

我國促進民間參與公共建設法融資機構 介入權及另案承接規定試析

謝子凡*

要 目

壹、融資機構介入權與專案融資	參、我國促參法融資機構另案承接
貳、我國促參法融資機構介入權規定 試析	肆、結論與檢討與修正建議

提 要

促參案特許權可能改變市場競爭結構，促進民間參與公共建設法(下稱促參法)乃透過競爭原則，維持程序之公平與效率，而融資機構之「介入權」及「另案承接」則為競爭原則之例外。其中，融資機構「介入權」之正當性，在於作為「專案融資」模式高風險之配套，係基於我國現行法規架構下融資機構之契約權利，並透過主辦機關同意權機制確保其能合於公益地行使，作為避免公共服務中斷之緩衝機制。至融資機構「另案承接」可理解為簡化「選商—簽約兩階段」程序逕行簽訂新投資契約，縮短公共服務中斷時間，惟其內容仍宜架構於原契約所訂公共建設計畫下。本文認為，融資機構之「介入權」及「另案承接」均應予目的性限縮，始屬合理。

壹、融資機構介入權與專案融資

一、促參選商公平競爭原則與融資機構

為使公共建設計畫目標順利達成，促參法採取與政府採購相同之競爭模式，透過評定最優申請人之規範架構，從複數申請人中擇定參與公共建設之民間機構。促參案民間機構能藉由公共建設取得龐大參與利益，同時於一定期間

* 本文作者為財政部推動促參司政策法制科專員。

內獨占經營特定業務，除單純經濟利益交換之對價外，亦能因此取得市場上優勢競爭地位，改變市場競爭結構^{1、2}。是以民間機構之選定，在實體法上係具有競爭排擠性質之分配決定³，如何確保該程序之公平與效率，有其公共利益上之意義，甚有論者謂自平等原則與競爭自由權客觀面向而言，國家負有建構公平公正之競爭促參選商程序之憲法義務⁴。

自前述公平競爭原則觀點檢視我國促參選商框架，促參法第 52 條⁵第 1 項第 2 款但書有關融資機構暫時接管興建營運之「介入權」，以及同條第 3 項另行與主辦機關簽訂投資契約繼續辦理興建營運之「另案承接」規定，與競爭原則即不無出入。其特殊之處不僅在於介入或另案承接興建營運辦理主體，係由融資機構逕行擇定，無須經過競爭選商程序，更值思考之處毋寧在於，為何僅允許融資機構擁有此項「特權」？如基於公共服務不中斷考量，擁有此項「特權」者範圍越大，挽救公共服務免於中斷的機會越高，豈不更符合公共利益維護？實則，此與促參案融資特性，尤以專案融資模式有關。

二、BOT 案⁶與傳統融資模式

自財務規劃角度而言，BOT 案在本質上應即係一能同時通過主辦機關、融資機構與民間機構如同求解三元聯立方程式之檢驗⁷，財務規劃可行的行政計畫案⁸。BOT 模式與傳統民間參與公共工程模式最重要差別，毋寧在於 BOT 模式

¹ 本文所引用部分文獻之討論對象或依獎勵民間參與交通建設條例或促進民間參與公共建設法草案，惟對本文論述應無影響，先予敘明。

² 黃茂榮，BOT 契約，植根雜誌，14 卷 7 期，1998 年 8 月，頁 245。

³ 詹鎮榮，行政合作法之建置與開展，收錄於氏著公私協力與行政合作法(一版)，2014 年 3 月，頁 50。

⁴ 詹鎮榮，前揭註 3 文，頁 27、50；詹鎮榮，競爭者「無歧視請求權」之保障，前揭註 3 書，頁 174。

⁵ 促參法第 52 條所涉主體除主辦機關、民間機構及融資機構等典型促參案契約主體外，另包括保證人、融資機構與保證人所擇定符合法令規定之其他機構等，為簡化說明避免失焦，本文原則以主辦機關、民間機構及融資機構間法律關係討論。

⁶ 世界各國就「公私夥伴關係」(Public-Private-Partnership, PPP)尚無一致定義，概念範圍亦不盡相同，如為泛稱公私夥伴關係概念，而非特定指述依我國促參法辦理之促參案時，以 BOT(Build-operate-transfer)相關用語稱之。

⁷ 黃明聖，BOT 案政府與融資者兩者定位、兩者關係之探討，臺灣經濟預測與政策，30 卷 2 期，2000 年 1 月，頁 36。

⁸ 許登科，促參法規範下 BOT 案爭議之解析，臺灣環境與土地法學雜誌，16 期，2015 年 6 月，頁 14。

係由民間機構負擔籌資責任⁹，並確保 BOT 案之可融資性(bankable)。甚至有謂 BOT 實指 bankable or turn down 或 bankable or terminate，融資可行性在 BOT 計畫之重要性，可見一斑¹⁰。

按傳統融資方式，係依借款人本身債信、資力或所提供資產擔保而融資，於借款人未還款時能就擔保品充分受償。惟 BOT 案之投資規模經常較大，契約期間動輒達 30 年以上，於興建之初常無可供設定負擔或處分之資產存在，而各國法制就相關營運資產之處分或轉讓亦多設有限制¹¹，致能否順利處分或設定負擔予融資機構作為擔保，不無疑問，又縱經設定負擔，於進入強制執行程序時，該項依 BOT 計畫量身訂作之資產經與 BOT 計畫切割後，尚能殘存多少市場價值，亦影響應買意願，更遑論相關資產於投資契約期間屆滿後，民間機構尚應移轉予主辦機關，爰民間機構甚難透過傳統融資方式，依現有資力或資產為擔保取得融資¹²，因此國外 BOT 實務在傳統融資方式外，發展出「專案融資」(project finance)。

三、BOT 案與專案融資模式

所謂專案融資指融資安排以特定計畫實施後，可得或預期可得之現金流量作為還款來源，並以該計畫所屬之資產、權利及利益作為融資擔保。亦即，以日後可控制(controllable)或可預期(predictable)之現金流量作為基礎而予融資¹³。相較於傳統融資，專案融資具有若干特色，包括¹⁴：

(一) 具專案導向性(project-oriented)。專案融資之核貸考量為專案之投資計畫及

⁹ 劉憶如、王文宇、黃玉霖著，BOT 三贏策略(初版)，2000 年 1 月，頁 40。

¹⁰ 王文宇，論 BOT 特許合約中的幾個基本問題，全國律師，2 卷 1 期，1998 年 1 月，頁 62。

¹¹ 例如促參法第 51 條第 2 項規定：「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。」

¹² 王文宇，前揭註 10 文，頁 63；朱麗容，從法律觀點談 BOT 計畫之專案融資，收錄於商事法暨財經法論文集－王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集，1999 年 8 月，頁 419；范蛟、黃馥萍，從「獎參條例」看融資機構介入權，月旦法學雜誌，33 期，1998 年 2 月，頁 56。

¹³ 朱麗容，前揭註 12 文，頁 425。

¹⁴ 綜合參考李宗德，專案融資的法律議題解析，收錄於黃玉霖主編，公共建設民營化，1998 年 1 月，頁 61 以下；林雪玉，論 BOT 專案融資之擔保-兼論如何擴大國際資金參與我國之公共建設，稻江學報，4 卷 1 期，2009 年 6 月，頁 120 以下；林偉崇，淺談促參案件之介入權，中華技術，80 期，2008 年 10 月，頁 86；范蛟、黃馥萍，前揭註 12 文，頁 56 以下；朱麗容，前揭註 12 文，頁 425 以下。

未來營收、風險與獲利能力，依個案量身定做融資方案，與注重借款人本身債信、資力或所提供資產擔保而不注重專案評估之傳統融資思維，大不相同。基於專案融資之專案導向特性，融資機構辦理專案融資前，必須對 BOT 案本身之可行性、健全性及風險，先期進行詳盡及專業評估，並確認相關風險均已納入控制，或已透過投資契約網絡分攤，以確保融資債權，此舉適可大幅降低專案風險，提高 BOT 案成功可能性。

- (二) 專案融資辦理期程通常較長，計畫信用分析較傳統融資安排困難許多，需要高度繁複的規劃而成本較高，因此適合規模較大及期限較長之計畫。另基於分散風險及規劃經驗要求，專案融資所須國際參與程度較大，相較傳統融資安排，融資機構就專案融資須承擔之風險較高，但可獲利潤反而相對較低。
- (三) 無追索權(non-recourse)或限制追索權(limited recourse)。所謂追索權，係指借款人未償還債務時，融資機構有權請求以借款人資產之全部承擔全部清償責任；「無追索權」融資係指專案現金流量不足時，專案之發起人亦無須直接承擔任何債務清償責任；「限制追索權」融資，則係指融資機構對專案發起人或第三人之追索權，僅侷限於專案發起人或該第三人專為該專案所提供之擔保或保證。BOT 案所需資金數額龐大，回收期長，難由民間機構全數自行籌集，國際間實務即普遍採用限制追索權方式辦理，亦即要求專案發起人提供間接或有限擔保，或並負支持專案計畫現金流量責任，至有限追索之範圍與程度，端視專案潛在風險及融資機構承擔風險意願而定。
- (四) 專案融資因係以公共建設之營收為清償貸款債務之來源，故營運不能中斷，且計畫實施之現金流量必須確定。

四、國外融資機構介入實務發展重點¹⁵

融資機構辦理具有鉅額、長期、無追索權或限制追索權等特性之專案融資，有極高度風險與不確定性，為使融資機構債權能得到保障，提高融資機構辦理專案融資意願，以滿足辦理公共建設之長期融資需求，國外專案融資案例逐漸發展融資機構介入權(step-in right)機制，俾於民間機構發生異常情事時，能由最

¹⁵ 綜合參考范蛟、黃馥萍，前揭註 12 文，頁 57；王文宇，前揭註 10 文，頁 63。

具利害關係之融資機構介入改正異常情形，以避免公共建設計畫因而中斷，甚至專案特許權遭到撤銷。參考國外介入權發展實務，其重點包括：

- (一) 於主辦機關與民間機構所簽訂投資契約中，納人民間機構發生違約情事時，應提供改正機會，主辦機關亦應以書面載明違約情事及合理改正期間，通知民間機構，並同時副知融資機構等約定，以利融資機構知悉得行使介入權事由之發生，並評估是否行使該項權利。
- (二) 融資機構違反投資契約約定，又未能於規定期限內改正，主辦機關因而得以終止投資契約時，如已有融資機構行使介入權，則主辦機關於融資機構介入期間內，應暫不行使終止合約權利。
- (三) 融資機構行使介入權時，可能亦須承擔民間機構對主辦機關之部分債務。
- (四) 例外允許融資機構接管或使第三人接管公共建設專案計畫，並受讓民間機構依投資契約所取得權利。
- (五) 投資契約如經主辦機關終止，得強制收買民間機構之計畫資產或興建中工程，所取得價金則直接交予融資機構優先受償債權。

五、小結

自發展歷程觀之，融資機構介入權乃係因應專案融資高風險特徵之配套措施。其源於專案融資高風險配套之發展背景，適為僅融資機構享有介入權利之正當性所在。準此以言，個別促參案之融資如完全不具專案融資特性，融資機構是否仍有促參法第 52 條第 1 項所定介入權，即不無再加思考之餘地。

貳、我國促參法融資機構介入權規定試析

一、構成要件

融資機構介入權在我國實定法上基礎，目前僅促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書：「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。」¹⁶數語，其相

¹⁶ 104 年 12 月 30 日促參法修正前文字為：「但主辦機關依第 3 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。」

關構成要件包括：

(一) 民間機構有施工進度嚴重落後等重大情事¹⁷

104 年 12 月 30 日修正前促參法(下稱修正前促參法)第 52 條第 3 項,以獨立項次規範融資機構介入權規定略以：「民間機構有第 1 項之情形(即有施工進度嚴重落後等重大情事)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。」明確規範須以「民間機構有第 1 項之情形者」為融資機構介入權之前提要件。惟修正後現行條文改以促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書規範,且無「民間機構有第 1 項之情形」或相關意旨文字。因此,融資機構依現行法行使介入權,是否已無須以促參法第 52 條第 1 項本文所定施工進度落後等重大情事為前提要件,即生疑義。經檢視 104 年 12 月 30 日促參法修正說明¹⁸僅稱：「民間機構如有違約情事發生時,本法第 52 條明定主辦機關依投資契約具有執行若干履約管理措施之權限,惟實務上常有主辦機關未能即時行使權利之情形,導致計畫延宕,公共服務中斷或損害擴大之情形,爰修正第 1 項之規定,課予主辦機關作為義務,若專案發生所述之違約情事,主辦機關應採取相關措施,積極管理,以免延宕。」雖未就前開疑義具體說明,惟可顯見立法者在修法方向上,僅意在強化主辦機關積極作為義務,並無變動原有融資機構介入權架構之意,依探討立法者規範企圖及所欲達成目的之歷史解釋法¹⁹以論,修正後促參法應仍以有促參法第 52 條第 1 項本文所定施工進度落後等重大情事為融資機構介入權前提。

(二) 已於融資契約就介入權安排及約定

自促參法第 11 條第 6 款將「關係人介入」納入應依個案特性記載於投資契約事項以觀,促參法係將融資機構介入權定位為依契約發生之權利,而非直接

¹⁷ 促參法第 52 條具體規定事由包括：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。各項事由之立法定義,詳參促參法施行細則第 67 條。惟在比較法制上,以民間機構有「債務不履行」作為融資機構發動事由,亦無不可,參 International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank, Public-Private-Partnerships Reference Guide Version 3(2017), 1.3.2 Consideration for Government, “Step-in rights”, p.48.

¹⁸ 立法院公報第 104 卷第 96 期。

¹⁹ 相關法律解釋方法之介紹,可參林錫堯,行政法要義(4 版),2016 年 8 月,頁 27 以下。

基於法律規定所賦予之權利²⁰，應無疑義。融資機構介入權既屬依契約發生之權利，如根本未於契約中明定即無從取得，自不待言。有疑問者，乃促參案係由主辦機關、民間機構、參與各項興建營運包商、顧問群、融資機構彼此間錯綜複雜的契約網絡所構成²¹，融資機構介入權之安排，究應於何契約中予以約定？

有論者參據最高法院 99 年度裁字第 2563 號裁定，以促參法第 52 條第 1 項係規定「主辦機關『依投資契約』得為下列處理」，認為必須於投資契約有所約定，主辦機關始得主張融資機構介入權²²。實則，融資機構介入權與專案融資模式的密切關係，已如前述，作為促參案專案融資高風險之配套，是否在專案融資個案規劃及雙方權利義務中，納入介入權之安排，應視融資機構與民間機構雙方磋商結果而定，並於雙方依磋商結果簽訂之融資契約中予以明確化，故融資機構介入權應係以融資契約為成立基礎所發生之契約權利甚明。另一方面，投資契約之當事人為主辦機關及民間機構，並不包括融資機構，基於債之相對性原則，主辦機關與民間機構以投資契約所約定之權利義務，不及於契約以外第三人地位之融資機構，反之，即如同羅馬法「不論何人不得為他人為約定」之法諺所云，主辦機關與民間機構亦無從於其投資契約中，越俎代庖形成應由融資機構與民間機構規劃安排介入權之權利義務關係。在國際比較法制上，世界銀行(World Bank)之 PPP 參考指引，亦認為融資機構介入權，係在投資契約外，民間機構與融資機構間有關融資之約定²³。故融資機構介入權之安排及約定，應係於民間機構與融資機構間所簽訂之融資契約中為之²⁴。

至於我國法制架構下，前揭促參法第 11 條第 6 款所定，應依個案特性記載於投資契約之「關係人介入」事項²⁵，性質上應係促參法施行細則第 31 條第 1 項所稱「聲明及承諾」事項。按契約法上所謂聲明條款(representation)，係指一

²⁰ 有關行政法關係發生之說明，可參林錫堯，前揭註 19 書，頁 122 以下。

²¹ 促參案相關契約網絡，可參朱麗容，前揭註 12 文。

²² 盧宥霖，促參法「暫時接管」與「強制接管」之辨異，現代營建，383 期，2011 年 11 月，頁 50。

²³ International Bank for Reconstruction and Development，前揭註 17 指引，p.48; BOX 3.9 “What is the PPP Contract”，p.150.

²⁴ 同說可參劉紹樑，創備民間參與公共建設之基本法制—兼論「促進民間參與公共建設法」草案之研擬，收錄於黃玉霖主編，公共建設民營化，1998 年 1 月，頁 48。

²⁵ 契約法上之聲明條款，詳參王文宇，BOT 主要契約內容解析(上)，全國律師，3 卷 11 期，1999 年 11 月，頁 66。

方或雙方針對過去曾發生或現在存在與簽訂契約有關之重要基礎事實，保證其為真實不虛之約款而言，如有聲明不實，效果通常僅為他方當事人可取得契約終止或解除權與損害賠償請求權。詳言之，聲明事項應係就事實之聲明，而非契約權利之創設，亦即促參法第 11 條第 6 款乃係民間機構向主辦機關聲明揭露與融資機構間之介入權約定事實，以提醒主辦機關於議約、簽約時應予注意之聲明條款，尚非融資機構介入權之契約權利本身。而主辦機關與民間機構所簽訂之投資契約，縱未訂有前揭「關係人介入事項」，並不影響主辦機關依促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書所訂對融資機構介入之同意權。

綜上，在我國現行促參法制架構下，融資機構介入權應係依融資機構與民間機構所簽訂融資契約所生之契約權利，而非以主辦機關與民間機構間投資契約為基礎，爰相關介入權安排及規劃事項，應明訂於融資契約，且因該權利係依契約而非逕依法律規故如未於融資契約約定，即無從主張。

(三) 發動主體為融資機構

介入權為融資機構依融資契約取得之契約權利，自應以融資機構為發動主體。惟應予釐清者，融資機構介入權應以融資機構名義擔任發動主體，並非謂於實際上執行暫時接管繼續興建營運事項時，必須由融資機構親力親為，依促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書，融資機構尚得擇定符合法令規定之其他機構辦理相關事宜。所謂符合法令規定，應係指促參法本身及目的事業主管法規有關興建或營運資格之規定而言，除此之外，現行促參法就被擇定之其他機構，並無條件上限制，亦不以與融資機構間存在特定法律關係者為限。融資機構如擇定其他機構辦理暫時接管繼續興建營運，依促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書文義，即屬「非自行」辦理，則其實際辦理暫時接管繼續興建營運之對外法律關係，即非以融資機構名義，而係以該被擇定之其他機構名義為之。此時融資機構即非法律上權利義務關係之名義人，就該被擇定之其他機構辦理暫時接管辦理興建營運相關事項所生權利義務，自無負擔法律上責任可言。

(四) 須經主辦機關同意

融資機構介入權兼具私法權利及公共利益保護之雙重面向意義。就其作為因應融資機構辦理高風險專案融資之債權保障配套功能而言，融資機構介入權應由融資機構與民間機構雙方自行協商安排規劃，並明定於融資契約，已如前

述；另一方面，在公共利益之確保上，融資機構介入權亦提供主辦機關在促參法第 52 條第 1 項各款所訂「要求定期改善—中止興建營運—終止投資契約」處理模式外，另一可能挽救公共建設計畫得以持續提供公共服務之緩衝選項。於保障公共利益思考脈絡下，主辦機關雖非融資契約當事人，惟因其對整體公共建設計畫所欲達行政目的之遂行，仍負有國家擔保責任²⁶，促參法乃賦予主辦機關同意權，以確保融資機構介入權機制，可由私人合乎公共利益地履行以達成行政任務目的。詳言之，就公益之考量而言，融資機構介入權之設計，乃在建立防止逕為終止投資契約，直接造成契約內涵破壞而形成更大損失之緩衝機制，其行使自應以改善施工進度嚴重落後等重大情事為目的²⁷。惟對融資機構而言，公共建設計畫施工進度嚴重落後等重大情事是否改善，公共服務是否中斷，均非其考量，亦非其責任，甚或有可能出於保障自身融資債權目的，而採取不利公共建設計畫改善作法之道德風險，爰就本質上實為保障私法契約權利之融資機構介入權，主辦機關仍有以同意權等公權力機制參與其中必要，以維護公共利益，確保融資機構介入權制度在公共利益面向上之正當性。

促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書所稱主辦機關之同意，性質上應屬法律上之「認可」。按法律行為之成立與生效，係屬二事，而所謂「認可」，係指於當事人間私法上的法律行為雖已成立，惟尚須向國家申請並獲同意，該法律行為始為生效，亦即透過公權力介入，作為私法上法律行為效力要件，以形成私法關係，產生直接控制法律行為效果，其性質應屬形成處分²⁸。詳言之，融資機構與民間機構於融資契約內訂定介入權約款，其契約雖已成立，惟須經融資機構申請，並俟主辦機關同意後，該介入權約款始生效力²⁹。又主辦機關依促參法

²⁶ 有關國家擔保責任，可詳參許宗力，論行政任務的民營化，收錄於氏著法與國家權力(二)，2007 年 1 月(初版)，頁 427 以下；林明鏘，擔保國家與擔保行政法—從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收錄於吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，2010 年 1 月，頁 577 以下。

²⁷ 林發立，融資機構介入權—以重大 BOT 案例中外國融資機構所可能面臨介入權問題為中心，萬國法律，101 期，1998 年 10 月，頁 87。

²⁸ 有關「認可」之說明，詳參林錫堯，前揭註 19 書，頁 250。

²⁹ 世界銀行 PPP 參考指引認為，融資機構介入權除融資契約外，主辦機關與融資機構間亦需有所「合意」(agreement)，參 International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank，前揭註 17 指引，p.48，惟在我國促參法架構下，並未要求主辦機關與融資機構間必須存在直接法律關係，亦未要求採取主辦機關、民間機構及融資機構必須採取「三方契約」模式處理，亦未要求採取主辦機關、民間機構及融資機構必須採取「三方契約」模式處理，且在實際操作上，以主辦機關同意權機制處理，亦屬可行，應無窒礙。

第 52 條第 1 項第 2 款但書所為同意係屬形成處分，如否准融資機構之申請，融資機構應循行政救濟，而非私法救濟途徑尋求救濟。

(五) 參照修正前促參法第 52 條第 3 項規定之立法說明，融資機構介入權應於主辦機關停止民間機構興建或營運一部或全部、終止投資契約前為之。

二、融資機構介入權之內容

融資機構介入權為融資機構與民間機構依融資契約所生之契約權利，原則上由融資機構與民間機構於融資契約內約定並據以辦理，主辦機關則透過同意權之機制，依個案情況控制，確保融資機構介入權係在符合公共利益狀態下運作。惟因法律規定或性質使然，融資契約在內容上，仍有若干法律或性質上之限制。

- (一) 融資機構介入權係提供主辦機關於「要求定期改善—中止興建營運—終止投資契約」處理模式外，另外給予挽救機會之緩衝選項，且應於主辦機關停止民間機構興建或營運一部或全部、終止投資契約前為之，已如前述，促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書亦明揭融資機構之介入係「暫時」接管繼續興建營運，故應不允訂有終局性質之接管約款，縱經訂定，亦與促參法第 51 條第 1 項「依投資契約取得之權利原則不得轉讓」及第 2 項「因興建營運所取得之營運資產原則不得轉讓」規定有違。至所謂「暫時」之期間長短，主辦機關可視個案情況，透過同意權機制或終止投資契約方式調整。
- (二) 依促參法第 51 條第 1 項規定，融資機構介入權之行使，係以民間機構發生施工進度嚴重落後等重大情事為前提，亦如前述，此於融資契約層面之意義在於，介入權之事由業經法律明定，融資機構與民間機構已無由在法定事由外，另行約定為融資機構介入事由。
- (三) 融資機構行使介入權後，於實際辦理興建營運事項時，融資機構與民間機構間之法律關係，原則上亦係依融資契約約定辦理，惟該項法律關係之安排，亦影響融資機構實際辦理暫時接管執行興建營運時，與第三人之權利義務關係。約略言之，此項法律關係之安排，不外以「委任」、「租賃」或「概括承受經營管理權」為基礎³⁰。大致而言，如採委任概念，則接管人

³⁰ 此部分係學者間就「強制接管」性質之討論，因與暫時接管法律關係基本結構仍有其類似性，

僅為整頓事務之受任人，接管期間之經營風險仍係由民間機構負擔，性質上較接近公司重整概念；如採租賃概念，則接管人即非整頓事務之受任人，而係承租人，接管期間經營風險即由接管人負擔，至「概括承受經營管理權」概念則認為，接管之概念應為動態、全面並整體，而非靜態、片面或零星地占有使用相關資產設備，民間機構負責人就有關公共建設之事項，職權均應停止，由接管人概括經營接受。惟個案上相關權利義務之安排，乃取決於融資契約如何約定。

- (四) 就接管人而言，當然僅願接管有利可圖部分，惟公共建設計畫及財務之評估具有整體性，不宜割裂，理論上暫時接管應就公共建設計畫之全部且概括承受為宜，不允僅就一部為接管，與促參法第 52 條第 1 項第 2 款得中止一部興建營運之情形尚有不同。惟考量個案均有其特性或案情差異，尚難一概而論，故如經主辦機關就行政目的及公共利益整體考量個案情形，應可允許一部接管之安排。

叁、我國促參法融資機構另案承接規定試析

一、立法目的

我國融資機構另案承接之實定法上基礎為促參法第 52 條第 3 項「主辦機關依第 1 項第 3 款規定終止投資契約並完成結算後，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，與主辦機關簽訂投資契約，繼續辦理興建或營運。」之規定。按此時主辦機關與原民間機構間之投資契約，業經主辦機關終止，在語意上，融資機構已無投資契約可資「介入」，其依前揭規定與主辦機關簽訂之投資契約，性質上係屬新契約，而非承受原投資契約，爰本文稱之為「另案承接」，所承接內容，即公共建設之繼續興建或營運。

按修正前促參法第 52 條僅有融資機構介入權，104 年 12 月 30 日始於現行促參法第 52 條第 3 項增訂融資機構另案承接規定，惟該修法說明於第 3 項增訂融資機構另案承接乙節，未置一詞，爰僅得參照第 1 項修法說明推論，其目的應亦在避免計畫延宕，致公共服務中斷或損害擴大，乃課予主辦機關作為義務，

爰參考黃茂榮，前揭註 2 文，頁 43；王文宇，前揭註 10 文，頁 65；王文宇，關於獎參條例與促參法草案的十點修訂建議，月旦法學雜誌，34 期，1998 年 3 月，頁 45 以下。

若專案發生所述之違約情事，主辦機關應採取相關措施積極管理。其思考脈絡或為原投資契約經終止後，如仍有續以促參方式達成原行政目的需求時，僅得以另啟新案方式辦理，惟另啟新案須重新踐行促參法所定選商程序，曠日廢時，爰允許符合一定條件之個案，得由融資機構逕與主辦機關簽訂投資契約，盡量縮短公共服務中斷時間，減輕損害之擴大。

二、融資機構另案承接之法律定位分析

按促參法基本上採取「選商－簽約兩階段模式」：第一階段為由主辦機關評定最優申請人之選商程序，第二階段為主辦機關與最優申請人簽訂投資契約，明定雙方辦理公共建設興建營運之權利義務關係。依促參法第 52 條第 3 項文義，融資機構另案承接，理論上仍可維持「選商－簽約」兩階段模式，僅係選商程序部分受到極大程度壓縮，惟亦可能解讀為另案承接已完全省略「選商」程序，僅剩下「簽約」程序之單一階段模式。此兩種解讀在法律上的區別意義在於，如仍維持「選商－簽約」兩階段模式，則促參法第 52 條第 3 項主辦機關之同意，性質上即如同最優申請人之評定，係屬行政處分；如其採「簽約」單一階段模式，則融資機構向主辦機關提出另案承接，無非即在提出簽訂投資契約之要約，而主辦機關之同意，即為同意簽訂投資契約之承諾，如經雙方意思表示合致，投資契約即為成立，僅係提出契約要約之「要約適格」及適用另案承接之前提，另有法定條件限制。

促參案民間機構能取得龐大參與公共建設利益，並經由於一定期間獨占經營特定業務，取得市場上優勢競爭地位，造成市場競爭結構改變，我國促參選商程序採取所謂競爭原則，即在確保選商程序之公平與效率之公共利益。融資機構另案承接如採「選商－簽約」兩階段模式，固與一般正常促參案流程相符，惟立法者既然已針對特定情境，在競爭原則與公共服務不中斷二者間，作成競爭原則退讓之政策價值判斷，則形式上再行無謂割裂之「選商－簽約」兩階段，僅徒增程序及法律適用之複雜性，不僅實質上已無助於競爭原則欲確保之公共利益，亦無益縮短公共服務中斷時間，減輕損害擴大之立法目的，是似宜認融資機構另案承接採「簽約」單一階段模式較為妥適。解釋上如採「簽約」單一階段模式，則融資機構另案承接幾已無主觀權利性質可言。

三、構成要件

如認融資機構另案承接採「簽約」單一階段模式，並非意味融資機構另案承接程序可有高度契約自由性。實則，立法者就促參法第 52 條第 3 項定有相當嚴格之構成要件，以限縮融資機構另案承接之啟動，避免流於浮濫，確保融資機構另案承接機制能在合理範圍內發揮其維護公共利益之功能，試分論其構成要件如下：

(一) 主辦機關依促參法第 52 條第 1 項第 3 款規定終止投資契約

按依促參法第 52 條第 1 項文義，主辦機關依該條項第 3 款規定終止投資契約，必須符合一定條件始得為之。詳言之：

1. 須民間機構發生促參法第 52 條第 1 項本文所定施工進度嚴重落後等重大情事。
2. 須依投資契約循序完成「要求定期改善－中止興建營運－終止投資契約」之處理程序

(1) 自促參法第 52 條第 1 項本文明揭「依投資契約應為下列處理」文義可知，行政機關辦理「要求定期改善－中止興建營運－終止投資契約」處理程序之依據為投資契約，並非直接依據該條項各款之規定，故解釋上促參法第 52 條第 1 項本文有關「施工進度嚴重落後等重大情事」等事由，以及同條項各款所定「要求定期改善－中止興建營運－終止投資契約」處理程序，實係促參法第 11 條第 6 款應依個案特性記載於投資契約之「施工或經營不善之處置」事項之特別規定。詳言之，主辦機關與民間機構簽訂投資契約有關「施工或經營不善之處置」條款時，至少應包含(但不限於)該條項所明定之「施工進度嚴重落後等重大情事」事由，及納入法律明定之「要求定期改善－中止興建營運－終止投資契約」處理程序兩部分，為法定最低限度應訂定於投資契約之事項，且法律所定具體內容，亦當然應納為投資契約內容之一部。

(2) 細究促參法第 52 條第 1 項各款，須主辦機關依第 1 款要求定期改善，始生第 2 款所定屆期不改善或改善無效情事，而第 3 款所定「因前款」中

止興建或營運，持續相當期間仍未改善者³¹，終止投資契約之文義，亦排除「未經中止」與「未依第 2 款中止」及「逕依第 3 款規定終止投資契約」之空間。同樣地，第 3 項主辦機關「依第 1 項第 3 款規定終止投資契約」文字，即於文義上表明非依促參法第 52 條第 1 項第 3 款規定終止投資契約者，即無從開啟第 3 項融資機構另案承接程序之空間。上述規定文字各階段環環相扣，缺一不可，雖不無過度僵化限縮之嫌，惟透過其他法律解釋方法突破之可能性，似已極為有限。

(二) 須完成結算

原投資契約經依促參法第 52 條第 1 項第 3 款規定終止後，主辦機關與民間機構依投資契約及民法規定了結現務，雙方無論就金錢、物或權利之權利義務關係，均達終局性確定狀態，如僅係任一方單方之主張或第三人片面之認定，均難謂已達完成結算之狀態。按主辦機關與民間機構，歷經促參法第 52 條第 1 項各款所定定期改善、中止興建營運程序，以迄依該項第 3 款規定終止投資契約後，尚能就終止後之權利義務毫無爭議達於終局確定狀態而完成結算者，恐不多見，惟此項要件應為融資機構評估是否另案承接之重要因素，仍有其存在之必要性。

(三) 應由融資機構發動

融資機構向主辦機關提出另案承接，性質上係在提出簽訂投資契約之要約，已如前述，融資機構同樣不負有提出另案承接申請之義務，而仍應由融資機構依具體個案情形之利害判斷及其本身意願決定。

(四) 須經主辦機關同意

融資機構另案承接如採「簽約」單一階段模式，則主辦機關之同意，即為同意簽訂投資契約之承諾，與促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書所定主辦機關之同意係屬認可，具有形成行政處分之性質，二者並不相同，惟此非謂主辦機關得藉此「遁入私法」主張契約自由而免除維護公共利益的責任。

³¹ 或有認促參法第 52 條第 1 項第 3 款解讀方式應為「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」，惟如因第 2 款中止興建或營運，無須加上「持續相當期間仍未改善」條件，則依第 2 款中止興建或營運後，即可同時依第 3 款終止投資契約，將完全架空第 2 款中止興建或營運之規範上意義，顯非立法本意。

四、融資機構另行簽訂投資契約之內容與限制

按契約一經終止，即無從復活，原投資契約終止後，融資機構與主辦機關依促參法第 52 條第 3 項簽訂投資契約，縱令內容完全相同，性質上仍為另案新契約，而非原投資契約之繼續。惟自立法目的整體公共建設計畫而言，該另案新契約係在承接原公共服務之提供，避免公共服務中斷，造成損害擴大，爰依促參法第 52 條第 3 項所簽訂投資契約，在性質上固屬另案，惟契約內容仍應限於原公共建設計畫框架，就實際執行面而言，過大幅度變更必然耗費更多時間進行規劃及評估，亦與盡量縮短公共服務中斷時間，減輕損害擴大之立法目的不符。基此「原架構，新契約」的理解，依促參法第 52 條第 3 項所簽訂之新投資契約之內容或條件，雖非不得因時空變化及個案特性而有所調整，惟仍宜架構於原公共建設計畫下³²。

肆、結論及檢討與修正建議

- 一、融資機構介入權本質上為私法契約權利，在促參法規範架構中承認此項契約權利，且僅承認融資機構擁有此項權利之正當性，係因應專案融資高風險特徵之配套，故促參法第 52 條第 1 項第 2 款但書之融資機構介入權，應目的性限縮³³於有採取專案融資模式之個案，始有其適用，方屬合理。至已有足額抵押擔保等完全不具專案融資特性之個案，則宜採促參法第 53 條由主辦機關強制接管之模式處理。又鑑於專案融資在促參融資上的重要性，金融實務宜盡量與國際專案融資做法接軌，學習國際經驗，擴大促參案之融資管道及可運用之金融工具，作為未來推動促參案件之動能。
- 二、促參法第 52 條第 1 項係複合性規定，規範內容包括法定事由發生時，主辦機關應行處理程序以及融資機構介入權：
 - (一) 就主辦機關應行處理程序部分，現行「要求定期改善—中止興建營運—終止投資契約」，並為法定最低限度要求之模式，固與國際趨勢相符，惟規定之文字似過度僵化，且幾乎無法透過解釋取得轉圜空間，難以一體適用於所有個案情況。例如，就明顯已完全無改善可能之個案，是否仍須完整

³² 財政部 107 年 3 月 8 日台財促字第 10725506420 號函。

³³ 有關法律的目的解釋，可詳參林錫堯前揭註 19 書，頁 27 以下。

踐行現行程序必要，即非無疑，是從規範面上採取較彈性作法，或能更符合實務需要。

(二) 就融資機構介入權部分，修正後促參法改以但書方式規範融資機構介入權，於法制面上有其疑義。按但書之作用在於限制條文之本文，但書本身作為規範基礎之意義有限，若嚴格言之，甚至可謂促參法其實並無融資機構介入權之實定法上基礎，相較之下，修正前促參法以獨立項次規範融資機構介入權之方式，或較為妥適。

三、促參法第 52 條第 3 項融資機構另案承接，限於主辦機關依第 1 項終止投資契約情況之規定，亦有過度僵化之虞，惟自政策制度面而言，融資機構另案承接的根本問題仍在於其正當性之不足，又無法如同促參法第 52 條第 1 項第 2 款之融資機構介入權，得透過有關專案融資高風險之論述，而補強其正當性基礎。詳言之，融資機構另案承接係以主辦機關依第 1 項第 3 款規定終止投資契約為前提，其可能適用情境有二，其一為融資機構並未暫時接管，而民間機構於興建或營運遭中止後，持續相當期間仍未改善；其二為經融資機構暫時接管，惟持續相當期間，仍未改善。就前者而言，依「法律不保護在權利上睡覺之人」法理，融資機構既未於投資契約終止前申請暫時接管，而遲至投資契約終止後始主張另案承接，實難肯認具有法律上正當性；就後者而言，融資機構既已暫時接管，惟未改善情況仍持續相當期間，以致遭主辦機關終止投資契約，亦殊難想像法律應賦予此業經證實無法勝任之融資機構另案承接之正當性。更重要者在於，融資機構當初就專案融資所評估及承受之風險，均止於原公共建設計畫架構範圍，而依原公共建設計畫架構所簽訂之投資契約已然終止，另案新契約之評估與風險，均已超出融資機構所評估及承受範圍，無論在前述何種情境，均同樣無法藉由專案融資高風險配套之論述而予以正當化。

依本文所言，融資機構得以另案承接之正當性基礎與介入權不同，並非作為專案融資高風險配套之考量。按法律應承認融資機構另案承接之合理情境為：融資機構已為暫時接管且成效良好，然原民間機構已無續辦意願，融資機構復囿於無法僅以暫時接管身分長期持續辦理興建營運，基於避免計畫延宕，公共服務中斷或損害擴大的思考脈絡，而允其由「暫時接

管」身分轉化為取得正式投資契約主體身分。亦即，其正當化基礎係在於避免計畫延宕，及維持公共服務之不中斷，而將僅為暫時的避免延宕與公益維持狀態，予以正式化、常態化。如是，似可思考在終止原投資契約前，即允暫時接管者承受投資契約，無待進行冗長之契約終止及結算程序後再行另案承接，毋寧更符立法者期待。惟此與現行規定結構並不相符，未來或可作為整體檢討思考方向³⁴。

四、介入權及另案承接均應融資機構本於其意願，而非謂融資機構有介入或承接之義務，應由融資機構依其利害判斷及意願決定是否介入或承接，不應使融資機構因而處於較預期更為不利之地位³⁵，更無命其介入或另案承接之理。

五、無論融資機構介入權或另案承接，均對我國促參選商程序擇定最優申請人所採取之競爭原則造成衝擊，此際主辦機關作為公共利益維護者，負有國家擔保責任，確保民間機構提供給付之品質及結果，其於個案中之評估、判斷與規劃執行，均極其重要。惟現行法就相關事項之規範密度偏低，立法說明亦未能提供充分指引，國內實務迄今尚無成功辦理融資機構介入權或另案承接之案例可資參考，爰比較法或如世界銀行或亞洲開發銀行(Asian Development Bank)國際組織建議³⁶之經驗，或可供未來相關議題之研究與經驗累積參考。

³⁴ 國際間融資機構以「代替機構」方式行使介入權之介紹，可參閱李宗德，前揭註 14 文，頁 69。

³⁵ 范鮫、黃馥萍，前揭註 12 文，頁 59；林發立，前揭註 27 文，頁 86。

³⁶ 例如 International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank，前揭註 17 指引，1.3.2 Consideration for Government, “Step-in rights”以及 Philip Kelly, Preparing a Public-Private Partnership Law: Observations from the International Experience, ADB EAST ASIA WORKING PAPER SERIES(2016), APPENDIX B: PPP INTERFACE WITH OTHER LAWS (vi) Bankruptcy and Step-in Rights，均就國際間就融資機構介入權之辦理提供初步方向性指引。