

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文

促進民間參與公共建設法上之議約制度

The Negotiation of Contract in Public Private Partnership



指導教授：詹鎮榮博士

研究生：蔡岳霖撰

中華民國 111 年 7 月

謝 辭

感謝指導教授詹鎮榮老師的包容，讓我可以就促參法的議約制度有各種想像，亦感謝百忙之中參與口試的林明鏘老師及顏玉明老師提點我論文不足、可改進的地方。若這本論文得對從事促參案的先進或者法令修正帶有些許幫助或者啟發，都歸功於三位老師的教誨。

成為政大 108 級法碩專班的一員，得以結交來自各行各業、對於法律有高度熱誠的同儕，是在政大三年中最幸運的一件事。本來無法想像歷經工作無情洗禮的在職專班學生如何能夠打成一片，謝謝芷筠、楚婷、嘉斌、好寧、舒涵、愷琦、意鈞、敏玲、雅雯、學豐、佳榮的熱情，讓我在奔波念書、工作煩燥之餘，有個聊天打屁、抒發壓力的角落。謝謝同為詹門的素真，在我對於寫論文、口試、各種行政流程茫然不知如何進行時，為我解惑及鼓勵。也謝謝永遠的班代，最美麗的富英姐，如論身處在何方，相信妳永遠會掛記著我們 108 級的每一人。

要謝謝我最熱愛的輔大 92 法律法學組，永不解散的老梗團成員竺筠、全寬、詠云、信盛、秋萍、芷含，我的最佳智囊團菁德、一旅，以及才不會忘記你的吃喝酒肉團筱倫、峻利、珮如、安芝、佳伶、惠鳳、佩芸、孟宗、坤峻、紘瑋、法儒、豪局、冠輝、化豪、何琦，從 18 歲認識你們，彼此間的友誼沒有因為畢業後各奔東西而消散，我由衷感激各位在我面臨人生各種抉擇時，都在我身旁打氣。

士林地院的張庭長國勳、俞庭長慧君、林法官政佑、許法官碧惠、瓊安官長、淑女科長、郁菁科長、意絮、育儒、宜均、玉潔、婉菁、毓絹、沛吟；最高法院的陳庭長重瑜、林法官恩山、林法官金吾、謝法官碧莉、如恩科長、小如科長；律訓 24 期第 7 組仁堯、旻書、禾原三位大律師；環宇法律師事務所范雪梅主任、李書孝、Sunny、Ivy、政恩、慧青、靜芝六位大律師及婉真；資策會科法所顧副、淑君、昂杰、乃文、芳瑜、蔚菁、譽文、陳明、瑜玲、彥伯大律師、子絮大律師，謝謝各位長官、同仁的照顧，讓我在不同的職場環境都能有所成長。

還要感謝將近 40 年一路與我吵吵鬧鬧、相愛相殺的姊姊，當年我考取律師，

還有今日順利取得碩士學位，姊姊功不可沒。最後，如果我有任何一點可以被誇獎的成就，來自於我最敬愛的父母蔡東榮先生、陳淑貞女士的栽培，他們二位無私地犧牲奉獻自己的青春年華，只為讓孩子有更好的教育與成長環境，我真的很幸運能夠成為二位的小孩。

念在職專班不是件容易的事情，為了專心完成論文，毅然向公司申請留職停薪三個月，懷著不安的心情，日日在圖書館思考論文的每一字、每一句。幸好所有的付出終能獲得美好的結果，所以也要謝謝自己願意勇敢地做出每一個決定。終於從政大畢業了，我會懷念已經半夜 10 點多，老師還在講台上滔滔不絕地授課，我焦急看著手錶擔心等不到公車的日子；我也會懷念星期六得早上七點起床，趕著上九點的第一堂課，中午和同學煩惱美食沙漠的政大，到底有什麼午餐可吃的日子。那些曾經的曾經，相信我都會笑著訴說。親愛的政大，再見了！

岳霖 2022.07



摘要

促參案於主辦機關評選出最優申請人後至簽訂投資契約前，主辦機關及最優申請人會針對招商文件中之投資契約草案，依據甄審結果，再為具體的檢視與商議，如有必要將進行修改，此為促參案的議約制度。在促參案實務中，常發生主辦機關與最優申請人在議約程序中，對於投資契約草案條款內容未能達成意思表示一致，以致議約未果而使促參案破局，最優申請人將面臨申請保證金被主辦機關沒收的風險。此外，近年亦陸續發生主辦機關因政策變更，於簽訂投資契約前決定不續辦促參案，而引發主辦機關是否需賠償（補償）最優申請人損害（損失）之爭議。爰本文將針對促進民間參與公共建設法中之議約制度，探討上述因議約所生之問題應如何解決。

本文從促進民間參與公共建設法係採取公私協力精神及雙階段架構切入，分別討論主辦機關與最優申請人彼此間之法律關係及權利義務，闡述議約未果時，雙方是否具有可歸責。此外，本文亦研析最優申請人就主辦機關不續辦促參案及被沒收申請保證金時，最優申請人得採取之救濟方式。最後，因行政院會於民國111年2月提出促進民間參與公共建設法部分條文修正草案，故本文復評析修正草案與議約有關之條文，並提出本文對於如何解決議約爭議的修法建議，以期完備我國促進民間參與公共建設法中之議約制度。

關鍵詞：促進民間參與公共建設法、公私協力、雙階理論、議約、政策變更

Abstract

In the case of "Public-Private Partnership in Infrastructure Projects of Taiwan" (PPP case), the negotiation of contract takes place "after the authority in charge has selected the best applicant" and "before the concession agreement is signed". Prior to signing the concession agreement, the authority in charge and the best applicant have to specifically review and negotiate the draft concession agreement contained in the tender documents based on the evaluation results, and if necessary, the draft concession agreement will be further revised. This is the negotiation of contract system in the PPP case.

In the practice of PPP case, it often happens that the authority in charge and the best applicant fail to agree on the terms and conditions of the draft concession agreement during the contract negotiation process. As a result, the outcome of the contract negotiation is difficult to produce and the PPP case is broken. In this regard, the best applicant is at risk of having the authority in charge recover or confiscate the earnest money he has applied for. In addition, in recent years, there have been cases where the authority in charge has decided not to proceed with the PPP case prior to the signing of the concession agreement due to the change of government policy. This has led to a controversy as to whether the authority in charge should compensate the best applicant for the damage (or loss) suffered. Therefore, this thesis examines the above-mentioned problems arising from the negotiation of contract in Taiwan's PPP act and how to solve them.

Taiwan's PPP act adopts the spirit of public-private partnership and the two-stage framework, consequently, this thesis is based on those legislation frames to examine the legal relationship between the authority in charge and the best applicant, as well as the rights and obligations of them, and the imputability of both parties in the event that the negotiation of contract does not achieve any result. In addition, this thesis

examines the remedies available to the best applicant in the event that the authority in charge does not proceed with the PPP case or forfeits the earnest money applied for by the best applicant. Finally, in February 2022, the Executive Yuan proposed draft amendments to some provisions of the "Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects". Therefore, this thesis also analyses the provisions of the draft amendment related to the negotiation of contract and proposes amendments to resolve the dispute over contract negotiation in order to improve the provisions of PPP act in Taiwan.

Keywords : Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects, Public Private Partnerships, Zweistufentheorie, Contract Negotiation, Change of Government Policy



簡 目

| | |
|----------------------------------|-----|
| 第一章 緒論..... | 1 |
| 第一節 研究動機及目的..... | 1 |
| 第二節 研究範圍與方法..... | 3 |
| 第三節 研究架構..... | 4 |
| 第二章 促參案議約階段架構與性質..... | 6 |
| 第一節 促進民間參與公共建設法法制規範..... | 6 |
| 第二節 促參案議約規範與性質..... | 27 |
| 第三節 促參案議約階段與其他立法例比較..... | 33 |
| 第三章 最優申請人未完成議約之責任探討..... | 41 |
| 第一節 促參案議約程序..... | 41 |
| 第二節 促參案投資契約概述..... | 47 |
| 第三節 最優申請人於議約階段之權利義務..... | 54 |
| 第四節 最優申請人未完成議約之事由..... | 59 |
| 第五節 最優申請人議約未完成之爭議解決探討..... | 71 |
| 第四章 主辦機關未完成議約之責任探討..... | 77 |
| 第一節 主辦機關於議約階段之權利義務..... | 77 |
| 第二節 主辦機關未完成議約之事由..... | 85 |
| 第三節 主辦機關議約未完成之爭議解決探討..... | 100 |
| 第五章 促參案議約階段修法建議..... | 109 |
| 第一節 民國 111 年促進民間參與公共建設法草案概述..... | 109 |
| 第二節 促進民間參與公共建設法草案評析..... | 111 |
| 第三節 有關議約爭議處理之修法建議..... | 122 |
| 第六章 結論..... | 131 |
| 參考文獻..... | 139 |

詳 目

| | |
|-------------------------------|----|
| 第一章 緒論..... | 1 |
| 第一節 研究動機及目的..... | 1 |
| 第一項 研究動機..... | 1 |
| 第二項 研究目的..... | 2 |
| 第二節 研究範圍與方法..... | 3 |
| 第一項 研究範圍..... | 3 |
| 第二項 研究方法..... | 4 |
| 第三節 研究架構..... | 4 |
| 第二章 促參案議約階段架構與性質..... | 6 |
| 第一節 促進民間參與公共建設法法制規範..... | 6 |
| 第一項 促進民間參與公共建設法之公私協力性質..... | 6 |
| 第一款 公私協力概述..... | 6 |
| 第二款 促進民間參與公共建設法之公私協力立法模式..... | 10 |
| 第二項 促參案之生命週期..... | 12 |
| 第一款 促進民間參與公共建設法立法架構..... | 12 |
| 第二款 促參案之執行政序..... | 14 |
| 第三項 促進民間參與公共建設法之雙階段架構..... | 16 |
| 第一款 雙階理論概述..... | 16 |
| 第二款 雙階理論於促進民間參與公共建設法之適用..... | 20 |
| 第二節 促參案議約規範與性質..... | 27 |
| 第一項 促進民間參與公共建設法規範..... | 28 |
| 第一款 法令規定..... | 28 |
| 第二款 議約期限規範..... | 29 |
| 第三款 議約範圍規範..... | 30 |
| 第二項 議約階段性質..... | 32 |
| 第三節 促參案議約階段與其他立法例比較..... | 33 |
| 第一項 政府採購法..... | 33 |
| 第一款 協商措施..... | 33 |
| 第二款 議價及議條件程序..... | 34 |
| 第二項 大眾捷運系統土地開發辦法..... | 35 |
| 第三項 獎勵民間參與交通建設條例..... | 38 |
| 第四項 小結..... | 38 |
| 第三章 最優申請人未完成議約之責任探討..... | 41 |
| 第一節 促參案議約程序..... | 41 |
| 第一項 議約概述..... | 41 |

| | |
|----------------------------|----|
| 第二項 議約程序的法律性質..... | 41 |
| 第一款 議約為公法行為..... | 42 |
| 第二款 議約為私法行為..... | 43 |
| 第三款 本文見解..... | 44 |
| 第二節 促參案投資契約概述..... | 47 |
| 第一項 契約成立要件..... | 47 |
| 第一款 要約與承諾意思表示一致..... | 47 |
| 第二款 契約不成立..... | 47 |
| 第二項 行政契約..... | 48 |
| 第一款 行政契約之概念..... | 48 |
| 第二款 行政契約之內容自由..... | 49 |
| 第三項 促參案投資契約內容..... | 49 |
| 第一款 法令規定..... | 49 |
| 第二款 投資契約參考條款..... | 51 |
| 第四項 成立投資契約..... | 53 |
| 第三節 最優申請人於議約階段之權利義務..... | 54 |
| 第一項 最優申請人之議約義務..... | 54 |
| 第二項 最優申請人之議約請求權..... | 55 |
| 第三項 最優申請人之無瑕疵裁量請求權..... | 56 |
| 第四項 最優申請人應符合誠實信用原則..... | 57 |
| 第四節 最優申請人未完成議約之事由..... | 59 |
| 第一項 實務案例..... | 60 |
| 第一款 基隆長期照護促參案..... | 60 |
| 第二款 澎湖度假旅館營運促參案..... | 63 |
| 第二項 法院判決分析..... | 65 |
| 第一款 議約應符合公平合理原則..... | 65 |
| 第二款 最優申請人應受招商文件拘束..... | 66 |
| 第三款 適用誠信原則..... | 68 |
| 第五節 最優申請人議約未完成之爭議解決探討..... | 71 |
| 第一項 主辦機關不同意最優申請人議約內容..... | 71 |
| 第一款 議約為公法行為..... | 71 |
| 第二款 議約為私法行為..... | 72 |
| 第二項 未完成議約沒收申請保證金..... | 73 |
| 第一款 沒收申請保證金為公法事件..... | 73 |
| 第二款 沒收申請保證金為私法事件..... | 75 |
| 第四章 主辦機關未完成議約之責任探討..... | 77 |
| 第一節 主辦機關於議約階段之權利義務..... | 77 |
| 第一項 主辦機關的擔保責任..... | 77 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 第二項 主辦機關的議約及締約義務..... | 78 |
| 第一款 主辦機關的締約義務..... | 78 |
| 第二款 主辦機關的議約義務..... | 82 |
| 第三項 主辦機關應符合誠實信用原則..... | 83 |
| 第二節 主辦機關未完成議約之事由..... | 85 |
| 第一項 實務案例..... | 85 |
| 第一款 板新汙水下水道促參案..... | 85 |
| 第二款 臺中交通運轉中心促參案..... | 87 |
| 第三款 臺中市大都會歌劇院促參案..... | 88 |
| 第四款 新北三峽生命園區促參案..... | 89 |
| 第五款 新竹竹北車站促參案..... | 90 |
| 第二項 法院判決分析..... | 94 |
| 第一款 廢止甄審決定適用法律保留原則..... | 94 |
| 第二款 政策變更為廢止甄審決定之事由..... | 94 |
| 第三款 政策變更的判斷要件..... | 95 |
| 第三項 政策變更的可歸責討論..... | 95 |
| 第一款 原促參案之政策評估基礎事後變更之政策變更..... | 96 |
| 第二款 原促參案之政策評估基礎以外事項事後變更..... | 98 |
| 第三節 主辦機關議約未完成之爭議解決探討..... | 100 |
| 第一項 主辦機關遲延議約..... | 100 |
| 第一款 議約為公法行為..... | 100 |
| 第二款 議約為私法行為..... | 100 |
| 第三款 議約屬於行政契約之關係..... | 101 |
| 第二項 主辦機關因政策變更不續辦促參案..... | 101 |
| 第一款 主辦機關於議約前因政策變更而不續辦促參案..... | 103 |
| 第二款 主辦機關於議約進行中因政策變更而不續辦促參案..... | 105 |
| 第五章 促參案議約階段修法建議..... | 109 |
| 第一節 民國 111 年促進民間參與公共建設法草案概述..... | 109 |
| 第一項 草案修正背景..... | 109 |
| 第二項 草案修正要點..... | 109 |
| 第二節 促進民間參與公共建設法草案評析..... | 111 |
| 第一項 議約程序提升至法律位階..... | 111 |
| 第二項 明定主辦機關不續辦促參案之法律依據..... | 112 |
| 第三項 不續辦促參案之補償責任..... | 113 |
| 第四項 議約爭議以異議申訴處理..... | 117 |
| 第五項 草案第 45 條與第 47 條之適用疑義..... | 120 |
| 第三節 有關議約爭議處理之修法建議..... | 122 |
| 第一項 增訂申請人對招商文件釋疑之規範..... | 122 |

| | | |
|------|------------------------|-----|
| 第二項 | 議約原則的適度調整..... | 123 |
| 第三項 | 限縮主辦機關不續辦促參案之裁量權限..... | 127 |
| 第四項 | 不續辦促參案之補償..... | 129 |
| 第六章 | 結論..... | 131 |
| 參考文獻 | | 139 |



表 次

| | |
|---|-----|
| 表 1 議約程序之法令比較..... | 38 |
| 表 2 我國促參法與 Direct negotiation protocol 比較 | 125 |



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

第一項 研究動機

政府為因應社會大眾對公共服務品質要求的提升，以及日漸複雜的生活所需，使得政府支應公共建設的經費趨於窘蹙，財政負擔年年增加，但政府仍有保護人民生存、健康及滿足需求的責任，故原本係由政府主導提供公共服務，逐漸改變為「公私協力」(Public Private Partnerships)，亦即政府引進民間能量以活化公共服務的效益，已蔚為趨勢。我國於民國(以下同)89年2月9日公布施行「促進民間參與公共建設法」(以下簡稱促參法)，制定背景係考量政府興建公共建設、提供公共服務不容停滯，然而政府財政籌措面臨窘困，加之行政效果不彰，我國爰依公私協力精神，透過立法的方式引進民間資金，由民間投資興建與營運公共建設，憑藉民間的活力及創新，使政府對人民應提供的建設與服務不至中斷。

促參案幾乎均為重大公共建設，不論是投資金額或是案件的複雜程度，皆遠高於政府依政府採購法所辦理的傳統採購案；又不少主辦機關對促參法規定、運作方式仍為陌生，需借助外部顧問公司，以致未清楚了解招商文件內容，或未能有效掌握民間興建與營運公共建設狀況，而造成主辦機關與民間機構之間迭生紛爭。觀察近來促參案的法院判決實務，有愈來愈多爭議發生在締約之前，如臺北高等行政法院95年度訴字第2710號《板新汙水下水道促參案》中所爭執主辦機關評定最優申請人後，因政策變更不續辦促參案，於議約後不與最優申請人簽訂投資契約的問題；另有臺北高等行政法院109年度訴字第376號《基隆長期照護促參案》最優申請人爭執投資契約草案內容不符公平合理，惟不被主辦機關接受，致遭沒收申請保證金；而臺灣澎湖地方法院106年度訴字第11號《澎湖度假旅館營運促參案》同樣是在議約程序中對投資契約草案內容有所爭執，但由普通法院審理。上述案例可觀察出促參案在締約前有多種爭議，甚且同類型的案件竟分別由普通法院及行政法院審理的矛盾現象，顯係促參法對於有關爭議之處理

方式尚無明確規範。

此外，目前學界及法院判決實務多認為我國促參法係採雙階理論架構，區分成「最優申請人資格甄審決定」及「投資契約簽訂」二個階段，而在此二個主要階段中，尚需進行議約程序。惟議約的期間限制、可調整投資契約條款之前提需符合議約原則等規範，係規定於現行促參法施行細則，非規定於促參法，且促參法亦無與議約程序有關之條文，以至於若在此程序中發生爭議時，需依據促參法之法理探求解決方式。

促參法既採公私協力模式，主辦機關與民間機構理應協力攜手合作完成行政任務，故雙方原則係立於對等關係，基此，民間機構對於其權利義務將愈重視，可想見未來促參案在議約程序中，民間機構對契約條款恐怕會有不少意見，將伴隨更多的紛爭，如何處理議約糾紛，是促參法亟需努力的方向。

第二項 研究目的

前述所提及法院案例主要有三個面向值得探究，其一為主辦機關在評定最優申請人後，得否於締約前因為政策變更或公益考量而決定不續辦促參案；其二為最優申請人在議約程序中，若針對投資契約提出的修改建議不符合議約原則時，主辦機關應如何處理；其三為議約未果時，最優申請人是否有救濟的權利及應循如何的程序。上揭問題與促參案各階段彼此間之關係、議約程序及投資契約性質有關，惟現行促參法規範不明確，致學界及法院判決實務需從法理上尋求解決方式；再者，如對各階段定性不同時（即對屬於公法或私法行為有不同見解），將影響當事人究竟需向普通法院提起爭訟，或者向行政法院請求救濟之。

適逢財政部所提促參法修正草案，於 111 年 2 月經行政院會通過，故本文擬從促參法之立法目的、立法架構，以及學界、法院判決實務之見解，併同本次促參法修正草案，探討促參案議約程序之爭議類型，分析依現行促參法應如何解決，以及修正草案可否處理目前實務爭議，並提出本文的看法。

第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

依促參法第 42 條、第 46 條規定，促參案可區分成「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，公告徵求民間參與」，以及「民間自行規劃申請參與公共建設」二種類型。前者以常見之 BOT 為例，促參案全生命週期大致可區分成主辦機關為辦理促參案所為之預評估、可行性評估及先期規劃，再至主辦機關公告徵求民間參與及申請審核階段，經評定出最優申請人後進行議約，議約完成後簽約及履約，最後完成公共建設之移轉。後者指民間擬具土地使用計畫、興建計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書及其他法令規定文件，向主辦機關提出申請，經主辦機關審查符合政策需求後，進行政策公告及向民間徵求可行性評估報告，再經審查程序評定出最優申請人後，民間應依規定時間籌辦，並與主辦機關簽訂投資契約。在促參案全生命週期中，每個階段均會有複雜與多元的法律問題，惟本文僅探討在議約階段（即主辦機關評定最優申請人後至締約前）所生之爭議。又，因「民間自行規劃申請參與公共建設」類型為民間評估市場、技術、財務、法律、環境影響、需政府承諾及配合事項等，在符合投資效益後，始向主辦機關提出申請，該類型之投資契約原則上雙方地位趨向平等且契約內容較合於民間期待，因此於議約程序中對於契約條款通常無過多之爭執。是以，本文探討之議約制度內容及爭議處理方式，限縮在促參法第 42 條「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，公告徵求民間參與」類型，此亦為現行促參案類型之大宗。

經查詢與整理法院判決，目前實務有二件議約未完成即告破局的案例，分別為臺灣澎湖地方法院 106 年度訴字第 11 號《澎湖度假旅館營運促參案》及臺北高等行政法院 109 年度訴字第 376 號《基隆長期照護促參案》。其他引起學界廣泛討論的案例，如臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2710 號《板新汙水下水道促參案》、臺中高等行政法院 99 年度訴字第 384 號《臺中交通運轉中心促參案》、

臺中高等行政法院 105 年度訴字第 76 號《臺中市大都會歌劇院促參案》等，均為主辦機關與最優申請人議約完成後，因政策變更，而於締約前不續辦促參案之爭議。本文認為，因議約前及議約進行中，亦有可能發生主辦機關以政策變更或公益考量為由，不予議約或中止議約，故本文將該等議約完成但未締約之案例，同樣納為研究與分析之標的。

因促參案的議約程序中有主辦機關與最優申請人二方當事人，故議約未完成可能係主辦機關所致，也可能出自於最優申請人的因素，故本文將分別論述最優申請人及主辦機關在議約階段中之權利與義務，藉以探討議約未完成之事由係源自於最優申請人或主辦機關，以及是否具可歸責。此外，亦論述發生爭議時，以現行促參法的規範架構應如何處理。又，因 111 年 2 月行政院公布促參法修正草案，本文將以修正草案之內容，檢視是否可解決目前的議約爭議，並且提出本文對於修正草案的看法與建議。

第二項 研究方法

本文以「文獻分析法」對於促參案議約制度及其程序中所生之爭議，以國內學者著書、期刊文章、學位論文、實務資料等文獻，以及國外與協商制度相關之文章及報告進行整理與分析，並以我國法院判決案例及法院見解，與學界看法相互應證，歸納整理議約爭議類型與解決紛爭之方式，亦提出本文的見解。

第三節 研究架構

本文共分成六章，架構內容說明如下：

第一章為「緒論」，主要說明本文的研究動機與目的、研究範圍及研究方法，以界定本文探討之方向與內容。

第二章為「促參案議約階段架構與性質」，本章介紹促參法法制規範及議約程序內容。在促參法法制規範一節中，主要說明促參法為公私協力之展現、促參案生命週期，以及促參法採雙階段的架構。於議約程序內容一節中，則概述促參法所規定的議約程序，包含議約期限及議約範圍，並且與其他立法例比較。

第三章為「最優申請人未完成議約之責任探討」，因促參案之投資契約性質有私法契約及行政契約之爭，故本章先概述一般契約及行政契約內涵，接續說明投資契約的內容及成立要件，用意在於討論主辦機關與最優申請人對於投資契約內容達成意思合致的可能性。其次，說明議約的涵義及其性質屬於公法行為或私法行為，藉以於本章及第四章分別推論最優申請人與主辦機關於議約程序中的權利及義務，以及發生議約爭議時的救濟方式。接續討論於議約階段中，最優申請人有何權利義務，用以判斷議約未果時，可否歸責於最優申請人。再者，本章提出二則法院判決實務，討論最優申請人所提議約內容，是否符合議約原則。最後針對主辦機關不開議約程序及沒收申請保證金之議題，說明爭議處理方式。

第四章為「主辦機關未完成議約之責任探討」，本章首先論述主辦機關的權利義務，用以判斷如發生議約未果時，該事由是否可歸責於主辦機關。此外，本章分析五則法院判決實務，說明主辦機關如以政策變更為由不續辦促參案是否具可歸責性。最後討論因主辦機關之因素而未完成議約時，最優申請人的救濟方式。

第五章為「促參案議約階段修法建議」，因 111 年 2 月財政部提出促參法修正草案，故於本章先介紹修正草案的內容，接次評析修正草案有關於議約爭議的部分，最後提出本文就促參法應如何處理議約爭議的修法建議。

第六章為「結論」，綜整前述各章的內容為總結，針對現行促參案議約爭議作綜合回顧，並提出本文的建議，希冀給予符合促參案實務運作及法理之妥適的解決方式。

第二章 促參案議約階段架構與性質

第一節 促進民間參與公共建設法法制規範

「民間參與公共建設」為現代國家普遍運用之公私協力類型，為減緩政府因興建及營運公共建設所需要的財政與人力負擔，我國先於 85 年 12 月 5 日公布實施「獎勵民間參與交通建設條例」（以下簡稱獎參條例），為規範交通建設領域公私協力之特別法。為使公私協力行為在交通建設以外之其他公共建設亦有適用餘地，嗣於 89 年 2 月 9 日公布實施促參法，因促參法所適用之公共建設類型與範圍廣泛，促參法可謂我國現行法秩序下規範公共建設領域公私協力行為之基本法¹。

依促參法第 42 條以下規定，由民間參與政府規劃之公共建設，其應進行之主要程序，可區分為「甄審決定」（包括招商階段中主辦機關公告徵求民間參與、申請人應備妥有關文件向主辦機關提出申請、評定最優申請案件申請人），以及「投資契約」（即簽約與履約）二個主要階段進行，故有認為因受大法官釋字第 540 號及政府採購法立法模式影響，促參法為雙階理論的適用範圍²。

第一項 促進民間參與公共建設法之公私協力性質

第一款 公私協力概述

一、公私協力內涵

公私協力係指公部門與私部門立於對等之夥伴關係，共同致力於達成特定行政目標，或執行行政任務之一種合作關係，且建立在雙方自願及責任分擔之基礎上³。第二次世界大戰後興起給付國家的理念，國家應積極地為人民謀最大福利，承擔有關人民之生存照顧⁴。惟在西元 1970 年代，因給付國家的任務日漸擴增，

¹ 詹鎮榮，行政合作法之建制與開展-以民間參與公共建設為中心，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 36-37，2016 年 12 月。

² 林明鏘，ETC 判決與公益原則-評台北高等行政法院九十四年訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 203-204，2021 年 4 月。

³ 詹鎮榮，同註 1，頁 8-11。

⁴ 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責任，載：政治思

政府除需滿足社會大眾日常生活所需之外，同時也面臨財政支出緊縮的壓力，為減輕政府負擔與解決上述問題，「行政任務民營化」成為趨勢，以減縮國家任務，並可節省財政支出、精簡人事、增加行政效率⁵。上述即所謂「擔保國家」，政府不再承擔有關人民的生存照顧，縱使係由政府承擔，亦非需由政府親自履行該等行政任務⁶。然而，基於行政任務之性質、政策考量，以及法令所定之限制等因素，部分行政任務的執行責任不得完全移轉予民間，亦即不得或不宜採行完全民營化模式⁷，故採取「部分民營化」模式，於執行階段選擇借重私人之力，國家仍保留自身的執行責任，因此，其模式之重點在於借重私部門協助履行行政任務，此乃現代給付國家面對行政任務肥腫化、無效率化、行政組織僵化及財政赤字問題時，常使用的行政革新手段。

學者有認為，依行政任務非必須由國家自行履行的觀點言之，因部分民營化具有公部門與私部門共同合作以遂行行政任務的特徵，因而公私協力與部分民營化在概念上並無二致。民營化之概念是著重在執行任務的主體由國家轉換成私人，在實務經驗上，民營化的歷程通常會持續數年到十數年之久，而公私協力並非必然具有持續性，行政機關有可能因單次性的任務，短期地借重私人之力完成，此不失為公私協力的適例，故將公私協力視為部分民營化之描述，並無不妥⁸。

綜上，公私協力的內涵，應可認為係行政機關與民間本於自由意願而共同合作，由民間生產公共財貨或提供公共服務，並彼此為風險與責任分擔，以達成提昇行政機關之行政效能及政策品質的治理模式⁹。

二、公私協力之容許性

(一) 國家任務論

潮與國家法學-吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，初版，元照，頁 579，2010 年 1 月。

⁵ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，第 102 期，頁 8，2003 年 10 月。

⁶ 林明鏘，同註 4，頁 579。

⁷ 詹鎮榮，民營化法與管制革新，2 版，元照，頁 4，2011 年 10 月。

⁸ 詹鎮榮，同前註，頁 8。

⁹ 許耿銘，協力理論在跨界人力資源管理的應用：以「政府機關與績優民間機構人才交流實施辦法草案」為例，文官制度季刊，第 1 卷第 3 期，頁 58，2009 年 7 月。

國家就任務之設定與放棄，原則上有全面的管轄權，惟實定法縱使規定國家有需自攬於身之特定任務，不代表國家即必須自己履行。析言之，不論是涉及國家權力獨佔的絕對國家任務，或者是不涉及公權力行使的行政任務，國家對於任務的行使雖然有全面的管轄權，但非指國家在手段上即需單獨管轄。準此，國家在採行公辦民營或民辦民營模式的給付行政領域中，無須全面管轄自無問題，即使是干預或其他高權行政的範圍，只要行使權力時不涉及物理上的強制力，私部門便無庸被排除得參與經營及管理。甚且，在有法令的授權下，仍可例外讓私人以行政受託人（Beliehene）的身分行使強制力。縱上，國家任務論僅是禁止任務本身除國家化，而非完全地排除私人參與的可能¹⁰。

（二）憲法之容許性

憲法第 144 條規定：「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」，在解釋上，因立憲者肯認於法律許可時，得由民間所有及經營公用事業與獨佔性企業，且係完全開放，故以「舉重以明輕」之法解釋原則，因國家行政任務係以公私協力方式執行，民營化的程度實屬輕微，自無須被排除。再者，憲法未明文行政機關應透過何種方式執行具體任務，故行政機關對於其任務應可自由選擇執行的方式及手段，換言之，「公私協力」乃行政機關可選擇採取之方式之一，因此，憲法應係容許公私協力模式。此外，執行行政任務的民主正當性，主要展現在行政機關所為之行政行為「須受法律的拘束」，以及「須受上級機關指揮監督」二方面，前者在於尊重民意之直接體現，即法律，而後者則在於確保對國會負責之行政主體的最後決定權。在採取公私協力模式情形下，國家事實上未捨棄任務責任，若未違反當前法律規定，且委託機關仍保有對民間之監督權限及程序支配，公私協力模式仍然符合民主原則的要求。準此以言，至少在涉及民生福祉之公用事業與獨佔性企業範圍內，國家採取以特許方式，將其經營權之全部或一部開放民營，而國家同時課予私人遂行該事

¹⁰ 詹鎮榮，同註 5，頁 24-25。

業的義務，並對之特別監控與管制，應非憲法所禁止¹¹。

三、我國公私協力之實踐

學者有謂依我國現行法制與行政實務上主要的公私協力型態，可區分成四種合作模式¹²，分述如下：

(一) 行政委託

目前行政實務上，最被廣泛運用的公私協力模式係行政委託，指國家在保有行政任務之權限與責任下，僅將部分履行事項委託民間團體或個人行使，達成行政任務目的之情形。一般可再區分為「公權力委託」與「業務委託」二種態樣。

1、公權力委託

行政程序法第 16 條第 1 項及第 2 條第 3 項分別規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」、「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」，析言之，行政機關將其權限委託第三人辦理時，需有法律或經法律授權之命令為其授予公權力之依據；而受委託行使公權力之民間團體或個人，於此時係以自己名義執行受託事項，獨立完成任務，故具有相當於行政機關的地位。因此，「公權力委託」為私人參與密度最高之公私協力類型，係因一方面私人所辦理者之行政事務涉及公權力，一方面私人又可在委託之範圍內以自己名義行使公權力。

又，公權力委託的方式有「法律委託」之情形，其指經由法律規定，直接將公權力之行使委託予民間團體或個人；另有出於「法律行為者」，指行政機關以具體行為，將公權力授權由民間團體或個人獨立行使之情形，如行政機關以行政契約或行政處分為之¹³。

2、業務委託

指行政機關將不涉及公權力的行政業務，委託由民間團體或個人行使，在行

¹¹ 詹鎮榮，同前註，頁 18-20。

¹² 詹鎮榮，同前註，頁 12-18。

¹³ 孫秀蕊，《從公私協力觀點探討我國民間參與公共建設特許營運期間之國家賠償責任》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 10，2015 年 1 月。

政實務上如「委託外包」、「委外」、「簽約外包」、「公辦民營」等均屬之。

民間團體或個人受行政機關委託執行單純業務時，依委託基礎關係之不同規定，而享有不同程度之自主性。倘民間團體或個人僅是技術協助及支援行政機關而不具有獨立性，則該民間團體或個人處於行政助手地位，須完全聽命於行政機關的指揮與監督，故該民間團體或個人實乃國家手足的延伸，行政機關仍保有執行責任中的領導責任。此外，民間團體或個人依與委託機關的基礎法律關係約定，在執行業務上享有獨立性時，例如行政機關依民法規定委託民間團體興建工程，此時雙方為承攬之法律關係，民間團體依契約約定可獨立執行，故非行政助手，且因行為不屬高權性質，故亦非為行政受託人。

(二) 公民合資事業之經營

指政府與人民共同參與某一事業並且經營特定業務，我國慣稱此種事業為「公民合資事業」或「公民合營事業」。此類公私參與有三種型態，分別為「政府與人民共同設立一新的公民合資事業」、「政府參與民營事業投資」，以及「政府將現有公營事業之資金一部分移轉民間」。

(三) 公共建設之參與

公部門與私部門一同參與中央或地方基礎建設之規劃、興建、維護與經營等事項，為現行法制與實務上日益廣泛採行之公私協力類型，我國促參法即屬適例。此類型雖在行政委託之範圍內，但因涉及的法律關係多元複雜，且牽涉到多種民營化類型之組合，故將之獨立為一公私協力之模式。

(四) 公私合作管制

公私協力的理念於近年來進一步延伸至規制私經濟主體行為的合法性與允當性，所為之「經濟管制與監督行政」行政行為。國家採行與私部門合作關係，將部分公益責任分配予私人，由其自行或委託第三方執行，以紓解國家管制之負荷，進而節省高管制所需投入之人事、資金與時間等行政資源。

第二款 促進民間參與公共建設法之公私協力立法模式

促參法立法當時，國際間引進民間參與公共建設為世界風潮，若我國於興建

及營運公共建設可納入私部門的經營效率、資源活力及企業精神，則不論在籌措資金、興建與營運等各項經濟活動中，即可有效發揮民間靈活的經營方式，以提升公共工程的效率及服務品質。又，參考國際推動民參與公共建設的立法方式，有採採通案立法，亦有個案立法，我國基於立法經濟原則及參照已制定之獎參條例模式，係採取通案立法制定促參法。

依現行促參法規定，民間參與公共建設係採「特許權制度」，並於第 8 條第 1 項列舉 7 種民間參與方式，包含「公共建設由民間機構投資新建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府」、「公共建設由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並由該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「公共建設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，並由該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「公共建設由民間機構投資增建、改建及修建政府現有建設並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「公共建設由民間機構營運政府投資興建完成之建設，營運期間屆滿後，營運權歸還政府」、「配合政府政策，公共建設由民間機構自行備具私有土地投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運」、「其他經主管機關核定之方式」。

民間參與公共建設為公私協力的一種類型，故政府與民間之關係應根植於「合作原則」上。合作原則係指政府與民間應盡可能立於對等地位，以雙方意思合意之方式，自願及共同參與公共建設的意見交換與合作內容的決定，並就責任與風險妥為協議與合理的分擔¹⁴。促參法第 11 條及第 12 條為投資契約應記載之內容及原則，投資契約通常為主辦機關單方面先行設定特定目標後的結果，再透過招商公告尋求民間參與，雖從民間角度觀察，某種程度上為「受目標拘束之合作」，但民間應如何達成，就其方式與細部內容，則可由公、私部門以協商方式為之¹⁵，亦即公、私部門透過議約程序，確認雙方合作的履約內容及各項權益。

¹⁴ 詹鎮榮，同註 1，頁 23-24。

¹⁵ 詹鎮榮，同前註，頁 24。

公私協力之內涵包含政府藉由民間力量，以達成公共建設興建及營運之行政任務，非將行政任務全部移轉於民間，政府仍保留「行政任務之執行責任」，因此，當民間參與失靈時，政府應有接手之相關機制，以確保順利履行行政任務¹⁶。促參法第 52 條、第 53 條所定倘民間機構發生施工進度有嚴重落後、經營不善，或有其他重大情事發生等，主辦機關應採取管理措施（如緊急處分、強制接管等），以及關係人介入權，即為公私協力下，政府行政任務之執行責任確保原則的展現。

民間機構為促參案之公共建設興建與營運的主體，因其為私部門，在經營上必然會以自身利益為考量，但為避免民間機構過度追求盈餘利潤，導致使用公共建設之民眾權益受到損害，主辦機關應透過管制與監督措施，負擔起公益維繫的義務，諸如課予民間機構提供資訊、確保給付品質、給付不中斷、資費審核等義務；又主辦機關應享有檢查與監督之介入權限，以主動發現有違公益之情事¹⁷。促參法第 11 條規定投資契約應記載「權利金及費用之負擔、費率及費率變更、施工或經營不善之處置及關係人介入、稽核、工程控管及營運品質管理」等事項、第 49 條至第 52 條有關主辦機關的監督與管理，均為公益維繫的明文。

第二項 促參案之生命週期

第一款 促進民間參與公共建設法立法架構

促參法自 89 年施行迄今，分別於 90 年、104 年及 107 年修正，現行促參法分為六章，共計 60 條，條文內容著重在所適用之公共建設範圍、民間參與公共建設方式、符合得參與公共建設之私部門資格、政府提供民間參與公共建設之誘因（如放寬籌資、土地等法令限制，提供減免租稅、融資優惠等）、主辦機關甄審與監督程序、投資契約中主辦機關與民間機構之權利義務等。促參法係以為民興利角度推動與立法，其目的在於避免政府興辦公共建設發生與民爭利之疑慮，故開放民間可共同參與開發國家資源，亦可展現政府創新與再造的精神。

¹⁶ 詹鎮榮，同前註，頁 25。

¹⁷ 詹鎮榮，同前註，頁 26-27。

一、 促參法適用之公共建設

依促參法第 3 條第 1 項規定，公共建設係指供公眾使用且促進公共利益之建設，包含交通、環境污染防治設施、污水下水道、自來水及水利設施、衛生醫療設施、社會及勞工福利設施、文教設施、觀光遊憩設施、電業設施及公用氣體燃料設施、運動設施、公園綠地設施、工業、商業及科技設施、新市鎮開發、農業設施、政府廳舍設施。此外，促參法依公共建設性質的重要性及規模，區分為「一般公共建設」及「重大公共建設」（促參法第 3 條第 2 項參照）。

二、 民間參與方式

依促參法第 8 條第 1 項規定，民間參與公共建設分別有「BOT（興建-營運-移轉）」、「無償 BTO（興建-無償移轉-營運）」、「有償 BTO（興建-有償移轉-營運）」、「ROT（增建、改建及修建-營運-移轉）」、「OT（營運-移轉）」、「BOO（興建-擁有-營運）」、「其他經主管機關核定之方式」等計 7 種模式。

次依促參法第 42 條、第 43 條規定，「經評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與」、「申請人應於公告所定期限屆滿前，備妥資格文件、相關土地使用計畫、興設計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書及其他公告規定資料，向主辦機關提出申請」。若為民間自行規劃申請參與公共建設者，依促參法第 46 條第 1 項規定，應由民間擬具「相關土地使用計畫、興設計畫、營運計畫、財務計畫、金融機構融資意願書及其他法令規定文件，向主辦機關提出申請」。再依促參法第 44 條、第 45 條規定，主辦機關應設置甄審委員會決定甄審標準，並就參與公共建設之申請人所提資料，依甄審標準評定出最優申請人，以取得與主辦機關簽訂契約之締約資格。

三、 甄審決定

依促參法第 12 條第 1 項及第 45 條規定，「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定」、「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定

規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運」，於評定出最優申請人後，最優申請人應在規定之期限內與主辦機關完成投資契約之簽約。

四、投資契約

投資契約係規範在參與公共建設之興建、營運、移轉等過程中，主辦機關與民間機構間的權利義務關係。依促參法第 11 條規定，「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、土地租金、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、工程控管及營運品質管理。八、爭議處理、仲裁條款及契約變更、終止。九、其他約定事項」，是以，投資契約包含特許權之內容、主辦機關協助事項、主辦機關之管制措施、公益維護，以及爭議解決途徑等。

第二款 促參案之執行情序

一、計畫形成階段

(一) 預評估機制

根據財政部推動促參司頒布之《公共建設促參預評估機制》指出，「主辦機關依促參法規定程序辦理促參計畫，因過程複雜、需時較長，為避免時間、人力及經費浪費，於進入實質計畫評估前，應先行檢視計畫基本條件，以提升促參計畫先期規劃作業品質及成熟度。」，故《公共建設促參預評估機制》中列有政策及法律面、土地取得面、市場及財務面等檢視項目，以幫助主辦機關預先檢視及評估引進民間參與公共建設之初步可行性及應注意事項。

(二) 可行性評估

依促參法第 6 條之 1 第 1 項規定，主辦機關辦理民間參與公共建設前，應先進行可行性評估。所謂可行性評估，係指主辦機關應依公共建設促進公共利益具體項目、內容及欲達成之目標，以民間參與角度，就民間參與效益、市場、技術、財務、法律、土地取得、環境影響及公聽會提出之建議或反對意見等方面，審慎

評估民間投資可行性，撰擬可行性評估報告。

(三) 先期規劃

依促參法施行細則第 52 條規定，「(第一項)主辦機關辦理公告徵求民間參與政府規劃之公共建設前，應依可行性評估結果辦理先期規劃。但未涉及政府預算補貼者，不在此限。(第二項)前項先期規劃，應撰擬先期計畫書，依公共建設目的及民間參與方式，就擬由民間參與期間、環境影響評估與開發許可、土地取得、興建、營運、移轉、履約管理、財務計畫及風險配置等事項，審慎規劃並明定政府承諾與配合事項，必要時納入容許民間投資附屬事業範圍。(第三項)前項政府承諾與配合事項，應明定完成程度及時程。(第四項)主辦機關應邀請相關領域人士審查先期計畫書，並於公告徵求民間參與前，公開於主辦機關資訊網路，期間不少於十日。」，辦理先期規劃之目的，係因興建公共建設所需之資金龐大，影響社會大眾經濟程度甚廣，若主辦機關未經審慎規劃即輕率投入，可能造成後續資金排擠效應及政府接收的困難¹⁸，故辦理先期規劃除可提升計畫品質及完整性外，亦可避免主辦機關浪費時間、人力及經費，俾利計畫順利推展¹⁹。

二、計畫招商階段

依促參法施行細則第 53 條規定，主辦機關辦理招商準備作業時，應確認招商文件內容及確認甄審時程，並且依促參法第 44 條規定成立甄審委員會，以決定甄審辦法及評審項目。次依促參法第 42 條規定，主辦機關應公告招商，招商內容包含公告申請人資格、興建及營運規劃內容、政府應辦事項，以及申請人負擔及權利義務。再者，甄審委員會應依公共建設目的及甄審標準，就申請人提出之資料，公平、公正評定出最優申請人。

三、計畫執行階段

(一) 議約及簽約

¹⁸ 陳怡君，《促進民間參與公共建設規範之研究》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，頁 65，2010 年 1 月。

¹⁹ 陳鈺純，《主辦機關因政策變更中止促參程序之法律問題-以議約完成尚未締約為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 39，2018 年 8 月。

依促參法施行細則第 26 條、第 57 條規定，主辦機關與最優申請人於簽約前應辦理議約，同時，最優申請人依促參法第 45 條第 1 項規定，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，籌辦事項包含依其他目的事業法令規定應取得許可作業、成立民間機構、取得融資協議、取得土地所有權或使用權等²⁰。議約完成後，最優申請人應於期限內與主辦機關完成投資契約之簽約手續。

(二) 履約、監督及管理

促參案之履約階段包含興建、營運及移轉，依促參法第 12 條規定，除促參法另有規定，主辦機關與民間機構之權利義務應依投資契約之約定，契約未約定時，適用民事法相關規定。又促參法為公私協力之體現，主辦機關基於行政任務之執行責任，應對民間機構之執行成果負最終之責，故促參法第 49 條至第 54 條乃規定主辦機關之履約監督及管理，以確保公共建設及服務之品質。

第三項 促進民間參與公共建設法之雙階段架構

第一款 雙階理論概述

雙階理論係將行政機關的某一行政行為切割成二個階段，分別適用不同的法律關係，前階段適用公法，後階段適用私法。例如，行政機關提供人民經濟補助時，因該行為無法完全被歸類在私法，亦非完全的公法，故透過雙階理論將行政機關決定是否補助，認定屬於行政處分之公法關係；行政機關決定補助後之履行階段，則係締結契約之私法關係。

一、雙階理論緣起

雙階理論為德國學者 Hans Peter Ipsen 所提出，其背景為德國於二次世界大戰後，為了重建而有各種政策貸款，例如德國聯邦議會於西元 1950 年 3 月 31 日決議，對於境內的電影業者，由聯邦政府提供債務保證，該程序為內政部、經濟部與財政部代表組成邦際三邊委員會，依據電影業者申請內容及鑑定信託公司的鑑定，以決定是否提供電影業者債務保證。然而，當時的法律見解認為政府提供

²⁰ 洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，2 版，元照，頁 307，2021 年 1 月。

貸款為國家的私法行為，故申請人無從提起行政爭訟，又基於私法自治之締約自由，申請人亦不得提起民事訴訟，因此，若三邊委員會拒絕電影業者的申請，申請人是無任何法律救濟管道。惟 Hans Peter Ipsen 認為，國家往往會以具有權力性質的高權手段，用以達成法律所規定的公共任務，以致對人民的權利及法律地位，有積極或消極的影響。是以，人民關心的是國家採取的手段，其程序與行為是否公正、合法，是否符合平等原則及裁量是否適當。依此概念觀察三邊委員會拒絕電影業者的申請，電影業者可採取如何的救濟管道問題，因政府對於電影業者的債務保證具有公共利益，故應視為國家公法上的任務，三邊委員會拒絕債務保證的決定，得認為屬於可開啟憲法訴願或行政訴訟的公權力行使，亦即為一行政處分，從而電影業者得提起行政爭訟²¹。

雙階理論的用意在於行政機關於給付行政領域中，雖享有行政行為形式選擇的自由，但為避免行政機關藉由以私法方式給付而規避公法相關原理原則的限制，故以此理論，使行政機關的私法活動仍受公法的拘束。

二、雙階理論於我國的發展

我國政府採購法第 74 條、第 76 條及第 83 條規定，廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得提出異議及申訴，申訴審議判斷，視同訴願決定。最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議（二）決議指出，「立法者已就政府採購法中廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，規定屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判」，是以，政府採購程序的招標、審標、決標階段屬於公法關係。又，採購法第 85 條之 1 第 1 項規定，「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：一、向採購申訴審議委員會申請調解。二、向仲裁機構提付仲裁」，復參照採購法於 91 年 2 月 6 日刪除第 74 條原定「履約及驗收爭議可提起異議、申訴」，其修正理由指出，「政府採購行為一向被認為私經濟行為，故已有契約關係之履約或驗收爭議應循民事爭訟途徑解

²¹ 程明修，行政法之行為與法律關係理論，初版，神州圖書，頁 45-47，2005 年 2 月。

決，使救濟制度單純化；且本法設有調解制度，已足可提供救濟管道。本條原規定履約或驗收之私法爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜。爰予刪除」，顯見，政府採購法認為履約爭議應以民事訴訟程序解決之。準此，我國政府採購法對於政府採購程序區分不同階段，以行政機關與廠商間是否進入「訂約程序」為區別，分別適用行政訴訟及民事訴訟之救濟程序，是為雙階理論之展現。

此外，大法官於91年3月15日釋字第540號指出，「中華民國七十一年七月三十日制定公布之國民住宅條例，對興建國民住宅解決收入較低家庭居住問題，採取由政府主管機關興建住宅以上述家庭為對象，辦理出售、出租、貸款自建或獎勵民間投資興建等方式為之。其中除民間投資興建者外，凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。上開條例第二十一條第一項規定：國民住宅出售後有該條所列之違法情事者，『國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行』，乃針對特定違約行為之效果賦予執行力之特別規定，此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條所稱之法院係指普通法院而言」，該號解釋理由書並謂，「主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無若何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果（參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第四條）不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟」，該解釋雖未提及雙階理

論，但多數看法認為大法官係運用雙階理論，將低收入戶向行政機關申請國民住宅區事件分為前、後二個階段，前階段為行政機關是否核准出售、出租或貸款自建，屬於公法關係，故申請人不服行政機關的審查決定時，應提起行政訴訟；後階段為行政機關審查符合法定要件，並與申請人訂定契約，此時不存在權力服從關係，屬於行政機關的私經濟措施，故為私法關係。

三、學界對雙階理論之評析

學者程明修認為，雙階理論運用在補助案例中，申請人可能只為一個法律行為，但卻虛擬出二個不同階段的法律關係（如一個為公權行為，一個為希望締結私法上契約的要約）。相對地，行政機關的答復，可能是一個許可的行政處分，也同時為締結私法契約的承諾。為了適用雙階理論，而將外觀上是單一的法律行為拆解成二個法律行為，此舉將破壞法律關係的單一性，亦可能使人民可採取的法律救濟途徑變成雙軌制。再者，前後二階段難以一刀兩斷區分，造成選擇法律救濟途徑的困難。例如在履行關係上，申請人請求行政機關履行，但行政機關否認有法律關係存在而拒絕履行，此一爭議屬於確認私法關係不存在而由普通法院管轄，抑或確認行政處分無效或確認公法上關係不成立而由行政法院管轄，即生疑義。此外，前階段決定與後階段法律關係是否為相互影響，例如許可貸款的處分被撤銷或廢止時，對於貸款契約的形成與內容有無影響，尚有爭議²²。

學者林明鏘認為，在雙階理論未出現前，補助關係於德國向來被視為特別權利關係，不受法律保留原則拘束，亦無司法救濟之可能，但雙階理論將補助行為區分成二個行為，分別是否給予補助之行政處分（即公法行為），以及如何進行補助之私法契約，使得受補助或對行政機關拒絕給予補助之人民，均有明確的司法救濟途徑，擴大保障人民之訴訟權及信賴保護，並且使國家擁有使用私法較具彈性手段之地位。但雙階理論的架構存有諸多缺陷，例如，(1)將屬於同一事件之單一法律關係，拆解成二個不同行為，違反一個事實的單一法律關係，亦可

²² 程明修，同前註，頁 58-61。

能造成同一事件卻有二個行為紛爭，導致不同裁判見解的歧異。(2)將一個法律事實區分二個階段，但如何區分前、後階段的標準不清。(3)當前階段或後階段程序發生法律上的瑕疵時，該二階段行為效力是否會相互影響？抑或彼此效力相互獨立？(4)僵化的傳統雙階理論，導致行政主體必須採取「行政處分→私法契約」的固定公式，來確定補助關係及履行補助行政任務，不易有效達成行政任務。(5)前階段程序行為事實上決定了後階段行為之主要內容，前後階段的重要性與比重顯然不同，與雙階理論將前後階段程序視為平等之區隔程序不盡相合。(6)行政機關可能會利用雙階不同的行為形式及其不同強制性之法律效果，有意規避公法之拘束，造成對人民之不利益狀態。(7)雙階理論對具有三面法律關係之事件，如受託行使公權力之第三人，在雙階理論的前後階段均有可能參與該法律關係，但雙階理論無法解決對第三人權利保護狀態問題。因雙階理論有上述各種缺點，故發展成雙階理論僅成為定性多階段給付行政行為的其中一種理論模型，而非統一性、框架性的理論²³。

綜上，因一個生活事實可能存在複數、不同的法律關係，故採用雙階理論可確保人民的訴訟救濟途徑，並能有效結合公法行為與私法行為。但未能卻區分公法行為與私法行為雙階理論之缺陷，且前後階段關係不明，而致如何選擇救濟途徑產生不便，亦可能在分屬不同法院管轄時，產生裁判矛盾之虞。

第二款 雙階理論於促進民間參與公共建設法之適用

依促參法第 42 條第 1 項、第 44 條第 1 項、第 45 條第 1 項及第 12 條第 1 項規定：「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。」、「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。」、「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評

²³ 林明鏘，行政私法與雙階理論之探討-從最高行政法院 102 年 10 月份第 2 次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，第 112 期，頁 100-102，2019 年 12 月。

定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」、「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。」，可知促參案的主要程序，可區分為「甄審決定」及「投資契約」（即簽約及履約）二個階段。

依最高行政法院 104 年度判字第 102 號判決指出，「在現代合作國家理念促使下，促參法引進多樣公私協力模式，期以社會經濟之發展。現制上，如以促參案之政策規劃者為區分，可分為『主辦機關規劃由民間參與公共建設』與『民間自行規劃申請參與公共建設』二類，……。對於前者，該法第 42 條至第 45 條就主辦機關規劃民間參與之建設，如何公告徵求、甄選，及評定最優申請人至完成投資契約簽訂手續前之相關事宜，訂有規範。至於上開程序中甄審決定（即評定最優申請人）之實體法性質，促參法條文本本身雖無明白揭示，然觀諸同法第 47 條規定：『參與公共建設之申請人與主辦機關關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定』以及政府採購法第 74 條：『廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。』應可得知，立法者有意將甄審決定與促參投資契約履約之法律關係割裂評價，並將前者之爭議處理採公法救濟途徑解決。析言之，在促參法將甄審決定爭議定性為公法爭議之規範架構下，可推測出立法者併含有將甄審決定在實體法上定性為一獨立之公法行政行為的動機。又有鑑於政府採購法第 83 條將申訴審議判斷視為訴願，故依促參法第 47 條準用政府採購法第 83 條規定之結果，促參法意義下之甄審決定乃為一行政處分，核屬法解釋論正確操作之結果。據此，『主辦機關規劃由民間參與公共建設』此類促參投資契約簽訂事件如何為法律關係之評價，基本上應以『雙階理論』為思考出發點；亦即，前階段之甄審決定為一行政處分，而後階段投資契約簽訂與履行，則是另一獨立、具雙方法律行為屬性的契約法律關係」，臺中高等行政法院 104 年度訴更一字第 9 號判決、臺北高等行政法院 104 年度訴字第 305 號判決均採同一見解。故法院判決實務認為依據促參法第 47 條第 1 項、採購法第 74 條及第 83 條之立法規定，可知促參法係採雙

階理論架構，區分為最優申請人資格甄審決定及投資契約簽訂二個法律性質各異之複數法律關係階段²⁴。

雙階理論雖有學者前述的批評，然學者詹鎮榮認為，若法律關係切割之結果，可簡化生活事實認定上之複雜性，各階段之區隔亦不致造成辨識上之明顯困難，又可保障人民提起救濟之可能性，應賦予立法者將外觀上單一法律關係予以階段化或複數化之形成自由。又，促參案的內容與實現歷程具高度複雜性，參與者數量龐大，將申請人資格之甄審與投資契約區隔，實有助於釐清法律關係。此外，前階段甄審程序，與後階段之投資契約切割，其界限明確，無不易劃分問題。因此，促參法採二階段的規範架構，具有妥適性及正當性²⁵。

一、前階段甄審決定之法律性質

有關促參案前階段甄審程序（即選商階段）所為之甄審決定的性質為何，若以促參法法條文義觀之，因第 47 條第 1 項將申請及審核爭議明文以異議、申訴方式為之，亦即以類同訴願之公法救濟，故可追溯推出立法者針對甄審決定有意定性為行政處分²⁶，將該階段認屬公法行為。再者，從行政程序法之行政處分角度觀察，民間依促參法（公法）規定申請參與特定公共建設規劃案，甄審委員會就該具體事件，作成單方決定（評定），直接發生使特定申請人成為最優申請人（或次優申請人），並可與主辦機關簽訂投資契約之法律效果，故甄審決定應為行政程序法第 92 條第 1 項所定行政處分²⁷。職是，無論從法條文義或依甄審決定之性質言之，均可認甄審程序（即選商階段）為公法行為。

學者李惠宗進一步指出，對於參與甄審程序的其他申請人而言，因主辦機關評定最優申請人的決定，將對其他申請人產生排斥的效果，亦即其他申請人將因而失去締結投資契約之機會，故甄審決定係屬具有第三人效力的行政處分²⁸。

²⁴ 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之實現與理論-評台北高等行政法院 ETC 相關裁判，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 112，2016 年 12 月。

²⁵ 詹鎮榮，同註 1，頁 49。

²⁶ 林明鏘，同註 2，頁 206。

²⁷ 可參臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決。

²⁸ 李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查-兼評台北高等行政法院九四年訴字第七

二、後階段投資契約之法律性質

促參法第 12 條第 1 項規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。」，其立法理由指出，「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。」，似指投資契約為私法契約，但立法理由僅能作為解釋法條時之參考，本身不具有法的拘束性²⁹，故學界及法院判決實務，針對投資契約究屬行政契約或私法契約尚有爭執。

(一) 行政契約說

依行政程序法第 135 條規定，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。判斷一契約是否為行政契約，應取決於契約標的，亦即契約內容是否涉及公法上權利義務關係之設定、變更、消滅。促參案契約既涉及經營特許權，民間機構被賦予特別的、獨佔的經營地位，此一公法上權利之性質，殊難想像得透過私法契約而加以設定、變更。此外，公權力的高度介入、公益色彩濃厚等，亦是判定促參案契約性質為行政契約的重要佐證³⁰。又，投資契約定性為行政契約時，將適用公法原則，則因有憲法基本權及信賴保護原則的適用，可合理保護民間機構，不至使其蒙受預測不到的損害³¹。

臺北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定、同院 95 年度訴字第 2710 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 635 號判決認為依促參法成立之投資契約為行政契約，主要理由係投資契約在政府管理監督及調整契約內容機制上，具有公權力行使之性質，且契約內容為特許的本質，故不得認定投資契約為民事契約。

(二) 私法契約說

採投資契約之性質為私法契約者，所持論點除依促參法第 12 條及其理法理由外，認為投資契約所規範的事項，係關於民間機構特許經營的權限、是否給付

五二號 (ETC) 判決，台灣本土法學雜誌，第 82 期，頁 183，2006 年 5 月。

²⁹ 洪國欽，同註 20，頁 125。

³⁰ 江嘉琪，ETC 契約之公、私法性質爭議-以台北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心，台灣本土法學雜誌，第 81 期，頁 114，2006 年 4 月。

³¹ 洪國欽，同註 20，頁 126-127。

權利金及其數額、契約中（終）止後移轉營運資產等事項，而上述內容和一般私法契約所約定的事項，尚無不同³²。此外，亦有主張以促參模式從事興建及營運公共建設，係借重民間機構之經營效率，政府與民間機構的權利義務關係具有雙務性及對價性，故投資契約原則應屬民事契約。倘認屬於行政契約，則使政府可單方地調整或終止契約，將致民間機構因法律關係之不平等性與不確定性，造成議約與取得融資的困難³³。此外，BOT 旨在透過公私合夥之方式，創造政府與民間雙贏之局面，將投資契約定性為私法契約，不僅可以避免政府恣意片面以公權力破壞契約之原先約定基礎，亦可創設出興建營運時必要之彈性空間，有助於提升民間參與之意願³⁴。

最高行政法院 104 年度判字第 102 號判決、同院 99 年度裁字第 2563 號裁定、高雄高等行政法院 93 年度訴字第 374 號判決，將採促參案之投資契約認定為私法契約。

(三) 個別認定說

採個別認定者係認為，依促參法規定，雙方就投資契約可約定的內容項目眾多，不論公法或私法屬性均有；再者，促參法除有允許主辦機關及民間機構可自由約定的事項外，亦有屬於強制性的規定，且將其視為契約權利義務關係的必要部分。此外，促參法第 3 條第 1 項明文之公共建設，除有與人民生存照顧的重要基礎建設外，亦有如觀光遊憩設施，公共建設的項目種類繁多、包羅萬象，與大眾公益程度不盡相同。雖促參法所規定之賦予民間機構特許權、強制收買、土地徵收與強制接管等，在通案上較趨向為行政契約，但仍然不能排除個別投資契約針對公共建設的類型、契約所約定的內容，又或所追求的公益，在程度上具有差別，因此，應就個別投資契約定性為宜³⁵。

(四) 本文見解

³² 洪國欽，同前註 20，頁 127。

³³ 江嘉琪，同註 30，頁 112-113。

³⁴ 詹鎮榮，同註 24，頁 117。

³⁵ 詹鎮榮，同前註，頁 119-120。

促參法主管機關財政部於其頒布之《促參案件招商文件及投資契約參考文件》中，在投資契約參考條款中明定「本契約為私法契約，本契約無約定者，適用民事法相關之規定，如雙方涉有爭議，除法令另有規定者外，依本契約第 24 章約定爭議處理程序處理」，顯見主管機關有意將投資契約認定為私法契約，契約雙方如發生爭議，以民事法律處理。惟契約雙方是否可自行合意契約性質，約定由普通法院為管轄法院，過去於法院判決中曾有歧異。

採法院不受當事人主張拘束者，係認為關於契約之法律性質，應依契約標的、目的及其契約整體內容加以判斷，並不受當事人主觀意思影響。因此，不能以契約條款的約定內容即認為私法契約³⁶。最高行政法院 109 年度判字第 287 號判決亦指出，「行政機關基於法定職權，為達成行政目的，得以行政契約與人民約定由對造為特定用途之給付，俾有助於該行政機關執行其職務，而行政機關亦負相對之給付義務（行政程序法第 137 條第 1 項第 1 款及第 2 款參照）。辨別此類行政契約，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（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。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題，由此而衍生之審判權之

³⁶ 可參臺北高等行政法院 96 年度聲字第 17 號裁定、臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 914 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 969 號民事裁定、臺灣高等法院 104 年度抗字第 744 號民事裁定。

歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更。(司法院釋字第 533 號解釋理由書及吳庚大法官協同意見書參照)」，是以，依最高行政法院判斷標準，促參案之投資契約明顯偏袒主辦機關、公權力介入色彩濃厚，具有高權行政之性質，應屬行政契約。

然最高法院 104 年度台抗字第 624 號民事裁定、同院 105 年度台抗字第 2 號民事裁定均指出，「按具體案件之訴訟，究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，應由立法機關衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計(司法院大法官釋字第四六六號及第五四〇號解釋文、第五三三號解釋理由書參照)。促參法第十二條第一項規定：『主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。』及其立法理由略以：『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。』『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。』已明示此類投資契約除另有規定或約定外，屬民事契約性質，法院自應尊重此項立法設計。兩造係以促參法為依據，訂立系爭契約(參見前言)。原審反於上開法律規定及立法意旨，遽將之定性為公法契約，已有適用法規顯然錯誤之情形。次按國家為行使司法權，將性質不同之訴訟事件，劃分由不同體系之法院審判，無非基於專業及效率之考量。於普通法院審判權與行政法院審判權發生衝突時，固得參酌事件之性質，依民事訴訟法第三十一條之二、第一百八十二條之一、行政訴訟法第十二條之二等規定決之。惟倘當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之，民事訴訟法第一百八十二條之一第一項但書亦有明定，俾尊重當事人基於程序主體地位，所享有之程序選擇權。此項規定，已生審判權相對化之效果。本此立法意旨，當事人訂立契約時，為避免將來發生爭議須訴請法院解決，普通法院與行政法院間對於審判權之歸屬有不同認定，造成程序上之不利益，乃預為合意願由特定之普通法院管轄，倘無害於公益，自無不可。」，析言之，最高法院認為立法者得依據案件性質設計受訴法院，且契約雙方有訴訟

程序選擇權，故促參法既明文投資契約適用民事法律，投資契約之契約條款已約定為私法契約，法院自應尊重契約當事人合意內容，而不應再審究投資契約之契約標的，而將之定性為行政契約。

對於促參案投資契約性質，普通法院與行政法院顯然有迥異之見解，本文認同促參案投資契約之標的為公共建設，與社會大眾權益息息相關，而具有強烈之公益色彩；契約中關於特許權的設定內容、土地徵收、特許權利金的收取，皆屬公法關係³⁷；在民間機構營運時，政府仍有高度之參與及監督，亦即有公權力的介入，故應認投資契約屬於行政契約為是。然而最高法院於前揭裁定中，既已解決審判決歸屬，亦即契約雙方如因履約而生爭議者，應循民事爭訟程序解決爭端，應屬肯定³⁸，則投資契約屬於行政契約或私法契約，已非真正的問題³⁹。普通法院未來審理促參案因契約而生之爭議時，應考量投資契約即係基於公私協力理念下，機關與民間因行政合作而訂立⁴⁰，是該契約仍受促參法及有關行政法規的拘束⁴¹，法院不能因為契約自由原則，而忽略適用行政法法理。

第二節 促參案議約規範與性質

議約係指對於契約的協議，促參案於雙方簽訂投資契約前應先行議約，係因民間參與公共建設為新型態的公私協力，主辦機關只能依可行性評估與先期規劃所為之初步構想，由主辦機關一方預先擬定投資契約草案條文。然經過甄審評選，甄審委員會基於促參案之需求或其他公益事項的考量，可能會就招商公告及相關文件、投資契約草案中所載之資訊有不一致的技術規格時，或對於合作條件有所要求，又或有其他意見時，而於嗣後提供建議。是以，雙方有必要於最優申請人選出後，依評審結果，針對由主辦機關單一方擬具之投資契約草案再為具體

³⁷ 李惠宗，同註 28，頁 181。

³⁸ 洪國欽，同註 20，頁 130。

³⁹ 許登科，促參契約之爭議合意由普通法院審判與審理-最高法院 105 年度台抗字第 2 號民事裁定之評析與省思，裁判時報，第 58 期，頁 41，2017 年 4 月。

⁴⁰ 許登科，同前註，頁 38。

⁴¹ 許登科，同前註，頁 41。

的檢視與商議，必要時則進行修改⁴²。此外，因促參案之特許期往往長達數十年，因此有關主辦機關與民間機構之間的權利與義務、爭議處理方式等，在評定出最優申請人後，主辦機關與最優申請人對投資契約內容，需耗時及努力進行協調談判，其目的是在避免發生不確定之事由導致執行契約期間引起損失，此外，也力求契約內容能貼近真實計畫，以期增加促參案成功的機會⁴³。

一般而言，主辦機關與最優申請人對於投資契約所為之議約，其重要內容如下：

- 一、公共建設內容：民間機構經主辦機關特許可經營之項目、範圍與年限；權利金與費用負擔；民間機構收費標準（含費率）的訂定與調整；民間機構所規劃之公共建設發展；雙方需互相配合的事項。
- 二、主辦機關的監督與管理：主辦機關需監督及審核公共建設興建及營運之品質、進度；民間機構對其或所成立之專案公司所為之處分應有限制等。
- 三、其他事項：投資契約所約定之紛爭處理方式；履約瑕疵的補正與罰則；契約變更、提前中（終）止如何分配權利義務及標的物（包含所有權、經營權）的移轉等。

第一項 促進民間參與公共建設法規範

促參案的議約程序係規定於促參法施行細則及財政部推動促參司頒布之《機關辦理促進民間參與公共建設案件作業指引》。上開法令對於議約之期限、範圍所為之規範，說明如下：

第一款 法令規定

- 一、促參法施行細則第 53 條第 3 項：「第一項招商文件內容，除包括前項公告內容及依第二十八條規定辦理外，應包括下列項目：一、公告事項之詳細規範。二、投資計畫書主要內容及格式。三、申請案件之評定方式及評審

⁴² 詹鎮榮，論促參案件之退場機制-以主辦機關因政策變更不簽約為中心，財稅研究，第 47 卷 3 期，頁 30，2018 年 5 月。

⁴³ 李宣堃，《台灣 BOT 開發議約合宜性問題之研究-以遠雄大巨蛋案為例》，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，頁 31，2016 年 6 月。

時程。四、政府承諾及配合事項。五、協商項目及程序。但不允許協商者，不在此限。六、議約及簽約期限。七、投資契約草案。」

二、促參法施行細則第 57 條：「主辦機關應依下列原則，辦理議約：一、依據徵求民間參與公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果。二、議約內容除符合第二十九條第二款或第三款之情形外，不得違反公告內容、招商文件及協商結果。」

三、促參法施行細則第 58 條：「(第一項)主辦機關應視公共建設性質，訂定合理之議約及簽約期限。(第二項)前項議約及簽約期限，除有特殊情形者外，不得逾下列期限：一、議約期限：自評定最優申請人之日起至完成議約止之期間，不得超過等標期之二倍，且以六個月為限。二、簽約期限：自議約完成至簽訂契約期間，以一個月為原則，並得展延一個月。但簽約前依本法第四十五條規定之籌辦及補正時間，不予計算。(第三項)前項特殊情形之認定，不得授權所屬或委託其他機關(構)執行之。」

四、促參法施行細則第 59 條第 2 項：「主辦機關於選出最優申請人或次優申請人後，發現申請人有下列情形之一者，應不予議約、簽約：一、未依公告及招商文件規定之條件提出申請。二、有詐欺、脅迫、賄賂、對重要評審項目提供不正確資料或為不完全陳述，致影響評審之情形。三、未依通知之期限辦理補正、完成議約程序。四、未按規定時間籌辦或完成簽約手續。」

五、促參法施行細則第 62 條：「民間自行規劃申請參與公共建設經主辦機關審查評定之最優申請人，其議約、簽約與不予議約及簽約準用第五十七條至第五十九條規定。」

第二款 議約期限規範

依促參法第 45 條規定，「(第一項)經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。(第二項)經評定為最優申請案件申請人，如未於前項規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約簽約手續者，主辦機關得訂定期

限，通知補正之。該申請人如於期限內無法補正者，主辦機關得決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約或重新依第四十二條規定公告接受申請。」，最優申請人應依據主辦機關通知之期間內完成議約及簽約程序，否則最優申請人為參與促參案，所耗時耗費的龐大繁瑣前置作業，將全數功虧一簣⁴⁴。

而最優申請人與主辦機關完成簽訂投資契約前，依目前促參案實務，均會進行議約程序，促參法施行細則第 58 條第 2 項第 2 款規定，「議約期限：自評定最優申請人之日起至完成議約止之期間，不得超過等標期之二倍，且以六個月為限。」，實務常見的議約期限為 30 日至 60 日，並有展延條款，允許主辦機關可視議約的實際狀況決定是否展延及展延期間。此外，若招商文件僅訂有議約期限得展延之日數，而未訂有展延次數時，主辦機關亦會視議約進度及有無逾促參法施行細則規定之 6 個月期限，而有多次同意展延議約期限的可能⁴⁵。

第三款 議約範圍規範

主辦機關在公告招商階段，除依促參法第 42 條及其施行細則第 53 條規定，將投資契約草案公告外，亦給予申請人請求釋疑之機會。但部分申請人顧慮於申請階段提出過多釋疑，恐怕會影響甄審過程的印象分數，故往往不於該階段就投資契約草案不利於民間機構之事項提出意見，而是等到被評定為最優申請人之後，再予提出。因此，於促參案實務，通常在評定最優申請人後，尚須經歷一段期間之議約程序，較難發生雙方會立即依公告的契約草案簽約⁴⁶。

然而，以現行財政部促參司頒佈之招商文件參考條款中，賦予申請人對招商文件內容（含投資契約）有疑義時者，得於一定期間內向主辦機關請求釋疑，故站在主辦機關立場，通常不希望最優申請人在議約階段，再對投資契約內容做過多更易甚或全盤推翻⁴⁷，以免造成外界認為主辦機關有偏袒、不公平情形。就此，促參法施行細則第 29 條、第 57 條即對議約範圍有所限制：

⁴⁴ 李宣堃，同前註，頁 32。

⁴⁵ 李宣堃，同前註，頁 32。

⁴⁶ 李元德，主辦機關與最優申請人議約之議約原則為何，載：促參法 Q&A:100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，1 版，元照，頁 95，2009 年 7 月。

⁴⁷ 李元德，同前註，頁 95。

一、除有「原公告及招商文件內容載明得經協商後變更」或「於公告後投資契約訂立前發生情事變更」，或「原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則」等情形時，主辦機關與民間機構簽訂之投資契約不得違反原公告及招商文件內容。

二、議約原則為「依據徵求民間參與公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果」、「議約內容除有於公告後投資契約訂立前發生情事變更，或原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之情形時」，不得違反公告內容、招商文件及協商結果。

促參案實務上，招商文件中常定有下述議約原則：「執行機關與申請人應本於合作精神且不違反本申請須知及補充公告內容及公告文件之委託營運移轉契約（草案）為基礎，除有下列情形者外，公告之委託營運移轉契約（草案）不予修改：一、於公告後契約簽訂前發生情事變更。二、原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則；或於不損及民間機構權利或增加其義務之情形下，配合政策執行而變更內容。三、契約之文字不明確。四、契約條款間有衝突。五、最優申請人於投資計畫書內及甄審會中所作之承諾」⁴⁸。是以，除有例外情形，主辦機關與最優申請人所為之議約，其內容不得抵觸原公告招商之文件（包括投資契約草案）、廠商投資計畫書、綜合評審結果，故主辦機關與最優申請人就議約談判磋商之範圍與限度並非無限上綱。

因招商文件內容在公告周知後，民間即會依據公告內容據以評估是否參與招商，並對公告之相關條件產生信賴，進而規劃投資計畫書，故議約有範圍的限制規定，約束主辦機關不得在評選出最優申請人後，恣意變更契約草案條款內容，以符合投標公平性原則，是以，最優申請人事實上無議約談判的能力。又如前述，促參案實務上，主辦機關通常就最優申請人提出之議約條文，會以在公告招商階段已給予申請人就招商文件請求釋疑之機會為由，主張斯時申請人未提出釋疑，

⁴⁸ 可參民間參與公共建設資訊，《臺北市信義運動中心暨永春活力館營運移轉案招商文件》，https://ppp.mof.gov.tw/WWW/inv_ann.aspx?oid=315997BCE2242FA59556F338459558A7CACCA4630B88851CC10E9A5DF82A7E40（最後瀏覽日：2022年4月8日）。

即不應於嗣後反悔。當主辦機關未同意最優申請人提出之修改條文，其結果可能造成最優申請人執行契約時面臨困境，甚或不與主辦機關簽約，而衍生諸多糾紛。

第二項 議約階段性質

促參法雖是區分「甄審決定」（包含公告徵求民間參與、申請人向主辦機關提出申請、評定最優申請人）及「投資契約」（即締約與履約）二個階段，但由促參法施行細則第 51 條、第 53 條第 3 項第 6 款、第 58 條、第 59 條第 2 項規定議約之基本原則、主辦機關於促參案件招商公告內容中，應依公共建設性質載明議約及簽約期限，以及主辦機關應不予議約之法定事由觀之，不論是政府規劃案件，或是民間自行規劃案件，議約係屬促參案投資契約簽訂前，在法制上必須踐行之中間程序⁴⁹。

承前，主辦機關與民間機構簽約前，所進行的主要程序為「評定最優申請人→議約→簽約」，此設計具有階段性，亦即啟動後階段程序之前提要件為前階段應符合要求。此外，此設計意味契約一方有請求他方開啟或配合參與後階段程序之法定請求權，而被請求之他方，依申請須知及甄審決定，則負有履行後階段程序之作為義務⁵⁰。換言之，評定最優申請人之甄審決定，一方面賦予最優申請人得與主辦機關進行議約之權利，另一方面也課予主辦機關有與最優申請人議約之義務。主辦機關與最優申請人一旦開啟議約程序，即進入投資契約雙方法律關係形成之前置預備階段，議約完成後，始負有進入下一階段（締結投資契約）之法律上權利與義務⁵¹。

無論將投資契約定性為私法契約或行政契約，均適用民法第 245 條之 1 締約過失規定⁵²，故開啟議約程序後，相較於甄審決定程序之關係，雙方為求訂立投

⁴⁹ 詹鎮榮，同註 42，頁 29-30。

⁵⁰ 詹鎮榮，同前註，頁 25。

⁵¹ 可參財政部促進民間參與公共建設申訴審議判斷書促 1080001 號，中華民國財政部，《促參申訴審議判斷書》，<https://www.mof.gov.tw/singlehtml/81?cntId=72913>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。

⁵² 若採投資契約屬於行政契約，依行政程序法第 149 條「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定」規定，行政契約法律關係自得準用民法第 245 條之 1 締約上過失責任規定，可參最高行政法院 105 年判字第 284 號判決。

資契約，所為之商議或準備將形塑更為密切及相互信賴之法律關係，故主辦機關與最優申請人於議約時，相互間均應本於誠實信用原則，俾利對於投資契約內容達成意思表示一致⁵³。

第三節 促參案議約階段與其他立法例比較

第一項 政府採購法

政府採購法及其子法未如促參法施行細則有明文採購機關應與得標廠商就採購契約進行議約，惟採購機關有時會要求得標廠商額外提供採購標的以外之財物或勞務，並將之明文於採購契約內，此或可認為屬於雙方對於契約條款之協議，但與促參案係由最優申請人主動提出對自身有利之議約內容有別。此外，政府採購法有與議約程序相類似的規定，說明如下：

第一款 協商措施

政府採購之協商措施係指採購機關無法決標時，與投標廠商所進行的磋商程序。有關的重要條文臚列於後：

- (一) 政府採購法第 55 條：「機關辦理以最低標決標之採購，經報上級機關核准，並於招標公告及招標文件內預告者，得於依前二條規定無法決標時，採行協商措施。」
- (二) 政府採購法第 56 條第 1 項：「決標依第五十二條第一項第三款規定辦理者，應依招標文件所規定之評審標準，就廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目，作序位或計數之綜合評選，評定最有利標。價格或其與綜合評選項目評分之商數，得作為單獨評選之項目或決標之標準。未列入之項目，不得作為評選之參考。評選結果無法依機關首長或評選委員會過半數之決定，評定最有利標時，得採行協商措施，再作綜合評選，評定最有利標。評定應附理由。綜合評選不得逾三次。」
- (三) 政府採購法第 57 條：「機關依前二條之規定採行協商措施者，應依下列原則

⁵³ 詹鎮榮，同註 42，頁 32。

辦理：一、開標、投標、審標程序及內容均應予保密。二、協商時應平等對待所有合於招標文件規定之投標廠商，必要時並錄影或錄音存證。三、原招標文件已標示得更改項目之內容，始得納入協商。四、前款得更改之項目變更時，應以書面通知所有得參與協商之廠商。五、協商結束後，應予前款廠商依據協商結果，於一定期間內修改投標文件重行遞送之機會。」

(四) 政府採購法施行細則第 78 條：「機關採行協商措施，應注意下列事項：一、列出協商廠商之待協商項目，並指明其優點、缺點、錯誤或疏漏之處。二、擬具協商程序。三、參與協商人數之限制。四、慎選協商場所。五、執行保密措施。六、與廠商個別進行協商。七、不得將協商廠商投標文件內容、優缺點及評分，透露於其他廠商。八、協商應作成紀錄。」

依前開各條文可知，政府採購案於招標公告及招標文件明已事先明定可進行協商者，採購機關始可為之，換言之，非所有採購案均可與投標廠商協商。又，進行協商是在決標之前與所有投標廠商為之，在採購實務上，協商主要是調整廠商之投標文件內容，且通常情形是廠商會提出更有利於採購機關的條件，此與促參案通常是最優申請人針對投資契約草案，希望修正為較有利於廠商有別。

第二款 議價及議條件程序

通常在採最有利標及訂有底價的採購案有議價程序，主要內容是採購機關與可成為決標對象之廠商，就其報價（包含價格組成）調整至符合採購機關所需，當然調整後的結果會比廠商原本的報價還低。惟採行固定費用或費率的採購案，廠商是依採購機關預定給付之金額提出報價，殊難想像廠商報價會高於採購機關已公告之費用或費率，故此時採購機關應無與廠商議「價格」的必要。然行政院公共工程委員會（以下簡稱工程會）頒布之《有利標作業手冊》指出，「如已於招標文件訂明決標之固定金額或費率者，則以該金額或費率決標。但須注意議價程序仍不得免除，無須議減價格，可議定其他內容」，故採購實務即發展出與廠商議「條件」。

所謂議條件，依工程會 94 年 10 月 18 日工程企字第 09400380130 號函揭槩

之要旨，「有關議價執行程序疑義，機關洽優勝廠商議價時，得先議定價格以外之條件（所議定之內容，不得更改原招標文件之規定，或降低廠商投標文件所承諾之內容，且不應強制廠商修正投標文件內容），再參考廠商之報價訂定底價或建議金額，議定價格後決標。」，是以，政府採購案的議條件程序，其對象為得成為決標之廠商，議定之標的主要為廠商之投標文件。工程會雖有指出採購機關不應強制廠商需修正投標文件內容，但廠商為求得標，仍會調整投標文件內以符合採購機關需求。由此可知，政府採購的議條件，亦與促參案之議約有差別。

第二項 大眾捷運系統土地開發辦法

為有效利用土地資源，促進地區發展，大眾捷運法第 7 條及其授權訂定之大眾捷運系統土地開發辦法針對大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發有詳盡規範。捷運聯合開發區用地之土地開發，其行政作業程序為主管機關以公告甄選方式，公開徵求投資廠商，並依據甄選結果，由主管機關核定取得投資權之申請人，再與申請人訂立投資契約⁵⁴。

依大眾捷運系統土地開發辦法第 18 條規定：「依前條規定核定取得投資權之申請案件，由執行機構通知申請人依審定條件於書面通知到達日起三十日內簽訂投資契約書，並繳交預估投資總金額百分之三之履約保證金。不同意主管機關審定條件或未於限期內簽訂投資契約書，並繳交履約保證金者，視同放棄投資權，執行機構得由其他申請投資案件依序擇優遞補或重新公開徵求投資人。」，取得投資權之申請人收受審定條件後即應簽訂契約，該條未明文主管機關與申請人在簽訂投資契約前，應進行議約程序。惟觀諸實務，新北市政府於土地開發投資人須知中就「審定條件作業程序」規定，「(一)最優申請人對審定條件有意見時(本用地內捷運設施或其他相關附屬設施委託興建時，捷運設施需求或完工時程、估算興建金額亦包括)，應於執行機關書面通知送達日起 10 日內敘明理由提出修正意見，否則應於執行機關書面通知到達日起 30 日內按審定條件簽訂投資契約

⁵⁴ 陳清秀，捷運土地開發之甄選及投資契約法律關係之探討(上)，月旦法學雜誌，第 222 期，頁 78，2013 年 10 月。

書，逾期視為放棄投資權，執行機關得由其他合格申請人依序擇優遞補或重新公開徵求投資人，申請保證金不予發還。(二)最優申請人對審定條件於期限內書面提出之修正意見不為土地開發主管機關接受時(本用地內捷運設施或其他相關附屬設施委託興建時，捷運設施需求或完工時程、估算興建金額亦包括)，最優申請人應接受審定條件並於執行機關書面通知到達日起 30 日內按審定條件簽訂投資契約書，逾期視為放棄投資權，土地開發主管機關不負擔任何責任，執行機關得由其他合格申請人依序擇優遞補或重新公開徵求投資人，申請保證金無息退還。」⁵⁵，「審定條件」為甄審委員會審查各申請人之申請投資書件，就申請資料完成審查或評選後，提出的審查結論並經主管機關核定，臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1492 號判決指出，「行政機關依投資人須知之審定條件，行文向相對人通知訂立行政契約之意思表示，因尚未對相對人致生任何權利義務之變動，僅具要約之性質，自無法規制效力即非屬行政處分」。是以，主管機關提出審定條件，最優申請人就該審定條件再提出修正意見，此環節應可認屬於議約的一種型態。

學者陳清秀認為，大眾捷運系統土地開發的性質，同為引進民間資金參與公共建設，故應該類推適用促參法及其施行細則關於議約程序⁵⁶，並應遵守如下之議約原則如下⁵⁷：

一、合法性原則：

參考促參法施行細則第 57 條規定，大眾捷運系統土地開發於議約時應注意：

- 1、議約應依據主管機關公告徵求投資人合作開發有關內容（如招商文件）、申請投資書及審查或評選結果辦理。
- 2、投資契約之議約內容，原則上不得違反原公告及招商文件內容。
- 3、例外得違反原公告及招商文件內容之情形如下：

⁵⁵ 新北市政府捷運工程局，《新北市大眾捷運系統○線○站土地開發案投資人須知範本》，<https://www.dorts.ntpc.gov.tw/home.jsp?id=ced5adf7a08c81fd>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）

⁵⁶ 陳清秀，捷運土地開發之甄選及投資契約法律關係之探討（下），月旦法學雜誌，第 223 期，頁 141，2013 年 11 月。

⁵⁷ 陳清秀，同前註，頁 141-144。

- (1) 原公告及招商文件內容載明得經協商後變更。
- (2) 於公告後投資契約訂立前發生情事變更。
- (3) 原公告及招商文件容不符公共利益或公平合理之原則。

二、維護公共利益及公平合理原則

參考促參法第 12 條第 2 項規定，對於訂定大眾捷運系統土地開發之投資契約，應符合維護公共利益及公平合理原則。

1、維護公共利益

參照大眾捷運系統土地開發辦法第 16 條第 3 項規定，「有二以上申請人申請投資時，除斟酌各申請人之開發能力及開發建議書外，以其開發內容對於都市發展之貢獻程度及其提供主管機關獲益較高者為優先考慮因素」，主管機關基於維護公共利益，要求申請人調整申請投資書之規畫方案（例如關於產權處理及統一經營模式等），以符合開發之行政目的，應為法之所許。但如因調整而導致申請人財務構造遭受不利損失時，則基於公平合理原則與權利義務對等均衡原則，應賦予申請人有請求調整權益分配比例之權利。

2、公平合理原則

依大眾捷運系統土地開發辦法成立之投資契約，其性質雖有私法契約及行政契約之爭議，惟即便認為屬於行政契約，依行政程序法第 149 條「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定」，故倘未與行政契約性質相衝突情形下，民法所定之契約原則，亦適用於行政契約。

大眾捷運系統土地開發之投資契約內容主要由行政機關預先擬定，依民法第 247 條之 1「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者」規定，若投資契約有條文屬顯失公平，該部分之約定無效。

第三項 獎勵民間參與交通建設條例

為引進民間資金、市場化經營交通建設，以免除政府財政上困難之窘境，同時增進公共利益及全民福祉⁵⁸，我國爰於 83 年 11 月制定獎參條例，透過政府及民間共同參與的合作模式，有效運用及動員民間之資源，以緩解政府財力上的限制，加速推動交通建設，並解決民眾對於交通服務求過於供的問題。

獎參條例第 38 條規定：「民間機構經主管機關評定為最優申請案件者，應自接獲通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主管機關完成興建、營運之簽約手續，依法興建、營運。」，同樣未明文主管機關與最優申請案件者在完成簽約之前，應進行議約程序。至於實務作業，如交通部鐵道局《高速鐵路新竹車站特定區事業發展用地開發經營案》申請須知係規定，「除發生下列情事外，主辦機關與最優申請人應依本申請須知所附之開發經營契約（草案）辦理契約簽訂，不另辦理議約：6.1.1.1 經甄選委員會決議事項及最優申請人之承諾事項。6.1.1.2 文字有明確化之必要，以利契約之執行者。」，是以，適用獎參條例之案件，議約似非必要之程序。

第四項 小結

本文係探討促參案之議約爭議，故以同樣有民間參與公共建設的「政府採購法」、「大眾捷運系統土地開發辦法」、「獎參條例」作為比較對象，梳理各法規有無議約程序的明文，整理如表 1 所示：

表 1 議約程序之法令比較

| | 促進民間參與公共建設法 | 政府採購法 | 大眾捷運系統土地開發辦法 | 獎勵民間參與交通建設條例 |
|--------------|--------------|---------|--------------|--------------|
| 機關與民間於簽約前，應否 | 依促參法施行細則規定，應 | 1、法未明文。 | 1、法未明文。 | 1、法未明文。 |

⁵⁸ 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，第 34 期，頁 35，1998 年 3 月。

| | 促進民間參與 公共建設法 | 政府採購法 | 大眾捷運系統 土地開發辦法 | 獎勵民間參與 交通建設條例 |
|--------|-----------------|--|--|--|
| 進行議約程序 | 進行議約。 | 2、採購機關有時會要求廠商額外提出承諾，提供採購標的以外之財物或勞務，另，政府採購法有類似的程序有協商及議條件，惟實務作業係廠商調整投標文件內容，以符合機關所需，故與促參案之議約有別。 | 2、主管機關於實務作業會請最優申請人對審定條件提出意見，雙方對審定條件的意見交換，似可認屬於議約的環節。 3、學者認為應類推適用促參法的議約規定。 | 2、實務作業中，有主管機關規定除有例外情形，否則不進行議約，似可認議約非適用獎參條例之案件應進行的程序。 |

資料來源：本文自行整理

政府採購案之性質為機關辦理採購，並向廠商給付對價，採購事項較為單純，應無議約必要，故政府採購法並無明文議約的程序。縱使廠商對於採購契約條款有疑義，亦可依政府採購法第 41 條「(第一項) 廠商對招標文件內容有疑義

者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑。(第二項)機關對前項疑義之處理結果，應於招標文件規定之日期前，以書面答復請求釋疑之廠商，必要時得公告之；其涉及變更或補充招標文件內容者，除選擇性招標之規格標與價格標及限制性招標得以書面通知各廠商外，應另行公告，並視需要延長等標期。機關自行變更或補充招標文件內容者，亦同。」規定，在等標期內透過釋疑程序提出。倘廠商不服機關的釋疑結果，依政府採購法第 75 條第 1 項「廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定(以下合稱法令)，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議：……二、對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起十日。」規定，亦給予廠商提出異議之救濟方式。是以，政府採購法就機關與廠商簽訂採購契約前，對廠商的權益已有保障。而促參案之特許期間通常為數年至數十年之久，契約雙方對其權利義務應妥為協商，相較於政府採購案件，促參法施行細則訂有議約程序及議約原則。至於適用大眾捷運系統土地開發辦法或獎參條例之案件，該等法律對於議約的有關規範則付之闕如。

促參法施行細則雖明定應有議約程序及其原則，但就雙方議約不成時之可歸責性及處理方式尚無規範，而實務上的議約爭議卻又屢見不鮮，故就此爭議應如何解決，本文認為有討論的必要。

第三章 最優申請人未完成議約之責任探討

第一節 促參案議約程序

第一項 議約概述

依促參法施行細則第 53 條第 3 項第 6 款規定，主辦機關應依公共建設之性質，將議約載明於招商文件內容。議約的文義係指討論契約，故促參案的議約為討論投資契約草案的程序。於促參實務上，主辦機關在選商階段所公告的招商文件，雖已有揭露投資契約草案內容，但在選商程序中，因申請人於投資計畫書可能有所承諾或提出更優於主辦機關預先擬定之規格條件、甄審委員會的評審意見，以及申請人與甄審委員會間協商對話等新資料，故評定最優申請人後，主辦機關與最優申請人還須依據招商公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果等，進行議約⁵⁹。此外，促參法施行細則並訂有議約原則（第 57 條參照）、議約期限（第 58 條參照）及不予議約之事項（第 59 條參照），即在規範於簽約前，主辦機關為達政策目標，應透過議約此一中間程序，與最優申請人就日後欲簽立之投資契約詳為討論，以期日後簽訂之契約，能落實主辦機關之政策目標，且能清楚規範該公共建設之興建及營運有關一切事項，俾雙方均有所遵循，並杜爭議，而達到提升公共服務水準之促參法立法目的⁶⁰。

第二項 議約程序的法律性質

目前學說及法院判決實務多數認為促參法採雙階理論架構，區分為主辦機關作成最優申請人行政處分之「甄審決定」，以及簽訂及履行「投資契約」二個階段法律關係，已如前述。而促參法施行細則第 51 條等條文定有議約程序，故在主辦機關的「甄審決定」之後，至簽訂「投資契約」二個主要階段中間，雙方尚應針對投資契約進行議約。倘雙方於議約程序中發生爭議，此時議約應認定為甄

⁵⁹ 詹鎮榮，同註 42，頁 7。

⁶⁰ 可參臺北高等行政法院 108 年度訴更一字第 13 號判決。

審決定的一環，而屬於公法行為，最優申請人須向行政法院救濟之？抑或應認定議約與投資契約有關，故發生爭議時，需依據投資契約的性質以決定救濟方式？此問題實有探究的必要。

第一款 議約為公法行為

臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決指出，「促參法第 47 條規定：『參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定（第 1 項）。前項爭議處理規則，由主管機關定之（第 2 項）。』其立法理由表示：『一、本條明定關於申請及審核程序發生爭議之異議及申訴處理。二、民間參與公共建設，其性質雖與採購不同，有鑒於政府採購法配合國際規範就政府採購案件廠商之甄審程序，訂有處理之具體措施，爰於第 1 項明定關於申請及審核所產生之爭議，準用政府採購法之相關規定。三、第 2 項明定申請及審核程序所產生之爭議之處理規則，由主管機關定之。』依促參法第 47 條第 2 項規定授權訂定之『民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則』第 2 條規定：『參與公共建設之申請人（以下簡稱申請人）對於主辦機關辦理由政府規劃公告徵求民間參與或由民間自行規劃申請參與公共建設案件之申請及審核程序，認為違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向主辦機關提出異議：一、對公告徵求民間參與文件規定提出異議者，為自公告之次日起等標期之三分之二，其尾數不足一日者，以一日計。但不得少於十日。二、對申請及甄審之過程、決定或結果提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日；其過程、決定或結果未經通知或公告者，為知悉或可得知悉之次日起三十日。三、對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日（第 1 項）。主辦機關依本法第五條規定，將本法應辦理事項授權或委託機關辦理者，除公告徵求民間參與文件另有規定者外，以被授權或被委託機關為前項受理異議之機關（第 2 項）。』第 7 條第 1 項規定：『異議人對於異議之處理結果不服，或主辦機關逾第五條所定期限不為處理者，應於收受異議處理結果或處理期限屆滿

之次日起三十日內，以書面向本法主管機關所設促參申訴審議會（以下簡稱申訴會）提出申訴。」第 30 條第 1 項規定：『審議判斷視同訴願決定，並應附記如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起二個月內，向高等行政法院提起行政訴訟。』據此，關於促進民間參與公共建設案件所生爭議，係參照政府採購法規定，就申請、審核及議約階段所生之爭議，認屬公法上爭議，對於主辦機關或受主辦機關委託辦理之執行機關就此階段所為之處置或決定不服者，應循異議、申訴及行政訴訟程序救濟。本件係議約期間所生沒收申請保證金之爭議，自屬公法爭議。」。工程會 100 年 8 月 19 日工程促字第 10000292030 號函明白指出，「促進民間參與公共建設案件於申請、審核及議約階段係屬公法關係，是以對於主辦機關就該階段所為之處置或決定不服者，應循異議、申訴程序救濟；至簽約後始為民事關係，均先予敘明。」。是以，若從「民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則」（以下簡稱爭議處理規則）第 2 條第 1 項第 3 款文義觀察，因申請人得對主辦機關於「甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定」提出異議，而議約程序之時點係在甄審結果後，簽訂投資契約前，而異議屬於公法爭議之救濟方式，故可推論議約程序應當為公法行為。

第二款 議約為私法行為

高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定指出，「兩造就甄審評定之前階段法律關係，並無爭執，業已進入議約、簽訂投資契約之後階段程序，自無促參法第 47 條準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議規定之適用。……。本件爭議係被告以原告未依期限完成議約，違反系爭申請須知第 5 章二(四)之約定條款，以 103 年 10 月 31 日函通知原告沒收申請保證金 500 萬元，原告則主張未完成議約係可歸責於被告，引發被告可否依契約之法律關係沒收申請保證金之契約爭議。是以，本件自應先行判斷發生爭議之契約究屬行政契約或私法契約，以決定審判權究應歸屬行政法院或民事法院。……系爭契約草案之內容，純係約定由被告交付土地予原告興建營運旅館 50 年為給付，於營運期間屆滿後，由原告以移轉該旅館建設所有權予被告為對價，為雙方給付義務之契約標的，其內容均

非直接涉及公權力措施，亦非僅能由行政機關負擔行使者，並未設定公法上法律關係，衡諸前開判別基準，性質上非屬行政程序法第 135 條規定之行政契約，而應屬私法契約。再者，促參法第 12 條第 1 項規定：『主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。』其立法理由略以：『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。』『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。』已明示此類投資契約除另有規定或約定外，屬民事契約性質，依司法院釋字第 466 號、第 540 號解釋意旨，法院自應尊重此項立法裁量之設計。故因促參法所生於訂約、履約階段衍生之契約爭議，原則上應認屬私法爭議性質（參照最高行政法院 99 年度裁字第 2562 號第 2563 號、最高法院 105 年度台抗字第 2 號、104 年度台抗字第 624 號判決意旨）。綜上所述，系爭招商案之系爭契約草案應為私法契約，兩造本於該私法契約所生之爭議，應屬私法爭議事件，自應循民事訴訟程序由普通法院審判。」，高雄高等行政法院於該案先認為議約程序非申請及審核階段，故不適用促參法第 47 條所定異議、申訴；再者，高雄高等行政法院認為訂約、履約階段衍生之契約爭議應由何法院受理，需視投資契約之性質決定之，而投資契約經該院定性為私法契約，故議約爭議應由普通法院受理。是以，議約程序應當為私法行為。

第三款 本文見解

採議約為公法行為係依據現行促參法第 47 條第 2 項授權訂定之爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款規定，申請人得對主辦機關於「甄審結果後，簽訂投資契約前」之相關決定提出異議，蓋議約乃「甄審結果後，簽訂投資契約前」所進行的程序，議約所生的爭議，依該條款規定係以異議處理之，故在爭議處理規則的規範下，似將議約歸屬於公法行為。惟促參法第 47 條第 1 項係規定異議及申訴的範圍為「申請及審核程序之爭議」，所謂申請，應指申請人按招商文件規範內容提出申請；所謂審核，應指主辦機關依據招商文件規範內容審查申請人之資格

及核定最優申請人，再者，依法條體系觀之，其列為第四章「申請及審核」，而第四章中第 42 條至第 46 條係規定招商公告(第 42 條參照)、申請人提出申請(第 43 條參照)、設置甄審委員會(第 44 條參照)、最優申請人籌辦與締約義務(第 45 條參照)、民間自行規劃申請參與公共建設(第 46 條參照)，因此，促參法第 47 條所定審核程序應指主辦機關在公告招商期間所為之決定、對申請人資格之審查及評選，換言之，申請及審核程序應發生在做出最優申請人之「甄審決定以前」。而議約非為申請，其開啟的時間點是在甄審決定之後，為主辦機關與最優申請人對於投資契約的磋商程序，故議約是主辦機關完成審核程序後才進行，議約之爭議殊難想像會發生在「甄審決定以前」。職是，從促參法第 47 條第 1 項文義解釋的角度觀察，議約實難被包含在「申請及審核程序」內，爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款明定議約爭議適用異議救濟程序，本文認為有待商榷。本文以為，因現行促參法第 47 條第 1 項明文異議申訴程序僅適用在「申請及審核程序」，議約程序之爭議應難直接適用促參法第 47 條第 1 項，故不得以該條文作為議約為公法行為之依據。

前述高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定見解，係以投資契約之性質，以決定議約爭議的受訴法院。學者有謂，開始進行議約程序時，最優申請人甄審決定之法規制力即獲得實現，該行政處分因履行議約而消滅，最優申請人甄審決定之行政處分因已不具實質存續力，故不及於議約後之簽約程序，亦即議約程序為獨立於最優申請人甄審決定效力外之獨立權利義務關係。在促參法採取「行政處分+投資契約」之雙階架構下，最優申請人與主辦機關間就議約所形成之權利義務，與前階段之行政處分單方公法關係全然脫鉤，而進入投資契約雙方法律關係形成之前置預備階段。析言之，議約法律關係應與後續投資契約法律關係相同，且兩者間具有緊密因果關係⁶¹。然本文認為，因行政程序法第 110 條第 3 項及第 4 項規定，「行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其

⁶¹ 詹鎮榮，同註 42，頁 31。

效力繼續存在」、「無效之行政處分自始不生效力」，故主辦機關作成最優申請人之甄審決定行政處分，若該處分未經合法撤銷或廢止，促參法或其他法律亦未規定而該處分因最優申請人與主辦機關議約而應失效，實難認該行政處分會因議約而消滅⁶²。再者，甄審決定經公告後，創設最優申請人資格，性質上係屬形成處分，無須執行其內容⁶³，雙方締結投資契約並非實現行政處分的執行行為，故甄審決定在締結建置營運契約之後，在實體法上難謂已經消滅⁶⁴。

承前，本文雖不認為開啟議約程序係甄審決定之行政處分效力消滅的時點，但以促參法採雙階理論架構前提下，或可認為議約程序乃區分促參案前、後階段的基準，亦即議約代表前階段的甄審程序終了，同時開始了後階段投資契約締約及履約的程序。蓋同樣採取雙階架構之政府採購法，最高行政法院 104 年度裁字第 1345 號裁定指出，「立法者對於採購爭議之解決，係採『雙階理論』，以廠商與機關間是否進入訂約程序，而分別適用行政爭訟及民事訴訟程序作為雙方爭議之救濟程序」，臺北高等行政法院 108 年度訴字第 285 號判決認為，「政府採購法規定，其就採購爭議之性質，係採所謂『雙階理論』，即將政府採購契約締結前採購決定程序之相關爭議定位為公法性質」，臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1532 號判決咸認，「政府採購法就採購爭議，係採所謂『雙階理論』，即將政府採購契約締結前採購決定程序的相關爭議定位為公法性質」，是以，法院判決實務多以「進入訂約程序」作為區分政府採購法前後階段的基準。促參法相較政府採購法，在雙方締約前多了議約程序，而議約程序係對投資契約進行討論，雙方完成議約後，即應在期限內簽訂契約（促參法施行細則第 58 條第 2 項參照），故議約與投資契約具有緊密關聯性，準此，區分促參案的前後階段基準，毋寧應採是否已進入議約程序。又因開啟議約程序代表前階甄審段程序終了，雙方因議約而形塑的法律關係，自應有別於前階段，故高雄高等行政法院 104 年度訴字第

⁶² 許登科，促參案締約前政策變更之補償與賠償-以三則最高行政法院相關判決為中心，成大法學，第 41 期，頁 93，2021 年 6 月。

⁶³ 詹鎮榮，同註 24，頁 114。

⁶⁴ 程明修，行政訴訟類型之適用-有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，台灣法學雜誌，第 81 期，頁 121，2006 年 4 月。

409 號裁定及學者見解認為議約性質應與投資契約相同，本文亦贊同。

然而，目前學界與法院判決實務對投資契約的定性仍有歧異，故可能發生屬於同類型的議約爭議，分由普通法院及行政法院審理的矛盾現象。本文認為此一問題，應透過修法方式，在促參法明文議約爭議的處理方式及審理法院以解決之。

第二節 促參案投資契約概述

第一項 契約成立要件

第一款 要約與承諾意思表示一致

依民法第 153 條 1 項規定，「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」，故雙方當事人意思表示一致即可成立契約，並發生法律效果。要約之意思表示，必須內容確定，且要約人需具有若其要約經要約受領人承諾，便以此一要約內容成立之意思。此外，要約人同時須有以要約之內容作為未來契約內容而受拘束之意思，倘表意人為意思表示時，保留是否成立契約的決定權，此時則為要約之引誘，並非要約⁶⁵。承諾之意思表示，原則上是指由要約受領人所為且須由要約人加以受領之意思表示。又要約與承諾之意思表示一致，契約始成立⁶⁶。

所謂要約與承諾之意思表示一致，可能包含(1)雙方內在意思一致，亦即雙方當事人就彼此之表示，客觀上有歧義或多義，但經解釋實際理解之意義一致，仍可認為雙方就此一意思或意義為意思表示一致。(2)雙方表示之一致，亦即若雙方之意思表示，在客觀上的意義相同，則雙方可依其意義成立契約。(3)依民法第 153 條第 2 項規定，必要之點已合意但非必要之點未表示，推定契約成立⁶⁷。

第二款 契約不成立

一、意思表示不一致

契約一方對其所為意思表示內容、意義或表示行為發生錯誤時，並不妨礙契

⁶⁵ 楊芳賢，民法債編總論（上），修訂 2 版，三民，頁 31-32，2020 年 9 月。

⁶⁶ 楊芳賢，同前註，頁 42。

⁶⁷ 楊芳賢，同前註，頁 44-45。

約成立，僅為錯誤意思表示，當事人依其情形得予撤銷（民法第 88 條參照）。反之，當個別當事人之意思表示並無錯誤，但與他方當事人之意思表示不一致，將無從成立契約⁶⁸。

二、必要之點仍未合意

若雙方當事人就契約的必要之點未合意，則契約尚未成立（民法第 153 條第 2 參照）。契約必要之點，是指個別契約中足以辨識契約類型之主給付義務⁶⁹。

三、非必要之點已表示但未合意

若雙方就必要之點已有合意，但就其他非必要之點一方已提出意思表示，尚待雙方達成合意，宜認為契約尚未成立。蓋契約成立須雙方意思表示一致，既然當事人已就非必要之點有所表示，則於他方未表示同意前，依民法第 153 條第 2 項前段反面推論，宜認為契約並不成立⁷⁰。

四、不符合約定之方式

若雙方當事人有約定訂定契約之方式，則當事人間雖已有合意，但若尚未完成約定之方式，依民法第 166 條之規定，推定契約不成立⁷¹。

第二項 行政契約

第一款 行政契約之概念

行政契約係指二個以上之當事人，就設定、變更或廢止公法上法律關係所訂立之契約。行政契約與私法上契約相同，均為契約當事人因意思表示一致，而生法律效果之行為。行政契約之要素有下列三項⁷²：

一、行政契約係法律行為

所謂法律行為係從民法移植而來的概念，指法律效果之發生，取決於當事人主觀上之意願，而非基於客觀上法律之規定。當事人主觀上之意願即意思表示，

⁶⁸ 楊芳賢，同前註，頁 46。

⁶⁹ 楊芳賢，同前註，頁 46-47。

⁷⁰ 楊芳賢，同前註，頁 47。

⁷¹ 楊芳賢，同前註，頁 47。

⁷² 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂 16 版，三民，頁 409，2020 年 10 月。

民法有關意思表示之規定，行政契約均可準用⁷³。

二、行政契約係雙方法律行為

因雙方意思一致而成立之法律行為，並非謂參與契約之當事人法律地位全盤對等，亦非謂在一切法律關係上之對等，乃係就成立契約之特定法律關係而言，雙方意思表示具有相同價值，而有別於一方命令他方服從之關係⁷⁴。

三、行政契約發生行政法（公法）上之效果

行政機關選擇行政契約作為行為方式，性質上仍屬公權力行政，而非私經濟行政或國庫行政，蓋其適用規範及所生之效果均屬公法性質，而非私法之故⁷⁵。

第二款 行政契約之內容自由

當法律許可締結行政契約時，關於契約內容之形成，並不因為行政法規多屬強行規定而毫無自由⁷⁶，亦即在依法行政原則支配下，仍容許行政法上契約自由。契約自由與受法律羈束並非絕對不能相容之概念，無論公法契約或私法契約，任何行為均不得與法律相牴觸，故無理由認為法律對公法契約自由，與私法契約自由，有不同看待。至於公法契約應受若干特殊限制，不足以否定契約自由存在，蓋私法上契約亦有因性質不同，而受特別限制者，如親屬及繼承法上之許多強行規定，物權法之型態強制等⁷⁷。

第三項 促參案投資契約內容

第一款 法令規定

一、促參法第 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、土地租金、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、工

⁷³ 吳庚、盛子龍，同前註，頁 409。

⁷⁴ 吳庚、盛子龍，同前註，頁 409。

⁷⁵ 吳庚、盛子龍，同前註，頁 409。

⁷⁶ 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 9 版，三民，頁 428，2006 年 8 月。

⁷⁷ 吳庚，同前註，頁 425。

程控管及營運品質管理。八、爭議處理、仲裁條款及契約變更、終止。九、其他約定事項。」。

二、為利於主辦機關依促參法規定辦理促進民間參與公共建設相關作業，財政部推動促參司訂定《機關辦理促進民間參與公共建設案件作業指引》，其中第 26 點規定投資契約草案要項如下：

「第 24 點第 1 項第 7 款投資契約草案，應依個案特性，載明下列事項：

(一) 公共建設之規劃、興建、營運及移轉：

1. 契約期間（含興建期間、營運期間）。
2. 民間機構興建營運權限。
3. 雙方工作範圍。
4. 政府協助事項。
5. 興建。
6. 營運。
7. 附屬事業。
8. 契約屆滿前（時）營運資產移轉事項。
9. 營運期間屆滿前資產總檢查事項（含檢查期限、檢查機構、檢查方式、程序、標準及費用負擔）。

(二) 土地租金、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：包含營運績效評估項目、標準程序、績效良好之評定方式等作業辦法及營運期間屆滿之優先定約事項。

(五) 風險分擔：

1. 保險。
2. 不可抗力與除外情事。
3. 因主辦機關政策變更致投資契約終止、解除之損失補償。
4. 依法令需經其他有關機關核准事項，延遲達相當期間或於相當期間

未能通過之處理方式。

(六) 施工或經營不善之處置及關係人介入：包含缺失及違約責任與處置。

(七) 稽核、工程控管及營運品質管理：

1. 重點稽核項目、程序及基準。
2. 工程之進度、環境保護、施工安全衛生及工程品質管理事項。
3. 本法第 51 條之 1 第 3 項之營運績效評定作業辦法有關事項。
4. 依本法第 8 條第 1 項第 3 款規定方式辦理者，應包含工程品質監督及驗收。

(八) 爭議處理及仲裁條款：包含協調委員會之組成時機、方式及運作機制。

(九) 契約變更、終止。

(十) 其他約定事項：

1. 雙方聲明及承諾事項。
2. 用地與設施取得、交付之範圍及方式。
3. 財務事項（含民間機構自有資金比率最低要求、融資需求及融資契約提送時間）。
4. 依本法第 29 條辦理之補貼事項（含補貼方式、上限、調整機制及投資契約提前終止時之處理）。
5. 履約保證。」

第二款 投資契約參考條款

促參法未如政府採購法第 62 條第 1 項規定「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」，明文授權主管機關得訂定促參案之契約要項與契約範本，惟財政部推動促參司為便利主辦機關辦理促參案，目前已公告 BOT、OT、ROT、BOO 四種民間參與公共建設方式的招商文件及投資契約參考文件⁷⁸。以下就較常見的 BOT 投資契約為

⁷⁸ 可參民間參與公共建設資訊，《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=216D1B8A6E1B9E54>（最後瀏覽日：2022

說明。

BOT 投資契約契約草案計有 25 章，前言中約定投資契約為私法契約，適用民事法規定。第 1 章為總則，主要明定契約範圍、文件及效力。第 2 章為契約期間，包含興建期及營運期。第 3 章為民間機構興建及營運權限。第 4 章為民間機構工作範圍。第 5 章為雙方聲明與承諾事項，包含民間機構的回饋事項、睦鄰措施等。第 6 章為甲方配合及協助事項，但不擔保必然成就。第 7 章為用地交付範圍及方式。第 8 章為民間機構營運績效或貸款利息之補貼。第 9 章為興建，包含管線遷移費用由民間機構負擔、試營運期間為興建期之一、試營運期間收取權利金方式等。第 10 章為營運，包含民間機構應編列資產清冊、民間機構應自行負責取得相關政府許可等。第 11 章為附屬事業。第 12 章為費率及費率變更。第 13 章為土地租金、權利金與其他費用之計算與繳納。第 14 章為財務事項，包含財務報表應記載之項目及提送。第 15 章為稽核及工程控管。第 16 章為契約屆滿時之移轉。第 17 章為契約屆滿前之移轉。第 18 章為履約保證，包含履約保證金期間、內容與額度。第 19 章為保險。第 20 章為營運績效評定機制及營運期間屆滿之優先定約。第 21 章為缺失及違約責任，條文內容均為民間機構之責任。第 22 章為契約之定期檢討及契約變更終止。第 23 章為不可抗力與除外情事。第 24 章為爭議處理。第 25 章為其他條款。

由於促參公共建設在市場上常處於特權授予般之寡占或壟斷地位，事涉重大公共利益，若投資契約之性質依財政部推動促參司頒布之參考條款為私法契約、適用民事法相關規定，原則主辦機關與民間機構理應處於平等對立的地位，亦即應無公權力色彩，也無地位不對等的問題，但為確保公共利益及行政任務能順利履行，實際上有諸多契約條文內容充滿著完全不對等之法律關係，契約條款的設計使得主辦機關擁有較大之支配民間機構的地位⁷⁹，可見參考前揭 BOT 投資契約契約草案中第 5 章民間機構應聲明承諾事項內容、第 6 章甲方協助事項未成就

年 4 月 8 日)

⁷⁹ 林明鏘，臺灣 BOT 的制度缺陷與修法建議，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 332-333，2021 年 4 月。

時無違反契約問題、第 7 章關於用地交付、第 13 章繳納權利金等。

促參案投資契約依促參法第 12 條第 1 項看似私法契約，但契約當事人地位嚴重失衡，主辦機關依約可以單方指導民間機構，可以單方調整、變更、終止契約內容，民間機構實質上乃隸屬於主辦機關之下，故投資契約的內涵實則為行政契約。民間機構簽訂招商公告時的投資契約草案後，若於履約期間發生執行上之困難，承諾過多不合理之風險，主辦機關依法或依投資契約沒有協力義務，甚至無須與民間機構協商。民間機構又因難以舉證非簽約時無法預料，故主張民法第 227 條之 2 情事變更原則恐有困難。以目前促參法及投資契約規定下，民間機構簽訂投資契約後，往後的權利義務關係均將由主辦機關所單方決定與掌控⁸⁰，為避免履約期間地位懸殊致民間機構無法調整契約權利義務，目前民間機構可採取的途徑是在公告招商期間透過釋疑，或於取得最優申請人後透過議約，以調整投資契約中不平等的條款。當然，囿於主辦機關擔憂被質疑圖利廠商，上述二個方式不一定能達成民間機構的目的，但已是目前所能採取的手段。

第四項 成立投資契約

最高行政法院 98 年度判字第 38 號判決針對政府採購締結採購契約之階段性質指出，「招標公告為要約引誘，廠商之投標為要約，而採購機關之決標，為承諾性質，且以決標時點意思合致為雙方契約成立時點。準此，採購契約內容於決標時即已確定，而嗣後契約之簽訂僅係將投標須知及公告相關事項，另以書面形式為之，故簽約手續並非契約成立或生效要件，且雙方對締約內容並無任何磋商空間，自不能將形式上之簽約日期視為契約實際成立時點，而應以決標日為契約成立日。」，又，最高行政法院 102 年度判字第 465 號判決認為，「本件上訴人提出高雄市政府捷運工程局 88 年 11 月 30 日訂定『申請須知』及 89 年 11 月 30 日訂定之『財務計畫』，應屬高雄市政府主辦本件公共建設徵求民間參與案時，依上開規定將該建設之興建、營運規劃內容及投資申請人之資格條件等相關事項予

⁸⁰ 林明鏘，同前註，頁 332-335。

以明文並為公告，俾便有意願參與公共建設之民間業者，得自其內容評估是否參與，並得有公平、公正之競爭機會。性質上為要約之引誘，尚非屬法規命令」，由上開法院判決實務可知，促參案招商公告的性質屬於要約引誘。

然而，若在促參案中援用政府採購的概念，亦即認為最優申請人提出申請屬於要約，作成最優申請人甄審決定屬於承諾，則似指投資契約即為成立。但促參案投資契約的具體內容，尚須由主辦機關與最優申請人經過議約程序互相協商，始能完成主要契約內容，與政府採購「雙方對締約內容並無任何磋商空間」有異，從而促參案應以簽署書面契約，始能認為契約成立⁸¹，此可由促參法第 41 條第 1 項及民法第 166 條規定，「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」、「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」獲得證立。

又，投資契約性質無論定性為私法契約或行政契約，雖均有契約內容之自由，但仍受促參法施行細則第 29 條及第 57 條議約原則拘束，亦即，除已公告得為協商、有情事變更、有不符公共利益或公平合理時，經議約後的投資契約內容，不得違反公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果。

第三節 最優申請人於議約階段之權利義務

第一項 最優申請人之議約義務

依促參法施行細則第 59 條第 2 項第 3 款規定，「主辦機關於選出最優申請人或次優申請人後，發現申請人有下列情形之一者，應不予議約、簽約：……三、未依通知之期限辦理補正、完成議約程序。」，可知當主辦機關將評決結果通知最優申請人，並指定期間進行議約，倘最優申請人未能於規定期限辦理，主辦機關得訂定期限展延，或通知最優申請人喪失資格，從而，最優申請人負有在指定

⁸¹ 林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討-從地方自治團體有效管制觀點出發，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 303，2021 年 4 月。

期間內與主辦機關議約之義務。

第二項 最優申請人之議約請求權

政府辦理公共建設之興建與營運採公告招商之方式進行，所有符合資格條件之民間均可自由申請，但僅被評定為最優申請人者，始取得與主辦機關簽訂投資契約之權利⁸²。臺北高等行政法院 105 年度訴字第 1426 號判決指出，「按現代國家行政任務及目的多元且複雜，從而，行政機關為履行行政任務及目的所為之行政決定，在功能及作用上亦呈現出多樣性。在資源有限性之行政範疇內，行政機關往往透過遴選及分配程序，以使有限資源作最佳或最有效之利用。在此關聯性下，遴選及分配程序之特徵，乃是有複數申請人競逐有限資源或利益之一種競爭性程序架構。換言之，此等行政程序開啟之基礎背景與特性，乃在於『求過於供』。當申請人之數量超過國家事實上或政策上所欲或所能釋出利益之上限時，則行政機關僅能在一競爭性之遴選程序中，依據法定之評選標準，作出甄選及分配決定，從眾多申請人中選擇出一定數量之最優申請人分配予利益。」，旨在闡明民間依據促參法之規範與其他申請人公平競爭，經評選成為最優申請人後，取得促參案的履約利益。就此，學者有認為促參法所規範由申請人之私人參與公告甄選之選商程序，具有經濟行政決定之競爭遴選程序性質，促參法並要求政府須以公開公平方式辦理公共建設由民間機構參與興建營運，經甄審會評定為最優申請人，取得與主辦機關議定投資契約之資格⁸³。亦有指出，主辦機關經由甄審程序，做出最優申請人之甄審決定，對於取得最優申請人之申請人而言，係屬一受益行政處分，取得籌辦及與主辦機關議約之權利⁸⁴。本文以為，促參法設計「最優申請人評定→議約→簽約」之階段性程序，該當前階段為啟動後階段程序的前提要件外，亦蘊含有使投資契約之一方得向他方請求開啟或配合參與後階段程序之請求權，前已說明，則既然最優申請人有履行投資契約之權利，當可推導其取得最

⁸² 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障-評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 249，2016 年 12 月。

⁸³ 許登科，同註 62，頁 86。

⁸⁴ 詹鎮榮，同註 42，頁 26。

優申請人資格後，有與主辦機關請求議約的權利，以啟動促參案後續的締約程序。

第三項 最優申請人之無瑕疵裁量請求權

所謂「無瑕疵裁量請求權」係指行政機關在有裁量餘地時，有作成無瑕疵裁量決定之法律義務⁸⁵。惟僅在授權裁量之法規範，不但在於規定公共利益，並且至少同時也在規定有關人民之利益時，人民始具有請求行政機關為無瑕疵之裁量決定⁸⁶。臺北高等行政法院 106 年度訴字第 6 號判決揭櫫「在裁量餘地時，行政機關有作成無瑕疵裁量決定之法律義務，除有法規明文或裁量縮減至零之情形，原則上人民並無請求行政機關作成裁量處分之公法上請求權，但人民基於無瑕疵裁量決定請求權，有請求行政機關作成無瑕疵裁量決定之權利。」，就此，學者指出，法規縱使賦予行政機關有裁量權限，但非絕對排除人民的公法上請求權，倘該法規至少兼含有保護特定人生命、身體及財產等法益之目的，且於個案中，不至於發生行政機關有裁量收縮至零情事時，本於賦予行政機關裁量權之法規範蘊含有保護個人權益之目的，受規範保護之特定人至少仍享有無瑕疵裁量請求權，得請求行政機關作成無瑕疵之裁量決定⁸⁷。

促參法對促參案締約前之規範，一方面係確保主辦機關正當合法選出具有執行公共建設專業、有能力且可靠的民間參與者（即最優申請人），並與其簽約；一方面也須合法正當保障參與促參案之申請人，在競爭程序中取得之地位，能依其基本權關連享有權利保障與應有救濟。此等權利保障與救濟，導源於申請人基於工作權所包含之營業自由、財產權、平等權等基本權，進而在程序上享有之正當程序參與外，也享有基本權防禦面向避免國家不當侵害，乃至於應建立起包含排除侵害之第一次權利保護與填補損害之第二次權利保護之有效權利救濟機制。準此，促參法兼具對申請人之保護規範意涵⁸⁸。

⁸⁵ 陳敏，行政法總論，10 版，新學林，頁 196，2019 年 11 月。

⁸⁶ 陳敏，同前註，頁 197。

⁸⁷ 詹鎮榮，論公私協力法制上之「遞補簽約機制」，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 423，2016 年 12 月。

⁸⁸ 許登科，同註 62，頁 87。

無論係以法院判決實務認為因主辦機關享有相當之猶豫期間⁸⁹，而不負有與最優申請人簽訂投資契約的義務為由，或者如本文所認為主辦機關係基於維護公益之行政任務執行責任⁹⁰，主辦機關有權於評定出最優申請人後，做出不續辦促參案之決定，然而，民間參與公共建設之公私協力案件內容複雜，公、私部門各自必須事先做足招標及投標準備作業，從招標、投標、評審，乃至於最終作成甄審決定，因各程序階段作業事項繁多，雙方均需耗時投注相當人力、資源及費用⁹¹，在促參法兼有保護最優申請人之權益考量下，最優申請人應得主張「無瑕疵裁量請求權」，亦即，最優申請人得請求主辦機關於符合依法行政原則、比例原則、誠信原則及信賴保護原則下，始可為不續辦促參案之決定。

第四項 最優申請人應符合誠實信用原則

最優申請人於議約時應符合誠實信用原則，除指最優申請人不得違反促參法施行細則第 29 條所定議約原則而任意提出議約內容外，主要是在探討最優申請人可否不在招商階段對於投資契約草案內容提出疑義，而待議約階段中再行提出，此問題涉及促參案的釋疑程序及其法律效果。

以同樣有民間參與政府公共建設之「政府採購法」、「大眾捷運系統土地開發辦法」、「獎參條例」為比較，政府採購法第 41 條及第 75 條明定廠商對招標文件內容有疑義時得請求釋疑，若不服採購機關之答復並可提出異議；大眾捷運系統土地開發辦法則未明文申請人對甄選文件內容有疑義時可請求釋疑，惟實務上，主管機關多會於投資人須知中載明釋疑規定，例如桃園市政府所頒佈之《桃園市大眾捷運系統土地開發甄選文件範本》，即於投資人須知規定，「申請人於提出申請前應詳閱本須知及全部甄選文件，並至現場實地勘查，以瞭解用地特性及其他所有狀況。如有疑問或不明瞭處，應於民國○年○月○日前，以書面掛號郵寄或自行送達執行機關請求釋疑，申請釋疑日期以機關收文戳認定，逾期不予受理，

⁸⁹ 可參臺中高等行政法院 103 年度訴字第 148 號判決、同院 105 年度訴字第 76 號判決。

⁹⁰ 可參本文第四章第一節第二項「主辦機關的議約及締約義務」內容。

⁹¹ 詹鎮榮，同註 87，頁 424-425。

執行機關釋疑期限為民國○年○月○日前，並得視需要延長受理申請書件期間。」⁹²，然申請人不服主管機關之釋疑結果，大眾捷運系統土地開發辦法或投資人須知未如政府採購法第 75 條，有明文異議為申請人對審查程序不服之救濟方式。本文認為，因大眾捷運系統土地開發辦法未明文請求釋疑之性質，且釋疑結果亦非其他行政法上之行為，故應將申請人之釋疑行為解為「陳情」，而主管機關處理釋疑並函復，除非有解為其他行政行為之可能，否則主管機關之釋疑結果，應屬不生具體法律效果之觀念通知，非為行政規則或行政處分，從而申請人不得聲明不服。獎參條例亦未明文申請人對申請文件內容有疑義時可請求釋疑，惟主管機關於實務上同樣會於申請須知規定申請人提出釋疑的時機，如交通部鐵道局於 111 年 3 月 24 日公告之《高速鐵路新竹車站特定區事業發展用地開發經營案》，該案之申請須知規定，「3.4.5.1 申請人對本申請須知應自行研析檢核，如認為文件內容有疑義，應於本申請須知公告日起至民國 111 年 4 月 14 日下午 5 時前，以中文（正體字）書面方式送／寄達主辦機關總收文處（以主辦機關完成掛號程序之收文戳為憑，地址：新北市板橋區縣民大道二段 7 號 9 樓）向主辦機關請求釋疑，逾期恕不受理。3.4.5.2 主辦機關應於受理申請文件期間截止前以書面答覆請求釋疑之申請人並應公告之，並得視需要延長受理申請文件期間。」⁹³，作為申請人可對申請須知內容提出釋疑的依據。獎參條例或申請須知復未就申請人不服釋疑結果有訂定救濟方式，故如上述，應認為主管機關之釋疑結果為不生具體法律效果的觀念通知，故申請人對之無法聲明不服。

促參法未有釋疑的相關規定，但主辦機關多會於促參案申請須知中規定「本招商文件為申請人提送投資計畫書及辦理其他後續事項之依據，對申請人所為規定或要求，除另有規定者外，適用於各階段之申請人、合格申請人、入圍申請人、最優申請人及次優申請人。」、「申請人應詳閱本招商文件，提送申請文件即表示

⁹² 可參桃園市政府捷運工程局，《桃園市大眾捷運系統土地開發甄選文件範本(109.5.15 公告)》，<https://dorts.tycg.gov.tw/business/case-2-3>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。

⁹³ 可參交通部鐵道局，《高速鐵路新竹車站特定區事業發展用地開發經營案》，<https://www.rb.gov.tw/news.php?lmenuid=11&smenuid=0&tmenuid=0&infoid=3192>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。

已同意遵守本招商文件規定事項，除列入協商事項文件，申請人不得逾越本招商文件規定或提出任何附帶條件或但書（融資意願書除外）。違反者，以招商文件為準，超過、逾越招商文件規定部分視為無效。」、「申請人對本招商文件之內容應充分瞭解，若有疑義須澄清，應於招商公告規定期限內依規定方式提出。主辦機關所為之書面澄清視為本招商文件之一部分，主辦機關得視澄清內容之必要性，重新公告或酌予延長申請期限。」，基此，促參法雖無釋疑的規定，但一般而言，主辦機關於申請須知已賦予申請人得提出釋疑的權利。再者，若申請人對招商文件內容存有疑慮時，應於招商文件規定的期限內，依其規定方式提出釋疑。此外，依促參法第 47 條規定，申請人如認招商文件內容有違反促參法及相關法令時，致損害其權利或利益，亦可提出異議以資救濟。

因此，倘申請人已依據招商文件內容提出申請，且未就招商文件內容表示疑義或提出異議，基於誠實信用原則及禁反言原則，申請人原則上應受招商文件拘束，從而申請人於取得最優申請人資格後，除存有促參法施行細則所定議約原則的例外情形外，最優申請人應不得有與自己先前行為相互矛盾之行為，亦即，最優申請人未於申請階段對投資契約草案內容爭執時，於議約階段，除非投資契約條款有前後矛盾，或與其他招商文件內容衝突，或於公告後投資契約訂立前發生情事變更，又或內容不符公共利益或公平合理，否則最優申請人不應再請求修正契約條款。

第四節 最優申請人未完成議約之事由

雙方未完成議約之原因，原則可區分成二種情形，其一為對於投資契約內容未能達成共識，其二為有其他事由（即非屬投資契約因素）而無法續行議約。針對前者，因投資契約草案為主辦機關預先擬定，故難以想像主辦機關會對契約條款內容存有爭執，故實務上多為最優申請人欲變更契約條款但不被主辦機關接受，因此較屬最優申請人事由所生之爭議，爰於本章討論。至於因其他事由而未續行議約，通常出自於主辦機關，則留待第四章說明。

第一項 實務案例

第一款 基隆長期照護促參案

一、 案例事實

三軍總醫院附設基隆民眾診療服務處(以下簡稱基隆診療服務處,本案被告)為引入民間參與設置綜合式長期照護機構之經營,提升照顧服務品質,依促參法第8條第1項第4款所定方式,於107年10月8日公告辦理「三軍總醫院附設基隆民眾診療服務處設置綜合式長期照護機構ROT案」(以下簡稱長期照護ROT案),經財團法人臺北市私立恆安老人長期照顧中心(長期照護型)(以下簡稱恆安照顧中心,本案原告)申請參與並於108年1月10日獲評定為最優申請人後,雙方於108年1月28日(第一次議約會議日期)及同年3月6日(第二次議約會議日期)召開二次議約會議。第一次議約會議雙方就長期照護ROT案投資契約草案第1章至第5章進行討論,議約結果略分為:「經雙方同意(依恆安照顧中心建議)修正」、「保留再議」及「下次會議再確認」條文,其餘屬本次議約範圍而非上列三類議約結果之其他條文,則因雙方無意見,而維持原契約草案條文。其後基隆診療服務處以公函通知恆安照顧中心第二次議約會議召開時間,並檢附第一次議約會議紀錄,第二次議約會議日期屆至前,恆安照顧中心因準備不及,函請基隆診療服務處延期,經基隆診療服務處改期並展延議約期限。恆安照顧中心嗣提出第二次議約相關資料,就投資契約草案第1章至第23章,逐一列出其認有修正(或刪除、新增)必要之條文予基隆診療服務處。基隆診療服務處於第二次議約會議時,不予同意恆安照顧中心議約內容,恆安照顧中心堅持修改投資契約草案,雙方無共識,且恆安照顧中心表示無需展延期限及無再繼續議約之必要,故決議「議約不成」。基隆診療服務處以恆安照顧中心未能於期限內完成議約,乃依長期照護ROT案申請須知規定,通知恆安照顧中心喪失最優申請人資格,並沒收恆安照顧中心所繳納之申請保證金。恆安照顧中心不服,惟提起異議、申訴均遭駁回,遂提起本件訴訟。

二、法院見解

臺北高等行政法院審理後，以 109 年度訴字第 376 號判決駁回恆安照顧中心之訴。經整理法院判決理由，簡述如下：

- (一) 為確保民間所參與之公共工程得以如期、如質完成並持續營運，政府推動促參案件時，負有促進或維護民間廠商（申請人）間公平競爭之義務；又參諸促參法第 12 條第 2 項立法理由所載：「於第二項揭示投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則，其履行應依誠信方法，以反映主辦機關與民間機構平等合作之夥伴理念，並營造雙贏投資條件。」等語，則「公平」亦同樣寓有政府與民間廠商應立基於平等地位，攜手合作執行促參案件以共創雙贏之意，從而財政部 110 年 2 月 22 日台財促字第 11000529680 號函文略以：「公共利益及公平合理原則，係指機關與廠商間契約責任及地位平等，或機關基於平等原則公平對待廠商之間競爭性疑義」等語，合於促參之制度旨趣及立法意旨，自可為本院所參採。
- (二) 促參案件之投資契約，究非私人間之契約關係，促進與實現公共利益，方為行政機關職責所在，促參制度之目的既在追求公共利益的實現，則促參案件投資契約條款之磋商與訂定，自無從豁免於公益的考量，俾確保公共建設之品質及運作的持續性。
- (三) 長期照護 ROT 案於第二次議約會議前，恆安照顧中心就投資契約草案全文所提出之修正（含增列、刪除，下同）建議，其幅度已逾半數，甚或有整章建議刪除者。姑不論恆安照顧中心所建議修正之條文，其原內容是否確有不符「公平合理」原則之情，從公告徵求民間參與系爭促參案之日起至申請文件遞送截止日之 45 日期間（公告招商階段），恆安照顧中心應有充分之時間審閱系爭投資契約草案條文，並據此評估投資效益以決定是否參與系爭促參案，如認草案條文確有不盡符合「公平合理」原則或有其他疑義之處，亦得本於申請須知規定，於公告後第 7 日內提出書面請求釋疑，基隆診療服務處並得視疑義內容澄清之必要性，重新公告或酌予延長申請期限。然恆安照顧

中心不此之圖，於申請參與長期照護 ROT 案前，完全未就投資契約草案之內容向恆安照顧中心提出任何釋疑之請求，竟於議約階段提出幅度逾半之修正建議，不僅容有以巧取心態先行邀取最優申請人資格之嫌，且恆安照顧中心此等要求，不啻為其量身製作契約條款。

(四) 最優申請人之甄審決定，乃係主辦機關依法定之評定基準，從眾多申請人中所為之分配（利益）決定，主辦機關對於申請人（包括嗣後未提出申請之潛在申請人）之程序參與，自應確保程序開放、公平參與及程序中受平等考量之機會。長期照護 ROT 案投資契約草案既為招商文件之一，而為申請人提送投資計畫書及辦理其他後續事項之依據；於甄審階段，基隆診療服務處為審核長期照護 ROT 案申請案件而成立之甄審委員會進行綜合評審時，復以（合格）申請人所提投資計畫書及相關文件進行審查，則恆安照顧中心於議約階段大幅修改系爭投資契約草案條文內容，與潛在投資人評估是否參與投資、甄審會是否評定原告為最優申請人之基礎，均已不同；換言之，恆安照顧中心所提版本之投資契約草案，如為公告招商階段所公告之招商文件，則難保本案不會有其他申請人遞出申請而與恆安照顧中心競爭，於甄審階段，恆安照顧中心也不必然會因此獲得甄審會青睞而取得最優申請人資格，是恆安照顧中心於議約階段提出大幅修改投資契約草案條文之建議，顯與公平競爭之精神背道而馳，其違反對於甄審會的承諾，亦有失誠信，自難認合於公平合理原則。

(五) 雙方於第一次議約會議時，即已就部分條文原使用之「同意」用語，合意修正為「核備」，然恆安照顧中心卻於第二次議約會議前所提修正建議中，將已合意修正為「核備」之條文，又建議修正為「備查」或逕予刪除系爭投資契約草案之「同意」用語，其片面推翻雙方業已同意修正之部分條文，已難認符合誠信原則。

(六) 促參制度之目的仍在於追求公共利益的實現，為確保公共建設之品質及持續運作，主辦機關無從卸免其監督管理權責。恆安照顧中心既自承「同意」係

請求核准進行某項行為或計畫，具事前審查性質，且須取得核准後，始得進行該行為或計畫；而「備查」係將某項行為或計畫於事後告知，請求審查等語，可見恆安照顧中心意在排除其於履約過程中就某特定事項，應於事前徵得基隆診療服務處同意之義務，此形同排除基隆診療服務處監督管理之權限，與促參制度之本旨不合，恆安照顧中心此部分之修正建議，自難認合於公平合理原則」。

(七) 投資金額之訂定，乃係評斷長期照護 ROT 案整體規模之主要指標，而足以左右潛在投資人是否參與投資之意願，謂之為長期照護 ROT 案案能否順利推動之最主要因素。恆安照顧中心建議修正最低投資金額規定，導致本案之投資金額不一定可以達到 6,250 萬元，其不僅足以影響長期照護 ROT 案公益目的之實現，且恆安照顧中心投資金額是否達到 6,250 萬元，尚視其是否達到「損益平衡」而定，此形同將其投資風險轉嫁給基隆診療服務處承受；尤有甚者，恆安照顧中心於其所提投資計畫書及簡報資料，均明確承諾其預計投入之金額為 6,550 萬元，高於申請須知所載最低投資金額達 300 萬元，恆安照顧中心於取得最優申請人資格後，竟一反其對甄審會之承諾，而於議約階段提出上開修正建議，且恆安照顧中心於第一次議約會議時，就此亦無異議，其係於第二次議約時方提出此議，此不僅明顯違反誠信原則，對於潛在投資者而言，更是嚴重破壞競爭公平性，是恆安照顧中心此部分之修正建議，自難認合於公平合理原則。

第二款 澎湖度假旅館營運促參案

一、 案例事實

震一建設股份有限公司(以下簡稱震一公司，本案原告)參與澎湖縣政府(本案被告)依促參法所辦理之「澎湖縣重光度假旅館興建營運移轉案」(以下簡稱度假旅館營運案)之招商，經澎湖縣政府評定為最優申請人，震一公司並繳交 500 萬元之申請保證金。震一公司於 103 年 9 月 15 日、同年 10 月 16 日兩次與澎湖縣政府之議約中，要求修改招商公告文件第二部分之開發經營契約草案內

容，澎湖縣政府拒絕同意，雙方無法完成議約及簽約，澎湖縣政府依申請須知沒收震一公司繳交之保證金 500 萬元，震一公司不服，爰起訴請求返還之。

二、法院見解

臺灣澎湖地方法院審理後，以 106 年度訴字第 11 號民事判決駁回震一公司之訴。經整理法院判決理由，簡述如下：

- (一) 澎湖縣政府辦理度假旅館營運案，公告之內容包含申請須知及契約草案，其中申請須知已載明申請人之資格條件、甄審項目、甄審標準、議約原則及相關罰則與沒收規定一節，足證震一公司係於知悉申請須知與契約草案之內容後，始依申請須知所訂之程序參與度假旅館營運案之甄選，震一公司應已充分知悉、了解其於系爭招商案進行過程中，所得主張之權利及所需負擔之義務」。
- (二) 依申請須知約定：「申請人應詳閱本招商文件，其提送申請文件即表示已同意遵守本招商文件所規定之事項，申請人不得逾越本招商文件規定或提出任何附帶條件或但書。違反者，以招商文件為準，超過、逾越招商文件規定部分視為無效。」、「申請人對本招商文件之內容應充分了解，若有疑義須澄清時，應於公告規定期限內依規定方式提出；主辦機關所為之書面澄清視為本招商文件之一部分。」足徵震一公司於遞案參加度假旅館營運案之甄選時，已同意遵守申請須知之內容，雙方應已就申請須知之內容達成意思表示之合致，基於民法第 153 條第 1 項規定及私法自治、契約自由等法理原則，雙方確實已就申請須知之內容成立私法上之無名契約，均應受申請須知條款之拘束」。
- (三) 申請須知中關於議約原則約定：「1.本府與最優申請人本於合作精神及不違反本申請須知及各項公告內容進行議約。除有下列情形之外，申請須知公告之開發經營契約(草案)、普通地上權設定契約(草案)、農育權設定契約(草案)、相關文件與附件，原則上不得以議約程序予以增修刪改。(1)為求文字及用語之明確化。(2)為解決契約條款間之衝突。(3)符合促參法施行細則第

22 條第 1 項所定情形。」可知震一公司取得最優申請人資格並繳交保證金後，在與澎湖縣政府進行議約時，就契約草案之內容，除非係為求文字及用語之明確化、為解決契約條款間之衝突，或有促參法施行細則第 29 條第 3 款所規定之原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則之情形外，震一公司不得要求變更契約草案之內容。

(四) 震一公司於議約中，先後要求於契約草案內容，增列「嫌惡設施排除」、「水源供應無虞」、「墳墓排除」等議約條件，已變更契約草案內容。震一公司雖主張澎湖縣政府於度假旅館營運案之招商公告內，並未載明其所交付使用之土地周遭是否有嫌惡設施及墳墓，有隱匿締約之重要事項。然澎湖縣政府辯稱早於 5 年即因應度假旅館營運案之招商計畫，就系爭土地上所有之墳墓進行遷葬事宜，並公告遷葬日期及同步辦理招商作業，公告內容皆敘明系爭土地涵蓋有舊墓區，於遷葬完成時，澎湖縣政府亦辦理完工法會，發布新聞稿啟動「澎湖灣重光開發計畫」，引進觀光產業。又申請須知約定得於公告期限內之上班時間參閱本案土地資料並逕行前往本案基地現勘，震一公司本應依約就系爭土地之使用情形及周遭環境自行勘查，澎湖縣政府不負有告知之義務，故震一公司主張澎湖縣政府隱匿締約之重要事項難認與事實相符。

第二項 法院判決分析

第一款 議約應符合公平合理原則

促參案涉及公共利益，主辦機關就投資契約條款的磋商，須從公益考量，以確保公共建設之品質及運作的持續性。再者，促參法採競爭架構模式，以甄選出簽訂投資契約之對象，透過「公開徵求申請人」及「最優申請人取得投資權」之設計，使申請人彼此間立於利益衝突之競爭關係，各自盡其所能地展現資深優勢，以爭取到被評定最優申請人之地位，進而獲得與主辦機關簽訂投資契約的權利⁹⁴。因此，無論是實際參與促參案之申請人或潛在投資者，主辦機關應基於平

⁹⁴ 詹鎮榮，同註 87，頁 427。

等原則公平對待廠商之間的競爭，不應有差別待遇，此即蘊含於「公平合理原則」。若最優申請人於議約階段大幅修改投資契約草案條文內容，除影響甄審委員會評定之基礎，又因契約內容於公告招商階段已有不同，亦影響潛在投資人參與投資之意願，易言之，倘以最優申請人提出的議約內容作為招商時的投資契約，極有可能吸引更多申請人參與競爭，難保證最優申請人是否仍可受到甄審委員會的青睞。因此，倘最優申請人於議約時大幅修改投資契約草案，已不同於招商公告期間各申請人間之競爭基礎，有違維護申請人間之競爭性，不符合公平合理原則。

第二款 最優申請人應受招商文件拘束

法院於《澎湖度假旅館營運促參案》指出，申請人遞案參加促參案時，即代表同意遵守申請須知，雙方就申請須知內容達成意思表示之合致，成立私法上之無名契約，均應受申請須知條款之拘束。《基隆長期照護促參案》雖未明確指出最優申請人應受招商文件拘束，但法院認為申請人於審閱投資契約草案期間，如對契約條文有疑義，應本於申請須知規定，提出書面請求釋疑，若未於招商期間提出釋疑，反而在議約階段提出更改契約條款，有違誠信及公平合理原則，亦可導出招商文件有拘束最優申請人的效力。

惟招商文件為何有拘束雙方之效力，法院判決實務對於公告招標（商）之行為有行政處分、法規命令及要約引誘等不同見解，以下分述之。

一、行政處分

最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定指出，關於招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀修正前政府採購法第 83 條規定應附記爭訟期限自明，否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要。

二、法規命令

因申請人須具備招商文件所規定之資格或要件，若不具備，則招商文件乃申請人無法成為合格申請人的依據；再者，投資契約內容原則上不得違反招商文件所建構之框架，故招商文件對於投資契約內容亦有法定之拘束力；此外，招商文件公告前，依促參法第 6 條之規定，具有行政程序法制定法規命令程序中之聽證及陳述意見的特性⁹⁵，因此，招商公告的性質屬於法規命令，自有拘束申請人之效。

三、要約引誘

臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決指出，「系爭 BOT+ROT 案申請須知係被告依促參法第 42 條規定辦理公告徵求民間參與時，就本件公共建設之興建、營運規劃內容、申請人資格條件、申請作業程序、甄審作業程序、甄審項目、標準與評定方式等事項予以明文公告，俾便有意願參與公共建設的民間業者，得自行評估是否參與，並能有公平競爭之機會，性質上為要約之引誘」，並說明招商公告非法規命令的理由為「系爭 BOT+ROT 案申請須知係專為系爭 BOT+ROT 案所訂定，且僅係供有意爭取系爭 BOT+ROT 案最優申請人之民間機構知悉，作為是否參與甄審程序的參考，且依前引『民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則』第 2 條第 1 項第 1 款規定，參與公共建設之申請人得對公告徵求民間參與文件規定，以書面向主辦機關提出異議，是系爭 BOT+ROT 案申請須知，並非當然、一般性適用於民間機構參與公共建設的各種類型，亦不具法規範之強制性，不符合行政程序法第 150 條第 1 項關於法規命令係『指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定』此定義。」。

至於臺灣澎湖地方法院於《澎湖度假旅館營運促參案》中認為雙方對申請須知成立契約關係，故應受拘束，似認為招商文件屬於主辦機關之要約，申請人遞案申請為承諾之意思表示，雙方對於招商文件內容達成合致而成立私法契約。上

⁹⁵ 韓子翔，《論行政法上押標金與保證金之法律關係-以採購法及促參法為中心之分析》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，頁 92，2019 年 6 月。

開見解將主辦機關及最優申請人法律關係分割多階段造成複雜化，亦導致成立投資契約的一方要約及他方之承諾時點將不明，是主辦機關通知議約時為要約，又或最優申請人提出議約內容為要約？再者，促參案申請須知縱非法規命令，但其內容係依據公法性質之促參法而定，針對民間申請參與公共建設所為之規範，有促進與實現公共利益，實難謂屬於私人間之契約關係，故本文不認同申請人遞案參加促參案，就申請須知是成立私法契約之說法。

綜上，本文以為，在招商文件為要約引誘、申請人遞案申請為要約的前提下，因申請須知多有規定「招商文件對於申請人所為之規定或要求，除另有規定外，適用於各階段之申請人；申請人應詳閱招商文件，提送申請文件即表示已同意遵守招商文件規定之事項」，而申請人係以招商文件規範的內容提出申請，因此，申請人已將招商文件內容作為要約意思表示的一部，依民法第 154 條第 1 項本文規定「契約之要約人，因要約而受拘束」，故申請人自受招商文件拘束。

第三款 適用誠信原則

法院於《基隆長期照護促參案》、《澎湖度假旅館營運促參案》二案中均提及，申請人於招商階段對投資契約草案內容有疑義時，應依規定請求釋疑，若未提出，則於議約時，除有議約原則的例外情形，否則不得再變更投資契約草案的條款，顯然法院是立基於誠信原則下的「禁反言原則」，亦即權利人不應為前後矛盾之行為。

最高法院 97 年度台上字第 950 號民事判決指出，「按權利固得自由行使，義務本應隨時履行，惟權利人於相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊之情況，足引起義務人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，或不欲義務人履行其義務，於此情形，經盱衡該權利之性質、法律行為之種類、當事人之關係、經濟社會狀況、當時之時空背景及其他主、客觀等因素，綜合考量，依一般社會之通念，可認其權利之再為行使有違『誠信原則』者，自得因義務人就該有利於己之事實為舉證，使權利人之權利受到一定之限制而不得行使，此源於『誠信原則』，實為禁止權利濫用，以軟化權利效能而為特殊救濟形態之『權利失效原

則』。」，因此，招商文件既賦予申請人得對投資契約草案內容提出疑義之權利，倘最優申請人未於招商公告期間行使該權利，應認最優申請人認同招商文件內容，不得嗣後於議約階段，在未符合議約原則的例外情形下，再就投資契約草案內容提出質疑。

第三項 最優申請人變更契約條款的可歸責探討

主辦機關與最優申請人於開啟議約程序後，為求訂立投資契約，雙方在進行準備或商議時，相較於甄審決定前之程序，彼此的法律關係應更為密切，而形成相互信賴關係，故應本於誠實信用原則，以求意思表示之一致。惟雙方未能於議約期限內完成議約時，在判斷是否具有可歸責事由時，應以議約階段，雙方有無違反議約義務與誠信原則而定，不得逕以一方不同意他方所提議約內容，或他方所提議約內容與議約原則不符，即認為該不同意或該提出議約內容者，就未能於議約期限內完成議約一節，即具有可歸責事由⁹⁶。

前述《基隆長期照護促參案》、《澎湖度假旅館營運促參案》二案中，法院認為最優申請人依申請須知有請求釋疑的權利，但其未於招商公告期間為之，即不應於議約中任意變更投資契約條款。類似見解亦可參法院在政府採購案中所提出的說明，如臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1986 號判決提及，「按『廠商對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑。』同法第 41 條第 1 項有明文可參。是廠商對於招標文件內容有疑義，應依法定程序請求釋疑，若對招標文件規定未於法定期間內請求釋疑，俟得標後，始於履約時爭議投標文件相關內容，已難認有正當理由。」，臺灣高等法院花蓮分院 103 年度重上字第 4 號民事判決亦指出，「上訴人於締約前就其認為不合理之項目有釋疑或異議之機會，又招標須知第 58 點：本案招標文件包括投標須知、投標廠商聲明書、契約條款、招標規範等，上訴人於投標前有充足之時間詳細審閱契約條款、評估投標價格、利潤及商業風險，並瞭解得標後雙方之權利義務，

⁹⁶ 同註 51。

上訴人並未請求釋疑或提出異議，足見業已詳細評估風險、斟酌各種情形自認有履約能力後，出於其意願投標，非無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地情形。」。

前開基於禁反言原則觀點下，認為最優申請人應受申請須知拘束，自屬當然。然而，此非剝奪最優申請人未於招商公告階段針對不公平條款請求釋疑時，即無於議約階段的磋商權利，蓋促參法施行細則第 29 條第 3 款規定，原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則時，得予變更投資契約條款，是若投資契約內容中有不合理占取最優申請人利益之條款，或有主辦機關濫用權利及破壞交易之公平時，最優申請人仍可在議約階段中提出修正，始符合主辦機關所負的誠信原則義務。

然而促參法施行細則第 29 條第 3 款所定「公平合理」為不確定法律概念，在操作上，本文認為因促參案投資契約內容為主辦機關預先擬定，於公告草案前未與民間商議，與定型化契約性質類似，故應可參考民法第 247 條之 1 針對定型化契約所列舉的顯失公平情形，亦即，若投資契約有「免除或減輕主辦機關之責任」，或「加重最優申請人責任」，或「使最優申請人拋棄權利或限制其行使權利」時，則可認為投資契約條款有失公平合理，從而讓最優申請人於議約時提出修正。惟而，最優申請人如主張投資契約有促參法施行細則第 29 條第 3 款情形時，應表明條款有何不符公共利益或公平合理之具體內容及事實，而不得僅空言泛稱造成最優申請人的不利益。

《基隆長期照護促參案》尚有一爭議為雙方如於議約過程中達成修正合意，最優申請人得否在後續議約程序中再行提出修正。此問題促參法及其相關法令並無規定，本文以為，即便在前一議約程序中雙方有達成修正合意，只要符合議約原則，應容許最優申請人再行提出修正，尚無禁反言疑義。惟已達成修正合意部分，如與議約原則無涉，而純屬一方主觀好惡，主辦機關自有權審酌同意修正與否⁹⁷。

⁹⁷ 同前註。

促參案係行政機關為執行特定行政任務或政策，具有公共利益色彩特性，故投資契約內容不可避免當會較為偏向行政機關，且考量申請者之間的競爭公平性，故有議約原則的要求。最優申請人雖受申請須知及議約原則拘束，不得任意請求變更投資契約條款，然非謂其所提議約內容不符合議約原則時，最優申請人即有可歸責性，而是應檢視最優申請人提出的議約內容，是否可能會遲延議約程序，進而導致延宕促參案的推動，使公共建設之公益政策於落實上遭受阻礙；或者與其投資計畫書所載內容矛盾、有違最優申請人於甄審會上已為的承諾。如是，始能認定最優申請人提出不符議約原則內容，為故意行為而具可歸責性。例如主辦機關已通知最優申請人應提出議約內容之期間，最優申請人延誤程序未能遵期提出，並申請展延議約程序，經主辦機關另訂議約時間，最優申請人在期間屆至前始提出，且議約內容多不符合議約原則，若再經雙方協商折衝，恐逾法定議約期限，顯然最優申請人已悖於信賴及誠信原則，致促參案之議約程序窒礙難行。

第五節 最優申請人議約未完成之爭議解決探討

議約階段中，若主辦機關與最優申請人對於投資契約內容未能有一致的意思表示，以致無法繼續推展到締約時，以《基隆長期照護促參案》為例，主辦機關通常會訂次一議約時間，讓最優申請人再予思考，避免雙方已耗費之時間與成本付諸流水。但若最優申請人明確拒絕議約，或者已逾越議約期限，則主辦機關將沒收申請保證金。倘發生上述議約爭議時，暫不論最優申請人提出之議約內容是否符合議約原則或有無違反誠信原則，若最優申請人不服主辦機關沒收申請保證金的決定，依現行促參法有關規定，可採取如何之救濟方式，為本節討論的重點。

第一項 主辦機關不同意最優申請人議約內容

第一款 議約為公法行為

依臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決所闡釋「關於促進民間參與公共建設案件所生爭議，係參照政府採購法規定，就申請、審核及議約階段所生

之爭議，認屬公法上爭議，對於主辦機關或受主辦機關委託辦理之執行機關就此階段所為之處置或決定不服者，應循異議、申訴及行政訴訟程序救濟」要旨，以及爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款「參與公共建設之申請人(以下簡稱申請人)對於主辦機關辦理由政府規劃公告徵求民間參與或由民間自行規劃申請參與公共建設案件之申請及審核程序，認為違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向主辦機關提出異議：…… 三、對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日。」規定，若最優申請人對於「主辦機關不同意最優申請人議約內容」不服時，屬於「甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定」，其救濟方式為向主辦機關提出異議。惟爭議處理規則第 2 條第 1 項規定申請人提出異議之要件，需主辦機關所為「不同意最優申請人議約內容」有「違反促參法及有關法令」及「損害最優申請人權利或利益」。因此，最優申請人須證明主辦機關有無如何違反議約原則，而致其權利或利益受有損害。

第二款 議約為私法行為

依高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定「兩造就甄審評定之前階段法律關係，並無爭執，業已進入議約、簽訂投資契約之後階段程序，自無促參法第 47 條準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議規定之適用」見解，因該院認為議約階段非屬申請及審核程序，不適用異議、申訴程序，且投資契約為私法契約，故因議約而生之爭議應由普通法院審理。

承前，當議約爭議為私法爭議而不適用促參法第 47 條第 1 項之異議、申訴時，首先，促參法第 48 條之 1 規定，「投資契約應明定組成協調委員會，以協調履約爭議；並得明定協調不成時，提付仲裁。」，明定調解與仲裁之私法爭議處理方式是針對「履約」所生之爭議，然而議約是雙方在締約前所進行的程序，於該階段發生之爭議自非履約爭議，故無法循促參法所定協調及仲裁之處理方式。再者，法院判決實務目前多認為最優申請人僅取得與主辦機關優先議約之權利，

主辦機關無義務與最優申請人簽訂投資契約⁹⁸，且主辦機關享有相當之猶豫期間，依該見解的反面推論，主辦機關既無締約義務，則當主辦機關未違反議約原則及誠信原則時，自無須同意最優申請人所提議約內容，從而最優申請人在民事訴訟中聲明主辦機關應同意其所提議約內容，恐怕難有請求權基礎作為依據，亦可能被認定無權利保護的必要。

第二項 未完成議約沒收申請保證金

依財政部推動促參司頒布之招商文件參考條款，其中有規定「申請人獲選為最優申請人後，因可歸責於該申請人事由，未於指定時間內完成議約，主辦機關不予發還所繳納之申請保證金」。若最優申請人不服主辦機關不發還申請保證金決定，目前法院判決實務針對同樣屬於沒收申請保金爭議，就審判權歸屬尚有歧異。

第一款 沒收申請保證金為公法事件

臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決、同院 109 年度訴字第 376 號判決均認議約期間發生沒收申請保證金之爭議，核屬於「甄審結果後，簽訂投資契約前」所生之公法事件，故應循異議、申訴及行政訴訟之程序提出救濟。惟上開二判決對於「沒收申請保證金」性質尚有行政處分及契約行為的不同看法。

一、沒收申請保證金屬於行政處分

當立基於招商文件（包含申請須知）具有法規命令性質時，在法定法律關係下，主辦機關得於法容許範圍內選擇處分形式、契約形式或是行政法上意思表示等行為形式，與申請人形成具體的申請保證金法律關係⁹⁹。申請人繳納申請保證金乃主辦機關為確保甄審程序順利進行，避免申請人以不正或違法手段介入甄審決定，而作成的管制性手段，故沒收申請保證金不具裁罰性而非行政罰，因此在法律保留原則適用的密度上，得以較為寬鬆。是以，即便促參法未明確授權主辦機關得於招商文件中自行決定訂定何種規定，以及促參法施行細則未載明主辦機

⁹⁸ 可參本文第四章第一節第二項第一款「主辦機關的締約義務」內容。

⁹⁹ 韓子翔，同註 95，頁 93。

關於申請須知中得以訂定沒收保證金，仍可認為主辦機關在法規概括授權下，於申請須知中訂定沒收保證金的規範符合法律保留原則與授權明確性原則¹⁰⁰，故依申請須知沒收申請保證金之行為係主辦機關依申請須知作成之行政處分¹⁰¹且屬適法。

臺北高等行政法院 109 年度訴字第 376 號判決雖未就沒收申請保證金性質說明，但依該判決所載「被告以原告未能於期限內完成議約，乃依系爭促參案申請須知 4.3.4 之規定，以原處分沒收原告所繳納之『申請保證金』100 萬元，並以異議處理結果駁回原告就此部分（即沒收申請保證金部分，下同）之異議，認事用法並無違誤，申訴審議判斷就此部分遞予維持，亦無不合，原告訴請撤銷，並無理由，應予駁回」觀之，法院於該案應係認為沒收申請保證金為一行政處分。故最優申請人如不服申請保證金遭沒收，於訴訟階段之救濟方式應為提起撤銷訴訟。

二、沒收保證金為契約行為

臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決認為，「系爭 BOT+ROT 案申請須知係專為系爭 BOT+ROT 案所訂定，且僅係供有意爭取系爭 BOT+ROT 案最優申請人之民間機構知悉，作為是否參與甄審程序的參考，且依前引『民間參與公共建設申請及審核程序爭議處理規則』第 2 條第 1 項第 1 款規定，參與公共建設之申請人得對公告徵求民間參與文件規定，以書面向主辦機關提出異議，是系爭 BOT+ROT 案申請須知，並非當然、一般性適用於民間機構參與公共建設的各種類型，亦不具法規範之強制性，不符合行政程序法第 150 條第 1 項關於法規命令『係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定』此定義。」、「參照最高行政法院 104 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議(一)決議：『……本件原告雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當（102 年 12 月 31 日修正發布）漁業動力用油優惠油價標準第

¹⁰⁰ 許照生，《促參法徵求民間參與階段之程序保障-以案件申請人之法律地位為中心》，國立成功大學法律學系碩士論文，頁 141-142，2015 年 6 月。

¹⁰¹ 許照生，同前註，頁 93。

13 條第 1 項第 7 款之規定（使用甲種、乙種或丙種漁船油之漁業人，應按其違規情形，分別依下列規定繳回漁業動力用油之優惠油價補貼款：……七、從事非漁業行為：繳回該違規航次用油量部分），惟該標準內並未另賦與主管機關得以行政處分命人民為給付之依據，該規定僅係重申漁業人應返還公法上不當得利之意旨，並不得解為主管機關有單方以行政處分裁量命漁業人返還不當得利之核定權。』揭示行政機關除應有得為實體內容的授權外，並應有作成行政處分的權限，始得為合法的行政處分。相較於政府採購法第 31 條第 2 項明定：『廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還；其未依招標文件規定繳納或已發還者，並予追繳：……。』促參法並無類似規定，自亦無任何有關沒收保證金的行為形式授權，是被告應無以行政處分的行為形式為沒收或追繳申請保證金的權限。因此，被告 106 年 10 月 27 日林育字第 1061751609 號函沒收申請保證金 1 千萬元之通知，應係兩造間基於保證金契約關係所生之意思表示，且因此一保證金契約關係是確保申請人於申請階段能詳實提供資訊，俾利審核結果之正確，屬兩造締約前所生公法上法律關係，即應定性為行政契約。被告 106 年 10 月 27 日林育字第 1061751609 號函既非行政處分，原告訴請撤銷即不合法。』。

是以，如認申請人繳交申請保證金係與主辦機關成立一行政契約法律關係，則最優申請不服主辦機關沒收申請保證金時，在行政訴訟中得主張行政程序法第 149 條準用民法第 179 條不當得利規定，請求主辦機關返還之。

第二款 沒收申請保證金為私法事件

臺灣澎湖地方法院 106 年度訴字第 11 號民事判決指出，「依據促參法第 47 條規定，僅甄審評定之前階段法律關係準用政府採購法之規定，而因促參法所生於訂約、履約階段衍生之契約爭議，原則上應認屬私法爭議性質。」、「被告辯稱辦理系爭招商案，公告之內容包含系爭申請須知及系爭契約草案，其中系爭申請須知已載明申請人之資格條件、甄審項目、甄審標準、議約原則及相關罰則與沒收規定一節，有系爭申請須知、系爭契約草案在卷可佐，足證原告係於知悉系爭申請須知與系爭契約草案之內容後，始依系爭申請須知所訂之程序參與系爭招商

案之甄選，原告應已充分知悉、了解其於系爭招商案進行過程中，所得主張之權利及所需負擔之義務。又依系爭申請須知第二章三(一)、(二)約定：『申請人應詳閱本招商文件，其提送申請文件即表示已同意遵守本招商文件所規定之事項，申請人不得逾越本招商文件規定或提出任何附帶條件或但書。違反者，以招商文件為準，超過、逾越招商文件規定部分視為無效。』、『申請人對本招商文件之內容應充分了解，若有疑義須澄清時，應於公告規定期限內依規定方式提出；主辦機關所為之書面澄清視為本招商文件之一部分。』更足徵原告於遞案參加系爭招商案之甄選時，已同意遵守系爭申請須知之內容，兩造應已就系爭申請須知之內容達成意思表示之合致，基於前開民法第 153 條第 1 項規定及私法自治、契約自由等法理原則，兩造確實已就系爭申請須知之內容成立私法上之無名契約，兩造均應受系爭申請須知條款之拘束。」。

此外，工程會 94 年 8 月 31 日工程技字第 09400317510 號函認為，「按有關押標金（申請保證金）之法律關係，參照最高法院 59 年台上第 1663 號判例、85 台上第 1775 號、87 年台上第 933 號、89 台上第 1499 號、90 年台上第 1813 號及 91 年台上 1773 號等判決等司法實務上見解，均未否認『投標須知』於當事人間具有拘束力，甚而更認招標人與投標人間係成立押標金契約者（無名契約）。據此，於招商文件訂定於一定情形下押標金（申請保證金）得不予發還者，既為司法實務所肯認，於法尚無不合。」。

由前開見解可知，雙方就促參案申請須知成立一私法關係的無名契約，主辦機關得於最優申請人違反申請須知時，依申請須知規定沒收所繳之申請保證金。若最優申請人不服，得依民法第 179 條不當得利法律關係，請求主辦機關返還之。

第四章 主辦機關未完成議約之責任探討

第一節 主辦機關於議約階段之權利義務

第一項 主辦機關的擔保責任

民間參與公共建設作為公私協力行為，係國家藉由私部門力量，以遂行公共建設興建與營運之行政任務，但國家仍保有行政任務之執行責任¹⁰²。析言之，在民間參與執行行政任務時，透過國家和私人間責任分配，將國家對行政任務之責任與私人做分擔，但國家仍具擔保者的角色，對行政任務之實現仍應承擔監督、管制或促進、協助等各種任務責任，並以擔保責任為前述各種任務責任上位概念涵括表示並基此界定出國家責任與角色，形成私人執行行政任務，國家擔保私人執行的模式，以確保行政任務之遂行¹⁰³。

在促參案中，主辦機關基於行政任務之執行責任，應確保公共利益不受侵害，但促參案從最初的規劃至履行契約的全生命週期往往長達數十年，因此，在制度上宜保留給主辦機關於程序結束前有收回或終止特權，以保持彈性¹⁰⁴，俾利主辦機關採取適當合宜的方式，以因應複雜的環境變化；此外，主辦機關應有最起碼的事件支配力，亦即對於民間保有充分的影響力，以實現擔保國家的理念¹⁰⁵。

促參法施行細則第 32 條雖規定「投資契約得訂明因政策變更，民間機構依契約繼續履行反不符公共利益者，主辦機關得終止或解除一部或全部契約，並補償民間機構因此所生之損失。」，賦予主辦機關在履約期間，得因政策變更與考量公共利益而不續辦促參案之權利，然促參法卻未規定主辦機關在締約之前，可否因政策更迭而中止促參程序，顯然是法未明文的漏洞。因促參案為典型的行政

¹⁰² 詹鎮榮，同註 1，頁 25。

¹⁰³ 許登科、許照生，促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權利保障，東吳法律學報，第 27 卷第 1 期，頁 52，2015 年 7 月。

¹⁰⁴ 林明鏘，政策中止促參程序之法律爭議-評台北高行 95 年訴字第 2710 號判決及最高行 98 年判字第 635 號判決，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 183，2021 年 4 月。

¹⁰⁵ 陳鈺純，同註 19，頁 62。

任務移轉之民營化類型，程序充滿執行行政任務之公益性，若因發生法定事由致主辦機關續辦促參案，將導致對公益將有危害時，即應讓主辦機關得隨時於任何階段中止促參案之續行¹⁰⁶，避免對人民或他方當事人造成更大之損害。

綜上，本文以為，基於國家行政任務之執行責任，縱使現行促參法未有明文，仍應賦予主辦機關因公益考量而有權於締約前（包含議約階段）不續辦促參案，但為避免造成民間的損害，主辦機關應負有損害賠償或損失補償的責任。

第二項 主辦機關的議約及締約義務

第一款 主辦機關的締約義務

一、 否定說

法院判決實務有以促參法第 45 條規定意旨為基礎，認為主辦機關並非作成最優申請人甄審決定後，即負有簽訂投資契約義務，有關的法院判決整理如下：

(一) 臺中高等行政法院 103 年度訴字第 148 號判決

「揆諸上開法律（指促參法第 45 條）及契約規定文義，均係針對經評定為最優申請人所為之規定，亦即其規範之對象為『最優申請人』，並非主辦機關，亦即最優申請人依上開規定，負有依所定期程與主辦機關完成契約簽訂之義務。再參酌行政程序法第 146 條第 1 項規定：『行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約。』行政機關基於公益考量，於行政契約締約後，猶得片面調整或終止契約，應可推論行政機關於簽約前，更得因公共利益考量，享有『相當之猶豫期間』，以『事先防止』契約締結後，對人民或他方當事人造成更大之損害（最高行政法院 98 年度判字第 635 號判決意旨參照）。準此可知，主辦機關於契約簽訂前應有相當之猶豫期間，並可基於公共利益考量，改變政策而停止相關計畫之執行，故上開關於按期程完成簽約之規定，其規範對象並不包括主辦機關在內」、「依促參法第 1 條規定，該法係為提升公共服務水準，加速社會經濟發展，促進民間參與

¹⁰⁶ 林明鏘，同註 81，頁 303。

公共建設而制訂，同法第 45 條第 1 項規定所規範對象為最優申請人，其目的在使最優申請人負有按規定時間籌辦並簽訂契約之義務，以期系爭案件主辦機關經由 OT 方式辦理之公共建設，得按既得政策與規劃完成興建及營運，促進社會經濟發展，故促參法第 45 條第 1 項之規定，依『保護規範理論』觀之，無論自法律制定原委、整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，均無令最優申請人得請求主辦機關必與其完成投資契約簽訂之意。從而，依促參法第 45 條規定意旨，最優申請人僅取得優先議約資格，惟其規範對象並不包括主辦機關，主辦機關於契約簽訂前享有相當之猶豫期間，並可基於公共利益考量，改變政策而停止相關計畫之執行，故最優申請人尚難依該規定請求主辦機關必與其完成投資契約簽之權利」。

(二) 臺中高等行政法院 105 年度訴字第 76 號判決

「依促參法第 45 條第 1 項規定意旨，原告雖取得最優申請人資格，但被告並非因此即負有簽訂投資契約之義務，仍享有猶豫之權利，如具有機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 59 點各款所列情形之一者，被告本應啟動退場機制之情形」。

法院認為主辦機關無締約義務，主要是因為於雙方締約之前，如有發生政策變更情形，由於主辦機關享有猶豫期間，故主辦機關應啟動退場機制，不續辦議約及簽約。從而主辦機關於促參案件中完成最優申請人之甄審決定或議約程序，不代表最優申請人即享有請求主辦機關簽訂投資契約之權利，或主辦機關負有締約的義務¹⁰⁷。

二、有條件否定說

促參法無明文強制主辦機關對最優申請人有締約義務，從而可謂主辦機關享有是否締約之形成權，但締約之形成權非可由主辦機關依主觀或其首長等個人意志為之，而是應在促參法之整體規範依個別促參案合義務、合目的地客觀為裁

¹⁰⁷ 詹鎮榮，同註 42，頁 23。

量。蓋主辦機關居於行政機關地位，締約與否，均是在行政，與私人基於基本權而享有意思自主不同，故主辦機關的締約形成權並非如私人般享有契約自由，締結契約與否應為合目的與合義務之裁量，且此不論所締結之契約為民事契約或行政契約，均應相同。此外，主辦機關既應依促參法辦理公告招商並甄選，進而簽訂投資契約以推動公共建設，即均屬依促參法規範下推動促參行政與公益目的下之決定，故主辦機關締約與否，乃受促參法之程序規定及個別促參案評估基礎下所公告條件、目的指引下之契約訂定與內容形成。是故，主辦機關之締約與否，本應依個別促參案之基礎接續為進行，始符誠信和依法行政¹⁰⁸。

三、肯定說

依促參法之規範架構觀之，經評定選出最優申請人後，主辦機關原則上與最優申請人應進入議約及簽約階段，此「最優申請人評定→議約→簽約」之階段性程序設計，除啟動後階段程序的前提要件為前階段程序應該當外，在立法例上亦應被理解為此程序設計使一方當事人具有向另一方當事人請求開啟或配合參與後階段程序之權利，此外，從被請求之一方當事人角度言之，被請求之當事人即負有踐行後階段程序之作為義務。促參法雖無明文規定主辦機關之議約、簽約義務，但可從主辦機關依促參法第 44 條第 1 項作成最優申請人評定行政處分中導出，析言之，主辦機關為擇定促參案件之民間機構，現行促參法係以最優申請人甄審決定之行政處分方式為之，經由甄審程序，主辦機關作出最優申請人之甄審決定，對於取得最優申請人資格之申請人而言，屬於「授益行政處分」，而基於行政處分之實質存續力，此最優申請人甄審決定對處分相對人（即最優申請人）及處分機關（即主辦機關）均發生法律上拘束力。是以，從主辦機關角度以觀，因其係作成最優申請人甄審決定之處分機關，自當受該處分拘束，而需在法定或約定期限內，與最優申請人議約或締結投資契約。縱使主辦機關享有猶豫期間，但仍有終期，亦即於法定或約定之締約期限屆至時，若主辦機關仍不與最優申請

¹⁰⁸ 許登科，同註 62，頁 89-90。

人締約，即構成義務之違反，此觀促參法施行細則第 58 條第 1 項及第 2 項所定義約及簽約期限自明¹⁰⁹。

四、 本文見解

法院判決實務認為主辦機關享有相當之猶豫期間，得於締約前因公益考量或政策變更而決定不續辦促參案，不負有與最優申請人締約義務，本文認為此見解有待商榷。蓋主辦機關得不續辦促參案是基於其對於行政任務負有執行責任，需維護促參案全生命週期的公共利益，因此倘經評估續辦促參案有危害公益疑慮時，始得不繼續履行後續議約或簽約程序，此與主辦機關有無締約義務係屬二事，不可混為一談。再者，促參法第 45 條第 1 項係以最優申請人角度出發，規定最優申請人應續行籌備、議約及簽約、執行計畫等階段程序之義務，並非豁免主辦機關的簽約義務，或賦予主辦機關有不簽約之權利¹¹⁰，從而不得反面推論為立法者僅欲課予最優申請人單方負有續辦促參案的義務，而無欲對等性地納入主辦機關之締約義務，或有意排除其對等之締約義務¹¹¹。

有條件否定說認為促參法未規定主辦機關有締約義務，故主辦機關享有締約裁量權，惟其裁量權應考量辦理促參案之目的，並應受誠信和依法行政之拘束。然本文以為，此說所稱主辦機關的締約裁量應合義務、合目的，其操作結果，仍是基於主辦機關的行政任務執行責任，於權衡公益及最優申請人之私益後，決定是否不與民間締約，故該見解與否定說實質上並無二致。

職是，本文認為促參法之立法目的係立基於公私協力，而公私協力在於公私部門間以平等夥伴之地位，自願地達成共同目標，以創造加乘效果或雙贏之公共任務執行局面¹¹²。又最優申請人之甄審決定公告後，經主辦機關通知議約，為結束前階段之甄審程序，同時開啟後階段的簽約及履約階段，前已說明，故此時主辦機關與最優申請人原則上應處於平等地位，負有與彼此共同開啟及進行促參案

¹⁰⁹ 詹鎮榮，同註 42，頁 25-26。

¹¹⁰ 林明鏘，同註 104，頁 174。

¹¹¹ 詹鎮榮，同註 42，頁 26-27。

¹¹² 詹鎮榮，行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 380，2016 年 12 月。

後續生命週期程序之義務，亦即，最優申請人除應完成簽約外，主辦機關亦有與民間締約之義務，若認主辦機關無此義務，在主辦機關遲不與最優申請人簽約時，不啻令最優申請人無救濟途徑，實與上述公私協力精神有違。本文雖肯認主辦機關基於行政任務執行責任，在有法定事由，或因政策變更，又或為維護重大公益，得於締約前例外不履行甄審決定後之後續作為義務，但此見解與主辦機關有締約義務並不衝突，蓋若認主辦機關無締約義務，似指無論有無存在例外不續辦促參案之事由時，主辦機關均可不與最優申請人簽約，自非事理之平，因此以主辦機關得例外不續辦促參案作為其無締約義務的依據，此推論實有矛盾。綜上，本文贊同肯定說見解，主辦機關作成甄選出最優申請人決定後，負有與最優申請人締約之義務。

第二款 主辦機關的議約義務

學者有謂，「主辦機關透過甄審程序，評定出最優申請人，該甄審決定在法律定性上作為一行政處分，其法規制力僅賦予最優申請人與主辦機關進行後續議約程序之主觀公法上請求權，而非創設其可跳躍議約程序，逕行與主辦機關簽訂投資契約之權利。換言之，最優申請人甄審決定一方面創設最優申請人得與主辦機關進行議約程序之權利，另一方面也為主辦機關課予一與最優申請人議約之行政法上義務」¹¹³。亦有謂，「主辦機關作成甄選出最優申請人決定之處分，創設最優申請人之地位，則因甄選決定處分之作成與效力存續下，不僅具有形成最優申請人具議約資格與請求議約地位法律效果，且拘束主辦機關應與最優申請人議約」¹¹⁴。

本文以為，促參法就促參案件係設計為「最優申請人評定→議約→簽約」之階段性程序，必先該當前階段程序，始會啟動後階段程序。從而，既然主辦機關與最優申請人均有簽約義務，又雙方於締約前應先進行議約，倘主辦機關無議約義務，最優申請人無得請求主辦機關與之議約，則未能進行議約程序，又如何開

¹¹³ 詹鎮榮，同註 42，頁 30。

¹¹⁴ 許登科，同註 62，頁 93。

啟後階段的締約程序。因此，從促參案的程序推展而言，應肯認主辦機關負有與最優申請人議約的義務。

第三項 主辦機關應符合誠實信用原則

於締結契約之前，當事人會有所接觸、磋商、談判，此時因為沒有契約關係，雙方係以信賴為基礎，且會隨著時間之進展而與日俱增。若在締約之前，一方當事人因他方當事人之故意或過失而遭受侵害，雖有侵權行為之規定可請求損害賠償，但侵權行為之要件通常較為嚴格而不易構成，且此種以信賴為基礎之雙方關係，與契約關係較為相近反較不似侵權行為，從而較不適宜適用侵權行為規定，故為保護基於信賴而於締約階段受有損害之當事人，遂發展出「締約上過失」¹¹⁵。締約上過失制度主要涉及締約協商階段，當事人一方違反依據誠信原則所生之保護義務（即所謂「先契約義務」），而侵害他方權利或利益，致負有損害賠償之責任¹¹⁶。民法於 88 年增訂第 245 條之 1，規定「（第一項）契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。（第二項）前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」，其立法理由指出，「當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，原法對此未設有賠償責任之規定，有失周延，爰增訂第一項。」，將上述締約上過失責任法制化。

最高行政法院 105 年度判字第 284 號判決指出，「民法第 245 條之 1 係基於誠信原則所訂定。而誠實信用原則為一般法律原則，適用於公私法領域，此不但

¹¹⁵ 吳光平，締約上過失之類型及民法第二四五條之一之功能與適用範圍，南臺財經法學，第 3 期，頁 123，2017 年 6 月。

¹¹⁶ 楊芳賢，同註 65，頁 69-70。

為學說共同見解，亦為司法裁判所肯認（見本院 52 年判字第 345 號判例）。另行政行為應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴，為行政程序法第 8 條所明定。在訂立行政契約之準備或商議程序中，雙方當事人建立特殊之信賴關係之情形，與訂立私法契約之情形無異，亦有本於誠實信用原則，要求準備或商議訂立行政契約之當事人遵守一定先契約義務之必要。民法第 245 條之 1 規定與行政契約之性質不相牴觸，應依行政程序法第 149 條規定，準用於行政契約。」，準此，促參案投資契約若認定屬於私法契約，則可直接適用民法第 245 條之 1；若認定屬於行政契約時，依行政程序法第 149 條規定，亦可準用民法第 245 條之 1¹¹⁷。換言之，主辦機關於議約階段負有先契約義務，應依據誠實信用原則與最優申請人為投資契約的準備及磋商。

民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款的誠信原則未明定主觀要件，似為無過失責任，但因同條項第 1 款及第 2 款分別規定惡意與故意或重大過失，若將第 3 款解為無過失責任，恐有失均衡，應非立法本意。其次，無過失責任原則應有法律明文為依據，較為妥適，民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款既無明文，不宜輕易認定採無過失責任。然而，若參考第 1 款、第 2 款，將行為人主觀要件限制至少為重大過失，又過度寬縱行為人，故不宜作為標準。準此，民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款的誠信原則的主觀要件採過失責任較為妥適¹¹⁸，故主辦機關於議約程序中，如因過失而有違反誠信原則而未與最優申請人締約，主辦機關有負賠償之責任。

所謂誠信原則，依最高法院 110 年度台上字第 1842 號民事判決指出，「在具體之權利義務關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體個案妥善運用之方法」。學者陳聰富並指出，應符合禁反言原則及相互體諒原則，亦即當事人不得為與自己先前行為相互矛盾

¹¹⁷ 詹鎮榮，同註 42，頁 32。

¹¹⁸ 楊芳賢，同註 65，頁 80-81。

之行為，且行使權利時，應遵守公平交易的合理標準，並適當尊重他方當事人之利益，而非僅以自己利益為唯一考量依據¹¹⁹。準此，主辦機關與民間開啟議約程序時，在外觀上是其對續辦促參案信守之承諾行為，致民間有信賴基礎，主辦機關在無法定事由下，不得恣意中止議約程序，且應本於善意與道德標準，與民間商討投資契約內容的往來互動，兼顧雙方利益，在法律關係上達到公平穩當。

第二節 主辦機關未完成議約之事由

前已說明，未完成議約之原因通常有雙方對於投資契約內容未能達成共識，以及有非投資契約之其他事由而無法續行議約。前者已於第三章討論，本章將研析主辦機關有非投資契約之其他事由而未續行議約時，主辦機關有無可歸責性。實務上較常發生之情形為主辦機關作出最優申請人甄審決定，在議約完成後至雙方締約前，以「政策變更」為由，片面宣告促參計畫不續行辦理，然該事由亦可能發生在議約階段，故本文將探討主辦機關以「政策變更」為由而不進行議約或中止議約程序，是否具正當性。

第一項 實務案例

第一款 板新汙水下水道促參案

一、 案例事實

臺北縣政府（即今新北市政府，本案被告）於 94 年 7 月間依促參法辦理「徵求民間機構參與臺北縣政府板新下水道系統建設之興建、營運、移轉（BOT）計畫」之招商程序，歐信工程股份有限公司（以下簡稱歐信公司，本案原告）依規定繳交申請保證金新臺幣（下同）5,000 萬元，嗣經甄審委員會評定為最優申請人，並進行議約，旋由臺北縣政府以公函通知歐信公司上開計畫議約完成，惟尚未完成簽訂契約。後臺北縣政府因當時民意對 BOT 案涉及重大公益有所顧慮，執行政策時須考量民意，故未依招商文件規定於議約完成後 10 日內完簽約，拖延 7 個月，對於歐信公司之屢次書面催告均未理會。從而歐信公司依行政訴訟法

¹¹⁹ 陳聰富，民法總則，2 版第 4 刷，元照，頁 434，2018 年 8 月。

第 7 條、第 8 條規定，以行政契約之爭議，提起一般給付訴訟，請求臺北縣政府應還返申請保證金 5,000 萬元、給付備標費用等損失 2,633 萬 2,927 元，以及自起訴狀送達翌日起至清償日止，按年利率 5% 計算之利息。

二、法院見解

(一) 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2710 號判決指出，「本件被告未聲明終止本招商計畫，業如前述，而參考其援用行政程序法第 146 條第 1 項之規定所為之抗辯略以：近來民意對 BOT 案涉及重大公益有所顧慮，被告於政策執行上仍須考量民意之依歸，並花費時日與縣民及各界多作溝通，雖自議約迄今逾 8 月有餘，而比起長達 35 年之政策決定而言，仍符合比例原則。參照行政程序法第 146 條對於行政機關得片面終止契約之規定，可推論行政機關於簽約前應享有相當之猶豫期間，自屬舉重以明輕之法理；原告片面斷言被告無簽約意圖，而一再違反申請須知規定請求發還保證金，其操之過急實有違誠實信用原則，欠缺保護之必要性等語。可知被告並無調整或終止本計畫之行為至明。又查行政程序法第 146 條第 1 項所規範之調整或終止契約之主動權，完全操之於行政機關，原告要無主張類推適用之餘地，原告此項主張，顯屬無據。」。

(二) 最行政法院 98 年度判字第 635 號判決指出，「又查本件 BOT 案，因臺北縣政府顧慮涉及重大公益，於政策執行上仍須考量民意之依歸，並花費時日與縣民及各界多作溝通，蓋於 BOT 特許後，必須設法維護興建、營運及移轉所具有之公共利益及交易利益，考量 BOT 投資計畫所需資金主要還是來自於投資大眾，BOT 投資計畫之實施，自始即必須小心處理關係企業間之利益輸送問題，以避免日後發生糾紛，故需較長之締約準備時期。」、「依行政程序法第 146 條其立法意旨，在使行政機關於公益之考量下，得片面調整或終止契約。於締約後得基於公益調整或終止契約，可推論行政機關於簽約前更得因公共利益考量，享有相當之猶豫期間，以『事先防止』契約締結後，對人民或他方當事人造成更大之損害，此並為原判決所肯認，是解釋上在猶

豫期內，行政機關未為任何調整或終止之行為，人民自不得請求損失補償。」。

第二款 臺中交通運轉中心促參案

一、 案例事實

鄉林建設事業股份有限公司(以下簡稱鄉林公司,本案原告)就「交七用地」,依促參法第3條及第46條規定,於95年12月18日向臺中市政府(本案被告)提出民間參與公共建設「臺中市交通用地轉運中心委託民間參與建設與營運計畫」(以下簡稱交通運轉中心案)之申請,經臺中市政府初步審核、再審核通過,再對外公開徵求民間參與,因僅鄉林公司1人參與,經被告甄審委員會綜合評審議決為交通運轉中心案之最優申請人。惟雙方未及締約,臺中市政府即於97年10月17日以府交運字第0970241230號函通知鄉林公司,以臺中市都市計畫(單元二)細部計畫於96年11月14日發布實施,其中「交六用地」將取代原計畫而作為臺中市西側交通運轉中心,因政策變更不續辦交通運轉中心案。鄉林公司不服,依行政程序法第126條第1項規定提起行政訴訟,請求臺中市政府補償損失。

二、 法院見解

臺中高等行政法院104年度訴更一字第9號判決對於「交通運轉中心案因政策變更而不續辦」的理由略以,「(一)查被告於96年11月14日公告發布實施『臺中市都市計畫(單元二)細部計畫』,其中『交六用地』作為『交通轉運中心』使用。(二)被告於97年10月3日邀集系促參案原甄審委員會委員與相關學者專家,召開『研商《臺中都會區轉運站區未來定位及發展策略》相關事宜會議』,會議決議略以:(一)『交六用地』確為臺○○○區○○○區○道客運與市區客運間轉運之最佳區位;(二)臺中都會區轉運中心之設置應從資源最有效利用角度集中設置,『交六轉運中心』最高可提供80席之月臺需求,不需於鄰近地區再設置類似功能之轉運中心。(三)嗣被告以系爭處分通知原告,本件交通運轉中心案因被告上開『政策變更』,不再續辦。原告不服,……經駁回後復提起行政訴訟,

為本院以 99 年度訴字第 252 號案件受理在案，然事後原告認已無起訴必要乃撤回起訴。且前揭事實，均為兩造所不爭執。準此可知，本件系爭處分及上開被告 98 年 10 月 1 日函維持『政策變更』而不續辦交通運轉中心案之決定，業已確定在案。」。

第三款 臺中市大都會歌劇院促參案

一、 案例事實

緻圓股份有限公司（以下簡稱緻圓公司，本案原告）參加由臺中市政府（本案被告）依促參法第 8 條第 1 項第 5 款規定辦理之「臺中市大都會歌劇院委託民間參與經營及管理服務案」招商案（以下簡稱系爭招商案）之甄審，經臺中市政府評選為最優申請人（以下簡稱系爭甄選處分）。嗣因立法委員提案，經協商通過將臺中大都會歌劇院納入國家表演藝術中心，且於 103 年 1 月 9 日完成國家表演藝術中心設置條例之立法程序，由總統於 103 年 1 月 29 日公布，而於同年 4 月 2 日施行，臺中市政府乃於 103 年 3 月 12 日提交臺中市議會第 1 屆第 16 次臨時會議決通過「臺中大都會歌劇院土地、建築物及相關財產依法無償捐贈為國有事宜」案，並依機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 59 點第 2 款規定，致函緻圓公司表示政策變更，停止辦理系爭招商案，廢止系爭甄選處分，後續之議約及簽約程序不再進行。緻圓公司主張臺中市政府廢止系爭甄選處分，應依行政程序法第 126 條規定，補償緻圓公司投入系爭招商案甄選所受之財產損失，且臺中市政府具有締約上過失，亦得依行政程序法第 149 條準用民法第 245 條之 1，賠償緻圓公司因此所受之損害，而提起本件行政訴訟。

二、 法院見解

臺中高等行政法院 105 年度訴字第 76 號判決針對「臺中市政府因情事變更決定不與緻圓公司議約及簽約」部分認為，「本件原告前因不服被告廢止系爭甄選處分，於踐行起訴之前置程序後，向本院提起行政訴訟主張被告所為之廢止處分係屬違法，聲明求為判決撤銷，已據本院於 103 年 9 月 24 日以 103 年度訴字第 148 號判決認定原告雖經被告作成系爭甄選處分，取得優先議約資格，但被告

在簽約前，基於公共利益考量，享有相當之猶豫期間，以事先防止契約締結後，對人民或他方當事人造成更大之損害，依促參法第 45 條第 1 項規定意旨，並無賦予最優申請人得請求主辦機關即被告必須與其簽訂投資契約之權利。系爭招商案涉之臺中大都會歌劇院原為地方政府興建並採委外經營之方式，嗣因國家表演藝術中心設置條例於 103 年 4 月 2 日制定實施後，改以中央採行政法人專業統籌管理經營之模式，自符合機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項第 59 點第 2 款規定政策變更，應啟動退場機制之情形，則被告決定依上開規定，啟動退場機制，不續辦系爭招商案，而廢止系爭甄選處分，核無違背依法行政原則、比例原則、誠信原則及信賴保護原則，尚具適法性。」。

第四款 新北三峽生命園區促參案

一、 案例事實

昌溢股份有限公司（以下簡稱昌溢公司，本案原告）於 99 年 2 月 26 日依促參法第 46 條規定，以自備土地之方式，向新北市政府（本案被告）提送「新北市（臺北縣）三峽生命園區興建營運 BOO 投資計畫」案（以下簡稱系爭計畫案）之投資計畫書，經新北市政府於 100 年 1 月 25 日在系爭計畫案第 4 次審核委員會會議審核通過，並於 100 年 3 月 7 日以審核通過處分函通知昌溢公司，雙方於 100 年 4 月 11 日完成投資契約之議約程序。嗣新北市政府以 101 年 7 月 5 日北府民生字第 1012064732 號函通知昌溢公司：「因昌溢公司未能於 101 年 5 月 17 日前完成疏處，依行為時機辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（業於 104 年 5 月 15 日停止適用）第 69 點準用第 16 點及第 59 點規定，不繼續辦理系爭計畫案後續事宜。」。昌溢公司不服，經異議申訴被駁回後，遂提起行政訴訟，惟本案多次經最高行政法院發回，目前尚由臺北高等行政法院更為審理。

二、 法院見解

最高行政法院 109 年度判字第 287 號判決指出，「原審核通過處分是否得因政策變更而不繼續辦理，亦即廢止原審核通過處分，則須回歸行政程序法第 123 條之規定予以判斷，於具有該條各款情形之一時，始得依職權為全部或一部之廢

止。又依行政程序法第 4 條、第 7 條、第 8 條及第 9 條規定，行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，無論於構成要件之解釋涵攝或法律效果的裁量選擇都應遵守誠實信用及比例原則，並於該管行政程序，就當事人有利及不利之情形，一律注意。而行政程序法第 123 條第 4 款所謂『行政處分所依據之事實事後發生變更』，係指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估等語，亦即政策變更固非基礎事實之變更，但行政處分作成後政策變更，如係因其所依據之事實事後發生變更所致，且不廢止該處分對公益將有危害者，原處分機關即得加以廢止。至於原審核通過處分作成後發生民眾抗爭事件，必須是出自鄰近系爭計畫用地周邊之多數居民，且必須原審核通過處分之續行對渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營可能產生危害者，始構成『行政處分所依據之事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害』之廢止要件；如果原審核通過處分之續行對渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營不會產生危害，或持反對意見者係屬少數或係出自非鄰近系爭計畫用地周邊之人民，則基於公眾之利益，即不能因噎廢食，輕言廢止原審核通過處分；又如果不廢止原審核通過處分，雖對公益將有危害，但如果逕予廢止，卻將妨礙其原來所欲達成之公共利益者，即應依比例原則為權衡取捨決定。」、「原審核通過處分作成後發生之民眾抗爭事件，是否出自鄰近系爭計畫用地周邊之多數居民，以及原審核通過處分之續行是否會產生空污、噪音或交通紊亂而影響渠等之權益、系爭計畫之執行及將來殯葬園區之經營，致生危害於公益？又如果不續行是否會妨礙系爭計畫所欲創造之公共利益，該公益是否大於不續行所欲維護之公益？亦即上訴人（即新北市政府）以原審核通過處分作成後發生民眾抗爭事件，而變更其殯葬設施興闢之政策，乃廢止原審核通過處分，是否適法？」

第五款 新竹竹北車站促參案

一、 案例事實

新竹縣政府（本案被告）於 102 年 7 月 9 日公告辦理「新竹縣竹北市縣華段

140 地號（車站用地，下稱系爭基地）委託民間參與興建營運案」（以下簡稱系爭促參案）第 3 次招商程序（前 2 次招商均無廠商投標），鴻裕開發實業股份有限公司（以下簡稱鴻裕公司，本案原告之一）參與該招商程序，經新竹縣政府於 102 年 11 月 22 日函知其具備成為最優申請人資格，雙方並於 103 年 1 月 15 日完成議約程序，新竹縣政府復於 103 年 2 月 19 日函知鴻裕公司應自接獲通知之日起 30 日內與新竹縣政府完成投資契約之簽約手續，同時應完成民間機構之設立、履約保證金之繳付及依據議約結果、甄審委員會意見修正投資計畫書等。鴻裕公司依系爭促參案申請須知規定，籌組成立上禾開發股份有限公司（以下簡稱上禾公司），並於 103 年 4 月 7 日函知新竹縣政府，將由上禾公司代表與新竹縣政府簽訂投資契約。嗣上禾公司於 103 年 4 月 8 日、4 月 17 日繳交開發權利金及履約保證金，新竹縣政府則以 103 年 4 月 16 日函通知鴻裕公司，將於 103 年 4 月 18 日召開投資執行計畫書審查會，請鴻裕公司依歷次審查意見修正投資執行計畫書後送被告審查。然新竹縣政府於該次審查會結論為：「(一)主辦機關配合都市發展需要，重新檢討系爭促參案基地土地使用計畫，係屬政策變更，依機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項（下稱促參注意事項）第 59 點第 2 款規定，不續辦本案。(二)最優申請人繳交之申請保證金及履約保證金，全數無息退還。」新竹縣政府並於 103 年 4 月 23 日將該會議紀錄檢送鴻裕公司及上禾公司。鴻裕公司及上禾公司不服，提起異議及申訴均遭駁回，遂提起行政訴訟。該案經最高行政法院第一次發回，臺北高等行政法院更為審理後做出判決。

二、法院見解

最高行政法院 108 年度判字第 38 號判決對於新竹縣政府主張「事實事後變更」之事由，提出下述見解，「『……主辦機關因政策變更，不續辦促參案件；或為符合公共利益及公平合理原則，致須重新辦理公告。』尚難直接作為行政程序法第 123 條第 1 款所謂『准許廢止』授予利益之合法行政處分之『法規』，於符合行政程序法第 123 條第 4 款『行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者』、第 5 款『其他為防止或除去對公益之重大

危害者』規定範圍內有其適用，亦即政策變更必須係基於行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害，或其他為防止或除去對公益之重大危害者，始得據以廢止授予利益之合法行政處分。至於依行為時促參法施行細則第 22 條之 4 規定，於投資契約訂明『因政策變更，民間機構依契約繼續履行反不符公共利益者，主辦機關得終止或解除一部或全部契約，並補償民間機構因此所生之損失』者，乃民間機構與主辦機關雙方基於契約自由原則所訂立，自應受契約效力之拘束，此與未簽約之前，主辦機關因政策變更，片面作成不續辦促參案件（廢止甄審決定），有違誠實信用原則之情形，不可同日而語。」

「竹縣府因政策變更不續辦系爭促參案，雖以竹北交通壅塞問題、竹北生活圈機能之改變（高鐵新竹車站特定區因景氣回春，都市空間結構軸線轉移），及整體都市發展需要（整個發展軸線均轉向高鐵地區）等全盤性考量，且基於本案 BOT 年限為 50 年，長期公共利益之考量，必須重新檢討系爭促參案所在基地土地使用計畫等情為由。……可見竹北交通壅塞問題、竹北生活圈機能之改變，及整體都市發展需要，在竹縣府於 102 年 11 月 22 日以府產貿字第 1020170960 號函（下稱系爭甄審決定）通知鴻裕公司具備成為最優申請人資格之前，似均已存在，並為渠等所知悉，則竹縣府以系爭甄審決定所依據之事實或政策於事後已發生變更，且不廢止系爭甄審決定對公益將有危害為由，作成不續辦系爭促參案之決定（廢止系爭甄審決定），容有疑義，原審未詳加調查釐清，遽予維持，尚嫌速斷。」

「再竹縣府不續辦系爭促參案之理由包括『近期重大開發案幾已確定皆朝向高鐵特定區，整個發展軸線均轉向高鐵地區，未來竹北生活圈機能勢必有所調整，都市發展及交通流向亦隨之改變』（原判決第 38 頁第 11 至 13 行），似認竹北生活圈之人口及交通流向均遷往高鐵區，卻又謂『系爭促參案特許期間長達 50 年，其附屬事業所產生之交通容量將加劇基地鄰近路段整體交通之壅塞情形，轉運功能無從發揮』（原判決書第 38 頁第 14 至 16 行），似認為竹北生活圈之交通亦將流向系爭促參案所在基地周遭，系爭促參案之附屬事業會加劇其交通壅塞之情，前後論述似有矛盾，原審未經調查釐清，即予採信，亦有未洽。且如果後者之論

述屬實，是否可以修正系爭促參案，使其不會加劇系爭促參案所在基地周遭交通壅塞問題，反能解決其因持續開發、人口移入衍生之需求，而不必斷然廢止系爭甄審決定？此攸關竹縣府不續辦系爭促參案是否符合比例原則，原判決未予論究，理由亦屬不備。」

臺北高等行政法院 108 年度訴更一字第 13 號判決針對「促參案不續辦之決定符合『行政處分所依據之事實事後發生變更』」的認定為，「系爭基地週遭之交通壅塞問題已經惡化，如續行系爭促參案，必將使原本待解決之交通情形更為嚴重，影響當地居民生活安全及便利性之公益甚大。且竹北生活圈機能已經改變，都市軸心已逐漸轉移至高鐵特定區，系爭基地確已非最符合車站轉運功能需求之區位，城際運輸及區域運輸之功能已由高鐵新竹站取代，如續行系爭促參案，顯就相當有限之公共資源為無效用之配置，而有害於公益。再者，被告不續辦系爭促參案，係符合國家整體都市發展需要，此由被告配合內政部 102 年 11 月 29 日發布之『都市計畫公共設施保留地檢討變更作業原則』，通盤檢討公共設施用地之用途，應朝向結合整個生活圈的都市發展概念，避免重覆設置或開闢後閒置之情形可知（被證 17）。而竹北地區整個都市發展軸線均轉向高鐵地區，未來竹北生活圈機能勢必有所調整，都市發展及交通流向亦隨之改變，且由於系爭促參案特許期間長達 50 年（此參系爭促參案申請須知第 3.1.4 條規定，前審卷一第 26 頁），其附屬事業所產生之交通容量將加劇基地鄰近路段整體交通之壅塞情形，轉運功能亦無從發揮，未來不再作為車站用地之規劃，被告已於 108 年 12 月 12 日函竹北市公所，建議將系爭基地變更為停車場用地，並納入下次通盤檢討研議辦理（更審卷二第 575 頁）。是以，系爭基地已無辦理轉運站之必要，系爭促參案不續辦實有助於都市規劃目的之達成，尚未逾越必要之程度，所造成原告私益之損害（詳下述）與所欲保護之公益未失均衡。」、「被告全盤考量竹北生活圈機能之改變、交通壅塞問題及整體都市發展需要等因素，認系爭基地已無設置轉運站之必要，續辦將對公益反有危害，因而作成政策變更而不續辦系爭促參案之決定，合於行政程序法第 123 條第 4 款規定，並無違比例原則，致雙方利益失衡之

情形。」。

第二項 法院判決分析

第一款 廢止甄審決定適用法律保留原則

最高行政法院在《新北三峽生命園區促參案》指出¹²⁰，依司法院釋字第 443 號解釋理由所揭示的「層級化法律保留」意旨，行政機關欲以政策變更作成剝奪或限制人民自由權利之行政處分，應遵守法律保留原則，於符合法律或其授權訂定之法規命令所規定要件時，始得為之。析言之，主辦機關在作成最優申請人甄審決定後，最優申請人具有法律應有之權利保護地位，在基本權保障下，基於法律保留原則，需有法律或授權命令之依據，主辦機關始可限制或剝奪最優申請人之權利¹²¹。

第二款 政策變更為廢止甄審決定之事由

法院於前揭五則促參案中認為得廢止甄審決定之事由可整理如下，法院於《板新汙水下水道促參案》指出政府於 BOT 案須顧慮涉及重大公益，於政策執行上仍須考量民意之依歸，並花費時日與縣民及各界多作溝通，故於簽約前更得因公共利益考量，享有相當之猶豫期間。《臺中交通運轉中心促參案》中，法院認為主辦機關因政策變更而不續辦交通運轉中心案之決定已確定在案，爰處理民間是否受有損失或損害。《臺中市大都會歌劇院促參案》中，法院認為國家表演藝術中心設置條例實施後，改以中央採行政法人專業統籌管理經營之模式，符合政策變更情形，主辦機關應啟動退場機制。《新北三峽生命園區促參案》中，法院說明行政處分作成後政策變更，如係因其所依據之事實事後發生變更所致，且不廢止該處分對公益將有危害者，原處分機關即得加以廢止。《新竹竹北車站促參案》中，法院咸指出政策變更必須係基於行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害，或其他為防止或除去對公益之重大危害者，始得據以廢止授予利益之合法行政處分。是以，法院判決實務均肯認主辦

¹²⁰ 可參最高行政法院 107 年度判字第 308 號判決。

¹²¹ 許登科，同註 62，頁 80。

機關於做出甄審決定後，得因政策變更，並考量公益維護，廢止最優申請人之處分。

第三款 政策變更的判斷要件

在《新北三峽生命園區促參案》及《新竹竹北車站促參案》中，最高行政法院明白指出主辦機關得依行政程序法第 123 條第 4 款規定，以政策變更及危害公益等由，廢止最優申請人之甄審決定。此外，最高行政法院在《新北三峽生命園區促參案》進一步說明，主辦機關為行政行為時，同時應符合行政程序法第 4 條、第 7 條、第 8 條及第 9 條規定，應受法律及一般法律原則拘束，無論是對於構成要件的解釋涵攝，或者是法律效果的裁量選擇，都應遵守誠實信用及比例原則，且對於當事人有利及不利之情形，一律注意。顯見，最高行政法院對於審查是否有政策變更、維護公益的比例原則權衡趨近嚴格，強調事實審法院應盡闡明權並盡調查證據、認定事實和詳細說理之能事¹²²。

第三項 政策變更的可歸責討論

促參案之主辦機關，基於行政任務之執行責任，應確保公共利益不受侵害，故主辦機關應對於執行政策有彈性調整空間。促參案經公益考量後，即便尚在議約階段，若續辦促參案會造成更大的公益危害，主辦機關有權採取退場機制，前已說明。然而，當主辦機關決定依促參法辦理興建或營運公共建設時，依法已為預評估及可行性評估之必要政策評估階段¹²³，故主辦機關於做出最優申請人甄審決定後至簽約前，倘以政策變更為由而不續辦促參案件，對於該事由應為嚴格檢視，且參照最高行政法院揭櫫「所謂行政處分所依據之事實事後發生變更，係指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估等語，亦即政策變更固非基礎事實之變更，但行政處分作成後政策變更，如係因其所依據之事實事後發生變更所致，且不廢止該處分對公益將有危害者，原處分機關即得加以廢止」意旨，政策變更是否符

¹²² 許登科，同前註，頁 80-81。

¹²³ 詹鎮榮，同註 42，頁 35。

合所依據之事實事後發生變更，應區分「原促參案之政策評估基礎事後變更」和「原促參案之政策評估基礎以外事項事後變更」二類型¹²⁴觀察。

第一款 原促參案之政策評估基礎事後變更之政策變更

一、政策變更概述

最高行政法院在《新北三峽生命園區促參案》指出，「所謂政策，乃包含政治的考量，並非全然屬行政行為之性質，其具體明確性之要求自難與行政行為相比」¹²⁵，雖指政策相較行政行為，行政機關有較大的裁量空間，但最高行政法院也同時說明，行政機關欲以政策變更作成剝奪或限制人民自由權利之行政處分，自應遵守法律保留原則，於符合法律或其授權訂定之法規命令所規定之要件時，始得為之¹²⁶。

承前，縱使政策非完全之行政行為，然主辦機關因政策變更而不續辦促參案，其可能的作法是依行政程序法第 123 條第 4 款規定，廢止最優申請人甄審決定之行政處分，此時政策變更即應符合「行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者」要件。亦有謂主機關不續辦促參案可能為一單純事實上觀念通知¹²⁷，然本文認為依大法官釋字第 432 號揭櫫「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符。」意旨，因不續辦促參案是主辦機關就依促參法辦理公共建設規劃案之具體事件，作成單方不續辦之決定，影響最優申請人之權利，有不利益之法律效果，與觀念通知係未損

¹²⁴ 許登科，同註 62，頁 96。

¹²⁵ 可參最高行政法院 103 年度判字第 167 號判決。

¹²⁶ 可參最高行政法院 107 年度判字第 308 號判決。

¹²⁷ 詹鎮榮，同註 42，頁 28。

及當事人權益、無發生規制效力不同¹²⁸，故縱使主辦機關就不續辦促參案僅以一紙公函通知最優申請人，未有行政處分之形式要件，仍不得視其為觀念通知，而應為一行政處分，並連結至行政程序法第 123 條。

二、適用行政程序法第 123 條第 4 款要件

最高行政法院 109 年度上字第 742 號判決指出，「基於法律安定之要求，並非任何事後之事實變更皆為得廢止授益處分之事由。行政處分所根據之事實變更時，須原處分機關依原來之法律規定有權不作成原授益處分，且不廢止原授益處分對公益將有危害時，原處分機關始得廢止原授益處分；申言之，即便有授益處分所依據之事實事後發生變更之情形，但仍須該當致不廢止該處分對公益將有危害之要件，始得由處分機關廢止該合法之授益處分。」。

基此，已作成行政處分所依據之客觀要件事實，於事後有所改變，且此種事實通常發生於行政機關基於後來的事實得作成較原先不利益之行政處分¹²⁹，始該當「事實事後發生變更」。又，行政程序法第 123 條第 4 款非令行政機關有廢止行政處分之義務，而是應做利益衡量，不廢止行政處分是否對公益有危害，衡量公共利益保護與信賴利益保護的大小。所謂「對公益有危害者」，應指廢止行政處分所追求之公益超過維持對相對人之利益，但有害公益之程度尚不及對公共福祉之重大不利益，一般而言，有事實狀況狀況變更後，不得作成該行政處分，或作成該行政處分至少有裁量瑕疵時，即為有害公益¹³⁰，且應由廢止之機關就此事實負舉證責任¹³¹。

三、政策評估基礎事後確有變更之檢視

主辦機關推行促參案之基礎來自其政策決定和相關評估，並且在此基礎上評定出適格的最優申請人作為促參案之執行者。是若在評估基礎未有根本性之變更下，執行促參案之政策應無推翻之正當性和合法性。因此，作成最優申請人之行

¹²⁸ 吳志光，行政法，10 版，新學林，頁 212，2020 年 9 月。

¹²⁹ 李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學雜誌，頁 54，2001 年 7 月。

¹³⁰ 蕭文生，行政法-基礎理論與實務，增訂 3 版，五南，頁 420，2020 年 8 月。

¹³¹ 李惠宗，同註 129，頁 54。

政處分後，主辦機關所依據之客觀要件事實有無改變，造成原來依法行政作成的處分妥當性變成有待商榷¹³²，本文認為此要件應嚴格檢視。再者，主辦機關以政策變更廢止該甄選決定時，尚應考慮是否符合比例原則，亦即應衡量比較「廢止而完全不續辦」和「維持續辦但調整內容」之二方案，若在公益達成之適當性，尚有可以調整內容之範圍內，屬較小侵害但可同時兼顧達成促參案目的之方法時，主辦機關即不得採取廢止甄選決定而不續辦促參案的方式¹³³。

綜上，促參案作成甄選最優申請人決定之處分後，主辦機關於議約程序中或締約前，欲以政策變更不續辦促參案，如該政策變更屬於原促參案之政策評估基礎的變更，且不廢止原處分，將對公益產生危害，主辦機關始可依據行政程序法第 123 條第 4 款規定合廢止最優申請人之甄審決定。

四、政策評估基礎事後變更之可歸責性

原促參案之政策評估基礎事後發生變更時，此非主辦機關可以預期，主辦機關本應重新考量原推動促參案之政策與變更後之政策二者的可行與效益為公益衡量，檢視發生之變更若列入原促參案之評估，是否會導致不予推動促參案、此變更是否會動搖最優申請人作為原促參案之適格執行者，和最優申請人私益之保護孰輕孰重¹³⁴。若符合行政程序法第 143 條第 4 款要件而予以廢止最優申請人甄審決定，此時主辦機關係依法為之，自屬合法廢止最優申請人處分，但依據行政程序法第 126 條第 1 項規定，主辦機關對於最優申請人因信賴該處分致遭受損失時，仍負有給予合理補償的責任。再者，尚應檢視主辦機關有無犧牲他方利益以圖利自己、有無違反禁反言原則，以及有無遵守公平交易的合理標準，並適當尊重他方當事人之利益，以判斷主辦機關是否構成民法 245 條之 1 第 1 項第 3 款顯然違反誠實及信用方法之締約過失責任。

第二款 原促參案之政策評估基礎以外事項事後變更

一、政策評估基礎以外事項事後變更不適用行政程序法第 123 條第 4 款

¹³² 許登科，同註 62，頁 97。

¹³³ 許登科，同前註，頁 98。

¹³⁴ 許登科，同前註，頁 96-97。

依最高行政法院 109 年度判字第 287 號判決所闡釋，「行政程序法第 123 條第 4 款所謂『行政處分所依據之事實事後發生變更』，係指作成行政處分之基礎事實，於行政處分作成後，有所改變者而言，不包括行政機關對於事件狀況為不同於原先之評估」，是以，非屬行政處分作成時所根據的基礎事實於事後有所變遷¹³⁵，不屬行政程序法第 123 條第 4 款範疇，蓋行政機關動輒以抽象之公益考量廢止合法處分，恐不符合法治國家之依法行政及法安定性原則之保障¹³⁶。

二、政策評估基礎以外事項之事後變更可歸責性

主辦機關若以原促參案政策評估基礎以外之事項，主張有政策變更而不續辦促參案，除非其情形可符合行政程序法第 123 條第 4 款以外各款之事由，否則主辦機關難謂無可歸責性。蓋其他情事之變更，不足以動搖原促參案之政策評估基礎，以及最優申請人作為原促參案之適格執行者；再者，促參法或其他法規亦未規定主辦機關此時享有此政策變更之單方決定權；此外，原促參案既經公告招商和進行甄選出最優申請人之程序，原則上最優申請人應為原促參案之政策適格執行者，且依前述，主辦機關有與最優申請人議約的義務，最優申請人對於主辦機關會與其完成促參案後續階段之程序執行自有合理信賴，因此，主辦機關若不與最優申請人議約，除無法律上之依據，亦有違原促參案推動之公信和誠信¹³⁷。

參照大法官釋字第 520 號解釋理由書所指，「重要政策之改變仍應遵循憲法秩序所賴以維繫之權力制衡設計，以及法律所定之相關程序。基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法」。因此，當促參案雙方進入議約程序，原促參案政策推行之明確與程度愈加肯定，最優申請人信賴主辦機關將依誠信與之協議締約之基礎愈強烈，主辦機關如果不續辦簽約，理應負較高注意義務之違反和較高之責任¹³⁸，除非該政策變更符合行政程序法第 123 條各款得將授予利益之合法行政處分廢止之要件，否則主辦機關不得不續辦促參案，倘主辦機關仍為之，

¹³⁵ 林明鏘，行政法講義，6 版，新學林，頁 240，2021 年 2 月。

¹³⁶ 陳新民，行政法學總論，10 版，註者自版，頁 326，2020 年 7 月。

¹³⁷ 許登科，同註 62，頁 98-99。

¹³⁸ 許登科，同前註，頁 99。

因不符合行政程序法規定之程序，主辦機關自有可歸責性。再者，此際主辦機關顯有違反禁反言原則，以及未遵守公平交易的合理標準，亦未適當尊重他方當事人之利益，故主辦機關可能構成民法 245 條之 1 第 1 項第 3 款顯然違反誠實及信用方法之締約過失責任。

第三節 主辦機關議約未完成之爭議解決探討

當主辦機關做出最優申請人甄審決定後，主辦機關本應偕同最優申請人開啟議約程序，但如主辦機關以政策已發生變更為由，遲不與最優申請人議約，或於議約進行時，通知最優申請人不續辦促參案，該等爭議應如何處理，最優申請人之救濟方式為何，為本節探討的重點。

第一項 主辦機關遲延議約

主辦機關評定出最優申請人之行政處分，一方面創設最優申請人得與主辦機關進行議約程序之權利，另一方面課予主辦機關與最優申請人議約之義務，前已說明。此外，促參法施行細則第 53 條第 3 項、第 58 條第 1 項及 2 項復規定招商文件內容應有議約時間及其期限。基此，主辦機關既負有議約義務，自不得無故推遲與最優申請人議約。但若主辦機關遲未通知最優申請人議約，或者最優申請人請求主辦機關與其議約，然經主辦機關拒絕，又或遲未回應，最優申請人應如何救濟，應視議約程序之性質決定之。

第一款 議約為公法行為

依前述臺北高等行政法院 107 年度訴字第 954 號判決認為議約期間所生爭議屬於公法爭議之見解，以及依爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款規定主辦機關於甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定發生爭議，應循異議、申訴程序救濟。因此，主辦機關未通知最優申請人議約，或拒絕與最優申請人議約，均為主辦機關就議約階段所為之處置或決定，倘最優申請人不服時，應依促參法第 47 條第 1 項規定，向主辦機關提出異議。

第二款 議約為私法行為

依前述高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定認為若當事人非對甄審評定之前階段法律關係爭執，因已進入議約、簽訂投資契約之後階段程序，自無促參法第 47 條第 1 項規定之適用。促參案契約為私法契約，且促參法第 12 條第 1 項明示投資契約除另有規定或約定外，屬民事契約性質，故私法契約所生之爭議，應屬私法爭議事件。換言之，主辦機關未通知最優申請人議約，或拒絕與最優申請人議約，此際最優申請人應向普通法院提起請求主辦機關議約之一定行為的給付訴訟。

第三款 議約屬於行政契約之關係

高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定及學者認為議約之法律關係與投資契約相同，雖高雄高等行政法院於該案認定投資契約為私法契約，惟目前學界多認為投資契約為行政契約。若投資契約為行政契約，則因議約為締結投資契約前對於契約磋商之程序，無關行政處分，故最優申請人欲請求主辦機關與之議約時，則應依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定，向行政法院提起一般給付訴訟。

第二項 主辦機關因政策變更不續辦促參案

主辦機關因政策變更而決定不續辦促參案，其可能的作法有二，一為依行政程序法第 123 條第 4 款規定，廢止最優申請人之甄審決定；一為僅以公函通知最優申請人。然前已說明，以公函通知不續辦促參案將產生不利益之法律效果，故此為行政處分而非單純的觀念通知，其結果仍屬於廢止最優申請人之甄審決定，先予敘明。

主辦機關於議約前或議約階段中，因政策變更決定不續辦促參案，此際雙方因尚未締結投資契約，故無法透過契約條款將不續辦決定轉換為契約上的意思表示，以及如最優申請人因而有所損失時，亦無法轉換為契約法上的損失補償請求權。此外，促參法及其子法對此尚無相關規定¹³⁹，致最優申請人應如何選擇救濟方式，學界和法院判決實務多有探討。

¹³⁹ 詹鎮榮，同註 42，頁 27。

最高行政法院 104 年度判字第 102 號判決曾指出，「甄選決定既經定性為行政處分，則甄選決定如因事實變更而經廢止，而受益人就此受有損害，且具有值得保護之信賴，依行政程序法第 120 條及第 126 條規定，自非不得請求損失補償。當然，在雙階理論下，如促參案政策所設定之投資契約為私法契約，則甄選決定處分後，投資契約未簽訂前，促參主辦機關違反誠信有締約上過失，亦應適用民法第 245 條之 1 第 1 項……規定，而對經甄選決定之最優申請人負有損害賠償責任。惟基於行政程序法對於甄選決定廢止之損失補償，與基於民法對於締約上過失之損害賠償，不僅分屬公、私法領域而有管轄法院之差異，其要件及補償、賠償之範圍亦不相同。原則上，合法處分廢止之補償，不以機關主觀責任為條件，但締約上過失之賠償，則以機關之『惡意』『故意或重大過失』或『顯然違反誠實及信用』為其責任條件；至於補償與賠償，前者限於信賴合法處分所生之損失，後者則以機關違反誠信原則行為所肇致之損害為範圍；於訴訟之具體個案上，當應視當事人所主張者，定其管轄，釐清其要件及範疇，不容混淆或相互援引。」，就此，有謂最高行政法院之見解似從人民的訴訟程序選擇權觀點出發，認為當事人之請求權基礎為何，應以其選擇行政訴訟或民事訴訟而定，亦即，選擇行政訴訟時，其請求權為行政程序法第 126 條第 1 項之損失補償；選擇民事訴訟時，其請求權為民法第 245 條之 1 第 1 項¹⁴⁰。另有謂最高行政法院之論理基礎係建立在實體法，以及公法和私法爭議之司法二元審判權之制度區分，並在法院限於以當事人起訴之請求權基礎和訴訟主張為審理範圍之原則下，需依當事人起訴之訴訟標的為損失補償之公法請求權或過失賠償之私法請求權而異其審判和管轄法院，故此時法院管轄是當事人起訴主張實體法請求權之結果，而非依當事人之程序選擇權而定¹⁴¹。

無論對最高行政法院前揭見解有如何之解讀，有關主辦機關於議約前或議約程序進行中，以政策變更為由不續辦促參案時，最優申請人得否自行擇定透過行

¹⁴⁰ 詹鎮榮，同前註，頁 29。

¹⁴¹ 許登科，同註 62，頁 106-107。

政訴訟或民事訴訟救濟之？抑或最優申請人的請求權基礎應依程序之推展而有所限制？本文以為，從最優申請人甄審決定之行政處分作成後，至簽訂投資契約前，因促參法尚有議約之中間程序，議約對於主辦機關因政策變更而不續辦促參案時，將影響最優申請人應以何等法律依據請求損失補償或損害賠償¹⁴²，以下分述之。

第一款 主辦機關於議約前因政策變更而不續辦促參案

一、請求權基礎

若主辦機關於議約程序進行前因政策變更而不續辦促參案件，無論主辦機關係以行政處分方式或僅以公函通知最優申請人，均應認為屬於行政程序法第 123 條第 4 款規定之廢止最優申請人甄審決定，前已說明。又本文認為，促參法採雙階理論架構，區分前後階段的時間點應以雙方是否開啟議約程序而定，在此類型中，主辦機關如於議約前因政策變更而不續辦促參案，因雙方尚未為議約，故雙方之關係仍為前階段的公法關係。

承前，最優申請人甄審決定賦予最優申請人有優先議約資格之授益性法律效果，其對該效果之存續及實現具有信賴，自應受到保障，主辦機關若因政策變更而不進行議約程序，無異剝奪了最優申請人取得之優先議約權¹⁴³，因此時雙方仍為公法關係，最優申請人如因而受有財產上損失，當可依行政程序法第 126 條第 1 項規定，請求主辦機關給予合理補償。

二、補償範圍

最高行政法院 107 年度判字第 644 號判決指出，「原審原告因信賴甄選決定至該處分遭廢止，所可能想像因信賴甄選決定所生之損害，無非因籌辦（民間機構之設立或變更登記）及簽約（議約）所生者，而不及於『準備』興建、營運所生之支出，更不可能包括參與申請所支出者。蓋：最優申請人自參與促參案之申請，乃至於為其後之興建及營運所準備而支出者，在經濟分析上，其實適當被界

¹⁴² 詹鎮榮，同註 42，頁 29。

¹⁴³ 詹鎮榮，同前註，頁 29。

定為最優申請人基於經濟上動機所為支出，在其投資規劃上，本為交易風險之一部分，於申請參與公共建設前即應予以評估，必待投資契約簽訂，始能藉由契約履行以回饋正當利潤而填補之，苟投資契約未能議成致支出無從回饋，即屬風險管理範疇無從對主辦機關為補償請求或損害請求。」、「由系爭促參案各階段法律關係以觀，原審原告因信賴系爭甄選決定所為之表現行為，顯然限於籌辦、議約階段因信賴該決定而為籌辦民間機構設立或變更登記與議約所為者，其所生損失亦當以此為限。」。此外，臺北高等行政法院 108 年度訴更一字第 13 號判決說明，「補償之範圍，一則必須限定於該損失係因信賴授益處分之存在而發生者，亦即損失與信賴必須有相當因果關係存在，而非漫無邊際之公法危險責任。其二，廢止授益處分之補償，為徵收補償或犧牲補償之性質，在彌平當事人為公共福祉而受之特別犧牲，並非損害賠償性質，如無特別規定，關於所失利益，不予補償；至於所受損害，原則上全部補償，但不得超過受益人因該處分存續可得之利益。」。

職是，依前揭法院判決實務所提見解，最優申請人得請求及不得請求之損失補償範圍可整理如下：

- (一) 得請求主辦機關補償之期間範圍為取得最優申請人資格起，迄至甄審決定處分遭廢止時。
- (二) 最優申請人依甄審委員會及主辦機關意見，撰擬、修正變更執行計畫書內容，將之印製及郵寄，屬甄審決定完成議約及簽署投資契約所必要，最優申請人因而支付之費用，得請求主辦機關補償。
- (三) 最優申請人籌備設立專案公司及準備與主辦機關簽訂投資契約，所支付之設立費用、給付僱用員工之薪資，可向主辦機關請求補償。行政法院復指出，最優申請人無從預知將來會有不續辦而發生補償的問題，難以事後要求最優申請人逐一清算並提出所投入的人力成本及相關費用支出單據，有事實上的困難，故得依行政訴訟法第 189 條第 2 項規定，法院可審酌一切情況，依所得心證定其數額。

- (四) 最優申請人參與議約程序所支出之差旅費、印製會議資料費、雜費等，因屬必要費用，得請求主辦機關補償。
- (五) 損失與信賴須有相當因果關係存在。
- (六) 原則上全部補償最優申請人所受損害，但不得超過最優申請人因該處分存續可得之利益。
- (七) 最優申請人為參與促參案所支付備標事務費用，屬於甄審決定作成前之費用，非籌辦及議約所生損失，非主辦機關應補償之範圍。
- (八) 最優申請人於簽約前所支出為準備興建及營運始之工程規劃費，因該等費用需最優申請人簽訂契約後，始有履行約定事項之權源，其預先支出費用，欠缺合理性及正當性，最優申請人應自行承擔風險，無從請求主辦機關補償。
- (九) 如無特別規定，不予補償最優申請人所失利益（如預期簽約後所可能創造之營收）。

第二款 主辦機關於議約進行中因政策變更而不續辦促參案

一、請求權基礎

學者有謂，因開始進行議約程序，則最優申請人甄審決定之行政處分已依規制之授益內容履行而消滅，縱使主辦機關因政策變更而中止議約，最優申請人並不生因信賴甄審決定而有損失之問題。又議約程序開啟後，主辦機關與最優申請人彼此間處於較甄審決定所形塑之法律關係更為密切之契約準備或磋商的相互信賴特殊關係，雙方應本於誠實信用原則，力求意思表示一致。倘主辦機關主張政策變更而不續行議約，顯屬違反誠實及信用方法者，最優申請人因此所遭受損害，即不排除可主張主辦機關有締約過失，應負賠償責任¹⁴⁴。

本文以為，最優申請人甄審決定之行政處分並未因議約程序開啟而失其效力，前已說明，因此最優申請人甄審決定之行政處分，應不會因為履行議約程序而使該行政處分消滅。然本文肯認已進行議約時，不生最優申請人信賴甄審決定

¹⁴⁴ 詹鎮榮，同前註，頁 29。

而有損失之問題，蓋促參法既設計為「最優申請人評定→議約→簽約」之階段性程序，最優申請人甄審決定乃創設優先議約資格之授益性法律效果，因此，最優申請人對甄審決定所產生的信賴應為其得優先與主辦機關針對投資契約協商，如主辦機關已與最優申請人進行協商，最優申請人對此甄審決定所生之信賴即獲得滿足，縱使主辦機關在議約程序進行中廢止甄審決定，此時已非行政程序法第 126 條第 1 項的問題。此外，依前述本文對於議約法律關係之見解，開啟議約係雙方進入促參案後階段的締約履約程序，而議約與投資契約有緊密之關聯，議約關係應視投資契約性質而定，因此，如最優申請人因甄審決定遭廢止而受有損害，屬於投資契約所生之爭議，應以契約關係處理之。

承前，促參案件一旦進行議約程序，雙方已處於對投資契約磋商階段，此時雙方是以信賴為基礎，一方如有違反依據誠信原則所生之保護義務，而侵害他方權益，一方即須負損害賠償責任。從而，倘主辦機關於議約仍進行中，因政策變更不續行議約，如有違反誠實信用原則，最優申請人並因此受有損害，非不得向主辦機關請求賠償。惟目前投資契約性質尚有爭議，若認屬於私法契約，則可直接適用民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款規定，若認投資契約屬於行政契約，應依行政程序法第 149 條規定準用上開民法規定。是以，在符合民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款締約過失規定的要件下，最優申請人具有損害賠償請求權。

然而，誠如最高行政法院 104 年度判字第 102 號判決所指，「基於行政程序法對於甄選決定廢止之損失補償，與基於民法對於締約上過失之損害賠償，其要件及補償、賠償之範圍均不相同」。原則上，廢止合法處分之補償，不以機關主觀責任為條件，但如以主辦機關有「顯然違反誠實及信用」而請求締約上過失之賠償時，依學界看法，主辦機關應有過失行為。惟主辦機關倘係依行政程序法第 123 條所列要件，合法廢止最優申請人處分，實難認為主辦機關有過失而顯然違反誠實及信用。因此，在主辦機關難以該當民法的締約過失責任，且開始議約，已不生行政程序法第 126 條問題，此時最優申請人恐怕無法就其損害獲得填補。而上開問題，實是肇因於現行促參法對於締約前之爭議解決規範不周，以致須透

過法理解釋處理，故有必要透過修法解決。

二、賠償範圍

臺灣高等法院 99 年度重上字第 240 號民事判決指出，「民法第 245 條之 1 第 1 項規定契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有同條項所定情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人負賠償責任。是故，他方當事人得請求賠償之損害，為信契約能成立所受之損害。因契約未成立，即無所謂契約如能成立時可獲得之利益，故他方當事人不可能發生履行利益。因此，所謂信契約能成立所受之損害，係指信賴利益之損害。惟信賴利益之損害如超過履行利益之損害者，賠償責任應以履行利益為限。蓋契約縱經當事人合意而成立，其所得利益亦以履行利益為限。於契約不成立時，他方當事人得請求賠償之損害額，應以此金額為限，始屬合理。」，民法第 245 條之 1 既為締約上過失規定，契約自未成立，亦無所謂契約如能成立即可獲得之利益可言，當事人不可能發生履行利益，從而民法第 245 條之 1 所定信契約能成立所受之損害，係指信賴利益之損害，如訂約費用、準備履行所需費用或另失訂約機會之損害等。

又，臺灣高等法院高雄分院 97 年度重上字第 33 號民事判決認為「交通局在公告國倫公司為系爭工程之最優申請人後，卻以上開不合實情之理由廢止系爭工程之招標，自與誠實信用原則有違，並嚴重影響投標廠商即國倫公司之權益，故國倫公司主張伊係因交通局在系爭工程訂約中，有違反誠實信用原則之情事，致其無法就該工程與交通局訂定契約，而認交通局應負締約過失責任等語，當屬有據，應可採信。」、「查國倫公司為參與系爭工程之投標，而委託城都國際開發規劃管理顧問有限公司製作民間參與愛之船委外營運備標計畫委託契約書，並支出 60 萬元等情，業據國倫公司提出上開委託契約書 1 份及發票 2 紙可參（附於原審卷 A 第 104-107 頁），交通局對於上開委託契約書及發票形式上之真正並不爭執，而觀之上開委託契約書之內容，確實係國倫公司為參與系爭工程投標而委請城都國際開發規劃管理顧問有限公司製作關於投標系爭工程所須之計畫書，經核上開費用之支出與國倫公司參與系爭工程之投標有因果關係，且屬必要，是國倫

公司請求交通局賠償此部分損失，自有理由，應予准許，交通局亦表示該 60 萬元費，於國倫公司申請後，辦理核付。」，是以，法院認為若以民法第 245 條之 1 作為請求權基礎，賠償範圍可包含「備標」所生之費用，惟法院於該案中未詳細說明何以最優申請人參與促參案投標而委請顧問公司製作關於投標之計畫書為有必要，即逕認得請求主辦機關補償該筆費用，恐有理由不備之虞。蓋民間為參與促參案，本需提出投資計畫書，與其有關之支出為所有申請人均需支付之費用，且為申請人應承擔之投資風險，故法院認為最優申請人可請求主辦機關補償委託第三人撰寫投資計畫書所支付之費用，本文認為有待商榷。

縱上，因民法第 245 條之 1 可請求之損害為信賴利益之損害，故最優申得請求賠償之時間及範圍為取得最優申請人資格評定至政策變更不續辦期間，因準備議約所支出的費用，包含訂約費用、準備履行所需費用、另失訂約機會之損害。此外，法院判決實務認為備標費用亦得請求，此與損失補償範圍不相同。

第五章 促參案議約階段修法建議

第一節 民國 111 年促進民間參與公共建設法草案概述

第一項 草案修正背景

促參法施行至今已逾 20 年，隨著人民對不同類型的公共建設需求漸增，現行促參法第 3 條第 1 項所定 14 種公共建設類型恐無法涵蓋新興產業，而致行政機關面臨財政緊縮的窘境下，仍需籌措資金透過政府採購的方式辦理。再者，緣起於英國之民間融資提案（Private Finance Initiative, PFI）同為公私協力的範圍，其主要概念為公共建設由民間機構先為興建及營運，政府再支付價金向民間機構購買該公共建設之公共服務，此模式經許多先進國家諸如日本採用，因 PFI 運作方式與我國政府採購法及促參法並不相同，多年來一直有引進 PFI 的建議。行政院會於 111 年 2 月 17 日通過財政部擬具的促參法部分條文修正草案，此次修正有三大方向，包含「擴大促參法公共建設適用範圍」、「新增有償取得公共服務機制（PFI）」、「增訂促參案調解機制」等，以期優化民間參與公共建設投資環境、鼓勵民間企業投入興辦公共建設。

第二項 草案修正要點

111 年 2 月的促參法修正草案，修正、新增及刪除之條文計有 19 條，重要內容概述如下：

一、修正第 3 條

- (一) 修正公共建設包括建設及服務。
- (二) 因應中央政府前瞻基礎建設之政策，新增綠能設施及數位建設類別，促進投資。
- (三) 倘中央目的事業主管機關認定公共建設有疑義時，新增得報請行政院核定之處理方式。

二、修正第 6 條

履約爭議調解納為主管機關掌理事項。

三、修正第 6 條之 1

(一) 修正政府規劃案件應辦理先期規劃

(二) 新增依促參法辦理可行性評估及先期規劃之公共建設得不重複辦理之要件。

四、修正第 8 條

修正民間機構參與公共建設之方式，將「新建」修正為「興建」，以涵蓋新建、增建、改建或修建方式。

五、新增第 9 條之 1

增訂公共建設具優先性、迫切性及必要性者，得由政府有償取得公共服務機制，提高民間參與誘因，加速提供公共建設及服務。

六、修正第 10 條

增訂政府有償取得公共服務案件計畫報核及預算編列方式。

七、修正第 15 條

修正出售公地機關於投資契約簽訂前讓售零星公有土地予經評定之最優申請人機制。

八、修正第 44 條

配合行政院組織改造之法制作業事項，修正甄審委員會為甄審會。

九、修正第 45 條

修正納入議約、籌辦及簽約程序規定，並新增政府規劃案件主辦機關因政策變更或公益考量，不予議約或簽約之處理方式，主辦機關應補償最優申請人合理費用。

十、修正第 46 條

修正民間自行規劃申請案件作業程序及增訂主辦機關得給予提供土地、設施案件初審通過者優惠條件。

十一、修正第 47 條

增訂參與公共建設申請及審核程序之異議及申訴程序及處理方式，不採用準用政府採購法相關規定之方式。

十二、修正第 48 條

增訂外國廠商參與依促參法辦理之公共建設，應依我國締結之條約或協定規定辦理。

十三、修正第 48 條之 1

修正納入履約爭議調解機制，申請調解之收費辦法及調解會之組織準則由主管機關定之，加速履約爭議處理時程，維持公共服務穩定性。

十四、新增第 48 條之 2

增訂履約爭議調解成立、不成立要件、不同意調解建議之處理方式及調解規則由主管機關定之。

十五、修正第 51 條之 1

修正營運績效評估作業辦理頻率。

第二節 促進民間參與公共建設法草案評析

第一項 議約程序提升至法律位階

現行與議約程序有關之規定係明定於促參法施行細則，諸如第 53 條第 3 項規定招商文件內容應包含議約及簽約期限，第 57 條為議約原則，第 58 條為議約期限等，因議約程序定於促參法施行細則，故不具法律位階，且是否應踐行議約程序似有討論空間。而促參法修正草案第 45 條第 1 項將原規定「與主辦機關完成投資契約之簽約手續」，修正為「經依前條規定評定之最優申請人，應按主辦機關所定期限完成議約、籌辦及簽約，依法興建、營運」，修正理由說明「依實務運作，經評定為最優申請人，或由次優申請人遞補時，均應完成議約、籌辦及簽約程序始得依法興建、營運，爰第一項及第二項酌修文字，以臻明確」，在促參法修正草案的規定下，似指除最優申請人應按主辦機關所定期限完成議約議外，議約亦為應踐行之必要程序。

本文認為促參法修正草案第 45 條第 1 項之效果，僅係宣示議約為雙方於簽訂投資契約前應進行之程序，對於主辦機關之議約及締約義務、如何進行議約、可議約之範圍等爭議，仍未解決。此外，具體個案中若無待議約事項，是否可不進行議約程序即簽訂投資契約，有無可能與促參法修正草案扞格，或者不符現行促參法第 11 條及其施行細則第 22 的立法本旨¹⁴⁵，亦有疑義。

第二項 明定主辦機關不續辦促參案之法律依據

行政行為不能僅消極不牴觸法律，所有行政行為皆須有法律之明文授權依據¹⁴⁶。申請人依促參法規定參與投資評審程序，經評定為最優申請人者，其法律上地位自與其他申請人地位應有不同¹⁴⁷。最優申請人為促參案之適格執行者，並享有與主辦機關締約之機會和資格者，此地位為法律上所保護，欲變動此地位，必須有法律上依據，且應符合比例原則¹⁴⁸。促參實務常發生主辦機關於締約前，以政策變更為由不續辦促參案¹⁴⁹，將影響最優申請人工作權等基本權，但現行促參法並未明文主辦機關得否不續辦，從而在法律保留原則下，法院通常以行政程序法第 123 條第 4 款作為主辦機關廢止最優申請人甄審決定的法律上依據。

促參法修正草案第 45 條新增第 3 項，該條項前段規定「主辦機關於簽約前，因政策變更或公益考量，不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人」，修正理由說明「促參案之評估及辦理事項涉公益及私益權衡，賦予主辦機關基於個案情形決定是否議約或簽約裁量權」，明文主辦機關於簽約前，得因政策變更或公益考量，而不予議約或簽約，讓主辦機關在涉及限制最優申請人其他自由權利時，有法源依據，符合法律保留原則，故此修法值得肯定。

然而，若以目前法院針對不續辦促參案所依據之行政程序法第 123 條第 4 款，主辦機關廢止最優申請人甄審決定，需符合「行政處分所依據之法規或事實

¹⁴⁵ 李元德，同註 46，頁 96-97。

¹⁴⁶ 林明鏘，同註 135，頁 20。

¹⁴⁷ 賴恒盈，促參案締約前政策變更之補償與賠償-以最高行政法院相關判決為中心與談，台灣法學雜誌，399 期，頁 156，2020 年 9 月。

¹⁴⁸ 許登科，同註 62，頁 100。

¹⁴⁹ 可參本文第四章第二節第一項所舉五則法院判決實務案例。

事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者」要件，亦即主辦機關應以辦理原促參案所根據之政策有變更時，始得合法廢止，故在要件上相對嚴格。但促參法修正草案第 45 條第 3 項僅規定有政策變更，主辦機關即可不續辦促參案，換言之，原促參案所根據之政策有變更，或所根據之政策以外之其他政策有變更，均可作為主辦機關不續辦促參案的理由，規範密度顯然較行政程序法第 123 條第 4 款為寬。再者，促參法修正草案亦未規範主辦機關就政策變更或公益考量應為如何的評估，似讓主辦機關可主觀地不續辦促參案，如此恐降低申請人投資的意願而不利促參案之推動和最優申請人的保護¹⁵⁰。

因人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律應予適當保障¹⁵¹，且本文認為最優申請人有「請求無瑕疵裁量請求權」¹⁵²，因此，縱使促參法修正草案賦予主辦機關不予議約或簽約之裁量權及法源依據，然主辦機關仍應受到行政合作法規範及一般原則之拘束¹⁵³，且應類推適用行政程序法第 123 條第 4 款、第 5 款，亦即應為辦理原促參案所根據之政策於事後發生變更時，或者續辦促參案將對公益產生重大危害時，主辦機關始可不與最優申請人議約或簽約。蓋主辦機關依法須先進行預評估及可行性評估，始可依促參法辦理興建或營運公共建設，若主辦機關得任意因政策變更或公益考量，決定不續辦促參案件，即可能使主辦機關任意架空促參法所要求的上述相關機制，形同虛設¹⁵⁴，實有違誠信原則，從而本文認為促參法修正草案第 45 條第 3 項所謂政策變更及公益考量，應有程度上的限縮。

第三項 不續辦促參案之補償責任

當主辦機關通知最優申請人不續辦促參案，本文認為應區分在議約前或議約後，蓋開啟議約程序，主辦機關與最優申請人間之法律關係愈加緊密，雙方地位

¹⁵⁰ 許登科，同註 62，頁 92。

¹⁵¹ 林明鏘，同註 135，頁 37。

¹⁵² 可參本文第三章第三節第三項「最優申請人之無瑕疵裁量請求權」內容

¹⁵³ 詹鎮榮，同註 42，頁 35。

¹⁵⁴ 詹鎮榮，同前註，頁 35。

逐漸朝向平等之契約當事人¹⁵⁵，且本文認為投資契約為私法契約，故此時主辦機關之責任應從私法契約關係檢視，從而在議約前適用行政程序法第 126 條之損失補償，開始議約後則應適用者民法第 245 條之 1 損害賠償（若認為投資契約為行政契約，則為準用民法規定），前已說明¹⁵⁶。有上述之討論，係因現行促參法對議約階段發生爭議時應如何處理規範不明，故需根據促參法規結構為思考。而依上開脈絡，既然議約程序開始後，雙方有更密切的關係，若有一方有可歸責事由致無法完成締約，理應負擔較重之責任，但依行政程序法第 123 條第 4 款、第 126 條規定，主辦機關於議約前合法將處分廢止，不論主辦機關有無故意過失，原則上即應負損失補償責任；但若在議約後，主辦機關始廢止處分，不再與最優申請人議約或簽約，依民法第 245 條之 1 所定締約上過失之賠償責任，需以主辦機關有「顯然違反誠實及信用」為條件，亦有民法學者認為主辦機關需至少有過失，是以主辦機關較難該當締約過失。比較行政程序法第 126 條及民法第 245 條之 1 規定，顯然民法責任的成立要件較為嚴格，亦即主辦機關毋庸負損害賠償責任的機會較大，主辦機關為避免負擔責任，自有可能選擇先開啟議約程序，再以政策變更為由而不續辦促參案，而使最優申請人需證明主辦機關有違反誠實及信用，反而不利於最優申請人。

促參法修正草案第 45 條第 3 項規定「主辦機關於簽約前，因政策變更或公益考量，不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人，並應與其協商補償金額，補償範圍得包括其準備申請及因信賴評定所生之合理費用。」，修正理由說明「(一)促參案之評估及辦理事項涉公益及私益權衡，賦予主辦機關基於個案情形決定是否議約或簽約裁量權。惟不予議約或簽約恐使人民遭受不可預計之負擔或損失，爰課予主辦機關主動與最優申請人協商補償之義務。(二)申請人所提申請文件包括投資計畫書，其為投資計畫完整規劃內容，實務上最優申請人須依議約結果或甄審委員建議修正投資計畫書，提出投資執行計畫書，經主辦機關核定後

¹⁵⁵ 詹鎮榮，同前註，頁 35。

¹⁵⁶ 可參本文第四章第三節第二項「主辦機關因政策變更不續辦促參案」內容。

始納入投資契約附件，故主辦機關因故不予議約或簽約時，得將最優申請人於簽約前之準備申請階段所衍生之各項成本，納入協商補償範圍。」。依促參法修正草案規定，當主辦機關於簽約前，因政策變更或公益考量，不予議約或簽約時，均負損失補償責任，可認促參法修正草案認為無論是在議約前或議約後，主辦機關都負相同的責任。又本條項的設計，應係參考行政程序法第 126 條，未要求主辦機關之主觀要件，換言之，不論主辦機關有無故意過失，均應補償最優申請人的損失。

然而，促參法修正草案增訂第 45 條第 3 項，是否是排除最優申請人不得循民法第 245 條之 1 規定請求締約過失之損害賠償？本文以為，因促參法修正草案第 47 條第 1 項第 2 款增訂最優申請人對「甄審結果後、簽訂投資契約前之相關決定」不服時，得提出異議，似有意就促參案於簽訂投資契約前之爭議，均以促參法第 47 條規定作統一處理，亦即依事件性質而設計其紛爭解決方式，符合大法官釋字第 773 號解釋中對於立法者得衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能以法律規定訴訟救濟制度之意旨¹⁵⁷，故最優申請人在促參法修正草案的規範下，應不得就主辦機關不予議約或簽約之爭議，向普通法院提起民法第 245 條之 1 締約過失的損害賠償訴訟。縱使認為促參法修正草案未有意排除最優申請人的民事求償權利，而仍有程序選擇權，但因主辦機關成立民法 245 條之 1 締約過失責任要件較為嚴苛，實無以該條請求的必要。再者，有學者以訴訟法觀點，認為「若採新訴訟標的理論，最優申請人無論係提起行政訴訟或民事訴訟，其訴之聲明均為被告應給付新臺幣若干元，且其原因事實為主辦機關因政策變更而拒絕締結投資契約，二者均屬同一事件。雖上開爭議之請求權基礎，有因行政程序法第 126 條廢止最優申請人甄審決定之損失補償，或民法第 245 條之 1 締約上過失損害賠償（若認為投資契約為行政契約時，則為依行政程序法第 149 條準用民法第 245 條之 1）等不同公、私法性質之請求權，但因其並非訴訟標的，而係訴訟標

¹⁵⁷ 許登科，同註 62，頁 110。

的法律關係之法律觀點（攻擊或防禦方法），因此，如認為行政法院有審判權，則行政法院就上開全部請求權均有權加以審理，原告自不得再就上開屬於私法性質之請求權，另行提起民事訴訟主張；反之，如認為民事法院有審判權者，亦同¹⁵⁸，亦即，基於一事不再理原則，最優申請人僅得選擇採取公法或者私法方式，不可二者兼採。

最後，主辦機關就損失補償或損害賠償應負責的範圍並不相同，有關損失補償之範圍，行政程序法第 126 條限於甄選決定作成後締約前最優申請人的信賴損失；締約過失損害賠償範圍部分，依法院實務見解，最優申請人除可請求信賴利益外，尚包含備標費用¹⁵⁹。因此，依行政程序法第 126 條規定請求主辦機關補償損失之要件雖不嚴苛，但補償範圍不若締約過失責任。就此，促參法修正草案第 45 條第 3 項明定「補償範圍得包括其準備申請及因信賴評定所生之合理費用」，修正理由說明「申請人所提申請文件包括投資計畫書，其為投資計畫完整規劃內容，實務上最優申請人須依議約結果或甄審委員建議修正投資計畫書，提出投資執行計畫書，經主辦機關核定後始納入投資契約附件，故主辦機關因故不予議約或簽約時，得將最優申請人於簽約前之準備申請階段所衍生之各項成本，納入協商補償範圍。」，「準備申請階段所衍生之各項成本」實為備標費用，而促參法修正草案將之納為補償範圍，顯然係參考民法第 245 條之 1 的損害賠償範圍。

承前，促參法修正草案雖將補償範圍擴大至備標費用，又臺灣高雄地方法院 95 年度重訴字第 261 號民事判決曾認為申請人支付顧問公司撰寫投資計畫書之金額屬於備標費用，得向主辦機關請求補償，縱法院對於備標範圍見解可採，但在實務上，最優申請人考量興建時程，通常會在簽約前即預先進行工程設計規劃及監造，並支付與之相關費用，而該等費用相較於備標費用往往更為龐大，故最優申請人會將「準備興建、營運所生之支出」納為請求補償（或賠償）標的。然而法院一貫見解為因甄審決定而應進行之程序僅限於「籌辦及議約」，需待簽約

¹⁵⁸ 賴恒盈，同註 147，頁 159-160。

¹⁵⁹ 可參本文第四章第三節第二項第二款「主辦機關於議約進行中因政策變更而不續辦促參案」內容。

後，始有後續興建、營運程序可言，從而最優申請人為興建、營運所準備而生之支出，無從請求主辦機關對之為補償或賠償。因此，本次促參法修正草案之補償範圍，恐怕仍不符合民間之期待。

申請人係依促參法規與其他申請人公平競爭，經評選成為最優申請人後，取得促參案的履約利益，最優申請人信賴該甄審決定之處分，且考量投資契約均有規定興建期限，為避免遲延履約，在取得最優申請人資格後簽約前，即會著手從事與興建、營運有關之預先準備，此為促參案實務之現況。主辦機關於簽約前不續辦促參案，在最優申請人無可歸責之情形下，倘因雙方尚未簽訂投資契約，最優申請人即不得請求預先支出屬於契約義務之費用，實對最優申請人相當不公平。本文認為促參案有其特殊性，可依其性質以立法方式設計補償（或賠償）範圍，尤其本次促參法修正草案已突破法院過往認為補償範圍不包含備標費用，實可再擴增至「為準備興建及營運所支出之必要費用」。

第四項 議約爭議以異議申訴處理

法院判決實務及學界多認為依據現行促參法第 47 條第 1 項、採購法第 74 條及第 83 條之立法規定，促參法係採雙階理論架構，區分成最優申請人資格甄審決定及投資契約簽訂二個法律性質各異之複數法律關係階段。又多數認為「雙方締結投資契約」是區分前後階段的時間點，故法院判決實務將締約前的議約程序所生之爭議，認為是公法爭議，而由行政法院受理。然而，現行促參法第 47 條第 1 項係規定「申請及審核程序中所為之行為或決定」適用異議、申訴救濟方式，議約是否為「申請及審核程序」實有疑義。再者，依學者見解，議約法律關係應與投資契約法律關係相同，且兩者間具有緊密因果關係¹⁶⁰，故如依促參法第 12 條第 1 項規定而認投資契約為私法契約，以及最高法院 104 年度台抗字第 624 號民事裁定、同院 105 年度台抗字第 2 號民事裁定將投資契約定調為私法契約，則議約應為私法行為，因此如高雄高等行政法院 104 年度訴字第 409 號裁定即認為

¹⁶⁰ 詹鎮榮，同註 42，頁 31。

議約之爭議應由普通法院受理。只是，若認為議約程序為私法行為，但該程序不排除仍有主辦機關公權力的介入，例如主辦機關因政策變更、公益考量不續辦促參案，進而廢止最優申請人甄審決定；又或因可歸責於最優申請人事由，致議約不成而取消最優申請人資格及沒收申請保證金。前述契約行為和行政處分的交錯，在具體爭訟事件恐怕有公、私法事件區分之困難，法院間判斷亦有不一或錯誤¹⁶¹之虞。上述問題實乃現行促參法第 47 條第 1 項文字不明確所致，雖現行爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款將「對甄審結果後，簽訂投資契約前」之相關決定納為異議標的，惟爭議處理規則並非法律位階，該規定恐有逾越促參法授權之範圍¹⁶²，故本文認為尚難以現行促參法第 47 條第 1 項處理議約程序所生之爭議，爰透過法理解釋，考量現行促參法採雙階理論架構及具有公私協力色彩，議約性質應與投資契約性質相同，從而因議約而生之爭議，應由普通法院審理。

本次促參法修正草案將第 47 條第 1 項修正為「參與公共建設之申請人，認為主辦機關於申請及審核程序中所為之行為或決定，違反本法及有關法令，致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向主辦機關提出異議：一、對公告徵求民間參與文件規定提出異議者，為自公告之次日起至申請截止日之三分之二日內，其尾數不足一日者，以一日計。但不得少於十日。二、對申請及甄審之過程、決定或結果提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日；其過程、決定或結果未經通知或公告者，為知悉或可得知悉之次日起三十日。三、對甄審結果後、簽訂投資契約前之相關決定提出異議者，為接獲主辦機關通知或公告之次日起三十日。」，修正理由指出「現行第一項有關促參異議及申訴係準用政府採購法相關規定，並於第二項授權訂定之規則中定有相關規範，為使規定明確，爰修正第一項，刪除準用政府採購法有關規定，並明定參與公共建設之申請人向主辦機關提出異議期限。」，故修正草案係將現行爭議處理規則第 2 條內容提升至法律位階，明定申請人對主辦機關於甄審結果後、簽訂投資契約前之相關

¹⁶¹ 許登科，同註 39，頁 28。

¹⁶² 可參本文第三章第一節第二項「議約程序的法律性質」內容。

決定不服時，可採取異議、申訴方式救濟，解決議約爭議是否適用現行促參法第 47 條第 1 項的困擾。再者，促參法修正草案既明定「對甄審結果後、簽訂投資契約前之相關決定」救濟方式為異議申訴，而非為契約爭議，顯然確立以「締約」區分促參案的前、後階段。

本次促參法修正草案對於議約爭議救濟方式與本文見解有別，惟大法官釋字第 466 號解釋闡釋「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」，亦即立法者基於專業及效率考量，且保障人民的訴訟救濟權利，透過立法方式將審判權歸屬特定法院，尚無不可。因此，本文雖認為依現行促參法之法理觀察，議約應為私法性質，但立法者將促參案議約爭議概以行政爭訟程序處理，未抵觸上揭大法官釋字意旨。至於以民事訴訟程序或行政訴訟程序解決議約爭議，何者較符合大法官釋字揭櫫之專業及效率判斷因素？本文以為，異議係主辦機關自我審查所為之規定或決定是否合於促參法及有關法令，申訴則由主管機關之高階人員及具有法律或促參相關專門知識之公正人士組成之申訴會受理，因此異議、申訴是由具促參案專業人員審查爭議，彼等所為之處理結果，通常較能符合促參案實務之期待。再者，依本文整理議約未果之原因通常係雙方對於契約條款未能達成意思表示合致（主要為主辦機關不同意最優申請人所提議約內容），以及主辦機關因政策變更或重大公益考量而不續辦促參案，若最優申請人不服而以民事訴訟程序救濟之，需為適當的聲明及陳述事實，並且應提出證據以供法院調查，主辦機關亦應答辯及提出反證。又，法院並無實際執行過促參案，難以期待其具有促參專業，故為查明事實真相，法院須耗時就雙方提出的資料，依據法律所定的程序，逐一詳加調查，才能作出正確的判斷，對於雙方時間、精神的花費，在所難免。而爭議處理規則第 5 條、第 27 條定有處理及審議期限，相較於訴訟程序的冗長，透過異議、申訴較能快速解決雙方爭議。此外，該等爭議通常是在爭執利益的分配、雙方權益的優劣，而非法律上孰是孰非的對錯，有

無必要逕由法院審理，亦值得思考。職是，依專業性及效率性而言，議約爭議先透過異議、申訴處理，相較於直接由普通法院審理，確實較為妥適，故本文肯認議約爭議得由異議、申訴方式處理，亦符合目前促參案實務之作法。

現行促參法準用政府採購法之下，促參案的申訴審議判斷如同訴願決定，申請人不服申訴審議判斷時，得再提起行政爭訟，然而本次修正將現行第 47 條第 1 項準用政府採購法文字刪除，改直接明定異議、申訴之受理條件及程序，卻未規定申訴審議判斷的效力，恐引起申請人得否再提起行政爭訟的疑慮。此一修法疏漏，宜於送立法院審查前補正。

第五項 草案第 45 條與第 47 條之適用疑義

主辦機關以政策變更為由廢止最優申請人甄選決定、不與最優申請人議約、簽約，針對此類爭議，最優申請人除會就廢止甄選的決定主張違法而提出異議、申訴與行政救濟外，通常也會併同提出損失補償或締約過失之損害賠償等。蓋廢止甄選決定的合法性、是否符合政策變更，損失補償的金額及有無構成締約過失，均為同一事件，此時不論是一般客觀訴之合併、選擇合併或預備合併之訴，由於事件同一，爭議事實與證據資料密切相關，宜在相同的救濟程序中統一處理，避免裁判矛盾和促進訴訟經濟。惟現行促參法規範不明確，倘最優申請人係主張民法第 245 條之 1 締約過失而循民事救濟，但針對廢止甄審決定合法與否，卻須以行政訴訟方式為之，導致管轄法院管不同，不利最優申請人在同一程序中合併請求與救濟，除有違訴訟經濟外，亦可能有裁判矛盾或歧異¹⁶³。

促參法修正草案第 45 條第 3 項、第 4 項及第 47 條第 1 項將議約階段爭議歸為公法爭議，其目的是為解決前述公、私法救濟途徑衝突，統一以行政爭訟方式為之。但促參法修正草案第 45 條第 4 項規定「前項補償金額協商不成時，得向行政法院提起給付訴訟」，修正理由說明「補償金額協商不成時，得逕向行政法院提起給付訴訟」，此規範結果，是否會造成主辦機關不議約、不締約時，最優

¹⁶³ 許登科，同註 62，頁 109。

申請人只能爭執補償金額的多寡，對於主辦機關所憑政策變更或公益考量之依據，以及主辦機關所為不議約、不締約決定，最優申請人則無法爭執？單以促參法修正草案第 45 條第 4 項條文無法得知。本文以為，促參法修正草案第 45 條第 4 項應無意排除最優申請人不得爭執主辦機關所為不議約、不締約的決定合法於否，而應是指最優申請人未不服不予議或簽約決定時，對於補償金額可直接提起給付訴訟，而無須先循修正草案第 47 條第 1 項異議、申訴方式。

承前，在實務操作上，最優申請人所在意者為續辦促參案可獲得之履行利益，是若雙方對補償金額無法達成協議時，依常理最優申請人必先主張主辦機關不議約或簽約之決定不合法，以期繼續辦理促參案；倘經認定主辦機關為合法不續辦促參案，最優申請人再爭執補償金額的多寡，故難以期待最優申請人僅不服主辦機關所提的補償金額。又，促參法修正草案第 45 條第 3 項所謂「不予議約或簽約」之性質為何？是行政處分或為觀念通知？其效果是否為廢止最優申請人之資格？有認為主辦機關不續辦締約，縱使非明白廢止最優申請人可享有之締約機會，然卻同時含有最優申請人無從締約效果，因而有默示廢止其締約資格效力，因此不予議約或簽約可謂廢止原對最優申請人所為之行政處分¹⁶⁴。本文以為，依促參法修正草案第 47 條第 1 項第 3 款規定觀之，第 45 條第 3 項的「不予議約或簽約」至少為主辦機關於「甄審結果後、簽訂投資契約前之相關決定」，縱非行政處分或無廢止最優申請人資格之效果，但最優申請人仍得依該條款規定提出異議、申訴。只是，若最優申請人一方面不服主辦機關不予議約或簽約，另一方面不服主辦機關提出的補償金額，依促參法修正草案第 45 條第 3 項及第 47 條第 1 項規定操作下，最優申請人是否需進行二種救濟程序？亦即以異議、申訴請求撤銷主辦機關所為不予議約或簽約決定，若遭駁回後，倘促參法修正草案嗣後規定申訴審議判斷視同訴願決定時，最優申請人則應提起撤銷訴訟；而就補償金額部分，最優申請人應先與主辦機關協商，協商不成再提起給付訴訟。以促參

¹⁶⁴ 陳佳宜，促參案之爭議類型與解決機制，財稅研究，第 47 卷第 3 期，頁 47，2018 年 5 月。

法修正草案的規定，同一事實下所發生的二種爭執，似讓最優申請人需透過二種程序救濟程序，顯然不符訴訟經濟，亦可能發生法院認定廢止處分不合法，但又判決主辦機關應補償最優申請人若干金額的矛盾現象。

最後，若認為最優申請人同時對不予議約或簽約決定及補償金額均不服時，救濟方式應採促參法修正草案第 47 條第 1 項，而非修正草案第 45 條第 4 項，但以目前修正草案規範內容是否可作如此解釋？此外，前已說明在實務上難以期待最優申請人僅爭執補償金額，故促參法修正草案有無必要增訂第 45 條第 4 項，恐怕需多加考量。

第三節 有關議約爭議處理之修法建議

第一項 增訂申請人對招商文件釋疑之規範

現行促參法未規範申請人得對招商文件內容提出釋疑，而是由主辦機關規定於申請須知內，但有些申請人顧慮在招商階段若提太多之釋疑，會影響甄審過程之印象分數，故暫不提出欲談判之事項¹⁶⁵，進而需討論如最優申請人未於招商公告期間內就投資契約草案內容請求釋疑，而是於議約階段才請求修正，則申請須知有無拘束最優申請人的效力，或者是否以誠信原則認為最優申請人除有議約原則的例外情形時，否則不得請求修正投資契約條款。本文認為，因促參案具有重大公共利益，興建和營運公共建設刻不容緩，故促參法施行細則第 58 條第 2 項定有議約及簽約的時間限制，不宜推遲。且投資契約之簽訂，應以維護公共利益及公平合理為原則，為維護各個申請人彼此間的公平競爭，亦不可讓最優申請人於議約階段將投資契約調整為符合自身利益的條款。又促參法施行細則第 55 條第 2 項規定，「主辦機關辦理前項公告，其自公告日至申請人遞送申請文件截止日之期間，應視公共建設之內容與性質及申請人準備申請文件所需時間，合理定之。」，故各申請人當有合理時間研析投資契約草案。再者，主辦機關原則會公告每位申請人所提出的釋疑及答復內容，難發生主辦機關偏袒特定廠商的疑慮，

¹⁶⁵ 李元德，同註 46，頁 95。

亦可避免於議約階段耗費時間爭執最優申請人所提議約內容是否符合議約原則。是以，為賦予申請人在招商公告階段如對投資契約草案有疑慮時，應於招商期間提出釋疑之義務，本文認為促參法應可參考政府採購法第 41 條規定，將申請人請求釋疑入法。此外，申請人如不認同主辦機關答復時，亦可參考政府採購法第 75 條第 1 項第 2 款規定，將主辦機關的釋疑答復作為申請人異議、申訴之標的。

綜上，本文建議可增訂促參法第 43 條之 1，規定「(第一項)申請人對招商文件內容有疑義者，應於招商文件規定之日期前，以書面向主辦機關請求釋疑。(第二項)主辦機關對前項疑義之處理結果，應於招商文件規定之日期前，以書面答復請求釋疑之申請人，必要時得公告之；其涉及變更或補充招商文件內容者，應另行公告，並視需要延長申請期間。主辦機關自行變更或補充招商文件內容者，亦同。」，另就促參法修正草案第 47 條第 1 項增訂第 2 款(原草案第 2 款、第 3 款則移列為第 3 款、第 4 款)「對招商文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議者，為接獲主辦機關通知或主辦機關公告之次日起十五日。」，使釋疑具有法律效力，促使申請人儘早對投資契約草案內容提出疑義，並且給予申請人對於主辦機關答復內容有明確的救濟法源。

第二項 議約原則的適度調整

促參案公益性大，在公益與私益的利益權衡下，以議約原則限縮最優申請人權利，自屬當然。但議約原則的「情事變更」、「公共利益」、「公平合理」涉及判斷，且是否該當取決於主辦機關的裁量，對於主辦機關之決定，最優申請人只有選擇同意或不予接受。但促參案往往長達數十年，投資契約應符合雙方當事人利益，較能順利執行，若投資契約確實有不利於最優申請人條款，可想見於履約過程中定有爭議產生。又，如最優申請人不接受主辦機關不同意義約內容的決定時，最優申請人需面臨申請保證金遭沒收，以及為投資公共建設而付出之事前成本付諸流水。確實，主辦機關除需為公共利益把關外，又需考量最優申請人之利

益，二者間之權衡實為難題。本文認為，促參案既為公私協力，公部門與私部門理應立於對等之夥伴及合作關係，共同致力於達成行政任務¹⁶⁶，若過度限縮最優申請人權利致無任何議約空間，即可能降低民間參與公共建設投資的意願。

如何維護與調和公共利益及保障最優申請人權益，有謂可將議約內容變更契約條款的部分，提請相關委員會做專業審查；或者，因甄審階段的甄審小組對於案件背景熟稔，故亦可納入甄審小組作為議約認定之審查單位，審查議約內容有無違反原公告及招商文件內容，或者有無違反公共利益及公平合理¹⁶⁷，抑或可於一定期間公開議約會議紀錄文件，使公眾得對議約內容提出質疑與討論¹⁶⁸。國外 The Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) 針對民間主動參與公共建設 (Unsolicited Proposals, USP¹⁶⁹) 有提出《Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects》研究報告，其中針對成功的直接協商程序 (Direct Negotiation) 部分，報告指出有 4 個關鍵因素¹⁷⁰，分別為(1)政府的談判能力 (Public negotiating capacities)，指與民間協商時，應由政府內部對於公共建設具有豐富談判經驗且獲得專業認可之人員參與，若政府內部無此人員，則應諮詢獨立第三方；(2)資訊平等 (Focus on information equality)，因 USP 類型中，民間對於參與公共建設提案掌有較優的資訊，政府為避免處於弱勢，應諮詢外部顧問並請其提供建議，以維護政府權益；(3)資訊透明 (High degree of transparency)，指政府應儘快公開公私協力合約大部分的內容，且在協商的早期及對於重要決策應讓有關部門、專家共同參與；(4)簽署直接協商協議 (Direct negotiation protocol)，指政府與民間在進行協商前，應簽署直接協商協議並受其

¹⁶⁶ 詹鎮榮，同註 42，頁 3

¹⁶⁷ 李宣堃，同註 43，頁 77。

¹⁶⁸ 李宣堃，同註 43，頁 78。

¹⁶⁹ 傳統上公共建設係是由政府規劃，再由民間參與開發；USP 則是由民間向政府提出開發公共建設或服務的提案，類似我國促參法第 46 條之民間自行規劃申請參與公共建設。可參 PPIAF(2018).Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects - Volume 1 from: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_Volume1_MainFindings_WEB%20%281%29.pdf, p.2 (Last visit 12 JUL 2022)

¹⁷⁰ The Word Bank (2022) Creating Competitive Tension from: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/creating-competitive-tension> (Last visit 12 JUL 2022)

拘束。協議內容應包含：①政府評估與核准公私協力契約條款的標準、②應完成協商時間與得延長協商之規定、③因政府的延誤或額外要求的補償計畫、④進行協商的方式、⑤雙方的權利義務、⑥協商的潛在結果、⑦利益衝突的處理、⑧如何擇定分包商、⑨與保密、智慧財產權、資訊公開有關之要求¹⁷¹。上開簽署協商協議內容部分，比較我國現行有關規定，可整理如表 2 所示。

表 2 我國促參法與 Direct negotiation protocol 比較

| 編號 | Direct negotiation protocol | 我國促參法及其子法規定 |
|----|-----------------------------|--|
| 1 | 政府評估與核准公私協力契約條款的標準 | 促參法施行細則第 29 條、第 57 條對於議約範圍有所限制，亦即主辦機關同意可變更契約條款之標準為(1)業經載明得經協商後變更、(2)發生情事變更、(3)契約條款不符公共利益或公平合理，若未符合上開要件，則不得違反公告內容、招商文件、投資計畫書、綜合評審結果及協商結果。 |
| 2 | 應完成協商時間與得延長協商之規定 | 促參法施行細則第 58 條第 2 項第 1 款明定議約期限為自評定最優申請人之日起至完成議約止之期間，不得超過等標期之二倍，且以六個月為限。 |
| 3 | 因政府的延誤或額外要求的補償計畫 | 無。 |
| 4 | 進行協商的方式 | 無。 |

¹⁷¹ PPIAF(2018).Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects - Volume 2 from: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_Volume2_Guidelines_WEB%20%281%29.pdf, p.62 (Last visit 12 JUL 2022)

| | | |
|---|----------------|---|
| 5 | 雙方的權利義務 | 促參法施行細則第 59 條第 2 項規定，最優申請人未依通知之期限辦理補正、完成議約程序時，應不予議約、簽約。 |
| 6 | 協商的潛在結果 | 無。 |
| 7 | 利益衝突的處理 | 依法院多數看法，如於議約發生爭議，依現行促參法第 47 條第 1 項及爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款規定，以異議、申訴、行政爭訟處理。 |
| 8 | 如何擇定分包商 | 無。 |
| 9 | 與保密、智慧財產權、資訊公開 | 無。 |

資料來源：本文自行整理

本文認為，因促參法施行細則第 58 條第 2 項明定議約期間最長為 6 個月，若議約內容需事前或事後經第三人審視，恐怕曠日廢時，易超過法定期限，故除非放寬議約期間，否則以現行制度，由第三人檢視議約內容應非適當之方式，惟可參考 PPIAF 建議，議約時由專業人員或外部專家顧問共同參與，協助確認最優申請人所提議約內容是否符合現行之議約原則。再者，因促參法施行細則第 57 條規定議約不得違反公告內容、招商文件及協商結果，故主辦機關不得於議約時要求最優申請人額外承諾，故 PPIAF 所提「政府額外要求的補償計畫」部分，在我國似無適用餘地。有關「進行協商的方式」，本文建議可規定最優申請人有具體敘明議約理由的義務，如未敘明理由，主辦機關應不同意修改投資契約條款。此外，主辦機關亦須說明同意或不同意最優申請人議約內容之理由，若予同意，應說明為何符合議約原則，或者基於如何的考量；若不予同意，不應只泛稱不符合議約原則，同樣應告知理由，減少最優申請人另尋異議、申訴救濟方式，延宕推展促參案的進行。至於「與保密、智慧財產權、資訊公開」部分，本文認

同為保護公眾知的權利以監督政府依法行政，除依法有不得公開之事由外（例如涉及最優申請人營業秘密，或者符合政府公開法第 18 條限制規定），主辦機關應將議約過程與結果透明化，以利外界檢視，亦可避免最優申請人恣意請求調整投資契約。

綜上，本文認為為提高民間參與公共建設之意願，現行議約原則應可適度放寬，賦予主辦機關有裁量權限，讓議約有彈性調整空間，爰本文建議促參法施行細則第 57 條或可修正為：「(第一項) 主辦機關應依下列原則，辦理議約：一、依據徵求民間參與公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果。二、議約內容除符合第二十九條第二款或第三款之情形，或經主辦機關認為適當者外，不得違反公告內容、招商文件及協商結果。(第二項) 最優申請人應於主辦機關指定之期限內，以書面提出議約內容及理由。最優申請人未具體說明理由時，主辦機關得不予同意。(第三項) 主辦機關就議約內容應以書面敘明同意或不同意之理由。(第四項) 議約結果，除依法不得公開外，應公開於主辦機關資訊網路。」。

第三項 限縮主辦機關不續辦促參案之裁量權限

促參法就促參案締約前程序之規範，除確保主辦機關正當合法地選出具有執行公共建設的專業、有持續執行公共建設能力之民間機構外，也須合法正當地保障參與促參案之申請人在該競爭程序中取得之地位，能依其基本權關連享有權利保障與應有救濟。此等權利保障與救濟，導源於申請人基於工作權所包含之營業自由，以及財產權、平等權等基本權，進而在程序上享有之正當程序參與外，也享有基本權防禦面向避免國家不當侵害¹⁷²。因此，在主辦機關作成最優申請人之甄選決定後，最優申請人法律上應有權利保護地位，基於法律保留原則，需有法律或授權命令之依據始可限制或剝奪最優申請人之權利¹⁷³。促參法修正草案第 45 條第 3 項規定，「主辦機關於簽約前，因政策變更或公益考量，不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人，並應與其協商補償金額，補償範圍得包括其準

¹⁷² 許登科，同註 62，頁 87。

¹⁷³ 許登科，同前註，頁 80。

備申請及因信賴評定所生之合理費用。」，讓主辦機關決定不續辦促參案時有法律依據，符合法律保留原則外，加以同條第4項規定，最優申請人對補償金額不服時可提起給付訴訟，另如對主辦機關不續辦促參案之決定不服，亦可依促參法修正草案第47條第1項第3款提起異議、申訴，就最優申請人排除侵害之第一次權利保護與填補損害之第二次權利保護，明文權利救濟機制，故此次修法值得肯定。

然而，依現行促參法施行細則第52條、第53條等規定，主辦機關在辦理公告徵求民間參與公共建設前，需先為可行性評估及先期規劃，並將先期計畫書公開於資訊網路，或是依據公共建設計畫性質，辦理說明會等，亦即主辦機關決定是否辦理促參案前，需耗時踐行密度複雜的計畫擬定。惟促參法修正草案規定，當主辦機關決定不續辦促參案，其理由只需是政策變更或公益考量，相較主辦機關決定辦理促參案所需踐行之程序，顯然有輕重失衡的問題。本文認為，主辦機關不續辦促參案係剝奪最優申請人享有締約並參與促參案之權利，屬於行政處分，因此，主辦機關應受一般法律原則拘束，但促參法修正草案第45條第3項賦予主辦機關裁量權限過廣，恐有濫用權利的疑慮，爰建議參考行政程序法第123條規定，將促參法修正草案第45條第3項再細分為二項：「(第三項)主辦機關應與最優申請人議約及簽約，但有下列情形之一者，得於簽約前不予議約或簽約：一、主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設所依據之法規或事實事後發生變更者。二、其他為防止或除去對公益之重大危害者。(第四項)主辦機關依前項不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人，並應與其協商補償金額，補償範圍得包括其準備申請及因信賴評定所生之合理費用。」。

綜上，本文認為促參案設計為階段性之程序，最優申請人之甄審決定拘束主辦機關，課予主辦機關在法定或約定期限內，應與最優申請人議約及締結投資契約之義務。惟現行促參法對主辦機關上開義務規範不明，爰建議得於促參法修正草案第45條第3項釐清之。此外，因政策變更或公益考量屬於不確定法律概念，易使主辦機關可依己意而有任意的選擇自由，因此應限縮主辦機關的裁量空間，

使主辦機關做出合乎事理的不續辦促參案決定，爰建議若事由為政策變更者，應為辦理原促參案所依據之政策發生變更；若事由為公益考量，應為續辦促參案對公益會有重大危害，使主辦機關受法規範目的及比例原則的拘束，避免其任意為之。

第四項 不續辦促參案之補償

如前說明，本文認為最優申請人如不同意主辦機關的補償金額時，應難以期待最優申請人僅會爭執金額，勢必併同爭執主辦機關不續辦促參案的合法性。而此時，最優申請人究應分別依促參法修正草案第 47 條第 1 項第 3 款及第 45 條第 4 項規定，提起異議、申訴及給付訴訟，抑或均依促參法修正草案第 47 條第 1 項規定提起異議、申訴處理？若認為促參法修正草案第 45 條第 4 項只適用在最優申請人未不服不續辦促參案，僅爭執補償金額，事實上與現實不符；若認為最優申請人得自由選擇主張的法條依據，則最優申請人同時依促參法修正草案第 45 條第 4 項不服賠償金額，以及依第 47 條第 1 項不服不續辦促參案之合法性，除不符合訴訟經濟外，亦可能發生裁判矛盾；若限制僅能依促參法修正草案第 47 條第 1 項第 3 款提起異議、申訴，則促參法修正草案第 45 條第 4 項似無適用的時機。

準此，本文認為促參法修正草案第 45 條實無增訂第 4 項「前項補償金額協商不成時，得向行政法院提起給付訴訟。」的必要，促參法修正草案第 45 條第 3 項既已對不續辦促參案以「補償」方式定性為公法事件，以及擴張補償範圍包含最優申請人備標的費用，解決目前實務發生的爭議，則毋庸再規定最優申請人不服補償金額得逕行提起給付訴訟。蓋主辦機關所提補償金額亦為「對甄審結果後、簽訂投資契約前之相關決定」，最優申請人自得依促參法修正草案第 47 條第 1 項第 3 款主張不服。縱使最優申請人僅爭執補償金額，卻要先為異議、申訴的先行程序，雖會有訴訟不經濟疑慮，但依現行有關損失補償的法制，權利人不服行政機關提出的補償金額時，於提起行政爭訟前，多有規定先行程序，例如土地

徵收條例第 22 條第 2 項、第 3 項規定，「(第二項) 權利關係人對於徵收補償金額有異議者，得於公告期間屆滿之次日起三十日內以書面向該管直轄市或縣(市)主管機關提出異議，該管直轄市或縣(市)主管機關於接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知權利關係人。(第三項) 權利關係人對於前項查處不服者，該管直轄市或縣(市)主管機關得提請地價評議委員會復議，權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。」，又或者行政執行法第 41 條第 3 項規定，「對於執行機關所為損失補償之決定不服者，得依法提起訴願及行政訴訟。」，是以促參法規定最優申請人不服補償金額時，於提起行政訴訟前，應先進行異議、申訴，未悖於我國行政法制程序，且可避免最優申請人選擇救濟途徑的困擾。爰本文建議應刪除促參法修正草案第 45 條第 4 項的規定。



第六章 結論

促參法之制定背景係政府為促進經濟發展、厚植產業基礎，並提升國民生活品質，爰以充實基礎建設、推動重大公共建設為施政重點。但因財政收支逆轉、土地取得困難等，導致公共工程投資多有未能如期推展的情形。隨著公私協力概念的興起，藉由民間投資興建公共建設，引進企業經營理念，以改善公共服務品質，已成為國際趨勢，故政府乃推動促參法的立法，透過放寬土地、籌資等法令限制，並提供融資優惠、租稅減免獎勵等誘因，吸引民間企業投資，由民間擔負起原本應由政府負責之興建、擴建、整建或營運等工作。民間參與公共建設為公私協力的類型之一，將部分行政任務委由民間執行，原則上固然以政府與民間之法律關係規範彼此的權利義務，然而政府基於擔保責任，負有使行政任務遂行之義務，任務交由民間執行，是借助民間財力、經驗與專業人才，在從事行政任務上，政府可以減輕財政上之負擔，並透過民間靈活的經驗及效率，提升行政任務的品質，非謂政府不是行政任務的執行者時，即可置身事外，無須對任務的執行成果負起責任。因此，政府從可行性評估及先期規劃、公告徵求民間參與，乃至對於申請人之申請進行審核程序至選定最優申請人並簽約、事後履約管理等階段，均應確保公共建設之品質及持續運作之公共利益的實現。準此，無論促參案進行至何階段，政府均應以促進與實現公共利益為考量。

承前，為確認民間投資公共建設的可行性，主辦機關應事前考量民間參與的效益、市場條件、各別公共建設專業技術、法律、財務、環境影響、土地取得、營運管理等因素，且個案之規劃與計畫性均有其複雜性，自應妥善安排政府與民間的風險分配、責任承擔、配置等。惟投資契約為主辦機關單方預先擬定，且主辦機關有公益考量，難以期待投資契約屬於對等契約。但促參案生命週期往往長達數十年，若契約條款偏向主辦機關之利益，恐造成民間履約困難，亦不利推動公共建設及服務，因此促參案有議約制度，藉由雙方再為檢視契約內容，確認彼此的權利與義務，力求契約貼近真實，避免發生不確定之事由導致契約執行期間

引起損失，亦可增加促參案成功的機會。

主辦機關與最優申請人於議約程序，應相互秉持誠信、專業、互信，對於投資契約內容為有效溝通，若能順利完成議約程序，自能有效開展公共建設的興建與營運。對主辦機關而言，磋商投資契約條款時，應確保其在履約期間有高度參與及監督，有關特許權授予、費率及權利金收取，亦需兼顧政府及公眾利益；再者，基於政府的行政任務之執行責任，主辦機關於簽約前，需確認續辦促參案確實能達成提升公共服務水準，加速社會經濟發展之目的，若有政策變更或續辦促參案將發生重大危害公益情事時，應使主辦機關有中途退場的權利。而對民間機構而言，因促參案履約期間甚長，故其於議約時，多會請求主辦機關減少契約內與管制有關的條款，賦予民間機構有高度自主性，或者請求降低最低投資額、調整權利金收取比例等。因雙方立場不同，在促參案實務上愈來愈多爭議發生在議約至締約前，然而現行促參法對於如何處理議約爭議尚無明確規範，在審判權歸屬中曾發生同類型之爭議分由普通法院及行政法院審理之矛盾現象。本文爰就促參法之立法背景與架構，探討發生議約爭議應如何處理，此外，亦針對 111 年之促參法修正草案與議約有關之條文，提出本文的看法與建議。

一、議約為私法行為

現行促參法具有公私協力色彩，以特許權將行政任務交給民間執行，雙方透過議約程序，就投資契約中的責任風險及分擔妥為協議。因議約係對投資契約進行討論，雙方完成議約後，應在期限內簽訂契約，故議約與投資契約具有緊密關聯性，從而議約性質應與投資契約相同。而學界及多數行政法院認為投資契約條款為授予特許權、興建營運範圍的指定、權利金徵收、土地徵收等，均涉及公法上之權利義務，主辦機關於民間有重大違失時，依促參法有介入管制之權限，因此投資契約應為行政契約；最高法院則基於促參法第 12 條文義、立法理由以及投資契約已約定性質為私法契約及管轄法院，故認定投資契約為民事契約。本文雖認同投資契約之標的為公共建設，具有強烈公益色彩，且契約內容多為公法關係，故應認投資契約屬於行政契約，然立法者基於專業及效率考量，既將投資契

約認定為民事契約，且契約雙方合意管轄法院為普通法院，基於尊重契約當事人的訴訟程序選擇權，在現行促參法體制下，應認投資契約私法契約，只是投資契約仍應受促參法及有關行政法規的拘束，普通法院不能因為契約自由原則，而忽略適用行政法法理。

既將投資契約定性為私法契約，則議約自為私法行為，議約所生之爭議應由普通法院審理為是。然目前促參案實務及多數行政法院認為議約階段中，如主辦機關不予議約、廢止最優申請人甄審決定、沒收申請保證金等爭議，屬「對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定」，依促參法第 47 條第 1 項及爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款規定，最優申請人如有不服，應以異議、申訴及行政爭訟救濟，從而議約屬於公法行為。惟本文以為，現行促參法第 47 條第 1 項係規定主辦機關於「申請及審核程序」之爭議由異議、申訴處理，「申請」為申請人依據招商文件規範內容提出申請，「審核」為主辦機關依招商文件內容審查申請人資格及評選出最優申請人，而議約階段是在甄選出最優申請人後對於投資契約進行討論，非屬申請及審核程序，故本文認為現行爭議處理規則第 2 條第 1 項第 3 款恐有逾越促參法第 47 條第 1 項授權範圍。是以，本文不認為議約爭議可逕以促參法第 47 條第 1 項處理，仍應回歸投資契約之性質，以決定爭議解決方式。

二、主辦機關與最優申請人於議約程序之權利與義務

因實務上常有議約未果而宣告破局，或者主辦機關未開啟議約程序、於議約期間決定不續辦促參案等爭議，而現行促參法對於該等爭議之可歸責性及處理方式尚無規範，爰本文分別從最優申請人與主辦機關的角度，探討各自於議約階段中應有的權利義務及爭議處理方式。

(一) 最優申請人之權利與義務

依促參法施行細則第 59 條第 2 項第 3 款規定，最優申請人應於期限內完成議約，故最優申請人有議約的義務。然促參案為「最優申請人評定→議約→簽約」之階段性程序，蘊含一方得向他方請求開啟或配合參與後階段程序之請求權，故應認最優申請人同時有請求議約的權利，始可請求啟動後續與主辦機關締約及履

約之階段。此外，促參法兼有保護申請人之權益，故最優申請人得主張「無瑕疵裁量請求權」，請求主辦機關應依法律規定始得不續辦促參案。

(二) 主辦機關之權利與義務

本文認為主辦機關基於行政任務之執行責任，需擔保促參案全生命週期均符合公共利益，故得因政策變更或重大公益考量，有權於締約前（包含議約階段）不續辦促參案。此外，最優申請人之甄審決定為授益行政處分，基於行政處分之實質存續力，因主辦機關係作成最優申請人甄審決定之處分機關，自應受該處分拘束，而應在法定或約定期限內，與最優申請人議約或締結投資契約，故主辦機關有與最優申請人締約之義務。又，最優申請人甄審決定創設最優申請人得與主辦機關進行議約之權利，也課予主辦機關與最優申請人議約之行政法上義務，且因促參案件為階段性程序，從程序推展而言，既然主辦機關有締約的義務，從而應肯認主辦機關亦有議約的義務。

三、 議約爭議處理

本文認為，雙方未能完成議約，其事由可能為最優申請人所提議約內容未被主辦機關接受，雙方對於投資契約內容未能達成意思表示一致；也可能係主辦機關因政策變更或重大公益考量，而於議約前或議約進行中決定不續辦促參案。未於議約期限內完成議約時，不得僅以一方不同意他方所提議約內容，或他方所提議約內容與議約原則不符，或主辦機關不續辦促參案，即可評斷有可歸責性，而應視雙方是否有違反議約義務、誠信原則，或其他法律規定。準此，主辦機關與最優申請人均應合於誠實信用磋商投資契約條款。

(一) 議約未果出自於最優申請人之事由

1、 最優申請人是否可歸責之判斷

主辦機關不同意最優申請人所提議約內容時，應視該內容是否屬於招商公告期間即可依釋疑程序提出，蓋本文認為招商文件屬於要約引誘，最優申請人同意遵守招商文件所規範的內容並以之提出申請，屬於要約，依民法第 154 條第 1 項規定，應受其要約之拘束，若最優申請人未經釋疑，除非其所提出之議約內容符

合議約原則所定例外情形(即投資契約條款不符合公共利益及公平合理),否則倘最優申請人大幅修改投資契約草案內容,與公告招商期間各申請人間競爭基礎已有不同,有違維護申請人之間之競爭性,不符合公平合理原則,最優申請人悖於禁反言及誠實信用原則,自可認為具有可歸責性。

2、最優申請人的救濟方式

若主辦機關不予同意最優申請人所提議約內容,或者主辦機關認為可歸責最優申請人而將其申請保證金沒收,暫不論最優申請人有無可歸責性,若最優申請人不服而欲提起救濟,此時應視議約之性質以決定最優申請人之救濟方式。因目前促參法對於議約程序規範不足,曾發生相同類型之議約爭議,審判權分屬普通法院及行政法院受理之矛盾情形,本文認為在現行促參法的架構下,因議約為私法行為,故其爭議應由普通法院審理,然目前法院判決實務多數見解係認應依促參法第 47 條第 1 項及爭議處理規則規定,以異議、申訴及行政爭訟方式為之。

(二) 議約未果出自於主辦機關之事由

1、主辦機關是否可歸責之判斷

現行促參法雖無明文主辦機關得不續辦促參案,但因主辦機關負有執行任務之執行責任,需擔保促參案全生命週期符合公共利益,故應肯認主辦機關得以政策變更或重大利益考量為由,有權得於締約前不續辦促參案。惟考量最優申請人有「無瑕疵裁量請求權」,且應保障最優申請人依促參法公平競爭而取得締約之優先資格,是以主辦機關須合於行政程序法第 123 條各款情形及一般法律原則規定,始得不續辦促參案。此外,本文認為政策變更應細分為「原促參案之政策評估基礎事後變更」及「原促參案之政策評估基礎以外事項事後變更」,若為前者,原則符合行政程序法第 123 條第 4 款,故主辦機關應無可歸責;若為後者,即非行政程序法第 123 條第 4 款,除有符合該條其他各款規定,否則主辦機關不續辦促參案難謂無可歸責。

2、最優申請人的救濟方式

促參法就締約前程序之規範,旨在確保主辦機關選出具有執行公共建設的專

業、有持續執行公共建設能力之民間機構外，亦須保障參與促參案之申請人，在競爭程序中取得之地位，能依其基本權關連享有權利保障與應有救濟。本文認為，因議約為區分促參案前、後階段之時點，最優申請人就主辦機關不續辦促參案之決定如認有侵害其權利而欲提起救濟時，應視該決定為議約前或議約進行中。析言之，若在議約前，因雙方仍為公法關係，故最優申請人應依行政程序法第 126 條第 1 項請求損失補償；若在議約進行中，雙方之關係則需視投資契約性質，因本文認為投資契約為私法契約，故議約為私法關係，則此時最優申請人係依民法第 245 條之 1 第 1 項請求締約過失之損害賠償（若認為投資契約為行政契約，則依行政程序法第 149 條準用民法規定）。

四、111 年促參法修正草案評析與建議

（一）修正草案評析

行政院會於 111 年 2 月 17 日通過財政部擬具的促參法部分條文修正草案，此次促參法修正草案可解決如何處理議階段所生之爭議，諸如促參法修正草案第 47 條第 1 項將現行議約爭議規則第 2 條內容納入，亦即最優申請人不服主辦機關「對甄審結果後，簽訂投資契約前之相關決定」，依促參法修正草案規定即係以異議、申訴處理之。此修法有二個層面影響，其一為確認「以締約與否」區分促參案的前、後階段，其二為明定議約為公法行為。促參法修正草案雖為明確規範，而不再以準用政府採購法的立法方式，但漏未規定申訴審議判斷應視同訴願決定，此為美中不足之處，若未於草案修正通過前補正，恐引起締約前之爭議得否提起行政爭訟的疑慮。

再者，本文認為主辦機關有與最優申請人議約及締結投資契約之義務，惟現行促參法對主辦機關上開義務規範不明，爰建議應於促參法修正草案釐清。又，促參法修正草案第 45 條第 3 項賦予主辦機關得因政策變更或公益考量，而不予議約、簽約之法律依據，然本文認為促參法修正草案所謂「政策變更或公益考量」規範密度過鬆，恐致主辦機關得以主觀因素不續辦促參案，亦可能影響申請人的投資意願，故應參考行政程序法第 123 條第 4 款及第 5 款規定作為判斷標準。是

以，本文建議促參法修正草案第 45 條第 3 項可調整為「(第三項)主辦機關應與最優申請人議約及簽約，但有下列情形之一者，得於簽約前不予議約或簽約：一、主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設所依據之法規或事實事後發生變更者。二、其他為防止或除去對公益之重大危害者。(第四項)主辦機關依前項不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人，並應與其協商補償金額，補償範圍得包括其準備申請及因信賴評定所生之合理費用。」，除明定主辦機關之議約及簽約義務外，亦限縮主辦機關不續辦促參案的裁量空間。

此外，促參法修正草案第 45 條第 3 項不區分主辦機關不續辦促參案為議約前或議約中，均以補償方式填補最優申請人的損失，解決最優申請人的請求權依據及管轄法院的爭議，且明文損失補償範圍包含最優申請人「準備申請及因信賴評定所生之合理費用」，故備標費用亦得請求。只是本次修正仍不包含最優申請人「為準備興建及營運所支出之必要費用」，恐怕不符合民間之期待，本文認為既然促參法修正草案已突破法院對於補償範圍之框架，實可考量促參案之特殊性，將補償範圍再擴張至「為準備興建及營運所支出之必要費用」。再者，倘雙方對於補償金額未能達成共識時，依常理，最優申請人應會針對主辦機關不續辦促參案之決定合法與否及補償金額併同爭執，難以期待最優申請人只針對金額提起訴訟，故促參法修正草案第 45 條第 4 項所定「前項補償金額協商不成時，得向行政法院提起給付訴訟」似無必要，而應回歸促參法修正草案第 47 條第 1 項第 3 規定，均先以異議、申訴方式解決之。

(二) 議約制度修正建議

本文建議得參考政府採購法規定，將申請人對招商文件的請求釋疑，以及如不服主辦機關對釋疑的答復救濟方式，均明定於促參法內，使釋疑具有法律效力，促使申請人儘早對投資契約草案內容提出疑義，並且給予申請人對於主辦機關答復內容有確切的救濟法源。

為兼顧公益及最優申請人利益，本文認為現行議約原則可再有彈性調整空間，故建議可修正促參法施行細則第 57 條為：「(第一項)主辦機關應依下列原

則，辦理議約：一、依據徵求民間參與公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果。二、議約內容除符合第二十九條第二款或第三款之情形，或經主辦機關認為適當者外，不得違反公告內容、招商文件及協商結果。(第二項)最優申請人應於主辦機關指定之期限內，以書面提出議約內容及理由。最優申請人未具體說明理由時，主辦機關得不予同意。(第三項)主辦機關就議約內容應以書面敘明同意或不同意之理由。(第四項)議約結果，除依法不得公開外，應公開於主辦機關資訊網路。」，此建議雖使主辦機關有裁量權限，但為避免有圖利最優申請人之虞，最優申請人有具體敘明議約理由的義務，如未敘明理由，主辦機關應不同意修改投資契約條款；主辦機關亦應公告議約過程與結果，使其透明化，俾利外界檢視，避免最優申請人恣意請求調整投資契約。此外，主辦機關需說明不同意最優申請人議約內容之理由，不應只泛稱不符議約原則，減少最優申請人另尋異議、申訴救濟方式，延宕促參案的進行。

最優申請人甄審決定的效力存續範圍、議約程序制度、最優申請人甄審決定與議約及簽約之相互關係、議約階段之爭議處理、主辦機關於締約前不續辦促參案之法源依據及爭議審判權歸屬，為目前促參案實務屢見不鮮的問題，故本文依目前促參法體制下，嘗試整理解決爭議的方式，並針對 111 年 2 月促參法修正草案提出調整建議，以期完備促參法，達成「提升公共服務水準，加速社會經濟發展」之立法目的。

參考文獻

壹、中文文獻

一、書籍

- 1、吳志光，行政法，10版，新學林，2020年9月。
- 2、吳庚，行政法之理論與實用，增訂9版，三民，2006年8月。
- 3、吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂16版，三民，2020年10月。
- 4、林明鏘，行政法講義，6版，新學林，2021年2月。
- 5、洪國欽，促進民間參與公共建設法逐條釋義，2版，元照，2021年1月。
- 6、陳敏，行政法總論，10版，新學林，2019年11月。
- 7、陳新民，行政法學總論，10版，註者自版，2020年7月。
- 8、陳聰富，民法總則，2版第4刷，元照，2018年8月。
- 9、程明修，行政法之行為與法律關係理論，初版，神州圖書，2005年2月。
- 10、楊芳賢，民法債編總論（上），修訂2版，三民，2020年9月。
- 11、詹鎮榮，民營化法與管制革新，2版，元照，2011年10月。
- 12、蕭文生，行政法-基礎理論與實務，增訂3版，五南，2020年8月。

二、專書論文

- 1、李元德，主辦機關與最優申請人議約之議約原則為何，載：促參法 Q&A：100個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，1版，元照，頁 95-97，2009年7月。
- 2、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責任，載：政治思潮與國家法學-吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，初版，元照，頁 579，2010年1月。
- 3、林明鏘，ETC 判決與公益原則-評台北高等行政法院九十四年訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，載：民營化與制度實踐，1版，新學林，頁 203-206，2021年4月。
- 4、林明鏘，臺灣 BOT 的制度缺陷與修法建議，載：民營化與制度實踐，1版，

新學林，頁 332-335，2021 年 4 月。

- 5、林明鏘，促進民間參與公共建設法制與檢討-從地方自治團體有效管制觀點出發，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 303，2021 年 4 月。
- 6、林明鏘，政策中止促參程序之法律爭議-評台北高行 95 年訴字第 2710 號判決及最高行 98 年判字第 635 號判決，載：民營化與制度實踐，1 版，新學林，頁 174-183，2021 年 4 月。
- 7、詹鎮榮，行政合作法之建制與開展-以民間參與公共建設為中心，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 8-49，2016 年 12 月。
- 8、詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之實現與理論-評台北高等行政法院 ETC 相關裁判，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 112-117，2016 年 12 月。
- 9、詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障-評最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 249，2016 年 12 月。
- 10、詹鎮榮，論公私協力法制上之「遞補簽約機制」，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 423-427，2016 年 12 月。
- 11、詹鎮榮，行政合作契約瑕疵效果之檢討與續造，載：公私協力與合作法，2 版，新學林，頁 380，2016 年 12 月。

三、期刊

- 1、王文字，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，第 34 期，頁 35，1998 年 3 月。
- 2、江嘉琪，ETC 契約之公、私法性質爭議-以台北高等行政法院九四年停字第一二二號裁定與九四年訴字第七五二號判決為中心，台灣本土法學雜誌，第 81 期，頁 112-114，2006 年 4 月。
- 3、吳光平，締約上過失之類型及民法第二四五條之一之功能與適用範圍，南臺財經法學，第 3 期，頁 123，2017 年 6 月。

- 4、李惠宗，行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查-兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號（ETC）判決，台灣本土法學雜誌，第 82 期，頁 181-183，2006 年 5 月。
- 5、李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學雜誌，第 24 期，頁 54，2001 年 7 月。
- 6、林明鏘，行政私法與雙階理論之探討-從最高行政法院 102 年 10 月份第 2 次庭長法官決議談起，臺北大學法學論叢，第 112 期，頁 100-102，2019 年 12 月。
- 7、許耿銘，協力理論在跨界人力資源管理的應用：以「政府機關與績優民間機構人才交流實施辦法草案」為例，文官制度季刊，第 1 卷第 3 期，頁 58，2009 年 7 月。
- 8、許登科，促參契約之爭議合意由普通法院審判與審理-最高法院 105 年度台抗字第 2 號民事裁定之評析與省思，裁判時報，第 58 期，頁 28-41，2017 年 4 月。
- 9、許登科，促參案締約前政策變更之補償與賠償-以三則最高行政法院相關判決為中心，成大法學，第 41 期，頁 80-110，2021 年 6 月。
- 10、許登科、許照生，促參法之締約程序法律關係中申請人的地位與權利保障，東吳法律學報，第 27 卷第 1 期，頁 52，2015 年 7 月。
- 11、陳佳宜，促參案之爭議類型與解決機制，財稅研究，第 47 卷第 3 期，頁 47，2018 年 5 月。
- 12、陳清秀，捷運土地開發之甄選及投資契約法律關係之探討（上），月旦法學雜誌，第 222 期，頁 78，2013 年 10 月。
- 13、陳清秀，捷運土地開發之甄選及投資契約法律關係之探討（下），月旦法學雜誌，第 223 期，頁 141-144，2013 年 11 月。
- 14、程明修，行政訴訟類型之適用-有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議，台灣法學雜誌，第 81 期，頁 121，2006 年 4 月。

- 15、詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，月旦法學雜誌，第 102 期，頁 8-25，2003 年 10 月。
- 16、詹鎮榮，論促參案件之退場機制-以主辦機關因政策變更不簽約為中心，財稅研究，第 47 卷 3 期，頁 3-32，2018 年 5 月。
- 17、賴恒盈，促參案締約前政策變更之補償與賠償-以最高行政法院相關判決為中心與談，台灣法學雜誌，399 期，頁 15-160，2020 年 9 月。

四、學位論文

- 1、李宣堃，《台灣 BOT 開發議約合宜性問題之研究-以遠雄大巨蛋案為例》，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，2016 年 6 月。
- 2、孫秀蕊，《從公私協力觀點探討我國民間參與公共建設特許營運期間之國家賠償責任》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2015 年 1 月。
- 3、許照生，《促參法徵求民間參與階段之程序保障-以案件申請人之法律地位為中心》，國立成功大學法律學系碩士論文，2015 年 6 月。
- 4、陳怡君，《促進民間參與公共建設規範之研究》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2010 年 1 月。
- 5、陳鈺純，《主辦機關因政策變更中止促參程序之法律問題-以議約完成尚未締約為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2018 年 8 月。
- 6、韓子翔，《論行政法上押標金與保證金之法律關係-以採購法及促參法為中心之分析》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2019 年 6 月。

五、網頁資料

- 1、中華民國財政部，《財政部促進民間參與公共建設申訴審議判斷書促 108000 1 號》，<https://www.mof.gov.tw/singlehtml/81?cntId=72913>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。
- 2、民間參與公共建設資訊，《臺北市信義運動中心暨永春活力館營運移轉案招商文件》，https://ppp.mof.gov.tw/WWW/inv_ann.aspx?oid=315997BCE2242FA59556F338459558A7CACCA4630B88851CC10E9A5DF82A7E40（最後瀏覽

日：2022 年 4 月 8 日)。

- 3、民間參與公共建設資訊，《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=216D1B8A6E1B9E54>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。
- 4、交通部鐵道局，《高速鐵路新竹車站特定區事業發展用地開發經營案》，<https://www.rb.gov.tw/news.php?lmenuid=11&smenuid=0&tmenuid=0&infoid=3192>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。
- 5、桃園市政府捷運工程局，《桃園市大眾捷運系統土地開發甄選文件範本（109.5.15 公告）》，<https://dorts.tycg.gov.tw/business/case-2-3>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。
- 6、新北市政府捷運工程局，《新北市大眾捷運系統○線○站土地開發案投資人須知範本》，<https://www.dorts.ntpc.gov.tw/home.jsp?id=ced5adf7a08c81fd>（最後瀏覽日：2022 年 4 月 8 日）。

貳、英文文獻

- 1、PPIAF(2018).Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects - Volume 1 from: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_Volume1_MainFindings_WEB%20%281%29.pdf, (Last visit 12 JUL 2022)
- 2、PPIAF(2018).Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects - Volume 2 from: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_Volume2_Guidelines_WEB%20%281%29.pdf, (Last visit 12 JUL 2022)
- 3、The World Bank (2022) Creating Competitive Tension from: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/creating-competitive-tension> (Last visit 12 JUL 2022)