

知情权： 从制度到社会控制

纪建文 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

知情权： 从制度到社会控制

纪建文 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

知情权:从制度到社会控制/纪建文著. —北京:
法律出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2675 - 6

I. ①知… II. ①纪… III. ①公民权—研究—中国
IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 215380 号

知情权:从制度到社会控制
纪建文 著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 薛 晗
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 7.5
字数 186 千
版本 2012 年 2 月第 1 版
印次 2012 年 2 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2675 - 6

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

原山东经济学院的法学学科从无到有,不断壮大,已十年有余。法学院的建设者们历经艰辛,凝神聚力,入主流,创特色,抢抓机遇,加快发展,追求卓越,不断探索并逐渐明晰了财经类大学法科建设的定位、方向与路径,为学校学科建设与发展、学校综合竞争力与影响力的提升做出了重要贡献,也为兄弟院校法学教育提供了可资借鉴的经验与做法。

回望十多年来的发展,我们可以看到,在 1983 年建立经济法教研室、1993 年设立经济法专业招收法学专科学生的基础上,2000 年正式成立法学系,开始了真正意义上的法学教育与学科建设。2005 年法学院正式建制,逐渐形成门类齐全的法学专业体系、布局适当的学术梯队和学缘结构比较合理、实力较强的师资队伍。2006 年民商法学二级学科硕士点申报成功,2010 年法学一级学科硕士点申报成功,2011 年民商法学成为山东省省级重点学科。

在学术科研方面,法学院从没有课题立项到国

家级课题的突破、省部级课题的增多和省级以上科研奖励的获得,从少有教师走出校门参加学术访问、会议交流到各类学术活动日益频繁,仅2010年学院教师外访和参加学术会议达51人次,学界影响力逐渐扩大。走出去还能请进来,学院每年邀请国内外知名学者来学院访问,仅2010年就邀请国内外知名学者12人,举办学术讲座18场,并成功举办了全省法学教育学术年会。在人才培养方面,已经形成了有特色的本科专业教育,与广大教师的教学科研活动紧密结合的实践教育力度不断加大;法学院的教学科研设施也日益完善;学生通过到境内外知名高校访学、暑期到国外大学游学等扩大了视野;学生的创新意识也日益增浓,多人次在全国挑战杯竞赛中获得金奖、铜奖。与公、检、法、司系统以及大型律师集团的合作越来越紧密,社会服务日益深化。

我们深知,在法学学科发展的过程中,有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事:信守道义恪守职责极尽本分,专心管理强化服务加班加点;用足心情教书育人专注三尺讲台,潜心学术牵领学科专注于学问精进;发展学术、建设学科、培养人才,获得了校内外广泛关心和赞誉。

在学校以经、管学科为主,文、法、理、工多学科协调发展的过程中,法学院明确定位、凝练特色,她的发展历程、发展成果和发展精神已经成为学校高水平财经大学建设历史的重要组成部分。在新的起点、新的征程中,法学学科的发展将为高水平财经大学建设发挥独特而重要的作用。

我们的法学教育既要培养具有深厚财经背景的法科人才,也要促进通法律、懂外语的高层次复合型、应用性财经类人才的培养。我们的法学学科要努力与经济学、管理学构建起学校的支柱性学科群,这既是法学学科发展的需要,也是经济、管理学科发展的需要,要努力在学科交叉中培育学术增长点。要达到这个目标,需要法学院的广大教师更加努力创造性、开放性地开展学术研究,及时把握学术前沿,逐渐占据学术高地,形成有特色的研究领域,同时要把学术研究成果反哺教学,促进人才

培养。法学院要努力成为全省乃至全国财经立法、司法和教育的思想库和学术平台,成为财经法律复合型高层次人才的重要培养基地。

在山东财经大学筹建之际,法学院决定编纂出版这套《山东财经大学法学精品文库》系列丛书,这是一件值得庆贺的事情,也是十分有意义的事情,这是一份献给新生的山东财经大学的厚重礼物,在一定意义上也能说明学校学术立校的办学思想。文库丛书的出版,既是法学院教师多年来辛勤耕耘与学术研究的总结,体现法学院教师的学术贡献与影响力,也是法学院从教学型向教学研究型转变的标志。

我相信,通过我们的共同努力,山东财经大学的法学学科将会迎来更加美好的未来,为我国法治建设和经济社会发展、为我校高水平财经大学建设做出新的更大的贡献。

是为序。

山东财经大学(筹)党委书记

2011年9月12日

目 录

导论/1

一、引子/1

二、信息/3

三、社会控制/6

四、知情权/8

五、本书的命题及思路/9

第一章 中国知情权研究状况综述/11

一、中国知情权研究发展历程/13

(一)起步期:20世纪70年代末至90年代 中期/13

(二)发展期:20世纪90年代末至21世纪初/14

(三)兴盛期:SARS之后至《政府信息公开条例》 颁行之前/18

(四)反思期:《政府信息公开条例》颁行之后/18

二、中国知情权研究成果综述/19

(一)对国外知情权研究、立法及政务公开发展

2 知情权:从制度到社会控制

进程的介绍和评述/19

(二)对知情权合法性的论证/20

(三)对知情权本体论的研究/21

(四)对政务公开的探讨/23

(五)关于知情权的边界/23

(六)对中国现实问题的探讨/24

三、中国知情权研究的缺欠及展望/24

第二章 制度视角下的知情权/27

一、知情权本体论研究/27

(一)知情权存在的依据/27

(二)知情权的含义/34

(三)知情权的构成要素/37

(四)知情权与相关概念的关系/47

二、有关国家的知情权保护制度/51

(一)英国的知情权保护制度/55

(二)美国的知情权保护制度/61

(三)法国的知情权保护制度/67

(四)日本的知情权保护制度/68

(五)知情权的国际保护/72

(六)中国的知情权保护制度/75

三、有关国家知情权保护之差异/80

(一)知情权保护之制度比较/81

(二)差异原因之一——中外宪政历史之差异/83

(三)差异原因之二——中外知情权保护理念之差异/98

(四)小结/104

四、完善中国知情权保护制度的设想及制度分析的局限/105

(一)完善中国知情权保护制度的设想/105

(二)制度分析及其局限/110

第三章 社会控制视角下的知情权——以信息为核心/115

一、关于信息/116

二、信息与传播学/118

(一)5W 模式/118

(二)7W 模式/119

(三)申农—韦弗模式/119

(四)奥斯古德—施拉姆模式/120

(五)赖利夫妇模式/121

(六)信息传播模式引发的思考/122

三、信息与契约/124

(一)“标准”契约模型/125

(二)不完全信息契约/126

四、博弈论/129

五、个人理性与集体理性/132

六、信息与社会控制/140

七、几种权利理论/147

(一)中国法学研究的理论脉络/147

(二)科尔曼的权利理论/152

(三)波斯纳的权利理论/156

(四)比较/159

八、小结/160

第四章 国家法意义上的知情权/161

一、引言/161

二、知情权实现的制度性路径——信息公开/162

(一)信息公开制度的理论基础之一——人民主权/163

(二)信息公开制度的理论基础之二——对人民主权理论基础的推进/165

(三)信息公开制度的理论基础之三——分散控制权与自主/168

三、小结/172

4 知情权：从制度到社会控制

第五章 民间法意义上的知情权/173

- 一、知情权实现的非制度性路径之一——微服私访/173
 - (一)对“微服私访”的初步解析——以两个案例为例/175
 - (二)对微服私访的深层次分析之一——信息的视角/178
 - (三)对微服私访的深层次分析之二——社会控制的视角/182
 - (四)对微服私访的深层次分析之三——官方民间法的视角/184
 - (五)小结/186
- 二、知情权实现的非制度性路径之二——谣言/186
 - (一)谣言初论/187
 - (二)封闭社会中的谣言/193
 - (三)开放社会中的谣言/195
 - (四)小结/201

第六章 知情权的界限——以信息时代隐私权与知情权的较量为例/202

- 一、备受关注的隐私权与知情权/203
 - (一)备受关注的隐私权/204
 - (二)备受关注的知情权/205
- 二、波斯纳对隐私权的探讨/206
- 三、隐私权与知情权为什么会发生冲突？/209
 - (一)关于权利冲突/209
 - (二)权利的相互性/211
 - (三)隐私权与知情权的冲突/212
- 四、信息时代隐私权与知情权冲突的多样性及冲突解决之道/215
- 五、小结/218

参考文献/220

后记/229

导 论

一、引子

黔无驴，有好事者船载以入。至则无可利用，放之山下。虎见之，庞然大物也，以为神，蔽林间窥之。稍出近之，慙慙然，莫相知。他日，驴一鸣，虎大骇，远遁；以为且噬己也，甚恐。然往来视之，觉无异能者；益习其声，又近出前后，终不敢搏。稍近，益狎，荡倚冲冒。驴不胜怒，蹄之。虎因喜，计之曰：“技止此耳！”因跳踉大口阕，断其喉，尽其肉，乃去。

——（唐）柳宗元《黔之驴》

在中国，这个故事往往被用来教育孩子们不要被貌似强大的敌人吓倒，要充分相信自己，要敢于斗争、善于斗争以夺取胜利。但换个角度来看，故事其实也为我们生动描述了一个控制权易主的过程。^{〔1〕}

〔1〕 这个故事以其典型性和通俗性，也进入了经济学家的视野，作为动态不完全信息博弈的例子，参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1996 年版，第 35 页。

故事中，驴和虎都被赋予某些人性，也因此具备了我们可以理解的某些理性。故事的发展可以被划分为以下三个阶段：

第一阶段，驴掌握着绝对的控制权。对于身处“无驴”之地的贵州的虎来说，它原本没有关于驴的任何信息。初次相见时，为判断其力量强弱，虎选择了一种最便捷、最直观的衡量标准——外形。于虎及其所见过的黔地其他动物及人类而言，驴乃庞然大物，虎于是心生畏惧，把它当做神。但虎没有就此罢休，它躲在林间偷偷观察，但仍然没有得到更多关于驴的信息，而畏惧之心也无从消退。虎与驴的第二次较量发生在某日驴大叫之后，衡量标准是声音。驴的叫声是虎闻所未闻的，它不知道这声音到底传递了什么信息，自我保护的本能使虎迅速作出最不利于自己的判断——它认为这是驴发起进攻——要吃掉自己的信号。此情此景，愈发恐惧的虎保全自己的最佳方式即是跑得远远的，躲起来。至此，驴在二者力量对比中一直占上风，虎的逃匿宣告了驴掌握控制权的暂时胜利。

当然，故事向我们展示的主要是虎的心理过程。驴在人黔地之前，是否曾见过虎，是否知道它是山林之王，看到它时是否畏惧，我们都无从得知。但无论如何，它都一直坚守自己的领地，这本身即作为一种强者的宣示，我们当然可以以此作为驴在这一阶段取得胜利的标志；不唯如此，它还可以被虎当做衡量双方力量，并促使其逃匿的第三个衡量标准。

第二阶段，驴的控制权开始动摇。其原因是虎对驴的怀疑，根据则是虎掌握的关于驴的信息有所增加。首先，虎通过反复观察发现驴并没有什么特别的本事；其次，虎逐渐习惯驴的叫声，知道它代表的杀伤力有限。纵然如此，在第一个阶段的回合中所形成的强大的恐惧心理，又使其不敢轻举妄动。

第三阶段，控制权完全由虎掌握。虎是智慧的，它的策略是缓慢、稳妥的试探。它先是慢慢靠近驴，然后以由轻而重的手段捉弄它。同样智慧的驴的忍耐终于到了极限，便使出看家本领——“踢”，该信息于虎而

言至关重要,它因此知道对手不过如此。于是它大胆地咆哮而上,咬断驴的喉咙,美餐一顿后离去。

除这三个阶段之外,我们还有理由推测:若此虎是一个非常优秀的信息发布者,或有其他动物目睹了驴虎之战并将此事件口口相传,那么,当其他的驴与此虎或其他山林中的虎再次相遇时,驴便不会再有掌握控制权的机会,形体大如驴的动物对虎的威慑力会大大降低,类似驴的鸣叫对虎的威慑力也会大大减弱。

可以看出,导致以上三个阶段更替的原因是虎所掌握的有关驴的信息由不全面而渐趋全面了。请注意,在这个故事中,我们假设的前提是虎是理性健全的,因此,只有在掌握足够的信息后,它才会采取相应的行动。这个前提将类似“初生牛犊不怕虎”的事例排除在外——牛犊的理性尚未发展成熟,对情形无法作出全面判断,因此对虎无所畏惧。但长期积累的经验证明,这种无所畏惧是鲁莽、错误的。

二、信息

信息之于力量对比双方的重要性,我们已经从“黔之驴”的故事中窥得一二:力量原本强大的个体在没有摸清对方虚实之前,往往被动,而若力量原本弱小的一方能制造并维持己方强大的假象,也不乏控制住强势方的可能。享誉全球的《孙子兵法》有云:“兵者,诡道也。”^{〔1〕}又说:“知己知彼,百战不殆。”^{〔2〕}由此可见信息之于兵家,及至社会交往主体的重要。

可以说,信息是支配人类文明发展的相当重要的力量。我们已经知道,定居是人类文明的较高级形式,在文明的早期,人们居无定所,有关

〔1〕《孙子兵法·始计》。

〔2〕《孙子兵法·谋攻》。

食物、水源的信息决定了他们的去处。1998年诺贝尔经济学奖获得者阿马蒂亚·森有力地证明,“饥荒不可能在一个言论自由的国度出现”,^[1]因为并非食物总体上的缺乏导致了饥荒,更主要的原因在于贫穷地区的穷人缺少获得食物的信息途径。在人与人的交往过程中,也发展出许多传递信息的规则。比如服饰,服饰的产生首先源于人的隐私观念,后来便逐渐具有了传递信息的符号功能。人们时间、精力的限制以及社会流动性的增强,使获得有关交往对象的真实信息愈发艰难,成本也愈发高昂,服饰因暗示着人们对自身的角色定位,而逐渐成为人们互相衡量的首选标准(恰如《黔之驴》故事中的第一次较量)。但从另外一个方面看,服饰还往往具有夸张、美化的功能,即可能传达错误信息。因此,某种装饰往往只为某个阶层、某种职业专有,如中国古代各品级的官服、今天各职业的专门装束,如军装等,并且为了保证此类信息传递的有效性,该规则一般都受到各国法律的保护。^[2]再如语言,语言同样是信息的载体,是人们互相衡量的重要标准,具有社会分割的功能。各地都保存着自己的方言,各职业团体、社会阶层也都有自己的语言习惯,甚至独创了一些语言代码。^[3]

从符号学的视角来看,服饰、语言即为约定俗成的规则,但上述规则并非总能保证信息的正确传递,事实上,信息的传递过程鱼龙混杂,真实、虚假信息都一并传递给信息接受者。例如,青年男女在恋爱过程中,总会尽量穿戴整齐、打扮光鲜,男子的谈吐会尽量文明,而女子的声音则会尽量柔美,许多姻缘便会因此成就。但“过来人”却会不以为然,因为

[1] A. Sen, *Ingredients of Famine Analysis: Availability and Entitlements*, *Quarterly Journal of Economics*; 96(3), August, pp. 433-464.

[2] Barbara W. Tuchman, *A Distant Mirror: The Calamitous 14th Century* 19 (1978). 转引自[美]理查德·A.波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第249页。

[3] 比如在网络交流中所形成的一些独特语言,如“恐龙”、“青蛙”、“MM”、“GG”等,没有掌握这些语言符号的人会被排除在网络的弄潮大军之外。

他们知道双方婚后不久即会“原形毕露”：男子原来邈邈无比，脏话连篇，根本不是什么“白马王子”和绅士，而女子原来也不是他梦中的公主和淑女。波斯纳将服饰等传递虚假信息以实现隐藏个人信息目的的功能形象地称之为“矇人”（misrepresentation）。〔1〕

在某种程度上，信息所具有的“矇人”功能是为社会整体接受的。如时装设计师们所倡导的一个穿衣法则即为：最大限度地突出优点，最大限度地掩饰缺陷，并且这个法则正逐渐成为普通百姓的实践。除了传递错误信息会产生“矇人”的效果之外，不传递信息或隐藏信息，同样也会“矇人”。就个人及法人而言，制度层面上合法的隐藏信息又分别与“隐私权”以及“知识产权”相联系。学界对何谓隐私权有不同的解释，而本书的观点是，隐私权的核心功用在于使个人的自主生活得以在社会化程度日益提高的近现代社会中留存，作为权利内容的是个人的身体状况、生活习惯以及生活空间等。从经济学的视角来看，隐私权之所以会成为文明社会的制度，是因为允许隐藏那些并不丢人的信息，如裸体等，并不会增加社会成本，而且交易费用极低，有理由把这个领域内的私人信息产权配置给个人。〔2〕

有意思的是，尽管信息所具有的“矇人”功能普遍为社会接受，但现实生活中却也不乏反“矇人”的努力。一个最典型的例子是对名人隐私的窥探以及由此而形成的在中国被戏称为“娱记”的职业团体和数量庞大的观众、听众群，而那些与名人共享某种隐私，特别是关于某种不甚光彩行为的隐私的人，则对该名人拥有了某种控制权——暴露该隐私会导致名人的声誉受损，并可能使其在市场上的价值降低，因此，他（她）往往会以此为砝码从名人那里获得某种利益。

〔1〕 [美]理查德·A.波斯纳：《正义/司法的经济学》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第249页。

〔2〕 [美]理查德·A.波斯纳：《正义/司法的经济学》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第242页。

三、社会控制

“黔之驴”的故事,以及上文谈到的传递信息的规则,瞒人与反瞒人都提示我们注意这样一个命题:真实信息的归属影响着控制权的归属。控制的意思是“掌握住不使任意活动超出范围;使处于自己的占用、管理或影响之下”,^[1]本书中,我们即在此意义上使用“控制”一词。

“黔之驴”的故事中,尽管当虎逐渐察觉驴并没有什么特殊的本事,驴的控制权有些动摇,但在驴将“技止此耳”的关键信息暴露给虎之前,它一直是局面的控制者。当我们将身体掩盖起来,试图用服饰、发型、化妆、谈吐、手势等给别人留下尽量好的印象时,我们实际上是通过误导他人,在与其交往的过程中获得了暂时的胜利。而当我们原本不想为人所知的一面不慎被人发现时,我们也就失去了局面控制权。同样的道理可以解释,为什么罪犯会努力破坏犯罪现场,销毁作案证据。

如果我们将“社会”视为由两个或两个以上的人组成的关系网络,那么相应的,上述“控制”可被称为“社会控制”。当社会关系由两方主体构成时,为了夺取控制权,两方都会从以下两方面尽可能隐藏自己的真实信息,即隐藏缺点(或不光彩的过去)和夸大优点,后者的极端形式为神化和宗教;同时,两方也都会尽量挖掘对方的信息。正是隐藏和挖掘的互动使两方关系达到动态的平衡,这意味着我们应关注哪怕是瞬间的社会控制权,而在现实生活中,控制权的归属受多方因素影响,除是否掌握真实信息外,还受身体状况、智力、财力、社会背景等因素的制约,有关这些因素的情况都可以被视为信息。总体来说,双方动态的平衡状态共有两种:双方互相控制,即势均力敌;或控制权由一方掌握。

[1] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2004年版,第723页。

当社会关系由三方或三方以上主体构成时,情况要稍微复杂些。此种状况下的平衡也有两种:各方互相控制或由一方(或少数方)控制另外各方。各方互相控制的一个很好的例子是初民社会。波斯纳曾以初民社会的信息费用很高为前提假设了一个初民社会的模型,其中一个重要的方面即为:初民社会没有(有效的)政府。因此,初民社会的生活环境一般都非常拥挤;没有单独的房间,没有房门,缺乏隐私。所有的人都可以通风报信,也都可以充当保安。〔1〕“初民生活的公开化”是维系公共秩序的一种机制。〔2〕应当说,在人类历史上,这种平衡存在的时间相对短暂。其原因是,从概率上讲,势均力敌只是一种偶然状态,各方不可能一直平衡发展,总会有一方在身体素质、占有的财产、智力等方面先行强大起来,从而各方相互控制的平衡逐渐过渡到由一方控制另外各方的平衡。在达成以及巩固这种平衡的过程中,控制者往往会采取“瞰人”的手段,比如,中外历史上都不约而同地产生了“君权神授”的舆论;如,社会秩序控制者的居所一般都远离被控制者的居所,且以高墙、卫兵等与周围隔离,以减少真实信息的传递,制造神秘、权威的氛围;再如,控制者往往倾向于秘密裁判,最典型的例子是中世纪的宗教裁判所以及中国古语中所言“民可使由之,不可使知之”。但若控制者的所作所为仅限于“瞰人”的话,相信他很快就会失去控制权,因此控制者还要熟悉被控制者的情况。除命令手下一层层报告信息外——在中国古代,其主要的制度化途径为奏折,〔3〕而在现代,其主要的制度化方式则为工作汇报——控制者

〔1〕 [美]理查德·A. 波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第151、153、154页。

〔2〕 Marshall Sahlins, *Stone Age Economics*, 204 [1972]. 转引自[美]理查德·A. 波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第151页。

〔3〕 自秦朝以后,奏折即作为正式的公共信息传递制度在中国一直发挥作用,当然,许多不免流于形式,欺下瞒上,但也不乏优秀者,如曾国藩奏折,参见《唐浩明评点曾国藩奏折》,岳麓书社2004年版。