

促進民間參與公共建設法第 48 條之 1 之協調及仲裁研究

蘇 南*

要 目

壹、問題意識	肆、BOT 投資履約爭議仲裁
貳、BOT 投資履約爭議	伍、結論與建議
參、BOT 投資履約爭議協調	

提 要

自 2000 年制定公布促進民間參與公共建設法(下稱促參法)，以民間機構投資新建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府(下稱 BOT)方式興辦公共建設，雖達一定績效；惟台灣高鐵、高雄捷運及臺北大巨蛋等大型 BOT 案，爭議頻受社會矚目，衝擊民間投資意願。2016 年起 BOT 案招商績效不如以往，民間投資信心不足，與爭議解決尚非無關連。2015 年 12 月促參法增訂第 48 條之 1 規定，BOT 投資履約爭議得採協調或仲裁解決。協調具有專業、快速且尊重當事人意思自治之優點；採協調先行制，除有快速解決爭議及專家判斷等優點外，當事人雙方亦較信服；且協調委員會決議須經雙方同意始生拘束力。本文探討 BOT 投資履約爭議之仲裁制度、審理程序及仲裁判斷書效力，並比較仲裁與法院審理 BOT 爭議之異同，提供各界參考。

壹、問題意識

我國自 1994 年 12 月 5 日制定公布「獎勵民間參與交通建設條例」，2000 年 2 月 9 日制定公布「促進民間參與公共建設法」後，台灣高鐵、高雄捷運、臺灣大學學生宿舍、成功大學學生宿舍、雙和醫院、臺北港貨櫃儲運中心、臺

* 本文作者為國立雲林科技大學營建工程系及不動產學程教授。感謝國立中正大學法律學系謝哲勝教授提供寶貴建議。

南市立安南醫院等公共建設，均採用 BOT 模式。惟亦不乏失敗案例，肇致履約紛爭¹。為有法律依據處理 BOT 案協調或仲裁，2015 年 12 月 30 日促參法增訂第 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。」本文針對該條文相關內容包括投資履約的仲裁制度，審理程序及仲裁判斷書效力等進行探討，並比較仲裁與法院審理 BOT 爭議之異同，供各界參考。

貳、BOT 投資履約爭議

本文整理 BOT 案履約常見爭議類型為：(1)工程遲延衍生爭議；(2)工程經費超支衍生爭議；(3)各種行政程序配合衍生爭議；(4)政府應辦事項衍生爭議；(5)權利金衍生爭議；(6)資金取得困難衍生爭議；(7)營運短收衍生爭議；(8)投資抵減認定衍生爭議；(9)促參人力及其養成不足衍生爭議；(10)政府承諾及協助事項衍生爭議²；(11)環境影響評估衍生爭議；(12)競業禁止衍生爭議；(13)契約解釋不同衍生爭議；(14)民間業者自有資金籌措能力不足衍生爭議；(15)承包商及營運商履約衍生爭議；(16)計畫長期償債能力不足衍生爭議；(17)證照核發及交付用地延誤衍生爭議；(18)民眾抗爭衍生爭議；(19)法律變更或政府預算編列變更衍生爭議；(20)計畫變更或取消而衍生爭議；(21)不可抗力或除外情事衍生爭議³；(22)其他爭議。

一、興建階段爭議

BOT 案履約期間興建階段，常因工程規模龐大、營建物料上漲、進度落後或工地地質與圖說不符等因素致爭議頻頻發生，成為協調、仲裁或訴訟標的。在設計興建階段常發生爭議類型主要有：(1)政府協助事項與政府應辦事項違反效果爭議；(2)證照許可取得遲延所涉效果爭議；(3)興建成本超支所涉補償爭議；(4)不可抗力與除外情事認定爭議；(5)興建物價上漲補貼爭議；及(6)工作範圍變

¹ 蘇南(2017 年 7 月)，「BOT 契約法規範之檢討－以促參法第四十八條之一為中心」，頁 1-2，*國立中正大學法律學系博士論文*。

² 行政院公共工程委員會(下稱工程會)，*促參案件履約階段執行經驗調查與建議*，頁 121。
<http://ppp.pcc.gov.tw/PPP/fileDownloadServlet?fileId=345&category=referenceData>(最後瀏覽日 2017/04/23)。

³ 公共工程委員會，同註 2，頁 129。

更爭議等。擇要分述如下：

(一) 政府協助與應辦爭議

實務上常見爭議包括：(1)協調臨時用地出租及用水用電等公用設備或協助申請相關稅捐優惠等，投資契約已約定為主辦機關協助事項；但主辦機關未能依約辦理，或(2)有無法達成契約約定效果時，民間機構可否對主辦機關提出主張或求償？當主辦機關未能完成政府協助事項，是否違反給付義務？依財政部委託專案團隊所擬投資契約參考文件(編者註：財政部於 2018 年 4 月 23 日函發「BOT 案招商文件參考條款」及「BOT 案投資契約參考條款」)第六章甲方(主辦機關)協助事項第 6.6 條文建議：「甲方不擔保依本契約約定所為之協助事項必然成就，乙方(民間機構)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。」說明主辦機關就協助事項，不擔保其必然成就。倘主辦機關已提供協助，即不構成違約。但倘民間機構請求主辦機關協助事項未能成就係因不可抗力事件所致，民間機構仍可依不可抗力事件之效果處理⁴。

投資契約參考文件第 5.4 條主辦機關承諾所約定內容為主辦機關承諾及配合事項，係指主辦機關考量整體計畫後，屬該計畫之必要辦理事項。應考量個案性質，將 BOT 案之必要事項且為主辦機關權責內得自行辦理部分列為承諾辦理事項，例如用地交付、優先議約權、補貼需貸款利息、投資之一部、土地租金優惠、營運資產、設備設定負擔等。如主辦機關未能完成承諾辦理事項時，視為違反投資契約約定，故對於承諾事項之辦理方式與時點應明確化，以降低風險及不確定性⁵。本文認為，除另有規定外，承諾及配合事項的不履行，主辦機關原則上仍須負債務不履行責任。

(二) 證照許可取得爭議

民間機構因山坡地開發許可審查、環境影響評估審查、水土保持計畫審查、都市設計審議、建造執照申請、道路挖掘許可、樹木保護審議及特殊管制事項解除或其他證照作業等審查程序延宕，將造成 BOT 案興建進度期落後，民間機構除無法於投資契約約定期限內完成興建，亦可能面臨興建成本增加、工程逾

⁴ 王寶玲、雍桂芳及黃雍晶(2014 年 12 月 25 日)，促進民間參與公共建設 BOT 及 OT 案件招商文件及投資契約參考文件—BOT 招商文件及投資契約，頁 77，理律法律事務所。

⁵ 王寶玲、雍桂芳及黃雍晶，同前註，頁 46-47。

期罰款及營運回收期間縮短等風險，或發生預期利潤下降與先期規劃評估差異過大及自償率不足等結果。針對上開事實，主辦機關可否請求逾期罰款，民間機構可否要求延長契約期限或其他補償？

實務上，BOT 投資契約通常約定如因不可歸責民間機構事由而延誤興建時程，可請求延長興建期而免除逾期責任。與傳統公共工程採購契約相類似⁶，如 BOT 投資履約爭議事實屬於政治風險，則應由政府機關承擔工期延誤責任。至於是否屬於政治風險的判斷標準包括：(1)審查機關的正常審查程序時間；(2)民間機構配合審查意見修改或補件的時間；或未能配合審查意見要求修改、補件致審查期間拖延；(3)審查機關間因作業順序未釐清，致延誤整體審查時程；(4)因行政怠惰或其他特殊考量而延發或拒發許可，致對履約有重大不利影響⁷。

(三) 興建成本超支爭議

BOT 案興建成本超支，可否請求主辦機關給付物價調整補貼或其他補償？須考量超支發生原因，釐清屬下列何種：(1)是否因民間機構過於低估成本？(2)投資契約約定工作範圍是否過於抽象或超過工作範圍？(3)是否因為變更設計、管理疏失或承包商問題？(4)是否屬於不可抗力或地質因素以致成本增加？(5)是否因營建物價上漲導致成本增加？通說認為，針對民間機構因前揭事實導致興建成本超支所涉及的補償爭議，必須符合不可抗力與除外情事之要件，民間機構才可獲政府機關平等補貼。

BOT 投資契約中除外情事特別訂有「整體經濟狀況大幅變動」及「致對乙方興建之執行或財務狀況發生重大不利影響」之要件，為非無門檻甚高之虞。仲裁實務上，對於認定是否構成不可抗力或除外情事時，通常會考量下列因素：(1)物價上漲是否因整體經濟狀況發生大幅變動所致？(2)民間機構預估成本是否合理？需否重新調整嗎？(3)民間機構是否依投資計畫書或興建執行計畫書進行成本控管以發包工程？例如採總價承攬契約、採聯合採購模式、或簽訂固定總價式長期供應契約；(4)民間機構是否依投資計畫書或興建執行計畫書辦理物價上漲之避險措施⁸。

⁶ 謝哲勝、李金松(2014年9月)，*工程契約理論與實務-兼論政府採購法*，頁66，翰蘆出版公司。

⁷ 王寶玲(2013年11月7日)，*促參契約常見爭議類型及仲裁案例*，頁7-8，理律法律事務所。

⁸ 同註7，頁9-11。

(四) 不可抗力與除外情事爭議

興建階段中，民間機構主張構成不可抗力與除外情事，是否必須以「嚴重」影響契約履行或對財務狀況發生「重大」不利影響為要件？其標準為何？是否較傳統公共工程契約更為嚴格？進一步言，民間機構可否另主張構成民法第 227 條之 2 情事變更原則之適用？而 BOT 案爭議顯失公平之認定標準是否較傳統公共工程契約更為嚴格？

實務認定標準包括：BOT 民間機構是否應較傳統公共工程契約承包商承擔更多風險？即民間機構除承擔較多類型風險外，是否亦需較傳統公共工程契約承擔較高度風險？觀諸 2014 年促參案件投資契約參考文件提示「不可抗力」要件比傳統公共工程契約⁹更加寬鬆，本文贊同後者納入我國或外國政府之行為為不可抗力與除外情事成立要件。因 BOT 投資契約約定當公共工程興建完成後，契約期間內之使用管理權係歸屬投資廠商營運收益，而傳統公共工程契約於完工後馬上歸屬政府機關使用；所以投資契約廠商應承擔更多風險，符合有能力者承擔較高風險的法律經濟原則。本文主張，BOT 投資契約應訂定必須至「嚴重」影響興建事項履行或對於財務狀況產生「重大」不利影響之程度，始構成「除外情事」，若未至嚴重或重大不利影響之程度，仍應由民間機構承擔該風險。

二、營運階段爭議

營運階段 BOT 投資常見履約爭議有：(1)主辦機關協助事項與政府應辦事項違反效果之爭議；(2)民間機關營運項目調整之爭議；(3)不可抗力與除外情事認定爭議；(4)房屋稅與地價稅爭議；及(5)營運資產毀損或滅失之風險負擔及損失補償爭議、契約解讀不同之爭議等。於契約條款中，對於主辦機關工作範圍、聲明與承諾及協助事項，涉責任履行或其他政府單位責任，若未完全履行，民間機構可能會尋求爭議處理。以下就 3 種重要類型分述之：

(一) 主辦機關責任爭議

常見之爭點為：(1)主辦機關可否以可歸責於民間機構事由而合法終止契約？(2)民間機構投入成本是否構成損害賠償且確認契約關係存在？之所以發生

⁹ 詳工程採購契約範本第 17 條第 1 項第 5 款。

上述營運階段爭議，主要因投資契約可能未明定政府責任，致雙方權利義務不明；或民間機構可能於契約中自願承擔過多風險。亦有可能由於政府審查程序(包括第三機關)風險未預先排除所致，即涉及第三機關之審查權且可預為處置之議題，建議應於招商前敘明處理，以減少爭議。

(二) 契約解讀不同之爭議

契約可能涉及爭議，通常為契約中營運項目相關章節及投資執行計畫書內容，後者大多列為投資契約之一部，因此所謂「經主辦機關書面同意經營項目」，似應解讀為包括經主辦機關同意之投資執行計畫書中所載明者，如乙方係配合甲方政策執行或其他必要措施而關閉營業之一部時，因係不可歸責於乙方之事由所致，應於投資契約中明訂適當之補償機制。兩造若於重疊期間內簽訂多份契約，且契約間產生交互影響效果時，應由兩造於契約另行載明。

常見爭議為政府與民間雙方對契約條文解讀有所落差；包括：(1)契約文字不夠詳盡，雙方解讀不同爭議；(2)稅費負擔條款爭議；(3)乙方應繳金額是否已包括營業稅？例如權利金是否含稅？計收基礎究應以民間機構的樓地板租金收入或民間機構對消費者所開發票之營業收入為準？(4)備查爭議，倘甲方不同意備查，形同審查；(5)投資契約未約定項目但政府機關仍要求之爭議；(6)政府機關因接任首長對促參案件想法不同，雙方執行人員勢必面臨交替，對契約解讀前後不同爭議；(7)續約條件不明爭議；(8)營運績效良好得申請續約爭議，或因條件仍須重談而缺乏誘因；(9)爭議協調機制，尤其是協調委員或仲裁庭(人)之組成，應為雙方均信服者，否則協調決議或仲裁判斷，勢將影響後續合作態度；(10)財務檢查頻率及項目之爭議；(11)因地價稅及房屋稅調漲，而增加營運成本爭議；(12)投資執行計畫中可變動及不可變動部分不明確爭議；(13)乙方配合甲方政策執行而變更營運項目及模式之一部時，其歸責原則及補償機制爭議¹⁰。

(三) 不可抗力、除外情事及情事變更

不可抗力與除外情事之主張，應依投資契約參考文件約定；法律效果由主辦機關與民間機構於一定期間內認定之，倘雙方無法達成共識，移交協調委員會認定。如經認定為不可抗力或除外情事，雙方應協商補救措施，包括：(1)暫緩收取

¹⁰ 公共工程電子報編輯小組(2012年8月1日)，「促參爭議實務與仲裁」，公共工程電子報，第49期。

權利金；(2)減免權利金；(3)停止營運期間計算、展延營運期間等。但若雙方就補救措施無法於一定期間內達成共識，任一方均得終止契約之一部或全部。

雲林縣垃圾焚化爐案係以興建-擁有-營運(Build-Own-Operation, BOO)方式辦理，於營運階段發生垃圾保證量不足爭議，其原係第二次環境影響評估未能通過及焚化爐因資源回收而垃圾減量影響致終止契約，並經由仲裁、訴訟而確定由政府機關對民間機構負損害賠償責任。另一案例是以重建-營運-移轉(Reconstruction-Operation-Transfer, ROT)及營運-移轉(Operation-Transfer, OT)方式辦理博物館經營案，民間機構主張當全面營運後，以簽約時利率水準採複利計算權利金。但營運期間遭遇金融海嘯、八八水災及利率大幅下降等情事變更條件，造成自償率嚴重不足，請求依情事變更原則調整權利金，而主辦機關主張不構成情事變更原則，仍應依契約原訂定計算權利金，本案由民間機構提起仲裁後，經仲裁判斷，確定民國〇〇年權利金降至一年 5,000 萬元；而當年至民國〇〇年的權利金利率應由原本 8.5%降至 4.3%¹¹。比較仲裁庭與法院訴訟就情事變更原則之適用，仲裁判斷針對是否屬於「雙方簽約時不能預見」的要件認定似較寬鬆；而法院則嚴守簽約當時客觀條件有無發生變化為認定原則。

叁、BOT 投資履約爭議協調

一、沿革

工程會調查統計，主辦機關遇有履約爭議時，由依促參法成立之協調委員會處理者占 59%¹²，惟該委員會的組成及運作遭質疑缺乏明確、具體指引或規範。2015 年 12 月促參法修法增訂第 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。其立法理由：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。2016 年 1 月財政部函發「促進民間參與公共建設履約爭議協調委員會運作指引¹³」(下稱協調運作指引)；供主辦機關參考使用。觀諸民事訴訟法第 406 條之 1：「調解程序，由簡易庭法官行之。但

¹¹ 同註 7，頁 32-35。

¹² 王寶玲、黃雍晶(2012 年 12 月)，促參履約爭議協調委員會運作機制之研析，頁 1，工程會委託研究報告。

¹³ 財政部 105 年 1 月 30 日促字第 10525500270 號函，促進民間參與公共建設履約爭議協調委員會運作指引。

依第四百二十條之一第一項移付調解事件，得由原法院、受命法官或受託法官行之。調解由法官選任調解委員一人至三人先行調解，俟相當程度有成立之望或其他必要情形時，再報請法官到場。但兩造當事人合意或法官認為適當時，亦得逕由法官行之。當事人對於前項調解委員人選有異議或兩造合意選任其他適當之人者，法官得另行選任或依其合意選任之。」足見以調解制度解決民事爭議，法之所許。

促參法施行細則於 2000 年 10 月 25 日發布¹⁴，其第 22 條第 2 項規定：「主辦機關與民間機構簽訂投資契約，得明定由雙方組成協調委員會，協商處理契約履行及其爭議事項。」，2008 年 1 月 21 日將前揭項次修正為：「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。」即將「得協調」改為「應協調」，將協調程序由任意規定改為強制規定，增強協調委員會的重要性，以快速有效解決爭議，本文贊同。隨著 BOT 履約爭議案件日增，社會對爭議解決機制法制化要求愈高，於 2016 年 10 月 4 日促參法施行細則修正前揭條文並移列為第 63 條規定：「依本法第四十八條之一於投資契約明定組成協調委員會者，應載明其組成時機、方式及運作機制。」並於促參法增訂第 48 條之 1，將協調委員會之位階由細則規定提升至法律位階，彰顯以協調解決 BOT 案爭議之立法政策與社會期待。

2006 年 11 月 20 日工程會函發「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，主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載爭議處理及仲裁條款，及協調委員會之組成時機、方式及運作機制，注意事項於 2015 年 5 月 15 日廢止¹⁵，改以 2016 年 5 月 15 日函發(編者註：2017 年 12 月 22 日修正)「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業指引」取代，其第 26 點揭示，投資契約應依個案特性載明爭議處理及仲裁條款，包含協調委員會之組

¹⁴ 工程會(89)工程技字第 89030388 號令訂定發布全文 63 條，並自發布日起施行。

¹⁵ 廢止理由謂，為與時俱進，因應外部環境變遷，配合法規鬆綁與重建，自 103 年 9 月 19 日起就「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」進行檢討，經檢視條文內容及參酌實務執行意見，鑒於部分規定涉及民間機關之權利義務，如修約、退場機制等，為法律並未規定或授權訂定，欠缺授權明確性，尚非妥適。另考量促參相關法規及作業規範，如公告招商及契約參考文件等已日趨完備，各主辦機關得據以辦理，爰將該注意事項停止適用。請參見財政部推動促參司「本次停止適用機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項之原因為何？」<https://ppp.mof.gov.tw/PPP.Website/Question/Display.aspx?id=33>。

成時機、方式及運作機制。可見對於以協調委員會解決 BOT 案爭議法制作業，日益完善明確，以利實務操作。

政府機關與民間機構所簽訂的 BOT 投資契約中，明定由雙方推薦或指派之委員組成協調委員會，協商處理契約履行及爭議事項；得處理事項為：(1)契約約定爭議事項及未盡事宜之協調或解決；(2)除外情事之認定；(3)不可抗力起訖日認定之爭議；(4)除外情事或不可抗力認定後之解決方式；(5)爭議事項得提付仲裁之決議；(6)雙方合意得協調事項¹⁶。

二、契約應明訂協調委員會

協調委員會之目的係為提升協調效率，解決履約爭議。協調運作指引第 1 點第 2 項：「為協助主辦機關依投資契約成立履約爭議協調委員會，處理契約履行及其爭議事項，提升協調效率，解決履約爭議，特訂定本指引，供主辦機關參考使用。」其解釋法條為促參法第 48 條之 1。協調運作指引第 17 點：「協調委員會對於爭議標之提出之書面解決方案，除任一方於所定期限內以書面向協調委員會及他方表示不服或提出異議外，視為協調成立，雙方應予遵守。」即明定協調成立要件及雙方應予遵守。爭議雙方當事人除應遵守 BOT 投資契約約定之委員會成立及協調期限外，並應於協調會議充分陳述各自立場及主張與提出有利的事實證據，以利協調委員會所作成決議，能為雙方當事人接受，以解決爭議。另，協調委員會乃屬非訟爭議解決 (Alternative Dispute Resolution, ADR) 中，較適合 BOT 投資契約的爭議調處模式之一；惟須爭議雙方無法以協商方式處理，方得提送協調委員會作出決議。進一步言，協調委員會實為專家公開協調模式，類似仲裁預審程序¹⁷。

BOT 投資契約協調委員會之運作機制，依協調運作指引第 1 條：「依促進民間參與公共建設法第四十八條之一規定，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。為協助主辦機關依投資契約成立履約爭議協調委員會，處理契約履行及其爭議事項，提升協調效率，解決履約爭議，特訂定本指引，供主辦機關參考使用。」至於適用對象及效力，

¹⁶ 黃國立，淺談民間參與公共建設案件協調機制，頁 1，AROH 建構，<http://www.arch.net.tw/modern/month/334/334-2.htm>。

¹⁷ 陳煥文(1994)，*國際仲裁法專論*，頁 430-432，五南圖書公司。

於該指引第 2 條：「本指引適用於依促進民間參與公共建設法辦理之案件。本指引內容，主辦機關得依個案特性及實際需要，擇訂於投資契約，以生效力。」即投資契約的協調委員會之設置，需經契約當事人雙方合意方能載明契約中，非強制性規定，且相關內容須於投資契約載明始生效力。至該指引函行前已簽訂之 BOT 投資契約，得經雙方合意變更契約納入此項約定。

三、協調委員會組成

「促參履約爭議協調委員會組織參考章程」第 4 條¹⁸及協調運作指引第 7 條¹⁹，針對協調委員會之選任方式，為「由主辦機關及民間機構雙方各自推薦常任委員人數之若干倍以上，再由雙方各自於他方推薦人選中選定若干名擔任委員，並由雙方於各自推薦人選中選定 1 名擔任主任委員」。

協調運作指引第 3 條：「協調委員會成立時點，除主辦機關及民間機構另有約定者外，以不逾投資契約簽訂次日起九十日為原則。」即明定協調委員會成立時點。惟對於個案規模不大、契約期間較短或契約之法律關係較不複雜者，雙方得於投資契約另行約定，視需要成立協調委員會且無待處理事項後解散。協調委員會委員選任及相關運作機制，亦得參酌本指引各點內容，視個案特性納入投資契約。

BOT 投資契約參考文件 24.2.1 條訂定理由，謂協調委員會應於 BOT 投資契約簽訂後，一定期間內即行成立並定期改選，或待有爭議發生時成立，前述兩種時機均可成立。協調運作指引第 5 條：「協調委員會置三至五名常任委員，得包括工程、財務、法律等相關專業領域專家。委員人數，必要時得增列。前項常任委員選任，由甲乙雙方各自推薦常任委員人數之二倍以上，再由雙方各自於他方推薦人選中選定若干名擔任委員，並由雙方於各自推薦人選中共同選

¹⁸ 協調委員會組織章程第 4 條：「本委員會設置○名常任委員，至少包括工程、財務及法律專家各 1 名。本委員會常任委員之選任，由甲乙雙方各自推薦○名後，再由雙方各自於他方推薦之人選中選定○名擔任委員，並由雙方各自推薦之人選中共同選定 1 名擔任主任委員。」

¹⁹ 對於協調委員會任務委員之產生及選任，協調委員會運作指引第 7 條：「協調委員會於收受協調書面申請後，得視個案專業需要通知雙方於一定期間內各自推薦特定領域專家若干，並由雙方自推薦專家中共同選定若干名擔任任務委員。甲乙雙方於前項期間內無法共同選定任務委員時，由協調委員會指定之。任務委員任期，於其參與之個別爭議協調案件程序完成後屆期。任務委員於協調期間權利義務，準用常任委員之規定。」

定一名擔任主任委員。前項雙方於各自推薦人選中，無法共同選定主任委員時，雙方得合意以其他方式選定。」，另應明訂協調委員會委員的改選及迴避制度。實務上 BOT 投資契約簽訂後一定期間內即成立協調委員會，待有爭議時方召開會議，可免人選不定而致 BOT 計畫延宕。至於協調委員會委員得否允許契約雙方人員指派，甚至自行擔任，由於涉及個案迴避，應予考慮並明訂於 BOT 投資契約，以利協調委員會公正、客觀處理爭議事件。此外，協調委員會成員與契約雙方及其使用人有利害關係時，應即告知當事人，當事人得請求其迴避(協調運作指引第 9 條第 1 項前段)。

至於公務員得否擔任促參法施行細則第 22 條(編者註：2016 年 10 月 4 日移列第 63 條)成立之履約爭議協調委員會委員？財政部函釋，公務員不得擔任民間機構選任之協調委員會之委員，但得接受政府機關聘請，兼任政府機關選任或政府機關與民間機構共同推舉選任之協調委員會委員²⁰。

四、協調委員會任務

協調運作指引第 4 條第 1 項：「協調委員會任務如下：(一)投資契約(包含相關文件)爭議事項、未盡事宜及修約協調。(二)不可抗力或除外情事認定爭議協調。(三)甲乙雙方同意交付協調事項。」蓋委員會任務係分析、討論及解釋 BOT 投資契約設計變更、工期延誤、政府應辦事項、地質改變、不可抗力、情事變更、變更設計、施工介面整合及物價上漲等簽約時未能預見之可能性風險之發生²¹。本文以為，若契約明定協調委員會制度，對投資契約當事人雙方具定期性進度報告義務，適時更新進度的重要資訊，於工程行運爭議甫發生之際，協調委員會得迅速掌握爭點所在，將可於最短時間解決糾紛。

五、協調委員會決議效力

協調運作指引第 16 條第 2 及 3 項：「協調委員會會議應作成書面紀錄。協調委員會就爭議標的解決方案作成決議後，應於十日內將書面解決方案送達雙方當事人，並限定期限，請當事人為同意與否之意思表示。」即協調委員會之

²⁰ 銓敘部 104 年 11 月 30 日部法一字第 1044038217 號函。

²¹ 同註 18，頁 430。

決議是否具拘束當事人雙方效力，或需經雙方同意後始生拘束效果，可於 BOT 的投資契約議約或簽約時雙方合意約定。

至於協調成立之要件，協調運作指引第 17 條：「協調委員會對於爭議標的提出之書面解決方案，除任一方於所定期限內以書面向協調委員會及他方表示不服或提出異議外，視為協調成立，雙方應予遵守。」即明定協調成立要件及雙方應予遵守。進一步言，如果協調委員會之委員均為客觀中立人士且與爭議雙方無任何利害關係，則得於投資契約中約定考慮協調委員會決議即生拘束雙方效力。

協調委員會決議是否須經雙方同意？依 2010 年 6 月工程會函發投資契約參考範本²²第 24.2.3 條前段：「協調委員會對於本契約之各項爭議所為之決議，除任一方於收受決議後○○日以書面提出不服或異議外，視為協調成立，雙方應完全遵守。」並於說明敘及，協調委員會之決議是否即具有拘束雙方之效力；或須經雙方之同意始生拘束效力，可於個案議約時作不同考量。倘協調委員人選均為客觀中立人士且與雙方均無利害關係，本文建議該委員會決議得即生拘束雙方效力，以縮短爭議處理時程。反之，倘協調委員係由雙方各自選任且有一方選任之人數占多數，則委員會決議應經雙方同意始生拘束力，否則即應進入仲裁或訴訟程序處理。

至於協調不成立之救濟程序，協調運作指引第 21 條，「除投資契約另有約定外，爭議事項經任一方提出協調之日起，協調委員會於二個月內未能召開協調委員會議，或依投資契約約定不予協調，或於六個月內無法就爭議標的提出解決方案，或任一方依第十七點對於解決方案以書面表示不服或提出異議，雙方得書面合意提付仲裁、提起訴訟或以其他救濟程序解決。」

2014 年 12 月 25 日財政部函發 BOT 投資契約參考文件第 24.2.3 條：「協調委員會對於本契約之各款所為之決議，除任一方於收受決議後○○日以書面提出不服或異議外，視為協調成立，雙方應完全遵守。協調委員會就會議之過程應作成書面紀錄。」進一步言，於當事人意思自治原則下，協調委員會決議是否即具有拘束雙方之效力；或須經雙方同意始生拘束力，可於個案議約時作不

²² 建業法律事務所(2010 年 6 月)，98 年「促參案件招商文件及投資契約參考範本」專業服務研究報告－BOT 及 OT 招商文件及投資契約參考範本，工程會委託研究報告，頁 140。

同考量，並於投資契約約定。倘協調委員均為客觀中立人士，與雙方均無利害關係，則得考慮議定委員會決議即生拘束雙方之效力，以縮短爭議處理流程。但若協調委員係由雙方各自選任(未經他造同意)且有一方選任之人數占多數，則委員會決議應再經雙方同意始生拘束效力，否則應進入仲裁或訴訟程序處理，以尋雙方爭議解決具對等性。

肆、BOT 投資履約爭議仲裁

一、前置程序

於公共工程履約爭議，政府採購法(下稱採購法)第 85 條之 1 第 1 項規定：「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：(1)向採購申訴審議委員會申請調解。(2)向仲裁機構提付仲裁。前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程及技術服務之調解，採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；其因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」前開條文之調解係屬強制調解性質²³，仲裁則屬有益仲裁制度²⁴。進一步言，前條規定政府採購履約爭議應採「先調解、後仲裁」之方式處理，將採購申訴審議委員會之調解建議作為契約爭議提付仲裁的前置程序。實務上，也常發生 BOT 投資契約爭議協調內容與仲裁標的不符時，該爭議應否提付仲裁？學者認為，主辦機關得以 BOT 案就該契約爭議項目未完全踐行前置程序，違反仲裁協議為由，進行程序抗辯，以阻撓仲裁程序之審理。最高法院判決對公共工程案件前置程序的見解上亦非統一，有兩種不同見解：

(一) 前置程序為仲裁前提要件²⁵

一方提付仲裁前，應先踐行前置程序，目的乃賦予他方充分考量之機會，以權衡接受求償與提付仲裁間之利弊，並決定就何種爭議得提付仲裁。

(二) 前置程序非為仲裁前提要件

主張當事人一方若認為已無和解或協調可能，無從以簡便程序解決爭議，

²³ 謝哲勝、李金松 2017 年 1 月，*政府採購法實用*，頁 567-576，元照出版公司。

²⁴ 為鼓勵以仲裁機制解決公共工程採購履約爭議，工程會於 2012 年 6 月於工程採購契約等範本內增訂有益仲裁機制之條款。

²⁵ 同註 1，頁 167-169。

或當事人約定最終僅得以仲裁解決爭議者，為避免因進入前置程序之拖延浪費，逕行提付仲裁，自未違反當初協議以仲裁解決爭議之初衷，亦與仲裁前置程序之本質無悖。

促參法修正草案於 2015 年 12 月 30 日修法增訂第 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。此係依國際商務慣例，於契約中明定協調或仲裁機制，特別是仲裁具有迅速、經濟、保密、和諧及專家判斷之優點。至於協調機制，係作為 BOT 投資履約爭議提付仲裁或提起訴訟前之前置程序，是否必要？本文以為，視 BOT 案規模及特性而定；於規模較小者，可將爭議逕付仲裁或訴訟處理，以收快速解決爭議之效；而於規模較大者，則將仲裁解釋為應先行協調程序，以符合程序正義及仲裁程序之經濟原則，本文謂之「協調先行制」。

二、仲裁協議

仲裁法第 1 條第 1 項規定：「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。」仲裁解決 BOT 投資履約爭議之機制，係本於契約自由原則，以當事人合意為基礎，選擇依仲裁之途徑處理爭議問題，兼具程序與實體法之雙重效力。仲裁法第 2 條規定：「約定應付仲裁之協議，非關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議而為者，不生效力。」故 BOT 履約爭議，如情事變更、物價上漲、除外情事、不可抗力、地質條件不符原設計、不可預期等方得提付仲裁。進一步言，除投資契約本文及附件外之投標須知，皆屬兩造所定 BOT 投資契約之一部分，以其為基礎之履約爭議，亦得提付仲裁。

對於 BOT 案爭議之可仲裁性，財政部 2014 年函發投資契約參考文件²⁶第 24.1.2 條提示：「雙方同意，一方以書面提出協商之請求後○日內仍無法達成共識時，任一方得採取下列方式之一解決爭議：1. 提送協調委員會協調。2. 經甲乙雙方同意並訂立仲裁協議後，依本契約約定及仲裁法規定提付仲裁。...」。即該參考文件特別建議 BOT 投資契約的爭議得循仲裁程序解決，但甲乙雙方得另以書面約定以仲裁方式解決爭議。另，第 24.3.1 條：「由甲乙雙方協議擇定仲

²⁶ 同註 4，頁 133-136。

裁機構。如未能獲致協議，由甲方指定仲裁機構。上開仲裁機構，除甲乙雙方另有協議外，應為合法設立之國內仲裁機構。」惟於個案投資契約中，亦應將仲裁協議納入契約條款，使雙方對於爭議解決方法明確化，有助於雙方契約履行之互信。該參考文件所謂仲裁，並非強制仲裁，以免有排除基本權之疑慮，此與採購法第 85 之 1 條第 2 項「先調解，後仲裁」機制有別，此等規定與大法官釋字第 591 號解釋理由書相符。又 BOT 投資契約應依促參法第 12 條第 1 項規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。」所以 BOT 投資契約之仲裁，係民間機構於一定法律關係及其所生爭議，依當事人協議交付仲裁庭，依仲裁規則程序為判斷，以解決私法契約糾紛。另，如 BOT 投資契約當事人非原始締約者，即發生契約繼受問題，因此契約中如有仲裁協議，依契約法理應繼受，使解決爭議有所依據，不會產生得否仲裁之問題。

實務上，當事人常在 BOT 投資契約訂有仲裁條項，但並未另訂仲裁協議機制，為免仲裁條項受契約有效與否等因素之影響，我國仲裁法參考法國、荷蘭及瑞士等國之立法例及聯合國國際商務仲裁模範法第 16 條第 1 項「仲裁條項獨立性原則」，明定仲裁條項效力應獨立認定。所以 BOT 投資契約之仲裁條項具有獨立性，不因契約無效、解除或撤銷，而影響其效力；此即外國立法例或學說所謂「獨立性原則」或「分離可能性原則」。

三、BOT 案仲裁庭組織

BOT 案履約爭議通常較一般案件複雜，專業性亦高，又涉公共利益，所以仲裁人選定程序應較嚴謹。依據財政部函發「促參投資契約爭議處理參考條款」(下稱促參爭議處理參考條款)及投資契約參考文件，選擇具專業、公正、信賴之仲裁人，才能使爭議得以公平合理、專業、迅速及和諧方式解決。BOT 案的仲裁人皆應獨立、無私、公正處理仲裁事件，應避免有令人懷疑其有偏頗某一方當事人，為特定當事人的代理人或代言人之言行；即仲裁人並非當事人的代理人，所以應避免選定具代理人性格之仲裁人。如向仲裁機構提出仲裁聲請，仲裁人是否一定要從該機構的仲裁人名錄中選任？凡符仲裁法第 6 條及第 8 條規定之條件者，都可被選任為仲裁人。登錄於仲裁機構(仲裁協會)名冊中之仲裁

人，須經過該仲裁機構的仲裁人登記資格審查委員會，依仲裁法與該仲裁機構之仲裁人登記審查辦法嚴格審查，提報相關會議(例如理事會及相關委員會)討論通過，並經法務部核備方可登錄。本文建議，可優先考慮選任仲裁機構名冊中之仲裁人。另應注意仲裁庭組成之專業性，建議當事人應選任具有系爭個案相關專長或經驗，且素孚眾望、形象公正、品德高尚之學者、律師或專家等擔任仲裁人。

曾任協調委員者可否續行擔任同一系爭案件之仲裁人？答案是否定的。因協調委員於協調程序中，常為促成爭議解決或達成和解，試行探知當事人底線，或對案情判斷有自己的見解，是以協調委員會若未調解成功，但仍擔任同一爭議案件仲裁庭之仲裁人，可能會使雙方當事人質疑原協調委員已存有既定印象之疑慮，為使仲裁庭能夠發揮公平效果，除非經過雙方當事人書面同意，協調委員不得再擔任同一爭議仲裁事件仲裁人²⁷。至於專業仲裁人可否取代鑑定人？答案亦是否定的，因仲裁人職責為認定事實與適用法律，作出公平合理之仲裁判斷，且其與法院確定判決，具有同一效力，可請求強制執行。但專業鑑定則僅是當事人一方、雙方合意或仲裁庭委託具有專業知識或經驗之專家、學者、技師或專業單位，對於事實問題提出專業建議或看法等，而非聽取當事人雙方陳述而作出判斷，常見對於同一案件爭議之事實爭點，不同鑑定單位有迥然不同之專家鑑定意見。對於仲裁庭而言，鑑定報告僅具參考性質而非得須作為依據，故專業仲裁人不必且不得代替鑑定人角色，除非當事人雙方同意。

於仲裁詢問會中，主任仲裁人除指揮引導兩造陳述、辯論及仲裁人審理外，仲裁審理會結束後須主持仲裁評議進行，故主任仲裁人至關重要。惟仲裁法並無明文規定主任仲裁人的遴選資格，為健全工程仲裁機制，提升工程仲裁品質，中華民國仲裁協會於「納入工程仲裁主任仲裁人名冊遴選辦法」訂而相關規定。

依仲裁法第 9 條規定，當事人所選任之 2 位仲裁人若無法於被選定後 30 日內共推主任仲裁人時，任何一方當事人皆得聲請法院選定主任仲裁人。惟若當事人約定於中華民國仲裁協會進行仲裁，則當事人應向該會聲請選定主任仲裁

²⁷ 參見中華民國仲裁協會爭議調解中心調解規則第 27 條第 3 及 4 項：「調解人不得就該仲裁事件擔任任何一方當事人之代理人。除經雙方當事人之書面同意，調解人不得擔任該仲裁事件之仲裁人。」

人，本文認為，BOT 案爭議往往涉及公共利益與私有財產權之衝突、政治風險或法規改變、工程習慣與建築成規，及對未來營運量預估之商業判斷等專業，即使是公正主任仲裁人，亦不無可能受其專業經驗限制，難能鉅細靡遺瞭解當事人或仲裁代理人於詢問會上之陳述、論證及聲請書或答辯狀等，故於 BOT 案，仲裁人應積極推舉選任主任仲裁人人選。

BOT 案爭議金額動輒高達數億元，故促參爭議處係參考工程會訂定「工程採購契約範本」第 22 條增訂第 2 項第 2 項²⁸(2016 年 1 月 22 日修正)，與投資契約參考文件相同。進一步言，投資契約參考文件第 24.3.2 條：「仲裁人的選定規定，1. 甲乙雙方應於一方收受他方提付仲裁之通知之次日起 14 日內，各自從指定之仲裁機構之仲裁人名冊或其他具有仲裁人資格者，分別提出 10 位以上(含)之名單，交予對方。2. 當事人之一方應於收受他方提出名單之次日起 14 日內，自該名單內選出 1 位仲裁人，作為他方選定之仲裁人。3. 當事人之一方未依本條第 1 項提出名單者，他方得從指定之仲裁機構之仲裁人名冊或其他具有仲裁人資格者，逕行代為選定 1 位仲裁人。4. 當事人之一方未依本條第 2 項自名單內選出仲裁人，作為他方選定之仲裁人者，他方得聲請 法院； 指定之仲裁機構(由甲方於招商時勾選；未勾選者，為指定之仲裁機構)代為自該名單內選定 1 位仲裁人²⁹」。即對於仲裁人選定程序，投資契約參考文件³⁰與促參爭議處理參考條項相同。

主任仲裁人的選定程序，依投資契約參考文件第 24.3.3 條：「1. 二位仲裁人經選定之次日起 30 日內，由雙方共推或雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人。2. 未能依前項共推主任仲裁人者，當事人得聲請法院或指定之仲裁機構。」本文建議，因仲裁庭的 3 位仲裁人，其中 2 位是分別由聲請方與相對方推選而經對造同意，僅主任仲裁人不是由聲請方或相對方所直接推選而產生，有其客觀中立性，故主任仲裁人選任程序特別重要，未來 BOT 投資契約修訂時，對於主任仲裁人選任程序，應有更細緻規定，例如可由聲請人選任的仲裁人提出 3 位主任仲裁人名單，再由相對人選定的仲裁人從該 3 位中勾選一位擔任主任仲裁人；如果無法順利由兩位仲裁人雙方合意且經被選定之主任仲裁人同意

²⁸ 工程會工程採購契約範本。

²⁹ 同註 4，頁 134-135。

³⁰ 同註 4，頁 133-136。

擔任而選出，則下一輪程序為改由相對人選任的仲裁人提出 3 位主任仲裁人名單，再由聲請人選定的仲裁人從該 3 位中勾選一位擔任主任仲裁人，方能選出雙方合意且認為理想的主任仲裁人。

四、BOT 案仲裁詢問會

BOT 契約爭議之仲裁準備程序，首應確認仲裁協議是否生效，並考量是否以協調委員協調不成立為停止條件，例如於投資契約參考文件第 24.4.2 條³¹：「除雙方另有約定外，爭議事項經一方請求協調，協調委員會於○個月未能召開協調委員會議，或依本契約約定不予協調，或於○個月內無法就爭議標的提出解決方案，或任一方依對於解決方案以書面提出不服或異議，雙方得合意提付仲裁、提起訴訟或以其他救濟程序解決之。」此即可視為仲裁協議之附帶其他停止條件(如仲裁前置程序)。如未依仲裁前置程序辦理，可依仲裁法第 30 條第 1 項第 1 款及同法第 40 條第 1 項規定，主張仲裁協議不成立而提起撤銷仲裁判斷之訴。另 BOT 投資契約成立後，當事人亦可就特定爭議合議而另訂仲裁協議³²。

仲裁法第 21 條第 1 項規定：「仲裁進程序，當事人未約定者，仲裁庭應於接獲被選為仲裁人之通知日起十日內，決定仲裁處所及詢問期日，通知雙方當事人，並於六個月內作成判斷書；必要時得延長三個月。」所以仲裁庭應依該法決定仲裁處所及詢問期日，由仲裁機構通知雙方當事人。仲裁庭得依職權或當事人請求，變更或延展詢問期日³³。

除簡易仲裁外，仲裁庭通常由一位主任仲裁人及兩位仲裁人組成，召開仲裁詢問會。仲裁規則第 23 條第 1 項規定：「仲裁庭應予當事人充分陳述機會，並就當事人所提主張為必要之調查。」除非當事人另有約定，原則上，因仲裁程序具有保密性，所以仲裁詢問會不對外公開，亦不提供旁聽。仲裁庭審理通常包括 7 個程序：(1)初步瞭解；(2)程序審理；(3)實體審理；(4)調查證據；(5)專業確認法律適用；(6)辯論及(7)仲裁評議³⁴。

³¹ 同註 4，頁 134。

³² 蘇南(2013)，「論 BOT 制度的經濟分析—以風險及代理理論觀之」，*國立中正大學法學集刊*，38，60-61。

³³ 中華民國仲裁協會規則第 21 條。

³⁴ 同註 1，頁 220-222。

五、BOT 投資契約的仲裁判斷

(一) 仲裁判斷的法律效果

一般而言，當投資契約履約爭議提付仲裁時，甲乙雙方同意以仲裁法之仲裁程序解決，並由雙方選定之仲裁機構辦理。至於仲裁判斷效力，仲裁法第 37 條第 1 項規定：「仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。」同條第 2 項前段規定：「仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。」故 BOT 履約爭議之仲裁判斷經法院執行裁定後，該執行裁定即為執行名義，而聲請執行。即採仲裁程序解決爭議時，仲裁判斷應為最終裁決，因已有仲裁協議及合意選擇仲裁人；實務上，爭議雙方當事人通常會恪遵仲裁庭作出之仲裁判斷書裁決，惟倘經一方提起撤銷仲裁判斷之訴勝訴確定者，不在此限。如因仲裁程序有瑕疵、無仲裁協議或超出仲裁協議範圍，一方得提起撤銷仲裁判斷之訴³⁵。

(二) BOT 案仲裁判斷得公開

近年來社會各界質疑 BOT 案之政策評估、投資契約簽訂等問題，是否涉及行政權力濫用、利益輸送、政治操作甚至貪污腐敗等問題？實有必要加強公眾監督制度。本文贊同於高雄捷運仲裁案，經當事人雙方及仲裁人同意而將仲裁判斷書公開，以減少社會質疑仲裁公平性及效率性，甚或是否符合社會期待及法感情。

台北大巨蛋仲裁案，案情高度複雜，仲裁判斷書如不公開恐無法使關心民眾釋疑；自可依投資契約參考文件第 24.3.5 條：「除甲乙雙方另有協議外，仲裁程序應公開之，仲裁判斷書雙方均得公開，並同意仲裁機構公開於其網站。」。蓋公開仲裁判斷書可促進民眾參與，減輕質疑仲裁僅徒為浪費公帑之成見。

伍、結論與建議

BOT 是國內促參案中爭議最多的類型，爭議解決途徑自會影響投資人意願、工程進度及廠商營運獲利。BOT 案常見爭議可區分為興建期間爭議及營運期間爭議；前者包括政府協助與應辦爭議、證照取得爭議、興建成本超支爭議、

³⁵ 蘇南(2012)，「BOT 投資契約工程爭議與仲裁研究」，*國立中正大學法學集刊*，33，175-177，

不可抗力及除外情事；後者則包括政府責任爭議、契約解讀不同爭議、不可抗力、除外情事及情事變更。促參法第 48 條之 1 前段規定，投資契約應明定組成協調委員會，以協調履約爭議；且依「促參履約爭議協調委員會組織參考章程」經雙方同意選任協調委員組成協調委員會，按「促進民間參與公共建設履約爭議協調委員會運作指引」之程序，開會協調並於約定期間內作出決議；惟決議須經雙方同意始生拘束力，否則得依促參法第 48 條之 1 後段規定，得明定協調不成時，提付仲裁。所以投資契約中明訂仲裁條款，或經雙方合意訂有仲裁協議，始能以仲裁方式解決 BOT 案爭議。

仲裁是否應以協調作為前置程序，向有肯定說及否定說，本文認為應視個案而定。仲裁人選任應依投資契約約定及仲裁法而雙方同意選任，仲裁審理應以秘密方式為之，曾任個案協調委員者不得再擔任仲裁人。仲裁判斷除程序有瑕疵得聲請法院撤銷外，與法院判決同樣具強制執行力。而仲裁審理與仲裁判斷書，得經雙方同意而公開。促參法於 2015 年增訂第 48 條之 1，有利於履約爭議解決及促參政策落實，因其具有爭議解決之快速、專業判斷及當事人信服等優點，本文甚表贊同。