

電力市場中之長期購電契約與 相關市場界定及其限制競爭效果 之研析

——以最高行政法院 109 年
度上字第 839 號行政判
決及臺灣高等法院 107
年度重上字第 605 號民
事判決評析為中心

黃銘傑*

要 目

- | | |
|--------------------------|-----------------------------|
| 壹、前言 | 一、最高行政法院判決之相關市場界定 |
| 貳、長期購電契約之法律性質、功能及競爭法上之定位 | 二、依照「時間」因素界定相關市場 |
| 一、長期購電契約之經濟功能及法律性質 | 肆、長期購電契約之競爭關係及雙向獨占 |
| 二、本案長期購電契約之交易安排及經濟調度原則 | 一、最高行政法院及臺灣高等法院判決對本案競爭關係之見解 |
| 三、長期購電契約於競爭法上之定位及其競爭效果 | 二、「市場內競爭」v.「獲取市場之競爭」 |
| 參、長期購電契約與相關市場界定 | |

* 國立臺灣大學法律學院教授，日本一橋大學法學博士。

三、長期購電契約與雙向獨占 及垂直整合	三、本案「以拖待變」行為可 能涉及之相關市場及其競 爭效果
伍、長期購電契約之市場競爭效 果及競爭法介入本案爭議 的妥當性	四、公平交易法介入本案爭議 之妥當性—產業政策 v. 競 爭政策
一、最高行政法院判決對本案 市場競爭效果之見解	陸、結語
二、本案發電交易市場並未發 生限制競爭效果	

關鍵字：公平交易法、民營電廠、產業政策、長期購電契約、套牢、競爭政策、經濟調度、雙向獨占、獲取市場之競爭、聯合行為

中原財經法學

壹、前言

2012 年間，鑑於國營事業的台灣電力股份有限公司（以下稱「台電公司」）長期處於虧損狀態¹，但將其發電躉售給台電公司的 9 家民營電廠，同期間卻持續賺取高額利潤，在社會氛圍一片民氣可用的情勢下，不僅台電公司伺機積極向民營電廠要求調降費率計算中之固定利率水準，公平交易委員會（以下稱「公平會」）亦於立法院經濟委員會的質詢下，就 9 家民營電廠間是否涉有聯合行為情事，主動立案調查。調查結果，公平會確認 9 家民營電廠，針對台電公司調降固定利率之要求，相互聯合「以拖待變」拒絕其要求，該當於行為時公平交易法（下稱「公平法」）第 7 條第 1 項所稱聯合行為，違反該法第 14 條第 1 項聯合行為之禁制規定²。民營電廠業者對公平會處分不服，提起訴願，隨即展開長達 9 年的行政爭訟攻防戰，最終於 2022 年 5-8 月間由最高行政法院自為判決，作出系列民營電廠敗訴之判決（以下統稱「最高行判決」）³。其間，台電公司以民營電廠業者上開「以拖待變」之聯合行為，導致其長期支付過高的不合理購電費率而受有損害，於 2015 年間向臺灣臺北地方法院提起損害賠償訴訟，遭敗訴

¹ 據報導，台電公司迄至 2012 年度累計虧損達新台幣 1,936 億元，幾近該公司資本額 3,300 億元的 60%。劉俞青，「揭開台電『黑暗帝國』內幕」，今週刊，第 846 期，<https://www.bustoday.com.tw/article/category/80392/post/201303070021/>（2024/03/25 造訪）。

² 公平交易委員會公處字第 102035 號處分（下稱公平會原處分書）。

³ 屬於此一系判決者，包括最高行政法院 109 年度上字第 864 號、109 年度上字第 863 號、109 年度上字第 850 號、109 年度上字第 847 號、109 年度上字第 846 號、109 年度上字第 839 號、109 年度上字第 825 號、109 年度上字第 824 號、109 年度上字第 818 號等判決。本文以下所引用之最高行判決理由，係引自該院 109 年度上字第 864 號判決。

判決⁴後提起上訴，臺灣高等法院 107 年度重上字第 605 號民事判決（以下稱「臺高院判決」），駁回台電公司之上訴，案件現於最高法院繫屬中。

最高行判決與臺高院判決二者，關於民營電廠業者間有無競爭關係、進而得否成立聯合行為，出現完全迥異的判斷。最高行判決認定，本案相關市場為涵蓋臺灣本島之發電電力市場，9 家民營電廠業者於此相關市場內具有競爭關係，渠等電力對於國內發電市場供給具有不可或缺之地位，故其聯合「以拖待變」之作為足以影響相關市場之供需功能，其行為該當於行為時公平法所禁止之聯合行為。相對於此，臺高院判決則認為，本案行為當時我國電力市場（包含發電市場）並非自由競爭市場，在台電公司為發電市場唯一買受人之獨買市場的情況下，自無法發生民營電廠業者藉由售電價格或發電量等之調整，爭取與台電公司交易之機會，故 9 家民營電廠間彼此並無競爭關係，自不會成立以具有競爭關係為前提之聯合行為。

針對同一行為，行政及民事法院二者卻作出截然不同的認定，於訝異之餘，亦促使吾人省思，為何會發生如此對立之判斷？就公平法規範理念及內容而言，聯合行為是否成立不當因其繫屬於行政法院系統或民事（刑事）法院系統，而發生歧異⁵，此種歧

⁴ 臺灣臺北地方法院 104 年度重訴字第 1213 號民事判決。

⁵ 惟須注意者，公平會有時或鑑於系爭聯合行為整體影響層面微小，遂基於現行公平法第 26 條「危害公共利益」要件之整體公益導向精神，基於微罪不舉理念，不立案正式調查處理。但公平會依其裁量所為不立案調查處理之作法，並不妨礙因系爭聯合行為遭受損害的個人或企業，得依據公平法相關規定對行為人提起損害賠償。此際，就結果而言，可能發生行政與民事之不同，但並非於聯合行為有無之認定上，產生歧異，而僅係公平會因其人力物力資源及整體公益導向執法之裁量，而無意對不妨礙整體公益或妨礙相當輕微者，不予立案調查處理而已。

異認定之存在，顯示被處分人或被告當事人應於其中一件判決中遭受不正確的事實認定，其權益有受損之虞。特別是，在現今違反公平法之罰鍰係採營業額連動的計算方式而可能導致高額的罰鍰之情形下⁶，是否可能因此而產生「以行逼民」之不當結果，不無疑慮。於此問題意識下，本文認為有必要就此問題加以徹底釐清，以避免未來再有類似行政、民事（刑事）判決不同調之情形發生。本文認為，之所以會產生上述全然歧異的事實認定，應係源自於對台電公司與民營電廠間所簽訂長達 25 年之長期購電契約（Power Purchase Agreement, PPA）⁷的法律性質、競爭法上的功能及定位認知之不同，進而影響到本案相關市場界定、競爭關係有無的判斷，從而有必要詳細分析系爭長期購電契約，在競爭法上所具有的意義及功能。

於此認知下，本文以下於第貳部分，針對本案長期購電契約之交易安排、主要規定內容及其法律性質加以分析，說明其隱含之限制競爭效果，確認其於競爭法上應有之定位；第參部分則就本案若可能成立相關市場，則其相關市場為何，予以說明，特別強調時間面向亦得作為相關市場界定之因素；第肆部分闡述本案例中，各家民營電廠業者間，是否可能存在競爭關係，闡明本案長期購電契約之當事人間存在一種互為獨占或雙向獨占之特殊狀態及其可能的競爭意涵；第伍部分說明最高行判決關於本案足以影響相關市場供需功能及「以拖待變」認知之謬誤，闡明其緣由，

⁶ 現行公平法第 40 條第 2 項規定：「事業違反第九條、第十五條，經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」實際上，本案 9 家民營電廠共遭公平會處以新台幣 66 億 2 千萬元之高額罰鍰。

⁷ 當然，長期購電契約乃是從買方之台電公司角度出發而言，就民營電廠之角度而言，因該份契約所生之義務，乃是長期售電義務。本文為敘述方便，以下論述，不再區分為買方之台電公司、抑或賣方之民營電廠，統一稱二者間之契約為長期購電契約。

並從競爭政策與產業政策互動之觀點，說明本案爭議以公平法介入的不當性；第陸部分就本文敘述，作一個總結。

貳、長期購電契約之法律性質、功能及競爭法上之定位

一、長期購電契約之經濟功能及法律性質

（一）引進長期購電契約之經緯

最高行判決於其判決理由六（三）開頭，如此闡述：「我國電力市場尚未完全自由化，僅於發電階段開放民營，且均為特許事業。民營電廠業者僅能從事發電業務，所產生之電力，一律只能躉售予輔助參加人，再由輔助參加人併同自身生產之電力，售與終端使用者如企業及家戶。」⁸臺高院判決貳四（二）1（3）②就於爭議發生當時我國電業尚未自由化一事，以引用 2017 年電業法修正時之修正總說明，而有更詳細的敘述：「考諸 106 年 1 月 26 日修正公布電業法之修正總說明略謂：『電業法（以下簡稱本法）自 36 年制定迄今，……本法所規定之市場架構及電業管理制度已逾 50 年未予修正。現行綜合電業獨占型態，導致在非自由競爭市場下，電業經營績效無比較基準，投資者亦無法進入市場參與電

⁸ 最高行判決理由中對於台電公司係以「輔助參加人」稱之，本文為便於整篇文章閱讀方便，將其一律改稱為「台電公司」；同樣地，臺高院判決中以「上訴人」稱呼台電公司，本文中亦一律改稱「台電公司」。此外，最高行判決及臺高院判決對於系爭長期購電契約，悉以「PPA」簡稱之，本文則置換為「長期購電契約」之稱呼；二院判決於提及民營電廠時，皆以「IPP」（Independent Power Producer）簡稱之，本文置換為「民營電廠」。最後，鑑於二件判決皆係針對民營電廠間是否就其長期購電契約修改存在聯合行為予以判斷，故於敘述過程中除有特別標明外，一律概稱「本案」民營電廠業者或「本案」長期購電契約等。

力建設；價格管制下電業無法合理反映成本導致節能工作推動困難；同時用戶亦無購電選擇之權利。……』等詞，可見民營電廠業者與台電公司簽訂購售電合約及後續履約、協商修約時，我國電力市場（含發電市場）並非自由競爭市場甚明，已難遽認民營電廠業者間於發電市場具有水平競爭關係。」

的確，在 1995 年正式開放民營電業設立的過程中，1994 年 9 月 3 日經濟部（83）能字第 089637 號「開放發電業作業要點」第 1 點開宗明義指出：「經濟部為辦理台灣電力股份有限公司（以下簡稱台電公司）於八十七年二月電業權屆滿前開放發電業申請設立及審核作業之需要，特訂定本要點。」闡明僅台電公司享有電業權，該作業要點第 7 點第 1 項並基此認識而規定：「申請經營發電業者，應先取得台電公司書面同意其使用預定發電廠區之發電專營權。」由此可知，依照上開要點所設立的民營電廠不僅不是直接向電業主管機關申請特許或許可興建發電設備，而是須「先取得台電公司書面同意」，方能「使用」發電專營權。此種規範頗為類似專利法關於專利權與專屬授權之規定⁹，台電公司保有具有排他性的專利權，其後將特定地區之排他權專屬授權給民營電廠，但專利權人依舊是台電公司，民營電廠所取得者乃是專屬「使用」權¹⁰，蓋依據上開作業要點第 4 點規定，民營電廠因此使用權所產出之電力，並非可以由其任意處分、銷售給第三人而是「發電業所生產之電力，除供發電場廠區自用外，應躉售與台電公司統籌調度。」

由上可知，當時民營電廠之設立，不僅必須事先取得台電公

⁹ 參照專利法第 62 條第 2 項、第 3 項規定。

¹⁰ 關於專屬授權之效力分析，參照黃銘傑，從專利授權之法律性質與定位論專利法修正草案授權規範之問題點與盲點，月旦法學雜誌，第 176 期，頁 108-117（2010）。

司書面同意其得「使用」特定發電廠區的發電權，且所生產之電力全數必須躉售給台電公司，由後者統一調度運用。於此一家買方獨占的情況下，民營電廠業者一旦花費巨額資金設置發電設備，該等設備即成為沉沒成本（sunk cost）導致渠等因此被「套牢」（lock-in），進而任令台電公司予取予求。若此，則民營電廠業者一開始根本不敢進入系爭市場¹¹，台電公司藉由民營電廠之資金、管理與效率，協助解決其當時處於長期電力不足窘境之目的，亦無由達成。為解決此一兩難困境，政府遂主要參照當時美國法制作法引進「長期購電契約」制度，要求當時為電力市場唯一擁有經營電業權之台電公司，必須於一定長期間、以一定價格、每年至少收購一定數量之民營電廠電力，令民營電廠得於決定是否配合政府政策、設置發電設備時得以明確計算其未來成本收益之關係，進而得安心作出設置與否之決策。基此理念，本案長期購電契約期間長達 25 年、明確其電力費率計算方式、要求台電公司每年必須有一定「保證時段」的收購時數，超過保證時段所收購時數（「非保證時段」）的費率計算，亦明確記載於長期購電契約中。

由此可見，倘若無此長期購電契約的存在，勢將無法有效「利誘」民營電廠在當時台電公司一家獨買態勢的情況下，還會選擇進入發電市場。正如同「經濟合作暨發展組織」（Organisation for Economic Cooperation and Development, OECD）競爭委員會於其 2002 年「電力產業中之競爭政策」報告書中所言：長期購電契約在鼓勵合理的風險分擔、促進發電業的市場進入以及緩和、抗衡市場獨占力量等事宜上，扮演著重要角色。此外，長期購電契約

¹¹ 因為長期沉沒成本的存在，成為市場進入障礙之說明，see generally W. KIP VISCUSI ET AL., ECONOMICS OF REGULATIONS AND ANTITRUST 191-92 (5th ed. 2018).

並可以協助發電事業從金融機構取得必要的建設資金，而得以進入電力市場¹²。就此而言，長期購電契約在鼓勵民營電廠業者之設立及市場進入上，實有其不可抹滅之功。

（二）長期購電契約之經濟功能及法律性質

對於長期購電契約之經濟功能，歐洲聯盟執行委員會（以下稱「歐盟執委會」）認為，在電力市場僅有單一買家且其屬國（公）營事業的情況下，長期購電契約所內含之大多數風險理論上皆將由該當國（公）營事業承受，此際除非有政府主管部門強勢介入，要求該當國（公）營事業必須與民營電廠業者締結長期購電契約，否則合理的事業理當不會自行簽訂此類長期購電契約而承擔過高風險¹³。從而，在各國法制實踐中，長期能源購買契約被視為是一種風險分散或風險轉嫁的手段¹⁴；特別是在本案所涉及的電力產業中，因此類長期購電契約的存在方能促使民營電廠業者願意於買方只有一家台電公司之買方市場獨占態勢下，依舊選擇進入發電市場，不必憂慮其嗣後可能遭受獨買事業的不當剝削。

於此長期購電契約之締結背景及其規範特色下，歐盟執委會遂認為，在電力市場僅有單一買家且為國（公）營事業的情況下，長期購電契約於法律上之定位，屬於一種政府補貼，而為歐盟運

¹² See OECD, *Competition Issues in the Electricity Sector*, 13, 68 (DAFFE/COMP(2003)14), <https://www.oecd.org/daf/competition/6095721.pdf> (last visited Mar. 25, 2024).

¹³ 以上敘述，多參照 Leigh Hancher, *Long-Term Contracts and State Aid – A New Application of the EU State Aid Regime or A Special Case?*, 9(2) EUR. ST. AID L. Q. 285, 294-96 (2010).

¹⁴ See e.g., Mansoor Dailami & Robert Hauswald, *Risk Shifting and Long-Term Contracts: Evidence from the Ras Gas Project 3-4* (World Bank Pol’y Res. Working Paper, Paper No. WPS 2469, 2000), <http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-2469> (last visited Mar. 25, 2024).

作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 107 條禁止政府補貼（State Aid）條款之規範對象¹⁵。理由在於，雖然長期購電契約具有風險分擔功能，惟於市場上僅有單一買家存在的情況下，絕大多數的風險分擔理論上將由該當買家承受，若此則除非有政府的介入，強制要求該當獨占買家必須締結長期購電契約，否則合理的買家當不會自行簽訂此類長期購電契約。

歐盟執委會之所以認定長期購電契約具有政府補貼性質，主要著眼於下列幾項要素：（1）一定容量電能產出的要求；（2）保證收購容量之數量；（3）基於容量費率之價格設定機制；（4）長期間涵蓋固定成本、變動成本、資金成本的能源費率之設定¹⁶。此際，縱令長期購電契約締結之前提，係以競標方式為之，亦無損於其被認定為政府補貼之本質，除非政府部門依循競標方式所取得之商品或服務，係為其本身使用之目的，否則當該等商品或服務係由第三人消費時，即構成政府補貼。歐盟執委會進一步認為，競標作法之採行，實係政府相關部門為實現特定政策目的而為，其或為吸引銀行資金或外國資本投入國內發電設備建設，或為改善國內環保綠色環境、確保電能之穩定供給。不論何者，皆係政府部門為實現競爭政策以外之其他政策目的，強制具有獨買地位之國營事業必須與民營電廠業者締結長期購電契約¹⁷。

事實上，本案所涉及之 9 家民營電廠業者，乃是經由三階段開放作業陸續設立，第一、二階段開放發電業設立者，係分別依據經濟部 1995 年 1 月 1 日及同年 8 月 25 日頒布之「設立發電廠

¹⁵ 以下，相關敘述多參照 Hancher, *supra* note 13, at 291-94.

¹⁶ Commission Decision of 4 June 2008 on the State aid C 41/05 awarded by Hungary through Power Purchase Agreements (notified under document C(2008) 2223), 2009 O.J. (L 225), para. 340.

¹⁷ *Id.* at paras. 112, 153, 174-181.

申請須知」，而以各機組競比低於底價之得標價格作為是否得申請設立電廠之標準，第三階段則係依據經濟部 1999 年 1 月 21 日「現階段（第三階段）開放民間設立發電廠方案」，以台電公司公告價格方式，作為審核得否設置發電廠之標準。在台電公司為國營事業處處配合政府開放發電業政策，而負有收購民營電廠電力之義務，且其所收購電力並非為自己本身使用，而係經由其輸配電系統最終送電給消費者使用的情況下，其各項要件皆符合歐盟執委會上開所認知之「政府補貼」要件。

基於以上認知，長期購電契約於其係為配合政府政策而由政府強制屬獨買事業之台電公司，須於一定期間內以一定費率計算方式每年最少收購一定時數電力的設計下，當可認定該契約之法律性質為政府補助或政府補貼之一種態樣。

二、本案長期購電契約之交易安排及經濟調度原則

（一）本案長期購電契約之交易安排及爭議發生緣由

由以上長期購電契約成立之經緯、其經濟功能與法律性質的敘述，當可知悉，一部長期購電契約至少應包含下列三項要素：（1）契約期間達一定長期間；（2）保證收購一定時數；（3）收購電力之費率計算固定或明確可期。本案長期購電契約，亦皆符合上開三項要素。首先，其契約期間長達 25 年，於此 25 年期間中，民營電廠所產生之電力只能躉售給台電公司，不得銷售給其以外的第三人，為此台電公司負有每年收購至少一定時數以上的電力，其電力費率計算基礎及方式，亦明確記載於契約條款中。以下，針對（2）、（3）再予詳細說明。

依照最高行判決理由六（四）與臺高院判決貳四（二）1（3）④之記載，台電公司依照長期購電契約所收購之民營電廠的電力時數，可分為保證時段與非保證時段二種時段。保證時段係指，

台電公司每年至少必須向民營電廠採購一定時數之電力，採取所謂「take or pay」原則，亦即無論台電公司實際上從民營電廠所調度、使用之電力是否達到保證時段之時數，台電公司每年亦必須支付相當於保證時段時數之價金。其次，當台電公司所調度、使用之電力時數超過上開保證時段時，其所使用之電力屬於非保證時段之電力。區分保證時段與非保證時段電力，除有為因應「take or pay」原則而須支付一定時數之價金外，更為重要者乃是，保證時段與非保證時段之費率計算方式的不同。

申言之，保證時段的費率包含容量費率與能量費率二者，而非保證時段的費率僅有能量費率。其中，容量費率又包含（1）「資本」費率及（2）「固定」營運與維護費率；而能量費率則包含（1）「變動」營運與維護費率、（2）燃料成本費率、（3）促進電源開發協助基金費率及（4）燃煤機組另加計空污費率。由上可知，容量費率中的「資本」費率及「固定」營運與維護費率，乃是為確保民營電廠業者就其發電設備所為之資本支出及固定營運、維修費用，每年得以回收之固定金額，此種金額於契約期間內固定不變。能量費率中之變動營運與維護費率，既稱變動即可能因其設備折舊等因素而發生變動，而燃料成本費率亦可能因為各該時期之燃煤或瓦斯等燃料成本的變化，而發生變動。事實上，依據最高行判決理由六（五）之記載，台電公司曾因中油公司自 2006 年 12 月起陸續調漲發電用天然氣價格，而同意 6 家民營電廠的聯名要求，修改長期購電契約中之燃料成本費率調整機制，將其修訂為按即時反映調整機制。惟須注意者，縱令變動營運與維護費率或燃料成本費率於契約期間中可以調整，但一旦修訂完成，雙方即應依照修訂後的計算方式，計算出能量費率，而非當事人任何一方可以單獨修改其費率計算基礎及方式。以下，將保證時段及非保證時段之費率計算方式，以表一呈現如下：

表一 保證時段及非保證時段之費率計算方式

	容量費率	能量費率
保證時段	1. 資本費率 2. 固定營運與維護費率	1. 變動營運與維護費率 2. 燃料成本費率 3. 促進電源開發協助基金費率 4. 燃煤機組另加計空污費率
非保證時段	無	同上

資料來源：作者參考最高行判決及臺高院判決自行製作。

由上可知，基於長期購電契約之風險轉嫁及促進民間業者進入電力買方獨占市場之功能，其契約中至少須保證業者所為資本設備支出之回收，從而於契約內容設計上，遂有上開容量費率之項目，於契約存續期間中以固定的資本費率及營運與維護費率，計算出容量費率，並因其屬於保證時段中的電力躉售時數，故而其計算基礎時數亦屬於固定時數。就結果而言，台電公司每年必須依照契約中所記載的固定容量費率，支付一定金額給民營電廠，25年中每年均須支付該筆同樣金額。此種容量費率固有保障民營電廠回收其資本設備投資支出之功能，但也因其僵化的規定方式，無法有效因應其後的情事變更。本案爭議之發生，即在於此一容量費率的計算方式。

容量費率中的資本費率包含民營電廠業者為建置發電設備而向銀行借款所支付之利率項目，該當利率多以民營電廠取得台電公司同意其使用權後，開始與銀行磋商借款條件之1995年前後的利率水準為基礎，一旦利率水準確定並基此而記載於長期購電契約中，於25年的契約期間中即維持不變，持續依此利率水準計算資本費率及容量費率。縱使民營電廠業者與銀行間的借款契約中之利率水準，或可能因採浮動利率而變化，但長期購電契約依舊

維持最初簽約時所記載之固定利率水準。依據公平會原處分書五（三）4 之記載：「自民國 92 年起，市場利率水準已大幅降低。台電公司之平均資金借款利率已由 84 年之 7.54% 降至 96 年之 2.37%，100 年更降至 1.52%；10 年期中央政府公債次級市場殖利率亦由 84 年之 6.79% 降至 96 年之 2.32%，100 年更降至 1.38%，降幅近 8 成。顯示，簽約當時市場利率水準明顯確已較目前高達數倍……審計部亦於民國 95 年 6 月 21 日曾就台電公司與民營電廠所訂資金成本之利率或折現率等問題，函請經濟部督促台電公司研議與民營電廠重新議約，以使價格（資本費部分）得以真實反映民營電廠之成本，不致因原合約未有資本費調整機制，而使台電公司向民營電廠購電之成本超過台電公司同類型式發電機組之避免成本，有違特許民營電廠設立之本旨。」

由上可知，正是因為資本費率中的利率項目縱令於其後市場利率大幅下降，但在長期購電契約中卻依舊維持過去的高利率水準，當台電公司為配合政府電價政策而長期處於虧損狀態，民營電廠業者卻可能因以過去高利率計算其應收取之電力躉售價金而持續獲取高額利潤。在立法院、審計部及民氣可用三方催促下，台電公司持續向民營電廠業者提出調低該當利率水準的要求，但民營電廠業者最終皆未答應其要求，遂有立法院敦促公平會介入調查，而有公平會認定民營電廠對此利率調降要求，集體共同「以拖待變」，違反公平法聯合行為之禁制規定。

由上可知，本案發生之緣由，在於長期購電契約中之借款利率項目，該利率項目為資本費率的計算基礎之一，資本費率又屬於容量費率的其中一個項目，而容量費率則為保證時段的費率計算方式之一；非保證時段費率之計算方式，因並未包括容量費率，而僅有能量費率，從而該當借款利率項目，不會影響契約雙方關於非保證時段費率之計算。

（二）經濟調度原則

長期購電契約中，另一項重要的交易安排，乃是所謂的經濟調度原則，主要係指台電公司在電力系統安全的前提下，基於包含電力費率等各種要素的考量，向各該民營電廠所為之電力調度。由於長期購電契約中的保證時段係採取「take or pay」原則，不問台電公司有無調度其電力，皆須支付保證時段時數之電力價金，因此對於民營電廠而言，經濟調度的重要性在於台電公司於保證時段外，尚調度、使用其多少非保證時段的電力，調度時數愈多，民營電廠業者額外收入就愈多。或因此故，遂有認為，經濟調度可以成為台電公司促進民營電廠間相互競爭之要素。惟此種見解，似乎忽略經濟調度是一種客觀的存在，契約雙方當事人、特別是台電公司必須遵守經濟調度原則進行電力調度，而非憑其一己之私或喜好，而於業者間以經濟調度以外的考量因素，任意從事電力調度。

最高行判決理由六（四）3 就經濟調度原則有如下說明：長期購電契約「第 1 條約定『合約中所使用之名詞，皆定義如下：……八、經濟調度：機組經濟出力值之調度，係指在電力系統安全限制下，根據經濟調度理論，考慮輸電損失及機組出力上限、下限等因素，所決定的各機組最佳出力值。最佳出力通常是由電能管理系統中相關程式計算出來；未受該系統管理者，依能量費率決定……』以及第三階段民營電廠業者與輔助參加人所簽訂長期購電契約第 1 條即約定『……十二、電力調度：台電公司依據優良電業運行慣例考量遞增發電成本、遞增購電成本（能量費率相同之機組依熱耗率曲線決定）、遞增輸電損失、電力潮流及其他甲方可單獨決定之合理運轉考量因素，包括但不限於電力系統安全、水資源運用、環保控制、燃料供應、供電品質、機組特性、負載管理等，以調配可運用之總電能，滿足總電力需求，達成電力系

統可靠與經濟之運轉。」

由上可知：（1）於經濟調度原則下，所需考慮之因素相當複雜，包含水資源運用、環保控制、燃料特性、供電品質、發電機組之最高最低出力、機組冷、暖、熱機時間及升降載率反應特性等種種要素，並非單單僅止於費率一事而已，僅以費率高低一事即遽認存在競爭因子，不無過度簡化經濟調度原則之虞。（2）從經濟調度定義之「最佳出力通常是由電能管理系統中相關程式計算出來；未受該系統管理者，依能量費率決定。」可知，能量費率得成為決定因素者，僅限定於未受電能管理系統之電力。（3）經濟調度對象並不僅止於各家民營電廠業者，尚包含台電公司發電機組本身，若台電公司可以自行恣意操作經濟調度，則依理其應優先調度其本身所發電力，民營電廠業者將因此而無法受到充分保障。若此，則為何民營電廠業者依舊同意於長期購電契約納入經濟調度原則條款，忍受可能長期被差別待遇之狀態。原因當在於，不僅因為經濟調度原則於實際作業上，所需考慮事項或要素皆屬客觀情事，縱令台電公司亦不能恣意左右、任意排序，為迎合特定業者而扭曲特定要素；更因為民營電廠業者的能量費率計算公式早於長期購電契約簽訂時，即告確定，因此亦得出各家業者不同的能量費率計算基礎及結果，台電公司依據各該不同的能量費率納入其經濟調度考量。

於此認知下，經濟調度原則實際上乃是一項客觀的存在，不僅其中水資源運用、環保控制、燃料特性、供電品質、發電機組之最高最低出力、機組冷、暖、熱機時間及升降載率反應特性等種種要素，屬於客觀存在，即便是各家民營電廠業者的能量費率亦因其計算公式及基礎早已確立於長期購電契約中，而於契約成立後亦成為一種客觀的存在。台電公司於實際操作經濟調度時，必須依照此等客觀要素及情事為之，不能因為特定民營電廠業者

向其示好，願意與台電公司就保證時段計算公式中資本費率之利率水準進行協商，即因此主觀情事而特別眷顧、調度該當民營電廠之電力，破壞客觀存在的經濟調度原則作業，令其調度背離「經濟」性之要求。申言之，在經濟調度原則下，有權決定如何調度者，僅是台電公司，各家民營電廠僅被動處於配合該公司之調度，而不能且無法以提示出願意調降能量費率等條件，主動要求台電公司多多調度其電力，實際上台電公司亦從未以調高調度其電力時數，勸誘或要求民營電廠調降其能量費率。

職是，對於民營電廠業者而言，經濟調度原則係為有效確保或徹底貫徹電力調度的經濟性、客觀性所擬定之原則，其用意在於確保面對買方獨占的民營電廠，免受台電公司恣意違反經濟調度原則、特別優惠某家民營電廠業者、甚或優惠自家公司發電機組而濫用其獨占地位。若此，則經濟調度原則不僅不會成為民營電廠彼此間相互競爭的因子，反倒是其真正功能與定位，在於保護民營電廠業者免受台電公司濫用其獨占地位，成為前者另一項制衡台電公司獨買地位之利器與保障。於此經濟調度原則下，民營電廠業者縱使如何積極遊說、向台電公司示好，台電公司亦不能違反其本身所確立、具有客觀標準的經濟調度原則，而必須依據經濟調度各項要素及長期購電契約中已經確定的能量費率計算公式，實施調度，否則即發生違約情事；於此調度過程中，民營電廠業者僅是消極地接受電力調度，而無積極要求、示好台電公司變更其客觀經濟調度作業之權利與權限，更無法因此而於渠等間發生主動的競爭情事¹⁸。

¹⁸ 此一事實，縱令民營電廠業者針對能量費率計算公式與台電公司協商並適當修改其內容，亦不會有所改變。蓋對於台電公司而言，修改後計算公式所得出之能量費率，於其實際實施經濟調度過程中，又成為一種客觀的存在，而僅能依此客觀存在遂行其電力調

臺北高等行政法院於本案最高行判決之原審判決中¹⁹，對於此種客觀存在的經濟調度之實際運作結果，有如下敘述：「以嘉惠及新桃公司（第一、二階段燃氣業者）言，其能量費率與其他燃氣業者為最低，然其以能量費率為基礎計算非保證時段，由台電公司購買之電力數量，以與同為燃氣第三階段營運之森霸公司等 4 家民營電廠業者相較，竟然為最低。顯然與原處分假設之價量（供給、需求）之競爭，完全相反，反證本案非保證時段各民營電廠間無競爭……第三階段燃氣發電廠如國光等 4 家公司，依據長期購電契約規定能量費率均較第一階段及第二階段各民營電廠業者為高，但台電公司購買其非保證時段之電力數量占所有購買電力之比率，竟然高於同為燃氣之第一、二階段之長生等 3 公司，亦足證明（反證）台電公司向各民營電廠購電時，非保證時段各民營電廠間無競爭。」

從以上敘述可知，在經濟調度原則屬於一種客觀存在的機制或制度，不僅民營電廠僅能消極、被動接受其存在與實際運作，縱使是台電公司本身亦不能憑其一己主觀認知及喜好，任意變更其調度規則及原則。若此，則姑且不論能量費率高低是否得成為促成本案中民營電廠業者彼此間相互競爭的要素，至少可以肯定的是，其本身即是基於長期購電契約所固定的計算方式及基礎而得出之客觀存在的能量費率，並無法左右經濟調度之實際運作及其結果。

三、長期購電契約於競爭法上之定位及其競爭效果

如同前述（貳一（一）），本案長期購電契約並未帶來電力市

度作業，不會也不能因為特定民營電廠業者配合計算公式的修改，就特別眷顧其電力，無視其能量費率水平及與其他業者間費率高低之比較。

¹⁹ 參照臺北高等行政法院 107 年度訴更二字第 116 號判決。

場的自由化或競爭。電力市場之自由化或競爭，乃是電業法 2017 年修正，容許發電業者得零售給大型用戶等終端消費者而於零售市場上存在競爭後，方始真正、正式發生²⁰。從而，日本論者對於依舊維持台電公司一家獨占，而僅是藉由長期購電契約鼓勵民營電廠設立之作法，認為其並非於電力市場中引進競爭，充其量僅是在新的電力採購階段時之競標而已²¹。同樣地，世界銀行二位電力經濟學者對此亦有同樣的見解：「此類契約僅提供在競標時點之競爭以獲取締結其契約權利，並不容許該競爭發展至其後市場內的交易階段。」²²由此可知，長期購電契約若有促進競爭或自由化之功能，僅在於政府採購時之競爭投標或競標行為而已，其後就如同前述因與台電公司締結長達 25 年，其所產生之電力僅能躉售給台電而不能銷售給第三人，而被套牢於一家獨買的台電公司之電力系統中。

²⁰ 日本公平交易委員會於針對日本電力市場自由化、引進競爭之際應有作為時所指出：就電力市場之自由化而言，「從競爭政策之觀點探討自由化之意義時，除促進電力事業間之競爭，並透過競爭以增進其經營效率性外，更應經由需求者選擇對象的擴大，令其得以享受競爭成果。職是，從需求者享受成果之觀點來看，在零售市場上，競爭的有效運作非常重要。」參照日本公正取引委員會，電力市場における競争の在り方について，公正取引委員會，頁 2，https://www.jftc.go.jp/dk/kiseikaikaku/index_files/12092101hontai.pdf (2024/03/25，造訪)。

²¹ 矢島正之，電力市場自由化の諸類型とその比較評価，電力經濟研究，第 33 號，頁 5 (1994)。

²² R. W. Bacon & J. Besant-Jones, *Global Electric Power Reform, Privatization and Liberalization of the Electric Power Industry in Developing Countries*, WORLD BANK ENERGY & MINING SECTOR BOARD DISCUSSION PAPER SERIES NO. 2, June 2002, at 9, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/226491468780869282/pdf/280850Global0electric0power0EMS0no-02.pdf> (last visited Mar. 25, 2024).

長期購電契約不僅未具有促進電力市場競爭或自由化之效果，依據歐盟執委會過去對蘇格蘭電力事業所為處分，甚至可以發現其具有高度的限制競爭效果。於 1991 年對蘇格蘭電力事業的處分書中²³，歐盟執委會明確指出長期購電契約因內含有限制競爭效果，而為當時歐盟競爭法第 85 條第 1 項（現為 TFEU 第 101 條第 1 項）所禁止。依據歐盟執委會之見解，長期購電契約具有下列三種限制競爭效果：（1）系爭契約限制發電事業僅能將其電力銷售給二家被指定事業，而不得銷售給其他事業，從而具有封鎖市場之效果；（2）二家被指定事業依固定比例購買電能而不得超出此限額購電，結果導致二家事業間無法對他方取得任何競爭優勢，限制二者間之競爭；（3）售電或購電價格因合約而被長期固定，且二家被指定事業間之價格幾乎相同，限制價格競爭²⁴。若上開長期購電契約的銷售對象，並非僅限於 1 家而是 2 家事業，都有如此限制競爭效果，則如同本案之長期購電契約僅得躉售給台電公司 1 家事業之作法，其限制競爭效果理當更為嚴重。

將歐盟執委會上開見解及前述其關於長期購電契約之法律性質見解（貳一（二））二者加以整合，當可知悉，歐盟執委會於其競爭法與長期購電契約之適用關係上，基本上存在二種處理模式。首先，當其會員國國內僅存在一家獨買的國（公）營電力事業時，其可能是為促進國內外對於其電力開發的投資、或是為推動環保、綠能、再生能源等特定政策目的，電力事業主管機關遂

²³ See 1991 O.J. (L 178) 31.

²⁴ 惟須注意者，儘管系爭長期購電契約具有如此限制競爭效果，歐盟執委會於本案例中，最後仍以系爭契約係蘇格蘭政府為促進電業民營化、自由化政策之手段，將其排除於歐盟競爭法的適用對象外。See Laura Onofri, *Electricity Market Restructuring and Energy Contracts: A Critical Note on the EU Commission's NEA Decision*, 20 EUR. J. L. & ECON. 71, 77 (2005).

要求該獨買事業必須與新設立之民營電廠業者簽訂長期購電契約，此際該長期購電契約於法律上被定位為一種政府補貼，屬於政府行為之一，競爭法於此不當對其行為加以適用，應由規範會員國政府補貼行為之規定，檢討系爭政府補貼的合法性²⁵。其次，在上開 1991 年對蘇格蘭電力事業的處分書中²⁶，歐盟執委會雖因電力購買者並非單一而有 2 家事業，而一方面認定系爭構成歐盟競爭法上的協定，並因其限制競爭效果而違反其聯合行為（垂直性）禁制規定，但最後卻仍主要以系爭長期購電契約係蘇格蘭電力市場民營化、自由化政策的重要環節，認為其符合歐盟競爭法適用除外之規定，而將其排除於歐盟競爭法的適用對象外²⁷。

由上可知，縱使長期購電契約本質上具有高度限制競爭效果，但在原本即無競爭可言的台電公司一家獨占發電、輸電、配電、售電等所有電力階段之行為當時的我國電力市場狀態下，性質上在是如何限制競爭的契約或協定，都不可能再對於原本即無任何競爭存在的市場，帶來任何限制競爭的效果，反而因其所具有的風險分擔或風險轉嫁功能，而促使原本無意從事發電之業

²⁵ 參照前揭註 15-17 之內容敘述以及其所註釋之本文內容敘述。

²⁶ 參照前揭註 23-24 之內容敘述以及其所註釋之本文內容敘述。

²⁷ 惟須注意者，歐盟競爭法區別二種不同類型的長期購電契約，並對其施以不同的法律適用方式。首先，當系爭長期購電契約係於新興發電事業與通常居於買方獨占之事業間所簽訂者，因大多係電力事業主管機關為實現特定政策目的所為要求，故其法律適用如同本文所述，或視其為政府補貼行為、或認定其符合競爭法適用除外之規定。相對於此，當系爭長期購電契約係由發電業或售電業與末端需求者直接簽訂時，則因通常並無任何政策目的隱含其間，故將之以一般事業競爭行為加以對待，直接從競爭法角度審視此類契約的合法性，適用以競爭法規定。See Dominique Finon et al., *Intorduction*, in: JEAN-MICHEL GLACHANT, DOMINIQUE FINON & ADRIEN DE HAUTECLOCQUE EDS., *COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE* 1-9 (2011).

者，於長期購電契約設計下，因而有意願配合政府政策建置發電設備將其電力躉售給台電公司。從而，長期購電契約難能從競爭政策或競爭法評價其定位，而必須以其於「產業政策」、「電力政策」所具有的屬性及功能，加以評價之。雖然，有認為本案長期購電契約因其借款利率設計不良而導致台電公司長期付出高額容量費率，但此種事後諸葛，完全漠視其增進電力供給量、維持電力供給穩定性之功能。

正如同包含 2 位諾貝爾經濟學獎得主在內的 20 名美國著名電力經濟學者，於 *Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District No. 1 of Snohomish County* 一案中²⁸，向美國聯邦最高法院所提出「法庭之友」中所詳陳，以事後諸葛之明看待現今電力價格過高一事，完全漠視契約交涉、議定當時，深思熟慮、經驗老道的當事人是如何決定其風險分配及承擔後，方始決定價格之計算方式²⁹。美國聯邦最高法院於該案判決中，亦肯定上開見解而認為，倘若因市場機制未能有效運作而同意得於事後修改契約條款，勢將大幅破壞長期契約之安定性；而任意介入系爭費率是否處於「合理區位」(Zone of Reasonableness)之判斷，不僅將引發鉅額行政成本，且超出法院權責與能力，其介入應深加慎思³⁰。同樣的看法，亦可見於法律經濟分析大師 Richard A. Posner 前法官之以下闡述：「固定價格契約係明示地將市場價格上漲之風險分

²⁸ *Morgan Stanley Capital Grp. Inc. v. Public Util. Dist. No. 1 of Snohomish Cty.*, 554 U.S. 527 (2008).

²⁹ William J. Baumol et al., *Supreme Court Amicus Brief Regarding Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District No. 1 of Snohomish County*, Washington, AEI-BROOKINGS JOINT CTR. BRIEF NO. 07-02, November 2007, at 8-9, <http://ssrn.com/abstract=1034200> (last visited Mar. 25, 2024).

³⁰ *Morgan Stanley Capital Grp. Inc. v. Public Util. Dist. No. 1 of Snohomish Cty.*, 554 U.S. at 549-50.

配給賣方，而將市場價格降低之風險分配給買方……倘若買方未能正確預測市場風險，因此發現其被套牢不利契約中，其所得為者僅是譴責自己，而不能藉由主張給付不能或相關法理而將風險轉回給賣方。」³¹

原本，倘若我國電力市場已經自由化從而不論是於發電階段之躉售市場、抑或是在零售市場上皆存在競爭，而得令包含風險負擔、移轉等成本皆可合理納入電價費率之計算時，則本案中所產生之利率變化風險實是供電穩定性的對價或代價，而應納入、反映至最終的電價費率計算公式中，台電公司亦不當因此而長期虧損或負擔所謂的過高購電費率。所謂長期虧損或過高購電費率，實是我國電力產業於本案行為當時完全沒有自由化舉動，其零售價格受到政府及政策目的的高度操作及管制，未能有效反映各種成本因素所致，實非長期購電契約之過³²。若有所謂過高價格長期間存在之現象，則從競爭政策角度來看，當可推論，系爭相關市場已經發生市場失靈狀況，就本案而言，即是存在法定獨占的台電公司；倘若就此市場失靈問題，政府依舊無意或尚未準備修正法律，於該當市場引進競爭，則競爭法或競爭政策於此實無介入空間或扮演其角色，其最多僅能是藉由競爭倡議

³¹ N. Ind. Pub. Serv. Co. v. Carbon Cty. Coal Co., 799 F.2d 265, 278 (7th Cir. 1986).

³² 世界銀行的電力經濟學者早於 2000 年即為文指出，在民營電廠模式下，單一買方所必須承受價格長期過高之風險，實為整體電力制度設計所致並屬於其內在因子，僅將其問題歸責於民營電廠業者無意修改契約條款，不無見樹不見林之感。See Laszlo Lovei, *The Single-Buyer Model: A Dangerous Path toward Competitive Electricity Markets*, PUB. POL'Y FOR PRIV. SECTOR, Dec. 2000, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/779321468780281965/pdf/22403-Replacement-file-225LOVEI.pdf> (last visited Mar. 25, 2024).

（competition advocacy）敦促政府早日開放系爭市場的自由化、促進市場進入。若能有此正確認知，則對於在市場嚴重失靈狀況下所產生的長期購電契約，即不能從競爭政策或競爭法觀點，論斷其是與非，而應從產業政策、維持電力供給穩定的電力政策等觀點，評價其存在意義及價值，方能清楚得知其應有的歷史使命與任務。

然而，相當遺憾地，公平會處分及認證其處分之最高行判決皆未正確認知到長期購電契約所具有之產業政策、電力政策上的存在意義與價值，而汲汲營營從競爭法觀點評價其功能與意義。以下，就公平會處分及最高行判決針對本案長期購電契約及民營業者有關於此之行為的認知及評價，加以研析及討論。

叁、長期購電契約與相關市場界定

如同後述（肆三），在本案長期購電契約期間長達 25 年且民營電廠所發電力僅能躉售給台電公司一家買方的情況下，事實上契約雙方已然形成一種雙向獨占或結合關係，民營電廠實際上被台電公司納入其整體電力系統中；若此，則並無必要再行探究本案相關市場為何？於民事損害賠償案件中，針對台電公司主要依據公平會處分，主張本案相關市場乃是「民營電廠業者發電後將電能躉售與台電公司之發電市場」，臺高院判決貳四（二）1（3）①認為，公平會處分「將輸電業、配電業、售電業於發電市場混為一談，且未將汽電共生業及再生能源等其他發電業考量在內其市場之界定已有不當」，進而放棄本案相關市場之界定。相對於此，最高行判決理由六（三）則將本案相關市場界定為臺灣全島之發電市場。最高行判決認知之基礎為何？應如何評價？

一、最高行政法院判決之相關市場界定

最高行判決理由六（三）對於本案相關市場，如此說明：「我國本島係屬單一電力網，各民營電廠業者分別供電至輔助參加人之變電所後，輔助參加人得跨區統籌調度 9 家民營電廠業者所提供之電力，且各民營電廠業者間所提供之電力特性相同，具有高度需求或供給替代性，輔助參加人即有於各民營電廠業者間選擇或轉換交易對象之可能……基於民營電廠業者與其他發電業者所供應之電力具有替代性，加上國內本島係屬單一電力網，即可容易地將渠等所提供之電力輸配送至臺灣本島任一區域，故以臺灣本島構成一地理市場範圍。而就本件產品市場部分，包括被上訴人在內之 9 家民營電廠業者出售予輔助參加人之產品均為電力，渠等出售之電力僅止於發電予輔助參加人之階段，並於完成供電至長期購電契約所約定之變電所後，其後均由輔助參加人統籌輸配送電力，是本件產品應為發電階段之電力，並以『發電階段的電力』為一特定產品市場範圍。是原處分就本件市場之界定，於法核屬有據。」

由上可知，最高行判決認為，本案系爭相關市場為臺灣本島的發電電力交易市場。然而，相關市場界定乃是競爭法上高度困難之課題³³，最高行判決如此直觀式地市場界定方式，是否符合其上述說明之結論所言，「核屬有據」呢？

現今關於競爭法相關市場之界定方式，多採行所謂「假設性獨占者檢測法」（Hypothetical Monopoly Test, HMT）及「最小市場範圍原則」（the smallest market principle）。後者係指若依據前者之市場界定方法，可以得出複數以上之相關市場結果時，則應

³³ See generally Louis Kaplow, *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, 79(1) ANTITRUST L.J. 361 (2013).

選取市場範圍最小者，為其相關市場³⁴。依據「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」（以下稱「相關市場界定處理原則」）第 9 點第 1 項之說明，藉由假設性獨占者檢測法界定相關市場時，其具體作法及應注意事項如下：「假設性獨占者檢測法是指假設市場上有一獨占者，檢測該假設性獨占者在進行微幅但顯著的非暫時性價格調漲前後之利潤變化情形；當價格調漲使該假設性獨占者利潤減少，則表示原先界定之相關市場太小，而須將其他具替代性之產品或地理區域納入，再重複進行檢測，直到價格調漲而該假設性獨占者不減少利潤為止，即完成相關市場界定。」相關市場界定處理原則第 9 點第 2 項則特別提醒：「運用假設性獨占者檢測法時，須注意下列事項：（一）在使用假設性獨占者檢測法界定相關市場時，選取之基準價格宜為市場競爭性價格。（二）至於價格上漲幅度，一般情況下為百分之五至百分之十，但在具體個案判斷時則依案件涉及之產業或市場特性調整價格上漲幅度。（三）運用假設性獨占者檢測法界定相關市場時，尚須依第四點或第五點所列各項因素綜合考量。」

由相關市場界定處理原則第 9 點第 1 項可知，相關市場界定之操作核心在於「微幅但顯著的非暫時性價格調漲」（Small but Significant and Non-transitory Increase in Price, SSNIP），論者就此有如下闡明：「假設性獨占者測試之主要精神在判斷當產品間存在競爭關係時，產品的需求替代性抑制各產品價格上漲至獨占價格之能力。」³⁵倘若系爭商品之交易有價格時，則其市場界定方式乃是藉由此「微幅但顯著的非暫時性價格調漲」，逐步對外擴充其

³⁴ 有關於「假設性獨占者檢測法」及「最小市場範圍原則」之概念及其實際操作方式，參照陳嘉雯、胡偉民，使用假設性獨占檢界定市場：以中國大陸新車銷售市場為例，公平交易季刊，第 23 卷第 4 期，頁 136-161（2015）。

³⁵ 陳嘉雯、胡偉民，前揭註，頁 139。

地理市場及產品市場範圍，直至此種價格調漲對該假設性獨占者而言，已不會因此而減少其獲利為止。此際，正如同相關市場界定處理原則第 9 點第 2 項第 1、2 款所言，其價格應以「市場競爭性價格」為起始基準，而價格調漲幅度則一般為 5-10%。

依照最高行判決之說明，所有民營電廠之電力全數納入台電公司的電力系統，由台電公司統一調度；依照此一見解，所有民營電廠之電力間並無任何差別，其間替代率 100%，從而不僅將其價格提高 5%、縱令只是調漲 1%，台電公司亦將會放棄漲價之民營電廠，轉而購買其他民營電廠之電力。惟須注意者，「假設性獨占者檢測法」的基本概念在於「假設」，「假設」該獨占者可以調漲其價格。然而，如同前述（貳二（一）），於本案長期購電契約中，不僅保證時段中之容量費率，其計算方式及基礎，於契約存續期間中係屬固定而無法變動；縱令是能量費率中可能變動的變動營運與維護費率及燃料成本費率，亦非可以任由契約當事人擅自決定是否、如何變動，而必須依據客觀的會計準則及燃料的市場價格進行調整，且一旦變動，亦非針對特定契約當事人進行變動，而係所有 9 家民營電廠一律的長期購電契約計算方式與基礎，一起發生同樣的變動。

若此，則假設依據上開假設性獨占者檢測法界定本案相關市場，從特定民營電廠之電力產品出發，假設若該電廠業者調漲其電力價格 5%，則會發生什麼情況？該民營電廠業者會很簡單、快速地回答您，什麼都不會發生。因為依照長期購電契約規定，渠根本不能調整電力價格，所以這種假設性的問題，一開始就不存在。由此可知，最高行判決本案相關市場界定的最大問題點在於，其乃是在一個完全沒有受到長達 25 年長期購電契約拘束之自由化、競爭性的理想市場狀況下，從事本案相關市場界定作業，惟當最高行判決於其判決理由六（三）開頭即謂「我國電力市場

尚未完全自由化……」時，已可知悉，其說理與認知，前後發生矛盾。

實則，在價格調漲因受長期購電契約之限制而無法為之，且電力躉售數量亦因契約中之保證時段及台電公司單方面的經濟調度，致使民營電廠無法自主控制時，若硬要就本案界定一個相關市場，則只能求諸價格、數量以外之要素。此際，相關市場界定處理原則第 3 點第 2 項，提供一個重要的觀點。該項規定如此述說：「本會從產品市場及地理市場二面向界定相關市場範圍；另得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響。」在本案因長期購電契約而無法依照正常的價格調漲作法，界定地理及產品市場的情況下，藉由該項規定所稱的「時間」界定相關市場，或許是可行之道。

二、依照「時間」因素界定相關市場

從最高行判決理由六（四）2、3 分別就民營電廠業者於保證時段及非保證時段，可能發生競爭的因素及情況來看，其實已經暗示本案相關市場不無可以藉由「時間」因素，加以界定。實則，就電力產品而言，其市場界定受到時間因素影響甚大。在電力無法儲藏且須同時同量消費的特性下，電力市場除一般較為固定的基礎容量市場外，尚存在因應短時間需求變動而成立之「電力調節市場」³⁶。歐盟電力市場實務運作中，亦有依照需求時段而區分為（1）離峰時段（off-peak hour）市場、（2）尖峰時段（peak hour）市場，以及（3）超級尖峰時段（super peak hour）市場等三種不同相關商品市場³⁷。由此已可窺知，縱令是對同一交易相對人銷

³⁶ 如同後述註 44-45 之內容敘述以及其所註釋之本文內容說明，美國法多稱此為「Imbalance Market」，歐盟則以「Balancing Market」名之。

³⁷ See Guido Cervigni & Dmitri Perekhodtse, *Wholesale Electricity*

售完全同樣的電力產品，亦可能因時間因素而於各時段電力間不存在替代或轉換可能性，故無法單純僅因其交易相對人相同、電力商品相同，而將之籠統界定為同一相關產品市場。

甚者，縱令是同一時段所銷售之同一電力產品，亦可能因為售電契約存續期間長短或售電量不同，而可區分為不同相關市場。例如，在歐盟執委會 2010 年 3 月 17 日有關法國電力業者的處分中，即針對末端消費者售電之長期售電契約本身與其他短期契約或售電量較少之契約加以區隔，單獨將長期售電契約界定為一個相關市場³⁸。由此外國法制實務運作經驗當可理解，電力產品相關市場之界定，並非如同最高行判決所言，只要抓住針對同一交易相對人（台電公司）銷售同屬電力之商品，即有界定出相關市場的可能。

實則，時間面向作為相關市場界定之考慮要素，屢見不鮮，例如於地理市場界定时，倘若系爭商品具有容易腐爛之特性，則可因其運輸時間長短所達距離，界定其地理市場。甚至可能因為季節性生產因素，使得相關商品市場必須依其時令，加以界定³⁹。有鑑於此，英國競爭法主管機關於其所發行之「市場界定」一書

Markets, in: PIPPO RANCI & GUIDO CERVIGNI EDS., *THE ECONOMICS OF ELECTRICITY MARKETS: THEORY AND POLICY* 51 (2013).

³⁸ 該案中，歐盟競爭法主管機關認定系爭電力零售市場存在三種不同類型的市場：（1）the supply of electricity to large industrial and commercial customers；（2）the supply of electricity to small industrial and commercial customers；（3）the supply of electricity to residential customers。COMMISSION DECISION relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/39.386 – Long-term contracts France), para. 17.

³⁹ MASSIMO MOTTA, *COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE* 110-111 (2004).

中，遂將「時間市場」(Temporal Market)並列為產品市場及地理市場以外之相關市場界定時應考量面向之一⁴⁰；其認為，時間面向之所以成為市場界定要素，在於因生產時段及消費時段的的不同，可能會影響市場界定。具體而言，英國競爭法主管機關主張，尖峰時段及離峰時段可能構成不同產品市場，其論理特別適用於大眾運輸服務及「電力」等公用事業服務⁴¹。尤其是，於下列二種情形，將時間面向認定為市場界定要素，實屬適切：(1) 消費者無法在不同時間區段中進行消費替代之情形，例如尖峰時段的消費者可能不會認為離峰時段的火車票具有替代性；(2) 供給者無法在不同時間區段中進行供給替代之情形，例如水果作物生產可能因不同時節而有不同種類之水果，難能在不同季節中充分供應各種水果⁴²。惟須注意者，英國競爭法主管機關認為，時間面向實際上乃是產品面向之延伸，通常應將其作為產品市場界定時的考量要素之一⁴³。

就電力市場而言，在美、歐等國法制的實務運作中，存在所謂「電力調節市場」，美國法多稱此為「Imbalance Market」⁴⁴，歐盟法則以「Balancing Market」名之⁴⁵。此種電力調節市場獨立存

⁴⁰ OFFICE OF TRADING, MARKET DEFINITION 18 (2004), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf (last visited Mar. 25, 2024).

⁴¹ *Id.* at 19.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ See e.g., NATIONAL RENEWABLE ENERGY LABORATORY, ENERGY IMBALANCE MARKETS, <http://www.nrel.gov/docs/fy12osti/56236.pdf> (last visited Mar. 25, 2024).

⁴⁵ See e.g., EUROPEAN REGULATORS' GROUP FOR ELECTRICITY AND GAS, ERGEG GUIDELINES OF GOOD PRACTICE FOR ELECTRICITY BALANCING MARKET INTEGRATION, <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/7436f6ea-6b1b-6ff2-5181-960a7ce10468> (last visited Mar.

在之緣起，導因於販售電力給末端需求者之售電事業，其所售電力來源或因自己身兼發電事業而受發電能力限制，無法在所有時間、特別是電力消費之尖峰時段，滿足購電者的全部需求，必須自該電力調節市場中針對電力供給不足量購買電力提供其購電者消費；或因售電事業本身並未自行發電，其所販售電能全部依其對需求者之預期消費量，事先與發電事業簽訂固定數量的購電契約，惟與前述自為發電業之售電事業相同，契約購電量可能無法於所有時間滿足購電者的全部需求，從而亦必須自電力調節市場上，即時購買超出其原本所預期的電力消費量。

綜上可知，電力調節市場之所以構成單獨的電力產品市場，在於其與外部的一般電力市場間不存在替代性。如同前述英國競爭法主管機關於將時間面向設定為相關市場界定要素後，進而以電力提供為例，認定尖峰時段與離峰時段之電力間，構成不同產品市場一樣，電力調節市場設立所欲解決之問題，亦係售電事業於尖峰時段無法提供需求者所需之全部電力，故而轉至電力調節市場中另行購電補充其供給不足之電量。若此，則就發電事業與售電事業之交易階段以觀，在電力無法儲藏而需同時同量消費的情況下，此交易階段中之需求者的售電事業，既不能要求發電事業將其於離峰時段未消費之電力，儲藏至尖峰時段再行消費，亦無法在一般電力市場與電力調節市場中自由轉換、相互調度，取得所需電力，滿足其購電者全部電力需求。同理，對處於此一交易階段之供給者的發電事業而言，其不能因電力調節市場費率較高，即漠視原有的供電契約義務，將於一般電力市場受供電契約拘束之電力，轉提供至電力調節市場，致使一般電力市場上之電力供給不足。

在時間面向的驅使下，將尖峰、離峰時段問題納入考量對象後，將使得處於電力調節市場與其外部之一般電力市場間之電力，不再具有需求及供給的可替代性，成為二個各自獨立之市場。雖然，於本案系爭行為發生時，我國並未存在電力交易市場或電力調節市場，僅有台電公司依照其所認為的經濟調度原則逕行為電力調度；但上開有關電力調節市場與一般電力市場之市場界定概念及理論，亦可適用至本案長期購電契約中所載明之保證時段與非保證時段市場。依據本案長期購電契約規定，台電公司必須依據「take or pay」原則，不論消費有無，每年向民營電廠業者購買一定時數或數量的電力並支付其對價，依此所支付之價格稱為保證時段費率；此外，於非保證時段電力需求高而超出長期購電契約所約定之購電量時，再依其經濟調度等原則，購買所需電量，因此所支付之對價為非保證時段費率。由此可知，保證時段費率與非保證時段費率不僅價格計算方式及高低不同，二者間亦不具有需求及供給的替代性。

首先，從需求者之台電公司的觀點來看，其因長期購電契約記載之「take or pay」原則，無論消費有無均須支付固定時數的保證時段費率，其既無法要求民營電廠業者將其保證時段所未消費完畢之電力儲藏至非保證時段進行消費，亦不能拒絕消費、支付屬非保證時段之電力費率，而企圖以過去屬保證時段中尚未消耗殆盡之電力費率抵充或抵銷之。其次，就供給者之民營電廠業者以觀，渠等亦不能因屬非保證時段費率之電力價格較高，即任意以屬非保證時段費率之電力替代屬保證時段費率電力之供給。申言之，不論就本案長期購電契約中之需求者台電公司而言，抑或從供給者之民營電廠業者角度以觀，屬保證時段費率之電力與屬非保證時段費率之電力，二者間並不具有需求或供給的可替代性，自不能認定屬於同一產品市場。

最高行判決之所以忽略、漠視此一重要事實，或在於其過度執著「民營電廠業者彼此間處於同一產銷階段，渠等之電力產品具有替代性」⁴⁶之誤解。美國反托拉斯法巨擘 Herbert Hovenkamp 教授特別提醒，吾人不能因為二個商品之消費者群相同，即遽然認定渠等屬於同一產品市場⁴⁷。縱令二個商品於其功能上具備完全的可替代性，亦不致因此而可斷言渠等屬於同一產品市場，於其產品生產成本不同時，二者商品仍有可能各自構成其不同的獨立產品市場⁴⁸。於此認知下，最高行判決實不能以保證時段費率

⁴⁶ 參照最高行判決理由六（四）。

⁴⁷ HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY, THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 119-20 (6th ed. 2020). 事實上，過去公平會亦曾犯下如此論理方式的市場界定謬誤。例如在纏訟 10 餘年的 CD-R 一案中，公平會以飛利浦等事業共同授權給同一產銷階段、同一交易相對人的 CD-R 製造商，且其授權標的同樣為製造 CD-R 之技術，從而從事該當共同授權行為之飛利浦等事業因此構成一相關市場、彼此間具有競爭關係，其共同授權行為該當於公平法所禁止之聯合行為。對此種以交易相對人、產銷階段相同即貿然界定市場之舉動，最高行政法院 96 年度判字第 553 號判決，予以嚴厲駁斥。該號判決指出，縱令飛利浦等事業對於同一產銷階段之同一交易相對人授權同為製造 CD-R 所需之專利，但由於該等專利技術間並不具備替代可能性，而係屬於互補性技術，故不能認定飛利浦等事業彼此間存在以替代性為前提的競爭關係，系爭技術整體亦當然不能成立一個相關市場。有關於此之詳細說明，參照黃銘傑，技術標準與專利聯盟（Patent Pool）中獨占地位之取得及其濫用時之救濟措施初探——美國聯邦交易委員會 In the Matter of Rambus, Inc. 案之啟示，收錄於競爭法與智慧財產法之交會——相生與相剋之間，頁 343-346，元照出版有限公司，2 版（2009）。

⁴⁸ 美國反托拉斯法實務運作中，即曾對於功能完全相同而於其相互間具有替代性之二個產品，但因著眼其產製成本不同，而認定其分屬不同產品市場。See Consolidated Gas Co. v. City Gas Co., 880 F.2d 297 (11th Cir. 1989). 由此可知，實難僅因電力性質、功能相同，即無視其價格及提供時間之不同，一律認定屬於同一產品市場。

與非保證時段費率規定於同一部契約中、其購買者皆為台電公司、不論是屬保證時段費率或屬非保證時段費率的電力其性質、功能完全相同，即無視其價格及提供時間之不同，一律認定屬同一產品市場。在加入時間面向之市場界定要素，並基此進行需求及供給的替代性分析後，可以清楚得知，本案之產品市場並非如最高行判決分所言，僅成立一個所謂「發電市場」，而應再區分為屬保證時段費率之「保證時段市場」與屬非保證時段費率之「非保證時段市場」。

從以上敘述可知，由於長期購電契約的存在，導致於其契約存續期間中，不論是容量費率、抑或是能量費率，民營電廠業者皆無法任意加以調整，從而以價格調漲一定比例進行「微幅但顯著的非暫時性價格調漲」分析的「假設性獨占者檢測法」，於此即無法發揮其市場界定功能。於此情況下，若一定要界定本案相關市場，就必須藉助時間面向，並據此而界定出保證時段與非保證時段二個相關市場。雖然，就相關市場界定理論及理念而言，本案或可著眼其時間面向，而界定出保證時段市場與非保證時段二個相關市場。但就實質而言，此種市場界定作業，其意義僅存在爭取締結長期購電契約階段，一旦完成簽約程序，保證時段及非保證時段市場即被各自之長期購電契約所套牢，各家民營電廠業者與台電公司因此產生互為獨占之雙向獨占態勢，各自形成 1 個相關市場；於此各自之相關市場中，再行區分保證時段市場與非保證時段市場，並無實質意義。換節，就此論述。

肆、長期購電契約之競爭關係及雙向獨占

一、最高行政法院及臺灣高等法院判決對本案競爭關係之見解

本案涉案的 9 家民營電廠彼此間，是否具有競爭關係，乃是最高行判決與臺高院判決最大歧異處。臺高院判決四（二）1（3）認為，民營電廠彼此間並不存在競爭關係，謂：「購售電合約之購電費率，為達前述吸引民間投資之目的，係以綁定 25 年之期限，固定購買民營電廠業者所生產電能之價格及費用……則對於我國發電市場唯一買受人即台電公司而言，自不會發生民營電廠業者藉由購電價格或發電量之調整，爭取與台電公司交易之競爭關係，而無水平競爭關係可言……就保證發電時段而言……台電公司一定要去調度保證發電時段發電，沒有替代保證發電時段的問題，縱未調度保證發電時段發電，仍需支付容量電費等語。基於經濟理性之選擇，台電公司不至於放棄調度保證發電時段民營電廠業者之電力商品（仍應支出該保證發電時段之容量電費），卻轉向其他民營電廠業者調度發電，致受有重複支出購電費用之不利益。故民營電廠業者於保證發電時段內發電之電力商品，對於唯一買方台電公司而言，並無相互替代之可能性，自無水平競爭關係存在。……就非保證發電時段而言……台電公司於非保證發電時段調度電力，並非以購電費率（發電成本）為唯一考量因素，而係以符合可靠、安全及有效率的運轉結果為優先考量，嗣再參酌發電成本（即非保證發電時段之『能量費率』）之因素。又台電公司於非保證發電時段究係向何家民營電廠業者、何時間、調度多少電力、購電價格為何，悉由台電公司依前開原則決定，民營電廠業者並不知情，且需無條件配合台電公司之電力調度發電。故民營電廠業者對於所生產之電力商品數量無法控制，購電價格

亦受限於系爭契約購電費率之拘束，無法任意調整，自無從藉由調整電力商品之價、量，產生水平競爭關係。」

相對於此，最高行判決在界定本案相關市場為臺灣全島發電交易市場的認知下，理所當然認定 9 家民營電廠間彼此具有競爭關係，其如是說：「由於長期購電契約購售電費率係由兩部分之費率組成，故須加計保證時段及非保證時段之應付總電費後，再除以總發電量，始可得知輔助參加人實際支付予民營電廠業者之『每度電力平均價格』（事後結清）。因此，輔助參加人最終對各民營電廠業者支付之電費及平均價格隨實際購買量而不同，實際平均交易價格係隨最終發電量而產生變化，亦即市場上之價格仍由需求數量與供給數量共同決定。在本件實際交易電量及平均價格並未確定之狀況下，民營電廠業者對交易數量及價格自仍有決定或影響之空間。加以，各民營電廠業者已投入之固定成本中無法回收之比例高低及潛在收益不同，渠等利害關係非屬完全一致，9 家民營電廠業者即可斟酌其個別情形，於契約期間或該長期契約屆期後，自行考量決定是否與輔助參加人協商調整契約相關購售電費率，當有實質競爭關係存在。」⁴⁹

在創造出統合保證時段、非保證時段費率並除以總躉售數後所得的「每度電力平均價格」之特異概念後，進而基此而認定「民營電廠業者對交易數量及價格自仍有決定或影響之空間」，且因其成本等之不同，故不論是於契約期間中或屆滿後，皆有實質競爭關係存在。判決理由中，令人不解的是，本案爭點在於行為時、亦即契約存續期間中，民營電廠彼此間是否具備競爭關係，但最高行判決卻將此一競爭關係延伸到「契約屆期後」，其意義為何，令人不解。其次，以各家民營電廠業者所謂的「每度電力平均價

⁴⁹ 參照最高行判決理由六（四）2。

格」不同，導引出渠等就「交易數量及價格自仍有決定或影響之空間」，實是倒果為因。蓋交易價格（費率）及保證時段之躉售數量、非保證時段之躉售數量，乃是分別依據長期購電契約條款規定、台電公司經濟調度數量決定，並基此方得計算出最高行判決所稱「每度電力平均價格」；且於契約締結後，民營電廠對於保證時段、非保證時段費率，以及台電公司所為經濟調度，皆不能自行變更或干涉。

原本，如果依照最高行判決上開見解，則不論於保證時段、抑或是於非保證時段之相關市場中，民營電廠彼此間已具有競爭關係，當毋庸針對非保證時段的競爭關係議題，再加論述。但最高行判決或為強化其競爭關係論證，於上開判決理由後，接著說明：「復就非保證時段之售電，各民營電廠業者有無競爭乙節……依『經濟調度原則』、『優良電業運行慣例』，能量費率之高低，確為輔助參加人是否優先調度購電之重要考量因素，是以能量費率即為非保證時段之競爭因素……民營電廠業者間就此所競爭爭取者，係非保證時段內購電數量多寡之交易機會。倘能量費率較低之前順位民營電廠業者無法配合調度，輔助參加人須迅即向次一順位民營電廠業者調度，以及時進行電力供應。」⁵⁰

然而，如同前述（貳二（二）），經濟調度原則乃是一種客觀存在的機制或制度，不僅民營電廠僅能消極、被動接受其存在與實際調度作業，縱使是台電公司本身亦不能憑其一己主觀認知及喜好，恣意變更其調度規則及原則。能量費率高低的確是台電公司經濟調度時包含電力系統安全、水資源運用、環保控制、燃料供應、供電品質、機組特性、負載管理等在内的考量要素之一，但其費率計算方式及基礎硬性規定於長期購電契約中，並非民營

⁵⁰ 最高行判決理由六（四）3。

電廠業者可以依據台電公司各該調度作業情境，自行要求降低其能量費率，請求台電公司多多調度其電力，於公平會處分、各審法院訴訟中，亦未嘗聽聞台電公司曾以多調度其電力為條件，要求民營電廠業者於當下調降其費率。當最高行判決說「倘能量費率較低之前順位民營電廠業者無法配合調度，輔助參加人須迅即向次一順位民營電廠業者調度」時，似乎其他電力系統安全、水資源運用、環保控制、燃料供應、供電品質、機組特性、負載管理等考量要素，在費率高低前都只能站一邊，讓位出來給能量費率要素。但實際上，正如同臺北高等行政法院於其事實審時所發現，能量費率高的民營電廠，經由經濟調度所躉售給台電公司的電力數量，反而比能量費率較低之民營電廠多⁵¹。最高行判決雖然承認此一事實，但認定該事實不能否定其關於能量費率得以作為民營電廠間彼此競爭的要素。

實則，倘若能對競爭概念有正確的認識，則不僅是最高行判決認為可以變動的能量費率，即使固定不變的容量費率，亦可能成為競爭要素。只是，此際又必須加入時間面向要素，民營電廠業者可以彼此競爭的時間點，並不在於被 25 年長期購電契約套牢的本案行為當時，而在於締結該當長期購電契約前之競標時點，或在於最高行判決前述所說的契約期間屆滿後，雙方若有繼續維持供電關係時之重新議價、簽約的時間點。有別於一般之「市場內競爭」(competition in the market) 概念，該種競爭稱之為「獲取市場之競爭」(competition for the market)。

二、「市場內競爭」v.「獲取市場之競爭」

OECD 於 2019 年 12 月所召開的全球競爭論壇(Global Forum on Competition) 中，針對「獲取市場之競爭」議題，加以討論。

⁵¹ 參照前揭註 19 之內容敘述以及其所註釋之本文內容敘述。

依據該論壇之網頁記載，此種「獲取市場之競爭」，乃是產品所具有例如造成自然獨占之特質，使得事業競相成為該當相關市場之唯一供給者，而非僅是於該相關市場內競爭取得一定比例的市場占有率而已。造成此種「獲取市場之競爭」的具體類型，有：（1）自然獨占；（2）政府資助之獨占；（3）法律保護之獨占；（4）平台獨占⁵²。

由上可知，之所以存在或容許市場只能存在 1 家獨占事業，或因其產品性質所致，若由 2 家以上事業從事產品之生產製造，將造成不效率、浪費資源的結果，從而僅能容許 1 家事業獨占⁵³；或為實踐政府特定政策目的，而有法律規定僅容許 1 家事業進入該市場，成為法定獨占的存在。然而，不論是自然獨占、抑或是其他法定獨占，獨占事業 1 家將使得其所認為的合理價格訂定，遠高於市場競爭價格，進而造成社會的絕對損失（deadweight loss）。因此，於制度設計上，雖然不得不承認系爭相關市場只能有 1 家獨占事業的存在，但於其獲取該市場獨占地位前，可以使用競標的競爭方式，另有意取得該市場獨占權之事業，分別提出其未來廠房建設、設備購置、營運、收費等事業經營規劃，由其中選出最具經濟效率性之事業，令其獲取該當相關市場獨占權，促使該相關市場之運作成果盡量接近競爭市場結構⁵⁴。

由此「獲取市場之競爭」概念可知，在因競標而取得該市場之獨占地位前，的確可能存在眾多競爭者，希望可以獲取該市場

⁵² See OECD, Competition for-the-market, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-for-the-market.htm> (last visited Mar. 25, 2024).

⁵³ 有關自然獨占之說明，張清溪等，經濟學：理論與實際（上冊），頁 338，翰蘆圖書出版有限公司，6 版（2010）。

⁵⁴ See generally, ROBERT BALDWIN ET AL., UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 163-71 (2nd ed. 2012).

獨占地位。此際，制度設計者即可善用該當時點的競爭關係及強度，要求各該競爭者競相提出其於得標後將如何營運該市場、其產品對價高低等，並從產品低或符合其他條件者中，選出優勝者，賦予其獨占權。該當脫穎而出的優勝者，雖於獲取市場之際，競爭相當激烈，但一旦獲取市場後，就是一家獨大、別無分號了。本案中各家民營電廠業者，為取得與台電公司締結系爭長期購電契約之地位，亦是於事前必須對台電公司提示出各種容量費率、能量費率之計算方式及項目、建廠規劃、未來得提供之電能數量等，爭取台電公司的青睞、相互競爭，最後方由優者勝出，獲得與台電公司簽訂長期購電契約的權利。

於此招標、競標階段中，「未來的」各家民營電廠業者相互卯勁競爭，台電公司對於各家業者費率所考慮者，不單僅是能量費率，當然亦包括容量費率在內，從而各家業者於此階段必須從事激烈競爭者，就不只在於能量費率，亦涵蓋容量費率在內。質言之，於此階段中，不僅最高行判決所認知的能量費率得為非保證時段之競爭因素，即便是保證時段中的容量費率、能量費率亦皆成為競爭因素，無一倖免。然而，一旦招標階段結束，贏者勝出，長期購電契約簽訂完成後，即進入契約履行階段，一切依約行事，容量費率、能量費率高低固定取決於契約中記載之計算公式，台電公司及各家業者皆只能依照長期購電契約規定之費率進行交易，各家民營電廠業者所產生的電力依其各自契約所定費率被動接受台電公司調度，只要台電公司於非保證時段市場不違反經濟調度原則，各家民營電廠業者對其調度行為不能贊一詞。

如同前述⁵⁵，電力經濟學者早已指出，於此種一家獨買而數家發電業者存在的電力市場結構下，各家民營電廠業者的競爭關

⁵⁵ 參照前揭註 22 之內容敘述以及其所註釋之本文內容敘述。

係僅存在招標、競標階段，其後競爭關係將隨其階段性使命的完成而告消滅，於之後的市場交易過程中，不再具有競爭關係。在英國電力產業民營化過程中扮演重要角色的 Sally Hunt 女士，於其名著「Making Competition Work in Electricity」一書中，亦有如下闡述：「在單一獨占買家的模式中，只有在任何區域內所現存之垂直整合獨占電力事業，方被容許從多數競爭的發電廠中購買電力……民營電廠躉售給該電力事業之價格受到管制，但並非基於其服務成本，而係通常以某種競標方式決定最低成本投標者，於管制機關同意其競標過程及結果時，電力事業與民營電廠業者簽訂以其發電設備使用年限為契約期間之契約……於此單一獨占買家模式中，競爭僅存在於建設及營運電廠之競爭。⁵⁶」

上開「獲取市場之競爭」存在於每次要藉由招標、議價等程序，選取長期購電契約之相對人的情事中；從而，倘若未來本案系爭長期購電契約屆期，而我國電力市場結構依舊存在多家發電業而一家獨占地位存在的狀況，則此種「獲取市場之競爭」情事，亦將持續下去。若此，則或可推知，為何最高行判決明明要決定的是本案行為時（契約存續期間中）民營電廠業者彼此間是否存在競爭關係的問題，卻突然毫無頭緒，道：「該長期契約屆期後，自行考量決定是否與台電公司協商調整契約相關購售電費率，當有實質競爭關係存在。」最高行判決於此，當是混淆誤認「獲取市場之競爭」與「市場內競爭」二者概念。

三、長期購電契約與雙向獨占及垂直整合

不僅因為前項為「獲取市場之競爭」的競標設計，使得得標者於得標後取得市場獨占地位，但卻無法向台電公司以外第三人

⁵⁶ SALLY HUNT, MAKING COMPETITION WORK IN ELECTRICITY 41-43 (2002).

銷售電力之結果，本案長達 25 年且台電公司負有收購保證時段電力的長期購電契約設計，亦使得台電公司本身亦遭此契約套牢。蓋包含長期購電契約在內的長期契約，對於競爭都可能帶來以下三種不利效果：（1）因其排他性而套牢交易相對人、排除他事業的市場進入；（2）可能產生過高的價格設定及價格差別待遇情事；（3）特定契約條款造成市場分割⁵⁷。亦因此種套牢效應、市場分割、排除市場進入等限制競爭效果⁵⁸，經濟學者遂有認為，長期契約係獨占事業為繼續維持其獨占地位所運用之手法之一⁵⁹；法律經濟分析學者並進一步認為，長期契約將創造出雙方互為獨占之態勢，其他事業對於該當市場的進入完全被封閉在外⁶⁰。結果導致，縱使是擁有買方獨占之獨買事業（如本案中之台電公司），

⁵⁷ Adrien de Hauteclouque & Jean-Michel Glachant, *Long-term Contracts and Competition Policy in European Energy Markets*, in: JEAN-MICHEL GLACHANT, DOMINIQUE FINON & ADRIEN DE HAUTECLOUQUE EDS., *COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE* 213 (2011).

⁵⁸ See generally Joseph Farrell & Paul Klemperer, *Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects*, UC Berkeley Competition Policy Center (2006), <http://escholarship.org/uc/item/9n26k7v1>; Antonio Nicita, *Barriers to Entry by Lock-in Contracts: Breach Penalties and Specific Investments as Raising Rivals' Costs Strategies* (Quaderni Università di Siena Working Paper No. 4, 1999), <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/99051812.pdf?abstractid=164948&mirid=1> (last visited Mar. 25, 2024).

⁵⁹ “[F]irms maintain a position of monopoly or market dominance by securing exclusive, long-term contracts with key suppliers or customers.” Luis M. B. Cabral, *Staggered Contracts, Market Power, and Welfare* 1 (CEPR Discussion Paper No. DP10095, 2014), <http://ssrn.com/abstract=2501568> (last visited Mar. 25, 2024).

⁶⁰ Mireia Artigot i Golobardes & Fernando Gómez Pomar, *Long-term Contracts in the Law and Economics Literature*, in: GERRIT DE GEEST ED., *CONTRACT LAW AND ECONOMICS* 324-26 (2nd ed. 2011).

亦因此長期契約而於購買價格偏高時，無法轉換至其他價格更為優惠的賣家收購商品⁶¹，進而阻礙其他事業進入該當市場⁶²。

就本案擁具有「take-or-pay」特徵之長期購電契約而言，其長期間將契約雙方當事人相互套牢於一種雙方互為獨占的關係中⁶³。對此，長期研究各國電力市場發展的二位世界銀行經濟學家乃謂，與民營電廠契約相關之契約、特別是其中的長期購電契約，實與企圖在電力躉售市場中引進競爭理念難能相互融合⁶⁴。劍橋大學經濟系 Karsten Neuhoff 教授及德國經濟研究所 Christian von Hirschhausen 教授，對於長期購電契約所擁有之如此長期鎖住

61 “The buyer’s concern with long-term forward contracting, of course, is that it might lock in a higher price than it would have had to pay if it had purchased in nearer-term markets. This fear is especially large for regulated utilities acting as energy service providers in a restructured market.” Severin Borenstein, *The Trouble With Electricity Markets: Understanding California’s Restructuring Disaster*, 16(1) J. ECON. PERSP. 191, 202 (2002).

62 “[I]ncumbent operators may be able to deter entry through the sale of long-term contracts for the electricity that they generate.” OECD, *supra* note 12, at 45.

63 “[W]hen the contracts with take-or-pay obligations also set the territorial and use restrictions, entities become bound by a long-term bilateral monopoly contract.” Laura Rimšaitė, *The Perspective of Long-Term Energy Supply Contracts in the Context of European Union Competition Law*, 5(3) SOCIETAL STUD. 885, 890 (2013).

64 “IPP contracts in general, and power purchase agreements (PPAs) in particular, are not easy to reconcile with the introduction of competitive wholesale markets and with the achievement of sustained gains in efficiency.” Fiona Woolf & Jonathan Halpern, *Integrating Independent Power Producers into Emerging Wholesale Power Markets* 9 (World Bank Pol’y Res. Working Papers, Paper No. WPS2703, 2001), https://documents1.worldbank.org/curated/ar/367811468741352013/112512322_20041117161028/additional/multi0page.pdf. (last visited Mar. 25, 2024).

雙方當事人效應，有下述闡明：「長期的 take-or-pay 契約將契約買方與賣方長期間連結於一種雙向獨占（bilateral monopoly）態勢中，通常其期間為 15-20 年，於此期間中契約雙方負有嚴格被界定之義務。⁶⁵」如同前述⁶⁶，歐盟執委會過去於蘇格蘭電力一案中，亦曾指出長期購電契約所蘊含的下列三種限制競爭效果：（1）系爭契約限制發電事業僅能將其電力銷售給二家被指定事業，而不得銷售給其他事業，從而具有封鎖市場之效果；（2）二家被指定事業依固定比例購買電能而不得超出此限額購電，結果導致二家事業間無法對他方取得任何競爭優勢，限制二者間之競爭；（3）售電或購電價格因合約而被長期固定，且二家被指定事業間之價格幾乎相同，限制價格競爭。

由此經濟學者、法律經濟分析學者的研究成果以及歐盟的實務運作經驗可知，縱令是於長期契約、特別是長期購電契約簽訂前之階段，為爭取該當契約的締結而於參與競標者間存在「獲取市場之競爭」，惟一旦競標程序結束，得標人選決定、完成契約簽訂程序，契約當事人即於契約期間內為該當契約套牢，而不再與原競爭者處於競爭關係，該當契約本身亦排除其他事業或競爭者的市場進入，形成一種雙方互為獨占或雙向獨占之狀態。其情形有些類似美國聯邦最高法院 1992 年 *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.* 判決之事實⁶⁷。該當判決中，美國聯邦最高法院認定，影印機市場雖於販賣階段存在著各種不同品牌間的激烈競

⁶⁵ Karsten Neuhoff & Christian von Hirschhausen, *Long-term vs. Short-term Contracts: A European Perspective on Natural Gas 2* (Cambridge Working Papers in Econ., CWPE 0539 and EPRG 05, 2005), <https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/131595/eprg0505.pdf?sequence=1> (last visited Mar. 25, 2024).

⁶⁶ 參照前揭註 24 之內容敘述以及其所註釋之本文內容敘述。

⁶⁷ *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

爭，惟一旦消費者購入特定品牌之影印機後，由於該影印機的後續維修或零件供給等受到專利權等因素之限制，僅能由該品牌製造商所提供，導致消費者因而於維修或零件供給之「後續市場」(Aftermarket)上，被該品牌製造商鎖住，各該品牌影印機於此後續維修、零件供給上單獨成立一個市場，其製造商成為此後續市場上的獨占事業，受獨占地位濫用禁止規定所規範。倘若僅因專利權存在等事實因素，都可以導致影印機購買者於購買後遭致各該品牌製造商鎖住，而於此成立一個後續市場；舉輕明重，當雙方當事人簽訂白紙黑字的契約文書，承諾以契約所定價格、數量等進行後續交易並排除他人干擾、阻礙他人進入契約所處的市場時，各該契約本身已然成立一個單獨相關市場，該當市場中既然只有契約雙方當事人，自然不存在與其他事業的競爭關係。

甚至，吾人亦非不可著眼於此長期購電契約於競爭法上，實質上係一種整合上下游事業的手段，而認定契約當事人因此而成立競爭法上之結合關係，既然雙方事業已經因此結合，且所有 9 家民營電廠皆已與各自台電公司成立垂直結合關係，同時以台電公司為控制事業，彼此間形成一種兄弟公司而當然不再具有競爭關係。諾貝爾經濟學獎得主寇斯 (Ronald H. Coase) 教授早於其經典著作「企業的本質」⁶⁸一文中闡明，企業要將其所需原料或產品整合至企業內部自行生產，抑或是於市場上單發性採購，實係於比較二者所需交易成本後，作出決定。若所需原料或產品整合至企業內部自行生產所需花費之交易成本低於至現貨市場採購之交易成本，企業遂有將該等原料或產品整合納入企業內部生產之誘因；反之，當後者現貨採購的交易成本低於前者整合之交易成本時，企業將會選擇在現貨市場採購所需。過去，所謂「整合」

⁶⁸ Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4(16) *ECONOMICA* 386, 393-98 (1937).

(Integration)，被認為僅是股份或股權 (Ownership) 的單一或集中化，惟隨著對於寇斯所提交易成本概念研究的深化，所謂整合、特別是如同本案之上、下游企業間的垂直整合模式，已不再侷限於股份或股權的所有模式，利用長期契約鎖住契約當事人間供需關係，亦是一種垂直整合方式⁶⁹。

基於以上認知，美國反托拉斯法巨擘 Herbert Hovenkamp 教授遂主張，區分藉由所有權（或股權）的垂直整合與經由契約之垂直整合二者，現今已無實質意義，二種整合模式皆係為達成同一目的之不同手段，合理的事業應選擇對其本身最為有利之方式實現垂直整合目的，而長期契約即是其推動垂直整合的手段之一⁷⁰。就發電市場及長期購電契約而言，美國聯邦能源管制委員

⁶⁹ 參照另一位諾貝爾經濟學獎得主 OLIVER E. WILLIAMSON 在 THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM 一書第 5 章有關於此之說明。OLIVER E. WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM, CH.5 (Vertical Integration: Some Evidence) 103-30 (1985).

⁷⁰ Herbert J. Hovenkamp, *The Law of Vertical Integration and the Business Firm: 1880-1960*, 95 IOWA L. REV. 863, 883 (2010). 當是因為欠缺此種法律視點，從而經濟學者於研究本案之情事時，遂得出以下結論：「研究結果發現，和平電廠無法供電的事件，造成其他民營燃氣電廠每小時被台電公司多調度了約 350MWh 的電力，且在合約的非保證時段，和平電廠與其他民營燃氣電廠的移轉率約為 0.45。研究結果拒絕民營電廠間完全不具任何競爭關係的假說。」陳嘉雯，民營電廠在長期合約中的競爭關係：以台灣和平電廠輸電塔倒塌事件為例，經濟論文叢刊，第 49 輯第 4 期，頁 565 (2021)。毋庸置疑，僅就電力產品本身而言，不同發電廠所產生之電力，縱令該等電廠彼此間係屬於 100% 的控制從屬關係企業，當然具有競爭關係；問題在於，本案問題癥結核心在於，被長期購電契約所俘虜之民營電廠實質上是否具有公平法「事業」定義所須之「獨立性」要件，而得成為聯合行為主體。欠缺此種「事業」定義所須之實質性的「獨立」要件，而僅拘泥於形式的產品間替代性有無，並無法契合公平法聯合行為之規範理念。正如同

會（Federal Energy Regulatory Commission, FERC）甚至認為，長期購電契約應定位為所有權或股權持有之替代選項，該委員會並鼓勵電力事業間締結長期購電契約，取代自行擁有發電設備⁷¹。事實上，在公平會公處字第 102035 號處分書之事實五（一）2、3，亦載明：「台電公司在較低成本之發電機組均已滿載發電情況下，配合系統用電需求，向民營電廠調度電力並購電，可替代台電公司較高成本機組之發電，有效降低系統發電成本，提升公司營運績效」，進而將「民營電廠發電機組之裝置容量皆納入台電公司供電系統之備載容量內」時，已可清楚知悉，台電公司合理選擇以長期購電契約方式與各家民營電廠業者進行垂直整合，而非自行興建發電設備。

在「民營電廠發電機組之裝置容量皆納入台電公司供電系統之備載容量內」的認知下，本案之整合對象及範圍已不再侷限於台電公司與各家民營電廠業者間的垂直整合，而係形成一個以台電公司為首，其下包含台電公司本身之發電事業及各該民營電廠業者之經濟或競爭實質上的關係企業網。申言之，在競爭法著重於對競爭機制、競爭效果的影響，而不囿於法律形式的情況下，其對於企業結合所著重者乃是形式上分為不同法律主體者，是否因結合而進入共同的控制或營運體系下⁷²。歐盟競爭法認為，除法律規定（de jure）之結合方式外，事業間藉由契約關係而享有共同經濟經營策略或成為一個經濟管理體，亦可認定其成立「事

最高行政法院 109 年度上字第 1169 號判決之如下闡明：「聯合行為成立之主體要件，須存有水平競爭關係之複數事業，且該事業除具備法律上獨立人格外，尚須具有經濟上獨立決策之能力，故關係企業之從屬事業是否為聯合行為之主體，應以其是否仍保有經營決策之獨立性而定。」

⁷¹ See OECD, *supra* note 12, at 413.

⁷² See EINER ELHAUGE & DAMIEN GERADIN, GLOBAL COMPETITION LAW AND ECONOMICS 799 (2007).

實」(de facto) 結合。蓋不同事業將因此事實結合，成立一個「單一經濟體」(single economic unit)⁷³。於此認知下，歐盟執委會遂認為：「於例外情形中，經濟依賴亦可能引導發生事實控制情事，例如由供給廠商或客戶所提供的相當重要而伴隨著結構關聯性之長期供給契約或授信行為，將會賦予其決定性的影響力。⁷⁴」在「民營電廠發電機組之裝置容量皆納入台電公司供電系統之備載容量內」的認知下，就其經濟、經營管理實質而言，台電公司與民營電廠實已構成一個單一經濟體。

綜合以上敘述可知，不論是因為長期購電契約的存在，使得台電公司與民營電廠家形成一種互為獨占的雙向獨占狀態，抑或是可從競爭法追求實質結合關係的角度出發，而將長期購電契約的雙方當事人，認定期間具有垂直整合或結合關係，皆可得出同樣的結論：本案與台電公司締結長期購電契約之 9 家民營電廠，彼此間並不具備競爭關係。惟倘若本案 9 家民營電廠間並無競爭關係的存在，則最高行判決為何又認定渠等「以拖待變」的聯合行為，足以影響市場供需功能而該當於聯合行為之禁制規定。於此，即有必要檢視最高行判決關於足以影響市場供需功能之說理內容。

⁷³ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, 2008 O.J. (C95) 1, paras. 10, 18-20.

⁷⁴ *Id.* at para. 20.

伍、長期購電契約之市場競爭效果及競爭法介入本案爭議的妥當性

一、最高行政法院判決對本案市場競爭效果之見解

行為時公平法第 7 條第 1 項規定，該當於聯合行為者，須其行為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」（以下稱「足以影響市場供需功能」）⁷⁵。臺高院判決在否定本案民營電廠間具有競爭關係、從而渠等彼此間不可能成立聯合行為的認知下，就不再探討其行為是否足以影響市場供需功能。最高行判決肯定民營電廠業者間具備競爭關係，且認為渠等共同「以拖待變」屬於聯合行為後，進一步就此「以拖待變」對市場競爭造成何種影響，闡述如下：「民營電廠業者藉聯合行為採取一致性行動，避免競爭風險，使市場無法透過競爭機制之運作而自然達到最適狀態，是上述合意自屬限制民營電廠業者間與競爭有關之事業活動，足生使市場供需功能受到影響之危險。又參與聯合行為事業之市場占有率總和高低，反映該聯合行為可能對市場供需所產生之影響程度。依台電公司在發電市場之市占率表所示，包括被上訴人在內之 9 家民營電廠業者在 99 年度與 100 年度於發電市場市场占有率總和近 19%，且渠等售與台電公司之電力更占台電公司外購電力 76%（另台電公司向汽電共生、再生能源業者外購電力占 24%），足見 9 家民營電廠業者對國內發電市場之供給具不可或缺之地位，台電公司為維持營運績效及電能供給，對於民營電廠業者具有依賴性。且觀前述自 96 年間開始進行協商之過程，初始協商緣由係民營電廠業者之要求，民營電廠業者於達成修訂燃料成

⁷⁵ 有關「足以影響市場供需功能」要件之解釋、實務運作及其批判，參照黃銘傑，我國法院判決對「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件之認知及其發展趨勢研析，公平交易季刊，第 28 卷第 1 期，頁 1-38（2020）。

本（費率）計價條款之目的後，復聯合拒絕協商修訂調整長期購電契約購售電費率，益可見民營電廠業者於實質上確有談判議約力量，並不因台電公司是否為渠等所指之獨占綜合電業而居於較劣之地位。⁷⁶」

當最高行判決言及「9 家民營電廠業者對國內發電市場之供給具不可或缺之地位，台電公司……對於民營電廠業者具有依賴性」時，其實已經蘊含著前述台電公司與民營電廠間並非僅是台電公司對後者享有獨買的地位，亦意味著民營電廠因長期購電契約設計而對於台電公司擁有獨賣之地位⁷⁷，而形成前述雙方互為獨占或雙向獨占之態勢；亦只有於此雙方互為獨占的態勢下，方能理解為何台電明明是國內電力市場唯一獨占買家，卻發生最高行判決上述所稱「民營電廠業者於實質上確有談判議約力量，並不因台電公司是否為渠等所指之獨占綜合電業而居於較劣之地位」之光怪陸離景象。姑且不論最高行判決上開理由說明，是否與其判決理由其他部分之論理，相互契合。假若肯定 9 間民營電廠確實如同上開判決理由所言，因其整體躉售電量占發電交易市場 19% 占有率，是否得以據此即認定其所謂「以拖待變」的聯合行為已經足以影響發電交易市場上之供需功能。

二、本案發電交易市場並未發生限制競爭效果

筆者曾於其他文章就此足以影響市場供需功能要件的規範意義及功能，作如下說明：「於市場競爭機制正常運作下，各個參與市場競爭之事業，皆應依照市場供需原理、依照市場機制所形成

⁷⁶ 最高行判決理由六（五）。

⁷⁷ 再次提醒注意者，由於台電公司與各家民營電廠業者因長達 25 年的長期購電契約而相互套牢，不僅二者間因此成立互為獨占或雙向獨占之狀態，且因此而導致，每一部長期購電契約的雙方當事人都構成一個獨立的相關市場。

之價格，供給商品或提供服務從事交易，各該競爭事業應僅能是市場機制運作結果之價格接受者（price taker），而不當是價格製造或控制者（price maker）。倘若事業不受市場競爭（其他競爭事業）之制衡或牽制，而得自由、任意決定價格水平，則已表徵出系爭市場競爭機制、供需功能因該價格控制者的存在，遭受破壞而無法正常運作，市場競爭因而受到實質限制。⁷⁸」並引用外國法院對其具體內容加以闡釋，其中，歐盟法院就此闡明如下：「於歐洲共同體法中，市場支配地位被定義為事業所擁有之經濟力量的地位，事業藉由該地位而達阻礙相關市場上的有效競爭，並得於重大程度上獨立於其競爭者、顧客及消費者而自由行動。此種得獨立自由行動之概念，與系爭事業所受競爭制衡的程度息息相關，當該競爭制衡未能充分有效運作，從而系爭事業於相當期間內享有實質市場力時，市場支配地位於焉發生。亦即，系爭事業之決定將大部分不受其競爭者、顧客及最終消費者之行動及反應的拘束。⁷⁹」

由上可知，各國競爭法對其聯合行為規範之所以要求有類似我國公平法足以影響市場供需功能之要件，乃係鑑於倘若無此足以影響市場供需功能的市場力存在，縱令競爭事業間成立聯合行為合意，其聯合行為企圖亦將無法成功，競爭法主管機關亦無須勞師動眾介入、加以管制。美國反托拉斯法巨擘 Phillip E. Areeda 及 Herbert Hovenkamp 二位教授，就此有如下精闢闡明：「除非其參與成員整體擁有可以藉由減少產量而將價格提高至成本之上之高度市場力量，否則其限制競爭行為將無法成功，此一市場力要件同時適用於排他型及共謀型的限制競爭行為。⁸⁰」

⁷⁸ 黃銘傑，前揭註 75，頁 5。

⁷⁹ 黃銘傑，前揭註。

⁸⁰ See cited from Herbert Hovenkamp, *Intellectual Property and*

如何評估此種足以影響市場供需功能之市場力存在與否，包含我國公平會在內之各國競爭法主管機關，一般皆以系爭事業於相關市場之市場占有率，作為衡量市場力的替代選項。主要國家競爭法主管機關或法院對於應有多少市場占有率方足以該當於聯合行為禁制規定違反所需之市場力，雖其高低比例不同，但最少都認為應有 30-40% 以上市場占有率，方足以該當之。例如，日本法院及競爭法主管機關，認為欲該當於聯合行為禁制所需之市場力，須其聯合行為參與事業整體市場占有率達 50% 以上⁸¹。歐盟競爭法則認為應有 40% 以上的市場占有率，始得認其擁有足以影響市場供需功能之市場力⁸²；德國限制競爭防止法則明文規定為 40%，該法第 18 條第 4 項規定：「一事業如有至少百分之四十的市場占有率時，推定該事業係屬支配市場。⁸³」美國法院判決則

Competition, in: BEN DEPOORTER & PETER S. MENELL EDS., RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW VOL. 1: THEORY 241 (2019).

⁸¹ 參照劉姿汝，論聯合行為之市場界定與市場效果——兼與日本獨占禁止法之比較，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，頁 41（2017）。惟須注意者，日本公正取引委員會曾於 1968 年中央食品事件中，以其他未參與聯合行為事業之價格跟隨行動為由，認定縱令聯合行為當事人間全體市占率未達 50%，仍存在該國聯合行為規範所要求的實質限制市場競爭之效果。公正取引委員會，中央食品（株）ほか 6 名に対する件，（勸）第 25 号審決，昭和 43 年 11 月 29 日。

⁸² EU, Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02), 2009 O.J. (C45) 7, para. 14 "The Commission considers that low market shares are generally a good proxy for the absence of substantial market power. The Commission's experience suggests that dominance is not likely if the undertaking's market share is below 40% in the relevant market".

⁸³ 本文有關德國限制競爭防止法之中譯，係參考林易典，德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯，公平交易委員會，

多採取市場占有率達 30-40% 以上之事業，方具有足以影響市場供需功能的市場力⁸⁴。

由上可知，倘若本案係有上述日、歐、德、美等國（地區）法院來作判決的話，以最高行判決所認定本案民營電廠業者整體僅有 19% 左右的市場占有率，當尚不足以構成該國競爭法所認定足以影響市場供需功能的市場力。若此，則最高行判決發生什麼問題？最高行判決問題在於，指鹿為馬，將與其所界定本案系爭相關市場之發電交易市場毫無關連之「以拖待變」行為，不當連結。依照最高行判決，本案若有「以拖待變」行為存在，則其所意欲拖延者，乃是容量費率中之借款利息的固定利率，完全無意拖延、拒絕躉售任何電力給台電。事實上，在公平會本案處分前後，未嘗聽聞任何一家民營電廠業者於可以供電的情況下，拒絕或拖延供電給台電公司；亦即，各家民營電廠業者於本案公平會處分前後，悉依照其與台電公司所締結的長期購電契約規定，配合台電公司依據其需求進行電力調度，最高行判決所稱之發電交易市場從未發生過任何集體杯葛或故意拖延供電之足以影響市場供需功能情事。只要系爭長期購電契約一天有效，當事人依約履行其義務，就不會發生影響系爭發電交易市場供需功能之情事。民營電廠業者所無意滿足台電公司要求者，並非發電交易市場之供給，而是台電公司所提出修改契約條款之要求，系爭契約條款修改與否，完全不會對供電義務、發電交易市場供需帶來任何影響。

最高行判決在未能正確認知相關市場界定概念、錯認本案其所認為「以拖待變」行為所欲影響之對象或市場的情況下，導致

<https://www.ftc.gov.tw/upload/05002827-c68c-4737-83bb-231a51a6b77e.pdf> (2024/03/25, 造訪)。

⁸⁴ HOVENKAMP, *supra* note 47, at 572-74.

其將外國法院認為理當不會對市場供需功能產生不當影響的 19% 市場占有率，認定已足以影響本案系爭發電交易市場之供需功能，其錯大矣！若此，則所謂「以拖待變」行為所欲影響之對象或市場，究竟為何？

三、本案「以拖待變」行為可能涉及之相關市場及其競爭效果

最高行將本案「以拖待變」行為可能發生之限制競爭效果的市場，認定於其所界定的臺灣全島發電交易市場；如同前述（參二），本文認為若硬要就該發電交易界定相關市場，則應導入時間要素，界定為保證時段與非保證時段之電力交易市場。惟不論是保證時段、抑或是非保證時段，民營電廠業者依照渠等與台電公司所簽訂的長期購電契約，都必須配合台電公司依照後者所認知之經濟調度的遊戲規則，進行電力供應與調度，最高行判決所稱之「以拖待變」從未影響過上開電力調度情事。職是，不論是將相關市場界定為臺灣全島發電市場、抑或是保證時段、非保證時段市場，各該相關市場供需功能，皆不會受到最高行判決所稱民營電廠業者針對台電公司修改契約固定利率條款要求而「以拖待變」之影響。倘若，所謂的「以拖待變」，不會影響到最高行判決所認知的相關市場，則其可能影響的市場，又為何？

倘若硬要就最高行判決所認為的「以拖待變」行為，界定其相關市場，則就必須對於前述「獲取市場之競爭」及「市場內競爭」二者概念，有正確的認識。如同前述（肆二），外國電力學者早已力陳，在類似本案系爭長期購電契約締結當時，電力產業市場結構只有一家獨占買家存在時，其競爭僅存在於藉由競標方式取得長期購電契約之議約權階段，一旦契約簽署完成，得標廠商因此取得獨占地位，其所處相關市場內不再存有競爭。若此，則當台電公司有意更改契約條款，並尋求民營電廠業者的同意時，

其實就是開啟一個新的議價階段。最高行判決理由六（五），就此如是敘說：「既然開啟協商，則所有長期購電契約合約交易條件均有納入協商之可能，修約結果自可能包括影響雙方購售電價格與數量之相關事項。本件民營電廠業者合意內容屬於與競爭有關之事項，民營電廠業者實際上可以藉協商更改長期購電契約價量關係，而藉由不同之交易條件組合互為競爭。民營電廠業者尚未達成聯合拒絕協商之合意，即有可能各自與台電公司個別議定不同之交易條件，以爭取更多的交易機會。」

雖然，台電公司所要求者，僅是修改契約條款、調降借款固定利率項目，但最高行判決卻高度主觀期待，「民營電廠業者實際上可以藉協商更改長期購電契約價量關係，而藉由不同之交易條件組合互為競爭。」最高行判決此種自說自話的期待，其實就是類似於開啟另一階段的競標程序，鼓勵業者藉由此種「競標」爭奪市場、重新劃分市場界線，並於各該市場內依據修改後的長期購電契約內容取得獨占地位。倘若肯定如此說理，則最高行判決所謂「以拖待變」行為之相關市場，就是契約條款修改市場，或是新一輪的競標市場，而倘若民營電廠業者就此競標市場有「以拖待變」之聯合行為，其實質就是一種圍標行為。論者對於圍標行為的相關市場及其限制競爭效果，早已有清楚的論述，謂：「圍標行為本身應即可認定當然影響相關市場之競爭，因為典型的價格圍標案在界定相關市場時，通常是以拘束力之合意本身，即可推定造成實質上限制競爭效果，合意所及的範圍（即實質上限制競爭的範圍）則能界定為相關市場」⁸⁵。公平會 1998 年 11 月 18 日第 367 次會議決議亦認為，於招標案件的情況，招標本身即為市場，如發生圍標情形，則該工程發包市場之競標機制即刻受到破壞，故圍標本身即屬於直接限制競爭行為、足以影響各該招標

⁸⁵ 劉姿汝，前揭註 81，頁 47。

市場之競標機能，無庸具體論究圍標行為所足以影響市場之範圍。

由上可知，假若本案確實存在最高行判決所稱之「以拖待變」聯合行為，則其相關市場並非與此「以拖待變」風馬牛不相及的臺灣全島發電交易市場，而是參與此種「以拖待變」行為的事業全體，即構成一個相關市場，而該相關市場競爭或競標功能因此類似於圍標的「以拖待變」本身，已受到破壞而當然產生足以影響市場供需功能之結果，故其行為違法。最高行判決始則未能清楚認知本案長期購電契約所造成的契約當事人互為獨占或雙向獨占之狀態，從而界定出與其所認知「以拖待變」聯合行為毫無關連之臺灣全島電力市場；次則未能釐清「獲取市場之競爭」與「市場內競爭」二者概念之不同，而認為因互為獨占狀態而各自於其相關市場內擁有獨占地位之事業，其彼此間具有競爭關係；末則指鹿為馬，將若有影響市場供需功能，其影響範圍僅是限定於針對借款固定利率條款修改與否之相關市場，直接視為影響到毫無關連且其市場供需功能實際上從未遭受影響的臺灣全島發電交易市場。其論證、論理方式，只能說，豈有此理。

四、公平交易法介入本案爭議之妥當性——產業政策 v. 競爭政策

惟須注意者，前述所說本案有「以拖待變」之聯合行為，僅是假設語氣，筆者本身並不認為本案存在任何聯合行為。正如同臺高院判決四（二）1（4）④所述：「台電公司為發電、輸配電業、售電業垂直性綜合電業，兼本件發電市場之獨（唯）一買方（即需求者），利用其獨占買方之絕對優勢，要求民營電廠業者均參與協商且一體適用其提出建議協商方案，並要求民營電廠業者共同提出建議方案，故民營電廠業者籌組協進會共同研商，並非當然有何合意相互約束事業活動之行為。且民營電廠業者均有積極參與台電公司、能源局召開之協商（協處）會議，並各自表達意見，

亦難認有何刻意拖延之情事。況購售電合約為私法契約，台電公司調整資本費率對民營電廠業者顯然不利，民營電廠業者自無配合修約之義務，縱使均不同意按台電公司提出之建議方案修約，亦無必然有何合意相互約束事業活動之行為，自不能認為民營電廠業者間有台電公司所指刻意拖延拒絕修約，或合意相互約束事業活動之行為。」

的確，倘若依照最高行判決及台電公司之論理及主張，則於契約一開始未能審慎、嚴謹就契約規範事項、未來可能發生的情事變化等，一一加以詳細考量，記載於契約條款中，而於事後發現契約條款未符合其利益或期待時，即要求他方當事人配合修改契約條款，而於他方當事人拒不答應或遲遲不作回答時，即以渠等集體杯葛或「以拖待變」成立聯合行為，向公平會檢舉、企圖「以行逼民」，則所謂長期購電契約之「長期」所欲保障者，又為何？此種論理邏輯若得橫行無阻，則包含國營事業在內的我國各級中央、地方政府，於未來政府採購、締結採購契約時，又何必謹慎研究、審查契約條款，反正未來若有問題，可以尋求公平法、公平會、甚至法院的幫助。

如同前述（貳三），在本案長期購電契約簽訂前，我國電力市場僅有台電公司獨占發電、輸電、配電、售電各階段市場之一家完全獨占的結構，市場機制完全失靈，如何發展電力、配合國內電力需求進而穩定電力供應，並非競爭政策議題，而是產業政策、電力政策問題。縱使在本案系爭長期購電契約簽訂後，上開台電公司一家獨占的態勢依舊未變，各家民營電廠於設立前必須取得台電公司同意其使用特定廠區之「使用權」。於此情況下，如何招標、容許多少民營電廠的設置、各該電廠發電能量多寡、長期購電契約條款內容應如何規定、設計等，在在皆屬於產業政策的一環，而非基於競爭政策的考量。亦因此故，遂有經濟部歷次公告

之「開放發電業作業要點」、第一階段、第二階段之「設立發電廠申請須知」、「現階段（第三階段）開放民間設立發電廠方案」等，皆是政府主管機關為規劃、實行其電力產業政策之作為。

亦是對於上開作為屬於政府整體電力產業政策之一環，從而縱使其招標過程、長期購電契約等在在隱藏著各種限制競爭要素及效果⁸⁶，但競爭法主管機關之公平會卻從未以其長期購電契約有足以影響市場供需功能或限制競爭之虞，而認定其違法。亦是基於同樣的認識，歐盟執委會縱使認知到長期購電契約有強調的限制競爭效果存在，但或以其屬於政府補貼事項或以其係政府為實現電力自由化之產業政策為由，尊重產業政策主管機關之權限及裁量，而將其排除於歐盟競爭法的適用對象外⁸⁷。在外國屬於產業政策一環，競爭法主管機關應尊重產業政策主管機關之專業及權限，而不應介入之事項，橘逾淮成枳，將制度移植至我國後，卻成為競爭法主管機關的專責事項，產業政策主管機關反倒退居幕後。明明經濟部「開放發電業作業要點」第 5 點規定，民營電廠業者與台電公司間關於購電價格「有爭議時，報由經濟部調處」，本應由產業政策主管機關積極調處、加以解決的事項，卻由公平會、法院藉由行政處分、高額的行政罰鍰，為台電公司申冤，荒謬至極。

對於藉由競爭法強行介入管制產業可能引發的各種弊端及問題點，現任美國聯邦最高法院法官、曾擔任過哈佛大學法學院管制法規教授的 Stephen G. Breyer 大法官，早於其 1987 年著作中即指出，競爭法介入管制產業將產生下列四項法律規範風險⁸⁸：（1）

⁸⁶ 參照本文貳三之敘述。

⁸⁷ 參照本文貳三之敘述。

⁸⁸ Stephen G. Breyer, *Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace*, 75(3) CAL. L. REV. 1005, 1011-44 (1987).

一般法的競爭法或競爭政策可能會忽略特定產業所具有之特性或特色；（2）競爭法可能在犧牲競爭的情形下，變相保護競爭者，而非競爭機制本身；（3）競爭法的強行介入，模糊受管制與不受管制之產業部門間的分際，致使管制機關未能有效對於應受之管制產業實施管制；（4）競爭法無法有效抑制部分解除管制產業中之濫用關鍵設施或瓶頸設施的限制競爭行為。由此可見，我國公平法若強行介入已受嚴密監督及管制的產業⁸⁹，不僅無法保證公平法得於該管制產業中發揮其規範實效性，亦可能因為忽略該產業所具有之特性，導致管制策略無法有效實施，妨礙管制政策目的之達成，造成二敗俱傷的結果。

凡此種種，皆使得吾人有必要於符合一定條件的情況下，排

⁸⁹ 從公平會本身於 2002 年參與 OECD 競爭政策委員會，針對我國電力事業所受管制密度之如下敘述，可以清楚得知，當時我國電力事業所受管控之高度與密度：「The Ministry of Economic Affairs (the MOEA) is responsible for energy supply issues and the regulation of state-owned energy enterprises, including Taipower. It is the MOEA that estimates the demand for electricity and decides the capacity for would-be investors who want to bid for the setting up of new power plants. To ensure that the monopolistic pricing of electricity is not only in the public interest but also transparent, the MOEA established the Policy Consulting Commission for the Prices of Petroleum and Electricity and, in doing so, appoints experts and representatives from industrial organizations, consumer organizations, the Government and the Parliament to review pricing proposals made by Taipower. Whenever Taipower plans to set or change its prices in their purchase of electricity from private generators or in the sale of electricity to end-users, it is required to apply for approval from the MOEA or other governmental agency for review by the Policy Consulting Commission for the Prices of Petroleum and Electricity. Taipower is also obliged to regularly report relevant information, including its finances and operations to the MOEA and Parliament.」OECD, *supra* note 12, at 265.

除競爭法或公平法適用於管制產業之行為。美國聯邦最高法院於 2007 年 *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing*⁹⁰一案中認為，於決定是否應排除競爭法對管制產業中事業限制競爭行為，應考量下列四項要素：（1）產業管制主管機關依其事業法對系爭行為有權加以監督；（2）有證據顯示產業管制主管機關有行使其監督權限之事實；（3）同時適用競爭法與管制法規，將有發生相互矛盾的指示、要求、義務、權利或行為標準之虞；（4）系爭行為處於管制法規所欲規範的市場活動範圍內⁹¹。將上開該 4 項要素套用於本案台電公司與民營電廠之爭議中，或可得出如下相對應的結論：（1）我國電力事業主管機關依據電業法及開放發電業作業要點等法令規定，對於民營電廠業者及其行為擁有監督權限；（2）電力事業主管機關不僅對於民營電廠業者發電設備之申設、與台電公司長期購電契約內容、購電數量及上限、價格計算方式、契約期間等有具體監督情事，而從最高行及臺高院判決中亦可窺知，主管機關對於本件價格爭議，亦積極介入，甚至主動召開協處會議，試圖解決費率爭議；（3）就民營電廠業者而言，電力事業主管機關之要求乃是經由團體協商後，決定是否調整售電價格或條件，相對於此，公平法主管機關則是禁止民營電廠業者間進行協商，進而聯合決定其行為，民營電廠業者於此受到相互矛盾的指示及指導；（4）「開放發電業作業要點」第 5 點規定，民營電廠業者與台電公司間關於購電價格「有爭議時，報由經濟部調處」，從而民營電廠業者有關售電價格之行為，屬於該當作業要點的規範範圍內。

於此認知下，本文認為，縱令民營電廠業者不應允調降資本費率中的固定利率，進而長期享受高額利潤，實有社會觀感不佳

⁹⁰ *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007).

⁹¹ *Id.* at 275-76.

之印象，但歸根究底，其原因出於台電公司原始長期購電契約設計之不良，其所導致者，並非最高行判決所稱臺灣全島發電交易市場其供需功能可能因此受到不當影響，而是台電公司（及其背後的全體國民）與各家民營電廠間財富移轉、分配不公平的問題。此種財富移轉、分配的不公平，正是市場獨占所經常呈現的問題⁹²，益發印證最高行判決認定系爭相關市場存在競爭之謬誤。本案爭議存在雙重失靈之狀況，一為電力市場或因其電力產品本身之特性、或因我國電力產業政策之考量，長期處於一家獨占地位之市場失靈態勢；另一項失靈狀態，則是電力事業主管機關或台電公司於長期購電契約規劃、設計上的失靈⁹³。本案公平會處分及最高行判決所矯正者，僅是後者之契約失靈情況，其處分、判決對於前者市場失靈情狀，並未帶來任何改善效果。蓋如何解決電力市場失靈狀況，實有賴電力產業主管機關所推動之電力自由化政策，而非於市場已經徹底失靈、毫無競爭態勢的情況下，公平法主管機關企圖蚍蜉撼樹，以競爭法介入、矯正其失靈現象，如此作為不僅逾越競爭法之規範權限、範圍及目的，且擾亂產業政策主管機關之規劃。公平法主管機關或有必要仔細思量、研析前述美國聯邦最高法院 Stephen G. Breyer 大法官及該院 *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing* 判決之啟示，自我抑制對產

⁹² See generally William S. Comanor & Robert H. Smiley, *Monopoly and the Distribution of Wealth*, 89(2) Q. J. ECON. 177, 177-94 (1975).

⁹³ 在同註 52 所述 OECD 於 2019 年 12 月召開之「獲取市場之競爭」全球競爭論壇中，論者認為導致此種招標或契約設計失靈的因素，主要有三：（1）政治或政策規劃的短視近利；（2）對複雜的政府採購契約專業性的缺乏；（3）利益團體的遊說或貪腐所致。Elisabetta Iossa, *Competition For-The-Market: Tackling the Incumbency Advantage*, 2019 Global Forum on Competition, at 5-6, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)10/en/pdf) (last visited Mar. 25, 2024).

業政策及產業政策主管機關決策的介入，以免擾亂、破壞後者關於其產業發展的規劃及設計。

惟須注意者，本文並非主張競爭法不得介入或規範電力市場之競爭行為，而係針對本案長期購電契約締結當時的市場結構、電業主管機關為鼓勵民營電廠設立所規劃、發布之「開放發電業作業要點」等，在在皆顯示本案情節當時，我國電力市場並未存在競爭狀態，其管制、規範不得不藉由主管機關的強勢介入與管制。一旦當我國電業市場自由化之後，競爭法對於其間之限制競爭行為，當然有擅場、管制之餘地。

陸、結語

本文從最高行判決與臺高院判決，針對本案相關市場界定、競爭關係有無、聯合行為形式有無、限制競爭效果有無等聯合行為主要構成要件，在在出現相互歧異的判斷出發，試圖探討發生此種歧異之原因所在。結果發現，由於對於長期購電契約所造成套牢契約雙方當事人，從而於各該契約關係中成立一種互為獨占或雙向獨占狀態，未能正確認知，導致最高行判決對於本案相關市場界定、競爭關係有無發生錯誤的認定。而在未能理解「獲取市場之競爭」與「市場內競爭」二者概念之不同，致使最高行判決未能正確認識到，本案競爭關係的時間點在於其招標、競標階段，一旦競標完成、雙方締結長期購電契約，即彼此進入互為獨占之狀態，而不再與其他得標者發生競爭關係。對於「獲取市場之競爭」與「市場內競爭」等概念的不甚理解，亦使得最高行判決指鹿為馬，將屬於類似圍標之「以拖待變」行為，誤以為其屬於其所界定之臺灣本島發電交易市場上之聯合行為，進而對於事實上並未發生任何足以影響其市場供需功能之該當發電交易市場，再次指鹿為馬認定其競爭已受到與該市場毫無關連之「以拖

待變」行為的影響。本文最後認為，發生如此認知、論理謬誤之原因，起源於本案公平會處分從其一開始，即未能釐清產業政策與競爭政策之分際，在例如歐盟執委會將類似本案事例係以其屬政府補貼或電力產業主管機關推動電力自由化之政策判斷產物，而排除於競爭法適用對象範圍外的情況下，公平會依舊介入我國電力產業主管機關關於民營電廠設立之政策判斷，結果所導致者乃是其處分及支持其處分之最高行判決所矯正者，僅是民事契約爭議的契約失靈問題，對於公平會本業、競爭法本業之市場失靈情狀，完全並未因為本案處分及判決，而有任何改善跡象。競爭政策主管機關未來當有必要徹底釐清競爭政策與產業政策二者間應有分際及適用關係，避免重蹈本案之覆轍。

中原財經法學

參考文獻

書籍

- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學：理論與實際（上冊），翰蘆圖書出版有限公司，6 版（2010）。
- BALDWIN, ROBERT, MARTIN CAVE & MARTIN LODGE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE (Oxford University Press Inc., 2nd ed. 2012).
- ELHAUGE, EINER & DAMIEN GERADIN, GLOBAL COMPETITION LAW AND ECONOMICS (Foundation Press, 2007).
- HUNT, SALLY, MAKING COMPETITION WORK IN ELECTRICITY (John Wiley & Sons, Inc., 2002).
- HOVENKAMP, HERBERT, FEDERAL ANTITRUST POLICY, THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE (West Academic Publishing, 2020).
- MOTTA, MASSIMO, COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE (Cambridge University Press, 2004).
- VISCUSI, W. KIP, JOSEPH E. HARRINGTON, JR. & DAVID E. M. SAPPINGTON, ECONOMICS OF REGULATIONS AND ANTITRUST (The MIT Press, 2018).
- WILLIAMSON, OLIVER E., THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM (The Free Press, 1985).

期刊論文

- 陳嘉雯、胡偉民，使用假設性獨占檢定界定市場：以中國大陸新車銷售市場為例，公平交易季刊，第 23 卷第 4 期，頁 135-166（2015）。
- 陳嘉雯，民營電廠在長期合約中的競爭關係：以台灣和平電廠輸電塔倒塌事件為例，經濟論文叢刊，第 49 輯第 4 期，頁 533-565（2021）。

- 黃銘傑，從專利授權之法律性質與定位論專利法修正草案授權規範之問題點與盲點，月旦法學雜誌，第 176 期，頁 97-118 (2010)。
- 黃銘傑，我國法院判決對「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件之認知及其發展趨勢研析，公平交易季刊，第 28 卷第 1 期，頁 1-38 (2020)。
- 劉姿汝，論聯合行為之市場界定與市場效果——兼與日本獨占禁止法之比較，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，頁 35-74 (2017)。
- 矢島正之，電力市場自由化の諸類型とその比較評価，電力經濟研究，第 33 號，頁 3-12 (1994)。
- Borenstein, Severin, *The Trouble With Electricity Markets: Understanding California's Restructuring Disaster*, 16(1) J. ECON. PERSP. 191-211 (2002).
- Breyer, Stephen G., *Antitrust, Deregulation, And the Newly Liberated Marketplace*, 75(3) CAL. L. REV. 1005-1047 (1987).
- Coase, Ronald H., *The Nature of the Firm*, 4(16) ECONOMICA 386-405 (1937).
- Comanor, William S. & Robert H. Smiley, *Monopoly and the Distribution of Wealth*, 89(2) Q. J. ECON. 177-194 (1975).
- Hancher, Leigh, *Long-Term Contracts and State Aid – A New Application of The EU State Aid Regime or A Special Case?*, 9(2) EUR. ST. AID L. Q. 285-302 (2010).
- Hovenkamp, Herbert J., *The Law of Vertical Integration and the Business Firm: 1880-1960*, 95 IOWA L. REV. 863-918 (2010).
- Kaplow, Louis, *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, 79 ANTITRUST L.J. 361-379 (2013).
- OECD, *Competition Issues in the Electricity Sector*, 6(4) OECD J.: COMPETITION L. & POL'Y 81-181 (2005).
- Onofri, Laura, *Electricity Market Restructuring and Energy Contracts: A Critical Note on the EU Commission's NEA Decision*,

20 EUR. J. L. & ECON. 71-85 (2005).

- Rimšaitė, Laura, *The Perspective of Long-Term Energy Supply Contracts in the Context of European Union Competition Law*, 5(3) SOCIETAL STUD. 885-901 (2013).

專書論文

- 黃銘傑，技術標準與專利聯盟（Patent Pool）中獨占地位之取得及其濫用時之救濟措施初探——美國聯邦交易委員會 In the Matter of Rambus, Inc.案之啟示，收錄於競爭法與智慧財產法之交會——相生與相剋之間，頁 331-354，元照出版有限公司，2 版（2009）。
- Cervigni, Guido & Dmitri Perekhodtse, Wholesale Electricity Markets, in: PIPPO RANCI & GUIDO CERVIGNI EDS., THE ECONOMICS OF ELECTRICITY MARKETS: THEORY AND POLICY (Edward Elgar Publishing Limited, 2013).
- Finon, Dominique, Jean-Michael Glachant & Adrian de Hauteclocque, *Intorduction*, in: JEAN-MICHEL GLACHANT, DOMINIQUE FINON & ADRIEN DE HAUTECLOCQUE EDS., COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE (Edward Elgar Publishing Limited, 2011).
- Golobardes, Mireia Artigot i & Fernando Gómez Pomar, *Long-term Contracts in the Law and Economics Literature*, in: GERRIT DE GEEST ED., CONTRACT LAW AND ECONOMICS (Edward Elgar Publishing Limited, 2nd ed. 2011).
- de Hauteclocque, Adrien & Jean-Michel Glachant, *Long-term Contracts and Competition Policy in European Energy Markets*, in: JEAN-MICHEL GLACHANT, DOMINIQUE FINON & ADRIEN DE HAUTECLOCQUE EDS., COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE (Edward Elgar Publishing Limited, 2011).
- Hovenkamp, Herbert, *Intellectual Property and Competition*, in: BEN

DEPOORTER & PETER S. MENELL EDS., RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW VOL. 1: THEORY (Edward Elgar Publishing Limited, 2019).

中原財經法學

摘 要

本文從最高行政法院與臺灣高等法院針對同一件民營電廠業者疑似有聯合行為案，於事實認定、論證說理上卻出現全然對立的見解之問題意識出發，探究其癥結所在。於釐清本案長期購電契約之法律性質、定位及其競爭效果後，就該契約而相互套牢之當事人間所形成的雙向獨占，加以闡釋。其後藉由「獲取市場之競爭」與「市場內競爭」之概念，說明於上開契約設計下，民營電廠間僅於契約招標過程「獲取市場之競爭」階段中存在競爭，一旦得標勝出而締約，各該電廠於其各自之長期契約中，居於獨占地位，與其他電廠間不再具競爭關係。對於本案所稱「以拖待變」聯合行為，認定其影響發電交易市場之供需功能的最高行政法院判決，不僅誤認該行為相關市場所在，且其因此得矯正者，僅是長期購電契約規劃、設計失靈之問題，對於公平法所關心發電市場的失靈狀況並無助益。

Power Purchase Agreements and Their Relationships with Relevant Market Definition and Competitive Effects: Comments on the Administrative and Civil Judgements or The Supreme Administrative Courts and Taiwan High Court

Ming-Jye Huang

Abstract

This article explores the problem of the completely opposite conclusions in the factual findings and argumentation between the administrative judgment and civil judgment of the same case involving alleged cartel by private power plant operators, decided by the Supreme Administrative Court and the Taiwan High Court. Clarifying the transaction arrangement, legal nature, and competitive effects of the long-term power purchase agreements (PPAs), which played a significant role in this case, and its position under competition law, the article elaborates on the mutual or bilateral monopolies formed between the contracting parties due to being locked in by the PPA. Then, the concepts of “competition for the market” and “competition in the market” are introduced to explain that under the system design of PPAs, private power plant operators can only be in a competitive relationship during the “competition for the market” stage of the bidding process. Once they win the bid and sign a long-term power purchase agreement, each private power plant

occupies a monopoly position in its own PPA, without a competitive relationship with other private power plants. Regarding the cartel of “delaying to wait for change” in this case, this article believes that the Fair Trade Commission’s ruling on its impact on the supply and demand function of the power trading market and the judgment of the Supreme Administrative Court not only misidentified the relevant market of the behavior, but also only corrected the problem of the failure of planning and designing PPAs. It did not contribute to the market failure of the power trading market, which is the real concern of the Fair Trade Act.

Keywords: Bilateral Monopoly, Cartel, Competition for the Market, Competition Policy, Economical Power Dispatch, Fair Trade Act, Industrial Policy, Lock in, Power Purchase Agreement, Private Power Plant Operator