促參法規範下 BOT 案爭議之解析—以權利金、違約金、強制接管、契約性質爭議為中心

許登科
（成功大學法律學系副教授）

【目次】

壹、問題說明
貳、BOT 案中權利金、違約金、強制接管、契約性質爭議之解析
一、權利金約定之爭議
二、強制接管之爭議
三、違約金之爭議
四、BOT 契約性質之爭議
參、結語

壹、 問題說明

最近 BOT 法制之議題又引起國人熱烈關注，例如 BOT 案中權利金與違約金之約定並不合理，但是否違法，乃至是否構成刑法圖利罪嫌 ?BOT 之標的，亦即公共建設興建有結構安全且有危害大眾交通安全與附近古蹟之虞，但 BOT 契約未約定主辦機關之強制接管，是否主辦機關就不能強制接管？若 BOT 契約履約期間有爭議，是公法契約爭議或私法契約爭議？若該契約中已經約定由民事法院為第一審管轄法院，效力如何？等問題，均係我國推行 BOT 之行政方式於實務和學理發展將近 15 年所已潛藏而近日發生並待決之課題。但此等問題乃對 BOT 案之契約訂定和執行於促進民間參與公共建設法 (下稱：促參法) 的認識上或有誤解，或法律解釋尚待釐清並須形成共識者。為此，本文為文探討，一方面為使目前 BOT 案所生問題能回歸促參法制與法理妥善解決，另一方面，此等依促參法規範下 BOT 之推動與建置，乃現代國家推動之新型態行政法與行政方式，有其特殊行政法學特性與方法論課題[1]，且不能用民事法或私人間契約模式為思維基礎，吾人實應多加關注，求其符合應有法制之法理並與實用融合，而使 BOT 之行政在日後能步上正軌並臻法治之完善。

1 李建良，民營化時代的行政法新思維，收錄於李建良主編，2011 年行政管制與行政爭訟，中央研究院法律研究所專書 (16)，2012 年，頁 1 以下；陳愛娥，行政法學的方法—傳統行政法釋義學的續造，月旦法學教室，100 期，2011 年 2 月，頁 88；林明鏘，擔保國家與擔保行政法—從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，政治思潮與國家法學—吳庚教授七十華誕祝壽論文集，元照，2010 年，頁 577-598。

貳、 BOT 案中權利金、違約金、強制接管、契約性質爭議之解析

基本上，BOT 政策與行政方式，既係主辦行政機關依促參法為規範基礎所推動，乃主辦機關經由促參法法定程序為規劃後公告，並由民間申請人依據公告之招商文件 (例如申請須知) 自行規劃和提出投資計畫，再經甄審委員會甄選，並由主辦機關與民間機構議約後簽訂投資契約，BOT 契約為其中一類型。故現今 BOT 契約履約期間爭議性質，均屬在上述促參法規範下之行政，應屬行政法爭議，而非一般私人間民事法爭議，且此促參法規範下 BOT 之行政 (所謂民間參與公共建設之行政)，並非僅 BOT 契約本身之爭議，也將含括促參法本身應優先適用下所生之爭議 (例如本文探討之強制接管)，應先辨明。準此，對於促參法規範下 BOT 案之權利金、違約金約定，強制接管權限之行使，以及 BOT 契約爭議之救濟途徑的相關討論，應建立在行政法上認識，更確切說，基於促參法作為一規範民間參與公共建設行政之基本法下對 BOT 案爭議之解決與執行。

針對上述問題與理解，謹於以下逐一提供個人淺見以供參酌。

一、權利金約定之爭議

BOT 契約中權利金之約定欠缺，或者約定不用權利金，這應是違反促參法下主辦機關辦理 BOT 個案時應有要求與前提理解的。因為，依據促參法及其辦理法定程序，基本上，BOT 個案係一個行政計畫案，更確切地說，是依財務規劃可行之計畫案，故是建立在具有財務可行的前提[2]。就促參法之規範，則是一具有自償能力之公共建設計畫為基礎，才能推動的[3]。套句通俗的話，賠錢的 (BOT) 生意，是沒人會來做，政府也不應該推動。若政府依法公告推動之 BOT 個案，依照政府與民間評估之財務與規劃，是會賺錢的。

基此，既然會賺錢才能推動的 BOT 個案，BOT 契約中就要約定權利金。只不過，該權利金是否定額固定或採彈性計算，運用所謂固定權利金、開發權利金或營運權利金、變動權利金等類此概念且如何在契約中約定，並參酌 BOT 個案之財務評估為約定。也因此，自促參法第 11 條明文：「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：…二、權利金及費用之負擔。」規定中，在 BOT 案具財務可行之評估規劃，應依個案特性約定權利金，並非賦予主

2 促參法施行細則第 39 條規定：主辦機關辦理民間參與政府規劃之公共建設前，應辦理可行性評估及先期規劃。但未涉及政府預算補貼或投資者，不在此限。
前項可行性評估，應依公共建設特性及民間參與方式，以民間參與之角度，就公共建設之目的、市場、技術、財務、法律、土地取得及環境影響等方面，審慎評估民間投資之可行性。

3 促參法施行細則第 34 條規定：申請人應於其申請案件之財務計畫內提出自償能力之計算及分析資料，並依據前項主辦機關公告之內容，敘明要求主辦機關補貼利息或投資建設之額度及方式，由甄審委員會評審之。