

## 民營電廠聯合行為爭議之投資保障觀點

吳孟洲、陳稚卿

公平交易委員會（下稱公平會）於今（2013）年 3 月 15 日做成處分，處罰九家民營電廠的聯合行為，其罰鍰金額高達 63.2 億元<sup>1</sup>。此舉引起各界討論公平會的處分是否適當。後來公平會的處分被行政院訴願會認為在罰鍰數額決定上有瑕疵，訴願會命公平會在 11 月另為適法之處分，公平會乃於 11 月 5 日為新的處分，罰鍰額總計仍超過 60 億元<sup>2</sup>。九家被處罰的民營電廠並非單純本土企業，而是有外資涉入，因此當各界紛紛以契約法或公司法的角度在評析此爭議時，本文選擇探討公平會之行政處分在國際投資法下應如何評價。

本文首先將介紹電廠受公平會處罰一案之背景；其次本文將概述國際投資協定之意義與相關運用，並進一步探討我國所簽訂之雙邊投資保障協定於本案之適用情形，分析公平會之處分與相關雙邊投資保障協定（Bilateral Investment Treaty, BIT）規範之義務是否合致。最後整理前述之法律分析作一結論。

### 爭議背景

我國政府與台灣電力公司（下簡稱台電）在 1990 年代開始推動民間發電，於 2002 年修訂電業法關於民間發電的相關規範，台電並與多家民營電廠依其在 1999 年公告的電價簽訂 25 年之購售電契約。2012 年我國政府宣布大幅調漲電價，引起民意反彈，進而檢討台電之虧損原因，發現台電對民營電廠的購電價格大大超過台電自己同類型機組發電成本，民營電廠還享有優先被購電的權利。且因為我國油汽發電燃料多須仰賴進口，所以民營電廠會面臨成本隨燃料國際價格波動的問題，而影響營收<sup>3</sup>，民營電廠乃透過自組協進會的方式，共同要求台電建立反映發電成本的購電機制，藉之規避其營運之風險。而後來公平會處罰九家民營電廠違反聯合行為相關規定，正是因為民營電廠所組成之協進會，多次集會決定聯合拒絕與台電調整購售電契約。

民營電廠之間做成聯合拒絕與下游廠商（即台電）調整購售電契約之行為，引發許多法律上的探討。有認為應依契約法處理，視爭議契約如今看來不合理的內容是否為締約時不可預見，而有適用情事變更原則來修改契約的餘地；又有從公司法角度探討民營電廠的經營者是以追求公司利潤為唯一目標，還是也應該考量企業社會責任；也有從競爭法角度來評論究竟「拒絕議約調降費率」是否成立

<sup>1</sup> 行政函示：公平交易委員會（102）年公處字第 102192 號。

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> 參見秦培坤，民營電廠投資風險管理，國立政治大學經營管理碩士學程碩士論文，頁 55-60，2011 年 3 月。

聯合行為<sup>4</sup>。

另也有輿論認為公平會處罰民營電廠高達 60 多億元，將有投資保障相關問題牽涉其中。批評公平會處分之見解認為，發電產業具有高資本投入、可以穩定回收、投資回收年限長的特質<sup>5</sup>，政府和台電當初以優惠的條件吸引投資，如今卻違反當初給予的優惠，欲透過公平會來剝奪民營電廠的投資利益，如此會危害投資環境與投資人信心<sup>6</sup>。本文以為，無論投資保障強度多高，投資人所應期待之利潤均應建立在合法營運的基礎之上，因此如果民營電廠之經營上確有違背我國公平交易法的情形，即不能質疑我國政府是一手招攬投資，一手剝奪投資人利益。況公平會為競爭法之主管機關，並非電業之目的事業主管機關，又公平會之定性為獨立機關，在政府組織上與電業主管機關經濟部平行（均為中央之二級機關），並且不受行政院之指揮，因此有關公平會爭議處分是為經濟部作嫁的論點，似欠公允。惟前已述及，本文係從國際投資法觀點探討本爭議，故暫不探討電廠「拒絕議約調降費率」是否違反公平交易法，而要先探討的問題是究竟有無特定的國際投資規範可供適用，及於本爭議中適用的空間如何。

## 國際投資協定

國際投資協定多被用來排除商業性風險，隨著國際經貿互動日益頻繁，國與國簽訂投資保障協定已是時勢所趨。而簽訂國際投資協定主要的優點，便是有助增進外人投資，透過外人投資帶來的資金與技術，有助於提升一國之經濟環境。隨著我國與越來越多國家簽訂 BITs，以及與最大的貿易夥伴國中國大陸簽訂投保協定，可看出我國政府致力於投資保障的立場。

接著本文試圖找尋於此爭議中可以適用之 BITs 規定，就表面上看來可能涉有外資的公司如下：國光電力有 KPIC NETHERLANDS B.V. 公司持股 14.12%；星能電力有荷蘭商東京電力公司持股 10.46%；森霸電力有荷蘭商東京電力公司持股 19.60%；星元電力有荷蘭商東京電力公司持股 19.75%；和平電力有電力基建控股（馬來西亞）有限公司持股 30.84%；新桃電力有九電新桃投資股份公司持股 79.47%；嘉惠電力則有 J-POWER INVESTMENT NETHERLANDS B.V. 公司持股 30.9%。<sup>7</sup>其中，東京電力、九電新桃等公司看似日資，而有可能適用台日投資保障協定，惟經查證此等公司為依台灣法規所設立之公司，依台日投資保障協定關於投資人之定義，必須是日籍自然人，或者依日本法規所設立或組成之法

<sup>4</sup> 王文字，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，頁 63-92，2013 年。

<sup>5</sup> *Supra* note 3.

<sup>6</sup> 陳長文，民營電廠「暴利」迷思，udn 論壇報，聯合新聞網，2012 年 7 月 10 日，網址：<http://paper.udn.com/udnpaper/PID0004/219591/web/>。

<sup>7</sup> 各民營電廠投資人持股比例為本文作者於經濟部商業司公司登記查詢公司基本資料後自行計算。

人或其他任何實體<sup>8</sup>，故此等公司無法適用台日投資保障協定。同理 KPIC NETHERLANDS B.V.和 KPIC NETHERLANDS B.V.兩家荷蘭商公司經查也是依台灣公司法規設立、登記，故不適用我國與其他國家所簽訂之 BITs。最後，經本文調查，僅電力基建控股（馬來西亞）有限公司並非依我國法規設立之公司，可能是來自馬來西亞之外人投資而有可能適用我國與馬來西亞所簽訂之 BIT。綜上，本文將以一般國際投資法的原理原則以及相關 BIT 規範對此爭議之投資保障問題進行分析。

## 法律分析

### 投資、投資人定義

投資之定義是 BIT 中的基本核心條文，其直接規範協定保障之投資對象及範圍，或寬或窄端視締約雙方之締約目的而論，但文字上需力求明確，因日後若發生投資糾紛，其所為之「投資」是否為投資協定定義下之投資而受保護，以及是否為適格之「投資人」主體均為仲裁庭決定是否受理之先決要件。

關於投資之定義，根據中馬投資保證協定第 1 條第 1 項 B 款規定：「投資保障範圍包含但不限於：1. 動產、不動產以及其他諸如抵押權、留置權及質權等之財產權；2. 公司之股份、股票及債券，或其他類似之權利；3. 對於金錢或其他具有財務價值之行為之請求權；4. 工業及智慧財產權，包括著作權、商標、貿易名稱、工業設計、貿易機密、產製過程、專門技術及商譽；5. 依據法律或契約授予之營業特許權，包括：探勘、培植、提煉或開發天然資源之特許權」本條文字雖與我國近期所簽訂的雙邊投資協定有所差異，但仍係以資產為核心的例示條款。未明文揭示者，若符合「資產」之定義，似亦為各該協定所保障之投資，惟須透過解釋確定是否為各該協定所欲保障之範圍。總而言之其他協定的實際保障範圍差異不大。

本件爭議中電力基建控股（馬來西亞）有限公司<sup>9</sup>投資和平電力股份公司持有 30.84% 之股份，符合中馬投資保證協定第 1 條第 1 項 B 款中「公司之股份」，為中馬投資保證協定保護之投資範圍。

### 投資人定義

BIT 之目的在於保障投資人及投資，其基本條款對於主體之定義關乎保障範圍之廣狹，具備相當的重要性。若於簽署 BIT 即予以明確定義，可減少日後可

<sup>8</sup> 台日投資保障協定，第 2 條第 2 項 (b) 款：「財團法人交流協會方面，係指：(i) 擁有日本國籍之自然人，及 (ii) 依日本法規所設立或組成之法人或其他任何實體，不論其是否以營利為目的，或是否為私人所有，並包括任何公司、信託、合夥、獨資、合資、社團、組織或群體。」

<sup>9</sup> 經本文查訪相關網站並致電經濟部商業司確認。

能發生的潛在投資爭議。

中馬投資保證協定關於投資人之定義規定於第 1 條第 1 項 D 款：「投資者意謂：1. 有關地區之公民或具有永久居留權之自然人 2. 在有關地區合法設立或組成之任何公司或法人。」本件爭議中電力基建控股（馬來西亞）有限公司為馬來西亞當地合法設立之公司，符合本投資協定投資人之定義。

#### 最低標準待遇原則－公平公正待遇

國民待遇原則、最惠國待遇原則及最低標準待遇原則均為 BIT 中重要的投資待遇條款。前兩者係以相對性比較之方式，保障締約國他方之投資者享有不低於地主國國民或地主國賦予第三國國民之待遇；後者則樹立絕對標準，以公平公正待遇完整保障與安全及不歧視原則為核心，將習慣國際法之規定體現於雙邊投資協定之中。中馬投資保證協定就最惠國待遇及最低標準待遇規定於第三條；至於國民待遇條款之規定，此協定則未有明白規定。

最低標準待遇原則又包含參重要原則：公平公正待遇、不歧視原則及完整保障與安全。不歧視原則為公平公正待遇之核心，係指不因對象之性質差異而有不同的待遇；而完整保護與安全主要內涵係締約國一方有義務提供締約國他方投資人，在締約國境內投資的完整保障及安全保護，避免遭到他人不法的侵害。本件爭議如前所述就九家民營電廠不同國家投資者皆為相同待遇且亦予其投資完整保障其安全保護，未有涉及不歧視原則及完整保證與安全之抵觸。

至於公平公正待遇之內涵為何？因其多與國際法連結，本身缺乏明確定義，常發生公平公正待遇要件與國際法原則間之關係及適用上之爭議：有學者認為公平公正待遇為國際最低待遇之標準的一部分，依習慣國際法，違反國際最低待遇之標準需締約國一方有重大過失、明顯不正義或故意忽視其義務之行為，若為此解釋違反此原則之可能性將降低；惟亦有學者認為應從字面上加以解釋之，惟此一解釋方式將可能降低違反該義務之門檻，造成縱使以反歧視為基礎而訂定及實行之內國法規，亦有違反「公平公正待遇」之虞。就此爭議，參酌國際投資爭端仲裁庭個案見解<sup>10</sup>，一般認為公平公正待遇包含「正當合理期待」之保障權利，如地主國以武斷且不合理之方式對待投資人或其投資，即可能違反投資人之正當合理期待進而違反公平公正待遇原則。

本文就公平公正待遇部分認為，本件爭議各家民營電廠雖與台電訂有購售電契約，契約內訂明收購費率、收購數量與契約年限，而對將來收益具有一定合理期待；惟須投資人為合法行為，始保障其合理期待。且本件爭議中公平會所為之處分，亦已予民營電廠一定之程序保障（陳述意見及救濟機會等），尚難謂其為

<sup>10</sup> Alpha Projektholding GmbH v Ukraine, Award, ICSID Case No ARB/07/16; IIC464 (2010), ¶420.

政府之專斷行為。是本文認為本件爭議中公平會之處分未違反國際投資法下最低標準待遇之公平公正待遇原則。

### 間接徵收

中馬投資保證協定就徵收相關規範規定於第五條：「對任何有關地區之一方投資者所為之徵收措施，應在非歧視之基礎上，符合法律目的並給予補償，該補償應已可自由流通貨幣為之，且具自由移轉性並不得有不合理之延遲。該補償應為被投資徵收前一刻之市場價值。任何補償之不合理延遲，應依據正常或締約雙方之有關當局同意之商業利率計算利息。」

所謂徵收係指政府將財產沒收或國有化，包含直接徵收及間接徵收。直接徵收又稱為法律上之徵收 (*de jure* expropriation)，係指地主國政府直接剝奪投資人的財產權；間接徵收又稱為事實上徵收 (*de facto* expropriation) 係指地主國政府利用其他迂迴方式，雖未直接侵占投資人之財產權或將之國有化，但卻實質地影響到投資人 (財產所有人) 之權益，亦即雖無徵收之名，卻有著與徵收相同之效果。而不論是直接徵收或間接徵收，基於對人民財產權之合法保障，原則上均不得任意剝奪，縱使基於特定原因而有限制或剝奪的必要，亦需依法並秉持特定原則為之。因此，除非係基於公共目的，並以非歧視之方式為之，且依正當法律程序給予即時、充分和有效的補償，否則限制締約國之一方不得直接、間接徵收，或國有化他方締約國投資人的投資。

本件爭議爭點即在於公平會對九家民營電廠所為之裁罰，究否為間接徵收？惟間接徵收於國際上無明確、統一之定義，許多國際案件中關於間接徵收係採個案認定之方式。但國際間訂定之公約或是相關案例仍可作為判斷之參考依據，由累積之國際案例可知，國際投資爭端仲裁庭於裁判時，其有三檢驗重點<sup>11</sup>：1. 經濟層面的影響 (economic impact)：投資人除了須證明地主國系爭行為對其擁有財產具有負面影響 (adverse effect) 外，尚須提出其他有效的證據，以證實地主國之行為確實是以變相徵收為目的，僅以經濟上負面影響不足為證；2. 基於投資所生期待 (investment-backed expectations) 受影響程度：若投資人資產之合理期待已為零，便能清楚地判定該行為已經嚴重影響投資者的權益，即地主國之行為已變相地完全剝奪投資者之資產報酬；3. 地主國行為之特性 (character of government action)：經由其管制措施之目的、內容、及合理性等特徵進行分析評估。若地主國僅針對特定他方締約國投資者之投資實施類似徵收的規範，則政府之行為便可能傾向於間接徵收；但若僅是契約違反而不涉及國家公權力之行使，則通常不認為構成間接徵收。

依據上述標準判定本文認為，就經濟層面之影響，民營電廠僅能證明產生經

<sup>11</sup> 經濟部投資業務處，國際投資協定—分析釋義，頁 132，2012 年。

濟上負面影響而未能提出其他有效的證據證明地主國之行為構成變相徵收；就投資者基於投資所生期待受影響程度，根據各家民營電廠歷年獲利<sup>12</sup>判斷，公平會處分實未完全剝奪民營電廠資產報酬，僅是使其獲利減少；就地主國行為之特性，公平會依據公平交易法對各家民營電廠做出裁罰處分，應為地主國合理且合法的管理行為。綜上所述，公平會對民營電廠所為之裁罰處分未構成間接徵收。

### 小結

本件爭議中之電力基建控股（馬來西亞）有限公司，符合中馬投資保證協定投資人之定義，而其透過持有和平電力股份有限公司 30.4% 股份方式投資亦屬協定保障之投資範圍。就公平公正待遇原則部分，民營電廠因購售電契約具有一定合理期待，惟此原則之適用需投資人為合法行為之時始保障其合理期待。且公平會給予民營電廠相當程序保障，難謂其為政府專斷行為。而公平會之處分亦不符合間接徵收三要件因而不構成間接徵收。

### 結論

公平會對於九家民營電廠之巨額罰鍰引來各界討論，輿論中也有以投資保障觀點評論者，惟本文發現電廠間雖然看似充斥著日資、荷資之投資人，但是多數仍為依台灣法規所設立之公司，僅和平電廠之股東確有依馬來西亞規範設立之公司，而有相關 BIT 之適用空間。又即便在投資保障的觀點下，投資人所可以預期的利益並不包括違法經營所獲得之收益，此觀念也確實反映在國際投資法以及我國與馬來西亞所簽之中馬投資保證協定中，故公平會對電廠聯合行為之處罰並不違反公平公正待遇之要求，也不落入間接徵收的範疇中。是以，若和平電廠與其股東電力基建控股公司自認是合法經營並欲訴諸 BIT 之保障，先挑戰爭議行為究竟能否成立聯合行為係最直截了當的做法。

---

<sup>12</sup> 台電溢價買電轉嫁全民買單，自由時報電子報，2012 年 4 月 16 日，網址：  
<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/apr/16/today-t1.htm>（最後瀏覽日：2013 年 12 月 10 日）。