

MORE THAN YOU WANTED TO KNOW

The Failure of
Mandated Disclosure

过犹不及

强制披露的失败

[美] 欧姆瑞·本·沙哈尔 [美] 卡尔·E. 施奈德 著
陈晓芳 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

MORE THAN YOU WANTED TO KNOW

The Failure of
Mandated Disclosure

过犹不及

强制披露的失败

[美] 欧姆瑞·本·沙哈尔 | 著
[美] 卡尔·E. 施奈德

陈晓芳 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

过犹不及:强制披露的失败 / (美)沙哈尔, (美)
施奈德著;陈晓芳译. —北京:法律出版社, 2015. 5
书名原文: More Than You Wanted to Know
(The Failure of Mandated Disclosure)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7984 - 4

I. ①过… II. ①沙…②施…③陈… III. ①经济法
—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 107930 号

过犹不及

——强制披露的失败

[美] 欧姆瑞·本·沙哈尔 著
[美] 卡尔·E. 施奈德
陈晓芳 译

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 15.25 字数 235 千

印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7984-4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: The Failure of
Mandated Disclosure

by Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider

Copyright © 2014 by Princeton University Press

All rights reserved.

No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

英文原著作者为欧姆瑞·本·沙哈尔、卡尔·E.施奈德

英文原著著作权归普林斯顿大学出版社所有，2014年。

中文版由著作权人授权法律出版社独家出版发行。

版权所有，未经著作权人和出版社书面许可，任何人不得以任何途径、媒介复制、复印本书。

著作权合同登记号

图字：01-2015-2601

献给莎拉——她总是无条件地支持我。

欧姆瑞·本·沙哈尔

献给琼——“哦，上帝，请让我配得上这位高贵的妻子。”

卡尔·E.施奈德

作者简介

欧姆瑞·本·沙哈尔(Omri Ben-Shahar),芝加哥大学法学院 Leo & Eileen Herzel 讲席教授,科斯—桑德尔法律经济学研究中心主任,《法律研究期刊》编辑,美国法律研究会消费者合同法律重述(第三版)主要报告人,哈佛大学经济学博士及法学博士(S. J. D)。其主要研究领域包括合同法、消费者法、保险法及法律经济学。在加盟芝加哥大学法学院之前,他曾为密歇根大学法学院 Kirkland & Ellis 讲席教授(1998~2008)。

卡尔·E.施奈德(Carl E. Schneider),密歇根大学法学院 Chauncey Stillman 讲席教授及密歇根大学医学院内科医学教授,剑桥大学、东京大学和美国空军学院访问教授,目前兼职于总统辖下的生物伦理学委员会。其主要研究领域包括法与医学、管制研究、财产法、法与道德、法律职业伦理等。他对医疗伦理法领域中的主流管制思想持质疑态度,尤其是当它们被适用于医患关系、医疗照护预先嘱托的使用、以人为试验对象的研究等方面时。这些质疑在他的数本著作中有着充分的体现:《自治的实践:患者、医生及医疗决定》(牛津大学出版社,1998年)、《过犹不及——强制披露的失败》(普林斯顿大学出版社,2014)以及《审查者之手:对以人为试验对象的研究的错误监管》(麻省理工学院出版社,2015)

中文版序言

亲爱的读者：

本书是一个警示。

该警示是关于美国法中一项最为常见但却甚少成功的监管手段：强制披露。在美国，这一监管手段始于近一个世纪前，人们对之抱以热切的期望。期望之所以热切，是因为这一想法似乎很简单：充分知情的人们将有能力作出深思熟虑的决定。这看上去如此显而易见，因此没有人反对它。立法者制定强制披露以试图解决接踵而至的问题。如今他们仍在这样做。

强制披露的诱惑力是全球性的。它已遍布于欧盟法律中。在那些透明性曾经不被重视的法律体系中，强制披露可能尤其具有诱惑力。在这些国家中，信息披露看上去对公民权利、消费者保护以及自由至关重要。中国有不少人士建议制定更多的法律，实行更多的信息披露。法律使得政府更加透明化是一回事，但强制披露与政府信息公开无关。它是通过要求一方当事人向另一方提供交易信息来监管私人交易。强制披露假定，那些获得关于公司、产品、医院、银行以及网络的相关信息的人们将会是更明智的消费者、患者、雇员以及公民。

关于这一假定在美国的地方法令、州法律、联邦法规、行政规章以及司法裁决中如何运作，本书收集了大量的证据。这些证据是有力的。它们是我们提出警告的基础：信息披露法律没法实现你的预期！你将感到失

望！强制披露的收益少得令人吃惊，而它的成本则异乎寻常地高昂。即使在有着相对较少的信息披露法律的国家，也极其容易制定出过多的强制披露法律。

我们很高兴能够将我们的发现和警告呈现给那些正致力于我们所讨论的监管问题并已富有成效的中国学者、政策制定者以及思想家。我们提供的证据很清楚地表明：强制披露已经以许多种方式尝试过多次。但它始终没能实现它的目标。它从根本上被误解了，因而没法被补救。它是将立法者的精力从需要谨慎对待的监管工作上转移开的“万金油”。中国有着令人羡慕的机会：避免强制披露的错误，并寻求更好的途径去应对强制披露没法解决的诸多问题。

欧姆瑞·本·沙哈尔

卡尔·E.施奈德

前 言

本书起源于一次午餐。当时我们正随意地聊着彼此的研究,我们本以为彼此的研究领域会风马牛不相及:我们俩一个研究法经济学及私法(本·沙哈尔),另一个研究医疗法及生物伦理学(施奈德),这样两个学者之间会有什么共同点呢?让我们既惊又喜的是,我们发现双方都在致力于研究同样的核心问题。本·沙哈尔刚发表了一篇名为《合同法中“阅读的机会”之迷思》(*The Myth of Opportunity to Read in Contract Law*)的论文,认为向消费者预先披露晦涩难懂的小字印刷的格式条款(fine print)*毫无意义。施奈德的著作《自治的实践》,则认为知情同意制度(informed consent)未能改善患者的医疗决策。随着午餐的继续,我们发现,双方对同一种监管方法(即强制披露)的两个不同方面,均怀有根本的怀疑。并且,我们很快发现,我们分别形成的论证架构及所采用的经验证据,亦有许多相似之处。

2008年春,我们决定合写一篇论文,在我们的两个研究领域(消费者法及医疗法)提出我们共同的理由来反对强制披露。为了写作这篇论文,我们搜集了3个州(伊利诺伊州、密歇根州及加利福尼亚州)所有的信息披露法规的电子版。我们惊讶地发现,几乎在我们目光

* 指以小号字体印刷的难以分辨的格式合同条款,或者印在合同附件中的(通常字体较小的)责任保留或限制条款。——译者注

所及的任何领域,信息披露都是强制性的。有数百部法律、行政法规及裁决,均强制要求进行数不胜数的披露。它们都试图做同一件事:给予外行人(消费者、持卡人、患者、雇员、承租人、投保人、旅行者及市民)相关的信息,以帮助他们更好地做决定。“强制披露无处不在”这一意外发现促使我们开始写作本书。

在这个问题上,许多学者对我们的想法做出了贡献。在本书的尾注中,我们就数百位研究者的作品表达了感谢。他们耗费自己的学术生涯,研究了各种各样的信息披露。此外,我们将本书数个版本的手稿向我们在芝加哥大学及密歇根大学的同事,以及纽约大学、加州大学洛杉矶分校、宾夕法尼亚大学、华盛顿大学、特拉维夫大学、范德堡大学、位于台北的“中央研究院”及瓦伦西亚大学的研讨会做了报告。特别鸣谢瑞恩·加洛(Ryan Calo),莎拉·克拉克(Sarah Clarke)、理查德·克拉斯维尔(Richard Craswell)、鲍勃·希尔曼(Bob Hillman)、弗洛伦西亚·马洛塔(Florencia Marotta)、沃格勒(Wurgler)、艾瑞尔·波拉特(Ariel Porat)、琼·施耐德(Joan Schneider)以及多伦·艾希曼(Doron Teichman)对本书的延伸探讨及评论。本·沙哈尔感谢来自他的长期学术合作者及朋友奥伦·巴·吉尔(Aron Bar Gill)的宝贵评论及反馈。

欧姆瑞·本·沙哈尔

卡尔·E.施奈德

目 录

作者简介	1
中文版序言	1
前言	1

第一部分 无所不在的强制披露

第一章 导言	3
第二章 复杂的决策,复杂的披露	14
第三章 强制披露的失败	35

第二部分 信息披露为什么失败

第四章 “无所谓”:强制披露的心理	61
第五章 阅读披露信息	84
第六章 数量问题	102
第七章 从信息披露到决策	116

第三部分 强制披露还有救吗?

第八章 把它变简单?	133
第九章 披露的政治	153
第十章 披露的生产	167
第十一章 至少,没害处?	189
第十二章 结论:超越披露主义	205
索引	218
译后记	229

第一部分 无所不在的强制披露

第一章 导 言

公开(publicity)被恰如其分地誉为医治社会及工业弊病的良方,正如阳光被称为最好的消毒剂,电灯被称为最有效的警察……在即将到来的斗争中,公开必须在许多方面被用作一项持续的救济措施。

——路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis):《别人的钱》

在美国法律中,“强制披露”大概是被最普遍采用但却最少奏效的一项监管技术。该项监管技术旨在帮助人们在与行家(specialist)打交道时,能够就陌生且复杂的问题进行决策。强制披露制度通过要求信息披露人给予披露对象相关的信息,从而使披露对象能够更明智地做出选择,也使披露人不能够滥用其优势地位。

比如,假设你正要用你的新房申请抵押贷款,或正在考虑前列腺癌的手术方案,或正在网购软件,或正在接受警察盘问。而在此之前,你从未面临过类似的抉择。有许多东西你都不甚了然,而与你打交道的这些行家们——贷款人、医生、卖家以及警察——却很明白。强制披露制度要求这些行家们告知你必须知道的信息,以便你能更好地做出选择。因此,真实借贷法(truth-in-lending laws)要求贷款人对其信贷条款进行详细描述;知情同意规则要求你的医生对你的前列腺癌的治疗方案进行讲解;合同法要求你的卖家就质保及强制仲裁之类的条款进行披露;米兰达警告要求警察向你陈述你应

3 享有的权利。经这样的告知后,你似乎就应当已经对自己的选择有了足够的理解,从而能就你的贷款、癌症、电脑或供词做出明智的决定。

近几十年来,就某一些重要的政策难题而言,强制披露已经成为首要的监管对策。例如,对金融危机的一个核心应对措施,就是对(已经相当多的)强制披露进行不断地加码。再如,医疗改革中的许多内容,要求必须告知患者关于健康计划、保险、医生、医院、治疗方案及费用的相关情况,以使患者能审慎和简便地进行选择。许多电子商务活动也受到强制披露监管。许多方面的隐私保护问题亦是如此。对于公民的某一些宪法权利的保护,也通过诸如米兰达警告这样的披露规则来实现。竞选资金规则如今大部分都与强制披露有关。

而这些,仅仅是一条山脉的数个山尖而已。由于未被披露的合同条款通常是不可执行的,于是就出现了小号字体的格式合同。因此,每一次点击“我同意”或每一次在虚线上签名的时刻,都是一次信息披露的时刻。大量涉及消费者保护的法律要求信息披露。抵押、储蓄存款账户、活期存款账户、退休账户、信用卡、典当行以及先租后买(rent-to-buy)计划,均受到强制披露规则的约束。在医疗卫生法领域,信息披露不胜枚举:知情同意、药品标签、科研监管、健康保险、生前遗嘱以及医疗隐私,等等。信息披露还装饰着食品标签、机票、租约、信用卡、版权警告、时间共享协议、房屋销售、商家退货政策、学校录取及毕业数据、高校犯罪报告、飞行安全公告、停车场票根、产品与环境危害,以及汽车及家庭维修。

然而,强制披露是一个罗蕾莱(Lorelei)*,将立法者们**诱向监管失败的暗礁。本书希望通过如下途径,令其停息那迷人却危险的歌声:第一,我们将说明强制披露是一种特别的(distinctive)监管手段;第二,我们将就其几乎毫无节制地运用现状进行描述;第三,我们将证明它通常不能实现其目标;第四,我们将解释它为何失败,以及为何无法被挽救。

强制披露之所以吸引人,是因为它试图解决一个实在的麻烦:现代化的进程,已经将你淹没在对许多陌生而复杂问题的决策之中。由于自己的知识有限,你通常得依赖专家。而仅仅在数十年前,你所面对的事务更少,需

* 传说中的莱茵河女妖。据说她们常坐在罗蕾莱礁石上,故得此名。过往莱茵河的船员常被她们美妙的歌声所吸引,没有注意到危险的湍流和险峻的礁石,从而不幸与船只一起沉入河底。——译者注

** 本书在广义上使用“立法者”这个词,泛指美国国会、行政部门和法院等有权创设法律规则的机构。——译者注

要做的决定也更少。那时,你从 AT&T 公司获得的只有一种黑色电话;你从第一地方银行(First Local Bank)获得一笔抵押贷款时,银行提供的贷款种类只有寥寥几种,它们的条款也很有限;你去看病时,通常情况下医生说你应该怎么治,你就怎么治;关于养老金,你只有在为一家公司工作多年后,才能获得你的养老计划,而这个养老计划是由公司为你规划的。

而如今,你有座机、手机和网络电话,它们由众多厂家生产,这些厂家为服务商生产款式众多的电话机,而服务商则向你们推出无数的服务方案;全国性的贷款机构在以繁复的条件向你提供各种花样的抵押贷款。你的医生必须向你详细描述针对你疾病的多种治疗方案及其效果。养老金是可转移的,*可以有无数的形式,也许还可以让你从上千种证券品种中进行选择。

这固然是个非常好的消息:你有了更多,而且通常可能更好的选择。但是,这些数量激增的抉择需要你掌握日益复杂和深奥的知识。而强制披露制度就想要解决这样一个问题:外行们必须进行需要专业知识才能胜任的选择。对此问题的解决方案简单得诱人:如果人们面对着陌生而复杂的问题,那就不断给他们信息,直到他们做抉择时对有关问题感到熟悉和易于理解。难道人们不想自己做出一个好的决定,难道他们不想去做这样的尝试么?难道“信息越多越好”不是不言而喻的吗?难道人们不会心怀感激地接受并认真利用自己得到的信息吗?

强制披露之所以吸引人,是因为它与美国社会中的两种基本的意识形态产生了共鸣。第一项是自由市场原则。人们相信,如果买方充分知悉相关信息时,市场就能运行在最佳状态;而信息披露制度能使人们知悉信息。买方在担心着卖方的贪婪及“买者自负”(caveat emptor)之类的条款带来的风险;而信息披露既能保护消费者,又能避免限价、限购等管制措施带来的市场扭曲。第二项是个体自治原则。人们有权进行影响到自己生活的重要决策,这是他们的道德性权利,也是支配个人事务的一种可行方式;而信息披露为他们自主决策提供了条件。

强制披露之所以有诱惑力,是因为它看起来只是一种很轻微(slight)的监管。对经济行为的直接监管——施加安全与质量标准,或限制产品或服务销量——往往显得笨拙且成本高昂,会减少自由、创新并降低效率,会催生繁冗的官僚机构及监管措施。而强制披露让双方自由买卖,只要买家知道他所买的是什么。

* 指变动工作时养老金积蓄及相应的权益等可随带、可转移。——译者注

5 强制披露之所以有诱惑力,是因为它相对而言容易制定。由于强制披露被后人所信奉的意识形态(即自由市场和个体自治)和其表面上的温和特性,它在政治上不容易引起强烈的反对:相较于那些更具干预色彩的监管手段,被监管者通常也更愿意接受强制披露,立法者也清楚它所花费的国库资金微不足道。

强制披露之所以有诱惑力,是因为它的失败几乎未被注意到,并且其失败也能得到令人心安理得的辩解。一直以来,它几乎从未被视作一种监管手段;大部分立法者和许多评论者并未意识到,强制披露其实有着典型的管制特征和管制后果,并已经被滥用。就此,如果一项强制披露失败了,人们会归因于它在应对某一社会问题时所采用的特定方法出了问题,而非这一监管类型本身的缺陷。人们会认为,一项强制披露之所以会失败,可能是因为它要求的披露范围太狭窄,它所披露的信息未被注意,或相关的表格晦涩难懂。而强制披露本身,则被认为是一个从不会失败的神。

最后,强制披露之所以有诱惑力,是因为即使它没有带来明显的好处,它也似乎没有产生什么明显的坏处。如果说披露似乎对某些人造成了负担,那也仅限于交易中富有经验的一方当事人。既然他们拥有信息,那么他们也许就应该具有道德上的义务来传播这些信息。

强制披露是如此有诱惑力——很明显地,它貌似是一个不错的监管措施——以至于许多制定它的立法者和对它加以鼓吹的评论家,都在简单地假定它带来的好处超过它的成本。一些经验丰富的立法者和评论家已经开始将它视作一项独特的监管方法。或者,尽管他们也承认了强制披露有力有未逮之处,但他们却认为,他们能以更多的细致用心、更强的创造性和更大的努力来弥补这些失败之处。我们有必要找一个词,来统称这些或含蓄或明确地青睐此方法的立法者和评论家。“披露主义者”(disclosurite)这个词看上去就直接而生动。这个词包含了持有不同观点和信仰的个体和机构,因为它是一个概称,就像“环保主义者”这个词一样。但这是一个有用的概称,因为有如此之多的立法者和评论家信奉某些版本的强制披露。

强制披露颇具诱惑力,但是它通常都难以达到它那野心勃勃的目标。它并非在任何场合都无效,但很少有经验研究能证明披露会帮助披露对象做出好的决策。例如,劳伦·威利斯(Lauren Willis)认为,“目前联邦法律要求的关于家庭贷款的强制披露,既不能有效地促进价格比较,也无法就风险做出良好而审慎的决定”。¹ 国家科学研究委员会(National Research Council)承认,“尽管经过了数十年的研究”,但是在“实现知情同意”这个