中國行政評論　第 25 卷第 3 期
The Chinese Public Administration Review
Vol.25 No.3 September 2019, pp. 24-51
DOI: 10.6635/cpar.201909_25(3).0002

# 公私合夥的衝突與管理－促參法制度性爭議案例解析

詹立煒*

## 摘　要

公私協力夥伴已成為諸多國家推動經濟發展的重要政策工具。本文旨在探討我國促參法施行以來，對於政府機關與民間機構建立公私協力夥伴關係卻為何衍生出爭議問題。對此，本文從治理與法律對於公私協力夥伴的認知和見解切入並比較，檢視促參法及其合約的制度屬性，以及治理機制等三部分檢視相關文獻。研究方法以因果程序追蹤的個案研究，彙整 ETC、大巨蛋、阿里山森鐵與大鵬灣等爭議事項，分析其問題癥結與爭議類型。研究發現促參法制度性爭議案例類型可歸納為投標審議階段落選的競爭者提出訴訟、行政機關單方面介入干預、簽約兩造面臨不可抗力之情事、以及廠商提前終止契約等情況。而之所以造成上述爭議在於理論與實務對於協力夥伴認知不一，司法機關對促參法契約性質有私法、公法與雙階性等三種見解，進而增加公私協力夥伴發生衝突的可能性與管理的不確定性。

**關鍵詞**：促進民間參與公共建設法、公私協力夥伴、法律的經濟分析、因果程序追蹤、個案研究

---

* 淡江大學公共行政學系約聘專任助理教授
感謝兩位匿名審查委員的細心斧正與寶貴意見，惟文責仍由作者自負。
收稿日期: 2019 年 10 月 10 日。　同意刊登日期: 2019 年 11 月 03 日

airiti

## 壹、前言

本文旨在探討《促進民間參與公共建設法》（以下簡稱「促參法」）施行以來，當政府機關與民間機構的私部門或第三部門建立公私協力夥伴關係（public-private partnerships, PPP or P3s），公、私兩造會受到那些因素影響而發生管理問題。由此論之，公部門通過促參措施鼓勵民間企業參與投資興建公共建設，藉以引進企業經營的理念，改善並提升公共服務的品質，同時又能減輕政府財政負擔，且希冀擴大公共建設投資而得以提升經濟景氣。[1]對私部門而言，將其人力及資金等資源投入某項計畫，基本的考量判準為估算成本效益後獲利的高低，並將履約之後的時程、可行性以及潛在的政治、經濟及社會等風險因素納入考量（Yescombe, 2007）。從本質上來論，公部門與私部門兩者考量的相異之處是：公部門著重於公共服務有效供給、私部門關切獲利的高低；反之，兩者顧慮的相同之處為：降低促參投資專案的交易成本、風險和不確定性。然而，能否讓公私部門兩造兼顧異同之處，關鍵在於公私協力夥伴關係的制度設計，可否同時兼顧公共治理對於夥伴關係的界定，以及法律實務上當面對公、私兩造在事前競標評比與議價締約、事中的專案管理、事後的結案移轉等階段爭議性問題的實際處理經驗。

申言之，當促參案件發生爭議時，促參法的契約性質在制度設計上究竟歸屬為公法、私法抑或兩者兼具，在實務上並非締約兩造所能決定，司法機關的認定與裁決反而成為重要的第三人，從而影響後續解決措施與途徑，亦埋下公私協力夥伴其衝突與管理的問題。而促參法的法律制度設計與司法機關對於促參案件的審理，均涉及到法律的經濟分析（economic analysis of law），其連結性在於探討法律對市場經濟的管制和對資源配置的影響（蔣兆康譯、Posner 著，2009），並與公共治理觀點引進私部門的經驗與資源，其背後的基本邏輯源自對於公共財供給的公共經濟學理論基礎不謀而合（Savas, 2000; Bertelli, 2012; 詹中原，1993）。因此檢視公共治理對夥伴關係的認知與法律對公私協力關係的見解，然後對比兩者的異同之處，對於解析促參法制度性爭議問題的角度而言有其必要性。準此，本文的研究問題是我國促參案件為何會發生爭議？現行運作制度的問題有那些？以及如何改進？本文分從治理與法律對於公私協力夥伴的認知和見解切入並比較，檢

[1] 財政部推動促參司，網址 http://ppp.mof.gov.tw/PPP.Website/AboutMe/Info1.aspx

airiti

視促參法的制度屬性，探討締約兩造發生爭議的處理策略，再依據相關案例分析歸納出爭議的類型與問題，並探討可以因應的策略作為。

## 貳、文獻回顧

文獻回顧分從公私協力夥伴關係的界定、促參法制度屬性的辯證與公私協力夥伴治理機制的解析等三部分予以探討。

### 一、兩造關係的界定

#### （一）公共治理的認知

公共治理對於夥伴關係的認知，是以共識為導向（consensus-driven）的對話，奠定協力關係的驅動基礎。為了使政策的執行更加順利，其結果能夠愈佳良善，在面對多元化的團體、各自不同的利益，如何使參與者相互對話以尋求共識就顯得相當重要。而協力關係的參與體系是以夥伴為前提，對等的方式了解彼此的情況以利後續的對話與合作（Thomson and Perry, 2006; 李宗勳，2007）。換言之，公共治理途徑的夥伴關係，彼此是對等關係，基於協力（collaboration）、合作（cooperation）與協調（coordination）而建立（陳敦源、張世杰，2010；林淑馨，2016），並形成多重組織參與的網絡結構（Morris and Miller-Stevens, 2016; Newman, 2017）。

由於公私協力夥伴對於公共服務的供給具有吸引民間資金投入、增加資源運用的效能，透過誘因與課責等方式重新形塑公私部門對公共服務的職能和角色等效益（Asian Development Bank, 2008），因此各國在公共工程建設包括經濟類如交通、基礎設施、公用事業，抑或是學校、醫院或圖書館等社會類建設，均大量引進各種類型的公私協力模式（Yescombe, 2007）。然其模式雖然多元，但是在性質上須有兩項條件成立方能符合公私協力夥伴（Newman, 2016: 26-27）：其一，意欲協力合作的公、私兩造，須通過締約的方式共同承擔風險、責任和利潤；其二，於合約中明訂規範雙方其權利義務的相關條款，若有違反則循司法途徑而非立法途徑解決。因此公私協力夥伴運作的核心關鍵，係以契約為基礎所建構的關係（Yescombe, 2007; Bertelli, 2012; Konard, 2018）。

以公共治理的角度看待促參案的公私協力關係，理論上而言應該會是政策資源的最佳配置。但是在實務上，公私協力的夥伴關係發生了不少的問題，產生了

airiti

所謂的兩難困境（陳敦源、張世杰，2010：49-53）：第一是協力夥伴的弔詭，理應合作的夥伴，實際上為了增進各自的利益而存有競爭的問題；第二是自我指涉的弔詭，夥伴關係應該是開放還是封閉？如果封閉，那麼就意謂著某些行動者被排除或是有意願也無法加入此一網絡，反之若是開放，太多的行動者會削弱夥伴的凝聚力與信任感，造成夥伴關係的減損；第三是沒有管理者的管理弔詭，夥伴關係的網絡結構，著重於行動者的自我管控而存有一定的彈性，但是在欠缺一定程度要求的管理方式，參與的夥伴難以避免搭便車的行為，導致了治理上的困難；第四是責任課求的弔詭，若夥伴關係強調課責機制的執行，勢必會影響到運作的效率，假設不強調責任的歸屬，那麼公私協力政策發生問題時，誰應該來負起責任？

但吾人僅從公共治理的角度看待促參案的公私協力夥伴關係會不夠完整，上述的問題或弔詭，以及契約如何議定與履行牽涉到法律層面的探討，因此在分析上需要將法律規範列入影響夥伴關係的變數之一；反之，若從法律面向解釋促參案的夥伴關係，又容易陷入到對法學見解不一的爭論，忽略了管理策略與措施對於夥伴關係的重要性，抑或是低估了政治因素對於公私協力的影響力。因此需要透過公共治理與法律兩者理論性觀點的對話與辯證，藉以釐清促參法其公私協力夥伴關係的認定，並從而探討公私夥伴在管理、政治與法律三者之間相互連結的程度與交互影響性（O’Leary and Amsler, 2016）。

### （二）法律經濟分析的見解

對傳統大陸法系的見解而言，國家與社會之關係，係以國家扮演支配性之角色，從而以行政處分做為國家實現行政任務與達成行政目的之手段，排除國家與民間社會對等協商的可能性（詹鎮榮，2014）。然隨著現在合作國家的理念驅動下，以及英美各國推動公部門與私部門處於對等合作之夥伴關係的政策措施，民間社會與私部門的功能與角色有所轉變，不再僅是國家公權力行使之對象，也調整傳統行政法學將私部門視為從屬地位（程明修，2016）。

依照行政法的類型，分成行政機關以行政契約授與私部門行使公權力、行政助手、業務委託、公私合資事業之設立與經營、民間參與公共建設，以及受國家管制之社會自我管制等類型（詹鎮榮，2014：13）。然公私協力涵蓋的範圍從行使公權力的行政委託，到單純未涉及到行使公權力等各種業務的委託行為，並可按

airiti

照締約之私部門在履行委託事項時是否具有獨立性，而分成非獨立之行政助手與獨立之行政助手（吳志光、陳英鈐、林明鏘，2016）。以法制界定的觀點而言，公私協力的關係可界定為（詹鎮榮，2014：11）：

> **國家高權主體與私經濟主體間本於自由意願，透過正式之公法或私法性質雙方法律行為，抑或非正式之行政行為形塑合作關係，並且彼此為風險與責任分擔之行政任務執行模式。**

以法律經濟分析的角度看待公私協力關係之中的民間參與公共建設案例，其作用在於：第一，以法律作為分析的客體，將經濟學理論分析作為方法，從而探討公私協力夥伴為何選擇及其選擇判準是什麼的問題（謝哲勝，2001）；第二，促參案是政府委託民間辦理，因此從理論和實務上兩者形成委託－代理關係（principal-agent）。然委託代理結構下雙方的關係未必完全對等，甚至是形成上對下的隸屬監督關係，此與公共治理觀點對於夥伴關係的認定其性質應屬對等之概念並不一致。

然委託代理結構中其契約關係所產生的問題，包括契約規範未臻完善、未能有效降低不確定性、或無法涵蓋各種可能的履約問題等（蔣兆康譯、Posner 著，2009；柯于璋，2013），即是促參案例爭議發生的緣由之一（吳秀光、吳宗憲，2008；蘇南，2013）；第三，無論是民間評估是否參與投資，抑或是政府通過評比選擇商譽良好的廠商，其目的都是藉由促參機制而降低彼此的交易成本（transaction cost）、風險（risk）和不確定性（uncertainty），減少可能會有的尋租（rent-seeking）行為或締約者投機行為的發生（蔣兆康譯、Posner 著，2009；Maurya and Srivastava, 2019），而此一制度的設計與契約的運作是否能夠有效達成前述之目的，則攸關兩者利害關係的得失與促參案件持續下去的關鍵（Williamson, 1996; 吳宗憲、曾凱毅，2010）。換言之，這與新制度經濟學（new institutional economics, NIE）著重契約落實監督與執行的觀點相近（顏愛靜等譯、Furubotn and Richter 著，2009；孫克難，2015），希冀建立一套以合約為基礎且運作良善的公私協力夥伴治理機制（Maurya and Srivastava, 2019; Prats, 2019）。

準此，本文針對促參法的制度屬性分從其立法意旨以及促參契約的性質界定予以進一步的辯證，藉以探討公私協力夥伴發生問題衝突的可能性，以及締約公私兩造彼此在履約過程或專案管理上的不確定性。

airiti

## 二、制度屬性的辯證

### （一）立法意旨

為健全國內民間參與公共建設環境，促參法於 2000 年 2 月 9 日公布施行，並分於 2001 年、[2]2015 年修正部分條文[3]。促參法的範圍包括：以公益性為主之交通運輸、文教、社會勞工福利設施，商業性強之重大觀光遊憩、工商設施以及政府廳舍設施等 14 種公共建設項目，規範內容著重於放寬土地、籌資等法令限制，提供融資優惠、租稅減免等諸多誘因，並合理規範政府與民間機構間投資契約之權利義務，明定主辦機關甄審與監督程序。促參法的立法特色包括：[4]

1. 通案立法方式：一體適用各種產業、部門及建設計劃，並保持條文的彈性，擴大政府承辦人員行政授權；
2. 民間最大的參與：採「促進」之意，不僅民間可參與之公共建設範圍廣泛、參與
3. 方式多樣化，另開放民間自行規劃申請參與公共建設，提供民間發掘商機、發揮創意之投資機會；
4. 政府最大的審慎：為求周延，政府規劃之民間參與公共建設計畫，皆應辦理可行性評估及先期規劃，以民間參與的角度，審慎評估民間投資之可行性；並就公共建設特性，結合商業誘因，研擬先期計劃書。

從促參法的角度而言，政府與企業建立公私協力夥伴的基本目的有四點（錢世傑，2015）：第一，提升公共服務的品質，發揮政府特許營運事項的效能；第二，加速國家綜合發展，藉由民間企業促參案增加就業機會，推動國土各區域在社會、經濟、文化等層面的發展；第三，促進公共利益，民間企業基於企業社會責任的精神，將特許營運項目的獲利回饋社會；第四，改善經營管理成效，政府借重民間充沛的資金和創新管理的理念，提升公共工程的品質以及公共服務的營運效率和效能。基本上這是從政府的角度出發。對企業而言，投入公共建設除了回饋社會之外，同時也需要獲取利益以確保原先投入的成本能夠回收，方能對公司股東有所交代。

---

[2] 公布修正促參法第 3 條

[3] 公布修正促參法第 3～6、8、9、11、13～16、18、29～31、35～41、46、51、52～54 條條文；增訂第 6-1、48-1、51-1 條條文；刪除第 27 條條文。

[4] 財政部推動促參司，網址：http://ppp.mof.gov.tw/ppp.website/aboutme/info1.aspx

airiti

促參法的程序可分成兩階段，首先由符合資格的廠商投標，從中甄選出最優者，然後主辦機關和最優廠商進行議約。在第一階段，廠商並沒有與主辦機關談判的條件，僅能被動地接受政府機關所開出的條件。但是在第二階段簽訂投資契約時，廠商可在不違反原公告及招商文件內容，就原公告及招商文件內容載明得經協商後變更、於公告後投資契約簽定前發生情事變更、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事項，主動提出與主辦機關議價協商。[5]於此階段，雙方可就上述事項進行協商，藉以釐清契約當事人的權利義務。促參法現行運作方式共有 7 種不同的類型。[6]各種促參方式的營運時限，由各主辦機關於核定之計畫及投資契約中訂定之。其屬公用事業者，不受民營公用事業監督條例第十九條之限制；其訂有租賃契約者，不受民法第四百四十九條、土地法第二十五條、國有財產法第二十八條及地方政府公產管理法令之限制。

### （二）契約性質界定

我國因公法及私法爭議分屬不同救濟途徑，公法爭議（如行政契約）由行政法院救濟，私法爭議則由一般民事法院管轄，且行政契約因行政程序法賦予行政機關，得於必要範圍內片面終止契約之權，似不利民間企業履行契約（林家祺，2015）。但是目前為止，司法上相關案例的判決，確有將促參契約判定為具有公法性質的行政契約，也有依促參法立法原旨將爭議案件裁決為私法性質的民事契約，另有促參爭議案件依照履行階段區分成行政處分與私法契約兩階段的見解。從私法關係而言，促參法的各種方式係政府委託民間企業辦理，屬於委託人-代理人之私法上契約關係。依促參法第 12 條之規定：

> **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。**

---

[5] 促參法施行細則第 22 條。

[6] 促參法第 8 條：由民間機構投資興建並為營運；營運期間屆滿後，移轉該建設之所有權予政府（Build-Operate-Transfer，簡稱 BOT）；民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並委託該民間機構營運，營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Build-Transfer-Operate，簡稱無償 BTO）；由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Build-Transfer-Operate，簡稱有償 BTO）；由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Rehabilitate-Operate-Transfer，簡稱 ROT）；由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府（Operate-Transfer，簡稱 OT）；為配合國家政策，由民間機構投資新建，擁有所有權，並自為營運或委託第三人營運(Build-Own-Operate，簡稱BOO)；其他經主管機關核定之方式。

airiti

**投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法**

另參考其立法說明，依促參法簽訂之營運契約屬私法性質，因此在高雄高等行政法院對於秀傳醫院與台南市立醫院合約爭議的案例，判定私法上委任契約之範圍，與行政程序法上第 135 條規定行政契約的公法上之法律關係有所不同，彼此爭議屬於私權紛爭[7]。

但就已有的實務見解或是判例而言，臺北高等行政法院將 ETC 和三鶯汙水處理廠兩件 BOT 案，將交通部和遠通電收公司之間所簽訂的契約，以及歐信工程公司控告新北市政府的訴訟案件裁定為行政契約的性質。ETC 案例是將甄審公告認定為具有第三人效力之行政處分，投資契約定性為行政契約。關鍵是認定甄審階段的行政處分違反公益和平等原則，因此後續所簽訂的契約不具有效力。三鶯汙水廠的案件中，臺北高等行政法院從促參法第 52 條以及 53 條的之規定，[8]認為主辦機關有高度參與與監督，並有公權力介入，若促參 BOT 案件屬於私法性質，則不應有主辦機關單方面變更契約內容的機制存在。並且在判決主文中直指新北市政府將 BOT 案件視為私法關係是有所誤認：[9]

**雙階段程序中，後階段程序之公/私法屬性，學理上雖曾有不同看法，但於我國促參法制上，自最高行政法院於 ETC 案之標竿判決（95 年判字第 1239 號判決）中明白肯認後階段程序係屬行政契約關係後，實務及學界業已形成通說支持此一見解。被告執後階段程序屬私法關係之少數觀點，質疑原告之公法上請求，顯然有所誤認。**

---

[7] 原告對被告就台南市立醫院委託經營管理是否享有有優先續約權。惟由隸屬於各級政府之醫院對大眾提供生活上之服務，揆諸前揭說明，屬於私經濟行政之事項，應適用私法之規定，則各級政府將所屬醫院委託他人經營，在委任人與受託人間，仍屬私法上之契約關係，由此所生之一切爭執應循民事訴訟途徑處理。故本件被告將台南市立醫院委由原告經營管理，則在委任人即被告與受託人即原告間之法律關係，仍屬私法上委任契約之範疇；與行政程序法第 135 條所定行政契約之內容為「公法上之法律關係」者不同，是原告就兩造所訂之繼續委託經營契約，請求續約及確認優先續約權存在所生爭議，為屬私權紛爭，審判權歸屬普通法院。又觀諸兩造訂立之台南市立醫院繼續委託秀傳紀念醫院經營契約書第 14 條約定因該契約所涉訴訟，雙方同意由台灣台南地方法院為第一審管轄法院，是本件自應由台灣台南地方法院管轄。

[8] 促參法第 52 條：「民間機構於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，主辦機關依投資契約應為下列處理，並以書面通知民間機構：一、要求定期改善。二、屆期不改善或改善無效者，中止其興建、營運一部或全部。」；促參法第 53 條：「公共建設之興建、營運如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生，於情況緊急，遲延即有損害重大公共利益或造成緊急危難之虞時，中央目的事業主管機關得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並通知政府有關機關。」

[9] 臺北高等行政法院 99 年訴字第 569 號行政判決（司法院法學資料檢索系統）

airiti

因此臺北高等行政法院將促參 BOT 的合約性質或爭議案件界定為行政契約，此一判例與促參法的原旨並不一致。對於這樣的矛盾，林明鏘（2015：32-34）就認為，其問題關鍵在於促參法當中第二章用地取得及開發、第三章融資及租賃優惠、第四章申請及審核程序、到第五章主辦機關監督及管理權限共 42 條，從條文內容來看其制度設計上完全有利於主辦行政機關以行政權介入，甚至是單方面更改、終止契約，致使民間廠商處於法律不對等之地位，不利於與行政機關議價協商。

另外，有別於上述以公法或私法兩種單一性質區別，將促參案件的進行區分成兩種性質相同或相異的階段，而形成「雙階理論」的觀點。例如大法官釋字第 540 號指出，[10]主管機關依國民住宅條例興建及分配住宅，有意承購、承租者或有貸款需求者向主管機關提出申請時，經主管機關認定申請合於法定要件之階段，係依照相關法令行使行政裁量之結果，其性質屬於公法之關係。倘若申請人未獲得許可，不服則可依法提起行政訴訟。其次，當主管機關核准後與申請人訂立買賣、租賃或借貸契約，屬私法性質。此類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，而採取之私經濟措施，倘若兩造發生爭議，則循民法訴訟途徑予以解決。以此觀之，第一階段的行政裁量屬公法行為，第二階段兩造訂定的買賣等契約為私法行為，因而形成兩種性質相異的階段。在促參法第 47 條即規定，民間企業參與促參案件申請，若發生異議則準用《政府採購法》（以下簡稱「採購法」）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。前項爭議處理規則，由主管機關定之。**

採購法第 50 條第 2 項之規定：

> **決標或簽約後發現得標廠商於決標前有前項情形者，應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。但撤銷決標、終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，不在此限。第一項不予開標或不予決標，致採購程序無法繼續進行者，機關得宣布廢標。**

同法第 74 條之規定：

> **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。**

[10] 網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=540

airiti

申言之，原本促參法立法意旨是將契約視為民法性質，但是在招標、審標或決標之爭議又得準用採購法的規定。然採購法對於爭議的處理係以公法性質的行政契約為主。因此當促參爭議案件發生並採取訴訟時，法院則需視個案情況及契約規範而定是否為公法、私法，抑或是兼具公法與私法的雙階性質。司法院對於案件應以民事訴訟或行政訴訟提出審判權劃分的見解，在釋字第 773 解釋文中敘明：[11]

> **按我國目前係採二元訴訟制度，關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之。法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第 466 號、第 695 號、第 758 號、第 759 號及第 772 號解釋參照）。**

上述的解釋文要旨在於，在制度設計上應由立法機關考慮案件性質與現行訴訟的功能來決定，倘若採取訴訟則依案件是否為私法關係抑或公法關係來決定由普通法院或行政法院審理，與釋字第 540 號意旨相同[12]。至於爭訟案件的公、私法關係應如何界定，林麗香（2010）則認為依照大法官釋字第 533 號解釋所提出以契約標的及契約目的兩項為判準，藉以區分促參案件契約性質屬於行政契約抑或私法契約為宜。而王韻茹亦採相似觀點，[13]主張政府應先確定促參契約的標的是什麼，以及與民眾的關係、與公益的關聯性是什麼之後，再決定以行政契約或私法契約。換言之，有鑑於在法律上公私協力類型多元而不易採通則方式判斷其公、私法關係，因此在實務見解上採雙階論之方式有其適用彈性，但也增加了公私協力夥伴在衝突與管理上的不確定性。

---

[11] 網址：http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=773

[12] 國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其拘束全國機關及人民之效力，並不受影響，各級審判機關自亦有遵循之義務，本院釋字第四六六號解釋亦同此意旨。網址：http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=540

[13] 風傳媒（2015/0517）:「促參法屬公法或私法？學者：公共目的、公益關聯先講清楚」，網址：https://ppt.cc/fgRwOx

airiti

## 三、公私協力夥伴機制的解析

### （一）爭議解決階段與途徑

對於私部門來說，在主辦行政機關具有規範設定的優勢條件下，發生爭議採司法訴訟的選項居多，但實務上可分從不同階段、不同性質採取不同措施。圖 1 為促參案件爭議解決途徑。在申請階段若有爭議則準用政府採購法之規定；若是在履約或退場階段，則透過契約規定設置之協調委員會，或依民法訴訟程序審理。基本上大多數案件仍以簽約兩造約定之方式，如協調委員會或交付仲裁等方式處理。但是無論採用何種爭議處理方式及策略途徑，相關投資及營運風險分配的原則，乃是簽約雙方責任歸屬主要認定之依據，是否合理應在雙方訂約之前予以明確釐清界定。

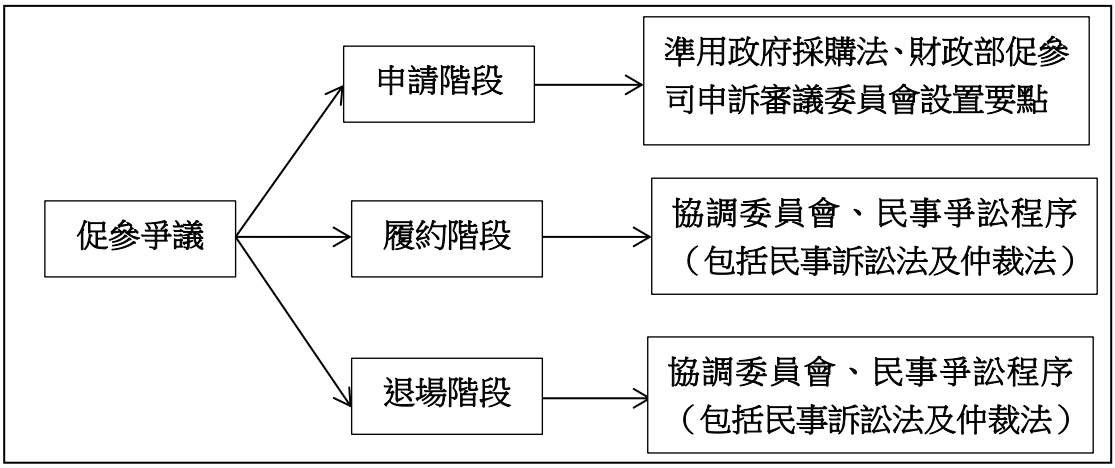


**圖 1 促參爭議案件解決階段及途徑**

資料來源：財政部促參司，「促參履約爭議處理-黃雍晶律師」[14]。

基此，發生爭議時的解決方式有三：第一，採協調途徑。促參法第 48-1 條規定：「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。」[15]協調委員會之組成，則依照促參法施行細則第 63 條之規定，必須在投資契約當中，詳細載明委員會的組成時機、委員選任方式及運作機制。協調委員會則是以不公開處理方式為原則，由委員會依照投資契約的規範採用共識決之判定、以表決為例外，然協調委員會之決議並不能牴觸合約與法律之規定。第

[14] 網址：http://ppp.mof.gov.tw/PPP.website/Refers/Refer/View1.aspx?fId=3474
[15] 2015 年修法後新增訂之規定。

airiti

二，採取仲裁途徑。在締約雙方對於爭議協調不成的時候，則進入到仲裁階段。仲裁則是以秘密審理之方式進行，由仲裁人組成的仲裁庭並以過半數之意見予以評議，且仲裁庭經過仲裁詢問程序將爭議兩造的爭端疑義之處，透過言詞辯論、證據調查及送請鑑定的方式後，可做出和解或調解（與仲裁判斷具有相同效力）、或仲裁判斷（與法院確定判決具有同一效力），然後聲請法院裁定並由法院強制執行。第三，當事人採取訴訟途徑。訴訟的策略途徑在處理方式上以公開審理，審理的基礎由法院認定事實適用之法律條文。

因此對於公私協力夥伴而言，完成履約為最佳解，對彼此都有正面效益。但若發生爭議，協調、仲裁及訴訟都是策略選項之一，且需經第三方（協調委員會、仲裁人、法院）之介入與決定，惟其結果各有不確定性。協調的策略選項對於爭議兩造而言具有議價協商的空間。若是選擇仲裁，仲裁人將依照兩造所提供的事實與相關法令做出仲裁結果，雙方都必須接受。若進入訴訟程序，則須視契約性質而定是否採民事訴訟或行政訴訟，假設是依照投資契約的規定，則一切按照合約內容的規範，採取民事法律關係以三級三審方式處理。若採行政訴訟，則依行政訴訟法之規定。但訴訟的不確定性和風險最高且審理程序曠日廢時，然一旦判決定讞，則結果無法更動，這對雙方而言未必是最佳的策略，結果亦未必能夠盡如己意，因此無論是公私部門均須審慎評估發生爭議時解決措施。

### （二）互動策略管理

從策略性互動的觀點析之，[16]公私協力夥伴係受到契約關係的規範，因此雙方能夠研判並界定彼此互動後可能發生的情境及其對應策略（Bertelli, 2012; Waston, 2013）。參與夥伴可藉由契約相關條款知悉「遊戲規則」，產生彼此互動結構的共同認知（common knowledge），進而能夠預期彼此可能的策略行為（Hardin, 1982）。同時參與的夥伴依據自身的偏好、已知和更新後的資訊及其可行之選項構成其行動。換言之，契約所形成的制度則讓參與夥伴同時面對機會與限制，使其在有限的範圍內，根據決策問題的情境與條件，以及相關行動者的態度，抉擇對其有利之策略回應，並且讓彼此能在議價協商的利益衝突或不確定環境中，提供穩定的決策方式（Scharpf, 1997; Lowndes and Robert, 2013）。

[16] 此處所指的策略性互動觀點係以賽局理論為準。因公、私兩造在自願且合意的條件下簽訂並建立契約性夥伴，其條款規範彼此利益的分配、如何履約以達成目的，因而形成合作賽局的關係（Bertelli, 2012; Waston, 2013）。

airiti

但因公私兩造在制度邏輯上的不同，以致彼此容易在效率與正當性、專案管控機制和組織運作形式產生不同觀點（Saz-Carranza and Longo, 2012），而易生爭端歧見。針對公私夥伴可能的爭議問題，以及其後續管理的因應措施，Currie 和 Teague（2015）認為從衝突管理（conflict management）的分析架構和觀點，公私協力夥伴會受到彼此價值與態度（values and attitudes）、行為與技術（behavior and skills）、結構與角色（structure and roles）、程序（procedures）等四大面向的影響，映射出公、私部門在締約合作事務上，存有各自在本身性質、文化思維、運作策略的差異性。對此曾冠球（2011）的研究就發現，現行促參法機制下公私協力夥伴的權力並不對等，行政機關偏好剛性條款的設計以致促參案的契約彈性不足，雖言夥伴關係但實務上的風險多由廠商單方面承受，以及在民主制度下多元制度壓力影響促參案公私協力夥伴的運作成效等四大問題。因此若能將相關利害關係人納入公私協力夥伴機制之中，且創造公私部門相互學習的空間以減少因制度差異而產生的摩擦（Saz-Carranza and Longo 2012），同時藉由知識分享的措施增進公私部門相互的理解（Currie and Teague, 2015）。

綜上，政府與民間建立公私協力夥伴關係所要面臨衝突與管理的問題，可歸類以下六種（陳寶瑞，2011：162-165）：第一，公部門與私部門彼此之間對於協力合作的目標可能存有衝突，埋下爭端問題的可能性；第二，政府相關法規對於促參案件或是公私協力機制的制度健全仍有不足，在機制設計上有待優化；第三，當民間業者參與公共工程投標項目時，可能會面臨審查程序不公平的情況，進而引發投標者的抗議，甚至形成法律問題；第四，若中央政府與地方縣市對於促參投資案件的見解發生衝突時，對於有意投資參與的業者可能會有無所適從的不確定性，讓有意投資的廠商卻步而影響專案進程；第五，由於政府對於某些具有獨佔性質的促參案件，予以較高強度的管制與監督，對於有意經營的業者要如何在獲利回饋與接受管制之間取得衡平，產生關鍵的挑戰；第六，倘若主責的政府機關欠缺遵守合約的精神與履行承諾的態度，反而以片面行政裁量的既有思維看待處理促參案件，對於習於以契約為準的私部門而言，在履約過程或專案管理的流程上，會遭遇到高度的不確定性與管理上的難題。綜上所言，對於有意參與公共工程建設的民間私部門而言，以上問題可歸結出政治、通貨、設計與營建、營運、商業及管制等六大風險，作為業者評估獲利、成本與風險性的考量。

airiti

## 四、小結

綜合以上針對公私協力夥伴關係的界定、促參法制度屬性的辯證與促參法下公私協力夥伴策略互動的解析等相關文獻的探討，本文彙整出四項要點：第一，從公共治理的角度來說，在公私協力夥伴關係之中，無論是對外委託的公部門，抑或是承攬公共服務的私部門，兩者彼此是基於相互需要而合作的對等夥伴，兩者並未存有公部門指導私部門，或是私部門隸屬於公部門的下上級關係，雙方是透過對話溝通，採取正式或非正式的規則界定彼此的關係和責任，惟此觀點與促參法相關條文的制度設計，以及法院見解實務上未能一致，因而形成誘因機制（公私協力夥伴）與反誘因措施（法律制度設計有利於行政機關）相互影響而衍生出爭議問題（陳銘祥，2011；曾冠球，2011），增加發生衝突的潛在機會與管理上的困難性。

第二，以法律經濟分析的立場來看，促參法的制度設計目的是為降低公、私部門共同合作投入公共服務的交易成本，提升其服務的效率並增進社會的總體福利。其性質係屬於制度性的因果機制（institutional mechanism），因公私協力夥伴在理性自利的條件下，藉由制度規範的引導以達成均衡（Beach and Pedersen, 2013）。然而當爭議發生時，檢視立法的原旨有其重要性，契約更是關鍵。然法律條文卻在事前未必能夠完全預見爭議發生的情境，當公、私兩造彼此對於法律的見解又不一致時，自然會增加投資和營運的風險，民間企業可能會因此對促參案而卻步，公部門亦會擔心促參案機制設計不佳而導致逆向選擇，反而引進不良廠商造成後續專案管理問題，抑或是招致圖利廠商的質疑和批評。

第三，一般而言，在公私協力關係之中，我們會以行政機關作為公部門之參與主體，私部門為民間社會之代表，以其兩者為探討之重點，而鮮少將司法機關視為是公私協力夥伴關係的行動者。事實上，司法機關如何看待促參法及其契約性質，形成當公、私兩造具有爭議時關鍵的第三者，也影響兩者其對應策略的選擇，因此，吾人在探討公私協力夥伴的制度運作，有必要將司法機關的見解與相關判例納入探討的範疇，藉以瞭解普通法院和行政法院對於促參法相關條文判決認定的異同之處。

最後，就治理與法律兩者觀點的其相同之處在於，公共治理與法律經濟分析均認為公私協力夥伴是引導民間企業將其資源投入公共服務的措施之一，藉由契約機制建立公私兩造在夥伴關係之中應承擔的權利與義務。惟兩者相異之處則是

airiti

公共治理視夥伴關係為一對等且協力合作的措施，私部門扮演公共服務管道中與公部門互補之角色；然從促參法的法制設計來看，係偏重行政機關監督或處分等權力規範面的要求，而非以促參案件及其契約標的與公益性為衡量判準，使得從公共治理角度所希冀的對等協力合作夥伴機制，在實務運作上卻變成行政機關主導而對參與企業不利且不對等的關係。根據以上文獻和相關理論的檢視，本文從個案研究的角度，揀選 ETC、大巨蛋、森鐵案和大鵬灣共四項促參法的爭議案例，從背景與問題予以檢視並分析。

## 叁、研究設計

本文研究設計分成三個部分，分別為研究方法、因果機制與相關變數以及分析架構。首先，在研究方法的部分，本文採取解釋結果緣由（explaining-outcome）、以個案為中心（case-centric）的個案內研究（within-case studies）之方式，設定促參法爭議案件為分析案例，將四種不同類型的事件作為個案研究的觀察項（observations），結合促參案件公開在財政部促參司的招標文件或合約，彙整案例的判決資料，以及相關新聞報導的內容作為證據比對與分析的來源，以符合處理個案研究的過程中，對於內在效度的要求（George and Bennett, 2005; Gerring, 2007; Beach and Pedersen, 2013）。

其次，所謂的因果機制（causal mechanism, CM），係關注於個案的「起因」（causes）如何將一連串相互關聯的部分，轉換為結果（outcomes）之動態（dynamic）且交互影響的過程。有別於大樣本統計分析自變數與依變數之間的關聯度與因果性，從而推論母體的特性，個案內的因果分析著重於什麼樣的因果機制形式能夠讓自變數引發依變數的變化（Beach and Pedersen, 2013: 25）。因此分析的過程與焦點在於公私協力夥伴如何將一個以上的因果變項（causal variables）通過因果機制的運作進而讓結果變項（outcome variable）產生質變。準此，本文將「促參機制」界定為因果機制（$\boldsymbol{CM}$），結果變項（$\boldsymbol{Y}$）為「促參案件」，因果變項則分別為「公私協力夥伴的性質」（$\boldsymbol{X_1}$）、「促參法契約的屬性」（$\boldsymbol{X_2}$）、「爭議時公私協力夥伴的互動策略」（$\boldsymbol{X_3}$）等三個，因此本文的分析問題為：第一，「我國促參案件為什麼會發生爭議？」;第二,「現行促參案的公私協力夥伴的治理機制存有那些問題？」；第三，「促參案受到那些因素的影響而導致衝突與管理上的爭議？」。

airiti

第三，分析架構將個案分析分成三個處理步驟：首先依據官方促參招商資料的說明，將案例的背景緣由與脈絡予以釐清。然後透過問題檢視，找出案例當中爭議雙方或各方的主張和癥結點，以及司法機關對於案例的判決，彙整爭議案例的異同點。最後再將案例綜合討論以歸納出爭議案件的類型。第四，個案選擇依據本文的研究問題，針對已發生爭議且經過訴訟程序、抑或是發生締約其中一造片面解約等案例用以分析探討，因此篩選上考慮有競爭者提出訴訟、行政機關以行政權介入或單方片面解約等依據。

## 肆、促參法爭議案例之分析與討論

### 一、高速公路電子收費系統建置案[17]

#### （一）案例背景

高速公路電子收費系統建置案（以下簡稱 ETC 建置案），係由台灣宇通資訊科技股份有限公司（以下簡稱宇通公司）等 8 個民間機構，[18]於 2003 年投標參與交通部台灣區國道高速公路局（以下簡稱下稱高公局）依據促參法及相關法令規定之徵求 ETC 建置案。經過主管機關審查程序之後，於 2004 年確定由遠通電收股份有限公司（以下簡稱遠通電收）為最優申請人，宇通公司為次優申請人。但宇通公司不服高公局甄審結果，於 2004 年向行政院公共工程委員會（以下簡稱工程會）提出申訴。然宇通公司不服工程會審議判斷，[19]而向臺北高等行政法院提起行政訴訟，並向同一法院聲請高公局停止與最優申請人遠通公司簽訂後續營運契約。

**主辦機關**：交通部國道高速公路局。

**承攬廠商**：遠通電收股份有限公司。

**申訴廠商**：台灣宇通資訊科技股份有限公司。

#### （二）問題檢視

宇通公司提起行政訴訟的理由有二：第一，在程序上認為高公局在甄審過程中有和遠通電收就 VPS（整合有車輛定位之車上收費單元）的技術問題進行協商，但卻沒有和宇通電收協商 VPS 的問題，因此在程序欠缺公平原則；第二，實體部

---

[17] 最高行政法院 95 年度判字第 01239 號（司法院法學資料檢索系統）。

[18] 另有遠東聯盟（得標後改稱遠通電收）及健元電子收費企業聯盟、交通任我行電子收費聯盟、易利通電子收費公司、宏碁股份有限公司、速通企業聯盟等 7 家參與投標甄審。

[19] 依照政府採購法第 83 條之規定，審議判斷視同訴願結果。因此當事人若不符則依行政訴訟法之規定提起行政訴訟以資救濟。

airiti

分認為遠通電收所提出的技術與設備並不能有效處理多車道多自由車流的問題，並提出多項各國使用電子收費的設備規格與使用情況予以質疑。倘若遠通電收的設備和技術不具有效處理多車道、多車流的問題，顯然與促參法希望透過民間參與投入技術和設備以符合公共利益的原則相違背。原審判決駁回宇通資訊公司遞補之請求，明顯違反促參法規定，且有適用法規不當、不適用法規或判決理由矛盾之判決違背法令之情形。

**系爭事項**：落選廠商不服決標結果而提出申訴。

**爭議階段**：申請階段。

**處理措施**：行政訴訟。

## 二、臺北體育文化園區興建案

### （一）案例背景[20]

臺北體育文化園區興建案（以下簡稱大巨蛋興建案），在臺北市長郝龍斌任內採 BOT 方式進行，經公開招標後於 2006 年由遠雄企業團所屬遠雄巨蛋公司承攬，[21]並預定於 2015 年完工啟用，營運特許期為 50 年。除室內多功能體育場館（大巨蛋）的主體建築之外，園區內還包括商場、商業辦公大樓等附屬商業用途設施。2011 年臺北市政府有條件通過環境影響評估並發出建照，2012 年開始動工但承包商因天候因素等相關理由辦理工期展延。2014 年柯文哲市長上任後，以大巨蛋施工延宕、改變設計影響公共安全、社會觀感不佳以及護樹環保團體抗爭等情事要求限期改善，之後臺北市政府於 2015 年 5 月勒令大巨蛋停工，遠雄公司不服臺北市政府之決定而提起行政訴訟。

**主辦機關**：臺北市政府。

**承攬廠商**：遠雄巨蛋公司。

### （二）問題檢視

主要爭議在於，臺北市政府與遠雄公司合約並未解除，但雙方對於大巨蛋內有關主體結構、公共安全及消防逃生動線存有不同主張。遠雄公司對於臺北市政府認定遠雄公司未按圖施工予以勒令停工的決定，向法院聲請停止大巨蛋停工處

[20] 臺北市政府大巨蛋公開資訊專頁，網址：https://taipeicity.github.io/tpe_dome/index.html

[21] 遠雄巨蛋，網址：http://www.farglorydome.com.tw/tw/

airiti

分。2016 年 9 月臺北高等行政法院裁定遠雄公司可針對大巨蛋在安全及結構部分可以採取部分復工的方式，但駁回遠雄公司全面復工的聲請。[22]對此臺北市政府不服提出抗告，惟遭最高行政法院於 2016 年 8 月駁回。然臺北市政府和遠雄公司對於全面撤銷停工處分的判決均有所不服因此提起上訴，經最高行政法院審理後於 2019 年 4 月 30 日判決確定，[23]遠雄公司敗訴定讞。至於因移樹問題而由遠雄提請工期展延的仲裁結果，則是在 2019 年 5 月 17 日仲裁確定，同意遠雄公司展延 510 天且在合約範圍的工期之內，因此臺北市政府仍持續觀察暫不解約。[24]

**系爭事項**：主辦機關以公共安全為由限期停工。

**爭議階段**：履約階段。

**處理措施**：仲裁與行政訴訟。

## 三、阿里山鐵路及遊樂區經營案

### （一）案例背景[25]

阿里山鐵路及遊樂區經營案（以下簡稱森鐵經營案），係由行政院農委會林務局於 2006 年辦理，[26]由宏都阿里山國際開發股份有限公司（以下簡稱宏都公司）負責承攬，許可期為 33 年，其範圍涵蓋「阿里山森林鐵路」（OT）、「阿里山森林遊樂區觀光旅館」（BOT）及「北門車站」（BOT）等三個項目，並希望透過後面兩個項目的營運收益以補助阿里山森林鐵路的經營。後因 2009 年發生八八風災導致阿里山森林鐵路毀損，經農委會林務局和宏都公司協議確認遭受不可抗力之情事，由簽約兩造政府機關出資 80%、民間機構出資 20%的比例提撥復舊資金。但宏都公司未能提出復原計畫，且和農委會林務局對於修繕復健的範圍無法達成共識，以致林務局提出承包商不提出復舊計畫之重大違約事項終止契約，並向嘉義地方法院提起訴訟。

**主辦機關**：行政院農委會林務局。

**承攬廠商**：宏都阿里山國際開發股份有限公司。

---

[22] 臺北高等行政法院 104 年訴字第 1386 號行政判決（司法院法學資料檢索系統）。

[23] 最高行政法院 108 年判字第 218 號行政判決（司法院法學資料檢索系統）。

[24] 中央社（2019/0430）：「不服大巨蛋停工處分興訟 遠雄巨蛋敗訴定讞」，網址：https://ppt.cc/fMLNNx；聯合新聞網（2019/0520）：「大巨蛋工期展延仲裁出爐 柯文哲：又被延 500 多天」，網址：https://ppt.cc/fCGGIx

[25] 財政部促參司（2005/0831）：「阿里山森林鐵路及森林遊樂區提供民間投資經營計畫」，網址：https://ppt.cc/fnLY0x

[26] 今周刊（2009/0917）：「阿里山鐵路修復通車遙遙無期？」，網址：https://ppt.cc/fjX5Ax

airiti

（二）問題檢視[27]

農委會林務局提出的訴訟理由有三點：第一，契約內容包含森林鐵路、北門車站旅館和阿里山觀光旅館的興建與營運，是有完整一體不具分割性的事項；第二，八八風災後承包商並未依照契約內容提出相關災後復舊計畫，阿里山觀光旅館已經超過興建期限但卻仍未動工，主辦機關認為可將事因歸責於民間機構；第三，契約終止之後，依照契約規定事項應經北門車站旅館所有權移轉給農委會林務局。承包商宏都公司則主張：第一，三個促參項目各自獨立，且遭逢重大不可抗力之天災情事，民間機構無法單獨承擔責任；第二，森林鐵路地基流失並不屬於承包商維護項目，因此災後復原金不應包含地基修復項目；第三，對於林務局終止提出旅館所有權移轉事項並不合理，並向林務局提出求償。

嘉義地方法院認為宏都公司並未提出森林鐵路天災復舊計畫，有重大違約之情事；而森林鐵路、北門車站、沼平車站阿里山森林遊樂區觀光旅館契約具一體性，終止契約效力及於全部，因此一審判決林務局勝訴。宏都公司對一審結果不服提出上訴，二審結果於 2016 年 5 月裁定，推翻一審之見解。[28]承審法官認為農委會林務局提出針對宏都公司違反契約規定的理由並不可採，且森林鐵路、北門車站旅館和阿里山旅館具有一體性，但不能將契約內容部分終止，因此認定雙方契約仍存在。同時修繕範圍並不包括天災導致的路基流失事項，因此宏都公司並無違約，而阿里山觀光旅館未能如期興建，主辦機關林務局亦有責任，因此二審駁回林務局要求將北門車站旅館所有權移轉、塗銷地上權之請求，也駁回宏都公司向林務局求償的要求。自 2018 年 7 月 1 日起，阿里山森林鐵路已由農委會林務局收回自營。[29]

**系爭事項**：促參案件遭逢天災因素致使承攬廠商未能如期履約。

**爭議階段**：履約階段。

**處理措施**：民事訴訟。

## 四、大鵬灣國家風景區建設案

### （一）案例背景

[27] 臺灣嘉義地方法院 101 年重訴字第 8 號民事判決（司法院法學資料檢索系統）。

[28] 臺灣高等法院臺南分院 102 年重上字第 54 號民事判決（司法院法學資料檢索系統）。

[29] 中央社（2018/0630）:「阿里山鐵路收回自營 林鐵文資管理處將掛牌」，網址：https://ppt.cc/fqA4Ex

airiti

大鵬灣位在屏東縣東港鎮與林邊鄉交界，為我國少數大型潟湖地形的環境，前身為日本時期水上飛機基地，因此兼具歷史人文與地理環境的國家風景區。2001 年 11 月交通部觀光局頒布大鵬灣風景特定區計畫書，設定開發目標為以水上活動為主軸的國際級休閒度假遊憩區。[30]大鵬灣國家風景區建設案於 2004 年由東方休閒集團所屬之大鵬灣國際開發股份有限公司取得特許經營權，[31]並投資新臺幣 100 億元開發 257 公頃區域，建置觀光飯店、遊艇港、水岸遊憩區及賽車運動場等休閒娛樂設施，預期創造總值 500 億元的經濟效益。[32]經過 15 年的投資開發後，承攬廠商大鵬灣國際開發公司於 2019 年 3 月以大鵬灣風景管理處長期未能解決區域外廢水排入彎區、為取締灣區內漁撈活動等事由，向主辦機關提出終止契約並申請交付仲裁。[33]

**主辦機關**：交通部觀光局。

**承攬廠商**：大鵬灣國際開發股份有限公司。

### （二）問題檢視

承攬廠商大鵬灣國際公司認為，長期以來灣區內的水域遭到區外廢水排入而影響水質，且灣域內違法濫捕的漁撈行為，主辦機關並未依約採取有效措施，同時未核准經營水上活動且額外設置濱灣碼頭等事項，致使該公司開發與招商均面臨困境而影響其營收，因此以主辦機關未能依約辦理相關事項為由提出終止契約。[34]對此，大鵬灣風景管理處（以下簡稱鵬管處）則提出回應，針對承攬廠商所提事項已經過多次正式協調會議與非正式的商談以處理爭議。但是廠商所提出灣區水體和碼頭等部分情事，並非屬於契約所規範之事項。另外鵬管處也積極辦理與國發會、觀光局等跨機關協商合作等事宜，並協助廠商處理遭遇之困難。至於終止契約部分，鵬管處則依法依約辦理。[35]

**系爭事項**：締約兩造對於各自應辦事項見解不一致。

**爭議階段**：履約階段。

---

[30] 財政部促參司，《民間參與大鵬灣國家風景區建設（BOT）案之執行經驗》，頁 1-3。

[31] 大鵬灣國際休閒特區，網址：http://www.thepenbay.com.tw/index.html

[32] 財政部促參司，《民間參與大鵬灣國家風景區建設（BOT）案之執行經驗》，頁 10-11。

[33] 中華日報（2019/0703）：「大鵬灣 BOT 終止 業者申請仲裁」，網址：https://ppt.cc/f6ELDx

[34] 自由電子報（2019/0703）：「大鵬灣 BOT 商營運 15 年虧損解約提仲裁 本月中結束營業」，網址：https://ppt.cc/fwGypx

[35] 大鵬灣風景管理處（2019/0704）：「鵬管處對 BOT 廠商結束營業回應說明」，網址：https://ppt.cc/fq1gax

airiti

**處理措施**：交付仲裁。

## 五、案例綜合討論

### （一）促參案爭議類型區分

從以上 ETC、大巨蛋、森鐵案和大鵬灣的爭議案例，吾人可以歸納出促參案例爭議問題的類型，可分成：第一，落選競爭者提出爭訟。促參法設計競標的目的是為了要讓委託機關篩選出最佳的廠商，避免逆向選擇的問題，但是落選者認為評比不公時，如何處理調解或進入訴訟，自會引發社會輿論的關注是否真存有不公平的現象，係屬於促參案締約前的爭端。然此類爭議經媒體報導後，容易對社會大眾產生弊端的聯想，不利於促參案在規劃階段獲得民眾的信任。

第二，政府機關行政干預的情況。長期以來公、私部門對於合約的認知不免存有差異。可是行政機關常以行政干預的方式去規避合約，或是以不確定性、模糊性之理由（如社會觀感不佳）片面要求變更，容易造成私部門營運上的困擾與成本增加。臺北體育文化園區興建案歷經馬英九、郝龍斌與柯文哲三任市長，其興建事項與內容以合約載明，但臺北市於 2014 年政黨輪替後，市府即對大巨蛋案抱持懷疑的態度但卻又無具體違約或違法事證，[36]以致本案延宕迄今後又在爭議中經審查後開始復工，[37]臺北市政府對於本案為何前後態度不一並未有明確的說明，因此大巨蛋案的延宕與爭議對於社會、市府與廠商形成三輸的情況。

第三，簽約兩造遭遇不可抗力之情事。對於政府或投資的企業而言，自不願見到因為天災之故而造成公共服務中斷，或是公共設施的毀損。可一旦發生，雙方勢必要衡量那些可恢復、那些無法再繼續的部分其成本與效益的高低，並進行相關協商履行合約。倘若無法達成共識，雙方不免進入到訴訟階段，反映出兩造對於風險承擔看法的歧見，以及合約在規範上對於可能問題的預見是有其限制性，無法將各種情況含列於契約條款之中。

第四，廠商不堪虧損而提前解約。在促參案中經營者認為締約的主辦機關負有全部的權力與責任，但是實際上締約的主辦行政機關還必須與有關的上級、平行或下級機關陳報或會商，以處理促參案契約外、但與促參案有關的管轄權競合抑或是跨機關協商的相關事宜，其折衝溝通過程所耗費的時間與成本，恐非民間

[36] 中時電子報（2015/0518）:「5 大弊案不弊？柯文哲正名 5 大案」，網址：https://ppt.cc/fy3grx

[37] 中央廣播電台（2019/1015）:「大巨蛋防災避難模擬修正通過 拚年底復工」，網址：https://ppt. cc /fdZJ0x

airiti

企業所能承受，而且企業也未必清楚瞭解各級行政機關作業流程與必要的程序，容易產生對行政機關延宕的誤解。而一旦促參案發生上述問題致使廠商虧損，提前終止契約的情況亦不可免。

### （二）現行促參案公私協力夥伴治理機制的問題

從以上爭議案例的解析可以發現，現行促參案公私協力夥伴治理機制的問題分別為：第一，促參法現行條文賦予行政機關以行政權介入的空間太大，縱然承攬廠商與主辦機關完成簽約，但履約過程行政機關能夠以行政權介入影響促參案的工作進度而徒增廠商的興建或營運成本；第二，無論是台灣中央與地方政府的各項促參案，有意承攬廠商除了針對成本效益的投資分析、技術與風險等分析之外，還必須考量政黨輪替或政治因素的影響。這種高度不確定性的政治因素若是參雜過多，並不利於吸引國內外廠商投資參與公共工程建設案，反而會造成逆向選擇而導致投標廠商尋租行為的發生，進而增加產生弊案的可能性並且損及促參案透明課責的規範性目標。

第三，促參案件本身主要的規範性目的即是增進公共工程或公共服務的品質，使社會大眾能夠蒙受其利。但現行機制的利害關係人主要為負責的行政機關與承攬廠商，並未將使用端的社會大眾列入其中，以致促參案件發生爭議時無法將社會大眾的得失利弊納入成本效益的分析之中，致始專案的成本與風險核算未必準確。第四，公部門與私部門在制度運作的思惟上有其明顯差異，倘若兩者無法藉由知識管理的途徑和措施以增加彼此的理解與信任，雙方如何在效率與公平之間取得衡平是現行促參案治理機制的另一項問題。

## 伍、結論

本文在問題意識以我國的促參案為什麼會發生爭議為起始，探討現行運作制度的問題以及如何改進。在理論應用的部分，本文從公共治理與法律的經濟分析兩個理論面向，檢視兩者對於促參法的公私協力夥伴關係的認知並探討其差異之處，然後從促參法的立法意旨以及促參案件合約的法律性質進行說明，並且解析發生爭議時締約兩造可以採行的策略途徑，以及公私部門兩者在制度運作上的先

airiti

天性差異以致容易產生爭端。因此，本文彙整了 ETC、大巨蛋、阿里山森鐵案與大鵬灣共四項促參法的爭議案例，從中檢視其案例背景與問題癥結。

就因果變項通過因果機制對於結果變項的影響來說，公私協力夥伴關係的性質在理論與制度上的不一致，為促參案發生爭議埋下伏筆。從文獻與案例之中發現，倘若促參案發生爭議，司法機關對於促參案合約的認知是另一項影響因素。在法律實務上，因個案緣故而將促參案契約性質判定為公法性質、私法性質與雙階性等三種見解，甚至從相關案例的判決中，看到司法機關做出與原立法意旨不同的裁決。換言之，以往我們僅將行政部門與民間企業視為是公私協力夥伴的行動者，在研究分析的實務面向會有不夠完整的情況。因此後續的研究需要將司法機關視為是公私協力夥伴的機制之中另一個關鍵的行動者，無論是設定為外生變數抑或內生變數，都需要將其相關判例與對促參案的見解納入分析討論的範疇之中，如此才能更清楚釐清促參案治理機制的問題並研擬可能的因應策略。

在爭議案例的解析與分類部分，本文歸納出有落選者爭訟、行政機關干預、遭遇不可抗力情事與提前解約四種情況。在第一個案例中，法院的見解是將 ETC 促參案的合約視為是行政契約，其甄選的結果具有行政處分，所以落選者提出爭訟以維權益。在第二個案例中，遠雄公司不服臺北市政府勒令停工的處分而提起行政訴訟，因此兩造主要攻防在行政訴訟，並未以合約的民事訴訟為主要策略，其因素應是臺北市政府從公共安全的法規找出行政干預的理由為主。第三個案例是主辦機關應相當明瞭阿里山森林鐵路投資案的風險，但民間公司並未詳細評估，最後導致無法在時限內履約的問題。第四個案例則是涉及到締約的主辦機關，面臨到廠商所提出的問題已超出其管轄權的範圍，則需要與進行跨機關協商，但過程與時間所耗費的成本，未必是經營廠商所能承受。倘若發生，兩造對於應負事項認定不一自然發生爭議。然無論是何種法律見解、或何種爭議類型，其實都存有因個案而定的不確定性。

從制度設計和運作探討的角度來說，倘若在理論與實務有所落差，同時運作上亦無法達成此一目標，則重新檢討制度的良窳就有其必要性。促參案運作機制的目的就是為了降低締約兩造在履約過程的不確定，減少行動者因制度缺失而可能會有的尋租行為或投機行為。針對促參案制度修正的建議部分，則是需要將公共建設或公共服務使用端的社會大眾納入利害關係人的範疇之中，並在估算促參

airiti

案成本效益分析的判準考量其意見、立場或態度，同時透過知識分享以增加公部門與企業之間的理解，降低兩造在促參案運作過程可能的誤會與歧見。

airiti

## 參考文獻

李宗勳，2007，《政府業務委外經營：理論、策略與實踐》。臺北市：元照。

吳秀光、吳宗憲，2008，〈台北市政府促進民間參與公共建設政策之研究〉，《政策研究學報》，8：23-75。

吳宗憲、曾凱毅，2010，〈促進民間參與公共建設政策為何成為台北市政府的選擇？-交易成本理論的初探性應用〉，《文官制度季刊》，2（3）：107-149。

吳志光、陳英鈐、林明鏘，2016，《公私協力相關法制規定》。臺北市：元照。

林麗香，2010，〈公私協力之法律問題研究－行政契約之法律面向為主〉，《法政學報》，23：67-88。

林明鏘，2015，〈台灣 BOT 的制度缺陷與修法建議〉，謝哲勝（主編），《BOT 契約：法律與政策》，臺北市：元照，頁 28-41。

林家祺，2015，〈BOT 契約的法律性質〉，謝哲勝（主編），《BOT 契約：法律與政策》，臺北市：元照，頁 43-85。

林淑馨，2016，〈台灣非營利組織與地方政府協力的實證分析：以六縣市為例〉，《政治科學論叢》，69：103-148。

柯于璋，2013，〈政府委託研究案代理問題之探討：一個結合賽局理論與代理人理論的研究取向〉，《行政暨政策學報》，57：1-35。

陳敦源、張世杰，2010，〈公私協力夥伴關係的弔詭〉，《文官制度季刊》，2（3）：17-71。

陳銘祥，2011，《法政策學》。臺北市：元照。

陳寶瑞，2011，《公共經濟學》（第 2 版）。臺北市：五南。

曾冠球，2011，〈為什麼淪為不情願夥伴？公私夥伴關係失靈個案的制度解釋〉，《臺灣民主季刊》，8（4）：83-133。

孫克難，2015，〈民間參與公共建設之 PFI 模式探討-引進新制度經濟學觀點〉，《財稅研究》，44（5）：1-37。

程明修，2016，《行政私法與私行政法》。臺北市：新學林。

詹中原，1993，《民營化政策：公共行政理論與實務之分析》。臺北市：五南。

詹鎮榮，2014，《公私協力與行政合作法》。臺北市：新學林。

錢世傑，2015，〈BOT 的立法政策〉，謝哲勝（主編），《BOT 契約：法律與政策》，臺北市：元照，頁 3-27。

airiti

蔣兆康譯、Posner 著，2009，《法律經濟學》。臺北市：五南。

謝哲勝，2001，〈法律經濟學基礎理論之研究〉，《國立中正大學法學集刊》，4：37-60。

顏愛靜等譯、Furubotn and Richter 原著，2009，《制度與經濟理論》（第 2 版）。臺北市：五南。

蘇南，2013，〈論 BOT 制度的經濟分析-以風險及代理理論觀之〉，《國立中正大學法學集刊》，38：47-98。

Asian Development Bank, 2008. *Public-Private Partnership Handbook*. Download Website: https://www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook

Beach, Derek and Rasmus Brun Pedersen. 2013. *Process-Tracing Methods: Foundations and Guidelines*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Bertelli, Anthony Michael. 2012. *The Political Economy of Public Sector Governance*. New York, NY: Cambridge University Press.

Currie, Denise and Paul Teague. 2015. "Conflict Management in Public-Private Partnerships: The Case of the London Underground." *Negotiation Journal*, 31(3): 237-266.

George, Alexander L. and Andrew Bennett. 2005. *Case Studies and Theory Development in the Social Science*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Gerring, John. 2007. *Case Study Research: Principles and Practices*. Cambridge, NY: Cambridge University Press.

Hardin, Russell. 1982. *Collective Action*. Baltimore: John Hopkins University Press.

Konrad, Thomas S. 2018. *Management Control in Public-Private Partnerships: Between International Governmental Actors and Private Sector*. Wiesbaden, Germany: Springer Gabler.

Morris, John C. and Katrina Miller-Stevens ed. 2016. *Advancing Collaborative Theory: Models, Typologies, and Evidence*. New York, NY: Routledge.

Lowndes, Vivien and Mark Roberts. 2013. *Why Institutions Matter: The New Institutionalism in Political Science*. Hampshire, UK: Palgrave Macmillan.

airiti

Maurya, Dayashankar and Amit Kumar Srivastava. 2019. "Managing Partner Opportunism in Public-Private Partnerships: The Dynamics of Governance Adaptation." *Public Management Review*, 21(10): 1420-1442.

Newman, Joshua. 2017. *Governing Public-Private Partnerships*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

O'Leary Rosemary and Lisa Blomgren Amsler. 2016. "Collaborative Governance: Integrating Management, Politics, and Law." *Public Administration Review*, 76(5):700-711.

Prats, Joan. 2019. *The Governance of Public-Private Partnerships: A Comparative Analysis*. Inter-American Development Bank, website: https://publications.iadb.org publications/english/document/The_Governance_of_Public-Private_Partnerships_A_Comparative_Analysis.pdf

Savas, Emanuel S. 2000. *Privatization and Public-Private Partnerships*. New York, NY: Chatham House.

Saz-Carranza, Angel and Francisco Longo. 2012. "Managing Competing Institutional Logics in Public-Private Joint Ventures." *Public Management Review*, 14(3): 331-357.

Scharpf, Fritz W. 1997. *Games Real Actors Play Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Oxford: Westview.

Thomson, Ann Marie and James L. Perry. 2006. "Collaboration Process: Inside the Black Box." *Public Administration Review*, 66(Special Issue) : 20-32.

Williamson, Oliver. 1996. *The Mechanisms of Governance.* New York, NY: Oxford University Press.

Waston, Joel. 2013. *Strategy* (3rd ed.). New York, NY: W.W. Norton & Company.

Yescombe, E.R. 2007. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. London: Elsevier.

airiti

# The Conflicts and Management in Public-Private Partnerships: Cases of Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects

Li-Wei Chan*

**Abstract**

Public-Private Partnerships (PPPs, P3s) have become a prominent policy tool in public governance and for public infrastructure projects to boom economic prosperity in many countries, such as Taiwan, South Korea, Japan, and Singapore. This article discusses the conflicts and management in PPPs and adopted case studies to explore what factors cause disputes between the public sector and the private sector. For this purpose, the paper addresses three causal variables: the nature of P3s, the institutional attribution of Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects, and interactive strategies for contractual partners. The causal variables pass by the causal mechanism (the mechanism of private participation) to affect the outcome variable, the cases of PPPs. The author analyzed four dispute cases and the possible conflict between the partners, the uncertainty of management and suggested recommendations in P3s.

**Keywords**: Act for Promotion of Private Participation in Infrastructure Projects, Public-private partnerships, Law of economic analysis, Causal process-tracing, Case study

---

*Assistant Professor by Contract in Department of Public Administration, TamKang University

Received: October 10, 2019. Accepted: November 3, 2019.