

促參案件提前終止地上權設定 契約法律問題之研究

魏維國*

要 目

壹、前言	肆、借鏡與啟示
貳、我國地上權之相關規定	伍、結論與建議
參、促參 BOT 案件涉及設定地上權契約之司法實務	

提 要

「促進民間參與公共建設法」(下稱促參法)自 89 年公布施行至今,已為政府推動公共建設及吸引民間投資之主要法源。然而,促參案件在執行過程中常見之主要爭議為落入投資契約之重大違約,進而有提前終止投資契約之情事,而以 BOT¹方式辦理之促參案件更涉及終止設定地上權契約及塗銷地上權之議題,倘無法順利完成地上權塗銷登記,進入協調、仲裁、訴訟等程序時,政府機關即無法再以該用地重啟促參案件,影響公共利益甚鉅。本文則探討投資契約及設定地上權契約是否合法提前終止及政府機關如何處理相關爭議問題。

壹、前言

促參案件於規劃或執行過程中,最重要要件之一在於公共建設所需用地之取得,此用地取得方式可由民間機構自備私有土地投資,或由政府機關之公有土地提供使用(含由政府機關價購或徵收之私有土地),然按歷來促參案件執行情形,多以政府機關提供公有土地之方式進行,依促參法第 15 條規定以訂定期限

* 本文作者為東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士。

¹ BOT(Build-Operate-Transfer)係公共建設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。

出租、設定地上權、信託或以使用土地之權利金或租金出資方式提供民間機構使用。而在促參案件實務上，依促參法第8條第1項第1款即BOT模式之促參案件則多以設定地上權方式提供民間機構使用並簽訂有設定地上權契約附於投資契約。

然而，促參案件在執行過程中不免有履約爭議，主要最常見爭議為興建進度嚴重落後而落入投資契約之重大違約或類此違約情況，而政府機關多會依投資契約規定及公共利益前提下而主張提前終止契約或解約，然就民間機構認為，此為政府機關片面行為並仍應屬於履約爭議，而進入協調、仲裁或訴訟等程序處理，導致公共建設延宕並進而影響公共利益，倘該等提前終止契約之履約爭議涉有設定地上權契約時，對政府機關影響尤甚。如99年簽約之「促進民間參與桃園縣中壢地區污水下水道系統建設之興建、營運、移轉(BOT)計畫」一案，該促參案件僅執行2年(101年)，政府機關以可歸責民間機構之重大違約(資金未到位)依該促參案件投資契約終止契約並塗銷地上權，且因該促參案件用地係以設定地上權於民間機構，在雙方進入仲裁、行政訴訟、民事訴訟等程序時，政府機關仍無法再以該用地重啟促參案件。直到109年兩造和解，至此，該促參案件推動已延宕達10多年之久。由此可見，如非順利處理終止契約或解約並能移轉取回地上權將影響公共利益甚鉅，實非全民所樂見。

因此，為使促參案件能有效順利地處理提前終止投資契約及地上權設定契約並完成地上權塗銷登記，始能迅速地再推動公共建設，本文整理我國法院就設有普通地上權之促參案件相關判決以研究討論提出建議，冀能對後續解決或預防相關履約爭議有所助益。

貳、我國地上權之相關規定

一、民法分為普通地上權及區分地上權

按99年2月3日公布修正之民法物權編，係將地上權區分為依民法第832條之普通地上權(謂以在他人土地之上下有建築物或其他工作物為目的而使用其土地之權)與民法第841條之1之區分地上權(謂以在他人土地上下之一定空間範圍內設定之地上權)。由此可知，區分地上權係已承認土地之上下空間為特定之範圍，故二者差異主要在於土地上下之空間範圍不同，就普通地上權宜不再解釋

為以土地上下之特定部分為設定之範圍²。

二、地上權消滅原因

地上權係屬用益物權之一，因此除物權共通之消滅原因，如標的物滅失、公用徵收等，尚有其他五種特別消滅原因，分別為地上權存續期間之屆滿、地上權之拋棄、地上權因欠租而終止、地上權因違反土地使用應遵守之方法而終止及約定消滅事由發生。其中，於促參案件就地上權消滅原因之履約爭議，主要係地上權存續期間之屆滿及約定消滅事由，分別說明如下：

(一)地上權存續期間之屆滿而地上權消滅

地上權若約定有存續期間，則於期限屆滿時消滅，此可參考民法第102條第2項規定。但定有期限之地上權是否因期限屆滿而當然消滅？或是否須辦理塗銷登記後始生消滅之效力？有學者及實務認為前述消滅之效力係因民法第102條第2項之規定，因存續期間屆滿而地上權隨之消滅，係屬法定消滅，因此自然不待經由塗銷登記而當然自動生消滅之效力，然亦有學者持不同意見，認為仍須辦理塗銷登記後始生消滅效力³。

又我國最高法院69年度第7次民事庭會議決議：「法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定，得發生不定期限外，並不當然發生更新之效果。地上權並無如民法第451條之規定，其期限屆滿後，自不生當然變更為不定期之效果，因而應解為定有存續期間之地上權，於限期屆滿時，地上權當然消滅。」

綜上，就定有存續期間之地上權，於期限屆滿時，地上權則當然自動消滅。

(二)約定消滅事由之發生而地上權消滅

當事人間設定地上權時，若有約定特定之消滅事由，或約定特定事由發生時，土地所有人得終止地上權，則在特定事項發生時，地上權即生消滅之原因，但仍須辦理地上權之塗銷登記，始生效力。另有學說認為，地上權可以用附解除條件之方式設定，當解除條件成就時，地上權之設定即失其效力，因而地上權隨之消滅；惟另亦有學說認為，如此一來地上權是否因而消滅無法由登記簿

² 鄭冠宇，民法物權，頁370-371。

³ 謝在全，民法物權論(中)，頁50、頁54；鄭冠宇，民法物權，頁388。

上得知，有礙交易安全⁴。

三、土地法於登記及塗銷地上權之相關規定

有關地上權相關設定登記及塗銷之規定，並未明訂於我國現行民法物權編中，而係於土地法及授權訂定之土地登記規則中規定，故就地上權相關規定，土地法原則為民法之特別法，應須優先適用土地法⁵。

(一)設定地上權須辦理登記

因地上權係以發揮土地利用為目的，並以他人土地使用收益，係屬於不動產用益物權，故依民法第758條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」而此處之法律行為係指以直接發生物權變動為目的之法律行為而言，即物權行為(處分行為)，而非指物權變動的原因行為(債權行為)⁶。

再按土地法第37條、第72條、第73條第1項及土地法授權訂定之土地登記規則對土地登記、變更登記之相關規定，依該規則第4條可知設定地上權之取得、設定、移轉、喪失或變更均應辦理登記。

(二)須辦理塗銷登記

我國係以登記為不動產變動之生效要件，即物權契約之生效要件，亦為物權公示方法之一。依民法第759條之1：「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。」因此若登記名義人如有無原因而已無相關權利後，則真正權利人得依法定程序，如民法第767條第1項，真正權利人欲行使物上返還請求權時，則需請求登記名義人辦理塗銷登記⁷。

依土地登記規則第143條規定於因權利之拋棄、混同、終止、存續期間屆滿、債務清償、撤銷權之行使或法院之確定判決等，致權利消滅時，應申請塗銷登記。土地登記規則第145條規定，他項權利塗銷登記除權利終止外，得由他項權利人、原設定人或其他利害關係人單獨申請之。

⁴ 謝在全，民法物權論(中)，頁54；鄭冠宇，民法物權，頁393-394。

⁵ 但土地法如針對土地的使用、收益、處分未予規定的部分，仍須適用民法以為補充。

⁶ 鄭冠宇，民法物權，頁46。

⁷ 鄭冠宇，民法物權，頁50-51。

而土地登記規則第 7 條規定：「依本規則登記之土地權利，除本規則另有規定外，非經法院判決塗銷確定，登記機關不得為塗銷登記。」上開規定所謂「法院判決塗銷」，於司法實務⁸上認為係指以塗銷登記為訴訟標的之法院判決而言。另內政部 74 年 12 月 2 日台內地字第 365559 號解釋函要旨：「已辦竣移轉登記，即使有無效之原因，仍應經法院判決塗銷」，故除非有法律上原因、經法院判決塗銷確定者，登記機關不得為塗銷登記。

(三)申請登記除有法律規定原因得單獨申請外，原則須權利人及義務人會同申請

按土地登記規則第 26 條規定，申請相關登記時，應由權利人及義務人會同申請之，除有土地登記規則第 27 條規定共 24 款可由權利人或登記名義人單獨申請之情形，其中包含消滅登記(第 7 款)及預告登記或塗銷登記(第 8 款)；另依土地登記規則第 145 條第 2 項規定於單獨申請登記時有 4 種情形可免附土地登記規則第 34 條第 1 項第 2 款、第 3 款規定之登記原因證明文件及所有權狀或他項權利證明書之文件，該 4 種情形可分為 2 種類型，一為因用益物權之存續期間屆滿申請塗銷登記(包含永佃權或不動產役權、以建物以外之其他工作物為目的之地上權、農育權等)及另一為因不動產滅失或物權消滅等類型。故綜合前述說明，本文探討設定地上權因存續期間屆滿時，地上權即生消滅之原因，可由他項權利人、原設定人或其他利害關係人單獨申請辦理地上權之塗銷登記。

前述「存續期間屆滿時之地上權塗銷登記」，本文認為係因地上權存續期間屆滿時則地上權當然消滅，故嚴格來說此種登記非塗銷，而是「註記消滅」，因地上權本來有效，因屆期才消滅，其曾經存在，而非自始無效。另「存續期間屆滿」之意思，是否包含契約期間提前終止或解除情形，因實務案例中，有主辦機關或辦理塗銷登記機關(地政事務所)係以將提前終止契約視為存續期間屆滿而單獨申請塗銷登記，此部分亦為法院判決爭點之一，於後討論，惟本文就前述說明及相關學說見解，認為存續期間屆滿係指雙方約定之契約期間屆期，並不包含提前終止或解除。

⁸ 最高行政法院 107 年度判字第 404 號判決參照。

四、促參法於地上權之相關規定

(一)公共建設用地提供民間機構使用方式之一

促參法涉及地上權之相關規定係主要將設定地上權之方式列為公共建設所需用地提供於民間機構使用方式之一，分別規定於促參法第15條、第16條及第18條等，而該等規定並未將地上權分為普通地上權或區分地上權，但就條文及其立法理由或異動理由觀之，促參法第18條主要係針對「需穿越公有、私有土地之上空或地下，除其他法律另有規定外，應與該土地管理機關或所有權人就其需用之空間範圍，協議設定地上權」，可知促參法第18條之設定地上權係為民法第841條之1之區分地上權⁹，促參法第18條第3項並授權由公共建設之中央目的事業主管機關會同內政部訂定土地上空或地下使用之程序、使用範圍、界線之劃分及地上權之設定、徵收、補償、登記之審核辦法¹⁰。至今僅有經濟部發布之「民間參與經建設施公共建設使用土地地下處理及審核辦法」及交通部發布之「促進民間參與交通建設與觀光遊憩重大設施使用土地上空或地下處理及審核辦法」。

綜上所述，一般公共建設所需用地取得，其地上權種類及適用法律，可區分如下：

1. 普通地上權(適用土地法)

未涉及「需穿越公有、私有土地之上空或地下之範圍」，並採用設定地上權提供民間機構使用時屬之，其相關設定登記規定並未明文規定於促參法，故仍以土地法之相關規定辦理；

2. 區分地上權(優先適用其他法律，無則適用促參法第18條及其相關規定)

涉及「需穿越公有、私有土地之上空或地下之範圍」，其應指區分地上權，如有其他法律可適用時，實務上多先行適用，以加速進行；如未有其他法律可

⁹ 促參法於89年制定公布時，當時之民法物權篇尚未修正將地上權分為普通地上權及區分地上權，而促參法歷次修正並未就其地上權相關規定修正或定義參照99年民法修正後之民法物權篇。

¹⁰ 促參法第18條，於104年修正時，因其他法律係有提供公、私有土地上下之使用權利，如下水道法第14條規定，下水道機構因工程上之必要，得在公、私有土地下埋設管渠或其他設備，其土地所有人、占有人或使用人不得拒絕，其規定更能加速案件之進行，故增訂得依其他法律設定(區分)地上權穿越公私有土地之除外規定。

適用時，則依促參法第 18 條之規定及其公共建設之中央目的主管機關會同內政部所定審核辦法辦理。

另區分地上權原則係由民間機構與土地管理機關或所有權人協議設定，就公、私有土地協議不成之辦理方式，分述如下：

1. 公有土地

於協議不成時，報請主辦機關核轉行政院核定以辦理設定(不受土地法第 25 條需經該管區內民意機關同意，才可處分或設定負擔或為超過 10 年期間之租賃限制)。

2. 私有土地

於協議不成時，則準用促參法第 16 條之徵收規定取得地上權後，租與民間機構使用。

因公共建設主要使用土地上空或地下之需求，較多屬交通建設及共同管道、污水下水道、自來水及水利設施、電業、綠能設施及公用氣體燃料設施等公共建設類別，而該等公共建設於其相關法律，如下水道法、電業法、大眾捷運法等亦規定相關土地上空或地下使用之方式，例如下水道法第 14 條係以採用支付償金為之，在實務上其相關規定更能加速案件之進行。惟本文研究之對象係以設定(普通)地上權為主的公共建設基地，未涉及「需穿越公有、私有土地之上空或地下之範圍」(區分)地上權。

(二)提前終止之契約意思表示

依促參法施行細則就涉及地上權之規定包含第 43 條(自償能力計算方式)、第 74 條(重大情事通知終止投資契約之應書面載明事項)、第 78 條(設定地上權契約應約定事項)等。

依促參法第 52 條第 1 項第 3 款規定，當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，主辦機關依其投資契約書面通知要求進行定期改善、如屆期不改善或改善無效者而中止其興建、營運一部或全部，或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辦理興建及營運等處理方式，如前述處理經中止興建或營運或其他機構接管後，持續相當期間仍未改善

者，則應終止投資契約，此時則依前述促參法施行細則第74條規定，應書面載明未改善缺失之具體事實、終止投資契約之表示及終止之日期、終止地上權及租賃契約之表示、主辦機關依本法第53條第2項規定擬採取之適當措施或強制接管營運有關事項等項目以通知民間機構終止投資契約。由此可知，係由主辦機關行使其終止權，向民間機構為意思表示於到達時發生效力。惟終止權雖屬單方行為且為形成權，但如民間機構對於主辦機關執行終止投資契約之理由或原因有所爭議，主辦機關所單方行使終止權是否合法亦屬一爭點問題，亦於後續案例討論研究之。

(三)投資契約或設定地上權契約應約定事項

投資契約或設定地上權契約是一種雙方合意約定，以作為地上權設定之原因行為，是為債權契約。促參法施行細則第78條規定契約應約定當地上權消滅時¹¹建物所有權移轉予政府，並於辦理地上權設定登記時，由登記機關於土地登記簿他項權利部其他登記事項欄註記。倘地上權消滅原因發生，此時即為發生物權變動之原因行為(債權行為)，但因物權行為無因性，原所設定地上權或所有權仍為有效存在，故仍需透過物權行為，即申請辦理塗銷地上權登記或所有權移轉，完成物權變動。

(四)設定地上權於中央主管機關之相關作業指引或手冊內容

促參法之中央主管機關(財政部)為利促參案件推動，提供有促參案件招商文件及投資契約參考文件¹²，其雖不具強制規範效力及非通案適用，但仍屬重要參考文件並可依個案特性及情形調整採用，本文以「108年修正版開放保險業結合專業第三人參與BOT案投資契約參考條款—民間機構非保險業用」(下稱投資契約參考條款)為參考文件，將投資契約參考條款及設定地上權契約草案摘要內容於附錄。

參考上開文件可知，設定地上權契約之存續期間，依實務需求原則與投資契約屆滿之日相同；如投資契約提前終止，設定地上權契約亦一併提前終止，

¹¹ 地上權消滅之情形，則如前述章節地上權消滅原因之說明。

¹² 中華民國財政部促進民間參與公共建設資訊網，促參案件招商文件及投資契約參考文件，<https://ppp.mof.gov.tw/WWW/ref4.aspx?mid=8CDC76A1657676D2&oid=22DAD9B755462226>，最後瀏覽日期：112年5月20日。

則係屬約定特定之消滅事由。

叁、促參 BOT 案件涉及設定地上權契約之司法實務

實務上促參案件如採 BOT 模式之公共建設用地，多以設定地上權方式提供民間機構使用並簽訂設定地上權契約附於投資契約，其主因係普通地上權為用益物權，一般促參案件規劃原則在經主辦機關同意下可設定抵押權或其他負擔，民間機構也多以此方式辦理融資予以籌措資金，另一方面如係以設定地上權方式時，民間機構則以地上權人辦理相關許可及申請(如申請建築執造等)等均屬適格；而非以租賃契約之承租人角色而須請出租人(土地所有人)出具相關同意書以辦理相關許可及申請，其行政程序較為繁瑣，故促參案件以 BOT 模式辦理多以設定地上權方式提供公共建設土地辦理之。

依財政部推動促參司統計自 91 年至 111 年促參案件，共已簽約 1,876 件，其中以 BOT 方式辦理者約占 10%，然而統計促參案件提前終止契約案件至 110 年年底，計 179 件，提前終止契約之原因屬政策面因素占約 6%、違反法令或契約約定與履約不善占約 48%、屬財務面原因占 30%、屬不可抗力或除外情事者占 8%、其他因素占 8%¹³，顯示促參案件仍有一定比例之提前終止契約案件，而依前節說明，促參案件於提前終止契約之情形主要係依促參法第 52 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，或有該案件投資契約重大違約經主辦機關認定逾期未改善、改善無效或未依改善標準完成改善時導致提前終止契約情形。

故當以 BOT 模式設定地上權方式提供民間機構使用並簽訂設定地上權契約附於投資契約之促參案件，如發生期(提)前終止契約情形時，就實務面上對主辦機關而言之最大法律風險為民間機構或融資機構拒絕辦理塗銷地上權登記而持續占有該土地與相關不動產，進而進入協調、仲裁或訴訟等程序處理，曠日廢時，雙方無從就該促參案件於期前終止，更導致後續公共建設延宕致影響公共利益，反而形成三輸局面。

¹³ 中華民國財政部促進民間參與公共建設資訊網：民間參與公共建設成果；參照李建賢，民間參與公共建設基本認知，111 年度促進民間參與公共建設專業人員訓練班課程講義；謝定亞，促參期前終止原因、問題及衍生爭議類型之實務分析，「促參投資契約期前終止之爭議解決機制」研討會，111 年 7 月 8 日。

本文以中華民國財政部促進民間公共建設資訊網之已登載案件資訊及司法法院法學資料檢索系統查詢相關提前終止契約且涉及塗銷地上權登記訴訟之促參BOT案件之案例，整理如表1¹⁴，並以司法實務判決近期之3個案件為討論案件，分別為：促進民間參與桃園縣埔頂計畫區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫(下稱埔頂污水下水道BOT案)、促進民間參與桃園市中壢地區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫(下稱中壢污水下水道BOT案)及民間參與廣慈博愛園區興建及營運案(下稱廣慈博愛園區BOT案)。

¹⁴ 參照財政部，台財促字第10925513820號函附件一促參案提前終止契約態樣及提醒主辦機關注意事項，109年6月2日；本文彙整。

表 1 提前終止契約且涉及塗銷地上權登記訴訟之 BOT 案件整理表

案件名稱	民間參與方式	主辦機關	民間機構	簽約日	契約期限	期前終止日期	期前終止理由
金門縣綠色休閒渡假園區興建、營運及移轉案	BOT	金門縣政府	金門樂活假期酒店股份有限公司	102.03.25	50 年	109.07	民間機構施工進度嚴重落後 (尚在進行訴訟中)
國立海洋科技博物館興建營運移轉案	BOT + OT	教育部	慶陽海洋企業股份有限公司	101.05.14	29 年	106.12.13	民間機構財務問題施工進度嚴重落後 (尚在進行訴訟中)
促進民間參與桃園縣埔頂計畫區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫	BOT	桃園市政府	達閣埔頂污水處理股份有限公司	99.03.16	35 年	101.12.07	民間機構未依投資執行計畫書執行及未依時程提送施工計畫書
促進民間參與桃園市中壢地區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫	BOT	桃園市政府	台灣地網事業股份有限公司	99.08.10	35 年	101.09.14	民間機構未如期取得融資契約及施工進度嚴重落後
民間參與廣慈博愛園區興建及營運案	BOT	臺北市府	柏德開發股份有限公司	98.06.15	50 年	100.08.23	民間機構未依契約約定期程取得建造執照或計畫書核准，違約情事重大
民間參與投資經營阿里山森林鐵路及阿里山森林遊樂區計畫	BOT+OT	農委會	宏都阿里山公司	95.06.19	33 年	99.03.23	因天災，如地震、水災或任何自然力作用等造成建物及設備嚴重損害致無法營運
國立中正大學第三期學生宿舍民間參與興建經營 BOT 案	BOT	教育部	勵聯實業股份有限公司	93.06.14	33 年	98.08.10	民間機構施工進度嚴重落後

資料來源：財政部之促參案提前終止契約態樣與提醒主辦機關注意事項及本文彙整。

一、埔頂污水下水道BOT案

埔頂污水下水道BOT案由桃園縣政府(103年後改制升格為桃園市政府)及達闊埔頂污水處理股份有限公司(下稱達闊埔頂公司)雙方於99年3月16日簽訂投資契約及設定地上權契約，其許可年限為35年。後因達闊埔頂公司於99年12月進場開挖基礎方發現該計畫用地下有眾多未清理之廢棄物，達闊埔頂公司即與桃園市政府因土地之廢棄物清理衍生爭議，其除自行辦理停工外，亦連規劃設計等依約應辦理之設計規劃工作均未如期完成(如未依時程提送施工計畫書等)，而構成諸多重大違約事由。

經桃園市政府依埔頂污水下水道BOT案投資契約相關約定通知限期改善仍未改善或無法改善，並計罰違約金。惟雙方就前述基地下方之廢棄物清理爭議多次協商仍未能達成共識，達闊埔頂公司於101年11月主張及意思表示依埔頂污水下水道BOT案投資契約第16.6條規定終止契約，然桃園市政府則主張該廢棄物清理爭議不符投資契約第16.6條規定終止契約之要件¹⁵且達闊埔頂公司終止契約不生效力。

有關前述兩造爭論，桃園市政府以達闊埔頂公司自行辦理停工、規劃設計等依約應辦理之設計規劃(如施工計畫書)均未如期完成，經依投資契約處理後仍形成諸多重大違約事由，依投資契約第17.4.4條第1項第3款：「乙方具有重大違約事由經甲方依本契約規定處理，仍未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：(略)3. 終止契約」及第18.2.2條：「即甲方依本契約第6.2.4條¹⁶、第17.4.4條規定或其他可歸責於乙方之事由且顯然乙方無法繼續履行本契約時，終止本契約之一部或全部」等規定，書面通知達闊埔頂公司自101年12月7日起(提前)終止全部契約，並同時依該設定地上權契約第2條：「地上權存續期間為自地上權設定完成之日起，至投資許可年限屆滿之日止。惟於投資契約終止或許可年限屆滿時，本契約之效力隨同終止或消滅，且地上權存續期間視為屆滿，乙方應立即辦理地上權塗銷登記」及第11.1條：「本契約於存續期間屆滿時或因其他原因終止後7日內，乙方應辦

¹⁵ 投資契約第16.6條訂有倘於不可抗力或除外情形發生日起一年後仍無法達成協議者，任一方均得不經催告，隨時以書面終止本契約。

¹⁶ 乙方應自甲方通知交付日起10日內會同甲方完成用地交付。如因可歸責於乙方之事由致遲延達30日時，甲方得向乙方請求用地之保管費用或終止本契約。

妥地上權之塗銷登記，並應依投資契約之規定辦理資產移轉，將本基地返還甲方，本基地返還時如遭第三人占用，乙方應負責排除。」之約定，請求達闊埔頂公司將地上權登記予以塗銷。

隨後，桃園市政府以其與達闊埔頂公司均終止投資契約，投資契約自 101 年 12 月 7 日起終止，地上權存續期間依約視為屆滿為由，單獨於 101 年 12 月 21 日向桃園縣大溪地政事務所申請前開地上權塗銷登記，後經大溪地政事務所收件審查並辦理塗銷地上權登記完竣，然達闊埔頂公司不服，提起訴願，但遭決定駁回¹⁷後不服，以桃園市政府就埔頂下水道 BOT 案提前終止契約系有爭議而不生效力，就塗銷地上權登記之處分提起行政訴訟及另就返還履約保證金為標的提起民事訴訟；惟後因行政法院認為就前揭達闊埔頂公司所提行政訴訟勝訴，故桃園市政府另就塗銷地上權登記提起民事訴訟，相關歷審裁判如下：

(一)行政訴訟(原告：達闊埔頂公司，撤銷塗銷地上權登記之處分)

第一審：臺北高等行政法院 102 年度訴字第 830 號判決(102.11.28)：原處分及訴願決定均撤銷。

第二審：最高行政法院 103 年度判字第 278 號判決(103.06.06)：桃園縣大溪地政事務所上訴駁回。

(二)民事訴訟

1. 塗銷地上權(原告：桃園市政府)

第一審：臺灣桃園地方法院 103 年度重訴字第 479 號民事判決(104.10.29)：被告應將地上權登記予以塗銷。

第二審：臺灣高等法院 104 年度重上字第 1128 號民事裁定(106.09.30，於臺

¹⁷ 桃園縣政府訴願決定書，府法訴字第 1020038935 號，102 年 5 月 6 日。訴願決定略以：1. 「經本府終止投資契約，依投資契約及設定地上權契約之約定，地上權存續期間已屆滿，訴願人應依投資契約及設定地上權契約約定，辦理系爭土地之地上權塗銷登記，惟訴願人未依約辦理，本府依土地登記規則第 145 條及相關規定，單獨向原處分機關辦理塗銷系爭土地地上權登記，經原處分機關審查認定申辦程序與規定尚無不合，而塗銷系爭土地地上權登記，原處分並無違誤。2. 訴願人主張本案與本府仍有爭議而進行訴訟程序中，應俟法院判決確定後再予塗銷系爭土地之地上權登記乙節，查訴願人所檢附之臺灣桃園地方法院收件之民事起訴狀，其訴訟事由為訴願人請求本府返還本案之履約保證金，非針對系爭投資契約之終止提出訴訟，亦與本案系爭土地之地上權存續期間所為之塗銷登記無關，自無土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款之適用。綜上所述，原處分並無違誤，應予維持。」

灣高等法院104年度重上字第753號請求返還履約保證金事件民事訴訟終結前，停止訴訟程序)；後撤回上訴。

2. 返還履約保證金(原告：達闊埔頂公司)

第一審：臺灣桃園地方法院101年度重訴字第442號民事判決(104.07.16)

第二審：臺灣高等法院104年度重上字第753號民事判決(106.06.23)

第三審：最高法院108年度台上字第1537號民事判決(109.03.31)

更審：臺灣高等法院109年度重上更一字第63號民事判決(111.04.26)；提起上訴中。

依本文研究，就塗銷地上權登記之判決與爭點討論，並整理如下：

(一)主辦機關可否單獨向地政機關申請塗銷地上權？(行政訴訟)

法院認為：

就本案而言，原先地上權登記之存續期間屆滿日尚未屆至且地上權設定契約書「權利存續期限欄」，雖另載有「惟於投資契約終止或許可年限屆滿時，地上權存續期間視為屆滿」，『達闊埔頂污水處理股份有限公司』應立即辦理地上權塗銷登記」等語，前開所稱「地上權存續期間視為屆滿」係以投資契約合法終止或許可年限屆滿為前提，而投資契約是否業經契約當事人合法終止，尚非地政機關所得審認，否則不啻由地籍登記機關之大溪地政事務所可代替司法機關自行作涉及私法爭議之判斷，自有違權力分立原則。又本案雙方達闊埔頂公司及桃園市政府固均主張終止投資契約，惟其係各自主張依約行使終止權利，且互不認同對方之終止契約為合法，可見達闊埔頂公司及桃園縣政府就對方所為投資契約之終止是否合法確有爭議，而該爭議復已在法院繫屬中，則就雙方所訂投資契約是否業經合法終止之爭議，自應由法院以確定判決確認之。

由前揭行政訴訟歷審判決之內容可知，高等行政法院及最高法院均認為土地登記規則第145條第1項所定其他得單獨申請塗銷登記情事(「權利終止」除外)，必須客觀上已臻明確，足以表明原設定登記之權利確已消滅，無庸地政機關為任何調查或審認者，始足當之，倘尚有調查或判斷之餘地，或當事人容有爭議，因各該實體事項非地政機關所得審認，自不得依前揭規定由他項權利人、原設定人或其他利害關係人單獨申請塗銷登記。

(二)本案投資契約是否已合法終止？主辦機關可否依系爭投資契約第18.2.2條約定終止系爭投資契約？民間機構可否依系爭投資契約第16.6條約定終止系爭投資契約？(民事訴訟)

法院認為：

1. 達闊埔頂公司所提證據尚不足以證明系爭基地於交付前已存在環境污染或其他違反環保法規情形嚴重，致被告達闊埔頂公司之興建或營運之執行或財務狀況發生重大不利影響，且足以嚴重影響本契約之履行，尚難認有系爭投資契約第 6.5.2 條後段之除外情事，被告達闊埔頂公司主張依系爭契約第 16.6 條終止契約，並無理由。
2. 桃園市政府主張依系爭投資契約第 17.4.4 條、第 18.2.2 條終止系爭投資契約部分，於達闊埔頂公司未依限提送水資源回收中心與用路接管分項施工計畫書(含細部設計圖說)、未於約定之時程(即 100 年年底)前增資 3,800 萬元、本計畫興建工程進度依主計畫時程迄 101 年 2 月 29 日已落後達 21.11%、未於簽約後 2 年內完成第一期水資源回收中心之興建、未於簽約後 2 年內完成融資契約之簽訂等，均有雙方往來函文為證，且為達闊埔頂公司所不爭執，堪信桃園市政府業已履行系爭投資契約第 17.4.4 條之要件，然而達闊埔頂公司仍未改善。從而，桃園市政府依系爭投資契約第 18.2.2 條約定，於 101 年 12 月 5 日以函文通知達闊埔頂公司自 101 年 12 月 7 日起終止全部系爭投資契約，自屬有據。

由前揭民事訴訟歷審判決之內容可知(因撤回臺灣高等法院 104 年度重上字第 1128 號案件，故臺灣桃園地方法院 101 年度重訴字第 442 號民事判決為確定判決)，桃園市政府已履行系爭投資契約第 17.4.4 條之要件，然而達闊埔頂公司仍未改善，因此桃園市政府提出之終止契約為合法；而法院認為達闊埔頂公司依系爭投資契約約定終止無理由(惟另案原告為達闊埔頂公司所提返還履約保證金之臺灣高等法院 109 年度重上更一字第 63 號民事判決見解就系爭投資契約約定終止為有理由¹⁸)。

¹⁸ 不同法院對中誼埔頂公司其主張依系爭契約第 16.6 條約定終止系爭契約之見解不同。以另案原告為達闊埔頂公司(後改名為中誼埔頂公司)所提返還履約保證金之臺灣高等法院 109 年度重上更一字第 63 號民事判決認為系爭基地內有大量非法掩埋廢棄物，已發生系爭契約第 6.5.2 條後段規定除外情事，經中誼埔頂公司於 101 年 1 月間通知桃園市政府，因兩造自該情事發生日起 1 年後，仍無法就系爭契約是否繼續履行或終止達成協議，廢棄物亦未處理，中誼埔頂公司其主張於 101 年 11 月 27 日依系爭契約第 16.6 條約定終止系爭契約，核屬有據。

(三)被告達闊埔頂公司得否以原告未返還履約保證金為由，就原告桃園市政府請求塗銷地上權登記部分為同時履行抗辯？(民事訴訟)

法院認為：

按同時履行抗辯權，適用於具有對價關係之雙方債務間，雖非基於具有對價關係之雙務契約而生之債務，其兩債務之對立，在實質上有牽連性者，基於法律公平原則，亦得準用或類推適用關於同時履行抗辯之規定(最高法院78年度台上字第1645號判決意旨參照)。惟查，系爭地上權契約之締結，依其前言即明，係為本件污水下水道系統建設之興建、營運與移轉計畫，故依系爭投資契約第6.3條地上權設定之規定而成立。故系爭基地之地上權登記，並非基於系爭投資契約之約定，而係基於系爭地上權契約所為，雖系爭投資契約與系爭地上權契約具有密切之關聯性，當系爭投資契約終止時，系爭地上權契約效力亦隨同終止而消滅，然二者究非屬於同一契約。其次，依系爭地上權契約第3條土地租金、第5條地上權設定等規定可知，達闊埔頂公司於計畫興建期間免繳土地租金，計畫營運期間系爭基地之土地租金按照國有出租基地租金辦法計收標準六折計收，達闊埔頂公司並得以地上權向融資機構設定負擔而取得融資之需要。觀諸上開約定，達闊埔頂公司因系爭投資契約所繳納之履約保證金，使達闊埔頂公司取得本件污水下水道BOT案之地位，但地上權登記則係桃園市政府之義務，俾使達闊埔頂公司於BOT案順利興建、營運以及取得融資，是以，兩造就系爭地上權契約並無對價，亦非處於對待給付之關係。被告主張類推適用民法第264條同時履行抗辯，進而拒絕塗銷系爭基地之地上權登記，為無理由。

二、中壢污水下水道BOT案

中壢污水下水道BOT案由桃園縣政府(103年後改制升格為桃園市政府)及台灣地網事業股份有限公司(下稱台灣地網公司)雙方於99年8月簽訂投資契約及設定地上權契約，其許可年限為35年。後因台灣地網公司未依該投資契約第7.2.3.4條施工進度管制與落後之處理及第13條融資契約簽訂時限等規定於期限內依約完成第一期污水處理廠興建且及簽訂融資契約，經桃園市政府依該相關約定通知限期改善仍未改善或無法改善後，則依該投資契約第17.4.4條第1項第3款及第18.2.2條之約定¹⁹，於101年9月14日通知台灣地網公司自同日起終止全部契約，

¹⁹ 內容同前埔頂污水下水道BOT案投資契約。

同時依該設定地上權契約第 2 條及第 11.1 條之約定²⁰，請求台灣地網公司將地上權登記予以塗銷，惟台灣地網公司並未辦理。隨後桃園市政府向中壢地政事務所表示因台灣地網公司違反系爭投資契約，已自 101 年 9 月 14 日終止系爭投資契約全部且地上權存續期間依約視為屆滿為由，單獨於 101 年 9 月 25 日向中壢地政事務所申請前開地上權塗銷登記，後經中壢地政事務所收件審查並辦理塗銷地上權登記完竣；然台灣地網公司不服，提起訴願，但遭決定駁回²¹後不服，遂提起行政訴訟；另就終止投資契約部分依其投資契約第 19.2 條規定經由雙方合意提起仲裁解決，而仲裁判斷為桃園市政府終止契約為合法(但經最高法院認定該理由係仲裁判斷標的之前提法律關係，非仲裁判斷標的)，相關歷審裁判如下：

(一)行政訴訟(原告：台灣地網公司，撤銷塗銷地上權登記之處分)

第一審：臺北高等行政法院 102 年度訴字第 351 號判決(102.11.21)：原處分及訴願決定均撤銷。

第二審：最高行政法院 103 年度判字第 277 號判決(103.06.06)：桃園市中壢地政事務所上訴駁回。

(二)民事訴訟(原告：桃園市政府，塗銷地上權)

第一審：臺灣桃園地方法院民事判決 103 年度重訴字第 581 號(104.06.09)：被告應將地上權登記予以塗銷並拆除地上物後將土地返還予桃園市政府。

第二審：臺灣高等法院 105 年度重上字第 787 號民事判決(107.02.27)：原判決除確定部分外，部分地上物拆除及返還土地廢棄。

第三審：最高法院 107 年度台上字第 1142 號民事判決(108.05.29)：原判決廢棄。

更審：臺灣高等法院 108 年度重上更一字第 80 號(109.10.16，雙方和解)。

依本文研究，就塗銷地上權登記之判決與爭點討論，並整理如下：

(一)主辦機關可否單獨向地政機關申請塗銷地上權？(行政訴訟)

此案例之法院見解，原則與埔頂污水下水道 BOT 案之法院見解大致相同：

²⁰ 同註 19。

²¹ 桃園縣政府訴願決定書，府法訴字第 1020001005 號，102 年 1 月 9 日。訴願決定理由與前揭註 18 之理由大致相同。

1. 土地登記規則第145條第2項第2款條文中所謂「存續期間屆滿」，應指契約原約定之存續期間屆滿，並不致造成爭執者為限。至於權利人、義務人、利害關係人等，依據契約約定，主張一方違反契約約定而依約存續期間視為屆滿者，除當事人及利害關係人間(對存續期間視為終止)無異議，否則即與上開規定「存續期間屆滿」可單獨申請之規定不符，而應依土地登記規則第143條第2項檢附他項權利人之同意書(塗銷地上權同意書)，或法院確定判決等，始能單獨為之。否則不啻由地籍登記機關之中壢地政事務所可代替司法機關自行作涉及私權爭議之判斷，自有違權力分立原則。
2. 所謂形成權者，係指依權利人一方意思表示而使法律關係發生、變更、消滅之權利。依民法第263條準用第258條規定，固可由有終止權人向他方當事人以意思表示為之，惟依系爭投資契約第19.4條規定「除非本契約已全部確定終止或期間屆滿，否則於爭議處理期間，不論雙方是否已進行磋商或協調，亦不論該爭議是否已提請澄清、解釋、協調、訴訟或仲裁，於爭議處理期間，雙方均應繼續履行本契約。」而本件地上權契約既屬系爭投資契約之一部，則其條款之文義自應與投資契約規定相一致，故設定地上權契約第2條之「投資契約終止」乃指契約確定終止而言，從而僅在契約已確定終止之情形，始得視為地上權存續期間屆滿，否則依照投資契約第19.4條之規定，於爭議處理確定前，雙方均應繼續履行本契約。而本件台灣地網公司與桃園縣政府間就系爭契約之用地交付及違約金之爭議，刻進入協商程序而尋求解決，依系爭投資契約第19.4條規定自不生終止契約之效果，自屬當然。
3. 土地登記規則第57條第1項第3款規定，應係指登記權利人，與登記義務人或關係人間，就「申請登記之法律關係」之爭執，在未經有權認定機關確認前，登記權利人所申請登記事項之權利是否確屬存在，尚不明確者而言。故明定登記機關應駁回登記權利人登記之申請(參照最高行政法院91年度判字第2070號判決意旨即採相同見解)。查本件參加人申請塗銷地上權登記之法律關係為系爭投資契約是已經合法終止(即參加人對本件原告即權利人之系爭投資契約法律關係，是否業經參加人合法終止)本有爭執詳如上述，因此被告不依前開規定通知原告陳述及表示意見，逕認本件參加人申請登記事件之權利人及義務人間無爭執，而允參加人單方申請塗銷(系爭土地地上權)登記，核自亦違法。

(二)法院就投資契約是否合法終止是否得為與仲裁判斷相反之認定？

法院認為：

1. 於第一、二審法院雖認為：關於重要爭點之法律關係所為仲裁判斷，除有原判斷顯然違背法令、或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷、或原判斷顯失公平等情形，可認當事人為與原判斷相反之主張，不致違反誠信原則外，應解為當事人及法院就該經仲裁判斷之爭點，不得再為相反之主張，法院亦不得作相反之判斷。系爭撤銷判決本質上並非原仲裁程序之上級審或再審，法院應僅就系爭仲裁判斷是否有仲裁法第40條第1項所列各款事由加以審查，至於系爭仲裁判斷所持之法律見解是否妥適，實體內容是否合法、妥適，係仲裁人之仲裁權限，法院自應予以尊重，毋庸再為審查，故如涉及關於本件重要爭點之判斷，自應以系爭仲裁判斷為據。中華民國仲裁協會101年仲聲仁字第72號仲裁判斷認為投資契約已合法終止，法院就投資契約是否合法終止此一爭點即不得為與仲裁判斷為相反之認定。
2. 然最高法院則將前述高等法院判決廢棄發回，其理由：仲裁制度本質為當事人自行合意之訴訟外紛爭解決機制，仲裁人之資格不以有相當法律訓練者為限，適用之程序與實體規則可由當事人或仲裁庭選擇或為衡平仲裁(仲裁法第19條、第31條規定參照)，無如民事訴訟程序相同嚴謹之調查證據及審理程序，且所為仲裁判斷之救濟只有嚴格限制之撤銷仲裁判斷訴訟(仲裁法第40條規定參照)之有限司法審查，與民事訴訟程序不同。是仲裁判斷於當事人間，除與法院之確定判決有同一之既判力外(仲裁法第37條第1項規定參照)，仲裁判斷理由中所為其他非聲請仲裁標的之重要爭點判斷，對當事人自不生拘束力。同一當事人於提起之另件民事訴訟，就相同爭點法律關係，仍得為相反之主張，法院亦得為相異於仲裁判斷之判斷。

本件台灣地網公司固曾於101年11月21日提付仲裁，依系爭投資契約之約定，請求桃園市政府移除基地上特定供電設施後，將系爭基地交付予其使用。經仲裁人作成系爭仲裁判斷，以桃園市政府已於101年9月14日合法終止系爭投資契約為由，駁回上開請求。查該仲裁判斷之標的，乃台灣地網公司依系爭投資契約約定所生履行移除及交付之請求權，而該仲裁判斷理由所認定之該契約已經桃園市政府合法終止一節，則係仲裁判斷標的之前提法律關係，非仲裁判

斷標的，依上說明，自無程序法上之拘束力。

三、廣慈博愛園區BOT案

廣慈博愛園區BOT案由臺北市政府及柏德開發股份有限公司(下稱柏德公司)雙方於98年6月簽訂投資契約及設定地上權契約，後柏德公司未依該投資契約約定於100年6月15日前取得建照，而柏德公司則於100年6月1日以樹保、都審和環評審議內容相互影響及審議次序未定致未通過及致其無法依限取得建造執照，向臺北市政府申請展延建照取得期限至102年6月7日前，惟臺北市政府認為係因柏德公司欠缺辦理大型開發案之經驗、能力不足等原因，致未能依約如期取得第一期土地建造執照，且延宕市府社福公共政策推動期程，違約情節重大，經限期改善仍未完成，故於100年8月函知公司柏德終止契約，並依該投資契約既經終止，該地上權契約所設定之地上權存續期間亦屬屆至，通知柏德公司辦理塗銷登記。

柏德公司拒絕辦理，臺北市政府遂依約定提付仲裁，經中華民國仲裁協會102年2月25日101年度仲聲和字第007號仲裁判斷書(下稱第007號仲裁判斷)，該仲裁判斷理由係以柏德公司未能於簽訂興建及營運契約(98年6月15日)後2年內取得建築執照，對其缺失情事業已自認，符合該投資契約第14.2.2後段所定「足已影響本計畫興建營運」及第14.3.1.17所定「其他經甲方認定嚴重影響本計畫興建營運且情節重大」等情事，已構成違約，臺北市政府逕行終止契約尚屬有據，有權引用「地上權契約」第2條規定，以終止投資契約為由要求柏德公司辦理地上權塗銷登記，故命柏德公司應塗銷系爭土地之地上權登記，臺北市政府並於102年3月5日單獨逕行申請辦理塗銷地上權登記，並於102年6月4日收回系爭土地。

然柏德公司後於103年3月21日再函請臺北市政府續行審查樹保計畫，經臺北市政府以103年4月10日府文化資源字第10330606600號函(下稱原處分)復略以，本案開發基地業經中華民國仲裁協會仲裁，並經該協會第007號仲裁判斷，命柏德公司應塗銷第一期土地之地上權登記，臺北市政府並已於102年3月5日依仲裁判斷予以塗銷柏德公司之土地地上權登記在案，目前土地係為臺北市政府所有，柏德公司已無權對土地作任何主張，自無法進行開發行為，故柏德公司所提送之樹保計畫，已失所據，臺北市政府礙難辦理等語。柏德公司不服，

向行政院農業委員會提起訴願，但遭駁回後²²不服，遂提起行政訴訟，相關歷審裁判如下：

第一審：臺北高等行政法院 104 年度訴字第 64 號判決(104.05.05)：原告之訴駁回。

第二審：最高行政法院 104 年度判字第 510 號判決(104.09.10)：上訴駁回。

依本文研究，就關於塗銷地上權登記之爭點討論，主要為兩造是否有以「興建及營運契約是否已合法終止之爭議」作為訴訟標的，訴請法院判決確認或提起仲裁？

高等法院及最高法院均認為：柏德公司為求臺北市政府繼續履行興建及營運契約，曾以「興建及營運契約」未全部確定終止前之爭議處理期間，於 102 年 4 月 8 日再以臺北市政府為相對人提付仲裁，經中華民國仲裁協會 102 年度仲聲孝字第 27 號作成「聲請人(即柏德公司)之請求駁回」之仲裁判斷，其理由係以上開 101 年度仲聲和字第 007 號之仲裁判斷業已認定原告應塗銷系爭土地之地上權登記，則原告就該系爭土地之地上權即不存在，柏德公司確定無從取得系爭土地之地上權，自亦無地上權設定文件存在。而 102 年度仲聲孝字第 27 號仲裁判斷就其主文所判斷之標的即「興建及營運契約」有既判力，亦即，確定兩造所簽訂之「興建及營運契約」業已終止，則臺北市政府無須繼續履行興建及營運契約，亦無庸繼續協同、配合及同意柏德公司向主管機關辦理建築執照之申請手續，此法律關係具有既判力，兩造皆應受其拘束，不得為相反之主張。

四、案例評析與小結

於促參案件投資契約中，經主辦機關表示提前終止促參投資契約後，若民間機構仍不願配合辦理地上權塗銷登記時，主辦機關應如何處理？

依據前述 3 個案例分析，民間機構拒絕於促參契約提前終止後塗銷地上權登記，多係因民間機構認為促參契約並未合法提前終止或有合意提前終止，亦即

²² 行政院農業委員會訴願審議委員會訴願決定理由認為系爭「興建及營運契約」已合法終止，柏德公司喪失該契約主體地位，且系爭土地之地上權既已經原處分機關於 102 年 3 月 5 日塗銷，柏德公司已無法對廣慈博愛園區進行建設開發，原處分機關以柏德公司並非臺北市樹木保護自治條例第 6 條第 1 項之「建設開發者」，駁回柏德公司「樹保計畫」之申請，依法並無不合，此部分之原處分應予維持。

民間機構認為其無可歸責之違約事由而足以終止契約之情事，即無有約定特定之地上權消滅事由或約定特定事由發生而由土地所有人終止地上權之情形，因此主張投資契約及設定地上權契約仍有效存在而非無效，而無義務配合塗銷地上權登記。因此，關於投資契約終止後塗銷地上權之爭議，實質上幾乎均牽涉主辦機關提前終止投資契約是否合法之爭議，故投資契約及設定地上權契約是否合法提前終止即為地上權消滅及可單獨申請塗銷地上權登記之前提要件。

由前述埔頂污水下水道BOT案及中壢污水下水道BOT案之案例可知，已辦理地上權登記之案件，如主辦機關終止投資契約與設定地上權契約而欲辦理塗銷地上權登記，但民間機構拒絕配合時，主辦機關須先依照該等案件投資契約於爭議處理之約定(如合意仲裁或提起訴訟)，提起塗銷地上權民事訴訟或仲裁，取得塗銷登記之確定判決或仲裁判斷後，再到地政機關辦理塗銷登記，否則如逕自以單方面意思表示終止契約並單獨申請塗銷地上權登記，則係屬違法，且亦使地政機關代替司法機關自行作涉及私法爭議判斷之虞而有違權力分立原則。反之，如前述廣慈博愛園區BOT案，其同為因履約爭議而行使終止契約權利，惟該案臺北市政府主張終止契約後，並未單獨申請塗銷地上權登記，而係先行提付仲裁，俟獲勝訴結果後始據仲裁判斷辦理塗銷，則於法有據。

綜上分析及參酌實務經驗，主辦機關多秉持促參案之公平合理及雙方夥伴關係共同推動公共建設，若發生主辦機關對民間機構發出重大違約通知並限期改善而無效，通常皆已採取各種協助或協商手段，但仍無法繼續推動該等公共建設，主辦機關始基於公共利益之前提及契約約定而提前終止契約，然主辦機關擬續以其他方式推動公共建設時，卻因受土地法等相關規定而無法單獨向地政機關申請塗銷地上權，導致無法續行推動，致該等公共建設延宕許久，如表2所整理，爭議解決大約都需5年以上，非全民之福。

表 2 本文討論之促參BOT案件爭議處理情形

案件名稱	民間參與方式	主辦機關	民間機構	提前終止日期	爭議解決	爭議歷時
促進民間參與桃園縣埔頂計畫區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫	BOT	桃園市政府	達闢埔頂污水處理股份有限公司	101.12.07	106.09.30 塗銷地上權第二審訴訟原停止訴訟程序，後達闢埔頂公司撤回上訴。	約 5 年
促進民間參與桃園市中壢地區污水下水道系統建設之興建營運移轉計畫	BOT	桃園市政府	台灣地網事業股份有限公司	101.09.14	108.05.29 最高法院廢棄原判決，發回臺灣高等法院，後於109年底兩造和解。	約 9 年
民間參與廣慈博愛園區興建及營運案	BOT	臺北市政府	柏德開發股份有限公司	100.08.23	最高行政法院於104年9月駁回柏德公司之上訴。	約 4 年

肆、借鏡與啟示

一、提前終止投資契約及設定地上權契約之合法性

投資契約及設定地上權契約之合法終止與否，在提前終止契約及塗銷地上權之相關實務案例相當重要，於前述法院見解，投資契約及設定地上權契約並非同一契約，而地上權登記(物權行為)係基於設定地上契約所為(債權行為)，故在實務上，促參案件投資契約及設定地上權契約之設計，會規劃提前終止契約時，設定地上權契約亦隨同終止之特別約定條款，使地上權具有消滅原因。惟如前所述，該等提前終止如有爭議時，仍須經法院或仲裁機構判斷該提前終止之合法性。後續主辦機關若因此主張單獨申請塗銷地上權登記才會被法院或仲裁機構認為有理由。

而促參案之投資契約中所列合約終止之事由，通常包含下述5種情形：

- (一)雙方合意終止：於投資合約存續期間內，主辦機關與民間機構雙方得合意終止。
- (二)因可歸責於主辦機關之事由終止：如主辦機關未能履行契約或其他政府應辦事項(包括承諾事項及協助事項)，通常情形，於投資合約中約定民間機構得要

求限期改善，逾期不改善者，民間機構得終止合約。

(三)因可歸責於民間機構之事由終止：民間機構之行為如不符合投資合約之規定，均屬缺失，主辦機關得限期改善；如屆期未改善或改善無效果，視為違約，主辦機關得中止其興建營運之一部或全部；如持續相當期間仍未改善，主辦機關得終止合約。

(四)因政府政策變更而終止：基於政府政策變更，主辦機關得終止合約；或政府因政策變更而片面撤銷興建營運許可時，民間機構得終止合約。

(五)因不可抗力或除外情事而終止合約

如埔頂污水下水道 BOT 案，法院認為終止權為形成權，有權終止之一方，向他方為意思表示時，契約即為終止；又終止權之行使為單方行為，於意思表示到達相對人時發生效力。因此，因合法之合約終止事由而行使終止權，片面終止契約亦屬有效。

然從主辦機關之角度觀之，在設定地上權時通常約定投資契約終止時(不論終止原因為何或終止是否提前)，地上權存續期間即應視為屆滿，前述之約定係為公共利益，目的在使主辦機關得即時重新續辦該等公共建設計畫之程序，此記載具有物權之效力而同時拘束主辦機關及民間機構，故於中壠污水下水道 BOT 案及埔頂污水下水道 BOT 案，主辦機關於民間機構不履行塗銷登記義務時，才會認為其有權單獨申請塗銷登記，但如前述說明，此項程序係屬違法。

正如前節所述，土地登記規則第 145 條第 1 項所定其他得單獨申請塗銷登記情事必須客觀上已臻明確，故在投資契約提前終止時，縱使係認定片面終止契約係屬有效，但涉及地上權塗銷登記時，仍須就是否業經合法終止來判斷，故就目前實務而言，涉及設定地上權之促參案件如經主辦機關片面終止契約後(非雙方合意終止)，主辦機關最佳作法為提出仲裁或塗銷地上權之民事訴訟，經法院以確定判決確認或仲裁判斷後，再單獨向地政機關提出申請塗銷地上權，惟該等仲裁或訴訟之時間仍會對後續公共建設之推動造成影響，亦可能對主辦機關有不利結果，然不論何種情況，將對公共建設推動造成延宕後果，有損公共利益。

二、仲裁標的需明確提出提前終止契約為標的

依前節所提之中壢污水下水道 BOT 案案例，該案於民間機構請求桃園市政府移除基地上特定供電設施後將基地交付予其為使用標的之仲裁申請，但經仲裁判斷係以桃園市政府已於 101 年 9 月 14 日合法終止系爭投資契約為由而駁回上開請求。此仲裁判斷於後續之民事訴訟第一、二審法院認為，除有原判斷顯然違背法令、或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷、或原判斷顯失公平等情形，可認當事人為與原判斷相反之主張，不致違反誠信原則外，應解為當事人及法院就該經仲裁判斷之爭點，不得再為相反之主張，法院亦不得作相反之判斷。法院應僅就系爭仲裁判斷是否有仲裁法第 40 條第 1 項所列各款事由加以審查，至於系爭仲裁判斷所持之法律見解是否妥適，實體內容是否合法、妥適，係仲裁人之仲裁權限，法院自應予以尊重，毋庸再為審查，故如涉及關於本件重要爭點之判斷，自應以系爭仲裁判斷為據。但最高法院則將前述高等法院判決廢棄發回，主要見解在於仲裁判斷於當事人間，除與法院之確定判決有同一之既判力外(仲裁法第 37 條第 1 項規定參照)，仲裁判斷理由中所為其他非聲請仲裁標的之重要爭點判斷，對當事人自不生拘束力。同一當事人於提起之另件民事訴訟，就相同爭點法律關係，仍得為相反之主張，法院亦得為相異於仲裁判斷之判斷，查該案之仲裁判斷之標的，乃台灣地網公司依系爭投資契約約定所生履行移除及交付之請求權，而該仲裁判斷理由所認定之該契約已經桃園市政府合法終止一節，則係仲裁判斷標的之前提法律關係，非仲裁判斷標的，依上說明，自無程序法上之拘束力。

故主辦機關或民間機構提起仲裁時，需特別注意仲裁判斷標的，需明確提出提前終止契約為標的，避免其淪為其他請求之前提法律關係。

三、政府機關面臨提前終止契約時之處理策略

若主辦機關因可歸責於民間機構違約而面臨提前終止契約，如民間機構發生促參法第 52 條第 1 項第 1 款所定施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事時，主辦機關應依促參法施行細則第 68 條規定以書面通知民間機構於一定期間改善，避免輕易中止或終止民間機構所享權利。如同前述，主辦機關多秉持促參之公平合理及雙方夥伴關係辦理，對於改善期間之訂定，

主辦機關應確實評估及掌握民間機構違約事由、改善意願及改善能力，並給予合理改善期限，避免因期間不足而衍生後續爭端；但主辦機關應考量民間機構可能無故遲延改善，而就後續可能發展結果、擬採行措施等事項，事先預為規劃及準備²³。

投資契約之提前終止，將開啟主辦機關與民間機構間一連串處理程序，包括興建中公共建設建造執照、已完成建築物或設施設備之價值鑑定、資產移轉、續建發包招標作業、原計畫智慧財產權之對價、已設定地上權之返還等亟待解決之課題。主辦機關於研商設計招商文件時，常將投資契約提前終止之處理程序預納入契約條款(草案)，其內容包括有：1.終止之事由；2.終止之書面通知；3.終止之效力(通常該案用地之設定地上權契約亦一併終止)；4.資產移轉之權利義務關係等。又亦會考慮當促參案發生興建營運困難時，融資機構為確保債權，透過投資契約約定之方式，使融資機構之介入權成為投資契約期前終止之前置程序，僅於融資機構放棄介入或介入無效時，方依促參法第 52 條及投資契約相關規定終止契約。然就促參實務上，融資機構多不願行使介入權，因相關興建營運非其本業，就如同「國立海洋科技博物館興建營運移轉(OT+BOT)案」一案，融資機構並未行使介入權，而最後仍須透過司法途徑以解決相關爭議。

綜上，主辦機關應於有重大違約情事發生時，預備啟動強制接管、營運資產移轉與返還(包含鑑價)之準備等規劃作業。主辦機關應先判斷該等重大違約情事是否會受民間機構爭議，如有爭議，應先循投資契約中爭議處理機制解決，惟實務上，民間機構多以各種理由說明該等重大違約非可歸責於民間機構或雙方所致，此時如主辦機關仍片面行使終止權時，應可預見民間機構可能拒絕配合後續塗銷地上權，此時應依投資契約評估並考慮加速紛爭解決之各種處理機制，如111年促參法修法後，特別修正促參法第48條之1，增訂第2項至第5項關於履約爭議亦可向主管機關組成之履約爭議調解會申請調解(正式列為主管機關掌理事項)，或採用仲裁制度等較訴訟快速且具有既判力之方式，但仍需注意仲裁程序及標的，避免後續有撤銷仲裁之訴。

²³ 111年促參電子報7月號，頁12。

伍、結論與建議

促參法第 1 條開宗明義提及，為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，且促進民間參與公共建設，特制定促參法。換言之，促參案件乃政府藉由民間資金、創意及經營效能來推動公共建設。許多促參案件係政府藉由公有土地設定地上權之方式，達到保有土地所有權，充實國家財政，並提供民間公司興建及營運公共建設。而本文探討重點在於主辦機關將公有土地設定地上權以提供民間機構興建營運公共建設，倘若投資契約提前終止，而後續地上權塗銷登記將遇到何種問題。

由於促參案件之設定地上權契約是一種雙方合意約定，以作為地上權設定之原因行為(債權契約)，並據此完成設定地上權登記，故如因故提前終止設定地上權契約時，因物權行為無因性，僅有終止設定地上權契約(債權契約)，但該地上權設定仍為有效存在，並未消滅。

又因土地登記規則第 145 條第 1 項所定其他得單獨申請塗銷登記情事必須客觀上已臻明確，足以表明原設定登記之權利確已消滅，無庸地政機關為任何調查或審認者，始足當之，若當事人間對於投資契約之提前終止是否合法而生終止效力有爭議，因終止之效力非地政機關所得審認，則主辦機關應依土地登記規則第 143 條第 1 項檢附法律確定判決或具與確定判決同一效力之仲裁判斷書等，始能單獨為之，故若民間機構不願配合地上權塗銷登記，則需透過司法途徑解決爭議，致公共建設延宕之可能。

因此本文提出兩點建議：

一、主辦機關採以公有土地租賃或提供土地使用權方式，提供興建營運之土地

若以公有土地提供民間機構興建營運公共建設，除設定地上權外，亦可透過土地租賃或提供土地使用權之方式，此時若投資契約提前終止，土地租賃契約或土地使用契約亦約定同時終止時，即使雙方針對投資契約之終止是否合法有所爭執，因不須辦理塗銷地上權登記事宜，主辦機關可再進行該促參案之招標事宜，公共建設不會因此延宕。惟此方式因民間機構非屬土地之地上權人，於涉及用地開發相關申請或許可之行政程序，均須土地所有權人同意配合辦

理，且行政程序較為繁瑣，但此缺點相較於辦理地上權塗銷登記可能產生之長年訴訟，就行政成本而言，仍係有利；又另一缺點為，因民間機構非地上權人，無法以地上權作為擔保，恐致融資機構降低融資意願。惟以融資實務而言，因該等地上權僅能使用於特定目的之公共建設，並非可用於其他開發案，故融資機構於評估是否融資時，除考量是否有地上權外，尚有考量其他授信條件，及影響其融資利率之情形，因此評估受非屬地上權人而影響融資意願之情形，應亦有限。

二、於促參案件之投資契約及設定地上權契約增設附解除條件

因目前促參案件之投資契約及設定地上權契約，多以特別約定投資契約終止時，設定地上權契約亦一併終止，惟依本文探究結果，此時設定地上權契約雖終止，但其係屬原因行為(債權契約)，故設定地上權仍為有效，仍須辦理地上權之塗銷登記。故考量促參案件目的係提升公共服務水準、加速社會經濟發展及促進民間參與公共建設，並非屬於一般社會經濟交易，故建議將設定地上權依民法第99條第2項規定以附解除條件之方式設定，當解除條件成就時，地上權之設定即失其效力，因而地上權隨之消滅。

建議於投資契約及設定地上權契約之規定中，明文增加如因主辦機關依投資契約規定終止該投資契約時，設定地上權即失其效力而消滅。雖仍會有成就與否之認定問題，但相對於本文之案例情形，如有協調、訴訟或仲裁需求時，其標的更為特定，應可提升爭議處理效率及效益。

參考文獻

一、專書

1. 林誠二(2010)，*債法總論新解體系化解說(上)*，臺北：瑞興圖書股份有限公司。
2. 林誠二(2015)，*債法各論新解體系化解說(上)*，臺北：瑞興圖書股份有限公司。
3. 鄭冠宇(2022)，*民法物權*，臺北：新學林出版股份有限公司。
4. 鄭冠宇(2022)，*民法債編總論*，臺北：新學林出版股份有限公司。
5. 謝在全(2010)，*民法物權論(中)*，臺北：新學林出版股份有限公司。

二、研究報告、研究計畫、研討會

1. 建業法律事務所(2018)，「促進民間參與公共建設法第 5 條融資機構或保證人暫時接管及另簽訂投資契約繼續興建營運規定研析」，10 月 31 日，財政部推動促參司專業服務採購案。
2. 財團法人中華顧問工程司(2006)，「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研究報告」，行政院公共工程委員會專案研究計畫。
3. 理律法律事務所(2012)，「促參履約爭議協調委員會運作機制之研析專業服務案—結案報告」，行政院公共工程委員會專案研究計畫。
4. 謝定亞(2022)，「促參期前終止原因、問題及衍生爭議類型之實務分析」，7 月 8 日，促參投資契約期前終止之爭議解決機制研討會。

附錄

一、投資契約參考條款(重點節錄)

- (一)第 7.1.2 條(同時簽訂土地使用方式契約)：「雙方於簽訂本契約時，並應同時簽訂本案設定地上權契約/租賃契約。」
- (二)第 9.19.1 條(預告登記)：「乙方於本計畫用地辦理地上權設定時，同意配合辦理預告登記。預告登記應載明，非經甲方同意，不得將地上權轉讓或設定負擔。」，其主要係避免第三人主張善意取得之情事。
- (三)第 13.1.1 條(土地租金)：「乙方於地上權設定登記完成/租賃契約簽訂完成之日起，並依雙方簽訂本契約時之租金優惠辦法規定，酌減後計收之方式及數額為：○○，繳交土地租金予甲方；土地使用期間不足一年者，依使用期間占該年之比例計算。」
- (四)第 13.1.2 條(土地租金)：「土地租金其餘相關事項悉依設定地上權契約/租賃契約約定辦理。」
- (五)第 22.4 條(契約終止)：「任一方依第 22.3.2 條單方終止本契約時，應以書面載明下列事項，通知他方：一、契約終止事由。二、終止契約(包括地上權/租賃契約)之表示及終止之日期。三、通知終止一方擬採取之適當措施。」
- (六)第 22.5.2 條(契約終止效力)：「本契約之一部或全部終止時，於終止之範圍內，除甲方同意無須終止或塗銷地上權外，乙方依本契約取得之地上權一律終止，乙方應塗銷地上權登記，並返還土地予甲方。」

二、投資契約參考條款設定地上權契約草案(重點節錄)

- (一)第 2 條(地上權設定登記及存續期間)：「一、雙方應於本契約簽訂後○○日內共同完成土地點交程序，並會同至轄區地政事務所就本標的辦理完成地上權設定登記，以供乙方興建營運本計畫相關設施與建築物。二、地上權之存續期間為自地上權登記完成之日起算至民國○○年○○月○○日，即『投資契約』屆滿之日。惟於『投資契約』期前終止時，本契約亦一併終止。」
- (二)第 4 條(地上權處分之限制及建物之預告登記)：「一、非經甲方事前書面同意，乙方不得就地上權為轉讓、出租、分租或分割，亦不得設定抵押權或其他負

擔。雙方同意於辦理地上權設定登記時，於土地登記簿他項權利部其他登記事項欄登記『非經政府同意，不得將地上權轉讓或設定負擔。』及『地上權消滅時，建物所有權移轉予政府』。二、乙方於本案所需用地範圍內興建建物時，就可辦理登記之建物，應於興建完成辦理建物所有權第一次登記時，將前開註記事項轉載於建物所有權部其他登記事項欄，並配合甲方辦理預告登記。三、前項預告登記應載明乙方應於本契約期限屆滿或終止時，應將建物所有權移轉登記予甲方。四、未經執行機關同意，不得讓與或設定抵押權。」

(三)第6條(地上權塗銷及標的之返還)：「本契約期限屆滿或期前終止時，乙方應於甲方指定期限內，除去地上權上所設定之一切負擔及第三人占用、配合甲方辦理地上權之塗銷登記，並將本標的返還甲方。」

(四)第10條(契約效力)：「本契約為『投資契約』之附件，本契約未規定者，適用『投資契約』有關規定。」