

《公平交易季刊》
第 32 卷第 2 期 (113/4), 頁 69-110
◎公平交易委員會

民營電廠聯合行為案及其「可互相運作性」

包國祥*

摘要

民營電廠聯合行為事件中之公平交易委員會（下稱公平會）處分、爭訟過程與法院裁判，在原本毫無自由化可言之臺灣發電產業，透過私法契約激發了競爭機能，本文先說明並簡要解析本案爭訟過程、爭點及法院判決對日後公平會執法影響。同時，因數位經濟平臺帶動原無競爭關係產業間激烈互動，公平會民國 111 年數位經濟競爭政策白皮書所採用因應策略包括本源自技術觀點之「可互相運作性」（interoperability），與此同時，美國 Herbert J. Hovenkamp 教授透過美國以往案例對可互相運作性提出廣義主張。本文受此啟發，比照 Herbert J. Hovenkamp 教授透過執法歷史悠久具體案件論證方式，也針對我國最高行政法院就民營電廠聯合行為案件透過修約可能性來詮釋競爭關係之判決見解，與 Herbert J. Hovenkamp 教授所提廣義可互相運作性主張交互比較，並連結歐盟守門人（gatekeeper）與群組市場（cluster market）機制，藉此探討並試圖具體描繪出日後民營電廠彼此間競爭及與台電間互動之未來可能面貌，希望有助公平會日後執法。透過以上探討，本文提出結論，只要回歸事物本質觀察，臺灣公平交易法與法院實務雖係存在 30 多年老骨幹，實際上早具備可隨時代適時發展之新靈魂，這恰正呼應 Herbert J. Hovenkamp 教授所述「數位平臺競爭問題的確面臨一些新挑戰，但多數都可以運用現行反托拉斯法規範來處理」之冷靜呼籲。

關鍵詞：聯合行為、民營電廠、競爭關係、可互相運作性、守門人、群組市場

投稿日期：112 年 3 月 12 日

審查通過日期：113 年 3 月 25 日

* 安中法律事務所主持律師，國立臺灣大學法律學研究所博士班三年級。感謝多位匿名審查委員及編輯指正。本文作者受黃銘傑教授指導啟發並深受廖義男教授課堂費心引導，敬表感激。任何文責均由作者自負。

一、研究起源及問題提出

依我國電業法，發電產業尚未自由化。公平交易委員會（下稱公平會）民國（下同）102年3月依公平交易法（下稱公平法）認定9家民營電廠（independent power producer，下稱IPP）實施聯合行為¹，宣示了即便我國發電產業深受政策介入消費端電價之影響，但仍舊存在競爭關係。深究公平會處分或最高行政法院最終自為判決²所持見解，無非係以台灣電力股份有限公司（下稱台電）與9家民營電廠間所簽訂購售電契約（power purchase agreement，下稱PPA）訂有修約條款（例國光電廠之PPA第49條「本合約得經雙方會商檢討同意後以書面修正之。」甚至包括該PPA第36條「費率之商議」：「如有下列任一情形，雙方得另行商議調整各項費率：（一）政府法令變更致影響容量費率或能量費率之計算基準。（二）前三年甲方向乙方購電平均單價之營運與維護費率部分與前三年甲方天然氣全部複循環機組之平均營運與維護費率之差距達±10%以上」），公平會與最高行政法院認為民營電廠可藉此與台電透過修約改變原有商業條件，進而可從事價格競爭，以追求能有與台電更多之交易機會。

民營電廠聯合個案之公平會處分與法院裁判結果，影響發電產業甚為深遠，最高行政法院透過私法PPA機制讓民營電廠彼此競爭，為原本無自由化可言之臺灣發電產業激發競爭，也可作為日後相關主管機關設計矯正措施之參考。同樣執法挑戰，也恰出現在我國面對數位平臺經濟快速變化所帶動原本彼此無競爭關係產業激烈互動議題，公平會111年底數位經濟競爭政策白皮書也提出「可互相運作性」（interoperability）³及守門人義務（gatekeeper）等執法工具，西元2023年美國Herbert

¹ 9家民營電廠合計被罰鍰金額超過新臺幣63億元，堪稱當時罰鍰金額最高之公平法裁罰事件。

² 最高行政法院109年度上字第824號判決。9家民營電廠所受裁判理由均同。該判決可下載點：司法院裁判書系統，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPAA.109%2c%e4%b8%8a%2c824%2c20220620%2c1>，最後瀏覽日期：2023/6/5。

³ Interoperability之中文譯名尚無法令定義，我國王立達教授譯作「內部可互通性」，依其字義，interoperability通常是用來描述握有與競爭具有不可或缺關係的關鍵設施所有人，學者認其除有開放近用（open access）義務外，也要確保競爭者的技術可以在近用時被實施，近年產業變化快速，interoperability之inter所強調者係不同業者間「技術」可操作性，目的係避免「雖開放但無法用」限制競爭結果，此對產業技術設計發展而言而其重要性，111年底公平會發布「數位經濟競爭政策白皮書」將interoperability翻譯為「可互相操作性」自具其理。目前因依本文蒐集國外文獻，interoperability已有廣義解釋（如美國Herbert J. Hovenkamp等教授），認為interoperability

J. Hovenkamp 教授發表「Antitrust Interoperability Remedies」乙文⁴，其透過多項美國歷史久遠判決詮釋可互相運作性，以更廣義視野彙整美國百餘年執法經驗，認為可互相運作性廣義意涵包含智慧財產權、契約甚至管理層面⁵，說明可互相運作性機制早就存在於美國執法實務與理念⁶。本文受此種透過司法實務案例研究態度之啟發，也將我國民營電廠聯合行為個案之中，最高行政法院認為競爭機制可建立於該產業私法 PPA 及其修約機制作為開端，試圖與廣義可互相運作性進行連結。

本文先詳列民營電廠聯合案件爭議重點及最高行政法院透過「修約可能性」詮釋競爭關係之過程與最後結果，以先了解該領域產業政策、PPA 與競爭政策間過往互動；其次，因該案法院終局判決「修約可能性」見解，與公平會另兼採「進入市場競爭」見解仍具差異，公平會仍可能繼續於其他個案提出立場，為此，本文所臚列權威學者見解，主要係公平會所採「進入市場競爭」系統思維，並整理出待因應事宜，其中，尤以公私協力議題為要。本文以為，公平會所兼採「進入市場競爭」見解，即係私法競標競爭關係延續與內化且符合綜合公私法觀點之執法趨勢，本文特此延襲 Herbert J. Hovenkamp 案例研究態度，以民營電廠聯合個案為對象，也綜合公法競爭政策與私法契約協力執法觀點，連結國外該等學者主張廣義可互相運作性，希望透過廣義可互相運作性追求個案設計與多元化矯正彈性，期盼提供我國日後個案參考。

本文選擇民營電廠個案，無非該產業堪稱我國不允許商品任何差異性，明顯兼具政府高度管制，且多家事業係在依政府政策建構單一交易平臺下，與台電各自締結獨立 PPA 之極端特殊領域，希望藉此案而以最大清晰程度來觀察，即便在我國如此極端特殊架構下，源自當事人自治原則之私法契約，在廣義可互相運作性之下，也可藉此激發或詮釋競爭關係，甚至當作個案矯正工具之用，應可讓向來主要係從公法角度來詮釋競爭之執法者（包括產業主管機關、公平會及法院）另獲新穎觀點與工具，此研究無論對傳統或新興產業而言，當執法者從上到下指導性執法面臨挑戰時，因此可獲兼採對該架構下參與者個別締結之契約進行激發調整等矯正工具，讓參與者自行形成秩序之契約自治成果，也可內化於該產業競爭秩序效果，而非僅

並非僅限於技術層面，希望提供主管機關對競爭法個案更多元矯正措施之選擇。綜此，故本文將 interoperability 翻譯成「可互相運作性」。

⁴ Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust Interoperability Remedies," *123 Columbia Law Review Forum*, 1 (2023).

⁵ *Id.* at 4, 7-10.

⁶ *Id.* at 2-3.

係交由產業主管機關等執法者來指揮、指導訂立產業秩序，此不失為新思考，甚至可貼近該產業特性。

基此，私法契約不僅係公平法聯合規範禁止客體，更將具備可藉此建構同一甚至複數跨域交易架構下，多個事業彼此間互動甚至競爭之積極面向，這無論對傳統發電業，或市場界定困難之新興產業，諒可讓執法者獲得多元執法工具來兼顧私法自治，緩和行政介入，甚至可透過私法行為重視對話（dialogue 與 commitment）特性，達到追求消費者福利之公私法共同目標，執法者也可藉此獲得更多觀察時間來站在高點執法，甚至日後讓我國公平法逐漸建構出兼具民事、行政與刑事政策多元執法金字塔。

為具體說明此價值，於闡述廣義可互相運作性以後，針對民營電廠案，雖我國電業法尚未自由化，本文主張應讓台電在我國特殊架構下兼任電力交易平臺與發輸配電經營者之公私兼具角色，但台電必須遵守中立義務（恰與源自歐盟法規守門人義務連結），透過廣義可互相運作性來調整彼此獨立甚至跨領域 PPA，呼應綜合公私法協力觀點，而產業主管機關便應對此通盤調整 PPA，力保台電中立義務；更且，因不同招標程序與版本各異 PPA 及燃料技術差異甚大之發電業者各成獨立市場，又彼此互補，廣義可互相運作性可建構橫跨多家燃料及技術不同領域之矯正工具，亦即，PPA 雖各自成立，但民營電廠彼此間，與民營電廠與台電間仍可跨域互動，因該互動非必替代性，而可能係互補性，故本文也討論了兼具互補性之群組市場觀念與案例。

最後，本文呼應 Herbert J. Hovenkamp 所呼籲「數位平臺競爭問題的確面臨一些新挑戰，但多數都可以運用現行反托拉斯法規來處理」⁷，本文最後認為，臺灣公平法規範與法院實務雖係存在 30 多年老骨幹，但實際上早就具備新靈魂。

二、民營電廠聯合行為爭訟緣由、歷程及行政法院裁判

（一）研究條件限制

除再生能源業外，我國民營電廠燃料種類區分為燃煤及燃氣發電兩種類，發電

⁷ Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust and Platform Monopoly," *130(8) The Yale Law Journal*, 1952-2051 (2021).

技術、供電時段及中基載電力任務有截然不同規劃與設計，故台電當初招標釋放民間發電業務區分不同階段，各階段所涉 PPA 條款與商業財務條件不同，也因此民營電廠各家訴訟主張立場均有差異，為克服此間研究困難。本文非統合各民營電廠主張，但公平會處分、各次訴願決定及法院裁判理由並無差異，諒不影響本文圍繞競爭關係與可互相運作性議題之分析。

（二）民營電廠聯合行為案重要爭點及爭訟歷程

1. 協商與爭議初起歷程

我國微額開放民營發電業，起自於 83 年 9 月 3 日經濟部公告「開放發電業作業要點」⁸，當時分四階段開放興建民營電廠，84 年 1 月 24 日台電遵照經濟部指示函復國營事業委員會轉經濟部⁹，台電同意捨棄部分之發電專營權予民營發電業者。88 年經濟部公告「現階段開放民間設立發電廠方案」¹⁰，前三階段合計 9 家民營電廠廠商得標，第四階段流標。前三階段得標之民營電廠，與台電依照各該階段開放民間設立發電廠方案簽訂由台電所草擬制定之 PPA¹¹。

針對台電與民營電廠協商修改燃料成本調整機制之背景，92 年起國際燃料價格急劇上揚，部分民營電廠陸續請求與台電針對燃料即時調整機制協商修約，希望將燃料費用由「反映過去一年」調整為「反映過去一個月」，台電自 96 年 8 月起陸續先與 6 家民營電廠召開協商會議，並於 96 年 9 月 11 日協商作成結論¹²，第一階段修約結論自 96 年 10 月 29 日起實施，且不溯及既往¹³。

依台電與民營電廠作成「雙方未來應就影響購電費率之各項因素（如利率、折現率）繼續協商」結論，台電就系爭利率調整議題舉行協商會議，97 年 9 月 4 日起，台電持續與 8 家民營電廠進行「民營電廠購電費率隨利率浮動調整機制」協商，惟均無法達成建立購售電費率調整機制之合意。台電向經濟部能源局請求調處，並表

⁸ 經濟部（八三）能字第 089637 號函。

⁹ 台電公司電企字第 84011168 號函。

¹⁰ 經濟部經（八八）能字第 87038610 號公告。

¹¹ 最高行政法院判決，前揭註 2，2；行政院院臺訴字第 1125007431 號訴願決定書，2，9 家民營電廠所受決定理由均同，該訴願決定書可下載點：<https://appeal.ev.gov.tw/File/Decision/bd52d561-835a-4735-b477-cde3b7ce7cb6>，最後瀏覽日期：2023/6/5。

¹² 最高行政法院判決，前揭註 2，2。

¹³ 台電公司電業字第 09611069311 號函。

示「由於 IPP 未展現誠意協商，故依購售電合約規定，陳請 鈞部予以調處，倘調處不成，則依照『台電及中油公司經營改善小組第 2 次委員會議』之結論『請能源局儘檢討修訂 IPP 相關法規，以作為有利於協商的籌碼』，併請參照電業法第 60 條之精神，考量重新公告 IPP 合理利潤方案，或修訂電業法相關法條，俾有效協助雙方尋求合理之解決方式，建立更公允之電力交易環境」¹⁴。

嗣後經濟部事後介入調處。98 年 4 月 29 日，經濟部能源局邀集全體業者與會，會議中請民營電廠自行委託研究機構進行研究，半年內完成並提出建議方案¹⁵。99 年 4 月間，民營電廠決定委託台灣綜合研究院與研究機構麥肯錫完成研究報告，並行文予經濟部能源局，再轉送台電¹⁶。雖台電經內部判斷¹⁷，認為透過訴訟與仲裁解決之成功機會不高，經濟部再度發文建議雙方仍可以購售電合約中所訂爭議解決方式，交付仲裁或訴請司法機關判定¹⁸，台電內部判斷仍舊認訴訟或仲裁成功機會不高¹⁹，繼續尋求與民營發電業者協商，希望獲得共識²⁰。經濟部 101 年 9 月 26 日第四次協處會議，有 4 家民營電廠表示無法全盤接受，針對經濟部 101 年 7 月 20 日第三次會議所提出協處方案，請雙方依據購售電合約中對爭議解決之約定條款儘速處理爭議事項²¹。嗣後經濟部次長宣布，台電與森霸、國光、星能、星元等四家民營電廠協商破局，台電準備提出民事訴訟，並向公平會提出檢舉。

此期間，恰逢我國電價擬調整案導致民怨，台電修約未成轉變成輿論焦點，台電雖出面緊急澄清電價高低與民營電廠修約無關²²，最後還是提出民事訴訟，公平會等機關同步展開調查。101 年 10 月 9 日，公平會發函表示為調查民營電廠有無涉及聯合壟斷，陸續請民營電廠提出陳述書及相關資料到會說明²³。101 年 10 月 11 日，

¹⁴ 台電公司電業字第 101060068741 號函。

¹⁵ 公平會公處字第 102035 號處分書，14。

¹⁶ 同上註，15。

¹⁷ 台電公司電密業字第 10008069531 號函。

¹⁸ 經濟部經授能密字第 10009021770 號函。

¹⁹ 台電公司電密業字第 100100008721 號函。

²⁰ 行政院院臺經字第 1010042600 號函，11。

²¹ 經濟部經授能字第 10103009840 號函。

²² 中央通訊社，「向民間購電不是造成台電巨額虧損的原因」（2012/4/16），<https://n.yam.com/Article/20120416387517>，最後瀏覽日期：2023/5/30；中央通訊社，「被指利益輸送 台電嚴正駁斥」，中時新聞網（2013/8/28），<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20130828003731-260410?chdtv>，最後瀏覽日期：2023/5/30。

²³ 公平會處分書，前揭註 15，5。

台電就購售電合約爭議，也向臺灣臺北地方法院對國光等數家民營電廠提起民事訴訟²⁴。

民營電廠因面對政府強勢決心、輿論要求、監察院調查²⁵、立法院透過台電購電預算審查實施監督等壓力²⁶，102年1月28日開始，陸續與台電成立訴訟上和解，全體民營電廠直接讓利台電合計249億元，整體讓利金額超過監察院彈劾報告所列台電若立刻完成第二次協商之修約可減少支出之59億元²⁷。

雖民營電廠與台電完成訴訟上和解²⁸。公平會102年3月13日第1114次委員會會議作成裁罰處分²⁹，9家民營電廠裁罰總金額超過63億元，係當時罰鍰金額最高之公平法違法個案，自此進入長達近10年爭訟至今，目前進入罰鍰金額司法審查之另一行政訴訟初始階段，準備庭法官目前詢問各造透過行政調解程序解決爭議之可能。

2. 關鍵爭點

無論依據電業法，或我國向以維持單一電力網為安全架構之技術觀點，我國發電業所生產電力規格單一標準，並不允許商品差異性，且均處於台電單一電力網輸配電運作架構。如前所述，除再生能源業外，我國民營電廠燃料種類，區分為燃煤及燃氣發電兩種截然不同之種類，在發電技術、供電時段及中基載電力規劃均截然不同³⁰，甚至台電招標程序也係各自區分為不同階段，各期PPA條款與商業財務條

²⁴ 臺灣臺北地方法院101年度重訴字第1060號民事訴訟事件。該案訴訟上和解。

²⁵ 監察院102財正0061糾正文案，監察院公報，第2889期，40（2013）。

²⁶ 立法院，「立法院經濟委員會『台灣電力公司燃煤採購及購入電力合約調閱專案小組』第2次會議議事錄」（2012），<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=4413&pid=1981>，最後瀏覽日期：2023/6/5；游璿鄉，「鏗而不捨 擊出完美全壘打：細說民營發電廠（IPP）『資本費隨利率浮動調整協商案』辦理情形之始末」，*台電月刊*，第610期（2013）。

²⁷ 監察院101年劾字第11號彈劾案文，5，<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=4146>，最後瀏覽日期：2023/5/30。

²⁸ 臺灣臺北地方法院101年度重訴字第1060號民事訴訟和解筆錄。

²⁹ 公平會處分書，前揭註15。

³⁰ 我國依「燃料種類」區分基載及中載發電，燃煤IPP為基載發電，24小時滿載運轉，無論非保證時段跟保證時段，都依PPA固定價格，政府規劃燃煤IPP以最大可能數量滿載發電接受調度係因燃煤與燃氣燃料成本價格差異懸殊，燃煤機組起停機時間長，無法每日起停，故在政府發電群組，燃煤發電向來規劃為基載發電，換言之，燃煤、燃氣、再生能源、核能、水力等發電組合出自政府能源安全考量（含能源穩定供給、原料運儲能力、空污政策等非市場經濟機制等考量）。基載發電燃煤IPP之滿載特性與中載燃氣IPP尚可供彈性發電調整不同之狀況。燃氣

件不同，公平會當初所面臨挑戰，除如何在尚未完全自由化之我國發電業詮釋競爭機制，同時也要解決如何讓台電與各自簽約，看似互不相關之 PPA 彼此出現「爭取交易機會」之挑戰。加上台電身兼統籌輸配電並全權決定調度，台電自始均按 PPA 執行調度不曾輕易改變 PPA 約定價格數量，而不公開之台電電力調度規則也不具足以排除公平法適用之法律位階，換言之，在公平會處分以前，可說發電產業全體參與者，包括台電，非僅未曾意識到會因 PPA 修約可能性而存在競爭關係，更恐均不知該競爭如果存在，那究竟係倚靠哪一個基礎來運作競爭機制。

因此，針對公平會處分，各民營電廠初期攻防主張相當多元，除表達台電與民營電廠民事糾紛已獲解決等事實主張者外，關鍵爭點不外乎市場界定錯誤及競爭不存在，甚至包括有主張因產業無競爭故市場不存在之綜合主張。直到更二審程序，當時除台電經濟調度數據與燃煤發電廠已經 24 小時發電在 PPA 下有否額外發電空間等事實外，攻防關鍵幾乎全聚焦競爭關係存在與否，及台電所提「一體適用」等協商架構之詮釋與效應。

3. 爭訟過程（行政訴訟）

民營電廠 102 年 4 月間陸續提起行政爭訟，當時公平法仍處 104 年修法前之舊法時期，尚須經訴願程序。該訴願分為兩部分。

首先，係針對行政爭訟之罰鍰額度合法性部分，經行政院訴願審議委員會（下稱行政院訴願會）連續 2 次撤銷公平會原處分，公平會兩次重作罰鍰金額，公平會第 3 次處分，僅降低微幅罰鍰金額。行政院訴願會因民營電廠針對聯合行為認定部分提出行政訴訟，停止審理，直到最高行政法院針對聯合行為認定爭議自為判決，駁回民營電廠全數請求而確定（以國光訴訟而言，係於 111 年 6 月判決駁回確定），111 年底至 112 年 3 月程序重啟，112 年 3 月 8 日言詞辯論，112 年 4 月 14 日作成訴願決定³¹，駁回全數民營電廠訴願，至此終結了公平法 104 年修法將近 10 年以後末代訴願事件³²。

IPP「機組特性」雖也可具備連續運轉基載機組功能，但係預留將燃氣 IPP 於基載不足時連續運轉抵充發電之救急功能。

³¹ 行政院訴願決定書，前揭註 11。

³² 本文寫作期間，民營電廠均已對此繼續提出行政訴訟，目前由臺北高等行政法院審理並由準備庭法官指示試行調解程序。

其次，針對行政爭訟之聯合行為認定部分，第 1 次訴願程序作出決定，雖將罰鍰金額部分撤銷並交公平會重作處分，但行政院訴願會維持公平會聯合行為認定部分並駁回民營電廠請求，民營電廠對此提出行政訴訟。臺北高等行政法院原審判決第 1 次撤銷公平會原處分有關聯合行為認定部分，裁判理由重點在於認定公平會市場界定錯誤。公平會依法上訴，最高行政法院以若干爭點待查為由發回更審，臺北高等行政法院 106 年 5 月 25 日更審判決第 2 次撤銷該處分有關聯合行為認定部分，裁判理由重點仍在於公平會市場界定，但已另提出台電調度不符經濟理性且應尊重 PPA 原有秩序等部分競爭分析論述，此階段似因其認市場界定錯誤已足認定公平會處分違法，故始終未深入繼續調查證據並針對競爭分析提出完整理由。

公平會再提第 2 次上訴，最高行政法院第 2 度發回更審。臺北高等行政法院更二審法院判決第 3 次撤銷該處分有關聯合行為認定部分，如前述，該判決改著重實施競爭分析，並直指如有競爭關係，那政府與台電干涉發電業；且 PPA 訂有「一體適用」原則，經濟部調處台電與民營電廠時也要求民營電廠提出「共同解決方案」，更二審法院認為，此若欠缺妥善解釋，諸此架構與管制措施恐反構成限制競爭。

公平會對此向最高行政法院提出第 3 次上訴，最高行政法院 111 年 6 月 20 日自為判決（最高行政法院 109 年度上字第 824 號等判決），直接全數駁回民營電廠請求，全數民營電廠針對聯合行為認定部分爭訟，至此判決終局確定。民營電廠雖紛紛提出再審與憲法訴訟等救濟程序，全數民營電廠憲法訴訟均遭不受理判決結案，最高行政法院也駁回民營電廠所提再審請求，若干業者再審請求涉及實體者則移轉臺北高等行政法院依法裁判。

4. 爭訟過程（台電所提民事訴訟）

前述行政爭訟期間，台電公司因 2 年請求權時效限制而依公平法及民法向民營電廠提出天價求償民事訴訟³³。台電基於訴訟策略主張 PPA 為行政契約並爭執審判權³⁴，

³³ 民營電廠均主張，其與台電第一次修約協商係將燃料成本反映機制更改為即時反映機制，此僅係計價「時間差」而非調整能量費率，而所謂即時反映機制完全隨國際燃料價格起伏而計價，公平會所述「本案運轉時間愈長」只是增加國際燃料價格起伏次數，並不代表國際燃料價格必然漲跌，更不可能有任何一方必定受有利益之情事。

³⁴ 台電主張行政契約此節，當初原意應係在節省民事訴訟昂貴訴訟費用，但也會引發行政行為甚至行政契約其實並不受公平法規範之重大爭議，堪稱雙面刃。

伊始係對每家民營電廠分向行政法院及民事法院（包括訴訟及調解等程序）共提出 3 個求償程序，合計超過 10 個以上民事及行政求償事件。

台電求償金額堪稱天價。以國光電廠為例，台電行政訴訟求償部分原為 24 億元（台電 104 年 12 月 31 日擴張行政訴訟之聲明金額，將原列 24 億元之求償，追加民事調解部分之金額，此部分求償金額擴張為新臺幣 48 億 9 千萬元），經臺北高等行政法院裁定移送民事法院，臺北地方法院分案為該院 106 年度重訴字第 288 號，但事后台電自行撤回此該部分訴訟。

以國光電廠為例，台電公司所提臺北地方法院 104 年度重訴字第 1213 號民事訴訟，求償金額 24 億 9 千萬元，隨後將求償金額縮減為新臺幣 8 億 2,954 萬 2,855 元（利息依法定利率計算），臺北地方法院駁回台電訴訟，其後臺灣高等法院 110 年 11 月 9 日作成 107 年度重上字第 605 號判決也駁回台電上訴，台電向最高法院提出上訴（最高法院 111 年度台上字第 1069 號事件）³⁵。

（三）臺北高等行政法院與最高行政法院判決摘要

針對公平會聯合行為認定處分部分，最高行政法院連續 2 次發回更審，主要係臺北高等行政法院前 2 次事實審裁判謹守以往市場界定與競爭分析審理順序，初期事實審判決往往圍繞市場界定層面³⁶，但因我國為單一電力網，最高行政法院再三對此提出嚴厲質疑。真正需要釐清之競爭分析議題，前兩次事實審裁判並未完整呈現。

進入更二審程序後，臺北高等行政法院更二審審理程序（107 年度訴更二字第 100 號等事件），面對最高行政法院第 2 次發回更審意旨，改直攻競爭分析觀點，同時兼重市場界定與競爭分析，不將初期市場界定結論取代競爭分析結果，藉此回應最高行政法院發回判決意旨³⁷，因此更二審判決調查眾多新證據與關鍵事實採認依

³⁵ 至本文寫作發表期間，該事件仍未作出判決。

³⁶ 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1739 號判決及 104 年度訴更一字第 65 號判決。9 家民營電廠所受裁判理由均同。前者判決可下載點：司法院裁判書系統，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPBA,102%2c%e8%a8%b4%2c1739%2c20141029%2c1>，最後瀏覽日期：2023/6/5；後者判決可下載點：司法院裁判書系統，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPBA,104%2c%e8%a8%b4%e6%9b%b4%e4%b8%80%2c65%2c20170525%2c2>，最後瀏覽日期：2023/6/5。

³⁷ 最高行政法院 107 年度判字第 490 號判決（第 2 次發回更審），30、43：「由被上訴人與參加人簽訂之 PPA 內容觀之，彼等所簽屬私權契約性質，依契約自由原則，由締約雙方合意簽訂或

公平會第 3 度上訴，最高行政法院針對更二審審理程序所涉及多項新事實與新證據追查，未再發回更審，並罕見地僅依審判筆錄內容，便以法律審角度改變事實審多項新事實認定結果，未另開言詞辯論程序，便自為判決駁回民營電廠訴訟⁴⁰。最高行政法院自為判決與本文研究目標最有關之理由：「就彼此間所訂定之 PPA，仍有協商、調整之可能性，故 9 家 IPP 業者間，當有實質競爭關係存在。」顯係以未來可能性之抽象詮釋角度，推翻事實審，即更二審法院透過 PPA 探求民營電廠是否具有爭取更多交易機會可能性等業界既存具體細節措施之判決結果，呈現兩極端不同見解，非常罕見。

應注意者，即便最高行政法院針對公平會聯合行為認定部分，已自為判決終局駁回民營電廠行政訴訟訴求，但，臺灣高等法院民事庭在最高行政法院自為判決以後曾仍舊駁回台電對長生及和平等電廠之天價求償民事判決⁴¹，似有呼應公平會一再重申其僅罰聯合行為但並不介入私法判斷之自公法觀點執行公平法態度，堪符最高法院裁判向來要求民事法院獨立認定民事責任之立場，即民事法院與最高行政法院

106 年電業法修正前，尚不會發生經濟學上競爭關係，原處分以本件無競爭關係之行為主體即原告等 IPP，界定發電市場，亦有誤會。」「(1)106 年 1 月新電業法修法通過後，1-2.5 年始完成開放『發電市場』自由競爭（發電業自行申請設置，採許可制，並且開放代輸、直供……）。換言之，本件原處分作成時，原告等 IPP 形成發電『市場』，因不具競爭關係，尚非聯合行為市場界定中之市場，與本院上揭見解一致。(2)電力市場本即存有發電業、輸配電業、售電業三種市場。本院前開市場界定將發電市場與輸配電業市場、售電業市場加以區隔，與能源主管機關政策規劃，再一次吻合。(3)再生能源發電之躉售價格則由政府訂定並由參加人與業者簽約，並不存在再生能源發電業者可調整發電躉售價格，致參加人能轉換購買其他發電來源的可能性。相同論理，套用本件原處分，本件 IPP 業者之躉售價格則由政府公司招標（或競標）訂定並由參加人與業者 PPA 契約固定，同亦不存在 IPP 發電業者可調整發電躉售價格，致唯一買受人能轉換購買其他發電來源的可能性之結論，換言之，本件發電市場就買受人（按參加人，或需求者）言，並不具替代可能性，亦應一併敘明」。

⁴⁰ 最高行政法院判決，前揭註 2，14、18-19：「原審未依本院前次發回判決指示之方法審查市場之界定，逕悖於發電市場電力產品之特性、未自需求替代性論斷，及誤解原處分以 PPA 形塑發電市場」；「足見該長期契約雙方當事人所訂定之 PPA 內容，契約期間價格仍有協商、調整之空間」；「殊非簽約後即無法變動購電數量及價格，而謂 IPP 業者彼此間無競爭關係」；「渠等利害關係非屬完全一致，9 家 IPP 業者應可斟酌其個別情形，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」；「就彼此間所訂定之 PPA，仍有協商、調整之可能性，故 9 家 IPP 業者間，當有實質競爭關係存在。」

⁴¹ 臺灣高等法院 107 年度重上字第 187 號判決等，該判決可下載點：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPHV,107%2c%e9%87%8d%e4%b8%8a%2c187%2c20221228%2c3>，最後瀏覽日期：2023/6/5。

裁判各有其不同執法之觀點⁴²，但本文發表以前，112 年底，最高法院民事庭也廢棄該高等法院民事判決發回更審。

三、民營電廠案重點說明及宜待因應之議題

(一) 市場界定與競爭分析審查順序

民營電廠案件資料龐大，學者見地互異差距甚大⁴³，限於篇幅，本文針對研究主題，即在供給者原料、技術甚至中基載比重規劃任務差異甚大狀況下，所謂競爭關係，究竟出自經濟學檢測法及商品同一性或替代性⁴⁴，便已滿足，還是要透過具理論

⁴² 包國祥，「自民事觀點分析公平交易法——平臺經濟所啟發之省思」，律師法學期刊，第 8 期（2022）。

⁴³ 民營電廠彼此有否競爭關係又要如何詮釋其競爭結構，各方見解殊異。持肯定見解者，主要論點為競爭來自特許發包競價與履約後修約可能〔公平會 103 年 6 月 20 日公法字第 1031560590 號函，公平會於民營電廠聯合案行政訴訟專家意見書，陳志民（2014/6/20），馬泰成（2014/5/23），楊宏暉（2014/6/19）〕，除此之外，也有另提契約條件差異、成本差異、爭取購電競爭、締約後競爭，並將修約可能性特別列入潛在競爭範疇者〔公平會 103 年 8 月 8 日公法字第 1031560736 號函，公平會於民營電廠聯合案行政訴訟第二次所提專家意見書〕，有強調 PPA 長達 25 年未來可能性者〔公平會前述第二次所提專家意見書，莊春發（2014/7/17），李禮仲（2014/7/8），林易典（2014/7/18）〕；也有另認應區分競標或修約分別具體討論，PPA 長達 25 年，且有台電經濟調度，民營電廠合意扼殺這些可能性而認此非契約爭議而係競爭法議題者，參見劉姿汝，「由民營電廠案論聯合行為之認定」，興大法學，第 19 期，141（2016）。

至持否定見解者，有認民營電廠不具價格決定權且本件純屬 contract-out 關係，故在我國電業結構下並無「發電市場」可言，主張台電與民營電廠純粹屬民事爭議者〔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 217 期（2013），類此見解者有許志義、盧佩君，「論競爭市場電力調度之公平交易機制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期，125、135（2014）〕。也有表示即便有修約可能但也要具體分析是否民營電廠透過修約或續約的確有爭取更高營業利潤之可能性，施硯笛，競爭法與電業自由化，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，93（2018）；臺北高等行政法院 104 年度訴更一字第 65 號判決，前揭註 36，53-54：「再開協商係契約履行問題，而非『爭取交易機會』……，其審酌之順序與強度，自不得高於對已成立 PPA 契約之尊重」；本文以為，論究此間爭辯關鍵便在最高行政法院判決所強調修約可能性（未來抽象），與 3 次事實審法院較注重產業現實運作面考量（現實具體），此正是訴訟兩造多年纏鬥主調，事實審與法律審呈現兩極端走向，也埋下最高行政法院日後自為判決原委。

⁴⁴ 公平法第 4 條、第 6 條及「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」（112 年 11 月 22 日修訂前）主要係自商品替代性與經濟學相關檢測法來作出市場界定，也就是競爭關係所及範圍；112 年 11 月 22 日修訂後「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」於第 4 點第 3 款增列產品技術、規格或標準所形成之互補性或相容性。以本文見解，商品規格僅係市場界定

基礎方式，藉由 PPA 私法契約因素來激發競爭（「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」尚未見此因素），前述各民營電廠個案爭訟結果，顯然甚值參考，甚至可藉此推敲出日後民營電廠彼此間如何競爭，及其與台電間係何互動關係。

就各級法院審理過程以觀，我國發電產業成員深感市場秩序受台電與政府政策影響，確實難理解產業競爭如何運行。前述行政訴訟事件前 2 次事實審法院判決重點著重市場界定，盡遭最高行政法院廢棄發回。臺北高等行政法院更二審法官不讓裁判爭點停留在市場界定⁴⁵，希望勿將初期市場界定結果當作競爭分析之作法，此與美國 2010 年結合規範修正意旨互相呼應⁴⁶，但最高行政法院顯然重視台電維繫我國政經基礎之電業政策，加上民營電廠會議紀錄「以拖待變」也遭最高行政法院認為民營電廠業者修約談判行為不符商業倫理性等可能原因，最高行政法院自為判決並已終局駁回全數民營電廠請求⁴⁷，已如前述。

工具之一。我國電網電力規格相同也包括來自法規之要求，在輸配電產業中雖可能界定出輸配電同一市場，但就發電產業而言，燃料種類包括核能、煤炭、天然氣、燃油或再生能源等，無論在電廠設置及發電技術、管理法規乃至原料價格完全不同，倘如此，燃油發電、核能發電或煤炭發電產業間，無論技術或法令規範等因素究竟係高度替代或係互補性，不無有討論空間。公平會於「臺灣港務股份有限公司、台灣電力股份有限公司、臺英風電股份有限公司、中國鋼鐵股份有限公司、台灣國際造船股份有限公司、上緯新能源股份有限公司擬合資新設並共同經營臺灣風能訓練股份有限公司之結合案」具體界定出「離岸風力發電產業」甚至區分出「風場開發」等次級市場，可見依不同能源種類、價格及特性，各自適當切割獨立市場也非無理。我國出現發電能源組合，主要係出自避免過度倚賴少數能源之政策安全考量所形成之能源組合（依據政策廢核與否而有重大差異）。更甚者，所謂單一電力網，應屬輸配電環節，若以載具觀念來認知，此猶如網際網路係透過電磁紀錄串流來傳輸，雖然載具通路相同規格要求而使流竄載具內電磁紀錄出現相同規格，但不影響該產業在生產或消費端因價格、法規管理或使用目的所形成之歧異。

⁴⁵ 臺北高等行政法院判決，前揭註 38。

⁴⁶ 市場界定與競爭分析順序問題是競爭法循環論證議題。依美國 2010 年結合審查原則，希望勿將答案放在市場界定就做結論而捨棄競爭分析。Hovenkamp, *supra* note 7, at 1957, 2049-2050. Herbert J. Hovenkamp 教授認為競爭法案件因個案事實而異 (fact-specific)，數位平臺各有不同，想靠分類 (categorical treatment) 來處理是不可能 (impossible)。美國 AT&T 於 2016 年收購 Time Warner 案，法官 Richard J. Leon 接受司法部市場界定但競爭分析仍考量該市場外 SVODs (subscription-based video-on-demand services) 影響，中央通訊社，「AT&T 時代華納併購案判決 何以備受關注」(2018/6/13)，<https://tw.news.yahoo.com/news/t%E6%99%82%E4%BB%A3%E8%8F%AF%E7%B4%8D%E4%BD%B5%E8%B3%BC%E6%A1%88%E5%88%A4%E6%B1%BA-%E4%BD%95%E4%BB%A5%E5%82%99%E5%8F%97%E9%97%9C%E6%B3%A8-071134156.html>，最後瀏覽日期：2023/6/4。

⁴⁷ 最高行政法院判決，前揭註 2。

（二）最高行政法院判決重點

就相關行政法院判決內容以觀，前 2 次事實審判決，除市場界定外，已略提及台電調度機制（更一審判決出現對契約原有秩序尊重之文字），但終因台電經濟調度深受安全調度政策拘束，且各民營電廠發電數量深受 PPA 限制而難完全藉此運作，加上經濟調度本係台電自有機組間成本高低比較，並非台電與民營電廠發電機組間成本或價格比較，甚至台電常受限政策影響，公平法身為經濟基本法，也恐非台電行為或台電所制定原則所可影響，究竟公平法下所促進激發之競爭面貌及如何運作，恐怕包括確認 PPA 與競爭機制緊密相關之最高行政法院，也尚未對日後產業競爭面貌提出進一步具體描述，日後需待產業主管機關在公平會協助下做出因應調整，或需於該產業再出現其他實際個案繼續依法加強詮釋。

如前述，更二審對此問題雖欲深入 PPA 內涵，探討私法 PPA 是否可供競爭，其與最高行政法院呈現直球對決結果係被廢棄，但即便係最高行政法院，其終局判決雖確認競爭關鍵便係 PPA 修約機制，並給出競爭並非僅來自商品同一性觀點之解決方向⁴⁸，但隨後浮現出重要議題，究竟各自分立甚至商務考量有異之各 PPA 當事人，在 PPA 契約相對特性下要如何互動，以及當年經濟部核交台電執行之「一體適用」「共同解決方案」協商架構⁴⁹，是否係政府與台電也屬違法？凡此更二審判決對此所提各項質疑，均仍欠缺進一步詮釋。

基此，本文希望找出理論，試圖藉此描繪出日後競爭可能面貌，顯然，本案塵埃落定之後，或有未完工作⁵⁰。同樣秉諸拋磚引玉之意念，繼本章次節建議，次章擬針對可互相運作性並連結歐盟守門人與群組市場等機制，提出與民營電廠聯合個案之連結共通處，並藉此試圖描繪出日後可能競爭面貌。

⁴⁸ 本文見解如前揭註 44。

⁴⁹ 臺北高等行政法院判決，前揭註 38，70-71。

⁵⁰ Hovenkamp, *supra* note 4, at 13. Herbert J. Hovenkamp 教授以美國對電話與電報公司（AT&T）多年執行競爭法成果為例，主張即便透過法院判決要去激發出競爭也需要好幾年。

(三) 行政爭訟落幕後宜待因應議題

1. 公私混合共同完成行政任務

公平法言簡意賅，制定至今 30 多年，要適切規範無限多元發展之商業社會，執法者或司法審查者勢必要保留不明確法律概念彈性，依當時商業實務環境，全盤考量我國政經特殊環境與商業運作實情，作出符合個案產業特性與時空環境之處分或判決。所謂產業特性下之商業理性，係為營業自由之基本權，公平會針對特殊產業激發競爭，謹慎運用合理綜合分析，避免將各事業商業決策逼向單一標準導致與現實方枘圓鑿結果。對此，若透過私法與公法協力完成行政任務並求此間平衡，諒可緩和行政過早介入嚴厲性⁵¹。

2. 以民營發電廠案為例，綜合公私法觀點之詮釋

行政法已進入國際化、私部門化甚至偕同私法行為來實踐行政任務，公私法系統協同甚至交會以追求行政任務完成之階段⁵²。

我國發電結構特殊，且發電燃料互補等因素複雜交錯，加上國家安全與政經考量，政府透過私法形式實施給付行政仍受基本權拘束（平等原則），加上政府及台電指示與規劃所深寓不低於競爭公益之其他重大公益（公平法所捍衛市場競爭秩序，為整體公益之一環，整體公益須兼顧我國欠缺自主能源特殊政經環境，此觀政府苦心全面管制電價及產業開放腳步等努力可知，甚至如此才符合公平法兼顧消費者及促進經濟等規範目的）。

本文以為，產業主管機關甚至公平會遇到日後個案，倘面對 PPA 公私混合行政任務之挑戰，也可考量相對地透過綜合公私觀點設計出個案矯正措施。公私協力目的，在利用民間資源協助公部門履行公共任務，因此公私協力任務具有高度政策導向性。對國家行政任務如何執行，立法者事前也難以全然清楚規範，故須時常透過

⁵¹ 私法分擔公平法執法重任，僅在必要時才行政介入，甚至可供行為經濟學所討論消費者不理性行為評價究竟是否需行政介入還是純粹依私法處理爭議之解決空間。綜合公法與私法共同追求行政責任的例子，也可參考公平法第 42 條針對該法第 22 條仿冒僅涉民事責任規範而不追究行政罰責任之修法例子。

⁵² 李東穎，「行政法學作為調控科學——以公私部門伙伴關係為例」，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法學作為調控科學，初版，元照出版公司，1、6、9-13（2018）。

高權實施調整與指導，置身其中之民間業者，也在以完成行政任務為依歸的招商案中（即本件民營電廠情形），不可避免地必須配合公部門之指示，並以政策導向為營運依歸。自公私協力觀點（本件民營電廠案例為促進民間參與公共建設法公布前之類似 Build-Own-Operate 案件），民營電廠遵循公部門與台電主導原則參與協商⁵³，而政府為了完成穩定供電之民生照顧義務而規劃民營電廠投資營運之過程，均屬計畫行政，計畫行政雖可藉由不同方式為之，以因應政經情勢變化快速，但傳統立法過程及立法技術無法迅赴事功，公部門必須另闢蹊徑，計畫行政應運而生⁵⁴。

就民營電廠案而言，市場秩序除電業法令、台電招標程序及 PPA 外，也有賴行政監督，行政爭訟落幕後，後續矯正措施諒係處理良機。詹鎮榮教授曾表示「立法者在行政合作法建構時」，「可進一步考慮對於公平競爭程序之確保自行規範通案式之具體化指標，例如協商項目應如何確定、是否應對所有申請人進行所有項目之協商、申請人是否個別抑或全體共同進行協商程序、技術標準不一時應如何協商等，俾使行政機關在操作該一般法律原則有較明確準據可供依循⁵⁵。」民營電廠與公部門及台電之間應強調高度信賴與對話之管道，此均待產業主管機關日後依其專業，並循公平法規範描繪出民營電廠未來競爭面貌。

若非如此，倘無差別性地透過商品同一性來建構發電產業競爭關係，本文以為，恐將導致台電甚至經濟部也陷入涉及限制競爭之困局⁵⁶，也恐與公平會甚至法院將民

⁵³ 詹鎮榮，公私協力與行政合作法，初版，新學林出版公司，24-25、27（2014）；陳明燦、張蔚宏，「我國促參法下 BOT 之法制分析：以公私協力觀點為基礎」，公平交易季刊，第 13 卷第 2 期，46（2005）。公私協力係屬公私部門於對等地位上，就行政任務之執行責任與風險，透過契約協議或其他方式予以分配之一種制度，以雙方能獲致最大效益為共同目標之合作模式，公私協力特徵為公私部門雙方地位平等、自願合作、目標共同、責任及風險分擔以及較長生命週期。

⁵⁴ 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 11 版，自版，20-21（2010）。

⁵⁵ 詹鎮榮，前揭註 53，28。

⁵⁶ 臺北高等行政法院判決，前揭註 38，95-96、131：「以『一體適用』集體協商方式與新桃公司等燃氣 IPP 業者達成協議，核自合於公平法上之限制競爭」，相關作業均由台電（參加人）「擬定方案，要求原告等 IPP 一體適用等情，同亦屬參加人利用獨占買方之絕對優勢市場力所為『限制競爭』，……但卻不見薪輿即不追究屬國營事業之參加人前開限制競爭之不公平競爭，反而只見毫毛，即積極保護獨占買方之絕對優勢買方市場力之參加人，而課本件賣方及原告等 IPP 聯合行為責任，亦足疵議」；「另報載離岸風力發電業者對政府（參加人）更改契約之前階段購電價格（購售電費率）集體表達不滿，如依照本件邏輯，被告似應儘早列入調查有無聯合行為，但被告經 IPP 業者質疑後，迄今仍無發動調查跡象，綜上，IPP 質疑被告角色亦非全然無的放矢」。

營再生能源發電業界定為獨立市場之執法立場產生差異，甚至，成本昂貴之天然氣發電業如何與成本低之燃煤發電業進行價格競爭，以及是否會衝擊我國透過減碳措施規劃電力永續穩定政策，恐不符我國特殊政經需求。

如今，民營電廠聯合案爭訟已經落幕，至少有如後議題應考慮做出因應與解決。首先，台電身兼發電、電力獨買與輸配電獨占角色，此後要如何繼續執行政府政策；其次，民營電廠要如何透過分階段發包且各自與台電所簽 PPA，彼此競爭，尤其，政府促參招商競爭要如何簽訂 PPA 後延續激發競爭。對此等議題，本文以為，面對橫跨燃煤發電、燃氣發電、再生能源發電乃至未來新能源領域產業，產業主管機關相關修法甚為耗時，除原有市場界定工具外，是否有適當彈性機制，讓產業主管機關依能源政策分階段調整執法（例初期鼓勵創新或涉及能源安全之再生能源及新能源業者），諒係日後因應考量重點。

舉例而言，甲電廠透過招商競爭與台電簽訂 PPA，雙方協商 A 價位買賣，甲電廠簽約後願降價售電，但除非甲電廠無理性地降價卻不要求增加交易數量，甲電廠應希望獲得更多交易數量，但台電依目前 PPA 並無義務向甲電廠多買電力（尤其台電與其他電廠約定 PPA 採購數量已足因應電力需求安全時更係如此），且台電若放棄與其他電廠約定交易數量而轉向甲廠購買，台電對其他電廠也會有違約，或最終仍須依 take or pay 條款付款。此時，甲電廠與其他電廠要如何競爭？本文以為，日後產業主管機關實施監理時，或公平會針對實際個案執法時，不妨在符合安全調度原則前提下，針對台電經濟調度原則不符公平法處檢討修改，將經濟調度原則公開透明化，當作競價機制，最後透過 PPA 定期修改機制，甚至引用一體適用精神，讓全體民營電廠都獲相同機會，讓民營電廠可以透過定期修約機制，各自提出要求修改價格與數量約款⁵⁷，來爭取新交易機會。若果如此，現有 PPA 要調整者，便包括台電經濟調度檢討與公開透明化、全體民營發電業定期修改 PPA 條件之時間場合與

⁵⁷ 對台電而言，目前調度重點係如何妥善分配發電量，此包括台電自有機組發電量、第一階段及第二階段燃煤 IPP 保證時段及非保證時段滿載發電量、第一階段及第二階段燃氣 IPP 保證時段發電量、第一階段燃氣 IPP 長生安全調度發電量、及第三階段 IPP 保證時段及非保證時段發電量（含 370 小時非保證時段及 102 年協商後之容量因數 40%至 50% IPP 虧本發電量及其他發電來源數量），台電在調度技術上無法在「電力調度操作當下」依各 IPP 價格高低反映出即時競價結果，技術上恐難在即發即用發電特性下出現低價發電可立即替代高價發電。故針對最高行政法院判決所強調之 PPA 修約機制，若要適當發揮競爭機制，以本文見解，應包括定期且公開地給各 PPA 均有與台電彼此協商修改日後價格與數量之共同機制。

公平性、適當免除台電違約風險（例購電價格及數量可修改性）、甚至應增訂鼓勵再生能源與新能源業者加入之不對稱管制條款（例初期以優惠補助措施身分參加競價等），都可當作原本 PPA 彼此無互動之市場矯正措施考量工具，日後只要透過私法 PPA 監督調整機制，就可確保良性競爭，此較諸修法，透過 PPA 來達到執法目標應更符合業者自由商業考量，且更具及時效率。

前述「綜合公私法觀點之詮釋」，恰可藉由前述民營電廠個案所涉古老發電產業，更清晰地觀察出綜合公私觀點執法跡象。我國微額開放之民營發電產業，是受高度行政監督之產業，要發揮公私合作達成行政任務價值，便要透過電業相關法令規範、台電招標程序及 PPA（含 PPA 修約）等機制，綜合公私觀點來設計執法工具。換言之，公平法所追求競爭可倚賴 PPA 使之具體化，甚至使之包括台電當初招標要求經民營電廠競標接受後內化入 PPA 整體商業考量。

以電業法令規範而言，台電開放近用義務及近用過程，由台電與民營電廠各自負擔義務，此由電業法令進行規範（例電業法第 18 條規定：「輸配電業對於發電業……者要求與其電力網互聯時，不得拒絕」，該法第 26 條及第 29 條至第 31 條也有工程規範），但此僅係發電設備技術設置事宜。在單一電力網、電力商品完全相同甚至台電係電力獨占買方之狀況下，民營電廠彼此間如何競爭，仍須倚靠業務主管機關良善詮釋與設計矯正措施，此觀臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1739 號判決（獲最高行政法院支持）表示「觀之電業法第 1 條規定：『為開發國家電能動力，調節電力供應，發展電業經營，維持合理電價，增進公共福利，特制定本法。』，全文共 115 條，分別就電業權、工程、營業、監督、小型電業、自用發電設備及罰則為規定，並未就民營電廠間從事聯合行為或其他競爭行為設有特別規定，與公平交易法規範並無衝突，即電業法與公平交易法各司其規範，互不影響。原告雖係依據開放發電業作業要點而設立，受電業法之規範，但並不排除公平交易法之適用。」可見同旨。換言之，電業法主要係就電業權、工程、營業、監督、小型電業、自用發電設備及罰則所為規範。基此，除產業主管機關應全盤考量調整監理措施外，競爭議題尋求公平會協助，且無論產業主管機關或公平會日後遇實際個案可依法對台電招標條件及 PPA 等私法秩序進一步提出妥當詮釋矯正措施。

針對台電招標程序乙節，學者多元見解顯也包括契約前後商業考量來詮釋是否有競爭存在。以陳志民教授發表「系統思維」為例⁵⁸，其表示系統思維目的係「建立可信賴的推論，透過觀察，建立起系統中元素彼此間之關聯性指標。在這種思維下，分析者、觀察者必須同時見樹又見林，不能只觀察單一事件本身，必須觀察到完整的模式（pattern），能兼顧廣博及內部相關的互動性」⁵⁹，陳教授係認 IPP 業者競爭關係係存在於進入銷售電力市場前競標市場，在得標後電力銷售市場中，事業互動關係只是這種「進入市場競爭」（competition for the market）過程所形塑出來之競爭結果，但因得標進入發電市場後所需承擔權利義務關係（如只能把電出售給台電）都已內化為事業是否參與及願以何交易條件參與競標的成本利益考量，故競爭繼續存在。

前述系統思維等權威見解，顯然不同意臺北高等行政法院更二審判決所採見解，甚至若依此見，根本不需要最高行政法院另外繞道 PPA 可修改性見解便可詮釋競爭⁶⁰，換言之，最高行政法院終局判決見解，與公平會當時另兼持「進入市場競爭」見解，仍有差異，雖最高行政法院該案判決已經確定，但僅限於民營電廠該爭訟個案，日後公平會仍可於其他個案出現時，繼續追求實踐其「進入市場競爭」系統思維。但，無論民營電廠個案終局判決見解與公平會見解是否相同，都顯未將競爭與 PPA 考量切割（例契約締結前後之商業契約成本與利益回收綜合考量），顯然此也係綜合公私法觀點，甚符前述綜合公私法共同完成公平法任務之特徵。

對此，公平會官方出版「公平交易法之註釋研究系列（一）：第一條至第十七條」稱：「至於法條所稱『爭取交易機會』之時點，原則上應係指交易完成之前；至於交易完成後之履約問題，基本上屬於私權糾紛而應優先適用消費者保護法或民

⁵⁸ 陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（上）」，公平交易通訊，第 101 期（2021）；陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（下）」，公平交易通訊，第 102 期（2021）。均出自陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）從『戴姆勒/帝寶案』（智慧財產法院 106 年民專訴字第 34 號民事判決）談起」，公平交易委員會專題演講（2020）。

⁵⁹ 陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（上）」，同上註，1。

⁶⁰ 陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（下）」，前揭註 58，4-5。

法有關規定，並非本法規範之重心所在⁶¹。」如今透過最高行政法院民營發電廠個案判決，顯又補充詮釋了即便簽訂 PPA 後，仍有繼續建構競爭之重要工作，堪稱係行政機關、學術界及司法機關日後要繼續共同努力達成公平法任務之工作。

針對 PPA（含 PPA 修約）乙節，本文以為，陳志民等多位教授所提台電招標程序，可再透過民營電廠與台電各自簽訂 PPA 所建立競爭秩序，繼續將民營電廠發電產業競爭內涵具體化，藉此因應最高行政法院確定判決所強調，在決標簽約後之修約可能性所形成業者競爭面貌，堪可繼續化解學術上主張民營電廠分屬不同招標程序甚至各 PPA 獨立之歧見。所謂 PPA 交易秩序之具體化，各民營電廠倚賴台電中立透明地實施經濟調度將係競爭關鍵，因台電調度另包括事前無法預見之安全調度，甚至政府預算等政經調度因素⁶²，故在台電招標程序外，必須透過主管機關相關法令及 PPA 妥善詮釋形塑交易秩序，針對民營電廠各自與台電簽訂 PPA 提出矯正措施規劃，此便與廣義之可互相運作性理論處理議題理念相通。

換言之，台電獨占發電產業，其後微額開放民營發電，所謂競爭，若係來自傳統檢測方法之商品替代性，台電與民營電廠商品都是規格單一標準之相同電力商品，我國又顯然係屬單一電網，那台電、民營電廠甚至再生能源發電業間彼此很輕易地當然全體均具備競爭關係，但果若如此，恐非僅將立即衝擊我國電業法尚未自由化之高度管制現狀，更恐面臨民營電廠輕易便可主張政府或台電違反公平法，因為在 PPA 私法契約規範下，台電也係政府政策執行者，民營電廠依公平會處分將僅有競爭義務而無競爭權利，恐爭議不斷出現⁶³，最高行政法院自為判決，無論其係有意無意，都留下空間有待解決，目前將須待產業主管機關依法調整監理作業，也可尋求公平會協助因應，公平會更可依檢舉或依職權在日後具體個案，繼續依專業執法進一步完整詮釋該產業競爭關係。

本文後文試圖透過廣義可互相運作性來詮釋⁶⁴，讓民營電廠各別依其與台電簽約後對於台電電力外部需求之各自私法契約履約後爭取該台電需求分配，加上此來自

⁶¹ 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）：第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告，130（2003）。

⁶² 台電在系統運轉安全前提下，調度順序須先滿足所有限制發電條件（如合約限制、水資源運用、環保法令規範、燃料特性及供電品質等因素），再比較 9 家民營電廠機組能量費率與台電公司機組燃料費率。

⁶³ 臺北高等行政法院判決，前揭註 38，95-96、131。

⁶⁴ Hovenkamp, *supra* note 4, at 11-16。

於台電微額開放發電之局部特許權釋放至市場機制，而非來自電力商品同一性，台電自有發電機組既無 PPA 存在且非特許權釋放範圍，而未與民營電廠成立該競爭關係⁶⁵，果若如此，最高行政法院判決已可塑造出一個依舊以台電為軸心但各別發散至僅在民營電廠彼此間內部互相爭取與台電交易機會，且台電要依比價結果改變並實施電力調度之競爭環境⁶⁶，這種由民營電廠透過其各自與台電所簽訂之 PPA，在我國目前現有台電獨占買方獨特架構下，僅由民營發電業彼此在該架構內競爭，讓台電在我國根本還沒建立中立電力交易中心機制之今日，繼續扮演兼具獨占買方與輸送電力給消費者之特殊交易平臺角色，諒可合理詮釋台電公私混合角色必須在競爭秩序與契約公平原則間尋求平衡點之難題。

四、透過可互相運作性將相對性契約激發競爭及相關議題

（一）民營電廠聯合案與可互相運作性之關聯

台電身為經濟部國營事業，係國內唯一掌握其未公開調度數據資料之獨占買方，調度數據等資料均屬台電獨占資訊，且台電也執掌我國政府能源政策執行，台電不僅決定整個配電及供電系統並全權調度民營電廠電力，甚至要依據政府政策實施低電價政策而無價格中立性可言，更甚者，在我國政經現實情況下，台電獨家掌握電力資訊數據，非他人可任意取得，最高行政法院今透過民營電廠案判決，詮釋台電繼續兼具獨占買方、發電業及電力交易平臺之裁判兼球員多重角色，可因應我國低電價政策脫離發電商業成本經營觀念之經濟現實面。

民營電廠總發電量雖占我國總發電比例有限，但我國係屬單一電力網，當年政府決定開放微額發電數量給民營電廠經營，就是為提高備用容量，以免因發電即發

⁶⁵ 莊春發、許志義、陳汝吟、謝秀宜，各國競爭政策與產業政策調和之研究——以能源產業為中心，公平交易委員會 101 年委託研究報告，123（2012），該文認為民間發電業者與台電的關係，「僅及於產品的供應者地位，與台電公司不能產生競爭之關係殊為可惜」，其提出解決方案與本文不同，該文建議由民間發電業者朝向終端的使用者，如工廠或大型社區等單位提供電力，則將與台電形成競爭之關係。但本文認為，我國要靠單一電力網以確保輸配電安全，此恐相當困難。

⁶⁶ 公平會 103 年 8 月 8 日公法字第 1031560736 號函，前揭註 43，專家意見書，莊春發，15：「九家獨立電廠為爭取更多的電力交易量，以增加本身的利潤，每家獨立電廠必會極盡所能提高自己的發電生產力，從而壓低向台電提出的報價」。

即用特性下，因發電數量不足導致局部地區，甚至全電網電壓陡降甚至停電風險，此正如公平會與行政法院判決所述，台電發電或民營電廠發電，均攸關我國發電穩定與安全而具備足以影響市場秩序之力量⁶⁷，台電兼具獨占買方與輸送電力給消費者之特殊交易平臺角色，以及長久以來配合政府政策而欠缺價格中立性等特徵，此跟數位經濟雙邊平臺經營者，透過價格非中立性，獨好消費者權益，犧牲平臺另一端事業權益，導致雙邊平臺市場特殊運作問題本質相似，前者係台電係政府基於國家安全長年刻意營造出來之獨占者，後者則係現行大型科技平臺因執法者以往未預見其發展而在今日追溯矯正，發展過程雖有不同，甚至恰正相反，但所面對問題，主要都是要找出有效矯正工具，來讓民營電廠在台電這古老發電業平臺架構下彼此競爭，或讓科技參與者在 Google 等平臺中立性下有效競爭，此兩者本質諒無差異。

對此，本文深受 Herbert J. Hovenkam 實務個案研析模式啟發（包括歷史近百年鐵路運輸業及 AT&T 等產業，如後述），將民營電廠案與可互相運作性議題連結，藉此呼應 Herbert J. Hovenkamp 提出競爭法早具強大力量之呼籲⁶⁸。

此外，當前正處歐盟法制將對特性各異大型數位平臺業者賦予守門人特別義務之際，最高行政法院支持台電繼續身兼裁判與球員且配合政策，本文以為，民營電廠於台電維持電力網架構下互相競爭，台電立場與前述守門人角色彼此互通，假設也以「平臺」來稱呼，最高行政法院無非確立了台電將繼續擔任電力交易古老產業「平臺」之守門人，該「平臺」下各事業（民營電廠）甚至複數「平臺」下之事業（民營電廠、再生能源業者甚至日後其他新能源業者）彼此間內部競爭。民營電廠聯合案至今將近 10 年，如我國公平法早就可透過私法契約而做出競爭詮釋，這對尚欠缺實施暫時性行政處分法令依據之公平會，或可藉此跳脫單一平臺內產業（例 UBER 外送餐飲或其他生活用品產業彼此間）、雙邊市場（例信用卡、店家與消費者）、甚至不同性質平臺間（例看似不同但日後可能競爭之 Facebook 及 Google）市場交集連結快速難辨模糊，但又不想過早介入科技之困局（甚至包括殺手併購之挑戰），

⁶⁷ IPP 所發電力均歸入裝置總量之總電力，所謂備用或備轉容量電力均係台電於輸配電階段就裝置總量電力所規劃出來，裝置總量電力無法區分出台電發電、IPP 發電甚至其他發電來源之電力，故我國備用及備轉容量電力，無論台電、IPP 或其他發電業者之發電，彼此互補且缺一不可，加上發電產業即發即用之特性，整體發電要隨時維持超出實際用電量之備用或備轉容量電力比例，並成為我國發電產業穩定安全之關鍵措施。目前我國供電備轉容量率大約維持備轉容量率 10%，備用容量率約 15% 以求穩定。

⁶⁸ Hovenkamp, *supra* note 4, at 2, 5-11, 13-14, 20; Hovenkamp, *supra* note 7, at 2035, 2050.

日後除了不斷放寬適用獨寡占規範工具外，或可另外掌握足以詮釋、激化與適時介入督導之其他矯正措施（remedy），輔以私法契約重視私法自治與決定自主原則，也可兼顧受規範者可預見性與期待可能性⁶⁹，甚至藉由引入民事法機制而非均以行政介入高位管制角度來執法，諒可緩和對產業不利衝擊，更可透過私法行為重視對話（dialogue 與 commitment）而達追求消費者福利之公私法共同目標，諒具重要意義。

對此，公平會 111 年發布數位經濟競爭政策白皮書，其第 94 至 95 頁針對數位經濟隱私議題因應措施便包括了契約機制，也可看出若干端倪⁷⁰。下文特以 Herbert J. Hovenkamp 等教授所詮釋廣義可互相運作性為主軸，並參考其他學者見解，連帶討論守門人機制與群組市場並說明我國民營電廠聯合案與其連結共通處，以便於次章藉此試圖描繪可能競爭面貌。

（二）可互相運作性概念與定義，兼論守門人與群組市場

1. 可互相運作性之概念與定義

針對可互相運作性，較早期之學者如 Michael L. Katz 及 Carl Shapiro 詮釋重點，置諸直間接網路效應⁷¹；Yochai Benkler 詮釋重點，置於市場參與者有效率地資訊流

⁶⁹ 在科技的興迭過程中，出現市場範圍的變動、市場定義之疑義乃至競爭行為態樣等，已為競爭法上的老生常談。其發展趨勢將如何對於市場環境與事業競爭行為產生影響，固為競爭分析之基礎，公平會將以我國現有公平法與司法實務判決基礎，甚至包括修法或增訂規則，去迎戰未來市場競爭變化。學者 Pinar Akman 就指出在訂立促進公平競爭的事前（*ex ante*）規範時，法律不應該有過大模糊空間，以免導致被規範者無所適從或鑽漏洞。如何在規範性（*prescriptive*）與禁止性（*proscriptive*）規範間兼顧受規範者可預見性與前瞻彈性需求，此間折衷方案或許將是答案所在。See Pinar Akman, “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act,” *47(1) European Law Review*, 100-102, 109-113 (2022).

⁷⁰ 近年各國競爭法正因應產業變化而求變革，而我國 111 年底也已正式定稿發表數位經濟競爭政策白皮書，如何力求因應措施並與公平會執法甚至法院個案裁判見解接軌，使現有執法工具在無須變動太多現有實務執法成績而得以發揮最大價值、因應未來需求，在尊重科技發展與維護市場競爭間，本諸審慎穩健角度，無非就需要對公平會、法院等個案實務案例深入了解掌握，立足競爭法制現有政策工具，以不輕易介入科技發展之態度，針對嶄新科技議題，讓公平會在最輕行政管制角度運用現行法來處理。公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/95fc5364-48a3-4f64-9821-2eeac4bbdaa5.pdf>，最後瀏覽日期：2024/3/1。

⁷¹ Michael L. Katz & Carl Shapiro, “Network Externalities, Competition, and Compatibility,” *75(3) The American Economic Review*, 424-425 (1985).

動及其後出現之網路效益⁷²；John Palfrey 及 Urs Gasser 則定義為將不同事業彼此連結，並將運作資料可靠及時地傳給市場參與者⁷³；凡此詮釋，均偏重技術意涵。

近期，針對競爭法領域，學者如 Sylvia Song 認為可互相運作性除具備彼此交換互通使用意涵外，並提及歐盟執委會（the Commission）將此當作歐洲公共服務（European Public Services）領域關鍵競爭政策⁷⁴。學者 Björn Lundqvist 針對 Wolfgang Kerber 及 Heike Schweitzer 依商品服務競爭替代與互補差異而區分出水平及垂直可互相運作性，Björn Lundqvist 認為這是從競爭法觀點出發之有趣觀察，Björn Lundqvist 並認為這將讓眾人思考，競爭政策是否應讓各系統甚至生態系（ecosystem）維持開放性，以便兼顧水平與垂直之可互相運作性來促進競爭⁷⁵；學者 Mehmet Bilal Ünver 則更具體主張，應自更廣義角度來詮釋可互相運作性，認為可互相運作性已具備來自競爭與科技社會性（techno-social）意涵⁷⁶。

對於可互相運作性脫離純粹技術觀點之發展，Herbert J. Hovenkamp 教授經研究美國許多競爭法司法個案，認為很多距今甚遠案件都曾透過可互相運作性理念有效維持產業效能，並產生正面效益⁷⁷，將可互相運作性當作執法矯正措施，主要係避免切割（break-up）產業架構而反傷其完整效能，其繼而主張，當前面對商業模式與巨型科技業種類日趨廣泛，可互相運作性應採廣義詮釋，使其不僅涵括所有（everything）運作數據與資料及時性分享，也包括生產資財強制分享（例智慧財產權）且涵括反

⁷² Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 1st ed., Yale University Press, 3-10 (2006).

⁷³ John Palfrey & Urs Gasser, *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, 1st ed., Basic Books, 5 (2012).

⁷⁴ Sylvia Song, “Competition Law and Interoperability in Cloud Computing,” *33(5) Computer Law and Security Review*, 666 (2017).

⁷⁵ Björn Lundqvist, “Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access under Competition Law,” *62(4) The Antitrust Bulletin*, 717-718 (2017). Wolfgang Kerber 及 Heike Schweitzer 認為水平可互相運作性存於競爭性商品、服務或平臺（電信業堪稱顯例）；垂直可互相運作性，則係互補性商品或服務，包括提供該互補商品或服務之平臺間分享（share），亦包括因水平可互相運作性開放市場後新競爭對手之分享，see Wolfgang Kerber & Heike Schweitzer, “Interoperability in the Digital Economy,” *8(1) JIPITEC*, para. 6 (2017), https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4531/JIPITEC_8_1_2017_Kerber_Schweitzer.pdf, last visited on date: 2023/7/26.

⁷⁶ Mehmet Bilal Ünver, “Threading the Needle from ‘Interoperability’ to ‘Gatekeeping’: Quest for a Layered Model,” *36(2) International Review of Law, Computers & Technology*, 223-250 (2022).

⁷⁷ Hovenkamp, *supra* note 4, at 2-3.

歧視待遇（例自我偏好規範）⁷⁸，更可出現在管理（management）層面，且認為切割事業架構所欲促進之競爭，倘若透過可互相運作性來促進該架構下各別事業內部競爭，也具備良好效益，且又可避免傷害該架構完整性⁷⁹。

以上國外學者諸般見解，若落實於我國發電業，恰正可做對比。亦即，如前述，依我國電業法令（該法第 18 條規定：「輸配電業對於發電業……者要求與其電力網互聯時，不得拒絕」，該法第 26 條及第 29 條至第 31 條之工程規範），顯然均係發電設備技術設置之狹義可互相運作性所涉技術事宜，但對單一電力網、電力商品完全相同，甚至台電係電力獨占買方狀況下，民營電廠如何競爭仍須依公平法（參見臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1739 號判決，此獲最高行政法院支持：「觀之電業法……全文共 115 條，分別就電業權、工程、營業、監督、小型電業、自用發電設備及罰則為規定，並未就民營電廠間從事聯合行為或其他競爭行為設有特別規定，與公平交易法規範並無衝突，即電業法與公平交易法各司其規範，互不影響。」），此時便可依廣義之可互相運作性理論，針對台電招商程序與 PPA 秩序，包括其後矯正措施，來做出個案設計。

本文認為，Michael L. Katz 及 Carl Shapiro 自技術觀點詮釋可互相運作性，甚至包括 Sylvia Song 及 Björn Lundqvist 所詮釋可互相運作性，雖其係希望解決雲端作業及數位平臺技術所生議題，但無論自文義解釋，或競爭法工具隨時進化觀點，可互相運作性並不僅限目前數位技術或平臺經濟議題，甚至隨產業特性而有不同運用面貌。對此，Herbert J. Hovenkamp 教授研究許多美國古老個案所作論證，其發表目的雖也係呼籲冷靜面對數位經濟平臺，但其真意也係提醒競爭法執法彈性甚廣，觀其研究個案，更均係數位平臺經濟出現前早已存在之古老產業。

本文據此認為，無論係使用核心架構、瓶頸設施、巨型通路或巨型平臺等不同新舊名詞，可互相運作性早已存在於美國競爭法執法歷史，Herbert J. Hovenkamp 教授所解析美國執法個案⁸⁰，最早者距今有百年歷史⁸¹，除針對美國電話與電報公司（AT&T）經多年執行競爭法所獲幾百家電話公司在統一硬體架構內部競爭之目前良

⁷⁸ *Id.* at 3.

⁷⁹ *Id.* at 4.

⁸⁰ Hovenkamp, *supra* note 7, at 2030-2032.

⁸¹ Hovenkamp, *supra* note 4, at 5, 8-11, 13.

善成果⁸²，其他如美國 1912 年 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* 案 (224 U.S. 383)；美國 1944 年 *United States v. Crescent Amusement Co.* 案 (323 U.S. 173, 183-185)；美國 1991 年 *Alaska Airlines v. United Airlines* 案 (948 F.2d 536, 544)；甚至包括運作多年之美國足球聯盟或棒球大聯盟等產業⁸³，均係可互相運作性相關案例，時間悠久且跨越眾多領域。

對此，Herbert J. Hovenkamp 教授主張，雖各產業發展歷程或有不同，但大多數可互相運作性模式，係由數家事業彼此間協議形成互動（無論係自願或被強制），但也有少數案例，如美國電話與電報公司（AT&T），是在單一事業（包括同受母公司控制之單一集團多數事業）產業架構下，透過可互相運作性等工具之多年執法成果才出現目前互動現狀⁸⁴。

相對 Björn Lundqvist 認為基礎設施單一標準化導致獨占而會因背後龐大經濟效應而出現市場失靈（market failure）⁸⁵，Herbert J. Hovenkamp 教授反運用 Björn Lundqvist 也認同之可互相運作性廣義詮釋，認為即便特定產業因基礎設施、瓶頸設施或巨型平臺出現獨占（monopoly），透過可互相運作性便可激發該架構內部競爭。Herbert J. Hovenkamp 教授甚至將可互相運作性成因進行了歸類⁸⁶，其主張此可區分「產業自發行為」（voluntary interoperability，如智慧財產權非專屬授權、共同標準及交叉授權等自發行為，例美式足球聯盟產業）、「因法律要求」（legislated，例我國電信自由化法令）及「受法院強制要求」（mandated by a court，例美國 AT&T 及鐵路業）會出現可互相運作性。

本文以為，前述與本文主題即民營電廠案直接相關者，便係「出自法院強制要求」之可互相運作性，該前提必須有違反競爭法規範之司法案件⁸⁷，此也與我國民營

⁸² Joseph D. Kearney, "From the Fall of the Bell System to the Telecommunications Act: Regulation of Telecommunications under Judge Greene," *50 Hastings Law Journal*, 1395, 1403 (1999), <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1503&context=facpub>, last visited on date: 2023/7/25; Gerald R. Faulhaber, *Telecommunications in Turmoil: Technology and Public Policy*, 1st ed., Ballinger (1987); Steve Coll, *The Deal of the Century: The Breakup of AT&T*, Open Road Media (2017).

⁸³ Hovenkamp, *supra* note 4, at 6, 14, 10-11, 20.

⁸⁴ *Id.* at 5.

⁸⁵ Lundqvist, *supra* note 75, at 718.

⁸⁶ Hovenkamp, *supra* note 4, at 11-16.

⁸⁷ *Id.* at 12.

電廠爭議過程相同。前述學者論述若置諸我國實務，Björn Lundqvist 所闡述基礎設施獨占背後所潛藏龐大經濟效應，與我國台電單一電力網及特殊政經背景恰成有趣對比，而我國民營電廠聯合個案也係出現司法訴訟，並獲最高行政法院自為判決而確認了競爭出自私法 PPA，這也與 Herbert J. Hovenkamp 教授所述「受法院強制要求」分類符合。而我國台電及發電輸配電網運作架構，更與 Herbert J. Hovenkamp 教授所述單一事業運作架構相同，而目前民營電廠彼此間在台電架構下「內部競爭」，確實均與前述廣義可互相運作性具備相通性。

為啟動本文次章描繪我國民營電廠如何競爭之未來面貌，就必須了解可互相運作性必須依個案妥善設計之特性。競爭法所涉產業眾多，矯正措施個案而異，矯正措施名稱雖相同，在不同領域仍會呈現不同面貌。學者費蘭芳（英譯 Lanfang Fei）研究發現可互相運作性之定義、種類及利弊見解雖有分歧，但均肯定可互相運作性必須依特定市場特性來推動並各自找出妥善因應措施，針對學者如 Inge Graef 主張可將電信產業強制內部可行性措施成功經驗擴展到其他產業等主張⁸⁸，費蘭芳經研究中
國執法經驗發現，採取強制性內部可運作措施將容易出現偏惠國營事業之結果，甚至導致其他市場參與者欠缺創新動機⁸⁹。

對此，針對 Herbert J. Hovenkamp 教授就單一事業掌控交易管理運作架構模式若想去設計激發可互相運作性，其提醒要先了解是否切割措施會破壞該核心架構之社會價值（social value），然後再設計讓競爭存在於該架構下各商品服務供給者之內部，繼續維持該架構完整性（正如我國民營電廠案之台電繼續扮演原有角色），諒係良善決策，但此時必須要求該架構在運作（operation）或管理（management）層面應具備足以維護內部競爭之機制，若該機制係數競爭事業共同經營時，更須注意違法合謀（聯合）規範⁹⁰（此正如我國民營電廠聯合案對民營電廠之處罰）。

此置諸我國民營電廠個案來觀察，Herbert J. Hovenkamp 教授所述透過法院判決來設計可互相運作性，不需達到「贏者獨拿」（winner-take-all）情境，但應注意產業特性⁹¹，且 Herbert J. Hovenkamp 教授及 Björn Lundqvist 均提醒可互相運作性可能

⁸⁸ Inge Graef, “Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union,” *39(6) Telecommunications Policy*, 502-514 (2015).

⁸⁹ Lanfang Fei, “Regulation under Administrative Guidance: The Case of China’s Forcing Interoperability on Digital Platforms,” *48 Computer Law and Security Review*, 105786 (2023).

⁹⁰ Hovenkamp, *supra* note 4, at 17; Hovenkamp, *supra* note 7, at 2029-2030.

⁹¹ Hovenkamp, *supra* note 4, at 27.

降低產品差異性導致減少競爭，甚至生態系標準化而出現封鎖市場效應⁹²，但對此，Herbert J. Hovenkamp 教授特別主張，如產業商品單一標準化，代表競爭非來自產品差異性（例我國民營電廠案之電力），這時仍可另透過該運作架構所有權歸屬（ownership）與契約關係（contractual relationship）層面來探求設計激發競爭之可互相運作性，但無論如何，其始終強調該架構如係單一事業掌握就要遵守美國休曼法（Sherman Act）第 2 條對獨占規範；若出自多數事業契約協議所掌握，更要遵守美國休曼法第 1 條禁止共謀聯合規範。

綜此，Herbert J. Hovenkamp 教授特別以 Amazon 為假設例子，其假設 Amazon 綜合量販電商可發揮規模經濟與範疇經濟，這對供應商、勞工權益甚至消費者獲低價商品具正面效益，若把 Amazon 解體可能傷害其商品多元化而反不利消費者。這時如想透過法院判決去調整 Amazon 所有權與管理機制，可考慮要求其內部決策交給一群也在 Amazon 販賣商品者成為股東，輔以美國休曼法第 1 條規範禁止聯合行為，讓這群成員介入 Amazon 管理商品選擇、商品批售及消費者合約、廣告、規劃推廣甚至 Amazon 自有商品定價⁹³，藉此在 Amazon 內部激發競爭但又須仍受聯合行為之規範。

透過前述廣義可互相運作性來觀察我國民營電廠聯合行為個案，如前，我國為獨特單一電網電力結構，電力商品規格單一標準化完全不容許產品差異性，加上我國特殊政策介入環境，短期內非僅不可能去切割台電發電輸配電線路設施，甚至根本難以捨棄台電兼負國家政策實踐者角色，若想將台電整體產業放諸於自由競爭市場甚至單獨切割出調度作業機制或發電產業架構，基於前述政經因素及電力商品單一標準化與其即發即用特性，甚難想像其可能。故自符合前述 Björn Lundqvist 所提「龐大經濟效益」或 Herbert J. Hovenkamp 教授描述之「產業社會價值」情境，而可妥適考量透過可互相運作性，激發民營電廠內部競爭。雖台電經營不太可能允許民營業者比照前述 Amazon 假設模式進入台電管理層面實施監理，但本文以為，最高行政法院在如此產業環境激發競爭，諒係有意讓台電跳脫於民營電廠內部彼此競爭，繼續維持台電獨占輸配電與電力調度制度，但相對地，台電也必須謹守中立角色，無創新或其他公益理由不允台電擅自採取自我偏好自有發電商品等歧視措施。

基此，下文特討論中立無歧視議題，其後說明群組市場，作為次章描繪民營電廠日後競爭可能面貌之開端。

⁹² Lundqvist, *supra* note 75, at 710-725.

⁹³ Hovenkamp, *supra* note 4, at 7.

2. 可互相運作性機制之獨占事業中立不歧視義務

如前述，可互相運作性涵括了反歧視待遇規範⁹⁴。Herbert J. Hovenkamp 教授解析美國 1912 年 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* 案判決，美國法院便曾裁命負責運作且由業者合資成立之「協會」（association）必須確保其扮演「公正代理人」（impartial agent）角色⁹⁵，此為可互相運作性重要精神，尤其當可互相運作性機制架構是由單一事業控制時應注意確保美國休曼法第 2 條獨占規範監理機制。

此外，學者 Mehmet Bilal Ünver，除與 Herbert J. Hovenkamp 教授均主張可互相運作性應自廣義角度詮釋已如前述外，其也主張守門人概念除了資料共通觀念外，也可包括使用者與其服務內容之連結，甚至透過多層次（multi-layered）可互相運作性可讓執法者設計出守門人跨域機制⁹⁶。無獨有偶地，歐盟「數位市場法」（Digital Markets Act，下稱 DMA，西元 2022 年 11 月起生效）確立巨型科技巨擘平臺守門人制度⁹⁷，也係要求貫徹中立且不應自我偏好等特別義務。這些與前述美國 1912 年 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* 案判決要求公正代理人角色所寓中立無歧視精神，諒無不同，無論用語為何，依 Herbert J. Hovenkamp 教授主張，這些無非都是希望確保可互相運作性所激發內部競爭，重要的是，內部競爭者商品服務價格與產出要擺脫中央管制（decentralize），更要避免聯合行為⁹⁸。

⁹⁴ *Id.* at 3.

⁹⁵ *Id.* at 21.

⁹⁶ Ünver, *supra* note 76, at 236-237.

⁹⁷ European Commission, Press Release, “Remarks by Commissioner Breton: Here Are the First 7 Potential ‘Gatekeepers’ under the EU Digital Markets Act,” (2023/7/4), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_3674, last visited on date: 2023/7/6. 依歐盟 DMA，符合以下條件應受規範：(1)對內部市場具重大影響。如過去 3 個財政年度各年在歐盟內獲取營業額達 75 億元，或公司上一財政年度平均市值或同等市場價值達 750 億元以上，並在至少 3 個歐盟成員國提供相同核心平臺服務（core platform service, CPS）。(2)控制企業用戶向終端消費者之重要媒介。上一財政年度擁有至少 4,500 萬人活躍用戶（歐盟內），且每年至少 10,000 個活躍用戶（歐盟內）。(3)穩定持久地位。如公司在過去 3 年內符合第 2 個標準即屬之。經歐盟委員會指定為守門人後，會有 6 個月時間去準備符合 DMA 規範，此規範義務包括將無法再將用戶鎖定在其生態系統、無法再決定用戶需在設備上預裝哪些應用程式或必須使用哪個應用程式商店、無法運用「自我偏好」（self-preference）、利用守門人優勢更優惠地對待自己產品和服務；訊息應用程式（messaging apps）甚至必須與其他應用程式具可互相運作（interoperate）。

⁹⁸ Hovenkamp, *supra* note 4, at 19.

3. 可互相運作性連結不同產業事業將成立群組市場

群組市場之用語與定義，可見於我國「公平交易委員會對於金融業之規範說明」第 3 點，其目的係為完整評估參與結合事業之市場力，即將具有顯著交易上互補性之個別產品或服務，或因交易習慣通常以套裝方式提供之個別產品或服務，劃入相同產品市場。群組市場實際上可包含彼此競爭或互補之不同商品或服務，因可將眾多商品或服務集束發揮出與單一商品不同之特殊效益，美國實務也有直接將群組市場界定出單一獨立市場之個案⁹⁹，例如醫院整合性服務、販賣辦公室用品店家不同用途產品或銀行金融綜合服務等，均屬之。

對於群組市場範圍之認定，係先測量出群組化（cluster 集束）所可節省交易成本或產生交易利益，當群組化所節省成本或交易利益而且這些利益很難被複製時，便可代表所界定出群組市場是正確的¹⁰⁰。群組市場工具也可用在市場力評估¹⁰¹，Herbert J. Hovenkamp 教授表示美國法院有時就是因為忽略群組市場之存在而導致未能正確評估相關市場力量¹⁰²。

以本文見解，我國民營電廠聯合案所以會出現群組市場議題，係因公平會與法院透過私法 PPA 激發民間電廠彼此競爭並藉此詮釋其秩序，既然競爭非來自商品（電力）同一性，而係私法 PPA，如前述，不同燃料種類、不同特許權發包招標程序甚至不同發電或不同設廠地區所各自簽訂之不同私法 PPA，可透過可互相運作性各自成立競爭秩序，甚至分屬不同市場跨域業者亦然（依本文之見，諒係彼此互補），此時民營發電業者統合在由台電電網輸配電統一之運作架構下，燃煤、燃氣、核能、再生能源甚至日後新能源，除非價格數量等因技術改變日益趨近，因此預料日後會出現發電產業群組市場，此時可使用群組市場觀念於我國民營電廠聯合行為個案，希望將不同燃料種類及發電特性之民營電廠，甚至日後可包括再生能源等其他業者，統合界定出一個群組市場，以助其市場界定也藉此評估該產業市場力評估。

而且，即便各業者彼此間在此群組市場內各有不同市場，產業主管機關如果監理發現此情，公平會依檢舉或職權仍可針對該群組市場內涉及聯合行為者加以處

⁹⁹ Herbert J. Hovenkamp, "Digital Cluster Markets," *2022(1) Columbia Business Law Review*, 256, 276 (2022).

¹⁰⁰ *Id.* at 269-270.

¹⁰¹ *Id.* at 246, 253.

¹⁰² *Id.* at 256-261.

罰，這點，除 Herbert J. Hovenkamp 教授屢申可互相運作性機制下，各業者內部競爭仍受休曼法第 1 條規範外，其實我國司法個案也恰有個案前例可資參考，本文於此特別提出我國長榮國儲等貨櫃業者聯合行為個案判決為例，該案最高行政法院發回判決¹⁰³表示，3 噸以下 CFS 出口貨物裝卸搬運使用機械費成立獨立之產品市場，與其他噸數之 CFS 費用所涉產品市場各自不同，臺北高等行政法院更審判決據此表示¹⁰⁴「聯合行為『合意內容之標的』與本案『產品市場』係屬不同概念，不應加以混淆。公平法所稱的市場，並非單純指一些具有相同特徵的產品或服務之集合（例單一收費項目之集合），而是指事業就其所提供的產品或服務是否會對彼此的競爭產生限制所構成之範圍。而聯合行為行為人所合意之標的，往往僅是行為人本身業務經營範疇內眾多收費項目中之一項或數項，易言之，個別收費項目通常僅係其『整體服務』內容之一環，而非全部，行為人亦非僅以此單一收費項目從事競爭。因此合意內容之標的與行為人業務經營範疇所處的產品市場係屬不同概念，不應逕劃為等號。」實際上已生動描繪出被外界忽略之群組市場，該案判決結果也符合我國民營電廠聯合案公平會與最高行政法院判決嚴格禁止聯合行為執法立場，均甚值參考。

五、民營電廠爭議塵埃落定後對民間電廠競爭互動之描繪

（一）形塑民營電廠在台電掌控之交易平臺架構下之可互相運作性

回顧以上解析我國民營電廠爭訟個案與法院判決，我國微額開放民營電廠發電以來，包括台電與經濟部能源局，完全沒有任何人事前理解甚至感受到產業競爭曾經存在，私法 PPA 早經訂定，PPA 可變動性卻從來沒有被台電或民營電廠去主張或實踐過，公平會處分及最高行政法院自為判決所生影響，雖似「確認」產業長久以

¹⁰³ 最高行政法院 107 年度判字第 186 號判決。該判決可下載點：司法院裁判書系統，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPAA,107%2c%e5%88%a4%2c186%2c20180412%2c1>，最後瀏覽日期：2023/7/10。

¹⁰⁴ 臺北高等行政法院 107 年度訴更一字第 41 號判決，17。該判決可下載點：司法院裁判書系統，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPBA,107%2c%e8%a8%b4%e6%9b%b4%e4%b8%80%2c41%2c20200312%2c1>，最後瀏覽日期：2023/7/10。該案公平會未上訴而確定。但公平會另作第二次處分後於臺北高等行政法院 111 年度訴字第 7 號事件程序審理，本文寫作期間該事件尚未作成判決。

來就可競爭之既成事實，但實際上幾近於「激發」了民營電廠競爭，未來究竟如何運作，本文特別試圖描繪日後面貌。

最高行政法院自為判決後，台電顯仍繼續兼具獨占買方、自有發電業、輸配電獨占業、甚至兼任電力調度與交易平臺之多重裁判兼球員角色，以因應我國低電價根本脫離發電商業成本經營觀念之經濟現實面，民營電廠與台電間各自建立 PPA，公平會透過維持各自 PPA 契約變動可能性，在我國單一電網架構下，透過法院判決所激發之民營電廠彼此間內部競爭，共同形成此群組市場之競爭秩序，依舊接受公平法聯合行為等規範，日後參與者除民營電廠，離岸風電、太陽光電等再生能源產業外，甚至可包括日後與台電訂約供電之民營核能或其他新能源業者。除非再生能源發展條例等其他法律位階規範保障契約內容絕對不得變動，否則在臺灣係屬單一電力網並由台電扮演唯一交易平臺角色之現狀下，只要透過各自契約可變動性，縱民營電廠或再生能源業者可能因為燃料種類與特性差異而各自成立次級市場，仍可能透過可互相運作性，激發出民營電廠與再生能源業者彼此內部競爭¹⁰⁵。

也如前述，產業主管機關日後依法監理時，或公平會日後依法受理其他實際個案時，將可繼續妥善作出詮釋甚至爭取法院支持，追求以符合安全調度原則為前提，但也同步檢討修改台電經濟調度原則不符競爭理念內容，將經濟調度原則公開透明化，最後要求 PPA 要具備定期修改機制，讓全體民營電廠都獲提出要求修改價格與數量約款來爭取新交易之機會。

基此，如前述，現有 PPA 待調整者，預料可包括台電經濟調度內容與檢討與公開透明作業、全體民營發電業定期修改 PPA 條件之時間場合與公平性，甚至增訂鼓勵再生能源與新能源業者加入之不對稱管制條款等 PPA 約款，都可當作原本 PPA 彼此並無互動之市場矯正措施考量工具，日後產業主管機關在公平會協助下只要透過 PPA 監督機制來確保良性競爭，較諸修法，更符合業者自由商業考量且具備及時效率。

但也如前述，各該民營電場等參與者，在群組市場框架下，彼此間仍不得有任何聯合行為。也因此，台電日後無論期滿續約、邀集所有業者聚會討論發電安全事

¹⁰⁵ 莊春發、許志義、陳汝吟、謝秀宜，前揭註 65，102：「以臺灣而言，所面臨的問題與歐盟實相去不遠而更有甚之：以競爭狀況來說，油、電並未完全競爭已是實情，如何使進入市場的廠商更為多元化，應屬要事。」「在此情況下，如果沒有新的誘因使企業樂於嘗試新的技術，恐怕於競爭、能源產業均非益事」。

項等，都應注意其行為之中立、不歧視且在 PPA 約款下，避免無契約依據地管制商品價格或產出數量，否則均可能涉及限制競爭責任風險。

此外，如果日後有民營業者想確保其契約某條款不具任何可變動性，就須在具有法律位階明文保障（我國公平法第 46 條具有經濟基本法位階），事前取得特別立法、產業主管機關同意甚至須經公平會依法許可等工作恐將成為要務。此保障機制之法律位階重要性，在前述民營電廠個案爭訟過程，台電便曾在向經濟部能源局請求調處時所表示「倘調處不成，則依照『台電及中油公司經營改善小組第 2 次委員會議』之結論『請能源局儘檢討修訂 IPP 相關法規，以作為有利於協商的籌碼』，併請參照電業法第 60 條之精神，考量重新公告 IPP 合理利潤方案，或修訂電業法相關法條，俾有效協助雙方尋求合理之解決方式，建立更公允之電力交易環境」，也可作為佐證。

（二）台電應謹守中立不歧視立場

如前述，PPA 為民營電廠與台電彼此間之相對性債權契約，可詮釋為此不及台電自有發電機組，換言之，民營電廠與台電自有發電機組彼此互不具競爭關係，也讓台電以中立代理人或守門人身分去執行前述多重角色，繼續允許台電在我國電業真正自由化以前，同時扮演自有發電機組發電業、輸配電業者、民營電場電力獨占買方，並同時維持安全調度與經濟調度機制之電力交易平臺經營者，以符合我國在電業自由化以前必須兼顧政府政策之政經特殊現實。

台電同步兼具裁判與球員角色，又須繼續配合政府政策，其地位特殊重要性，參考前述 Herbert J. Hovenkamp 教授與 Mehmet Bilal Ünver 主張、美國法院要求公正代理人角色及歐盟 DMA 守門人義務¹⁰⁶，台電日後電力調度，必須適當公開中立，並依循透過 PPA 所形塑出來之可互相運作性交易秩序，維護民營電廠內部競爭，若民營電廠願意自行優化發電機組效率並允其降低價格，台電將難再要求分享讓利，甚至非僅不應因此分享民營電廠努力成果，反更應透過公開公平修約協商機制，讓民營電廠依其電費率高低決定可以獲得優先調度順序或較多電力交易機會，以促發民間電廠繼續提升相關機組發電效能之動機¹⁰⁷。

¹⁰⁶ Ünver, *supra* note 76, at 223-250; European Commission, *supra* note 97.

¹⁰⁷ Fei, *supra* note 89.

此外，台電也必須要有法令或至少有 PPA 依據才能要求民營電廠提出價格訊息數據或資料，否則恐違反中立義務，甚至將可能有違反 PPA 之違約責任。

（三）公私共同完成公平法任務，PPA 爭議依民事訴訟與仲裁解決

我國政府追求低電價等政策介入成為既存事實，攸關我國整體經濟體制，故政府政策配合甚至包括立法院預算審查等因素。本文以為，日後 PPA 以符合安全調度原則，因經濟調度等配送電業務涉及發電高度專業，本文以為，應由產業主管機關依法要求台電通盤檢討經濟調度原則不符公平法競爭理念處，並將經濟調度原則透明化，要定期召開 PPA 修改機制，可繼續引用一體適用精神讓全體民營電廠都獲機會修改價格與數量約款獲得新交易機會，相對地也要適當免除台電違約風險（例購電價格及數量可修改性），甚至增訂鼓勵再生能源與新能源業者加入之不對稱管制條款（例初期允許以優惠補助措施身分參加競價等）等 PPA 約款，若因此導致出現 PPA 履約爭議，應先回歸 PPA 民事訴訟或仲裁解決，產業主管機關，甚至包括公平會，不需再耗費龐大人力物力在第一時間便去介入 PPA 爭議（如前述，本件民營電廠個案，經濟部原係指示台電提出訴訟或仲裁）。但若民營電廠業者再出現違法聯合等限制競爭行為¹⁰⁸，無論如何，產業主管機關或公平會依法仍可執行法定職權並追究責任。

（四）電業自由化後，台電與民營業者依法競爭

我國電業法日後進入開放電業自由化階段，現有來自公平法及法院判決激發之各民營電廠彼此間競爭關係維持原貌，但要改簽訂新版 PPA 或進行修約。台電前述裁判兼球員角色，應透過過渡移轉程序交由獨立客觀中立平臺接手並由台電與其簽訂 PPA，重新建構該可互相運作性交易秩序，回歸由客觀中立之電力調度與電力交易中心（此發展類似我國中華電信事業分階段開放過程）處理交易調度平臺任務。台電在該平臺下，依舊可加入由民營電廠、風力發電（包括陸域與離岸）、太陽光電等再生能源產業組成之競爭群組，甚至比照中華電信業務開放競爭初期階段般讓台電承受不對稱管制義務。

¹⁰⁸ 最高行政法院判決，前揭註 103；臺北高等行政法院判決，前揭註 104。

本文更認為，可互相運作性，既不限技術觀點，而可包括透過權利義務多元化（例特別保障甚至促發出與所有權人同樣享使用權利之承租人、地上權人或地役權等旁生權利去與所有權人互動¹⁰⁹）、管理法規多元性（例智慧財產權法令對專屬授權規範等¹¹⁰）等多層次意涵，讓業者彼此間在該產業中，與現有甚至未來事業互動競爭，樣態包括數事業在一部或全部業務彼此競爭，也包括數事業彼此間連結互動¹¹¹，可活化市場參進，並讓小型企業存活又繼續維持原有效益¹¹²。故我國電業完全自由化完成後，除台電也應加入客觀中立之電力調度與電力交易中心架構下由原僅由民營電廠間可互相運作性之競爭群組，另外也可交由產業主管機關在公平會協同作業下，共同依法繼續激發（甚至在不影響市場創新前提下適當採取強制措施¹¹³），維護傳統能源或再生能源等設備、土地（含海域）、業務或其他資產之租賃、其他物權或債權性質使用權，並鼓勵民事權利立體化共存環境，逐步建構多元化競爭空間，共同促進該電力調度與電力交易中心架構平臺下，包括台電、民營電廠、再生能源業者、未來新能源業者及其他新參進次級事業如業務承租者或其他使用權發電業等多元競爭動力，繼續活化互動以建構更有效率之群組市場。

六、結論

民營電廠聯合行為案對我國發電產業有深刻意義，該案競爭透過 PPA 修約可能性而被激發，不但直接影響發電產業，透過私法契約激發競爭之執法工具，本文主張與可互相運作性機制相通。對此，本文先解析民營電廠聯合案件審理過程及判決結果後以向公平會提出執法建議，呼籲公平會日後考量合併民法、行政法甚至最後刑法等不同層次綜合各法律責任體系觀察角度，繼續強化執法金字塔，共同完成公平法任務；其後本文依循 Herbert J. Hovenkamp 教授透過美國實務個案研究模式，針

¹⁰⁹ Hovenkamp, *supra* note 4, at 3, 7, 22；戴豪君，「歐盟數位市場法進程與對我國之啟示」，台灣公平交易法學會 112 年度會員大會暨數位平台之競爭規範論壇，台灣公平交易法學會，13-14（2023），表示歐盟 DMA 第 5 條，包括允許商業用戶以不同條件提出要約，不得阻止或限制商業用戶對守門人提出爭議等。本文認為此均涉及來自民事觀點之措施，即透過私法對傳統所有權等使用權限立體化與多元化交互發展（例空間地上權），藉此降低市場介入門檻，也提高新進事業競爭機會。

¹¹⁰ Hovenkamp, *id.* at 11.

¹¹¹ *Id.* at 2-5.

¹¹² *Id.* at 12-13.

¹¹³ Graef, *supra* note 88.

對我國最高行政法院就民營電廠聯合案所為判決，透過 Herbert J. Hovenkamp 教授等學者所主張可互相運作性矯正措施機制，提出可讓台電繼續扮演多重角色但民營電廠進行內部競爭之運作模式，甚至試圖建構其理論基礎，即藉由廣義可互相運作性、類似守門人立場及群組市場機制加以詮釋，最後描繪出日後發電產業由台電擔任公正無歧視機制讓民營電廠甚至其他如再生能源等民營發電業者內部競爭互動之可能面貌。本文最後呼應 Herbert J. Hovenkamp 教授之「數位平臺競爭問題的確面臨一些新挑戰，但多數都可以運用現行反托拉斯法規範來處理」呼籲，值此公平會數位經濟競爭政策白皮書定稿之際，期待公平會繼續鞏固善用公平會過去 30 年來實踐公平法所獲執法經驗與各種可能政策工具，讓公平會無須過度增加業務承辦人作業負擔又可尊重科技發展，兼顧受規範者可預見性。鑑古知今。只要回歸事物本質執法，公平法、公平會與法院雖係存在 30 多年以上老骨幹，但早具備隨時代適時發展之新靈魂。

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>。
- 王文宇，「正本清源——評臺電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題」，月旦法學，第 217 期（2013/6）。
- 包國祥，「自民事觀點分析公平交易法——平臺經濟所啟發之省思」，律師法學期刊，第 8 期（2022）。
- 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 11 版，自版（2010）。
- 李東穎，「行政法學作為調控科學——以公私部門伙伴關係為例」，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法學作為調控科學，初版，元照出版公司（2018）。
- 許志義、盧颯君，「論競爭市場電力調度之公平交易機制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期（2014）。
- 施硯笛，競爭法與電業自由化，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2018）。
- 陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（上）」，公平交易通訊，第 101 期（2021）。
- 陳志民，「競爭法分析中的系統思維（systems thinking）：以『戴姆勒/帝寶案』及『九家民營電廠拒絕協商調整電價案』為例（下）」，公平交易通訊，第 102 期（2021）。
- 陳明燦、張蔚宏，「我國促參法下 BOT 之法制分析：以公私協力觀點為基礎」，公平交易季刊，第 13 卷第 2 期（2005）。
- 莊春發、許志義、陳汝吟、謝秀宜，各國競爭政策與產業政策調和之研究——以能源產業為中心，公平交易委員會 101 年委託研究報告（2012）。
- 游璉鄉，「鏗而不捨 擊出完美全壘打：細說民營發電廠（IPP）『資本費隨利率浮動調整協商案』辦理情形之始末」，台電月刊，第 610 期（2013）。
- 詹鎮榮，公私協力與行政合作法，初版，新學林出版公司（2014）。

廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）：第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。

劉姿汝，「由民營電廠案論聯合行為之認定」，興大法學，第 19 期（2016）。

戴豪君，「歐盟數位市場法進程與對我國之啟示」，台灣公平交易法學會 112 年度會員大會暨數位平台之競爭規範論壇，台灣公平交易法學會（2023）。

外文部分

Akman, Pinar, “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act,” 47(1) European Law Review (2022).

Benkler, Yochai, The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom, 1st ed., Yale University Press (2006).

Coll, Steve, The Deal of the Century: The Breakup of AT&T, Open Road Media (2017).

Faulhaber, Gerald R., Telecommunications in Turmoil: Technology and Public Policy, 1st ed., Ballinger (1987).

Fei, Lanfang, “Regulation under Administrative Guidance: The Case of China’s Forcing Interoperability on Digital Platforms,” 48 Computer Law and Security Review (2023).

Graef, Inge, “Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union,” 39(6) Telecommunications Policy (2015).

Hovenkamp, Herbert J., “Antitrust and Platform Monopoly,” 130(8) The Yale Law Journal (2021).

Hovenkamp, Herbert J., “Digital Cluster Markets,” 2022(1) Columbia Business Law Review (2022).

Hovenkamp, Herbert J., “Antitrust Interoperability Remedies,” 123 Columbia Law Review Forum (2023).

Katz, Michael L. & Shapiro, Carl, “Network Externalities, Competition, and Compatibility,” 75(3) The American Economic Review (1985).

- Kearney, Joseph D., “From the Fall of the Bell System to the Telecommunications Act: Regulation of Telecommunications under Judge Greene,” *50 Hastings Law Journal* (1999), <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1503&context=facpub>.
- Kerber, Wolfgang & Schweitzer, Heike, “Interoperability in the Digital Economy,” *8(1) JIPITEC* (2017), https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4531/JIPITEC_8_1_2017_Kerber_Schweitzer.pdf.
- Lundqvist, Björn, “Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access under Competition Law,” *62(4) The Antitrust Bulletin* (2017).
- Palfrey, John & Gasser, Urs, *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, 1st ed., Basic Books (2012).
- Song, Sylvia, “Competition Law and Interoperability in Cloud Computing,” *33(5) Computer Law and Security Review* (2017).
- Ünver, Mehmet Bilal, “Threading the Needle from ‘Interoperability’ to ‘Gatekeeping’: Quest for a Layered Model,” *36(2) International Review of Law, Computers & Technology* (2022).

Taiwan Civil Power Producer Cartel Cases and Their Interoperability

Bow, Kuo-Shiang*

Abstract

The disposition of the Taiwan Fair Trade Commission (FTC), litigation proceedings and final judgment of the administrative courts regarding the cartel cases involving the Civil Power Producer (CPP) set the example of creating and stimulating the competitive function through civil contracts in Taiwan's power generation industry that once involved no or limited liberalization. Similarly, the rapid development of the digital economy also encouraged active interactions between markets and industries that previously were not competing with one another. The Digital Economy White Paper, released by the FTC in 2022, emphasized a set of policies in response including "Interoperability" that originated from a technical perspective, which hopes to motivate, promote, and correctly evaluate the market competition. This article was inspired by the article on Interoperability Policy in the 2023 periodical published by Herbert J. Hovenkamp, a famous American professor, who established the comparative analysis of many of the USA's competition law dispute cases in its long history. This article also compares the Taiwan Independent Power Producer (IPP) cartel cases and the above-mentioned "Interoperability" remedies, such as Gatekeeper obligations and Cluster Market theory, and further refers to and describes the operation of competition among the internal industries, IPPs, and the Taiwan Power Company in the future. Lastly, the research is conducted with the expectation of functioning as a stepping stone for further observation and research of the Fair Trade Act from a civil law perspective. The study concludes by pointing out that if one observes the characteristics of such matters, given that the structure of Taiwan's Fair Trade Act and its implementation in the courts may now be around 30 years old, they may in actual fact already encompass a new soul that could adapt to changing times in order to replace premature interference with technical development, which echoes the statement by Herbert J. Hovenkamp.

Keywords: Concerted Action, Independent Power Producers, Competition, Interoperability, Gatekeeper, Cluster Market.

Date submitted: March 12, 2023

Date accepted: March 25, 2024

* Founder and Principle Attorney of Taiwan An-Chung Law Firm; National Taiwan University, Law School, student of the Doctoral Program.

