

促參案之爭議類型與解決機制

陳佳宜*

要 目

- | | |
|-------------------|-----------------|
| 壹、前言 | 肆、促參案履約期間之爭議與解決 |
| 貳、促參法規範下締約前後之法律關係 | 伍、結論與建議 |
| 參、促參案締約前階段爭議與解決 | |

提 要

促進民間參與公共建設法(下稱促參法)自民國 89 年公布施行至今近 20 年，陸續出現重大爭議，如臺東美麗灣案、臺北大巨蛋案等，使民間及政府開始思考民間參與公共建設法制相關問題。

促進民間參與公共建設案(下稱促參案)從規劃、甄選到興建營運，可分為準備階段、徵求民間參與階段以及履約管理階段，隨著促參案各階段進行，發生類型各異之爭議。本文首先概述促參法法理及法律關係，再探討促參案投資契約締約前後爭議類型研擬其相對應解決途徑及賠償補償措施，期建立促參爭議類型及其解決途徑模式，最後提出若干健全促參制度建議之淺見。

壹、前言

我國促參法規範之民間參與公共建設，乃公共任務之實質民營化類型，亦即可由民間規劃、興建、營運提供公共建設。然依促參法實行之民間參與公共建設個案須經一定程序，包含評估後公告招商文件、甄審最優申請人、議約締約、履約等階段。而促參法法理與各階段法律適用關係將影響其所產生爭議解決方式，本文首先分析促參法法理及法律關係，後依序探討各階段爭議與其解決機制。

* 本文作者為國立成功大學法律學系研究所碩士及育誠法律事務所律師。

貳、促參法規範下締約前後之法律關係

一、促參法乃經濟行政法及擔保行政法之展現

促參法係規範行政機關推動民間參與公共建設之行政方式，當屬行政法之範疇，故促參法為行政法¹。除具備行政法之特性外，促參法規範之標的，乃民間私人投資參與公共建設之興建、營運，且私人參與公共建設營運，具有營利經濟活動性質，並涉及行政機關依據促參法就民間參與公共建設中經濟活動之形成、促進、獎勵及監督管理，爰自亦屬經濟行政法之一環²。同時，促參法不僅涉私人參與國家經濟行政之分配程序，行政標的亦屬公共建設行政，國家基於憲法應確保此公共建設之提供，對私人參與執行應負擔保責任，並確保私人作為給付主體仍可達成公益目的³，可知促參法係以國家擔保責任為上位概念，確保公共建設或公共服務適法且正當被執行，同時具擔保行政法性質。

二、投資契約締結前之法律關係

促參法締約前程序，非如傳統由國家主導行政程序，而由私人承擔部分獨立功能與責任，國家仍保有最終決定與程序責任⁴。換言之，促參締約前程序之法律關係展現兩個特性，首先，參與申請人在締約前促參程序承擔部分責任，從而展現私程序及程序民營化特性⁵；再者，雖私人參與程序承擔部分責任與任務，惟主辦機關仍握有最終決定權。主辦機關應擔保作成甄審決定符合公益，選出具專業、可靠及執行能力申請者執行此計畫，確保日後履約能提供持續且品質良好公共建設服務；另須確保競爭程序公平進行，保障各民間參與者基本權，並設置配套救濟機制⁶，即促參法第 47 條準用政府採購法中異議、申訴之機制，使參與者得獲取及時有效之救濟。

¹ 許登科(2014)，「面對促參法與推動促參案的幾個基本法理初探—以相關法院見解為中心的交互呈現與分析」，*月旦法學雜誌*，234，頁 118。

² 許登科、許照生(2015)，「促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權利保障」，*東吳法律學報*，27(1)，頁 48。

³ 同前註 2，頁 55。

⁴ 同前註 2，頁 54。

⁵ 同前註 2，頁 61。

⁶ 同前註 2，頁 61。

三、投資契約履約中之法律關係

續約後進入履約關係，國家應擔負維持給付不中斷、給付品質，保障公共建設使用者之基本權、及確保公益之最後責任。民間機構在履約階段所分配之責任須依法依約，如期如質提供公共建設給付。促參案即是藉由公私部門合作、協力方式達成公益目的，倘一方違約或因情事變更，導致促參案或有無法如期如質提供使用服務風險，雙方當事人應儘快進行協商、修約，或依促參法第 48 條之 1 進行協調或仲裁。蓋促參案具高度公益性，實體法律關係不宜懸而未決，有迅速定紛止爭之需求，而協調及仲裁相較於訴訟具有得於短時間內解決爭議之特性，因此立法者特意將上述兩種機制規範於促參法中，係擔保國家備置責任之展現。

就整體法律關係而言，促參案之法律關係由促參法及其他相關法律共同決定，據此，促參法規定在民間參與公共建設時，須以投資契約作為法定行政形式，進而與民間機構形成契約法律關係，惟促參法或其他法律容許契約外之行為形式如行政處分之存在，則投資契約即便並無約定行政機關有此權力，亦不得排除行政機關依法授權下之管制權力行使⁷，主辦機關或其他有關之行政機關得依法做成行政處分，係為確保並維護公益，所形成之特殊擔保行政法律關係。蓋主辦機關或相關主管機關依法仍須負監督管理擔保責任，因此須透過若干較契約行為更強制與適當手段達到擔保目的，民間機構若認為行政機關之行政處分不當或不法，當可提起訴願或訴訟以保護自身權利。

叁、促參案締約前階段爭議與解決

一、招商文件與投資契約草案爭議

(一) 招商文件與投資契約草案功能

招商文件與投資契約草案皆為促參法制基於立法與行政分工之產物。立法者備置框架立法，而行政機關本其專業，就個案特性於框架內形成擔保行政行為，並合法形成促參案法律關係。招商文件與投資契約草案中契約權利義務訂

⁷ 許登科(2008)，「德國擔保家理論為基礎之公私協力(ÖPP)制－對我國促參法之啟示－」，*國立臺灣大學法律學研究所博士論文*，頁 335。

定是否明確、合理、可行，攸關能否順利招商及履約⁸。

招商文件內容依促參法與施行細則規定應依個案特性公告，公共建設計畫性質、許可年限及範圍、申請人資格、甄審項目及甄審標準、申請程序及保證金、附屬事業、投資計畫書主要內容格式、政府承諾及配合事項、協商項目及程序、議約與簽約期限及投資契約草案等⁹。促參法除為民間參與者提供投資機會外，主要係提供公共建設予社會大眾，公益屬性強烈，是以招商文件與投資契約草案作為公益之把關程序，內容應有一定範圍之拘束或界限，承擔應有責任。

(二) 招商文件與投資契約草案界限

招商文件乃經促參法第 42 條授權主辦機關依個案特性制定，當然受其母法促參法之拘束，而投資契約草案，其界限應與投資契約並無二致。蓋投資契約依促參法第 45 條第 1 項作為促參法制中法定之行為形式，以此形塑公私部門於公共建設範疇中之合作法律關係¹⁰。契約主體一方為私人，一方為行政機關(主辦機關)，則依行政法上契約法理，投資契約為行政機關之行政行為，非如私人間契約形成得主張契約自由，投資契約之內容有其界限，避免形成行政機關未約定或積極以契約約定違法法律關係而造成流弊。

投資契約既為擔保行政法法定之行政行為形式，則主辦機關即負有將促參法所含擔保責任具體化實現於投資契約義務，是以契約內容參考擔保行政法之內涵，應包含以下內容：1.結果之確保；2.第三人權利保護；3.適當監督及評估機制；4.賦予雙方可彈性調整或修改契約及加強協商協調機制；5.有效之國家接手方案。

(三) 招商文件與投資契約草案風險分配

促參案招商文件中契約草案與投資契約內容應透過法律經濟分析，建立合理風險分配機制，俾使促參案效益極大化，亦可使履約更順利進行。至於促參

⁸ 李金松，「從風險分配與廉政觀點談 BOT 契約的權利義務」，謝哲勝主編(2015)，*BOT 契約法律與政策*，台灣法學基金會，頁 138。

⁹ 促參法第 42 條、第 43 條、第 44 條，及促參法施行細則第 52 條第 2 項、第 3 項。

¹⁰ 詹鎮榮(2009)，「行政合作法之建制與開展—以民間參與公共建設為中心」，收錄於：台灣行政法學會主編，*行政契約之法理·各國行政法學發展方向：台灣行政法學會研討會論文集*，頁 123。

案風險該如何分配，可參考「優勢風險承擔人」(superior risk bearer)之概念，優勢風險承擔人係指將個案風險可能產生成本，歸由能以最小成本預防風險、控制風險及最能創造極大化利潤者承擔¹¹。在同為經濟活動之促參案，若欲使風險分配能夠合理，並增進效率，應將風險辨識、評估責任交由最有能力辨識及評估人負擔，或能以最低成本預防風險、最能控制風險發生機率或降低損失之人，即該項風險之優勢風險承擔人負擔，進而帶給促參案最大利益。因此，促參案中應分別認定各項可能風險，再將風險分配予優勢風險承擔人負擔，例如有關興建技術、財務、施工管理、營運管理及設備管理風險，民間機構之風險管理與轉移分散風險之能力應高於主辦機關¹²，故民間機構在此類風險中屬優勢風險承擔人，將此類風險分配給民間機構承擔是有效率的；而在防止社會環境或政治對促參案之干擾及民眾抗爭導致妨礙工程施工，主辦機關在規劃前可透過政策溝通，舉辦公聽會等方式擴大民間意見表達並參與規劃過程，達到互信基礎，共同形塑計畫內容，防止工程遭阻攔而發生停工風險，較之民間機構更具迴避與控制風險能力，因此就防止社會環境或政治因素形成之風險由主辦機關承擔則較效率¹³。

(四) 招商文件與投資契約草案爭議解決機制

依促參法第 47 條規定，就申請審核程序準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。本文認為招商文件相當於政府採購法之招標公告，而依政府採購法第 75 條第 1 項第 1 款之規定，廠商對機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定，致損害其權利或利益者，得以書面向招標機關提出異議。次依政府採購法第 75 條第 2 項之規定意旨，主辦機關得先暫停招商程序之進行，或自行檢討招商文件之內容後，如認確有違反法令情事，而欲變更或補充促參案之招商文件內容，則為符合程序公平，除應以書面通知已申請之各申請人外，應另行公告招商文件，並視需要延長申請期限。又按政府採購法第 83 條規定，申訴之審議判斷，視為訴願決定。故如申請人提起異議、申訴後遭駁回，申請人應視主辦機關是否已評選公告最優申請人，如尚未選出最優申請人，則申請人應可對招商文件申訴駁回之處分提起撤銷訴訟；惟如已選出最優申請

¹¹ 同前註 8，頁 129。

¹² 同前註 8，頁 128。

¹³ 同前註 8，頁 131-132。

人，且無撤銷甄審決定或解除契約重行辦理公告招商之情事，則依政府採購法第 75 條第 1 項第 1 款規定，對招標文件規定提出異議申訴遭駁回之處分已無回復原狀之可能，對之提起撤銷訴訟並無法達到起訴之目的，欠缺權利保護必要，故應提起確認處分違法之確認訴訟始有實益。

倘申請人對契約草案不服，蓋其同屬於招商文件之一部分，故得依據促參法第 47 條規定準用政府採購法提起異議申訴。另因契約草案性質屬主辦機關依促參法所為之要約引誘，屬締約前之行政法爭議，依行政訴訟法第 2 條規定，應得提起行政訴訟，以國內學者通說認為¹⁴，行政訴訟之種類不限於行政訴訟法規範之有名訴訟，若行政法性質之公法爭議，有以未明文之訴訟類型為救濟之必要者，亦容許提起行政訴訟。準此，就學理而言，申請人似得向行政法院提起訴訟，請求行政法院命行政機關修正違法之投資契約草案，並重新公告招商文件。觀其訴訟目的，可歸類為給付之訴，而得類推適用有關給付之訴規定。惟實務上並無類似案例，仍待日後發展。

二、甄審程序公平性爭議

(一) 甄審程序公平性定義

甄審程序公平性爭議，本文將其定義為泛指甄審委員會甄審決定或其作成決定之過程，違反民間參與法制及正當程序原則共同作用於甄審程序，而對該程序行政行為課予須符合公平、公正要求，進而導致該行政行為違法之爭議類型。促參法制對此甄審程序公平性之爭議類型規定於促參法第 44 條，「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。」甄選程序公平性之爭議類型，實務出現之典型案例為「遠通高速公路電子收費系統 ETC 案」¹⁵。

鑑於經濟行政法甄選決定往往涉及專業判斷，審查受相當程度限制，故確

¹⁴ 吳庚，*行政爭訟法論*，元照，2014 年 9 月，增訂 7 版，頁 202-203。

¹⁵ 請參考臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決、最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決、臺北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定、臺北高等行政法院 97 年度訴更一字第 114 號判決。

保申請人平等競爭機會具有意義¹⁶。亦即國家須承擔分配給付任務，故有必要借助一定程序決定給付分配方式。為維持適當且機會公平之利益平衡，國家須確保相關當事人平等參與該分配程序權利¹⁷。促參法定有甄選最優申請人程序，因最優申請人名額通常較申請人少，甄審委員會選出最優申請人程序係資源給付之遴選分配程序，應確保各申請人在程序中平等競爭地位，各申請人應均得提出完全資訊，同時亦須均可自政府得到全部的必要資訊¹⁸。從而，立法與行政應建構能確保公開、自由競爭參與、公平公正並包含有效權利救濟之甄審程序。

(二) 甄審決定為行政處分

本文肯定甄審決定性質為行政處分之見解，首先，依促參法第 45 條第 1 項，甄審決定確實係行政機關針對特定促參個案締約資格與衍生經濟利益，依促參法賦予之公權力進行遴選分配，進而使特定申請人取得最優申請人地位及締約資格，符合行政程序法第 92 條第 1 項行政處分要件。其次，回歸促參法意旨，甄審程序目的係為公益把關，選出有專業能力實現公益之民間機構，使最優申請人得到簽約資格，而排擠其他申請人，屬經濟行政法上具有競爭排擠性質之分配決定，具特定內容之規制效果。末者，促參法第 47 條第 1 項明定此階段程序所生爭議救濟途徑，可認藉由促參法規範將甄審程序獨立化，賦予締約前階段爭議解決管道，藉此提供申請人權利保障。

(三) 對甄審決定不服救濟

針對締約前階段之申請、審核程序所生爭議，促參法第 47 條設有救濟管道，參與公共建設申請人與主辦機關於申請及審核程序爭議，其異議及申訴準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議規定。故申請人對甄審決定不服，應提出異議及申訴，而其他申請人欲先暫時停止甄審決定效力，防範投資契約簽定或後續程序繼續進行，而造成難於回復之損害，應選擇停止執行制度。蓋停止執行之標的非僅於停止下命處分之執行力，對甄審決定之處分亦得停止其所形成之法律效力，因此停止執行係對其他申請人最為適切、實益最大之暫時權利保

¹⁶ 詹鎮榮(2006)，「『競爭者無歧視程序形成請求權』之保障—評最高行政法院九十五年度判字第一二九號判決」，*月旦法學雜誌*，138，頁 50。

¹⁷ 陳愛娥(2012)，「經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心」，*憲政時代*，38(1)，頁 21。

¹⁸ 蕭文生(2000)，「自程序與組織觀點論基本權利之保障」，*憲政時代*，25(3)，頁 36。

護機制。

進入訴訟程序之第二層次問題係訴訟種類之選擇，隨申請人之訴求而異。第一種情形為其他申請人欲撤銷違法甄審決定，並希望取代該最優申請人資格，則申請人應提起所謂排擠競爭者之訴¹⁹，即提起撤銷訴訟，請求撤銷該甄審程序違反平等原則之甄審決定，並提起課予義務訴訟，請求主辦機關另作甄審決定，內容係原告為本件促參案之最優申請人。第二種情形為其他申請人並不請求作成遞補成為最優申請人之處分，惟因程序違反公平原則，甄審決定違法需撤銷，則應提起撤銷訴訟。此時合併行政訴訟法第 7 條規定，向主辦機關請求其於原甄審程序中準備申請、異議及申訴所支出之必要費用。請求權依據為促參法第 47 條第 1 項準用政府採購法，採購行為違反法令者，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用。第三種情形為，一旦該甄審決定已執行而無回復原狀之可能時，撤銷訴訟合併課予義務訴訟，或單純撤銷訴訟已無實益，從而，其他申請人應依提起確認行政處分違法之訴，再合併提起行政訴訟法第 7 條請求準備申請、異議及申訴所支出之必要費用。

三、主辦機關議約完成不續辦理爭議

甄審程序順利選出最優申請人後，主辦機關及該最優申請人即應在招商文件中公告期限內議約及簽約。而如雙方當事人已議約完成，惟因不可歸責於最優申請人之事由(典型原因為政策變更)未完成簽約，則後續應如何處理即為本文探討之範圍，此爭議類型可參考「三鶯汗水下水道案」²⁰。

(一) 締約上過失、賠償與補償

締約上過失雖起源於私法領域，非係民事法特有之責任態樣，此種先契約關係理論為一般法律原則，係所有契約行為之共同上位概念²¹。如促參程序進行

¹⁹ 詹鎮榮，論經濟行政法上之競爭者訴訟，收錄於氏著，公私協力與行政合作法，國立政治大學法學叢書 84，初版，新學林，2014 年，頁 333。詹鎮榮，論公私協力法制上之「遞補簽約機制」，收錄於氏著，公私協力與行政合作法，國立政治大學法學叢書 84，初版，新學林，2014 年，頁 289。程明修，「行政訴訟類型之適用—有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議」，*台灣本土法學雜誌*，第 81 期，2006 年 4 月，頁 117。

²⁰ 臺北高等行政法院 95 年度 2710 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 635 號判決。

²¹ 林明鏞(2013)，「政策中止促參程序之法律爭議—評台北高等行政法院 95 年訴字第 2710 號判決及最高行政法院 98 年判字第 635 號判決」，*東吳法律學報*，25(1)，頁 65。

中，經甄審結束且議約完成，惟主辦機關僅虛言政策變更或其他公益事由，而未與最優申請人訂約，此所謂因政策變更或公益事由而不締結投資契約並不合法正當，且屬於侵害最優申請人之合法信賴，仍符合締約中過失之要件，最優申請人應可依民法第 245 條之 1 規定為請求權基礎，請求信賴利益損害賠償²²。於臺中歌劇院一案中，臺中高等行政法院²³表態支持上述見解並指出，應斟酌個案具體情形，考量他方未完成締約在法理上是否具有正當性，以判斷其有無違反誠實及信用方法，除援引締約上過失得請求損害賠償外，最高行政法院 97 年判字第 976 號判決認為得依促參法第 47 條準用政府採購法第 85 條第 3 項請求償付準備投標、異議及申訴所支出之必要費用。

若政策中止確係主辦機關經正當政策評估等公益事由，決定不續辦締約，縱使非明白廢止最優申請人可享有之締約機會，然卻同時含有最優申請人無從締約效果，因而有默示廢止其締約資格效力²⁴。可謂屬作成最優申請人決定後，決定基礎重要事實因政策變更而欲廢止原對最優申請人所做之行政處分²⁵。基於信賴保護原則，因政策變更而甄審決定行政處分遭廢止之情形，主辦機關應給予最優申請人因政策犧牲所生之信賴損失補償。該最優申請人應可適用或類推適用行政程序法第 123 條及第 126 條，請求主辦機關合理補償所受之財產上損失²⁶。至於所稱合理補償，顯非屬損害賠償性質，自應以所受損失為限，並不及於所失利益。最優申請人依據行政程序法第 126 條規定，請求補償其因信賴所生之損失，當應以該受益處分之效力存續期間內所發生者為限，最優申請人若於系爭甄選處分效力存續期間，因信賴甄選處分，而著手準備與議約及簽約程序相關之必要事項(例如設立特許公司)所生損失，即屬信賴損失補償範圍；但應於兩造完成簽約，並經主辦機關交付管理及經營後，始有履行約定事項之權源基礎，否則無從徒憑系爭甄選處分，即謂其已有準備管理及經營之必要性，則主張因信賴系爭甄選處分，為管理及經營而支出人事費用，難謂係屬合理、必要之損失，自不得請求被告補償²⁷。

²² 同前註 2，頁 72-73。

²³ 臺中高等行政法院判決 105 年度訴字第 76 號。

²⁴ 同前註 2，頁 73。

²⁵ 同前註 2，頁 73。

²⁶ 同前註 2，頁 73。

²⁷ 臺中高等行政法院判決 105 年度訴字第 76 號。

(二) 主辦機關議約完成不續辦理之救濟

在主辦機關遲不簽約情況下，最優申請人雖取得締約資格卻無從締約，應可視為主辦機關有默示廢止選出最優申請人甄審決定之意，則最優申請人應聲請停止執行該廢止之行政處分以資救濟，惟停止執行之法律效果雖係恢復最優申請人締約資格，然仍無法促使或請求主辦機關締約，是就本爭議類型應無請求停止執行之實益，但可防止主辦機關與次優申請人或其他申請人締結投資契約。

依促參法第 47 條第 1 項之文義，異議、申訴之對象為「申請及審核程序之爭議」，是以議約完成不續辦理簽約，是否屬於申請及審核程序之爭議即有討論空間。查民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款規定，「參與公共建設之申請人對於主辦機關辦理由政府規劃公告徵求民間參與或由民間自行規劃申請參與公共建設案件之申請及審核程序，認為違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，得於期限內，以書面向主辦機關提出異議：...三、對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定提出異議者...」。從上述文義可知，如最優申請人對甄審結果後簽訂投資契約前之相關決定不服亦須先提出異議，再依同處理規則第 7 條²⁸，不服異議結果得向申訴委員會提出申訴。又為更周全保障最優申請人權利，該「相關決定」包含主辦機關發函通知不續辦理之明示廢止情形外，應包含主辦機關默示廢止該最優申請人之行政處分。

主辦機關評定最優申請人後，拒不完成投資契約簽約手續，申請人應如何提起訴訟以求救濟，應視個案雙方法律關係及原告所欲滿足目的而定。如在議約完成已成立預約關係或行政機關已無是否締約之裁量空間，則最優申請人應提起行政訴訟法第 4 條之撤銷訴訟，撤銷之標的為主辦機關廢止甄審決定之行政處分。另得基於預約之契約權利或締約請求權，向行政法院合併提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付之訴，請求主辦機關簽訂投資契約。若最優申請人放棄與主辦機關締結投資契約，欲請求主辦機關返還已繳納之申請保證金及

²⁸ 民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則第 7 條：「異議人對於異議之處理結果不服，或主辦機關逾第五條所定期限不為處理者，應於收受異議處理結果或處理期限屆滿之次日起三十日內，以書面向本法主管機關所設促參申訴審議會(以下簡稱申訴會)提出申訴。」

補償或賠償，同樣應向行政法院提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付之訴。

肆、促參案履約期間之爭議與解決

一、契約所生爭議

(一) 以公益為由變更投資契約內容爭議

民間機構於興建公共建設中，主辦機關得否以公益為由，將投資契約中之驗收規定、工程查核機制或有關消防及逃生避難之安全檢查標準提高，要求民間機構以新檢核標準辦理或減少公共設施量體？又主辦機關是否得於簽訂投資契約後主張公益要求而單方變更契約內容再由主辦機關補償民間機構，抑或僅能由雙方同意變更契約，皆容有討論空間。

1. 主辦機關不宜單方變更投資契約

投資契約為行政契約，雖得以適用行政程序法第 146 條以維護公益，本文認為促參案有其爭議複雜、牽涉範圍廣、標的金額大等特性，應非主辦機關得片面變更或調整契約內容，須以契約中雙方合意之變更契約程序進行，方得變更投資契約。爰不宜逕行援引行政程序法第 146 條規定，由行政機關單方變更契約。

2. 變更投資契約之界限

主辦機關應依循契約變更程序進行契約變更，投資契約既為行政契約，則雙方進行投資契約調整，須合乎公共利益形成之界限。參酌機關辦理促進民間參與公共建設案件作業指引(下稱作業指引)第 59 條，契約變更應以維護公共利益及公平合理為原則。此外，投資契約為擔保行政法法定行政形式，而行政機關行為恆受法律拘束，故修約不得逾越促參法及相關專業行政法所設框架及一般法律原則。抑有進者，投資契約修約之界限應適用主辦機關形成投資契約草案之界限，兩相吻合始不致當事人藉任一形式逃脫法律及公益或其他原則之束縛。

(二) 不可抗力與除外情事爭議

促參案中，投資契約營運期可能長達數十年，發生雙方締約時無法預見情

事變更之風險高於一次性給付契約²⁹。實務可參考國立海洋生物博物館(以下簡稱屏東海生館)案³⁰，金融海嘯、國內總體經濟變動是否符合除外情事或不可抗力，民間機構能否主張情事變更改變履約條件為重要爭點。

1. 不可抗力、除外情事適用與補償

情事變更原則為誠信原則之表裡，本質上係所謂之一般法律原則，且係契約法共通之原理原則³¹。情事變更原則作為誠信原則之表現，而投資契約之不可抗力與除外情事條款則為情事變更原則為因應個別促參案之特性與需求，具體化於促參案之展現。本文認為，若特別情事發生已符合情事變更者，當然得主張情事變更原則，惟更應進一步檢視，是否已構成投資契約內列舉或經有權認定者認定為不可抗力或除外情事，如經認定確為不可抗力或除外情事，則雙方當事人應依契約內規範效果續行履約或其他法律效果，蓋具體法律效果應優先於抽象一般法律效果。惟若經認定並不符合不可抗力、除外情事，或雙方對此仍有爭執，亦不排斥當事人得主張情事變更原則請求他方調整契約內容，或以此訴諸爭議解決機制。

發生不可抗力或除外情事時，雙方應適用促參案件招商文件及投資契約範本(下稱投資契約範本)內雙方事先約定之風險分擔機制，包含民間機構免除違約責任、不生遲延責任、減免租金或稅費、協調金融機構辦理重大天然災害復舊貸款或其他紓困方案、延長興建或營運期間、調整權利金繳納之期限及金額與調整營運之收費費率³²。另外，促參案履約中因不可抗力致民間投資人不能繼續履約而受有不可回復之損失，雖非行政機關基於公益行使公權力而生民間機構之特別犧牲，但民間機構在促參案係立於受公益特別拘束之地位，非單純因己方獲利承擔經營風險，而係有助於公共建設之政策與公益實現，其所受損害難謂無關公益，因此基於行政法上損失補償之法理，主辦機關應給予合理補償³³；惟若依契約中之風險配置仍生不公平合理情況，

²⁹ 古嘉諱、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，*促參法 Q&A-100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題*，元照，2009 年 7 月初版，頁 288。

³⁰ 屏東海生館案係於民國 88 年 11 月 30 公告招標，而促參法係於民國 89 年 2 月 9 日公布施行，故屏東海生館係適用政府採購法第 99 條之規定辦理招商。

³¹ 侯慶辰(2003)，「民法情事變更原則之研究」，*法學叢刊*，191，頁 124。

³² 投資契約範本第 23.4.1 條、第 23.4.2 條。

³³ 孔繁琦、蔡琇媛，不可抗力、除外情事認定及其處理之爭議，劉漢廷總編，*促參爭議問題與*

則應進行契約變更，當上述方式仍無法排除不公平結果時，應賦予當事人雙方有契約終止權。

2. 協商、協調、仲裁及訴訟

若雙方針對是否符合不可抗力或除外情事認定有所爭執無共識，則必須透過投資契約內之爭議處理或仲裁條款等途徑加以解決。參酌促參法第 48 條之 1 規定，「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。」可推導促參案發生履約爭議時，如協商不成，應由法律強制雙方當事人設置之協調委員會協調，待協調不成後得提付仲裁。又若雙方無仲裁協議，因上述規定並不排除當事人得選擇訴訟之紛爭解決途徑，故雙方當事人得視個案履約情況，由當事人自行評估仲裁與訴訟之即時、勞費、專業等因素之異質性，再行決定踐行仲裁或訴訟程序。

(三) 主辦機關違反承諾事項爭議

在個別促參案中，主辦機關為促使並吸引民間投資興建、營運公共建設，除提供相當之經濟誘因，通常允諾若干事項或願意提供協助，如政府負有一定時間內交付該案件土地或設定地上權之義務，或協助申請相關稅捐優惠、協調用水用電等公用設備，俾利民間機構履約，按促參法施行細則第 31 條規定，本法第 11 條第 9 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，亦即主辦機關與民間機構簽訂投資契約時，得依個案特性記載雙方聲明及承諾事項。而作業指引第 24 條則規定，招商文件內容，至少應包含政府承諾及配合事項；另第 26 條關於投資契約草案要項之規定，亦指出投資契約草案，應依個案特性載明雙方聲明及承諾事項。

因承諾事項與協助事項適用不同之法律效果，往往成為當事人爭執焦點，承諾事項與協助事項應如何解釋與認定，即涉及契約條款解釋問題。行政契約有其特別性，於解釋時更應特別注意契約內容不得逾越法律界限、法律目的及公法之原理原則，亦即應採取合於法律及合於契約本體之客觀合法解釋³⁴。在促參案投資契約中，欲辨明某事項是否為主辦機關承諾事項或協助事項，可再參酌該事項是否屬主辦機關之權責範圍，若為肯定，則主辦機關為促參案之當事

實務，仲裁協會，2015 年 5 月 1 版，頁 170-172。

³⁴ 許登科(2015)，「BOT 爭議仲裁之行政法觀點」，*月旦裁判時報*，36，頁 58。

人與促成者，當然應致力完成該事項，並提供成就之保證，且依風險合理分配觀點，主辦機關就其權責範圍內事項承諾完成，亦為最有效率且符合公平合理之風險分配結果。進一步地，辨識是否為承諾事項，風險分配不失為一解釋方法，若該事項之風險適合由主辦機關全部承擔，則應認定為承諾事項；若僅由主辦機關承擔並不公平合理，則屬協助事項。

若就某事項應認定為承諾事項或協助事項有爭議，雙方應先檢視是否已在投資契約中合意並設定遇此爭議之解決方式，或投資契約內有無約定何者有權認定，是否事先即賦予協調委員會對此類爭議有認定之權。倘契約中並未約定認定者，或若主辦機關未能完成承諾事項或協助事項時應採何種爭議解決程序，則應回歸一般爭議處理之條款，亦即先採行協商，協商不成則雙方當事人得依履約情況或其需求選擇協調、仲裁或行政訴訟。

(四) 民間機構缺失或違約

促參案涉及資本大、期間長、風險高復具公益性質，私部門是否確實履行、其財務計畫是否完備，容有監督管理必要。按促參法第 52 條第 1 項即規範當民間機構於興建或營運期間，有重大違約情事，主辦機關依投資契約應要求民間機構定期改善，屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。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者，不在此限。又若暫時接管皆無法改善，則主辦機關得終止契約。

依前揭條文可得，立法者認為在投資契約內至少需賦予主辦機關在面對民間機構違約時，得依一定程序要求民間機構定期改善、中止興建營運，及同意融資機構或保證人暫時接管之契約權利，甚至得終止契約，本文認為此係立法者權衡比例原則，僅以契約權利而非行政處分形式介入，即考慮民間機構之基本權維護，及在違約情況下公益受威脅程度仍不高並非急迫，從而必須先以限期改善之措施管控，如改善未果再加重管制力道進而得中止或同意融資機構與保證人接管，於不得已之情況下始得終止契約。如此規定形成投資契約內容之框架限制，形同設定 4 種履約管理措施亦為主辦機關面對民間機構違約時必須裁量之契約義務，此種藉由立法管制行政契約內容方式，正是經濟行政法、擔保行政法共同作用並投射於契約形式之展現。

違約處理除必須包含以上 4 種措施外，只要不違反行政目的、法律且為性質容許，雙方當事人得依個案另行約定，實務常見為約定繳納違約金。於促參案中，違約金係主辦機關為履行國家擔保責任之契約控管與確保機制，適當合理之違約金可督促民間機構依法及依約推動公共建設，係主辦機關應依法為合理義務裁量後訂入契約，約定過高或過低皆屬違法之契約訂定³⁵。

民間機構是否構成投資契約內約定之缺失或違約態樣，亦涉及契約解釋與認定。於投資契約議約時，雙方應事先約定若缺失或違約認定有所爭執之爭議處理模式為何，且在作契約解釋時，應為合於法律及合於契約本體之客觀合理解釋。若未特別約定，即以一般爭議處理條款解決之。

二、非契約所生爭議

(一) 費率核定之爭議

1. 費率核定概要

促參案之公共建設雖具備公益性質，社會大眾於享有公共建設所帶來益處之同時，基於使用者付費概念，必須負擔部分維持建設費用。雖促參法將公共建設興建、營運之執行責任開放民間機構參與，惟公共建設本質不變，使用者付費概念亦不變，因此促參案之民間機構得藉由使用者支付之使用對價分攤興建營運費用，並作為營利來源。基此，由於使用者須向營運之民間機構繳納使用對價，則產生是否需對費率進行管制問題。依促參法第 49 條第 1 項規定，是否需對費率進行管制端視民間參與之公共建設是否屬公用事業，如該公共建設為公用事業，其費率之制定應依各相關法令規定及管制；反之，如非屬公用事業，因無法令限制，則回歸市場機制，透過經濟市場之自由競爭讓民間機構自行決定費率³⁶。

2. 費率核定乃國家擔保責任具體化

為避免民間機構為自身營利目的而忽略公益，侵害公共建設使用人權益，國家基於社會國家原則、基本權保護義務應擔負公益確保之擔保責任，

³⁵ 許登科(2015)，「促參法規範下 BOT 案爭議之解析—以權利金、違約金、強制接管、契約性質爭議為中心」，*台灣環境與土地法學雜誌*，16，頁 62。

³⁶ 同前註 8，頁 150。

確保民間機構向使用者收取之使用對價係公平合理價格³⁷，此係擔保責任中次類型之管制責任具體化。又因公用事業³⁸涉人民生活基本要求，依存度高，為防止民間機構藉人民對公用事業之依賴，以及公用事業缺乏市場競爭致人民於無其他選擇情況下賺取不合理收益情事發生，國家必須介入管制，並藉由立法及行政監督調控，保障使用者權利，達到公用事業促參案之公益目的。

3. 費率核定為行政處分

本文將促參案中費率核定性質歸屬行政處分，理由有二。首先，促參法第 49 條第 2 項之法條用語為「應」，立法者課予民間機構有將費率計畫提交主管機關核定之義務，同時也課予主管機關有核定費率之義務，可見費率核定之規範應屬強制規定，同時形成投資契約內容界限，費率核定之行政處分權力，不因行政機關於契約訂定而成為契約權利。第二，觀察國家擔保觀點及促參法第 49 條費率核定目的，費率既為保障公共建設使用者於使用公共設施時得支付合理使用對價，亦即費率核定具有公益目的，則國家立法時於此擔保責任具體化，應選擇行政處分作為擔保費率之管制手段。蓋行政處分具備行政執行力，而契約本身並無行政執行力，如將核定費率認定為契約行為，若民間機構違反費率核定內容，行政機關僅能向法院提出訴訟，待勝訴始取得執行名義，對公益之擔保將產生疏漏。從而，將費率核定之行為形式認定為行政處分係較為貼近促參法作為擔保行政法之有效管制手段。

4. 費率核定之救濟

民間機構如不服主管機關核定之費率時，為避免主辦機關將該核定後費率納入契約，或修正契約成為契約義務並公告，民間機構應得聲請停止執行，以延宕該費率核定處分效力。然而費率核定處分或其執行，影響最鉅者係民間機構之營運收入，營運收入得以金錢作為填補，故民間機構如對費率核定之處分聲請停止執行幾可預見將遭到駁回。

費率核定必須衡量公共設施興建營運成本、行銷、人事、水電、管理等

³⁷ 許登科(2006)，「『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 號判決為中心」，*法學叢刊*，204，頁 132-134。

³⁸ 民營公用事業監督條例第 2 條：「左列各款之公用事業，除由中央或地方公營者外得許民營：一、電燈、電力、及其他電氣事業。二、電車。三、市內電話。四、自來水。五、煤氣。六、公共汽車及長途汽車。七、船舶運輸。八、航空運輸。九、其他依法得由民營之公用事業。」

費用及該公用事業之公益(使用人之使用利益)，此等價值判斷需交由具備專業知識之行政機關判定較為妥適。司法部門之職掌為審查行政行為是否合法，故法院如認為費率核定過程中，主管機關有事實認定錯誤情況或其他行為導致核定違法，法院僅得撤銷主管機關違法之費率核定處分，並應於判決中具體敘明，依行政訴訟法第 200 條第 1 項第 4 款規定，要求主管機關就事實認定錯誤部分重新調查事實並作出正確合法之評估與判斷，法院並不得僭越主管機關職權，逕行要求主管機關為特定內容之費率核定處分。訴願及訴訟類型應以撤銷訴願及撤銷訴訟乃屬合法。

若違法之費率核定已公告成為契約義務，民間機構若未遵從核定費率，必須負擔違約之不利益；故民間機構必須隨著違法費率核定，調整其向使用者收取之使用對價，而使用對價又影響民間機構營運公共建設獲取之利潤，因此違法費率核定可能造成民間機構收入之不當減損，國家即應就減損部分予以賠償。

(二) 強制接管之爭議

1. 強制接管乃國家擔保責任具體化

強制接管係當民間機構經營不善或其他重大情事發生時，於情況緊急下，主辦機關接管民間機構所占有之營運資產，並對其人事為必要之指揮監督，以保持公共建設服務不間斷所為之國家強制介入管控促參案之必要處置措施。立法者對強制接管之框架備置，規範於促參法第 53 條第 2 項前段，在履約階段中，一旦私人執行任務有自我運作或控管失靈之狀況發生有害於公益時，國家基於擔保地位，取代私人經營地位或終止其營運，以確保公益目的之維繫。此種具備位功能之擔保責任，稱為接收責任，係國家以結果取向之最後責任³⁹，而強制接管作為促參法之管制手段，可明確反映促參法作為擔保行政法之面向。

2. 強制接管為行政處分

本文認為強制接管公告性質係行政處分，首先，從法律效果觀察，強制接管之公告為行政處分，通知民間機構則僅為一事實行為，該通知係因行政

³⁹ 洪士茗(2014)，「以擔保國家理論檢視我國民間參與公共建設之強制接管法制」，*全國律師*，18(6)，頁 75。

程序法第 110 條 1 項後段規定，書面以外之行政處分應以適當方法通知相對人或使其知悉，是以公告為行政處分，通知為其生效之要件。公告為行政處分，因其係由主辦機關基於促參法賦予之公權力作出之單方對民間機構產生法律效果之行政行為，其法律效果為排除民間機構對該接管標的之營運管理權。其次，從政府擔保角度觀察，亦可支持強制接管公告應為一行政處分，蓋憲法委託立法者在民間機構營運控管失靈時，應備置一國家有效接管機制，而為確保此機制能確實發揮，行政處分之行為形式具備單方高權與執行力之特性，相較契約行為將對公益提供更有效率之保障。

3. 強制接管救濟

民間機構如欲停止強制接管公告之效力，應在起訴前或起訴中向訴願機關或原處分機關申請，或向行政法院聲請停止執行。除聲請停止執行外，民間機構應依訴願法第 1 條第 1 項提起訴願，如對訴願處分不服，則向行政法院提起撤銷訴訟。在撤銷訴訟中，可依行政訴訟法第 8 條第 2 項及同法第 196 條第 1 項請求主辦機關為回復原狀之處置，如有損害則可依行政訴訟法第 7 條合併請求損害賠償。又依行政訴訟法第 196 條第 2 項規定，如於撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，例如強制接管期限屆至，則原告有即受確認判決之法律上利益時，行政法院得依聲請，確認該行政處分為違法。此時民間機構即可依行政訴訟法第 7 條規定，於同一訴訟程序合併請求損害賠償。

三、履約中爭議解決機制界限

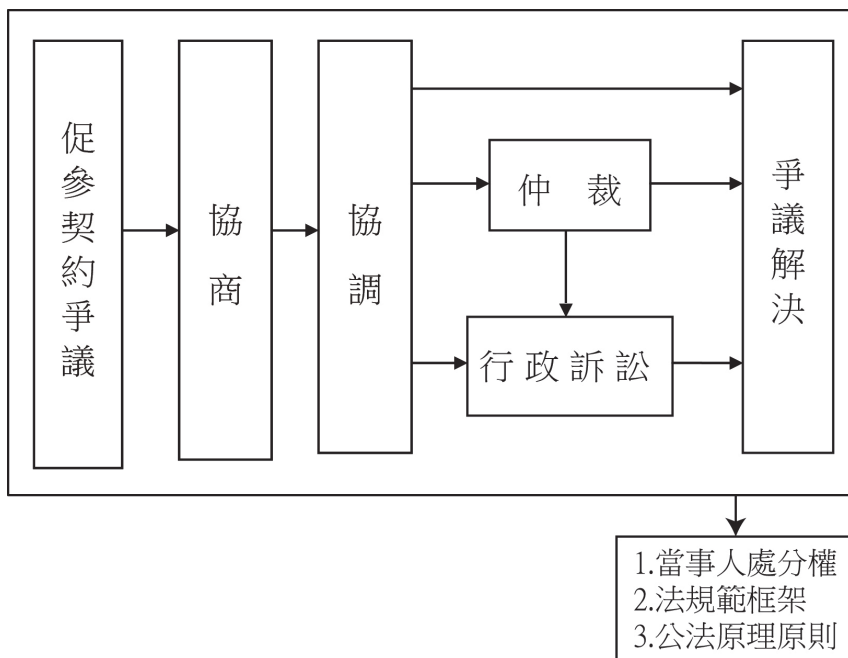
相對一般行政法契約爭議，促參案投資契約所生爭議有其特殊性，其一，促參案標的金額龐大；其二，民間機構係以營利為目的參與公共建設之興建營運，涉商機掌握，亦顯示促參案履約爭議有即時解決需求；其三，促參案有其公益任務與目的，對爭議解決之程序亦有速效之要求；其四，促參爭議往往同時牽連複雜面向，除財務外、更有工程、技術等專業判斷事項，例如複雜之工期計算、物調款、工程範圍變更等；其五，促參案牽涉範圍廣大，更需要靈活之解決方案滿足雙方當事需要，最大限度實現當事人利益最大化及公益最大化⁴⁰。

⁴⁰ 王服清(2015)，頁 121。

觀之我國法院訴訟程序多著重於法律面之解決，商業及工程判斷並非法院之強項因而非訴訟程序之核心，或多數法院並不具有工程與財務方面專業，而訴訟程序所需勞費與時間成本遠較訴訟外紛爭解決機制為高。再者，在合作原則下，應鼓勵雙方消除歧見，並對爭議解決承擔責任。準此，協商、協調、仲裁應係促參履約爭議較為適合之解決機制。

無論協商、協調或仲裁，其界限均建立於當事人法律行為層次所享有之自主處分權為基礎，而行政機關之處分權來自於法定與公益考量。故促參法爭議之協商、協調或仲裁，均以當事人依法享有之處分權為界限⁴¹。協調或仲裁僅為當事人之行為層次，法律所不允許契約約定範圍，協調委員、仲裁人當不得逾越該範圍作成決定，否則當事人須受法之限制可透過協調或仲裁逃避，民營化所應具備民主正當性之連結亦同時被破壞⁴²。

本文整理契約所生爭議之解決程序如圖 1 所示：



資料來源：本文自行整理。

圖 1 促參案契約爭議解決機制

⁴¹ 同前註 34，頁 57。

⁴² 許登科(2014)，「公法契約爭議仲裁判斷之撤銷訴訟—以管轄法院和法院審理基準為中心」，*成大法學*，28，頁 20-21。

促參法制作為擔保行政法之具體化，從投資契約到契約外之強制接管、費率核定等行政處分皆屬國家擔保責任之管制工具。是以，在促參案中不論為契約行為抑或行政處分，皆同受行政法原理原則拘束，從而比例原則、公益原則等一同劃定主辦機關行使上述契約權利與公權力之限制。

伍、結論與建議

一、結論

促參法制整體皆可謂為國家擔保責任之具體化，包含國家擔保責任中之程序責任、財務責任、管制責任、監督責任及接收責任等⁴³。立法者依其法之備置功能，為具體化國家擔保責任，建立整體促參法律關係之框架立法，指引促參整體法律關係指導原則及界限⁴⁴。

在投資締約前階段，本文臚列 3 種爭議，第一種爭議類型為，招商文件及投資契約草案內容違反公益之界限，從而主辦機關在訂定招商文件或公告投資契約草案時，除應注意風險與責任在當事人間公平合理分配外，更應在促參案整體規劃時，詳實評估公共利益要求，俾以促參法之本旨為依歸。第二種類型為甄審程序違反公平性，主辦機關本於國家保護義務及平等權之拘束，應建構無歧視之甄選及分配程序，確保各申請人得在公平基礎上參與競爭，同時保障甄審結果之合法性與正當性。第三種類型為主辦機關議約完成後不締約，此時雖依促參法及其準用之政府採購法皆無補償之明文，惟為更周全地保障參與人權利，或可將主辦機關遲不締約之行為解釋為廢止最優申請人甄審決定之行政處分，再由行政處分廢止補償之法規依據請求補償不締約之備標成本。以上 3 種爭議類型，皆為締約前之爭議類型，國家基於保護義務基本權及擔保責任中之備置責任，藉由促參法第 47 條準用政府採購法規定，提供異議、申訴之救濟管道，俾使申請人之權利有即時救濟之機會。

就締約前之爭議及解決機制，本文綜整如表 1：

⁴³ 詹鎮榮(2014),「國家擔保責任之實踐與檢討—以我國行政法院之公私協力相關裁判為觀察」,收錄於:台灣行政法學會主編,現代行政之正當法律程序/公私協力與行政合作法制,台灣行政法學會研討會論文集(2014),頁 164。

⁴⁴ 同前註 2,頁 52。

表 1 促參案締約前之爭議與解決機制

| 爭議事項 | 暫時權利保護 | 異議、申訴 | 行政訴訟 | 補償或賠償 |
|---------------|-----------------|---|---|------------------------------|
| 招商文件 內容爭議 | 無 | 準用政府採購法 第 75 條第 1 項第 1 款提出異議申訴 | 1.撤銷申訴駁回 2.確認申訴駁回違法 3.針對契約草案提起給付 | 無 |
| 甄審程序違 反公平性 | 聲請停止執行 | 依促參法第 47 條 提出異議申訴 | 1.撤銷訴訟課予義務訴訟 2.撤銷訴訟損害賠償 3.確認訴訟及損害賠償 | 情況判決之 賠償、備標 之必要費用 |
| 議約完成不 締約 | 對廢止處分聲 請停止執行 | 民間參與公共建 設申請及審核程 序爭議處理規則 第 2 條第 3 款，提 出異議與申訴 | 1.已成立預約，提起撤銷 及給付之訴 2.未成立預約，提起給付 之訴 | 處分廢止之 補償、締約 上過失之賠 償 |

資料來源：本文自行整理。

在締結投資契約後，行政機關於履約關係中為維護公益實現，在責任分配下負擔監督、管制之擔保責任。主辦機關應視管理需要以契約約定之違約金等方式促使民間機構履約。若違約情事重大，主辦機關依約得中止興建營運，或由融資機構接管。倘公益危害之情況緊急，則依促參法由主管機關停止興建營運或由主辦機關強制接管。從而，在促參法及其他專業行政法所形成之促參案履約關係，除契約外，更容許並課予行政機關(包含相關行政法之主管機關)於特定條件或情形下，對民間機構作出行政處分以為管制。

本文將促參案履約爭議區分為契約所生爭議及非契約所生爭議。契約爭議包含主辦機關以公益為由變更投資契約內容、不可抗力與除外情事、主辦機關違反應辦事項及民間機構違約，其爭議解決途徑大抵為協商、協調、仲裁或訴訟。非契約爭議：費率核定、強制接管，其爭議解決途徑與一般行政處分之救濟管道相同，為暫時權利保護、訴願、訴訟、賠償與補償，本文整理如表 2 及表 3。

表 2 履約階段之契約所生爭議類型及解決途徑

| | 非訟方式 | 訴訟類別 |
|---------------|----------------|--|
| 主辦機關以公益為由變更契約 | 協商 協調 仲裁 | 1.給付訴訟 2.確認訴訟 3.撤銷仲裁判斷之訴 |
| 不可抗力與除外情事 | | 1.給付訴訟 2.確認訴訟 3.撤銷仲裁判斷之訴 |
| 主辦機關違反承諾事項 | | 1.給付訴訟 2.確認訴訟 3.撤銷仲裁判斷之訴 |
| 民間機構違約 | | 1.給付訴訟 2.確認訴訟 3.撤銷訴訟 4.撤銷仲裁判斷之訴 |

資料來源：本文自行整理。

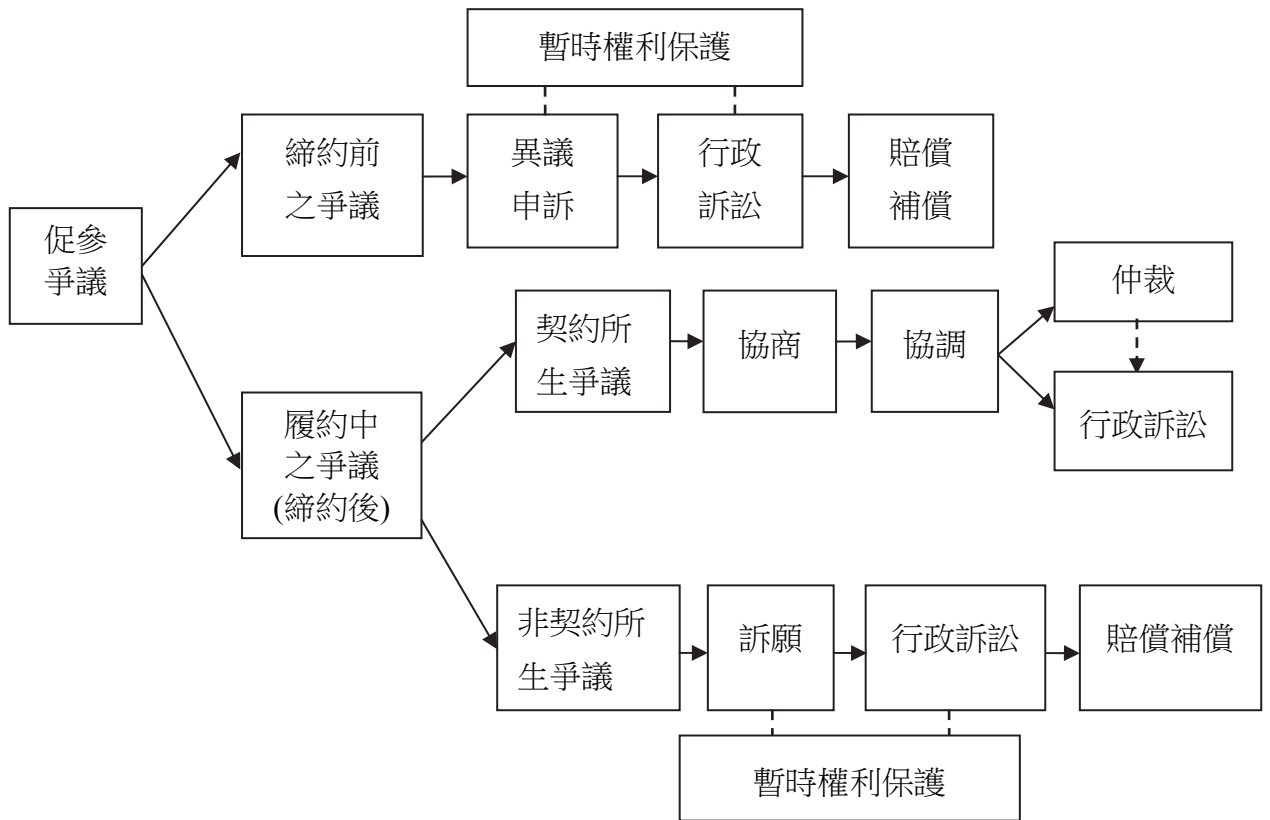
表 3 履約階段之非契約所生爭議類型及解決途徑

| | 暫時權利保護 | 訴願 | 訴訟類別 | 補償或賠償 |
|------|--------|------|---|-------|
| 費率核定 | 停止執行 | 撤銷訴願 | 撤銷訴訟及損害賠償訴訟 | 賠償 |
| 強制接管 | 停止執行 | 撤銷訴願 | 1.撤銷訴訟、回復原狀訴訟 及損害賠償 2.確認訴訟及損害賠償訴訟 | 賠償 |

資料來源：本文自行整理。

另整理綜合締約前與締約後之爭議解決機制，如圖 2⁴⁵：

⁴⁵ 此係以投資契約定性為公法契約為論理基礎所繪製整理之圖說。又實務上亦有認定投資契約為私法契約，則就爭議解決模型相異處為履約爭議中之契約所生爭議，應將行政訴訟替換為民事訴訟。



資料來源：本文自行整理。

圖 2 締約前後之爭議解決機制

二、建議

就爭議解決途徑之設計，本文認為或可參酌履約進程及公共建設標的金額或投資金額大小設立「專責」與「速審」機制，抑或採行不同種類公共建設由各事業目的主管機關強制調解。另外，宜賦予協調對當事人有更強之拘束力，例如修法提升協調協議至具有類似仲裁判斷地位，賦予雙方同意之協調方案如同仲裁判斷之效力。其次，限制當事人提出主張、證據及理由之時點及失權效力，若協調程序不主張，在仲裁程序亦不得主張。以上乃非訟制度之設計修正建議；在訴訟方面，建議可加強法院之工程實務訓練，將政府採購案件與促參案履約爭議案件分案由設置之工程專股承辦，並適用工程案件所相應之訴訟程序。

若尚未針對各該爭議類型之解決程序及方式發展固定模式，為避免爭議發

生，另一途徑則為增加促參法之規範密度與完備投資契約之內容。再者，促參案契約雙方當事人應盡可能於契約詳細約定各種風險爭議解決程序，決定風險分配、爭議解決認定與程序、是否應強制協商或申訴等，藉由投資契約明確化與完整性降低爭議發生，達到促參案推動目的。

本文分就立法修正與行政上契約文件執行層面，提出雙管齊下的解決建議供修法參考，期望立法與行政可設計更詳盡與細緻之規定，健全並完備我國促參法制。

參考文獻

一、中文部分

1. 古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇主編，*促參法 Q&A-100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題*，元照，2009 年 7 月初版。
2. 吳庚，*行政爭訟法論*，元照，2014 年 9 月，增訂 7 版。
3. 陳敏，*行政法總論*，新學林，2009 年 9 月 6 版。
4. 劉漢廷總編，*促參爭議問題與實務*，仲裁協會，2015 年 5 月 1 版。
5. 謝哲勝主編，*BOT 契約法律與政策*，台灣法學基金會，2015 年 11 月初版。
6. 王服清(2015)，「論『訴訟外紛爭解決機制』在環境法領域之運用」，*中正大學法學集刊*，49，63-141。
7. 林明鏘(2013)，「政策中止促參程序之法律爭議—評台北高等行政法院 95 年訴字第 2710 號判決及最高行政法院 98 年判字第 635 號判決」，*東吳法律學報*，25(1)，49-73。
8. 侯慶辰(2003)，「民法情事變更原則之研究」，*法學叢刊*，191，107-130。
9. 洪士茗(2014)，「以擔保國家理論檢視我國民間參與公共建設之強制接管法制」，*全國律師*，18(6)，71-86。
10. 許登科(2006)，「『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 號判決為中心」，*法學叢刊*，204，132-134。
11. 許登科(2014)，「面對促參法與推動促參案的幾個基本法理初探—以相關法院

- 見解為中心的交互呈現與分析」，*月旦法學雜誌*，234，119-138。
- 12.許登科(2015)，「BOT 爭議仲裁之行政法觀點」，*月旦裁判時報*，36，60-70。
 - 13.許登科(2014)，「公法契約爭議仲裁判斷之撤銷訴訟—以管轄法院和法院審理基準為中心」，*成大法學*，28，1-75。
 - 14.許登科(2015)，「促參法規範下 BOT 案爭議之解析—以權利金、違約金、強制接管、契約性質爭議為中心」，*台灣環境與土地法學雜誌*，16，57-65。
 - 15.許登科、許照生(2015)，「促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權利保障」，*東吳法律學報*，27(1)，41-90。
 - 16.陳愛娥(2012)，「經濟行政領域中的程序保障—以分配程序(Verteilungsverfahren)為觀察重心」，*憲政時代*，38(1)，1-27。
 - 17.程明修(2006)，「行政訴訟類型之適用—有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議」，*台灣本土法學雜誌*，81，116-121。
 - 18.詹鎮榮(2006)，「『競爭者無歧視程序形成請求權』之保障—評最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決」，*月旦法學雜誌*，138，38-55。
 - 19.詹鎮榮(2009)，「行政合作法之建制與開展—以民間參與公共建設為中心」，收錄於：台灣行政法學會主編，*行政契約之法理：各國行政法學發展方向*，台灣行政法學會研討會論文集，3-60。
 - 20.詹鎮榮(2014)，「國家擔保責任之實踐與檢討—以我國行政法院之公私協力相關裁判為觀察」，收錄於：台灣行政法學會主編，*現代行政之正當法律程序／公私協力與行政合作法制*，台灣行政法學會研討會論文集(2014)，149-192。
 - 21.詹鎮榮(2014)，「論公私協力法制上之『遞補簽約機制』」，收錄於氏著，*公私協力與行政合作法*，國立政治大學法學叢書 84，初版，新學林，281-310。
 - 22.詹鎮榮(2014)，「論經濟行政法上之競爭者訴訟」，收錄於氏著，*公私協力與行政合作法*，國立政治大學法學叢書 84，初版，新學林，311-374。
 - 23.蕭文生(2000)，「自程序與組織觀點論基本權利之保障」，*憲政時代*，25(3)，36。
 - 24.許登科(2008)，「德國擔保家理論為基礎之公私協力(ÖPP)制—對我國促參法之啟示—」，*國立臺灣大學法律學研究所博士論文*。