



中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 编

行政执法 与 行政审判

Administrative Law Enforcement and Administrative Adjudication

总第69集

司法答复

最高人民法院行政审判庭关于行政公益诉讼中刑事处罚与行政处理衔接有关问题的电话答复

专题研究(行政协议)

公私合作协议的公法属性及其法律救济 梁风云

调查与研究

独立公正的审判与合法合理的沟通

——建立跨行政区划管辖行政公益诉讼司法联络机制的思考 秦卫民

行政诉讼理论

可请求审查的“规范性文件”的条件界定 管征

实务探索

“冒用他人身份结婚”案件的裁判思路解析
——以统一类案裁判尺度为视角 胡丽群

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总第69集

行政执法 与 行政审判

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 编

编委会主任 江必新

编委会副主任 黄永维

编委 李广宇 王振宇 王艳彬 郭修江 马永欣

于泓 王晓滨 孙江 耿宝建 梁风云

执行编辑 章文英

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与行政审判. 总第 69 集/中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编. —北京: 中国法制出版社, 2018. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9613 - 1

I. ①行… II. ①中… III. ①行政执法 - 中国 - 丛刊
②行政诉讼 - 审判 - 中国 - 丛刊 IV. ①D922. 11 - 55
②D925. 318. 2 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 158304 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com) 陆紫薇 (luziwei@zgfs. com)

封面设计 杨鑫宇

行政执法与行政审判 (总第 69 集)

XINGZHENG ZHIFA YU XINGZHENG SHENPAN (ZONG DI 69 JI)

编者/中华人民共和国最高人民法院行政审判庭

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 8 月第 1 版

印张/19 字数/262 千

2018 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9613 - 1

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66067023

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

目 录

【司法答复】

- 1 最高人民法院行政审判庭关于行政公益诉讼中刑事处罚与行政处理衔接有关问题的电话答复
- 2 最高人民法院关于海关执法机关对刑事裁判未予处理的不属于罪犯本人的用于走私的运输工具能否作出行政处理的答复

【专题研究（行政协议）】

- 3 公私合作协议的公法属性及其法律救济 梁风云
- 19 谦抑或扩张：行政协议的民事规范适用边界 肖帮华 郭芮男 朱艳楠
- 27 李传开诉金安区政府、清水河街道办事处不履行房屋征收补偿协议案
——应从行政行为的角度审查行政协议案件 刘莹洁

【调查与研究】

- 33 独立公正的审判与合法合理的沟通
——建立跨行政区划管辖行政公益诉讼司法联络机制的思考 秦卫民
- 43 人民法院应对滥用行政诉权行为的调研报告
——从 164 份裁判文书实证分析看法院对滥诉的踟躅与担当 邢秀杰
- 77 行政机关负责人出庭应诉制度的实证分析及完善建议
——以《行诉解释》相关规定为基础的构建 周孟伟
- 106 不符合起诉条件行政案件骤增的成因、审理工作的困境与对策
——以湖北省武汉市中级人民法院相关行政审判工作为视角 侯士宇

【行政诉讼理论】

- 119 解构无效行政行为的判定标准 马媛婧

130 可请求审查的“规范性文件”的条件界定

管 征

【学术争鸣】

140 论《政府信息公开条例》第十三条的法律解释及适用

李瑰华

151 未说明“三需要”并非行政机关拒绝信息公开的正当理由

谷昔伟 鲍 蕊

【实务探索】

158 “冒用他人身份结婚”案件的裁判思路解析

——以统一类案裁判尺度为视角

胡丽群

168 行政机关不得以其他规范性文件为依据限制已经提起民事诉讼的公民、法人或其他组织寻求行政救济

夏文浩

171 涉上海市女性灵活就业人员养老保险待遇相关规定的正确理解与适用

——杜某诉市社保中心劳动和社会保障案

黄自耀

179 不可移动文物认定决定合法性的审查

——刘某某诉天津市文物局、天津市津南区文化体育局
撤销行政决定、行政复议案

刘 琳

【类案研究】

187 行政裁量合法性的审查

——谭英诉涪陵区公安局行政处罚案

陈立洋

195 违反必要法定程序的税务行政处罚应予以撤销

——漳州市聚善堂药业有限公司诉福建省漳州市国家税务局稽查局税务行政处罚案

盖华丽 陈梅华

205 行政强制措施与行政处罚先后作出情况下仅起诉行政处罚案件的审理

——山西汽运集团侯马运业股份有限公司侯马经济开发区保税物流分公司诉襄汾县交通运输局行政处罚案

张俊青

【个案分析】

- 216 房屋登记机构与第三人承担连带赔偿责任的认定
——敦化市雁鸣湖镇人民政府与李爱民、敦化市利民房地产开发有限公司、李日旭等确认房屋抵押行政登记违法及行政赔偿案 李红广 李丽英
- 224 高校自治行为和司法审查的边界划定
——肖某诉中国科学院大学教育录取纠纷案 罗 佳
- 233 公益性举报的原告主体资格
——黄中平诉重庆市规划局北碚区分局履行法定职责案 向 品
- 247 冯梅香诉上饶县人民政府房屋强制拆迁案
——两个以上主体实施的以拆“危”代拆迁行为的司法审查 江怀玉 丁 雪
- 256 再就业导致职业病加重的属于工伤范畴 孟 强
- 262 国有土地出让合同中“净地交付”的认定 王 宁
- 266 对不履行行政给付义务案件的审查路径
——盛木庆诉绍兴市柯桥区社会保险事业管理局社会保障行政给付案 戴文波 朱秀华
- 274 王俊森诉连平县人民政府收回闲置土地决定案
——司法机关依法查封期间，政府不能收回国有土地使用权 邓丽华
- 279 影响当事人实体权益的行政证明行为为可诉行政行为 张倩倩

【域外撷英】

- 284 俄罗斯、芬兰行政诉讼制度论述及对我国群体性救济制度的启示 尹婷婷

司法答复

最高人民法院行政审判庭关于行政公益诉讼中 刑事处罚与行政处理衔接有关问题的电话答复

(2017) 行他字第 215 号

吉林省高级人民法院：

你院向我庭呈报的（2017）吉行他 3 号《关于行政公益诉讼中刑事处罚与行政处理衔接有关问题的请示》收悉。你院请示的数个案件所涉法律问题为，对非法毁坏林木涉嫌犯罪的行为，在刑事处理尚未终结的情况下，行政机关能否作出责令补种树苗的处理决定？人民检察院此事针对行政机关未予处理的情形提起行政公益诉讼的，人民法院应否受理。经研究，具体意见答复如下：

责令补种树苗的行政处理决定与针对非法毁坏林木的犯罪所处罚刑之间不具有吸收关系，在此情况下，行政机关应当依法履行职责。行政机关不履行或者不及时履行法定职责，人民检察院就此提起行政公益诉讼且符合其他起诉条件的，人民法院应当依法立案。至于刑事案件是否立案以及是否审结，并不影响上述结论。

特此告知。

2017 年 8 月 8 日

最高人民法院关于海关执法机关对刑事裁判未予处理的 不属于罪犯本人的用于走私的运输工具 能否作出行政处理的答复

(2015) 行他字第 10 号

福建省高级人民法院：

你院《关于对海关总署署侦〔2001〕9 号和署辑发〔2013〕140 号文件部分条款的理解和适用问题的请示》收悉。经研究，答复如下：

人民法院生效刑事裁判对不属于罪犯本人所有但被用于走私的运输工具没有作出处理的，海关执法机关可以依照《中华人民共和国海关法》和《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》的有关规定进行处理。

此复。

二〇一八年三月七日

专题研究（行政协议）

公私合作协议的公法属性及其法律救济

梁风云

在公用事业领域实行公私合作是各国在新公共管理理论或者新行政法理论指导下在公共管理领域的一场变革，也是各国政府在提供公共服务方面进行的一场变革。这场变革的具体模式因各国制度不同而呈现较大差异，但在充分发挥公私方各自的优势、促进提高公共服务质量方面却是共通的。^① 公私合作（Public - Private Partnerships）协议目前在经济学界、公共管理学界和法学界产生了激烈的争论。经济学界的分歧主要集中于公私合作的收益分析、风险防控等方面；公共管理学界的分歧主要集中于公共部门的新型管理和服务方式方面；在法学界，分歧则主要集中于公私合作协议的法律属性和法律救济等方面。不同学科之间的交流互通是必要的，特别是对同一研究对象的不同视角，在全面审视公私合作制度和公私合作协议的研究这方面极有裨益。法学界对于公私合作协议的研究，主要是在民法学界和行政法学界进行研究。目前，有关公私合作协议的研究，在术语上、研究范式上通常受到经济学的影响较大，一定程度上模糊了公私合作协议的法学色彩。本文拟从行政法的

^① 境外研究公私合作比较多的是行政法学界和行政学界。公私合作属于行政学的范畴还是行政法的范畴，在域外也有讨论。例如，在德国，公私合作的问题是新行政法的重要议题。尽管行政法学者对公私合作的定义并不令人满意。如沃尔夫认为公私合作是指公私经济主体之间的合作，双方当事人约定将货币或者其他可交易的资本作为投资纳入共同的服务过程。这实际上仍然没有将新公共管理和新行政法区别开来。公私合作是国家、其他行政主体、私人之间的法律关系；新公共管理则是将私人企业的经营管理方法应用于公共行政的经济化。[德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托巴·霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法（第三卷）》，高家伟译，商务印书馆 2007 年版，第 453 - 454 页。

角度，结合新行政诉讼法的相关规定，对公私合作协议作出探讨。

一、公私合作协议的法律属性及其制度选择

新行政诉讼法规定的行政协议是公私合意和合作的产物。依靠行政机关强制力推行的协议，不是真正的协议，而是行政行为。从世界范围来看，特别是从两大法系的实践来看，公私合作协议有不同的模式、不同的形式，有一个基本认识是，这类协议既有注重双方合意的“合同”特征，也有基于行政监管的“公法”“行政法”的特征。对于公私合作协议的研究，首要的问题是，该类协议属于合同法规制的民事合同还是属于行政诉讼法规定的行政协议。厘清这一问题，有利于设定协议双方的权利义务关系，也有利于发生协议争议之后获得有效救济。

（一）公私合作协议的法律属性

对于公私合作协议法律属性的研究难度主要在于，不同研究领域的学者从不同的视角进行观察。民法学者通常认为，既然是协议就应当受到合同法的规制，行政法学者通常认为公私合作协议只是行政机关为了实现行政目标而采取的协议行为。此外，不同法系的国家，公私合作协议制度也有较大差别。在大陆法系国家，公私合作协议一般作为行政协议对待，而在英美法系国家，由于不区分公法私法，公私合作协议与其他政府合同一样，受到普通法的规制。目前对于公私合作协议的法律属性主要有四种观点：

一是民事合同。有的意见认为，公私合作协议的法律属性为民事合同。理由主要是：第一，定位于民事合同有利于突出平等合作，防止政府滥用行政权力。第二，合同标的是民事权利义务。公私合作协议中的特许经营权属于民法上的财产权利。第三，合同内容涉及公方和私方的合作权利义务，公方也是权利义务的承受方。

二是经济合同。有的意见认为，公私合作协议的法律属性为经济合同。理由主要是：第一，行政协议和民事合同的法律属性不能解释公法因素和私法因素共存的现象。对于公私融合，融当事人意思自治、财产因素等于公共

性、国家意志性、政策性等因素为一体的协议应当界定为经济合同。^① 第二，民法保护的是个体的利益，所有规则反映的是市场交易的要求，经济法保护的社会整体利益，反映的是政府管理即平衡和协调各方利益的要求。第三，政府及公共部门与社会资本方的私主体部门之间的公共服务合作关系，既反映了平等主体部门之间的经济关系，又反映了私人部门作为公共服务的生产者和经营者与公共部门作为公共服务市场的监管者之间的管理与被管理关系，实属兼具公法和私法性质的混合关系，双方当事人应当同时受到公法和私法原则的约束，正好符合经济法的公法和私法相包容的特性。^②

三是混合合同。有观点认为，公私合作协议反映了公共部门和私人部门将公共服务视为买卖合同关系，还反映了私人部门作为公共服务的生产者和经营者与公共部门作为公共服务市场的监管者之间的管理与被管理的关系，应当属于兼具公法和私法性质的混合合同，双方当事人应当同时受到公法和私法原则的约束。^③

四是行政协议。这也是笔者的观点。即公私合作协议是比较典型的行政协议。理由主要有：

第一，公私合作协议符合法律和司法解释对行政协议的定位。《行政诉讼法》第十二条规定，认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议的，属于人民法院行政诉讼受案范围。这一规定明确了行政协议案件属于人民法院行政诉讼受案范围。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条第一款规定，行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第十项规定的行政协议。这一规定包括行政协议的五个要素：一是主体要素。合同双方须为行政机关和私方当事人。二是目的要素。行政协议签订的目的须是为了实现公共利益或者行政管理目标。三是意思要素。行政协议须是双方意思表示一致，不能采取强迫签约等方式。四是内容要素。行政协议须有行政法上权利义务内容。

① 史际春、肖竹：《公用事业民营化及其相关法律问题研究》，载《北京大学学报：哲学社会科学版》2004年第4期。

② 徐孟洲：《论政府和社会资本合作关系的经济法调整》，载《中国法律评论》2017年第1期。

③ 湛中乐、刘书燃：《PPP协议中的法律问题辨析》，载《法学》2007年第3期。

五是职责要素。行政机关签订行政协议需要有法定的行政职责。五个要素中，核心的是目的要素和内容要素。在公私合作协议中，虽然有私主体的社会资本引入，但是这仅仅是合作手段，并非合作目的。公私合作的目的并不在于实现私主体的盈利，而是通过私主体的盈利行为实现对公民公共服务的提供。因此，有的观点认为公私合作协议具有双重目的，即实现公共服务和私人营利，这种观点只是注意到了私方合作者或者利益的一面，忽视了私方合作者的营利仅仅是合作的手段，以及公私合作协议的本质和目的。

第二，公私合作协议中的政府特许经营协议属于法定的行政协议。特许经营是公私合作的雏形，也是各国公私合作中运用最广泛的形式。欧盟 2014 年制定的《特许经营合同授予程序指令》备忘录中明确了公私合作和特许经营的关系，即特许经营协议只是公私合作协议中一种特殊形式，近 60% 的公私合作协议是特许经营协议。从目前的公私合作协议具体形式而言，特许类的公私合作协议占了很大比例。例如，TOT（转让运营移交）、BOT（建设运营移交）、BOOT（建设拥有运营移交）等。特许经营是一种制度安排，包括特许权授予、合资、建设、保险、融资、维护、收费、回购、监管、担保等一系列协议。在这些协议中，特许经营协议是最核心的协议。根据立法机关的阐述，所谓政府特许经营是政府通过招标等公平竞争方式，许可特定经营者经营某项公共产品或者提供某项公共服务。政府特许经营广泛存在于城市供水、供气、供热、污水处理、垃圾处理、城市公共交通等公用事业领域。政府特许经营一般采用协议的方式约定双方的权利义务。^① 公私合作协议是一个协议群，除了行政机关和私方合作者的协议之外，还可能包括私方合作者为了提供公共服务而签订的其他合同。政府特许经营协议的核心地位决定了公私合作协议的目的和属性，即公私合作协议的目的是实现提供公共服务，该协议具有鲜明的公法性质。

第三，公私合作协议的理论基础是行政公产理论。公私合作协议的目的是保障政府有效提供公共服务，以便满足公众需求。在经济学上，支撑公私合作的重要理论基础是公共物品理论；在行政法学上，支撑公私合作的重要理论基础是行政公产（公物）理论。在行政法学上，关于行政手段包括人的手段（包括行政主体、相对人、相关人等）、行为的手段（包括行政行为、

^① 信春鹰主编：《中华人民共和国行政诉讼法释义》，法律出版社 2014 年版，第 42-43 页。

行政事实行为等）和物的手段。行政公产是物的手段。行政公产一般是指以维持和增进社会公共福利为目的而供一般公众共同使用的公产。公产按照使用目的划分，可以分为：文教性公有公共设施，如学校、图书馆、博物馆等；民俗性公营造物，如故宫博物院、毛主席纪念堂等；保育性公有公共设施，如医院、幼儿园、养老院；供应性公有公共设施，如铁路、邮局、自来水厂、民用机场、港口等；清理性公有公共设施，如垃圾处理厂、屠宰场、公共基地等。根据财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》和国家发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》的规定，公私合作项目主要适用于政府负有责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施，公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施，医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行公私合作模式。这些项目均属于行政公产范畴。

第四，境外对于公私合作协议强调其公法性或者特殊性。从域外的经验来看，对协议，特别是行政协议属性的判断，关键在于协议的目的。法国行政法对行政协议的判断标准基于三个因素：一是协议一方是行政机关；二是协议的目的在于实施公用事业任务；三是协议内容存在超出普通法的条款。通常而言，只要具备前两项就属于行政协议，第三项只是作为辅助性条款存在。^① 关于行政协议的判断标准，我国台湾地区台北市政府 2007 年发布了“行政契约判断基准”，提出了行政协议的两个认定标准：执行公法性质之法规和为了达成行政目的，同时提出了五个判断步骤：协议一方的行政机关；协议内容有行政机关作出行政处分或其他高权行为义务；以协议取代行政处分；涉及人民公法上权利义务；协议事项明显偏袒行政机关。以上 5 个内容，除了第一项外，其他项只要具备其中之一即可认定为行政协议。行政协议具有公法上的目的。在具体的表述上，一般为“为了实现公共利益”“为了实现公共管理目标”“为了提供公共服务”等。在可能存在公法协议和私法协议双重属性的情况下，为了监督行政机关依法行政和保障私方合作者的利益，司法机关一般判断协议中是否蕴含了超越私法规则的内容。只要该协议不是纯粹运用私法规则，不是纯粹的民事协议，一般将其认定为行政协议。

① [法] 让·里韦罗、让·瓦利纳：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆 2008 年版，第 550 页。

（二）关于协议属性的制度选择

公私合作协议的属性可能因各国的法律制度和救济体制不同而有所不同，但各国对于公私合作协议中的公法属性是有共识的。例如，联合国贸易法委员会编的《私人融资基础设施项目法律指南》已经认识到公私合作协议的特殊性：“在属于民法传统或者受民法传统影响的许多法律制度中，公共服务的提供受到行政法的规制和管辖，这种法律管辖广泛的政府职能，这种制度按这样的原则运作，即政府可以通过行政行为或者行政协议行使其权力和职能。人们还普遍认识到，政府可以根据管辖私人商业合同的法律签订私人合同，这两种合同之间的差别可能是很大的。”公私合作协议在我国已经存在一段时间，但是对于其法律属性以及相应的制度安排、法律救济机制等，还存在不同意见。协议的属性可能具有复杂性，但是，必须对其属性予以明确，才能实现制度落地和实效救济。笔者认为，相比较而言，从我国实际出发，制度上肯定公私合作协议的公法性质，有利于实现该种协议的目的。主要基于以下几点考虑：

第一，法律规定优先。行政诉讼法已经明确将政府特许经营协议等公私合作协议纳入行政诉讼受案范围。行政诉讼法的规定具有排除民事诉讼管辖的含义。不能认为政府特许经营协议可以通过行政诉讼救济，也可以通过民事诉讼或者仲裁途径救济。这一内容和政府采购法的规定不同。政府采购法中规定的政府采购合同具有公法性质，但是法律已经明确将政府采购合同纠纷纳入民事诉讼途径解决，就排除了行政诉讼的管辖。在政府采购纠纷中，只有主管部门作出的“具体行政行为”才属于行政诉讼受案范围（例如该法第五十八条规定，只有投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服的，可以提起行政诉讼）。《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例》（征求意见稿）也采取了这种理解，并在第四十一条规定，对政府有关部门作出的与合作项目的实施和监督管理有关的具体行政行为，社会资本方认为侵犯其合法权益的，有陈述、申辩的权利，并可以依法提起行政复议或者行政诉讼。这一内容实际上沿用了政府采购法的做法，但是政府采购合同是按照民事诉讼予以救济，行政诉讼可以作为例外。以政府特许经营协议等公私合作协议已经明确排除了民事诉讼的管辖，这一内容显然与法律规定相悖。

第二，公共利益优先。公私合作协议的目的在于实现公共利益，实现政府对公众的服务职责。前已述及，公私合作协议中，代表公共利益的行政机关和私方合作者并非处于并列的关系。公私合作协议中，公共利益是首要的，是目的性质的；私方合作者的利益是次要的，是手段性质的。公共利益的受益者不是政府，而是政府提供公共服务的对象——公民、法人或者其他组织。大陆法系国家的行政法学，特别是法国的行政法学，早在一百四十多年前就从“公共权力学说”转向了“公务学说”。行政机关提供公共服务，成为行政法学的重要内容。公私合作协议中的公共利益，体现为行政机关需要提供公共服务，体现为公民、法人或者其他组织享有政府提供的公共服务的权利。我国台湾地区台北高等行政法院在 ETC 案判决中对于民间参与公共建设投资契约的公法属性阐述非常清晰：“投资契约在政府管理监督及调整契约内容机制上，具公权力行使之性质，此一见解，应不能退让，否则攸关全民利益之公共建设，只要依促参法决标后，其后之建置营运阶段，即依民事法契约自由原则，其得为标之营运建置又如脱缰不受政府管控，殊非全民之福，亦有损政府施政威望，自非法解释所应为。”可见，这类协议的公法属性决定了其优先于私方合作者的私人利益。

第三，监督行政优先。长期以来，我国的公共服务事业采取的是国家垄断式经营，普遍存在经济亏损、财政负担重、生产效率低、服务质量差等弊端。公私合作协议之所以为发改委、财政部所力推，与当前经济形势下行和财政减收、公共服务供给不足、地方债务沉重等有着直接的关系。但是，公私合作的根本目的是采取公私合作的方式，提升公共服务水平，保障国家和社会公共利益。公私合作协议的公共性是第一位的，在强调公共性的同时也要注意尊重社会资本方的权利保障。基于其公法性质，必须强化对行政机关的法律监督。公私合作协议的行政协议性质，不是为了体现和强化行政机关在协议中的某种特权地位或者优益地位，而是为了强化对行政机关的监督。如果将公私合作协议中的行政机关视为民事合同一方当事人，则意味着行政机关具有对公权力的处分权，具有对公共服务的处分权，这是不符合行政协议的目的的。行政机关在行政协议中的权利与职责相统一，与义务相统一。公私合作协议中，如果将公私合作协议视为民事合同，就意味着允许行政机关随意处分权力，随意放弃职责。例如，在政府特许经营协议中，政府有必要对私方合作者提供的公共服务进行监管，这种监管是为了公共利益，属于

其法定职责。将公私合作协议视为民事合同，就会导致重视私方合作者利益的保护，忽视对公共利益和公共服务的维护。司法实践中，一些收费大桥在特许经营协议规定的内容以外还要收取过路费，其根本原因就在于行政机关将公私合作协议视为民法上的交易行为，忽视对私方合作者的监督，漠视私方合作者对公众的侵权行为。

第四，完全管辖优先。公私合作协议应当从民事诉讼途径予以救济还是通过行政诉讼途径予以救济，实际上还涉及法院的职权配置的问题。从域外的经验来看，法国对公私合作协议具有完全管辖权。即法国行政法院的法官具有广泛的权利，可以撤销、变更、重新决定行政机关的行为，可以判决行政机关赔偿损失。我国《行政诉讼法》第十二条规定，对于行政机关“不依法履行”“未按照约定履行”“违法变更、解除”行政协议的，属于人民法院行政诉讼受案范围。第七十八条规定，人民法院针对行政协议案件可以判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失、补偿等。从行政诉讼法的规定来看，我国的行政诉讼对于行政协议纠纷属于完全管辖。法院针对的行政协议纠纷并非仅是行政协议案件中的“行政行为”，而是所有的行政协议纠纷。公私合作协议通过民事诉讼途径解决尚缺乏法律上的管辖依据。

第五，救济实效优先。选择通过私法诉讼还是公法诉讼解决纠纷，还要看哪一种诉讼途径更有实效。在国际上，对于私方合作者的司法保护较民事诉讼更为充分。为了保障私方合作者的利益，有的国家赋予私方合作者较民事合同当事人更为优越的法律地位。例如，法国行政法院1916年作出的波尔多煤气公司案的判决，确立了所谓不可预见理论。在民事合同中，当出现经济危机、战争时，这些不可预见的事件带来的后果不会对合同义务产生影响。但是，在行政协议下，由于涉及公共服务的持续性，可以对行政协议进行调整。在波尔多煤气公司案件中，由于“一战”引起的煤价上涨，煤气特许经营商如果不想破产，就必须调整特许经营协议的价格。法国行政法院最终判决行政机关给予特许经营商适当补贴，使其继续履行协议，这在民事合同中是不可想象的。从我国行政诉讼法和民事诉讼法的规定来看，民事诉讼审理对象针对的是原告的诉讼请求，行政诉讼审理对象针对的是被诉行政行为的合法性以及原告的诉讼请求；民事审判法官不能依据行政诉讼法的规定审理行政案件，行政审判法官既可以依据行政诉讼法的规定审理行政案件，还可以根据民事诉讼法、合同法等法律规定一并审理相关民事争议。这就是说，

在诉讼管辖权上，行政法官既可以审理公私合作协议中的行政行为纠纷，也可以审理公私合作协议中履约纠纷。而民事法官对公私合作协议中的行政行为等行政纠纷没有相应的审理权力。在救济实效上，通过行政诉讼能够更全面地维护公共利益，确保公共服务的质量，保障私方合作者的协议利益。

二、作为行政协议的公私合作协议的基本内容

从公私合作协议的主体来看，“公”是指行政机关、法律法规规章授权组织以及行政机关委托的享有公共服务职能的组织；“私”是指公民、法人或者其他组织（例如私人企业或者民间企业等）。明确公私合作协议的内容，公私合作双方的权利义务关系，有利于深入探讨协议的内部结构和法律问题。

（一）行政机关的法定义务

如前所述，行政机关与私方合作者之间的法律关系属于行政法关系。除了双方关系之外，还存在与第三方的关系。第三方主要包括两个方面：一是在协议签订阶段的竞争权人。公私合作协议一般要通过招标、竞争性谈判等方式选择特许经营者。这就存在公私合作协议签订时的竞争权人的问题。行政机关在此阶段需要遵循公开公平公正的行政程序原则。二是协议履行阶段的消费者。无论是行政机关，还是私方合作者，其最终的服务对象是以消费者形式表现出来的公民、法人或者其他组织。因此，由于存在程序制约，存在公共利益的考量，存在第三方利益的保护，行政机关与私方合作者在行政协议中的权利义务，并不具有完全的处分权，并不能实行完全的自愿等价原则，而是要受到行政法的制约。公私合作协议双方必须履行约定义务之外的法定义务。

对于行政机关而言，首先要履行公私合作协议项下的约定义务。除了约定的义务之外，其具有的法定义务主要是监管义务。一般来说，行政机关需要通过制定不同的行业技术标准、公共服务技术规范、加强对公共服务质量和价格的监管。我国相关政策规定只是泛泛提到了行政机关的监管权力，没有具体明确的、具有可操作性的条款。行政机关逃避监管职责，可能导致公共利益受损，也可能导致法院无法审查其所具有的监管职责。境外（例如德国）非常强调公私合作协议中行政机关的监管权力，明确规定该类协议中缺乏监管条款，协议无效。一般包括：质量监管义务（确保公共服务符合质量