

# 公共规制中的信息工具

应飞虎 涂永前

---

**摘要:** 规制工具的选择对决策起关键作用。与传统规制工具相比,信息工具有独特的功能优势。其正确使用不仅能推进公平交易,促使交易主体自律,促进规制制度实施,而且成本较低。但学界对此的理论研究尚显欠缺,需要对信息工具能否以及如何规制中运用进行研究,以构建信息工具的理论框架。公共机构也较少运用信息工具视角对规制进行充分检视,导致规制过程中信息工具使用缺失、不当或错误,因此需要基于合适与匹配原则,尽可能扩大信息工具使用范围,修正信息工具使用的不当或错误。

**关键词:** 规制 工具 信息

作者应飞虎,法学博士,深圳大学法学院教授(深圳 518060);涂永前,法学博士,西北政法大学讲师(西安 710063)。

---

规制是公共机构遵循一定的程序、运用恰当的工具对市场失灵进行干预的活动。由于规制工具与规制目标的匹配程度直接决定公共规制的质量,所以规制工具的选择在规制决策体系中处于关键地位,但我国学界对规制工具的关注不足,因规制工具选择失当而使制度出现瑕疵的情形在我国并不少见。如何在规制实践中找寻与目标高度匹配的规制工具,应该成为我国规制研究的核心领域。

## 一、问题、文献与目的

近年来,公权对经济、社会、环境等的规制越来越多,作为其法律形式的经济法、劳动法、环境法等也日趋庞杂。与此同时,我国学界对规制的研究也渐趋深入,但关于规制工具的理论成果极少。信息工具作为一种新型的规制工具,近年来似乎成为研究热点,出现了较多的研究成果。<sup>①</sup>但从已发表成果看,学界对信息工具研究的不足极其明显:第一,对信息工具的具体

---

① 在中国学术期刊网络出版总库中查询1980年1月至2010年1月这30年间的相关研究资料,以“信息工具”为题的论文共26篇,较多关于计算机、图书情报、经济等方面,从政策工具角度进行研究的1篇,题为《运用打假信息工具,推行药品科学监管》;以“信息手段”为题的论文52篇,较多关于企业经济、图书情报、新闻传媒等方面,从政策工具角度进行研究的3篇,议题均为污染控制的信息手段。以“信息方法”为题的论文92篇,涉及计算机、地质学、自动化等领域,没有从政策工具角度进行研究的论文。以“信息披露”为题的论文共5028篇,分别涉及企业经济(1845篇)、会计(1503篇)、金融(1347篇)、投资(1093篇)、证券(926篇)、经济法(226篇)。在226篇经济法的论文

研究较为多见，理论层面的研究极为缺乏；第二，在对信息工具的具体研究中，绝大多数成果只涉及信息披露等工具的运用问题，而对信息工具的选择等工具运用的前置问题缺乏研究；第三，重视金融、财政等领域的信息工具研究，缺乏对市场秩序规制、社会规制等领域的信息工具研究；第四，法学视角的研究匮乏。

国外关于信息工具的研究成果一直很丰富。1972年，美国行政法学家欧内斯特·盖尔霍恩(Ernest Gellhorn)曾把行政机构的不利信息公开举措作为信息工具或警告工具(informational or warning tool)，并就其功能、限制与条件等进行过深入研究。<sup>①</sup>由经济合作与发展组织编写并于2002年出版的《OECD国家的监管政策：从干预主义到监管治理》对用于改善规制设计的工具等进行了研究；<sup>②</sup>美国学者孙斯坦出版的《风险与理性：安全、法律及环境》对信息公开的规制工具进行了探究。<sup>③</sup>但就我国的应用而言，国外的研究也存在一些不足：第一，由于国情差异，国外的经验与判断并不一定完全适合我国。如美国学者研究认为，因为经典规制伴随着严重问题，应该将经典规制视为一种最后才会加以采用的工具。<sup>④</sup>这意味着在任何时候都应优先考虑信息工具等新型规制工具的采用。这一判断在成熟市场经济国家可能可行，但我国目前处于社会转型期，并不能完全遵循。第二，对多种政策工具之间的协调与互动研究不足，就政策工具对相关项目成败影响的研究还可以再深入。<sup>⑤</sup>第三，对规制过程中信息工具的正确选择等方面的研究还可以更深入。

本文对规制过程中信息工具的选择进行研究，旨在构建一个具有一定普适性的信息工具选择理论框架，以指导规制实践，提高规制质量。文章先以餐饮业最低消费的规制难题为对象，对为何及如何在规制工具体系中选择信息工具进行研究，得出一些初步结论；在此基础上，侧重探讨以下问题：在解决社会问题时，信息工具存在哪些优势与局限？哪些因素会影响信息工具的选择？信息工具最适合哪些规制领域，最适合解决何种社会问题？信息工具如何与其他规制工具相协调以建立以信息工具为主的工具组合？公共机构在规制私权的过程中是否存在对特定规制工具的偏好，为何少用信息工具？现有制度在信息工具的使用方面存在哪些問題？如何改进？

## 二、简单的难题：对餐饮业最低消费的规制

餐饮业最低消费的规制是简单的难题。称其简单，是因为该问题结构简单，且对如何规制餐饮业最低消费这一问题，大多数人都能立即作出回答；称其为难题，则是因为，近20年来公共机构对各地餐饮业最低消费进行了多种方式不同、内容相反的规制。通过搜集、整理，我们

中，除了10篇分别涉及环境、保险、特许经营、商品房预售、破产重整等议题外，其余论文皆为证券、金融方面的议题。

- ① Ernest Gellhorn, "Adverse Publicity by Administrative Agencies," *Harvard Law Review*, vol. 86, 1973, pp. 1380-1441.
- ② 经济合作与发展组织编：《OECD国家的监管政策：从干预主义到监管治理》，陈伟译，北京：法律出版社，2006年，第39—86页。
- ③ 凯斯·R. 孙斯坦：《风险与理性：安全、法律及环境》，师帅译，北京：中国政法大学出版社，2005年，第321—339页。下文注释中的“桑斯坦”即“孙斯坦”，不同译者的译法不同。
- ④ 史蒂芬·布雷耶：《规制及其改革》，李洪雷等译，北京：北京大学出版社，2008年，第271—272页。
- ⑤ B. 盖伊·彼得斯、弗兰斯·K. M. 冯尼斯潘编：《公共政策工具：对公共管理工具的评价》，顾建光译，北京：中国人民大学出版社，2007年，第4页。

把国内对餐饮业最低消费的规制分成禁止型、许可型和模糊型三大类(见表1)。其中禁止型分为绝对禁止和有条件禁止,前者以南京为代表,后者以北京为代表;许可型事实上是一种附条件许可,要求经营者对其设定的最低消费额予以明示,以上海为代表;模糊型则以河南为代表。

表1 国内对餐饮业最低消费的规制情况

规制类型		法律、法规或规章	相关条文
禁止型	绝对禁止	《南京市餐饮业价格行为规则》(试行)(2004)	第12条: .....不得设置最低消费.....
		《贵州省消费者权益保护条例》(2006)	第16条: 经营者不得设定最低消费数额.....
		《青海省实施中华人民共和国消费者权益保护法办法》(2004)	第14条: 经营者不得以最低消费限制等形式,对消费者作歧视性消费规定。
	有条件禁止	《抚顺市饮食业价格管理办法》(1996)	第8条: 二级以上设卡拉OK的雅间、包房收费由经营者提出申请,到市物价局审批,二级以下饭店不允许收雅间、包房费。
		《甘肃省餐饮业价格行为管理办法》(2008)	第10条: 价格核算及收费.....(三)包房服务费。以用餐金额(主食、菜肴)为基数,由省、市(州)物价局按分管权限分别确定特级、一、二、三级店的服务费标准,四级及普通级店不得收取包括雅间在内的包房服务费。
		《北京市饮食业实施经营服务规范化管理的有关规定》(1999)	第55条: 经营者应当遵守公平、自愿的原则,不得强行销售、强行服务,不得设置最低消费,强迫消费者接受其规定的价格及其他不合理的条件。明示包间使用收费标准。
模糊型	《河南省消费者权益保护条例》(2009)	第25条: .....经营者对所提供的餐饮和服务,应当事先将价格明确告知消费者,不得附加不公平的限制条件,不得收取不合理费用。	
许可型	《餐饮企业经营规范》(SB/T 10426-2007)	3.4.7: 须明示营业时间、供应品种、服务项目的收费标准及其他特殊规定.....	
	《山东省消费者权益保护条例》(2008)	第31条: .....餐饮、娱乐的收费项目和价格,应当在消费者接受服务前向其明示;未明示的,消费者有权拒付。	
	《上海市加强餐饮企业经营规范的通知》(2004)	第2点: 对包房最低消费和自带酒水服务费等内容,必须醒目明示,应当让消费者事先知晓,以利消费者自主选择。	

究竟何种规制方式更为可取?我们首先观察绝对禁止型的实施效果。2004年12月初,在《南京市餐饮业价格行为规则》(试行)(2004)开始实施后,笔者之一曾委托南京大学法学院硕士生王春雷对南京市餐饮业设定包房最低消费的情况进行了调查。调查者以顾客身份给南京市64家饭店打了电话,表达订座意向并询问最低消费情况。调查结果见表2。表2显示近一半的经营者没有遵循这一禁令,其中档次较高的经营者比例更高。当然实施效果不理想本身并不必然表明规制不当。问题的关键在于经营者不遵循禁令的原因。再来考量河南省的规定。《河南省消费者权益保护条例》(2009)第25条规定:“.....经营者对所提供的餐饮和服务,应当事先将价格明确告知消费者,不得附加不公平的限制条件,不得收取不合理费用。”该条文由信息提示义务和不合理费用禁止两部分组成,相当于在上海的规定后面加上了禁止收取不合理费用这一内容,因此,其具体的法律涵义就取决于对设置最低消费额是否“不合理”的回答,但河南的规

定回避了这一问题，这是我们把河南省的规定列入模糊型的原因。于此，所有疑问都集中于“经营者设定最低消费是否合理”这一问题。如果答案是否定的，以禁止为内容的深度规制工具的采用就具有正当性；如果答案是肯定的，信息工具的采用可能成为必要。

表 2 南京市饭店设定最低消费情况 (2004-12)

等级	无最低消费	有最低消费	比例	最低消费标准	平均最低消费额
五星级 (10)	3家	7家	70%	100—260元/人; 1500—2500元/桌	166元/人; 2000元/桌
四星级 (13)	2家	11家	85%	80—150元/人	120元/人
三星级 (20)	12家	8家	40%	100元/人; 800元/桌	100元/人
普通 (21)	17家	4家	20%	300—788元/桌	497元/桌
总数 (64)	34家	30家	47%		

合理性问题是公权在对最低消费进行规制时必须回答的问题，但却极少有人提出。更多的人基于《消费者权益保护法》第9条“消费者享有自主选择商品或者服务的权利”的规定，直接判定最低消费违法，合理性问题被轻易绕过。事实上，成本、收益等是决定能否对包房进行特别收费的重要因素。在收费方式和标准相同的情形下，受席位数、顾客批次、包房成本等因素的影响，同等面积包房对利润的贡献率必然大小于大堂。当然，即便如此，在我国，由于人情世故及民众扩大自己熟人资源的需要等因素的存在，市场对包房有极强的需求，在收费方式和标准不变的情形下，包房也不可能消失，但包房会变成一种极其稀缺的资源，经营者会把包房优先给予常客等特定客户，普通顾客进包房消费的可能性大大降低。这种因规制而产生的结果也是大家不愿意接受的。因此，有必要对包房采取特别的收费方式。可能的收费方式有三种：最低消费、更高价格和服务费。在这三种方式中，设定最低消费有强制交易之嫌，设定更高价格有歧视定价之嫌，而只有收取服务费最不可能违反法律，因为有额外服务即可额外收费。但这一收费标准会产生两大问题：第一，难以确定服务费标准的制定主体与制定依据；第二，因为不能彻底解决包房消费低的问题，经营者并不一定愿意接受这种收费方式。当然，在当前的操作中，已经有较多不设定最低消费的经营者在消费额基础上收取10%—20%的服务费，这相当于设定更高价格。因此，我们可以在设定最低消费和设定更高价格之间进行选择。如果消费者消费额较低，经营者更愿意采用最低消费方式；反之，经营者更愿意接受更高价格方式。对消费者而言则相反。从结果看，对最低消费额的严格禁止，并非对所有消费者都有利。综合考虑经营者的对策行为、消费者的利益损失等多种因素，最低消费额是最容易被经营者和消费者共同接受的包房收费方式。

当然，问题并不止于此，最低消费额的合理性也有限度。最低消费额若设定过高，就丧失了合理性。需要公权规制的是这种超越合理限度的情形。从市场的角度看，经营者基于交易机会的考虑不会设定过高的最低消费额，规制似乎不必要，规制工具的运用似无前提。但这种观点忽略了以下三项因素：第一，竞争不充分。受经营者的区域分布、菜系差异、档次差异及城市交通状况等影响，餐饮业经营者间的竞争往往不充分，这使经营者设定合理的最低消费额的意愿受到抑制。第二，信息充分流动存在障碍。由于餐饮业经营者存在共同利益，各经营者间不会基于竞争而披露或传递竞争对手有关最低消费额设定的信息。第三，存在基于面子上的考虑而被迫接受不合理最低消费的情形。当消费者带朋友或客户进入包房入座，服务人员介绍最低消费情况后，即使消费者认为最低消费额太高，有多少消费者会选择离开包房去大堂，或选择去其他饭店？在这种情形下，经营者并没有任何强迫，而是面子文化强迫消费者作出不利

选择。

这说明，需要公权对最低消费进行规制。最容易被采用的规制工具是审批。由于国内舆论对最低消费几乎采取一边倒的否定性评价等多种因素，国内没有任何地方颁布过对最低消费额进行审批的规定，但有对包房服务费进行审批的规定，如《抚顺市饮食业价格管理办法》(1996)第8条。对最低消费额的设定进行审批，其目的是使最低消费额处于合理状态。但这种合理追求不仅有代价，而且未必会实现。标准的确定是公权进行审批时首先会遇到的问题。包房面积大小、设施好坏、服务水准、所处地段等多种因素都会影响到对合理性的判断。此外，这种规制方式使公共机构获得了一种强势权力，若公共机构及其工作人员公益性程度不足，其被寻租行为俘获就在所难免。因此以审批作为规制工具并非最佳选择。

究竟何种工具相对较佳？最低消费额设定的合理性，从根本上否定了以禁止为内容的深度规制工具；而以审批为内容的规制工具则面临较多问题，也不能确保设定的最低消费额不超出合理限度。与禁止、审批等规制工具相比，信息工具是相对较佳的规制方式。国内有些地方的立法即采取了这种方式，即采取许可加信息提示的规制方式，如《山东省消费者权益保护条例》。但由于信息工具运用的复杂性，以及对信息工具理论的把握不足，国内这种许可加信息提示的规制方式仍存在较多待完善之处：第一，信息提示时间。制度上应该明确为首次接触告知，即如果消费者电话订座，电话中应该明确告知，如果消费者直接到店堂，迎客时应该明确告知。这既有利于消费者及时作出决策，也可以防止出现基于面子上的考虑而被迫接受不合理最低消费额的情形。第二，其他信息主体。为弥补市场在最低消费信息传播上的不足，规制机构或其委托机构有义务收集和整理餐饮业设定最低消费的信息，及时公开并促使其充分流动使尽可能多的消费者知悉。如此，信息工具才能对最低消费起到较为有效的规制作用。

### 三、信息工具的功能优劣

市场体制下，交易主体和公共机构时常需要作出各种决策。虽有多种因素影响决策的质量，但信息质量和数量是影响决策质量的关键因素。在公共规制中，信息工具是旨在为交易主体或规制机构提供决策信息以改善决策质量的规制工具。主要有交易主体的信息义务、公共机构的信息公开制度、信息提供激励制度等，其中前一类是对交易的直接干预，后两类是对交易的间接干预。我们对信息工具的类型及功能等进行了整理（见表3）。与限权、审批、收费等传统规制工具相比，信息工具有其独特优势。

表3 信息工具的类型及功能

工具类型	信息流方向	工具功能	动力来源	使用阶段	制度表现
对交易的直接干预	平行	促进交易公平	公权强制	立法	交易主体的信息义务
对交易的间接干预	自上而下	促使交易主体用脚投票；促使交易主体自律	公权义务	法律实施	公共机构信息公告制度
	自下而上	促进规制制度实施	利益激励	法律实施	有奖举报制度等

#### (一) 平行的信息工具

与强制性政策工具相比，促使交易主体提供信息的优势主要在于：第一，对私权的规制力度弱。信息提供制度仅仅要求义务主体对交易对象提供特定信息，并未对交易能否成立以及重

要的交易条件进行规制，因此对私权的规制力度很弱。与最低工资制、房租管制等对私权的深度规制不同，这种规制工具把交易决策权留给市场主体，因此也不会产生被规制主体的对策性行为。在众多工具中，这是一种最尊重市场的市场友好型规制工具。第二，规制成本低。与深度规制工具相比，信息规制工具的成本极低，因为不涉及公权，自然也不涉及公共机构的执法成本，也不会对公共机构的执法资源提出新的要求。在我国目前执法成本较高、执法资源短缺的情形下，这种优势更为凸显。第三，作为事前规制工具，其具有较好的纠纷预防效果。与事后的纠纷解决不同，这种规制工具通过信息提供使信息劣势者能够作出较好的交易决策，从而能预防纠纷的大量产生。第四，不会产生因公共机构参与而导致的负面影响。在深度规制中，私权主体之间的交易权利被较多转移到公共机构中，寻租和腐败问题可能产生。而信息提供作为一种浅度干预工具，公共机构没有直接介入交易，寻租自然没有前提。

虽然如此，信息工具在实践中也会面临一些问题：第一，规制力度弱。规制力度弱除为信息工具带来众多其他工具无可替代的优势外，也限制了这种工具的适用范围，比如，信息工具不适宜解决紧急且严重的社会问题。第二，难以界定信息提供义务的范围。面对无数交易种类和情形，较为有效地确定义务主体提供信息的范围是规制立法过程中的难题。第三，信息工具难以应对一些复杂问题。如对糖精的公权规制，要么完全禁止，要么严格加以说明，但面对类似一瓶糖精将导致男性患膀胱癌的可能性增加六千分之一这样的信息，几乎没有人会知道如何利用这一信息来作出有意义的选择。<sup>①</sup> 第四，制度实施效果存在群体差异。由于知识结构等方面的差异，不同群体对信息的敏感度往往不同，这决定了他们利用信息的能力差异，主要表现在是否把信息运用到交易决策中以及运用到交易决策时的权重差异，这都会导致不同后果。而公权对私权的深度规制不存在这种差异。

## （二）自上而下的信息工具

公权对违法行为信息公示的价值明显。对市场主体而言，市场声誉的好坏会直接影响到其获取交易机会的几率。因此对违法行为信息的公示就能起到传统法律责任所不能起到的功效：一方面能够使获知信息的交易主体用脚投票，放弃与违法者交易；另一方面信息的广泛传播能够普遍降低社会对违法者的评价，从而使该违法者在与他人交易时有障碍，由此使该违法者主动作出合法的行为选择，从而也可以缓解公共机构的执法压力。这种公示的价值在一个分工与交易发达的市场体制社会中尤其重要，其对法律实施的促进作用在很多情形下是单纯的罚款工具所无法比拟的，并且市场经济发展越成熟，这种方式就越有效。当然，这一工具的使用在实践中仍会面临一些难题：第一，哪些信息应该公开？对极其轻微的违法行为的信息是否有必要公开？第二，公开的信息如何使众多需求者获知？如何设立低代价的、有效的信息传递路径？第三，如何避免信息在传播过程中被扭曲？

## （三）自下而上的信息工具

“法律的强制只有在法庭拥有执行该法律所需信息时才是可能的。”<sup>②</sup> 但受制于公权能力、资源等，公共机构往往不可能获取充分信息，信息不足常常成为执法障碍。障碍的消解有赖于有效的信息获取路径。企业在生产或服务过程中的各类违法行为，一定有知情者，但执法机构运

<sup>①</sup> 史蒂芬·布雷耶：《规制及其改革》，第240—241页。

<sup>②</sup> 道格拉斯·G. 拜尔等：《法律的博弈分析》，严旭阳译，北京：法律出版社，1999年，第309页。

用常规途径获取这类信息存在很大困难。作为一种特殊的信息交易制度,悬赏举报制度可以尽可能地使这类知情者提供信息,降低执法机构获取信息的成本,从而提升其执法能力,加强对违法行为的查处。不仅如此,这种制度的采用还会增加违法者之间的互不信任,增加其防御成本,提升其合作难度。当然,这种制度的实施在某些情形下也可能导致人与人之间互不信任;而防御成本的增加并不必然有助于减少违法行为的数量。<sup>①</sup>

## 四、信息工具的选择

### (一) 规制工具选择的影响因素

规制工具选择的目标在于找到与规制目标相匹配的工具,因此,任何一种规制工具的选择都必须在整个规制工具体系中进行。一般而言,在采用深度规制工具存在障碍的情形下,对信息工具会产生需求。而研究信息工具的选择,必须以研究促成规制工具正确选择的一般因素与程序为前提。每一种工具都有其功能优势和适用范围,一般可在工具可能的适用范围内进行选择。在方法上,应该对规制工具的采用进行经济分析,以评估不同工具的性能,尤其要通过对目标群体或现状的作用、对目标以外的群体或状况的作用、对近期和远期情况的作用以及直接成本和间接成本的估量,探寻法律通过后会发生什么。<sup>②</sup>在程序上,尽可能让所有的利益主体以不同方式参与规制决策,这虽然不能保证找到完全匹配的工具,但却能避免不匹配工具的采用。除此之外,结合当前形势,正确工具的选择至少还需要考虑以下几点。

1. 排除对特定工具的偏好或偏见。现实中,一些规制机构基于部门利益考虑有对特定规制工具的偏好,如过多地对私权进行严格管制以获取罚款利益或构造权钱交易的前提。对这种工具使用的偏好应该予以排除。此外,不同的制度环境往往会导致同一工具产生的效用不同,而对特定工具的偏见也会妨碍最佳工具的找寻。明朝晚期吏部曾运用“掣签法”<sup>③</sup>来决定官员选用。这看似荒唐的举措,在当时极为恶劣的选举环境下,却有效地解决了“中贵请谒”难题,成就了“请寄无所容,一时选人盛称无私”的局面。《明史》的编撰者如此评价这种制度以及制度的创设者:“孙丕扬创掣签法,虽不能辨材任官,要之无任心营私之弊,苟非其人,毋宁任法之为愈乎!盖与时宜之,未可援古义以相难也。”<sup>④</sup>

2. 工具的选择必须考虑制度实施的要求。目前一些制度的实施效果不佳,主要原因在于制度制定时,没有从实施的角度进行考量。从制度实施的角度看,规制工具的选择需要具备多种因素:第一,政府能力。政府能力的强弱是决定规制工具选择的重要因素。如果政府能力很弱,深度规制工具的采用可能就会失败。第二,政府公益性程度。一般而言,政府公益性程度越弱,深度规制工具的采用越应该谨慎,否则,对私权的规制就容易成为公共机构及其官员的利益来源。第三,制度实施的技术支持。较多领域的制度实施有赖于技术支持,如果缺乏相应的技术支撑,制度的实施就是一句空话。产品质量执法是一个典型的技术执法领域,有效执法需要有

① 应飞虎:《信息、权利与交易安全:消费者保护研究》,北京:北京大学出版社,2008年,第245—247页。

② 托马斯·R·戴伊:《理解公共政策》(第10版),彭勃等译,北京:华夏出版社,2004年,第280—281页。

③ 参见《明史·选举志》之记载:“(吏部)其初用拈阄法,至万历年间变为掣签。二十九年,文选员外郎倪斯蕙条上铨政十八事,其一曰议掣签。尚书李戴拟行报可,孙丕扬踵而行之。后虽有讥其失者,终明世不复更也。”(《明史》卷71,长沙:岳麓书社,1996年,第1001页)

④ 《明史》卷224,第3289页。

专门的技术支持,对产品质量进行规制时的工具选择应该考虑到技术状况。

3. 工具的选择要考虑规制环节。在实践中,公权是对私权主体的行为过程进行规制,还是对行为结果进行规制,这在规制决策中必须予以考虑。OECD 国家的实践表明:基于过程的规制特别适用于风险来源多重且复杂、对结果进行事后检验相对无效、检验成本极其高昂的情形;而基于绩效的规制仅规制结果而非过程,公权对市场的干预度较弱,市场主体可以根据自身环境选择效率更高、成本更低的守法过程。<sup>①</sup>因此,规制工具的选择不能不考虑规制环节,应该找寻最优规制环节下的最佳工具。

## (二) 信息工具适用的规制领域

要清楚地界定信息工具的适用领域,实属不易,但显然存在其必须适用和不宜适用的领域。

1. 必须适用的领域。之所以会有对信息工具如此依赖的领域,是因为现实中存在一些对民众有害但却不能对其进行深度规制的行业。<sup>②</sup>不能进行深度规制的原因根据不同的行业而不同,收入的获取、传统的维持、新兴产业的扶持等是主要因素。根据对民众危害程度的不同,可以作以下区分。第一,对民众有害无益的行业,如烟草业、博彩业等。烟草业自产生以来,没有一个政府能够成功对其进行规制,主要原因在于这种行业的收入效应。在1970年的纽约,一包定价为53美分的香烟中包含了27美分的税收。<sup>③</sup>第二,大量使用其产品会对民众健康产生重大损害的行业,如垃圾食品行业、白酒业等。第三,对人类有益但却有一定致病概率的产品,如某种新型药品。第四,人类对其有需求,但其安全性和危害性在科学上都不能得到完全确认的产品,如转基因产品。信息工具的采用是深度规制工具缺失之下的最好补救。对前两类行业,可根据危害程度通过危害告知、限制交易机会获取等方式尽可能地保障消费者利益。对后两类行业,可通过信息提供的方式保障消费者的知情权和选择权。

2. 不宜适用的领域。在某些情势危急、后果严重的情形下,由于对安全或高效的极端追求,深度规制工具的采用占主导,信息工具常常不能被使用。如1918年世界性流感爆发时,美国旧金山市通过一条法规强迫人们在公共场所用口罩遮住嘴和鼻子,违反者要以逃避口罩罪被逮捕。<sup>④</sup>为何不要求感染者在与他人交往时加以提示?多年来,机场采用极其严格的安检措施并限制乘客随身携带包括液体在内的物品。为何不通过乘客主动申报制获取安全信息?这都缘于对绝对安全的追求。与深度规制工具的采用相比,信息工具在这些情形下的采用虽然成本很低,但并不能给社会以很高的安全预期。

很显然,上述两种情形分别处于公权干预强度的两个极端。最强的公权干预情形下,无需信息工具;而公权不能进行深度干预的情形下,则依赖信息工具。在其他所有中间情形下,工具的选择较为复杂。在交易领域,较多使用信息工具以保障交易公平;但在理论上,对欺诈者

① 经济合作与发展组织编:《OECD 国家的监管政策:从干预主义到监管治理》,第174—178页。

② 如酒类,1921年1月,美国联邦政府实施禁酒令,除允许私人在家自制酒类及酒厂制作圣餐用酒外,禁止任何加工、运输和出售酒精饮料的行为。但这种禁令不仅没有减少美国的酒类消费,还使千百万人存在潜在的犯罪隐患,并还为有组织犯罪创造了大量利润。(史蒂文·瓦戈:《社会变迁》,王晓黎等译,北京:北京大学出版社,2007年,第233页)

③ 理查德·克鲁格:《烟草的命运:美国烟草业百年争斗史》,徐再荣等译,海口:海南出版社,2000年,第459页。

④ 巴里·E.齐格勒曼、戴维·J.齐格勒曼:《危险的杀手:微生物简史》,武庆洁等译,北京:文化艺术出版社,2003年,第160页。

的严厉处罚也可以达到公平交易的结果。虽然殊途同归,但两者代价不同,且一种工具着眼于纠纷预防,另一种工具着眼于纠纷解决,因此这是一个有待考量的领域。

在交易过程中,交易标的是最大的信息问题,买方需要了解标的的质量状况和所有权状况。从理论上说,这可以通过采用信息工具得到解决,如要求卖方提供产品质量状况的信息,要求卖方出具对标的物的权属证明。虽然现实中绝大多数情形也是如此,但历史上买方对标的物权属的信息要求,导致善意取得制度的产生,形成了一条完全不同的制度演变路径。这种制度之所以在几百年前的德国最早产生,完全源于买方在标的物权属确认方面的信息弱势以及由此产生的过高的交易成本。这一制度产生前,买方在作出交易决策前必须验证交易标的所有权状况。这在早期的商品经济中并非难事,而当社会发展导致经济社会化程度较高时,交易的普遍化、市场的扩大、交易种类的增多和价值的增加以及交易较大程度在陌生人之间展开等因素大大提升了交易前交易标的权属的验证成本和难度。在当时,就交易标的所有权的确认而言,买方显然是弱者,原有制度使买方负担过高的信息成本;同时由于交易的数量急剧增长,由买方承担的信息成本也会社会化。如何降低这一成本不仅涉及买方利益,同样也涉及社会整体利益。善意取得制度正产生于这种背景下。当时制度的演变结果为何不是要求卖方提供信息并对卖方提供虚假信息进行公权惩罚,而是善意取得制度?其重要原因在于这种制度安排使买方在交易时几乎无须确认标的物的所有权,彻底避开了信息问题,从而使这方面的私人信息成本和社会信息成本趋于零。虽然这种制度损害了真正所有权人的利益,对所有权人也不公平,但与分工社会中对交易的促进利益相比,则后者更值得维护。与之相比,要求卖方提供信息并对卖方提供虚假信息进行公权惩罚的制度安排则存在如下问题:第一,不能彻底解决买方的信息不足问题;第二,制度成本较高;第三,公权力的存在,虽然可能促使卖方提供真实信息,但也增加了制度实施后果的不确定性。因此只能用善意取得制度而不是信息工具解决动产交易中标的权属的信息不对称。我国《物权法》也确立了不动产善意取得制度。由于不动产有公权主导的登记制度,且登记具有很强的公信力,使买方可以便利、低代价地获取可信度极高的信息,交易双方在不动产标的权属方面就不存在信息不对称。因此,从理论上讲,不动产交易对善意取得制度没有需求。但不动产登记实践中存在有瑕疵的登记,如因登记机关工作人员过失或故意使登记出现错漏;共有的不动产在登记簿上只记载部分权利人等。这种有瑕疵的登记是一种错误信息,买方无法识别,需要基于信赖保护买方利益。关键在于,虽然有瑕疵的登记在不动产登记总量中占极小比例,但如果不把有瑕疵登记的问题处理好,在任何一个不动产交易中,买方都要验证登记信息的真实性,以把有瑕疵的登记排除,这种验证工作的难度极大,成本极高,相当于彻底破坏了不动产登记的信息功能,这种破坏会阻碍交易的展开。基于有瑕疵登记而产生的不动产善意取得制度正是为了解决这一信息问题。当然,这种解决信息不对称的路径也并非必然,由于信息不对称程度及制度环境等差异,在美国,源于1876年的产权保险制度(title insurance)就承担了解决不动产权利信息不对称的功能。

由此可见,信息工具能否在规制过程中运用的问题非常复杂。同类问题在不同时间或区域,由于其复杂性和制度环境不同,对规制工具的采用也会有差异。虽然如此,仍可以基于前文对最低消费规制过程中的工具选择、善意取得制度的产生原因以及规制工具选择的影响因素等的研析,对交易过程中选择信息工具的决定因素进行分析,并得出一些一般性的结论。

第一,信息工具在解决信息问题上的优先性及限制。虽然对欺诈的严厉处罚也可以推进公平交易,但交易公平的促成本质上还是一个信息问题。一般认为,“信息披露和甄别是对信息不

对称的最佳回应”，<sup>①</sup>“强制信息披露规制能够给购买商品或者服务时受到不充分信息影响的那些消费者带来直接的福利收益”，<sup>②</sup>因此，首先应该考虑用信息工具来解决这一问题。但如前所述，受工具能力的影响，并非所有由信息缘起的问题都可以用信息工具解决；受对象能力的影响，信息工具的使用也会趋于低效或无效。如果某一群体由于收入不足等原因在决策中别无选择，以改善决策为主要目的的信息工具并不能发挥充分作用，在此种情形下，应该更多地依赖深度规制工具。

第二，交易标的质量状况或产权归属的验证难度及成本。如果对交易标的质量状况或产权归属很难验证，或验证成本极高，且这种状况缘于一种很难克服的系统性原因，则不能采用信息工具，而是直接绕过信息问题，就此可能会出现一种与常规制度不同的制度。如前所述，对交易标的产权归属验证的难度导致善意取得制度的产生；而对交易标的质量状况验证的难度导致了特定时期的无偿献血制度的确立。自20世纪中期的发达国家始，由于有偿献血制度在确定鲜血质量时的信息成本过高，无偿献血制度大大发展。蒂特马斯在1970年的研究中发现，有偿献血者相对于无偿献血者而言，更倾向于隐瞒全部病史和其血液病毒情况，会大大降低有偿献血制度的有效性。巴泽尔指出，由于普遍地彻底检测肝炎病毒和艾滋病毒非常困难，并且成本很高，会导致有偿献血制度趋于无效，而利他主义者的献血行为显然不会产生上述弊端。<sup>③</sup>

第三，不同交易领域的竞争程度和信息不对称程度差异。根据不同领域市场竞争程度的差异，对交易标的质量、价格等可以采用市场信息披露、强制信息披露、公权深度管制等路径以保障交易公平。具体而言，对处于完全竞争状态的领域，市场本身就会提供所有的质量、价格等信息，无需公权干预；“在那些不能依靠竞争来诱使信息显示的市场中，可能需要强制的信息披露”；<sup>④</sup>而对处于垄断状态的领域，对交易标的质量状况，可以运用较严厉的信息工具，对其价格状况，则需要公权进行直接规制，以保障价格信息的准确性。使用信息工具时，要根据不同领域的信息不对称程度对信息主体设定不同程度的义务。如对信息不对称程度高的领域，可让义务主体提供相对多的信息，履行更有利于交易对方的信息提供程序等。

第四，深度规制工具的负面影响及其消解可能性和成本。规制事实上是一种多方博弈，有效的规制需要充分考虑到规制的各种后果，尤其是在采用深度规制工具时，应该充分了解待采用规制工具的作用机理及政策效应。如禁止在餐饮业设定最低消费看起来似乎很公正，但如果严格实施，就会使一般消费者进包房消费的需求得不到满足。因此，当深度规制会产生过度的负面影响时，如因被规制者的对策性行为而导致产生一些严重的非预期后果，并且对这些负面影响无法应对或应对成本极高，则可以考虑运用信息工具进行规制，如对餐饮业最低消费的信息规制。

第五，深度规制工具的运用似有必要但尚不成熟的情形。规制作为一种决策，也会受制于信息不足，从这个角度而言，超前立法并不一定必然产生科学、可行的制度。因此如果需要规制的问题还处于发展中，矛盾的细节还没有展开，问题的走向还不明朗，或者进行深度规制后

① 凯斯·R.桑斯坦：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，北京：中国人民大学出版社，2008年，第101页。

② Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 121.

③ 参见Y.巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域、段毅才译，上海：上海人民出版社，1997年，第136—149页；霍奇逊：《现代制度主义经济学宣言》，向以斌等译，北京：北京大学出版社，1993年，第232—256页。

④ 丹尼尔·F.史普博：《管制与市场》，余晖等译，上海：上海人民出版社，2008年，第583页。

其整体绩效具有很大的不确定性,如由于公权力的直接使用而增加制度实施后果的不确定性,则可以考虑暂时运用信息工具,以静观其变。

以上是交易领域信息工具的使用规则,至于公共机构的信息公开制度和信息提供激励制度也由于其功能优势而受到青睐。一般而言,由于公共机构执法信息公开制度的实施可以有效地、大范围地贬低市场主体的声誉,所以在罚款等传统法律责任失效之处,正是这种制度发挥功能之处。这种举措对追求良好声誉的企业非常有效,如果这种公示的信息能够被永久固定并能在一定范围内充分流动,对不太追求声誉的小企业和个人也会比较有效,因为这种信息的充分流动会导致其交易机会的即时丧失。由于这种制度具有良好的约束潜在违法者的功能,因此在违法行为众多而导致公共机构执法压力过大或执法资源严重缺乏的情形下,就会产生对这种制度的大幅需求。而利益激励的信息提供尤其可以适用于以下情形:执法机构处于极度信息劣势的行业或区域;执法机构直接获取违法行为信息的成本极高;执法机构对违法行为的确认缺乏成熟的技术支持,如某些领域的产品质量执法;违法行为危害性极大的领域。

### (三) 构建以信息提供为主体的规制工具体系

实践中,由于待解决问题的复杂性,有必要对欲采用的规制工具进行恰当组合,通过组合,使各种工具的不同功能优势共同发挥作用,以更有效、更有针对性地解决问题。诺贝尔奖得主经济学家谢林指出,为了解决能源问题与贫困问题,采用高气价以及对贫困群体单独补偿的混合政策显然是一个更好的政策;而压制天然气价格的政策虽然可以使穷人和富人一样享用廉价气,但富人因为消费得更多而得到更多好处。<sup>①</sup>对垃圾食品的规制<sup>②</sup>会涉及多种信息工具的组合以及信息工具与非信息工具的组合。可选择的规制工具主要有:要求生产商在其产品上标明长期食用垃圾食品的危害;向民众公布长期食用垃圾食品对健康危害的信息;根据垃圾食品的种类及致害程度,限制或禁止广告;对食品中热量、脂肪、糖、盐等的最高含量进行限制。在正在使用或可能使用的这些规制工具中,前三类属于信息工具,后一类是对权利进行深度规制的非信息工具,这些工具的有效组合可以较好地减少垃圾食品对健康的负面影响。

1. 多种信息工具的运用。其目的在于强化信息工具的整体功能。主要的类型可能有以下几种。第一,同类信息工具的多次使用。主要运用在对交易标的的质量状况的说明中。当用物理维度描述一个复杂商品的质量状况变得困难时,则需要其他非直接表明质量状况的信息,主要有各种认证标志、强制性标准、卖方声誉等,这些都有很强的信号功能。第二,不同渠道信息工具的共同使用。主要涉及交易主体和公共机构两种不同主体分别提供相关的不同信息。如对特定商品危害的告知可以设定经营者和公共机构两个义务主体;又如对餐饮业最低消费的规制,可设定经营者的主动告知义务,如果最低消费的信息不能充分流动,规制机构也有义务收集餐饮业设定最低消费的信息,发布并促使其充分流动。第三,对旨在获取交易机会的信息发布的限制或禁止。这是一种逆向的信息工具,其功能在于促使潜在的买方不作交易决策。主要通过在一定范围内限制或禁止其广告信息的发布来实现。在交易标的具有较大危害或经营者多次违法的情形下,这种逆向信息工具可以与提供信息为目的的信息工具合并使用。

2. 信息工具与其他工具的组合。这两类不同规制程度和规制方式的工具的合并使用,可以

① 托马斯·谢林:《选择与结果》,熊昆、刘永谋译,北京:华夏出版社,2007年,第24—26页。

② 垃圾食品并不违反所在国家的食品安全法律,但对人体健康和后代成长有较大危害,严格地说,这是一种安全但不健康的食品,有规制的必要。

实现优势互补，这在一种规制工具不能实现规制目标之时尤为必要；另外，也可以使深度规制工具由于信息工具的使用而减弱规制程度，这在必须采用深度规制工具但规制程度不能太深的情形下尤其适合。信息工具与其他工具的组合可以有多种模式，简述如下：第一，信息工具与深度规制工具的组合。这种深度规制工具主要有质量规制、安全规制、价格规制等，与信息工具的组合可以更有效地实现规制目标。如对垃圾食品中盐等设定最高含量，再辅之以含量提示和过度食用的危害提示，这种工具组合既可以保障食品的相对安全，又可以使消费者减少消费。第二，信息工具与罚款的组合。这种组合可以有效促使市场主体作出良性行为。对违法者而言，罚款可以直接导致其现有利益的减少，但由于罚款在现实中并不具有必然性，且罚款额度往往低于其因违法行为而获得的利益，这使罚款的作用变弱。而对违法行为的公示及公示信息的充分传播会直接贬损违法者的市场声誉，导致其交易机会的减少甚至丧失，从而使其近期利益和远期利益、物质利益和非物质利益都受损。第三，信息工具与税收工具的组合。这种组合可以促使市场主体适当减少交易，以达到政府或社会的某种目的。如产品危害信息的提供与针对产品的高税收，可以从提高危害认知及抑制消费能力的角度减少民众对烟草等产品的消费；又如，在股市呈集体疯狂的情形下，监管部门的风险提示和证券交易税的适当提高，可以使股民减少交易。<sup>①</sup>

## 五、制度改革建议

多年来，由于对规制工具的选择缺乏理论准备，对深度规制工具一定程度的偏好、对信息工具的了解不足，使得公共机构在规制决策过程中鲜有基于信息工具视角的充分检视，从而导致信息工具使用的缺失、不当或错误，因此需要扩大信息工具的使用范围，对不当或错误使用予以修正。

### （一）扩大信息工具的使用范围

很多情形下，信息工具的使用对交易主体的利益保障和相关法律的有效实施能起到积极作用，但这种制度和工具的使用在我国趋于不足。仅就法律条文而言，《消费者权益保护法》中“信息”一词仅出现 2 次，而联合国《消费者保护准则》中“信息”一词共出现 21 次。我们再选择改革开放以来对经济、社会规制较为集中的一些法律，查找条文文本中“信息”、“公告”、“公示”等词语的出现频率，并查找条文中是否设定悬赏举报制度。查找结果见表 4。从该表的数据中可以得出几点初步结论：第一，二十多年来，信息工具的使用在规制过程中经历了一个从无到有的过程。20 世纪 90 年代初期以前，信息工具没有被使用的迹象，90 年代中期以后开始被使用。我们还可以看到制度从缺失到不成熟再到成熟的发展历程。<sup>②</sup>第二，目前，信息工具的使用仍不足。一些制度是由事件推动确立的。如深圳市在 2008 年“9·20”特大火灾发生后 4

① 2007 年 5 月，政府运用信息工具与税收工具的组合对我国过热的股市进行干预，但由于税收工具使用过度，信息工具使用严重不足，最终导致股市暴跌。

② 如悬赏举报制度没有出现在 1996 年以前通过的经济法、社会法中；1997 年《价格法》第 38 条规定价格主管部门应当对举报者给予鼓励。2000 年修正的《产品质量法》第 10 条规定产品质量监督部门和有关部门应当对检举人给予奖励。“鼓励”和“奖励”虽一字之差，但造成的制度绩效差异却非常大。因为鼓励本质上属于精神奖励，而精神奖励的适用面太窄，激励力量较弱，不利于激励广大知情者提供信息。

天即出台了《安全生产隐患与事故举报奖励暂行办法》。相对而言，悬赏举报制度在较多领域被采用，而其他两种工具的使用并不充分。如《安全生产法》的功能在于保障和促进生产的安全，在我国安全生产情势比较严峻的情形下，在该法中三种信息工具都应该被充分使用，但从条文上看，除悬赏举报制度外，其他两种工具都没有被采用。<sup>①</sup>

表4 信息工具在规制中的使用状况

时 间	法 律	信 息	公 告	公 示	悬赏举报
1984	药品管理法	0	0	0	0
1989	环境保护法	0	0	0	0
1989	传染病防治法	0	0	0	0
1993	产品质量法	0	0	0	0
1993	消费者权益保护法	2 (2)	0	0	0
1994	劳动法	0	0	0	0
1994	广告法	1	0	0	0
1995	食品卫生法	0	2 (2)	0	0
1997	价格法	1	0	0	1
2000	产品质量法	0	3 (2)	0	1
2001	药品管理法	0	4 (2)	0	0
2002	安全生产法	0	0	0	1
2004	传染病防治法	19 (8)	1	0	0
2006	农产品质量安全法	1	0	0	0
2007	劳动合同法	0	0	1	1
2008	水污染防治法	1	0	0	0
2008	食品安全法	23 (11)	0	0	0

注：括号前的数字表示在条文中的出现次数，括号中的数字表示被查的词出现在几个条文中。悬赏举报项下的“0”表示没有设定这种制度，“1”表示设定了这种制度。

为何公共机构在规制过程中鲜用信息工具？其原因可能主要在于：第一，惯性思维的存在。虽然我国社会主义市场经济体系已初步建成，但多年的计划经济思维并没有彻底消除，深度规制还有一种惯性力量。第二，对深度管制的偏好。在部门立法较盛行的时期，对收费、罚款等权力的追求，使规制机构更偏好于深度管制。第三，新型规制工具知识不足。信息经济学在中国的传播不到20年，规制机构对信息工具的功能优势了解不够，从而影响工具的采用。此外，对社会问题严重性或风险的过高估计也可能导致深度管制工具的采用。过高估计的原因很多，如媒体的不当报导等。社会心理学的研究也表明，人们对风险作判断很容易出错。风险感知中的启发式判断规则会导致较大且持续性的偏差，保罗·斯洛维奇 (Paul Slovic) 等学者在1979年的研究表明，那些引人注目或耸人听闻的事件（如各种意外事件、摩托车事故、洪水、食物中毒、各种癌症、火灾等）的死亡率往往被民众高估。这对于决策制定会产生严重影响。<sup>②</sup>

在对经济、社会、环境等进行规制以及促进法律实施的过程中，应该考量各种影响规制工具选择的因素，排除工具选择的偏好和惯性，基于合适和匹配的原则，尽可能扩大信息工具的

① 虽然《安全生产法》第45条规定，生产经营单位的从业人员有权了解其作业场所和工作岗位存在的危险因素。但这远远不够，有效的制度不是从业人员的了解权，而是企业的主动告知。该法没有确立违法行为的公告制度，劳动者缺乏这类信息，就无法用脚投票，从而不会对违法企业造成巨大压力。

② 保罗·斯洛维奇等：《事实对恐惧：理解可觉知的风险》，丹尼尔·卡尼曼等编：《不确定状况下的判断：启发式和偏差》，方文等译，北京：中国人民大学出版社，2008年，第535页。

使用范围和频度，尽量避免用严重的社会事件来推动。当然，这并不排斥其他规制工具的使用，如前所述，在较多情形下，信息工具与其他工具的组合往往能更有效地实现规制目标。

## （二）不当或错误制度的修正

### 1. 经营者信息义务制度的修正

强制要求经营者提供信息是公权对自然人与经营者的交易进行规制的主要信息工具。《消费者权益保护法》第19条第1款规定：“经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。”这似乎课予经营者强制说明义务，但事实上并没有。在结构上，这一条款由两部分组成，即“经营者应当说明真实信息”与“经营者不得虚假宣传”，前者是命令性规范，涉及强制说明义务，后者是禁止性规范，两者并列，不存在层递关系。但第1款的表述过多地强调了“真实”二字，因此自然与后半段形成一种层递关系，从而使前半段形同虚设，信息提供义务因此受到忽视。为确立经营者的信息提供制度，并从制度上保障信息的真实性，应当将这一条文分成两款，在文字上作适当调整，具体建议如下：经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的必要信息。经营者向消费者提供的信息必须真实、准确。

《消费者权益保护法》对虚假宣传设置了几种法律责任，而对不提供或不适当提供信息没有设定任何形式的法律责任，这也是一种立法失误。没有法律责任，信息提供制度不可能真正建立。在对经营者不履行说明义务的法律责任进行设置时，应该以有限民事责任与有限行政责任相结合；应该轻重适度，旨在有效改变经营者的利益结构，使较多的经营者主动履行披露义务。

这种制度若要起到较好的运行效果，不仅仅涉及作为交易主体的经营者，政府机构、认证机构等都有责任，因为在经营者提供的信息中，有相当一部分是由它们制造的，如果它们制造不准确或有瑕疵的信息，如“免检产品标志”、中国消费者协会曾颁发的“3·15标志”、一些信息有瑕疵但合法的认证证书等，这种制度的功效可能会失去大半。如前所述，当用物理维度说明一个复杂商品的质量状况变得困难时，认证标志、强制性标准、卖方声誉等非直接表明质量状况的信息将成为必要，并且产品质量被直接描述或验证越困难，交易双方对质量维度以外的信息依赖就越强。因此需要这些机构严格遵循相关法律，保障信息的真实性；对公共机构而言，还需要评估是否可以提供某种质量信号。

### 2. 公共警告信息披露制度的完善

公共机构信息公开制度主要涉及可提供信息的范围以及有效传播方式的选择等问题。对那些信息可以公开，虽然《政府信息公开条例》第9条作了原则性规定，但法律实践中还是缺乏一些可操作的标准。从媒体传播、社会反映等方面分析，轻微违法行为的公示可能是不明智的。轻微违法行为的信息被公示后，经由媒体传播、社会心理的作用等复杂机制，可能形成社会的过度反应。<sup>①</sup>假如法律规定某种食品可添加的食品专用防腐剂最高量是1个单位，而某企业的食品被检出防腐剂含量为1.0001个单位，虽然这与法律规定的最高安全标准几乎一样，但完全从法律上评判，这是防腐剂超标。如果执法部门把该企业的这一极其轻微的违法信息公示，媒体、读者、经营者可能出现如下反应：（1）媒体。媒体可能把这一公示信息的标题写成“某企业产

① 过度反应往往是有害的。生物学和社会心理学等也都研究这类问题。如美国华盛顿大学约翰·凯什教授领导的团队通过老鼠实验研究表明，导致5000多万人死亡的“西班牙流感”之所以能在1918年形成全球大瘟疫，主要原因可能是它引起了人体免疫系统对流感病毒的“过度反应”，并杀死过多的健康机体细胞，从而加重了病毒对机体的损害。（参见王心见：《1918年大流感高致死率谜底揭开》，《科技日报》2006年9月29日，第2版）

品被检防腐剂超标”，当然在正文中可能会标明仅超标 0.0001 个单位。多种因素决定媒体会主动或被动选择这种标题：标题文字数量的限制妨碍了对内容的准确表达；在食品安全情势比较严峻的社会中，民众对食品安全信息有更多需求，这种标题能吸引更多读者，媒体也更愿意传播这类骇人听闻的信息。(2) 受众。在信息数量巨大的当前社会，众多网民对新闻仅看标题而不查阅内容；而在报纸媒体把新闻标题与内容分离的情形下，如把标题置于头版，内容置于各版面时，则有更多读者仅看新闻标题，从而形成误解。如果考虑到信息在媒体和民众的后续传播中出现的扭曲或错误，如果把“某企业的产品被检防腐剂超标”传播成“某企业的产品被检有毒”，社会对该企业产品质量状况的误解会更甚。(3) 经营者。经营者基于遵守法律的考虑，或为了作出一种保护消费者利益的姿态，会作出产品下架而不销售的决定，这种决定又会强化社会对该产品的不良印象，从而形成恶性循环。由于多种因素的共同作用，该企业产品的安全风险被无数倍地夸大，从而形成整个社会的过度反应。<sup>①</sup>当然，过度反应是一个相对概念，对企业的严重违法行为而言，消费者如何反应都不过分，不会存在反应过度的问题；但对轻微违法行为而言，则需要考虑反应过度的问题。从社会整体角度而言，如果一个企业作出对消费者利益几乎没有损害的轻微违法行为，这种违法行为的信息公示后，若经由复杂的社会机制的作用形成社会的过度反应，从而使企业利益受到严重损害，这不仅要扭曲市场竞争，给企业造成不公，也不利于社会资源的最佳配置。因此，考虑到这种过度反应，政府应该构建一种稳健的风险政策 (a sound risk policy)。<sup>②</sup>当然，也有观点认为，改变媒体的这种传播方式和社会心理，过度反应就不会存在。我们也承认这一点，但这种改变要比改变一个法律条文困难得多。也有学者指出，“任何务实的、制度层面导向的解决之道，都必须要将改变人类心理、媒体应答及国会政治的极端困难性考虑在内。”<sup>③</sup>当然，必须看到这一问题在操作中的复杂性。在确定公示信息的范围时，需要综合考量违法程度以及在多大程度上会损害消费者利益以及损害程度等。如果在立法层面不能清晰界定轻微违法行为的范围，而把对此问题的判断留给执法机构，则可能导致制度实施过程中的寻租和腐败。

### 3. 信息提供激励制度的完善

经过十多年，悬赏举报制度逐渐被我国各级公共机构运用，尤其是在市场秩序构建、环境保护、税务征收、抑制腐败、计划生育等领域。但立法者并没有从信息工具的角度基于信息交易的视角设定这一制度的功能，也没有基于现实需求去深入探究该制度的应有功能。这一制度是激励非利益相关者提供信息，还是让非利益相关者直接协助查处违法行为？这在具体制度设计时都没有得到圆满解决，导致在奖金设定等方面出现错误。以《举报制售假冒伪劣产品违法犯罪活动有功人员奖励办法》为例，该《办法》在奖金设定中至少存在两大问题：第一，把成功查获的货物的市场价值作为奖金设定的主要标准，这是简单而不科学的做法，因为查获货物的价值并不代表违法者的危害程度；有关严重违法行为的信息比轻微违法行为的信息更有价值；

① 过度反应事件在我国多次发生。如 2006 年 9 月 4 日国家工商总局公布雅士利中老年奶粉为不合格产品事件；2007 年 11 月 14 日北京市工商局公布诺亚舟学习机一种型号的产品不符合我国《电子信息产品污染控制管理办法》的事件。两类信息发布后，社会产生了强烈的过度反应，政府相关部门不得不再发布解释性的信息。

② W. K. Viscusi, "Predicting the Effects of Food Cancer Risk Warning on Consumers," *Food Drug Cosmetic Law Journal*, vol. 43, 1988, p. 288.

③ 史蒂芬·布雷耶：《打破恶性循环：政府如何有效规制风险》，宋华琳译，北京：法律出版社，2009 年，第 71—72 页。

在公共机构处于信息劣势的领域或区域，相关违法行为的信息也会更有价值。第二，把是否到现场协助参与打击违法活动作为奖金高低的关键依据之一。这容易使举报人身份被公开，从而对举报制度后续运行产生消极影响。若举报人因身份公开而受打击，且这种案件多次发生，就必然会影响到潜在的举报者，从而弱化悬赏举报制度的激励功能。悬赏举报制度本质上是一种信息获取制度，它的设计应该从如何激励以获取质好量多的信息着手，在奖金设定时要充分考虑违法者损害能力的深度和广度、执法者的查处能力及执法成本等；不能在信息交易功能之外再扩展这种制度的其他功能，否则反而会弱化激励信息提供功能的发挥。当今公共机构在查处违法行为时面临的最大问题是执法信息不足，就更应对悬赏举报制度的信息功能予以纯粹化。

## 余 论

公共机构在规制决策过程中，应避免对某种规制工具的特别偏好，也应杜绝“缺乏执行工作的工具时就用决心来填补”<sup>①</sup>的情形。有学者认为：“各种政策失灵是由于对政策工具的知识不足造成的。”<sup>②</sup>虽然此观点略显极端，但在国内外，由于规制工具选择错误而导致制度瑕疵的情形也并不少见。因而就需要我们清楚地认识各种规制工具，尤其需要深刻把握现代新型规制工具。虽然每一种规制工具都有其功能优势，因此也有其最佳适用范围，但不能仅仅基于这种范围而进行规制工具的选择及工具组合的设定，不能仅仅通过推导而得出结论，还应该对社会问题的具体情形以及所面临的制度环境进行深入研析。这种研析需要法学立场，当然也要仰赖经济学、社会学、政治学等视角和知识，唯有如此，才能找到与规制目标相匹配的规制工具及其组合，才可能实现有效规制。

〔责任编辑：张芝梅〕

① 黄仁宇：《黄河青山：黄仁宇回忆录》，张逸安译，北京：三联书店，2001年，第237页。

② B. 盖伊·彼得斯、弗兰斯·K. M. 冯尼斯潘编：《公共政策工具：对公共管理工具的评价》，第13页。

should be taken at the national level for early warning and prevention of economic risk.

**(7) Governance Theory and Paradigmatic Progress in Public Administration**

*Wang Shizong* • 87 •

The half century long Simon/Waldo debate indicates that the crux of the issue of anomalousness and crisis in the classical paradigm of public administration lies in the politics-administration dichotomy and the resultant separation of value and efficiency. The various schools of public administration emerging since the 1960s have failed to effectively eliminate this anomalousness and crisis. Governance theory, born of globalization, localization and the crisis of the welfare state, breaks through a series of dichotomies including the politics-administration dichotomy in an attempt to bridge the gap between value and efficiency and thereby advance the development of public administration. Some scholars have therefore argued that it has achieved a paradigm revolution in public administration. However, an examination employing Kuhn's paradigm concept suggests that the approbation that governance theory has garnered in public administration circles has come at the cost of metaphysical and belief confusion and a prevailing pragmatism. Profound differences underlie surface agreement. The analysis of governance theory from the perspective of public administration paradigm indicates that such theory should have as its goal the establishment of a unified disciplinary logic and metaphysics and foreshadows a possible path for the emergence of a new paradigm of public administration.

**(8) Reflections on the Sequencing of Creditors' Rights on the Basis of Bankruptcy Law**

*Han Changyin and Han Yongqiang* • 101 •

In China, the sequencing of creditors' claims is determined by two major principles, namely "claims with secured real right have absolute priority" and "general claims are met equally." Nevertheless, when a debtor becomes insolvent, and especially in cases of bankruptcy due to massive tort liabilities arising from mass personal injury, adhering to these two principles not only fails to provide the necessary remedy for victims of personal tort but also fails to carry out the basic function of tort liability law, that of deterring tort behavior. This leads to grave legal injustice and logical deficiency. Due to the difference in terms of remedy, tort-related claims should, in principle, have priority over ordinary contract-related claims. Given that it is neither possible nor necessary to completely deny the priority of secured real right, and that claims arising from personal tort, and particularly from the infringement on material right of personality, should have priority over claims arising from property tort, a viable alternative would be to first establish limited priority for personal tort claims when the tort debtor becomes bankrupt.

**(9) The Information Tool in Public Regulation**

*Ying Feihu and Tu Yongqian* • 116 •

The selection of regulatory tools plays a crucial role in decision-making. Compared with traditional regulatory tools, information has distinct functional advantages. Its proper use not only encourages fair dealing and self-discipline among the parties to a transaction as well as the implementation of regulatory institutions, but also lowers costs. But theoretical studies are still

lacking; we need research on whether and how we can employ this tool in public regulation to construct a theoretical framework for it. Public institutions also seldom adopt an information tool perspective to fully review regulation, resulting in its absence or misuse in the regulatory process. Thus, in accordance with the principles of suitability and matching of tools and goals, we need to widen the sphere in which this tool is used and correct its inappropriate or mistaken use.

**(10) Multiple Logics in Institutional Change: Toward an Analytical Framework**

*Zhou Xueguang and Ai Yun* • 132 •

In this study, we emphasize the role of multiple institutional logics and their interlocking functions in interpreting ongoing institutional change in Chinese society. Institutional change is impelled or constrained by the interaction of individuals and social groups possessing different interests, and the acts of these individuals and groups are governed by the institutional logics. As a result, the trajectory and direction of institutional change are shaped by the interplay among multiple institutional logics. We need to understand these institutional logics in their interrelationships as well as in the interactions among different groups; at the same time, we also need to pay attention to endogenous processes of institutional change. We illustrate the research topics, analytical concepts and theoretical approach raised by this analytical framework with an empirical study of the evolution of the village election system in an agricultural township in North China from 2000 to 2008.

**(11) Mobile Paternal Authority: Change in Migrant Farmer Families**

*Jin Yihong* • 151 •

Sustained large-scale migration has been an important structural force in the change in the Chinese farmer family. The de-localization resulting from migration is eroding and undermining the patriarchal family system, a system marked by the strong congruence of kinship and locality. The resultant changes in the family system, however, represent not just a de-traditionalization but also at the same time a process of reconstructing tradition. The patriarchal family's continuation and reconstruction in the midst of deconstruction is an outcome of the interplay of institutional constraints, market dominance and the need for continuation of patrilineal authority itself. This changing family form not only provides a low-cost basis for the survival and development of migrant farmers "working in the city but rooted in the village" but also, through its peculiarly flexible adaptability, serves as a buffer zone for dealing with conflicts and contradictions arising from the changes in rural society. Under specific historical conditions, it plays a role in relieving social tensions.

**(12) The Culture of Calligraphy and Modern Chinese Writers**

*Li Jikai* • 166 •

Research on modern Chinese literature has achieved results that have attracted wide attention. However, its state of near "saturation" has placed it in a dilemma with no clear way forward. Finding new academic growth points has become exceptionally important and urgent. The relationship between the "culture of calligraphy" and "modern Chinese writers" is virtually a research blank and has so far attracted regrettably little attention. In fact, many modern Chinese writers have had close ties with calligraphy, making important contributions to its collection,