

环境法中的过度立法、矫正与行政再规制

奥利·W.佩德森/著 曾林翊晨/译

【摘要】通过许可豁免声明,环境局承诺在行为人构成一般性违法的情况下不对其采取强制措施。许可豁免声明具有几项重要功能,其中最主要的是应对过度规制问题。当立法者制定详尽的法律规范来处理环境保护等复杂的技术性问题时,就易导致过度规制。许可豁免声明不仅可以应对过度规制问题,还为规制机构提供了规制工具,以便在面临不可预见的挑战时可以灵活迅速地变更规制措施。虽然许可豁免声明既不是法律或政策,也不属于规章或自由裁量权范畴,但它具有重要的“类似法律”的效力。此外,即便许可豁免声明有助于抵消严格的规范限定,但其设置了一系列额外的规制条件和要求,这有助于建立一个在规制、放松规制和再规制之间灵活流转的规制体系。

【关键词】环境法;规制;许可豁免声明;过度规制

【作者简介】奥利·W.佩德森(Ole W. Pedersen),奥胡斯大学法律系和纽卡斯尔法学院客座教授。

【译者简介】曾林翊晨,法学博士,中南财经政法大学国家治理学院讲师(武汉 430073)。

【原文出处】《湖湘法学评论》(长沙),2024.1.145~160

【基金项目】国家社会科学基金重大项目:新时代生态文明建设目标评价考核制度优化研究(22&ZD138)。

一、引言

按照传统理解,关于规制的方式有两种观点。^①一种观点认为规制应由国家直接进行干预,要求行为人遵循特定的标准,否则将采取强制措施(不管是刑事、民事还是行政规制)。另一种观点认为,市场具有重要的地位,是规制行为的主要推动者,最好的规制应通过市场机制和经济手段来实现。虽然这种观点具有一定的积极意义,但其必然会忽略大量的细节,比如规制的复杂性及重要的行政动机,对于现代环境规制来说尤其如此。深研之,即可发现一个很少被探讨的重要问题,即所谓的许可豁免声明。环境局使用的许可豁免声明是一份简短的书面通知,规定环境局在特定条件下,即违反环境许可并同时构成刑事犯罪的情况下,不会对行为人采取任何强制措施。^②为了进一步了解这一重要文书,本文对环境局制定的许可豁免声明进行了分析。撰写本文时,环境局共发布79份许可豁免声明,这79份许可

豁免声明至今有效。但许可豁免声明并未受到研究环境法和行政规制方面的学者的关注。^③

本文认为,许可豁免声明具有多种不同的功能,其中最突出的是应对过度规制问题。^④在规制领域,那些旨在保护公共利益的无限制法定制度,极易导致过度规制问题。通常,这种过度规制行为是无意的,后续需要采取相应的规制措施。这些规制措施是非正式的,形式上是暂时的。^⑤过度规制问题经常发生在有关经济影响的法律规范中,例如“一进二出”的规制方式,^⑥英国脱欧后英国政府也开始强调规制必须是“相称”的。^⑦环境局经常使用许可豁免声明,这表明环境规制领域也极易产生过度规制问题。

本文还认为,许可豁免声明除了应对过度规制问题,还有其他功能,包括化解不可预见的规制方面的挑战,并在这一过程中实现更大的经济和社会利益。^⑧许可豁免声明有助于建立一个不断变化的日

益灵活的规制体系。许可豁免声明制定了一系列有关规制的标准和要求,是规制体系的一部分,该体系在规制、放松规制和再规制之间不断流转。

研究许可豁免声明之前,须提出四个要点。第一,本文所强调的环境立法的特征以及环境法中出现的规制动态变化,这些特征在其他法律领域中可能也同样适用,例如税收制度、移民制度和社会医疗制度等领域。在这些领域里,法学专业知识、立法变更的频率以及政策辩论的频次等因素在制定法律及政策方面发挥着重要作用。当然,在其他不同的领域里,过度规制问题和应对规制的措施之间的动态关系也同样存在,如近期对公共卫生危机的回应。^⑨虽然这些领域与环境法领域之间的相似之处本文亦有所提及,但本文主要重点关注环境规制。第二,本文仅关注下辖区环境局使用的许可豁免声明。苏格兰和威尔士的环境规制机构也使用类似的规制工具,但本文不对其进行展开与分析。^⑩第三,还应注意的是,使用许可豁免声明应对过度规制问题不一定是规制机构可用的唯一应对措施。当然,当面临调整规制制度的需求时,立法者、规制机构等可以选择相应的规制方法与策略。这些方法包括结果导向的方法、基于风险的方法或基于规范设计的方法及选择架构的方法,即使这些不同方法之间的界限是灵活可变的,但规制机构通常使用多方法组合策略。^⑪如下文所强调的,以特定方式作出回应必然会产生连锁反应,规制决策不仅仅是从“工具箱”中寻找特定策略。^⑫同样,面对如此众多的变化和潜在的问题,本文拟关注环境规制和环境局使用许可豁免声明这一具体背景。第四,就方法论而言,本文提出的分析基于撰写文章时已生效的许可豁免声明,未对规制部门关于许可豁免声明的看法以及使用许可豁免声明是否具有合规性等方面展开深入探讨与分析。本文结构如下:首先分析许可豁免声明的形式和功能;其次探讨环境规制中是否存在过度规制问题;再次探讨在更广泛的灵活性、规制变化和行政法律环境下实施许可豁免声明的影响;最后得出结论。

二、许可豁免声明的形式和功能

(一)规制形式

许可豁免声明是一份书面通知,规定环境局在特定条件下,即违反环境许可的情况下,不会对行为人采取任何强制措施。因此,许可豁免声明无须考虑环境许可证[见于2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(已修订)(以下简称《环境许可条例》)]必须应用于一系列潜在污染行为。^⑬考虑到此种规制意义,环境局所发布的许可豁免声明的突出特点是具有相对非正式性。大多数许可豁免声明都以简短易懂的HTML文本形式发布在英国政府网站上。许可豁免声明都以一个声明开头,描述一般情况下需要环境许可证的情形(如某些废物储存或处理行为),接着发出通知规定行为人如果符合一系列条件,则可无须获得环境许可证。

许可豁免声明规制的范围非常宽泛,79份许可豁免声明免除了一系列不同活动对环境许可证的要求。在79份许可豁免声明中,其中有54份免除了一系列不同的废物管理活动对环境许可证的要求,包括废物储存和管理活动、清理堵塞的下水道中的废物、^⑭洪水后废物的储存和沙袋的储存、^⑮在汽车经销商处临时存放报废车辆、^⑯船上人类产生的废物的储存、^⑰食品废物的收集和储存、^⑱以及天然气管道废水的临时储存。^⑲除废物管理活动外,许可豁免声明还免除了一系列其他活动对环境许可证的要求,包括在污水处理厂中对小于3兆瓦的燃烧装置中的污水污泥厌氧消化产生的沼气燃烧、^⑳闭环换热器中地下水的调查和抽取,^㉑以及雨水收集。^㉒值得注意的是,一些许可豁免声明还对报告和监测要求做了某些调整,包括延长环境许可证中规定的报告要求。^㉓

除此之外,还有18份许可豁免声明与新冠病毒感染相关,包括允许家庭处理个人防护用品废物,^㉔暂停对废物托运的签名要求(以适应社交距离),^㉕以及允许废物处理场暂时超过废物储存限制。^㉖这些做法在其他国家也同样存在,例如美国联邦环境保护署发布的临时新冠病毒感染强制措施,^㉗以及澳大

利亚维多利亚州环保局允许延期提交年度报告。^②

此外,作为一种规制工具,许可豁免声明具有暂时性、临时性。这是因为许可豁免声明中所规定的环境许可证的免除情形是有时间限制的。^③在某些情况下,许可豁免声明会失效,在规定期限届满时废止。^④79份许可豁免声明中只有1份没有规定(关于已处理的垃圾渗滤液)明确的废止期,这就反映了许可豁免声明作为规制工具所具有的暂时性、临时性。^⑤其中59份有效的许可豁免声明的发布距今不到四年,而有效的最早的许可豁免声明发布于2013年。这可能反映了这样一个事实,即为规范工业活动而实施的环境许可制度于2007年颁布,并于2011年进行了修订。^⑥

由于可用的具体数据较少,难以具体衡量许可豁免声明实际使用和遵守的情况。而关于应对新冠病毒感染所采用的许可豁免声明,尚可获得一些数据,仅是因为要求行为人在使用许可豁免声明之前通知环境局。例如,许可豁免声明(C7)暂时免除行为人公告排放物数据的义务,共有197名行为人被批准免除(在2020年10月1日重新发布时,已降至19名)。^⑦相反,许可豁免声明(C2)规定在允许的地点临时许可超额储存废物,但是行为人只向环境局发出了5份通知。许可豁免声明(C13)允许放射性废物堆积,行为人只向环境局发出了20份通知。^⑧一方面,这些通知和批准表明环境局与行为人之间存在一定程度的互动;另一方面,很难确定部分行为人是否在没有通知环境局的情况下,作出了超出规定存储容量的存储行为,并且逃脱了处罚。

(二)规制功能

许可豁免声明的主要规制功能在于对依法应严格适用许可证的予以豁免。这种平衡过度规制的功能,在许可豁免声明审查方面显得更加微妙。许可豁免声明为某些行为确定了一个法律上的最低门槛,低于该门槛,环境控制就不那么严格了。许多许可豁免声明免除了可能仅对环境造成最小损害的活动的许可证要求。例如免除水库使用轮胎作为逃生梯的许可证要求(否则需要获得许可证)^⑨以及免除储

存用于消防培训目的的废弃灭火器的许可证要求。^⑩虽然这一最低门槛可能一直隐含于环境许可制度中,但许可豁免声明对免除许可要求提供了明确正式的表达。

通过许可豁免声明免除某些活动的规制要求,凸显了制定诸如《环境许可制度》等综合规制制度所带来的挑战,该制度涵盖了较为宽泛的污染活动。通过免除可能仅造成最小环境损害活动的许可证要求,许可豁免声明为行为人提供了一定程度上规制的稳定性和确定性。但更为重要的是,在试图澄清和填补法律制度的空白方面,许可豁免声明超越了行政机构发布的指导性政策通常所发挥的作用。这是因为许可豁免声明的目标不是补充一个通用的、开放的法律制度,而是直接不适用一个极为详细且技术性极强的法律制度,因为该制度在规制方面可能过于烦冗。

与此功能相关的是,假设许可豁免声明至少在一定程度上是为了审查和修订控制工业污染的规制制度,也就是说,它们免除了对不一定需要规制的活动的任何不必要或无意义的规制要求。这种非正式的行政审查并不少见,且通常可以为规制机构以及被规制的行为人提高效率。^⑪也就是说,在不需要规制的情况下免除规制,可以为环境局腾出宝贵的时间。

在审查许可豁免声明时,很明显发现,许可豁免声明所涉及的一些活动是低风险的非工业活动,可以说这些活动不属于许可制度规制的焦点。例如,许可豁免声明免除了高压蒸汽消毒的活动、^⑫在宠物墓地撒宠物骨灰^⑬、将污水从已清理的下水道排放到未经许可的下水道中的许可证要求。^⑭虽然这些活动会带来一些小风险,但它们不一定属于《环境许可制度》以及2000年《污染预防和控制条例(英格兰和威尔士)》所要规范的工业活动类型。^⑮此外,这一功能在环境法中的其他方面也有所体现,例如,在欧盟的化学品规制制度中,沃恩指出规范实施后的指导意见的“解释”功能也起到了类似的作用。^⑯这一功能有助于厘清法律制度的规制范畴。

此外,通过对某些小规模活动的豁免,可以看出许可豁免声明的目的是确保环境规制达至最佳水平。例如,许可豁免声明免除牙科废弃物对许可证的要求,理由是若坚持将这些活动置于环境许可之下进行规制可能会阻碍废物的良好管理。^④最重要的是由于考虑到大多数受益于这一豁免的行为人不太可能申请其他相关活动的环境许可(与大型工业设施不同),他们可能不知道或者不愿意参与漫长且昂贵的许可程序,这就意味着该活动将不受相关规制。基于此情况,许可豁免声明终将反映行业的实际做法,并根据这种做法设定了相关规制标准。^⑤当然,这些行为人可能是因为需要获得环境许可,而不是因为知道许可豁免声明。对这些活动进行许可豁免的其他理由是,若通过严格责任制度来规范这些类型的活动则意味着未获得许可证(无论什么原因)将构成违法,需要环境局启动正式的执法程序。启动这一执法程序不太可能是环境局对有限时间的最佳利用,因为环境局执法和处罚政策的核心目标是确保合规性。^⑥

另一个不同的功能是需要对实际和事实情况的变化作出反应。规制机构负责执行大量的法律制度,这些制度涉及一系列复杂的严格违法责任。在这种规制制度下,实际情况往往决定了需要行政上的灵活性,而从对法律制度的一般解读来看,这种灵活性不一定是显而易见的。鉴于目前生效的许可豁免声明总数中有20%是为应对新冠病毒感染带来的实际挑战而发布的,因此这一点特别重要。^⑦通过使用许可豁免声明,已经采取措施应对英国脱欧导致的供水部门的供应链短缺问题。^⑧在没有许可豁免声明的情况下,立法规定由于自身过失而无法履行法定义务的行为人须承担刑事责任。重要的是,这一功能表明许可豁免声明不仅用于应对过度规制问题,即便大多数生效的许可豁免声明的主要焦点在于此。许可豁免声明服务于更广泛的政策目标,包括应对当前技术性的挑战,这些挑战不是来自放松规制的政治利益,而是来自一个良好运转的社会对污水处理的重要需求。

此外,通过免除特定业务对许可证的要求来应对过度规制问题,并不意味着许可豁免声明有助于放松规制,放松规制通常是政治辩论的焦点。这是因为绝大多数许可豁免声明对行为人施加了广泛的规制条件。因此,在79份许可豁免声明中,除了少数几份之外,其余都包含了被豁免行为人必须遵守的条件。这些条件在各许可豁免声明之间差别很大,包括一些比较明显的条件,即如果行为人的其他部分活动须遵守单独的环境许可证,或者若干活动受同一许可证的管制,则该许可证仍然有效,必须遵守。大多数许可豁免声明假设行为人遵守其他单独的法律制度(例如单独的法律文书)或行业准则,以便行为人有资格获得许可豁免声明提供的豁免。^⑨同样,绝大多数许可豁免声明以报告机制的形式承担一系列独立的行为人责任,行为人需要遵守这些机制,或者以更详细的具体指导的形式,例如关于某些类型的废物储存的方式和形式(类似环境许可证)。^⑩重要的是,许多许可豁免声明明确要求行为人在申请许可豁免声明的豁免之前通知环境局,或行为人获得环境局的书面同意。^⑪因此,对最初过度规制问题的回应明显减弱。

最后,大多数许可豁免声明都包括一个一般的宽泛的条件,要求许可豁免声明规定的活动只在“不太可能对环境造成危害”的情况下有效。虽然具体条件因此而变化,但有些条件相对容易遵守,对于有关不对环境造成损害的模糊条件却不一定如此。在没有任何具体细节或指导的情况下,几乎不可能核实什么构成损害,是否适用最低标准。对从免除许可证的活动保持某种规制的角度来看,使用这种全面覆盖的条件可能会有所帮助。但在缺乏明确标准的情况下,它给行为人带来了显著的不确定性,即不确定哪些活动可能需要监督执法。假设许可豁免声明类似规则的效力确实提供了一定程度的精确度和明确的操作性,那么这种不确定性可以说消除了许可豁免声明正式豁免所产生的初始明确性。基于此,对于是否采用行政规则或通过执法制度中的自由裁量权来处理问题,许可豁免声明明确指出,用规

则构建决策并不会让自由裁量权最小化。^⑤规则和自由裁量权之间的关系是复杂的,这并不意味着“一个越多另一个就越少”。^⑥

综上所述,通过对基本法律规范体系的过度规制问题作出回应,许可豁免声明发挥着重要的规制功能。然而,许可豁免声明还具有其他附加功能,其中一些功能就是缓和过度规制问题。这些附加的规制功能包括在法律上设定最低规制标准,填补机械的基本法律规范体系空白,确保优化规制水平,同时为快速应对实际和科学的变化与挑战提供规制。然而,重要的是,许可豁免声明不仅仅是缓和过度规制的工具,更是对所涵盖的活动实施一系列规制(即使其中一些控制是模糊的)。^⑦

除此之外,环境局对许可豁免声明的使用还会产生哪些更广泛的影响呢?即使谨慎地重视各种规制方法中的规制工具,许可豁免声明作为对过度规制问题的回应也对环境规制具有重大意义,这也有助于我们理解法律的运作方式。下一节将谈及环境立法的一个关键规制特征:规制灵活性。

三、环境立法和过度规制

斯科特福德和罗宾逊对英国环境立法进行了分析,明确了环境立法的一系列核心特征,包括具有高度的烦冗性以及它们是由广泛的不同来源组成的法律体系,它们跨越了法律与政策之间的界限。^⑧因此,涉及环境法时有必要考虑行政实践,超越法律文书中的“法律”。^⑨认识到法律文书中所定义、所规定的法律与其在实践中的实际适用之间经常出现差距,这一点尤为重要。^⑩在这方面,本节认为环境立法领域易出现过度规制问题,因此需要规制灵活性以及许可豁免声明形式的应对措施。

环境立法中存在的过度规制问题与基本法律制度本身的性质以及该制度的设计方式直接相关。^⑪在旨在控制污染的环境立法领域,与《环境许可条例》一样,立法者通常可采用的设计方式是有限的。简单来说,立法者面临必须制定一项管理制度的时候,可以通过参考对污染活动本身(或该活动造成的损害)的开放式的广泛定义来规范污染活动。这需

要相当程度的判断,需要提供造成损害的具体操作和活动的详尽清单或详细的操作列表,或两者的结合。^⑫前一种方法是为了应对大多数废物活动造成的损害,而后一种方法是为了应对重工业活动产生的环境风险。^⑬2007年生效的《环境许可条例(英格兰和威尔士)》试图加强本就臃肿的法律制度,其过度立法的风险可以说是很高的。正如布莱克所指出的,“当规则本身构成新桎梏时,过度立法的风险性就会增加”。^⑭

由于大多数现行的许可豁免声明与废物有关,目前使用许可豁免声明的核心是管理制度的设计以及“废物”的定义。在英国法律中,“废物”的定义参考了《废物法律指令》的“丢弃”以及欧洲法院的判例。^⑮这种对“废物”的开放式的广泛定义使得有必要通过立法明确地将范围广泛的低风险废物活动排除在定义范围之外,排除在规制制度的范围之外。^⑯对于这种过度概括的定义,立法者不应通过经常修改法律条文的方式将其排除,而应采取相应的替代措施。根据这一解读,参考基本法律规范体系的设计方式和法律中关键概念的定义,通过许可豁免声明免除部分特定活动的规制成为一种必要。

此外,如果基本法律规范体系的范围广泛且笼统,则可能发生过度规制问题。^⑰因此,很可能需要随后的规制来“纠正”法律制度。^⑱正如克雷克和麦克米伦所主张的,需要“更多东西”来补充法律制度或消除意想不到的后果,需要一种更灵活的方法来应对现代治理的复杂性。^⑲这种需要在环境法中尤其明显,因为环境问题的根源日益分散,往往是不可预见的。^⑳因此,重要的是要认识到,过度规制并不一定是恶意的或由意识形态驱动的。环境问题以及广泛的其他集体行为问题都很重要且难以解决,往往需要迅速作出反应以避免造成严重危害的结果。在这种情况下,过度规制问题往往产生意想不到的后果。事实上,通过立法来应对环境挑战有许多优点(例如,采取授权立法的形式能灵活适应政策)。但立法不可能适应每一种可能,因此需要更多的工具和策略。^㉑

这一点对于环境法、政策的制定者以及一般的环境法律师来说,在促进立法和修法方面都很重要(这个问题特别有先见之明,因为英国已经离开欧盟,所以可以选择重新设计其环境法规制体系)。^⑥由于人们经常呼吁巩固和简化英国环境法,所以情况尤其如此。^⑦《环境许可条例》就是这种综合制度的例子。但综合制度往往带来过度立法的风险,这反而又需要规制工具,如许可豁免声明就为规制机构提供纠正这一问题的可能且具有规制灵活性。

环境立法和过度规制方面的另一个重要因素是专业技能和专业知识。它们在制定环境法制度方面发挥了核心作用。^⑧正如费舍尔所强调的,环境规制“如果没有信息以及那些能够理解这些信息的人的技能和经验,就无法运作”。^⑨这些技能在环境规制中广泛存在。^⑩显然,这些技能在规制机构设计法律制度时发挥着重要作用,但这些技能也存在于规制对象中。下文详述的为应对新兴行业行为人对特定环境风险不断变化的理解而制定许可豁免声明的例子,揭示了如何在制定规制措施的国家(和规制机构)之外发现有意义的信息。^⑪正如斯科特在现代治国方略中所强调的,“现代国家的官员必然要领先于他们负责管理的社会上一步——而且往往是好几步”。^⑫在环境法中,鉴于专业技能与专业知识所发挥的核心作用,这种距离尤其明显,通常通过参与法律和政策制定来弥补这一点。然而,这种参与并不总能成功避免过度规制问题。法律和政策制定者无法预见制定法律制度以及实施特定形式的法律设计后可能出现的每一种情况。当然,这并不是说直接参与实施和适用规制制度的人员投入以及专业知识与其他部门法无关,但在环境法中这一特征尤为重要。环境局使用的许可豁免声明增加了应对过度规制问题作出反应的灵活性。

四、灵活性和动态规制

许可豁免声明作为一种规制工具符合现代规制举措,增强了规制制度的灵活性。从历史上看,法律和规制制度建立之前,规制机构就享有很大程度的灵活性和自由裁量权(特别是在执法方面)。^⑬此外,

与执法有关的自由裁量权也受到了司法监督的严格限制。^⑭规制机构历来享有广泛的自由裁量权,这源于其缺乏详细的规则和政策。然而,规制机构(如环境局)已经将它们的大量规制实践规范化,并通过正式的指导和政策文件制定决策程序来规范自由裁量权。^⑮与这种规范化的趋势相一致的是,制定的法律和规制制度变得更加详细和全面。如上所述,这使得该制度容易出现过度规制问题,因此需要更灵活更灵敏的应对机制,使规制机构能够应对意想不到的情况。

在英国,关于灵活应对过度规制问题的另一个值得注意的例子是,2008年的《规制与处罚法》以及2010年的《环境民事处罚令》引入了民事处罚制度,规定了使用执法承诺。^⑯与许可豁免声明相同的是,引入民事处罚制度的一个主要因素是需要一个不那么严格的执法制度,并认识到主要依赖刑事处罚并不总是适当或有效的。^⑰在这方面,过度规制表现在对尚不构成法律制度规定的罪行上适用刑事处罚。当然,这种做法上的改变并不意味着通过使用承诺来执法是非正式的。执法承诺是以书面形式由违法行为人(通常通过代表人)和环境局高级官员进行协商的。这并不意味着在实行民事处罚制度之前,执法制度就缺乏灵活性和非正式性。这种非正式性和灵活性的制度在环境法中一直发挥着重要作用。^⑱一般行政自由裁量权在某种程度上已被“编纂”纳入法律制度,并通过《规制与处罚法》以及《环境民事处罚令》生效。^⑲

因此,在整个法律制度中,在制定标准和执法方面都必须明确承认规制制度需要灵活应对过度规制问题。如上文所示,许可豁免声明增强了环境局应对基础规制制度过度问题的能力。特别是在许可豁免声明用于回应社会紧急需求的情况下(如上述“新冠病毒感染许可豁免声明”和“供水设施许可豁免声明”),许可豁免声明允许规制机构调整规制制度,而不必诉诸正式的立法修改,也不受正式立法程序的限制。即使对这种及时回应的行为存在疑问,但不可否认的是,这种规制的灵活性越来越成为现代环

境规制的核心特征。^⑧明确承认法律制度需要灵活性的一个理由是需要确保对行政行为的公共问责和监督(即使这在许可豁免声明中并未明确提出)。^⑨因此,民事处罚制度中的一些规定,要求规制机构公开有关规制机构与违法行为人之间协商的执法承诺的有关信息。^⑩

重要的是,在规制过程中采取灵活性的举措不仅适用于规制机构,还适用于规制对象。通过使用许可豁免声明或继续让相关活动纳入现有许可证(在相关情况下)所涵盖的选项,规制体系为整个规制制度提供了灵活性。然而,许可豁免声明不同于民事处罚制度和执法承诺,尽管它们相互强调灵活性。鉴于环境局所使用的执法承诺实际上在执法与恢复环境损害有关的部分时依赖于第三方,特别是非政府组织,^⑪在许可豁免声明的背景下,除了规制对象之外,利益相关者的参与相对较少。从这个角度来看,许可豁免声明以国家和规制机构为主要规制力量,这在很大程度上比新的执法制度更具灵活性,因此,通过许可豁免声明促进规制制度的灵活性不同于通过执法制度所促进的灵活性。^⑫虽然这两种制度背后的主要驱动因素是过度规制问题,但许可豁免声明侧重于对不断变化的情况迅速作出反应的规制能力,而执法制度旨在通过使用额外的执法工具来实现灵活性,这些执法工具更好地反映了环境危害的现实性以及社区参与恢复损害的必要性。

(一)动态规制

与此相关的是规制过程的动态变化。有时许可豁免声明的制定是在与规制对象接触之后进行的,有时则是环境局自己主动决策的结果。通过许可豁免声明来修改规制标准时,环境局在规制过程中时刻重视环境规制的重要性。^⑬通过划分行为人并将其排除在许可制度的规制范围之外,以此对规制对象进行分类,这个过程表明规制对象不是一个整体,而是代表了一系列不同需求和利益的行为者。^⑭环境局对行为人作出回应,表明规制机构与规制对象之间的相互作用产生了有关如何应用规则的解釋性协议。特定规则的应用(此处不适用)成了规制机构

与行为人之间的协议。^⑮

此外,许可豁免声明还表明规制动态变化对现代规制至关重要。^⑯这种规制动态的变化抓住了这样一个要点,即我们不是处于放松规制的时代,而是处于“一个戏剧性的规制、放松规制和再规制同时发生的时代”。^⑰环境局对许可豁免声明的使用是这种规制动态变化的一个重要例子,在这种动态变化中,放松规制和再规制在规制体系中同时发挥着作用。通过许可豁免声明,环境局对过度规制或更广泛的经济社会需求作出回应,同时制定一系列额外的规制要求。许可豁免声明是规制机构试图跳过政策驱动因素的尝试。具体而言,许可豁免声明尝试开辟一个务实的中间地带——旨在“超越那些支持放松规制和认为迫切需要社会风险最小化的人之间的意识形态僵局”。^⑱还有一点是,正是在规制动态变化的背景下才出现了其他的规制方法。许可豁免声明的出现是由于规制机构注意到以下问题:过度规制或其他紧迫因素,规制制度的运作环境,以及由此带来的挑战与规制风险。^⑲然而,这种规制的灵活性也会产生消极影响。

(二)合法性与行政立法

首先,灵活性带来了合法性问题。^⑳就许可豁免声明而言,合法性问题在很大程度上取决于许可豁免声明本身的性质,以及作为对过度规制问题的回应,需要通过最少的公众参与或议会审查来制定。在这方面,重要的是许可豁免声明的法律依据。从许可豁免声明本身来看,不可能确定每个声明的法律依据。考虑到许可豁免声明取代了许可制度的规制,建立法律依据具有可行性。缺乏明确的法律依据并不意味着许可豁免声明缺乏合法性,或缺乏法律依据来制定“未经批准的行政法规”。^㉑事实上,这种没有任何明确授权的“模糊”行政立法在英国法律中并不少见。^㉒因此,鲍德温认为,所谓的“第三规则”适用于这种立法授权不明确或完全缺乏的情况。^㉓许可豁免声明显然符合这种情况,因为“它们可能无法直接执行,但它们会产生间接法律效力”。^㉔然而,缺乏明确的法律依据与澳大利亚新南

威尔士州环境局豁免 1997 年《环境保护行动法》的要求形成了鲜明对比。^⑨重要的是,新南威尔士州的法案明确规定了任何人有权要求书面声明解释豁免原因。但在英格兰和威尔士的许可豁免声明中找不到此类规定。

此外,环境局在污染控制方面的主要职能是预防、减少和恢复损害。^⑩这些职能从来都不是绝对的,它们需要考虑行使或不行使权力所需的成本和利益。^⑪因此,1995 年《环境法》中防治工业污染可能意味着环境局可以选择不适用规制,基于合理成本效益的理由减少应对过度规制或紧急经济社会挑战的需求。此外,根据 1995 年《环境法》,环境局享有广泛的自由裁量权。这些权力最初可能并不是为了免除规制,但广泛的自由裁量权包括采取“有利于”或实际上“附带”履行其职能的措施的权力。^⑫因此,如果环境局认为某些受规制的活动不再值得纳入环境许可制度,而这种豁免可以通过环境局“履行其规制职能”来证明其合理性。据此,法律制度的开放性促进了行政立法的灵活性。^⑬

相反,环境局决定某些活动不适用环境许可制度,这可以解释为是行政立法的一种形式。通过这种形式,环境局改变了议会制定的规制制度。虽然这种立法活动看起来微不足道,但它仍提出关于不适用议会颁布的规制制度的问题。通常,环境许可证只有在因唯一行为人死亡而被撤销或不再有效的情况下才不再生效。^⑭这些条件符合重要的法律利益,包括法律的明确性和确定性。然而,应当强调的是,在环境法的范围之外,规制和行政机构修改议会颁布的法律的类似例子是很常见的,且往往具有重大的现实及法律意义。其中包括 HMRC 发布的指导意见“手册”,该手册在补充和澄清一个高度复杂的法律制度方面发挥着重要作用。^⑮还包括 HMRC 提出的非法定特许权,以便在立法未另行规定的情况下提供税收减免。^⑯同样,那些未经国务大臣正式批准而制定的行政规则具有重要的法律及现实意义,且被广泛接受。^⑰

然而,即使许可豁免声明的使用相当于环境局

的“行政立法”,也有理由认为环境局本身认为许可豁免声明与《环境许可条例》的规定不同。环境局在发布许可豁免声明之前似乎没有与许可证持有者进行协商,这表明环境局并不认为许可豁免声明适用许可制度规定的标准与规则。^⑱根据《环境许可条例》,环境局有权对规制活动制定标准规则,为特定类型的规制活动提供更简化的申请程序和管理。由于需要与可能受规则影响的人进行协商,这一权力受到了限制。除非标准规则只包括微小的行政变更。^⑲因此,有理由假设环境局的运作是基于此,即许可豁免声明只不过是微小的行政变更,因此在发布许可豁免声明之前没有进行正式的协商。所以,当按照《环境许可条例》的要求制定许可豁免声明时,环境局也不会通知行为人。^⑳《环境许可条例》本身也规定了环境局在必要时可以修改和更改个别许可证的范围。^㉑虽然变更许可证的范围很广,但如果需要“实质性变更”,环境局必须进行为期 30 天的公开征询意见。^㉒

与此相反,针对一般规制活动的许可豁免声明与为了应对过度规制而改变个别许可证相比,具有明显节约规制成本的优势。但由于这是在没有行为参与或公众参与的情况下进行的,这样做是以牺牲透明度和因协商所产生的合法性为代价的。此外,这种基于时间压力以及缺乏专业知识的立法,可能与现代环境立法的趋势背道而驰。现代环境立法强调公众参与和协商。^㉓缺乏直接的公众参与和详细审查的行政立法可能是受到了历史和文化因素影响,此类行政立法也并不是英国独有的。^㉔

环境局必须考虑成本效益的因素,这表明传统的以法律规定为理由的批评观点较为乏力。这是因为规制的有效性和灵活性是环境法的核心,同时对责任的衡量通常参考法律规定。^㉕确切地说,在环境规制体系中需要考虑非法律方面的因素,无论这些因素是否是成本效益或专业知识。那种过于法律化的方法有可能忽视规制体制的复杂性。^㉖

迄今为止,许可豁免声明的合法性尚未在法庭上受到质疑。^㉗与一般的环境许可一样,很少有判例

法考虑到许可豁免声明所发挥的作用,在少数考虑许可豁免声明的案件中,法院普遍认为许可豁免声明是合法规制制度的重要组成部分。^⑩例如,“xx公司诉环境局”案是一个典型的废物案件。此案涉及加工后的废油是否可以被归类为废品,法院认为相关的许可豁免声明是环境局立法和规制制度中的重要组成部分。^⑪因此,使用许可豁免声明并未受到质疑。^⑫此外,法院支持许可豁免声明,并未提出其缺乏明确的立法授权或公众审查程序。^⑬上文提到HMRC的非法定特许权在法院的适用中也存在同样的情况。在此案中,虽然质疑的程度略有不同,但上诉法院和高等法院都认为,法院对HMRC的非法定特许权是否具有合法性没有管辖权,因此HMRC就有很大的自由裁量权。^⑭此外,这种司法承认以及对立法授权审查的欠缺与美国形成鲜明对比。^⑮

许可豁免声明制定一系列条件来替代环境许可时,其缺乏明确的法律依据就显得尤为重要。尽管许可豁免声明中的许多条件都是明确且直接的(如要求注册和接收之前同意环境局继续保存相关记录),这对行为人进行的活动“不会也不太可能造成环境污染或危害人类健康”的模糊条件提出了重要的问题。^⑯在这一点上,许可豁免声明的规制与环境许可证的规制不同。许可证的相对优势是,即使没有发生环境污染或没有对人类健康造成损害,也可能因违反许可证导致违法。^⑰用许可豁免声明替代许可证,包括“不会也不太可能造成环境污染或危害人类健康”的条件,那么,在确定行为人是否违法时,不可避免地缺乏明确性。^⑱有两个重要的问题:第一,通过环境许可及其附带的条件进行规制时,规制要求和条件的具体细节可能比通过许可豁免声明(即使在一般许可的情况下)更为详细;第二,这两种制度的执行和构成违法的方式是不同的,虽然最终可能对行为人产生同样的后果。环境许可制度是一种严格的责任制度,违反许可就需要承担违法责任。如果行为人不遵守许可豁免声明的有关条件,则相当于该活动仍然需要环境许可。这意味着行为人如果未能获得许可,就会违反环境许可条例。^⑲因

此,在本案中,违法产生于未能获得许可证,而不是由于不遵守许可豁免声明(即使违法的实质行为是相同的)。此外,许可豁免声明不排除适用于其他规制机构,如英格兰健康与安全执行机构。^⑳遵守许可豁免声明也不排除自诉(如有可能)或公民根据普通法采取的行为。^㉑

许可豁免声明的另一特征是,行为人有责任了解并熟悉每个许可豁免声明的规定。如果现在豁免的活动仍受许可证保护(这可能适用于其他规制活动),每个行为人仍可决定是根据许可豁免声明改变经营业务,还是继续经营。基于此,一些特定的许可豁免声明是有用的。例如,某个许可豁免声明对行为人在新冠病毒感染期间报告和提交的时限进行了微小调整(如季度排放报告和常规进度报告)。^㉒但行为人从中受益之前必须获得环境局的书面同意,且须保存相关记录以证明适用许可豁免声明中的有关规定。假设正常的规制要求将在未来某个时候恢复,行为人必须决定是否适用许可豁免声明,但这会带来一定的成本影响。与此相关的是,必须牢记环境许可证的有效期通常比许可豁免声明的有效期更长(假设许可证没有变化)。在这种情况下,按照环境许可维持经营,行为人可以确保更高层次的规制和经营的确定性。这样做的一个普遍后果是,规制对象对许可豁免声明的实际“吸收”在很大程度上取决于改变做法所产生的成本。如果许可豁免声明的规定可以以低成本实现,行为人可能会适用许可豁免声明并从中受益,而如果许可豁免声明需要进行代价高昂的改变(大多数许可豁免声明是临时性的,可以在不通知的情况下修改或撤回所产生的潜在成本),行为人更有可能更好地适用环境许可进行经营。

与此相反,从功能主义的角度来看,许可豁免声明的一个重要且积极的作用是该机构能及时对当前需求作出回应。^㉓总的来说,规制体系的灵活性显然是必要的,尤其是许可豁免声明被用以应对现代社会至关重要的部门和企业(如水务部门)中所出现的不可预见的情况。除此之外,仅考虑规制制度本身

的复杂性和规制体系所需的专业知识,促进规制体系的灵活性显然也是必要的。如上所述,在环境规制中,这种专业知识通常存在于规制机构和规制对象之间。当具备这种专业知识时,一个灵活且具有可塑性的体系就具有真正的价值。^⑩

上述论证未必会使许可豁免声明的实际性质变得更清晰。虽然许可豁免声明可能得到法律的支持,但许可豁免声明的实际形式明显不同于普通立法的形式。^⑪许可豁免声明的另一关键特征是,它们是由独立于行政和政府部门的专门机构起草的,因此与中央政府制定的大量法律规范不同。^⑫许可豁免声明与环境局的执法和处罚政策有一些相似之处,后者具有双重目的,即指导和告知机构内部执法的决策,同时也向外部受众传达机构的政策。^⑬许可豁免声明不仅与执法和处罚政策具有功能上的相似之处,在形式上也有相似之处。这两种规范都具有真正的规制意义,即使它们缺乏关键的法律特征。这就提出了一个问题,即如何将许可豁免声明归属于传统行政法规范的类型中。

通常,行政立法包含不同类型的行政规则,包括“制定法等硬性规定”“政策声明”^⑭和“指导”。^⑮许可豁免声明显然更刚性,因为它确实包含了真正的法律义务,这些义务适用于规制机构之外的外部受众。换言之,许可豁免声明具有“类似法律”的特征,尽管缺乏与授权立法或政策指导相关的基本特征。^⑯此外,许可豁免声明的非正式性和制定程序也使许可豁免声明看起来具有自由裁量权,即使没有明确的法律依据授权其起草。考虑到自由裁量权通常比较宽泛,也考虑到许可豁免声明在许多方面代表了法律制度“触及现实世界”的需求,许可豁免声明与行政法中传统定义的自由裁量权有明显的相似之处。^⑰如上所述,规则与自由裁量权的关系并不像传统定义所暗示的那样明确。^⑱使行为人免除许可义务以及期望行为人遵守一套模糊的非正式的规制要求,这都突出了许可豁免声明的特殊性质。同时,它还强调了这样一个事实,即在现实生活中的行政和规制环境中,人们遇到的不是自由裁量权和规则

之间的二选一,而是“诸多混杂的裁量权和规则之间的选择”。^⑲虽然许可豁免声明可能趋向于行政规则的范畴,但实际上,它们既不是法律规则,也不是政策指导,还不是自由裁量权,其地位居正式标准和缺少限制的政策指导之间。

五、结语

本文揭示了规制体系如何在规制、放松规制和再规制之间不断流转。通过分析环境局使用许可豁免声明,确定了许可豁免声明具有不同的规制目的,包括应对紧急社会需求及过度规制问题。其中最主要的目的是应对过度规制问题,这在环境规制领域尤为突出。许可豁免声明是对过度规制问题的回应,也是基本法律制度设计的直接结果,同时反映了环境法专业知识所发挥的核心作用。许可豁免声明的使用阐明了规制机构采用的规制对策如何以一种直接的方式跨越行政立法和行政自由裁量权之间的界限。如本文分析所示,行政立法和许可豁免声明的确定性必然会产生自由裁量权。总而言之,从中可以看出两点:第一,许可豁免声明的规制性质实际上是一种混合工具,其既不是规则也不是政策指导,而是介于两者之间;第二,许可豁免声明允许量身定制行政决策,这有助于建立一个越来越灵活的规制制度。通过允许事后豁免规则,许可豁免声明允许规制机构观察规制制度的运作情况,并在此过程中阻止过度官僚化的法律适用。^⑳因此,规制的灵活性和流动性是现代环境法规制体系的关键表征。

附:译者简评

上海市生态环境局于2022年4月出台了《关于疫情期间优化环评与排污许可管理支持企业复工复产的通知》,该通知对医疗机构改扩建、集中隔离点或方舱医院新改扩建、抗疫保供物资生产、研究实验等临时性抗疫保供项目的环评及排放许可手续予以豁免。这是上海市疫情期间针对疫情防控问题作出的临时性许可豁免,上述举措为上海市防疫工作提供了政策支持。但是,根据《中华人民共和国行政许可法》及相关法律规定,行政许可的设定与免除均为立法问题,执法机关不能通过规范性文件设定行政

许可。因此,就产生了一系列法律问题:上海市生态环境局作出临时性许可豁免属于执法行为还是行政立法行为?行政机关作出临时性许可豁免的行为是否侵犯了立法权?临时性豁免许可通知是否应由行政机关作出?这些问题都说明行政许可豁免问题是一个亟待深入探讨的理论问题。

这一问题并非中国所特有,英国在新冠疫情期间也出台了大量环境领域的行政许可豁免声明。奥利教授关注到了环境许可豁免的上述理论问题,他认为环境许可豁免制度是紧急情况下的特有制度,是严格规制与保持灵活综合考量下的一项特殊制度安排。立法对环境领域设定的行政许可存在过度规制问题,而环境许可豁免声明不仅可以应对环境立法产生的过度规制问题,还为行政机关提供了规制工具。本文对许可豁免制度的产生原因进行了深入分析,对许可豁免声明的法律性质也做了探讨。本文的研究能够为推动我国许可豁免制度的合理化、科学化发展提供有益参考。

本文原载于《牛津法学研究》2022年第00卷,第1-26页。就作者奥利·W.佩德森教授对译者的鼓励与授权,特此致以谢忱。

注释:

①参见 Neil Gunningham & Cameron Holley, "Next Generation Environmental Regulation: Law, Regulation and Governance," *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 12(2016), p. 273.

②参见 2016 年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》, SI 2016/1154, 第12条和第38条。

③ Bettina Lange, *Implementing EU Pollution Control: Law and Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 324 + xvi.; Steven Vaughan, *EU Chemicals Regulation: New Governance, Hybridity and Reach*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Company, 2015, p. 259.

④ Robin Ellison, *Red Tape: Managing Excess in Law, Regulation and the Courts*, Cambridge: Cambridge University Press,

2018, p. 2-18.

⑤在某些情况下,对过度规制问题的政治回应确实会产生持久的影响。参见 Jody Freeman & Sharon Jacobs, "Structural Deregulation," *Harvard Law Review* Vol. 135(2021), p. 585.

⑥例如商业创新与技能部“新法规第七声明”(2013) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/271446/bis-13-p96b-seventh-statement-of-new-regulation.pdf) accessed 11 October 2021; 'Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs' (30 January 2017) Executive Order 13771. 参见 Caroline Cecot & Michael A. Livermore, "The One-in, Two-out Executive Order Is a Zero," *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 1(2017), p. 166.

⑦最近,有些党派创新、增长与规制改革工作组讨论了这个问题。(https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994125/FINAL_TI_GRR_REPORT__1_.pdf) accessed 11 October 2021.

⑧许可豁免声明的规制通常具有重大的意义,但不一定像批评者所设想的那样。James Carpenter, *The 52 Green Rules Rolled Back under Covid-19* (2020) ENDS Report (www.endsreport.com/article/1684239/52-green-rules-rolled-back-covid-19) accessed 11 October 2021.

⑨ Sharifan Sekalala et al., "Analyzing the Human Rights Impact of Increased Digital Public Health Surveillance during the COVID-19 Crisis," *Health and Human Rights* Vol. 22(2020), p. 7.

⑩在苏格兰,这些声明被称为立场声明,参见 (www.sepa.org.uk/regulations/waste/guidance/#position_statements) accessed 11 October 2021; 在威尔士,它们被称为规制指导说明, (RGNs) (<https://naturalresources.wales/permits-and-permissions/environmental-permits/regulatory-guidance-notes-rgns/?lang=en>) accessed 11 October 2021.

⑪参见 Julia Black, "Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis," *Modern Law Review* Vol. 75(2012), p. 1037.; Roger Brownsword & Karen Yeung eds., *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing Company, 2008, p. 79-108.

⑫ Julia Black, "Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis," *Modern Law Review* Vol.

75(2012), p. 1061-1062.

⑬2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154)。

⑭环境局许可豁免声明 19(2014)。

⑮环境局许可豁免声明 132(2017)。

⑯环境局许可豁免声明 100(2016)。

⑰环境局许可豁免声明 213(2019)。

⑱环境局许可豁免声明 225(2020)。

⑲环境局许可豁免声明 221(2019)。

⑳环境局许可豁免声明 75(2015)。

㉑环境局许可豁免声明 91(2016)。

㉒环境局许可豁免声明 192(2019)。

㉓环境局许可豁免声明 228(2020)。

㉔环境局许可豁免声明 C1(2020)。

㉕环境局许可豁免声明 C10(2020)。

㉖环境局许可豁免声明 C14(2020)。

㉗美国环境保护局《新冠病毒感染对环保局执法和合规保证计划的影响》(2020年3月26日)(已失效)。

㉘维多利亚州环境保护局,“新型冠状病毒”。〈www.epa.vic.gov.au/about-epa/news-mediaand-updates/coronavirus#extension-for-licence-holders-to-submit-annual-performance-statement〉accessed 3 January 2022.

㉙部分许可豁免声明的有效期是几年,而其他许可豁免声明的有效期只有几个月。针对新冠病毒感染制定的许可豁免声明都需要短期审查日期。

㉚环境局许可豁免声明 229(2020);环境局许可豁免声明 192(2019)。

㉛环境局许可豁免声明 15(2014)。

㉜2007年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2007/3538)和2011年《环境许可规定(英格兰和威尔士)》(SI 2011/2043),均并入2016年《环境许可法条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154)中。

㉝2021年1月12日环境局给作者发的电子邮件指出,环境局许可豁免声明 C7(2020)对部分环境许可活动的排放进行监测,于2020年9月30日到期,并于2020年10月1日重新发布为许可豁免声明 C20,并于2021年6月30日到期。

㉞环境局许可豁免声明 C2(2020)(2020年9月30日到期);环境局许可豁免声明 C13(2020)。

㉟环境局许可豁免声明 139(2017)。

㊱环境局许可豁免声明 221(2019)。

㊲Wendy Wagner et al., "Dynamic Rulemaking," New York University Law Review Vol. 92(2017), p. 183.

㊳环境局许可豁免声明 56(2014)。

㊴环境局许可豁免声明 149(2018)。

㊵环境局许可豁免声明 7(2014)。

㊶2000年《污染预防和控制条例(英格兰和威尔士)》(SI 2000/1973)。

㊷Steven Vaughan, EU Chemicals Regulation: New Governance, Hybridity and Reach, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Company, 2015, p. 259.

㊸参见 Eloise Scotford & Jonathan Robinson, "UK Environmental Legislation and its Administration in 2013—Achievements, Challenges and Prospects," Journal of Environmental Law Vol. 25(2013), p. 383-403.

㊹参见 Colin T. Reid, "Regulating in a Changing World: Review and Revision of Environmental Permits," Cambridge Law Journal Vol. 67(2008), p. 126-128.; Jonathan S. Masur & Eric Posner, "Norming in Administrative Law," Duke Law Journal Vol. 68(2019), p. 1383.

㊺环境局“执法与处罚政策”(2018)。〈www.gov.uk/government/publications/environment-agency-enforcement-and-sanctions-policy/environment-agency-enforcement-and-sanctions-policy#how-the-environment-agency-makes-enforcement-decisions〉accessed 11 October 2021.

㊻环境局许可豁免声明 C10(2020)。

㊼环境局许可豁免声明 B2(2021)。

㊽环境局许可豁免声明 26(2014)。

㊾环境局许可豁免声明 178(2018)。

㊿环境局许可豁免声明 63(2014)。

㊱ Robert Baldwin, Rules and Government, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 23.

㊲ Aileen McHarg, "Administrative Discretion, Administrative Rule-Making and Judicial Review," Current Legal Problems Vol. 70(2017), p. 297.

㊳ Wendy Wagner et al., "Dynamic Rulemaking," New York University Law Review Vol. 92(2017), p. 183.

⑤4 参见 Eloise Scotford & Jonathan Robinson, "UK Environmental Legislation and its Administration in 2013—Achievements, Challenges and Prospects," *Journal of Environmental Law* Vol. 25(2013), p. 383–403.

⑤5 参见 Keith Hawkins, "Environment and Enforcement," *Oxford Socio-Legal Studies* Vol. 0(1984), p. 102.; Ole W Pedersen, "Revisiting the Role of Negotiation and Trivialization in Environmental Law Enforcement," *Journal of Law and Society* Vol. 46(2019), p. 29.

⑤6 参见 Stuart Bell et al., *Environmental Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 6–105.

⑤7 参见 Julia Black, *Rules and Regulators*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 6–8.

⑤8 有关环境影响评估的立法制度采取的方法是二者的结合; 参见 2017 年《城乡规划(环境影响评估)条例》(SI 2017/571), 条例对其中第 1 类所列的某些开发项目规定进行强制性环境影响评估, 但对第 2 类所列开发项目仅要求在对环境产生重大影响的前提下才进行环境影响评估。

⑤9 然而, 应该注意的是, 除此之外, 一系列的废物处理活动不是参照“废物”的定义来管理的, 而是参照工业排放指令的附件 1 第 5 部分中所列的活动来管理的。参见指令 2010/75/EU[2010]OJ L334/17。

⑥0 参见 Eugene Bardach & Robert A. Kagan, "Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness," *Political Science Quarterly* Vol. 98(1982), p. 3.

⑥1 参见 Jan H. Jans et al., "Gold Plating of European Environmental Measures," *Journal for European Environmental and Planning Law* Vol. 6(2009), p. 417.

⑥2 2016 年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154), 第 3 章规定了部分活动可不再受 1990 年《环境保护法》的规制, 但必须向环境局登记经营。

⑥3 参见 Eloise Scotford, "Legislation and the Stress of Environmental Problems," *Current Legal Problems* Vol. 74(2021), p. 299.

⑥4 Steven Vaughan, *EU Chemicals Regulation: New Governance, Hybridity and Reach*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Company, 2015, p. 239. 指出“立法后的指导意见有可能作为纠正缺陷、差距/或错过机会的机制”。

⑥5 Carol Harlow & Michael Taggart eds., *Administrative Law in a Changing State: Essays in Honour of Mark Aronson*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 385–387.

⑥6 参见 AM Viens, John Coggon & Anthony Kessel eds., *Criminal Law, Philosophy and Public Health Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 26–30.; Michael Vandenberg, "From Smokestack to SUV: The Individual as Regulated Entity in the New Era of Environmental Law," *Vanderbilt Law Review* Vol. 57(2004), p. 515.

⑥7 Eloise Scotford, "Legislation and the Stress of Environmental Problems," *Current Legal Problems* Vol. 74(2021), p. 299. 讨论了这种不规则的法律环境。

⑥8 为此, 2021 年美国政府通过了《环境法》。

⑥9 Eloise Scotford, *The State of UK Environmental Legislation in 2011–2012: Is There a Case for Legislative Reform?* London: King's College, 2012, p. 44–67.

⑦0 关于环境规制的专业知识和合法性的讨论, 参见 Chris Hilson, *Regulating Pollution: A UK and EC Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 49–68.

⑦1 Elizabeth Fisher, "The Enigma of Expertise," *Journal of Environmental Law* Vol. 28(2016), p. 551–552.

⑦2 关于环境法学者对专业知识的讨论, 参见 Ole W. Pedersen ed., *Perspectives on Environmental Law Scholarship: Essays on Purpose, Shape and Direction*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 26–40.

⑦3 参见 Bettina Lange, *Implementing EU Pollution Control: Law and Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 324+xvi.; Steven Vaughan, *EU Chemicals Regulation: New Governance, Hybridity and Reach*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Company, 2015, p. 259.

⑦4 Wendy Wagner et al., "Dynamic Rulemaking," *New York University Law Review* Vol. 92(2017), p. 183.

⑦5 Keith Hawkins, "Environment and Enforcement," *Oxford Socio-Legal Studies* Vol. 0(1984), p. 102.; Ole W Pedersen, "Revisiting the Role of Negotiation and Trivialization in Environmental Law Enforcement," *Journal of Law and Society* Vol. 46(2019), p. 29.

⑦6 参见 *Wandsworth v Rashid* 1844(EWHC Admin 2009); R

v Connors Building & Restoration Ltd 868(EWCA Crim 2020).

⑦参见环保局“执行和处罚政策”(2018)。www.gov.uk/government/publications/environment-agency-enforcement-and-sanctions-policy/environment-agency-enforcement-and-sanctions-policy#how-the-environment-agency-makes-enforcement-decisions accessed 11 October 2021.

⑧2008年《强制监管和制裁法》,第3部分;2010年《环境民事制裁(英格兰)令》(SI 2010/1157)。

⑨Ole W. Pedersen, "Environmental Enforcement Undertakings and Possible Implications: Responsive, Smarter or Rent Seeking?," *Modern Law Review* Vol. 76(2013), p. 319.

⑩Anthony Ogus & Paul Burrows, *Policing Pollution*, Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 13-17.

⑪Marina Nehme & Ole W. Pedersen, "Accountability and Offsetting in Environmental Law Enforcement," *Journal of Law and Society* Vol. 0(2022), p24-35.

⑫参见 Eloise Scotford & Jonathan Robinson, "UK Environmental Legislation and its Administration in 2013—Achievements, Challenges and Prospects," *Journal of Environmental Law* Vol. 25(2013), p. 396.

⑬参见 Keith Hawkins, "Environment and Enforcement," *Oxford Socio-Legal Studies* Vol. 0(1984), p. 102.; Ole W. Pedersen, "Revisiting the Role of Negotiation and Trivialization in Environmental Law Enforcement," *Journal of Law and Society* Vol. 46(2019), p. 29.

⑭2010年《环境民事制裁法(英格兰)》(SI 2010/1157),第14条。

⑮2010年《环境民事制裁法(英格兰)》(SI 2010/1157),第14条。

⑯在这方面,许可豁免声明可以说反映了弗里曼和法伯所说的“模块化环境规制”。Jody Freeman & Daniel A Farber, "Modular Environmental Regulation," *Duck Law Journal* Vol. 54(2005), p. 795.

⑰Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 5.; J Braithwaite, "The Essence of Responsive Regulation," *University of British Columbia Law Review* Vol. 44(2011), p. 475.

⑱2007年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2007/

3538)和2011年《环境许可规定(英格兰和威尔士)》(SI 2011/2043),均并入2016年《环境许可法条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154)中。

⑲Julia Black, *Rules and Regulator*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 6-8.; Robert Baldwin, *Rules and Government*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 23.

⑳Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 4.

㉑关于英国发展的概述,参见 Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 4.; Michael A. Livermore & Richard L. Revez, *Reviving Rationality: Saving Cost-Benefit Analysis for the Sake of the Environment and our Health*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 34-37.

㉒Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 158.

㉓Christel Koop & Martin Lodge, "British Economic Regulators in an Age of Politicisation: From the Responsible to the Responsive Regulatory State?" *Journal of European Public Policy* Vol. 27(2020), p. 1612.

㉔参见 Eloise Scotford, "Legislation and the Stress of Environmental Problems," *Current Legal Problems* Vol. 74(2021), p. 299.

㉕参见 Robert Baldwin & John Houghton, "Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules," *Political Science* Vol. 239(1986), p. 22-28.

㉖Margit Cohn, "Fuzzy Legality in Regulation: The Legislative Mandate Revisited," *Law & Policy* Vol. 23(2001), p. 469.; John Sorabji & Steven Vaughan, "This Is Not a Rule: COVID-19 in England Wales and Criminal Justice Governance via Guidance," *European Journal of Risk Regulation* Vol. 12(2021), p. 143.

㉗Robert Baldwin, *Rules and Government*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 80-124.

㉘Marina Nehme & Ole W Pedersen, "Accountability and Offsetting in Environmental Law Enforcement," *Journal of Law and Society* Vol. 0(2022), p24-35.

㉙1997年《环境保护企业法》第9.1部分。感谢 Marina Nehme 和 Christopher McElwain 提出这一点。

⑩1995年《环境法》,第5条。

⑪1995年《环境法》,第39条。

⑫1995年《环境法》,第37条。

⑬关于环境立法的这种开放性所产生的优势的讨论,参见WN Eskridge Jr, "Dynamic Statutory Interpretation," University of Pennsylvania Law Review Vol. 0(1987), p. 1479.

⑭2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第3条和第19条。

⑮参见 Stephen Daly, Tax Authority Advice and the Public, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 45-67.

⑯HMRC, 增值税通知48:非法定特许权(2021)。〈www.gov.uk/government/publications/vat-notice-48-extra-statutory-concessions/vat-notice-48-extra-statutory-concessions〉accessed 14 December 2021.

⑰Pokhriyal v The Secretary of State for the Home Department, 1568(EWCA Civ 2013).

⑱2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第26条。

⑲2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第26(3)条。

⑳2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第28条。相反,缺乏协商的理由很可能是由于制定许可豁免声明的紧迫性。

㉑2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第20条。

㉒2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第20条。

㉓Chiara Armeni & Maria Lee, "Participation in a Time of Climate Crisis," Journal of Law and Society Vol. 48(2021), p. 549.

㉔参见 Andrew Edgar, "Administrative Regulation-Making: Contrasting Parliamentary and Deliberative Legitimacy," Melbourne University Law Review Vol. 40(2017), p. 738.

㉕参见 Robert Baldwin, Rules and Government, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 121.

㉖参见 Robert Baldwin, Rules and Government, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 19-24.

㉗有关行政立法的司法监督的分析,参见 DJ Galligan, Due Process and Procedures: A Study of Administrative Proce-

dures, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 100-116.

㉘对许可豁免声明的司法处理和接受类似于法院在制定法背景下处理部长级声明的方式。在这里,部长级声明是重要考虑因素。参见 Copas & Anor v Secretary of State for Communities & Local Government & Anor, 2634(EWHC Admin 2014).

㉙Cleansing Service Group Limited v Environment Agency, 157(EWCA Civ. 2019). 当然,正如法院所指出的那样,这并不排除基于非法主张的司法审查的质疑。

㉚由此可以推断,环境局制定许可豁免声明的权力被视为合法,且许可豁免声明的内容也被认为是完全理性和非任意的。参见 Andrew Edgar & Kevin M Stack, "The Authority and Interpretation of Regulations," Modern Law Review Vol. 82 (2019), p. 1009.

㉛参见 Robert Baldwin, Rules and Government, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 91.

㉜BT Pension Scheme (Trustees of) v HM Revenue and Customs, 713(EWCA Civ. 2015).

㉝参见 Peter Cane et al. eds., The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 553-576.

㉞关于如何定义这些术语的一些指导意见可以在1990年《环境保护法》第1(3)和1(4)条中找到,物质所造成的伤害被定义为“污染”。“伤害”又被定义为对健康造成伤害。

㉟参见 Richard Macrory, Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, Oxford: Hart Publishing Company, 2006, p. 22-35.

㊱有关一般性讨论,参见环境局“执法与处罚政策”(2018)。〈www.gov.uk/government/publications/environment-enforcement-and-sanctions-policy/environment-enforcement-and-sanctions-policy#how-the-environment-agency-makes-enforcement-decisions〉accessed 11 October 2021.

㊲2016年《环境许可条例(英格兰和威尔士)》(SI 2016/1154),第12条和第38条。

㊳Lukas H. Meyer et al. eds., Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Raz, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 45-69.

㊴关于公法调整与私法救济之间的关系。参见 Coventry v. Lawrence (No.2)[2014]UKSC 46.

㊵环境局许可豁免声明228(2020)。

⑬关于此术语更广泛的应用,参见 Martin Loughlin, "The Functionalist Style in Public Law," *University of Toronto Law Journal* Vol. 55(2005), p. 361.

⑭参见 Julia Black, *Rules and Regulators*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 6-8.

⑮ Peter Cane, *Controlling Administrative Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 273. 他指出英国宪法中的立法权通常源于法规或特权。

⑯参见 Edward C. Page, *Governing by Numbers: Delegated Legislation and Everyday Policy Making*, Oxford: Hart Publishing Company, 2001, p. 76-88.

⑰ Gillian E. Metzger & Kevin M. Stack, "Internal Administrative Law," *Michigan Law Review* Vol. 115(2017), p. 1239.

⑱参见 Peter Cane et al. eds., *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press,

2021, p. 555.

⑲参见 Robert Baldwin & John Houghton, "Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules," *Political Science* Vol. 239(1986), p. 22-28.

⑳ Gillian E Metzger & Kevin M Stack, "Internal Administrative Law," *Michigan Law Review* Vol. 115(2017), p. 1239.

㉑ Keith Hawkins ed., *The Uses of Discretion*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12.

㉒ Aileen McHarg, "Administrative Discretion, Administrative Rule-Making and Judicial Review," *Current Legal Problems* Vol. 70(2017), p. 297.

㉓ Keith Hawkins ed., *The Uses of Discretion*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 49.

㉔ Keith Hawkins ed., *The Uses of Discretion*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 47-88.

Excessive Legislation, Correction, and Administrative Re-Regulation in Environmental Law

Ole W. Pedersen

Abstract: This article analyzes the use of regulatory position statements (RPSs) by the Environment Agency. Through an RPS, the Environment Agency undertakes to take no enforcement action against an operator in circumstances that ordinarily constitute a breach of the law. The article argues that RPSs serve several important functions, chiefly among which is to respond to regulatory overreach, which arises when legislators enact comprehensive statutory instruments to deal with complex and technical matters such as environmental protection. Beyond responding to regulatory overreach, the RPSs also serve to provide regulators with a regulatory tool that allows flexible and swift changes to the regulatory regime when faced with unforeseen challenges. Although their informal enactment suggests otherwise, the RPSs have significant 'law-like' implications, giving rise to a regulatory hybrid instrument, which is neither law or policy nor a rule or a discretionary power. Moreover, even if RPSs serve to disapply important statutory controls, they impose a range of additional and vague regulatory conditions and requirements. RPSs therefore contribute to a regulatory system which fluctuates between regulation, deregulation and reregulation.

Key words: environmental law; regulation; regulatory position statements; regulatory overreach