

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第七辑

主 编 胡建淼

副主编 孙笑侠 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 七 辑

主 编 胡建淼

副主编 孙笑侠 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第7辑/胡建森主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2009. 10

ISBN 978-7-308-07096-6

I. 公… II. 胡… III. 公法—研究—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 176794 号

公法研究

胡建森 主编

责任编辑 张 明

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷 杭州浙大同心教育彩印有限公司

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 31.5

字 数 453 千

版 印 次 2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-07096-6

定 价 56.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88925591

顾 问：罗豪才 许崇德
陈光中 应松年

编委会：（以下按姓氏笔画为序）

公丕祥	李 龙	孙笑侠	朱苏力
张文显	胡建森	姜明安	夏 勇
徐显明	韩大元		

本卷执行编辑：袁 勇

目 录

专题论文

一般行政处分之探究	刘 莘(1)
对立与合作——公私法关系的历史展开与现代抉择	钟瑞友(40)
我国行政诉讼举证责任理论的反思与重构	王天华(71)
我国民事纠纷的行政介入机制研究	吕艳滨(97)
论公法性质之无因管理	李晓新(134)
法规规章备案论要	张水海(144)
论行政诉讼法上的纠纷解决目的	吴 亮(188)
论对不动产登记行为的司法审查	徐亮亮(211)
行政职权理论范畴对中国行政法的影响与反思	张 弘(228)
行政诉讼法内“合法”与“合理”二分之质疑	袁 勇(267)
一国两制的宪政价值及其发展	李燕萍(286)
立法语言中的两对矛盾——从语体角度的研究	褚宸舸、杜欢庆(300)

部分行政法

社会保障政策形成中的政府地位——以 2006—2007 年社会保障 政策为对象	胡敏洁(316)
卫生行业的政府管制——以奶粉与刺五加事件为楔子	胡汝为(331)
城市“禁摩”的法律思考——从政府规制分析的角度	邱 新(346)
论电子政务法——内涵、边界及其部门属性	金承东(367)

2 公法研究

比较法域

司法均衡——宪政司法的美国样板与中国未来 廖 奕(375)

现代司法审查的理论困境与出路——以美国为例的考察及其对

中国的启示 王从峰(407)

律师协会惩戒权比较研究 张迎涛(439)

译著选登

法律原则的结构 [德]罗伯特·阿列克西 著、雷磊 译(467)

私法和基本权利：一个怀疑的视角 杨斯密 著、程雪阳 译(481)

一般行政处分之探究^{*}

刘 莘

引 言

2001年,北京发生了一件引起轰动的案件,即乔占祥告铁道部的行政诉讼案件。这起案件是自1990年10月1日《中华人民共和国行政诉讼法》实施以来,引起最广泛关注的案件,因其影响深远,后来被列为中国十大行政诉讼案件之一。

在这个案件中,本人作为铁道部的诉讼代理人参加了两审的全部过程,对案件本身有着深刻的体会。其中,本案所诉铁道部的通知究竟为何种性质的行政行为,尤其在一审过程中,曾经有过非常激烈的争论。涉及的理论问题主要是行政诉讼法关于人民法院受理行政案件的范围限于具体行政行为,那么具体行政行为如何认定?此通知是否为具体行政行为?

具体行政行为作为中国行政诉讼法关于人民法院受理行政案件范围的界线,其概念来源于法国。早在20世纪80年代后期我国起草制定行政

^{*} 本文系在我国台湾地区吴庚先生指导下完成。

2 公法研究

诉讼法的时候,曾经留学法国获得法国公法博士学位的王名扬先生^[1]即出版了《法国行政法》^[2]一书,此前中国政法大学曾有过王先生关于法国行政法的内部出版物。在当时我国行政法学草创时期,是中国刚刚改革开放不久,非常缺乏出国留学归来的专业人士,对外国行政法几无了解,王名扬先生对外国行政法^[3]的授课就像及时雨,马上被急于了解国外行政法的学人所吸收,其书籍也立即成为最抢手的专业书籍。可以想见,在制定行政诉讼法的时候接受法国行政法学关于行政行为理论分类,甚至将具体行政行为变成行政诉讼法的法律术语,成为人民法院受理行政案件的标志性界线,就不难理解了。

那么,在本案中,对具体行政行为是如何争论的,我们需要首先简单了解一下乔占祥告铁道部案件的经过。2000年12月21日,铁道部向全国各铁路局发布了《关于2001年春运期间^[4]部分旅客列车实行票价上浮的通知》(以下称为《通知》)。河北三和时代律师事务所律师乔占祥认为,该通知侵犯了其合法权益,且在作出时违反了法定程序。依照《铁路法》、《价格法》有关规定,制定火车票价应报国务院批准,而铁道部尚未经该报批程序。同时,依照《价格法》有关规定,票价上浮应该召开价格听证会,而铁道部未召开听证会。2001年4月,乔占祥把铁道部告上了法庭,请求判决撤销《通知》。北京市第一中级人民法院依法受理了该案,并对铁道部春运票价上浮的事实依据、法律依据和制定程序的合法性进行了审查。北京市第

[1] 王名扬,1917年出生于湖南,1947年留学法国,1958年获得博士学位后回国。但由于后来取消了曾经短暂存在过的行政法课程,王名扬调到北京经贸大学教授法语,曾经出版过当时最具权威的法语词典。20世纪80年代初,王名扬又回到曾经从事行政法教学的中国政法大学,一直工作到70岁退休。他是极其罕见的精通法语和英语,又有法学博士学位的人。他出版过包括《美国行政法》在内的三本外国行政法书籍,对我国行政法领域的影响极其深远,培养了一代中国学者。这三本书都是在其已有研究的基础上,针对各个体系中不同的问题进行研究,而且每写作一本书前,都到相关国家进行研究半年或一年,直到彻底弄清每个问题后才撰写。如最后写《美国行政法》时,王先生已是71岁高龄了,仍然去美国研究一年才动手完成《美国行政法》。

[2] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版。

[3] 王名扬先生最先写就的是《英国行政法》,由中国政法大学出版社1987年出版。

[4] 每年铁道部都会按照自己的预测,规定一个春运期间,2001年的春运期间为2001年春节前后35天。

一中级人民法院于2001年11月5日作出一审判决,以此次春运票价上浮行为没有侵犯原告合法权益为由驳回原告的诉讼请求。2002年2月27日,北京市高院对此案作出终审判决,维持一审判决。

虽然一审期间关于本案所争议的铁道部调价通知到底是不是具体行政行为,曾经有过十分激烈的争论,但是实际上,两审法院判决是以该通知是具体行政行为为前提作出的。一审法院虽然没有支持被告关于调价通知不是具体行政行为的说法去驳回原告的诉讼请求,但是判决维持了被告的调价通知,因此被告改变策略,二审期间不再就此进行辩论。但是实际上,该案留下了一个理论争议:即这一通知是不是具体行政行为。

《行政诉讼法》第2条开宗明义地规定:公民、法人或其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的,可以向人民法院提起行政诉讼。但是,行政诉讼法并没有界定何谓具体行政行为,各级法院曾就此不断请示上级法院乃至最高人民法院。最高人民法院在行政诉讼法实施^[5]后的1991年6月11日颁布(并于一个月之后实施)的《司法解释》(“115条”)^[6]中,给出了一个具体行政行为的定义,即:“‘具体行政行为’是指国家行政机关和国家行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。”^[7]由于学术界和实务界对这个定义一直有争议,在最高人民法院1999年颁布新的《司法解释》(“98条”)^[8]予以替代老的“115条”时,摒弃了直接下定义的方法,代之以描述抽象行政行为特征的方法来区分两者。按照其第3条的规定,抽象行政行为“是指针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件”。抽象行政行为的特征有两个,一个是不特定的

[5] 《中华人民共和国行政诉讼法》于1989年4月4日颁布,1990年10月1日生效实施。

[6] 该《司法解释》全称为:最高人民法院《关于贯彻落实〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》。因其条款有115条,又被业内人士简称为“115条”。

[7] “115条”第1条。

[8] 新的《司法解释》全称为:最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,因其条文有98条,业内人士又称之为“98条”。

4 公法研究

对象,一个是能够反复适用。新的“98条”的意图很明显,描述了抽象行政行为的特征,具体行政行为的特征只要向相反方向推断即是。也就是说,具体行政行为的特征是对象特定、不能反复适用。

在铁道部做被告的案件一审时,关于该通知是否为具体行政行为也是围绕着这两个特征展开激烈辩论的。关于通知是否是对象特定,原告提出两个主要理由支持其对象特定的说法。原被告双方就这两个理由递进争论:

第一,铁道部的通知发给14个铁路局是否为对象特定?原告称对象特定就是相对人特定,铁道部的通知发给14个铁路局,相对人是14个,自然是通知的对象特定。被告认为,对象特定指行为针对的人是特定的,即适用对象特定,14个铁路局是发文对象,不是文件所针对的对象,即不是适用对象,这14个铁路局是执行该通知的单位,通知的适用对象是这些铁路局通过卖票发生法律关系的那些人,他们才是通知的适用对象。当然,这时候的适用是通过民事行为而与对象发生法律关系的。

第二,原告认为即使买火车票的人才是《通知》的对象,该《通知》的对象也是特定的。因为春运结束后,铁道部公布重新乘坐调价火车的人有3200多万,3200万人虽多,但既然是可以算出来,还是特定的。被告认为,“可得而知”应当是指作出《通知》的当时,而非事后统计出来。铁道部在制定《通知》的时候,究竟将有多少人坐火车是无法预知的,如果有的话,也是根据往年数字的大概估计。可见,这个乘车人数是“开放”的,因而对象不是特定的。另外,虽然《通知》调价部分涉及7个铁路局的部分线路,但是实际上,该《通知》不仅只有这7个铁路局执行,不调价的铁路局也是在执行;而全国只有14个铁路局,所以是全国的铁路局都在执行这个《通知》,那么《通知》的对象就不能限于原告所说的3200万,而是春运期间坐火车的全部乘客,也就是事后统计的大概2亿乘客。

第三,关于能否“反复适用”。原告认为《通知》本身已经写得很清楚了,是“2001年春运期间”的调价通知,此《通知》仅限于2001年春运期间执行,当然是一次性适用。被告则认为“春运期间”本身就是一个时间段,是

35天,《通知》在35天内被全国的铁路局天天适用,且为执行此《通知》而卖掉上亿张火车票,怎么能说一次性适用?

就这两个特征的争论而言,关于“反复适用”在当时似乎已经看得出原告的说法过于牵强。所以《通知》是具体行政行为还是抽象行政行为,在本案中争论的要点在于对象是否特定。此案结束后有人曾经以德国的“一般处分”的观点对本案做过分析^[9],主要结论是按照德国对公物的使用的规定属于一般处分而言,本案中的《通知》应当视为具体行政行为,应由人民法院受理并审理。

这个案件后各地都有类似案件发生,法院在受理与不受理之间做法不一。可见,法院只要并非全部行政案件都予以受理,而以具体行政行为作为受案界线时,^[10]研究“一般处分”才是有意义的。笔者早期曾对一般处分持怀疑态度,^[11]笔者以为既然是对行政行为用“两分法”来切分,只要把数量较少的那部分用定义或特征框住,另一部分向相反方向一推就把两者区分开来。我们的《司法解释》(“98条”)其实也正是这种思路。但是形式逻辑告诉我们,如果用单一标准或特征区分两者,绝对是可以周延无遗漏地分干净,但是如果是两个以上的标准或特征来区分,则出现一种可能,即在两者间出现一种似是而非、面目不清的某种决定,其两个特征各占一边,没有那种两个特征均属一边的截然分开的鲜明性。它可能在特征上,一个像具体行政行为,另一个像抽象行政行为,或者两个特征上都具有模糊性,像以上案例所表明的那样。所以,尽管有两分法,我们仍然需要研究其实质问题的系属,因此我也否定了自己以前的想法。一般处分的理论并非把简单的问题复杂化,把两个东西变成三个东西,反而是帮助我们“两分法”下溢出的部分,重新清楚地界定为:凡属一般处分的归于行政处分(具体行

[9] 参见刘井玉:《“春运调价”的法律性质分析——以“一般处分”为工具》,《行政法学研究》2002年第4期。

[10] 德国《行政法院法》第3条规定:“除宪法案件以外的公法案件由行政法院依本法审理。”

[11] 无独有偶,笔者发现在德国行政程序法出台前后,对一般处分持怀疑甚至反对态度的,也大有人在。参见吴逸玲:《一般处分之研究》,辅仁大学1995级硕士学位论文,第20页以下。

政行为),具有可诉性。这是笔者为什么解除了自己最初的怀疑,转而挑选这样一个题目进行研究的缘由。

一、一般行政处分意义

(一) 用语

由于海峡两岸用语的不同,为了叙述方便,本文以下将台湾的“行政处分”同内地的“具体行政行为”作为同义词使用。

在台湾,教科书往往是将法规命令与行政规则明确区别使用的,但是却经常不见有无“职权命令”的说明或解释。其实台湾是有职权命令存在的,所以实际上,台湾的行政机关如果以“抽象行为”论,有三种,即法规命令、职权命令、行政规则。只不过,行政规则是一种内部抽象行为(内部规范性文件)而已。由于本文的重点在于把行政处分的补充即一般处分解说清楚,与抽象行政行为体系内部如何区分无关,同时也是为了方便叙述起见,本文以下还是用比较概括的名词即“抽象行政行为”来与“具体行政行为”或“行政处分”对应着使用,这样有一个比较周延的对接。当然,行文中如用命令与处分,也是同样的意思表达。

以上两点务请注意,以下不再说明。

(二) 行政处分与抽象行政行为的区别

行政处分源于法文(acteadministrative),本指一切行政机关法律行为,经由德国行政法学开山鼻祖奥托·麦耶引进并成为德国行政法学体系重要概念后,剔除了行政机关的私法行为,“行政官署对于个别案件宣示何者为适法行为之公权力行为”。^{〔12〕}我国台湾地区承袭德国甚多,在研究积累

〔12〕 参见陈新民:《行政法学总论》,修订第8版,第299页。

多年后,台湾地区“行政程序法”第92条第1款规定:“本法所称行政处分,系指行政机关就公法上之个别事件所为之决定或其他公权力措施而对外发生法律效力之单方行政行为。”“行政程序法”第150条第1项规定:“本法所称法规命令系指行政机关基于法律授权,对多数不特定人民就一般事项所作抽象之对外发生法律效力之规定。”两个定义对照,法律所使用的“个别事件”一词实际上成为区分行政处分与抽象行政行为的分界线。^{〔13〕}而区分具体抽象行政行为的目的,在于行政诉讼案件可否受理。

这里的关键是何谓“个别事件”?吴庚的解释是:若行政行为之对象为特定人,其内容为具体事实关系者,乃典型的行政处分。^{〔14〕}可见,个别事件指对象特定,且为具体事实关系者。吴大法官认为还可以从中延伸出行政处分的另一个特征,即行政处分是一次性完成,而抽象行政行为具有反复实施的长效性。

翁岳生主编的《行政法(上)》对此的解释是:特定具体事件,指的是相对人必须“特定”,所涉及的事实关系必须“具体”。而对事实关系是否具体,该书认为判断标准在于效力是一次适用,还是反复适用。^{〔15〕}

陈新民在其著作中的分析则告诉我们,对象特定和事件具体,均以数量上是否明确具体为限。^{〔16〕}如其讲解对象与事件互相搭配的三种情形时,“抽象”与否均以数量特定与否来表示。

其实内地关于行政处分与抽象行政行为也是从两个方面区分的。内地行政诉讼法规定可对具体行政行为诉诸人民法院,同时规定对抽象行政行为不得诉诸人民法院。当时的排除性规定,并没有用“抽象行政行为”的概念与具体行政行为相对应,而是用“具有普遍约束力的决定、命令”来排

〔13〕 如吴庚讲解行政处分的特性之一为“个别性”。见其:《行政法之理论与实用》,第10版,第330页以下;许宗力:《行政处分》,见翁岳生编:《行政法(上)》2006年第3版,第497页以下。关于行政处分的特点分析中也是指出行政处分是“针对特定具体事件的行为”,其他台湾地区的行政法教科书说法上皆大同小异,不赘述。

〔14〕 参见前引〔13〕,吴庚书,第330页。

〔15〕 参见前引〔13〕,许宗力文,第497页。

〔16〕 参见前引〔12〕,陈新民书,第313页。

除人民法院的主管,其后最高人民法院用司法解释说明时,也是用两个特征来与具体行政行为区分开:“是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。”因此,区分两者的特征标准,一个是对象是否特定,一个是能否反复适用。

对象特定应该是指该行政处分针对谁是非常明确的,如设定义务的处分,其义务主体是明确的,受益性处分如核发许可的决定,其许可对象是明确的。能否“反复适用”这一特征标准,好像与上述台湾学者的解说有些差异,但是与翁岳生教授主编的《行政法》关于行政处分两个特征的说法特别合拍。该书除了相对人特定外,行政处分的另一个特征即事实关系必须具体,“判断事实关系是否具体,原则上可以规范效力是一次性或反复性作为辅助判断标准。凡规范效力属一次性者,通常可认定事实关系具体。属反复性者(如规定只要 xx 就应当 yy 的条件句的情形),则为抽象事实关系”。

那么判断具体行政行为与抽象行政行为,到底是两个标准还是三个标准?因为这不仅仅是区分具体行政行为与抽象行政行为需要弄清楚的,也与我们下边讨论的一般处分有关。按照吴庚法官的说法,是三个特征。而按照翁书的看法和内地司法解释的看法是两个特征。两个特征并没有少了什么,而是把反复适用性与具体事实关系对应起来,即反复适用的是抽象关系,而一次性适用(效力)的是具体事实关系。

那么,事实关系是否具体,与是否可以反复适用这个区分标准到底是二而一,还是一而二?以笔者的观察,有些时候是二而一,而另一些时候是一而二。以行政处罚决定为例,对某位公民或者企业罚款 5 万元或者责令某个企业停产停业。这其中,某公民或某企业是对象明确;罚款 5 万元、责令其停产停业是事实关系具体。而对象明确特定、事实关系具体,其从效果上看,当然是一次性适用,若行政机关想对其他人课以处罚,则须再次做出处罚决定,不可能以同一份处罚决定书对其他人实施处罚。这种情形下,事实关系是否具体,与是否可以反复适用是一个问题。

同样是作为区分标准的两个特征,也许对规范的抽象性衡量起来更加困难一些。因为“抽象”本来就比“具体”在理解上更复杂些。我们再以特

点非常鲜明的立法为例,对比一下“事实关系”与“反复适用”。如我国法律关于利息税的规定:所有利息均按照 20% 缴纳利息税。对象无疑是不特定的,而其所针对的事实关系是否不特定?如果我们仔细分析一下事实关系这部分,我们就会发现,所有利息按照 20% 缴纳利息税,是一件非常具体的事,只不过是重复重复再重复地发生而已!这种事实关系,如果将其引申为反复适用性,说明该法律文件是抽象的,是没有问题的。问题是我们看到,它所规定的事实关系是相当单一的,或者说是非常具体的。那么事实关系这部分的抽象性来源于哪里呢?恰恰来源于反复适用的特质。这种单一具体的事项因为不断针对不同的人而被适用,变得具有抽象性!换句话说,具体的事项变成一类事项,获得抽象性,是因为适用对象抽象。而一旦抽象的法规适用条件恰恰与某人取存款或取存款利息的行为相应时,这一法规就又一次被适用,所谓抽象的对象实际上是数量上不停叠加的适用对象。

如此看来,至少对某些抽象规范的情形而言,两个特征之一的事实关系往往是由反复适用体现出来的。因为,许多法律规定如义务性规定、禁止性规定,很少是真正抽象的,如果法律规范说所有公民必须遵纪守法,这一规定其实只是一个宣示性规定,行政机关、司法机关无法直接依据这一规定对人民课以义务或责任。而绝大多数情况下,法律规范关于义务或责任的规定都是具体的,如《反不正当竞争法》第 5 条:“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易,损害竞争对手:(一)假冒他人的注册商标;(二)擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品;(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品;(四)在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示。”除了对象不特定外,事实关系的抽象性,往往是由于反复适用体现出来的。

还是以《反不正当竞争法》为例,第 8 条第 1 款规定:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方

单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。”事件方面是具体的,虽然其中“其他手段”的表述是抽象的、高度概括的,但是这只是赋予行政机关自由裁量权的规定,并非事实关系不具体。

总而言之,第一,虽然区分处分与命令是两个标准或三个标准,但是通过对比可以看出来,处分的部分是比较清晰的,因为对象特定与事实关系具体可以非常明确地显现出来;而命令的抽象性,对象抽象这一特征易于检视,而事实关系或者事件具体就不那么明显,甚至这种抽象性不是由事件的抽象性而是由反复适用性表现出来的。

第二,“反复适用”为什么是抽象的?许多论述并没有说明白,但是有一篇论文^{〔17〕}在提到美国教授 Ulrich Triebel 于 1978 年针对联邦德国《行政程序法》发表的论文中(*Probleme der Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes bei der Allgemeinerfügung*),论证他建议的以“特定的事实情况”区分处分与法规范时指出,“特定事实情况是指规制完全特定的情况,而不是未来不特定的状况……”这句话中,“未来不特定的状况”至关重要,笔者以为用这句话才道出了“反复适用”即为“抽象”之究竟。因为“反复适用”是多次适用,这种多次适用不仅仅是在平行时间里的同时适用,且有时间差即时间前后的多次适用。这就无意间道出了一个美国人区分规范和处分的标准,即凡是文件内容所涉及的事实在做出文件时是将来或以后发生的,就是法规范,凡文件内容所涉及的事实是文件做出时已经发生了的,是处分。可见,将来发生的事实不是现实已经发生的事实,而是未来可能发生的事实,因而是“未来不特定的状况”。美国人似乎是用这一个标准就可以把处分与法规范区分开来。但是,我们稍加思索便会发现,这种标准虽然简便易行,但是缺陷是把法规范的范围扩大了。在美国这种司法审查制度的国家,也许把法规范的圈子划大些,无碍于司法审查,而以清楚的两分法划分开司法审查界线的制度下,扩大法规范的范围,与我们现在力图

〔17〕 参见前引〔11〕,吴逸玲文,第 21 页。

扩大处分的范围,从而达到扩大司法审查范围的想法就正好相反了。因此,我们宁可用反复适用的标准,而不用所涉事实已经发生还是尚未发生的标准,虽然分析起来,这是一个标准的两种说法。

第三,能否反复适用与是否对象特定,两相比较,笔者以为,对象特定与否这一标准更占据主导地位。原因是,对象的非特定性才决定了有关法律的可反复适用性。这似乎与陈新民教授的论述一样了。不过,陈新民教授没有那么明确指出这一点,好像不是很有意识地得出这样的结论。而本文则是有意地顺藤摸瓜,把这一点说得更加明确罢了。

对象特定是以发布时作为时点衡量的,故翁书认为,既然一般处分依一般性特征即可以确定相对人范围,所以以发布的时点来确定相对人或相对人范围就已经没有多大意义。因而,事实关系这一要素就凸显其重要性。^{〔18〕}但是,笔者以为,对象特定还是最好用的标准,只不过在它不好用时,我们需要分析一下是不是对象还可以进一步确定(可得而确定),如果可以则仍是或视为行政处分而已。一般处分表面上冲破了处分对象特定的标准,但是实无妨碍。就翁书此段议论来说,也曾经说过,因为对象范围还是可以确定,所以即使没有对人的一般处分的规定,仅以行政处分的判断亦可将其归入行政处分之内。

(三)“一般处分”概念分析

台湾地区“行政程序法”第92条第2项:“前项决定或措施之相对人虽非特定,而依一般性特征可得确定其范围者,为一般处分,适用本法有关行政处分之规定。有关公物之设定、变更、废止或其一般使用者,亦同。”据此,台湾地区的一般处分包括两种:一是针对人的一般处分,即该决定的相对人不确定,具有所谓一般性特征,但是可以推导出其适用对象范围的,如拆除棚户区的通知,表面上看没有指明相对人是哪些人,但是住在这一棚户区的住户是一定的,即使人数较多,亦为一般处分;另一种一般处分是针

〔18〕 前引〔13〕,许宗力文,第498页。