

臺灣屏東地方法院檢察署
九十九年度研究發展報告

**從高鐵 BOT 投資案論行政裁量濫用與圖利
罪—以促進民間參與公共建設法第 52 條
公部門裁量權之行使為中心**

審查人：檢察長 羅榮乾
撰寫人：檢察官 曾士哲

臺灣屏東地方法院檢察署編印
中華民國九十九年十二月

目 錄

第一章	緒論.....	1
第二章	BOT 工程模式與專案融資概述.....	6
第一節	公共建設民營化的風潮.....	6
一、	國際風潮.....	6
二、	國內趨勢.....	7
第二節	公、私部門協力開發公共建設.....	8
一、	概述.....	8
二、	公、私部門協力開發公共建設對專案所在地的影響.....	10
三、	公部門如何評估其於專案計劃中所應扮演的角色.....	14
第三節	BOT 工程模式概述.....	19
第四節	專案融資概述.....	23
一、	什麼是專案融資.....	23
二、	專案融資與傳統融資的差異.....	25
三、	專案融資的效益及缺點.....	27
四、	民間參與公共建設籌措資金的新寵 - 專案融資.....	32
第三章	促參法第 52 條之行政裁量與圖利罪.....	36
第一節	促參法第 52 條概述.....	36
第二節	貪污治罪條例第 6 條公務員圖利罪概述.....	41
一、	須主辦機關公務員明知其行政行為違背法令.....	42
二、	須主辦機關公務員裁量權之行使違背法令.....	43
三、	須民間機構因主辦機關公務員之違法裁量而獲得具體利益.....	45
第三節	裁量是否濫用之司法審查密度 - 刑事審查究應採取何標準？.....	46
一、	就行政裁量進行司法審查之正當性.....	46
二、	南科減振案 (臺灣臺南地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號) 判決意旨酌參.....	48
三、	小結.....	52
第四章	結論	56

從高鐵 BOT 投資案論行政裁量濫用與圖利罪

- 以促進民間參與公共建設法第 52 條公部門裁量權之行使為中心
-

曾士哲*

* 作者為臺灣屏東地方法院檢察署候補檢察官，法務部司法官訓練所第 48 期結訓，2007 年美國喬治城大學法學院（Georgetown Law Center）法學碩士（LL.M）。

第一章 緒論

「山也 BOT，海也 BOT」，電影海角七號中一句經典的對白，道出台灣目前最夯的公共工程建設模式。有別於傳統公共工程均由政府籌措資金發包予民間廠商興建，新一代的公共建設則多方鼓勵民間廠商攜帶自有資金加入開發與營運。此一「公、私部門協力開發公共建設」的營建模式，除能有效減輕政府的財政負擔外，並可引進民間企業的活力，本於民間企業一般均較公部門更能貼近市場需求並且快速反應，高品質的公共工程建設，指日可待，此由台鐵及高鐵營運帶給國人迥然不同的服務感受，即可見一斑。

公、私部門協力開發公共建設的方式多端，並不囿於定型化窠臼，有公部門負責籌措資金興建完成後交由民間營運一定期間者（即 OT 模式；operate - transfer），有民間以自有資金興建後再逐年由公部門編列預算買回之 BT 模式（build - transfer）²，然其中最具代表性也最為國人耳熟能詳的，非 BOT 模式莫屬，我國在 96 年間通車營運的南北高速鐵路系統即為代表³。所謂 BOT（build - operate - transfer）營建模式，即指由公、私部門就專案設施（project）之開發簽訂「授權營建合約」（concession agreement），雙方約定由民間機構自行籌措資金興建公共建設，並於建設完成後取得該設施之專屬營運權，而授權營運期間之收入則大抵由民間機構獨得，供其攤還營建成本並藉此獲取利潤；俟授權營運期間屆滿後，除兩造另有約定外，民間機構即需無條件將該專案設施之一切權利交還政府，茲再以我國高鐵工程 BOT 投資案為例，作一說明。民間機構即台灣高鐵公司於 88 年間獲得優先議約權後，即與交通部在隔年簽訂高鐵設施之授權營

² 採 BT 模式營運公共建設最大的意義在於，公部門得以分期付款之方式逐年編列預算向民間買回該公共建設之營運權，而無須在興建之初即將所有資金一次籌措到位，公部門對於預算的運用將可更為靈活。

³ 我國高鐵 BOT 聯貸案於民國 88 年競標之時，即屬全世界單一授信金額最高的 BOT 案（當初首批聯貸金額即高達新台幣 3233 億元，後更經歷第二次聯貸而追加貸款金額 407 億元，總計高鐵工程之聯貸金額為 3640 億元），超越當時金額最高、亦採 BOT 工程模式規劃之英法海底隧道（Euro Tunnel）。

建合約。兩造締約後，台灣高鐵公司即著手籌措高鐵設施之營建成本，計籌得新台幣 4800 餘億元資金，並悉數投入高鐵系統的建設⁴ (build)。迄高鐵工程於 96 年間完工並通車營運後，台灣高鐵公司即自負盈虧迄今 (operate)。而依據台灣高鐵公司與交通部所簽訂之高鐵設施授權營運合約，該公司得獨享高鐵營運權達 35 年，台灣高鐵公司即可利用此一期間之營運收入來攤還其獲自聯貸銀行團之貸款 (syndicated loan)，並獲取利潤。俟高鐵系統營運屆滿 35 年後，除兩造另有約定外，台灣高鐵公司即需依上揭營建合約將高鐵設施一切權利無條件移交政府收執 (transfer)。依此，公部門即我國政府極可能在全無花費的情形下，「無償」獲得一套高鐵建設，此亦即台灣高鐵公司在民國 88 年與劉泰英先生主導之「中華高鐵聯盟」競標高鐵建設優先議約權時，喊出「政府零出資即可獲得高鐵系統！」口號之依據。由是以觀，如民間參與開發之公共建設其財務架構規劃得當，地主國政府確實有可能憑空獲得天上掉下來的禮物，以最少的代價 (公權力釋出) 獲致最多的建設，也難怪各國政府對於此類與民間協力開發公共建設的合作模式趨之若鶩了⁵。

提到 BOT 工程，就不得不論及「專案融資」(project financing) 貸款模式。BOT 工程的開發既須由民間廠商自行募集資金興建、營運，然動輒上千億的資金如欲以傳統「建設公司提供銀行擔保物質押以獲取貸款」的方式來籌措，則舉世有能力募集資金參與 BOT 案開發的民間廠商必寥寥可數。為因應民間參與公共建設之龐大資金需求，「專案融資」貸款模式即應運而生。有別於傳統融資銀行係著重在申貸者所提供之擔保物的價值，在專案融資，銀行關心的重點則在「專案計劃」(或曰專案工程；project) 之財務槓桿 (leverage) 規劃是否可行；析言之，該 BOT 工程於

⁴ 雖然高鐵聯貸案係在極具爭議的情形下由主辦單位即交通部同意擔任保證人後，國內聯貸銀行團方應允台灣高鐵公司該筆授信案，然就名義上及性質上而言，高鐵之營運資金仍屬民間機構即台灣高鐵公司自行籌措而來，至我國政府擔任該授信案之主要保證人可否定義為政府亦參與出資，則屬另一議題。

⁵ 印尼的派頓能源計畫 (Paiton Energy Project；在爪哇島興建火力發電廠以供應當地電源)，加拿大的海伯尼亞油田 (Hibernia Oil Field Project；在加拿大紐芬蘭外海開採海底油田)，以及歐洲迪士尼樂園 (Euro Disneyland Project；在法國巴黎建造迪士尼樂園) 等，均為當地政府促成民間機構參與開發公共工程的適例。

將來興建完成並開始營運後，是否能產生足夠的營運收入（stream revenue）以償還貸款並支持民間廠商獲取利潤。如果答案是肯定的，意味該 BOT 專案工程對民間廠商及銀行而言是個「自給自足」(viable) 且「有利可圖」的計畫，因此即便在建設初期專案計劃的資金需求驚人，但考量 BOT 工程通常為國家授權營運之「獨門生意」(如高鐵營運) 而鮮有競爭對手，復大型公共建設其硬體設備價值不菲且可供作擔保物，甚至此類申貸案民間機構通常可尋得財力雄厚之保證人（如我國高鐵 BOT 案中的交通部），則民間廠商本身的財力即非專案融資申貸案考量的重點⁶。惟知易行難，雖然我們清楚了解 BOT 公共建設營運後的「自償能力」實為每個專案融資是否可行的關鍵，不過當 BOT 工程仍為桌上草圖之際即需斷言該工程未來能否賺錢，對於決定是否應允申貸案的銀行而言，自是一大挑戰，亦為一高度專業的評估程序；尤其，專案貸款的償還期限常為配合專案設施的使用壽命而動輒超過數十年，如加上通貨膨脹、經濟景氣循環週期，乃至政治動盪等因素的考量，銀行必須要能精準預見未來一、二十年甚至更久以後的政經局勢，難度之高，可想而知，不過追求高利潤必得承擔高風險，此為顛撲不破之理。承上所述，如 BOT 工程之財務槓桿設計得宜，此一融資方式確有可能帶來銀行賺取高利息、民間機構獲取營運利潤、政府以低廉代價獲得公共建設的三贏局面，此實為專案融資迷人之處。對於此一融資模式，本文在第二章將有詳盡說明。

既曰協力開發，主辦機關（公部門）與民間機構（私部門）就該公共建設之興建、營運即屬合夥事業（joint venture）關係。然與公部門首重如何落實公共政策之目標有異，民間機構參與開發公共建設所關心之重點，著重投資利潤之獲取。矧鼓勵民間攜

⁶ 以我國高鐵工程 BOT 聯貸案為例，有論者以為，台灣高鐵原始股東僅自行出資新台幣 200 多億元，居然可承包高鐵系統數千億的工程，其間必有圖利等不法情事云云，殊不知，在專案融資貸款模式之架構下，投資廠商本身的財力尚非聯貸案能否過關的重要考量，甚至，一個完善的專案財務槓桿規劃，只要能獲致聯貸銀行團的認可，即便投資廠商本身投入專案計畫開發的自有資金極少，仍無礙於該專案計畫為成功之公私部門合作開發公共工程案例。首揭對於我國高鐵工程財務規劃的評論，適足證明國內各界對於專案融資之財務規劃方式仍處於懵懂未知的階段，致而有此謬評，此亦筆者不揣簡陋為文探討此議題之主因，並期望借由本文之討論，使各界對 BOT 工程模式暨專案融資財務規劃獲致應有的認識，俾我國未來在公私部門協力開發公共工程領域方面，能有長足的進步。

帶自有資金參與開發公共建設，既為新世代福利國家之政策所趨，如何藉由公權力之運用及釋出以圖利民間廠商，進而創造絕佳的投資環境，促使能人志士皆願共襄盛舉參與公共建設之營建，圖全民之真正利益，實為各國政府近年來所費盡思量者。尤其每個專案工程均有其市場特殊性，而許多公共建設礙於自償率不佳甚至無法產生足夠的營運收入自給自足，遑論給予經營者追求利潤的空間，對於這類公共建設如希望鼓勵民間機構參與開發，來自公部門的補貼，勢不可免。然以政府預算公然補貼民間廠商經營利潤，就性質上而言正屬以公款「圖利」民間廠商，在貪污治罪條例重刑伺候的陰影下，要求主辦機關全力營造能吸引民間機構積極參與開發公共建設的投資環境，誠屬強人所難。幸而，我國在 89 年間通過了「促進民間參與公共建設法」(下簡稱促參法)，當中規劃了一系列的考核程序⁷，讓公部門補貼民間機構有了法源依據，也強化了承辦公務員在個案規劃上的信心。至此，儘可能讓民間機構有利可圖以吸引民間資金湧入公共建設的營建，已成為主辦機關規劃民間參與開發公共建設的最高指導原則。公部門以合夥事業投資夥伴的地位協助民間機構順利興建、營運公共建設，並期待以高利潤使投資業者能相對回饋民眾以高品質的公共設施服務，果能合作順利，將成就政府營造公共建設三贏的最佳局面。

既然公部門營造投資環境吸引民間資金協助開發公共建設，已成為新世代公共工程的典範，職司犯罪偵、審之刑事司法機關自應與時俱進，對新時代的交易型態保有本質上的了解，俾能執法正確，免除因循舊思維而陷於錯誤評估案情的窘境，並對福利國家理念的落實產生負面影響，如此則非全民之福。又促參法雖然對於主辦機關究應如何補貼民間機構已有梗概規範，然綜觀整部促參法其實賦予主辦機關極大的行政裁量空間，幾乎已達無處不裁量的境界，而其中又以第 52 條「公部門就專案計畫之退場

⁷ 促參法第三章「融資及租稅優惠」即規定多種政府補貼民間機構之合法手段，供主辦機關得視個案的不同需求而做搭配。細究其補貼程序之規劃方式，主要是將補貼內容比照中央或地方政府預算編列的方式來辦理，一旦該補貼方案依照預算審查程序編列完成，即等同該補貼方案已獲得民意的背書，則主辦機關自然也取得圖利廠商之正當性及合法泉源，此一依規劃方式及理念，應值贊同。

機制裁量權」之規定，對專案工程的命運影響最鉅。本文茲於第三章以該條款所規定之「主辦機關啟動督促程序及退場機制之裁量權」為討論對象，研求刑事司法機關究應以如何之標準介入公部門此類高度專業行政裁量之判斷，方為妥當，期能在積極檢肅隱藏於不法裁量之下之犯罪情事的同時，亦留心堅守司法自制的界線，給與行政機關應有的尊重及裁量空間，並臻毋枉毋縱之最高偵、審境界。

第二章 BOT 工程模式與專案融資概述

第一節 公共建設民營化的風潮

一、國際風潮

人類社會自封建國家進展到法治國家及社會福利國家以來，國家的任務與功能產生了極大變化。從封建、警察國家時期的消極干預管制，擴展到追求社會正義（Soziale Gerechtigkeit）與全民福祉，國家的基本責任其範圍顯著擴大許多⁸。自二十世紀以降，人民普遍期待萬能大有為政府的出現，在這樣的主流觀點下，各國政府莫不戮力以赴，以滿足人民需求建設現代化之社會福利國家為首要目標。而學者更進一步倡言，保障人民生活之基本條件，提供人民日常生活所必須，乃維持人性尊嚴所不可或缺，此係作為一社會福利國家之基本給付義務；而公共建設屬國家基礎建設之一環，亦為人民日常生活之所必要，基於上述社會福利國家之給付義務的觀點，政府乃負有提供該等公共設施之義務⁹。

惟自 1970 年以來，全球性的經濟不景氣加上兩次能源危機，各國財政均面臨嚴重的考驗，向來佔據政府預算龐大比例的公共建設，此時亦遭逢嚴重的資金短缺，各界人士遂不得不重新評估所謂社會福利國家的目的與界限。當各國政府正苦思如何突破財政困境之際，以英、美為首的西方國家開始嘗試在公共政策上力求突破。以英國為例，自 70 年代起該國政府便積極倡議所謂公、私部門協力開發公共工程的概念，希望爭取到民間資金參與及投入公共建設，俾能減輕政府的財政負擔。隨後在 1979 年英國首相柴契爾夫人上任後，更大力鼓吹自由競爭理念，積極推行減少政府干預、發揮市場機能的經濟政策，以自由化、民營化為其施政重點。在歷經一連串的改革與開放措施後，原本惡化的英國財

⁸ 李震山著，行政法導論，台北：三民書局，民國 86 年 9 月初版，第 49 頁。

⁹ 李孟融撰，「福利國家的憲法基礎及其基本權利衝突之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 83 年 6 月，第 25-29 頁。

政得到相當程度的控制，柴契爾首相推動民營化的政策，自然也成為世界各國仿效的對象¹⁰。

開放民間參與公共建設除能有效解決資金來源的難題外，對於提昇公共建設的執行效率也有相當的助益。先前歐美等國曾嘗試透過政府改造的方式來改善公營事業的績效，然成效不彰，且民間企業所擁有的彈性與活力，始終是政府組織難以望其項背者。以鄰近我國的菲律賓為例，該國在開放外國廠商參與投資建設當地電廠後不久，便迅速解決了該地供電不足的問題，充分展現民間企業驚人的效率。準此，結合政府與民間共同參與公共建設的開發，邇來已成為多數先進開發國家或開發中國家的重要政策，國際間的民營化風潮未來仍將持續不墜。

二、國內趨勢

自國民政府遷台以來，經濟與貿易發展一直是我國政府施政的重點，而在解除戒嚴之後，我國的經濟政策更全面朝自由化及國際化的方向邁進。受到國際間民營化風潮的影響，我國自民國 78 年起也開始全面推動公共建設民營化的政策，並以此作為推展經濟自由化的核心指導方針¹¹。民營化政策主要涵蓋的領域有二，即「公營事業民營化」與「招募民間參與公共建設」¹²。就後者而言，我國政府為推動民間參與公共建設，乃於民國 82 年 8 月起，由行政院通盤考量國家整體財政之後，通過所謂的「國家建設六年計劃期中檢討報告」，而這項政策在當時也獲得了朝野的高度共識及支持。另外，立法院也在民國 83 年 11 月審查通過「獎勵民間參與交通建設條例」（即促參法之前身），並由總統在同年 12 月公布施行。行政院復於 84 年 8 月核定「以 BOT 方式推動國內公共建設」方案，列管南北高速鐵路等 22 項 BOT 示範計劃。有鑒於民間參與公共建設對經濟發展的重要性，國家發展會議（以下簡稱「國發會」）於前述示範計劃相繼展開之際，

¹⁰ 吳貞慧撰，「BOT 風險結構與融資方式的探討」，國立中山大學財務管理研究所碩士論文，民國 88 年 6 月，第 9 頁。

¹¹ 尹章華著，獎參條例與 BOT，台北：漢興書局印行，民國 87 年 8 月初版，第 1-1-13 頁。

¹² 請參閱劉憶如、王文宇、黃玉霖合著，BOT 三贏策略，台北：商鼎財經顧問公司，2000 年 1 月初版，第 5 頁。

便在 85 年 12 月決議通過「調整政府的角色職能，即期規劃部分原有或將新建之交通、教育、社會福利、環保、國宅、軍需工業及水電等事項，開放或委託民間經營辦理」。同時，為擴大移轉民營的範圍與方式，國發會更進一步要求政府「將行政法所稱之『公共營造物』，例如航空貨運站、醫院等納入移轉民營的範圍」，並「增列經營移轉權，如委託經營或租賃等公有民營方式，俾能有效引用民間企業的精神，提昇公部門之經營效率」。為達到民營化的目標，國發會也要求政府「落實『獎勵民間參與交通建設條例』，並修法擴大其實施範圍，以健全民間參與公共建設之法制基礎」。爰此，行政院經濟建設委員會即於民國 86 年 10 月起陸續邀請相關部會密集研商，期能儘速完成制定「促進民間參與公共建設法」，行政院嗣並成立「行政院促進民間參與公共建設指導委員會」，以利相關政策之形成與推動。而行政院也在 86 年 7 月先後審核通過「民間參與公共建設申請與審核作業注意事項」及「促進民間參與公共建設法草案」。至此，政府推動民間參與公共建設的政策方針、實施範圍、實施方式以及招募機制已大致確立。促進民間參與公共建設法俟於民國 89 年 2 月 9 日由立法院正式通過，並由總統府公布施行迄今。

第二節 公、私部門協力開發公共建設

一、概述¹³

所謂的「公私部門協力開發專案」（public-private partnership）概念，係指公部門（public sector）與私部門（private sector, 即民間企業/機構）間，以合夥（joint venture）的形式共同開發專案計劃（project）¹⁴。在這種情形下，公、私部門間之關係猶如合資事業的股東，雙方均以追求專案計劃的成功為其共同

¹³ 本節內容主要參考自 John D. Finnerty, Project Financing-Asset-Based Financial Engineering, John Wiley & Sons, Inc. Published. (1996), pp.194 -195

¹⁴ 請參閱葛賢鍵，BOT 國內外案例，商鼎財經講座系列講義，1999 年 11 月 24 日，第 8 頁。

一致的目標¹⁵。而這個概念與過去政府採購方式最大的不同即在於，公部門與私部門間在合作的過程當中，雙方均立於對等的合作地位，相較於過去「定作人」與「承攬人」的合作關係隱含政府對於民間的上下君臣色彩，公、私部門協力的概念首度確認公部門與私部門間的平等地位。不僅如此，由於雙方均以達成公共建設專案計劃的運作為其一致的目標，因此二者更需相互積極配合，以發揮最大的市場競爭實力¹⁶。之所以產生公、私部門結盟這樣的觀念，除了肇因於前述改革開放風潮賦予行政權更大的自主空間之外，主要的目的乃在於結合公、私部門雙方的資源，使經營者整體的競爭實力得以提昇¹⁷。這樣的方式，目的並非在創造市場上的托拉斯巨獸，相反的，公、私部門間藉由特許權合約或其他契約的規範，反而更能有效控制計劃參與者的社會義務及其權利範圍。此外，公、私部門間協力開發之專案計劃的營運，亦將為當地帶來穩定的稅收（所得稅、營業稅等）來源，而這也是由公部門自行編列預算進行專案開發所沒有的優點。再者，這樣的大型計劃如果缺乏任何一方的參與，開發的風險勢將大幅提高，不論對於公部門或私部門而言，風險都將過高而無法由任何一方獨立承擔，因此唯有結合二者的力量並擷取各方長處，共同合作進行專案計劃的開發，才能有效分擔風險，共享龐大利潤。

而另外值得一提的，則是公、私部門協力開發公共建設樣式的多元化。傳統公、私部門協力開發之公共建設，多半僅侷限於基礎公共建設的範疇，而事實上在早期，也僅有傳統的基礎公共建設項目（多半以交通建設等民生設施為主），地主國政府才會考量以民營化的方式來經營。這是因為早期的行政權作用較為僵化，為避免招致圖利廠商的爭議並維護公部門在公共建設市場的絕對權威性，行政機關在規劃公共建設時並不如現在的行政機關來得活潑。但隨著改革開放風潮愈演愈烈，以及行政權揮灑空間

¹⁵ 請參閱葛賢鍵，可行性作業評估分析主觀考量，中國生產力中心 BOT 公共工程建設系列研討會講義，1998年10月23日，第4頁。

¹⁶ 請參閱尹章華，前揭註11，第1-1-13頁。

¹⁷ 請參閱 Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects, UNIDO (聯合國工業發展組織), Vienna, 1996, pp.44

的逐步鬆綁¹⁸，公、私部門間協力開發的專案計劃，已不再侷限於傳統概念的基礎公共建設，公部門在協力開發專案中的角色益形活潑，舉凡專案設施有利可圖且對於國內整體環境有所助益者，均可能成為公、私部門間協力開發的目標。以歐洲迪士尼樂園（Euro Disneyland）為例，其雖非一般傳統概念下的公共建設，不過專案公司（project company）仍然選擇與法國政府商議並獲得其協助，雙方共同進行該樂園的開發，即為適例。此外，世界各地也有越來越多傳統基礎公共建設定義以外的專案計劃，正在積極規劃、興建當中，公、私部門協力開發公共建設樣式的多元化，已然成為當今各國公共工程市場的潮流與趨勢。¹⁹

二、公、私部門協力開發公共建設對專案所在地的影響

公、私部門協力開發公共建設與傳統僅由政府獨自編列預算進行開發相比，無論在效率或規模上均有長足的擴展。而我們必需了解的是，一個專案計劃的進行，除了專案設施本身所帶來的經濟效益之外，對於專案所在地的經濟、貿易、政治、科技及環境等各方面，也會產生程度不一的影響。因此，大型公共建設專案計劃的開發對於當地社會的影響層面不可謂不廣泛，而公部門在評估是否進行一個公共建設專案計劃的開發之時，首先必須考量的便是社會成本。

一般而言，由公、私部門所協力開發的公共建設，通常會對

¹⁸ 我國刑法第 131 條第 1 項在民國 90 年修正前原規定：「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金」，而依據最高法院 31 年上字 831 號判例的解釋：「刑法第 131 條第 1 項之圖利罪，係注重處罰瀆職，故無論圖利國庫或圖利私人，均應成立該條項罪名」。依此，則縱使公務員在執行公務時所圖利者係國庫，仍然可能符合該條項之構成要件而負有刑事責任，而這也使得我國行政機關公務員在執行公務時格外的謹慎，以避免觸犯刑責，行政效率則因此而大受影響。實際的案例便曾發生在台北捷運系統的規劃上。依據捷運局官員的說法，當初在規劃捷運站出口時，之所以未將其與商業場所如百貨公司或超市合併設置，主要的顧忌便在於上述刑法之相關規定，而這樣的結果則明顯造成旅客不便，與國外捷運站多融入商業場所的規劃相比較（如香港或日本的地鐵系統），更顯得拘泥而缺乏變通。有鑒於此，我國刑法上揭條文及貪污治罪條例第 6 條之規定業於民國 90 年修正為「公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或他人不法利益，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下之罰金。」，期能減少公務員裁量行政上的束縛，以利新通過之促參法的實施，同時冀望行政效率能因此而獲得顯著提昇。

¹⁹ 促進民間參與公共建設法第 3 條第 1 項規定，即將「觀光遊憩重大設施」納入所謂公共建設的範疇中，此外，該條第 2 項更以概括條款的方式規定，凡性質重要且具備一定規模者，亦均為本法所規定之公共建設，足證，當今所謂公共建設的概念，確實已較以往傳統定義來得更為寬廣。

該專案工程的所在地帶來下列好處²⁰：

- 1、 專案計劃公共設施的完成，將提供當地居民生活上的便捷。此外，在公、私部門協力開發專案計劃的模式下，由於私部門通常需負責募集相當比例甚至是全部的興建營運費用，因此就公部門言，不但能以最經濟的方式獲致最大的公共福利，而民間業者在籌措資金來源的同時，也可能援用大量來自地主國經濟體以外的資金，此點將有助於分散資金來源過度集中於當地經濟體的風險。
- 2、 公共建設專案計劃的開發，有助於提高專案所在地的就業率，並能提升當地的人力資源素質。由於專案計劃的興建營運需要投入大量密集的人力資源，為減低成本，興建營運該公共設施所需的人力資源必定有相當比例來自專案工程所在地的就業市場，因此專案計劃的開發通常能提高專案工程所在地的就業率。此外，專案計劃的開發也能有效提昇當地的人力資源素質，此係因民間業者對於員工素質的要求相對較高，而且為增加興建營運績效以獲致最大的獲利，業者通常會提供相當程度的培訓計劃，則專案所在地的人力資源素質無形中便可獲得相當程度的提昇。
- 3、 專案設施在開發時，民間機構為照顧員工及其家眷的生活，可能會在當地興辦學校或提供廉價住宅等生活設施。而為達設施的經濟規模，或回饋鄉里以提昇企業形象，這些由民間機構籌資興建的周邊設施，有時亦可能開放而提供鄰近居民使用，連帶提昇當地居民的生活水準。此外，專案設施本身亦可能提供民間低成本的周邊服務，例如專案設施可能成立自己內部的消防單位，但若周邊地區發生火災，設施內的消防單位亦可趕赴馳援，此一情形無形中亦使當地居民獲得成本低廉的生活保障，在僅由公部門獨立編列預算所開發的公共建設，這類附加價值通常不太容易形成相當的規模，此係因政府預算支出通常不若民間機構之資金運用來得自由所致。

²⁰ See Supra Note 13, pp.188-192

- 4、 專案計劃的開發能有效奠定專案所在地的工業基礎，並能進一步吸引更多產業或外資前來當地投資。由於專案計劃的成功營運實仰賴充足的原料補給以及有效率的產品管銷，因此民間機構在規劃、開發專案計劃之時，必定會設法要求專案設施的上下游產業提高其配合度，如此一來勢將連帶提升對這些周邊產業的營運水平，這對於專案設施所在地的經濟體而言，不啻具有相當程度的正面意義。此外，在公、私部門合作開發專案計劃的模式下，公部門有時尚能要求民間機構提供相當程度的技術移轉，則專案計劃所在地之經濟體其工業技術水平通常也能獲得相當程度的提昇。
- 5、 專案計劃的營運將為專案設施所在政府帶來額外的稅收，有助於當地政府開拓財源。由於專案設施的營運勢將產生相當金額的收入，地主國政府便能針對這些專營運收入課徵所得稅或權利金（royalty）²¹，而地主國政府也能將這些所得再轉投資於其他公共建設的開發上，因此，稅賦或權利金的收入將成為當地政府的重要財源。
- 6、 公、私部門協力開發專案計劃，有助於專案所在地市場取得強勢貨幣（hard currency）²²，幫助該經濟體的經濟發展。由於專案設施在興建階段，國內外的民間投資者通常會攜帶或引進大量的強勢貨幣進入當地資本市場，該經濟體便能藉此機會保有相當數量的強勢貨幣，這項優勢對於開發中國家而言，別具意義。由於經濟成長對開發中國家的影響尤其深遠，因此經濟成長的果實如無法經由等值的強勢貨幣來確保成果，其成長幅度將可能因當地政經局勢的波動而遭到侵蝕。職是，藉由專案計劃的開發進而取得相當數量的強勢貨

²¹ 所謂的權利金（royalty）係指使用專利版權、天然資源等資產所支付與所有者的報酬，而在這裡所指的乃是民間投資者為取得地主國政府特許開發經營公共設施的權利，所支付與當地政府的費用。權利金一般而言，是依擁有者的權利或財產商品化之後所產生收入的比例來加以設定的。請參閱何憲章、鍾俊文譯著，金融投資辭典（國際中文版），台北：中國投資教育基金會，民國 83 年初版，第 525 頁。

²² 強勢貨幣又稱「hard money」，主要是指由政治及經濟穩定國家所發行的貨幣，如美國或瑞士等國，通常借入強勢貨幣的國家需以強勢貨幣來償還。一般人喜歡保有強勢貨幣的原因，乃在於其保值性較佳，不易受到環境的變動而使其價值有所貶損。請參閱何憲章、鍾俊文，前揭註 21，第 262 頁。

幣，對尚處開發中國家地位的專案所在地經濟體而言，別具意義。如果公共設施專案計劃的開發係由公部門自行編列預算進行時，專案所在地經濟體便無法享有這樣的附加利益。

在了解公、私部門協力開發公共建設模式的優點之後，必須強調的是，並非所有公共建設依循這樣的開發模式便必然享有上述的優點，整體情形仍需視個案內容而定。而一個公共建設專案計劃的開發亦不會全然沒有缺陷，推動公共建設專案計劃所需付出的社會成本，是公部門在衡量是否爭取或同意與民間協力開發專案計劃時所必須考量的。更進一步言，公共設施專案計劃的開發在環保意識高漲的今天，必將獲得來自環保團體強烈的監督與要求，且凡屬大型公共建設必將對環境生態產生一定程度的影響，專案設施興建時所產生的廢土，專案設施營運時所製造的環境污染等問題，都將成為民間機構與公部門的沉重負擔。因此，如何在專案經濟效能與環境影響之間找到平衡點，嚴格考驗著所有參與者的智慧。此外，就經濟層面而言，如果大量資金全都來自專案所在地經濟體的資本市場，則當地政府尚須考量因此所產生的「資金排擠效應」²³，特別是在專案計劃開發金額相對龐大時，此一問題更與國內民生需求息息相關。綜上所述，公共建設專案計劃的推動，只有在當地政府認為藉由公、私部門聯合開發專案計劃所獲致的社會利益，大於所需付出的社會成本時，此類型專案計劃才有推動之實益²⁴。不過整體而言，公、私部門協力開發專案的效能遠優於傳統僅由政府或民間機構獨自開發專案者，仍為不爭的事實，因此公共建設專案計劃一但經審慎評估並認為確實可行時，採取公、私部門團隊合作共同開發專案設施的模式，勢必更能確保專案計劃的執行成果，並能為專案所在地的經濟體帶來可觀的收益。

²³ 所謂的「資金排擠效應」係指，某資本市場因為供應大量資金與特定的計劃（如專案融資），而導致該資本市場之資金供應者（通常為銀行）在審核其他貸款計劃時，呈現愈加保守的態度。由於大型的專案融資所需資金甚鉅，如果該項資金來源過度集中在某特定之資本市場，則該市場之資金供應者在供給所需資金之後可能面臨資金不足分配的情形，並因而壓縮中小企業或其他個人貸款的空間，排擠了其他貸款的時程，此即所謂的「資金排擠效應」。以國內高鐵為例，由於高達 3600 多億的貸款可能來自於國內的資金市場，雖然其來源主要係行政院之中長期資金，惟學者間亦相當擔心此一計劃於國內所可能引起之資金排擠效應。

²⁴ See Supra Note 13, pp.188

三、公部門如何評估其於專案計劃中所應扮演的角色

在了解公、私部門協力開發公共建設的意義及其優勢後，接下來要談的是在這樣的協力合作模式之下，公部門與私部門間究竟應如何來劃分彼此間的權利義務關係？換言之，在所謂公、私部門協力開發專案的情形下，公部門身為投資計劃的合夥人，究竟應該負擔什麼樣的義務，始能謂之為足夠。關於這個問題，並沒有一定的答案。由於專案計劃的內容均有其特殊性，且專案所在地政府的開發程度及其對於該公共建設的需求程度亦各有所異，因此並沒有所謂的標準答案存在。不過依照目前世界各國的實際經驗，地主國政府在專案計劃開發中所需負擔的義務，整體而言仍有脈絡可循，也就是以專案計劃所謂的「自償率」來作為判斷的基礎。

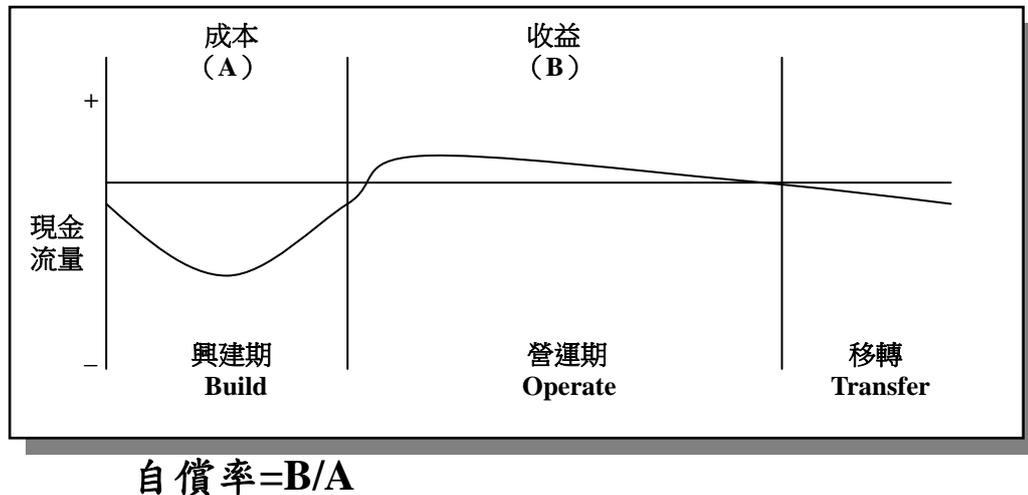
一般來說，如果專案計劃本身的「自償率」越佳，代表專案設施自給自足的能力越好，此時即便地主國政府並未提供太多協助，由於專案設施具有不錯的獲利條件，有興趣的民間廠商自然趨之若鶩。因此站在地主國政府的立場而言，此時政府自然擁有較多的籌碼，得以提供較少的協助來換取較高的權利金、稅收或其他利益。反之，如果專案設施本身的「自償率」並不理想，甚至需要經由地主國政府的補助才有可能獲利，則地主國政府便需提供相當程度的協助（例如與聯貸銀行共同貸與專案所需的資金、擔任專案融資之保證人，或提供收購專案產出物之長期收購保證等），甚至主動提出具有誘因的方案以招來民間廠商的參與，否則專案計畫的財務槓桿將無法獲得平衡，民間企業參與專案開發的意願自然大大降低。下面將進一步說明，什麼是「自償率」²⁵。

所謂「自償率」的計算，簡單來說，便是「營運期間之淨收入」除以「興建期間之成本」所得出來的數字。例如我國高鐵BOT案，原先規劃為35年的特許營運期間，興建期間則預估為7年，因此將35年特許營運期間的預估總收入，除以7年興建

²⁵ 以下內容主要參考自劉憶如、王文宇、黃玉霖，前揭註12，第51-55頁。

期間的預估成本，得出來的數字便是自償率。茲以 BOT 工程模式為例，圖示說明自償率的計算方式如下：

圖 2-1：自償率的計算



資料來源：劉憶如、王文字、黃玉霖合著，*BOT 三贏策略*，台北：商鼎財經顧問公司，2000 年 1 月初版，第 51 頁。

圖 2-1 中的縱軸代表現金流量，橫軸則代表時間。第一部分 (A) 是興建階段，由於此時專案計劃正在興建當中，需要大量資金作為建設成本，因此現金流量都是淨流出，在表上則呈現負數。到了第二階段 (B) 則是營運階段，由於此時已有營運收入，故表上的現金流量便呈現正數。到了第三階段則是移轉階段，此時由於專案計劃的壽命已接近尾聲，因此雖然表上的現金流量仍呈現正數，但殘值可能已經很低。而將圖中 (B) 部份的收入除以 (A) 部份的成本，所得出的數字便是所謂的「自償率」。如果計算的結果自償率大於 1，代表該專案計劃原則上應呈現獲利的局面，此時民間企業參與投資該計劃的意願自然頗高；相反的，如果自償率小於 1，則代表專案計劃無法僅依靠專案本身的收入即能獲得盈餘，此時必須要有來自專案設施營運收入以外的補助（即政府補貼）²⁶，才可能吸引民間企業前來參與。

²⁶ 促參法第 29 條規定：「I、公共建設經甄審委員會評定其投資依本法其他獎勵仍未具完全自償能力者，得就其非自償部分，由主辦機關補貼其所需貸款利息或投資其建設之一部。II、主辦機關辦理前項公共建設，其涉及中央政府預算者，實施前應將建設計畫與相關補貼利息及投資建設方案，報請行政院核定；其未涉及中央政府預算者，得依權責由主辦機關自行核定。III、第一項之補貼利息及

單就上面的說明而言，計算自償率似乎頗為簡單，但弔詭的是，專案計劃的壽命通常橫跨一、二十年以上，甚至更久，此時通貨膨脹、貨幣貶值等因素自然必需列入考量，因此必需以某一折現率（discount rate）²⁷加以折現，才是貼近現實之自償率的計算。另外就是興建成本與營運收入的預估，一般而言自償率的計算時間多為公共建設開始興建前的專案計劃規劃、評估階段，而此時距專案設施正式興建、營運尚遙遙無期，因此所謂的建設成本及營運收入，僅能藉由人為主觀的預估來加以計算，而計算的基準為何以及計算者的樂觀與否，都將嚴重影響計算的結果，且失之毫釐差之千里，這也是為何不同顧問公司對於同一專案計劃通常會產生不同的評估結果。準此，在計算自償率時，首先必需將時間因素考慮進去，選擇某一折現率加以折現，此其一。而在預估專案的預期成本及其收入時，主事者亦應分別交由不同的評估者進行評估，綜合各評估結果找出合理的平衡點，降低人為主觀因素所帶來的風險，此其二。唯有將這兩項因素納入考量的範圍，計算出來的自償率才有其準確性，也才具備參考價值。

在了解了自償率的意義及其計算基礎之後，接下來要探討如何以自償率來判斷公部門在專案計劃中之地位。雖然以自償率的高低作為劃分公部門與民間機構之權利義務的標準看來似乎相當科學，不過必需強調的是，「自償率」僅係判斷專案計畫獲利情形的指標之一，其他諸如開發公共設施的風險、社會對於該專案設施的需求、公共建設對於環境的影響，以及專案融資的評估等等²⁸，亦係專案計劃在規劃時所須一併考量的因素。換言之，自償率僅係提供有意願參與該專案計劃者作為評估專案計劃獲利能力的指標而已，至於該公共建設專案計劃是否仍應由公部門予以協助開發或准予放行，就專案所在地政府的立場而言，尚有政策面的問題必需考量。誠然，在自償率大於1的情形下，由於專案計劃本身即已具備自給自足的獲利能力，因此並不需要公部

投資建設，應循預算程序辦理。」，即係針對此一情形而設。

²⁷ 所謂的「折現率」（discount rate），是指計算一筆未來現金的當期值所用的利率。

請參閱何憲章、鍾俊文，前揭註第21，第154頁。

²⁸ 請參閱葛賢鍵，前揭註15，第19-26頁。

門積極投入成本以協助專案計劃進行開發，當地政府僅需考量該專案計劃是否會對環保等方面產生不利的影響，並依此決定是否放行。但在自償率小於 1 的專案計劃，倒也非意味該專案計劃完全沒有開發的價值，此時思考的重點應著重在該專案計劃究竟值不值得當地政府積極投入成本，以輔助的方式協助該專案計劃取得財務槓桿的平衡，並積極吸引民間企業參與開發及取得專案融資。在思索這個問題時我們必須了解，由於大型公共建設專案計劃本身即具有服務該經濟體的功能性存在，因此在考量公共建設專案計劃是否應進行開發時，當地政府便不應僅由「財務報酬」的出發點作考量，尚需將該公共建設所帶來的「外部經濟效益」納入評估，亦即該公共建設專案計劃為該經濟體所帶來的經濟及社會價值究竟為何。舉例而言²⁹，例如一個交通建設專案計劃其開發成本為 100，基於營運所產生的總財務報酬為 80，而該交通建設對沿線地區所產生的外部經濟效益為 60，則開發此一專案計劃所產生的經濟效益對該經濟體整體而言為 140。以專案所在地政府的觀點而言，這樣的經濟效益是值得追求的，因為其整體經濟效益扣除開發專案所需的成本之後，尚呈現正 40 的盈收。不過在現實環境下，這樣的計劃結果顯然並無法引起民間參與者的興趣，這是由於 60 的外部經濟效益並無法由民間參與者取得，民間廠商在付出 100 的建設成本之後，所能取得之財務報酬僅為 80，基於在商言商的立場，民間業者斷不可能以賠本的方式積極爭取該專案計劃的開發。但就上述推論而言，此一公共建設專案計劃其開發之總體經濟效益高達 40%（以 100 的開發成本取得 140 的總經濟效益而言），以當地政府的立場，此仍屬值得開發之公共建設。基此，在上述情形下，如果公部門願意提供超過 20 的經費補助，或以其他方式（例如稅金減免）使民間業者的總財務報酬可以高於 100 的興建營運成本，則專案計劃對於民間參與者的誘因便大幅提高。由此我們亦能發現，相較於傳統公共建設的開發係由公部門負責編列全部預算興建營運，此一公、私部門協力開發公共建設的模式，能使當地政府在僅支出不

²⁹ 以下內容主要參考自劉憶如、王文宇、黃玉霖，前揭註 12，第 42-45 頁。

到總興建營運成本的一半，甚至更低的情形下便能享有公共設施開發所帶來的經濟效益，同時亦能借重民間企業的高營運效率參與專案設施的營建，這是此一公共建設營運模式近年來備受青睞的原因。即便自民間投資者的角度以觀，專案計劃在經由公部門的協助及參與開發後，不但部分專案開發的風險業已轉嫁至公部門，另一方面也能有效降低由當地政府所引起的，例如法規變動或政治立場搖擺所產生的政治風險。綜上所述，即便專案計劃的自償率經評估後認為小於 1，但如果當地政府願意積極投入成本，設法使得專案計劃之財務槓桿取得平衡，藉此吸引民間投資者的積極參與，則當地政府不僅無須如過去般編列龐大預算進行專案設施的開發，同時還能利用民間企業的高營運效率將專案設施的功能發揮到極致，更能將專案開發的風險有效轉嫁分由公、私二部門來共同承擔，這樣的開發效能是往昔傳統政府採購模式所無法達成的。

由此可知，公部門在評估如何參與公共建設專案計劃的開發，事實上仍有一定的脈絡可循，除了以自償率為判斷標準外，該專案計劃之開發對當地經濟體所帶來的利益及成本，自應全部納入考量的範圍。至於公共建設究竟值不值得公部門投入成本以招來民間機構參與開發，端賴個案內容及當地政府的價值觀而定³⁰。在這裡，我們也再次看到了公、私部門協力開發公共建設模式的彈性，而這樣的特性也使得此一工程模式適用在各種專案計劃的開發成為可能，唯一需要調整的，僅是依據個案不同的內容及條件在公、私部門參與開發的權利義務劃分上，重做分配。雖欲獲致此一共同開發模式之最大利益，不可諱言尚需極為精準、成熟的專案評估及執行能力來協助配合(例如對於公共建設自償率或經濟效益的評估)，不過若專案參與者能做到事前審慎評估，事後按計劃執行，則採用此一合作模式所帶來的整體經濟效益，將遠超過傳統僅由公部門編列預算，或純粹由民間自行募集資金開發公共建設所產生的效能。來自公部門審慎、精確及周延的事前評估作業，將是確保公、私部門協力開發專案計劃成功的

³⁰ See Supra Note 17, at 59

不二法門。

第三節 BOT 工程模式概述

在傳統政府採購方式底下，政府大多利用所謂的「發包」³¹或「統包契約」³² (Turnkey, All-in Contract) 方式來興建公共工程，但隨著民營化時代的來臨，這種由政府單方面籌資後交由承包商設計興建的傳統採購模式，已不符合民營化潮流的需求。為徹底借助民間力量擴大民間參與範圍，俾增進營運效率並減輕政府的財政負擔，國際間遂發展出一種新興的工程採購模式，即「興建-營運-移轉」(Build-Operate-Transfer) 工程模式，簡稱為「BOT 模式」。此一擴大民間參與公共建設的新制度，業已成為時下國際間最受歡迎的政府採購模式³³。

BOT 一詞乃是英文「Build-Operate-Transfer」的縮寫，意指

³¹ 所謂的發包模式，是由主辦機關（政府）將施工設計及藍圖先行規劃完畢，然後再招集承包商進行興建工程。在這種情形之下，所有的工程施工悉以主辦機關（政府）之設計為準，包商並沒有權利進行任何工法的更動與改變。而工程經費方面則完全由主辦機關自行籌資，並待工程完工驗收後付款予承包商，承包商對於工程之財務安排並不負任何責任。

參閱潘欣榮撰，「獎勵民間興辦公共設施法制之研究」，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 86 年 7 月，第 23-24 頁。

³² 所謂的統包模式則是由主辦機關（政府）提出專案計劃的需求，然後交由承包商設計規劃與施工。在這種採購模式之下，承包商有較多的空間自行規劃設計，主辦機關對於工程的興建原則上並不涉入。而在工程經費方面仍然由主辦機關（政府）進行資金的籌募，承包商並不需負責專案的資金來源。統包契約的採購模式多適用於專案工程規模龐大，涉及高度技術或具有專利或機密性的工程。參閱林發立著，「引進 BOT 方式興辦公共工程之檢討（一）－ 公共工程之招標流程與一般工程招標流程之差異性」，註 14，萬國法律第 86 期，1996 年 10 月，第 29 頁。

³³ 事實上民間參與公共建設的型態，除了近來最熱門的 BOT 模式之外，尚其他的模式。只不過在所有模式當中以 BOT 模式的民營化程度最為徹底，茲將常見的其他類型整理表列如下：

比較項目 參與型態	參與範圍	參與期間	資本投入	民間收入來源	民間財務風險	政府角色	民間參與程度
服務合約	參與部分功能	通常低於 5 年	政府	服務費用	無財務風險	須負責營運決策之制定與稽核	低 ↑
管理合約	參與全部功能	3-5 年	政府	管理費用	財務風險低	須負責營運決策之制定與稽核	↓
租賃合約	參與全部功能	5-10 年	政府	經營盈餘	民間自負盈虧	出租者角色，收取租金任務單純	↓
特許合約（即 BOT 模式）	參與全部功能	10-30 年	民間	經營盈餘	民間自負盈虧	賦權者角色，收取權利金任務單純	↓ 高

資料來源：陳源宏撰，「民間參與公共建設（BOT 模式）之財務運作與案例探討」，國立交通大學管理科學研究所碩士論文，民國 86 年 1 月，第 15 頁

「興建-營運-移轉」。這乃是指專案所在地政府，將通常交由國家公營機構負責營運的大型基礎公共建設，其設計、建造、營運、修護等權利特許給國內外的專案公司³⁴，允許該民間機構在一段固定的期間內自行籌資興建（build）、營運（operate）該設施，並允許它們在該期限內回收其投資於該專案設施之興建、營運費用，供其攤還貸款並獲取相當利潤。嗣雙方約定之特許期間屆滿後，專案公司再以無償或極低的代價將該專案設施之一切權利移轉（transfer）予當地政府繼續營運。觀諸我國促進民間參與公共建設法第 8 條第 1 項第 1 款所規定之「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。」，即係指此一工程模式而言。而 BOT 工程依其專案內容的不同，可分別選擇將其產出物出售予公營機構或直接出售予最終端的消費者，例如以 BOT 方式興建的電廠便可將產出的電力銷售給專案所在地政府，而 BOT 公路則可以直接向過路者收取通行費等³⁵。此外，BOT 專案計劃一般而言其特許營運期間約在 10 至 30 年間不等，端視專案內容之需求而定，例如以此工程模式興建之英法海底隧道，其特許營運期間即長達 55 年³⁶。再者，由於採行 BOT 工程模式開發之專案工程通常規模龐大，因此參與投資之民間機構通常也會另行成立一專案公司（project company），作為統一對外交涉的代表。

BOT 工程開發模式與傳統政府採購之發包、統包契約模式二者間最大的差異，即在於專案工程之興建營運資金究應該由誰來負責籌措。在傳統政府採購案件裡，公部門的地位類如承攬契約的定作人，其必須獨自編列預算以募集工程開發所需的一切資金，而若採取 BOT 工程開發模式，則募集工程款項的義務便大

³⁴ 之所以稱為「特許權」的賦予（concession agreement），主要是因為在許多政府地位較強勢的國家，大型的基礎公共建設往往被視為國家主權的表徵，這種主權色彩濃厚的事業應該由中央政府興辦，以免主權的完整性遭到侵蝕。一般而言屬於大陸法系的國家比較有這種政策傾向，以我國為例，我國憲法第 144 條便明訂：「公用事業及其他有獨占性之企業，以公營為原則。其經法律許可者，得由國民經營之。」，即係適例。

See *Supra* Note 17, at 3-4。

³⁵ 參閱江前良編著，國際 BOT 方式理論與實務，北京：中國對外經濟貿易出版社，1996 年 8 月初版，第 1-2 頁。

³⁶ 參閱陳淑惠撰，「專案融資之研究-兼論其於公共工程之運用」，國立中山大學財務管理研究所碩士論文，民國 88 年 6 月，第 6-25 頁。

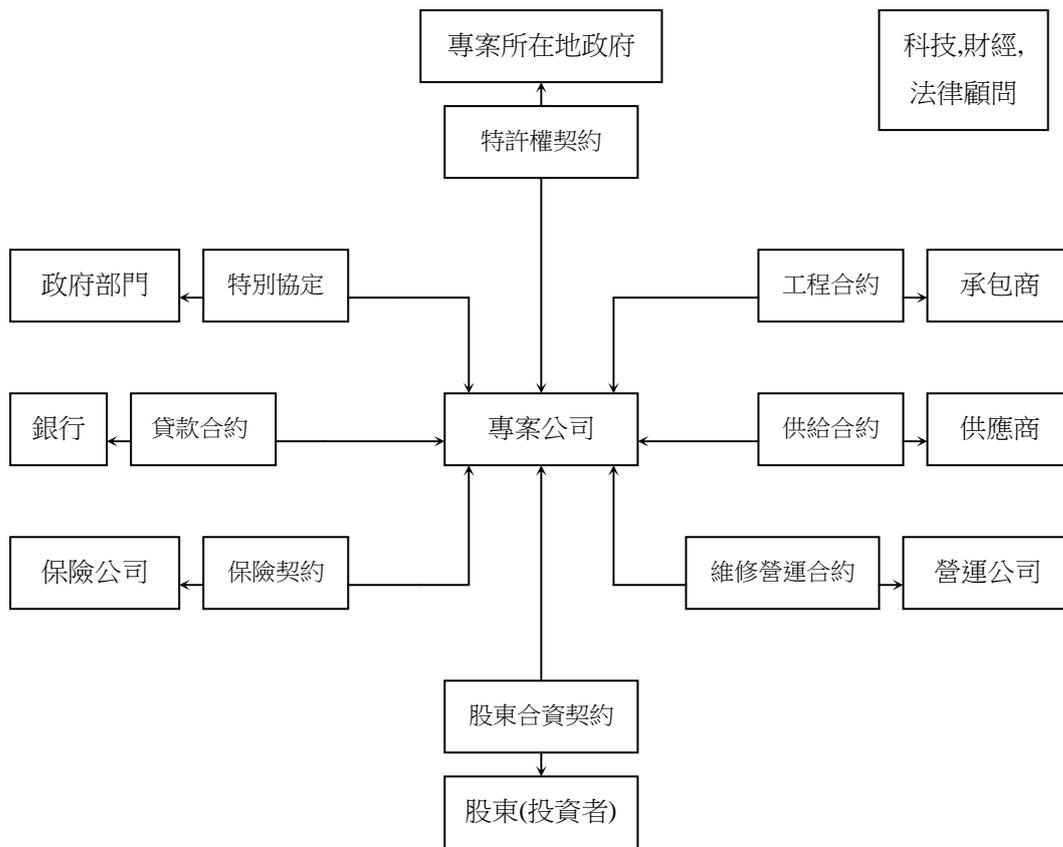
抵落在民間機構的身上。另外相較於早期所謂的「公共工程民營化」，民間機構多半在專案工程已臻營運階段始介入參與，在 BOT 工程開發模式之下，民間機構參與公共工程的時程則更提前至專案設施規劃、興建的階段，此亦即 BOT 工程模式中所謂 B（興建）字之由來。公共工程的建設與開發之所以發展出這樣的公、私部門協力發展模式，主要還是希望借重民間機構在資金調度上的靈活性，以降低公部門開發專案工程的成本，同時也能減少專案工程在興建營運時出現弊端的機率³⁷。

為更清楚解釋 BOT 工程模式的概念，茲將此一工程模式各成員間之權利義務關係，整理如圖 2-2 所示³⁸：

³⁷ 在 BOT 模式下，由於專案公司將來清償債款與獲利的根基，都在於專案營運後的收入（stream revenue），因此專案公司在興建階段，自會盡力設法降低興建成本並確保施工品質。在這種專案公司與專案設施幾已成命運共同體的情形之下，自然比較容易杜絕向來為人所詬病的政府採購弊端。

³⁸ 關於 BOT 模式之下，相關成員間的權利義務關係，亦可參閱林明鏘著，「論 BOT 之法律關係-兼論其立法政策」，萬國法律第 101 期，1998 年 10 月，第 77 至 79 頁。

圖 2-2： BOT 專案模式之法律關係



資料來源：

Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects, UNIDO (聯合國工業發展組織), Vienna, 1996, pp.9

BOT 工程開發模式所涵蓋的領域相當廣泛，單就法律層面而言它便涉及了公、私法領域等相關問題³⁹；而在財經與工程領域

³⁹ 由於 BOT 工程模式需要民間廠商和專案所在地政府的緊密配合，因此遂衍生出二者間之權利義務關係究屬公法或私法關係之爭議。這個爭議的實益在於如果權利遭受侵害時，究應依行政訴訟或民事訴訟程序來解決紛爭。雖然有學者倡議可以直接略過公、私法之爭議，而以特別立法方式明定救濟管道，不過由此可知其間之權利義務關係絕非可以僅單純侷限於私法契約之思考方向。促進民間參與公共建設法，於第 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」，明白將特許權契約定義為民事契約，此雖有助於化解上述之公、私法之爭點。不過學者也不諱言指出，民間投資參與之公共建設仍具有強烈的公益性，因此在適用時不應過度強調其私法性，以免適得其反衍生更多爭議。而除了上述專案公司與政府間關於公、私法之權利義務爭議外，專案公司與聯貸銀行及工程包商間，亦存在複雜的私法上權利義務關係。

參閱黃運湘/楊樺珍/張嘉蔓/邱凱琳/劉慧茹整理，「BOT 法制及實務問題之研討」，全國律師，1998 年 1 月號，第 13-15 頁；劉憶如、王文宇、黃玉霖合著，BOT 三贏策略，台北：商鼎財經顧問公司，2000 年 1 月初版，第 215 頁。

方面，其涉入情節之深，相較其他類型的公共工程採購模式更是有過之而無不及。由於採用 BOT 工程開發模式的專案計劃多半屬於大型基礎公共建設，因此廣泛的涵蓋層面亦為實際上之所必然。

第四節 專案融資概述

一、 什麼是專案融資

所謂「專案融資」(project financing)，乃指專案發起人以投資專案計劃的開發為目的，向資金供應者（一般多為銀行）申請融通開發專案計劃所需的資金。這個專案計劃必須是在財務上可以自給自足的經濟體，亦即整個專案計劃在正式完工營運後，專案設施的產出物可以對外進行交易，並藉此獲取一定流量的現金收入 (cash flow)⁴⁰。而該現金收入的數額不但要能攤銷專案設施營運的基本開銷，使專案計劃在生命週期內永續經營，同時還必須有足夠的盈餘可以償還當初為興建專案設施所申請的貸款，並提供參與投資者預期的利潤⁴¹。

與傳統「企業融資/直接融資」(corporate financing/ direct financing) 不同的是，在傳統融資的方式下，資金供應商通常考量是否同意申貸的重點，殆為申貸者所能提供之擔保品的價值及其商譽 (債信；credibility)，如果申貸者的信譽頗為優良，有時資金供應商甚至不要求申貸者提供擔保品作為質押，便可能同意提供貸款服務。不過一般來說，在傳統的融資方式下，資金供應商所願意提供申貸者的金額，通常不會高過該申貸者之總資產的市值，否則對於資金供應商而言，提供貸款服務的風險勢將大幅

⁴⁰ 事實上，若純粹依照「專案融資」(project finance) 的字面解釋，很容易發生誤導的作用，使讀者誤認為所有需要資金協助的投資計劃，均符合此處所言之“project”的概念。不過依照實務界普遍的認知及本文的主旨，這裡所謂的“project”乃係指其本身具有自給自足能力，並能因專案產出物的交易而獲致相當利潤的計劃內容而言，並非所有投資計畫均符合本研究所討論的專案計劃之要件。

See Carl S. Bjerre, *International Project Finance Transactions: Selected Issues Under Revised Article 9*, *American Bankruptcy Law Journal* Vol.73, (1999), pp. 263.

⁴¹ See Philip R Wood, Project Finance, Subordinated Debt and State Loan. Published by Sweet and Maxwell Limited, London, (1996), pp.3.

提高⁴²。但是在專案融資的情形之下，情況則大不相同。由於專案計劃開發所需的資本通常相當龐大，發起人申請貸款的金額通常遠超過特定公司或特定團體所能提供之擔保品的市值，因此，有別於傳統融資係以擔保品的價值與申請人的信用作為同意借貸與否的考量，專案融資的重點則著重在專案計劃的未來營運是否能帶來一定的利潤以清償資金供應商的債權，並賦予投資者合理的獲利。換言之，專案融資係以日後可控制（controllable）或可預測（predictable）之現金流量，作為擔保還款的基礎⁴³。因此專案融資的重心，應在於專案計劃的規劃方式或其財務槓桿的設計，是否能帶給資金供應商足夠的信心，說服其提供足額的資金以供專案計劃開發之用。總括來說，凡是以「專案公司（計劃）未來的遠景」作為擔保向資金供應商申請融資，且並非由發起人或母公司提供資產質押或信用擔保而貸得專案計劃開發所需之大部分資金者，皆可稱之為專案融資的資金架構⁴⁴。

綜上所述，專案融資的規劃不僅要能精準預估專案計劃營運後的現金流量，同時對於信用分析的過程也較傳統融資方式為複雜，因此規劃者必須具備高度的創意，才能協調出「因案制宜」的融資計劃⁴⁵。這樣的前置作業必然使得專案融資的規劃成本明顯較傳統融資要高上許多，有鑒於此，專案融資貸款模式一般而言比較適合規模龐大、期限較長之大型專案計劃⁴⁶。此外，一個成熟度較高的資本市場，對於專案融資的成功架構與規劃，必然會有相當的助益⁴⁷。誠然，專案融資較高的規劃成本以及專案計劃開發金額過高所伴隨的高風險，在在使得資金供應商的利潤相形之下並不顯著。不過對於具有豐厚資源但卻苦無開發經費的經

⁴² See Nora L. Scheinkestel, *The Debt-Equity Conflict: Where Does Project Financing Fit?*, *Journal of Banking and Financing Law and Practice*, Vol.8, June 1997, pp. 105-106.

⁴³ 朱麗容撰，「從法律觀點談 BOT 計劃之專案融資」，*商事法暨財經法論文集：王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集*，台北：元照出版社，民國 88 年 8 月初版，第 425 頁。

⁴⁴ 參閱魏祖光撰，「專案融資應用在公共建設民營化（BOT 模式）之探討-以大型交通建設為例」，*國立中央大學企業管理研究所碩士論文*，民國 87 年 7 月，第 8 頁。

⁴⁵ See Peter Roberts, *Bankable Gas Sales Agreements in the Project Financing of Offshore Gas Production Projects*, *Journal of Energy & Natural Resources Law* Vol. 16 No2 (1998), pp.201.

⁴⁶ 較常運用專案融資方式來取得開發資金的產業，包括了發電廠、運輸基礎設施（鐵、公路、機場等）、電信、石油業及礦業等設施。

參閱陳淑惠，前揭註 36，第 2-3 頁。

⁴⁷ 參閱朱麗容，前揭註 43，第 426 頁。

濟體而言，專案融資貸款模式實提供了絕佳的契機。在凡事追求極致效率的二十一世紀，專案融資貸款模式正嘗試以較低的成本及較合理的風險分配，營造極致的獲利空間。

二、 專案融資與傳統融資的差異

專案融資在全球資本市場為尚屬新穎之資金架構模式，雖然早在 13 世紀以前便已有專案融資的案例出現，不過這樣的融資架構一直到 1970 年代，才隨著全球公共建設民營化風潮的興起而逐漸受到重視⁴⁸。由於基礎公共建設的規模多相當龐大，因此，若責成民間機構藉由傳統的融資方式自行募集興建營運的資金，民間機構恐將遭遇資金募集不易的窘境，蓋民間投資者通常不太可能提供足額的擔保品或信譽，完整籌措專案計劃開發所需的資金。因此，如欲投資基礎公共建設這類的大型專案計劃，民間投資者便需以專案融資的申貸方式向銀行團申請所需資金，而這也是專案融資概念近年來備受矚目的主因⁴⁹。

在國內，各界對於專案融資概念的重視，實源起於高鐵 BOT 投資案。由於這項公共建設在規劃當時所預估的開發金額即高達新台幣 4 千多億元，民間投資者斷無可能以提供擔保品或信用貸款的方式貸得足夠的開發資金，唯有仰賴專案融資的貸款方式，專案發起人才有機會取得足夠的投資金額。於此之前，國人對於專案融資的認識普遍有限，關於專案融資的論述亦不多見，為進一步釐清此一概念的意義，本文擬藉由比較其與傳統融資方式的差異，一窺專案融資的全貌。

茲將專案融資與傳統直接融資模式，整理比較如下表：

⁴⁸ 由於世界性的經濟不景氣，使得各國政府財政赤字不斷增加。為減輕政府的負擔，自一九七〇年代起，歐美各國遂不斷鼓勵民間資金投入公共工程的開發，而專案融資模式適巧提供了業者融資的管道，以參與各項公共工程建設。隨著民間參與公共建設的風氣漸盛，專案融資的資金安排模式也一再受到重視。

參閱王冉主編，項目融資，北京：新華出版社，1995 年 11 月初版，第 4-5 頁。

⁴⁹ See Robert B. Shanks & Sheldon A. Fisher, *International Investors Eye Project Financing*, *The National Law Journal*, Monday, Jul. 13, (1992).

特 性	傳統直接融資 (Direct Financing)	專案融資 (Project Financing)
融資對象 (即債務人之 屬性)	一般中小企業或大型公 司企業。	為專案計劃所特定存在 之專案公司 (project company)。
融資用途及 目的	較不明顯，資金供應商 可能不清楚融資的用 途。	相當確定，完全投入專 案計劃開發。
貸款期限	貸款期限較短。	貸款期限較長。
融資架構的 過程	較為單純，通常僅就債 務人之擔保品市值及其 信用作評量，成本較 低。	較為複雜，不以擔保品 市值及其信用為主要考 量，重點在於專案計劃 的架構及其未來之展 望，前置作業成本頗 高。
財務槓桿程 度	較低，自有資金比例較 高。	高負債對於資產比例， 經常高達 65 至 75%。
資金供應者 對於投資計 劃之參與程 度	計劃控制權完全由投資 公司董事會執掌，資金 供應商對於投資計畫較 無參與意見的管道。	資金供應商介入投資計 畫程度較深，甚至具備 投資計畫規劃的主導 權。計劃之開發營運過 程對資金供應商較為透 明化。
風險分擔情 形	資金供應商對於公司資 產多具備追索權限，以 擔保債權之清償。公司 也可以透過投保的方式 將投資風險轉嫁與保險 公司。	資金供應商對於專案公 司僅具備有限追索權 限，保障較差。為確保 其債權，專案計劃多半 會設定保證人，或以簽 定專案產出物買定契約 的方式，將投資風險轉

		嫁至有能力承擔者。
現金流量之歸屬	投資計畫所產生之現金流量，俱與公司原有資金混合。	投資計畫所產生之現金流量僅存在專案公司，不會與原投資企業(母公司)之資產相混合。
現金流量之處理	公司之管理階層有較大之裁量權，對於投資計畫現金流量之運用，完全視公司內部政策而定。	專案公司主管階層之裁量權較小，其必須依照約定將盈餘分配與投資者，不得挪作其他用途。
投資計畫失敗時資金供應商權益之確保	資金供應商僅能就原先設定之擔保物權及公司其他資產抵償，以清償其債務。	資金供應商僅具備有限追索權，且專案資產可能多屬公有而變現性差，對其保障較差。不過資金供應商通常對於專案計劃都具有介入權，於專案計劃營運不加時便可介入取代專案公司之營運，以確保專案計劃得以繼續營運。

三、 專案融資的效益及缺點

在了解專案融資的意義及其與傳統融資的差異後，接下來我們將討論專案融資模式的優缺點，俾能對此一新穎的資金架構模式有更深入的了解。

(一)、專案融資的效益⁵⁰

- 1、 對於擁有珍貴天然資源的經濟體而言，專案融資提供了一個低成本的開發方式，特別是該經濟體缺乏足夠的開發經費時。舉例而言，某特定區域蘊含藏量豐富的某類礦藏，而國際市場亦對該類礦藏需求甚鉅，惟礦藏所在地政府未

⁵⁰ See Supra Note 13, at 24-31.

必具有足夠的經費來進行開採，此時如能引進國內外的私有資金來協助開採，並以該礦藏開採計劃之產出物交易收入來擔保專案貸款的清償，則資金供應商便可能同意提供專案開發所需的資金，供投資者運用在該專案計劃的開發營運之上。如此，則礦藏所在地政府或民間投資者，便無須在專案計劃開發前即需自行籌得所有的開發經費，甚且還能藉由較低的資金取得成本增加投資獲利的空間，亦即以高財務槓桿（highly leveraged）的資金架構方式，賺取更高的利潤。準此，在專案內容合宜的情形下，採取專案融資的資金架構模式，確實較傳統融資方式更能賦予投資者揮灑的空間，同時也能讓規模較小但體質良好的公司，有機會參與大型專案計劃的開發⁵¹。

- 2、採用專案融資資金架構方式之專案計劃，其規模通常相對龐大，而且為提高資金供應商對發起人信用能力的評估，專案計劃多半以數投資者聯合開發（joint venture）的方式來規劃，因此在面對金額龐大的開發計劃時，多個發起人的參與將有助降低各發起人所必須獨自承擔的風險。此外，以聯合開發的方式來規劃專案計劃，也有助於提高專案計劃的經濟規模，增加專案工程開發的效益。舉例來說，製鋁工廠在製造鋁產品的過程當中需要大量的電力，但若為獲取廉價的電力來源而由單一投資者（製鋁工廠）興建發電廠以為供應，顯然不符合經濟效益，但若由多家製鋁工廠共同以專案融資的方式申請貸款興建電廠，則不但所興建之電廠規模可能擴大致生產電力的單位成本驟降，該擴大興建之電廠甚至還可能產量有剩而可對外進行銷售，增加專案計劃的收益，規模經濟所帶來的效益，可見一斑。誠然，專案計劃能否確實產生足夠的經濟效益實有賴個案的具體條件而定，不過可以確定的是，專案融資確實提供了投資者在資金安排上的另一種選擇。
- 3、採用專案融資的申貸方式能增加發起人的信用能力，獲致

⁵¹ See Peter Megens, *Construction Risk and Project Finance-Risk Allocation As Viewed By Contractors and Financiers*, *The International Construction Law Review*, 1997, Pt.1, pp. 6.

資金供應商更高度的信賴⁵²。由於專案債務的償還相當依賴專案產出物交易所得之現金流量，因此如專案發起人能與「專案產出物之買受人」簽訂長期買賣契約，且該買受人在市場上亦商譽良好，即便專案發起人本身的商譽並不顯著，仍無損於資金供應商提供專案融資貸款的意願。於此情形下，與傳統融資方式相較，專案發起人往往能貸得更多的開發資金。此外，由於資金供應商的貸款債權已某程度獲得保障，專案發起人通常有較多的籌碼向資金供應商爭取較低的貸款利率，這對於專案計劃建設之初「需錢孔急」的專案發起人而言，自是獲益良多。準此，我們可以說，如果專案發起人能妥善規劃專案融資的財務槓桿，運用各種直接或間接的方式來保障專案計劃所產生的現金流量，則專案發起人便極可能以大於自己信用的方式，獲致資金供應商的貸款協助。

- 4、採用專案融資申貸模式將有助於招募更多投資人參與專案計劃的開發，使專案發起人獲得較低的資金取得成本。在專案融資申貸模式下，專案發起人多半會另行成立一專案公司，對內負責專案工程的開發與營運，對外則作為統一交涉的代表。而與一般傳統募集資金方式不同的是，專案公司一般而言對於專案計劃的現金流量，並沒有決定如何運用的裁量權限。換言之，專案公司在收取專案計劃的交易收入後，除了將該筆收入用以攤銷專案計劃所衍生的必要費用及清償專案融資之債務外，盈餘必須全數與所有投資人分攤，專案公司董事會並無權決定將該筆盈餘再行投入專案計劃的運用中。而如果採取傳統的資金募集方式，則投資人便缺乏此類管道來決定如何運用專案計劃的獲利，一切應依照公司董事會的決議來處理，如此對投資人的保障自然相對較弱。之所以有這樣的差別，主要是因為專案融資模式所產生的財務槓桿幅度較高，投資者的風險自然相對偏高，因此必須容許投資者對專案計劃之收入

⁵² 參閱舒成光撰，BOT, BOO 及 BOOT 理論及實務，台北：曉園出版社，1996年4月初版，第86頁。

具有較高的控制權所致。而投資人也多半會在專案融資之規劃階段便與發起人達成協議，希望對專案計劃現金流量的分配具有主導地位。如此一來，投資人對於投資損失的不確定感便能大幅降低，這將有助於專案發起人爭取更多的投資人一同參與專案計劃的開發，對於降低專案發起人取得專案開發之資金成本，助益甚大。

- 5、專案融資的資金架構方式，有助於落實專案計劃的合理規劃，進而提昇專案工程成功運作的機率。有鑒於專案融資債權人的主要擔保係來自專案計劃成功運作後所產生的現金流量，因此資金供應商在允諾提供貸款服務予專案發起人之前，必然依據專案發起人的規劃以及專案計劃所具備的條件，進行嚴格的「可行性評估」(viability assessment)作業。有別於專案發起人所提供的專案可行性評估內容可能因目的取向而影響其準確性，資金供應商自己所進行的評估作業則不易產生這樣的盲點，否則實不足以確保其貸款債權之回收。而同一專案計劃在經過兩個不同角度的可行性評估後，必更能確保專案規劃的正確性，對於促進專案工程的成功運作，甚為關鍵。

(二)、專案融資的缺點

- 1、專案融資的資金架構模式相較傳統融資方式要複雜許多，有別於傳統融資係以消費借貸契約為中心，專案融資除了專案公司與聯貸銀行團間的消費借貸契約外，更重要的關鍵可能在於專案產出物「買定合約」(take-or-pay contract)⁵³的簽訂，或其他直接或間接保證契約的訂定。由於專案融資的申貸金額相對龐大，為求有效轉嫁因此所產生的高風險，專案融資的資金架構需要各式各樣的周邊

⁵³ 所謂的「買定約款」(take or pay)概念，係指一個專案設施產品的買受者，承諾依照約定之數量來購買，而不論買受者實際上是否有此需求，其目的主要在於降低市場風險的不確定性。買訂約款除了應用於專案融資的相關契約中，也常出現於許多長期的繼續性供給或需求契約中，不過它在專案融資中運用得最廣。如果以此一概念作為一個單獨契約的內容，則其便成為「約定使用量的買定契約」(throughput contract, take-or-pay contract)，這種契約最常見的就是由石油公司將最低數量的石油交由特定輸送設備來運送，以保障興建油管者的最低營運成本。

參閱王文字著，「BOT 主要契約內容解析(下)」，全國律師，1998年12月號，第86-87頁；See Peter D. Slattery, *Project Finance-An Overview*, Corporate and Business Law Journal, Sept 1993, pp. 75.

契約來配合，以求合理分配投資風險至有能力分擔者身上。而這些周邊契約的規劃，將使得專案融資的架構成本要較傳統融資方式要高出許多，在複雜度以及協商時程上，實非傳統融資所能比擬。因此，除非專案工程具備相當的經濟規模，否則專案融資的申貸方式所帶來的高成本，反將侵蝕專案開發的經濟效益，而使專案計劃的開發變得得不償失了。

- 2、由於專案融資所應用之大型專案計劃其特性使然，使得資金供應商對於專案發起人通常僅能享有有限的追索權，有時甚至不具備追索權。在這種情形下，縱然資金供應商可以透過各種契約的安排，確保專案計劃能產生足額的現金流量，但其保障效力仍弱於直接設定擔保物權或逕以發起人資產為追索標的之擔保方式，卻也是不爭的事實⁵⁴。考量專案融資申貸案所需承擔的高風險，資金供應商因應允參與所獲得的利潤，相對而言便顯得不特別突出，而這也是許多銀行對承接此類申貸案意願偏低的主因。
- 3、除了專案融資的資金架構相對複雜外，為申請規劃專案架構所需負擔的高額人事費用，將使投資成本大為提高。由於專案計劃的成功有賴事前縝密的評估與規劃，金融、法律等各方面專業人員的密切參與更屬不可或缺，因此當專案發起人著手於專案計劃的評估與規劃時，首先便需負擔高額的人事成本，而此時專案發起人可能根本尚未向資金供應商提出專案融資的申請。由此可知，專案融資的資金架構模式，其操作成本確實要比傳統融資高上許多。

(三)、小結

一如所有制度都有其優缺點，專案融資自然也有其適用場合的良窳，專案投資者在考量如何架構專案計劃的資金來源時，首應徹底了解專案計劃本身所具備的條件為何，並據此評估究應以何種方式來募集專案開發所需的資金較符合經濟效益。析言之，

⁵⁴ 參閱胡展華撰，「專案融資之研究-以 BOT 專案為例」，國立台灣大學財務金融學研究所碩士論文，民國 85 年 6 月，第 16 頁。

專案發起人必須知曉，專案設施的壽命終究有其年限，而在其有限的壽命終期前，專案計劃所產生的現金流量是否足以償還專案計劃的負債，這是專案發起人在規劃之初即需優先考量者。其次，如決定採取專案融資的申貸模式，則專案發起人也必須認知，在專案設施完工營運後，專案計劃的現金收入其支配權將大抵掌握在資金供應商及其他投資人的手裡，且專案公司的董事會就此獲利分配一般不具有決定性的主導權，如專案發起人無法配合專案融資此一特性，即不應採取此一申貸模式作為資金來源的管道。⁵⁵

承上所述，專案融資的確有其架構複雜、成本偏高的缺陷，但其所能提供之以小搏大、讓專案發起人得以高財務槓桿來開發大型專案設施的機會，實為傳統融資方式所無法比擬。除此之外，藉由高度舉債所產生的合法避稅（tax shield）機會，在一定條件的配合下也能有效降低專案計劃的投資成本，增加專案計劃開發的經濟效益⁵⁶。擁有這些傳統融資難以望其項背的優勢，也難怪近年來民間投資機構對此於一新興的融資模式顯得趨之若鶩了。

四、 民間參與公共建設籌措資金的新寵 - 專案融資

如果說專案融資在民營化風潮興起後，找到了一個全新舞台，相信不會有太多人反對。雖然專案融資申貸模式在發展初期，主要是為了開發天然礦藏而設計⁵⁷，但近年來在民間參與公共建設風氣益盛，以及公共建設之興建、營運需要龐大密集資金的情形下，專案融資一躍成為民間機構參與公共建設時強而有力的後盾。對於不願在民營公共建設這個龐大新興市場缺席的業主與金融家而言，專案融資提供以小搏大的機會，讓夢想實踐成為可能。蓋如缺乏大量資金作為後盾，一切圖謀藉由參與公共建設營運而「從中牟利」的理念便只能流於空中樓閣，沒有實踐的可

⁵⁵ See Supra Note 13, at 32-33

⁵⁶ See Ronald F. Sullivan, International Project Financing, Third Edition, Juris Publishing, (1999), pp. 2-28~2-30; 參閱王冉，前揭註 48，第 3-4 頁。

⁵⁷ 參閱王冉，前揭註 48，第 4 頁。

能。因此在民營化風潮蔚為時尚的今日，專案融資申貸模式格外受到各界重視⁵⁸。

專案融資最早的歷史可以回溯至西元 13 世紀，當時英國皇室需要一筆資金來開採位於 Devon 地區的銀礦，但礙於資金有限，英國皇室便向當時最富有的商人富里斯科波地（Frescobaldi）商議借貸資金以開採銀礦，皇室並允諾將以開採銀礦所得的利潤來償還貸款，此即為「以產出物清償貸款」(production payment loan)⁵⁹之早期專案融資雛型⁶⁰。到了 19、20 世紀，專案融資申貸模式除了提供礦藏開採專案計劃之用以外，也逐漸成為民間參與大型公共建設營建的資金規劃來源。究其原因，主要是歷來均為公部門所壟斷的大型公共建設市場有日益開放的趨勢，使得民間企業開始有了參與大型公共建設營建的機會。例如在 19 世紀中葉的法國，政府便逐漸開放以特許權授與的方式，讓民間機構有機會參與自來水系統、鐵路、電力及煤氣等公共建設的興建營運；另外在 1854 年時，一群來自歐洲的業主更向埃及政府申請獲得蘇伊士運河（Suez Canal）的興建營運特許權，而其他由私人企業在世界各地所建設經營的鐵公路、自來水、電力供應等系統等，就更不勝枚舉了⁶¹。由於這些公共建設初期的營建經費多相當龐大，以傳統的企業融資方式實不足以應付如此龐大的資金需求，於是先前被用以開發礦藏的專案融資資金架構方式，便再次派上用場。雖然這些公共建設的營建經費多相當龐大，而且終端使用者所給付的單位金額通常相對微薄，不過此類公共設施之營運市場大抵有著客源穩定的相對優勢，蓋基礎公共建設一般多為民眾日常生活所不可或缺，且其一般多為獨占市場（如高鐵系統），

⁵⁸ See Alan M. Epstein & William A. Wilson, *Demand Increases For Infrastructure Projects in Asia*, New York Law Journal, Monday, Nov. 25, 1996.

⁵⁹ 所謂「以產出物來償還貸款」之專案融資，即係以開採自然礦藏的利潤所得作為清償開發費用貸款的擔保。舉例而言，某石油開發公司擬鑽探北海油田，但公司本身缺乏足夠的資金來支付開採所需的費用，於是便向銀行提出油礦開採計劃，並要求銀行貸與開發所需的必要費用，而銀行將來擔保石油公司還款的依據，除了對於機具設備可能具有有限的追索權（limited recourse）之外，主要的大宗來源還是石油公司因開採油礦所得之利潤，即所謂以產出物來償還貸款的專案計劃。事實上，此種有限追索權的借貸契約模式，正是專案融資模式最早的雛形。

⁶⁰ See *Supra* Note 13, at vii.

⁶¹ 于安著，外商投資特許權項目協議（BOT）與行政合同法，北京：法律出版社，1998 年 4 月初版，第 11 頁。

因此相對穩定的收入來源便使得該公共設施成為一個能自給自足的「主體」(entity)。如此一來藉由專案設施本身的運作，不但能有穩定的資金收入(cash flow)以償還建設初期的巨額貸款，還能讓投資業者享有一定的利潤，而資金供應商的債權也能獲得保障。於此一情形下，民間機構即不囿於公司資產而僅能貸得有限之開發資金，只要專案開發的整體規劃能說服資金供應商利潤所在，銀行自無不同意提供貸款服務之理。當然，在此一申貸模式底下，銀行的角色也必需進行重大的調整，銀行不能再如過去般僅扮演當舖的角色，而必須更積極的扮演「準專案計劃合夥人」(joint venture partner)的角色，竭盡所能地評估專案計劃的可行性，以降低專案開發時的風險，並能確保債權無虞。而銀行在評估專案計劃之可行性的同時，自然也扮演了第二道安全瓣的角色，整體專案計劃在經過業主與銀行的雙重評估後，專案計劃成功運作的機會自然大幅提昇。

綜上所述，專案融資在適用於高額、密集資金需求的投資案時，其優勢不言可喻。誠然，由於國情不同，每個經濟體對於風險的承受能力本有差異，惟專案融資的可貴之處即在於其能靈活地進行風險分配，讓所有的參與者均能適度承擔合理的風險，配合邇來益發興盛的民間參與公共建設風潮，專案融資所提供民間業者的機會，儼然成為這股民營化風潮迅速推展的強力推手。雖然專案融資仍有風險過大不易克服的缺陷，但與其所能提供的優勢相較，其仍為投資者參與資金密集專案計畫的良好機制。此外，在傳統公辦公營的政府採購模式底下，所有專案開發的風險均集中由公部門獨力承擔，但在推行公共建設民營化的政策之後，藉由 BOT 這類的政府採購模式，加上上述提及之專案融資申貸模式所能增加之民間業與者參與機會，公部門遂能將民間投資業者及銀行納入而成為共同分擔風險的主體，適度將部分專案開發的風險轉嫁至國內外企業與金融界的身上，且三者間尚可透過相互協調的方式，找出最合理、最均衡的風險分擔模式，實屬一舉數得，相信這應是未來各地興辦公共建設的準則。

在現代化社會裡，人類所有活動莫不以追求極致效率為終極

目標，專案融資資金架構方式的引進則使得公共建設營建效率的提昇獲得大躍進。除非能找出更有效率的替代方案，否則在短期內，專案融資仍將是民間參與公共建設募集資金的不二法門。

第三章 促參法第 52 條之行政裁量與圖利罪

在了解 BOT 工程模式的特性以及專案融資申貸模式後，接下來本文擬就主辦機關（即公部門）應如何依促參法規定行使裁量權，俾符合該法之立法意旨，作進一步討論。由於整部促參法賦予主辦機關自工程規劃伊始及至工程完工、設施營運，乃至移轉設施營運權予國家等階段大大小小的裁量權限，則主辦機關究應以如何之標準行使其裁量權方不致構成裁量濫用之違法？而刑事司法機關又應以何種標準來檢視、判斷裁量是否有濫用情事進而構成公務員圖利罪？此番議題在 BOT 工程模式尚屬新穎的台灣，仍乏前例可循，此亦所以日前台灣高鐵 BOT 案在通車營運發生重大虧損後，各界對交通部（即主辦機關）是否應行使裁量權、啟動促參法第 52 條之「政府退場機制」收回高鐵營運權，履有訾議，甚至促請檢察機關介入偵辦相關人員是否涉嫌公務員圖利罪之主因。基此，本章節即以上開素有「BOT 工程模式政府退場機制靈魂條款」之稱的促參法第 52 條規定為討論客體，輔以台灣高鐵上述爭議案例為背景，從我國公務員圖利罪的角度來探討，刑事司法機關究應以如何之審查密度來檢視主辦單位依上揭規定所為之裁量處分（含作為與不作為）方為妥適，期能在檢肅犯罪的同時，亦留心對於專業行政裁量之尊重，使刑事案件的偵、審能臻毋枉毋縱之最高境界。

第一節 促參法第 52 條概述

我國促參法第 52 條規定：

「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得為下列處理，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。但主辦機關依第三項規定同意融資機構、保證人或其指定之其他機構接管者，不在此限。

三、因前款中止興建或營運，或經融資機構、保證人或其指定之其他機構接管後，持續相當期間仍未改善者，終止投資契約。主辦機關依前項規定辦理時，應通知融資機構、保證人及政府有關機關。

民間機構有第一項之情形者，融資機構、保證人得經主辦機關同意，於一定期限內自行或擇定符合法令規定之其他機構，暫時接管該民間機構或繼續辦理興建、營運。」。

本條規定考其立法意旨，在賦予主辦機關得對 BOT 工程案件自工程興建階段起迄營運階段，以「合夥人」的角色督促民間機構履行兩造所簽訂之投資契約⁶²的權利，並於民間機構始終未依約改善工程缺失時，最終得自該投資契約抽身之法律權源。矧主辦機關及民間機構最初簽訂投資契約共同開發專案建設時，雙方關係猶如新婚夫妻，均互信對方能於法律關係存續中克盡己責，為對方牟取最大福利（對主辦單位而言係指工程順利營運，對民間機構而言則指投資獲利），並以和諧、穩健之合作關係共創公、私部門及社會大眾三贏之局面。而今民間機構既已對於履行合約義務產生怠惰情形，且屢經主辦機關依本條規定督促其改善而未見其效，足認民間機構已無心於專案工程之開發與經營，為擷節支出替納稅人看緊荷包，主辦機關自有權決定何時以何種方式自該合夥關係中抽身，故而有本條之設。由是以觀，本條規定在 BOT 工程案例中之重要性，不言可喻；試想，如今日交通部援引本條規定片面中止台灣高鐵公司之高鐵營運權，甚或終止兩造間之投資契約，又或者依相類於本條規定之促參法第 53 條⁶³規

⁶² 此處所指之投資契約即本文第二章所述，公部門與民間機構就協力開發公共建設所共同簽訂之「授權營運合約」(concession agreement) 而言。

⁶³ 促參法第 53 條規定：「I、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。II、依前條第一項中止及前項停止其營運一部、全部或終止投資契約時，主辦機關得採取適當措施，繼續維持該公共建設之營運。必要時，並得予以強制接管營運；其接管營運辦法，由中央目的事業主管機關於本法公布後一年內訂定之。」

定，強制接管高鐵營運並另覓一民間公司接手高鐵設施之營運服務，對台灣政經情勢及社會安定所產生的衝擊將難以想像，因此主辦單位依本條規定所得行使之裁量權，影響所及，動見觀瞻，稱本條規定為投資契約公部門退場機制之靈魂條款，實不為過。

在了解本條之規範目的及使用場合後，接著我們將進一步解析本條之構成要件，以了解主辦單位在何種情形下具備如何之裁量權限⁶⁴。按本條第 1 項明文規定，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」等 4 種情形發生時，主辦機關「得」循序依同條項第 1 至 3 款之方式（下簡稱督促程序），促使民間機構遵期改善缺失。依此，則主辦單位不論在專案工程之興建或營運階段，就該工程之現實狀況「評估上述 4 種缺失果否存在」，此屬於第一層次之裁量權的行使；繼之，主辦單位於裁量認定上揭 4 種缺失存在後，進一步決定「是否依該條項規定對民間機構（專案公司）啟動督促程序」，此屬於第二層次之裁量權的行使；再主辦單位裁量決定啟動上揭督促程序後，對於依同條項第 1 款「民間機構改善期間之酌定」、或第 2 款「是否未改善或改善是否無效之認定」及第 3 款「中止後持續相當期間缺失仍未改善之認定」，則均屬第三層次無疑問。

就第一層次之裁量權的行使而言，其中所謂專案工程是否具備「施工進度嚴重落後」、「工程品質重大違失」及「經營不善」情形之判斷，較無爭議，蓋促參法施行細則第 48 條已就上揭 3 種情形賦予明確的定義⁶⁵，主辦機關可為裁量認定之空間相對受到壓縮，因此主辦機關就該 3 種缺失果否存在其裁量認定之結果，是否有裁量濫用之情形，刑事司法機關之判斷便相對容易。然就同條項所規定之第 4 種情形，即「其他重大情事發生」之概

⁶⁴ 按雖行政法學者普遍對所謂隸屬法律構成要件之「判斷餘地」與隸屬法律效果之「裁量」均作區別，惟該等區別尚非本文討論重點，故本文一律以「裁量」稱之而不作進一步區分，謹此說明。

⁶⁵ 促參法施行細則第 48 條規定：「本法第 52 條第 1 項所稱施工進度嚴重落後，指未於投資契約所定之期限內完成工程，或建設進行中，依客觀事實顯無法於投資契約所訂期限內完成工程者；所稱工程品質重大違失，指工程違反法令或違反投資契約之工程品質規定，或經主辦機關與民間機構雙方同意之獨立認證機構認定有損害公共品質之情形，且情節重大者；所稱經營不善，指民間機構營運期間，於公共安全、服務品質或相關管理事項上違反法令或投資契約者。」

括條款而言，一如所有的不確定法律概念均賴有權解釋機關之片面詮釋，專案工程果否具備重大情事而使主辦機關得依法或應依法啟動上揭督促程序，亦全賴主辦機關之單獨判斷，而在主辦機關具有極大裁量空間之情形下，對於裁量結果果否具有濫用情形之認定，即非易事。本文以為，既屬概括條款性質，意味立法者於立法之初原即授權主辦單位得依個案事實獨立認定專案工程是否具有重大缺失，進而以第二層次之裁量權決定是否啟動督促程序。職是，本於權力分立之觀點，復肯認行政機關執行業務有其專業性，參以司法自制之謙抑思維，再考量促參法之立法目的在創造公、私部門絕對雙贏之局面，以鼓勵民間攜帶資金投入公共建設之開發營運，刑事司法機關就主辦機關於此情形下果否具有裁量濫用之認定，自當審慎為之，非有足認係「裁量收縮至零」（*ermessensreduzierung auf null*）之重大、急迫情形出現，且該缺失非即刻依本條規定由主辦機關啟動督促程序，不足以確保公共利益時，刑事司法機關始可啟動司法機制介入專業行政運作之範疇。至上揭急迫情形果否存在，刑事司法機關除應援用一般社會通俗觀點以為評估外，更務求併就標的工程之整體生命歷程（涵蓋工程興建之始及至設施壽命終了），乃至主辦機關如是裁量對社會整體之正、負面影響作一宏觀地思考，如此，刑事司法機關方不至在審度案情時陷入捨本逐末之盲點，進而造成以偏概全之執法上違誤。

茲再以我國高鐵 BOT 投資案之財務危機為例，進一步就刑事司法機關審視行政機關果否濫用行政裁量權之判斷標準，來做說明。按我國高鐵系統自營運通車以來連年虧損的情形，邇來不斷遭各界撻伐，尤其，當年台灣高鐵公司與劉泰英先生所組成之中華高鐵聯盟競標高鐵投資案時，相較於中華高鐵聯盟之財務規劃仍須仰賴政府出資協助，台灣高鐵公司最終則以「政府零出資」之響亮口號贏得高鐵專案工程之優先議約權，並與主辦單位交通部簽訂高鐵 BOT 投資契約，進而完成我國高鐵系統之興建與營運。然而，競標之初過度樂觀的財務規劃，加上興建營運期間適逢全球性金融風暴，台灣高鐵自 96 年通車營運以降，迄今已虧

損超過新台幣 675 億元，且無明顯改善跡象，此顯與台灣高鐵公司與主辦單位交通部簽訂高鐵 BOT 投資契約時所承諾之預估營運額，有著極大的落差⁶⁶。茲有疑義者為，主辦單位交通部遲未依本條項規定將此嚴重虧損視為「其他重大情事」，並依法啟動督促程序，交通部是否涉及「裁量怠惰」進而構成裁量濫用？本文以為，雖高鐵營運確有如上所述之專案公司(即台灣高鐵公司)帳面上之重大虧損情事，然考量高鐵系統在通車營運後確已成為西部走廊的交通命脈，相當幅度的經濟活動也仰賴高鐵系統的運作而得以維持，台灣未來的經濟發展更有賴高鐵系統參與其間，且交通建設乃國家生存發展之重要基礎設施，原應由中央政府自行籌措資金興建，加上督促程序一旦啟動勢將對台灣政、經層面產生難以想像的衝擊，種種因素錯綜影響下，能否逕以高鐵營運之帳面虧損作為單一判斷指標，逕予認定此時已屬重大情事發生而應責成交通部即刻依法啟動督促程序，事涉高度專業之交通、財經等領域之判斷，刑事司法機關除應謹守司法自制避免貿然介入專業行政領域的運作外，果欲推翻主辦機關之裁量認定結果，亦須擬妥涵蓋上述各項議題之全面、完整性之論述為其判斷基礎，且應清楚說明有何裁量收縮情事發生，致交通部有即刻依法啟動督促程序之必要否則不足以保障國民權益，方不致遭物議為司法權之越俎代庖。事實上，本文也以為，以高鐵此等規模之公共建設，縱將營運爭議上綱至以「全民公投」的方式來決定其未來發展方向，亦不為過，因此，若擬以全無民意基礎之刑事司法機關之判斷代替或凌駕行政機關之專業裁量結果，從法治國之角度以觀，縱無不可，究不宜輕率為之，避免未來行政權於揮灑之際，瞻前顧後而投鼠忌器，致國家空有法治而乏福利國家之為民建樹。準此，在專案工程規模龐大的案例裡，因事涉層面甚廣，

⁶⁶ 就促參案件之實務運作而言，主辦機關在公告徵求民間參與公共建設時，通常會要求民間機構應於申請文件檢附財務計畫作為附件，並於正式締約時將該附件視為投資契約之一部分。然筆者亦認為，縱將此關於標的工程未來財務預估之內容視為契約內容一部分，除非該投資契約另設有「基於此財務預估為計算基礎」之「未達營運績效處罰條款」，否則縱民間機構俟後之營運績效不如預期，尚不得逕解為民間機構即有違反投資契約之情形。

參閱寰瀛法律事務所、古嘉譚、李元德、黃俊凱、陳俐宇著，促參法 Q&A-100 個有關辦理 BOT、OT 等案件的重要問題，元照出版社，2009 年 7 月初版，第 313 頁。

刑事司法機關對於行政機關此類裁量權行使之檢視，自應更加謹慎為之，非認有上述行政裁量收縮之重大、急迫情形出現，應解為司法權不宜積極介入判斷，刑事司法機關應本於司法自制之法理，將主辦機關該裁量決定之結果交由民意責令執政黨負起「政治責任」，並藉由輿論走向決定主辦機關是否應順應民意，進一步調整其裁量內容或為其他必要之處置，如此，方認與民主國家主權在民之基本原則無違。

至於在第二層次即主辦機關「決定果否啟動督促程序」之裁量權行使，以及第三層次主辦機關就「改善期間之酌定與改善情形之裁量認定」方面，本於上述相同之觀點，應認刑事司法機關亦須以謹慎及尊重行政專業之立場，來判斷行政機關果否有濫用裁量權之違法情事，以免司法權絕對凌駕於行政專業之上，進而對福利國家理念之落實產生負面影響。關於行政裁量濫用情形之司法權檢視密度，本文將於本章第三節作進一步討論。

第二節 貪污治罪條例第 6 條公務員圖利罪概述

BOT 工程案件如遇有促參法第 52 條第 1 項所列「施工進度嚴重落後」等 4 種缺失，且其情形之嚴重、緊急已達主辦機關「裁量收縮至零」之境界，然主辦機關仍堅持不願行使行政裁量權啟動該條督促程序以為補救，此時主辦機關之行政不作為即屬裁量權之濫用，並涉嫌違反促參法上揭賦予主辦機關之監督義務；另一方面，由於主辦單位怠於依上揭督促程序中止民間機構興建營運專案工程之特許權，則民間機構即可能因此而繼續享有來自公部門所給付之專案計劃利息補貼，甚或繼續收取來自專案工程之營運收入，公務員違法濫權，加上民間廠商因此獲得具體利益，貪污治罪條例中關於「主管機關公務員圖利他人罪」之規定，即有適用的可能。按我國貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款係規定：「對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數

不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者，處五年以上有期徒刑，得併科新台幣三千萬元以下罰金。」，茲就本條規定之適用解析如下：

一、須主辦機關公務員明知其行政行為違背法令

本條規定係針對故意犯之處罰而為設置，是法條於民國90年10月25日修正後，即在文字上強調「明知違背法令」之主觀要件，以彰顯立法者僅就故意圖利他人之情形予以訴追之立場。另觀諸最高法院94年度台上字第6030號判決意旨，「圖利罪之成立，在主觀上，行為人一方面須認識其所為之行為具體違反執行職務所應遵守之義務，另一方面需有不法得利之意圖，即意圖藉由違反職務行為謀得非法利益。而此意圖須依證據認定之，不得僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲得不法利益，據以推定該公務員自始有圖利之犯意。」，可知，刑事司法機關在認定被告是否確實違反本條項規定時之判斷重點，當係「就該案蒐集所得之客觀證據可否積極證明被告於違法行使職權時，已具備主觀違法意識」，尚不得藉由「自己或其他私人確實獲得非法利益」之客觀事證，倒行推論被告於行為當時確有「明知違法」之情事。

本條項之構成要件邇來歷經多次修法，參以被告主觀犯意之舉證事實上有其難度，立法者似有意將公務員圖利罪之訴追範圍限縮於「重大、明確且一望即知有明顯違法圖利之案件」，始認應依本條項規定予以訴追處罰。至其他違法失職是否確係出自公務員「明知故犯」尚屬晦暗不明之個案，考量落實福利國家理念尚需鼓勵行政機關積極為民建樹以「圖利國人」，以及來自司法權過於頻繁、嚴苛的檢視，恐將造成行政機關施政裹足不前，致失其主動性及前瞻性，應認尚非立法者所亟欲處理之對象。是此，刑事司法機關尤其是隸屬司法權第一線之檢察機關，在就公務員涉嫌圖利罪之

個案進行司法檢視時，自應本於司法自制之立場謹慎以對，避免動輒干擾行政權之運作而造成寒蟬效應，方認與我國圖利罪之立法趨勢無違。

進一步將圖利罪此一主觀構成要件帶入本文所探討之「主辦機關違法濫用促參法第 52 條裁量權以圖利民間機構」之議題，則對於主辦機關公務員果否具有圖利民間機構主觀犯意之判斷，重點應在於該承辦公務員是否明知專案工程已有「應」裁量啟動督促程序之情事卻仍怠於為之，且其怠於為之之目的係在圖利民間機構；析言之，如主辦機關公務員明知該專案工程已有「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」等情事發生，且亦認依上揭規定啟動督促程序為確保民間機構履行投資契約之必要手段，然卻怠於裁量啟動督促程序，而其怠於如斯裁量之目的在圖民間機構繼續獲得來自公部門之利息補貼或收取專案工程營運等利益，果如此，即可認主辦機關該承辦公務員已具有「明知裁量行政違法」之主觀犯意。

二、須主辦機關公務員裁量權之行使違背法令

所謂違背法令之「法令」，依本條項規定係包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定；簡言之，僅立法院通過之法律，或者依法制定、對外生效之行政命令，始得作為圖利罪公務員果否違背法令行使職權之判斷依據。至僅對機關內部生效之行政規則，或僅屬機關自訂而供所屬人員執法時作為參考依據之內部準則（如作業要點、要項等），因對外界不具法律信賴保障之功效，自非圖利罪所欲保障公務員依法行政之該法律客體，其理至明。⁶⁷就本文所探討之「主辦機關濫用行政裁量權怠於啟動督促程序，涉嫌違反促參法第 52 條規定」議題

⁶⁷ 學者亦認為，公務員違反僅具內部效力之行政規則或契約條款、採購契約要項，僅屬行政責任之範圍，尚非貪污治罪條例規範之對象。
參閱邢泰釗著，圖利罪構成要件解析，臺灣屏東地方法院檢察署出版，2009 年 4 月初版，第 69 頁。

而言，刑事司法機關在解釋主辦單位依促參法上開規定之法定作為義務範圍時，除應以促參法本身之規定為其檢視之依據外，亦應將促參法施行細則等規定涵蓋在判斷基礎之內。至行政院公共工程委員會（下簡稱工程會）就 BOT 工程案件之辦理所發布、供主辦機關參考之「函釋」或其他相類之「內部守則」，考其性質僅屬行政規則性質，對外並無實質拘束效力，揆諸上揭說明，主辦機關縱有違反該守則之「建議」而未依促參法第 52 條規定裁量啟動督促程序，刑事司法機關尚不得執之作為認定主辦機關公務員怠於行使裁量權而於「法令」有所違背之判斷依據。

另法令賦予公務員就其主管或監督之事務有裁量權限時，公務員如怠於依法行使裁量權，究應達到何種程度始應視之為違法，並認具備圖利罪此一構成要件？本文以為，縱法條文字係以不確定法律概念鋪陳其構成要件，並提供多種法律效果供主管公務員得因個案之時、地制宜而為裁量選擇，然至少有一「下限」情形，如該管公務員不即刻依法行使裁量權啟動保護機制，即屬違背該法律設置之目的而為該管公務員之違法失職，此時，該管公務員即不得再以裁量權之行使為其藉口，脫免其所應負擔之裁量怠惰責任。對此，學者亦指出，裁量者，乃指行政機關得在法定的不同處理方式之間，依據具體個案之情況，做出選擇之權力，但在實踐的過程中可能出現法律規定行政機關雖具有裁量權，惟受限於具體個案之特殊情形，致行政機關僅剩下唯一的選項，行政機關如選擇其他的處理方式均可能構成裁量上的瑕疵，則此時行政機關即有義務採取這唯一無瑕疵的方式來處理個案，此即德國學者所稱之「裁量減縮至零」或「裁量收縮」之情形。⁶⁸依此，在本文所探討之「主辦機關依促參法第 52 條規定裁量發動督促程序」議題方面，刑事司法機關如欲建立主辦機關公務員具備圖利罪本構成要件，首應確認該專案

⁶⁸ 參閱劉鑫楨著，論裁量處分與不確定法律概念，五南圖書出版股份有限公司 2005 年 11 月二版，第 70 頁。

工程已具有如何重大、急迫之違失情形，並應能具體指述如主辦機關不立即裁量啟動督促程序，公部門將遭受如何不能恢復之損害，方可謂主辦機關公務員未適時啟動督促程序構成裁量怠惰之違法情事。

三、須民間機構因主辦機關公務員之違法裁量而獲得具體利益

按本條項圖利罪所規定之「不法利益」，係指合法利益以外之有形或無形之利益者。有形利益係指金錢或得易為金錢之財物，無形利益則指能滿足人之慾望之一切有形或無形之不正當利益，如性交享樂、晉升官階等均屬之。惟不論有形或無形利益，均須能轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額者為限始足當之⁶⁹，倘僅為單純行政便宜或反射利益，尚不在本條處罰之範圍內⁷⁰。

關於圖利罪此構成要件，在本文所討論的核心議題情形下，應較無爭議，蓋主辦機關公務員如怠於依促參法第 52 條規定行使裁量權啟動督促程序，民間機構因此所獲致之不法利益，通常即為此期間所獲得來自公部門之利息補貼⁷¹，以及專案設施之營運收入 (cash flow)，而此二者均為具體數額之金錢利益，因此刑事司法機關在計算此不法利益時，只要能確認上開利息補貼之金額及專案設施之營業額，就本構成要件之舉證，即屬水到渠成。

附帶提及者為上揭利息補貼及現金收入之正確數額，均需以特定期間為計算基礎，易言之，如何特定主辦機關「怠於依法為行政裁量」之時點（即主辦機關應作為而不作為之起點），以計算民間機構總共溢領多少補貼利息或溢收多少營運收入，恐將才是本文命題下對刑事司法機關最大的挑

⁶⁹ 最高法院 98 年度台上字第 1991 號判決、82 年度台上字第 5911 號判決參照、74 年度台上字第 1355 號判例酌參。

⁷⁰ 參閱邢泰釗，前揭註著 67，第 80 頁。

⁷¹ 促進民間參與公共建設法施行細則第 53 條第 1 項規定：「主辦機關依本法第五十二條第一項第一款規定要求民間機構定期改善者，應自通知要求改善日起至完成改善日止，中止核付補貼利息。但經民間機構完成改善或經融資機構、保證人或其指定之其他機構依規定接管並完成改善者，主辦機關得補付中止核付之補貼利息。」

戰。依理，無法確認主辦機關自何時起有作為義務，即無法查知正確之犯罪時間，而無法確認正確之犯罪起始日，上揭非法之利息補貼及營運收入金額即失其計算基礎。然在個案中要認定主辦機關究應自何時起開始肩負「應作為而不作為」之義務，誠屬知易行難之事，且不同個案間均有其特殊考量，難以一通案標準作為判斷基礎。解決之道，惟有將來刑事司法機關遇見個案時，通盤考量個案工程在台灣社會之定位，據此權衡主辦機關在作為與不作為間之得與失，務求確保個案正義之極大化，以宏觀的標準來審度主辦機關作為義務之起始點，方能在保障國人權益的同時，亦給予專業行政運作應有的尊重與揮灑空間。

第三節 裁量是否濫用之司法審查密度 - 刑事審查究應採取何標準？

刑事司法機關對於BOT工程之主辦單位依促參法第52條規定行使其裁量權，檢視其裁量權之行使是否適當，性質上即屬司法權對行政作為之審查。然刑事司法機關既以檢肅刑事犯罪為職責，申言之，其檢視之目的即在確認主辦單位之裁量果否有濫用情形進而構成圖利罪嫌，考量此處裁量權之行使內容屬高度行政專業之事，復以促參法第52規定係採用「得」字而賦予主辦機關寬闊之裁量空間，非如前述有「裁量收縮」之情形，主辦機關未肩負任何具體作為義務，則刑事司法機關究應以如何之審查密度來檢視行政作為（不作為）方屬適當？此為以下討論之重點。

一、就行政裁量進行司法審查之正當性

雖說司法權就行政機關之行政作為得進行適法性之審查基本上並無爭議⁷²，然就審查密度而言，一直以來都是司

⁷² 惟就行政行為之合目的性（妥當性）審查而言，原則並非司法權所得審查之範疇，此係為落實權力分立理念，以及避免司法權絕對凌駕行政權之必然解釋。參閱劉鑫楨，前揭着 68，第 13 頁。

法權頭痛的問題。如何執兩用中，一方面確保行政權在依法行政的框架中運轉以保障國民權益，另一方面又需謹守現代民主國家權利分立之原則，不任意侵犯行政權之固有領域，闕為現今各國司法機關之重大挑戰。為期後述討論能一以貫之，避免只知其然不知其所以然之思緒盲點，本文以為，仍有必要就行政行為之司法審查的正當性，作一基礎介紹。

按法治國原則強調 rule of law，受法律約制的不僅只人民，國家亦同受法律限制，而國家又由行政、立法、司法等機關所組成，這些機關自亦受到法律的約制，這些機關當中與人民生活最為相關者，非行政機關莫屬。當行政機關所為之行政行為（含作為及不作為）違背法令侵害人民之權益時，自應由職司法秩序維持之司法權介入予以矯正、救濟及處罰，務使行政機關能重回依法行政之框架繼續運作，此即司法權得就行政行為進行適法性審查之權源及立論依據。再就我國憲法規定以觀，我國憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」、第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」、第 171 條規定：「法律與憲法抵觸者無效。法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」、第 172 條則規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」，由此可知，在我國對法律有唯一及最終解釋權者非司法權莫屬，是行政權依法行政之時，如其行政作為（不作為）產生適法性疑義時，司法機關即為最終之仲裁者無疑。另從行政權依法行政之角度而言，我國行政程序法第 1 條及第 4 條分別規定：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」、「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」，是行政權之施展須在法律的框架下為之，而法律之最終解釋權既由司法權獨攬業如上述，則司法機關審查行政機關行政行為之違法性乃屬當然。基上立論，司法權似乎成為行政權之上級指導機關，得就行政權一切施政行為進行審查。然權

力分立之設計既為我國建國伊始所採行，自無偏廢而獨厚其中某一權力之理，是司法自制並僅就行政作為監督其合法性，將行政作為之妥當與否交由民意透過定期選舉、立法院質詢等方式予以制衡，實為尊重五權憲法體制之最高表現，亦為各權力彼此間相互禮讓之所應然，國政遂能順利運行。

承上，行政行為固均得為司法審查之客體，然行政行為有與裁量權之行使無關者（羈束處分），亦有基於法律賦予之裁量權而決定其行政作為（不作為）之內容者（裁量處分）。面對不同性質之行政行為，考量立法意旨因時、地制宜而賦予行政機關不同強度之作為義務，司法機關對於行政行為審查之正當性，自亦有強弱之別。就裁量處分而言，由於立法之初已賦予行政機關擁有裁量的空間及權限，因此，行政機關之裁量處分內容只要不逾越法定框架，縱有不妥，亦不違法，充其量僅屬行政（施政）責任之問題而已。是面對此類型之行政行為時，從權力分立之角度以觀，司法機關自應以相較審查羈束處分時更為自制、退讓之態度予以審視，以免越俎代庖侵犯行政權之核心領域。我國行政訴訟法第 201 條即規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」，亦即行政法院原則上不得撤銷行政機關之行政處分，除非有「逾越裁量權」或「裁量權濫用」之情形始得為之，以示對行政機關法定裁量權之尊重。準此，就本文命題之「主辦機關依促參法第 52 條行使裁量權」而言，其裁量空間既為立法之初由民意機關所賦予，揆諸上揭說明，司法機關審視主辦機關依該條所為裁量處分之正當性，即不若一般羈束處分來得強烈。司法自制，實為刑事司法機關在執法之際，所應謹記在心。

二、南科減振案（臺灣臺南地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號） 判決意旨酌參

民國 88 年間，原已規劃妥當之臺南科學工業園區（下

簡稱南科)因高速鐵路完工後將通過該園區附近土地，引發高科技廠商擔心列車行駛時所帶來的振動，將導致電子產品良率下降致其蒙受損失，此即為爭議一時的南科振動爭議案。中央政府為解決此一問題以吸引科技廠商繼續投資該工業園區，隨即責成行政院國家科學委員會(下簡稱國科會)於90年間組成減振專案小組，職司該振動問題之解決。詎該減振計畫於93年底由國科會指示南科管理局，依循政府採購法之限制性招標方式公開招標並由鴻華公司得標完成施作後，臺灣臺南地方法院檢察署(下簡稱臺南地檢署)即以減振小組召集人即國科會副主任委員謝清志，以及該小組評選委員9人均涉嫌公務員圖利(鴻華公司)罪嫌，對被告等人提起公訴。臺灣臺南地方法院(下簡稱臺南地院)審理後則判決被告等人圖利罪嫌部分均無罪。案經二審法院即臺灣高等法院高雄分院審理後，仍維持臺南地院無罪見解，並駁回檢察官之上訴。此判決為我國司法實務就「公務員違法行使裁量權而圖利私人」案例較近期之見解，實具參考價值，爰臚列該判決部分內容於本文，以供參考。

檢察官起訴被告等人涉嫌違法圖利鴻華公司之犯罪事實多端，茲就本文議題相關之該案犯罪事實，舉其要者討論如下：(一)、被告謝清志就南科減振工程第二階段之「細部設計及施工標」部分，為圖利第一階段「規劃服務標」得標之廠商鴻華公司，使之亦能順利得標第二階段工程，在無正當理由情形下違法濫用裁量權，指示南科管理局將第二階段招標方式改為為鴻華公司量身訂做之「限制性招標」，以排除其他公司得標之機會，俟果由鴻華公司順利得標而獲得不法利益。(二)、被告即減振小組之評選委員等人，為受託行使公權力之人，屬公務員身分，其等均明知鴻華公司所規劃之工程於完工後並無法達成招標文件上所列須將振動減至48db之標準，為圖利鴻華公司，其等竟於複評階段共同違反政府採購法有關公平公益之相關規定，以安全性為由，決標予鴻華公司致其獲得利益。(三)、本件減振工程於工程尚未

完工前，交通部已經與台灣高鐵公司達成協議，高鐵列車通過該處時之振動將不會高於 65db，而此一標準實已低於投資廠商所要求的 68db 之標準，另台積電公司於評估後亦認為，高鐵公司上開保證已能有效解決園區振動問題，因而繼續加碼投資數千億元在南科興建兩座廠房，是本件工程顯無繼續耗用民膏而為施作之必要，然被告謝清志仍執意完工系爭工程，製作一完全不需要之設施，顯然濫用裁量權以圖利鴻華公司，並使鴻華公司獲得利益。

臺南地院就上揭起訴事實判決無罪之理由則為：犯罪事實（一）部分略為：「限制性招標為政府採購法第 18 條所定之招標方式之一種，依照同法第 22 條之規定，凡符合該條第 1 至 15 款之要件者均得採行限制性招標，其第 16 款更規定「其他經主管機關認定者」亦得採限制性招標。因此，公訴人按理應檢視國科會辦理本件工程採限制性招標是否符合政府採購法所定要件為斷，殊不能以本案係採限制性招標方式進行，即逕指被告等有違背法令之不法情事存在。」、「本案採購機關國科會基於公共利益、採購效益及專業判斷之考量，在善盡注意之義務，本於誠信之判斷，就政府採購法所規定之採購方式，自由裁量選擇最有利於機關之本件採購。本件採購機關係依據政府採購法之規定，本於專業判斷而選擇符合其需求之採購方式，並無違背法令可言。」；犯罪事實（二）部分略為：「公訴人認本案競標之減振工法須將南科園區之振動量減至 48dB 以下為招標文件之得標條件（決標標準），無非係以系爭採購案招標公告 1.1「宗旨及法令依據」欄所載：「本服務案以限制性招標方式遴選投標廠商，於本案指定基地範圍進行減振工法規劃，『冀期』該工法得以運用於南科園區內，以使園區內易受高鐵振動影響之科技廠房四周外圍之三方向（高鐵車行方向、車行垂直方向及鉛直方向）振動量，能達到減至 48dB 以下之目標。其服務成果將作為本會未來辦理南科園區全面減振工程之設計及施工依循。」為據。惟依卷附系爭採購案招標文件中之投標須

知一、一般說明中之 1.2.10 所載，「得標廠商」係指「依本招標文件規定通過本服務案複評階段減振工法測試審查，經評選委員會評選之平均總評分達最低門檻分數且為最高」；其附件六「評選辦法及其附表」3.1.3「減振工法測試審查」(複評階段)所載，係以評選委員會評選之平均總評分超過 70 分中最高者得標，如皆未超過 70 分，由評選委員會報請上訴人宣布廢標，均無以測試之減振工法達到減振至 48dB 以下為得標之要件。上開「評選辦法及其附表」3.2.3「減振工法測試審查」表 3-3 所列之評選項目及評審標準，亦無以測試之減振工法未達到減振至 48dB 以下，作為不能得標之評審標準。是僅依系爭採購案招標公告 1.1「宗旨及法令依據」欄所載之「冀期」內容，即認為測試之減振工法達到減振至 48dB 以下，為得標條件(決標之標準)，尚嫌速斷。」、「對於高度屬人性之評定(如國家考試評分、學生之品行考核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等)、高度科技性之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，應認行政機關就此等事項之決定有判斷餘地，就其專業評斷，本院認應予以尊重，司法調查應著重予形式審查為主，至實質評選內容，應尊重評選委員之專業判斷，此有最高行政法院 95 年判字第 1239 號判決及大法官第 319 號解釋意旨可資參照。查本件被告等七位評選委員僅自 91 年 11 月 15 日起，擔任外聘評選委員，形式上審查並無違反公平、公益正當程序情事，實質評選內容，應尊重委員之專業評斷能力，本院從形式及實質審查，七位評選委員對本件減振案均非主管或有監督任何事物之權責，更無因而獲得不法之利益，公訴人亦未提出任何被告圖利自己或他人利益之確切證據足證被告等七位評選委員有任何涉嫌違反貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之犯罪事實，自應諭知被告等七位評選委員無罪之判決。」；犯罪事實(三)部分略為：「按工程是否必要應由立法機關或監察機關事前或事後加以監督、查考，司法調查機關應著重於相關之採購招標審查機制有無遂

行正當程序，即有無顧及公平、公益等基本法律原則及有無明知違背法令情事，至於該工程有無必要建造，非司法機關所應置喙。」

由臺南地院上揭判決意旨可知，我國刑事司法對於行政機關裁量權行使之審查，係採取高度司法自制之立場，原則上以「推定裁量處分為合法」之標準進行檢視，且非有該行政行為具有程序上或外觀上之重大瑕疵，尚不輕言推翻行政裁量之認定結果。考量本案被告等人可能因審判結果而負擔圖利罪刑責，除自權力分立之出發點為考量外，佐以刑法謙抑思維，該案承審法院採取如斯寬鬆、退讓之行政裁量檢視標準，應屬意料之內。

三、小結

綜上所述，行政裁量得為司法審查之客體，要屬無疑。至刑事司法審查之密度，臺南地院上揭判決見解足資參考；要之，司法權原則上尊重行政裁量權之行使而僅審查其外觀之合法性，至實質內容尚屬行政權之核心領域，非司法權所得置喙。惟本文亦認為，依據行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合授權規範之目的。」，準此，合法的裁量處分除不得逾越法定裁量範圍外（外觀合法），其實質內容尚需符合授權法規之目的（實質合法），若欠其一，則該裁量處分仍屬違法，自不待言。而就「裁量內容符合授權規範之目的」一事，司法權本即保有最終解釋之權利，故司法權面對此類行政作為（不作為）時雖須自制，然亦無需退讓至「一概不介入審查」之地步，尤其面對外觀合法、然實質內容構成重大權力濫用，並違背授權規範目的之裁量處分時，本文以為，司法機關應以積極態度介入行政裁量內容之實質審理，否則無異自廢武功而置「督促行政機關依法行政」之天職於不顧矣！

就南科案上揭犯罪事實（二）臺南地院對行政裁量之審查密度而言，臺南地院就「被告評選委員果否逾越行政裁量

範圍違法評定未達 48db 減振標準之鴻華公司得標系爭工程」爭點之審理，確實謹守「外觀審查」之司法自制標準；換言之，承審法院僅就「48db 減振標準果否為招標文件上所載之得標必要條件」之程序上事項為實質認定，目的在檢視招標過程及其評選方式是否符合程序正義，且因審理結果認定該 48db 減振標準僅為系爭工程之招標「展望」而非「得標要件」，故認定被告等評選委員評定鴻華公司得標系爭工程，尚無逾越裁量範圍之違法裁量情事。至就真正屬於得標必要條件之「總評分超過 70 分擇優錄取」之專業行政裁量內容部分（即實質合法性審查），臺南地院則認定系爭工程總評分是否確實超過 70 分而應為擇優錄取為高度屬人性之評定，此為被告等人之行政裁量核心範疇，司法權原應予以尊重，故不介入裁量（評定）內容進行實質審理。臺南地院此間審查標準除有效維持行政機關依法行政之程序正義外，亦適度給予專業行政裁量應有的揮灑空間，尤其此部分爭點涉及高度屬人性及專業性之判斷，本難以由司法權越俎代庖而為認定，且裁量內容又查無被告等人明顯濫用裁量權之積極情事，參酌大法官會議解釋第 319 號意旨，承審法院於此適度退讓而不介入裁量內容進行實質合法性之審理，其審查標準應值贊同。

另就南科案上揭犯罪事實（三）部分之審查密度而言，臺南地院此間審理標準及論述過程，本文則認為有探求之餘地。該部分檢察官指訴之犯罪事實為被告謝清志即國科會副主委明知南科減振問題已有效獲得解決，惟仍未依法裁量中止執行減振案預算之執行，執意系爭工程之施作並使鴻華公司因而獲得利益，被告有違法濫用行政裁量權而圖利他人之情事；承審法院則以系爭工程是否有繼續施作之必要，其裁量之當否，純屬立法或監察機關所應監督之範疇，不容司法機關置喙，因而不就「被告未裁量停止執行預算（停建系爭工程）是否違法」一事為實質認定。本文則認為，系爭工程是否應繼續興建，固牽涉政府預算之編列與執行，而應由立

法、審計或監察機關予以監督，然若承辦公務員明知預算已無執行之必要卻仍一意孤行，且其目的在圖利自己或他人，則系爭工程繼續興建之必要性，實已牽涉承辦人員果否涉及裁量怠惰之濫用裁量權情事，自應由司法機關就工程興建之必要與否進行實質認定。矧預算之執行必有其目的，然若因情事變更或其他相類情事，致該預算縱經執行亦無法達成預期之目的時，執行機關即有裁量停止執行預算之作為義務；如仍不停止執行，承辦人員顯然涉有裁量怠惰之違法，如因此而獲得利益或使他人因而獲得利益，則構成貪污治罪條例所規範之公務員圖利罪矣。是本案於交通部與台灣高鐵就減振問題達成共識並獲得南科廠商認同後，應認該園區之減振問題已獲得解決，則系爭工程是否有繼續興建之必要，已有疑義；縱認系爭工程興建必要性之減弱或全無係發生於鴻華公司得標並與南科園區簽約後，主辦機關應仍得依約或依行政程序法規定，以情事變更為由對鴻華公司解除定作人義務，並僅負擔有限之損害賠償責任，此相較依原訂計畫執行預算，應仍能減少部分中央政府預算之支出。果如此，則除非被告能指出系爭工程於情事變更後仍有繼續施作之必要，否則明知計畫已無繼續執行之效果卻仍執意執行該預算而怠於裁量中止系爭工程之施作，被告此間裁量權之行使顯已逾越法定裁量範圍，或者構成裁量內容不符合授權（其執行系爭工程預算之法令）規範（如科學工業園區設置管理條例）目的之「重大裁量權濫用」情事，揆諸首揭行政程序法第 10 條規定及上開說明，均屬行政裁量之違法，應由刑事司法機關作進一步的檢視。論者或以為，依據大法官會議解釋第 319 號意旨，本爭點似不宜越俎代庖而由司法機關就上開裁量內容為實質合法性之認定，惟本文認為，如裁量內容高度仰賴評量者之主觀感受而具有不可替代性，例如考試分數之給予或工程美化與否之評分，固然不宜由司法權積極介入而為審視；然如裁量內容與評價者之主觀無甚關連，凡具備相當知識之人均可判斷其要，則司法權實無自外於裁量內

容實質違法性審查之理。是就上開爭點而言，系爭工程預算是否有繼續執行之必要，憑藉通常知識之邏輯判斷足矣，縱認事涉工程專業尚需相關知識配合，亦可委請專業人士出具鑑定意見供作參考依據，然該等裁量究非如考試評分般具有高度屬人性，是承審法院自應就該裁量之內容為實質合法性之審理，方認無愧於「依法行政守門員」之義務。

第四章 結論

行政裁量空間為立法者賦予行政機關之權力聖土，亦為現代福利國家之立基所在，司法機關有義務維持其領域之完整，非有逾矩，不得任意侵犯，業於上開章節說明完整。而行政裁量之逾矩依其違法方式不同，可區分為「外觀上之逾矩」及「實質上之逾矩」，前者係指裁量權之行使違背法令明確賦予行政機關之選擇範圍，例如法令僅允許行政機關得就 A、B 或 C 三種選項擇一處置，然行政機關竟選擇以 D 之方式為之，而後者則指法令雖明文允許行政機關得就 A、B 或 C 三種選項擇一處理，然考量個案因具備「裁量收縮」情形致行政機關僅能選擇以 C 之方式來處理，方認符合該授權法規之立法目的，則行政機關若選擇以 A 或 B 之方式為之，雖無裁量違法之外觀，亦顯然構成權力濫用，此即構成裁量內容之實質上違法情事。就行政裁量之「外觀違法案例」而言，刑事司法機關如欲由「主管業務圖利罪」（貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款）之角度予以審視，相對顯得容易，承審機關只要確認法令明文賦予行政機關之選項為何，再對照行政機關之處理結果，被告公務員是否構成違背主管職務圖利罪嫌，答案呼之欲出。然就行政裁量「實質上違法案例」而言，上揭圖利罪之判斷其難度則高上許多，蓋此時刑事司法機關如未積極介入認定該案有何裁量收縮之情形，並就行政裁量之結果進行「妥當性」及「合目的性」之實質審查，實無法判斷該裁量結果果否有實質上違法之情事存在，惟實質審查是否會侵犯行政權之核心領域？司法權有無必然優於行政機關之專業知識足堪替代行政機關做出更為妥適之判斷？在在均為刑事司法機關辦理此類型公務員圖利案件時投鼠忌器的主因，遂肇致「行政裁量實質違法之圖利案件」，長久以來某程度成為刑事司法機關審理時之夢魘，南科減振案承審法院選擇迴避就行政裁量之實質違法性進行認定，正為適例。惟本文以為，如刑事司法機關可就車禍或醫療過失等案件之專業鑑定結果本於法定職權在偵、審時決定取

捨，在面對此類專業行政裁量違法之案例時，司法權實無藏拙於司法自制大纛底下並自我催眠係尊重權力分立表現之理；應積極介入就行政裁量之實質違法性作認定，必要時並得徵詢其他或上級行政機關甚或行政法院之見解，避免犯罪情事隱身專業行政之中而刑事司法機關仍不自知。不過，基於刑法謙抑思維，本文也認為，應限於行政裁量內容有「重大權利濫用」之情事時，刑事司法機關始應積極介入辦理，至於在裁量內容果否違反授權法規之目的並不明朗，或者違法行政裁量所侵害之法益相對微小之案件⁷³，應認尚無祭以刑法而積極訴追、處罰之必要，現行公務人員懲戒制度堪認已足為承辦公務員之警惕。

另外值得一提者為，在行政機關因怠於裁量（不作為）而構成裁量濫用之案例中，司法機關欲判斷裁量果否有違法濫用情事，除應依上述歸根究底於授權裁量法規之文字及其立法精神外，尚需進一步判斷裁量收縮情形發生之時間點，以認定被告「作為義務」之伊始，甚至，在被告涉嫌圖利罪案件，裁量收縮發生之時點更應精確追溯至特定日期，此為正確計算受利益人之犯罪所得所必要，無法省略。然所謂裁量是否收縮迄仍以學理之探討為多，觀諸我國司法實務運作，似亦僅有「權力濫用」之論點可供司法機關切入作為探討裁量究竟發生如何收縮情事之基礎。是此，行政機關之裁量權限確否收縮及其收縮程度為何，將完全建構在承審法官對該案公平正義的解讀上，且礙於各案案情迥異，尚無法以通案標準作為認定之依據，此對於向來講究以法條文字為被告有罪與否認定依歸之刑事司法機關而言，如何藉由解讀抽象之行政法學上裁量收縮法律概念，進而描繪、勾勒出被告應負刑責之責任基礎，實考驗其就行政法（學）與刑事法律規定相互連結之功力，在精緻偵查、審判呼聲益高的今日，勢將成為刑事司法機關嚴峻的挑戰。準此，如何加強刑事司法人員嫻熟運用行政法（學）思維的能力，務求在偵、審程序中即能以堅強的公法論述為背景，建構被告應負刑責之責任基礎，闕為保障人權所必要，亦為主事者所刻不容緩並責無旁貸。

⁷³ 是否屬於微罪不舉，判斷標準或可爰引刑事訴訟法第 253 條規定以為判斷基礎或法源。

為引進民間資金以撙節政府預算支出，BOT 工程模式近年來已成為世界各國政府用以開發大型公共工程建設的熱門選項。有鑑於投資的目的即在獲利，要鼓勵民間資金湧入以協助公部門開發公共建設，政府作多以「圖利」廠商、提供良好的投資環境並為廠商勾勒美好的利潤遠景，實為承辦此類公、私部門協力開發公共工程專案所不可或缺，此係自吸引民間機構參與的角度來設想。然若自公共建設完成後對整體國家、社會之意義以觀，該專案工程是否確使國家、社會獲利，或者獲得何種利益，答案則屬多元。來自專案設施的營運利潤，固為國家財政收入的增加，而專案設施之營運所創造的就業機會、所帶動的區域經濟發展，乃至因此所衍生的觀光收入等綜合收益，亦為綜合考量整體專案計劃是否獲利的指標。是公、私部門聯手開發的公共建設絕不能如一般公司之營運，專以公司財報數字決定專案工程整體之盈虧，專案公司帳面看似虧損的營運收支，在加計專案計劃持續營運對整體社會的貢獻後，或許選擇由公部門持續補貼專案公司的虧損，才是真正有利全體國民的選擇。準此，在公部門選擇以 BOT 工程模式開發的公共建設裡，公部門在規劃投資計劃時，除應本於職權設法在促參法規定範圍內儘量圖利廠商以換取高品質的服務外，考量設施本身的自償率或有不足以及專案計劃執行中的情事變更，來自公部門的補貼或為換取國家社會整體利益的必要成本，此亦促參法之所由設，刑事司法機關在檢視此類案件之行政裁量內容時，實應將促參法之精神謹記在心，除有明確證據足認承辦公務員業已具備違反促參法等規定之主觀犯意外，切不可僅執專案計劃執行之部分違失，草率輔以一般市場之經營決策為判斷法則，即逕行推論被告如斯裁量必出於圖利廠商而為，須以宏觀的角度來探討該行政裁量之內容與專案計劃整體執行之成效及其因果，否則將違背我國政府自 80 年代末期以來積極推行促參法之美意，而落入見樹不見林之辦案盲點；須知，刑事司法權的率爾發動，極易斲傷公部門精心規劃此類公、私部門聯合開發之公共建設案例的創造力，長此以往，尚非全民之福！

再以促參法第 52 條公部門啟動督促程序之裁量權行使為

例，BOT 專案工程是否有重大情事發生，公部門是否即應依該條規定啟動督促程序，甚至應儘速中止專案計畫之興建、營運俾節約政府之補貼，實有賴主辦機關就個案作出權宜判斷，參以此類基礎工程向來規模龐大，公部門任何風吹草動皆可能牽一髮而動全身，對舉國政、經產生恆久影響，主辦機關因時、地制宜之處置措施或將使國庫暫受損失，然該等決定或為圖國家長治久安所不得不然，實難一時驟下斷語，面對此類案例，刑事司法機關猶應以遠大格局面對，如公部門就其所為裁量能提出合理解釋，即應遵守司法自制之內部規範，不應僅為因應民粹輿論而逕加諸刑責予承辦人員，揆諸上揭說明，乃屬當然。惟如經綜合考量、判斷後確認，依現有事證足認公部門之裁量內容實有暗渡陳倉而圖利承辦人員自己或他人之情形，刑事司法機關亦當勇於依法訴追犯罪，方與憲法託付之職務無違。上揭所述，知易行難，尤其精緻偵、審之要求邇來逐漸強烈，刑事司法機關面對此類犯罪之檢肅，非有以司法超越專業行政之偵、審能量自許，不足以擔當重任，委實任重而道遠！

我國高鐵設施自民國 96 年啟用迄今，實際營運收入與專案規劃、競標當時之預期顯有極大落差，也因此，此一 BOT 投資案所衍生的爭議未曾一日稍歇。然是否僅因台灣高鐵公司之持續虧損，交通部即應立刻以高鐵投資案 joint venture partner 身分援引促參法第 52 規定，以該案有重大情事為由啟動督促程序，否則即屬裁量怠惰而有圖利台灣高鐵公司之嫌？本文以為，揆諸上揭說明，此間推論殊嫌速斷。蓋台灣高鐵之營運收入雖不如預期甚至持續虧損，然高鐵系統業已成為台灣西部走廊之交通命脈亦為不爭事實，台灣整體社會依靠高鐵營運所獲致之通勤便利、區域開發或促進觀光等收益實難以數計，且以高鐵投資案規模之龐大，主辦機關即交通部稍有動作，恐將引發國內政、經情勢的巨幅震盪，故是否僅為節省、保障公部門在本投資案中之資金挹注，即應責成交通部迅速啟動督促程序，並謂之為保障民脂，答案尚非絕對；換言之，本文認為，此一投資案「行政裁量權具有收縮情事」之情形似未得見，準此，本案是否具有符合促參法上

揭規定之重大情事發生，公部門是否即應依法啟動督促程序，應認主辦機關即交通部猶有裁量餘地。惟，果欲持反對見解而認本案交通部仍有裁量怠惰並涉嫌公務員圖利罪，首先亦需能建構本案有如何之裁量收縮情事發生，足為公務員應負刑責之責任基礎（例如台灣高鐵公司負責人有惡意倒閉、掏空公司資產之情形），緊接著應積極論述交通部如不即刻依促參法上揭規定啟動督促程序，國家將遭受如何之損失，並應建立該損失和公務員不作為（裁量怠惰）間之因果關係；其次，應能證明承辦公務員具備圖利罪之主觀構成要件，即承辦人員明知本投資案業已發生上揭裁量收縮情事，卻仍執意不啟動上揭督促程序以為補救，目的在圖利台灣高鐵公司繼續保有政府挹注資金之利益，且應一併說明承辦公務員未依法啟動督促程序，尚非為了維持更大之國家、社會法益（如股市市值或其他總體經濟因素之考量）致阻卻其主觀犯意或客觀違法性；末者，尚應建構台灣高鐵公司或承辦公務員基於此一違法裁量獲得多少利益，蓋圖利罪僅處罰結果犯是。果能完整論述上揭要件，裁量濫用圖利罪個案之建立，應無疑義。

綜上所述，行政裁量濫用之檢肅，首重裁量收縮之認定，如不能基於堅實之論理基礎而減縮法定裁量空間，犯罪情事猶可藏身於法律明文之下而振振有辭。其次，就裁量內容是否符合授權法規精神，刑事司法機關亦應有審視其合目的性、妥當性之能力，尤其授權裁量之法律依據通常僅為行政命令，而母法之授權條文一般多頗為抽象且僅規定其要，如何正確解讀行政法規之立法精髓，嚴酷考驗刑事司法案件承辦者的公法論述能力。再其次，刑事法規具有最後手段性，此為執法者應時刻銘記在心，矧福利國家之烏托邦既非單靠司法權即能落實，如何維護行政權之創造力繼而謀全民之福祉，刑事司法人員亦責無旁貸。末者，援引民間資金協助政府施政已為大勢所趨，公、私部門往後合作將日趨頻繁，如何正確解讀公部門在投資案當中的角色，特別是BOT工程案例這類高度財務槓桿的合作計畫，刑事司法機關非有與時俱進的專業知識不足勝任，與時俱進，充實最新資訊闕為正確執法所必要。裁量濫用圖利案件之偵、審向為刑事司法機關

之難題，未臻明確且建構不易的責任基礎殆為一切問題之根源，然訴追犯罪既為憲法託付之職責，承辦人員自無迴避其責之餘地，但求戮力以赴，設法克服上揭難題，方能無悖所託。