

# 促參案件優先定約權之 實務解析（下）

葉張基\*

壹、前言	一、促參法104年12月30日修正前、後 優先定約權之規範
貳、優先定約權之基本概念	二、優先定約權新、舊法適用爭議
一、優先定約權定義	肆、優先定約權產生爭執之處理程序暨其 常見爭點
二、民間機構取得優先定約之資格、作 業程序與期間	一、協調程序
三、優先定約後之契約期間限制	二、訴訟（仲裁）程序
四、優先定約之次數	三、定暫時狀態之假處分程序
五、其他辦理優先定約權時應注意之事 項	伍、結論
參、優先定約權因法律修正產生之適用問題	

## 參、優先定約權因法律修正產生之 適用問題

### 一、促參法104年12月30日修正前、後 優先定約權之規範

104年12月30日修正公布前促參法第54條第2項規定：「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿時與該民間機構優先定約，委託其繼續營運。」。

104年12月30日修正公布後促參法第51條

之1第2項規定：「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿前與該民間機構優先定約，由其繼續營運。優先定約以一次為限，且延長期限不得逾原投資契約期限。」其修法理由謂：「三、原條文第五十四條第二項移列本條第二項，並明定民間機構優先定約次數及期間限制。」（111年12月21日修正時移列為第3項）。

經過比較，可以得知新法增加優先定約之次數與期間之限制，但舊法對次數與期間均無任何限制之規定<sup>33</sup>。

\* 本文作者係執業律師，國立中正大學法學博士。

註33：財政部民國105年6月29日台財促字第10525509810號函說明二、三：「二、本部105年4月25日台財促字第10525505530號函附『104年12月30日修正促進民間參與公共建設法條文施行前後促

## 二、優先定約權新、舊法適用爭議

民國104年12月30日修正公布前已簽署之投資契約，在營運期間跨越民國105年1月1日促參法修正第51條之1之後，其營運期間屆滿，經主辦機關評定為營運績效良好，主辦機關並擬定相關條件與該民間機構優先定約時，如投資契約本身無優先定約次數之限制約定下，是否受到優先定約僅限一次與期間之限制？易言之，已經簽署且無限制數十年後優先定約之次數與期間之投資契約，是否受到後來修正促參法第51條之1「優先定約以一次為限，且延長期限不得逾原投資契約期限」規定之拘束問題？目前尚無司法判決可資研究，可能有正反兩說：

### （一）肯定說

基於投資契約為繼續性契約性質，民國104年12月30日修正公布促參法修正第51條之1既然增訂優先定約之次數與時間之限制，應該不真正溯及適用於民國104年12月30日修正公布前已簽署之投資契約。

### （二）否定說

優先定約權為實體上之權利，基於「實體從舊、程序從新原則」，民國104年12月30日修正公布促參法修正第51條之1所增訂優先定約之次數與時間之限制，不適用於民國104

年12月30日修正公布前已簽署之投資契約。故民國104年12月30日修正公布前已簽署之投資契約辦理優先定約時，並無次數與時間之限制。

### （三）主管機關見解

財政部於民國105年4月25日針對當時促參法修法後仍在進行之促參案件應如何適用促參法，以台財促字第10525505530號函說明略以：「一、…促參法修正公布施行後，迭有主辦機關就執行中個案洽詢新舊條文適用疑義，為利後續執行，爰訂定旨揭適用原則。二、按行政法規於具體個案適用法規時，應遵循『實體從舊、程序從新』原則，旨揭適用原則於個案執行如仍有疑義，請另函本部辦理。」，並檢送「104年12月30日修正促進民間參與公共建設法條文施行前後促參案件適用原則」<sup>34</sup>供各機關執行促參案件時參考。其中促參法第51條之1規定「適用原則」欄位記載：「一、本次修正條文施行前已簽約者，依投資契約約定辦理。二、本次修正條文施行後尚未簽約者，依本次修正後條文辦理。」，足見主管機關就此採取否定見解。

### （四）本文見解

1.此一爭議產生即是有無「不真正溯及既

參案件適用原則』就修正條文第51條之1適用原則略以，修正條文施行前已簽約者，依投資契約約定辦理。三、依來函說明，貴部刻辦理『華山創意文化園區電影藝術館委託民間機構參與營運招商案』第1期續約作業，依契約約定略以，乙方績效良好，期滿得續約，如乙方申請連續營運以2期為限，第1期為4年，第2期為3年，可否於本次續約條件中，將第2期續約之『第2期為3年』等文字納入契約條款乙節，請依上開適用原則本於主辦機關權責核處。」（註：此函釋所示個案擬優先定約兩次）。

註34：資料來源：

<https://www.laws.taipei.gov.tw/Law/LawInterpretation/DownloadFile/5997>，最後瀏覽日期：2022年11月3日。

往原則」之適用問題，而討論「不真正溯及既往原則」之前，必須先理解「法律不溯及既往原則」之概念。

- 2.所謂「法律不溯及既往原則」的時之效力，指法規不適用於該法規變更或生效前業已終結之事實或法律關係<sup>35</sup>。但對於法規變更或生效時，爭執之法律關係或事實仍然存在進行當中，尚未終結時，應如何適用法規？則為「不真正溯及既往」之適用問題，實質上該法規之效力係向後適用，該爭執之法律或事實關係，原則上自應受變更、生效後之法規拘束<sup>36</sup>。
- 3.財政部「104年12月30日修正促進民間參與公共建設法條文施行前後促參案件適用原則」認為應該適用已經簽妥之投資契約，而不需適用後來修正之促參法第51條之1，表示財政部係採納「實體從舊原則」，故認為並不會適用不真正溯及既往原則。
- 4.除修正促參法第51條之1外，財政部在歷次修正促參法及相關子法時均採取相同「實體從舊原則」之標準：

(1)財政部於106年5月2日修正「租金優惠辦法」第2條第1項第1款及第2款之興建期及營運期租金收取規定時，於該次修法說明中敘明：「六、本條修正施行前簽約促參案，考量其樣態多元，個案規模、條件、財務規劃基準及招商條件各異，且係透過公開招商程序，依『實體從舊』原則，其土地租金仍應依個案投資契約約定及簽約時之相關規定辦理。」。

(2)財政部推動促參司於108年12月23日就108年12月2日修正之租金優惠辦法發布新聞稿表示：「關於租金優惠辦法第2條修正施行前之簽約促參案，考量其樣態多元，個案規模、條件、財務規劃基準及招商條件各異，且係透過公開招商程序，依『實體從舊』原則，其土地租金仍應依個案投資契約約定及簽約時之相關規定辦理。」，其修正理由同旨<sup>37</sup>。

(3)類似案例：工程會當時修正「民間

註35：例如民法債編施行法第1條規定：「民法債編施行前發生之債，除本施行法有特別規定外，不適用民法債編之規定；其在修正施行前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正施行後之規定。」。

民法物權編施行法第1條規定：「物權在民法物權編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法物權編之規定；其在修正施行前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正施行後之規定。」。

註36：例如民法債編施行法第23條規定：「修正之民法第四百二十二條之一之規定，於民法債編修正施行前租用基地建築房屋者，亦適用之。」民法物權編施行法第13條之1規定：「修正之民法第八百三十三條之一規定，於民法物權編中華民國九十九年一月五日修正之條文施行前未定有期限之地上權，亦適用之。」。

註37：中華民國仲裁協會111仲聲和字第014號仲裁判斷採取不溯及既往之見解。

參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」也遇到不真正溯及既往之適用問題，並檢送「主辦機關辦理促參案件跨越94年12月23日新舊『民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法』之適用一覽表」供各機關執行促參案件時參考。

5.另舉一例說明：民國74年6月3日修正公布民法第1017條夫妻財產制規定，因為法律不溯及既往原則，導致修正後民法第1017條規定無法溯及適用到「民國74年6月4日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得之不動產」，經司法院大法官會議釋字第410號解釋後，立法院始制定民法親屬編施行法第6條之1規定，並經總統民國85年9月25日公布，令其溯及既往適用。足見除非立法者制訂溯及既往適用之法律，否則仍應適用實體從舊原則。

6.由上可知，「實體從舊原則」為實體法上大原則，除非法律明文規定溯及既往適用，否則應以行為時法律為準。優先定約權既然是促參法賦予營運績效良好之民間機構實體法上之權利，當然適用「實體從舊原則」，故已經簽署且無限制數十年後優先定約之次數與期間之投資契約，在簽署當時既然沒有次數與期間之限制等法律規範，則其辦理優先定約時當然不受次數與期間之限制。

7.或曰如採上開見解，則已經簽署且無限制數十年後優先定約之次數與期間之

投資契約即可以無限制優先定約，將造成該投資契約等於永遠沒有期間限制？但此為促參法制定當時所無之限制，本來就不會因為修法而溯及拘束早期投資契約，況且不論次數與期間沒有限制之情形下，民間機構仍必須符合投資契約所規定「營運績效良好」及「雙方對繼續營運之條件達成合意」，方得完成優先定約。如果不符合上開要件仍無法完成優先定約，相反而言，如果符合上開要件表示其仍為營運績效良好的民間機構，繼續給予其優先定約權亦不違反公共利益！

8.基於上開說明，本文見解與財政部見解相同，均採否定說。

#### 肆、優先定約權產生爭執之處理程序暨其常見爭點

##### 一、協調程序

##### (一) 優先定約權之爭議得否進行協調程序？

促參法第48條之1規定：「投資契約應明定組成協調委員會，以協調履約爭議；並得明定協調不成時，提付仲裁。」而「108年BOT投資契約範本」第24.1.1條規定：「甲乙雙方就本契約有關事項發生爭議時，應本於誠信原則，先以協商方式解決。」第24.1.2條規定：「一方以書面提出協商請求後○日內，仍無法達成共識時，提送協調委員會協調，協調委員會之組成、協調程序及協調效力如下：…」表示投資契約有關事項發生爭議時均可提出協商與協調程序，優先定約既然是



投資契約之一部分，如其產生爭執，自得以協調程序處理<sup>38</sup>。

## （二）協調程序可否突破完成優先定約之作業期間限制？

「優先定約作業指引」第12點規定微幅放寬「已完成議約，僅因行政作業不及於原契約屆滿前完成簽約」之情形下民間機構不會喪失優先定約之權利，且允許此例外情形時雙方得辦理原契約變更，延長原投資契約期限至完成繼續投資契約簽定日。

但上開例外規定僅限於行政作業不及之情形，而不包括雙方對繼續營運條件產生爭執而無法完成議約之狀況。司法實務上有認為民間機構無法接受主辦機關之條件，且於約滿前一定期間內雙方仍未達成契約之合意，無論是否雙方有所歸責事由，民間機構即喪失優先定約之機會<sup>39</sup>，本文認為此一見解極度不合理，蓋如此一來主辦機關會有故意拖延優先定約期間之道德風險問題，故本文認為如主辦機關以不正當行為阻止優先定約作業期間完成優先定約事實之發生者，應類推適用民法第101條第1項規定，視為優先定約作業期間尚未屆至，民間機構不因此喪失優先定約之機會<sup>40</sup>。

再者，「108年BOT投資契約範本」第23.2條規定：「除外情事本契約所稱除外情事，

係指因不可歸責於雙方當事人之下列事由：一、除不可抗力外，因政府政策變更、法規變更、政府機關之行政命令、處分、作為或不作為，致對乙方興建或營運之執行或財務狀況發生重大不利影響，且足以影響本契約履行。二、整體經濟狀況大幅變動，致對乙方興建或營運之執行或財務狀況發生重大不利影響，且足以影響本契約履行或經濟狀況大幅變動致本計畫不具自償性。三、因不可歸責於乙方之因素，致乙方遲誤取得與興建工作相關各項執照及許可達○○日以上。四、其他性質上不屬不可抗力之除外情事。」第23.4.1條規定：「不可抗力或除外情事經甲乙雙方或協調委員會認定後，甲乙雙方應即協議依下列規定辦理一款或數款之補救措施：…五、甲方得同意停止興建、營運期間之計算，並得視情節適度延長興建、營運期間。」

假設促參案因為主辦機關研訂繼續營運條件與民間機構有所爭執，因此遲誤必須達成優先定約契約合意之約定期限，就此部分涉及契約解釋之爭執，本文認為協調委員會得認定構成不可歸責於雙方之除外情事，並據此適度延長營運期間。當營運期間延長者，必須達成優先定約契約合意之約定期限亦會因此延長，協調程序可因此突破完成優先定

註38：實務上某促參案因為主辦機關研訂繼續營運條件時決定優先定約後民間機構之最少投資金額，但民間機構對於該最少投資金額有所爭執，為此雙方召開協調會議，協調委員會根據兩造主張與相關財務資料後建議調整最少投資金額，雙方同意協調決議後完成優先定約簽約程序。

註39：臺灣花蓮地方法院110年度重訴字第48號民事判決，前揭註23。

註40：最高法院87年台上字第1205號判例（決）：「當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，類推適用民法第一百零一條第一項規定，應視為清償期已屆至。」

約之作業期間限制。

### (三) 協調程序補救措施可否處理優先定約之契約條件？

「108年BOT投資契約範本」第23.4.1條規定：「不可抗力或除外情事經甲乙雙方或協調委員會認定後，甲乙雙方應即協議依下列規定辦理一款或數款之補救措施：一、因不可抗力或除外情事致本契約無法如期履行時，不生遲延責任。二、乙方承諾因不可抗力或除外情事所受損害，應先以乙方及乙方承包商、供應商或專業顧問以及乙方之受託人所投保險優先彌補。三、契約期間發生前述不可抗力或除外情事，乙方得檢具經甲方同意之獨立、公正機構所作報告及相關資料說明損害數額，依相關法令請求甲方或其他主管機關減免租金或其他稅費等。四、乙方於契約期間內因天然災變受重大損害時，甲方得依政府相關法令協調金融機構辦理重大天然災害復舊貸款或其他紓困方案。五、甲

方得同意停止興建、營運期間之計算，並得視情節適度延長興建、營運期間。六、契約期間發生前述之不可抗力或除外情事，甲方得書面同意調整權利金繳納期限及金額。七、其他經雙方同意之措施。」單就上開條文以觀，協調程序補救措施似無法處理優先定約之契約條件。

本文認為上述第七種「其他經雙方同意之措施」即為協調委員會得處理優先定約契約繼續營運條件之依據，蓋協調委員會所為之建議並不具拘束力，必須雙方均接受協調委員會協調建議時，協調建議方發生拘束雙方之效力，故當協調委員會協調建議處理優先定約契約條件者（例如排除除外情事等因素而調整判斷優先定約之營運績效年度），且其協調內容為雙方當事人所接受時，始生拘束雙方之效力。

再者，實務上有仲裁判斷自行調整優先定約之契約條件<sup>41</sup>，而此部分司法判決認為並

註41：中華民國仲裁協會106年仲聲仁字第019號仲裁判斷書判斷主文：「一、本八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案契約期間應展延2年。二、本八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」仲裁判斷主文第2項理由：「(1)系爭契約第13.2.4條約定：『如乙方（即被上訴人）於營運期間之評分達80分（含）以上者，得評定為『營運績效良好』。如乙方營運第一年及第二年皆經甲方（即上訴人）評定為營運績效良好者，乙方得向甲方申請優先定約，委託乙方繼續營運。』，系爭OT案申請優先定約之資格，係以聲請人（即被上訴人）營運第1年及第2年之營運績效分數達80分（含）以上為要件。就此，相對人（即上訴人）主張聲請人第1年營運績效評鑑分數為77.97分，第2年之營運績效評鑑分數為80.22分，因聲請人第1年之分數已明確未達80分，故依前揭契約約定聲請人已喪失優先定約之申請權等語，惟如前所述，依照協調委員會105年3月4日結論，系爭浮動碼頭因遭逢異颱風、巨浪及暴潮，導致聲請人投資執行計畫書所載營運項目中之遊艇教學、推廣及活動等，無法依契約原定計畫進行，契約主要目的未能達成，致聲請人營運之執行發生重大不利影響，係屬契約條款中之除外情事，自此以觀，如果以聲請人第1年之營運績效評鑑分數為77.97分，距及格80分僅有0.03差距為由，而論以不能續約，有失公平，故解釋上，如第一年履約期間因發生除外事由，致使聲請人僅以些微分數差距未達80分及格標準時，聲請人該第一年的履約績效本不應計入評定營運績效之列；(2)本會業已依據契約第16.4.2條認定契約期間應展延2年，觀契約第16.4.2條之目的在『損害之補救』，考量補救聲請人因為除外事由導致未能依照原來投標規劃推展OT業務一節，解釋

不符合撤銷仲裁判斷之理由<sup>42</sup>。如仲裁判斷已經可以自行調整優先定約之契約條件者，依舉重明輕之法理，協調委員會協調建議當然更可以自行調整優先定約之契約條件。

## 二、訴訟（仲裁）程序

### （一）可否提出「確認優先定約權存在」之訴訟（仲裁）？

「優先定約權」既然是促參法第51條之1賦予民間機構之權利，如有爭執，基於「有權利即有救濟」原則為憲法第16條之精神<sup>43</sup>，民間機構自得提出「確認優先定約權存在」之訴訟或仲裁程序（以有仲裁協議為限）。

如前所述，優先定約權因為法律修正而可能有次數之限制，如民間機構認為其優先定

約權並無次數之限制，但主辦機關認為只有一次，且已經優先定約過一次，不同意民間機構再次申請優先定約者，民間機構當然可以提起確認優先定約權存在訴訟，蓋此時民間機構當然有確認利益，但是如果雙方爭執優先定約權繼續營運條件之對錯者，此部分司法機關難以處理（詳後述）。

### （二）提起此確認訴訟（仲裁）有無確認利益？

#### 1.肯定說：

此說認為「優先定約權」既然是促參法第51條之1賦予民間機構之權利，當主辦機關與民間機構就此有所爭執者，民間機構當然有提起確認優先定約權存在之確認利益。

上，不宜讓第一年些微不及格分數致影響聲請人依照契約本可享有申請優先定約之資格，從而，本會認為聲請人請求第二項：本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎為有理由。」（仲裁判斷書第38頁至第39頁，轉引自臺灣高等法院107年度上字第1240號民事判決）。

註42：臺灣高等法院107年度上字第1240號民事判決：「上訴人主張系爭仲裁判斷主文第2項具有『命當事人為法律所不許之行為者』，無非係以此部分仲裁判斷違反促參法第51條之1規定及財政部105年7月11日台財促字第10525510550號函。經查，促參法第51條之1規定：『主辦機關應於營運期間內，每年至少辦理一次營運績效評定。經主管機關評定為營運績效良好之民間機構，主辦機關得於營運期限屆滿前與該民間機構優先定約，由其繼續營運。優先定約以一次為限，且延長期限不得逾原投資契約期限。第一項營運績效評估項目、標準、程序、績效良好之評定方式等作業辦法，應於投資契約明定之。營運績效評定，應納入民間機構營運績效及品質查核紀錄。』；前述財政部函文內容則為：『促參個案營運績效評估、評定及得否優先定約等機制，應於投資契約明訂，始得據以辦理。依來函所述，投資契約未約定營運績效評估、評定及優先定約等機制，尚不得透過契約變更辦理優先定約，以維公平合理原則。』（見原審卷第243頁）；是以，促參法第51條之1及前述財政部函文係規定：主辦機關每年應至少辦理一次營運績效評定，經評定為營運績效良好者，得於營運期限屆滿前聲請優先定約，及優先定約之次數、延長期限等，該等情形如未於契約約定，不得以變更契約之方式辦理優先定約之事等節。然對於應以何年度之營運績效作為評估能否優先定約，及可否因契約展延而變更作為優先定約基礎之營運績效年度乙事，則均未規定。是以，系爭仲裁判斷主文第2項為：「本『八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案』以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」，此部分主文既在宣示於系爭契約以因除外事項予以展延後，應以何年度之營運績效作為能否優先定約之基礎，則難認係違背前述規定，而屬命上訴人為法律上所不許之行為者。」（此判決二審定讞）。

註43：請參見司法院大法官會議釋字第653、736、742、774、785號等解釋。



## 2. 否定說：

此說認為「優先定約權」雖為兩造間之權利義務關係，然其僅具有債權之效力，而無物權效力，是民間機構縱贏得確認優先定約權存在訴訟之勝利，亦無以勝訴確認判決對抗主辦機關與第三人已成立之契約關係。主辦機關既已無從再與民間機構締約，則兩造間不明之法律關係及原告權益不安之危險實已無從透過確認判決而除去之，故民間機構應無確認利益<sup>44</sup>。

## 3. 本文見解：

(1) 確認利益之判斷以：(1) 法律關係存否在當事人間不明確。(2) 須因其不明確致原告之權益或其他法律上之地位有不安之危險。(3) 須其不安之危險即時有以確認判決除去之必要

等為判斷標準，與擬確認之標的是債權或物權無關。

(2) 基於優先定約權（債權）為「對人權」而非「對世權」之性質，即使主辦機關已經與第三人成立新的契約關係，並不影響民間機構確認利益之判斷。易言之，當法院認定民間機構對主辦機關仍有優先定約權者，兩造間仍可在優先定約權之概念下定其權利義務關係（或是衍生損害賠償責任問題），否則主辦機關只要與第三人成立新的契約關係就可以使民間機構喪失確認利益者，顯不公平。例如舊承租人主張出租人終止租約不合法而提起確認租約關係存在訴訟，訴訟中出租人將租賃物另行出租予新承租人，兩

註44：臺灣屏東地方法院105年度訴字第278號民事判決：「2. 經查：(1) 確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同；前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限，民事訴訟法第247條第1項、第2項分別定有明文。是確認之訴，以原告有即受確認判決之法律上利益者，方有保護之必要。所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院42年台上字第1031號判例參照）。至所謂法律關係之存否不明確，則指法律關係之存否處於不明確之狀態，而當事人兩造就其存否發生爭執者。如法律關係之存否為兩造所不爭執者，則不許提起確認之訴。又依學者及實務見解，通常須具備下列要件者，始認為有即受確認判決之法律上利益，亦即有保護之必要：(甲)、法律關係存否在當事人間不明確。(乙)、須因其不明確致原告之權益或其他法律上之地位有不安之危險。(丙)、須其不安之危險即時有以確認判決除去之必要。(2) 本院審酌『優先續約權』雖為兩造間之權利義務關係，然其僅具有債權之效力，而無物權效力，是原告縱贏得本件訴訟之勝利，亦無以本判決對抗被告與第三人已成立之契約關係無誤。從而，針對系爭基地之經營原告既已無從再與被告締約，則兩造間不明之法律關係及原告權益不安之危險實已無從透過本確認判決而除去之，是本件原告確已無確認利益無訛。3. 承上，雖本件訴訟原告已無確認利益，但原告是否得另向被告請求損害賠償，則屬另事；此部分應由原告審酌整體情事後自行決斷，自不待言。」（但臺灣高等法院高雄分院106年度上字第164號民事判決未論述確認利益之部分，並經最高法院107年度台上字第710號民事裁定均維持原判），本案係由屏東縣枋山鄉公所辦理之委外案，因鄉鎮市公所並非促參法第5條所規定之主辦機關，故此案並非根據促參法辦理委外招商，但其投資契約內容均仿照促參案件制定營運績效評估與優先定約等約定，在討論確認利益時並不受該投資契約是根據促參法或採購法第99條之限制，故本文仍引用此判決。



份租賃契約即使都被認定合法有效亦無不可（債權相對性原則），有問題的僅是出租人履行其中一份租約時，則對另一份租約構成違約，但吾人並不會以出租人將租賃物另行出租予新承租人為由，認定舊承租人所提確認租約關係存在訴訟欠缺確認利益。

- (3)主辦機關即使因與第三人成立新的契約關係，屬於另一個委外經營契約關係，不影響民間機構向主辦機關主張優先定約之權利，故不應就此認定主辦機關無從再與民間機構締約，更不表示兩造間不明之法律關係及民間機構權益不安之危險已無從透過確認判決而除去之<sup>45</sup>。
- (4)小結：本文認為民間機構主觀上認為有優先定約權，而主辦機關否認其有優先定約權者，民間機構即有確認利益而得提起確認優先定約權存在訴訟，不因主辦機關與第三人成立新的契約關係而受影響。

### （三）法院判決（仲裁判斷）得否自行調整優先定約之契約條件？

如前所述，實務上有仲裁判斷自行調整優先定約之契約條件，中華民國仲裁協會106年仲聲仁字第019號仲裁判斷書判斷主文：「一、本八斗子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案契約期間應展延2年。二、本八斗

子漁港遊艇泊區委託營運（OT）案以仲裁判斷予以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效作為評估能否續約之基礎。」

關於上開仲裁判斷主文第一項，經查仲裁庭係斟酌(1)民法第227條之2規定情事變更原則之適用與(2)系爭契約第16.4.2條除外情事所定補救措施之風險承擔範圍，認系爭契約期間已由3年展延至5年，故本文認為性質上為「形成判斷」，此部分較無爭執。

至於上開仲裁判斷主文第二項，性質上究竟是「形成判斷」？抑或根本不屬於一般訴訟（給付、確認、形成）之類型？則有疑問。經查仲裁庭係認定「該浮動碼頭因遭逢颱風、巨浪及暴潮，導致聲請人投資執行計畫書所載營運項目中之遊艇教學、推廣及活動等，無法依契約原定計畫進行、契約主要目的未能達成，致聲請人營運之執行發生重大不利影響」屬契約條款中之除外情事，認為如以聲請人第1年之營運績效評鑑分數為77.97分，距及格80分僅有0.03差距為由，而論以不能續約，有失公平，故解釋上，如第一年履約期間因發生除外事由，致使聲請人僅以些微分數差距未達80分及格標準，且契約第16.4.2條之目的在「損害之補救」，考量補救聲請人因為除外事由導致未能依照原來投標規劃推展OT業務一節，解釋上，不宜讓第一年些微不及格分數致影響聲請人依照契約本可享有申請優先定約之資格，仲裁庭乃做成上述仲裁判斷第二項主文，故似乎也是

註45：最高法院52年台上字第1240號民事判例（決）：「確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益。」

以「形成判斷」之方式，將「原契約第一、二年營運績效」變更為「以展延後契約期間之倒數第二、三年營運績效」作為評估能否續約之基礎。

由上開案例可知，該仲裁庭係根據民法第227條之2情事變更原則做成形成判斷，雖然其主文顯現之文字與一般本於情事變更原則判斷後所為「給付判斷」之文字不太相同（例如認定以情事變更原則認定物調款後為給付判斷），但本質上應該仍為形成判斷無誤。

本文認為民法第227條之2情事變更原則為私法上之原則，目的在對於當事人不可預見之情事變更予以救濟，法院判決（仲裁判斷）以此作為自行調整優先定約之契約條件，應屬可行<sup>46</sup>。

#### （四）法院判決（仲裁判斷）得否自行決定優先定約之內容並命兩造簽署繼續投資契約？

##### 1. 即使民間機構提出確認優先定約權存在

訴訟獲得勝訴，亦無法逕以此確認判決作為雙方間繼續投資契約之具體內容，則衍生下一個問題：民間機構除提出確認優先定約權存在之訴外，得否更進一步提出請求命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約（為一定之意思表示）給付訴訟？本文認為：

(1) 實務上民事法院（仲裁庭）只能處理「既有」法律關係之爭議<sup>47</sup>，無法命被告與原告成立新的契約關係，即使是在「預約」當事人起訴請求法院判決命被告履行與原告成立「本約」契約關係義務之例外情形，亦係基於雙方有約定履行簽署「本約」之約定義務為前提<sup>48</sup>。而促參案件原投資契約詳細規範當事人間所有權利義務關係，不可能是「預約」，故擁有優先定約權之民間機構並無以「預約」之概念起訴請求

註46：最高法院89年度台上字第967號民事判決：「仲裁契約，係基於私法上契約自由原則，由雙方當事人將其紛爭交付第三人即仲裁人為判斷之合致意思表示。仲裁人基於其得為仲裁判斷之法律上地位，於解決當事人間之實體法律爭議事項，判斷其法律上之效果時，原即有適用法律之職權，而無待於當事人之約定，亦不受當事人所述法律見解之拘束。職是仲裁人於為仲裁判斷時，依情事變更原則，以解決當事人間之爭議，解釋上自為法之所許，並不以事先取得兩造之同意為必要。」。

同院81年度台上字第2196號判決：「查情事變更原則為私法上之原則，此項原則之適用，旨在對於當事人不可預見之情事變更予以救濟，乃有關法律效力之問題，自不能因我國以明文規定在民事訴訟法中，即謂此項原則之適用，專屬法院之職權。因此仲裁人於仲裁判斷時，依情事變更原則解決當事人之爭議，應非法所不許。」。

註47：例如：

- (1) 給付訴訟：契約任一方解除或終止契約後並起訴請求給付價金與損害賠償等，由法院來判斷當時解除或終止契約是否合法有效。
- (2) 確認訴訟：契約任一方提起確認契約成立或有效與否之訴訟，由法院來判斷契約是否成立或有效。
- (3) 形成訴訟：契約任一方主張情事變更原則而起訴請求調整契約內容，由法院來判斷是否構成情事變更原則以及如何增、減給付或變更其他原有之效果。

註48：最高法院61年台上字第964號判例（決）：「買賣預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立。」。

主辦機關履行簽訂繼續投資契約之請求權基礎。優先定約權目的是簽署新的契約而非續約，且在期限內無法達成合意者，民間機構即喪失優先定約權，已如前述，足見促參法並無強制規定主辦機關負有成立繼續投資契約之義務（否則促參法應該規範主辦機關優先定約義務，而非規範民間機構優先定約權），在此情形下並無法律漏洞可言，故民間機構無法類推適用「預約」之概念而起訴請求法院命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約。

(2)上引中華民國仲裁協會106年仲聲仁字第019號仲裁判斷雖然以「形成判斷」方式調整優先定約資格之標準，但至多是透過民法第227條之2情事變更原則去調整既有投資契約關係，仍無法逕自做成命兩造簽署新的繼續投資契約的判斷，該部分

仍必須由主辦機構擬定繼續營運條件並經雙方合意，而此部分只有協調委員會可以作協調建議，透過雙方接受協調建議變成兩造合意，但法院判決與仲裁判斷則無法為之。

(3)最重要的是，促參法第51條之1並未賦予民間機構「締約請求權」，至多從民法締約上過失理論去轉換成損害賠償責任而已，法院無法做成促使兩造簽署新成立、內含眾多權利義務關係之繼續投資契約之判決，基本上仲裁判斷亦無法為之。

(4)因此，本文認為民間機構除提出確認優先定約權存在之訴外，並無權利請求法院（仲裁庭）命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約之訴訟。

2.民間機構如對於繼續營運條件與主辦機關產生爭執者，各執己見，而導致未能於期限內完成議約並簽署繼續投資

同院82年度台上字第415號判決：「…所謂預約係約定將來訂立一定契約（即本約）之契約，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容主張權利。」。

同院82年度台上字第2號判決：「所謂預約，乃指當事人約定將來訂立一定契約之約定而言，倘當事人就契約之所有內容，已意思表示一致，不論冠以何名稱，均係契約本身（即本約），而非預約。」。

同院81年度台上字第886號判決：「查預約與本約，其性質及效力均有不同。預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行。茲原審既認定兩造訂立者，為系爭土地之買賣預約，乃竟就兩造買賣標的之範圍如何，上訴人得否就系爭土地部分應有部分，請求被上訴人履行出賣人之義務，辦理移轉登記，而為論斷，自屬相互牴觸。」。

同院81年度台上字第480號判決：「契約有預約與本約之分。預約係約定將來訂立一定契約之契約，因履行預約而訂立之契約為本約。其因當事人由他方受有定金，依民法第二百四十八條規定，視為成立之契約，究為本約抑係預約，應依其情事解釋當事人之意思定之，不得謂凡有定金之授受者，即概視為已成立本約。」。

同院85年度台上字第2396號判決：「當事人訂立之契約，究為本約或係預約，應就當事人之意思定之，當事人之意思不明或有爭執時，應通觀契約全體內容是否包含契約之要素，及得否依所訂之契約即可履行而無須另訂本約等情形決定之。」。



契約者，將喪失優先定約權，而且又無法起訴請求法院命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約者，此為民事訴訟制度既有之限制。本文認為在此等訴訟制度限制下之配套方式如下：

(1)主辦機關應本於專業提出合理之繼續營運條件：「優先定約作業指引」詳細規範主辦機關得在委託專業顧問機構協助下，召開優先定約確認會議、擬定基本需求書、由民間機構提送繼續投資計畫書、邀集外部專家學者協助參與審查會進行審查、依審查會結果及投資契約架構，書面提出繼續投資契約草案、進行議約並核定繼續投資計畫書。財政部新頒布此「優先定約作業指引」詳細規範主辦機關研究繼續營運之條件應注意之事項【包括契約年期、興建計畫（如為ROT）、營運計畫、財務計畫等】，並透過外部學者專家之協助，避免行政機關恣意制定嚴苛條件、不合理或法規適用錯誤等繼續營運條件，以增進優先定約成功之機會。

(2)在協調階段各自退讓繼續營運條

件：如前所述，在訴訟或仲裁程序中，除非構成情事變更原則而賦予法院或仲裁庭增減給付或變更原有之效果外，其餘部分均非訴訟或仲裁制度所得處理之問題，故實務上「決戰點」為協調程序，在此階段透過協調委員會專業協助調整繼續營運條件，雙方本於商業判斷各自退讓，以增進優先定約成功之機會。

(3)簽署繼續投資契約後如發生不可抗力或除外情事等事由再依約處理：民間機構如有強烈優先定約意願者，即使協調委員會專業協助下所提出繼續營運條件並非全然令人滿意，本文仍建議先行（含淚？）接受協調建議並達成優先定約之合意後，雙方先簽署繼續投資契約進入新契約階段（此時即可避免上述訴訟或仲裁制度無法處理的限制問題）。實際履行繼續投資契約期間，如果確實發生不可抗力或除外情事等事由，再透過繼續投資契約所約定之協調、訴訟或仲裁程序辦理<sup>49</sup>。

註49：以契約年期為例，假設民間機構認為財務試算後繼續投資契約期間應以10年為合理，主辦機關則認為只要8年即可，若民間機構堅持契約年期10年導致無法達成優先定約之合意者，當議約期滿未能簽約時，民間機構即喪失優先定約權，其救濟途徑只剩協調委員會協調程序。協調程序如果建議繼續投資契約年間為8年或9年者，當雙方都同意時即為優先定約之合意，但任一方不同意，則協調不成立，此時法院與仲裁庭無法以判決（斷）決定未來的繼續投資契約年期應該是10年或8年為妥，則民間機構幾乎確定無法簽署繼續投資契約。但若民間機構接受協調委員會8年或9年建議而與主辦機關簽署繼續投資契約後，在繼續投資契約期間，如果又發生不可抗力或除外情事等事由者，民間機構仍可提出展延許可期間之協調、仲裁或訴訟，在此情況下已經是既有契約關係之爭執，不論協調委員會、法院或仲裁庭均可介入，並為協調建議、判決（斷）。

### 三、定暫時狀態之假處分程序

#### (一) 定暫時狀態假處分裁定之說明

1. 民事訴訟法第538條第1、2項規定：  
「(第1項)於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。(第2項)前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限。」<sup>50</sup>
2. 定暫時狀態假處分之最終目的，係為保存將來判決內容之實現，聲請人取得定暫時狀態之裁定後，可依裁定暫為實現其權利，義務人亦暫時履行其義務<sup>51</sup>。

#### (二) 民間機構以優先定約權為由聲請定暫時狀態假處分裁定

本文認為應區分兩種狀況：

1. 單純確認優先定約權有無之情形：本文認為此部分尚有討論空間(詳後述)。

2. 爭執優先定約權繼續營運條件之情形：如前所述，民間機構如果是起訴請求命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約(為一定之意思表示)給付訴訟者，我國目前民事訴訟與仲裁制度均無法處理，在此種情況聲請定暫時狀態假處分者，本文認為根本沒有實益，應予駁回。

#### (三) 向法院提出聲請定暫時狀態假處分之裁定之注意事項

當民間機構與主辦機關對優先定約權之有無產生爭執，民間機構決定提出確認優先定約權存在訴訟時，如果決定向法院提出聲請定暫時狀態假處分之裁定時，適用上應注意下列事項：

1. 優先定約權係民間機構於本案訴訟能確定該爭執之繼續性法律關係<sup>52</sup>，符合民事訴訟法第538條第2項規定之限制，故依法民間機構得提出定暫時狀態假

註50：最高法院101年度台抗字第497號民事裁定：「按當事人於爭執之法律關係聲請為定暫時狀態之處分，依民事訴訟法第五百三十八條第一項之規定，須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，始得為之。該必要之情事，乃定暫時狀態處分之原因，依同法第五百三十八條之四準用第五百三十三條本文準用第五百二十六條第一項規定應由聲請人釋明之。倘聲請人不能釋明必要情事存在，即無就爭執之法律關係定暫時狀態之必要。所謂定暫時狀態之必要，即保全必要性，係指為防止發生重大損害，或為避免急迫之危險，或有其它相類似之情形發生必須加以制止而言。然損害是否重大、危險是否急迫或是否有其他相類之情形，應釋明至何種程度，始得以擔保金補足其釋明，應就具體個案，透過權衡理論及比例原則確認之，亦即法院須就聲請人因許可假處分所能獲得之利益、其因不許可假處分所可能發生之損害、相對人因假處分之許可所可能蒙受之不利益，及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益加以比較衡量。所稱防止發生重大之損害，通常係指如使聲請人繼續忍受至本案判決時止，其所受之痛苦或不利益顯屬過苛。其重大與否，須視聲請人因定暫時狀態處分所應獲得之利益或防免之損害是否逾相對人因該處分所蒙受之不利益或損害而定。聲請人因處分所應獲之利益或防免之損害大於相對人因該處分所受之不利益或損害，始得謂為重大而具有保全之必要性。」。

註51：楊建華著、鄭傑夫增訂(2004)，《民事訴訟法要論》，第527頁以下。

註52：最高法院85年度台抗字第438號裁定：「『定暫時狀態』之假處分，雖非必以給付之訴為限，然必為該訴訟標的之法律關係有其繼續性，且本案之請求，即為該有『爭執之法律關係』，始足當之。」。

處分之聲請<sup>53</sup>，但個案仍須符合後述各項條件。

2. 為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形：

(1) 防止發生重大之損害，通常係指如使民間機構繼續忍受至本案判決時止，其所受之痛苦或不利益顯屬過苛。其重大與否，須視民間機構因定暫時狀態處分所應獲得之利益或防免之損害是否逾主辦機關因該處分所蒙受之不利益或損害而定。就此應注意：

A. 原契約之投資不能列入因系爭契約屆滿而受有重大損害或急迫危險而需防免之概念：民間機構依原契約所為之投資，理論上因原契約營運期間屆滿而完成，所有投資營運盈虧風險均已結算完畢，故原契約期間之投資不論盈虧，均由民間機構根據原契約承擔。在此理解下，民間機構即不得以原投資因主辦機關否認優先定約權而無法回收獲利為由聲請定暫時狀態假處分<sup>54</sup>。

註53：最高法院61年台抗字第506號判例（決）：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，準用之，民事訴訟法第五百三十八條定有明文。所謂法律關係，指金錢請求以外凡適於為民事訴訟之標的，有繼續性者，皆屬之，如所有權、通行權、占有狀態、扶養義務、專利權等被侵害或有爭執時均是。如以專利權被侵害而聲請假處分時，非不得禁止債務人發賣與專利權有關之貨物或其他類似行為。」在優先定約權之案例中則是提出例如：「聲請定暫時狀態處分允許民間機構在本案確定判決前繼續營運管理公共建設」或「聲請定暫時狀態處分禁止主辦機關在本案確定判決前另行委託第三人營運管理公共建設」等聲請。

註54：臺灣高等法院109年度抗字第844號民事裁定：「2. 而依系爭契約第2.2條已清楚明訂系爭契約期間為5年（見原法院卷第37頁），抗告人雖得依系爭契約第2.4.1條之約定，申請優先繼續訂約（見原法院卷第39頁），然該條亦已明訂需抗告人經相對人評鑑為符合系爭契約第9.3.5條約定之營運績效良好者（見原法院卷第101頁），方於系爭契約屆滿後取得優先訂約權，而非絕對無條件之優先訂約權甚明；是以，本件抗告人與相對人締結系爭契約時，應已評估所需投入之上開資金成本，投資營運盈虧自負之風險，及系爭契約所定營運期間為5年，須在符合經相對人評鑑為營運績效良好之條件下，方可取得優先續約之權利，則今於系爭契約屆滿時，相對人以抗告人前經評鑑營運績效為不及格，而否准抗告人申請優先訂約（見原審卷第203至205頁），抗告人因而就其上開投資成本無法回收獲利，應屬其本已得依系爭契約之約定所得預估之投資風險，尚難認抗告人將因系爭契約屆滿而受有何重大損害或急迫危險而需防免之必要。」。

臺灣高等法院高雄分院105年度抗字第207號民事裁定：「(1) 系爭委託經營契約屬定期契約，即系爭契約原則上於期限屆滿時失其效力，此當為抗告人締約時所明知。雖契約5.3.3.3有上開優先定約資格之約款，然此繫於抗告人於契約存續期間內之『每年』營運績效均達80分以上之不確定性。而抗告人縱曾因系爭契約而投入鉅額資金、大量人力，但基於契約營運期間長達六年，因而所為之投資，尚屬合理，非當然得推認上開人力物力投資，均基於5.3.3.3優先定約資格約款而為。而抗告人就定期契約所為之投資，於契約存續期滿，是否得全數收回或得否再為其他利用，衡情當於締約及投入人物、物力時即已為成本考量，是縱有投資未能收回之損害等情，本不得認屬民事訴訟法第538條為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情，即不得以該事由認有定暫時狀態假處分之必要。」。



B.如果認定主辦機關否認民間機構優先定約權，導致民間機構因無法優先定約而繼續營運公共建設而獲利，民間機構應得另行訴請主辦機關賠償損害，故實務上認為民間機構並無因原契約屆滿而受有重大損害或急迫危險無法彌補之情<sup>55</sup>。

(2)避免急迫之危險或有其他相類之情形。

3.限於有必要時：定暫時狀態之必要，即保全必要性，係指為防止發生重大損害，或為避免急迫之危險，或有其它相類似之情形發生必須加以制止而言。然損害是否重大、危險是否急迫或是否有其他相類之情形，應釋明至何種程度，始得以擔保金補足其釋明，應就具體個案，透過權衡理論及比例原則確認之，亦即法院須就主辦機關因許可假處分所能獲得之利益、其因不許可假處分所可能發生之損害、主辦機關因假處分之許可所可能蒙受之不利益，及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益加以比較衡量。實務見解會斟酌民間機

構私權上之利益與公共建設營運不中斷之公共利益，以決定有無定暫時狀態假處分之必要性<sup>56</sup>。

## 伍、結論

本文首先說明從立法過程中探討優先定約權之定義，並從促參案件多年來履約之事實經過探討優先定約之性質究竟是續約說或新約說爭議後，本文採取折衷說，認為優先定約為：「民間機構在原投資契約基礎下，成為議定繼續投資契約之當事人適格主體，並得與主辦機關依據繼續營運評估基礎議定繼續投資契約」之權利。

本文並詳細介紹現行法制關於民間機構取得優先定約之資格、程序與作業期間等規定，對於優先定約後之契約期間限制、次數及其他辦理優先定約權時應注意之事項等亦逐一說明，包括：(1)辦理優先定約時並不需要再次舉辦公聽會。(2)只要符合促參法第51條之1之要件，民間機構應可取得優先定約權，不因投資契約有無規定優先定約權而異，但前提是必須確實有辦理營運績效評估且其結果為良好。(3)優先定約權本身並非民

註55：臺灣高等法院109年度抗字第844號民事裁定：「3.況縱使抗告人所爭執相對人以其評鑑營運績效不及格為由否准抗告人申請優先訂約等情，業已違反系爭契約之相關約定，抗告人應有優先訂約權等情為真，然若相對人有違約之情，致抗告人無法因優先訂約而繼續營運系爭運動中心就上開投資成本回收獲利，抗告人亦得另行訴請相對人賠償損害，則審酌抗告人上開投資之金額、經營運動中心回收獲利之速度（見本院卷第53頁），及相對人賠償能力，抗告人縱使因此受有損害，當可獲得相當之賠償，亦難認抗告人將因系爭契約屆滿而受有何重大損害或急迫危險無法彌補之情。」。

註56：臺灣高等法院109年度抗字第844號裁定：「4.又抗告人前既然已經相對人以其評鑑營運績效不及格為由否准抗告人申請優先訂約，則在綜合考量使用系爭運動中心民眾健康及安全之權利，若僅因為保全抗告人投資必應回收獲利之私利，而禁止相對人另行甄審優良廠商以經營系爭運動中心之現狀，即有犧牲使用系爭運動中心民眾健康及安全之可能，而影響公眾利益。」。

間機構之合法占有權源，在未簽成繼續投資契約之前，民間機構無法以優先定約權作為合法占有權源。

本文並對於目前已經發生優先定約權因促參法第51條之1於民國104年12月30日修正公布後新舊法律適用爭議問題特別進行分析，認為應該適用「實體從舊原則」，已經簽署且無限制數十年後優先定約之次數與期間之投資契約，在簽署當時既然沒有次數與期間之限制等法律規範，則其辦理優先定約時當然不受次數與期間之限制。

本文研究後發現，「108年BOT投資契約範本」及「優先定約作業指引」等規定均係在指導主辦機關與民間機構順利地完成優先定約作業之程序，無法解決任一方對優先定約之相關程序與內容產生爭執時之程序。當任一方對優先定約產生爭議時，現有促參法、施行細則、「108年BOT投資契約範本」及「優先定約作業指引」等規定均無更具體明確之規範足以適用，故本文乃就實務上優先定約權已產生確認利益等常見爭點之協調、仲裁、民事訴訟、甚至民事訴訟法保全程序提出本文之見解。

本文並發現一個重要的現象，實務上民事法院（仲裁庭）只能處理「既有」法律關係之爭議，無法命被告與原告成立新的契約關係，促參法並無強制規定主辦機關負有成立

繼續投資契約之義務（否則促參法應該規範主辦機關優先定約義務，而非規範民間機構優先定約權），故民間機構除提出確認優先定約權存在之訴外，並無權利請求法院（仲裁庭）命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約之訴訟。當民間機構對於繼續營運條件與主辦機關產生爭執者，各執己見，而導致未能於期限內完成議約並簽署繼續投資契約者，將喪失優先定約權，而且又無法起訴請求法院命主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約者，此為民事訴訟制度既有之限制。本文認為在此等訴訟制度限制下之配套方式包括：(1)主辦機關應本於專業提出合理之繼續營運條件。(2)在協調階段各自退讓繼續營運條件。(3)簽署繼續投資契約後如發生不可抗力或除外情事等事由再依約處理。亦即民間機構如有強烈優先定約意願者，即使協調委員會專業協助下所提出繼續營運條件並非全然令人滿意，本文仍建議先行（含淚？）接受協調建議並達成優先定約之合意後，雙方先簽署繼續投資契約進入新契約階段（此時即可避免上述訴訟或仲裁制度無法處理的限制問題）。實際履行繼續投資契約期間，如果確實發生不可抗力或除外情事等事由，再透過繼續投資契約所約定之協調、訴訟或仲裁程序辦理。（完）

（投稿日期：2022年11月3日）