

政府信息公开与行政诉讼

江必新 梁风云*

内容提要:《政府信息公开条例》第一次明确规定了公民知情权的行政救济途径。政府信息公开的范围涉及行政诉讼的类型以及法院的受案范围。政府信息公开行政诉讼中的当事人、举证责任和诉讼程序都因不同的行政诉讼类型而有显著区别。政府信息公开行政诉讼最关键的问题是法院对于国家机密的审查, 政府信息是否国家秘密必须经过有权机关的确认, 不能仅仅以属于国家秘密的空洞理由而不予公开。对于因政府信息公开遭受损失的当事人, 应当给予国家赔偿。

关键词: 政府信息公开 行政诉讼 国家秘密

国务院颁布的《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》)对于加速政府公开透明施政, 促进社会主义法治政府的建设将起到极为重要的作用。值得注意的是, 《条例》对于与政府信息公开行为有关的侵犯行政相对人合法权益的情形明确规定了行政诉讼救济途径, 明确了长期以来公民知情权能否获得行政诉讼救济的问题。^[1] 本文拟就涉及政府信息公开的行政诉讼问题作一初步的探讨。

一、政府信息公开的范围与诉讼类型

《条例》在政府信息公开的范围上采取了肯定式的列举方式。肯定式的列举包括主动公开和依申请公开两种形式。这种列举方式的优点非常明显, 即明确、简洁、歧义较少, 但是缺点也同时存在, 即创造了新的不确定法律概念、限制了范围等等。从立法技术上讲, 对于需要公开的政府信息实际上无法通过列举来穷尽, 因此, 国际上通行的做法是概括式的肯定加排除式的列举, 也就是说, 政府信息以公开为原则, 不公开为例外。^[2] 《条例》第9-12条规定, 在政府主动公开的范围内, 政府有职责、有义务提供相关的政府信息。这其中, 包括一些与公民个人的实际权利关系不大

* 江必新, 湖南省高级人民法院院长、中南大学教授; 梁风云, 最高人民法院干部。

[1] 一些学者认为, 根据我国行政诉讼法的规定, 当事人只能就侵犯其人身权和财产权的具体行政行为提起行政诉讼, 未规定当事人的知情权受到侵犯可以提起行政诉讼。《条例》明确规定救济原则, 可以弥补现行立法的漏洞, 进一步明确行政复议法与行政诉讼法的适用范围, 为知情权提供有力的行政和司法实施保障。参见周汉华:《起草〈政府信息公开条例〉(专家建议稿)的基本考虑》,《法学研究》2002年第6期。

[2] 《条例》虽然没有明确规定“以公开为原则, 不公开为例外”的原则, 但国务院法制办副主任张穹在接受记者采访时称《条例》体现“以公开为原则, 不公开为例外”原则, 参见《保障人民群众知情权、参与权和监督权——国务院法制办负责人就政府信息公开条例答记者问》,《经济日报》2007年4月25日; 周汉华主编:《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1页。另可参见《上海市政府信息公开规定》第3条, 《黑龙江省政府信息公开规定》第4条, 《湖北省政府信息公开规定》第3条, 《河北省政府信息公开规定》第3条等。

的信息，如关于国民经济和社会发展规划、财政预算、决算报告等等，〔3〕但更多则是与公民的权益紧密相关的事项，诸如行政规划、行政收费、行政许可、征收征用、发放抚恤金等等。《条例》明确了对于涉及行政相对人切身利益等的政府信息，行政机关应当主动公开。

《条例》第33条规定，对于行政机关信息公开行为，行政相对人可以提起行政诉讼。《条例》关于行政机关政府信息公开的范围、方式和程序的规定，则隐含着可以提起的行政诉讼类型。结合行政审判实践，我们认为，主要包括了以下几种行政诉讼类型。

（一）撤销诉讼（形成诉讼）

撤销诉讼是指公民、法人或者其他组织认为公权力行为违法侵犯其合法权益而请求法院撤销该行为的行政诉讼类型。撤销诉讼是一种经典的诉讼种类。它通过撤销为原告设定负担的公权力行为形成权利，〔4〕因此也是一种形成诉讼。一般而言，在撤销诉讼中法院审查的公权力行为是行政机关单方面的处分决定，而不是行政契约，也不是事实行为。撤销诉讼是一种基本诉讼，即撤销诉讼与其他诉讼种类相比较属于一种基础地位的诉讼，撤销实际上是法官对于行政案件处理的最低限度的要求。同时，撤销诉讼是一种当然的和最重要的救济手段，除非法律明文禁止，不需要法律明文规定。例如，法国最高行政法院认为，法律中规定排除一切申诉的条款，不能剥夺当事人提起撤销诉讼（越权诉讼）的权利。〔5〕撤销诉讼是最重要和最基本的行政诉讼类型。

撤销诉讼针对的是行政行为。在行政法学上，行政行为应当具备处分性、公权力性、个别性、行政主体性、对外性五项特征。只有具备这五项特征的政府信息公开行为才是行政行为，法院才有撤销的对象，才能适用撤销诉讼。

处分性。处分性意味着行政机关在作出公权力行为时旨在设定一种法律后果。所谓处分就是包括创设、变更、解除以及确认等法律样态。处分既包含作出公权力行为的活动，同时还包含此种活动的结果。“处分性”排除了三个类型的行为：（1）事实行为。事实行为既指警察维护交通的指挥、卫生部门的检疫等日常工作，也指不产生法律效果的调查报告、通知、预告等。在政府信息公开活动中，行政机关主动公开的活动方式大多属于事实行为范畴。《条例》关于行政机关主动公开的规定中，有的属于接受公民政治监督的范畴，例如国民经济和社会发展规划、财政预算决算报告；有的属于单行法律规定的事项，例如行政许可的事项及其办理情况、政府集中采购项目等事项等等。这些事项并不以发生法律效力为目的，属于事实行为。（2）阶段性行政行为（或者称不成熟的行政行为）。阶段性公权力行为的处分状态尚不明确。例如尚在讨论过程中的某“行政行为”。行政机关的内部行为，例如内部通令、指示等，不直接影响公民的法律地位，属于内部处理公务的规则。〔6〕一般来说，只有最后的决定行为才是最终的行政行为，之前的内部讨论、酝酿等都不具备对外发生法律效力条件。从更广义上讲，一些尚在运作当中的，没有作出最后决定的未成熟的行政行为，实际上属于内部行为。〔7〕这些不成熟的行为在法律要件上还存在缺陷，本质上还不属于行政行为。（3）观念通知行为。行政机关作出的具有法律意义但是没有公权特征的行为，谓“观念通知”。例如，《条例》虽然规定了征收征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放和使用情况亦须公布，但是这里的“公布”属于“观念通知”，不是行政行为，如果提起行政诉讼，须以征收征

〔3〕当然，这不等于说对于上述事项公民没有诉讼的权利。诉权是公民的权利，能否得到法院的支持需要根据案件的具体情况确定。

〔4〕〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第211页。

〔5〕王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第675页。

〔6〕同上引书，第677页。

〔7〕例如，《河北省政府信息公开规定》第7条规定的“正在调查、讨论、处理过程中的”政府信息；《黑龙江省政府信息公开规定》第17条第4项规定的“正在调查、讨论、审议过程中的政府信息公开后可能影响国家利益、公共利益”政府信息；《广州市政府信息公开规定》第14条第4项规定的“在审议、讨论过程中的政府信息”等等。

用的行政行为为诉讼标的,而非政府信息的公布行为。

公权力性。公权力性是指行政主体作出公权力行为,是基于公法上的理由,而非私法上的理由。这需注意两点:一是所有的基于私法上的行为都不是公权力行为。例如,行政机关办公室用品的购置、租赁办公地点等;二是这里所指的公法上的理由主要是指行政法上的理由。这就排除了基于宪法、国际法、诉讼法等其他公法上的行为。例如,国家行为以及人民法院根据诉讼法对妨害诉讼的人采取强制措施等,不属于行政法上的理由。国家行为是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员的行为。^{〔8〕}国家行为一般涉及的是国防、外交等重大事项,关系到国家的安全利益。这时,政府信息不公开的利益要远远大于公开的利益。而且,一般来说,国防、外交等政府信息属于国家秘密的范畴。对于这类涉及国家行为的信息,政府不予公开,法院也不宜代替行政机关进行司法判断。在美国,法院对于这类信息虽然通过程序审的方式进行司法审查,但是由于法院缺乏专门的经验、知识和判断能力,一般尊重行政机关对国防和外交方面国家安全利益的判断。^{〔9〕}对于这类行为,绝大多数国家都将其排除在了司法审查的范围之外,而由行政首长依法承担政治责任。在我国,上述事项由于属于国家行为的范畴,不属于行政诉讼的受案范围。

个别性。所谓个别性就是行政行为针对的具体事件应当是可以确定的,而且不会以不确定的方式扩大。个别性的要求排除的是抽象的行政行为。需要注意的是,抽象的行政行为如果指向的是不特定的对象,而指向特定的事件,则仍然符合“个别性”要求。这与我国学者关于具体行政行为与抽象行政行为的划分并不相同。这种“个别性”的要求实际上还有“针对性”的意味,即针对的是过去还是将来。如果针对的是过去,那么就具有具体的公权力行为的特征;如果针对的是将来,那么就具有抽象的公权力行为的特征。《条例》规定公民可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向行政机关申请获取相关信息,行政机关就此申请作出的行为具备行政行为的特征,公民可以提起行政诉讼。

行政主体性。《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》对被起诉人的表述为“具有国家行政职权的机关和组织”。这一表述实际上相当于行政主体的概念。行政主体性的主要目的在于将公权力行为与立法行为、统治行为以及司法行为划分开来。基于私人地位的行为不是公权力行为。从功能意义上讲,立法行为、统治行为以及司法行为不属于可诉的公权力行为。“行政主体性”还意味着公权力行为仅由行政主体单方面作出,这就排除了行政契约行为。在政府信息公开行为中,发布政府信息的行政机关包括了制作、保存政府信息的行政机关以及法律法规规定的行政机关。此外,有关法律法规授权的具有公共事务职能的组织也具有政府信息公开的行政主体资格。教育、医疗、卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等提供公共服务信息的公共企事业单位,也具有类似的资格。

外部性。外部性的要求是指公权力行为的作出必须以外部法律效果为意思表示。外部性实际上是法院审查公权力行为的边界。如果行政机关的行为只是对内发生法律效力,则不具备外部性的要求。外部性是公权力行为受到行政法制约的基本理由。没有对外性的行政机关的行为包括:(1)行政机关的内部指示、业务规则、行政命令、工作调整等。在行政诉讼法上,内部行为是指行政机关作出的涉及行政机关公务员权利义务的行为。实际上,涉及行政机关内部人员的规则以及行政惯例等等,也属于内部行为。对于此类行政事项,不属于公民知情权的范畴。行政机关在作出最后决定以前,针对各种方案往往要进行斟酌、比对和讨论。如果将政府的内部讨论暴露在公众面前,有可

〔8〕《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》(以下简称《若干解释》)第2条。

〔9〕王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第978页。

能造成决策上的混乱,引发不必要的猜测和舆论压力。如果允许公民取得该种行政信息,将极大影响行政机关的效率。作为内部行为的行政规则不设定公民权利义务,严格限于国家内部,不直接影响公民的权利和义务教育的实现,因而没有法律意义。^[10]内部行为不属于法院受案范围,在域外的法律制度中亦属常见。例如美国的信息自由法(Freedom Of Information Act)、荷兰政府信息法、芬兰政府活动公开法等等都规定了属于内部行为的事项不在法院审查范围之内。^[11]但是,对于公务员招考等行政事项,由于涉及公民的就业权等基本权益,应当属于政府信息公开范围,^[12]同时也意味着该种行政事项属于行政诉讼受案范围。当然,也有少数国家对于内部行为也可以依据有关的法律法规提起行政诉讼。例如,法国的《改善行政机关和公众关系法》明确规定,各种行政信息原则上应当公开,其中包括内部行政措施,法院对于内部行为的审查与一般行政行为一样,以是否影响利害关系人的法律地位为标准。^[13](2)有关行政机关进行行政协助的行为。许多公权力行为并非一个行政机关作出,往往需要多个行政机关才能完成。这就有两种情况需要分析。一种是,只是对最终行为进行附和的行政活动,在性质上只是一种“行政声明”,而非真正的对外行为。例如,一项公权力行为需要藉其他行政机关的证明行为才能作出就是典型的例子,即作出最终行为的行政机关对证明机关并不进行审查,证明机关仅作为一个“声明机关”存在。另外一种情况就是多阶段的公权力行为,即一个公权力行为的最终作出实际上由多个子行为组成,每个子行为均单独成为可以提起撤销诉讼的公权力行为。《条例》规定了行政机关在公开政府信息前,应当依照保守国家秘密法进行保密审查。对是否属于国家秘密和属于何种密级不明确的事项,由国家保密工作部门、省、自治区、直辖市的保密工作部门,省、自治区政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的保密工作部门或者国家保密工作部门审定的机关确定。^[14]对于政府信息公开机关与保密审查的关系属于“附和”的行为还是单独的子行为,不无讨论的必要。对此问题,本文稍后讨论。

对行政行为的分析目的在于建立一种适用撤销诉讼的坐标,只要是能够认定为作为类的行政行为的,均可以适用撤销诉讼。值得注意的是,《条例》中涉及的行政行为并非都是纯粹的“政府信息公开行政行为”。例如,在政府信息公开过程中违法收取费用等等,只能属于涉及政府信息公开的行政行为。在审查方式上与普通行政行为相比,没有任何特殊性,也可以适用撤销诉讼。

(二) 课以义务诉讼

撤销诉讼旨在撤销一个已经作出的公权力行为,以便恢复该公权力行为没有作出时的法律状态;课予义务诉讼则是原告寻求获得一种较原来的法律状态更为有利的授益公权力行为。对于一个部分地课以负担的公权力行为,如果原告对课以负担不服,则应当提起撤销诉讼;而如果原告对不能完全实现授益,要求实现完全授益的,则应当提起课予义务诉讼。课予义务诉讼是指原告请求法院就行政机关的拒绝行为、停止作出公权力行为作出特定的、具体的公权力行为的诉讼类型。

我国行政诉讼法规定的履行诉讼针对的公权力行为的样态为“不履行、拖延履行法定职责”,这个范围实际上与课予义务诉讼的强度、范围相去甚远。课予义务诉讼针对的公权力行为不仅仅是“法定职责”类的,还包括了行政承诺、行政合同、行政先行行为所致的行政义务等等。行政机关

[10] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第597页。

[11] 美国信息自由法中关于免除公开的事项包括“仅仅涉及行政机关的内部人事规则和习惯”一项。荷兰政府信息法第11条第1项规定,为了内部协商而起草的文件不得公布。芬兰政府活动公开法第11条第2款规定,国家机关在结束考虑某事情以前为准备该事情所准备的陈述备忘录、决定草案或者类似的文件不能公开,但是,对于大学入学考试答卷和大学入学考试委员会任命的改卷的打分人的身份的获知必须在该委员会结束打分后。

[12] 例如,《黑龙江省政府信息公开规定》第11条第4项规定的“公务员、其他履行公共事务管理职能的工作人员的招考录用、聘用”等事项;《湖北省政府信息公开规定》第7条第12项规定的“公务员招考、录用的条件、程序、结果的有关情况”等等。

[13] 前引[5],王名扬书,第178页以下,184页。

[14] 保守国家秘密法第11条第2款。

负有作为的法律义务而不作为，行政相对人不服的，可以提起课以义务诉讼。

总体而言，课以义务诉讼针对的公权力行为，必须基于法律上的理由，即公权力行为的拒绝或者停止作为必须符合法律的规定。法律对公权力行为行使的权限、范围、管辖、程序等都有所规定。对于法律要求行政机关应当作出的公权力行为，行政机关必须作出，否则就是违反作为的义务。行政机关对于上述行政事项负有的作为义务相对应的是相对人的权利。

课予义务诉讼中，原告只能主张属于他自己的权利。这包括两个方面：（1）原告参与了公权力行为（仅包括拒绝和停止作为）的过程。原告必须是参与到公权力行为程序中的申请人。如果原告摒弃直接向行政机关寻求救济的便捷渠道而直接进入诉讼，课予义务诉讼将不是适当的诉讼种类。例如，对于依申请的政府信息公开，行政相对人应当依据《条例》的规定向有关部门申请获取相关政府信息。对行政机关的答复不服的，才可以提起行政诉讼，而不能直接起诉。对于行政机关主动公开的政府信息，由于原告没有参与到行政程序中，不适用课以义务诉讼。（2）这项权利符合法律对于原告权利的涵摄保护。法律的涵摄保护既包括法律的直接规定，也包括法律的间接意旨。原告在课予义务诉讼中的诉权来源于法律和法规的直接规定，即原告如果能够引用一项法定的诉讼请求权的规定，则该规范将证明其是可能的受益者。

根据《条例》的规定，在以下几种情况下，公民可以提起课以义务诉讼：（1）公民认为政府信息应当公开，而行政机关不予公开的；（2）公民认为政府信息应当全部公开，而行政机关仅公开部分内容的；（3）公民向行政机关申请公开政府信息，行政机关不予答复的；（4）公民申请行政机关更正与其自身有关的政府信息记录，行政机关拒绝或者不予答复的；（5）公民申请公开政府信息，依法不属于行政机关公开或者该政府信息不存在的，行政机关不予答复的；（6）公民申请公开政府信息，依法不属于行政机关公开或者该政府信息不存在的，行政机关能够确定该政府信息的公开机关而不予告知的等等。

（三）给付诉讼

公法上的给付诉讼是与近代大陆法系国家盛行的福利行政、给付行政等观念紧密联系的。给付诉讼是指原告请求法院判决行政机关作出一定行为的诉讼。“给付”一词在汉语中一般表示为给予某种物品。但是，在大陆法系国家的行政法学概念中，给付更多针对的是一种行为。这种行为有可能是一种公权力行为，也有可能是一种事实行为，甚或是一种法律关系，因此，有学者认为给付诉讼是一种“诉讼上的多用途武器”。^[15]尽管在学理上，给付诉讼的概念、范围还没有拓清，但是作为一种解释比较宽泛、适用比较灵活的诉讼类型，给付诉讼仍然有较大价值。

在行政法理论上，给付可能指两种情形：一种是积极的作为诉讼，另一种则是消极的不作为诉讼（又称停止作为诉讼）。前者是大多数情况下的给付诉讼类型。后者作为一种“给付”在汉语里比较难以理解。例如，根据《条例》第23条的规定，行政机关认为申请公开的政府信息虽然涉及商业秘密或者个人隐私，但是不公开可能对公共利益造成重大影响而予以公开的，可能受到损害的第三方提起的行政诉讼就属于消极的不作为诉讼。

在给付诉讼中，被诉的公权力行为须为行政行为或事实行为。就行政行为而言，对于原告要求行政机关作出行政行为，行政机关拒绝或者怠于作出的，法院可以判令行政机关作出行政行为。但与课予义务诉讼不同，在给付诉讼中法院只是笼统地判决行政机关作出行政行为，而不会明确行政行为的具体、确定的内容。在给付诉讼中，最重要的是对事实行为遭受损害的司法救济。对于事实行为的司法救济以前局限于行政赔偿领域，《若干解释》颁布之后，法院审查的范围已经从行政行为扩大到事实行为，审查事实行为已经不存在任何障碍。^[16]事实行为是指以事实结果而非法律后

[15] 前引[4]，弗里德赫尔穆·胡芬书，第305页。

[16] 江必新：《中国行政诉讼制度之发展——行政诉讼司法解释解读》，金城出版社2001年版，第31页。

果为目的的行政方式。事实行为不是法律行为，但并非在法律上全无意义，如果违反法律，则可能引起停止侵害请求权、损害赔偿请求权、恢复原状请求权和补偿请求权。事实行为违法的法律后果表现在：行政机关有义务消除违法事实行为造成的损害，并且应当尽可能地恢复合法的状态或者行政机关有义务作出某项事实行为。采用给付诉讼可以就事实行为造成的损害，请求停止侵害、恢复原状、消除后果、损害赔偿或者补偿以及请求作出事实行为等。

从世界范围来看，法院对于行政机关主动公开政府信息的行为判断为事实行为。在德国行政诉讼中，法院认为公开信息行为（Informationshandlungen）是一种事实行为，对于诸如环境信息法上规定的环境信息诉讼、新闻法上的信息请求权等适用一般给付诉讼。对于法院要求行政机关公开政府信息的行为，属于一种非行政行为的给付，适用给付诉讼的判决方式。在实际的判例中，类似《条例》中规定的预警信息、应急预案等行为经常引发诉讼。德国的法院认为，这类政府信息的公开经常使得工商业产品、农业产品蒙受损失，应当适用给付诉讼，同时也承认，法院审查这类政府信息经常涉及紧迫性、客体范围、公开程度、新闻或者媒体的传播面、公民的诉权、公众的接受程度等等，单纯的政府信息建议和提示的界限不容易分清。^[17]

此外，一些没有在法律上明确规定保护的權利，法院应当根据案件的实际情况进行判断和给予保护。这些情况包括：（1）因行政机关的先行行为而产生的对于后果的消除请求权。一个公权力行为的行使，在实体和程序上可能是合法的，但是，合法的公权力行为可能产生一些在拟要产生法律效果之外的一些后果，原告对于此类行为的后果通常具有诉权。例如，合法的政府信息公开行为对于商业秘密的所有人或者隐私权人可能造成损失，公民得通过给付诉讼获得救济。（2）因被法院撤销的行政行为造成的损失也可以提起给付诉讼。这需要以下几个条件：针对原公权力行为的撤销诉讼必须符合法律；原告申请消除后果；行政机关在法律上和事实上具有消除后果的能力；对请求权的主张没有滥用权利；裁量缩减为零等等。^[18]例如，法院撤销依申请的政府信息公开行为之后，对第三方造成了损失，第三方得提起给付诉讼。（3）例外地，对于行政机关应当主动公开的政府信息，法院可以通过给付诉讼要求行政机关提供。例如，行政许可事项的办理情况、环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况等。在一些法制发达国家，对于政府应当主动公开的法律规范，也承认原告的诉权。在德国的给付诉讼中，原告要求对某一规范进行补充（不是立法行为），亦得提起给付诉讼。^[19]

（四）确认诉讼

确认诉讼是指原告要求法院确认公权力行为的合法性、效力以及行政法律关系是否存在的诉讼类型。确认诉讼的标的主要包括三个方面：（1）公权力行为是否违法。法院对于被诉行政行为的合法性作出确认主要是指违法的确认。法院判令被诉具体行政行为合法的主要理由类似维持判决的理由，其中包括：证据确凿，适用法律法规正确，符合法定程序。这是一个较为严格的要求。如果政府信息公开的行政行为合法，不宜判决维持或者驳回原告诉讼请求的，可以作出确认合法的判决。法院对于事实行为也可以作出确认判决。（2）公权力行为是否无效。一般而言，违法的具体行政行为包括无效的具体行政行为和可撤销的具体行政行为。可撤销的具体行政行为在司法机关判断撤销之前被推定为有效；而无效的具体行政行为则是具有重大明显的瑕疵而自始无效。（3）确认法律关系是否存在。这可以分为两种情况：肯定式的确认诉讼和否定式的确认诉讼。肯定式的确认诉讼是原告请求确认行政法律关系存在的诉讼；否定式的确认诉讼是原告请求确认行政法律关系不存在的诉讼。确认法律关系的特点在于法院仅需确认当事人之间存在或者不存在一定的行政法律关系，无

[17] 前引 [10]，哈特穆特·毛雷尔书，第 394 页。

[18] 前引 [4]，弗里德赫尔穆·胡芬书，第 459 页。

[19] 前引 [4]，弗里德赫尔穆·胡芬书，第 462 页。

须判令一方当事人履行一定的行政义务，更无须改变法律关系存在或者不存在的现状。

在政府信息公开案件的审理中，对于如下几种情况可以考虑适用确认诉讼：（1）行政机关对于政府信息发布不准确，撤销、要求重新作出该行政行为、提供该政府信息没有意义的；（2）行政机关对于国家秘密的审查存在程序瑕疵，但该国家秘密确属不能公开事项的；（3）申请政府信息公开，行政机关拒绝或者不予答复，但信息公开已经没有实际意义的；（4）行政机关违法公开的政府信息侵害他人的商业秘密、隐私权，但是继续恢复原来状态不可能的；（5）行政机关应当更正政府信息而未更正，判决更正没有实际意义的等等。

值得注意的是，确认诉讼对于撤销诉讼、课予义务诉讼、给付诉讼等诉讼类型而言是辅助性和补充性的，如果原告能够以其他类型的诉讼达到诉讼目标，确认诉讼就不是一个适当的诉讼。因此，就法律关系确认而言就成为一个诉的适当性问题。^[20]此外，在撤销诉讼中，在符合撤销判决条件的情况下，有两种情形不能判决撤销：（1）行政行为已经构成国家利益、公共利益的时候。《若干解释》第58条规定了行政行为违法应当撤销，但是撤销会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，法院可以作出确认违法的判决。法院在审查政府信息公开行为时，如果认为该行政行为虽然违法应当撤销，但是该行政行为已经构成国家利益或者公共利益的组成部分的，只能选择确认违法。（2）权利已经无法恢复。根据《条例》的规定，行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的情况下，即便对商业秘密权利人和个人隐私权人造成侵害，在符合撤销判决的情形下，由于权利人的合法权利即便撤销该行政行为也无法恢复其权利，法院可以判决确认违法或者无效。

二、政府信息公开案件中的行政诉讼当事人

政府信息公开案件不是一种独立的案件类型。按照《条例》的规定，在行政行为的具体形态上，可能包括以下几种情况：应当履行政府信息公开义务而不履行的；在政府信息公开过程中违法收取费用的；通过其他组织和个人以有偿服务方式提供政府信息的；不及时更新政府信息内容的；公开不应当公开的政府信息的等等。根据《条例》第33条第2款的规定，只要是行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为都可以提起行政诉讼。这个范围非常大。因此，对于政府信息公开案件的当事人不能一概而论，应当根据案件的行政诉讼类型进行具体分析。

（一）撤销诉讼的当事人——从主观诉讼的视角

一般说来，撤销诉讼的原告，必须是为了专属于自身的利益才能提起行政诉讼，即在撤销诉讼中，为公众的、为他人的权益进行诉讼是不合法的。为公众的利益提起撤销诉讼就意味着任何人都可以提起，这足以使诉讼过程变为“民众诉讼”。^[21]这样发展的结果，有可能妨碍行政机关的工作，削弱行政效率。在没有建立民众诉讼之前不是有特殊利益的人或组织不具有原告资格。专属于原告同时还意味着原告主张的权利必须是主观的权利或者是无瑕疵裁量请求权。根据《条例》的规定，结合各国的行政实践，对于任何人都可以要求政府提供政府信息的，一个人在要求获得政府信息时无需理由，因为政府信息被假设为对任何人都是可以利用的。^[22]政府信息的公开是为了保证公民的知情权，所以，并非所有人的申请都可以得到行政机关的认可。尤其是在申请撤销某项政府信息的公开时更是如此。法律设定政府信息公开的目的在于告知公民政府的工作情形，而非追求私人目标。因此，对于带有商业动机的申请者、在监狱的意欲寻仇者以及无聊的好事者，行政机关或

[20] 前引[4]，弗里德赫尔穆·胡芬书，第316页。

[21] 前引[5]，王名扬书，第679页。

[22] Robert G. Vaughn, *Freedom of Information*, Athenaeum Press, p. 8.

者法院都将认为信息公开对公众反而是有危险的。这些人的申请通常不会得到支持。^[23]当然,这些限制并不能作为阻止公民成为行政诉讼的原告的理由。依照行政诉讼法及其司法解释的相关规定,行政诉讼原告必须与行政行为存在法律上的权利义务关系。

撤销诉讼中的被告必须具有权利能力。在审查被告资格时,不能进行实质性的审查,而应当是程序性的。被动适格(Passivlegitimation)的概念是德国人的发明。^[24]这一概念实际上替换了被告适格的概念。被动适格强调的是被动的诉讼实施权。对于被告的被动适格的审查,目的在于确定公权力行为的法律归属。被动适格的基本要求是,公权力行为的作出者或者法律归属者必须明确。被告可以是具有完全权利能力的行政机关和组织,也可以是具有部分权利能力的公务组织以及私法组织形态的行政主体等。根据《条例》第36、37条的规定,不仅行政机关具有行政诉讼被告的资格,法律法规授权组织以及提供社会公共服务的公共企事业单位也参照适用《条例》,具有被告资格。

从某种意义上讲,政府是信息的收集者、整理者和中介人,对于政府信息的公开负有义务。^[25]在政府信息公开领域,行政诉讼被告为负有政府信息公开义务的行政机关。依照《条例》的规定,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。因此,行政机关制作的政府信息,由制作该政府信息的行政机关负责公开;行政机关从公民、法人或者其他组织获取的政府信息,由保存该政府信息的行政机关负责公开。法律、法规对政府信息公开的权限另有规定,从其规定。在行政诉讼中,确认被告应当首先根据上述规定进行判断。值得注意的是,制作、保存政府信息的行政机关并不是非常容易分清楚的。司法实践中,上级对下级行政机关制定和发布的绝大多数的政府信息是知情的,不同的行政机关之间也可能因为履行职务需要掌握对方制定和发布的政府信息。^[26]因此,在确定行政诉讼被告时,要综合判断行政机关是否负有公开义务。

公民有时并不能清楚准确地确定政府信息公开的真正义务人。《条例》第21条第2款第3项规定,公民在申请政府信息公开时,即使不属于受理申请行政机关的,也应当被告知该行政机关的名称和联系方式。有的地方政府规章规定,掌握政府信息的行政机关都负有公开的义务,恐怕会引起混乱。正确的做法是,严格限制“掌握”的范围,只有对政府信息公开负有公开义务的行政机关才是适格被告。^[27]例如,甲机关掌握的信息属于乙机关所有时,接受申请的甲机关,应当将申请转交乙机关回答,当事人应当以乙机关为行政诉讼被告。^[28]

(二) 给付诉讼的当事人

1. 一般给付诉讼的当事人——从客观诉讼的视角

给付诉讼的当事人大多是针对行政机关的事实行为提起的。行政机关主动公开政府信息的行为在大多数情况下属于事实行为范畴,我们选取此种情况,从客观诉讼的角度做一个分析。

对于政府主动公开的行政事项,目的在于监督行政机关贯彻行政公开原则。规定这类事项必须公开的理由重在监督政府公开透明行政,而非重在保护公民的合法权益,尽管这两个目的有时候是同时存在的。从这个意义上讲,《条例》要求政府主动公开,主要是为了使公民监督政府依法行政,这时公众的知情权是一个集体性、总括性的权利。这在主动公开的范围中可以明显看到,这类信息的主要特点是政策性强、涉及范围广、涉及事项事关公众利益。正因为如此,许多国家的法律中明

[23] James T. O' Reilly, *Expanding the Purpose of Federal Records Access: New Private Entitlement or New Threat to Privacy*, 50 *Administrative Law Review*, pp. 371-389.

[24] 参见前引[4], 弗里德赫尔穆·胡芬书, 第408页。

[25] 前引[23], James T. O' Reilly文。

[26] 沪高:《舒某要求人事管理机关公开政府信息上诉案》, 载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(总第16集)。

[27] 同上。

[28] 前引[9], 王名扬书, 第1009页。

明确规定,对于此类政府信息,政府不应当审查申请人的身份以及对政府信息的用途。^[29]从这个意义上讲,公民就这类事项提起行政诉讼是一种客观诉讼,即主要是为了维护行政法律秩序和公众的整体利益,而非主要为个人的私益。这种情况下,对于行政诉讼原告资格没有限制,^[30]法院在审查起诉时,不审查其权利和义务是否受到影响。^[31]

但是,《条例》没有就不同政府信息公开方式对行政诉讼原告资格分别作出规定,而是采取了概括式的规定,即“认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的”,可以依法提起行政诉讼。在行政诉讼原告的确立上,没有区分政府信息公开上的客观性和主观性,也没有区分主动公开和依申请公开的政府信息,将此类案件的行政诉讼原告资格纳入现行行政诉讼法规定的框架内。我国的行政诉讼制度是围绕“合法性审查”原则构建起来的,法院审查的诉讼标的是行政行为的合法性,而非原告的诉讼请求,因此,我国的行政诉讼制度实际上是一种客观诉讼意味更重的制度架构。从这个意义上讲,放宽给付诉讼上原告资格的限制,没有制度上的障碍。将给付诉讼的原告不再局限于法律上的利害关系人,符合《条例》的立法精神,有利于监督政府依法行政和透明施政。

值得注意的是,行政诉讼法规定抽象行政行为不可诉,因此,对于行政法规、规章和规范性文件不能提起行政诉讼。但是,公布行政法规、规章和规范性文件等政府信息的行为却是典型的具体行政行为。根据《条例》的规定,对于此类行政行为(不作为)侵犯公民合法权益的,可以提起给付诉讼,要求行政机关予以公开。

2. 消极的给付诉讼——以反向诉讼为例

从国外的司法实践来看,提起停止作为的给付诉讼的情况主要是反向诉讼。反向诉讼是指对于当事人对行政机关公开政府信息行为不服或者禁止行政机关公开信息而提起的行政诉讼。由于这种诉讼是针对政府信息的公开行为,与普通的信息公开行政诉讼在方向上正好相反,故亦称“反向诉讼”。这类诉讼的原告一般是公司或者企业的经营者,也可能是认为侵害隐私权等权利的个人。由于《条例》明确规定了依申请的信息公开,任何人都可以依据《条例》规定要求行政机关提供政府信息。美国的经验表明,向行政机关要求提供信息最多的人,不是新闻界也不是学术界,而是企业。例如,美国食品和药物管理局每年收到的要求公开信息的申请中,有85%是某企业要求提供涉及其他企业的政府信息。^[32]值得注意的是,法院在判断当事人的利益是否受到不利影响时,依据的是行政诉讼法上的规定。法院可以依据行政诉讼法第54条关于行政行为的各种适法状况进行司法审查,因为此时行政机关实际上作出了行政行为。对行政行为给当事人权利义务造成不利影响的,当事人当然可以提起行政诉讼。

反向诉讼中涉及最多的是商业秘密问题。政府由于行政管理的需要,在一些情况下需要掌握企业的商业秘密。政府获得商业秘密的渠道,主要是政府在行政管理过程中要求企业提供,或者在一定条件下企业主动向政府提供。商业秘密对于信息的所有者而言,具有极大的财产价值。如果政府公开此类信息,将会影响到企业的竞争地位。尤其是对于有利害关系、竞争关系的企业而言,此种

[29] 瑞典出版自由法第14条第3款。

[30] 例如,日本人认为,《信息公开法》的目的在于实现公共利益,是一种客观法律制度。即使不存在权益保护的必要时,国民或市民也可广泛地行使信息公开请求权。因此,在《信息公开法》确立的信息公开诉讼中,撤销之诉原告的要件不当然适用《行政事件诉讼法》中的规定。可以说,拒绝公开决定所侵害的利益不是公开请求人所固有的“法律上的利益”,而是作为全体国民或市民所拥有的信息公开请求权。参见朱芒:《开放型政府的法律理念和实践(下)——日本的信息公开制度》,《环球法律评论》2002年冬季刊。

[31] 前引[9],王名扬书,第1008页。在司法实践中,已有新闻记者针对行政机关不公开信息的行为提起了行政诉讼。此时,原告的权利义务并非个体自身的权利义务,而是基于舆论监督的需要。参见陈建云:《采访权与政府信息公开——从我国首例记者起诉政府部门不公开案件谈起》,《新闻与法律》2006年第10期。

[32] 前引[9],王名扬书,第1016页。

信息的公布有时候是毁灭性的。因此，对于此类商业秘密，政府有义务加以保护。即使政府在极特殊的情况下予以公开，也必须衡量公民的知情权和政府保护企业创新之间的利益。^[33] 对于商业秘密的判断，在最初的时候有人主张由行政机关予以最终确定。这种做法现在已经遭到否定。法院对于商业秘密有最终的决定权，对于某些非常明显的属于商业秘密的信息，法院将不予审查。例如，私人要求提供航空工业公司关于燃料技术的信息就不属于公开的范围。对于判断商业秘密，主要有主观标准和客观标准两种模式。主观标准是指应当考虑商业秘密所有人是否期望保密，是否期望公开。^[34] 客观标准则是如果公开商业秘密将会妨碍政府取得必要的信息或者将使商业秘密的所有人的竞争地位遭到严重损害。涉及商业秘密不公开是国际上的通行做法，许多国家明确规定此类信息不能公开。^[35] 对于商业秘密，有的国家泛化为涉及竞争权的经济利益。例如，美国的信息自由法对于油井的、地质的和地球物理的信息也不予公开，这主要是为了保护石油和瓦斯开采者之间的公平竞争，防止投机取巧者利用其他公司的探测成果。^[36]

反向诉讼中的一个重要制度是暂时权利保护制度。暂时权利保护制度旨在保护公民在诉讼程序期间，免受行政行为的执行及其后果的影响，或者保障公民在诉讼终结之前已经拥有的特定权利和事实状态。^[37] 中国没有此种制度，但是民事诉讼中的先予执行制度似乎存在这种功能。暂时权利保护制度最主要的功能是中止执行。^[38] 在美国，行政诉讼原告在提起行政诉讼后，往往在判决前要求法院发出预先禁止的命令。命令行政机关在诉讼进行期间，暂时不提交第三者要求的文件。^[39] 法院在审查是否给予当事人暂时权利保护时，要考虑以下因素：原告的诉讼请求是否存在胜诉的希望；原告是否因拒绝给予暂时权利保护而遭受损失；法院给予原告暂时权利保护是否具有紧迫性；法院给予原告暂时权利保护是否会损害第三人的合法权益等等。

（三）课以义务诉讼的当事人

课以义务诉讼的原告一般要求行政机关作出具体的、具有法律效果的行政行为。与给付诉讼的案件类型集中于行政机关主动公开的事项全然不同，课以义务诉讼主要针对的是依申请的政府信息公开事项。

对于依申请的政府信息公开事项，《条例》规定在申请时要求提交申请人的姓名等信息，说明政府在接受申请时要审查申请人的身份。同时，行政机关还要对申请的事项作出答复。对于依申请的政府信息公开事项的行政诉讼，更具有主观诉讼的特征，更重在保护当事人的合法权益。因此，对于其原告资格的审查也与现行行政诉讼法的规定没有区别，只要按照是否具有法律上的权利义务关系审查即可。当事人在提起行政诉讼时，应当按照行政诉讼法和司法解释的规定提交起诉状。在起诉状中应当明确行政机关的拒绝或者怠于答复的时间和具体事由。同时，应当载明本诉是依照《条例》的规定提起的，并且应当说明认为行政机关制作或者获取了某种政府信息的初步理由等等。

（四）确认诉讼的当事人

原告在确认诉讼中的确认利益，只有在法律关系有争议或者原告可以主张其权利受到行政行为

[33] 前引[9]，王名扬书，第985页。

[34] 例如，美国有所谓“期望保密标准（expectation of confidentiality）”主观标准，即如果向政府提供信息的人，通常不会将这个信息对公众提供时，他所提供的信息是一种期望得到保密的信息。

[35] 例如，《罗马尼亚自由获取公共利益信息法》第12条第3款规定，对于依法属于经济或者金融活动的信息，一旦泄露就会危及公平竞争的，不能公开。芬兰政府活动公开法第11条第2款第20项，如果公开会造成个人商业的损失，包含有个人商业秘密信息的文件以及包含其他类似个人商业信息的文件，不得公开。

[36] 前引[9]，王名扬书，第1002页。

[37] 前引[4]，弗里德赫尔穆·胡芬书，第487页。

[38] 例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第107条规定，对于需要立即停止侵害、排除妨害的，以及需要立即制止某种行为的，可以申请法院先予执行。

[39] 前引[9]，王名扬书，第1020页。

的损害,从而如果没有法院的确认,原告的权利将处于危险状态时,始得认为有受确认的正当利益。^[40]“正当利益”不是一个可以定义的概念,在不同的时代、不同的法治背景下有不同的涵义。法院对正当利益衡量时,要综合“理性人”考察标准、行政诉讼一般原则、具体的法律规定以及应当保护的价值等方面进行考虑。与正当利益相对应,被告的公权力行为已经使原告的利益有澄清的必要。例如,如果不确认公权力行为的合法性、有效性或者法律关系存在与否,原告将受到即刻到来或者必然到来的危险。在这里,时间是一个非常重要的要素。比如,悬而未决的问题不能在判决的时点得到确认,即刻就会或者必然会发生恶化或者重复发生的威胁。如果存在着这种危险情势,则应当认定为有正当利益。例如,行政机关的政府信息公开行为如果不确认违法或者无效的情况下,将会对商业秘密、隐私权等权利人或者第三方造成进一步损失的情况下,商业秘密、隐私权等权利人或者第三方具有确认诉讼的原告资格。此外,法院在无法作出撤销判决、给付判决或者课以义务判决的情况下,得作出确认判决。这种情况下,对于原告资格的要求实际上与撤销诉讼、给付诉讼和课以义务诉讼原告相同。

可见,尽管政府信息公开行政案件不同于一般行政案件,行政诉讼当事人的确认必然存在不同,但是《条例》没有进行区分,而是笼统地采取了同一种模式。或者说,至少在《条例》的规定上没有反映出不同来。而从另外一个方面,对当事人的确认属于诉讼法事项,根据立法法的规定,《条例》也不能作出有关诉讼主体资格的规定。在这种情况下,根据行政诉讼法的规定,通过对各种诉讼类型进行具体分析,是一种科学的和可行的方法。

三、审理政府信息公开案件的若干重要问题

(一) 国家机密的判断基准

政府信息公开不能成为泄露国家秘密的渠道。《条例》对于国家秘密的保护进行了较为细致的规定。例如,在政府信息公开前要进行保密审查、不得公开涉及国家秘密的政府信息等。所谓国家秘密,是指关系国家的安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。正因为国家秘密事关国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定和国家利益,所以,涉及国家秘密的政府信息不属于公开的范围。《条例》所调整的最主要的一对矛盾是公开信息和保守国家秘密之间的关系。公开政府信息的前提是准确界定国家秘密信息的范围,防止出现由于信息公开而违反保密法律,损害国家的安全和利益的情况。^[41]由于法律明确规定了对是否属于国家秘密和属于何种密级有争议的,由国家保密工作部门或者省、自治区、直辖市的保密工作部门最终确定,法院对于是否属于国家秘密不能进行公开的司法审查。目前,国家秘密定密范围偏宽、密级偏高的情况比较突出,因此,《条例》明确规定了政府信息公开发布保密审查机制。对于是否属于国家秘密存在争议的,要按照法律、法规和国家有关规定予以确定。实际上,为了使国家秘密的确定更具有权威性,应当将其限制在保守国家秘密法第8条规定的范围之内,其他法规和规范性文件不能进行规定,否则就难以避免定密随意的问题。一些国家对国家秘密的确定规定了一系列的条件。例如,美国信息自由法明确规定,只有法律明确规定为国家秘密的事项、行政机关在具有明确范围的国家秘密事项以及单行法律明确规定为国家秘密时,才可以排除法院的司法审查。^[42]

实际上,《条例》严格限制行政机关对于国家秘密的裁量权限,例如,对于国家秘密不能由于

[40] 李震山著:《行政法导论》,三民书局1999年版,第457页。

[41] 前引[1],周汉华主编书,第119页。

[42] 该法律明确规定,法律对于秘密事项必须规定得十分具体,行政机关没有任何裁量的余地、或者规定不公开的明确标准、列举不公开的具体事项。

“不公开可能对公共利益造成重大影响”的理由而予以公开，但这个理由却可以适用于商业秘密和个人隐私。在国家秘密的保护力度上要大于商业秘密和个人隐私，不过这不等于只要行政机关声称属于国家秘密，法院就不审查了。行政机关对于属于“国家秘密”的事项，必须提供合理的理由，法院才能认可。在美国，对于国家秘密排除司法审查的情形要满足两个条件：一是只有总统才能决定国防和外交文件保密的标准；二是该国家秘密涉及国防和外交事项。两个条件缺一不可。日本的《情报公开法》第5条则规定，关于国家安全和外交的国家秘密不公开必须经“行政长官确认并且由相当的理由”。^[43]域外关于国家秘密的判断有三个特点：一是判断主体层级较高，由于涉及排除司法审查，有可能关系到公民在宪法上的权利，因此一般由国家元首予以判断；二是排除司法审查的国家秘密有范围限制，一般局限于国防和外交事务；三是排除司法审查的国家秘密须有合理的理由，行政机关在诉讼中如以国家秘密为由意图排除司法审查时，必须阐明适当的、充分的理由，而不能以属于国家秘密的空洞理由为托辞逃避司法审查。就我国目前而言，有关定密机关的级别较低，权威性不足。同时，低级别的定密行政机关也容易扩大定密的范围。这些都不利于政府信息公开案件的公正审理，必须在制度上，尤其是通过修改保守国家秘密法予以完善。

（二）保密审查机关与政府信息公开机关的关系

保密审查机关与政府信息公开机关的关系包括两种：（1）同一型。《条例》规定了行政机关应当指定机构对拟公开的政府信息进行保密审查。此种情况下，保密审查机关与政府信息公开机关实际上属于同一个行政机关。行政机关在公开政府信息前，应当依照保守国家秘密法以及其他法律法规的规定对拟公开的政府信息进行审查。（2）分列型。即行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定。在这种情况下，保密审查机关与政府信息公开机关属于分列的两个行政机关。对于同一型的行政机关，在确定裁判针对的对象时比较清楚，即针对被告即可，但分列型的行政机关在诉讼中的地位应该如何判断呢？

这个问题必须考虑分列型行政机关在作出公权力行为时的法律关系。政府信息公开机关是直接面对社会公众的行政机关，亦符合对外行使行政职权的行政主体特征，由其作为行政诉讼被告承担法律责任故无不当。根据有关法律和司法实践，保密审查机关在诉讼中的法律地位可以根据以下几种情况加以判断：（1）批准行为。根据保守国家秘密法的规定，各机关、单位依照规定确定密级、变更密级和解密，应当接受其上级机关和有关保密工作部门的指导和监督。上级机关或者有关保密工作部门发现不符合保密范围规定的，应当及时通知确定密级的机关、单位纠正。此种情况下，保密审查机关的法律地位类似于上级机关的批准行为。根据《若干解释》第19条的规定，当事人不服经上级机关批准的行政行为，向人民法院起诉的，应当以在对外发生法律效力的文书上署名的行政机关为被告。（2）公务协助行为。公务协助的特征在于行政机关在作出公权力行为时请求其他行政机关作出行政行为或者事实行为。此时，政府信息公开义务行政机关本身拥有行政职权，对外行使职权。而保密审查机关作出的确定秘密的行为属于内部的公务协助行为，不属于行政诉讼的受案范围。因此，此种情形下，裁判针对的法律主体只能是政府信息公开义务行政机关。（3）合作行政。合作行政的基本特点是行政机关在作出公权力行为时须与其他行政机关协商，获得同意后始得为之。行政机关不能确定是否可以公开国家秘密时，必须由保密审查机关进行审查。保密审查机关确定不能公开的，政府信息公开机关不能公开。也就是说，能否公开此政府信息的决定权不在政府信息公开机关手中，而是在保密审查机关手中，保密审查机关属于实质意义上的对外行使行政职权的主体，得与政府信息公开机关为行政诉讼共同被告。

（三）举证责任

[43] 杜钢建、刘杰：《日本情报公开法的制定与实施》，《国家行政学院学报》2000年第2期。

不同的行政诉讼法律制度对原告和被告的证明要求是不同的。如果采取当事人主义的主观诉讼方式,通常要求原告对其请求权作出相应的证明;如果采取职权主义的客观诉讼方式,通常就要被告就拒绝或者停止作为的理由作出相应的证明。

在政府信息公开案件当中,一般情况下应由被告负担举证责任。这主要表现在:一是原告对于行政机关的作为行为不需要负举证责任;二是在不作为案件审理中,原告只对提出申请的事实承担举证责任。根据行政诉讼法的规定,被告对作出的行政行为负担举证责任。对于被告的不作为行为,根据《若干解释》的规定,原告应当承担证明其提出申请的事实的举证责任。行政机关拒绝或者怠于公开政府信息,可能的理由是该政府信息不存在、该政府信息属于免除公开的范围等等。在被告主张政府信息不存在或者该政府信息属于免除公开的范围,如果要求原告证明该政府信息存在或者该信息属于公开的范围,无异于拒绝了原告的诉讼请求。由于申请政府信息公开的公民处于信息不对称、法律地位不利的情境,因此,法院要对行政机关的提出的事实和理由进行合法性审查。但是,有关国防和外交的国家行为、国家秘密的确定仍然尊重行政机关的判断。包括加拿大、美国在内的大多数国家规定了被告行政机关的举证责任。^[44]

被告对于自己掌握的政府信息,倾向于保守秘密。法院在审查政府信息公开行为时,被告提供的可能属于一个空洞的理由。例如,仅仅提出该项政府信息属于国防、外交的国家行为以及属于国家秘密等排除公开的笼统理由,不足以拒绝申请人要求公开的权利。按照《条例》第21条第2款第2项的规定,即便不属于公开范围的,也应当告知申请人并说明理由。因此,行政机关的理由必须是根据法律作出的具有较为详细的分析的理由。

如果政府信息的数量较大,行政机关应当通过编制信息索引来说明其不公开的理由。在这方面,美国的沃恩索引(Vaughen index)具有很强的借鉴意义。^[45]沃恩索引源自于美国的判例,是哥伦比亚特区上诉法院在1973年“沃恩诉罗森”案件的判决中产生的。这个判决的主要观点是,行政机关提出的有关免除公开的理由,不能是空洞的、含糊其词的免除公开的范围,例如仅仅以属于内部行为、涉及隐私权等笼统的话语,而必须进行一定的分析。如果公民要求的信息量过于庞大,行政机关有义务对大量的信息进行分类,制成索引,明确哪些可以公开,哪些不可以公开,对于不能公开的仍然要说明理由。这个索引起到了类似聚集争论焦点的功能,使得法院容易确定诉争焦点。同时,保障公民的权利请求不会被淹没在浩如烟海的政府信息当中,从而防止行政机关利用部分不公开的信息逃避应当公开政府信息的义务。

(四) 证据的审查标准

审查标准和审查强度问题同样是非常关键的问题。因不同的政府信息公开行为,法院的审查标准和审查强度并不相同。特别是案件审理经常关系到国家秘密、商业秘密、个人隐私的保护和公民知情权的利益权衡问题,情况亦非常复杂。因此,研究审查标准和审查强度实际上是要研究法院如何在审判中体现合法性审查原则的问题。针对不同的行政行为,法院应当按照不同的审查标准。我国行政诉讼法第54条设定的合法性审查标准是一个大一统的标准,既包括了对证据真实性的审查,同时也包括了对适用法律的审查。这个审查标准无疑过于笼统和缺乏针对性。

在判断涉及国家行为、涉及公共利益的政府信息公开方面,行政机关具有较大的裁量权限,法院不宜代替行政机关作出判断。在涉及国家秘密的政府信息公开方面,《条例》将保密审查的职权授予了政府信息公开工作机构,而且在政府信息公开之前,还要对拟公开的政府信息进行审查。对于政府信息不能确定是否可以公开时,依照有关法律规定报请确定。这就是说,对于是否属于国家

[44] 例如,《加拿大信息取得法》第48条规定,对于被告行政机关拒绝提供全部或者部分政府信息的,由被告负举证责任。

[45] 前引[9],王名扬书,第1011页以下。

秘密的政府信息，法院应当尊重行政机关的判断。甚至，即使法院可以审查，也应当通过不公开审查的方式保证国家机密不被泄露。行政机关在界定公共利益时，不需要给予广泛的理由，只要确实存在公共利益即可。法院不能干涉该行政行为的具体裁量，除非行政机关并未进行行政裁量或者在裁量时存在明显不当。即便如此，法院也不应当代替行政机关作出裁量，而是将此裁量退回行政机关，法院自身不作该公共利益的考量。^[46]

法院对于反向诉讼案件事实的审查与政府信息公开案件不同。对于政府信息公开案件的审查，只要具备实质性证据即可。就是说，行政机关对于事实的认定只要具备一般理性人的标准即可。法院不能要求行政机关的行政行为是唯一正确的，而只要判断该决定属于众多合理选择中的一个即可。这主要是由于政府信息公开涉及的大多是是否保密的问题。对于这类问题，行政机关具有专业性的优势。当然，也有国家认为，法院可以完全不顾行政机关对于事实的认定，用法院自己的判断代替行政机关的判断。^[47]这是采取了完全的事实标准。反向诉讼实际上就是普通的行政诉讼。在审查标准和审查强度上，完全适用行政诉讼法的规定即可。

（五）诉讼程序

政府信息公开案件审理的基本程序是简易程序。这是因为政府信息公开案件的案情比较简单，主要的焦点在于政府信息是否具有免除公开的法律地位。例如，美国和加拿大规定适用的就是简易程序，^[48]绝大多数政府信息公开的案件都以简易判决（summary judgment）结束。简易程序主要进行的是法律审，很少就案件事实本身进行审查。犹如对于事实比较清楚的二审程序可以书面审一样，此类案件由于案情比较清楚，权利义务比较明确，可以参照民事诉讼法上关于简易程序的规定。当然，如果是在反向诉讼中，由于其性质上属于普通的行政诉讼，当然适用行政诉讼法关于一般程序的规定。同时，对于事实问题还存在较大争论的，足以影响判决结果的，法院应当开庭审理，按照行政诉讼法和相关司法解释规定的程序进行质证、认证。

对于国家秘密的审查程序是需要特殊强调的。不同国家对于国家秘密的审查所创设的制度也有很大的不同。这主要是因为行政机关经常要进行利益衡量。利益平衡的问题实际上存在于行政执法和司法审查两个程序之内。《条例》规定了行政机关对政府信息公开的裁量权限。例如，行政机关虽然不得公开国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息，但是，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。这个规定反映的就是行政机关的利益衡量过程。公开的利益要与国家利益、商业秘密利益、个人隐私的利益进行衡量。在衡量过程中，保守国家秘密是一个突出的问题。也就是对国家秘密的界定权限到行政为止还是可以进入到司法审查。以美国为例，此类审查可以由法官在私人办公室内审查（in camera review），^[49]即法官对于涉及国家秘密的政府信息在私人办公室审查，不公开进行。如果行政机关主张保密，法院可以适用不公开的审查，尤其是涉及国防和外交的政府信息，法院更是不能公开审查。加拿大对于此类案件设置了辨认级秘密审理程序。^[50]而另外一些国家，保守国家秘密的门槛截止于行政复议程序，在法院不能进行审查，典型者如日本。日本借鉴美国、加拿大的制度，在其行政复议制度中有所谓“屏蔽审查”制度，即作为信息公开审查会在审查政府信息时不对外公开，也禁止其他人要求审查会公开政府信息。由于审判公开在日本是宪法原则，日本人将对于国家秘密的审查置于行政程序之内，司法程序之外。无论何种机关的审查，一个原则就是确保国家秘密不被外泄。

[46] 肖卫兵：《论信息公开法中的公共利益测试》，《情报杂志》2006年第9期。

[47] 前引[9]，王名扬书，第1010页。

[48] 《加拿大信息取得法》第45条。

[49] 前引[9]，王名扬书，第1010页。

[50] 《加拿大信息取得法》第47条。此外，保加利亚公共信息获取法第41条也规定了法院可以进行秘密听证，同时，法院应当对保密决定的合法性作出判断。

（六）行政赔偿责任

《条例》没有对行政赔偿责任作出规定，但是这不等于政府信息公开案件没有赔偿责任。考查外国的立法例，均未在信息公开法中明确规定行政赔偿责任，其赔偿责任的追究一般要通过其他法律的具体规定来进行。实际上，最初的专家建议稿曾经规定，行政机关的违法行为给申请人或者第三人造成损害的，根据国家赔偿法承担赔偿责任。^[51]对于政府信息公开案件，行政机关是否承担赔偿责任要根据具体情况进行分析。

根据法律规定和通论，承担赔偿责任需要具备：公权力行为侵害当事人合法权益、公权力行为行使与当事人合法权益受损存在相当因果关系、公权力行为违法等等。^[52]以此为标准，只要属于违法行政行为造成当事人损害的，均得获得行政赔偿。因为行政行为针对的是具体的行政相对人，与当事人的损害存在相当因果关系。难点在于有些事实行为需要作具体分析。有一种观点认为，国家赔偿法对于事实行为要给予国家赔偿。这是不准确的。有的事实行为由于不具备上述标准，不属于行政赔偿范围。主要包括：（1）主动公开的政府信息属于指导或者建议性质的，当事人由于听从指导或者建议导致损害的；（2）主动公开的政府信息属于行政机关内部事项，例如行政机关机构设置、职能、办事程序等等。对于政府信息公开属于按照申请人要求的方式予以公开，导致申请人自身权益受到损害的、政府信息公开与当事人合法权益受损不存在相当因果关系的等等情形亦不属于行政赔偿的情形。此外，根据我国国家赔偿法的规定，原则上只有直接损失才能获得国家赔偿，对于间接损失、反射利益、预期利益的损失等不予赔偿。有人主张，诸如政府信息公开等客观行政诉讼，国家赔偿不能仅仅止于填补损害，而应当满足公民在法律上的正义感、社会公众对公务的监督，以抑制公权力的滥用。有论者引英美法系“名义上的损害”（Nominal damages）制度，对国家赔偿中“损失”的意涵予以适度扩张，以促进行政机关依法行政。^[53]

综上，《条例》对于政府信息公开的规定明确了公民的知情权要受到行政诉讼的保护，具有非常重要的法律意义和实践意义。政府信息公开案件的审理在许多方面不同于普通行政诉讼，也给行政诉讼制度带来新的课题。关于政府信息公开行政案件涉及的问题还有很多，诸如行政机关的区分处理行为、法院的裁判方式等等，都与普通行政案件的审理有着极大的不同，限于篇幅，留待今后继续研究。

Abstract: Provisions on the Disclosure of Governmental Information provides for the first time the administrative relief to civil right of information. The scope of public information relates to the type of administrative litigation and the acceptance range of court. Different types of administrative litigation have different parties, burden of proof and litigant procedures. The key problem of litigation about governmental information disclosure is the judicial review of state secret. Whether the information is state secret or not should be confirmed by authorized organs, and the unconfirmed so-called state secret cannot justify the rejection of disclosure. State compensation should be given to parties who have suffered loss from such rejection.

Keywords: disclosure of governmental information, administrative litigation, state secret

[51] 前引[1]，周汉华主编书，第180页。

[52] 江必新著：《行政诉讼法——疑难问题探讨》，北京师范学院出版社1991年版，第222页以下。

[53] 曹竟辉著：《国家赔偿立法与案例研究》，台北三民书局1987年版，第312页。