

CPPL104-07

公共政策與法律研究中心

104 年度研究計畫案期末報告

BOT 法制的機遇與挑戰—台灣經驗



主持人：王文宇教授

陳正倉教授

撰寫日期：民國 105 年 1 月

目錄

一、BOT 的背景與特色

- (一)、BOT 興起之背景
- (二)、BOT 之定義
- (三)、BOT 之特性
- (四)、適於採用 BOT 之情形
- (五)、BOT 演變之其他模式

二、台灣 BOT 法制簡介

- (一)、我國 BOT 制度之背景及源起
- (二)、促參法之立法目的
- (三)、促參法之立法模式
- (四)、公共建設之適用範圍
- (五)、主管機關及主辦機構
- (六)、公共建設之規劃
- (七)、投資契約性質之爭議
- (八)、促參法之標準流程

三、台灣 BOT 爭議案解析

- (一)、高鐵案
- (二)、ETC 案 (評鑑標準)
- (三)、交九京站案
- (四)、大巨蛋案
- (五)、松菸文創案

四、結語

一、BOT 的背景與特色

(一)、BOT 興起之背景

公共建設的良窳，關係著全體國民基本生活品質的好壞，公共建設之範疇橫跨交通、能源、文化等等民生中之基礎而必須之部分，而公共建設的投資，更是奠定國家經濟建設根基的關鍵，影響國家產業、經濟等之發展。由於公共建設普遍價額高、範圍廣、利用率高，因此對於公共建設的投入，將影響鄰近公共建設區域的周遭環境與土地利用，進而牽動了相關產業的發展與地價的變化，而這些發展變化又直接影響到各級政府的稅收，以及政府對公共建設的規劃與投資能力。因此，一個完善的公共建設投資計畫，不僅能使社會大眾獲得更佳良好的生活品質並滿足民生需求，也能促進地區的經濟繁榮，而當民間廠商或產業獲利時，亦會增加政府的財稅收入，同時提升政府規劃與投資更多公共建設的能力，形成良性的循環，進一步促成政府、廠商及民眾多贏的局面，是以，公共建設投資的重要性乃不言可喻。¹然而相對應於公共建設標的及價額之大、影響之廣，其若失敗，例如工期延宕、建設過程產生問題、財務不清或困難等，所生之影響亦是難以估測，而公共建設也常因規模大，而產生類同獨佔之經營效率較低等弊病。因此，如何使公共建設之品質提升、經營更有效率、建設更加穩定安全、興建營運過程更能節省公帑，即成為公共建設之一大課題。

目前的社會逐步走向預防性國家(*praevention staat*)、合作國家 (*kooperativer staat*)，及民營化(*privatisierung*)的法制社會，使得法律制度重視明確釐清及分配風險，盡量於政府為任何決定之前，預先提供人民充分之必要資訊；或是國家於完成

¹ <http://ntupoli.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2012/06/finalP96322030.pdf>，頁 1，最後訪問日：2015 年 8 月 28 日。

其任務時,尋求與國家內其他團體之合作;最後,則為了提高政府效能,將公用(或公營)之事業予以民營化,以尋求官民雙贏²。同時,近代國家角色逐漸演變,伴隨著解除管制與經濟自由化的趨勢,在經濟行政上,首先表現在公營事業及國有資產的民營化。在經過近二十年的民營化後(特別是九零年代的熱潮過後),一方面,多數的國家民營化的過程都以大部分完成;另一方面基於管制和契約需求,以及保持國有和政治責任的公共偏好,政府僅存較難出售的資產,是以民營化的腳步也逐漸趨緩。以 OECD 國家為例,其民營化活動在九零年代將近十年的穩定成長後,民營化的收益在一九九八年達到一兆美元的高峰,2001 年則下降到二百億美元。據此,各國為解決財政困難和對公共建設的需求,莫不致力於尋求帶提民營化的方案,特許權(concession)的授予即應運而生。³而簡略地看 BOT 模式的特性(詳下述),即是政府將特許權授予民間機構,稱為特許權所有者,在雙方議定的特許期間內,由特許權所有者負責一特定公共建設之融資、興建、營運、維修等事項,並由特許權所有者自負盈虧,特許權期滿時特許權所有者在將全部營運設施有償或無常的移轉給政府,依此,BOT 本質上即屬於特許權的授予。⁴

而 BOT 最早的起源,即來自於英國經濟學家 E.C hadwick (1800-1890) 所提出的”competition-for-the-field” 原理:透過特許競標(competitive concession tendering)的競標方式轉讓特許權,解決獨佔性質之公共建設或服務。於 1960 年美國經濟學家 H.D emsetz 將 E.C hadwick 的理論發揚光大,倡導特許權競標來取

² 林明鏘,論 BOT 之法律關係—兼論其立法政策,萬國法律雙月刊第 101 期,1998 年 10 月,頁 75。

³ 王文宇,行政判斷與 BOT 法制—以 ETC 及京站案為例,月旦法學雜誌,第 142 期,2007 年 3 月,頁 9-10。

⁴ 王文宇,註 3,頁 10。

代傳統政府建設的模式,進而使建設更有效率,避免管制所引發無效率的問題,而此一理論最終發展擴及所有公共建設。⁵

1970 年代開始,社會環境快速變遷,國際經濟競爭的壓力持續升高,政府赤字亦節節上升,各國政府雖欲推動大型公共建設以補不足,但都苦於巧婦難為無米之炊。諸多衝擊之下,在公共建設中公部門與私部門合夥(Public-Private Partnership, PPP)、民間部門參與提供貨共同生產公共建設的理念蔚為風尚(蘇彩足,1999),因此在此環境下,慢慢打開了公部門與私部門的合作。

1978 年,英國柴契爾政府大力推動民營化(Privatization)政策,政府部門藉由委外經營(contracting out)、業務分擔(load shedding)、共同生產(coproduction),或解除管制(deregulation)等方式,將部份職能業務轉由民間部門經營,並透過契約外包方式執行(江岷欽、林鍾沂,2000),主要可以藉由民間投資公共建設來減少政府財政負擔,並可以引進民間興建與經營之效率及服務品質,以提升公共建設整體績效(黃玉霖等,2003)。

1984 年,在當時土耳其政府財政困難時,土耳其首相 Turgut Ozal 於規劃公共部門民營化政策時提出 BOT 的概念,首度在公共部門之私有化項目中將 BOT 制度加以應用到民營化政策,Turgut 提出將公共工程交由民間自行進行融資、設計、興建與營運,並讓民間營運一段期間後將經營權移轉回政府。當初的目的在於除了將抹些公共工程民營化外,更可以解決政府資金不足的問題。因此開發方式在國際上造成熱烈迴響,國際紛紛開始引進 BOT 的模式,引進民間資源幫助公部門開發公共建設。⁶

⁵ 賴志維,民間參與公共建設 BOT 案營運之財務績效分析—以台北車站特定專用區交九用地開發案為例,淡江大學產業經濟學系學位論文,2013 年,頁 52。

⁶ 賴志維,同註 5,頁 19。

而近二十年來,在新政府運動之後⁷,各國公共建設投資與服務的提供方式經歷了重大變革,民間參與公共事務的程度與扮演的角色日漸重要。嗣復因世界各國財政日益困窘,基於引進民間參與公共建設,除可藉由民間企業之經營績效與活力,加速國家的建設發展外,並有助於解決國家財政負擔等各項問題。因此,在政府財力有限之情形下,引進民間投資興建或經營公共建設,運用民間資金及經營創意能力,以滿足公共建設需求,已儼然蔚為國際風潮,同時也深深影響我國成為各級政府推動各項重要建設的政策和策略。在所謂「公私協力」(Public Private Partnerships, PPP)²的潮流下,政府的角色由過去的公共服務直接提供者(supplier),逐漸淡化成為管制者(regulator),其與民間的關係也由過去的公共建設指揮監督關係,逐漸轉變成公共建設的合作夥伴關係。⁸

而整體而言, BOT 制度之所以於公共工程上廣受青睞採用,乃由於其「經濟面成本與集資方式之考量」,以及「制度面興建公共工程逐步由政府轉向民間之趨勢」,分述如下:

1.經濟面

公共建設多可創造出相當大的外部效益與社會利益,已如前所述,而其具有「投資大」、「風險高」、「回收慢」等特質,未必所有公共工程均有很高的報酬率或自償率,如何籌措財源成為興辦工程之最根本問題,政府若採「財政支出」之方式為之,則除了預算未必充足,大幅增加政府財政支出,對於經濟民生,亦恐將造成利率、甚至物價上漲。而若以「公債融通方式」興建公共建設,亦不過將現行賦稅往後推遲而已,除了受利息之累,恐也不免造成物價之影響。

9

⁷ 1990 年代 D. Osborne & T. Gaebler 在「新政府運動」(Reinventing Government, 1992)一書就如何將企業精神轉換至公務部門,提出新政府運動之十大運作原則,自此掀起新政府運動浪潮。

⁸ 同註 1, 頁 1。

⁹ 林發立, 論公共工程 BOT—兼論獎勵民間參與交通建設條例及其相關規定(一), 萬國法律, 1995 年 8 月, 頁 14-15。

有鑑於此,政府希望藉由新興的公私部門合作方式,引進民間資金、技術、能力及效率,以提升公共建設之品質並增加其社會福祉。且10若有良好之規劃及評估,運用 BOT 模式可大幅減少取得土地之成本,進而提高營運效益,並利用特許經營權提高收益,因此使用 BOT 模式興辦公共工程,對投資者與政府均沾其利。

2.制度面:

公共建設之「市場化¹¹」、「民營化」與「公私伙伴關係(Public Private Partnership)」趨勢造就 BOT 制度,為財產權由公部門轉移至私部門的體制改革,政府體認到由民間自帶資金參與工程可以減少政府財政負擔的好處,若能輔以妥善詳實的投資協議及法律制度,便可使公共利益兼顧,而無將公共事業操於少數人手中之虞。且在營運階段,又可藉民間投資者重效率的管理特性,架構完善的經營權,大幅減少政府經營事業普遍效益不彰的通病,以藉市場自由機制力量來提高公共建設的興建與營運效率¹²。而由私部門提供公共服務,如上述,主要有兩種制度,包括「民營化」及「授予特許權」方式,由於公共服務往往具有自然獨佔性質,欠缺競爭可能性,在此種情形,較不宜採用民營化方式提供公共服務;反之,授予特許權常被視為民營化之替代方案,其經由競爭性的程序(如招標),選擇市場上更有效率的經營者以取代國家提供公共服務,並透過資訊公開及政府持續的監督,讓公部門與私部門走向合作夥伴關係,因此,在具有自然獨佔的市場中,採取「授予特取權」之方式,較公部門提供或民營化,更能促進經濟效率。

¹³。

¹⁰ 劉憶如、王文宇、黃玉霖合著,《BOT 三贏策略》,商鼎財經顧問股份有限公司,2000年1月,頁2-3。

¹¹ 「市場化」強調的不僅是民間「出錢做事」而已,他更強調公共工程自興建到營運,均要納入市場機制的有效檢驗及盈虧自負的企業法則,王文宇,論 BOT 特許合約的幾個基本問題,全國律師 1 月號,1998 年 1 月,頁 68。

¹² 陳晉業,促進民間參與公共建設模式之研究-以環保署焚化廠工程 BOT 模式為例,台北大學公共行政暨政策學系碩士研究論文,2004 年,頁 30-33。

¹³ 王文宇,註 3,頁 8-10。

(二)、BOT 之定義：

BOT 模式涉及面向廣，如財務金融、法律、政治政策等等，並涉及政府及民間雙方，複雜性可見一斑，而其重視不同個案中因應各個案之協商、因此其定義及特性，因不同學者、切入立場而有分歧¹⁴，難有放諸四海皆準之定義，下試將各類不同定義 BOT 之方式，羅列如下：

1.聯合國工業發展組織(UNIDO,1996)之定義:

在政府所給予之特許期間內,特許公司對設施建造與營運,可採計畫融資,並於特許期屆滿後,進而移轉給政府。

2.行政院公共工程建設委員會之定義:

BOT (Build-Operate-Transfer)由民間機構投資興建並為營運;營運期屆滿後,移轉該建設之所有權予政府。

3. 國內學者吳英明等之定義:

BOT 模式,是一種公共建設民營化的方式,從字面而言就是政府將特許權 (Concession)授予民間企業,在雙方議定的特許期間內,由民間籌資興建某一公共建設(Build),在特許年限內由特許公司負責營運,以回收投資成本並自負盈虧 (Operate),特許年限期滿後再將所建設的資產有償或無償移轉給政府 (Transfer),而未具完全自償者,則可由政府補貼或投資建設所需之部分經費,亦即政府借重民間資金及經營能力興建公共建設,而政府給予相關的特許權利確保其獲利,作為回報之合作方式。(吳英明,1996;李永展,1998;劉玉山,1998)。

4.以財務融資觀點定義:

由於財務為 BOT 計畫關鍵所在,乃將 BOT 計畫定義為「專案融資計畫」(Financing Project),此概念為多數研究者所接受,如 Tiong(1996)、胡仲英(1999)、聯合國工業發展組織(UNIDO,1996),江前良(1996)、Walker & Smile(1996)等。

¹⁴ 賴志維, 註 5, 頁 20-22。

將 BOT 計畫定義為專案融資計畫,主要意義係指特許公司以該計畫未來之營收,作為預先向金融機構融資貸款之主要保證,以便取得金融市場之資金,進行計畫之規劃、建造與營運工作資金之來源,特許公司於計劃營運後,慢慢償付預先向金融機構所借之資金。此資金運用的風險由金融機構與 BOT 特許公司共同承擔,若營運不良,產生虧損或倒閉,銀行融資機構依特許契約進行追索,融資機構對 BOT 特許公司所行駛之追索權則建立於融資信用擔保程度。

5.以風險承擔觀念定義:

BOT 專案通常由一個私人專案公司(Project company)負責發起並執行,而該公司則常為一由國際營造公司主導之商團(Consortium)所組成。此專案公司在一段固定的期間內負責某一公共建設之融資、營建及營運,政府則於該段期間內訂定各種規範並予以監督,專案期間(通常為 15 年至 20 年)終止後,則將該公共建設資產交還政府。基本上,BOT 計畫之原始本質係將商業風險完全移轉給私部門承擔,並且讓政府得以將原須用於該專案之資金釋出,以移做其他必要支出之使用。

康熙宗(2000)將 BOT 定義為「民間機構再取得政府之特許後,藉由與政府間的契約關係,經由政府協助與自身力量承擔計畫中可能產生之風險,募集所需資金,投資興建公共建設,在建造完成後,由政府給予一段經營特許年限,以作為計畫整體投資的報酬,而依特許期限屆滿後,再將公共設施交還給政府」。在此定義中,特別提到特許契約關係與風險分擔觀念。

6.以權利移轉觀念定義:

胡仲英(1999)以財產權觀念,將 BOT 定義為「將公共設施財產權由公部門移轉至私部門的一種體制改革」,該定義觀念是將公共設施視為財產權之一種處分方式。BOT 計畫之權利移轉觀點,主要強調以不同的 BOT 方式移轉不同的權利給民間機構。¹⁵

¹⁵ 賴志維, 註 5, 頁 20-22。

綜上，典型之民間參與公共建設之模式，乃 BOT(Build-Operate- Transfer)模式，意指政府特過甄選程序選出具有競爭爭力之民間機構，並將特許權授予民間機構，並與其訂定投資興建公共建設之相關契約，在雙方議定的特許期間內，由特許權被授予者負責一定特定公共建設之融資、興建、營運、維修等事項，必由特許權被授予者日後再將全部營運設施有償或無常地移轉給政府。是民間參與公共建設(Private Participation in Infrastructure)的一種模式，乃屬於政府引進民間資金、經驗等投入公部門建設之重要手段，此種以 BOT 模式興辦公共工程，與以政府為主體之招標程序大不相同。是以，BOT 計畫之成功實行有賴政府、投資者、特許營運公司及融資機構相互無間之合作，始能克竟全功¹⁶。

(三)、BOT 之特性：

BOT 之適用仰賴於個案中各別之協商，畢竟公共工程之範圍極廣，而其個案間之需求、差異亦皆相當之大。然而自其起源背景及其後續發展，仍可整理出 BOT 模式之特性。

有學者提出，認為 BOT 模式具以下重要內涵：¹⁷

1. BOT 屬於民間參與公共建設性質，但因涉及 BOT 案例多屬重大工程，故其所謂「民間」參與，係屬狹義之企業、財團及相關專業團體，一般民眾只能就得標聯盟成立特許公司，公開發行股票後，藉持股而進行間接參與。

2. BOT 屬於公部門與私部門之協力性質，雙方係立於平等互惠立場，政府需保證承包公司之獲利及執行相關公權力措施，承包公司亦需履行契約內容，完成

¹⁶ 林發立，引進 BOT 方式興辦公共工程之檢討—風險分析與管理在 BOT 中之重要性，萬國法律雙月刊第 86 期，1996 年 4 月，頁 37。

¹⁷ 鄭錫楷，法制化與公、私協力的管理—以 BOT 為例，競爭力評論，2008 年 1 月，頁 3-4。

興建、營運及移轉,故並非傳統簽約後即各自行事之合作模式,而是合夥關係之建立。

3.公、私部門有其傳統合作關係,惟 BOT 模式之公、私部門協力關係有其特殊性,為避免圖利財團或政府藉以轉移公共責任,多係靠一般立法或特別立法方式,將政府部門與承包團體之合作關係予以法制化與正當化。

4.BOT 為政府與私部門之新合作關係,在公共工程辦理方式上,採取以特許合約興建及營運方式,代替傳統發包及統包。亦即民間在整個公共工程興建及營運過程中擁有很高之自主權。

5.BOT 中之公、私部門合作關係,屬於行政性質,較不涉政治層面之國家與民間社會之權力關係。

6.BOT 模式雖受國際力量之推助,惟多數發動權仍握政府手中,故屬於有限之競爭政策。

7.因全球金融市場走向自由開放、不斷創造新金融商品,使得 BOT 模式得以「專案融資」(project financing)進行,即以個別計畫建設完成後之預期營運收益,作為建設期間融資之還款來源及保障,向金融機構或資本市場融資,簡言之,即無抵押品貸款。

除此之外, BOT 開發方式尚具有以下特點:¹⁸

1.高複雜性:

由於 BOT 方式涉及層面廣大,眾多參予者交織其中,如政府,特許公司,承包廠商,金融機構,供應廠商,保險業者及顧問公司等共同開發及分擔風險,任依成員之疏失窘可能導致專案蒙受損失,工期延誤或使計畫陷入困境,因此如何使各參與者在風險與報酬間獲得合理分配,端賴合約詳細規範。

¹⁸ 賴志雄, 註 5, 頁 23-26。

2.特許經營:

從經濟學的角度思考,此為該產業為管制下之廠商,BOT 方式在建設完成後,政府將給予一段期間,讓投資者獨自經營,理論上投資者雖自負盈虧,但由於在廠商有獨占能力下,具有獨占利潤,而特許工程常具有寡占或是獨佔性質,因此在投資者之收益會給予保障,較少競爭者甚至無競爭者能夠齊刮分利潤,特許權下整體而言對經營者有利。

3.長期多邊協商:

由於 BOT 方式乃一新興之開發方式與合作關係,各項工程 BOT 化後,其計劃程序並無依標準可供遵循,因此當雙方事先無相關規定,缺乏適當準則得以歸放雙方之權利義務時,協商將是最合適之管道,且由於 BOT 通常屬於長期合約,更需要公司部門多方長期之協商與合作。

4.高度財務槓桿(給予專案融資):

由於 BOT 方式之投資金額龐大多為長期投資,其融資方式通常多透過「專案融資」,由於投資經費動輒百億鉅資,非投資者能夠負擔,在控制投資風險之考量下,自有資金比例偏低,通常 BOT 專案中各參與者之權益投資額為該建設所需總資金之 10%-30%,因此藉由『專案融資』以專案預測之現金流量以及專案資產來決定是否提供貸款,且多採無追索權貸款,或有限追索權貸款,或有限追索權方式進行融資,而非以投資業者之資產抵押貸款,是以專案預期之財務收益作為融資還款來源與主要保證的一種融資方式。

5.多樣且高度風險性:

由於 BOT 投資方式多為長期專案,且參與者眾多,因此自計畫形成階段至期滿移轉階段都面臨了程度不等的各類型風險,如興建期間之工程落後風險,成本超支之風險及原料設備供應不足風險,營運期間之市場風險,乃至於全程所面臨的政治風險、利率風險、匯率風險及通貨膨脹風險等,均可能侵蝕期初預估之投資報酬,也因此政府特許公司其其他參與者間可能分擔不同程度的不同風險,而風險承擔程度越高者,也自然的要求越高的報酬率。

6.土地取得與地上權設定:

BOT 案的土地屬於政府,因此開放民間參與時,必須將地上權設定給民間投資者,換言之,地上權設定是 BOT 案中必要的程序。依據法令依據為民法物權篇第 832 條至第 841 條、公有土地經營及處理原則第 3 點、國有財產法第 47 條、國有非公用土地設定地上權實施要點、經濟部所屬國營事業 提供土地出租及設定地上權辦法等。

(四)、適於採用 BOT 之情形

BOT 模式近期廣受政府機關重視使用,甚而於電影海角七號中出現了「山也 BOT,海也 BOT」一句台詞,頗能反映國內公共建設使用 BOT 模式之盛況。然而,BOT 模式並非重大公共建設之萬靈丹,非所有公共建設都適宜以 BOT 的模式進行。BOT 涉及財務可行性、政府參與支持、妥適法律規範、民間技術資本參與可行性、激勵誘因、相當經驗累積及協商過程等,且亦需配合適當的政經環境等,不一而足,¹⁹²⁰上述條件皆會影響以 BOT 執行公共建設之成功與否。論者即有以具相當程度市場需求、近似獨占之公共建設、不具急迫性之公共建設、合理報酬與鼓勵誘因、財務可行與經濟規模、風險合理分攤之認知等要件分析適於採用 BOT 專案模式之先決條件²¹²²,下簡要說明之:

1.具相當程度市場需求

¹⁹ 陳澧宇,從法律觀點論 BOT 與專案融資,國立政治大學法律研究所碩士論文,2004 年 7 月,頁 13-17。

²⁰ 楊肇煌,BOT 案件審計問題之研究,國立臺灣大學政治學系碩士論文,2009 年 4 月,頁 1-19。

²¹ Sotiris A. Pagdadis, Stephen M. Sorett, Frank M. Rapoport, Courtney J. Edmonds, G. Scott Rafshoon, And Marcia L. Hale, A Road Map to Success for Public-Private Partnerships of Public Infrastructure Initiatives, Journal of Private Equity 11 no2, Spr 2008, P8-18.

²² 陳澧宇,註 19,頁 13-17。

政府機關提供公共服務之收費形式,有對不特定多數人無償提供,與令特定使用人付費之有償提供兩種,前者如公園、圖書館、體育場、一般道路等,後者如高速公路過路費²³、場地設施使用費、停車場收費、博物館及美術館之門票收入等。由於 BOT 建設之資金回收端賴營運收入,加上公共建設一般初期投資成本高且回收期長,因此,以消費者對政府所提供之產品或服務有付費意願且市場需求較大者,相對適宜採 BOT 模式進行。且於有市場需求、需付費使用之情形,能藉由民間企業之價格機能運作,合理反映市場供需情況,較之於政府經營,更能有效率提供大眾所需之產品或服務²⁴。

2. 近似獨占之公共建設

採行 BOT 之公共建設若接近獨占性質如供水或電力等,較易將營運風險維持在穩定可接受程度,相對容易吸引民間企業投資,於開始營運後也較不易造成爭議,整體 BOT 案件之成功機率亦較高。例如因存在其他替代選擇,交通建設相對供水或電力等之壟斷力來得低,最有名的個案為英法海峽隧道 BOT 案,儘管英法政府曾承諾 33 年內不興建其他橫跨英法海峽的隧道,以維持該建設之獨占性,惟因為平價渡輪降價競爭,嚴重衝擊該 BOT 營運計畫,甚至使其遭受鉅額虧損²⁵。

然而近似獨佔之公共建設也會有獨佔廠商之問題,例如哄抬價格等等,此時即有賴公私雙方之合約及政府高權性之監督控管。

3. 不具急迫性之公共建設

一般而言,BOT 計畫從執行、招標、評審、簽約到興建與營運,因步驟繁複,涉及當事人為數眾多,如融資機構等等,往往歷時甚久。例如臺北國際金融大樓從成立籌建委員會至簽約完成,即已歷時 3 年;臺灣高鐵則從民國 79 年

²³ Chen, Anthony, Subprasom, Kitti, Analysis of regulation and policy of private toll roads in a build-operate-transfer scheme under demand uncertainty, Transportation Research Part A-Policy and Practice, Vol. 41, Issue 6, 2007, P 537-558.

²⁴ 林倬君,BOT 個案分享-發掘政府及民間企業辦理促參的智慧,台灣經濟研究月刊,30 卷 9 期,2007 年 9 月,頁 72-75。

²⁵ 胡仲英,BOT 理論與實務-兼論我國 BOT 政策之推動,財團法人孫運璿學術基金會出版,1999 年 8 月,頁 139。

成立高鐵籌備處到選定最優申請人成立專案公司,花了 7 年多。因此相對而言較具急迫性之公共建設,應由政府主導,以便於掌握建設開發之期日。

惟此時亦須考量採用 BOT 因效率較高可能縮短之工程時間,但就全案過程而言,BOT 計畫應所涉當事人眾多、法律及財務關係複雜,且需大量協議等等,可能較不適用於具急迫性之公共建設。

4.提供合理報酬與鼓勵誘因

毋須諱言,民間參與公共建設必係著眼於商業利益,因此,具有合理投資報酬率的 BOT 計畫,才能吸引民間企業參與投資。政府公共建設投資報酬率之評估,除了考量民間投資計畫財務報酬之外,亦須考慮公共財之外部經濟效益,或具社會安定價值之社會效益報酬。而外部經濟效益或社會效益之受益人實為社會大眾,一般而言投資人並無法受益,此即經濟學上所謂的「外部效果內部化」之難題²⁶²⁷。

而若欲解決此問題,可透過以下方式提供適當誘因,並處理「外部效果內部化」之難題²⁸：

(1) 針對獲利高且具可分割性質之公共建設,分割獲利較高、較不拘外部經濟性之部份予民間投資經營。

(2) 以減少民間購地成本提供誘因,例如透過政府以公權力徵收土地,再以設定地上權方式交由民間投資經營。臺北市政府市有土地之開發案,多採取設定地上權之 BOT 模式辦理²⁹。

²⁶ 劉憶如,現階段推動公共建設之財務金融策略,行政院經濟建設委員會委託研究,1996 年 5 月,頁 44。

²⁷ 例如若政府興建某交通建設支出成本 100 億元,概估來自票價收入之財務報酬 60 億元,另該建設沿線市鎮開發利益則為 80 億元。就民間財務報酬的角度而言,投入 100 億元,僅能回收 60 億元,當然沒有民間企業願意參與投資;但國家就整體利益考量,總效益為財務收入 60 億元,加上開發利益 80 億元,合計 140 億元,大於投入成本,仍然值得國家自行投資。

²⁸ 林能白,從高速鐵路及國際金融大樓兩岸之經驗探討我國 BOT 制度之設計,行政院研究發展考核委員會出版,2000 年 6 月,頁 36。

²⁹ 沈榮銘,「臺北市市有財產開發基金營運績效檢討」簡報,2008 年 2 月 29 日。

(3) 利用公共設施通常為交通要道、人潮聚集之處之特點，賦予專案公司於所建設經營之公共設施經營相關附屬事業之權利³⁰。此可使投資人得以部份回收該民間機構所產生的外部效益，不致將外部效益全轉嫁予民間參與者負擔。

惟應注意，附屬事業雖有結合民間經營效率促進產業展及公共建設之利用與外部效果內部化等優點，但不宜本末倒置，過度傾向、看重附屬事業而忽略 BOT 計畫原有之目的，甚而排擠原公共設施之使用。

(4) 賦予參與者租稅或融資等優惠條件。

5. 具財務可行性與經濟規模

由於 BOT 計畫初期投資成本高且回收期長，涉及風險種類繁多且金額頗鉅，大多需仰賴專案融資之契約取得資金。而「自償率」(Self-Liquidating Ratio) 為專案融資機構融資貸放之重要參考依據，因此，「自償率」可謂 BOT 計畫之財務可行性關鍵指標，其意義為計畫營運期間淨收益與興建資本化成本之比值^{31,32}，換言之，自償率為營運期間淨收入用於償還建設成本之本息能力。自償率等於一，表示計畫損益兩平；自償率大於一，表示計畫有盈餘、具自償性，無須政府補貼；反之，自償率小於一，表示計畫無利可圖、成本無法回收、不具自償性，需仰賴政府視外部效果情況加以補貼或協助其取得專案融資。促參法第 29 條第 1 項即規定：「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

³⁰ 潘欣榮，獎勵民間興辦公共設施法制之研究，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 17。

³¹ 劉憶如、王文宇、黃玉霖，註 10，頁 24。

³² 促參法施行細則第 32 條第 1 項：「本法第 29 條第 1 項所稱自償能力，指營運評估年期內各年現金淨流入現值總額，除以公共建設計畫工程興建年期內所有工程建設經費各年現金流出現值總額之比例。」；第 2 項：「前項所稱營運評估年期，指公共建設計畫之財務計畫中，可產生營運收入及附屬事業收入之設算年期。」第 3 項：「第 1 項所稱現金淨流入，指公共建設計畫營運收入、附屬事業收入、資產設備處分收入之總和，減除不含折舊與利息之公共建設營運成本及費用、不含折舊與利息之附屬事業成本及費用、資產設備增置及更新之支出後之餘額。」

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。」即係針對自償性不足之公共建設提高投資誘因。而經濟規模較小的公共建設,考量成本效益且成效有限不易顯現,BOT 模式並不一定為最佳選擇。

6.具對風險合理分攤之認知

如前所述,BOT 計畫參與者眾多,法律、契約、利益關係錯綜複雜,加上彼此風險分攤間談判拉鋸,常使專案計畫談判冗長費時而不易整合,因此,對於風險之合理認知及分攤意願、誠意,往往影響 BOT 契約是否能成立、計畫內容是否合理、及實行之成效。

(五)、BOT 演變之其他模式³³

如前所述,公共工程及 BOT 皆極其複雜,為了適應個案的需求,除了 BOT 此典型之民間參與公共建設之模式外,尚有其他民間參與公共建設之模式係由 BOT 模式演變而生,其發展如下³⁴:

1.BOO(Build-Own-Operate)興建、擁有與營運模式:公共建設是採「民有民營」方式,於此民間業者並無將建設移轉之義務。他是由民間投資興建,並擁有該項公共建設之完整所有權,同時可無限期地自行營運或委託第三人營運。

2.BTO(Build-Transfer-Operate)興建、移轉與營運模式:即一般所指之「公營民營」或「公辦民營」。是由政府投資興建後,以合約方式委託或出租給民間經

³³ 謝易宏, BOT 契約之理論與實務—兼論我國行政法院 ETC 相關判決, 2008 年, 法務部司法官訓練所第 47 期學員法學研究報告, 頁 331-332。

³⁴ 林能白主持,王文字、廖咸興協同主持,從高速鐵路及國際金融大樓兩案之經驗檢討我國 BOT 制度之設計,行政院研究發展考核委員會編印,2000 年 5 月。

營。BTO 與 BOT 之差異,在於其所有權始終屬於政府且計畫預算始終由政府編列,廣義而言, BTO 亦為 BOT 模式之一種。

3.BLT(Build-Lease-Transfer)興建、回租及移轉模式:公共建設係由民間投資興建,但在完成後回租交付與政府營運,並由政府給付權利金,於一定期限屆滿時起,取得該建設之所有權。

4.ROT(Rehabilitate-Operate-Transfer)整建、營運及移轉模式:係由政府將現有公共設施委託民間企業,或由民間向政府租賃,予以擴建、整建後加以營運,營運期屆滿後歸還給政府。其與 BOT 之不同在於 BOT 營運期滿後尚有將其興建之公共建設之所有權移轉予政府之問題,但 ROT 原即屬於政府所有之公共建設,無移轉所有權之問題,而僅係將營運權歸還予政府。

5.BT(Build-Transfer)興建及移轉模式:通稱為「帶貸施工」。即公共建設由民間投資興建,完成後由政府一次或分期給付建設經費以取得所有權。

6.BO(Build-Operate)興建及營運模式:係由民間出資興建公共建設,並由民間自行經營。

7.OT(Operate-Transfer)營運及移轉模式:指公共建設由主辦機關投資興建完成,委託民間營運;營運期間屆滿後,營運歸還主辦機關。

8.LROT(Lease-Renovate-Operate-Transfer)租用、更新、營運及移轉模式:係由民間私部門將政府公部門所擁有的某一老舊公共建設,締約承租予以投資翻新,在承租期間內其特許公司營運。特許租期屆滿後,連同投資更新部分,一併移轉給政府。

附帶論之,我國原獎勵民間參與交通建設條例第六條,以列舉方式明訂數種民間參與公共建設之模式。如第 6 條第一款規定,「由政府規劃之交通建設計畫,經核准由民間機構投資興建及營運其一部或全部者。」此種其情形即屬於 BOT(Build-Operate-Transfer)興建、營運及移轉模式;而第 6 條第 2 款規定,「由政府興建完成之交通建設,經核准由民間機構投資營運其一部或全部者。」即屬於 OT(Operate-Transfer)營運及移轉模式。而第 6 條第 3 款則規定,「由民間機構自

行規劃之交通建設計畫,經政府依法審核,准其投資興建營運者。」係屬 BO(Build-Operate)興建及營運模式³⁵。

而促參法之規定則見於促參法第 8 條第 1 項,其中第 1 款「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。」為 BOT 模式;第 2 款「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。」及第 3 款「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。」屬於 BTO 模式,前者為無償之 BTO、後者為有償之 BTO;第 4 款「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。」則屬於 ROT 模式;第 5 款「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。」則屬 OT 模式;第 6 款「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。」則屬 BOO 模式。

二、台灣 BOT 法制簡介

(一)、我國 BOT 制度之背景及源起

目前政府推動民間參與公共建設,乃從 1993 年 8 月開始,重要背景之一即是民主國家在選舉壓力下經常門之支出大幅攀升,嚴重地排擠資本門的預算,且當時由於交通建設計畫投資金額龐大,依照舊有的政府撥列預算來支應傳統之公共建設,此時政府整體稅收無法隨福利支出等幅成長,已經無法因應需求,長此以往最終即造成國家公共建設不足,無法滿足整體經濟成長之需要;因此必須仿效先進國家,藉由政府與民間共同參與之合作模式,引進民間資源,充分利用民間效率,舒緩政府財力之困難,藉此加速交通建設之推動,解決交通服務供不應求之問題,後為了加速社會福利等公共支出,促使政府更加積極推動民間參與公共建

³⁵ 林發立,註 9,頁 16。

設,並且將民間參與公共建設列為重要政策之一³⁶。行政院在考量國家整體財政負荷的情形下,通過「國家建設六年計畫期中檢討報告」,之後逐漸形成政策,並獲得朝野高度共識的支持。³⁷

首先,立法院在1994年11月審查通過「獎勵民間參與交通建設條例」(下稱獎參條例),並經總統於同年12月明令公布。其次,行政院在1995年8月核定「以BOT方式推動國內公共建設」方案,列管南北高速鐵路等22項BOT示範計畫。有鑑於推動民間參與公共建設對經濟發展的重要性,而獎勵民間參與交通建設條例僅適用於交通建設,範圍過於狹窄,國內產官學各界為大力推動民間參與公共建設,皆認為有擴充範圍之必要,國家發展會議於前述示範計畫相繼展開之際,在1996年12月共同決議為達到民營化的目標,要求政府「落實『獎勵民間參與交通建設條例』,並修法擴大其實施範圍,以健全民間參與公共建設之法制基礎。」,1997年二月,行政院會通過採納「國家發展會議」經濟發展議題之結論,決議修訂獎參條例擴大適用範圍,最後修訂為「促進民間參與公共建設法」(下稱促參法),其最主要為擴大民間投資人可參與國家公共建設之內容,不僅局限於交通建設。³⁸

其後,行政院於1997年7月先後審核通過「民間參與公共建設申請與審核作業注意事項」及「促進民間參與公共建設法(草案)」,並於民國2000年2月9日公布施行、同年10月25日公布施行「促參法施行細則」。原本構想為制定促參法取代獎參條例,但為避免影響進行中之高鐵、機場捷運等BOT案件,因此,迄今尚未廢止獎參條例,惟促參法公布施行後之BOT案件,一律適用促參

³⁶ 賴志維,註5,頁52-55。

³⁷ 胡仲英,《BOT理論與實務》,財團法人孫運璿學術基金會,1999年8月。

³⁸ 賴志維,註5,頁52-55。

法³⁹。促參法之立法目的為提升公共建設服務水準、加速社會經濟發展即促進民間參與公共建設,其流程依序為計畫行程、可行性及先期評估、招商、議約及簽約、興建、營運、最後移轉與返還,各階段皆有不同評估之重點,需要多方面之考量與評估。

而與公共工程相關之法律除了獎參條例及促參法外,尚有政府採購法(以下簡稱採購法)。其乃係於 1998 年 5 月公布,其第 99 條明文「機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設,經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者,其甄選投資廠商之程序,除其他法律另有規定者外,適用本法之規定。」由於採購法施行較促參法前,且政府採購人員須受有採購法相關專業訓練始得為之,使得多數機關對依採購法辦理之業務較為熟悉,實務委外案件仍不乏透過採購法辦理。惟兩者立法目的、適用範圍、招商及招標程序等相關作業都有明顯差異。⁴⁰

以立法目的而言,政府採購行為,其程序強調公平、公開等原則,避免貪瀆及浪費情形;而促參法係鼓勵民間機構投資並營運公共建設,屬「招商」性質,由政府提供誘因促進民間參與,與採購法所規範之「採購」行為有別。其他差異之部分,例如促參法為提供民間參與之誘因,於重大公共建設,民間機構得享有租稅優惠:5 年免徵營利事業所得稅、投資抵減、興建機具進口關稅優惠、房屋稅、地價稅、契稅減免、營利事業投資民間機構股票應納所得稅抵減等⁴¹,採購法則無相關規定。而促參法亦對民間投資人提供籌資之協助與優惠,明文規定得補貼貸款利息或投資建設之一部⁴²,而採購法則無相關規定。

³⁹ 詹益焜,促進民間參與公共建設法案介紹,捷運技術半年刊,27 期,2002 年 8 月,頁 17-28。

⁴⁰ 詹益焜,註 40,頁 17-28。

⁴¹ 參促參法第 36-41 條。

⁴² 施行細則第 43 條:「民間參與本法公共建設有融資需求者,主辦機關得視需要,經甄審委員會決議,要求最優申請案件申請人應於籌辦期間內與主要融資機構簽訂融資協議書,或要求民間機構應於投資契約簽訂後一定期間內提出融資協議書。」

至於其適用範圍，依行政院公共工程委員會民國 93 年 6 月 16 日工程技字第 09300234640 號函頒之「辦理民間參與公共建設計畫之法規適用原則」說明二，機關辦理民間參與公共建設計畫，原則上若符合促參法第三條第一項所稱公共建設，並依同法第八條第一項規定之民間參與方式辦理者，即適用促參法規定辦理而非適用採購法。

綜上所述，於我國辦理 BOT 之法源主要仍來自促參法，故以下針對促參法詳詳細分析之。

（二）、促參法之立法目的

促參法可謂當前最重要的財經法案之一，尤其政府在政策上明示以 BOT 模式推動重大公共建設之決心，使得該法案之審查當時列為立法院之重點法案，因此乃盡速予以通過。其立法原由，依草案總說明：「政府已於民國八十三年十一月制定獎勵民間參與交通建設條例，以推動民間參與重大交通建設；並於八十四年八月選定二十二項重大公共建設，擬採取「興建－營運－移轉」

（Build Operate Transfer，下稱 BOT）方式促進民間參與投資。為落實民間參與公共建設政策，確立推動此一法源，爰衡酌各國有關立法例與我國國情，並參照『獎參條例』相關規定，採通案立法方式（即擴大適用範圍），以求立法經濟，並加強推動績效；本著「民間最大參與」及「政府最大審慎」兩大原則，採『促進』之意，對公共建設採廣義的定義，以加強民間參與意願.....」。

而促參法第 1 條明揭其立法目的為「促進民間參與公共建設，提升公共服務水準，加速社會經濟發展，以增進人民福祉」，以促參法作為符合國際規範之基本法，加強核定計畫之融資可行性，強化民間參與意願，建立政府配合之有效機制。

（三）、促參法之立法模式

承上述草案總說明所言，促參法沿襲獎參條例採取通案立法之方式，即不就個案、產業類型量身訂做而分別立法。據「聯合國工業發展組織」等機構之研究，國際間推動民間參與公共建設之立法例，有採個案立法方式者，即針對某項計畫或某一產業、部門制定專門之法律，如英國、美國、香港等地區；亦有採通案立法方式者，即對於促進民間參與公共建設所有問題，擬定全面適用之基本法制，一體適用於各產業、部門或建設計畫，採用此方式國家有菲律賓、土耳其、泰國、日本與我國等。⁴³個案立法較具彈性，而通案立法較符合立法經濟且可以避免相關法規疊床架屋之弊。然而通案立法固可以將所有民間參與公共建設之案件「一以貫之」，但此種立法方式難免因其乃係為適用於較為普遍、廣泛的案件而模糊了個案的特性，無法針對個別不同類型的公共建設及民間投資模式的適用做更精緻的設計。我國之所以採取此種立法方式，除了上述優點以外，恐怕還是基於立法成本的考量，尤其我國立法效率不彰，選擇通案立法似乎是不得不然之計。促參法之制定，盡量維持條文之彈性，擴大政府承辦人員行政授權，相對符合目前政治現實及國會生態⁴⁴。故在通案立法的法制架構下，除了主管機關的執行必須更具有彈性及效率外，如何透過作業準則與各項合約來因應個案之需求作補充規定，亦顯得更為重要。

（四）、公共建設之適用範圍

就是用促參法公共建設之範圍而言，促參法係採廣義之概念，以供公眾使用或促進公共利益之建設為適用對象，其適用範圍包括交通建設在內的十二種例示之公共建設此外就所謂「重大公共建設」，除就「性質重要且在一定規模以上」之不確定法律概念加以定義外，並將其範圍界定之權委由主管機關會商

⁴³ 陳宗益，促進民間參與公共建設法—融資研究，國立政治大學法學院碩士在職專班論文，2000年7月，頁20-21。

⁴⁴ 劉紹樑，論BOT基本法，月旦法學雜誌，33期，1998年1月，頁22-23。

內政部、財政部及中央目的事業主管機關決之，亦在強調相關政府機關之行政決策權。

（五）、主管機關及主辦機構

本法明定主管機關為行政院公共工程委員會，並於第 6 條規定其職掌。而就主辦機關，則指主辦民間參與公共建設相關業務之機關；在中央為目的事業主管機關；在省直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。主辦機關依本法辦理之事項，得授權所屬機關（構）執行之。且為使各有關機關間得互相協調，且得進一步統籌規劃、執行，充分發揮行政效能，亦規定主辦機構得基於實際需要，經其上級機關核定，委託其他政府機關執行本法之事項。

（六）、公共建設之規劃

傳統上公共建設多由政府規劃，惟由民間主動規劃亦無不可。且針對政府就公共建設中財務、商業模式、經營管理等等能力經驗或有不足之問題，由民間主動規劃公共建設之內容，再由政府加以審核不失為一解決之道。且根據聯合國工業發展組織之研究，國際上甚多成功之 B O T 計畫，均由民間規劃，故促參法第 7 條規定，公共建設之規劃，得由民間為之⁴⁵。

惟政府基於公益之代表，本應扮演公共建設藍圖之擘畫者的角色，雖可藉助民間投資者之豐富經營管理建設之經驗，然而並不代表政府得因民間投資者之參與而置身事外。尤其在公共建設籌畫之前階段，政府仍必須具有相當之籌畫能力，在民間參與建設案前即大致描繪出整體建設之輪廓，否則任由民間機構統包的結果，可能導致建設結果與公共規劃不符、民間機構藉此謀求私立等不良結果。

例如中正機場捷運線一案，政府在投標之初不規劃固定路線，以鼓勵民間發揮創意，隨機引發出「機場捷運」擴張為「城鄉捷運」後是否符合該公共

⁴⁵ 促參法第 7 條：「公共建設，得由民間規劃之。」

建設之基本目標，以及是否違反投標廠商間公平競爭的爭議。故政府在公共建設之先期仍必須投注相當心力，從事各項規畫事宜。於最近公布之「民間參與公共建設申請與審核作業注意事項」中，規定在開放民間機構申請前，應先辦理可行性研究、先期規劃及必要之前置作業，並擬定申請人資格條件及投資計畫書之評決方法。足見主管機關已注意到其「籌畫者」角色之重要性，值得予以高度肯定，但在實際運作上，政府是否有足夠能力、經驗及人才進行籌畫之工作，必須再進一步加以觀察。

(七)、投資契約性質之爭議

在訂定興建營運契約之階段中，共分為兩階段⁴⁶，第一階段係「特許之行政處分」，於促進民間參與公共建設法中稱為「評定為最優案件申請人」，即由主管機關將建設之興建、營運規劃內容以及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求有意參加公共建設之人提出申請，再依據促進民間參與公共建設法第四十四條 20 之規定，按公平原則從中挑選、審查出最合適之民間機構，此甄

⁴⁶ 陳清秀教授認為，不論是獎勵民間參與交通建設條例或是促進民間參與公共建設法，所架構的是一個行政處分、一個特許合約二階段，其作法類似於德國行政法學說上所謂「雙階理論」，多用於補助金發放之情況，亦分為貸款及補助許可與否之行政處分以及核予補助後所簽訂之補助金契約，在德國法上將「許可貸款」之處分定性為公法上行政處分，而補助金契約定性為「私法契約」，但此種兩階段方式勢必造成之困擾，乃在於紛爭發生時，前階段為行政救濟，後階段則於普通法院為私法救濟途徑，惟前階段特許之行政處分被撤銷或廢止勢必影響到後階段之契約，區分前後在不同法院救濟，增加事實發現之困難性。參黃運湘 / 楊樺珍 / 張家蔓 / 秋凱琳劉慧茹整理，BOT 法制及實務問題之研討，全國律師 1 月號，1998 年 1 月，頁 14，轉引自謝易宏，註 33，頁 334。

選、評定出最優案件申請人之行為，依照實務及多數學說見解，乃一行政處分⁴⁷，並涉及評審或甄審委員會之「判斷餘地」。⁴⁸

在第二階段中，政府按照前開之行政處分，在一定法律條件下，與取得核准興建之民間機構簽定投資契約，為該投資契約究屬何種法律性質，可分為「私法契約說」與「行政契約說」二者。

依促參法第十二條：「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。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。」似明文規定「投資契約，應依個案特性，記載爭議處理及仲裁條款」、「適用民事法相關之規定」，惟學說及實務仍有不同意見，簡要整理如下：

1.行政契約說：

所謂行政契約，依行政程序法第 135 條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」，關於公法上法律關係之設定、變更或消滅，而締結之契約，即為行政契約。依此，一般判斷是否為行政契約，除具備三要素：行政契約係法律行為、行政契約係雙方法律行為、行政契約發生行政法（公法）上之效果⁴⁹而得與其他行政行為

⁴⁷ 惟就此點，亦非毫無爭議，學說即有提出批評者：「最優申請人之甄審決定被認為是行政處分（行政機關就特定公法上事件所為之具體決定），乃係因為行政行為之公私法屬性之判斷，應從依附法規之屬性判斷，而其概括的將促參法直接理解為公法所導出的邏輯上的結果。然而甄審決定之法律依據應為促參法第 44 條，其第一項規定「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。」，其實並不容易就此認定該法規有一般公法規範中，典型的設定行政機關與私人間之上下隸屬關係，或者使行政機關僅得依高權主體身份作為法律關係主體的特徵。因此不應該以此率斷」。參程明修，公私協力契約相對人之選任爭議—以最高行政法院九十五年度第一二三九號判決（ETC 案）之若干徵點為中心，月旦法學雜誌，138 期，2006 年 11 月，頁 30-31。

⁴⁸ 謝易宏，註 33，頁 334。

⁴⁹ 李慶義，促進民間參與公共建設相關法規適用問題研究報告，行政院法務部全球資訊網，資料最後更新日期：2006 年 10 月 12 日。

相區隔外，對於針對契約之定性如何判斷其屬公法或私法契約，通說乃採取契約標的說，亦即契約之權利義務關係若屬公法者，即得認定該契約為行政契約。⁵⁰而於釋字五三三號做成後，亦有以契約標的及契約目的、契約主體混合說輔助判斷者。

釋字五三三號中吳庚大法官於協同意見書提出四項輔助判斷標準，亦即凡契約內容（標的），有下列四者之一時，即認定為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替。（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者。（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者。（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。⁵¹⁵²

投資契約如採行政契約說，雖亦有契約之性質，並準用民法相關之規定（行政程序法第 149 條），但雙方地位並不對等。在行政契約雙方之關係中，

<https://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=27632&CtUnit=8749&BaseDSD=7&mp=001>，頁 22-23，最後訪問日：2015 年 8 月 30 日。

⁵⁰ 林明鏘，ETC 判決與公益原則—評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 7 月，頁 19-20。

⁵¹ 林明鏘，註 51，頁 19-20。

⁵² 依司法院大法官釋字第 533 號解釋：「中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。」大法官解釋意旨，以全民健康保險為強制性之社會保險，攸關全體國民福祉至鉅，具公法之性質，特約醫事服務機構依照全民健康保險法等公法性質之法規，提供醫療服務，以達成促進國民健康、增進公共利益之行政目的，認為此項合約具有行政契約之性質。惟應以如何之具體標準，判斷行政契約或民事契約？吳庚大法官於司法院大法官第 533 號解釋協同意見書，列舉上述四項判斷標準，可參閱之。

行政機關基於法律授權，有訂定對外發生法律效果之法規命令以規範契約對象之權，而法規命令之訂定、修正、廢止、停止或恢復適用，均足以影響契約他方當事人之權益；再者，行政機關得為必要之指導或協助（同法第 144 條），得片面調整契約內容或終止契約（同法第 146 第一項），且於契約條款發生疑義時，基於「公益優先原則」，應為有利政府之解釋⁵³。此外，最大之不同即係在於行政契約履約爭議之救濟程序應循行政訴訟程序解決。⁵⁴

而認投資契約應為行政契約者，其論據簡要羅列如下：

（1）基於契約標的理論，主管機關與民間機構訂定投資契約，允許民間機構參與經營該公共建設之行為，其乃是將「國家負擔之公法上之給付義務」，委由民間機構加以實行，其契約標的具有公法性質，為公法上法律關係。

（2）輔以契約目的理論，投資契約扮演提供公共交通建設之服務，與公共利益具有密切關係，不是單純政府與私人訂立買賣契約所生之私人利益，其涵蓋全體國民使用公共建設之權利⁵⁵。

（3）依行政程序法第 148 條第 1 項規定，「行政契約約定自願接受執行時，債務人不為給付時，債權人得以該契約為強制執行之執行名義。」投資契約涉及公共之興建與營運，對公益影響重大，如採私法契約說，就契約上權利之實現，僅憑契約之約定並無執行力，尚須經過訴訟始能取得執行名義，不但曠日費時，徒增交易成本，應採行政契約說，避免公共建設服務之中斷⁵⁶。

2.私法契約說：

⁵³ 謝易宏，註 33，頁 336。

⁵⁴ 李慶義，註 50，頁 23。

⁵⁵ 陳清秀敘述，摘自黃運湘 / 楊樺珍 / 張家蔓 / 秋凱琳劉慧茹整理，BOT 法制及實務問題之研討，全國律師 1 月號，1998 年 1 月，頁 14。

⁵⁶ 陳晉業，促進民間參與公共建設模式之研究-以環保署焚化廠工程 BOT 模式為例，台北大學公共行政暨政策學系碩士研究論文，2004 年，頁 53-54。

認為投資契約為私法契約者，基於以下論點認為主管機關與民間機構所訂定之投資契約應受民事法院之管轄，適用私法自治契約自由原則，並在契約發生疑議時，應基於「誠實信用原則」加以解釋，主管機關並未受有特別之保障⁵⁷，而在契約調解機制的部分，若定性為私法契約，則因契約嚴守原則（pacta sunt servanda），頂多援引民法第 227 條之 2 的情事變更原則，請求普通法院調整給付內容。⁵⁸而其論據簡要介紹如下：

(1) 契約之標的即其主要內容，係在規範特許經營權之範圍、權利金給付、營運資產之移轉等事項，而非在授與民間機構特許經營權，其特許權於先前「核准函」之行政處分中已為之，且促進民間參與公共建設法第三條第一項所列舉之公共建設，非專屬於行政機關始得為之，民間機構經特許者，亦得經營之，因此該契約之簽定，並不構成公法權利義務的移轉⁵⁹。

(2) 契 BOT 模式興建公共建設主要著眼點是在於借重民間企業之資金及經營效率，若解釋為行政契約，恐擴大政府之介入空間，與原來利用 BOT 模式之原意不合⁶⁰。

(3) 行政契約基於「公共利益重於私人利益」之理念，行政程序法第 146 條定有行政機關得為防止或除去對公益之重大危害，於必要範圍內調整契約內容或終止契約之規定，此外，同法第一四七條又規定，若因情事重大之變更，非當事人當時得預料，顯失公平時，單方可調整契約或終止契約。勢必造成雙方武器之不平等，降低民間參與公共建設之意願，因此，宜建立當事人平等之地位將之認定為私法契約⁶¹。

⁵⁷ 謝易宏，註 33，頁 331-332。

⁵⁸ 王文宇，註 3，頁 19。

⁵⁹ 何愛文，公共工程採 BOT 模式所生法律問題之研究，律師雜誌第 213 期，頁 60。

⁶⁰ 何愛文，公共工程採 BOT 模式所生法律問題之研究，律師雜誌第 213 期，頁 60。

⁶¹ 劉紹樑律師見解，摘自黃運湘 / 楊樺珍 / 張家蔓 / 秋凱琳劉慧茹整理，BOT 法制及實務問題之研討，全國律師 1 月號，1998 年 1 月，頁 36-37。

(4) 依立法理由而言，促參法第十二條立法理由：「說明一、本條明定投資契約屬民事契約之性質，與其訂定之原則及履行之方法。二、參照聯合國等相關機構之研究及政府採購法之規定，爰於第一項規定主辦機關與民間機構之權利義務關係，依民事契約原則，悉由投資契約規範之。」而依政府採購法規定，就機關與廠商間，關於簽約後之履約爭議，為私法上之爭議，應依調解、仲裁或民事訴訟程序解決（政府採購法第 85 條之 1）。促參法立法理由說明「投資契約屬民事契約之性質」、「參照.....政府採購法之規定.....主辦機關與民間機構之權利義務關係，依民事契約原則」，可見其立法意旨，係認投資契約為民事契約。

(5) 公私部門合作履行行政任務之際，為確保私部門妥善辦理公共事務，公部門自應採取相關介入、監督措施，包括在契約條款中明定必要的終止條款。此時不應以此認定公私部門合作所締結之契約均屬行政契約，否則將過度限縮立法者對公私部門合作的形塑空間⁶²

(6) 若僅從契約公益性、行政機關尚存有若干制度周邊可資適用之強制作用性格的觀點，認定契約屬性為公法性質，即可能忽略立法者在實定法中的特殊安排。且若肯定行政機關有所謂手段選擇自由，卻不容許行政機關與相對人合議締結屬意的契約形式，例如締結私法契約，則說理上恐有矛盾之處。⁶³

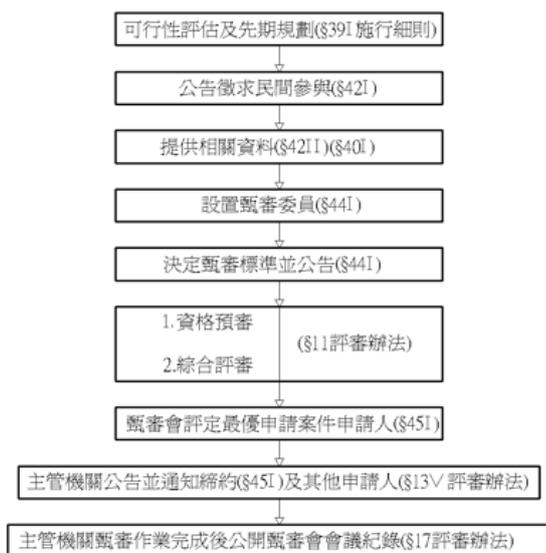
目前實務上多數行政法院裁判，仍以『契約標的』是否發生公法上之權利義務之變動，為判斷行政契約或民事契約之標準（參臺北高等行政法院 92 年度訴字第 721 號裁定）。惟就算簡要的採此標準，因民間機構參與投資之方式不一，投資契約所設之公共建設，類型可能大不相同，而各類公共建設之興

⁶² 陳愛娥，促進民間參與公共事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等、九十四年停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 38-40。

⁶³ 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，頁 7。

建（擴建、整建）或營運，縱屬與公益之行政目的有關，也未必即涉及公法上之法律關係，發生公法上之權利義務之變動。總而言之，對於 BOT 投資契約而言，傳統公法與私法的區別未必可當然適用，亦難自契約的內容，抽離出絕對屬於公法契約或民事契約的特質而予以涵攝⁶⁴，其性質究屬行政契約或民事契約，應依個案分別判斷之，不可一概而論。⁶⁵

（八）、促參法之標準流程



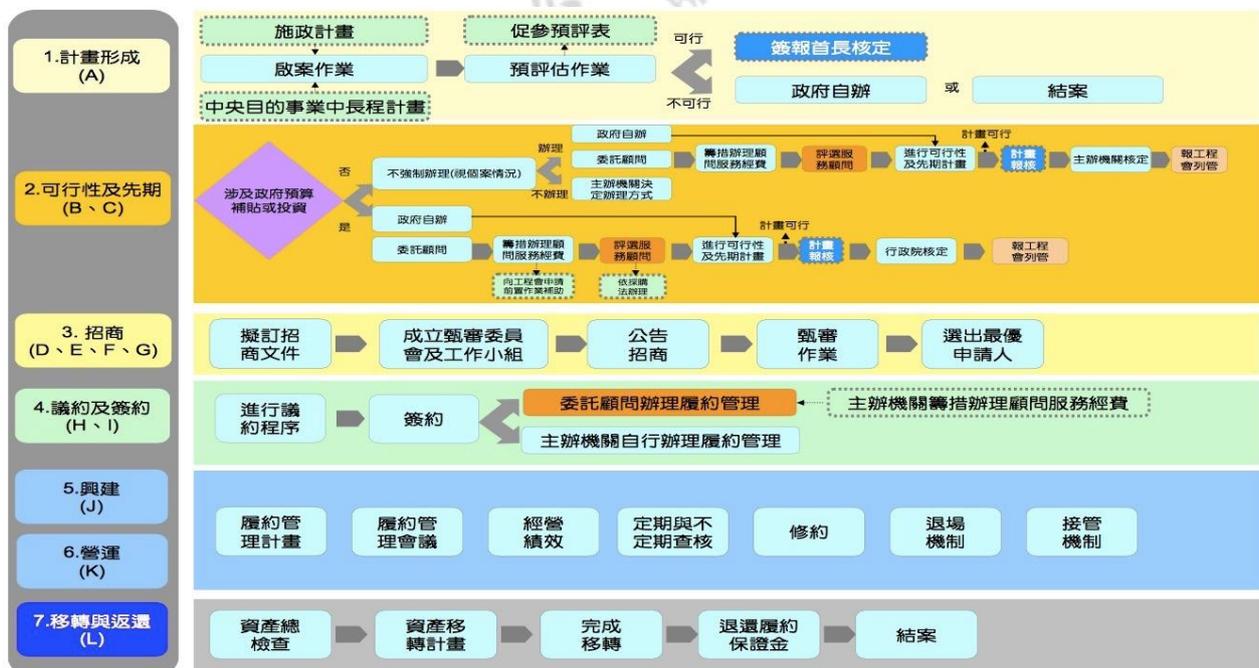
⁶⁴ 王文宇，註 3，頁 19。

⁶⁵ 李慶義, 促進民間參與公共建設相關法規適用問題研究報告, 行政院法務部全球資訊網, 資料最後更新日期: 2006 年 10 月 12 日。

<https://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=27632&CtUnit=8749&BaseDSD=7&mp=001> , 頁 21-28 , 最後訪問日 : 2015 年 8 月 30 日。

資料來源：

林明鏘，ETC 判決與公益原則—評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 7 月，頁 12。



表二、促參標準作業流程

資料來源：財政部促參標準作業流程及重要事項檢核表

<http://law.kcg.gov.tw/work/work1.pdf>

三、台灣 BOT 爭議案解析

(一)、高鐵案

1. 本案歷程

立法院於去年（2015 年）五月底通過獎參條例第 4 條的修正案，該項修正明定「有政府、公營事業出資或捐助者，其出資總額不得超過該公司資本總額或財產總額百分之五十」，放寬政府出資自百分之二十提高至百分之五十，此項修正即是為了替高鐵的財務窘境解套。

高鐵 BOT 為全世界最大的 BOT 案，台灣高鐵公司之前身，即參與投標之台灣高鐵聯盟（主要股東分別為大陸工程、富邦、太電、長榮及東元電機等五大財團）於 1997 年參與南北高速鐵路項目競標，並以「政府零出資」的經營策略模式，打敗了劉泰英（前國民黨黨營事業管理委員會負責人）主導的中華高鐵聯盟由政府出資 1495 億的投標案，於 1998 年與交通部簽署興建營運契約，以建設經費 3366 億，加上政府已投資的 1057 億共計 4423 億，作為台灣高速鐵路的總建設經費，⁶⁶並將於營運期間每年提出稅前營業利益百分之十給予政府，作為返還前述政府已投資⁶⁷之政府必須辦理事項之用，且縱使上述費用完全返還後，仍繼續提交至營運期屆滿為止。而其爭議與困境一路走來屢見不鮮。

⁶⁶ 謝明瑞，變調的 BOT，國家政策論壇，2002 年 5 月，第二卷第五期。

<http://old.npf.org.tw/monthly/00205/theme-156.htm>，最後訪問日：2015 年 8 月 30 日。

根據台灣高鐵財務計畫的競標條件，其資金來源主要是來自兩方面，一是股權籌資 1322 億元，一是債權融資 3083 億元，前者由其五大原始股東及機電系統供應商等成員出資 51%，機構投資人 29%至 34%，而公眾募股則佔 15%至 20%；後者則由國內銀行聯合貸款 3083 億元，其中 2800 億元由行政院中長期資金支應，另外 283 億元則由銀行自有資金支應；此外，台灣高鐵亦尋求國外出口信貸機構之貸款，以等額減少國內銀行貸款額度。其規劃可謂相當充分而詳實，然而在得標後不到兩個月，台灣高鐵公司即面臨了原始股東資金未到位、籌資困難的問題。其乃要求政府以承諾於必要時照價收買，以此獲得銀行資金融通的保證，而政府為避免高鐵案停工失敗所可能造成的經濟、交通建設與政治上之危機，不得不接受台灣高鐵公司的要求，而由交通部、台灣高鐵公司，以及高鐵聯合授信案 25 家聯貸銀行團之代理銀行（即交通銀行）共同簽署了「台灣南北高速鐵路計畫三方契約」，並於 89 年 11 月 20 日完成銀行聯合貸款之首次動撥工作，但因政府的基金投資有其一定的規範，無法直接投資於高鐵，在此情況下，政府為了達成其對高鐵融資保證之目的，乃改變國營事業及政府之相關基金的設置辦法以資因應，結果造成政府投資在高鐵的資金佔其總資金的比率愈來愈高，而台灣高鐵原始股東資金所佔的比率則愈來愈低的矛盾現象。⁶⁸

(1) 出資:獎勵民間參與交通建設條例及相關法規中,係指政府政策性的貼補作為,民間不需要分擔或回饋。例如:高鐵建設中的沿線土地徵收、各縣市之都市變更作業、車站聯外交通規劃、環境影響評估之核可等事宜,均由政府以編列預算方式,「出資」辦理完成。

(2) 投資:獎勵民間參與交通建設條例第四條規定:「本條例所稱民間機構,係指依公司法設立之公司;其有政府或公營事業機構投資者,其直接投資間接投資合計不得高於該公司資本總額百分之二十。」在上述條文中特別指出「依公司法設立」之關鍵字眼,其目的即在指出「投資」係為取得公司的股份或股權,並據以享有選任董監事、股利分配及出售股票獲利等有關股東權益之行為。

(3) 回饋金:其意義實際上類似於「權利金」,依據獎勵民間參與交通建設條例第七條規定:「主管機關視交通建設個案特性,得基於公平競爭原則許可民間機構於一定期限內經營交通建設,並得向其收取權利金。前項權利金收取之相關事項應於投資契約中明定。」。參崔伯義,台灣高鐵 BOT 計畫甄審暨議約過程的回顧與省思,中華技術,2010年4月,第86期,頁36。

⁶⁸ 謝明瑞,註67。

這樣的出資比例實際上已有偏離 BOT 精神之虞，而在實務歷程中，政府與民間的投資比例更是愈發懸殊。政府先是應台灣高鐵公司之要求，根據獎參條例協助提供資金，政府先是其需具備自有資金二成，其餘八成由銀行聯貸來完成，必要時得由政府提供聯貸保證；後當銀行皆不願撥注貸款予高鐵時，政府乃從郵儲基金中提供 2100 億，另七百億則在原定向歐洲高鐵簽約後更改為日本新幹線得標後，由日本的輸出入銀行貸款。而後當日本銀行又表明不願提供貸款後，高鐵乃再回頭要求政府以勞退、勞保，以及退輔基金各提供一百億元，銀行部分則由交通部等聯貸四百億，並由政府提供財政保證，爾後，再由開發基金投資三十億，台糖投資五十億，結果是在台灣高鐵的財務結構中，民間的實際投資僅有 16%，而由政府投資及其連帶保證的部份，加上政府動用四大基金貸款，其總額則佔了 84%。民間投資比例之低、倚賴政府之深，似乎引人疑竇。

2. 本案爭議：

(1) 甄審過程：

高鐵案中一大爭議之核心即在於於整個高鐵案的過程中是否有五大原始股東利用高鐵工程中飽私囊，而將借款、財務等風險皆推託由政府埋單之嫌，由此衍生許多批評之聲浪。五大原始股東於投標時是否已打定主意政府不可能任由高鐵失敗停工，而影響其財務規劃，使其任意畫出難以實現的大餅而留待政府收拾其失敗的爛攤子，不得而知。

有質疑高鐵案 BOT 於甄審階段是否僅以價低者得而使台灣高鐵公司以低價搶標，不過，甄審過程似乎並未如外界所質疑般草率而僅以價低者得，反而，由於高鐵 BOT 價額、牽涉範圍皆極廣，為避免傳統招標評決方式中採評分法或序位法，易因分數相近難以抉擇、或評比項目權重分配之觀點不同而起爭議，高鐵之評決方式採取獨創之共識決，亦即每位甄審委員均擁有否決權，必須全部委員一致同意始得決標，如有任何質疑事項，必須反覆討論、釋疑至全部委員皆認同為止。而其評決之標準亦不以數據化的項目分數或評比序位決之，乃由

兩家合格申請人於通過基本門檻之形式審查和初步審查後,再自行依據「最有利於政府之條件」及「需要政府投資額度最少」,開列其所能提供的優惠方案,後並由甄審委員會評估其創意性、合理性及可行性,似非僅使價低者得標。有論者即以此認為其甄審過程應足夠審慎⁶⁹,然而,甄審過程的仔細似乎仍無法完全解除台灣高鐵公司以低價搶標的疑慮,雖是後見之明,然而誇口政府零出資甚而提供巨額回饋金,最後卻一步步盡是財務危機,迫使政府不得不逐步介入,其可行性之審查是否完備,不無疑慮。監察院之調查報告即指出:「高鐵聯盟之融資計畫,無論需政府提供之融資協助事項、融資金額、利率、融資成本,均較另一合格申請人(中華開發公司)為差⁷⁰,渠財務計畫或較具吸引力,然核心之融資計畫,顯有疑慮且亟待澄清。查交通部未能於決標前先洽詢融資銀行團首度承攬鉅額之無或有限追索權⁷¹(Non-Recourse or Limited Recourse)專案融資之真正意願⁷²,即率爾甄審最優申請人,肇致渠 86 年 9 月 25 日得標後,長達近 2 年,嗣經政府 88 年 8 月 13 日由融資「協助」改為積極介入、簽下三方契約備忘錄,並允諾承擔債信餘額,作融資保證之極為不妥案例,倍增政府財務風險;爰交通部自宜深記教訓。」同時其亦針對評決標準提出批評建議:「甄選最優申請人之評決標準,未臻明確且注重財務面,然卻未落實審議融資計畫之可行性,亦未於甄審

⁶⁹ 崔伯義,台灣高鐵 BOT 計畫甄審暨議約過程的回顧與省思,中華技術,2010 年 4 月,第 86 期,頁 32-33。

⁷⁰ 高鐵聯盟之融資額度為 2,789 億元,融資利率(依來源不同)約 7.2-10%,融資成本約 817 億元;中華開發公司之融資額度為 2,391 億元,融資利率約 2.5-9.75%,融資成本約 400 億元。而中華開發公司投資計畫書第 6 章財務計畫第 6-73 頁僅載明:「行政院開發基金融資」【註:高鐵局 86 年 7 月補充說明「融資協助」第 4.1 節業允諾】、「備用銀行融資(stand-by facility)」【註:建議申貸 2 獨立之備用銀行融資額度,以因應成本透支或營運短收等突發性資金短缺】等 2 項需政府支援;渠融資計畫,似較高鐵聯盟具可行性。轉引自監察院九十八年度專案調查研究報告,註 17,頁 200。

⁷¹ BOT 之專案融資通常為無追索權或有限追索權的融資方式,即將來特許公司無力償還借貸資金,債權人只能獲得專案本身的收入與資產,而對專案發起人(註:特許公司之母公司)的其他資產並無權染指。轉引自監察院九十八年度專案調查研究報告,註 18,頁 200。

⁷² 按高鐵案 2 合格申請人於 86 年 8 月競標時提送之融資意願書(Letter of Intent)本不具法律效果。轉引自監察院九十八年度專案調查研究報告,註 19,頁 200。

作業時要融資銀行團一併參與,以確實評估財務(含融資)計畫之可行性,肇致爾後政府需作融資保證,倍增政府財務風險」。

(2) 財務問題：

除甄審過程以外，高鐵案最為大眾所知也是其最大之困境，即在於其財務問題。由於自高鐵通車營運以來，其實際營業收入規模不如原投資計畫書所預期，及其他財務結構之原因，使其財務一直十分困難，於近年更屢屢傳出破產之疑慮。以 97 至 98 年為例，台灣高鐵公司自 97 年至 98 年間每月營收約 20 億元,扣除營運支出約 10 億元,餘額不足以支付利息與折舊負擔,以致持續產生虧損，而其淨值下降之主要原因為發放特別股股息(約 95 億元)及累計虧損。⁷³

針對其財務之困難，台灣高鐵公司自營運以來數度嘗試解決之，然而由於種種社會經濟條件、及其自身的問題，始終未能獲得圓滿的解決。

於 97 年 2 月，由於台灣高鐵公司恐有無法負擔還本付息之虞，故其於 97 年 2 月向政府提出「再融資方案」而於 97 年 8 月政府協助高鐵公司與第一聯貸銀行團協商高鐵財務問題解決方案,後主辦銀行同意以「利息遞延融資方案」減輕營運初期之還本付息負擔。惟 98 年初其表示國內經濟受金融海嘯影響,運量成長趨緩,預估營業收入仍將不如預期,「利息遞延融資方案」已無法解決其當時之財務問題。於是後又經交通部與高鐵公司就高鐵未來現金流量、收支預估等進行檢討,並經與相關單位及主辦銀行協調後,規劃「債務重組方案」,該方案以借新還舊、債權證券化為主要內容。惟主辦銀行與高鐵公司對主要承作條件卻無法達成共識,政府最後只好介入主導高鐵經營及改組董事會之議，於 98 年 9 月董事會中改選由航發會法人代表董事歐晉德先生擔任該公司董事長。

⁷³ 監察院九十八年度專案調查研究報告，頁 112-113，

http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/調查報告/100/10000005598%20交調44%20%20台灣高鐵BOT專案調查研究%20%20099ok.pdf，最後訪問日：2015 年 9 月 1 日。

除此之外，自 98 年起，台灣高鐵公司並針對部分遠高於市場行情之利率，與銀行團協調減碼，98 年度以前第一聯貸銀行團自有資金(約 391 億元)貸款利率原高於 8%，98 年度已降為 4%~2.7%。另其亦曾向金管會申請通過，自 98 年度起折舊方法由原「直線法」改採「運量百分比法」。

3. 近期發展

承上雖政府積極介入提供幫助，高鐵仍屢傳破產危機，迄去年仍未獲得解決。政府唯恐高鐵破產將造成交通、經濟之問題及民意不滿等問題，不得不積極介入尋求解方。交通部先是提出財改方案，但未獲立法院通過，當時批評聲浪四起，多數批評圍繞「圖利他人」，圖利特定自然人或法人為高鐵案向來遭到批評之處，過往之情形姑且不論，於該次財改方案中，批評之意見多流於空泛，為其可惜之處。舉例言之，依財改方案，原始股東負擔六成減資損失，此舉是如何得判定為圖利？若欲避免此規劃有圖利之虞，應否提高至八成甚至全數承擔？除此之外，若欲吸引新股東及資金，提供適當報酬率乃是理之當然，則此方案之比率究應如何規劃方不致構成圖利？而就財改方案是否圖利特定企業？專業層次的對話也顯不足。⁷⁴

後於去年 5 月，立法院交通委員會日前通過高鐵財改案，敲定政府增資 300 億元，特許期延長 35 年，並於 5 月底配套修正獎參條例第 4 條，允許政府出資比例提高至百分之五十。⁷⁵而後交通部考量如果合約增修協議書不盡早完成，恐會影響 8 月 7 日台灣高鐵公司特別股股東贖回特別股的時程；因此趕在 7 月底簽署「興建營運合約增修協議書」與「站區開發合約終止協議書」兩份合約協議書，使得台灣高鐵公司於簽署後政府得以依此與銀行團協商，解凍高鐵計畫專戶內的 500 多億元現金，來贖回 392 億元特別股，和償還積欠 150 多

⁷⁴ 王文宇，超越藍綠 拆除高鐵路障，聯合財經網，2015 年 1 月 13 日

<http://money.udn.com/money/story/5629/638914>，最後訪問日：2015 年 9 月 1 日。

⁷⁵ 高鐵有救了！獎參條例修法三讀通過 政府投資可達 50%，ettoday 東森新聞雲，2015 年 5 月 29 日，<http://www.ettoday.net/news/20150529/513460.htm>，最後訪問日：2015 年 9 月 1 日。

億元的特別股股息，並展開修改三方融資協議、三方契約的作業⁷⁶，避免拖累後續減增資時程。⁷⁷此代表著台灣高鐵 BOT 案，隨著高鐵財務改善方案正式啟動而走入歷史。未來高鐵完成減增資後，政府將成為最大股東，而根據「台灣南北高速鐵路站區開發合約終止協議書」，台灣高鐵公司應辦理事業發展用地地上權之抵押登記暨辦理事業發展用地地上權之塗銷登記⁷⁸，台灣高鐵由現在的民有公營變成公有公營，而高鐵民間參與 BOT 案也就此走入歷史。以下列出該次「台灣南北高速鐵路興建營運合約第四次增修協議書」之重要項目：

- (1) 原合約約定之特許期間自 35 年調整為 70 年。
- (2) 交通部承諾於本協議書生效後六個月內，於高鐵公司依法辦理增資 300 億元時，由高鐵相關建設基金完成投資 242 億元，餘 58 億元則由甲方另洽政府得以掌握董監席次優勢之公司或法人完成投資。
- (4) 雙方就應返還站區事業發展用地之開發使用權依公正專業鑑價機構之鑑價結果，新增回饋金之折減方式及金額。
- (5) 新增平穩機制之規範，透過調節不同年度之獲利，以達維持穩定股利之分派目的。
- (7) 明訂本協議書生效後撤回仲裁三案之時點，且就該等案件日後不再向交通部提出任何主張或請求。⁷⁹

而於此次增修協議書之其他應敘明事項內，載明本次增修協議於高鐵普通股完成減資六成（390 億元）後就生效，政府承諾的 300 億元增資如未完

⁷⁶ BOT 走入歷史 高鐵財改方案啟動，經濟日報，2015 年 7 月 27 日，
<http://udn.com/news/story/7238/1081111-BOT走入歷史-高鐵財改方案啟動>。最後訪問日：2015 年 9 月 1 日。

⁷⁷ 世界最大 BOT 案成歷史 高鐵 12 月降價，聯合晚報，2015 年 7 月 27 日，
<http://udn.com/news/story/7266/1081725-世界最大BOT案成歷史-高鐵12月降價>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁷⁸ <https://www.thsrc.com.tw/tw/StockInfo/GreatNewsDetail/f8cb5bdc-9479-40d4-8a59-2dc74796e6b3/17>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁷⁹ <https://www.thsrc.com.tw/tw/StockInfo/GreatNewsDetail/9c1f2fb4-cd07-469c-8771-28610821f046/6>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

成，雙方可再協商解決；且台灣高鐵必須撤銷 3,000 餘億元的仲裁案；雙方也將制訂新的票價計算公式，政府不必再補貼老殘優惠票的差額給高鐵公司。包括太電與大陸工程等民股大股東認為此三大「不平等條款」嚴重損害高鐵股東權益，強烈反對，認為同意的董事對股東應負相關民刑事法律責任。

台灣高鐵公司董事長劉維琪則表示，高鐵財務改善方案在董事會中已討論多次，經討論後多數董事認為財改是對高鐵最好的方案。而後，台灣高鐵公司於 9 月 10 日舉行臨時股東會，通過財改案，後於 10 月中下旬辦理減資作業。⁸⁰，完成 390 億減資，高鐵新合約生效，開始交還站區土地開發權給交通部，並於合約生效次日起 15 天內撤銷仲裁案。於其規劃內，並在 2015 年 12 月底泛公股完成 300 億增資、2015 年 12 月調降票價，實施新票價、2016 年 2 月 8 日前高鐵償還積欠 151 億的特別股股息。⁸²

高鐵破產之困境，於此似乎暫時告一段落，未來將如何發展，仍有待後續追蹤研究。許多由此案而起之問題，亦尚未有充分之討論及共識，例如若高鐵不幸破產，後續依照法令與契約規定，啟動接管與收買機制，而政府至今尚未有接管類似 BOT 高鐵之 BOT 交通建設之前例，所以接管辦法研擬十多年至今亦仍未定案。為確保順利營運，相關法制須釐清接管單位／董事會的權限劃分，以及政府／員工的徵用關係，而接管後將轉換公營還是另外招商？皆是值得關注的重點。⁸³

由於高鐵此一重大交通建設於社會經濟脈動息息相關，未來之發展，難以預測，吾人似乎也不該掉以輕心，況且鑑往知來，高鐵一案所引發的種種我

⁸⁰ 同註 77。

⁸¹ 高鐵財改案 股東會逾 2/3 支持通過，yahoo 奇摩新聞，2015 年 9 月 15 日，<https://tw.news.yahoo.com/高鐵路改案-股東會逾-2-3-支持通過-082100291--finance.html>，最後訪問日：2016 年 1 月 25 日。

⁸² 劉維琪：我不是跳火坑，是來滅火的！，遠見雜誌第 352 期，2015 年 10 月。

http://www.gvm.com.tw/Boardcontent_29695_3.html，最後訪問日：2016 年 1 月 25 日。

⁸³ 王文宇，註 75。

國執行 BOT 模式進行公共建設所可能面臨之問題，皆尚待實務學界共同研究，以期未來 BOT 於我國之發展更為成熟。

（二）、ETC 案（評鑑標準）

1. 本案歷程：

ETC 一案，其過程涉及行政法院判決、使用率過低、使用期軟硬體狀況層出不窮等問題，其爭議較之高鐵案恐怕有過之而無不及。

追溯政策推動始末，我國國道自 1974 年 7 月開始收費，當時因考量電子收費技術尚未成熟、用地取得等因素，而採取人工主線柵欄式計次收費方式，但此方式一直有收費不公平的問題，頗有民怨。而後，隨著電子收費技術成熟，及考量用地取得之困擾已可克服情況下，為實現用路人期待之「走多少、付多少」公平付費制度，以解決一直以來民意反映主線柵欄式計次收費方式繳費不公平之問題，並期望未來藉由 ETC 系統實施更多元化(路段、時段)差別費率措施，以均衡路網交通量，提升國道運輸效率，政府乃著手研究與規劃國道計程收費。當時出了解決上述問題，並有其他預期效益包括：預估每年可產生 17 億元節能減碳效益，含燃油 890 萬公升、回數 5 億張、旅行時間 940 萬車小時、CO₂ 約 2.1 萬公噸等。綜合言之，ETC 服務有節能、減碳、環保之效益，並可改善交通運輸、提升收費公平性。政策推動初期，政府原本打算自建，並分兩階段實施，先採取收費站建置電子收費(electronic toll collection, ETC)車道方式，再逐步走向全面計程收費。2002 年，立法院交通委員會將高公局編列有關 ETC 的預算刪除，當時交通部長林陵三，考量政府以自辦方式推動政策或公共政策，往往必須負擔工程延誤或追加預算等全部的風險，最後可能還是將由全民買單，不如應立法院之要求，為有效加速政策推動、減輕財政負擔、分散風險，以 BOT 方式推動，引入民間的資金及效率。

2003 年 8 月中，行政院公共工程委員會以「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」案招商，確立「系統轉換採二階段間接轉換方式」實施計程電子收費。而後由遠通電收公司得標，並於 2004 年 4 月底正式與政府簽訂「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運案」合約，並於 2006 年 2 月 10 日，為縮短車輛過站延滯時間，以人工與 ETC 併行之方式，開始啟用計次階段電子收費系統。

期間，因當初行政院公共工程委員會對 ETC 系統標案審議結果，將遠東公司評為「最優申請人」，台灣宇通為「次優申請人」，台灣宇通不服，提出行政訴訟，台北高等行政法院於 2005 年 2 月撤銷遠東公司為「最優申請人」決定，並經最高行政法院於 2006 年駁回遠通公司之上訴，全案確定。歷經高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決、最高行政法院 95 年度判字 1239 號判決，雖遠通之最優申請人資格遭撤銷，但交通部決定先讓遠通營運，同時因高等法院於判決中揭示，遠東最優申請人資格遭撤銷後，應由主辦機關裁量決定，或由次優申請人遞補，或重新公告接受申請。交通部選擇進行 ETC 第二次甄審作業，而第二次的甄審結果仍是由遠通電收公司獲得最優申請人資格，其續於 2007 年 8 月與高速公路局簽訂「高速公路電子收費系統建置及營運契約」，其中，稽核合約中的可收費成功率規定須達 99.8%。於此期間，遠通公司 ETC 歷經種種風波，例如其自 2006 年 2 月 10 日開始為期半年的營運測試期，通過遠通電收自主查核與高公局查核驗證，方可獲交通部特許核准，展開商業營運。然而，自五月二十日至六月二十日，ETC 的平均扣款失敗率仍高達 1.51%，超過標準值約七十五倍，月眉收費站更高達 23.6%，超過標準一千三百多倍，且月眉站六月一日單日的扣款失敗率為 43.2%，超過二千一百六十多倍。⁸⁴而 2010 年底，交通部長林陵三的機要秘書宋乃午因於 ETC 計畫公開招標案中，接受廠商精業公司經理蔡錦鴻賄賂，配合將招標條件放寬、修改建置時程及收費段數、

⁸⁴ ETC 扣款失敗率高 一立委認為不應商業營運，大紀元，2006 年 7 月 23 日，
<http://www.epochtimes.com/b5/6/7/23/n1395770.htm>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

指示研究人員製作有利於紅外線系統的研究報告，並洩漏甄審委員名單給蔡錦鴻，該當貪污治罪條例之收受賄賂罪，於最高法院駁回上訴後定讞，重判宋乃午有期徒刑十一年、褫奪公權八年確定。⁸⁵

種種系統、人事、貪污爭議，卻都沒有阻擋遠通公司 ETC 上路，最後，於 2013 年 12 月完成多車道自由車流之計程電子收費系統建置。

然而，後續的問題仍層出不窮，如由高公局委託學者專家所組成的 ETC 稽核委員會，2 月 5 日首次召開會議，開封第一天抽查的資料就出現「錄影設備故障」，無畫面可供稽核的情形。⁸⁶並屢傳扣錯款之狀況，引發大量民怨⁸⁷⁸⁸。回顧整個 ETC 案件，從甄審到建設過程，到二次甄審，到試營運，狀況不斷，各階段幾乎無一倖免，且其更經歷高等、最高行政法院判決遠通公司之最優申請人資格無效、廠商遭起訴⁸⁹、關鍵公務員遭有罪判決確定等爭議，甄審過程

⁸⁵ ETC 弊案 前交長機要宋乃午 判刑 11 年確定，自由時報，2010 年 12 月 24 日，
<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/454431>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁸⁶ eTag 稽核資料開封！遠通：設備故障、完全沒有畫面，三立新聞網，2014 年 2 月 6 日，
<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=12707>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁸⁷ 最後通牒！eTag 再亂扣款 5 月解約，三立新聞網，2014 年 1 月 21 日，
<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=11124&PageGroupID=4>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁸⁸ 「應接不暇啊」eTag 陳情多 立委自嘲可日入 1 萬，三立新聞網，2014 年 1 月 22 日，
<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=11353&PageGroupID=6>。最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

⁸⁹ 檢方當初起訴指出，交通部於 93 年評選 ETC 廠商，評選遠東聯盟為最優申請人，並要遠東聯盟應製作實測報告送至委員會審核。但張永昌與吳忠潔明知測試準確率難以通過，竟擅自變更測試內容，再由亞新公司配合出具審核通過報告，使甄審委員誤認遠東聯盟通過實測審核而取得營運合約。一審時，3 人獲判無罪；高院審理認為，實測計畫書並非完全不可修改，遠東聯盟的修正內容，沒有違背招商文件的規範要求，且施測時，高工局的工作小組成員以及甄審委員都在場，認定張永昌等 3 人並無詐騙情事，今天駁回檢方上訴，3 人無罪定讞。參：ETC 弊案 3 廠商無罪定讞，中央日報，2010 年 3 月 10 日，
http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=108&docid=101080651，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

政商關係的糾葛引人疑竇，而其軟硬體的問題更始終沒有解決，對過路民眾造成直接之影響，種種情形交疊，難免引起民眾質疑不滿。

2.法院判決：

而由本案所出的高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決、最高行政法院 95 年度判字 1239 號判決，為 BOT 案例中法院明確表示法律意見之著例，殊值研究，以下簡要介紹之。

高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決中認針對甄審公告，認定遠東聯盟為最優申請人之判斷，屬專門事項之專業性判斷，有其判斷餘地，但甄審公告對合格之入圍申請人於協商程序違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事。以下分平等原則及公益原則簡要說明：

(1) 協商係甄審會議前重要程序，足以影響甄審結果之判斷，然本案被告僅與遠通電收公司協商 VPS 項目，而未與其他各入圍申請人（包括原告）協商 VPS，有違平等原則：

A.基於促進民間參與公共建設法第 44 條、甄審辦法第 15 條規定以及行政程序法第 6 條規定，並參照大法官釋字第 481 號解釋得知，所謂事物之本質，應就事物內在價值及其所欲達成之目的判斷之。協商程序之本質在於招商之公平性及本招商案 20 年之可行性之公共利益，平等協商一方面係使各申請人有一致性的比較基礎，另一方面讓政府獲取更有利之條件。

B.因此於本案中，入圍申請人雖各有不同系統之採行，但若有新興系統之預估，自應就該新興系統以協商程序作相同之承諾或補充相關資料，甄審委員始有相同之判斷基準。尤其，申請人文件均在甄審委員之保管中，各申請人無法知悉彼此之文件，無從對競爭者內容提出質疑，僅甄審委員通盤知悉，協商議題只能由甄審委員主動提出與決定，因此被告依促進民間參與公共建設法令所要求之公平協商及平等對待各入圍申請人益形重要。亦即，法院判決強調 BOT 案之主辦機關對與參與人負有「協商義務」，此種協商義務是一般政府採

購程序與 BOT 程序有所不同之處，也是 BOT 精神之所在⁹⁰，而此項協商應與各申請人公平為之。

C. 協商程序應使各入圍申請人在相同之基礎上，提出各種條件，政府在此一「平等」基礎上，選擇最可行且有利政府之投資計畫。

而甄審委員會既與遠通電收公司協商 VPS 系統，對於同樣願意採用 VPS 系統之原告，被告自應告知政府對 VPS 系統之條件，讓原告有機會提案或補充投資計畫之各項規劃，被告未與原告協商 VPS 系統，自係違反平等協商。且既然多車道自由車流部分，可以予遠通電收公司上開補充，則甄審委員會自應對其他入圍申請人就 VPS 技術規劃部分為相同協商程序處理，甄審委員評分之資料方為公平。

(2) 甄審委員所授權之工作小組就遠通電收公司關於車內設備單元 (OBU) 之定價原則未列入協商項目，有違公益原則。

A. 法院參照吳庚大法官之見解，認為「按法治國家之憲法及法律內涵，即顯現公益，是以確實執行法律，為實現公益之主要手段，惟行政機關為裁量行為時或可不受法律拘束，但應把公益原則列為第一優先，所謂公益，並非政府之利益，亦非行政、立法或政治社會中某一團體之利益，而係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討。」因此，雖然本件原告未以「公益原則」作為攻擊方法，行政法院直接對被告之決定，進行公益原則之職權審查，並非一訴外裁判情形，只是從行政訴訟法第一條之規定為合法性判斷的程序而已⁹¹。

⁹⁰ 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九四年訴字第七五二號 (ETC) 判決，臺灣本土法學雜誌，2006 年 5 月，頁 188。

⁹¹ 李惠宗，同前註，頁 188。

B.用路人並未在本件高速公路電子收費系統建置及營運形成利益團體，參與招商、建置營運之程序，而形成較弱勢之利益，則被告為行政機關在裁量協商項目時，自應以用路人權益為最優先考量，並避免營運公司得標後，在 20 年之委辦期間因系統建置變更而須變更車內設備單元，有損用路人利益，始合於公益。

亦即 BOT 案不應僅以民間機構之收益或能成為政府政績的建設成果為重心，而將人民之權益徒留抽象的口號，應該要將人民（ETC 使用者、消費者）所關切之議題落實在招商條件、甄選評分基準以及其後締約時契約內容之中，始符合公益性³⁶。因此，應該民眾所關切之裝機費用、收費項目、費用增加等問題一併納入甄選基準以及協商內容。

C.本案建設目的係為全面計程電子收費，在 20 年之委辦期間，計程期間長達 15 年以上，佔全部委辦期間之 75%，而在進到「全面計程」前之「計次」收費只是過渡。遠通電收公司於其投資計畫書載明：『在計程收費階段，本團隊選擇開放式主線道收費方式，使用多車道自由車流系統架構』及『第二階段將以 VPS 系統為主』。遠通電收公司既將 VPS 系統作為將來計程階段主要系統，則車內設備單元之定價及相關費用，其銷售 VPS 車內設備單元之定價及成本費用，被告（高公局）自應命於協商階段說明或保證，否則日後定價或收費，僅由高公局認可機制控制，必生糾紛。

而將來車內設備單元若有價格變動之虞者，則應以租用方式予用路人使用，否則將來換機型之價格變動雖須經被告認可，仍屬用路人負擔，亦將使公益有損，自更應列入協商項目，由遠通電收公司說明或保證，方合於公益原則，甚至應由各合格之入圍申請人為相同項目之保證修改，始得於同一基準為正確之評選。

此外，若依遠通電收公司各類投資計畫書等文件所載將採高速公路主線計程收費，於計程階段使用 VPS 系統，高速公路用路人將有被迫換裝不知價格多少之 VPS 車內設備單元之虞，全體用路人權益將陷於不可測之損害。此一攸

關全民權益之事項，經申請人之一字通公司質疑，被告並非不知有此疑義，自應於協商時主動將之列入協商項目，被告未列入協商項目，顯然有違公益原則，則甄審委員所據以甄審之資料即非正確，則甄審決定即屬違法。

亦即，法院認為關於用路權人之相關權益內容，尤其是「VPS 車內設備單元之定價及相關費用」、「銷售 VPS 車內設備單元之定價及成本費用」以及「將來換機型之價格變動」等事項，都應進行協商，由遠通公司說明暨保證。

3.本案爭議：

(1) 甄審過程：

除上述法院判決之質疑之外，論者有謂⁹²，其曾利用交通部公布之甄審過程評審之細項資料，計算評分結果，其結果發現，若不計由交通部事先評訂的「委辦服務費」項目，則不論第一階段或第二階段，評審結果都會由宏碁而非遠通得到第一。交通部主導決定此細項之評分級距，並曾在兩階段中予以改變，造成評選結果全然不同，交通部為如此行為，卻無需交代理由，顯不合理。

綜上所述，可發現本案之招標及甄審過程，爭議不斷。衡諸其原因，其中相當重要者，乃其在整個招標及甄審過程中，關於具關鍵性地位的紅外線與微波系統，何者較優和較為穩定，並無制定客觀明確的判斷標準。針對此問題，筆者曾撰文分析⁹³，然而自此案發生以來至今亦已逾五年，對此缺漏卻無令人滿意的改變。於研究我國 BOT 之法制與經驗時，實值再提出供討論深思。

依照本案當初招商文件所揭櫫的「評審項目」，在「系統功能說明書」項目中，出現如「系統技術方案符合國際技術發展趨勢的一致性、成熟運作可

⁹² 劉憶如，由 ETC—BOT 檢視政府缺失，天下雜誌，第 343 期，2011 年 4 月 14 日。

<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5004943>。

⁹³ 王文宇，註 3。

行性及整體安全機制周延性」等相當空泛的標準；此外在「系統建置計畫書」項目中，亦有如「工作施作及介面協調規劃之完整性及具體可行性」等相當抽象的原則。甄審項目除了未針對「系統技術」本身制定可以操作的標準外，在「電子收費使用者費用負擔」之項目，亦僅提出相當粗糙的標準，難怪行政院日後認定原甄審之協商程序違法，理由之一就是「欠缺關於用路人權益之具體評比項目及評分權重」，造成公共利益維護的缺口。由此可見，主辦單位與甄審委員會（含工作小組）未能建構一套有效判斷「何種系統技術為家」的評量基準。

而兩種技術各有優劣得失，不易納入客觀明確的評估標準，此固然亦言之有據，然而，無法諱言的，更大的原因或許是在強大的政商壓力下，無論主辦機關或甄審委員會，均刻意避免就兩種系統根據技術面的因素，做出符合專業的評比，而是技巧性的採取「技術中立」的策略，認定兩種系統均已過主辦機關最低需求標準，然後再根據一些未經具體化、客觀化的抽象標準，以「創造性模糊」方式選出其一，乃至對於行程甄審判斷的心證（尤其是技術評估的心證）三緘其口、祕而不宣，以避免有所得罪。然而，主辦單位與甄審委員對於此問題只能規避一時，畢竟選擇何種系統除了須考量初期（單一車道）之功效外，對於未來長遠的發展亦影響深遠，此乃無可迴避的議題。以此觀之，本案於平行協商時生重大爭議，實無足為奇。

本案行政院認定：主辦機關就兩種前瞻性系統（即 VPS 與多車道自由車流系統）之協商，違背了平等原則，此項見解固然有所依據，但紅外線與微波迥然不同之光電技術，也涉及不同的限制與風險，在此情形下，主辦機關與甄審委員會究竟應如何協商方符合「平等原則」，實非易事。針對此點，工程會發布之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」第 21 條規定綜合評審需進行協商時，應「平等」對待各入圍申請人。此外第 21 條規定甄審委員會協商時應注意某列事項，包括「擬具協商程序」等。但是在 ETC 案中，相關文件並未制定縝密的協商程序，難怪最後法院認定程序違法。應注意者，「如何平等地進行協商」其實與「如何評比不同技術」兩者息息相關；唯有先

制定可信的技術評比標準，才可能進行有意義的平行協商，否則至多僅能營造出形式上平等的假象。是故，唯有「程序」與「實體」兼顧，本案紛爭方能適切地解決。⁹⁴

一般而言，特許權的分配機制包括競價拍賣（auction）、平行協商（simultaneous negotiation）以及綜合評選（beauty contest）。我國促參法第四四條所定評定最優申請人之程序，即與平行協商較類似。平行協商又稱為競爭性協商（competitive negotiation），係指政府同時與數個潛在的投標人議約並進入協商程序，在過程中發展不同的選擇以滿足特許權的需求。之後，投標人依據協商過程的解決方案提出最後的申請，於政府選擇勝出者後再進行進一步的協商以確定契約條款。這種方式在計劃設計相當複雜時較為適當，因買賣雙方得於協商過程中交換資訊以尋求所欲的計畫設計。尤其是此種方式能使不同投標人的技術性解決方案整合進入最後的契約中。⁹⁵

而比較法上，美國之聯邦政府採購法（Federal Acquisition Regulation, FAR）就政府採購部門於招標及審標過程之相關原則與作法制定得非常詳盡細緻，頗值參考，整體而言，其賦予吾人最大的啟示，即係在其要求該採購的決定，必須是依靠事先已載明於招標、徵求文件中所有選擇標準所做出之「比較性評定」（comparative assessment），而該次採購案中的「評價因素」與「具重要性的次要因素」，便扮演了相當重要的地位。然而，我國甄審機制在此方面則顯有不足與缺失，可聯邦政府採購法之作法作為參考和借鏡⁹⁶。

（2）投資契約性質：

⁹⁴ 王文宇，註3，頁23-24。

⁹⁵ *Supra* note 21, 22-23.

⁹⁶ 關於其作法之內容介紹，尤第十五部分「依協商締約」（Contracting by Negotiation），可參筆者拙著，行政判斷與BOT法制—以ETC及京站案為例，月旦法學雜誌，第142期，2007年3月，頁24-25。

而除甄審過程之外，本案法院對於投資契約定性為行政契約，亦引發學界討論。除前已述及行政契約與私法契約理論上之爭意外，針對本案，學者亦有提出具體意見。

有認本案應屬行政契約者，其認依據前述契約標的理論以及契約標的及契約目的、契約主體混合說，本件高速公路通行費之委辦，涉及政府對人民徵收通行費、免徵或停徵、欠費追繳等，實為實施公法法規之手段、並使行政機關負有做成行政處分或其他公權力措施之義務，且約定內容涉及人民公法上權益或義務⁹⁷，而其契約之訂定特重其公益性質（促參法第 12 條參照），符合吳庚大法官於前述釋字第五三三號協同意見書中所提之輔助標準⁹⁸，應認其為行政契約。⁹⁹

然亦有學者認為，於考量契約內容所涉法規時，不應僅廣泛的以該法規整體之屬性為判斷，而應具體析究之。以本案而言，所涉促參法第 16 條第一項後段、第 18 條第一項等涉及土地徵收取得的規定，係由主辦機關依法（而非依契約）辦理，且民間機構依促參法第 36、37 條規定所取得之稅捐優惠，其依據亦非投資契約，字不應此等規定涉及公法上權利義務，即得率爾認定該投資契約為行政契約。且主管機關需依投資契約使得為促參法第 52 條第一項的強制接管，而第 53 條第一項之措施，已係主關機關依法律授權所採取，無法據此認為投資契約具公法性質。且公私部門合作履行行政任務之際，為確保私部門妥善辦理公共事務，公部門自應採取相關介入、監督措施，包括在契約條



⁹⁷ 此契約標的及契約目的，契約主體混合說，可參考釋字第 533 號解釋吳庚大法官之協同意見。

⁹⁸ 第一，作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替；第二，約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者；第三、約定內容涉及人民公法上權益或義務者；第四，約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。

⁹⁹ 林明鏞，註 51，頁 19-20。

款中明定必要的終止條款。此時不應以此認定公私部門合作所締結之契約均屬行政契約，否則將過度限縮立法者對公私部門合作的形塑空間¹⁰⁰

上述認為不應草率將促參法整體認為係公法而概括認為依此簽訂之契約皆屬行政契約者，實值贊同。而更有對於如何依據所涉具體法條認定契約性質舉例者，例如，本案中投資契約內容，涉及利用電子收費系統技術向通行之汽車徵收通行費之營運，若其契約內容包含徵收機關依「公路通行費徵收管理辦法」第十七條之規定，授權委託民間機構辦理公路通行費徵收業務，因公路通行費之徵收，係依據公路法第二十四條第一項規定與同條第二項授權訂定之「公路通行費徵收管理辦法」之規定而徵收，不依規定繳費者，尚應處以罰鍰（道路交通管理處罰條例第三十三條第一項第十二款），則此時屬公路主管機關與通行汽車間之公法上之權利義務關係，涉及人民公法上之權益，具行政機關之高權性，且會創設公法上權利義務之改變，衡諸該委託契約之標的與目的，應認其契約之性質為行政契約。但若未涉及公路通行費徵收業務，僅為單純之電子收費系統之建置，則仍屬於私法契約之範疇。¹⁰¹

除此之外，在本案中若將契約定性為私法契約，則於契約調整機制上，如前所述，因契約嚴守原則（*pacta sunt servanda*），頂多援引民法第 227 條之 2 的情事變更原則，請求普通法院調整給付內容，此時，能否讓用路人的權益重新進入決策程序，不無疑問。反之，若將本案的建置營運契約定性為行政契約，則因行政程序法對行政契約有較多公益考量，尤其透過契約無效條款（行政程序法第 141、142 條）以維護依法行政，避免行政機關違法出賣公權力，乃

¹⁰⁰ 陳愛娥，促進民間參與公共事件事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等、九十四年停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 38-40。

¹⁰¹ 李慶義，促進民間參與公共建設相關法規適用問題研究報告，行政院法務部全球資訊網，資料最後更新日期：2006 年 10 月 12 日。

<https://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=27632&CtUnit=8749&BaseDSD=7&mp=001>，頁 21-28，最後訪問日：2015 年 8 月 30 日。

行政法院控制 BOT 契約的利器¹⁰²。然而，若採此種見解，亦須注意行政程序中隊行政契約的規範是否足夠，尤其在行政法院將前階段甄審公告的撤銷，將影響後續建置營運契約的效力時，現行行政契約法治是否已足以解決因而產生的問題。¹⁰³

3. 近期發展：

自 2014 年 1 月起，國道雖已依計畫時程全線全面轉換實施計程電子收費，但初期卻面臨遠通電收公司安裝於用路人車上機 e-tag（ETC 電子標籤，使用於高速公路電子收費車道感應使用）狀況連連，收費問題頻傳，民眾抱怨不斷，甚至導致民眾號召用路人共同退掉 eTag；也衍生收費站人員的安置計畫的周延性與妥適性等問題，種種問題，如前所述。

有論者為 ETC 一案提出辯護，認為就整體運輸系統角度而言，國道高速公路之定位應屬城際長途公路運輸系統，主要是設計給長途的客貨運輸使用，因此，其設計速率遠高於其他等級的道路，也無交通號誌的設計，即是期望能藉此設計讓長途的客貨運輸使用者得以快速通過都會區，避免長、短途使用者互相競爭道路資源，造成道路無謂的壅擠。然而，目前我國在政治、民意考量下，犧牲專業的妥協結果，採取高速公路保留免費里程之作法，不但無法發揮高速公路應有的服務長途運輸的功能，反而更變相鼓勵用路人利用高速公路進行短途運輸使用的現象，進而造成計費複雜度增加，而使得收費系統出錯機率提高。¹⁰⁴

¹⁰² 陳英鈴，行政法院作為行政程序的守護神—評台北高等行政法院對 ETC 案裁判，月旦法學雜誌，132 期，2006 年 5 月，頁 161。

¹⁰³ 王文宇，註 3，頁 19-20。

¹⁰⁴ 國道電子計程收費 BOT 案現況與建議，朱純孝、涂維穗，中央網路報星期專論，2014 年 1 月 26 日。

實則，遠通 ETC 一案，至今已可謂千瘡百孔，其過程之缺失與不足顯而易見。吾人應自其中汲取教訓，並或參考比較法之作法，做一通盤檢討，鑑往知來，避免將來重蹈覆轍。

（三）、交九京站案

1. 本案歷程：

為解決台北公共運輸、交通繁忙壅塞之問題，經建會於 1999 年 3 月召開「研商台北車站特定區交九用地開發執行有關事宜」會議，決議依行政院核定之「都市更新方案」及「開發辦理原則」繼續辦理後續推動工作，並請台北市政府考量擔任本案之主辦機關。後本案自 200 年底由行政院經濟建設委員會函送台北市政府有關招標前置作業及招標文件草案後正式開始，途中歷經二次流標，於第三次招標始順利完成甄審及議約。¹⁰⁵2004 年 12 月 27 日台北市政府、交通部台灣鐵路管理局及台北市政府捷運工程局與日勝生活科技股份有限公司為發起人成立之特許公司萬達通實業股份有限公司，共同簽署開發經營契約，並於 1 個月後簽署設定地上權契約，開始起算開基地地上權五十年。

本開發案採 BOT 模式開發，並依大眾捷運法及大眾捷運系統土地聯合開發辦法規定規劃，由得標投資人自行籌款開發營運本案。至開發完成之建物得以得標投資人名義進行建物所有權登記。而其開發經營契約內容包括政府應協助或承諾範圍、確定三方融資機制、雙方違約與契約終止程序、特定資產交付信託、履約督導、不可抗力與除外情勢處理雙方爭議處理、優先承租議約權等政府與投資業者權益與義務之重要約定。而其中最為特殊者，可謂是令特定資產應交付信託之條款。此約定交九轉運站 BOT 案中之住宅及辦公室部分全部交

¹⁰⁵「臺北車站交九轉運站」書面報告，臺北市議會公報 第 79 卷 第 7 期，2014 年 10 月 5 日，<http://tcckm.tcc.gov.tw/tccgazFront/gazatte/readByGaz.jsp?vol=079&no=07&startPage=1862&endPage=1871>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

付信託開發業者及受託機構並連帶負責至信託期滿,將信託資產移轉予台北市政府。於契約期滿後,依政府指定的樓地板分配方式無償移轉為所屬機關所有,期間則採「信託營運方式」。

所謂信託營運方式,係指投資方依信託法規及契約規定,將本計劃之特定資產交付信託,由受託機構依信託本旨經營管理之營運方式,且其建物的經營管理得以租賃、不動產證券化或信託營運辦理,而依本件開發經營契約約定就「住宅、辦公室」部分應全部交付信託。此乃日勝公司為降低興建期間龐大資金需求,所提出符合法令與市政府政策之信託方式之創新做法,委託萬泰商業銀行為信託機構,對於其附屬事業資產採取此種信託營運機制,可降低使用人對於長達 45 年使用權之不確定性風險,大幅增高使用人之購買或租賃意願,因而可增加民間投資機構收入,進一步降低民間機構財務風險。¹⁰⁶而就此附屬事業資產強制信託部分,稱為「住辦資產信託契約」。¹⁰⁷而此種安排,即衍生出當時紅極一時之房地產預售案—交九京站案的相關問題,詳下述之。

2. 本案爭議：

(1) 主建設與附屬事業比重爭議

近年我國採 BOT 案之公共建設,皆無法逃避此項議題。而於本案中,初始公告的容積率是 400%,最後與日勝生簽約時卻放寬到 560%,總樓地板面積從 52857 坪,增至 74436 坪,但本案之主建設交通轉運站,在位置上卻設計在商場後側,並且只佔地 6996 坪,僅總坪數 9.4%¹⁰⁸,遭強烈質疑此乃本末倒置。

除此之外,台北轉運站大部分的樓板面積被劃為商業使用,導致台北轉運站中可以真正做為交通用途的面積縮水,也導致所欲解決的交通問題並未獲

¹⁰⁶ 賴志維,註 5,頁 114。

¹⁰⁷ 王文宇,註 3,頁 26。

¹⁰⁸ 陳敏鳳:爆疑點重重的交九轉運站公文,又是馬英九市長親簽!,財訊趨勢特刊,2015 年 3 月 31 日,http://www.wealth.com.tw/article_in.aspx?nid=4460,最後訪問日:2015 年 9 月 2 日。

得良好的解決，例如於 2009 年 8 月啟用當天，下午三點轉運站周邊交通即陷入癱瘓，車流回堵長達六百公尺。¹⁰⁹此與開發廠商較重視建物之商業用途，不無關係。

（2）住辦資產信託契約¹¹⁰

上述交九用地 BOT 開發中之「住辦資產」部分，仍可作為契約標的而買賣，惟本案銷售（預售）的標的並非建物所有權，而係所謂的「使用權」，購買者對該房屋的使用期限只有四十五年，屆時必須無償回收。換言之，投資人所購買者為不具有土地持份，亦不具建物所有權的「使用、收益權利」，當使用期限屆滿後即無權利可言。

就整體法律架構而言，京站案的銷售方式如下：特許開發經營人同意將其開發興建索取得知附屬事業住宅及辦公室資產（住辦資產）以及該土地地上權交付信託，且依委託人及受託人約定，以信託資金興建完成之住辦資產續行信託。雙方就住辦資產辦理建物所有權第一次登記後，由受託人為管理、使用、收益信託財產等。最後再由受託人轉讓該特定住辦資產之「使用權」與第三人。其興建資金的來源，則包括就未完成建物住宅及辦公室部分向第三人預收的款項，亦即當初預售屋的銷售金額。

而應注意者，本案乃係使用權買賣，與近年盛行的地上權住宅並不相同，所謂地上權住宅，乃不具房屋所座落土地的所有權，而僅有建築物所有權的住宅，這類住宅的銷售因不具土地持份，扣除地價後的房價往往為一般同地點住宅的六至八成，往往受到購屋者的歡迎。然本件交九京站案更為特殊，其權利並不包括建物之所有權。固然，由於只有五十年的地上權和使用權，相對的房價將比同區的一般住宅便宜，但於此種交易中，投資人是否確實知悉其所購買的標的內容，令人憂心。

¹⁰⁹ 運轉難！台北轉運站問題多，喀報第 219 期，2010 年 1 月 2 日，

<http://castnet.nctu.edu.tw/castnet/article/2068?issueID=88>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

¹¹⁰ 詳參王文宇，註 3，頁 26-29。

另外，本件使用權買賣的法律性質，應非買賣契約，買賣契約乃依據民法第 345 條以下之規定，其契約標的應為「物及權利的所有權」，本件應為民法第 421 條以下之租賃契約，以「對於物的使用、收益」為期權利的主要內容，所謂使用權買賣，應僅係一銷售手法的包裝。

由於本案採行使用權之銷售概念，乃新興之交易方式，相關權利義務之內涵究應如何移轉，有賴契約的詳盡訂明，是否會產生掛一漏萬之情形不僅令人起疑，縱能盡量詳盡，消費者是否能確實理解，是否有不符合公平性及合理性等條款出現的問題，亦令人擔心。若由於概念的創新而衍生出複雜的治理（governance structure）、管理方式，則此種銷售方式非但不是解決問題之道，反而成為日後更多問題的根源。

舉例而言，關於消費者所支付的費用，即有明顯的疑問。從一開始的四十五年使用費，到廣告單下方所出現的「使用期間須繳納地租及房屋稅」，再到契約書中可能規定的「管理費、基本水電費、社區公共管理費、清潔費、公共設施維護費、電梯維護費、維持、保全、修繕、改良特定著辦資產及公共設施之必要費用及有益費用等」，消費者所需支付之費用，龐雜而資訊不統一，實有將來必「掛一漏萬」而徒增糾紛之虞。

此外，就興建其與營運期的不可抗力風險承擔來說，可能的規定係「於特定著辦資產交付後，因天災、事變、政府法令變更、不可抗拒或其他不可歸責於轉讓人之事由，致本開發案停止進行或特定住辦資產滅失時，任一方得終止本契約，轉讓人應將契約價金扣除折舊總額後之餘額退還與受讓人」、「於特定著辦資產予交付前，因天災、地變、政府法令變更、不可抗力及其他不可歸責於轉讓人之事由，致本開發案停止進行，或特定著辦資產無法繼續興建，任一方得解除本契約」，如此已交付前後來區分適用解除或終止契約，由消費者來負擔「交付後的折舊風險」或許尚稱妥適，惟仍應補強相關保險機制。

然而若規定「特定住辦資產之利益及危險，自交付時起，均由受讓人承受負擔。受讓人應以善良管理人之注意，妥善使用特定住辦資產，維護特定住辦資產內之設施、設備，使特定住辦資產保持在良好並可使用之狀態，同時應

維持環境衛生安全」以及「因使用下所生之自然損壞，受讓人富有修繕之義務」等，四將租賃契約中出租人員應承擔之保持及修繕義務（參民法第 423、429 條）移轉由承租人負擔。基於契約自由原則此雖無不可，然涉及定型化契約及消費者保護之時，此是否公平合理，仍需進一步思考。

於一般的投資行為，投資人不需關心標的如何為使用，投資人承擔此風險，並藉由承擔風險獲利。相對的，本件「使用權買賣」的買受人，係屬於受託機構訂立租賃契約的承租人，應受民法體系下租賃契約的相關規定規範，而非如同投資人般須承擔投資風險。如將投資人與使用人兩種角色予以混合，因其本質上並不相同甚或有互相衝突之處，不僅是造成邏輯上的複雜，亦使得權利義務產生混淆。然無論如何，其既然非純粹之投資人，自不應承擔如投資之風險，而應賦予更多如同消費者、使用者之權益。即使政府依法（或依契約）不必負責，但若發生爭議，身為「地主」將無法置身事外，基於 BOT 政策的精神，政府將責無旁貸。

（四）、大巨蛋案

1. 本案歷程：

台灣之棒球運動相較於他種運動類型，可謂興盛，為顧及體育界之需求及回應球迷之希望，行政院在 1992 年 8 月函示台北市應儘速興建大型室內體育館(同案包括臺灣省、高雄市及台北市均各興建一座)。為顧及交通便捷性及生態保育等問題，1995 年，台北市政府就體育館之區位、財政負擔以及營運管理等課題，邀請藝術、文化、體育等各界學者專家組成巨蛋催生小組，並經近一年協商後自原本指定之關渡平原，將巨蛋地址訂為現址。後經歷綜合性評估、可行性審查等，行政院於 2002 年 4 月核定以 BOT 方式辦理並於巨蛋體育館，取得建築許可開工後三年興建完成。

台北市政府乃於 1993 年正式上網公告「徵求民間參與興建暨營運臺北市文化體育園區-大型室內體育館開發計畫案」，並於 2004 年 5 月於第二次甄審會議甄審評定後籌組為遠雄巨蛋事業股份有限公司的臺北巨蛋企業聯盟為最優申請人，後歷經多次、兩年多的議約，雙方於 2006 年 10 月辦理「臺北文化體育園區—大型室內體育館臺北大巨蛋 BOT 案」簽約。

於遠雄獲評選為最優申請人到正式簽約之間，發生眾多插曲。例如，當年組建「台北巨蛋企業聯盟」，把主要設計規劃者日本竹中工務店、新光集團、遠雄集團等幾大股東兜在一起的主要發起人劉培森，後與竹中工務退出團隊，北市府曾於會議中表示不同意二者退出、更換協力廠商，然而最後仍然妥協。而二者退出的原因，有可能即是因商場的規劃排擠巨蛋的設計。¹¹¹除此之外，於議約過程中，北市府屢屢作出令人費解的妥協，如同意刪除附屬事業補巨蛋虧損、同意刪除「接管權」、市府同意協助放寬航高限制、移轉之標的，由「現存所有全部營運資產」改為「現有建物及設備」、同意免權利金及市府承諾協助遠雄辦理申請都市計畫變更等等，衡諸契約本旨、內容，此等條款，非但對北市府方極為不公，更與 BOT 由民間參與，協助政府以更效率的方式完成公共建設之本意，大為偏離。

而本案更於 2009 年經監察院提出糾正案指出三十九項缺失，去年（2015）年 5 月，北市廉政透明委員會亦公布第一階段調查報告書，指出本案之其他違法違失部分。以下就其爭議討論之。

2. 本案爭議：

（1）甄審過程：

¹¹¹ 重新議約看這裡！大巨蛋原來長這樣，天下雜誌，2015 年 1 月 22 日，

<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5064070>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

A.遠雄公司申請變更協力廠商時，北市府甄審會決議經綜合考量，認為變更協力廠商必須不低於原協力廠商（竹中工務店）所具有之資格條件，故依遠雄公司所提供資料及簡報答詢後評估，擬變更之 HOK 公司無法取代原協力廠商竹中工務店，而否准變更協力廠商，遭建設公司三度向工程會申訴，工程會三度撤銷北市府甄審會決議。

監察院調查報告¹¹²認，工程會促 0950001 號申訴審議判斷中，認甄審會審查最優申請人申請變更協力廠商之審議標準違反平等原則，及不採認工作小組初審結論，並未附任何理由，明顯忽視本計畫案行政目的與設計規範之剛性準則，又重大工程專業不足，不但侵害臺北市政府甄審會專業判斷範疇，更造成臺北市政府別無駁准協力廠商之決策空間，從而根本影響該案之後續發展，其恣意濫權，核有嚴重違失。

(2) 議約過程：

監察院調查報告指出，本計畫案臺北市政府與最優申請人對「興建營運契約」之議約結果中，「放寬或取消廠商之履約執行事項，增加廠商之有利因素，影響招商公平競爭」、「解除原有財務及保險相關限制，不符公共利益且增加營運管理風險」、「解除對保險金禁止處分之絕對限制，降低因保險事故發生所致損害之承受能力」、「限縮或弱化政府監督功能，減少廠商不利因素，損害政府權益」，下茲列舉違反法律、BOT 基本精神情狀較嚴重者簡述之：

A.依據促參法第 27 條之規定：「主辦機關為有效利用公共建設所需用地，得協調內政部、直轄市或縣(市)政府調整都市計劃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。民間機構以依第十五

¹¹² 參監察院網站：<http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdurl=../CyBsBox/CyBsR1.asp&ctNode=910>。

條或第十九條規定取得之土地辦理開發，並於該土地上經營第一項規定之事業者，其所得為該公共建設之附屬事業收入，應計入該公共建設整體財務收入中。」，又依同法第 11 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。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。」，本案應有權利金，且以公用土地興辦之附屬事業，其收入應計入公共建設整體財務收入中

馬市府任內由市長馬英九及財政局長李述德二人，不循正常的議約程序，與遠雄趙藤雄及劉培森等人達成違法刪除「權利金」之約定，並與遠雄於議約過程，將「附屬事業收入應填補公共建設虧損」之條文刪除，此一違反 BOT 常態之決定過程，¹¹³違反促參法規定。

B.促參法第 53 條規定：「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。（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）」依此，市府有強制接管權，市府之公告草約「19.4.2」，亦有接管權之規定¹¹⁴。然市府在議約時，竟然改變公告草約之規定，將市府的接管權刪除，此

¹¹³ 遠雄大巨蛋案，廉政透明委員會第一階段調查報告書，2015 年 5 月 8 日，
<http://cgc.gov.taipei/public/Data/55119175471.pdf>，最後訪問日：2015 年 9 月 2 日。

¹¹⁴ 同前註，頁 27。

舉恐重大減損市府的權益及公共利益，降低政府監管、停損的權力，與 BOT 仍為特許權授與之公共建設，本質上恐有矛盾。

(3) 主建設與附屬事業比重爭議

本案現整體規劃之台北文化體育園區，購物商場、飯店等商業設施占總樓地板面積比例高達六成，巨蛋主建設僅佔四成以下¹¹⁵，公共建設與附屬事業之比重顯有本末倒置之嫌，此亦為本案外界質疑之焦點。主建設大巨蛋場址旁，的忠孝東路，日常即有交通堵塞的狀況，再塞入四萬席的棒球場，旁邊又緊鄰二萬人的商場後，對鄰近的交通將造成莫大的惡化，安全逃生等問題也令人憂慮，此種 BOT 案中反客為主之現象，恐違反促參法立法本意。

本案既經辦理可行性評估及先期規劃，而於公告時既然未將特定之附屬事業規劃於其中，應有不需列及該特定附屬事業即可進行本案之 BOT 之可能。如最優申請人堅持非列入此特定附屬事業否則無法平衡其財務，則顯然有必要懷疑其取得最優申請人之投標資料恐有不實或不為完全陳述之嫌。

3. 近期發展：

去年（2015 年）2 月開始，由於大巨蛋施工的影響，松菸古蹟達行動值的監測點數量明顯升高，周邊捷運側監測值則是在三月明顯惡化，影響周邊捷運和古蹟之安全。北市府屢次要求遠雄改善，遠雄表示在大底未完成前停工，將影響公共安全，但未提出改善計畫。因此，北市建管處於 5 月發函勒令遠雄停

¹¹⁵ 重新議約看這裡！大巨蛋原來長這樣，天下雜誌，2015 年 1 月 22 日，

<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5064070>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

工，僅能進行大底工程施工，並命其提出改善計畫。¹¹⁶4月，北市府公布大巨蛋安全體檢報告¹¹⁷，提出五大安檢問題。安檢報告提出兩個解決方案，拆蛋，或者拆商場。就此，台北市副市長林欽榮表示，「沒有公安，沒有營運。」，態度強硬¹¹⁸，而後大巨蛋工程即停工至今仍未恢復動工。今年（2016年）1月底，遠雄企業團董事長趙藤雄著「最美好的巨蛋」、「大巨蛋絕對安全」、「大巨蛋絕無問題」三本書，表示其長期不計盈虧積極參與公共建設，大巨蛋的安全等定無疑慮，而台北市長柯文哲則表示公安仍是重點，未做出進一步動作。¹¹⁹未來，本案將如何發展，仍視台北市政府與遠雄間如何協商，後續值得觀察。

（五）、松菸文創案

1. 本案歷程：

松菸文化園區計畫案於2000年2月奉核以BOT方式辦理，主辦機關為臺北市政府，文化局為執行機關，2004年松菸BOT計畫案第一次招標，當時有遠雄集團（大巨蛋最優申請人）、誠品書店與法蘭瓷等三家參與，93年5月甄審會議評定誠品書店為第一階段最優申請人資格。後因誠品書店提出的規劃內容、營運模式及權利金與市府目標差異太大，雙方多次協商不成，於2006年11月之甄審委員會以誠品書店提出之財務計畫不確定及投資風險太高等理由，

¹¹⁶ 北市府勒令大巨蛋停工 / 遠雄大反撲 提訴願假處分，聯合新聞網，2015年5月21日，<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5067808>，最後訪問日：2015年9月4日。

¹¹⁷ <http://p.udn.com.tw/upf/news/2015/1040416.pdf>，最後訪問日：2015年9月4日。

¹¹⁸ 巨蛋死鬥 柯文哲在盤算什麼？，天下雜誌，第571期，2015年4月28日，<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5067307>，最後訪問日：2015年9月4日。

¹¹⁹ 遠雄：巨蛋成政治操弄與民粹 一個首都市長怎會這樣？，中時電子報，2016年1月25日，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20160125005437-260410>，最後訪問日：2016年1月26日。

決議「再審核不通過」。第二次甄選公告於 2007 年底，僅有富邦建設股份有限公司及漢洋建設股份有限公司兩家公司參與投標，前次投標之最優申請人誠品集團並未參與本次投標，而是轉變為富邦公司之協力廠商。後甄選由富邦公司勝出，並於 2009 年 1 月由富邦建設與台灣大哥大共同發起成立臺北文創開發股份有限公司，與台北市政府簽訂松菸文化園區計畫案興建營運移轉契約。並於 2013 年 5 月，文創展演空間及文創辦公空間開始營運，其後，2014 年 12 月，旅館部分正式營運。

本案由於涉及政府扶植文化創意產業之目的，而文化與所謂文創產業，其本身定義較廣泛與模糊，加之富邦公司、誠品集團、台灣大哥大等公司間關係互相糾葛，而更顯撲朔迷離。

以誠品集團與富邦公司之間而言，在 2005 年，首次由誠品主導的投標之時，富邦原已承諾共同參與，卻在投標前幾天臨時反悔；而 2008 年富邦投標時，又主動邀約誠品作為協力廠商。誠品同意，兩家公司互相都認為自己是對方得以成功參與本案的關鍵。而 2008 年 8 月，誠品與富邦就園區內主要建築台北文創大樓中之商場之租賃簽下合作備忘錄，由於當時未脫金融風暴陰霾，兩者財務評估明顯較保守，其後台北文創公司要求調漲租金，雙方洽談多次未有結果，直到 2012 年才確定。而後，兩方又對旅館（即後來引起爭議之誠品行旅）之租金爭執不下。因誠品為顧及其於中國大陸之相關產業之行情，不願對外調降房價，引來民眾反彈、住房率低等結果，造成富邦不滿，兩方互相指責¹²⁰，富邦甚至因誠品所訂房價過高，揚言解約，迄去年 5 月，仍未妥善解決。¹²¹

而 2014 年 3 月台灣大哥大申請進駐台北文創大樓時，市府曾發函經濟部工業局，希望說明台哥大是否屬於數位內容產業，當時工業局回覆，認定權責

¹²⁰ 獨家：誠品大戰富邦 7 年揭密，天下雜誌，2015 年 5 月 10 日，

<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5067571>，最後訪問日：2015 年 9 月 3 日。

¹²¹ 文創爭議 誠品行旅住 1 晚萬元 富邦要解約，蘋果日報，2015 年 5 月 10 日。

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20150510/36542168/>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

屬文化局，不過工業局指該公司當年欲進駐的加盟處、客戶開發聯繫處、行動商業處、行動行銷處等部門，確實「有疑義」。¹²²

2. 本案爭議：

(1) 北市府總收入短收：

廉政委員會於調查報告書中指出，應採用雙方投入資源之貢獻度比例，作為評估政府權利金收入及相關收入是否合理之評估基準。而於第二次甄審會議決議中，開發權利金為 15 億元，第三次甄審會議原市府團隊以原物料漲幅大、物價波動高及開發規模增加至 58 億元為由，建議將開發權利金由 15 億元調降為 12 億元，並獲甄審會議同意。依據此決策過程可推論第三次甄審會議將權利金調降，主要係依 2007 年 7 月編制之可行性評估中之基準及考量投資總成本增加後之決策，因此可進一步推論，可行性評估中設定之假設條件是決定整體權利金的最重要因素。然而，該份可行性評估中之財務可行性評估，卻嚴重低估建築總面積及可租用面積嚴重低估，導致北市府短收合理應收之權利金¹²³。

同時，本案額外使用古蹟歷史建築區容積之土地面積三萬多平方米，但市府卻未要求其支付相對應之土地租金。¹²⁴

(2) 主事業與附屬事業比例爭議：

本案執行機關文化局在未經甄審會議討論下，於 2008 年簽請將本計畫案之主體事業及附屬事業之比例，由甄審會議決議通過的 80% 及 20% 之條件，變

¹²² 辦公室也進駐？台哥大進松菸 掛羊頭賣狗肉，中時電子報，2015 年 5 月 7 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150507000372-260102>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

¹²³ 民間參與投資松山菸廠文化園區興建營運移轉(BOT)計畫案調查報告，頁 12-18，<http://cgc.gov.taipei/public/Data/55119175471.pdf>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

¹²⁴ 同前註，頁 21。

更為 70%及 30%及刪除設置 200 平方公尺以上之回饋空間，而簽呈上到市府後，前副市長林崇一代及前市長郝龍斌突擊性裁示，同意本案主要事業佔 65%、附屬事業為 35%及同意刪除設置 200 平方公尺以上回饋空間之條件，過程中都未送甄審會確認。

3.近期發展：

去年（2015 年）4 月，市府發函要求台灣大哥大 5 月 1 日前至少撤出其餘台北文創大樓中一個樓層的辦公室，台北文創公司拒絕後，甚至建議市府鑑價買回文創大樓，雙方朝合意終止契約方向協商¹²⁵，並發聲明稿表示台灣大哥大進駐，係因當初招商不如預期，2014 年初協調母公司台哥大承租閒置樓層。而文化創意產業發展法第 3 條明定文化創意產業範疇包含 16 項，其中 1 項為「數位內容產業」，台哥大屬於該產業廠商之一，當年進駐台北文創大樓是合法的，租約也經市府備查，應為合法無疑。¹²⁶而台北市長 5 月初曾與富邦董事長、誠品大股東會商，原定誠品買回松菸產權，不過因違反促參法，富邦改與市府協調可行方案，另一方面也跟誠品溝通；並且提出台灣大哥大遷出台北文創大樓的改善方案¹²⁷。而後，於 9 月中旬，北市府與台北文創公司、誠品集團完成談判，完成第二次增補協議書簽訂，未來松菸文創大樓營運權利金，將從最開始的 56 萬（去年為 270 餘萬）調升至 900 餘萬，營運權利金之計算方式改為營運收入的千分之 5 做計算，其中松菸商場、展演預計多繳納 600 萬元權利金，誠品旅館則以「保證旅館最低 6 成住房率」，支付千分之 5 營運權利金，

¹²⁵ 辦公室也進駐？台哥大進松菸 掛羊頭賣狗肉，中時電子報，2015 年 5 月 7 日，
<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150507000372-260102>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

¹²⁶ http://www.taipeinewhorizon.com.tw/TNH/Content_CTemplate1_6a4e3305-794a-440e-8b9a-e2962bd33ca0?SiteMapID=9&ParentID=1，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

¹²⁷ 蔡明忠：松菸文創案快落幕了 台灣大會依市府要求遷出！鉅亨網，2015 年 6 月 8 日，
<http://news.cnyes.com/Content/20150608/KKJINO4FSW173.shtml>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

估繳納 540 餘元，兩者相加約 900 萬元。同時，就超出投資執行計畫書預估潤的部分，營運方也同意把超額的部分提出 50% 給市府，做為原先開發權利金、營運權利金之外的額外權利金。¹²⁸台灣大哥大亦從文創大樓清出 1.5 層空間，包括 8 樓的 1471 餘坪與 9 樓的 729 坪，接下來將由台北文創公司自行對外招租，每坪年租金為 2200 元。¹²⁹¹³⁰歷經三個月餘的協商以及長期的爭議，如今此案可說是暫且和平落幕，其中所造成之問題，仍值借鏡研究。

四、結語

BOT 法制具特殊性，其建構公私夥伴關係，以引進並發揮市場活力，性質運作方式皆與編預算發包的傳統僵化方式迥異，極為仰賴契約機制，強調靈活彈性。民間機構向來習於依契約行事，然而此種因案而異的協商、契約機制卻對政府帶來巨大衝擊。追根究柢，民間慣於精打細算、損益權衡；政府職權為照本宣科、依法行政，輔以 BOT 案動輒數十年，風險與不確定性均高。欲建構明確完整的權利義務關係本非易事。

於我國，BOT 模式使用於公共建設，可謂已行之有年。整理數大爭議案件可以發現，儘管不同案件因所涉產業不同而有個案上之差異，然而宏觀之，仍可發現相似的爭議問題反覆出現。例如甄審過程中的標準不明確，乃至由此衍生出的圖利特定廠商、甄審程序不公之情形；又例如為吸引民間企業參與公

¹²⁸ 北市府：BOT 案 企業超額利潤要平分，中時電子報，2015 年 12 月 10 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20151210000073-260202>，最後訪問日：2016 年 1 月 25 日。

¹²⁹ 柯市府贏了 松菸案營運權利金調升至 900 萬，蘋果即時新聞，2015 年 9 月 19 日，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150919/694993/>，最後訪問日：2016 年 1 月 25 日。

¹³⁰ 增補協議書可參台北市政府文化局網站：<https://www.culture.gov.taipei/frontsite/cms/contentAction.do?method=viewContentList&subMenuId=103012328&siteId=MTAx>。

共建設之投資，開放附屬事業如商場等，然其與主建設之比例，於多個案件中都極為懸殊，引發輿論不滿。究其實際，若於公共建設之餘能利用大型公共建設之特性，增加開發之附加價值，亦可謂美事，然而於數案件中，附屬事業之經營利用，都對主體事業產生不良影響，乃至排擠原公共建設之目的功能，此實已偏離 BOT 之精神。

北市府於更換首長後，柯文哲市長針對「BOT 五大弊案」下定決心清查改善，於去年（2015）5 月由台北市財政局昨公佈新版 BOT 案作業程序¹³¹，改善過去 BOT 案主體、附屬事業比例未明確規範而遭外界質疑圖利之問題，新版 BOT 案作業程序將規定主體事業不得低於百分之五十，若主體事業比例越低、附屬事業比例越高時，開發權利金及營運權利金也應跟著提高；且為避免內定廠商，於甄審委員會中府外委員將提高至三分之二以上。¹³²然而，附屬事業之比例，是否適宜做如此強硬之規範，而非依據個案情形協商，而訂定如此嚴格的標準，是否又會造成將來廠商卻於投標和參與公共建設，仍尚待觀察。

畢竟欲吸引民間投資者，自應提供合理利潤機會，但政府基於業績考量，往往推動自償性不足案件。此時正規廠商考量無利可圖，自然裹足不前，但膽大企業卻勇往直前，往往採「駱駝進帳棚」策略，先排除異己成為最優申請人，再拖到政府迫於時程壓力，或透過賄賂官員，以修改契約條件。如京站交九案原以交通轉運為主、商場住辦為輔，進帳後卻主輔對調，造成原建設之目的不達等結果。對於此種情形，或許除了強硬規定主體事業比例外，政府之事前規劃及招標案之審核，亦宜更確實和審慎。

因此，由上開案件的整理，尚可發現，事前知可行性評估是 BOT 案是否成功之關鍵，如於大巨蛋案中為例，如當初專業評估得當，如今便可避免如主

131

<http://opentaipei.github.io/publicforum/asset/%E4%BF%83%E9%80%B2%E6%B0%91%E9%96%93%E5%8F%83%E8%88%87%E5%85%AC%E5%85%B1%E5%BB%BA%E8%A8%ADBOT%E4%B9%8B%E6%A8%99%E6%BA%96%E4%BD%9C%E6%A5%AD%E7%A8%8B%E5%BA%8F.pdf>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。

¹³² 北市 BOT 新制 主體事業比例不得低於 50%，自由電子報，2015 年 5 月 18 日，

<http://news.ltn.com.tw/news/business/paper/881373>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。。

附事業之爭議，亦可避免松菸文創案中權利金短收等爭議。特別是工程建設涉及沉沒投資，覆水難收，若啟動收買機制等等衍生的爭議必然棘手。

而就亦屢出爭議之甄審程序而言，傳統政府採購之甄審方式多採最低價標，標準客觀易操作，但複雜的 BOT 案更重視品質與技術，往往採取最有利標，此時制訂合理甄審標準即相當困難，如 ETC 電子收費的紅外線或微波系統，不同技術與成本間如何取捨？而大巨蛋案中遠雄變更協力廠商成員，於工程會與北市府間關於應否就此廢標之爭執，也是難解爭議。雖然競爭愈有效愈易成功，但實踐上，BOT 模式畢竟不如一般市場，往往容易如上所述淪為廠商間以無法達成之計畫搶標，甚至賄賂政府官員之惡性競爭。解決之道，如筆者向認，應修改 BOT 法令，納入多階段甄審與平行議約機制，並強化規劃與甄審職能，並更重視甄審委員的專業性與獨立性，例如精簡人數但提高待遇，同時加強專業諮詢與幕僚效能，甚至針對大型案件，得延攬境外專業人士參與，而行政機關於程序面與實體面亦宜更細緻，以接受公評。¹³³

總而言之，以 BOT 之方式，引進民間企業之效率與資金於公共建設，可謂係一雙面刃，固有其益處，亦可能因粗率之態度、政商間之勾結或角力，反而造成官商民全盤皆輸之情形。於我國因政府財政短絀、民間資金相對充裕，運用 BOT 模式故為良策，允宜自過往之案件中汲取教訓、避免重蹈覆轍，以透過良善的 BOT 模式的運作而，提升整體國家經濟、人民生活品質，發揮 BOT 模式之精神及長處。



¹³³ 王文宇，四帖藥方 回歸 BOT 法制精神，經濟日報，2015 年 5 月 13 日，
<http://money.udn.com/money/story/5629/898970>，最後訪問日：2015 年 9 月 4 日。