

合作治理语境下的 法治化营商环境建设

石佑启 陈可翔*

内容提要：营商环境优化与法治建设两大主题的深度结合，要求法治化营商环境建设立足于政府、市场、社会的关系流变，出台相应的制度措施与行动方案。合作治理在公域变革中的兴起，为营商环境建设设定了现实语境。合作治理语境下呈现出的治理格局转变、治理诉求扩张、治理资源整合、治理进程交替，要求依托法治结构调适、法治价值兼顾、法源形式拓展和法治框架扩容等手段，发挥市场功能、协调多元利益、完善规范体系、释放创新空间，以契合法治化营商环境建设的逻辑演进规律。通过厘定政府、市场与社会多元合作的制度边界，塑造糅合形式与实质双重要求的法治环境，促进法律规范体系的兼容并蓄及法治方式转变等具体途径，助推法治化营商环境建设目标的实现。

关键词：营商环境 优化营商环境 合作治理 包容性治理

引言

协调好政府、市场与社会的关系，持续优化营商环境，是全面深化改革、推动经济高质量发展的“助推器”和“强心针”。习近平在2019年2月25日中央全面依法治国委员会第二次会议上强调，“法治是最好的营商环境”。这一论断高度凝练地揭示出法治与营商环境之间的内在联系。稳定公平透明、可预期的营商环境建设目标，需要依托法治建设加以实现。法治蕴含的平等、自由、公正、秩序等价值理念，能够引领和规范营商环境建设的总体进程。由此，应把营商环境优化与法治建设纳入一个联动的视域下加以统筹。一是将法治作为改善营商环境的重要手段和动力机制，确保相关制度性安排贯穿营商环境建设的各个环节；重视制度创新，以有效的制度为市场主体的发展提供有力支撑。二是强调营商环境建设自身的法治原理，把法治作为营商环境的评价指标，实现制度对市场经营活动的保护和规制，将事关营商环境优化的体制机制创新纳入法治的轨道。

* 石佑启，广东外语外贸大学法学院教授；陈可翔，广东外语外贸大学法学院讲师。

本文系国家自然科学基金重点项目“区域协调发展中府际合作的软法治理研究”（16AFX007）的阶段性成果。

当前学界对于法治化营商环境建设相关议题的讨论,大多沿着“市场化”的逻辑脉络展开。相关研究侧重营商环境建设对市场需求的回应,提倡为市场经济活动提供公平高效有序且富有活力的市场环境,^[1]认为营商环境是市场在资源配置中起决定性作用的前提条件,^[2]进而将深化“放管服”改革、加快转变政府职能、推进简政放权等,作为优化营商环境的主线。^[3]相对应的法治建设议题,更关注法治政府建设层面的内容,把推进法治政府建设视为实现营商环境法治化的关键,^[4]以控制和规范行政权运行、划定政府的权责范围、提升政府服务质量等作为主要目标。笔者认为,面向市场需求对政府职能、政府权力行使范围与强度进行调适,固然是法治化营商环境建设的重要方面,但处理好政府、市场、社会三者的关系,对于法治化营商环境的建设而言更为关键。

其一,法治化营商环境建设应避免割裂政府、市场、社会三者的内在联系。如果营商环境建设不能合理统筹政府、市场、社会各自的功能定位,而是在对三者关系的塑造中过度放大其中某一方的作用,其对应的体制机制建设就有可能出现价值倾斜。

其二,营商环境建设面临的诸多新兴问题,带有网络时代特有的跨域性、技术性、分散化等属性,呈现共时性特征,往往相互交织、紧密联系。这要求在营商环境建设中科学定位政府职能,增强治理的回应性,将市场与社会纳入共治体系。与之相应的法治,应当是具有能动性的回应型法治,而非单纯强调消极控权的法治。法治化营商环境建设既要强调形式法治,也要重视实质法治,追求良法善治,^[5]兼顾多元价值偏好。^[6]

其三,在公域与私域日益贯通、公益与私益相互交融的现实情境下,营商环境优化的利益基础,不再呈现泾渭分明的结构形态。政府、市场、社会等多元主体,从竞争迈向合作,追求利益协调和共赢。营商环境建设不仅要以法治政府建设为主体,还要以法治社会建设为基础,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,推进国家、政府、社会各方制度体系的全面覆盖、系统完备、衔接协调、运行有效,充分考虑相互交融的利益结构与法治建设布局的整体匹配度。

其四,疏于对政策施行、法律适用、改革创新、协商合作等动态治理规律的把握,容易造成制度供给缺位或者制度创新僭越法治。营商环境建设是涉及政府、市场、社会等多元主体利益协调的动态治理过程。若法治建设只关注政府外部要素的管理,片面强调政府与市场在静态层面的功能界分,就会忽视政府内部结构的调整与外部要素的持续互动,难以在制度实践中合理统筹节约成本、提高效率、促进创新等方面的需求。

总之,营商环境建设是一项系统工程,需要多元主体的协同共治方能实现。^[7]法治化营

[1] 参见宋林霖、何成祥:《优化营商环境视阈下放管服改革的逻辑与推进路径》,《中国行政管理》2018年第4期,第71页。

[2] 参见白重恩:《高质量发展需要怎样的营商环境》,《社会科学报》2020年1月2日第2版。

[3] 参见张定安:《深化“放管服”改革,优化营商环境》,《中国行政管理》2020年第2期,第155页以下;赵宏伟:《深化“放管服”改革,优化区域营商环境》,《中国行政管理》2019年第7期,第21页以下。

[4] 参见刘俊海:《营商环境法治化的关键》,《中国流通经济》2019年第8期,第3页。

[5] 参见姜明安:《中国依宪治国和法治政府建设的主要特色》,《政治与法律》2019年第8期,第2页。

[6] See Cass R. Sunstein, *How Law Constructs Preferences*, 86 *Georgetown Law Journal* 2637 (1998).

[7] 参见郭燕芬:《营商环境协同治理的结构要素、运行机理与实现机制研究》,《当代经济管理》2019年第12期,第13页。

商环境建设,应当与政府、市场和社会三者的功能分域、治理结构和发展目标等相适应。当前,为多元主体的协商互动、平等合作、利益协调提供价值引领、制度保障与动力机制,对日渐分化的社会结构与公私交融的利益关系予以统筹,是法治化营商环境建设有序展开的迫切要求。为此,本文将立足中国治理转型的场景与进程,探寻法治化营商环境建设的基本面向,探索法治化营商环境建设的逻辑演进,系统梳理营商环境优化之法治需求,进而提出法治化营商环境建设的具体进路。

一、合作治理:法治化营商环境建设的基本面向

(一) 合作治理在公域变革中的兴起

随着后工业化时代的到来,尤其是互联网信息技术的发展,中国的行政管理体制和社会结构都发生了深刻变化。生产关系与生活方式的重塑、权力结构与权利体系的变动,促进了传统公域的变革,实现了公域范围的拓宽以及公域内部构造的调整。日益频发的公共问题、日渐多样的公共诉求、日趋繁重的公共任务,对以政府为中心的传统治理结构形成挑战。政府权力的内部调适及其向社会的加速迁移,公民权利意识的增强、社会认同的变迁对公共权威产生的影响,公域与私域、虚拟与现实的多重交织等,迫切要求政府、市场、社会等多元主体寻求共同治理的新模式。^[8]在推进政治体制改革与经济体制改革的双重背景下,政府借助机构调整和社会力量的参与实现减负,以更好地完成公共任务,同时通过简政放权、减少行政干预来拓宽市场自治范围;社会通过分享治理权和自我赋权,激活了行业协会、平台型企业等主体的治理能动性;互联网的快速发展,使得市场主体与公民利益诉求的合理化表达渠道不断扩展,新兴权利类型及其实现渠道不断拓宽。一种由他治与自治展开功能分域、分工协调的合作共治格局,正愈发清晰地呈现出来。

在治理结构上,合作治理模式的展开以行政体制改革和经济体制改革为基础,通过广泛吸纳社会、市场中的多元主体加入治理议程,谋求单一性管理向整体性治理的转变,以破解管理部门化、碎片化的困境。^[9]例如,从最初特许经营制度的设立,到中共十八大以来公共事务领域逐渐向社会资本敞开,公私合作实践正由基础设施建设、公共事业建设等方面向公共服务供给等领域延伸,甚至在公共秩序管理中也广泛出现了社会组织的身影。在治理方式上,首先,合作治理的实现前提是建立良好的伙伴关系,这决定了契约作为一种治理工具将广泛应用于行政活动的各个阶段。由此形成的府际合作、公私合作等多种契约类型,也将成为替代政府管制的新形式。^[10]其次,政府的行为方式在强调合法性之余,也开始吸收民主、创新、效率、柔性等价值理念,以市场、社会需求为导向,提升规制效益和服务质量。再次,治理方式的智能化、数据化变革,促进了平台政务服务、网络问政听证、网络舆论监督等新型政社互动形式的发展,推动了公共议程设置从自上而下的单向性模式向上下对流的交互性模式转型。在治理过程上,合作治理是一种持续的互动,^[11]其充分运用商谈、协调、对话、参与等机制,

[8] 参见张康之:《合作治理是社会治理变革的归宿》,《社会科学研究》2012年第3期,第40页。

[9] 参见胡象明、唐波勇:《整体性治理:公共管理的新范式》,《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2010年第1期,第11页以下。

[10] 参见胡敏洁:《作为治理工具的契约:范围与边界》,《中国行政管理》2015年第1期,第88页。

[11] See The Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 2.

对政府、市场、社会、公民的利益诉求予以整合，促使传统上以权力单向度运行结果为导向的利益对抗，转变为中央与地方政府合作、区域内各地方政府合作、政府与市场及社会合作、社会组织与公民合作等双向度的“权力—权力”或者“权力—权利”交互形态。^[12] 政府、市场、社会之间的关系，随着治理目标、方式、利益基础、行政任务的变化，呈现动态流变。尤其是，随着社会治理的蓬勃发展，传统公共权威正遭遇前所未有的挑战。市场、社会分享权力，公民对权力行使正当性的质疑等等，正促使多元主体间的利益协调和博弈趋向常态化。

（二）植根合作治理的营商环境建设

合作治理是有效回应新时代公共秩序建构、公共服务供给、公共风险防控等需求，破解传统政府管理困境的必然选择，是全面深化改革、推进国家治理体系和治理能力现代化的题中之义。营商环境建设是关涉行政体制改革、经济体制改革等各项重大改革的系统性工程，应当始终置于国家治理视域下予以统筹推进。在此意义上，合作治理在价值逻辑和实践逻辑的维度上，推动了营商环境建设的语境从政府单一管理向多元合作治理转换。

首先，合作治理引发的治理结构调整、利益基础重塑、权利范畴拓展、社会关系变动等，设定了营商环境建设的框架基础与目标指向。政府、市场、社会等多元主体的合作共治，促使传统公权力结构由单一化向多元化转型。诸多社会组织、平台型企业，基于政府授权或自我赋权而实际参与到公共事务治理当中。同时，多样态的公私合作实践促进了公私利益交融，也拓宽了私人主体权利诉求的表达渠道，加剧了不同主体身份属性的转化和彼此间的互动。这意味着，打造优质营商环境，推动以市场为导向的各项改革及其配套的制度建设，应当在注重政府权力调整之余，立足于社会公权力广泛兴起的治理图景，关注政府与社会的功能分域、权力分配等对市场发展产生的影响，^[13] 以及各类公权力主体在回应市场秩序建构、公共服务供给、自治空间拓展等诉求上的功效。如何正视公权力主体在合作治理中的作用并防止其权力肆意扩张，如何畅通共治的渠道以及激发和保障市场、社会的积极性、创新性，是合作治理语境下营商环境建设的重要议题。

其次，多元主体的良性互动关系，奠定了营商环境建设的治理根基。营商环境建设离不开政府、市场与社会对公共事务的合作治理。^[14] 合作治理倾向于以解决公共行政问题为导向，致力于推动治理方案质量的整体提升，以及为创造和革新释放充足的空间。^[15] 在政府内部维度，中央与地方政府、区域内各地方政府以及政府各职能部门，通过沟通合作形成分工明确、整体联动的行政网络，有助于破解传统科层制面临的行政效率低下、信息交流不畅、等级森严、协调能力不强等问题，防止各级、各地政府陷入无休止的零和博弈和彼此内耗当中，为此应在央地事权配置、政府机构改革、区域府际合作中，明晰其各自在营商环境建设相关事务上的职能划分与权责关系。在政府外部维度，合作治理所塑造的网络型组织结构，能够有效弥补科层管理制存在的不足，^[16] 使市场、社会都能作为独立的主体性力量存在，而不再只是充当

[12] 参见石佑启、陈可翔：《粤港澳大湾区治理创新的法治进路》，《中国社会科学》2019年第11期，第68页。

[13] 参见王岩、魏崇辉：《协商治理的中国逻辑》，《中国社会科学》2016年第7期，第38页。

[14] 参见娄成武、张国勇：《治理视阈下的营商环境：内在逻辑与构建思路》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期，第61页。

[15] 参见〔美〕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35页以下。

[16] 参见童星：《从科层制管理走向网络型治理——社会治理创新的关键路径》，《学术月刊》2015年第10期，第112页以下。

政府决策的被动接受者或执行者。多元利益主体通过合法渠道将利益诉求输送到公共决策中,将在诸多新兴发展领域打破原本由政府主导的话语权体系,凸显社会组织、企业等多元主体在产权保护、市场监管、风险防控、公共服务供给、社会信用体系构建等方面的专业技术优势。同时,合作共治的实现以治理方式革新为桥梁纽带。政府决策公众参与、公共服务合同外包、区域市场准入标准衔接等协商型方式的应用,可以提升市场化改革的整体协调性。行政指导、行政约谈等柔性行政方式的推广,可以有效缓解市场监管中的对抗性矛盾,为市场主体深入推进产品、技术、运营等领域的创新预留空间。打造线上线下一体化服务系统、搭建电子数据共享平台等信息技术手段的应用,有助于提高政务服务效率和质量,破除政务服务跨地区、跨部门、跨层级的数据垄断与业务壁垒。可见,合作治理既影响营商环境建设目标和价值标准的设定,也为营商环境优化提供着运作机制和实现方式。

(三) 合作治理与营商环境建设对法治的共同需求

法治是实现国家治理现代化的必由之路,合作治理的有序展开需要充分发挥法治的引领作用。法治与营商环境建设存在价值追求与实现路径方面的内在契合,^[17]营商环境建设的过程,也是推进治理法治化的进程。合作治理与营商环境建设都内含了对法治的需求,合作治理为营商环境建设设定的价值与目标,需要通过法治建设加以实现。

多元主体合作是一种建构的过程,而不是一种自发的秩序。^[18] 依法治引领合作治理,要求法治贯穿治理全过程,既要依法治促进改革,又要依法治规避风险。这对顺利推进营商环境的整体性建设尤为关键。转型时期的合作治理,往往难以按照理想状态运行。决定其能否顺利展开的因素,除了合作主体的自主性,还有政府面向市场、社会的策略选择,以及政府、市场、社会互动中的复杂机制设计。法治能够为民主协商、改革创新、秩序建构、服务供给等任务的落实提供价值引领和路径遵循,其具体包括:(1) 以良法促善治。合作治理的终极目标是实现善治,^[19] 而善治主要是制度之治、规则之治、法律之治。^[20] 只有形成一套良善的规范体系,才能促使政府、社会组织、市场主体克服理性经济人追求自身利益最大化的负面影响,在有序的商谈互动中彼此获利,实现共赢。(2) 规避治理风险。合作治理在促成多元主体迈向正和博弈、推进营商环境整体改善的同时,也面临着市场监管不到位、责任划分不清晰等治理失败的风险。法治是有效规避治理风险、矫正治理偏差的关键元素,其可以确保合作治理在合法化的框架下展开,保障市场主体的经济生活摆脱偶然性和任意性的羁绊。(3) 引领改革创新。在营商环境建设中推进先行先试等治理创新,要求遵循法定的授权程序,及时对现行法律法规予以调整适用,以体现制度创新对现实需求的回应性以及对治理变革的引领和推动作用。(4) 保障治理内容落实。合作治理所提倡的协商、民主、创新、效能等价值理念,最终必须以法治的形式呈现出来。推进法治创新是破解法律滞后性难题、保证营商环境建设落到实处的必然路径。

系统回应营商环境建设的法治需求,要求相对应的法治体系建设必须扎根合作治理的现实语境,从以“权力—权力”或“权力—权利”两造对抗为基础构建起来的制度形态中挣脱出

[17] 参见石佑启、陈可翔:《法治化营商环境建设的司法进路》,《中外法学》2020年第3期,第718页。

[18] 参见汪锦军:《合作治理的构建:政府与社会良性互动的生成机制》,《政治学研究》2015年第4期,第105页。

[19] 俞可平提出,“善治”包含合法性、法治、透明性、责任性、回应、有效、参与、稳定、廉洁、公正十大基本要素。参见俞可平:《论国家治理现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第59页以下。

[20] 参见李林:《依法治国与推进国家治理现代化》,《法学研究》2014年第5期,第14页。

来, 谋求权力与权力的合理分配和权力与权利之间的平衡。^[21] 例如, 政府各职能部门的分工合作、区域内各地方政府的协同交流、政府与社会公权力主体的功能分域、公民权利对社会公权力主体侵权的防御等,^[22] 都需要依托全方位的制度建设来加以明确和调整。尤其是在互联网时代, 公域结构急剧变迁, 诸多社会组织和以互联网平台型企业等为代表的营利性主体, 通过生产资源垄断、公共产品供给、知识信息推广而实际行使着公权力。其引发的公共权力体系的深度调整以及新型的“权力—权利”冲突, 已经远超传统上以控制政府权力为主线的法治系统的调整范围, 凸显了通过制度变革及时回应市场主体权利关切的必要性。此外, 作为一种有效的治理方案, 合作治理的实现以市场、社会各类主体权利诉求的理性表达为前提, 必然要求将公众参与公共决策、法律创制等活动纳入常态化轨道, 要求在实践中逐步接纳伴随市场经济发展、信息技术更替而得到拓展的积极权利范畴。^[23] 由于绝大多数主体的理性都是不完美的, 人们往往要通过周而复始的新理性建构来化解固有理性的冲突。^[24] 在合作治理的语境下探索法治化营商环境建设问题, 不能仅仅热衷于对权力结构调整引发的侵权风险进行规制, 还应当为权利的有效主张开放制度通道并为其设定明确的制度边界, 使得市场主体的利益诉求能够进入协商互动程序之中, 并依照规则获得充分表达, 避免因权利实现过程的自私性、肆意性造成权利冲突。

在合作治理实践中, “公益与私益经常是十分近似的、相互支持的或彼此交错的”。^[25] 政府与社会组织、市场主体的合作, 促使个体对私益的追求同步嵌入到谋求公共利益最大化的规划布局中。公益与私益的糅合, 随着公共行政任务合作治理的展开而日渐深化, 并诱发了诸多利益关系复杂化的问题。然而, 当前涉及市场准入、交易安全、产权保护等方面的讨论, 某种程度上仍倾向于将排斥公权力干预作为实现私益保障的最优路径。这种认为“公法服务于公共利益”、“私法保护私人利益”的法治观念, 在面对公私交融、多元复杂的利益冲突时, 难免捉襟见肘; 在回应市场主体日益膨胀的公共诉求或由“放管服”改革、政府机构改革引发的风险时, 暴露出包容性不足、适应性不强、效能欠缺等诸多弊端。合作治理超越了传统的公私角色分野,^[26] 赋予了私益保障更多公共色彩, 且在公益保护中彰显了对私人利益的关怀。因此, 在合作治理语境下探索简政放权、市场主体权益保护、事中事后监管、鼓励创新等营商环境建设的路径, 要求配套的法治系统充分吸收柔性、民主、效能等价值理念, 遵循“私法公法化”、“公法私法化”以及混合法发展的趋势,^[27] 并伴随政府转变职能、社会参与共治、市场决定资源配置等治理机制的整合, 持续为公共事业市场化、社会规则适用、适度性监管等提供制度支撑, 促进法治形态的包容性发展。

综上, 合作治理、法治与营商环境建设, 处于一种交织互动、相辅相成的状态。合作治理与营商环境建设, 基于对法治共同的依赖而具有相同的目标指向。一方面, 法治是营商环境建

[21] 参见沈岿:《“为了权利与权力的平衡”及超越》,《行政法学研究》2018年第4期,第28页。

[22] 参见李海平:《论基本权利对社会公权力主体的直接效力》,《政治与法律》2018年第10期,第110页。

[23] 消极权利是指要求权利相对人予以尊重与容忍的权利, 积极权利是指要求权利相对人予以给付或作为的权利。参见周刚志:《论“消极权利”与“积极权利”——中国宪法权利性质之实证分析》,《法学评论》2015年第3期,第40页。

[24] 参见史云贵:《论合作治理中的合作理性》,《社会科学战线》2019年第11期,第194页以下。

[25] [德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第143页。

[26] See Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 *UCLA Law Review* 1 (1997).

[27] 参见朱景文:《中国特色社会主义法律体系:结构、特色和趋势》,《中国社会科学》2011年第3期,第27页以下。

设的价值目标。以法治为纲推动合作治理在制度的轨道上有序运行,为法治化营商环境的整体性建设奠定了坚实的基础。另一方面,依托合作治理推动营商环境建设,直面公共治理系统重构引发的治理权能的分化和转移,^[28]有利于回应治理转型产生的法治需求,实现营商环境优化与法治建设的同步推进。

二、治理转型与法治化营商环境建设的逻辑演进

政府、市场与社会之间的关系演变及其引发的权力/权利体系调整,暴露出当前营商制度安排的欠缺。法治化营商环境建设要不断挖掘和遵循与治理转型相对应的逻辑演进规律,以缓解治理格局变动与秩序建构缺位、服务供给不足之间的矛盾,重塑营商环境优化与法治建设的整体思路和结构形态。

(一) 法治结构调适:治理格局转变与市场功能彰显

合作治理是从传统政府管理模式中演变而来,通过不断吸纳新元素以实现治理理念、治理结构、治理方式和治理过程等构成要素全方位更新以及治理格局持续转变的动态过程。如何建立起持续改善、自我创新的政府机制,推动政府重塑;^[29]如何尊重市场规律,扩大市场自治和参与的范围;如何在群体依附和社会认同迁移下发挥治理效能,这些构成了推进合作治理的元命题。基于此,近些年的改革举措无不透露着“中央向地方分权、地方改革向区域发展聚拢、政府权力向社会迁移、市场自治空间拓展”的线索。以地方立法权扩容探索治理对社会文化系统的无缝嵌入,^[30]以区域府际合作促进区域经济协调发展,^[31]以合作行政拓展社会参与公共事务的范围,以体制机制创新放宽市场准入限制等改革举措,正充实着合作治理的内涵和外延,极大程度地改变了传统行政关系的单调性。社会公共权威异军突起,社会组织参与的领域逐渐从边缘迈向中心,^[32]促使主导秩序构建与服务供给的权力结构面临深度调整。

对于营商环境建设来说,在制度层面准确厘定政府、市场、社会的边界,明确三者之间的功能分域,是夯实合作基础、防止权力(权利)滥用、保证市场在资源配置中起决定性作用的必然要求。囿于政府、市场、社会在合作中扮演角色的不确定性,治理变革难免将三者带入新的分立对抗之中,触发新一轮结构性风险。归根结底,在合作治理语境下推进营商环境建设,不可避免地会在权力结构上滋生出一种流变的、不确定的效应。尤其是随着行政任务变迁、市场需求扩大、社会力量发展等,营商环境建设的主要任务和评价指标势必在社会转型中持续变动,从而极易引发权力行使越轨、责任承担脱轨等治理风险及相应的法治难题。^[33]由此,推进营商环境法治化建设,关键是要在政府、市场、社会的合作博弈中,通过制度建设厘清多元主体在产权保护、产业转型、服务供给、执法监管等公共事务上的职能分工、权力配

[28] 参见吴汉东:《国家治理现代化的三个维度:共治、善治与法治》,《法制与社会发展》2014年第5期,第15页。

[29] 参见王强:《重塑政府:提升政府治理能力的原则、办法及路径》,厦门大学出版社2018年版,第5页。

[30] 参见常轶军、元帅:《“空间嵌入”与地方政府治理现代化》,《中国行政管理》2018年第9期,第74页。

[31] 参见石佑启等:《区域经济一体化中府际合作的法律问题研究》,经济科学出版社2018年版,第55页。

[32] 参见马长山:《从国家建构到共建共享的法治转向——基于社会组织与法治建设之间关系的考察》,《法学研究》2017年第3期,第30页。

[33] 例如,全国多地探索将公共设施管理、公共道路收费事项外包,实际上授予了社会主体一定公权力。这在提升行政管理效率的同时,也易于产生纠纷,且纠纷属性更为复杂。此时,公民能否就社会主体侵权寻求公法救济以及如何确定责任主体,都存在较大争议。

置、责任分配以及权利行使的限度，充分回应各类市场主体的利益诉求。首先，只有促进政府、市场、社会三者功能分域的法治化，实现权责关系对应统一，才能有效防止政府权力甚至社会公权力在商事制度改革、事中事后监管等营商环境优化措施的落实中出现缺位、越位的情形。其次，推进职能定位明晰化与权力运行规范化，能够为多元主体合作的有序展开奠定基础，有助于就服务、监管等事项在“由谁来治理”“由谁来创制规则”等内容方面达成共识，有助于确定和畅通市场主体参与营商政策制定的渠道，促进基本权利社会功能的实现。^[34]再次，在营商环境建设中厘定多元主体利益关系，本质上是要围绕公共权力结构更迭，形成一套整体性的制度框架，以避免在政府职能转变、社会公共权威塑造、市场自治能力培育等改革领域出现单打独斗，甚至相互冲突的现象。其突破口在于，通过制定覆盖政府、市场、社会分工合作范围的规则 and 标准，以协调不同主体之间复杂多样的组织结构，^[35]确保市场主体的价值关切得以在相辅相成、互动共赢的语境中得到充分表达并获得有效的制度回应。由此，形成一套合理分配权力和设置公共任务的组织法体系，是以法治推动营商环境建设的关键步骤。^[36]

（二）法治价值兼顾：治理诉求扩张与多元利益协调

公共权威扁平化延伸、社会组织茁壮成长，以及市场自治范围拓展产生的多元化利益诉求，渴望得到充分表达并获得全面回应。这些诉求需要进入沟通、协商、互动机制中，转化为合作治理的追求，进而引领治理进程。治理诉求扩张有其特定的生成逻辑，其扎根于持续变动的治理结构，并指向多元利益的统筹协调。这在营商环境建设层面，集中体现为一种以“管”为工具的市场秩序建构需求、以“服”为理念的政务服务供给需求、以“放”为导向的市场环境塑造需求三者之间彼此共存、相互交织的价值形态，彰显了职权法定、权责一致、违法必究、产权保护、服务优化、效率提升、鼓励创新等多重治理目标的整合和兼顾。因此，以法治引领和规范营商环境建设，确立政府机构改革、区域市场协调、生产经营管理、公私合作、先行先试等方案的价值导向，必然会衍生出“合法性”与“有效性”两条法治建设的逻辑脉络，形成理想主义法治观与实用主义法治观两种带有差异性的法治理念。^[37]一言以蔽之，法治化营商环境的整体性建设内含“依法治理”和“有效治理”双重思维的博弈与糅合，这两种思维模式分别承载着市场主体相异的治理需求。

就依法治理而言，应当强调法治是公开、透明、稳定的规则之治，从而赋予营商环境以可预期性，确保市场主体在市场准入、投资经营、产品交易、融资融券等环节获得预期收益和安全感。依法治理主张严格坚守形式法治这一基本前提，^[38]重点聚焦“限权控权”与“合法权益保护”两个维度，力求在法治框架下明确公权力的来源与行使的边界以及侵权、违约的法律后果。首先，依法治理要求依法执政、依法行政、依法自治共同推进，将立法权、行政权、司法权、监察权一道纳入法治范围内。其中，以实现政府、市场、社会功能分域法定化为导向，在完成组织结构调整和组织法重塑的基础上，关键是要进一步处理好治理权力来源的合法

[34] 有学者提出，基本权利有利于维系社会系统的功能分化和实现社会功能系统结构耦合。参见李忠夏：《基本权利的社会功能》，《法学家》2014年第5期，第23页以下。

[35] 参见[美]约翰·弗雷尔等：《跨部门合作治理》，甄杰译，化学工业出版社2018年版，第12页。

[36] 尤其是面对网络直播、网络金融等新兴产业发展引发的风险，如何协调好政府、行业协会、平台等主体的治理权限，至关重要。

[37] 参见顾培东：《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》，《法学研究》2017年第1期，第4页。

[38] 参见陈金钊：《对形式法治的辩解与坚守》，《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第1页。

性问题。行政机关、社会组织,甚至部分以企业为代表的营利性主体参与市场秩序建构中,都要在法律法规上找到权力行使的依据。特别是在市场准入、市场监管等环节实施强制性行政行为,必须有明确的行为法上的依据,严格遵循“法无授权不可为”的基本原则,否则,极易出现机构膨胀、权力泛化、权力寻租、有权无责、公权私用等治理危机。其次,市场经济本质上是法治经济,形成安定有序的市场环境需要塑造良性运转的市场秩序。^[39] 依法治理要求行政机关、司法机关、仲裁机构等部门,在招商引资、招标投标、资格认定、产权保护、破产重组、纠纷化解、裁判执行等方面要准确适用既有的法律规定,平等保护外资企业、民营企业等市场主体的合法权益,依法解决政府与市场、社会间各类复杂化的利益纠纷。

就有效治理而言,在法治维度下追求治理功效最大化,要以更高要求对交易成本、服务质量、行政效能、执法方式、风险意识等提出整体性设想和规划。营商环境建设的复杂性决定了公共治理任务必然从单纯专注秩序维护、权利保护等市场稳定性问题,向兼顾公共产品供给、社会风险预防、信用体系建构等多元化的内容转向。政府面对日益繁重的行政任务所暴露出来的不适应症,充分说明只有依托协商合作、决策参与、信息公开、技术应用、经济分析等治理方式革新,以及削弱市场对行政的依附,才能有效提升治理的民主性、高效性、智能化以及服务水平。可见,法治化营商环境建设的有序推进,关键取决于法治系统对公共行政改革、市场化改革、“互联网+政务服务”等治理变革的回应度。无疑,若顺利借道于法治系统的革新,政府、市场与社会之间的利益博弈关系,将能够在制度层面获得合理调整,进而得以在塑造市场环境的整体进程中妥善处理好整体与局部、公益与私益、公正与效率、创新与法治之间的辩证关系。

囿于法律的滞后性与市场需求多变性、治理模式创新性、公私合作广泛性、技术更替频繁性之间的潜在矛盾,依法治理与有效治理并不必然呈现同步关系,而是时刻面临着形式与实质层面上的冲突、互动与转化。要真正实现有效治理,一是在服务行政、给付行政等领域应当适度摒弃传统“无法律即无行政”的观念,避免公共产品供给方式的创新受到“法律依据匮乏”的限制;二是在市场监管中虽要强调执法必严,但也不能机械地适用法律,要综合考察法的目的、原则,甚至反思法的合理性,^[40] 注重监管尺度的把控,在合乎目的的情形下提倡柔性执法和对合理因素的考量;^[41] 三是法治体系完善要正视社会参与共治、市场自治所适用的规则、机制、基准在优化服务、强化监督、规避风险等方面的功能和优势,通过概括性授权、主体资格确认或者治理经验吸收等,为其功用的发挥提供制度支撑;四是要依托程序规则建构与责任分配法定,回应社会主体参与公共事务分工合作、协商互动引发的责任性、合法性和确定性等价值失落难题,^[42] 有效保障市场主体的权益。总之,法治化营商环境建设实质上遵循的是一条“经由形式正义的实质法治”的道路,^[43] 其需要依托两种法治价值取向的兼顾,在治

[39] See William J. Novak, *Public Economy and the Well-Ordered Market: Law and Economic Regulation in 19th-Century America*, 18 *Law & Social Inquiry* 1 (1993).

[40] 参见王贵松:《依法律行政原理的移植与嬗变》,《法学研究》2015年第2期,第93页。

[41] 例如,《优化营商环境条例》(国务院令 第722号)第59条第1款规定:“行政执法中应当推广运用说服教育、劝导示范、行政指导等非强制性手段,依法慎重实施行政强制。采用非强制性手段能够达到行政管理目的的,不得实施行政强制;违法行为情节轻微或者社会危害较小的,可以不实施行政强制;确需实施行政强制的,应当尽可能减少对市场主体正常生产经营活动的影响。”

[42] 参见章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019年第2期,第144页。

[43] 参见江必新:《严格依法办事:经由形式正义的实质法治观》,《法学研究》2013年第6期,第30页。

理诉求扩张的情境下谋求多元利益最大程度的集合和合理分置。

（三）法源形式拓展：治理资源整合下的规范体系完善

对于法治化营商环境建设而言，无论依法治理还是有效治理，都暗含着政府管理、社会共治、市场自治等多重治理资源相互整合的机理，体现着法律法规不断调整实施，社会规范、市场规则持续生成适用，以及多元治理规范共存共治的基本规律。

首先，构建透明、可预期、创新的营商环境，促使市场主体在许可、登记、认证、处罚、强制、救济等环节中，对法律法规等规范依据的明晰化和回应性萌生更高的期待。其一，立法机关要积极回应法治化营商环境建设需要，为市场经济活动提供基础性的法律依据和制度规范，推动法律体系结合商事制度改革举措进行更新。这具体包括：（1）立足于简政放权、放管结合，政府、市场、社会关系厘定，制度性交易成本控制，以及市场经济秩序维护等目标，完善行政许可法、行政强制法、反垄断法、刑法等公法规范并促进规范内部衔接，保证行政审批、优化政务服务、提高监管效能、打击经济犯罪的法治化。（2）持续推进私法规范发展，形成公平合理、系统高效的私法规范体系，以有效调整平等市场主体之间的合同、担保等民商事关系，加大产权保护力度，保障各类交易活动的顺利进行。其二，行政机关既要结合商事登记改革、减税降费、事中事后监管、招标投标、土地流转、大数据平台应用等环节的规范化需求，积极推动行政法规、部门规章、地方政府规章的制定修改完善，又要通过出台外资准入负面清单、市场准入负面清单、政府权责清单、行政裁量基准、工作流程、办事指南等规范性文件，明确政务服务标准，压缩自由裁量权，提高权力运行的透明度，强化对治理创新过程中政府权力的监督和制约，^[44]减少政府对市场的直接干预。其三，司法机关应当对接公共政策、法律法规中与商事制度改革、外商投资管理体制、自由贸易区建设、区域协调发展等营商环境优化相关的规定，及时更新出台司法解释、司法政策以及指导性意见等，以保障法律法规得到准确适用，强化司法与行政联动，促进区域司法协同，统一裁判尺度和引导司法活动有序开展等。

其次，依托公私合作、府际合作、区域合作等治理方式革新，实现市场运转秩序、资源配置效率、区域市场对接、政务服务效能的最优化，关键还要仰仗公共政策、合作协议、社会自治章程等规范为之提供治理依据。在政府内部维度，根据行政管理体制改革、“互联网+政务服务”改革、行政审批流程改革出台的一系列实施方案，以及各地区各部门围绕政务服务平台建设、行政执法联动协作、数据信息共享、区域营商标准衔接等事务签订的府际合作协议、区域合作协议等，为缓解部门林立、职能交叉、管理滞后等问题，促进行政权力合理配置，有效履行政府职能，破除府际冲突对抗以及区域市场分化，实现治理资源共享奠定制度基础。在政府外部维度，市场、社会逐渐在公共服务供给、基础设施建设、社会治理等公共事务中扮演重要角色，象征着公权力行使主体和公共话语体系的拓展和变动。此时，授权委托文件、行业协会公约、社会组织章程，甚至企业内部章程等规范的适用，有助于弥补国家法律的调整空缺，在合作治理中激发市场、社会的资源调配能力，并防止市场主体陷入社会公权力主体侵权危机，督促社会组织、市场主体积极承担义务，实现有控制、有边界的依法自治。^[45]

在法治化营商环境建设中，合作治理资源的有效整合，呈现为治理规范体系不断充实完善

[44] 参见胡税根、翁列恩：《构建政府权力规制的公共治理模式》，《中国社会科学》2017年第11期，第100页。

[45] 参见俞可平：《社会自治与社会治理现代化》，《社会政策研究》2016年第1期，第75页。

的现实图景,同时展现出传统法源形式在充分回应市场主体利益诉求,吸收合作、参与、效能、服务、责任、创新等理念的基础上持续拓展的制度样态。面向合作治理中多元主体的频繁互动对转变政府职能、保护市场主体意思自治、保障市场交易安全等营商环境优化提出的新要求,法源形式应当破除分散化、可操作性弱等缺陷,超越传统公与私、强制与引导、国家与社会的刚性界分,搭建更权威、细致、开放、多元的框架体系。一方面,要推进基础法律制度法典化,实现法律渊源的理性化。^[46]如民法典的颁布,正是以民商事法律的体系化和完备性,改善类法典化松散民法的规则冲突、不足和错误,^[47]从而创新和完善营商活动的制度供给。另一方面,要摒弃传统以“是否由国家制定或者认可,由国家强制力保障实施”作为法的界定标准的固化认识,正视非正式规则(软法)作为法源形式的必要性,肯定其在明晰各项市场标准、压缩行政自由裁量权、准确适用法律法规,以及减少政府与市场的对抗冲突、促进多元主体分工合作、弥补法律调整空白、提升治理回应性等方面的功能和优势。

(四) 法治框架扩容:在治理进程交替中释放创新空间

在合作治理语境下推进营商环境建设,要求政府、市场、社会从命令与服从、干预与退缩的消极对抗状态中走出来,投入到沟通与合作、引导与参与的协商互动情境中,实现行政权力与市场主体权利由此强彼弱的失衡结构向权力与权力、权力与权利相互平衡的结构转型。与此同时,层出不穷的营商问题、市场对创新的追求、信息技术应用革新、治理机制创新等,正加剧着治理进程的交替性,使放宽市场准入、健全区域人力资源体系、搭建统一的线上政务服务平台、提升市场监管智能化等重要措施,也始终处于持续发展演化的状态。这就要求配套的法治系统应当立足于营商环境优化的实践需求,从制度层面为行政干预过多、服务效能低下、管理工具滞后、区域市场发展不协调等问题的有效治理提供引领和保障。但是,法律的滞后性导致其在应对市场化改革问题与社会共治风险时往往应接不暇,尤其是面向互联网、金融等新兴行业的治理以及社会参与机制、市场自治机制的创新发展,更易触发治理与法治之间的对接性难题。^[48]可见,在营商环境建设中,既有的法治框架难以根据政府、市场、社会多元主体治理结构和利益基础的变动以及体制机制创新进行同步革新,需要根据治理的法治诉求扩张,推动自身体系扩容。

法治框架的扩容,指向构建一种更具包容性的治理秩序,从而对推进“放管服”改革、机构改革、政府服务改革、市场监管改革等所面临的合法性问题作出回应。“包容性秩序”是充满活力的秩序,^[49]其能够使市场主体对创新创业、决策参与、平等保护、服务优化、资源流动、跨境交往等改善营商环境的美好愿望得到最大限度的满足。特别是,对一系列创新活动持包容审慎的态度,能够赋予市场创新、技术创新、治理创新充足的空间,让创新的源泉充分涌动,使探索创新的过程和结果得到制度的容许、确认和保障,促进法治创新的同步展开。在营商环境建设中,法律规范的制定和实施应当培育包容性、前瞻性、技术性的品格,适度放宽对市场主体创新活动的刚性束缚,用动态化、专业化的眼光看待互联网、金融、物流等新兴产

[46] 参见石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,《比较法研究》2020年第4期,第15页。

[47] 参见杨立新:《我国民法典对类法典化立法的规则创新》,《中外法学》2020年第4期,第916页。

[48] 例如,网约车、虚拟货币、网贷等新兴产物的出现,都对既有法律规定产生冲击。若行政机关严格执法,容易打击市场创新性;若置之不理,可能导致市场混乱。故需要通过先行先试创新监管方式,实现有效治理。在此过程中,如何协调创新与法治的关系,殊值探究。

[49] 参见张文显:《法治与国家治理现代化》,《中国法学》2014年第4期,第6页。

业的转型发展,防止庞杂的限制性规范阻碍创新创业在合理范围内展开。行政机关要充分尊重新型企业在产品开发、市场投放、技术应用、融资融券等环节的经营自主权,保障其意志的充分表达,并指导市场主体在法律未明令禁止的范围内追求自身的正当利益。^[50]除此之外,面对愈发多元的市场化需求,政府应更倾向于采用可选择的结构机制,塑造弹性化的运作模型。^[51]推进先行先试、体制机制创新,已经成为各级地方政府探索简政放权,激发市场活力的重要方式。各大自由贸易试验区在机构改革、扩大开放、税收优惠等创新实践中,更应将先行先试贯穿始终。先行先试所涉及的对现行法律、行政法规等相关规定的调整适用,同样要求法治框架体系为之提供制度变通的空间,防止其陷入“创新就要违法”的认识误区。总之,改革创新要充分彰显法治精神和原则的指引性、前瞻性,以法治引领和规范其全过程,依托法治确立其方向、原则、主体、目标、过程等,为之提供关键动能,且规避服务创新、监管创新的失范和无序现象,保证其自身与法治的良性互动、耦合共进。同时,行政执法、司法实践要有效对接营商环境建设领域的先行先试、体制机制创新,着力解决改革后法律法规的准确适用问题,在法治框架下圆满实现改革意图,落实创新举措。

三、合作治理下法治化营商环境建设的具体进路

合作治理语境下的法治化营商环境建设,应当推进法治系统的持续更新,在遵循权力结构转变和利益分配调整的基础上,搭建规范、多元、开放、创新、柔性的体制机制制度,形成有利于改善营商环境的治理范式和法治体系。

(一) 政府、市场与社会多元合作的制度边界厘定

公共行政任务的复杂化对政府部门的应对能力提出挑战,也暴露了政府对市场多元化诉求回应不足的问题。社会、市场自治机制以及政社合作机制的融入,在弥补政府管理领域空缺,形成多元主体协商合作、取长补短的治理格局的同时,也进一步模糊了政府、市场、社会的边界,加剧了三者功能分域的难度。社会公共权威的兴起,深受政府权力迁移的影响,其可能经由合作形式的授权、委托而成为政府在社会治理领域的“代理人”;市场自治容易在常态化监管中滋生浓重的行政管理色彩,热衷于贯彻政府意志,压缩自主运营、发展、创新的空间。这意味着,建立在协商互动、分工互助基础上的合作治理,很有可能为行政权力的变相延伸提供契机,以及诱发社会公权力侵权的风险,增加市场环境的不确定性。因此,在合作中厘定政府、市场、社会的制度边界,赋予市场有效自治的空间,既要防止过犹不及、限制多元主体合作交往的欲望和渠道,又要避免界限模糊,防止政府通过借道社会组织与合作形式扩张行政权、过度干预市场,从而在持续变动的治理结构中,依托法律的规范、协调作用平衡和明晰多元主体的功能和定位,准确发挥市场作用。

第一,应将治理的制度逻辑落定于权利本位,^[52]坚持人本理念,以市场主体权利确立合作治理根基。营商环境建设归根结底是要通过一系列改革措施在市场准入、生产经营、转移退出等环节,统筹和平衡多种治理资源,满足市场多元的利益诉求,其对应的法治建设应当集中

[50] 参见赵安一、赵吟:《中国自治型公司法的理论证成及制度实现》,《中国社会科学》2015年第12期,第156页。

[51] 参见[美]B.盖伊·彼得斯:《政府未来的治理模式》,吴爱明、夏宏图译,中国人民大学出版社2017年版,第82页。

[52] 参见夏志强:《国家治理现代化的逻辑转换》,《中国社会科学》2020年第5期,第4页。

体现权利本位的基本逻辑。在治理理念上,权利本位强调坚持以人为本的价值观,主张最大程度地保护市场主体权利,将权利的有效实现作为权力配置和制度建构的出发点和落脚点。只有真正秉持以市场主体为中心的理念,引领和推动配套的法律规范体系建设,才能明确合作展开的初衷,找到“控权”与“有为”之间的制度平衡点,保证政府在合法合理的框架下履行职能;才能将市场主体利益融入公共利益中予以统筹,赋予市场自治足够的空间,增强社会自我应变调节的能力,形成相对独立的市场运行机制。由此,围绕营商环境优化展开的制度建设,各地区各部门应当将保护市场主体作为重要内容,依法平等保护各类市场主体的合法权益;不仅要聚焦简政放权,还要保障各类市场主体依法平等使用资金、技术、人力、土地等各类生产要素;应在政社合作中公平公正地对待各类市场主体,在重大行政决策中强化公众参与,在监管执法中慎用强制手段,以及拓宽公共服务种类,提高行政效能等。

第二,要推进政府、市场、社会的功能分域、权力配置以及责任分配法定化,促进多元主体形成分工合作、彼此相嵌的法治化组织关系和治理结构。“市场主导—政府推动—社会参与”是与优质营商环境相对应的理想化治理形态,其蕴含着政府、市场、社会三者功能转移、分工合作的发展趋势,以及持续明确三者功能分域和联结互动的制度设想。在营商环境建设中,政府要借助行为规范和程序机制的构建,保持“有效监管”与“鼓励创新”之间的张弛有度,真正从管制思维中脱离出来;坚持凡是市场主体能够自主决定的事务交还其自身处理,让市场高效整合创新资源、优先决定资源配置,并守住秩序监管底线,及时应对市场在交易安全、纠纷化解、服务供给等领域出现的失灵现象。这必然要求对政府、市场、社会业已形成的组织、资源、信息、行为和责任体系予以整合,构建覆盖政府、社会组织等公权力主体的组织法律体系。其具体包括:(1)持续深化简政放权,放宽市场准入。由各级政府及其职能部门建立统一的负面清单,确保清单之外的领域,市场主体都能平等进入。同时,持续深化商事制度改革,统一各类企业登记业务规范、数据标准和服务平台,减少涉企经营许可事项,削减不必要的行政审批事项,或者变“审批”为“备案”,并禁止行政机关自行增设许可条件和许可环节或以其他方式变相设定行政许可,进一步优化和明确设定行政许可的条件等。(2)依据综合性原则推进政府机构改革,依托政府组织法规则的更新,裁减职能交叉、重叠的监管机构,整合职能相近的部门。由各级人民政府加强对优化营商环境工作的组织领导,建立统筹推进、督促落实优化营商环境工作的组织架构,对营商环境工作中暴露的重大问题集中予以协调解决。一是要探索推进涉企政策综合协调审查,防止政出多门及政府各部门政策冲突,实现政策与市场发展需要相协调,促进政策实施。二是同一部门内的市场监督管理应当以合并进行为原则。对不同部门的监督检查能够合并进行的,实施联合监督,严禁多头执法。三是加强税务、公安、社保等部门与金融机构等单位的信息共享,提升行政效率。四是由各级政府推进政务服务大厅和一体化在线政务服务平台建设,开设综合窗口,提供一站式服务以及推动政务系统整合,促进政务服务跨部门协同,提升服务效能。(3)在社会组织承接政府职能转移、公共服务供给以及参与公共决策等过程中,要通过公开透明、公平公正的招标投标、政府采购程序,明确的法律授权、行政委托,以及社会组织规则建构等形式,^[53]增强合作治理的确定

[53] 对于因社会组织实际参与公共事务治理而引发的合法性问题,有学者提出,要将具有公共事务管理职能的社会组织也纳入行政主体范畴,使其享有自治规约赋予的社会行政职权。参见江必新、邵长茂:《社会治理新模式与行政法的第三形态》,《法学研究》2010年第6期,第24页以下。

性。此外，还应区分政府、社会各自的功能和权力作用的场域，以明晰市场主体诉求反映的法定渠道。(4) 进一步推动产权归属、行业自治、政社合作等方面的相关制度建设，如完善动产与不动产登记受理、公示系统和流程；鼓励市场主体加入行业协会，加强行业规范治理，为生产交易、产权确认、行业内部治理排除政府直接干预，为市场主体有序参与公共秩序建构、公共产品供给提供规范支撑。

政府、市场、社会的功能分域明晰化，以权力共享、权力的合理配置和结构优化为基础。要保证政府的服务、监管功能，市场的资源配置功能以及社会统筹协调功能的有效发挥，核心是要通过宪法和组织法等法律法规和行业公约、自治章程、合作协议等规范性文件，对纵向各层级、横向各地方政府以及社会组织、特定企业之间权力进行合理划分，对合作权力（权利）义务作出规定，使之与承担的职能相匹配。此外，还要依托合并、分立等形式，促进权力结构的优化，围绕营商环境建设形成职权清晰的合作治理结构。^[54] 在职能和权力配置既定的基础上，构建与之相对应的责任形态和追责机制，是督促行政机关、社会组织依法行使职权，保护市场主体意思自治的内在需求。例如，政府部门及其工作人员未依法履行职责或者侵犯市场主体合法权益的，要依法追究；对公用事业服务单位、行业协会商会、中介服务机构设置非必要服务办理前置条件，干预市场主体加入、退出或者违规收费的，要责令整改，追究法律责任等。无论在法律法规还是在其他规范性文件中，都应当明确合作各方承担的责任范围、种类、形式，分别建立承担不利后果的责任追究制度和履行社会责任的激励机制，^[55] 以责任形态的拓展和适用有效预防公权力行使的异化。

（二）糅合形式与实质要求的法治环境塑造

推进“放管服”改革，加快法治化营商环境建设的整体进程，应主张贯通依法治理与有效治理两条逻辑脉络，糅合形式规范与实质价值双重法治要求，构建起与合作治理形态相匹配的，兼具严谨规范、开放包容等特征的法治环境。以此全面回应市场主体关于秩序建构、平等保护、民主参与、优化服务、提高效能等多元化治理诉求，提升治理有效性，实现对合法与正当、公益与私益、整体与局部、公正与效率等复杂关系的协调与合比例调整。相较于聚焦法律形式和渊源权威性的形式法治而言，实质法治更加注重在法律的具体制定和实施中调和有关公共价值与私人价值之间的内在张力。其与合作治理所提倡的以人为本、权利保障等价值理念相契合，凸显在维护公共秩序的前提下对尽可能促进个人价值实现的制度关切。与优质营商环境相配套的法治建设，在遵循依法治理、限权控权的规范逻辑，同步推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法的基础上，进一步吸收民主协商、灵活应变、最小损失等现实要素，有利于提升体制机制的协调性和回应性，降低制度交易成本，形成弹性、开放、包容的法治结构。基于此，营商环境建设的全面铺开，需要在完成排除政府权力与社会公权力肆意或不当干预市场自治的基本任务之外，探索公共权力在法律允许的裁量空间内或者在非法律绝对保留的事项范围内，围绕市场主体保护、市场环境塑造、政务服务供给等事务有所作为的合法性、合理性安排。这其实是一个如何以融贯性的制度设计整合多主体、多向度的治理资源，打破限制治权结构优化和权利诉求主张的法律桎梏，并保证其有效适用的法治命题。

[54] 合并是指对职能重叠、业务雷同的权力部门进行整合；分立是指按照“决策、执行、监督”的分立意图，对各部门进行划分。

[55] 参见伍旭中：《政府治理、社会责任投资与企业社会责任：博弈与实现机制》，《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2012年第2期，第191页。

首先,通过搭建政府、市场、社会共商共建共享的制度平台,持续放宽市场、社会参与公共决策、秩序建构、服务供给的渠道,规范政社互动、政企合作和公众参与的全过程。深化“放管服”改革,加快了政府与市场的关系向市场化方向转变的步伐,拓宽了市场参与事项的范围,但也引发了一系列在权限、程序、责任划分上的质疑。由此,应当为政府、社会组织、市场主体打造稳定的合作互动机制:一是完善社会组织、市场主体参与行政立法、行政决策的常态化机制,构建亲清政商关系,建立健全政企沟通机制,采用网络征求意见等多元化方式听取市场主体的意见和诉求。将听取企业和行业协会意见建议作为市场规则出台的前置程序,保障市场主体顺利开展生产经营活动;^[56]二是对于涉企的法律法规、公共政策等,各级人民政府应当公开,坚持以公开为原则、不公开为例外,并进一步对公开的范围、途径、平台作出规定。在确保各类清单、标准等决策公开以外,还要全面推进执行、管理、服务、结果的公开;三是规范政府与社会资本合作、政府公共服务外包的范围、标准和程序,如明确参与公共事业的企业资质,保证招标投标的平等公开透明等,严格执行负面清单,不得对不同所有制、不同地区的社会组织、市场主体采取歧视性准入。

其次,推动政府在法律授权的范围内积极作为,探索数据共享、技术应用、系统整合、清单管理的规范路径,同时为柔性执法行为、高效行政方式的优先适用以及行政资源的有效整合提供制度支撑。改善市场环境、优化政务服务要求政府就统一市场标准、推进数据平台建设、简化政务流程等内容进行积极尝试,由此引发关于“有为政府”与“有限政府”的协调性难题。对此,既要容许政府摆脱严格意义上的“无法律即无行政”原则的限制,立足市场需求持续优化自身职能,在强调合法性以外凸显对正当性、最佳性的关注,如积极探索一体化网上政务服务平台建设,加强人工智能、大数据、区块链等信息技术应用等;又要借助明确的法律保留、属性界定、范围限制,规避治理手段的价值变异,如严禁自行增设行政许可,慎用行政强制措施等。作为维护市场秩序的重要措施,市场监管以依据法律法规、严格落实监管责任为基础,同时又以监管任务完成为目标指向,重视监管手段的合比例性,故应当尽可能采用说服教育、行政约谈、行政指导等柔性手段。对于柔性手段能够达到监管执法目的的,应避免适用强制方式,以减少对市场主体正常生产经营活动的影响。

再次,聚焦经济全球化、区域经济一体化发展,加快构建统一开放联动的市场体系,推进国际与国内营商规则标准的衔接协调,依法促进各类资源要素自由流动。一方面,要对标发达国家和地区的营商环境,实现外资准入、跨境贸易、争议裁决等规则标准与国际商事规则标准相对接,通过严格执行外商投资准入负面清单,保障外国投资者、外商投资企业依法享受优惠待遇,平等适用国家制定的强制性标准,健全外资企业投诉工作渠道等,保护外商投资合法权益,规范外商投资管理。另一方面,要破除我国传统行政区划的刚性束缚,依托统一的市场准入负面清单设定、跨区域管理协调机制构建、区域一体化政务服务平台建设、营业执照资格互认等方式,缓解各地方在市场准入、资源流动等方面的制度障碍,实现区域法治化营商环境一体建设。

[56] 国务院办公厅印发的《关于在制定行政法规规章行政规范性文件过程中充分听取企业和行业协会商会意见的通知》(国办发〔2019〕9号),就充分听取意见相关工作提出了具体要求,明确了“科学合理选择听取意见对象”“运用多种方式听取意见”“完善意见研究采纳反馈机制”“加强制度出台前后的联动协调”“注重收集企业对制度建设的诉求信息”等程序性规则的适用。

最后,更新对行政权与司法权关系的传统认知,回应行政任务导向下司法功能适度拓展的需要,^[57]推进行政与司法之间的良性互动。优化营商环境所覆盖的秩序维护、服务供给、风险规制等公共行政任务的复杂化,决定了只有不断强化司法机关与政府的联动,完善信息沟通机制,才能在法律实施中协调好合法性和正当性的辩证关系。司法机关要结合本地区与营商环境建设相关的行政立法、决策,针对地方治理的实际需要,重点对涉外、涉产权纠纷等案件的审理予以规范,补齐地方治理的法治短板。司法与行政在知识产权保护、破产注销、信用惩戒等标准上要保持协调统一,避免因标准多样化导致救济结果出现差异。此外,还应适度拓宽司法机关在行政诉讼中的审判服务职能,引导政府在合法行政的基础上提高行政效能等。

(三) 共治格局下法律规范体系的兼容并蓄

合作治理旨在形成政府、市场与社会相互配合、优势互补的共治格局。这需要最大程度地促进权力运行与治理过程的民主化、科学化,凭借国家法律、社会规范、市场规则等多元治理规范的制定出台和交替适用,缓解法律的刚性、滞后性与现实治理情境的多变性之间的潜在矛盾,避免法律规范体系在应对多元化的市场环境和市场需求时,陷入规则、程序的生搬硬套或者概念的过度解释之中,真正彰显其对营商环境优化实践的引领和保障作用。

现代国家和社会的治理首先表现为法律规范体系的治理,不同规范因来源不同而拥有不同的法律地位、作用和功能。^[58]囿于各类规范所占据的治理资源、所处的治理环境以及面向的治理目标各不相同,需要对各类规范进行排列组合,形成一个定位科学、层级分明、分类合理的框架体系和制度结构,以回应多元复杂的治理诉求。在法治化营商环境建设中,要依托合作治理推进政府放权、社会共治与市场自治,同样需要在公共政策、社会规范、市场规则等规范广泛融入法律规范体系的基础上,准确界定各类规范在合作治理过程和结构体系中的定位、功用以及互动关系,从而依据规范的属性差异区分其各自在市场主体保护、市场环境塑造等方面的适用位序和场景,实现法律规范体系的兼容并蓄。

其一,正视法律体系与体系外规范二元规则共治秩序,将各类非正式规则纳入法律规范体系中予以统筹,实现多元规则及其承载的利益主体互利互惠的正和博弈。^[59]以合作治理推动法治化营商环境建设,就是要反思和拓宽传统“法”的概念范畴,在法律规范体系下对公共政策、权力清单、合作协议、行业标准、社会组织章程等规范性文件的类别和效力进行准确界定,并进一步处理好这些规范与法律法规规章之间的效力层级关系,建立规范之间的衔接机制,运用领域划分、法律解释、吸收转化等方式,形成相互协调的价值目标与互为补充的适用状态。

其二,增强非正式规则在降低制度交易成本、创新体制机制、强化市场监管、化解市场纠纷等方面的实效性。“人类社会需要借助社会制度的合理设计和安排来实现分配正义的价值目标。”^[60]在市场诉求多元、创新要素集聚、资源流动加剧的营商环境建设中,非正式规则可以充分挖掘协商性、回应性、柔性、专业性等理想元素,承担起更多的公共治理功能,实现利益的合理分配。从实质上看,其应当着力弥补自身的价值缺陷,规避基于区域、产业、行业,甚至企业属性而夹带的价值偏好,回应公益与私益共生的价值期待,发挥规范对于事实与价值

[57] 参见章志远:《中国行政诉讼中的府院互动》,《法学研究》2020年第3期,第3页。

[58] 参见刘作翔:《当代中国的规范体系:理论与制度结构》,《中国社会科学》2019年第7期,第85页。

[59] 参见杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,《法学研究》2019年第4期,第26页。

[60] 向玉乔:《社会制度实现分配正义的基本原则及价值维度》,《中国社会科学》2013年第3期,第106页。

二分的弥合功能。^[61]从形式上看,要参照现有的法律体系,对非正式规则复杂多样的载体形态予以规范和统筹,明确各类规范的制定标准、调整事项和适用主体等,保证规范体系内部的规律性和有序化。从效力上看,公共政策、社会规范等非正式规则的实施,大多不依赖国家强制力的保障,故需要通过制定内容、程序和实施方式的创新,以及普法宣传等方面来充分开发利用物质类、精神类和方式方法类等多种引导性资源,保障其有效实施。^[62]

其三,促进法律规范体系内部的相互融通和衔接适用。面向营商环境建设中不同的行政任务 and 市场需求,配套的法律规范体系必然形成正式规则与非正式规则更新调整、并行不悖、相互叠加的结构特征。如何立足于营商环境建设实践,结合治理场域与调整范围的划分,厘定各类规则适用的主次、顺序和连接点,是推进合作治理有序展开的关键。就功能而言,围绕商事制度改革、政务服务优化、区域市场发展而出台的公共政策、合作协议等规范,从宏观层面设定了营商环境建设的整体框架和方向;法律、行政法规、地方性法规等的制定修改完善,积极推动贯彻公共政策精神,通过明确多元主体在市场主体保护、市场环境塑造、政务服务供给等事项中的权利义务,为营商环境建设提供效力保障;权力清单、裁量基准、服务标准等规范,通过尝试压缩制度运行变异的空间,提升市场环境的透明度和可预期性;行业标准、社会组织章程等规范,应致力于提升社会、市场自治的标准化、规范性等。就效力而言,涉及市场监管、行政执法等方面的非正式规则,不得与宪法、法律法规相抵触,其制定出台必须遵循法定权限、基准、程序等;在“放管服”改革、政府机构改革、区域协调发展的统一部署中,法律法规应当围绕国家政策性文件、发展框架协议、区域合作协议等非正式规则及时进行调整更新。就内部衔接而言,应当通过建立审查机制、转换机制等,将非正式规则一并纳入合宪合法审查范围,将其中难以落实的内容或者行之有效的规范及时上升为法律法规,予以推广落实。

(四) 法治方式转变对创新营商环境的能动回应

创新是推进营商环境建设的关键性命题。无论治理理念的创新还是治理内容的创新,都会加剧治理进程的交替性与不确定性,给法治系统带来巨大的挑战,催生同步推进制度创新的内在需求。当前,法律自身的滞后性与营商环境内生的创新性之间的矛盾,充分考验了法治框架的容量和张力。其有效缓和和要求法治建设摒弃传统被动式、倒逼型的立改废思路,通过构建引导性、前置型的开放形态,推动法治方式转变,有效回应创新实践产生的法治需求。

其一,以鼓励创新为原则,政府及其职能部门应当坚持包容审慎的监管模式,有效应对信息技术更新应用以及互联网、金融等新兴产业发展对市场主体保护、市场环境塑造等方面提出的新要求。要变事前审批为事中事后监管,避免对市场处于萌芽时期的新技术、新业态、新模式采取简单禁止或不予监管等“一刀切”的监管方式。要依据鼓励创新、试错容错的法治方式,给予监管对象一定时限的观察期、发展期,并制定临时性、过渡性监管规则和措施。此外,应当结合技术、产业的属性、特征和发展前景,对创新事项进行分类,制定配套的监管规则和标准;在预留创新空间的同时,依法监管和保障创新的安全性。司法机关应当充分审查、参照、适用新的监管规则和标准,严格监督行政监管过程,依法保障市场主体的知识产权,推进互联网、金融等新型案件审理的体制机制创新,还应提升其自身的技术性和专业性,谨慎看

[61] 参见陈大明:《规范对于事实与价值二分的弥合——论哈贝马斯道德哲学视域下事实、价值与规范的三分结构》,《伦理学研究》2013年第4期,第38页。

[62] 参见方世荣:《论公法领域中“软法”实施的资源保障》,《法商研究》2013年第3期,第12页。

待市场主体的创新行为，防止用刑事手段干预经济活动，公正解决各类新型纠纷。

其二，以践行法治为根本，厘清“先行先试”与法治的关系，明确“先行先试”作为优化营商环境的重要举措，必须依法治方式推进。习近平指出：“要发挥法治对改革发展稳定的引领、规范、保障作用。”〔63〕“先行先试”对法治的需求，不仅体现为要以法治确认与巩固改革成果，还表现为法治要走在改革前头，要以法治引领和规范改革。〔64〕在营商环境建设中，首先，应当进一步确定适用“先行先试”的主体范围和禁止性事项范围，明确排除法律绝对保留事项，严格限制各类主体超越自身的权限范围进行“先行先试”。其次，政府对法律法规的变通适用，必须经过有关机关按照法律程序作出授权批准，〔65〕包括对主体范围、事项范围和试验周期的批准等。再次，加强授权机关对“先行先试”实际效果的跟踪评估，将围绕营商环境优化展开“先行先试”的成熟经验及时上升为法律规范予以推广，确保改革成果制度化、法制化，形成营商环境优化的长效机制，并保证法律规范之间的衔接适用。最后，构建容错机制，对于在营商环境创新中因出现失误而没有达到改革预期目标，但决策和实施程序未违反法律强制性规定、未造成重大损失或负面影响，且工作人员履行了注意义务、未牟取非法利益、未恶意损害公共利益和他人合法权益的，可免于追究责任或从轻、减轻处理。相应地，司法机关也要积极对接营商环境建设的改革举措，推进体制机制创新后法律的准确适用。这具体包括：（1）重点解决商事登记制度改革、市场准入许可改革后的法律适用问题，依据改革后的规范要求审查行政行为的合法性、合理性，准确把握行政违法的标准和尺度；（2）强化对行政行为规范依据合法性的审查，对国家部委或地方政府违法设置市场准入或退出条件的规范性文件，要依法排除适用；（3）充分利用信息技术，整合各类技术资源，创新案件审理的程序规则，构建诉讼便利化机制，并对依托仲裁、调解等方式解决新技术、新业态产生的纠纷持开放和支持态度，形成多元联动的纠纷化解模式。

结 语

中共十九届五中全会提出，要全面深化改革，构建高水平社会主义市场经济体制；坚持和完善社会主义基本经济制度，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，推动有效市场和有为政府更好结合。“十四五规划”进一步将改革创新、协调发展、体制完善、制度健全、优化资源配置等作为经济社会发展的主要任务。习近平提出：“要推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用。”〔66〕作为全面深化改革、推进国家治理体系与治理能力现代化的重要实践，营商环境建设应当统筹发挥好政府与市场、社会各自的功用，在有限政府建设与有为政府建设之间探索激发市场活力的有效路径，为市场经济活动的开展提供助力与创造空间。同时，营商环境建设应当结合其所处的政治、经济、文

〔63〕 习近平：《推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用》，《求是》2020年第22期，第1页。

〔64〕 参见石佑启：《深化改革与推进法治良性互动关系论》，《学术研究》2015年第1期，第50页。

〔65〕 《优化营商环境条例》第61条第2款规定：“优化营商环境的改革措施涉及调整实施现行法律、行政法规等有关规定的，依照法定程序经有权机关授权后，可以先行先试。”

〔66〕 同前引〔63〕。

化、社会等制度环境，立足于公域结构调整和利益基础变迁，依托法治建设推进改革创新，促进政府、市场、社会的良性互动与相互制衡。推进法治化营商环境建设，必须扎根中国治理转型的场景与进程，不仅要面向市场需求进一步探讨如何限制政府权力的法治课题，还要重视政府、市场、社会在营商环境建设中各自的功能定位、利益关系及其对应的法治体系的系统性、回应型建设问题。当下，合作治理在公域变革中的兴起，已逐步撼动传统两造对抗的权力（权利）结构和公私分立的利益基础，将法治化营商环境建设带入一个全新的发展语境之中，打通了合作治理、法治、营商环境建设之间的内在联系。治理转型的过程，实际上也是法治系统持续巩固权力结构、整合治理资源、完善治理规则、推动治理创新，以充分回应治理诉求、改善市场环境、优化政务服务、提升监管执法水平的同步进程。回归合作治理的现实语境和行进轨道，应通过厘定多元共治的制度边界、协调好依法治理与有效治理的辩证关系、构建兼容并包的法律规则体系以及推进法治方式的创新，进一步缓解集中与分散、公益与私益、形式与实质、创新与法治之间的矛盾，如此方能塑造民主、多元、融贯、高效、创新的现代化治理格局，实现营商环境建设的法治化。

Abstract: The in-depth integration of the two major themes of business environment optimization and the construction of the rule of law requires that the construction of a legal business environment should be established in the evolution of the relationship among the government, market and society, and the corresponding institutional measures and remedies should be introduced. The rise of cooperative governance in the reformation of the public domain has set a realistic context for the construction of the legal business environment. The transformation of the governance structure, the expansion of governance demands, the integration of governance resources, and the alternation of governance processes require to adjust the structure of the rule of law, balance the values of the rule of law, expand the framework and sources of the rule of law so as to give full play to market functions, coordinate diversified interests, perfect the normative system and provide platforms for innovation, in order to conform to the logical evolution of the construction of a legal business environment. The goal of constructing the legal business environment will be achieved through approaches such as defining the institutional boundaries of the cooperation among the government, the market and society, creating a legal environment that combines the dual requirements of form and substance, promoting the inclusiveness of legal systems, and transforming the mode of the rule of law.

Key Words: Doing Business, improving the environment of Doing Business, cooperative governance, inclusive governance
