

# 促參案件優先定約權之 實務解析（上）

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	

## 壹、前言

促進民間參與公共建設法（下稱促參法）自2000年公布施行後，已簽署並履約迄今之促參案件逐漸要面對期間屆滿之結果，而因促參法有規定優先定約之機制，主辦機關則要開始準備執行優先定約相關程序，但因促參法規範過於簡略<sup>1</sup>，實務上產生眾多問題，故有進一步研究分析之必要，此為本文所擬探討之爭點。

## 貳、優先定約權之基本概念

### 一、優先定約權定義

#### （一）優先定約之定義法無明文

促參法第51條之1第3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。」。

上開規定並無優先定約權（The priority to

\* 本文作者係執業律師，國立中正大學法學博士。

註1：民國83年12月5日總統（83）華總（一）義字第7446號令公布之獎勵民間參與交通建設條例並無優先定約制度。日本「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」（中譯名稱為「藉由民間資金活用以促進整備公共建設法」，一般簡稱為日本PFI法）及德國Gesetz zur Beschleunigung öffentlich-privater Partnerschaften（簡稱ÖPP-Beschleunigungsgesetz，中譯名稱為「公私協力加速推動法」）均無優先定約制度。

extend the concession agreement)「定義」之規定，而促參法主管機關財政部所頒布「108年BOT投資契約範本」<sup>2</sup>與「促進民間參與公共建設案件優先定約作業指引」（以下簡稱「優先定約作業指引」）<sup>3</sup>均無優先定約權之定義規定。經檢視促參法制定時前行政院經濟建設委員會所提出草案第57條文字係規定「優先議約」，但有立法委員質疑文義可能

會被解釋為「已繼續營運的廠商，如果要由其他廠商接手，可有同樣優先之權利，與土地法第34條之1及第30條優先權利相同」之疑問，經主席裁示將優先「議」約改為優先「續」約，行政機關代表建議修改為優先「定」約，經審查會無異議修正通過<sup>4</sup>。

由上開立法經過可知，前行政院經濟建設委員會所設計之優先定（議）約權制度，並

註2：財政部民國108年3月29日台財促字第10825508370號函頒布「BOT案投資契約參考條款——未開放保險業為單一申請人結合專業第三人參與案件用」（108年版）第20.2條「優先定約及其他獎勵措施規定」：「

20.2.1 乙方經依營運績效評定作業辦法評定為營運績效良好者，得依第20.2.3條規定申請優先定約。

20.2.2 如乙方經甲方連續○次達○○分（含）/等第○以上者為「營運績效特優」時，甲方得就次年度權利金減免○%，或給予放寬營運期原股東之持股比例限制等其他獎勵。

20.2.3 乙方經評估為營運績效良好，得於委託營運期間屆滿○年前，檢附自營運期間開始之歷次評估報告及未來投資計畫書等，向甲方申請繼續定約一次，其期間以○○年為限，乙方未於上開期限前，向甲方申請繼續定約，視為放棄優先定約。

20.2.4 乙方申請繼續定約，經甲方確認乙方符合優先定約條件，如設施仍有交由民間營運必要，甲方應研訂繼續營運條件，通知乙方議定新約內容，倘乙方對甲方之條件拒絕同意，或於○○日內雙方仍未達成契約合意者，乙方即喪失優先定約機會。

20.2.5 甲乙雙方合意議定之新約，為本契約屆滿後之新約，乙方仍應依第16章規定移轉營運資產予甲方。」相關規定及說明：「一、相關規定（一）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。（二）細則第66條規定，主辦機關與民間機構優先定約前，應依第80條規定辦理資產總檢查，並就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，以與該民間機構議定契約。二、說明（一）明定民間機構經依營運績效評定作業辦法評定為營運績效良好者，申請優先定約事宜。（二）應保留必要之議約期間或議約不成所需另行公告招商期間。（三）就『營運績效特優』者，訂定獎勵措施，此亦得作為未有『優先定約權』之促參案件進行營運績效評定之獎勵措施。（四）依促參法第51條之1第2項規定，優先定約以1次為限，且延長期限不得逾原投資契約期限。（五）優先定約之申請期限，應視個案契約年期長短，合理考慮雙方處理期間。」（資料來源：<file:///C:/Users/changchi/Downloads/108BOT%25e6%258a%2595%25e8%25b3%2587%25e5%25a5%2591%25e7%25b4%2584.pdf>，最後瀏覽日期：2022年11月3日）

註3：財政部民國111年9月30日台財促字第11125530650號函頒布「促進民間參與公共建設案件優先定約作業指引」第2條規定：「二、本指引適用於主辦機關依本法辦理之促進民間參與公共建設案件。主辦機關與民間機構辦理優先定約，應依投資契約之約定；契約無約定者，得依本指引辦理。」（資料來源：<https://ppp.mof.gov.tw/WWW/ref.aspx?mid=562A659492068D69&oid=816B6653704654AF>，最後瀏覽日期：2022年11月3日）

註4：立法院公報，第88卷，第6期，第512-513頁。二讀會時文字再修正為優先「定」約，參見立法院第四屆第二會期第16次會議議案關係文書，第88卷，第6期，第352-353頁。

非「許可期間屆滿『後』」，主辦機關重新辦理公開招商，甄審程序選出最優申請案件申請人時，賦予原民間機構可以相同條件優先承接繼續投資契約」此類似土地法第34條之1概念之權利，而是「許可期間屆滿『前』」，主辦機關無須進行公開甄審程序選出最優申請案件申請人，得直接（優先）與原民間機構議約協商繼續營運之條件」概念之權利。

## （二）優先定約之性質爭議

因為促參法並未規範優先定約之定義，實務上對優先定約之性質乃產生爭議：優先定約是舊契約的延續？亦或是新契約開始？

### 1. 續約說：

優先定約採此說之依據為促參法第

11條第4款規定：「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：四、營運期間屆滿之續約。」

我國法律上有關「續約」之規定並不多<sup>5</sup>，且即使法條文字使用「續約」二字也不會有定義的說明，故只能就其文義進行解釋，續約係將原本契約關係延續作為新契約關係，其權利義務關係均相同，只是契約期間再次展延或更新<sup>6</sup>。

### 2. 新約說：

優先定約採此說之依據為促參法第51條之1第3項規定：「經主辦機關評

註5：農業發展條例第20條第2項規定：「本條例中華民國八十九年一月四日修正施行前已依耕地三七五減租條例，或已依土地法及其他法律之規定訂定租約者，除出租人及承租人另有約定者外，其權利義務關係、租約之續約、修正及終止，悉依該法律之規定。」。

耕地三七五減租條例第20條規定：「耕地租約於租期屆滿時，除出租人依本條例收回自耕外，如承租人願繼續承租者，應續訂租約。」。

就業服務法第46條第3項規定：「雇主依第一項第八款至第十款規定聘僱外國人，須訂立書面勞動契約，並以定期契約為限；其未定期限者，以聘僱許可之期限為勞動契約之期限。續約時，亦同。」

註6：在促參法制定之前，民國86年3月11日臺南市政府（86）南市秘法字第07975號令訂定發布施行「臺南市政府委託公辦民營醫院管理辦法」第6條規定：「本委託營運期限應依下列規定：一、每期委託營運不得超過四年期限。（不含四年，即自契約生效日起計算不得滿四年。）二、原契約屆滿一年前，本府除自行營運外，應公開辦理徵求受委託營運人，但原受委託人在相同條件下有優先續約權。」民國95年11月27日臺南市政府南市法行字第09509517700號令修正「臺南市政府委託公辦民營醫院自治條例」第6條規定：「本委託營運期限應依下列規定：一、每期委託營運不得超過九年十一個月期限。（不含九年十一個月，即自契約生效日起計算不得滿九年十一個月。）二、原契約屆滿一年前，本府除自行營運外，應公開辦理徵求受委託營運人，但原受委託人在相同條件下有優先續約權。三、回饋金由市府自訂。」）上開第6條第2項於民國96年4月9日修正：「二、原契約屆滿一年前，本府除自行營運外，應公開辦理徵求受委託營運人，但原受委託人在相同條件下有優先續約權，並溯及既往。」。

96年間臺南市政府與前促參法主管機關工程會認為臺南市立醫院應依促參法辦理招商程序，不應再根據上開自治條例辦理優先續約。此部分經過請參見陳金哲（2006），〈準市場機制與區域治理——以秀傳醫院、署立醫院及台北市立醫院之執行經驗為例〉，《公共行政學報》，第19期，第91-126頁。

擁有臺南市立醫院營運權之○○紀念醫院乃提出確認優先續約權之訴訟（臺灣臺南地方法院96年度重訴字第54號）。

臺南市政府與○○紀念醫院於96年5月8日簽署「臺南市立醫院委託暫管經營契約書」，契約期間至

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。」及促參法施行細則第66條規定：「主辦機關依本法第五十一條之一第二項規定與該民間機構優先定約前，應依第八十條規定辦理資產總檢查，並就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，以與該民間機構議定契約。」

此說認為優先定約為一新契約關係<sup>7</sup>，其權利義務關係與原契約並不完全相同，故非只是契約期間再次展延或更新，而是權利義務有部分之變更。目前主管機關立場採新約說<sup>8</sup>。

### 3.折衷說：

如前所述，從立法經過可知優先定約權之制度，係「許可期間屆滿『前』」，主辦機關不用進行公開甄審程序選出最優申請案件申請人，得直接（優先）與原民間機構議約協商繼續營運之條件，

新投資廠商確認交接時程並完成交接之日止。

○○紀念醫院於民國97年9月30日撤回確認優先續約權之訴訟。

臺南市政府於96-97年間依促參法辦理公告招商後，由○○醫療社團法人取得最優申請案件申請人地位，雙方並於98年7月1日簽署「臺南市立醫院委託經營暨整建計畫契約書（第三期）」，委託營運期間9年計算至民國107年6月30日屆滿。

「臺南市政府委託公辦民營醫院自治條例」於民國99年12月25日經臺南市政府以府法規字第0990360004號公告廢止。

財政部106年4月10日台財促字第10625507040號函：「主旨：所詢『臺南市立醫院』107年6月底契約期滿後續相關招商條件規劃疑義，復請查照。一、依本部推動促參司案陳貴局106年3月30日南市衛醫字第1060048332號函辦理。二、促進民間參與公共建設法（下稱促參法）第2條規定，促進民間參與公共建設，依該法之規定。該法未規定者，適用其他有關法律之規定。第12條規定，主辦機關與民間機構之權利義務，除該法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民法相關之規定。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。三、旨案於契約期滿後，得否與原民間機構優先定約，應由貴府本權責依投資契約約定及促參法相關規定核處。至得否同時以既有院區增（改、修）建營運（ROT）及興建營運癌症治療服務大樓（BOT）方式辦理招商，並俟旨案契約續約期限屆滿後再點交既有院區予未來民間機構等節，涉財務、期程、未來ROT之標的及資產點交與移轉等不確定因素，應由貴府本主辦機關立場審慎評估。四、若個案擬依促參法第46條規定，由民間自行規劃申請參與公共建設作業相關規定。」

臺南市政府於民國107年間完成優先定約作業，並增列○○醫療社團法人至遲應於113年6月30日前依促參法第46條規定自行規劃提出申請綜合醫療大樓（腫瘤大樓）之興建規劃，倘○○醫療社團法人未遵期提出申請，臺南市政府得依促參法第46條或第42條規定辦理政策公告或招商公告。

註7：蕭孟玫、江建甫（2019），〈美麗蛻變——臺北車站營運移轉優先定約案例〉，《中華技術》，第85頁。

註8：財政部民國106年2月16日台財促字第10625503260號函說明二～四：「二、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。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。促參法施行細則第66條規定，主辦機關依促參法第51條之1第2項規定與該民間機構優先定約前，應依第80條規定辦理資產總檢查，並就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，以與該民間機構議定契約。」

且尚待雙方針對繼續營運之契約期間、內容等重新議定契約」之概念，顯非續約說下原契約之展延或更新；另民間機構得享有優先定約之適格地位，且優先定約所欲繼續營運之契約，均應建立在原契約之履約基礎，故亦非一與原契約無關之新契約。況且，在優先定約下，也不能保證一定可以簽成繼續投資契約。故此時應採取折衷見解，亦即優先定約為：「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。

#### 4. 本文見解：

(1) 當促參法本身並無優先定約之定義規範時，立法文書也無法說明清楚時，本文認為應該回歸促參案件投資契約之執行狀況加以研判，而不是再就促參法的文義進行解釋。

(2) 當投資契約履約完畢後，最重要的

工作就是「移轉」，如果移轉標的僅為營運權者（ROT或OT），從契約性質難以看出優先定約權前、後契約的差異性。

(3) 但如以BOT契約為例，可以發現有下列重要事項之差異：

A. BOT契約移轉標的為營運資產之所有權與營運權，而非僅有營運權而已，故在BOT契約辦理優先定約階段，民間機構仍須將營運資產所有權移轉給主辦機關（為此必須先依促參法施行細則第80條規定辦理資產總檢查<sup>9</sup>），再透過優先定約制度從主辦機關取得營運權（OT或ROT）<sup>10</sup>，所有權則歸屬主辦機關，故非既有BOT契約關係之延續。易言之，優先定約後民間機構不再擁有營運資產之所有權。

B. BOT契約履約完畢後，整個財務計

爰民間機構合於優先定約條件申請優先定約，主辦機關除應依投資契約約定辦理外，並應依上開規定辦理資產總檢查，及就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，以與該民間機構議定契約，尚無涉促參法第44條第1項應設甄審委員會審核公告申請案件事宜。至由該民間機構繼續營運之條件（含須檢附文件、內容及格式等），依上開規定應由主辦機關本權責研訂，俾據與該民間機構議定契約。三、促參法施行細則第80條規定，民間機構依促參法第54條規定於營運期限屆滿應移轉資產者，應於期滿前一定期限辦理資產總檢查。前項一定期限與資產總檢查之檢查機構、檢查方式、程序、標準及費用負擔，應於投資契約明定之。有關資產總檢查之檢查機構、檢查方式、程序、標準及費用負擔，應由主辦機關依公共建設類別、公共建設目的、民間參與方式、資產規模及個案特性等於先期規劃階段審慎規劃，並納入投資契約約定，作為後續執行依據。四、優先定約並非原投資契約之延續，屬另一新契約，主辦機關當依促參法第54條及其施行細則第80條規定與原投資契約約定，要求民間機構於營運期限屆滿前一定期間內，提出營運資產移轉計畫及辦理資產總檢查，並辦理資產移轉之點交作業。」。

註9：促參法施行細則第80條規定：「（第1項）民間機構依本法第五十四條規定於營運期限屆滿應移轉資產者，應於期滿前一定期限辦理資產總檢查。（第2項）前項一定期限與資產總檢查之檢查機構、檢查方式、程序、標準及費用負擔，應於投資契約明定之。」。

註10：至於營運資產之占有則會適用民法第761條第2項占有改定之概念。

畫已經完成，民間機構依投資契約所得之利益均已取得，繼續投資契約原則上無再次興建(B)之問題，則繼續投資契約之財務計畫理論上只有OT或ROT（耐用年限屆滿所衍生的重增置）的成本，就不應該再將興建(B)之成本納入。在此情形下主辦機關應就繼續投資契約進行規劃及財務評估，於擬定「基本需求書」中明確規範繼續營運之條件<sup>11</sup>，供民間機構據以撰擬「繼續投資計畫書」，本文認為應注意下列事項：

①民間機構繼續參與公共建設目的、公共服務需求及優先定約範圍，係以原公告當時之公共建設計畫之性質、目標及範圍為原

則。

②土地租金仍依「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」（以下簡稱租金優惠辦法）第2條規定之公式計算<sup>12</sup>。

③原則上以OT<sup>13</sup>或ROT<sup>14</sup>之概念辦理優先定約，並據此重新計算民間機構之成本。

④投資契約所訂營運權利金部分應綜合考量外部環境（公共建設現況、附近周邊租金行情、與原契約簽約時之成熟度與差異性）、民間機構歷年經營成果（從歷年財產檢查確認其成本與營收狀況）及優先定約特性（是否需要重增置、投資金額<sup>15</sup>等）而配合

註11：「優先定約作業指引」第5條規定。

註12：優先定約時應適用當時有效之租金優惠辦法，而租金優惠辦法於民國108年12月2日有重大修正，應予注意。

註13：「優先定約作業指引」第13及第14條分別規定「促參案件投資契約年期未逾10年且屬有前例、性質單純或重複辦理，並以本法第8條第1項第5款辦理優先定約」及「促參案件投資契約年期未逾5年，且雙方權利義務均比照原投資契約，並以本法第8條第1項第5款辦理優先定約」之簡化程序規定。

註14：促參法第8條第1項第4款民國104年12月30日修正：「民間機構投資增建、改建及修建政府現有建設並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」修正理由：「三、原條文第一項第四款係ROT（Rehabilitate-Operate-and-Transfer）方式，即民間機構在既有公共建設上從事整復工作，該等工作需依建築法令辦理，依據行政院公共工程委員會九十六年三月八日工程技字第09600076530號函，本款之『擴建、整建』係屬建築法第九條之『增建、改建及修建』，爰予修正，以資明確。」故ROT定義業已修正。

註15：投資金額之多寡將影響財務評估之結果，因此投資項目及金額之確認為進行優先定約財務評估前之重要工作。此議題涉及契約雙方需有一致之認知，因此實務上主辦機關會委託專業顧問分3個步驟進行：

- (1)分析歷年營運績效評估委員之建議，並透過初步營運資產總檢查與主辦機關確認需求；
- (2)訪談民間機構瞭解優先定約期間其依實際營運規劃需求，預計投資之項目及金額；
- (3)綜合評估雙方意見，暫定可能之投資項目及金額，並作為後續財務評估之依據。

調整，以利民間機構與主辦機關共享利潤。

- ⑤上開營運成本（含重增置成本）、股東內部報酬率（IRR）、營運權利金等調整後，民間機構回收成本與合理利潤後所得決定之適當優先定約期間（不得逾原投資契約期限）。
- (4)即使是有償BTO或無償BTO契約在新建完成後就先將所有權移轉給主辦機關，民間機構開始營運，並於營運期間屆滿後歸還營運權。此等情形如辦理優先定約者，因其移轉標的亦僅有營運權，難以看出優先定約權前後契約的差異性，但仍有上述2.財務計畫必須將興建(B)之部分剔除重算之必要。
- (5)如果優先定約是續約之概念者，在立法技術上只要比照民法第449條租賃更新之寫法<sup>16</sup>即可，不需要對優先定約規範必須營運績效良好等資格、一定期限內完成等規定。但促參法第51條之1採取資格與期限等限制，並於促參法施行細則第66條規定就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件、第80條

規定辦理資產總檢查等作業流程，表示立法者採優先定約為新契約之立場。

- (6)投資契約實務上動輒數年至數十年，履約期間如果涉及法令修正，在原契約期間或許可以「不溯既往原則」處理，但在辦理優先定約時，投資契約雙方當事人都必須考慮相關法令修正對優先定約後契約關係之影響，該等影響可能會涉及到投資成本之變動，故不可能逕以原契約權利義務規範直接沿用原契約。例如許多提供特定對象住宿之公共建設（教師會館、勞工育樂中心、公務人力發展中心等），均面臨發展觀光條例第70條之2要求納入旅館業10年落日條款之問題<sup>17</sup>，故原本只是OT案之投資契約，在優先定約後反而要求民間機構投資更多的興建或改建成本，以符合發展觀光條例關於旅館業設置標準之規範，則其財務計畫與營運權利金等條件就不可能照原投資契約條件辦理。
- (7)至於促參法第11條第4款雖使用「續約」之用語，但促參法第51條之1同時規定優先定約權，故解釋上仍應

註16：民法第449條規定：「（第1項）租賃契約之期限，不得逾二十年。逾二十年者，縮短為二十年。（第2項）前項期限，當事人得更新之。（第3項）租用基地建築房屋者，不適用第一項之規定。」。

註17：舊發展觀光條例第24條第3項規定：「非以營利為目的且供特定對象住宿之場所，由各該目的事業主管機關就其安全、經營等事項訂定辦法管理之。」此規定於民國104年2月4日刪除。

發展觀光條例第70條之2規定：「於本條例中華民國一百零四年一月二十二日修正施行前，非以營利為目的且供特定對象住宿之場所而有營利之事實者，應自本條例修正施行之日起十年內，向地方主管機關申請旅館業登記、領取登記證及專用標識，始得繼續營業。」故十年大限從104年2月4日修正公布、104年2月6日施行起算十年至114年2月5日止。

以優先定約之概念為準<sup>18</sup>。

- (8)但如折衷說所指出，促參案件投資契約當事人均不能保證一定可以簽成繼續投資契約，而本階段所討論優先定約之性質係指簽成繼續投資契約之前之狀態，而非已經簽成繼續投資契約後之狀態，故本文認為優先定約此時應採取折衷見解：「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。

- (9)小結：優先定約權不可能一切照既有投資契約之規定為之，故本文認為優先定約權不應該是續約，但也未必一定能簽署成功，故直接認定優先定約是新的契約，亦過於擅斷，應以折衷說為妥。

## 二、民間機構取得優先定約之資格、作業程序與期間

促參法第51條之1第3項只有「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」關於資格與期限之概括規定，對於民間機構如何取得優先定約之資格、程序與期間細節均無任何規範。

促參法施行細則第66條則規定在與民間機構優先定約前，應依促參法第80條規定辦理資產總檢查，並就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，以與該民間機構議定契約。

根據上開法令，優先定約權之資格、程序與期間規定必須由投資契約加以規範，本文茲以「108年BOT投資契約範本」及「優先定約作業指引」<sup>19</sup>對優先定約權之資格、程序與期間規定分別說明如下：

### (一) 必須符合投資契約「營運績效良好」之要件

- 1.根據促參法第51條之1第4項規定：「第一項及第二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之辦法，應於投資契約明定之。」
- 2.「108年BOT投資契約範本」第20.2.1條規定：「乙方經依營運績效評定作業辦法評定為營運績效良好者，得依

註18：前行政院公共工程委員會民國97年9月5日工程促字第09700347640號函說明四：「四、至有關促參案件委外營運許可期滿優先續約時，得否擴大原委外範圍乙節，按促參法第54條第2項及第3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。』『前項營運績效評估辦法應於契約中明定之。』意指民間機構依契約所定之『營運績效評估辦法』評定為『營運績效良好』者，得享有『營運屆滿時之優先定約權』。爰促參案件委外營運許可期滿優先續約以原委託民間興建營運範圍為限。」可見當時連促參法主管機關都同時混用「優先定約」與「優先續約」之用語，但從函釋內容以觀，仍應以促參法第51條之1（作者註：當時是促參法第54條第2項）為準。

註19：「優先定約作業指引」並非法規命令，僅具有行政程序法第165條行政指導之效力，此可從各條文多以「宜於…日內」等建議文字得知。



第20.2.3條規定申請優先定約。」

3.所謂營運績效良好，「108年BOT投資契約範本」之「附件3：營運績效評定作業辦法」第7條<sup>20</sup>規定：「乙方營運績效符合下列情形時為營運績效良好<sup>21</sup>：

乙方於營運期間之評分為○○分（含）/等第為○以上，達○○次以上，且營運期間屆滿前○年（例如5年）至○年（例如三年）間之評分，

每次均達○○分（含）/等第均為○以上者。

乙方於營運期間之評分為○○分（含）/等第均為○以上達○○次以上。

乙方於營運期間之評分為○○分（含）/等第均為○以上，連續達○○次以上。

其他：」

註20：108年BOT投資契約範本「附件3：營運績效評定作業辦法」第7條條文說明：「一、主辦機關營運績效良好之評定方式，並得自行訂定之。二、如主辦機關得訂定評定結果80分以上達10次、或85分以上連續5次、或投資契約期限屆滿前10年內須有評定結果80分以上達7次，為營運績效良好。三、常見之評定等第為優等、甲等、乙等，由主辦機關於投資契約明定其分數級距。例如，評定分數90分以上者優等，80分至89分者甲等，70分至79分者乙等。四、參考評定作業指引第12點。」。（資料來源：file:///C:/Users/changchi/Downloads/108BOT%25e6%258a%2595%25e8%25b3%2587%25e5%25a5%2591%25e7%25b4%2584.pdf.pdf，最後瀏覽日期：2022年11月3日）

註21：臺灣高等法院高雄分院106年度上字第164號民事判決：「2.又依績效評估辦法三、營運績效評估方法：（一）甲方（即被上訴人）為辦理本計畫之營運績效評估成立評估委員會，設置委員五至十人，評估委員由甲方推舉相關政府單位代表、學者專家或地方公正人士組成，並採一年一聘方式。（二）由甲方委請營運評估委員會進行本計畫營運績效評估，每年依評價結果作出改善及獎懲之決議。四、營運績效評估程序：每年第二季結束前由甲方進行評鑑，第三季結束前公布初評結果並將缺失項目通知乙方改善，第四季結束前公布複評結果並提送評估委員會作出決議。五、營運績效評估項目：（一）重點包括計畫之執行情形，相關契約規定之履行情形、相關設施或設備之維護改善情形即消費者之滿意度等項目。（二）個項目評估準則及權重分配詳如下表所示。各評估項目將由評估委員賦予零至一百分之評分，評分乘上權重，所得權分總和以一百分計。（三）甲方如擬調整評估項目或權重者，應於當年度第一季結束前，以書面告知乙方各項營運績效評估項目及權重。六、營運績效評估標準：營運績效評估標準計分五級：A級：90至100分；B級：80至90分；C級：70至79分；D級：60至69分；E級：59分以下，有上開辦法可參（原審卷（一）第34至35頁）。而上訴人經營系爭基地之年度績效，自101年起至104年止，依序為72.5分、64.8分、71.9分及71分，亦有被上訴人函文及附件評估會議紀錄可稽（原審卷（一）第44至62頁），而上述評估委員會之委員高達五至十人，且係由相關政府單位代表、學者專家或地方公正人士組成，並採一年一聘方式，其評估結果自非被上訴人可予操縱，則上訴人主張被上訴人故為不利於伊之評估等語，已難遽信。3.上訴人又主張系爭契約為私契約，法院無受評估委員會判斷之拘束云云。查國家或地方機關為促進行政效率，就給付行政事項，以委託經營方式與第三人簽訂契約，固屬私契約範疇。然機關如將契約之績效評估（以機關言，直接顯現為其行政績效），捨棄自我主觀意見，而委由相關單位之代表、學者專家及地方公正人士等以組成委員會之方式為之，既更能達成促進效率、避免徇私、評價客觀、透明等公益目的及獲得在地民眾之支持，此種委外評鑑（估）制度不但無排除之理由，更為晚近多數機關所採用。本件委外評估既由上開單位代表、學者、專家及地方人士以會議方式，就具體事項按項目（以系爭契約言，包括顧客、營運、財務及契約構面）、權重比例及評估標

4.由上可知營運績效良好之定義，係授權主辦機關於投資契約中加以明定，並視投資契約營運期間長度換算營運績效評估次數（原則上一年評估一次）後，決定上開各項之合理次數。

## （二）完成優先定約權之作業程序與期間

1.主辦機關在辦理優先定約前，應依促參法施行細則第80條第1項規定辦理資產總檢查。

2.茲以「108年BOT投資契約範本」第20.2.3條及第20.2.4條規定，整理辦理優先定約之流程如下：

(1)經評估為營運績效良好之民間機構，得於委託營運期間屆滿○年前（實務上約1-2年），檢附自營運期

間開始之歷次評估報告及未來投資計畫書等，向主辦機關申請優先定約。

(2)民間機構未於上開期限前，向主辦機關申請繼續定約者，視為放棄優先定約。

(3)當民間機構申請繼續定約，經主辦機關確認民間機構符合優先定約條件，如設施仍有交由民間機構營運必要者，主辦機關應研訂繼續營運條件<sup>22</sup>，通知民間機構議定新約內容。

(4)倘民間機構對主辦機關之條件拒絕同意，或於○○日內雙方仍未達成契約合意者，民間機構即喪失優先

準等綜合予以評定績效。而上開評鑑涉及財稅、行銷、營運及地方事務等專業領域，基於上開高度專業、技術性之判斷，苟非其評鑑有違法令，或有恣意評鑑之情，自應予以尊重。次查，依系爭契約1.1.2契約文件，包含本契約及附件（同上卷第15頁），而兩造簽訂系爭契約合意以附件一績效評估辦法為契約之附件（同上卷第34頁反面至35頁），該績效評估辦法，自屬契約之一部，而有拘束雙方當事人之效力，亦堪認定。上訴人僅以私契約為由，主張不必受評估委員會評估結果之拘束，法院應另行審查等語，自不可採。」（此判決經最高法院107年度台上字第710號民事裁定維持原判）。

臺灣高等法院高雄分院105年度抗字第207號民事裁定：「(2)抗告人另以上開函及附件等，主張抗告人未無條件同意相對人要求認養系爭遊憩區旁之公園，及兩造對變動權利金有爭議，故相對人自101年起每年均壓低評定分數等語。查，依契約附件一評估辦法所示，系爭委託經營採「每年度」評估一次，抗告人以前年度之評定成績執為往後年度評定分數失真之主張，已難遽信。況評估委員會成員五至十人，委員由甲方（即相對人）推舉相關政府單位代表、學者專家或地方公正人士組成，並採一年一聘方式，有評估辦法可稽（原審卷第30頁反面），既為外聘委員，且每年一聘，委員並無顧及未能續聘而刻意迎合相對人無理要求之虞。佐以，依評估辦法第三條（三）營運績效評估資料與調查包含：1.抗告人提出之資料；2.相對人或相關主管機關例行監督及督導之紀錄，及民眾以各種管道主動反應服務優良或缺失之案件；3.委員進行之自行調查或實地勘驗取得之資料等，並定有評估標準及權重分配表（同上頁）。亦即委員之評估所參資訊，含括抗告人提出之資料、相關監督及督導紀錄、民眾反應及委員之自行調查或實地勘驗等，依各項評估後予以加權計算總分數，既非純屬委員之自我主觀印象分數，且本於各該專業以委員會方式為之，則除有具體事由，足認該評定顯與專業認定有悖外，委員會所為評定，即應予以尊重，是抗告人稱是相對人以前開事由壓低自101年起之評定，為非可採。」。

註22：實務上則是召開工作會議、專案小組，甚至聘請學者專家協助審查繼續營運規劃內容及條件之合理性，請參見蕭孟玫、江建甫，前揭註7，第85頁。

定約機會<sup>23</sup>。

3.至於「優先定約作業指引」第3-12點則有進一步細節之規定<sup>24</sup>：

- (1)申請期間：第3點規定：「除投資契約另有約定外，主辦機關宜於投資契約屆滿前2年起通知民間機構提出優先定約之申請。但仍得視個案特性提前或延後辦理。民間機構符合投資契約所定申請優先定約之資格者，亦得於前項所定時間向主辦機關提出申請。」
- (2)召開優先定約確認會議與會議結果核定及公開：第4點規定：「（第1項）接獲民間機構優先定約申請後，宜於30日內與民間機構召開優先定約確認會議，就下列事項進行確認：（一）民間機構是否符合投資契約所定申請優先定約之資格。（二）公共建設有無繼續委託原民間機構之必要。（三）資產總檢查之結果。（四）優先定約申請日前至少3年民間機構之財務狀況。（第2項）優先定約確認會議結果宜於簽

報主辦機關首長或其授權人員核定後15日內公開於主管機關資訊網路及以書面通知民間機構。」

- (3)擬定基本需求書：第5點規定：「（第1項）主辦機關依前點會議確認辦理優先定約後，宜於會議召開後90日內擬定基本需求書，供民間機構據以撰擬繼續投資計畫書，必要時得展延之。（第2項）前項基本需求書之內容至少包含下列繼續營運條件：（一）民間機構繼續參與公共建設目的、公共服務需求及優先定約範圍：以原公告當時之公共建設計畫之性質、目標及範圍為原則。（二）民間參與方式：以本法第8條第1項第5款為原則，必要時得以同條項第4款方式辦理。（三）契約期間：不得逾原投資契約期限。（四）主辦機關協助事項。（五）其他事項。」
- (4)委託顧問：第6點規定：「訂定基本需求書時，得委託專業顧問機構協助。」。

註23：臺灣花蓮地方法院110年度重訴字第48號民事判決：「3…依前開契約內容之規定，若乙方申請繼續定約，經甲方審核符合優先定約之條件者，如營運資產未來仍有交由民間營運之必要，甲方應研訂繼續營運之條件，通知乙方議定新約內容，倘乙方對甲方之條件拒絕同意，或於約滿三個月前雙方仍未達成契約之合意者，乙方即喪失優先定約之機會，並無例外之約定。是以，就本件不論履約契約時間認定為原定契約期間108年10月31日，抑或依仲裁延長至109年11月30日，至今已屆滿，而被告雖因不同意原系爭契約『契約時間』之認定而提起仲裁，後亦延展營運到109年11月30日，惟未於約滿前三個月與原告達成契約合意，為雙方所不爭執。然依前契約文義解釋，被告既無法接受原告之條件，且於約滿3個月前雙方仍未達成契約之合意，無論是否雙方有所歸責事由，被告即喪失優先定約之機會。是以，原告主張被告已喪失系爭契約第10條第16項之優先定約權，應足可採。」（臺灣高等法院花蓮分院111年度重上字第9號判決維持原判，但理由並不相同，此案未上訴第三審）。

註24：「優先定約作業指引」第13及第14條之簡化程序規定，非本文重點，故本文予以省略。

- (5)繼續投資計畫書：第7點規定：「主辦機關宜以書面限期通知民間機構依基本需求書撰擬並提送繼續投資計畫書，其內容至少包含下列項目：(一)繼續投資構想。(二)契約年期。(三)興建計畫(如為ROT)。(四)營運計畫。(五)財務計畫：含土地租金、權利金及費用負擔。(六)費率及費率變更。(七)需政府承諾及協助事項。」。
- (6)審查會之審查與核定：第8點規定：「(第1項)收受民間機構提送之繼續投資計畫書後，宜召開審查會，審定繼續投資計畫書及確認繼續營運條件。(第2項)前項審查會，主辦機關得視案件需要邀集外部專家學者協助參與，審查會議次數不以1次為限。(第3項)審查會之結果宜於簽報主辦機關首長或其授權人員核定後15日內以書面通知民間機構。」。
- (7)繼續投資契約草案與議定：第9點規定：「主辦機關宜依前點審查會結果及投資契約架構，書面提出繼續投資契約草案，與民間機構議定繼續投資契約。」<sup>25</sup>。
- (8)議約期間：第10點規定：「(第1項)除投資契約另有約定外，議約

期限自主辦機關提出繼續投資契約草案予民間機構之翌日起至完成議約止之期間，以二個月為原則，必要時得展延二個月。(第2項)議約會議紀錄宜於議約完成後，以書面提供民間機構，並載明修正繼續投資計畫書及簽約之期限；簽約期限自議約完成之翌日至簽訂契約期間，以一個月為原則，必要時並得展延一個月。」。

- (9)繼續投資計畫書之核定：第11點規定：「主辦機關就民間機構依審查會結果及議約會議紀錄修正並提送之繼續投資計畫書，於核定後作為繼續投資契約之附件。」。
- (10)優先定約權之喪失與例外：第12點規定：「(第1項)雙方未能於第十點所定期限完成議約或簽約者，民間機構喪失優先定約之權利，主辦機關得重新辦理招商相關作業。但已完成議約，僅因行政作業不及於原契約屆滿前完成簽約者，不在此限。(第2項)前項但書情形，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。」。

#### 4.不論民間機構與主辦機關是否達成優先

註25：優先定約之議約，理論上仍有促參法施行細則第57條：「主辦機關應依下列原則，辦理議約：一、依據徵求民間參與公告內容、招商文件、投資計畫書及綜合評審結果。二、議約內容除符合第二十九條第二款或第三款之情形外，不得違反公告內容、招商文件及協商結果。」之適用，但解釋上應該只有促參法施行細則第29條第2款「於公告後投資契約訂立前發生情事變更」或第3款「原公告及招商文件內容不符公共利益或公平合理之原則」之例外與原則性規範，而不再適用舊投資契約之公告內容、招商文件、投資計畫書等。故實務上主辦機關辦理優先定約時可先提出「議約原則」，清楚界定繼續投資契約中可商議及不可商議之範疇，並事先發函予民間機構並徵詢其意見，藉以加速正式議約會議時程，並化解雙方歧異。

定約之合意，民間機構應辦理資產總檢查，並依投資契約移轉營運資產所有權予主辦機關。

- 5.民間機構與主辦機關透過議約過程達成優先定約之合意，並簽署繼續投資契約。
- 6.民間機構放棄優先定約、對主辦機關之條件拒絕同意，或於○○日內雙方仍未達成契約合意者<sup>26</sup>，主辦機關得評估另行公告招商。
- 7.配套措施：在優先定約作業期間逾越原投資契約期間，或民間機構喪失優先定約權，主辦機關另行公告招商新民間機構進駐前之階段，為使公共建設營運不中斷，維持公共建設之營運，以達到給付不中斷之國家擔保責任<sup>27</sup>，應允許主辦機關與民間機構辦理契約變更暫時性委託營運。

### 三、優先定約後之契約期間限制

促參法第51條之1第3項只有優先定約延長期限不得逾原投資契約期限的上限規定，至於其期間之合理性則無規定，解釋上應由主辦機關依促參法施行細則第66條及「優先定約作業指引」第5點等規定，就繼續營運進行規劃及財務評估撰擬基本需求書，並依「優先定約作業指引」第7點規定書面限期通知民間機構並提送繼續投資計畫書，其內容載明繼續投資契約之年期，以利雙方研訂繼續營運之優先定約期間。

### 四、優先定約之次數

促參法第51條之1第3項規定優先定約以一次為限<sup>28</sup>。

### 五、其他辦理優先定約權時應注意之事項

#### (一) 舉辦公聽會？

註26：就此實務上產生爭議：假設主辦機關所擬定之條件嚴苛（例如財務試算結果股東報酬率大幅下降）、不合理（例如沒有財務試算直接提出優先定約之期間），甚至法規適用錯誤（例如誤認不須受發展觀光條例十年落日條款限制而只規定營運不須整建），導致民間機構拒絕同意，或雙方因此無法達成合意，如此民間機構就喪失優先定約之機會？甚不合理，本文認為此部分仍應有法律救濟之機會，此部分詳本文第肆大段之說明。

註27：關於公共建設營運不中斷之概念，請參見黃茂榮（1998），〈BOT契約〉，《植根雜誌》，第14卷7期，第282頁。詹鎮榮（2003），〈論民營化類型中「公私協力」〉，《月旦法學雜誌》，第102期，第35頁以下；詹鎮榮（2010），〈民間參與公共建設之國家賠償責任〉，收錄於吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，第53頁，元照出版；許登科（2008），〈德國擔保國家理論為基礎之公司協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示〉，第200頁以下，國立臺灣大學法律學研究所博士論文；許登科（2007），〈德國公私協力法制及其對我國之啟示〉，「德國地區公私合夥政策推動歷程與現況研討會」，行政院公共工程委員會主辦會議手冊補充資料，第4-5頁。葉張基（2013），〈民間參與公共建設證券化之研究〉，第319頁以下，國立中正大學法律學研究所博士論文。

註28：民國104年12月30日修正促參法第51條之1第2項規定立法理由：「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。」並無具體討論限制優先定約僅限一次之理由。

民國104年12月30日修正促參法第6條之1規定必須舉行公聽會<sup>29</sup>，而民國105年1月1日前已簽署之投資契約在辦理優先定約時，是否需適用修正促參法第6條之1規定舉行公聽會？

- 1.財政部認為促參法第6條之1係規範主辦機關依促參法辦理民間參與公共建設「前」，應先進行可行性評估並舉行公聽會。在優先定約之情形下，已非辦理民間參與公共建設「前」，故無須適用修正促參法第6條之1規定舉行公聽會<sup>30</sup>。
- 2.採此見解者，在民國105年1月1日後所辦理之公共建設必須適用修正促參法第6條之1規定舉行公聽會，待其營運期間屆滿前辦理優先定約時，亦無須再次辦理公聽會。
- 3.本文見解：從促參法施行細則第66條

規定以觀，主辦機關辦理優先定約前，應依促參法施行細則第80條規定辦理資產總檢查，並就繼續營運進行規劃及財務評估，研訂繼續營運之條件，並無規定要求主辦機關要再次進行可行性評估，自然就沒有舉辦公聽會之必要，故本文贊同財政部之見解。

## (二) 契約變更增加優先定約權之約定？

投資契約本身如果沒有約定優先定約權者，可否透過契約變更增加優先定約權之約定？

- 1.財政部認為投資契約本身如果沒有約定優先定約權者，民間機構一開始就沒有優先定約權，為維護公共利益及公平合理為原則，不可透過契約變更增加優先定約權之約定<sup>31</sup>。

註29：促參法第6條之1規定：「（第1項）主辦機關依本法辦理民間參與公共建設前，應先進行可行性評估。（第2項）前項可行性評估應納入計畫促進公共利益具體項目、內容及欲達成之目標，並於該公共建設所在鄉鎮邀集專家學者、地方居民與民間團體舉行公聽會，對於專家學者、地方居民與民間團體之建議或反對意見，主辦機關如不採納，應於可行性評估報告中具體說明不採之理由。」。

註30：財政部民國105年4月20日台財促字第10525505560號函：「主旨：所詢『彰化縣員林鎮員林國小運動場地下停車場』委託營運期滿擬辦理優先定約，需否依促進民間參與公共建設法第6條之1規定進行可行性評估並舉行公聽會疑義，復如說明，請查照。說明：一、依本部推動促參司案陳貴府105年3月30日府財開字第1050101446號函辦理。二、按104年12月30日總統令公布促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）第6條之1規定，係規範主辦機關依促參法辦理民間參與公共建設『前』，應先進行可行性評估並舉行公聽會。次按促參法第51條之1第2項規定略以，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。三、旨案係促參法修正前簽訂投資契約案件，主辦機關於營運期限屆滿前與該民間機構優先定約，委託其繼續營運，尚非前述促參法第6條之1適用範疇。惟促參案委託營運許可期限屆滿優先定約，以原委託民間營運範圍為限。」。

註31：財政部民國105年7月11日台財促字第10525510550號函：「主旨：所詢促進民間參與公共建設法第51條之1規定適用疑義，復如說明，請查照。說明：一、依本部推動促參司案陳貴公司105年7月4日遠港（105）字第215號函辦理。二、依促進民間參與公共建設法第51條之1規定略以，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。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。次依「機關辦理促進民間參與公

2.本文見解：財政部考量公共利益及公平合理原則採取否定見解，明確解決上開爭執。但此見解產生一個問題：優先定約權制度是促參法制定以來既有的制度，主辦機關卻沒有在投資契約中納入優先定約權？在無法透過契約變更增加優先定約權約定之情形下，民間機構有無權利直接根據促參法之規定主張優先定約權？本文認為：

(1)根據促參法第2條規定：「促進民間參與公共建設，『依本法』之規定。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」優先定約權既然是促參法之制度，故只要符合促參法第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。

(2)不論舊促參法第54條第2項或現行促參法第51條之1第3項均規定「經主辦機關評定為營運績效良好之民間機構」才有優先定約之資格，故此部分即可區分判斷：

A.假設投資契約沒有約定優先定約權，但仍有營運績效評估制度者，則民間機構履約期間仍然會有主辦機關依法辦理營運績效評估之評分，而該等評分如果達到「營運績效良好」之程度者，本文認為優先定約權制度是促參法

制定以來既有的制度，民間機構仍得直接根據參法第51條之1第3項優先定約權，不因主辦機關漏未在投資契約中納入優先定約權而受影響。

B.假設投資契約沒有約定優先定約權，亦無營運績效評估制度者，則在無任何營運績效評分之結果下，根本沒有「營運績效良好」之基本前提，民間機構雖得直接根據參法第51條之1第3項規定主張優先定約權，但因欠缺「營運績效良好」之「資格」，仍無法取得優先定約權。

(3)晚近因為促參契約範本已經發揮示範效用，投資契約沒有納入優先定約權之情形已經大幅降低，故此爭議發生之機會已經不多。

### (三) 優先定約權是否為民間機構之合法占有權源？

1.民間機構如果放棄或喪失優先定約權者，於營運期間屆滿後，當依投資契約約定將公共建設之所有權及 / 或營運權移轉或返還給主辦機關，在此情形下因為營運期間已經屆滿，民間機構已經構成無權占有狀態，此部分並無爭執。

2.有爭執的是，當主辦機關認定民間機構已經喪失優先定約權，而民間機構認

---

共建設案件作業指引」第58點第1項規定，契約變更，應以維護公共利益及公平合理為原則。三、承上，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。」。

為其仍有優先定約權者，於營運期間屆滿後，主辦機關請求民間機構將公共建設之所有權及 / 或營運權移轉 / 返還給主辦機關時，民間機構得否以其仍有優先定約權之主張作為其合法之占有權源<sup>32</sup>？

3. 本文認為，優先定約權之效力只有促使民間機構可以不用通過公開甄選之方

式與主辦機關成立繼續投資契約之權利，其本身並不具有占有權能，必須達到主辦機關與民間機構簽署繼續投資契約之階段後，民間機構方得根據繼續投資契約所賦予之營運權作為其合法占有權源，而不得僅以優先定約權「本身」作為合法占有權源。

（待續）

註32：臺灣花蓮地方法院110年度重訴字第48號民事判決：「2. 經查，本件雙方進入後契約階段，關於權利義務規定，依系爭契約第15條第2項約定：『（一）除本契約另有約定外，乙方於契約期間屆滿時，應依當時最新之營運資產清冊，於五日內將甲方具有所有權之『必須返還』部分及未達最低使用年限之『非必須返還』部分之所有之營運資產（包括但不限於土地、建物、設備、無形資產及相關營運資料、文件等），無條件返還予甲方，並點交財物及撤離人員。（二）乙方應於契約屆滿時，依當時最新之營運資產清冊，移轉乙方所有現存且為持續營運本計畫所必要之資產予甲方。』；再查，原告已依規定提如附件之國立花蓮高級中學游泳池、體育館等空間設施委託民間參與擴建整建營運契約『資產返還及移轉點交清冊』清冊內容：共計14項），並就花蓮縣○○市○○段00地號土地所有權，且坐落於上開土地上系爭建物之所有權，提出相關權狀證明（卷第35、95至99頁），原告自得本於所有權人地位，請求無權占有之被告返還系爭房屋。且被告並不否認原告現為系爭建物之所有權人，自應由被告就占有系爭建物有正當權源負舉證之責。3. 綜上，本件被告已喪失優先締約權利，且系爭契約履約期間已於109年11月30日屆滿，如已前述，而被告又無法就占有系爭建物之正當權源提出舉證。是以，原告依民法第767條第1項及系爭契約第15條第2項，請求被告遷讓返還系爭建物並連同系爭資產返還原告，應屬有據。」（臺灣高等法院花蓮分院111年度重上字第9號判決維持原判，但理由並不相同，此案未上訴第三審）。此判決是認定民間機構已經喪失優先定約權，並未討論到優先定約權本身是否可以作為合法占有權源之問題。