识,反映制度的基本价值,是制度发展进步的基石和灯塔。尤其在缺乏具体规则指引的全新领域,法律原则的引领作用就更加不可或缺。通过对这一个案分析再次证明,确立并坚守基本法律原则与价值,才是我国法治建设的根本保证。

Misreading and Being Misread: the Amendment of *Regulations on Government Information Publicity* from the Perspective of Information Publicity of Criminal Enforcement by the Public Security Department

ZHOU Han - hua

Abstract: The publicity scope of government information is difficult to cope with in implementation and amendment of *Regulations on Government Information Publicity*. Whether the criminal enforcement information should be publicized has been specified clearly by this Regulation, however, in judicial judgments the application scope of this Regulation is generally denied and misread, which is rather thought-provoking. The misreading of legislative regulations results from the confusion of the system of right to know and the system of application scope of administrative litigation, which has led to path dependence. Consequently, the foundation which the Regulation is based on is deconstructed and various dislocations have occurred. Therefore, as an effective reference, a thorough analysis of the whole process of misreading and being misread is for better improving enforcement of law in our country.

Key words: government information publicity criminal enforcement exception for being exempt from publicity enforcement of law

^④ 条例通过后,国务院法制办负责人在答记者提问时明确表示,虽然“公开为原则、不公开为例外”并没有在条例中明确规定,但可以从立法逻辑上推论出来。参见《国务院法制办负责人就政府信息公开条例答记者问》,资料来源于新华网: http://news.xinhuanet.com/politics/2007-04/24/content_6022266.htm,最后访问时间:2016年9月20日。

^⑤ 对于法律原则作用、识别以及具体适用的研究,可参见林来梵、张卓明《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,载《中国法学》2006年第2期,第122页;庞凌《法律原则的识别和适用》,载《法学》2004年第10期,第34页。