

## 由民營電廠案論聯合行為之認定

劉 姿 汝\*

### 要 目

壹、前 言	參、聯合行為之構成要件與認定
貳、民營電廠案之介紹	一、民營電廠案與公平法之適用
一、公平會處分	(一)對契約爭議之介入
(一)民營電廠的競爭關係與 相關市場之存在	(二)對電力事業爭議之介入
(二)意思聯絡之存在	(三)公平會今後對電力市場自由 化之角色
(三)足以影響市場供需功能	二、公平法第十四條之構成要件
二、台北高等行政法院判決	三、相關市場之界定
(一)本案適用公平法	四、合意之舉證
(二)9家民營電廠不具競爭關係 而不構成「發電市場」	肆、民營電廠案之探討
(三)未透過合意相互拘束事業 活動而影響市場供需功能	一、發電市場與9家民營電廠間 競爭關係之有無
三、最高行政法院判決	(一)發電市場是否存在
(一)聯合行為要件之再檢視	(二)9家民營電廠間是否具競爭 關係
(二)公平會介入售購電契約 爭議之正當性與必要性	二、聯合行為之合意之有無
(三)發電市場的界定問題	(一)協進會的存在
四、見解之歧異所在	(二)合意的內容
(一)本案是否適用公平法	三、是否影響相關市場之供需 功能
(二)是否構成聯合行為之要件	伍、結 論

DOI : 10.3966/199516202016050019003

\* 中興大學法律系副教授，日本一橋大學法學博士。

投稿日期：一〇五年一月二十八日；接受刊登日期：一〇五年三月八日

## 摘要

聯合行為向來為公平交易法所規範之行為中相當受到矚目的類型。聯合行為對相關市場產生限制競爭效果，扼殺原本應該由各事業依自己商品或服務之品質、價格等因素進行之公、自由之競爭。

本文所要論述的是九家民營電廠（Independent Power Producer，一般簡稱IPP）之間，與台灣電力股份有限公司有關協商購售電價格之案例。本案的特殊性在於電力市場目前尚未完全自由化，並有主管機關經濟部能源局與電業法之存在，因此對於公平交易委員會適用公平交易法介入本案的正當性受到質疑。再者，九家民營電廠是否具競爭關係而構成發電市場，透過合意共同拒絕與台電公司進行協商，是否影響市場供需功能，皆是判斷聯合行為成立與否之重要議題。

**關鍵詞：**公平交易法、聯合行為、相關市場、合意、民營電廠、購售電契約

## 壹、前言

聯合行為向來為公平交易法（以下簡稱「公平法」）所規範之行為中相當受到矚目的類型。聯合行為對相關市場產生限制競爭效果，扼殺原本應該由各事業依自己商品或服務之品質、價格等因素進行之公平、自由之競爭。公平法對於聯合行為，採原則違法例外許可之規範原則（公平法第十五條）。

實務上有關聯合行為的認定，問題癥結多出在事業間「合意（意思聯絡）」存否之舉證。但近年來，除了合意的舉證問題外，如受到矚目之連鎖便利超商現煮咖啡聯合漲價一案，在相關市場界定的部分亦引起相當的議論，公平會所界定之相關市場受到台北高等行政法院與最高行政法院之質疑與否定，乃較為罕見<sup>1</sup>。而本文所要論述的9家民營電廠的聯合行為案，是9家民營電廠（Independent Power Producer，一般簡稱IPP）<sup>2</sup>之間，是否涉及與台灣電力股份有限公司（以下簡稱「台電公司」）協商購售電價格調整的過程中，透過「協進會」之組織，商議以「以拖待變」之方式拖延並拒絕與台電公司進行契約調整。公平會認定9家民營電廠間之行為該當聯合行為違反公平法，處分裁罰共計新台幣63億2千萬元之罰鍰，是公平會亦是台灣

<sup>1</sup> 超商咖啡案的發展是，公平會認定4家超商成立價格的聯合行為而處分之公平會（100年100220號處分書）。被處分人不服向行政院訴願會提起訴願，訴願決定乃維持原處分。被處分人不服訴願決定，分別提起行政訴訟，判決撤銷原處分與訴願決定（台北高等行政法院101年度第607號、649號、703號、715號判決）。公平會不服，向最高行政法院提起上訴，判決廢棄高等法院判決，發回高等行政法院（最高行政法院102年度判字第251號判決）。台北高等行政法院更審判決仍同前次，撤銷原處分與訴願決定（台北高等行政法院102年度訴更一字第54號、55號、56號、57號判決）。公平會仍不服再上訴，最高行政法院駁回公平會上訴，判決確定（最高行政法院103年度判字第195號判決）。超商咖啡一案，公平會將市場界定為「連鎖便利超商現煮咖啡」，被處分人不服，認為公平會並未對需求者之需求進行市調，相關市場界定過於狹隘。而此一主張得到高等行政法院以及最高行政法院之肯認。

<sup>2</sup> 有麥寮、和平、長生、新桃、森霸、星能、國光、嘉惠及星元，共9家民營電廠。

行政罰歷史上，單一事件裁罰最高金額事件<sup>3</sup>。被處分之民營電廠皆無法接受此一處分結果而進行行政救濟。在高額罰鍰的部分：行政院訴願委員會作成撤銷原處分之訴願決定<sup>4</sup>，要求公平會另作適法處分，公平會第二次處分僅對罰鍰金額酌減<sup>5</sup>，此次仍被訴願委員會作成撤銷處分之決定，而公平會第三度之處分即使再減罰鍰金額卻仍維持新台幣60億元以上之總額<sup>6</sup>。在聯合行為的認定部分：訴願委員會則維持公平會之處分，民營電廠皆不服而向台北高等行政法院提起行政訴訟。台北高等行政法院撤銷訴願決定與原處分，公平會亦不服向最高行政法院提起上訴，最高行政法院廢棄原判決，發回台北高等行政法院。本文此回僅聚焦於9家民營電廠是否成立聯合行為的議題，不觸及罰鍰金額當否之討論。先從電力市場之事業活動是否適用公平法談起，再論9家民營電廠間是否存在水平競爭關係且構成所謂之發電市場，及電廠間透過聚會方式的協商是否構成聯合行為之合意，以及若以上要件皆成立，電廠間合意後之共同行為是否會影響相關市場之供需功能。由於公平法於二〇一五年二月有大幅修正，本文論述中採用修正後新法條，但本案及相關案例多發生在修法之前，所以會有法條對照的部分。

選擇此一主題，乃因電力市場自由化是一個非常重要的政策與議題，但牽涉的內容既專業又十分複雜，讓大家省思這樣特殊的電力市場，公平會是否適合透過公平法介入購售電契約爭議問題。此一探討不僅止於電力市場，亦可思考當其他產業發生目的事業主管機關與事業法之規範與公平法之適用有所之爭議時該如何解決，以及公平法對於契約爭議要如何以競爭的角度介入始屬適當，都具有意義。本案若

<sup>3</sup> 李惠宗，追繳不法利得作為主要行政罰的法理基礎——以公平會處罰民營電廠業者為例，法令月刊，第66卷第7期，2015年7月，頁3。

<sup>4</sup> 行政院訴願委員會102年台訴字第102147號訴願決定。

<sup>5</sup> 公平會102年公處字第102192號處分書。

<sup>6</sup> 公平會103年公處字第103090號處分書。有關本案在罰鍰部分的討論，請參閱李惠宗，前揭註3，頁1-31。

排除較為複雜的政經因素或所謂社會壓力的說法，則可純粹討論9家民營電廠之行為是否該當聯合行為。從本案中可能發生的限制競爭之行為，也能謹慎思考未來邁向電力市場真正自由化的過程中，重視競爭相關之議題。

## 貳、民營電廠案之介紹

根據公平會之說明，本案緣起於二〇一一年九月立法院會期中，經濟委員會請經濟部部長率國營事業投資與再轉投資於民營電廠之代官股董監事與具公務員身分之董監事，就台電公司購電相關問題進行專案檢討報告。其中有關9家民營電廠無法與台電公司達成契約調整協議是否涉及聯合行為，公平會主動依職權立案調查。

由於台灣的電力市場並未完全自由化，台電公司從發電階段到最後配送電階段，負責統合經營全國的電力事業，且電力為基本民生所需，目的事業主管機關為維護公共利益之目的，電力產業存在許多管制與規範，而有別於一般產業。在開放民營電廠當時，為鼓勵民營企業加入，再加上民營電廠發電成本較台電公司高，故締結長達二十五年的購售電契約（Power Purchase Agreement, PPA）以作為保障。但締約當下所約定之購售電費率計算方式在多年後或許已不合現狀，又發生不滿油電雙漲的民意壓力，肩負油電價格穩定之經濟部因而要求台電公司能調降與9家民營電廠之購電價格，台電公司卻礙遲遲無法與民營電廠達成調整費率之協議，因而有公平會以「聯合行為」的角度介入討論此一爭議<sup>7</sup>。實際上，台電公司是9家民營電廠共同之唯一交易相對人，為「獨買」之角色，為何對於民營電廠之不協商束手無策，而其中數家民營電廠又為台電公司參與投資之台灣汽電共生股份有限公司所經營，是台電公司的轉投資對象，契約當事人間關係特殊。從上述各點，讓本案存在異於一般聯合行為案件之複雜背景，但

<sup>7</sup> 李惠宗，前揭註3，頁2-3。王文宇，正本清源——評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題，月旦法學雜誌，第219期，2013年6月，頁63-66。

本文單純從公平法的角度，比較台北高等行政法院與公平會處分在聯合行為之認定與見解上之歧異為何，尤其最高行政法院對兩方歧異的評價。再次整理本案之重要爭點並討論之，而與競爭無直接關聯性之政治議題與契約當事人間微妙關係，則不在論述之列。

### 一、公平會處分<sup>8</sup>

首先，從瞭解台電公司與民營電廠間長達二十五年的購售電契約中購電費率，台電公司如何決定購電，以判斷兩者間為何有購售電契約之費率調整問題。

目前的購電費率下，購售電的費率結構是：

(一)購售電費率(A) = 容量費率(B) + 能量費率(C)。

(二)容量費率(B) = 資本費率 + 固定營運與維護費率<sup>9</sup>。

(三)能量費率(C) = 變動營運與維護費率 + 燃料成本費率 + 促進電源開發協助基金費率（燃煤機組另加計空污費率）<sup>10</sup>。

購售電費率計算方式則是：

(一)保證時段支付：容量費率和能量費率（A = B + C）。

(二)非保證時段支付：能量費率(C)。

台電公司為考量電力系統的安全，依照「經濟調度」原則調度電力。台電公司在較低成本之發電機組均已滿載發電情況下，配合用電需求，可向民營電廠購電作為調度之用。此方式可以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。

為何雙方有購售電費率調整之爭議，是本案重點之所在。此乃起因於9家民營電廠以火力發電為主，從二〇〇六年底起，中油公司之天然氣多次調漲，且當時還有續漲的預期，因此民營電廠先後向台電公司陳稱成本提高無法達成盈餘目標，甚至產生虧損，要求台電公司修訂燃料成本（費率）調整機制以為因應。台電公司為此與民營電廠

<sup>8</sup> 公平會102年公處字第102035號處分書。

<sup>9</sup> 容量費率反應電廠投資之固定成本，主要為資本費率。

<sup>10</sup> 能量費率反應變動成本，主要為燃料成本費率。

召開數次協商會議，達成應該要全面性討論影響購售電各項因素之共識，只是爲了先解決民營電廠當前之困境，台電公司同意先修訂燃料成本（費率）調整機制，但雙方同時亦達成未來仍應就影響購售電之其他各項因素完成協商。也就是在此一合意之下，9家民營電廠與台電公司間存在後續進行協商之義務，而非台電公司單方的無理要求。爭議即是出在台電公司同意先修訂燃料成本（費率）調整機制後，9家民營電廠卻遲遲未完成與台電公司間之其他影響購售電之各項因素之協商。公平會質疑此乃因9家民營電廠以合意的方式達成「以拖待變」的協議，有該當聯合行為的可能性。原本應是各家民營電廠各自與台電公司進行協商後決定價格的調整問題，9家民營電廠卻是共同合意一起拒絕與台電公司進行契約之協商，即超越了個案的契約爭議，已非是民營電廠應各以情事變更原則與台電公司進行協商討論購售電價格的調整問題，而進入到是否該當聯合行為有限制競爭效果的問題，此問題待本文在後詳論。

首先，公平會的認定如下：

#### （一）民營電廠的競爭關係與相關市場之存在

公平會認爲電力系統是由發電、輸電、變電、配電、售電等所組成，而發電階段的屬性與輸配電不同。民營電廠僅將發電售予台電公司，與台電公司並聯供電，由台電公司考量電力系統安全、整體供電系統負載需求，依照「經濟調度」原則調度電力，故民營電廠與其他發電業者（包括台電公司）間具有替代性，加上台灣本島是單一電力網，因此將此區域化爲一地理市場，並以「發電」作爲一特定產品或服務市場之範圍。

而9家民營電廠之間，是經過政府特許成立之火力發電事業，目前僅能將生產的電力躉售台電公司。在電力供需的體系中，民營電廠相當於台電公司之上游之電力供應商，同時彼此亦處於同一產銷階段具有水平競爭關係。

## (二)意思聯絡之存在

9家民營電廠是透過參與「協進會」的方式，透過至少20次的集會方式談論購售電契約之費率調整問題，研商如何與台電公司應對，以及彙整各家電廠與台電公司回函等資料供其他民營電廠相互參考。從二〇〇八年起曾達成多項共識，包括「各家IPP廠家皆不同意台電公司調整資本費率之前提下，宜繼續朝調整資本費率不符合約精神之方向努力；避免進入實質性公式合理與否之討論」、「若有必要，可考量共同協請律師探討因應擬稿」，另外還共同委託研究機構進行研究，提出報告送台電公司。台電公司在期間曾招請經濟部能源局居中調處，但民營電廠間卻在二〇一〇年取得共識「收到能源局函後見招拆招」、「以拖延策略回應，各IPP可以於台電公司所提供之意見單內回應：意見已在所送之『IPP購電費率隨利率浮動調整機制』之研究報告內……」。直到二〇一二年仍透過集會方式，持續維持「以拖待變」之原則，達成一致拒絕調降購售電費率之目的。

故可以認定9家民營電廠是以意思聯絡方式，合意約束各家民營電廠與台電公司自由調整價格之事業活動。

## (三)足以影響市場供需功能

根據台電公司所提供之資料，二〇一〇年至二〇一一年9家民營電廠的發電量占發電市場總合近19%，顯見對國內發電市場之供給具不可或缺性。如前述之台電公司的「經濟調度」原則，台電公司為降低成本、維持營運績效，對於民營電廠之供電有依賴性，故民營電廠具有重要市場地位。且計算出因未為調整資本費率，導致台電公司高額的損害。

## 二、台北高等行政法院判決

民營電廠不服公平會處分及行政院訴願委員會之訴願決定<sup>11</sup>，向

<sup>11</sup> 行政院訴願委員會102年院台訴字第1020147185號訴願決定。

台北高等行政法院提起行政訴訟<sup>12</sup>。台北高等行政法院之判決有以下幾個重點：

#### (一)本案適用公平法

被處分之9家民營電廠主張本案應排除公平法之適用，對此問題，台北高等行政法院透過分析公平法第四十六條之立法與修法過程之變革，說明應適用公平法之理由。

公平法第四十六條最早的規定是：「事業依照其他法律規定之行爲，不適用本法之規定（第1項）。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行爲，於本法公布後5年內，不適用本法之規定（第2項）」。其後於民國八十八年修正爲：「事業關於競爭之行爲，另有其他法律規定者，不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」，修正之理由爲「一、依現行條文規定（作者註：指最初之第46條規定內容），事業雖爲公平交易法所規範之禁制行爲，如其他法律明文規定且在目的事業主管機關監督下得以爲之，則排除公平交易法之適用。爲確立公平交易法爲經濟基本法之立法意旨，爰規定於『不牴觸本法立法意旨』，始得排除適用公平交易法。二、所謂『不牴觸本法立法意旨』，應考慮特別法與普通法之法律適用原則、其他法律之立法時間與立法目的，以調和競爭政策與產業政策，促進整體經濟利益」。據此，該如何看待公平法與其他專業法間之適用順位，台北高等行政法院認爲：1. 公平法與其他法律就事業之競爭行爲事務均有規定而衝突時，才有討論適用順序的問題。2. 承上，若兩方均有規定時，要以「不牴觸公平法之立法意旨之範圍內」，作爲判斷是否優先適用他法之前提。而電業法之立法目的（第一條）及其規範之內容，均未涉及競爭行爲之規定，與公平法並無衝

<sup>12</sup> 9家民營電廠分別提起行政訴訟，但基於同一或同種類之事實上或法律上之原因，得合併辯論個別判決（行政訴訟法第127條第1項），故共有台北高等行政法院102年度訴字第1701號、1714號、1715號、1731號、1739號、1743號、1744號、1750號、1757號判決。

突，兩者各司其規範並不影響。電力事業受電業法之規範，同時也不能排除公平法之適用。

台北高等行政法院透過從公平法第四十六條，討論公平法與他法適用之關係，明白點出公平法的精神與應有的角色，實為相當妥切。具體言之，公平法是經濟基本法，在各產業即使有專業法並透過目的事業主管機關之監督規範，仍不得輕易排除公平法之適用，以真正能落實維持自由公平之競爭秩序。

### (二)9家民營電廠不具競爭關係而不構成「發電市場」

台北高等行政法院認定：

#### 1. 產品市場部分

9家民營電廠是依個別購售電契約與台電公司各自締約並履行，無法自行決定發電量及價格；再加上台電公司是唯一買家，9家民營電廠間並不存在需求及供給替代性。經濟調度原則是台電公司衡量電力系統安全等相關因素後，依各電廠之邊際發電成本決定之，而非由民營電廠間透過價格等有利的競爭因素來爭取台電公司的調度，因此認為9家民營電廠間並不具水平競爭關係，不存在公平會所界定之「發電市場」。

#### 2. 地理市場部分

依電業法之規定，9家民營電廠的電業營業區域僅限於特許成立給照之營業區域，由台電公司將與彼等購入之電力後，利用自身所有之輸、配電系統來輸送之台灣本到各地，而非9家民營電廠的營業區域範圍是台灣本島全區域，所以不認同公平會所認定之地理市場。

台北高等行政法院另外用頗大篇幅論述購售電契約的內容與性質，來說明9家民營電廠間各自獨立與台電公司進行交易，包括：詳述所約定之購售電費率結構、調整方式與計算方式與所示之意義。尤其特別提及各家民營電廠各與台電公司訂定二十五年之長期契約，且以買定約款的方式，以確保獲利藉此鼓勵民營電廠加入發電，費率與價格是依契約進行而非市場機制。並提及所謂「經濟調度」，是由台

電公司綜合考量電力系統安全、水資源運用、環保管控、燃料供應、供電品質、相關負載管理措施等因素後，始依各電廠之邊際發電成本決定之，而非依市場經濟運作。強調的是民營電廠與台電公司各自締約與履約，與其他電廠間並無橫向競爭的關係。

### (三)未透過合意相互拘束事業活動而影響市場供需功能

#### 1. 在合意的部分

台北高等行政法院認為：雙方針對購售電契約的各項費率調整都必須透過協商，而非任何一方有必然同意之義務。就台電公司所開的70多場協商會議，各家民營電廠皆有出席，只是每家事業有其各自面臨的問題與理由無法接受台電公司所提出之協商方案，純屬契約爭議。不能因為9家民營電廠均參與協進會，及皆未同意台電公司所提調整方案之行為結果，外觀上具一致性，逕自認定民營電廠間構成聯合拒絕調整售購電費率之合意。

#### 2. 市場供需功能

如前所述，台北高等行政法院不認同發電市場的存在，自不認同公平會以此市場範圍所算定之9家民營電廠市占率19%之比率，遑論此比率會影響相關市場之供需功能。

## 三、最高行政法院判決

最高行政法院對於台北高等行政法院之見解，提出幾點質疑後廢棄原判決，發回台北高等行政法院<sup>13</sup>。

### (一)聯合行為要件之再檢視

公平法第十四條（本案當時為舊公平法第七條）聯合行為之構成要件中，判斷對於相關市場影響之部分，最高行政法院特別提及：所謂「足以」影響市場功能，解釋上僅需事業所為之共同行為，在客觀上得影響市場供需功能之危險可能性已足，非以市場供需功能實際上

<sup>13</sup> 最高行政法院104年度判字第369號判決。

受到影響為必要。且與合意內容有無法律上拘束力、合意後有無實際執行或事業是否因聯合行為或得實際利益無涉。明確指出本條項對聯合行為所要求之限制競爭效果的程度，僅具危險可能性即足矣，此點的確為聯合行為的重點要件之一。

### (二)公平會介入售購電契約爭議之正當性與必要性

由於台電公司與9家民營電廠之間多次協商過程中，經濟部能源局皆參與其中，故最高行政法院認為，在現行的電力能源政策下，質疑公平會所宣示之競爭政策是否有存在的空間。換言之，就目前電業目的事業主管機關已實施積極、嚴密管制之事業行為，公平會的介入是否應受到抑制，以免不利於目的事業主管機關政策之貫徹。因為電力之提供涉及國家產業政策、能源規劃，以及各種環保議題，由經濟部全體統籌規劃，因此質疑公平會從競爭政策優位角度介入，是相互抵銷規範功能，抑或藉由良性競爭，使規範效果加成？若公平會的介入不具正當性與必要性，則公平會對9家民營電廠之行為並無可置喙之立場。

### (三)發電市場的界定問題

最高行政法院認為台電公司為統籌全台灣用電，可跨區域統籌調度9家民營電廠所提供之電力，且得在非保證時段，依合約之經濟調度原則，選擇與能量費率較低之民營電廠交易，故能量費率得為非保證時段之競爭因素。據此，最高行政法院對於台北高等行政法院認定9家民營電廠並不存在於同一產銷階段，所提供商品不具替代性，無競爭關係，無法界定為一發電市場，不得以台灣本島為地理市場之見解，認為尚非無疑。惟，在產品市場的界定上，從台電公司相關人士之論述，無法得知台電公司與9家民營電廠間目前的購電模式時所真正考量之因素，不能判斷9家民營電廠對於交易相對人台電公司是否具有交易替代性，而此部分是決定可否將其界定為一個發電市場的關鍵之一。

#### 四、見解之歧異所在

整理公平會與高等、最高行政法院對於9家民營電廠涉及聯合行為案之剖析，可以瞭解本案之處理有幾個階段：

##### (一)本案是否適用公平法

若不適用，則公平會無權介入本案，無須再論述民營電廠間之行為是否該當聯合行為。公平會主動調查本案，必是認定本案適用公平法才會採取此行動。台北高等行政法院則深入剖析公平法第46條立法至今的改變，表達贊同適用公平會的立場。但最高行政法院卻認為已有電業法與目的事業主管機關經濟部能源局的存在，對於由公平會適用公平法的介入電廠之事業活動提出質疑。

##### (二)是否構成聯合行為之要件

若應該適用公平法，則進一步應檢視民營電廠間之行為是否構成聯合行為。

##### 1. 是否存在發電市場，9家電廠間是否具水平競爭關係

公平會將本案的產品市場界定為發電市場，並認定9家民營電廠間具競爭關係；地理市場為台灣本島。對此，台北高等行政法院則認為9家民營電廠間並不具需求替代性，不存在發電市場，且各民營電廠是特許營業有其營業範圍並非台灣全島。最高行政法院則是認為，台電在非保證時段依經濟調度原則選擇能量費率較低的電廠交易，所以可以接受能量費率成為競爭因素的說法，但無法判斷的是台電公司與民營電廠購電時真正考量的因素，民營電廠間是否替代性，因而對產品市場的界定提出質疑。

##### 2. 民營電廠間有無達成聯合行為之合意

若民營電廠間未有合意，那麼之後發生一致的行為結果，也只能認定為偶然的一致或者有意識的並行行為，不構成聯合行為。公平會認為民營電廠間組成協進會，數年來透過多次協商，達成「以拖待變」的共識，一致性的不與台電公司進入費率調整的實質討論。但台北高等行政法院則認為，民營電廠出席每次與台電公司的協商會議，

故並未有拒絕協商之情事，是各家電廠根據自己的狀況所作之決定。最高行政法院則對於合意的部分與是否影響市場供需功能的部分皆未多加著墨。

### 3. 是否影響市場之供需功能

公平會算出9家民營電廠在發電市場中之市占率達19%，台電公司對於民營電廠的供電需求有不可或缺之依賴性；且從結果論之，9家民營電廠拒絕調整資本費率造成台電公司及高額損失，所以影響市場供需功能甚鉅。而台北高等行政法院既然否定發電市場與9家民營電廠間之競爭關係，則不會討論民營電廠之行爲對市場供需功能之影響，最高行政法院亦無論及此部分。

## 參、聯合行為之構成要件與認定

要討論9家電廠是否該當公平法所規範之聯合行爲，首先瞭解其構成要件為何及認定之方式與基準。本文先從公平法對契約爭議介入之正當性談起，論本案是否適用公平法，再進入到聯合行爲要件之討論。因爲若9家民營電廠間之行爲不適用公平法，則無法再進一步論其是否該當聯合行爲而規範之。

### 一、民營電廠案與公平法之適用

關於公平會是否能夠介入9家民營電廠與台電公司的契約議價爭議？應該可以分成兩個層面來論述，一是公平會能否介入契約問題；另一個是公平會可否介入電力事業之爭議。

#### (一) 對契約爭議之介入

契約的相對性，看似是被限縮在某個特定雙方的關係之下，若要解決個別契約當事人之爭議僅能回歸民事法之下，而與公平法之適用無關。對此，公平會所定之「公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則（以下簡稱「公平法第二十五條處理原則」）」第三點：「與其他法律競合之釐清」中亦提及「按事業與事業或消費

者間之契約約定，係本於自由意思簽定交易條件，無論其內容是否顯不公平或事後有無依約履行，此契約行為原則上應以契約法規範之。（第1款）。另外，如「日本濫用相對優勢地位處理原則」（「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」），在第1部分「有關濫用相對優勢地位規範之基本考量」中提及：「有關事業要以何種條件交易，基本上是委由交易相對人間自主的判斷。交易相對人間自由交涉的結果，任何一方當事人之交易條件比相對人或過去相比變得不利，是所有交易都可能發生之事。」這些論述皆表達對契約自由原則的尊重，若由契約雙方當事人自主決定的契約內容，即使相較於相對人或過去為不利益，應由自主決定的當事人自行承擔。總言之，在契約自由原則之下，只要雙方意思示並無瑕疵並達成合意，即使雙方在契約內容或條件上並不平等，一方因而在交易上較為不利，這本身亦不成問題<sup>14</sup>，第三者難有介入之空間與權力。但契約自由原則並非毫無限度，仍有須受到限制的情況，包括強制締約、契約修訂、方式強制等情形<sup>15</sup>。公平法是規範事業之事業活動的競爭法規，而事業活動即是主要為事業與事業或與消費者間之交易，所謂交易當然會涉及契約，如何能完全無涉契約問題。公平法中所規範之「限制競爭」<sup>16</sup>或「不公平競爭」的行為類型，多可能涉及契約部分，以本案所討論之聯合行為部分，所謂的合意，即有透過契約方式之可能性（公平法第十四條第一項）。所以，上述之「公平法第二十五條處理原則」第三點還有此段：「惟於系爭行為危及競爭秩序或市場交易秩序時，始例外有本條之適用。例如在契約內容顯失公平部分，倘未合致『足以影響交易秩序』之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之（第1款）」，

<sup>14</sup> 川濱 昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引，769號，2014年，7頁。

<sup>15</sup> 孫森焱，民法債編總論（上冊），修訂版，2013年7月，頁36-40。

<sup>16</sup> 如公平法第19條之維持轉售價格或第20條第5款之限制交易相對人之事業活動，多透過契約為之。

即是表示契約行為若有危及競爭、足以影響交易秩序之情形，則公平法即有介入規範之餘地。因此，公平會以公平法的角度，並非直接介入或干涉事業間之私法契約爭議的判斷與處理，亦非以情事變更原則評價民營電廠與台電公司間之契約有無修訂內容的可能性，更非無視於契約自由原則而否定民營電廠想繼續維持契約原始內容的意願，其介入的是事業契約內容與爭議所涉及之限制競爭或不公平競爭行為。具體言之，因為若僅是一家電廠個別與台電公司間的違約爭議，或許可以認為公平會無以公平法介入的空間，但當9家民營電廠以合意的方式作出集體式的決議，內容又攸關相關市場之供需功能時，應不再是一個單純的民事爭議，已是進入到限制競爭之議題範圍。所以，本案是否可止於用民事法來論述民營電廠之行為有違誠信原則即可解決<sup>17</sup>，無須公平會以公平法介入，本文持保留態度。再以處理方式與效果來檢視，公平會並無藉由公平法對爭議之契約進行條款之變更或其效力之認定，而是根據公平法規定，可對違反公平法之事業得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施<sup>18</sup>，詳言之，被處分之事業需要變更或刪除違法之契約條款內容始能達成處分之要求，所以雖非直接介入契約條款之效力認定，卻可以發生相同的影響效果。以本民營電廠聯合行為案為例，公平會不是介入民營電廠與台電公司之購售電契約之調整，而是可命民營電廠停止再以合意方式共同使用「以拖待變」的手段拒絕與台電公司協商售電契約。所以認為公平會無端介入契約爭議，並主導契約內容的變更，實為誤解。

### (二)對電力事業爭議之介入

如上所述，公平法乃規範事業之事業活動，以維持市場自由、公平之競爭秩序之法規。所以，電力事業之事業活動基本上應符合本法之規範對象。惟，電力事業尚有電業法為主之相關法規所規範，那麼，其與公平法間之關係與適用應為何？如台北高等行政法院論及公

<sup>17</sup> 王文宇，前揭註7，頁66。

<sup>18</sup> 孫森焱，前揭註15，頁38。

平法第四十六條最早的規定到此次修法前之內容（請參考本文貳、二、台北高等行政法院判決），實無排除適用公平法之情事。即使本案當時所適用之修法前第四十六條，其規定：「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸公平交易法立法意旨內，優先適用該其他法律之規定。」可以得知優先適用其他法律的前提，應是其他法律對有關競爭之行為有所規定，且該規定不牴觸公平法立法意旨的情況下始為可能。其與第四十五條之智慧財產權法適用公平法基準同列於附則，皆是規定公平法與其他法律間之適用關係。即使該第四十六條之立法意旨提及「公平交易法就規範競爭行為事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自應屬競爭行為事務之特別法」，是否即可簡化解釋成「特別法優於普通法」，排除公平法的適用？應非如此。以本案為例，應先以電力事業的相關法規有針對電力事業的競爭行為之事務進行規範，始為成立，但電業法似乎不存在有關競爭行為事務的規範，公平會之處分理由中亦如是判斷，台北高等行政法院亦如是解。而最近一次的修法，將本條修正為「事業關於競爭之行為，優先適用本法之規定。但其他法律另有規定且不牴觸本法立法意旨者，不在此限」。根據公平會的修正理由說明：「為確立本法為經濟之基本法，就事業競爭之行為，優先適用本法之規定，其他法律另有規定者，僅於不牴觸本法立法意旨時，始得優先適用，爰酌作文字修正。」證明現行法亦是採競爭法優先適用原則，公平會只是為求明確並減少爭議而文字修正，絕非公平會自我覺醒公平法順位在後而做調整。以日本為例，雖其獨占禁止法（相當我國之「公平法」<sup>19</sup>）中並無類似我公平法第四十六條之規定，但事業法與獨占禁止法之關係如何，一般實務與學說上皆能接受的想法是：只要個別事業法中未明文規定排除獨占禁止法之適用，則不應排除適用之。再者，若獨占禁

<sup>19</sup> 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，簡稱「独占禁止法」。

止法上認定違法之事業行爲，在其他事業法中有規定，而法適用上，事業法上之規定是否可成爲正當化事由，則必須建立於先判斷是否違反獨占禁止法而後考量的因素，且必須從嚴，基本上仍應受競爭法規範<sup>20</sup>。且在日本各產業領域並不存在可以排除獨占禁止法的個別領域競爭法，要排除適用之依據闕如。所以即使是電力、瓦斯、電信等受到高度管制之產業，亦須受到競爭法之規範<sup>21</sup>，我國其實亦未存在個別產業類型之競爭法。至於若其他法律亦有關於事業競爭行爲之規定，卻牴觸競爭法（或其意旨）時，本文比較無法贊同所謂第四十六條並未規定，故符合特別法優於普通法原則，而排除公平法之適用，本文認爲第四十六條的反面解釋，應解釋成若有牴觸公平法，優先適用公平法。

### （三）公平會今後對電力市場自由化之角色

即使目前台灣的電力市場仍以台電公司獨占經營爲主，並受到主管機關經濟部能源局高密度管制，但本文認爲並不因此就代表公平會以公平法的角度沒有介入的空間。基本上，許多產業亦有其相關之主管機關與相關法規，但並不因此不受公平法規範。雖然電力的提供具公共利益性質，目前在電力市場中僅台電公司一家國營事業，具有發、輸、配、送電之獨占地位，但當國家願意推動電力市場自由化後，就不可不正視競爭法與競爭主管機關的角色。具體而言，在放寬管制後，國家與原本受管制產業市場間之關係會帶來很大的變化。原本從威權（paternalism）的觀點下，行政機關對經濟活動採積極干預，由事前預測判斷個別產業對社會最好的結果，進而爲實現此結果以直接或間接行使強權來進行管制。但管制的放寬與改革後，政府須將事前規範降至必要的最低限度，以國民的自我責任作爲前提，改爲透過司法制度對紛爭事後解決爲原則，藉此蛻變爲更成熟的自由經濟

<sup>20</sup> 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁，『独占禁止法』（商事法務・2013年）344頁。

<sup>21</sup> 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁，同前註，345頁。

社會。政府的角色在此縮小的同時，造就更為重視市場機能的社會，而連動使公平法與競爭主管機關的重要性更為凸顯<sup>22</sup>。各目的事業主管機關開始重視競爭評估<sup>23</sup>，能夠在立修法、執法之際，能從競爭政策的觀點，事前檢視規範的必要性、合理性，達到真正導入競爭的目的與效果<sup>24</sup>。

其實，各領域的產業多有其目的事業主管機關或甚有個別的事業法，目的事業主管機關雖然對於所管產業領域在現狀上的把握、技術面的專門知識與經驗，具有的優勢乃無庸置疑。但以攸關公共利益的國營事業為例，目的主管機關在此方面的知識與經驗，有很大部分來自於過去（甚至是現今）在自然獨占型態中擔任管制的角色之下，而這些恐與促進競爭的規範有所差距，向來由台電公司獨占經營的電力市場與相關管制規範，應未為充分考量競爭的部分。反之，身為競爭主管機關之公平會，對於有關競爭之議題與規範，具有相當之瞭解與實務經驗，與特定產業之目的事業主管機關相較而言，更能精確地掌握產業市場的競爭實態與問題所在。各目的事業主管機關僅以特定領域的產業為規範對象，不僅可能會對於該領域的特殊性做過大的評價的運用，且對跨領域的綜合判斷部分恐怕會較為不周到<sup>25</sup>。所以，對於電力市場與電力事業的專業部分，主管機關的能源局相較於公平會

<sup>22</sup> 来生 新「公益事業の規制改革と競争政策」日本經濟法学会年報，23號，2002年，1頁。

<sup>23</sup> 陳和全、劉姿汝，公平交易法與其他法規競合競爭評估標準之研究，載公平交易委員會98年度委託研究計畫報告書，2009年12月，頁5-15。<http://www.ftc.gov.tw/upload/aa9a592c-16cc-4cbe-92d7-aa090e9741eb.pdf>，造訪日期：2015年11月6日。

<sup>24</sup> 岸井大太郎「政府規制分野において公正取引会に期待される役割——公益事業分野の制度改革を中心に」公正取引，747期，2013年，26頁。

本文標題的中文意思是「在政府管制領域中公平交易委員會所被期待的角色，以公益事業領域的制度改革為中心」，所謂公益事業是指攸關基本民生等公共利益之電力、水、瓦斯等事業，雖然受到政府特別的管制或規範，但當導入自由化的競爭後，公平會的角色變得更受到重視與期待。

<sup>25</sup> 岸井大太郎「公益事業の規制改革と独占禁止法——領域特定規制と独占禁止法・公正取引委員会」日本經濟法学会年報，23號，2002年，50頁。

更爲深入且有經驗，此乃無庸置疑。惟，在競爭的部分並非懷疑能源局的理解與運用處理的能力，而是否更應借重競爭主管機關。具體而言，需要瞭解對目前的電力市場狀況，競爭關係之存否，與問題之所在，以及日後更進一步自由化後，可能產生的新的交易階段與各階段可能發生的競爭問題。這可能是電力目的事業主管機關所未觸及或未注意的問題，但競爭主管機關卻能以其專業檢視這些問題並進一步提出可解決之方法。

市場開始步入自由化後，要討論的重點不應是目的事業主管機關與競爭主管機關，在規範上必然以何者爲優先。因爲屬國營事業、具公共利益性質，有特別之事業法規範或者管制（例如參入事業必須先受核准取得執照等），即認爲競爭法毫無介入餘地必須被排除在外，甚至認爲應該等市場完全自由化後，方可論競爭主管機關與競爭法介入的議題，實難以贊同這樣的見解。實際上，日本即使在配送電階段尚未完全自由化的時期，從一九九五年電力市場開始踏入自由化時起，日本公平會一直扮演相當重要的推動角色<sup>26</sup>。具體包括：日本公平會於平成十八年（二〇〇六年）公告的「有關電力市場中的競爭狀況與今後課題（電力市場における競争状況と今後の課題について）」，對平成十九年（二〇〇七年）起開始預定日後將進行的電力零售階段自由化，就當時的電力市場的狀況，對當下的電力事業相關規範及改革進行討論，提出從競爭的角度該如何思考的分析與意見。之後在平成二十四年（二〇一二年）尙還提出「有關電力市場中競爭的存在型態（電力市場における競争の在り方）」，都看得出日本公平會對於電力市場自由化的競爭議題是立於前端指引正確的發展方向。並進一步與電力事業主管機關之經濟產業省共同提出了「有關適

<sup>26</sup> 日本在電力交易的正常化發展中，在法律層面是將「電氣事業法（相當我國的電業法）」與「獨占禁止法（相當我國的公平法）」並列；行政的監督方面亦並列了目的事業主管機關的經濟產業省與公平會。請參考山本要一、池田元英『よくわかる電力取引入門』改訂版（エネルギーフォーラム・2008年）137頁。

當電力交易之處理原則（適正な電力取引についての指針）」，是目的事業主管機關與競爭主管機關合作的最好範例，此一兩方合作的處理原則為配合二〇一六年四月的零售階段的全面自由化，這兩年持續進行調整修正以為因應。以二〇一六年三月所提出的「有關適當電力交易之處理原則」版本為例，分成四大部分，包括電力的零售階段、批發階段（包括提供電力之發電事業）、配送電領域以及與其他能源競合的領域的適當交易方式。該處理原則中提及為維持公平的競爭秩序，必須要求事業公開某些必要的資訊，或者某些事業活動的變更也必須向主管機關提出申請，此等需要電力市場的流暢運作來配合進行者，是需要透過電氣事業法從產業法的角度進行規範，並由目的事業主管機關進行監督；而從競爭的角度，每個交易階段或領域可能發生的競爭問題類型為何，又該如何解決，則是公平會所協力的部分。既然談的是適當的交易方式，整個處理原則的骨架與重點較著重於競爭的議題。尤其社會所關注的電力零售階段的全面自由化，置於本處理原則之首，檢視許多從競爭觀點看來可能發生的諸多問題，非常具有其意義。日本的電力市場改革與競爭政策之間的關係與發展，乃是一個非常重要且值得研究之議題，但非三言兩語可以詮釋之，另待撰寫專文討論之。因為電力市場自由化的發展，包含有市場支配力的事業在內，其事業活動將逐漸擴大範圍與多樣化，要如何防範限制競爭行為的發生，期待競爭法的規範能夠充分作用的重要性，不言而喻。日本因為公平會對電力市場自由化的協助與努力，當初與台灣幾乎同時起步的電力市場開放，日本目前已經領先太多<sup>27</sup>。學者基於電力產業

<sup>27</sup> 日本在2016年4月正式邁入一般消費者可以選擇售電對象的零售階段全面自由化。零售階段全面自由化後的電價的設定、對偏遠地區及離島的供電保障等攸關公益問題外；原本非電力事業者（瓦斯業、電信業等）加入零售市場後，會用電氣以外之商品或服務以套餐搭售的方式如：電氣與瓦斯、電氣與電信來提供價格優惠，是否會影響非電氣之其他商品、服務之相關市場競爭等競爭議題亦受到關注。請參考友岡史仁「電力システム改革」，法学教室，424號，2016年，50頁。

之特殊性<sup>28</sup>，亦提出將來台灣電力事業市場全面自由化後同樣在電力之批發、零售等不同階段皆可能產生的違反競爭行為<sup>29</sup>，怎可不謹慎面對。

綜上可知，目的事業主管以專業來規範相關產業，甚至攸關公共利益相關產業所進行的管制，對健全社會經濟、民生之正面影響的確實有其必要性與重要性，應該予以肯定。但是否可以因此否定競爭法與競爭政策，排除競爭主管機關的介入與協助，恐不適合如此速斷<sup>30</sup>。就如同前所論，目的事業主管機關對自己的主管的事業領域部分，專業與經驗無庸置疑，但是政府為了某些特定的民生等社會因素，或甚某個產業的市場失敗而提出的產業政策，為達成目的往往不知不覺在所訂之政策或規範上產生限制競爭或不公平競爭的效果，例如某些財政或金融政策可能造成護航某特定條件之事業。此時，透過競爭法與競爭政策，可以檢視欠缺必要性、流於恣意性的不當規範或管制，尋求平衡的透明性<sup>31</sup>。所以，並不在於決定產業政策與競爭政策的孰輕孰重，產業政策當然必要，而競爭政策可以是一個可以擔任檢視與矯正的角色，否則目的事業主管機關自認為是有益產業未來發展的政策，實而包藏超過正面經濟利益的限制競爭效果而未察。更進一步言，如電力等國營事業，以維護使用者權益等公共利益為由，國家特許其以獨占方式透過規模經濟達成此目的（甚至有所補貼等）。但若透過技術以及導入競爭亦可以達成目的，甚至達到更高的效率性（尤其是消費者利益之增加），那對此等事業領域的特別管制與各種

<sup>28</sup> 電力產業的特殊性包括：電力市場供需變化之速度與幅度遠大於一般產業、短期電力市場交易與價格須事前撮合及事後結清、電力市場必須指定特定供電者有最終供電義務、跨多種專業領域的資本密集與知識密集產業。請參考許志義、王京明、黃鈺愷，我國電業自由化違反競爭法行為態樣之探討，公平交易季刊，第23卷第4期，2015年10月，頁10-13。

<sup>29</sup> 許志義、王京明、黃鈺愷，同前註，頁13-18。

<sup>30</sup> 武石礼司「エネルギー規制改革と競争政策」，Economic Review，11卷2號，2007年，76-95頁。

<sup>31</sup> 大祿英一『独占禁止法の体系的理解Ⅱ』（静岡學術・2011年）218-219頁。

優待將失其正當性與必要性。只是回顧過去歷史，這些公益事業的最早的創設與其後的營運或許有太多政治因素的參雜其中，但不合理規範應不該再受到容許<sup>32</sup>。若再以所謂國家產業政策、高密度專業管制為由，屢屢否定競爭角度的規範與運作，這將與世界發展趨勢有所違背，也可能因而距離全面自由化更遠。產業法與競爭法是否應有前者為事前規範而後者為事業規範之關係，若以公平法而言，的確僅有對事業結合的部分屬事前規範外對於其他限制競爭或不公平競爭行為皆屬事後規範。但此非可以明確一分為二的說法，因為即使在電業法中關於有電業權的取得、電業經營等屬於事前規範的部分，亦有監督等涵蓋事後規範的部分。而公平法即使多屬事後規範，但公平會對相關產業或交易關係所制定之處理原則，不僅是表示公平會適用法規之準則，亦讓事業能夠明確理解如何進行事業活動才能維持公平與自由之競爭秩序而不違法，讓公平法不僅對事業在違法後有處分等事後規範，亦能發生同事前規範之效果。而上述之日本公平會與經濟產業省之合作與協力，乃因為日本的電力市場是逐步邁向自由化，在此過程中不論是多階段的電氣事業法的修正，或者從電力市場現狀探討未來進入競爭後可能發生的問題，這些部分日本公平會都提供了許多意見。換言之，電氣事業法為全面自由化而進行的修法，即使屬於事前規範的部分，並未直接規範電力事業之競爭問題，仍須注意並迴避可能不當產生限制競爭或不公平競爭之規範內容，這是在全面自由化之前即完成的工作，這部分需要公平會的配合協助。所以競爭法與產業法抑或競爭主管機關與目的事業主管機關之間，應是讓規範加成而非兩者競爭，是各司其職又互相協力。

## 二、公平法第十四條之構成要件

第十五條第一項本文規定：「事業不得為聯合行為」，對於聯合行為採「原則違法」之規範，除非符合第十五條第一項但書所列之要

<sup>32</sup> 來生 新，前揭註22，10頁。

件，可例外於事前向公平會申請且獲得許可後為之。而判斷事業間是否成立聯合行為，公平法第十四條（修正前聯合行為之要件規定於第七條）第一項規定：「本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能而言。」而第二項進而說明：「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」由此可知成立聯合行為之構成要件，包括(一)行為主體是具水平競爭關係之事業；(二)透過合意方式（意思聯絡）；(三)共同決定商品或服務的價格、限制數量等相互約束事業活動；(四)對相關市場之供需等功能產生影響<sup>33</sup>。值得注意的是本次修法新增第三項：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之」，是為因應主管機關對事業間「合意」舉證之困難，讓公平會能有明確之依據可推定事業間合意之存在<sup>34</sup>。此外本條第四項規定：「第2條第2項之同業公會或其他團體藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為本法之聯合行為」<sup>35</sup>，若具競爭關係之事業間組成非同業公會之組織來進行限制競爭之合意時，仍構成「聯合行為」。

綜上，聯合行為之構成要件可以整合成兩大重要部分：一是「相關市場」之界定；另一個則是「合意」之舉證。

### 三、相關市場之界定

根據公平法第五條：「本法所稱相關市場，指事業就一定之商品

<sup>33</sup> 公平交易委員會，認識公平交易法，第16版，2015年7月，頁112-115。

<sup>34</sup> 參照公平會公告之「公平交易法修正條文對照表」中之修正理由。

<sup>35</sup> 此次修法針對同業公會及其他事業團體的部分，增修於公平法第2條第2項：「事業所組成之同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體，視為本法所稱之事業」。其修正理由是事業若組成非同業公會之組織，且不符合第1項第4款「提供商品或服務從事交易」之要件，將造成無法歸責之漏洞，因而增列。

或服務，從事競爭之區域或範圍。」簡言之，相關市場即為事業從事「競爭」的範圍，但公平法並未進一步具體規定相關市場的界定方式<sup>36</sup>。由於相關市場的界定方式引起多方討論（如前述之超商現煮咖啡聯合行為案），公平會於二〇一五年三月公告：「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」（以下簡稱「相關市場界定處理原則」），說明對相關市場界定的原則與方式。根據公平法對於「聯合行為」之定義，其主要之構成要件中包括了「聯合行為的主體具有水平競爭關係之事業」及「對相關市場的供需產生影響」的部分，故須界定相關市場，才能認定是否屬於其中同一產銷階段具有水平競爭關係的事業，且該事業間若透過合意而共同決定價格等限制競爭之行為，則須進而評估該行為是否足以影響「相關市場」之供需功能，事業之聯合行為必須達到足以影響市場功能之程度，始有予以處罰之必要<sup>37</sup>，成為判斷具水平競爭關係之事業間的共同行為是否該受到聯合行為規範之門檻。所以相關市場之界定，在認定聯合行為之最初與最後都是不可缺之重點。而相關市場的界定時點，通常在有構成聯合行為之虞的事業行為發生後，判斷該行為有無限制競爭效果之前<sup>38</sup>。

公平會界定向來對相關市場界定的基本方向，通常綜合考量「產品市場」、「地理市場」及「時間因素」<sup>39</sup>。具體而言：(一)產品市場係指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍；(二)地理市場係指就參與結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍；(三)在考量前項產品市場、地理市場外，得視具體個

<sup>36</sup> 原本規定於公平法第5條有關獨占定義的第3項，稱為「特定市場」，本次修法認為特定市場的概念不僅適用於獨占的規範，在其它限制競爭之行為，執法時均可能涉及此概念，因此將其獨立於第一章總則第5條並改稱為「相關市場」。

<sup>37</sup> 台北高等行政法院101年度訴字第607號判決。

<sup>38</sup> 村上政博「一定の取引分野における競争の實質的制限と競争阻害性」，判例タイムズ，1318號，2010年，6頁。

<sup>39</sup> 公平交易委員會，前揭註33，頁34-36。

案，衡量時間因素對於特定市場範圍之影響<sup>40</sup>。「相關市場界定處理原則」亦重申以此三個面向作為界定相關市場之主要審酌事項（第三點）。而實際上，多以前二個面向為基本考量要素，此立場基本上應可予以肯定的<sup>41</sup>，從9家民營電廠案中公平會的處分書中亦是看到此一界定基準，台北高等行政法院與最高行政法院亦同意之，但對事實之認定與解讀有所不同。

其中，產品市場以需求者替代性作為界定市場範圍為重心，「相關市場處理原則」亦是以此為界定相關市場之主要審酌事項，但得視商品或服務特性考量供給替代（第三點相關市場界定之基本原則）<sup>42</sup>。至於地理市場則是在產品市場的決定時，若因為距離等地理因素，為商品的競爭範圍劃出一個具體的地區領域，或大或小還需視個案而定<sup>43</sup>。如連鎖便利超商現煮咖啡案是以全國為範圍，而某些跨國企業甚至能以全球為範圍<sup>44</sup>。時間因素則是認為對需求者而言，若時間夠長，可以接受較遠的地方或甚國外的商品，市場因而可以變得更廣<sup>45</sup>。至於界定相關市場時可採用哪一些資料，以公平法施行細則

<sup>40</sup> 公平會制定之「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」第3點；「相關市場界定處理原則」第2點。

<sup>41</sup> 伊從寬『独占禁止政策と独占禁止法』（中央大学出版部・1997年）158頁。

<sup>42</sup> 相關市場界定處理原則第4點，提到就商品或服務之需求替代、供給替代進行產品市場之界定時，可以考量以下因素：(一)產品價格變化；(二)產品特性及其用途；(三)產品間曾經出現替代關係之情形；(四)交易相對人在不同產品間之轉換成本大小；(五)產品價格調整時；(六)交易相對人及競爭事業對於產品間替代關係之看法；(七)相關法規或行政法規之規定；(八)其他與產品市場界定相關之事證。

<sup>43</sup> 相關市場界定處理原則第5點對於以商品、服務之需求替代、供給替代進行界定市場時，得考慮以下因素：(一)不同區域間產品價格變化及運輸成本大小；(二)產品特性及其用途；(三)交易相對人在不同區域購買產品之交易成本大小；(四)交易相對人對產品獲取之便利性；(五)交易相對人在產品價格調整時，選擇至不同區域購買之情況；(六)交易相對人及競爭事業對於產品區域替代關係之看法；(七)相關法規或行政規則之規定；(八)其他與地理市場界定相關之事證。

<sup>44</sup> 例如ASML域外結合案，公平會102003號結合案件決定書（2013）。

<sup>45</sup> 公平交易委員會，前揭註33，頁36。

第四條第二項有關市占率計算的規定：「計算市場占有率所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準」，表示以其他行政機關之具公信力資料為據亦可行。

其實，相關市場的界定是一個難題，不若土地標界可以明確劃出一個具體的界線，不論是哪一種界定方式都可能受到挑戰與質疑。因此，因應市場的實際狀況，從最基本的產品需求者角度出發應是原則，即使要考量供給者的供給範圍，若供給者能提供，卻非需求者的選項時，此一供給對於需求者並無意義<sup>46</sup>。且相關市場是有可能重疊成立，一個相關市場的成立並不意味排除其他市場範圍成立的可能性，另外界定出一個與公平會所界定的相關市場範圍相異之結果，並不足為奇。而其中，直接將事業間進行合意的範圍界定成一個相關市場實為常見<sup>47</sup>，因為在競爭活躍的情況下很難掌握從事競爭的範圍，反之，當出現限制競爭的行為時，原本應該具競爭的範圍內的競爭被限制而浮現，此一被限制的範圍即可界定為一個相關市場<sup>48</sup>，但這樣的作法也可能受到是否先射箭再畫靶的批評。但無論如何，在實務的執法判斷上仍需要一些具體的基準，所以完全捨棄相關市場的界定或許不是最好的作法，但是界定方式應該更針對個案，對於事業間之具體行為，進行個別的相關市場界定<sup>49</sup>。如同美國二〇一〇年版的水平

<sup>46</sup> 以日本的東芝電梯維修服務搭售案為例，此乃東芝電梯製造商，為了在電梯設置後能夠順勢取得售後維修服務的交易，對於使用其他維修業者服務的電梯用戶欠缺維修零件時，表示若非與該公司的替換服務一起採購，否則不零售零件。在此案，將產品（服務）市場界定為「東芝公司製造電梯的維修服務」，看似非常狹隘，東芝公司在日本的電梯市場中其實僅排名第三，但名列第一與第二的電梯公司的零件無法使用於東芝公司製的電梯，在本案中沒有意義，所以判決中提到如此界定的理由是「若考量電梯所有人要將電梯轉換成他牌當然並非容易……」，因而將產品（服務）相關市場作如此界定。這些案例似乎並不需要SSNIP測試，以個案產品或服務的特性界定出相關市場，應屬合理。

<sup>47</sup> 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁，前揭註20，36頁。

<sup>48</sup> 橫田直和「『多摩入札談合事件・最高裁判決の検討——一定の取引分野における競争の實質的制限』に係る判断を中心として」，公正取引，770號，2014年，37頁。

<sup>49</sup> 上杉秋則『カルテル規制の理論と実務』（商事法務・2009年）111頁。

合併指針所述<sup>50</sup>，若能取得限制競爭的直接證據，更應該重視此部分，換言之，過度執著於劃出所謂正確的相關市場，聯合行為的問題重點可能因而失焦，並非適當。市場界定不要論者的見解之一，即是認為所謂相關市場的界定，終究會被其他反競爭效果所吸收（例如聯合漲價的合意等），這樣的說法並非毫無見地<sup>51</sup>，因為限制競爭的行為與效果應該更被重視。至於公平會的「相關市場界定處理原則」中亦提及的經濟學上的手法，例如美、日的有關事業結合的處理原則中提及的SSNIP測試（假設性獨占者檢測法）<sup>52</sup>或者合理可替代性分析法交叉彈性檢測法<sup>53</sup>等方式<sup>54</sup>，並非當然必要，亦無運用上優先順序，尤其受到測試分析資料的有無、時間的約制，各國的競爭主管機關亦是以其他可行簡便的替代方式為之<sup>55</sup>，「相關市場界定處理原則」亦採相同立場（第六點）。9家民營電廠是否具競爭關係，可否界定成同一個市場？因為電力市場尚未完全自由化，目前發電階段，

<sup>50</sup> U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guideline (2010), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (last visited: 2015.10.20).

<sup>51</sup> 白石忠志「市場画定不要論について」，『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の前線（根岸哲先生古稀祝賀）』（有斐閣・2013年）21頁。文中指出堅持要先界定相關市場者的見解是，若不先劃出相關市場，就無法算出市占率，不能決定是否要介入管制該行為了。這樣的說法讓界定與不界定似乎成了「雞生蛋、蛋生雞」的爭辯。

<sup>52</sup> SSNIP是Small but Significant and Non-transitory Increase in Price的簡稱。所謂SSNIP測試，乃指設定獨占事業是否能進行「微幅（一般認為是5%）但顯著的非暫時」的漲價而增加利益。具體的操作是：先假定一獨占事業，當其開始進行此一微幅但有意義且非暫時的漲價時，需求者是否會往外圍移動轉向其他事業，若有就將該外圍業者納入市場，如此反覆測試，直到沒有外圍業者可以加入，相關市場的界定即可完成。

<sup>53</sup> 以需求者交叉彈性來評價相關市場的界定，需要的交叉價格彈性有各式各樣，卻必須要畫出一條界線的話，線的畫法應不只一種，不論把線畫在何處，都有可能在越過線後仍存在競爭。所以，相關市場的界定方式非僅有一種意義，而是多樣的。參考大祿英一『独占禁止法の体系的理解IV』（静岡學術・2013年）55頁。

<sup>54</sup> 「相關市場界定處理原則」第7點至第9點。

<sup>55</sup> 岡田羊祐、林秀弥『独占禁止法の経済学』（東京大學出版社・2009年）16頁。

除了台電公司以外的民營電廠亦皆為特許事業，所提供之電力皆提供台電公司輸配送全台，彼此間所提供之電力具有替代性，相關市場的界定應相較屬單純，但因為本案之9家電廠各自與台電公司簽訂二十五年之長期契約，競爭關係之存否因而受到議論。

#### 四、合意之舉證

在聯合行為的定義中，與他事業「共同決定」、「相互拘束」的要素，決定了意思聯絡存在的必要。此不僅要求舉證事業之間須具有某形式的連結，且事業間所共同合意之事項必須是公平法第十四條第一項所例示之價格、數量等足以影響市場供需功能之具限制競爭效果之事項始該當之，若事業間決議或談定之事項並無限制競爭之問題，則不該當聯合行為<sup>56</sup>。一般來說，認定聯合行為是否成立的關鍵，是事業間「合意（意思聯絡）」之有無的舉證，因為要找到事業間合意的直接證據並不容易。所以，公平法第十四條第二項「意思聯絡」緩和了「合意」的要件，更以新增訂第三項的「推定合意」方式試圖解決主管機關舉證之困境。

舉證「合意（意思聯絡）」的直接證據，包括由參與聯合行為的關係人（事業內部人員）承認事實的調查筆錄，參與事業間針對該次聯合行為所作成的協議書、會議紀錄等<sup>57</sup>，可以直接舉證的事證（簡

<sup>56</sup> 曾有數家進口黃豆之事業，因為過去是以事前申請許可的方式聯合進口黃豆，卻在許可屆期後未為延展仍亦一起同船進口黃豆進入台灣，因而受到處分（97年公處字第097132號處分書），但被處分之數家事業不服，認為此次是各自收購黃豆，僅是以合船方式一起將黃豆運回台灣，並無有關公平法第14條第1項之有限制競爭效果並影響市場供需功能之事項之任何合意，歷經高等行政法院（98年度訴字第1134號判決）、最高行政法院一度發回更審（最高行政法院100年度判字第379號判決），最後事業之主張受到了最高行政法院的肯認，公平會敗訴（最高行政法院101年度判字第818號判決）。

<sup>57</sup> OECD在「Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement」報告書，指出直接證據是指透過特定聚會或聯絡直接成立合意的文書或陳述。這其中決定性的證據（smoking guns）價值最高，在歐盟原則上是以直接證據來舉證聯合行為。其包括正式的文件、紳士協定、會議或行動的議事錄、經費相關的筆記、會議筆記、有關監控（monitoring system）系統的筆記等。而其中最具備

言之，一刀斃命那種）。但聯合行爲的罰鍰金額日益增高，甚至尚可能負擔有民刑事責任，因此少見事業間用顯而易見的方式留下直接證據。當直接證據不足或不存在時，公平會與其他各國的競爭主管機關會採用所謂的「一致性行爲理論」來判斷意思聯絡的存在。此理論是指兩個或兩個以上事業，在明知且有意識的情況下，透過類似聚會等聚會機會交換經營意見，就其未來的市場行爲達成不具拘束力的「共識」或「瞭解」，形成具有意思聯絡的外在市場的一致性<sup>58</sup>，是一種用間接證據的方式來舉證意思聯絡的存在。但要注意的是，同樣是在外觀上發生一致的行爲結果，卻是一事業向另一事業看齊、跟進的行爲，即「有意識的平行行爲」，或者在價格方面採的「價格追隨行爲」，因不具事業間的「意思聯絡」，並不構成聯合行爲。例如現今的台灣油品市場，中油公司已採行浮動油價調整機制，隨原油價格調整油品零售價格，此時台塑公司跟隨調整，應屬價格跟隨行爲，兩事業最後在外觀上造成一致的行爲結果，卻因欠缺意思聯絡，不構成聯合行爲。

以OECD在「Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement」報告書中所提出的基準，認為間接證據（在報告書中稱indirect evidence），或稱「情況證據」（circumstantial evidence）是透過推斷、常識、經濟分析、或其他被舉證的其他事實，所取得的論理性推測，而成爲聯合行爲舉證時之證據。可以推定意思聯絡的間接證據，有交流傳達的證據（communication evidence）與經濟的證據

---

值的是corporate statements（多是口述），通常透過寬恕政策取得，由擔任聯合行爲的員工陳述等等。或者，在搜索或其他機會，得以對公司的員工所進行的訪談，所取得的證據。“Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement”，111, 2006, <http://www.oecd.org/competition/mergers/37391162.pdf> (last visited: 2015.11.2.).

<sup>58</sup> 劉華美，公平交易法之註釋研究(一)第一條至第十七條，載公平交易委員會民國92年度報告，2003年12月，頁306-307。<http://www.ftc.gov.tw/upload/0499b40e-43cd-411c-a760-3c80a07c377b.pdf>，造訪日期：2015年11月2日。

(economic evidence)<sup>59</sup>。在交流傳達的證據方面，例如參加聚會的證據，包括聚會招待邀請函、旅行的行程安排記錄、旅行費用、或是日記中對參加聚會的記述等；另外，電子郵件或電話紀錄，即使內容並不够具體，但至少可以證明曾經有過接觸，此外組成團體或組織等，皆屬之。但這些交流並非無法直接認定與形成聯合行為有關，若能找到有關聯合行為之直接且具體的內容，即成為上述的直接證據。因為並非是直接證據，即使有了communication evidence，也必須從其發生的頻率等進行判斷，若頻率高再加上檢視所交換的資訊內容與其後行為之關聯性大，可作為認定存在意思聯絡的間接證據的可能性就相對較大，但其自始至終僅屬間接證據。至於經濟證據就如市場結構或市場行動的證據，多作為參考與加強的證據。以資訊交換為例，甚至曾經對價格資訊進行交流，充其量僅是公平會所謂的「附加因素」<sup>60</sup>，難以作為認定或推定價格聯合行為之意思聯絡事證。日本的實務上，認為從資訊交換來認定「意思聯絡」有無的認定時，在具體上尚須應該考量幾點，包括(一)就一般認知的「意思聯絡」、「相互瞭解」的存在與否、程度如何；(二)意思聯絡的破裂；(三)交換資訊的具體性；(四)競爭事業間資訊交換的頻率、期間；(五)對需求者提出的價格等交涉的內容、狀況；(六)各事業內對所交換資訊的傳達與適用狀況；(七)對參與事業的監控與違反的裁罰；(八)價格動向；(九)與合意矛盾的行為等，各自要素的有無、強弱，基於自由心證來認定意思聯絡的存否<sup>61</sup>，不可僅以事業間有資訊的交流即推定意思聯絡的存在。簡言之，即使有如資訊交換這般具體的外在事實，都要謹慎斟酌，而非能

<sup>59</sup> OECD報告書，前揭註57，頁111-118。

<sup>60</sup> 美國所謂的plus factors通常包括：1. 是否違反事業本身獨立的利益的行為；2. 聯合行為的動機；3. 會面、資訊交換的機會；4. 市場集中與構造；5. 反競爭行為的理由說明；6. 競爭者間價格資訊的共有；7. 其他與共謀的關連，例如事業過去或同一時間其他的違法共同行為間的關聯性等之證明，基本上雖難以直接推定意思聯絡的存在或連結，但可以做為判斷要素。

<sup>61</sup> 白石忠志、多田敏明『論点体系 独占禁止法』（第一法規・2014年）45頁。

輕易認定為意思聯絡的存在。

在民營電廠一案，民營電廠間透過「協進會」的組成來協議如何處理與台電公司間有關購售電契約之協商問題，且次數頻繁，皆是不爭之事實，彼此間有形的連結十分顯著，所以需要確認的是彼等究竟談論甚麼內容，是否與競爭有關。

## 肆、民營電廠案之探討

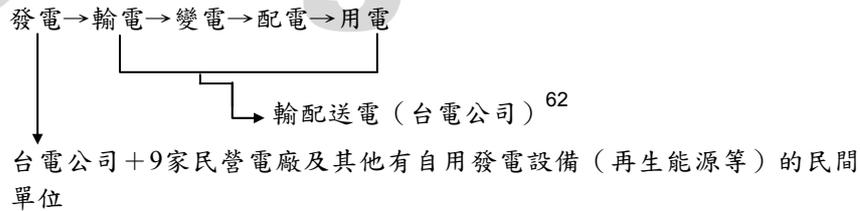
9家民營電廠是否構成聯合行為而違反公平法，從公平會的處分到行政法院之判決，其討論的方式有幾個步驟，一、首先討論公平會透過公平法與競爭政策之角度是否有介入之正當性與必要性，若無，則公平會根本無處理本案之立場；二、若現今電力事業亦應受到公平法之規範，9家民營電廠間是否具有水平競爭關係，是否成立所謂「發電市場」？三、透過「協進會」之成立，彼此討論之方式與內容是否構成聯合行為之「合意」？四、是否對市場供需功能造成影響？這些環節中若有一不成立，則9家民營電廠之行為不構成聯合行為。在前一個主題裡，本文已肯認了公平法與公平會對電力事業與其相關市場介入與規範的正當性。那麼，相關市場的界定、民營電廠間合意的內容是否與限制競爭有關、及對相關市場的影響，即有討論的必要性。

### 一、發電市場與9家民營電廠間競爭關係之有無

9家民營電廠間是否具競爭關係與相關市場之界定，應該可以是一體兩面的問題，因為具有競爭關係才能劃入同一個相關市場。但如同公平會以交易階段的方來劃出發電市場，再討論在市場中民營電廠是否具競爭關係亦非不可。

#### (一)發電市場是否存在

台灣的電力市場目前雖然僅發電階段開放非台電公司的民營電廠加入，民營電廠將生產的電力銷售給台電公司（唯一交易相對人），配送電階段仍由台電公司獨家經營，最終端的用電消費者尚無選擇供



電事業之自由，不可否認離電力市場全面自由化尚有距離。真正的全面自由化，在發電後之配送電階段皆開放競爭，最終達到終端用電者能有選擇供電事業的自由。但是電力市場從發電到最終端的用電者，此一垂直型態的經營，在其他國家的電力自由化的發展過程中，亦是從發電階段開始。在日本，發電階段已經導入競爭並運作多年，即使在配送電階段之自由化則尚在運作準備的期間，亦不認為全面性自由化才是自由化，只能認為自由化比例尚低，競爭主管機關提供重要的支援與協助，從未缺席。我國因為政府的多方考量、台電公司的意見等，電業法修法以及進一步的自由化皆多所延宕，但完全否定電力事業的自由化似乎並不妥適。何況，目的事業主管機關之能源局亦明確表示：「近年來，為穩定電力供應，經濟部並開放發電業讓民營發電廠加入市場競爭……」<sup>63</sup>，是明確地肯定了電力市場中競爭的存在。此外，日本能源經濟研究所於平成二十六年（二〇一四年）公告的調查報告書中<sup>64</sup>，第一章「各國的電氣事業」第四節即是「台灣」的部

<sup>62</sup> 電力大致可分為發電——輸送電——配電的運輸流程。所謂輸送電階段是指發電所將電力運送位於遠端之變電所之間的電力線路（包含變電）；而配電則是從變電所將電力運送到收受電力的使用者端之間的電力線路。友岡史仁，前揭註27，47頁。電力市場結構及輸配送現狀，請參考能源局網站，[http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW\\_WEBPAGE/webpage/book4/page1.htm](http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW_WEBPAGE/webpage/book4/page1.htm)，造訪日期：2015年10月30日。

<sup>63</sup> 參考能源局網站，同前註。

<sup>64</sup> 一般財団法人日本エネルギー經濟研究所『平成25年度電力系統関連設備形成等調査事業報告書（國際連系に関する調査・研究）』2014年，94-118頁。  
[http://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/2014fy/E003734.pdf#search=%E5%B9%B3%E6%88%9025%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E9%9B%BB%E5%8A%9B%E7%](http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2014fy/E003734.pdf#search=%E5%B9%B3%E6%88%9025%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E9%9B%BB%E5%8A%9B%E7%)

分，從台灣電力事業的概要說起，談到電業法的修正動向，以及與鄰近諸國的能源協力現狀等，頗為詳細。該報告書亦認為台灣已開始電力市場自由化，台灣自己否定自由化豈不怪哉<sup>65</sup>。

本案因為電力的特性，無法儲存，必須即產即用，所以，時間的過程在電力交易中顯得非常重要與特殊，但這是因為「電力」的特質，而張顯的時間特性，與前述的「產品市場、地理市場及時間因素」中考量的時間似有所不同。以本案的購售電契約來說，從一開始契約成立的時點，之後要分為「保證時段市場」與「非保證時段市場」或「容量市場」與「能量市場」亦是可行，電力市場自由化後，市場的劃分更複雜化更可以預期<sup>66</sup>。但即使如此，公平會以電力市場中的發電階段劃定成「發電市場」也是合理的界定方式。市場並不一定僅建立在交易相對人是消費者的情況，多數商品皆從製造、流通到零售有許多交易階段，市場不可能只成立於最終的零售端，每個交易階段具水平競爭關係之事業間即有劃成同一相關市場之可能。況且，不論如何，每個流通階段的聯合行為（尤其價格協議）最終都可能影響終端消費者利益。在電力市場的劃分可以包含從發電到用電的整個垂直的連結關係，但由於目前僅有發電市場有台電公司以外之事業參入，以下的階段仍由台電公司一家獨占經營，沒有劃定的意義。至於公平會為何沒有考量「時間要素」將市場做更細的區分，例如「保證時段市場」與「非保證時段市場」或「容量市場」與「能量市場」？

---

B3%BB%E7%B5%B1%E9%96%A2%E9%80%A3%E8%A8%AD%E5%82%99%E5%BD%A2%E6%88%90%E7%AD%89%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E4%BA%8B%E6%A5%AD%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%9B%B8%EF%BC%88%E5%9B%BD%E9%9A%9B%E9%80%A3%E7%B3%BB%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E3%83%BB%E7%A0%94%E7%A9%B6%EF%BC%89'，造訪日期：2015年11月2日。

<sup>65</sup> 另參考大平佳男「日本と台湾の電力市場における規制緩和と環境問題への取組み」，大原社会問題研究所雜誌，580期，2007年，25頁，該文作者對台灣的電力市場亦是作相同論述。

<sup>66</sup> 野村宗訓「電力市場における市場支配力——競争調整による解決の可能性」，日本經濟法学会年報，23號，2002年，98、104頁。

因為公平會乃在發電市場的成立為前提，將這些部分定位於購售電契約中內容與條件的一部分。

### (二)9家民營電廠間是否具競爭關係

民營電廠在成立階段，是經過一定的競爭之後，才能與台電公司締結購售電契約，獲得設立許可。雖然9家民營電廠是透過三個不同時段的競標過程始完成，所以競標當下也許尚難認定彼此的競爭關係（有些較後階段加入之電力事業，在前競標階段時或許尚未成立或未符合條件），但其後皆進入以台電公司為單一交易相對人之發電市場，為何不能認定民營電廠在加入後同立於發電市場？所以這也非直接將競標關係等同其後在電力市場的競爭，而是強調在與台電公司締約之前的競標階段已存在競爭關係（若沒有競爭關係如何參與同案之競標），以顯示民營電廠加入發電階段後，各家民營電廠間要成立顯在或潛在之競爭關係並無問題，彼此間是可以競爭的。而民營電廠所生產之電力，產品特性相同具可替代性，自不待言。

的確，進入發電市場的各家民營電廠與台電公司間之售購電契約長達二十五年，所以彼此之間橫向的競爭看似難以作用。但購售電契約中所記載之「經濟調度」原則，指由能量費率低者優先調度發電，也就是當台電公司產生超出保證時段之購電需求時，可以視非保證時段內對各民營電廠的購電價格高低，在各民營電廠之供電能力上限範圍內，由價格的低到高，來購買各家之電力。此時，能量費率及成爲非保證時段中之競爭因素，實不容否認。更進一步言，若無此拒絕協商契約修正之合意，民營電廠可以各自與台電公司作出不同的協商結果（當然其中亦可能有不願協商的民營電廠）。尤其基於「經濟調度理論」，由能量費率低者優先調度發電，若不爲本案之合意，則各民營電廠是有機會調整保證時段價格、或非保證時段之價格等，以爭取更多交易機會。所以，即使各受長期契約約束的民營電廠間仍有機會存在競爭，而民營電廠間的合意扼殺了這些可能性。簡言之，公平會的論述是要說明：民營電廠間在進入市場前的競標階段，到進入市場

後的現在，皆具有競爭的存在或可能性。或許在經濟調度原則下台電公司如何買、向誰買的決定權大部分由自己掌控，但不可否認此原則下民營電廠有機會以較低的價格爭取到售電的機會。不能僅以民營電廠各自與台電公司有二十五年之長期契約或者台電公司獨買，就完全否定民營電廠間的競爭關係。再者，如前所述，相關市場的界定並不容易（雖然本案相對屬於單純），所以將事業間進行合意的範圍界定成一個相關市場也很常見<sup>67</sup>，那麼共同進行合意的事業間應具有競爭關係，因若無競爭關係何須大費周章對同一事項進行合意（當然此說法成立的前提，必須是彼此間具有需求及供給之替代性）。此見解若套用於本案，9家民營電廠若不具競爭關係，何須如此費力共同合意如何對應台電公司的協商要求。

最高行政法院論及界定產品市場時，談到必須考量交易相對人台電公司在9家民營電廠產品間轉換成本大小，當產品價格調整時台電公司因價格變化而移轉購買程度，台電公司對於產品間替代性關係之看法等相關因素，以及界定地理市場時，亦有必要考量台電公司在不同區域購買產品之交易產品成本大小、台電公司對產品取得之便利性、台電公司在產品價格調整時，選擇至不同區域購買之情形、台電公司對於產品區域間替代關係之看法，而最高行政法院認為問題在於台電公司對於此部分的論述不見台電公司之真意，影響相關市場界定之判斷。對此質疑，因為最高行政法院亦不反對公平會所認定之在非保證時段，依合約之經濟調度原則，台電公司選擇與能量費率較低之民營電廠交易，故能量費率得為非保證時段之競爭因素之見解，而實際上亦採此原則購電，那麼民營電廠間存在競爭關係共存於「發電市場」的認定應屬合理。而台北高等行政法院對於台電公司的「經濟調度原則」所作之評論，本文認為此應屬台電公司將交易考量的條件作成具體調度原則，不應因此影響9家民營電廠間之競爭關係。至於地理市場的部分，可以將發生限制競爭效果之範圍為區域，雖然各民營

<sup>67</sup> 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁，前揭註20，36頁。

電廠被設限於特許執照之營業地區，但最後台電公司為統籌全台灣用電，得跨區域統籌調度9家民營電廠所提供之電力，以台灣全島為地理市場應為妥適。至於9家民營電廠與台電公司間是否具有競爭關係，公平會採肯定的態度，但由於電力市場從發電階段的統籌到最終配售電皆由台電公司垂直經營，台電公司是依契約及經濟調度原則向民營電廠購電來補足電力之所需，雖然台電公司自己也發電，卻似乎較難說明其與民營電廠間進行供電之競爭，惟此並不損及民營電廠間有競爭關係之認定。

## 二、聯合行為之合意之有無

### (一)協進會的存在

民營電廠間組成所謂之「協進會」本身並不違法，同業之間透過組織或會議進行資訊交流與學習若無涉限制競爭或不公平競爭之行為並無不妥。但本案卻是屢屢透過協進會決議拒絕任何與台電公司的修約協商，甚至拒絕目的事業主管機關的介入協調。該組織之活動已逾越單純的同業資訊交流，成為相互拘束民營電廠間用「以拖待變」的方式拒絕與台電公司協商購售電費率的場所甚明。

### (二)合意的內容

民營電廠間透過「協進會」所協商之內容該如何評價，依公平法第十四條第一項對合意的內容規定：「與有競爭關係之他事業合意，共同決定商品或服務之價格，限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等」，是為「例示」而非「列舉」，只要其相互拘束事業活動的合意內容有限制競爭效果即可該當本條項，而非限縮在法條所規定的項目中。9家民營電廠雖非直接對售予台電公司之電力價格進行合意，但其共同取得「以拖待變」之共識，並拒絕與台電公司間進行購售電價格協商，實際上仍影響了與交易對人台電公司之「交易價格」之限制競爭行為。

公平會認定「民營電廠透過意思聯絡達成一致拒絕台電公司要求

調降購售電費率，相互拘束事業活動之合意」。因為若無此合意之存在，民營電廠可以各自與台電公司作出不同的協商結果（當然亦可能其中有不願協商的民營電廠）。若民營電廠間具有競爭關係，尤其售購電契約中以「經濟調度理論」，由能量費率低者優先調度發電。如不存在本案之合意，則各民營電廠是有機會調整保證時段或價格、或非保證時段之價格等，以爭取更多交易機會，而民營電廠間的合意扼殺了這些可能性。雖然民營電廠主張透過協進會的運作可以減少搜尋成本與協商成本，但此一種效率性理由是無法阻卻其協商內容之違法。因為許多的聯合行實以此為目的，雖從結果看來是增加整體經濟利益，但可能只是增加生產者利益，卻降低消費者利益（社會整體福利）。這樣的效率性，從競爭法的角度是難以被接受的。且所謂的「規模經濟」存在於輸送電階段，是否該包括發電部分，受到質疑<sup>68</sup>。所以本文中9家民營電廠透過協進會所決議並進行之「以拖待變」的行為，已經逾越同業間的單純市場資訊交流，而有限制競爭之效果。

### 三、是否影響相關市場之供需功能

若聯合行為所合意之內容是關於價格等具高度限制競爭效果而適用「當然違法」原則，似乎無須過度要求舉證其在市場之市占率等市場支配力之存在。但若退一步，透過計算市占率討論其在市場所具之牽制或制約的能力時，檢視交易相對人是否可以選擇市場其他未加入聯合行為之事業，來認定聯合行為是否足以影響市場供需功能，不失為一個比較有明確數字的基準。日本獨占禁止法第二條第六項對於聯合行為（不當交易限制）之條件為：「事業不論是以契約、協定或其他任何名義，與其他事業共同為價格之決定、維持或上漲，又或限制

<sup>68</sup> 八田達夫，日本の電力自由化——諸外国の電力自由化の例を踏まえて，2012年7月28日演講要旨，<http://www.sridonline.org/j/doc/j201208s08a01.pdf#search=%E5%85%AB%E7%94%B0%E9%81%94%E5%A4%AB%E6%97%A5%E6%9C%AC%E3%81%AE%E9%9B%BB%E5%8A%9B>，造訪日期：2015年10月20日。

數量、技術、製品、設備或交易相對人等相互拘束該事業活動或遂行之，因而違反公共利益，實質限制特定交易範圍之競爭。」同樣須論及是否影響相關交易市場之供需功能。但究竟參與聯合行為之事業的市占率須達多少才會發生對相關市場供需功能之影響，以日本早期著名的中央食品事件為例<sup>69</sup>，認為須超過相關市場之市占率50%以上始屬之，實務上亦多贊同此一比例，但並非是法定之比率，也非所有案件皆採此比率。而我國公平法同樣並無規定具體之市占率基準，公平會僅是曾以「同一條街上的兩家豆漿店共同訂定統一價格」為例，以說明這樣規模的聯合行為結果不足以影響市場供需與價格機能<sup>70</sup>，也就是所謂的「影響微小原則」（di minimis rule），但未像日本有如此具體基準之共識。需要注意的是我國公平會於二〇一六年三月為「聯合行為微小不罰之認定標準」作成的一則行政解釋<sup>71</sup>，其內容為「有關公平交易法第14條規定，參與聯合行為之事業，於相關市場之市場占有率總和未達10%者，推定不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；但事業之聯合行為係以限制商品或服務之價格、數量、交易對象或交易地區為主要內容者，不在此限。」此解釋只能確定參與聯合行為之事業市占率低於10%者可推定其不影響市場功能，而非市占率超過10%即可認定有影響市場供需功能，所以尚無法確定到底市占率應超過多少比例可推定認定其影響市場供需功能。本解釋又提及聯合行為係以限制商品或服務之價格、數量、交易對象或交易地區為主要內容者不在此限，表示此等屬於所謂惡性卡特爾（hard core cartel）能夠接受較10%更為低之市占率。相較日本是否台灣對於影響市場供需功能之市占率過於嚴格，實也難以如此速斷，因為日本對於相關市場之認定其實較為彈性，許多個案的相關市場其實界定的不大所以算出的市占率自然較高。

<sup>69</sup> 日本公平會1968年11月29日勸告審決。

<sup>70</sup> 公平交易委員會，前揭註33，頁115。

<sup>71</sup> 公法字第10515600941號。

由於聯合行為與濫用獨占力行為以及屬事前規範之事業結合，皆屬公平法中所規範之有關限制競爭之事業活動，因此有說法認為事業之聯合行為是否產生限制競爭效果對市場供需功能產生影響，可以參考濫用獨占力或事業結合部分的基準，因為此兩行為之規範內容中有較為具體之市占率基準。詳言之，該當濫用獨占力之前提，必須先認定行為人為「獨占」事業，而公平法第八條第一項之規定，一事業若其市場占有率未達1/2即不得認定為獨占事業，所以可同樣地評價參與聯合行為之全體事業之市占率若未達1/2，應不對市場產生限制競爭效果，若採此基準則與上述之日本見解相似。又或以事業結合為例，事業結合之申報門檻（公平法第十一條）為「事業因結合而使其市場占有率占1/3」，或「參與結合之一事業，其市場占有率達1/4」，所以參與聯合行為之事業市占率亦應達到1/3或1/4，始對市場產生實質限制效果。所以，綜合這些比例後似乎可以導出聯合行為是否達到「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」，至少應該達到最低門檻的25%，而本案參與之9家民營電廠之市占率僅19%之多，故並不符合條件。

對此等見解，本文認為，雖然濫用獨占力、事業結合與聯合行為有共同的「限制競爭效果」之要件但各自不同類型的規範其目的與意義並非一致。其實市占率未必沒有盲點，所界定的相關市場範圍的大小，影響相關事業之市占率高低，事業總希望市場界定越大越好，那麼自己的市占率就可以越小（無法約制市場，不具市場支配力），所為之事業活動就會獲得較為寬容的評價。若要論及對市場供需功能影響之市占率，公平會制定的「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」有更為具體之市占率基準，因本處理原則將結合審查分為簡化及一般程序，本原則最初規定參與水平結合之事業若依銷售金額申報者，其市場占有率總合若未達15%，適用簡化程序（原修訂前第七點第一項），因其可推定為不具有限制競爭之不利益大於整體經濟利益之疑慮。在二〇一四年修訂後，適用簡化程序的條件不再依「市占率」或「銷售金額」而不同，調整為皆以20%為基準（今年新修訂後

仍維持同樣基準，第七點第一項第一款）。本文認為：在修訂前曾以15%為基準，也就意味公平會認為參與水平結合事業的總合市占率若達15%以上，即有限制競爭不利益大於整體經濟利益的可能性，必須透過一般程序進行審查，以本案的民營電廠在發電市場的19%則已超過此比例。而該處理原則其後修訂成20%，或許是為求基準一致的折衷調整，卻未必表示否定之前的標準。即使公平會是認為20%比15%妥當而調整，本案其實已非常接近。但無論如何，公平法中對於參與聯合行為之市占率究竟達到多高才足以該當影響特定市場，並無所規定，而所謂定義獨占事業、或結合事業的申報門檻（以及審查時的簡化或一般程序的分類門檻）也不代表對相對市場的絕對影響數值，僅可作為參考數值，以公平會對市占率比作出調整之行為可以看出，比例是可動而非絕對。就上述的行政解釋看來，市占率超過10%即非微小，即有影響市場供需功能的可能性，本案亦已超過。況且以本案的電力市場而言，須注意其特質：這是一個一直以來由台電公司從發電到輸配送電完全垂直統合經營的市場。自從國家的電力發展政策開始走向自由化後，首先從開放民營電廠進入發電階段，而台電在發電階段仍維持產出電力。在這樣逐漸開放釋出市場的過程，再加上台電仍持有在輸、變、配送電階段的所有必要設施（Essential Facility），民營電廠產出的電力透過台電配送至終端使用者是唯一的方式。所以，本案在發電市場議論聯合行為的議題時，應更聚焦民營電廠所在的這個競爭區塊，別過大加入台電公司的成分而稀釋民營電廠的競爭範圍，將使民營電廠的行為因而被過輕評價。當然在許多獨占的國營事業開放民營並自由競爭化的過程中，多在意原國營事業之優勢，對其有許多負面評價，但別忘了在市場自由化，新事業加入相關市場開始參與競爭後，必須回歸競爭機制，每個競爭者都應該受到檢視與規範，就如本案之民營電廠間的聯合行為。若較極端言之，若市面上眾多咖啡品項中「連鎖便利超商現煮咖啡」都能構成一個產品市場，本案若界定成「民營電廠之發電（供電）」之產品市場並非不可，若界定能夠成立，那對相關市場供需的影響自不待言。只是與超商咖啡一

樣，將被討論這樣的界定是否過於狹隘的問題。

## 伍、結 論

台灣的電力市場長期以來是由台電公司從發電、輸電、配電到供電，獨家垂直統合經營，由於電力是現代社會的眾人生活基本所需，為此公益目的，我國向來以國營的方式，並由目的事業主管機關配合相關電業法規對電力事業與市場進行管制與規範。當世界各國推動電業自由化，台灣的電力市場也開始了推動與中長期規劃，當然不乏也存在台灣的海島環境或市場過小，不需要發展電力市場自由化等意見，但若開放競爭有益於社會經濟發展與消費者利益，不妨順應世界潮流繼續戮力前進。雖然目前台電公司仍以國營事業之型態獨占經營電力的輸配送，但在一九九四年起民營電廠或小規模再生能源或汽電共生的發電事業開始參進市場，且對台電在供給量上逐漸增加<sup>72</sup>，再伴隨電業法的逐次修正，未來更將走向發電、輸配電、零售分離的全面自由化。

雖然本案背景有許多政治、經濟或者契約當事人間關係微妙等問題，但回歸到公平法對聯合行為之規範，姑且不論公平會所處分的罰鍰額是否妥適，對於是否應該讓公平會透過公平法之規範來介入，以及是否成立「聯合行為」之部分，本文採肯定之見解。因為一、公平法是規範市場競爭秩序之法規，電業法並無有關競爭之規範，不具排除電力事業之事業活動適用公平法之例外性；二、公平會並非直接干涉9家民營電廠與台電公司間之購售電契約的內容或履約問題，而是9家民營公司以合意的方式對購售電契約的協商採取「以拖待變」的行為，攸關限制競爭之問題；三、9家民營電廠同立於發電市場，所產出之電力具替代性，且台電公司可依據「經濟調度原則」來決定購電對象，民營電廠間具競爭關係；四、9家民營電廠多次透過「協進

<sup>72</sup> 大平佳男，前揭註65，25頁。

會」的組織所協議與合意的事項，直間接與購售電價格有關，非同業間的一般資訊交流；五、公平會處分當下，9家民營電廠在發電階段的供電市占率共計19%，對市場供需功能應具有影響。

在自由化開端的發電階段即有本案之爭議發生，要冀望未來整體電力市場能有真正自由且公平之競爭環境，公平會的角色的重要性應是不言而喻。競爭相關議題絕對是在電力市場未全面自由化前就須未雨綢繆地著眼並致力的部分，目的事業主管機關如何與競爭機關攜手協力，不致於讓自由化流於形式與空談，是政府應該致力的目標。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，第16版，自版，2015年7月。
2. 孫森焱，民法債編總論（上冊），修訂版，自版，2013年7月。

#### (二)期刊論文

1. 王文宇，正本清源——評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題，月旦法學雜誌，第219期，2013年6月，頁63-92。
2. 李惠宗，追繳不法利得作為主要行政罰的法理基礎——以公平會處罰民營電廠業者為例，法令月刊，第66卷第7期，2015年7月，頁1-31。
3. 許志義、王京明、黃鈺愷，我國電業自由化違反競爭法行為態樣之探討，公平交易季刊，第23卷第4期，2015年10月，頁1-34。

#### (三)網路文獻

1. 能源局網站，[http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW\\_WEBPAGE/webpage/book4/page1.htm](http://web3.moeaboe.gov.tw/ECW_WEBPAGE/webpage/book4/page1.htm)，造訪日期：2015年10月30日。
2. 陳和全、劉姿汝，公平交易法與其他法規競合競爭評估標準之研究，載公平交易委員會98年度委託研究計畫報告書，2009年12月，頁5-15。<http://www.ftc.gov.tw/upload/aa9a592c-16cc-4cbe-92d7-aa090e9741eb.pdf>，造訪日期：2015年11月6日。
3. 劉華美，公平交易法之註釋研究(一)第一條至第十七條，載公平交易委員會92年度研究報告，2003年12月，頁306-310。<http://www.ftc.gov.tw/upload/0499b40e-43cd-411c-a760-3c80a07c377b.pdf>，造訪日期：2015年11月2日。

### 二、日文

#### (一)專書

1. 大祿英一（2011），独占禁止法の体系的理解Ⅱ，静岡，静岡学

術。

2. 大祿英一（2013），独占禁止法の体系的理解IV，静岡，静岡学術。
3. 上杉秋則（2009），カルテル規制の理論と実務，東京，商事法務。
4. 山本要一、池田元英（2008），よくわかる電力取引入門，改訂版，東京，エネルギーフォーラム。
5. 白石忠志（2013），市場画定不要論について，競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線（根岸哲先生古稀祝賀），東京，有斐閣，17-30頁。
6. 白石忠志、多田敏明（2014），論点体系 独占禁止法，東京，第一法規。
7. 伊從寛（1997），独占禁止政策と独占禁止法，東京，中央大学出版部。
8. 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁（2013），独占禁止法，東京，商事法務。
9. 岡田羊祐、林秀弥（2009），独占禁止法の経済学，東京，東京大学出版部。

#### (二) 期刊論文

1. 川濱 昇（2014），近時の優越的地位の濫用規制について，公正取引，769，2-9頁。
2. 大平佳男（2007），日本と台湾の電力市場における規制緩和と環境問題への取組み，大原社会問題研究所雑誌，580，24-30頁。
3. 友岡史仁（2016），電力システム改革，法学教室，424，46-52頁。
4. 来生 新（2002），公益事業の規制改革と競争政策，日本経済法学会年報，23，1-14頁。
5. 村上政博（2010），一定の取引分野における競争の実質的制限と競争阻害性，判例タイムズ，1318，5-14頁。
6. 岸井大太郎（2002），公益事業の規制改革と独占禁止法——領域特定規制と独占禁止法・公正取引委員会，日本経済法学会年報，

23, 33-76頁。

7. 岸井大太郎（2013），政府規制分野において公正取引会に期待される役割——公益事業分野の制度改革を中心に，公正取引，747，26-29頁。
8. 武石礼司（2007），エネルギー規制改革と競争政策，*Economic Review*，11(2)，76-95頁。
9. 横田直和（2014），「多摩入札談合事件・最高裁判決の検討——一定の取引分野における競争の実質的制限」に係る判断を中心として，公正取引，770，31-42頁。
10. 野村宗訓（2002），電力市場における市場支配力——競争調整による解決の可能性，*日本経済法学会年報*，23，98-117頁。

### (三) 網路文獻

1. 八田達夫，日本の電力自由化——諸外国の電力自由化の例を踏まえて，2012年7月28日演講要旨，<http://www.sridonline.org/j/doc/j201208s08a01.pdf#search='%E5%85%AB%E7%94%B0%E9%81%94%E5%A4%AB%E6%97%A5%E6%9C%AC%E3%81%AE%E9%9B%BB%E5%8A%9B>，造訪日期：2015年10月20日。
2. 一般財団法人日本エネルギー経済研究所（2014），平成25年度電力系統関連設備形成等調査事業報告書（国際連系に関する調査・研究）。[http://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/2014fy/E003734.pdf#search='%E5%B9%B3%E6%88%9025%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E9%9B%BB%E5%8A%9B%E7%B3%BB%E7%B5%B1%E9%96%A2%E9%80%A3%E8%A8%AD%E5%82%99%E5%BD%A2%E6%88%90%E7%AD%89%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E4%BA%8B%E6%A5%AD%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%9B%B8%EF%BC%88%E5%9B%BD%E9%9A%9B%E9%80%A3%E7%B3%BB%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E3%83%BB%E7%A0%94%E7%A9%B6%EF%BC%89'](http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2014fy/E003734.pdf#search='%E5%B9%B3%E6%88%9025%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E9%9B%BB%E5%8A%9B%E7%B3%BB%E7%B5%B1%E9%96%A2%E9%80%A3%E8%A8%AD%E5%82%99%E5%BD%A2%E6%88%90%E7%AD%89%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E4%BA%8B%E6%A5%AD%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%9B%B8%EF%BC%88%E5%9B%BD%E9%9A%9B%E9%80%A3%E7%B3%BB%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E8%AA%BF%E6%9F%BB%E3%83%BB%E7%A0%94%E7%A9%B6%EF%BC%89)，造訪日期：2015年11月2日。

### 三、英 文

#### ◎網路文獻

1. OECD, Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, 111, 2006, <http://www.oecd.org/competition/mergers/37391162.pdf> (last visited: 2015.11.2).
2. U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guideline (2010), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (last visited: 2015.10.20).

# **An Essay on the Formation of Concerted Action: A Case Study of PPA between Taiwan Power Company and Independent Power Producer**

Tsu-Zu Liu \*

## **Abstract**

Concerted action is a type of act that has caught reasonably great attention under the Fair Trade Law. Concerted action has generated a restrain competition effect on the relevant market to strangle the quality, prices and other factors that originally supposed to be borne by each enterprise to perform fair and freedom of competition.

The purpose of this paper is to study a power purchase agreement case between nine independent power producers (generally referred to as IPPs) and Taiwan Power Company (Taipower). What so special about this case is that to date, the power market has not been fully liberalized and there are the existences of Bureau of Energy, Ministry of Economic Affairs and the Electricity Act. So, the legitimacy of Fair Trade Commission to intervene in this case by using the Fair Trade Law has been questioned. Furthermore, whether or not

---

\* Associate Professor at Department of Law, National Chung-Hsing University; Doctor of Law, Hitotsubashi University, Japan.  
Received: January 28, 2016; accepted: March 8, 2016

these IPPs possess a competitive relationship to form a power generation market, and whether or not their refusal to negotiate with Taipower through an agreement would result in an impact on the market function with respect to production, trade in goods or supply and demand of services are important issues to determine whether or not competing enterprises establish the concerted action.

**Keywords:** Fair Trade Law, Concerted Action, Relevant Market, Agreement, Independent Power Producer, The Power Purchase Agreement