

环境监管中的“规范执行偏离效应”研究

曹 炜^{*}

内容提要 “规范执行偏离效应”是指在环境法律实施中,规范执行通常会逐渐偏离立法者的预期,从而导致法律实施的结果与立法目的不一致的现象。在规范主义立场下,环境监管是行政机关依执行权适用法律的活动,因此偏离缺乏合法性。在功能主义立场下,偏离则是行政机关为了解决诸多矛盾而对规范执行进行系统调整的结果。为了贯彻环境监管政策,行政机关可以通过行使监管权决定监管重点、监管手段和监管强度,从而影响到规范执行。偏离能够改善监管效果,暴露现有制度或者规范的问题,或者创造新的、更加有效的执行形式,也可能会导致监管失灵、影响规范适用。理论的基本立场不是消除规范执行偏离,而是通过环境监管改革将规范执行的调整机制纳入到法律调整范围之内。与此同时,运用基于“地方政府环境责任”的问责机制对行政机关行使监管权进行控制和约束,并发挥其他机关、组织和公众的监督作用。

关键词 环境监管 规范执行 规范主义 功能主义

经过长期的立法活动,我国已经建立起了比较健全的环境法律体系。随着立法任务的基本完成,如何确保环境法律得到有效实施成为了新的重大理论问题。从中外环境法律实施的实践来看,在环境监管活动中存在着一种普遍的现象,即立法者对于规范执行的预期和实际执行的结果之间往往存在一定的偏离,从而导致法律实施的不确定性。对于这一现象,我国环境法学界尚无充分的理论研究。有鉴于此,本文旨在基于功能主义的理论立场对这一现象进行系统的解释,并在此基础上探讨在我国特殊时代背景下如何发展完善环境监管中的法律实施,为社会主义生态文明和环境法治建设提供理论上的支持。

一、问题的提出

美国行政法学者 Thomas O. McGarity 对监管活动中的法律实施有一段精辟的论述,

^{*} 中国人民大学法学院讲师,法学博士。

“当产业界、监管机构和利益集团进行 Eugene Bardach 教授所谓的‘实施游戏’(The Implementation Game)时,在危机中确立的针对产业界的监管计划的保护性目的通常会在缓慢的侵蚀、偏离和滑坡的过程中被逐渐消解。”^①这一论述反映了一个普遍的现象,即在法律实施中,规范执行通常会逐渐偏离立法者的预期,从而出现法律实施的结果与立法目的不一致的现象。笔者称之为“规范执行偏离效应”(Law Enforcement Deviation Effect)。^②在环境法律实施过程中,这种现象十分普遍。美国学者对“规范执行偏离效应”的研究较为系统。Daniel A. Farber 教授最早对环境法律实施中的这种现象展开系统研究,他称这种偏离为法律执行的“滑坡”(Slippage),包括“消极滑坡”(Negative Slippage)和“积极滑坡”(Positive Slippage)两种类型,前一种类型是指行政机关没有执行法律的强制性规定,包括延长最后期限、降低标准、架空规范等,后一种则是指行政机关主动在执行过程中调整规范,包括重新协商适用的标准、修改标准制定的程序以及创造新的执法方式等。^③Richard B. Steward 教授称这种偏离效应为“适应性执行”(Adaptive Implementation)。他指出,“环境规制者在执行和实施环境法时常常偏离法律强制规定的立法目的和具体条文。这一点的表现方式极其多样。有些条款成为从未被执行的具文。有时,规制结构采取了法律并未授权的具有灵活性的执行措施和实践手段,容忍法规不允许的守法迟延,或者甚至避免适用极其严格的法律条文。规制者可能会对是否达到守法要求持较为宽容的审查。或者,规制者不会针对有些违法行为采取强制措施。规制者会与那些挑战它的诉讼人(他们认为规制机构未能执行法规中的强制措施,或者认为规制机构所颁布的规则中包含了新的规制要求)达成和解。”^④Dave Owen 教授认为,执行结果和立法预期之间的差异是由环境监管中的广泛的不确定性引起的,这种不确定性在诸如渔业资源、空气质量、水质、核废料以及气候变化等多个领域的监管活动中普遍存在,这些领域的实际情况始终在不停地变化,由于这种不确定性的存在,环境监管机构很少能够实现预期的立法目标,除非这些计划采用成本非常高昂的方案应对环境损害的风险。^⑤Albert C. Lin 教授则侧重于探讨执行成本对于规范执行的限制,他认为,要求环境监管机构在监管中不考虑监管成本的法律规范是“环境法的神话”(Myths of Environmental Law),监管机构在实际监管活动中必然会通过行使裁量

① Thomas O. McGarity, *Administrative Law as Blood Sport: Policy Erosion in a Highly Partisan Age*, 61 Duke Law Journal 1671, 1674 (2012).

② “规范执行偏离效应”并不是一个约定俗成的既有法律概念,而是笔者出于讨论方便基于丹尼尔·法伯教授的论述进行的归纳总结。对这一现象最早进行系统研究的丹尼尔·法伯教授在其最近的文章中采用了“实质性的偏离”(Substantial Deviation)这一术语来形容“立法的预期”(Legislative Expectations)和“实际结果”(Actual Outcomes)之间的差距,笔者认为,“偏离”(Deviation)这一术语能够较为准确的反映该现象的本质。See Daniel A. Farber, *The Implementation Gap in Environmental Law*, 16 J. Korean L. 3, 3 (2016).

③ See Daniel A. Farber, *Taking Slippage Seriously: Noncompliance and Creative Compliance in Environmental Law*, 23 Harv. Envtl. L. Rev. 297, 299 (1999).

④ [美]理查德·B.斯图尔特《环境规制的新时代》,载王慧编译《美国环境法的改革——规制效率与有效执行》,法律出版社2016年版,第27页。

⑤ See Dave Owen, *Probabilities, Planning Failures, and Environmental Law*, 84 Tul. L. Rev. 265, 267 (2009).

权来考虑监管的成本。^⑥ Bradley C. Karkkainen 教授则在探讨美国环境监管中的“沉默规则”(Default Rules)现象时认为,美国环境监管在进入21世纪以来已经实质性地从完全依赖于直接的强制性规范转向适用更加灵活的监管策略,这使得监管条款往往不再作为强制性的行为规范来适用,而是作为在被监管方没有比较满意的替代性措施的情况下的沉默规则,从而激励监管者和被监管者之间就如何寻求可替代的合规措施展开谈判和博弈,而不是直接适用规则。^⑦

在我国的环境监管中,规范执行偏离效应也客观存在。近年来,随着生态文明建设和绿色发展理念重要性的提升,中央政府和生态环境部(原环境保护部)不断加大对地方环境监管情况的监督力度,通过环保督察等手段督促地方政府和环境行政机关提升执法力度,这使得实践中出现了一些规范执行偏离的现象。例如,对于新《环境保护法》配套办法的执行,一些省市的执行力度远远低于正常水平。对此,生态环境部在日常的情况通报中通常会对案件情况排名靠前的省份和执法力度不断加强的省份进行表扬,而对环境质量恶化并且执法案件较少甚至为零的省市进行通报。^⑧又如,新一轮环保督察中地方对污染源不加区分地进行关停和拆除对于正常生产生活秩序造成了巨大影响,一些地区通过专门的规范性文件进行纠正。淄博市中央环境保护督察协调联络工作组2017年8月下发了通知,要求对不同的污染企业要根据问题的具体情况,科学制定整改落实措施,分行业、分类型、分情况细化处理方案,依法依规科学处置,不能搞简单一关了之、一拆了之等“一刀切”措施。这一通知使得淄博市1500多家“散乱污”企业通过验收,正式恢复生产。^⑨除了山东之外,成都市委办公厅、成都市政府办公厅也在2017年8月联合下发《关于扎实做好环境保护督察问题整改的紧急通知》,指出个别区(市、县)、市级有关部门在问题整改中,存在认识不到位、方法简单片面、措施不细不实现象,特别是对部分“洗车店、餐饮店、洗衣店”等关系群众正常生产生活的行业企业采取“一刀切”、临时关闭等措施,要求各区(市、县)、市级有关部门在执法过程中进行分类管理,兼顾正常生产生活需要,对污染排放较小且通过短时间整改能达到环保标准的相关行业企业、设施场所以整改为主,尽快恢复营业。^⑩在上述案例中,行政机关对于规范的执行显然超过了必要的限度,但是又无法通过个案审查的方式予以纠正,因此只能通过政策性文件进行调整。值得注意的是,上述文件也没有以规范作为基础,反而要求行政机关在裁量时引入其他事实与行为之外的考虑因素,包括“根据问题的具体情况”“分行业、分类型、分情况细化处理方案”“关系群众正常生活”等,这显然为规范执行带

⑥ See Albert C. Lin, *Myths of Environmental Law*, 2015 Utah Law Review 45, 60 (2015).

⑦ See Bradley C. Karkkainen, *Information-Forcing Environmental Regulation*, 33 Fla. St. U. L. Rev. 861, 869 (2006).

⑧ 参见《环境保护部通报2016年1-9月〈环境保护法〉配套办法执行情况》,载环境保护部 http://www.zhb.gov.cn/gkml/hbb/qt/201611/t20161102_366775.htm, 最后访问时间:2018年2月8日。

⑨ 参见《环保部正式宣布“一刀切”停了! 1500多家“散乱污”企业恢复生产!》,载搜狐财经 http://www.sohu.com/a/169630565_772730, 最后访问时间:2018年9月20日。

⑩ 参见《成都下发紧急通知明确三个“决不允许”叫停环保问题整改“一刀切”》,载环球网 <http://china.huanqiu.com/hot/2017-08/11116409.html>, 最后访问时间:2018年9月23日。

来了更大的不确定性。除了上述比较明显的偏离现象之外,行政机关出于“好意”的行动也可能构成对规范的偏离。例如,为解决机针行业的环保难题,海门市环保局历经22个月,把18家机针企业的21条电镀生产线整合成4条镀铬生产线和1条镀镍生产线,集中至手续齐全、治理到位的专业电镀企业生产,使机针行业得到了转型升级。^①在这一案例中,尽管行政机关执行的效果良好,但是行政机关所考虑的因素显然超出了规范执行应该考虑的范围。

从上述现象可以看出,行政机关有时会降低标准或放宽适用规范的条件,有时也会出于推动监管对象改善环境表现的热情而超越法律授权的范围或者过于严格地适用规范。不管具体的表现形式如何,法律实施的结果和立法者希望借助法律实施而实现的目的之间都存在着偏离。对于这种偏离,在具体的个案中,监管对象、环保组织等可能会以违反法定程序、超越职权、滥用职权、明显不当等理由提起诉讼,但是这并不具有在整体上改善规范执行偏离的效果。从上述现象的共性来看,规范执行偏离是行政机关对于规范执行的系统调整。行政机关可以通过降低检查的力度来减少发现违法事实的可能从而减少适用规范的机会、也可以以现实不可行或者成本过高为理由不执行规范、拖延执行规范或者改为采用非正式的协商手段执行规范、也可以直接介入到生产过程中提前消除违法的风险,通过这些手段,行政机关都可以调整规范执行的过程,从而塑造新的监管形态。因此,对个案中规范执行进行合法性和合理性批评无法在整体上为规范执行偏离效应提供一种系统的、有说服力的解释。如果要对规范执行偏离效应进行系统的、有说服力的解释,必须系统地回应下列问题:应该从何种理论立场去解释规范执行偏离效应?规范执行偏离效应的原理是什么?如何评价规范执行偏离效应的法律效果并对规范执行偏离进行有效调整?为了回应上述问题,迫切需要从新的理论立场出发构建解释框架。

二、规范执行偏离:规范主义与功能主义的不同立场

如何解释规范执行偏离效应,取决于研究者所持的理论立场。具体来说,取决于研究者如何看待法律实施的过程,即法律如何从“纸面上的法”转化为“行动中的法”。对于这一转化过程,存在两种不同的理论进路,即“形式—功能”的进路和“功能—形式”的进路。“形式—功能”的进路是法学研究者普遍坚持的进路,按照这一进路,法律功能的实现在很大程度上依赖于法律的形式化技术,即按照一定的逻辑和体系将法律以一套文本化的概念、规则和原则表达出来,在理想的情境里,只要形式化的法律语言指令得到严格理解,遵守和执行,法律的理想社会秩序促进功能就会自动实现。^②而“功能—形式”的进路则要求分析者采用一种前瞻性的思维方式,根据人的认知心理和行为习惯

^① 参见张健:《以先进理念引领污染防治》,载《群众》2017年第9期。

^② 参见熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,载《中外法学》2017年第2期。

去准确预测不同制度方案将实际引发的社会效应,并结合具体语境选择有针对性的法律解释和适用方案,这就要求避免单向度地推定法律规范的约束力或者规范效果。^⑬这两种不同的理论进路实际上代表了规范主义和功能主义两种不同的理论立场,从不同的立场出发,对于行政机关在法律实施过程中的角色和任务的认识存在着很大的区别,这种区别决定了对于规范执行偏离效应的解释。

(一) 规范主义立场下的规范执行偏离

在公法中,规范主义是一种传统思想,其核心观点是“根源于对分权理想以及使政府服从法律的必要性信念,强调法律的裁判和控制功能,并因此而关注法律的规则取向和概念化属性,基本反映了一种法律自治的理想。”^⑭规范主义关注法的规范性,尝试通过移除法律中的外来因素,确立纯粹的法律认知方法,从而建立预设了具体的法律命令规范性内容的一般性的、有效的观念体系。^⑮因此,规范主义推崇法律的形式化技术,要求以立法者的认知为导向,建立封闭的、系统的法律规范体系,从而排除法律执行者意志等规范外的因素对于法律规范功能实现的影响。从规范主义的立场来看,法律的社会使命在于实现立法者体现在法律条文中的目的,这需要通过行政机关执行法律来实现。因此,在法律实施过程中,规范主义主要关注行政机关行为在形式上的合法性问题,并为此提供了一套完整的评价体系。在规范主义之下,规范执行通过立法机关完善的、详细的规则制定以及法院通过个案的裁判完成,行政机关只需要像“传送带”(Transmission Belt)一样执行立法机关通过的法律。这种执行包含了授权、程序和司法审查三方面的要求:(1)行政机关决定的给予私人的制裁,必须得到立法机关的授权,授权的方式是制定控制行政行为的规则;(2)行政机关所依循的决定程序必须有助于确保行政机关遵从上述要求;(3)为了确保行政机关遵从上述要求(1)和要求(2),司法审查必须是是可以获得的。^⑯在这种安排下,行政机关在监管活动中执行法律的合法性和合理性得到了保证。

规范主义的出发点在于肯定规范的有效性,从而排除行政机关的意志和价值追求,将行政机关的功能限定在法律执行的范围内。这种安排有几方面的优势:一是提高了行政机关的专业自主性,排除了政治等与法律适用不相关的因素对于监管的干扰,避免行政机关沦为政治工具。行政机关的任务是执行法律意味着行政机关接受法律至上的理念,“人们认为实在法所体现的准则,是为传统或宪法程序所证实的公众认同已经消除政治论战的那些准则。”^⑰接受法律至上的理念也为行政机关提供了庇护,使得行政机关能够以法律的名义对抗政治和经济上的考虑和妥协。“但凡在受到法拘束的领域中,一切源于其他途径的对于这些权力的影响力便都被排除殆尽;由此它们便获得了能够

^⑬ 参见前引^⑫熊丙万文。

^⑭ [英]马丁·洛克宁:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第85页。

^⑮ See George E. Glos, *The Normative Theory of Law*, 11 Wm. & Mary L. Rev. 151, 153 (1969).

^⑯ 参见[美]理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2011年版,第6-10页。

^⑰ [美]诺内特、赛尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第63页。

与政治权力相抗衡的独立性,而这一点对于权力分立原则来说是至关重要的。”^⑮二是防止行政机关超越权限或滥用权力。规范主义一方面排除了外在的因素对行政机关的干扰,另一方面也排除了内在的行政机关本身越权或者武断和任意行使权力的危险。法律确定了行政机关行动的范围和程序,除此之外,在行政裁量中,规范主义要求行政机关在充足的事实基础上客观、中立地进行裁量,避免武断和任意行使权力。“在规范主义看来,裁量是行为人将自己的意志强加给他人并强制对方接受的一种政治权力。为了使法治得到维护,任何一种权力都必须受到其他权力的严格制约和控制……而且,这种权力控制都是以立法机关制定的‘法律规则’或‘立法指令’为取向,是一种‘法律控制’。”^⑯三是确保行政机关的监管行为可审查、可救济。由于行政机关必须证明其行为是立法机关指令其所为,这为司法机关的审查提供了依据。司法机关必须尊重行政机关的专长,但是在事实认定和法律适用问题上,司法机关依据其专业性可以给予适当的评判,纠正实体和程序上的瑕疵,为受到影响的相对人提供保护。

从规范主义的立场来看,对规范执行偏离应该采取一种明确的否定和排斥的态度。行政机关超越其执行者角色对规范进行取舍和修正完全违背了规范效力的普遍性要求,使得规范效力陷入不确定性之中。行政机关将其他与规范适用不相关的因素带入规范适用过程中,会影响到规范的指引、预测作用,从而使得监管对象无所适从。因此,规范执行偏离所带来的复杂性、不确定性是规范主义不能忍受的,从规范主义的立场出发,规范执行偏离需要得到纠正,规范执行应该恢复到正常的状态。

(二) 功能主义立场下的规范执行偏离

规范主义提供了有关规范执行的理想图景,但是遮蔽了监管中复杂的行政过程,将规范期望和规范结果之间所发生的具体的行政活动排除在观察者的视野之外。因此,规范主义只能基于个案对规范执行偏离进行合法性和合理性评价。与规范主义相对,功能主义将法律视为政府机器的一个组成部分,主要关注点是法律的规制和便利功能,并因此而注重法律的意图和目标,并采取一种工具主义的社会政策路径。^⑰对于功能主义来说,法律的功能和法律的目的之间不能相互混淆,在论及法律的作用时,可能会与当初立法颁布的原始目的根本不一致,法律制度可能具有的作用,应该理解为对社会整体发展和变革所能具有的影响力,法律不应该被视为一种知识体系,而应该是一种行为活动。^⑱与规范主义认为行政机关的任务是为了实现立法目的而适用法律不同,功能主义认为监管不是机械的、单向的规范适用活动,而是行政机关在规范的基础上与监管对象持续的博弈活动。在博弈的过程中,行政机关需要输出规范,但是同时也需要根据监管对象预期的或未曾预料到的反应去感知规范的效果,并做出相应的调整。由于持续性的博弈拉长了规范适用的过程,一些变量或者不可控因素进入到监管过程之中,从而

^⑮ [德]康拉德·黑塞《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第155-156页。

^⑯ 周佑勇《行政裁量的治理》,载《法学研究》2007年第2期。

^⑰ 参见前引^⑭,马丁·洛克宁书,第85页。

^⑱ 参见吕世伦、文正邦主编《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第709-710页。

使得监管的效果包含了多种可能性。换言之,在监管活动中,行政机关实际上是在一种复杂的、变化的、规范与事实相互影响的情境中结合具体情况有针对性地执行法律规范。

从功能主义的立场来看,规范主义之所以缺乏对于规范执行偏离的解释力,在于规范主义的解释框架具有以下缺陷:首先,规范主义没有考虑行政机关在监管中的能动作用。在规范主义看来,行政机关的意志指向和价值判断并不在考虑范围之内。但是在实践中,行政机关实际上是由一群按照科层制结构组织起来的人负责具体执行规范,这意味着行政机关不可能不带任何倾向和价值地执行规范。“当今的法律科学不仅意识到行政过程中的个体化因素,而且已经逐渐意识到了司法过程中个体化的作用,并且主张我们需要将这种来自于个人经验的个人判断和直觉因素考虑在内而不是对之视而不见。”^②其次,规范主义的基本前提是假定立法者能够有效预见到可能的情况,并且提供相应的规范。但是在法律实践中,立法者不可能预见到所有的情况,也不可能预见到未来的变化。不确定法律概念、法律解释、裁量权等理论都涉及到立法者不能提供相应的规范时的应对措施。对此,恩吉施指出,“制定法本身和它的内在内容,也不是像所有的历史经历那样是静止的(‘往事保持着永恒的寂静’),而是活生生的和可变的,并因此具有适应能力。”^③最后,规范主义没有为行政机关提供实质性的目标,使行政机关过于倾向于维持现状,从而变得僵化,难以及时应对形势的变化。“如果外在的控制把一个机构牢牢地束缚于某种独特的使命,或者能使它保持对这种使命负责,那么完整性就得到了保障。可是,受约束的机构变得太拘泥于它们行事的观点和方法了,他们对周围环境丧失敏感性……在责任被严密界定并且很容易履行的地方,要求负责任也会助长不安全感和一种寻求官僚避难所的行为。换言之,负责任孕育了形式主义和退却主义。”^④

与规范主义相对,功能主义具有目的导向性、实质性、回应性和后果取向性的特点。^⑤从功能主义的立场出发,可以对规范执行的过程作出完全不同的解释:首先,在规范执行过程中,行政机关是一个具有独立意志和行动能力的主体,因此其行动具有特定的目的。“在以严格的科层制原则组织起来的行政官僚制结构中,行政体被构建为一个封闭的整体,由该整体作为一个直接行动者调度资源,采取目的指向的行动,因而,它往往倾向于一方面排斥外部团体和个人的介入,另一方面,在广泛的社会事务中直接扮演一个自身具有明确目标的行动者。”^⑥这种目的不仅包括具体规范的目的,也包括整个监管法律体系的目的。“在某种程度上说,目的性便于详尽阐述法律的任务,因为它要

② [美]罗斯科·庞德《法理学》(第1卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第284-285页。

③ [德]卡尔·恩吉施《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第109页。

④ 前引①,诺内特、赛尔兹尼克书,第84-85页。

⑤ 劳东燕教授在讨论功能主义刑法解释论时认为,“倘若将传统刑法解释论的特点归纳为逻辑性、形式性、封闭性和回溯性,那么,功能主义的刑法解释论的特点便是目的导向性、实质性、回应性(或开放性)与后果取向性(或前瞻性)。”参见劳东燕《能动司法与功能主义的刑法解释论》,载《法学家》2016年第6期。

⑥ 杨利敏《行政法与现代国家之构成》,北京大学出版社2016年版,第62页。

求探究(1)实质性结果以及(2)为有效履行各种机构责任所实际需要的东西。”^{②7}从行政法的一般理论来看,行政机关在监管中的目的是为了保护和实现公共利益,这是行政机关所追求的实质性目的。^{②8}其次,行政机关需要在监管过程中带入利益衡量和价值判断。就公共利益的功用来看,主要有三个方面,即对私人行为的干预加以合法化的手段、作为不同价值的“竞技场”以及服务于民主政体。^{②9}由于公共利益涉及到对私人利益的干预以及不同价值的冲突,行政机关在监管过程中,需要对规范执行所涉及到的利益和价值进行考虑和安排。再次,行政机关需要在整体的法律秩序之下保持回应性和开放性,即对于变化持一种开放的态度而不是倾向于维持现状。立法者的理性有限,制定法不可能涵盖所有的情况,必须跟随实践的变化而改变其意义,这凸显了整体的法律秩序相对于单独的规范的优先性。“制定法的意义之所以改变,是因为制定法是整个法律秩序的组成部分,并因此参与到根据法律秩序的统一性而发生的法律持续变革之中。”^{③0}正是因为规范不可能涵盖实践中的所有情况,行政机关需要依据其意志和价值去理解整体的法律秩序,从而在符合整体的法律秩序前提下对变化进行灵活回应。最后,行政机关必须追求实质性的整体的监管效果,而不仅仅局限于个案中的公平公正与权利救济。从功能主义的立场来看,行政机关是作为具有独立意志和行动能力的主体,在整体的法律秩序之下,基于特定的目的执行规范并在过程之中带入了利益衡量和价值判断。在这一过程中,行政机关实际上对规范采用了一种目的解释的进路,这种进路必须辅助以结果的有益性考察,否则,不能判断行政机关是否实现其目的,并为了目的进行了恰当的利益衡量和价值判断。“但是在特别的程度上,后果考察被看作是一种目的论的解释;因为,目的论解释的正当性并不是来自于立法者的权威,也不是来自于从其法条文本推导出结果的正确性,而是从这些结果的有益性(Nützlichkeit)导出。”^{③1}

功能主义在理论上的合理性在于为规范执行偏离提供了一种新的解释框架,即注意到在规范执行中行政机关的主导地位和作用,并将规范执行的真实情境从规范主义所限定的规范情境中分离出来。从功能主义的立场来看,除了少数确定的情况之外,行政机关经常性地需要在多种价值和利益冲突中行动。在监管的过程中,行政机关必须处理三个基本矛盾,即具体个案中规范执行和整体上的有效监管之间的矛盾,简单的、确定的、静止的规范与复杂的、不确定的、变动的事实之间的矛盾以及有限的资源和繁重的监管事务之间的矛盾。在这种情境下,规范执行偏离成为了行政机关的普遍和常见选择。进一步的问题是,作为具有独立意志和行动能力的主体,行政机关如何对规范执行进行系统的调整,规范执行偏离是如何发生的?

^{②7} 前引①,诺内特、赛尔兹尼克书,第93页。

^{②8} “行政是以公共利益的实现为任务的作用,司法是以私的利益的保护为目的的作用,由此寻求行政与司法的本质性差异的观点,具有说服力。”[日]南博方:《行政法》(第6版)杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第5页。

^{②9} 参见[英]迈克·费恩塔克《规制中的公共利益》戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第36-37页。

^{③0} 前引②,卡尔·恩吉施书,第109页。

^{③1} [德]英格博格·普珀《法学思维小学堂》蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第74页。

三、功能主义立场下行政机关对规范执行的调整

对于规范偏离的发生原理,美国学者实际上已经尝试从不同的层面上展开解释。David W. Case 从政治层面进行解释,认为从20世纪90年代以后,由于政治分化,国会在推动环境监管改革问题上逐渐退缩,这促使美国环保署部分承担起了推动环境监管改革的任务。为了完成这一任务,美国环保署试图改革国会所确立的“命令与控制型”监管体制,进行以市场、商谈、合作、自我监管等为特征的“下一代环境监管改革”(Next Generation Environmental Regulatory Reform),将效率、有效性考虑纳入到监管过程之中。^{③②} Richard B. Steward 教授则从政策层面进行解释,认为对环境法的各种形式的调整所追求的目标跟成本效益分析和风险分析的目的一样,都是为了避免付出与规制的收益不相称的规制成本,并将行政资源用于那些更应该得到优先解决的环境问题上。^{③③} David L. Markell 和 Robert L. Glicksman 教授则更加系统地从技术层面进行解释,认为环境监管中规范执行是否能够实现预期的目标,取决于诸多的因素,包括规范的清晰度、可行性、可核实性、奖惩混合以及合法性。^{③④}

上述研究尽管都在一定程度上揭示了规范执行偏离的发生原理,但是并没有完全解释清楚行政机关的意志和价值判断通过何种法律体系内的路径作用于规范执行,即行政机关如何能够在法秩序允许的范围和程度内去调整规范执行而不完全地违反合法性和合理性的要求。与此相对,功能主义则提供了一种更加合理的观察视角。从功能主义的立场来看,规范执行偏离是行政机关对规范执行的系统调整。在环境监管活动中,这种调整建立在立法者对行政机关一般授权的基础之上。一般授权实际上赋予了行政机关以概括性的监管权,使得行政机关能够在整体的法律秩序之内享有一定的政策性的行动空间。为了实现监管的目的,行政机关可以通过运用监管权决定监管重点、监管手段和监管强度,从而影响到具体的规范执行过程中执行权的行使。

(一) 立法机关对行政监管的一般授权

由于着眼于个案层面上的规范适用,规范主义关注的是具体个案中行政机关微观层面上执行权的行使。因此,从约束执行权的角度来看,由于允许在规范执行过程中考虑实质性的目的、开放性、价值判断和利益衡量以及整体性的监管效果,功能主义实际上是对行政机关滥用权力的合法性修饰,从而掩盖了规范执行偏离的违法性本质。这种认识的缺陷在于忽视了监管中两种不同类型权力的区别,即具体的执行权和整体的

^{③②} See David W. Case, *The Lost Generation: Environmental Regulatory Reform in the Era of Congressional Abdication*, 2014 Duke Envtl. L. & Pol'y F. 49, 50-52 (2014).

^{③③} 参见前引④,理查德·B.斯图尔特文,第29页。

^{③④} See David L. Markell & Robert L. Glicksman, *A Holistic Look at Agency Enforcement*, 93 N. C. L. Rev. 1, 4 (2014).

监管权的区别。在个案中,行政机关执行规范需要以执行权作为合法性基础,司法机关对于行政机关审查的核心为行政机关是否合法和合理地行使了其行政权力。但是需要注意的是,尽管经常通过详细的规范来约束和调整行政机关的执行权,立法机关仍然需要对行政机关进行概括性的一般授权。^⑤ 这种一般授权的目的并非是将行政机关的权力限制在执行的层面,而是概括性地授予行政机关在某项公共事务之上或者某个公共领域之中的总的监管权力,确保行政机关的行动能够符合整体的法律秩序并且服务于立法者所确定的立法目的。一般授权表明立法机关实际上对于权力委任持开放态度,并默认多元主义和公共选择理论的合理性。通过一般授权,立法机关可以避免作出判断,并且将利益衡量和价值判断的难题推给行政机关,从而推动决策的分散化。“委任是符合多元主义的思想逻辑的。倘若活动必须进行管制,那么就应当通过讨价还价、通过利益集团参与行政机关的决策进行。委任鼓励之决策分散化就促进了这一目标的实现。宽泛与开放结构意义上的委任,还通过仅提供最低限度的中心指导原则约束当事人通过交易形成的决策进一步促进了前述目标的实现。国会则满意这种事态。其默示许可、拒绝以更详尽的标准填补立法的空隙都是可以理解的,因为这要比其他解决方案更加简单。标准的具体化就意味着要作出判断,而作出判断则可能意味着会制造反对其选择之方案的敌人,更简单的做法就是把这一难题推给行政机关。”^⑥

为了能够进行宽泛和开放结构意义上的委任,立法机关在法律中除了规定立法目的之外,还会对行政机关的目标和职权进行概括性的规定。在现代监管活动中,这种一般性的授权十分普遍。例如,英国1999年通过的《食品标准法》(Food Standards Act 1999)第1(2)条规定,“食品标准机构开展其职能过程中的主要目标是保护公共卫生,防范可能与食品消费相关而产生的风险(包括由于食品的生产 and 供应而产生的风险),或在其他方面保护与食品有关的消费者利益。”在环境监管中,立法机关也经常采用这种方法对行政机关进行一般授权。尼克松总统在1970年美国环保署重组计划中将美国环保署的职权界定为“制定和执行与国家环境目标相一致的环境保护标准;研究污染有害影响以及控制污染的方法和设备;收集污染信息并且利用信息加强环境保护项目和推动政策发展;协助其他机构,通过授权、技术支持和其他方法遏制污染;协助环境质量委员会发展和向总统推荐新的环境保护政策。”^⑦我国《环境保护法》第10条第1款也规定,“国务院环境保护主管部门,对全国环境保护工作实施统一监督管理;县级以

^⑤ 艾斯纳在谈及美国监管立法时提到,“在20世纪60年代后期和70年代,国会通过了非常详细的立法,包括严格的执行日程与强制行政作为的规定。但是,这并不意味着取消了授权。反之,国会无法设定清晰的政策目标,执行标准的前提假设和遵守时间表的方法。”[美]马克·艾伦·艾斯纳《规制政治的转轨》(第2版),尹灿译,中国人民大学出版社2015年版,第161页。

^⑥ [英]保罗·P·克雷格《英国与美国的公法与民主》,毕洪海译,中国人民大学出版社2009年版,第96-97页。

^⑦ Reorganization Plan No. 3 of 1970, at <https://archive.epa.gov/epa/aboutepa/reorganization-plan-no-3-1970.html> (Last visited on Oct 13, 2018).

上地方人民政府环境保护主管部门,对本行政区域环境保护工作实施统一监督管理。”在上述条款中,立法者普遍采用了一些内涵和外延较为模糊的概念或者设定需要借助于具体立法才能够明确的目标,基本目的并非清楚地界定行政机关的权力范围和边界,而是授予行政机关对于监管事务概括性的权力和职责。

如果行政机关的任务仅仅限于严格地执行法律,就没有必要对其进行一般授权。一般授权的核心作用在于将行政机关的整体的监管权和具体个案中的执行权相区分,从而避免对行政机关的行动进行简单的“合法—非法”两分判断。如果不能准确认识到这两种权力的区别,就会对监管活动中权力和法律的关系产生错误的判断和认识。执行权是行政机关在微观的个案层面上的权力,行政机关需要按照特定的程序将规范涵摄具体事实,确保在出现违法情况时能够执行规范所确定的法律后果,而不需要考虑法律实施的整体效果。而监管权的行使除了要确保个案中规范执行的合法性和合理性,还需要考虑如何实现整体的监管目的,这种目的实际上反映了国家在特定事务或者领域中的政策目标,即国家在特定的事务或领域中的态度或者倾向,在环境监管活动中,这种政策目标即国家的环境监管政策。在现代法学理论研究中,法律实施活动中的政策受到的关注越来越多。例如,在刑法领域中,在罪刑法定原则之外,刑法中越来越强调刑事政策在法律实施之中的作用,即探讨国家如何有效合理地组织对犯罪的反应。^{③⑧}在民事领域,也有学者提出,“民事政策”是国家或权威机构对民事生活的整体反应体系,在我国民事立法和民事司法中有着特殊的地位。^{③⑨}在环境法中,有学者已经注意到法律实施中具体的规范执行和整体的监管目的实现之间的区别,指出以行为人“不犯”为直接规制目标是法律规范的常规设计模式,但如果环境法仅以行为人“不犯”为直接规制目标,则难以为生态文明建设提供有力的保障。因此,生态文明要求环境法贯彻“环境质量目标主义”,即不仅要关心作为个体的自然人、企业等的行为以及个体行为的单个结果,也要关注出自无数个体行为的总结果,通过控制总行为来控制总影响,从而实现环境保护和改善的效果。^{④⑩}

执行权行使和监管权行使的思维是有差异的,执行权的行使基于法的规范性的思维方式,排斥功利目的,强调法律规范必须得到执行、法律原则必须得到遵守。而监管权的行使则基于法的政策性的思维方式,强调法律实施必须回应社会需求,以实现特定

③⑧ 参见劳东燕《刑事政策和刑法体系关系之考察》,载《比较法研究》2012年第2期。

③⑨ 参见齐恩平《“民事政策”的困境与反思》,载《中国法学》2009年第2期。

④⑩ 参见徐祥民《环境质量目标主义:关于环境法直接规制目标的思考》,载《中国法学》2015年第6期。

的目的。^⑪ 因此,需要将行政机关在个案中滥用执行权和在整体上行使监管权区分开来:一方面,在具体的个案中,行政机关的执行权需要受到规范的限制,行政机关需要严格执行规范。在这种情况下,一般授权不能替代具体的规范;另一方面,在整体层面上,行政机关需要获得一定的政策性的行动空间,以根据法律设立的目的,在整体的法律秩序前提下确定其监管目标、进行决策并且执行,从而落实监管政策。在这一层面上,行政机关所行使的是监管权,采取的是具有目的导向的行为模式,一般授权为这种行为模式提供了合法性基础。

(二) 行政机关对规范执行的调整

一般授权委任行政机关以概括性的监管权力,实际上是允许行政机关对如何展开监管活动,从而对社会主体活动产生的环境影响做出反应进行总体上的安排。在做出反应过程中,行政机关需要同时处理两方面的关系:一是在监管活动的外部关系中对公共政策进行有效回应,并将公共政策贯彻到监管过程中,从而证明其在保护和实现公共利益的过程中是尽职和合格的,进而在预算和考核中获得优势;二是能够在监管活动的内部关系中对监管对象进行有效的约束和控制,从而能够维持总体的监管秩序。为了处理这两方面的关系,行政机关需要通过行使监管权力来确定监管重点、监管手段和监管强度,从而影响到规范的执行。

首先,就规范的效力来说,不同的规范并没有重要性和优先性上的区别。但是对环境行政机关来说,不同的监管事务和领域有着重要性和优先性上的差别,从而影响到不同领域规范执行的频率和概率。这种重要性和优先性的差别由两方面原因决定:一方面,作为公共利益的守护者,行政机关需要对公共政策以及公共政策背后的社会公众的普遍诉求做出反应,以塑造“负责任的”“能动的”公共利益守护者的形象。这就要求在特定的情况下,行政机关需要对公共事务的轻重缓急进行判断,并且对重要和紧迫的事务进行优先处理,这导致行政机关在规范执行中优先进行某一领域的规范执行。例如,从2017年4月开始,环保部从全国抽调5600名环境执法人员,对京津冀及周边传输通道“2+26”城市开展为期一年的大气污染防治强化督查,并密集通报每日督查结果,这次强化督查已经维持了5个月之久。^⑫ 在正常情况下,抽调人员进行督查只能是一种临

^⑪ 不同的学者对这两种不同的思维方式的概念界定有所区别,但实际的内涵是一致的。例如,日本学者平井宜雄认为,存在两种不同的思维模式,法律思维模式是一种规范性的思维模式,以实现公平正义为目标,而法政策思维模式则是目的一手段的思考模式,探究为了达成某一个目的或者目标该运用何种手段。参见解亘:《法政策学——有关制度设计的学问》,载《环球法律评论》2005年第2期。又如,劳东燕教授认为,在对相关立法或司法决策的正当性进行论证时,传统的原则型论证进路主张,基于对特定人的影响,特定的计划必须被执行或放弃,即使结果会使共同体整体的处境在某种程度上变得较为糟糕。而新的政策型论证进路则主张,如果特定的计划得以实现,则共同体整体的利益将会受到促进。参见劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,载《中国法学》2011年第1期。

^⑫ 《京津冀及周边大气污染督查升级 揪出2万多问题企业》,载中国新闻网:<http://news.qq.com/a/20170910/001493.htm>,最后访问时间:2018年10月9日。

时措施,但是为了回应大气污染防治的需要,行政机关将资源和力量集中投入到了大气污染防治执法中;另一方面,作为官僚科层制体系的组成部分,行政机关需要巩固和扩张其权力,从而在预算和考核中获得优势地位。丹尼斯·朗在分析权力的概念时认为,权力是有意和有效的影响,有意性通常被理解为包括参与者预料和预见的一切后果,与非预料效果相比,只要效果是参与者预见的,就构成权力的行使。^{④③}权力主体通常会通过主动的行动去有意地追求权力的扩张,从而实现其意志。“在我们看来,原初的权力概念中天然地包含着一种无限扩张的成分,我们将其视为是权力的意志面向,它试图追求并努力实现权力行使者自身意志的最大化。”^{④④}因此,环境行政机关更倾向于执行显著的、容易发现的以及能带来高额罚款的问题,这样能够使得环境行政机关在考核中获得优势,尽管其他领域或者方面的问题可能同样严重甚至更加严重。例如,有数据统计表明,美国环保署和州绝大多数的正式执法行动都针对违反月平均排放标准的污染源,因为这类违法行为满足“显著不合规”(Significant Noncompliance)的标准,而很少对违反日最大排放标准或其他排放标准的污染源采取正式执法行动,尽管违反日最大排放标准的污染源导致的持续污染实际上有严重的环境后果。^{④⑤}

其次,传统的观念将规范执行理解为“对抗模式”(Adversarial Style),将对不合规行为的确定的惩罚性回应作为首要目标,通过对公司的处罚抵消公司从不合规中获取的经济利益。^{④⑥}但是从权力的角度来说,对抗通常会带来激烈的反抗。“毕竟,权力关系无处不在并不是说(不合逻辑地)他们也是无所不能的。相反,权力关系预示了反抗的可能性,因为权力只能实施于自由的主体(这是权力与武力的区别之所在)。”^{④⑦}在监管活动中,权力对象有很多方法可以对权力主体的规范执行进行反抗,包括阳奉阴违、置之不理甚至是公开的通过现有制度体系进行的反抗(游说、诉讼等)。例如,在美国,因为环保局的规则通常要求企业进行大量资本投入,公司和贸易协会经常性地使用诉讼手段来寻求拖延或减弱标准的实施。^{④⑧}面对反抗,行政机关需要避免过度依赖于强制力和过于频繁地使用强制力。过于依赖强制力意味着权力主体在控制权力对象方面力不从心,表明权力主体权威的不足,也会进一步激化反抗,使得权力关系完全蜕变成一种敌对关系。因此,为了减少反抗的发生,权力主体经常依赖于说服、协商等手段和监管对象建立合作关系,以减少执行的阻力,避免花费大量资源进行监督检查。因此,在环

④③ 参见[美]丹尼斯·朗《权力论》,陆震纶、郑明哲译,中国社会科学出版社2001年版,第5页。

④④ 胡杰《论权力的权利性》,载《法制与社会发展》2013年第2期。

④⑤ See GAO, *Water Pollution, Many Violations have not Received Appropriate Enforcement Attention*, GAO Report (No. GAO/RCED-96023) 10-41 (1996).

④⑥ See Matthew D. Zinn, *Policing Environmental Regulatory Enforcement Cooperation, Capture, and Citizen Suit*, 21 Stan. Envtl. L. J. 81, 88 (2002).

④⑦ [英]大卫·欧文《“后现代”政治社会学》,载[英]凯特·纳什、阿兰·斯科特主编《布莱克维尔政治社会学指南》,李雪等译,浙江人民出版社2007年版,第88页。

④⑧ 参见前引④⑤,马克·艾伦·艾斯纳书,第161页。

境监管过程中,除了正式的执行手段之外,可以观察到行政机关普遍运用沟通或协商的手段解决不合规问题,而尽可能地将强制力作为一种后备手段“备而不用”,这也构成了对规范执行的偏离。例如,相关研究发现,在美国水环境执法中,美国环保署普遍采取一种合作式的“协商合规”的路径,其70%的执法行动采取的都是诸如电话或者非正式通知函之类的非正式措施。^{④9} 行政机关也会克制强制力的使用,避免适用过于严格的规范。例如,尽管新修订的《环境影响评价法》第31条规定,“建设单位未依法报批建设项目环境影响报告书、报告表,或者未依照本法第24条的规定重新报批或者报请重新审核环境影响报告书、报告表,擅自开工建设的,由县级以上环境保护行政主管部门责令停止建设,根据违法情节和危害后果,处建设项目总投资额1%以上5%以下的罚款,并可以责令恢复原状……”。但是在实践中,行政机关并没有适用按照总投资额比例罚款的规定,而仍然适用原《环境影响评价法》20万元以下罚款的规定,避免适用总投资额比例可能带来的巨额罚款。

最后,规范的约束力是一种抽象的、普遍的效力。与规范的约束力不同,权力的效力是一种实际的社会力,能够改变其作用对象的处境(实践处境、规范处境和制度处境)。^{⑤0} 因此,权力必须实际传达到权力对象,才能对权力对象造成影响。当权力主体不采取某种行动时,权力对象就感受不到权力“在场”,权力就不能发挥实际的作用。例如,某一企业违反规范建造暗管向水体中排放污染物,在行政机关没有发现这一违法行为时,即便意识到这种行为的违法性,企业也不会改变这种行为。权力主体决定对权力对象采取何种形式、何种程度的行动,决定了权力对象所能感受到的权力的强度。但是需要注意的是,权力的强度和权力的范围成反比关系:在双边关系中,权力主体可以通过资源投入对权力对象保持高强度的行动,从而确保权力对象服从权力主体的意志,从而改变其行为;但是在权力对象数量众多、权力作用范围广大时,权力主体很难保证对每一个权力对象的高强度的行动,从而导致权力强度的降低。丹尼斯·朗对这一规律进行了系统总结,“总而言之,为什么权力关系的较大广延性给它的综合性和强度设置了极限?有三个主要原因:第一,权力对象数量越大,监视他们一切活动的困难越大;第二,权力对象数量越大,为控制他们所需的指挥链就越长、越分散、并造成新的下级权力中心,这种权力中心可能挑动斗争,坐享渔利,成为反对完整权力掌权者的中心;第三,权力对象的数量越大,他们对掌权者的态度差异的可能性就越大。掌权者对所有权力对象不可能以同等的综合性和强度运用权力。”在环境监管活动中,立法者普遍赋予行政机关越来越多的责任,但没有给予它们实施与执行任务的充足资源。^{⑤1} 因此,行政机

^{④9} See Susan Hunter & Richard Waterman, *Determining an Agency's Regulatory Style: How does EPA Water Office Enforce the Law*, 45 The Western Political Quarterly 403, 410 (1992).

^{⑤0} 参见张乾友:《从权力改变处境的功能区分权力的不同类型》,载《中国人民大学学报》2016年第2期。

^{⑤1} See Richard J. Pierce, Jr., *Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Resources* 49 Ad. L. Rev. 61, 64 (1997).

关经常面临着以有限资源面对复杂监管事务和大量监管对象的状况,很难保证对所有监管对象高强度的监管。例如,延安市环保局共有600多人,真正在一线执法的不足200人。但延安有近4万人采油井场、近10万口油井、3万多公里长的井线,执法人员无法应对监管事务。^{⑤②}即便在执法严格的美国,当执法资源不足时,行政机关的执法力度也会大幅度下降,例如,里根政府的第一任环保局长Ann Gorsuch倡导温和的监管改革、大幅减少预算并减少执法活动,这导致在1981和1982年环保局的预算减少了25%,员工人数减少了22.6%。到1982年底,该机构移交到司法部的案件数量减少了50%,导致强制执行命令减少了1/3。^{⑤③}在资源不足的情况下,行政机关只能选择优先处理重要事务、放宽执行的尺度或者降低规范执行的标准。

总的来说,行政机关在个案层面上的规范执行,实际上要受到行政机关在监管层面上的考虑的影响。行政机关可以把握监管的总体方向和状态,通过改变监管重点、监管手段和监管强度,实现对规范的系统的偏离。这种对规范执行的系统调整既反映了行政机关的实践理性,即行政机关主观上的权力意志和目的指向,也反映了行政机关的理论理性,即行政机关对于监管的情境和条件的客观认识。

四、功能主义立场下规范执行的再调整

规范执行偏离的法律效果是双重的。从整体上来看,规范执行偏离能够较快地改善监管效果,暴露出现有制度或者规范的问题,或者创造出新的、更加有效的执行形式。但是规范执行偏离也意味着监管失灵的风险,在个案中,规范执行偏离也会影响到规范适用。因此,对于规范执行偏离,基本的立场不是完全消除规范执行偏离,而是将规范执行偏离作为一种正常的法律事实、状态和现象对待,并且通过监管模式的改革尽可能地将规范执行偏离纳入到法律调整的范围之内。与此同时,为了避免规范执行的失控,需要发挥基于官僚科层制的环保督察、环保约谈以及环保目标责任制的作用,辅以立法机关、司法机关、中间组织以及公众的监督作用。这两方面构成了规范执行的再调整。

(一) 规范执行偏离法律效果的双重性

由于必须在复杂的监管情境中考虑整体的监管重点、手段和强度与目的之间的匹配程度,行政机关必须对监管活动保持一定的开放性。因此,规范执行偏离本身有其合理性和正当性,并且有助于改善行政机关的监管表现:

首先,规范执行偏离可以使得行政机关能够在短时间内高效率改善监管效果。个案的评价标准和整体的监管效果评价是截然不同的评价体系,如果行政机关对于不同

^{⑤②} 参见《基层环保执法三个难题:取证难、处罚难、落实难》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/01/c_128765420.htm,最后访问时间:2018年8月20日。

^{⑤③} 参见前引^{⑤②},马克·艾伦·艾斯纳书,第169-170页。

的监管事务不加区分地进行资源和力量的投入,保持同等的监管强度,在每一个个案中都严格执行规范,则能够确保行政机关在法律系统中获得良好的评价,即来自于立法机关和司法机关的肯定。尽管如此,如果不能对监管中最为迫切的问题或者事务尽快地回应,行政机关难以有效地应对来自于政治系统通过官僚科层制传导下来的压力,从而导致在绩效考核上的失败。特别是在我国的情境下,上级政府和环境行政机关对于地方政府和下级环境行政机关采用环保目标责任的“一票否决制”,这对地方政府和下级环境行政机关的监管造成了巨大的考核压力。因此,在实践中,行政机关往往会在目的上偏离规范,将资源和力量倾斜投入到特定事务之上,这种倾斜和优先次序的安排不是由规范来决定的,但是其客观上有利于行政机关较为灵活地安排监管力量,对紧迫的环境问题较快地做出反应并改善监管效果。如果单纯从改善环境效果的角度来看,规范执行偏离往往有利于改善监管效果;

其次,规范执行偏离也可以创造出新的执行方式或者手段,为监管提供创造性的解决方案。尽管可以依据现有规范提供的各种执行方式或者手段,行政机关并不必然能够实现预期的监管效果。特别是当现有的规范所提供的执行方式或者手段主要是依据命令与控制策略时,行政机关的规范执行往往会导致过高的资源投入和较为激烈的对抗。因此,在规范执行中,行政机关会减少对抗性执行的频率,转而依赖于协商和沟通的手段,并且通过信息和经济工具的使用改善监管对象的监管表现。在这一过程中,尽管行政机关可能偏离规范,但是其创造了新的执行形式,从而为立法者提供了新的制度和规范资源。典型的例子是美国环保署创设的“补充性环境项目”,即环保署允许违法者执行一项有利于环境的项目或者活动,以部分替代其因为违法行为应该受到的处罚(例如罚款)。^{⑤4} 由于允许违法者以实质性改善环境来代替法律责任,这一项目实际上偏离了规范执行,但是具有更好的监管效果;

最后,规范执行偏离可以暴露出现有制度或者规范的问题或者漏洞,为后续的制度和规范的修改提供支持。立法者在制定规范时会尽可能地通过法律规范传达其主观的“命令观”,即其所欲求的事实构成和相应的法律后果,但是立法者不可能完全预见到在法律制定之后出现的新的情况,也无法预见规范所规制的对象对于规范的反应,法律规范执行的效果往往偏离立法者的预期甚至完全相反。为了应对这种情况,行政机关会在整体的法秩序之下通过探求法律的功能,即立法者打算通过其指令所获得的调整社会关系的效果,来调整具体的规范执行。因此,规范执行偏离实际上反映了规范与事实的冲突点,提示立法者在后续的法律修订或者修正中应该关注的重点问题。亦即是说,规范执行偏离往往是制度或者规范需要修改的信号,特别是在以制定法为主导的国家,

^{⑤4} See EPA, United States Environmental Protection Agency Supplemental Environmental Projects Policy 2015 Update, at <https://www.epa.gov/enforcement/2015-update-1998-us-epa-supplemental-environmental-projects-policy> (Last visited on Oct 13, 2018).

立法机关需要严肃地对待规范执行偏离。

尽管作为一种“调节阀”在规范执行过程中发挥作用,规范执行偏离也存在导致监管失灵或者损害个案正义的风险。行政机关可能会以预算和考核作为导向进行行动,在这种情况下,行政机关会将有限资源投入到最容易获得考核优势的地方,从而以行政机关的判断代替公共利益考虑。在这种情况下,行政机关可能会减少对复杂问题的关注或者降低对于需要长期努力才能获得成绩的任务的投入(例如鼓励企业进行技术改造或者在合规基础上进一步改善环境表现),从而失去改变整体监管效果的机会。除此之外,行政机关也可能基于预算的限制降低监管强度,使得监管可能进入到整体的失灵状态之中。在上述情况中,规范执行偏离并没有起到积极的作用,而正如“滑坡”所暗示的那样,行政机关没有实现规范所设想的目的和状态。此外,在部分个案中,规范执行偏离仍然意味着行政机关违反了法律的要求,包括完全的不作为、没有严格地执行规范、违反了行政法的比例原则、没有遵守法定程序、超越了其职权范围或者在裁量中没有考虑相关因素或者考虑不相关因素。

因此,对于规范执行偏离,应该辩证地看待,规范执行偏离为规范执行过程带来了一定的灵活性,但是与此同时也为监管效果和法律价值带来了不确定性,对于行政机关在监管过程中对规范执行偏离的系统调整,需要进一步进行再调整,以尽可能地发挥规范执行偏离的积极效果,抑制规范执行偏离的消极效果。

(二) 规范执行偏离的调整

规范执行偏离是规范执行中的一种普遍的法律现象,其反映了行政机关对于规范执行的系统的调整,具有双重的、复杂的法律效果。因此,对于规范执行偏离,必须进一步进行调整,这种调整是对于规范执行偏离背后行政机关对于规范执行的系统调整的再调整,再调整的目的并非是要完全消除规范执行偏离,而是要在吸收行政机关对规范执行的系统调整的合理性的同时将规范执行偏离限制在可控制的范围之内。功能主义的总体立场是认可行政机关的主体地位和能动作用,因此,对于规范执行偏离的调整,仍然需要依赖于行政机关本身的作用。对行政机关来说,减少对规范执行偏离依赖的关键在于吸纳规范执行偏离中所蕴含的新的监管思想,通过机制和制度的完善和创新来改革监管机制,从而从源头上减少偏离,尽可能地避免在过程中的调整。为了对客观存在的规范执行偏离进行控制,需要运用环保督察、约谈、考核评价等基于官僚科层制而设计的制度,实现对地方政府、环境行政机关的在监管政策层面上能动性的约束。而对于立法机关和司法机关来说,其基本立场是对规范执行中的偏离保持一种宽容的立场,并依赖中间组织和公众的力量进行“火灾警报式监督”(Fire-alarm Oversight)。

对于行政机关来说,最为普遍的措施是通过相应的政策性文件来调整执行重点、方向、强度,从而实现环境监管中规范执行的自我调整。例如,2018年9月,生态环境部、国家发改委等部委联合北京等地政府部门联合发布《京津冀及周边地区2018-2019年秋冬季大气污染综合治理攻坚行动方案》,要求所有的工业企业因地制宜推进错峰生

产。实行差别化错峰生产,严禁采取“一刀切”方式,对于行业污染排放绩效水平明显好于同行业其他企业的环保标杆企业,可不予限产。^⑤ 尽管是一种有效的应对规范执行偏离的调整方式,这种自我调整本身仍然属于一种事后的调整,并不具有在源头上改善环境监管中规范执行能力的效果。因此,行政机关除了进行必要的事后调整之外,还需要通过环境监管改革尽可能吸收规范执行偏离中所蕴含的先进的环境监管理念,从而缩小规范执行和监管政策之间的差距,降低规范执行偏离发生的可能性:

首先,在环境监管中,由于环境监管的技术性特征,行政机关通常需要制定更加具体的规则或者标准来执行规范。因此,行政机关可以改善规则或标准制定的程序来解决立法者制定的规范过于严格、成本过高或者不符合实际情况的问题。通过吸纳监管对象、环保组织和公众参与制定具体适用的规范,行政机关能够将执行中的问题提前到规则或标准制定阶段来解决。在实践中,美国已经在这方面进行了大量的尝试,并在1990年出台了《协商制定规则法》(The Negotiated Rulemaking Act 1990)对该过程予以制度化。美国环保署在该活动中的经验最为丰富,多次制定协商性规则,其中,最为典型的例子是协商制定设备泄露规则。1989年4月,美国环保署根据《清洁空气法》第112条第4项启动了一项规则制定活动,以解决“不易捕捉的排放”问题,即化工设施中阀门、机泵与垫圈泄露的有毒且易挥发的化合物问题。美国环保署许可设立了包含石油、化工、制药行业的代表、州和地方行政机关的代表以及环保组织全国自然资源保护委员会的代表所组成的协商委员会制定规则,以确定其中所涉及的排放因数、监管频率、绩效设计问题,并形成了最终的执行规则。^⑥ 在这一案例中,以解决问题为中心的协商制定规则活动最终发展出了优于严格的排放限制的“整体质量管理”进路下的“质量改善方案”,这是传统的规范制定和实施过程无法实现的;

其次,在环境监管手段上,行政机关在规范执行过程中贯彻“回应性监管”(Responsive Regulation)理念,通过引入“执行金字塔模型”(Enforcement Pyramid Model)和“执行策略金字塔模型”(Enforcement Strategies Pyramid Model),丰富行政机关执行手段的选择。回应性监管理念的基本观点是为了能够有效监管,监管者和监管手段应该适应被监管机构或者个体的行动,即根据监管对象的反应决定是否要进一步加强对于其行为的干涉。^⑦ 美国学者 Ian Ayers 和 John Braithwaite 在1992年系统提出了回应性监管理论。其中,对于微观个体的监管,依据“执行金字塔”模型,监管机构在绝大多数情况下应该采用劝服的手段,随后应该依据监管的效果逐渐提高强制措施的严厉程度,从警告到民事处罚、刑事处罚、吊扣执照直至吊销执照。而对于特定行业的整体监管,则

^⑤ 参见《环保风暴停了! 环境部正式宣布为民生让道,不再统一停工限产!》,载搜狐财经 http://www.sohu.com/a/260002511_473276,最后访问时间:2018年10月18日。

^⑥ 参见朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第59-70页。

^⑦ See Jonathan Kolie, *When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond*, 41 Monash. U. L. Rev. 136, 139 (2015).

以自我监管为主、随着自我监管效果的减弱逐渐使用强化型自我监管、酌罚式命令型监管和超罚式命令型监管。^{⑤⑧} 依据回应性监管的理念,行政机关可以在传统的命令与控制手段之外,将一些新的监管手段作为必要的补充。除了传统的处罚等手段之外,可以采用信息规制、环境自我管理、自愿环境项目、协商自愿协议等新型的监管手段。对于这些手段的使用,也有利于降低行政机关对于规范执行偏离的依赖;

最后,在环境监管强度问题上,为了克服资源不足对于监管强度的限制,行政机关可以通过引入“风险基准监管”(Risk-based Regulation)的理念,改变传统的以定期巡查为主的监管方式,以有效利用监管资源、提高监管的效率和发现违法行为的机率。简单来说,风险基准监管与传统的监管最大的不同是在监管过程中评估不同监管对象违规的概率(管理或控制风险)以及违规对于监管目标的影响(固有风险),并且将资源集中在高风险的监管对象上。^{⑤⑨} 目前,很多国家已经在环境监管活动中尝试使用风险监管模式。例如,美国环保署已经引入了“风险基准许可制度”(Risk-based Licensing System),即根据项目对于环境的风险以及监管对象的合规历史、态度以及采取的技术措施来确定项目的风险级别。^{⑥①} 风险评估总共有三个级别,3级为最高风险等级,美国环保署根据风险评估结果将许可证分为A、B、C、D、E五个类型,不同类型的许可证的许可费不同,所受到的监管强度和频率也不同。^{⑥②} 将风险基准监管引入到环境监管过程之中,有利于行政机关减少因为监管资源不足导致的规范执行偏离,也有利于提高执法活动的效率。

除了环境监管改革之外,需要发挥依靠政治系统的、通过官僚科层制发挥作用的监督机制的作用。行政机关对于规范执行的调整主要是以归属于官僚科层制的监管主体的身份进行的,因此,对于客观发生的规范执行偏离的调整,最好的方法是通过官僚科层制内的针对环境行政机关监管主体身份的监督问责机制发挥作用。在我国特殊背景下,这类制度包括环保督察、环保约谈以及环保目标责任制等。在环保督察制度下,环保督察组通常代表党中央、国务院对各省(自治区、直辖市)党委和政府及其有关部门开展督察。督察活动涵盖了地方环境质量目标完成情况、环境执法方式以及环境执法力度等多个方面,实际上能够起到对超过合理限度的规范执行偏离进行调整的作用。除了环保督察之外,环保约谈、环保目标责任制的常态化也能够起到类似于环保督察的作用。这类制度的共同特点在于并不将监督的重点集中在具体的规范执行行为的合法

^{⑤⑧} See Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, at 35-39 (Oxford University Press, 1992).

^{⑤⑨} See Julia Black & Robert Baldwin, *Really Responsive Risk-Based Regulation*, 32 Law & Policy 181, 182-184 (2010).

^{⑥①} See EPA, Risk-based Licensing Regulatory Actions Guideline, at <http://www.epa.nsw.gov.au/licensing-and-regulation/licensing/environment-protection-licences/risk-based-licensing/regulatory-response-and-risk-based-licensing-system> (Last visited on Oct 26, 2018).

^{⑥②} See EPA, Risk-based Licensing: Improving Environmental Regulation in NSW, at <https://www.epa.nsw.gov.au/-/media/542A9AD4480A48939905DA2C2AC3CA6E.ashx?la=en> (Last visited on Oct 26, 2018).

性和合理性评判上,而是以“地方政府对环境质量负责”为依据,对地方政府环境监管的整体状况进行监督,从而在客观上起到调整规范执行偏离的效果。除了行政机关本身对于规范执行的调整之外,对规范执行的外部调整也十分重要。与行政机关通过官僚科层制进行的调整相比,外部调整的关注点集中在个案中规范执行在实体和程序上的合法性和合理性。在外部的调整上,最为理想的方式是对行政机关的监管政策进行“火灾警报式监督”(Fire-alarm Oversight)。通常来说,立法机关对于行政机关的行动的监督有两种模式,即“警察巡逻式监督”(Police-patrol Oversight)和“火灾警报式监督”(Fire-alarm Oversight):警察巡逻式监督是指立法机关集中的、主动的和直接的监督行政机关的活动,通过查阅文件、实地调查、进行听证等方式发现和填补行政机关违反立法目的的行为;火灾警报式监督则是指立法机关避免集中的、主动的和直接的干涉,而是设计一套包括规则、程序和非正式的实践做法的制度,使得个人和有组织的利益集团能够监督行政决定,对于行政机关违反立法目标的行为进行控告并且从行政机关、法院和立法机关寻求救济。^②与警察巡逻式监督相比,火灾警报式监督避免了对于行政机关监管权力的直接干涉,通过借助个人和利益集团的力量来发现过度的偏离并且做出反应,更加有效率和效果。在美国环境监管实践中,这种监督通常通过国会审查和公民诉讼来实现。我国也已经有了行政机关向人大报告的制度和行政公益诉讼制度,进一步的问题是如何发挥这些制度调整规范执行的作用。

总体来说,由于规范执行偏离的法律效果是双重的,对于规范执行偏离的调整,也就是对规范执行的调整的再调整,最为有效的做法不是从对外部对行政机关的监管权力和监管政策进行约束和限制,而是承认行政机关在规范执行上的一般性的监管权力,从而允许行政机关发展和完善规范执行过程,通过引入新的监管理念和方法解决规范与事实之间的矛盾。行政机关内部、立法机关、司法机关和其他主体的作用则是对过度的规范执行偏离做出反应并且进行矫正,以避免规范执行偏离超出必要的限度。

结 语

尽管规范执行偏离是环境监管活动中的一种普遍现象,在不同的国家,这一现象有着不同的意义。在我国,规范执行偏离效应背后的核心问题实际上是在环境监管活动中,到底应该依据传统的西方的“法治”观念,将作为监管主体的行政主体控制在“严格执法”的范围之内,还是依据具有我国特色的“规制”理论,允许行政机关将监管政策贯彻到规范执行活动之中,从而从整体上改善监管表现。对于这一问题,不能完全局限于西方的经验,而是要独立探索出我国的道路。有经济法学者指出,我国改革开放取得举

^② See Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarm*, 28 American Journal of Political Science 165, 166 (1984).

世瞩目的成就,根本上即源于政府作为一股内生、理性、敏锐而强有力的经济力量,通过宏观调控、宏观之监督管理、投资经营、竞争等各种方式密切融入经济社会,与国民经济的整体和局部、宏观和微观紧密相连。^③环境监管同样如此,在出现环境问题时,公众的首要诉求是由负责任的政府和行政机关积极主动承担责任,通过发挥主观能动性解决问题,而对于政府和行政机关发挥主观能动性过程中出现的问题,则通过以问责为核心的诸多具有中国特色的制度进行调整和制约。^④这种思维方式既反映了中国传统的“善治”思想,又符合中国改革开放以来社会剧烈发展变动的客观情况。按照这一思路,一方面,由于环境监管需要实现特定的政策目标,即实现环境质量的维护和改善,行政机关在监管活动中不能“头痛医头、脚痛医脚”,而是要根据其所掌握的资源不断探索改革监管方式,降低监管成本并提高监管效率,从而有效回应社会需求;另一方面,需要在传统的基于“严格执法”的立法和司法监督之外,重视和发挥实质性问责机制的作用,从而控制行政机关对于规范执行的调整可能产生的负面的社会效果。

从实践来看,在我国,规范执行偏离通常被冠以“选择性执法”“不作为”“运动式执法”“一刀切”“人情执法”等概念,被认为是一种规范执行的异常状态并需要予以纠正,这反映了规范主义在我国环境监管规范执行中巨大的影响力。正是在规范主义的指导之下,我们国家近年来环境法治的发展主要集中在环境法律的制定和修改以及公益诉讼制度的发展完善方面。事实上,从行政机关近年来的改革尝试来看,行政机关正在尝试强化其意志和行动能力,并不断调整其监管政策。这类改革尝试包括环境管理体制变革、“双随机”抽查、引入第三方监管等等,进一步的任务是重新关注行政机关作为环境公共利益第一顺位守护者的角色,正视规范执行偏离背后行政机关的调整机制,并且尝试建立对行政机关规范执行的再调整机制。考虑到环境监管中的三个普遍的矛盾,不管我国环境监管具有何种特殊背景和情况,行政机关都不应该仅仅扮演执法者的角色,而是应该在环境公共事务中发挥更为重要的作用。

从环境法学研究的角度来看,对规范执行偏离效应研究的学理意义在于揭示环境监管中环境行政的特殊性。与传统的秩序行政不同,环境行政往往属于风险行政、复杂行政、系统行政、过程行政,具有科技化、政治化、民主化、社会化和市场化等重要发展趋势和特点。^⑤正因为如此,环境行政不可能完全局限于“依法行政”的规范主义模式,而

③ 参见冯辉《论经济法学语境中的“经济国家”》,载《法学家》2011年第5期。

④ 史际春教授指出,这种问责机制就是 Answerability 动态的、不拘一格的问责。“体制内外的任何主体都可以对承担着一定的 Accountability 和 Responsibility 角色的主体指手画脚,说三道四,批评建议,甚至气不过骂人,相关的主体必须及时回应,不能暗箱操作或者死猪不怕开水烫地拒不回应。Answerability 分成两大块,一块是体制内的,包括上下级的、行政监察的、审计的、纪检的、检察的、人大及其常委会的、政协等的问责。体制外的就是媒体、舆论的问责,包括老百姓私下的议论,端起饭碗吃肉、放下筷子骂娘,这一块相较于体制内的监督是更重要的。”参见史际春教授2017年3月28日在扬州大学法学院讲座记录整理稿。

⑤ 参见王明远《上下求索》(卷首语),载高洪钧、王明远主编《清华法治论衡》(第22辑),清华大学出版社2014年版,第5页。

必须在一定程度上发展为“依裁量行政”,规范执行偏离效应正是“依裁量行政”的具体表现之一。进一步来说,为了避免“依裁量行政”所带来的权力滥用的风险,需要对“依裁量行政”进行再调整,发展为“依裁量+参与行政”。^{⑥⑥}总的来说,环境法学研究的任务是跳出传统的规范法学的窠臼,将研究方法从立法论转向解释论,加强对于规范执行过程的解释性研究,从整体上去考虑环境公共事务中行政机关与其他主体的地位和作用,从而为环境监管改革提供理论上的支持。

Abstract: “Law Enforcement Deviation Effect” is a common phenomenon that the implementation of environmental law deviates from legislative expectation and therefore leads to the gap between statutory design and actual implementation. From the perspective of prescriptivism, supervision is the activity of the administrative organs in accordance with the law applicable to the right of law enforcement. Therefore, deviation lacks legality. From the perspective of functionalism, the law enforcement deviation is the result of the systematic adjustment of the standardized implementation by the administrative organs in order to solve contradictions. The administrative organs may decide the key points for supervision, the means of supervision and the intensity of supervision by exercising the supervision power to affect the standardized implementation so as to realize the policy of supervision. Law enforcement deviation can improve the supervision effectiveness, reveal problems in existing systems or regulations, or create new and more efficient forms of implementation. It also means the risk of supervision failure, which will also affect the application of rules. The theoretical standpoint of handling the law enforcement deviation is not to eliminate it, but to incorporate the adjustment mechanism of standardized implementation into the scope of legal adjustment through the reform of environmental supervision model. At the same time, it is necessary to use the mechanism of accountability based on “Local Government Responsibility of Environmental Protection” to restrict and control supervision power and exert the supervisory role of other departments, organizations and the public.

(责任编辑:陈贻健)

⑥⑥ 王明远、金峰《科学不确定性背景下的环境正义——基于转基因生物安全问题的讨论》,载《中国社会科学》2017年第1期。