

2011年春季卷 总第22卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 上官丕亮 方新军

東吳法學

倪徵暎題



知情权是一项基本人权吗？〔英〕帕特里克·伯金肖

协商民主的宪政价值 〔日〕松原芳博

紧急避险 〔日〕松原芳博

工资集体协商：权利、主体与模式的视角 〔孙国平

宽容的法律意蕴 〔曹保山

學大吳東

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2011年春季卷 总第22卷

東吳法學

倪徵暎題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2011 年春季卷: 总第 22 卷 / 周永坤主编.
—北京: 中国法制出版社, 2011. 6
ISBN 978 - 7 - 5093 - 2917 - 7

I. ①东… II. ①周… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 105830 号

策划编辑 冯雨春

责任编辑 张婧

封面设计 蒋云羽

《东吴法学》2011 年春季卷 (总第 22 卷)

DONGWUFAXUE 2011NIAN CHUNJIJUAN (ZONG DI 22 JUAN)

主编/周永坤

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2011 年 6 月第 1 版

印张/ 17.25 字数/ 296 千

2011 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2917 - 7

定价: 52.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288

东吴法学
Soochow Law Review
2011 年春季卷
总第 22 卷



主编 周永坤
副主编 上官丕亮
方新军

学科编辑

法理学: 庞 凌
法律史学: 方 潇
宪法学: 上官丕亮
行政法学: 章志远
民法学: 方新军
刑法学: 王昭武
诉讼法学: 刘 磊
经济法学: 朱 谦
国际法学: 赵艳敏
编务编辑: 刘 倩
张 顺

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号
苏州大学王健法学院
Kenneth Wang Law
School, Soochow University
《东吴法学》编辑部

联系电话

0512 - 65227483

编辑部电子信箱

dwx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

宪政研究

知情权是一项基本人权吗?

..... [英] 帕特里克·伯金肖 李松锋译(1)

协商民主的宪政价值 江国华 丁道明(25)

论地方立法权 王 锴(54)

刑事法专论

紧急避险 [日] 松原芳博 王昭武译(76)

论罪刑法定原则在我国的困境及其出路

——以“行唐案件”为视角 刘长秋(87)

共同正犯的未完成形态研究

——以大陆法系刑法为视角 李冠煜(97)

黑恶势力犯罪法律适用问题研究

——以肖某涉黑案为切入点 马永平(109)

历史、趋势与语境: 我国侦查程序改革的宏观

反思与研判 林喜芬(121)

民事权利研究

流动人员的亲权保障考察

——以杭州下沙为例 崔兰琴(133)

“隔代探望”案的法理思考 林 海(144)

物权变动的区分原则及其逻辑贯彻 钟 维(161)

工资集体协商: 权利、主体与模式的视角 孙国平(178)

韩国金融服务市场开放的历史与现状 沈 滢(198)

法理学

法典之下的法官造法 魏磊杰(214)

中国征收土地房屋法律制度中公共利益原则

之历史演变 顾长浩(229)

宽容的法律意蕴 曹保山(241)

法史学

传统文化中的“两大情结”对法治建设的负面

影响 石文龙(254)

中国最早的大学法学院之考析 孙 伟(264)

《东吴法学》稿约 (269)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 22

Spring 2011

No. 1

CONTENTS

Freedom of Information and Openness:

- Fundamental Human Rights? Patrick Birkinshaw Translator: Li Songfeng(1)
- Constitutional Value of Deliberative Democracy Jiang Guohua Ding Daoming(25)
- On Local Legislative Power Wang Kai(54)
- Urgent Danger Prevention Matsubara Yoshihiro Translator: Wang Zhaowu(76)
- On Dilemma for the Principle of Guilt and Punishment Determined by Law
and Its Solution: A Perspective from Case of Xingtang Liu Changqiu(87)
- A Study on Inchoate Situation of the Joint Perpetrators: In the View of
Criminal Law in Continental Law System Li Guanyu(97)
- Study on Law Application in Underworld and Evil Forces Crime:
Through the First Underworld Property Case in Somewhere ... Ma Yongping(109)
- History, Trend and Context: A General Reflection on China's
Investigative Procedure Reform Lin Xifen(121)
- Investigation on Floating Populations' Parental Right Guarantee:
With Xiasha Area in Hangzhou for Example Cui Lanqin(133)
- The Jurisprudential Discussion on Visitation of Grandparents Lin Hai (144)
- The Principle of Distinction in Real Right Alteration and Its
Logic Implementation Zhong Wei(161)
- Collective Consultation on Wages: Perspective on Parties,
Rights and Models Sun Guoping (178)

Past and Present: Financial Services Market Opening in Korean	Shen Ying(198)
The Creation of Judge - made Law under the Civil Code	Wei Leijie(214)
The Historical Development of the Principle of Public Benefits in Land and House Condemnation of China's Legal System	Gu Changhao(229)
The Legal Significance of Tolerance	Cao Baoshan(241)
The “Two Big Complexs” Have Certain Negative Influence to the Government by Law Construction in the Traditional Culture	Shi Wenlong(254)
Analysis the Earlist law School in China	Sun Wei(264)
Instruction for Authors	(269)

知情权是一项基本人权吗？

[英] 帕特里克·伯金肖* 李松锋译**

今年晚些时候，美国将要庆祝《信息公开法》颁行四十周年。在英国，我们仅仅是刚开始美国在 1966 年就开始的旅程。英联邦于 2000 年制定了信息公开法，但到了 2005 年 1 月 1 日才付诸实施，足足等了四年。苏格兰在 2002 年通过了《信息公开法》，涵盖了苏格兰的公权部门。现在追问知悉政府信息，或说是信息公开，是否为一项基本人权或根本性权利，应当说是一个合适的时候。本文认为知情权应当作为一项基本人权，这种观点在欧洲已经流行。我认为，不管是在大陆法系还是普通法系，知情权都是一项基本人权。但正如我所解释的，英国法中新近才有了基本人权的概念，且通常认为这些权利并不包括知情权。

我不再专门陈述那些支持人权或认可人权性质的一般论述。本文充分体现了这些观点。我将论述知情权应和国际上通常所接受的言论自由、获得司法的公平裁决，以及隐私保护等权利一道作为基本人权之一。知情权在两种意义上是重要的：首先，它是认识其他人权（诸如刚才列举的那些）的工具；另外，在以人民的名义建立的民主政府社会，信息公开发挥着至关重要的作用。正是这双重重要性，使得知情权成为一项人权。

一、背景

本部分追溯透明和公开概念在美国与欧洲的发展演化。以此为背景，介绍欧洲法律传统、概念和制度，希望有助于读者理解我将信息公开的发展作为一项政治和法律

* 英国赫尔（Hull）大学公法教授和欧洲公法研究中心主任，《欧洲公法》（European Public）杂志编辑，同时担任上议院公共管理选举委员会特约顾问。

** 中国政法大学法学院宪法与行政法专业博士研究生。

理论,继而作为一项人权的个中奥妙。

英联邦是欧盟的一个成员国。欧盟具有北美自由贸易协定 (NAFTA) 的一些特色,但它是一个确保国家间自由贸易的国际社区,是建立在人员、货物、资本和服务自由流动以及自由加入联盟的基础之上的,事实上它拥有一个国家具备的所有能力(权力)。除了一些重要的例外,它实际上拥有一个国家所具备的一切。联盟背后的理念是防止诸如二十世纪起源于欧洲的那些世界战争。当 1993 年《马斯特里赫特条约》(Maastricht Treaty) 付诸实施时,欧盟分为三个重要组成部分。第一个是所谓的欧洲共同体。它的法律——条约、规章、指令和决定——可以约束所有的二十五个成员国。起初是六个成员国。比较容易混淆的是,在《马斯特里赫特条约》订立之前,欧盟常被称作欧洲共同体 (EC)。“欧盟”和“欧共体”常交互使用,但严格来说,欧共体只是欧盟的一部分。欧共体法中发挥作用的大多是行政法。欧盟的司法机构,欧盟法院 (ECJ) 和欧盟初审法院 (CFI) 已经大量地借用成员国的法律来发展欧盟法律理论。在共同体的能力范围之内运行的欧共体法高于成员国法。欧盟协议中明确规定了这一点 (目前是《尼斯条约》,在 2003 年生效)。欧共体法也可以直接发生效力。换句话说,个人可以在其国内法院使用欧共体法,这些法律所规定的权利和义务优先于国内法。它们不再仅仅是具有国际法的特征。1960 年代,司法机构和欧共体法院在判例法中确定欧共体法规定了其高于国内法的法律位阶,以及欧共体条约的条款可以直接在国内法律体系中生效。^[1]这仍旧是一种法律定位。等同于普通法上马伯里诉麦迪逊案给宪法带来的发展。各成员国的法律体系不同,因此对这种关系的认识不可能一致,但“主权”并没有导致无法解决的重大实际问题。

除了欧共体,《马斯特里赫特条约》还设立了另外两个组织,现在称之为共同外交与安全政策 (第二个) 和关注解决刑事犯罪问题的自由、安全和公正 (第三个)。这三个组织共同组成了欧盟。正如刚才提到的,现在常常将欧共体称作欧盟。第二个和第三个组织并没有对国内法的约束措施。和欧共体法不同,他们仅具有国际义务或者说是政府间需要进一步达成一致协议。各成员国中的欧盟反对者指责欧盟变成了一个巨大的联邦,认为特别是欧盟法院行使了欧盟协定中没有授予它的权力。欧盟的主要机构是上述法院、部长理事会、委员会和欧洲议会。部长理事会由各成员国派出一名部长组成,可根据不同事务指派不同的部长。部长理事会作为一个决策机构制定规章和选举欧洲议会。委员会承担了多项职能,称其为欧盟的行政机构也是比较恰当的。

2001 年启动了一项程序,旨在为欧盟和各成员国起草一份宪法性协议,即欧盟宪

[1] See Case 26/62, Van Gend & Loos v. Neth. Inland Revenue Admin., 1963 E. C. R. 3; Case 6/64, Costa v. ENEL, 1964 E. C. R. 1141.

法（EUC）。由于采用条约的形式，所以必须要根据各成员国自己的宪法制度来达成同意，并进行批准。关于欧盟宪法的优缺点在各成员国之间展开了广泛的争论。从下下来看，欧盟宪法通过把欧盟统一在一个法律体之下，简化复杂的欧盟结构。各组成部分将合为一体。欧盟宪法还将引入一个基本权利宪章，列举出哪些权利可以合法地受到约束。该章把欧盟各部门持有的信息进行公开或获得这些信息作为一项基本人权。该章目前在地位上是政府间协议。整个宪法要获得各成员国的同意和批准之后才能生效。2004年6月，各成员国政府同意了欧盟宪法。2005年，法国和荷兰经全民公决后否决了欧盟宪法。很大程度上是担心东部的廉价劳工大量涌入他们的市场。英国政府支持欧盟宪法，但要等到荷兰和法国解决了这个问题之后再行全民公决。而普遍认为英国的大多数选民会否决欧盟宪法。^{〔1〕}依我的判断，欧盟宪法尽管被推迟了，但绝不会被击败。

最后，我提一下欧洲理事会、欧洲人权法院（CHR）和欧洲人权公约（ECHR）。这些都完全独立于欧盟，是在二战后出现的。理事会的管理规则是欧洲理事会的成文法（CETS NO: 001，批准于1949年8月3日）。欧洲理事会旨在防止再现苏联共产主义和纳粹主义者的暴行。理事会集中于提升整个欧洲的人权。理事会拥有欧洲的46个成员，包括土耳其。欧洲人权公约也独立于欧盟，是一个旨在保护公民和政治权利的国际条约。虽然“人权”这个概念是在相对比较晚近的时候才为英国法所熟知，但英国法律人在公约起草过程中还是发挥了很大的影响力，公约从英国普通法中获得灵感。包括英国在内的一些国家把公约融入他们的国内法。在英国是通过1998年的《人权法案》（HRA）吸收了公约的内容，^{〔2〕}该法案在2000年10月付诸实施。与此前相比，《人权法案》为英国的人权保护发挥了相当大的作用。该法案也导致高级法院和政府在对待和拘留未经审判的恐怖嫌疑人上出现冲突。^{〔3〕}

二、基本概念

随着美国《信息公开法》周年纪念的到来，以及新近英国《信息公开法》的实施，适于反思获得政府信息或信息公开的发展，追问这项制度是否是一项基本人权或根本性权利。我采用两种表达方式——获得政府信息和知情权——来表达同一个事情，因为知情权向来不是意味着可以不受限制地获得所有信息。这不是一项许可。虽

〔1〕 See Chris Johnston, *Tories and UKIP Claim Agreement is Bad for Britain*, TIMES (UK), June 19, 2004, at 4 (quoting Michael Ancram, the Shadow Foreign Secretary).

〔2〕 See generally Human Rights Act, 1998, c. 42 (UK).

〔3〕 See, e. g., *A v. Sec'y of State for the Home Dep't*, [2005] 2 A. C. 68 (H. L.) (appeal taken from Eng.).

然信息公开法中应当以公开为原则，但总还是存有一些限制。

尽管一致认为英美政府不断地侵犯这些权利，但人权话语已经成为善治的护身符。^{〔1〕}在欧盟，导致在欧共同体与成员国的关系上产生重大宪法剧变的原因之一，是当德国漠视对人权的保护时，依据欧共同体法，欧盟法院又不能对人权提供足够的保护。^{〔2〕}最新的发展把人权宪章看作欧盟宪法的一部分（欧盟宪法总共有四部分，这是第二部分），如果欧盟宪法得到成员国的接受，并且不仅仅是政治部门和政府间的协议，那么宪章中就包含有法律权利。欧盟法院自身已允许人权超越条约中包含的基本自由，譬如货物的自由流通，以保护基本的言论和表达自由权。^{〔3〕}在欧盟法院看来，允许表达自由并不会与货物自由流通之间形成“不成比例和不可接受的”冲突。^{〔4〕}在英国，欧洲人权公约中重要的权利条款（第一议定书和第六议定书中除了第 13 和 15 条之外的第 2 至 18 条，其中第六议定书是禁止死刑）已被纳入（尽管不是整个公约）1998 年的《人权法案》。《人权法案》详细界定了英国法官的权力，他们不能干涉议会主权。法官只能判决一部成文法违反了人权法案，但不能像美国法官那样否决成文法。目前的潮流是强化人权意识。信息公开应该加入人权行列吗？

当政府号称是一个民主的政府，却不符合这种修辞时，透明、公开和获得政府持有的信息作为对政府这些瑕疵和政府运转的补救，受到广泛的赞同。联合国在 1946 年 12 月 14 日通过的那份著名的联合国大会决议上认可了知情权：“知情权是一项基本人权，并且是一项标准，用来判断其他所有联合国视之为神圣的自由”。^{〔5〕}1948 年联合国大会所采用的《世界人权宣言》第 19 条赋予了：“通过任何媒介和不论国别寻求、接受和传递消息与思想的自由。”在 1952 年 10 月联合国大会第七届社会和人道事务委员会上，英国代表“表明他们的观点：知情权和出版自由不仅是一项基本人权，是判断联合国宪章中其他所有自由的标准，而且对于维护和平与民主来说也是至关重要的”。^{〔6〕}会议所讨论的这项权利关注的是寻求和传递信息，而不是获得政府持有的文件。^{〔7〕}

作为提升全欧洲人权的欧洲理事会，其部长理事会在 1981 年通过了一项关于获

〔1〕 See Michael L. Tan, *Torture and terror*, PHIL. DAILY INQUIRER, May 12, 2004, at 15, http://inq7.net/opi/2004/may/12/text/opi_mltan-1-p.htm.

〔2〕 See Juliane Kokott, *German Constitutional Jurisprudence and European Integration*, 2 EUROPEAN PUB. LAW 237, 414 (1996).

〔3〕 See Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Republik Österreich*, 2003 E. C. R. I-5659.

〔4〕 See *id.* 80.

〔5〕 G. A. Res. 59 (I), at 95, U. N. Doc A/64 (Dec. 14, 1946).

〔6〕 BARON RADCLIFFE OF WERNETH, *FREEDOM OF INFORMATION: A HUMAN RIGHT* 6 (1953).

〔7〕 RADCLIFFE, *supra* note 28, at 18.

得信息文件的备忘录。^[1]在此之前，从1953年开始生效的《欧洲人权公约》就提到了许多公开和信息方面的内容。然而，正如我们在下文将要看到的，《欧洲人权公约》第十条（保障言论自由）并没有规定获得政府持有之信息的权利。可能涉及到知情权的主要是其他方面的权利，诸如家庭和私人生活的保护（第八条），获得公正（第六条）以及言论自由（第十条）。欧共体/欧盟广泛使用“透明”一词已有15年了，同时在1993年初步规定了获得信息文件权。^[2]在国家层面，瑞典在1766年通过了出版自由法，法国自1978年就有了关于获得官方文件的法律。^[3]目前，五十多个国家都有了获得信息方面的法律。诸如欧盟这样的国际组织也在条约的基础上通过了获得信息的法律，^[4]通过的欧盟宪法草案也在以下三个方面规定了获得信息的规则：（1）作为宪法措施，^[5]（2）作为基本人权，^[6]（3）作为依据欧盟宪法第三部分修订协议下的条款。^[7]改革者的志向是逐步在全球范围内达到信息公开。

然而，新的问题出现了。信息公开在国家层面风光的同时，也得到相当多的反对。最著名的例子是自2001年9·11之后信息公开在美国的发展所提出的问题。许多盎格鲁-撒克逊人就是从美国——以1966年《信息公开法》为例——的信息公开立法中获得灵感。^[8]在英国，国内立法和政府实践方面并没有什么启示，传统上都是通过严刑峻法保护官方机密，而不是公开和获得信息。^[9]1966年的《信息公开法》在1974年才获得生机。那些把各部门、机构和联邦咨询委员会的会议公开给公众的法律增加了政府的透明度。^[10]由于9·11，美国率先撤销了信息公开，最著名的是通过了《国土安全法》，以及隶属该法之一部分的《关键基础设施信息资源法》（Citi-

[1] See Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R. (81) 19 (Nov. 25, 1981).

[2] See Council Decision 93/730, 1993 O. J. (L 340) 41-42 (EC); Council Decision 93/731, 1993, O. J. (L 340) 43-44 (EC); Commission Decision 94/90, 1994 O. J. L 46/58; Council Decision 93/662, art. 7, 1993 O. J. (L 304) 3 (EC); Council Decision 95/c 213/47, 1995 O. J. (C 213) 22-23 (EC).

[3] Law No. 78-753 of July 17, 1978, Journal Officiel de la République Française [J. O.] [Official Gazette of France], June 7, 2005, amended by Law No. 2000-321 of April 12, 2000, Journal Officiel de la République Française [J. O.] [Official Gazette of France].

[4] See Consol. Version of the Treaty Establishing the EC, Dec. 24, 2002, art. 255, 2002 O. J. (C 325) 135 [hereinafter Consolidated Version]; Council Regulation 1049/2001, 2001 O. J. (L 145) 43.

[5] See Treaty Establishing a Constitution for Europe, Dec. 16, 2004, art. I-50, 2004 O. J. (C 310).

[6] See id. Art. II-102.

[7] See id. Art. III-399.

[8] See DEPT OF JUSTICE, FREEDOM OF INFORMATION ACT GUIDE AND PRIVACY CT OVERVIEW (Pamela Maida ed., 2004 ed.).

[9] See PATRICK BIRKINSHAW, REFORMING THE SECRET STATE 22 (1991).

[10] See Federal Advisory Committee Act, Pub. L. No. 92-463, 86 Stat. 770 (1972); Government in the Sunshine Act of 1976, Pub. L. No. 94-409, 90 Stat. 1241 (1976).

cal Infrastructure Information Act),《美利坚联邦爱国法》以及其他措施。^[1]

本文的目的是提出以下问题,并试着给出一些初步的回答:开放政府和信息公开对于民主来说是必须的吗?如果是,那么是什么形式的民主?民主是一种政府形式,旨在通过平等权平等对待每一个人,以及在行使政府权力方面对每个人给予相同考虑。因此,我们发现保护人权的民主政府获得了普遍接受——如果不是断言的话。然而,除了一个特别的例外,基本人权的概念里很少包含获得信息的权利。欧洲的一些宪法,通过各种形式的宪法措施规定了获得政府信息的内容。^[2]南非 2000 年的《获得信息促进法(2)》规定其目的是落实获得政府所持信息的宪法权利。但美国、法国和德国的宪法并没有这些规定。英国没有一部成文宪法,而有一系列被称为“宪法”的宪法性法律、惯例和实践。但没有一处表明信息公开是一项人权。联合国 1946 年那份有先见之明的决议,^[3]即“知情权是一项基本人权”,在别处很少提到。

接下来的问题是:知情权应该被作为一项基本人权吗?如果是,那么它与其他人权和诸如保证自由和秘密选举、有效治理,甚至更基本的保证食物供应等这些民主政府的基本特征相比地位如何呢?它是比这些更重要的一项权利吗?如果它是一项基本人权,那么它仅是伴随着民主权利的发展,以及维持民主要求的社会与公共组织的出现而出现的吗?从简单代表制到高级参与制的民主发展必然意味着信息公开吗?换句话说,知情权仅出现在民主社会的高级阶段吗?如果是这样,主张普遍性的信息公开还合理吗?

首先,我们需要探讨这些术语的含义。

三、一些解释

1. 知情权

知情权意味着,作为一项假定的权利,个人能够获得公共部门持有的信息。对该项权利,应有合理且又明确界定的时间限制。在一些体制下,尽管可能也有信息公开,但只限于对公民或永久性居民公开。美国和英国的《信息公开法》中没有这样的限制。作为一项权利,只有法律才能对其作出限定。这是强加给其他主体的义务。为保护公共利益或安全,或保护商业秘密、个人隐私之类的事物,必然会规定一些不予

[1] See Symposium, Federal information Practices in the Dawning Homeland Security Era, 4 GOV'T & INFO. Q. (2004); G. M. STEVENS, HOMELAND SECURITY ACT 2002: CRITICAL INFRASTRUCTURE INFORMATION ACT (Congressional Research Service 2003).

[2] See Case C-58/94, Kingdom of the Netherlands v. Council of the EU, 1996 E. C. R. I-2169, 2179 n. 16; Draft Freedom of Information Bill—First Report, 1998-99, H. L. Bill [97].

[3] See G. A. Res. 59 (I), at 95, U. N. Doc A/64 (Dec. 14, 1946).

公开的信息，以对该项权利进行限制。^{〔1〕}总是会设定一些不予公开的标准，公权部门主张不予公开时，要承担证明责任。经常出现某信息尽管是不予公开的，但公共利益标准要求，如果公开符合更大的公共利益，则应当公开。英国信息公开法中，有 23 款规定了不予公开的内容。当然事实上要多于 23 项不予公开的信息，因为有的一款中包含了多项不予公开的内容。在这 23 款不予公开的规定中，除了 8 款作为例外，其余都可根据公共利益的需要而公开。该权利包括获得公权（英国法还包括议会）部门持有的信息、记录、文件或电子文档，简言之，包括以任何形式储存的信息。

新近的法律把注意的目标转向履行公共职能或（英国）由部长大臣任命作为“公共”部门的私人主体，^{〔2〕}或是（南非）干涉个人权利的私人主体。^{〔3〕}而不予公开的信息包括国家安全、个人隐私、商业秘密、国防利益、国际关系以及妨碍刑事侦查和起诉或法律执行程序等这些典型内容。联合国信息公开草案在强调该权利中的言论自由方面时规定：不适合未成年人的信息作为例外信息，不予公开。对此，必然需要一个独立的裁判者，以法院或委员会的形式存在，来裁决有争议的主张。可以想象得到，不同的体制具体细节会有不同。本文集中关注获得信息权。

2. 透明

透明的含义非常广泛。早在 1990 年代初期，当认识到透明有助于防止欧共体运作中的民主瑕疵和复杂性时，欧共体内就广泛吁求透明。不久，欧共体变得更加复杂，1993 年的《马斯特里赫特条约》生效后，三个主要组织间的界限也不再清晰，欧共体改名为欧盟。获得信息是透明的组成部分，但透明还要求公开处理事物或接受公众审查。这意味着官方的决定和活动应存有可视的记录，以便公众随后获得这些信息。透明意味着决定要有合理解释。当权力影响到公共福利和个人利益时，应当以肯定或否定的形式给予足够的理由。透明还意味着治理和立法的程序尽可能公开且通俗易懂，对过程要予以简化，以便公众易于理解。复杂化、紊乱无序和保密都是透明所强烈反对的。

3. 公开

公开与透明非常相似。它不仅仅是获得一些信息文件，了解公共部门公开的活动程序和会议信息。美国《阳光下的政府法》和《联邦咨询委员会法》实际上既是透明也是公开的例子。公开意味着关注的是过程，让我们能看到政府运作的过程和从事的活动，当然也有一些必要的例外，不予公开。根据 1985 年《获得地方政府信息法》的规定，英国地方政府的事务处理必须公开，这是确保政府行为合法的必要条件。这

〔1〕 See, e. g., 5 U. S. C. § 552a (j) (2000).

〔2〕 See Freedom of Information Act, 2000, c. 36, § 5 (U. K.).

〔3〕 See Promotion of Access to Information Act 2 of 2000, s. 3.

一点要远比国家政府做得好。即便在 2005 年 1 月 1 日英国的《信息公开法》已开始生效,个人获得了信息公开申请权,但内阁和政府部门的运作仍和往常一样保密。内阁实际上是一个政党委员会,起源较为模糊,是随着枢密院和议会的发展而出现的,现是英国的管理机构。尽管它不是依据法律组建的,但它的议程受保密法的保护,商议过程也纳入英国《信息公开法》各种各样的不予公开内容之中。^[1]英国也在贬义上使用公开一词。英国政府用它来免除向申请者提供信息的法律责任。他们认为,在这个意义上,开放政府意味着依据那些未创设权利且不具法律地位的规则来提供申请者需要知悉的信息。^[2]英国下议院的公共管理委员会,以及它关于《信息公开法》的报告都以一种批评的方式使用“开放政府”一词,认可了开放政府批评者们的观点。^[3]我喜欢在更广泛的意义上,且不是贬义地使用这个术语。欧盟委员会《关于欧洲治理的白皮书》,^[4]以及在讨论有关欧盟“开放的协调方式”(旨在成员国之间达成社会福利和雇佣方面的发展)时均以公开为原则。批评意见认为这些发展涉及到“软”条款,没有得到合法权利的支持。

四、反对信息公开的论点

今天,开放意味着程序公开,信息公开已被公认为责任政府的必要组成部分。目前能够收集到的反对观点,概括起来就是认为它们破坏了以下几点:

1. 代议民主

政府就像一只天鹅——所有的高雅和宁静都在表面,所有的龌龊和杂乱都隐藏在下面,不被看到。代议制政府的确切含义是,政府和议会代表了英国公民。除了秘密投票之外,公民不参与治理。政府事务最好是审慎和严谨的。至少在英国式的议会政府体制下,政府里的反对意见不应当披露。所有能够公开的就是天鹅表面的安详。不需要看到表面之下的艰辛努力和政府运作中出现的所有不同意见。

2. 效能政府

强大政府的核心责任是保护人民。正如上文对 9·11 之后立法的分析,这已成为美国政府反对信息公开的众多理由中极为重要之一点。从效率来看,过多地公开必将

[1] See Freedom of Information Act, 2000, c. 36, § 35-36 (UK).

[2] See generally DEPT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS, OPEN GOVERNMENT: CODE OF PRACTICE ON ACCESS TO GOVERNMENT INFORMATION (2d ed. 1997), <http://www.gov.uk/foi/ogcode981.htm>.

[3] See SELECT COMMITTEE ON PUBLIC ADMINISTRATION, THIRD REPORT, 1998-99, H. C. 570-1, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199899/cmselect/cmpubadm/570/57006.htm>.

[4] See generally COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, EUROPEAN GOVERNANCE, A WHITE PAPER (2001), http://europa.eu.int/eurlex/en/com/cnc/2001/com2001_0428en01.pdf.

削减政府提供公共服务，以及从事其他能力的资源。信息公开制度已经设置了保护措施，对政治对手和媒体的申请给予严格审查，政府在答复过程中存在不必要的拖延、作假和推脱，将导致诉讼。政府难道没有比玩这种游戏更好的事情吗？比如在英国，宪政事务部（DCA）设立了专门的办公室，作为信息公开的主要管理机关，对困难申请的答复和相关进程予以协调。信息公开的反对者可能认为这浪费了政府时间，但宪政事务部认为它的作用对于答复的一致性来说是必要的。在这些事务上花费时间就意味着对政府和治理中的紧迫事务减少关注吗？有效率的政府意味着政府私下里需要时间去阐明它的政策并考虑作出选择，而公开则可能抑制了这个过程。

3. 内阁责任（英国）

这主要是英国式内阁提出的理由。惯例（习惯和实践）上部长必须是平民院或贵族院的议员。作为部门负责人的部长应当对他的政策向议会负责，并向议会报告和解释他的行为。然而，允许公开获得政府信息将有损这样的责任。这个理由的空洞早在许多年前就被揭穿了。

4. 议会至上（英国）

这又是一个在英国逃避信息公开的典型理由。不对英国法治经验刨根问底，是很难对议会至上原则有一个清晰的理解。这是英国立宪主义的核心支柱。没有任何成文立法授予议会至高无上的地位，而是起源于普通法。在英国政体中，议会和君主（国王在议会中）不仅是一个主权立法者（尽管对最终主权何在这一问题存在激烈的争论，但欧盟的成员资格还是对其作了修改），而且议会还是最高的法律、政治和宪法机构。信息公开将损害这一原则的向心力。许多人认为二战后的政府已经逐步削弱了议会至高无上的地位，包括布莱尔首相，只要有可能就会越过议会。

5. 对第三方的清白和安全构成威胁

谁都无法预测信息会被如何使用。似乎没有任何危害的信息，倘若在恐怖分子或精神病人手里就可能是致命的。^{〔1〕}谁也不知道个人或社会会遭遇什么不幸。保持谨慎不会是错。

6. 信息公开代表着对个人隐私或商业机密的不正当侵害

所有的信息公开法都禁止不正当地侵害隐私和机密。^{〔2〕}在具体环境下，对知情权和隐私权进行平衡，作出公开与否的判断可能是困难的，但保护隐私是不变的前提。至关紧要的问题是：给予隐私权多大的分量？《欧洲人权公约》（ECHR）第八条和第十条规定了许多理由，法官需要依据这些内容在隐私权和表达自由权之间作出平衡。

〔1〕 See Kristen Elizabeth Uhl, Comment, The Freedom of Information Act Post 9/11: Balancing the Public's Right to Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security, 53 AM. U. L. REV. 261, 264-65 (2003).

〔2〕 See FOIA, 5 U. S. C. § 552(b)(6)-(7)(2000).

英国最近的一个例子是 16 岁以下的女儿堕胎时, 父母是否享有知情权。案件中的母亲主张拥有知情权。该案的典型之处是《欧洲人权公约》第八条规定的两项权利, 即家庭生活权以及伴随的知情权, 与孩子的隐私权或私生活权发生了冲突。〔1〕

7. 信息公开损害信任且诱发不相干的问题

这种观点认为日益增长的透明、公开和获得信息损害了治理者与被治理者之间必要的信任。我们会在繁琐的细节中迷失自我, 对重要事情失去辨别能力, 对他们的所作所为缺乏明智判断。奥诺·奥尼尔 (Onora O'Neil) 于 2002 年在英国广播公司里斯 (BBC Reith) 讲座中强烈地表达了这个观点。〔2〕

五、一些支持信息公开和开放政府的观点

1. 信息是为公共利益和所有个人利益而使用

政府使用的信息有多可靠? 是如何使用这些信息的? 政府决定的程序和可靠性, 治理者对公共利益的识别, 这些说明了什么? 这种识别是如何的片面和不完整?

2. 信息对于责任来说是必要的

是否负责是建立在可靠信息的基础之上。如果我们或我们的代表不知道政府在做什么, 责任的意义何在? 没有信息, 责任不过是一个没有实质内容的代名词。

3. 信息, 特别是可靠的信息, 是建立效能政府的前提条件

政府如果不能以可接受的效能来管理我们的事务, 那意味着什么呢? 没有可靠的信息, 我们又如何在有价值的意义上来衡量这些结果?

4. 信息是一项必要的公民权

我倾向于认为, 信息公开远不止是授予公民的一项权利。因为它覆盖所有的人, 或者说, 只要你愿意, 信息公开的对象包括了世界公民。这是美国和英国的法律定位。在欧盟, 尽管通过自由裁量权, 可以扩大信息公开的对象范围, 并且也确实已经扩展了公开的对象, 但获得信息的权利仍限于欧盟的公民和居住在欧盟的公民。〔3〕

5. 在政策制定和对个人隐私的侵害方面, 信息就是力量, 尤其是独占信息

众所周知, 信息就是力量。正如经常说的, 如果我拥有你所没有的信息, 我就具有超越你的能力。与其他任何方面一样, 这极易导致权力的滥用。获得信息有助于达到更大程度的平等。

〔1〕 R (Axon) v. Sec'y of State for Health, (2006) EWHC 37 Admin.

〔2〕 See generally Onora O'Neil, British Broadcasting Corp. Reith Lectures (2002), <http://www.bbc.co.uk/radio4/reith2002>.

〔3〕 See European Parliament and Council Regulation (EC) No. 1049/2001 of May 2001, art. 2, 2001 O. J. (L 145) 44, http://europa.eu.int/eur-lex/pr/enoj/dat/2001/l_145/l_14520010531en00430048.pdf.

6. 保密是独裁、低效、腐败等等的外衣

保密是对“批评之声的压制，是对真理的隐瞒”。^{〔1〕}针对后一点，杰里米·边沁（Jeremy Bentham）在很久以前就作了非常生动的说明：“在保密的暗箱里，各种各样的邪恶都将羽翼丰满。”^{〔2〕}美国联邦最高法院大法官路易斯·布兰代斯（Louis Brandeis）说，“阳光是最好的消毒剂”。^{〔3〕}布兰代斯法官还指出，“电灯是最好的警察”。^{〔4〕}信息公开能增强正当性。

7. 信息公开能赢得人民对政府的信任

信息公开实施之前，信任主要是一方的。通过信息公开，展示了政府对人民的信任。承认了人民是社会的主人，而政府是这个社会的公仆。但不可能让所有人在任何时间知道任何事情。详细的质询、审计和价格调查都必须由专家进行，尽管除了合法的例外情形，他们的执行程序应尽最大程度地公开，执行结果当然应当公布。在必需的情况下，具备较多专门技术的人应当代表我们执行这些事情。而且，只有根据基本原则和明确正当的理由，才能做出不予公开的决定。

六、立宪主义与争取信息公开：从制度到个人权利

通常认为信息公开是从瑞典的出版自由发端而来。尽管美国 1946 年的《行政程序法》规定在需要了解（不是权利）的情况下，拥有获得信息的权利，但正如上文提到的，现代意义上的信息公开肇始于美国的 1966 年。英国已经是采用信息公开法的后进国家，德国仍然只是在联邦层面上落实该法。考虑到英国向一个新的公开文化过渡，布莱尔首相推迟了获得信息权的实施，2000 年 11 月英国制定了《信息公开法》，但推迟了四年多才付诸实施。该法集中关注的是我们个人的知情权。但英国宪政史上充满了与信息有关的制度冲突。

除了其他事情，英格兰和英联邦的宪政与法治史就是一个争取信息权和尽可能享有知情权的过程。以下原则是通往立宪政体的基准：国王不能为非，但必须在上帝和法律之下；国王的意图要有案可查；国王不能亲自负责，但应通过他的仆人——大臣——来承担责任；大臣必须被了解；国王的仆人不能在答辩中为其非法行为寻找托辞；平民院享有质询权，必要时可动用弹劾（在英国弹劾现在已被废止）；大臣应参加议会；大臣应当对他的建议和行为向议会负责；大臣必须回答议会的提问；议会应

〔1〕 Scott v. Scott, [1913] A. C. 417, 477 (H. L.).

〔2〕 Id. (quoting Bentham); see also GERALD J. POSTEMA, BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION 363-64 (1986).

〔3〕 THE WORDS OF JUSTICE BRANDEIS 151 (Solomon Goldman ed., 1953).

〔4〕 Id.