

國立交通大學

工學院工程技術與管理學程

碩士論文

公共建設民間投資契約性質之比較分析

---從公私協立觀點看司法判決

**A Comparative Analysis of Contractual Properties
of Private Participation Infrastructure Projects
---Empirical Analysis of Taiwan Courts' Decisions
in Public-Private Partnership**

研究生：宋昭賢

指導教授：黃玉霖博士

中華民國九十八年十月

公共建設民間投資契約性質之比較分析
---從公私協立觀點看司法判決

**A Comparative Analysis of Contractual Properties
of Private Participation Infrastructure Projects
---Empirical Analysis of Taiwan Courts' Decisions
in Public-Private Partnership**

研究生：宋昭賢

Student：Chao-Hsien Sung

指導教授：黃玉霖

Advisor：Yu-Lin Huang

國立交通大學
工學院工程技術與管理學程
碩士論文

A Thesis
Submitted to Master Degree Program of Engineering Technology and Management
College of Engineering
National Chiao Tung University
in partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of
Master
in

Engineering

October 2009

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十八年十月

公共建設民間投資契約性質之比較分析

---從公私協立觀點看司法判決

研究生：宋昭賢

指導教授：黃玉霖博士

國立交通大學工學院工程技術與管理學程

摘要

促參法在民國八十九年制定，其精神為提昇公共服務水準，加速社會經濟發展，並促進民間參與公共建設。施行至今已有許多案例，並經法院引用促參法第五十五條將施行前政府依法公告徵求民間參與案件亦適用促參法規定，使促參法成為規範政府與民間投資間權利義務之基本法，並影響促參法實施前所有案件。

公共建設通常具有壟斷性質，工業革命後為避免財團壟斷基礎公共建設人民無法與之對抗，由政府投資公共建設以保障公共利益。但高度的民主過程中直接民主-選舉，讓政治人物一面不斷擴大公共建設一面減稅，未有良好評估，造成政府財政負擔過大；另因公共事業或公營事業因在長期保護下效率不彰為人民所詬病。所九 0 年代以民營化及公私合夥成了政府治理的新方向，在“新的治理”觀念形成下行政機關不需也不必成為公共服務的唯一提供者。公私合夥的基本機神在講求對等、效率及風險分擔，以往高權之行政觀點在此應有調整必要，而政府可以退去執行的角色，但在指導及公平選擇公共服務的責任是加重的。如何慎選民間投資人、如何由投資人間競爭獲取最大公共利益是新的治理重點，評估與程序是執行民間投資公共建設案件公部門所掌握，在促參法中以第一階段甄審過程作為規範，其甄審決定在國內學者及實務除少數外皆認同其具“行政處分”之效果。

第二階段投資契約部份到底屬“民事契約”或“行政契約”則引起許多不同看法，而契約性質判斷亦影響將來契約的效力及司法救濟，甚至於執行公務的角色。而投資契約對促參案件的影響常有學者稱之為“王”，它是規範政府與民間及民間與民間“契約叢”權利義務之起點。有稱促參案件常伴隨公權力的介入故應由政府積極介入，自得保留高權行為得以控制契約；有稱促參案件投資金額大、期間長是另一特色，若動輒以調整契約為手段對其穩定性及法律風險有過多不利影響並違反公私合夥基本精神，到底誰是誰非。本研究試著從國內判決中尋找個案對契約性質的判斷及其影響，比對學說及其他國家實施方式，希望不要以純粹之法律觀點討論契約性質，提出看法希望能有利促參案件執行並得以避免以“契約自由”原則出賣公權力等疑慮。

關鍵字：促參法、民間參與、公私協力、投資契約

A Comparative Analysis of Contractual Properties of Private Participation Infrastructure Projects ---Empirical Analysis of Taiwan Courts' Decisions in Public-Private Partnership

Student : Chao-Hsien Sung Advisor : DR.Yu-Lin Huang

Master Degree Program of Engineering Technology and Management
College of Engineering

National Chiao Tung University

Abstract

Laws for promotion of private participation in infrastructure projects was set up in 1990. Its purpose is promote quality of public service and economic development, and purpose development of the private participate in infrastructure projects. laws for promotion of private participation in infrastructure projects had be bring into practice and there are many cases about that, and quote the 55rd of laws for promotion of private participation in infrastructure projects let the cases that are the govern accord to the rules to solicit private participate in infrastructure projects also conform with laws for promotion of private participation in infrastructure projects before the laws for promotion of private participation in infrastructure projects were bring into practice by the court, that make laws for promotion of private participation in infrastructure projects became the basic law for the rights and duties between government and private, it also had effects to the cases executed before laws for promotion of private participation in infrastructure projects promulgated.

Infrastructure usually have monopolistic property, After industrial revolution, for avoid syndicates monopolize Infrastructure make the folk can not resist them, invest Infrastructure by government to protect benefit of public. But in the process of high degree democracy, the direct democracy make the people participate in politics participate in politics expand Infrastructure and reduce taxes, did not make a faultless estimation, lead the government's to bear too much finance burden. People censure the low efficiency of the public undertakings or publicly-operated

undertakings because of they are under the protect from government for a long time .As that, run the public undertakings by the private and government enter into partnership with private became a new aspect ,departments of government need not to be the only one of public service provider under ‘governance’. The basic object of government enter into partnership with private is reciprocation, efficiency and share the risks , the point of view about ‘top-down’ in the past should be adjust ,and government could not to play the role of executants, but the duty on guidance and choose public service is get more weight. How to choose the investor carefully from privates, and how to get the maximum public benefit between the investors is the new manage point, the estimate and procedure are under control from government, in laws for promotion of private participation in infrastructure projects, it take the evaluative process in the first phase to be the rule, most of scholars think its decisions from evaluation is have effect for administrative disposition.

In second phase, the property of contract is civil or administrative contractual bring many kinds argument, and that also affect the efficacy and judiciary relief even the roles in the execute process. Scholar defined the effects of Invest contracts to promotion of private participation in infrastructure projects “King”, it is the starting point that set rules about rights and duties for government to private and private to private contractual. Someone said that civic rights usually intervene in cases of PPP and the government should intervene in them. so that can retain state power to control contracts; Someone said that cases of PPP involve great fund and long time for operation is the other feature, if adjust them casually would bring more bad effects to stable property and risks of judicature and violate the basic objects of partnership between government and private, which one is right and which one is wrong. This research try to find the decisions and effects to properties of contracts from the cases, and compare with theories and operate ways of other countries, hope not discuss the properties of contracts by law point only, and recommend attitudes hope that could have benefits for operation of PPP cases and avoid violating state power by freedom of contract.

Keyword : Promotion of Private Participation , Public-Private Partnership ,
Contractual Properties

誌 謝

距離我上次領畢業證書已有 22 個年頭，感謝有現在這樣的機制讓我得以重回校園，獲取新的養分或者說是在競爭的職場中獲得片刻休息與寧靜。在前兩年工作較空閒時，常下午三、四點就提早到學校尋找交大十景，雖然它實在不是很突出，但能讓我在校園中漫步有徹底放鬆心情的機會，看著來往的學子羨慕他們有著親切的笑容和清新的身影，忘卻職場的壓力，這時彷彿吸一口空氣都是甜的，這是多麼奢侈的日子。

回首來時路，年輕時不懂得珍惜老師的教導，藉口認為學的已經差不多了，就輕易地放下學習的機會離開校園。在職場上獲得許多支持，我想也有資格對自己說我真的很努力，珍惜每一分鐘，也讓自己的生活很燦爛。而取得交大碩士學位，或許是我對 28 年前辜負父親期望放棄升高中而進專科的一個交代，這麼長的時間我一直不敢忘懷您對我的期許。另外我慈祥的老媽、賢慧的老婆、聽話的兒子、貼心的女兒我也要真心感謝你們給我精神上的支持。

在論文寫作過程中，感謝黃玉霖教授的指導、洪士林教授及林欽榮教授的意見、吳永照教授及葉張基律師最後的指導，尤其葉律師百忙之中仍逐字圈選錯誤，提供意見，對於我這個法律門外漢給予最大支持。而在交大學習過程除了上述這些老師給我很多知識外，還要感謝陳春盛教授、陳瑞順教授、林國安教授等對我的傳授。當然還有懷念和我在一起修課的同學提供給我資料與相互支援，以及在論文討論中一起努力的俊傑、銘欽、姿伶，當然那位網路知名作家君琳，若不是你急著畢業拖我一起完成論文口試我想我會在拖上一段時間，總之最感謝你，麻煩在你的小說中不要把我影射成為.....。

「林子裡有兩條分歧的路，我選擇了那人煙稀少的一條，而這也改變了一切。」感謝在我人生道路上，陪著我走過一段段美好路途的同伴，因為你們的存在讓我有喜、有憂，我的生命也因此燦爛而有價值，感謝愛我的人和我愛的人。

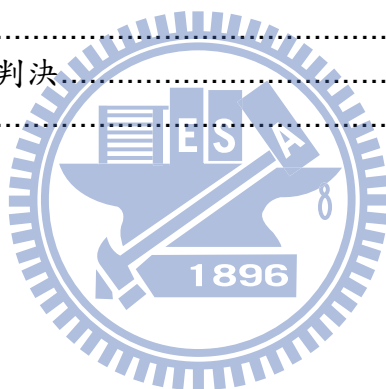
2009 年 · 重陽 · 凌晨三點 · 于台北

目 錄

中文摘要.....	I
英文摘要.....	II
誌謝.....	IV
目錄.....	V
圖目錄.....	VIII
表目錄.....	IX
第一章、緒論.....	1
1.1 研究動機.....	1
1.2 研究目的.....	2
1.2.1 投資契約性質的爭議.....	2
1.2.2 投資契約性質的爭議下的因應.....	2
1.3 研究範疇.....	2
1.4 研究方法與流程.....	2
1.4.1 文獻蒐集方法.....	3
1.4.2 實務意見彙集.....	3
1.4.3 研究流程.....	3
第二章、現代治理與公私協.....	4
2.1 現代治理中政府職權的轉變.....	4
2.2 治理觀點下的公私協力.....	5
2.3 公私協力成功要件與困境.....	8
第三章、我國公共建設民間投資的法制設計.....	9
3.1 公共建設民間投資的法制的演進.....	9
3.2 促參法之管制機構.....	11
3.2.1 主辦機關與主管機關.....	11
3.2.2 民間機構.....	12
3.3 促參法管制方式.....	12
3.3.1 法令規定之管制.....	13
3.3.2 投資契約之管制.....	14
3.3.3 次契約之管制.....	15
3.4 爭議解決機制.....	15

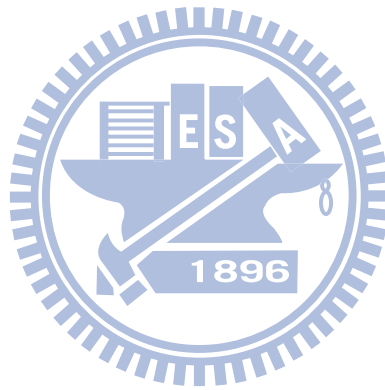
第四章、BOT投資契約性質學說觀點分析.....	17
4.1 雙階段理論.....	17
4.2 民間投資契約性質國內學者之學說.....	18
4.2.1 民事契約說.....	21
4.2.2 行政契約說.....	22
4.2.3 混合契約說.....	23
4.2.4 各別認定說.....	23
第五章、目前司法單位對民間投資契約性質議判斷及判決分析.....	25
5.1 ETC判決前法院審議判斷及判決概述.....	27
5.1.1 台灣高等法院判決八十九年度上更字第 00124 號.....	27
5.1.2 高雄高等行政法院判決九十二年度訴字第 00569 號.....	29
5.1.3 台北高等行政法院判決九十二年度訴字第 00721 號.....	31
5.2 ETC審議判斷及行政法院判決概述.....	33
5.2.1 台北高等行政法院判決九十三年度訴字第 02157 號.....	34
5.2.2 台北高等行政法院判決九十四年度停字第 122 號.....	37
5.2.3 台北高等行政法院判決九十四年度訴字第 752 號.....	39
5.2.4 最高行政法院判決九十五年度裁字第 0725 號.....	42
5.2.5 最高行政法院判決九十五年度判字第 01239 號.....	43
5.3 ETC判決後法院審議判斷及判決概述.....	45
5.3.1 臺灣高等法院(刑)判決九十五年度上訴字第 03840 號.....	45
5.3.2 台北高等行政法院判決九十五年度訴字第 02710 號.....	47
5.3.3 高雄高等行政法院判決九十六年度全字第 00020 號.....	51
5.3.4 高雄行政法院判決九十六年度訴字第 00359 號.....	53
5.3.5 台灣高等法院高雄分院(刑)判決九十六年度矚重上訴字第 3 號.....	56
第六章 民間投資公共建設國外經驗與趨勢.....	60
6.1 英國辦理之方式及新進發展.....	60
6.1.1 從“促進公共事務實施PFI”到“公私合夥PPPs”之推動歷程.....	60
6.1.2 英國PFI之成效、特性、分期演進以及經驗.....	61
6.1.3 英國推動PPPs之成效、制度核心與成功要件.....	63
6.2 德國辦理之方式及新進發展.....	66
6.2.1 德國辦理PPPs之背景及發展.....	66
6.2.2 德國辦理PPPs之類型及特性.....	67
6.2.3 德國辦理PPPs之方式.....	68
6.2.4 德國辦理PPPs法制之新進發展.....	73
第七章 結論與建議.....	75
7.1 結論.....	75

7.1.1 行政機關之角色與行政權的轉變.....	76
7.1.2 甄審決定公告為行政處分.....	77
7.1.3 投資契約之性質為民事契約.....	78
7.2 建議.....	79
7.2.1 公共建設民間投資效益評估.....	79
7.2.2 公共建設民間投資相關程序瑕疵之後續處理機制.....	80
7.2.3 公共建設民間投資議約程序不得變更之項目.....	80
7.3 後續研究發展方向.....	81
7.3.1 由經濟模型討論公共建設民間投資效益與公共利益.....	81
7.3.2 民間參與社會福利設施及營建相關公共建設強制接管營運辦法分析.....	81
7.3.3 公共建設民間投資公告之投資契約草案與正式簽訂之投資契約比較.....	81
參考文獻.....	82
書籍.....	82
期刊論文.....	82
學位論文.....	83
申訴審議判斷與法院判決.....	83
其他.....	84



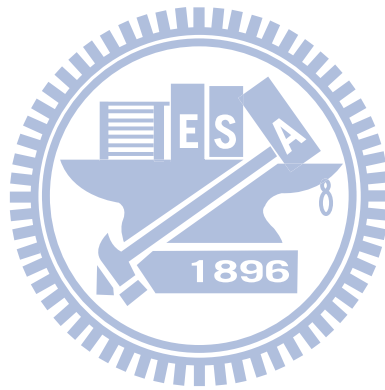
圖目錄

圖 1.1 研究流程.....	3
圖 3.1 一般特許公司所立之契約關係圖.....	15
圖 3.2 促參案件申請及審核爭議之法條走向.....	16
圖 6.1 英國公私合夥節省圖.....	61
圖 6.2 德國PPPs辦理階段流程圖(五階段).....	69
圖 6.3 德國辦理PPPs與效益評估架構階段圖.....	71
圖 6.4 競爭對話架構圖.....	72



表目錄

表 2.1 治理與統治概念比較表.....	5
表 2.2 傳統公共行政、新公共管理與新公共服務比較表.....	6
表 2.3 公私合夥光譜.....	7
表 4.1 BOT案雙階段論程序表.....	17
表 5.1 一般法院民、刑庭對投資契約性質的判斷.....	25
表 5.2 行政法院對投資契約性質的判斷.....	26
表 5.3 法院對ETC重要判決.....	33
表 6.1 英國各級政府機關之公私合夥政策推動的方法和現況表.....	62



第一章、緒論

1.1 研究動機

回顧台灣近兩年來民間投資於公共建設與民眾直接接觸指標個案，「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」（以下簡稱ETC）、「徵求民間機構參與興建暨營運台灣南北高速鐵路」（以下簡稱高鐵案）、「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設」（以下簡稱高捷案）相繼完工營運，伴隨而來的爭議每每成為新聞的頭條。政治紛爭或許是其中一項因素；但法律的爭議卻是將來公私協力最大的絆腳石，ETC營運契約在台北高等行政法院認定為行政契約；ETC也因法官認定協商程序違反平等、公益原則撤銷最優申請人之處分；高捷案高雄地方法院閃躲公法、私法的爭議，認定被告為依據法令從事公務之人員以收受賄賂罪判決¹。這些案例有許多學者立即表示不同意見，但媒體僅依本身立場唱和未能讓民眾有正確了解，就此“BOT”背負政商勾結的污名難以洗卻。

傳統政府有一套完整而正式的組織架構，透過此一組織政府擁有管理公共事務的絕對權力，並承擔決策的成敗責任，這個「統治」的概念也是目前國內大多數公務人員奉之圭臬。美國學者歐斯本（Osborne）及蓋伯勒（Gaebler）在所著的「新政府運動」（Reinventing Government, 1992）一書中提出「企業型政府」的模式，勾勒出精簡、分工、創新、富於競爭性的政府機構。而所謂的「企業型政府」，簡言之，即是「時時以最新的方法運用資源來提高效能與效率者」。1990年「財政節約」、「民營化」、「市場自由化」成為「華盛頓共識」的三大支柱。二十一世紀國際間對政府的職權有著相當大的轉變，不管從經濟面或效率面來看，政府對於愈來愈複雜與多元的公共事務已難以單獨處理，公部門不再是所有公共事務提供者的腳色，轉換為替人民採購公共事務，公私協力是一個無法阻擋的趨勢。在「治理」的概念下，政府不是唯一的權力中心，轉換為促進不同組織之間的互動，並日趨整合與引導的角色；重視效率與責任，並強調政府與民間、公部門與私部門之平等合作。

我國於民國83年制定「獎勵民間參與交通建設條例」並推動高鐵BOT，及高捷BOT等民間參與案件，89年為擴大民間參與制定「促進民間參與公共建設法」推動ETC、民營電廠、污水處理等BOT案件。行政院於91年底成立「促進民間參與公共建設推動委員會」，積極推動各部會及地方政府全面展開促參業務，並加速協調解決涉及跨部會的投資障礙。在行政院大力推動下民間參與公共建設金額92年度民間投資金額為624.7億元，較91年度（72.7億元）大幅成長逾8倍，93年度民間投資額度更高達1306.5億元；但95年度民間投資額度萎縮為312億，96年預估694億。民間投資金額減少除經濟因素外，廠商必須額外負擔政治風險與法律風險更是民間裹足不前最重要的因素，在司法機關對投資契約性質認定尚有多重意見，甚至於短期無法確定時，行政單位應有更積極的作為

¹ 二審高等法院高雄分院(刑)96,矚上重訴,3判決改以背信罪，本論文第56頁。

以突破現有困境。

1.2 研究目的

甄審之決定、投資契約之性質，相關的處分與判決結果影響投資案的效力，各學者論述皆有其理論基礎；民間參與公共建設所涉及經濟及法律之知識領域頗多，在國內公共建設投資之金額不僅佔工程相當大之比例，而且負責推動之基層人員往往多為工程人員。但在爭議過程中政府主辦機關宜尋求減少社會衝擊、維持法律公正之處置方式，故本研究主要的目的不討論艱澀法理與經濟模式，直接比較學者論述之結果，在合適的法律架構下，重視公私合夥（Public Private Partnerships）的精神，以平等原則下就目前爭議提出合理可行的處理辦法，再探討所選定的處理方式之理論基礎，以釐清個案的投資契約性質。

1.2.1 投資契約性質的爭議

ETC的訴訟爭議在最高行政法院九十五年裁字第七二五號判決告一段落，但判決書卻引起更大爭議，促進民間參與公共建設法立法者似乎較主張把投資契約定義為民事契約〈促參法第十二條〉，但判決認定為行政契約；判決中取消最優申請人資格的最主要理由是甄審過程違反平等、公益原則，此部分被學者批評侵犯行政權。一份看似簡單在於經濟活動的投資契約，牽扯出司法權與立法權及行政權等國家基本權力的衝突，這些因素已非精專於法理的工程人員所理解，但工程專業人員卻常因以往公共工程採購經驗成為促參案件承辦人員，法律的爭訟讓承辦人員更擔心捲入圖利的刑事調查或訴訟，促參案件急速減少是必然結果。

1.2.2 投資契約性質的爭議下的因應

在政府財力拮据的狀況下，促參案件的推動有著極大的外部效應，行政單位無法就此停止提出新的促參案件；促進民間參與公共建設法的制定，其重點在本就在促進民間機構投入，而民間機構對股東最主要的責任就是獲利，促參立法時利用優惠、減稅等等誘因吸引民間投資，承辦人員卻因有著圖利的風險而阻卻承辦的意願，主辦機關於訂定投資契約時又以充滿保護主辦機關的思維，這些問題在司法尚未有所定見時，中央主管機關似乎更應積極本著公私合夥平等協商的精神，修正調整目前流程與契約，讓主辦機關及民間機構能排除不必要法律風險。

1.3 研究範疇

從我國目前法律架構探討投資契約在整個投資案中的地位與關係，整理分析司法單位判決中，對投資契約定性的看法與演變；判決形成後對民間投資公

共建設的影響與衝擊。以及國外實施民間投資公共建設之工具手段與實施效應。並對照目前目前大多數學者對投資契約性質之學說與法院判決研擬出一套分析流程，以兼顧法律基礎及公眾利益為目標，作為將來後續處理促參案件可操作的流程。

1.4 研究方法與流程

1.4.1 文獻蒐集分析

本研究論文蒐集與整理、分析與歸納之國內外文獻資料，包括下列幾項：

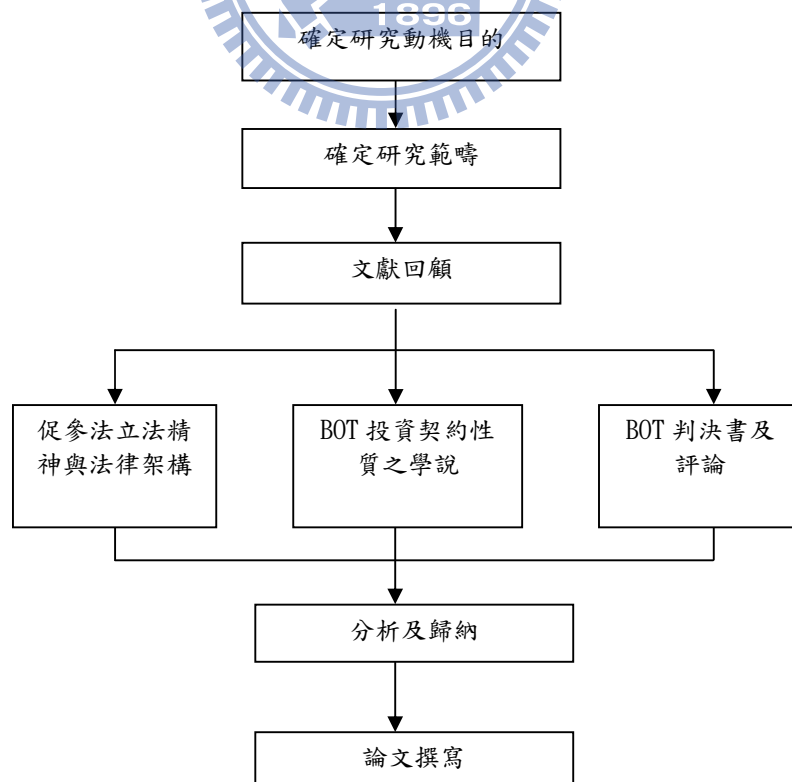
- 一、我國公共建設民間投資之法律依據。
- 二、公共建設民間投資契約性質學者之學說比較。
- 三、國外公共建設民間投資之經驗與趨勢。

1.4.2 實務意見彙集：

本研究是以我國司法審判對公共建設民間投資契約性質之判斷，歸納相關判決的論述，推理出演變及可能衍生之問題，提出適當處置方式之建議。再以所選定的處理方式，及其所代表的理論基礎，回歸投資契約內容，進行投資契約性質的探討。

1.4.3 研究流程：

圖 1.1 研究流程



第二章、現代治理與公私協力

2.1 現代治理中政府職權的轉變

隨著科技的更新與技術的進步，時間與空間的藩籬已經被完全打破，多元價值普遍存在社會各角落，政府必須應付的問題日益複雜，企圖以「統治」或防弊之傳統型政府也面臨極大挑戰與解構。工業革命時代發展出來的那種政府，由於官僚體制本身怠惰又集權，總為成規定見所縛，加上只注重法令規章和層級指揮，它們已經不能有力運作。當年彪炳的功勳如今已逐漸離我們遠去；他們變的虛浮、浪費、沒有效率、不能因時推移。一百年前德國社會學家韋柏(Max Weber)描述「官僚主義」：「官僚機構之所以能夠全速演進實在是有原因的；因為它具有最大的技術優勢，絕非其他任何組織機構所能比擬。精確、迅速、不模稜兩可，減少了爭端磨差和人力物力上的浪費……」它傳達一種理性、有效率的組織方式，取代了執政者任意濫用的權威，把「生產線」的邏輯帶進政府運作。

杜拉克(Peter Drucker)在「不連續的年代」(The Age of Discontinuity, 1986)一書中寫道：「任何企圖把『治理』和『作事』大肆合併的努力，都會使使決策陷入癱瘓。任何企圖使決策機構實際『作點事』的努力，也往往成效不彰，因為它不是設計來做這些事的。」傳統政府太埋首於划行，而忘了導航。如果政府要有效的導航，就必須讓別人多作一點划船的工作；專注於導航的政府，會積極主動的去塑造城市、社區和國家作更多的「政策」決定²。

一九八二年美國陷入經濟大恐慌以來最糟的一年，再極重的財政壓力下，州政府和地方政府的領導者別無選擇，只有改變做事的方式，開始大力提倡「公私合夥」來提供多樣服務。而政府和企業是根本不同的機構。企業的領導人以追求利潤為目標，政府的領導人則以爭取連任為工作動機；企業收入多數來自顧客，政府的經費則多數來自納稅人；企業背後有競爭壓力驅使，而政府卻往往坐待獨佔。

「公共部門」在政策管理、制定規章、確保平等、防止歧視、確保服務的持續與穩定、促進社會和諧上，比企業做的更好。「企業界」則長於執行經濟任務、創新、仿效、適應急遽改革、廢除失敗或過時活動，以及執行複雜或技術性的計畫。「企業型政府」開始想要轉化體制，把決策與提供服務劃分開來。如同當時紐約州長郭謨(Mario Cuomo)所言：「政府的職責並非提供服務，而是保證會有服務。」

伴隨著環境的複雜性與多元性，政府機關必須採取新的治理模式，一方面強調強調社會政治體系的管理需求功能；另一方面同時重視政府機關本身的治理能力。政府機關若能結合民間社會豐沛的力量，並維持治理需求與治理能力

² David Osborne & Ted Gaebler, 新政府運動，劉毓玲譯，第 44 頁，天下文化，台北，民國八十二年。

之間的動態平衡，將可有效處理治理危機³。

傳統政府太理首於划行，而忘了導航。如果政府要有效的導航，就必須讓別人多作一點划船的工作；專注於導航的政府，會積極主動的去塑造城市、社區和國家作更多的「政策」決定。而「企業型政府」開始想要轉化體制，把決策與提供服務劃分開來。「公共部門」在政策管理、制定規章、確保平等、防止歧視、確保服務的持續與穩定、促進社會和諧上，比企業做的更好。「企業界」則長於執行經濟任務、創新、仿效、適應急遽改革、廢除失敗或過時活動，以及執行複雜或技術性的計畫。David Osborne 和 Ted Gaebler 進一步提出十項原則作為政府機構在公共管理上所應更新的觀念：1. 指導性 2. 社區自主性。3. 競爭性。4. 任務性。5. 效率。6. 顧問導向。7. 企業性。8. 預見性。9. 權力分散。10. 市場導向⁴。

國內學者近年來對政府功能亦提出多種呼籲，也看到政府部門因應時代改變擬在制度的調整與元官僚體制不段衝突，故面對這些新的挑戰國家政府機關的角色乃在於 1. 經理國家存在性所繫之國家主權與們主社會主權。2. 有效分配財政資源收入。3. 與地方尋求合夥協力關係，促進地方經濟自主發展。4. 強力統合資訊並推動資訊平台建置與聯繫網絡，以因應數位世紀之競爭。5. 整合經營政府與民間社會體系與民間組織之有效互動運作機制。6. 具備系統策略性思維能力植入於政府運作機制，以因應時趨與技術之不段變遷⁵。

2.2 治理觀點下的公私協力

事實上治理(governance)是從統治(governing)過程中發展出來的一種模式，史茂思(M. C. Smouts)認為治理具有四項特質：1. 它不是政治系統、也不是活動、而是一種過程。2. 強調相互調適關係，而非主宰。3. 同時包括公私部門。4. 強調持續的互動⁶。

表 2.1 治理與統治概念比較表⁷

	治理	統治
特質	強調過程	強調制度
途徑	強調由下而上	強調由上而下
參與者	公私部門(第三部門)	公部門
參與者關係	權力互賴	命令服從
領導方式	注重領導	注重權威

伴隨著新的治理觀念的產生，原來為防止工業革命後大資本控制必要設施

³ Jon Pierre & B. Guy Peters, 治理、政治與國家 (Governance, Politics and the State)，孫本初審訂，第 77 頁以下，智勝，民九十一年。

⁴ David Osborne & Ted Gaebler, 前揭書，同註 1 第 5 頁，。

⁵ 林欽榮, 城市空間治理的創新策略，第 56 頁，新自然主義，民國九十五年。

⁶ 陳恆鈞, 治理互賴與政策執行，第 88 頁，商鼎文化，民國九十一年。

⁷ 楊信洲, 「公私協力應用於閒置空間再利用之研究-以花蓮縣七星柴魚博物館為例」，國立東華大學，碩士論文，第 17 頁，民國九十五年。

造成壟斷產生之公營事業、特許事業，在新的時代常是效率不彰的代表機構，這些機構在因為政府慢慢嘗試開放進而提高其效能及競爭都有不錯效果。大規模民營化於1970年代英國保守黨執政後將公營事業民營化作為重點工作，民營化在英國成功後，世界先進國家無不相繼推行，民營化成為一股世界潮流。伴隨著民間強大的資源與活力進入公營事業讓官僚的政府機構產生質變，這些民營化案件不僅減少了政府赤字，也因為競爭使民眾有更好更便宜的服務，政府再也不能亦不需總攬所有公共服務項目，所以必須去思考如何與民間合作，結合民間資源來滿足社會的需求，而提供公私協力無窮的合作空間，政府的角色從公共服務的提供者變為公共服務的監督者。

表 2.2 傳統公共行政、新公共管理與新公共服務比較表⁸

	傳統公共行政	新公共管理	新公共服務
初級理論與認識基礎	政治理論、社會與政治互補論政等社會科學	經濟理論、奠基於時正社會科學之複雜對話	民主理論、包括實證、詮釋與批判學派、後現代之知識途徑
理性與人類行為	有限理性、行政人	技術與經濟理性、經濟人、自我利益決策者	策略理性、理性的多元測試
公共利益觀點	法律的政治界定與表達	個人利益聚集代表	共用式價值的對談成果
公僕向誰負責	雇主與選民	顧客	公民
政府角色	操縱	導航	服務、輔導
達成政策目標的機制	既有政府機關的行政計畫	創造機制與誘因結構，以透過私人與非營利部門達成政策目標	建構公共、非營利與私人部門結盟，以符合對需求的相互同意
課責的途徑	層級節制	市場驅力	多面向
行政裁量	行政官僚有限裁量	為符合企業精神目標而廣泛裁量	有限且負責的裁量需求
假定性組織結構	在機構內與管制顧客之由上而下的官僚權威	分權式公共組織	內外領導共用的協力結構
公僕與行政官僚假定性動機	薪資與福利、公務員保障	公共企業精神、政府精簡	公共服務、企求貢獻社會

⁸ 楊信洲，上揭論文，同註7，第21頁。

公私協力因實際需求而興起，國內有將依各學者之研究歸納出公私協力發展的背景可分為三大趨勢與潮流演進：1. 民眾參與的興起。2. 公共管理型態的轉變。3. 民營化發展趨勢。而公私協力之理論基礎主要來自四項：1. 市場失靈理論。2. 政府失靈理論。3. 公民參與理論。4. 資源依賴理論⁹。

在全球化的衝擊、赤字預算的增加及公共服務日趨複雜下，國家政府的職權產生很大的變化，政府如何調整自我的角色重新為自我定義，不僅應尋求內部組資的精簡與節流，更要對外尋求新的資源分享與連結，經由公私協力的新融合關係促成水平式多元與多重的協力合作與選擇競爭。在這種視野下政府的「大」或「小」不在組織規模與員額多寡，而在「公共服務」職能的擴張與聯結；其宏觀的概念旨在讓「政治力」干預層面小一點，「行政力」執行效能高一點，「社會力」參與層面能更廣而深¹⁰。

公私協力可以採用多種模式，表 2.3 用光譜的形式來表示主要的類型，及公私有機構介入之強度。左方代表完全公營，右方代表完全私營，由左至右可分為政府部門、國有企業、勞務外包、營運和維護的外包或租賃(Operation and Maintenance Contract or Lease, O&M 合約)、合作組資、租賃-建造-營運(Lease Build Operate, LBO)、建造-移轉-營運(Build Transfer Operate, BTO)、建造-營運-移轉(Build-Operate-Transfer, BOT)、外圍建設(Wraparound Addition)、購買-建造-營運(Buy-Build-Operate, BBO)、建造-擁有-營運(Build-Own-Operate, BOO)。

表 2.3 公私合作光譜¹¹

政府部門	國有企業	勞務外包	營運和維護的外包或租賃	合作組資	租賃-建造-營運 LBO	建造-移轉-營運 BTO	建造-營運-移轉 BOT	外圍建設	購買-建造-營運 BBO	建造-擁有-營運 BOO
------	------	------	-------------	------	-----------------	-----------------	-----------------	------	-----------------	-----------------

← 完全公營 完全私營 →

公部門藉由公私協力將風險與私部門分擔，如果這些風險合理的被分配至最能有能力承擔該風險的合夥者，總體計劃的成本也將被降至最低。意味著隨風險而來的報酬與責任也應相當的予以分配，而這些分配可透過投資契約及投資團隊間的合作契約給予妥善安排，公私部門之間的關係是平等合作的關係，

⁹ 楊信洲，上揭論文，同註 7，第 14 頁。

¹⁰ 李宗勳，政府業務委外經營理論與實務，第 93 頁，智勝文化，民國九十一年。

¹¹ (美)Dr.E.S.Savas，民營化歷程：公部門・非營利・企業的夥伴雙贏之道，第 361 頁，黃煜文譯，五觀藝術管理，民國九十四年。

而不是上對下的高權利統治行為。而公部門必須顧及的公共利益，在選擇開發方式及甄選投資人實應特別予以規範與安排，以免產生圖利及出賣公權力之爭議。

2.3 公私協力成功要件與困境

事實上公私協力在新的治理觀念下是一種手段而不是目的，是過程並非結果，最終目的應為公共服務有效提供，社會資源充分整合，強化國家的競爭力。可見公私協力的核心精神不單是策略聯盟或契約化的協議，而是一種外源化的資源整合觀念，而外源化係指一個組織對外建立資源或支援網絡的作法。因此要達到成功的公私協力，學者 John Hailey 認為應包含五項關鍵特質：一、清晰的目的。二、互信及互敬。三、投入時間及資源。四、協商角色及責任。五、保持長期穩定的能力。另外學者 Malhotra 則強調過程公開及互惠的重要性，認為分享願景、適當時間建歷關係、開誠佈公與課責、誠心接受相互批評是公私協力成功的因素。Fowler 則強調互信是成功的基石，互信透過組織授能而彰顯於績效評估、資金來往、治理分享、公開的決策制定過程。而國內學者李建村則歸納認為公私協力的基礎要素有：一、高層承諾與支持。二、公開與信任。三、願景的共構。四、長期關係。五、積極行動與彈性。六、合作與全面品管。七、公平與規範。八、公民參與為基礎¹²。

而企圖以公私協力處理一切複雜治理問題卻是不不切實際，公共服務的提供常常習慣於由公部門提供，而其獨占性或寡占性與服務收費多寡又常為人詬病，參與競爭之投資人備標成本通常高居不下，最佳投資人決定後通常是糾紛的開始。故國內研究議題初期可能遇到的困境為：一、公私協力適法性與圖利疑慮的糾扯。二、協力參與者對彼此印象成見。三、協力參與者之間資訊無法公開流通。四、對於公共事務的認知差距。五、菁英壟斷與縉紳化現象¹³。

對台灣來說，實施政府公共事務「公私協力」最大困擾是常被批評為利益輸送，令執行的基層公務員裹足不前，因此事前的準備與規劃，主事者的道德標準及法規的周延與良好溝通以及透明的訊息揭露是我們要更為加強的功課。

¹² 楊信洲，上揭論文，同註 7，第 22 頁以下。

¹³ 楊信洲，上揭論文，同註 7，第 24 頁。

第三章、我國公共建設民間投資的法制設計

3.1 公共建設民間投資的法制演進

我國於西元 1960 年制定獎勵投資條例，第三條：「本條例所稱生產事業，係指生產物品或提供勞務，並依公司法股份有限公司組織之左列事業：……九、公用事業：為公眾需用之市區交通、電信、衛生、水利、自來水、電力、煤氣等事業。……」已將公共建設納入獎勵投資之範圍。事實上當時大多屬於公用事業民營化，或僅於公司化，或是解決人員過多問題成立特許公司作為保障，大部分特許權仍掌握政府之行政單位，如退輔會投資天然氣、客運公司等。特許權之核准未經競爭之機制產生，其後公權力直接介入公司之運作，故僅具有私法人之外殼，其仍未真正具有民間投資之內涵。西元 1987 年獎勵投資條例增列，公共設施興闢業：為投資興闢都市計畫範圍內之市場、公園、地下街、兒童遊樂場、停車場等公共設施之事業。

另民間投資公共建設一般較為熟悉之法律，為依據都市計畫法第三十條授權行政機關訂定之行政命令，如於西元 1980 年訂定「台北市獎勵投資興建公共設施辦法」、「臺灣省獎勵興辦公共設施辦法」，內政部於西元 2003 年之「都市計畫公共設施用地多目標使用辦法」¹⁴。此部分之規定雖名為獎勵但多為解決政府無力徵收公共建設用地，開放民間自行興建並營運管理，其條文內容多為限制投資人依據都市計畫許可之使用項目開發，作業之程序及營運後違反都市計畫法之處置，並無其他獎勵之工具，與其說是獎勵投資興建公共設施不如稱為，都市計畫公共設施用地由完全禁建鬆綁為可依公共設施設置之目的做有限度之開發。此種投資案通常規模較小但為數不少，法院之判決中亦多列為公共建設民間投資案件。

獎勵民間參與交通建設條例(下稱獎參條例)於 1994 年 12 月 5 日公布施行，其立法原由，依草案總說明：「由於國建交通建設計畫投資金額龐大，單獨仰賴政府預算來支應之傳統建設方式，勢已無法因應需要，因此必須仿效先進國家，藉由政府及民間共同參與之合作模式(如日本公、私部門相互合作之所謂「第三部門」；或如美國政府與民間所發展之「合夥關係」；或者如歐洲及東南亞所推行之政府許可「興建、營運後產權移轉政府方式」)，有效動員及運用民間資源，突破政府財力之限制，以加速交通建設之推動，解決交通服務供不應求問題。」。據前交通部劉部長兆玄在立法院報告：「當前交通建設在推動上最大的一個瓶頸之一即是財務問題……交通部門所需投資金額極為龐大，已非國庫所能獨立負擔。因此，必須針對交通建設具有一定自償能力之特性，有效動員及運用民間資源，來共同克服國庫財力之限制，突破交通建設之瓶頸¹⁵。」

¹⁴ 原都市計畫公共設施用地多目標使用方案，九十二年七月十七日停止適用。

¹⁵ 1993 年 11 月 3 日交通、內政及邊政、財政、經濟委員會聯席會議

獎參條例主要內涵，即由政府審核(核定)授予民間機構經營許可權，由民間機構投資，政府監督並提供民間機構用地取得與開發之便利及優惠，給予融資及稅捐上之優惠，經營許可期限屆滿，民間機構將現存所有全部營運資產，依原許可條件有償或無償概括移轉予主管機關。即為「興建—營運—移轉」之BOT(Build-Operate-Transfer)運作模式，制定法源依據。隨後台灣南北高速鐵路、中正機場聯外捷運、高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網等案件。

促進民間參與公共建設法(下稱促參法)於2000年2月9日公布施行，其立法原由，依草案總說明：「政府已於民國八十三年十一月制定「獎勵民間參與交通建設條例」(以下稱「獎參條例」)，以推動民間參與重大交通建設；並於八十四年八月選定二十二項重大公共建設，擬採取「興建—營運—移轉」(Build Operate Transfer, 下稱BOT)方式促進民間參與投資。為落實民間參與公共建設政策，確立推動此一法源，爰衡酌各國有關立法例與我國國情，並參照「獎參條例」相關規定，採通案立法方式(即擴大適用範圍)，以求立法經濟，並加強推動績效；本著「民間最大參與」及「政府最大審慎」兩大原則，採「促進」之意，對公共建設採廣義的定義，以加強民間參與意願……」。

促參法主要擴大獎參條例之適用範圍，促參法第三條規定「本法所稱公共建設，指下列供公眾使用或促進公共利益之建設：一 交通建設及共同管道。二 環境污染防治設施。三 污水下水道、自來水及水利設施。四 衛生醫療設施。五 社會及勞工福利設施。六 文教設施。七 觀光遊憩重大設施。八 電業設施及公用氣體燃料設施。九 運動設施。一〇 公園綠地設施。一一 重大工業、商業及科技設施。一二 新市鎮開發。一三 農業設施。本法所稱重大公共建設，指性質重要且在一定規模以上之公共建設；其範圍，由主管機關會商內政部、財政部及中央目的事業主管機關定之。」。並將民間投資之方式多樣化，促參法第八條第一項規定「民間機構參與公共建設之方式如下：一 由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府。二 由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。三 由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。四 由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。五 由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。六 為配合國家政策，由民間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運。七 其他經主管機關核定之方式。」。

獎參條例於促參法公布施行後停止適用新案，促參法將獎參條例實施之問題予以調整，並參考國外民間投資之法律，制定完整之法律架構是國內公共建設民間投資之基準法。目前各地方政府雖定有獎勵投資之自治法，如92制定高

雄市獎勵民間投資實施辦法、92 制定台北市獎勵民間投資自治條例、96 制定苗栗縣獎勵民間投資自治條例等，但都未脫離促參之法律架構，故本研究對於公共建設民間投資之法律以促參法為依據。

3.2 促參法之管制機構

不論是基於國家財政與經濟因素或因應全球化快速變遷讓政府機能有所衝擊與調整，公共設施與服務民營化的討論在近代行政學成了無可抵擋的風潮。在「合作的行政國家」(Der Kooperative Verwaltungsstaat)中公行政執行的主體不再限於國家行政主體，公私合夥(Public Private Partnerships)的概念讓私人在國家「解除管制」和「民營化」後得以參與公共行政的執行並獲取經濟上代價或利益。私人獲取經濟上利益源自於提供服務或風險分擔，政府部門從執行者轉換為監督者，或公共服務的提供者轉為購買者，角色及任務的轉換由促參法提供一個新的完整的法律架構。

3.2.1 主辦機關與主管機關

依據促參法第五條「本法所稱主管機關，為行政院公共工程委員會。本法所稱主辦機關，指主辦民間參與公共建設相關業務之機關：在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。主辦機關依本法辦理之事項，得授權所屬機關(構)執行之。主辦機關得經其上級機關核定，將依本法辦理之事項，委託其他政府機關執行之。前項情形，應將委託事項及所依據之前項規定公告之，並刊登於政府公報、新聞紙、或公開上網。」在我國促參案中，政府機關往往具有雙重身份，即簽約之主體「主辦機關」和管理者「目的事業主管機關」，目前促參案件發生之爭議，如主辦機關依促參法第五十二條要求限期改善、終止其興建、營運一部或全部、終止投資契約等手段，主辦機關發出通知時其終止事項是否立即發生效力，此因簽約之一方之意思表示即可變更之高權力行為通常出現於行政契約中。參照促參法之架構，第六條「主管機關掌理下列有關政府促進民間參與公共建設事項：一、政策與制度之研訂及政令之宣導。二、資訊之蒐集、公告及統計。三、專業人員之訓練。四、各主辦機關相關業務之協調與公共建設之督導及考核。五、申訴之處理。六、其他相關事項。」此部份之主管機關係指行政院公共工程委員會，民間機構提出申訴時應向工程會辦理或為原主辦機關異議。

先不就投資契約之性質定型為民事契約，但依據我國促參法體系，簽約主體應為投資契約之主辦機關，但監督機關則宜由主管機關即公共工程委員會為之，以免雙重身分之衝突。而主辦機關並具事業主管機關之身分對於投資契約民間機構之監督權可分為法令規定、投資契約及次契約三個層次，對於執行契約相關事項謹守契約之簽約主體身分，而依法令規定之層次執行公權力自不受

契約之約束，此與聯合國國際貿易委員會民間投資參與基礎建設立法指南範本第二條，建議並推動會員國立法時應將投資契約之「簽約主體(Contracting Authority)」及「管理當局(Regulatory Agency)」分別為明確之定義。「簽約主體」一般用於指主辦國家對於專案計畫負全面責任並以其名義授權予專案全力支持政府機關，「管理當局」一般指被授權發布和執行公共設施營運指導規則和條例等行政當局(1)。訂定投資契約時應明確分別主辦機關之權責，即基於事業主管機關之腳色。而目前我國並未嚴謹區別，如台灣南北高速鐵路興建營運合約中「1.2 主管機關：乙方應受交通部基於行政主管機關地位依法所為……」並於該合約中約定「16.1.2.2 違約處理：經甲方報請主管機關認定乙方違約後得為下列處理：1.停止興建或營運……2.撤銷興建或營運許可……3.終止合約……」契約中由甲方(交通部)報請主管機關(交通部)不合理之現象。

3.2.2 民間機構

依據促參法第四條「本法所稱民間機構，指依公司法設立之公司或其他經主辦機關核定之私法人，並與主辦機關簽訂參與公共建設之投資契約者。前項民間機構有政府、公營事業出資或捐助者，其出資或捐助不得超過該民間機構資本總額或財產總額百分之二十。第一項民間機構有外國人持股者，其持股比例之限制，主辦機關得視個案需要，報請行政院核定，不受其他法律有關外國人持股比例之限制。」民間機構是依據特定投資案而產生之公司，通常於取得議約權之前以依投資項目同組成之合作團體，這些團體先簽立合作備忘錄並藉此規範分工之權利義務並為將來特許公司之原始股東，主辦機關做第一階段資格審查時即依據這些團體之能力予以評斷，取得議約權之後再成立特許公司作為簽約之主體。特許公司通常獨立於原始股東之母公司，依據原合作備忘錄簽立合資契約，經營項目除特許項目及附屬事業外不得再有其他經營項目，所需之工程興建、設備及原料供應、營運管理、保險，等事項大部份再由特許公司與原始股東簽立契約。民間機構為私法人之地位依公司法及其他法律規範，主辦機關因原始股東之能力作為審查之一部分，興建、營運事項之權力義務由原始股東負責應為順理成章之事，而苛責有圖利之嫌或要求公開招標(如高捷之公開六標案)，實對特許公司之產生根本有所誤解。

3.3 促參法之管制方法

促參投資案之規劃或規劃之審核由主辦機關掌握，公共設施由政府自行辦理或交由民間機構投資之決定權。且如前述主辦機關並具事業主管機關之身分對於投資契約民間機構之監督權可分為法令規定、投資契約及次契約三個層次，並非僅就投資契約中所規定事項能予以管制，但究竟以何種身分介入需經何種程序應有明確之態度。

3.3.1 法令規定之管制

主辦機關為推動公共建設依據促參法規劃民間參與案件，並不因擔任簽約之主體而喪失基於行政主管機關地位依法所為之行政命令、行政處分或其他公法上之行政行為所拘束，當然對其所管之法令有執行之權力。另依促參法規定有增加下列之權力：

1 土地取得之有關規定

推動公共建設與土地取得之問題息息相關，促參法第十三條「本章所稱公共建設所需用地，係指經主辦機關核定之公共建設整體計畫所需之用地。含公共建設及其附屬設施所需之用地。前項用地取得如採區段徵收方式辦理，主辦機關得報經行政院核准後，委託民間機構擬定都市計畫草案及辦理區段徵收開發業務。」，第十四條「公共建設所需用地涉及都市計畫變更者，主辦機關應協調都市計畫主管機關依都市計畫法第二十七條規定辦理迅行變更；涉及非都市土地使用變更者，主辦機關應協調區域計畫主管機關依區域計畫法第十三條規定辦理變更。」，第十五條「公共建設所需用地為公有土地者，主辦機關得於辦理撥用後，訂定期限出租、設定地上權、信託或以使用土地之權利金或租金出資方式提供民間機構使用，……」，第十六條「公共建設所需用地為私有土地者，由主辦機關或民間機構與所有權人協議以一般買賣價格價購。價購不成，且該土地係為舉辦政府規劃之重大公共建設所必需者，得由主辦機關依法辦理徵收。」

2. 獎勵、融資與稅捐之優惠

促參法第二十八條「民間捐獻公共建設所需用地或其相關設施予政府者，主辦機關得獎勵之。」，促參法第二十九條「公共建設經甄審委員會評定其投資依本法其他獎勵仍未具完全自償能力者，得就其非自償部分，由主辦機關補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。」，促參法第三十條「主辦機關視公共建設資金融通之必要，得洽請金融機構或特種基金提供民間機構中長期貸款。」

3. 緊急危難之強制接管

促參法第五十三條「公共建設之興建、營運如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，中央目的事業主管機關得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並通知政府有關機關。

依前條第一項中止及前項停止其營運一部、全部或終止投資契約時，主辦機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運；其接管營運辦法，由中央目的事業主管機關於本法公布後一年內訂定之。」此部分因有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，依法明定中央目的事業

主管機關得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，後主辦機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運。此部份嚴格規定須考慮“必要性”、“正當性”先基於行政主管機關予以執行行政處分，再依合約當事人做必要之處置，兩階段之區別應予注意。

3.3.2 投資契約之管制

促參法第十一條「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：

- 一、公共建設之規劃、興建、營運及移轉。
- 二、權利金及費用之負擔。
- 三、費率及費率變更。
- 四、營運期間屆滿之續約。
- 五、風險分擔。
- 六、施工或經營不善之處置及關係人介入。
- 七、稽核及工程控管。
- 八、爭議處理及仲裁條款。
- 九、其他約定事項。」

這些依立法者既已在法條中特別聲明，明定之重要契約內容，由雙方於契約中訂立亦可視為要求主辦機關於簽約前應妥善考量，簽約後即需信守平等原則為簽約之當事人執行該條約。

另依第五十二條「民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，主辦機關依投資契約得為下列處理，並以書面通知民間機構：

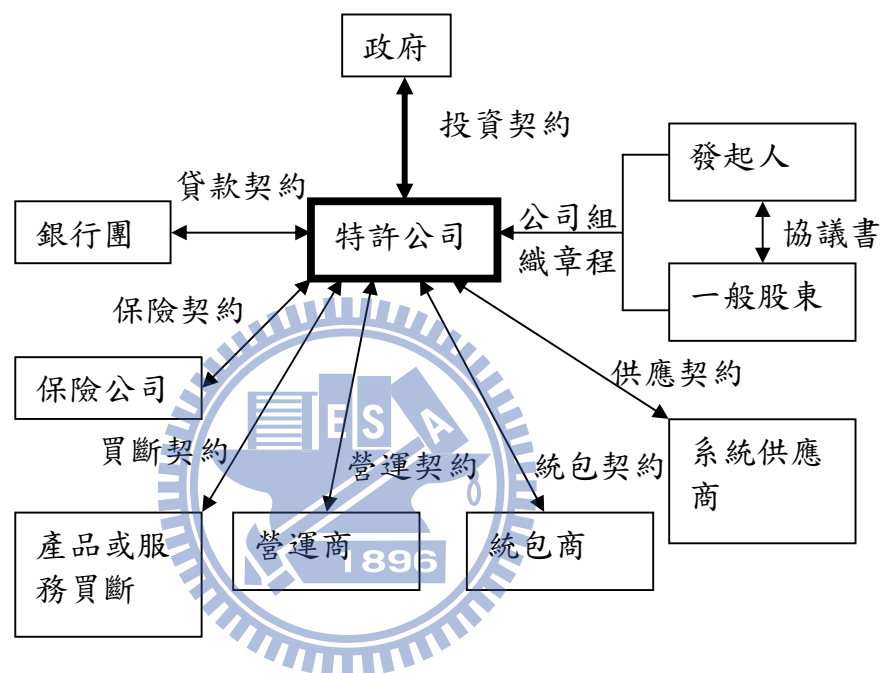
- 一、要求定期改善。
- 二、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。但主辦機關依第三項規定同意融資機構、保證人或其指定之其他機構接管者，不在此限。
- 三、因前款中止興建或營運，或經融資機構、保證人或其指定之其他機構接管後，持續相當期間仍未改善者，終止投資契約。」

此條文中之要求定期改善、中止其興建、營運一部或全部及終止投資契約吾人以為僅可解釋為基於契約當事人之請求權，條件可否成立應回歸法律規範，非主辦機關單方之表示即發生中止或終止之效力，與五十三條基於事業主管機關依據緊急危難而為之行政處分有所區別。

3.3.3 次契約之管制

依據促參條例民間投資公共建設採用公開徵求投資人，並選擇最優申請人，議約然後成立特許公司、簽約，在競爭過程中發起人通常由熟悉投資案相關領域的數家公司組成，這些公司也成為特許公司的原始股東，原始的計畫與承諾也表現在往後特許公司與原始股東間的許多契約中，除此之外相關的契約也繼投資契約後陸續產生，這個龐大的契約群構建了特許公司的活動。

圖 3.1 一般特許公司所立之契約關係圖



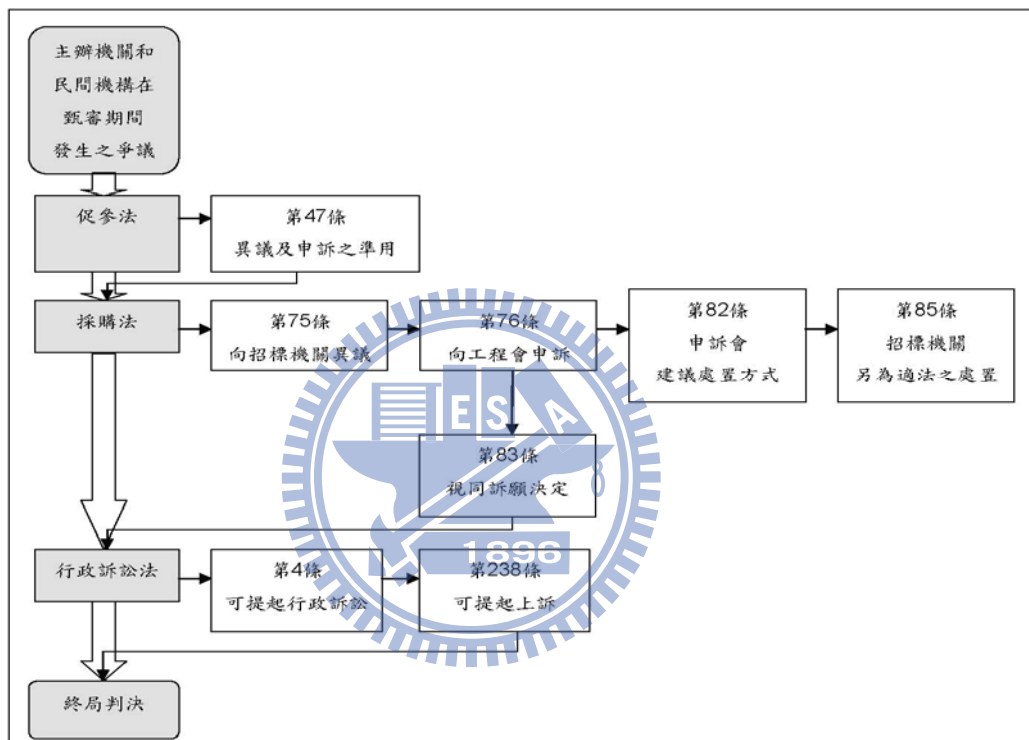
促參法第五十一條「民間機構依投資契約所取得之權利，除為第五十二條規定之改善計畫或第五十三條規定之適當措施所需，且經主辦機關同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租或設定負擔。但民間機構以第八條第一項第六款方式參與公共建設者，不在此限。違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。」這是為了保障投資契約的地位，它是特許公司一切合約的母契約，特許公司簽訂之任何契約時不得牴觸投資契約。

3.4 爭議解決機制

依據促參法規劃將招標過程及投資契約分為兩種分式，促參法第四十七條「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申

訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。前項爭議處理規則，由主管機關定之。」及第十二條「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」目前國內就前階段適用採購法規定雖有部分學者提出不同意見但爭議並不大。

圖 3.2 促參案件申請及審核爭議之法條走向¹⁶



雖說民間投資案件於招標過程中發生爭議時有明確之規範與救濟，但這些爭議常是在主辦機關確認最優申請人之後才會進入救濟的程序，依法於異議、申訴及行政訴訟過程中並不會中止簽約之進行，而行政訴訟之判決到底對後依程序的影響應如何處置，非可歸責於投資人之行政瑕疵對投資人造成何種影響，從國內學者及法院的見解中不難看出並非完全沒有爭議，但這些也與契約定性息息相關。

¹⁶ 胡詩敏，「探討民間參與公共建設撤銷甄審決定之後續處理流程－以 ETC 建置營運契約為例」，第 9 頁，國立中央大學，民國九十六年。

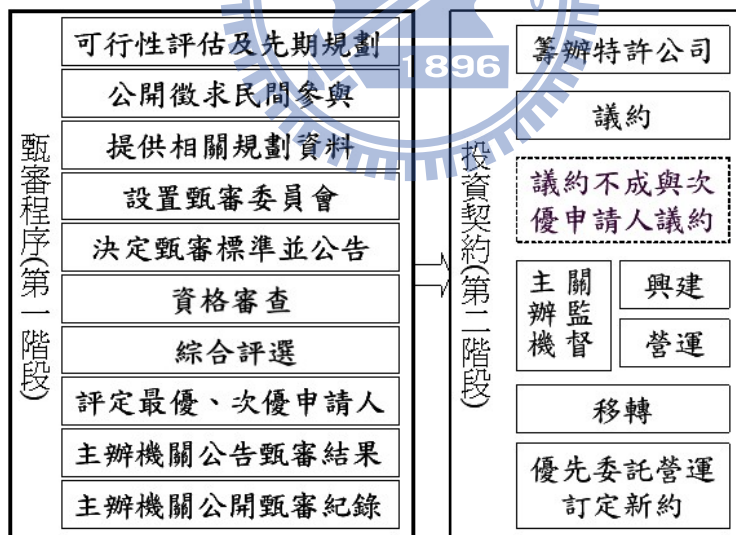
第四章、BOT投資契約性質學說觀點分析

4.1 雙階段理論

在傳統上公共服務的提供是政府的責任，在新的治理觀念下政府以公私協力的方式將這些公共服務轉由民間機構負擔，政府當然負擔著如何選擇一個對公共利益最有利的合作夥伴。從可行性評估、先期規劃、開發方式選擇、公開徵求民間參與、提供必要資料與溝通、調整計畫、甄試委員會組織、決定甄選標準，公開徵求投資人、資格審查、綜合評選、評定最優次優申請人、籌組特許公司、議約、興建、營運、所有權移轉。

這一複雜的過程，依促參法第四十二條後條文，將促參案件之行政程序大略分為「甄審程序」及「締約程序」二個主要階段，這二個階段的分界點在於，「甄審決定公告」評定最優申請人(促參法第四十五條第一項)以及締結投資契約(促參法第四十五條第二項)。一般學者認同按德國法上之「雙階段論」(Zweistufentheorie)，或大法官釋字第五四〇號解釋，並參照促參條例第四十四條及四十五條兩階段程序，依上述理由將促參案件分為前階段甄審公告，後階段之投資契約。

表 4.1 BOT 案雙階段論程序表



然而亦有部分學者認為雙階段理論只是當初為解決問題發展出的法律上之擬制，既然已知其不能解決問題，又有「一個事件分由不同法院及程序審理」及「未予當事人充分且合理之救濟」之弊端。而促參案件不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與，且要嚴密監督，與「雙階段理論」或政府採購一次性補貼或採購完全不同。故應將促參案件視為一完整不可分割之事件而採用「一階段說」。即將甄選公告處分及所

有後續之執行擬制為一個公法上之法律行為。使具排他競爭關係之第三人可就第一階段(甄選)及第二階段(締約及執行)提起行政救濟，保障人民訴訟權，以貫徹行政訴訟法制，確保政府機關依法行政。並避免兩階段分界點之糾葛，到底是甄選結果公告時或簽訂投資契約之時，為二個階段的分界點。另又有學者認為投資行為全屬於私法上之法律行為，而又可將「一階段說」之學說分為，一階段完整之公法行為與一階段完整之私契約行為。

「一階段說」較少為學者及司法單位所採用，從促參法準用採購法之立法意圖，已然將締結建致營運契約前的甄審型為獨立視為一個法律行為，同時將之與後續的契約關係切割。顯見立法者已預期此等複雜之投資案整體法律關係做為雙階段的預設企圖，而非將之視為單一的法律行為而已，將與行政權息息相關之甄試結果與投資契約分為二個階段。

又有認為將為前階段甄審行為定性為「行政處分」，後階段之投資契約則定性為「行政契約」，所謂「修正雙階段論」。如此不僅可避免單一法律關係，分受不同法律規範管制之弊端，更可由同一法院審理避免公私法銜接上的困難，更可避免民事法院及行政法院法律見解之歧異¹⁷。

4.2 民間投資契約性質國內學者之學說

由於行政作用的多元化，我國新修正之行政訴訟法於八十九年七月一日施行後，二級二審之行政法院，受理行政訴訟之種類增加給付之訴、確認之訴。修法前單方面的行政處分行為實施訴願、再訴願、行政訴訟之途徑救濟；雙方的契約行為則循民事訴訟途徑解決。新法實施後，雙方行為須區分為公法上契約或私法上契約，公法上契約之給付與確認等爭議應直接向行政法院訴訟，無訴願問題；私法上之契約爭議，則由一般民事法院管轄¹⁸。

促參法立法目的在於促進民間機構參與公共建設、提昇公共服務水準、加速社會經濟發展及促進人民福祉。當時一般學者對於投資契約的定性大多依據聯合國工業發展組織、世界銀行、國際銀行等有關機構之研究，認為促進民間參與公共建設成功之關鍵，最重要在於政府與民間以平等合作之夥伴理念，共同規劃風險分擔之機制，進而減低推動公共建設之各項風險，並加強其融資可

¹⁷ 林明鏞，「促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析」，台灣本土法學雜誌，82期，第219頁以下，民國九十七年五月。

¹⁸ 行政訴訟法第三條「前條所稱之行政訴訟，指撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。」第二三八條「對於高等行政法院之終局判決，除法律別有規定外，得上訴於最高行政法院。」

行性，以營造「雙贏」之投資條件。民間參與公共建設雖然涉及公共利益及行政措施、程序，但是官民之間往往具備雙務及對價關係，包括權利金之支付，故促參法對此應採民事契約原則，對政府與民間之有關權利義務關係，悉依投資契約規範¹⁹。

促參法第十二條「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」本條明訂投資契約屬民事契約性質，與其訂定之原則及履行之方法。並參照聯合國等相關機構之研究及政府採購法之規定，爰於第一項規定主辦機關與民間機構之權力義務關係，依民事契約原則，悉由投資契約規範之。並於第二項揭示投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則，其履行應依誠信方法，以反映主辦機關與民間機構平等合作之夥伴理念，並營造雙贏投資條件²⁰。以立法者的立法精神應是將契約性質與聯合國相關機構研究相同訂定為民事契約。

雖說依當時大部分學者與立法者將促參案件定位為雙階段之「行政處分」與「民事契約」，但隨著促參案件增加難免出現一些爭議，學者也提出不同看法，契約之性質應依法律之原則判斷，而私法契約與行政契約之區別標準，依其觀察角度，主要有二：

一、契約主體說：從契約之主體判斷

契約主體說之主要論點是，契約性質之判斷，應從參與契約之主體來加以觀察。亦即以契約當事人之屬性為判斷標準，當契約當事人之一方為行政機關時皆應是為行政契約，而不論其契約內容。採此學說者主要著眼於契約標的說有難以判斷之處，為免行政機關假借私法契約而遁入私法關係，從而逃避行政程序與限制。但此種方式僅從契約當事人之角度給予觀察，雖屬簡單，但失之於形式，過於偏狹。否定行政機關在不違法的前提下有一定空間選擇私法契約或行政契約做為行政手段的自由。故持契約主體說者多半有所修正。有認為除契約當事人為行政主體外並判斷契約之內容存有相關公法者屬行政契約，有認為觀察重點應著重於契約當事人是否以高權主體之地位參與契約之締結，亦即契約當事人必須是公法上特別法之主體，其所訂定之契約始得定性為行政契約。而這兩種修正對於契約性質判斷的重心已有所轉移而不再是以「契約主體」作為重點了。

二、契約標的說：從契約之客體判斷

¹⁹ 劉紹樑，「論 BOT 基本法」，月但法學雜誌，33 期，第 25 頁，民國八十七年二月。

²⁰ 立法院公報 89 卷 9 期院會紀錄，第 192 頁。

契約標的說之主要論點認為，行政契約係設定、變更或消滅公法上法律關係之契約。故判斷契約是否屬於行政契約，應取決於「契約標的」，自客觀上判斷契約內容之屬性，而非取決於契約當事人對契約性質的判斷，此說為目前德國及實務界之通說。而何謂「契約標的」之認定則有不同的看法，議論繁多。

1. 規範事實理論：此說應觀察契約所規範或約定之事實，若該事實之法律規範屬公法性質時，則該契約屬行政契約。此說主要是觀察契約規範「事實」，而事實本身是中性的，其法律規範繫於事實之「法規」屬性，故未提出事實認定之標準。

2. 特別法論：此說應觀察契約所形成的「法律效果」與「法律關係」，認為該契約若專以成立、變更或消滅當事人與公權力之間法律關係者為行政契約。而是否為公法之法律關係的判斷，則視契約標的所構成的權利或義務而定。如非任何人皆取得或負擔者，而必須以公權力作為特別法之主體所享有或負擔者，即屬行政契約。此說連結「新主體說」之運用，固然有其道理但若缺乏法律明文時，應如何判斷是否非任何人皆取得或負擔者仍存疑義。

3. 契約目的論：此說以契約之目的為界定標準，亦即視契約所追求之目的為公益或私益而定。為行政機關之作為莫不以追求「公益」為目的，若以此為公私益作為區分標準時勢必流於空泛。

4. 行政任務理論：此說依契約之內容是否直接或間接履行公法上任務而定，若係「直接」則屬行政契約，惟所謂「直接」或「間接」之區分，並非明確。若依目前認為行政機關於直接履行公法公法上任務時，可選擇運用私法手段，因此如何判斷契約性質並無法全從任務類型決定。

5. 規範擬制理論：此說視係爭契約之規範能否轉換為公法規定而定。亦即，設想該契約之規範能否以公法之方式規定之，若是，則屬行政契約。此說當然存有如何假設的問題，而且由於契約條款內容之約定當然為專為雙方當事人所設，當契約之一方為行政機關時，依「新主體說」對於法規歸屬的判斷概屬行政契約，這樣的結論與「契約主體說」相同，當然伴隨有契約主體說之缺點。

6. 整體性質及重心理論：綜合觀察契約之整體性質及其重心予以判斷，此種說法通常被認為空泛而不切實際。

由上可知契約性質判斷並不容易，而我國公法學者認為目前之通說為契約標的輔以契約目的之混合說，亦即凡契約條款之權利義務關係屬公法上之法律關係者，即屬行政契約，但若契約之法律關係無法判斷是否屬公法上之法律關係時(即中性之金錢給付或勞務委託等之私法上亦得發生之法律關係時)則應斟酌契約締結之目的，是否與公益或公共服務有密切關係而定，若屬肯定時，則

該契約即應歸屬於行政契約而非私權利義務關係²¹。而國內對於投資契約性質的判斷有下列之看法。

4.2.1 民事契約說

一般學者認同按德國法上之「雙階段論」(Zweistufentheorie)，或大法官釋字第五四〇號解釋，並參照促參條例第四十四條及四十五條兩階段程序，依上述理由將促參案件分為前階段甄審公告之「行政處分」，後階段投資契約之「民事契約」。

而將投資契約認定為民事契約者通常的理由有：

1. 符合國際潮流亦與國際接軌：依據聯合國工業發展組織、世界銀行、國際銀公司之研究，促參案成功關鍵在於，政府與民間以平等合作之夥伴理念，共同規劃風險分擔之機制，以減低推動公共建設之各項風險，並加強融資可行性(bank ability)，以營造「雙贏」之投資條件²²。而大型促參案件有時必須向國際招商或跨國組成投資團隊，故與國際組資規定相同時可免糾紛之產生。

2. 符合促參立法原意並尊重行政機關的選擇自由：官民之間往往具備雙務及對價關係，包括權利金之支付，故「促參法」對於此一問題明示應採民事契約原則，對於政府與民間之權利義務關係，悉依投資契約規範之。投資契約無約定者，則應適用民事法相關規定予以補充²³。假使締結契約為執行特定法律規定，即應客觀界定該當法律規定的性質，據以決定具體契約的法規屬性。若欠缺前述的法律規定，及無從透過定性法律來認定契約的法律屬性。於此，在給付行政的範疇內，依行政法學界多數見解，行政機關有「法律形式的選擇自由」，應依一般解釋意思表示原則，掌握行政機關所締結契約的法律性質²⁴。

3. 符合平等互惠風險分擔之原則：投資契約因其標的屬於私法上之經濟關係，且與契約當事人於締結時乃處於平等之地位，故定性為民事契約。而且採民事契約原則，人民對政府主張權利適用民事訴訟法，就審級權益保障較為周

²¹ 林明鏞，行政契約法研究，第 135 頁，翰蘆圖書，民國九十五年。

²² 劉紹樑，上揭文，同註 19，第 25 頁。

²³ 顏玉明，「我國促參法 BOT 契約法律性質初探」，台灣本土法學雜誌，82 期，第 169 頁，民國九十七年五月。

劉紹樑，上揭文，同註 19，第 25 頁。

程明修，「行政訴訟類型之適用-有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議」，台灣本土法學雜誌，81 期，第 119 頁，民國九十五年四月。

²⁴ 陳愛娥，「促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分－評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定」，月旦法學雜誌，134 期，第 41 頁，民國九十五年七月。

全²⁵。

4. 降低契約風險、符合契約自治的精神：在促參案中投資契約被稱為「王」，即在投資契約案中必須尊重當事人締約的契約條款，即體現契約自治的精神。若將投資契約定為行政契約將勢必使後續相關契約之風險提高，是否能控制此一風險，除降低投資意願外亦影響專案公司之投資，無法保有民間機構投入公共建設最大之優勢—成本與效率。

5. 契約以承攬和委任為主要內容的勞務契約：投資契約內容通常包括興建、營運和移轉。而契約所興建之公共建設和附屬事業必然具有經濟效益，如不具經濟效益而無從回收投資，開發業者也不願負擔此一財務風險，故以公私協力訂定契約完成公共建設，也可檢驗某一公共建設是否具有經濟效益，若為行政契約是否也意味由行政機關承擔財務風險，顯然與促參之基本精神牴觸²⁶。

4.2.2 行政契約說

另有學者依據「修正雙階段論」將促參案件分為前階段甄審公告之「行政處分」，後階段投資契約之「行政契約」。而契約之性質學者認為應為行政契約，其主要之理由大約有：

1. 按「契約標的說」之判斷：行政程序法第一百三十五條規定：「公法上之法律關係得以契約設定、變更或消滅」亦即判斷契約是否為行政契約應以契約內容是否涉及公法上權利義務關係之設定、變更、消滅。投資契約中常涉及經營特許權，民間機構被賦予一個特別的、獨占的經營地位，則此一公法上權利之性質，殊難想像能以透過民事契約而加以設定、變更²⁷。

2. 促參法第十二條並非立法者逕對投資契約定性：該條之規定僅在說明主管機關與民間機構之權利義務，原則上仍以投資契約契約為主，僅在投資契約未約定時補充適用民法規定只不過表示法律適用的順序而以。而立法理由之說明既未成為法律條文規定之內容，僅能做歷史解釋時做為參考。²⁸

²⁵ 劉紹樞，上揭文，同註 19，第 26 頁。

²⁶ 謝哲勝，「信託運用於 BOT 契約的法律關係」，月旦法學雜誌，142 期，第 48 頁，民國九十六年三月。

²⁷ 江嘉琪，「ETC 契約之公、私法性質爭議—以台北高等行政法院 94 年停字第 122 號裁定與 94 年訴字第 752 號判決為中心」，台灣本土法學雜誌，81 期，第 114 頁以下，民國九十五年四月。

吳志光，「ETC 裁判與行政契約」，月旦法學雜誌，135 期，第 21 頁，民國九十五年八月。

²⁸ 林明鏞，上揭文，同註 17，第 222 頁。

江嘉琪，上揭文，同註 27，第 114 頁。

李惠宗，「行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院 94 年訴字第

3. 投資契約通常需動用公權力：投資契約不只有單方面約定主辦機關與民間機構的條款，通常涉及諸多方面，其內容常具有公益性，行政機關常需動用公權力，以協助民間機構達成任務，甚至透過法規的規定。故民間參與投資的機制在使公共建設得以更有效的方式得以達成。既然行政機關「嘉惠」特定契約相對人為目的行使公權力，在發生問題時自然可以發動公權力予以導正²⁹。

4. 促參法公佈實施時行政程序法尚未實施：促參法於民國八十九年二月九日公佈實施，而有關於行政契約規定之法律行政程序法尚未實施(行政程序法於民國九十年一月一日實施)，故促參法第十二條之規定係當時法制下不得不然之結果，不得適用民法相規規定³⁰。

4.2.3 混合契約說

有部分學者認為投資契約法律關係複雜，投資契約約定內容規範屬性不一，有部分為私法上的權利義務事項屬私經濟行為之約定者，有部分為公法上的權利義務事項，故投資契約應從整體觀察為蘊含有公法與私法雙重性質的混合契約。就其涉及單純的私法上權利義務事項，有關契約的解釋適用，固可適用私法原則與規定。而就公法上權利義務的喪失變更事項，應依公法的原則及規律³¹。

4.2.4 個別認定說

亦有學者認為促參案中種類繁多，促參法列舉之十三項，其中從購物商場開發、觀光旅館、遊憩設施、新市政開發、ETC、高速鐵路、捷運系統甚至於國外案例監獄都可以成為民間投資項目。而政府機關與民間機構合作的方式有(1)由民間機構投資興建並為營運：營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府(BOT)；(2)由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間滿後，營運權歸還政府(BTO)；(3)由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府(BTO)；(4)由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府(ROT)；(5)由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府(OT)；(6)為配合國家政策，由民間

752 號(ETC)判決一」，台灣本土法學雜誌，82 期，第 118 頁以下，民國九十五年五月。

²⁹ 林明鏘，上揭文，同註 17，第 222 頁。

李惠宗，上揭文，同註 28，第 182 頁。

³⁰ 林明鏘，上揭文，同註 17，第 222 頁。

³¹ 陳清秀，「特許合約與公權力之行使」，月旦法學雜誌，34 期，第 57 頁，民國八十七年三月。

機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運（B00）；（7）其他經主管機關核定之方式。

這些投資標的有些與公權力執行息息相關，有些則偏向私領域之合作；而投資方式政府機關亦有不投的投入及應負擔風險，故這些因素反映於契約時會有所不同，故不應排除個別投資契約再公共建設的類型、約定的內容，抑或所追求之公益程度上具有決定性差異之可能，故人應就個別投資契約定性為宜。

32



³² 詹鎮榮，「促進民間參與公共建設法之現實與理論」，月旦法學雜誌，134期，第55頁以下，民國九十五年七月。

第五章、目前司法單位對民間投資契約性質議判斷及判決分析

本研究以“促進民間參與”為關鍵字，查詢最高法院85年、最高行政法院87年，高院、地院及高等行政法院89年以後至97年4月，30個法院判決書計141篇，其中與投資契約性質相關之判決15篇。列表整理如下並分為一般法院民、刑法庭表5.1及行政法院表5.2兩部份。

表 5.1 一般法院民、刑法庭對投資契約性質的判斷

日期	法院	案號	投資標的	依據法令	契約性質判斷
89.10.17	台灣高等法院	89重上148	台北榮星公園投資案	台北市獎勵興建公共設施辦法	民事契約
90.02.21	台灣高等法院	89重上124	台北市內湖停車場	獎勵民間興建停車場辦法	民事契約
95.07.26	台北地方法院(刑)	94訴171	台南新吉安工業區BOT	獎勵投資條例	民事契約
95.11.28	台灣高等法院	95重上254	中正機場廣告招標	收入性招標	民事契約
96.03.22	台灣高等法院(刑)	95上訴3840	台南新吉安工業區BOT	獎勵投資條例	民事契約
98.06.05	台灣高等法院高雄分院(刑)	96矚上重訴3	高雄捷運公開六標	獎參條例	民事契約

表 5.2 行政法院對投資契約性質的判斷

日期	法院	案號	投資標的	依據法令	契約性質判斷
93.01.09	高雄高等行政法院	92 訴 569	高雄前鎮停車場	獎勵民間興建停車場辦法	民事契約
93.04.30	台北高等行政法院	92 訴 721	台北青年公園高球場	台北市市有財產委託經營管理辦法	民事契約
93.09.10	高雄高等行政法院	93 訴 374	海生館委託經營契約	特別法	民事契約
94.10.13	最高行政法院	94 裁 2095	台中港引水人及交通船投資	勞務採購	民事契約
95.02.24	台北高等行政法院	94 停 122	ETC	促參法	行政契約
95.04.13	最高行政法院	95 裁 725	ETC	促參法	行政契約
96.03.29	台北高等行政法院	95 訴 2710	三鶯污水廠BOT	促參法	行政契約
96.05.31	高雄高等行政法院	96 全 20	杉原海水浴場BOT	促參法	行政契約
96.08.20	高雄高等行政法院	96 訴 359	台南醫院委託經營	促參法	民事契約

經比較分析 95 年 2 月 24 日 ETC 之判決為一重要轉戾，故分為 ETC 判決前、ETC 判決及 ETC 判決後三個時期，舉例討論法院裁判書中對投資契約性質的看法及變化，以前章所述作為分析並觀察，除對於契約性質之判斷，其對契約定性

是否為判決重要之影響，或仍有其他管制僅僅就判決書提出不予評論。

5.1 ETC判決前法院審議判斷及判決概述爭議解決機制

95年2月24日ETC案前之判決本研究整理共六件判決，發現無促參案件，多為獎勵民間興建都市是公共設施保留地之公共建設(以停車場居多)計三件、委託經營一件、勞務採購一件及特別法案一件；其中一般法院判決二件，行政法院判決四件，其中不論一般法院及行政法院皆將契約判定為民事契約，促參前案件除按契約性質判斷外，另有數個判決引用促參法第55條第1項規定：「本法施行前政府依法與民間機構所訂公共建設投資契約之權利義務，不受本法影響。投資契約未規定者，而本法之規定較有利於民間機構時，得適用本法之規定。」將依其他法令進行之民間投資契約擴大解釋適用促參法，再依促參法第12條規定認定為民事契約。整理其代表三判決重點如下依時間為：台灣高等法院89重上124獎勵民間興建停車場辦法案件，高雄高等行政法92訴569獎勵民間興建停車場辦法案件，台北高等行政法92訴721台北市市有財產委託經營管理辦法。

5.1.1 台灣高等法院判決八十九年度重上更字第00124號

判決時間：中華民國九十年二月二十一日

判決主文：上訴及擴張之訴，及其假執行之聲請均駁回。³³
法院對契約性質認定為：私法契約。

壹、案情概訴及爭議點：

台北市政府（被上訴人）將位於台北市內湖區土地租與○○停車興業股份有限公司（上訴人）投資興建經營停車場，於八十三年十二月二十日訂有投資契約書。依系爭投資契約第五條之規定，上訴人應於系爭投資契約簽訂之日起三十日內（即八十四年一月十八日前）向台北市政府繳交履約保證金一千二百六十萬元，逾期台北市政府得撤銷投資許可，解除契約。上訴人因故未能依系爭契約第五條規定於八十四年一月十九日前繳交履約保證金，然在台北市政府合法為解除系爭投資契約之意思表示前，上訴人於八十四年二月十八日將履約保證金繳付。台北市政府於同年二月二十七日發函逕行撤銷上訴人之投資許可，並解除契約。

上訴人主張：台北市政府並未於系爭契約內訂立上訴人應履行義務之期間，亦未為任何催告上訴人履行之意思通知，故其行使解除權之要件並未該當，其解除之意思表示並未生效。嗣上訴人屢次函請市政府應履行其契約之義

³³ 終局確認判決為，最高法院九十一年度台上字第二四七○號，維持原判決，但未再就契約性質予以討論。

務，市政府卻一再覆函上訴人表示其拒絕履行之意思，上訴人乃以起訴狀繕本之送達，為解除兩造間系爭投資契約之意思表示，聲明解除兩造間之系爭投資契約。上訴人因訂立系爭投資契約而支付費用，求為命台北市政府給付上訴人六百十三萬三千八百五十八元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年利率百分之五計算之利息。

台北市政府（被上訴人）主張：系爭投資契約第五條規定：「乙方（上訴人）應於本契約簽訂之日起三十日內，向甲方（被上訴人）繳交興建工程費總額百分之三履約保證金，逾期未繳者，撤銷投資許可、解除契約」，而上訴人未依約繳納履約保證金，則系爭投資契約所附之解除條件業已成就，契約當然解除，自無上訴人所指須定期催告始得解除契約情事。台北市獎勵投資興建公共設施辦法依系爭契約第十七條，屬系爭投資契約之一部分，被上訴人依該辦法第十七條第二項之規定，解除系爭投資契約時無須踐行催告程序。另上訴人向被上訴人申請投資當時，「台北市獎勵民間投資興建公用停車場申請須知」規定：「工程．．．未能於規定期限內完工者，除依台北市獎勵投資興建公共設施辦法（市法規）規定撤銷其投資許可外，已繳之保證金不予發還，其已完成部分不予以補償．．．」，上開申請須知亦為兩造間契約之一部分，故本件縱如上訴人所得由上訴人解除契約，亦屬契約另有規定之情形，不適用民法第二百五十九條有關回復原狀義務之規定等語，資為抗辯。

貳、判決要旨

一、本案為民事契約：系爭投資契約係由被上訴人招商發包，其基於私人地位與上訴人訂立投資契約，且契約內容與公權力之行使無涉，尚難認係公法行政契約，且系爭投資契約第十六條約定：「．．．雙方及連帶保證人因本契約涉訟時，均同意以台灣台北地方法院為第一審管轄法院。」，顯見兩造在訂立系爭投資契約時，即已肯定系爭投資契約為私法之法律關係，並約定就系爭投資契約而生之訴訟由台灣台北地方法院管轄。參照最高法院三十九年台上字第一〇二七號判例要旨：「被上訴人以之招商承包，法律既別無規定，則無論契約之內容如何，當然為普通民事契約，其因撤包發生爭執，自難謂非民事訴訟，即應由法院受理」；本件雙方當事人所簽訂者屬BOT契約，雖然簽約時間在促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）施行之前，依該法第五十五條第一項「本法施行前政府依法與民間機構所訂公共建設投資契約之權利義務，不受本法影響。投資契約未規定者，而本法之規定較有利於民間機構時，得適用本法之規定」規定，兩造之投資契約並未明定為公法契約，促參法第十二條之規定既較有利於民間機構，自仍得適用促參法第十二條規定。被上訴人抗辯系爭契約性質為公法契約，其衍生之爭議屬公法上之爭議，應循行政救濟程序為請求，洵無足採。本件應屬民事訴訟，普通法院有審判權，上訴人向原法院提起本訴，並無不合。

二、台北市政府於八十四年二月二十七日通知上訴人撤銷投資許可並解除契約，系爭投資契約即因解除而失其效力。

1. 按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。系爭契約第五條明載「．．．逾期未繳者，撤銷投資許可、『解除契約』」，自己表明兩造之真意為解除契約，不容曲解為「解除條件」。

2. 台北市獎勵民間投資興建公用停車場申請須知（以下簡稱申請須知）及獎勵辦法屬系爭投資契約之一部分。系爭投資契約第十七條規定：「．．．台北市獎勵民間投資興建公用停車場申請須知甲種．．．視同本契約之附件，其效力與本契約各條文相同」，故因申請人違反繳交保證金之規定而撤銷投資許可者，應同時解除投資契約，無須經過催告程序。獎勵辦法第十七條第二項既規定「依前項規定撤銷投資許可者，應同時解除投資契約」，則被上訴人撤銷上訴人之投資許可之同時，自得不經催告逕行解除契約，兩造契約書第五條係約定之解除權。

3. 上訴人於逾三十日後之同年二月十八日自行繳付履約保證金，為被上訴人所拒，自不生應有效力，無礙被上訴人撤銷投資許可、解除契約之權限。按因給付遲延所生之法定解除權，如債務人於他方行使解除權以前，已依債務本旨提出給付，解除權固歸於消滅，但此項法則，於約定解除權並不適用。約定解除權之消滅原因，應依成立約定解除權之契約決定之。

參、觀察重點：

本案為促參法實施前投資案件，法院認為台北市政府招商發包，其基於私法人地位與上訴人訂立投資契約，且契約內容與公權力之行使無涉，尚難認係公法行政契約，並引用促參法十二條對於契約判定為民事契約，選擇有利於民間機構之法律規定。雖確定為民事契約，但對是否認定為「雙階段論」或單一私經濟法律行為並未與著墨；然雖為民事契約，但契約中將台北市政府發布之行政命令條文已列為契約之一部分，當然適用其規定，以此觀之契約為民事契約，但行政機關仍有將其管制之行政命令條文列入空間。

5.1.2 高雄高等行政法院判決九十二年度訴字第 00569 號

判決時間：中華民國九十三年一月九日

判決主文：原告之訴駁回。³⁴

³⁴ 終局確認判決，最高行政法院九十四年判字一一七七號判決，維持原判決。

法院對契約性質認定為：私法契約。

壹、案情概訴及爭議點：

本件為獎勵民間投資興建停車場，於八十七年八月十九日以高市政府（被告）工新字第二八五四八號公告八十八年度計畫獎勵民間投資興建停車場地點及相關事項，○○○企業股份有限公司（原告）依據上開公告，於八十八年二月十二日檢送投資計畫書及相關文件提出申請，經被告依法審核後，以八十九年十二月十五日高市府工新字第四六〇一一號函核准原告投資興建前鎮區「停四」公共停車場，並於九十一年一月二十五日正式簽訂契約。嗣市政府函知原告於契約簽訂之日起四個月內（即九十一年五月二十五日止）完成申請建造執照及積極辦理後續相關作業，惟原告以融資無法完成為由，於同年五月二十四日函請被告准予展延申領建造執照期限一個月，經市政府以九十一年六月七日高市府工新字第 0000000000 號函請原告於文到次日起十五日內完成申請建造執照相關事宜，逾期未辦，將依契約第十六條第一項第五款規定撤銷原告之投資許可權。惟原告於九十一年六月十日接獲上開函後，迄至同年五月二十五日止，仍未於展延期限內辦竣建造執照手續，嗣至九十一年十一月四日因原告仍未辦竣申領建造執照相關事宜，市政府乃以高市府工新字第 0000000000 號處分書，撤銷原告之投資許可，並解除契約、沒收興建保證金一千二百一十一萬九千三百五十七元等情。

原告主張：市政府於簽約後，未積極履行協助原告向高雄銀行辦理融資貸款之約定，致原告屢向高雄銀行洽辦系爭投資案之融資事宜，高雄銀行均未明示准駁與否，直至九十一年五月間高雄銀行始表示無法核准，惟當時與契約第十條約定之依建築法令規定申請建造執照之期限，已相去不遠，原告因慮及一經申請建造執照即屬開工，然未能取得金融機關之融資，系爭工程在資金匱乏情況，勢必有所延滯，為此遂向市政府陳情，准予延長申請建造執照之期限，市政府於同意延展後，未再踐行通知限期改善程序，自不得撤銷投資許可。

貳、判決要旨：

一、本件為民事契約：按在給付行政及誘導行政內，除法律別有反對規定或與事件之性質相牴觸外，公行政得選擇公法或私法之組織及行為形式。惟公行政如採用私法形式執行直接行政任務，則仍應受某一程度之公法拘束，不能全面享有私法自治，從而產生「行政私法」之問題。而公行政在需求行政內，係以私法契約，取得所須之人力、物力，此際縱然基於一定之政策考量，對特定對象給予獎勵，亦不影響有關契約之私法性質，惟此種應受優待之地位，通常係以公法設定之，亦即在雙階理論中，就政府獎勵民間參與公共建設，就是否給與獎勵投資為決定之第一階段，應為公法之性質，至於已決定給與獎勵投資後，實際上如何給與獎勵之第二階段，與受獎勵投資者所締結之契約，乃為私

法性質。

二、本件既經兩造約定原告應自本契約簽訂之日起四個月內，申請建造執照，且被告並未同意展延申辦建照之期限，而係於期限屆滿後，通知原告限期補辦，原告逾期仍未申辦系爭工程之建造執照，被告乃依法廢止原核准投資許可之處分，並無違誤。原告起訴意旨求為撤銷訴願決定及原處分關於撤銷投資許可部分，為無理由，應予駁回。

參、觀察重點：

本案應為獎勵民間投資興建停車場標準案件，法院認為依「雙階段論」投資契約為民事契約，雙方在契約內首揭高雄市獎勵投資興建公共設施自治條例第八條第一項、第十條第一項第一款之規定觀之，足見上開授益行政處分被告有保留行政處分之廢止權甚明。故雖為民事契約無礙於由主辦機關行使廢止權之行政處分，而該撤銷原告之投資許可權當然合法，故行政法院駁回原告之訴。

5.1.3 台北高等行政法院判決九十一年度訴字第 00721 號

裁定時間：中華民國九十三年四月三十日

裁定主文：原告之訴駁回。³⁵

法院對契約性質認定為：私法契約。

壹、案情概訴及爭議點：

臺北市政府工務局公園路燈工程管理處（原告，以下簡稱公園處）於九十年十二月五日委託○○育樂事業股份有限公司（被告）辦理青年公園高爾夫球練習之經營、管理、維護，約定被告應於每月五日前繳交月權利金新台幣一百三十八萬元，被告如未依照契約規定期限繳交月權利金，應接逾期日數，每日依月權利金總額千分之一計算逾期違約金，雙方訂有「臺北市政府工務局公園路燈工程管理處青年公園付費使用設施委託經營管理維護契約書」。委託被告辦理青年公園高爾夫球練習之經營、管理與維護。

公園處主張原應由政府機關經營、管理、維護之公共事務之青年公園高爾夫球練習場，將之委託被告經營、管理、維護，應屬行政程序法第一百三十五條所稱之行政契約；又兩造前經台灣台北地方法院公證處表示系爭契約為公法契約，而於九十年十二月十三日達成「契約不再另行辦理公證，本契約即成立生效」之協議，顯然兩造在九十年十二月十三日達成「契約不再另行辦理公證，本契

³⁵ 查無抗告資料。

約即成立生效」協議時，均認兩造所訂立之系爭契約為公法契約，故系爭契約為行政契約，行政法院自有審判權。

被告則以系爭契約屬於私法契約性質，應按民事法律途徑解決，行政法院無審判權等語置辯。

貳、裁定要旨

一、行政程序法第一百三十五條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限」，按行政機關與私人締約，約定之內容有下列四者之一時，可認定為行政契約：

1. 因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替。
2. 約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者。
3. 約定內容涉及人民公法上權益或義務者。
4. 約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，則屬於行政契約（參見司法院釋字第五三三號吳庚大法官協同意見書及其著，行政法之理論與實用，增訂八版，第四二四頁）。

二、系爭契約之性質為私法契約

1. 依兩造所訂立之系爭契約第一條規定系爭契約所涉及之標的，只是單純提供人民練習高爾夫球之用，且被告對於受託業務須獨立設帳並自負盈虧，原告並未給予任何經費補助，顯未涉及公權力之委託行使。至於系爭契約第七條規定：「乙方辦理委託經營項目得收取費用。其中門票及收費項目仍應依現行收費標準規定辦理，若需調整，須向甲方申請，並經甲方轉本府同意後，始可調整；、、、。」系爭契約之所以如此規定，主要在於考量系爭設施之提供或多或少具有公共利益之色彩，原告將該設施委託被告經營後，臺北市政府或被告仍不能免去其公共任務，因此，在斟酌使用該設施之國民之負擔及被告之營運成本下，對被告調整收費而為之約定，並不因該約定使系爭契約成為公法契約。至於綜觀系爭契約其餘條文，大都與履約事項有關，並未規定被告應為如何履行公行政之義務或有何涉及公權力之委託行使之約定，因此，由系爭契約內容觀之，並無符合(一)所示行政契約之情形。

2. 原告如未將青年公園高爾夫球練習場委託被告經營，而自行經營時，其

與該設施之使用人間之關係，僅係由原告提供設施，使用者支付對價（即使用費），其內容亦未涉及公權力之行使，因此，原告將該設施委託被告經營時，自不涉及公權力之委託行使。

參、觀察重點：

本案應為單純之委託契約，僅為保障市民使用之權力訂定費用調整機制，不可因此而判斷為行政契約，並列出行政契約的判斷標準，排除本契約為行政契約不屬行政法院管轄。

5.2 ETC 審議判斷及行政法院判決概述

ETC投資案如同前述是法院判決態度的分水嶺，而以前列 14 項判決中僅 95 年 2 月 24 日台北高等行政法院 94 停 122 判決及 95 年 4 月 13 日最高行政法院 95 裁 0725 判決為與投資契約有關，為瞭解ETC案另將所有ETC案之判決另以“ETC”作為關鍵字搜尋整理，以供參考並列出較重要的判決如表 4.3。而判決中影響較大者 93 訴 2157、94 停 122、94 訴 752、95 裁 0725、95 判 1239 依時間先後整理判決重點如後：

表 5.3 法院對 ETC 重要判決

事由	台北高等行政法院		最高行政法院	
	凌航科技確認異議決定	93 訴 2157	94.12.15	95 判 1898
宇通 撤銷最優申請人資格	94 訴 752	95.02.24	95 判 1239	95.08.03
宇通 停止執行	94 停 122	95.02.24	95 裁 0725	95.04.13
			〈再審〉95 裁 1806	95.08.17
遠通 撤銷工程會 94.01.07 審議判斷	94 訴 301	95.02.24	95 判 0816	95.06.08
遠通 撤銷工程會 94.08.26 審議判斷	94 訴 3123	95.08.09		

5.2.1 台北高等行政法院判決九十三年度訴字第 02157 號

判決時間：中華民國 94 年 12 月 15 日

判決主文：原告之訴駁回。³⁶

³⁶ 終局確認判決為，最高行政法院九十五年度判字第一八九八號，上訴駁回，維持原判決。但該判決於 95 年 11 月 23 日判決確定，較宇通之訴訟終局確認(九十五度裁字第一八〇六號 95 年 8 月 17 日)晚，故雖駁回上訴但認原審判決一部為不合法，一部為無理由，(一)按「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。前項甄審標準，應於公告徵求民間參與之時一併公告；評審期限，依個案決定之，並應通知申請人。第 1 項甄審委員會之組織及評審辦法，由主管機關定之。甄審委員會委員應有二分之一以上為專家、學者，甄審過程應公開為之。」又「參與公共建設之申請人與主辦機關關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」促進民間參與公共建設法第 44 條、第 47 條第 1 項定有明文。(二)按促參法第 12 條第 1 項固規定權利義務關係適用民事法之相關規定，惟該條文係規範「簽訂投資契約後」之權利義務關係，與本案係在簽訂投資契約前之申請及審核程序有別，自不得適用之，查促參法第 47 條業已規定對於申請人與主辦機關關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定，準此自應認為府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，係屬行政處分，是被上訴人 92 年 12 月 24 日作成以宏基公司、遠東聯盟及臺灣宇通公司為合格入圍申請人之甄選決定應屬行政處分(本院 93 年度判字第 134 號判決、93 年度裁字第 625 號裁定參照)。原審判決適用促參法第 12 條第 1 項有關投資契約簽訂後之規定，據以認定兩造間之權利義務關係為私法關係，進而否定被上訴人所為之上開甄選決定為行政處分，其理由雖有不當，惟因被上訴人上開 92 年 12 月 24 日甄選決定業經異議及申訴程序予以審究，而原審判決對於本件異議決定及申訴審議判斷亦予以實體之審理，是被上訴人上開 92 年 12 月 24 日甄選決定亦在原審判決審酌之範圍，並不因原審判決認其為非行政處分而受影響，是原審判決該部分之理由雖有不當，尚不影響本件判斷之結果，合先敘明。(三)原審判決認為上訴人並未針對最終得標之遠東聯盟未依招商文件規定檢附「辨識交易正確率」之認證文件，隱匿該系統功能無法符合招商文件所要求之規範之事實、被上訴人允許遠東聯盟於招商截止日後始提出其委託奧地利 TUV 就「多車道自由車流」所為之測試報告，違反招商文件所定提送投標文件之截止日期、及遠東聯盟所提出之投資金額與成本費用資料明顯失真，違反招商文件之財務規範等情提出任何異議，有上訴人 93 年 1 月 5 日提出之異議書在卷可稽，自非原審法院所得審究之範圍等語，核與訴訟標的及訴訟範圍之認定原則並無違背，上訴意旨泛指原審之認定違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，惟並未具體指出原判決違背何項法令，自無足採。(四)對於促參法第 44 條第 3 項規定「甄審過程應公開為之」之意義，原審判決理由業已論述甚詳，況參以「政府資訊公開法」第 18 條第 1 項第 1 款、第 3 款之規定，亦有對依法令應秘密之事項，或政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業，限制其公開之規定，上訴人一再主張應解釋為「甄審過程應同時公開之」，自不足採。又評審辦法第 10 條、第 15 條及行政院公共工程委員會 93 年 2 月 26 日工程技字第 0000000000 號函關於保密之規定，均有促參法第 44 條第 3 項前段之授權依據，亦未違反母法授權之精神與目的，上訴意旨任指其違反母法規定，亦屬無據。至司法院釋字第 414 號解釋，並未有針對政府資訊應如何之公開有所論述，是原判決自無違反該司法院解釋意旨。又本件上訴人係提起確認訴訟，並非提起撤銷訴訟，自應以其所確認之行政決定之作成機關為被告，而非依行政訴訟法第 24 條決定被告機關，是上訴意旨主張依行政訴訟法第 24 條之規定，僅以被上訴人為被告而提起本件行政訴訟，應屬當事人適格云云，尚有誤會。(五)原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以上訴人訴請確認被上訴人 92 年 12 月 24 日作成以宏基公司、遠東聯盟及臺灣宇通公司為合格入圍申請人之甄選決定為違法部分為不合法，其理由雖有未當，惟對於判決結果尚不生影響，仍應予維持；又請求確認被上訴人 93 年 2 月 20 日業字第 0000000000 號異議決定及行政院公共工程委員會 93 年 4 月 14 日促字第 930002 號之審議判斷為違法部分為無理由，其合併請求被上訴人賠償參與本件招商及異議、申訴所支出各項費用合計 2,034 萬 2,748 元及自起訴狀送達被上訴人翌日起依年息 5%計算之利息部分自亦無所附麗，均應予駁回，

法院對契約性質認定為：私法契約。

壹、案情概訴及爭議點：

因促進民間參與公共建設法（ETC）事件，凌航科技股份有限公司(原告)請求確認交通部臺灣區國道高速公路局（被告，以下簡稱高公局）中華民國 92 年 12 月 24 日作成以宏碁股份有限公司、遠東聯盟及台灣宇通資訊科技股份有限公司為合格入圍申請人之甄選決定、93 年 2 月 20 日業字異議決定及行政院公共工程委員會促字第 93002 號審議判斷均違法。

貳、判決要旨：

一、本投資案屬私經濟行為：依促參法第 12 條第 1 項之規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民法事相關之規定」。由此可知本計劃案乃屬私經濟行為。

二、甄選之決定並非行政處分：被告機關 92 年 12 月 24 日作成以宏碁公司、遠東聯盟及台灣宇通公司為合格入圍申請人之甄選決定，性質上為將 92 年 12 月 23 日、24 日甄選會議之結果通知原告等之事實行為，並非被告機關就公法上具體事件所為或決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之行政處分。而依行政訴訟法第 6 條第 1 項後段之規定提起確認行政處分違法之訴訟，須有行政處分存在為前提，是所必然。本件原告就被告請求確認上開甄審決定為違法，因該甄審決定並非行政處分，自不得提起確認違法之訴，原告此部分起訴，既非合法，應予駁回。

三、對甄選決定之異議該「異議之決定」為行政處分：按本招商案之申請須知第 1 章第 1、5 節第 8 點規定，申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，應依據稱爭議處理規則辦理。次按爭議處理規則第 30 條規定，審議判斷視同訴願決定，並應附記如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起 2 個月內，向高等行政法院提起行政訴訟。是依上揭規定，本招商案之甄選廠商如經審議程序仍不服審議判斷者，依法尚得提起行政訴訟。則本件異議決定自應視同行政處分。

四、無異議者即無申訴權，更無訴訟權：惟因原告未按「民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第 3 條之規定提出異議書，經高公局通知補正，原告於 93 年 2 月 4 日完成補正，再次以書面補充異議理由。惟依卷附原告於 93 年 1 月 5 日提出之異議書所載之異議請求為：(一)貴局 (高公局)所辦理之「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案甄審過程應予公開。(二)貴局所辦理之徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案第一階段合格之

核無判決不備理由、理由矛盾或不適用法規之違法，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

入圍申請人之甄審結果應予撤銷。而其理由欄則質疑 (一)就違反促參法第 44 條第 3 項過程未「公開為之」之部分。(二)就未依規定進行資格預審部分。

是以原告當時之異議僅請求高公局公開本計劃甄審過程；撤銷宏碁公司、遠東聯盟及台灣宇通公司取得合格申請人資格之評審結果，重新辦理甄審及停止本計劃後續甄審程序並依規定進行資格預審而已。並未針對最終得標之遠東聯盟未依招商文件規定檢附「辨識交易正確率」之認證文件，隱匿該系統功能無法符合招商文件所要求之規範之事實；國公局允許遠東聯盟於招商截止日後始提出其委託奧地利TUV就「多車道自由車流」所為之測試報告，違反招商文件所定提送投標文件之截止日期；遠東聯盟所提出之投資金額及成本費用資料，明顯失真，違反招商文件之財務規範等情有任何異議之主張，此部分有無違法，既未為異議主張亦無就此為異議決定，當非法院所得確認之範圍。

另高公局為異議決定時除就「本計劃甄審過程是否依促參法第 44 條之規定公開為之」在理由欄加予說明，亦僅就高公局已依「申請須知」之規定合併辦理資格預審及綜合評審；申請人所出具之財務報告無須就公司報表、附註製作人員之部分獨立地提交公證或認證，亦無須就所出具之信用證明文件再經公證或認證，故本計劃無停止甄審之必要而為決定。是以法院判斷該異議決定是否違法，自係就該決定針對異議所載明之事項是否違背法令而定。

若依原告之主張，則只要原告提出異議，不論其異議之內容及範圍為何，高公局對甄審及評決過程即須全面重新審查，此不僅將本件訴訟標的應確認之範圍過分延伸，其主張與上開法院所認甄審階段尚屬私法行為之見解亦相違背。且被告機關與申訴審議判斷機關及法院於處理或審理撤銷訴訟時，亦須因本於公益之考慮，或有可能為之，然如此又何須規定異議書必須載明異議理由？是以被告就原告未於提起異議主張之部分，既無法作出處分或決定，本件並非撤銷訴訟，就該異議決定未提及部分法院即無從為違法與否之確認。

五、甄審之過程「公開為之」之意義：促參法立法之真意，並非在於使甄審會議之發言及討論內容同步對公眾公開，其精神反而係在確保甄審委員於甄審會議場所能暢所欲言，並以其專業為廠商評分，不受外力干擾而盡其職責；甚且在慣例上基於明示其一排除其他之法律解釋原則，對各委員之計分表亦均不對外公布，僅依法於作業完成後公布會議紀錄，以維護最大之公共利益；而所謂「公開」相對於「不公開」即甄審之過程保密，以致該甄審是否合法，申請人無從得知，是「過程公開為之」非必即指「過程同時公開為之」，如解釋為「甄審之過程，申請人可取得充分之資訊以判定甄審是否合乎相關法令及招商文件之規定。」較為妥適。

六、申請人未提出公正認證之財力證明文件：原告異議時質疑高公局未依規定命申請人提出經認證或公證之財力證明文件及針對各公司報表按「申請須

知」第 9 頁第 2 章第 2.7.1 節一規規定：「出具證明書者為中華民國政府所屬之機關時，其所出具之證明文件無須認證。」故「申請須知」第 10 頁至第 11 頁第 2 章第 2.7.4 節所列之「信用證明資格文件」，申請人無須再提交中華民國公證人之公證或認證等語。其係就上開原告質疑之財務報告範圍、應否「公、認證」信用資格證明文件是否合乎規定，依據相關法令為適當之闡述及說明，當無違法可言。

參、觀察重點：

本案為ETC案甄選作業第一階段選擇合格申請人之甄選決定，落選者提出之訴訟，行政法院認為本案屬私經濟行為，不論「甄選決定」、「甄選決定之通知」皆不屬行政處分，唯「異議之決定」為行政處分，其判決與其他認為甄選決定為行政處分有所不同，且所謂「過程公開」及「未公證認證」雖理由皆與宇通於第二階段落選時提出之理由相當但當時並未受重視而且宇通並非訴訟當事人自不受本判決限制，可比較本判決與宇通之判決。

5.2.2 台北高等行政法院判決九十四年度停字第 122 號

裁定時間：中華民國 95 年 2 月 24 日

裁定主文：聲請駁回。³⁷

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

本件台灣宇通資訊科技股份有限公司（聲請人，下簡稱宇通公司）對交通部門臺灣區國道高速公路局（相對人，下簡稱國公局）民國 93 年 2 月 27 日公告遠東聯盟為「民間參與高速公路電子收費系統 建置及營運」案最優申請人之決定，應為行政訴訟法第 116 條第 2 項停止執行規範之行政處分。

貳、裁定要旨：

一、甄審結果公示再向聲請人及相關當事人送達屬行政處分：本件相對人以系爭甄審公告作成「最優申請人為遠東聯盟，次優申請人為台灣宇通資訊科技股份有限公司」之甄審結果公示，並再向聲請人及相關當事人送達，直接產生最優申請人有權優先議約之效力，自屬行政處分。本件招商係依促進民間參與公共建設法及相關法令規定辦理。促參法第 47 條規定：「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定」，政府採購法第 83 條規定：「審議判斷視同訴願決定」。聲請人就本件甄審過程、決定及結果合法性得提起行政訴訟救濟之，故

³⁷ 後續裁定為，最高行政法院九十五年度裁字第 725 號(本文第 42 頁)，抗告駁回。終局確認裁定為，最高行政法院九十五年度台上字第一八〇六號，再審之訴駁回。

為行政訴訟法第 116 條第 2 項停止執行之對象。

二、本件停止執行聲請有權利保護有其必要：聲請人為本件甄審公告次優先申請人，而遠通電收股份有限公司為最優申請人，基於該公告所進展之建置營運契約關係，將造成由遠東聯盟（即遠通公司）辦理高速公路通行費收取之既成事實，依此結果，聲請人縱日後獲得撤銷遠東聯盟最優申請人資格之勝訴判決，仍不能以次優申請人之資格遞補，足見，該公告之續行有侵害聲請人次優申請人之權利與法律上地位，聲請人聲請停止執行確具權利保護必要，自得聲請裁定停止執行。依行政訴訟法第 116 條第 5 項規定裁定停止執行時，得選擇下列三種法律效果：停止原處分或決定之效力；停止原處分或決定之執行；停止原處分或決定之續行程序。其中停止程序之續行係指：以處分所進展之法律關係，應停止其後續處分（或後續程序）之進行。經評定為最優申請人方得與主辦機關完成投資契約之簽約手續並依法興建、營運。此為強制規定，違反者，建置營運契約自屬無效。此為行政程序法關於行政契約之解釋所當然之理，並無待促參法明文。

三、營運契約為行政契約：（一）按依促參法成立之 BOT 案件，不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與與監督，係有公權力介入，若促參 BOT 案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。（二）建置營運契約條款亦明顯可見公權力之介入（如第三章有實施高速公路法規定之通行費收取、第四章有逃欠費追補繳違規處理、參與訂定電子收費配套措施等），是本件高速公路電子收費系統建置及營運契約，應係行政契約。（三）促參法民國 89 年 02 月 09 日公布施行當時行政程序法尚未施行（90 年 1 月 1 日施行），行政契約係由解釋、實務及學理形成，並未有明文，無從準用（促參法誤規定為適用），是以促參法規定：……，適用民事法相關規定，係當時法制下不得不然之結果。況且投資契約準用民事法相關規定之法條規定，並不當然即應判斷為私法契約。（四）學者亦主張投資契約內容龐大不宜就契約整體而斷，應就個別契約條款之標的及目的加以判斷，所以至少投資契約在政府管理監督及調整契約內容機制上，具公權力行使之性質，此一見解，應不能退讓，否則攸關全民利益之公共建設，只要依促參法決標後，其後之建置營運階段，即依民事法「契約自由」原則，其得標之營運建置猶如脫韁不受政府管控，殊非全民之福，亦有損政府施政威望，自非法解釋所應為。

參、觀察重點：

本案為投資契約性質法院判決之重要轉戾，與九十四年度訴字第 752 號同一天產生之判決，雖本裁定應僅對最優申請人之決定是否停止執行討論，但裁定中採「修正雙階段論」，「行政處分+行政契約」對契約應屬行政契約有所著墨，對後續之投資契約性質判定之司法判決有相當大之影響，其影響似比 94 年

訴字第 752 號判決為大，但較少為學者討論。

5.2.3 台北高等行政法院判決九十四年度訴字第 752 號

判決時間：中華民國 95 年 2 月 24 日

判決主文：原處分有關遠東聯盟為本件最優申請人之部分（包括異議決定）及申訴審議判斷不利於原告部分（除未准予遞補外）均撤銷。原告其餘之訴駁回。³⁸

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

台灣宇通資訊科技股份有限公司（原告）曾以：交通部臺灣區國道高速公路局（被告）甄審遠東聯盟為最優申請人之過程、決定及結果違反促參法令及本案申請須知規定，於 93 年 4 月 19 日向工程會提出申訴，請求：撤銷遠東聯盟最優申請人資格；由原告遞補進行系統功能實測及議約。工程會 94 年 1 月 7 日作成 93003 號申訴審議判斷，其主文為：「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷；有關設立建置營運公司發起人、修改投資計畫及公平協商部分不予受理；其餘申訴駁回。」原告 94 年 3 月 10 日起訴狀即載明本件係為不服被告機關 93 年 2 月 27 日公告及 93 年 4 月 26 日函之異議決定書，及不服工程會 94 年 1 月 7 日 93003 號申訴審議判斷中不利原告之部分，提起行政訴訟。原告在向工程會申訴時已請求撤銷遠東聯盟最優申請人之資格及由其遞補議約及測試，工程會只撤銷被告原異議處理結果有關公證、認證部分，而駁回原告其餘申訴，原告之申訴及請求未獲滿足，自得就該部分提起行政訴訟。

貳、判決要旨：

一、本件甄審公告係行政處分：政府採購法一般認為招標、審標、決標之爭議屬公法爭議，應循異議、申訴之公法救濟途徑解決，因此，促參法有關「申請及審核」爭議之異議及申訴程序準用政府採購法第 74 條規定之結果，其性質亦屬公法爭議。其中，審核評定選出最優申請人之「甄審決定」（促參法第 45 條第 1 項），係甄審委員會就民間依促參法（公法）規定申請參與特定公共建設規劃案之具體事件，作成單方之決定（評定），直接發生使特定申請人成為最優申請人（或次優申請人），並得與主辦機關簽訂投資契約之法律效果（促參法第 44、45 條參照），核其性質，自屬行政程序法第 92 條第 1 項規定之行政處分。

二、不因申訴審議判斷主文諭知「原異議處理結果有關公證、認證部分撤

³⁸ 終局確認判決為，最高行政法院九十五年度判字第一二三九號(本文第 43 頁)，兩造及原審參加人上訴均駁回。

銷」之有利於原告部分，而無訴之利益：本件行政爭訟之訟爭標的有二，其一為甄審公告認定參加人遠東聯盟為最優申請人資格行政處分之違法性及原告因上開甄審公告行政處分侵害其權利之主張，另一為原告主張「被告應作成由原告宇通公司遞補為本案最優申請人之處分」之公法上請求權。申訴審議判斷視為訴願，係提起行政訴訟之前置程序，並非審級，只要前置程序已實質審議行政爭訟標的內容，即應認提起行政訴訟為合法，前置程序主文記載依各該前置程序所依據之法規規定為合法，提起行政訴訟即為合法，本件異議決定係為異議駁回之主文，顯係獨立於原處分外，以另一行政程序維持原處分之結論，並未發生變更原處分結果之效果。

三、實體方面之判斷：

1. 有關多車道自由車流電子收費系統部分：按本件BOT案所採取之模式即BUILD-OPERATE-TRANSFER(興建-營運-所有)，故於申請須知中除規範申請人之資格、應備文件、申請作業、甄審方式外，並未要求申請人於申請階段即須具備「多車道自由車流」之建置能力，自也無須於此階段提出系統功能認證文件證明其有此能力，原告也未以不實之實績資料混充。至於本件建置目標既在於建立一個多車道自由車流之電子收費環境，申請須知竟未要求申請人於申請階段即須提具相關之建置能力證明或商業運轉實績，以確保廠商之執行能力，實乃申請須知過於寬鬆之問題，惟此申請須知既經公告周知，實難以逸出須知範圍之解釋，強令申請人遵守。

2. 有關VPS系統部分：遠東聯盟之投資計畫既規劃以DSRC技術建置計次階段之收費系統，並同時測試發展VPS系統，故其所擬定之營運計畫書、財務計畫書也僅能以DSRC技術系統為主軸加以說明，自無於申請階段即提出說明關於VPS系統之部分。至於嗣後研發成功並予採用之VPS系統能否達到申請須知 7.5 規定之數據，此乃契約規範之問題，非屬申請階段申請文件是否齊備之問題。自無需於招商截止日前，提送VPS系統功能認證文件，也無需於議約期通過VPS系統功能實測，其財務計畫書、營運計畫書也無需就VPS系統如可達成申請須知規定可收費成功率及營運成本加以說明。

3. 有關車內設備單元(OBU)部分：故原告稱遠東聯盟營運計畫書內未明示「進階型OBU」、「VPS豪華型OBU」之定價，及GSM之通訊費，而有所隱匿云云，此部分應屬申請須知規範是否過於寬鬆之問題，而非遠東聯盟之營運計畫書不當而不合格式。惟本件BOT案之申請、甄審既係以已公告週知之申請須知為準據，申請須知如有未及縝密之處，也難期使申請人應提出申請須知以外之文件。綜上，遠東聯盟所提出之營運計畫書業依規定，載明計次、計程階段之車內設備單元的裝機費用及定價策略，已符申請須知規定。

4. 有關通訊誤差率及通訊準確率部分：遠東聯盟已於申請時即提出合於申請須知要求之「通訊誤差率」系統功能認證項目表。

5. 有關設立建置營運公司發起人部分：遠東聯盟雖於上開計畫書中將

APPIAN公司記載為建置營運公司發起人之一，嗣後APPIAN公司並未如計畫書所載而為公司發起人，惟此並不違反申請須知規定。另乏證據證明遠東聯盟假藉APPIAN公司之實績，虛捏APPIAN公司預計加入為發起人之不實事實令甄審委員為錯誤之評選決定。

6. 有關協商程序違反平等、公益原則，致甄審判斷違法部份：協商係甄審會議前重要程序，足以影響甄審結果之判斷。

被告僅與遠東聯盟協商VPS項目，而未與各入圍申請人（包括原告）協商VPS，有違平等原則：按促參法第44條規定主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。及依甄審辦法第15條規定綜合評審進行協商時，應「平等」對待各入圍申請人。

甄審委員所授權之工作小組就遠東聯盟關於車內設備單元（OBU）之定價原則未列入協商項目，有違公益原則：按法治國家之憲法及法律內涵，即顯現公益，是以確實執行法律，為實現公益之主要手段，惟行政機關為裁量行為時或可不受法律拘束，但應把公益原則列為第一優先，所謂公益，並非政府之利益，亦非行政、立法或政治社會中某一團體之利益，而係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討。所以在公共利益之比較，自應著重用路人權益考量，始不致使各利益輕重失衡。且用路人並未在本件高速公路電子收費系統建置及營運形成利益團體，參與招商、建置營運之程序，而形成較弱勢之利益，則被告為行政機關在裁量協商項目時，自應以用路人權益為最優先考量，並避免營運公司得標後，在20年之委辦期間因系統建置變更而須變更車內設備單元，有損用路人利益，始合於公益。

綜上，基於上開六個爭點之認定，原告主張遠東聯盟欠缺招商文件所要求之「多車道自由車流」、未依規定辦理招商階段該作之系統功能實測、未於投資計畫列明所有車內設備單元之成本費用、隱匿用路人負擔、修改不合格之規格數據、提出實績資料虛偽不實、假藉APPIAN營運實績參與甄審等，均難成立，是遠東聯盟應屬合格申請人無誤。惟被告於92年12月25日公告原告、遠東聯盟及宏碁股份有限公司為合格之入圍申請人，而進行協商階段時，有未符公平原則及公益原則之違法，基於協商程序所獲致甄審資料乃有不全，則甄審委員基於協商後之甄審資料作成公告遠東聯盟為最優申請人之判斷，及被告嗣後為維持原公告之異議決定，均屬違法；另申訴審議判斷未予認定上開公告最優申請人之處分為違法，亦有未當，爰予撤銷判由原告重為協商程序，並為適法之甄審。至於申訴審議判斷不利原告部分，其中原告申請遞補為最優申請人部分，駁回原告之訴。

參、觀察重點：

如台北高等行政法院判決九十四年度停字第122號，本判決應人以「修正

雙階段論」為出發認為甄審公告係行政處分。影響最大者為判決以抽象的法律原則為判決根據與權力分立之關係，行政法院先根據相關事實文件給予實質審查，贊同甄試委員的努力，但最後卻以「有關協商程序違反平等、公益原則」認定甄試決定違法。若法院離開細膩的甄試文件與規定，而直接根據抽象的一般法律原則來審查甄試決定，行政機關及公法學界應嚴肅以對，因涉及立法行政與司法就民間參與公共建設應如何安排權力歸屬問題，及未來甄試委員如何權衡平等、公益原則與智慧財產之商業機密之角力。

5.2.4 最高行政法院判決九十五年度裁字第 0725 號

裁定時間：中華民國 95 年 4 月 13 日

裁定主文：抗告駁回。

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

台灣宇通資訊科技股份有限公司(抗告人)因與相對人交通部台灣區國道高速公路局間聲請停止執行事件，對於中華民國 95 年 2 月 24 日臺北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定提起抗告，本院裁定如下：抗告駁回。

貳、裁定要旨：

按行政訴訟法第 116 條第 2 項規定：「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」依此規定，得為停止執行之事由為「須原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事」。查原裁定以抗告人為本件甄審公告認定為次優申請人，惟原處分之執行，並無致抗告人發生難以回復之損害，核與行政訴訟法第 116 條第 2 項前段規定停執行要件不符。又按停止執行規範之目的，在於保護抗告人私益，若涉及公益之事項，並非停止執行積極要件之發生難以回復之損害範圍，而係屬衡量行政訴訟法第 116 條第 2 項及第 3 項但書消極要件所應考量之事項，亦即公益之考量係評斷合於「難以回復之損害，且有急迫情事」後，依同條第 2 項及第 3 項但書應再加以比較之階段。本件抗告人既已不合於停止執行難以回復之損害要件，自不必衡量公益情事，因而將抗告人請求停止甄審公告之續行程序及執行駁回，於法核無違誤。

參、觀察重點：

本案為臺北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定之後續訴訟，本裁定支持原裁定之結果。採「修正雙階段論」，「行政處分+行政契約」對契約應屬行政契約。

5.2.5 最高行政法院判決九十五年度判字第 01239 號

判決時間：中華民國 95 年 8 月 3 日

判決主文：兩造(台灣宇通及高公局)及原審參加人(遠通電收)上訴均駁回。³⁹

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

因ETC促進民間參與公共建設法事件，上訴人對於中華民國 95 年 2 月 24 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決，分別提起上訴。

貳、判決要旨：

一、參與政府規劃之公共建設，只有被評定為最優申請人者，始取得與主辦機關簽訂投資契約及依法興建、營運之權利，須俟被評定為最優申請人者未於規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約簽約手續時，次優申請人始有遞補簽約之機會（並非當然取得遞補簽約之權利）。故上開「評定最優申請人」的決定，對其他參與競爭之申請人產生排斥的效果，亦即其他申請人將因而失去與政府簽訂特許投資興建及營運契約之機會，形同未獲准授予簽約之權利，乃對於權利及法律上之利益的消極損害，其雖非該「評定最優申請人」決定之相對人，但為該決定（行政處分）效力所及，自得依行政訴訟法第 4 條第 1 項規定，對之提起撤銷訴訟以資救濟。

二、行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。1. 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。2. 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。3. 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。4. 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。5. 行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等。復依行政程序法第 1 條規定之立法目的觀之，行政行為應遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴。所謂公正、公開與民主之程序即係正當程序。行政處分之作成違反正當程序，或其程序之進行未符合行政法的一般原則，如未達於「重大明顯」程度，依行政程序法第 111

³⁹ 後經協商，遠通公司承諾 ETC 將繼續正常營運，直到政府有更進一步的決策。而高公局也重新辦理 ETC 案之第二階段甄審，遠通電收仍再次獲選為最優申請人，而與高公局重新簽約。

條之反面解釋，固非無效，但如果程序違法導致事證蒐集的缺漏，客觀上足以影響行政處分之實體結果，該處分即有可議(瑕疵)，此程序違法，自得視為導致該處分違法之「程序違反」，而構成該處分得撤銷之事由。對於專門科技事物(高速公路電子收費系統)之投資建置及營運為評價，將所謂「最優申請人」、「次優申請人」等不確定法律概念涵攝於具體的事實關係，具有專業性判斷性質，仍得承認其有相當之判斷餘地。

三、又上訴人高公局係經由交通部依據促參法第5條第2項規定授權辦理本件BOT案，為主辦機關。揆諸前開說明，原審法院本得就上訴人高公局於實施綜合評審時有無對全體合格之入圍申請人踐行正當程序，有無違反法治國家應遵守之原理原則，加以審查，則其審查本件甄審公告前之協商程序有無違反平等原則及公益原則，以致據為評審之資料不齊全，於法並無不合(未逾越分際)。又高公局既為本BOT案的主辦機關，其為協助甄審委員會辦理與甄審有關之作業所成立工作小組進行之協商程序如有瑕疵，導致據以評審的資料不齊全，造成甄審委員會的評定結果有可議之處，即均應視為高公局行政行為的瑕疵。

四、各申請人所書具之各類投資計畫書等文件均在高公局保管中，各申請人並不能互相知悉彼此之各類投資計畫書等文件內容，自無從對競爭者內容提出質疑，只有上訴人高公局之工作小組人員可通盤知悉全部申請人各類投資計畫書等文件內容，且協商議題只能由高公局主動提出與決定，高公局遵行促參法令所要求之公平協商及平等對待各入圍申請人益形重要。高公局工作小組既獲授權進行協商，自應依協商程序之目的，徹底踐行平等原則，始符合正當程序之要求。又與遠東聯盟協商「多車道自由車流」系統，使其有補充資料及修正投資計畫書的機會，卻未與宇通資訊公司協商VPS系統，使其有補充承諾建置時程的機會，顯然厚此薄彼，違反前引行政程序法及促參法規所揭禁之平等原則及侵害未被平等協商者為公平競爭的自由。

五、雖然其論斷高公局於協商程序違反公益原則之理由稍嫌簡略，又未詳細說明協商程序違反平等、公益原則如何足以影響甄審結果，並導致原處分違法，所謂程序違法導致據以評審的資料不全或事實認定錯誤，前後論述不一，且漏未論述高公局於原審95年2月9日準備程序當庭所提示甄審評分彙總表，及誤引促參法第45條第2項及本件BOT案申請須知第12.1.2節「注意事項」第10點之規定，作為駁回宇通資訊公司請求遞補為本案最優申請人之訴之依據，亦未盡妥適，惟尚不影響於判決之結果，仍應予維持。

參、觀察重點：

最高行政法院本件之判決加強認定協商程序違反平等公益原則的論述主軸可分為四個階段：1. 承認甄審委員就甄審決定享有判斷餘地。2. 加強甄審決定應遵守平等、公益原則之實證法上依據。3. 協助甄審委員工作而成立之工作小

組，其被授權協商應遵守平等協商原則，未遵時將影響甄審結果。4. 界定BOT案牽涉之公益內涵，認定用路人權益不容輕忽⁴⁰。

5.3 ETC 判決後法院審議判斷及判決概述

95年2月24日ETC案後之判決本研究整理共六件判決，發現促參案件三件，獎勵投資條例計二件、收入性招標一件；其中一般法院判決三件，行政法院判決三件，其中一般法院判定皆為民事契約，行政法院判決中二件為行政契約一件為民事契約。行政法院判定為行政契約者多引用95年2月24日ETC判決，而96年5月31日高雄高等行政法院96全20判決，已列入高雄高等行政法院裁判書彙編（96年版）第一期571-584頁，自然對未來判決具有參考價值。整理其代表四判決重點如下依時間為：台灣高等法院判決九十五年度上訴字第3840號獎勵投資條例案件，台北高等行政法院判決九十五年度訴字第2710號促參法案件，高雄高等行政法院判決九十六年度全字第20號促參法案件，高雄行政法院判決九十六年度訴字第0359號促參法案件。

5.3.1 台灣高等法院(刑)判決九十五年度上訴字第03840號

判決時間：中華民國96年3月22日

判決主文：原判決關於乙○○、甲○○部分撤銷。乙○○、甲○○共同商業負責人，以明知為不實之事項而填製會計憑證，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以銀元參佰元即新臺幣玖佰元折算壹日。⁴¹

法院對契約性質認定為：民事契約。

壹、案情概訴及爭議點：

臺南市政府於87年7月間聯合臺南縣政府共同向經濟部工業局爭取聯合開發跨越臺南縣市交界之「臺南新吉工業區」獲得工業局同意後，以由受託開發廠商自行籌措資金進行開發，並依核定價格租售工業區土地後，再依契約規定收回開發成本、利息及代辦費用之方式，執行該開發案，並協議由臺南市政府主辦，於88年1月14日、87年11月19日公開徵選開發案總顧問及開發廠商，董美貞與楊鼎玉乃共同合作以樹茂公司名義聯合全義工程顧問公司及能高工程顧問公司（以下簡稱能高公司）等三家公司組成服務團隊參與競標。樹茂公司之團隊於88年2月9日取得優先議價權，三月間經評審遴選為開發案總顧問，另開發廠商資格則由協興瓏公司取得，兩家公司與臺南市政府分別於88年3月9日、88年3月18日簽定契約書在案。惟董美貞竟於88年4月間某日，向楊鼎

⁴⁰ 陳愛娥，「法律原則的具體化與權限分配秩序—評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決」，月旦法學雜誌，138期，第7頁，民國九十五年十一月。

⁴¹ 查無後續上訴之判決。

玉要求新臺幣 100 萬元之交際費，楊鼎玉遂與董美貞、甲○○協商，支付該筆款項時，由甲○○及不知情之潘銘達（業經原審無罪判決確定）從協興瓏公司交付給達茂公司之 300 萬元工作費用中提撥 100 萬元支應，同時甲○○為使達茂公司帳面收支得以平衡，乃透過楊鼎玉要求董美貞須提供上開金額之發票以為記帳憑證，乙○○乃與董美貞、甲○○、楊鼎玉基於共同犯意聯絡，由乙○○以所經營與工程無關，純係經營室內裝潢設計、噪音防治處理等業務之友合公司名義，由不知情之公司會計人員，開立名稱為「環境及市場調查第一期款」、面額為 105 萬元（因加收發票金額 5%營業稅 5 萬元，下稱系爭發票）之業務上所掌管會計憑證之統一發票，交由楊鼎玉轉交達茂公司作為記帳之憑證，甲○○收到該張發票後，交由不知情之潘銘達於其業務上所掌管達茂公司之銀行往來帳、現金帳、明細帳及支付傳票（起訴書漏載現金帳，應予補充）為不實項目之登載，並隨即將 105 萬元款項匯入及轉匯如附表所示之公司及個人。案經法務部調查局臺南市調查處移送、臺灣臺南地方法院地方法院檢察署檢察官自動檢舉偵查起訴及追加起訴，並經臺灣臺南地方法院移轉臺灣臺北地方法院管轄。

貳、判決要旨：

一、按為滿足民間對於公共建設及服務之需求，政府期望透過引進民間專業技術及豐沛資金，以提高政府之效率並減輕財政負擔，促進民間參與公共建設法（下稱促參法）乃因運而生。依促進民間參與公共建設法第 12 條第 1 項之規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定，契約無約定者，適用民事法相關之規定」，再參以本件從事公共建設之興辦，主要著眼在於借重民間契約之經營效率，政府與民間之權利義務具備雙務與對價性，若解釋為行政契約，政府得單方面調整或終止契約，則人民可能因法律關係之不平等或不確定性而影響締約之意向，無形中減弱民間參與之意願，是似應以私法契約為解釋較有利於建設之進行以及符合促參法之立法精神。而本案關於臺南市政府與樹茂公司簽訂之新吉工業區開發案契約，係屬委託專業技術服務之勞務契約，性質上非屬公法上委託私人行使公權力之行政契約，而屬於私法契約。

二、再按貪污治罪條例第 2 條所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，應指公務機關所委託承辦者，為該機關公權力範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力而言，如僅係民事上之委任，非受託承辦公務，受委任者不能具有公法上之權力，即無行使公權力之身分，縱有犯罪行為，仍不得為該條例之犯罪主體，不能適用該條例處斷。另刑法業於 95 年 7 月 1 日修正施行，其中第 10 條第 2 項關於公務員之定義亦由「依法令從事於公務之人員」修正為：「稱公務員者，為下列人員：一依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定權限者。二受國家、地方自治團體所屬機關依法委託、從事與委託機關有關之公共事務者。」則本案證人董美貞案發時為

樹茂公司之負責人，樹茂公司於 88 年間，參選臺南市政府公告甄選管理總顧問機構，協助辦理臺南新吉工業區之開發審查推動及管理事宜，由樹茂公司提出技術服務建議書，臺南市政府依甄選結果於 88 年 3 月 9 日與樹茂公司簽定「臺南新吉工業區開發審查及管理總顧問技術服務契約書」，證人董美貞隨即於 88 年 4 月間向證人楊鼎玉要求 100 萬元之公關費等情；揆諸上開說明，該契約既為私法契約，證人董美貞僅為契約當事人一方之代表人，即無受委託行使公權力之權限可言，況證人董美貞係於 89 年 1 月 1 日起，以機要人員任用，擔任臺南市政府發展局局長職務，後因案羈押，於 89 年 6 月 6 日起停職，迄 89 年 8 月 8 日復職，復於 89 年 10 月 1 日辭職等情，則證人董美貞於 88 年 4 月間斯時，亦非任職於公務之人，自非貪污治罪條例第 2 條所規範之對象，亦不符合修正後刑法第 10 條第 2 項關於公務員之定義。則上開契約既為私法契約，且董美貞亦非受委託行使公權力之人，則起訴書認定證人董美貞係受公務機關臺南市政府委託承辦公務之人，而被告乙○○與證人董美貞共同犯罪，應依貪污治罪條例第 3 條之規定同依該條例處斷，即有未洽。再按洗錢防制法第 9 條第 1 項係以犯該條例第 2 條第 1 款之為掩飾自己最輕本刑 5 年以上有期徒刑之重大犯罪而配合洗錢之規定，則依上述，被告乙○○既不構成貪污治罪條例之罪刑，自無法構成洗錢防制法第 2 條第 1 款之為掩飾自己重大犯罪所得財物之罪嫌，而依同條例第 9 條第一項處斷；被告甲○○亦不構成洗錢防制法第 2 條第 2 款為掩飾他人（即被告乙○○、董美貞）重大犯罪所得財物之罪嫌，而無從依同條例第 9 條第 2 項處罰。

三、乙○○、甲○○共同商業負責人，以明知為不實之事項而填製會計憑證，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以銀元參佰元即新臺幣玖佰元折算壹日。

參、觀察重點：

本件法官先判斷臺南市政府與樹茂公司簽訂之新吉工業區開發案契約，係屬委託專業技術服務之勞務契約，性質上非屬公法上委託私人行使公權力之行政契約，而屬於私法契約。再論其僅係民事上之委任，非受託承辦公務，受委任者不能具有公法上之權力，即無行使公權力之身分，縱有犯罪行為，仍不得為該條例之犯罪主體，不能適用該條例處斷，故亦非任職於公務之人，自非貪污治罪條例第 2 條所規範之對象。既不構成貪污治罪條例之罪刑，自無法構成洗錢防制法第 2 條第 1 款之為掩飾自己重大犯罪所得財物之罪嫌。最後僅構成明知為不實之事項而填製會計憑證為判決。

5.3.2 台北高等行政法院判決九十五年度訴字第 02710 號

判決時間：中華民國 96 年 3 月 29 日
判決主文：被告(台北縣政府)應給付原告(歐榮環保科技)新台幣 5000 萬元整及自民國 95 年 8 月 23 日起至清償日止依法定利息百分之 5 計算之利息。原告其

餘之訴駁回。⁴²

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

原告之法人股東歐榮環保科技代表參與被告於 94 年 7 月間依「促進民間參與公共建設法」公告辦理「徵求民間機構參與台北縣政府板新污水下水道系統建設（三峽、鶯歌地區）之興建、營運、移轉（BOT）計畫」之招商程序，並依被告所公告招商文件中申請須知規定組成「歐信工程股份有限公司籌備處」為企業聯盟申請人，依規定繳交申請保證金 5000 萬元，嗣經甄審委員會評定為最優申

⁴² 後續判決為最高行政法院 98 年判字第 635 號 98 年 6 月 11 日，兩造上訴均駁回。按：（一）關於上訴人歐信公司之上訴部分：經查本件雙方既未締約，自不生行政契約應以書面締約之問題，亦無行使公權力行為之問題，是原判決不適用國家賠償法第 2 條第 2 項之規定，自屬合法。原判決依促參法成立之投資契約為公法上契約而非私法上契約，應適用行政程序法等公法規定，是基於公益之考量，保障人民之權利，不應適用民事法規。行政程序法第 136 條規定，乃公權力主體為公共利益，基於行政目的之考量，享有單方變更權，而在行政契約制度中所保留的行政權力之一。是從政府管理監督及調整契約內容以觀，有公權力之性質，並非有公權力之行使，惟如雙方締結契約後有調整契約之行為時，始為公權力之行使。本件雙方尚未締約，歐信公司將原判決所稱之公權力性質，誤認為係公權力行使，進而要求適用國家賠償法，自有未合。又查本件 BOT 案，因臺北縣政府顧慮涉及重大公益，於政策執行上仍須考量民意之依歸，並花費時日與縣民及各界多作溝通，蓋於 BOT 特許後，必須設法維護興建、營運及移轉所具有之公共利益及交易利益，考量 BOT 投資計畫所需資金主要還是來自於投資大眾，BOT 投資計畫之實施，自始即必須小心處理關係企業間之利益輸送問題，以避免日後發生糾紛，故需較長之締約準備時期，不得調為默示之意思表示，原判決要無違法。再查依行政程序法第 146 條其立法意旨，在使行政機關於公益之考量下，得片面調整或終止契約。於締約後得基於公益調整或終止契約，可推論行政機關於簽約前更得因公共利益考量，享有相當之猶豫期間，以「事先防止」契約締結後，對人民或其他方當事人造成更大之損害，此並為原判決所肯認，是解釋上在猶豫期內，行政機關未為任何調整或終止之行為，人民自不得請求損失補償。因調整或終止前「無損失補償」之規定，非立法無意之疏漏，顯屬立法者之有意省略，並無類推適用予以補充漏網之餘地。歐信公司主張得類推適用行政程序法第 146 條第 2 項之規定請求損失補償，實有未合。再者，臺北縣政府以 BOT 案涉及重大公益，特於猶豫期內與各界作重大溝通，實無違誠信原則，是歐信公司所謂之備標費用等損失，實與公權力行使所致之損失有間。況損失補償請求權需有法律明文依據，歐信公司請求損失補償無任何法律依據，其類推適用行政程序法第 146 條第 2 項之規定，即有未合，是原判決此部分亦無違背法令之情形。從而，上訴人歐信公司上訴意旨指摘原判決就其受不利益判決部分違背法令，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。（二）關於上訴人臺北縣政府之上訴部分：經查本件臺北縣政府持有系爭申請保證金，因申請須知第 3.7.3 所規定之「申請保證金之有效期限」及 3.4.6 所規定之「申請文件之有效期限」業於 95 年 7 月 23 日屆滿，而失其再持有之法律上原因，歐信公司主張依民法第 179 條規定，請求返還系爭申請保證金及自起訴狀送達臺北縣政府翌日即 95 年 8 月 23 日起算之法定利息，要屬於法有據，應予准許等情，業據原判決明確詳述其得心證之理由，有如前述。其所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，原判決此部分尚無判決不適用法規或適用不當之違法；又證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂判決有違背法令；亦難謂有判決不備理由之違法，縱原審雖有未於判決中加以論斷者，惟尚不影響於判決之結果，與所謂判決不備理由之違法情形不相當。至於臺北縣政府其餘訴稱各節，乃其對法律上見解之歧異，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，均無可採。綜上臺北縣政府之上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決就其受不利益判決部分違誤，求予廢棄，亦難認為有理由，應予駁回。

請人，並進行議約，旋由台北縣政府於94年12月12日通知本計畫議約完成。

惟台北縣政府未遵守其所制定公告之本計畫招商文件申請須知第5.1.2.4項規定：「最優申請案件申請人經取得主管機關發函通知同意投資執行計畫書後，應於10日內．．．與主辦機關完成契約簽訂事宜。」及第2.3項「本計畫時程表」如下：項次13、最優申請案件申請人自議約完成後10日內提送投資執行計畫書，項次15、主辦機關同意投資執行計畫書後10日內完成簽約等規定，於議約完成後遲不簽約，原告遂依行政訴訟法第7條及第8條規定提起本件行政訴訟。

貳、判決要旨：

一、投資契約因政府高度參與與公權力介入固應為行政契約：按依促參法成立之BOT案件，不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與與監督，係有公權力介入，促參法第五章特別明定政府對民間參與興建及營運交通建設之監督管理，其中促參法第52條及第53條更規定：民間機構於興建營運期間如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生時，主辦機關得命定期改善，中止其興建營運之全部或一部，情況緊急時，中央目的事業主管機關亦得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並採取適當措施維持該公共建設之營運，必要時並得強制接管興建或營運中之公共建設等等，上開制度與行政契約之契約調整之機制（行政程序法第146、147條）相當，若促參BOT案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。

二、促參法立法時因行政程序法尚未實施：促參法民國89年02月09日公布施行當時行政程序法尚未施行（90年1月1日施行），行政契約係由解釋、實務及學理形成，並未有明文，無從準用（促參法誤規定為適用），是以促參法規定：．．．，適用民事法相關規定，係當時法制下不得不然之結果。況且投資契約準用民事法相關規定之法條規定，並不當然即應判斷為私法契約，此從行政程序法第149條規定：行政契約，本法未規定者，準用民法相關規定之明文可得反證。至於立法理由，僅係解釋法律方法之一，但依促參法成立之投資契約具有強烈公權力與特許之內容與本質，立法理由率斷為民事契約，顯非妥適，自應排除此一法律解釋方法。

三、認為契約之性質應個別認定：學者亦主張投資契約內容龐大，不宜就契約整體而斷，應就個別契約條款之標的及目的加以判斷，故至少投資契約在政府管理監督及調整契約內容機制上，具公權力行使之性質，此一見解，應不能退讓，否則攸關全民利益之公共建設，只要依促參法決標後，其後之建置營運階段，即依民事法「契約自由」原則，其得標之營運建置猶如脫韁不受政府管控，殊非全民之福，亦有損政府施政威望，自非法解釋所應為，合先敘明。

四、本件無類推適用民法終止契約或解除契約回復原狀之餘地：原告已為本計畫之最優申請案件申請人，已完成議約（第12項次）、原告基於最優申請案件申請人之地位已提送投資執行計畫書（第13項次），且被告已同意投資執行計畫書（第14項次），所爭執者，即為第15項次之「完成簽約」之時程。又兩造於本院準備程序中均陳明兩造對於本計畫未曾聲明終止或解除，記明在卷。準此，本件即無類推適用民法終止契約或解除契約回復原狀之餘地，兩造之爭執點，端應依招商文件中之規定尋求其解決依循。

五、原告得請求返還保證金及起訴狀送達台北縣政府後之利息：按「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」行政程序法第149條定有明文。又「無法上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」亦為民法第179條所明定。本件被告持有系爭申請保證金，因申請須知第3.7.3所規定之「申請保證金之有效期限」及3.4.6所規定之「申請文件之有效期限」業於95年7月23日屆滿，而失其再持有之法律上原因，原告主張依行政程序法第149條準用民法第179條規定，請求返還系爭申請保證金及自起訴狀送達被告翌日即95年8月23日起算之法定利息，要屬於法有據，應予准許。

六、原告不得求損害賠償：原告請求補償因被告行政行為所遭受之一切損失部分：行政契約之債務不履行係兩造立於平等地位所衍生違反合意之法律關係，核與公權力之行使所衍生之國家侵權行為或怠於行使公權力無涉，本件既屬行政契約簽約爭議，即不生國家賠償問題。原告以被告不遵守申請須知所規定的簽約時程，援引國家賠償法之規定，請求被告賠償其備標損失2千6百33萬2千9百27元及其遲延利息云云，於法不合。

本件被告未聲明終止本招商計畫，業如前述，而參考其援用行政程序法第146條第1項之規定所為之抗辯略以：近來民意對BOT案涉及重大公益有所顧慮，被告於政策執行上仍須考量民意之依歸，並花費時日與縣民及各界多作溝通，雖自議約迄今逾8月有餘，而比起長達35年之政策決定而言，仍符合比例原則。參照行政程序法第146條對於行政機關得片面終止契約之規定，可推論行政機關於簽約前應享有相當之猶豫期間，自屬舉重以明輕之法理；原告片面斷言被告無簽約意圖，而一再違反申請須知規定請求發還保證金，其操之過急實有違誠實信用原則，欠缺保護之必要性等語。可知被告並無調整或終止本計畫之行為至明。又查行政程序法第146條第1項所規範之調整或終止契約之主動權，完全操之於行政機關，原告要無主張類推適用之餘地，原告此項主張，顯屬無據。

本件兩造雖均未終止或解除本計畫之進行，但原告所繳交之申請保證金因逾有效期限而自動失效，被告已失其持有之法律上原因，自負有返還之義務，原告依行政程序法第149條準用民法第179條規定請求返還及自起訴狀繕本送達被告翌日起算之法定利息，自屬有據，應予准許；至其請求損害賠償一節，因以國家賠償為其主張之請求權基礎，核與行政契約要件不合，且無類推適用行

政程序法第 146 條第 2 項規定請求賠償可言。

參、觀察重點：

本案為標準民間投資污水廠之促參案件，於ETC案後判決，94年7月公告，同年12月議約完成，但台北縣政府不予簽約且不聲明終止本招商計畫，民間機構僅能取回保證金及於96年3月起訴書送達縣政府後之利息。本研究認為此為投資契約認定為行政契約之問題癥結，行政機關得以選擇自行開發或公開徵求投資人之方式開發公共建設，依一般原則選擇以促參方式開發時，應有足夠之準備工作與評估，先行完成可行性評估、完成先期規劃、尋求投資人意願等工作。若依德國五階段辦理之工作⁴³，第一階段需求確定及方案研究，第二階段準備及規劃，第三階段公告招商及評選，第四階段履約及績效控管，第五階段契約結束及再利用。以Gladbeck Cityhall (Gladbeck 市政廳) 為例，總時程：3年9個月。其各階段所費時間為：一、可行性研究與「公私合夥」計畫條件檢視，6個月。二、「公私合夥」之招商準備工作，4個月。三、招商程序(從公告到簽約)，9個月。四、規劃完成(其中包含拆除過程以及建造許可)，5個月。五、興建部份(包含拆除工作)，19個月。其中公告前之二階段共費10個月，幾乎佔全案1/4時間。

而國內對此準備工作是否足夠，行政機關是否可輕易啟動招商之程序，而將備標成本由公私合夥之民間機構單獨承擔，司法機關判決助長行政機關輕忽其職守，本案民間機構僅能取回保證金，而對於本案所投入之成本無管道可得救濟⁴⁴，對將來促參案民間投資之意願無疑是一大障礙，如此主張高權利行政是否為全民之福，是否為促參法立法初衷實有討論空間。

5.3.3 高雄高等行政法院判決九十六年度全字第 00020 號

裁定時間：民國 96 年 5 月 31 日

裁定主文：聲請駁回。⁴⁵

法院對契約性質認定為：行政契約。

壹、案情概訴及爭議點：

德安開發股份有限公司依促進民間參與公共建設法第 46 條規定，於 92 年 7 月 16 日向相對人申請投資經營「杉原海水浴場」，嗣經台東縣政府於 93 年 9 月 13 日評定德安公司為上開投資案之最優申請人，而由德安公司依該開發案申

⁴³ 本論文 68 頁以下。

⁴⁴ 但若本案民間機構，如引用行政契約準用民法賠償與契約約定，而不採用國家賠償法結論或許不同。

⁴⁵ 終局裁定最高行政法院 96 年度裁字第 01734 號，抗告駁回。

請須知及公司法等相關法令規定，成立特許公司即美麗灣公司負責本案之開發及營運業務，並由美麗灣公司與台東縣政府於同年12月14日簽訂「徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約」，以BOT（設定地上權50年）方式進行開發，由該公司負責投資興建並為營運，營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予相對人，且美麗灣公司須支付開發權利金新台幣（下同）500萬元及自營運開始日起每年應繳納營業總收入2%之營運權利金給相對人等情，此有德安公司92年7月16日德安92字第07006號函、相對人93年9月13日府旅企字第0933030626號函及徵求民間參與杉原海水浴場經營案興建暨營運契約。社團法人台灣環境保護聯盟（聲請人）認為依開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準第33條規定，應以申請開發之整體面積進行環境影響評估，詎料開發單位為規避上開認定標準第31條第13款第5目規定，竟於94年2月21日去函相對人所屬旅遊局，以「因應開發需要」為由，要求合併當時之346及346-2地號，再分割成現存之346及346-4地號，將實際建築基地面積9,997平方公尺之土地分割出來，而台東縣政府立即於同年3月8日，以「配合開發需要」理由，同意辦理土地合併及分割作業，使該建築基地面積因不足1公頃，得以不必進行環境影響評估，顯已違反上開環保法規，聲請人乃於96年5月11日依環境影響評估法第23條第8項規定，函請相對人應依環境影響評估法第22條規定，對美麗灣公司裁罰及命其立即停工，為避免造成生態重大之損害，爰依行政訴訟法第298條第2項規定，聲請本件假處分，請求命台東縣政府應命美麗灣公司於本案行政訴訟程序終結前停止地上之一切開發施作工程行為。

貳、裁定要旨：

一、按依促進民間參與公共建設法成立之BOT案件，不論在招商、興建、營運，以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與與監督，係有公權力介入，促進民間參與公共建設法第五章特別明定政府對民間參與興建及營運交通建設之監督管理，其中該法第52條及第53條更規定：民間機構於興建營運期間如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生時，主辦機關得命定期改善，中止其興建營運之全部或一部，情況緊急時，中央目的事業主管機關亦得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並採取適當措施維持該公共建設之營運，必要時並得強制接管興建或營運中之公共建設等等，上開制度與行政契約之契約調整之機制（行政程序法第146、147條）相當，若促進民間參與公共建設法成立之BOT案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。

二、促進民間參與公共建設法於89年2月9日公布施行當時行政程序法尚未施行（90年1月1日施行），行政契約係由解釋、實務及學理形成，並未有明文，無從準用（促進民間參與公共建設法誤規定為適用），是以上開條文規定「適用民事法相關規定」，係當時法制下不得不然之結果。況且投資契約準用民

事法相關規定之法條規定，並不當然即應判斷為私法契約，此從行政程序法第149條規定：行政契約，本法未規定者，準用民法相關規定之明文可得反證。至於立法理由，僅係解釋法律方法之一，但依促進民間參與公共建設法成立之投資契約具有強烈公權力與特許之內容與本質，是上揭立法理由謂其投資契約為民事契約性質，顯非妥適，自應排除此一法律解釋方法。

三、學者亦主張投資契約內容龐大，不宜就契約整體而斷，應就個別契約條款之標的及目的加以判斷（林明鏘著論BOT之法律關係註15），故至少投資契約在政府管理監督及調整契約內容機制上，具公權力行使之性質，此一見解，應不能退讓，否則攸關全民利益之公共建設，只要依促進民間參與公共建設法決標後，其後之建置營運階段，即依民事法「契約自由」原則，其得標之營運建置猶如脫韁不受政府管控，殊非全民之福，亦有損政府施政威望，自非法解釋所應為。

四、本件開發案件係將原有海水浴場以BOT方式委託民間經營，其開發之範圍仍在原有海水浴場範圍內，若利用上開土地作為海水浴場須進行環境影響評估，則在本件開發案件進行之前，利用該土地作為海水浴場時即已面臨相同問題，且原海水浴場開發使用迄今已20年，若以上開土地作為海水浴場會對當地環境及海域造成不良影響或破壞，亦已存在20年之久，則就目前美麗灣公司得為施工之範圍，僅限於主體建物部分，且其建物結構體亦已完成，後續僅剩外牆及內部裝修工程，縱使相對人未命其停止施工，亦難認定該後續工程施工會對當地環境或生態造成何種重大之損害或有何急迫之危險存在。故本件聲請人之聲請，姑不論其是否具備環境影響評估法第23條第8項所謂之受害人民或公益團體之身分，然其聲請意旨既與行政訴訟法第298條第2項所規定聲請定暫時狀態之假處分之要件不符，從而聲請人遽向本院聲請定暫時狀態之假處分，即屬於法不合。

參、觀察重點：

本案載於高雄高等行政法院裁判書彙編（96年版）第一期571-584頁，自然對未來判決具有參考價值，本案對投資契約之論斷與前一判決相同，似可推論經ETC之判決後，對投資契約之性質漸漸改為行政契約。

5.3.4 高雄高等行政法院判決九十六年度訴字第00359號

裁定時間：中華民國96年8月20日

裁定主文：本件移送台灣台南地方法院。⁴⁶

法院對契約性質認定為：民事契約。

⁴⁶ 終局裁定最高行政法院96年度訴字第359號，抗告均駁回。後經重新招標，目前仍由秀傳醫院經營中。

壹、案情概訴及爭議點：

秀傳紀念醫院(原告)於民國 76 年間與被告簽立「台南市立醫院委託秀傳紀念醫院經營契約書」，由臺南市政府(被告)委託秀傳紀念醫院經營台南市立醫院，嗣因經營成效卓著，故雙方復於 83 年 2 月 4 日基於上揭契約書第 5 條優先續約權之約定，又再簽立 1 份「台南市立醫院繼續委託秀傳紀念醫院經營契約書」(下稱委託經營契約)，並自 86 年 6 月 8 日生效，至秀傳紀念醫院受委託經營之期限則於 96 年 5 月 7 日屆滿。依前開委託經營契約第 9 條第 1 項之約定：「甲方(即被告)於本契約期滿後，繼續委託經營時，乙方(即原告)享有優先續約權。」以及同條第 2 項之約定：「雙方同意應於本契約屆滿前 3 年之內，確定是否於本契約期滿時繼續委託乙方經營。」可知原告就台南市立醫院之經營應有優先續約權，且臺南市政府至遲應於 93 年 5 月通知是否繼續委託原告經營之意思，並於確定續約後與秀傳紀念醫院依與繼續委託經營契約書相同之條件簽約。臺南市政府於 96 年 5 月 7 日與原告議訂並簽立「台南市立醫院委託暫管經營契約書」(下稱暫管委託經營契約)，其中第 8 條明揭暫管委託經營契約係自「96 年 5 月 8 日起繼續經營台南市立醫院，至甲方(臺南市政府)完成公開招商作業評選出最優申請人，並由甲方、乙方與最優申請人共同協商確認交接時程並完成交接之日止。」由此得見，臺南市政府將依據促進民間參與公共建設法(下稱促參法)及自治條例⁴⁷辦理公開招商，並將評定最優申請人後，與最優申請人簽訂台南市立醫院委託經營契約，以排除原告優先續約之權利。

臺南市政府甚至於 95 年 10 月 2 日召開招商說明會，擬將台南市立醫院之委外經營案改依促參法規定辦理，而置原告之權益於不顧。為維護合法契約權益，原告已多次基於事實及法律上之地位，委請律師代為發函，請被告立即停止依促參法辦理台南市立醫院招商作業，但仍無具體回應。臺南市政府法定代理人甚且於台南市議會中公開發表示伊認為原告並無優先續約權，且伊仍將繼續另行辦理公開招商之程序。

今兩造間之委託經營契約將於 96 年 5 月 7 日屆期，倘此項爭議懸而未決，勢將產生三輸局面，蓋原告自 76 年經營台南市立醫院迄今已將近 20 年，且已於台南地區建立良好口碑，並深獲病患及其家屬之好評。按良好之醫病關係有賴長期之經營與培養，尤其固定醫師對病患病情之瞭解、細心照顧與優良醫術等，更係醫院經營之關鍵。故醫院之經營與其他業種不同，並非任何人可隨時接手對病患提供同樣之服務內容，並獲得病患同樣之信任；甚者管理方式及醫護人員之更迭，反可能造成病患之流失，或造成醫療過失衍生醫療糾紛等。由於臺南市政府無視於原告之優先續約權及續約之請求而執意違約，觀其意圖，乃似被告有意採取違反契約約定之行為，刻意違法將台南市立醫院委託交第三

⁴⁷ 法院未註明，但台南市獎勵民間投資自治條例尚未通過，應為台南市市有財產管理自治條例。

人經營，以造成原告被迫撤出之事實，致使台南市立醫院病患過去 20 年所熟悉之醫師及看診、醫療方式亦將一併撤走，從而病患未來恐需重新適應新的醫師及新經營者之經營模式，此對台南市民及原告而言，均極不公平。

貳、裁定要旨：

一、按兩造於 83 年 2 月 4 日所簽訂之「委託經營契約書」之性質，應屬民法委任或勞務委任之關係，其特性著重於受委任人之能力與特質，且醫療院所之經營與存續因攸關病患之生命及建康，必有其延續性與不得中斷性，此亦得由系爭委託經營契約書之前言「台南市政府基於彰化秀傳紀念醫院經營台南市立醫院配合市政醫療衛生事務，嘉惠地方成效優良，根據原委託經營契約書之續約約定，認同醫療為永續社會服務之工作，爰定本契約供雙方遵循」等語得見，換言之，兩造均認同醫療為永續社會服務之工作，且因原告經營成效優良，所以應依據原委託經營契約書之續約約定，再議定並簽署系爭委託經營契約書，足見當時被告與原告辦理續約，除前開契約之明文約定外，其另一重要考量即為「公益原則」，即認為與原告續約之行為係顧及公眾之利益。

二、憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。

三、按私經濟行政亦可稱為國庫行政，指國家並非居於公權力主體地位行使其統治權，而係處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為。私經濟行政可分為 4 類，其中為達成行政上之任務，所採取之私法型態的行為：例如對清寒學生給予助學貸款、對於民眾提供住宅貸款或出售國民住宅、在景氣低迷時對廠商紓困貸款或提供補助，由隸屬於各級政府之自來水廠、醫院、療養院、鐵路局、公共汽車管理處等機構對大眾提供生活上之服務等均屬之。

四、本件兩造爭執之所在，厥為原告對臺南市政府就台南市立醫院委託經營管理是否享有優先續約權。惟由隸屬於各級政府之醫院對大眾提供生活上之服務，揆諸前揭說明，屬於私經濟行政之事項，應適用私法之規定，則各級政府將所屬醫院委託他人經營，在委任人與受託人間，仍屬私法上之契約關係，由此所生之一切爭執應循民事訴訟途徑處理。故本件臺南市政府將台南市立醫院委由原告經營管理，則在委任人即被告與受託人即原告間之法律關係，仍屬私法上委任契約之範疇；與行政程序法第 135 條所定行政契約之內容為「公法上之法律關係」者不同，是原告就兩造所訂之繼續委託經營契約，請求續約及

確認優先續約權存在所生爭議，為屬私權紛爭，審判權歸屬普通法院。

參、觀察重點：

本件於ETC案後將委託案件判定為私經濟行為，經營契約之糾紛應由一般法院審理，但本件單純之委託經營案件，且非依促參法招商簽約，但其OT之本質與依促參法民間投資案件無異。

5.3.4 台灣高等法院高雄分院(刑)判決九十六年度矚上重訴字第3號

判決時間：中華民國98年6月5日

判決主文：原判決關於癸○○、乙○○、己○○、戊○○、甲○○○部分均撤銷。

乙○○犯背信罪，處有期徒刑壹年陸月，減為有期徒刑玖月。扣案新臺幣貳佰萬元沒收。

己○○犯商業會計法第七十一條第一款之以明知為不實之事項而記入帳冊，處有期徒刑壹年，減為有期徒刑陸月，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

癸○○、戊○○、甲○○○均無罪。

其餘上訴駁回。

法院對契約性質認定為：民事契約。

壹、案情概訴及爭議點：

高雄市於88年2月1日高雄市政府捷運工程局（下稱高雄市捷運局）辦理「徵求民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案」公告招商作業，並經多次修正，最後於88年3月12日修正先期計畫書陳報行政院，並建議依獎勵民間參與交通建設條例（下稱獎參條例）第25條規定將政府投資部分併同交由民間投資者承建為宜；嗣行政院經濟建設委員會（下稱經建會）於88年5月21日函復行政院秘書長88年5月5日之會議研商結論，原則同意先期計畫書及調整主時程，至於非自償部分（政府投資部分）併由民間機構辦理乙案請依獎參條例規定辦理。高雄市捷運局為進行上述第二階段之選商作業程序，乃成立「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案」甄審委員會，嗣經甄審委員會及專業工程顧問公司人員進行甄選作業後，於89年5月10日第5次甄選會議中評定高雄捷運股份有限公司籌備處，以「總建造經費1722.6億元，政府出資部分為1047.7億元，特許公司自有資金304.9自償率22.36%」條件，獲得最優申請人之資格，特許期間36年（含興建及營運期間）。高雄市政府乃依據行政院於89年5月21日核定之「民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘

線路網建設先期計畫書」，於 89 年 6 月間開始與高雄捷運股份有限公司（下稱高雄捷運公司）展開議約，並於 90 年 1 月 12 日與高雄捷運公司簽訂「高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設興建營運合約」（下稱「興建營運合約」），約定政府投資範圍工程經費為 1047 億 7000 萬元，民間投資範圍工程經費為 304 億 9378 萬 8000 元。嗣高雄捷運公司依興建營運合約第 8.1.7 條：「乙方（高雄捷運公司）於本計畫第二段所提出之『徵求民間參與高雄都會區大眾捷運系統紅橘線路網建設案』報價書中要求『政府投資額度』項目減去新台幣 600 億元之差額，乙方同意以本合約工程經費標中至少與該差額等值之『工程項目』（成本中心）依本合約第 8.1.8 條之方式執行」。該合約之 8.1.8 條：「乙方應配合評決小組依本合約附件 C1.2 之規定，自行興辦興建階段公開之招標作業。評決小組共 5 至 7 人由雙方共同組成，其中甲方（高雄市政府）指定之成員應超過半數」之約定，辦理「政府投資範圍工程經費（即 1047 億 7000 萬元）減去 600 億元之差額（447 億 7000 萬元）部分工程」之公開招標作業，此即外界所稱之「公開六標」。高雄市政府嗣由前市長謝長廷分別於 91 年 5 月 21 日指定時任高雄捷運局局長丁○○、前高雄市政府工務局局長乙○○（91 年 5 月 20 日辭工務局局長職務）擔任「評決小組」委員，復於 91 年 5 月 30 日指定前交通部主任秘書癸○○擔任「評決小組」委員，並函知高雄捷運公司，高雄捷運公司則指派副董事長庚○○、總經理壬○○為評決小組成員，嗣高雄捷運公司為辦理上開公開六標發包作業。

貳、裁定要旨：

一、本件被告乙○○與其餘被告告癸○○、丁○○、庚○○、壬○○等 5 人擔任評決小組成員，係為高雄捷運公司處理評決事務之人，所執行之評決事務並非公權力之行使，而僅係屬私經濟行為，是被告乙○○並非受政府依法委託執行公務之人，是其顯非修正後刑法及貪污治罪條例所指之公務員；原審一方面認本件公開六標無政府採購法之適用，另一方面認被告乙○○為依據法令從事公務之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂，其法律見解容有矛盾。

二、高雄市政府與高雄捷運公司簽訂之興建營運合約，無論由決策過程、契約內容、實務及學者見解，其性質應為民事、私法契約，原判決認屬行政契約亦有未合。

三、況系爭公開六標既不適用政府採購法，而興建營運合約又屬民事、私法契約（理由詳如後述）。從而被告乙○○應係屬受高雄捷運公司委託處理事務之人，而評決小組之工作，僅是就系爭六標公開招標，審定招標文件及招標公告，以及評決開標之結果及決標，並未取得公權力主體，亦無公權力之行使，更無法作出行政處分，其決標且尚須經由高雄捷運公司董事會通過後，由得標廠商與高雄捷運公司簽約，並無法直接對外發生效果，益見被告乙○○並非受委託公務員。被告固意圖自己不法利益而收受戊○○所交付之 200 萬元，並於

評決時違背其任務，洩漏 CO2 之底價，致生損害於高雄捷運公司，其所為應構成刑法第 342 條之背信罪。

四、高雄市政府與高雄捷運公司簽訂之《興建營運合約》其性質為私法契約？或公法契約？

1. 按在給付行政及誘導行政內，除法律別有反對規定或與事件之性質相牴觸外，公行政得選擇公法或私法之組織及行為形式。惟公行政如採用私法形式執行直接行政任務，則仍應受某一程度之公法拘束，不能全面享有私法自治，從而產生「行政私法之問題」。而公行政在需求行政內，係以私法契約，取得所須之人力、物力，此際縱然基於一定之政策考量，對特定對象給予獎勵，亦不影響有關契約之私法性質，惟此種應受優待之地位，通常係以公法設定之，亦即在雙階理論中，就政府獎勵民間參與公共建設，就是否給與獎勵投資為決定之第一階段，應為公法之性質，至於已決定給與獎勵投資後，實際上如何給與獎勵之第二階段，與受獎勵投資者所締結之契約，乃為私法性質（參見高雄高等行政法院 92 年訴字第 569 號判決意旨）。

2. 本件係高雄市政府依獎參條例與高雄捷運公司簽定「興建營運合約」，依實務及學理通說皆接受之「雙階段理論（即於甄審階段與訂投資契約後，分別適用公法與私法規定）」，本案之興建營運合約應為私法契約，要無疑義。易言之，系爭興建營運合約係高雄市政府依獎參條例，自高雄捷運公司、港都捷運公司以及運輸聯盟三家投標廠商中，經甄選高雄捷運公司為最優聲請廠商（特許公司），於此階段，亦誠如上訴理由書所稱：如以高雄捷運工程而言，其原即為高雄市政府編列預算所推動辦理之採購案；依據政府採購法第 3 條之規定，自應屬政府採購法所規範之客體，至於政府採購法第 99 條所設之例外規定：機關辦理政府規劃或核准之交通...，建設，... 其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定，而高雄捷運工程所適用之獎參條例即係該法第 99 條所稱「另有規定」之「其他法律」，是以，在高雄市政府捷運工程局為辦理甄選投資廠商之選商階段，適用政府採購法應無疑義。惟於高雄市政府經甄選出特約廠商並簽訂興建營運合約後，此簽訂之契約，即屬私法性質，其內容無涉「公權力之移轉」，自始非「行政契約」性質。

3. 另系爭興建營運合約第 20 章有關「爭議之處理」之約定，特別是約定「仲裁」條款，亦可得知興建營運合約為民事、私法契約。其中第 20.2.1 條約定：「雙方就關於本合約... 之任何爭議，於提付仲裁、提起訴訟或其他救濟程序前應先依本合約規定之程序提交協調委員會處理」，第 20.3 條則為「仲裁」條款，第 20.3.1 條約定：「於協調委員會決議提付仲裁時，雙方不得拒絕。如爭議事項經協調委員會協調 90 日後仍無法解決，亦未決議提付仲裁時，雙方同意以仲裁方式解決爭議」，第 20.3.2 條約定：「雙方同意以中華民國高雄市為仲裁地；並以中華民國仲裁法及其相關規則為仲裁程序之準據法，且雙方茲此明示合意仲裁庭得適用衡平原則」，第 20.3.3 條約定：「採仲裁程序解決爭議時，仲裁判斷應為最終之裁決，雙方同意恪遵此項裁決。但經一方提起撤銷仲裁判

斷之訴勝訴確定者，不在此限」，第 20.3.4 條約定：「一方提起撤銷仲裁判斷之訴者，雙方同意以中華民國台灣高雄地方法院為第一審管轄法院，並適用中華民國有關法令辦理」。依上開有關雙方爭議處理之約定，顯見興建營運合約為民事、私法契約，而非行政或公法契約。又按依行政程序法第 143 條規定：行政契約之一部無效者，全部無效。此為行政契約條款一部無效之效力規定，而對照本件興建營運合約之內容，其中第 21 章「附則」規定中關於合約條款之可分性，明定系爭興建營運合約任何條款依中華民國法令規定無效時，僅就該條款之規定失效力，不影響其他條款之效力。準此，就契約之內容而言，系爭興建營運合約應係私法契約，而非行政契約或公法契約。

4. 另本件外界所稱之「高捷弊案」自 94 年 11 月 18 日檢察官提起公訴後，原審於 96 年 7 月 31 日判決後，最高法院檢察署至 97 年 6 月 20 日函覆高雄市政府捷運工程有關高雄捷運興建營運合約約定物價指數調整付款疑義案中，亦明確指出：「依民事契約自由原則，既本件興建營運合約及一般慣例皆以「合約總金額」為基準，再扣除除間接費用（包括：行政管理費、營造廠利潤、監造費、營造管理費）後核算物調款，並未明定應以「實際上轉包金額」為基準核算物調款，則高雄市政府以 1047.7 億元為基準，核算物料款，即難認為不法。至於市議會如認計算物調款之基數，應以 798 億元為基準，不應以 1047.7 億元為基準，宜朝雙方修訂契約方向著手。依契約自由原則，只要雙方同意自得修改「原興建營運合約」之約定，如此即得以「實際上轉包金額」作為基準，核算物調款。此有最高法院檢察署 97 年 6 月 20 日壹(特)黃 96 查 56 號第 0970001002 號函附卷可稽。是依最高法院檢察署之見解，仍認為高雄市捷運局與高雄捷運公司所簽立之「興建營運合約」確係民事契約，而非行政契約至為明確。上訴意旨引用檢察官於原審論告書，仍以高雄市政府與高雄捷運公司所簽訂之興建營運合約具有公法上行政契約之性質，絕非單純之民事私法契約之履行，並認評決小組委員均係受高雄市政府之委託，代高雄市政府執行其對高雄捷運公司依據興建營運合約中有關部分工程項目之公開招標作業程序之監督、介入及主導之公法上權限，該等評決小組委員應認具有代高雄市政府行使上開公權力之受託公務員分等語，應有誤解。

5. 綜上，可見高雄市政府與高雄捷運公司簽訂之《興建營運合約》其性質為民事、私法契約至明，而非公訴意旨所稱之行政契約。

參、觀察重點：

本案為 ETC 案判決後另依社會矚目案件，而其判決法院回歸 ETC 判決前，依雙階段理論判斷契約為民事契約，為本研究較支持之論點，其判決應可與 ETC 案作一比較，讓民間投資契約性質爭議盡速落幕。

第六章、民間投資公共建設國外經驗與趨勢

本研究認為國外發展民間投資公共建設，最值得我們參考的國家為英國與德國。英國於1980年代經濟長期低迷，由首相柴契爾夫人(M. Thatcher)推行以「尊重市場機制，小規模政府」為主要政策理念，1993年提出促進公共事務實施PFI(Private Finance Initiative)，後擴大到各種合作模式，目前已開始正式對外使用「公司合夥」的 PPPs (Public Private Partnerships)用語，英國為早期民間投資運用較多之國家；而民間投資公共建設對德國 PPPs屬於外來概念與制度，且德國屬大陸法系與我國制度公、私法二元分立之背景相似。故本研究針對英國、德國為範圍與我國制度作一比較。

本章以行政院公共工程委員會研究「歐盟地區公私合夥(Public Private Partnerships)政策推動歷程與現況研究」委託專業服務案就報告⁴⁸為主，整理節錄重要內容作為兩國發展民間投資公共建設之制度及經驗。

6.1 英國辦理之方式及新進發展

6.1.1 從“促進公共事務實施PFI”到“公私合夥PPPs”之推動歷程

英國引進民間公司的資金、技術和經營管理能力，並且由民間主導從事高效率、高效果的社會資本匯集之事業方法。1994年後，PFI的案件快速增加，所有與民眾生活密切的公共事務，如道路、鐵路、醫院、學校、監獄、政府機關房舍（官廳）及資訊通訊系統等都被廣泛適用。此外，於1996年4月成立「公私合夥方案」(Public Private Partnership Programme) 輔導地方政府引進PFI作法，推動民間參與投資地方建設及服務。

是以，PFI基本上，係指政府部門負責提出公共建設之需求，而由民間機構負責該建設之設計、建設、資金調度及營運。此模式不但可減輕政府部門的財政負擔、民間機構也可增加工作機會，且該公共事業的使用者也可因民間營運效率而得到滿意的服務。易言之，PFI是由民間機構參與推動公共事業，而不是單指改變公共事業的資金籌措方式而已。PFI對於英國財政部最大的誘因，是可以將所有資本支不計入公共支出之中，卻仍能提供政府所應盡之義務；至於建設所有權的擁有則視投資契約內容而定，有時是由民間機構擁有，有時是轉移至公共部門。然而，PFI推動過程中，問題也逐漸呈現，例如計畫進行太過緩慢、事前內容審查未能確實、風險分擔不夠明確化、政府機關專業知識不足等等。

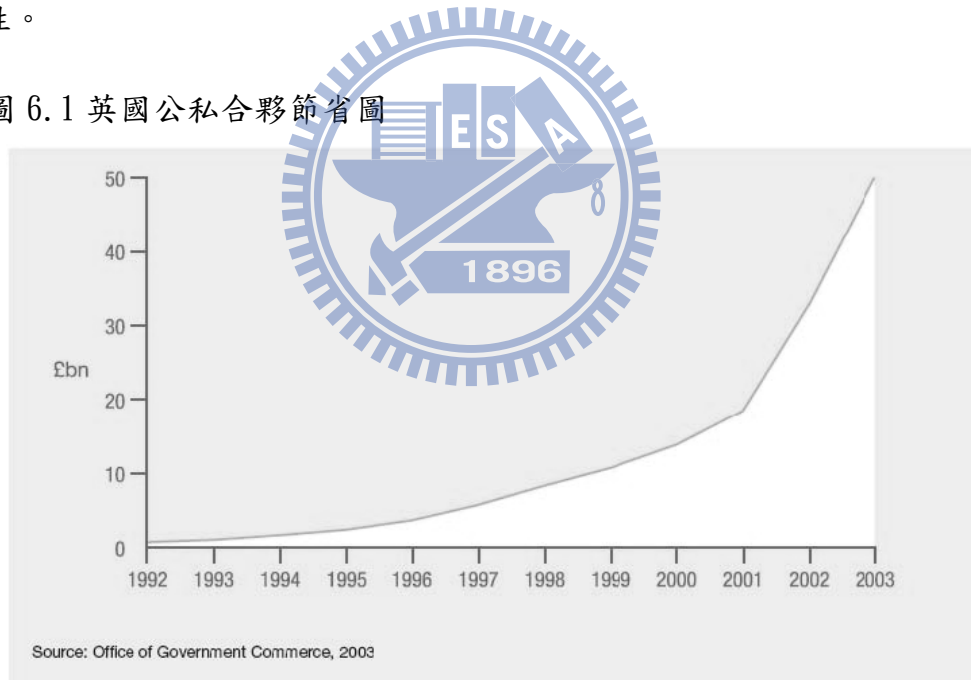
⁴⁸ 金玉瑩等，「歐盟地區公私合夥(Public Private Partnerships)政策推動歷程與現況研究」委託專業服務案就報告，行政院公共工程委員會委託研究，建業法律事務所，民國九十五年十一月。

1997 年改由新工黨 (New Labour) 取得執政後，首相布萊爾仍然繼續推動 PFI 政策，並且積極委任 PFP 成員來設置 PFI 審議諮詢委員會，以便檢視過去 PFI 執行之成效及進行問題分析，並於財政部內成立 Treasury Taskforce 的中央政策單位來進行改革。一方面廢除以往之一致性檢驗 (Universal Testing) 方案外，另一方面發布指導性手冊和書籍等，將開始將 PFI 轉為概念及範圍都較為廣泛之 PPPs 模式 (Public Private Partnerships)，雖然至今仍有部分文件沿用 PFI 名稱，但目前已開始正式對外使用公私合夥的 PPPs 用語。

6.1.2 英國 PFI 之成效、特性、分期演進以及經驗

公私合夥政策除了需要很強的政治承諾之外，吾人可以發現英國是經過多年的演革才有現今公私合夥政策的基礎，而且藉由公私合夥政策所節省之資本也是逐年增加圖 6.1；再者，英國在 2003 年時，在公私合夥方案占了全世界大約 67%，如果在加上歐盟的部分是全世界的 85%，可見英國在公私合夥政策中的重要性。

圖 6.1 英國公私合夥節省圖



依英國在 2005 年三月就簽訂了相當多樣的 PFI 方案，來增進公私夥伴關係 (PPPs) 表 6.1。超過 400 項 PFI 方案被公私部門合作和簽訂，而每一個方案的資本都超過 1500 萬英鎊，且共計有 420 億英鎊的資本價值，並有 53 億英鎊將在未來的最後一階段談判中，尋求最有利標與合作夥伴。從目前的估計來看，政府只需要支出 420 億英鎊，但卻能簽訂 1350 億英鎊的合作方案，是資本價值的

三倍。

表 6.1 英國各級政府機關之公私合夥政策推動的方法和現況表

部門	PPPs 的型式	服務	私人 資金	人員 轉換
所有部門	PFI	設計、建造、資金和多元支援服務	Y	Y
地方政府	策略性服務供給合夥 (Strategic service delivery partnerships)	呈現多樣性	Y	Y
學校	建造未來的學校；私人公司占有 80%，而市政府占了 10%。	營造、多元的支援服務、未來的教育政策	Y	Y
屋舍	與政府保持距離的管理公司 ALMO(Arms Length Management Company)，市政府占有小部分的所有權。	屋舍修繕、維修，以及多元的支援性服務	Y	Y
醫院	PFI	營造，以及多元性支援服務	Y	Y
基本的醫護	由地方政府來資助的非營利組織或基金會 (LIFT: Local Improvement Finance Trust-Non profit company)，60% 由私人公司所	營造、維修，以及多元性支援服務	Y	Y

當然，英國推動PFI 並非一路順暢且毫無困難，一般而言，演進歷程之可分為三個時期：

第一：草創期 (Private Finance Panel，西元 1992-1997)；英國自 1992 年開始以PFI 模式用於民間參與公共建設之推動，在此時期，PFI 的推動是非常地緩慢。蓋後來也漸漸清楚，原本預期PFI 帶來比傳統政府採購更有多的效益，並未全部發生。檢討起來主要原因包括：(1) 當初規定所有公共建設新投資案，應全面考量以PFI 之適用性 (Universal Test)，造成政府和民間部門的資源被過度消耗了，而不去重視如何去有效推動計劃並掌握時程等結構性問

題；(2) 對於公共領域裡如此複雜程序，欠缺專案管理的技能，造成計劃推動緩慢；(3) 政府主辦單位缺乏商業知識與經驗，甚至經常連所遴選之顧問機構皆無法提供必要之協助，造成推出之PFI 案並無法順利發包；(4) 規範缺乏彈性，致民間參與公共建設最大好處，即引入民間設計及經營創意及提高經濟效益之優勢大打折扣；(5) 策略上未將PFI 計畫作一優先順序之安排，使的市場上太多類似個案，在 1997 年的醫院計劃即是一例。

第二階段為制度建立期 (the Treasury Taskforce, 西元 1997-2000 年)，當英國新政府 1997 年 5 月取得政權後，很快地就結束全面適用 PFI 政策。因全面適用之政策已造成民間機構對 PFI 制度失去信心並造成公共建設延宕。第一次 Bates Reviews 西元 1997 年 6 月提出建議如次：(1) 在財政部 (英國) 下組織工作小組，即 Treasury Taskforce；此 Taskforce 於 1997 年 9 月成立。並從民間部門聘請專案管理和財經技能及經驗的專家作為專案小組 (Project Team)。這個任務隊的成立目的就是協助政府各單位，尤其在政府開始專案規劃作業下檢視計畫，以期有高品質的成果。其中檢視重點包括「計劃財務政府是否能夠負擔？(尤指政府付費之公共建設)」，「成果是否適當地寫清楚了？」，「風險是否已分配到最能管理部門去管理？」，「資金是否能由民間導入？」。該特別任務隊還對合約的內容與條款，以及時間表是否適當，提供建議，並監督後續計畫執行情況。(2) 建立標準合約條件。文件標準化可省下不少的法律及相關費用、縮短談判與貸款的時間。(3) 將計畫推動優先順序作排序。貝氏公爵建議建立品質標準協議以作為後續的基礎。對於地方政府推動之計畫，可建立計畫審核小組在專案招商申請開始之前來協助排列優先順序。(4) 學習教訓，由進行 PFI 案學到的知識和經驗要繼續在未來的計畫應用。

第三階段為成熟期 (the Partnership UK; PUK, 西元 2000-迄今)，於此時期英國之 PFI/PPP 推動進入成熟期。第二次 Bates Review (西元 1999 年) 後發現部會之 PFU (Project Finance Unit) 對於 PFI 專案辦理之方式與專業知識仍然缺乏 (例如招商策略、計劃管理、協商技巧、財務及契約管理)，因此決定延長該專案小組之任務，2000 年 6 月接續原組織並成立公營公司，即 PUK。再於西元 2001 年 3 月將其民營化。在此時期，不論是政府或民間皆已熟悉此一運作模式，英國也因此慢慢擴大 PPP 運作模式下，且專注於下述領域：醫療保健，教育，和交通運輸。

6.1.3 英國推動 PPPs 之成效、制度核心與成功要件

綜合而言，英國的公私合夥政策推動，關於 PFI 方面，係多年實施經驗之成果，目前有三大成效：

1. 能有效地提昇財政支出的效率，觸發民間參與的經濟活動，特別是 PFI 和 VFM 的方式。

2. 有效整合社會資本，來提高公共服務的效率和品質，並能降低政府支出，甚至在推動公私合夥的過程之中，能習得民間較新的事業手法或技術。
3. 幫助私人部門開創新的事業機會和活絡市場經濟，把民間能做的公共事務，儘可能委託予民間機構來做，使資源分配更有效率，並促進經濟活化。

此外，在辦理PFI依階段不同，已經形成一配套機制，且整體上建立在財政支出價值（VFM）為取向。亦即，在辦理程序上，英國一開始即採取比較積極之市場調查方式，以期計畫更具有市場性，並強調程序之公開、透明、公平與發揮市場競爭機制，主要程序分為公告、申請、資格審、協商及綜合評審。而基於PFI模式為政府付款獲取公共服務之特性，甄審標準上應同等考量定性（服務品質）及定量（價格），所以採綜合評審方式。在評選時，會特別注意民間廠商報價計算之正確性，以避免民間廠商漏列重要項目，因此主辦機關事前公開成果規範及公部門比較值PSC版本，是非常重要的事項。在PFI簽約程序面，則要求在簽約前，主辦機關必須對整個計畫符合財政支出價值VFM提出分析說明，報請上級機關或所屬地方政府之專案發展小組核准，始得簽約。同時最優申請人亦應審視並確認本計畫有無潛在而無法承受之風險存在。在投資契約內容面，英國訂定標準化契約範本，供主辦機關參考之作法，其PFI契約內容特色為就服務開始與遲延、服務要求與可用性、服務績效監控、價格與付款機制、服務內容變更、價格變動等事項設有規範。

而有關英國公私合夥政策之制度設計核心，則有以下幾點：

1. 明確的公私部門角色劃分：將風險移轉至民間，藉由將公共事業的服務與資產提供，統一交由民間機構來負責處理，再由政府部門支付服務費用，以提高營運效率及成果並充分利用民間機構的創新能力，並由民間機構負責去設計、建造、融資、營運、維護及提供服務所需要之資產，再由政府依契約中規定的服務水準來支付服務費用給民間機構。而政府扮演的角色只限於制定高度公共性的國防等事業之政策、法令範圍、決定服務範圍、契約管理、監督等，使民間能提供良好的服務環境。

2. 提升財政支出價值（VFM），在公私合夥政策中係指「為人民將財政資金作最大的活用」；或可解釋為「物超所值」的意思，簡單說就是在同樣資源投入下，希望能達成較低的成本或是較高的品質。將公眾資金作最大極限發揮，以期逐漸降低政府以往對於公共事業的龐大財政支出，同時追求提供更佳的公共服務。

3. 落實風險分擔與管理，在公私合夥政策之下，為了追求VFM高值化，不

是將較多的風險移轉到民間，重要的是「官民合理化的風險分擔」，於每一項風險透過專業的分析後，再決定誰最適合來管理該風險，其「合理的風險分配」並不等於「最多的風險移轉」，其主張適當的風險分配隨風險種類及事業特性將有所差異。亦即政府部門不應只一味想降低民間機構風險，反而是應該配合個案的收益狀況來調整，使民間機構負擔適度的風險，也因為有適度風險及壓力的存在，民間機構才會認真經營並致力於收入增加的追求，或是其他降低成本的措施，這也算是促使其改善或追求經營績效的手段。

4. 長期契約，以往公共設施的興建、維持管理、營運都是由政府部門執行規劃，而政府部門與民間機構所訂定的契約，通常在單一年度就會結束，而依據公私合夥政策模式進行的公共建設，通常契約期限會較長，因為公私合夥政策並非只是設計和興建公共設施而已，其廣泛的將公共設施的維持管理和經營也一併委託予民間機構處理，因此其契約期限較長，通常約為15至30年左右。

從英國推動公私合夥政策觀察，有以下之成功條件與要素：

1. 有效的契約架構和關係立基於夥伴關係：清楚的契約架構，即是清晰的公私部門間角色和責任之界定，如此一來，公共和私人部門必須以夥伴的角色來相互合作；另一方面，有必要加強瞭解彼此的任務和工作內容，根據英國NAO的調查顯示：夥伴關係的品質與主管機關和合作夥伴之間對此的任務、角色和工作內容有強烈的正相關。

2. 主管機關的治理安排有其必要性：主管機關的治理能力將強化正確的契約架構之建構，讓契約得以適當地配置風險；而契約內容必須涵括維繫服務品質之機制，亦需有資金評估機制和涵括爭議解決方法，並讓改變程序有其必要而且重要；如此一來，主管機關才能監測契約中之服務之供給，並定期聚會來確認彼此的責任歸屬。誠如NAO的調查顯示：有67%的公私合夥政策之主管機關和74%的夥伴公司認為治理安排有助於夥伴關係之運行。反之，有4%的夥伴公司認為治理安排不夠完善。

3. 主管機關需要在正確時機下，有正確的技能：主管機關必須考量不同技能之必要性，而技能必須有效地發展和維繫，如此，才能運用公私部門技能和知識之優點、增進額外的資訊和解決方案來源、增加創新作法、增進社會資本和集體行動之基礎，減少正式化控制，並且減緩競爭的營造。

4. 夥伴關係必須能實際運作：這其中包含了角色和責任必須清晰地界定外，彼此之間必須要有公開暢通地溝通方式與管道，並且主管機關必須營造創新的空間和考量夥伴關係的實務面向，同時有必要定期檢視和監測夥伴關係之狀況。

6.2 德國辦理之方式及新進發展

6.2.1 德國辦理PPPs之背景及發展

德國在國際局勢與國內政治社會背景下，乃在其現行政府組織與法律制度架構下，陸續推動公私合夥之政策，特別在立法上陸續制定相關排除或調整規定（例如下述之PPP加速推動法）或特別框架立法（例如遠距離道路私人財務投資法），行政機關則依法於實務上依個案之具體情形加以運用以解決問題，學理上則也有相當蓬勃之討論並陸續提出和進行相對應法制改革之呼應與論述。基本上，德國引進和運用公私合夥即Public Private Partnerships，此一英法法系之概念與制度在德國聯邦內閣政府1999年之行動綱領宣示要訂定適合PPP德文為ÖPP（Öffentlich-Private Partnerschaft 之簡稱）之法律框架是個重要里程碑。此反映在其現今法律層面之立法進展主要之展現有兩方面：合作契約法制之研議；改善民間參與之法制條件。

若考察觀點係就德國運用公私合夥之歷史分期來看，其實在德國公部門與私人企業間之合作其實絕非新奇。多年以前，很多形式的公私合作早已出現只不過沒有用PPP作為表示之概念。例如，公私合資企業在傳統上，公私合作就經常以此模式即共同出資成立一個有限公司來營運。就公私合作之領域來看，則在都市發展、健康及藥物領域等均早已有公私合作。實則，早在1970年代，德國地方自治團體（Kommune）就已經實行很多現在以PPP概念為名的專案計畫，例如租賃模式、經營者模式且是就很多領域之公共任務交由私人執行而非只因為公部門財政因素考量才實行（公私合作。對此，Kruzewicz在1993年就已針對北萊茵邦地區所實施的各種合作目的、合作領域進行實證研究。此種傳統合作式的任務執行方式，可以說是第一個PPP時期。

現今公部門將PPP當作是辦理公共建設專案之新穎模式選項，是因為其透過整個投資案的生命週期作分析，並與傳統採購作比較後，加以評估。進而在對PPP之評估分析後，具有優點且在合作基礎上可獲利，構成PPP之基礎。在此，一個重要的因素也在於，PPP提供新的公共建設的財務措施，亦即，不再是集體式的以稅收作財務基礎，而是以個案之使用者負擔的財務模式。此時期，可理解為第二時期的PPP，此時期運用PPP，主要肇因於公部門之財務困難，同時，透過生命週期的概念，在效率提昇的基礎上扮演很重要角色。所以，我們可以說，PPP在德國並非新的現象，所改變的，是其運用時期之背景情況和指導理念，從而，乃要求應增加公部門和私部門間合作。且值得注意的是，PPP的概念其實含有異質的和複雜的現實現象在其中。也因此，PPP在現今的運用，特別在實務上，只要隨便地關連到公、私部門的共同運作，都算公私合夥。這樣一種不具結構性的概念性質，任意性之概念運用，有時含有行銷的傾向也就必須再看實際所經驗（處理）之個案中公私合作現象的特殊性何在，

才能達到有效建構合作模式的認識。

6.2.2 德國辦理PPPs之類型及特性

一、契約式及機構型：在德國PPPs可以大致區分為形式化與非形式化兩種。除了非形式化之PPPs（例如，公私部門間之備忘錄、協商共識等等）外，基本上PPPs的形式化類型；可以區分為兩大類：以契約為基礎的PPPs，所謂契約式PPPs；和機構型PPPs，所謂以公私合資企業為獨立法人主體的公私部門共同運作型態。兩者之不同在於，前者，公部門只能透過契約為根據來確保其所欲達成之控制和監督專案公司之可能性。後者，乃由公部門透過在專案公司之持股及地位來影響和控制。申言之，機構型PPPs又被稱之為組織型PPPs、合作模式（或稱狹義之公私合夥）。此模式，為公私部門合資組成公司，或由公部門參與既有之私人公司，再經由委託經營（者）模式，接受委託辦理行政任務。也就是說，這是一公私部門混合之形式，在德國法制中，又稱為混合企業（gemischtwirtschaftliche Unternehmen）。通常公部門者掌有超過百分之五十之股權，因而對該企業保有影響力。而也可能只握有百分之二十五之少數股權。從而，原則上，公部門隨著其股權數之減少，其對該企業之影響力隨之下降。狹義之公私合夥，即指此種模式。又，此種模式可謂係組織民營化與部分財務民營化、功能民營化之混合型態。偶而也出現另一種型態，即公私部門合力組成兩個不同的公司，一為控股公司（Besitzgesellschaft），一為負責經營之公司（Betriebsgesellschaft），建立在契約為基礎之控制模式。上述各模式，又可簡稱為「合作模式」（Kooperationsmodelle）。

二、委託型與許可型：契約式PPPs，進一步從財務觀點，也就是說，從金錢來源，可以再將PPPs抽象地區分兩個模式，委託模式（Betreibermodell）；許可模式（Konsessionsmodell）。在委託模式，私人是直接從公部門取得相關費用；另一種模式許可模式，私人是從第三人，尤指使用者之付費來取得費用收入。委託者模式中，私人承擔興建營運和財務之工作故公部門是利用私人來執行公共任務。但公部門仍保有執行責任，只不過私人透過提供之給付，向公部門收取約定之固定費用。所以許可模式和委託模式之不同，即在於許可模式是向第三人，即使用者收費。因此，委託模式中私人是向公部門提供給付；許可模式，則由私人提供給使用者並向使用者，例如游泳池之泳客；使用大眾運輸之乘客來收費，故在許可模式，才存在著真正的使用者風險。此外，公部門並不因為此時私人是提供給付予一般大眾而免於相關公法上拘束，尤其是規費法形成的相關規定。然而，在許可模式裡，私人提供特定的服務項目，並直接承擔經營盈虧的風險。公部門相對許可由私人對大眾收費的權利，而收取的費用是來支付私人之財務開銷。私人與使用者有直接的合約關係。這種收費權是屬於私法範疇。許可經營的標的物包括建築工作或提供特定服務。但是，此兩

種財務模式，常常在PPPs 個案中被混合併用。尤其是，一方面，負責之私人光靠使用者付費並不足以支持該私人之財務運作；另一方面，基於社會政策之考量，使用者費率有一定限度應加以確保，所以，公部門付費之情形在於增進私人投資之效益也在遵循既定之政策。再者，從政府採購暨許可民間參與法的觀點來看，許可(契約)模式並不是因為專案公司取得標的物之使用權並且可以向使用者收費，而是因為該專案公司承擔事實上經濟風險。所以，自財務結構和政府採購暨許可民間參與法觀點來觀察，是一個採購契約性質及形成的前提。

6.2.3 德國辦理PPPs之方式

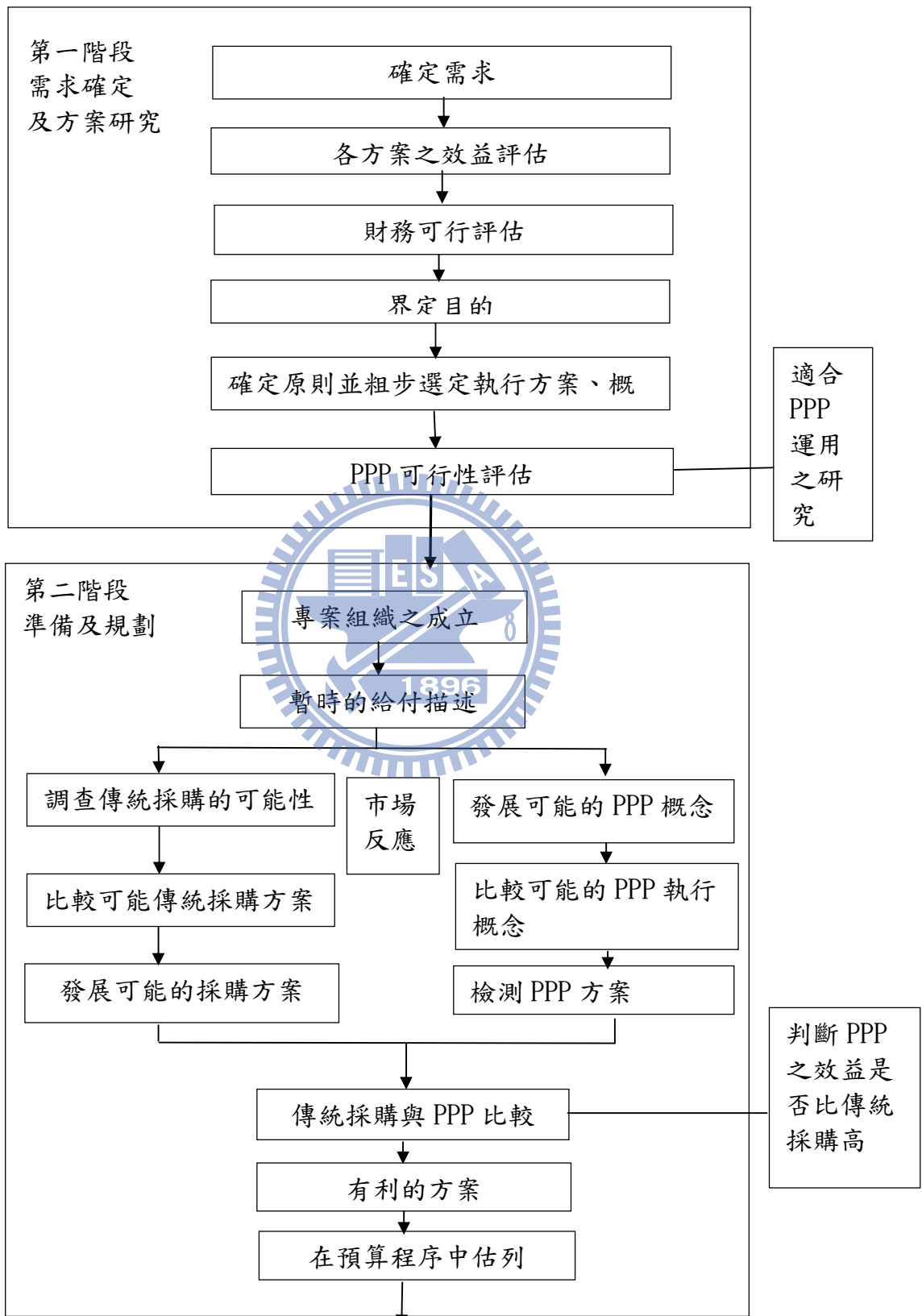
基本上，在德國整個PPPs專案之辦理階段，如下圖 6.2，以專案之規劃到執行與評估、終結，可以劃分為五個階段：需求確定與措施評估階段(可行性評估階段)、效益預估階段(含PSC)、公告和評選(含效益驗證)階段、契約執行與專案績效控管、再利用階段。

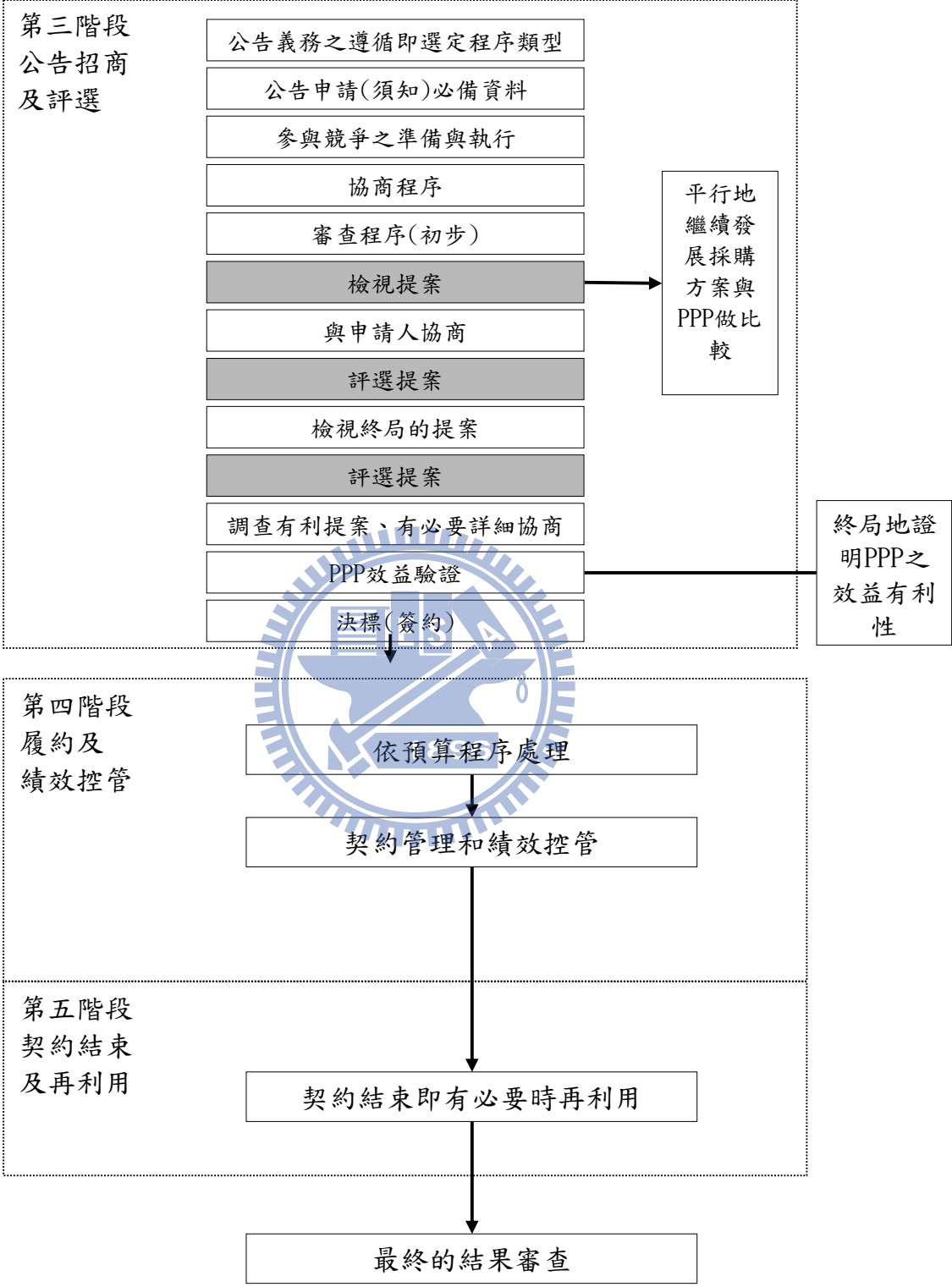
第一階段，在於初步決定是否採用PPPs(應就PPPs的需求與條件及可行性來作考量)。如果初步決定PPPs模式不適合，相關的PPPs準備工作至此便得停止，有必要則可執行傳統採購程序。PPPs可行性評估之目的在檢視一專案工程是否適合運用PPPs模式，並且準備所需資料，以供提早決定是否適用PPPs招標程序或執行一般的招標程序。

第二階段包括了提出傳統可比較價值(即所謂“公部門比較值--PSC)。PSC代表了所有一般傳統招標程序的支出(規劃、建造、營運、出資、風險、等等，和《若需要》使用)以及預估的觀察期相關利潤。此階段進行暫時效益評估因此包括了將PSC與可能的PPPs不同價值來做比較。此外，就已經加以界定的特定品質與標準，PSC因此提供經濟效益評估的支出上限。與這相關的是上限的設定，使其成為聯邦預算的一部份。此階段的最後，即是決定是否成立PPPs 標案或一般的標案。

第三階段，是在完成第一與第二階段的初步工作與結論後，準備與執行招商和民間參與程序。目標在於選定一個對公部門承辦單位而言最具經濟效益之申請案。首先，在此程序，主辦之公部門會就合約內容以及申請人提案進行協商，根據已公告和設定的標準，決定誰最有經濟優勢。接著將這些提案條件與PSC相比。易言之，此時繼續進行經濟效益評估之重點仍以PSC為基準，以決定出那個申請人的條件最具經濟效益。如果申請人條件具有之經濟效益可以被證明出來，該申請人便會得標並簽訂契約。

圖 6.2 德國 PPPs 辦理階段流程圖(五階段)





第四階段：這個階段始於契約執行與專案控管的運作，截止於合約終止時。在這階段，工程標的之繼續利用，也會加以考慮。由於目前為止，大部份 PPPs 契約模式都是所有人模式，因此不動產及其再利用風險會保留在公部門。這同時表示，有關移轉交付之狀態的約定，非常重要。

此五階段之進行與工作內容，其中，上述第一至第四階段，即效益評估之架構，而第三階段中之程序運用，則為招商程序（含協商或競爭對話）。基本上，效益評估並非只 PPPs 辦理之單一階段而是就達成 PPPs 之生命週期為考量下效益之最佳化，所為之評估架構且此評估架構是辦理 PPPs 之重要部分程序與階段包括自準備規劃與需求確定一直到招商決標為止。有關效益評估之架構可以簡化圖所示並分別說明效益評估機制之作用、法律根據與各階段要求。

圖 6.3 德國辦理 PPPs 與效益評估架構階段圖

PPP 辦理階段	PPP 經濟效益評估之階段
第一階段	需求確認、資金評估及效益評估 以決定是否採用 PPP
第二階段	PPP 可行性評估 初步決定是否使用 PPP 方法
	公部門比較值(PSC) 暫時經濟效益預估 初步決定採用 PPP 之模式
第三階段	設定預算上限(預算可行性) 預算和招標評估
	最後經濟效益研究(驗證) 最後決定得標人並簽署合約
第四階段	專案績效控管

而依照新近德國聯邦 PPPTask Force 於 2006 年 9 月以及北萊因邦 PPP Task Force 於 2007 年 4 月公佈之效益評估作業手冊，則將效益評估分為四個階段。

(1) 可行性評估階段：在專案辦理的前階段，應先採行可行性評估 (Eignungstest)。此乃效益評估過程 (程序) 之第一階段。(2) 效益預估階段：第二階段則進行採購方式之比較。在此階段，乃依地方政府領域，調查傳統採購模式的實際價值，而國際間則以公部門比較值 (PSC) 之概念稱之。(3) 效益驗證階段：在前述兩階段研究所得的認識基礎，第三階段則進行效益驗證 (Wirtschaftlichkeitsnachweis)。在此，是為驗證 PPPs 所設定的價值，是否的確是一有利的解決模式。(4) 契約執行與績效控管階段：契約執行與績效控

管此階段，就是基於效益評估進行之結果—簽訂之契約來執行，作績效控管。

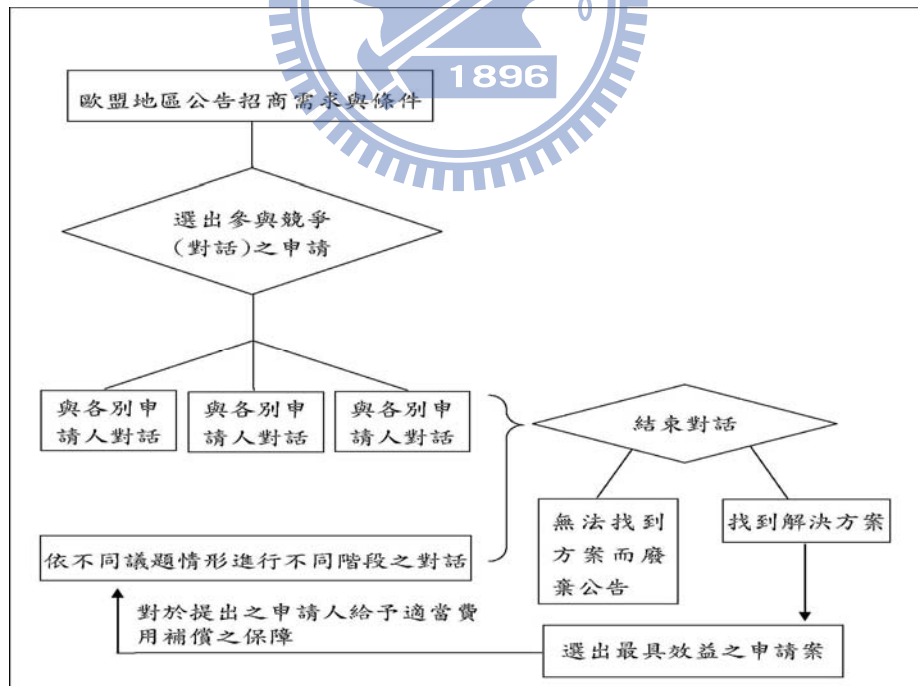
競爭性對話機制—公開平等競爭程序原則之招商程序，其中包含有

一、競爭性對話機制作為公私合夥之招商程序之獨立類型：競爭性對話機制是一種獨立之程序機制而非只是一種決定委託標之前置作業。而且，基本上，競爭對話機制仍依對公共工程於公告招商程序所要求之公平、透明和無歧視之原則進行且當對話過程結束後申請廠商應根據對話的結論提出最後的招標文件，並由主辦機關依據先前已公告的評選原則，以評選出最具效益之申請案。此外值得特別注意的是，特別強調以技術規範或是功能規範開放的優點儘量給予參與申請廠商發揮創意的空間。

二、競爭性對話機制之適用要件競爭性對話機制之適用要件，有主觀要件與客觀要件。客觀要件，則分為，技術複雜性；或法律或財務上複雜性。

三、競爭性對話機制之階段區分：競爭性對話機制，係屬於主辦機關辦理公私合夥專案中不同階段之一部份，惟應納入辦理PPPs之各階段中加以遵守和要求，若以競爭對話機制為一個整體加以觀察，則大略可以分為 4 個階段：公告招商及計畫說明、選出參與競爭之廠商、競爭對話階段、評審階段。

圖 6.4 競爭對話架構圖



6.2.4 德國辦理PPPs法制之新進發展

在目前德國行政機關和私人間合作，行政程序法制中只有公法契約（以其傳統形式）可資運用。公法契約之行政行為，依其法制化歷史以觀，則主要用以替代行政處分，以致於目前行政程序法中有關公法契約之規定，重點均在於避免不對等的關係，以加強人民的保護。如今在行政機關日益頻繁運用契約機制在其與私人共同合作（例如民間參與）以實現公共任務之情況，此種公法契約之傳統思維，並不足夠。換言之，在德國邁向積極作為的國家而強調行政機關與民間之共同作用以及形成一種新的責任分配關係，有必要就行政法上合作關係創設適當法律框架。德國聯邦政府更以「公私合夥之法制」（Rechtliche Regelungen für PPPs）為題，成立委員會以研究和討論，此類政府與民間合作關係在行政法法制化課題，特別是將此種『合作契約』定入行政程序法。在德國行政實務上，政府將公共任務轉由民間執行並多以訂立契約之方式為之，其運用擴及中央、地方層次，也展現在各種公行政領域，例如公共交通建設、污水、廢棄物處理、醫療設施，範圍很廣且實行多年，學說上對此契約，則多以『合作契約』稱之。德國對於合作契約法制之討論，為避免公部門和私部門間合意內容只顧私益，而造成第三人，尤其是消費者/使用者之不利，再者，在慮及公部門可能倚賴私人的大投資計畫下，導致私人一方的「敲詐」行為，謹慎處理契約的訂定內容與執行，即顯得相當必要。也就是說，PPPs加速推動法固然強化和改進民間私人參與公共任務法制條件，其立法背後，也在指出重新界定現代國家中國家和私人間關係，國家角色之轉變等基礎政策思維。這樣國家理解與政策思維，具體化到契約式PPPs合作法律關係的形塑、建構與影響控制等，即是針對PPPs特性下行政法暨行政的功能與任務，乃成為當今行政法、經濟行政法的要務與挑戰。易言之，合作契約不只是雙方（所形成之行政法上合作法律關係）權利義務內容之具體化，而且，自國家角度而言，更在於確保公共任務之合法執行，更確切簡單的說，目的在於確保公益。

若以德國現行行政程序法為規範基礎，對於公私合作所形塑的合作法律關係加以立法，以行政程序法中為相關規定，以符合行政合作法之功能與任務。Schuppert、Ziekow和Bauer教授大致均認為：（1）合作契約作為一新的、獨立行政契約類型：合作契約得被肯認是行政契約之下位和獨立類型，以供行政機關為行為形式之提供或履行行政任務之基礎。（2）合作契約當事人之選定：合作契約之一方當事人，亦即，一般私人或私法人，應在專業、給付能力、可信度上有助於合作任務之達成。（3）合作契約內容—品質、範圍以及控制與管理：契約之形成應依據體需要而具備契約架構，特別是依契約類型發展出契約條款。就繼續性質的給付契約而言，穩定經常性且合於社會期待的品質與服務給付。（4）契約變更和終止條款、回接權：假使合作契約關係中，履約事項有重大變更，契約當事人應得為契約之變更或終止。在某些情況下，行政機關就所委託移轉之任務，享有回收權。

另聯邦內政部研究委員會將合作契約訂在行政程序法中，在法制整體上，仍將維持公法契約和私法契約二元分立之架構：合作契約，可能是公法契約，但也可能是私法契約。此依據契約性質區分之基準來操作之。而學者共識認為合作契約被定位為行政契約之獨立類型其前提在於契約所涉及的領域，全部或部分為公法上行政行為的執行。且此時自規範而言，是不能以民事或公法上契約自由為主張。因而以行政程序法來做適當的補充，是較有意義的。



第七章、結論與建議

7.1 結論

我國立法獎勵民間參與(或促進民間投資)公共建設，而民間投資公共建設可採取之方法很多，如 2.2 章所述從最簡單的勞務委託到民間機構建造-擁有-營運(BOO)⁴⁹，投資契約之性質就前所述不論是民事契約說、行政契約說亦或個別認定說其實就同一個案眾說紛紜，若再聚焦論及ETC案依個別認定說中又有主張：該契約僅約定為行政協助，未涉及公權力移轉給委託者，個人比較偏向認定其屬民事契約⁵⁰；有認為在封閉道路之收費，因為有給付行政目的，所以契約上應純有公法性質⁵¹；固然只有政府才可收過路費，但並非因該契約而造成公法上權利移轉給遠通，從文字上可以看出高公局所支付之費用僅屬委託辦理之費用……如果跟公權力有輕微接觸就被認定是行政契約，「行政助手」即無存在空間⁵²；而這些艱深的法理論述與辨證並非具法律專業所無法理解，亦無權發言的。但這些爭議讓實際執行民間投資公共建設的執行基層人員及民間投資人難以理解，在千辛萬苦議約、簽約後，此份合約竟有如此大之爭議與風險。

促參法立法之目的，為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，促進民間參與公共建設。在蛻去一切華麗外衣後，我們直視促參法的各項規定，它是一種政府部門設計誘因機制，引進民間資金及效率，進行公共建設的一種模式。再此模式下政府可以採特許權授予或特許契約方式引進民間機構，企望再“公私合夥”觀念下將“風險”及“風險利得”亦合理分配，而我國促參法採通案立法，故其規範分配之方式主要記載於“投資契約中”，整體投資案的風險與責任多係透過各種契約來分擔。雖然每個國家對投資契約有不同之名稱，並依國情與背景而不相同但大約重要內容有三：

一、投資契約乃政府與民間機構所簽定的基本契約。它賦予民間機構特許經營的權利，並釐劃基本權利義務關係，如特許期間、費率、品質標準等。此外，合約明確指出風險所在並釐清政府與民間如何分擔風險。再者，關於政府協助事項、違約事項等處理方式，與移轉條件等均會在契約中有所規定。

二、契約不僅規範政府與民間機構間之關係，尚用於規範其他參與投資案者的關係。這是因為公共建設的完成尚須金融機構、製造商、管理商、購買者的共同努力方能完成。因此契約上可用來分散當事人的風險，使風險能交由最適宜承擔風險的人來管理。此外，亦可提供財務、保險、履約保證等信用提昇

⁴⁹ 本文第 7 頁。

⁵⁰ 行政院法規會 95 年第 2 次諮詢會議紀錄，BOT 契約之性質及相關法律問題，郭介恆發言部分，民國九十五年三月十四日。

⁵¹ 行政院法規會 95 年第 2 次諮詢會議紀錄，BOT 契約之性質及相關法律問題，陳明堂發言部分，民國九十五年三月十四日。

⁵² 行政院法規會 95 年第 2 次諮詢會議紀錄，BOT 契約之性質及相關法律問題，陳愛娥發言部分，民國九十五年三月十四日。

工具，使整個投資案具有融資可行性。

三、契約可說是整個投資專案計畫的協調與統合中心，以協調投資過程中關係人所定之融資、營建、營運等契約，並將整個民間投資案的權利義務關係連結成一個複雜的契約網路。另外大型投資案的進行常須藉助外國的資金與技術，因此投資契約意多具國際性質⁵³。

7.1.1 行政機關之角色與行政權的轉變

在新的治理觀點下，政府的角色不段被討論、調整與挑戰，以往在「依法行政」或「法律保留」的思考脈絡下，行政權所以具有管制正當性，往往是因為來自國會正當性的傳送，學理上稱為「傳送帶理論」(transmission belt theory)。這種單從國會的正確性以間接取得行政權的作法，在行政程序法實施後有了結構性改變。除了上述國會正當性的傳送外，行政機關透過行政程序中人民的直接參與，從具有國民主權的人民直接取得民主正當性。

另一種正當化行政權的理論，「專業模型」。由於行政機關在其所主管事項上，往往集結了最多人才與專業資訊，故行政機關比政府任何部門都專業，最適合獲授權去達成管制任務。但實際上這些專業的行政機關往往不能合理地解決各種經濟或社會的衝突問題，進而有效管制。並且當專家進入機關後所帶來的遲鈍、腐化甚至是利益連結也是為人詬病的。此外，專家的特質往往是反平等的，在公共福利政策上，專家的官僚心態與父權心態著實造成許多弊病。

在傳送帶與專業模型兩種理論模型都無法提供行政權完整的正當化基礎後，以程序本位的參與模型，逐漸受到青睞。「參與理論」的基本想法是將行政決定的決策理性從實體問題的精確，移轉到相關利害關係人於行政決定程序的公平參與上，希望透過參與所獲致的程序理性來結合專業與民意，使行政決定取得正當化的基礎。在參與模型下，行政機關在做成決定時，必須遵守各種程序要求，不論該要求來自國會、法院或是機關內部的要求。相對的在此模式下法院也不介入實質的政策爭議，但藉由程序面的要求或審查再度強化司法的功能。

而面對目前行政程序關係日趨複雜，造成程序參與爆炸等參與理論的缺陷，行政大師馬蕭(Jerry Marshaw)提出「尊嚴理論」作為解套，尊嚴程序價值(dignitary process values)包括衡平(equity)、預測可能性、透明性與理性(predictability, transparency and rationality)、參與(participation)、以及隱私(privacy)。一心一意將行政程序的要求作被動的「遵守」或「依法辦理」的機關，最有可能讓程序僵化，行程人民無法信服的冰冷程序。相反的，當機關將行政程序法作積極面對，希望在程序時代更進一步運用程序面對人民並

⁵³ 王文宇，「行政判斷與 BOT 法制」，月旦法學雜誌，142 期，第 11 頁，民國九十六年三月。

提升決策品質，將逐漸透過與人民的互動發展出受人信服的機關文化⁵⁴。司法機關面對行政權因時代轉變，而無所調整。仍致力於實質政策的爭議，動輒直接根據「公益原則」、「平等原則」等抽象的一般法律原則作為判決依據，輕忽其對程序面的要求與應有的堅持，而陷入枝節的自由心證，若論及公益是否應以經濟理論模型討論公共利益，何謂公益？用路人利益？或納稅人利益？或國民利益；何謂平等？程序上平等？資訊公開之平等？競爭上的平等？若仍停留高權力之統治心態無疑成為行政革新的絆腳石。

7.1.2 甄審決定公告為行政處分

公共建設與公共服務不一定須由政府提供，但這些一定與公權力息息相關，政府不一定需要直接提供，但有責任選擇最有利的提供方式，是政府興建、維護、管理採取傳統之採購方式依採購法執行。或藉由促參法獎勵民間機構參與，先不論應有一完整評估與驗證，其程序從可行性評估、公開徵求民間參與、提供規劃資料、組織甄審委員、決定甄審標準及公告、資格預審、綜合評審、評定最優、次優申請人、公告甄審結果到公開甄審紀錄之過程這些程序應被妥善規範，而且過程有其一致性易於程序規範。這些規範不論在新的行政權理論「參與理論」或「尊嚴理論」或依原「專業模型」中皆適合以透過公權力的方式加以規範。另為一般社會上通念上被理解為單一之生活事件，在法學上應如何判斷其所存法律關係之個數，本無恆互不變的定則，毋寧，法律關係個數之判斷及切割基準之形塑，往往取決於生活性質之複雜性、何等法系之採行、行政行為形式論之發達程度、行政任務執行之效率考量，以及司法審判權之設計等諸多因素。基此，只要法律關係切割之結果，可簡化生活事實認定上複雜性，且各階段間之區隔一不致造成辨識上明顯困難，各自滿足現行法令所規定或學說上所建構之特定法律行為類型的所有概念內涵與構成要件者，原則上無由根本性地排除以法學上虛擬之方式，將外觀上單一法律關係予以階段化或複數化之容許性。在此範圍內，立法者享有廣泛的形成自由；亦或在存有解釋空間時，法規適用者亦享有一定程度之解釋空間。

有鑒於民間投資公共建設泰半涉及重大公益之公用事業，且資格要求往往極為繁複。故為確保並提高民間申請人將來履約之可行性，將其資格條件等相關事項獨立提前於甄審決定階段，作為主辦機關單方決定之事實判準。將申請人資格之甄審與投資契約切割，反有助於法律關係之釐清。而將前階段之甄審決定定性為行政處分，而與後階段之投資契約相切割，界限堪稱明確，並不造成劃分上不易之現象，故促參法之「兩階段論」擬制之架構，在學理上具有正當性⁵⁵。

若再仔細分別依民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第十六條規

⁵⁴ 葉俊榮，面對行政程序法—轉型台灣的程序建制，第 54 頁以下，元照出版，民國九十一年。

⁵⁵ 詹鎮榮，「促進民間參與公共建設法之現實與理論」，月旦法學雜誌，134 期，第 52 頁，民國九十五年七月。

定一般促參案件，甄審過程區分為「資格審查」與「綜合評審」兩階段進行，第一階段資格審查評定出合格申請人；第二階段綜合評審甄審出最優申請人及次優申請人；若最優申請人之決定屬行政處分，那第一階段合格申請人之確認法律性質為何？若依台北高等行政法院九十三年度訴字第 02157 號判決認為：「被告機關 92 年 12 月 24 日作成以宏碁公司、遠東聯盟及台灣宇通公司為合格入圍申請人之甄選決定，性質上為將 92 年 12 月 23 日、24 日甄選會議之結果通知原告等之事實行為，並非被告機關就公法上具體事件所為或決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之行政處分。」但本研究認為，資格審查決定本身應具有行政處分之性質，且與綜合評審決定一致，皆屬「具第三人效力之行政處分」，亦即將最優及次優申請人之甄審決定劃分為資格審查及綜合評審兩段事務內涵上具前後次序關聯之行政程序，而各階段之行政程序又皆以作成一形式獨立之行政處分為終結；而此最優申請人決定應為行政處分之終結點，亦即私權行為關係之開始。

7.1.3 投資契約之性質為民事契約

促參法立法上沿用國內行之有年的採購法流程，在兩階段區分下「採購契約」或「投資契約」是否屬於行政契約。雖說行政程序法第 135 條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」但依各法律關係是否為行政契約，須以契約內容是否涉及公法上法律關係而定。如果契約所涉係純粹的私法關係，即便當事人一方為行政機關，也不是行政程序法概念下的「行政契約」。在國內，大多學者援引德國學說及實務見解，認為行政機關基於輔佐行政運行的目的，立於私人地位，對外行為在性質上屬於「行政輔助行為」，為「國庫行為」的一種具有私經濟行為的性質，其所產生之法律關係應屬私法關係，相關契約亦屬典型之私法契約，而不能認為是以公法上法律關係為對象的行政契約。如果按這種學說見解認為上述是一種行政輔助的國庫行為，為私法關係，而行政程序法所規範的行政契約乃是公法的法律關係，兩者為互相平行的法律規範，基本上不生交錯適用的關係。

行政程序法之所以會有「行政契約」、「行政指導」等夥伴化取向條文出現，實際上是行政法學界追求行政法體系化的結果，而非立法者對一個雙向雙軌的官民互動、意圖有所規範。真正反映出政治部門對一個公私合夥關係的建制需求有所體認的還是「政府採購法」與「促進民間參與公共建設法」的立法。事實上促參法對於政府機關簽定投資契約，就政府官員的行為與機關內部作業程序，所為各種程序規範，在性質上是「內部行政程序法」，與行政程序法偏向規範外不關係有所不同⁵⁶。

以促參法立法者有意以「雙階段理論」切割甄審決定與投資契約定性為行

⁵⁶ 葉俊榮，上揭書，同註 54，第 215 頁。

政處分與民事契約關係，其實對新的治理中以公私合夥方式進行公共建設是利多於弊的，首先應以嚴謹的行政程序評估是否採取促參法方式進行開發，再則，如此方法效益上是否較原政府自行開發有利，然後依市場反應選擇有利方案，這些準備程序為成後應將角色轉變為與民間機構對等地位平等協商，雖然在最優申請人甄審決定前仍須有強大行政權支持，但後續一切關係應以投資契約為準。當然我們不希望以“契約自由原則”出賣行政權，但是一個充分準備的評估，是很容易將行政命令等規範帶入契約而成為契約之一部分，如台灣高等法院八十九年度上更字第00124號判決⁵⁷及高雄高等行政法院判決九十二年度訴字第00569號判決⁵⁸，並不會因認定為民事契約而使公權力難以介入；本研究很難想像，由行政機關本身以公私合夥方式發動徵求合作夥伴，而在合作過程中不以對等之方式對待，其實我們擔心的應是行政部門是否將可預期的狀況與權利義務納入投資契約中，而非擔心行政部門不夠認真而將投資契約定性為「行政契約」以方便隨時調整。把投資契約定為「民事契約」反而約束行政機關應對契約內容予以審慎評估，並保障相對民間機構之權利，縱使行政機關對合約內容一時失查，但仍有相關法令與機制管制並不會使促參案如脫韁野馬不受管控，故本研究認為投資契約性質仍應回歸立法者立法原意與架構應為民事契約。



7.2 建議

其實民事契約或是行政契約孰優孰劣是無確定之說，這是兩套制度設計，各有其遊戲規則，為一缺點僅為不易區分。其實不管公法、私法，或是適用公法之私法契約，抑或適用私法之私法契約，都是遂行行政任務之可行手段，重點在針對任務套用適用之遊戲規則。

如前所述將投資契約定性為民事契約在學理及實務是並非不可行，本研究強調立於公私協力觀點下依促參法立法意旨將投資契約定性為民事契約，而民事契約本身亦不會排除行政法相關規定，應無公權力恣意被出賣之可能；但若能在第一階段甄審過程明確規範程序，將主辦機關對於執行公權力各項條件明確轉換於契約中，亦對於申請人之競爭能更於明確公平，故本研究除認為投資契約應定性為民事契約外，應建議做以下加強。

7.2.1 公共建設民間投資效益評估

國內對於促參法案件之提出，通常是主管的一個意念，再找一個顧問公司

⁵⁷ 本論文第 27 頁。

⁵⁸ 本論文第 29 頁。

完成可行性評估然後公開徵求投資人。公共設施自償率是否足夠，是否應以徵求投資人之方式進行開發，雖為可行性評估內容之一但通常不是重點。國內應成立專責機構比照德國進行PPPs方案中嚴謹之效益評估過程，並特別強調：(1) 個別專案是建立在長期、整體考量的生命週期的觀點；(2) 至少須由私人提供部份財務上支持，公部門則以其可資運用的方法加以補充；(3) 針對個別專案的不同階段私人會承擔一定義務和重要角色，公部門則主要著重在公共利益的達成，服務品質或價格費率之要求控管，並監督整個專案和目的的達成。(4) 風險分配，亦即以個案相關的風險評估為基礎下，由參與的當事人間最能判斷、控管和掌握者承擔該風險。

7.2.2 公共建設民間投資相關程序瑕疵之後續處理機制

目前促參法規定下，民間機構若產生嚴重違約情形，只能終止契約，或併用強制接管方式。然而，此等機制設計，在確保民間機構履行契約固然有其正面功能。然而，首先，有關強制接管之法源依據，尤其是相關配套程序規定之訂定，接管前後因應措施，應儘速完備，以免爭議。再者，強制接管與原來履約之契約關係產生如何互相影響效果，也值探究。目前之因應上，強制接管辦法雖已制定，但缺乏深入探討與實際適用，或可透過契約約定程序，先將此類效果或因應措施以雙方契約協議方式定訂入，使其仍有行政處分之效果。但是，強制接管，究仍屬主管機關在監督民間機關履行契約之單方面公權力行為，並非契約行為，是故，並非得以契約協議方式取代強制接管之最低要件與內容，尤其不能以契約排除主管機關依法令得行使強制接管之權力，應予注意。此外，只規定終止契約，或併用強制接管方式，是否足以因應民間機構之履約失靈，而符合政府之擔保個案所需公共利益，仍有疑問。對此，應得研究契約終止和強制接管之各種替代方案，或可供日後契約規定之參考。

而甄審之瑕疵對契約之影響，如ETC案中高公局於辦理招商時，並非未依規定公告合格申請人應具之資格及甄審決定之程序，而係甄審之協商程序違反公益原則及平等原則，法院撤銷遠通公司最優申請人資格，並依促參法第45條將營運契約判為無效。這對投資人相對不利，有可能因非屬自身之責任或僅公務員之輕微瑕疵而造成契約無效。無論判決中之「契約無效說」或其他學者主張之「解除契約說」，適用時應特別審慎，至少應採「限縮解釋」，僅「嚴重之違法」為無效或解除，並參考德國聯邦暨各聯邦聯合會議建議於合作契約無效時，契約當事人應保有「適當調整契約之法定請求權」。

7.2.3 公共建設民間投資議約程序不得變更之項目

在重大投資案中主辦單位於綜合評審時應如同德國PPPs「競爭對話」中訂定嚴謹的規範，依目前促參法執行過程，投資契約於公開徵求投資人時有所公

告，若規範契約應於評定最優申請人、次優申請人前，申請人對於契約重要條文(如政府應辦事項)之調整應立即提出，並由主辦機關轉知競爭對手，並在一定時間內將投資契約中重要條文予以確認，並於最優申請人決定後之議約過程中此部份之重要條文不可變動；如此可補足主辦機關單方面訂定契約不符民間機構執行，並有利於申請人之公平競爭；而對申請人本身之競爭優勢會有多少經由此部分透漏與競爭對手，亦由申請人自我審慎評估，避免如高鐵案台灣高鐵於取得最優申請人資格後，於議約時對政府應辦事項要求增列過多事項，並因政府協調融資問題進而簽立三方契約建立政府擔保機制等重大事項⁵⁹，而這些重大變更本研究認為應於協商時提出，否則事後若檢討主辦機關甄選之公平性時將產生很大質疑與風險。

7.3 後續研究發展方向

7.3.1 由經濟模型討論公共建設民間投資效益與公共利益

「公共利益」於學者及判決中多次提及，但若以經濟學觀點觀察投資案，得以現有合適之經濟模型探討投資案投資效益與公共利益之關聯與平衡，以跳脫僅以文字或主觀談論公共利益。

7.3.2 民間參與公共建設強制接管營運辦法分析

民間投資公共建設其金額龐大期間長久，強制接管到底屬於暫時措施或長久強制手段，除契約規範外亦屬公私之間重要的管制項目，而強制接管到底屬於暫時措施或長久強制手段，發生何種狀況得對等採取何種措施，各接管辦法均未定期間，其性質到底是行政委託或勞務採購，應再詳細分析，以利公司雙方權利義務之釐清，並減少藉由契約出賣公權力之疑慮。

7.3.3 公共建設民間投資公告之投資契約草案與正式簽訂之投資契約比較

投資契約在整個投資案中被稱為王，所以權利義務應明確規範，但公開徵求投資人時公告之投資契約，經過資格審查、綜合評選、評定最優及次優申請人、議約之漫長階段，最後簽訂之投資契約與公告之差別是否過大，是否影響申請人之公平競爭。

⁵⁹ 王文字，「從高鐵興建營運合約論獎參條例的政府收買機制」，月旦法學雜誌，第33期，第35頁，民國八十七年二月。

參考文獻

書籍

- [1] David Osborne & Ted Gaebler, 新政府運動, 劉毓玲譯, 天下文化, 台北, 民國八十二年。
- [2] Jon Pierre & B. Guy Peters, 治理、政治與國家 (Governance, Politics and the State), 孫本初審訂, 台北: 智勝, 民九十一年。
- [3] 林欽榮, 城市空間治理的創新策略, 台北, 新自然主義, 民國九十五年。
- [4] 陳恆鈞, 治理互賴與政策執行, 台北, 商鼎文化, 民國九十一年。
- [5] 李宗勳, 政府業務委外經營理論與實務, 台北, 智勝文化, 民國九十一年。
- [6] (美)Dr. E. S. Savas, 民營化歷程 公部門·非營利·企業的夥伴雙贏之道, 黃煜文譯, 台北, 五觀藝術管理, 民國九十四年。
- [7] 汪宗仁, 行政程序法論, 台中, 康德文化, 民國九十年(第三版)。
- [8] 林明鏘, 行政契約法研究, 台北, 翰蘆圖書, 民國九十五年。
- [9] 葉俊榮, 面對行政程序法—轉型台灣的程序建制, 台北, 元照出版, 民國九十一年。

期刊論文

- [10] 顏玉明, 「我國促參法BOT契約法律性質初探」, 台灣本土法學雜誌, 82期, 民國九十七年五月。
- [11] 林明鏘, 「促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析」, 台灣本土法學雜誌, 82期, 民國九十七年五月。
- [12] 劉紹樑, 「論BOT基本法」, 月旦法學雜誌, 33期, 民國八十七年年二月。
- [13] 程明修, 「行政訴訟類型之適用-有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議」, 台灣本土法學雜誌, 81期, 民國九十五年四月。
- [14] 陳愛娥, 「促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等行政法院九十四年度訴字第752號判決、九十四年度停字第一二二號裁定」, 月旦法學雜誌, 134期, 民國九十五年七月。
- [15] 謝哲勝, 「信託運用於BOT契約的法律關係」, 月旦法學雜誌, 142期, 民國九十六年三月。
- [16] 江嘉琪, 「ETC契約之公、私法性質爭議—以台北高等行政法院 94年停字第 122 號裁定與 94 年訴字第 752 號判決為中心」, 台灣本土法學雜誌, 81期, 民國九十五年四月。

- [17] 吳志光，「ETC裁判與行政契約」，月旦法學雜誌，135期，民國九十五年八月。
- [18] 李惠宗，「行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院94年訴字第752號(ETC)判決—」，台灣本土法學雜誌，82期，民國九十五年五月。
- [19] 陳清秀，「特許合約與公權力之行使」，月旦法學雜誌，34期，民國八十七年年三月。
- [20] 詹鎮榮，「促進民間參與公共建設法之現實與理論」，月旦法學雜誌，134期，民國九十五年七月。
- [21] 陳愛娥，「法律原則的具體化與權限分配秩序—評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決」，月旦法學雜誌，138期，民國九十五年十一月。
- [22] 王文宇，「行政判斷與BOT法制」，月旦法學雜誌，142期，民國九十六年三月。
- [23] 王文宇，「從高鐵興建營運合約論獎參條例的政府收買機制」，月旦法學雜誌，33期，民國八十七年二月。

學位論文

- [24] 楊信洲，「公私協力應用於閒置空間再利用之研究-以花蓮縣七星柴魚博物館為例」，國立東華大學，碩士論文，民國九十五年。
- [25] 胡詩敏，「探討民間參與公共建設撤銷甄審決定之後續處理流程—以ETC建置營運契約為例」，國立中央大學，民國九十六年。

申訴審議判斷與法院判決

- [26] 台灣高等法院判決八十九年度上更字第00124號
- [27] 高雄高等行政法院判決九十二年度訴字第00569號
- [28] 台北高等行政法院判決九十二年度訴字第00721號
- [29] 台北高等行政法院判決九十三年度訴字第02157號
- [30] 台北高等行政法院判決九十四年度停字第122號
- [31] 台北高等行政法院判決九十四年度訴字第752號
- [32] 最高行政法院判決九十五年度裁字第0725號
- [33] 最高行政法院判決九十五年度判字第01239號
- [34] 台灣高等法院判決九十五年度上訴字第03840號
- [35] 台北高等行政法院判決九十五年度訴字第02710號
- [36] 高雄高等行政法院判決九十六年度全字第00020號
- [37] 高雄行政法院判決九十六年度訴字第00359號

[38] 台灣高等法院高雄分院(刑)判決九十六年度矚重上訴字第 3 號

其他

[39] 1993 年 11 月 3 日交通、內政及邊政、財政、經濟委員會聯席會議

[40] 立法院公報 89 卷 9 期院會紀錄。

[41] 金玉瑩，「歐盟地區公私合夥(Public Private Partnerships)政策推動歷程與現況研究」委託專業服務案就報告，行政院公共工程委員會委託研究，民國九十五年十一月。

[42] 行政院法規會 95 年第 2 次諮詢會議紀錄，BOT 契約之性質及相關法律問題，民國九十五年三月十四日。

