

## 美国政府信息公开申请的商业利用及其应对

高秦伟

**内容提要:**美国联邦《信息自由法》在五十多年的适用中遭遇到了一些批评,如行政效率低下、信息提供不完整、法院未能对行政机关的保密主张展开有效监督等。但最为值得关注的是,新闻媒体机构认为政府信息多被企业所申请并展开商业利用,有悖于公平获取信息的立法目的。美国学界与实务界人士主张联邦行政机关限制商业性申请的作法并不合理,应当综合运用、完善现有机制并因应新技术发展而建立新机制作为解决问题的方案。首先,法院应当充分利用判决的优势,结合个案平衡商业秘密和公共利益的关系,确保企业信息不被非法获取,进而提升政府掌握各种信息、作出合理决策的能力。其次,应进一步研究建立合理的收费制度。考量的因素包括申请者申请信息的权利保障、申请者承担必要的成本以及行政机关的成本。再次,完善和创新主动公开制度。主动公开可以大量减少申请信息公开的数量,让行政机关释放更多的信息并提升其经济价值,未来应考虑借助网络和信息技术,实现和数据开放机制的融合与创新。

**关键词:**政府信息 商业利用 主动公开 商业秘密 平等获取信息

高秦伟,中央财经大学法学院教授。

美国联邦《信息自由法》的立法目的在于保障公众的知情权,提升民主参与程度、强化政府责任建设。<sup>[1]</sup> 最初立法者认为信息公开的主要申请者为新闻媒体机构,通过这些申请者以媒体公开的方式让公众广为知晓政府如何运作,切实提高政府透明度和公众参与水准。该法实施五十多年来,美国各界对其适用的批评也普遍存在,诸如行政效率低下、信息提供不完整、法院并未有效监督行政机关对保密信息的认定等。尤其令公众不满的是《信息自由法》的适用并未能充分实现其立法目的,即满足新闻媒体机构和公众对于信息的需求。实践中,在一些特定的行政领域,信息公开的申请者以企业为主,该法成为

[1] *Freedom of Information Act*, Pub. L. No. 89-487, 80 Stat. 250 (codified as amended at 5 U.S.C. § 552 (2012)). 参见 Patricia M. Wald, *The Freedom of Information Act: A Short Case Study in the Perils and Paybacks of Legislating Democratic Values*, 33 *Emory L. J.* 649, 650 (1984)。

企业获得竞争对手信息和商业秘密、干扰行政机关日常工作与规制计划、实现企业私人利益的重要工具。<sup>[2]</sup> 在此情形之下,美国联邦政府应该如何应对? 限制此种商业性申请,抑或采取其他措施? 这些问题均为本文所关注。当然,比较法的意义在于为中国类似问题寻找解决思路。中国目前虽未出现企业成为主要申请者的情况,不过,自《政府信息公开条例》颁行之后,多地或多或少地出现了所谓的“政府信息公开专业户”现象,给行政机关和法院的正常运作带来一定的干扰。前述几个问题的思考或许有益于中国类似问题的解决,希冀域外经验特别是其体现的法治思维能够对我们在完备相关制度时有所启迪。

## 一 政府信息公开中的商业利用

作为世界第二古老的信息公开法,<sup>[3]</sup>虽然美国联邦《信息自由法》在制定时存在着一定的理论争议,<sup>[4]</sup>但是与瑞典信息公开制度基本相同的是其从产生就与新闻出版自由这一特定目的相关联。<sup>[5]</sup> 按照当初的设计,政府信息公开的主要利用者也是新闻媒体机构。<sup>[6]</sup> 因为通过新闻媒体机构向政府收集信息,可以将信息很便利、最大限度地告知公众,防止腐败与促进公众有效参与。从立法史来看,美国联邦信息公开法正是由新闻媒体机构推动的,它们长期积极呼吁联邦国会应为公众、媒体的信息自由制定法律,并付诸理论研究和立法实践。1966年,国会议员指出新闻媒体机构促进了《信息自由法》的颁行,更为重要的是,新闻媒体机构会采取更为积极的行动使得该法的目标变为现实。<sup>[7]</sup>

### (一) 商业申请者的激增

1966年之前,美国联邦政府信息公开的主要法律依据是《行政程序法》,不过该法仅将申请者限于与政府信息有直接关系的人。虽然《信息自由法》的出发点是为了便利新闻媒体机构申请信息公开,但仍然规定任何人基于任何理由均可以提出申请。根据联邦司法部的书面解释,“任意当事人”包括本国和外国的自然人、合伙企业、公司、社团组织、本国或者外国的政府机构,以及这些主体委托的代理人。根据《行政程序法》的有关定义,联邦行政机关不能成为信息公开申请者。2002年,国会为应对恐怖主义攻击,紧急通过了一个强化政府情报行为授权的法案,其中对《信息自由法》有关申请者的规定作出修

[2] 例如在 *Honeywell Technical Solutions, Inc. v. Department of the AirForce* 案中,法院指出联邦行政机关从企业那里获得的信息,对于竞争对手价值重大,其可以利用这些信息提升中标政府采购项目的概率。参见 779 F. Supp. 2d 14, 18 (D. D. C. 2011)。

[3] 参见 John M. Ackerman & Irma E. Sandoval-Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, 58 *Admin. L. Rev.* 85, 97 (2006)。

[4] 如最为重要、根本的争议是知情权的性质问题。参见 Heidi Kitrosser, *Secrecy in the Immigration Courts and Beyond: Considering the Right to Know in the Administrative State*, 39 *Harv. C. R. -C. L. L. Rev.* 95, 126 - 30 (2004); Thomas I. Emerson, *The First Amendment and the Right to Know: Legal Foundations of the Right to Know*, 1976 *Wash. U. L. Q.* 1, 14 (1976)。

[5] 参见毕洪海:《瑞典信息公开原则的诞生与演进》,《环球法律评论》2016年第3期,第107页。

[6] 参见 Mark Fenster, *The Transparent Fix: Advocating Legal Rights and Their Alternatives in the Pursuit of a Visible State*, 73 *U. Pitt. L. Rev.* 443, 451 - 66 (2012); Patricia M. Wald, *The Freedom of Information Act: A Short Case Study in the Perils and Paybacks of Legislating Democratic Values*, 33 *Emory L. J.* 649, 660 (1984)。

[7] 参见 Margaret B. Kwoka, *FOIA, Inc.*, 65 *Duke L. J.* 1361, 1369 - 70 (2016)。

改。此项修改使得外国政府组织及其分支机构不再具备向美国联邦情报机关提交信息公开申请的资格,它们也不能委托代理人间接提交申请。此次修订是该法几十年发展历程中首次也是唯一一次对申请者的资格予以限制。

虽然《信息自由法》立法目标极为宏大,但是从初期运作来看,效果并非预设中那般理想。回复迟延、任意拒绝公开、过度保护国家秘密等现象屡见不鲜。<sup>[8]</sup> 同时,从实践来看,联邦年均 70 多万件信息公开申请量中,新闻媒体机构的申请量逐渐减少,与之关联的诉讼案件也较少。该法实施不久,申请者就逐渐转变为企业。1972 年初国会调查发现企业或者律师事务所占申请者数量的一半,1978 年升至 58%。<sup>[9]</sup> 一项研究对美国联邦 17 个行政机关进行了观察,发现来自新闻媒体机构的申请的比例仅占 6%,来自企业的申请则超过三分之二。<sup>[10]</sup> 如今的情形并无任何实质性变化,许多机关收到的申请多系商业性的申请者提出。<sup>[11]</sup> 企业利用《信息自由法》实现私人利益,有的甚至大规模申请获得并出售信息,该法正在以一种未曾预料到的方式加以适用。<sup>[12]</sup>

## (二) 商业利用引发的问题

“商业利用”一词源于《信息自由法》的收费规定,被联邦管理和预算办公室解释为“用于促进商业、贸易或者给申请者带来利益的申请或者利用”。<sup>[13]</sup> 1986 年的立法史中仅能够找到两项有关商业利用的资料:一是议员曾经提出航运业可以利用该法获得有关政府补贴的信息;二是该法的实施有益于未中标的政府合同投标人发现失利的原由。<sup>[14]</sup> 从这些资料来看,“商业利用”的出发点仍然是为了监督政府在补贴以及政府合同签订等方面的运作,与该法立法目的并无二致。1986 年修订虽然对收费进行了分类,但仅系技术性处理,并没有足够的立法资料证明国会已经意识到或者对《信息自由法》的商业利用问题表现出明显的关注。当时修正案的主要推动者莱希(Patrick J. Leahy)参议员对商业利用的认识也较为偏狭:“商业利用者是为了私人利益的目的而申请信息公开……来自企业的申请者一般会被视为具有商业利用的性质,除非申请者证明自己适用于其他不同的收费标准。来自个人或者公益机构一般不会被认为具有商业利用的性质,除非申请的

[8] 参见 Antonin Scalia, *The Freedom of Information Act Has No Clothes*, 6 *Regulation*, 14, 15 (1982)。

[9] 参见 U. S. Gov't Accountability Office, LCD-78-120, *Government Field Offices Should Better Implement the Freedom of Information Act* ii (1978)。

[10] 数据来源于 *Frequent Filers: Businesses Make FOIA Their Business*, Society Professional Journalists (July 3, 2006), <http://www.spj.org/rrr.asp?ref=31&t=foia>, 最近访问时间[2017-05-02]。

[11] 参见 Margaret B. Kwoka, *FOIA, Inc.*, 65 *Duke L. J.* 1361, 1379-80 (2016)。不过,有学者调查发现事实上新闻媒体机构的一些申请并不正式,有时仅仅给行政机关打了个电话而已;媒体还有获得信息其他方式。这些情况均可能会影响统计的准确性。参见 William L. Casey, Jr., John E. Marthinsen & Laurence S. Moss, *Entrepreneurship, Productivity, and the Freedom of Information Act: Protecting Circumstantially Relevant Business Information*, Lexington Books, 1983, p. 34。

[12] 参见 *Frequent Filers: Businesses Make FOIA Their Business*, Society Professional Journalists (July 3, 2006), <http://www.spj.org/rrr.asp?ref=31&t=foia>, 最近访问时间[2017-05-02]。

[13] *The Freedom of Information Reform Act of 1986; Uniform Freedom of Information Act Fee Schedule and Guidelines*, 52 *Fed. Reg.* 10, 012, 10, 017-18 (Mar. 27, 1987)。

[14] 参见 Margaret B. Kwoka, *Inside FOIA, Inc.*, 126 *Yale L. J. F.* 265, 265-66 (2016)。

特征有其他的情形。转售从政府那里获得的文件并不是(本法所指的)商业利用情形。”<sup>[15]</sup>除此之外,立法史再也未能为全面理解商业利用的内涵提供更多的资料。

实践中,并无法律要求行政机关及司法部按照申请主体的类型来展开统计工作并予以公开,所谓的商业利用就是指申请者为企业的政府信息公开申请,如此统计,或多或少有些偏颇。<sup>[16]</sup>但是,事实上,尤其是信息转售商或者投资顾问公司型的企业已从信息公开申请中获得了巨大的利益。如根据学者统计,针对环境保护署、食品和药品监督管理局等联邦行政机关申请政府信息公开的各类主体中,企业占了五分之四强,商业利用的情形极为明显。<sup>[17]</sup>企业申请信息公开的形式主要表现为:一是为了获取政府所拥有的其他同行业企业的数据,或者了解自己产品、服务的外部评价。二是以信息转售为营利目标的企业展开的申请,进而以此为客户作出商业建议。如食品药品领域,诸多的商业利用者并非直接生产食品药品的企业,而系信息转售商。<sup>[18]</sup>一家名为“信息自由服务公司”的私人营利企业于 2013 年提起了 571 项申请,之后将申请来的信息转售给相关利益方。该公司一般均会事先征求食品药品的企业的意见,针对检查报告、医疗设备上市前评价、新药申请等内容申请信息公开。从研究来看,第二种情况极为常见,其将政府信息视为商品加以销售并从中谋利。学者将这种现象称为“《信息自由法》的私人化”现象,并指出商业利用挤占了行政资源,与立法初衷有悖;让企业掌握大量的信息并加以出售谋利,事实上构成了不当的补贴,甚至出现私人行使政府固有职能的现象,亦有损透明度和民主治理的目标。<sup>[19]</sup>总之,商业利用并没有使得公众从信息中获益,商业性的申请反而影响了行政机关处理其他申请的效率,制约了公众更好了解政府运作的程度和效果。

在引发的问题中,最为值得关注的是企业能否从信息公开申请中获利。对于企业合法利用《信息自由法》促进自己的经济利益,联邦政府并没有直接否认。事实上,大多数申请信息公开的主体均是受自身利益驱动而采取的行动,间接促进了《信息自由法》公共性目的的实现,即政府透明度的提升。不过,联邦法院的认知也是逐渐形成的。20 世纪七、八十年代,许多法院在决定是否要求行政机关公开原本可豁免公开的信息时,均将申请者的特定需求作为考虑因素。如承认学术研究的价值并向学者公开,而否认私人的商业利益并拒绝公开。不过自 20 世纪 80 年代末起,联邦最高法院以及巡回法院开始强调对任何人公开的要求,排除考量申请者特别利益的因素。<sup>[20]</sup>对于申请资格的限制可能严

[15] 132 Cong. Rec. S14296-98 (1986) (statement of Sen. Patrick Leahy).

[16] 参见 David E. Pozen, Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act, 165 U. Pa. L. Rev. 1097, 1112, n. 83 (2017)。

[17] 参见 Margaret B. Kwoka, FOIA, Inc., 65 Duke L. J. 1361, 1382-1414 (2016); April Klein & Tao Li, Acquiring and Trading on Complex Information: How Hedge Funds Use the Freedom of Information Act 7, <http://ssrn.com/abstract=2653879>, 最近访问时间[2018-03-31]。

[18] 参见 William L. Casey, Jr., John E. Marthinsen & Laurence S. Moss, *Entrepreneurship, Productivity, and the Freedom of Information Act: Protecting Circumstantially Relevant Business Information*, Lexington Books, 1983, pp. 81-85; Antonio Gargano et al., The Freedom of Information Act and the Race Towards Information Acquisition 1, <http://ssrn.com/abstract=2517075>, 最近访问时间[2018-03-31]。

[19] 参见 Margaret B. Kwoka, FOIA, Inc., 65 Duke L. J. 1361, 1414-15 (2016)。

[20] Oregon Natural Desert Ass'n v. Bibles, 83 F.3d 1168 (9th Cir. 1996)。

重低估了公众获取政府信息的困难以及向公众开放政府信息的重要意义。“在市场经济制度中,实质上,每位公众成员都通过促进自身利益来服务大众。”<sup>[21]</sup> *Department of Justice v. Tax Analysts* 案最能说明这一点。被告是一家提供报税服务的商业企业,申请司法部税务司公开其所拥有的税务案件的司法判决副本。一般情况下,如果公众要阅读这些案卷,只能去分散在各地的数十家联邦法院的诸多案件卷宗中查寻。八位大法官给出的多数意见认为,行政机关持有的司法判决是“行政机关记录”,必须公开。而另一位大法官反对并认为企业滥用《信息自由法》,“申请者所要求的和法院所允许的,对于公众了解政府运作可谓殊无助益”。<sup>[22]</sup> 如此的观点事实上反映出这位大法官并不理解公众所面临的困难。在美国,几乎每个人都需要根据相关税法解释来进行申报、退税等事务,为此,公众必须依靠会计师、律师等专业人士得知这些信息。而这些人士的专业判断多依赖于商业机构提供的信息。本案之前,这些信息或者规则虽可从税务局和司法部查阅,但往往因信息具有“秘密性”而难以获得。此案后,不仅所有纳税者均可以了解到每年未见诸报端的判决,而且类似这家企业的诸多企业也可以编辑、整合案件摘要,专业人士利用这些整合数据为客户提供建议。这恰恰是那位持反对意见的大法官始料未及的,同时,该企业由此获得了巨额利润,也说明现实中存在的信息市场及其商机。但是,企业一般不愿意与公众无偿共享获取的政府信息,这是否会影响平等获取政府信息理念的实现呢?<sup>[23]</sup>

### (三) 法律修改对这一问题的回应

《信息自由法》对申请资格不予限制的作法在实践中亦曾遭人诟病,如有学者认为缺乏目的要求的申请只会导致公共资源极大的浪费。<sup>[24]</sup> 而针对商业利用问题,联邦最高法院的部分大法官偶尔也会对有权获得信息的“公众”的范围没有任何限制表达忧虑。如在判决中,大法官写道:“《信息自由法》强调的当然是公开,但它是面向公众的公开……而不是面向谈判中自利的承包商的公开。”<sup>[25]</sup> “《信息自由法》无意成为私人发现信息的工具。”<sup>[26]</sup> 不过即使如此,联邦最高法院从未因申请者的身份和动机拒绝公开信息;相反,通过法律适用,认为只要不属于例外条款,均必须向任何人公开。同时,立法者与多数学者坚持认为该法的根本理念就在于保障任何人能够平等获取政府的信息,因此不能设定目的要求或资格限制。当然,行政资源毕竟有限,鼓励新闻媒体机构充分利用、建构收费制度或许可以比较合理地平衡开放透明和财政现状之间的紧张关系。

虽然新闻媒体机构是国会的重要立法伙伴,然而,1966年最终的立法版本中并没有对其有明显的倾斜。之后历次的修订开始重视这个问题,如1996年修订增加加急办理的程序规定,这对于新闻媒体机构的意义远大于对普通申请者的意义。2007年修订对“新闻媒体机构”专门作了详细的定义。如此修订一是适应新闻媒体新业态的发展,二是将

[21] [美]理查德·J.皮尔斯著:《行政法》(第五版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第267页。

[22] 492 U. S. 136, 156-157 (1989).

[23] 参见 Laurence Tai, Fast Fixes for FOIA, 52 *Harr. J. on Legis.* 455, 485 (2015)。

[24] 参见 Antonin Scalia, The Freedom of Information Act Has No Clothes, 6 *Regulation* 14, 17 (1982)。

[25] *Renegotiation Board v. Banner Craft*, 415 U. S. 1, 22 (1974)。

[26] *NLRB v. Robbins Tire & Rubber Co.*, 437 U. S. 214, 242 (1978)。

自由职业者纳入进来,均可以享受减免的规定,切实激励了新闻媒体机构对该法的应用。在构建收费制度层面,1986 年修订确立了三层级的收费体系,<sup>[27]</sup>将申请者分为三类:一是商业利用的申请者,行政机关可以收取查询、复制和审查费用。二是非商业利用的媒体、教育或者科研机构,申请目的系学术或者科研之用,收取费用仅限于复制支出。三是其他非商业利用的申请者,费用限于查询和复制费用。由此可以看出,商业利用的申请者要就自己的申请支付相应的成本。根据国会的估计,行政机关每年可以额外收取 6000 万美元的费用。从分类来看,新闻媒体机构继续受到法律的特殊关照,使得其在信息公开制度中的地位更加特殊。事实上,从申请目的来看,因为美国多数的新闻媒体机构均以营利为前提条件,其行为也可归入商业目的的申请。不过,基于《信息自由法》的立法目的以及新闻媒体机构在美国监督公共机构的强大作用,使得国会立法一再向其倾斜。另外,特别需要指出的是,1986 年修正案主要为了在开放透明和财政现实之间作出平衡,并非针对商业利用者资格的特别限制。

## 二 政府信息公开中商业秘密的保护

根据法律规范,美国联邦政府信息的形成主要有两种途径:一是行政机关自行制作,二是从个人、企业等外部主体处获得。较之于自行制作的信息,行政机关从外部获取信息的数量和种类相对来说比较明确,主要由《文书工作减负法》加以规定。实践中,政府获取商业信息的方式主要有四种:通过订立相关规章制度强制性要求提交资料;规制过程中由法定机构展开的相关调查;与私人订立合同或者颁发相关行政许可证时获得的资料;企业自愿提交的资料。<sup>[28]</sup>由于商业利用广泛存在,许多企业经常发现向政府提交的信息出现在同一行业的其他企业手中,导致《信息自由法》成为“产业间谍”的工具。<sup>[29]</sup>这严重影响了企业向政府提交信息的意愿。

事实上,在起草之初,国会并没有对商业秘密的问题加以关注。产业界提出意见,参议院司法委员会为此增加了一项有关“商业记录豁免”的条款,之后提法不断细化并丰富。该法规定了九项政府信息公开的例外事项,其中至少有三项涉及到商业信息,即第四项关于贸易秘密以及机密的商业和金融信息的公开豁免、第八项关于金融机构信息的公开豁免以及第九项关于矿井的地质和地球物理信息等公开豁免。事实上后两项基本上被例外四所涵盖,只是立法时因特定产业要求而单列出来。由于因例外八、例外九所引发的争议和诉讼并不多,因此本部分主要探讨例外四。同时需要强调的是,其他的例外也会在一定程度上涉及到商业信息的问题,如例外七有关行政执法过程中制作的调查资料。特

[27] 参见 Susan L. Beesley & Theresa A. Newman Glover, Note, Developments Under the Freedom of Information Act—1986, 1987 *Duke L. J.* 521, 524 (1987)。

[28] 参见 Robert G. Vaughn, Consumer Access to Product Safety Information and the Future of the Freedom of Information Act, 5 *Admin. L. J. Am. U.* 673, 678 (1991)。

[29] 参见 Note, Protecting Confidential Business Information from Federal Agency Disclosure After *Chrysler Corp. v. Brown*, 80 *Colum. L. Rev.* 109, 113 (1980)。

别值得指出的是,即使所申请的信息属于九项例外中的一种,行政机关也可以行使裁量权确定信息予以公开。<sup>[30]</sup> 应该讲,从美国联邦行政或司法实践来看,九种例外并非九种特定信息不予公开或者具有强制性,而应理解成为九种可以豁免的情形或者条件,其为行政机关或法院具体判断哪些信息不予公开提供了一个决策的框架。

### (一) 商业秘密保护“例外四”的内涵演进

《信息自由法》规定的第四项例外是指贸易秘密以及从第三方获取的商业或金融秘密信息。之所以规定这一项例外,国会的初衷在于保障政府和向政府提交信息的人的利益。对于政府而言,通过对这类信息施加免于公开的保护,可以消除信息提交者的忧虑,获取更加真实可靠的信息。对于信息提交者而言,无论是自愿还是被要求提交信息,都无需担心该信息会被强制公开从而损害其商业竞争优势和利益。根据立法史,针对产业提出商业秘密的保护问题,参议院最初使用的术语为“贸易秘密和保密信息”,但是后来被众议院改为现在的表述。一般将例外四的内容分为两类:贸易秘密;秘密的商业和金融信息。<sup>[31]</sup> 申请信息如果是贸易秘密的话,就不予公开。但如果不是贸易秘密,行政机关或法院还会继续确定是否为商业和金融信息并展开分析。<sup>[32]</sup> 例外四的语言比较模糊,且随着经济社会发展,在解释适用时亦需不断与时俱进。法院一般都会将司法权对行政权的制约力度以及当时社会对权益保障的需求结合起来考量,充分落例外四的立法目的。法院的判例在客观上确保了企业商业利用法律之时对于商业秘密的保护。

20世纪60年代,公众对于战争的厌倦和民权的关注,导致极易受到谣言的蛊惑,并认为自己的信息被联邦安全部门收集和控制;同时,许多消费者组织指出行政机关长期保护企业利益,呼吁要求将特定信息及时公布于众。这些因素导致《信息自由法》多次修正,且在司法实践中得到进一步发展。在早期,法院使用具有主观性的标准来判断信息提交者是否可以要求行政机关保守秘密。<sup>[33]</sup> 如有法院采用“保密性承诺”标准,认为行政机关应该遵守自己的承诺。<sup>[34]</sup> 不过,许多人表示反对,认为如此事实上赋予了信息提交者较大的权力,显然不利于公共利益保护。法院很快也意识到这一问题,于是新的标准转变为“保密性期待”标准,即如果信息在传统上不适宜于公布于众,那么就适用例外四。此标准导致法院关注信息公开对信息提交者私人利益的损害,意味着标准从主观转向客观。最具代表性的当属1974年哥伦比亚特区巡回法院 National Parks 案判决。<sup>[35]</sup> 该案确定的标准在于限制行政机关以及信息提交者的裁量权,但仍然有诸多的问题没有得到回答,如什么时候竞争损害是实质性的? 如果产品并未上市,也就是说并没有竞争,如何判断实质

[30] Chrysler Corp. v. Brown, 441 U. S. 281, 291-93 (1979).

[31] 参见 Nancy J. White, FOIA and the Crying Contractor: Confidential Information or Substantial Competitive Harm?, 32 *The Constr. L.* 29 (2012)。

[32] 参见 Nancy J. White & Kenneth J. Sanney, Managing the Risks of FOIA-Able Trade Secrets, 14 *Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L.* 314, 320 (2014)。

[33] General Services Administration v. Benson, 415 F.2d 878 (9th Cir. 1969)。

[34] U. S. , Congress, House, Committee on Government Operations, *Freedom of Information Act Requests for Business Data and Reverse-FOIA Lawsuits*, 25th Rept. , 20 July 1978, p. 16.

[35] 参见 James T. O' Reilly, Regaining a Confidence: Protection of Business Confidential Data through Reform of the Freedom of Information Act, 34 *Admin. L. Rev.* 263 (1982)。

性的竞争损害?对此,一般认为此标准为企业带来了极大的负担,要在很短的时间内证明竞争损害极为不易;过于关注未来的竞争损害,而可能忽略其他因素;小企业因无力聘请专家而难以证明损害等。

1980 年里根总统就任,为放松规制和促进经济,着手对企业信息展开保护。司法部将下属的信息法与政策办公室更名为信息和隐私办公室,凸显对信息提交者权利的保障,并主张企业在提交信息时应该受到最低限度的告知和正式异议的权利保障。同时,为了指导实践,美国行政会议还委托两名学者展开对信息公开的例外四的实证研究,两人在完善信息提交者程序保障方面的研究结论有许多共通之处。国会的相关立法提案也基本类似。进入到 20 世纪 90 年代,美国经济开始好转,克林顿政府时期,政府信息公开的问题再次成为政府与社会发展的重要议题。这个时期,法院通过总结以往的经验,有效地实现了公众知情权和商业秘密保护之间的平衡。进入新世纪,特别是 2008 年金融危机以来,基于此前的平衡观念,有关企业隐私权的探讨亦在持续展开。<sup>[36]</sup>

## (二) 司法审查中对“例外四”的阐释

例外四的语言较为模糊,行政机关与企业经常因为何谓商业秘密而发生纠纷,所以,司法审查对于例外四的内涵发展具有重要的指导意义。<sup>[37]</sup> 具体分析如下:

### 1. 贸易秘密

贸易秘密是商业信息中的重要组成部分,美国联邦层面有《贸易秘密法》和《经济间谍法》加以规范,绝大多数州适用《统一贸易秘密法》,另外一些州则适用《侵权行为重述》,最终《不正当竞争第三次重述》完整地解决了贸易秘密的界定问题。这也说明贸易秘密与不正当竞争问题关联越来越紧密。在 *Public Citizen Health Research Group v. FDA* 案及其他案件中,<sup>[38]</sup> 哥伦比亚特区巡回法院对贸易秘密进行了狭义解释:有商业价值的计划、配方、工艺或者商品交易的过程,能被称为创新或者是经过真正努力创造的有秘密、有商业价值的计划、配方、工序或设计。实践中,一些信息如价格信息就被排除于政府合同之外而不被视为贸易秘密。法院认为自己这样解释符合《信息自由法》的立法目的,其表明了政府与企业合作的成本情况,且并无证据证明企业因价格信息公开而失去竞争力。法院同时认为贸易秘密和产品流程之间必须要有直接的关联,否则不被视为贸易秘密。之所以做狭义解释,原因在于《侵权行为重述》中界定的贸易秘密着重保护企业不因离职职工或其他对企业负有信任义务的人破坏合同和信任关系而受到损害;而《信息自由法》主要规定政府与公众的关系,需要平衡公众的知情权与政府保护企业创新的利益。该法院的解释限制了贸易秘密的范围,扩大了政府信息公开的范围,更为符合《信息自由法》的立法目的,逐渐为其他法院所接受。<sup>[39]</sup> 同时,贸易秘密的判断往往取决于具体语境,需要

[36] 参见 Nicole Washington, *Transparency v. Intelligence: Corporate Information Privacy Rights Under the Freedom of Information Act and Whether Inquiring Minds Still Have A Right to Know*, 12 *Hous. Bus. & Tax L. J.* 194 (2011-2012)。

[37] 使用例外四而提起的诉讼约占相关信息公开诉讼的 49%。参见 Kathleen Vermazen Radez, *The Freedom of Information Act Exemption 4: Protecting Corporate Reputation in the Post-Crash Regulatory Environment*, 2010 *Colum. Bus. L. Rev.* 632, 644 (2010)。

[38] 704 F.2d 1280, 1288 (D. C. Cir. 1983); *At & T Information Systems v. GSA*, 627 F. Supp. 1396 (D. C. Cir. 1986)。

[39] 参见杨建生著:《美国政府信息公开司法审查研究》,法律出版社 2014 年版,第 166 页。

考虑信息本身采取保密措施的程度,以及在多大程度上已被该企业以外的人、该企业的员工和其他有关人员知悉,信息对其所有者及竞争者的价值等因素。

## 2. 商业或者金融信息

如果信息不属于贸易秘密,那么就进入到第二类较为复杂的类别,有关例外四的诉讼多因此而引发。这类信息必须是商业或者金融信息,且来源于个人,构成“特权信息”或者是机密信息。特权信息是有关传统的特权,如医生与病人、律师与客户、贷方与借方。不过行政机关很少利用这一原因排除信息公开,而主要是依据例外六,即“一旦公开会对个人隐私造成明显侵犯的个人档案、医疗档案或者其他档案”。该条款中的“个人”指除了联邦政府之外的所有主体。

商业或者金融信息一般是指由企业或者其他商业主体产生的经济数据、金融信息等,如商业销售统计数据、研究数据、技术设计、顾客或者供应商名单、利润和损失数据、间接和运营成本等。立法史认为包括商业销售统计数据、顾客名单、工艺流程等。<sup>[40]</sup> 而如果被认为是“商业或者金融信息”,豁免公开的问题取决于行政机关或者法院对于秘密性的评价。<sup>[41]</sup> 有关例外四适用过程中的争议发生最多的也是此领域,“机密”一词构成了判断的重要依据。不过,立法并不明确,立法资料指出:“这一例外中所指的机密信息就是由政府通过问卷或者其他调查方式取得,通常情况下政府不会将此类信息向社会公开。”<sup>[42]</sup> 于是,法院往往直接引用这一立法资料来审查信息是否属于公开范围。一般的作法是查看政府是否对信息提交者作出保密的承诺;或者查看信息是否属于不适合向公众公开的信息。司法实践中,法院形成了两条规则:一是如果公开会损害政府未来获取必要信息的能力的;二是如果公开会对信息提交者的商业竞争能力造成重大损害的,那么就不予公开。<sup>[43]</sup> 该案发生于1971年,国家公园通过为游客提供娱乐场所,每年吸引大量的游客,因而具有巨大的商业价值。在获得特许时,国家公园向内政部提交了大量的信息,如资产负债表、财务报告、经营策略和计划、客户资料等。国家公园保护协会为对特许经营权运作是否合理进行调查,向内政部申请公开相关信息,结果内政部以涉及商业机密信息为由拒绝公开。哥伦比亚特区巡回法院指出,例外四不仅仅保护那些提供保密信息的人的利益,还旨在促进政府的有效运作。商业秘密对企业而言意义重大,系信息权利人投入高额成本获得,一旦公布,被竞争对手利用,不但无法获得预期利益,反而会威胁到企业的进一步发展甚至生存。本案中特许经营企业提供的信息对政府将来获取此类信息的能力并不会产生妨碍,因为系法定要求;但判决指出,此案并不在于考虑是否影响政府的正常运作,而在于考虑信息公开是否会对信息权利人的竞争地位造成重大损害。事实上,公开有关经营策略、客户资料等确实可能存在损害特许经营企业的竞争地位的风险,因此,不

[40] 参见 Kevin R. McCarthy & John W. Kormmeier, *Maintaining the Confidentiality of Confidential Business Information Submitted to the Federal Government*, 36 *Bus. Law.* 57, 61 (1980-1981)。

[41] *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F.2d 1280, 1286 (D. C. Cir. 1983)。

[42] S. Rep. No. 88-1219, at 6; H. R. Rep. No. 89-1497, at 9 (1966)。

[43] *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton (National Parks I)*, 498 F.2d 765, 770 (D. C. Cir. 1974), *aff'd en banc National Parks II*, 547 F.2d 673。

予公开。进而,哥伦比亚特区巡回法院指出原告或者行政机关并不需要证明对竞争带来的实际不利影响。之后,多数法院均采纳了这一测试标准。

接着,法院又通过判例形成了“自愿提交”的标准,认为申请人自愿向政府提交的信息,应视为属于商业或金融秘密;行政机关依法强制收集的信息,一般被视为不属于商业或金融秘密。<sup>[44]</sup> 一般情况下,自愿提交的信息受到保护的程度要高于非自愿提交的信息受到保护的程度。但是对于什么构成“自愿提交”也存在一定的争议,法院判断时要考虑政府收集信息能力和信息提交者商业竞争利益的保护。同时,必须指出的是,对于信息提交者的意愿,无论是行政机关或法院并不会完全采信而只是作为决策时的考量因素。当行政机关或法院认为申请者拒绝公开的理由不充分时,就会决定公开。

### 3. 反信息公开诉讼对行政机关的影响

联邦最高法院在 *Chrysler Corp. v. Brown* 案中讨论了反信息公开诉讼的问题。<sup>[45]</sup> 克莱斯勒公司承接大量政府合同,向政府提交了许多数据。在收到其他主体的信息公开申请之后,国防部后勤局认为这些数据并不适用例外四,于是该公司提起诉讼要求行政机关禁止公开信息。联邦最高法院依据《行政程序法》作出判决,该法规定可以禁止行政机关作出某种行为。类似的案例对行政机关信息公开的工作产生了重大影响。行政机关从企业那里获得了大量的专利信息,有义务确保信息的保密,否则企业将不愿意向行政机关提交信息或者提交完整的信息,结果也会影响到政府的规制能力。基于此,法院进一步在判决中明确,充分的程序极其必要:行政机关应当及时告知信息提交者有企业提出政府信息公开的申请;如果提交者认为不予公开,应当提交适用例外四的证据材料;行政机关依据证据作出是否予以公开的决定;行政机关内部应当提供申诉的救济程序等。<sup>[46]</sup>

第 12600 号行政命令对法院的要求予以了回应,要求行政机关在处理涉及商业秘密的信息公开时要提前告知对方。<sup>[47]</sup> 行政机关听取意见后仍然决定公开时,必须说明理由,并留有时间以便信息提交者寻求司法审查。<sup>[48]</sup> 与此同时,一些行政机关还专门制定了相关的程序用以决定是否公开还是禁止公开某些商业秘密。<sup>[49]</sup> 如对于自愿提交给食品和药品监督管理局的个人或者企业的信息,相关规则规定了提交前与行政机关协商是否或者部分公开信息的程序。如果行政机关主张该信息不属于机密信息,企业可以撤回向行政机关提交的文件。<sup>[50]</sup> 信息提交者最终与行政机关达成一致,将某些信息确定为商业秘密。虽然此种协议并无拘束力,<sup>[51]</sup> 但在实践中对行政机关或者复审法院具有说服

[44] *Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Comm'n*, 975 F.2d 871, 872 (D. C. Cir. 1992).

[45] 441 U.S. 281 (1979).

[46] *National Org. for Women v. Social Sec. Admin.*, 736 F.2d 727, 745-46 (D. C. Cir. 1984).

[47] *Predisclosure Notification Procedures for Confidential Commercial Information*, Exec. Order No. 12,600, 52 Fed. Reg. 23, 781 (June 23, 1987).

[48] 参见王名扬著:《美国行政法》(上),中国法制出版社 2005 年版,第 1012 页。

[49] 如联邦食品和药品监督管理局、环境保护署均有类似的程序,参见 21 C.F.R. § 20.44 (1980) (FDA); 40 C.F.R. § 2.201 (i), 2.206 (1980) (EPA)。

[50] 参见 G. Branch Taylor, *The Critical Mass Decision: A Dangerous Blow to Exemption 4 Litigation*, 2 *Comm. Law Con-spectus* 133 (1994)。

[51] *Pub. Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F.2d 1280, 1287 (D. C. Cir. 1983) (citing *Petkas v. Staats*, 501 F.2d 887, 889 (D. C. Cir. 1974))。

力。不过,这一提交前的决定程序因行政资源不足而无法逐一完成,提交者亦会滥用该权利,甚至将所有信息都标为机密。

### (三) 对于特定信息公开的分析

#### 1. 实验数据

根据法律要求,企业的实验数据通常会和相关的报告一起提交行政机关,一般为标准化格式。这些数据对于竞争对手而言极具价值,因为数据收集、分析等需要消耗大量的时间和资金。<sup>[52]</sup> 竞争对手会利用信息公开了解某企业的产品并研发出其他替代产品,抵消与降低该企业的竞争优势。不过也有学者指出市场机制不足以保护因新产品以及科技给人类和环境所带来的风险,<sup>[53]</sup> 因此,行政机关根据国会的要求收集相关数据,这些实验数据并不能够成为专利性的信息,应当得以公开且受到各方监督。

#### 2. 合同信息以及支撑文件

参与政府合同投标或者采购项目,企业均被强制或自愿提交信息。如在一个案件中,原告作为合同投标者主张行政机关不得公开自己提交的信息。<sup>[54]</sup> 实践中,未能中标者会申请中标者的相关信息,行政机关和法院均拒绝公开。<sup>[55]</sup> 不过,基于公共利益和促进竞争的考量,行政机关有时主张相关的合同信息仍然可以公布。例如小企业可以要求公布大型企业的合同信息,这也是基于公共利益的考量,从而防止大型企业与政府合谋,损害公众福祉。<sup>[56]</sup>

#### 3. 职员编制数据

许多反信息公开诉讼案件均与此类数据的公开有关。职员编制数据会给竞争对手未来发展 and 市场战略规划提供参考,这也是前述 Chrysler 案中该公司之所以阻止政府公开相关信息的重要原因。不过,根据《侵权行为重述》的规定,这一类信息并不构成商业秘密。

#### 4. 有关市场机会的信息

顾客名单、价格方案等构成了重要的市场机会的信息。企业一直在努力保护自己顾客名单不被公开、价格方案不被竞争对手获得,由此引发了诸多的案例。<sup>[57]</sup> 一般情况下,行政机关、法院会基于公共利益和促进竞争的因素予以综合考量,因此,个案的讨论和司法的作用极为重要。<sup>[58]</sup>

经济的动态性被认为给市场提供了多样化的机会,经营成功不仅意味着对现有机会的利用,而且还包括对机会的确认和捕捉。企业只有把握经济的动态性,意识到商业信息

[52] 参见 Edmund W. Kitch, *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9 *J. Legal Stud.* 683 (1980)。

[53] 参见 Thomas O. McGarity & Sidney A. Shapiro, *The Trade Secret Status of Health and Safety Testing Information: Reforming Agency Disclosure Policies*, 93 *Harv. L. Rev.* 837 (1979 - 1980)。

[54] *Burroughs Corp. v. Schlesinger*, 403 F. Supp. 633 (E. D. Va. 1975)。

[55] *Gulf and Western Industries v. United States*, 615 F.2d 527 (1979)。

[56] 参见 Richard A. Posner, *Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers Decisions*, 67 *Geo. L. J.* 1187 (1978 - 1979)。

[57] *Continental Oil v. Federal Power Commission* 519 F.2d 31 (5th Cir. 1975), cert dem., 425 U.S. 971 (1976); *Board of Trade of Chicago v. Commodity Futures Trading Commission*, 627 F.2d 392 (D. C. Cir. 1980)。

[58] 参见 Gregory H. McClure, *The Treatment of Contract Prices Under the Trade Secrets Act and Freedom of Information Act Exemption 4: Are Contract Prices Really Trade Secrets?* 31 *Pub. Cont. L. J.* 185 (2002)。

的重要性,才能够有所作为。在这样的背景下,必须认真反思政府信息公开和商业秘密保护的关系。信息提交者不愿意公开相关信息,如此可以保持自己在行业内很长时间的领先地位;而同时也可能激励这些企业向行政机关提供更多的信息。但是从消费者福利的角度出发,如有关健康数据的公开反而会促进改善企业的经营模式。如此情形或许也是当初国会在制定《信息自由法》时未曾预料到的问题。

### 三 应对方案——更多的主动公开

《信息自由法》立法意图的实现并非一帆风顺,因为国会在立法之初就意识到“公开某些类型的信息可能会对合法的政府行为以及私人利益产生损害”。<sup>[59]</sup> 现实中,企业成为某些行政领域中的主要信息公开申请者,利用该法缩短竞争对手产品的生命周期,促进自己企业仿制品的发展。但也会产生占用有限的行政资源而降低行政责任等现象。如何解决这些问题,是限制企业的申请资格,还是增加收费,抑或是加大主动公开水平? 难题一直困扰着公共机构。而从立法史来看亦无对例外四扩大适用的明确性的支撑材料。因此,除应发挥法院保护商业秘密的积极作用之外,相关收费的建议以及行政机关增强主动公开的作法亦值得关注。这些议题的探讨构成了美国信息公开法未来发展的重点内容。

#### (一) 有关收费制度的改革建议

面对《信息自由法》商业利用的情况,一种建议就是基于某种目的而对申请进行限制,如对纯粹转售政府信息的行为加以限制。<sup>[60]</sup> 不过,此种限制难以发挥作用,因为企业可以派员工并不以企业的名义申请。分辨个人申请者与代表企业的个人申请者并非易事,结果亦有违立法初衷之嫌。另一种建议则是提高商业性申请费用,从而弥补政府处理信息的成本。这一建议虽然可以降低政府成本,但有可能将成本转向私人主体,同时所收取的费用仍然无法弥补行政机关的巨额开支。而另一个极端的建议则是提高所有申请者的费用。<sup>[61]</sup> 建议者认为提高费用就可以排除一些并非有益于公众理解政府运作的申请。不利的结果可能会阻碍个人对于政府信息的申请,有违该法的立法目的。另外,基于现行法,行政机关必须将信息公开收费交纳给财政部门,收费制度与行政机关处理信息公开申请并无关联。因此,也有学者建议行政机关应该保留这些费用,专门用以处理政府信息公开的申请。这样有益于激励行政机关,然而不足在于收取的费用与成本相比显得微不足道(所占比例不足百分之一)。事实上,1996年修订时就有个别参议员提议过,遗憾的是行政机关的积极性并不高,所以立法未予以采纳。总的来说,由于1986年创立的三级收费体制已经较为完备,虽然收费难以与支出相平衡,但是就目前的情形而言,以上这些建议尚属理论探讨层面,国会仍然会展开深入研究。基于此,有学者认为目前并没有一个单一的解决方案

[59] *Critical Mass Energy Project v. NRC*, 975 F.2d 871, 872 (D.C. Cir. 1992) (en banc), cert. denied, 113 S.Ct. 1579 (1993) (citing *FBI v. Abramson*, 456 U.S. 615, 621 (1982)).

[60] 参见 James T. O'Reilly, "Access to Records" Versus "Access to Evil": Should Disclosure Laws Consider Motives as a Barrier to Records Release?, 12 *Kan. J. L. & Pub. Pol'y* 559, 568 (2002-2003)。

[61] 参见 Laurence Tai, Fast Fixes for FOIA, 52 *Harv. J. on Legis.* 455, 483-88 (2015)。

能够完全消除或者减轻《信息自由法》商业利用的问题,除完善既有制度外,还可以考虑系统构建主动公开制度,用以提升政府信息公开水准,降低企业申请政府信息的数量。<sup>[62]</sup>

## (二) 主动公开制度的发展和完善

应该讲,美国联邦的政府信息主动公开制度至 1966 年基本形成。在联邦登记簿上公告、供查阅和复制、公开出版并销售等三种主动公开方式一直沿用至今,唯一变化的是 1996 年要求以电子化形式公开,但仍然无法全面取代原有的方式。主动公开的目的在于“应公开而未公开的信息对当事人无法律效力”。<sup>[63]</sup> 如不公开某个程序,则无法依据该程序开展工作。相较而言,虽然中国《政府信息公开条例》在主动公开方面的规定远比美国丰富,但由于坚持“谁制作、谁公开”原则,从公众的角度来说,并未给其提供一个统一便捷、全面系统且即时更新的政府信息渠道,特别是政策法规查询的渠道。在这一点上,美国联邦统一在联邦登记簿上公开各行政机关的基本信息,便于公众了解且具有较强的实用性。<sup>[64]</sup> 《信息自由法》规定的第二类主动公开要求是“供公众查阅和复制”特定信息,各机关会在各自的办公地点设置专门的信息查阅和复制场所,也被称为阅览室公开。同时,行政机关也可以选择出版并出售的方式公开以上信息,此种方式与阅览室公开具有同样的效力。已经出版并出售的信息可以不放在阅览室中,而且这两类信息一般都不再接受申请者的申请,这已为大量判例所确认。如此的制度在运行的三十年间,亦遭受了批评:一是对于首都之外的人不便;二是法律并没有要求主动公开政府的信息,而多是对“法律”的公开,目前在于确保法的公开性。<sup>[65]</sup> 基于反思,学者们提出完善的建议,如认为主动公开应该是政府信息公开制度发展的重要方向,应和科技发展相协调。<sup>[66]</sup> 目前,该法仅仅施加了最低限度的主动公开义务,政府并没有义务主动去制作、编辑或者解释信息,对此必须加以改进。

为了适应科技的发展,1996 年修订对阅览室公开方式进行了修正,有两项内容特别值得关注:一是要求行政机关 1996 年 11 月 1 日之后的相关记录均要提供电子方式并上传政府网站,此类信息仅限于行政机关自行制作的信息。此举被称为“电子阅览室信息公开”,学者认为这是该法的一次伟大转变,意味着行政机关开始预测公众的申请需求并对之作出在线回应。<sup>[67]</sup> 同时,任何被申请过三次的信息也应公布于网络。二是在 1999 年 12 月 31 日前,要将已申请公开的记录且有其他申请者申请公开的,以及行政机关认为可能未来有其他申请者申请公开的记录的总目录加以电子化。此规定系修订创设的从依

[62] 参见 Margaret B. Kwoka, FOIA, Inc., 65 *Duke L. J.* 1361, 1429 (2016)。

[63] 参见后向东著:《美国联邦信息公开制度研究》,中国法制出版社 2014 年版,第 203 页。

[64] 中国学者总结为三个优势:一是可以减少各个行政机关的信息管理成本;二是提高公众获取重要政府信息的效率,提高政府信息的传播和利用效率;三是以信息公开机构为中心,实现政府重要信息的传递、保存、管理和归档一体化无缝衔接。参见邢永跃、徐少同:《美国联邦登记制度对中国政府信息公开的借鉴》,《电子政务》2013 年第 9 期,第 70 页。

[65] 参见 Frank Easterbrook, Privacy and the Optimal Extent of Disclosure Under the Freedom of Information Act, 9 *J. Legal Stud.* 775, 777 (1980)。

[66] 参见 David C. Vladeck, Information Access—Surveying the Current Legal Landscape of Federal Right-to-Know Laws, 86 *Tex. L. Rev.* 1787, 1792–93 (2008)。

[67] 参见 Michael E. Tankersley, How the Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996 Update Public Access for the Information Age, 50 *Admin. L. Rev.* 421 (1998)。

申请公开向主动公开的转化制度,意味着某些政府信息依申请对申请者公开后,如果有其他申请者再次申请公开该信息的,或者虽无申请但行政机关认为该政府信息可能会成为公众关注的重点,就应当按照“供公众查询和复制”的要求公开。这一制度明显有利于减少信息公开申请的数量,成为《信息自由法》中主动公开制度中重要的创新。不过实践运作并不理想,1996 年之前的信息仍然难以检索、复印,<sup>[68]</sup>因此 2016 年修订再次强制性要求行政机关一律以电子化方式公开政府信息。<sup>[69]</sup>

自奥巴马总统的数据开放战略实施以来,联邦对政府信息主动公开制度更加关注,司法部信息政策办公室多次发布有关指南,强调应主动公开多次申请的信息,进而减少申请者数量、方便公众检索和利用。<sup>[70]</sup> 就以往企业信息公开申请实践来看,商业利用的申请多为格式化数据,因此,对于批量信息,如检查报告、合同招标、警告信、福利等逐步开始实施主动公开。行政机关对信息展开相关的商业秘密和隐私保护审查后,确立主动公开目录,建立在线数据库,方便所有公众查询。如联邦职业安全和健康署将行政检查的结果公布于网站,任何人都可以输入企业名称查询到检查项目、违法情形等。据环境保护署统计,所受理的申请中大约 80% 是想获得有关地点或者特定地产环境污染的信息,企业得到信息后为顾客就商业地产提供相关的环境污染或者其他风险评估的建议。为回应这些需求,该署建立了名为“我的环境”的在线搜索,提供基于地址的检索。<sup>[71]</sup> 于是,公众、环境咨询公司、房地产企业等主体可以不再申请公开,而是直接使用该数据库检索,既便捷又促进了信息的平等使用。目前,司法部正在实施两项任务:“向一人公开意味着对所有人公开”以及建立整合的、涉及所有行政机关的信息公开申请端口项目。<sup>[72]</sup> 2015 年 7 月,司法部与七个行政机关启动第一项任务,目标在于不仅仅让申请者能够获得信息,而且将申请的信息向全体公众开放。这不仅仅是平等获得信息的体现,而且也是利用现代技术的结果。第二项任务在于建立整合性的端口,从而可以让申请者基于一个网站向任何一个行政机关提出申请,这也是 2016 年修法中的主要内容。此种作法类似信息公开申请的“一站式服务”,既可以提醒申请者已公布的信息或者查询申请进程,又可以帮助行政机关编译自己的年度报告等内容。

从这个视角来看,主动公开确实可以在某种程度上减轻目前因企业过度利用《信息自由法》而带来的问题。首先,会降低政府成本,减少公开迟延的现象。其次,防止信息的转售,保持政府公开的公共性,允许每个人平等地获取相关信息。再次,主动公开有益于私人市场的发展。例如小企业或者新的市场准入者并无足够的资源或者能力获取信息中介者的

[68] 参见 Michael Gerrard & Michael Herz, *Harnessing Information Technology to Improve the Environmental Impact Review Process*, 12 *N. Y. U. Envtl. L. J.* 18 (2003)。

[69] 参见后向东:《美国 2016 年〈信息自由法〉改革法案述评》,《电子政务》2016 年第 10 期,第 55 页。

[70] 参见 OIP Guidance, *Proactive Disclosure of Non-Exempt Agency Information: Making Information Available Without the Need to File a FOIA Request*, [https://www.justice.gov/oip/oip-guidance/proactive\\_disclosure\\_of\\_non-exempt\\_information](https://www.justice.gov/oip/oip-guidance/proactive_disclosure_of_non-exempt_information), 最近访问时间[2018-04-03]。

[71] MyEnvironment, U. S. Envtl. Protection Agency, <https://www3.epa.gov/enviro/myenviro/>, 最近访问时间[2017-10-03]。

[72] 参见 Melanie A. Pustay, *Memorandums to Messages: The Evolution of FOIA in the Age of the Internet*, 126 *Yale L. J.* F. 252, 254 (2016)。

服务,这可能导致它们会处于竞争的劣势。而当所有的主体均能够获取这些信息时,既有利于企业利用信息发展商机,亦有利于促进市场公平竞争。总之,行政机关开始考虑依申请公开和主动公开之间的关系,试图作出一些改变。不过,相关措施运作时间并不久,有关的成本收益问题仍然需要进一步衡量,如何了解公众对于信息的需求均需展开深入研究。<sup>[73]</sup>

### (三) 主动公开和数据开放政策的互动

美国对政府信息主动公开制度的重视与进一步提升透明度、行政资源有限、减少申请数量、为所有人提供平等获取信息机会的考量有关,更与网络和信息技术发展不无关系,结果必然使得政府信息主动公开与当前的数据开放政策相关联。<sup>[74]</sup> 那么究竟应当如何处理主动公开和数据开放之间的关系呢? 主动公开可否利用数据开放政策作出进一步的完善呢?

首先,要认知到两者之间仍然存在一定差异。《信息自由法》以权利为基础,多强调政府基于申请而作出回应。数据开放强调合作、参与的价值,为创造商业机会和促进科技发展提供机会。<sup>[75]</sup> 就开放的数据内容而言,不仅仅包括政府信息,而且涉及许多价值较高的信息,其可能来源于政府的科研,也可能来自私人机构。<sup>[76]</sup> 数据开放提供机器阅读并可以检索,便于对比和利用,无疑更适合当今社会对于信息使用的需求。目前美国联邦约有 20 万个在线数据库,且置于一个端口之下,方便公众查询、分类和比对分析。<sup>[77]</sup>

其次,两者均会面临行政资源有限、无力创建新的数据库的困境,更涉及到对个人隐私、商业秘密保护不力的问题。<sup>[78]</sup> 实践运作中可能会引发两个极端现象发生:一是行政机关公开大量数据,却未考虑国家秘密、商业秘密、个人隐私之间的平衡;二是行政机关有意不公开相关数据。<sup>[79]</sup> 当然,通过技术可以予以完善,<sup>[80]</sup> 技术和法律之间的契合程度将决定着信息公开、数据开放和商业秘密保护之间的动态平衡。这些关切可能会使得两种制度具有一定的关联性。

再次,应该看到主动公开或者数据开放制度运行时间并不久,大量的政府信息仍处于未开放状态。为了实现有效的治理,有必要使两者实现互动和互补,促进主动公开制度的完善。虽然两者价值取向不同,但在顶层设计时要考虑融合性,增强政府信息业务主管机

[73] 参见 David E. Pozen, Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act, 165 *U. Pa. L. Rev.* 1097, 1150 - 52 (2017)。

[74] 参见 Exec. Order No. 13,642, Making Open and Machine Readable the New Default for Government Information, 78 *Fed. Reg.* 28,111 (May 9, 2013)。

[75] 参见 Beth Simone Noveck, Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency, 19 *Yale Hum. Rts. & Dev. L. J.* 1, 3 - 6 (2017)。

[76] Making Open and Machine Readable the New Default for Government Information, Exec. Order No. 13642, 3 *C. F. R.* § 13642 (2013)。

[77] Data Catalog: Organization Types, <https://catalog.data.gov/dataset#sec-organization-type>, 最近访问时间[2018 - 02 - 02]; Nathan Cortez, Regulation by Database, 89 *U. Colo. L. Rev.* 1, 1 - 2 (2018)。

[78] 参见 Ira Bloom, Freedom of Information Laws in the Digital Age: The Death Knell of Information Privacy, 12 *Rich. J. L. & Tech.* 1, 1 (2005 - 2006)。

[79] 参见 Cary Coglianese et al., Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration, 77 *Geo. Wash. L. Rev.* 925, 937 (2009)。

[80] 参见 Paul Ohm, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization, 57 *UCLA L. Rev.* 1701 (2010); Felix T. Wu, Defining Privacy and Utility in Data Sets, 84 *U. Colo. L. Rev.* 1117 (2013); Jane Yakowicz, Tragedy of the Data Commons, 25 *Harv. J. L. & Tech.* 1 (2011)。

关和数据开放主管机关之间的交流,从而建立“一站式”服务,便于公众申请与检索政府信息。要形成被动公开向主动公开转化的科学机制,将那些可能会被频繁申请的政府信息转为主动公开信息。主动公开制度层面应尽可能利用技术手段,将信息置于网上并可检索,既满足所有人的知情权又易于数据分析和商业利用。同时,数据开放制度的保障亦可以通过信息公开诉讼加以实现。<sup>[81]</sup>

当然,时代在发生变化,《信息自由法》正面临着如何修正并合理利用才能够达致立法目的的问题。进一步讲,在当代大数据背景下,政府如何主动公开信息或者开放自己的数据?企业如何利用这些数据?如何在商业利用、市场利用和商业秘密保护、鼓励创新之间实现多维度平衡?在未来研究和制度设计中,必须对这些问题予以重点关注。

## 四 结 语

信息对于任何主体的价值不言而喻,收集、掌握较为翔实的商业信息是政府决策的前提。行政机关行使权力时,均会从企业强制性或合作性地获得无数商业信息。美国联邦自《信息自由法》颁行以来,在某些行政领域,企业业已成为申请政府信息公开的主要力量,它们或者利用该法获取竞争对手的数据,或者将数据转售用以谋取利润。《信息自由法》的商业利用使得行政效率更加低下,这种现象与该法的立法初衷相抵牾。本文展开深入分析,研究认为行政机关、司法机关在适用该法的例外情形之时,以最大化平衡公共利益和私人利益为目标,较为灵活地适用法律而非断然否定公开或者直接公开;同时指出,政府信息公开的商业利用确实给行政机关运作带来压力,然而美国联邦基于平等获取政府信息的理念并没有限制此种商业利用。相反,学者们建议应该完善主动公开制度,充分利用网络和信息技术,使公众均能够及时平等地利用这些数据。联邦行政机关的新作法践行了这一理念,但也带来了一些需要解决的新课题。

事实上,包括美国在内的许多国家在适用信息公开法方面均面临着所谓的“滥用”现象,无论出于为善或者为恶的初衷。这一现实也使得行政机关、法院对于信息公开法中的例外情形的适用变得极具意义。当然,错误或者不当地拒绝信息公开,又将损害信息公开法的目的。因此,在这一点上,美国联邦适用《信息自由法》之时并不会考量申请者的身份或者申请理由,即使收费会因申请目的不同而有所差异,但这种考量也是基于立法目的出发。在中国,自各地方及国务院的信息公开法规范颁行以来,均出现了所谓的“政府信息公开专业户”,于是限制信息公开申请主体的提议也相继自实践部门产生。当然,也有人提议利用收取费用来约束相关的申请者。新近公布的中国《政府信息公开条例(修订草案征求意见稿)》第36条第3款规定:“申请人向行政机关申请公开大量政府信息,行政机关无法在前款规定期限内答复申请人的,行政机关可以延迟答复并告知申请人。”这一条款是针对中国目前存在少数政府信息公开申请人纠缠行政机关,申请公开大量的、琐

[81] Public. Resource. Org v. U. S. Internal Revenue Serv., 78 F. Supp. 3d 1262 (N. D. Cal. 2015), appeal dismissed No. 15 - 15607 (9th Cir. June 24, 2015).

碎的政府信息现象而设。有人指出这些申请并非基于立法目的,会造成公共资源的浪费。不过,条款中什么是“大量政府信息”、如何鉴别符合立法目的的大量政府信息的申请情形并不明确。对此有人认为应在修法中指出,如果行政机关能够认定申请人明显与立法目的不相符的不正当动机,可以采取相应的限制措施。然而,如此作法的结果:一方面有违信息公开面向“任何人”的初衷;另一方面,可能导致这些人转而指使其他人来申请,并无本质性改观。倒不如采用收费的方式来加以调节,如可建议申请用于商业开发、或者向行政机关申请大量有关土地利用、城市规划等政府信息之时,以阶梯式地收费。更为可行的是利用网络和信息提升主动公开的质量,进而减少依申请公开的数量,切实体现公众平等获取政府信息的理念。

[本文为作者参与的国家社会科学基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”(17@ZH014)的研究成果。]

---

[**Abstract**] The United States Freedom of Information Act has encountered some criticisms in its over 50 years of application, such as inefficient administration, incomplete information provision, and the failure on the part of courts to effectively supervise administrative organs' claims of confidentiality. However, what deserves the most attention is that news media organizations think that government information is mostly commercialized by enterprises, which is against the purpose of the legislation, namely the fair access to information. The opinion, held by U. S. scholars and practitioners, that restricting the commercial use of government information is not reasonable, so to comprehensively apply and improve the existing mechanisms and to establish new ones for coping with new technology development should be considered as the solutions to the problem. Firstly, courts should take full advantages of case law to balance the relationship between business secrets and public interests, so as to ensure that the information of enterprises is not illegally obtained and to enhance the government's ability to obtain all kinds of information and make reasonable decision. Secondly, scholars should carry out further study on the establishment of a reasonable fee-collection system. Factors to be taken into considerations in their study include the right to apply for information, the necessary cost to be borne by applicants, and the cost of administrative organs. Thirdly, the government should improve and innovate proactive disclosure system. Proactive disclosure can significantly reduce the number of applications of information disclosures, enable government agencies to release more information and enhance its value. Internet and information technology should be used to realize the integration and innovation of the open data system in the future.

---

(责任编辑:田 夫)