

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณี  
มาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคนำสินค้าจากนอก  
ราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า  
พ.ศ.2542



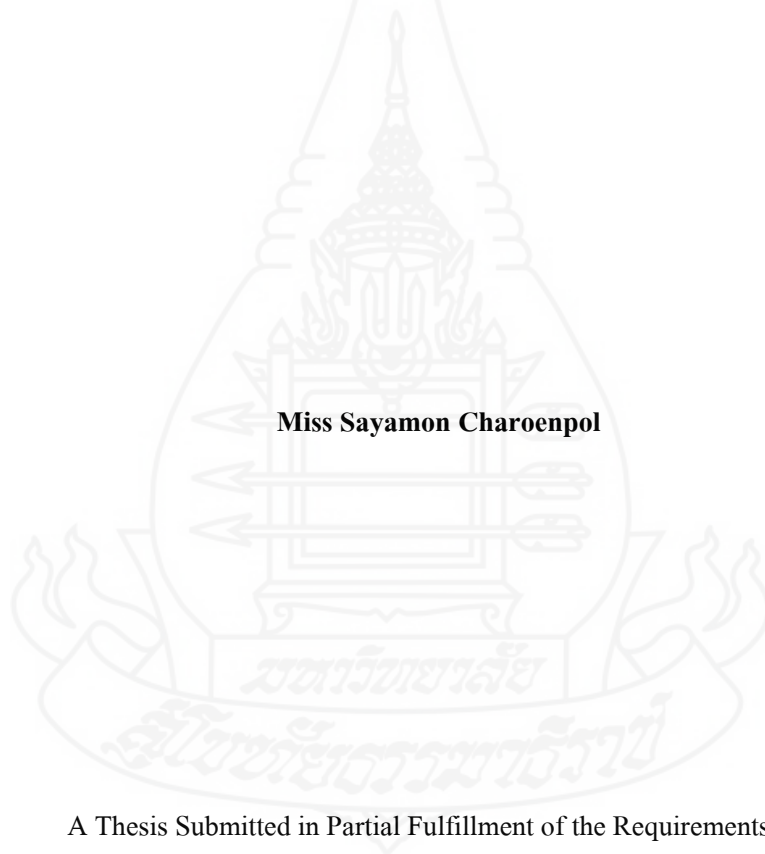
นางสาวสยามล เจริญผล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2559

**Some Legal Problems Relating to Antitrust Laws : A Case Study on  
Legal measures of Competition Law monitoring the entrepreneurs to  
Prevent Consumers from Purchasing Goods or Obtaining Services  
Outside Thailand for Personal Consumption under the Trade  
Competition Act B.E. 2542, Section 28**

**Miss Sayamon Charoenpol**



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Business Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2016

**หัวข้อวิทยานิพนธ์** ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณี  
มาตรการควบคุมผู้ประกอบการที่คัดค้านไม่ให้ผู้บริโภครื้อซื้อสินค้าจากนอก  
ราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขัน  
ทางการค้า พ.ศ.2542

**ชื่อและนามสกุล** นางสาวสยามล เจริญผล

**วิชาเอก** กฎหมายธุรกิจ

**สาขาวิชา** นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา

**อาจารย์ที่ปรึกษา** 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ลาวณิชย์ ถนัดศิลป์กุล  
2. รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน

วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2559

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ ดร. รัชสิกร อุปพงษ์)



..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ลาวณิชย์ ถนัดศิลป์กุล)



..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน)



..... ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา

(รองศาสตราจารย์รสติน ศิริยะพันธุ์)

**ข้อวิพากษ์** ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการที่คิดกันไม่ให้ผู้บริโภครื้อซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

**ผู้วิจัย** นางสาวสยามล เจริญผล รหัสนักศึกษา 2544000249 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

**อาจารย์ที่ปรึกษา** (1) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ลาวณิชย์ ถนัดศิลป์กุล (2) อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงษ์  
(3) รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน **ปีการศึกษา** 2559

### บทคัดย่อ

การศึกษาวិชาญเรื่องปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณี มาตรการควบคุมผู้ประกอบการที่คิดกันไม่ให้ผู้บริโภครื้อซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาถึงประวัติ ความเป็นมา หลักการ ในการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 เกี่ยวกับการจำกัดโอกาสของบุคคลในการ รื้อซื้อสินค้าและบริการมาใช้เอง จากผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรโดยตรง (2) ศึกษาปัญหาการบังคับใช้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 (3) ศึกษาถึงปัญหาในการนำจุดมุ่งหมายในการ คุ้มครองผู้บริโภคมาใช้ใน พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 (4) ศึกษาและปรับปรุง แก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ให้สอดคล้องและรองรับการเปิดเสรีใน ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยศึกษาจากกฎหมายจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น เพื่อปรับปรุงแก้ไขให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นไปตามสากล

การศึกษาวิชาญฉบับนี้เป็นการศึกษาวิชาญเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยเอกสาร รวบรวมข้อมูลกฎหมายที่ เกี่ยวข้องจากเอกสาร หนังสือ ตำรา บทความ วิชานิพนธ์ งานวิจัย คำพิพากษาศาลฎีกา เป็นต้น

ผลการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 เป็นกฎหมายที่ห้าม ผู้ประกอบการเด็ดขาดไม่ให้กระทำการใดๆ เพื่อจำกัดโอกาสของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะ รื้อซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ในการเลือกรื้อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจมากจนเกินความเหมาะสม หากผู้ประกอบการกระทำไปมีโทษทางอาญา แม้ว่าจะไม่มีผลกระทบต่อตลาดหรือการแข่งขันเลยก็ตาม อีกทั้ง ต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น ไม่มีกฎหมายแบบเดียวกับมาตรา 28 ของไทย จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรา 28 เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นสากล ข้อเสนอแนะจากการศึกษารั้งนี้ คือ ปรับแก้มาตรา 28 ไม่ให้ผู้ประกอบการรับผิดเด็ดขาด โดยผู้ประกอบการ จะรับผิดต่อเมื่อการกระทำที่จำกัดโอกาสนั้นมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุอันสมควร หรือกระทบต่อ การแข่งขัน เนื่องจากรัฐควรเข้ามาควบคุมเอกชนในระดับที่เหมาะสมเท่านั้น จึงจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของ กฎหมายแข่งขันทางการค้า

**คำสำคัญ** กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายป้องกันการผูกขาด

**Thesis title:** Some Legal Problems Relating to Antitrust Laws : A Case Study on Legal measures of Competition Law monitoring the entrepreneurs to Prevent Consumers from Purchasing Goods or Obtaining Services Outside Thailand for Personal Consumption under the Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28

**Researcher:** Miss Sayamon Charoenpol; **ID:** 2544000249; **Degree:** Master of Laws;

**Thesis advisors:** (1) Dr. Lawand Thanadsillapakul, Assistant Professor;

(2) Dr. Rangsikorn Upapong; (3) Viman Kritpolviman, Associate Professor;

**Academic year:** 2016

### Abstract

The objectives of this thesis are: (1) To study the history, derivation, and principle of The Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28 limiting the opportunities of a person to purchase goods or obtain services for personal consumption from the business operators outside Thailand. (2) To study the enforcement problem of Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28. (3) To study the problems aiming at consumer protection under Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28 (4) To study and propose to the Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28 to be consistent with the trade liberalization, and to facilitate free trade by making a comparison of laws and regulations of EU, USA, and Japan with the competition laws of Thailand in order to develop the competition laws of Thailand to be in line with the international principles.

This thesis is a qualitative research based on documentary research, conducted by collecting data from various sources; laws and regulations, documents, textbooks, articles, thesis, and Supreme Court judgments.

The results from the studies of this thesis showed that The Trade Competition Act B.E. 2542, Section 28 is the law strictly prohibited the entrepreneurs to restraint Thai residents from directly purchasing goods or obtaining services from the business operators outside Thailand with unnecessary interfering the market. Consequently, the entrepreneurs will encounter criminal charge and penalty even though there is no impact on the market or competition. Moreover, there is no such law as Section 28 in the countries such as the US, the EU and Japan. It showed that Article 28 is not in line with the international principles, so the author recommends to amend Article 28 so that the entrepreneurs will be liable only in the case that they have restraint the opportunity of the consumers that is unfair or unreasonable or having impact on competition. The state should control the private sector at an appropriate levels only, according to the spirit of the competition law.

**Keywords:** Competition Law, Antitrust Law

## กิตติกรรมประกาศ

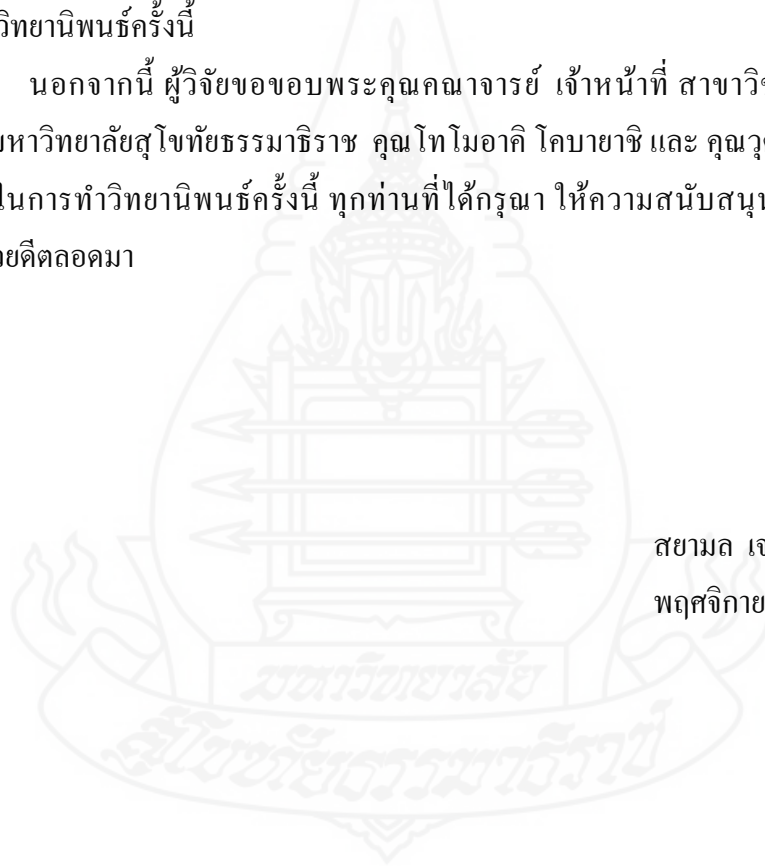
การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่ได้ให้ความกรุณาให้คำแนะนำ ปรึกษาและติดตามการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้อย่างใกล้ชิดตลอดมานับตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จเรียบร้อยสมบูรณ์ ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ขอขอบพระคุณ คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร.รังสิกร อุปพงษ์ รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมานทุกท่านที่เสียสละเวลาและให้ความกรุณาให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณาจารย์ เจ้าหน้าที่ สาขาวิชานิติศาสตร์ เพื่อนนักศึกษามหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช คุณโทโมอาคิ โคบายาชิ และ คุณวุฒิ นิ่งกิตติ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ทุกท่านที่ได้กรุณา ให้ความสนับสนุน ช่วยเหลือ และให้กำลังใจด้วยดีตลอดมา

สยามล เจริญผล

พฤศจิกายน 2559



## สารบัญ

|  | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย .....  | ง    |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....   | จ    |
| กิตติกรรมประกาศ .....  | ฉ    |
| สารบัญตาราง .....  | ญ    |
| สารบัญภาพ .....  | ฎ    |
| บทที่ 1 บทนำ .....   | 1    |
| 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....  | 1    |
| 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....   | 4    |
| 3. กรอบแนวคิดของการวิจัย .....   | 4    |
| 4. ขอบเขตการศึกษา .....  | 6    |
| 5. คำนิยามศัพท์เฉพาะ .....   | 6    |
| 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....   | 6    |
| 7. ระเบียบวิธีวิจัย .....  | 7    |
| บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า .....                                      | 9    |
| 1. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า .....                           | 9    |
| 1.1 ระบบเศรษฐกิจ .....   | 10   |
| 1.2 แนวทางของรัฐในการกำกับดูแลระบบเศรษฐกิจ .....   | 13   |
| 1.3 ตลาดในระบบเศรษฐกิจ .....   | 16   |
| 1.4 ผลกระทบจากการผูกขาดต่อระบบเศรษฐกิจ .....   | 27   |
| 2. แนวคิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า .....  | 28   |
| 2.1 ที่มา เจตนารมณ์ และกลไกของกฎหมายแข่งขันทางการค้า .....                                 | 28   |
| 2.2 กลไกการควบคุมตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า .....  | 32   |
| บทที่ 3 วิเคราะห์การจำกัดการซื้อสินค้าและบริการของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรมาใช้เอง .. 42 |      |
| 1. เจตนารมณ์และหลักเกณฑ์การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม ตาม มาตรา 28 .....                  | 42   |
| 1.1 เจตนารมณ์การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม ตาม มาตรา 28 .....                             | 43   |
| 1.2 หลักเกณฑ์การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม ตาม มาตรา 28 .....                             | 43   |



## สารบัญ (ต่อ)

|   | หน้า |
|---|------|
| 2. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โภคกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 .....   | 44   |
| 2.1 แนวคิดและวิธีการคุ้มครองผู้บริโภค .....   | 44   |
| 2.2 การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค .....   | 45   |
| 2.3 สิทธิของผู้บริโภค .....   | 50   |
| 2.4 ปัญหาการคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายแข่งขันทางการค้า .....   | 52   |
| 3. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 .....   | 53   |
| 3.1 เจตนารมณ์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา .....  | 53   |
| 3.2 ปัญหาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายแข่งขันทางการค้า .....   | 53   |
| 3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครอง<br>ทรัพย์สินทางปัญญาและความตกลง ทริปส์ (TRIPS) ..... | 61   |
| 3.4 ขอบเขตของการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมาย<br>แข่งขันทางการค้า .....                                  | 68   |
| 4. ปัญหาช่องว่างทางปฏิบัติในการกีดกันผู้บริโภคตามมาตรา 28 .....   | 70   |
| 5. การห้ามผู้ประกอบการโดยเด็ดขาดตามมาตรา 28 .....   | 71   |
| บทที่ 4 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าต่างประเทศ .....   | 74   |
| 1. กฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา .....   | 75   |
| 1.1 หลักการห้ามจำกัดทางการค้า (Restraints of Trade) .....   | 76   |
| 1.2 หลักการห้ามการผูกขาด (monopolization) .....   | 81   |
| 1.3 หลักการห้ามพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมต่อ<br>การแข่งขันทางการค้า (Unfair Trade Practices) .....       | 82   |
| 1.4 หลักการควบคุมพฤติกรรมทางโครงสร้างของการแข่งขันทางการค้า .....   | 85   |
| 1.5 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสหรัฐอเมริกา .....  | 91   |
| 2. กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป .....  | 93   |
| 2.1 การตกลงร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreements) .....  | 95   |
| 2.2 การตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (Vertical agreements) .....   | 96   |
| 2.3 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) .....   | 97   |
| 2.4 การควบรวมธุรกิจ (Merger Control) .....  | 98   |



สารบัญ (ต่อ)

|   | หน้า |
|---|------|
| 2.5 การบังคับใช้กฎหมายกับกรณีการตกลงคาร์เทล (Cartel) .....      | 99   |
| 2.6 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสหภาพยุโรป .....  | 101  |
| 3. กฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น .....                    | 102  |
| 3.1 การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด .....                    | 103  |
| 3.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอื่นๆ ของญี่ปุ่น ..... | 111  |
| 3.3 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและญี่ปุ่น .....     | 111  |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....                               | 116  |
| บรรณานุกรม .....  | 122  |
| ประวัติผู้วิจัย .....   | 126  |



ญ

## สารบัญตาราง

|   | หน้า |
|---|------|
| ตารางที่ 4.1 วิเคราะห์การควบคุมการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา<br>สหภาพยุโรป ญี่ปุ่นและไทย ..... | 113  |



สารบัญภาพ

ภาพที่ 3.1 การสั่งซื้อสินค้าแบบพรีออเดอร์..... 71



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเป็นระบบที่ส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจ โดยใช้กลไกตลาดในการควบคุมความต้องการซื้อขายสินค้าและบริการต่างๆ โดยรัฐจะไม่เข้าแทรกแซงกลไกการซื้อขายดังกล่าว ประเทศที่ใช้ระบบทุนนิยมจะมีพัฒนาการทางเศรษฐกิจมากกว่าประเทศที่รัฐควบคุมวางแผนระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดถูกใช้ผลิตสินค้าและบริการให้เกิดประโยชน์สูงสุด รวมทั้งมีการแข่งขันซึ่งทำให้มีการพัฒนาสินค้าและบริการต่างๆ อยู่สม่ำเสมอ จึงเป็นประโยชน์ต่อผู้ผลิต ผู้บริโภค และระบบเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ระบบเศรษฐกิจที่รัฐไม่ควบคุมเลยนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาการผูกขาดเอาเปรียบจากผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า ทำให้การแข่งขันน้อยลง เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน และทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ หากรัฐนิ่งนอนใจไม่เข้ามาควบคุมก็จะเกิดปัญหาต่างๆ ผู้ผูกขาดอาจกำหนดราคาสินค้าขึ้นเองซึ่งผู้บริโภคได้ยอมรับผลเสีย ทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรได้ไม่เต็มประสิทธิภาพโดยจะมีเพียงบุคคลบางกลุ่มเท่านั้นที่ได้รับประโยชน์ และสุดท้ายก็ส่งผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจเอง ดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมเท่าที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์ในระบบเศรษฐกิจ และเพื่อให้ผู้ผลิตที่มีอำนาจเศรษฐกิจน้อยสามารถแข่งขันได้ และเกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคสูงสุด โดยการควบคุมของรัฐที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยยึดหลักนิติรัฐนั้น รัฐจะสร้างกติกากการแข่งขันขึ้นมาเรียกว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้า โดย พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 พัฒนามาจาก พ.ร.บ. คำก้ำไรเกินควร พ.ศ. 2480 พ.ร.บ. ป้องกันการค้าก้ำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 และ พ.ร.บ. กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ทั้งนี้การควบคุม ราคามีประสิทธิภาพแต่ในระยะสั้นเนื่องจากการควบคุมที่ปลายเหตุและเป็นที่ยุติว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ผลเนื่องจากไม่มีกลไกบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพดังนั้นรัฐบาลจึงตั้งคณะกรรมการศึกษากร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นมาโดยทำการร่างกฎหมาย<sup>1</sup> ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมให้

---

<sup>1</sup>คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 25.

การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมและป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจและเพื่อสร้างกติกาทางการค้าซึ่งล้วนเป็นสิ่งจำเป็นในระบบทุนนิยมมีเช่นนั้นแล้วผู้ประกอบการขนาดเล็กจะไม่มีโอกาสที่จะพัฒนาธุรกิจให้เติบโตเนื่องจากไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ได้หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่ในโลกมีหลักการเดียวกันกล่าวคือการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลายขีดขวางหรือจำกัดการแข่งขัน<sup>2</sup>โดยหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 25 และมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามลำดับ โดยมาตรา 25 ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมและมาตรา 27 ห้ามการตกลงทางการค้าใดๆ ที่เป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้รับต้นแบบจากหลายๆ ประเทศเช่น ใต้หวันและเกาหลีใต้แต่เน้นหนักที่ประเทศ เกาหลีใต้ซึ่งถือได้ว่ามีความเหมาะสมเนื่องจากประเทศเกาหลีใต้มีขนาดเศรษฐกิจที่ค่อนข้างเล็กจึงคล้ายคลึงกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยอีกทั้งประเทศเกาหลีใต้ยังได้นำความคิดของประเทศในยุโรปที่ว่าแม้ผู้ประกอบการจะกระทำการผูกขาดการค้าก็ไม่ถือว่าได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายหากการกระทำนั้นไม่มีผลเป็นการกีดกันผู้บริโภค โภคดังนั้นจึงได้มีการตรา พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้าและ พ.ร.บ. ว่าด้วยราคาสินค้าและบริการขึ้นในปี พ.ศ. 2542<sup>3</sup>

แนวคิดของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อป้องกันการผูกขาด การค้าที่ไม่เป็นธรรม การใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งมีลักษณะเป็นการขจัดคู่แข่งออกจากตลาด จึงทำให้เกิดการผูกขาดตลาดแต่เพียงรายเดียว ซึ่งผลกระทบก็จะเกิดกับตัวผู้บริโภค ที่จำเป็นต้องใช้สินค้า บริการ จากผู้ประกอบการที่ผูกขาดตลาดและมีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้ที่สามารถกำหนดคุณสมบัติของสินค้า ราคา บริการของสินค้านั้นในราคาที่สูงแต่คุณภาพด้อย จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้รัฐต้องออกกฎหมายมาเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดสินค้า และเพื่อความยุติธรรมต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่ต้องการจะเข้ามาแข่งขันในตลาดอย่างเป็นทางการ เสรีภาพและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบ แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ยังมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอยู่เช่นกันตามมาตรา 28 ในประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดโอกาสของบุคคลในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบการจนกราชอาณาจักรโดยตรง

<sup>2</sup>ลาวัญย์ ถนัดศิลป์กุล. (2555). “กฎหมายการแข่งขันกับการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 24, 2 (ธันวาคม) : 94-120

<sup>3</sup>คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 26.

โดยประเทศที่มีระดับการพัฒนาเศรษฐกิจตามหลังชาติตะวันตกจะมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าที่ห้ามไม่ให้มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาระหว่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 6 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดทำความตกลงระหว่างประเทศหรือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีข้อสัญญาที่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่มีผลเป็นการจำกัดการค้าหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” เช่นกรณี การกำหนดให้ขายสินค้าในราคาที่กำหนดเท่านั้น ข้อสัญญาขายควบ ห้ามมิให้ขายสินค้าของคู่แข่ง ข้อสัญญาตั้งตัวแทนจำหน่ายเพียงรายเดียว ข้อสัญญากำหนดแบ่งพื้นที่ให้ขายสินค้า เป็นต้น ส่วนประเทศเกาหลีใต้ก็มีบทบัญญัติที่คล้ายกับมาตรา 6 ดังกล่าว เนื่องจากได้ยึดยุทธศาสตร์การพัฒนาของประเทศญี่ปุ่นเป็นต้นแบบ แต่มาตรา 28 ของไทยซึ่งมีเป้าหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค โภคจึงน่าจะไม่ได้มีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศ แต่เป็นประเด็นที่ยกมาในคณะผู้กร่างเอง เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย<sup>4</sup> เนื่องจากมาตรา 28 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายไทย ซึ่งไม่ได้มีที่มาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ทำให้ประเทศคู่ค้าไม่เข้าใจบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค โภคมาอยู่ในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายดังกล่าวนอกจากจะไม่มีเจตนารมณ์ในการช่วยไม่ให้ผู้ประกอบการไทยเสียเปรียบคู่สัญญาที่เป็นต่างชาติ เพื่อป้องกันไม่ให้ต่างชาติผูกขาดหรือแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเหมือนมาตรา 6 ของประเทศญี่ปุ่น แต่ยังมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ประกอบการไทยที่ใช้วิธีการทำธุรกิจให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ด้วย เช่น บริษัทผู้ประกอบการรถยนต์ของไทยต้องการให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าของตน หากมีนโยบายหรือสัญญาห้ามผู้บริโภคไทยไม่สามารถซื้อรถยนต์จากตัวแทนต่างประเทศ ย่อมถือว่าทำผิดตามมาตรา 28 และต่างจากสหภาพยุโรปที่มีอำนาจกำกับดูแลพฤติกรรมขององค์กรธุรกิจที่กระทำการนอกราชอาณาจักรด้วยเช่นกัน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีจุดมุ่งหมายเพื่อการจัดสรรทรัพยากรอย่างเป็นธรรมแต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการทำลายระบบเศรษฐกิจ และอยู่ภายใต้การค้าเสรี การควบคุมผู้ประกอบการตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 เพื่อคุ้มครองผู้ครองผู้บริโภค นั้นต้องอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าว เช่นกันทั้งนี้มาตรา 28 ดังกล่าวจะเหมาะสมกับประเทศไทยหรือไม่ดังจะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไป โดยคำนึงถึงหลักการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า การคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงพิจารณาถึงบริบทของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และหลักนิติเศรษฐศาสตร์ประกอบด้วย รวมถึงต้องสอดคล้องกับการเปิดการค้าเสรีของอาเซียน ซึ่งกฎหมายการค้าของไทยต้องไม่ขัดต่อ

<sup>4</sup>ศักดิ์ ชนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 171 – 172.

ข้อตกลงการค้าเสรีของอาเซียนดังกล่าว อย่างไรก็ตามอาเซียนไม่ได้มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าเหมือนสหภาพยุโรป อีกทั้งบางประเทศในอาเซียนยังไม่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังนั้นวิเคราะห์กฎหมาย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 28 ต้องสอดคล้องกับการเปิดการค้าเสรีอาเซียน เพื่อหาแนวทางพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและของอาเซียนสามารถพิจารณาจากแนวทางกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่เปิดการค้าเสรีระหว่างกัน เพื่อนำมาปรับใช้กับอาเซียนและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกต่างๆ

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงประวัติ ความเป็นมา หลักการ ในการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 เกี่ยวกับการจำกัดโอกาสของบุคคลในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เอง จากผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรโดยตรง

2.2 เพื่อศึกษาปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28

2.3 เพื่อศึกษาผลกระทบในการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ที่มีผลต่อเอกชน โดยตรง และเพื่อป้องกันการผูกขาดตลาดของเอกชนต่อไป

2.4 เพื่อศึกษาและปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ให้สอดคล้องและรองรับการเปิดอาเซียน โดยศึกษาจากกฎหมายจากประเทศที่พัฒนาแล้ว เพื่อให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นไปตามสากล

## 3. กรอบแนวคิดของการวิจัย

การศึกษาวิจัยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ซึ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจที่คิดกันไม่ให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เอง มีกรอบแนวคิดของการวิจัยในประเด็นต่างๆ ดังนี้

3.1 มาตรา 28 มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวาง หรือ จำกัดการแข่งขัน เพื่อป้องกันการผูกขาด และเกิดการค้าที่เป็นธรรม โดยการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นจะเกิดขึ้นโดยอ้อมจากการที่ตลาดมีการแข่งขันที่เป็นธรรม ปราศจากการผูกขาดแล้วนั่นเอง โดยการห้ามผู้ประกอบการตาม



มาตรา 28 นั้น เป็นการห้ามเด็ดขาด ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถขออนุญาตต่อหน่วยงานของรัฐได้ ดังเช่นมาตรา 26 และ 27 จึงอาจถือว่าการออกกฎหมายตามมาตรา 28 รัฐแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของเอกชนมากเกินไปจนเกินความจำเป็น ดังนั้น หากมีการแก้ไขกฎหมายโดยผ่อนคลายมาตรการห้ามอย่างเด็ดขาดดังกล่าวให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ก็จะทำให้บทบาทของรัฐในการแทรกแซงอยู่ในเกณฑ์ที่เหมาะสม สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้เป็นอย่างดีตรงตามเจตนารมณ์ และเกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ

3.2 การใช้และการตีความ มาตรา 28 ยังขาดความชัดเจน และยังไม่มีความปฏิบัติที่ออกโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสำหรับดำเนินการตามมาตรา 28 ซึ่งมาตรา 25, 2 และ 29 มีแนวปฏิบัติที่ออกมาแล้วจึงเกิดความชัดเจน ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศอาจเกิดความสับสนในการดำเนินการต่างๆ ตามมาตรา 28 ได้ ดังนั้น การออกแนวปฏิบัติตามมาตรา 28 จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจ ผู้บริโภค และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

3.3 การห้ามผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 28 บางกรณีอาจขัดแย้งกับสิทธิที่ผู้ประกอบธุรกิจมีตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิในการนำเข้ามาในราชอาณาจักรของผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่มีบทบัญญัติที่กเว้นการใช้สิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อีกทั้งยังไม่มีคำพิพากษา คำวินิจฉัย หรือแนวปฏิบัติในประเด็นดังกล่าวอย่างชัดเจน ดังนั้น การปรับปรุงกฎหมายโดยยกเว้นการใช้สิทธิในขอบเขตตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้ชัดเจน ก็จะเกิดผลดีต่อการใช้การตีความมาตรา 28

3.4 ตามมาตรา 28 เกี่ยวข้องกับการดำเนินการหรือการกระทำผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกิดนอกประเทศ โดยการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันของไทยยังไม่ครอบคลุมการกระทำผิดนอกประเทศที่กระทบต่อการแข่งขันทางการค้าในประเทศ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันของบางประเทศมีหลักว่าการกระทำผิดนอกประเทศแต่ผลหรือความเสียหายเกิดต่อการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศ ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดด้วย ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือหาแนวทางดำเนินการต่างๆ ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายและแนวปฏิบัติระหว่างประเทศ ก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา 28 เกิดประสิทธิภาพสูงสุดตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

#### 4. ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาวิเคราะห์มาตรการต่างๆ ที่นำมาควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ผูกขาดตลาดในพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizon restraint) พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical restraint) ทั้งในเชิงทฤษฎีและปฏิบัติ ตลอดจนเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอื่นๆ เพื่อนำแนวคิด นวัตกรรม มาปรับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในกฎหมายไทย

#### 5. คำนิยามศัพท์เฉพาะ

5.1 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง รายใดหรือหลายรายที่มีได้อยู่ในราชอาณาจักรไทย

5.2 การควบกิจการแบบแนวนอน หมายความว่า ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่อยู่ในตลาดระดับเดียวกัน รวมตัวกันเป็นผู้กำหนดตลาด สินค้า ราคา และ บริการ

5.3 การควบกิจการแบบแนวตั้ง หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่อยู่ในตลาดต่างระดับ แต่อยู่ในขั้นตอนผลิตเดียวกัน รวมตัวกันเป็นผู้กำหนดตลาด สินค้า ราคา และ บริการ

5.4 การควบกิจการแบบหลากหลาย หมายความว่า ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่อยู่ในตลาดต่างกัน โดยที่กิจการที่เข้าควบกันนั้น ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกันแต่อย่างใด เป็นไปในลักษณะการแผ่ขยายอำนาจทางเศรษฐกิจ เป็นการสร้างอาณาจักรธุรกิจในระบบเศรษฐกิจ

5.5 บุคคล หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อ สินค้าหรือบริการมาใช้เอง มิได้ซื้อสินค้ามาเพื่อขายหรือจำหน่ายต่อ

#### 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบและเข้าใจถึงประวัติ ความเป็นมา หลักการ ในการออกพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 และนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย

6.2 ทำให้ทราบและหาวิธีการแก้ไขปัญหาค้าปลีกใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุด

6.3 ทำให้ทราบและหาวิธีการแก้ไขผลกระทบในการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ที่มีผลต่อเอกชนโดยตรง และเพื่อป้องกันการผูกขาดตลาดของเอกชนต่อไป

6.4 ทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดโอกาสของบุคคลในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เอง จากผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรโดยตรง ตามมาตรา 28 เพื่อให้สอดคล้อง และรองรับการเปิดอาเซียนและมีความทัดเทียมกับประเทศที่พัฒนาแล้ว

## 7. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิธีการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งมีขั้นตอนวิธีดำเนินวิจัยดังนี้

7.1 ศึกษาค้นคว้าแนวคิด ความเป็นมา เจตนารมณ์ และหลักการของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยการค้นคว้า รวบรวมข้อมูลจากหนังสือ ตำราวิชาการ บทความ และเอกสารต่างๆ นอกจากนี้ยังได้ค้นคว้าและรวบรวมความเห็นของนักนิติศาสตร์และคำพิพากษาของศาลประกอบกัน รวมถึงข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรอง แนวปฏิบัติ คำวินิจฉัยจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ หรือหน่วยงานภาครัฐและเอกชนอื่นๆ

7.2 ศึกษาค้นคว้าแนวคิด ทฤษฎี บทวิเคราะห์ งานวิจัย หรือเอกสารวิชาการทางเศรษฐศาสตร์ หรือวิชาการด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดการแข่งขันทางการค้า เพื่อทราบแนวคิด ทฤษฎี หรือหลักการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นประโยชน์ในการนำมาวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

7.3 ศึกษาค้นคว้าหนังสือ ตำราวิชาการ บทความ ความเห็นนักวิชาการ คำพิพากษา แนวปฏิบัติและเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เช่น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act, The Federal Trade Commission Act และ The Clayton Act) กฎหมายแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (Act Concerning Prohibition of Private Monopolization an Maintenance of Fair Trade) และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (EU Competition Law)

7.4 ศึกษาวิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบ ข้อมูลต่างๆ เกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและของต่างประเทศ ตลอดจนแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ หรือวิชาการด้านอื่นๆ

ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า เพื่อนำผลการศึกษามาเป็นแนวทางการพัฒนาและปรับปรุง  
กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยต่อไป



## บทที่ 2

# แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า

### 1. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า

ในโลกยุคปัจจุบันการค้าเสรีมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ประเทศต่างๆ พยายามทำให้เกิดการค้าที่เสรีให้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ปัญหาการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และเสรี ยังถูกจำกัดโดยการผูกขาดทางการค้า หรือการจำกัดการค้ารูปแบบต่างๆ (Restrictive Business Practices) ยังต้องอาศัยกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพ และสามารถจัดการกับปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งปรากฏในทางปฏิบัติว่ามีความสลับซับซ้อน และยากยิ่งในบังคับการ มีช่องทางต่างๆ ที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร การเปิดการลงทุนเสรีจึงจำเป็นต้องกำกับควบคู่ไปกับการมีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอย่างเสรีที่เป็นธรรม<sup>5</sup>

พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีเป้าหมายที่สำคัญคือต้องการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการในระบบเศรษฐกิจของประเทศ มีการวางบทบัญญัติในลักษณะที่ห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการประพฤติปฏิบัติไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน เช่น การลดหรือจำกัดการแข่งขัน หรือก่อให้เกิดการผูกขาด<sup>6</sup> กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ เกิดขึ้นจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ หากไม่มีทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ก็จะไม่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้า ทำให้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีความสัมพันธ์ลึกซึ้งกับเศรษฐศาสตร์<sup>7</sup>

นอกจากเศรษฐศาสตร์จะเป็นตัวกำหนดวิจารณ์ญาณหรือนโยบายการออกกฎหมาย ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายแล้ว แม้ในเวลาจะบังคับใช้กฎหมายกับใคร ที่ไหน อย่างไร

---

<sup>5</sup>ลาวัณย์ รัตน์ศิลปกุล. (2550). “ความเป็นชาติรัฐ และ อธิปไตย กับระบบเศรษฐกิจเสรีที่ไร้พรหมแดน” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมราช* 19, 1 (มิถุนายน): 9-21.

<sup>6</sup>สุธีร์ สุกนิตย์. (2555). หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 19.

<sup>7</sup>จิรวัดน์. (2553). จงสงวนดี การลงโทษผู้ประกอบการผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่กระทำความผิด : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย *วารนิตศาสตร์* 39, 3 (กันยายน) หน้า 595.

ในเหตุการณ์ใด เศรษฐศาสตร์ก็เป็นตัวกำหนดความเหมาะสมในการใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมนั่นเอง<sup>8</sup> ดังนั้น เพื่อเข้าใจในหลักการ แนวคิด เหตุผลต่างๆ ตลอดจนการตีความและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงสมควรศึกษาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ก่อนในเบื้องต้น ซึ่งจะช่วยให้สามารถวิเคราะห์ วิจัย และปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อย่างถูกต้องและเป็นระบบได้ต่อไป

เศรษฐศาสตร์ หมายถึง ศาสตร์ที่ศึกษาเกี่ยวกับการเลือกหนทางในการใช้ทรัพยากรการผลิตอันมีอยู่จำกัด สำหรับการผลิตสินค้าและบริการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด<sup>9</sup>ซึ่งวิธีการจัดสรรทรัพยากรแต่ละประเทศมีวิธีการที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายๆ อย่าง เช่น ปัจจัยทางการเมือง ทางสังคม ระบบเศรษฐกิจ เป็นต้น

### 1.1 ระบบเศรษฐกิจ

ระบบเศรษฐกิจ (Economic System) หมายถึง กลุ่มสถาบันทางเศรษฐกิจที่มีกฎเกณฑ์และนโยบายที่เป็นแบบแผนปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อใช้แก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ<sup>10</sup>

#### 1.1.1 ระบบเศรษฐกิจที่ไม่มีการวางแผน (Unplanned Economy)

ระบบเศรษฐกิจแบบนี้นิยมเรียกว่าระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (Capitalism) หรือระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยระบบดังกล่าว เอกชนเป็นเจ้าของปัจจัยในการผลิต มีอำนาจเหนือการผลิตการบริโภค ซึ่งจะไม่มีใครคนใดคนหนึ่งเป็นผู้วางแผนว่าจะผลิตอะไร ผลิตอย่างไร และระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรือแบบเสรี จะมีพื้นฐานในการแก้ปัญหาโดยใช้กลไกของตลาดหรือราคาสินค้า (Price mechanism) เป็นตัวกำหนด<sup>11</sup> การตัดสินใจจึงขึ้นอยู่กับผู้บริโภคว่าพึงพอใจในสินค้ามากน้อยเพียงใด ผู้บริโภคมีสิทธิ์จะเลือกสินค้าที่ตนพึงพอใจสูงสุด (Maximize satisfaction) เป็นหลัก โดยอาศัยอรรถประโยชน์ (Utility) เป็นเกณฑ์การตัดสินใจ<sup>12</sup> ในส่วนของ

<sup>8</sup>วิญญู เกรืองาม. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 8 – 15 พิมพ์ครั้งที่ 19 นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 32.

<sup>9</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 2

<sup>10</sup>วรณี จิเจริญ, ไกร โพธิ์งาม, นรมน เจริญรัตน์, สุนีย์ บุญขวิทย์. (2556). เศรษฐศาสตร์ทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 6.

<sup>11</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 6.

<sup>12</sup>วิชา สัจจรัศมี. (2540). ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 11.



ผู้ผลิตจะเป็นผู้ผลิตสินค้าเฉพาะสินค้าและบริการที่ผู้บริโภคต้องการ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าผู้บริโภคเป็นผู้มีอิทธิพลต่อผู้ผลิตในระบบทุนนิยมหรือแบบเสรี จึงเรียกได้ว่า “อธิปไตยของผู้บริโภค (Consumer’s sovereignty)” สินค้าที่ผลิตจะจัดสรรให้กับทุกคนที่ต้องการบริโภคสินค้า แต่ก็ขึ้นอยู่กับรายได้ของผู้บริโภคเช่นกัน หากผู้บริโภคมีรายได้ที่มากกว่าย่อมมีอำนาจซื้อมากกว่าผู้บริโภคที่มีรายได้น้อยกว่า (Purchasing power)<sup>13</sup>

### 1.1.2 ระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนเต็มที่ (Planned Economy)

ระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนนี้มีลักษณะระบบเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์ (Communism) หรือระบบสังคมนิยมภาคบังคับ (Authoritarian socialism) และระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (Socialism)<sup>14</sup> ลักษณะของระบบแบบดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อส่วนรวม กล่าวคือ รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรรวมทั้งปัจจัยในการผลิตเกือบทุกอย่างและยังรวมไปถึงแรงงานก็เป็นของรัฐเช่นกันแรงงานไม่มีสิทธิที่จะเลือกว่าจะประกอบอาชีพอะไรหรือไม่อยากทำอะไร ซึ่งได้รวมไปถึงการย้ายถิ่นที่อยู่ที่ไม่สามารถกระทำได้ ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมและระบบเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์ กลไกราคาจะไม่มีบทบาทต่อระบบดังกล่าว<sup>15</sup> การแก้ปัญหาพื้นฐานเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมหรือแบบคอมมิวนิสต์ จะเป็นการแก้ปัญหาส่วนการหรือรัฐบาล สำหรับเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (Socialism) รัฐยอมให้เอกชนเป็นเจ้าของกิจการขนาดเล็กได้เท่านั้น แต่กิจการขนาดใหญ่รัฐเป็นเจ้าของทั้งหมด ในขณะที่ระบบเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์เป็นระบบที่รัฐเข้าดำเนินการทางเศรษฐกิจทั้งหมด รัฐเป็นเจ้าของกิจการและเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตทุกอย่างเช่นกัน<sup>16</sup>

### 1.1.3 ระบบเศรษฐกิจแบบผสม (Semi-Planned Economy or Mixed Economy)

ระบบเศรษฐกิจที่มีลักษณะทุนนิยมผสมกับสังคมนิยม โดยที่รัฐและเอกชนมีส่วนร่วมในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีทั้งส่วนที่เป็นของรัฐและ

<sup>13</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 11

<sup>14</sup>วรณี จิเจริญ, ไกร โพธิ์งาม, นรมน เจริรัตน์, สุนีย์ บุญวิทย์. (2556). เศรษฐศาสตร์ทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 7.

<sup>15</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 11.

<sup>16</sup>วรณี จิเจริญ, ไกร โพธิ์งาม, นรมน เจริรัตน์, สุนีย์ บุญวิทย์. (2556). เศรษฐศาสตร์ทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 7.



ส่วนที่เป็นของเอกชน<sup>17</sup> การแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจอาศัย กลไกราคาหรือกลไกตลาด (Price mechanism) การที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการในกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางอย่างก็เนื่องจากในบางครั้งเมื่อปล่อยให้กลไกตลาดทำงานแล้วมีผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่ม รัฐบาลก็จะเข้าแทรกแซง เช่น การประกันราคาขั้นต่ำสำหรับสินค้าเกษตร หรือการกำหนดราคาขั้นสูงเพื่อช่วยเหลือผู้บริโภคไม่ให้เดือดร้อนจากการที่ราคาสินค้าสูงเกินไป นอกจากนี้บางกรณีรัฐบาลอาจต้องเข้าไปผลิตเอง เช่น สินค้าหรือบริการสาธารณสุขประเภทต่างๆ ที่มีต้นทุนสูงหาเอกชนมาลงทุน ได้ยากแต่เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประชาชน หรือกรณีของสินค้าบางอย่างรัฐบาลต้องการควบคุมปริมาณหรือคุณภาพ เนื่องจากเป็นอันตรายสำหรับประชาชน รัฐบาลก็จะเข้ามาดำเนินการเอง เช่น การผลิตบุหรี่ สุรา เป็นต้น<sup>18</sup>

หากเปรียบเทียบระบบเศรษฐกิจแบบผสมกับระบบเศรษฐกิจแบบที่ไม่มีการวางแผนแล้ว กลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจแบบผสมจะมีบทบาทน้อยกว่า เนื่องจากในระบบเศรษฐกิจแบบผสมมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของหลายฝ่าย อาทิ สหภาพแรงงาน สมาคมการค้า และธุรกิจ กลุ่มเหล่านี้สามารถสร้างอิทธิพลและอำนาจการผูกขาดบางส่วน รวมถึงการแทรกแซงของรัฐ ซึ่งมีผลต่อการตัดสินใจต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น การกำหนดสินค้าที่ผลิต การลงทุน การจัดสรรทรัพยากร ค่าตอบแทนหรือรายได้ ฯลฯ<sup>19</sup> โดยการที่รัฐเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจก็เพื่อให้กลไกของตลาดทำงานอยู่ภายในกรอบที่ยังเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมอยู่บ้าง มิฉะนั้นแล้วก็จะกลายเป็นประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนมากเกินไป ซึ่งหลายกรณีเป็นโทษและเป็นภัยแก่ส่วนรวม เช่น การตัดไม้ทำลายป่า การดำเนินกิจการอบายมุขทั้งปวง การสร้างสิ่งแวดล้อมเป็นพิษทั้งทางบก ทางน้ำ ทางอากาศ<sup>20</sup> ส่วนระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนเต็มที่กลไกตลาดไม่มีความสำคัญแต่อย่างใด

อาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันนี้ไม่มีระบบเศรษฐกิจใดที่ยังดำเนินการอย่างขาวสะอาด เป็นของแท้และดั้งเดิม คือไม่มีระบบตลาดเสรีที่มีเอกชนทั้งหมด เข้าแข่งขันกันเองตามลำพัง และไม่มีระบบเศรษฐกิจแบบบงการ คอมมิวนิสต์ (Directive planning) อย่างเบ็ดเสร็จและเข้มงวดจาก

<sup>17</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 12.

<sup>18</sup>วรงค์ จิเจริญ ไกร โพธิ์งาม นรมน เจริรัตน์ สุนีย์ บุญยวิทย์. (2556). เศรษฐศาสตร์ทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 7-8.

<sup>19</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 12.

<sup>20</sup>ทวี หมั่นนิกร. (2552). “เศรษฐศาสตร์จึงต้องเป็นเศรษฐศาสตร์การเมือง” รวมบทความ เศรษฐศาสตร์การเมืองคัดสรรของทวี หมั่นนิกร โอเพ่นบุ๊กส์ กรุงเทพฯ หน้า 238-239.

ศูนย์กลางของสังคมเช่นกัน หากเปรียบเทียบทั้ง 2 ระบบ ให้ระบบตลาดเสรีอยู่ด้านขวา ระบบที่มีแผนบงการ คอมมิวนิสต์อยู่ด้านซ้าย ก็อยู่ที่ว่า เมื่อผสมทั้ง 2 ระบบนี้เข้าด้วยกันแล้ว เราจะเลือกใช้ระบบไหนผสมลงไปมากกว่า ระบบเสรีหรือระบบแบบแผนบงการ คอมมิวนิสต์ เพียงเท่านั้นเอง<sup>21</sup> เช่นตัวอย่างของประเทศจีนซึ่งเป็นประเทศคอมมิวนิสต์ที่แต่เดิมใช้ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนเต็มที่ แต่นโยบายในปัจจุบันรัฐบาลจีนเริ่มต้นการปฏิรูปจากระบบวางแผนจากส่วนกลาง (Centrally Control and Command) ซึ่งภาครัฐเข้าไปควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกอย่าง โดยเปลี่ยนมาเป็นระบบที่ค่อยๆ ผ่อนคลาย และเน้นการสร้างแรงจูงใจและกระตุ้นการแข่งขัน ซึ่งได้ทดลองนำกลไกตลาดมาใช้ในบางพื้นที่ ก่อนที่จะขยายผลไปใช้ในพื้นที่อื่นๆ ของประเทศอย่างเป็นขั้นเป็นตอนที่สำคัญผู้นำจีนเลือกเส้นทางปฏิรูปสู่กลไกตลาดโดยคำนึงถึงสภาพภายในของจีนเป็นหลัก<sup>22</sup> ดังนั้นระบบเศรษฐกิจปัจจุบันของจีนจึงถือว่าเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสม

## 1.2 แนวทางของรัฐในการกำกับดูแลระบบเศรษฐกิจ

แนวคิดเกี่ยวกับการเข้าแทรกแซงเพื่อกำกับดูแลระบบเศรษฐกิจของรัฐ มีอยู่สำนักความคิดใหญ่ๆ ได้แก่ สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralist school) สำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago school) และสำนักความคิดนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago school)<sup>23</sup> โดยมีสาระสำคัญดังนี้

### 1.2.1 สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralist school)

ผู้ให้กำเนิดสำนักความคิดนี้คือ ศาสตราจารย์ Edward S. Mason แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ในบทความทางวิชาการที่ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ.1949 และแนวคิดดังกล่าวได้รับการขยายความรายละเอียดต่อโดยนักวิชาการหลายคน แต่นักวิชาการที่พัฒนาแนวคิดนี้ต่อจนเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายคือ ศาสตราจารย์ F.M. Scherer แห่ง John F. Kennedy School of Governments มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด สำนักความคิดพหุนิยมจึงมีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า The Harvard School เพราะนักวิชาการที่ให้กำเนิดล้วนเป็นอาจารย์ที่สอนที่มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด<sup>24</sup>

สำนักความคิดนี้มีกรอบของการวิเคราะห์โครงสร้าง พฤติกรรม และผลการดำเนินงานของตลาด Structure-Conduct-Performance (SCP)

<sup>21</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 239

<sup>22</sup>อักษรศรี พานิชสาส์น. (2554). *เศรษฐกิจจีน ในมุมมองนักเศรษฐศาสตร์ไทย* กรุงเทพฯ โอเพ่นบุ๊กส์ หน้า 12.

<sup>23</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2551). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า* กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 47.

<sup>24</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2551). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า* กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 47-48.

โครงสร้าง (Structure) หมายถึง คุณลักษณะและส่วนประกอบสำคัญของตลาดที่มีผลในการกำหนดพฤติกรรมของผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งตัวแปรที่นิยมนำมาใช้เพื่ออธิบาย และชี้วัดโครงสร้างของตลาดได้แก่ อัตราการกระจุกตัวของผู้ขาย ระดับความแตกต่างกันของสินค้า อุปสรรคในการเข้าออกตลาด และสัดส่วนของต้นทุนคงที่ต่อต้นทุนรวมในระยะสั้นของหน่วยผลิต<sup>25</sup>

พฤติกรรม (Conduct) หมายถึง พฤติกรรมของหน่วยผลิตในตลาด (firm's behavior) ซึ่งได้แก่พฤติกรรมในการกำหนดราคาโดยการร่วมมือหรือแข่งขันกัน กลยุทธ์ทางด้านผลิตภัณฑ์ การโฆษณา การวิจัยและพัฒนา และการใช้กลยุทธ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>26</sup>

ผลการดำเนินงาน (Performance) หมายถึง ผลลัพธ์หรือคุณภาพของตลาดซึ่งประเมินโดยเปรียบเทียบกับความมีประสิทธิภาพและสวัสดิการสังคมสูงสุดในอุดมคติ ความไม่มีประสิทธิภาพมักถูกนำมาเชื่อมโยงกับการมีอำนาจตลาด (market power) ของหน่วยผลิต ซึ่งก็คือความสามารถในการกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าในตลาด โดยตัวโปรดที่นิยมนำมาใช้เพื่อชี้วัดผลการดำเนินงานได้แก่ อัตรากำไร หรือส่วนต่างระหว่างราคาและต้นทุน (price-cost margin)<sup>27</sup>

แนวทางวิเคราะห์แบบนี้มีพื้นฐานที่ว่า เงื่อนไขพื้นฐานเป็นตัวกำหนดโครงสร้างตลาด โครงสร้างตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิต และพฤติกรรมของผู้ผลิตเป็นตัวกำหนดผลประกอบการ เช่น การที่เทคโนโลยีไม่มีลักษณะของการประหยัดต่อขนาด ผู้บริโภครู้สึกว่าสินค้าหลากหลายที่ทดแทนได้ดี วัตถุดิบสามารถจัดหาได้ง่าย การที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดก็ง่ายขึ้นโดยง่าย ดังนั้น ตลาดจะมีผู้ผลิตมากกว่าจนไม่มีผู้ผลิตรายใดมีอำนาจกำหนดราคา<sup>28</sup>

กรอบการวิเคราะห์แบบ Structure-Conduct-Performance (SCP) เห็นว่ารัฐสามารถเข้าแทรกแซงโครงสร้างและพฤติกรรมของตลาดได้ โดยการใช้ภาษีและให้การอุดหนุนโดยรัฐ (subsidy) การให้ข้อมูล การควบคุมราคา หรือโดยการใช้กฎหมายเข้าแทรกแซง เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจสาขานั้นๆ (กฎหมายโทรคมนาคม กฎหมายเกี่ยวกับน้ำมันดิบ

<sup>25</sup> นันทวุฒิ พิพัฒน์เสรีธรรม. (2558). เศรษฐศาสตร์องค์กรอุตสาหกรรม ปทุมธานี โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 4.

<sup>26</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 4.

<sup>27</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 4.

<sup>28</sup> ชรินทร์ มีโกลี. (2558). เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 6.

กฎหมายเกี่ยวกับแก๊สธรรมชาติ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (การลดอัตราภาษีศุลกากรขาเข้า การจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า ฯลฯ) และกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>29</sup>

สำนักความคิดพหุนิยมเห็นว่าอำนาจตลาดเป็นภัยและเป็นสิ่งผิดกฎหมาย และให้ความสำคัญกับ โครงสร้างตลาดแทนที่จะเป็นพฤติกรรมของผู้ประกอบการ เนื่องจาก โครงสร้างตลาดมีผลต่อการประกอบการของเศรษฐกิจ (economic performance) จึงมุ่งแก้ไข โครงสร้างตลาด โดยทำให้ขนาดของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) เล็กลง (cut back the size) หรือควบคุมผู้ประกอบการโดยทางอ้อมมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ<sup>30</sup>

### 1.2.2 สำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago school)

แนวทางการศึกษาของสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago school) หรือสำนัก ชิคาโก นั้นให้ความสำคัญกับทฤษฎีราคา (price theory) ในการวิเคราะห์ตลาด ในขณะที่การศึกษา ตามแนว Structure-Conduct-Performance (SCP) การดำเนินงานของตลาดที่ไม่มีประสิทธิภาพเกิด จากการใช้อำนาจตลาดของหน่วยผลิตในตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ แต่สำนักชิคาโกกลับเชื่อว่า สาเหตุหลักของความไม่มีประสิทธิภาพนั้นเกิดจากการแทรกแซงและการควบคุมของรัฐบาล ตลาด ถูกพิจารณาว่าเป็นกลไกคัดสรรโดยธรรมชาติ ซึ่งหน่วยผลิตที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่อยู่รอดได้ การผูกขาดของหน่วยผลิตถูกอธิบายว่าเป็นผลมาจากการประหยัดขนาด และความมีประสิทธิภาพ ในการผลิต การผูกขาดจะสามารถเกิดขึ้นได้เพียงชั่วคราวเท่านั้น เพราะในระยะยาวหน่วยผลิต สามารถเข้าออกตลาดได้โดยเสรีจะทำให้หน่วยผลิตรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาดจนทำให้อำนาจ ตลาดของหน่วยผลิตที่ผูกขาดดั้งเดิมหมดไปในที่สุด<sup>31</sup>

สำนักชิคาโกจึงปฏิเสธการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจโดยรัฐ เพราะเชื่อว่า การแทรกแซงโครงสร้างตลาดจะนำมาซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพและลดสวัสดิการโดยรวม และ กฎระเบียบของรัฐเองที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด การประหยัดต่อขนาดแสดงถึงประสิทธิภาพ ของอุตสาหกรรมที่คิดขึ้นมาก่อน ผู้ประกอบการยอมแสวงหากำไรสูงสุดจากการเข้าสู่ตลาดเพื่อ

<sup>29</sup> ศักดา รัตนกุล. (2551). คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 49.

<sup>30</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 51.

<sup>31</sup> นันทวุฒิ พิพัฒน์เสรีธรรม. (2558). เศรษฐศาสตร์องค์กรอุตสาหกรรม ปทุมธานี โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 7.

ประกอบธุรกิจ และการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง โดยหลักแล้วจึงไม่ควรผูกควบคุมหรือแทรกแซงให้น้อยที่สุด<sup>32</sup>

### 1.2.3 สำนักความคิดนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago school)

สำนักความคิดนิยมสมัยใหม่มีแนวคิดรากฐานมาจากทฤษฎีเกมส์ (game theory) ซึ่งเน้นผลที่เกิดจากพฤติกรรมกลยุทธ์ (strategic conduct) ของผู้ประกอบการในโครงสร้างตลาดแบบต่างๆ โดยตระหนักถึงผลทางเศรษฐกิจของพฤติกรรมของธุรกิจที่ไกลออกไปและบางครั้งจะตรงข้ามกับทฤษฎีของสำนักเสรีนิยม ซึ่งปัจจุบันนี้หลักการของสำนักเสรีนิยมสมัยใหม่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการวิเคราะห์คดีป้องกันการผูกขาดหลายคดี ผู้ประกอบการอาจใช้กลยุทธ์ขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าตลาด เช่น การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง ซึ่งสำนักความคิดเสรีนิยมเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ไม่มีเหตุผล<sup>33</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักการของสำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ไม่ได้มีผลกระทบต่อหลักเกณฑ์เบื้องต้นของทฤษฎีสถิตสำนักความคิดเสรีนิยม เนื่องจากในการพิจารณาผลกระทบทางเศรษฐกิจของพฤติกรรมผู้ประกอบการ โดยเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการรวมกิจการ องค์กรบังคับใช้กฎหมายยังพิจารณาโดยใช้กรอบของการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพที่ถูกคิดขึ้นโดยสำนักความคิดเสรีนิยม<sup>34</sup>

### 1.3 ตลาดในระบบเศรษฐกิจ

ในการสนองความต้องการของหน่วยเศรษฐกิจของตนในแต่ละหน่วยนั้นไม่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้ครบถ้วนตามความต้องการ ดังนั้น หน่วยเศรษฐกิจจึงต้องมีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างกัน เช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน สินค้าและบริการระหว่างกัน ซึ่งการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจดังกล่าว หน่วยเศรษฐกิจจะดำเนินการผ่านตลาด ดังนั้น ตลาดจึงมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างยิ่ง

ตลาด (market) ในทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง บริบทที่มีการซื้อขายสินค้าหรือบริการ หรือสิ่งอื่นใดระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย<sup>35</sup> จากความหมายดังกล่าวคำว่า “ตลาด” ในทางเศรษฐศาสตร์ จึงไม่ได้หมายถึงสถานที่ ซึ่งจัดมีไว้เพื่อผู้ซื้อและผู้ขายมาพบปะตกลงซื้อขายแลกเปลี่ยนกัน โดยตลาดในทางเศรษฐศาสตร์ไม่จำเป็นต้องมีสถานที่ทำการซื้อขาย แต่มี

<sup>32</sup> ศักดา ธนิตกุล. (2551). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า* กรุงเทพฯ: วิทยุชน หน้า 54-55.

<sup>33</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 57.

<sup>34</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 57.

<sup>35</sup> ภราดร ปริดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 280.



ความหมายเป็นนามธรรม การซื้อขายตกลงสินค้าและบริการใดก็เรียกตลาดตามสินค้าและบริการนั้น เช่น ตลาดแรงงานหมายถึงตลาดซื้อขายแรงงาน ตลาดดิบูกหมายถึงการซื้อขายดิบูก<sup>36</sup>

กลไกตลาด (market mechanism) ตลาดจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีทั้งผู้ซื้อและผู้ขายของสินค้า ติดต่อกันสื่อสารกับอีกฝ่ายและตกลงที่จะแลกเปลี่ยนสินค้านั้นๆ และพื้นที่ทางกายภาพของตลาดในการติดต่อได้ง่ายขึ้น คือ บริเวณที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูล และโอนสิทธิของสินค้านั้นๆ ที่ตกลงจะทำการแลกเปลี่ยนสินค้าตามที่สะดวกของทั้ง 2 ฝ่าย ขอบข่ายของตลาดสามารถเป็นระดับประเทศหรือระหว่างประเทศก็ได้<sup>37</sup>

โครงสร้างตลาด (Market Structure) หมายถึง จำนวนของผู้ผลิต (ผู้ขาย) หรือผู้ซื้อที่มีอยู่ในตลาดสินค้าและบริการชนิดนั้นๆ โครงสร้างตลาดยังหมายรวมถึงสภาพแวดล้อมหรือบริบทต่างๆ ที่สัมพันธ์กับการแข่งขันของผู้ขายแต่ละราย ความสามารถในการเข้าและออกจากตลาด และความสะดวกในการเคลื่อนย้ายสินค้า การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และกล่าวได้ว่า ราคาปริมาณผลผลิตของสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งๆ จะถูกกำหนดขึ้นมาได้อย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับโครงสร้างตลาด<sup>38</sup> เมื่อพิจารณาตามลักษณะที่คล้ายคลึงหรือแตกต่างกันของโครงสร้างตลาดแล้วแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect competition) ตลาดผูกขาด (Monopoly) และตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfect competition)

### 1.3.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect competition)

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์หมายถึง ตลาดที่มีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมากในสินค้าชนิดเดียวกัน ราคาจะมีการเคลื่อนไหวขึ้นลงโดยเสรี ในขณะที่การเข้าออกจากตลาดของผู้ค้าจะไม่มีอุปสรรคขวางกั้น<sup>39</sup> โดยมีลักษณะและพฤติกรรม ดังนี้

1) ผู้ขายและผู้ซื้อที่มีจำนวนมากราย ทำให้การซื้อขายของแต่ละรายมีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนซื้อขายของทั้งตลาด ด้วยเหตุนี้การเปลี่ยนแปลงปริมาณการซื้อขายของผู้ซื้อและผู้ขายรายใดรายหนึ่งจึงไม่กระทบกระเทือนราคาตลาด<sup>40</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะไม่มีผู้ผลิตรายใดมีอิทธิพลเหนือตลาดในแง่ที่จะกำหนดปริมาณหรือราคาสินค้าชนิดนั้นได้ หรือจะสมรู้ร่วมคิดกัน

<sup>36</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคน. (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 160.

<sup>37</sup>ชวินทร์ ถิ่นะบรรจง. (2554). *เศรษฐศาสตร์คิดค้น* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 31-32.

<sup>38</sup>กรราคร ปรีดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 281.

<sup>39</sup>ชวินทร์ ถิ่นะบรรจง . (2554). *เศรษฐศาสตร์คิดค้น* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 33.

<sup>40</sup>วันรักษ์ มิ่งมณีนาคน. (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 161.

เพื่อกำหนดราคาก็ทำได้ยาก เพราะมีผู้ผลิตเป็นจำนวนมาก มีต้นทุนในการรวมตัวและทำข้อตกลง และการบังคับให้แต่ละรายปฏิบัติตามข้อตกลงค่อนข้างสูง ผู้ผลิตแต่ละรายจึงต้องเป็นผู้รับราคา (price taker) คือเป็นผู้ขายสินค้าตามราคาตลาดหรือราคาคุณภาพ<sup>41</sup> ทางด้านผู้ซื้อก็เช่นเดียวกัน ผู้ซื้อต้องยอมรับราคาที่ตลาดกำหนด การที่ผู้ซื้อยินยอมให้ราคาสูงขึ้นก็ไม่ทำให้ราคาตลาดของสินค้าสูงขึ้นจากเดิม เพราะผู้ซื้อรายนั้นซื้อสินค้าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนสินค้าที่ผู้ซื้อรายอื่นๆ ซื้อรวมกัน รวมถึงถ้าซื้อน้อยลงไปก็ไม่ทำให้ราคาสินค้านั้นลดลง ดังนั้น ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ราคาจึงถูกกำหนดจากราคาตลาดเท่านั้น<sup>42</sup>

2) สินค้าและบริการที่ซื้อขายกันในตลาดมีลักษณะและคุณภาพเหมือนกันทุกประการ<sup>43</sup> หรือมีคุณลักษณะใกล้เคียงกันมาก ในสายตาของผู้ซื้อไม่เห็นความแตกต่าง<sup>44</sup> (homogeneous products) สินค้าของผู้ขายแต่ละรายจึงสามารถใช้ทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น ผู้ผลิตแต่ละรายจะขายสินค้าต่างจากรายอื่นไม่ได้ ถ้ารายใดขายในราคาที่สูงกว่ารายอื่นๆ สินค้าของผู้ผลิตรายนั้นจะไม่สามารถขายได้เลย เพราะผู้ซื้อสามารถหันไปซื้อสินค้าจากรายอื่นที่มีลักษณะเหมือนกัน แต่ขายในราคาที่ต่ำกว่าได้ ดังนั้น การแข่งขันกันในตลาดประเภทนี้ จึงมีเพียงรูปแบบเดียวคือ การแข่งขันทางราคา กล่าวคือ แต่ละรายจะต้องขายในราคาตลาดให้ได้ การจะทำเช่นนี้ได้ ต้นทุนเฉลี่ยของแต่ละรายจะต้องไม่เกินราคาที่ขาย ไม่เช่นนั้นจะขาดทุนและอยู่ในตลาดต่อไปไม่ได้ ต้องออกไปจากตลาดโดยปริยาย ด้วยเหตุนี้ ผลของการแข่งขันในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ จึงนำไปสู่การผลิตหรือการใช้ทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ ในแง่ของผู้บริโภค ก็จะได้รับประโยชน์จากการแข่งขันด้วย เพราะจะได้ซื้อสินค้าในราคายุติธรรมหรือราคาที่เท่ากับต้นทุนในการผลิต ซึ่งเป็นระดับราคาต่ำสุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>45</sup>

3) ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าและออกจากตลาดได้อย่างเสรี ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์หน่วยผลิตรายใหม่ที่ต้องการเข้ามาผลิตสินค้าในตลาด จะสามารถเข้ามาได้โดยง่าย ในขณะที่เดียวกัน รายใดที่ต้องการออกจากตลาด (เลิกผลิต) ก็สามารถออกจากตลาดหรือเลิกกิจการได้สะดวก (free-entry and free-exit) เนื่องจากเป็นหน่วยผลิตเล็กๆ ใช้เงินลงทุนไม่มาก และไม่มี

<sup>41</sup> ภาวกร ปริดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 282.

<sup>42</sup> ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1 – 7 พิมพ์ครั้งที่ 20 นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 280.

<sup>43</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 280.

<sup>44</sup> วัน รัช มิ่งมณี นาคิน. (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 161.

<sup>45</sup> ภาวกร ปริดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 282.



อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry) หรือการกีดกันจากหน่วยผลิตที่ผลิตอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นการตั้งราคาเพื่อกีดกันหรือการสร้างอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบอื่นๆ ดังนั้น ในระยะยาวแล้ว จะไม่มีหน่วยผลิตใดในตลาดมีกำไรเกินปกติเพราะถ้ามีกำไรเกินปกติ หน่วยผลิตรายใหม่ๆ จะเข้ามาในตลาด จนทำให้อุปทานของตลาดเพิ่มขึ้นหรือสินค้ามีปริมาณมากจนส่งผลให้ราคาตลาดลดลง กำไรเกินปกติจะค่อยๆ หดหายไปที่สุด<sup>46</sup>

4) สินค้าสามารถโยกย้ายได้เต็มที่ (free mobility) หมายความว่า สินค้าสามารถเคลื่อนย้ายไปยังที่ต่างๆ ได้สะดวกและไม่เสียค่าใช้จ่ายมากจนถึงกับมีผลต่อราคาสินค้า<sup>47</sup> หรือไม่มีข้อห้ามตามกฎหมาย และไม่มีอุปสรรคในการเคลื่อนย้าย กล่าวคือ ถ้าสินค้าชนิดหนึ่งขาดแคลนในท้องที่แห่งหนึ่ง สินค้าชนิดนั้นจากท้องที่อื่น ก็จะเคลื่อนย้ายมายังท้องที่นั้น ทำให้ความขาดแคลนนั่นหมดไป<sup>48</sup>

5) ผู้ซื้อและผู้ขายมีความรอบรู้ในข้อมูลข่าวสารอย่างสมบูรณ์ การเคลื่อนย้ายสินค้าและปัจจัยการผลิตสามารถทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว การที่ราคาสินค้าในตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะมีเพียงราคาเดียวหรือเท่ากัน ไม่ว่าจะเป็นของผู้ขายรายใดและผู้ซื้อรายหนึ่งที่ไหนและผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้ามาในตลาดได้รวดเร็วขึ้นนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องมีความรอบรู้ในข้อมูลข่าวสารอย่างสมบูรณ์ การเคลื่อนย้ายสินค้าสามารถทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็วด้วย ซึ่งแน่นอนว่าในระยะสั้นอาจทำได้ยาก แต่ในระยะยาวแล้วเป็นไปได้เสมอ เช่น ถ้าผู้บริโภคทราบดีว่ายังมีผู้ขายอีกรายหนึ่งที่ขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่ารายที่ตนจะซื้อผู้ซื้อย่อมเปลี่ยนใจไปซื้อของอีกรายหนึ่งทันที แต่ถ้าผู้ซื้อไม่ทราบก็อาจจะยอมซื้อของรายนั้น ในด้านของผู้ขายก็เช่นกัน ถ้าผู้ขายรู้ว่าแหล่งใดที่ราคาสินค้าสูงกว่าราคาของตัวเองขายอยู่ ผู้ขายจะนำสินค้าของตัวเองไปขายที่นั่นทันที เมื่อมีสินค้าในแหล่งนั้นมากขึ้น ราคาสินค้าจะปรับตัวลงเรื่อยๆ จนเท่ากับแหล่งอื่นๆ ในที่สุด<sup>49</sup>

<sup>46</sup> ภาคาร ประดิษฐ์ศักดิ์. (2556). หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 283.

<sup>47</sup> วัน รัชย์ มิ่งมณี นาคิน. (2556). เศรษฐศาสตร์จุลภาค พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 161.

<sup>48</sup> ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1 – 7 พิมพ์ครั้งที่ 20 นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 281.

<sup>49</sup> ภาคาร ประดิษฐ์ศักดิ์. (2556). หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 283.

### ข้อดีของตลาดแข่งขันสมบูรณ์<sup>50</sup>

- 1) ในระยะยาว ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าในราคายุติธรรม กล่าวคือ ราคาเท่ากับต้นทุนเฉลี่ยและต้นทุนส่วนเพิ่ม
- 2) การผลิตมีประสิทธิภาพสูงสุด เพราะผู้ผลิตจะเลือกผลิตสินค้าตรงระดับที่ต้นทุนเฉลี่ยต่ำสุด และเป็นปริมาณที่ทำให้สังคมได้รับสวัสดิการสูงสุด ไม่มากหรือน้อยจนเกินไป
- 3) ไม่ต้องสูญเสียทรัพยากรหรือค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายหรือโฆษณา เพราะสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตแต่ละรายในตลาดประเภทนี้มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ

### ข้อเสียของตลาดแข่งขันสมบูรณ์<sup>51</sup>

- 1) ไม่จูงใจให้มีการพัฒนาเทคนิคการผลิตผ่านการวิจัยและพัฒนา เนื่องจากหน่วยผลิตแต่ละรายเป็นรายเล็กๆ มีเงินทุนน้อย ประกอบกับผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้ามาผลิตแข่งขันได้ง่าย ฉะนั้น ผลประโยชน์ที่ได้อาจจะไม่คุ้มค่ากับการลงทุนคิดค้นพัฒนาผลิตภัณฑ์
- 2) ผู้บริโภคบางกลุ่มอาจไม่ได้รับความพอใจสูงสุด ถ้ารสนิยมของผู้บริโภคในตลาดมีความแตกต่างกัน แต่สินค้าในตลาดมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ ไม่มีความหลากหลาย จึงไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้ครบถ้วน
- 3) ในกรณีที่การผลิตมีผลกระทบภายนอกในเชิงลบ เช่น การก่อมลพิษ อาจมีการผลิตหรือใช้ทรัพยากรเกินระดับที่สังคมต้องการ เนื่องจากผู้ผลิตไม่ได้คำนึงถึงต้นทุนที่เกิดกับบุคคลภายนอก

### 1.3.2 ตลาดผูกขาด (Monopoly)

ตลาดผูกขาด หมายถึง ตลาดที่มีผู้แข่งขันเพียงรายเดียว ทำให้มีความสามารถในการควบคุมหรือกำหนดราคาขายได้ และมักจะมีอำนาจในการจัดขวางมิให้ผู้ขายรายอื่นๆ เข้ามาในตลาดได้<sup>52</sup> โดยมีลักษณะและพฤติกรรม ดังนี้

- 1) มีผู้ผลิตเพียงรายเดียว หรือ “ตลาดผูกขาดที่แท้จริง” (pure monopoly) หน่วยผลิต ผู้ผูกขาดจึงมีอิทธิพลเหนือตลาด กล่าวคือ เป็นผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดราคาหรือมีฐานะเป็นผู้ตั้งราคา (price maker) หรือผู้แสวงราคา (price searcher) เพราะสามารถตั้งราคาโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง หรือไม่ต้องเกรงว่าจะมีผู้ผลิตรายอื่นมาตัดราคา ราคาสินค้าในตลาดผูกขาดจึงมักจะอยู่ในระดับสูง เมื่อเทียบกับตลาดอื่นๆ ที่มีการแข่งขันกัน<sup>53</sup>

<sup>50</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 145.

<sup>51</sup> ภากร พรศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 146.

<sup>52</sup> ชวินทร์ ลีนะบรรจง. (2554). *เศรษฐศาสตร์คิดค้น* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 33.

<sup>53</sup> ภากร พรศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 284.

2) สินค้าของผู้ผูกขาดมักหาสินค้าอื่นมาทดแทนได้ยาก จึงทำให้ผู้ผูกขาดมีอำนาจในการตั้งราคาได้มากยิ่งขึ้น เพราะแม้ราคาสินค้าจะสูงขึ้น ผู้ซื้อจะลดการซื้อลงได้ไม่มาก เพราะถ้าไม่ซื้อสินค้าของผู้ผูกขาดรายนี้ ก็ไม่อาจหาสินค้าของรายอื่นหรือชนิดอื่นมาทดแทนได้มากนัก<sup>54</sup>

3) ผู้ผลิตสามารถกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาผลิตแข่งขันได้<sup>55</sup> ผู้ผลิตรายใหม่จะเข้ามาผลิตแข่งขันได้ยากหรือเป็นไปได้เลย ทำไมผู้ผลิตรายอื่นจึงเข้ามาผลิตแข่งขันกับรายเดิมไม่ได้ ซึ่งตอบได้ว่า ถ้ามีผู้ผลิตมากกว่าหนึ่งรายและแต่ละรายไม่ได้รวมหัวหรือสมรู้ร่วมคิดกัน ตลาดนี้ก็จะไม่ใช่ตลาดผูกขาดที่แท้จริงอีกต่อไป แต่กลายเป็นตลาดประเภทอื่นๆ ไปทันที<sup>56</sup>

#### ข้อดีของตลาดผูกขาด<sup>57</sup>

1) ในกรณีที่การผลิตสินค้ามีการประหยัดจากขนาด การผลิตภายใต้ตลาดผูกขาดจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรมากกว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์ เพราะถ้าผลิตเพียงรายเดียวในปริมาณมาก ต้นทุนเฉลี่ยจะต่ำกว่าการผลิตโดยผู้ผลิตหลายรายและแต่ละรายผลิตในปริมาณน้อยๆ

2) เปิดโอกาสให้มีการวิจัยและพัฒนาเทคนิคการผลิต เนื่องจากผู้ผูกขาดมักเป็นหน่วยผลิตที่มีขนาดใหญ่ มีเงินทุนมากเพียงพอ และผลประโยชน์ที่ได้จากการกีดกันคู่แข่งกับการลงทุน เพราะจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงาน รวมทั้งสามารถกีดกันหน่วยผลิตรายอื่นไม่ให้เข้าตลาดได้

3) ในกรณีที่การผลิตมีผลกระทบต่อภายนอกในเชิงลบ ปริมาณการผลิตหรือการใช้ทรัพยากรอาจจะไม่เกินระดับที่สังคมต้องการ เนื่องจากปกติแล้วผู้ผลิตมักจะผลิตในปริมาณที่น้อยอยู่แล้ว ดังนั้น ความสูญเสียของสังคมจากการก่อมลพิษต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมอาจมีน้อยกว่ากรณีของตลาดแข่งขันสมบูรณ์

#### ข้อเสียของตลาดผูกขาด<sup>58</sup>

1) หน่วยผลิตที่ผูกขาดอาจจะไม่มีแรงจูงใจในการปรับปรุงหรือพัฒนาด้านเทคนิคการผลิตและคุณภาพสินค้าก็ได้ เนื่องจากไม่มีแรงกดดันจากคู่แข่ง เพราะมีอยู่เพียงรายเดียว

<sup>54</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 285.

<sup>55</sup> วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน เศรษฐศาสตร์จุลภาค พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 169.

<sup>56</sup> ภราดร ปริดาศักดิ์ หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 285.

<sup>57</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 150.

<sup>58</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 152.

2) ปริมาณสินค้ามักมีน้อยและมีราคาสูง เมื่อเทียบกับตลาดประเภทอื่นๆ เพราะหน่วยผลิตผู้ผูกขาดสามารถควบคุมปริมาณหรือกำหนดราคาสินค้าได้ ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงกว่าต้นทุนเฉลี่ยและสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม

3) การใช้ทรัพยากรของระบบเศรษฐกิจมักไม่มีประสิทธิภาพ เกิดประโยชน์สาบสูญหรือความสูญเปล่าเศรษฐกิจ (deadweight loss) เนื่องจากปริมาณการผลิตในตลาดผูกขาดมักต่ำกว่าระดับที่ทำให้สังคมไม่ได้รับสวัสดิการสูงสุด

### 1.3.3 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfect competition)

ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ หมายถึง ตลาดที่อยู่ระหว่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดผูกขาด โดยมีคุณลักษณะตลาดทั้งสองแบบผสมกัน<sup>59</sup> โดยมีลักษณะและพฤติกรรม ดังนี้

1) มีผู้ผลิตหรือผู้ขายตั้งแต่สองรายขึ้นไป การที่ตลาดสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งๆ มีหน่วยผลิตมากกว่าหนึ่งราย เป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งที่จะเปิดโอกาสให้หน่วยผลิตสามารถแข่งขันกันได้ ยังมีหน่วยผลิตมากเท่าใด ระดับของการแข่งขันจะมากขึ้นเท่านั้น ตลาดที่มีหน่วยผลิตเพียงรายเดียวซึ่งไม่มีคู่แข่ง (ตลาดผูกขาดที่แท้จริง) ถือว่าไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามนิยามของตลาดประเภทนี้<sup>60</sup>

2) หน่วยผลิตแต่ละรายมีอำนาจผูกขาดในระดับหนึ่ง กล่าวคือ แม้ว่าหน่วยผลิตต่างๆ ในตลาดอาจมีการแข่งขันกัน แต่ในขณะเดียวกัน หน่วยผลิตหนึ่งๆ ก็ยังสามารถตั้งราคาผลิตภัณฑ์ของตนให้แตกต่างจากรายอื่นได้ ทั้งนี้เนื่องจากผลิตภัณฑ์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตอื่น อย่างน้อยก็แตกต่างกันในสายตาของผู้บริโภค หรือในกรณีที่ผลิตภัณฑ์เหมือนกันและหน่วยผลิตมีจำนวนไม่มากนัก อำนาจการผูกขาดอาจเกิดจากการสมรู้ร่วมคิดกัน (collusion) ของบรรดาหน่วยผลิตในตลาด อย่างไรก็ตาม ระดับของการผูกขาดจะมากขึ้นขึ้นอยู่กับว่าผลิตภัณฑ์มีความแตกต่างกันมากเพียงใด หรือหน่วยผลิตต่างๆ ประสบความสำเร็จในการร่วมกันหรือไม่<sup>61</sup>

3) หน่วยผลิตมีข้อจำกัดในการรับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร กล่าวคือ หน่วยผลิตแต่ละรายมีความสามารถในการเข้าถึงและรับรู้ข้อมูลข่าวสารด้านต่างๆ ไม่เท่ากัน เช่น ข่าวสารเกี่ยวกับทรัพยากร ต้นทุน ราคา เทคโนโลยี และนวัตกรรม เป็นต้น ข้อจำกัดนี้ส่งผลให้ต้นทุนการผลิต ลักษณะและราคาผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตแต่ละรายอาจจะแตกต่างกัน นอกจากนั้น

<sup>59</sup>ชวินทร์ ถินะบรรจง. (2554). เศรษฐศาสตร์จุลทัศน์ กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 33.

<sup>60</sup>ภราดร ปรีดาศักดิ์. (2556). หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 288.

<sup>61</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 288.

ยังเป็นเครื่องแสดงถึงระดับของอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry) ของหน่วยผลิตรายใหม่ด้วย ดังนั้น การเข้าสู่ตลาดของหน่วยผลิตรายใหม่จึงเป็นไปได้ทั้งง่ายและยาก<sup>62</sup>

จากคำนิยามและลักษณะของที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ตลาดที่มีโครงสร้างและคุณสมบัติเข้าข่ายหรือตรงกับลักษณะของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ ประกอบด้วยตลาดย่อยๆ 2 รูปแบบ คือ ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition) และตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly)<sup>63</sup> ซึ่งตลาดสินค้าและบริการส่วนใหญ่ในโลกแห่งความเป็นจริงมักจะมีโครงสร้างตลาดเป็นรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งในสองรูปแบบนี้ ลักษณะของตลาดดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition)

ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดหมายถึง ตลาดที่มีลักษณะคล้ายกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ แต่โครงสร้างบางส่วนมีลักษณะที่เอนเอียงไปทางตลาดผูกขาด<sup>64</sup> โดยมีลักษณะและพฤติกรรม ดังนี้

1. ผู้ผลิตหรือผู้ขายจำนวนมาก ถ้าจะเปรียบเทียบจำนวนหน่วยผลิตในตลาดประเภทนี้กับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ อาจกล่าวได้ว่าในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดไม่จำเป็นต้องมีจำนวนมากมายเหมือนอย่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์ แต่กระนั้นก็ตาม จะต้องมีความมากมายพอจนกระทั่งมีอาจทำให้ปริมาณสินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายมีส่วนที่สูงเมื่อเทียบกับปริมาณสินค้าทั้งหมดในตลาด กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ผลิตแต่ละรายยังคงเป็นรายเล็กๆ หรือรายย่อย จนกระทั่งการเพิ่มหรือลดปริมาณการผลิตของหน่วยผลิตเพียงรายใดรายหนึ่ง ไม่อาจสร้างผลกระทบต่อปริมาณสินค้าในตลาด และผู้ผลิตแต่ละรายไม่อาจที่จะรวมกลุ่มกันเพื่อกำหนดปริมาณหรือราคาได้ การสมรู้ร่วมคิดกันในตลาดรูปแบบนี้จึงเกิดขึ้นได้ยากเช่นเดียวกับในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ นัยตามข้อนี้ยังสื่อให้เห็นว่าถ้าหน่วยผลิตแต่ละรายต้องเผชิญกับการแข่งขันในตลาดจากผู้ผลิตรายอื่นๆ ที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก<sup>65</sup>

2. สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายมีความแตกต่างกันแต่ใช้ทดแทนกันได้ ความแตกต่างของสินค้าในที่นี้อาจจะแตกต่างกันลักษณะทางกายภาพหรือแตกต่างกันในความรู้สึกของผู้บริโภค การที่ผู้บริโภคมีความเห็นว่าสินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายมีความแตกต่างกันนี้ ทำให้ผู้บริโภคบางรายหรือบางกลุ่มที่มีรสนิยมแตกต่างจากกลุ่มอื่นๆ อาจจะนิยมชมชอบหรือมีความภักดีต่อสินค้าของผู้ผลิตรายหนึ่งรายใดเป็นพิเศษ ทำให้ผู้ผลิตในตลาดรูปแบบนี้เป็นผู้แสวงราคา (price

<sup>62</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 288.

<sup>63</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 288.

<sup>64</sup> ภากรวด ปริดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 289.

<sup>65</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 289.



searcher) คือมีอำนาจในการผูกขาดหรือกำหนดราคา แม้ผู้ผลิตรายนั้นจะขายสินค้าของตนในราคาที่สูงกว่ารายอื่นไปบ้าง ผู้ผลิตรายนั้นก็ยังสามารถขายสินค้าของตนได้ หรือถ้าผู้ผลิตรายนั้นขึ้นราคา ก็ยังมีคนซื้อสินค้าของเขาอยู่ ดังนั้น ราคาสินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายจึงไม่จำเป็นต้องเท่ากัน ต่างจากตลาดแข่งขันสมบูรณ์ที่ทุกรายเป็นผู้รับราคาซึ่งต้องขายสินค้าในราคาเดียวกันหมด<sup>66</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้สินค้าจะแตกต่างจากของผู้ผลิตรายอื่นเพียงใด แต่สินค้าของผู้ผลิตรายอื่นก็สามารถใช้แทนกันได้ดี ดังนั้น ถ้าตั้งราคาสินค้าสูงกว่าผู้ผลิตรายอื่นจนเกินไปแล้ว ย่อมสูญเสียลูกค้าจำนวนมากให้ผู้ผลิตรายอื่น<sup>67</sup>

3. ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ง่าย ในตลาดที่แข่งขันถึงผูกขาด ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้ามาผลิตเพื่อแข่งขันในตลาดได้ไม่ยาก แม้ว่าในระยะสั้นอาจทำไม่ได้เนื่องจากการปรับปรุงคุณภาพสินค้าให้มีมาตรฐานเทียบเท่าหรือเลียนแบบให้เหมือนกับสินค้าของผู้ผลิตรายเดิมต้องอาศัยการเรียนรู้และปรับเปลี่ยนวิธีการผลิตเสียก่อน ในระยะสั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ผลิตในตลาดนี้จะใช้กลยุทธ์อื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคามาเป็นเครื่องมือในการแข่งขัน เช่น การโฆษณาการสร้าง ความแตกต่างในผลิตภัณฑ์ เป็นต้น แต่ในระยะยาวแล้ว อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดอาจมีน้อยลงหรือขจัดให้หมดไปได้ ดังนั้น สำหรับในระยะยาวแล้ว ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าและออกจากตลาดได้อย่างสะดวกโดยไม่มีอุปสรรคหรือข้อกีดกันใดๆ ในระยะยาว จึงไม่มีผู้ผลิตรายใดมีกำไรเกินปกติเช่นเดียวกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์<sup>68</sup>

### 2) ตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly competition)

ตลาดผู้ขายน้อยราย หมายถึง ตลาดที่มีผู้ขายจำนวนไม่มาก โดยทั่วไปมักกำหนดว่ามีอยู่ประมาณสามสี่รายที่ผลิตหรือขายสินค้า<sup>69</sup> เมื่อผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งเปลี่ยนแปลงราคาและจำนวนผลผลิต จะมีผลกระทบต่อคู่แข่งและมักจะมีการกระทำตอบโต้<sup>70</sup> โดยมีลักษณะและพฤติกรรม ดังนี้

<sup>66</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 289.

<sup>67</sup> วัน รั กษ์ มี ง ม ฉิ น าคิ น . (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 186.

<sup>68</sup> กราตร ปรีดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 289.

<sup>69</sup> ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1 – 7 พิมพ์ครั้งที่ 20 นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 282.

<sup>70</sup> วัน รั กษ์ มี ง ม ฉิ น าคิ น . (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* พิมพ์ครั้งที่ 20 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 181.

1. มีจำนวนผู้ผลิตหรือผู้ขายไม่มาก ผู้ผลิตแต่ละรายมีปริมาณสินค้าในสัดส่วนที่ค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับสินค้าทั้งหมดในตลาด กล่าวอีกนัยหนึ่ง ส่วนแบ่งตลาดของสินค้าชนิดนั้นจะกระจุกตัวอยู่ในกลุ่มผู้ผลิตรายใหญ่ๆ เพียงไม่กี่ราย ในโลกของความเป็นจริงอาจสังเกตในเบื้องต้นได้ว่า มีตลาดสินค้าหรือบริการหลายชนิดที่มีคุณสมบัติข้อนี้ เนื่องจากมีผู้ผลิตรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย (เช่น สองถึงสี่รายแรก) ที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันแล้วมากกว่าครึ่งหนึ่งของทั้งตลาด เช่น ตลาดน้ำอัดลม เครื่องดื่มชูกำลัง รถยนต์ ปูนซีเมนต์ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อผู้ผลิตรายใดเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงปริมาณการผลิต ราคา หรือพฤติกรรมอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและการจำหน่ายย่อมส่งผลกระทบต่อตลาดหรือผู้ผลิตรายอื่น ทำให้ผู้ผลิตรายอื่นต้องปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปด้วย และจะส่งผลย้อนกลับมายังผู้ผลิตรายนั้น การตัดสินใจกระทำการใดของผู้ผลิตหรือผู้ขายแต่ละรายในตลาดประเภทนี้จึงต้องคำนึงถึงปฏิสัมพันธ์ที่มีต่อกัน (interdependent) ระหว่างหน่วยผลิตต่างๆ ในตลาดด้วย จึงเป็นไปได้ว่าผู้ขายในตลาดรูปแบบนี้อาจจะแข่งขันกันหรืออาจจะร่วมมือกันในการกำหนดราคาสินค้า<sup>71</sup>

2. สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายอาจเหมือนกันหรือแตกต่างกันก็ได้ ถ้าเหมือนกันเรียกว่า “ตลาดผู้ขายน้อยรายที่แท้จริง” (pure oligopoly) เช่น น้ำมันเชื้อเพลิง ทองคำ เหล็กกล้า เป็นต้น ในกรณีนี้ การที่หน่วยผลิตจะแข่งขันกันในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคา (non-price competition) จะมีโอกาสเกิดขึ้นค่อนข้างน้อย เนื่องจากผู้บริโภคจะตัดสินใจซื้อผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตรายใดนั้น เขาจะพิจารณาที่ราคาเป็นสำคัญ แต่ถ้าผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตแต่ละรายมีความแตกต่างกันซึ่งเรียกว่า “ตลาดผู้ขายน้อยรายที่ต่างกัน” (differentiate oligopoly) หรือตลาดผู้ขายน้อยรายไม่แท้ (impure oligopoly) เช่น ตลาดรถยนต์ เบียร์ หนังสือพิมพ์ โรงพยาบาล ธนาคาร เป็นต้น ถ้าสินค้าเหมือนกันและขนาดของหน่วยผลิตเท่ากัน เส้นอุปสงค์ที่หน่วยผลิตแต่ละรายเผชิญย่อมมีลักษณะเหมือนกัน และการร่วมมือกันเพื่อกำหนดปริมาณและราคาสินค้าระหว่างหน่วยผลิตย่อมตกลงกันได้ง่ายกว่ากรณีที่สินค้าต่างกัน แต่ถ้าสินค้าแตกต่างกัน เป็นไปได้ว่าอุปสงค์ที่แต่ละหน่วยผลิตเผชิญอาจจะไม่เหมือนกัน ราคาที่ขายก็อาจจะแตกต่างกัน ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์มีความแตกต่างกันนี้ มีความเป็นไปได้ที่หน่วยผลิตจะแข่งขันกันโดยใช้กลยุทธ์อื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคาเป็นเครื่องมือในการแข่งขัน เช่น รูปแบบของผลิตภัณฑ์ คุณภาพของสินค้าหรือการบริการหลังการขาย การโฆษณา เป็นต้น<sup>72</sup>

<sup>71</sup> ภาวคร ปรีดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 290–291.

<sup>72</sup> ภาวคร ปรีดาศักดิ์. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 291.



3. ผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาดได้ยาก มักถูกกีดกันหรือมีอุปสรรคในการเข้ามาแข่งขันกับผู้ผลิตรายเดิมเช่นเดียวกับตลาดผูกขาด ดังนั้น ในระยะยาว ผู้ผลิตในตลาดรูปแบบนี้จึงสามารถรักษากำไรให้อยู่เหนือระดับปกติได้ต่อไป<sup>73</sup>

นอกจากคุณสมบัติทั้งสามประการตามที่กล่าวมาแล้ว ตลาดรูปแบบนี้ยังมีคุณสมบัติพิเศษที่ไม่ค่อยปรากฏในตลาดรูปแบบอื่นๆ นั่นคือผู้ผลิตมีพฤติกรรมที่ค่อนข้างหลากหลาย ในบางกรณีหน่วยผลิตต่างๆ จะไม่ร่วมมือกัน คือ จะแข่งขันกันทั้งด้านราคาและในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคา (non-price competition) เช่น การแข่งขันกันสร้างความแตกต่าง (differentiation) ในตัวสินค้าหรือบริการของตนด้วยการปรับปรุงคุณภาพของสินค้า การบริการ การโฆษณาประชาสัมพันธ์ รวมทั้งการใช้กลยุทธ์อื่นๆ เพื่อดึงดูดและเพิ่มจำนวนลูกค้า แต่ในบางกรณีหน่วยผลิตต่างๆ อาจจะร่วมมือกันเพราะเห็นว่าถ้าแข่งขันกันต่างฝ่ายต่างก็จะเสียผลประโยชน์ การร่วมมือกันจะทำให้ได้ประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย ซึ่งการร่วมมือกันนี้อาจเป็นการร่วมมือกันอย่างเปิดเผยเป็นทางการ หรืออาจร่วมมือกันอย่างแอบแฝงหรือเป็นนัยๆ ก็ได้ ด้วยเหตุดังนี้ จึงไม่มีทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งที่สามารถอธิบายพฤติกรรมโดยทั่วไปของหน่วยผลิตในตลาดประเภทนี้โดยครอบคลุมทุกพฤติกรรมได้<sup>74</sup>

#### ข้อดีของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์<sup>75</sup>

1) ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากความหลากหลายของสินค้าและบริการต่างๆ เพราะสามารถจะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ตรงกับรสนิยมของตนได้มากกว่ากรณีของตลาดแข่งขันสมบูรณ์

2) กระตุ้นให้มีการพัฒนาหรือปรับปรุงคุณภาพของสินค้าอยู่ตลอดเวลา เนื่องจากมีการแข่งขันกันในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ราคา เช่น การสร้างความแตกต่างในผลิตภัณฑ์ การให้บริการหลังขายและการโฆษณาที่เป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค เป็นต้น

#### ข้อเสียของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์<sup>76</sup>

1) การผลิตไม่มีประสิทธิภาพหรือสังคมไม่ได้รับสวัสดิการสูงสุด เนื่องจากปริมาณการผลิตในตลาดประเภทนี้มักจะน้อยกว่าระดับที่ควรจะเป็นหรือยังมีกำลังการผลิตส่วนเกินเช่นเดียวกับตลาดผูกขาด แม้จะไม่รุนแรงเท่ากับตลาดผูกขาดก็ตาม

<sup>73</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 291.

<sup>74</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 291.

<sup>75</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 160.

<sup>76</sup> ภาคาร ปรินาคคี. (2556). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 164.

2) การแข่งขันกันในรูปแบบต่างๆ ที่ไม่ใช่ราคาระหว่างหน่วยผลิตต่างๆ ในตลาดประเภทนี้อาจนำมาซึ่งการทุ่มเททรัพยากรเพื่อการแข่งขันหรือการทำลายคู่แข่ง ทำให้ต้องสูญเสียทรัพยากรไปในทางที่ไม่ได้ก่อประโยชน์แก่สังคม

3) ในบางกรณี โดยเฉพาะในตลาดผู้ขายน้อยราย หน่วยผลิตในตลาดอาจจะร่วมมือหรือสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อสร้างอำนาจผูกขาด ทำให้ราคาปริมาณการผลิตน้อยลงและราคาสูงขึ้น ส่งผลให้สวัสดิการสังคมลดลง เช่นเดียวกับตลาดผูกขาด

#### 1.4 ผลกระทบจากการผูกขาดต่อระบบเศรษฐกิจ

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่า การผูกขาดนั้นนอกจากจะมีผลทำให้กลไกตลาดไม่ทำงานแล้วยังมีผลกระทบในแง่ลบที่ร้ายแรงมากต่อระบบเศรษฐกิจ ดังนี้<sup>77</sup>

1. ผลที่มีต่อผู้บริโภค การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรงจากข้อเสนอของหน่วยธุรกิจ ผลประโยชน์ทางด้านราคา ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าและบริการได้ในราคาที่เป็นธรรม ในราคาและผู้ผลิตแข่งขันกันเพื่อช่วงชิงตลาดเป็นของตน ผู้บริโภคสามารถเลือกสินค้าดี และบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และรสนิยมของตน การแข่งขันทำให้ผู้ผลิตต้องหันมาสนใจปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการ เพื่อให้ผลผลิตของตนเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอหรือพยายามที่จะเสนอสินค้าและบริการใหม่ๆ เข้าสู่ตลาด เจตนาธรรมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าส่วนหนึ่งจึงมุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยอาศัยกลไกตลาดเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในภาพกว้าง เรียกว่าคุ้มครองเชิงรูปแบบ ซึ่งต่างจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่คุ้มครองลงลึกไปถึงการใช้สินค้าและบริการ เรียกว่า คุ้มครองเชิงเนื้อหา

2. ผลที่มีต่อผู้ผลิต การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบข้อเสียเปรียบขึ้นในทางธุรกิจ ผู้ผลิตที่ได้รับสิทธิจากการผูกขาดในตลาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขัน ทั่วๆ ที่ตนเองไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถอย่างแท้จริงอันเกิดจากการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้อื่น ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าการแข่งขันจะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่จะดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยผลิตใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่งจะถูกขบวนการทำงานของกลไกราคาบีบให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด กล่าวได้ว่าตลาดที่มีการแข่งขันนั้นสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่กลุ่มผู้ผลิตด้วยกันเองหรือเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหน้าใหม่ (New entrants)

<sup>77</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2551). แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษากฎหมายกับธุรกิจ กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 163-164.

สามารถเข้ามาแข่งขันได้กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมุ่งคุ้มครองผู้ผลิตให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ<sup>78</sup>

3. ผลที่มีต่อสังคม สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจน คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กำไรส่วนเกิน (Excess profit) ตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด และประสิทธิภาพการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป (Deadweight welfare loss)<sup>79</sup> แต่สำหรับผู้ผลิตที่ผูกขาดด้วยการพัฒนาสินค้าและบริการลดต้นทุนสามารถผูกขาดโดยเกิดจากความพึงพอใจของผู้บริโภคมิได้เกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมย่อมไม่ถือว่ากำไรส่วนเกิน ตกแก่ผู้ผูกขาดเพราะกำไรที่ได้รับนั้นเป็นสิ่งตอบแทนที่เหมาะสมอันเกิดจากการแข่งขันดังนั้น กฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะไปแทรกแซงผู้ผูกขาดที่เกิดจากการแข่งขันที่เป็นธรรม

## 2. แนวคิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า

### 2.1 ที่มา เจตนารมณ์ และกลไกของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ<sup>80</sup>

#### 2.1.1 ที่มาของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกที่มีระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาดตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นที่รัฐต้องเข้าแทรกแซงตลาดโดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้ามานานกว่าร้อยปี ซึ่งประเทศแรกที่ตรากฎหมายขึ้นปี 1889 คือ แคนาดา เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า “The Act for the Prevention and Suppression of Combination in Restraint of Trade” โ ค ย มี วัตถุประสงค์ที่จะลงโทษทางอาญากับผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดราคาสินค้า<sup>81</sup> โดยมีประเทศ

<sup>78</sup> ศักดา ธนิตกุล. (2551). แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษากฎหมายกับธุรกิจ กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 163-164.

<sup>79</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 164.

<sup>80</sup> โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.

<sup>81</sup> ศักดา ธนิตกุล. (2551). คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 13.

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองในปี 1890 คือ The Sherman Act เพื่อปกป้องผู้บริโภคจากการผูกขาด และร่วมกันกำหนดราคาของบริษัทใหญ่ๆ<sup>82</sup> ต่อมาได้ตรากฎหมายอีกสองฉบับ คือ The Federal Trade Commission Act และ The Clayton Act ในปี 1914 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการรายย่อยจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม หรือพฤติกรรมกีดกันการประกอบธุรกิจของบริษัทใหญ่ๆ<sup>83</sup> และต่อมาประเทศต่างๆ เช่น ญี่ปุ่น เยอรมัน และประเทศอื่นๆ ได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาด และแข่งขันทางการค้าขึ้นใช้บังคับ โดยแต่ละประเทศอาจมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยที่แตกต่างกัน เช่น สภาพสังคม สภาพเศรษฐกิจนโยบายทางเศรษฐกิจ ฯลฯ

### 2.1.2 เจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

หลักสากล กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมหรือกำจัดการกระทำรูปแบบต่างๆ อาทิ การใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีขอบ การตกลงร่วมกัน การควบรวมกิจการ ที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขัน ซึ่งส่งผลเสียต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและการค้า<sup>84</sup> ทั้งนี้ บางประเทศอาจเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ด้านอื่นๆ เช่น การส่งเสริมและคุ้มครองการแข่งขัน การส่งเสริมนวัตกรรม การคุ้มครองสวัสดิการสังคมและผู้บริโภค เป็นต้น<sup>85</sup> เช่น ออสเตรเลีย

ปรัชญาในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศจะแตกต่างกันออกไปตามโครงสร้าง และแนวนโยบายทางเศรษฐกิจสังคมโดยรวมของแต่ละประเทศ บางประเทศกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะกำหนดกฎเกณฑ์ของการแข่งขันในตลาดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการทุกราย โดยเฉพาะผู้ประกอบการรายย่อย ในขณะที่บางประเทศเห็นว่าการแข่งขันทางการค้าเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค ส่วนบางประเทศอาจมองว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของ

<sup>82</sup>“ เรื่องเดียวกัน” หน้า 14.

<sup>83</sup>“ เรื่องเดียวกัน ” หน้า 13-14.

<sup>84</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. MODEL LAW ON COMPETITION 2010 .p 3.

<sup>85</sup>สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2558). ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาปฏิรูปแห่งชาติ . วรรgeปฏิรูปที่ 12 : การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า. สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 17.

ประเทศโดยรวม เช่น การส่งเสริมการส่งออก การจ้างงาน หรือการกระจายรายได้ เป็นต้น<sup>86</sup> โดยทั่วไปแล้วกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญมีอยู่ 4 ประการ ดังนี้<sup>87</sup>

1. เพื่อสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม ในปัจจุบันมีการเปิดเสรีด้านการลงทุนมากขึ้น เป็นผลให้บริษัทต่างชาติรายใหญ่หลั่งไหลเข้ามาลงทุนในประเทศเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างขนาดของการประกอบการมากขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีกฎกติกาเพื่อกำหนดให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม และคุ้มครองไม่ให้ผู้ประกอบการรายเล็กในประเทศถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการรายใหญ่จากต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศ หากผู้ประกอบการรายใดผูกขาดโดยเกิดจากการกระทำที่เป็นธรรมแล้วกฎหมายจะไม่แทรกแซง เพราะการแข่งขันที่เป็นธรรมย่อมเกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจและเป็นสิ่งที่ผู้ผลิตสมควรได้รับซึ่งหากรัฐเข้าแทรกแซงผู้ผลิตที่แข่งขันอย่างเป็นธรรมแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจากผู้ผลิตอาจขาดแรงจูงใจในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

2. เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมแล้ว ผู้บริโภคก็จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิของตนเอง ในการบริโภคสินค้าและบริการที่เป็นธรรม

เพราะผู้บริภคยอมมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่น้อยกว่าผู้ผลิตอีกทั้งคนส่วนใหญ่ ตกอยู่ในฐานะผู้บริภคมากกว่าผู้ประกอบการดังนั้นกฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมุ่งคุ้มครอง ผู้บริโภคด้วย เพื่อเป็นหนึ่งในกลไกที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ

3. เป็นเครื่องมือในการสนับสนุนนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะต้องเป็นเครื่องมือเพื่อที่ตรวจสอบนโยบายของรัฐ ไม่ให้ใช้นโยบายของรัฐนำไปสู่การผูกขาดในตลาด อันเป็นผลเสียต่อการแข่งขัน

4. เพื่อลดการแทรกแซงจากรัฐบาล การกำหนดให้มีการส่งเสริมการแข่งขัน Competition Advocacy จะทำให้ประเมินผลกระทบของการเข้าไปแทรกแซงตลาดของรัฐบาลได้ เช่น การประเมินผลกระทบต่อบริษัทผู้จำหน่ายน้ำมันรายอื่นๆ หากรัฐบาลเข้าไปควบคุมราคาจำหน่ายน้ำมันของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ปตท. ซึ่งส่งผลกระทบต่อราคาน้ำมันในตลาด

ทั้งนี้ แต่ละประเทศอาจมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับระบบเศรษฐกิจ และนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละ

<sup>86</sup>พัลลภ รัตนจันทร์. (2542). *การสัมมนาความร่วมมือระหว่างไทยและญี่ปุ่น* เรื่อง กฎหมายเศรษฐกิจกับการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ กรุงเทพฯ หน้า 198.

<sup>87</sup>เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. (2550). *Trade and Competition โครงการ WTO Watch*. (ฉบับกระแสดองค์การการค้าโลก) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพฯ หน้า 6.



ละประเทศ โดยผู้ศึกษาจะยกตัวอย่างของแต่ละประเทศที่พัฒนาแล้วมาเป็นกรณีศึกษา เพื่อให้เห็นแนวความคิดของประเทศนั้นๆอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้

### สหภาพยุโรป

เนื่องจากอุปสรรคหลักต่อการทำงานของกลไกตลาด คือ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจบางรายมีอำนาจตลาดมากเกินไป (Excessive market power) การกระจุกตัวของธุรกิจในระดับที่สูง (High business concentration) การตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements)<sup>88</sup> กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจ ลูกค้า และผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการค้าอย่างสูงสุด แต่ผู้ประกอบการโดยมากมักมองกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแง่ลบเนื่องจากเห็นว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นเรื่องยุ่งยากและเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่และต้นทุนในการประกอบธุรกิจจากการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งที่จริงแล้วการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นกลับยิ่งทำให้เกิดผลเสียมากกว่าการปฏิบัติตามกฎหมายเสียอีก กล่าวคือผู้ประกอบการรายใหม่และผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจะไม่สามารถเข้าสู่ตลาดหรือแข่งขันกับผู้ประกอบการเดิมที่มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันได้ เนื่องจากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันเป็นการบิดเบือนกลไกตลาด และเพิ่มต้นทุนทางการค้าจึงส่งผลให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม<sup>89</sup>โดยข้อกำหนดของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ถูกบัญญัติไว้ในมาตราที่ 101 ถึง 109 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU)<sup>90</sup>

### สหรัฐอเมริกา

ประเทศที่มีขนาดเล็กโดยทั่วไปแล้วจะต้องพึ่งพาการส่งออก และขนาดของผู้ผลิตจะเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่กำหนดขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดโลก มาตรการกฎหมายแข่งขันการค้าของประเทศเหล่านี้จึงต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้ผลิตจะได้รับจากการประหยัดขนาด (Economic of Scale) กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงอ่อนอ่อนผ่อนปรนแก่ผู้ส่งออกสำหรับประเทศที่มีตลาดภายในประเทศขนาดใหญ่อย่าง สหรัฐอเมริกา ไม่จำเป็นต้องคำนึงผลของการประหยัดจากขนาด (Economic of Scale) นโยบายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาจึงยึดประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก นอกจากนั้นแล้วสหรัฐอเมริกายังเป็นประเทศที่ยึดมั่นในระบบตลาดเสรี จึงไม่มองกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นมาตรการหนึ่งในการสนับสนุนนโยบายทาง

<sup>88</sup>คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). *กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย* จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 30.

<sup>89</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า หน้า 30-31.

<sup>90</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 57.



การค้าและสังคม ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศยุโรปที่มองว่ารัฐมีบทบาทสำคัญในการกำหนดทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม<sup>91</sup> โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกานั้นมีหลายฉบับ ซึ่งกฎหมายหลักมี 4 ฉบับ ได้แก่ The Sherman Act of 1890, The Clayton Act of 1914, The Federal Trade Commission Act of 1914 และ The Robinson-Patman Act of 1936<sup>92</sup>

### ญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้ามากที่สุดในเอเชีย มีโครงสร้างเศรษฐกิจที่ซับซ้อน มีการแข่งขันทางธุรกิจที่สูงมากจึงตระหนักถึงความสำคัญและการแทรกแซงโดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขันทางการค้า บัญญัติอยู่ใน The Japanese Antimonopoly Act เพราะหากปล่อยให้เอกชนแข่งขันกันเองโดยไม่มีการแทรกแซงก็จะเกิดการเอารัดเอาเปรียบก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า โดยนอกจากมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ ปกป้องวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมให้เข้าสู่ตลาดและแข่งขันอย่างเป็นธรรม protection of market access and fair opportunity to compete on the merits<sup>93</sup> ดังนั้น วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของประเทศญี่ปุ่นจึงมีความแข็งแกร่งสามารถแข่งขันได้ และมีส่วนสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น

## 2.2 กลไกการควบคุมตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การใช้มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อควบคุมการผูกขาดและการแข่งขันที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าและบริการมีได้หลายแนวทาง ดังนี้

### 2.2.1 การควบคุมทางโครงสร้าง (structure control)

เป็นการควบคุมที่ไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการ กล่าวคือ ถ้ามีการผูกขาดเกิดขึ้นโดยไม่สมเหตุสมผลหรือปราศจากเหตุอันควร ไม่ว่าจะเกิดจากการควบกิจการหรือประการอื่นใด ถือได้ว่าเป็นการไม่ชอบและจะต้องทำลายอำนาจผูกขาดนั้นให้หมดไป เพื่อป้องกันผลร้ายแรงอันจะเกิดจากการผูกขาดนั้น และอีกประการหนึ่งที่ต้องใช้วิธีการเช่นนี้ เพราะว่า จะไม่อาจป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายจากการผูกขาดได้เลย หากปรากฏว่าอำนาจผูกขาด

<sup>91</sup>พัลลภ รัตนจันทร์. (2542). *การสัมมนาความร่วมมือระหว่างไทยและญี่ปุ่น* เรื่อง กฎหมายเศรษฐกิจกับการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ กรุงเทพฯ หน้า 199.

<sup>92</sup>สุธีร์ ศุภนิตย์. (2555). *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 4.

<sup>93</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า* กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 29.

ยังคงมีอยู่ในตลาด แนวทางนี้ถือว่าการควบคุมทางโครงสร้าง (structure control) เพื่อป้องกันการกระจุกตัวในตลาด (market concentration) มาตรการที่สำคัญที่ใช้ในการแก้ปัญหาการมีอำนาจผูกขาดขององค์กรธุรกิจใด คือ การยุบเลิก (dissolution) หรือการแตกองค์กรธุรกิจนั้นเป็นองค์กรธุรกิจย่อย (divestiture) เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันกัน<sup>94</sup>

ประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจขนาดใหญ่ มีทรัพยากรมากมายอย่างสหรัฐอเมริกา ใช้วิธีควบคุมโครงสร้างนี้ จึงได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการผูกขาด (Monopolization) โดยเน้นการควบคุมไปที่การแสวงหาอำนาจผูกขาดโดยมิชอบและการหาประโยชน์โดยมิชอบ (exploitation) ของผู้มีอำนาจผูกขาด ทั้งนี้ไม่ถือว่าผู้มีอำนาจผูกขาดมีความผิดหรือผิดกฎหมายแต่อย่างใด และมีมาตรการในการแก้ปัญหาการผูกขาด โดยทำลายอำนาจการผูกขาดนั้น เพื่อไม่ให้เกิดการกระจุกตัวในตลาดสินค้าและบริการ เท่ากับเป็นการแก้ปัญหาที่โครงสร้างของตลาด เพื่อให้ในตลาดมีผู้ประกอบการ มากมาย เช่นในกรณีบริษัทน้ำมันขนาดใหญ่บริษัทหนึ่งได้แสวงหาอำนาจผูกขาดตลาดน้ำมันโดยมิชอบ โดยได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดในตลาดน้ำมัน โดยมีส่วนแบ่งในตลาดน้ำมันถึงร้อยละ 80 เมื่อศาลได้ตัดสินว่าเป็นความผิดแล้ว ได้มีคำสั่งให้แยกบริษัทดังกล่าวออกเป็น 32 บริษัท เพื่อให้บริษัทเหล่านั้นประกอบธุรกิจเกี่ยวกับน้ำมันแข่งขันกันต่อไป<sup>95</sup>

### 2.2.2 การควบคุมพฤติกรรม (conduct control)

เป็นแนวทางที่ไม่ได้ห้ามมีการผูกขาด การผูกขาดที่เกิดขึ้นและคงอยู่ในตลาดไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบ แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ไปในทางที่มิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นที่อยู่ในตลาดหรือที่จะเข้ามาในตลาดเพื่อเป็นคู่แข่งของตน หรือต่อคู่ค้าของตน (consumers or suppliers) หรือต่อผู้บริโภค แนวทางนี้เป็นการควบคุมความประพฤติ หรือพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาด (conduct control) กล่าวคือถ้ามีการใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่ไปในทางที่ไม่ชอบแล้วถือว่าเป็นความผิด การใช้วิธีการนี้จะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างของตลาดคือเป็นการทำให้ตลาดเปิดให้มี ผู้เข้ามาแข่งขันได้ตลอดเวลา ซึ่งไม่ทำให้เกิดผลกระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด<sup>96</sup>

<sup>94</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 36-37.

<sup>95</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 36-37.

<sup>96</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 36-37.

พฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ห้ามมิให้กระทำมี 2 กลุ่มใหญ่ๆ ดังนี้<sup>97</sup>

1. พฤติกรรมการแข่งขันในแนวนอน (horizontal restraint) คือ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันซึ่งร่วมกันกระทำโดยผู้ประกอบการ ซึ่งอยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้ขายส่งสินค้ากับผู้ขายส่งสินค้า เป็นต้น พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวนอนที่กฎหมายห้าม ได้แก่ การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือกำหนดปริมาณสินค้าที่จะผลิต การแบ่งพื้นที่ทำธุรกิจ การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย การผูกขาดหรือพยายามผูกขาด การควมรวมและซื้อกิจการ

2. พฤติกรรมการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical restraint) ส่วนใหญ่แล้วเป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายสินค้า (Product distribution) และเป็นวิธีการที่บริษัทที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดใช้จำกัดคู่แข่ง (predatory practices) หรือกีดกันคู่แข่ง (exclusionary practices) แต่ในบางประเทศ เช่น ญี่ปุ่น ถือว่าการกระทำของบริษัทที่ยังไม่มีอำนาจเหนือตลาด เช่น มีสัดส่วนตลาดเพียง 15% ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดแล้ว เพียงแต่ถือว่าเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง เนื่องจากกฎหมายต้องการเพียงจะปรามผู้ประกอบการขนาดกลางไม่ให้ใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ไม่ได้ประสงค์จะลงโทษให้เจ็ดหลาบ โดยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง ได้แก่ การกำหนดราคาขายต่อ , การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ , การขายควบ , การห้ามทำธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น , การตั้งราคาที่แตกต่าง , การควมรวมกิจการและซื้อกิจการ

สำหรับประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจขนาดเล็ก ได้ใช้แนวทางที่ 2 ในการควบคุมการผูกขาด ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ คือ การควบคุมการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้ไปในทางที่ไม่ชอบ (The abuse of Dominant Position) ประเทศในแถบยุโรปไม่ว่าจะเป็นเยอรมัน อังกฤษ เนเธอร์แลนด์ ออสเตรีย สเปน สวิต เดนมาร์ก เบลเยียม สหภาพยุโรป หรือประเทศในแถบอื่นๆ เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย เกาหลีใต้ และไทย<sup>98</sup>

1. เป็นแนวทางผสม (combination) กล่าวคือเป็นการเอาสองแนวทางมาใช้ร่วมกันในการควบคุมการผูกขาด ทั้งนี้เพราะการที่จะใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการปกป้องการแข่งขันในตลาด<sup>99</sup>

<sup>97</sup> ศักดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 61-67.

<sup>98</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 38.

<sup>99</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 36-37.

สำหรับแนวทางที่ 3 เป็นกรณีพิเศษเอาแนวทางที่ 1 และ 2 เข้าด้วยกัน เพื่อให้ระบบการควบคุมผูกขาดมีความสมบูรณ์ กล่าวคือมีทั้งมาตรการควบคุมการใช้อำนาจผูกขาด โดยไม่ชอบ ในขณะที่เดียวกันหากผู้ผูกขาดสามารถพัฒนาตัวเองจนมีอำนาจผูกขาดที่สมบูรณ์แล้ว ก็จะมีมาตรการในการทำลายอำนาจผูกขาดนั้น ประเทศที่ใช้แนวทางนี้ คือ ประเทศญี่ปุ่น<sup>100</sup>

### 2.2.3 การควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจ

#### 1) การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

1. ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) มีความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าผู้ผูกขาด (monopolist) กล่าวคือ ผู้ผูกขาดความหมายโดยเคร่งครัดในทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง ผู้ประกอบการรายเดียวที่มีอยู่ในตลาดซึ่งไม่มีสินค้าอื่นทดแทนได้ ทำให้มีอำนาจเหนือตลาดโดยสมบูรณ์สามารถที่จะกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้ ในขณะที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดคือ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการที่จะสามารถกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการโดยอิสระ โดยปราศจากการกดดันจากการแข่งขันในตลาด รวมถึงการมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่ไม่ใช่เรื่องราคาด้วยในทางปฏิบัติ ผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบการที่มีความสามารถจะขึ้นราคาและรักษาราคาดังกล่าวไว้ให้อยู่เหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน (competitive price) นั้นเอง โดยผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่จำกัดว่าต้องเป็นผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งได้กำหนดความหมายตาม พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า มาตรา 3 “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง” ย่อมแสดงให้เห็นว่า คือผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งแต่เพียงรายเดียว (single) หรือกลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบไปด้วยผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปก็ได้<sup>101</sup>

2. ขอบเขตตลาดของผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) เอาไว้แน่นอน ตลาดที่เกี่ยวข้อง คือ ตลาดที่ประกอบไปด้วยสินค้าและบริการซึ่งใช้ทดแทนกันได้ (interchangeable หรือ substitutable) ทั้งนี้สินค้านี้มีคุณสมบัติ ราคาและประโยชน์ใช้สอยไม่แตกต่างกันมากนัก โดยอาจแบ่งเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน

#### 2.1 ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (relevant geographic market)

ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือการหาขอบเขตของพื้นที่ที่ผู้ประกอบการอื่นซึ่งทำการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่ถูกตรวจสอบประกอบ

<sup>100</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 39.

<sup>101</sup>สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 41.

กิจการของตนอยู่ขอบเขตของพื้นที่นี้จะมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการที่สำคัญคือ ลักษณะของสินค้าที่เกี่ยวข้องและผู้ซื้อและผู้ขายสินค้านั้นเองว่าอยู่ในเขตพื้นที่ใดบ้าง เช่น การขึ้นราคาของสินค้าของพื้นที่หนึ่งมีผลให้ผู้ซื้อไปซื้อสินค้าจากพื้นที่หนึ่ง ซึ่งมีราคาโดยรวมค่าใช้จ่ายไม่ต่างกันมาก ถือได้ว่าเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยหากการลดราคาสินค้าในเขตพื้นที่หนึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าในอีกพื้นที่หนึ่ง แสดงว่าสินค้าในเขตพื้นที่ทั้งสองไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน จึงไม่ควรรวมเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>102</sup>

2.2 ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของสินค้า (relevant product market) เป็นการค้นหาสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเราต้องตรวจสอบอำนาจเหนือตลาดว่าประกอบด้วยสินค้าอะไรบ้าง หรืออาจกล่าวได้ว่า การค้นหาว่ามีสินค้าใดบ้างที่สามารถนำมาทดแทนสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าว และมีสินค้าใดบ้างที่ถือว่าแข่งขันอยู่กับสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจนั้น โดยถือว่าเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้อง (relevant product market) ต้องเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้ (interchangeable หรือ substitutable) กับสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการตรวจสอบนั้น ความสามารถในการทดแทนกันได้ของสินค้าอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ 1) คุณลักษณะ (characteristics) หรือคุณภาพ (Quality) 2) การใช้งาน (use) 3) ราคา (price)<sup>103</sup>

ดังนั้น การกำหนดขอบเขตตลาดตามพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า มาตรา 3 “...ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง...” ย่อมหมายความรวมถึงตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ซึ่งมีการทดแทนกันของสินค้าและบริการด้วย

3. การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในทางกฎหมายมีได้สองแนวทางคือ แนวทางแรกเรียกว่า formal criteria ซึ่งได้ถือเอาจำนวนส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ ระบุไว้ชัดเจนถึงจำนวนร้อยละของการมีส่วนแบ่งในตลาด เช่น ร้อยละ 33.33 ในกฎหมาย โดยเหตุนี้ผู้ประกอบการรายใดในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมต้องถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทันที อีกแนวทางหนึ่งเรียกว่า substantive criteria แนวทางนี้จะต่างกับแนวทางแรกตรงที่ไม่ได้ถือเอาส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องบ่งชี้การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดส่วนแบ่งตลาดจะเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งในการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในขณะที่ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายด้วย เช่น สถานะทางการเงิน ยอดขาย การถือครองวัตถุดิบ การถือครอง

<sup>102</sup> สรวีศ ลิ้มปรีงยี. (2543). *กฎหมายแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหาฉบับรวมบทความ* กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 52-58.

<sup>103</sup> สรวีศ ลิ้มปรีงยี. (2543). *กฎหมายแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหาฉบับรวมบทความ* กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 58-61.



เทคโนโลยี เป็นต้น<sup>104</sup> โดยประกาศคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อวันที่ 18 มกราคม 2550 ได้วางหลักเกณฑ์ ดังนี้

- ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

- ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยมีบทบัญญัติโดยเฉพาะสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 25 โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1. กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

2. กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

3. ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

4. แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร  
ข้อห้ามตามมาตรา 25 นี้มีลักษณะเป็นข้อห้ามเด็ดขาด (per se rule)

เนื่องจากเกิดเป็นความผิดทันที โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์หรือวินิจฉัยว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อะไร มีผลกระทบของพฤติกรรมอย่างไร โดยหากผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีพฤติกรรม 1 ใน 4 ประการตามที่กฎหมายระบุข้างต้น ก็จะเป็นการละเมิดกฎหมายทันที

<sup>104</sup> ศักดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 84-85.



## 2) การควบคุมการควบกิจการ (Meger Contraol)

การควบกิจการจัดอยู่ในเรื่องของการเข้าครอบงำกิจการของผู้อื่น (take over) ไม่ว่าผู้อื่นนั้นจะเป็นคู่แข่งทางการค้า (competitors) ผู้ส่งสินค้าให้ (suppliers) หรือลูกค้า (customers) ของผู้ควบกิจการ หรืออาจเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงในการประกอบกิจการของผู้ควบกิจการก็ได้ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ทั้งนี้เพื่อให้เข้าควบคุมการบริหารการดำเนินการของผู้อื่น หรือเอากิจการนั้นเป็นของตัวเอง เช่น การควบบริษัท การเข้าถือหุ้น หรือกิจการร่วมค้า (joint venture) ก็ได้ โดยมีลักษณะของการควบกิจการดังนี้<sup>105</sup>

1. การควบกิจการแบบแนวนอน (horizontal merger) เป็นการเข้าร่วมกันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่อยู่ระดับเดียวกันในตลาดสินค้าและบริการ เช่น ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิตด้วยกัน หรือระหว่างผู้จัดจำหน่ายกับผู้จัดจำหน่ายด้วยกัน ทั้งนี้บรรดาผู้ประกอบการเหล่านั้นประกอบกิจการแข่งขันในกิจกรรมทางธุรกิจประเภทเดียวกัน เช่น บริษัทผลิตรถยนต์ ก. รวมเข้ากับบริษัทผลิตรถยนต์ ข. การควบกิจการแบบแนวนอนนี้ถือได้ว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นสิ่งสำคัญ มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาดเป็นการเพิ่มการกระจุกตัว การแข่งขันลดลงอย่างเห็นได้ชัด หรืออาจทำให้การแข่งขันในตลาดหมดไป อันจะก่อให้เกิดการผูกขาด

2. การควบกิจการแบบแนวตั้ง (vertical merger) เป็นการรวมเข้ากันของผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกันแต่อยู่ขั้นตอนการผลิตเดียวกัน เช่น การรวมเข้ากันของบริษัทเลี้ยงไก่กับบริษัทอาหารไก่ จะเห็นได้ว่าบริษัทเลี้ยงไก่กับบริษัทผลิตอาหารไก่อยู่ในตลาดที่ต่างระดับกัน ซึ่งโดยสภาพย่อมไม่มีการแข่งขันระหว่างกันแต่อย่างใด แต่ต้องอาศัยพึ่งพากัน การรวมกิจการประเภทนี้เป็นไปเพื่อการติดต่อ (transaction cost) ทั้งหมดในกระบวนการผลิต ก่อให้เกิดการดำเนินธุรกิจแบบครบวงจร สามารถทำให้ต้นทุนการดำเนินงานลดลง อย่างไรก็ตามการควบรวมแบบนี้อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันได้เช่นกัน ทั้งนี้จะทำให้การเข้ามาแข่งขันเป็นไปได้ยากหรือเกิดการเสียเปรียบในการแข่งขัน

3. การควบกิจการแบบหลากหลาย (conglomerate merger) เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต่างกัน โดยที่กิจการที่เข้าควบกันนั้น ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกันแต่อย่างใด เช่น บริษัทผลิตสุรารวมเข้ากับบริษัทผลิตเสื้อผ้าสำเร็จรูป การควบรวมกิจการแบบนี้ไม่มีผลต่อการกระจุกตัวของตลาด หรือทำให้การแข่งขันลดลงแต่อย่างใด วัตถุประสงค์

<sup>105</sup> สุธีร์ ศุภนิธย์. (2555). *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542* กรุงเทพฯ มหวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 74-78.

ของการควบรวมกิจการในลักษณะนี้ไม่ได้เป็นไปได้เพื่อการมีอำนาจตลาด แต่จะเป็นการแผ่ขยายอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือเป็นการสร้างอำนาจธุรกิจในระบบเศรษฐกิจ

โดยตาม พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า มาตรา 26 ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจซึ่งอาจทำให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการโดยการรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

1. การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่ายหรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

2. การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหาร ธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

3. การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

### 3) การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (*collusive practice*<sup>106</sup>)

มาตรา 27 ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยแยกได้เป็นลักษณะเป็น

1. ข้อห้ามเด็ดขาด (*per se rule*) ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมดังต่อไปนี้
  - กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียว หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ
  - กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ
  - ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด
  - กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

<sup>106</sup>สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ กรุงเทพฯ หน้า 178.

2. ข้อห้ามที่ยึดหลักเหตุผล (rule of reason) โดยในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการ ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้ ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมดังต่อไปนี้

- กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

- กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

- กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

- แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

- กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

จากบัญญัติดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าการตกลงร่วมกันกำหนดราคาให้เป็นข้อห้ามเด็ดขาด (per se rule) แต่ตกลงร่วมกันกำหนดปริมาณสินค้าเป็นข้อห้ามที่ยึดหลักเหตุผล (rule of reason) ถือว่าก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย โดยผู้ประกอบการที่ไม่สามารถร่วมกันกำหนดราคาได้ก็อาจอาศัยช่องว่างของกฎหมายมาร่วมกันกำหนดปริมาณสินค้าร่วมกันซึ่งจะส่งผลต่อราคาสินค้าได้ในที่สุด

#### 4) กระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice<sup>107</sup>)

มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

บทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวกับพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเกี่ยวกับผู้ประกอบการทุกรายไม่จำกัดเฉพาะผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น

<sup>107</sup>สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย เสนอต่อ กรรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ กรุงเทพฯ หน้า 180.

ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 25 ที่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ถึงการมีอำนาจเหนือตลาดก่อน ทั้งนี้ การบังคับใช้มาตรา 29 ยึดหลักเหตุ และผล (rule of reason) กล่าวคือจะต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีพฤติกรรมการค้าที่ส่งผลให้มีการจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 25 ที่ยึดหลักความผิดเด็ดขาด (per se rule) นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ในการมีมาตรา 29 ก็เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ไม่ได้เป็นการคุ้มครองกระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวมอย่างในมาตรา 25 ถึง 28

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 29 นี้เขียนไว้ค่อนข้างกว้าง โดยครอบคลุมการกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้ทุกประเภท ซึ่งมีข้อดีในแง่ที่ครอบคลุมไว้กว้างที่สุดเนื่องจากการยากที่จะกำหนดล่วงหน้าได้ว่าพฤติกรรมใดที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หากมองในแง่ผู้ประกอบการแล้ว อาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจได้ว่าพฤติกรรมใดบ้างที่ถือว่าผิดตามมาตรา 29 และอาจเกิดการใช้ดุลยพินิจอย่างเลือกปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ได้



### บทที่ 3

## วิเคราะห์การจำกัดการซื้อขายสินค้าและบริการของบุคคลซึ่งอยู่ใน ราชอาณาจักรมาใช้เอง

#### 1. เจตนารมณ์และหลักการควบคุมการกีดกันบุคคลตาม มาตรา 28

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีหลักการสำคัญคือการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือ จำกัดการแข่งขัน หากผู้ประกอบการดำเนินการใดๆ โดยไม่ส่งผลกระทบต่อหลักการดังกล่าว ผู้ประกอบการย่อมสามารถทำได้เป็นไปตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ดังนั้น โดยหลักการแล้วหากผู้ประกอบการดำเนินการใดๆ ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถซื้อสินค้าได้ตามปกติ แต่การกระทำดังกล่าวไม่เข้าลักษณะใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือจำกัดการแข่งขัน ย่อมไม่ถึงว่าฝ่าฝืนหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่อาจจะผิดกฎหมายประเภทอื่นๆ

อย่างไรก็ดีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวข้างต้นเสมอไป โดยมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจในลักษณะเด็ดขาดไม่ให้จำกัดโอกาสในการซื้อสินค้าของผู้บริโภค แม้การกระทำของผู้ประกอบการจะไม่เข้าลักษณะใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือ จำกัดการแข่งขันก็ตาม ซึ่งการควบคุมผู้ประกอบการไม่ให้กีดกันผู้บริโภคในการซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เอง เป็นการนำหลักการคุ้มครองผู้บริโภคมาบัญญัติไว้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคใน มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็น โดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร โดยตรง”

### 1.1 เจตนารมณ์การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม มาตรการ 28

มาตรการนี้เป็นเรื่องว่าด้วยผู้ประกอบการในราชอาณาจักรมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักร เช่น การเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการที่อยู่นอกราชอาณาจักรแต่ผู้เดียวในประเทศไทย โดยเหตุนี้การซื้อสินค้าดังกล่าวก็ต้องกระทำกับตัวแทนในประเทศไทยเท่านั้น หากมีการติดต่อโดยตรงที่จะเลือกซื้อสินค้ากับผู้ประกอบการที่อยู่ต่างประเทศ มักจะได้รับการปฏิเสธและให้มาติดต่อกับตัวแทนในประเทศไทยแทน โดยเหตุนี้จึงได้มีการวางหลักการว่าผู้ประกอบการที่อยู่ในประเทศไทยจะต้องไม่กระทำการใดๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง<sup>108</sup>

พฤติกรรมขององค์กรธุรกิจ ตามมาตรา 28 นี้ เป็นการห้ามการนำเข้าแบบขนาน (Parallele Importation) แต่ไม่ได้ครอบคลุมพฤติกรรมการรวบรวมธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันภายในราชอาณาจักรตามทฤษฎีผลของการกระทำ (Effect Doctrine) ต่างจากกรณีของสหภาพยุโรปที่มีอำนาจกำกับดูแลพฤติกรรมขององค์กรธุรกิจที่กระทำการนอกราชอาณาจักรด้วยแต่มีผลในการจำกัดการแข่งขันหรือกำจัดคู่แข่งในตลาดภายในราชอาณาจักร<sup>109</sup>

### 1.2 หลักเกณฑ์การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม มาตรการ 28

การควบคุมการกีดกันผู้บริโภครวม มาตรการ 28 สามารถแยกได้เป็น 2 หลักเกณฑ์ ดังนี้

1. ผู้ประกอบธุรกิจมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกันกล่าวคือ ต้องมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ส่วนรูปแบบความสัมพันธ์จะเป็นรูปแบบใดก็ได้ ไม่ว่าจะรูปแบบนั้นจะมีผลผูกพันตามกฎหมาย หรือไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายก็ตาม<sup>110</sup>

2. ดำเนินการใดๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง โดยกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการรักษาสิทธิของผู้บริโภคที่อยู่ใน

<sup>108</sup> สุธีร์ ศุภนิติย์. (2555). หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 12-13.

<sup>109</sup> ลาวินัย ถนงค์ศิลปกุล. (2555). “กฎหมายการแข่งขันกับการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 24, 2 (ธันวาคม) : 94-120.

<sup>110</sup> ศักดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 173.



ราชอาณาจักรที่ต้องการซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้ให้บริการ ให้มีสิทธิที่จะสั่งซื้อสินค้าใดๆ หรือบริการใดๆ จากผู้ผลิตสินค้า ผู้แทนจำหน่ายที่อยู่นอกราชอาณาจักรไม่ว่าจะอยู่ภูมิภาคใดของโลก สามารถทำเช่นนั้นได้ โดยตัวแทนจำหน่ายหรือผู้ประกอบการสินค้าภายในประเทศไทยไม่มีสิทธิจะห้ามผู้ผลิตสินค้าหรือตัวแทนจำหน่ายสินค้าหรือบริการในต่างประเทศไม่ให้จำหน่ายสินค้าให้กับผู้บริโภคโดยตรงได้ เช่น ผู้บริโภคต้องการจะซื้อรถยนต์ระดับตลาดบนจากตัวแทนจำหน่ายของบริษัทผู้ผลิตในประเทศแถบยุโรปซึ่งเป็นที่ตั้งของบริษัทผู้ผลิตนั้นมาเพื่อใช้เอง บริษัทผู้ประกอบรถยนต์บางรุ่นของบริษัทผู้ผลิตในต่างประเทศและเป็นตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทยด้วย จะดำเนินการใดๆ โดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจมาห้ามไม่ให้ตัวแทนจำหน่ายในต่างประเทศจำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อดังกล่าวให้กับผู้บริโภคไม่ได้<sup>111</sup>

## 2. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28

ผู้บริโภคในระบบเศรษฐกิจถือว่ามีค่าความสำคัญมาก เป็นพลังขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้พัฒนาและเจริญรุ่งเรืองขึ้นได้ ประเทศที่เจริญแล้วทางด้านเศรษฐกิจจะมีการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพจะได้ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ นอกจากเหตุผลในทางเศรษฐกิจแล้วการคุ้มครองผู้บริโภคยังมีเหตุผลจากความเป็นธรรมในสังคม เนื่องจากผู้บริโภคมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าผู้ประกอบการธุรกิจ โดยเฉพาะระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ผู้บริโภคมักจะโดนเอาเปรียบเสมอจากผู้ประกอบการธุรกิจ ดังนั้น รัฐจึงเข้ามาแทรกแซงการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจส่วนหนึ่งเพื่อความเป็นธรรมและอีกส่วนเพื่อผลทางเศรษฐกิจ จากการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงและแก้ปัญหาของการผลิตและการบริโภคนี้เองจึงเกิดเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสม

### 2.1 แนวคิดและวิธีการคุ้มครองผู้บริโภค

สำหรับแนวคิดหลักในการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมี 2 แนวคิด แนวคิดแรกเห็นว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) จึงถือว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กำกับการแข่งขันทางการค้า เช่น ออสเตรเลีย เป็นต้น แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่าการคุ้มครองผู้บริโภคต้องใช้มาตรการเฉพาะ จึงแยกออกมาเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งต่างหาก เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ไทย เป็นต้น

<sup>111</sup> ศักดา รัตนกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 173-174.

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคตามแนวคิดใด การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศจะมีลักษณะสำคัญร่วมกัน 2 ประการ คือ<sup>112</sup>

1. การผลักภาระการพิสูจน์ (Onus of Proof) ในเรื่องทางเทคนิคให้แก่ผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้า โดยผู้บริโภคมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องหรือไม่ปลอดภัยอย่างไรเท่านั้น

2. การให้รัฐมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภค

วิธีการคุ้มครองผู้บริโภค อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ กล่าวคือ<sup>113</sup>

1. การป้องกันความเสียหาย โดยกฎหมายกำหนดให้รัฐมีอำนาจควบคุมกำกับให้เกิดความปลอดภัยหรือเกิดความเป็นธรรม

2. การเยียวยาขาดใช้หากเกิดความเสียหาย โดยจัดตั้งองค์กรของรัฐหรือของเอกชน เช่น สมาคมผู้บริโภค ให้ดำเนินการฟ้องร้องคดีเพื่อผู้บริโภค ซึ่งอาจมีวิธีการพิจารณาเป็นพิเศษหรือไม่ก็สุดแล้วแต่นโยบายและระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ ในบางประเทศอาจกำหนดวิธีการพิเศษเพื่อให้เกิดความสะดวกและไม่สิ้นเปลือง เช่น การฟ้องคดีโดยผู้เสียหายบางคนแต่อาจมีผลถึงผู้บริโภคคนอื่นๆ ที่เสียหายในลักษณะเดียวกันได้ เรียกว่า Class Action เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าวิธีการคุ้มครองผู้บริโภคโดยมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ของประเทศโดยอ้อมต้องอาศัยหลักทางเศรษฐศาสตร์และสถานะแวดล้อมทางเศรษฐกิจของประเทศนั้นเป็นแกนในการดำเนินวิธี วิธีการที่ใช้อยู่ในประเทศหนึ่งอาจไม่เหมาะสมกับสถานะของอีกประเทศหนึ่งก็ได้

## 2.2 การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

อาจกล่าวได้ว่าความเป็นมาหรือวิวัฒนาการในด้านกฎหมายและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในต่างประเทศ (โดยเฉพาะประเทศที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)) นั้นเริ่มต้นจากคดีที่เรียกร้องในทางละเมิดให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการใช้สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ซึ่งมีความชำรุดบกพร่อง และจำเลย (ผู้ผลิต) มีหน้าที่ป้องกันความเสียหายเพราะอยู่ในฐานะที่จะควบคุมตรวจสอบได้ดีที่สุด เพื่อให้สินค้านั้นก่อนอันตรายแก่ผู้ใช้ได้<sup>114</sup>

<sup>112</sup> นายปกรณ์ นิลประพันธ์ การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค ค้นคืน 15 กุมภาพันธ์ 2558 จาก [www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th).

<sup>113</sup> สุขุม สุภนิษฐ์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 9.

<sup>114</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 39.

ตัวอย่างเช่น ใน ค.ศ. 1916 สหรัฐอเมริกา ศาลได้วินิจฉัยในคดีระหว่าง Macpherson กับ Buick Motor<sup>115</sup> ซึ่ง โจทก์ฟ้องว่า จำเลยเป็นผู้ผลิตรถยนต์จำหน่ายแก่พ่อค้าขายปลีกและโจทก์ซื้อรถดังกล่าวจากพ่อค้าขายปลีกแล้วเกิดอุบัติเหตุให้รถพลิกคว่ำและโจทก์ได้รับบาดเจ็บ จำเลยต่อสู้ว่ารถนี้จำหน่ายจากผู้ผลิตอื่นและโจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องจำเลยเพราะระหว่างโจทก์และจำเลยไม่มีข้อผูกพันให้ต้องรับผิดชอบกัน ทั้งโดยสภาพแล้วรถยนต์มิใช่ทรัพย์สินอันตราย อันจะทำให้จำเลยอยู่ในฐานะที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้น (ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินอันตรายจำกัดเฉพาะที่เป็นอันตรายโดยสภาพที่ชัดเจน เช่น น้ำมันเชื้อเพลิง วัตถุระเบิด ยาพิษ เป็นต้น)

ศาลอุทธรณ์แห่งนครนิวยอร์กวินิจฉัยว่า จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับอันตราย แม้ว่าโจทก์มิได้มีความสัมพันธ์ตามสัญญา กับจำเลยก็ตาม ไม่เฉพาะแต่กรณีทรัพย์สินอันตรายโดยสภาพเท่านั้น แต่ความรับผิดชอบเช่นนี้ หมายรวมถึงทรัพย์สินซึ่งสามารถทำให้ชีวิตและร่างกายอาจเป็นอันตรายได้ถ้าหากมีการประมาทเลินเล่อในการผลิตของผู้ผลิต และทรัพย์สินนั้นเป็นที่คาดหมายได้ว่าย่อมมีการบริโภคกว้างขวาง ไม่ว่าจะโดยผู้ซื้อเอง หรือผู้อื่นนอกจากผู้ซื้อ ศาลเห็นว่าผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องผลิตขึ้นด้วยความระมัดระวัง

ใน ค.ศ. 1932 ในประเทศอังกฤษ คดีระหว่าง Donoghue กับ Stevenson ซึ่ง โจทก์ฟ้องให้จำเลยซึ่งเป็นบริษัทผลิตน้ำจิง (Ginger-beer) รับผิดชอบในกรณีที่มีซากหอย (Snail) นำเปื้อนอยู่ในขวดน้ำจิงที่โจทก์ซื้อจากร้านค้าเพื่อบริโภค เป็นเหตุให้โจทก์เกิดอาการคลื่นเหียนอาเจียนและป่วย<sup>116</sup>

ศาลสูงของอังกฤษตัดสินโดยเสียงส่วนใหญ่ว่า จำเลยต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับโจทก์ก็ตาม เพราะเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของจำเลยในอันที่จะต้องดูแลรับผิดชอบต่อผู้บริโภคสินค้า (ultimate consumer) ซึ่งได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าที่จำเลยเป็นผู้ผลิต

Lord Atkin ผู้พิพากษาศาลอังกฤษอธิบายว่า<sup>117</sup>

“ผู้ผลิตสินค้าประเภทซึ่งจำหน่ายในลักษณะที่ผู้บริโภคไม่อาจจะตรวจตราดูความบกพร่องได้หรือไม่ (อาจคาดหมายได้ว่าสินค้านั้นจะมีความบกพร่องอยู่ในขณะบริโภค) ย่อมต้องมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในการระมัดระวังกระบวนการผลิตสินค้านั้น หากบกพร่องในหน้าที่ระมัดระวังดังกล่าวเป็นเหตุให้มีความบกพร่องจนเกิดความเสียหายแก่ชีวิตทรัพย์สินของผู้บริโภค ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบ”

<sup>115</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 40.

<sup>116</sup> สุขุม ศุภนิธย์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 40.

<sup>117</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 42.

หลังจากคำพิพากษาคดีดังกล่าวมานี้ นับว่าเป็นก้าวใหม่แห่งการวิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ตั้งแต่ ค.ศ. 1916 เป็นต้นมา ในแง่ความรับผิดชอบนอกเหนือจากหน้าที่ตามสัญญา นับเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการตื่นตัวในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ผลิตหรือผู้ขาย ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายเดิมที่ให้ผู้ซื้อรับผิดชอบในการระมัดระวัง (Caveat Emptor) ในการซื้อสินค้า นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดการพัฒนาปรับปรุงเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกหลายฉบับเป็นต้นว่า บัญญัติให้ผู้ขายรับผิดชอบต่อผู้เสียหายที่มีใช้ผู้ซื้อ โดยไม่ต้องอาศัยหลักนิติสัมพันธ์ (Privity Rule) เช่น Uniform Commercial Code ว่าด้วย ชื่อขาย ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น Professor W. Friedmann ได้ให้ข้อคิดเห็นไว้ในแง่ความเปลี่ยนแปลงหรือการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพสังคม โดยเขียนไว้ในหนังสือ Law in a Changing Society ว่าหลักกฎหมาย Common Law (หรือกฎหมายที่เกิดจากการพิพากษาคดีก่อนๆ) ไม่อาจจะยืนอยู่ได้ตลอดไป เมื่อสังคมมีลักษณะหรือสภาพแตกต่างไปจากเดิม

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแนวคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น หากพิจารณาในด้านของความรับผิดชอบในทางสัญญาก็จะเห็นว่าการยึดถือหลักกฎหมายแพ่งที่กำหนดว่าคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยเยียวยาความเสียหายจากกันและกันได้ ก็จะเป็นเรื่องที่แคบเกินไปและไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดจากการบริโภคที่มีสภาพเปลี่ยนไปจากสังคมยุคก่อนๆ อย่างมากมายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องวางหลักในเรื่องความรับผิดชอบนอกเหนือจากสัญญามาใช้ ทั้งนี้ เพราะในสถานะการผลิต ปัจจุบันผู้ผลิตอยู่ในฐานะที่จะป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าได้ดีที่สุด การถือหลักในเรื่องความมีนิติสัมพันธ์และสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือความรับผิดชอบตามสัญญา (Privity Rule) ซึ่งจำกัดเฉพาะคู่กรณีในสัญญาเท่านั้นที่อาจจะเรียกร้องกันได้ อย่างเห็นวามเป็นอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงในการใช้บังคับเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม การบริโภคในปัจจุบัน กล่าวคือผู้เสียหายซึ่งมิใช่คู่กรณีในสัญญาจะไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายสินค้าหรือขายบริการรับผิดชอบต่อตนได้ และจะมีทางเลือกอยู่เพียงอย่างเดียว คือ การฟ้องคดีละเมิด ซึ่งในแง่ของความรับผิดชอบในทางละเมิดนั้นตามปกติผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ขายหรือผู้ประกอบการ อันเป็นประเด็นที่แทบจะพิสูจน์ไม่ได้เลยในกรณีที่สินค้าหรือบริการนั้นมีความสลับซับซ้อนในแง่เทคนิคการผลิต ซึ่งผู้ประกอบการเท่านั้นที่จะรู้ถึงขั้นตอนการผลิต ดังนั้นจึงมีแนวคิดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงหลักความรับผิดชอบในทางละเมิดให้เหมาะสมยิ่งขึ้น นั่นคือ การใช้หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในความเสียหายที่เกิดจากการบริโภค<sup>118</sup>

<sup>118</sup> สุขุม ศุภนิษฐ์คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 40.

ในปัจจุบันหลักความรับผิดชอบในทางละเมิดนี้ได้ถูกนำไปใช้เป็นแนวกำหนดความรับผิดในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศต่างๆ ทั้งในกฎหมายเฉพาะและกฎหมายละเมิดที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งนี้สุดแต่ระบบกฎหมายและสภาพการณ์ของประเทศนั้นๆ จะพึงมีในหมู่ประเทศที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย

มีทั้งการบัญญัติกฎหมายของสหพันธรัฐเพื่อใช้บังคับทั่วประเทศ และการบัญญัติเพิ่มเติมแก้ไขกฎหมายของมลรัฐเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค ตัวอย่างกฎหมายสหพันธรัฐ เช่น The Consumer Product Safety Act 1972 หรือ The Uniform Commercial Code ในส่วนที่เกี่ยวกับการซื้อขาย (Sale) หรือกฎหมายลักษณะละเมิด The Restatement of Torts Section 402 (A) The Magnuson Moss Warranty FTC Improvement Act 1975 หรือกฎหมายของมลรัฐ Kansas ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น The Kansas Consumer Protection Act 1975 เหล่านี้ เป็นต้น ในประเทศอังกฤษก็มีการปรับปรุงกฎหมาย The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 แก้ไขกฎหมายลักษณะซื้อขาย The Sale of Goods Act 1893 หรือการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการตกลงทำสัญญา Un-fair Contract Terms Act 1977 เป็นต้น<sup>119</sup> ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) วิชาการในด้านนี้ก็มิได้อยู่เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ (Product Liability) ในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น วิชาการของกฎหมายในประเทศต่างๆ ที่กล่าวนี้เป็นผลของการที่พิจารณาเห็นว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ เช่นกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาไม่สามารถนำมาปรับได้กับการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเหมาะสม

แนวคิดและทฤษฎีเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ประกอบด้วย การขยายหลักความรับผิดในทางสัญญาให้กว้างออกไป ไม่ถือหลักคู่กรณีในสัญญาเท่านั้นที่จะมีสิทธิเรียกร้องต่อกัน (Privity of Contract) กล่าวโดยย่อก็คือ ไม่ถือว่าสัญญาผูกขาดเฉพาะคู่สัญญา กับการนำเอาหลักฐานข้อสันนิษฐานความผิดในกฎหมายละเมิดที่ให้ถือว่าผู้ประกอบการอาจต้องรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (Strict Liability) เว้นแต่ตนจะพิสูจน์หักล้างได้ตามที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้มาใช้ในคดีที่เกิดความเสียหายขึ้น เนื่องจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

ผู้บริโภคได้รับผลเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช่ตัวเงิน กล่าวคือ เมื่อค่านึงถึงผลเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ก็ควรจะได้แก่ การจ่ายเงินเกินกว่าราคาแท้จริงของสินค้านั้น คือราคาสินค้าซึ่งปกติได้จากการเอาราคาต้นทุนการผลิตรวมกับค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ต้องเสียไปในการ

<sup>119</sup> สุขุม ศุภนิษฐ์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 50.



ลงทุนผลิตสินค้าขึ้นนั้นบวกด้วยกำไรที่ยุติธรรม แต่ตามความเป็นจริงแล้วราคาสินค้าที่ผู้บริโภคต้องจ่ายจริงมิใช่เช่นนั้น เพราะกว่าจะถึงมือผู้บริโภคราคาสินค้าจะถูกบวกเข้ากับราคากำไรที่เกินกว่าที่ควรจะได้รับ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการผลิตน้อยรายถ้าผู้ผลิตหรือผู้ขาย มิได้กำหนดราคาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางการค้า (ที่มีระบบขายส่ง ขายปลีก ผู้ผลิต ผู้ค้ารายย่อย และผลต่างระหว่างต้นทุนแท้จริงกับราคาขาย) เพื่อหวังกำไรเป็นปกติ ย่อมทำให้ผู้บริโภคต้องแบกรับภาระราคาสินค้าไว้โดยไม่มีข้อต่อรอง ความต้องการได้รับความคุ้มครองในด้านราคาที่กล่าวนี้หมายความว่าความเฉพาะการพิทักษ์ค่าของเงิน (Value for money) ที่จ่ายไปให้ได้รับผลตอบแทนที่คุ้มกันไม่ถึงกับทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำกันอย่างมาก ระหว่างต้นทุนการผลิตกับราคาขายที่เหมาะสม ซึ่งตามปกติควรให้เป็นไปตามกลไกของตลาด แต่เมื่อกลไกการผลิตหรือตลาดล้มเหลวในบางสถานการณ์อาจจำเป็นต้องอาศัยมาตรการควบคุมราคา<sup>120</sup>

มาตรการในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้วิธีควบคุมราคาหรือกำหนดราคาโดยกฎหมายนั้น จะใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เกิดความไม่เป็นธรรมในราคาสินค้านั้น มิฉะนั้นแล้วก็ควรปล่อยให้ราคาเป็นไปตามภาวะธรรมชาติของ “ตลาด” ที่มีการแข่งขันกันโดยเสรี ดังนั้นการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านราคาที่เป็นธรรมนั้น จึงต้องพิจารณาในแง่ของการสนับสนุนให้มีการแข่งขันในการค้าอย่างเสรีมากเท่าที่จะทำได้โดยการป้องกันการผูกขาดตัดตอนทางการค้า<sup>121</sup>

การผูกขาดทางการค้าดังกล่าวนี้มีความหมายหลายระดับทั้งในระดับประเทศและระดับโลก ผลในทางเศรษฐกิจของการค้าแบบผูกขาดนี้กระทบกระเทือนประชาชนในฐานะผู้บริโภคโดยตรงในเรื่องราคาสินค้าและปริมาณสินค้าในท้องตลาด เพราะการรวมกลุ่มเพื่อผูกขาดการผลิตปัจจัยการผลิตหรือเพื่อกำหนดราคาสินค้าให้อำนาจต่อรองของฝ่ายผู้ผลิตที่ร่วมกันมีเหนือกว่าผู้บริโภค และกำหนดราคาหรือสามารถเป็นผู้กำหนดภาวะตลาดได้ทำนอง “ตลาดเป็นของผู้ผลิต” มาตรการทางกฎหมายที่เข้ามามีบทบาทเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Trust Law) ซึ่งในแต่ละประเทศที่เห็นว่า การปล่อยให้ระบบผูกขาดจะทำให้ภาวะตลาดและภาวะเศรษฐกิจเกิดความเสียหายเดือดร้อนต่อประชาชนทั่วไป ก็มีการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้น เช่น The Sherman Act, 1890 ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งปัจจุบันได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็น The Federal Trade Commission Act, 1914 หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น มาตรการในด้านการป้องกันการผูกขาดนี้ละเอียดและสลับซับซ้อนมากการดำเนินการเพื่อพิสูจน์ว่ามีการผูกขาดทางการค้ามิใช่กระทำได้ง่าย ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อสาธารณชน

<sup>120</sup> สุขุม สุนนิตย์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 6.

<sup>121</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 6-7.



ทั่วไป และเป็นความเสียหายในแง่เศรษฐกิจมากกว่าทางร่างกาย หรือทรัพย์สินที่มีตัวตนจับต้องได้ เช่น สังกหริมทรัพย์ หรืออสังหริมทรัพย์<sup>122</sup> โดยประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทงการค้ำ พ.ศ. 2542

ในเรื่องผลเสียหายที่เป็นตัวเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับ “ราคา” สิ้นค้ำหรือบริการนั้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจอันจะพึงต้องปฏิบัติ และสิทธิของผู้บริโภค มิได้กำหนดเรื่องราคาสินค้ำไว้ ส่วนกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นเป็นมาตรการของรัฐเพื่อป้องกันการดำเนินธุรกิจที่มีลักษณะรวมกันเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในอันที่จะกำหนดราคาหรือทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นต้องเสียหาย เสียเปรียบในทางการค้ำ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนทั่วไปในแง่เศรษฐกิจเพื่อให้ภาวะทางเศรษฐกิจอยู่ในลักษณะที่เป็นเศรษฐกิจการค้าอย่างเสรี จุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์เนื้อหาและวิธีการของกฎหมายทั้งสองอย่างนี้จึงแตกต่างกัน แต่มีความเกี่ยวข้องกันอยู่ตรงที่กฎหมายทั้งสองเป็นมาตรการเพื่อประโยชน์แก่การดำรงไว้ซึ่งระบบเศรษฐกิจที่เป็นธรรมและเพื่อประชาชนผู้บริโภคในชั้นที่สุดเช่นเดียวกัน ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ้นค้ำหรือการโฆษณา รวมอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เรียกว่า (The Federal Trade Commission Act, 1914) สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแยกกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นคนละฉบับดังกล่าวมาแล้วข้างต้น<sup>123</sup>

### 2.3 สิทธิของผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภคเริ่มต้นตัวครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา ต่อมาแพร่หลายเข้ามายังประเทศต่างๆ ในยุโรป และประเทศไทยได้รับเอาการคุ้มครองผู้บริโภคมาด้วย และมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่ พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ซึ่งมาตรา 4 ได้บัญญัติสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย 5 ประการดังนี้

1. สิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้อง และเพียงพอเกี่ยวกับสิ้นค้ำหรือบริการ (right to be informed) การได้รับข่าวสารเป็นการเพิ่มพูนความรู้ให้แก่ผู้บริโภค และทำให้ผู้บริโภคมีพื้นฐานข้อมูลไว้ใช้ในการตัดสินใจในการเลือกหาสิ้นค้ำและบริการที่ตนต้องการ การได้รับข้อมูลข่าวสารที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เพียงพออาจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดและตัดสินใจผิดพลาดในการเลือกซื้อสิ้นค้ำและบริการ สิทธิได้รับข่าวสารจึงเป็นการช่วยขจัดเซซข้อ

<sup>122</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 7.

<sup>123</sup> สุขุม สุนนิตย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 7.

เสียเปรียบในแง่ความรู้ที่ผู้บริโภคมีต่อผู้ประกอบการ<sup>124</sup> กฎหมายจึงเข้ามาควบคุมและคุ้มครองเรื่องต่างๆ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือการแสดงฉลากตามความเป็นจริง และปราศจากพิษภัยแก่ผู้บริโภค รวมตลอดถึงสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้อง และเพียงพอที่จะไม่หลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการ โดยไม่เป็นธรรม

2. สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ (right to choose) ได้แก่ สิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยความสมัครใจของผู้บริโภค และปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรมซึ่งอิสระในการเลือกหาสินค้าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดของผู้บริโภค ในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่ยุติการแข่งขันเป็นพื้นฐานในการพัฒนาคุณภาพของสินค้า หากผู้บริโภคขาดอิสระในการเลือกหาสินค้าน้อยลงแสดงให้เห็นถึงความบกพร่องที่ไม่เป็นไปตามระบบนี้ โดยการขาดอิสระในการเลือกอาจเนื่องมาจากการผูกขาดของผู้ประกอบการก็ได้<sup>125</sup>

3. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ (right to safety) กล่าวคือ สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐาน เหมาะสมแก่การใช้ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สิน ในกรณีใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้วเนื่องจากสินค้าต่างๆ ที่ผลิตมาขายแก่ผู้บริโภคย่อมต้องถือว่าผู้ประกอบการได้ศึกษาและพัฒนาสินค้านั้นขึ้น โดยเห็นว่าเหมาะสมแก่สภาพการใช้งานแล้วจึงจะนำออกมาจำหน่าย ความเหมาะสมของสินค้าที่จะจำหน่ายได้จะครอบคลุมทั้งประสิทธิภาพและความปลอดภัย เพราะสินค้าที่อาจเกิดอันตรายได้ย่อมไม่มีผู้ใดซื้อไปใช้ ความปลอดภัยพิจารณาจากสินค้ากายภาพเป็นหลัก แต่การคุ้มครองผู้บริโภคปัจจุบันย่อมรวมถึงความไม่บกพร่องของสินค้าหรือบริการต่างๆ ด้วย ดังนั้น หลักในปัจจุบันคือสินค้าและบริการต้องจัดให้มีขึ้นโดยไม่มี ความบกพร่อง โดยต้องมีมาตรฐานเพียงพอแก่การใช้งานหรือให้บริการ หากจำเป็นต้องมีกฎหมายควบคุมมาตรฐานในการจัดให้มีสินค้าและบริการ สิทธิในข้อนี้ปัจจุบันอาจเรียกชื่อหนึ่งว่าสิทธิในสินค้าและบริการที่ได้มาตรฐาน<sup>126</sup>

4. สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (right to fair contract) หมายถึง สิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาโดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ ตัวสัญญามี 2 ลักษณะ ในสถานะหนึ่งสัญญาจะเป็นการกำหนดคุณภาพของบริการ โดยบริการจะได้อย่างไรย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดใน

<sup>124</sup>ขวัญชัย สันตสว่าง. (2549). *กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 17.

<sup>125</sup>ขวัญชัย สันตสว่าง. (2549). *กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 17.

<sup>126</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 17.

สัญญา ในอีกสถานะหนึ่งสัญญาที่ดีต้องไม่ผูกมัดการซื้อหาสินค้าอื่น ดังนั้นในกรณีที่สัญญาเป็นส่วนประกอบสินค้าและบริการ เกี่ยวกับเงื่อนไข และความรับผิดชอบของคู่สัญญา ได้แก่ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่างๆ นั้น จะเห็นได้ว่าสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าและบริการที่จะให้แก่ผู้บริโภคนั่นเอง<sup>127</sup>

5. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย (right to be heard) ถ้าสินค้าหรือบริการใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้บริโภคต้องมีหนทางได้รับการเยียวยาความเสียหายนั้นเสมอ จึงจะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่สมบูรณ์ การเยียวยาเป็นเรื่องปกติในทางกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบหลายประการ กฎหมายในส่วนนี้จึงต้องพัฒนาขึ้น โดยเฉพาะเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรม<sup>128</sup> ซึ่งผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและชดเชยค่าเสียหาย เมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคตามข้อ 1. 2. 3. และ 4. ดังกล่าว

#### 2.4 ปัญหาการคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายแข่งขันทางการค้า

หลักการในการคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นไปเพื่อให้ผู้บริโภคมีอิสระในการเลือกซื้อสินค้า เพราะในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การแข่งขันมีส่วนในการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการ การคุ้มครองให้ผู้บริโภคมีอิสระในการเลือกซื้อสินค้าออกจากเหตุผลทางเศรษฐกิจแล้ว ยังมีเหตุผลทางด้านความเป็นธรรมเพื่อให้ผู้บริโภคไม่ถูกเอาเปรียบ

อย่างไรก็ดีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยนำเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคมาบัญญัติไว้ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเกินความจำเป็นทั้งเรื่องของประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ และความเป็นธรรมเป็นการเกินขอบเขตจากการคุ้มครองผู้บริโภคที่ยอมรับโดยหลักสากล โดยการคุ้มครองผู้บริโภคตาม มาตรา 28 ส่งผลให้นักลงทุนจากต่างประเทศไม่เข้าใจ บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคมาอยู่ในบริบทของการค้าระหว่างประเทศและค่อนข้างมีข้อสงสัยเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ขอบเขต และสาระของมาตรา 28 นี้มากพอสมควร<sup>129</sup>

<sup>127</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 18

<sup>128</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. (2549). *กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 18.

<sup>129</sup> ศักดา ธนิตกุล *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า* กรุงเทพฯ: วิญญูชน หน้า 174.

### 3. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28

#### 3.1 เจตนารมณ์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ในทางทฤษฎีแล้ว การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะส่งเสริมให้เกิดการวิจัยและพัฒนามากยิ่งขึ้น เพราะหากมีการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด ผู้ประกอบการก็มักจะเสี่ยงที่จะลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาเพื่อแลกเปลี่ยนกับ โอกาสที่จะได้มาซึ่งสิทธิเด็ดขาดภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญานั้น ในทางกลับกันหากไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ประกอบการจะหลีกเลี่ยงไม่ลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาในสาขาเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่ต้องใช้เงินทุนวิจัยจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม มีข้อพึงคำนึงว่ามาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็ต้องสอดคล้อง กับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศด้วย การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดเกินไปจะส่งผลกระทบต่อ การวิจัยและพัฒนา เพราะทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกใช้เป็นเครื่องมือในการปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูล และเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่มีระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่ำ ผู้ประกอบการในประเทศเหล่านี้จะไม่มีทางแข่งขันกับบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ ที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศได้แม้แต่น้อย การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดจึงไม่ได้ช่วยส่งเสริมให้ เกิดการวิจัยและพัฒนาในประเทศอย่างจริงจัง และประเทศเหล่านี้ก็จะไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่สิ้นอายุการคุ้มครองได้ เพราะว่ามีผู้ประกอบการในประเทศเหล่านี้ไม่มีศักยภาพทั้งทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีอย่างเพียงพอ<sup>130</sup>

#### 3.2 ปัญหาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ จะคล้ายคลึงกันคือ เพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) ส่วนเป้าหมายของระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาคือ การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาแต่เพียงผู้เดียวในการที่จะแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิอย่างเต็มที่ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีทั้งแง่มุมของความขัดแย้งของนโยบาย (public policy) ที่อยู่

<sup>130</sup> นันทน อินทนนท์ ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี : บทวิเคราะห์ ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทย ค้นคืน 18 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://people.su.se/~nain4031/FTAthai.htm>.

เบื้องหลังเป้าหมายของกฎหมายทั้งสอง และในแง่มุมมองของการส่งเสริมซึ่งกันและกันด้วย จากมุมมองดังกล่าว อาจทำให้เกิดความขัดแย้งที่เป็นรูปธรรมระหว่างกฎหมายทั้งสองได้ดังนี้<sup>131</sup>

1. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (to misuse)

2. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจ (market power) อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย จึงใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่ออำนาจตลาดให้กับตนเองหรือใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการใช้เกิน

3. เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นร่วมกับผู้อื่นโดยการทำสัญญาหรือทำความตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (in restraint of trade) หรือบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีผลในแง่ลดต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีหรือความรู้อื่นๆ ซึ่งเรียกว่า “สัญญาที่มีข้อจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (restrictive contracts)”

ปัญหาของความสัมพันธ์ในลักษณะที่ขัดแย้งกันของกฎหมายทั้งสองจะทวีความซับซ้อนขึ้นอีกขั้นหนึ่ง หากมีปัจจัยระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในประเทศหนึ่ง และผู้ขอใช้สิทธิหรือคู่สัญญาอยู่อีกประเทศหนึ่ง ซึ่งจากมุมมองของประเทศที่มีผู้ประกอบการของตนเป็นผู้ขอใช้สิทธิหรือคู่สัญญาในสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้าที่ได้รับความนิยมคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญา ย่อมไม่ประสงค์ที่จะเห็นผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นผู้ประกอบการต่างชาติเอาเปรียบและจำกัดการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนชาติของประเทศตน โดยการบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาตัวแทนจำหน่ายสินค้า เป็นต้น จึงทำให้รัฐบาลของบางประเทศต้องเข้าแทรกแซงโดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติเข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กำหนดให้ผู้ขอใช้สิทธิหรือตัวแทนจำหน่ายสินค้าต้องยื่นสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐพิจารณา ก่อน<sup>132</sup>

ประเด็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะทวีความซับซ้อนขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง เมื่อพันธกรณีระหว่างประเทศกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า

<sup>131</sup> ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: วิทยุชน หน้า 263-264.

<sup>132</sup> ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: วิทยุชน หน้า 264.



(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ความตกลง TRIPS”) มาเกี่ยวข้อง เนื่องจากบทบัญญัติของความตกลง TRIPS ได้กำหนดให้สมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ต้องมีพันธกรณีที่ต้องตรากฎหมายใหม่หรือปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ให้ถึงระดับที่บทบัญญัติกำหนดไว้ สำหรับเงื่อนไขที่ประเทศสมาชิกทั้งหลายจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณี ความตกลง TRIPS ได้กำหนดแตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐบาลที่เป็นประเทศพัฒนาแล้วจะต้องดำเนินการอนุวัติให้เสร็จภายในหนึ่งปี ส่วนประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจจากระบบวางแผนส่วนกลางไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดต้องนำความตกลง TRIPS ไปใช้ภายในห้าปี ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดในภายในสิบปี<sup>133</sup> ซึ่งในมุมมองของประเทศกำลังพัฒนาระดับของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวจะมีระดับสูงมาก แต่ในทางกลับกันประเทศกำลังพัฒนาซึ่งนำโดยผู้แทนของประเทศอินเดียก็ได้เจรจาต่อรองกับประเทศพัฒนาแล้ว เพื่อขอให้มีความยืดหยุ่น (flexibility) ในความตกลง TRIPS ซึ่งจะให้ประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาในแง่ของการกำกับดูแลการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิซึ่งเกือบทั้งหมดเป็นบริษัทข้ามชาติของประเทศอุตสาหกรรมที่พัฒนาแล้ว แต่การใช้ความยืดหยุ่นตามความตกลง TRIPS ของประเทศกำลังพัฒนาก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆ ของการใช้ความยืดหยุ่นดังกล่าวด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่กระทรวงสาธารณสุขของประเทศไทยได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บังคับใช้สิทธิบัตรเหนือยา รักษาโรคเอดส์ เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2549 ซึ่งผู้ทรงสิทธิบัตรเหนือยา Efavirenz คือ บริษัทยาข้ามชาติ บริษัท Merke Sharp and Dohme (Thailand)<sup>134</sup>

เนื่องจากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทข้ามชาติของประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก ประเด็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความซับซ้อนขึ้นมาอีกชั้นหนึ่ง เพราะมีปัจจัยระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องเพิ่มเติม กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นบริษัทข้ามชาติซึ่งมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกและผู้ขอใช้สิทธิเป็นบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่ำกว่าได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศ (international licensing agreement) เป็นที่แน่นอนว่าผู้ทรงสิทธิต้องพยายามบรรจุนโยบายหรือข้อจำกัดสิทธิ (restrictive

<sup>133</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 37 – 38.

<sup>134</sup> ศักดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 265.



clauses) ลงไปในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวให้มากที่สุดเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิให้มากที่สุด และในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ผู้ทรงสิทธิจะประสบความสำเร็จในการเจรจาต่อรองจัดทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเสมอ เพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ประกอบการซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่มีระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่ำกว่า รัฐบาลที่เข้มแข็งและมีความเป็นชาตินิยมทางเศรษฐกิจสูงสุด เช่น รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นก็จะเข้าแทรกแซงการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศดังกล่าว<sup>135</sup> โดยการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะ เป็นกลไกทางกฎหมายประการสำคัญที่ปรากฏในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นระดับกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายในประเทศ<sup>136</sup>

รัฐบาลญี่ปุ่นมีนโยบายที่จะเข้าแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างประเทศของผู้ประกอบการญี่ปุ่นซึ่งต้องการเทคโนโลยีจากต่างประเทศไม่ให้เสียเปรียบผู้ทรงสิทธิต่างชาติ ดังนั้นจึงมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 6 เข้าไปในกฎหมาย JAA โดยมาตรา 6 วรรคแรกได้ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใดทำสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเนื้อหาที่เป็นการจำกัดทางการค้าโดยไม่สมเหตุสมผล (ตัวอย่างเช่น การทำสัญญากับผู้ผลิตสินค้าในต่างประเทศ กำหนดราคาขายสินค้านั้นในประเทศญี่ปุ่น) หรือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และมาตรา 6 วรรคสองได้กำหนดให้ผู้ประกอบการญี่ปุ่นต้องยื่นสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวให้คณะกรรมการ JFTC พิจารณา ต่อมาในปี 1968 คณะกรรมการ JFTC ได้ออกแนวปฏิบัติเพื่ออธิบายว่าข้อสัญญาในสัญญาระหว่างประเทศใดบ้างที่อาจขัดกับมาตรา 6 ได้ ช่วงระหว่างปี 1975-1988 ผู้ประกอบการญี่ปุ่นที่ทำสัญญาระหว่างประเทศได้ยื่นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและ know-how ให้คณะกรรมการ JFTC ตรวจสอบและได้รับการอนุญาตจำนวนทั้งสิ้น 21,215 สัญญา สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ขอใช้สิทธิญี่ปุ่นมากที่สุดจะเป็นสัญญาที่อยู่ในกลุ่มอุตสาหกรรม 3 กลุ่ม คือ อุตสาหกรรมก่อสร้าง อุตสาหกรรมกระดาษและเยื่อกระดาษ และอุตสาหกรรมเครื่องจักรทั่วไป ทั้งนี้เทคโนโลยีที่ผู้ประกอบการญี่ปุ่นได้นำเข้าระหว่างช่วงระยะเวลาดังกล่าวจะเป็นเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมต่างๆ ถึง 23 อุตสาหกรรม<sup>137</sup>

<sup>135</sup>“ เรื่องเดียวกัน” หน้า 266.

<sup>136</sup>เอกรินทร์ วิริโย ลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ค้นคืน วันที่ 30 มิถุนายน 2559 <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act133.pdf>.

<sup>137</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 349.

โดยหากมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทางคณะกรรมการ JFTC จะให้คู่สัญญาลบข้อสัญญานั้นออกโดยใช้การชี้แนะอย่างไม่เป็นทางการ (informal guidance) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 ที่มีการเพิ่มมาตรา 6 เข้ามาในกฎหมาย JAA คณะกรรมการ JFTC ได้เข้าแทรกแซงอย่างเป็นทางการโดยอ้างมาตรา 6 วรรคแรก ใน 2 คดีสำคัญ ดังนี้

ก. คดี Amano (คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC, 12 มิถุนายน 1970)<sup>138</sup>

เป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า (an international distribution agreement) โดยบริษัทสัญชาติเดนมาร์กชื่อ บริษัท Novo Industri S.A. (Novo) และบริษัทญี่ปุ่นชื่อ บริษัท Amano Pharmaceutical Company (Amano) เข้าทำสัญญาจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า โดยบริษัท Novo ได้ตกลงที่จะให้บริษัท Amano เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้า “Alkalase” (สารทำความสะอาดชนิดหนึ่ง) แต่ผู้เดียวในประเทศญี่ปุ่น โดยในสัญญาจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายดังกล่าวมีเงื่อนไขหรือมีข้อจำกัดสิทธิของบริษัท Amano อยู่ 3 ประการ ประการแรก คือ เงื่อนไขที่ว่า บริษัท Amano ต้องจำหน่ายสินค้าที่ราคาของบริษัท Novo กำหนด (resale price maintenance) ประการที่สอง คือ ข้อจำกัดสิทธิไม่ให้บริษัท Amano ขายสินค้าที่เป็นสารทำความสะอาดของบริษัทคู่แข่งใดๆ ตลอดระยะเวลาของสัญญาและสามปีหลังจากที่สัญญานี้สิ้นสุดลงแล้ว ประการที่สาม ข้อจำกัดสิทธิไม่ให้บริษัท Amano ผลิตสินค้าที่เป็นสินค้าคู่แข่งตลอดระยะเวลาของสัญญาและตลอดไป หลังจากที่ตั้งนามในสัญญาดังกล่าวแล้ว 2 ปี บริษัท Amano ได้แจ้งพร้อมส่งหนังสือสัญญาไปให้คณะกรรมการ JFTC หลังจากที่คณะกรรมการ JFTC ได้พิจารณาสัญญาแล้ว คณะกรรมการ JFTC ได้มีคำแนะนำเป็นทางการ (formal recommendation) ให้บริษัท Amano ลบข้อจำกัดสิทธิทั้ง 3 ประการออกจากสัญญา เนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่ขัดกับบทบัญญัติของมาตรา 6 วรรคแรกของกฎหมาย JAA ต่อมาอีก 1 เดือน คณะกรรมการ JFTC ได้มีคำตัดสินให้เลือกรับหรือปฏิเสธคำตัดสิน (a recommendation decision) ให้บริษัท Amano ลบข้อจำกัดสิทธิเรื่องห้ามจำหน่ายสินค้าที่เป็นสินค้าคู่แข่ง และข้อจำกัดสิทธิเรื่องห้ามการผลิตสินค้าที่เป็นสินค้าคู่แข่งจากสัญญาดังกล่าว เนื่องจากภายหลังได้รับคำแนะนำเป็นทางการก่อนได้รับคำตัดสินให้เลือกรับหรือปฏิเสธคำตัดสินนั้น สัญญาดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปแล้วทำให้เงื่อนไขเรื่องการกำหนดราคาขายต่อไม่เป็นประเด็นขึ้นมาในคำตัดสินให้เลือกรับหรือปฏิเสธคำตัดสิน บริษัท Novo ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลสูงเมืองโตเกียว (the Tokyo High Court) โดยขอให้ศาลสั่งให้ยกคำตัดสินข้างต้นของคณะกรรมการ JFTC เสีย (to quash) โดยมีเจตนาที่จะขอให้ศาลยกคำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC แล้วบริษัท Novo จะได้ฟ้องบริษัท Amano ฐานผิดสัญญาจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายต่อไป ประเด็นสำคัญที่ศาลสูงเมืองโตเกียวต้องตัดสิน คือ บริษัท Novo

<sup>138</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 180.

ซึ่งเป็นบริษัทต่างประเทศและไม่ได้เป็นคู่กรณีที่ถูกระงับการ JFTC ตัดสินให้ลบล้างคำสั่งสิทธิจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องศาลได้หรือไม่ (standing) ศาลสูงเมืองโตเกียวตัดสินว่าคู่กรณีที่ผลประโยชน์ตามกฎหมายได้รับผลกระทบในแง่ลบจากคำสั่งทางปกครองเท่านั้นจึงจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องศาลได้ คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ไม่ได้ตัดสิทธิบริษัท Novo ที่จะฟ้องบริษัท Amano ฐานผิดสัญญาตั้งนั้นผลประโยชน์ตามกฎหมายของบริษัท Novo จึงไม่ถูกระงับในแง่ลบ จึงไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องได้

บริษัท Novo ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงเมืองโตเกียวไปยังศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่น ศาลฎีกาได้ตัดสิน โดยให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาที่สืบสนและสลบซับซ้อน แต่สรุปได้ว่าคู่สัญญาต่างชาติในสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 6 วรรคแรกของกฎหมาย JAA ไม่มีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ยกคำสั่งทางปกครอง

คำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่น ได้ถูกนักวิชาการทางนิติศาสตร์วิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นคำพิพากษาที่เข้มงวดเกินไป เพราะในคดีนี้หากบริษัท Novo ซึ่งเป็นคู่สัญญาได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ยังไม่มีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องศาล ยุติธรรมขอให้ศาลยกคำตัดสินดังกล่าวได้ ก็คงไม่มีบุคคลอื่นใดที่จะมีสิทธิดังกล่าว ซึ่งแน่นอนว่าผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาของศาลฎีกา คือ คู่สัญญาของสัญญาต่างประเทศซึ่งเป็นผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่น ได้แก่ บริษัท Amano นั้นเอง ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวย่อมให้ผู้ประกอบการญี่ปุ่นได้เปรียบคู่สัญญาชาวต่างประเทศอย่างชัดเจน เพราะทำให้สามารถลบล้างสัญญาที่ทำให้ฝ่ายตนเสียประโยชน์ออกจากสัญญาโดยการเพียงแต่ยอมรับคำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC เท่านั้น

ข. คดี Komatsu-Bucyrus (คณะกรรมการ JFTC, 26 ตุลาคม 1981)<sup>139</sup>

สัญญาระหว่างประเทศในคดีนี้เป็นสัญญาร่วมกิจการ (joint venture) ระหว่างบริษัท Komatsu Manufacturing Company ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตรถดักดินขนาดใหญ่ (power shovel) ของประเทศญี่ปุ่น และบริษัทรถดักดินขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาชื่อว่า บริษัท Bucyrus Eric Company บริษัท Komatsu ต้องการเทคโนโลยีการผลิตรถดักดินขนาดใหญ่บางอย่างจึงติดต่อขอใช้สิทธิบัตรและโนฮาว์จากบริษัท Bucyrus บริษัท Bucyrus ไม่ต้องการอนุญาตให้สิทธิกรรมดา แต่ต้องการเข้าไปลงทุนประกอบธุรกิจร่วมกับบริษัท Komatsu ในประเทศญี่ปุ่นด้วย ดังนั้นจึงมีการทำสัญญาร่วมกิจการ (joint venture agreement) ระหว่างบริษัท Komatsu บริษัท Bucyrus และ

<sup>139</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 190.

บริษัท Mitsui Bussan โดยให้มีการจัดตั้งบริษัทร่วมกิจการขึ้นมาใหม่ชื่อบริษัท Komatsu-Bucyrus Company (K.B.) โดยบริษัท Komatsu บริษัท Bucyrus และบริษัท Mitsui Bussan ถือหุ้นในบริษัท K.B. 40% 40% และ 20% ตามลำดับ บริษัท Bucyrus ได้อนุญาตให้บริษัท K.B. ส่งให้บริษัทแม่คือบริษัท Komatsu ผลิตรถตักดินขนาดใหญ่ให้โดยใช้เทคโนโลยีที่บริษัท K.B. ได้รับอนุญาตจากบริษัท Bucyrus ให้ใช้สิทธิบัตรและโนฮาว์ เมื่อบริษัท Komatsu ผลิตรถตักดินขนาดใหญ่ตามคำสั่งผลิตของบริษัท K.B. แล้วก็จะส่งมอบสินค้าให้กับบริษัท K.B. แล้วให้บริษัท K.B. จัดจำหน่ายสินค้านั้นให้กับบริษัท Komatsu และบริษัท Komatsu จัดจำหน่ายรถตักดินขนาดใหญ่ให้กับลูกค้าต่อไป ดังนั้นบริษัท K.B. จึงเป็นเพียงบริษัทที่อยู่บนกระดาษเท่านั้นซึ่งตั้งขึ้นมาเพื่อชำระค่าใช้สิทธิให้กับบริษัท Bucyrus สำหรับค่าสิทธิบัตรและโนฮาว์ในการผลิตรถตักดินขนาดใหญ่ ซึ่งในความเป็นจริงบริษัทที่ชำระค่าใช้สิทธิให้กับบริษัท Bucyrus คือบริษัท Komatsu ไม่ใช่บริษัท K.B. มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอีกประการหนึ่งว่าการเข้ามาลงทุนของบริษัท Bucyrus ในรูปแบบกิจการร่วมค้ากับบริษัท Komatsu ได้รับการอนุญาตจากรัฐบาลญี่ปุ่นตามกฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ (the Foreign Investment Law)

ทั้งนี้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและโนฮาว์ระหว่างบริษัท Bucyrus และบริษัท K.B. นั้นมีข้อสัญญาที่กำหนดว่า การยกเลิกสัญญาต้องมีการแจ้งล่วงหน้าก่อน แต่ในความเป็นจริงแล้วบริษัท Komatsu ไม่สามารถจะยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้เลย เนื่องจากต้องมีมติเป็นเอกฉันท์ (unanimous resolution) ของคณะกรรมการบริหารของบริษัท K.B. ก่อนว่าต้องการจะยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในคณะกรรมการบริหารของบริษัท K.B. นั้นมีกรรมการบริหารซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท Bucyrus อยู่ด้วย หากกรรมการบริหารนั้นไม่เห็นด้วยกับที่ประชุม ที่ประชุมคณะกรรมการบริหารของบริษัท K.B. ย่อมไม่สามารถจะมีมติเอกฉันท์ได้ บริษัท Komatsu เริ่มไม่พอใจกับข้อสัญญาดังกล่าว เนื่องจากจะต้องชำระค่าใช้สิทธิบัตรและโนฮาว์ไปเรื่อยๆ จนกว่าบริษัท Bucyrus จะเห็นด้วยกับการยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว ในทางธุรกิจแล้วบริษัท Komatsu ย่อมต้องการจะยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทันทีที่ประเมินแล้วว่าบริษัทของตนสามารถเรียนรู้เทคโนโลยีของบริษัท Bucyrus ได้แล้วและไม่ต้องพึ่งบริษัท Bucyrus อีกต่อไป เพราะจะได้ไม่ต้องชำระค่าใช้สิทธิ ส่วนบริษัท Bucyrus ต้องการจะได้รับชำระค่าใช้สิทธิเป็นเวลานานที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

บริษัท Komatsu ได้ทำเรื่องร้องเรียนไปยังคณะกรรมการ JFTC โดยอ้างว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวเป็นสัญญาที่จัดทำฝ่ายเดียว (unilateral licensing agreement) โดยฝ่ายบริษัท Bucyrus และมีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการชำระค่าใช้สิทธิและข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งบริษัท Bucyrus บังคับให้บริษัท Komatsu ต้องยอมรับ

ให้บรรจข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทั้งสองข้อลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทั้งสองขัดกับบทบัญญัติของมาตรา 6 วรรคแรกของกฎหมาย JAA

คณะกรรมการ JFTC มีบทเรียนจากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี Amano จึงหลีกเลี่ยงปัญหาโดยการจัดให้มีการไต่สวนทางปกครองที่เปิดให้สาธารณะเข้าฟังได้ (an open administrative hearing) โดยมีทั้งบริษัท Komatsu และบริษัท Bucyrus เป็นคู่กรณี (respondents) และได้มีการจัดการไต่สวนทางปกครองขึ้นหลายครั้ง ขณะที่บริษัท Komatsu และบริษัท Bucyrus ก็ได้เจรจาเพื่อประนีประนอมยอมความกันไปด้วยจนทั้งสองบริษัทสามารถตกลงกันได้ คณะกรรมการ JFTC จึงได้ยกเลิกกระบวนการไต่สวนทางปกครองและจำหน่ายคดีออกจากการพิจารณา

ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจในคดีนี้ซึ่งไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเนื่องจากการจำหน่ายคดีก่อนคือ *ประการแรก* คณะกรรมการ JFTC ได้จัดส่งคำร้องเรียนของบริษัท Komatsu ให้บริษัท Bucyrus ซึ่งเป็นคู่กรณีต่างชาติทราบแล้ว (the service of process on the foreign respondent) ซึ่งสันนิษฐานได้ว่า คณะกรรมการ JFTC ได้จัดส่งคำร้องเรียนไปยังสำนักงานบริษัท Bucyrus ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น *ประการที่สอง* คณะกรรมการ JFTC ได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีต่างชาติได้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาในคำร้องเรียนโดยผ่านกระบวนการไต่สวนทางปกครอง ดังนั้นหากคณะกรรมการ JFTC มีคำตัดสินว่าข้อสัญญาทั้งสองขัดกับบทบัญญัติของมาตรา 6 วรรคแรกของกฎหมาย JAA บริษัท Bucyrus ย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ (has standing) คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ไปยังศาลสูงเมืองโตเกียวได้ *ประการที่สาม* การลงทุนที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลญี่ปุ่นภายใต้กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่จะทำให้คณะกรรมการ JFTC ไม่มีอำนาจที่จะนำบทบัญญัติของกฎหมาย JAA ไปปรับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตโดยไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิ เพราะมีบทบัญญัติของกฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศระบุไว้ชัดเจนว่า “การที่นักลงทุนต่างชาติได้รับอนุญาตจากรัฐบาลญี่ปุ่นให้เข้ามาลงทุนในประเทศญี่ปุ่นได้นั้น ไม่มีผลใดๆ ต่ออำนาจของคณะกรรมการ JFTC ที่มีอยู่ตามกฎหมาย JAA เลข ในประเทศไทย ดูเหมือนว่ามาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเป็นบทบัญญัติที่คล้ายกับมาตรา 6 วรรคแรกของกฎหมาย JAA โดยมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็น โดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้นหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใดๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร



ที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”<sup>140</sup>

เมื่อพิจารณาหัตถ์บทของมาตรา 28 แล้ว จะเห็นความแตกต่างที่ชัดเจนว่า เจตนารมณ์ของมาตรา 28 คือ การคุ้มครองผู้บริโภคที่ประสงค์จะซื้อสินค้าที่ผลิตในต่างประเทศมาใช้เองในประเทศไทย ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคที่ประสงค์จะซื้อสินค้าประเภทคงทน (durable goods) ที่มีคุณภาพยอดเยี่ยมที่ผลิตในต่างประเทศ เช่น รถยนต์ที่ผลิตจำหน่ายสำหรับผู้บริโภคในตลาดระดับบน แต่ผู้ผลิตรถยนต์ในต่างประเทศได้มีนโยบายที่จะให้มีการประกอบรถยนต์บางรุ่นที่เหมาะสมสำหรับตลาดในประเทศไทย ดังนั้นจึงมีการทำสัญญากับผู้ประกอบการไทยให้ตั้งโรงงานประกอบรถยนต์รุ่นดังกล่าวและเป็นตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทยด้วย เนื่องจากตลาดรถยนต์ระดับสูงของประเทศไทยยังมีขนาดค่อนข้างเล็ก ดังนั้น บริษัทผู้ประกอบรถยนต์ของไทยจึงต้องการให้ซื้อรถยนต์รุ่นดังกล่าวซื้อรถยนต์ที่โรงงานของบริษัทตนเป็นผู้ประกอบและเป็นบริษัทตัวแทนจำหน่ายด้วย ดังนั้นหากมีนโยบายหรือสัญญาหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจอื่นใดที่ทำให้ผู้บริโภคไทยไม่สามารถซื้อรถยนต์ยี่ห้อดังกล่าวจากบริษัทตัวแทนจำหน่ายในต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นการบังคับทางอ้อมให้ผู้บริโภคไทยต้องซื้อรถยนต์ยี่ห้อดังกล่าวที่ประกอบในประเทศไทยแทน พฤติกรรมของบริษัทผู้ประกอบรถยนต์ไทยถือเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 28 ดังนั้นนอกจากมาตรา 28 จะไม่มีเจตนารมณ์ที่จะช่วยไม่ให้ผู้ประกอบการไทยเสียเปรียบคู่สัญญาซึ่งเป็นบริษัทต่างชาตินั้นแล้ว ยังมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ประกอบการไทยที่ใช้วิธีการทำธุรกิจที่ทำให้ผู้บริโภคไทยเสียประโยชน์ด้วย

### 3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและความตกลง ทริปส์ (TRIPS)

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหัวข้อการเจรจาใหม่ ที่เพิ่งจะถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของแกตต์เป็นครั้งแรกในรอบอุรุกวัย การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศแต่เดิมนั้นอยู่ภายใต้การดูแลของ “องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก” (World Intellectual Property Organization) หรือ ไวโป (WIPO) ซึ่งเป็นทบวงชำนาญพิเศษขององค์การสหประชาชาติ ในการดำเนินการของไวโปในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น โดยทั่วไปจะกระทำโดยอาศัยกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่กำหนดขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ เช่น การคุ้มครองอุตสาหกรรมสมบัติจะอยู่ภายใต้หลักการของอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the

<sup>140</sup> ศักดา รัตนกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 190.



Protection of Industrial Property) ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และอนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations) การออกแบบวงจรรวมภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits) เป็นต้น<sup>141</sup> โดยสาระสำคัญและรายละเอียดของการคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเทศของทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้การคุ้มครองเป็นสำคัญ

ปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่การผลักดันให้เกิดการจัดทำความตกลงทรัพย์สินก็คือ ปัญหาเศรษฐกิจมหภาค (Macro-economic problems) ที่ประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศประสบอยู่ในช่วงทศวรรษที่ 80 ประเทศที่พัฒนาแล้วได้สูญเสียตลาดการค้าในสินค้าบางอย่างให้กับสินค้าของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งสามารถพัฒนาขีดความสามารถในการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมบางอย่างขึ้นมาได้อย่างมีคุณภาพ ตัวอย่างเช่น ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งแต่เดิมเป็นผู้ผลิตและส่งออกสินค้าทอรายใหญ่ได้สูญเสียตลาดสินค้านี้ให้กับสินค้าของประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากการผลิตสินค้านี้ ประเทศกำลังพัฒนามีข้อได้เปรียบในเรื่องแรงงานราคาถูกรวมทั้งเทคโนโลยีที่ใช้ในอุตสาหกรรมสิ่งทอที่มีลักษณะที่เรียบง่ายและไม่ซับซ้อนมากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับเทคโนโลยีที่ใช้ในอุตสาหกรรมอื่น ประเทศกำลังพัฒนาจึงสามารถผลิตสินค้าสิ่งทอและเสื้อผ้าที่มีคุณภาพดีแต่มีราคาถูกกว่าสินค้าของประเทศที่พัฒนาแล้ว ส่งผลให้สินค้าของประเทศกำลังพัฒนาเป็นที่นิยมของผู้บริโภคและสามารถแย่งตลาดสินค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้วได้<sup>142</sup>

ทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดได้ อย่างไรก็ดี อำนาจผูกขาดไม่ใช่สิ่งเลวร้ายในตัวเอง การมีสิทธิแต่ผู้เดียวอันเกิดจากทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ถือเป็นสิ่งผิดปกติในบริบทของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตราบไคท์ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ใช่อำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาด จากการที่ตนมีสิทธิแต่ผู้เดียวไปในทางที่จะทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมขึ้น<sup>143</sup>

<sup>141</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 40.

<sup>142</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 24.

<sup>143</sup> ธีรสิทธิ์ นพมงคล. (2549). ทรัพย์สินทางปัญญาในมุมมองกฎหมายแข่งขันทางการค้า วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (พฤศจิกายน) หน้า 188.

### 3.3.1 สาระสำคัญของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์วัตถุประสงค์ที่จะทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกเป็นแบบเดียวกัน สาระสำคัญของความตกลงทริปส์เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กำหนดวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงการป้องกันและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกจากนี้ ยังมีการนำเอาหลักการพื้นฐานของ GATT มาปรับใช้ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย<sup>144</sup>

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ทุกลักษณะ โดยครอบคลุมสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบวงจรรวม และการควบคุมการปฏิบัติที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าความตกลงระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ เพื่อให้รัฐภาคีนำไปปฏิบัติไว้ในกฎหมายภายใน

ข้อตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum standards) ที่รัฐสมาชิก WTO จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ รัฐสมาชิกอาจกำหนดกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความครอบคลุมมากกว่าที่ข้อตกลงทริปส์กำหนดก็ได้ ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาที่รัฐสมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองอยู่ในส่วนที่ 1 ถึง 7 ได้แก่ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ออกแบบผลิตภัณฑ์ สิทธิบัตร คุ้มครองพันธุ์พืช ผังภูมิวงจร และความลับทางการค้า<sup>145</sup>

ความตกลงทริปส์มิได้วางหลักเกณฑ์ไว้เฉพาะแต่ในเรื่องมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น หากแต่ยังได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท การบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีไว้ด้วย<sup>146</sup>

<sup>144</sup>รังสรรค์ ชนะพรพันธ์ สมบูรณ์ ศรีประชัย บรรณาธิการ. (2552). กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา โครงการ WTO Watch จับกระแสองค์การการค้าโลก สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) หน้า 11

<sup>145</sup>ปวีศรี เลิศธรรมเทวี. (2559). ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 24.

<sup>146</sup>จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 36.

ความตกลงทริปส์ได้ผสมผสานหลักการพื้นฐานของแกตต์ ไม่ว่าจะเป็นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation treatment principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment principle) หลักต่างตอบแทน (Reciprocity principle) กลไกระงับข้อพิพาท (Dispute settlement mechanism) ฯลฯ เข้ากับหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ที่มีอยู่ อันได้แก่ หลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์น์ ฯลฯ โดยได้รวบรวมและกำหนดหลักเกณฑ์และบรรทัดฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทไว้ในความตกลงระหว่างประเทศฉบับเดียวกัน<sup>147</sup>

มีข้อควรคำนึงว่า แม้หลักการพื้นฐานต่างๆ ที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ จะมีที่มาจากความตกลงแกตต์ก็ตาม แต่หลักการภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศทั้งสอง (ไม่ว่าจะเป็นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักต่างตอบแทน) ต่างก็มีนัยสำคัญที่แตกต่างจากกัน โดยหลักการในความตกลงแกตต์นั้นจะใช้บังคับกับสินค้า (Goods) ส่วนหลักการภายใต้ความตกลงทริปส์ใช้บังคับกับบุคคล (Persons) เป็นสำคัญ<sup>148</sup>

### 3.3.2 หลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์ (TRIPS)

#### 1) หลักดินแดนของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา<sup>149</sup>

ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น มีหลักกฎหมายอันหนึ่งซึ่งถือว่ามี ความสำคัญและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป หลักกฎหมายดังกล่าวได้แก่ “หลักดินแดน” ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ

ภายใต้หลักดินแดนทั่วไปสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปจะเกิดขึ้นจากการรับรองกฎหมายภายในของรัฐ สิทธิตามกฎหมายจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอและมีการรับจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว (ข้อยกเว้นสำหรับเรื่องนี้ คือ กรณีได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ที่ผู้สร้างสรรค์งานจะได้รับการคุ้มครองในทันที โดยไม่ต้องปฏิบัติตามแบบใดๆ ทั้งสิ้น)

ส่วนการบังคับใช้สิทธิ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะแต่ภายในเขตอธิปไตยของรัฐที่ให้การคุ้มครองเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถบังคับสิทธิของตนต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไม่อาจถูกละเมิดโดยการกระทำที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร และเช่นเดียวกันการกระทำที่เกิดขึ้น

<sup>147</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 36.

<sup>148</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 36 – 37.

<sup>149</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 42.

ภายในประเทศไม่เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในต่างประเทศ จุดมุ่งหมายสำคัญของหลักดินแดนก็คือ เพื่อให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของประเทศต่างๆ ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศของตน

2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์<sup>150</sup>

“หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง” ภายใต้ความตกลงทริปส์ มีเจตนารมณ์ที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐภาคีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คนชาติของรัฐภาคีขององค์การการค้าโลกไม่ว่าประเทศใด จะได้รับการปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเสมอภาคกัน

การที่รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกได้ทำความตกลงทวิภาคีกับประเทศหนึ่งประเทศใดไม่ว่าประเทศคู่สัญญานั้นจะเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือไม่ก็ตาม หากการทำความตกลงทวิภาคีนั้น ทั้งสองฝ่ายยินยอมที่จะให้ข้อได้เปรียบ (Advantage) ความอนุเคราะห์ (Favour) เอกสิทธิ (Privilege) หรือความคุ้มกัน (Immunity) เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดแก่กัน สิทธิประโยชน์ที่รัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกได้ให้แก่ประเทศอื่นตามความตกลงทวิภาคีนั้น จะต้องมีผลขยายไปถึงรัฐภาคีอื่นๆ ที่มีได้เป็นคู่สัญญาด้วย

พันธกรณีภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงทริปส์จะใช้บังคับกับการให้สิทธิพิเศษในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการให้สิทธิพิเศษในเรื่องเงื่อนไขการคุ้มครอง ค่าธรรมเนียม ระยะเวลาการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ หรือการบังคับใช้สิทธิ

ข้อยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง<sup>151</sup>

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดข้อยกเว้นจากการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไว้ 5 กรณีด้วยกัน โดยได้บัญญัติไว้ในข้อ 4 (เอ) – (ดี) และข้อ 5 ซึ่งสาระสำคัญและรายละเอียดของข้อยกเว้นดังกล่าวมีดังนี้

1. การให้การปฏิบัติที่แตกต่างอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรม

ในกรณีที่ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ หรือความคุ้มกันที่บางประเทศให้แก่กัน เกิดขึ้นจากการทำความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือทางศาลหรือการบังคับใช้กฎหมาย ความตกลงที่ทำนั้นจะไม่อยู่ในบังคับของข้อ 4 วรรคแรกของความตกลงทริปส์

<sup>150</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 42.

<sup>151</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 42.

อย่างไรก็ตามความตกลงทริปส์ยังได้กำหนดไว้ด้วยว่า ความตกลงทวิภาคีที่ทำกันนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นการทำความร่วมมือทางด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง หากแต่ต้องเป็นความร่วมมือทางอรรถคดีที่มีลักษณะทั่วไป (General nature) ที่มีได้จำกัดอยู่กับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ (Not particularly confined to the protection of intellectual property)

### 2. การใช้หลักต่างตอบแทนเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนต่างชาติ

ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาส่วนใหญ่จะกำหนดให้รัฐภาคีให้การคุ้มครองสิทธิของคนต่างชาติภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ก็มีข้อตกลงระหว่างประเทศบางฉบับ กล่าวคือ อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับปี ค.ศ. 1971 และอนุสัญญากรุงโรม ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงของต่างชาติภายใต้หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) โดยมีได้กำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติดังเช่นความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น

เมื่อประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและอนุสัญญากรุงโรม ได้เข้ามาเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก และต้องรับเอาพันธกรณีของความตกลงทริปส์ไปปฏิบัติ บทหลักต่างตอบแทนเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงต่างชาติตามพันธการกรณียของอนุสัญญาทั้งสองต่อไปได้ โดยไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนมาใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทริปส์ และกรณีก็ไม่ถือว่าการให้ความคุ้มครองเฉพาะแก่คนชาติของประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและอนุสัญญากรุงโรม โดยการใช้หลักต่างตอบแทนนั้น ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงทริปส์ เนื่องจากได้รับการยกเว้น โดยข้อ 4 (บี) นั่นเอง

### 3. การให้สิทธิบางลักษณะที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์<sup>152</sup>

ข้อยกเว้นในกรณีนี้ใช้บังคับกับการที่กฎหมายของรัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกให้การคุ้มครอง สิทธิข้างเคียง (Related rights) อันประกอบด้วยสิทธิของนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ที่มีสิทธิข้างเคียงในลักษณะต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ กรณีเช่นนี้ประเทศสมาชิคนั้นมีอำนาจที่จะคุ้มครองสิทธิดังกล่าวต่อไปได้ โดยไม่ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ทั้งนี้เป็นไปตามข้อยกเว้นในข้อ 4 (ซี)

หากประเทศสมาชิกใดขององค์การการค้าโลกให้สิทธิในลักษณะอื่น นอกจากที่กล่าวมานี้แก่นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ การให้สิทธิ

<sup>152</sup>จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 42.



อื่นๆ แก่คนชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ แม้จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ก็ได้รับการยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยผลของข้อ 4 (ซี) ของความตกลงทริปส์

#### 4. การปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อน

ตามข้อ 4 (ดี) ของความตกลงทริปส์ การที่ประเทศภาคีใดกระทำการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งใช้บังคับอยู่ก่อนที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกจะมีผลใช้บังคับประเทศที่กระทำการดังกล่าวสามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกิจที่มีอยู่นั้นต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง แต่การที่จะได้รับการยกเว้นตามบทบัญญัตินี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก จะต้องมีการแจ้งให้คณะกรรมการทริปส์ทราบถึงความมีอยู่ของความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว และประการที่สองการปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือเป็นการไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของรัฐภาคีอื่นๆ ขององค์การการค้าโลก

การกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะเช่นนี้ถือว่าเป็นการให้การรับรองความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว ความตกลงทริปส์ไม่มีความประสงค์ที่จะทำให้การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กลายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไป ประเทศสมาชิกที่เคยปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศใดโดยชอบ ก็สามารถกระทำการนั้นต่อไปได้ แม้ต่อมาภายหลังประเทศนั้นจะ ได้กลายมาเป็นภาคีขององค์การการค้าโลกแล้วก็ตาม

#### 3) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>153</sup>

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือ National Treatment เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างคนต่างชาติและคนชาติของรัฐ โดยทุกประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้สิทธิแก่คนชาติของประเทศภาคีอื่นไม่ด้อยไปกว่าสิทธิที่ตนให้แก่คนชาติของตนเอง การกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการใดๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือคนชาติของตนเองนั้น เป็นสิ่งที่กระทำมิได้

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของตนและแก่คนต่างชาติอย่างเสมอภาคกัน คำว่า “สิทธิ” ในที่นี้หมายถึง สิทธิทุกประการภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ นสิทธิในการได้รับความคุ้มครอง สิทธิในการ

<sup>153</sup>จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2555). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 42.



รักษาสีทธิ สิทธิในการบังคับสิทธิ และสิทธิในการโอนและในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตน เป็นต้น

โดยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่ปรากฏมาตั้งแต่ก่อนข้อตกลง ทริปส์มีผลบังคับใช้ โดยถูกบรรจุภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบิร์นฯ และอนุสัญญากรุงโรมฯ ตามลำดับ<sup>154</sup>

### 3.4 ขอบเขตของการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า<sup>155</sup>

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Traditions) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลยุติธรรม (Court of Justice) ได้มีบทบาทสำคัญที่สุดในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิโดยได้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็นจำนวนมากที่ตัดสินเกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิว่าการใช้สิทธิในลักษณะใดที่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมและการใช้สิทธิในลักษณะใดที่ชอบธรรม เนื่องจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมถือว่าเป็นกฎหมายตามหลัก Rule of Precedents (Stare Decisis) จากคำพิพากษาที่ศาลยุติธรรมตัดสินเป็นจำนวนมากในระยะเวลาประมาณเกือบร้อยปีทำให้เกิดแนวทางการพิพากษาคดี (Jurisprudence) ที่ชัดเจนสามารถใช้กำกับดูแลควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิได้อย่างค่อนข้างดีและเป็นระบบ เป็นแบบอย่างให้ประเทศอื่นๆ นำไปศึกษาและประยุกต์ใช้ ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law Traditions) ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งโดยหลักการทางทฤษฎีแล้วศาลยุติธรรมมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง (to apply law to fact) เท่านั้น ไม่มีอำนาจที่จะสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้จึงได้เพิ่มเติมบทบัญญัติเข้าไปในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และศาลยุติธรรมที่จะนำเอากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับกับการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิได้นอกจากนั้นแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้สามารถนำเอากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าไป

<sup>154</sup>ปวีศรี เลิศธรรมเทวี. (2559). ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 24.

<sup>155</sup>ศักดิ์ดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน หน้า 171 – 172.

บังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมหรือต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขต (extraterritorial application) ได้ด้วย

ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายแบบประมวล ยังไม่มีบทบัญญัติที่ใช้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมสามารถนำเอาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปปรับใช้บังคับแก่พฤติกรรมการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมหรือต่อต้านการแข่งขันของผู้ทรงสิทธิ และไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรมที่จะนำกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมหรือต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร

บทบัญญัติของ Article 40.2 เป็นบทบัญญัติที่ยืนยันอำนาจอธิปไตยของสมาชิก WTO (Member's sovereign power) ที่จะออกกฎระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อกำกับดูแลหรือควบคุมเงื่อนไขหรือแนวทางปฏิบัติใดๆ ที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

สาระสำคัญของ Article 40.2 มีว่า ความตกลง TRIPS ไม่ได้ตัดสิทธิของสมาชิก WTO ที่จะกำหนดในกฎหมายว่าการปฏิบัติหรือเงื่อนไขในการอนุญาตให้ใช้ในทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีใดที่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบธรรม ซึ่งมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้มาตรฐานที่เหมาะสมดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆ ของความตกลง TRIPS ด้วย

ในประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีนอกจากบทบาทสำคัญของศาลยุติธรรมที่มีพิพากษากำหนดขอบเขตว่าเงื่อนไขหรือข้อสัญญาในลักษณะใดบ้างที่เป็นเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันแล้ว กรมต่อต้านการแข่งขัน กระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ออกแนวปฏิบัติ (Guidelines) ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (non-binding) แต่มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทราบว่า กรมต่อต้านการแข่งขันและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเงื่อนไขหรือข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการควบคุมกำกับดูแลผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ให้ใช้สิทธิในลักษณะต่อต้านการแข่งขันในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ส่วนในประเทศอื่นๆ ที่ศึกษาไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีหรือในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบเหนือชาติ (Supra-national) ทั้งหมด (ยกเว้นประเทศออสเตรเลีย) ได้เดินตามแนวทางของกรมการต่อต้านการผูกขาดและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าในประเทศ

ดังกล่าวได้ออกแนวปฏิบัติ (Guidelines) ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่มีเป้าหมายเพื่ออธิบายให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อสัญญาที่อาจขัดกฎหมายในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ในกรณีของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติถึงการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่มีบทบัญญัติของมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงวางเงื่อนไขสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมิให้ขัดกับการแข่งขันที่เป็นธรรมและมาตรา 41 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ขัดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม แต่ขอบเขตและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติทั้งสองมาตรา ยังแคบมาก เพราะมิได้มุ่งหมายถึงข้อสัญญาที่อาจฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และบทบัญญัติทั้งสองมาตราไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิในลักษณะไม่ชอบธรรมในรูปแบบทั่วไป เช่น การบังคับขายพ่วงด้วยวาจาหรือสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าของผู้ทรงสิทธิได้ หรือไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิในลักษณะต่อต้านการแข่งขันในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ เช่น know-how เครื่องหมายการค้า ฯลฯ ได้

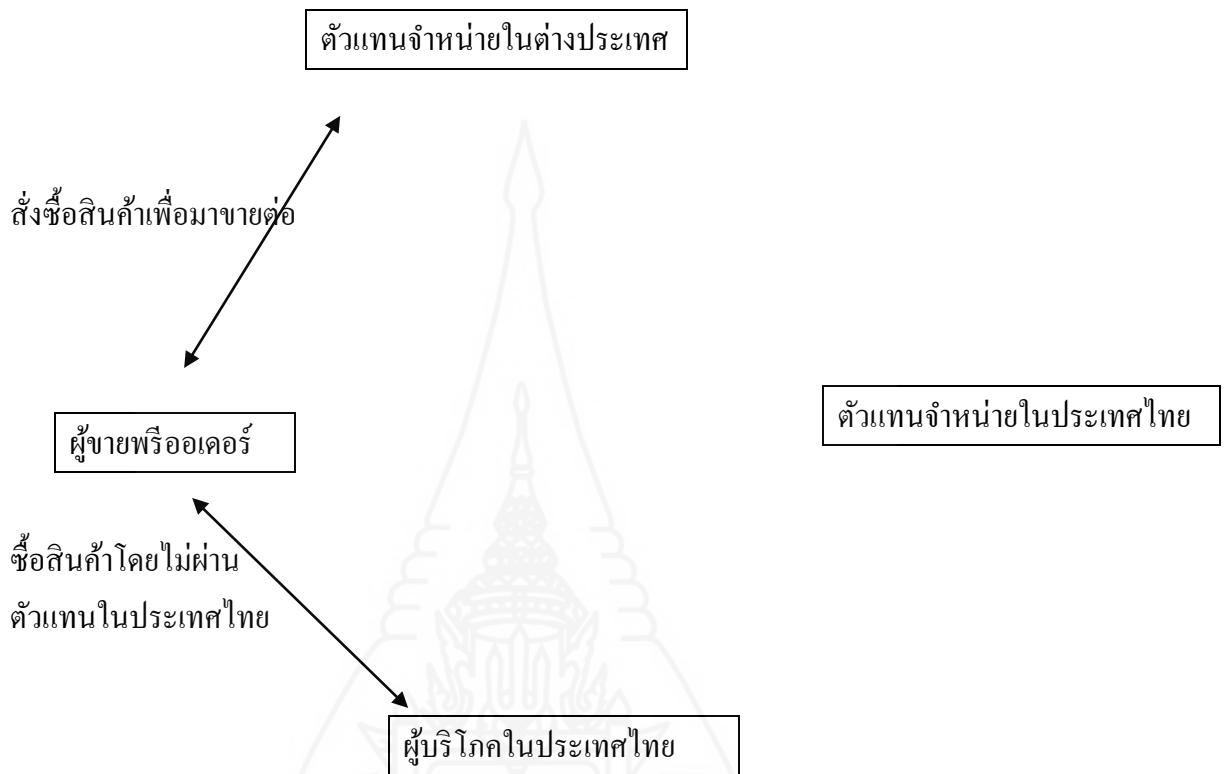
#### 4. ปัญหาช่องว่างทางปฏิบัติในการกีดกันผู้บริโภครวมตามมาตรา 28

การคุ้มครองผู้บริโภครวมตามมาตรา 28 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าจากต่างประเทศมาใช้เองได้โดยไม่ต้องผ่านตัวแทนในประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติผู้บริโภคอาจซื้อโดยวิธีพรีออเดอร์

การพรีออเดอร์ (Pre-order) หมายความว่า เป็นการสั่งซื้อสินค้าขึ้น โดยที่ทางผู้ขายยังไม่มีสินค้าอยู่ในมือหรือในสต็อก แต่เมื่อผู้ซื้อต้องการสินค้าชนิดนั้น ทางผู้ขายจะรับเงินค่าสินค้า (อาจจะเป็นค่ามัดจำบางส่วนหรือเต็มราคาสินค้าขึ้นแล้วแต่จะตกลง) แล้วผู้ขาย จะทำการสั่งซื้อสินค้าขึ้น (โดยส่วนมากจะเป็นการสั่งซื้อสินค้าจากทางผู้ผลิตหรือตัวแทนจำหน่ายที่อยู่ต่างประเทศ)

การซื้อสินค้าแบบพรีออเดอร์ทำให้เกิดช่องว่างในทางปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 28 ที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าจากต่างประเทศมาใช้เอง แต่การพรีออเดอร์เป็นการซื้อสินค้ามาเพื่อขายต่อ ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการในประเทศไทยที่เป็นตัวแทนจำหน่ายเสียประโยชน์

### การสั่งซื้อสินค้าแบบพรีออเดอร์



ภาพที่ 3.1 การสั่งซื้อสินค้าแบบพรีออเดอร์

## 5. การห้ามผู้ประกอบการโดยเด็ดขาดตามมาตรา 28

มาตรา 28 มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวาง หรือ จำกัดการแข่งขัน เพื่อป้องกันการผูกขาด และเกิดการค้ำที่เป็นธรรม โดยการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นจะเกิดขึ้นโดยอ้อมจากการที่ตลาดมีการแข่งขันที่เป็นธรรม ปราศจากการผูกขาดแล้วนั่นเอง โดยการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 28 นั้น เป็นการห้ามเด็ดขาด ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถขออนุญาตต่อหน่วยงานของรัฐได้ ดังเช่นมาตรา 26 และ 27

มาตรา 26 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การประกาศกำหนดของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่าให้บังคับแก่การรวมธุรกิจที่มีผลให้มีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ไม่น้อยกว่าจำนวนเท่าใด

การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้นำขายรวมกับผู้นำขาย ผู้ผลิตรวมกับผู้นำขาย หรือผู้บริกรรวมกับผู้บริกร อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อบังคับให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(6) กำหนดแบ่งห้องที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

ซึ่งหากพิจารณาตามมาตรา 26 กระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน พฤติการณ์ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันมากกว่ามาตรา 28 ยังสามารถกระทำได้หากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามมาตรา 35 อีกทั้งหากพิจารณาตามมาตรา 27 (5) “กำหนดแบ่งห้องที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในห้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน” หรือมาตรา 27 (9) “แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน” มีลักษณะทำนองเดียวกับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่กีดกันผู้บริโภคตามมาตรา 28 แต่มาตรา 27 (5) (9) สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งได้ หากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามมาตรา 35 ทั้งมาตรา 26 และ 27 พฤติการณ์อาจมีความร้ายแรงกว่ามาตรา 28 แต่กฎหมายไม่ได้ห้ามเด็ดขาด จึงอาจถือว่าการออกกฎหมายตามมาตรา 28 รัฐแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของเอกชนมากเกินไปเกินความจำเป็น ดังนั้น หากมีการแก้ไขกฎหมายโดยผ่อนคลายนโยบายการห้ามอย่างเด็ดขาดดังกล่าวให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ก็จะทำให้บทบาทของรัฐในการแทรกแซงอยู่ในเกณฑ์ที่เหมาะสม สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้เป็นอย่างดีตรงตามเจตนารมณ์ และเกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ



## บทที่ 4

### วิเคราะห์กฎหมายแข่งขันทางการค้าต่างประเทศ

กฎหมายแข่งขันทางการค้าเริ่มต้นจากประเทศแคนาดา และประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้น ได้แก่ The Sherman Act ต่อมาประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นบ้างและนิยมแพร่หลายไปทั่วโลก เช่น ญี่ปุ่น เกาหลี สหภาพยุโรป

ในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ เพื่อนำแนวทางและประสบการณ์ของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนา กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งในที่นี้จะศึกษากฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เนื่องจากประเทศไทยเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ที่ส่งเสริมและสนับสนุนเศรษฐกิจ การค้าเสรีระหว่างประเทศสมาชิก กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปจึงเป็นแบบอย่างที่ดีในการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน รวมถึงศึกษากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น เพราะวาประเทศญี่ปุ่นสามารถพัฒนานโยบายเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมจนเป็นประเทศชั้นนำด้านเศรษฐกิจของโลกในปัจจุบัน และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ในหลายมาตราได้แบบอย่างมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศการค้าเสรีและมีขนาดเศรษฐกิจใหญ่อันดับหนึ่งของโลกติดต่อกันเป็นเวลานานหลายปี และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอเมริกายังเป็นแบบอย่างให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลก บัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นบ้าง

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้น บังคับคนสามารถที่จะดำเนินธุรกิจของตนเองได้อย่างอิสระ ปราศจากการควบคุมโดยรัฐ ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างเต็มประสิทธิภาพสูงสุด ส่งผลให้เศรษฐกิจโดยรวมพัฒนา กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่เข้าควบคุม ดูแล และแทรกแซงการประกอบธุรกิจ ดังนั้น หากควบคุมมากไปก็อาจจะไม่เกิดผลดี แต่จะควบคุมอย่างไรที่จะทำให้เกิดผลดีที่สุด จึงเป็นที่มาของการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาทางเศรษฐกิจแล้ว เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

## 1. กฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา

นานาประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีหรือระบบตลาดต่างก็มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้า สำหรับสหรัฐอเมริกามีชื่อกฎหมายโดยรวมว่า Antitrust law ทั้งนี้เพราะมีกฎหมายหลายฉบับที่ใช้ในการแก้ปัญหาการผูกขาดในประเทศ<sup>156</sup> โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกามีชื่อว่า The Sherman Act ได้รับการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในปี ค.ศ.1890 (พ.ศ.2433) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ถือกำเนิดเป็นฉบับที่สองของโลกต่อจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาที่บัญญัติขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1889 (พ.ศ.2432) The Sherman Act มีต้นกำเนิดจากความไม่พอใจของประชาชนต่อการรวมกลุ่มกันของผู้ขายสินค้าอุปโภคบริโภค เช่น น้ำตาลและน้ำมัน จัดตั้งทรัสต์ (Trust) เพื่อลดการแข่งขันทางการค้าระหว่างกันและผูกขาดการค้าขาย ซึ่งส่งผลให้สินค้าอุปโภคบริโภคมีราคาสูงขึ้นมาก ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของการบัญญัติ The Sherman Act คือการห้ามผู้ประกอบการไม่ให้จำกัดการค้าอย่างเสรีและห้ามการผูกขาดทางการค้า ต่อมารัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกหลายฉบับ เช่น the Clayton Act, the Robinson-Patman Act, และ the Federal Trade Commission Act เป็นต้น<sup>157</sup>

การผูกขาดเป็นพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเด็ดขาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการผูกขาดของผู้ประกอบการส่งผลเสียต่อระบบตลาด การค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น The Sherman Act จึงบัญญัติห้ามการผูกขาดของผู้ประกอบการเอาไว้ในมาตรา 1 ความว่า ทุกข้อตกลง ความร่วมมือไม่ว่าจะอยู่ในรูปของทรัสต์หรือในรูปแบบอื่น หรือการสมคบคิดกันเพื่อจำกัดการค้าขายในระหว่างหลายรัฐหรือร่วมกับต่างประเทศถือว่าเป็นความผิด (“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...”) พฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งจะส่งผลให้เป็นความผิดตามมาตรา 1 นี้ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ข้อคือ 1. ต้องมีข้อตกลง

<sup>156</sup> สุธีร์ สุภณิตย์. (2555). หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 4.

<sup>157</sup> กมลวรรณ จิรวินิชญ์ การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ค้นคืน 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 5.

สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันระหว่างผู้ประกอบการ และ 2. ข้อตกลง สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรี<sup>158</sup>

### 1.1 หลักการห้ามจำกัดทางการค้า (Restraints of Trade)

หากตีความมาตรา 1 ของ The Sherman Act ตามตัวอักษรแล้ว การการผูกขาด ทุกกรณีระหว่างผู้ประกอบการจะเป็นความผิดตามมาตรา 1 ทั้งนี้เนื่องจากกรอบองค์ประกอบ ความผิดทั้ง 2 ประการของมาตรา 1 ในช่วงต้นของการบังคับใช้ The Sherman Act ศาลฎีกาของ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตีความมาตรา 1 ตามตัวอักษรส่งผลให้การร่วมมือกันของผู้ประกอบการ ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรีเป็นความผิดเสียทั้งสิ้นโดยไม่มีข้อยกเว้น ดังเช่นที่ผู้พิพากษา Peckham ได้ตัดสินไว้ในคดี Trans-Missouri Freight Ass'n ในภายหลังกฎีกาจึงได้บังคับใช้ มาตรา 1 ของ The Sherman Act เปลี่ยนแปลงไปโดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความและบังคับใช้ The Sherman Act เรียกว่า “the rule of reason” ขึ้น โดยหลายคดีอาทิเช่นคำพิพากษาของผู้พิพากษา Taft ในคดี United States v. Addy-Ston Pipe, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aff'd, 175 U.S. 211, 20 S. Ct. 96 (1899) และคำพิพากษาของหัวหน้าผู้พิพากษา White ในคดี Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502 (1911) และในคดี United States v. American Tobacco co., 211 U.S. 106, 31 S. Ct. 632 (1911)<sup>159</sup>

ในคดี Standard Oil Co. ผู้พิพากษา White ได้บัญญัติข้อกำหนดสามประการในการตีความและบังคับใช้มาตรา 1 ของ The Sherman Act โดยสองประการแรกยังคงเหมือนเดิม หากแต่ได้กำหนดข้อที่ 3 เพิ่มเติมขึ้นมาคือ การจำกัดการค้าอย่างเสรีตามองค์ประกอบข้อ 2 นั้นต้องมีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผลไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจและการค้าขาย (the unreasonable restraints of trade or commerce) ดังนั้นภายใต้ข้อกำหนดสามประการนี้ เฉพาะ ข้อตกลง สัญญาความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันที่ก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรีที่ไม่ สมเหตุสมผลเท่านั้นที่เป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act อย่างไรก็ตาม หากเป็น กรณีที่ลักษณะของการตกลงกัน รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมชี้ให้เห็นได้ชัดว่าการตกลงกันนั้นมี วัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดการค้าอย่างเสรีและเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับราคาสินค้าหรือบริการแล้ว การบังคับใช้มาตรา 1 ของ The Sherman Act จะใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) คือ พิจารณาเพียงแค่องค์ประกอบสองประการแรกเท่านั้นในการพิจารณาความผิด<sup>160</sup> หลักความผิดใน

<sup>158</sup>“ เรื่องเดียวกัน” หน้า 5.

<sup>159</sup>กมลวรรณ จีรวชิษฐ การ “ฮิว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมาย สหรัฐอเมริกา ค้นคืน 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 5 -6.

<sup>160</sup>“ เรื่องเดียวกัน” หน้า 6.

ตัวเอง (per se illegal) จะถูกใช้เมื่อศาลได้เคยพิจารณามาก่อนแล้วว่าการตกลงกันในลักษณะนั้นๆ โดยลักษณะของข้อตกลงส่งผลเสียต่อการค้าขายอย่างเสรี ดังนั้นศาลจะไม่รับฟังความสมเหตุสมผลการตกลงกัน หรือผลกระทบที่แท้จริงของการตกลงกันในการพิจารณาว่าการตกลงกันนั้นๆ เป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้นในกรณีเหล่านี้จึงไม่มีการค้นหาความจริงในเรื่องของผลกระทบที่แท้จริงของข้อตกลงนั้นต่อตลาดการค้าขาย วัตถุประสงค์ของข้อตกลง หรือแม้แต่อำนาจทางตลาดของผู้ร่วมตกลงกันว่ามีมากพอที่จะทำให้เกิดผลเสียหายต่อการค้าอย่างเสรีหรือไม่ ศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาให้การตกลงกันในหลายลักษณะเข้าข่ายต้องตัดสินโดยใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) เช่น การตกลงกันในเรื่องราคาสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นการขึ้นราคา กดราคาหรือทำให้ราคาคงที่การตกลงกันจำกัดผลผลิต (output restrictions) การตกลงกันแบ่งพื้นที่ตลาดการค้า (territorial market divisions) การตกลงกันกำหนดโควตาการค้า (quota allocations) การตกลงกันแบ่งลูกค้า (customer allocations) การตกลงกันแบ่งสายการผลิต (production fields divisions) หรือการร่วมกันคว่ำบาตรทางการค้า (group boycotts) แต่หากเป็นการตกลงกันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งศาลไม่เคยตัดสินว่าเป็นการตกลงกันในลักษณะที่เป็น หลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) มาก่อนและศาลไม่มีประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อตกลงลักษณะนั้น ของธุรกิจประเภทนั้นๆ มาก่อน ศาลจะใช้หลักแห่งเหตุผล (the rule of reason) ในการพิจารณาคดี<sup>161</sup>

หากมีการผูกขาดถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act ผู้กระทำความผิดระวางโทษปรับไม่เกิน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกาสำหรับบุคคลธรรมดา หรือไม่เกิน 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกาสำหรับนิติบุคคล และ/หรือ โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี (“...on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”) โดยมีหน่วยงานของรัฐสองหน่วยงานคือ แผนกการแข่งขันทางการค้า สังกัดกระทรวงยุติธรรม (the Antitrust Division of U.S. Department of Justice, DoJ) และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission, FTC) เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนและตั้งฟ้องศาล<sup>162</sup>

<sup>161</sup>กมลวรรณ จีระวิศิษฏ์ การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ค้นคืน 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 6 - 7.

<sup>162</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 7.

DoJ และ FTC ได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรม การผูกขาดโดยภาครัฐ (The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline) ในปี ค.ศ.2000 (พ.ศ.2543) ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจว่าภาครัฐใช้กฎเกณฑ์ใด ในการพิจารณาพฤติกรรมความร่วมมือในทางธุรกิจว่าขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ว่า Guideline จะไม่สามารถตอบปัญหาได้ในทุกกรณีว่าพฤติกรรมความร่วมมือทางธุรกิจอย่างไรจะถือ ว่าต้องห้ามตามกฎหมาย หากแต่ Guideline ก็ให้แนวทางซึ่งเพียงพอที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจ มั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่าพฤติกรรมอย่างไรเป็นพฤติกรรมที่ภาครัฐบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มงวด เป็นพิเศษ<sup>163</sup>

Guideline ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักตามหลักกฎหมายที่เกิด จากคำพิพากษา คือ per se illegal และ the rule of reason โดยได้ระบุว่า ความร่วมมือกันในการ ประกอบธุรกิจบางกรณีจะถูกพิจารณาโดยใช้หลัก per se illegal ได้แก่ความร่วมมือกันเพื่อกำหนด ราคาสินค้าร่วมกัน (price fixing) กำหนดปริมาณผลผลิตร่วมกัน (fix output) ชื้อประมูล (bid rigging) แบ่งตลาดกันไม่ว่าจะเป็นการแบ่งในเชิงลูกค้า เชิงผู้ขายวัตถุดิบ เชิงพื้นที่หรือในแง่ตัว สินค้า (share or divide market by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce) ส่วนความร่วมมือกันซึ่งสมเหตุสมผลและจำเป็นซึ่งก่อให้เกิดผลดีกับการแข่งขันทางการค้าจะถูก พิจารณาโดยใช้หลัก the rule of reason ซึ่งตามหลักที่สองนี้ DoJ และ FTC ได้วางหลักการพิจารณา ดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจไว้ 3 ประการ คือ 1. พิจารณาถึงลักษณะและรูปแบบของความร่วมมือ 2. พิจารณาผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า และ 3. พิจารณาว่าความร่วมมือนั้นส่งผลดีต่อการ แข่งขันทางการค้าอย่างไรหรือไม่ โดย DoJ และ FTC จะพิจารณาลักษณะและรูปแบบของ ความร่วมมือควบคู่ไปกับการพิจารณาผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า เพื่อหาบทสรุปว่าความร่วมมือ นั้นๆ ส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือตลาด หรือช่วยให้เกิดอำนาจเหนือตลาดแก่ผู้ประกอบการที่เข้า ร่วมมือกันหรือไม่ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้าได้ ในการพิจารณาอำนาจเหนือ ตลาดนั้น DoJ และ FTC จะพิจารณาโดยคำนึงถึงตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งหมด คำนวณส่วนแบ่งและ ความกระจุกตัวของตลาด (market concentration) รวมทั้งพิจารณาความเป็นไปได้ของการแข่งขัน ระหว่างผู้ประกอบการภายใต้ความร่วมมือนั้นๆ หากว่าเมื่อพิจารณาแล้วไม่พบผลเสียต่อการ แข่งขันทางการค้า DoJ และ FTC จะไม่ดำเนินการใดๆ ทางกฎหมายต่อผู้ประกอบการ แต่หากพบ ถึงผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า DoJ และ FTC จะพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นๆ ส่งผลดีต่อการ

<sup>163</sup>กมลวรรณ จิรวชิษฎ การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมาย สหรัฐอเมริกา คั่นคืน 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 7.



แข่งขันทางการค้าหรือไม่ อย่างไร เพื่อจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและ ผลเสียของความร่วมมือต่อการแข่งขันทางการค้า หากพบว่าผลดีมากกว่าผลเสีย DoJ และ FTC จะไม่ดำเนินการทางกฎหมายต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมมือกัน แต่หากเป็นไปได้ในทางกลับกัน DoJ และ FTC ก็จะดำเนินการทางกฎหมายต่อไป<sup>164</sup>

นอกจากนั้น DoJ และ FTC ยังได้กำหนดกรณีที่ความร่วมมือกันของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าจะไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (“Safe Zone”) 2 กรณีคือ 1. ความร่วมมือของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าซึ่งเมื่อคำนวณส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจเหล่านั้นรวมกันแล้วไม่เกิน 20 เปอร์เซ็นต์ของตลาดที่เกี่ยวข้อง และ 2. ความร่วมมือของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าในการพัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ หากในตลาดยังคงมีคู่แข่งเกี่ยวกับนวัตกรรมประเภทนั้นๆ อีกตั้งแต่ 3 รายขึ้นไป อย่างไรก็ตาม Safe Zone นี้จะไม่ใช้กับกรณีที่ความร่วมมือตกอยู่ภายใต้หลัก per se illegal หรือเป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องการควบรวมกิจการ และในทางกลับกันแม้ว่าความร่วมมือของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าจะไม่อยู่ในขอบเขตของ Safe Zone ก็ไม่ได้หมายความว่าความร่วมมือนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ความร่วมมือทางการค้าจะเป็นความผิดหรือไม่ก็ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมาย<sup>165</sup>

นอกจากการฟ้องผู้กระทำการผูกขาดผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นคดีอาญาแล้ว หากรัฐเสียหายจากการกระทำการผูกขาด DoJ และ FTC ยังสามารถฟ้องผู้กระทำผิดทางแพ่งร่วมด้วยได้ ด้วยอำนาจตามมาตรา 4 the Sherman Act และมาตรา 15 the Clayton Act DoJ และ FTC อาจขอให้ศาลออกคำสั่งให้ผู้กระทำผิดกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ เพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือยุติการกระทำผิด ซึ่งการฟ้องคดีกรณีนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดอายุความเอาไว้ DoJ และ FTC จึงฟ้องคดีต่อศาลเมื่อใดก็ได้ นอกจากขอให้ศาลออกคำสั่งแล้ว DoJ และ FTC อาจเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง รวมถึงอาจเรียกค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องคดี และค่าทนายความตามมาตรา 4A the Clayton Act จากผู้กระทำความผิดได้ หากแต่การฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้นต้องฟ้องภายในอายุความ 4 ปีนับแต่ได้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น<sup>166</sup>

นอกจากหน่วยงานของรัฐจะสามารถฟ้องผู้กระทำการผูกขาดเป็นคดีแพ่งและคดีอาญาแล้ว หากเอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำการผูกขาดอันผิดกฎหมายแข่งขัน

<sup>164</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 7 – 8.

<sup>165</sup> กมลวรรณ จีระวิศิษฎ์ การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา คำนึง 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 8.

<sup>166</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 9.



ทางการค้า ก็มีสิทธิฟ้องผู้กระทำการผูกขาดเป็นคดีแพ่งเช่นเดียวกับหน่วยงานของรัฐ โดยสามารถเรียกค่าเสียหายได้เป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง รวมถึงอาจเรียกค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องคดี และค่าทนายความตามมาตรา 4 the Clayton Act ทั้งนี้ต้องฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายภายในอายุความ 4 ปีนับแต่การกระทำความผิดเกิดขึ้น<sup>167</sup>

อย่างไรก็ตามหาก โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นรัฐต่างประเทศหรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ตามมาตรา 4(b)(1) the Clayton Act โจทก์สามารถเรียกได้แต่เพียงค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องคดี และค่าทนายความเท่านั้น แต่โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงได้หากกรณีเป็นไปตามเงื่อนไขทุกข้อดังต่อไปนี้<sup>168</sup>

1. เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองในศาลสหรัฐอเมริกาภายใต้มาตรา 1605(a)(2) of Title 28 ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำอันเป็นฐานของการฟ้องร้องเป็นการกระทำในทางพาณิชย์ของรัฐต่างประเทศ

2. เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศดังกล่าวได้เคยสละข้อต่อสู้ที่เกิดจากความเป็นรัฐของตนในทุกคดีที่ตนเคยถูกฟ้องเป็นจำเลยในการกระทำลักษณะเดียวกันนั้น

3. เป็นกรณีที่รัฐต่างประเทศกระทำการในทางธุรกิจเป็นหลัก

4. ไม่ใช่กรณีที่รัฐต่างประเทศกระทำการเพื่อจัดหาสินค้าให้ตัวเองหรือรัฐต่างประเทศอื่น

ดังนั้น จากที่ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act จะเห็นว่ากำหนดไว้ค่อนข้างกว้างและไม่ชัดเจนว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าควบคุมพฤติกรรมใดบ้างในการประกอบธุรกิจ ศาลของสหรัฐอเมริกาจึงตีความโดยพัฒนาหลัก “the rule of reason” และ “per se illegal” เพื่อมีแนวทางและขอบเขตที่ชัดเจน อีกทั้ง DoJ และ FTC ได้ออกแนวปฏิบัติ (Guideline) ก็จะทำให้ผู้ประกอบการทราบได้เป็นอย่างดีว่าพฤติกรรมใดที่ทำแล้วจะเป็นการขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งการที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติหรือแนวบรรทัดฐานในการตีความก็จะเป็นประโยชน์ที่สามารถปรับใช้กฎหมายได้ทันต่อสถานการณ์และสภาวะทางธุรกิจการค้าที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในยุคปัจจุบัน

<sup>167</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 9.

<sup>168</sup> กมลวรรณ จิรวินิชญ์ การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ค้นคืน 22 มกราคม 2559 [http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf) หน้า 9.

## 1.2 หลักการห้ามการผูกขาด (monopolization)

ตาม The Sherman Act 1890 มาตรา 2 กำหนดให้การผูกขาด หรือความพยายามที่จะผูกขาด หรือการร่วมกับผู้อื่นเพื่อผูกขาดในตลาดใดๆ ที่เกี่ยวข้อง ถือเป็น การกระทำผิดกฎหมาย<sup>169</sup> ซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการรักษา เสริม ขยาย หรือครอบครองอำนาจผูกขาด (monopolization) ภายใต้กระบวนการป้องกันการผูกขาดทางการค้าที่สำคัญบทหนึ่งของสหรัฐอเมริกา หลักการห้ามผูกขาด (monopolization) เป็นการควบคุมพฤติกรรมที่เรียกว่า “monopolization” ซึ่งหมายถึงอำนาจการผูกขาดหรือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยวิธีที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง ไม่ใช่กรณี “monopoly” ซึ่งหมายถึงการผูกขาดหรือลักษณะที่ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด (market power) โดยลักษณะการกระทำตามมาตรา 2 สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การผูกขาด (monopolization) 2) การพยายามใช้อำนาจผูกขาด (attempt to monopolize)<sup>170</sup>

### 1.2.1 การผูกขาด (monopolization)

ในความหมายอย่างกว้างหมายถึง การใช้อำนาจเพื่อการผูกขาด หรือในกรณีในความหมายอย่างแคบอาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจโดยวิธีที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (ก) “สร้าง” หรือ “รักษา” อำนาจในการผูกขาดของตน หรือ (ข) “ขยาย” อำนาจในการผูกขาดของตน ทั้งนี้ โดยหลักแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาได้แยกองค์ประกอบของการใช้อำนาจผูกขาดนี้ไว้ 2 ประการ<sup>171</sup> กล่าวคือ

- 1) จะต้องเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด และ
- 2) บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวได้ใช้อำนาจของตนเพื่อรักษา หรือขยายอำนาจของตนที่มีอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) อย่างมีเจตนา (willfully) แต่ต้อง

<sup>169</sup> Section 2. : Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

<sup>170</sup> สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 45.

<sup>171</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 45.

ไม่ใช่เป็นสิ่งที่ได้จากผลลัพธ์จากการผลิตสินค้าที่มีความเป็นเลิศ ความสามารถในการบริหารงาน หรือความบังเอิญจากประวัติศาสตร์

### 1.2.2 ความพยายามที่จะผูกขาด (attempt to monopolize)

การพยายามผูกขาด ตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act หมายถึง การวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำการใดสิ่งหนึ่งโดยใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาหรือทำให้เกิดอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น ซึ่งศาลใช้เกณฑ์แยกแยะพฤติกรรมซึ่งทำให้กลายเป็นผู้ผูกขาดที่แข็งแกร่งโดยพิสูจน์องค์ประกอบดังต่อไปนี้<sup>172</sup>

1) ผู้ประกอบการมีเจตนาจงใจ (specific intent) ที่จะผูกขาด โดยควบคุม (control) ราคา หรือลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

2) พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน (anti-competition) หรือการขายตัดราคา (predatory pricing) โดยมีเจตนาพยายามจำกัดคู่แข่ง

3) ถ้าผูกขาดได้สำเร็จน่าจะเกิดความเสียหาย (dangerous probability of success)

ข้อแตกต่างระหว่าง การผูกขาด (monopolization) และ การพยายามใช้อำนาจผูกขาด (attempt to monopolize) อยู่ที่เรื่องอำนาจเหนือตลาดเฉพาะ กล่าวคือ การผูกขาด (monopolization) จะต้องมีอำนาจเหนือตลาดในขณะหรือช่วงเวลานั้น ส่วนการพยายามใช้อำนาจผูกขาด (attempt to monopolize) ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องมีอำนาจเหนือตลาดในขณะหรือช่วงเวลานั้น หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอันตราย (dangerous probability) อำนาจผูกขาดสามารถสำเร็จลงได้โดยอาศัยวิธีหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการแข่งขันในตลาด ก็ถือว่าเป็นการกระทำผิด The Sherman Act มาตรา 2

### 1.3 หลักการห้ามพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขันทางการค้า (Unfair Trade Practices)

การกำหนดห้ามพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกรณีเฉพาะนั้น มีเหตุผลสำคัญ 4 ประการ กล่าวคือ<sup>173</sup>

<sup>172</sup> นายสิรศักดิ์ จิงถาวรณ. (2549). หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 170.

<sup>173</sup> สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 48.

1.3.1 ความแตกต่างในปรัชญาของบทบาทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศที่มีบทบัญญัติในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรมมองว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทไม่เพียงแต่ในการป้องกันหรือจำกัดการผูกขาดในตลาด แต่ยังมีบทบาทต่อการสร้างกฎ กติกาในการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันในลักษณะที่เป็นธรรมอีกด้วย

1.3.2 หน่วยงานในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต้องการความยืดหยุ่นและความคล่องตัวในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและแก้ไขการผูกขาด เนื่องจากการพิสูจน์การมีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่ต้องใช้ข้อมูลและความเข้าใจหลักการของการกำหนดขอบเขตของตลาด ตลอดจนการกำหนดส่วนแบ่งตลาดค่อนข้างมาก การบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมในการจำกัดการแข่งขันต่างๆ ที่ผูกโยงกับการมีอำนาจเหนือตลาดจึงมีอุปสรรคขั้นตอนของการพิสูจน์การมีอำนาจเหนือตลาด การมีมาตราในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่สามารถใช้ได้กับธุรกิจโดยไม่ต้องพิสูจน์การมีอำนาจเหนือตลาดทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้กฎหมาย

1.3.3 ความต้องการให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าครอบคลุมรูปแบบของการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าได้ทุกประเภทและในทุกสถานการณ์ที่ไม่สามารถคาดเดาได้เพื่อที่จะสกัดพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ไม่เข้าข่ายหรือดกหล่นจากมาตรการอื่นๆ ได้ จึงมีการกำหนดบทบัญญัติในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้กว้างๆ

1.3.4 ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดได้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเสมอไป ผู้ประกอบการบางรายอาจมีฐานการเงินที่ใหญ่มาก มีเครือข่ายทางธุรกิจที่กว้างขวางและมีข้อได้เปรียบอื่นๆ ที่ไม่ได้อยู่ในตำราเศรษฐศาสตร์ทั่วไป ทำให้สามารถมีพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าเพื่อที่จะสร้างฐานอำนาจทางตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งในระยะยาวได้ จึงมีความจำเป็นต้องมีมาตรการที่จะป้องกันพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านี้โดยมีบทบัญญัติในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรม

อาจจัดกลุ่มลักษณะของพฤติกรรมที่ถือว่าการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้เป็น 4 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ<sup>174</sup>

1. พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีเป้าหมายในการแย่งชิงตลาดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด เช่น การกำหนดราคาสินค้าที่สูงหรือต่ำเกินควร การเลือกปฏิบัติในการประกอบ

<sup>174</sup>ศิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ: กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 49.

ธุรกรรม ทั้งในด้านราคาและลักษณะอื่นๆ การปฏิเสธในการให้บริการหรือในการประกอบธุรกรรมด้วย หรือการเข้ายึดครองปัจจัยการผลิตเพื่อเป็นการจำกัดหรือกีดกัน การแข่งขัน เป็นต้น

2. พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าในการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่เป็นการจำกัดโอกาส ทางเลือกในการค้าของกลุ่ม เช่น การบังคับมิให้ลูกค้าประกอบธุรกรรมกับคู่แข่ง การตั้งเงื่อนไขในลักษณะต่างตอบแทนกับลูกค้า เป็นต้น

3. พฤติกรรมที่เป็นการแย่งชิงลูกค้าของคู่แข่งโดยอาศัยกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การให้สัญญาต่างตอบแทนกับลูกค้าเพื่อที่จะจำกัดการแข่งขันของคู่แข่ง การชักจูงลูกค้าหรือข่มขู่ลูกค้าของคู่แข่งให้ประกอบธุรกิจกับตน การกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นประกอบธุรกรรมกับคู่แข่งได้ เป็นต้น

4. การใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ขาดจรรยาบรรณ เช่น การได้มาซึ่งข้อมูล ความลับทางการผลิต การขายเทคโนโลยีวิธีการข่มขู่ ให้สินบนหรือวิธีอื่นที่ไม่ถูกต้อง เป็นต้น

กรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติไว้ใน US Code : Title 15commerce and Trade : Chapter1– Monopolies and Combinations in Restraint of Trade ภายใต้หลัก Unfair trade practice กำหนดห้ามพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 5 ประการ กล่าวคือ 1) การตั้งราคาที่แตกต่างกันระหว่างลูกค้า 2) การจ่ายหรือยอมรับผลประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ หรือให้ส่วนลดแก่บุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย 3) การให้สิทธิพิเศษแก่ลูกค้าบางราย 4) การตั้งราคาสินค้าที่ไม่เท่ากันในแต่ละพื้นที่ โดยตั้งราคาสินค้าบางพื้นที่ต่ำกว่า เพื่อเป็นการจัดคู่แข่งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 5) การทำสัญญาหรือทำการซื้อขายสินค้ากับผู้ประกอบการรายหนึ่งโดยบังคับมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ซึ่งเป็นผลให้มีการลดการแข่งขันลงอย่างมากหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง

กฎหมาย The Clayton Act 1914 กำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ มาตรา 2 การเลือกปฏิบัติด้านราคา (discrimination in price, service facilities) เช่น การขายสินค้าในราคาต่างกันแก่ผู้ซื้อที่อยู่ในตลาดเดียวกัน มาตรา 3 การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะ (sales, ect. on agreement not to use goods of competition) เช่นการที่ผู้ขายระบุห้ามผู้ซื้อติดต่อค้าขายกับคู่แข่งของผู้ขาย เป็นต้น โดยจะถือเป็นความผิดต่อเมื่อผลจากการกระทำนั้นเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (substantially to lessen competition) หรือมีแนวโน้มที่จะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง (any line of commerce) ประกอบกับมาตรา 5 ของ The Federal Trade Commission Act (FTC Act) ระบุให้คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ในสหรัฐหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอวงซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ในสหรัฐฯ ได้ โดยถือว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (unfair methods



of competition in or effecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in effecting commerce are declared unlawful) เป็นต้น

#### 1.4 หลักการควบคุมพฤติกรรมทางโครงสร้างของการแข่งขันทางการค้า

##### 1.4.1 การห้ามพฤติกรรมการรวมกลุ่ม (The prohibition of collusive behavior)<sup>175</sup>

เนื่องจากการกระทำการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปนั้นอาจมีเหตุผลทางธุรกิจหรืออาจเป็นยุทธศาสตร์ที่จะผูกขาดตลาดได้เช่นเดียวกับใช้อำนาจเหนือตลาดอันกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและปัญหาการแข่งขันที่เป็นธรรมได้ การแบ่งตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ การตกลงร่วมกันในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบการในตลาดสินค้าเดียวกัน และการตกลงร่วมกันในแนวตั้ง ระหว่างผู้ประกอบการในธุรกิจต้นน้ำและธุรกิจปลายน้ำ เช่น ระหว่างผู้ผลิตวัตถุดิบกับผู้ผลิตสินค้าที่ใช้วัตถุดิบนั้นเป็นปัจจัยการผลิตหรือระหว่างผู้ผลิตกับผู้ส่งสินค้า เป็นต้น อย่างไรก็ตามการตกลงร่วมกันในแนวนอนและในแนวตั้ง ไม่จำเป็นต้องเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันเสมอไป เช่น ผู้ประกอบการอาจตกลงกันเพื่อที่จะทำงานด้านวิจัยและพัฒนาสินค้าร่วมกัน ซื้อสินค้าร่วมกันในปริมาณมากหรือสร้างเครือข่ายการให้บริการร่วมกันเพื่อประหยัดต้นทุนก็ได้ ตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมอันถือว่าเป็นการรวมกลุ่ม (The prohibition of collusive behavior) เช่น การรวมกลุ่มกันขึ้นราคา การรวมกลุ่ม boycott ไม่ซื้อสินค้าหรือทำข้อตกลงแบ่งส่วนตลาด เป็นต้น

ตัวอย่างการรวมกลุ่มกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่เรียกว่าการทำคาร์เทล (cartel) หรือมาตรการควบคุมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (horizontal agreement) อันเป็นการร่วมมือ โดยกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ซึ่งอยู่ในตลาดหรืออุตสาหกรรมประเภทเดียวกันมีดังนี้

##### 1) การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (price fixing)<sup>176</sup>

การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหรือตัวอย่างหลักที่สำคัญที่สุดและมีความผิดร้ายแรงที่สุดประเภทหนึ่งของคาร์เทล โดยการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่เป็น “สัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (agreement) ว่าด้วยการกำหนดราคา” ซึ่งคดี

<sup>175</sup>สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 51.

<sup>176</sup>สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 52.

ส่วนใหญ่มักจะเป็นในรูปแบบนี้ เนื่องจากการแข่งขันทางด้านราคา (price competition) ถือเป็นหัวใจหลักของกลไกตลาด ดังนั้น การกระทำที่เป็นการจำกัด ทำลาย หรือลดการแข่งขันในตลาดจึงถือว่าการกระทำที่ปราศจากเหตุผลอันสมควรและส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด กฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงจำเป็นต้องควบคุมคาร์เทลในลักษณะนี้ให้มีความเข้มงวดมากที่สุด

ลักษณะของการร่วมมือกันกำหนดราคานี้มีได้หลายรูปแบบ เช่น การกำหนดราคาขายต่ำสุด (minimum price fixing) การกำหนดราคาขายสูงสุด (maximum price fixing) การกำหนดราคามาตรฐาน (standard price fixing) หรือการกำหนดราคาเป้าหมาย (target price fixing) เป็นต้น

## 2) การร่วมมือกันฮั้วการประมูล (bid rigging)

การฮั้วการประมูล ถือได้ว่าเป็น price fixing ประเภทหนึ่ง ซึ่งการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขันอาจจะกระทำในรูปแบบของการฮั้วในการประมูลต่างๆ โดยผู้ที่เป็นสมาชิกของกลุ่มอาจจะร่วมกันตกลงแบ่งว่า ในการประมูลแต่ละครั้งจะให้สมาชิกรายใดเป็นผู้ประมูลได้ในระดับราคาเท่าใด แล้วสมาชิกอื่นจะยื่นซองประกวดจะยื่นซองประกวดราคาในระดับที่สูงกว่าของสมาชิกที่ตกลงให้เป็นผู้ชนะการประมูลนั้น สมาชิกที่ประมูลได้จะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่สมาชิกอื่นที่ตกลงจะเสนอราคาที่สูงกว่า หรือสมาชิกอื่นนั้นอาจจะได้รับค่าตอบแทนเป็นผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการประมูลคราวต่อไปที่ตกลงให้เป็นผู้ชนะการประมูลก็ได้<sup>177</sup>

ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยก็มีลักษณะการห้ามฮั้วประมูลเช่นกัน ตามมาตรา 27 (4) ที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ในลักษณะกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

## 3) การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย (restraint of output หรือ production control)

การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอันเนื่องจากการกระทำที่แทรกแซงกลไกตลาดอย่างไม่สมควร กล่าวคือ แม้จะไม่มี การกำหนดราคาสินค้า แต่หากปล่อยให้มีการผลิตสินค้าตามที่สมาชิกแต่ละรายกำหนดเอง ก็อาจจะทำให้สินค้าในตลาดมีมากเกินไปเกินความต้องการ และทำให้ไม่สามารถขายได้ในราคาที่กำหนด

<sup>177</sup> สรวิต ลิ้มปรีงยี. (2543). กฎหมายแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหาฉบับรวมบทความ กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 80 – 81.

ในบางกรณีผู้ประกอบการอาจจะกำหนดแต่เพียงปริมาณสินค้าที่แต่ละรายจะผลิต โดยไม่ได้กำหนดราคาสินค้าไว้โดยเฉพาะก็ได้ แต่จะส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าในตลาดในลักษณะที่ไม่แตกต่างจากการกำหนดราคาสินค้า เพราะเมื่อมีการจำกัดปริมาณสินค้าให้ต่ำกว่าความต้องการหรืออุปสงค์ของสินค้าชนิดนั้นในตลาด ก็จะทำให้สินค้าขาดแคลนและราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นกว่าระดับที่ควรจะเป็นหากไม่มีการจำกัดปริมาณสินค้า<sup>178</sup> เช่นกรณีกลุ่ม OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries) ที่จำกัดปริมาณการส่งออกน้ำมันในตลาดโลก ทำให้ราคาน้ำมันสูงขึ้น

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยก็มีลักษณะการร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย ตามมาตรา 27 (7) ที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ในลักษณะกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ชื่อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

#### 4) การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรต่างๆ<sup>179</sup>

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ หมายถึง ข้อตกลงร่วมมือกันที่ (ก) เป็นการจำกัดหรือยกเลิกอัตราการใช้งานหรือการทำงาน (rate of operation) ของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงเวลานั้น หรือ (ข) เป็นข้อตกลงว่าด้วยการปรับสภาพการลงทุนทางด้านเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่างๆ ในอนาคต ซึ่งถือว่าการร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรมีลักษณะนี้เป็นรูปแบบทางอ้อมประเภทหนึ่งของ restraint of output กล่าวคือ ข้อตกลงว่าด้วยการจำกัดอัตราการทำงานของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงเวลานั้นจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับ restraint of trade แต่ในทางปฏิบัติจริงแล้ว คดีเกี่ยวกับการจำกัดในลักษณะนี้มีน้อยมาก และโดยมากแล้ว คาร์เทลประเภทที่เป็นการปรับปรุงการลงทุนในอนาคต ถือได้ว่าเป็นคาร์เทลที่ปรับสภาพความสัมพันธ์ระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยฝีมือของมนุษย์ในระยะยาว และส่งผลกระทบต่อการแข่งขันมากกว่าคาร์เทลที่เป็นการจำกัดเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ที่มีอยู่ขณะนั้น ดังนั้นกฎหมายจึงจำเป็นต้องควบคุมให้เข้มงวดเป็นพิเศษในกรณีนี้

<sup>178</sup> สรวิต ลิ้มปรีงยี. (2543). กฎหมายแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหาฉบับรวมบทความ กรุงเทพฯ นิติธรรม หน้า 77.

<sup>179</sup> สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 54.

5) การร่วมมือกันกำหนดด้านเทคโนโลยี<sup>180</sup>

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี ยกตัวอย่างเช่น การร่วมมือกันจำกัดการใช้หรือพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ การร่วมกันทำสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น สิทธิบัตร ขอตกลง cross license หรือ patent pool แล้วร่วมกันจำกัดราคา จำกัดปริมาณ แบ่งเขตพื้นที่ตลาด เป็นต้น

6) การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า<sup>181</sup>

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า หมายถึง (ก) การร่วมมือกันจำกัดการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้าเฉพาะที่ได้กำหนดไว้ (ข) การทำสัญญาว่าด้วยสาขาการผลิตเฉพาะทาง หรือ (ค) การใช้วิธีกำหนดมาตรฐานสินค้า (standardization) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของ price fixing หรือ restraint of output ซึ่งเกิดเลยจากขอบเขตของการร่วมมือกันเพื่อกำหนดมาตรฐานสินค้าโดยเฉพาะ

7) การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด (market division)<sup>182</sup>

การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันว่าด้วยการแบ่งตลาด ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ (1) การแบ่งกลุ่มลูกค้าเฉพาะ และ (2) การแบ่งเขตพื้นที่ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดรายชื่อผู้ที่คาดว่าจะได้รับการประมูลหรือการจำกัดการประมูลด้วยตนเองโดยตรง หรือการร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น (group boycotts) ก็ถือว่าเป็นการจำกัดในลักษณะนี้ด้วยเช่นกัน

8) การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (group boycotts หรือ collective refusals to deal)<sup>183</sup>

การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า โดยทั่วไปจะหมายถึงการที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป (ซึ่งต่างไปจากกรณีการปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว หรือ refusals to deal ร่วมมือกันไม่ทำการค้าหรือธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์ที่แน่ชัด คือ เพื่อเป็นการจำกัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด หรือเพื่อป้องกันยับยั้งไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาด

<sup>180</sup> สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา . วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 55.

<sup>181</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 55.

<sup>182</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 55.

<sup>183</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 55.

กับคนได้ ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบธุรกิจของกลุ่มอย่างไม่ถูกต้อง โดยทั่วไปแล้วการกระทำในลักษณะนี้จะมีความผิดในชั้นที่อ่อนข้างรุนแรงใกล้เคียงกับ price fixing หรือ restraint of output

#### 1.4.2 การห้ามการรวมตัวกันระหว่างคู่แข่ง (The prohibition of mergers between rivals)

การควบรวมกิจการเป็นพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเด็ดขาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการควบรวมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจส่งผลกระทบต่อระบบตลาดการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น The Sherman Act จึงบัญญัติห้ามการควบรวมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจเอาไว้ในมาตรา 1 ความว่า “ทุกข้อตกลง ความร่วมมือไม่ว่าจะอยู่ในรูปของทรัสต์หรือในรูปแบบอื่นหรือการสมคบคิดกันเพื่อจำกัดการค้าขายในระหว่างหลายรัฐหรือร่วมกับต่างประเทศถือว่าเป็นความผิด พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งจะส่งผลให้เป็นความผิดตามมาตรา 1 นี้ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ข้อคือ (1) ต้องมีข้อตกลง สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และ (2) ข้อตกลง สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรี<sup>184</sup>

ควบกิจการ (mergers) จัดอยู่ในเรื่องของการเข้าครอบงำในกิจการของผู้อื่น (take over) ไม่ว่าผู้อื่นนั้นจะเป็นคู่แข่งทางการค้า ผู้จัดหา หรือลูกค้าของตนเองหรืออาจจะเป็นบุคคลอื่นใดที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อการประกอบกิจการของตนเองก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้สามารถเข้าควบคุมบริหาร การดำเนินการของผู้อื่นนั้น หรือเอากิจการนั้นเป็นของตัวเอง การควบกิจการอาจเกิดจากการที่หน่วยธุรกิจสองหน่วยขึ้นไปรวมเข้าเป็นกิจการเดียวกัน เช่น การควบกิจการ (amalgamation) อันเกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้บริหารทั้งสองฝ่าย เป็นการควบกิจการที่ทำให้เกิดการครอบครองทั้งทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมด หรืออาจเกิดจากการเข้าซื้อกิจการ (acquisition) คือ การเข้าซื้อหุ้น หรือทรัพย์สินของหน่วยธุรกิจอื่น จนเป็นผลให้สามารถเข้าบริหารในกิจการนั้นได้ การเข้าซื้อกิจการนี้อาจเป็นการซื้อทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ และการเข้าซื้ออาจเกิดจากความ

<sup>184</sup> จีรติกาล สุริยะ. (2556). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หน้า 45.



ยินยอมสมัครใจหรืออาจจะเกิดจากการบีบบังคับซื้อก็ได้ (hostile takeover) นอกจากนี้การควบกิจการอาจเกิดจากการประกอบกิจการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (joint venture) ก็ได้<sup>185</sup>

ลักษณะของการควบกิจการมี 3 ลักษณะ คือ<sup>186</sup>

1. การควบกิจการแบบแนวนอน (horizontal merger) เป็นการรวมเข้ากันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปอยู่ในระดับเดียวกันในตลาดสินค้าและบริการ เช่น ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิตด้วยกัน หรือระหว่างผู้จำหน่ายกับผู้จำหน่ายด้วยกัน โดยทั้งนี้บรรดาผู้ประกอบการเหล่านี้ประกอบด้วยกิจการแข่งขันกันในกิจกรรมทางธุรกิจประเภทเดียวกัน

2. การควบกิจการแบบแนวตั้ง (vertical merger) เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกันแต่อยู่ในขั้นตอนการผลิตเดียวกัน เช่น การรวมเข้ากันของบริษัทเลี้ยงไก่กับบริษัทผลิตอาหารไก่ เป็นต้น ทั้งนี้ข้อดีของการควบกิจการแบบแนวตั้งนี้เป็นไปเพื่อลดการติดต่อทั้งหมดในกระบวนการผลิต ก่อให้เกิดการดำเนินงานธุรกิจแบบครบวงจร สามารถทำให้ต้นทุนการดำเนินการลดลง เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรเพื่อการผลิต แต่มีข้อเสียคือสร้างอุปสรรคต่อการที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาในตลาดนั้นได้ (barrier to entry) อันทำให้ตลาดสินค้านั้นไม่สะดวกจะมีการแข่งขันได้ ซึ่งจะไม่เป็นผลดีทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะการที่ผู้ประกอบการในตลาดสามารถควบคุมวัตถุดิบโดยการควบกิจการแล้ว ย่อมจะทำให้ตลาดนั้นอยู่ในสภาพที่ไม่จูงใจผู้ประกอบการรายใหม่ตัดสินใจที่จะเข้ามาเพราะไม่สามารถที่จะสู้กับต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดได้

แม้ว่าการควบรวมกิจการในแนวตั้งไม่ได้เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งในระดับเดียวกันโดยตรง แต่อาจถูกโจมตีในทางทฤษฎีว่าในทางอ้อมก็อาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขันโดยการกำจัดแหล่งที่มาของอุปทานหรือความต้องการจากคู่แข่งของฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย<sup>187</sup>

3. การควบกิจการแบบหลากหลาย (conglomerate merger) เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต่างกัน โดยที่กิจการที่ควบเข้ากันนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด เช่น การที่บริษัทผลิตสุรารวมเข้ากับบริษัทผลิตเสื้อผ้าสำเร็จรูป หรือบริษัทผลิต

<sup>185</sup> สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 55.

<sup>186</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 57.

<sup>187</sup> Douglas Broder. U.S. antitrust law and enforcement : a practice introduction . Oxford University Press, Inc. 2010 . p.129.

รถยนต์รวมเข้ากับบริษัทนำเที่ยว เป็นต้น แม้การควบกิจการแบบหลากหลายจะไม่มีผลกระทบต่อ การกระจุกตัวหรือทำให้การแข่งขันลดลงแต่อย่างใด แต่เพื่อเป็นการรวมตัวเพื่อขยายอำนาจทาง เศรษฐกิจ

หรือเป็นการสร้างอาณาจักรทางธุรกิจในระบบเศรษฐกิจ (business empire) แต่ในสภาพการณ์เช่นนี้อาจเป็นการสร้างการกระจุกตัวในระบบเศรษฐกิจที่ทำให้เศรษฐกิจตกอยู่ใน มือของคนไม่กี่คนได้

ตัวอย่างแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางการปรับใช้กฎหมาย The Sherman Act (section 1), The Clayton Act (section 7) ต่อมาตราห้ามการรวมตัวกันระหว่าง ผู้แข่งขัน เช่น การควบกิจการแบบแนวนอน ในคดี United States v. Philadelphia Nat'l Bank, การควบกิจการแบบแนวตั้งในคดี Ford Motor co. v. US. (1972), การควบกิจการแบบหลากหลาย ในคดี FTC v. Consolidated Foods Corp. เป็นต้น

ตามกฎหมาย The Clayton Act 1914 กำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มาตรา 7 การควบกิจการ (acquisition) เช่น การเข้าซื้อ กิจการของกลุ่มแข่ง, มาตรา 8 การรวมอำนาจบริหารจัดการ (interlocking directorates and officers) เช่น การที่บริษัทประกอบธุรกิจแข่งขันกันต่างมีคณะกรรมการชุดเดียวกันหรือเกือบทั้งหมดของ คณะกรรมการเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน

## 1.5 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสหรัฐอเมริกา

### 1.5.1 ลักษณะการควบคุม

#### ประเทศไทย

แบบผสมระหว่างควบคุมโครงสร้าง มาตรา 26 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันและควบคุมพฤติกรรม มาตรา 25, 27, 28, 29, 30

#### สหรัฐอเมริกา

แบบผสมระหว่างควบคุมโครงสร้างและควบคุมพฤติกรรม ตาม The Sherman Act มาตรา 1

ประเทศไทยมีลักษณะการควบคุมที่คล้ายกับสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมโครงสร้าง ซึ่งการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามมาตรา 26 จะกระทำไม่ได้ และมาตรา 30 ยังให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า ระบุ หัก หรือเปลี่ยนแปลงมีส่วนแบ่งตลาด ซึ่งคล้ายกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา

### 1.5.2 กรอบการควบคุมพฤติกรรม

#### ประเทศไทย

(1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 27

(2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 25

(3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 26

(4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 29

(5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศ ตามมาตรา 28 ห้ามดำเนินการใดๆ ที่จำกัดโอกาสของบุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรโดยการห้ามมีลักษณะที่เป็นความผิดเด็ดขาด

#### สหรัฐอเมริกา

(1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 2 (6)

ความร่วมมือกันในการประกอบธุรกิจบางกรณีจะถูกพิจารณาโดยใช้หลัก per se illegal ได้แก่ความร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (price fixing) กำหนดปริมาณผลผลิตร่วมกัน (fix output) ชิวประมูล (bid rigging) แบ่งตลาดกันไม่ว่าจะเป็นการแบ่งในเชิงลูกค้า เชิงผู้ขายวัตถุดิบ เชิงพื้นที่หรือในแง่ตัวสินค้า (share or divide market by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce)

กฎหมาย The Clayton Act 1914 กำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ มาตรา 2 การเลือกปฏิบัติด้านราคา (discrimination in price, service facilities) เช่น การขายสินค้าในราคาต่างกันแก่ผู้ซื้อที่อยู่ในตลาดเดียวกัน มาตรา 3 การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะ (sales, ect. on agreement not to use goods of competition) เช่นการที่ผู้ขายระบุห้ามผู้ซื้อติดต่อค้าขายกับคู่แข่งของผู้ขาย เป็นต้น

เมื่อพิจารณากรอบการควบคุมกฎหมายของไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดการควบคุมการรวมกิจการการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน การกระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม

กฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมือนกับมาตรา 28 ของไทยที่ห้ามเด็ดขาดไม่ให้จำกัดโอกาสของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง แม้ว่าการห้ามนั้นจะไม่ได้กระทบกับตลาด การแข่งขัน หรือไม่เป็นธรรม

## 2. กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ปรากฏใน Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) มาตรา 101 -109 ซึ่งในส่วนที่เป็นข้อห้ามเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าปรากฏตาม มาตรา 101 - 102

มาตรา 101<sup>188</sup> “1.การกระทำดังต่อไปนี้จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม การตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการค้า ผู้ตัดซื้อตกลงของสมาคมผู้ประกอบการค้า และการ

---

<sup>188</sup> Article 101 “1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

ปฏิบัติร่วมกัน ซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และเป็นการมุ่งหรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม หรือก่อให้เกิดผลดังกล่าว และโดยเฉพาะในกรณี

- (ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่นๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อม
- (ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค หรือการลงทุน
- (ค) ร่วมแบ่งตลาด หรือแหล่งจัดเสนอสินค้าและบริการ
- (ง) ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่นๆ ซึ่งทำให้

คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(จ) กำหนดให้การเข้าทำสัญญาใดๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่นๆ เพื่อให้มีหน้าที่เพิ่มขึ้น ซึ่งตามลักษณะและตามการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเงื่อนไขนั้นไว้ในสัญญา

2. ข้อตกลง หรือยุติข้อตกลงใดๆ ที่ถูกห้ามตามมาตรานี้ จะถือเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ

3. บทบัญญัติตามข้อ 1. อาจถูกแจ้งไม่ให้นำมาใช้ได้ในกรณีของ

- ข้อตกลงหรือประเภทของข้อตกลงใดระหว่างผู้ประกอบการค้า
- ยุติข้อตกลง หรือประเภทของยุติข้อตกลงใดของสมาคมผู้ประกอบการค้า
- การปฏิบัติร่วมกัน หรือประเภทของการปฏิบัติร่วมกันใดๆ

ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการ หรือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ต้องให้ผู้บริโภคมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้นและจะต้องไม่

(ก) กำหนดข้อจำกัดต่างๆ ที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้ให้ผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม

(ข) ทำให้ผู้ประกอบการค้านั้น มีความสามารถในการจำกัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เป็นปัญหา”

---

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”



มาตรา 102<sup>189</sup> “การใช้อำนาจใดๆ โดยผู้ประกอบการค้าหนึ่งฝ่ายหรือมากกว่านั้น อันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในทางที่มีขอบภายในตลาดร่วมหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม เท่าที่การใช้อำนาจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก

การกระทำที่เป็นความผิดนั้นๆ อาจประกอบด้วย

(ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่นที่ไม่เป็นธรรมทั้งทางตรงและทางอ้อม

(ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค ในอันที่จะสร้างความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(ค) ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่นๆ ซึ่งทำให้คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(จ) กำหนดให้การเข้าทำสัญญาใดๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่นๆ เพื่อให้มีหน้าที่เพิ่มขึ้น ซึ่งตามลักษณะและตามการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเงื่อนไขไว้ในสัญญา”

## 2.1 การตกลงร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreements)<sup>190</sup>

การตกลงร่วมกันในแนวนอน เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันทางการค้า เช่น การตกลงเข้าทำสัญญาวิจัยและพัฒนา สัญญาจ้างผลิต สัญญาซื้อและสัญญาแลกเปลี่ยนข้อมูล ซึ่งสัญญาต่างๆ เหล่านี้อาจไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทาง

<sup>189</sup> Article 102 “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.”

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

<sup>190</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 37.

การค้า โดยการที่ตกลงร่วมกันในแนวราบจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบจากการที่คู่แข่งทางการค้าทำการตกลงร่วมกัน กล่าวคือ หากการตกลงร่วมกันในแนวราบมีผลในทางลบอย่างมีนัยสำคัญต่อตัวแปรด้านการแข่งขัน เช่น ในด้านราคา ผลผลิต คุณภาพ หรือนวัตกรรมแล้ว การตกลงนั้นๆ จะถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันที่มีผลจำกัดการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น ปัจจัยหลักในการพิจารณา คือ ผลกระทบต่อตลาดไม่ใช่การจำกัดความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการแข่งขัน

## 2.2 การตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง (Vertical agreements)<sup>191</sup>

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งอยู่ในระดับต่างกัน เช่น ระหว่าง Supplier และลูกค้า โดยการตกลงร่วมกันดังกล่าว จะจำกัดผู้ผลิตให้ขายสินค้าให้ลูกค้าเพียงรายเดียว เช่น ผู้ผลิตรถยนต์ยี่ห้อ Hyundai อาจตกลงจำหน่ายรถยนต์ของตนให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ที่ยินยอมตกลงที่จะไม่จำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อคู่แข่ง ในกรณีดังกล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าทั้งผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ต่างจำกัดความสามารถของตนในการแข่งขัน กล่าวคือ ผู้ผลิตขายสินค้าของตนให้ผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียวและผู้จัดจำหน่ายจำกัดสินค้าที่ตนจะจัดจำหน่ายไว้เพียงรถยนต์ยี่ห้อเดียวเท่านั้น

การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งสามารถแบ่งออกเป็นหลายประเภท ดังนี้<sup>192</sup>

1) สัญญากำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance agreement) ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันรักษาระดับราคาขาย เช่น ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ตกลงกันที่จะให้ผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ให้แก่ผู้บริโภคที่ราคา 10,000 ยูโร สัญญากำหนดราคาขายปลีก ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในเกือบทุกประเทศ เว้นแต่สัญญาที่กำหนดราคาขายปลีกในลักษณะราคาสูงสุด (Maximum price) ไม่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งต่างจากกรณีที่สัญญากำหนดราคาขายปลีกกำหนดราคาต่ำสุด (Minimum price) ที่ผู้ขายสามารถขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้มักบ่งชี้ถึงการตกลงการค้าโดยผู้ผลิต

2) สัญญาจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution system agreement) คือ การตกลงร่วมกันจัดจำหน่ายสินค้าบางประเภทเฉพาะในร้านค้าที่เห็นว่าเหมาะสมเท่านั้น โดยคำนึงถึงรูปลักษณ์และคุณภาพของสินค้าชนิดนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อรักษาภาพลักษณ์และคุณภาพของสินค้าไว้ เช่น สินค้าประเภทน้ำหอมยี่ห้อราคาแพง

<sup>191</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 38.

<sup>192</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 38.

3) สัญญาแบ่งส่วนตลาด (Market partitioning agreement) คือ การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตสินค้าในการแบ่งส่วนตลาด ซึ่งในสหภาพยุโรปการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดต่อวัตถุประสงค์หลักของการรวมตลาดของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเข้าด้วยกัน (Market integration)

4) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusive agreement) คือ กรณีที่ผู้ผลิตตกลงที่จะขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายสินค้าเพียงรายเดียว โดยผู้ผลิตอาจมีเหตุผลในการจำกัดสิทธิของตนในการขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายเจ้าอื่น เช่น ต้องการรักษามาตรฐานหรืออรรถลักษณะร้านค้าที่จะนำสินค้าของตนไปจัดจำหน่ายเพื่อรักษาภาพลักษณ์และคุณภาพของสินค้า หรือ ความจำเป็นในการนำสินค้าน้องใหม่เข้าสู่ตลาดโดยผ่านผู้จัดจำหน่ายที่ได้ตกลงเข้าทำสัญญาด้วย

โดยสรุปแล้ว การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งมักจะไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่ต้องห้าม เว้นแต่การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งประเภทสัญญากำหนดราคาค้าปลีก โดยสหภาพยุโรปนั้นจะคำนึงถึงผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เช่น ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายเป็นหลักในการพิจารณาว่าการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งถือเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่

### 2.3 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance)

การห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดมุ่งกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด หรือกลุ่มผู้ประกอบการที่ร่วมกันมีอำนาจเหนือตลาด หรือการรวมกิจการ โดยมุ่งควบคุมความประพฤติของบุคคลเหล่านั้นไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ เพื่อขัดขวางการแข่งขันอันเป็นการเพิ่มสถานะของบุคคลนั้นและกีดกันคู่แข่งทั้งที่มีอยู่และอาจมีในอนาคตให้ออกไปจากตลาดซึ่งถือเป็นการก่อความเสียหายต่อตลาด<sup>193</sup>

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปบัญญัติห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบไว้อย่างกว้างๆ โดยคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ชัดเจนแล้วว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด แต่กฎหมายห้ามผู้ประกอบการอาศัยอำนาจเหนือตลาดของตนกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ<sup>194</sup>

<sup>193</sup> นายสิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ. (2549). หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าหลัก วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 205.

<sup>194</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 40.

- 1) การกีดกันคู่แข่งออกจากตลาดโดยใช้อำนาจเหนือตลาดของตน (Exclusionary abuse)
- 2) การเอาเปรียบลูกค้า เช่น การตั้งราคาสูง หรือการเลือกปฏิบัติด้านราคา โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Exploitative abuse)

แม้ตัวบท EEC Treaty ดูเหมือนจะพูดถึงแค่ Exploitative abuse แต่จริงๆ แล้วศาลกลับมีคำพิพากษาเกี่ยวกับ Exclusionary abuse เสียเป็นส่วนใหญ่ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เช่น ในเรื่องของการจำกัดคู่ค้ารายอื่นออกไปจากตลาด (Predation) การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย (Refuse to deal) การขายพ่วง (Tying) การบังคับซื้อ (Bundling) การบีบส่วนต่างราคา (Margin squeezes) ฯลฯ คดีพิพากษาซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายที่ๆ ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับ (Exclusionary abuse) ได้แก่ คดี Microsoft ทั้งนี้ ข้อห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น ไม่ได้มีจุดประสงค์ในการห้ามการแข่งขันโดยผู้ประกอบการธุรกิจ แต่มีจุดประสงค์ที่จะป้องกันผู้ประกอบการธุรกิจจากการแข่งขันที่ดูเคืองเกินไป ตัวอย่างในกรณีคดี Intel นั้น คณะกรรมาธิการยุโรปไม่ได้ห้ามบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดลดราคาสินค้า เพราะการลดราคาสินค้านั้นย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เพียงแต่ห้ามไม่ให้มีการลดหั่นราคาสินค้าในลักษณะที่เป็นการกีดกันผู้ประกอบการธุรกิจอื่นในทางอ้อม ในอดีตที่ผ่านมาสหภาพยุโรปไม่ค่อยมีคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเมื่อเทียบกับคดีคาร์เทล เนื่องจากมีบริษัทอยู่เพียงไม่กี่บริษัทเท่านั้นในยุโรปที่มีอำนาจเหนือตลาด และถึงแม้จะมีอำนาจเหนือตลาด ก็ไม่ได้หมายความว่า บริษัทดังกล่าวได้ใช้อำนาจเหนือตลาดกระทำการโดยมิชอบที่มีผลเป็นการขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป<sup>195</sup>

#### 2.4 การควบรวมธุรกิจ (Merger Control)

การควบคุมการควบกิจการ (Merger Control) ปรากฏในระเบียบ 4064/89 ห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทำการรวมธุรกิจ ซึ่งอาจส่งผลให้อยู่ในสถานะที่มีส่วนแบ่งตลาดสูง และเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันอย่างเสรี การควบคุมการควบรวมกิจการ (Mergers) เพื่อป้องกันผลกระทบทางลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวนั้น เช่น ทำให้ราคาสูงขึ้น ลดทางเลือกสำหรับผู้บริโภคและไม่กระตุ้นนวัตกรรม<sup>196</sup>

บริษัทที่ทำการควบรวมธุรกิจที่มีมูลค่าหลังการควบรวมมากกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น มีหน้าที่ต้องรายงานการควบรวมธุรกิจต่อหน่วยงานกำกับดูแล

<sup>195</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 40.

<sup>196</sup> จีรติกาล สุริยะ. (2556). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หน้า 38.

ที่เกี่ยวข้อง ในอดีตที่ผ่านมาการรวบรวมธุรกิจไม่ค่อยเป็นประเด็นปัญหาเท่าใดนัก และไม่ค่อยเปิดกระบวนการพิจารณากรณีการรวบรวมธุรกิจ ดังนั้น ประเทศบางประเทศ เช่น อังกฤษ และสิงคโปร์ ได้เลือกใช้ระบบรายงานโดยความสมัครใจ (Voluntary notification) แทนการบังคับรายงานการรวบรวมธุรกิจ (Mandatory notification) เพื่อเป็นการลดความยุ่งยากจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องติดตามหน่วยงานราชการเพื่อทำรายงานธุรกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยประเทศเหล่านี้เชื่อว่าหน่วยงานกำกับดูแลจะสามารถทราบถึงการรวบรวมธุรกิจได้ด้วยตัวเองอยู่แล้วในกรณีที่การรวบรวมธุรกิจมีปัญหา ซึ่งในกรณีดังกล่าวหน่วยงานกำกับดูแลก็สามารถร้องขอข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมได้ แต่ระบบบังคับรายงานก็มีข้อดีตรงที่หน่วยงานกำกับดูแลจะไม่โดนตำหนิจากการไม่เปิดกระบวนการพิจารณาที่เจ้าหน้าที่มิได้ตรวจพบการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า การรวบรวมธุรกิจเป็นเรื่องห้ามกระทำในสหภาพยุโรปหากก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาดร่วม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวบรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดหรือทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ กฎหมายมิได้ห้ามกรณีที่อำนาจเหนือตลาดเกิดขึ้นจากการพัฒนาภายในองค์กรบริษัทเอง (Internal growth) แต่กฎหมายห้ามอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นโดยทางลัดจากการรวบรวมธุรกิจ ด้วยเหตุผลที่ว่าพัฒนาการกิจการจนกลายเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้นั้นจำเป็นต้องลงทุนลงแรงและใช้เวลายาวนาน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถพัฒนากิจการด้วยน้ำพักน้ำแรงของตนเองจนมาถึงจุดนี้ได้ไม่ควรที่จะต้องได้รับโทษ ซึ่งต่างกับกรณีที่ผู้ประกอบการขยายขนาดธุรกิจของตนทางลัดจากการรวบรวมกิจการอื่น<sup>197</sup>

การมีอำนาจเหนือตลาดเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่การมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ได้เป็นความคิดในตัวเอง ดังนั้น การพิสูจน์ว่าการมีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบต้องพิสูจน์ว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจดังกล่าวโดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ<sup>198</sup>

## 2.5 การบังคับใช้กฎหมายกับกรณีการตกลงการค้า (Cartel)

ห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงระหว่างธุรกิจ (Cartel) ที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันภายในตลาดสินค้าใดสินค้านั้นๆ และส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกในตลาดนั้นๆ ทั้งในธุรกิจเดียวกัน (Horizontal Restraints) เช่น การกำหนดราคาขายปลีก หรือการกีดกันหรือ

<sup>197</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 42.

<sup>198</sup> นายสิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ. (2549). หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 207.



จำกัดตลาดในแนวตั้ง (Vertical Restraints) เช่นระหว่าง Distributor – Supplier ทั้งนี้ ได้มีการกำหนด ข้อยกเว้น เช่น ในกรณีทีพิสูจน์ได้ว่า เป็นไปเพื่อการทำ R&D และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีส่วนแบ่ง ตลาดน้อยกว่าที่กำหนด (De Minimis Rule)<sup>199</sup>

คาร์เทล หมายถึง การตกลงร่วมกันอย่างเป็นทางการระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจโดย สมาชิกของคาร์เทลจะตกลงร่วมกันในเรื่อง ราคา ผลผลิต ในอุตสาหกรรมทั้งหมด ส่วนแบ่งตลาด การจัดสรรลูกค้า การแบ่งเขต ฯลฯ และการตกลงในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ร่วมกัน ของบริษัทสมาชิก ซึ่งในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา สหภาพยุโรปได้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า กับสมาชิกคาร์เทลอย่างจริงจัง ทั้งที่เป็น การตกลงร่วมกันในระดับประเทศ การตกลงร่วมกันใน ระดับครอบคลุมทั่วสหภาพยุโรป และการตกลงร่วมกันในระดับโลก โดยสินค้าที่หน่วยงานใน กำกับดูแลของสหภาพยุโรปได้ตรวจพบการตกลงคาร์เทลและได้ดำเนินการสั่งปรับ ได้แก่ สินค้า ประเภทผงซักฟอก จอภาพ LCD ป้าย เหล็ก อุปกรณ์ตกแต่งห้องน้ำ ฯลฯ โดยสหภาพยุโรปริเริ่มใช้ มาตรการผ่อนผันโทษ (Leniency program) ในปี ค.ศ.2006 ซึ่งเป็นมาตรการที่ช่วยให้การสืบเสาะหา หลักฐานแห่งการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้ามีประสิทธิภาพ มาก เนื่องจากมาตรการดังกล่าวสนับสนุนให้ผู้ร่วมกระทำความผิดกรณีตกลงคาร์เทลยอมเปิดเผย ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดในฐานะพยานเพื่อแลกกับการยกเว้น หรือบรรเทาการรับโทษ หลังจากที่ได้มีการนำมาตรการผ่อนผันโทษมาใช้แล้วนั้น มูลค่าการเปรียบเทียบปรับผู้ประกอบการ ที่เข้าทำการตกลงคาร์เทลโดยกระทำความผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเพิ่มสูงขึ้นเป็น อย่างมาก ฉะนั้น จะเห็นได้ว่ามาตรการผ่อนผันโทษนั้นเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพเป็นอย่างดี และประเทศที่ต้องการป้องกันปราบปรามการตกลงคาร์เทลอย่างจริงจังควรพิจารณาการผ่อนผัน โทษบรรจุก้าวเข้าไว้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศตน ซึ่งจะเป็นกลไกหนึ่งในการช่วยให้ การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกเหนือจากการนำมาตรการ ผ่อนผันโทษมาใช้แล้วในปี ค.ศ.2004 สหภาพยุโรปยังแสดงจุดยืนในการป้องกันปราบปรามการ ตกลงคาร์เทลด้วยการก่อตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการปราบปรามการตก ลงคาร์เทล โดยเฉพาะ ซึ่งหน่วยงานพิเศษนี้มีหน้าที่ติดตามสืบเสาะหาพยานหลักฐานการกระทำ การตกลงคาร์เทลและได้รับการยอมรับว่าเป็นหน่วยงานที่น่าเชื่อถือ ในปัจจุบันสหภาพยุโรปได้ให้ ความสนใจอย่างมากกับเรื่องร้องเรียนที่ได้รับเกี่ยวกับการตกลงคาร์เทลและหน่วยงานกำกับ

<sup>199</sup> จีรติกาล สุริยะ. (2556). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการ แข่งขันทางการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หน้า 38.

กฎหมายแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปต่างก็ร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดในการร่วมปราบปรามการกระทำผิดดังกล่าว<sup>200</sup>

## 2.6 เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสหภาพยุโรป

### 2.6.1 ลักษณะการควบคุม

#### ประเทศไทย

แบบผสมระหว่างควบคุมโครงสร้าง มาตรา 26 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันและควบคุมพฤติกรรม มาตรา 25, 27, 28, 29, 30

#### สหภาพยุโรป

แบบควบคุมพฤติกรรม ไม่ได้ห้ามมีการผูกขาด การผูกขาดที่เกิดขึ้น แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ไปในทางที่มีชอบ

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยกับของสหภาพยุโรปแตกต่างกันอย่างมากในส่วนของการควบคุมโครงสร้าง สหภาพยุโรปมองว่าการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพย่อมเกิดขึ้นได้ตามปกติ ดังนั้น หากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมิได้กระทำการใดโดยมิชอบรัฐก็ไม่ควรแทรกแซงโครงสร้างของตลาด แต่จะควบคุมเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจหรือมีพฤติกรรมที่มีชอบส่งผลต่อตลาด

### 2.6.2 กรอบการควบคุมพฤติกรรม

#### ประเทศไทย

(1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 27

(2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 25

(3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 26

(4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 29

<sup>200</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพฯ หน้า 43.

(5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศ ตามมาตรา 28 ห้ามดำเนินการใดๆ ที่จำกัดโอกาสของบุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรโดยการห้ามมีลักษณะที่เป็นความผิดเด็ดขาด

### สหภาพยุโรป

(1) The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักตามหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา คือ per se illegal และ the rule of reason

(2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 102

(3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations)

เมื่อพิจารณากรอบการควบคุมกฎหมายของไทยและกฎหมายของสหภาพยุโรป มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดการควบคุมการควบกิจการการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน การกระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม แต่กฎหมายสหภาพยุโรปไม่มีการควบคุมโครงสร้าง รวมถึงกฎหมายสหภาพยุโรปไม่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมือนกับมาตรา 28 ของไทยที่ห้ามเด็ดขาดไม่ให้จำกัดโอกาสของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง แม้ว่าการห้ามนั้นจะไม่ได้กระทบกับตลาด การแข่งขัน หรือไม่เป็นธรรม

### 3. กฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเหมือนกับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจ เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2490 โดยมีชื่อเป็นภาษาอังกฤษว่า “Act concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade” วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายฉบับนี้เพื่อต้องการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าและธุรกิจอย่างเสรี (Free competition) ป้องกันการผูกขาด (Monopoly) และจัดการปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) อันจะเป็นการป้องกันการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ (Concentration of Economic Power) และเป็นการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของ

ผู้บริโภคอีกส่วนหนึ่งด้วย<sup>201</sup> โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด โดยมีการปรับปรุงแก้ไขครั้งล่าสุดคือปี 2002<sup>202</sup>

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้ระบุการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดไว้ 4 ประเภทหลัก คือ การผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization) การควบและรวมกิจการ (merger and acquisition) การจำกัดทางการค้าโดยปราศเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of trade) และการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 3.1 การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด

#### 3.1.1 การผูกขาดโดยเอกชน(private monopolization)

มาตรา 3 ได้บัญญัติว่าห้ามการผูกขาดโดยเอกชนและจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันควร ทั้งนี้การผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 2(5) หมายถึง การผูกขาดเอกชนหมายความถึง กรณีที่ผู้ประกอบการของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการส่วนตัวหรือโดยรวมตัวกันหรือสมคบกันไม่ว่าจะมีการร่วมมือกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในลักษณะใด การกระทำการขจัดหรือควบคุมการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น อันเป็นการขัดประโยชน์สาธารณะ (The public interest) และจำกัดการแข่งขันอย่างมากในการค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (substantial restraint of competition in any particular field of trade)<sup>203</sup>

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบการจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่จะกระทำความผิดดังกล่าวได้จะต้องมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง ซึ่งผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กทั่วไปย่อมไม่สามารถที่จะคิดกันหรือควบคุมกิจกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นจนเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมากได้<sup>204</sup>

<sup>201</sup> สุธีร์ สุกนิตย์. (2528). กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น วารสารนิติศาสตร์ 14, 3 หน้า 194.

<sup>202</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาระดับสมบูรณ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย . เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ หน้า 189.

<sup>203</sup> สุธีร์ สุกนิตย์. (2528). กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น วารสารนิติศาสตร์ 14, 3 หน้า 202.

<sup>204</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาระดับสมบูรณ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ . สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ หน้า 190.

บทบัญญัติของญี่ปุ่นดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยมาตรา 25 ของ ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยกำหนดพฤติกรรมต้องห้ามไว้ 4 ประการ ในส่วนที่ตรงกับกฎหมายของญี่ปุ่นคือ มาตรา 25(4) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งส่วนที่แตกต่างกับญี่ปุ่นคือไม่ได้ระบุว่าต้องมีอำนาจเหนือตลาด

การกระทำที่ถือว่ามีคามผิดตามกฎหมายมาตรา 25 ของไทยนั้น นอกจากจะตรงกับมาตรา 2(5) ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นแล้ว ยังเกี่ยวข้องกับมาตรา 2(9) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) โดยในประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมของญี่ปุ่นฉบับที่ 15 ได้ระบุการกระทำที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 16 ข้อ ในจำนวนนี้ข้อที่ 14 ได้บัญญัติถึงความผิดของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดไว้ด้วย ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 อย่างไรก็ตาม อาจเป็นเพราะความยากลำบากในการกำหนดขอบเขตตลาดเพื่อคำนวณส่วนแบ่งตลาด ญี่ปุ่นจึงแทบไม่ได้ใช้มาตรา 3 ในส่วนของการผูกขาดโดยเอกชน แต่เลือกใช้มาตรา 19 เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายตลอดมา เนื่องจากไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งเป็นทางออกที่สะดวกในการบังคับใช้กฎหมาย<sup>205</sup>

### 3.1.2 การควบและรวมกิจการ(merger and acquisition)

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบและรวมกิจการไว้ในมาตรา 9 ถึงมาตรา 18 ซึ่งถือเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้เอกชนมีขนาดใหญ่ขึ้นหรือมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นจนสามารถผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันได้ โดยมีการป้องกันตามกฎหมายดังนี้คือ<sup>206</sup>

<sup>205</sup>สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2544). โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออกผลงานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ หน้า 3-5.

<sup>206</sup>สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาระดับสมบูรณ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย .เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ หน้า 191.



1. การห้ามธุรกิจถือหุ้นของบริษัทอื่นและควบคุมบริษัทอื่น หรือห้ามมีบริษัทโฮลดิ้ง (มาตรา 9(1))

2. การห้ามบริษัทซึ่งไม่ใช่สถาบันการเงิน เข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นมากเกินไปจนทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจจนเกินไป (มาตรา 9(2))

3. การห้ามบริษัทเข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นแล้วทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันใน ตลาดเป็นอย่างมาก (มาตรา 10(1)) แนวทางการพิจารณา (guideline) ของญี่ปุ่นเกี่ยวกับเรื่องนี้ คือ การกระทำดังกล่าวจะผิดกฎหมายหากมีการถือหุ้นมากเกินไปจนสามารถควบคุมบริษัทอื่นได้ โดยการเข้าไปถือหุ้นมีผลในการจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมาก ประกอบด้วย

ก) การเข้าไปถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นที่ออก (outstanding stocks)

ข) การที่บริษัทที่ถูกซื้อกลายเป็นบริษัทในเครือ (related company) ตามความหมายของกฎว่าด้วยรายงานทางการเงิน (rules on financial statement) ของกระทรวงการคลัง

ค) การถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 10 แต่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นที่ออกจำหน่ายจนกลายเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุด หรือบริษัทที่ซื้อหุ้นกับบริษัทที่ถูกซื้อหุ้นมีการแข่งขันกันในทางธุรกิจ<sup>207</sup>

4. การห้ามบริษัทรวมกิจการ (merger) กับบริษัทอื่นหากการรวมกันนั้นทำให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก ตลอดจนห้ามรวมกิจการโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 15(1)) ทั้งนี้ หากต้องการรวมกิจการจะต้องยื่นคำร้องขอรวมกิจการเพื่อให้ JFTC พิจารณาก่อน

บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวของญี่ปุ่นจะตรงกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย มาตรา 26 แต่กฎหมายของญี่ปุ่นระบุรายละเอียดและสลับซับซ้อนกว่ามาตรา 26 ของไทย เช่น การระบุเรื่องจำนวนร้อยละของการเข้าไปถือหุ้น

### 3.1.3 การจำกัดทางการค้าโดยปราศเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of trade)

การจำกัดทางการค้าสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ ความตกลงการค้าในแนวนอน (horizontal agreement) และความตกลงการค้าในแนวตั้ง (vertical agreement)

<sup>207</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2544). โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออกรายงานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ หน้า 1-11.

โดยในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นมาตรา 2(6) ได้รวมข้อตกลงทั้งในแนวนอนและแนวตั้งไว้ด้วยกัน<sup>208</sup>

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นได้ให้คำจำกัดความของ “การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุอันควร” ว่าเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในการจำกัดการแข่งขัน เช่น กำหนดราคาขายเป็นราคาเดียวกัน การขึ้นราคาขาย หรือการจำกัดปริมาณการผลิต (ตลอดจนการจำกัดเทคโนโลยีที่ใช้ สินค้า ลูกค้า และอื่นๆ) ซึ่งขัดกับผลประโยชน์ของสาธารณะ จากคำจำกัดความข้างต้นจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายได้ให้การห้ามการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขัน (cartel) และการห้ามการสมคบกันในการประมูล (bid-rigging) ซึ่งเป็นการจำกัดการค้าในแนวนอน โดยจากสถิติการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องเมื่อปี 2001 ทั้งสิ้นจำนวน 42 คดีพบว่าเป็นเรื่องการจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุอันสมควรถึง 39 คดี โดยเป็นเรื่องการสมคบกันในการประมูล (bid-rigging) 36 คดี และการร่วมมือกันกำหนดราคา (price cartel) 3 คดี<sup>209</sup>

JFTC ได้ตีความมาตรา 2(6) ให้รวมไปถึงการจำกัดการค้าในแนวตั้งด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำความตกลงเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (distribution agreement) ระหว่างผู้ผลิตที่อยู่ในต่างประเทศและผู้จำหน่ายสินค้าภายในประเทศ โดยออกแนวทางการพิจารณา (guideline) ความตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าที่อาจถือว่าขัดกับกฎหมายตามมาตรา 2(6) ว่ารวมถึงกรณีดังต่อไปนี้<sup>210</sup>

ก) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้จัดจำหน่ายจะไม่นำเข้าสินค้าที่เป็นสินค้าคู่แข่งของผู้ผลิตนั้นเข้ามาขายในญี่ปุ่น

<sup>208</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย . เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ หน้า 192.

<sup>209</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย . เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ . สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ หน้า 192.

<sup>210</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2452). โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (การศึกษาด้านกฎหมาย) หน้า 1-14.

ข) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้ผลิตจะไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายใหม่ เพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาดของผู้จัดจำหน่ายรายใหม่

ค) ผู้ผลิตวัตถุดิบและผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป (finished products) ตกลงกันว่าผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปจะไม่ซื้อวัตถุดิบที่นำเข้าจากต่างประเทศ และผู้จัดจำหน่ายปฏิเสธที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปที่ซื้อวัตถุดิบนำเข้าจากต่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติดังกล่าวกับกฎหมายไทยพบว่าในส่วนของกรจำกัดการค้าในแนวนอนนั้น ในมาตรา 27 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยได้ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใด อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยได้ระบุกรณีการจำกัดการแข่งขันไว้ถึง 10 กรณี โดยอาจมีบางกรณีที่อาจได้รับการอนุญาตให้ทำได้โดยต้องยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35 ซึ่งต้องระบุเหตุผลความจำเป็น และวิธีดำเนินการให้คณะกรรมการพิจารณา

สำหรับการจำกัดการค้าในแนวตั้งตรงกับมาตรา 28 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยได้ห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศไม่ว่าจะอยู่ในรูปสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้นหรืออื่นๆ ดำเนินการเพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยที่ต้องการจะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศโดยตรง

### 3.1.4 การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

มาตรา 19 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น ได้ห้ามผู้ประกอบการมีพฤติกรรมที่มีลักษณะของการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยพฤติกรรมที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 2(9) รวมถึงพฤติกรรม 6 กลุ่มดังนี้<sup>211</sup>

1. การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันควร (unreasonable discrimination)
2. การกำหนดราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable price)
3. การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable inducement)
4. การจำกัดโดยไม่เป็นธรรม (unjust restriction)
5. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of one's dominant position)

<sup>211</sup>สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2452). โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (การศึกษาด้านกฎหมาย) หน้า 35.

6. การเข้าไปแทรกแซงกิจการของกลุ่มคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (unreasonable inference in the affairs of competitor)

นอกจากนี้ใน มาตรา 6 ได้ห้ามผู้ประกอบการภายในประเทศทำสัญญา ระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะของการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต่างๆ (license agreement) ที่เป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย เช่น ข้อสัญญาที่ห้ามทำการวิจัยและพัฒนา (R&D) ข้อสัญญาห้ามส่งออกสินค้า เป็นต้น นอกจากนี้ มาตรา 8(1)(v) ยังห้ามสมาคมการค้า (trade association) บังคับให้ผู้ประกอบการต้อง กระทำการอันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย

กฎหมายได้กำหนดหน้าที่แก่ JFTC ที่จะประกาศว่าการประกอบธุรกิจแบบใด ถึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม<sup>212</sup> ในปี 1982 ทาง JFTC ได้ออกประกาศฉบับที่ 15 ซึ่งให้แนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยระบุการกระทำที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ดังนี้<sup>213</sup>

1. การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันควร (unreasonable discrimination) ซึ่งประกอบไปด้วยพฤติกรรม 5 กลุ่ม คือ<sup>214</sup>

ก) การร่วมกันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปในการจำกัดการแข่งขันโดยการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น (collective refusal to deal)

ข) การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการอื่นในลักษณะอื่นๆ (other refusals to deal) เช่น ผู้ผลิตสินค้ากำหนดราคาขายปลีกให้ผู้ขายส่งหรือขายปลีกปฏิบัติ ตาม หากผู้ขายส่งหรือขายปลีกรายใดไม่ปฏิบัติตาม ผู้ผลิตสินค้านั้นก็จะปฏิเสธที่จะขายสินค้า ให้ การปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้ดังกล่าวถือเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากมีผลสนับสนุน การกำหนดราคาขายปลีก

ค) การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) โดยทั่วไปการตั้งราคาสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิด เว้นแต่จะกระทำเพื่อจำกัดการแข่งขัน

<sup>212</sup> สุธีร์ สุกนิตย์. (2528). กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศ ญี่ปุ่น วารสารนิติศาสตร์ 14, 3 หน้า 209.

<sup>213</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย. เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ. สถาบันกฎหมายพัฒนา เศรษฐกิจ หน้า 194.

<sup>214</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 194.

ง) การเลือกปฏิบัติในการติดต่อธุรกิจ เช่น การเลือกปฏิบัติในวิธีการชำระเงิน  
 จ) การเลือกปฏิบัติในสมาคมการค้า เช่น การบีบบังคับให้ผู้ประกอบ  
 ธุรกิจรายใดรายหนึ่งออกจากสมาคมการค้า ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการรายนั้นประสบปัญหาใน  
 การดำเนินธุรกิจ

2. การกำหนดราคาที่ไม่สมเหตุผล (unreasonable price) ซึ่งประกอบไปด้วย  
 พฤติกรรม 2 กลุ่มดังต่อไปนี้<sup>215</sup>

ก) การตั้งราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุน (sale below cost) โดยจะถือเป็น  
 ความผิดหากผู้ประกอบการขายสินค้าหรือบริการในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนมากและติดต่อกันนาน  
 พอสมควร

ข) การรับซื้อสินค้าในราคาที่สูงเกินควร เช่น การซื้อวัตถุดิบในราคาที่สูง  
 เกินควรอันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการรายอื่น

3. การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุผล (unjust inducement of customers)  
 ซึ่งประกอบไปด้วยพฤติกรรม 2 กลุ่มดังต่อไปนี้<sup>216</sup>

ก) การหลอกลวง (false inducement) เช่น การโฆษณาสินค้าหรือบริการ  
 ด้วยข้อความที่เป็นเท็จ

ข) การให้รางวัลที่ไม่สมเหตุผลเพื่อชักจูงลูกค้า (sale with excessive  
 premium)

ค) การบังคับขายพ่วง (tie-in sale)

4. การจำกัดที่ไม่เป็นธรรม (unjust restriction) ซึ่งประกอบไปด้วยพฤติกรรม 3  
 กลุ่มดังต่อไปนี้<sup>217</sup>

ก) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ (exclusive dealing) คือการทำข้อตกลงที่  
 คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่าต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่ทำธุรกรรมกับคู่แข่งของคู่สัญญา  
 ที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า เช่น ผู้ผลิตสินค้าบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายสินค้าของตนต้องยอมรับ  
 เงื่อนไขที่จะไม่ขายสินค้าของบริษัทคู่แข่ง

<sup>215</sup>“เรื่องเดียวกัน” หน้า 195.

<sup>216</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 195.

<sup>217</sup>สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบ  
 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส  
 และออสเตรเลีย . เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ . สถาบันกฎหมายพัฒนา  
 เศรษฐกิจ หน้า 195.



ข) การกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance)

ค) การจำกัดเขตจำหน่ายในแนวตั้งและจำกัดเกี่ยวกับลูกค้า (vertical territorial and customer restriction)

5. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position)<sup>218</sup>

6. การเข้าไปแทรกแซงกิจการของกลุ่มคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันควร (unreasonable interference in the affairs of competitor)<sup>219</sup>

ก) การเข้าแทรกแซงธุรกิจของกลุ่มคู่แข่ง (interference with the business activities of a competitor)

ข) การทำให้เกิดความวุ่นวายภายในบริษัทคู่แข่ง (internal disruption of a competitive company)

มาตรา 29 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้ระบุว่ามิพหุติกรรมในลักษณะใดบ้างที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน ได้ออกแนวปฏิบัติพหุติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดลักษณะพหุติกรรมที่เป็นข้อห้ามดังนี้

1) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

2) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

3) การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร

4) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

5) การกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

6) การกระทำอันใดที่มีไว้เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เกิดเสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

<sup>218</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 195.

<sup>219</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 195.

### 3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าอื่นๆ ของญี่ปุ่น<sup>220</sup>

นอกจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด 1947 แล้ว ญี่ปุ่นยังออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญอีกฉบับซึ่งรับผิดชอบโดย JFTC คือกฎหมายป้องกันการจ่ายเงินล่าช้าในการรับช่วงการผลิต (Act against delay in payment of subcontract proceeds, etc to subcontractors 1956) ซึ่งได้รับการแก้ไขปรับปรุงล่าสุดเมื่อปี 1973 หรือเรียกกันว่า “กฎหมายการรับจ้างผลิต” (Subcontract Act 1956)

กฎหมายฉบับนี้มีจุดประสงค์ในการป้องกันการจ่ายเงินล่าช้าในกระบวนการรับช่วงการผลิต เพื่อสร้างความเป็นธรรมระหว่างผู้ว่าจ้าง (parental entrepreneur) และผู้รับจ้างผลิต (subcontractor) โดยกำหนดว่าการจ่ายเงินให้ผู้รับจ้างผลิตจะต้องกระทำภายใน 6 วันหรือเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นับจากวันที่ผู้จ้างได้รับงานที่เสร็จเรียบร้อยจากผู้รับจ้าง นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดพฤติกรรมที่ผู้ว่าจ้างห้ามกระทำ คือ

- ก) ห้ามผู้ว่าจ้างผลิตปฏิเสธงานจากผู้รับจ้างการผลิตโดยปราศจากเหตุผลอันควร
- ข) ห้ามผู้ว่าจ้างผลิตปฏิเสธการจ่ายเงินให้กับผู้รับจ้างการผลิต
- ค) ห้ามผู้ว่าจ้างลดค่าจ้างลงโดยปราศจากเหตุผลอันควร เป็นต้น

### 3.3 เปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและญี่ปุ่น

#### 3.3.1 ลักษณะการควบคุม

##### ประเทศไทย

แบบผสมระหว่างควบคุมโครงสร้าง มาตรา 26 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันและควบคุมพฤติกรรม มาตรา 25, 27, 28, 29, 30

##### ญี่ปุ่น

แบบผสมระหว่างควบคุมโครงสร้างมาตรา 9 ถึงมาตรา 18 ซึ่งถือเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้เอกชนมีขนาดใหญ่ขึ้นหรือมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นจนสามารถผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันได้และควบคุมพฤติกรรม

ประเทศไทยมีลักษณะการควบคุมที่คล้ายกับกฎหมายญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมโครงสร้าง ซึ่งการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมใน

<sup>220</sup>สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2452). โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (การศึกษาด้านกฎหมาย) หน้า 40.

การแข่งขัน ตามมาตรา 26 จะกระทำไม่ได้ และมาตรา 30 ยังให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า ระบุ หยุค หรือเปลี่ยนแปลงมีส่วนแบ่งตลาด ซึ่งคล้ายกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดยมีแนวคิดคล้ายกับกฎหมายญี่ปุ่นที่ป้องกันไม่ให้เอกชนมีขนาดใหญ่ขึ้นหรือมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นจนสามารถผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันได้

### 3.3.2 กรอบการควบคุมพฤติกรรม

#### ประเทศไทย

(1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 27

(2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 25

(3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 26

(4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 29

(5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศ ตามมาตรา 28 ห้ามดำเนินการใดๆ ที่จำกัดโอกาสของบุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรโดยการห้ามมีลักษณะที่เป็นความผิดเด็ดขาด

#### ญี่ปุ่น

(1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 101

(2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 2 (5)

(3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 9 ถึงมาตรา 16

(4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 19

(5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศ ตามมาตรา 6 บัญญัติว่า ห้ามความตกลงระหว่างประเทศที่จำกัดการค้าหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณากรอบการควบคุมกฎหมายของไทยและกฎหมายญี่ปุ่นมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด การควบคุมการควบกิจการ การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน การกระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม กฎหมายญี่ปุ่นไม่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมือนกับมาตรา 28 ของไทยที่ห้ามเด็ดขาดไม่ให้จำกัดโอกาสของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง แม้ว่าการห้ามนั้นจะไม่ได้กระทบกับตลาด การแข่งขัน หรือไม่เป็นธรรม

ตารางที่ 4.1 วิเคราะห์การควบคุมการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่นและไทย

| เรื่อง                 | สหรัฐอเมริกา   | สหภาพยุโรป  | ประเทศญี่ปุ่น   | ประเทศไทย  |
|------------------------|--|---|---|--|
| <b>กฎหมาย</b>          | The Sherman Act of 1890, The Clayton Act of 1914, The Federal Trade Commission Act of 1914 และ The Robinson-Patman Act of 1936 | Treaty on the Functioning of the European Union   | the Law on the Prohibition of Private Monopoly and the Maintenance of Fair Trade  | พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542   |
| <b>ลักษณะการควบคุม</b> | ผลสมระหว่างควบคุมโครงสร้างและควบคุมพฤติกรรมตาม The Sherman Act มาตรา 1   | ควบคุมพฤติกรรม ไม่ได้ห้ามมีการผูกขาด การผูกขาดที่เกิดขึ้น แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ไปในทางที่มีชอบ | ผลสมระหว่างควบคุมโครงสร้างมาตรา 9 ถึงมาตรา 18 ซึ่งถือเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้เอกชนมีขนาดใหญ่ขึ้นหรือมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นจนสามารถผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันได้ และควบคุมพฤติกรรม | ผลสมระหว่างควบคุมโครงสร้าง มาตรา 26 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันและควบคุมพฤติกรรม มาตรา 25, 27, 28, 29 |

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

| เรื่อง                | สหรัฐอเมริกา  | สหภาพยุโรป   | ประเทศญี่ปุ่น   | ประเทศไทย  |
|-----------------------|---|--|---|--|
| กรอบการควบคุมพฤติกรรม | (1) The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline ๒ ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักตามหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษา คือ per se illegal และ the rule of reason โดยได้ระบุว่า  | (1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทลตามมาตรา 101 | (1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 2 (6) | (1) การห้ามการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreements) ทั้งในแนวนอน (Horizontal agreements) และในแนวตั้ง (Vertical agreements) และคาร์เทล ตามมาตรา 27 |
|                       | ความร่วมมือกันในการประกอบธุรกิจบางกรณี จะถูกพิจารณาโดยใช้หลัก per se illegal ได้แก่ความร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (price fixing) กำหนดปริมาณผลผลิตร่วมกัน (fix output) ฮั้วประมูล (bid rigging) แบ่งตลาดกันไม่ว่าจะเป็นการแบ่งในเชิงลูกค้าเชิงผู้ขายวัตถุดิบ เชิงพื้นที่หรือในแง่ตัวสินค้า (share or divide market by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce) | (2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 102   | (2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 2 (5)  | (2) การแทรกแซงในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominance) ตามมาตรา 25  |
| กรอบการควบคุมพฤติกรรม |   | (3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations)   | (3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 9 ถึงมาตรา 16   | (3) การควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive combinations) ตามมาตรา 26   |
|                       |   |  | (4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 19   | (4) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 29  |
|                       |   |  | (5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศ ตามมาตรา 6   | (5) ข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศตามมาตรา 28  |
|                       |   |  | บัญญัติว่า ห้ามความตกลงระหว่างประเทศที่จำกัดการค้าหรือการ   | ห้ามดำเนินการใดๆ ที่จำกัดโอกาสของบุคคลที่  |



ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

| เรื่อง | สหรัฐอเมริกา | สหภาพยุโรป | ประเทศญี่ปุ่น                       | ประเทศไทย   |
|--------|--------------|------------|-------------------------------------|---|
|        |              |            | ปฏิบัติทางการค้าที่ไม่<br>เป็นธรรม) | อยู่ในราชอาณาจักรใน<br>การซื้อสินค้าและบริการ<br>มาใช้เองจาก<br>ผู้ประกอบการนอก<br>ราชอาณาจักรโดยการ<br>ห้ามมีลักษณะที่เป็น<br>ความผิดเด็ดขาด |



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยหลักแล้วมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมและป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจและเพื่อสร้างกติกาทางการค้า ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นสิ่งจำเป็นในระบบทุนนิยม มิเช่นนั้นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กจะไม่มีโอกาสที่จะพัฒนาธุรกิจให้เติบโตเนื่องจากไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ได้ ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีมาตรการเพื่อควบคุมการผูกขาดและการแข่งขันที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าและบริการดังนี้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้นำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ กล่าวคือ การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดการควบคุมการควบกิจการ (Meger Contraol) การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (collusive practice) กระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) โดยหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ มาตรา 25 ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม มาตรา 26 การควบคุมการควบกิจการ มาตรา 27 ห้ามการตกลงทางการค้าใดๆ ที่เป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน มาตรา 29 กระทำที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ส่วนมาตรา 28 นั้น ห้ามกับการจำกัดโอกาสของบุคคลในการซื้อสินค้าและบริการมาใช้เองจากผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรโดยตรง จึงมีลักษณะการคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง ในการเข้าถึงสินค้า ซึ่งแตกต่างจากหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ที่ไม่ได้คุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง แต่มุ่งให้เกิดความเป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ และทำให้กลไกตลาดเกิดประสิทธิภาพ ไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดสามารถบิดเบือนกลไกตลาด ก็จะส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองโดยอ้อม มาตรา 28 จึงมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเกินความจำเป็นทั้งเรื่องของประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ และความเป็นธรรม เป็นการเกินขอบเขตจากการคุ้มครองผู้บริโภคที่ยอมรับโดยหลักสากล โดยการคุ้มครองผู้บริโภคตาม มาตรา 28 ส่งผลให้นักลงทุนจากต่างประเทศไม่เข้าใจ บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคมาอยู่ในบริบทของการค้าระหว่างประเทศและค่อนข้างมีข้อสงสัยเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ขอบเขต และสาระของมาตรา 28 นี้มากพอสมควร

มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเป็นบทบัญญัติที่คล้ายกับมาตรา 6 วรรคแรก ของกฎหมาย JAA<sup>221</sup> โดยมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็น โดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้นหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใดๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”

เมื่อพิจารณาห้ด้วยบทของมาตรา 28 แล้ว จะเห็นความแตกต่างที่ชัดเจนว่า เจตนารมณ์ของมาตรา 28 คือ การคุ้มครองผู้บริโภคที่ประสงค์จะซื้อสินค้าที่ผลิตในต่างประเทศมาใช้เองในประเทศไทย ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคที่ประสงค์จะซื้อสินค้าประเภทคงทน (durable goods) ที่มีคุณภาพยอดเยี่ยมที่ผลิตในต่างประเทศ เช่น รถยนต์ที่ผลิตจำหน่ายสำหรับผู้บริโภคในตลาดระดับบน แต่ผู้ผลิตรถยนต์ในต่างประเทศได้มีนโยบายที่จะให้มีการประกอบรถยนต์บางรุ่นที่เหมาะสมสำหรับตลาดในประเทศไทย ดังนั้นจึงมีการทำสัญญากับผู้ประกอบการไทยให้ตั้งโรงงานประกอบรถยนต์รุ่นดังกล่าวและเป็นตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทยด้วย เนื่องจากตลาดรถยนต์ระดับสูงของประเทศไทยยังมีขนาดค่อนข้างเล็ก ดังนั้น บริษัทผู้ประกอบรถยนต์ของไทยจึงต้องการให้ซื้อรถยนต์รุ่นดังกล่าวซื้อรถยนต์ที่โรงงานของบริษัทตนเป็นผู้ประกอบและเป็นบริษัทตัวแทนจำหน่ายด้วย ดังนั้นหากมีนโยบายหรือสัญญาหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจอื่นใดที่ทำให้ผู้บริโภคไทยไม่สามารถซื้อรถยนต์ยี่ห้อดังกล่าวจากบริษัทตัวแทนจำหน่ายในต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นการบังคับทางอ้อมให้ผู้บริโภคไทยต้องซื้อรถยนต์ยี่ห้อดังกล่าวที่ประกอบในประเทศไทยแทน พฤติกรรมของบริษัทผู้ประกอบรถยนต์ไทยถือเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 28 ดังนั้นนอกจากมาตรา 28 จะไม่มีเจตนารมณ์ที่จะช่วยไม่ให้ผู้ประกอบการไทยเสียเปรียบคู่สัญญาซึ่งเป็นบริษัทต่างชาติแล้ว ยังมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ประกอบการไทยที่ใช้วิธีการทำธุรกิจที่ทำให้ผู้บริโภคไทยเสียประโยชน์ด้วย

การคุ้มครองผู้บริโภคที่ปรากฏในมาตรา 28 เป็นการบัญญัติกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรม ซึ่งมาจากแนวคิดทางปรัชญาทางนิติศาสตร์ แต่กรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงเรื่องประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์แล้ว อาจเกิดความไม่เหมาะสมได้เนื่องจาก กรณีนโยบายอุตสาหกรรมของประเทศญี่ปุ่นคุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความเข้มแข็ง เศรษฐกิจของประเทศจึงเจริญก้าวหน้า ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นไม่ได้

<sup>221</sup> ศักดา ธนิตกุล คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กรุงเทพฯ วิทยุชน

คุ้มครองผู้ประกอบการ แต่คุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอาจทำให้กระทบต่อการลงทุนจากต่างประเทศ เมื่อพิจารณาระหว่างความยุติธรรมที่ผู้บริโภคจะได้รับกับประสิทธิภาพที่ส่งผลต่อประโยชน์ในระบบเศรษฐกิจ หากพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างอรรถประโยชน์ของหลักการดังกล่าวจะเห็นว่าประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจย่อมมีน้ำหนักและความสำคัญมากกว่าการความยุติธรรมในการคุ้มครองผู้บริโภค

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา จะเห็นว่า มีลักษณะทั่วไปของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใกล้เคียงกัน โดยไม่มีลักษณะของการคุ้มครองผู้บริโภคในกฎหมายแข่งขันทางการค้า เหมือนดังเช่นมาตรา 28 ของไทย ดังนั้น กฎหมายของไทยมาตราดังกล่าวจึงแตกต่างจากต่างประเทศซึ่งเป็นมาตรฐานสากลเป็นอย่างมาก

มาตรา 28 มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือ จำกัดการแข่งขัน เพื่อป้องกันการผูกขาด และเกิดการค้ำที่เป็นธรรม โดยการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นจะเกิดขึ้น โดยอ้อมจากการที่ตลาดมีการแข่งขันที่เป็นธรรม ปราศจากการผูกขาดแล้วนั่นเอง โดยการห้ามผู้ประกอบการตามมาตรา 28 นั้น เป็นการห้ามเด็ดขาด ผู้ประกอบการไม่สามารถขออนุญาตต่อหน่วยงานของรัฐได้ ดังเช่นมาตรา 25, 26, 27 และ 29

เปรียบเทียบกับมาตรา 25 ที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุอันสมควร หรือแทรกแซงตลาด ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อตลาดโดยตรงเนื่องจากผู้กระทำมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ใช่การห้ามเด็ดขาดแม้ไม่ได้กระทบตลาดหรือการแข่งขันเหมือนดังเช่นมาตรา 28

เปรียบเทียบกับมาตรา 26 ผู้ประกอบการกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ก็ไม่ได้เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดเช่นกัน โดยมาตรา 26 จะควบคุมก็ต่อเมื่ออาจจะกระทบตลาดโดยมีอำนาจผูกขาดหรือทำให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ยังมีข้อยกเว้นให้รวมธุรกิจแล้วอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมได้ ถ้าได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

เปรียบเทียบกับมาตรา 27 ที่ผู้ประกอบการใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ก็ไม่ได้เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด อีกทั้งการแบ่งพื้นที่ ลดคุณภาพ หรือกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง สามารถกระทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

เปรียบเทียบมาตรา 29 ที่ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ โดยมาตรา 29 ห้ามเมื่อกระทำการใดๆ ที่กระทบกับการแข่งขัน มิใช่การห้ามเด็ดขาดแม้ไม่ได้กระทบตลาดหรือการแข่งขันเหมือนดังเช่นมาตรา 28

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ แล้วจะเห็นว่ามาตรา 28 เป็นการห้ามในลักษณะเด็ดขาดและไม่มีข้อยกเว้น แม้จะเป็นตลาดแข่งขันสมบูรณ์ที่ไม่มีการผูกขาด การค้าขายเป็นไปอย่างเสรีก็ยังคงต้องปฏิบัติตามมาตรา 28 ซึ่งเป็นการห้ามเกินความจำเป็น เพราะอย่างไรเสียกรณีที่ไม่ใช่เป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ เป็นสินค้าที่ทดแทนกันได้ เมื่อผู้ประกอบการรายใดดำเนินการใดๆ เพื่อจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง กลไกตลาดก็จะทำงานโดยตัวของมันเอง กล่าวคือ จะเกิดผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาค้าขายสินค้าและบริการแข่งขันกับรายเดิม ดังนั้น การควบคุมโดยเด็ดขาดไม่พิจารณาถึงสถานะตลาด การผูกขาดและการแข่งขัน จึงเป็นการควบคุมที่มากเกินความจำเป็น และไม่เป็นที่มาของเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังนี้

#### 1. แก้ไขมาตรา 28

“มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง โดยไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุอันสมควร หรือกระทบต่อการแข่งขันเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ”

การแก้ไขลักษณะดังกล่าวจะเปลี่ยนจากการห้ามเด็ดขาดไม่ให้จำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง เป็นห้ามเฉพาะกรณีที่ไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มุ่งคุ้มครองการแข่งขัน กรณีที่ไม่ได้ส่งผลต่อการแข่งขันก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องห้ามผู้ประกอบการ เพราะกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยตามมาตรา 28 มีโทษทางอาญา การควบคุมและแทรกแซงของรัฐควรอยู่ในระดับที่เหมาะสม

นอกจากนี้มาตรา 28 ทำให้เกิดความสับสนและไม่มีข้อยกเว้นที่ชัดเจนกรณีที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเพิ่มเติมเรื่องข้อยกเว้นตามกฎหมายทรัพย์สินทาง



ปัญหาให้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีผลบังคับใช้ได้ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้กฎหมายตามแบบอย่างของประเทศญี่ปุ่นดังนี้

## 2. เพิ่มเติมมาตรา 28/1

“มาตรา 28/1 บทบัญญัติของกฎหมายนี้ห้ามมิให้นำไปใช้บังคับใช้แก่พฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายออกแบบอุตสาหกรรม และกฎหมายเครื่องหมายการค้า

การเพิ่มเติมมาตรานี้จะส่งผลกระทบต่อแนวทางการตีความมาตรา 28 ตลอดจนมาตราอื่นๆ หากเป็นการใช้สิทธิภายในขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วก็จะไม่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า การกำหนดมาตรา 28 ให้เป็นความผิดเด็ดขาดอาจทำให้การใช้และตีความกฎหมายทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่สอดคล้องกันได้

อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หลังจากประกาศใช้มาระยะหนึ่ง พบเห็นปัญหาต่างๆ ภาครัฐและเอกชนเกี่ยวข้องจึงมีแนวคิดที่จะแก้ไข ซึ่งในปัจจุบันสภานิติบัญญัติได้พิจารณาผ่าน “ร่างพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ....” เพื่อแก้ไขพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่ปัจจุบันยังไม่ประกาศราชกิจจานุเบกษา จึงยังไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่ง “ร่างพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ....” ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขหลักการมาตรา 28 โดยมี 2 มาตรา ดังนี้

มาตรา 53 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 52 (1) (2) และ (4) ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีคู่แข่งกันในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน

(2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

(5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

“มาตรา 54 บทบัญญัติมาตรา 53 มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้”

(1) การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ

(2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในต่างระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา

(4) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

การตกลงร่วมกันตามวรรคหนึ่ง (2) และ (3) ต้องไม่สร้างข้อจำกัดเกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย”

สำหรับบทบัญญัติตามมาตรา 53 และ 54 แห่ง “ร่างพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ....” ที่มีผลเป็นการแก้ไขมาตรา 28 ผู้วิจัยเห็นพ้องด้วยกับการแก้ไขลักษณะดังกล่าว เนื่องจากมาตรา 28 มีลักษณะเป็นการห้ามเด็ดขาด ซึ่งไม่เป็นประโยชน์และเป็นการแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของเอกชนมากเกินไป ร่างที่แก้ไขใหม่ไม่ได้ห้ามเด็ดขาดเหมือนมาตรา 28 เดิม โดยการแก้ไขตามร่างใหม่นี้จะส่งผลดีที่รัฐไม่เข้าไปแทรกแซงเอกชนมากเกินไป กล่าวคือ มีข้อยกเว้นตาม (1) รัฐจะไม่แทรกแซงกรณีผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ เพราะบริษัทในเครือหรือในกลุ่มเดียวกัน หากกฎหมายแทรกแซงการประกอบธุรกิจมากเกินไป ก็จะกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของเอกชนและไม่ได้มีผลดีต่อตลาด

ส่วน (2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจและการตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในต่างระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และ (3) อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญาต้องไม่สร้างข้อจำกัดเกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย รัฐจึงจะไม่แทรกแซง การแก้ไขลักษณะนี้ก็จะส่งผลดี เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายได้ตามความเหมาะสม

บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- กมลวรรณ จิรวินิชญ. (2558). การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ค้นคืน วันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2558.  
[http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211\\_kamolwan.pdf](http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/211_kamolwan.pdf).
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2549). *กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางเศรษฐกิจและการคุ้มครองผู้บริโภค*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จักรกฤษณ์ ควরণัน. (2555). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า*. (พิมพ์ครั้งที่ 5) กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- จิตติกาล สุริยะ. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- จิรวัดน์ จงสงวนดี. (2553). การลงโทษผู้ประกอบการผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่กระทำคามผิด : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย. *วารนิติศาสตร์* 39, 3 (กันยายน).
- ชวินทร์ ดิณะบรรจง. (2554). *เศรษฐศาสตร์คิดค้น* กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). *กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย* กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณรงค์ศักดิ์ ธนวิบูลย์ชัย. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1 – 7 (พิมพ์ครั้งที่ 20) นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ Trade and Competition. (2550). *โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวี หมี่นิกร. (2552). *เศรษฐศาสตร์จึงต้องเป็นเศรษฐศาสตร์การเมือง* รวมบทความเศรษฐศาสตร์การเมืองคัดสรรของทวี หมี่นิกร กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุ๊กส์.
- ธีรสิทธิ์ นพมงคล. (2549). *ทรัพย์สินทางปัญญาในมุมมองของกฎหมายแข่งขันทางการค้า* *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* (พฤศจิกายน).
- ปวีศร เลิศธรรมเทวี. (2559). *ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- นันทน อินทนนท์. (2558). *ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี : บทวิเคราะห์ผลกระทบต่อประเทศไทย*. ค้นคืน 18 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://people.su.se/~nain4031/FTAthai.htm>.

- ปกรณ นิลประพันธ์. (2558). *การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค*. ค้นคืน 15 กุมภาพันธ์ 2558 จาก [www.lawreform.go.th](http://www.lawreform.go.th).
- พัลลภ รัตนจันทร์. (2542). การสัมมนาความร่วมมือระหว่างไทยและญี่ปุ่น เรื่อง กฎหมายเศรษฐกิจกับการพัฒนา คณะนิติศาสตร์: กรุงเทพฯ.
- ภราดร ปริดาศักดิ์. (2558). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค* กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รังสรรค์ ชนะพรพันธ์. (2552). สมบูรณ์ ศรีประชัย บรรณาธิการ กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา โครงการ WTO Watch จับกระแสดังกล่าวการค้าโลก สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล. (2555). “กฎหมายการแข่งขันกับการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช* 24, 2 (ธันวาคม), 94-120.
- \_\_\_\_\_. (2550). “ความเป็นชาติรัฐ และ อธิปไตย กับระบบเศรษฐกิจเสรีที่ไร้พรมแดน” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช* 19, 1 (มิถุนายน), 9-21.
- วิชนา สังข์ศรี. (2540). *ระบบเศรษฐกิจเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. (2556). *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* (พิมพ์ครั้งที่ 20) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. (ม.ป.ท.). *เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิญญู เครื่องงาม. (2554). เอกสารการสอนชุดวิชาหลักกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 8 – 15 (พิมพ์ครั้งที่ 19) นนทบุรี สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- วราณี จิเจริญ, ไกร โพธิ์งาม, นรมน เจริญรัตน์, สุนีย์ บุญยวิทย์. (2556). *เศรษฐศาสตร์ทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2551). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2551). *แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษากฎหมายกับธุรกิจ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ศิริศักดิ์ จึงถาวรณ. (2549). *หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์*. กรุงเทพฯ: สถาบันสุธีร์.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2546). รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย. เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ. สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ.

\_\_\_\_\_. (2544). โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก รายงานวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2558). ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาปฏิรูปแห่งชาติ. วาระปฏิรูปที่ 12: การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 17.

สิริพร เบญจพรจุลมาศ. (2548). การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (*Long Arm Jurisdiction*) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สุธีร์ สุนิตย์. (2555). หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน.

\_\_\_\_\_. (2528). กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น *วารสารนิติศาสตร์* 14 , 3.

สุขุม สุนิตย์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สรวิศ ลิ้มปรีงยี. (2543). กฎหมายแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

อักษรศรี พานิชสาส์น. (2554). เศรษฐกิจจีน ในมุมมองนักเศรษฐศาสตร์ไทย. กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุ๊กส์.

เอกรินทร์ วิริโย ลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ค้นคืน วันที่ 30 มิถุนายน 2559 <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act133.pdf>.

Douglas Broder. U.S. (2010). antitrust law and enforcement : a practice introduction . Oxford University Press.

United Nations Conference on Trade and Development. (2010). Model Law on Competition.



**ประวัติผู้วิจัย**

|                  |                                  |
|------------------|----------------------------------|
| ชื่อ             | นางสาวสยามล เจริญผล              |
| วัน เดือน ปีเกิด | 8 กรกฎาคม 2528                   |
| สถานที่เกิด      | กรุงเทพมหานคร                    |
| ประวัติการศึกษา  | น.บ. มหาวิทยาลัยสยาม พ.ศ.2552    |
| สถานที่ทำงาน     | บริษัท ทามาเพ็ค(ประเทศไทย) จำกัด |
| ตำแหน่ง          | ทนายความ                         |

