

台北港 BOT 專案契約中再協商條款之研究

A Study on the Renegotiation of Taipei Port BOT Project

陳基國 Kee-Kuo Chen¹

葉陳輝 Chen-Huei Yeh²

摘要

再協商條款與傳統法律之契約不可變更的觀念有所衝突，衍生於跨國生產分享計劃之時間長金額大的特殊性質。公營事業民營化後，許多重大的基礎建設都採 BOT 方式進行，其契約期間也很長，對未來的各種狀況也無法在訂約時予以預見，自然會引用跨國契約中的再協商條款以保障雙方的權利。本文以台灣台北港 BOT 專案契約為研究對象，探討國內契約因再協商條款的出現可能衍生的利益分配問題。研究發現台北港 BOT 專案契約因再協商條款的存在的確提供台北港專案公司免於長期受政府挾持 (holdup) 的威脅，卻也因此產生明顯的代理問題 (agency problem) 發生的可能，同時也未考慮因再協商條款所造成契約價值的改變。本研究的發現可提供國內未來訂定 BOT 長期契約時，選擇首選約定結果的參考。

關鍵字：再協商條款、仲裁、挾持效果、代理問題、首選結果。

ABSTRACT

The concept of renegotiation that was derived from the international production sharing contracts whose periods are usually quite lengthy is in conflict with the principle of the sanctity of traditional law. Following the trend of privatization in Taiwan, many infrastructure construction projects have been undertaken by private enterprises through an assorted number of BOT project consortiums. Due to the long contract periods of these BOT projects, various unforeseen uncertainties have been occurring which had not been anticipated during the initial signing of contracts, and hence, renegotiation talks have on numerous occasions been necessary for these BOT contracts, like many international contracts, to protect the financial interests of all parties concerned. In this paper, the Taipei port BOT contract is investigated to examine whether the possible difficulties of interest disequilibria, resembling several international contracting impediments, have also appeared in this particular contract. Certain aspects of this BOT contract seem to ascertain that governmental delays are to extent protected by the renegotiation provisions in this contract. Furthermore, some unverifiable terms in the contract have yet to be clarified, and, thus, agency problems seem quite likely to occur during this contract period. On the other hand, the possibly increased value of this contract due to these renegotiation provisions has not been evaluated, either. Thus, we believe that these findings could perhaps be very beneficial and informative at the signing of such contracts to maintain the first-best outcomes.

¹ 國立台灣海洋大學航運管理系副教授、E-mail: kkchen@mail.ntou.edu.tw

² 陽明海運(股)公司台灣營業部協理、E-mail: chveh@vml.com.tw

Keywords: renegotiation provision, arbitration, holdup effect, agency problem, a first-best outcome

壹、前言

再協商條款與傳統法律之契約不可變更的觀念有所衝突⁽²⁶⁾。但因許多未開發或開發中國家自然資源的開採計劃，都由先進國家的企業以生產分享（production sharing）方式與地主國簽訂長期合約進行開發。然而因契約時間長，許多事件在簽約時無法預見。如，往往在開發成功後，地主國發現有龐大的利益存在，為能多分享這些利益，地主國常常會利用改變政策等手段來瓜分在契約中未約定的附加利益。也有可能發生無法預見的風險，使得開發公司若按原契約之約訂，無法繼續執行該契約等。於是這些契約中逐漸有再協議條款的出現。

自民營化觀念風潮風行世界以來，許多公營事業都轉移給私人企業經營，台灣的公營事業也搭上了民營化之列車，儘可能將公家經營的事業轉移給私人企業。港埠建設與各項原由港務局經營之收費項目都藉由約定興建或租賃經營的方式，委由私人企業為之。港埠業務的經營，首先須投資港埠設施，如航道設施、碼頭，吊具、搬運器材及倉庫房舍等。因而，在轉移經營權的過程中，依不同的需要，有不同的形式。若對尚未投資的區域有所需求時，則依投資金額的大小，有所區別。若金額不足以 BOT 專案進行者，則以約定興建之方式進行；若是對已存在設施的需求，則是以租賃經營之方式進行。

台北港之第二期工程計畫是政府「挑戰 2008 國家發展重點計劃」中之一項⁽¹⁾，該案貨櫃儲運中心之規模，包括七座水深負 14.5 公尺之國際標準型貨櫃碼頭，碼頭總長度 2366 公尺，基地總面積 110 公頃，採抽砂回填而成，投資金額初步估計為 208 億元，設計裝卸能量為 280 萬 TEU(每座碼頭以 40 萬 TEU 計算)。該計劃之投資規模相較過去各國際商港約定興建或租賃經營案要大得很多，需要政府提供較多投資誘因，乃在促參法通過後，援引其第八條第一項第一款方式開放民間以 BOT 方式由民間組專案公司投資。

由於金額龐大，契約期間也都很長。不但對訂約的雙方影響很大，成功與否關係著台灣港埠經營效率改善的成果，也關係著台灣國際貿易的競爭力與經濟的發展，甚為重要。為防範在執行契約期間可能的不確定性所引起的損失，增加該案的成功機會，以及未來發生爭議事件時，解決問題的機制。遂於契約上加上再協商條款。然而，這種再協商條款是否真能增加契約執行的效率與保障雙方的權益，端視契約的完備性與性質，否則徒然增加了契約執行的複雜性與新的障礙。

而該案中的再協商條款，在眾多港埠投資經營契約中是少有的經驗，相信未來之約定興建與租賃經營的規模會愈來愈大，這些契約中再協商條款的出現是屬必然的趨勢，因此，有必要對台北港 BOT 案中的再協商條款作一檢視與探討，做為將來該案處理未來爭議事件的依據與其他約定興建或租賃經營契約訂定再協商條款的參考。

再協商條款的引入契約中，起初是始於跨國簽訂的能源或礦產之專案投資計畫契約內。此乃因這些契約時間跨幅較大，且存在著國與國之間的各種差異。該條款之所以會引起學術界的興趣，乃在於再協商條款有違於過去所相信的契約神聖的觀念（the concept of sanctity of contract）。同時，縱使有再協商條款的存在，並不一定能有效的解決契約雙方的爭議，不但如此，再協商條款有可能破壞原有契約中為解決挾持問題的選擇權契約所設計的機制。

本文第二節將就再協商有關之研究作一回顧，第三節則敘述台北港 BOT 案再協商條款的形式與其相關之契約內容，第四節則檢討這些契約再協商條款之性質與可能產生的問題，第五節為本文之結論與建議。

貳、文獻回顧

再協商條款之研究可分為兩個不同的方向。其一為從法律層面論述，注重跨國自然資源資源開採契約發生糾紛時，再協商之解決爭議的功能，內涵上是建立在地主國在投資公司成功地開採出自然資源時，企圖要求更多回饋所引發的爭議。重點放在如何能使再協商成功的發揮其應有的功能，充分必要的程序上與要件。第二個方向為從經濟學的觀點論述如何設計交易機制使得訂約雙方的利益都能獲得保障。不論是否為跨國契約或契約約定的標的物為何種商品，都能適用。至目前為止，經濟觀點的研究都視法律與司法制度為環境的一部分，為外生變數，而且是有制度上的缺陷或對所發生的事務無法做明確的證實。故兩個方向的研究仍然獨立的進行著。

2.1 法律觀點

在過去半個世紀裡，許多跨國契約都發生了須要重新商議已執行許久的契約的現象。Kolo 與 Waelde^[19] 檢視了這半世紀以來的許多重大跨國契約。如 1960 年至 1970 年代的自然資源開採契約。又如 1980 年代發生在許多開發中國家的信用危機所導致之還款期限的再安排（rescheduling），以及 1990 年代末期發生在亞

洲國家的金融危機，導致許多重大建設須重新建構（restructuring）工程與融資方法。並提出以國際比較法（Comparative law）與國際法（international law）與國際契約實務做為解決爭議之依據。

Salacuse^[32]認為這種再協商現象將會繼續的發生，再協商的知識與技巧將是每個從事跨國企業的經理人員必備的專業知識。Salacuse^[33]在另文中指出各種不同的再協商種類為：（一）期末再協商：1. 將期末再協商條款事先至於合約內。2. 訂約雙方應共同檢討合約期間之合作關係。3. 徹底檢視達成協議的各種可能方法。4. 維持合約執行期間良好的互動關係。（二）合約內再協商：為維持合約之穩定性（stability）與彈性（flexibility）之平衡，訂定合約內再協商相關條款之方法有 1. 隱藏性微小事件再協商條款。2. 定期檢視條款。3. 自動調整條款。4. 開放式條款。5. 再協商條款。（三）非合約內再協商：Salacuse 將非合約內再協商分為合約不完備之再協商（imperfect contract）與環境改變之再協商（changed circumstances）。這三種再協商的性質不同，協商的策略與技巧都不應相同；尤其是非合約內再協商對雙方影響甚大，協商之複雜度與困難度也最高，應予以特別關注。

Berger^[7]認為跨國自然資源開採計劃之契約內容，有以共同開採生產分享（production sharing agreement）取代傳統專賣條款（concession agreement）之趨勢。這種利潤分享契約很容易因各種未來狀況改變而改變定約時商業利益的均衡而產生爭議。Berger 比較有再協商條款與無此條款之契約處理商業利益失衡時之差異。若契約中沒有再協商條款，此時契約之神聖原則（the principle of sanctity of contracts）為最高指導原則，處理經濟利益失衡問題只能依靠契約中不可抗力（Force majeure）條款或國際契約法（international contract law）中困境觀念（hardship concept）〔3〕。而不可抗力條款與國際契約法中困境觀念無法對現行跨國生產分享契約提供足夠的機制處理利益失衡的問題，因為法院判決有其侷限性，主要在於（一）是否有依約付款（二）資產之所有權（三）契約中限制條款之履行等明確之事項。對於契約雙方所可能產生之代理問題，如挾持（holdup）或勾結（collusion）等事項之處理，在大多數的情況下是無法判決的，再協商條款因而應運而生，如 1961 年的 AMINOIL 條款^[20]、1974 年的 Ghana/Shell 條款、1976 年的 Ok Tedi 條款、1992 年的 Lasmo 條款、1994 年的 Qatar 條款等。^[23] Berger^[6]以為再協商條款要能發揮功能得以明文的仲裁條款（arbitration agreement）配合，賦予仲裁人（tribunal）解決問題的能力與範圍應有的仲裁權力，同時，在契約中應明確定義在協商的發起事件（trigger event）與再協商之程序。

2.2 經濟觀點

有別於法律觀點重條款、程序，經濟觀點則以交易機制（exchange mechanism）為主，期以能使交易雙方能在特殊的機制設計下，能忠實的執行應有的責任，獲得應有的報酬。對於契約雙方所可能產生之代理問題，如挾持（holdup）或勾結（collusion）等事項之處理，有時是有判決的上的困難，正所謂徒法不足以自行。經濟觀點是希望不需要走到要訴諸於法律的地步，就能防堵契約雙方的投機行爲（opportunistic behavior）。

投機行爲的問題是治理問題（Governance）的一種，是一個古老就存在的問題，早在亞當斯密（Adam Smith）的國富論（The wealth of nation）裡就曾提及，隨著經濟社會的發展，企業規模愈來愈大，交易金額也愈來愈大，愈來愈複雜，該課題的研究就愈形重要。自 Jensen 與 Meckling^[17]以經濟分析方法分析企業經理人的代理問題（Agency problem）之後，就成爲管理領域研究如何讓非主要股東之企業經理人能戮力追求股東財富的主要方向。

交易雙方的投機行爲研究則首先出現在 Coase^[12]之交易成本理論（transactions cost economics），其後由 Williamson^[40]發展成一個完整的治理選擇模式。Williamson 認爲在許多交易中，儘管有很強的誘因促使經濟活動雙方以合作方式獲取利益，但也存在有許多誘因使得一方以欺騙的手段來增加己方的利益。Williamson 將此行爲稱之爲投機主義（opportunism），投機主義經常發生在當一方處於交易的劣勢時。其中之一種狀況是一方投資於特定交易資產超出另一方時，就容易遭到另一方的挾持（holdup）。例如，某港務局與廠商訂一契約以一特定價格由該廠商爲港務局建造一設施，若港務局答應一定支付該價款，則廠商就有偷工減料的動機，這就是賣方的投機行爲；若約定在建完後再協商價格，則港務局就有拖延協商要求減價的動機，因爲港務局知道廠商無法將此設施轉售給人，這就是買方的挾持問題。

1980 年以來，在民營化能增加公營企業經營效率的任之下，民營化在開發中國家蔚爲風氣。Khan^[18]，Tirole^[36]，Vickers and Yallow^[39]等學者卻認爲在具規模與範疇經濟的公用事業部門（Utility sector）與基礎建設，民營化並不同效率的增加，其原因爲開發中國家的不完備的法規制度阻礙了效率的產生。開發中國家若要經由民營化來提高這些事業之效率則先要在制度面上作一改革。^[4]

在這種環境下，如何藉由契約條款的約定來保障雙方的權益就顯得異常重要。藉由契約原理（contract theory）所作的理論性研究建構在資訊是否對稱

(asymmetric information) 兩個不同的假設下。Tirole^[35] 在資訊不對稱的假設下討論採購與在協商條款所產生的投機行爲。認爲公共事業私有化仍會有 over investment 之現象 稱之爲 white elephants 現象，並非只有公營獨有之結果。契約愈是不完整 愈可能會產生 white elephants and holdup 現象。Besenko and Spulber^[8] 則建議以階段性的協商維持契約雙方利益的均衡。

在資訊對稱的但無法查證 (symmetric but unverifiable) 假設下，Hart and Moore^[15] 討論兩個私有企業的採購關係，她們研究在不完全的契約下 (incomplete contract)，買方與賣方約訂以一固定的價格買賣一特定關係 (relationship-specific) 商品，再由賣方對該商品作一些能增加商品價值的投資，若契約允許再投資完成後對價格有再協議的空間，可讓賣方分享超過原先預期的利潤。研究指出若當初約定之價格是依最大總期望利潤 (maximum total expected profit) 而設定，則挾持效果會造成投資不足現象，只指望以價格來調整契約無法協調買賣雙方的利益，除非在完成投資前雙方訂定不可再協商之協議。Aghion, P. M. Dewatripont and P. Roy^[2] 與 Noldeke, G. and K. Schmidt^[27] 提出以購買者選擇權機制的設計解決挾持的問題，文中提出財務抵押 (financial hostages) 或按日罰款 (per Diem penalties) 的方式來加強買賣雙方的交涉力 (bargaining power)。但她們的文章裡對法院與判決制度給予的期待超過了開發中國家的實際狀況。

以後又有一些研究也在於探討在協商條款與選擇權契約之關係。Che and Hausch^[10], Segal^[34] 與 Hart and Moore^[16] 都以賽局理論提出各種使得選擇權契約無效的再協商條款模式。這些研究指出，契約的一方在契約簽定後，會依據所獲得的資訊要求再協商，否則將使得契約無法繼續爲由威脅另一方，雙方在預期未來可能的威脅下所作的投資，即無法達到首選最佳結果。

Edlin and Hermalin^[14] 依然以資訊對稱卻無法證實爲環境前提，以委託人 (principal) 爲風險中立者與代理人爲風險規避者爲決策行爲假設，分析當擁有一可轉移資產 (transferable asset) 之委託人雇用代理人，若代理人能以投資該資產而增加其價值時，就能增加代理人再協議時之協商能力，作者稱其爲威脅點效果 (threat-point effect)，若該效果凌駕挾持效果，則契約中代理人購買選擇權的設計，可使得契約達到首選之結果 (first best outcome)，即代理人在該契約中所能獲得的最佳結果，否則幾乎無法消除被挾持之可能性。該文中討論到委託人與代理人的工作性質是屬替代性或互補性，若是替代性則威脅點效果有可能凌駕挾持效果；反之，則挾持效果會較顯著。

Lyon and Rasmusen^[22] 認為適當的使用購買者選擇權可以解決一些挾持問題。作者仔細的分割時間與釐清交涉力的使用，將致契約無效的交涉力予以轉變，導致契約能維持在首選最佳結果上。

Saavedra^[31] 則以若訂約一方為政府且可再協商之標的改為投資品質時，在協商條款的存在仍然會產生投資不足或過剩的現象。因此開發中國家建立制度以防止契約投機行為是非常的重要。

除了以價格為再協商的標的，供應契約的再協商研究也有探討供應量之再協商策略，探討在不同數目的供應商與需求者之間如何利用再協商條款增加供應鏈整體之利益。Chung^[11] 同時以價格與數量為標的，讓買方能在投資完成後提出新的價格與數量的方案，若協商不成買方可不履約，即所謂“*take-it-or-leave-it*”選擇權，當供應商認為該方案優於原方案時即會接受此提議，研究認為若當初契約訂定的正確，則此交易可以得到均衡解。然而此均衡的條件是以只有一方擁有完全的交涉權為前提是該研究的缺點。其後的研究都在設法找尋在各中不同的情境下，以再協商條款與選擇權契約等為手段，試圖找出能達首選最佳結果的條件，如 Bassok and Anupindi^[5], Li and Kouvelis^[21], Tsay^[36], Tsay and Lovejoy^[37], Cachon and Lariviere^[9]。

前些論文討論的問題只限於一個購買者。Plambeck and Taylor^[29, 30] 則以合作競局理論（*cooperative game*）分別探討在需求為模式外生變數（*exogenous*）與內生變數（*endogenous*）之假設下，討論一個供應商兩個購買者的供應鏈中，再協商條款能增加系統利益之條件。研究指出在協商條款與交易選擇權對整個供應鏈系統的利益有正面的貢獻。

綜合所有的研究結果，吾人可認知到不論最初契約如何訂定，若契約因任何原因讓有較大交涉力的一方感到失去應有的利益時，不論是否有再協商條款的存在，再協商的進行勢所難免，再協商條款的約定不能保證契約首選最佳結果的維持，有時甚至是破壞契約有效執行的障礙。選擇權機制的設置亦不一定能解決契約中的挾持問題或是代理人問題。同時有許多條件，諸如對價格與（或）數量選擇權的安排、交易對象之風險態度、工作關係、交涉的時間等因素都會影響交易的行為，目前的經濟研究所設定的模式與實際的交易相較，尚嫌簡單。此外，維持社會公平交易的法律與司法制度更是能否讓契約得以公平執行的必要因素。

除契約的法律要件與設計在內的交易機制外，能自動維持契約雙方利益均衡的評價方法使用或可增加維持契約穩定性的力量；如：若能在訂契約時，便能考

慮契約持續期間價格與數量各種可能的變化，將其對契約價值的影響評估在契約價格之內，以免去再協商時的威脅，同時在契約中明確載明評價方法與價格與數量變化的關係，讓原來屬不可證實的部分變得可以證實（verifiable），以增加契約的完整性，與將來萬一上法院訴訟時的容易判決性，也可解決一部分的挾持問題。

但這方面的研究至今尚未出現，是契約理論中值得探討的一個課題。

參、台北港 BOT 契約^[1]

徵求民間機構參與台北港貨櫃儲運中心興建暨營運案，即「台北港 BOT 案」，自 88 年 6 月進行建設計劃之可行性研究及先期計劃，行政院於 90 年 2 月核定採依「促進民間參與公共建設法」辦理，歷經四年多的折衝，終於 92 年 8 月 28 日簽訂正式合約。合約內容分二十章，以下僅就與再協商條款之相關部分予以說明。

3.1 再協商相關規定

第十八章為「聯繫、協調與爭議解決」。第一節為聯繫，主要載明要保持聯繫、進行磋商、以解決雙方之歧見。第二節為協調，規定成立「協調委員會」，由雙方各派代表組成。在其附件 18.2：台北港貨櫃儲運中心協調委員會組織章程，第二條與第三條規定委員會的任務及組成人員。

第三節為爭議解決及準據法，有三項規定：

「18.3.1 仲裁

如爭議事項經協調委員會協調三個月後仍無決議，或任一方對協調委員會決議仍有異議者，雙方同意依仲裁法規及程序，在中華民國台北市以中文進行仲裁。

18.3.2 準據法

本契約集相關文件之訂立、修改、效力、履行與解釋，悉依中華民國法令。如有法令競合時，優先適用促進民間參與公共建設法。

18.3.3 契約繼續執行

除非本契約已全部確定終止，於爭議處理期間，雙方均應繼續執行本契約。」

契約中第十五章中第一節規定重大之天災與人禍為不可抗力事件。第二節定義「除外情事」係指非可歸責於乙方（台北港公司）之各種因地理或政府政策法令變更等事件，足以嚴重影響該契約之興建或營運事項之履行者。第三節規定不可抗力事件與除外情事之通知與認定程序。第四節為認定後之效果。該條文明訂契約修改之可能性。又 15.4.5 契約終止權又明定台北港公司有終止契約發起權。

3.2 履約保證金

第十四章為履約保證，規定興建期開始時，台北港公司提供新台幣 7 億元作為保證金，每造好一座碼頭，退還一億元，至 7 座碼頭造好後，全數退換。營運期間保證金為 3 億元。因此，在營運期間內，被沒收的最大風險為 3 億元。

3.3 工程經費與移轉價金之計算

對於建造碼頭支出的規定於此契約中之第十二章規定，依工程經費詳細表計算，每年可變更一次。每年調整之金額不得超過「工程經費詳細表」總表所載之總金額之百分之二。

3.4 基本費、變動權利金、回饋金與基本費之減半與免繳

第九章規定台北港公司在特許營運期間應繳給基隆港務局之費用，計有：基本費、變動權利金與回饋金，其相關規定彙整如下。

(一) 基本費

基本費採統包方式，內含土地租金、固定權利金及 25 萬 TEU 以內之變動權利金，合計為每座碼頭每年 6 千萬元。另每座碼頭營運量超過 25 萬 TEU 之部份加收變動權利金。基本費及變動權利金又可依規定調整與調降。

(二) 回饋金

於特許期間，如特許公司各年度之股東權益報酬率超過百分之三十時，特許公司應就該年度平均股東權益總額乘以超出之百分之三十之部分之比率後之數額，提撥百分之一點五 為回饋金于港方。

(三) 基本費之減半與免繳

該章最後一條規定基本費之減半與免繳之條件為：八里一新店線東西向快速道路之八里至五股段道路未能於民國九十七年三月三十一日前全線完工通車時，乙方于延遲期間內依本契約規定應交付甲方之基本費減半繳付。如於民國九十九

年三月三十一日仍為全線完工通車時，則乙方于遲期間內，免繳基本費。延遲期間經核算若有未滿一年者，按比例減免基本費。

3.5 港埠業務費率標準與調整時機

港埠業務費率為台北港專案公司於特許期間內之營業收入，攸關該專案公司之獲利狀況，重要之相關規定彙整如下。

1. 特許期間之費率標準及其調整時機與方式，應依交通部九十二年三月十九日核定之規定辦理。彈性下限棧埠費率為六折，港灣費率為八折。且特許公司與航商、貨主或其他使用人簽定之「契約費率」不受此項彈性幅度限制。
2. 特許公司依交通主管機關所核定調整之「台北港貨櫃費率表」實施兩年以上，如連續二年均達到最低保證貨櫃裝卸櫃數，但均無法達到原核定財務計畫之該兩年股東權益報酬率時，或因重大政策變動（包括如法令修改或新訂）、海運市場劇變或該契約第十五章所載之不可抗力或除外情事等因素，致使營運成本大幅上漲時，特許公司得立即擬具檢討分析報告，專案報呈交通主管機關依法核定之。
3. 費率表調整計算以特許公司之股東報酬率為基礎，如低於原核定財務計畫之次年股東權益報酬率之 25%，再檢討實施彈性優惠費率方案之事宜性後，即可擬具費率調漲方案。

3.6 融資

契約第十三章規定港務局同意依促參法第五十二條第二項規定，同意台北港專案公司將其因應興建、營運而取得之資產、設備、地上權設定負擔于融資機構。同時，同意協助其依相關規定向行政院經建會申請運用「中長期資金」。

3.7 繼續營運評估

契約之第四章第二節規定，特許期間屆滿時，若台北港專案公司之評定績效良好，可獲得優先議約繼續營運權。

肆、契約內容分析

再協商條款在跨國契約中已成為一個重要的部分，尤其是在自然資源開發的跨國契約中，其原因為：時間長、風險大、金額大。台北港 BOT 專案也有這樣的特性。雖然國內契約有：(一) 沒主權問題。(二) 沒文化差異。(三) 沒空間問題，

隨時可溝通。(四) 沒貨幣計價差異。(五) 事件的認定較容易，應較跨國契約容易處理。但跨國契約有國際法，國際仲裁機構，以及簽約國之間的壓力與信譽問題做為依靠，在國內這些力量都不再是專案公司可以為恃的條件。在先進國家，民主素養高，法制健全且獨立的社會，司法制度為雙方的最後仲裁機構。如若這些條件都不存在，則國內的問題有可能更甚於國外。訂約雙方只有在訂定契約之時，儘可能的將契約的條款訂得完整 (complete)，以免弱勢的一方遭受未來契約執行中的代理問題或挾持問題的剝削。

在上節檢視台北港契約內容後，本節將以法律要件與處理程序的周延性與條文規定的經濟意涵，來探討台北港契約可能的挾持問題與代理問題之可能性。

4.1 法律層面

4.1.1 再協商條文種類

依 Salacuse⁽³³⁾再協商條文之分類，台北港 BOT 專案契約中包含了期末與契約期間內的再協商條款。期末再協商主要是指其第四章第二節之繼續經營評估；其他的各種定期的檢視經營狀況與協商項目，如都屬於契約期間內的再協商條款。不但如此，該契約也把 Salacuse 所謂的非合約內再協商期內化，即把不可抗力、除外情事以及政策改變等事項所造成的影響一一的定出補償的大小，由此看來該契約所涵蓋得協商範圍是非常的廣的。

4.1.2 再協商之程序

1. 發起事件 (trigger event)：契約中對可能再協商的事務，如不可抗力、除外情事、損壞或政策改變等，都有清楚的規定。對於可能被影響的項目中，費率、營運量、基本費與台北港專案公司之股東報酬率的達成都有明確的規定。
2. 協商的成員與任務：第十八章為「聯繫、協調與爭議解決」第二節規定成立「協調委員會」，由雙方各派代表組成。在其附件 18.2：台北港貨櫃儲運中心協調委員會組織章程，第二條與第三條規定委員會的任務及組成人員。由此組織章程之規定看來，其成員由雙方指派且不一定得要達成任何成果的責任，此「協調委員會」的功能主要在於代表雙方作契約條文的解釋與意見溝通或較不影響權益爭議之協商。對於重大爭議之協商商方都不期待此「協調委員會」，此由仲裁篇中規定：「協調委員會」協調期間為三個月不成即移交仲裁可知。

4.1.3 調停功能設計不足

該契約中對於仲裁的規定僅具文於 18.3 中之三條款。依該三條款之規定來看，並不清楚是否有在進行法律訴訟前請某一仲裁機構做一仲裁的必要。由於契約的複雜性，談判的結果有許許多多的可能，法院判決的結果不一定是符合雙方最大的利益，況且法院判決曠日費時，實是最後的手段。在進行訴訟前，跨國契約都企圖透過國際仲裁機構調解商方的紛爭。甚至有些國家公開接受某些國際仲裁的慣例，使得仲裁的功能更加容易發揮。^[6, 28]

有時契約一方當事人並不要求仲裁人解釋再協商條款，以便準備進入再協商步驟。而是應當事人的要求著手修改契約。此乃因為協商可能出現各種不同的結果，雙方當事人對如何修改契約有不同的意見，這種狀況不適合傳統的以“是或不是”的方式做仲裁判決，仲裁人不只是扮演法律上的裁判，同時也肩負著讓兩造發展出良好契約關係的功能。^[6] 國內契約，如台北港專案契約，由於訂約雙方有其如本節開始時所述之方便性，但若有一能作為雙方當事人的中間人，發揮仲裁與潤滑劑之功能，以免在發生爭議時，尚未做充分溝通前即對簿公堂，應有助於契約的穩定與順利的執行。

4.2 經濟層面

4.2.1 特殊關係可移轉性商品

台北港 BOT 專案由台北港貨櫃碼頭股份有限公司建造，建造完成後，仍由該公司營運。由於港埠設施的地區唯一性，興建完成後之貨櫃碼頭與設施及成為台北港貨櫃碼頭股份有限公司組成航商—長榮、陽明與萬海的台灣北部專用碼頭，否則即將交由基隆港務局自行經營。因此，該碼頭設施屬特殊關係可移轉性商品，且雙方的能力是具替代性的。

4.2.2 具威脅點效果的契約

同時，長榮、陽明與萬海是台灣三家最具規模的航商，若這三家航商將原停靠台灣各港的貨櫃輪都移往台北港，同時在私人企業經營效率高於公家經營的假設下，則對台北港增加的價值要高於由港務局自行經營的價值，因此，此契約對台北港貨櫃碼頭股份有限公司而言，具有威脅點的效果。

4.2.3 不具系統風險性

所謂系統風險 (systematic risk) 即是指因經濟環境改變所帶給企業經營上的威脅，例如經濟景氣循環，社會政治的不穩定等。^[24] 企業經營所面對的最大威脅

即是系統威脅，這也是上市公司股東股票酬率風險溢酬 (risk premium) 的來源。^[13] 如上節所述，在台北港 BOT 契約中業已將此一般所屬期間外的協商項目期內化，不論環境的變化如何，台北港公司都能以計畫的股東報酬率達成方式獲得一定補償，因此台北港公司在該契約的保障下已無系統風險的負擔。

4.2.4 代理問題凌駕挾持問題

在利潤或生產分享契約中，委託人(政府代表)通常在代理人(投資人)投資成功後，企圖以所能控制的政策手段分享代理人的成果，這即所謂的挾持效果。在台北港契約中，基隆港務局將政府所有可能的政策手段都訂定成其內協商條款，在這種狀況下，除了政府用最粗野的不承認該契約的合法性外，能產生挾持效果的手段業已不多。反而是代理問題因在協商項目訂定的失當而留下來。代理問題的產生是由於有資訊不對稱的現象，使得委託人無法觀察到或是可觀察但無法證實代理人的許多行為。在台北港契約中至少有兩項之再協商的項目是針對台北港公司的股東權益報酬率，股東報酬率的計算涉及到營運收益與營運成本，營運收益與港埠費率有關，雖可協商，還算是可觀察與可證實部分；至於成本則對港務局而言，是屬於不可證實的，尤其是除了工程費用以外的其他成本，更是港務局無法觀察的公司內部經營管理的決策。因此在經濟人自利行為的假設下，代理問題難保不會發生。

4.2.5 高報酬低風險委託管理契約

由於各項可能因經營環境改變而遭受損失的經營風險都可藉由在協商條款得到保障。因此，該契約對基隆港務局而言，如同委託一個專業公司幫忙管理港埠設施之營運，所有的風險最終都由再協商條款轉移港務局承當。又港務局同意協助其依相關規定向行政院經建會申請運用「中長期資金」，以及公司可藉由促參法的規定取得優惠之稅率與貸款利率，台北港在經營的過程中成本將因此而大幅度的降低，經營的公司獨特風險 (specific risk) 也因此而降得很低。〔24〕 而回饋金的取得要至台北港公司的年股東權益報酬率超過百分之三十以上才開始，相對於其所承擔的風險，報酬相當的高。

4.2.6 契約價值之低估

再協商條款給於台北港公司經營上許多彈性，這些彈性不但降低其經營的風險與成本，同時對契約的價值也會有很大的影響，這對利潤分享專案計畫之利潤的認知會有很大的差異。在台北港計畫評估中，若未考慮再協商條款所產生的附加價值，將會低估此計畫的實際價值。^[13]

伍、結論與建議

5.1 結論

公營事業民營化風潮普及世界後，不論是先進國家與否，紛紛將公營的公用事業與營利事業移轉民營。許多民間企業因此與政府訂定許多大型與長期契約。由於契約跨期長，不確定性大，簽約時無法完全掌握未來，再協商條款於是應運而生。尤其是在自然資源開發的跨國契約中更是盛行。^[19]

國內 BOT 專案計畫契約也有跨期長，不確定性大，簽約時無法完全掌握未來等相同的特性。但國內契約較跨國契約有因（一）沒主權問題（二）沒文化差異（三）沒空間問題 隨時可溝通（四）沒貨幣計價差異（五）事件的認定較容易等原因，不似跨國契約再溝通上有著重重的障礙。然而，國內契約因政府簽約代表的層級通常不似與國外簽約時的代表層級來的高，在人力資源上就不如處理跨國契約時之充沛，相較於組成專案公司之企業聯盟，在資訊與資源上可能都處於較弱勢的地位。在這種情勢下，契約所產生之挾持與代理問題不一定少於跨國契約。

本文以現有的契約相關理論研究台北港 BOT 專案計畫契約中的效率性，首先對該契約中的再協商條款與各相關的條款，發現

1. 該契約中的的確有許多再協商條款。
2. 契約中規定成立「協調委員會」，負責解釋契約與雙方的溝通與協調。對「協調委員會」無法化解雙方爭議時，仲裁的功能、程序未做足以讓其發揮作用的規範。
3. 再協商條款將各種與系統風險相關事件，包括不可抗力、除外情事以及政策的改變，所發生的影響都設有補償方法與金額，因此該契約保障了台北港公司沒有被挾持的威脅，因此觀察不到選擇權交易的機制。
4. 再協商條款保障專案公司的股東報酬率不低於預估的百分之二十五。這也等於對該專案的特定公司報酬率做了相當明確的保障；此外，契約中將台北港專案公司可能面對之風險都由再協商條款與以保障，而其報酬率並未同時降低，對基隆港務局而言，該契約猶如以相當高的代價將台北港第二期工程興建與管理委託給台北港專案公司。
5. 由於契約的內容與台北港公司本身的條件，對於經營貨櫃碼頭有威脅點效

果，故投資過多與代理問題的發生的機會是很大的。

6. 綜合以上的發現，該契約顯然非首選的結果。

5.2 建議

本研究以台北港 BOT 專案契約為研究對象，發現國內的生產分享契約如同跨國契約一般，亦存在者再協商條款以防止交易成本的問題。但在該交易的過程中，基隆港務局可能是居於較弱勢的地位，所訂的契約內容中將基隆港可能運用使之產生挾持的工具都以再協商的條款予以排除，而對一些無法觀察或可觀察卻無法證實的項目留在計算契約收益之內，使之未來產生可能的代理問題。本研究建議在目前契約執行初期階段，透過「協調委員會」的運作，修改仲裁的章節內容，仿跨國契約的精神，賦於仲裁者除仲裁的角色外，另擔負中間人（mediator）的功能，已使得可能出現的爭議，在破局前得到一定的潤滑與調停。此外對於一些無法證實的項目，如公司內部的成本支出，協調出一些認知的共識，將有助於防止可能發生的代理問題。

此外，在將來新契約的訂定中，應考慮如何防止可能發生的交易成本，以減少投資者可能得投資過多或過少的誘因。在學術上，考慮如何選擇適當的評估契約價值的方法，如何訂定投資者應獲得的適當報酬率，如何對特定的環境，運用再協商條款與選擇權交易機制，訂定能平衡雙方利益的首選的契約，都是很有意義與貢獻的課題。

參考文獻

1. 台北港貨櫃儲運中心興建計營運契約書，台北，中華民國 92 年 8 月 28 日。
2. Aghion, P. M. Dewatripont and P. Roy, “Renegotiation design with unverifiable information”, *Econometrica* 62, 1994.
3. Alexei G. D., “Hardship in contract: The Approach of the UNIDROIT principles and Legal Development in Russia”, *UNIFORM L. REV.*, 2000.
4. Armstrong, M., S. Cowan, and J. Vickers, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*. MIT Press, 1994.
5. Bassok, Y., and R. Anupindi, “Analysis of supply contracts with total minimum commitment”, *IIE Transactions*. 29(5), 1997.
6. Berger, K. P., “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts:

- The Role of contract Drafters and Arbitrators”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 2004.
7. ————, “The New Multilateral Investment Guarantee Agency Globalizing the Investment Insurance Approach Towards Developments”, 15 *Syr. J. Int’l L. and Com.* 13,52, 1988.
 8. Besenko, D., and D. Spulber, “Sequential-equilibrium investment by regulated firms”, *RAND Journal of Economics* 23, 1992.
 9. Cachon, G. P., and M. A. Lariviere, “Contracting to assure supply: How to share demand forecasts in supply chain”, *Management Science*, 45(8), 2001.
 10. Che, Y. K. and J. Hausch, “Cooperative Investments and the Value of Contracting”, 89 *American Economic Review*, 1999.
 11. Chung, T., “Incomplete contracts, specific investments, and risk sharing”, *The Review of Economic Studies* 58 (5) , 1991.
 12. Coase, R., “The nature of the firm”, *Economica*, 4, 1935.
 13. Copeland, T., “Valuation in practice”, *Recent Trends in Valuation*, edited by Keuleneer, Luc, and Verhoog, Willem, John Wiley and Sons, 2003.
 14. Edlin, A. S., and B. E. Hermalin, “Contract Renegotiation and Options in Agency Problems”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 16, no. 2, 2002.
 15. Hart, O., and J. Moore, “Incomplete contracting and renegotiation”, *Econometrica* 56, 1988.
 16. ————, “Foundations of Incomplete contracts”, 66 *Review of Economic Studies* , 1999.
 17. Jensen, M.C., and W. H. Meckling, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure”, *Journal of Financial Economics*, 3, 1976.
 18. Khan, A., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. MIT Press, 1988.
 19. Kolo, A. and T.W. Waelde, “Renegotiation and contract adaptation in international investment projects”, *Journal of World Investment*, 5, 21, 2000.
 20. *Kuwait v. American Independent Oil Company*, I.L.M. 1982.
 21. Li, C. L., and P. Kouvelis, “Flexible and risk-sharing supply contracts under price uncertainty”, *Management Science*. 45(10), 1999.

38. — — —, and W. S. Lovejoy, “Quantitative flexibility contracts and supply chain performance”, *Manufacturing Service Oper. Management* 1(2), 1999.
39. Vickers, J. and G. Yarrow, Privatization: An Economic analysis. MIT Press, 1988.
40. Williamson, O., Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust implications, New York: Free Press, 1975.