

以“行为选择”为中心的行政复议调解方法论阐释

王思睿*

内容提要：行政复议调解缺乏以合法性原则为指导的方法论建构。在新《行政复议法》确立“调解原则”，将羁束性行政行为纳入调解范围后，复议调解与合法性原则间的冲突更显尖锐。问题的核心是如何在不违反法律规范的前提下实现相对人的实质诉求。为绕过特定规范而进行的“行为选择”应属可循的方法，且较传统裁量路径更能凸显调解的特殊性。具体而言，当复议机关无法在特定法律规范框架下满足社会治理及相对人真实利益诉求时，不必拘泥于该规范，可尝试在其之外选择重新作出能满足相对人实质诉求的其他类型行政行为。行为选择可能受到的质疑是，当法律规范对特定情形作出规定时，复议机关是否有权不适用该项规范，转而选择在其他制度轨道下解决行政争议。根据对复议调解的本质，以及法律优先、法律保留及形式选择裁量论的考察，该项质疑无法成立，行为选择可行且合法。

关键词：调解方法论 合法性原则 行政争议实质性解决 行为选择 规避法律规范

一、问题的提出

《中华人民共和国行政复议法》（以下简称《行政复议法》）在 2023 年经历大修，以发挥其化解行政争议的主渠道作用。^{〔1〕}然而，对于实质性化解行政争议至关重要的复议调解制度，新法虽大幅提高其地位，但仍未明确其具体应如何展开，复议调解的方法论仍属未知。为贯彻行政复议主渠道定位，充分释放复议调解的制度潜力，寻求更具解释力的方法论以贯彻合法性原则，具

* 王思睿，东南大学法学院博士研究生。

本文为阐释党的二十届三中全会精神国家社会科学基金重大专项项目“行政执法裁量权基准和标准跨区域衔接研究”（24ZDA067）、2025 年江苏省研究生科研与实践创新计划项目“公私法融合视角下低空空域使用权制度建构”（KYCX25_403）的阶段性成果。

〔1〕 参见周佑勇：《行政复议的主渠道作用及其制度选择》，载《法学》2021 年第 6 期。

有较大的理论意义和现实价值。本文基于合意终结模式，尝试提出以“行为选择”为中心的行政复议调解方法论，即复议机关在调解时可不局限于相对人纸面上的诉求，通过绕过纸面诉求所涉及的特定规范，在规范外选择重新作出其他形式、内容之行政行为的方式满足行政争议背后相对人的实质利益需求。

（一）复议调解与合法性原则间存在张力

在新《行政复议法》中，调解制度的变动尤其值得关注。新《行政复议法》在总则部分新增第5条，其中第1款专门规定：“行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解。”相关释义书指出，复议调解的地位已由原先的一项个别制度被拔高为行政复议的基本原则。^{〔2〕}从条文前后变化来看，新法第5条确定的“调解原则”删去了原先调解仅适用于“行使自由裁量权的具体行政行为”或者“行政赔偿与行政补偿纠纷”的规定，调解能适用的案件类型不再受到限制。^{〔3〕}调解范围的调整虽为实质性化解行政争议的许多实践措施提供了制度依据，使实务中复议机关与当事人不必在调解、和解制度外，自创所谓的“协调制度”对行政争议进行合意解决，但是，这一修订也加剧了复议调解所面临的合法性挑战。

“不再限制调解适用的案件类型”意味着，调解不再只适用于“裁量性行政行为”，更包含了“羁束性行政行为”在内。而羁束性行政行为的含义是，法律规范对其范围、条件、标准、形式、程序等作了较详细、具体、明确规定的行政行为，行政机关在实施羁束性行政行为时，必须严格遵守法律的明文规定，很少有自行斟酌、选择与裁量的余地。^{〔4〕}作出条件、法律效果既已得到法律规范的严格规定，当行政相对人与行政机关产生争议时，如何在不违反法律既定规范的前提下互商互谅达成合意，不无疑问。若不对这一问题加以厘清，法秩序的稳定性与严肃性将受到重大冲击。例如，《法律职业资格管理办法》规定，达到全国统一合格分数线方可取得法律职业资格证书。甲对司法部因其未达到分数线而不授予法律职业资格证书的决定不服并申请行政复议。根据调解原则，这一行政争议的确可调解，但究竟应如何调解，不无疑问。难以想象经过沟通复议机关可对不符合要求的甲颁发法律职业资格证书，如此一来岂不直接违反《法律职业资格管理办法》，使得法律对行政机关的拘束变成一纸空文？

（二）现阶段复议调解的方法论建构及其不足

调解具体应如何运行及确定活动边界以使其符合合法性原则的问题，一直以来未得到充分厘清。随着新法将调解的适用对象拓展至羁束性行政行为，这一问题更显突出。综合各类文献，现有研究存在以下不足。

首先，合法性考量让位于合目的性考量。由于调解落脚于当事人的互谅互让而非合法性审查，调解可谓天然地与合法性原则存在张力。有鉴于此，在讨论调解制度何以成立于行政法治体系问题时，许多学者径以调解制度在化解矛盾纠纷时所能发挥的制度优势为依据，忽视甚至逃避论证调解制度如何与法治国要求相契合。^{〔5〕}有学者甚至明确表示，“依法调解”不可能实现，调

〔2〕 参见梁风云：《行政复议法讲义》，人民法院出版社2023年版，第31页；江必新主编：《〈中华人民共和国行政复议法〉条文解读与法律适用》，中国法制出版社2023年版，第13页。

〔3〕 参见马怀德：《化解行政争议主渠道的制度创新——〈行政复议法〉修订解读》，载《法学评论》2024年第2期。

〔4〕 参见《行政法与行政诉讼法学》编写组：《行政法与行政诉讼法学》（第2版），高等教育出版社2018年版，第86页。

〔5〕 参见邓佑文：《行政复议调解的现实困境、功能定位与制度优化》，载《中国行政管理》2023年第1期；李昊东：《加强新时代行政复议调解工作的研究和思考》，载《中国法治》2023年第8期。

解应遵循的并非“合法性”原则而是“不违反公共利益”原则。^{〔6〕}显然，该派学者采用的事实上是以其功能上的有效性说明其制度上的合法性。因为矛盾得到了解决，没有人追究是否严格依法，因此便推定其依法。^{〔7〕}受到此观点的影响，在论述调解方法论时，学者们普遍进行的是如何提高当事人接受度、最大程度解决行政争议的目的论思考，如“找准问题调解”“内外配合调解”“真情打动调解”等，^{〔8〕}缺乏围绕合法性原则建构方法论的努力。

上述做法并不恰当。在合法性与合目的性的关系中，合法性是第一位的。法律解释经典理论即指出，文义解释划定了解释的界限，为进一步的解释活动划定了区域。目的解释应在文义解释的框架内进行，不能突破法律规范的文义射程。^{〔9〕}因此，复议调解有效化解行政争议的目的宗旨也必须在合法性原则拘束下实现。合目的性并不能替代其应具备的合法性。

其次，如何遵守合法性要求存在同义反复。调解工作既然仍需在合法性原则的框架下运行，个案的调解结果必须符合法律规范，这一要求又应如何满足呢？不少学者以及《行政复议法》本身对此的处理是，明确调解所应遵守的法律规范的性质，即调解不得违反法律法规的强制性规定。然而，从规范的性质来看，法规范可分为任意性规范和强制性规范，两者的区别在于行为人能否以其意志排除规范的适用。任意性规范对行为人不具有约束性，行为人可排除其适用或者变更其内容。^{〔10〕}如此一来，必须得到遵守、调解活动不得突破的原本就只有强制性规范，相关学者及《行政复议法》相当于只是复述了调解活动应当合法，而调解在法秩序下的活动界限并未得到进一步澄清。

综上所述，现有研究对在合法性原则下复议调解具体应如何开展的认识仍然是不清晰的。试图通过完善调解程序确定调解操作规则的努力也并非解决问题的根本途径，毕竟检验法律制度的最终标准仍在于实体。^{〔11〕}调解制度的方法论建构仍需在符合实体法规范的方向上努力。因此，突破口应在于对法律规范的逻辑结构及行政权与法律规范关系的考察上。

二、复议调解可能的方法论与性质

调解的运行空间必须在合法性原则下探寻，核心的标准应当是调解内容不得与法律对案涉事项的规范相冲突，并使理论建构与复议调解的制度性质相契合。

（一）以法律规范为出发点的复议方法论探索

由此可自然而然地提出两条逻辑进路，其一，聚焦法律规范，根据法律规范的逻辑结构确定调解方法使之直接符合规范要求；其二，立足实质争议，尝试“绕过”特定规范，间接达成不与

〔6〕 参见王青斌：《论行政复议调解的正当性及制度建构》，载《法制与社会发展》2013年第4期。

〔7〕 事实上，新《行政复议法》的修改整体也体现了实用主义哲学的指导。参见马怀德：《化解行政争议主渠道的制度创新——〈行政复议法〉修订解读》，载《法学评论》2024年第2期。

〔8〕 参见方世荣：《我国行政诉讼调解的范围、模式及方法》，载《法学评论》2012年第2期；姜广栋、黄宗琴：《矛盾纠纷的调解八法》，载《人民调解》2008年第3期。

〔9〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第204、220页。

〔10〕 参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第49页。

〔11〕 参见马怀德：《化解行政争议主渠道的制度创新——〈行政复议法〉修订解读》，载《法学评论》2024年第2期。

特定规范内容相冲突的要求。

1. 重新认定构成要件该当性的可能性

调解结果需符合法规范内容是法律对行政具有拘束力的体现。可见，聚焦法律规范建构调解方法论的关键在于考察法律如何对行政活动发生拘束。这就必须回归法条理论，讨论法律规范的逻辑结构。从内容上看，法律规范的逻辑结构可表述为“构成要件+法律效果”。这一结构既形成了对包括调解在内的行政活动的限制，同时却也为其创造了活动空间。只要调解所确定的案件事实及当事人权利义务内容能被法律规范的字义包摄，调解就当有实体合法性。例如，在行政处罚中，当事人可就处罚的种类、罚金数额或拘留天数等处罚幅度进行协商，只要协商的结果仍保持在法律规范允许的幅度内。在修法前，这种针对法律效果进行的协商无疑是调解活动的典型。然而，这一方法无法有效应对羁束性行政行为。^{〔12〕}以行政许可为例，行政机关只能根据是否符合许可条件作出许可或不许可的决定，并无额外裁量空间。既然针对羁束性行政行为，协商法律效果的道路无法走通，就必须把目光投向“构成要件”的协商认定上。

构成要件在羁束性行政行为中也可具有调解空间的原因有二。其一，法律规范对构成要件的规定基本是以不确定法律概念的面貌呈现的，如“故意”“过失”等，这些术语的含义需经解释；^{〔13〕}其二，在认定案件事实是否属于法律规范所规定的情形时，除逻辑上的涵摄外，行政机关主观性的判断亦不可或缺。^{〔14〕}事实认定中主观因素的加入为构成要件的协商认定提供了空间。早在修法前，就有学者将要件事实认定沟通作为复议调解可适用于一切行政争议的理由。^{〔15〕}

证据法上的相关理论与实践进一步为构成要件协商认定提供依据。客观事实与法律事实的分离并无不妥，诉讼希望追求的是客观事实，得到的却只能是法律事实。如上所述，事实的认定无法滤去行政机关主观性的价值评价，而将这一价值评价的过程从行政机关单方面进行转变为包含相对人参与的协商过程在理论上并无可责难之处。对于案件事实认定的协商，民事乃至刑事诉讼中早有实践，即所谓证据契约制度。当事人在诉讼中具有对证明事项和证明方法的选择权，可就证据方法、证据能力乃至证明对象达成合意，推进证明进程和事实认定，当事人根据证据契约对事实的合意对法官具有一定的拘束力。^{〔16〕}既然有关构成要件的协商在诉讼中可获承认，举重以明轻，在调解中自应有其应用。

综上，无论是针对裁量性行政行为抑或羁束性行政行为，对法律规范之构成要件与法律效果进行协商沟通并保持在法律规范字义范围内的调解方法皆可适用。然而，可以发现这一方法实际上处于“行政裁量”理论的延长线上，对构成要件与法律效果的协商很大程度上就是裁量技术中所谓的“情节细化+效果格化”。^{〔17〕}既属行政裁量的延伸，则这一方法亦可见于行政诉讼与复议

〔12〕也因此本节小标题为“重新认定构成要件该当性的可能性”，调解当然可以协商规范适用的法律效果，但这一方法显然无法适用于羁束性行为，故不具体展开。

〔13〕参见王贵松：《行政裁量的内在构造》，载《法学家》2009年第2期。

〔14〕参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第165页以下。

〔15〕参见叶必丰：《行政和解和调解：基于公众参与和诚实信用》，载《政治与法律》2008年第5期。

〔16〕参见宋志军：《刑事证据契约论——以“场域理论”为视角》，中国政法大学2008年博士学位论文，第60、66、74页；汤维建：《论民事证据契约》，载《政法论坛》2006年第4期。

〔17〕参见周佑勇：《健全行政裁量基准的新使命新任务》，载《行政法学研究》2023年第1期。

决定，并非调解制度所以能区别于二者的独特方法论。

2. 绕过特定规范进行“行为选择”的可能性

既然围绕法律规范展开的调解方法无法体现其与其他争议解决机制的本质区别，在逻辑上自然会引出能否绕过法律对该羁束性行为的规范，从而既与相对人达成合意又不违反既定规范的思考。例如，甲虽无法通过《法律职业资格管理办法》第12条第1项的规定申请获得A类法律职业资格证书，调解机关能否通过不再适用第1项、转而根据第2项或第3项赋予其B类或者C类证书的方式化解行政争议。

这一方法论思路得到了“合意终结模式”理论的支持。主张该理论的学者认为，就“行政争议实质性化解”这一理念，首先要明确何为“实质性”。实质性不等于实体性，应当指在行政争议化解程序结束后没有新的法律程序产生，纠纷得到彻底解决。^[18] 这事实上暗示，在诉讼或复议程序中不应将视野局限于诉争争议，而应超越相对人纸面的诉请，对其案外真实利益诉求作出回应。^[19] 为此，行政机关必须考虑，能否在原行政行为之外选择其他的方式在合法的框架内实现相对人的真实目的，包括选择适用其他的法律规范甚至行为形式（Handlungsform）。争议解决机关在结案时与相对人确定的、使得行政争议终局性解决的法律关系由此可能与相对人一开始所诉请的完全不同。实务机关也提出了“穿透式审判”，要求查明当事人真实意思，一次性解决纠纷。^[20]

上文举出的法律职业资格证书授予的例子正是此种选择的典型。甲不满足A证的授予条件，且授予行为因属于羁束性行政行为，行政机关不得自行变更许可条件颁发其A证。但在甲申请行为的背后，其实际目的在于得以从事法律行业。因此只要甲符合B证或C证的申请条件，通过在A证规范外适用B证或C证规范，赋予其B证或C证，甲可在上述两证的许可区域内从事法律行业，进而在一定程度上满足其真实利益诉求，行政争议也将真正案结事了。羁束性行政行为通过这种方式获得了一定的调解空间，且不会与法律规范发生冲突。

行政机关还可选择在原规范依据外，作出无须以法律规范为前提的行为，即法律保留外的行为。例如，根据各省有关行政奖励的规范性文件，见义勇为普遍指，在法定职责与义务之外，为国家利益、集体利益或社会公共利益或他人人身、财产安全，同违法犯罪行为作斗争的行为。^[21] 甲见自己的单车被窃，与盗贼搏斗并扭送其至派出所。甲制止违法犯罪行为的动机在于保护自身财产权益，因此不属于见义勇为，若为其颁发见义勇为证书则属违法。发生争议时，行政机关可与甲协商，对其进行物质奖励但不颁发见义勇为证书，或为其作出“与违法犯罪行为作斗争”的行政确认，但不认定该行为属于见义勇为。上述行政奖励与行政确认不属于法律保留范畴，只要其作出不与现行法律规范相冲突，亦属合法。

由是观之，“选择”的方法论还可适用于裁量性行政行为。而从“选择”发生的原因来看，该方法不仅适用于因构成要件不满足导致原特定规范无法适用的情形，更可适用于行政机关通过

[18] 参见王万华：《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》，载《法学研究》2019年第5期。

[19] 参见章志远：《行政争议实质性解决的法理解读》，载《中国法学》2020年第6期；王万华：《“实质性解决行政争议”的两种模式及其应用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2022年第6期。

[20] 参见江苏省南通市中级人民法院课题组：《“穿透式审判”在行政诉讼中的展开》，载《法律适用》2024年第12期。

[21] 参见《江苏省奖励和保护见义勇为人员条例》第2条。

综合考量后，希望规避适用某法律规范的情形。实践中的如下案例值得思考。未成年人甲下水营救溺水同伴，不幸离世。行政机关认为，由于绝大多数未成年人身心发育尚未成熟，自我保护意识与自我保护能力欠缺，故不宜提倡、鼓励、宣传未成年人实施与自身能力不相符的见义勇为行为。因此，若为该案未成年人甲颁发见义勇为证书，有实质违反《中华人民共和国未成年人保护法》的嫌疑。行政机关的上述考虑确属妥当，但救援者家属显然更希望获得行政机关对其子善行的确认以求精神慰藉。经信访、诉讼，该案最终以行政机关在《颁发抚恤金决定书》中对其救助行为进行行政确认的方式结案，以行政确认规避了行政奖励。^{〔22〕}

出于规避目的的“选择”，更可表现为选择尚未受到现行法认可的活动方式，^{〔23〕}即单纯行政行为（schlichtes Verwaltungshandeln）或者说非正式行政行为（informales Verwaltungshandeln），进而完成行政治理与当事人诉求的统一。德国法上的“协商指导”（Absprache）制度体现了这一方法论，“协商指导”即在相对人满足某项具体行政行为（尤其是制裁性具体行政行为）构成要件时，通过与行政机关达成一致，实施一定措施换取行政机关不作出相应具体行政行为的治理方式。^{〔24〕}我国亦有类似实践，例如行政执和解制度。^{〔25〕}在调解中，就可表现为行政机关与相对人协商后，相对人采取一定的措施，行政机关给予一定的减罚甚至免罚。与行政处罚及行政奖励、行政确认等均不同，我国现行法律不仅没有“协商”在个案中构成要件及法律效果的规定，甚至缺少对其行为方式、程序的规定，属于不具有法律形式（Rechtsform）的、未得到“型式化”的单纯行政行为。而行政确认等毕竟还属于具体行政行为，是得到现行法认可的行政行为活动方式。^{〔26〕}相对人采取相关措施，行政机关进行减免罚，不仅规避了法律有关行政处罚的特定规范，而且更表明行政机关以“协商”这种自发形成、未得到法律型式化确认的单纯行政行为代替了行政处罚这一正式制度。作为单纯行政行为的“协商指导”由此也具有了非正式行政行为属性，即因作出为法律所明确规定的正式行为所需成本过高，行政机关有意规避相关法律规范和制度的适用，在现有制度外选择治理方式从而作出的行为。^{〔27〕}

上述做法可以用“行为选择”这一术语总体概括，即当行政机关无法在特定法律规范框架下满足社会治理需求及相对人真实利益诉求时，不必拘泥于该规范，可尝试在其之外选择作出可满足相对人真实需求的其他类型行政行为。在司法部发布的多批行政复议典型案例中，“行为选择”一词虽未明确出现，但其强调的“透过表面争议探寻相对人实质诉求”正是“行为选择”的核心逻辑。^{〔28〕}

上文对“行为选择”的介绍以为何进行选择的原因为主线。然而，以原因为划分标准无疑显得过于凌乱。一直以来，行政行为均被视为行政法学体系的“阿基米德支点”。既然“行为选择”

〔22〕 参见江苏省高级人民法院（2017）苏行终231号行政判决书。

〔23〕 相关定义参见〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明镛等译，北京大学出版社2012年版，第326页以下。

〔24〕 Vgl. J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL Bd. 52, S. 234 - 235.

〔25〕 参见张红：《破解行政执法和解的难题——基于证券行政执法和解的观察》，载《行政法学研究》2015年第2期。

〔26〕 参见《关于行政案件案由的暂行规定》。

〔27〕 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 350.

〔28〕 参见《司法部发布10个行政复议典型案例》，载 https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/gwxw/xwyw/202502/t20250228_514909.html，最后访问时间：2025年4月9日。

的结果同样是调解机关重新作出新的行政行为，不妨根据被选择采用之行政行为的性质，将“行为选择”分为“选择依据其他法律规范作出行政行为”“选择法律保留外的行政行为”以及“选择单纯行政行为（或者说非正式行政行为）”三类。这事实上是将“行为选择”整合入行政行为理论，以行政法总论的语言予以表达，便于理解与体系化。

可以发现，“行为选择”类似于所谓的“决定裁量”，或者说“行动裁量”“决策裁量”，即决定是否要作出某项处理、将法律规范适用于个案的裁量。^{〔29〕}但上述选择的范围广于“决定裁量”，不仅包括是否适用特定法律规范作出行政行为的選擇，更包括作出何种行政行为的選擇，因此以“行为选择”这一术语为指称更为妥当。不过，以“行为选择”作为调解方法的可行性还需经受两项质疑。第一，行政复议是行政机关自我纠正错误的监督制度。^{〔30〕}在这一纠错制度的框架下，复议调解能否在相对人诉请之外作出新的处理？第二，学者在讨论“决定裁量”时认为，该裁量需有法律的授权。^{〔31〕}这一观点是否正确，是否能推及“行为选择”？如需以规范依据为前提，那么“行为选择”很大程度上并不合法。上述质疑需从调解的制度逻辑和行政法基础理论两方面予以回应。

（二）复议调解具有“决定超越型”纠纷解决措施性质

从调解的制度逻辑出发，问题的关键在于论证我国现行法秩序允许行政机关在复议调解时作出超越申请人诉请范围的处理。

1. 新《行政复议法》确定“决定超越型”调解制度

对调解制度的不同定位将导致调解机关操作空间的不同。调解可总结为四种类型，即“判决救济型”“胜负一边倒回避型”“判决替代型”与“判决超越型”。所谓判决救济型调解即只有在严格根据法律作出的判决可能不符合实质正义时，方可适用调解。调解应作为对判决的一种救济及补充手段。胜负一边倒回避型调解指，当法官对内在心证的确信程度不高，若武断地判决一方败诉一方胜诉显失公平时，应进行调解，使胜诉一方稍作让步，达成双方均可接受的协议。判决替代型调解指，如果判决的结果符合正义，那么和判决结果相同或类似的调解就可以被采用，以使权利更早实现。这事实上将调解视作一种更为便利的程序措施。而判决超越型调解则指，不必拘泥于判决的结论，应跨越判决所带来的障碍，着眼于（真实）纠纷本身，只要通过调解纠纷得到妥善解决即可。^{〔32〕}在我国实务界，最广为人知的调解模式当属判决救济型调解，抑或将调解定位为胜负一边倒回避型调解，着重将调解适用于法律规定不明确、事实认定困难等疑难案件及影响重大案件，以增强审理可控性，防止费力不讨好。^{〔33〕}

转化到行政复议，情况同样如此。在对调解的前三种定位中，调解均处于复议决定的从属地位，调解所处理的法律关系应与复议决定保持一致，即便是所谓的判决替代型调解也是如此（就此而言，应称之为“决定替代型”，下同）。决定救济型与胜负一边倒回避型调解更是与复议决定

〔29〕 参见王贵松：《行政裁量的内在构造》，载《法学家》2009年第2期。

〔30〕 参见梁风云：《行政复议法讲义》，人民法院出版社2023年版，第10页。

〔31〕 参见王贵松：《行政裁量的内在构造》，载《法学家》2009年第2期。

〔32〕 参见〔日〕草野芳郎：《调解技术论》，韩宁、姜雪莲译，中国法制出版社2016年版，第15-18页。

〔33〕 参见方世荣：《我国行政诉讼调解的范围、模式及方法》，载《法学评论》2012年第2期。

有适用顺序的优先级之差。只有在决定超越型调解下，调解才是独立的纠纷解决机制，才能超越判决与复议决定的范围，“行为选择”方具备制度可行性。

从《行政复议法》的修法情况来看，新法已确定了决定超越型调解。新《行政复议法》第5条除了将调解范围扩大到全部行政争议类型外，还在法条用语上有所变化。即相较于一审稿草案，二审稿及颁布施行稿将“审理”修改为“办理”。^[34]对此应有两方面的理解。其一，复议案件可调解的阶段不再限于受理后的审理环节。申请人提出复议申请后，即使复议机关尚未受理复议申请，调解也可进行。^[35]这就表明，新法对调解的定位显然超越了决定救济型及胜负一边倒回避型。调解不再是当复议决定无法妥善解决行政争议时对后者进行的补充和救济。其二，“办理”一词更表明，调解并非从属于以审理方式结案的复议决定，而是被设置成“审理”外的一项“一般案件办理方式”。^[36]这一结案方式独立于复议决定，具有与其相平行的地位。既如此，则调解的结案方式可遵循与复议决定完全不同的逻辑。“办理”一词显示，其无须是对相对人诉请争议的审查裁判，因而不受相对人诉请范围的拘束。可见，新《行政复议法》已为决定超越型调解提供了制度依据。

2. 复议调解的本质是行政权的再次启动

或许会有学者从法理角度就新《行政复议法》对调解定位的调整提出质疑。即，尽管调解是不同于复议决定的争议解决机制，但本质上讲，其仍然是行政机关行使行政复议权的体现，只是在方式上存在差异罢了。^[37]既然行政复议是自我纠错的监督制度，那么调解也应围绕被诉行政行为作出相应决定，调解内容不能超出相对人的实际诉请。即便是认为行政复议的首要目的在于“权利救济”的学者亦认为，行政复议审理范围限于申请人的请求。^[38]换言之，取向于相对人真实利益需求的“决定超越型”调解不符合复议制度的理论逻辑。

对此，必须追问复议决定乃至诉讼判决何以局限于相对人诉请。^[39]答案与相对人的诉权相关联。诉权乃是主观公权利（subjektives öffentliches Recht）的典型。^[40]由于主观公权利这一概念体现着浓厚的“权利法定主义”，^[41]行政相对人主观公权利的获得与内容均是法律授予的产物。^[42]需要法律为其设置行使条件与效果内容。行政相对人针对行政机关的主观公权利既为法律所规定，则借助法律优先原则，行政机关受到了相对人主观公权利的制约。有学者即明确指出，主观公权利就是法律赋予的相对人对公权力的控制力。^[43]受其制约，面对相对人的请求，行政机关必须实现且只能实现法律对主观公权利效果内容的规定。就复议决定而言，《行政复议法》

[34] 参见姜明安：《建构和完善兼具解纷、救济和监督优势的行政复议制度》，载《法学杂志》2023年第4期。

[35] 参见许安标、左力主编：《〈中华人民共和国行政复议法〉释义》，中国民主法制出版社2023年版，第49页。

[36] 参见马怀德：《化解行政争议主渠道的制度创新——〈行政复议法〉修订解读》，载《法学评论》2024年第2期。

[37] 参见卢护锋、王欢：《论行政纠纷的调解解决——以〈行政复议法实施条例〉第50条为例》，载《政法论丛》2008年第1期。

[38] 参见刘权：《主渠道视野下行政复议与诉讼关系的重构》，载《中国政法大学学报》2021年第6期。

[39] 这也体现了“穿透式审判”等实践与诉讼、复议决定的张力，反映出复议调解对于行为选择的独特价值。

[40] 参见〔德〕格奥尔格·耶里内克：《主观公权利体系》，曾韬、赵天书译，商务印书馆2022年版，第128页。

[41] 参见赵宏：《主观公权利、行政诉讼权与保护规范理论——基于实体法的思考》，载《行政法学研究》2020年第2期。

[42] 参见〔德〕格奥尔格·耶里内克：《主观公权利体系》，曾韬、赵天书译，商务印书馆2022年版，第49页。

[43] 参见〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2021年版，第115页。

第11条和第61条赋予了相对人申请行政复议的权利。据此，相对人可对认为侵犯其合法权益的行政行为申请行政复议，其效果为复议机关必须对行政行为进行审查，根据实际情况作出“变更”“撤销”“维持”等行政复议决定。复议决定以及诉讼判决局限于相对人诉请的原因由此可见。

调解并未受到如上限制。客观讲，调解所依赖的主要实现机制均非诉讼法或复议法规定的制度。这一现状虽使得对复议调解的合法性控制成为难题，但同样使得调解能突破相对人实际诉请、在诉争行为所涉及的规范外寻找满足相对人真实利益需求的办法。新《行政复议法》第5条改“审理”为“办理”，旨在从制度依据的层面，为调解机关绕开特定法律规范束缚、探寻相对人实质诉求提供正当性。在修法前有学者即认为，可以把调解视作一个让相对人有充分参与机会的活动，若行政机关改变原行为，则调解相当于一种事前参与，若没有改变原行政行为，则相当于事后协商沟通。^[44]这就是说，可以将调解视为行政权的再次启动。类属行政机关的复议机关可以在复议阶段针对行政争议，通过与相对人的协商沟通确定其真实利益需求，再次启动行政程序，作出新的行政行为。在民诉学界也早已有调解权独立于审判权、不拘泥于当事人诉讼请求与纠纷事实的认识。^[45]这亦证明了“行为选择”作为调解方法论的正当性。

三、行政权与法律规范关系视角下行为选择的法理依据

根据新法的规定及复议调解的制度性质，复议机关可借助“行为选择”的方法论展开调解工作。然而，这只是在宏观层面论证了该方法论的合法性，得到了调解不必拘泥于当事人诉请的结论。如何不拘泥于诉请，该方法论中的各项具体操作在微观层面下的合法性仍需证立。

（一）行政权不可处分原则的实质是法律优先

只要涉及对原法律规范的规避，前文归纳的“行为选择”类型均会受到合法性的挑战。原因在于，作出或者不作出某项行政行为是行政机关的特定职权，而行政机关进行的“规避”一定程度上涉嫌对该项职权的抛弃与放弃。换言之，为规避而进行的选择有违反“行政权不可处分原则”之嫌。

“行政权不可处分原则”是反对将调解引入行政法领域的重要理论主张。^[46]然而，这一术语并未直接出现于行政法基础理论的讨论，更多是作为学者在论证“行政可调解”时的攻击标靶。分析其内容和满足方式则更可看出，这一原则是对“法律优先原则”的转述。基本上，学界以“行政裁量理论”作为“不可处分原则”解决措施，论证行政争议可调解。具体为，法律规范往往为行政机关留下了一定判断余地，行政机关可以，也必须在法律允许的范围内行使裁量权，行政机关可在裁量范围内进行调解。^[47]这事实上仍只表明调解应满足合法性原则，遵守法律的相应规定，其背后的内容仍是“法律优先原则”。

“法律优先原则”要求，法律作为国家意志最强烈的体现，能废止所有与之冲突的意思表示，

[44] 参见叶必丰：《行政和解和调解：基于公众参与和诚实信用》，载《政治与法律》2008年第5期。

[45] 参见李浩：《调解归调解，审判归审判：民事审判中的调审分离》，载《中国法学》2013年第3期。

[46] 参见王青斌：《论行政复议调解的正当性及制度建构》，载《法制与社会发展》2013年第4期。

[47] 参见梁风云：《行政复议法讲义》，人民法院出版社2023年版，第32页。

当法律对行政机关提出作为或不作为的要求时，行政机关必须遵照执行。^{〔48〕}如此，一方面当法律规范以任意性规范等未对行政机关设定义务的形式存在时，行政机关自不必机械地执行该规范。另一方面，即便法律规范设置了作为或不作为要求，法学方法论上有关法律适用的整套理论也均可得到应用。首先，作为大前提的法律规范必须经过解释方可适用。经过解释，规范的实际含义乃至法律漏洞、规范矛盾等方可得到澄清。以上文“溺水案”为例，经过解释，见义勇为规范的漏洞方才显现。其次，需对经解释发现的漏洞及规范冲突进行填补消弭，手段包括目的性限缩与类推适用等。在该案中，行政机关限缩了见义勇为为认定条款的适用，表现为对该条款的规避。这一规避不与法律规范相冲突，而是通过解释及漏洞填补选择法秩序中一条隐藏规范并适用之。^{〔49〕}

简言之，根据“法律优先原则”，只要行政机关对相关法律规范的选择、规避不与其规范内容相冲突，就可具备相当的合法性，不违反行政权不得处分原则。“行为选择”完全可在该原则及其实质拘束下进行。

（二）形式选择理论为行为选择背书

从合法性原则的内容来看，以“不与现行规范相抵触”为内容的法律优先只是消极意义上的依法行政，在积极的意义上，合法性原则有时进一步要求行政机关的行为必须有明确的法律授权，意即法律保留。^{〔50〕}法律优先与法律保留并非一枚硬币的正反面，两者涵盖的范围有区别。在法治国下，基于法律的拘束力，法律优先无限制和无条件地适用于一切行政领域和行政活动，而法律保留只在特定范围有其应用。^{〔51〕}在法律保留事项之外，行政行为无须以法律为前提依据，只要其不违反法秩序下的其他规范与原则，行政行为就具备合法性。然而，我国行政法学界所接受的更多是所谓“全面保留”，即一切行政权力均来自法律的授予，一切行政行为均需有法律依据，换言之，法无授权即禁止。^{〔52〕}“决定裁量”需要法律授权的观点也处于该理论的延长线上。显然，在此认识下，第二、三类“行为选择”不具有合法性，盖因其未得到法律的积极授权。

在德国，对“行为选择”合法性问题的讨论涉及法律形式理论（Rechtsform），并根据不同价值考量呈现出“法律形式保留论”与“形式选择裁量论”的观点。第二、三类“行为选择”的合法性问题应通过对上述理论的检讨及考察何者为我国现行法所接受的方式展开。

1. 法律形式的含义

法律形式理论的提出，是为了将“诸行政行为理解为一个法律手段，并以法治国原则纪律之”^{〔53〕}。众所周知，行政活动包含具体行政行为、抽象行政行为、行政协议、行政事实行为等诸多类型，在术语上可称之为行政活动的诸行为形式（Handlungsform）。^{〔54〕}行为“形式”一词，表明

〔48〕 参见〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2021年版，第71、84页；周佑勇：《行政法总则中基本原则体系的立法构建》，载《行政法学研究》2021年第1期。

〔49〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，法律出版社2019年版，第266页以下。

〔50〕 参见《行政法与行政诉讼法学》编写组：《行政法与行政诉讼法学》（第2版），高等教育出版社2018年版，第30页。

〔51〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Band, 3. Aufl. 1924, S. 70.

〔52〕 参见《行政法与行政诉讼法学》编写组：《行政法与行政诉讼法学》（第2版），高等教育出版社2018年版，第37页。

〔53〕 〔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280页。

〔54〕 此处的行政活动在广义意义上使用，属于实践中各类行政行为的上位概念。参见章剑生：《中国行政法中行政行为概念形成史简考》，载沈岷主编：《行政法论丛》第28卷，法律出版社2022年版，第19页以下、第36页。

了不同行政活动组织方式的不同，具言之，行为如何开展、安排以及所产生效果的不同。^{〔55〕}可以发现，该术语所归纳的是行政机关事实上具有的不同治理手段，在实务中形成的不同行为制度。^{〔56〕}

法律形式与此相关但不限于事实层面。法律形式与行为形式的关系是，行为形式不一定具有法律形式。行为形式只有其内容被法律所充分清楚地界定，并被分配一定的法律效果，方才转变为法律形式。^{〔57〕}法律对行为形式的界定有“抽象”（Abstraktion）与“以法律效果为中心”（Folgenzentriertheit）两个技术。前者代表法律需以抽象化的概念定义行为形式，确定其整体及各具体措施的内涵；后者则是将行为形式的作出与特定法律效果相关联。^{〔58〕}由此可见，就同一制度而言，行为形式与法律形式的内容事实上是一致的，^{〔59〕}法律形式在法律上对该行为形式进行了确认，明确了行为的含义并提出了法律的要求。例如，借助《德国联邦行政程序法》明确了具体行政行为与行政协议的内涵、应遵守的程序规定，以及行政相对人针对行政机关所具有的各项权利。^{〔60〕}法律形式事实上代表了法治原则对行政权力运行的限制，同时亦表明了法律对实务制度的认可和固定。由于立法工作与实践不可避免地脱节，并非所有行为形式均获得了法律形式。单纯行政行为就是此类无法律形式的行为制度，这种制度尚未得到法律明文认可。而由于法律形式是对整体制度的肯认，并非“构成要件+法律效果”式的、对个案行为作出的条件式肯认，具备法律形式并不意味着法律对该制度在个案中的普遍授权。

可见，第二、三类“行为选择”涉及两个层面的保留问题。虽然核心内容均为行政行为的作出是否需要规范依据，但第二类“行为选择”涉及在已经得到法律认可的制度中，该制度的具体应用是否需要法律授权，^{〔61〕}第三类“行为选择”则涉及法律是否需对行政机关社会治理的制度手段进行保留，行政机关是否只能选择已为法律所规定的制度。

2. 法律形式保留论

一种观点认为，根据法治原则的要求，针对法律形式必须发展出普遍的法律形式保留（Rechtsformvorbehalt）。行政机关进行行政管理必须选择法律已认可的、具备法律形式的行为制度，不得在规范外自创制度。^{〔62〕}若依该理论，第三类“行为选择”不具备合法性。

任何行政行为的作出都会直接或间接地影响行政相对人的权益。主张法律形式保留论学者的观点是，法律形式理论的目的在于保护公民的权利与基本权利，这是法律之所以赋予特定行为形式以法律形式、在法条中将其抽象化并规定一定法律效果的唯一原因。^{〔63〕}如上所述，第三类

〔55〕 参见〔德〕黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第280页。

〔56〕 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 298.

〔57〕 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 298.

〔58〕 Vgl. Martin Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 189.

〔59〕 这就解释了为什么诸多论著在讨论行政机关可应用之法律形式间的区别时均不约而同地落脚于行为形式。Vgl. Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandeln, 1974, S. 14, 102ff; Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandeln, DVBl. 1989, S. 533; Ossenbühl, Die Handlungsform der Verwaltung, JuS 1979, S. 681ff.

〔60〕 Vgl. Wolff/ Decker, VwGO/VwVfG Studienkommentar, 4. Aufl. 2021, S. 642.

〔61〕 此处的法律保留为传统德国法意义上的依法律保留，即行政机关作出某项行政行为是否需要法律授权。参见王贵松：《行政活动法律保留的结构变迁》，载《中国法学》2021年第1期。

〔62〕 Vgl. J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL Bd. 52, S. 232ff.

〔63〕 Vgl. Pauly, Der Regelungsvorbehalt, DVBl. 1991, S. 521.

“行为选择”的核心在于以单纯行政行为规避具备法律形式的正式行政行为的适用，其目的在于避免正式行政行为过高的成本。该派学者认为，这一规避虽然使得行政机关在规范外取得了所欲效果，对相对人的权益作出了处理，但也切断了相对人权益与规范间的纽带，使其失去了法律的直接保护，这是单纯行政行为面临的核心问题。^{〔64〕}

3. 形式选择裁量论

另外一种理论则否认行为制度必须得到法律认可的观点，承认具有形式选择裁量的空间（Formauswahlermessen），^{〔65〕}理由有二：其一，该派学者认为，在宪法上行政机关并未被要求以特定的方式与手段完成相应目的；其二，与保留论学者不同，该派学者不认为行政法的目的只在于保护相对人的权利与基本权利，而认为行政法具有双重任务，行政法既要保护公民权益又要保证行政机关能完成治理任务。因而，从一种法定形式并不能不迟疑地推出对其他行为形式的禁止。^{〔66〕}若根据形式选择裁量论，则只要法律未明确要求行政机关采用或不可采用某一形式，行政机关便可裁量是否采用法律形式或采用何种法律形式。^{〔67〕}

形式选择裁量论与我国法律体系更为契合。一方面，有学者根据对《中华人民共和国宪法》第85条的文义解释指出，宪法将国务院等同于中央人民政府，却未将执行机关等同于行政机关。概言之，我国宪法并不认为行政等同于对法律的执行。^{〔68〕}这就和形式选择裁量论相契合，除法律明文确定的手段和方式外，行政机关另有完成行政任务的自主空间，只要不和既定规范发生冲突即可。另一方面，将法律形式理论乃至行政法的目的局限于权利保护的观点具有浓厚的自由主义倾向。然而，即便在自由主义的鼎盛时期，国家也从没有限缩为一个单纯的“守夜人”国家。^{〔69〕}随着二战后行政权被逐步放大并使国家转变为“行政国家”，形式保留论更不合时宜。行政法更应被理解为国家福利目的之工具，以满足社会之需求，具有裁量论主张的双重任务。^{〔70〕}“行政三法”等行政法主要规范文件在立法宗旨中即表达了自身对私主体权益保护和有关机关职权行使的双重面向，学界也表达出对“行政权有效率行使”的重视，进而主张“面向行政的行政法”。^{〔71〕}

（三）行为选择的法理依据

形式选择裁量说从“必要性”角度说明了行政不止于执行法律，但这一主张的法理基础仍需论证，需对行政何以不止于执行法律进行补强。基于“保留”的双重含义，第二类“行为选择”的合法性也可借此得到说明。

既然法治国将行政行为视作一种法律形式（Rechtsform），突破口亦在于法律形式理论。不过需特别注意的是，此处的法律形式与“裁量论”和“保留论”中所论及的“法律形式”内容不同。如上所述，通过“抽象化”与“以法律效果为中心”的技术，上文所论述的“法律形式”是

〔64〕 Vgl. J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL Bd. 52, S. 233.

〔65〕 Vgl. Martin Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1. Aufl. 1995, S. 125.

〔66〕 Vgl. Martin Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1. Aufl. 1995, S. 130.

〔67〕 参见〔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280页。

〔68〕 参见王贵松：《国务院的宪法地位》，载《中外法学》2021年第1期。相反观点可参见韩大元：《1954年宪法制定过程》，法律出版社2014年版，第99页。

〔69〕 参见〔德〕米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说与行政学（1800—1914）》，雷勇译，广西师范大学出版社2021年版，第311页。

〔70〕 参见陈新民：《公法学札记》，法律出版社2010年版，第21、93页。

〔71〕 参见谭宗泽、杨靖文：《面向行政的行政法及其展开》，载《南京社会科学》2017年第1期。

法律对实务中行为形式的固化，因而实则是一项制定法形式（Gesetzesform）。然而，法不等同于法律。主观法与客观法之分即表明，在法律外，法还有“权利”“法律行为”等表现形式。^{〔72〕}因此，此处的法律形式实则是“法的形式”，指“法”这一事物以何种方式组织自身，与制定法形式显有不同。“法治国将行政行为视作一种法的形式”意指，将行政行为组织为法的一种表现形式，使之具有法的性质，呼应法治国要求“国家的所有作用均以法的方式决定”这一主张。

马克思主义法学对法的形式、法如何组织自身的理解是，法是一种主体间为各自利益而对抗的社会关系。^{〔73〕}由于行政机关被预设 of 普遍利益的代表，行政行为体现为行政机关所代表之普遍利益与相对人所代表之特殊利益间的对抗关系。从普遍利益与特殊利益的辩证关系来看，特殊利益应以普遍利益为出发点与结果，应使自身与普遍利益的要求相一致。^{〔74〕}行政不止于执行法律的逻辑由此得到了澄清，行政机关既代表普遍利益，就可以其“自有的力量作用，而不是依据法律”^{〔75〕}。法律相较于行政权是一种限制而非授权关系。^{〔76〕}而当法律以国家意志更高的表现形式否认行政机关代表普遍利益时，行政活动便失去效力与合法性，包括法律优先与积极表明此类事项必须由法律事先规定的法律保留。我国学界对法律保留的范围有不同认识，^{〔77〕}从现行法的规定来看更倾向于“干预保留”。^{〔78〕}在此范围内，第二类“行为选择”的合法性也得到了说明。

四、“行为选择”的路径展开

“行为选择”完全能与合法性原则相契合，加之该方法直接取向于相对人的真实利益需求，突破诉争请求与事实，在行政争议实质性化解方面势必较“重新认定构成要件该当性”等传统裁量路径具有更突出的成效。当然，“行为选择”仍需受到法律的拘束，在明确行政机关原则上可进行“行为选择”的基础上，更应明确其限制，以便加强对调解工作的合法性控制。

（一）法律规范规定作为义务

“行为选择”受到法律优先的制约，因此当法律为行政机关设定了特定作为义务时，行政机关必须加以执行不得寻求规避。许多“行为选择”的措施在此受到了限制，以“协商指导”代替行政处罚尤其是典型。

有学者即指出，协商指导尤其是事后协商与我国现行法律制度存在一定龃龉。^{〔79〕}一方面，

〔72〕 参见黄宇晓：《行政法上的客观法与主观法》，载《环球法律评论》2022年第1期；〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第28页。

〔73〕 参见〔苏联〕帕舒卡尼斯：《法的一般理论与马克思主义》，姚远、丁文慧译，商务印书馆2022年版，第46页。

〔74〕 参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第289页。

〔75〕 〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2021年版，第73页。反之，由于私法表现为两个主体间特殊利益的对抗关系，而特殊利益间并不具有先后关系，一方欲形成对他人的拘束必须求助于国家，请求国家以超越个人利益的普遍利益实施强制。参见〔苏联〕帕舒卡尼斯：《法的一般理论与马克思主义》，姚远、丁文慧译，商务印书馆2022年版，第109页。

〔76〕 参见〔德〕米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说与行政学（1800—1914）》，雷勇译，广西师范大学出版社2021年版，第571页。

〔77〕 参见王贵松：《行政活动法律保留的结构变迁》，载《中国法学》2021年第1期。

〔78〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第99条第2项规定：“减损权利或增加义务的行政行为没有法律规范依据。”

〔79〕 参见刘艳红：《论涉案企业合规改革的公检法一体推进——以穿透式激励理论为中心》，载《华东政法大学学报》2024年第2期。

学界倾向于对规定处罚情形的条款进行严格解释，否认行政机关的选择自由。^{〔80〕}另一方面，在认为处罚条款对行政机关设定了处罚义务的基础上，当前我国行政法法律制度欠缺类似《中华人民共和国刑事诉讼法》（2018年修正）第177条第2款之“相对不起诉”乃至德国《违反秩序罚法》第47条的规定。^{〔81〕}当行政处罚程序启动，且发现相对人满足构成要件时，行政机关必须作出处罚决定，而无法像德国行政机关一般裁量是否中止处罚程序，停止追诉。以“协商指导”代替处罚将直接与法律规范相冲突。

可见，“协商指导”制度目前尚不能在我国法律体系下取得完全的合法性，以此方式进行的调解工作也难免受到合法性苛责。因而，当法律规范为行政机关规定了作为义务时，行政机关无法以“行为选择”绕开该法律规范，此时只能借助于重新认定构成要件该当性的裁量路径，通过对事实的重新协商认定，判断特定规范能否适用，借此在法律优先的拘束下满足相对人的真实利益需求。这一方式当然存在“徇私枉法”的风险，不过反过来说，《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国公务员法》等设置的追责规定也为构成要件的协商认定划定了范围和界限。同时，相较于行政机关首次行使判断权的阶段，在复议调解中对构成要件该当性的重新协商认定进一步受到了限制。原因在于行政机关此时已在原决定中对案件事实作出了认定，并记录于行政案卷，受到案卷排他效力的拘束，协商的范围进一步缩窄。不过，这客观上也能激励相对人在首次判断权阶段尽早与行政机关达成合意，而非将行政争议拖至救济阶段解决。

（二）欲求效果只能通过特定规范实现

与法律规范为行政机关设定了作为义务类似，当构成要件不具备时，法律事实上为行政机关设置了不作为义务。因此，当相对人的真实利益需求只能通过特定规范实现，且其不满足构成要件要求时，“行为选择”的调解方式很大程度上无用武之地。此时能借助的也只是对构成要件的协商认定。而如上所述，这一方法亦有极限，当法律规范规定羁束性行政行为时尤为如此。例如，甲欲从事法律行业，然而由于其未达到司法部公布的合格分数线，同时也不符合B类、C类证书的颁发要求，行政机关不能也不应准予其从事法律行业。显然，行政机关不能通过与相对人的协商将未达合格分数线的成绩认定为合格。私主体之所以经特别许可方可从事特定事项，乃是因该事项关系国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及人民人身健康、生命财产安全等，^{〔82〕}许可规范的构成要件正是为了确保私主体具有足够资质。当相对人显与法律规范的要求存在差距时，行政机关必须严守法律规定，否则便为是非不分、花钱买安宁的“和稀泥”式调解，^{〔83〕}使公共利益无底线地向相对人特殊利益让步，有违行政权不得处分原则。

（三）超越法律的法的续造

虽然行政机关必须遵循合法性原则，不得违反法律规范的规定，但由于立法不可避免的滞后性及语词的极限，机械地适用规范只会造成法律效果与社会效果乃至政治效果的割裂。如上所

〔80〕 参见熊樟林：《企业行政合规论纲》，载《法制与社会发展》2023年第1期。

〔81〕 “追究机关通过与其义务相符的裁量对违反秩序行为进行追究。在程序由该机关进行期间，该机关可以停止程序。”《德国违反秩序法（续）》，郑冲译，载《行政法学研究》1995年第2期，第89页。

〔82〕 参见胡建森：《行政法学》，法律出版社2015年版，第276页。

〔83〕 参见周佑勇：《我国行政复议立法目的条款之检视与重塑》，载《行政法学研究》2019年第6期。

述，解释与漏洞填补作为变通工具因此必不可少。然而，变通有时不仅需超越解释，更需进一步超越漏洞填补的范畴。

原因在于，所谓“法律漏洞”当指违反立法计划的不圆满性，根据立法目的，可以期待立法者本欲对此等事件也有所规范，而实际情况是目前欠缺相关规定，因而立法计划存在不圆满。^{〔84〕}漏洞填补的“发现并适用隐藏于法秩序整体之规范”的本质由此可见，因而仍处于法律适用的逻辑延长线上。

然而，法律规定的欠缺也可发生在自始即未被立法者纳入立法计划的领域。“协商指导”正是此种欠缺的典型，1996年制定《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）的核心目的即在于解决行政处罚设定与实施中的“滥”和“乱”问题，^{〔85〕}出于社会效果考量裁量决定是否对行政违法行为进行追究的“协商指导”制度显然不能被纳入处罚法最初的立法计划甚至与其存在一定背离。然而，基于社会治理的迫切需求，即便法律规范对行政机关作出了明确要求，行政机关有时亦必须寻求对其的突破。由于超出了立法计划，此时对规范的发展当属超越法律的法的续造。^{〔86〕}

由于并非对既存法秩序中隐藏规范的发生与适用，这一续造也不再属于法律适用，其合法性因此受到了挑战。法理学为进行此种续造设置了两大基本要件。第一，要求法律性答复的问题存在；第二，仅凭单纯的法律解释乃至漏洞填补，所得答案不能满足最低要求。这一最低要求来自法律生活中不可反驳的需求、规范实用性的要求或基于事物本质与法伦理上的要求。^{〔87〕}

由此可见，虽然行政机关为“行为选择”有时必须实施超越法律的法的续造，但这一续造只能是一种特例，是出现法律紧急状态时的一种补救，不得以此为借口随意突破法律规范的约束。不过，超越法律的法的续造在调解中更具两大合法性保障。首先，调解的本质是行政权的再次启动，而行政不止于对法律的执行。因此即便超越法律的法的续造并非对法律的适用，也不与行政权的运行逻辑相冲突。其次，新《行政复议法》创设的“复议委员会”制度为续造提供了监督机制。《行政复议法》规定，复议委员会可为案件办理、重大事项和共性研究等提供意见。有学者適切地指出，复议委员会对提升案件办理质量、增强行政复议公正性具有重大积极意义。^{〔88〕}应当充分活用复议委员会制度，通过由其监督“有无必要进行续造”“续造结果是否合理”等重大问题，“行为选择”的合法性可得有效担保。还有的学者主张引入行政检察监督，^{〔89〕}这当然亦是可循的路径。

五、结语

复议调解是行政争议实质性化解的重要渠道，本文尝试在合法性原则的框架下提炼出以“行

〔84〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第251页。

〔85〕 参见张晓莹：《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》，载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔86〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第286页以下。

〔87〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第298页。

〔88〕 参见王万华：《行政复议制度属性与行政复议法完善》，载《法学杂志》2023年第4期。

〔89〕 参见邓佑文：《行政复议调解的现实困境、功能定位与制度优化》，载《中国行政管理》2023年第1期。

为选择”为主线的调解方法论。司法部所发布的多批行政复议典型案例中所着重强调的“透过表面争议探寻相对人实质诉求”正是这一方法论的核心。就此而言，不妨将本文理解为将实践做法与行政行为理论这一行政法总论知识相整合、以总论语言加以表达的尝试。“行为选择”是以“解释论”为视角的，而解释论必然受到法律规范的文义限制，有其极限。为避免形式争议与实质正义间的冲突，建议在未来《行政基本法典》制定工作中，以“面向行政的行政法”思维为指导，制定符合调解工作需求的规范，赋予行政机关更多行为选择的裁量权。复议调解需通过此种方式完全纳入合法性原则的框架。

Abstract: Administrative reconsideration and mediation lacks a methodological construct guided by the principle of legality. After the new Administrative Review Law established the principle of mediation and brought binding administrative acts into the scope of mediation, the conflict between review and mediation and the principle of legality became more acute. The core of the problem is how to achieve the relative's substantive claims under the premise of not violating the legal norms. In order to bypass the specific norms, behavioural choice should be a method to follow, and compared with the traditional discretionary path, it highlights the particularity of mediation more. Specifically, when the reviewing authority is unable to satisfy the real interests of social governance and the relative within the framework of a particular legal norm, it does not have to be bound by that norm, and may try to choose to re-engage in other types of administrative behaviour that can satisfy the relative's substantive claims. The choice of behaviour may be challenged by the question of whether the review body has the right to dispense with the application of a legal norm when that norm regulates a particular situation, choosing instead to resolve the administrative dispute under another institutional track. On the basis of an examination of the nature of reconsideration and conciliation, as well as of the doctrines of priority of law, reservation of law and discretionary choice of form, the challenge is not valid and the choice of conduct is feasible and lawful.

Key Words: mediation methodology, principle of legality, substantive settlement of administrative disputes, choice of behaviour, circumvention of legal norms

(责任编辑：张泽宇)