

寰瀛法律叢書系列 6

 Affiliate Member of FIDIC

促參法

100個有關辦理
BOT、OT等案件的重要問題

Q
&
A

100 Q & A about BOT、OT projects

寰瀛法律事務所
古嘉諄、李元德
黃俊凱、陳俐宇 主編

 元照

促參法 Q & A

100個有關辦理BOT、
OT等案件的重要問題



寰瀛法律事務所

古嘉諄、李元德、黃俊凱

陳俐宇 主 編

李元德、張勝傑、吳詩敏

吳世宗、黃俊凱、李惠貞

劉素吟、蔡子琪、孫丁君

陳俐宇 合 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

促參法 Q&A：100 個有關辦理 BOT、OT 等案件
的重要問題 / 李元德等合著；古嘉諄等主編
.-- 初版. -- 臺北市：寰瀛法律事務所，
2009.07
面；公分

ISBN 978-957-29965-5-3（平裝）

1. 公共工程 2. 公共建設 3. 法規 4. 問題
集

440.023

98009732

促參法 Q&A

—100個有關辦理BOT、OT等案件
的重要問題

5H017PA

2009 年 7 月 初版第 1 刷

主 編	古嘉諄、李元德、黃俊凱、陳俐宇
作 者	李元德、張勝傑、吳詩敏、吳世宗、黃俊凱 李惠貞、劉素吟、蔡子琪、孫丁君、陳俐宇
出 版 者	寰瀛法律事務所
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 420 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-29965-5-3

尹 序

鑽研新的營建技術，對我而言，是工作，也是興趣。為此，潤泰的同仁們與我每週開會研議，想盡辦法來突破既有之營建框架，希望運用更好、更快、更經濟的施工方法，營造更優質的工程。而潤泰團隊在一起研發創新的過程中，深感為了圓滿完成營建工程，除了專業之工程技術經驗外，工程法律也是一個重要的議題。

在潤泰集團參與營建工程之過程中，我們瞭解促參涉及許多專業的整合，以BOT案為例，從招商、興建、營運到移轉等各個階段，必須結合工程、財務、法務等專業知識及經驗，而且，政府與民間的投資者也須時時溝通，密切合作，當這些事項都面面俱到時，BOT案才能大功告成。

寰瀛法律事務所彙整多年辦理促參案件的寶貴經驗，出版「促參法Q&A——100個有關辦理BOT、OT等案件的重要問題」一書，本書選擇了促參實務上常見的100個問題，內容涵蓋了BOT、BOO及OT等各種案件類型，討論的對象從主辦機關的先期規劃、可行性評估，招商甄審程序，一直到議約簽約及履約管理，爭議處理、資產移轉，以及融資、保險等，把促參實務上容易發生爭議的地方，生動的勾勒出來，特別是，長期以來業界所關心的政府強制接管公共設施的程序，寰瀛也將他們寶貴的實戰經驗寫出來。

本書以淺顯易懂的文字，有條不紊地剖析複雜的促參問題，即使像我不是法律系科班出身的人，也能夠輕鬆閱讀；但我想特別指出來的是，寰瀛不藏私的風格，寰瀛多年來持續地出版各種工程法書籍，不吝惜地與社會分享辦理工程法律案件的經驗，令人感佩，而這也是我強力推薦本書的另一個主因。

吳仁樑

2009年6月8日

寰瀛的話

近年來全球各國都走向一個趨勢，那就是延伸了私部門的功能，藉由其私有資金及管理技巧的投入，使得公共建設及服務能更迅速靈活，更符合社會大眾對政府的期許，同時亦能使公部門、私部門以及社會大眾三方均蒙其利。

本所長期致力於促進民間參與公共建設案件之法律專業服務提供，累積極為豐富之執行實務經驗，所承辦之OT、BOT、BOO等公共建設案例極多，為國內辦理民間參與公共建設計畫最具有經驗之專業法律事務所之一，除曾擔任台北市政府都市發展局民間自提BOT案、台北市政府文化局民間自提BOT案及政府規劃BOT案、台北市政府體育處OT案等案件自招商階段至議約簽約階段法律專業諮詢顧問、ETC案民間廠商於議約簽約階段法律專業諮詢顧問，以及國內仲裁賠償金額最鉅之焚化爐BOO案於爭議階段之民間機構代理人，本所專業團隊所提供服務之工作內容包含：研擬招商文件及興建營運移轉契約、協助辦理甄審作業、決標程序、議約及爭議處理等事項，因此深知主辦機關及民間機構在促參案件中無論是包括可行性評估、先期規劃階段、招商階段、甄審階段、議約及簽約階段、履約階段、移轉階段及爭議處理等各階段中需要專業法律顧問從旁提供協助之需求。

在本所李元德律師、黃俊凱律師及陳俐宇法務主任的策劃下，由本所幾位優秀的法律同仁們於公餘之暇將促參案件辦案心得，彙

整出主辦機關及民間機構於各階段遭遇之問題，並以簡要的問答形式著成本書，期以提供辦理促參案件之相關承辦人員，或有志於投入促參案件廠商執行上之參考，尚祈各界先進不吝給予本所支持與指教，至為禱感。

古嘉諄

2009年6月

促參法Q & A

—— 100個有關辦理BOT、OT等案件的重要問題 用語統一表

原名稱	縮 語
主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意事項	民間自提案件作業注意事項
主辦機關審核民間自行規劃申請參與公共建設案件注意問答	民間自提案件注意問答
民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法	甄審辦法
民間機構參與重大公共建設適用免納營利事業所得稅辦法	重大建設適用免納營所稅辦法
行政院公共工程委員會	工程會
促參案件權利金設定及調整原則	促參案件權利金原則
促進民間參與公共建設公有土地出租及設定地上權租金優惠辦法	租金優惠辦法
促進民間參與公共建設法	促參法
促進民間參與公共建設法施行細則	促參法施行細則
國家賠償法	國賠法
機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項	促參案件作業注意事項

目 錄

尹 序

尹衍樑

寰瀛的話

古嘉諄

用語統一表

第1問	WTO下之政府採購協定（GPA）與促參法有何關聯？.....	李元德.....	1
第2問	促參法有無類似政府採購法上「擴充採購」之概念？.....	孫丁君.....	5
第3問	BOT民間機構人員是否屬刑法上之「公務員」.....	李元德.....	7
第4問	國營事業可否作為促參案件之主辦機關？.....	孫丁君.....	11
第5問	主辦機關之「可行性評估」及「先期規劃」內容，應否公開？.....	孫丁君.....	13
第6問	主體事業與附屬事業有何異同？主體設施與附屬設施有何異同？.....	孫丁君.....	17
第7問	民間參與重大公共建設免納營利事業所得稅之範圍為何？.....	黃俊凱.....	21
第8問	OT案件可否容許民間機構經營附屬事業？.....	孫丁君.....	25
第9問	融資機構行使介入權不得「處分」營運資產，但能否行使抵押權？.....	李惠貞.....	29
第10問	投資契約中有關限制民間機構發起人移轉持股之約定效力為何？.....	陳俐宇.....	33

第11問	在促參案件中，對民間機構轉投資是否應予限制？	吳世宗	35
第12問	什麼是政府最低功能及效益需求？	陳俐宇	37
第13問	工作小組成員之組成及任務為何？	孫丁君	41
第14問	促參案件之申請廠商資格是否應有所限制？	吳世宗	45
第15問	BOT甄審程序是否必須進行協商？進行協商程序時應注意什麼？	李元德	47
第16問	促參案件招商文件中有關沒收申請保證金之規定是否合法？	陳俐宇	51
第17問	何謂政府投資非自償部分？	蔡子琪	55
第18問	政府投資非自償部分與BOT契約關係為何？	蔡子琪	59
第19問	促參法第46條民間自提案件，對原申請人之保障方式為何？	陳俐宇	63
第20問	促參法第46條民間自提案件，原申請人得否不公開規劃案？	黃俊凱	67
第21問	民間自提案，公開規劃案的智慧財產權對價如何協商及計算？	黃俊凱	71
第22問	主辦機關選出最優申請人之BOT甄審公告其法律性質為何？	黃俊凱	75
第23問	未獲選廠商有無向法院起訴請求撤銷最優申請人資格的權利？	黃俊凱	79
第24問	次優申請人有無請求遞補的權利？	黃俊凱	83
第25問	OT案件之「投資總額」，應如何認定？	孫丁君	87
第26問	主辦機關可否依促參法第29條之規定，投資OT案件？	孫丁君	91

第27問	主辦機關與最優申請人議約之議約原則為何？	李元德	95
第28問	議約程序中的文件或會議紀錄可否作為投資契約之一部分？	陳俐宇	99
第29問	有關權利金之負擔，實務上契約約定有哪些方式？	陳俐宇	103
第30問	依法得給予民間機構土地租金之優惠，是否包含免收租金？	黃俊凱	107
第31問	BOT案件可否約定由民間機構就興建設施負瑕疵擔保責任？	蔡子琪	111
第32問	民間機構是否宜要求其承攬人拋棄法定抵押權及其登記請求權？	李元德	115
第33問	促參案件中，民間機構應如何開立統一發票？	吳世宗	119
第34問	促參案件中，主辦機關得否要求民間機構更換簽證會計師？	吳世宗	123
第35問	在促參案件中，投資契約文件為何？文件間適用順序為何？	吳世宗	125
第36問	促參法投資契約的法律性質為私法契約或公法契約？	黃俊凱	129
第37問	投資契約簽訂後，如甄審公告經撤銷，對投資契約效力之影響為何？	黃俊凱	135
第38問	營運績效評估委員會應如何組成？	吳世宗	139
第39問	營運績效評估（鑑）辦法之方法及項目應包括哪些？	吳世宗	141
第40問	主辦機關可否以「公益」為由，片面修改變更契約內容？	李元德	143
第41問	投資契約簽訂後，如環境影響評估經撤銷，對投資契約之影響為何？	黃俊凱、李惠貞	147

第42問	民間機構因營運取得個人資料提供其他機關使用的法律問題？	李元德	151
第43問	投資契約中聲明事項、承諾事項及協助事項之區別為何？	孫丁君	155
第44問	促參案件中營運權利金若以總營業收入計算者，應如何定義？	吳世宗	157
第45問	BOT契約中的權利金可否調整？	陳俐宇	159
第46問	融資機構在促參案件中之地位？於投資契約中有何權利？	李惠貞	161
第47問	BOT融資契約之擔保品有何限制？	張勝傑	165
第48問	民間機構公開發行新股之限制為何？	張勝傑	167
第49問	金融機構對民間機構之授信比例上限如何認定？	張勝傑	169
第50問	民間機構發行公司債之總額上限為何？	張勝傑	173
第51問	興建期間之政府投資非自償部分如何辦理管理、驗收及所有權登記？	蔡子琪	177
第52問	BOT案件中，主辦機關有無權利要求修正民間機構之設計圖說？	孫丁君	181
第53問	促參契約中民間機構有關分包應注意哪些事項？	劉素吟	185
第54問	主辦機關可否要求民間機構應提供減價之優惠？	孫丁君	187
第55問	排除民眾抗爭係主辦機關抑或民間機構之責任？	李惠貞	189
第56問	投資契約終止時，民間機構應於何時辦妥塗銷地上權登記？	黃俊凱	193
第57問	BOT契約與OT契約之財務監督與稽查重點有何異同？	蔡子琪	197

第58問	主辦機關得如何進行民間機構之財務監督？	劉素吟	201
第59問	BOT契約與OT契約之常見保險種類為何？	蔡子琪	205
第60問	何謂損害防阻機制？	蔡子琪	207
第61問	如何辨明契約約定投保保險是屬於足額保險或是不足額保險？	蔡子琪	211
第62問	OT案民間機構得否變更經營範圍標之物之用途？	蔡子琪	215
第63問	OT案件民間機構得否任意變更本案標之物相關設施？	蔡子琪	217
第64問	OT案件主辦機關得要求民間機構提付之書面表冊為何？	蔡子琪	219
第65問	公共建設冠名權及其商標權之歸屬應如何安排較為適當？	黃俊凱	223
第66問	民間機構得提出之履約保證方式為何？履約保證之額度、期限為何？／	劉素吟	227
第67問	履約保證之保證期限可否約定調整機制？	陳俐宇	231
第68問	民間參與公共建設案件是否有國家賠償法之適用？	黃俊凱	233
第69問	BOT有償移轉之資產價值如何計算？	李元德	237
第70問	公有土地出租予民間機構，地價稅是否為土地租金之一部？	李惠貞	241
第71問	編製資產目錄（清冊）之用意為何？與將來資產移轉的關聯為何？	李元德	245
第72問	BOT契約提前終止時，民間機構可否移轉價金請求權予融資機構？	張勝傑	249

第73問	如何使用並確保民間機構合法使用因該案而取得之智慧財產權？.....	蔡子琪253
第74問	營運期間屆滿時或屆滿前，相關智慧財產權應如何辦理移轉程序？.....	蔡子琪257
第75問	於OT案件中，保險標的之資產價值要如何估計？.....	蔡子琪261
第76問	OT契約中之資產返還應如何安排？.....	劉素吟265
第77問	OT契約終止後，民間機構拒不返還公建設時如何處理？.....	劉素吟267
第78問	BOO契約辦理資產移轉時如何確定資產移轉之標的範圍？.....	劉素吟271
第79問	民間機構違約構成「缺失」時，主辦機關得採取之措施為何？.....	孫丁君275
第80問	民間機構違約時主辦機關得採取之措施為何？.....	陳俐宇279
第81問	不可抗力與除外情事之定義為何？有何區別？.....	李惠貞283
第82問	投資契約是否有情事變更原則之適用？.....	李惠貞287
第83問	促參案件常見之爭議處理方式為何？.....	吳詩敏291
第84問	協調委員會之組成及功能？協調結論之效力如何？.....	陳俐宇295
第85問	民間機構如何依仲裁判斷對主辦機關聲請強制執行？.....	吳詩敏299
第86問	BOO契約之民間機構得否因物價變動請求主辦機關補償？.....	吳詩敏303
第87問	主辦機關中止民間機構興建或營運之法律性質為何？.....	黃俊凱、李惠貞307

第88問	民間機構營業額未達財務計畫之預期，主辦機關應否啟動退場機制？	孫丁君	313
第89問	BOT案件中，融資機構有無主動介入權？	張勝傑	315
第90問	民間機構因BOO契約終止請求損害賠償，有無短期時效之適用？	吳詩敏	317
第91問	主辦機關強制接管之法律性質為何？民間機構應循何種程序救濟？	劉素吟	321
第92問	強制接管之類型為何？強制接管後的營運費用由何者負擔？	劉素吟	325
第93問	強制接管之法律程序為何？（上）	劉素吟	329
第94問	強制接管之法律程序為何？（下）	劉素吟	333
第95問	主辦機關強制接管公共建設，能否限制民間機構進出公共建設？	劉素吟	337
第96問	強制接管後，主辦機關與民間機構之協力廠商、租用人間之關係為何？	劉素吟	339
第97問	強制接管後，民間機構與其協力廠商、租用人間之關係為何？	劉素吟	343
第98問	強制接管後，主辦機關得否對民間機構之財產設備行使留置權？	劉素吟	347
第99問	強制接管時，民間機構既有員工之權益應如何保障？	黃俊凱	351
第100問	促參案執行上的相關風險應如何適當的規劃與安排？	黃俊凱	355
附錄一	促參案件流程圖		361
附錄二	索引		365
附錄三	作者簡介		383

WTO下之政府採購協定（GPA） 與促參法有何關聯？



政府採購協定（Agreement on Government Procurement，簡稱GPA），係世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱WTO）下之子協定，議定於1993年關稅及貿易總協定（General Agreement on Tariff and Trade，簡稱GATT）之烏拉圭回合談判，由於其非屬強制性協定，故截至2009年初WTO僅有40個會員國簽署。我國擬簽署加入成為第41個會員國。

既稱為政府採購協定，顧名思義，即在處理與政府採購有關之事宜。有關外國廠商參與我國政府採購事項，現行之政府採購法僅於第36條第3項規定，外國廠商之投標資格及應提出之資格文件，得就實際需要另行規定，易言之，依現行採購法之規定，是否開放外國廠商參與，乃由採購機關依需求決定之。然而，一旦我國加入GPA後，就我國承諾開放清單內之機關，達到門檻金額之採購，皆必須依互惠原則，讓其他GPA會員國之廠商有機會參與。

我國民間參與公共建設之型態，一種係以前開由政府向民間為工程或勞務採購之方式為之，另一種即係透過甄選民間機構由其辦理之，並分別以政府採購法與促參法為依據。而GPA係屬與政府採購相關之協定，故縱使將來我國簽署加入GPA，該協定內容亦不適用於外國廠商擬於我國依促參法參與公共建設之情形。

目前我國促參法第4條第3項規定，若與主辦機關簽訂投資契約之民間機構有外國人持股時，其持股比例得視個案需要調整，

不受其他法律有關外國人持股比例之限制。依該規定意旨，促參法在立法當時即已不排除由外國民間機構參與公共建設之可能，至於促參法將來修法是否會參考GPA之規定方式，就某些機關主辦或規模達到一定程度之促參案件，均須開放外國民間機構參與，則未可知。

又民間機構依促參法之規定與主辦機關簽訂投資契約後，為辦理投資契約中之興建或營運事項，有時會將部分工程或勞務分包，則此工程或勞務分包有無須適用政府採購法，並進而須依GPA之規定開放其他GPA會員國廠商參與之可能？由於促參法第4條第1項規定與主辦機關簽訂投資契約之「民間機構」，指依公司法設立之公司或其他經主辦機關核定之私法人。同條第2項並明定若民間機構有政府、公營事業出資或捐助者，其出資或捐助不得超過該民間機構資本總額或財產總額20%。故促參法第4條規定中之「民間機構」，與政府採購法第3條規定之「政府機關、公立學校或公營事業」自所有不同，從而，促參法之民間機構縱使有將投資契約中部分工作分包之必要，該分包程序亦無適用政府採購法之餘地，且亦不生是否應依GPA之規定開放其他GPA會員國廠商參與之問題。

有趣的是，有人以為因中國大陸亦屬WTO會員，故我國一旦加入GPA，中國廠商可立即透過GPA進入我國從事公共工程之建設。此項誤解之產生，係因其不明瞭GPA僅適用於加入GPA之WTO會員，中國大陸尚未簽署GPA，自不至於因我國加入GPA，中國廠商即當然可進入我國從事公共工程。