

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：李震山 博士

從擔保國家理論探討我國促參案件監督
管理之規範架構



研究生：朱瑋華 撰

中華民國一〇一年一月

摘要

我國政府基於減輕政府財政負擔，擴大公共建設投資以提振景氣之目的，將民間參與公共建設列為重要施政方向，不斷獎勵民間參與公共建設。各機關似乎不論規模大小，只要符合促進民間參與公共建設法所指項目之公共建設，均積極運用該法辦理，造成促參案件的蓬勃發展。

由於促進民間參與公共建設法對於參與公共建設之民間機構給予放寬土地、籌資等法令限制，並提供融資優惠、租稅減免之獎勵。然而辦理促參案件欲成功，不僅要吸引民間企業的投資，更重要的是公共建設能如期興建完成並符合品質要求及營運能順利運作，對於投資案的監督管理方面在考驗行政機關的執行能力。

本文先透過從歷史之角度，對於國家理論予以概念性的介紹，並從國家任務責任歸屬之演變，進而探討國家任務委由私人執行之原則與界限，再討論擔保國家之責任內涵。再說明公私協力概念、背景、特性及態樣，公私協力如何作為擔保國家之行爲模式，公部門與私部門合作方式為行政管制的革新，以建立監督管理機制取代完全之管制。並從我國促參案件現行制度上對於監督管理之規範架構進行檢討，並從個案履約階段執行經驗及問題中歸納出促參案件在履約階段中重要執行之問題。在立法層面而言，先從相關法規配合建置及連結、以契約作為監督管理方式、法律關係討論，提出監督管理項目，在法規範上架構監督機制。在契約層面而言，先確定契約架構原則，再提出契約範本架構，並試擬建議條文作為實務上運用之參考依據。期盼政府在推動公共建設時，重新思考制度規劃的方向及如何適當運用監督管理機制，採取事先規劃手段以減低事後紛爭的發生，進而共創政府民間合作雙贏之局面。

關鍵字：公私協力、擔保國家、BOT 制度、促參法



謝辭

在工作一段時間後，深覺本身法學知能欠缺不足，再重拾書本回到學校進修，這段期間，對我來說除了學習之外，學生生活更讓我的人生及視野更加開闊。

能夠完成這本論文，首先要感謝指導教授李震山老師，老師雖然忙碌，但在偶而見面時間，不斷耳提面命提醒我該寫論文了。在論文口試中，口試委員陳春生老師及詹鎮榮老師給予我許多寶貴意見，並啟發我更多想法，甚至鼓勵我在學術領域上勇於發表自我的想法，老師對我的激勵著實讓本篇論文更增力量。

很榮幸能就讀政大公法組，公法組的每一位學長姐、同學及學弟妹們在修課間相互砥礪，並給予一方面仍在就業的我眾多的支援，一方面也讓我更感受到青春活力。錫平學長、恩同學長、簡哥、怡雯、玉玲、榮華、昶宇、馥瑤、家全、佳潔、德田、詠誼、宇修、世顏、允翔、南君、偉如、荃和、弦璋、小璧、茗毅、軍志、榮光、許幹、光倫、俐君等，謝謝你們。

在我身旁不斷鼓勵我，在我徬徨無助時適時伸出手支援我的正琪、曉妍、怡欣、育竹，你們是我最好的同事，也是我的榜樣。還有每當寫論文心煩氣躁時，會在老地方陪我排解壓力的伯家、建銘、文興，沒有你們，我渡不過這一關。

工作上給我無窮幫助的財政部劉榮輝參事、黃科長、臺北市政府法規會黃主秘、許專委、蘇組長、雨新、喬凡、心宇，還有卓律師、梁律師，謝謝你們。

還有在荒野保護協會的每一位夥伴，不論是食物組、隊輔、專職，都給我滿滿的愛及鼓勵，在我人生最低潮時給我力量，也開啓我自然之眼去關心及愛護這個環境。

最後感謝我摯愛的家人，媽媽及姊姊總是來電關心我論文是否完成，哥哥、大嫂、弟弟及兩位小姪女更帶給我信心及喜樂，因為有家人最有力的支持，我才能完成學業。

本篇論文獻給最親愛的先父。

朱瑋華 謹誌



目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 問題意識.....	3
第二節 研究範圍與限制.....	4
第三節 研究方法.....	5
第四節 本文架構.....	6
第二章 國家理論之變遷－從給付國家演變至擔保國家	9
第一節 給付國家理論.....	9
第一項 給付國家之概念.....	9
第二項 給付國家之任務.....	11
第二節 擔保國家理論.....	12
第一項 「擔保國家」之概念.....	12
第二項 擔保國家於憲法上之基礎.....	13
第一款 憲法未明文禁止.....	13
第二款 社會國理念.....	14
第二款 國家對人民基本權利之保護義務.....	14
第三項 擔保國家之國家任務.....	15
第四項 擔保行政任務之法律關係.....	17
第一款 國家與履行任務之私人間之關係.....	18
第二款 國家與一般民眾間之關係.....	18
第三款 履行任務之私人與一般民眾間之關係.....	19
第三節 給付國家演變至擔保國家.....	19
第一項 從給付國家發展瓶頸演變至擔保國家之歷程.....	19
第二項 國家任務責任歸屬之演變.....	20
第一款 國家責任之概念.....	20
第二款 傳統國家責任理論－賠償或補償責任.....	21
第三款 從國家任務角度之責任屬性.....	21
第四款 國家任務由執行責任轉換為擔保責任及承接責任.....	24
第四節 國家任務委由私人執行之原則與界限.....	24
第一項 國家任務委由私人執行之原則.....	24
第二項 國家任務委由私人執行之界限.....	25
第五節 國家擔保責任之主要內涵.....	25

第一項 基本權利之保護義務.....	27
第一款 給付不中斷之擔保.....	27
第二款 給付品質之擔保.....	28
第二項 公平競爭之促進.....	29
第一款 何謂競爭者.....	29
第二款 競爭者權益保護之必要.....	29
第三款 從合作模式走向競爭模式.....	30
第三項 公共利益之維護.....	31
第三章 公私協力成爲擔保國家之行爲模式－以行政管制革新在促參案件之實踐爲中心.....	35
第一節 公私協力的概念.....	35
第一項 用語及概念說明.....	35
第二項 民營化的概念.....	36
第三項 公私協力與民營化之關聯.....	37
第二節 公私協力的背景、特性及態樣.....	39
第一項 世界性的潮流.....	39
第二項 國內法之趨勢.....	40
第三項 公私協力之特性.....	41
第一款 合作、夥伴的關係.....	41
第二款 任務分配、責任分配.....	42
第三款 具有風險評估性.....	42
第四項 公私協力之合作態樣.....	43
第一款 行政委託.....	43
第二款 委託經營管理.....	45
第三款 公營事業民營化.....	45
第四款 民間參與公共建設.....	46
第三節 公私協力成爲擔保國家之行政模式.....	48
第一項 形式類型.....	48
第二項 責任分擔.....	49
第三項 合作關係.....	50
第四節 行政管制之革新－在促參案件之實現.....	50
第一項 以「社會自我管制」手段實現管制義務.....	50
第二項 國家進行管制之必要性及正當性.....	52
第三項 以建立監督管理機制取代完全之管制.....	53

第一款 建立監督機制之理由.....	53
第二款 監督管理之強度.....	55
第三款 監督管理的方式.....	56
第四章 我國現行促參案件監督管理制度之檢討.....	59
第一節 我國促參案件監督管理之規範架構.....	59
第一項 現行法令之規定.....	59
第二項 現行契約設計之結構.....	64
第三項 現行制度規範之問題.....	65
第一款 修正草案.....	65
第二款 本文見解.....	72
第二節 促參案件履約階段執行經驗及問題之研究.....	75
第一項 案例蒐集方式.....	75
第二項 案例分析.....	75
第一款 台大第二活動中心案.....	75
第二款 台鐵萬華車站大樓案.....	77
第三款 臺北車站特定專用區交九用地開發案.....	78
第四款 阿里山森林鐵路及阿里山森林遊樂區案.....	82
第五款 前庭社區健康廣場委託興建營運案.....	84
第六款 北投纜車投資案.....	86
第三節 促參案件履約階段重要執行課題.....	88
第一項 依案例執行經驗.....	88
第一款 工程興建風險控管.....	89
第二款 各種行政程序配合事項.....	90
第三款 資金取得困難問題.....	91
第四款 營運風險控管事項.....	92
第五款 政府承諾及協助事項.....	93
第六款 公共利益之維護.....	95
第二項 其他課題.....	96
第一款 特許權轉讓問題.....	96
第二款 契約內容之協商與規範密度.....	96
第三款 行政機關判斷標準.....	97
第四款 營運績效評估制度.....	97
第五章 擔保國家理論於民間參與公共建設之落實－以促參案件法制層面之架構 為中心.....	99

第一節 建立促參案件監督管理之規範架構－從立法層面著手.....	99
第一項 相關法規配合建置及連結.....	100
第一款 確保促參案件進行之相關法規.....	100
第二款 涉及公共任務之相關法規.....	101
第二項 以契約作為監督管理方式.....	102
第一款 法理基礎.....	102
第二款 契約定性.....	102
第三款 契約調整機制.....	105
第三項 促參案件之法律關係.....	106
第一款 基本法律關係：主辦機關－民間機構.....	106
第二款 特殊法律關係之運用.....	108
第四項 促參案件應行之管理監督事項－國家擔保責任及承接責任之落實.....	110
第一款 國家擔保責任之落實.....	110
第二款 承接責任之啟動.....	119
第五項 建立監督機制.....	123
第一款 營運績效評估委員會之運行.....	123
第二款 建立全民監督機制.....	124
第三款 不良廠商提列.....	125
第二節 建立促參案件監督管理之規範架構－契約範本之設計.....	126
第一項 概說.....	127
第二項 契約架構之原則.....	127
第一款 法律關係之確立.....	127
第二款 契約重要性事項－依據公共設施、服務特性定之.....	127
第三款 議約標準及契約條文之解釋方式之建立.....	128
第三項 契約範本架構－以BOT案件為例.....	128
第四項 契約建議條文－以BOT案件為例.....	133
第六章 結論與建議.....	149
參考文獻.....	153

圖目錄

圖 2-1：公共任務責任圖.....	17
圖 2-2：擔保行政法律關係圖.....	18
圖 3-1：BOT 案件基本契約架構圖.....	57



表目錄

表 3-1：公私協力類型之責任分擔表.....	49
表 4-1：促參法履約監督與管理相關條文.....	60
表 4-2：促進民間參與公共建設法部分條文修正草案條文對照表（涉及監督管理部分）.....	66
表 4-3：促參案件履約階段重要執行課題及相關案例.....	88
表 4-4：各類審議機關於各審議階段工作一覽表.....	90



第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識

第一項 研究動機

近年來全世界各國對於公共建設的推行及公共服務的提供，從傳統上由政府自行辦理，漸由引進民間資源的方式，並利用民間於興建、營運及管理的專業方式，使公共建設及公共服務更為迅速與靈活，朝著部分民營化¹的方式進行。我國政府基於減輕政府財政負擔，擴大公共建設投資以提振景氣之目的，將民間參與公共建設列為重要施政方向，不斷獎勵民間參與公共建設²。相關法制層面，從中央於民國八十三年十二月五日制定獎勵民間參與交通建設條例，八十九年二月九日更制定促進民間參與公共建設法，作為民間辦理公共建設案件的基本法；至地方部分，以台北市政府為例，於民國六十九年制定「臺北市獎勵投資興建公共設施辦法」³，並於八十七年九月訂頒「臺北市市有財產委託經營管理辦法」⁴，促成近年來行政機關辦理民間參與公共建設之案件急速增多，從當前世界上規模最大、經費最高的台灣高速鐵路 BOT 案⁵，至小規模停車場營運管理案⁶，各機

¹ 詹鎮榮老師認為公私協力情形得視為部分民營化，參照詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，民營化與管制革新，元照出版社，2005年9月，第8頁。

² 行政院98年12月2日院臺經字第0980073417號函核定通過的「愛台12建設」計畫以提高計畫自償率，並鼓勵民間參與方式為之，行政院經濟建設委員會主任委員並表示將運用PPP（Public Private Partnerships）概念，引導民間資金注入建設計劃，作為經建會的優先工作之一，參照<http://www.cepd.gov.tw/ml.aspx?sNo=0012702&ex=1&ic=0000015>，2010/6/19。

³ 中華民國98年7月20日臺北市政府(98)府法三字第09835078300號令修正名稱為「臺北市獎勵投資興建公共設施自治條例」。

⁴ 中華民國94年8月3日臺北市政府(94)府法三字第09415555800號令修正名稱為「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」。

⁵ 台灣高鐵系統計畫路線全長345公里，建設總成本估計約達美金150億元，2000年2月台灣高速鐵路股份有限公司與25家聯貸銀行團簽署聯合授信契約，授信額度為新台幣3,233億元。參照台灣高鐵官方網站：http://www.thsrc.com.tw/TC/about/ab_intro_yearbook.asp，2010/5/13。

⁶ 例如嘉義市政府辦理「嘉義市西市場大樓停車場營運管理案」，契約期間為民國97年9月27日至98年10月26日；彰化縣政府辦理「員林國小運動場地下停車場委託經營管理促參案」，契約期間為97年5月10日至105年5月9日。

關似乎不論規模大小，只要符合促進民間參與公共建設法所指項目之公共建設⁷，均積極運用該法辦理，造成促參案件的蓬勃發展。

由於促進民間參與公共建設法對於參與公共建設之民間機構給予放寬土地、籌資等法令限制，並提供融資優惠、租稅減免之獎勵。以臺北市政府為例，臺北市政府除依照促參法給予獎勵優惠外，另為增加民間投資臺北市之誘因，更依據「臺北市獎勵民間投資自治條例」提供民間企業多項補貼及放寬市有土地取得條件等諸多優惠⁸，確實增加民間參與公共建設之意願⁹。然而辦理促參案件欲成功，不僅要吸引民間企業的投資，更重要的是公共建設能如期興建完成並符合品質要求及營運能順利運作，對於投資案的監督管理方面在考驗行政機關的執行能力。從臺北市政府辦理促參案件情形觀之，臺北市積極推動民間參與公共建設¹⁰，並列入重點施政項目，惟臺北市政府業務龐大且分工複雜，對於市有財產上辦理促進民間參與公共建設案者，係由市有財產之管理機關¹¹作為主辦機關，由於每一投資案往往長達數十年，初期所簽訂的投資契約可能因承辦局處之資源

⁷ 促進民間參與公共建設法第 3 條第 1 項規定：「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。十、公園綠地設施。十一、重大工業、商業及科技設施。十二、新市鎮開發。十三、農業設施。」這 13 種類型中僅有第 11 款對於公共建設訂有「重大」的要件，即須符合性質重要且在一定規模以上之公共建設，其餘類型則無規模之限制。

⁸ 臺北市政府於 93 年 1 月 12 日制定「臺北市獎勵民間投資自治條例」，對於投資人提供勞工職業訓練或訓練費用之補貼、房屋稅及地價稅之補貼、融資利息補貼、市有房地之出租或設定地上權等優惠事項，並設立單一服務窗口等方式以吸引投資人。

⁹ 近期受矚目的臺北資訊園區 BOT 案，於 99 年 4 月 25 日辦理投資計畫書綜合評審，甄審出最優申請人為鴻海領銜的臺北 3C 暨多媒體廣場合作聯盟，次優申請人為藍天電腦，參照 <http://www.dof.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1147074&ctNode=22080&mp=103001>，2010/5/14。

¹⁰ 臺北市政府為促進所屬各機關積極推動民間參與公共建設，不僅研擬「促進民間參與公共建設推動工作計畫」，更成立「臺北市政府促進民間參與公共建設推動委員會」，於 99 年 03 月 31 日止辦理民間參與公共建設案件數統計資料顯示，依據「促參法」辦理（包含已簽約、辦理中、規劃中）之案件合計 69 件，依據「設定地上權」、「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」、「臺北市市有財產管理自治條例」、「大眾捷運系統土地開發辦法」及「都市更新條例」方式辦理之案件（包含已簽約、辦理中、規劃中）共計 221 件，實有蓬勃發展之趨勢，參照 <http://163.29.37.192/dof/public/index.html>，2010/5/14。

¹¹ 臺北市政府對於市有財產的管理依公用財產、非公用財產性質及使用情形區分管理機關（參照臺北市市有財產管理自治條例第 7 條）。

不同、公務員對於促參案件的熟悉度差異能力等因素，產生後階段履約管理之後續處理，而影響該案件的興敗。況且從招商至公共建設之任務辦理終結，不可能由同一承辦公務員完成，尤其是屬長期性之營運期，所面臨之問題非初期在草擬契約階段能想像。況對於民間企業而言，最大優惠利益在於放寬土地、籌資之法令限制優惠，而此優惠大多在於興建期所享有，為避免民間企業僅貪圖獎勵投資之優惠條件，於公共建設興建完成獲取利益後，不履行營運責任之情形，因而造成促參案件失敗，更應予以防範。惟現行法規對監督管理部分僅以數條予以規範，而行政機關於契約規範亦非完備，因此如何從立法層面建構行政機關監督管理責任，進而設計、規劃契約內容，以減低承辦之公務員在實務操作上困難及風險，有其研究之必要。

第二項 問題意識

促參案件係行政機關將原本應擔負之行政任務委託民間辦理，即民間擔負起原本政府應負責之興建、擴建、整建或營運之工作。行政機關辦理民間參與政府規劃之公共建設，整個投資案大致上可分為事前規劃階段，包括可行性評估及先期規劃（若涉及政府預算補貼或投資者應先辦理）、公告徵求民間參與、對於投資人之申請進行審核程序至選定投資人並簽約，才進入事後履約管理階段，此時行政機關將原本應擔負之行政任務以契約方式交由民間來執行，其角色的轉變從單方行政行為變成契約相對人，而該契約期間短則數年，常則十幾、二十年甚至五十年以上，行政機關之監督管理責任相形之下甚為重大，如何從國家擔保理論之角度去規劃法制層面及契約層面之履約管理的標準？又關於契約的設計則以公共建設之興建期、營運期及移轉期為三大重點¹²，營運期為契約期間的最長階段，然而現行促進民間參與公共建設法中對於營運期間的監督管理僅以限制所取

¹² 依據促參類型的不同，如屬 BOT、ROT 案件主要為興建（擴建、整建）、營運、移轉；OT 案件為營運、移轉；BTO 及 BOO 案件為興建、營運。

得權利¹³、營運不善之處理¹⁴進行規範，因此契約內容大多針對此二部分予以細節性及技術性的規範，但營運期占契約期間最大的比例，可能發生的類型絕不僅止上開兩種情事，現行法及實務運作對營運期間國家應進行監督管制之內容需要釐清，且有再建構的必要。因此，本文擬從國家擔保理論出發，探討公私協力類型之運用，而嘗試解決以下之問題：

- 促進民間參與公共建設法中對於營運期間的監督管理僅有限制所取得權利、營運不善之處理之類型，然而營運期間甚長，可能面臨的問題非僅止於此，擬以現行實務案例整理分析可能產生之問題，並尋求解決方式。
- 鼓勵民間參與投入公共建設的興建及營運，並非代表政府得置身事外，成敗的關鍵仍在於確保公共建設的運作，該如何去確保公共建設本身的品質及持續運作？
- 民間參與公共建設案件之法律關係雖僅規範契約當事人間，惟其影響層面包含契約以外的第三人（包括競爭者與一般大眾），當行政任務委託民間辦理後往往會造成獨占事業或破壞市場機制之弊端，如何在法制層面及契約規範去設計以保障其權益？
- 導入民間的財務及營運方式來辦理公共建設，在風險管理方面該如何去控管？監督機制應如何設計？

第二節 研究範圍與限制

本文之研究範圍，先從國家理論變遷開始，探討給付國家演變為擔保國家之理論基礎、形成背景及內涵，進而介紹擔保國家的行政模式—公私協力類型，再以公私協力中促進民間參與公共建設之類型為主，由於民間參與公共建設之相關法制依其委託事項有適用：獎勵民間參與交通建設條例、促進民間參與公共建設

¹³ 參照促進民間參與公共建設法第 50 條及第 51 條。

¹⁴ 參照促進民間參與公共建設法第 52 條及第 53 條。

法、獎勵民間參與國軍老舊眷村改建投資興建住宅社區辦法、獎勵投資興建國民住宅辦法、獎勵投資辦理都市計畫公共設施辦法等，但現以促進民間參與公共建設法為程序之基本法，是本文乃以此類案件為重心，檢視現行實務對於促參案件之監督管理之規範，藉由實務上運行之促參案例予以分析，將促參案件於履約階段所產生之執行問題進行類型化，並以擔保國家理論為基礎，嘗試建構立法規範及契約範例。

本文研究主要係要探討實務上現行促參案件於履約階段執行困境，在監督管理制度上所應為之設計，基於主題限制而不去探討事前的選定部分（甄審爭議）、事後的移轉及國家賠償問題等。

第三節 研究方法

本文擬從擔保國家理論之法理基礎，探討對於促參案件政府應負擔之監督管理責任範圍，並以現行促參案件所面臨的可能問題，嘗試提出為現行法制與契約結構建制之意見，冀望能提供行政機關於辦理促參案件時作為實務運作上之參考。本文擬採取的研究方法有：

一、文獻分析法：

蒐集有關國家理論、公私協力、民營化等文獻資料，予以整理分析後，以歸納探討本研究所涉及之理論基礎，所蒐集之文獻包含專書論著、期刊論文、學術研討會紀錄、相關政府機關研究計畫中之文獻資料及出版品等等。

二、案例分析法：

以行政院公共工程委員會專案研究計畫中之案例、監察院糾正案及法院判決作為案例為蒐集之方式，就我國已進入興建或營運階段之個案檢視其監督管理情形，並進而探討履約階段重要執行之問題，並以國家擔保理論原則，檢視現行實

務採行之監督管理之規範，最後嘗試提出立法架構及契約範例。

第四節 論文各章研究之要旨

本研究共分為六章，主要研究之要旨整理如下：

第一章 緒論

本章包含本論文的研究動機、問題意識、研究範圍及限制及研究方法，作一簡單的介紹。

第二章 國家理論之變遷－從給付國家演變至擔保國家

透過從歷史之角度，對於國家理論予以概念性的介紹，並從國家任務責任歸屬之演變，進而探討國家任務委由私人執行之原則與界限，再討論擔保國家之責任內涵。

第三章 公私協力成爲擔保國家之行爲模式－以行政管制革新在促參案件之實踐爲中心

說明公私協力概念、背景、特性及態樣，公私協力如何作爲擔保國家之行爲模式，公部門與私部門合作方式爲行政管制的革新，以建立監督管理機制取代完全之管制。

第四章 我國現行促參案件監督管理制度之檢討

從我國促參案件現行制度上對於監督管理之規範架構進行檢討，並從個案履約階段執行經驗及問題中歸納出促參案件在履約階段中重要執行之問題，以作爲後階段重新架構監督管理制度之研究項目。

第五章 擔保國家理論於民間參與公共建設之落實－以促參案件法制層面之架構

為中心

本章從立法層面及契約層面來探討，試擬促參案件監督管理之規範架構。在立法層面而言，先從相關法規配合建置及連結、以契約作為監督管理方式、法律關係討論，提出監督管理項目，在法規範上架構監督機制。在契約層面而言，先確定契約架構原則，再提出契約範本架構，最後試擬建議條文作為實務上運用之參考依據。

第六章 結論與建議

就各章之重點予以歸納整理，對行政機關採取促參案件履約階段之監督管理狀況，提出改善之建議。





第二章 國家理論之變遷－從給付國家演變至擔保國家

從國家模型概念中有法治國模型、社會國模型，法治國乃藉由明確的法規來限制國家權力行使之範圍，首重要依法行政，而社會國之理念則注重國家擔負起生存照顧之責任。隨著社會國原則確立，國家具有積極實現社會正義及社會安全使命，因而對人民有照護之義務，國家執行此任務的方式隨著人口、經濟、技術上及社會文化的發展等外在環境因素而改變，在分工合作模式下，對於國家角色逐漸有了轉變。國家從提供人民基本生存照顧之給付國家，透過國家和私人的任務分工，演變為擔保國家，國家理論在新的理解下，對國家任務及管制思想重新加以調整，在社會國模型下，國家理論之圖像由給付國家演變為擔保國家。

第一節 給付國家理論

第一項 給付國家之概念

從十七、十八世紀英國、法國及美國受自然權、自然法思想衝擊，透過革命顛覆集權主義，建立自由民主的近代國家以來，強調個人主義、個人自由的自由主義國家，國家存在之意義及價值，在保障私的領域，國家活動或國家權力之行使，亦在保障私的領域之範圍始可為之，即國家對市民社會所建立之經濟法則及規範相當尊重¹⁵，不輕易介入干涉，以避免阻礙商品交易市場之蓬勃發展而侵害私的領域。國家及行政之角色，僅限定在處理市民社會自律原則下無法或難以處理之事務，此時國家被定位為「自由國家」、「消極國家」及「夜警國家」¹⁶。

¹⁵ 英國經濟學者亞當·史密斯（Adam Smith）倡導私有經濟模式，認為在經濟市場上應貫徹自然的自由，使商品經濟循市場法則變動，國家應採取不干涉主義。

¹⁶ 參照蔡秀卿，〈從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷〉，月旦法學雜誌第 120 期，第 21 頁。

然而由於人口增長、人口集中都市、工業化及勞動與受薪階級增加，形成人類賴以生存之空間及生活資源非個人得以完全掌控之現象，再加上以自由主義為基礎之資本主義加速發展下導致社會矛盾現象¹⁷，個人依賴國家的保護照顧情形逐漸增加，人民信賴國家，並要求國家以強制力介入市場，挽救經濟危機，此時國家肩負起實現社會正義與維護社會安全的使命，並負有對人民生存照顧之義務，不僅消極保障個人自由，更積極為滿足國民最低限度之生活條件而提供服務。基此，國家為達照護目的，建立所謂「政治的生存負責」制度，亦即要創造一個合乎正義、合乎社會現狀的取用機會¹⁸，國家之行政任務及其行政結構有所轉變，由干預最小的國家走向大有為的國家，以國家為社會正義擁護者為理念，在市場經濟基礎上，國家得因公共利益而干預私權行使¹⁹。因此作為行政權主體之國家為保護經濟弱者，增進社會公共福祉，運用行政作用，介入國民之各個生活領域，以發揮積極的給付之機能²⁰，稱為「積極國家」、「社會國家」、「福利國家」²¹及「給付國家」的概念因而產生。

給付國家在行政法學上之意義，在於國家及行政之角色，非僅限消極在處理市民社會自律原則下無法或難以處理之事務，更是積極從事社會福利、環境保護、個人權利保護之行政行為。此有賴於三方面妥善地、系統化之解決：（一）勞資關係的和諧維持，使得人民的工作權得建立在適當的薪給上；（二）生產之供需與分配之指導；（三）在現代社會之大規模人口的生存方式，人們生存所依

¹⁷ 包括勞動者貧困與所得不均等；景氣循環與產業構造變化之結果，導致失業、獨占；地區發展不均形成都市、農村問題等。參照宮本憲一《公共政策のすすめ—現代的公共性とは何か》，有斐閣，1998年，第33頁以下。轉引自蔡秀卿，〈從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷〉，月旦法學雜誌第120期，第23頁。

¹⁸ 參照陳新民，〈服務行政及生存照顧的原始概念〉，收錄於氏著《公法學劄記》，新學林出版，2005年10月，第51頁以下。

¹⁹ 參照葛克昌，〈給付國家之公權力行使及其界限〉，收錄於《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，月旦出版公司，1997年3月，第1322頁。

²⁰ 參照黃守高，《現代行政法之社會任務》，私立東吳大學中國學術著作獎助委員會，民國68年12月初版，第50頁。

²¹ 參照蔡秀卿，〈從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷〉，月旦法學雜誌第120期，第23頁。

賴的公共服務的提供²²。

第二項 給付國家之任務

給付國家之功能在於因應社會需求，以國家之力勇於承擔社會福利之任務，而現代國家之任務，大致上可區分為下列事項²³：

一、生存保障措施：

國家不僅單純從事限制人民自由的「高權行政」，變成提倡社會福祉為目的之「引導」及「服務」行為²⁴。生存照顧乃現代行政之任務，應主動提供人民最大的服務與照顧，以滿足人民各項生活所需²⁵。而生存保障早期係針對貧困者，而現今國家照顧之義務予以大量擴展，然而爭議問題在於社會資源有限性，國家僅能利用固定的資源執行照顧之義務，究竟照顧義務之範圍及限度可到達何種程度？成為現代社會最重要的問題。故有「最低生存保障理論」的提出，該理論認為國家的照顧義務僅限於保障人民最低生存。

二、保障人格發展可能

在傳統以農業或手工業為主的時代，人類以大家族聚集方式共同維持生活，藉由對大家庭家主之所有權保障以達成保護個人的發展。在進入工業時代後，由於大量勞工流入都市，對於個人發展之保護的內容轉而強調個人工作上，因此對其工作權之保障為維持其生存權之方法。人格之發展呈現多元性，除了維持生活

²² 參照陳新民，〈服務行政及生存照顧的原始概念〉，收錄於氏著《公法學劄記》，新學林出版，2005年10月，第50-52頁。

²³ 參照葛克昌，〈給付國家之公權力行使及其界限〉，收錄於《現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，月旦出版公司，1997年3月，第1326-1332頁。

²⁴ 參照陳新民，〈服務行政及生存照顧的原始概念〉，收錄於氏著《公法學劄記》，新學林出版，2005年10月，第92頁。

²⁵ 參照翁岳生，〈行政法的概念與種類〉，收錄於翁岳生編《行政法（上）》，元照出版公司，2006年10月，第23頁。

之工作權方面，在身心靈方面亦需提供發展的管道，關於人性尊嚴的維護、對於文學、藝術創作之需求亦成爲國家任務之一，在我國憲法基本國策章節中，更就個人人格發展訂定規範，以達保障人格發展之目的。

三、共同生活之維持

人民所期待之國家係在於經濟方面能建立良好的生活環境，用以維持現代社會共同生活，有賴國家提供民生基礎建設，如交通（鐵路公路）、通信（郵政電信）等建設，國家辦理基礎建設時，亦對經濟發展有所助益，因此給付國家能照顧人民福祉之前提，在於經濟之健全與穩定之發展。然爲使市場能公平競爭及健全發展，應維持物價及貨幣穩定，提供就業機會，積極促進經濟成長與能源供應。因此，國家能提供基礎建設，以提供人民得共同生活之良好環境。

第二節 擔保國家理論

第一項 「擔保國家」之概念

擔保國家係指國家就公共任務，如基礎建設或公共服務之提供，不親自執行，轉而與私部門共同承辦公共任務。但此共同承辦，並非就任務之執行彼此分工，而是國家不再優先以其原有科層化行政運作模式，而以「私部門執行公共任務，國家擔保私部門執行」之模式，確保任務可以順利完成²⁶。此時國家並非以自己擔當任務執行之角色，而係轉換爲擔保之角色，以提供公益或公共任務實現的功能適當的框架及條件，確保任務達成並維持適當之品質與功能性²⁷。

相對於傳統上由國家自己擔任公共任務之執行者，擔保國家對於任務執行則

²⁶ 參照許登科，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制－對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 40 頁。

²⁷ 參照許登科，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制－對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 41 頁。

採替代方案，即可利用私人、市場機制、組織建立，或回歸市民本身之自己責任承擔，或混合方式²⁸為之，非由國家自己提供服務，但不論所選擇任務執行模式為何，國家擔負起任務確實完成及維持品質與功能性之責任。基此，擔保國家在運作上主要意涵為：一、**國家角色由擔當執行轉換為擔保任務確實完成**，但國家任務內容並無改變，僅管制思維有所改變；二、**任務執行模式之開放**，管制重點轉而針對兩層面，其一為許可之管制²⁹，此指對於許可私人取得執行公共任務之資格，應加以管控；其二為執行任務之管控，此係對於私人在市場活動或執行公共任務時，國家應進行管控，以確保任務之達成、運作之持續及品質之維持。

第二項 擔保國家於憲法上之基礎

第一款 憲法未明文禁止

憲法上對於國家任務之執行，憲法第十章中央與地方之權限中，僅對於任務指派予以規定，並無對於國家任務之執行，限定應由國家自行為之，或者禁止國家將執行任務之責任移轉於私人為之。另憲法第一百四十二條明文規定，國民經濟應以民生主義為基本原則。進一步在第一百四十四條規定：「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則。其經法律許可者，得由國民經營之。」本條雖具有濃厚社會主義之意識型式，但在得到「法律許可」之條件下，仍得由私人來經營，故非屬國家所完全獨占之事業。在給付國家中，對於執行者亦未規定應由

²⁸ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 41 頁。

²⁹ 關於許可之管制部分，自 ETC 案後有大量文獻及論文對此予以探討，相關文獻可參照李惠宗，〈行政院對 BOT 最優申請人決定程序的審查〉，臺灣本土法學雜誌第 82 期，第 177 頁以下；林明昕，〈論 ETC 案中之行政爭促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析問題〉，臺灣本土法學雜誌第 82 期，第 226 頁以下；林明鏘，〈論 ETC 案中之行政爭訟問題〉，臺灣本土法學雜誌第 82 期，第 218 頁以下；林明鏘，〈ETC 判決與公益原則—評臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決及 94 年度停字第 122 號裁定〉，月旦法學雜誌第 134 期，第 5 頁以下；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—評臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決、94 年度停字第 122 號裁定〉，月旦法學雜誌第 134 期，第 26 頁以下；陳旺好，我國特許合約 BOT 法律屬性與爭議處理制度之研究，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所，民國 95 年。

國家親力執行，因此國家退居備位功能，以擔保模式作為保證。憲法對國家的規範，並未要求應由國家自己為執行主體且以階層式行政作業方式為之，在民主原則、法治國原則、社會國原則和基本權保障原則等憲法規定，均未要求應由國家來執行所有任務均，也均未禁止私人來擔任公共任務之主體。因此，國家任務得否交由私人來執行，在我國憲法上似不禁止，亦非鼓勵，也無強制，有學者認為此完全讓諸合目的性取向政策考量³⁰，亦有認為憲法對國家之定位與國家任務之辦理，有一定之開放性³¹。

第二款 社會國理念

社會國原則在於國家須因應社會的需求，保障人民最低生活條件，並且肩負起對人民生存照顧之責任。換言之，國家不僅要提供公共服務、建立基礎建設、施行社會福利措施，只要關於人民在政治、經濟、社會、文化等各方面之保障，國家均有義務予以維持。然而為達到社會國原則，國家職權雖不斷擴張，但基於社會資源有限性，國家不能也不必對所有需求予以滿足，國家僅能在資源分配上滿足最欠缺者之需求。即使對某些需求，需由國家予以滿足，但國家亦無須全面參與之，國家參與之必要及公權力介入之程度，得採自行執行、合作方式、交由私人執行等方式為之，國家得從執行責任而退居擔保責任之地位。

第三款 國家對人民基本權利之保護義務

人民要求國家對於基本權利之保護，包括有一、消極的防禦權，國家應避免干預其基本權，二、積極的國家保護義務，國家應實施基本保護措施。當人民之基本權利符合特定要件時，國家即加以保障，而不是必然需經由國家之自行提供

³⁰ 參照許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第596頁。

³¹ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第114頁。

給付。對於參與國家任務履行之私人，其參與乃係其本身之基本權之行使，與自我利益相關，國家應予以尊重，但國家仍有保護公共利益的需要及任務，因此得對私人的前述基本權行使，以法律而為一定的必要限制，以確保公共利益。³²

在擔保國家模式下，國家原從事之行公共任務之活動轉由私人為之，使得原有國家與人民之間的兩面關係，變成國家、執行公共任務之私人與一般人民間之三角關係，兩個基本權一係享有防禦及請求國家積極提供生存照顧之基本權，一係有營業生存之基本權，兩者間恐造成衝突。此時國家應顧及執行公共任務之私人與一般人民兩個不同之基本權，應維持其保護平衡。國家要確保之公益，即係對於不同基本權主體間權益之確保³³。因此，在擔保國家理論下，基於基本權保護功能，產生一種憲法對國家之擔保委託，國家有義務在社會領域中，尤其在私人與私人間，形成一定法秩序並規定其程序和標準，使得私法秩序受到基本權客觀法規範功能之作用³⁴。

第三項 擔保國家之國家任務

國家任務係指在合於憲法的原則下，以法規方式授予國家執行權限之公共任務。而所謂之公共任務，則是攸關公眾或公眾對其實現存有利益之事務³⁵。因此，在概念上公共任務為國家任務之上位概念，公共任務之執行不以國家執行為必要³⁶，非屬公權力主體（如私人）得主張基本權利，取得執行公共任務主體之身分，

³² 黃錦堂，〈行政任務民營化之研究〉，收錄於氏著《行政組織法論》，自行發行，2005年5月，第173頁。

³³ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第119頁。

³⁴ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第120頁。

³⁵ 參照德國公法學者 Hans Peters 見解，轉引自詹鎮榮，〈國家任務〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第267頁。

³⁶ Eberhard Schmidt-Aßmann 認為國家任務是指國家、隸屬於國家的高權主體以及邦與邦之間所設立之機構來履行公共任務，並非所有公共任務均屬國家任務，只有國家需要透過公共福祉之委託取得其正當性基礎，但此範圍內國家以一種特殊方式對於所有公共任務領域之履行負有義務，若干重要的公共任務可由私人來履行，其他公共任務可由國家與私人共同來完成。參照氏

因而從事公共任務，是以，國家並非公共任務的獨占者。例如水、電、瓦斯、郵遞、交通運輸等各項服務，係維持人民基本生存所必須，屬於公共任務之範圍，該服務之經營權又可列為憲法所列舉營業自由權保障範圍，原則上任何人應得參與經營，不限於國家始得為之³⁷。故國家得透過立法方式決定有那些特定之公共任務交由國家來執行，即以實定法的方式賦予國家任務之特性，基此，國家任務之內容與範圍具有開放性，國家係透過立法來形成並確定國家任務。

立法將公共任務劃為國家任務範圍者，依據不同區分基準³⁸仍可將國家任務分為專由國家自行執行及可將任務私人化之類型。如屬前者，國家應負完全之責任，即國家就其任務執行、結果成效均由自己來負責。如屬後者，國家對私人執行成果負有擔保責任（Gewährleistungsverantwortung），亦即國家如果不作為共同體利益即無法受到最低限度保障，則在憲法的拘束下，國家對此應負有責任。而國家負擔保責任之行為方式包括設定法律框架、管制性監督、計畫性型塑或自行給付。³⁹

著、孫迺翊譯，〈行政任務及行政法各論應扮演之角色〉，收錄於氏著《行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務》，元照出版公司，2009年10月，第170頁以下。

³⁷ 我國憲法第144條規定：「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則。其經法律許可者，得由國民經營之。」依據司法院釋字第428號解釋理由書意旨，此憲法基本國策條文係許可對公用事業之經營，課予特別義務，加強政府監督並在經濟上給予相當之優惠，如獨占權之給予、稅捐之減免、對損失補償或損害賠償責任予以限制等。惟此等措施，涉及相關人民之權利，自須依憲法第23條之規定，於增進公共利益之必要範圍內。故可認為屬立法者擁有形成空間，以法律為之，來完成憲法的委託，並非完全排除人民基本權利之適用。

³⁸ 詹鎮榮老師對此有兩大分類：一、依據國家任務是否得以「私人化」為觀點區分為「絕對之國家任務」與「相對之國家任務」，前者必須恆受「國家保留」（Staatsvorbehalt）之支配，立法者不得將其私人化，其類型之國家任務有國家內部與外部安全、租稅高權及司法處遇。除此之外，屬後者，非以國家保留為必要，原則上存有私人化之可能性。二、以國家任務一經法規設定後，是否即排除私人可同時從事相同任務作為區分基準，分為「非排他性之國家任務」與「排他性之國家任務」，原則上法規設定國家任務之目的僅在賦予國家對某特定事務領域具有管轄權，使該特定任務成為國家權限之範圍，此時針對同一事務，會產生國家與私人皆可從事之競合情形。若國家欲排除私人從事特定公共事務，須提升規範密度，在法規中明文賦予國家「獨占」權限。參照氏著，〈國家任務〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第269-270頁。

³⁹ 參照 Eberhard Schmidt-Aßmann、孫迺翊譯，〈行政任務及行政法各論應扮演之角色〉，收錄於氏著《行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務》，元照出版公司，2009年10月，第171頁以下。

茲就擔保國家之國家任務類型，國家應負責任情形試擬如下圖：

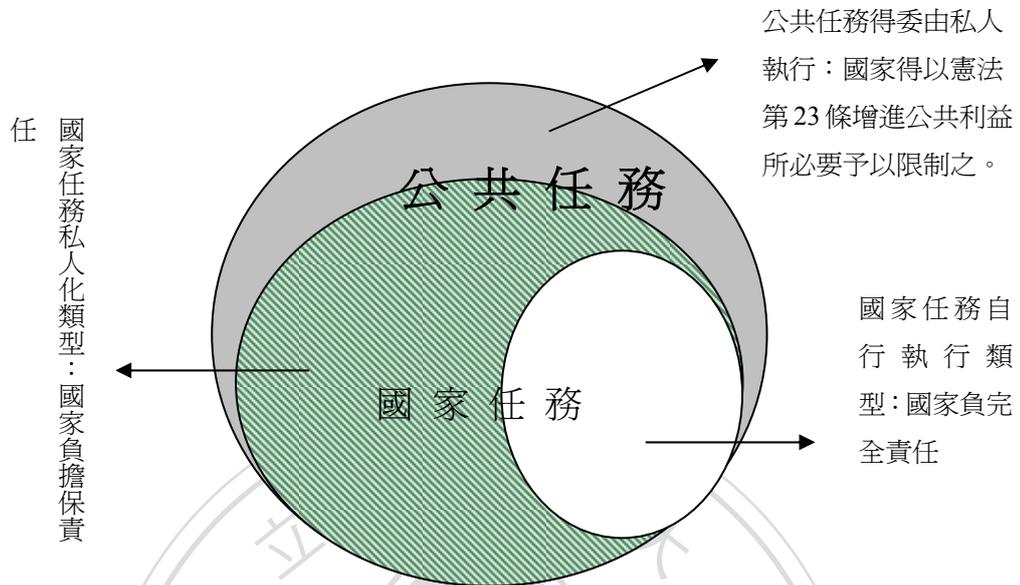


圖 2-1 公共任務責任圖（本文自行整理）

第四項 擔保行政任務之法律關係

一般來說，國家提供公共任務之服務，其法律關係為國家—人民之兩面關係。然而擔保行政法律關係的構成，基本上是以擔保行政任務的存在為前提，並以之為中心，形成一個由國家（行政機關）、履行任務之私人、一般民眾所構成的三角關係⁴⁰，如下圖：

⁴⁰ 蔡宗珍，〈從給付國家到擔保國家—以國家對電信基礎需求之責任為中心〉，臺灣法學雜誌第122期，第35頁。

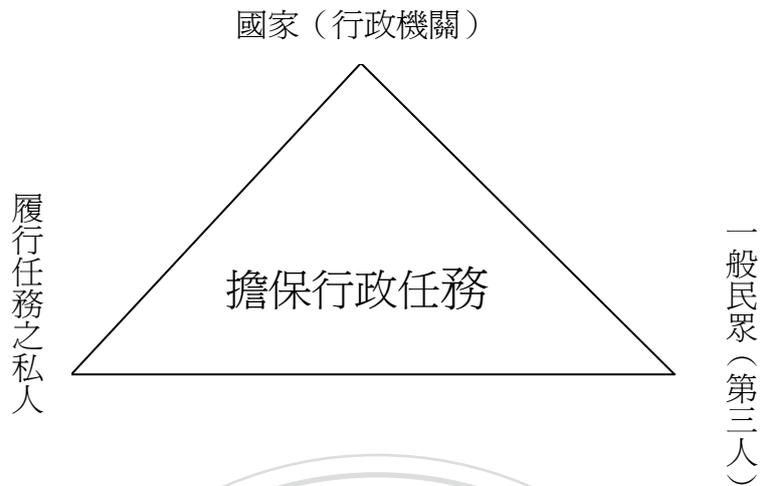


圖 2-2 擔保行政法律關係圖（本文自行整理）

第一款 國家與履行任務之私人間之關係

在擔保國家下國家將國家任務交由私人，而以擔保者之身分進行監督，以確保私人提供能滿足人民生存需求標準之給付。國家與履行任務之私人間就我國法而言因不同階段而有不同的認定，當選擇私法主體之階段，在實務上認為屬於公法關係，然而確定私法主體後，國家授權私人主體從事公共任務之執行，除憑藉法律之授權外，多以契約方式予以連結，由該私人與國家間成立契約關係而履行國家任務時期，依據現行實務認定，該契約關係屬於私法關係⁴¹。

第二款 國家與一般民眾間之關係

給付國家之國家任務在於透過國家職權擴張，以公權力協助個人自由之實現，並滿足人民基本生活之需求。在進入擔保國家理論下，原擔任執行國家任務責任之國家，透過私人代為執行，此時國家是否仍負有原先自為履行相當給付任務時之滿足人民相關需求之義務？端視國家在憲法上所負的義務及其範圍為何

⁴¹ 對於此部分，行政契約說與私法契約說之區別，許多文獻均予以探討，促進民間參與公共建設法第 12 條修正草案訂明此屬於私法爭執，適用民事法規定。

來判定。倘若該國家任務是憲法所設定之國家目標或課予國家之義務者，縱使國家將該任務移轉由私法人為之，仍不影響國家在憲法尚須負之義務。基此，國家與一般民眾間存有擔保其需求獲得滿足的關係，應屬於公法關係⁴²，國家位居於擔保人地位。

第三款 履行任務之私人與一般民眾間之關係⁴³

國家將公共任務交付私人主體執行時，以法律規定及契約方式作為管制方式，在契約之法律關係上，一般民眾並非契約相對人，不得主張契約上之權利。然而，該擔保行政任務之發展，會創設出新的市場經濟活動，履行任務之私人因執行公共任務，其效果會影響一般民眾，因此，由代國家履行公共任務之私人，及欲享有其所提供之給付或服務的一般民眾（居於消費者地位）共同促成市場經濟活動，此時兩者所發生之法律關係為私法契約關係⁴⁴。

第三節 給付國家演變至擔保國家

第一項 從給付國家發展瓶頸演變至擔保國家之歷程

給付國家強調要提供人民生存所需的各種照顧義務，國家任務範圍極可能無限的擴大，從公共領域延伸至私法範圍，甚至從事民生經濟活動提供生活需求。然而國家大舉擴張其任務範圍，在任務複雜化後，在財政上所需經費逐漸增多，在人力分配上則需要龐大人員來調度，甚至在法令、行政手段方面顯不敷使用，因而產生了負荷過度的現象，影響國家給付任務履行上的困難。

⁴² 參照蔡宗珍，〈從給付國家到擔保國家－以國家對電信基礎需求之責任為中心〉，臺灣法學雜誌第 122 期，第 36 頁。

⁴³ 參照詹鎮榮，〈民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005 年 9 月，第 122 頁。

⁴⁴ 參照蔡宗珍，〈從給付國家到擔保國家－以國家對電信基礎需求之責任為中心〉，臺灣法學雜誌第 122 期，第 36 頁。

在日增的社會分工環境下，對國家行爲方式不得不跟著轉變，國家不再是「唯一」給付者，得加入其他行爲主體，並一同合作，在管制手段及任務實現上也相對的產生變化⁴⁵。

第二項 國家任務責任歸屬之演變

第一款 國家責任之概念

「責任」(Responsible) 涉及道德之評價，在有關連的各主體間，基於一定條件和規範下之角色分擔和義務承擔⁴⁶。關於國家責任，於德文用語可區別為 *Verantwortung* 及 *Haftung*，在國家學上所運用之國家責任 (*Staatsverantwortung*) 係指國家爲達成其目的以及正當化其權力之行使，所承擔的任務範圍與義務⁴⁷。但在一般傳統法律學上對於國家責任 (*Staatshaftung*) 之定義，係指國家之作爲或不作爲，對外產生損失或損害，就其結果應負擔之賠償或補償之責任。此時國家責任以行爲違反義務的存在爲前提，而義務的違反則包含不足與逾越兩種態樣⁴⁸。兩者雖屬不同層面的理解，有學者則認爲⁴⁹，國家責任包含國家有無賠償義務以及範圍 (之任務)，因而包含了國家賠償或補償等國家債務履行責任，就國家責任理論之建構而言，與傳統國家 (賠償或補償) 責任之探討，有法制上之關聯與必要性。在用語或概念上，運用國家責任並開展其理論，固然與傳統國家 (賠償或補償) 責任之探究重點與層面不同，最終作爲國家賠償責任在法制建立與適

⁴⁵ 參照陳春生，〈行政法上之參與及合作—行政程序法對此的回應與面臨的挑戰〉，收錄於氏著《行政法之學理與體系(二)》，元照出版公司，2007年3月，第65頁以下。

⁴⁶ 參照許登科，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第63頁。

⁴⁷ Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung Öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL(62)2003, S.270-271. 轉引自許登科，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第64頁。

⁴⁸ 黃雍晶，公共建設之制度建構與國家責任，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，2000年12月，第18頁。

⁴⁹ 參照許登科，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第67頁。

用上之基礎。

第二款 傳統國家責任理論－賠償或補償責任

國家責任最廣義的概念為國家就其行使公權力或非公權力行為（私法行為），致人民生命、身體與財產等法亦遭受損害之結果，所負起損害賠償或補償責任⁵⁰。運用「行政私法」之行為⁵¹，即行政機關以私法之方法或手段，直接完成給付行政之行為，此時在法律形式上係受私法所支配，但其內容多涉及政府對人民水、電、交通、醫療等生活照顧，基於實現行政上目的，在某程度上還是要受公法法規之限制，非完全適用私法自治原則⁵²。

第三款 從國家任務角度之國家責任屬性

自給付國家立場開始，國家藉由公共任務之推行，達到提供人民基本生活照顧之義務，為使任務順利執行，依其在實現公共任務或公共利益時所扮演之角色，分別承擔不同內涵的責任類型，並依據實現歷程可將國家任務提出階段式的責任模式。

德國學者 Schmidt-Aßmann⁵³對於國家任務履行與社會任務承擔之間的關係

⁵⁰ 參照董保城、湛中樂著，《國家責任法－兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，元照出版，2008年9月二版，第1頁以下。

⁵¹ 陳敏教授則以在一定範圍內，公行政得以私法形式處理公法性質之行政任務，產生所謂之「行政私法」問題。並認為秩序行政及稅課行政須依賴公權力強制手段者，不得以私法形式執行之。惟對於是否採取干涉手段有裁量餘地者，則得例外選用私法方式為之。參照陳敏，《行政法總論》修正第五版，2007年10月，第662頁以下。

⁵² 關於行政私法行為，大法官會議解釋即採取仍應適用憲法原則，在司法院釋字第457號解釋指出：「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。……基於照顧榮民及其遺眷之生活而設，第配耕國有農場土地，為對榮民之特殊優惠措施，與一般國民所取得之權利或法律上利益有間。受配耕榮民與國家之間，係成立使用借貸之法律關係。……主管機關若出於照顧遺眷之特別目的，繼續使其使用、耕作原分配房舍暨土地，則應考量眷屬之範圍應否及於子女，並衡酌其謀生、耕作能力，是否確有繼續輔導之必要，依男女平等原則，妥為規劃。」

⁵³ 參照 Schmidt-Aßmann 著、孫迺翊譯，〈行政任務及行政法各論應扮演之角色〉，收錄於氏著《行

上，認為在公法任務的所有光譜均涉及責任，此決定國家與私部門共同履行任務時國家所負責任的種類與範圍，在此責任光譜中兩端是「履行責任」（Erfüllungsverantwortung）與「補充責任」（Auffangverantwortung）。前者所呈現在履行任務時，依特定的人事、技術與組織上要求，設計進行步驟及順序，其方式可區分為決策、提供實際給付及提供財源等；後者則指非自己採取行動，只有發生危險或重大照顧不足的特定狀況時，始產生補充責任，以「取代」方式，由自己提供或以其他方式提供相關給付。在這責任光譜兩端的中間，仍有許多不同「中間責任」類型，可區分為監督責任（Überwachungsverantwortung）、觀察責任（Beobachtungsverantwortung）、促進責任或稱財務責任（Förderungs bzw. Finanzierungsverantwortung）、諮詢責任及組織責任等。在國家與私人合作模式下，國家所負擔責任之類型：一、對於合作結果國家負有責任，此時指國家和私人共同合作完成時，國家對結果擔負起完全責任；二、在私人提供給付時國家負有擔保責任，擔保給付確實履行；三、在經濟及基礎建設方面，應由國家負擔規制及整合的責任。在此責任光譜中，當國家在法律授權下，將促進公共福祉之公共任務交由私人來時，即產生擔保責任。行政活動擔保方式有：將業者自我監督的利益納入監督體制作為一個連接點，再加上國家監督作為後盾。例如以銀行監督、保險監督方式為之。另外，私企業除從事自主決定的行為外，對於受託承擔其他公共任務者，行政以保有指示權方式為之。因此，擔保責任係管制行政與給付行政外之另一獨立類型，擔保行政與多元利益結構、基本權保障同時具備防禦性功能以及國家保護功能、第三人保護問題以及綜合性行政決定等議題相關。關鍵點在於，公私協力共同實現公共福祉。

國家為實現公共任務所擔負之責任，依據合作方式、密度及實現歷程而作不同的劃分。學者 W.Hoffmann-Riem 及 G.F.Schuppert 提出「三階責任模式」⁵⁴，

政法總論作為秩序理念－行政法體系建構的基礎與任務》，元照出版公司，2009年10月，第187頁以下。

⁵⁴ Vgl. W.Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in:

對於公共任務之實現所承擔之責任，依其參與密度及階段可區分為「執行責任」、「擔保責任」及「承接責任」，茲分述如下：

一、執行責任（Erfüllungsverantwortung）

又稱履行責任，指國家自行執行特定之公共任務，亦即是國家將特定任務由自己實際支配予以完成。原則是透過自己所設之公、私法形式之組織、人事人員及預算來履行公共任務。因此，如執行責任在國家本身，縱使國家藉由私人之力完成，該私人亦被擬制為行政機關⁵⁵，或被認為屬於行政機關手足之延伸，國家仍保有監督指揮權而認為該私人僅為行政助手之性質。

二、擔保責任（Gewährleistungsverantwortung）

又稱為保障責任，國家基於擔保人的地位，擔保私人執行國家任務能確實執行。亦即在公共任務由國家以外的私人執行時，國家必須負起擔保私人執行任務時之合法性與合於公益性，尤其是積極促進私人執行任務能符合一定公益與實現公共福祉⁵⁶。當私人負責執行公共任務時，擔保責任又可換言之稱作為「執行責任歸屬於民間時之國家剩餘責任」⁵⁷。

三、承接責任（Auffangverantwortung）

又稱為網羅責任。在私部門執行公共任務未達嚴重失靈，以致於期待其繼續擔任任務執行者之可能性不復存在，必須由國家取而代之，負起出面承接執行之

Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi(Hrsg.),Staat und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70.Geburtstag,2000,S.47 ff.;G.F. Schuppert,Die.，轉引自詹鎮榮，〈民間參與公共建設之國家賠償責任〉，《憲政時代》，第34卷第4期，第427頁。

⁵⁵ 行政程序法第2條第3項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」委託之方式則依第16條規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。第一項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」

⁵⁶ 參照蔡秀雲，民間參與公共建設之國家擔保責任與強制接管，國防大學管理學院法律學系，民國98年，第28頁。

⁵⁷ 參照詹鎮榮，〈民間參與公共建設之國家賠償責任〉，《憲政時代》，第34卷第4期，第427頁。

責時⁵⁸，即所謂承接責任。具有備位功能的性質。採取結果取向之責任類型，國家採取最後介入的手段，以維持公共任務的確實執行。

第四款 國家任務由執行責任轉換為擔保責任及承接責任

關於私人參與或執行公共任務時，國家仍是人民自由與社會發展之守護者，國家保有維護社會秩序與公共利益之基本責任，故國家保有對私人活動干預之意義或可能性，此即所謂國家任務維持原則(Staatsaufgabenerhaltungssatz)⁵⁹。Kämmerer 進一步認為，國家面對私人執行公共任務，國家並非退卻而撒手不管，亦非放棄，國家任務只有承辦方式之改變。因此國家對於任務之達成，由原先自我執行方式，交由私人去執行，進而退而擔當保證者之角色，當私人無法擔當執行任務之角色或其執行成效不彰時，國家始挺身而出，接替任務執行角色，以確保公共任務的達成，符合公益性，維護公共利益⁶⁰。

第四節 國家任務委由私人執行之原則與界限

第一項 國家任務委由私人執行之原則

人民賦與國家權力之行使，原則上應由國家及其公務員自行為之，由國家擔負起執行者的角色，非有法令之授權，國家不應任意交由私人行使之，其用意在於避免國家不當轉嫁其責任，並藉此保障人民之權益⁶¹。尤其是涉及到公權力行使中如使用強制力，更應保留由國家親自執行。李震山教授⁶²認為以法律課予私人

⁵⁸ 參照詹鎮榮，〈民間參與公共建設之國家賠償責任〉，《憲政時代》，第 34 卷第 4 期，第 427 頁。

⁵⁹ Kämmerer, Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, S.1048, 轉引自許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 60 頁。

⁶⁰ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 60 頁。

⁶¹ 參照李震山，《行政法導論》，三民書局，2009 年修訂 8 版，第 83 頁。

⁶² 參照李震山，〈以法律課予私人完成行政任務之法理思考〉，月旦法學雜誌第 63 期，第 20-21 頁。

完成行政任務之立法考量因素提出三點應考量之點：(一) 國家核心任務不輕易轉嫁；(二) 需有客觀上急迫之理由；(三) 需合乎基本權利保障之平衡性。然而如非涉及公權力，而該國家任務係具有營利或經濟性質，偏向私經濟行政或給付行政性質者，基於效率、經營成效等，則應屬可移轉於私人。

第二項 國家任務委由私人執行之界限

對於國家任務委由私人來執行雖在憲法上並無禁止也不強制，而按照目的性取向來考量，國家與私人間雖可採取合作模式，但仍有特定之國家任務不能委由私人執行，雙方合作上存有一定的界限。

不能委由私人執行的國家任務為何？有學者認為依據事務的本質屬於國家核心任務者，認定為當然的國家任務，屬不容委由私人執行之類型⁶³。由於國家獨占武力，所以任何以物理強制力為後盾的國家任務，都屬於國家保留範圍⁶⁴，此類型之國家任務均不能委由私人來執行。國家擔保責任意味指國家仍應負擔起最後的責任，陳春生教授更指出：只要國家任務未完全去除，國家之責任仍存在，公私之參與及合作其界限便存在，國家不得因公私合作及參與而發生出賣公權力的情事⁶⁵。

第五節 國家擔保責任之主要內涵

在擔保國家下，關於任務之履行，無論由國家或由私人來履行，行政主體有

⁶³ 陳愛娥，〈行政組織法：第二講 國家角色變遷下的行政任務〉，月旦法學教室第 3 期第 106 頁。

⁶⁴ 參照陳春生，〈行政法上之參與及合作—行政程序法對此的回應與面臨的挑戰〉，收錄於氏著《行政法之學理與體系（二）》，元照出版公司，2007 年 3 月，第 70-71 頁。

⁶⁵ 參照陳春生，〈行政法上之參與及合作—行政程序法對此的回應與面臨的挑戰〉，收錄於氏著《行政法之學理與體系（二）》，元照出版公司，2007 年 3 月，第 70-71 頁。

義務確保行政任務能立即的、充分的提供⁶⁶。

學者 Andreas Voßkuhle⁶⁷認為應在目的性、架構性規定下，著重於程序法及組織法之設計，嘗試提出擔保行政法之內涵包括有：(1)規範相關手段，以確保私人給付提供的品質與結果；(2)規範選擇私人合作對象之程序及確保其品質之程序；(3)規範競爭者、使用者與消費者之間的第三人保護機；(4)設立相關機制，以擔保進行必要的創新與學習機會；(5)賦予國家有效的撤回選擇權。

另一德國學者 Wolfgang Weiss⁶⁸則認為國家擔保責任應在於：(1)對於廣泛之第三人之利益加以保障，亦即國家有必要制頒適當保護規範，以便平衡業者之基本權與第三人之基本權之衝突；(2)有必要對於複雜的市場（例如電信市場或郵政市場），國家於民營化後應經由各種必要的措施加以控制，促使順利度過各種轉型的挑戰：國家有制定各種規範的義務，也必須保有必要的監督權，以擔保相關服務的提供，及創造並助長業者間有關的公平競爭及對可能的各種危險之必要的防禦。

由於國家對於人民有生存照顧之保護義務，人民對於基本權之主張有消極的防禦權與積極的請求權，因此，國家有義務保護人民的基本權，使其免受國家本身及另一個私人之侵害。在國家允許私人以自己名義執行公共任務者，對於國家任務之執行，由於涉及人民重大的基本照顧義務，不可能完全依據市場機制來運作，還是需要適當的管制措施來避免落入失控、脫序之情形，因此國家並非完全

⁶⁶ 此被稱為總體責任（Gesamtverantwortung），該意旨展現在德國現在社會法典第一編總則第十七條之規定，據此行政主體有義務使每位社會給付權利人能在合理時間內充分、迅速地獲得給付；行政主體亦有義務確保社會給付所需之福利服務與設施能夠及時、充分地提供。參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 254 頁。

⁶⁷ VVDStRL Bd.62,S.226(310ff.)，轉引自 Schmidt-Aßmann 著、孫迺翊譯，〈行政任務及行政法各論應扮演之角色〉，收錄於氏著《行政法總論作為秩序理念－行政法體系建構的基礎與任務》，元照出版公司，2009 年 10 月，第 191 頁以下。

⁶⁸ Vgl Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung oeffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, DVBl.2002,S.1179ff.轉引自黃錦堂，〈行政任務民營化之研究〉，收錄於氏著《行政組織法論》，自行發行，2005 年 5 月，第 174 頁。

卸責，而係角色進行轉換，以擔保者之立場，進而控制並維持行政任務之運作。其管制之主要方向及目的即在於：

第一項 基本權利之保護義務

國家對於人民有生存照顧之義務，以公共任務的型態，達到照護之目的，因此執行公共任務之執行，屬首要的追求目標。當公共任務交由私人去執行時，最重要在於確保公共任務的達成，達成的方式則係立足於「公共任務給付的持續」及「公共任務品質的確保」。

第一款 給付不中斷之擔保

當國家將公共任務託付給私人辦理時，私人是代替國家提供服務給人民，執行者的角色由私人擔當，但給付的範圍、項目、目的不因此而改變，國家應當擔保給付的持續，不因由私人或者國家為之時，而有任何的差別情形。因此，國家應提供之給付，由私人進行時，如屬於持續性的服務，應保持不中斷；如屬一次性的服務，應確保能予以提供。

為履行此「給付不中斷」的擔保義務，國家必須有相關的配套措施，以因應當無法提供給付或者給付發生中斷情形時，所將面臨的危機。如涉及水、電、瓦斯、交通運輸等基礎生存照顧的公共服務，當由私人予以執行者，如發生給付中斷的危機，將立即造成人民生活的困頓及不便利，其管制及監督措施相形重要，可能的對策有透過立法限制勞工在此領域的罷工⁶⁹。然而，此手段對於人民基本權中的集會結社權予以限制，恐造成基本權之侵害，必須通過符合比例原則及最小侵害性之憲法審查，始足當之。依據許宗力教授之見解，在某程度而言即便稍

⁶⁹ Vgl. Rüdiger, *Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit*, HbStR III, §80 Rnd. 50, 轉引自許宗力, 〈論行政任務的民營化〉, 收錄於《當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》, 元照出版公司, 2002年07月, 第607頁。

顯嚴峻，還是能通過比例原則之審查⁷⁰。許教授更以高雄市實施垃圾清運民營化為例，市政府為防止業者發生勞資糾紛，而使收垃圾的作業停頓，乃決定實施民營化的行政區域不超過一半，以便政府得保持一定人力，隨時支援青黃不接區域的垃圾清運，必要時並收回國家自己經營，及民營公用事業監督條例第十五條規定：「民營公用事業，如遇勞資爭議時，應依法受強制仲裁。」均是給付不中斷之擔保義務的體現⁷¹。現行促參法的強制接管規定，即為國家對於私人無法繼續執行公共任務時，應負擔起給付不中斷之責任。

第二款 給付品質之擔保

關於公共服務之提供，不僅要提供給付，所給付之內容應確保其品質，參酌民法第二百條第一項規定：「給付物僅以種類指示者，依法律行為之性質或當事人之意思不能定其品質時，債務人應給以中等品質之物。」第三百五十四條：「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。」基於市場經濟原則，當政府所提供之服務應受全民之檢驗，而需負擔物之瑕疵擔保責任，更何況當公共服務委託私人去執行者，其追求的目的及標準，不僅期待在政府預算中能擲節開支，更期盼在擺脫政府科層化的人事管理及行政模式下，能引進民間的經營模式—追求效率、品質，對於新技術能靈活運用，因此，民間所作的之服務要能提供良好的品質，始有運作之必要，縱使無法追求更高品質，至少國家應擔保一定的基本素質，其底線應限於最基本的國家所能提供之品質，如果連此也不能達到，則將公共任務交由私人來執行，僅會拖累國家效能，更有產生不如自己接手來辦理還要有用，亦即喪

⁷⁰ 參照許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第607頁。

⁷¹ 參照許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第607頁。

失引進民間力量的最初衷目標及利益。

因此，事先的效能評估顯形重要，如果評估無法達到給付品質之要求，則國家任務交由私人來執行，即欠缺執行的成效，在成本效益考量下，僅爲了節省國家少部分的支出，卻無法達到最大的效益時，最終只是流於弊端的不斷產生，所衍生出的問題更會層出不窮、排山倒海的發生。此時，則沒有必要，也不應當將國家任務交出，國家的擔保形同爲廠商背書，屆時國家的信用及效能將蕩然無存，人民更會對此引發諸多的不滿及喪失信心。

對於品質的評估，在籌畫階段應先對此訂定供檢核及測試的基本標準，以供民間廠商得以參酌執行的標準，如廠商所提的更高標準之服務保證，事後更應進行查核，列入其履約管理的重大事項。

第二項 公平競爭之促進

第一款 何謂競爭者

由於國家資源有限，申請人數量超過國家事實上或政策上所欲或所得釋出之利益上限，國家必須進行選擇與分配資源時，申請人彼此之間即發生競爭關係，互相競爭以爭取既有的資源。

第二款 競爭者權益保護之必要

人民所享有在經濟上之「競爭自由」，雖然在我國憲法上並未明文規定，但從憲法基本權釋義學上，競爭自由可從憲法第十五條工作權中加以導出，而做爲職業自由⁷²之一種面向，其內涵在於人民有不受干擾，依自己意識選擇進入市場從事營業活動，並得積極參與競爭之自由。因此，競爭自由並非指人民有「免於

⁷² 司法院釋字第 404 號、第 584 號及第 612 解釋均明確揭示憲法第 15 條所保障之工作權包含保障人民得自由選擇工作與職業，應作爲「自由權」而爲理解。

競爭」之自由，而是保障人民有與其他私經濟主體間公平的「參與競爭」之自由⁷³。由於資源有限性或利益選擇下，在競爭結果將有排擠條件較差者或使競爭條件最佳者享有特殊權利之效果，只要符合法令所訂標準，未參酌標準以外之因素時，尚難謂競爭自由遭受侵害。但只要競爭者在程序上有受到侵害或受到漠視，致使影響最終實體決定之正確性與公平性，且在客觀上不能排除者，即為足以認定侵害其「無歧視程序形成請求權」⁷⁴。

因此，對於競爭者而言，其權益在於享有保障本於自我意志參與競爭之「競爭自由」及與其他競爭者受公平對待之「無歧視程序形成請求權」。

第三款 從合作模式走向競爭模式

從德國經驗來看⁷⁵，德國社會救助法於 1996 年修正前後有重大轉變，對於提供社會福利的私人，原先採取合作模式現已走向競爭模式。修法前，採取當公益性民間福利團體有適當之設施能滿足福利需求，而能擴建、創辦者，行政主體則不新設設施；行政主體在履行社會救助任務時，應與私人合作，且在合作關係中，行政主體應尊重其對於目標設定與任務履行之獨立性。然而德國於修法後，不再賦予公益性民間福利團體優勢地位，僅規定「其他主體」如能提供是當設施，或能擴建、創辦，行政主體即不應新設設施，行政主體僅得與有給付能力，並能提供個別化服務、協助受救助者自助民間機構締約；如有多數適合的民間機構存在，提供同等的服務內容、範圍與品質，行政主體應與價格未高於其他競爭者之民間服務提供者締約。因此依照修正後條文意旨，社會福利服務之提供，明確從合作主義走向市場競爭模式，國家與私人合作端視其所提供之服務價格而定。

⁷³ 參照詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九五年度判字第一二二九號判決〉，月旦法學雜誌第 138 期，第 47 頁。

⁷⁴ 此等請求權專以「確保平等之程序權」為保障標的，賦予競爭者一種獨立的程序基本權。參照詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九五年度判字第一二二九號判決〉，月旦法學雜誌第 138 期，第 50 頁。

⁷⁵ 參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探——從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 252-253 頁。

當競爭者屬於營利事業體時，在競爭市場活動下，可能發生獨占情形，因而有反托拉斯主義的產生，國家應成為維持市場機制的推動者，有調節市場、平穩物價、開拓重大事業、提升人民生活、追求公益之任務⁷⁶。國家對於具有替代性或多重選擇的公共服務，如公共汽車之運輸，應儘量確保同一路現有兩家以上業者同時營運，因為有競爭，服務品質及價格才會有改善及合理化的空間，人民才能享受最佳服務。若業者同時壟斷，則有反托拉斯法—公平交易法予以規制。若基於經濟規模及營業考量，僅有一家願意營運，政府更要確保業者不當的限制其他競爭者，防止其以此為藉口而忽視人民的生存照顧義務，損及大眾之權益。

保障公平且運作正常之競爭條件，將為國家將任務交由私人來執行後責無旁貸所應負起之責任。縱使憲法上之營業自由雖無保障人民「免於競爭」之自由，仍有保障「參與競爭」之自由⁷⁷。

第三項 公共利益之維護

國家將公共任務託付給私人時，法律關係乃存在於國家與從事公共任務之私人之間，原則上國家係以兩者間的法律關係來進行管制。然而，對於公共任務之執行，大多涉及到水、電、瓦斯、交通運輸等相關服務，直接影響人民生存照顧之權益，因此私人執行公共任務時，將直接或間接對人民發生效力，此時此私人正如同廠商提供服務，位居產品提供者的角色，而人民如同消費者，對其權益應有所保護。

尤其對於具有壟斷性的公共服務，例如高速鐵路、捷運，由私人享有特許經營權利，因沒有其他等質服務可供替代，消費者別無選擇，基於保護公共利益，此時有必要對價格、服務品質等予以管制，但仍需注意業者的經營與利潤空間，

⁷⁶ 參照董保城、湛中樂著，《國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，元照出版，2008年9月二版，第2頁。

⁷⁷ 參照詹鎮榮，〈民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第131頁。

兩者間應取的平衡⁷⁸。

當由政府提供服務時，人民可透過國會的監督，對於政府的行政活動予以監督政府更應公開其行政程序，受行政程序法所管制。然而，當由私人代為執行時，由於法律關係僅存在於政府與私人廠商之間，其他的人民則無法進行監督，恐有造成私相授受的弊端。對此情形，廖元豪教授曾提出下列之解決方法有⁷⁹：

- 一、當廠商的經營成本與人民權益間產生衝突時，仍應以人民權益為首要考量之點，在合理且公平的情況下進行調和。
- 二、締約者就相關事項有資訊公開義務及接受民眾質疑、申訴的義務。
- 三、國家應擔保符合人民權益為優先，在審酌締約者能力、進行契約執行時，應更審慎評估，列為甄選的標準之一。

因此，只要涉及公益，公眾的參與、決策的透明，以及最終的公共責任，都必須要能確保。法律應予以明文規定以上義務，行政機關應事先將契約內容上網，接受公眾的評論，並在契約內具體明確地規定。

詹鎮榮教授更指出由公益原則及社會法治國原則所導出之國家最後責任，公行政主體始終負有使行政任務順遂執行之義務⁸⁰。公共任務交由私人來執行，僅是執行者地位的改變，並不代表國家對任務的解除，僅是藉助民間財力或專業人才與智能之投入，在從事行政任務上，國家足以減輕財政上之負擔，更透過私人靈活的經驗及效率，提升公共任務的品質。當國家將採取任務交由私人來執行之合作模式，除了財務上考量外，更需要進行風險之評估，因為當民間合作夥伴

⁷⁸ 許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第608頁。

⁷⁹ 參照廖元豪，〈政府業務外包後的公共責任問題研究——美國與我國的個案研究〉，月旦法學雜誌第178期，第146頁以下。

⁸⁰ 參照詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九五年度判字第一二三九號判決〉，月旦法學雜誌第138期，第52-53頁。

失靈，或出現預期以外之風險與障礙時，國家作為公益之最後維護者，理應責無旁貸地承擔起行政任務的履行責任，以確保人民權益。





第三章 公私協力成爲擔保國家之行爲模式— 以行政管制革新在促參案件之實踐爲 中心

第一節 公私協力的概念

第一項 用語及概念說明

公私協力（Public Private Partnership，簡稱 PPP）係指公部門與私人共同處理事務之合作型態。日文稱作公私協働⁸¹，協働有「共同」、「同心協力」之意⁸²，乃對於行政現象所包含之範圍的定義，更精確來說係指「在效率層面要求效果的公共事務上，公部門和私部門相互的能力扶持，以責任共有、共同分擔的方式，指定共同合作等的行政現象」⁸³。而在德國，因德國國會在 2005 年立法通過 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Private Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften（簡稱 ÖPP-Beschleunigungsgesetz，公私協力加速推動法）⁸⁴，故公私協力於德文用語則稱爲 ÖPP。關於公私協力的「協力」用語，在英文用「Partnership」是指「協力」之意，而德文則係用「Partnerschaft」，則隱含「合夥」性質，兩者在法律概念上略有差異。又關於公私協力概念中的「私」，則指與公部門—國家概念相對的「私法主體」，依據法律具有享有權利、負擔義務之能力

⁸¹ 參照角松生史，〈「公私協働」の位相と行政法理論への示唆—都市再生関連諸法めぐって—〉，《公法研究》第 65 號，2003 年，第 200 頁以下；紙野健二，〈協働の方法、論点び課題〉，《法律時報》第 81 卷 4 号，2009 年 4 月，第 101 頁以下。

⁸² 協働（きょうどう）日文字義有共同、協同之意。

⁸³ 參照岸本太樹，〈公私協働と行政上の契約—ドイツ協働契約論の展開〉，《法律時報》第 80 卷 10 号，2008 年 10 月，第 114 頁。

⁸⁴ 許登科老師將此法律名稱翻譯爲「公私協力加速推動法」，參照氏著，德國擔保國家理論爲基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 200 頁。

者，包含自然人和法人⁸⁵，在組織上或制度上係適用民事關係所成立之法律。

在公私協力之概念內涵中，從行為主體層面來看，必須有分屬公部門及私部門兩種不同權利主體，兩部門的區分基準在於主體身分之緣由，究係基於公法關係所成立，抑或私法關係所成立。如基於法律而擬制之地位，則仍以原先成立之法律關係來辨別屬於「公部門」或「私部門」⁸⁶。

公私協力並非一個法律定義之概念，而係作為詮釋公部門與私部門共同合作型態的概念，甚至可稱作一種新型態的「行政現象」⁸⁷，因此屬於一個集合概念。

第二項 民營化的概念

「民營化」一詞，在實務上一般用來描述將公營事業釋股於民間⁸⁸，亦即將原本屬於官股體制的事業體，透過股份的釋出於私人，轉換為私人持有股份為多數之事業體。我國在民國七十年代以來陸續推動「公營事業民營化」政策，更訂有「公營事業移轉民營條例」⁸⁹作為辦理公營事業民營化的法律依據。

在日本，民營化⁹⁰的概念則有「去國有化」的意涵，一般來說三公社⁹¹的民營化，係指昔日執行任務的組織由國家轉換成民間的組織。而日本學者原田大樹

⁸⁵ 我國民法第 25 及 26 條意旨，對於法人之定義為依本法或其他法律之規定成立，且於法令限制內，有享受權利、負擔義務之能力。

⁸⁶ 詹鎮榮教授在此舉行政程序法第 2 條第 3 項「擬制行政機關」之個人或團體為例，此等立於行政受託人地位之個人或團體，係基於公私協力之結果呈現，仍歸屬於私部門範疇。參照氏著，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005 年 9 月，第 6 頁。

⁸⁷ 參照岸本太樹，〈公私協働と行政上の契約—ドイツ協働契約論の展開〉，《法律時報》第 80 卷 10 号，2008 年 10 月，第 114 頁。

⁸⁸ 參照自許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002 年 07 月，第 582 頁。

⁸⁹ 依據公營事業移轉民營條例第 3 條規定，對於公營事業之定義以持股比例作為認定基準，只要政府（無論以政府名義、政府與人民合資名義或政府轉投資事業名義）出資比例超過資本額百分之五十者，即視為公營事業。

⁹⁰ 紙野健二，〈民營化—公共性論の無視へ〉，《法律時報》第 70 卷 3 号，第 52 頁以下

⁹¹ 日本三公社包含日本專売公社、日本国有鉄道、日本電信電話公社，現民營化為日本香煙產業株式會社（JT）、日本鐵路公司（JR）、日本電信電話公司（NTT）。

則依據民營化現象的型態，對民營化的定義稱為「昔日國家或地方公共團體（行政組織法上含有行政主體性的組織）所擔當的任務，由民間主體來實施。換言之，昔日係以國家或地方公共團體擔任的任務，這類組織則改變其『法人化』的型態」⁹²。

在學理上對於民營化的概念大致上有採廣義及狹義見解，廣義說認為民營化是指國家利用或結合民間資源以履行行政任務的現象，相較於實務以公營事業釋股的狹隘概念，不限於組織法上的公營事業轉換為民營為範疇，擴張認定只要由民間（私人、私法組織）參與履行行政任務之情形，無論以獎勵投資、權力移轉或委託方式為之，只要是行政任務交由民間參與執行或經營者，即屬於民營化。而狹義說則同於實務上採取的見解，僅針對原屬公營事業的組織，透過出售股份、標售資產等方式，移轉為私人所持有，進而解除公營事業原本所承擔之任務的措施⁹³及過程。

本文所探討擔保國家所面臨的課題，係針對公共任務交由私人執行，國家由原先執行角色轉換為確保公共任務的擔保角色，故本文對於民營化的概念，以公部門之行政任務移由私部門辦理之現象，採取廣義的解釋方式，不僅針對組織上的民營化，更以「私營化」⁹⁴及「委外化」⁹⁵的行政任務作為民營化之範疇。

第三項 公私協力與民營化之關聯

兩者用詞方面可能會相連，或互相運用，但代表意思仍有所區別。依上所述，公私協力係涉及以公部門與私部門共同合作來履行行政任務，而民營化的概念則

⁹² 參照原田大樹，〈民營化と再規制－日本法の現状と課題〉，《法律時報》第 80 卷 10 号，2008 年 10 月，第 54 頁。

⁹³ 參照李東穎，行政任務委託民營的憲法界線－以警察機關危害防止任務作為觀察對象，臺北大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年 6 月，第 12 頁。

⁹⁴ 陳愛娥，〈公營事業民營化之合法性與合理性〉，月旦法學雜誌第 36 期，第 39 頁。

⁹⁵ 張桐銳，〈合作國家〉，收錄於《當代公法新論（中）－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002 年 07 月，第 575 頁。

強調行政任務執行之主體自公部門變更為私部門的移轉過程。兩者雖屬一狀態之集合描述⁹⁶，惟前者係以行為方式出發，著重於公部門與私部門間的「合作狀態」，後者則以執行主體之地位觀之，著重執行者由國家為主轉變為私人為主。但從行政任務執行者的角色來看，兩者均非由國家獨自來履行行政任務。因此，詹鎮榮教授則認為⁹⁷：民營化的概念雖著重於任務執行主體由國家到私人之轉換過程，在實務經驗上，民營化歷程常可持續數年至十數年之久，或者國家僅採取部分民營化手段者，非謂所有民營化計畫皆以真正實質民營化為終極目標。公私協力亦非必然具有持續性，行政機關可能因單次性任務短期地借重私人之力加以完成。因此，可將公私協力視為部分民營化。

日本也有用「公私協働」或以「民營化」的用語來表示，前者似乎屬於較大範圍，後者大多強調組織的民營化，原田大樹教授⁹⁸則認為應擴大見解，包含狹義說的組織民營化加上特定情形的功能民營化、財務民營化情形，因此在用語上，日本和我國都有可能產生混淆或同義詞。

陳愛娥教授則認為⁹⁹，民營化一詞僅限縮於組織上由公部門轉為私部門，同公營事業移轉民營條例的狹義解釋；私部門參與行政任務者，由公部門處理之事務移轉到私領域之情形，以「私部門化」一詞代表，張桐銳教授¹⁰⁰則用以「私人化」概念。陳愛娥教授進一步認為¹⁰¹，以「合作協力來實現任務」之用語得解決因公、私部門糾葛問題。而以「部分私部門化」之用語來解釋將私人拉進國家實

⁹⁶ 參照詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第7頁。

⁹⁷ 參照詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第8頁。

⁹⁸ 參照原田大樹，〈民營化と再規制—日本法の現状と課題〉，《法律時報》第80卷10号，2008年10月，第54頁。

⁹⁹ 陳愛娥，〈行政組織法：第二講 國家角色變遷下的行政任務〉，月旦法學教室第3期，第105頁。

¹⁰⁰ 張桐銳，〈合作國家〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第574-575頁。

¹⁰¹ 陳愛娥，〈行政組織法：第二講 國家角色變遷下的行政任務〉，月旦法學教室第3期第111頁。

現其任務過程中而分擔部分責任之現象，採取作為國家任務的下位類型，行政任務是憲法與一般法律所賦予並劃定界限的國家行為權限，其除應與國家其他權力相區分外，並應與以基本權所保障之自由為基礎的私人行為權限相區別。

第二節 公私協力的背景、特性及態樣

第一項 世界性的潮流

1980 年代的英國，在柴契爾政府主政之下，積極推動國有企業或福利事業民營化而聞名全球；美國雷根政府也跟在英國之後大幅度實行國有企業及福利事業民營化，除遏止國家負債數字擴大外，也提高不少服務品質。日本¹⁰²因國有企業本來就不多，雖然沒有如英、美國家一樣大規模推行民營化，但是也在同一時期把日本國有鐵路局，日本電信電話局以及日本專賣局等國有企業民營化，節省不少國家財政負擔，並且也提高了服務品質。同時，舊蘇聯及東歐各國也在脫離社會主義過程中，大規模地把國營企業民營化。

在二十一世紀各國面臨全球化現象（Globalization；Globalism），該現象的主軸之一在於資本主義與市場化的全球積極擴張，基於民間利益或追求效率的理由，抑或國家為因應在國與國間的競爭下所面臨的挑戰，更將發展經濟為政策目標，帶起將部分政府業務交由民間辦理或民營化的趨勢，造成一種公部門逐漸縮小，而私部門逐漸擴張的現象¹⁰³。全球化對於國家的影響，主要在「國家調控能力」（Steuerungsfähigkeit des Staates）的層次¹⁰⁴，在保障人民自由安全、實現社會公平正義之任務及功能，原先由國家擔當此角色上，產生某程度之轉變。在全球化競爭下，國家採取精瘦化方式，如以組織縮編、改造，或重新排列國家政策

¹⁰² 紙野健二，〈民營化—公共性論の無視へ〉，《法律時報》第 70 卷 3 号，第 52 頁以下

¹⁰³ 張文貞，〈面對全球化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002 年 07 月，第 20 頁。

¹⁰⁴ 林佳和，〈公私協力在勞動法上的理論與實踐〉，月旦法學雜誌第 176 期，第 204 頁。

的優先順序，如以生產為導向優於其他政策選擇，以因應全球化需求而作調整。從行政權行使手段及方式來觀察，為達彈性行政目的或促進行政效率，從正式的形式規範傾向非正式與去規範化，政府部門與私部門採取合作方式，營造夥伴化關係，以追求彼此的互利與雙贏¹⁰⁵。

第二項 國內法之趨勢

我國對於公私部門共同執行行政任務的方式，於實務上運用的情況，最初的概念係採取組織上的民營化措施。於民國四十二年間，政府為推行耕者有其田之土地政策，將政府持有的公營事業股權換取民間地主的土地，制定「公營事業移轉民營條例」，將臺灣水泥、臺灣紙業、臺灣工礦及臺灣農械等四大公司股權釋出予私人，此次組織上由公營移轉於民營之行動，雖純係配合土地政策而採行的措施，但也開啓了公營事業移轉民營的政策方向¹⁰⁶。其後，隨著國內經濟起飛，人民民主意識的崛起，基於國際社會競爭壓力及人民的期待，政府為改善組織龐大、提升行政效率，更加積極在組織上進行改革，也為擴大公共服務範圍，並降低政府執行業務的成本，促使政府在不移轉行政任務之執行責任下，以「委託人民行使公權力」、「業務委託」等方式，達到引進民間資源，借重專業人力及物力目的。

臺灣在政黨輪替後，在九十年八月二十四日「經濟發展諮詢委員會」達成政府改造的共識，於九十一年五月二十九日成立「行政院組織改造推動委員會」以推動政府改造，並以「去任務化」、「地方化」、「法人化」及「委外」四大方向作為檢討業務及組織瘦身¹⁰⁷，其中「去任務化」及「委外」其方式即係採取

¹⁰⁵ 張文貞，〈面對全球化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第21-23頁。

¹⁰⁶ 林建銘，行政任務民營化之研究—以政府業務委託民間辦理為中心，國立台北大學法學系，民國94年，第13頁。

¹⁰⁷ 第一波行政改革由民國38年至76年，第二波政府再造自76年至87年，第三波為91年後對於機關總員額及業務功能進行調整，參照行政院研究發展考核委員會出版，《政府改造》，92

引進私部門之資源，甚至將國家任務直接交由私人來執行。

又在全球化的影響下，二〇〇八年起全球經濟在美國金融風暴所引起世界金融海嘯之衝擊下，行政院為加速發展晉升為先進國家行列，以厚實國家基礎建設，強化國家競爭力，奠定臺灣經濟加速成長與超越競爭者之立基為目的，於九十八年十二月二日以院臺經字第〇九八〇〇七三四一七號函核定通過「愛台十二建設」計畫¹⁰⁸，並引導民間資金注入建設計劃，民間機構與政府間建立合作、合夥關係，運用民間參與公共建設之概念，積極採取公私協力方式並擴大適用範圍。

第三項 公私協力之特性

依據公私協力之定義來說，指公部門與私人共同處理事務之合作型態，在國家任務的整體規劃和執行方向而言，從其主體、目的、內容來分析，具有以下的特性¹⁰⁹：

第一款 合作、夥伴的關係

從執行主體的角度來看，公私協力不再強調以國家為中心地位，而係採取多重化的實現任務的主體結構，包含公部門與私部門，而運用的型態最主要是強調公部門與私部門間的「合作」、「夥伴」關係，雙方採取相互協助的方式，以達

年 12 月，第 10-17 頁。

¹⁰⁸ 「愛台 12 建設」由行政院經濟建設委員會推動，針對 總統競選承諾，由政府全力推動的經濟建設目標。

¹⁰⁹ 歐盟對於公私協力研究提出之綠皮書中整理出公私協力的特性有：（一）個別專案是建立在長期、整體考量之生命週期的觀點；（二）至少須私人提供部分財物上支持，公部門則以其可資運用的方式加以補充；（三）針對個別專案的不同階段，私人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；（四）以個案相關的風險評估為基礎下，風險分配由參與的當事人間最能判斷、控管和掌握者承擔該風險。Schwintowski/Birgit Ortlieb, PPP zwischen Markt und Regulierung-ein Diskussions-beitrag zum Grünbuch der Europäischen Kommission, in: Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, Baden-Baden 2006, S.196. 轉引自許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 204 頁。

成執行任務的成果。

第二款 任務分配、責任分配

由於人民對於現代民主社會國家之政治部門之期待，除維持「安全」、「自由」法益外，在社會秩序上的維持亦包括有對經濟秩序的維護，因此國家任務的領域日益龐大，惟國家組織、成員有限下，為達完成任務之使命，因而發展出履行國家任務的各式各樣方式，公私協力即屬其中之一。例如以一公共建設案為例，可分為興建、營運、財務控管、收益等不同階段，在任何階段得採取不同分工方式作為任務分配，透過任務分配的方式，將履行者由國家擔任，轉而由私人來承擔，以達完成公共任務之目的。

在任務分配後，從原先由國家來履行之行政任務轉由私人來履行時，國家固然因此免除履行之責任，但國家對於該任務是否妥適被履行，仍無法擺脫其責任，而應以補充的方式對私人執行之整體過程，負起責任。故國家僅由原先應擔負之「執行責任」轉變為對私人執行任務之過程、結果負擔確實履行之「擔保責任」。

第三款 具有風險評估性

在國家不親自執行行政任務之情形下，交由私人來進行履行義務者，在私人方面，以追求利益為目的，有就執行任務所應負責任和所獲取之利益間進行評估；在國家方面，對於私人提供服務所減少的成本支出屬於獲利，但須承擔私人執行之不履行或執行成效不彰等之風險，更應進行衡量。因此，公私協力成功的關鍵在於風險分配上¹¹⁰，國家利用公私協力的方式來完成行政任務，更應創設並加強風險控管機制，在事前的風險評估、事中的風險認定及事後的風險管理，層

¹¹⁰ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 207 頁。

層予以把關及控制，始可能確保公共任務的持續性和品質。

第四項 公私協力之合作態樣

公私協力作為公部門與私部門共同處理事務之合作概念，其型態在不同行政領域，依據實際合作的密度高低及模式，有不同的分類方式，我國學界對此各由不同觀點予以類型化來探討：李震山教授由私人完成行政任務之方式¹¹¹，分為私人受託以行使公權力方式完成行政任務、私人受託以私經濟方式完成行政任務、以法律課予私人完成行政任務及其他；詹鎮榮教授從「部分民營化」¹¹²之觀點出發¹¹³，區分為行政委託、公民合資事業之經營、公共建設之參與及公私合作管制；許宗力教授則從民營化的標準¹¹⁴，分為實質與功能的民營化、全部與部分民營化、強迫性與自願性民營化；另許登科教授按照公私協力之模式運用¹¹⁵，先列出為形式化與非形式化之公私協力，再從形式化公私協力進一步區分為契約式與機構式公私協力，最後在契約式公私協力下，依照個案之任務、政策與實際情形分類為委託型公私協力與許可型。本文則從現行實務上公部門將其任務交由私人來執行之模式，並按照私人在法律地位及性質是否屬於「公部門」之立場，即公部門應負擔之責任範圍予以區分，嘗試作以下分類：

第一款 行政委託

行政委託係指國家將某特定之行政事務委託公權力主體以外之私人(包含自

¹¹¹ 李震山，《行政法導論》，三民書局，2009年修訂8版，第79-81頁。

¹¹² 部分民營化係指對於行政任務的執行，在某特定階段的業務委由民間辦理，但最後仍由行政機關本身做出行政決定，例如行政助手、專家參與類型。參照許宗力〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第590頁。

¹¹³ 參照詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005年9月，第9-21頁。

¹¹⁴ 參照許宗力，〈論行政任務的民營化〉，收錄於《當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年07月，第585-593頁。

¹¹⁵ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國96年，第208-212頁。

然人及法人)處理而言,且具有將權限對外予以移轉之效果¹¹⁶。因執行責任仍歸屬於行政機關,僅授權私人代為執行,行政機關負擔責任範圍最大,包含所有執行者、擔保者。一般學說將此又區分為「公權力委託」與「業務委託」¹¹⁷,茲分述如下:

一、公權力委託

行政機關為執行特定行政任務,而將公權力授與由私人或私法團體來行使,係以公權力之行使為委託標的,對外會發生一定法律效果的高權行為,而非僅從事所謂單純事實行為或技術性工作¹¹⁸,而我國行政程序法第十六條第一項所稱「行政機關得依法規將其權限之一部分,委託民間團體或個人辦理」即屬此類情形。又由於依據同法第二條第三項規定:「受託行使公權力之個人或團體,在委託範圍內,視為行政機關。」受行政委託的私人或私法團體,於受託範圍內,可以自己的名義行使公權力,但又隸屬行政機關之地位,因此此類型中,私人參與程度為最強,而其執行效果直接歸屬於行政機關,即立於行政機關地位執行公權力,從國家任務角度之國家應擔負的責任範圍來看,行政機關對該私人或私法團體不僅應擔保任務執行之效果,就本質上,該私人或私法團體無異是國家組織的延長,具有「公部門地位」的私人或私法團體,而屬「私法組織的行政主體」¹¹⁹,立於公權力主體的角色,國家對其執行情形應負擔的責任範圍為最大。

二、業務委託

¹¹⁶ 參照蔡茂寅,〈行政委託相關問題之研究〉,收錄於《當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》,元照出版公司,2002年07月,第617頁以下。

¹¹⁷ 蔡茂寅教授對行政機關有對外的權限移轉類型分為「行政委託」,即授權行使公權力之情形(行政程序法第16條),與非真正的對外權限移轉稱之為「業務委託」。參照蔡茂寅,〈行政委託相關問題之研究〉,收錄於《當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》,元照出版公司,2002年07月,第617頁以下。

¹¹⁸ 參照楊雲驊,行政委託制度之研究,臺灣大學法律研究所碩士論文,民國82年7月,第23頁。

¹¹⁹ 參照楊雲驊,行政委託制度之研究,臺灣大學法律研究所碩士論文,民國82年7月,第184-192頁。

此不涉及公權力之行使，又非法律授權給行政機關辦理事項，而係行政機關將單純的行政業務委託於私人，該私人僅係屬於行政機關手足之延伸，如行政助手、專家參與方式，立於協助者的角色為之，僅係立於國家任務「履行上」之助手或工具，藉此節省人力、物力之成本。關於業務委託的方式，是其事物種類，屬於勞務性質或技術服務性質，有政府採購法適用。

第二款 委託經營管理

又被稱為不涉及公權力行政之功能民營化¹²⁰，以私法形式將給付行政之任務委託私人辦理，不涉及行使公權力，以臺北市市有財產委託經營管理自治條例為例，臺北市政府為加強臺北市市有財產之管理及增進市有財產營運效益，將市有財產以現況委託受託人營運，受託人應負市有財產保管維護責任，得依產品消費或服務內容對外收取相關費用¹²¹。抑或將社會福利設施，或公共服務提供之機構¹²²，委託民間經營管理。此係對於經營之行為，以民間作為經營主體，並引進民間經營管理模式，從事管理之職，此時政府可以減少人員管理之成本，並以活化經營模式，擺脫科層式的人事管理，以提升行政效率。由於民間機構係受政府委託營運之責，原則上仍係以委託者之名義營運¹²³，例外則可約定以受託人名義經營。關於行政任務的執行責任大多由行政機關來負責包括興建責任，公有公共設施仍屬於行政機關所有，僅就公共設施的委託經營事項係由私人來執行，屬於「公有民營」類型。僅就設施的經營之執行責任由私人來負責，而國家則擔負確保其執行，僅就委託經營部分擔負擔保責任。

第三款 公營事業民營化

¹²⁰ 參照林建銘，行政任務民營化之研究－以政府業務委託民間辦理為中心，國立台北大學法學系，民國 94 年，第 29 頁。

¹²¹ 參照臺北市市有財產委託經營管理自治條例第 1 條及第 2 條。

¹²² 例如臺北市政府將隸屬市立醫院之萬芳醫院委託臺北醫學院經營，委託經營內容為：提供萬芳醫院之土地、建物及水電等既有基本設施予經營者使用，並由經營者自負管理及經營責任。

¹²³ 例如台北市立萬芳醫院雖委託由臺北醫學院經營，但仍以台北市立萬芳醫院之名義對外營運。

此為實務上及學理上對於民營化採取狹義見解，針對於組織上的民營化情形，將事業的組織體由國家或地方自治團體所有之模式，透過股份轉讓、資產變賣模式，移轉所有權予私人，即經營主體變更為私人為主，藉此達到行政任務由公部門來執行轉換為私組織為之，原本擔當之行政任務交由私人來辦理之現象。以組織體變更模式，完成任務執行責任的移轉。

第四款 民間參與公共建設

依據各國法制體系及專案特性，民間參與公共建設的方式有不同的彈性類型及組合模式，依照民間參與公共建設所參與的部分可能包括了設計、興建、融資與營運等工作，因此稱為 DBFO (Design, Build, Finance and Operate) 模式，再依據民間投資回收方式的不同，又包含「由政府於營運期依設施服務水準對價給付」(PFI—Private Finance Initiative 制度)¹²⁴、「向使用設施的社會大眾收取費用」(financially free-standing projects) 及「向使用者收費外，另由政府補助部分建設成本」(Joint Ventures) 之型態。對於民間參與公共建設型態予以分類，最主要目的供作制度設計之規劃，而我國促進民間參與公共建設法制度上以公共建設為主，按照民間參與之程度為區分，本文依我國現行促參法所採取之類型予以介紹：

一、BOT 模式

BOT (Build-Operate-Transfer, 簡稱 BOT)，依據促進民間參與公共建設法第八條第一項第一款規定：「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。」即由民間機構興建及營運，於營運期滿後，該公共建設之所有權移轉給政府。著名案例為臺灣高速鐵路的 BOT 案、高速公路電

¹²⁴ 英國於 1992 年提出 PFI 制度，由民間機構籌資興建營運公共建設，並將服務售予政府，該制度下，公部門從著重「公共設施的興建」，逐漸轉型為強調「公共服務的提供」，此與我國促參制度強調「自償率」有所不同，參照公共工程委員會委託辦理計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，民國 95 年 1 月，第 26 頁。

子收費系統的 BOT 案（即 ETC 案）¹²⁵。

二、BTO 模式

BTO（Build-Transfer-Operate，簡稱 BTO），依據促進民間參與公共建設法第八條第一項第二款及第三款規定：「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。」「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。」，即由民間機構興建，政府以無償或有償方式取得所有權後，再委託該民間機構營運，於營運期滿後，該營運權歸還給政府。

三、ROT 模式

ROT（Rehabilitate-Operate-Transfer，簡稱 ROT），依據促進民間參與公共建設法第八條第一項第四款規定：「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。」即由民間機構擴建或整建並營運政府所有之公共設施，於營運期滿後，將營運權歸還給政府。例如臺北市立聯合醫院中興院區將其院內空間委託民間機構「美德耐股份有限公司」辦理「中興生活廣場」的整建及營運¹²⁶。

四、OT 模式

¹²⁵ 該二案例係適用獎勵民間參與交通建設條例，但就其案例類型屬於民間業者自行興建、營運，營運期滿後將權利移轉於政府之情形，是標準的 BOT 類型。

¹²⁶ 臺北市立聯合醫院辦理「中興、陽明、和平、仁愛及忠孝院區空間徵求民間規劃、投資及營運計畫」－第 1 階段中興院區空間徵求民間規劃、投資及營運計畫(ROT)案，於 95 年 12 月 15 日與民間機構「美德耐股份有限公司」完成簽約，並於 96 年 1 月 1 日起由該公司進駐規劃、投資及營運中興院區的地下一樓及地上一樓的空間，打造出「中興生活廣場」包含便利商店、飲食區、麵包店等，提供醫院內之醫師、病患、民眾等一般生活所需服務。參照「臺北市政府促進民間參與公共建設」專區中已依促參法簽約 ROT 案，網址：http://163.29.37.192/dof/public/briefview4_1.htm，2010/7/14。

OT (Operate-Transfer, 簡稱 OT), 依據促進民間參與公共建設法第八條第一項第五款規定:「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。」即由政府興建公共設施, 再委託該民間機構營運, 於營運期滿後, 該營運權歸還給政府。此與前述委託經營的型態相似, 在本質上相同, 僅有適用的法規有所不同¹²⁷, 所受的監督機制亦有差別。如臺北市各區之運動中心即由市政府興建完成後, 採取 OT 方式交由民間業者經營¹²⁸。

五、BOO 模式

BOO (Build-Own-Operate, 簡稱 BOO), 依據促進民間參與公共建設法第八條第一項第六款規定:「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。」例如桃園縣第一柴油車排煙檢測站興建及營運案, 另較著名為「民間自行規劃參與興建暨營運日月潭至九族文化村纜車系統」案¹²⁹。

第三節 公私協力成爲擔保國家之行政模式

第一項 形式類型

在擔保國家理論下, 任務責任與任務執行是可以分離, 國家角色從任務執行者轉變爲任務擔保者, 國家不再是凡事得自己來執行, 而是得思考誰來執行比較妥當及採行何種模式來執行較爲有效率。因此, 公共任務可全交由私人來執行,

¹²⁷ 以臺北市爲例, 如屬促參 OT 案件適用促進民間參與公共建設法, 如屬委託經營案件則適用臺北市市有財產委託經營管理自治條例。

¹²⁸ 現已簽約之臺北市內湖區運動中心、信義運動中心、松山運動中心、大同運動中心、大安運動中心, 臺北市政府興建完成後, 由臺北市政府體育處與民間業者簽訂 5 年委外經營管理 (OT) 案, 由民間業者負責運動中心的經營管理, 參照「臺北市政府促進民間參與公共建設」專區中已依促參法簽約 OT 案, 網址: <http://163.29.37.192/dof/public/index.html>, 2010/7/14。

¹²⁹ 由日月潭纜車股份有限公司自行規劃興建暨營運跨越日月潭至九族文化村之空中纜車, 民間總投資規模爲 7 億 2 千元, 纜車系統全長 1877.25 公尺, 該投資案特殊之處係由民間自行解決用地地上物補償問題, 現爲南投縣觀光事業最重要的遊憩設施之一, 參考網址: <http://ppp.pcc.gov.tw/PPP/resultOther03.do#>, 2010/7/20。

抑或由公部門與私人共同來執行，此時國家並非放棄其應有的角色與責任，而係尊重市場競爭法則及資源運用方式，採行新的任務承擔方式和管制模式，以公部門和私人共同合作的機制來確保公共任務之達成，公私協力的行為模式即作為擔保國家所展現之形式。

第二項 責任分擔

對於屬於國家任務，在大有為的政府下，原係由國家擔當執行者的角色，然而在經濟、效率的考量下，將原來的執行者角色轉換由私人來執行，此時國家並非因而完全退出，而僅為角色的轉換，所應擔負的責任部分，屬於第一線責任任務執行的責任，由私人來擔負，而國家則為該執行責任，負擔保的義務，確保任務的執行，因此國家退居為擔保者的立場。基於擔保者的角色，對於私人行為進行管制，關於責任的分攤部分，私人立於執行者的角色為之，而國家並不因此而擺脫責任，最終責任及法律效果，仍有身為擔保者的國家予以承擔。

公私協力在公部門與私部門間之整合模式上，是一個整體責任之概念，但在責任分配上，由公與私分別負擔之，按照公部門與私人在公私協力類型下所應擔當之責任分配的關係，試擬以下表表示之：

責任類型	執行責任	財務責任	擔保責任
公私協力態樣			
行政委託	私人負責	公部門負責	公部門負責
委託經營管理	私人負責	公部門負責	公部門負責
公營事業民營化	私人負責	公/私按持股比例負責	公部門負責
民間參與公共建設	私人負責	私人負責	公部門負責

表 3-1 公私協力類型之責任分擔表（本文自行整理）

第三項 合作關係

公私協力從執行層面來看，國家與私人係以合作的方式為之，所謂合作則係對於任務予以分工，私人立於執行者的角色，國家擔負起保證責任，在執行不力時，國家應起而擔當執行者。故從整體任務來看，執行者係由公部門及私人共同為之，兩者採取合作模式對外進行法律行為。採取引進私人來合作之目的，除了節省政府成本及提高行政效能外，透過公私部門資源整合更預期達到「資源相互結合，增進社會良性發展」、「創造公私部門雙贏」、「降低風險」等效益¹³⁰。因此，關於執行的方式，應採取私人得執行，國家亦得執行的方式為之，而私人執行的品質，則以符合國家應該擔當的品質以上，始符合交由私人來執行所要達到經濟效用之目的。

第四節 行政管制之革新—在促參案件之實踐

公私協力類型對於國家角色產生了轉變，使國家角色朝向擔保國家，在擔保國家角色下，公私協力類型更蓬勃發展，兩者間實屬互為因果情形。當公私協力成為擔保國家之行政模式後，國家在行政管制上將有所變革。由於我國政府基於減輕政府財政負擔，擴大公共建設投資以提振景氣之目的，將民間參與公共建設列為重要施政方向，因此本文以公私協力中的民間參與公共建設的類型中適用民間參與公共建設法之促參案件，作為探討行政管制革新面向的主要類型：

第一項 以「社會自我管制」手段實現管制義務

擔保國家責任與「去任務化」之類型顯屬不同，對於公共任務並非卸除其責任，僅係將執行責任交由私人來負擔，國家仍需負擔最終之責任。在公私協力下，

¹³⁰ 參照楊淑娟，公私協力關係中政府監督管理之研究—以 BOT 之興建、營運為中心，國立台北大學法律專業研究所，民國 95 年，第 9-10 頁

國家與私人間採取合作模式，透過私人的參與實現特定公共目的，藉以提升服務效能，也可避免強制性法規管制造成成效不彰。

由於擔保國家之行政機關之特性主要為¹³¹：一、不需以傳統官僚式的科層型態擔當執行者的角色。二、責任重新分配下，不以執行者的角色，而係以委託者的調控角色，由受託者負責公共任務之執行，行政機關僅作為協調、監督和管理之工作。三、在國家與社會關係之表現上，對於社會的自我管制能力之尊重，以社會作為生產為主，非以國家為之。因此，行政機關不再扮演競爭者角色，而扮演整合社會資源之角色，透過管制或合作方式為之。

既然採取合作、夥伴關係的行為模式，政府對於管制手段則相對的改變，不再以高權地位強調對私人作直接的管制，而在公共任務委由私人過程中解除特定的管制，以合作方式，協助私人解決交易與時間成本，進而達到執行公共任務之目的。此等管制理念的轉變機制為所謂的「受國家管制之社會自我規制」簡稱「社會自我規制」，先以社會之自我管制作為整體管制手段之第一階段，當社會不遵守自我管制之相關規範內容甚至根本拒絕採行時，則緊接有第二階段強制性管制手段之投入，以資彌補¹³²。因此國家得先設立一定法規框架下，容許私人自行為「社會自我管制」。

再從現代法治國家基本權利保障旨趣以觀，國家管制手段之規範與實行應滿足基本權利限制之要件，始具憲法上的正當性¹³³。基於比例原則中之必要性原則，肯定國家負有一般性義務，國家應優先採行容許私經濟主體享有一定程度意思自由，且採取對其基本權利干預較小之柔性管制手段。在法治國家中，國家採

¹³¹ 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 193 頁以下。

¹³² 參照詹鎮榮，〈民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005 年 9 月，第 133-137 頁。

¹³³ 參照詹鎮榮，〈民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐〉，《民營化與管制革新》，元照出版公司，2005 年 9 月，第 136 頁。

取強制性之直接管制措施僅做為保障責任實踐之「最後手段」。

第二項 國家進行管制之必要性及正當性

關於執行行政任務的角色，原由國家來擔當時，此時法律關係甚為簡單，僅係國家與人民之間的關係，人民僅要控管國家的行為即可，亦即從組織、程序部分進行控管。但在公私協力之後，引進私人資源，藉由私人之力予以完成行政任務，因此國家與執行任務的私人則採共同合作的關係，提供行政任務的服務。從公私協力的法律關係觀之，內部為提供服務者與國家間產生法律關係，就外部而言，則由私部門直接提供服務與民眾，即人民直接與提供服務的私人產生法律關係，似乎所有責任均交由提供服務私人來負責。然而國家任務只是有程度的交由私人來執行，並非產生「去任務化」的現象，因此進行管制時所應考量的目的、方式及密度，應該從各種面向的法律關係進行探討，在執行任務的私人進行管制時，非單方面僅重視私人與國家內部間的法律關係，完全交由私人來直接面對人民，然而實際上，國家對私人執行任務之結果仍應負完全的責任。因此，國家對於執行任務的私人管制時，仍先以確保外部關係為目的，以自己為執行者的角色為首要安排，進而在辦理任務移交時，始能對執行任務的私人課予義務，最後再確保內部關係的達成。

因私部門以追求最大營利為目的，公部門則係為了實現國家任務、追求人民福祉進而成立之組織體，公、私部門對於價值及目標，本質上存有很大的差異。公部門如透過私部門來執行公共任務，亦有可能造成價值追求不同，執行成效亦有差異。更何況公部門引進民間資源，其目的除了為解決財務成本因素外，更希望藉由民間經營方式提升「效率」及「效能」。然而在追求效率及效能之經濟目的則將有所取捨，故為了防止私人基於追求利潤考量而忽視對弱勢人民之照料，國家對私人營運方式除應保有一定主導權外，更需制訂相關管制規範，賦予國家

有相當程度之監督權¹³⁴，以確保能達到公共任務執行之目的。

以促參案件為例，我國促參法第一條所揭示的立法目的，在於「為提升公共服務水準，加速社會經濟發展」，第三條對於公共建設定義為「供公眾使用或促進公共利益之建設」，並分為十三種類型，對於提供公共建設仍應隸屬於國家任務的範圍內。因此，縱使採取公私協力的態樣，國家的責任由執行責任轉換為擔保責任，在考量在執行任務轉換者即國家和執行者間的法律關係，仍應優先考慮到使用者的權益，國家需藉由管制來確保使用者權益，公益目的始得實現。

第三項 以建立監督管理機制取代完全之管制¹³⁵

採取公私協力類型係以相互合作來完成公共任務，執行目的多以保障及生存照顧為出發點，進而提供生活補助、社會救助等，甚至係為追求特定經濟或社會政策，所進行之行政任務。既然行政行為方式選擇以公私協力，其注重在於公部門與私部門間的合作關係，非屬以國家居於統治主體地位而採行由上而下之公權力，在遵行私部門所採行之市場經濟原則下，為確保公共任務之執行，達到保障人民權益及生存照顧義務下，公部門以建立監督管理機制作為管制私人行為之策略。

第一款 建立監督機制之理由¹³⁶

一、公、私部門價值追求不同

私部門以追求最大營利為目的，公部門則係以實現國家任務、追求人民福祉

¹³⁴ 李震山教授稱之為擔保行政，或將該管制規範稱為管制行政法，有別於純粹之給付行政法。參照氏著，《行政法導論》，三民書局，2009年修訂8版，第8頁。

¹³⁵ 參照王允文，論行政部門對民間參與重大交通建設之監督管理機制：以高雄捷運為例，國立中山大學中山學術研究所，民國96年，第178-191頁。

¹³⁶ 參照吳芳德，從法律觀點論公權力委託民間辦理制度，佛光人文社會學院公共事務學研究所，民國93年，第145-147頁。

爲目的，兩者在價值及目標，本質上存有很大的差異。在促參 BOT 案件中，民間機構即使辦理公共建設的興建，主要在追求其後營運的獲利，或者附屬事業之經營。然而，當公部門將行政任務交由私部門來執行時，並非完全卸除責任，而係轉以擔保者角色對於私部門執行成果負擔保責任，且爲確保公共任務執行之彈性，交由私部門擔當執行者，私部門所採取執行方式只要符合法規，原則上均得允許，因此，公部門需保有相當的管制權能，始能確保公共任務得順利執行。

二、防止逆向選擇及道德危機

如前所述公、私部門追求的價值不同，私人參與國家任務之執行，原則上以國家同意爲前提，而取得執行公共任務特定權利，尤其促參案件多屬長期性質，除有專斷、排除他人經營之效應，更可能藉由參與執行蒐集到人民或國家政策資料。爲防止私部門透過此途徑獲取不當利益，產生道德風險，國家應保有一定的管控能力，以避免危害人民或國家之安全。

三、維護公共利益之必要

促參案件爲私人參與公共建設之營運，實涉及公民、消費者、國家及市場的相互關係¹³⁷，基於公共利益之維護，政府不僅要負起重大公共建設的開發責任，更應適當糾正市場失靈的弊端，從管理主義角度來看，以 BOT 案件爲例，不論國家對 BOT 公司的行政監督與私人參與的互動關係、BOT 公司對人民提供公共服務與消費者之互動關係、以及人民對國家的給予統治正當性與給付行政的互動關係，都牽涉到揉合人民利益與公共任務的「公共利益」¹³⁸。而促參案件只是政府與民間機構對於公共建設在責任分配上的分工模式，導入民間資源的參加，不應忽略公共利益的維持，因此國家需保留對此之必要監督責任。

¹³⁷ 參照陳淳文，〈公民、消費者、國家與市場〉，人文及社會科學集刊第 2 期，第 263 頁。

¹³⁸ 參照徐良維，〈民間參與公共建設之政府監督與國家責任—以重大交通建設 BOT 爲例〉，經社法制論叢第 47 期，第 145-146 頁。

第二款 監督管理之強度

在公私協力下，國家仍應保有相關的管制權能，以避免失卻對全體人民福利之保障，但公部門在介入與控管之監督程度為何，應視公私協力之類型、個案性質予以審視，並非對所有類型均採取相同強度予以監督管理。當管制強度越強時，調整空間則愈小，在採取公私合作模式下，如何確保公益又能兼得利用民間經營方式以提高效能？似可從設定監督管理強度來著手，因此在設定上更需謹慎考量。在實務運作¹³⁹及學說¹⁴⁰曾有以公益性及政府出資比例作為政府監督強度的參考基準¹⁴¹，試討論如下：

一、公益性程度

所謂公益，得理解為生活共同體的完善及共同體成員繁榮發展的狀態¹⁴²。以促參案件為例，促參法第三條規定供公眾使用或促進公共利益之公共建設共有十三種，其中有涉及廣大不特定多數人之利益者，如交通建設及共同管道、電業設施及公用氣體燃料設施等，甚至對於性質重要且在一定規模以上之公共建設者，列入重大公共建設範圍；亦有影響層面相對較小者，如文教設施、公園綠地設施等，從公益性程度相比，前者相對較高。

¹³⁹ 在工程會委託研究報告針對履約管理機制之研究議題上指出，在查核案件中，如涉及政府出資者，對於興建工程之品質即有較高之要求，例如甲方得委託獨立驗證單位驗證及驗收，且乙方亦應自費委託獨立驗證單位驗證工程品質及驗收，此外，如涉及交通建設或污水下水道者，亦通常有較高之標準，例如乙方應自費委託獨立驗證單位驗證工程品質及驗收，惟在其他之類型，例如遊憩設施、農業設施、文教設施等，對於興建工程品質管理之要求即較低，契約中經常僅以乙方應於期限前完工並開始營運帶過，而無任何工程品質之監督機制。因此有以「公益性程度」及「政府出資比例」作為監督強度之參考標準。參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告－設定議題研析，第 50-52 頁

¹⁴⁰ 參照楊淑娟，公私協力關係中政府監督管理之研究—以 BOT 之興建、營運為中心，國立台北大學法律專業研究所，民國 95 年，第 69-72 頁。

¹⁴¹ 在此仍強調只是參考基準，並非絕對判斷標準，監督管理強度仍需視個案特性來判斷。

¹⁴² 參照 J.Isensee, § 57 Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: J.Isensee/Paul Kirchhof (hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1998, Rn.134,2. 轉引自陳愛娥，〈行政組織法：第二講國家角色變遷下的行政任務〉，月旦法學教室第 3 期，第 106 頁。

對於公益性較高的公共建設，因涉及公共利益層面較廣，影響不特定多數人利益，政府在介入與控管之監督管理密度及強度上相對要提高；反之，如公益性較弱的公共建設，政府介入與控管的密度強度則可相對降低。

二、政府出資比例

關於公私協力類型之財務責任，在行政委託及委託經營管理類型中全由公部門來負責，此時對私人管制之強度為最大。在公營事業民營化則按照公、私持有股份比例來決定，相較之下管制之強度縮小。就促參案件而言，主要財務責任應由私人來負責¹⁴³，此時政府對其管制之強度最小，在法令允許範圍內之行為均得為之。惟需注意者，縱令由私人完全出資，政府不能以此為由排除一切之監督權利，因促參案件僅係採取公部門與私部門合作模式，但最終執行目的在於完成公共任務，具有公益性及公共任務性，因此為確保公益之達成，政府仍需保有相當之監督權利。

第三款 監督管理的方式

傳統政府對私人行為之監督，採上對下的方式，透過法令予以規範其權利義務。在採取公私協力模式下，強調合作、夥伴關係，可透過法令之明文規定或個別契約之特約方式，作政府與私人間的任務分配、責任分擔。以促參案件為例，政府對參與公共建設之民間機構的監督權可分為法令規定、特許權契約與次契約三個層次¹⁴⁴，在促參法所建立之「法的框架」下賦予主辦機關對民間機構的監督權，但如何執行、執行事項、執行之效果，則透過各種「契約」來規範。特許權契約或稱投資契約為主辦機關與民間機構間簽訂的基本契約，賦予民間機構特許

¹⁴³ 但為利執行成效，促參法第 29 條第 1 項規定：「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。」政府得投資該公共建設。惟需注意之點，政府出資額度不得占投資建設之大部分，否則有悖離促進民間參與之精神。

¹⁴⁴ 參照王文宇，BOT 主要契約內容解析（上），全國律師第 3 卷 11 期，第 60 頁。

經營的權利，並劃分基本權利義務關係，而次契約則是民間機構爲了完成公共建設的興建或營運，與第三人簽訂相關契約，如工程承攬契約、營運維修契約、保險契約、供應契約等等，以 BOT 案件爲例，其基本契約架構圖可如下表示：

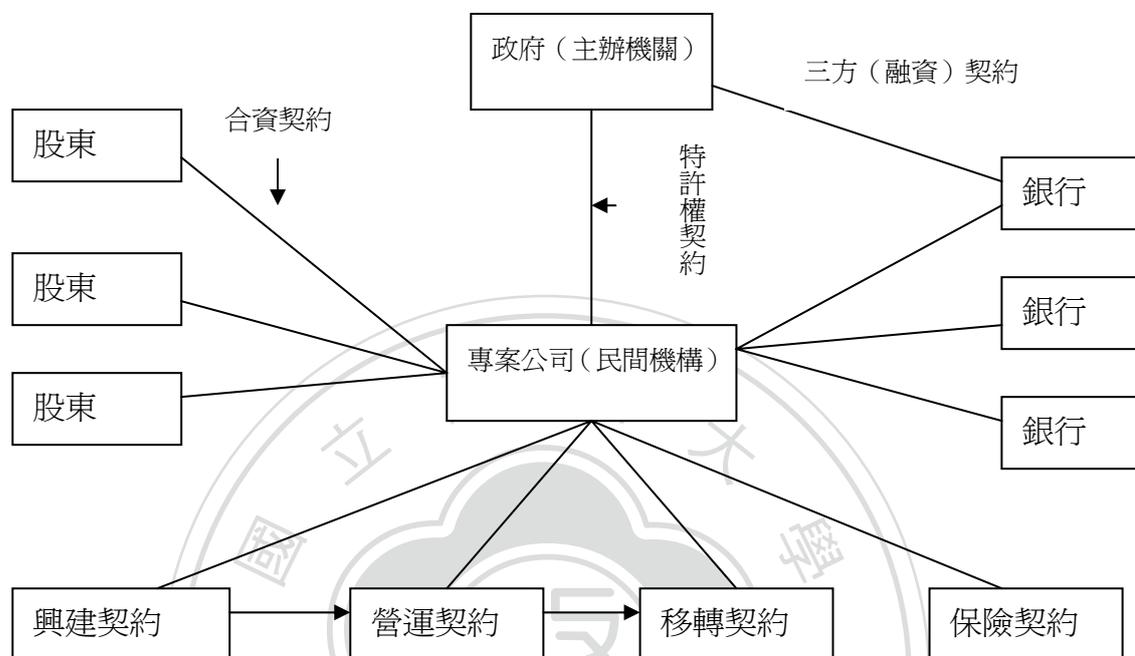


圖 3-1 BOT 案件基本契約架構圖¹⁴⁵

因此，整個促參案件就是在促參法架構下，以龐大又複雜的契約群所構成，政府對民間機構的監督管理，除從法制層面來著手外，更應注重契約之約定。

¹⁴⁵ 參照王文宇，BOT 主要契約內容解析（上），全國律師第 3 卷 11 期，第 61 頁



第四章 我國現行促參案件監督管理制度之檢討

第一節 我國促參案件監督管理之規範架構

第一項 現行法令之規定

促進民間參與公共建設法於民國八十九年二月九日經總統公布施行，嗣於九十年十月三十一日修正施行以來，已運行近十年，該法第二條規定：「促進民間參與公共建設，依本法之規定。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」明白表示只要是促進民間參與公共建設之類型，該法應優先於其他法律之適用，僅在促參法未為規定之情形下，始有適用其他法律。

按照促參法之法律結構共分為六章，分別為：第一章總則、第二章用地取得及開發、第三章融資及租稅優惠、第四章申請及審核、第五章監督及管理及第六章附則，關於第一章及第六章為適用範圍、名詞定義、定性等外，主要規範內容第二章至第四章部分則是偏向前階段辦理程序的事前籌畫、進行之規範，然而關於後階段即民間機構與政府簽訂合約後，政府應行之監督管理責任部分，則僅寥寥數條文，均憑契約¹⁴⁶來進行管制。然因促參案件所涉及之程序繁瑣，身為促參法之中央主管機關－行政院公共工程委員會對於執行程序則以行政規則方式訂定「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」，不僅供作主辦機關辦理促參案件之作業程序，更實際上規範主辦機關應對民間機構監督管理事項。

茲就促參法暨施行細則對於監督管理部分之規定，依照實施監督管理措施的屬性，將其分為準則性、確保公共建設營運及承接責任之啟動之規定，彙整如下表：

¹⁴⁶ 依據促參法第 12 條規定。

表 4-1：促參法暨施行細則履約監督與管理相關條文

類型	條次	條文內容
準則性規定	促參法第 11 條	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。
	促參法第 12 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。
	施行細則第 22 條	主辦機關與民間機構依本法第十一條規定簽訂之投資契約，不得違反原公告及招商文件內容。但有下列情形之一者，不在此限：一、原公告及招商文件內容載明得經協商後變更。二、於公告後投資契約訂立前發生情事變更。三、原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則。 投資契約，應明定協調委員會之組成時機、方式及運作機制，以協商處理契約履行及其爭議事項。
	施行細則第 22-1 條	主辦機關為辦理本法第十一條第七款之稽核，應於投資契約訂定重點稽核之項目、程序及基準。
	施行細則第 22-2 條	本法第十一條第七款所稱工程控管事項，指民間機構執行工程之進度、環境保護、施工安全衛生及工程品質管理事項。 主辦機關為辦理前項工程控管，應於投資契約訂定工程進度及品質控管機制。
	施行細則第 22-3 條	本法第十一條第九款所定其他約定事項，得包括下列事項：一、雙方聲明及承諾事項。二、用地與設施取得、交付之範圍及方式。三、財務事項。四、營運品質管理事項。五、履約保證。六、契約變更。
	施行細則第 22-4 條	投資契約得訂明因政策變更，民間機構依契約繼續履行反不符公共利益者，主辦機關得終止或解除一部或全部契約，並補償民間機構因此所生之損失。
	確保公共建設興建、營運規定	促參法第 49 條
促參法第 50 條		依本法營運之公共建設，政府非依法律不得要求減價之優惠；其依法優惠部分，除投資契約另有約定者外，應由各該法律之主管機關編列預算補貼之。
促參法第 51 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。但民

類型	條次	條文內容
		<p>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。</p> <p>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。</p> <p>違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行爲，無效。</p>
	施行細則第 23 條	主辦機關應依公共建設之特性及民間投資方式，於投資契約明定，民間機構應於一定期間內提出或交付工程品質管理計畫、工程進度報告、帳簿、表冊、傳票、財務報告、工作資料及其他相關文件，以供查核。
	施行細則第 47 條	<p>本法第五十一條第二項所稱民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，指民間機構於興建營運期間內，因興建營運公共建設所取得及爲繼續經營公共建設所必要之資產及設備。</p> <p>前項營運資產、設備，於不影響公共建設之正常運作，並符合下列規定者，主辦機關得同意其轉讓、出租或設定負擔：一、依投資契約規定，無需移轉予政府者。二、依投資契約規定，需於營運期間屆滿後移轉予政府者，得依投資契約規定於移轉期限屆滿前，在不影響期滿移轉下，附條件准予轉讓；其出租或設定負擔之期間，以經營許可期限爲限；其設定負擔，應訂有償債計畫或設立償債基金辦法。</p>
承接責任之啓動	促參法第 52 條	<p>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，主管機關依投資契約得爲下列處理，並以書面通知民間機構：一、要求定期改善¹⁴⁷。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。</p> <p>主辦機關依前項規定辦理時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。</p> <p>民間機構有第一項之情形者，融資機構、保證人得經主辦機關同意，於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運。</p>
	促參法第 53 條	<p>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，且於情況緊急，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並得令民間機構停止興建營運之一部或全部，並通知政府有關機關。</p> <p>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。</p>
	施行細則第 36 條	民間機構於營運期間屆滿前，經主辦機關依本法第五十二條或第五十三條終止投資契約、停止興建、營運之全部時、或強制接管營運者，其依本法取得之利息補貼權利，應自通知日起予以終止。

¹⁴⁷ 此時爲承接責任啓動之預備階段。

類型	條次	條文內容
	施行細則第37條	民間機構就主辦機關補貼利息之貸款未依第三十五條規定使用者，主辦機關應就違反規定之貸款部分終止核付補貼利息，並要求民間機構償還自違反貸款用途規定之日起已核付之補貼利息及支付違約金。 前項已補貼利息之償還方法及違約金金額，應於投資契約明定之。
	施行細則第48條	本法第五十二條第一項所稱施工進度嚴重落後，指未於投資契約所定之期限內完成工程，或建設進行中，依客觀事實顯無法於投資契約所訂期限內完成工程者；所稱工程品質重大違失，指工程違反法令或違反投資契約之工程品質規定，或經主辦機關與民間機構雙方同意之獨立認證機構認定有損害公共品質之情形，且情節重大者；所稱經營不善，指民間機構營運期間，於公共安全、服務品質或相關管理事項上違反法令或投資契約者。
	施行細則第49條	主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、缺失之具體事實。二、改善缺失之期限。三、改善後應達到之標準。四、屆期未完成改善之處理。 主辦機關應依所發生缺失對公共安全之影響程度及民間機構之改善能力，訂定改善期限。
	施行細則第51條	民間機構未於第四十九條第一項第二款規定之期限內改善缺失時，主辦機關應以書面載明下列事項，通知融資機構或保證人：一、民間機構屆期不改善或改善無效之具體事實。二、融資機構、保證人得申報主辦機關同意暫時接管機構或繼續辦理機構之期限。三、暫時接管或繼續辦理時，應為改善之期限。四、應繼續改善之項目及標準。五、屆期未完成改善之處理。
	施行細則第52條	融資機構、保證人或其指定之其他機構依本法第五十二條規定接管後，經主辦機關認定缺失確已改善者，除民間機構與融資機構、保證人或其指定之其他機構另有約定並經主辦機關同意者外，主辦機關應以書面通知融資機構、保證人或其指定之其他機構終止接管，並載明終止接管之日期。 前項通知，並應通知民間機構及政府有關機關。 融資機構、保證人或其指定之其他機構於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得向主辦機關申請終止接管。
	施行細則第53條	主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善者，應自通知要求改善日起至完成改善日止，中止核付補貼利息。但經民間機構完成改善或經融資機構、保證人或其指定之其他機構依規定接管並完成改善者，主辦機關得補付中止核付之補貼利息。 主辦機關依前項規定中止核付補貼利息時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。
	施行細則第54條	主辦機關依本法第五十二條第一項第二款規定中止民間機構興建或營運一部或全部時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、屆期不改善或改善無效之具體事實。二、中止興建或營運之日期。三、中止興建之工程範圍或中止營運之業務範圍。四、中止興建或營運後，應繼續改善之項目、標準及期限。五、屆期未完成改

類型	條次	條文內容
		善之處理。 前項第三款中止興建之工程範圍，得由主辦機關視該工程之缺失及與其他工程之相關性，於影響整體工程興建、品質及進度最少之範圍內決定之；中止營運之範圍，由主辦機關依客觀事實，在改善缺失必要之範圍內決定之。
	施行細則第55條	主辦機關依本法第五十二條第一項第二款規定中止民間機構興建或營運一部或全部後，經主辦機關認定缺失確已改善者，應以書面限期令民間機構繼續興建或營運。民間機構於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得向主辦機關申請繼續興建或營運。
	施行細則第56條	主辦機關依本法第五十二條第一項第三款規定終止投資契約時，應以書面載明下列事項，通知民間機構：一、未改善缺失之具體事實。二、終止投資契約之表示及終止之日期。三、終止地上權及租賃契約之表示。四、主辦機關依本法第五十三條第二項規定擬採取之適當措施或強制接管營運有關事項。
	施行細則第57條	有本法第五十三條第一項所定情事時，主辦機關應即通知中央目的事業主管機關為必要之處置或由中央目的事業主管機關逕為必要之處置。 中央目的事業主管機關依本法第五十三條規定停止民間機構興建或營運之一部或全部時，應即以書面載明下列事項，通知民間機構：一、缺失之具體事實。二、停止興建或營運之日期。三、停止興建之工程範圍或停止營運之業務範圍。 主辦機關依本法第五十三條第二項規定採取適當措施或強制接管營運時，應以書面通知民間機構。 本法第五十三條第一項所定之情事經排除，且經主辦機關認定缺失確已改善者，除主辦機關採取之適當措施或強制接管營運辦法另有規定外，主辦機關應報請中央目的事業主管機關同意後，以書面限期令民間機構繼續興建或營運。
	施行細則第58條	第四十九條、第五十一條及第五十四條至前條所定之書面通知，應同時副知融資機構、保證人及政府有關機關。

促參法暨施行細則在監督管理事項中，關於承接責任之啟動設計一個強制接管制度，強制接管為促參案件在民間機構執行失敗後採行之「暫時退場機制」，然而接管方式會因公共建設類型而有所不同，因此授權目的事業主管機關訂定法規命令就接管事項、程序予以規範，故促參法第五十三條第二項後段乃規定：「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。」現行已制訂接管辦法有：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、民間參與教育設施接管營運辦法、民間參與經建設施公共建設接管營運辦法、民間參與交通建設及觀光遊憩重大設施接管營運辦法、民間參與衛生醫療設施建設

接管營運辦法、民間參與文化設施接管營運辦法、民間參與農業設施公共建設接管營運辦法、民間參與勞工福利設施接管營運辦法、民間參與環境污染防治設施公共建設接管營運辦法、民間參與運動設施接管營運辦法。

第二項 現行契約設計之結構

現行促參案件採政府與民間合作的模式，並以促參法為框架規範，雙方的權利義務關係除依促參法有基本之規定外，其主要的內容均靠投資契約加以規範，因此促參法第十二條開宗明義指出：「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。」然而促參法對於政府應行監督管理措施僅在第五章以六個條文作為整個促參投資案的管制手段，該具體化管制內容另以施行細則規定應列入於投資契約中，並將行政機關實施監督管理手段以契約條文列為民間機構的義務事項予以規範。

契約應按照個案特性來制訂，並非全然相同，但因促參法及其施行細則對於契約內容有建議記載事項，故現行投資契約大體上均依此規範作為架構，並按照個案特性予以調整。因此依據促參法第十一條及施行細則第二十二條之三規定，契約之結構大多包含有：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，其中包含 1、雙方聲明及承諾事項。2、用地與設施取得、交付之範圍及方式。3、財務事項。4、營運品質管理事項。5、履約保證。6、契約變更。公共工程委員會委託理律法律事務所及建業法律事務所¹⁴⁸研究所制訂之參考範本，大抵上亦依此為例，作為雙方權利義務關係之規範。

¹⁴⁸ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告－BOT 招商文件及投資契約範本，97 年 10 月 20 日，第 70-142 頁。

第三項 現行制度規範之問題

第一款 修正草案

因促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）主要建構民間參與公共建設之法源，並訂定民間參與公共建設之範圍（包括交通建設、環境污染防治設施、污水下水道、衛生醫療設施等二十類公共建設），並放寬土地法規限制、提供融資與租稅減免等誘因及規範甄審與監督程序，提供民間參與公共建設之管道與空間¹⁴⁹。但促參法於八十九年二月九日公布施行，並於九十年十月三十一日修正施行後近十年來，產生許多爭議問題及規範缺失，故行政院公共工程委員會依各主辦機關與民間機構推動實務經驗與建議，主要檢討以往促參案件執行缺失，兼顧興利與防弊的理念，在推動民間參與政策上，期藉助民間活力及資金、減輕政府財政負擔¹⁵⁰，於九十七年十一月間向立法院提出「促進民間參與公共建設法」部分條文修正草案。

本次修法對於強化促參案件執行監管，以確保公共利益部分，已提出五大項修法意見¹⁵¹，包括：「租稅優惠之追繳」、「不當手段得標之應終止或解除契約情形」、「利益迴避原則」、「信託機制」及「退場機制」，而本次共修正二十一條、新增五條、刪除一條，其中涉及監督管理事項之修正重點暨修正對照表如下：

一、投資契約記載事項，增列用地與設施取得交付之範圍與方式、營運品質管

¹⁴⁹ 參照行政院 97 年 11 月所提之促進民間參與公共建設法部分條文修正草案總說明。

¹⁵⁰ 參照行政院公共工程委員會 98 年 5 月 25 日新聞稿，<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>，2010/5/26。

¹⁵¹ 立法院於 98 年 5 月 6 日舉辦之促參修法公聽會各界所提疑義與建議事項，關於涉及開放陸資部分提出強烈質疑，此部分工程會表示修法內容與開放陸資無涉，另關於公聽會各界所提疑義與建議事項，工程會依其疑義屬性歸類共 16 項，並研議修法因應措施，其中：屬原工程會提案內容已涵蓋者計 7 項，建議維持原提案條文；各界意見工程會同意採納並尊重立法院修正意見者計 5 項；又尚待研議者計 4 項。參照行政院公共工程委員會 98 年 9 月 24 日新聞稿，<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>，2010/9/26。

- 理事項、財務事項與融資協助、履約保證、契約變更、規劃設計或執行未
符公共建設目的之處理、終止投資契約之條件；主辦機關應依投資契約進
行履約管理。(修正條文第十一條)
- 二、依本法訂定之投資契約，其因履約所生爭訟，由普通法院管轄。(修正條文
第十二條)
- 三、本法提供民間機構各項租稅優惠，旨在鼓勵與獎勵民間參與，如因可歸責
於民間機構之事由，致其無法依投資契約履行各項義務，增訂應予追繳其
所享之租稅優惠。(修正條文第四十條之一)
- 四、增訂主辦機關不得評定為最優申請人及次優申請人之情形；已評定者，應
撤銷其資格；已締約者，應終止或解除契約。(修正條文第四十六條之一)
- 五、增訂主辦機關委託辦理與促進民間參與公共建設案件相關業務情形之利益
迴避原則。(修正條文第四十七條之一)
- 六、增訂投資契約履約爭議之處理機制。(修正條文第四十八條之一)
- 七、民間機構得將依投資契約取得之營運資產設備辦理信託，但以民間機構或
主辦機關為受益人為限。(修正條文第五十一條)
- 八、增訂融資機構、保證人之介入權範圍；主辦機關同意融資機構或保證人等
繼續辦理興建、營運之配合措施；本法強制接管之規定擴及興建階段。(修
正條文第五十二條、第五十二條之一及第五十三條)

表 4-2 促進民間參與公共建設法部分條文修正草案條文對照表（涉及監督管理部分）¹⁵²

修正條文	現行條文	說明
第十一條 主辦機關與民間機構 簽訂投資契約，應評估下列事 項，並依評估結果依個案特 性，載明於投資契約： 一、公共建設之規劃、興建、營	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。	一、為使主辦機關與民間機構簽訂之投 資契約內容更明確，避免雙方在履 約過程中產生爭議，爰參酌相關實 務經驗，於第一項增訂投資契約訂 定時應評估之事項，包括修正條文

¹⁵² 參照行政院 97 年 11 月所提之促進民間參與公共建設法部分條文修正草案。

修正條文	現行條文	說明
<p>運及移轉。</p> <p><u>二、用地與設施之取得、交付範圍及方式。</u></p> <p><u>三、稽核及工程控管。</u></p> <p><u>四、營運品質之管理事項。</u></p> <p><u>五、費率及費率變更。</u></p> <p><u>六、營運期間屆滿之續約。</u></p> <p><u>七、權利金及費用之負擔。</u></p> <p><u>八、財務事項及融資協助。</u></p> <p><u>九、履約保證。</u></p> <p><u>十、風險分擔。</u></p> <p><u>十一、契約變更。</u></p> <p><u>十二、規劃設計或執行不符公共建設目的時之處理、施工或經營不善時之處置。</u></p> <p><u>十三、關係人介入之相關事項。</u></p> <p><u>十四、終止投資契約之條件。</u></p> <p><u>十五、其他約定事項。</u></p> <p><u>主辦機關應依投資契約之規定，進行履約管理。</u></p>	<p>二、權利金及費用之負擔。</p> <p>三、費率及費率變更。</p> <p>四、營運期間屆滿之續約。</p> <p>五、風險分擔。</p> <p>六、施工或經營不善之處置及關係人介入。</p> <p>七、稽核及工程控管。</p> <p>八、爭議處理及仲裁條款。</p> <p>九、其他約定事項。</p>	<p>第一項第二款、第四款、第八款、第九款、第十一款及第十四款之用地與設施之取得、交付範圍與方式、營運品質之管理、財務(如股權轉讓之限制、財務監督、財務查核權、公司組織變動之通知等)、主辦機關對民間機構之融資協助、履約保證、契約變更、規劃設計或執行未符公共建設目的之處理，及終止投資契約之條件等要項，並修正現行條文第六款，款次變更為第十二、十三款。現行條文第八款已於修正條文第四十八條明定，爰予刪除。其餘配合投資契約要項，調整修正條文第一項各款款次。</p> <p>二、為確保公共建設之品質，爰增訂第二項，明定主辦機關應就契約事項，依投資契約規定，進行履約管理。</p>
<p>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。</p> <p><u>前項投資契約，因履約所生之爭訟，由普通法院管轄。</u></p> <p>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。</p>	<p>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。</p> <p>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。</p>	<p>一、第一項未修正。</p> <p>二、投資契約之性質，究為民事契約，抑為行政契約，實務上有不同見解，為杜爭議，參酌司法院釋字第四六六號解釋「訴訟救濟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」之意旨，並利快速解決履約爭議，爰增訂第二項，明定主辦機關與民間機構依本法所訂之投資契約，其因履約所生之爭訟，由普通法院管轄。</p> <p>三、現行條文第二項移列第三項。</p>
<p>第四十條之一 投資契約因可歸</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p>

修正條文	現行條文	說明
<p>責於民間機構之事由而終止者，其已依第三十六條至第三十九條規定減免稅額，或其股東已依前條規定抵減之稅額，應予追繳。</p> <p>前項追繳之範圍、基準、作業及其相關事項之辦法，由財政部定之。</p>		<p>二、本法提供民間機構各項租稅優惠，旨在鼓勵與獎勵民間參與公共建設，如其享有租稅優惠，卻未依投資契約履行各項義務，即無法達成本法之立法目的。例如投資契約為三十年，前十年民間機構依投資契約履行契約，而於第十一年因經營不善而終止投資契約，前十年已履約之部分無需追繳，而應就其未履約部分之利予以追繳。</p> <p>三、第二項授權財政部訂定關於前項追繳之期限、範圍、基準、程序及其相關事項之辦法。</p>
<p>第四十六條之一 主辦機關於評定前，發現申請人有下列情形之一者，不得評定為最優申請人或次優申請人：</p> <p>一、有詐欺、脅迫、賄賂等情事，致影響評審公正。</p> <p>二、對重要甄審項目提供虛偽不實之文件，致影響評審公平。</p> <p>三、有四十七條之一之情事。</p> <p>申請人經評定為最優申請人或次優申請人後，主辦機關發現有前項各款情形之一者，應撤銷其資格。</p> <p>主辦機關於簽約後發現民間機構於簽約前有第一項各款情形之一者，主辦機關應終止契約或解除契約，並得追償損失。但終止契約或解除契約不符公共利益者，不在此限。</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、為使公共建設能順利推動，並確保公共服務品質，爰參考行政程序法第一百十九條第一款及第二款規定，於第一項及第二項明定申請人不得評定為最優申請人或次優申請人之情形，如已經評定者，亦應予以撤銷。</p> <p>三、第三項參考政府採購法第五十條第二項規定，明定主辦機關於履約階段始發現民間機構有第一項各款情形之處理方式。</p>
<p>第四十七條之一 有下列情形之一者，不得為民間申請人或協助民間申請人申請參與公共建</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、第一項為期促進民間參與公共建設案件之甄審過程能符合第四十四</p>

修正條文	現行條文	說明
<p>設：</p> <p>一、協助主辦機關辦理可行性評估、先期規劃後，主辦機關依該可行性評估、先期規劃結果公告徵求民間參與。但評估或規劃結果經主辦機關公開者，不在此限。</p> <p>二、受主辦機關委託研擬公告徵求民間參與文件後，主辦機關依該文件辦理公告。</p> <p>三、受主辦機關委託辦理該民間參與公共建設案件之公告或評審。</p> <p>四、受主辦機關委託辦理該民間參與公共建設案件之履約管理。</p> <p>前項第四款受主辦機關委託辦理履約管理者，不得為該促進民間參與公共建設案件民間機構之控制或從屬公司，亦不得為從屬於同一公司之他公司；其負責人或合夥人不得同時為該促進民間參與公共建設案件民間機構之負責人或合夥人。</p>		<p>條甄審公平、公正原則，故申請人如有受主辦機關委託辦理與促進民間參與公共建設案件相關業務之情形者，其行為即應受相關限制。爰參酌政府採購法施行細則第三十八條，明定受主辦機關委託辦理可行性評估或先期規劃、代擬公告招商文件、提供公告招商、評審或專案管理服務之情形者，不得自行參加或協助申請參與。</p> <p>三、第二項為避免履約期間產生交互審查或查核之嫌，爰參酌政府採購法第三十九條，就受主辦機關委託辦理履約管理者與該民間機構，不得具有依公司法規定之控制或從屬公司之關係，亦不得具有從屬於同一公司之他公司之關係；履約管理者其負責人或合夥人與民間機構之關係亦予以適當之限制。</p>
<p>第四十八條之一 投資契約應明定組成協調委員會，以協調履約爭議；並得明定協調不成時，提付仲裁。</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、為處理主辦機關與民間機構履約爭議，明定投資契約中應訂定組成協調委員會。</p> <p>三、按仲裁有迅速、專業之優點，且仲裁判斷於當事人間，與法院之確定判決有同一之效力，可實際有效解決因投資契約所生之爭議。本法既於投資契約要求雙方成立協調委員會，則若協調未果時，以仲裁方式為之，方能迅速、有效解決爭議，爰予明定。</p>

修正條文	現行條文	說明
<p>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。</p> <p>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、設定負擔。</p> <p><u>前項轉讓以信託方式辦理者，應以民間機構或主辦機關為受益人，且不影響投資契約之履行為限。</u></p> <p>違反前三項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。</p>	<p>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。</p> <p>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。<u>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。</u></p> <p>違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。</p>	<p>一、第一項未修正。</p> <p>二、民間機構以現行條文第八條第一項第六款方式參與公共建設者，依現行條文第二項規定，其營運資產、設備之轉讓、出租或設定負擔行為，毋須經主辦機關同意即得為之，惟如轉讓後不符合第八條第一項第六款方式之定義及產生公共服務是否可繼續提供之疑慮，爰刪除現行條文第二項但書文字，即營運資產、設備之轉讓、出租或設定負擔行為須經主辦機關同意。</p> <p>三、為確保政府及一般大眾之權益，透過信託機制，可讓促進民間參與公共建設案件之財務更趨透明及健全，惟採取信託方式，其經營之主體仍應由民間機構為之，且僅限於由委託人或主辦機關取得信託利益者為限，爰增訂第三項之規定。</p> <p>四、現行條文第三項移列第四項，並酌作文字修正。</p>
<p>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：</p> <p>一、要求定期改善。</p> <p>二、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。<u>但經主辦機關同意融資機構、保證人自行或擇定符合法令規定之其他機構，於一定期限內暫時接管該公共建設繼續辦理興建或營運</u></p>	<p>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：</p> <p>一、要求定期改善。</p> <p>二、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。<u>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。</u></p> <p>三、因前款中止興建或營運，或</p>	<p>一、民間機構於興建或營運期間，對於投資契約之履行有重大之影響情事，主辦機關應於投資契約明定其處理方式。而融資機構、保證人之介入權於投資契約仍然存續之情形下，僅限於暫時接管，其目的係提供民間機構暫時之協助，以利民間機構所發生之問題改善後，得以繼續興建營運該公共建設，爰修正第一項第二款及第三款。</p> <p>二、第二項未修正。</p> <p>三、投資契約終止後，主辦機關、民間機構與融資機構，應就原投資</p>

修正條文	現行條文	說明
<p><u>者，不在此限。</u></p> <p>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暫時接管後，持續相當期間仍未改善者，終止投資契約。</p> <p>主辦機關依前項規定辦理時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。</p> <p><u>主辦機關依第一項第三款規定終止投資契約並完成結算後，</u>融資機構、保證人得經主辦機關同意，自行或擇定符合法令規定之其他機構，<u>與主辦機關簽訂投資契約，繼續辦理興建或營運。</u></p>	<p>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。</p> <p>主辦機關依前項規定辦理時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。</p> <p>民間機構有第一項之情形者，融資機構、保證人得經主辦機關同意，於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運。</p>	<p>契約進行結算，以釐清主辦機關與民間機構之權利義務。原投資契約終止後，尚未興建完成之公共建設，延宕之興建時程越長，對整體之社會福利影響越大，故賦予融資機構、保證人得以自行或擇定其他機構，另與主辦機關簽訂投資契約，免再經重新招商之程序，爰修正第三項。惟是否運用此一機制，主辦機關應該公共建設興建及營運之情形，依個案性質考量決定。</p>
<p>第五十二條之一 有前條第三項所定之情事，經主辦機關同意由融資機構、保證人或其擇定符合法令規定之其他機構繼續辦理興建、營運者，該融資機構、保證人或其擇定之其他機構應即依建築法規定請領建築執照或變更起造人，並向土地所在地之地政機關辦理地上權移轉登記。</p> <p>前項建築執照請領、起造人變更及地上權移轉登記，由主辦機關同意之融資機構、保證人或其擇定之其他機構單獨申請之。</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、民間參與公共建設案件如有第五十二條第三項之情事，經主辦機關同意融資機構、保證人或其擇定之其他機構繼續辦理興建者，實務上必須先完成建物起造人變更及地上權移轉登記，再由簽訂投資約者續辦興建營運事宜，以維護其權益，爰明定第一項。</p> <p>三、依土地登記規則第二十六條規定，地上權移轉登記，應由權利人及義務人共同為之，建築物起造人變更，則依內政部六十八年函釋，應由起造人與新起造人共同為之；惟促進民間參與公共建設案件，其有前述接管情形者，會同義務人辦理變更登記，確有困難，現行變更起造人或地上權移轉登記不需會同原始起造人或地上權人之原則，係依內政部九十五年九月二十六日及十月三日函釋辦理；爰參酌前述函釋，增</p>

修正條文	現行條文	說明
		訂第二項，明定有第五十二第三項之情事，請領建築執照、變更起造人及地上權移轉登記，均無須會同原起造人或地上權人為之。
<p>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、營運之一部或全部，並通知政府有關機關。</p> <p>依第五十二條第一項及前項規定，中止、停止其興建、營運之一部、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興建、營運。必要時，並得予以強制接管。</p> <p>前項接管方式、範圍、執行、終止及其相關事項之辦法，由中央目的事業主管機關定之。</p>	<p>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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>	<p>一、第一項未修正。</p> <p>二、主辦機關依本條接管，原不包括「興建」期間，為維護公共利益，爰於第二項增訂主辦機關於中止或停止建設興建一部、全部或終止投資契約時，可採取適當措施，以繼續公共建設之興建。</p> <p>三、為使強制接管辦法授權訂定內容更臻明確，爰於第三項增訂該辦法授權訂定之內容，包括接管方式、範圍、執行、終止及其他相關事項等。</p>

本次修法終於有正視到促參案件應確保公共之利益，進而修正及新增監督管理事項，此部分是值得肯定及讚賞，但修法內容對於監督管理事項似未完備，本文將於本章第二節從促參案件履約階段執行經驗及問題研究，提出重要執行問題，並於第五章提出建議之立法架構。

第二款 本文見解

現行制度對於促參案件監督管理之規範係以促參法為基本架構，藉由該法施行細則、主管機關所訂之行政規則作為行政機關辦理促參案件遵循之標準，機關

在依照上開標準簽訂投資契約，以規範雙方權利義務。現行促參案件在此種架構模式下運行仍產生許多爭議問題，本文試從現行制度架構下分析之：

一、管制措施應以法規方式為之

行政程序法第一百五十條規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」而行政規則係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。（行政程序法第一百五十九條）由於促參法之參與方式多樣化，且涉及之程序繁複，為避免詳細制訂於促參法中造成條文過於瑣碎，該法乃授權主管機關制訂法規命令，並以契約作為規制雙方權利義務手段，以期能彈性因應，但實際操作上主管機關為求統一，乃以行政規則「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」作為主辦機關辦理之參考，但其內容有涉及管制措施或屬監督管理機制，例如「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」第十五點：「主辦機關辦理促參案件，應視個案特性，合理規劃收費方式及費率調整機制，並將使用者或民眾意見納入考量。」第十六點：「促參案件符合重大公共建設範圍、位於原住民地區者或依相關法令規定規劃時須公開徵求意見者，主辦機關應將前揭意見納入考量。」此不僅有內部拘束力，且依該注意事項所為之行為，有發生間接對外效力，況此涉及擔保責任之內涵，本文認為對於人民不利事項應符合法律保留原則，因此應轉換為法規命令型態，除可解決行政規則外部化衍生之問題¹⁵³，更具規制效力。

二、行政規則內容應落實於契約條文

¹⁵³ 參照李震山，《行政法導論》，三民書局，2009年修訂8版，第244-247頁

關於主管機關行政院公共工程委員會針對主辦機關辦理促參案件相關業務所訂定之行政規則，如「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」及「主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意事項」等，其內容不僅屬於主管機關依其權限或職權為規範主辦機關辦理促參案件之運作原則，而更是充滿規制雙方權利義務之條文，例如機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第五十八點第二項至第四項：「主辦機關未同意變更契約前，民間機構不得自行變更契約。民間機構不得因契約變更之通知而遲延其履約期限。但經主辦機關同意者不在此限。主辦機關因組織調整或另為授權，致契約當事人變更者，民間機構不得拒絕變更。契約變更，非經主辦機關及民間機構之合意作成書面紀錄，並簽名或蓋章者，無效。」由於上開注意事項僅屬於行政規則性質，非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定，僅對機關內部發生效力，以行政規則性質訂定實屬不妥，除應轉換成法規性質，如欲將此效力延伸拘束民間機構，更應將涉及雙方權利義務事項列入契約內容者，始生拘束民間機構之效果。

三、監督管理事項尚嫌不足

促參法暨施行細則對於國家應行監督管理事項僅涉及興建、營運階段的工作事項予以規制，包括興建期有施工進度落後、工程品質重大違失情況，營運期有經營不善情形給予因應措施之處理（參照促參法第五十二條、五十三條；施行細則第四十七條至第五十八條），然而主辦機關應行監督管理事項恐非僅於此，從促參案件之特性來看，促參案件涉及公共利益與全民福祉，對於公共利益的考量事項僅就公共建設屬於公用事業者，針對營運費率標準、調整時機及方式交由各該公用事業主管機關依法核定，非由主辦機關與民間機構自由議定¹⁵⁴，除此之外

¹⁵⁴ 促參法第 49 條第 2 項及第 3 項規定：「前項民間機構擬訂之營運費率標準、調整時機及方式，應於主辦機關與民間機構簽訂投資契約前，經各該公用事業主管機關依法核定後，由主辦機關納入契約並公告之。前項經核定之營運費率標準、調整時機及方式，於公共建設開始營運後如有修正必要，應經各該公用事業主管機關依法核定後，由主辦機關修正投資契約相關規定並公告之。」

之管控，其餘非屬公用事業而有提供公眾使用或公共服務目的之公共建設者，該如何維持其公益性之規定並不完備，主辦機關對此欠缺管理，恐其所興建之公共設施僅淪為民間機構營利為主，違背促參案件之特性。因此主管機關應試圖從促參法運行近十年後之執行經驗中，積極對監督管理事項予以類型化之檢討，多蒐集促參案件之執行經驗及案例中經常碰到之爭議問題以進行研究，從而修訂相關規範，以求周延。

第二節 促參案件履約階段執行經驗及問題之研究

第一項 案例蒐集方式

本文參照行政院公共工程委員會「促參案件履約階段執行經驗調查與建議」委託研究計畫¹⁵⁵所進行之實證調查，並參酌法院民事判決¹⁵⁶及行政判決¹⁵⁷，再加上監察院對於促參案件之糾正案¹⁵⁸，及依據新聞所報導個案在執行中所產生之爭議事件等，整理出六個促參案件進行分析，並將於第三節對個案於履約階段所面臨的問題進行類型化探討，以作為促參案件未來立法規範及契約架構重要事項之參考。

第二項 案例分析

第一款 台大第二活動中心案

¹⁵⁵ 行政院公共工程委員會委託社團法人中華民國營建管理協會進行研究，由郭斯傑主持，該研究以工程會提供截至 94 年第 3 季已簽約案件之執行情形為基礎，彙整有關履約執行經驗清單，考量履約執行經驗事項、發生原因與條件、機關與廠商互動過程，將履約執行經驗予以分類，以實證方式進行促參案件履約階段執行經驗之調查與建議。

¹⁵⁶ 以「促進民間參與公共建設」為關鍵字，查詢所有地方法院、高等法院及最高法院民事判決，共計 41 個，查詢時間：2010/8/11。

¹⁵⁷ 以「促進民間參與公共建設」為關鍵字，查詢臺北高等行政法院、臺中高等行政法院、高雄高等行政法院及最高行政法院行政判決，共計 133 個判決，查詢時間：2010/8/11。

¹⁵⁸ 以 BOT、BOO、OT、ROT、BTO 為關鍵字，查詢監察院糾正文共計有 11 件，查詢時間：2010/8/11。

一、計畫概況

國立台灣大學第二學生活動中心約在水源市場斜對面，緊鄰公館商圈及捷運新店線公館站；其土地於民國 83 年由校方徵收所得，並於民國 85 年興建完工落成啓用，為一地下二層、地上十層之鋼筋混凝土建築。於民國 92 年 4 月 22 日由波若國際有限公司（以下稱波若國際公司）與國立台灣大學簽訂契約，負責營運及維護管理該活動中心，計畫規模約 9,300 萬元，全額為民間投資，特許期間自簽訂投資契約之日起 10 年為限，即至民國 102 年 4 月 30 日止。又波若國際公司於民國 92 年應繳交定額權利金新台幣 635 萬元，其餘每年繳交定額權利金新台幣 850 萬元，且每年並需繳付營業收入 3% 為經營權利金。另波若國際公司應於開始營運前提供新台幣 1,000 萬元之履約保證金，以作為對本計畫營運期間一切契約責任履行之保證。

二、類型

屬公共建設之文教設施類別，以 OT 方式由民間參與。

三、執行狀況及問題

波若國際公司自受託經營以來屢有違反委託經營契約之情事（包括附屬事業經營業種未事先依相關法令規定辦理、未依限提交經營管理計畫、對於費率及費率變更未經校方同意任由分包商擅自漲價等）¹⁵⁹，經台灣大學依契約規定要求定期改善未果，進而要求波若國際公司繳納懲罰性違約金，波若國際公司不僅未依規定繳納，以履約保證金作為扣抵又已全數扣抵；又未依契約規定繳交 93 年定

¹⁵⁹ 波若國際公司違反委託經營契約之具體事項共計 14 項，包含有違反§2.4 設施使用原則；未提交§5.3 營運需求計畫、提送管理報告內容未依契約規定辦理；§5.4 費率及費率變更未經校方同意；違反§5.6 營運之限制事項；違反§5.7 營運開始日及營業日規定；未準時提交§5.9 安全監控及通報計畫且未確實執行；對§5.10 營運之分包廠商未告知應遵守相關契約及法令規定；未提交§6.1 財務報告；未依限繳納§7.1 權利金且繳納不足；未報經校方同意自行變更§8.3 履約保證之方式；未依契約辦理保險；未依限提交營運績效評估；拒不繳納§13.1 乙方違約之懲罰性違約金；未履行服務計畫書之承諾，故台大認定違約情節重大，逕而終止契約。

額權利金。因此，校方於 94 年 7 月 4 日依契約§7.3 規定，逕與民間機構終止契約，並為維護公共服務之持續性，分別與進駐商家依採購法直接簽訂契約。

四、分析

依據行政院公共工程委員會委託研究案報告指出，本案民間機構於契約終止前之營運績效超越預期，若非有違反契約相關規定，本案將是成功的促參案例。然本案民間機構違反契約所約定應辦理事項，造成主辦機關監督管理之困難，主辦機關認定情節重大達終止契約之程度，此時可能涉及到主辦機關認定標準之爭議，宜就終止契約之事由及判斷標準加以約定，以避免事後爭執。

第二款 台鐵萬華車站大樓案

一、計畫概況

配合台北都會區鐵路地下化，興建完成萬華車站為地下月台層及地上二層，並預留上部樓層之開發，又為達成強化車站功能、帶動地區發展、繁榮鐵路發展及增加車站開發效益之開發理念與目標，將台鐵萬華車站大樓開發定位為「商業轉運中心」。交通部台灣鐵路管理局於民國 93 年 11 月 24 日與碩盛開發股份有限公司簽訂台鐵萬華車站大樓獎勵民間投資開發案，由民間機構增建東、西站車站大樓至二十層樓並委託其經營管理，其計畫規模約為台幣 29 億 6 千 1 百萬元，其中民間投資部份為台幣 25 億 1 千萬元，履約期間為民國 93 年 11 月 24 日至民國 147 年 11 月 23 日止，共計 54 年，包括興建期 4 年及營運期 50 年。民間機構於契約簽訂後 4 年內平均四期繳交權利金合計新台幣 5,000 萬元（每期新台幣 1,250 萬元），且就設定地上權範圍之土地給付土地租金予台鐵局。

二、類型

屬重大公共建設之交通建設類別，以 BOT 及 OT 的方式由民間參與。

三、執行狀況及問題

交通部台灣鐵路管理局與佰盛開發股份有限公司於民國 93 年 11 月 24 日簽訂契約，簽約後因民間機構無法繳納履約保證金六千萬，經過與台鐵三次的正式協商後，延至民國 94 年 6 月 24 日繳納，卻仍因民間機構發起公司之一於籌辦期發生跳票並被假扣押，而無法繳納。本案最後因為資金未到位，造成遲遲無法繳納履約保證金，台鐵局於民國 94 年 8 月 8 日以沒收申請保證金 1,000 萬並終止契約辦理¹⁶⁰。

四、分析

對於投資人之財務結構應在投標須知及甄審階段予以規定並進行審查，本案雖在剛簽完約尚未進行興建工程及營運管理階段即發生資金取得困難，但在促參案件履約階段，民間機構之財務狀況不僅會影響整體促參案件之執行，在風險評估上更為重要，因此主辦機關對此應設計各種財務管理機制，以防止民間機構因此財務狀況而無法履行契約。

第三款 臺北車站特定專用區交九用地開發案

一、計畫概況

為健全臺北都會區公路長途客運、捷運系統與鐵路轉運功能，並加速台北車站特定專用區都市更新計畫，行政院積極協商交通部台灣鐵路管理局、臺北市政府、臺北市政府捷運工程局三方土地所有權人共同開發面積共計 21,374 平方公尺之「臺北車站特定專用區交九用地」，以鼓勵民間參與公共建設進行開發營運。於 90 年 5 月行政院核定採依「促進民間參與公共建設法」辦理，並於 93 年 12

¹⁶⁰ 佰盛開發股份有限公司對此提出確認其與交通部台灣鐵路管理局所簽訂「萬華（東、西）車站大樓民間參與興建營運契約」之法律關係存在訴訟，案經臺北地方法院 95 年度重訴字第 1220 號判決、臺灣高等法院 96 年度重上字第 86 號及 97 年度重再字第 2 號判決駁回，並認兩造間系爭契約業經被交通部台灣鐵路管理局終止而不存在。

月 27 日由萬達通實業股份有限公司（以下稱萬達通公司）與交通部台灣鐵路管理局、臺北市政府、臺北市捷運工程局共同簽訂「臺北車站特定專用區交九用地開發經營契約」，由該公司取得交九用地地上權五十年【捷運設施（含附屬建物及持分公共設施）及交控中心（含附屬建物及持分公共設施）部分除外】。規劃興建 1 幢 7 棟、地上 18 層、地下 6 層結合長途客運轉運站、商用、辦公與住家之複合式大樓，總樓地板面積約 24 萬 5 千平方公尺。

二、類型

屬重大公共建設之交通建設類別，以 BOT 方式由民間參與。

三、執行狀況與問題

本投資案有別於其他案例之特殊的營運模式係採取住宅與辦公室信託營運模式，建物所有權不得進行銷售或預售，其經營管理得以租賃、不動產證券化或信託營運方式辦理，但住宅、辦公室部分於開發經營契約中約定應全部交付信託。因此本件投資案所興建之建物在使用規劃上主要有三大部分：國道客運臺北總站、京站百貨公司及「京站」住辦建案。在執行狀況所生之問題，依照公共建設之國道客運臺北總站與附屬設施之京站百貨及建案兩大部分進行說明：

（一）國道客運臺北總站

1、營運風險及問題：

該公共設施啓用後引發許多爭議，主要是交通動線之設計及公共設施的規劃問題，諸如轉運站樓地板面積僅佔總投資建設之百分之九，而有「商場功能極大化，交通功能極小化」之爭議¹⁶¹；轉運站因相關供電設備排氣口設計上對著緊臨

¹⁶¹ 該轉運站被質疑設計時不僅違背轉運站設置本意，將轉運站「藏於商場後側」，而總樓地板面積共 74436 坪的交九大樓(京站)，實質用於轉運站部份更只有 6995.8 坪，僅佔總坪數近 9.4%，還不到總面積的 1/10，原先規劃轉運站內 13 家業者，共 49 條路線，但興建後其中 10 條桃園

的華陰街民宅，在興建及營運期因有車輛行駛廢氣吹向當地民宅及噪音狀況，引發當地居民不滿而引發抗爭行動¹⁶²。

2、雙重身分下所為管制行為之爭議：

萬達通公司依開發經營契約第 9 條第 5 款後段約定，報請臺北市政府核定臺北市客運轉運站相關設施費率，經臺北市政府以 98 年 3 月 3 日府交運字第 09830493800 號函核定系爭費率。萬達通公司對其核定之費率不服，提起行政爭訟，經訴願機關認為該核定屬契約爭議予以訴願不受理¹⁶³，然經行政法院認為臺北市政府係基於該公用事業主管機關之地位依法核定後，再基於主辦機關之地位納入契約或修正投資契約相關規定並公告之¹⁶⁴，將訴願決定撤銷，責由訴願審理

以北路線需另闢台北車站用地，有「蓋的太小」，導致目前臺北國道轉運站與啓用後可能造成的內部與外部交通問題。參照

http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=108&docid=100869730，2011/1/11。

¹⁶² 參照 2009 年 5 月 13 日中央社報導，

http://tw.stock.yahoo.com/news_content/url/d/a/090513/1/1hpwe.html 及

<http://forum.pchome.com.tw/content/7/58554>，2011/1/11。

¹⁶³ 交通部 98 年 6 月 22 日交訴字第 0980040043 號訴願決定以：「本件臺北市政府依系爭契約第 9 條第 5 款約定及前開審核要點規定所為轉運站設施租金費率之核定，係屬系爭契約之履行，訴願人（即萬達通公司）對系爭函所為臺北轉運站設施租金費率之核定不服，係屬契約爭議，尚非屬訴願之審議範疇。訴願人提起本件訴願，程序即有未合」為由，予以訴願不受理。

¹⁶⁴ 臺北高等行政法院 99 年 6 月 17 日 98 年度訴字第 1774 號判決以：「系爭契約第 9 條第 5 款後段援引促參法第 49 條之規定而約定：「...轉運站相關設施應採機場經營模式，並應優先租予經政府核准之客運業者，『其相關費率標準須報主管機關審核通過』。」則被告在核定該相關費率標準時，仍係依促參法第 49 條規定為之，不因系爭契約第 9 條第 5 款後段之約定，而遽謂僅係系爭契約之履行。復因原告參與之臺北轉運站之公共建設屬公用事業，此觀諸被告狀稱「轉運站月台等公用事業設施」等語益明，故依促參法第 49 條第 2 項、第 3 項之規定，無論是於投資申請案財務計畫內擬訂營運費率標準、調整時機及方式時，或是於公共建設開始營運後如有修正必要時，均應經被告基於該公用事業主管機關之地位依法核定後，由被告另基於主辦機關之地位納入契約或修正投資契約相關規定並公告之。從而，被告基於該公用事業主管機關之地位，依促參法第 49 條第 3 項之規定，暨基於該規定所為之系爭契約第 9 條第 5 款之約定及系爭費率審核作業要點第 8 點之規定，以 98 年 3 月 3 日府交運字第 09830493800 號函所為之核定：「...本府核定之臺北轉運站設施租金費率每席月台每月均價為 206,486（元/月），日間時段（5 至 24 時）每席月台每月租金 188,424（元/月），夜間時段（0 至 5 時）每席月台每月租金 64,221（元/月），租用售票窗口每窗口每月租金 2,854（元/月）（以上租金皆含營業稅 5%）。另臺北轉運站之費率調整機制，亦在本次核定之範疇...，故請依核定之設施租金暨調整機制儘速與各進駐國道客運業者完成簽約，以加速業者進駐臺北轉運站之相關時程。」既係就營運費率標準、調整時機及方式等公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，自係上揭訴願法第 3 條第 1 項及行政程序法第 92 條第 1 項所規定之行政處分，且參酌司法院釋字第 423 號解釋之意旨，不因其用語、形式、

機關就該核定之行政處分之適法性及妥當性詳予研酌，而有引發雙重身分下之管制爭議問題。

（二）京站百貨及建案

本投資案之民間機構萬達通公司在因投資案取得地上權所興建之建物採取「信託營運方式」作為附屬設施經營管理之營運模式，由於與政府簽訂之開發經營契約約定不得就建物為移轉，該公司遂以購買「使用權」方式，以較低附近建案便宜的價格推出建案之預售，而在法律上引發對於「使用權買賣」之性質、投資人保護之相關問題及道德風險的產生等相關議題¹⁶⁵之討論。恐有將民間機構原應承擔之融資風險移轉於投資大眾，且產生爭議時，身為「地主」之政府，亦難以置身事外。況當分割為眾多使用權之住宅用途之建物，縱然使用權附隨在營運期屆滿後而消滅，未來營運屆滿移轉所有權於政府時，政府將面臨眾多住宅使用者之現實狀況，如何處理將會是一大考驗。

四、分析

關於公共設施使用上之爭議問題，屬營運成本及風險管理事項，本投資案採取 BOT 模式，對該公共設施營運管理之執行者為民間機構，由民間機構擔負起營運期間規劃改善之責。另政府為身兼目的事業主管機關及契約當事人之主辦機關雙重身分下，在行政處理上應予以區分就係以主管機關所為之行政管制行為，抑或以契約當事人所為之履約管理行為，以免產生在執行監督管理之混淆。

至於本投資案在附屬設施上採取「信託營運方式」部分，民間機構就因投資

有否後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異，揆諸上揭訴願法第 1 條第 1 項前段及行政訴訟法第 4 條第 1 項之規定，原告認為該核定之行政處分違法或不當，致損害其權利或利益者，或因該核定之行政處分違法，認為損害其權利或法律上之利益者，得循序提起訴願及行政訴訟，以資救濟。」為由，撤銷交通部訴願決定。

¹⁶⁵ 參照王文宇，〈行政判斷與 BOT 法制——以 ETC 案及京站案為例〉，月旦法學雜誌第 142 期，第 26-32 頁。

契約所取得營運資產以複雜的信託關係且進行「使用權」買賣方式獲取利益，在交易架構上似無違法，但從促進民間參與公共建設之精神，對於民間機構所興建之附屬設施仍應考慮 BOT 契約的特性與促參之精神¹⁶⁶，以減低政府所需承擔之風險。

第四款 阿里山森林鐵路及阿里山森林遊樂區案

一、計畫概況

阿里山森林鐵路自西元 1906 年起由臺灣總督府開始興建，至 1912 年正式通車，迄今已近一世紀之久，原為行政院農業委員會林務局自行管理經營之運材鐵路，嗣後轉型為觀光鐵路，不僅為台灣重要之國寶級文化資產，亦為世界著名三大高山鐵路之一。惟因運量低、速度慢，設施老舊，復因阿里山公路通車，致使阿里山森林鐵路營運長期處於虧損狀態。行政院農委會林務局不堪連年虧損，且為提升阿里山森林遊樂區服務品質及阿里山森林鐵路之永續經營與文化資產保存等，行政院農業委員會林務局於 95 年 6 月 19 日與宏都阿里山國際開發股份有限公司簽訂興建暨營運契約，營運期 33 年，包含森林鐵路營運（OT）、興建觀光旅館（BOT）及北門車站綜合開發之「三合一」開發案。

二、類型

屬公共建設之農業設施類別，以 BOT 及 OT 的方式由民間參與。

三、執行狀況及問題

¹⁶⁶ 目前行政院公共工程委員會對於地方政府與民間採合作開發方式之土地開發案，如為公共設施（如市場）與住宅綜合利用，興建完成後住宅部分即予出售（未納入營運範圍），均認為未符促參法第 8 條委託民間經營之參與方式不符，無促參法之適用，參照行政院公共工程委員會 98 年 4 月 1 日工程促字第 09800008170 號函及 98 年 4 月 3 日工程促字第 09800117590 號函釋所示，究其理由實應民間經營方式不符合促參之特性及精神。

1. 2009 年 3 月間阿里山森林鐵路列車駕駛 24 位集體請辭案，並發生上山車次遲誤抵達阿里山之情事。
2. 在興建國際觀光旅館 BOT 案使用之土地因位於原住民部落「國土復育策略方案暨行動計畫」區域內，頻遭原住民抗議且有環境影響評估問題。
3. 行政院暨所屬農業委員會(林務局)、公共工程委員會、原住民族委員會及交通部因本件投資案遭監察院予以糾正，其理由略以：(一) 行政院核定本案過程粗糙，未優先考量阿里山森林鐵路所獨具之歷史文化懷舊價值與森林保育優先目標，一味以政府減少營運支出為考量，致委外營運後問題叢生。本案以農業設施名義辦理本案鐵路民營化與觀光旅館興建與營運促參案實屬荒誕，且工程會促參列管資訊系統並未執行實質審核及督導管考作業，僅具媒合與宣導功能，行政院據以核定免受「國土復育策略方案」拘束，實有未洽，又委外營運契約財務評估粗糙，政府獲益虛盈實虧，允為不當；(二) 阿里山三合一委外興建及維運案依法固無需併案一次送請環評，惟森林遊樂區沼平車站旁之觀光旅館及其相關附屬設施之興建及營運部分，既位於中高海拔地形敏感山區，林務局卻未先行辦理環境調查，亦有未洽。(三) 阿里山森林鐵路移轉民營當月，交通部始密集核定相關營運規定與證照，實予人有量身訂作之嫌，亦屬不當。(四) 行政院原住民族委員會對於本案處理態度過於消極，致未能積極有效保障原住民族權益，難辭其咎。
4. 阿里山森林鐵路於 2009 年 8 月 8 日莫拉克風災後，遭受重大損害，民間機構無力復建，經林務局數度函催均未置理，且阿里山森林遊樂區內之觀光旅館也未能於契約約定期限內完成興建，林務局依契約於 99 年 3 月 22 日發文終止委託宏都阿里山公司辦理森林鐵路營運維護及北門車站暨阿里山森林遊樂區內觀光旅館興建營運之全部契約，將森林鐵路收回再委由台鐵經營。

5.宏都阿里山公司於 99 年 3 月 25 日下午 3 時召開記者會，指稱林務局片面終止契約不合法，且林務局有拒絕召開營管會及不顧協調委員會決議事宜之情事等。

四、分析

本件採三合一開發方式，民間機構對於該投資案之營運風險應更加慎重評估。當公共服務之提供涉及高度技術性及重大公益性質時，主辦機關對於民間機構的經營能力及財務狀況亦應在事前甄審階段、事後履約階段進行控管。再者，當公部門將行政任務交付由私人來執行時，應以維護公益為作為首要目的，不應以減少政府支出或增加獲利為唯一考量，因此在涉及其他人權益時（本案為原住民權益），應詳加進行影響評估並設法找出周全方式解決之。又促參案件為國家角色由執行者轉變為擔保者，國家仍應對該案件之成敗負擔保責任，當民間機構執行失靈時，國家則需擔負承接責任，繼續提供公共服務。

第五款 前庭社區健康廣場委託興建營運案

一、計畫概況

行政院衛生署台南醫院於 93 年間，考量該院中山路前廣場光線陰暗，且有圍牆阻隔，乃規畫為多功能健康廣場（即南方公園，下稱系爭廣場），提供部分用地興建店舖招商，希藉由民間資源、技術及規劃經驗，設計出實用及美觀的院區，提供病患、家屬、員工到（在）院之所需，經行政院衛生署同意核備後辦理招商，於 94 年 6 月 22 日與汎勝國際實業有限公司（下稱汎勝公司）簽訂「行政院衛生署台南醫院前庭社區健康廣場委託興建營運 BOT 案」合約書，將系爭廣場委託汎勝公司興建、營運，民間投資金額為新台幣 4,000 萬元，期間為 94 年 6 月 22 日至 102 年 6 月 21 日止計 8 年。

二、類型

屬公共建設中衛生醫療設施類別，以 BOT 方式由民間參與。

三、執行狀況與困難

1. 行政院衛生署台南醫院及行政院衛生署因本件投資案遭監察院予以糾正，其理由略以：

行政院衛生署台南醫院辦理「前庭社區健康廣場委託興建營運 BOT 案」，除適用促進民間參與公共建設法外，因事涉醫院之擴充，該院漏未依醫療法規定程序先報經台南市衛生局審核辦理；決標後復輕率允准廠商大幅擴充店舖營運建築面積，造成醫院環境品質惡化及管理上之失控，悖離原立案辦理提供病患、家屬及員工到在院所需之目的；行政院衛生署對於適用促進民間參與公共建設法兼具醫療法規定辦理之案件，以訂定授權標準由各醫院自行辦理，未就案件屬性善盡上級機關把關審核之責，迨履約階段經地方衛生主管機關發現未依醫療法規定辦理始補辦程序，經核均有違失。

2. 署立台南醫院嗣後以洸勝公司其履約有缺失致悖離原案委託之精神與理念，業經監察院糾正在案，且該公司有違反合約之規定，乃於 98 年 10 月 16 日終止合約，並訴請法院判令洸勝公司返還房屋並請求按日給付懲罰性違約金 30,000 元。經台南地方法院 99 年 5 月 5 日 98 年度重訴字第 311 號判決以：台南醫院對洸勝公司為終止合約之意思表示，為無理由¹⁶⁷；台南醫院得依合約之規定，

¹⁶⁷ 本件判決認為終止合約之意思表示為無理由，理由略以：被告於系爭廣場經營花車攤販係經原告同意；系爭合約並未約定被告營運對象僅限於至原告醫院就醫之病患、病患家屬及原告醫院員工；原告並未舉證證明系爭廣場製造之聲音，已影響當地居民之居住安寧，從而，原告以被告於系爭廣場經營花車攤販影響原告醫院形象；被告未依系爭合約之約定限制系爭廣場營運對象限於至原告醫院就醫之病患、病患家屬及原告醫院員工；系爭廣場製造之聲音，已影響當地居民之居住安寧，而破壞原告醫院之形象為由，主張被告進行不當營利或破壞原告形象之行為，違反系爭合約第 4 章第 4 條第 4 項第 4 款之規定，依系爭第 12 章第 1 條第 3 項第 4 款規定終止系爭合約，請求被告應將系爭房屋騰空點交予原告，為無理由。

請求狀勝公司撤除花車攤販¹⁶⁸，而為一部勝訴一部敗訴之判決，故本投資案契約仍繼續存在。

四、分析

促參案件具有公共任務性，應以維護公益為作為首要目的，如任由民間機構變更經營方式以謀求獲利，不僅悖離促參精神，主辦機關亦有未善盡監督管理之責。監察院糾正本案之重點在於提醒主辦機關促參案件之精神，是現行行政機關辦理促參案件時最常忽視且最容易犯之錯誤，值得注意。

第六款 北投纜車投資案

一、計畫概況

臺北市政府計畫自北投溫泉親水公園起至陽明山國家公園管理處對面之交通轉運公園止，全線約 4.8 公里，採單線自動循環式空中纜車系統設置 4 處場站，以促進北投地區觀光事業發展。於 94 年 4 月 20 日公告「民間參與投資興建暨營運北投線空中纜車計畫」進行招商，並於 94 年 12 月 13 日與儷山林休閒開發股份有限公司（下稱儷山林公司）簽定民間參與投資興建暨營運北投線空中纜車投資契約，許可投資期間自 94 年 12 月 13 日簽約起 32 年（含興建期）。

二、類型

¹⁶⁸ 本件判決認為得請求狀勝公司撤除花車攤販，理由略以：原告預慮日後可能因政策需要，有收回營業區域之一部或全部之必要，而與被告協商簽訂系爭合約第 4 章第 5 條第 3 項（「甲方於必要時，有權要求乙方關閉營業區域之一部或全部，以配合甲方政策之執行或其他必要措施」）之規定，自有其必要，亦為被告所明瞭，自難認系爭合約第 4 章第 5 條第 3 項之規定，對被告顯失公平。原告以監察院依上開理由對原告提出糾正案為由，主張其因政策之執行，有要求被告撤除花車攤販之必要，並無不當。花車攤販既非系爭合約規定被告必須營運之項目或得經營之項目，而係經原告書面同意經營之項目，則原告亦應有權決定是否同意被告繼續經營花車攤販。被告顯欲以上開新訂之租約阻撓原告請求被告撤除花車攤販，其做法難認允當。故從本判決中似可認為，如基於公益性而約定主辦機關有單方之變更權，且為民間機構所知悉，則非屬顯失公平。

以 BOT 方式由民間參與。

三、執行狀況與問題

儷山林公司在陽明山國家公園範圍之山上站規劃「研習住宿設施」，前經內政部營建署陽明山國家公園管理處（下稱陽明山管理處）於 95 年 6 月 2 日核發建築執照，惟行政院環境保護署以 95 年 7 月 21 日環署綜字第 0950058307 號函知陽明山管理處，認為山上站之開發項目符合環境影響評估細目及範圍認定標準第 23 條第 1 款之項目，應實施環境影響評估；而依環境影響評估法第 14 條第 1 項之規定，未完成環境影響評估審查認可前不得為開發行為之許可，其經許可者，無效。陽明山管理處遂以 95 年 7 月 26 日營陽建字第 0956001614 號函知儷山林公司，其所領有被告 95 陽建字第 00006 號建造執照許可無效。儷山林公司對此提起行政爭訟¹⁶⁹，而纜車全線因環評問題自 95 年 7 月停工迄今。案經 95 年 12 月行政院環保署函釋釐清環評疑義，並由 BOT 特許公司決定暫不進行「溫泉遊憩設施」及「研習住宿設施」之開發後，多次提出修正及提送興建開發計畫書，送經陽明山管理處及內政部國家公園計畫委員會會議審議，並提送臺北市政府。全案仍在審查階段各級機關之審查階段，需待國家公園主管機關審查通過，方可復工及繼續辦理建築許可之申請¹⁷⁰。

¹⁶⁹ 本件儷山林公司提起訴願，經內政部審認該 95 陽建字第 00006 號建造執照許可是否無效，應依行政訴訟法第 6 條規定，訴由高等行政法院確認，非屬訴願救濟範圍，而為不受理之決定。儷山林公司猶未甘服，遂提起行政訴訟。經臺北高等行政法院以 95 年度訴字第 3899 號判決駁回，其理由則認為：被告核發之 95 陽建字第 00006 號建造執照，既因違反認定標準第 23 條第 1 款第 1 目規定，依環境影響評估法第 14 條第 1 項規定應屬無效，且經參加人基於主管機關立場為有權之解釋，被告做成系爭確認前開核發建造執照處分無效之處分，即無不合，訴願機關誤認非訴願救濟範圍而未就實體審議，固有未當，惟其結論並無二致，應予維持。儷山林公司再提上訴，經最高行政法院 98 年度判字第 1119 號上訴駁回確定，其理由雖同意臺北高等行政法院駁回理由，惟指出原判決認參加人所為本件研習住宿設施是否符合認定標準第 23 條第 1 款第 1 目，有判斷餘地部分，法律見解有誤，及其未就上訴人於原審所主張參加人 95 年 7 月 21 日函係基於錯誤事實所為之解釋認定一節為論斷，雖均有未合，然其駁回上訴人之訴，結論相同，仍應予維持。本案例中最高行政法院判決特別之點在於指出行政機關判斷餘地及法院對此審查之範圍。

¹⁷⁰ 參照臺北市政府新建工程處業務資訊網頁之常見問答說明，<http://www.nco.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1152310&ctNode=32467&mp=106021>，2010/8/11。

四、分析

促參計畫推動時，因土地規劃、開發審議、用地變更及建築許可等各階段，均有各種審查、審議、變更、核發許可等行政程序要進行，本案係因建築執照核發許可涉及環境影響評估問題，以致工程延宕，在期前評估上更應考量此等重要問題，以避免產生履約執行問題。

第三節 促參案件履約階段重要執行課題

第一項 依案例執行經驗

依據前節之促參案件執行狀況及所面臨之困難，可彙整出促參案件辦理時之重要的執行課題分別為：工程興建風險控管、各種行政程序配合事項、資金取得困難問題、營運風險監督控管事項、政府承諾及協助事項、公共利益之維護，其與相關案例之對照表如下：

表 4-3 促參案件履約階段重要執行課題及相關案例

相關案例	台大第二活動中心案	台鐵萬華車站大樓案	交九用地開發案	阿里山森林鐵路及遊樂園案	前庭社區健康廣場委託興建營運案	北投纜車投資案
執行課題						
工程興建風險控管				●		●
各種行政審查程序配合事項				●		●
資金取得困難問題		●				
營運風險控	●		●	●	●	

管事項						
政府承諾及 協助事項			●	●		
公共利益之 維護			●	●	●	●

資料來源：工程會「促參案件履約階段執行經驗調查與建議」委託研究報告及本研究整理。

第一款 工程興建風險控管

在促參法所定之民間參與方式中，除 OT 係由政府投資新建完成外，其餘類型均包括新建、擴建或整建（以下統稱為興建）之工作。由於工程興建階段資金需求最高，在興建階段可能會受到自然環境、社經環境之不確定因素¹⁷¹影響，或因變更設計抑或因工程興建品質不良需重新施作，導致工程成本提高，諸此因素均會導致工程費用超出預算，而提高興建階段之風險，甚至工期受到延宕，造成投資者回收時程的延遲。

在前節促參案例中，阿里山森林鐵路及遊樂園三合一投資案即因興建國際觀光旅館 BOT 案所使用之土地頻遭原住民抗議之社經因素，北投纜車案則因環評問題需重新修正開發設計，興建工程因而受到擱置，上開案例顯示出一項重要關鍵，即是對於工程興建之風險控管上應再予加強，以避免促參案件之無法進行而導致失敗。

對於工程興建風險之控管，首要為在招商前民間機構及主辦機關均應進行風險評估，列出本工程可能發生之風險因子，以作為成本計算之參考。主辦機關得透過投資契約訂明民間機構在興建階段之責任，包含成本超支風險應由其承擔，對於公共建設興建品質之控管上，透過要求民間機構提送執行設計及興建工程之管理計畫，主辦機關基此作為監督管理之依據。再加上對於民間機構之財務結構

¹⁷¹ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95 年 1 月，第 120 頁。

應隨時進行查核，在其發生資金需求問題時能隨時因應，以利承接責任啓動，其目的在於事先作好預防風險發生，事後作好因應風險之規劃。

第二款 各種行政程序配合事項

促參案件推動時通常需辦理各項審查、審議、申請許可、核發執照等行政事項，相應配合之行政機關不單爲主辦機關，按照所涉行政事項之性質將有不同目的事業主管機關。一般而言，可將上述行政審查程序劃分爲土地規劃、開發許可、辦理變更、建築許可等四個階段，並依公共建設位處都市計畫用地或非都市計畫用地而有不同的審議程序¹⁷²，下表爲各類審議機關於各審議階段之工作：

表 4-4 各類審議機關於各審議階段工作一覽表¹⁷³

主管機關	土地規劃階段	開發審議階段	用地變更階段	建築許可階段
土地使用	申請人取得土地使用相關證明文件(縣市政府地政單位)	土地使用計畫審議 一、都市計畫地區：縣市政府都委會、內政部都委會。 二、非都市土地：縣市政府非都市土地開發審議小組、內政部區委會。	一、都市計畫地區：辦理公告(縣市政府都計單位)。 二、非都市土地：公共建設興闢、平地之整地排水、分區及用地變更(縣市政府建管單位、地政單位)。	審查核發建築執照、建築施工、核發使用執照(縣市政府建管單位)。
目的事業	同意籌設該目的事業	興辦事業計畫審查		追蹤開發行爲是否符合環境影響評估審查結論
環境保護		審查環境影響評估		監督開發行爲是否符合環境影響評估審查結論
水土保持		非都市土地之山坡地：審查水土保持規劃書(行政院農委會或縣市政府水土保持單位)	非都市土地之山坡地：審查水土保持計畫(縣市政府水保單位)	都市計畫之山坡地：審查水土保持計畫(縣市政府水保單位)

¹⁷² 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95年1月，第123頁。

¹⁷³ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，研擬民間參與公共建設整體作業手冊，90年12月，第3-20頁。

在前節促參案例中，北投纜車投資案即因民間機構所規劃「研習住宿設施」申請建築執照時應否進行環境影響評估問題，土地使用主管機關因環境保護主管機關之意見而變更核發執照，導致後續開發工程完全擱置，陷入重新審查之費時程序中。由於行政審查程序之時程非民間機構得掌控，時程之延宕對於公共建設完工期限及其後營運均會造成影響，亦會提高民間機構所承擔之風險，屆時會發生公共任務執行時責任歸屬之問題。

因此針對於各種行政程序配合事項，最主要在主辦機關之行政因應措施，辦理促參作業之前期規劃應先瞭解相關行政審查程序與法令，在招商文件及投資契約中將其列入政府承諾或協助事項，並建立單一窗口¹⁷⁴以協助民間機構辦理各項行政事項申請程序，以利促參案件之進行。

第三款 資金取得困難問題

由於促參案件興建階段需有龐大資金需求，營運階段可能要繳交權利金，又基於營運必要維護管理公共設施亦需要資金來支持。對民間機構而言，資金之取得與否為參與投資案最重要的風險評估及管理事項，但對融資機構而言，對於促參案件所評估之風險包括有：民間機構自有資金籌措能力、承包商及營運商履約風險、工程延誤及成本超支風險、營運收入未如預期、計畫長期償債能力不足、政府相關計畫延誤、環保或其他民眾抗爭、法律變更或政府預算編列變更、計畫變更或取消風險不可抗力或除外情事等風險¹⁷⁵，縱使在促參法第三章有政府得提供辦理融資事項之相關協助規定，融資機構在風險評估後，認為風險過高時，民間機構仍無法取得資金。

¹⁷⁴ 臺北市政府於 92 年 5 月成立促進民間參與公共建設業務單一窗口，由財政局專責辦理此項推動業務，並於 93 年 2 月 9 日發布「臺北市政府促進民間參與公共建設推動委員會設置要點」，同時成立「臺北市政府促進民間參與公共建設推動委員會」，透過該委員會之功能，達到業務經驗分享及集思廣義，解決法令、溝通及實務執行上之問題，俾使各機關辦理促參案件能順利進行，亦能協助民間機構申請事項行政程序之辦理。

¹⁷⁵ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，民間參與公共建設融資風險之相關研究，92 年 10 月，第 50-53 頁。

在前節促參案例中，台鐵萬華車站大樓案因民間機構無法如期繳納履約保證金，再加上發起公司之一發生跳票並被假扣押，難以取得融資，因而造成投資案之失敗。又如臺灣高鐵公司亦發生融資問題，在政府擔保下，連貸銀行使願意給予資金之注入。

因此主辦機關在辦理促參案件應先進行風險評估計畫，將可能發生之風險因子使潛在投資人事先瞭解，並使融資機構得以先行評估。在招商階段應謹慎訂定投資人之各項資格條件，包括組織狀況、財務狀況、興建及營運能力等，並在投資契約中將主辦機關與民間機構所應承擔之風險予以合理分配，或列入政府承諾或協助事項，以降低民間機構之風險，亦能消弭融資機構風險評估時之疑慮，進而真正協助民間機構解決資金取得之問題。

第四款 營運風險控管事項

由於促參案件在營運期間往往長達數十年，在期初規劃、甄審評選出最優申請人至簽訂投資契約所評估之風險，會因時空變遷而有所改變。營運階段可能發生的風險包括有：相關公共建設風險、技術風險、對於規模與價格之需求及供給風險、成本擴增風險、管理風險、不可抗力風險、專案設施滅失、責任風險等¹⁷⁶，營運風險具有不確定性，因此對於經營設備或管理之費用等只能以「估算」方式為之，然而在實際運行後，當真正成本超過原先計畫時所預設，會產生侵蝕獲利能力之情形。

在前節促參案例中，阿里山森林鐵路及遊樂園三合一投資案，宏都阿里山公司雖營運有諸多疏失，但最後因阿里山森林鐵路遭受莫拉克風災，其無力修復遭林務局終止契約收場。而台大第二活動中心案縱其營運之獲利良好，但因民間機構營運時對承商之管理措施不當，任由價格調整，並違反契約之相關規定，其情

¹⁷⁶ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95年1月，第129頁。

節重大而遭終止契約。該二例均為因營運風險評估及控管問題，導致失敗。

因此對於營運風險控管上，首先在甄審階段，主辦機關對於民間機構營運風險因應能力應列為考量事項，而不以價格作為甄審唯一考量¹⁷⁷。在履約階段為了化解營運風險，應賦予主辦機關得主動調整契約所定權利義務之權力，不僅係基於情事變更原則，更因促參案件具有公共任務性，實有允許主辦機關基於公共利益考量，如依原契約繼續履行或處置有礙公共利益情事者，得逕予調整契約之權。又主辦機關可藉由營運計畫之審查、財務報告、營運報告、績效評估制度等方式，進行營運階段之監督管理，並以保險制度、融資機構介入方式，作為營運風險分擔之機制。

第五款 政府承諾及協助事項

民間參與公共建設為公私協力之類型，公部門與私部門以合作的方式共同執行公共任務，僅在角色分擔有所不同，基於夥伴關係則應相互配合。在引進民間機構資金及經營效率後，由民間機構擔當執行公共任務之角色，政府則居於擔保者地位，確保公共任務之執行。當民間機構執行公共建設計畫中，面臨興建、營運、財務及相關不確定之風險時，政府應基於合作夥伴之立場，在相關法令許可範圍內提供必要之協助，藉由雙方互相配合，促參案件始能成功。

在促參案件中，政府可透過承諾事項之公告，降低投資風險以提高廠商之投資意願¹⁷⁸，協助事項則基於合作關係，促進案件之進行。然政府承諾事項與協助事項之範圍需依據事務之本質先予以釐清。

¹⁷⁷ 以價格或金額列為甄審項目之一，可能會篩選出較具財力之申請人，亦可能篩選出較具冒險精神、敢於出高價之申請人。參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95年1月，第131頁。

¹⁷⁸ 臺北市政府辦理市府轉運站獎勵民間投資興建營運投資案中，承諾以遷移城際客運站位及新闢路線之引進、辦理周邊交通設施之改善，甚至同意於該計畫開發經營期間內，不得於本基地半徑1.5公里範圍內新增其他轉運站（除於本契約簽訂前已公布或執行之轉運站外）等，參照臺北市政府「市政府轉運站獎勵民間投資興建營運案招商說明書」，91年8月。

政府承諾事項主要是在促參案件辦理中必須由政府提供或涉及公權力行使及依法應由政府來執行者，例如用地之交付、政府投資建設部分。當政府對於承諾事項不履行時，法律效果屬違約，依據契約有關甲方（主辦機關）違約之相關規定處理。而政府協助事項主要是基於民間機構乃以自行辦理為主，主辦機關得在法令範圍內提供協助，例如融資之協助取得（促參法第三十條）或相關行政程序之申請。因此政府對於協助事項未履行時，雖不構成違約，但民間機構可主張非可歸責於乙方事由，申請履約期限之展延，如因而超出可承擔風險之程度者，得主張不可抗力或除外條款免除其責。

國內促參案例之執行經驗中，有諸多案例在政府協助事項上，因民間機構與主辦機關對於協助之程度、協助內容之多寡有不同認知¹⁷⁹，因而發生爭議。例如在前節促參案例之阿里山森林鐵路三合一投資案中，宏都阿里山公司遭林務局終止契約後，提出林務局拒絕召開審查會議及未配合協調會決議等¹⁸⁰，因而主張有不可歸責之事由，認為林務局片面終止契約不合法。

關於政府承諾或協助事項常發生之爭議部分，主要係因促參案件之當事人之一為公部門，須遵照依法行政之原則，執行承諾或協助事項之人員為公務員，受有公務員服務法、刑法等之制約，因而在行事上對於其主管或監督之事務恐有違背法令直接或間接圖自己或其他私人不法利益之疑慮，進而採取保守之態度。但就促參本質而言，政府與私人係基於合作關係，在法令許可範圍內，政府本該竭力提供協助，不應以唯恐有圖利民間機構之觀點來規避協助事項之處理。現行實務運作模式對於約定協力事項在契約通常會附加：「甲方不擔保依本契約約定所

¹⁷⁹ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95年1月，第139頁。

¹⁸⁰ 林務局就此提出嚴正聲明，認為終止契約一切依法辦理，對宏都阿里山公司所指之點表示該公司迴避契約應有之責任，自無法召開營運管理委員會進行審查。又協調會提案事項未給予林務局適當時間予以回應，會議僅依宏都阿里山公司單方面陳述，漠視林務局應有之陳訴權益，基此，林務局提出異議，依契約規定，協調方案因異議而不生效力。參照林務局2010/3/25新聞稿。

為之協助事項必然成就，乙方亦不得因甲方前述協助事項未能成就而主張甲方違反義務。」¹⁸¹不僅為避免民間機構藉此主張政府未盡協力事項，政府更常基此規避協力責任，無怪乎有認為¹⁸²協助事項之訂定，似看不出政府承諾協助之誠意，當相關問題無法解決時由民間機構自行負責之約定，更顯已與促參標榜「公私協力」之精神有違。

第六款 公共利益之維護

政府為推動公共建設、促進經濟發展、提升國民生活品質及公共服務水準，在政府支出公共建設經費之短絀情況下，積極引進民間參與公共建設，以吸引民間之投資。在此情況下，國家只是將公共任務交由私人參與來執行，國家對該任務履行上仍應負擔完全之責任，因此在民間參與公共建設上仍應以公共利益維護為原則。有學者認為¹⁸³在「公共利益」考量上，實包括投資者經營效益及公共設施使用人的利用權益間均衡維護。

前節促參案例中，阿里山森林鐵路及遊樂園三合一投資案，因涉及當地原住民族權益，主辦機關未能積極有效保障其權益，造成不斷抗爭，影響工程之興建；前庭社區健康廣場委託興建營運案則悖離原立案辦理提供病患、家屬及員工到在院所需之目的，導致醫院環境品質惡化及管理上之失控，遭監察院糾正後，主辦機關因此終止契約；對北投纜車投資案之環境影響評估，即是基於維護公共利益之目的。政府辦理促參案件時，不能僅單純以減少政府支出或增加獲利為唯一考量，應以公共利益為中心，否則在執行上仍會遇到種種困難，進而影響案件之執行。

¹⁸¹ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告－BOT 招商文件及投資契約範本，97 年 10 月 20 日。

¹⁸² 參照陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班，民國 98 年，第 160-161 頁。

¹⁸³ 參照李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查－兼評臺北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決，臺灣本土法學雜誌第 82 期，第 180 頁。

第二項 其他課題

依據前節國內促參案例之執行經驗中除可歸納出部分課題外，在實際上促參案件執行上亦有下列問題，值得再進行討論：

第一款 特許權轉讓問題

特許權是根據投資案參加者的條件資格及可靠程度，在眾多投資人中角力比較，透過甄審程序層層把關下，最後選拔出最優者，而授與特殊的許可權，允許在一定期限內經營特定事業，甚至有排除他人經營之效果。對於參與公共建設之民間機構而言，因締結投資契約而取得此特許權利，該特許權為債權之一種，依據民事法則，權利如無受限制時得自由使用、收益、處分，因此特許權可能發生轉讓、出租、設定負擔，甚至成為民事執行之標的，導致主辦機關對於參與公共建設之民間機構的條件資格無法控管，辦理甄審程序目的難以實現，甚至可能發生藉由轉讓特許權方式，卸除提供公共服務之責任¹⁸⁴之弊端。

第二款 契約內容之協商與規範密度

促參案件之投資契約規範主辦機關與民間機構間權利義務，然而契約可能間接影響到接受公共任務之一般民眾¹⁸⁵。在契約訂定上常未就公共任務核心事項予以詳加規定，或未考量一般民眾的需求，造成主辦機關對民間機構依照契約予以監督，而必須作契約調整。在採取公、私法二元論，需在契約定性上判斷究竟屬於私法契約抑或行政契約？此不僅會影響其適用之法則及規範密度，在契約協商、調整原則上均會影響其適用，在爭議處理機制上亦受影響。

¹⁸⁴ 此類情事並非難以想像，民間機構以營利為優先考量下，在獲利了結後，恐藉故抽身而卸責。

¹⁸⁵ 參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 244-245 頁。

第三款 行政機關判斷標準

關於民間機構工程、營運品質的認定、是否有違約情形、經營不善之認定，在在都按照行政機關判斷來處理，若未建立一套判斷標準，則恐有模糊、不確定性存在¹⁸⁶，且可能發生因承辦人員交替或內部單位之見解不同，而為相異之處斷，引起更多的紛爭。解決此爭端，先從降低紛爭起因著手，若能藉由建立良善的作業流程或標準作業模式，不僅可以加強管理，更可減少判斷之餘地。

第四款 營運績效評估制度

營運期間動輒數十年，在這麼漫長的營運期間最直接對營運情形進行評比者，即為營運績效評估委員會，然而依促參法五十四條及施行細則六十一、六十二條規定，營運績效評估僅在作為續約與否之認定標準，並無其他的效用，此時縱使將評估事項非常的精密（例如對公共設施的維護管理、清潔程度情形、管理人員配置充足與否等進行評估），抑或將評估次數設計為每月、每季或每年，在運作上如民間機構不打算續約時，抑或無續約之望者，對於營運品質則不可能去重視，而造成空洞且無用的績效評估制度此種營運評估機制之設計恐陷於形式立意良好，但無實質效用，營運績效評估制度應重新設計。

¹⁸⁶ 促參法第 52 條所規定之施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或「其他重大情事發生」究竟如何判斷之，雖施行細則第 48 條有給予定義性規定，但仍有不確定性及爭議空間。



第五章 擔保國家理論於民間參與公共建設之 落實－以促參案件法制層面之架構為 中心

第一節 建立促參案件監督管理之規範架構－從立法 層面著手

促參法係政府基於提升公共服務水準，加速社會經濟發展之目的，引進民間參與公共建設興建與營運所訂之規範制度，在我國現行法秩序下，在體系定位歸屬於經濟行政法¹⁸⁷之一環，其適用標的內容在評定上被認為屬一種具營利性質之私經濟活動。然而，該私經濟活動除具有營利性質外亦包含有公共任務性，因此國家對於民間參與此等類型經濟活動時，其形成、促進、申請、簽約、履約管制及監督等應從事影響與介入措施¹⁸⁸。當促參案件經過嚴密之甄審程序選定最優申請人，國家始正式將公共任務交由私人來執行，由於促參案件重於公、私部門合作關係，為保持合作之彈性，國家對履約階段所為之管制措施宜以框架式立法方式，訂定基本管制原則，實質雙方權利義務事項則倚賴契約來規制。現行促參法對於國家應行之監督管理責任部分僅以數個條文作為規範基礎，均賴以契約作為規範，尚嫌簡略¹⁸⁹，基此，本文先從立法層面上探討促參案件履約階段之管制應先踐行之事項，再討論監督管理之內容，藉此嘗試從立法層面建立促參案件監督管理之規範架構。

¹⁸⁷ 學界一般通說認為經濟行政法係指「規範公權力主體對於經濟生活所形塑、促進、管制、監督，以及自為給付等措施之法規範總稱」Vgl.Ruthig/Storr, *Öffentliches wirtschaftsrecht*,2005,S.11f.轉引自詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九五年度判字第一二二九號判決〉，月旦法學雜誌第 138 期，第 43 頁。

¹⁸⁸ 參照詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九五年度判字第一二二九號判決〉，月旦法學雜誌第 138 期，第 43 頁。

¹⁸⁹ 詳見本文第四章第一節。

第一項 相關法規配合建置及連結

第一款 確保促參案件進行之相關法規

政府基於減輕政府財政負擔，且藉由擴大公共建設投資作為提振景氣之目的，不斷獎勵民間參與公共建設，然而促參案件能夠順利進行及成功完成，除政府有辦理公共建設之意願及必要外，最主要的關鍵在於執行上所面臨之**用地取得、開發方式及投資資金取得之問題**，此方面政府大多採取開放土地政策及協助取得資金方式作為獎勵民間參與之相對代價，於促參法第二章即明文規定協助民間機構用地取得，如公共建設所需用地如涉都市計畫變更或非都市土地使用變更，主辦機關應協調迅速變更（第十四條）、所需用地為公有土地者以辦理撥用（第十五條）或讓售（第十七條）方式、屬私有土地者以價購或徵收取得（第十六條、第十九至二十條），並容許特定開發方式（第二十一至二十六條），第三章對於投資資金取得則以補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部方式取得資金（第二十九條），並且協助民間機構融資貸款（第三十至三十五條），另為了增加民間參與之誘因，更祭出租稅獎勵優惠，包括得免納營利事業所得稅（第三十六條），參與重大公共建設之支出得抵減當年度應納營利事業所得稅額（第三十七條）等。

是以，為確保促參案件進行，除於促參法本法予以明文規定外，所涉及之相關法規金融管理法規、土地相關法規、營建相關法規、公共建設所屬相關法規需進行配套規範，以有效實現促參案件所特有之政府協助及獎勵事項。如針對租稅優惠部分，財政部訂定「民間機構參與重大公共建設適用免納營利事業所得稅辦法」，訂明經營重大公共建設之特定所得可免納營利事業所得稅之範圍；對於促參案件中開發、興建供該公共建設之附屬事業使用上，得不受公共設施用地多目標使用之用地類別、使用項目及准許條件之限制（都市計畫公共設施用地多目標

使用辦法第三條第一款)；在融資機制上得適用不動產證券化條例(不動產證券化條例第十七條)等。相對的，如對促參案件之獎勵事項如促參法有修正時，相關所涉及之法規應相對予以修正，以避免適用上之衝突，自不待言。

第二款 涉及公共任務之相關法規

促參法僅依據適用公共建設的型態，作為民間參與公共建設情形的程序與實體規範，但該法並未依據各種公共建設背後所負有的公共任務特殊性¹⁹⁰，予以不同的規範，因此仍須依照公共任務的特性，就相關法制上進行連結。

我國對於公共任務得適用促參法由私人參與執行者，在立法層面上大多加入「結合民間資源」條款¹⁹¹方式為之，如社會救助法規定，直轄市、縣(市)主管機關於必要時，得洽請民間團體或機構協助辦理災害救助。社會救助，除利用各種社會福利機構外，直轄市、縣(市)主管機關得視實際需要，設立或輔導民間設立為實施本法所必要之機構(社會救助法第二十七條、第二十八條)。又如目前最火紅的例如都市更新條例中都市更新事業之實施，經劃定應實施更新之地區，得由直轄市、縣(市)主管機關或經公開評選程序委託都市更新事業機構、同意其他機關(構)為實施者或其土地及合法建築物所有權人自組更新團體，實施都市更新事業。(都市更新條例第九條、第十條)對於都市更新得由政府自行實施或委託實施，更新地區之土地及建物所有權人亦可自行或委託實施。然而在社會福利立法中，整體而言，在立法上已授權「結合民間資源」之正當性，惟政府與民間資源如何結合、服務對象依法享有的權利在委由私人執行過程中如何加以保障，均未做規範，而逕行授權行政機關訂定相關辦法(社會救助法第三十

¹⁹⁰ 例如適用促參法的社會福利設施，就其任務特性及實務現狀在經營上大多倚賴政府的補助，與促參法精神由經營者自負盈虧恐屬有別，因此仍需配合相關社會福利的法制予以辦理。參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 241 頁以下。

¹⁹¹ 參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 248 頁。

條)，恐有造成促參案件如涉及公共服務事項者在法令規範欠周全，而有適用之困難。因此在監督管理時，除依據促參法關於公共設施之興建、營運的監督，仍應結合公共任務的相關法規，配合控制，更嚴謹之作法則將其權利義務關係列入投資契約條款當中，以示明確。

第二項 以契約作為監督管理方式

第一款 法理基礎

從擔保國家理論基礎上對於公私協力類型以合作方式作為選擇之形式，由促參法作為框架式立法，在此立法下提供契約形成之空間和選項，以貫徹立法者實現擔保責任之意圖與確保任務執行之目的。行政機關因承擔擔保責任，藉由訂定契約相關條款，作為確保行政機關對民間機構履行契約之控管及影響力¹⁹²。

第二款 契約定性

從公私法區別一直以來都在學理及實務研究之重點，不僅在適用法理及法律效果有所不同，在救濟程序之管轄上亦有區別之必要。由於區分標準¹⁹³分歧多樣且欠周延，加上國家目的轉換、利益多元化走向及法律關係多邊化下，而產生公私法混同現象，公私法二分化法因此遭受批評¹⁹⁴。

隨著國家目的之轉變，行政機關得選擇以契約方式完成行政任務，契約之屬性，如同公私法區分上，會影響救濟途徑、強制執行程序等，因此在學說及實務見解發展出不同之判別理論，主要理論有契約主體說¹⁹⁵、契約標的說¹⁹⁶及契約目

¹⁹² 參照許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所，民國 96 年，第 327-330 頁。

¹⁹³ 公私法區分標準一般有採利益說、從屬說、主體說、新主體說之方式予以區別，參照吳庚，〈行政法之理論與實用〉，三民書局，2007 年修正十版，第 28-30 頁。

¹⁹⁴ 李震山，〈行政法導論〉，三民書局，2009 年修訂 8 版，第 31-33 頁。

¹⁹⁵ 此依據締約之主體來判斷之，參照許宗力，〈雙方行政行為，新世紀經濟法制之建構與挑戰〉，

的說¹⁹⁷，在吳庚老師在司法院釋字第五三三號解釋協同意見書中提出區分標準為¹⁹⁸：(一)協議之一方為行政機關；(二)協議之內容係行政機關之一方負有作成行政處分或高權的事實行為之義務；(三)執行法規規定原本應作成行政處分，而以協議代替；(四)涉及人民公法上之權利義務關係；(五)約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方之條款(例如將行政程序法第一四四條或第一四六條之意旨明訂於契約中)，關於第一項協議之一方為行政機關必須具備，其餘二項至五項終止要具有其中一項即可判別為行政契約，其後實務大多依據吳庚老師所提之判斷標準予以區分契約之屬性。

有關促參案件投資契約，因具有公私合作之性質，行政機關與民間機構立於平等合作之地位所訂定之契約，惟國家仍負有公益之擔保責任及公權力介入情形，因此在我國學說及實務上對契約之屬性見解極為分歧。有採私法契約說，亦有認為屬行政契約，抑或認其屬公私混合契約，各有立論之依據¹⁹⁹，在行政法院審理「高速公路電子收費 BOT 案」(即 ETC 案)，以「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

收錄於《廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，2002 年，第 280 頁。

¹⁹⁶ 此係指依據契約條款或內容所生之權利義務關係，就契約全部內容綜合判斷之，參照林明鏘，〈行政契約與私法契約之比較研究〉，收錄於《行政契約法研究》，2006 年 4 月，第 108 頁。

¹⁹⁷ 此係指依據契約締結之背後原因或追求之特定目的來綜合判斷，參照林明鏘，〈行政契約與私法契約之比較研究〉，收錄於《行政契約法研究》，2006 年 4 月，第 109 頁。

¹⁹⁸ 參照吳庚司法院釋字第五三三號解釋協同意見書、吳庚，〈行政法之理論與實用〉，三民書局，2007 年修正十版，第 434 頁。

¹⁹⁹ 參照許玫瑰，論行政契約與私法契約--以 ETC 案及台北小巨蛋為中心，輔仁大學法律學研究所，民國 97 年，第 75-77 頁。

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。」為由，從 BOT 案政府高度介入性及單方變更契約內容機制觀點認定為行政契約，提出與實務²⁰⁰「大多依據促參法第十二條規定之立法意旨及管轄之約定，將投資契約解釋屬於私法契約」之大為不同之見解，造成學界對此討論達到最高峰²⁰¹，對促參案件投資契約屬性之見解更加分歧。

由於促參案件投資契約在定性上究屬行政契約抑或屬私法契約，迄今仍爭論不休，行政院於九十七年十一月所提出促參法修正草案第十二條新增第二項：「前項投資契約，因履約所生之爭訟，由普通法院管轄。」立法理由更寫明：投資契約之性質，究為民事契約，抑或為行政契約，實務上有不同見解，為杜爭議，參酌司法院釋字第四六六號解釋「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」之意旨，並利快速解決履約爭議，爰增訂第二項，明定主辦機關與民間機構

²⁰⁰ 如臺灣高等法院 89 年度重上更字第 124 號判決：「系爭投資契約係由被上訴人招商發包，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，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。……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施行之前，依該法第五十五條第一項……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」、高雄高等行政法院 93 年度第 374 號判決：「據促進民間參與公共建設法第十二條規定……參考其立法理由，乃在明定投資契約屬民事契約之性質，暨其訂定之原則與履行之方法，並且藉由該條文揭示投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理之原則，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……，故原告所簽訂之上開海生館開發及委託經營合約其性質屬私法契約，殆無疑義。」

²⁰¹ 參照林明鏘，ETC 判決與公益原則－評臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌第 134 期；李惠宗，行政院對 BOT 最優申請人決定程序的審查－兼評臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號判決，臺灣本土法學雜誌第 82 期；江嘉琪，ETC 契約之公私法性質爭議－以臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號及九十四年度停字第一二二號裁定為中心，臺灣本土法學雜誌第 82 期；吳志光，ETC 裁判與行政契約－問論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌第 135 期；顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，臺灣本土法學雜誌第 82 期。

依本法所訂之投資契約，其因履約所生之爭訟，由普通法院管轄，希望藉此化解爭議。行政院雖試圖以立法方式解決學說與實務看法的分歧，就此，本文認為促參案件因具有公私部門合作關係性質，而公部門將行政任務交由私人來執行，與私人間之關係大多屬於私法之爭訟，但就行政任務執行目的而言則具有公益性，因此在投資契約內容上有融合公益性質及權利爭議之解決問題，因此在契約屬性應認定屬行政契約之性質為宜。而從行政契約及私法契約區分實益上，雖於我國法律制度上設計管轄法院及救濟程序之差別，由便利事端解決之點而言，在制度上逕行選擇以民事爭訟程序來解決並無不可，至少解決初步管轄權之爭議。惟促參案件尚具有公共任務性，因此在契約其他設計上則應有維護公共利益特性，非單純按照私法契約之契約自由原則及當事人地位平等²⁰²來排斥行政機關的監督。

第三款 契約調整機制

契約係基於雙方當事人合意內容成立之法律關係，縱使合意成立後，仍會受各種因素所影響，導致其內容如繼續履行，造成一方或雙方不利益，此時為排除不利益之狀況，得以調整契約方式變更合意內容，使契約繼續存在；抑或以終止契約方式，使契約效力予以解消。私法契約採契約自由及當事人平等原則，因此原則上應經雙方協議後始得變更契約內容，例外基於特殊事由始得透過法院基於單方之意思予以變更契約²⁰³。而行政契約因具有濃厚之公益色彩，則有逕行調整契約或請求他方調整契約內容，甚至得逕行終止契約之單方變更權²⁰⁴。

依前說明，促參案件在制度上將投資契約設計為私法契約，因此現行制度上

²⁰² 採私法契約說學者則認為政府以不負擔出資，卻能興辦公共建設及獲取權利金之利益，就公平合理而言，自應為其契約相對人負擔相當風險，並應善盡應為之義務，若將解釋為行政契約將造成法律關係之不對等及不確定，反將導致民間觀望、融資困難之情形，而宜以私法契約之精神，由契約當事人先行約定重大情事之補償及處理方式，以適當維護契約當事人之權益。參照顏玉明，〈我國促參法 BOT 契約法律性質初探〉，臺灣本土法學雜誌第 82 期，第 171-174 頁。

²⁰³ 參照民法第 227 條之 2 情事變更原則之規定。

²⁰⁴ 參照行政程序法第 146 條及第 147 條規定。

依其性質設計為按照雙方協議始得調整契約²⁰⁵。然從探究促參案件之特性以觀，該案件係國家將行政任務事項委託私人來執行，不因此失去公共任務之性質，僅係行政行為選擇方式之不同，國家不因此而卸責。縱使私人係以追求最大獲利為目的代替國家作為行政任務執行，國家基於最終負責之主體及在公共利益考量下，為確保公共任務事項能允當運作，當私人執行時有窒礙難行或為維護公益目的時，宜賦予行政機關得作必要之調整及修正，以避免私人執行公共任務僅注重追求利益而欠缺公益之考量。故本文認為關於契約調整機制不宜按照雙方協議為之，而應比照行政程序法第一四六及一四七條規定，直接賦予行政機關得因公共利益考量下有單方契約調整權及情事變更原則之運用，可立即、快速方式調整契約²⁰⁶，始能確保公益，如就補償金額有爭議時，再透過爭議處理機制或以訴訟請求之。

第三項 促參案件之法律關係

促參案件之法律關係可能涉及到許多當事人之權益，如行政機關、民間機構、投資人、融資機構、保險公司、一般民眾等等，因此辦理促參案件前，先針對當事人之法律關係作分析，作為規劃後續的法律架構及監督管理機制之依據，茲分析如下：

第一款 基本法律關係：主辦機關－民間機構

²⁰⁵ 機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 55-58 點規定主辦機關檢討確有修約之必要者，須經雙方協議後始辦理修約，僅有主辦機關因組織調整或另為授權，致契約當事人變更者，民間機構不得拒絕變更，故縱基於公益考量，依原契約繼續履行或處置有礙公共利益者仍應以協議方式始得進行修約。雖有規定修約事項未達成協議者之處理方式（前開注意事項第 57 點），恐立即發生繼續執行契約有違反公共利益之可能。

²⁰⁶ 林明鏘老師認為縱使行政契約有單方調整權，但基於契約相對性質，仍先進行協議，協議不成再以單方調整方式處理之，參照林明鏘，〈行政契約〉，收錄於翁岳生主編《行政法（上）》，元照出版公司，2006 年 10 月，第 593-594 頁。本文贊同此見解，在促參案件即使賦予行政機關有單方調整權，然而處理上，雙方進行協議為先，協議不成再進行單方調整契約為宜，不僅考量促參案件合作之特性，又能兼顧公益。

契約為雙方當事人以發生債之關係為目的，相互為對立的意思表示，趨於一致的法律行為²⁰⁷。當「要約」與「承諾」兩相互對立的意思表示合致時，契約即為成立。在促參案件之投資契約中，以主辦機關為當事人之一方，經選定之最優申請人為當事人另一方，此時依據促參法第四條第一項規定²⁰⁸以「民間機構」稱之，按促參案件之類型訂其契約標的內容，由民間機構負擔公共建設之興建、營運或移轉義務，主辦機關則有請求及受領該給付之權利及義務，因此主辦機關及民間機構為促參案件最主要之當事人，以簽訂投資契約方式作為規範雙方權利義務之依據，規範公共建設之興建、營運或移轉相關執行事宜。

雖然主辦機關與民間機構間以投資契約作為之權利義務關係規範依據，但在前章依案例執行經驗中發現，關於「政府承諾及協助事項」常發生履約之爭議，主辦機關在約定承諾或協助事項時，為避免有違背法令直接或間接圖自己或其他私人不法利益之疑慮，進而採取保守之態度，而喪失促參案件為公私合作之精神²⁰⁹。對此，有行政機關建議於促參法增列「政府承諾及協助事項」專章，以作為主辦機關與民間機構約定及執行「政府承諾及協助事項」之原則及範圍，然行政院公共工程委員會以因促參法適用之公共建設類別多樣，且個案特性不同為由，表示尚難於促參法訂定統一之原則及範圍，宜由主辦機關依個案特性及民間參與方式予以規劃，並依程序報核²¹⁰。

²⁰⁷ 參照孫森炎，《民法債編總論上冊》，2005年12月修訂版，第23頁。

²⁰⁸ 促參法第4條第1項規定：「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。」

²⁰⁹ 參照前章第三節第一項第五款討論。

²¹⁰ 經濟部國營事業委員會建議行政院公共工程委員會於促參法增列「政府承諾及協助事項」專章，惟行政院公共工程委員會96年7月30日工程技字第09600275330號函復略以：「……二、依促參法第11條規定，主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依據個案特性，記載公共建設之規劃、興建、營運及風險負擔等；促參法施行細則第39條第3項並明定先期規劃應撰擬先期計畫書，並應依公共建設特性及民間參與方式，就擬由民間參與公共建設興建、營運之規劃及財務，進行分析；必要時，應審慎研擬政府對該建設之承諾與配合事項及容許民間投資附屬事業之範圍，並研擬政府應配合辦理之項目、完成程度及時程。促參法施行細則第40條亦規定略以：『…公告內容，除依第二十一條、第二十五條及第三十四條規定辦理外，應依各該公共建設之性質，載明下列事項：…二、政府承諾及配合事項』。三、關於政府承諾及協助事項之原則與範圍，因促參法適用之公共建設類別多樣，且個案特性不同，尚難於促參法

第二款 特殊法律關係之運用

一、 融資關係

民間機構參與公共建設時，該民間機構在資金需求上，有需要向他人進行融資行為，亦有不需採取融資，基於本身資金豐沛，得獨自解決資金需求²¹¹。後者情形將不會產生民間機構與融資機構間的借貸關係，然而在前者情形，融資機構係將資金貸予民間機構，是以民間機構參與促參案件之投資案成功與失敗，在在影響投資機構所貸予之資金得否回收，融資機構對於投資案有相當之利害關係，因此從廣義來說，可視為整體投資計畫中成員之一²¹²。當促參案件主要當事人—民間機構有無法完成執行公共任務時，得容許融資機構予以介入，以確保其權益，因此促參法第五十二條第三項即規定，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，融資機構、保證人得經主辦機關同意，於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運。

二、 地上權、租賃權等

民間參與興建公共建設所需用地可能為公有土地亦可能為私有土地，在辦理促參案件之首要處理事項即為公共設施所需用地之取得。所需如屬參與建設之民

訂定統一之原則及範圍，宜由主辦機關依個案特性及民間參與方式予以規劃，並依程序報核。」
認關於政府承諾及協助事項難以訂定統一原則及範圍。

²¹¹ 此時則無促參法第五十二條於營運不善時融資機構介入制度之適用，參照行政院公共工程委員會 99 年 04 月 13 日工程促字第 09900121780 號函：「來函說明五（三）詢問有關民間機構以自有資金興辦或提前清償，是否牴觸促參法第 52 條融資機構行使接管權精神乙節：按促參法第 52 條立法說明：『為提高公共建設融資之可行性，故於第 3 項規定民間機構有經營不善情事發生時，經主辦機關同意，融資機構、保證人得於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，於主辦機關停止其興建或營運一部或全部、終止投資契約前，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建營運，以改善民間機構經營不善等情事。』，爰促參法有關融資機構及保證人介入權的設計，係為提高公共建設融資之可行性，若促參案件並無融資需求，自無涉前開規定。」

²¹² 參照譚博元，從 BOT 案之推動論國家角色與策略變遷之研究—以臺灣高鐵案為例，大葉大學事業經營研究所，民國 90 年，第 56-57 頁。

民間機構自有土地者，則無取得之爭議；如屬其他私有土地者，促參法則規定以價購或徵收方式來取得（參照促參法第十六條）；如屬公有土地者，為達成公共任務之目的，促參法則設計得以出租、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該土地予民間機構使用。因此，民間機構與公部門需成立特定的法律關係，藉此取得公共建設所需用地。

為確保民間機構取得需用地專供興建公共建設之用，促參法第五十一條第一項即規定：「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。」以避免將土地作為他用，影響促參案件之運行。

三、信託關係

現行實務上為對於確保公共建設之興建及營運，並使其財務更趨透明化及健全，有採取信託方式將資產或取得之權利移轉於信託機構。但實務在發展上常因信託方式不同，衍生出非常複雜的法律關係²¹³，往後恐有發生更多爭議。為防止將來因複雜法律關係產生難以釐清之爭議，事先從法規制度上及契約上予以規範，不僅較為適當更能達到管制之目的。因此當促參案件所產生之營運資產或取得之權利採取信託方式移轉於信託機構時，基於經營之主體仍由民間機構為之，信託法律關係所享有之利益宜單純限於促參案件當事人間，故限定以僅得由委託人（即民間機構）或主辦機關（即促參案件之當事人）取得信託利益者。行政院所提修正草案版本中即對促參法第五十一條新增第三項規定：「前項轉讓以信託方式辦理者，應以民間機構或主辦機關為受益人，且不影響投資契約之履行為限。」以受益人限定之方式，將信託關係單純化，進而避免衍生更多複雜法律關係致生爭議。

²¹³ 詳見前章第二節第二項第三款臺北車站特定專用區交九用地開發案三、執行狀況與問題中所討論車站建案可能發生之問題。

第四項 促參案件應行之管理監督事項－國家擔保責任及承接責任之落實

促參案件屬於政府與私人間合作關係之展現，國家將公共任務交由私人來執行，執行者角色由私人來擔任，而國家則為居擔保者地位，因此國家對私人為確保執行成效對其行監督管理事項，其乃就擔保責任之內涵予以具體落實，促參法以第五章方式規定政府監督管理事項，僅寥寥六個條文作為代表，而實際操作上以契約來作為規範，惟關於基本管理事項應以框架式立法方式，明確確定代表執行者的民間機構與身為擔保者的政府應為之角色分配，因此本文嘗試從擔保國家理論來探討促參案件應行之重要管理監督事項：

第一款 國家擔保責任之落實

促參案件係採取政府與私人共同合作模式，由民間機構作為公共任務的執行者，國家雖不擔當執行者但仍位居擔保者角色，對於民間機構執行情形應進行監督管理，國家所應負擔保責任之內涵從基本權利之保護義務方面，國家仍須負起「給付不中斷之擔保」、「給付品質之擔保」，亦不能因公共任務交由私人來執行而卸除對於「公平競爭之促進」及「公共利益之維護」之責。因此，國家擔保責任的具體實現即表現在主辦機關對於民間機構之監督管理事項中：

一、公共利益之維護

促參案件依公共建設之類型採取不同合作模式，有以 BOT、BTO、OT、ROT、BOO 等，而委託民間經營管理在各合作模式類型皆有之。在交由民間機構營運階段，不僅關係到公共設施之維護管理，更涉及到執行公共任務主要目的。有關公共任務之內容、給付報酬及品質效率的標準，實際上為主辦機關在營運階段最應重視的工作，也是國家擔保責任中對「公共利益之維護」。

現行實務將此部分列入契約所規範之事項，然而卻造成在議約階段甚至其後的履約管理階段，於操作上產生許多困難，雙方因無法達成共識引發爭議，也是目前促參案件最常發生的問題之一。關於公共利益的維護，可否先藉由法規予以明訂契約應涵蓋公共任務之內容、給付報酬及品質標準，以化解實際操作之困境？

參酌德國現行社會救助法，該法對福利服務契約明確規範應涵蓋服務內容、給付報酬與品質效率監督三大項目，並進一步規範個別項目之細節事項，如福利需求類型、計算公式、效率與品質認定等，而非僅廣泛籠統地授權行政機關訂定命令²¹⁴。德國更在法規中直接訂明契約中應包括服務內容界定、報酬的計算方式及效率、品質之認定標準，以立法方式強化公私協力事項之規範密度。

然而，**當法律規範愈精密，個案調整的空間愈小**，孫迺翊教授對此認為德國社會救助法規範事項，無論是需求類型與服務內容之界定、費用之計算或環境清潔、建物設備維護費用，均與服務品質直接相關；而服務品質不僅涉及服務提供者請求之報酬是否合理，也涉及受救助者的法定權利，就此法律不宜僅作空洞授權，毋寧應明確規範締約雙方協議契約內容時所應遵守之基本原則。²¹⁵

從德國經驗可作為我國立法上關於公私協力規範密度之參考，但在適用上，正如同前述，當法律規範愈精密時，調整空間則愈小，尤其促參案件所指公共建設之類型過廣，從交通建設到新市鎮開發，公共任務的屬性可說是包羅萬象，且促參法僅係辦理民間參與公共建設的程序基本法，於該法中難以就各類公共任務予以明訂審查之標準，在立法技術上實有困難。況且在公共任務之執行上，各級政府常因為預算²¹⁶、事務本質的考量而選擇執行之方法，因此對於公共任務審查

²¹⁴ 參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 259 頁。

²¹⁵ 參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 259 頁。

²¹⁶ 臺北市因物價及人口密度較其他縣市為高，所編列的預算亦有程度上的差別，就統計資料而

之標準更需符合因地制宜性。又關於行政機關判斷標準之原則不僅涉及參與之私人請求報酬合理性及工作品質效率之認定，更涉及受領給付者的權益。因此在立法技術上，得於促參法內明訂主辦機關在辦理促參案件前應先自行訂定審查標準，甚至授權行政機關就該公共任務之執行內容、計算給付方式、品質效率審定標準，先以行政規則方式訂定之，以作為參與促參案件投資人、契約簽訂者及受領給付者參考依據，其目的在於確實減低事後的紛爭。

促參法第四十九條第一項及第二項即規定：「民間機構參與之公共建設屬公用事業者，得參照下列因素，於投資申請案財務計畫內擬訂營運費率標準、調整時機及方式：一、規劃、興建、營運及財務等成本支出。二、營運及附屬事業收入。三、營運年限。四、權利金之支付。五、物價指數水準。前項民間機構擬訂之營運費率標準、調整時機及方式，應於主辦機關與民間機構簽訂投資契約前，經各該公用事業主管機關依法核定後，由主辦機關納入契約並公告之。」現行促參法僅對於公共建設屬公用事業者予以規範，此係基於公用事業涉及一般民眾之權益，核有特別監督之必要。然而公共建設縱使僅由特定人所利用，但從執行公共任務目的而言，亦有維護公共利益之必要，故促參法第四十九條第一項實不應限於公用事業，對於所有公共建設均應適用。關於營運費率標準、調整時機及方式之審查，除公用事業需交由各該公用事業主管機關予以核定外，其餘若僅涉及特定利用者，促參法可以授權方式，交由主辦機關按照公共建設之性質及公共任務所欲達成之目的，先行明確規範締約雙方協議契約內容時所應遵守之基本原則，例如對於低收入民眾之收費優惠、得否分平日與假日費率等，以作為雙方遵循之依據。

二、市場地位濫用之管制²¹⁷

言，因此給付的計算標準即能提供之服務項目恐與其他縣市相比會有差異。

²¹⁷ 參照原田大樹，〈民營化と再規制—日本法の現状と課題〉，《法律時報》第 80 卷 10 号，2008 年 10 月，第 56 頁。

當只有一家廠商佔有極大的優勢，而濫用其市場地位時，會產生排除其他競爭者、生產效率則無法提升、消費者像代宰羔羊任其予取予求。國家基於對於人民有生存照顧之基本保護義務，不能任由市場機制運作落入失控、脫序情形，因此有介入市場管制之正當理由。促參案件為公、私部門長期的合作，民間機構取得政府授予特許權利，在長達數十年契約期間，擔任特定公共任務的唯一執行者，此時有排除其他人來從事特定事業而產生類似「獨占性²¹⁸」之效果，因此需要適當的管制措施，以防止濫用市場地位。

一般而言，可先透過甄審程序的設計確保其公平性，除了競爭者得因此享有無歧視程序形成請求權，對於一般人而言，亦能獲得最佳提供者之服務，對其權利有所保障。經過自由競爭後取得簽訂契約當事人資格之民間機構，始享有契約所訂之期間之特許權利。

當簽訂契約後，法律關係雖主要存在於主辦機關與民間機構間，雙方以契約方式約定權利義務，但公共任務執行之效果，會影響所有利用者權益，因此基於維護公共利益目的，政府應採取必要之管制措施，如在費率、價格之管制，以事先審核方式避免民間機構提高價格獲取超額的獨占利益；實施營運評估工作，對於民間機構在執行公共任務上，給予考核，以促其維持適當水準；適時調整契約，並訂定退場機制，配合時空變遷、技術進步調整契約內容，建立制度淘汰不適任之民間機構，始得再引進市場自由競爭，確實保障利用者之利益。

三、特許權利轉讓之控管

基於程序正義及公平合理性，在多數國家的法律制度上均規定不得自由轉讓特許權²¹⁹。為了控管特許權之轉讓，除了在契約上予以規範外，在法制上更應訂

²¹⁸ 所謂「獨占」的狀態，原則上係指該經濟市場中僅存在一個給付者、供應者的情形，而其所產生的產品沒有其他類似的替代品可言。參照王文字，〈公共事業管制與競爭理念之變革—以電信與電業法制為例〉，收錄於《台大法學論叢》，第 29 卷第 4 期，第 96 頁。

²¹⁹ 聯合國國際貿易法委員會（Uncitral）立法指南上提供各國建立民間參與公共建設法制的框架

明為政府應行監督管理事項。

現行促參法第五十一條第一項有規定：「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。」然而，在法制上除明訂「不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的」之原則外，在轉讓方面，更應載明同意轉讓特許權利及義務的條件²²⁰，其中包括新的特許公司接受特許契約規定的所有義務和證明新的特許公司具備提供服務所需的技術能力和財力。²²¹亦即指舊的特許公司所為之服務計畫書、所承諾提供之優惠條件等，新特許公司均應承受。

本文更認為就新特許公司的資格條件部分應從嚴審酌，至少要同等於原先特許公司之條件資格以提供服務之相同技術能力和財力者，始屬適當，並非以當初投資申請須知上所載明的條件資格作為受讓者應具備的條件資格。藉此作為確保主辦機關對基礎建設之營運人或公共服務提供者的資格，能對受讓者所提供之品質能事先予以預估，進而避免假借較有能力之公司通過甄審嚴格把關程序後，取得最優申請人資格簽訂契約後，享受稅賦上、土地容積上等之優惠措施後，藉由轉讓特許權方式，卸除提供公共服務之責任之弊端發生²²²。

四、資產確保措置²²³

營運資產、設備係民間機構維持營運之工具，倘使用上受限制或無法使用時，將會影響公共建設之營運，而產生給付中斷或影響給付品質之情形。況且，除 BOO、BTO 類型外，在營運期限屆滿時，公共建設之營運資產或營運權，需

參考上，建議對於特許權原則上不得自由轉讓。

²²⁰ 現行實務上幾乎很少如此訂明，在承辦人員更替頻繁下，往往主辦機關事後判斷會無法得知當初甄審程序對條件資格審查之標準，恐發生特許公司藉此而卸責之弊端。

²²¹ 楊淑娟，公私協力關係中政府監督管理之研究—以 BOT 之興建、營運為中心，國立台北大學法律專業研究所，民國 95 年，第 75 頁。

²²² 從另一角度來看，對於主辦機關而言，在事前先訂好審查資格的標準，縱使承辦人員職務調整，也有依循的標準，總比處理事後的爛攤子要容易的多。

²²³ 參照原田大樹，〈民營化と再規制—日本法の現状と課題〉，《法律時報》第 80 卷 10 号，2008 年 10 月，第 56 頁。

移轉及歸還予主辦機關²²⁴，對於資產之管理不僅要能使用，更要確保相關資產於移轉時仍合於堪用狀態²²⁵。

促參法對於資產確保規定於第五十一條第二項：「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」²²⁶，而轉讓方式現行有採信託為之，但恐有造成法律關係複雜化²²⁷，如營運資產採取信託方式轉讓者，對於主辦機關收取之權利金²²⁸或附屬設施收取的費用（例如交九京站）計算方式，此部分恐造成往後之紛爭²²⁹，在以信託方式辦理時，實更應加以完整及充分規劃。因此，促參法修正草案第五十一條新增第三項對於民間機構對於營運資產、設備以信託方式轉讓時，規定應以民間機構或主辦機關為受益人，且不影響投資契約之履行為限，強制規定以避免造成複雜化的法律關係。

另實務上常發生疑義在於民間機構所經營之附屬設施得否任意轉讓？促參案件為吸引民間機構進行投資，主辦機關在用地取得上提供協助外，對於土地使用上也配合協調土地使用分區，提供民間機構作為公共建設之附屬事業使用²³⁰。民間機構在主辦機關核定之公共建設整體計畫所需之土地上，可興建之公共建設及附屬設施，由於附屬設施係民間機構作為附屬事業使用，毋庸於營運期限屆滿後移轉於主辦機關，且屬自有所有權並自負盈虧，似無管制該資產運用之必要，惟民間機構從事附屬事業收入常是作為維持公共建設經營之用，當附屬設施轉讓後，恐生公共建設營運上財務之困難。對此，行政院公共工程委員會並沒有正面

²²⁴ 參照促參法第 54 條第 1 項、同法施行細則第 59 條第 2 項及第 60 條第 1 項規定。

²²⁵ 陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班，民國 98 年，第 106 頁

²²⁶ 現行促參法第五十一條第二項後段規定對於 BOO 類型毋須經主辦機關同意即得為轉讓，惟如轉讓後不符合第八條第一項第六款方式之定義及產生公共服務是否可繼續提供之疑慮，修正草案爰刪除現行條文第二項但書文字，參照促參法第五十一條修正草案理由。

²²⁷ 請參見本章第一節第三項第二款之討論。

²²⁸ 苗栗地方法院 98 年度重訴字第 7 號判決。

²²⁹ 原先投資契約係依據所興建公共建設作為營運資產、設備為標的作為計算權利金、費用等標準，如營運資產、設備以信託方式轉讓，則成本原則上轉嫁給受讓人，但轉讓人恐要賺取轉讓差價，似有造成暴利情形。

²³⁰ 參照促參法第 27 條規定。

的回答，惟從其解釋函觀之，僅指出對於公共建設用地務必確保公共建設之興建營運公共利益之目的，附屬事業之經營目的僅係為有效利用公共建設所需用地，並不得妨礙公共建設之原定用途；且其所得並應計入該公共建設整體財務收入中²³¹。附屬設施似屬因興建、營運所取得之營運資產、設備，轉讓仍須符合促參法第五十一條規定²³²。

因此，依照上開見解，宜修正促參法第五十一條規定，對於附屬設施亦需經主辦機關同意始得轉讓。而本文認為實務上會產生此種爭議起因於主辦機關為吸引民間投資意願，過於氾濫容許民間機構從事附屬事業，導致民間機構恐有利用促參案件解除土地使用管制以經營附屬事業方式獲取利益，忽視對於公共建設之營運，行政院公共工程委員會現只能透過解釋函令方式對於主辦機關處理附屬事業之爭議時，做出沒有實質規制力的解釋。根本之道在於主辦機關核准附屬事業時對於民間機構從事附屬事業之類型應予以管制，尤其以經營附屬事業名義但實

²³¹ 行政院公共工程委員會 99 年 4 月 14 日工程促字第 09900113060 號函：「有關『附屬事業之民間參與方式與本業不同，是否仍符合促參法及相關法規之規定』乙節，說明如下：(一)依促參法第 13 條第 1 項：『...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。』其並未規範附屬事業用地；本案所述 4 處分散之街廓，若經主辦機關核定屬『公共建設或其附屬設施』用途者，方屬整體計畫所需用地。(二)復依促參法第 27 條第 1 項及第 2 項：『...為有效利用公共建設所需用地，得...調整都市計畫土地使用分區管制或非都市土地使用管制後，開發、興建供該公共建設之附屬事業使用。』前項附屬事業使用所容許之項目，由主辦機關會同內政部及有關機關定之。但經營前項事業，依法令需經其他有關機關核准者，並應申請核准之。』(三)綜上，促參法並未就附屬事業民間參與方式另有規範，且其既為附屬於公共建設(或其附屬設施)，故自無逸出公共建設民間參與方式之可能。三、有關『附屬事業開發量體大於公共建設，於促參法上之適用疑義』乙節，查促參法雖無規定，惟務需注意下列事項：(一)除依上開促參法第 27 條所引條文外，復依促參法施行細則第 31 條：『...所稱附屬事業，指民間機構於公共建設所需用地辦理公共建設及其附屬設施以外之開發經營事業。』公共建設用地務必確保公共建設之興建營運公共利益之目的，附屬事業之經營目的僅係為有效利用公共建設所需用地，並不得妨礙公共建設之原定用途；且其所得並應計入該公共建設整體財務收入中。(二)另依促參法施行細則第 39 條第 3 項：『...撰擬先期計畫書，並應依公共建設特性及民間參與方式，就擬由民間參與公共建設興建、營運之規劃及財務，進行分析；必要時，應審慎研擬...容許民間投資附屬事業之範圍...』併請卓參。」

²³² 行政院公共工程委員會 99 年 06 月 15 日工程促字第 09900221740 號函意旨：「有關『公共建設民間參與方式為 BOO 時，於許可年限內其附屬事業所有權是否得出售予第三人』乙節，依促參法第 51 條第 2 項：『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 8 條第 1 項第 6 款方式參與公共建設者，不在此限。』惟仍應併同注意同條第 1 項規定。」

際上目的獲取讓與附屬設施之利益者，實與促參目的不符²³³，不應允許該附屬事業，以避免後續處理之困難。

五、風險評估及移轉

公私協力模式除可協助政府提升品質、減低財政負擔的目標外，同時將公共任務原應由政府承擔之風險移轉由民間承擔，但該風險移轉並非代表將興建、營運之經費及風險權由民間機構來承擔，而是應由公部門與私部門在其權責範圍內共同合理分擔²³⁴，因此推動促參案件前應先進行風險評估，在投資成本上應加計風險成本，避免民間機構陷入破產之困境，導致公共任務無法執行。

在前章對於促參案件履約階段執行經驗及問題之研究中可發現，促參案件常發生執行課題在於工程興建風險、營運風險控管問題，亦有因為資金之取得困難而造成失敗，此類執行課題大多未做好事先的風險評估，抑或低估風險，更顯評估及如何將風險分散的重要性。

在實務上，主辦機關為避免公共建設發生無法興建完成及發生經營不善等問題，大多會透過「保險」或「繳交履約保證金」等方式來達到控管目的。而關於保費的支出及履約保證金的繳交亦屬於民間機構在投資成本上所應考量的成本之一。

有關保險部分，是風險分散的機制，目前主辦機關大多於契約中約定保險專章，要求民間機構就本案之施工興建、營運、開發及資產等，向保險公司購買並維持必要之足額保險，並明定若保險事故發生時，民間機構未投保必要、足額之

²³³ 行政院公共工程委員會 98 年 4 月 3 日工程促字第 09800117590 號函：「按來函所述，本案公有土地約佔 50.54%，貴公司規劃為市場部分由民間於投資新建後擁有所有權，並自為營運或委託第 3 人營運；住宅部分由市府與民間採合作開發方式辦理。另經洽詢貴公司表示，本案住宅之合作開發方式，擬採合建後分坪出售，其與促參法第 8 條委託民間經營之參與方式不符，無促參法之適用。」

²³⁴ 參照林宜蓁，促參模式下履約管理對政府監督管理之影響—以觀光遊憩案為例，大同大學事業經營研究所，97 年 6 月，第 16 頁。

保險，應由民間機構自行就所生之損害負責，以避免民間機構疏於風險控管，而導致損害無法及時填補之結果²³⁵。然而，**基於風險分散之目的而言，應強制民間機構辦理保險事宜**，尤其依據促參案件個別的公共任務目的及公共設施事項，對於經常發生風險的事故，藉由保險機制分散由保險公司來負擔，雖可能造成民間機構投資成本的增加，但可避免在發生事故後，民間機構無力承擔，導致整體促參案件之失敗。

實務上主辦機關通常要求民間機構繳交一定的保證金或由銀行出具保證書供作履約之擔保，作為確保投資契約履行之目的，並約定如民間機構有違約情形，可逕行沒收或扣抵²³⁶。繳交履約保證金或取得保證書除了可擔保契約之履行，亦可作為審核民間機構本身之財務狀況²³⁷，以防止有給付中斷的危機。但是否要繳交保證金？繳交金額為何？仍交由主辦機關依據個案之類型、規模、特性等，自行裁量。

六、建立行政機關判斷標準

當主辦機關認定民間機構有違約事由，由於需擔負起確保公共任務之執行的擔保責任，進而採取必要的承接措施。促參法第五十二條及第五十三條以「施工進度嚴重落後」、「工程品質重大違失」、「經營不善」²³⁸或「其他重大情事」作為主辦機關及中央目的事業主管機關介入的依據。在個案執行上常因判斷標準不一致，而引發爭議，若能藉由建立良善的作業流程或標準作業模式，不僅可以加強

²³⁵ 陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班，民國 98 年，第 93 頁以下。

²³⁶ 參照嘉義地方法院 95 年度重訴字第 70 號判決、臺灣高等法院台南分院 96 年度重上字第 20 號判決及最高法院 96 年度台上第 2696 號裁定。

²³⁷ 如台鐵萬華車站大樓案即因履約保證金無力繳納，而遭終止契約。

²³⁸ 促參法施行細則第 48 條規定：「本法第五十二條第一項所稱**施工進度嚴重落後**，指未於投資契約所定之期限內完成工程，或建設進行中，依客觀事實顯無法於投資契約所訂期限內完成工程者；所稱**工程品質重大違失**，指工程違反法令或違反投資契約之工程品質規定，或經主辦機關與民間機構雙方同意之獨立認證機構認定有損害公共品質之情形，且情節重大者；所稱**經營不善**，指民間機構營運期間，於公共安全、服務品質或相關管理事項上違反法令或投資契約者。」

管理，更可減少主辦機關判斷之餘地。

在興建、營運階段建立完善之控管制度，不僅得確保給付不中斷，也是嗣後民間機構如有未按照約定事項，主辦機關得據此認定違約。促參案件在興建階段的控管上，在投資契約中往往亦以專章規定方式，以避免在興建階段無法興建完成之問題，此階段更可參考政府採購案，對於工程進度、工程時間之控管予以掌控，利用履約保證金制度增加管控機制，而對工程驗收標準及認定可屬契約非常完整且詳細的規劃，主辦機關在審認「施工進度嚴重落後」、「工程品質重大違失」上即有一定標準加以認定。因此，主辦機關對於民間機構興建工程之控管標準，無論在立法架構及契約內容中，可說是較為周延且詳盡。至於促參案件之營運期間長達數十年，在營運階段的控管上更行重要，舉凡營運費用之計算標準、服務項目範圍之限定、服務績效評估基準應先行訂定，作為雙方遵守之依據，主辦機關更可妥善運用營運績效評估制度，以確實擔當監督管理之責。

第二款 承接責任之啟動

由於促參案件涉及公共利益與全民福祉，當民間機構就公共建設之興建或營運發生工程落後、品質有重大違失、經營不善或其他重大情事者，以致於其執行失靈時，身為擔保者之國家（此時為主辦機關）不得不採取必要措施，以繼續維持興建及營運之工作，使服務不為中斷。

一、 強制接管營運²³⁹

有關接管的方式規定於促參法第五十二條及五十三條，其接管類型及要件有所不同，分析如下：

²³⁹ 強制接管尚有許多爭議問題，如政府介入權行使之合憲性解釋、行使之法律效果、強制接管之相關法律關係、是否有替代方案等等，本文礙於篇幅，僅就依據法規之介紹及接管性質之討論。

（一）融資機構或保證人之暫時接管

促參法第五十二條規定：「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。（第一項）主辦機關依前項規定辦理時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。（第二項）民間機構有第一項之情形者，融資機構、保證人得經主辦機關同意，於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運。（第三項）」此種由融資機構或保證人暫時接管之介入權規定，主要係在一般通例上，融資機構或保證人在提供融資或保證時，為確保其債權，對於該投資計畫本身之可行性及健全性通常會作詳細的評估，可視為整體投資計畫中成員之一，因此當民間機構發生執行困難時，給予融資機構或保證人機會與權利能介入進行補救，對民間機構而言，可避免終止契約之直接損失，對主辦機關而言，亦可避免重新招標等花費之人物力，對融資機構及保證人而言，其債權可暫時確保，故容許融資機構或保證人之介入權機制，可將三方之損害暫時降到最低²⁴⁰。而此種接管類型係針對於一般情況，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，在契約尚未終止前在制度上設計之接管類型，以改善違失情事為目的，由契約約定經主辦機關同意融資機構或保證人進行暫時之接管。

（二）主辦機關強制接管

現行促參法第五十三條規定：「公共建設之興建、營運如有施工進度嚴重落

²⁴⁰ 參照呂紹凡，〈BOT 特許合約期前終止之介紹〉，萬國法律第 129 期，第 8 頁。

後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，且於情況緊急，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並得令民間機構停止興建營運之一部或全部，並通知政府有關機關。(第一項) 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。(第二項)」現行法僅針對「營運期」賦予主辦機關之強制接管營運權，而修正草案則指出為維護公共利益，對於「興建期」可採取適當措施，以繼續公共建設之興建。基此，強制接管之要件包括有：(一) 有影響公共建設之興建、營運情事發生，包括公共建設之興建、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(二) 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(三) 經中央目的事業主管機關令民間機構停止興建、營運之一部。(四) 有必要性。此種接管類型係針對於緊急情況，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞，由政府自行接管或指定其他機構來接管²⁴¹，目的亦在於改善民間機構違失情事，在契約尚未終止前在制度上設計之接管類型。

當民間機構執行失靈時，主辦機關基於擔保者角色，而發動承接責任時，常因主辦機關與主管機關的角色混淆²⁴²，對於促參法所設計之承接機制之法律性質產生爭議。本文認為促參案件於簽約後，當事人間權利義務關係均以契約為憑，主辦機關因民間機構興建或營運不善而啟動融資機構或保證人接管措施，係基於契約當事人之地位而行使之權利，接管之性質應屬於基於契約之權利，向契約相對人而為之意思表示，本質上屬基於契約權利而行使，為觀念通知。若民間機構

²⁴¹ 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第 2 條：「主辦機關為強制接管營運，得自任為接管人，或委任其所屬機關（構）、或委託其他機關（構）、團體為接管人。」

²⁴² 在台北小巨蛋案中臺北市體育處以 96 年 8 月 21 日北市體處運字第 09630804900 號函命東森公司限期返還、點交接管臺北小巨蛋所有財產、資料及全部經營權中，載有救濟教示條款，經臺北高等行政法院 97 年度訴字第 753 號裁定及最高行政法院 98 年度 320 號裁定均認為非屬行政處分，僅係催告東森公司履行法定行為義務的意思通知。

興建或營運不善而情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞者，則主辦機關則基於主管機關地位施以公權力命令接管興建或營運，此時下命接管不僅對民間機構之利益有重大影響，更常有市場結構重組之作用²⁴³，該強制接管之性質應屬一種行政處分。故如民間參與教育設施接管營運辦法第三條第一項第八款規定：「八、如不服處分，得於收受通知之次日起三十日內，依法提起訴願。」該處分書應載明教示條款，以保障受處分人之權利。

二、 優惠措施的扣減

促參案件為吸引民間投資及參與建設，提供租稅優惠措施及融資貸款之協助等，例如在促參法第三十六條規定得免納營利事業所得稅，第三十七條規定參與重大公共建設之支出得抵減當年度應納營利事業所得稅額。基此，財政部更訂定「民間機構參與重大公共建設適用免納營利事業所得稅辦法」對經營重大公共建設之特定所得可免納營利事業所得稅。然而促參法提供民間機構各項租稅優惠，旨在鼓勵與獎勵民間參與公共建設，如民間機構未依投資契約履行各項義務，導致執行失靈轉而由政府來接管時，不僅無法達成促參法之立法目的，民間機構享有租稅優惠則欠缺立基，基於公平及相對原則，應對於原先給予之優惠措施予以扣減。因此促參法施行細則第 53 條規定：「主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善者，應自通知要求改善日起至完成改善日止，中止核付補貼利息。但經民間機構完成改善或經融資機構、保證人或其指定之其他機構依規定接管並完成改善者，主辦機關得補付中止核付之補貼利息。主辦機關依前項規定中止核付補貼利息時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。」促參法修正草案第四十條之一更規定：「投資契約因可歸責於民間機構之事由而終止者，其已依第三十六條至第三十九條規定減免稅額，或其股東已依前條規定

²⁴³ 參照楊淑娟，公私協力關係中政府監督管理之研究—以 BOT 之興建、營運為中心，國立台北大學法律專業研究所，民國 95 年，第 98 頁。

抵減之稅額，應予追繳。前項追繳之範圍、基準、作業及其相關事項之辦法，由財政部定之。」明訂追繳優惠措施，以符合公平原則。

第五項 建立監督機制

第一款 營運績效評估委員會之運行

促參法第五十四條第二項及第三項規定：「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿時與該民間機構優先定約，委託其繼續營運。前項營運績效評估辦法應於契約中明定之。」而營運績效評估之辦理方式則規定於施行法第六十一條第一項及第六十二條：「主辦機關依本法第五十四條第二項規定辦理營運績效之評定，應於營運期間內辦理，每年至少一次；並得成立評估委員會辦理之。」「本法第五十四條第三項所定營運績效評估辦法，應載明下列事項：一、營運績效評估方法及項目。二、營運績效評估程序及標準。三、其他績效評估事項。主辦機關應將營運績效評估結果，以書面通知民間機構。」現行促參法對於營運績效評估僅在作為續約與否之認定標準，如民間機構不打算續約時，抑或無續約之望者，此種營運評估機制之設計恐陷於形式立意良好，但無實質效用，枉費辛苦辦理績效評估事項。

營運績效評估制度應重新設計，該制度如運用得宜則藉由績效評估委員會分擔主辦機關監督管理之工作。關於營運績效評估委員之組成，主辦機關得自行選任內部公務員或外聘公正人士²⁴⁴擔任，如有外聘委員則因較不清楚實際營運狀況，主辦機關要提供相關資料協助其評分²⁴⁵，以委員會方式輔佐主辦機關對於民間機構之監督，進行營運品質、營運成果等各方面作績效之評估，更可實施檢查權，作定期或不定期抽驗，其評定結果如需改善之處，則限期命其改善，如不改

²⁴⁴ 如相關主管機關人員、專業人士（財務、工程、法律專業人員）、融資機構人員等均可為之。

²⁴⁵ 陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班，民國 98 年，第 108 頁

善則可作為認定民間機構「經營不善」而構成違約之依據；若營運績效良好，該評估結果不僅作為續約與否之認定標準，更可作為雙方協商議約之談判條件²⁴⁶。因此，宜放寬營運績效評估之效用，作為民間機構退場機制之參考，主辦機關更可透過規劃目標到執行成果，進行追蹤管考，確保履約管理之效能，而私部門可自主績效評估，提升履約及改善誘因，作為雙方對履約管理目標之溝通平台²⁴⁷。

第二款 建立全民監督機制

現行對促參案件之監督管理主要由主辦機關為之，主辦機關基於契約當事人地位運用現行財務報告、事前的服務計畫書、事後的營運績效委員會作為監督管理方式。然而促參案件係公部門與私部門協力從事公共任務，受有公共任務執行效果之對象，為利用者，甚至可說是全民，因此應賦予利用者對公部門與私部門共同執行之公共任務進行監督。

目前行政院公共工程委員會僅規定：應將擬簽訂之投資契約予以公開²⁴⁸；在規劃收費方式及費率調整機制方面，將使用者或民眾意見納入考量²⁴⁹；如符合重大公共建設範圍、位於原住民地區者²⁵⁰或依相關法令規定規劃時須公開徵求意見者，主辦機關應將前揭意見納入考量²⁵¹。但上開規定僅以行政規則方式為之，尚嫌不足，宜再提升至法律位階，以確實保障民眾之權益。再者，應擴大民眾得對

²⁴⁶ 鑑於營運期間長達數十年，會隨著時空變遷因素，影響民間機構所獲利益，主辦機關對營運品質亦會改變，因此，營運績效評估委員會對民間機構績效評估結果，可做為雙方再行議約時之參考條件。

²⁴⁷ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，民間參與公共建設案件營運績效評估機制之建置委託專業服務案－初步建議報告，第 108-111 頁

²⁴⁸ 機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 43 點規定：「主辦機關應依政府資訊公開法第七條規定公開投資契約。但符合該法第 18 條規定者，得限制公開或不予提供。」

²⁴⁹ 機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 15 點規定：「主辦機關辦理促參案件，應視個案特性，合理規劃收費方式及費率調整機制，並將使用者或民眾意見納入考量。」

²⁵⁰ 相關個案如阿里山森林鐵路及遊樂園三合一投資案中，在興建國際觀光旅館 BOT 案使用之土地因位於原住民部落「國土復育策略方案暨行動計畫」區域內，頻遭原住民抗議且有環境影響評估問題。

²⁵¹ 機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 16 點規定。

主辦機關內部監督管理行為即時檢驗，舉凡以向全民公告營運成效方式，達到全民監督的效果，以真正保障利用者之權益²⁵²。

第三款 不良廠商提列規定

促參案件之成敗結果，關鍵之點首要在主辦機關平時是否做好履約之監督管理工作，確實盡其擔保者責任，對民間機構有違反契約規定之情事或未盡契約所訂之義務者，積極地依據契約之約定予以處罰或限期改善，情節重大者甚至終止契約。在前章第二節促參案件履約階段執行經驗中，台大第二活動中心案、台鐵萬華車站大樓案、阿里山森林鐵路及阿里山森林遊樂區案等，最終以終止契約方式了結，結束公私部門合作關係，然而縱使終止契約後仍發生許多爭議²⁵³，造成主辦機關之困擾及接辦之民間機構或相關廠商營運之困擾。

參酌政府採購法第一百零一條至第一百零三條規定，以刊登政府採購公報或納入促參案件資訊平台系統方式提列促參案件不良廠商名單，以管制其參與促參案件投資案之期限，不僅得協助另案辦理促參案件之機關對於投資人條件資格之審查，並藉此督促民間廠商履約時應加強自我改進，摒棄抱持獲取利益後而將爛攤子丟還給政府之心態，更可以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境²⁵⁴。

²⁵² 以德國為例，其社會救助法第 76 條即規定締約雙方應就服務之效率與品質以及監督程序加以規定，監督報告亦須以適當方式向福利機構之服務對象公布。參照孫迺翊，〈社會福利服務契約法制初探－從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起〉，月旦法學雜誌第 177 期，第 255-258 頁。

²⁵³ 大多之爭議係民間機構對於主辦機關終止契約而提起確認契約關係存在之訴，如台鐵萬華車站大樓案經臺灣高等法院 97 年度重再字第 2 號判決駁回確定，契約終止而不存在；而前庭社區健康廣場委託興建營運案則台南地方法院 98 年度重訴字第 311 號判決認主辦機關終止契約不合法，契約仍繼續存在。以上屬法律層面之爭議，當事人提起爭訟實屬正當合法。然而仍有終止契約後滋生許多干擾情形，如台大第二活動中心案於終止契約後，有不名人士進行各種破壞行為企圖使營業停擺，又有民意代表、滋事人士等不定期對台大校內空間提出檢舉、控告等，參照參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，95 年 1 月，第 85 頁。

²⁵⁴ 參照政府採購法第 101 條之立法理由。

依據政府採購法第一百零一條規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標、訂約或履約者。三、擅自減省工料情節重大者。四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。七、得標後無正當理由而不訂約者。八、查驗或驗收不合格，情節重大者。九、驗收後不履行保固責任者。一〇、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。一一、違反第六十五條之規定轉包者。一二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。一三、破產程序中之廠商。一四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項之規定。」認定促參案件不良廠商之標準，得參酌上開規定。

由於政府採購注重採購的公平、公開，以公開招標方式向廠商進行採購，因此對於招標決標程序、人員控管等均予以嚴密規定，進而避免利益輸送造成不公平情形。而促參法立法目的在於提升公共服務水準，加速社會經濟發展，引進民間資源參與公共建設，強調公私合作關係，透過甄審方式選出最優申請人，兩者辦理程序即有不同。是以，關於政府採購法第一百零一條第一項第六款、第九款及第十一款，乃專屬政府採購之類型，認定促參案件不良廠商之標準時應予以排除，另就促參案件之性質及參考執行經驗增加其他事由，例如違反促參法第五十一條轉讓、出租或設定負擔者，或契約屆滿時或屆滿前應移轉公共建設而不為移轉者，嚴重影響促參案件之執行，列入不良廠商之事項。

第二節 建立促參案件監督管理之規範架構－契約範 本之設計

第一項 概說

促參法的性質有「行政私法」的特性，但非完全具有私法性質，對於管制手段採取，仍需依據公共利益之目的，進行管制。縱使法律將契約定性為私法契約，但契約內容並非完全立於當事人雙方平等地位，而完全脫離行政控制的目的，仍有負有特定的公益性色彩，以達成公共任務執行之目的，故該行政私法僅係利用契約的形式予以落實²⁵⁵。

第二項 契約架構之原則

第一款 法律關係之確立

訂立契約時，首先應先確定契約之當事人，就雙方當事人各享有哪些請求權？應盡哪些義務？這是契約中最重要之關鍵，應加以明文規定。如在用地取得上以租賃或地上權設定方式為之，關於土地使用關係亦需另簽訂契約，列為附件之一。若有融資必要，民間機構與融資機構間融資契約亦需列為附件，以作政府監督管理之用。

第二款 契約重要性事項—依據公共設施、服務特性定之

契約的標的，應於契約中具體詳細載明。如就委託經營事項，應表明其委託提供之服務內容項目、提供的硬體設備、服務或維護基準等。關於民間機構應執行公共任務之事項、公共服務之提供，在促參案件辦理時應列入整體計畫，不僅要納入契約內容，主辦機關在提供招商文件時即應載明²⁵⁶，以避免事後的履約爭

²⁵⁵ 參照陳愛娥，〈契約作為公私部門合作的行政行為形式〉，收錄於《程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，元照出版社，2009年。

²⁵⁶ 參照行政院公共建設委員會 98 年 07 月 22 日工程促字第 09800262080 號函：「主辦機關如擬於促參案件委託營運範圍內取得民間機構相關服務，於規劃之初即應納入整體計畫，依促參法辦理公告招商時，將未來取得該相關服務之方式及程序，納入招商文件內容，並經公平、公開程序甄選出最優申請人，於投資契約載明者，按前揭促參法相關規定，該已納入投資契約事項對於契約雙方當事人即具有拘束力。另按來函所附本案投資契約第 2 條之（三）「委託營運項目」1.「辦理職業訓練」之（1）及同條之（四）「委託經營設施使用原則」之 1.所載，僅約定年度訓練時數應如何計算及有優先使用場地之權，是否得據此推得，雙方已於投資契約就職業訓練之事務或場地使用等事項，已有無需再行締結契約之合意，請貴局與本案民間機構（即契約雙方當事人）探求締約之真意（民法第 98 條規定參照）認定之。」

議。

第三款 議約標準及契約調整、解釋方式之建立

促參案件特性及精神在於「協力」、「合作」，但仍具有公共任務性，應以公共利益為重心作為契約之議約標準及調整、解釋原則。基於促參案件契約期間長達數十年情況下，實有因時空變遷而需調整契約²⁵⁷，宜在契約內先訂明契約調整所參考之基準，諸如物價指數、主計處公告之國民生活費用等，在解釋契約上應符合公共利益及公平合理原則，且契約文字應明確規定，避免事後之爭議。

第三項 契約範本架構—以BOT案件為例

促參案件投資契約之內容原則上應按照公共建設類型及個案之特性，予以個別訂定之，對於契約原則並非得一體適用，但就契約主要架構上，行政院公共工程委員會為規範主辦機關辦理促參案件之運作原則，在促參法第十一條²⁵⁸及「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」第四十一點²⁵⁹規定契約得記載事項，提供主辦機關訂約之參考，縱使主管機關有契約訂定原則，但前提仍請各

²⁵⁷ 促參法施行細則第 22 條即規定投資契約原則上不得違反原公告及招商文件內容，僅有「原公告及招商文件內容載明得經協商後變更」、「於公告後投資契約訂立前發生情事變更」、「原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則」例外得變更原公告及招商時所公告之契約。此為避免主辦機關任意議約或調整而有影響甄審公平性，但恐有造成議約及契約調整之窒礙難行。

²⁵⁸ 促參法第 11 條規定：「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。」對於該條列事項之細部內容則於施行細則第 22 條至第 22-4 條規定。

²⁵⁹ 機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 41 點規定：「投資契約，應依個案特性，記載下列事項：(一) 契約期間(含興建期間、營運期間)。(二) 民間機構興建營運權限。(三) 雙方工作範圍。(四) 雙方聲明與承諾事項。(五) 政府協助事項。(六) 用地與設施取得、交付之範圍與方式。(七) 興建。(八) 營運。(九) 附屬事業。(十) 費率及費率變更。(十一) 土地租金、權利金及其他費用之計算與繳納。(十二) 財務事項(至少應包含自有資金比率、融資契約提送時間及未提送之處理措施等)。(十三) 稽核及工程控管(於依本法第八條第一項第三款方式辦理或有政府投資非自償部分併由民間機構興建者，應包括工程品質之監督及驗收規定)。(十四) 契約屆滿前(時)之移轉。(十五) 履約保證。(十六) 保險。(十七) 營運績效評估機制及營運期間屆滿之續約。(十八) 缺失及違約責任(含施工或經營不善之處置及關係人介入)。(十九) 契約之變更(以下簡稱修約)與契約之終止。(二十) 因主辦機關政策變更致投資契約終止、解除之損失補償。(二十一) 爭議處理及仲裁條款。(二十二) 其他約定事項(應包含政策變更之處理機制、契約所含文件、當事人雙方通知方式及準據法等)。」

主辦機關依個案特性訂定之。

由於促參法中民間參與方式有BOT、BTO、ROT、OT及BOO類型，BOT包含營運、興建及移轉階段，可謂民間參與公共建設之典型，本文擬以BOT案件為例。由於投資契約為促參案件當事人間權利義務之內容，需包括民間機構在興建、營運、移轉階段應辦理事項及主辦機關監督管理事項等，應明訂之條文內容甚為龐雜，因此在契約之架構上建議按照「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第四十一點」所指記載事項以章來區分，依照各章性質再訂定細部條文定。本文建議先將應規範事項訂為二十五章，茲將各章主旨分列如下：

第一章 前言及總則

本章內容包含簽訂此投資案之目的、契約範圍、文件內容及效力、名詞定義與契約解釋方式，又關於契約繼受或當事人條件資格擬定及變更之控管之規定，作為本契約總則約款之一。

第二章 契約期間

本章約定契約期限，包含興建期、營運期。

第三章 民間機構興建及營運權限

本章約定民間機構在契約期間所辦理興建及營運之權利。如有附屬事業之規劃，亦列明之。

第四章 雙方工作範圍

本章對於主辦機關與民間機構雙方應完成之工作範圍予以明文約定，並約定工作範圍變更時之處理方式。

第五章 雙方聲明與承諾事項

本章就簽訂契約之條件資格，雙方須聲明已獲授權，且無違反相關法令或內部規章。關於須由主辦機構提供或涉及公權力行使及依法應由其來執行者，列入

其承諾事項²⁶⁰。民間機構提出在智慧財產權使用均合法、投資計畫之重要事項²⁶¹、負擔對第三人之責任及辦理事項符合相關規定之承諾。最後約定違反聲明及承諾事項之法律效果。

第六章 主辦機關協助事項

本章包含主辦機關在法令範圍內得提供協助事項予以明訂，對於協助之程度、協助內容之多寡亦需明確指明，以防止雙方爭議。

第七章 用地之交付之範圍及方式

本章約定用地取得方式，包括交地時程、程序、地上物之處理、用地之使用方式（如設定地上權、租賃），並約定無法取得之爭議處理方式。

第八章 政府投資範圍之付款或民間機構貸款利息之補貼

本章依據促參法第29條第1項²⁶²規定，如主辦機關對於公共建設非自償部分採投資該建設之一部者，明訂投資範圍與興建工作之監督管理方式。如主辦機關對於公共建設非自償部分採補貼利息方式者，載明補貼利息之方法、限制、終止事由及補貼利息償還方法與違約金等。若公共建設有完全自償能力者，本章即毋庸訂定。

第九章 興建

本章約定民間機構興建本投資計畫之功能規範，包含工程進度、工程時間、工程設計、執照取得、施工事項、驗收標準、工程資料交付等，應完整且詳細的

²⁶⁰ 主辦機關辦理促參作業之前期規劃應先瞭解相關行政審查程序與法令，必須由政府提供或涉及公權力行使及依法應由政府來執行者，應將其列入政府承諾事項，得降低民間機構投資風險以提高投資意願。

²⁶¹ 民間機構在投資計畫上所提出重要且關鍵之承諾，如提供特定服務、給予地方回饋事項、規劃公共空間或採綠建築方式等，以吸引甄審委員的青睞，並獲得最優申請人締約之資格，於投資計畫中重要的事項應列入投資契約本約中民間機構承諾事項，以彰顯其責任，避免廠商規避責任。

²⁶² 促參法第29條第1項規定：「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。」對於非自償部分，主辦機關得採取補貼貸款利息或實際投資方式為之。

規劃。

第十章 營運

本章約定營運事項，包括提出營運計畫、營運資產的維護管理等。此章除了對於公共設施的硬體上管理外，如有執行行政任務之服務提供者，則應將服務事項之權利義務予以明訂²⁶³。

第十一章 附屬事業

本章約定經營附屬事業之期間、範圍及財務規定。主辦機關並得對附屬事業進行監督及檢查，以避免有違反投資契約情形。

第十二章 費率及費率變更

本章約定營運費率標準、調整時機及方式²⁶⁴，並明訂應公告之。

第十三章 土地租金²⁶⁵、權利金²⁶⁶與其他費用之計算與繳納

本章約定對於用地收取之費用，權利金收取金額、繳付方式、繳付時期及逾期繳納之懲罰效果。

第十四章 財務事項

本章為主辦機關在財務事項進行監督管理，民間機構公司本身內部經營人員、組織變動應向主辦機關備查，並約定財務報表之提送、稅賦之負擔、融資契

²⁶³ 此處應對於民間機構履行公共任務時，就公共任務的特性應負擔之責任予以明文規定，以社會福利設施為例，主管機關對社會救助機構應予輔助、監督及評鑑。社會救助機構非有正當理由，不得拒絕主管機關依本法之委託收容。社會救助機構應接受主管機關派員對其設備、帳冊、紀錄之檢查（參酌社會救助法第 31-33 條）。

²⁶⁴ 如為公用事業，關於費率標準、調整時機及方式由各該公用事業主管機關依法核定，如非公用事業，有認為主辦機關可不予管制，依照市場機制調整，惟本文認為仍應由主辦機關核定，以確保公共利益之維護。

²⁶⁵ 此為按照用地取得方式（如設定地上權或辦理土地租賃）所收取之費用，依據「促進民間參與公共建設公有土地出租及地上權租金優惠辦法」規定辦理。

²⁶⁶ 權利金乃對於特許權利讓與之對價，通常有定額權利金及營運權利金，前者於簽約時或簽約後繳交，後者於營運期間內分次繳交。

約之簽訂、財務檢查權等。對於營運資產之處分、附屬設施之處分均應經主辦機關同意始得為之。

第十五章 稽核及工程控管

本章係對於民間機構興建、營運進度、品質等事項，約定監督與控管方式。

第十六章 契約屆滿前之移轉

本章明訂移轉發生之原因、移轉標的、程序、價金計算及給付之方式、權利義務關係。

第十七章 契約屆滿時之移轉

本章明訂移轉標的、程序、價金計算及給付方式、權利義務關係。

第十八章 履約保證

本章明訂履約保證金之期間、擔保範圍、額度、繳付方式、押提要件、修正或補足及返還方式。

第十九章 保險

本章約定保險範圍、種類、金額、費用負擔、保險給付受償方式及民間機構未依規定投保之責任等。

第二十章 營運績效評估機制及營運期間屆滿之續約

本章明訂營運績效評估制度，對於評估方法、項目及標準、評估程序、評估效果需加以詳細約定，此章亦可約定營運期限屆滿之續約方式及條件。

第二十一章 缺失及違約責任

本章約定民機機構缺失之項目及處理方式、違約事項及處理方式；主辦機關違反承諾事項或協助事項之處理方式。亦可於本章約定融資機構或主辦機關介入

權之時機與方式。

第二十二章 契約之變更及終止

本章約定契約調整之方式、程序與契約終止事由、效力。

第二十三章 不可抗力與除外情事

本章先就不可抗力與除外情形予以定義，約定通知及認定程序、認定之效果及處理方式。

第二十四章 爭議處理及仲裁條款

本章明訂爭議發生時之處理方式，得約定以協調、仲裁程序、訴訟管轄法院處理。

第二十五章 其他條款

本章就非前章所能列入之事項予以規定，如契約修訂或補充方式、保密約定、通知與送達方式、準據法之約定、契約份數等。

第四項 契約建議條文²⁶⁷—以BOT案件為例

由於促參案件類型眾多，契約條文尚難一體適用，仍應依照各該公共建設類別及個案特性予以訂定。本文以較典型之BOT案件為例，關於履約監督管理事項有較重要及較容易發生爭議的事項²⁶⁸，試擬建議條文如下：

建議條文	說明
壹、特許權轉讓之控管	確保主辦機關對民間機構資格之控管，為本契約基礎事項，建議訂於第一章總則。

²⁶⁷ 參照行政院公共工程委員會專案研究計畫，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告—設定議題研析，第 219-224 頁；促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告—BOT 招商文件及投資契約範本，第 73-142 頁；臺北市常用契約範例，臺北市政府法規委員會編印，2009 年 9 月。

²⁶⁸ 本文基於主題限制，僅針對本文討論在促參案件履約階段重要執行課題與政府應行監督管理事項試擬建議條文。

建議條文	說明
<p>1.契約權利義務之繼受</p> <p>本契約對於立約雙方當事人²⁶⁹及其繼受人均有相同拘束力，但該繼受以符合促參法規定者為限。</p>	<p>約定權利繼受之效力。</p>
<p>2.特許權轉讓之限制及當事人變更之控管</p> <p>乙方依本契約所取得之特許權利及本契約之權利義務，非經甲方同意，不得轉讓與第三人。</p> <p>前項情形，第三人須具備與乙方有相同提供服務所需的技術能力和財力，且簽立同意承受乙方所承諾之義務者，甲方始得同意轉讓。</p>	<p>1.基於程序正義及公平合理性，原則上不得自由轉讓特許權。</p> <p>2.例外得轉讓之條件新的特許公司接受特許契約規定的所有義務和證明新的特許公司具備提供服務所需的技術能力和財力，藉此作為確保甲方對基礎建設之營運人或公共服務提供者的資格，能對受讓者所提供之品質能事先予以預估。</p>
<p>貳、約定雙方權利義務事項</p>	<p>可藉由約定雙方聲明與承諾事項方式，對於當事人應盡的義務予以明文約定，亦屬於對方得請求之權利。</p>
<p>1.雙方共同聲明</p> <p>一、為使本計畫之興建及營運順利成功，甲乙雙方願本於合作、誠信、公平及合理之精神履行本契約。</p> <p>二、基於兼顧甲乙雙方權益之立場，甲乙雙方儘可能以協調方式解決各種爭議，避免仲裁或爭訟。</p> <p>三、甲乙雙方於本契約中之所有聲明及提供之資料均為真正，並無隱匿或虛偽不實。</p>	<p>聲明雙方願本於合作、誠信、公平及合理之精神履行本契約，且優先以協調方式解決爭議，所有聲明及提供資料均真正，無隱匿或虛偽不實。</p>
<p>2.甲方之聲明</p> <p>一、甲方有權簽署本契約及履行本契約所定之一切義務。</p> <p>二、契約之簽署及履行並未構成甲方違反法令或甲方與第三人間現存契約之違約情事。</p> <p>三、甲方依本契約應為之核准同意，或應提供之文件資料，應適時為之。</p>	<p>1.商業契約中有關締約雙方之一般聲明事項，於BOT契約中亦應有適用。</p> <p>2.甲方對於依本契約約定應為之核准、同意，如需退件，原則上應以一次為限，且退件的理由應寫清楚，准駁的理由必須與本計畫之同意與否相關，不應有不當聯結。至其他機關應為之審核或同意，應非屬可歸責於甲方之事由。</p>
<p>3.乙方之聲明</p> <p>一、乙方係依中華民國法律成立並存續之公司（社團法人、財團法人），其設立時實收資本額（財產總額）應達新臺幣__萬元。</p> <p>二、乙方業經董事會合法決議並授權代表人簽署本契約，且未違反乙方公司章程或其他之任何內部章則與法令規定。</p> <p>三、本契約之簽署及履行並未構成乙方與第三人現存契約之違約情事。</p>	<p>1.商業契約中有關締約雙方之一般聲明事項，於BOT契約中亦應有適用。</p> <p>2.乙方對於契約訂定之條件資格以聲明方式保證真正。</p>

²⁶⁹ 此處契約當事人為主辦機關（以下簡稱「甲方」）及民間機構（以下簡稱「乙方」）。

建議條文	說明
<p>四、乙方對本契約之簽署，毋須經任何第三人之同意或許可。</p> <p>五、本契約簽署時，乙方並無因任何契約或法令規定之義務，致其未來履行本契約之能力有減損之虞。</p> <p>五、乙方依中華民國法令及其章程，得興建工程、經營本契約所訂營運管理項目，以及履行本契約所定一切義務。</p> <p>六、乙方於簽訂本契約前所有參與本計畫之行為均本於公平競爭原則，切實遵守相關法令規定。</p> <p>七、本契約簽訂時，乙方及其負責人並無任何違法情事或有重整、破產等影響本計畫之興建營運或財務狀況之不利情事。</p> <p>八、乙方於申請階段、甄審階段、議約階段為本計畫案所為之陳述及提供之口頭或書面資料皆為完整，且無遺漏、隱匿或虛偽不實，亦無侵害他人智慧財產權及其他權益或有任何偽造、變造之情事。</p>	
<p>3. 甲方承諾事項</p> <p>一、甲方應於__日內辦理用地點交。</p> <p>二、其他：_____。</p> <p>因甲方未能履行承諾事項或違反聲明，致乙方受損害時，甲方應對乙方所生之損害負賠償責任。賠償責任之範圍除本契約另有約定者外，以乙方實際所受損害為限，不包括乙方所失利益。</p>	<p>1. 契約得視公共建設之特性與需要，載明甲方承諾應作為或不作為之事項。例如：甲方有無交付土地之義務及是否須為任何之核准、同意或提供文件、資料等。</p> <p>2. 甲方得依促參法第 51 條第 2 項規定，將公有土地地上權及營運資產同意乙方設定抵押權以辦理本計畫融資，並列入承諾事項。</p> <p>3. 其他依個案特性增訂，例如貸款補貼、政府投資，及競爭路線等。</p> <p>4. 甲方承諾事項應於招標文件上顯示。</p> <p>5. 明訂甲方對違反承諾事項之損害賠償責任，以所受損害為限，甲乙雙方得就損害賠償範圍為約定。</p>
<p>4. 乙方之承諾事項</p> <p>一、乙方承諾非經甲方書面同意，乙方不得移轉或處分本契約之全部或一部分，亦不得移轉、處分及設定負擔其權利、義務或作為索賠要求，亦不得作為民事執行之標的。</p> <p>二、乙方承諾依本計畫案所使用、所有之智慧財產</p>	<p>1. 依據促參法第 51 條第 1 項規定，明訂乙方非經甲方書面同意，不得移轉或處分本契約之全部或一部分規定。</p> <p>2. 對於乙方所使用之智慧財產權，均屬合法，如有違法或他人提起索賠或追訴，應由乙方負責。</p> <p>3. 乙方承諾與其代理人、受僱人、受任人、承包商</p>

建議條文	說明
<p>權及其他有形、無形財產均係以合法方式取得使用權或所有權。如因上述智慧財產權之使用，致第三人對甲方或甲方授權使用之人提出索賠或追訴時，乙方應負擔一切法律責任，並應於接到甲方之通知後負責儘速解決前述糾紛，且立即提供甲方因此所需之必要支援與諮詢（包括但不限於資料、文件之提供及鑑定費用與律師費用之負擔）。</p> <p>三、甲方若因乙方違反上述承諾而涉及任何侵害第三人智慧財產權或其他權益之侵權訴訟，乙方應自費延聘律師及專業人士為甲方提供辯護，並負擔甲方所需支付之賠償費用或和解金，且乙方應負責賠償甲方因此侵權訴訟所受之一切損失（包括但不限於訴訟費用、鑑定費用、律師費用及名譽損失）。但如乙方於通知後未如期提供上開辯護，甲方得自行延聘之，其費用由乙方負擔。</p> <p>四、如上述侵權指控經法定程序確認係可歸責於乙方時，乙方應於本項侵權行為經確定之終局判決、調解或和解成立之日起一個月內取得合法權源或修改為符合甲方所需之履約標的使之不侵權，否則應將已收取之相關費用或款項退還予甲方。乙方尚未取得合法授權或完成修改前，甲方將停止使用該侵權之履約標的，若甲方因此遭受任何損害或喪失任何利益，乙方應負賠償之責。</p> <p>五、除本契約另有訂定或可歸責於甲方之事由外，乙方承諾與其代理人、受僱人、受任人、承包商或任何第三人間因興建及營運本計畫所生之權利義務，應由乙方負責，與甲方無涉。乙方並應使甲方免於上述事項之任何追索、求償或涉訟，如致甲方受損，乙方應負擔一切相關費用並賠償甲方之損害。</p> <p>六、乙方承諾在興建、營運本計畫時，均符合相關法令之規定，如違反相關法令之規定，致甲方遭受處分或損害時，乙方應負擔相關費用。</p> <p>七、乙方同意於本計畫施工期間內之工地安全、環</p>	<p>或任何第三人間因興建及營運本計畫所生之權利義務，應由乙方負責。</p> <p>4.明訂乙方承諾在興建營運本計畫時，均符合相關法令。</p> <p>5.乙方對施工安全之承諾。</p> <p>6.乙方承諾維持興建及經營期間之實收資本額，以確保有能力繼續執行，給付不中斷。</p> <p>7.「乙方承諾」除一般事項，例如本計畫重要契約之備查，及承諾因乙方行為致甲方受有損害時，乙方應對甲方負損害賠償責任等情形外，尚應依個案情形，考量其他承諾事項之約定。</p> <p>8.明訂乙方對違反承諾事項之損害賠償責任，以所受損害為限，甲乙雙方得就損害賠償範圍為約定。</p>

建議條文	說明
<p>境保護及啓用後之場地設施安全等概由乙方負責。如因設計施工或管理不當致損害他人權益者，乙方應自行負擔所有責任。</p> <p>八、乙方承諾興建及經營期間之實收資本額（財產總額）應維持於新臺幣__萬元以上。</p> <p>因乙方未能履行承諾事項或違反聲明，致甲方受損害時，乙方應對甲方所生之損害負賠償責任。賠償責任之範圍除本契約另有約定者外，以甲方實際所受損害為限，不包括甲方所失利益。</p>	
<p>叁、政府協助事項</p>	<p>政府協助事項主要仍以民間機構自行辦理為主，主辦機關得在法令範圍內提供協助之事項。</p>
<p>甲方協助事項（依據實際個案填入）：</p> <p>一、協助乙方協調用水、用電、瓦斯、電信及通訊等公用設備及地區排水防洪工程之申請；</p> <p>二、協助乙方洽請目的事業主管機關同意本計畫之授信額度不受銀行法第 72-2 條之限制。</p> <p>三、_____。</p>	<p>1. 乙方須甲方協助事項，除應符合促參法及現行其他法令規範外，也須視個案實際情形而定。</p> <p>2. 現行實務大多會約定「甲方就協助事項，不擔保其必然成就。甲方倘已提供協助，即不構成違約。」但促參本質而言，政府與私人係基於合作關係，在法令許可範圍內，政府本該竭力提供協助，故不宜作此約定。</p> <p>3. 主辦機關應視個案需要決定是否將本條各項內容納入契約中，如有協助事項應於招標文件上顯示。</p>
<p>肆、費率及費率變更</p>	<p>透過營運費率之控管機制，以達到公共利益之維護。</p>
<p>1. 費率標準及調整</p> <p>乙方應依相關法令之規定，擬定收費費率標準與其調整時機及方式，報請目的事業主管機關（或甲方）同意後公告實施，修改時亦同。</p>	<p>1. 本計畫如為公用事業，契約應依各該公用事業主管機關依法核定之營運費率標準、調整時機及方式，納入投資契約並公告之，修正時亦同。如非公用事業，應由主辦機關核定，以確保公共利益之維護。</p> <p>2. 實務上有時將費率及費率之調整方式，明定於招標文件中或列為申請時之甄審項目之一，則於乙方獲選為最優申請人後，甲方得考慮將該費率及調整方式直接列為契約之規定，以為管制。</p>
<p>2. 設備使用優惠</p> <p>乙方應配合甲方所屬各機關與__區內各機關團體，舉辦公益體育、藝文、民政活動之需要，提供甲方優先免費使用場館及其設施設備，其場地使用需求全年度主場地（籃球場兼集會場地）不超過__</p>	<p>公共設施有提供特定服務性質，為確保服務對象之利益，應明訂優惠標準，並應注意促參法第 50 條之規定。</p>

建議條文	說明
<p>天次，其中例假日天數以不低於__天為原則；其他各空間全年度不超過__天次，其中例假日天數以不低於__天為原則。如有疑義由甲方認定之。</p> <p>乙方除依照老人福利法第 25 條規定給予老人使用半價優待之外，另應保留部分時段及場地，提供高齡市民、低收入市民及身心障礙市民免費服務。</p> <p>乙方營運管理本計畫案，應符合身心障礙者權益保障法第 59 條、老人福利法第 25 條規定與前揭條文相關解釋函示規定。身心障礙者及其監護人或必要之陪伴者（由身心障礙者主張）一人進入委託營運管理標的物時，憑身心障礙手冊應予免費。且依身心障礙者權益保障法第 56 條之規定，於委託營運管理標的物規劃保留之身心障礙者專用停車位，應維持其屬性與功能，並應排除非領有專用停車位識別證明車輛之違規佔用。</p>	
<p>伍、財務監督事項</p>	<p>透過對民間機構的財務監督，以確保給付不中斷。</p>
<p>1. 持股比例要求及股權轉讓之限制</p> <p>乙方之發起人於本計畫興建期間內持有乙方之股份總數不得低於百分之__。</p> <p>乙方之發起人、董事及監察人持有之股份於營運開始日前非經甲方之同意，不得讓與或設質。但為取得興建及營運有關之授信，致設質予融資機構者，得不在此限。</p> <p>契約得約定乙方於契約期間內，其自有資金比率不得低於百分之__。</p>	<p>1. 由於發起人之資格通常均為甄審考量因素之一，故為確保本計畫順利執行，應要求乙方發起人持股於一定期間內不得低於一定百分比。</p> <p>2. 為避免因乙方經營權之變動而影響公共建設之執行，乙方發起人、董事及監察人之持股於一定期間內，非經甲方同意不得讓與或設質；但因融資之必需時，得不在此限。</p> <p>3. 申請人如為合作聯盟，各成員及授權代表公司應持有乙方之股份比例，應依照招商文件之公告要求撰寫。</p>
<p>2. 轉投資條件</p> <p>乙方擬進行轉投資，應符合轉投資相關法令之規範，並經甲方事先同意後始得為之。</p>	<p>乙方進行轉投資時，將有可能損及甲方權利金之收入，如乙方為專案公司時，甲方應考量加入本條款。</p>
<p>3. 財務報表提送</p> <p>乙方應於每半年之財務報表應於當上、下半年終了後__個月內提送甲方備查。年度財務報告須經合格會計師查核簽證，於翌年5月底前送甲方核備。</p> <p>前項乙方所聘合格會計師，3年內不得受有懲戒處分，會計師人選及未受懲戒處分之證明文件應先送甲方備查，變更時亦同。</p> <p>甲方於乙方查核會計師受主管機關懲處、損及</p>	<p>參照促參法施行細則第 23 條規定甲方對乙方之財務監督。</p>

建議條文	說明
獨立性或其他必要情事時，有權要求乙方更換其會計師，乙方應無條件配合辦理。	
<p>4.財務檢查權之實施</p> <p>甲方得派員檢查乙方之財務狀況。甲方執行檢查時，得通知乙方限期提出帳簿、表冊、傳票、財務報告及其他相關文件，以供查核。甲方對於相關財務問題之查詢，乙方應予配合。</p> <p>於契約期間，甲方得指派各種專業顧問執行查核工作，並得對乙方經營本計畫案之業務及人事提出改善建議。</p>	<p>1.參照促參法施行細則第 23 條規定甲方對乙方之財務監督。</p> <p>2.乙方如非專案公司，契約應明文甲方財務檢查權之範圍，應考量僅限於經營本契約事業之部分，或者包括乙方全公司。</p> <p>3.又如乙方為上市公司，因乙方受相關證券管理機關之管理，甲方亦得考量減少管理之程度。</p>
<p>5.公司組織變動之通知</p> <p>乙方之公司登記事項、各項執照或章程內容有變更時，應於每次變更登記完成後__日內，通知甲方並檢附相關證明文件。</p>	乙方組織如有任何變動，應知會甲方，以落實甲方對乙方之監督。
陸、資產確保措施	透過營運資產之確保措施，避免給付中斷或影響給付品質之情形發生。
<p>乙方依本契約取得之權利，除依促參法第52規定之改善計畫或第53條規定之適當措施所需，且經甲方同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。</p> <p>乙方因興建、營運所取得之營運資產、設備，在不影響公共建設之正常運作，並符合下列規定者，甲方得同意其轉讓、出租或設定負擔：</p> <p>一、於移轉期限屆滿前，在不影響期滿移轉下，附條件准予轉讓。</p> <p>二、出租或設定負擔之期間，以本契約之期限為限。</p> <p>三、設定負擔者，以訂有償債計畫或設立償債基金辦法作為融資機構就本計畫融資之擔保者為限。</p>	參照促參法第 51 條及同法施行細則第 47 條規定資產處分之限制及例外規定。
柒、風險評估及移轉事項	可透過履約保證金之約定及保險，作為風險移轉方式。
一、履約保證金約定	
<p>1.履約保證金之期間</p> <p>乙方興建期履約保證之有效期限，應持續至營運開始日後__個月止。</p> <p>乙方營運期履約保證之有效期限，應持續至乙方資產移轉完成後__個月止。</p>	履約保證乃是為了防止乙方在得標以後，未能如期履約，而由乙方向甲方提供保證，將確實依照契約所訂期限與條件完成本計畫之興建與營運。履約保證依行使之期間分成 興建期履約保證 與 營運期履約保證 ，一般而言，興建期履約保證自簽

建議條文	說明
	約後即應繳納，在興建完成、開始營運後一定期間後歸還，營運期履約保證則是在完成所有權移轉後一定期間後歸還。該等期限應於契約中明訂。
<p>2.履約保證金內容與額度</p> <p>乙方應於簽訂本契約之同時提供新台幣__元之履約保證金，以作為對本計畫興建期間履行一切契約責任等之保證。</p> <p>興建期履約保證金依工程進度完成__（比例）予以發還。</p> <p>乙方應於開始營運前日內提供新台幣__元之履約保證金，以作為對本計畫營運期間一切契約責任履行之保證。</p> <p>乙方於營運開始一定期間內，如無重大違約情事，履約保證金之額度得減為新台幣__元。</p>	<p>1.制訂履約保證金額時，首應評估計畫之所有風險、所有參與者可供運用之風險管理工具與計畫風險分擔機制後，始能對履約保證金金額大小予以完整之分析。</p> <p>2.明訂興建期間履約保證金額及依工程進度比例予以提前發還。</p> <p>3.明訂營運期間履約保證金額及履約保證金額度得減免條件，惟不得縮減為0，以防止給付中斷。</p>
<p>3.履約保證金之押提</p> <p>如乙方依本契約約定應給付違約金或其他損害賠償或費用予甲方，或因乙方有違約情事致甲方終止本契約之一部或全部或未依本契約約定完成移轉時，甲方得逕行押提履約保證金之一部或全部以扣抵乙方應給付之金額。</p>	契約應明確規定於何種情形下，甲方得押提乙方之履約保證金。
<p>4.履約保證金之補足</p> <p>甲方於本契約終止前，依本契約逕行押提履約保證時，乙方應於扣抵後__日內補足履約保證之差額。</p>	如履約保證金有押提情形，應命期限補足差額，以確保乙方履約。
<p>5.履約保證金之返還</p> <p>乙方於本契約所定興建期之履約保證期間屆滿時，如無履約保證金應被押提情事者，甲方應解除乙方興建期履約保證之責任，並將該履約保證金無息返還乙方。</p> <p>乙方於本契約所定營運期之履約保證期間屆滿時，如無履約保證金應被押提情事者，甲方應解除乙方履約保證之責任，並應將履約保證金無息返還乙方。</p> <p>因不可歸責於乙方之事由而提前終止本契約之一部或全部者，於乙方資產移轉完成後解除其該部或全部之履約保證責任。</p>	契約應載明履約保證於何種情形下得予解除，以免除乙方責任。
二、保險約定	

建議條文	說明
<p>1.保險計畫之約定</p> <p>興建及營運期間內，乙方應對本計畫之施工興建、營運及資產，向目的事業主管機關核准設立登記之產物保險公司，購買並維持必要之足額保險。甲方應為共同被保險人。</p> <p>乙方依本契約約定投保之各類保險，其保險單及批單之副本，應於簽訂後之__日內副知甲方。除依法令規定或經甲方同意者外，乙方不得批改保單致變更後之條件較原保單為不利。乙方或保險人批改前應以書面通知甲方批改之內容，批改後之保單亦應副知甲方。</p>	<p>1.為增加保險涵蓋範圍，俾保險事故發生時能盡量獲得理賠，除甲方外，現在或將來有保險利益者，均應列為共同被保險人。</p> <p>2.乙方之保單應提供甲方備查，且除因法令之變動外，乙方未得甲方同意不得將保單內容更改至較原保單不利之情形。</p>
<p>2.保險範圍及種類</p> <p>於契約存續期間，乙方應就本計畫之營運資產，在興建及營運期間內，就可能遭受或引發之事故所生責任投保必要之保險，並維持保單效力。該保險內容，須包括對任何第三人之生命、身體健康及財產等損害賠償責任。</p> <p>興建期間乙方應投保並維持下列保險：</p> <p>(1) 貨物運輸保險；</p> <p>(2) 營造綜合保險（包括第三人意外責任險及延遲完工險）；</p> <p>(3) 僱主意外責任險；</p> <p>(4) 工程專業責任險；及</p> <p>(5) 其他 _____。</p> <p>營運期間乙方應投保並維持下列保險：</p> <p>(1) 財產綜合保險（含營業中斷險）；</p> <p>(2) 大眾捷運系統旅客運送責任險；</p> <p>(3) 公共意外責任險；</p> <p>(4) 僱主意外責任險；及</p> <p>(5) 其他 _____。</p>	<p>明訂保險範圍及興建、營運期間應投保之種類。</p>
<p>3.保險金額</p> <p>乙方應依本契約約定足額投保相關必要保險，其保險金額、保險期間及自負額上限，應依本契約附件○辦理。</p>	<p>契約應就乙方應投保之險種、金額、期間及自負額上限予以明訂。</p>
<p>4.保險費用</p> <p>保險費用全部由乙方負擔。</p>	<p>明定保險費用由乙方負擔。</p>
<p>5.保險金受益人</p>	<p>因乙方負責本計畫之興建營運，故除融資契約另</p>

建議條文	說明
<p>本計畫所有營運資產於本契約有效期間內之保險，均由乙方向保險公司投保，以乙方為受益人。</p>	<p>有約定外，應以乙方為受益人。</p>
<p>6.保險給付</p> <p>保險給付應用於彌補或重建本計畫設施或營運資產因保險事故發生所致之損害，但如損害過鉅致無重建實益時，保險給付須優先用於清理及移除毀損之本計畫設施或營運資產。</p>	<p>約定保險給付運用之事項。</p>
<p>7.乙方未依規定投保之責任</p> <p>於本契約期間發生任何保險事故，導致乙方之興建、營運受到阻礙而受有損失者，該損失應由乙方投保之保險給付加以填補，倘有不足之部分，由乙方完全承擔，甲方不負任何責任。</p> <p>乙方或其承包商、供應商或專業顧問未依本契約之規定投保或維持適當之保險，除依本契約第 21 章缺失及違約章之規定處理外，如發生事故而受有損害者，由乙方自行負擔。</p>	<p>明定未依約投保，乙方應負之責任。</p>
<p>捌、營運績效評估機制</p>	
<p>1.營運績效評估</p> <p>甲方得隨時派員對乙方經營本計畫進行績效評估及提出改善建議；其營運績效評估委員會組織章程暨管理辦法如附件_所示。</p> <p>2.營運績效評估方法</p> <p>甲方應設置評估委員會辦理乙方營運績效之評估。營運績效之評估，應自營運開始日起每年度辦理乙次。</p> <p>3.營運績效評估項目及標準</p> <p>營運績效評估項目應包含是否違法、違約、經營效率（包括第_條所載之各項營運需求管理計畫之執行情形）、設施維護情形、顧客滿意度、使用者申訴處理、環保及安全衛生等，各項目評估準則分配詳附件_所示。</p> <p>4.營運績效評估程序</p> <p>乙方應於甲方之評估委員會召開前_日，提送相關資料及文件予甲方或經甲方指定之各委員。</p> <p>乙方應於評估委員會召開時，提出簡報，並答覆各委員之詢問。如各委員要求查閱乙方所提送相關資料及文件之原始紀錄，乙方應充分配合。</p>	<p>1.明訂甲方得隨時派員對乙方經營本計畫進行績效評估及提出改善建議及營運績效評估委員會組織方式。</p> <p>2.依促參法第 54 條及同法施行細則第 62 條規定，契約應約定乙方之營運績效評估辦法、評估方法及項目、評估程序及標準及其他評估事項。</p> <p>3.績效評估之項目及標準得由甲方視個案需求而定。應注意者，乃訂定各個績效評估之項目及標準時，宜有客觀之依循準據，以避免日後淪為評估委員會自由心證，致生爭議。</p> <p>4.明訂營運績效評估之效果，如評為「營運績效良好」得優先訂約，並得作為調整契約之參考；如評為「不合格」或命改善達一定次數者，甲方得終止契約，以建立退場機制。</p> <p>5.明訂優先訂約之期間及方式。</p>

建議條文	說明
<p>評估委員會認有調查或實地勘驗之必要時，得實施調查或勘驗，乙方應充分配合。</p> <p>各委員充分瞭解乙方營運狀況後，應就各評估項目予以評分。分數合計__分以上者為及格。惟當年度內如乙方就某一單項評估項目曾收受甲方依本契約出具缺失通知達__次（含）以上，或違約通知__次以上，該單項應為不合格。全部評估項目乙方全年收受之缺失通知達__次（含）以上，或違約通知達__次（含）以上者，該年度之分數應為不合格。評估委員會於每年完成評分後，應將評分結果以書面通知甲方及乙方。如乙方該年度之評分未達__分者，甲方得命乙方限期改善。</p> <p>5.營運績效評估之效果</p> <p>如乙方於營運期間之評分為__分（含）以上者達__年以上，且營運之最後__年之評分，每年均達__分（含）以上者，得評定為「營運績效良好」。如乙方經甲方評定為營運績效良好，乙方得向甲方申請優先定約，委託乙方繼續營運。</p> <p>如乙方於營運期間之評分為不合格者或年度之評分未達__分命其限期改善仍不改善者，達__年以上，甲方得終止契約。</p> <p>6.優先訂約</p> <p>乙方如依本契約約定經評估為營運績效良好，乙方得於委託營運期間屆滿二年前檢附歷年評估報告及未來投資計畫書等，向甲方申請繼續定約一次，其期間以__年為限，乙方若於委託營運期間屆滿二年前，未向甲方申請繼續定約，視為放棄優先訂約之機會。</p> <p>乙方申請繼續訂約，經甲方同意符合優先訂約之條件者，如__設施未來仍有交由民間營運之必要，甲方應研訂繼續營運之條件，通知乙方議定新約內容，倘乙方對甲方之條件拒絕同意，或於一定期限內雙方仍未達成契約之合意者，乙方即喪失優先訂約之機會，甲方得公開辦理招商作業，乙方不得異議。</p>	
玖、契約調整標準	
1.調整契約之要件	1.促參契約許可期限經常達數十年，為使契約得依

建議條文	說明
<p>甲方與乙方簽訂之投資契約，如有下列情形之一，雙方得協議辦理修約：</p> <p>一、投資契約載明之修約事項。</p> <p>二、基於公共利益考量，依原契約繼續履行或處置有礙公共利益者。</p> <p>三、發生不可抗力、除外情事或情事變更等情事，致依原契約繼續履行有失公平合理或窒礙難行者。</p> <p>四、其他為履行契約之必要者或經雙方合意者。</p> <p>2.調整契約之程序</p> <p>任一方於收受對方提送修約相關文件後，應即與對方進行協議，除雙方另有約定者外，如未能於相關文件送達之次日起__日內完成，視為修約不成立，應依本契約第 24 章爭議約定辦理。</p> <p>3.契約調整之其他事項</p> <p>一、修約，應以維護公共利益及公平合理為原則。</p> <p>二、乙方不得因契約變更之通知而遲延其履約期限。但經甲方同意者不在此限。</p> <p>三、契約變更，非經甲方及乙方之合意作成書面紀錄，並簽名或蓋章者，無效。</p>	<p>實際情形變更，參酌促參法施行細則第 22 條規定，明訂基於公共利益考量、發生不可抗力、除外情事或情事變更或其他契約載明之事項，任何一方得提起契約變更之要求。</p> <p>2.明訂契約調整之程序。</p> <p>3.關於契約調整之其他規定，如修約原則、履約期限不因修約而遲延、修約以書面為之等。</p>
<p>拾、承接責任之啓動</p>	<p>藉由缺失及違約責任約定，啓動承接責任</p>
<p>1.乙方之缺失</p> <p>除本契約所稱違約外，乙方之行為如有不符合本契約之規定者，均屬缺失。</p>	<p>因乙方違約之後果可能導致契約之終止，故乙方違約之情事宜明確約定且該情事應足以嚴重影響本計畫之興建或營運，始足作為違約終止事由。故參酌國內多數投資契約草案規定，除明載於「乙方違約」之事項外，均列為乙方之缺失，以避免契約動輒即走向終止。</p>
<p>2.缺失之處理</p> <p>乙方如有缺失時，甲方得要求乙方定期改善，並以書面載明下列事項，通知乙方：</p> <p>一、缺失之具體事實。</p> <p>二、改善缺失之期限。</p> <p>三、改善後應達到之標準。</p> <p>四、屆期未完成改善之處理。</p> <p>乙方須於期限內改善缺失，並於改善完成後通知甲方，如屆期未完成改善或改善無效，且情節重大者，甲方得以違約處理。</p>	<p>1.參照促參法施行細則第 49 條規定，於乙方有缺失時，甲方應具體列明乙方之缺失及改善期間、目標及屆期未改善之處理，並載明乙方屆時仍未改善之後果。</p> <p>2.乙方有缺失之效果，屆期未完成改善或改善無效時，如情節重大者應以違約處理，如情節非重大者則應納入年度營運績效評估中一併考量。甲方仍得基於個案考量選擇是否處以違約金。</p>

建議條文	說明
<p>3.乙方之違約</p> <p>因可歸責於乙方之事由而有下列情事之一者，構成違約：</p> <p>一、乙方未遵期開始營運、違反投資計畫使用之規定、就權利金或土地租金逾期__日仍未繳付或違反相關法令者。</p> <p>二、除不可抗力、除外情事等不可歸責於乙方之事由，致延緩工程之因素外，未依甲方同意之投資執行計畫書、興建執行計畫或營運執行計畫辦理興建工程或工程進度嚴重落後者。</p> <p>三、乙方未經甲方書面同意擅自中止營運一部或全部，或有經營不善之情事者。</p> <p>四、乙方有破產、重整或其他重大財務困難之情事，致無法繼續履約或履約顯有困難者。</p> <p>五、乙方未維持本計畫營運資產之良好狀況，或未經甲方事前之書面同意，對本計畫營運資產作重大變更者。</p> <p>六、乙方未經甲方事前書面同意，擅將本計畫營運資產為轉讓、出租、設定負擔或其他處分行為。</p> <p>七、乙方未經甲方事前書面同意，擅將本契約之權利義務為轉讓、設定負擔或其他處分行為。</p> <p>八、乙方有偽造、變造依本契約應提出之相關文件，經查明屬實者。</p> <p>九、乙方或其董事、監察人、經理人有重大喪失債信或違法情事，情節重大影響營運者。</p> <p>十、目的事業主管機關命令解散、受法院裁定解散或未經甲方事前書面同意，股東會為解散、合併之決議者。</p> <p>十一、其他嚴重影響本計畫興建營運且情節重大者。</p>	<p>乙方違約事由應予明訂且其違約情節應明確，以避免雙方日後就是否違約產生爭議。</p>
<p>4.違約之處理</p> <p>乙方有違約情事，甲方得為下列處理，並以書面通知乙方：</p> <p>一、違約情形可改善者，通知乙方定期改善，甲方並應以書面載明下列事項，通知乙方：</p> <p>(1) 違約之具體事實。</p> <p>(2) 改善之期限。</p>	<p>1.參照促參法第 52 條規定，乙方違約時應賦予改正救濟之機會；並允許融資機構行使介入權。</p> <p>2.明訂乙方違約時，甲方得處違約金之規定，並得終止契約。</p> <p>3.甲方應考量違約金之性質為損害賠償總額預定違約金，或懲罰性違約金，並於契約條文中載明。</p>

建議條文	說明
<p>(3) 改善後應達到之標準。</p> <p>(4) 屆期未完成改善之處理。</p> <p>二、經甲方通知乙方定期改善而逾期未改善、改善無效、未依改善標準完成改善或無法改善時，甲方得為下列處理，並以書面通知乙方及融資機構或其委任之管理銀行：</p> <p>(1) 中止乙方興建營運之一部或全部。</p> <p>(2) 依本契約規定，由融資機構於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管乙方或繼續辦理興建營運。</p> <p>(3) 終止契約。</p> <p> 甲方辦理中止乙方興建營運之一部或全部時，應以書面載明下列事項，通知乙方：</p> <p>一、中止一部或全部興建營運之事由。</p> <p>二、中止興建營運之日期。</p> <p>三、中止興建營運之業務範圍。</p> <p>四、中止興建營運後，應繼續改善之項目、標準及期限。</p> <p>五、屆期未完成改善之處理。</p> <p> 違約情事經乙方改善並經甲方認定已消滅時，甲方應以書面限期令乙方繼續興建營運。</p> <p>(違約金之約定)</p> <p> 甲方於乙方發生本契約第__條所定之違約情事時，除依第__條之規定處理外，甲方得處以乙方新台幣__元之違約金。</p>	
<p>5.融資機構之介入權</p> <p> 乙方發生違約情事，經甲方要求限期改善而逾期未改善或改善無效時，雙方同意融資機構得行使介入權。融資機構行使介入權之期間內，甲方原依約得向乙方主張之乙方違約責任，應暫停行使。</p> <p> 融資機構得以下列方式，行使介入權，並於融資機構簽訂之融資契約中，載明下列事項：</p> <p>一、融資機構得經甲方同意後，於一定期間內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管乙方或繼續辦理興建、營運。</p> <p>二、融資機構行使介入權，應推派代表人，辦理一切介入權事宜。</p>	<p>1.BOT 案件重視融資機構之參與，融資機構平時即應監督乙方之運作；一旦發生乙方違約之情形時，應先鼓勵融資機構介入。</p> <p>2.介入權之行使，融資機構應派代表為之，又融資機構應取代乙方在本契約中之地位，但為避免融資機構承受過高之義務，明訂甲方應與融資機構協商承擔權利義務之範圍。</p> <p>3. 融資機構接管後，缺失確已改善者，原則上已無介入之必要，惟如缺失縱經改善，乙方亦不必然有能力繼續履行契約，爰明訂除融資機構或其指定之其他機構與甲方另有約定者外，甲方得與融資機構協議終止介入權之行使。</p>

建議條文	說明
<p>三、於興建期接管時，乙方應將建物之起造人名義登記為融資機構。</p> <p>四、融資機構行使介入權，得與甲方協商承擔乙方基於本契約所取得之權利義務之範圍，以繼續辦理興建、營運。前述之權利義務範圍，得排除乙方已發生之違約或對第三人之賠償責任。</p> <p>五、融資機構或其指定之其他機構於改善期限屆滿前，已改善缺失者，得向主辦機關申請終止接管。</p>	<p>4. 甲方得於個案中考量是否限制融資機構介入權行使之次數。</p> <p>5. 終止介入權的行使後，原則上保留予未來立法的修正，並應視當時的具體狀況做調整，甲方亦可與融資機構協議於何種情況下由雙方協議終止。</p>
<p>6. 契約終止之事由</p> <p>於契約期間內，甲乙雙方得合意終止本契約。</p> <p>除本契約另有約定外，於本契約期間，發生下列可歸責於乙方之情事之一者，甲方得終止本契約：</p> <p>一、乙方發生解散、破產、進行破產法上之和解、重整、清算、命令停業或歇業或其他重大財務困難情事，致繼續履約顯有困難。</p> <p>二、乙方或其負責人有重大喪失債信或違法情事，情節重大而影響營運管理。</p> <p>三、乙方依本契約規定提出予甲方之相關文件，經查明有偽造、變造、隱匿或其他重大不實情事。</p> <p>任何一方得依不可抗力或除外情事，以書面通知他方終止本契約之全部或一部。</p> <p>因政府政策或法令變更，甲方認乙方繼續執行本計畫案之營運管理不符公共利益時，甲方得終止本契約，不受不可抗力或除外情事之限制。</p> <p>甲方依前項終止契約，應對乙方所生之損害負賠償責任。</p>	<p>明訂契約終止之事由，包括合意終止、可歸責於乙方、不可抗力及因公共利益而終止，如因公共利益終止者，依據促參法施行細則第 22-4 條應補償乙方之損失。</p>

上開建議條文所規範重點在特許權轉讓之控管、雙方權利義務之事先約定、政府協助事項、費率及費率變更事項、財務監督事項、資產確保措施、風險評估及移轉事項、營運績效評估機制、啟動承接責任等，行政機關辦理促參案件時應按照個案的特性，針對前揭規範重點予以加強，以利其後履約管理之執行。



第六章 結論與建議

在社會、經濟不斷發展及社會自主的要求下，國家對於公共建設的推動，其角色的定位從昔日大有為的萬能給付政府逐漸演變為與私人共同合作，重視彼此分工，由私人擔當執行者，而國家退居擔保者的地位。國家基於維繫人民基本權利之保護義務，確保給付不中斷、品質維持一定水準，促進公平競爭及公共利益的維護，負起委由私人執行國家任務的最終擔保責任。

公私協力為公部門與私部門間的「合作狀態」，公部門以較經濟實現公共任務方式，採取與私部門形成合作夥伴關係，具有任務分配、責任分配，並作風險評估的特性。公私協力既成為擔保國家之行政模式，行政管制上將有所變革，國家由高權管制，因與私人間為合作、夥伴關係，改以「社會自我管制」手段實現管制義務。在公私協力下，國家並不是完全卸除責任，將所有責任可推至私人，反而國家基於擔保責任，仍需確保公私協力所欲追求之目標能夠實現，並防止私人為追求私益而忽視公共利益，國家仍必須保有必要的監督權，適時檢視私人參與之行爲是否合法與適當。在公私協力合作態樣中，現行政府以推動民間參與公共建設為政策方針，本文認為關於促參案件監督管制方式應先以促參法建立「法的框架」，賦予主辦機關對民間機構的監督權，並透過各種「契約」來規範權利義務關係，因此，政府對民間機構的監督管理，除從法制層面來著手外，更應注重契約之約定。

本文先從我國現行促參案件監督管理的法規範及契約設計架構上來檢討，目前主管機關行政院公共工程委員會雖依各主辦機關與民間機構推動實務經驗與建議，檢討以往促參案件執行缺失，提出修正草案，但現行法及修正草案對於監督管理事項尚嫌不足，且多以行政規則訂之。本文認為對於管制事項應提升至法律位階，並落實在契約內容中，始生拘束民間機構的效果。本文再從六個促參案件分析出履約階段重要執行課題有：工程興建風險控管、各種行政程序配合事

項、資金取得困難問題、營運風險控管事項、政府承諾及協助事項及公共利益之維護，除此之外，尚有特許權轉讓問題、契約內容之協商與規範密度、行政機關判斷標準與營運績效評估制度，均為政府行監督管理時應關注之重要事項，也是目前辦理促參案件在法制度上及契約規範上亟需解決的事項。

本文嘗試從立法層面及契約層面來建立促參案件監督管理之規範架構。在法制度上相關法規應先配合建置及連結，並以契約作為監督管理方式，釐清法律關係作為規劃後續的法律架構及監督管理機制之依據，以國家擔保責任之內涵作為基礎，除現行法所定監督管理事項外，本文認為促參案件應更重視公共利益之維護、對市場地位濫用之管制、控管特許權利轉讓、加強資產確保措置、檢視風險評估及移轉制度及建立行政機關判斷標準等方面。如民間機構發生執行失靈現象，政府則應啟動承接責任，負起擔保之義務。而在監督制度上，營運績效評估委員會功能應重新設計，來分擔主辦機關監督管理之工作，評估結果除決定是否續約外，放寬其效用作為民間機構退場機制之參考，更應擴大全民來進行監督，甚至以刊登政府採購公報或納入促參案件資訊平台系統方式提列促參案件不良廠商名單，避免其再危害其他機關。另在契約上，本文以 BOT 案件為例，針對重要監督管理事項，擬定契約條文之範本，期盼能減低承辦之公務員在實務操作上困難及風險，並協助行政機關在辦理促參案件更為妥適及周延。

從現行促參案件履約階段執行經驗來看，政府大多基於減輕財政負擔，積極採取 BOT、OT、BOO 等類型來辦理民間參與公共建設，雙方簽訂投資契約後，並非就能將責任推給民間，就促參案件之本質而言，政府與民間機構藉由通力合作之方式，以達成公共建設落實之目的，政府在吸引民間參與公共建設及追求效率或獲利成果的同時，仍應保有監督管理權之必要。行政機關對促參案件監督管理事項中，實應以「公共利益」為最重要考量，在契約訂定與執行時均應以確保公益為目的，因此本文建議行政機關：

一、契約應按照公共任務的屬性及目的相對的調整：

筆者曾任職於地方行政機關，曾經負責編輯契約範本之修訂，且參與許多促參案件之進行，惟於任職期間發現，由於職務分工原則，站在第一線直接承辦促參業務的公務員並非法律專業人員，而該類公務員雖然深知興建、營運管理的重要事項，卻經常因為事務的繁瑣，且以非法律專業背景為由，僅按照契約範本直接擬定，忽視應按照公共任務的屬性及目的相對的調整契約內容，縱使公務員不是全才人士，但仍應具有基本的專業素養，因此，更懇切承辦公務人員摒除自我設限的標準，確實執行並適時修正契約內容，以達到維護公共利益之目的。

二、加強行政機關間的聯繫，建立履約管理標準流程

促參案件推動時通常需辦理各項審查、審議、申請許可、核發執照等行政事項，相應配合之行政機關不單為主辦機關，按照所涉行政事項之性質將有不同目的事業主管機關，且在履約執行上亦涉及含括法律、工程、財務等各項議題，各機關間應加強彼此的聯繫，成立跨局處專案小組協助推動。近年來政府積極推動組織再造及人力精簡，公務人員會進行調職之流動，因此主辦機關需運用有限的人力來有效管理促參案件時，如能建立一套履約管理之標準作業流程，提供接手公務人員之遵循依據，以避免因業務交接不明而造成管理之缺失。

三、落實合作夥伴關係，重新省思管制方式

在追求全球競爭力與公共利益的環境下，國家與私人間應重新建構彼此關係，而採取相互合作方式共同推動國家進步，在促參案件中，民間機構就公共建設部分，實已大幅承擔原屬主辦機關之責任，則應不再以消極的防弊與箝制來進行管制，而是藉由管制措施合理化，讓民間機構在資金、技術與設備上的需求，有效獲得解決，避免耗費大量交易和時間成本。故主辦機關為民間機構解決問題時，自不應動輒以是否圖利民間機構之觀點處理問題，而應於公平正義之前提

下，適時地以民間機構之角度看待問題，瞭解其面臨之難處並協助解決，方有利於公共建設之推動，進而提高競爭力面對國內外的衝擊與挑戰。

促參案件履約階段民間機構與主辦機關間經常發生爭議，如何去解決及改善此困境？臺灣台中地方法院 94 年重訴字第 75 號判決曾提出一番見解：「政府推動公共建設，於決策、經費補助方面，尚需受立法部門之監督及審查，尤其有關環保領域焚化廠之興建，更需面對環境影響評估、民意抗衡等不確定因素影響，如有維護公共利益之需時，依促參法第 11 條、第 13 條規定，政府尚得行使緊急處分權，令民間機關停止興建或營運之一部或全部，故政府推動公共建設，仍應以公共利益為優先考量，而民間參與政府公共建設，除考量前揭優惠措施外，定當將前揭前揭風險列入參加與否之評估中。當然政府決定如常處於不確定之風險，亦當影響民間參與公共建設之意願，其間如何平衡，有賴政府部門慎思執行。」政府及私人採取合作模式時，雙方都應審慎判斷風險，並且分擔責任，始能達到推動公共建設之目的。

促參案件已施行十年有餘，且為政府促進經濟發展之重要政策，期盼政府在推動公共建設時，重新思考制度規劃的方向及如何適當運用監督管理機制，採取事先規劃手段以減低事後紛爭的發生，進而共創政府民間合作雙贏之局面。

參考文獻

一、中文文獻（按筆畫排列）

書籍：

1. Eberhard Schmidt-Aßmann 著、林明鏘等人譯，行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務，元照出版公司，2009年10月。
2. 行政院研究發展考核委員會編，政府改造，行政院研究發展考核委員會出版，2003年12月。
3. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，2007年9月10版。
4. 吳庚大法官榮退論文集編輯委員會，公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照出版公司，2004年10月。
5. 吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版公司，2010年1月。
6. 李震山，行政法導論，三民書局，2009年修訂八版。
7. 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會，現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，月旦出版公司，1997年3月。
8. 林明鏘，行政契約法研究，翰蘆圖書出版有限公司，2006年4月。
9. 范光群教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，元照出版社，2009年。
10. 孫森焱，民法債編總論上冊，自行發行，2005年12月修訂版。
11. 翁岳生主編，行政法（上）（下），元照出版公司，2006年10月。
12. 翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會，當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版公司，2002年07月。
13. 陳春生，行政法之學理與體系(一)—行政行為形式論，三民書局，2007年3月。
14. 陳春生，行政法之學理與體系(二)，元照出版公司，1996年8月。
15. 陳敏，行政法總論，2007年10月，修正第五版。
16. 陳新民，公法學劄記，新學林出版，2005年10月。
17. 陳新民，法治國家論，學林文化，2001年4月。
18. 陳新民，憲法學釋論，2005年8月，修正第五版。

19. 湯德宗，行政程序法論，元照，民國 90 年 1 月，初版 2 刷。
20. 湯德宗、李建良主編，2006 行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所籌備處，2007 年 10 月。
21. 黃守高，現代行政法之社會任務，私立東吳大學中國學術著作獎助委員會，民國 68 年 12 月初版。
22. 黃錦堂，行政組織法論，自行發行，2005 年 5 月。
23. 董保城、湛中樂，國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照出版公司，2008 年 9 月二版。
24. 詹鎮榮，民營化法與管制革新，元照出版公司，2005 年 9 月初版 1 刷。
25. 廖義男，公共建設與行政法理，三民書局，1994 年 2 月。
26. 廖義男教授祝壽論文集編輯委員會，新世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，元照出版公司，2002 年 9 月。
27. 臺北市政府法規委員會編，地方法制研討會選輯—委託經營管理法制、行政法規影響評估，臺北市政府法規委員會出版，2003 年 12 月。
28. 臺北市政府法規委員會編，臺北市常用契約範例，臺北市政府法規委員會出版，2009 年 9 月。
29. 臺灣行政法學會主編，行政契約之法理／各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009 年 7 月。
30. 寰瀛法律事務所主編，促參法 Q&A—100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，元照出版公司，2009 年 7 月。

期刊文章：

1. Prof. Dr. Christian Starck 著、蔡宗珍譯，歐盟時代的一般國家學，臺大法學論叢第 37 卷第 2 期，2008 年 6 月。
2. 山本隆司著、劉宗德譯，日本公私協力之動向與課題，月旦法學雜誌第 172 期，2009 年 9 月。
3. 王文宇，BOT 主要契約內容解析（下），全國律師第 3 卷 12 期，1999 年 12 月。
4. 王文宇，BOT 主要契約內容解析（上），全國律師第 3 卷 11 期，1999 年 11 月。
5. 王文宇，公共事業管制與競爭理念之變革—以電信與電業法制為例，台大法

- 學論叢，第 29 卷第 4 期，2000 年 7 月。
6. 王文宇，行政判斷與 BOT 法制——以 ETC 案及京站案為例，月旦法學雜誌第 142 期，2007 年 3 月。
 7. 王文宇、廖咸興，BOT 與開發型不動產證券化，月旦法學雜誌第 152 期，2008 年 1 月。
 8. 王毓正，論市立醫院委託經營契約於公、私法屬性判斷上之爭議——以高雄高等行政法院 96 年度訴字第 359 號裁定為中心，月旦法學雜誌第 155 期，2008 年 4 月。
 9. 江嘉琪，ETC 契約之公私法性質爭議——以臺北高等行政法院九十四年度訴字第 752 號及九十四年度停字第一二二號裁定為中心，臺灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 4 月。
 10. 江嘉琪，行政契約關係中之競爭者權利保護，輔仁法學第 37 期，2009 年 6 月。
 11. 米九恒治著、劉宗德譯，公私協力與私人行使權力——私人行使行政權限及其法之統制，月旦法學雜誌第 173 期，2009 年 10 月。
 12. 吳志光，ETC 裁判與行政契約——兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌第 135 期，2006 年 8 月。
 13. 吳志光，公私協力行爲之公法化趨勢——以委託經營管理及促進民間參與公共建設法之實務見解為核心，輔仁法學第 36 期，2008 年 12 月。
 14. 吳庚，福斯朵夫的國家思想，台大法學論叢 13 卷 2 期，1984 年 6 月。
 15. 呂紹凡，〈BOT 特許合約期前終止之介紹〉，萬國法律第 129 期，2003 年 6 月。
 16. 李建良，行政法：第三講 公法與私法的區別（下），月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月。
 17. 李建良，行政法：第三講 公法與私法的區別（上），月旦法學教室第 5 期，2003 年 3 月。
 18. 李建良，行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月。
 19. 李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查，臺灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 5 月。
 20. 李震山，以法律課予私人完成行政任務之法理思考，月旦法學雜誌第 63 期，

2000 年 8 月。

21. 林三欽，國家賠償法：第三講—國家賠償請求權基礎之三——「公共設施瑕疵」之國賠請求權，月旦法學教室第 58 期，2007 年 8 月。
22. 林佳和，公私協力在勞動法上的理論與實踐，月旦法學雜誌第 176 期，2010 年 1 月。
23. 林明昕，論 ETC 案中之行政爭促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析問題，臺灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 5 月。
24. 林明鏘，BOT 契約與給付拒絕——評台北高等行政法院 95 年訴字第 2710 號判決，臺灣本土法學雜誌第 95 期，2007 年 6 月。
25. 林明鏘，ETC 判決與公益原則——評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決及 94 年度停字第 122 號裁定，月旦法學雜誌第 134 期，2006 年 7 月。
26. 林明鏘，公營事業民營化之合憲性問題，月旦法學雜誌第 15 期，1996 年 7 月。
27. 孫迺翊，社會福利服務契約法制初探—從我國社會福利機構「公設民營」之經驗談起，月旦法學雜誌第 177 期，2010 年 2 月。
28. 徐良維，民間參與公共建設之政府監督與國家責任——以重大交通建設 BOT 為例，經社法制論叢第 47 期，2011 年 1 月。
29. 許登科，「民間參與」之法制解析——以評論高雄高等行政法院 92 年度訴字第 569 號、最高行政法院 94 年度判字第 1177 號裁判為中心，法學叢刊 51 卷 4 期，2006 年 10 月。
30. 陳明燦、張蔚宏，我國促參法下 BOT 之法制分析：以公私協力觀點為基礎，公平交易季刊第 13 卷第 2 期，2005 年 4 月。
31. 陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊第 2 期，1989 年。
32. 陳淳文，論行政契約法上之單方變更權——以德、法法制之比較為中心，臺大法學論叢第 34 卷第 2 期，2005 年 3 月。
33. 陳愛娥，公營事業民營化之合法性與合理性，月旦法學雜誌第 36 期，1998 年 4 月。
34. 陳愛娥，行政行為形式——行政任務——行政調控——德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌第 120 期，2005 年 5 月。
35. 陳愛娥，行政組織法：第二講 國家角色變遷下的行政任務，月旦法學教室

- 第 3 期，2003 年 1 月。
36. 陳愛娥，行政組織法：第三講 行政任務取向的行政組織法：重新建構行政組織法的考量觀點，月旦法學教室第 5 期，2003 年 03 月。
 37. 陳愛娥，行政組織法：第四講 「政府業務委託民間辦理」的法律規制—公私部門合作法制的建構，月旦法學教室第 8 期，2003 年 6 月。
 38. 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 94 年度訴字第 752 號判決、94 年度停字第 122 號裁定，月旦法學雜誌第 134 期，2006 年 7 月。
 39. 程明修，公私協力行為對建構「行政合作法」之影響——以 ETC 案為契機，月旦法學雜誌第 135 期，2006 年 8 月。
 40. 程明修，公私協力契約相對人之選任爭議——以最高行政法院 95 年判字第 1239 號判決（ETC 案）之若干爭點為中心，月旦法學雜誌第 138 期，2006 年 11 月。
 41. 程明修，行政行為形式選擇自由——以公私協力行為為例，月旦法學雜誌第 120 期，2005 年 5 月。
 42. 程明修，行政受託人之選任應適用政府採購法或行政程序法，月旦法學教室第 21 期，2004 年 7 月。
 43. 程明修，行政法上之風險評估與管理，台灣法學雜誌第 142 期，2009 年 12 月。
 44. 程明修，行政契約標的理論，月旦法學教室第 8 期，2003 年 6 月。
 45. 程明修，契約自由與國家之保護義務，憲政時代第 30 卷第 2 期，2004 年 10 月。
 46. 程明修，國家從事營利經濟活動之憲法限制，月旦法學教室第 10 期，2003 年 8 月。
 47. 程明修，經濟行政法中「公私協力」行為形式的發展，月旦法學雜誌第 60 期，2000 年 4 月。
 48. 黃茂榮，BOT 契約，植根雜誌第 14 卷第 7 期，1998 年 7 月。
 49. 詹鎮榮，公經濟法：第一講 公經濟法之概念、體系與新趨勢，月旦法學教室第 75 期，2009 年 1 月。
 50. 詹鎮榮，公經濟法：第二講 經濟憲法，月旦法學教室第 80 期，2009 年 6 月。

51. 詹鎮榮，民間參與公共建設之國家賠償責任，憲政時代第 34 卷第 4 期，2009 年 4 月。
52. 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論——評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌第 134 期，2006 年 7 月。
53. 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決，月旦法學雜誌第 138 期，2006 年 11 月。
54. 詹鎮榮譯，從德國憲法與行政法觀點論公私協力——挑戰與發展，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月。
55. 廖元豪，政府業務外包後的公共責任問題研究——美國與我國的個案研究，月旦法學雜誌第 178 期，2010 年 3 月。
56. 劉淑範，行政任務之變遷與「公私合營事業」之發展脈絡，中研院法學期刊第 2 期，2008 年 3 月。
57. 蔡秀卿，從行政之公共性檢討行政組織及行政活動之變遷，月旦法學雜誌第 120 期，2005 年 5 月。
58. 蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，臺灣法學雜誌第 122 期，2009 年 2 月。
59. 謝哲勝，信託運用於 BOT 契約的法律關係，月旦法學雜誌第 142 期，2007 年 3 月。
60. 顏玉明，我國促參法 BOT 契約法律性質初探，臺灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 5 月。

學位論文：

1. 王允文，論行政部門對民間參與重大交通建設之監督管理機制：以高雄捷運為例，國立中山大學中山學術研究所碩士論文，民國 96 年。
2. 吳芳德，從法律觀點論公權力委託民間辦理制度，佛光人文社會學院公共事務學研究所碩士論文，民國 93 年。
3. 李東穎，行政任務委託民營的憲法界線——以警察機關危害防止任務作為觀察對象，臺北大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年。
4. 林宜蓁，促參模式下履約管理對政府監督管理之影響——以觀光遊憩案為例，大同大學事業經營研究所碩士論文，民國 97 年。
5. 林建銘，行政任務民營化之研究——以政府業務委託民間辦理為中心，國立台

- 北大學法學系研究所碩士論文，民國 94 年。
6. 許玫瑛，論行政契約與私法契約--以 ETC 案及台北小巨蛋為中心，輔仁大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年。
 7. 許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制—對我國促參法之啓示，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 96 年。
 8. 陳怡君，促進民間參與公共建設規範之研究，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，民國 98 年。
 9. 陳雅憶，論行政任務委託民間辦理—以法國公共服務委託契約為中心，國立台北大學法學系研究所碩士論文，民國 93 年。
 10. 黃雍晶，公共建設之制度建構與國家責任，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，民國 89 年。
 11. 楊忠霖，私人參與行政任務及所生損害賠償之救濟途徑--以「促進民間參與公共建設法」為中心，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，民國 97 年。
 12. 楊淑娟，公私協力關係中政府監督管理之研究—以 BOT 之興建、營運為中心，國立台北大學法律專業研究所碩士論文，民國 95 年。
 13. 楊雲驊，行政委託制度之研究，臺灣大學法律研究所碩士論文，民國 82 年。
 14. 葉秀雲，民間參與公共建設之國家擔保責任與強制接管，國防大學管理學院法律學系碩士論文，民國 98 年。
 15. 譚博元，從 BOT 案之推動論國家角色與策略變遷之研究—以臺灣高鐵案為例，大葉大學事業經營研究所碩士論文，民國 90 年。

委託研究計畫：

1. 王子安主持，民間參與公共建設推動議題改進之研究—加強促參案件履約管理機制委託專業服務案，行政院公共工程委員會專案研究計畫，95 年 12 月。
2. 林貴貞主持，民間參與公共建設案件營運績效評估機制之建置委託專業服務案—初步建議報告，行政院公共工程委員會專案研究計畫，95 年 12 月。
3. 金玉瑩主持，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告—BOT 招商文件及投資契約範本，行政院公共工程委員會專案研究計畫，97 年 10 月。
4. 金玉瑩主持，促參案件招商文件及投資契約範本委託專業服務案研究報告—

- 設定議題研析，行政院公共工程委員會專案研究計畫，97年10月。
5. 金玉瑩主持，歐盟地區公私合夥(Public Private Partnerships)政策推動歷程與現況之研究，行政院公共工程委員會專案研究計畫，96年10月。
 6. 梁開天主持，民間參與公共建設推動議題改進之研究—政府如何獲取長期公共服務，行政院公共工程委員會專案研究計畫，95年12月。
 7. 郭斯傑主持，促參案件履約階段執行經驗調查與建議，行政院公共工程委員會專案研究計畫，民國95年1月。
 8. 黃森義主持，民間參與公共建設融資風險之相關研究，行政院公共工程委員會專案研究計畫，92年10月。
 9. 羅友謙主持，公共設施效能提升及維修法之立法研究計畫蒐集並整理立法依據與架構委託研究案，行政院公共工程委員會專案研究計畫，98年3月。

二、日文文獻（按日文讀音排列）

1. 小幡純子，官（公）と民の役割分担—行政法における最近の変化，法律時報 81 卷 2 号，2009 年。
2. 梶哲教，公私協働の進展国家観の変化—ドイツにおけるシュツペルトとブレメン・グループの論争，法律時報 81 卷 10 号，2009 年。
3. 角松生史，「公私協働」の位相と行政法理論への示唆—都市再生関連諸法めぐって—，公法研究第 65 号，2003 年。
4. 紙野健二，協働の方法、論点び課題，法律時報第 81 卷 4 号，2009 年。
5. 紙野健二，民營化—公共性論の無視へ，法律時報第 70 卷 3 号，1998 年。
6. 岸本太樹，公私協働と行政上の契約—ドイツ協働契約論の展開，法律時報第 80 卷 10 号，2008 年。
7. 蔡秀卿，台湾における協働論—PFI 法と ETC 事件を中心に，法律時報 82 卷 1 号，2010 年。
8. 高橋明男，保障国家における法律の役割—消費者の安全保護の日独比較を素材に，法律時報 81 卷 11 号，2009 年。
9. 戸部真澄，私人公権力行使航空管制権限，法律時報 80 卷 8 号，2008 年。
10. 中島徹，個人の自律、市場の自律性、政府の存在理由，公法研究第 70 号，2008 年。

11. 原田大樹，民營化と再規制－日本法の現状と課題，法律時報第 80 卷 10 号，2008 年。
12. 人見剛，公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察，公法研究第 70 号，2008 年。
13. 山田洋，「保証国家」とは何か，法律時報 81 卷 6 号，2009 年。
14. 山本隆司，開かれた法治国－行政法総論の基本概念的再検討－，公法研究第 65 号，2003 年。
15. 吉村良一，公法と私法の交錯・協働－民法学視点，法律時報 81 卷 2 号，2009 年。

三、參考網站

1. 日本國立國會圖書館：<http://opac.ndl.go.jp/index.html>
2. 日本裁判所判例檢索：
http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiSrchKbn=01
3. 司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>
4. 立法院國會圖書館網站：<http://npl.ly.gov.tw>
5. 行政院公共工程委員會促進民間參與投資全球資訊網站：
<http://ppp.pcc.gov.tw/PPP/index.do>
6. 行政院公共工程委員會網站：
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>
7. 監察院網站：<http://www.cy.gov.tw/>
8. 臺北市法規查詢系統網站：
<http://www.laws.taipei.gov.tw/taipei/lawsystem/news.jsp>
9. 臺北市政府促進民間參與公共建設專區網站：
<http://163.29.37.192/dof/public/index.html>