

面向共治格局的法治形态及其展开

杜 辉 *

内容提要：构建政府、市场和社群共治的治理秩序，是法治中国战略下有关治理结构的重要命题。共治格局将给法治系统带来新的挑战，引发法权关系及其法理的结构调整，挑战程式主义法治观的动态适应性，加剧治理的实用主义取向与法治的形式理性之间的紧张关系。为此，有必要塑造与共治格局相匹配的法治形态。面向共治格局的法治形态，在本体论上，需立足于治理结构之更新、机制之整合，强调依法治理与有效治理双重规范性的统一；在基本架构上，需着眼于开放的规范结构、互嵌的治理组织、交涉平衡的共治程序、面向任务和过程的工具四个维度的建设。面向共治格局的法治形态的展开，应从发展法律体系的融贯性功能、建立法治秩序与治理秩序的新型协调关系、塑造“政府—社会—市场”三强结构、根据治理改革的实践逻辑确立法律建制重心四个维度加以推动。

关键词：共治秩序 法治形态 依法治理 有效治理

一、问题的提出

推进政府、市场与社群在国家治理体系中达成共治，是执政党从中国近几十年的历史、实践、制度等多个维度总结提炼出的重要转型命题。其要义是，面向治理转型，探索如何有效、良善地“运行治权”。〔1〕共治决断的提出，意味着国家治理格局呈现出由点而面、自上而下的延展式下沉。具体而言，就是从侧重塑造、巩固国家政治结构及其运行逻辑，转向加强权利保护和民主保障，要求在“强国家”之下逐步激发社会活力，提升市场在资源配置中的决定性作用，进而优化国家、社会和市场在治理中的功能关系。

* 重庆大学法学院副教授。

本文为中央高校基本科研业务费“新时代中国特色社会主义法治研究”（2018CDXYFX0034）的阶段性成果。

〔1〕 有学者将这两个阶段抽象为“主权结构的法治化”和“治权结构的法治化”，并以此定位法治在不同历史时期的实践目标。参见王旭：《“法治中国”命题的理论逻辑及其展开》，《中国法学》2016年第1期，第89页以下。

在制度层面,所谓延展,是在作为国家制度体系基石的政治制度体系业已塑造完成的前提下,遵循国家发展实践呈现出的阶段性、规律性特征,重点推进作为国家制度体系主体的法治系统之展开,并由此演化出以政治制度为基础、以法治系统为主轴的二维制度体系。政治制度建设和法治系统发展,具有某种时序性和承接性。作为法治国家政治基础的政治制度,既设定了法治发展的方向和逻辑,^{〔2〕}也通过将治国理政方针和国家治理任务转化为制度层面的权力配置、职能构造,实现了对法治框架和内容的拓展。这种二维性、时序性关系,在总体上塑造了法治的中国主体性。此一延展过程,也因之成为推进法治中国战略梯次展开的关键步骤。所谓下沉,是在反思改革实践对国家制度体系之挑战的基础上,推动治理从单一的制度建设转向整体的结构调整,吸纳更多主体进入治理议程,塑造能够保证民主政治有效运行的法治体系,^{〔3〕}增强政府、市场和社群三种力量在国家治理结构中的关联互动,并进一步开拓共治的有效性。

在本质上,共治就是要“以人民为中心”,通过发挥法治的统合能力,将政府的权威机制、市场的平等交换机制和社群的自治机制予以融合,使国家法与社会成员在互动中确立的规则形成一套规则体系。^{〔4〕}从关系角度看,共治既关注对法治的普遍性认知,也对特殊国情、社情和人情保持敏感和深度反思,尝试在治理实践中寻求法治共识。从功能上讲,法治系统不仅要为政府、市场和社群嵌入“中国发展的政治逻辑”供给规范化机制,^{〔5〕}更要为治理转型提供善治的创新机制。^{〔6〕}从这三重视角出发,所谓共治,可被理解为由具有多元价值观、一致国家观、差异化社会问题意识和多层次利益主张的主体,经过法治规范秩序的实质性甄选与程序性导引,确立国家与社会发展之路径、策略的治理过程。

现有的法治理论及其体系并没有为治理的共治转向预留足够的制度通道,更无法在规范维度描绘出共治的理论谱系及其制度框架。当法治国家升级为法治中国,相对于以国家主义为基调的规则秩序而言,法治系统尤应进一步拓宽其覆盖范围,关注隐藏在政府背后的企业、社会组织、网络空间等基本面,探索政府治理之外的新型治理机制。这是法治中国命题对治权结构提出的新要求。为此,本文尝试从治理与法治的关系视角出发,阐释面向共治格局的法治形态及其展开路径。

二、治理转型与法治发展的新挑战

四十年改革开放的成果表明,国家治理的结构框架已经随着目标统一性和内容多元化的增强而拓宽。政府、社会力量和市场主体在治理中的角色任务日益明确。政府主导、市场参与、社会协同的治理格局基本成型。社会力量和市场主体的治理权之兴起,使“政府

〔2〕 有学者指出,法治国家的标志包括“法律性标志”和“政治性标志”,前者为形式,后者为实质。所谓“善法”,是指在“处理好这些重大政治关系的前提下所形成的理性的法律制度”。参见孙笑侠:《法治国家及其政治构造》,《法学研究》1998年第1期,第24页。

〔3〕 参见徐湘林:《社会转型与国家治理——中国政治体制改革取向及其政策选择》,《政治学研究》2015年第1期,第5页。

〔4〕 参见江必新、王红霞:《社会治理的法治依赖及法治的回应》,《法制与社会发展》2014年第4期,第32页。

〔5〕 参见赵宇峰、林尚立:《国家制度与国家治理:中国的逻辑》,《中国行政管理》2015年第5期,第6页。

〔6〕 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。

权力—私人权利”二元对立格局演化为“政府权力—社会权力/市场权力—私人权利”三元协同的新格局。法治发展的动力机制，随之从约束政府权力、保护私人财产性利益，向平衡政府、市场和社群的三方治理权以及塑造国家治理体系与结构过渡。法治建设的重点，也随之从国家的一元面向，朝着“国家（政府）建设—社会（社群）建设—市场（个体）建设”三元面向调整，既在宏观基本面强调整体秩序的构造，也在微观层次上规范多元主体的权、责、利。

从实践层面看，一方面，近年来的城市房屋业主抗争、环境抗争、土地利益纠纷、城市建设冲突、市场改革中的再分配不公等矛盾，强化了个人、社会组织、市场主体等社会力量的权利意识，激活了它们的治理能动性，并在诸多政策领域发展成为“具有政治决策力和文化判断力的重要的、独立的社会范畴”。〔7〕此种权利冲突，塑造了极具特色的中国式权利话语体系，即权利是由“国家认可的、旨在增进国家统一和繁荣的手段”，而非“对抗国家干预的保护机制”。〔8〕其对治理的影响，直接体现为推动相关领域规则的制定、修改。另一方面，网络领域的新兴信息权利束（如财产权、被遗忘权、人格权）、风险领域的新兴安全权（如环境权、食品权、基因权）、社会领域的新兴社会权（如知情权、悼念权、民生权、成员权、土地发展权）等，正成为不可忽视的权利类型。立法者和司法者正在探索如何通过“创制与设定”“确认与转化”“挖掘与拓展”或者“推定”的方式予以回应。〔9〕这为个人、社会组织、市场主体介入治理结构提供了新契机。以上两方面表明，在法治动力梯次展开的链条上，那些被长期遮蔽的社会主体、市场主体，正逐渐走向前台，为法治发展注入了更丰富的动力机制。从其结果来看，这意味着政府、社群和市场已有能力跨越多重空间，共享价值观念、知识系统和行为方式。

由此不难看出，当前从国家治理体系和治理能力现代化的高度推进法治中国的建设，就是要通过法治形态的发展促成治理的共治转向。两者的联结点，是在“共同参与、包容发展的价值取向”之下，〔10〕实现共治理念的创新升华与制度建构。〔11〕

第一，多层次、全领域共治的新结构，势必引发法权关系的结构性调整以及相应法理的系统性变革。在过去几十年的转型发展中，政府、市场和社群的相互建构与衔接互动，一直处于政策试验与逐渐制度化的拉锯状态。这既为制度变迁提供了新机制，也常常伴生转型风险，试错成本较高。新型治理力量带来的新权利诉求、新利益关系、新责任配置方式、更多元的救济通道，加上发展的阶段性和区域差异化造成的群体或个人的不平衡态势，滋生了诸多风险矛盾，产生了许多不可预见的新的破坏力。尤其是，算法社会的到来，正在形成新的社会事实，深刻塑造新的社会结构。如何建立相应的规则秩序，尚处于探索之

〔7〕 阎云翔：《中国社会的个体化》，陆洋等译，上海译文出版社2012年版，第365页。

〔8〕 陈鹏：《当代中国城市业主的法权抗争——关于业主维权活动的分析框架》，《社会学研究》2010年第1期，第37页。

〔9〕 参见姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010年第2期，第12页以下。

〔10〕 马长山：《法治中国建设的“共建共享”路径与策略》，《中国法学》2016年第6期，第7页。

〔11〕 观察深化改革的要求和主要着力点不难发现，“国家治理体系和治理能力现代化”“发挥市场在资源配置中的决定性作用”“全面依法治国”“推进多层次多领域依法治理”“法治国家、法治政府和法治社会建设相互促进”“打造共建共治共享的社会治理格局”等近年来相继推出的纲领性理念，在逻辑上具有一脉相承的渊源关系，都是基于治理历史经验的深刻反思。

中。虚拟与现实之间、法律与算法之间的融合互动缺少稳定的框架。比如,在治理结构上,互联网平台企业等新兴市场主体对公共权力、社会权力和社会权利关系的解构和重构正在不断发生。它们利用大数据技术对生产要素和利益进行分配,推动法律变革或者释放更多制度空间以适应其增长和扩张需求,通过“规制企业家”的角色发挥着公共规制的功能。但是其迭代性、开放性、技术性等特点,也诱发了立法滞后、立法事实识别和判断困难、排斥立法决策的民意表达等法治难题。^[12]诸如此类的市场主体或社会力量分享治理权或自我赋权的趋势,在推动与治理相关的法权发生结构性调整的同时,大大超出了以控制政府行政权为主旨的传统法治观的辐射范围。在治理方法上,法律在调整算法社会的权利义务关系方面也将面临重大挑战:区块链中的智慧契约超出了传统契约法的调整范围,^[13]通过失信大数据的纠纷治理存在过度限制权利的风险。在法律关系上,这些智能技术也使社会主体在不同场域内的身份和行为方式发生深刻变化,不断挑战有关公平正义、利益归属的传统规则的适用性,使与之相关的法律关系呈现出极强的流动性,法律的边界和效力在一定程度上处于待定状态。在治理范围上,人工智能技术引发的新的伦理、社会议题,都需要发展新的法律工具或新的治理体系予以回应。现行的体系和工具很难适应以算法和数据为主体的应用环境。^[14]虽然从法政策学的角度看,这些市场衍生的新技术、新问题,原则上应交由市场来决定其法律制度设计,^[15]但为避免其产生非正义的后果,又必须从政府认同以及正当法律程序的角度予以重点关注。

治理结构的新变化急需与共治机制相匹配的新法理和新制度予以回应。如果没有相应的法治理论和制度体系来统筹国家的权威、公众的福利关切、市场的功能和稳定,促进一种具有包容性、共享性的发展模式,那么政府、市场和社群合作的链条就不可能牢固,甚至会被经常性地打破,治理转型的风险也会随之陡增,甚至偏离社会发展动力的新结构,诱发系统性危机。正是基于这种避险意识,国家从中央层面陆续围绕放管服改革、加强权力制约、更好地发挥中央和地方两个积极性等方面推动政府治理改革,围绕明确资格准入、克服市场失灵、推进公共服务的市场供给等工作推进市场治理改革,围绕如何畅通社会自治的渠道、加强社会组织能力建设、增强政社互动以灵活发挥社会组织在创新社会治理中的作用等方面有序推进社会治理改革。多层次、多领域的制度改革,旨在通过法治系统的吸纳、引导和框定功能来建设法治政府、强化依法行政,提升市场的决定性作用、维护财产权利,打造法治社会、吸纳公众诉求和能力,最终促成“受到有效监督的政府”“得到有效监管的市场”与“逐渐成熟的社会”之间的有机合作,^[16]推动治理体系向共治格局平稳位移。

总体来看,我们长期坚持的国家主义法治发展道路取得了斐然成就,法律经由国家主

[12] 参见张欣:《数字经济时代公共话语格局变迁的新图景——平台驱动型参与的兴起、特征与机制》,《中国法律评论》2018年第2期,第121页以下。

[13] 参见於兴中:《算法社会与人的秉性》,《中国法律评论》2018年第2期,第63页。

[14] 参见贾开、蒋余浩:《人工智能治理的三个基本问题:技术逻辑、风险挑战与公共政策选择》,《中国行政管理》2017年第10期,第40页。

[15] 参见解亘:《法政策学:有关制度设计的学问》,《环球法律评论》2005年第2期,第193页。

[16] 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30页。

义的引领与塑造得以在国家治理中发挥更大作用,^[17]并且着眼于国家治理的实践逻辑与法治的价值逻辑之统合,使得国家治理与法律规范逐渐同构化,从中找到了法律之理与治理之力在法治中国命题中的平衡点。然而,由于国家主义中隐藏着政府权力自上而下的单向、合法渗透的立场,不可避免地会陷入工具主义的困局,使社群机制和市场机制沦为政府机制的附庸。面向共治的法治系统必须据此回答一系列新的建制命题:如何回应治理转型中问题与工具、主体与目标(诉求)、权力和法律之间的不匹配,如何通过法律提升共治的制度约束性和稳定性。

第二,共治的复杂性不断挑战法律的刚性和程式主义法治观的动态适应性。信息透明化、社会扁平化、组织网络化、需求多元化、利益冲突普遍化、产业泛在化的复杂治理情境,是现代法治体系生成和运行的背景与前提,也是现代治理体系的治理对象。这种复杂性特征和秩序诉求,要求修正固守的程式主义法治观,从强调“以权利制约权力”“以权力制约权力”转为强调各种权利和权力关系的平衡;要求立足于具体的社会情境,有效解决现实问题,推动实用主义法治观与程式主义法治观的融合。在治理的意义上,就是要从讲求规则的完整性向侧重主体合作性转变,并举“如何治理”和“谁在治理”两面大旗。比如,在治理智能化和社会化的要求下,智慧治理、网格化治理等新机制被广泛应用。智慧治理旨在通过人工智能、物联网、云计算等技术在社会管理、经济调节、公共服务、市场监管等领域的广泛应用,在政府主导下吸收市场主体和社会主体的积极参与,逐步接近“精准型治理”(如通过电商网络的精准扶贫)“技术型治理”(如通过智能技术的环境保护)和“效率型治理”(如通过多种“互联网+”计划推进公共服务均等化)复合的理想状态,^[18]从而克服复杂情境下治理的不稳定和模糊性。网格化治理则是要通过信息共享打破治理边界,对治理的组织结构进行系统化改造,打通政府内部的层级、职能、部门之障碍,突破政府与社会力量、市场主体之间的功能区隔。^[19]这两种新机制都以治理成效为基本导向,与之相配套的法律也必须围绕这一导向进行修正或创制,以回应治理主体和治理方式的拓展。这种回应能力恰恰是当前刚性法律体系的主要短板之一。

从规范能力角度出发,法治系统虽然能有效维护既定的社会结构和秩序,但在回应社会变革和应对转型风险方面往往收效甚微。法律系统无法覆盖社会变革和转型过程中的全部问题结构,也无法对应多元主体的利益和价值结构,应对转型风险的弹性条款、兜底条款亦付之阙如。由此,法治系统的优化,需要根据治理转型的难题进行动态调整。共治作为一种方案,允许公众、利益相关者评议和参与公共决策甚至是法律创制,或者为市场治理、社群治理开放制度通道,让市场主体或者社会组织能够自主形成有效规则并为其提供认同条件,以此来增强法律与治理主体的紧密度,使多元主体都能够携带不同类型的利益诉求进入商谈和处理程序。如此,国家治理的民主化,就会在一定程度上摆脱科层官僚制的过度过滤或限制,治理规则的合法性及其制度能力也会随之提升。

[17] 参见张志铭、于浩:《转型中国的法治化治理》,法律出版社2018年版,第6页以下。

[18] 参见郭晔:《新时代社会治理现代化的法理思辨——“社会治理的法治思维和法理思维”学术研讨会述评》,《治理研究》2019年第2期,第105页。

[19] 网格化治理作为重要的方法创新备受地方政府重视,在治安防控、社会服务等领域应用广泛。比如,重庆南岸区基于网格化治理要求,推出“三事分流”的体系,借助于现代信息网格技术,将特定区域内的人、事、物等要素纳入单元网格,实施系统化治理。

第三,共治规则的多元化将加剧治理的实用主义倾向与法治的形式理性之间的紧张关系。伴随多元主体在国家治理中功能角色的扩张,共治秩序允许不同主体依据差异化的规则体系处理公共事务。比如,在互联网治理领域,对网络暴力、诈骗、色情、赌博、名誉侵权、信息侵权等失范行为的治理与对网约车、移动支付、电子商务、共享经济等新业态的监管,共同构成了一个由技术创新、市场自治和政府监管混合而成的新治理生态。基于互联网场域的特殊性,政府需要向互联网企业、行业组织让渡部分管理权甚至惩戒权。^[20]尤其是,要在尊重技术逻辑的基础上,承认用户协议、行业规则、合规标准、身份识别等“数字法”的可行性,通过算法转化、承接国家法,以克服现行法无法及时有效回应网络治理要求的缺陷,塑造线上规则与线下规则相配合的规则秩序和共治结构。可见,坚持规则形成和适用的实用主义进路,在共治秩序下无疑是不可回避的基本立场。这就形成了涵摄国家与社会、政府与市场、公益与私益、整体与局部的新型治理生态,给只追求恰当形式和渊源的法治形式理性思维提出挑战,在一定程度上重构了治理秩序必须“符合法治的形式规范”这一传统准则,^[21]实现了对规则秩序的深层变革。

面向共治的规则秩序中既有正式规则也有非正式规则,规则变迁既可能是基于渐进性力量,也可能是基于突变性力量,规则适用的方式既有强制性的也有诱导性的。^[22]这与中国国家治理的动力、逻辑及其诱发的危机是一致的。在过去,国家治理一直被限定在国家体制转型与市场化叠加的轨道上,这种轨迹既是经济社会发展奇迹的原动力,也是一系列社会危机之根源。其中的部分危机可以通过市场规则予以化解,大部分则必须依靠国家权力及其法律体系才能疏解。尤其是新兴的市场或社会权利,必须借助国家法律才能得到普遍化的保护。在治理转型过程中,规则秩序变迁的主体,在政府、企业和社会组织之间相互切换或者相互借力,产权制度、政府权力行为与社会组织空间随着改革在宪法秩序下不断调整。伴随上述过程建构起来的制度体系,也是大规模政府管制权、服务权与层出不穷的市场创新规则、社会组织规则等交互叠加的结果。也就是说,共治之法是涵摄“法律体系和体系外规范”的二元规则秩序,它的理想形态就是多元规则及其承载的利益主体互利互惠的正和博弈。如何发挥法律体系的主导性作用,在严格遵循国家法定原则基础上,突显体系外规范的补强性,使其适用范围既不会被任意扩大,^[23]又不背离共治的制度逻辑,最终“达到最大限度的统一和最大限度的多样性”,^[24]是塑造面向共治的规则秩序的关键。

共治的过程是推动多元规则形态逐步走向平衡和正式化的过程。但也应认识到,治理

[20] 比如,微信对言论失范行为行使封号处理的有限惩戒权,实现了平台规则与侵权责任法、英雄烈士保护法等实定法的有效衔接。又如,微信支付表明,要对服务商违规推广业务,涉嫌不正当竞争、误导消费者等行为进行严肃处理,也是为了通过线上规则落实央行关于规范支付业务创新规则的强制性要求。见《关于抵制“零费率”、维护服务商市场健康发展的倡议书》, https://pay.weixin.qq.com/index.php/public/cms/content_detail?platformType=1&lang=zh&id=69201, 2019年6月15日最后访问。

[21] 参见[英]保罗·克雷格:《形式法治与实质法治的分析框架》,王东楠译,载姜明安主编:《行政法论丛》第13卷,法律出版社2011年版,第643页。

[22] 参见黄宗智:《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,法律出版社2015年版,第522页以下;林毅夫:《诱致性制度变迁与强制性制度变迁》,载盛洪主编:《现代制度经济学》下卷,北京大学出版社2003年版,第260页。

[23] 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35页。

[24] [法]皮埃尔·卡蓝默:《破碎的民主:试论治理的革命》,高凌瀚译,三联出版社2005年版,第113页。

的实用主义倾向暗藏着过分软化法治的风险。基于日趋复杂的治理目标和任务,法律系统需要适度褪去理想主义的外衣,降低法律教义的形式要求及其几何式的思维方法,增强其吸纳和赋权能力,弥合治理的实用主义和法治的形式理性的裂缝,提升共治规则秩序的融通性。

第四,法治秩序与治理秩序之间存在貌合神离式的紧张关系。从历史经验判断,改革过程中形成的以政府治理为中轴的过渡性治理体制,是以权力类型和范围的灵活伸缩为机制的。这种治理体制之下的法治秩序,以“限权”为基本准则,代表一种普遍主义的法治理念。有学者将其定义为现代法治的“法律主治”面向。^[25]相反,共治秩序的总体目标是促成政府、市场、社群三方围绕公共事务形成合作的新型治理关系,这种治理体制背后的法治秩序应以“赋权”为基本准则。两种秩序看似一致,其实貌合神离。如果法律无法吸纳市场或社群的实质参与,人民的公平诉求没有得到法治系统的回应,国家治理体系依然会在形式法治的轨道上持续滑行,过渡性治理机制就会凝固为长期性治理体制,^[26]改革的社会公平问题和社会风险则会持续爆发。比如,在政府与市场的关系上,法治秩序如果无法协调政府对市场干预过多与监管不到位的矛盾,就不可能系统保障市场主体的财产权利,更无法激活市场调节的辅助性功能,这将导致政府管制和市场权利的错置。在政府与社会的关系上,法律法规也必须正确配置政府提供各类社会服务的服务性权力与以秩序保障为目标的管理性权力,并在法治秩序下将权力下放或者转移给社会,明确两者的权责界限,否则就会加剧治理与法治的结构性矛盾。不难发现,法治秩序与治理秩序之间的张力关系已或隐或现地呈现在我们面前,成为治理秩序和法治发展的巨大障碍。如何使市场和社群之中复杂、多元的权利诉求经由立法程序纳入法律法规,并得到高效、公正地实施,使“政府+市场+社群”的共治秩序在超大规模国家运行中不断得到优化并最终达致善治,无疑构成了塑造与共治格局相匹配之法治形态的决定性因素。

三、面向共治格局的法治形态之本体论

法治作为治理的基本方式,^[27]需要与治理的主体、情境、对象、目标、结构等诸方面相契合。与共治格局相匹配的法治体系尤应“强调治理体系内部不同主体和不同环节的协同性、互相作用和均衡发展”。^[28]但当下的国家主义法治体系对此种关系缺少足够回应,相关的制度创新或实践突破还局限在特定领域,或停留在治理秩序的表面。为缓解治理秩序与法治体系的矛盾,需要对法治系统进行创新性发展,重构中国法治秩序的体系结构和思维方式。

尽管共治格局尚未定型,处于不断塑造、不断更新的演化过程中,但并不妨碍我们对相应的法治形态做一个速写简描。共治格局下的法治形态,是根据当下整体治理、系统治

[25] 参见前引〔17〕,张志铭等书,第24页以下。

[26] 过渡性治理彰显了中国国家治理改革常常要借道中间环节或者试验试错的渐进式特征,而这些中间环节或者试验试错中的很大一部分溢出了法律的控制范围,具有很大的不确定性。

[27] 参见江必新:《推进国家治理体系和治理能力现代化》,《光明日报》2013年11月15日第1版。

[28] 前引〔1〕,王旭文,第93页。

理、依法治理、有效治理等共治新要求,围绕治理权配置、运行形成的新的组织结构形式和有序化模式,是对现行法理念、法意识、法思维和法秩序的超越,是基于共治格局对当前法治形态的有针对性的发展或吸纳。

(一) 治权结构更新与法治形态的重心

从逻辑上看,共治秩序的塑造,既要建立在令设律行的法律技术治理之上,也要依靠社群、市场基于合作伙伴关系、协商、契约和共同愿景等水平型工具所形成的社会权威或合意权威。作为一个上下互动、纵横交互的过程,它的制度中轴只能是确立在市场原则、科层制原则以及社会认同基础之上的合作。从实践上看,近几十年的政治经济和社会改革隐藏着一条以“与地方分权、向社会赋权、给市场让权”为内容的制度主线,通过分散行政权、授权代理、^[29] 改革行政管理方式、^[30] 开展合作行政、丰富政府责任形态以及发展社会组织、完善市场经济体制等治权改革方式,逐渐扩展国家治理的内容边界和主体范畴。一方面,这些改革正视并激活了中国社会系统的复杂性,孕育出大量新的治理力量,“组织和整合社会生活和社会秩序的主导权力来源和机制持续发生改变”。^[31] 另一方面,因为政府与社会、市场在不同情境下的分离对立或者能力缺失,这些改革也触发了社会系统、经济系统的局部失灵,^[32] 甚至滑入零和博弈的困局。这表明,政府、市场、社群三种治理力量,在国家治理体系中并不总是呈现出一种静态凝固的格局,而是更多地呈现为随着治理领域、对象、过程和目标的变化而不断动态调整的、开放流动的格局。这种流动性以及治权结构的可变性,在根本上是由体现不同治理主体意志的多元化规则的不断生成、介入、挑战和融合造成的,在实践维度则是因为存在社会转型与治理转型不同步、治理转型和法治发展不同步的步伐难题。在逻辑和实践情境的双重约束下,法治系统不仅要面对不同治理主体差异化的制度逻辑,更要面对如何处理不同治理主体之间关系的结构问题。这对现行法治系统的回应整合能力提出了巨大挑战。

事实上,当下的法治系统也确实未能形成一套关于治权结构更新的整体性制度安排。在很多情境下,与之相关的政府职能转变、社会公共性提升、市场主体培育等改革,大都是在各自政策领域内的零散式突破。如何寻求治权配置创新、运行风险控制、主体利益关系平衡等核心问题的法治均衡点,成为治理转型的首要难题。基于此,面向共治秩序的法治形态的重心,应聚焦在如何优化不同治理主体的关系,如何进一步强化政府、市场和社群三者互动复合的主体关系,最终塑造一个符合改革情境和治理规律的共治结构。

为使共治保持连续、有效且有序,理想状态是:政府与市场、社会通过结构化互动,使常被忽略或轻视的市场主体、社会力量之关切能够通过不同方式得到制度化,^[33] 最终经

[29] 参见[美] G. 沙布尔·吉玛、丹尼斯·A. 荣迪内利:《分权化治理:新概念与新实践》,唐贤兴等译,格致出版社2013年版,第3页。

[30] 关于中国行政体制改革和法治政府建设的经验分析,参见李洪雷:《行政体制改革与法治政府建设四十年(1978—2018)》,《法治现代化研究》2018年第5期,第62页以下。

[31] 李友梅:《当代中国社会治理转型的经验逻辑》,《中国社会科学》2018年第11期,第72页。

[32] 参见郑永年:《中国模式:经验与挑战》,中信出版集团2016年版,第150页以下。

[33] 比如,在环境保护、网络空间治理、社会治安、食品安全、文化产品供给、医疗教育等领域,越来越多的市场或社会主体通过法律法规授权、行政机关的委托或者根据组织内部章程承担起政府治理的部分功能,且收效显著。参见姜明安:《法治思维与新行政法》,北京大学出版社2013年版,第135页以下。

由市场、社群治理能力的建设加码,达成关于“谁是治理者”“何为有效的规则 and 知识”“谁是法定权威”的一般框架。^[34]但在当前“强国家—弱社会—不充分市场”的治理结构中,要实现这一目标,必须首先解决那些暗含张力的多元主体如何在新治理框架之下相互共生、相互支撑的问题,寻求可以涵摄政府机制、市场机制和社群机制的整合机制以及更具弹性的新制度框架。因此,确立一套判断治理权分配和设置的法理与标准,是塑造此种法治形态的首要任务。

(二) 治理机制融合与法治形态的包容性

塑造共治格局既是创立以平等配置、保护公民权利为核心意涵的现代国家权力,促动“公民权能和国家权能互为建设性塑造”的调整性过程,^[35]也是不断承认、固定新兴权利以及向社会、市场释放红利的制度化进程。共治秩序之塑造,为法治发展提出了三个重要命题:第一,强化基于市场和私有产权的法治元素,以便市场主体在经济活动中充分发挥意思自治能力和权利能力,“让市场在资源配置中起决定性作用”。第二,开辟更大的社会自治场域,增强基于社会公共性和民主权利的法治元素,以发挥社会力量的辅助性治理功能,充分彰显“坚持人民主体地位”的基本原则。^[36]第三,进一步约束政府行使公权力的方式和具体行为,增强基于合法性、效率性、责任性和最佳性的法治元素,以优化针对市场和社会的监管权和服务权。塑造共治秩序,必须借助法治对价值、信息、意愿、利益、行为的吸纳整合能力来激发多元治理主体的能动性,必须发挥法治对民主商谈、信息交互、利益协调、机制整合的约束指导,提升治理的人民性、正义性、持续性、透明性、效率性。

由法治与治理的互动关系不难发现,从表象上看,塑造共治秩序是政府、社群和市场不同治理机制的互动融合,实质则是要将国家主义法治形态导向更均衡的包容性法治,让人民的参与度和获得感得到更大保障,使法律更有能力回应不断增长的公平正义问题。总体来看,由于共治秩序是由政府管理主义、市场理性主义和社会参与主义三重机制互涉融合的新治理范式,与之相匹配的包容性法治也应是由责任法理(政府)、权利法理(市场)、公共法理(社群)组成的复合形态(如表1所示)。此种法治形态发展的主线,是适度增加后两种法理在法治结构中的权重和效能,动态调整三者之间的关系。脱离这一主线,就有可能破坏市场、社群和政府不同主体的治理合意和互信,使三者利益关系之调整变得复杂甚至失控。

转型改革涉及的利益调整,不可能按照既定目标稳步推进。尤其是在既得利益格局已经固化的治理场域,价值冲突、机制掣肘、利益互损等困境无法避免,甚至还会成为常态。对此,包容性法治也当围绕这些困境,设置相应的竞争规则和制度化、程序化的解决机制。唯有清晰界定和认识隐藏在共治格局之下的这种包容性,才能找到治理形态创新以及与之匹配的法治形态演化的关键之匙。

[34] 基于治理的实践经验和国家任务扩大化的趋势,如果市场或社会主体在形式法治原则之下的治理行为符合公共利益或不侵犯私人利益,国家就可以把原本独自承担的责任部分地转移出去,通过将界限和责任模糊化,使它们成为治理的一极。

[35] 参见张静:《基层政权:乡村制度诸问题》,上海人民出版社2007年版,第307页。

[36] 相关论断,参见张永和:《法治、人民与美好生活》,《现代法学》2018年第1期,第14页;刘旭东、庞正:《“法治社会”命题的理论澄清》,《甘肃政法学院学报》2017年第4期,第60页。

表1 共治秩序之下包容性法治形态的基本要素

	治理工具	价值取向	法的形式功能	法的实质功能	协调机制	组织形式
政府	管制权、服务权	管理主义（合法、效率、责任、最佳）	调整市场主体的权利冲突，宏观调控社会秩序	适用共治的元治理规则；对共治进行持续反思和反馈；呈现公共决策过程；运行连接多方的公正程序	权威	科层
市场	私有产权	理性主义（自由、自律）	支配资源流动，塑造市场秩序	自我规制；拓展私人领域的功能空间	价格	契约
社群	民主权利	参与主义（平等、公正）	推动民主参与，拓宽福利供给渠道	社会自治；增进治理公共性；供给公正要素	福利	自发

（三）双重规范性表达的逻辑统一

基于治理秩序与法治体系在实践层面持续互动所引发的变革要求，尚需对共治的规范指向作出澄清，方能确立与之匹配的法治形态之本旨。对应共治的结构和过程，这种法治形态应是“依法治理”和“有效治理”的逻辑统一，应既能在静态意义上处理共治秩序所涵摄的多重法律关系，也能在动态意义上维持共治过程的连续性。

1. 作为形式表达的依法治理

依法治理是一切国家在发展法治意识形态过程中始终坚守的基石性目标，是对法律治理功能的最基本期待。对于“法治中国”而言，依法治理无疑是“依法治国的社会化和具体化”。^{〔37〕}

在共治结构下，要实现依法治理，首先要解决治理权的法定化问题，即所有治理主体的行为均要在法律上找到明确依据或概括授权。今日之中国，复杂的社会、经济和政治系统要落入常态化治理的轨道中，不可脱离法律以及相关组织结构的支配和调整。依靠宪法和法律体系的法理型治理，比依靠政策或意志的试验型、改革型治理，更有助于在大规模治理中凝聚共识、汇集力量。只有发挥法律超强的可预期性，才能维护国家可持续发展与稳定。以社会组织赋权改革为例，党的十八大提出“加快形成政社分开、权责明确、依法自治的现代社会组织体制”之后，传统国家治理结构中政府和社会组织的关系，需要从前者对后者的控制转向赋权，以构建新型的合作伙伴关系。为此，中央层面陆续推出了允许特定类型组织直接申请登记、购买社会组织公共服务、社会组织与行政机关脱钩、完善社会组织管理制度和内部治理机构等顶层制度改革，并提出要修订社会团体、基金会和民办非企业单位登记管理条例以及制定志愿服务和行业协会商会等方面的单项法律法规，适时启动社会组织法的研究起草工作，在有条件的地方出台相关地方性法规、地方政府规章。^{〔38〕}上述举措的目的就是要通过组织赋权，强化对社会组织参与治理和公私伙伴关系的

〔37〕 卓泽渊：《新时代法治国家建设论纲》，《现代法学》2018年第1期，第8页。

〔38〕 见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见〉的通知》（中办发〔2016〕46号），http://www.gov.cn/xinwen/2016-08/21/content_5101125.htm，2019年7月2日最后访问。

法律承认,建立合作、管理的法律框架。^[39]由此,为更好地发挥社会组织在推进共治转型中的作用,国家与社会组织的互动,无论是“行政吸纳”^[40]还是“分类控制”^[41]抑或“借道”^[42],均须转轨到法治道路上,降低地方政策干预社会自我管理的任意性和随机性。

其次,共治之下的所有行为必须服从法律,要在法律框架之下运行,不得任意以自治规则或试验性政策抵消或取代法律规则,即所谓“治理规则的法律优先性”。这一要求隐含着两个不容忽视的核心问题:一是市场主体在法律上的行为资格、边界和约束条件,如何根据共治要求进一步明确和优化;二是在行政治理的脉络上,先行先试的政策试验型治理如何与法律的价值、原则和精神实现高度匹配。第一个问题在市场化改革与法治建设中已经逐渐明晰化、体系化。政府干预过度、监管和服务不足、市场体系不健全、要素流动障碍较多等问题,随着市场法律体系的完善,已逐渐得以解决。当下需要解决的是,市场主体在自我规制、公共产品或服务供给等领域中的合法性以及责任聚合问题。相较而言,第二个问题因为涉及国家治理架构中央地关系的优化配置,意义更为重大。虽然立法法第13条已经明确规定全国人大及其常委可以根据改革需要,围绕行政管理事项,授权部分地方在一定期限内暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定,试图将改革纳入法治轨道,^[43]但地方试验治理的成功经验只有在转化为国家的法令制度后,央地关系的法治化配置才算完成。

最后,依法治理还要求那些关涉共治的组织形式、权力共享或转移、责任转嫁、做出对公民权利义务有重大影响的行为等,必须有明确的法律授权,即所谓“治理框架的法律保留”。尽管改革开放以来,经济社会发展和权利保护均取得巨大成功,改革进程总体上是在法律秩序之内展开,但中央和地方在治理格局中关系的变化,以及市场主体和社会力量更积极地融入治理结构,导致传统国家治理机制与规则系统遭遇严峻挑战。一方面是新的治理主体和机制对传统治理机制形成替代或者补充,另一方面是国家治理机制运行的难度越来越大,成本越来越高,在效率和公平、合法与有效之间的平衡取舍也越来越难。这意味着,在超出实定法边界的情形下,结果导向的治理失范或越轨现象将不可避免。基于此,法治系统必须为治理中的组织样态、权力责任的清单与共享、公民权利的限制与补偿等关键问题,设定基本的准则或取舍标准。

2. 作为实质要求的有效治理

所谓有效治理就是要“把各方面制度优势转化为管理国家的效能”,^[44]在依法治理的前提下提升治理能力和效果,以最小成本实现治理绩效最大化,或者在治理目标特定的情况下降低治理成本。这里面隐含着一个关键性的悖论:国家越是发展,治理范围和负荷就

[39] See Derick W. Brinkerhoff, *Exploring State-Civil Society Collaboration: Policy Partnerships in Developing Countries*, 28 (4) *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly* 82 (1999).

[40] 参见康晓光、韩恒:《行政吸纳社会——当前中国大陆国家与社会关系再研究》,《中国社会科学(英文版)》2007年第2期,第116页以下。

[41] 参见康晓光、韩恒:《分类控制:当前中国大陆国家与社会关系研究》,《社会学研究》2005年第6期,第73页以下。

[42] 参见黄晓春、周黎安:《政府治理机制转型与社会组织发展》,《中国社会科学》2017年第11期,第119页。

[43] 参见王建学:《授权地方改革试点决定应遵循比例原则》,《法学》2017年第5期,第39页。

[44] 习近平:《切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来》,《人民日报》2014年1月1日第1版。

越大,治理效能就会随之衰减,也就越需要政府之外的治理机制介入,随之而来的则是社会离心力的扩张。这一悖论提出了一项法治秩序向治理秩序转化的关键命题,即在共治结构下,法治系统必须合理分配制度资源并使其转化为更加具体精确的国家治理方案,通过法律的治理体系走向精密型、融通性和定型化的成熟状态,以承载越来越大的治理负荷。具体来看,当前中国的国家治理除了要完成秩序塑造、排除风险、权利保护等传统意义上的防御性功能外,对于“社会、经济、文化等领域的供应、给付和补贴”^[45]等积极性功能,更应保持高度敏感性。这要求,共治法律体系的设置和运行必须以确保效率为基本准则,做到快捷、便利、优质、高效。比如,在那些需要处理市场和政府关系的具体治理领域,一要通过行政权瘦身、权力清单、信息公开、公私协力等方式,充分调动各类治理主体的积极性,提升行政权的管理效果和服务功能;二要剔除依附在市场主体和市场行为之上的不合理或不合法负担,借助于资本、劳动力、技术、信息、产权等市场要素天然的竞争意识和自由流动性来破除经济依附行政、权力主导权利的积弊。这对于正处在发展不稳定、增速放缓的转型中国而言,尤为关键。如此一来,既可以营造多领域、全方位的治理环境,更能最大限度地集成行政主体、市场主体和利益相关者的总体利益,突出共治对于增进整体利益和总体秩序的有效性。

基于治理秩序和法治秩序之间貌合神离式的张力关系,作为治理秩序基本价值的有效治理与作为法治秩序基本价值的依法治理,应在此种法治形态下形成“约束—补强”式的适度张力关系,即前者可以突破后者的某些限定性要求,而后者要在均衡前提下对前者有所妥协。

首先,在资源有限的情况下,为保证共治的效率,“功能正当的违法性”^[46]可以得到适度的容忍。以环境保护为例,对那些采取严于国内法标准的企业,只要其实现了更优的环境管理绩效,执法部门可以基于裁量权给予其适当的执法优惠,哪怕这种行为突破了实定法要求。^[47]这种突破“治理规则的法律优先性”的现象,出发点在于避免行政僵化和高成本支出。

其次,随着风险治理成为国家治理的重要内容,为处理一系列交织冲突的利益和权责关系,法治系统应当提供一套治理机制,整合与风险相关的知识、技术、价值、力量和资源。但风险治理的复杂性和多元治理主体在价值、知识方面的不确定性,决定了法律必须赋予多元治理主体一定的判断权和裁量权,允许他们依靠先行先试的制度生长模式,在某些特定情形下突破“治理框架的法律保留”准则,以确保风险治理的有效性。

最后,强调市场机制、社群机制对政府机制的补强,要求法律为各类非政府治理模式的内部治理方案、标准、原则、机制预留足够的空间。即使没有法律明确授权,只要符合公共利益以及法律的最低标准,并且能够接受法律或行政权的检验,这种治理类型亦应得到肯定和普及。因此,在不违背效力刚性这一基本法律底线的前提下,通过为“治理权的法定化”设定例外情形来增强法律规范的弹性,进而赋予共治足够的灵活性,无疑也是有

[45] [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

[46] [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第1卷,高家伟译,商务印书馆2002年版,第337页。

[47] 参见杜辉:《论环境私主体治理的法治进路与制度建构》,《华东政法大学学报》2016年第2期,第128页。

效治理的题中之义。

四、面向共治格局的法治形态之构造要素

当前，社会公共事务的多元化发展已远远超出了政府组织机构的统管能力。^{〔48〕} 市场机制（尤其是产权制度的完善）和社会建设（尤其是社会组织的强化），开始使国家治理更进一步地遵循资本与民主的逻辑运行，在政府权力运行的全过程甚至其无法覆盖的领域，嵌入了市场意识形态和社会意识形态，进而在实践维度勾勒出了一个多元融合、互借互用、民主高效的共治结构之雏形。但是，关于共治的法律本相尚未清晰，有必要将共治秩序的组成要素更真实、准确地投射到法治秩序的背景之上，以明确此种法治形态的基本框架。

（一）开放的规范结构

从规范视角出发，共治就是要超越公法与私法、正式的与非正式的、公主体与私主体等传统意义上的形式二分法，探寻一种更关注社会结构和法律规则实质互动关系的、可持续的、开放的规范结构。法律系统要对治理情势的变化作出反应，尤其是要关注当下社会结构的超强互动性给价值、行为、规则、语境等变量带来的改变，通过一定的立法技术和正当程序将这些新变化、新变量转化为相应的法观念、法制度、组织结构和法律秩序。^{〔49〕} 共治的兴起在很大程度上源于政府传统治理模式之下法律系统的功能不足。尤其是公共行政权及其公共责任的衰落，需要输入更多的体现参与性、公开性、民主性、过程性的要素，以补强法律过程。因此，共治的基本制度安排，是要推动参与和权力下放，从自上而下、命令控制的法律框架转向以协商制定规则、共担责任、扩权和放权交叉等为特征的更具有反思性、开放性的法律系统。这种反思性和开放性源于法律发展与治理过程的协同共进。它使法律系统能不断凝练、吸纳、回应治理进程中的新问题，更有效地转化、涵摄变革和发展中新的社会事实，最终提升法律系统自我更新的能力。在这个意义上，为了回应共治与法治之间持久紧密的互动，必须塑造更精确且更符合真实世界的法律形式、立法逻辑和制度样态。其基本内核，是要建立一套关于制定、吸纳或者评价多元治理规则的规范形态，尤其是要建立关于治理规则形成及选择的方式。

（二）互嵌的组织机制

现代国家治理体系中，治理组织机制发挥着关键性作用。在过去，国家治理的组织机制有两个显著特征：一是政府通过不断引入社会规则、地方性知识、市场规则、交易习惯等要素来扩展治理规则；二是政府借助社会组织、基层自治组织、行业协会、商会等组织样态，不断扩大治理组织形式，拓展治理权的运行方式。在这个过程中，政府可能过度干预市场自律和社会自治，市场可能左右政府政策和社会利益分配，社会也可能在某些领域通过利益的组织化牵着政府、市场的鼻子走，由此形成了政府、市场和社会的非均衡发展甚至对立关系。这种组织机制的随机性，诱发了两个维度的治理难题：一是政府独占的整体治理意志在逐级传导中，被刻意地分散化或者再解释（可能是加强也可能是衰减）。次级

〔48〕 参见周雪光：《社会建设之我见：趋势、挑战与契机》，《社会》2013年第3期，第14页。

〔49〕 有学者认为，观念模式、制度框架、组织结构和法律秩序是法治状态的基本变量。参见王人博、程燎原：《法治论》，广西师范大学出版社2014年版，第196页以下。

或者再次级政府机构并没有在法治框架下形成足够成熟的体系化治理范式,而更多是在经验主义的路径依赖之上持续滑行,进而呈现出治理效能的递减或者不正常的强化。二是私人领域的伸张以及权利意识的兴起尽管程度渐强,但没有发展到能为公众参与提供足够的自主意识或行动能力的阶段。市场治理机制缺乏系统的法律约束,社群治理机制更是缺少足够的适用空间。因此,如何通过发展法治来塑造政府与市场、社群之间的组织机制,对于超大规模的国家治理来说尤为关键。

在面向共治格局的法治形态下,组织机制不能拘泥于形式主义,只关注政府、市场和社群相互之间的边界问题或者作非此即彼的选择,而应是有助于形成随机应变的治理决断机制、着眼于充分合作和有序竞争的互嵌模式。在合作方面,共治格局中的多元治理主体所面对并负责的对象,已经是同一类问题或同一群人,肩负着同样的公共责任。^[50]因此,在面向共治格局的法治形态下,首先必须旗帜鲜明地改变过去由政府独占的控制和组织方式,充分利用市场、社群中已经存在的组织、关系、资源和责任体系推进共治,塑造政府的规范化秩序与市场、社会的自发性秩序相协调的秩序形态和组织形式。其次,应提倡在“私法和社会法领域实行有控制的自我管理”,^[51]通过默许、互惠性交换、隐性授权等组织机制,将社会和市场中的组织化利益嵌入政府的决策结构,^[52]使三者作为不同但重叠的利益代表系统,在共治决策实施中实现最大程度的结构耦合。最终,凭借法律在市场、社群机制中的担保功能,塑造契合于共治格局的、有助于发展变革的组织机制。在竞争方面,就是要根据政府、市场和社群在安排治理要素方面的能力差异,不断弱化政府组织形式的独占性,通过强化政府对市场和社群的服务、监管能力来提升市场的资源配置能力,激活社会力量的利益组织化能力,最终形成治理竞争的良性格局。

(三) 交涉平衡的共治程序

共治意味着动态、公开和平衡,意味着对利益、价值、知识多元化的尺度把握和对决策权独占的拒斥。将市场和社群的治理机制强行嵌入政府主导的治理体系,并不一定能发展出符合实践的共治结构。每一种治理机制都有其独特的价值观、相异的知识系统和迥异的制度建构方法论。共治的过程就是这些元素不断冲突又不断调和的过程。为此,有必要设计一个具备交涉功能的程序装置,来“消弭实质性价值判断的相异所引起的对抗,为决定提供各方承认的正当性基础”。^[53]在这里,交涉就是要通过程序将不同治理主体的意志、知识、价值、工具、利益和方法论,按照一定标准纳入治理决策过程,并对它们进行甄别、分类、排列、比较和调适。唯有如此,才能使市场和社群的治理体现公共性,才能在政府、市场和社群之间形成稳定的合作关系,才能使相互竞争的多元国家观、政策观、法律观和利益观达致平衡状态,才能把治理的民主面向所内含的柔性特征与治理程序的刚性相粘合,以此提升治理秩序与法律秩序的相互建构能力。

从有效治理的视角看,程序也是提高治理效率的必要条件。虽然共治程序机制能够在

[50] 参见张静:《法团主义》,中国社会科学出版社2005年版,第18页。

[51] 季卫东:《法治秩序的建构》,商务印书馆2014年版,第385页。

[52] 利益组织化既关系到法律层面的权利配置和资源分配,也关系到制度整合和社会整合,因此是共治必须关注的关键问题。

[53] 季卫东:《论中国的法治方式——社会多元化与权威体系的重构》,《交大法学》2013年第4期,第8页。

不扩展政府行政权体系的情况下扩大公共行动的范围,为市场和社群的介入提供新的合法化机能,但这个共治结构也会因为力量失衡而遭遇如何回归再平衡的难题。为此,需要发挥程序的平衡功能,来“调整过程、组织关系、分配权利”。^[54]所谓平衡就是动态稳定,意在激活共治合作的基础上,确保不同价值、利益的充分显现,而非实质意义上的同化、合一。要在这种差异基础上实现最优状态,必须在法律中设置相应的代表制度、时效制度、裁量制度、互惠制度、协商制度,构建以差别和平衡为原则的分配规则体系。尤其是,当传统意义上“控制—提取”型治理模式逐渐转向“服务—供给”型治理模式,无论在形式上还是实质上,治理的对象和任务都发生了巨变,亟须发挥程序的固化功能,为治理规则的再生产和有机整合提供稳定可控的手段。

(四) 面向任务和过程的工具

作为在新的结构、规范、程序之上形成的新治理样态,共治需要配置一套更连贯、更具有协作能力的政策工具,来处理那些传统上依赖于行政权以及基于控权的合法性机制所无法覆盖的对象。因此,推动共治落地的一个核心问题,在于将法律制度建构的主线从控权转向治理任务,打造面向治理任务的工具箱。在传统治理范式之下,治理工具是根据行政权的运行设置的。共治范式下的治理工具则是与治理主体相对应的。治理主体的类型和数量,决定了治理工具的类型和数量。治理的具体任务不会因立法的完成而终结,立法完成的仅仅是治理权及其责任的配置工作。治理过程的展开才是治理的重要阶段。正是在这个阶段,工具选择才开始发挥对治理过程和样态的塑造功能。因为,工具的选择是治理主体如何行使权利的直接体现,代表着治理中利益的优先次序及其保护密度。

更为重要的是,除了由法律系统直接传递的政府直接管制工具、社会性规制手段和法律责任制度外,面向共治的法律系统还应为治理工具之拓展提供准备条件,使那些新型的治理工具或手段获得制度化的空间。如此,通过工具建构,既可以加强市场机制、社群机制回应治理问题的能力,也能够补强传统治理范式之下治理工具体系的孱弱。

五、面向共治格局的法治形态之展开进路

从治理转型给法治发展带来的巨大挑战来看,共治已经不是一个执政倡议或者价值观的宣传贯彻问题,而是事关法治范式创新的制度正义问题,关涉结构性的权力安排、最低共识之达成、利益平衡化、过程正当性、关系协调化、规则体系之融贯等一系列新时代法治发展的核心命题。总体来看,推进面向共治格局的法治形态的整体议程,应是把多层多样的治理规则、多种多元的主体关系都纳入此种法治形态的规范框架,确立多元并存、相互借力的动态治理范式以及相应的法理体系。

第一,发展法律体系的融贯性功能,平衡技术主义治理与实践主义治理的分歧。国家主义主导的治理秩序,主旨是将国家运行及其治理最大限度地理性化、科学化、简约化,^[55]借助于形式规则的技术性来掌控权力运行的方向和形式,凭借专家对问题的识别和处理来

[54] 前引[51],季卫东书,第21页。

[55] 有学者指出,“以简驭繁”的简约主义范式,是破解超大规模国家的复杂化治理困境,和使政府、市场、社会各归其位的首要定理。参见任剑涛:《国家治理的简约主义》,《开放时代》2010年第7期,第75页以下。

推进治理过程。由此,它的治理逻辑是通过技术专家(如立法者、执法者或司法者)来管理社会;经由技术方法(如化简社会复杂性、^[56]行政技术、^[57]罚则、信息工具、声誉机制、法律解释等)来规范权力。因而,与之相对应的法治秩序具有极强的刚性,法治建构模式侧重于赋予法律体系更直接的目标性、完整性、清晰度和规划性。^[58]但是,这种技术主义治理,在化简过程中存在失真的巨大风险,可能诱发法律体系(方法系统)与真实实践(问题系统)的错位,使法律体系在面向真实社会情境时,停留在对概念、原则、规则、程序机制的机械套用和逻辑分析的表象之上,而忽略掉治理实践与法律体系相互投射的真实关系。此时,法律体系缺乏足够的来自经验世界的实证支撑,治理实践亦无法真实投射到法律体系的效力范围之内。

相反,共治秩序之逻辑,是要还原真实复杂的社会情境。基于这种实践主义的治理要求,面向共治格局的法治形态之展开,不能仅限于治理规则体系的形式化任务,更要根据政府、市场与社群三种机制之间在价值维度的相互支撑,经由重叠共识形成“某种具有正当性的强制执行机制”。^[59]由此,需要借助于法律体系的融贯性,平衡技术主义治理与实践主义治理的分歧。这种融贯性所要面对的,不仅是多元主体逐渐扩张的复杂情境,还有彼此之间在规范冲突过程中的相互融入、借用。面向共治格局的法治形态,既要吸纳当代中国的多元价值和意义体系,在理念层面上建立起相互支持、彼此证成的法律意识形态,也要在规则层面上挖掘这些价值系统的制度连接点,在法治的内部规则系统和外部价值系统之间有意识地应用程序机制和解释方法,以使不同规则体系之间既能形成合力,也可以达致相互竞争的状态。

第二,以“限权—赋权”为中轴,重塑法治秩序与治理秩序之间的新型协调关系。通过开放性治理与开放性法治的相互构造,增强共治的幅度和韧度。在共治秩序中,制度协调比制度最佳更值得追求。制度协调是从秩序的经验标准出发,强调多元治理主体之间应有清晰的边界,意味着治理结构的弹性和灵活,追求各种治理权的开放和稳定。制度最佳则是从秩序的逻辑标准出发,突出非此即彼的淘汰机理,代表着刚性的竞争机理以及线性的治理思维。

共治的制度发展主线是要将政府、市场与社群的治理权力关系进一步法治化,排除法律规范中不合理的限制性障碍,创设符合共治秩序的法律条件,塑造治理权配置基础之上的融合性秩序。要解决治理权的创设、配置和平衡这一前提性问题,应借助于政治范畴上的价值标准和法律范畴上的规范标准,将复杂的治理权配置问题重新清晰化和再问题化。一方面,要遵循民主、平衡、效率等政治价值元素对治理秩序提出的赋权性制度要求,为政府、市场主体和社会力量构造出跨越公私界限的联结机制,促进它们在交互性关系中达成权力与权力的平衡,实现互惠与合作,增强治理秩序的开放性。另一方面,要根据安定、秩序、正义、自由等法律标准给法治体系设定的限权性制度要求,在坚守最低限度保守性、

[56] 所谓化简社会复杂性,具体指的是国家通过治理技术对社会进行复杂性化简。参见前引〔55〕,任剑涛文,第83页以下。

[57] 参见黄晓春、嵇欣:《技术治理的极限及其超越》,《社会科学》2016年第11期,第73页。

[58] 有学者认为,简约主义是我国现代法律体系建制的技术立场之一,但其中暗藏着“法律自给自足”心态和将法律视为国家主权行为附属产物的狭隘性观点。参见前引〔17〕,张志铭、于浩书,第9页以下。

[59] 季卫东:《通往法治的道路:社会的多元化与权威体系》,法律出版社2014年版,第88页。

不消解或改变现代法治之本质性特征的前提下,^[60]生成多层次的制度体系,扩大法治秩序的开放性。这两个面向恰恰是当下中国法治现实主义立场的题中之义。^[61]

以“限权—赋权”为中轴重塑法治秩序与治理秩序之间的新型协调关系,关键在于通过此种法治形态的包容性特征剔除以压制为特质的传统治理模式中的不合理因素,尤其是要打破政府、市场和社群各自坚守的唯己立场,形成关于治理对象、领域、时序和目标的法治共识,进而将此种法治形态之特质和要素通过规范性、程序化的法律机制渗透到共治结构与进程之中。这样设计,既能够最大限度地市场主体、社群主体的治理参与从政治领域引流到社会管理和公共服务领域,增强共治的广度和幅度,也能最大限度地降低市场机制、社群机制带来的不确定性及其对法治的冲击,增强治理的韧度和深度。随着共治的深化,可以最大限度地压缩“先行先试”“地方试验”等突破法律之治理方法的生长空间,用法治方式凝聚治理共识,真正将法治贯穿到治理全过程,避免法治的保守性给治理的多变性、灵活性和效率性造成过多阻碍,也不至于使治理过程持续不断地挑战法治秩序。

第三,发掘塑造“政府—社会—市场”三强结构的制度联结点,推进自上而下治理诉求与自下而上治理诉求的统一。推动国家治理体系现代化就是要确立社会公共利益的优先性,将发展的动力从政府的权力本位导向社会的权利本位,提升治理过程中市场资本、社会力量的参与度,直面几十年来中国利益格局的深层次变化。这一要求反映了当下国家治理实践在结构和规则体系维度的封闭性,也更直接地呈现了法治运行的逻辑或惯性,以及执政者关于法治发展方向的未来视野。立足于这种转变,需要确立政府、社群和市场各就其位、相互借力的三强结构,避免落入“大政府—小社会”或“小政府—大社会”的传统思维和政府、市场双双失灵的窘境;需要将制度建构焦点从职责的多少、清单的长短,转向治理责任和行为的规范化程度和效率之上。事实上,近年来的治理改革一直在围绕这个任务持续展开,相应的法律建制和政策拟定也稳步推进。可以说,从法治的立场出发,理顺治理中的诸种关系,已成为发展法治和观察治理的重要视角。但不容否定的是,制度供给和社会、市场的需求之间还存在很大差距,法治系统并没有为愈发复杂的主体关系确立系统明晰且高效精准的制度性联结。因而,市场和社群也尚未成为国家治理结构中的基础性力量。^[62]

当然,“政府—社会—市场”三强结构并非可以随意组合或拆分的体系,它受到一系列制度联结点的约束,承载着共治秩序中多元主体的差异化法律诉求。它虽然在本体论上强调“以人民为中心”的权力观,但其形式要件或实践形式包括自上而下和自下而上两种互斥的治理诉求。自上而下的治理诉求,源于我国总体性控制的惯性,强调政府对社会生活方方面面的渗透能力,表现为市场的行政化和社会的国家化。随着治理转型和改革深入,

[60] 参见程燎原:《中国法治思想的“突破”》,《法商研究》2011年第3期,第8页。

[61] 有学者认为,坚持“现实主义立场”对法治发展的战略目标尤为关键。也有学者指出,中国法治进程不能靠理想主义、激进主义的权利自由诉求来推进,必须诉诸互动平衡精神和务实策略,采取渐进主义的道路。参见张文显、郑成良、徐显明:《中国法理学:从何处来?到何处去?》,《清华法学》2017年第3期,第40页;马长山:《法治的平衡取向与渐进主义法治道路》,《法学研究》2008年第4期,第23页以下。

[62] 在实践中,治理结构调整具有很强的保留性特征:政府对市场持续让权,但在很多领域仍保留政府定价权;中央对地方大规模放权,但保留宏观决策权或核心工作权;国家对社会有序赋权,但却保留关键的组织准入权。参见何艳玲、汪广龙:《中国转型秩序及其制度逻辑》,《中国社会科学》2016年第6期,第53页以下。

这种治理诉求的核心功能,已悄然转向确保政府在组织、推进国家建设的同时,能有效防范社会、市场中的不确定风险和道德危机。因此,它对法律的功能期待,是能够“控制压制并维护自己的完整性”。^{〔63〕}相反,自下而上的治理诉求,强调过去由政府控制的领域要适度向社会和市场开放,甚至退出。比如,通过行政审批事项改革来释放行政权力,激发市场主体自主竞争来化解市场经济中的难题,或者发挥社会调节在法律纠纷处理中的替代功能,通过资源、利益的合法交换,补充政府行政治理和法律调处的效果。这种治理诉求,是在社会发展过程中自下而上生发出来的,是以问题为导向的,因而也是面向改革和发展的。它不仅是塑造新型民主政治的重要推手,更可能转化为推动法律制度发展的关键动力。所以,其对法律功能的期待是“回应各种社会需要和愿望”。^{〔64〕}

欲推进上述两种治理诉求的统一,必须从法治的具体实践出发,发挥法律的制度联结功能,探寻两者的联结点。其一,要进一步突出政府在政策制定和供给方面的主导作用;其二,要更明确地彰显市场在资源配置方面的决定性;其三,要持续增强社会组织等力量在承接政府职能转移、供给公共服务和产品以及监督权力运行方面的重要作用。为此,一方面,应当确立关涉多元治理机制的授权性、禁止性、约束性的权力清单,发挥法律的区分功能,形塑“政府的归政府、市场的归市场、社会的归社会”的制度样态,尤其要注重产权制度、行业自律、契约合意、政府职能优化提效等方面的制度建设。另一方面,应发挥法律的整合功能,为多元主体的合作共治供给程序和条件,塑造政府、市场和社群相互支撑的制度样态,尤其要侧重于共治的组织化建设、政府的有效控制、市场普遍激励和社会自主灵活性等方面的制度建设。

塑造“政府—社会—市场”三强结构,并不是否定政府的元治理定位。共治秩序之塑造,无法绕开优化政府职能这一根本任务,尤其要发挥政府在经济调节、市场监管、社会管理、公共服务等领域的调控和供给能力。这些领域也是市场机制、社会机制生发的关键场域。如果忽视政府治理机制对社会生活的渗透和组织能力,容忍政府、社会和市场在某种程度上的模糊化,就不能保证治理的有效性,也将弱化政府在脱贫攻坚、生态文明建设、市场改革等攻坚任务上的成效。法治之更新,需要区分整体与局部、改革与守恒、核心价值与工具价值,用法律凝聚改革共识、谋划发展,以防止共治进程中随时可能发生的离心风险。

第四,根据中国渐进式治理改革的实践逻辑确立法律建制的重心,走出法治发展的悖论陷阱。中国的渐进式治理改革与法治发展,在总体上保持着一种相互跟随的步调,即法治系统一直在方法创新、利益均衡、风险控制、体制调整等多维的治理政策复合情境中寻求突围或发展。在这个互动过程中,经济繁荣、秩序稳定和权利自由,是两个体系共同追求的终极目标,也是政府、市场和社群三重机制得以整合的目标基础。所有能增进这三重目标的手段都可能被制度化。但是,这三重目标及其实现过程,具有高度不确定性。这种不确定性正是源于法治体系的各种制度规范和治理体系的某些结构或机制缺陷。因此,目标背后隐藏的危机也可能因为制度化而被锁定下来。这既构成了中国治理改革的实践逻辑,

〔63〕 [美] 诺内特、塞尔兹尼克:《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16页。

〔64〕 同上。

也为法治体系演化设置了悖论陷阱。要走出这一陷阱，绝非亦步亦趋的倒逼式传统进路所能为之，需要根据治理的共治转向，做出引导性的法律设计。

基于这一判断，面向共治格局的法治形态的建制，应聚焦在以下几个方面：其一，为政府、市场和社群三重机制设置均衡协调发展的原则，以增强市场竞争、社会自治和政府监管能力，形成经济繁荣、秩序稳定和权利自由共生共进的结构性秩序框架。其二，以化繁为简为准则，将复杂驳杂的治理问题抽象化、简单化，为其提供一套以复杂性和不确定性为背景或条件的制度机制。尤其是，在一种机制失灵时，其他两种机制能够通过资源交换、互信互利、共识合意等方式予以弥补，跨越组织界限凝聚治理权威和规则意识。其三，最大限度地拉伸协商对话的时空维度，秉持一种开放性思路，吸纳治理改革实践中的利益、价值，推动私领域的利益诉求问题与公共领域的公平正义问题的融合性解决，^{〔65〕} 塑造长效稳定的治理体系和公共精神。

Abstract: Constructing an order of co-governance by the government, the market and the society is an important proposition of governance structure under the strategy of constructing the rule of law in China. The co-governance pattern poses new challenges to the rule of law system, leads to the structural adjustments of legal rights relationship and related principles, challenges the dynamic adaptability of the procedural view of the rule of law, and exacerbates the tension between the pragmatic tendency of governance and the formal rationality of the rule of law. Therefore, it is necessary to create a form of rule of law that matches the pattern of co-governance. In terms of ontology, this form of rule of law should be based on the renewal of the governance structure and the integration of governance mechanisms, and emphasize the normative unity of law-based governance and effective governance. In terms of the basic structure, it should focus on the construction in the following four dimensions: the open normative structure, the embedded governance organization, the co-governance procedure of negotiation and balance, and the task- and process-oriented tools. All in all, China should promote the creation of a co-governance pattern-oriented form of rule of law in the following four dimensions: developing the coherent function of the legal system; establishing a new coordination relationship between legal order and governance order; molding the “government-society-market” tripartite structure; and establishing focal points of legal structure according to the practical logic of governance reform.

Key Words: co-governing order, form of the rule of law, law-based governance, effective governance

〔65〕 发展累积的社会公平问题与新兴权利需求之间的冲突（如经济发展权与环境权冲突），以及因地区差异、产业转移、区域合作而产生的矛盾，都是多层次、多领域主体共同关注的紧要问题。