

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทาง

ปัญญา : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ISSUES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PR
OPERTY RIGHT LAW : A CASE STUDY OF LICENSING AGREEMENT

Mr. Akkarawat Siripensopa



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้า
กับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา : ศึกษาเฉพาะ
กรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

โดย

นายอัศววัฒน์ สิริเพ็ญโสภา

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ สันติชัย สารถวัลย์แพศย์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ สรวีศ ลิ้มปรีงชัย)

อัศววัฒน์ สิริเพ็ญโสภากา : ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ISSUES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT LAW : A CASE STUDY OF LICENSING AGREEMENT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ศักดา ธนิตกุล, 205 หน้า.

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยมีประเด็นปัญหาหลักในเรื่องไม่มีบทกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญใน 2 ประการ คือ 1. ความไม่ชัดเจนต่อองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ต่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขต 2. ประเด็นปัญหาการบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตดังกล่าว นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงแนวปฏิบัติ (Guideline) ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายไทยแล้ว พบว่ายังมีข้อจำกัดการบังคับใช้บางประการ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้พบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21 และประเทศเกาหลีใต้มีมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ใช้เป็นตัวเชื่อมความสัมพันธ์แล้ว จะช่วยแก้ปัญหาความชัดเจนขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย และความชัดเจนต่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยหากมีการใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว อาจเป็นการละเมิดต่อกฎหมายทางการค้าซึ่งมีบทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของทั้งสองประเทศยังได้ออกแนวปฏิบัติเฉพาะในการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิทำให้ไม่มีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่นและเกาหลีใต้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามแนวทางของต่างประเทศ และให้มีร่างแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับใหม่ของไทยโดยยึดแนวทางการร่างตามแนวปฏิบัติปี 1989 ของประเทศญี่ปุ่น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5686038034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: ISSUES ON THE RELATION BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT LAW

AKKARAWAT SIRIPENSOPA: ISSUES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT LAW : A CASE STUDY OF LICENSING AGREEMENT. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 205 pp.

In studying of the issues on the relation between the Competition Law and Intellectual Property Right Law, it shows that the major problems arise from the fact that Thailand has not yet enacted any specific law at the level of the Act of Parliament to specifically cover the convergence of Competition Law and Intellectual Property Law which led to two major conflicts; 1. Uncertainty for the law enforcers to execute the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) when it comes to abuse of IPR. 2. Problems in enforcing the criminal penalties under the Trade Competition Act B.E. 2542 (1999) with the patentees who abuse of IPR. In addition, when considering the Intellectual Property Enforcement Guidelines that oversees the exercise of the patentee's rights in Thai Intellectual Property Law, there are still some exclusions that cannot enforce against all types of intellectual property and the exclusions that allow the enforcement against only the unfair trade practice which is not cover the private monopolization or unreasonable restraint of trade. Comparing to the laws of Japan and South Korea, Japan has Section 21 and Korea has Section 59 of the Competition Law which are specific provisions that link the relationship between the Competition Law and the Intellectual Property Law. Furthermore, the Office of Trade Competition Commission of the two countries has issued guidelines on the supervision of the exercise of rights of the patentees under the mentioned specific provisions in the law. Therefore, The author believe that there should be a law that links the relationship between the Competition Law and the Intellectual Property Protection Law similar to the practices in the foreign countries and issue a new guideline under the Thai Law by adhering to the 1989 guidelines of Japan.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จขึ้นมาได้ก็ด้วยความเมตตากรุณาเป็นอย่างสูงของท่านอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่ได้รับเป็นที่ปรึกษาและสละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษา คำชี้แนะเกี่ยวกับหัวข้อ และแนวคิดในการทำวิทยานิพนธ์ตลอดจนให้คำแนะนำทางวิชาการที่ดีเสมอมา ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ได้ชี้้นำความคิดที่ลึกซึ้งอันมีค่าต่อการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สรวิศ ลิ้มปริงซี ที่กรุณารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำอันมีค่าอย่างยิ่งในการต่อยอดประเด็นการศึกษาของผู้เขียน ขอกราบ

ขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ที่ได้ให้ข้อคิด ตลอดจนแนะนำรูปแบบการเขียน รวมทั้งแนะนำเอกสารที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ขอขอบพระคุณพี่ๆเจ้าหน้าที่ห้องหลักสูตรคณะนิติศาสตร์ที่คอยอำนวยความสะดวกและให้คำแนะนำในทุกขั้นตอนการทำวิทยานิพนธ์ และขอบพระคุณพี่นุช เลขาท่านอาจารย์ศักดาที่คอยติดต่อประสานงานให้ความสะดวกแก่ผู้เขียนตลอดมา

ขอขอบพระคุณคณะผู้บริหารบริษัทไทยสมุทรประกันชีวิต จำกัด(มหาชน) ทุกท่าน โดยเฉพาะคุณเรืองฤทธิ์ มิตรภานนท์หัวหน้าของผู้เขียน ที่เข้าใจและให้การสนับสนุนผู้เขียนในการเรียนเสมอมา ขอขอบคุณเพื่อนพ้องพี่น้องนิสิตชั้นปริญญาโท สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ รหัส 56 และที่ๆนิสิตปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน ที่คอยให้คำแนะนำช่วยเหลือในการเรียน และสร้างความสนุกสนานเป็นกันเองตลอดระยะเวลาการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา

ขอขอบคุณนางสาวบุตา วงษ์อุไร ที่คอยให้คำแนะนำ ให้กำลังใจ และคอยกระตุ้นให้ผู้เขียนไม่ละเลยต่อหน้าที่ของตัวเองจนผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จ สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาที่สนับสนุนในด้านการเรียน ให้ทุนการศึกษาและคอยให้กำลังใจทุกเวลาที่เหนื่อยล้าจนการเรียนผ่านไปได้ด้วยดี ขอขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านทั้งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทั้งปวงให้กับผู้เขียนตั้งแต่ระดับปริญญาตรีจนถึงระดับปริญญาโท จนกระทั่งผู้เขียนมีวันนี้ได้

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ 1 | 1 |
| บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย | 3 |
| 1.3 ขอบเขตของการวิจัย | 4 |
| 1.4 สมมุติฐานของการวิจัย..... | 4 |
| 1.5 วิธีการดำเนินงานวิจัย..... | 4 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย..... | 5 |
| บทที่ 2 | 6 |
| หลักการพื้นฐานของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมาย อาญา และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทาง ปัญญา..... | 6 |
| 2.1 หลักการทั่วไปของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา..... | 6 |
| 2.1.1 ความหมายของสิทธิในกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา..... | 6 |
| 2.1.2 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา..... | 7 |
| 2.1.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา..... | 9 |
| 2.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา | 12 |
| 2.1.1 ความเป็นมาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา..... | 12 |

| | |
|---|----|
| 2.1.2 ความหมายของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (The definition of Licensing Agreement) | 14 |
| 2.1.3 ลักษณะทั่วไปของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ | 16 |
| 2.1.3.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ | 20 |
| 2.1.3.3 รูปแบบของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ | 23 |
| 2.1.4 ประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา | 26 |
| 2.1.5 ประโยชน์ของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา | 31 |
| 2.3 หลักการทั่วไปของกฎหมายแข่งขันทางการค้า..... | 33 |
| 2.3.1 หลักการและเหตุผล..... | 33 |
| 2.3.2 แนวความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายแข่งขันทางการค้า | 33 |
| 2.3.3 แนวคิดเรื่องโครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจ | 34 |
| 2.3.4 แนวคิดเรื่องอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาด (market power and monopoly power)..... | 37 |
| 2.3.5 ผลกระทบของการผูกขาด (The Evil of Monopoly)..... | 38 |
| 2.3.6 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542..... | 39 |
| 2.3.6.1 ความเป็นมาของการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 | 39 |
| 2.3.6.2 เจตนารมณ์และเป้าหมายของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 | 44 |
| 2.3.7 พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าห้าม..... | 46 |
| 2.3.7.1 พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal restraint)..... | 47 |
| 2.3.7.2 การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical Restraint)..... | 48 |
| 2.4 หลักการทั่วไปของกฎหมายอาญา | 51 |
| 2.4.1 เอกลักษณะของกฎหมายอาญา | 51 |
| 2.4.2 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย..... | 52 |

| | |
|--|----|
| 2.4.3 หลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้ ชัดเจน..... | 53 |
| 2.4.4 หลักห้ามใช้จารีตประเพณีลงโทษบุคคล | 53 |
| 2.4.5 หลักห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษบุคคล (Analogy)..... | 54 |
| 2.4.6 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง..... | 56 |
| 2.5 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สิน ทางปัญญาทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ..... | 57 |
| บทที่ 3 | 61 |
| การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกรณีการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของต่างประเทศ | 61 |
| 3.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวปฏิบัติและ กรณีศึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทย | 61 |
| 3.1.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย..... | 61 |
| 3.1.1.1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย..... | 61 |
| 3.1.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย | 64 |
| 3.1.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาด ของญี่ปุ่น | 65 |
| 3.1.2 หลักกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย..... | 69 |
| 3.1.2.1 แนวคิดของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย..... | 69 |
| 3.1.2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย..... | 69 |
| 3.1.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยที่ เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา..... | 70 |
| 3.1.3 บทบัญญัติที่เชื่อมโยงกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สิน ทางปัญญาของประเทศไทย..... | 77 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.4 แนวปฏิบัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิของประเทศญี่ปุ่น | 78 |
| 3.1.4.1 The Antimonopoly Act Guideline for International Licensing Agreement ค.ศ. 1968 | 81 |
| 3.1.4.2 Guidelines for the regulation of unfair trade practices with respect to patent and know-how licensing agreement ค.ศ. 1989 | 83 |
| 3.1.4.3 Guidelines for patent and know-how licensing agreements under the antimonopoly act ค.ศ. 1999 | 90 |
| 3.1.4.4 Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act ปี 2007 (ปรับปรุงล่าสุดปี 2016) | 96 |
| 3.1.5 กรณีศึกษา | 110 |
| 3.2 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวปฏิบัติและกรณีศึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศเกาหลีใต้ | 112 |
| 3.2.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ | 112 |
| 3.2.1.1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ | 112 |
| 3.2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ | 115 |
| 3.2.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า | 119 |
| 3.2.2 หลักกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ | 124 |
| 3.2.2.1 แนวคิดของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ | 124 |
| 3.2.2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ | 126 |
| 3.2.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา | 128 |

| | |
|---|-----|
| 3.2.3 บทบัญญัติที่เชื่อมโยงกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้..... | 134 |
| 3.2.4 แนวปฏิบัติ (Guideline) ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา..... | 135 |
| 3.2.4.1 Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights..... | 135 |
| 3.2.6 กรณีศึกษา..... | 142 |
| 3.2.6.1 คดี Microsoft..... | 142 |
| 3.2.6.2 คดีบริษัท Qualcomm..... | 143 |
| 3.2.7 ตารางเปรียบเทียบแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศ..... | 145 |
| บทที่ 4 | 151 |
| วิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กรณีการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ | 151 |
| 4.1 วิเคราะห์ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรม | 153 |
| 4.1.1 ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย | 154 |
| 4.1.1.1 ปัญหาการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้า..... | 154 |
| 4.1.1.2 ประเด็นปัญหาการบังคับใช้โทษทางอาญา..... | 155 |
| 4.1.2 ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมของต่างประเทศ..... | 159 |
| 4.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น | 159 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.2.2 ประเทศเกาหลีใต้ | 163 |
| 4.2 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ..... | 172 |
| 4.2.1 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายไทย..... | 172 |
| 4.2.2 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายต่างประเทศ | 175 |
| 4.2.2.1 ประเทศญี่ปุ่น | 175 |
| 4.2.2.1 ประเทศเกาหลีใต้ | 177 |
| บทที่ 5 | 185 |
| บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 185 |
| รายการอ้างอิง | 199 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 205 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องที่ค่อนข้างซับซ้อน เนื่องจากเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและเป้าหมายของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีทั้งในส่วนของส่งเสริมและขัดแย้งซึ่งกันและกัน ในมุมมองของการส่งเสริมซึ่งกันและกัน คือ การที่ทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต่างก็ส่งเสริมให้มีการพัฒนาทางเทคโนโลยี และช่วยพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนในสังคมให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น¹ ในมุมมองของการขัดแย้งกันก็เนื่องจาก กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (Free and fair trade competition) ส่วนกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิผูกขาด (Exclusive right) แก่ผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นผู้ประดิษฐ์คิดค้นเพื่อตอบแทนการที่ผู้สร้างสรรค์ยอมลงทุนลงแรงเพื่อสร้างสรรค์สิ่งใหม่ขึ้น เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อว่าจะเป็นการสร้างแรงจูงใจบุคคลลงทุนลงแรง ประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งจะเป็นการพัฒนาทางเทคโนโลยีและในท้ายที่สุดจะส่งผลให้สังคมมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น อีกทั้งการให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวนั้นยังเป็นแรงกระตุ้นให้บุคคลอื่น ๆ พยายามคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ เพื่อนำมาใช้ในการผลิตสินค้าหรือบริการทดแทนสินค้าหรือบริการที่ถูกผูกขาดโดยผู้ทรงสิทธิ² จึงเป็นการส่งเสริมให้มีการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ อย่างต่อเนื่องไม่มีที่สิ้นสุด

แต่อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า ภายใต้วงระยะเวลาที่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิผูกขาดของตนอย่างเกินขอบเขตหรือขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในการสร้างอำนาจผูกขาด และใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดคู่แข่งทางการค้าให้ออกจากตลาด ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ทรงสิทธิบัตรในยารักษาโรคกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิให้ผู้รับอนุญาตต้องขายยารักษาโรคในราคาที่ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนด (Resale Price Maintenance) การกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตร

¹ Jiyoung Han, "Study on Intellectual Property Licensing under Antimonopoly Law in the U.S., Europe, Japan and Korea," [Online]. Available from: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf

² UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on Trips and Development* (Cambridge University Press, 2005).

สามารถกำหนดราคาขายต่อในยาของตนตามความปรารถนา ไม่ต้องขึ้นอยู่กับกลไกตลาด ซึ่งกรณีเช่นนี้เองอาจส่งผลกระทบต่อเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้ากับผู้ประกอบธุรกิจอื่นในตลาดได้ ซึ่งการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมในลักษณะดังกล่าว เราสามารถจำแนกออกเป็นรูปธรรมได้เป็น 3 ลักษณะดังนี้

1. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและเกินขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (to misuse)
2. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นผู้มีอำนาจตลาด (market power) อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และใช้ทรัพย์สินทางปัญญานั้นเพื่อเพิ่มอำนาจตลาดให้กับตนเอง หรือใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการผูกขาดทางการค้าเกินขอบเขตที่กฎหมายอนุญาต (to abuse)
3. เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นกระทำโดยร่วมกับผู้อื่นโดยการทำข้อสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (in restraint of trade) หรือบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขของสัญญาลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ซึ่งมีผลในแง่ลบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีหรือความรู้อื่น ๆ ซึ่งเรียกว่า “สัญญาที่มีข้อจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (restrictive contract)”³

ในยุคปัจจุบัน การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับการประกอบธุรกิจมีพัฒนาการก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งส่วนใหญ่ปรากฏในประเทศที่มีการพัฒนาทางทรัพย์สินทางปัญญาสูง เช่น ประเทศแถบอุตสาหกรรมตะวันตก มักใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในการสร้างรายได้ แสวงหาผลประโยชน์และกำไรสูงสุดให้กับตนเอง โดยส่วนใหญ่มีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreements) และเพื่อให้ตนเองได้รับผลประโยชน์สูงสุด และเสียประโยชน์น้อยที่สุด ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมักจะกำหนดเงื่อนไข และข้อจำกัดต่าง ๆ ลงไปในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเหล่านี้ล้วนเป็นไปเพื่อรักษาอำนาจเด็ดขาดปัญญา (Exclusive right) ในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน จึงทำบางครั้งผู้ขออนุญาตใช้สิทธิซึ่งส่วนใหญ่มาจากประเทศกำลังพัฒนาต้องเสียเปรียบเป็นอย่างมาก แต่ก็จำต้องยอมลงนามในสัญญานั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะต้องการที่จะใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นเพื่อพัฒนาธุรกิจของตน

³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า. หน้า 331-332.

ดังนั้น เพื่อรักษาผลประโยชน์ของนักธุรกิจในประเทศของตน ประเทศกำลังพัฒนาหลาย ๆ ประเทศจึงได้มีการออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิที่ไม่ชอบธรรมเหล่านี้ แต่เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวกลับพบว่า ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่พูดถึงการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง แม้กระทั่งกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลักเช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงทำให้เกิดปัญหาว่า หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากต่างประเทศได้กำหนดเงื่อนไข หรือข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบนักธุรกิจในประเทศไทย ประเทศไทยจะมีกฎหมายหรือมาตรการใดที่จะเข้ามาควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิดังกล่าวของผู้ทรงสิทธิได้ ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา พบว่า ประเทศที่ทำการศึกษา คือ ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวโดยตรง และมีแนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่น่าสนใจซึ่งประเทศไทยอาจสามารถเอามาเป็นแบบอย่างในการยกระดับการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทยได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดการแตกฉานในทางความคิด และค้นหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการยกระดับการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามแนวทางของประเทศไทย เปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ โดยในท้ายที่สุดแล้วเชื่อว่า เมื่อมีการยกระดับของการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยแล้วจะทำให้เกิดการบรรลุทั้งวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา คือ การส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี และช่วยพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนในสังคมให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวทาง วิธีการบังคับใช้ และประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับพฤติกรรมที่เป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่า ระบบการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทย มีความเหมาะสมและสามารถก่อให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี และการแข่งขันที่เป็นธรรมได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งหากพบว่าระบบการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงของไทยยังไม่มีความเหมาะสม แนวทางที่

เหมาะสมควรเป็นเช่นไรโดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับระบบดังกล่าวในต่างประเทศ และเพื่อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงและยกระดับการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและเป็นสากลมากขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และการรักษาสภาพการแข่งขันในตลาดที่เป็นธรรมให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งในท้ายที่สุดจะส่งผลดีต่อการพัฒนาทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา การพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี ตลอดจนการพัฒนาคุณภาพชีวิต และความเป็นอยู่ของคนในสังคมให้ดียิ่งขึ้น

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาวิจัยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยจะศึกษาเฉพาะกรณีการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ซึ่งขอบเขตการศึกษาจะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวคิดของการบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้า การใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยจะศึกษาเปรียบเทียบระหว่างแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย และของต่างประเทศซึ่งประกอบไปด้วยประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ทั้งนี้เพื่อค้นหา และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมที่สุดที่ควรใช้ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทย

1.4 สมมุติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวพันกับการใช้สิทธิภายในขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

1.5 วิธีการดำเนินงานวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยจะค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และระบบการกำกับดูแลการใช้สิทธิของประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศไทย รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วเพื่อนำมาวิเคราะห์ และสรุปผลว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ในเรื่องของการควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือไม่ เพียงใด และประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้สามารถควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญา

อนุญาตให้ใช้สิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ และป้องกันการผูกขาดทางการค้าที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมา ความจำเป็น แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในการกำกับดูแลการของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
2. เพื่อให้ทราบถึงความเหมาะสม ปัญหา การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยกับกรณีการผูกขาดทางการค้าที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา โดยเน้นศึกษาการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้มีความเหมาะสมในการควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เพื่อเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้สามารถบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขต อันส่งผลกระทบเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

หลักการพื้นฐานของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายอาญา และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

2.1 หลักการทั่วไปของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อโลกเข้าสู่ยุคแห่งความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ก็เกิดการคิดค้นสิ่งใหม่ ๆ ไม่เว้นในแต่ละวัน จนนำไปสู่การพัฒนาด้านการประดิษฐ์ การออกแบบ สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ อย่างไม่หยุดยั้ง จากการพัฒนาตัวเองก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ในสิ่งที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น รวมไปถึงการป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นโดยมิชอบด้วย ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสงบสุขร่วมกันของคนในสังคมจึงมีกฎหมายเข้ามารับรองสิทธิที่เกิดจากการสร้างสรรค์สิ่งเหล่านี้ กฎหมายเหล่านั้นคือ กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีเป้าหมายหลักคือ การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ประดิษฐ์ในการแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น และจะมีการคุ้มครองมิให้ผู้อื่นเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันความวุ่นวายและการแย่งชิงกันในการแสวงหาประโยชน์ในทรัพย์สินสิ่งใหม่ที่ได้มีการประดิษฐ์ขึ้น เพราะโดยธรรมชาติแล้วไม่มีใครที่ยินยอมที่จะลงทุน ลงแรงของตน แล้วยอมให้บุคคลอื่นมาแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นอย่างง่ายดาย ซึ่งหากไม่มีการรับรองสิทธิเช่นนี้แล้ว ก็จะไม่มีความคุ้มค่าที่จะประดิษฐ์สิ่งใหม่ส่งผลให้เกิดความชะงักงันของการพัฒนาทางเทคโนโลยี ดังนั้น การรับรองสิทธิและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงถือเป็นหัวใจสำคัญในการกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ ให้มากขึ้น เมื่อมีการประดิษฐ์สิ่งใหม่เพิ่มมากขึ้น ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีก็จะพัฒนาขึ้นด้วยซึ่งในท้ายที่สุดจะส่งผลให้มนุษย์มีสภาวะความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นไปโดยปริยาย

2.1.1 ความหมายของสิทธิในกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความหมายทั่วไป หมายถึง สิทธิในผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการลงทุนคิดค้นของมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรม อันนำมาซึ่งความเจริญต่อสังคม แต่ความหมายของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง “สิทธิตามกฎหมายอันเกี่ยวกับผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความคิดหรือ

สติปัญญาของมนุษย์”¹ จากความหมายที่ได้กล่าวมา สามารถแบ่งแยกประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาได้หลายแขนงโดยอาจแบ่งแยกตาม“ลักษณะของการใช้งาน หรือ ลักษณะของงานที่สร้างสรรค์ขึ้น หรือตามลักษณะวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครอง” ซึ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์เหล่านั้นมาพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า เราจะสามารถจำแนกทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็นลักษณะย่อย ๆ ได้อีกมากมายและรายละเอียดในแต่ละลักษณะย่อยของทรัพย์สินทางปัญญานี้เป็นเรื่องที่จะต้องเข้าไปศึกษาอย่างจริงจังและอาศัยระยะเวลาพอสมควรจึงจะสามารถศึกษาให้แตกฉานได้

ดังนั้น ในการศึกษาวิชานิติพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “การใช้สิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น (Right to licensing)” โดยจะเน้นศึกษาในบทบัญญัติของกฎหมายที่เข้ามาควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งตัวกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเอง และกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเกิดประเด็นปัญหาในหลายกรณีว่า เมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่ผู้สร้างสรรค์ในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจแล้ว ผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิมักจะใช้สิทธินั้นไปในทางที่ตนได้ประโยชน์สูงสุด โดยไม่คำนึงถึงว่าการใช้สิทธินั้นจะเป็นการขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่น หรือส่งผลกระทบต่อการค้าทางเทคโนโลยีหรือเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นออกจากตลาดไป ซึ่งผลกระทบต่อตลาดเหล่านี้ทั้งกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ที่จะต้องเข้ามาควบคุมให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม กล่าวคือ การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องไม่ขยายขอบเขตมากเกินไปจนผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธินั้นในการผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องได้ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ต้องไม่ไปจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิมากเกินไปด้วย เพราะการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิในมากเกินไปจะทำให้ผู้ทรงสิทธิรู้สึกไม่สะดวกใจในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น จนอาจก่อให้เกิดความรู้สึกไม่อยากพัฒนาทางทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมาอีกซึ่งจะส่งผลให้เกิดความชะงักงันในการพัฒนาทางเทคโนโลยีได้

2.1.2 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

เนื่องจากบรรดาความคิดสร้างสรรค์ทั้งหมดที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มวลมนุษยชาติ ไม่ว่าจะเป็นการประดิษฐ์ (Invention) การออกแบบผลิตภัณฑ์ (Design) หรืองานเกี่ยวกับวรรณกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม เป็นต้น ล้วนทำให้เกิดการพัฒนาอารยธรรมของโลกให้มีความรุดหน้าอยู่ตลอดเวลา ซึ่งความคิดสร้างสรรค์เหล่านี้ คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่สามารถถือเอาได้ หรือที่เราเรียกว่า ทรัพย์สินทางปัญญานั้นเอง²

¹ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า.

² เสณีย์ ปราโมช, ลิขสิทธิ์ของผู้แต่งหนังสือ (กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร, 2511), หน้า.

ผู้ที่สร้างสรรค์ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์(Copyright) หรือ สิทธิบัตร (Patent right) หรือ เครื่องหมายทางการค้า (Trademarks) เป็นบุคคลที่นายกองเพราะได้ใช้แรงกาย แรงใจ พลังความคิด และความอดสาหะเพื่อผลิตผลงานที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อมนุษยชาติ ดังนั้น เพื่อตอบแทนและส่งเสริมบุคคลเหล่านี้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงถือกำเนิดขึ้นโดยมีเหตุผลเบื้องหลังที่สำคัญดังต่อไปนี้³

1. เพื่อความยุติธรรมของสังคมทั่วไป (Common Social Justice) ผู้ที่สร้างสรรค์ควรได้รับประโยชน์จากงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งประโยชน์ที่จะได้รับนี้อาจอยู่ในรูปค่าตอบแทนจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Royalty)
2. เพื่อความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรม (Culture progress) เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครองก็ย่อมมีกำลังใจในการสร้างสรรค์งานไม่ว่าจะวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม ตลอดจนการพัฒนาทางเทคโนโลยี ซึ่งสิ่งเหล่านี้เองเป็นที่มาของอารยธรรมมนุษย์
3. เหตุผลทางเศรษฐกิจ ในบางกรณีการสร้างสรรค์จำเป็นต้องใช้แรงงาน เวลา สติปัญญา และเงินทุนจำนวนมาก เพื่อให้การสร้างสรรค์งานบรรลุผลสำเร็จ ดังนั้น หากเปิดโอกาสให้ผู้สร้างสรรค์สามารถแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น ผู้สร้างสรรค์ก็จะกล้าที่จะลงทุนเพื่อสร้างสรรค์งานมากขึ้น
4. เหตุผลในด้านศีลธรรม (Moral ground) เนื่องจากงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of idea) ของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น สิทธิในงานที่เขาส่งสร้างสรรค์ควรจะได้รับ การเคารพจากบุคคลอื่น และเขาต้องมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นนำงานสร้างสรรค์ของเขาไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือใช้ในทางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย
5. เหตุผลด้านชื่อเสียงและเกียรติคุณของประเทศชาติ (National prestige) งานสร้างสรรค์ของคนในชาติโดยย่อแสดงให้เห็นถึงจิตวิญญาณของคนในชาติ (The Soul of Nation) ตลอดจนแสดงให้เห็นถึงขนบธรรมเนียมประเพณีและอารยธรรมอันสูงส่งซึ่งเป็นที่รู้จักทั่วไปของชาวโลก ถ้าปราศจากซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของคนในชาติแล้ว มรดกทางวัฒนธรรมของคนในชาติย่อมลดน้อยไปด้วย ศิลปะวิทยาการต่าง ๆ ย่อมไม่มี

³ WIPO.GIC/BW/CNR/II/2, "International to Copyright," Germany Foundation for International Development, WIPO.

ความเจริญก้าวหน้า ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นการกระตุ้น และก่อให้เกิดการพัฒนาทางวัฒนธรรมของชาติ

2.1.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

(1) ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมชาติของนักประดิษฐ์ (The theory of inventor's invent or natural right)⁴

แนวคิดตามทฤษฎีนี้ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์ เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ประดิษฐ์ โดยให้ผู้ประดิษฐ์มีกรรมสิทธิ์ในสิ่งที่เขาคิดค้นขึ้น และนอกจากนี้ยังให้สิทธิผู้ประดิษฐ์สามารถแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนประดิษฐ์ได้แต่เพียงผู้เดียว และห้ามมิให้บุคคลอื่น ๆ แสวงหาประโยชน์โดยการลอกเลียนหรือทำซ้ำซึ่งสิ่งประดิษฐ์นั้น ๆ เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากผู้ประดิษฐ์ จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์ มีแนวคิดพื้นฐานมาจากหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติที่ให้ผู้ประดิษฐ์เป็นเจ้าของทรัพย์สิน และให้สิทธิผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากงานที่สร้างสรรค์ขึ้น เนื่องจากหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติมองว่า หากผู้ใดได้ลงทุนค้นคว้าผลงานจนสำเร็จ ผู้นั้นก็ควรได้รับผลตอบแทนจากงานนั้น โดยที่ผู้อื่นไม่มีสิทธิจะรับประโยชน์จากงานที่ตนไม่ได้ลงทุนสร้างสรรค์ ดังนั้น หากบุคคลใดทำการลอกเลียนแบบงานที่ตนไม่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยพลการจึงเป็นการขโมยงานของคนอื่นซึ่งถือว่าผิดหลักศีลธรรมและหลักธรรมชาติ

แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมของนักประดิษฐ์ ยังมีจุดอ่อนตรงที่ไม่ค่อยเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน จึงได้มีการนำเอาหลักทรัพย์สินมาใช้เพื่อรับรองสิทธิของผู้ประดิษฐ์เกิดความเป็นรูปธรรมมากขึ้น กล่าวคือ หลักทรัพย์สินถือว่าการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of idea) เป็นสิ่งที่ผู้ประดิษฐ์สามารถยึดถือไว้เป็นของผู้ประดิษฐ์ได้ในเบื้องต้น เนื่องจากต้องการสร้างหลักประกันแก่ผู้ประดิษฐ์ให้มีการคุ้มครองมิให้บุคคลใดมาลอกเลียนความคิด แม้ความคิดนั้นยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมให้เห็นได้ชัดก็ตาม

เมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคมในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลง และมีการพัฒนาทั้งทางด้านเศรษฐกิจและการค้าอย่างรวดเร็ว แนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงถูกเพิ่มความสำคัญมากขึ้นไปอีกเพราะการอนุญาตให้ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นปัจจัยสำคัญให้เกิดการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีจากสังคมหนึ่งไปยังอีกสังคมหนึ่งอย่างกว้างขวาง

นอกจากนี้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญายังได้รับความสนใจในระดับนานาชาติ ประเทศที่เห็นความสำคัญของการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางทรัพย์สินทางปัญญาได้ร่วมกันหารือเพื่อหาแนวทางการ

⁴ Ulf Underfelt, "International Patent - Litigation and Developing Countries." The Hague : Martinus Nijhoff (1971). pp.17-21.

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยหลักการหนึ่งที่สำคัญที่เป็นผลจากการหารือ คือหลักปฏิบัติเยี่ยงชนชาติ โดยหลักการนี้กำหนดว่าประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกให้สิทธิในการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาแก่ชนชาติตนอย่างไรก็ต้องให้สิทธิเช่นเดียวกันนั้นแก่คนในชาติภาคอื่นด้วย อนึ่ง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ทฤษฎีสหิตตามธรรมชาติของนักประดิษฐ์จะมีวัตถุประสงค์เน้นน้ำหนักไปในทางคุ้มครองรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งาน โดยไม่ได้มองว่าสังคมจะได้รับประโยชน์จากการให้สิทธิแก่ผู้ประดิษฐ์หรือไม่ แนวคิดนี้จึงบกพร่องในเรื่องการขาดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน ยกตัวอย่างเช่น หากให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้ผลิตยารักษาโรคในระดับสูงมากโดยไม่กำหนดข้อยกเว้นจากการคุ้มครองนั้นก็อาจเกิดกรณีที่ว่า ผู้ผลิตยารักษาโรคจะทำการลดปริมาณการผลิต และเพิ่มราคายารักษาโรคหากยารักษาโรคนั้นเป็นที่ต้องการของตลาด ซึ่งจะส่งผลให้ผู้มีรายได้น้อยไม่สามารถเข้าถึงยาดังกล่าวได้ ทั้ง ๆ ที่ยารักษาโรคเป็นปัจจัย 4 ในการดำรงชีวิตของมนุษย์ มนุษย์ต้องใช้เวลาในการรักษาชีวิตหรือบรรเทาอาการ ดังนั้น หากให้ความคุ้มครองแก่ผู้ผลิตยารักษาโรคมามากจนเกินไปก็อาจส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตหลายรายจากการไม่สามารถเข้าถึงยารักษาโรคได้ ดังนั้น เพื่อเหตุผลในทางมนุษยธรรมจึงจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบไปด้วยเสมอเมื่อพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์

(2) ทฤษฎีนโยบายทางเศรษฐกิจและทฤษฎีสัญญา⁵

2.1 ทฤษฎีนโยบายทางเศรษฐกิจ (Public Policy) เป็นแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่มุ่งเน้นการให้ผลประโยชน์กับสังคมเป็นหลักโดยยึดหลักที่ว่า การให้ความคุ้มครองหรือสิทธิพิเศษกับผู้ประดิษฐ์แล้วคุณค่าของงานประดิษฐ์นั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมอย่างได้สัดส่วนเช่นเดียวกัน แต่ขอบเขตการให้ความคุ้มครองนี้จะให้น้ำหนักการคุ้มครองประโยชน์ต่อสังคมมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและระบอบการปกครองแต่ละประเทศ อันเป็นปัจจัยโดยรวมที่เป็นตัวแปรในการให้น้ำหนักของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contract Theory) แนวความคิดของทฤษฎีสัญญาเป็นแนวความคิดของกลุ่มกรรมสิทธิ์รวม (Collectivism) ที่มุ่งเน้นประโยชน์ของสังคมมาก่อนการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ส่วนบุคคล ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ทรงสิทธิอาจไม่ได้ใช้สิทธิของตนก็ได้ เพราะสังคมเป็นเจ้าของสิทธิมีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากการประดิษฐ์ทุกประการ แม้ผู้ทรงสิทธิจะได้รับหนังสือแสดงสิทธิก็ไม่เป็นการผูกขาดผู้ทรงสิทธิให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวและต้องเผยแพร่ข้อมูลการประดิษฐ์นั้นต่อสังคม

⁵ Ibid.

3 ทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism)⁶ แนวความคิดตามทฤษฎีนี้ นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ให้แนวคิดในเชิงเสรีนิยมเอาไว้ อันเกิดจากความนึกคิดสร้างสรรค์ของมวลมนุษยชาติเกิดจากความคิดริเริ่มของเหล่าบรรพบุรุษ ซึ่งเกิดจากผลผลิตทางความคิดที่ตกผลึก และเกิดการสร้างสรรค์งานขึ้น นักกฎหมายจึงมีความเห็นแนวคิดนี้ว่า เป็นผลผลิตจากความคิดริเริ่มของคนในสังคม จึงให้ถือเป็นทรัพย์สินทางของมวลมนุษยชาติ เมื่อมีการคิดและสร้างสรรค์ขึ้นมา ทรัพย์สินเหล่านั้นควรตกเป็นสมบัติสาธารณะประโยชน์โดยเสรี เพื่อเป็นกระแสแห่งการขับเคลื่อนให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการพัฒนาทางศิลปวัฒนธรรม

4 ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน เป็นแนวคิดที่เกิดจากความคิดในการสร้างสรรค์ในงานทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อก่อให้เกิดงานการแสดงออกมาซึ่งความคิดแล้วถือเป็นสิทธิประเภทหนึ่งอันอาจถือได้ว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิ เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง และสิทธิดังกล่าวเป็นทรัพย์สิน เจ้าของสิทธิควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิทางแพ่งโดยทั่ว ๆ ไป

จากแนวความคิดของนักกฎหมายก่อให้เกิดทฤษฎีของนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และแนวคิดดังกล่าวภายหลังถูกพัฒนาไปอย่างมีระบบ มีการให้ความคุ้มครองและวางกรอบด้วยการกำหนดกรอบแห่งสิทธิจนพัฒนาเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ จนเกิดเป็น ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ซึ่งหมายถึง สิทธิตามกฎหมายอันเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการใช้ความคิดและสติปัญญาของมนุษย์⁷ ซึ่งเดิมสิทธิในเบื้องต้นซึ่งเป็นสิทธิหลักได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า เมื่อมีการจัดระบบให้เป็นทรัพย์สินทางปัญญาก็มีการจำแนกสิทธิออกเป็น 2 สาขาได้แก่

- 1) ทรัพย์สินทางปัญญาทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) หมายถึง ผลงานอันเกิดจากการสร้างสรรค์เกี่ยวกับการผลิตหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ ซึ่งได้แก่ สิทธิในสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า
- 2) ทรัพย์สินทางวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Property) หมายถึง ผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ อันเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of idea) เป็นงานที่เกิดจากสุนทรียภาพ (Aesthetic) อันเป็นงานที่มุ่งตอบสนองเกิดผลทางด้านจิตใจและการเรียนรู้ของมนุษย์ สร้างสิ่งอันสวยงามทั้งด้านภายนอกและภายในจิตใจ อันเป็นการสื่อให้ผู้อื่นได้รับรู้ อันได้แก่ ลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียง

⁶ ไชยยศ เหมะรัชชตะ, ขุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ (2543), หน้า. หน้า 8.

⁷ ยรรยง พวงราช, "ทรัพย์สินทางปัญญา : ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ." บทบัณฑิตย์ เล่ม 54(2541), หน้า 18.

2.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

2.2.1 ความเป็นมาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา⁸

ความเป็นมาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิเริ่มในประเทศอังกฤษ โดยเริ่มในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 ซึ่งในยุคนั้นพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจพระราชทานสิทธิในการคุ้มครองแก่ผู้ที่ได้ประดิษฐ์หรือค้นพบผลิตภัณฑ์ใหม่ที่น่าผลิตภัณฑ์นั้นมาเผยแพร่ โดยสิทธิในการคุ้มครองนี้ให้สิทธิเด็ดขาดในการผูกขาดแก่ผู้ทรงสิทธิ ไม่ว่าจะเป็สิทธิในการผลิตหรือจำหน่ายสิ่งทีตนคิดค้นแต่เพียงผู้เดียว โดยกษัตริย์ของอังกฤษในสมัยนั้นได้มีพระบรมราชโองการให้เอกชนประกอบธุรกิจทางด้านอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมได้เพียงอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพระราชทานสิทธิในการคุ้มครองแก่กิจการของเอกชนเหล่านั้นด้วย

การที่พระเจ้าแผ่นดินพระราชทานตราสารคุ้มครองการประกอบกิจการพาณิชย์กรรมของแก่ราษฎรนี้เอง คือที่มาของคำว่า เปเตนต์ หรือ สิทธิบัตร (Patent) ระบบเปเตนต์เดิมที เรียกว่า ระบบผูกขาดทางการค้า (Monopoly System) ออกให้โดยซีซิล ในรัชสมัยของพระนางเจ้าอลิซาเบทที่ 1 แห่งประเทศอังกฤษ อันเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่เพียงผู้เดียวในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมใหม่ ๆ ที่เขาได้คิดค้นขึ้นมา ซึ่งต่อมาได้แตกแยกออกไปเป็นกิจการใหม่ ๆ นอกเหนือจากอุตสาหกรรมและกิจการการค้าเดิม

คดีเปเตนต์คดีแรก คือคดีของดาร์ซี(ซึ่งในสมัยนั้นเรียกว่า Case of monopoly) ดาร์ซีเป็นผู้ได้รับการผูกขาดการนำเข้า การผลิตและจำหน่ายไม้ไผ่ ซึ่งศาลอังกฤษได้วางแนวตัดสินชี้ขาดว่า การผูกขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายคอมมอนลอว์ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) เป็นการกีดกันช่างฝีมือมิให้ประกอบการค้าของเขาได้ตามปกติ หรือ (2) มีเจตนาที่จะขึ้นราคาสินค้าที่มีคุณภาพต่ำ หรือ (3) พระเจ้าแผ่นดินถูกกลฉ้อฉลให้พระราชทานสิทธิผูกขาดนั้น ซึ่งโดยหลักการแล้วการพระราชทานสิทธิผูกขาดของพระเจ้าแผ่นดินในยุคนั้นก็เพื่อให้สินค้านั้นเป็นที่แพร่หลายโดยทั่วไป ซึ่งหากวัตถุประสงค์ของการผูกขาดเป็นไปในทิศทางอื่นก็จะถูกถือว่า การผูกขาดนั้นไม่เป็นไปตามพระประสงค์ของพระองค์ และมีชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาในเรื่องคดีดาร์ซีเรื่องการให้สิทธิผูกขาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ก็มีจุดอ่อน คือ ยังไม่ได้รับการวินิจฉัยว่า เปเตนต์ที่จะทำการผูกขาดต้องเป็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นสิ่งประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่

ส่วนคำพิพากษาของศาลอังกฤษฉบับแรกทีวินิจฉัยว่า เปเตนต์ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่คือ คดีของพ่อค้าแห่งอิปสวิช ซึ่งปรากฏตามรายงานของคดีว่า หากผู้ใดได้คิดค้นประดิษฐ์อะไรขึ้นใหม่และการค้าสิ่งใหม่ ๆ ขึ้นในราชอาณาจักร พระเจ้าแผ่นดินมีพระราชอำนาจที่จะได้ภาษีจากรายได้

⁸ ปัญญา เปรมปรีดี และประกาศ ถินานนท์ ประยูร เถลิงศรี, ฎหมายคุ้มครองการนิมิตและแผนแบบ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2513), หน้า. 2.

ในการกิจการของผู้นั้น และมีพระราชอำนาจที่จะออกข้อกำหนดเอากับผู้นั้นได้ว่า ผู้นั้นจะมีสิทธิใช้ และได้ประโยชน์จากกิจการนั้น ๆ ภายในระยะเวลาอันจำกัดเท่าใด แต่ปัญหาในทางปฏิบัติก็คือ เมื่อหมดอายุของเปเตนท์เก่า พระเจ้าแผ่นดินก็ไม่สามารถที่จะพระราชทานเปเตนท์นั้นให้แก่ผู้ใดได้อีก ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตคนแรกได้ใช้เปเตนท์ต่อไปเรื่อย ๆ แต่ในเวลาต่อมาได้มีการตั้งคณะกรรมการกิจการของสภาปาเลียเมนต์ขึ้นเพื่อออกกฎหมายฉบับหนึ่ง ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์ และได้ผลประโยชน์จากการประดิษฐ์ของตน โดยปราศจากการแย่งใช้และจากการขัดขวางจากผู้อื่นภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ในยุคนั้นกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 14 ปี) แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวก็มีข้อกำหนดคือ ห้ามมิให้ใช้สิทธิในการขึ้นราคาสินค้าในประเทศ หรือใช้สิทธิทำให้เกิดอันตรายต่อการค้าและการบริโภคภายในประเทศ กฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้ในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1628 ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายเปเตนท์ (สิทธิบัตร) ฉบับแรกของโลก

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายเปเตนท์ในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าได้มีการประกาศใช้กฎหมายเปเตนท์ฉบับแรกเมื่อวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1790 ในสมัยของประธานาธิบดีออร์ซ วอชิงตัน ซึ่งกฎหมายเปเตนท์ของสหรัฐอเมริกามีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเปเตนท์ของอังกฤษ โดยกฎหมายเปเตนท์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีภายในประเทศเพื่อเป็นประโยชน์ในทางการค้าและอุตสาหกรรม และเป็นกำลังใจโดยให้รางวัลตอบแทนแก่นักประดิษฐ์ผู้สร้างสรรค์สิ่งใหม่ นอกจากวัตถุประสงค์ข้างต้นแล้ว กฎหมายเปเตนท์ยังคุ้มครองการผลิตในอุตสาหกรรมของเอกชนในระยะเริ่มก่อตั้งเพื่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประเทศด้วย

ในส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ในประเทศอังกฤษได้เริ่มต้นในสมัยพระเจ้า Richard ที่ 3 ในปี ค.ศ. 1556⁹ ซึ่งพระมหากษัตริย์ในยุคนั้นมีพระราชอำนาจที่จะพระราชทานสิทธิในการพิมพ์หนังสือแก่ผู้ขออนุญาต และผู้นั้นจะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ในระยะหลังมีความเจริญในด้านเทคโนโลยีเกี่ยวกับการพิมพ์หนังสือขึ้นมาก จึงมีบุคคลละเมิดลิขสิทธิ์ในการพิมพ์หนังสือจำนวนมาก จึงได้มีการตรา The Statute of Anne 1710 ออกมารองรับ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์งานด้านวรรณกรรม และกฎหมายฉบับเดียวกันนี้เองที่เป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา¹⁰

จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาจะเห็นได้ว่าประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีได้เล็งเห็นถึงคุณประโยชน์ของการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการส่งเสริมและกระตุ้นการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ เพื่อให้เกิด

⁹ Jame E.P. Skone, *Copinger and Skone James on Copyright* (London: Sweet&Maxwell, 1971).

¹⁰ "Copyright Law," *The New Encyclopedia Britannica* (1977).

การพัฒนาทางเทคโนโลยี และเมื่อสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ ได้เกิดขึ้นแล้วก็ย่อมต้องมีการแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์โดยการถ่ายโอนเทคโนโลยีการประดิษฐ์ระหว่างกัน กฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการรับรองสิทธิแก่ผู้ประดิษฐ์ ซึ่งสิทธินั้นได้แก่ สิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินทางปัญญาหรืออนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน ดังนั้น นิติกรรมที่คู่สัญญาทำขึ้นจึงเรียกว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ข้อดีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินี้จะเป็นตัวเชื่อมที่ทำให้เกิดการถ่ายทอดทางเทคโนโลยี และวิทยาการใหม่ ๆ (Technology Transfer) จากประเทศที่เจริญแล้ว (Developed countries) ไปสู่ประเทศที่กำลังพัฒนา (Developing Countries) หรือด้อยพัฒนา แต่เมื่อพิจารณาอีกแง่มุมหนึ่งแล้ว การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิได้หากอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ทรงสิทธิ (Licensor) และผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ (Licensee) มีความแตกต่างกันมาก กล่าวคือ เมื่อฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าอีกฝ่ายมากก็มักจะใช้อำนาจต่อรองนั้นกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ตนได้เปรียบมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นความได้เปรียบในเรื่องค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้สิทธิ (Fee and Royalty) หรือใช้อำนาจตลาดในทางผูกขาดทางการค้า ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด และส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะที่เกินขอบเขต หรือใช้อำนาจเหนือตลาดจากทรัพย์สินทางปัญญาของตนในการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

2.1.2 ความหมายของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (The definition of Licensing Agreement)

คำว่า สัญญา (Contract) ในกฎหมายไทยไม่มีบัญญัติแห่งกฎหมายที่ระบุความหมายของสัญญาเอาไว้โดยตรงแต่ก็มีนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิของประเทศไทยหลายท่านได้อธิบายความหมายของสัญญาเอาไว้ ดังนี้¹¹

สัญญา คือ ความตกลงที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ความตกลงอันหนึ่งจะเป็นสัญญาก็ต่อเมื่อบุคคลหนึ่งได้แสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่งในอนาคต และกฎหมายก็บัญญัติให้สิทธิบางประการแก่คู่กรณีอีกฝ่าย หนึ่งนั้นที่จะบังคับให้ปฏิบัติกรณัั้น ตัวอย่างเช่น ความตกลงอันหนึ่งจะเป็นสัญญาก็ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติให้สิทธิที่จะยอมรับคำสัญญาของผู้แสดงเจตนาจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และในกรณีไม่กระทำตามสัญญาก็รับรู้ถึงสิทธิที่จะทำการบังคับให้กระทำการนั้น หรือสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

¹¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "หลักกฎหมายเปรียบเทียบ," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับพิเศษ รวมบทความทางวิชาการ : อนุสรณ์ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย (2523), หน้า 76-78.

สัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งเกิดจากการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาต่อกันโดยบุคคล ตั้งแต่สองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย หรือสัญญา คือนิติกรรมซึ่งเกิดจากการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาต่อกันโดยบุคคลตั้งแต่สองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางหนี้ หรือสัญญาเป็นเครื่องแสดงถึงความสัมพันธ์ทั่ว ๆ ไปซึ่งเกิดจากกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ความสัมพันธ์อันหนึ่งซึ่งเรียกว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อ บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั้งหลายของสัญญานั้นสามารถใช้บังคับกับความสัมพันธ์นั้นได้

“สัญญา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้แก่ นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต่อกันและกัน และสอดคล้องกันระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป

“สัญญา” ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 101 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หมายถึง “ความตกลงซึ่งบุคคลเดียว หรือหลายคนมีความผูกพันต่อบุคคลคนเดียว หรือหลายคนที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ (ในทรัพย์สิน) หรือการกระทำใดหรืองดเว้นการกระทำใด”

“สัญญา” ตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1201(1) แห่ง Uniform Commercial Code บัญญัติว่า “สัญญา หมายถึง พันธะทางกฎหมายทั้งหมดซึ่งเป็นผลมาจากการตกลงของคู่สัญญา และมีผลบังคับกันได้ตามบทบัญญัติในรัฐบัญญัตินี้”

ดังนั้น เมื่อพิจารณานิยามของคำว่า สัญญา ของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศแล้วอาจสรุปได้ว่า สัญญาเป็นสิ่งที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน และสามารถบังคับแก่กันได้ตามกฎหมาย ส่วนคำว่า การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) หมายถึง การที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับรองตามกฎหมาย และเป็นสัญญาประเภทหนึ่งเรียกว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังนี้

“สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property right owner or Licensor) ฝ่ายหนึ่งกับผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา(Licensee) อีกฝ่ายหนึ่งโดยมีหรือไม่มีค่าตอบแทนการใช้สิทธินั้นก็ได้¹²

สำหรับประเทศไทย ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายท่านหนึ่ง¹³ได้แสดงทัศนะ เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวประเภทหนึ่งซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบัญญัติเอาไว้ในลักษณะของเอกเทศสัญญา สัญญา

¹² World intellectual property organization, "Licensing of Intellectual Property Rights: a Vital Component of the Business Strategy of Your Sme," [Online] Accessed: 03 November. Available from: http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/licensing/licensing.htm

¹³ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสิทธิการพิมพ์, 2524), หน้า.

อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงมีลักษณะพิเศษที่อยู่นอกเหนือจากลักษณะของเอกเทศสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้ใช้สิทธิ (Licensor) ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ใช้สิทธิ (Licensee) เป็นผู้ใช้สิทธิของตนได้ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญา

กล่าวโดยสรุป สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) หมายถึง สัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ผู้อนุญาต (Licensor) อนุญาตให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้ใช้สิทธิ (Licensee) ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินทางปัญญานั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งอันมีจำกัด และผู้ใช้สิทธิ สัญญาว่าจะจ่ายค่าตอบแทน (Fee and Royalty) ให้แก่ผู้อนุญาตเพื่อตอบแทนการที่ได้ใช้สิทธินั้น

2.1.3 ลักษณะทั่วไปของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิ (Licensor) โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนไปยังบุคคลอื่นซึ่งเรียกว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิตามกฎหมายที่จะใช้สิทธินั้นเช่นเดียวกับที่เจ้าของสิทธิพึงใช้ได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งลักษณะทั่วไปของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสาระสำคัญสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1.3.1 คู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบไปด้วยคู่สัญญา 2 ฝ่ายดังต่อไปนี้

- (ก) ผู้ให้ใช้สิทธิ (Licensor) หมายถึง ผู้ที่ยอมให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไปแล้วผู้ที่มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิของตนได้นั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นเจ้าของสิทธินั้น แต่ในบางกรณีผู้ให้ใช้สิทธิอาจไม่ใช่เจ้าของสิทธิตามกฎหมายก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาบุคคลใดเป็นผู้ที่สามารถอนุญาตให้ใช้สิทธิได้หรือไม่จึงมีความสำคัญ เพราะเมื่อเกิดการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากันขึ้น สิ่งแรกที่ศาลจะต้องพิจารณาคือ โจทก์หรือจำเลยเป็นผู้ทรงสิทธิหรือมีอำนาจอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายหรือไม่ เพราะหากไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิหรือมีอำนาจอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายแล้ว ศาลอาจยกฟ้องเพราะขาดอำนาจฟ้องก็ได้ ซึ่งรายละเอียดของการเป็นผู้ทรงสิทธิหรือมีอำนาจอนุญาตให้ใช้สิทธิจะแตกต่างกันไปในกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับ ดังนี้

- ผู้ให้ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522¹⁴ มาตรา 38 บัญญัติว่า “ผู้ทรงสิทธิบัตรจะอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตน...” ซึ่งคำว่า “ผู้ทรงสิทธิ” ในที่นี้หมายถึง ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในตนเองโดยผู้ที่จะเป็นเจ้าของสิทธินั้น ต้องเป็นผู้คิดค้นและประดิษฐ์สิ่งนั้นขึ้นอย่างแท้จริง และเป็นคนแรก¹⁵ และการประดิษฐ์นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 5 ถึงมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 รวมถึงกรณีผู้ประดิษฐ์ร่วมตามมาตรา 15

นอกจากผู้สร้างสรรค์งานแล้ว บุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งาน ก็สามารถมีสิทธิในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นโดยผลของกฎหมาย¹⁶โดยให้สิทธิแก่นายจ้างที่จะได้รับสิทธิบัตรจากการทำงานของลูกจ้างตามสัญญาจ้าง หรือโดยสัญญาจ้างที่มีวัตถุประสงค์ให้ทำการประดิษฐ์ โดยในสัญญาต้องไม่มีข้อกำหนดอื่นใดในสัญญาที่ระบุไว้เป็นอย่างอื่นซึ่งจะทำให้นายจ้างไม่มีสิทธิในการประดิษฐ์นั้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวได้ถูกบัญญัติเอาไว้กับกรณีข้าราชการ พนักงานราชการ พนักงานองค์กรของรัฐทำการประดิษฐ์ตามคำสั่งของทางราชการด้วยเช่นกัน¹⁷ เหตุที่มีการกำหนดให้มีผู้ทรงสิทธิโดยผลทางกฎหมาย ก็เนื่องจากว่า โดยทั่วไปแล้ว การประดิษฐ์คิดค้นของลูกจ้างหรือข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจเกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มของนายจ้างหรือหน่วยงานราชการนั้น ๆ ลูกจ้างหรือข้าราชการ

¹⁴ คณะกรรมการกฤษฎีกา, "เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการค้นคว้าวิจัย และประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดขึ้นใหม่และการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์และเป็นการก้าวหน้าทางเทคนิคในเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมภายในประเทศ และเพื่อให้ผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ได้รับการคุ้มครองการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยมีให้บุคคลอื่นลอกหรือเลียนการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์โดยมิให้ค่าตอบแทน และต่อมามีการบัญญัติพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลากว่า 10 ปีแล้ว สถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปมาก โดยเฉพาะการพัฒนา และการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศ จึงสมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรฐานการคุ้มครองด้านสิทธิบัตรให้เพียงพอและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการค้นคว้าวิจัยที่เป็นประโยชน์และเป็นการก้าวหน้าทางเทคนิคในเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมยิ่งขึ้น และในปี 2542 ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยที่นานาชาติประเทศได้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าและการจัดตั้งองค์การการค้าโลกได้เสร็จสิ้น และมีผลบังคับใช้แล้ว ทำให้ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก มีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและโดยที่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพจะทำให้นักประดิษฐ์ได้รับผลตอบแทนความเหมาะสมอุตสาหกรรมอย่างเหมาะสม อันจะทำให้ นักประดิษฐ์มีกำลังใจที่จะประดิษฐ์คิดค้นเพื่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้มีบทบัญญัติว่าด้วยอนุสิทธิบัตร ซึ่งให้การคุ้มครองการประดิษฐ์ซึ่งมีเทคโนโลยีที่ไม่ถึงขนาดที่จะได้รับสิทธิบัตรนั้นจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีให้สูงขึ้นและแพร่หลายยิ่งขึ้น."

¹⁵ มาตรา 10 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

¹⁶ มาตรา 11 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

¹⁷ มาตรา 13 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

เป็นเพียงผู้ปฏิบัติตามความคิดริเริ่มดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น การประดิษฐ์สิ่งใหม่ขึ้นมาจึงถือกำเนิดจากความคิดริเริ่มของนายจ้างหรือหน่วยงานราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ นายจ้างหรือหน่วยงานราชการ หรือรัฐวิสาหกิจจึงเป็นผู้ทรงสิทธิโดยผลของกฎหมายที่จะเป็นเจ้าของสิทธิบัตรนั้น

- ผู้ให้ใช้สิทธิ (Licensor) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537¹⁸ โดยหลักแล้ว ผู้ให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ต้องเป็นผู้ทรงสิทธิในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยความคิดริเริ่มหรือโดยพลังปัญญาของตนเอง¹⁹ ดังนั้น งานอันมีลิขสิทธิ์จึงหมายถึงงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกมาโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด²⁰ นอกจากผู้สร้างสรรค์งานแล้ว บุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งาน ก็สามารมีสิทธิในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นโดยผลของกฎหมาย เช่น กรณีลูกจ้างได้สร้างสรรค์งานขึ้น ลูกจ้างย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างนั้น แต่นายจ้างก็มีสิทธิใช้งานของลูกจ้างออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามวัตถุประสงค์ของการจ้างงานได้²¹ แต่หากเป็นกรณีการจ้างทำของ เมื่อลูกจ้างได้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น งานนั้นตกเป็นของนายจ้าง เว้นแต่จะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น²²
- ผู้ให้ใช้สิทธิ (Licensor) ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534²³ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้ระบุชัดเจนว่า ผู้ทรงสิทธิใน

¹⁸ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ภายในและภายนอกที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนา และการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ จึงสมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น”

¹⁹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

²⁰ มาตรา 6 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

²¹ มาตรา 9 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

²² มาตรา 10 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

²³ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงล้าสมัยและไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายทางการค้าได้เพียงพอ ประกอบทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ ซึ่งในขณะนั้นเป็นที่แพร่หลายและได้รับความคุ้มครองในกฎหมายของต่างประเทศหลายประเทศแล้ว ก็ยังไม่ได้รับความคุ้มครองตาม

เครื่องหมายการค้าคือผู้ใด แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายเก่า ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติ
 เครื่องหมายการค้า พ.ศ.2474 ได้บัญญัติถึงเรื่องผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเอาไว้
 ว่า “ถ้าผู้จดทะเบียนไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไซ้ ท่านว่าต้องมีหนังสือมอบ
 ฉันทะ...” ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้พอจะอนุมานได้ว่า ผู้ที่จะจดทะเบียนเครื่องหมาย
 การค้าต้องเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น หรือกรณีเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่เคยมี
 การใช้มาก่อนผู้จดทะเบียนก็ต้องอยู่ในฐานะที่มีสิทธิเป็นในเครื่องหมายการค้าดีกว่า
 บุคคลอื่น²⁴ และหากบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นไปจดทะเบียน บุคคล
 นั้นก็ทำได้รับสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจากการจดทะเบียนนั้นไม่²⁵ และผู้ทรงสิทธิในเรื่อง
 เครื่องหมายการค้าอีกประเภทหนึ่งคือ ผู้รับโอนไม่ว่าจะทางมรดกหรือทางสัญญาก็ตาม

ข) ผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิ (Licensee) คือ บุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ ตามข้อสัญญา
 อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งหากปราศจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว การดำเนินการนั้นย่อมไม่ชอบด้วย
 กฎหมาย (Unlawful) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับ
 อนุญาตใช้สิทธิตามข้อสัญญาที่กฎหมายให้อำนาจรับรองไว้²⁶ ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธินี้จะเป็นบุคคล
 ธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธินี้จะมีจำนวนเท่าใดก็ได้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงตาม
 สัญญา ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิจะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยอำนาจตามสัญญา
 อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ซึ่งเป็นตัวเชื่อมที่จะก่อให้เกิดสิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ได้รับ
 อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) ซึ่งการโอนสิทธิสามารถเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

2.1) การโอนตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งเป็นการโอนตามเจตนารมณ์ของผู้โอนและผู้รับโอนโดย
 จะเป็นการโอนโดยมีค่าตอบแทนหรือเป็นการโอนโดยเสน่หากก็ได้ โดยการโอนสิทธิตามสัญญานี้จะเป็น
 โอนไปทั้งกรรมสิทธิ์ หรือเป็นเพียงการอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้ ซึ่งมีข้อแตกต่างอยู่เพียงว่า การโอน
 กรรมสิทธิ์ผู้รับโอนจะได้รับกรรมสิทธิ์ในสิทธิบัตรมาโดยสมบูรณ์ แต่การอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing)
 ผู้รับโอนจะได้รับโอนมาเพียงสิทธิที่จะได้ใช้สิทธิบัตรตามข้อกำหนดในสัญญา แต่จะไม่ได้รับกรรมสิทธิ์
 ในสิทธิบัตรแม้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะระบุว่า เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดก็ตาม
 (Exclusive License) ผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของสิทธิก็ยังคงมีอำนาจกรรมสิทธิ์เหนือสิทธิบัตรนั้นอยู่

กฎหมายไทย นอกจากนั้นพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสม เช่น มิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของนาย
 ทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ตลอดจนสิทธิของผู้จดทะเบียนให้ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มาก จึง
 สมควรปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เหมาะสมยิ่งขึ้น”

²⁴ มานะ ทิพยากรณ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติเครื่องหมายทางการค้า (กรุงเทพฯ: การพิมพ์พระนคร, 2525), หน้า. 79.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2500 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

²⁶ Halsbury the Law of England, (London: LexisNexis, 1965).

2.2.) การโอนทางมรดกทั้งการโอนโดยทางพินัยกรรมหรือโอนโดยผลของกฎหมาย จะส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางปัญญาโอนไปยังผู้รับโอน และทำให้ผู้ทรงสิทธิหมดสิทธิในสิทธิบัตรที่โอนไปนั้นเช่นกัน

2.1.3.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง คือ การทำข้อตกลงโอนสิทธิระหว่างผู้ทรงสิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยผู้ทรงสิทธิจะโอนสิทธิที่มีของตนไปยังผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) โดยอาจมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ ตามแต่ข้อตกลงในสัญญา และผู้ทรงสิทธิจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเรื่องนั้น ๆ ซึ่งหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดจะมีรายละเอียดแตกต่างกันไปตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละฉบับ ซึ่งอาจแบ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

หลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิมีบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 38 ถึงมาตรา 45 โดยมีมาตราสำคัญที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

- มาตรา 38 บัญญัติว่า “ผู้ทรงสิทธิบัตรจะอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนตามมาตรา 36 และมาตรา 37 หรือจะโอนสิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่นก็ได้”
- มาตรา 39 บัญญัติว่า “การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรา 38 นั้น

(1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁷

(2) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตตามสิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุตามมาตรา 35 ไม่ได้

การกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นโมฆะ”

กฎกระทรวงที่กล่าวถึงในในมาตรา 39 (1) วรรคสองของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 คือกฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่ลงรายละเอียดในการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรใด เข้าลักษณะของ

²⁷ ไพฑูรย์ แก้วทอง, “[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 มิถุนายน 2015. แหล่งที่มา: <http://law.longdo.com/law/609/sub42776>

เงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมซึ่งรายละเอียดของกฎกระทรวงดังกล่าวจะอยู่ในภาคผนวก

แต่กฎกระทรวงข้างต้นมีข้อสังเกตในการบังคับใช้ดังต่อไปนี้ คือ (1) บังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น (Licensing Agreement) ไม่รวมถึงสัญญาอื่น ๆ (2) กฎกระทรวงข้างต้นใช้บังคับแก่ การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ (3) เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 39 วรรคท้าย

มาตรา 41 บัญญัติว่า “การอนุญาตให้ใช้สิทธิและการโอนสิทธิบัตรตามมาตรา 38 ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

ในกรณีที่ดีเห็นว่าเป็นที่เห็นว่า ข้อความใดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 39 ให้อธิบดีเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยว่า สัญญานั้นขัดต่อมาตรา 39 ให้อธิบดีสั่งไม่รับจดทะเบียนสัญญานั้น เว้นแต่คู่สัญญาจะมีเจตนาที่จะให้ส่วนสมบูรณ์แห่งสัญญานั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้ ในกรณีนั้นอธิบดีจะสั่งรับจดทะเบียนสัญญาบางส่วนก็ได้

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตามวรรคสองให้เป็นที่สุด”

จากมาตราข้างต้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเอาไว้ โดยผู้ทรงสิทธิจะอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้มาตราที่กล่าวมาข้างต้นเพราะเป็นกรอบที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ กำหนด ซึ่งการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในปัจจุบันถือว่ามีความจำเป็นเป็นอย่างมากต่อการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ และสิทธิบัตรนั้นจะแพร่หลายมากขึ้นก็ขึ้นอยู่กับเจ้าของสิทธิบัตรที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้สิทธิบัตรมากขึ้นเพียงใด²⁸ เพราะสิทธิตามสิทธิบัตรนั้นผู้ทรงสิทธิมีสิทธิทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญาคนแรกได้อย่างไม่จำกัด เว้นแต่กรณีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับคู่สัญญาคนแรกนั้นเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแบบเด็ดขาด (Exclusive Licensing) เพราะการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแบบเด็ดขาดผู้ทรงสิทธิย่อมหมดสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนได้อีก ไม่เว้นแม้กระทั่งตัวผู้ทรงสิทธิบัตรเอง

ข) การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

²⁸ สมพร พรหมพิตร และศรีนิดา เกิดผล, คู่มือกฎหมายสิทธิบัตร (แปลฉบับ) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2526), หน้า. 58-59.

- หลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ มีกลุ่มมาตราสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้
- มาตรา 15 บัญญัติว่า “ภายในบังคับมาตรา 9²⁹ มาตรา 10³⁰ และมาตรา 14³¹ เจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียว ดังต่อไปนี้
- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
 - (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
 - (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
 - (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
 - (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ โดยการพิจารณาว่า เงื่อนไขตาม (5) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง³²

กฎกระทรวงที่กล่าวถึงในในมาตรา 15 (5) ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ คือ กฎกระทรวงฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่ลงรายละเอียดในการพิจารณาว่า เงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้เข้าลักษณะของเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งรายละเอียดของกฎกระทรวงดังกล่าวจะอยู่ในภาคผนวก

ค) การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

หลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า มีกลุ่มมาตราสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

มาตรา 68 บัญญัติว่า “เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนจะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางอย่างก็ได้

²⁹ มาตรา 9 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือหรือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น

³⁰ มาตรา 10 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

³¹ มาตรา 14 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือในความควบคุมของตน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร

³² ณรงค์ชัย อัครเศรณี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 มิถุนายน 2015. แหล่งที่มา:

http://www.ipat.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=113:25-06-53&catid=37:t14&Itemid=12

สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่ง ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

การขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าวตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่คำขอจดทะเบียนนั้นอย่างน้อยต้องแสดงรายการดังต่อไปนี้

(1) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น และผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตที่จะทำให้อาณาเขตของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง

(2) สินค้าที่จะได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 68 จะไม่เป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโนบาย ให้นายทะเบียนมีคำสั่งรับจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าว โดยจะมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดเพื่อประโยชน์ดังกล่าวก็ได้ แต่ถ้านายทะเบียนเห็นว่าสัญญาอนุญาตดังกล่าวจะเป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโนบาย ให้นายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าว

จากมาตราข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีวัตถุประสงค์หลักคือ การทำให้ผู้ใช้สินค้าทราบว่า สินค้าที่ผลิตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าแตกต่างไปจากสินค้าของบุคคลอื่น โดยเครื่องหมายทางการค้าเป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าคุณภาพของสินค้า ตลอดจนความไว้วางใจของผู้บริโภคต่อสินค้า จากความสำคัญนี้เองที่ทำให้การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า หรือการโอนเครื่องหมายการค้าจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้สาธารณชนสามารถทราบ และแยกแยะได้ว่า เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ตกไปอยู่ในมือบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าเดิมแล้ว ส่งผลให้ผู้บริโภคสามารถตัดสินใจบริโภคสินค้าบนพื้นฐานข้อมูลที่ถูกต้อง

2.1.3.3 รูปแบบของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ³³

ในปัจจุบันสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในวงการธุรกิจ เนื่องมาจากความต้องการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีในกระบวนการผลิต เพื่อให้สามารถ

³³ กรวิภาณ โป๊ะทอง, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม : กรณีศึกษา กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2556), หน้า. 18-19.

ผลิตสินค้าจำนวนมาก ภายในระยะเวลาที่สั้นลง และสามารถรักษามาตรฐานของสินค้าที่ผลิตให้ใกล้เคียงนั้น เทคโนโลยีจึงเข้ามาเป็นกุญแจสำคัญในการพัฒนาศักยภาพในการผลิตเพื่อให้สามารถแข่งขันกับคู่แข่งในเวทีโลกได้ แต่การจะนำเอาเทคโนโลยีเช่นว่านั้นเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิต จำต้องกระทำผ่านทางสัญญา โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมร่วมกัน โดยสัญญาเช่นว่านั้นคือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาสองฝ่ายที่มีรูปแบบแตกต่างกันออกไป ตามวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของคู่สัญญาแต่สามารถสรุปจำแนกออกเป็นรูปแบบหลักได้ดังต่อไปนี้

1. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (Exclusive Licensing) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทนี้จะอนุญาตให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาต (Licensor) แต่ผู้เดียวโดยจะไม่อนุญาตให้ผู้อื่นอีก และผู้อนุญาตจะไม่ใช้สิทธินั้นด้วยตลอดระยะเวลาการอนุญาต ซึ่งถือว่าเป็นการอนุญาตโดยสมบูรณ์หรือเด็ดขาด³⁴ สิทธิของผู้รับอนุญาตจะมีลักษณะคล้ายกับสิทธิของผู้รับโอนเนื่องจากบุคคลอื่นและเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่สามารถใช้สิทธินั้นได้เลยตราบเท่าที่สัญญายังมีผลบังคับ³⁵ แต่การโอนสิทธิมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การมอบสิทธิทั้งหมดของเจ้าของสิทธิให้ผู้รับโอน ดังเช่นการโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นไปทำให้ผู้โอนสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินนั้นไปให้ผู้อื่น ในขณะที่การอนุญาตให้ใช้สิทธิเด็ดขาด แม้จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นใช้สิทธิเด็ดขาดได้เพียงแต่ผู้เดียว แต่อำนาจความเป็นเจ้าของยังอยู่กับผู้อนุญาตให้ใช้ใช้สิทธิเช่นเดิม³⁶

2. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียว (Sole Licensing)

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทนี้จะอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตแต่เพียงผู้เดียว โดยจะไม่อนุญาตให้ผู้อื่นนั้นใช้สิทธินั้นอีกตลอด

³⁴ พิศวาท สุนทรพันธ์, *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), หน้า 77.

³⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 25.

³⁶ ไชยยศ เหมะรัชชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา : พื้นฐานความรู้ทั่วไป* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 459.

ระยะเวลาของการอนุญาต แต่ผู้อนุญาตสามารถใช้สิทธินั้นได้ ซึ่งถือว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว³⁷

3. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive Licenses) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทนี้ นอกจากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะอนุญาตให้ผู้อนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิได้แล้ว ยังมีสิทธิจะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิได้อีก และผู้อนุญาตสามารถใช้สิทธินั้นได้อีกด้วย³⁸
4. การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบแลกเปลี่ยน (Cross Licensing) สัญญาชนิดนี้เป็นกรณีที่เจ้าของสิทธิบัตรสองรายหรือกว่านั้นขึ้นไปทำสัญญาอนุญาตให้ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิใช้สิทธิบัตรของกันและกันได้ภายใต้สิทธิบัตรที่แตกต่างกัน กรณีเช่นนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการจะโอนสิทธิบัตรของตนให้ผู้อื่น และหากไม่มีการใช้อิงสิทธิบัตรของผู้อื่น ตนก็ไม่สามารถที่จะผลิต ใช้ หรือขาย สิ่งที่ตนคิดค้นได้เท่าเทียมกัน การมี Cross License ระหว่างกันก็เพื่อให้ได้ประโยชน์ทางธุรกิจสูงสุดโดยอาศัยสิทธิบัตรของอีกฝ่ายหนึ่งช่วย³⁹
5. การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรแบบชุด (Package License) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิชนิดนี้เกิดขึ้นเมื่อเจ้าของธุรกิจหรือบริษัท ได้ว่าจ้างนักค้นคว้าวิจัยที่มีความสามารถสูงหลาย ๆ คนมาดำเนินการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์หลาย ๆ อย่าง ซึ่งแต่ละอย่างสามารถขอสิทธิบัตรการประสิทธิได้ด้วยสิ่ง ๆ นั้นเอง และเจ้าของธุรกิจหรือบริษัทผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ได้สิทธิ และแสวงหาประโยชน์จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบรวมสำหรับสิทธิบัตรทั้งหมดที่ตนมีอยู่แบบ Package⁴⁰
6. การให้ใช้สิทธิกึ่งเด็ดขาด (Partially Exclusive Licenses) เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหนึ่ง ๆ ที่จะให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเฉพาะบางส่วน โดยมีลักษณะการทำสัญญาให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดและไม่เด็ดขาดผสมกัน กล่าวคือ มีการให้ใช้สิทธิเด็ดขาดเฉพาะเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง เช่น การอนุญาตให้มีสิทธิในการผลิตหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์นั้น ๆ เพียงผู้เดียวในระยะเวลา

³⁷ พิศวาท สุนทรวัฒน์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย, หน้า 77.

³⁸ เรื่องเดียวกัน

³⁹ สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, "ข้อสังเกตในการร่างสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายทางการค้า และสิทธิอื่นๆ" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า. 32.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

ไต่ระยะเวลาหนึ่ง (License granting exclusive right for a limited time) หรือมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะจำหน่ายผลิตภัณฑ์หรือสินค้าในท้องที่ที่กำหนด (A License granting exclusive right in specific territory)⁴¹

ทั้งนี้ การกำหนดลักษณะ รูปแบบของการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเจตนารมณ์ระหว่างคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา โดยแต่ละฝ่ายจะกำหนดข้อบังคับหรือเงื่อนไขของสัญญาอย่างเคร่งครัดหรือยืดหยุ่นเพียงใดก็เป็นไปตามการตกลงกันของคู่กรณี การจะบอกว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิรูปแบบใดดีที่สุดสำหรับทุกคนนั้นไม่อาจทำได้ ขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาเห็นว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิรูปแบบไหนเหมาะสมกับธุรกิจการค้าของตน สถานการณ์ในเวลานั้น รวมทั้งผลประโยชน์ที่ตนจะได้จากสัญญานั้นเปรียบเทียบกับต้นทุนที่ต้องเสียไป

2.1.4 ประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา⁴²

ประเภทสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Licensing Agreement) จะเป็นไปตามประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาที่กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองในปัจจุบันมีดังต่อไปนี้

- (1) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ประเภทที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ งานประเภทยุทธกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกในวิธีหรือรูปแบบอย่างไร ผู้สร้างสรรค์มีความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ทันทีที่มีการสร้างสรรค์งาน โดยไม่ต้องไปจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในลิขสิทธิ์ ผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากงานนั้น เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับ หรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง รวมทั้งการให้ประโยชน์จากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการเช่าซื้อ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน และให้เช่าต้นฉบับ หากมีผู้ใดกระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีความรับผิดตามกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมาย

⁴¹ Alf Deyer Berle, *Invention, Patent and Their Management* (New York: D. Van Nostrand Company Inc., 1959).

⁴² กริชพกา บุญเฟื่อง, "การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับเศรษฐกิจสร้างสรรค์," *Assumption University Law Journal*, ฉบับที่ 2 ปีที่ 4 (2556).

ลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้นักแสดงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของตน เช่น การแพร่เสียงแพร่ภาพ การบันทึกการแสดงของตนที่ยังไม่ได้มีการบันทึกไว้แล้ว หรือทำซ้ำสิ่งบันทึกการแสดงที่มีผู้บันทึกไว้ ซึ่งหากมีบุคคลใดกระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก่อน ย่อมถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักแสดงอันมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะมีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และมีอยู่ต่อไปอีก 50 ปีนับผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ในกรณีผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล ลิขสิทธิ์นั้นมียุอายุ 50 ปีนับแต่ได้มีการสร้างสรรค์ และมีอยู่ต่อไปอีก 50 ปีนับแต่ได้มีการสร้างสรรค์ แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นภายในระยะเวลา 50 ปีนับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้น ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปีนับแต่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก

- (2) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เป็นการคุ้มครองเกี่ยวกับการประดิษฐ์ และการออกแบบผลิตภัณฑ์อันเป็นผลของการวิจัยของการวิจัยและพัฒนา โดยให้สิทธิเด็ดขาดกับผู้ประดิษฐ์หรือผู้ออกแบบในการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตรนั้น เพื่อสร้างให้มีแรงจูงใจให้มีการลงทุนทำวิจัยและพัฒนา มีการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีและการลงทุนจากต่างประเทศมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้มีการกระตุ้นให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้น การได้มาซึ่งสิทธิในสิทธิบัตรต้องผ่านระบบการจดทะเบียน โดยการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้นั้น ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม ดังนั้น กฎหมายสิทธิบัตรจึงคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวเกี่ยวกับการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ เช่น สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย รวมถึงกีดกันหรือหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นใดมาแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยมีได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร การโอนสิทธิบัตรต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สิทธิบัตรการประดิษฐ์มีอายุการคุ้มครอง 20 ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร ส่วนสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์มีอายุการคุ้มครอง 10 ปีนับแต่วันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร
- (3) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยกฎหมายเครื่องหมายการค้าบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์และชื่อเสียงในทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และให้ความคุ้มครองกับผู้บริโภคเพื่อมิให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในตัวสินค้า

และบริการโดยผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่ตนต้องการโดยพิจารณาจากเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่ที่ตัวสินค้า เครื่องหมายการค้าจึงเป็นเครื่องบ่งชี้ตัวสินค้าว่าเป็นของผู้ผลิตรายใด และแยกแยะตัวสินค้าของผู้ผลิตรายหนึ่งจากผู้ผลิตรายอื่น กฎหมายได้กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จะนำมาจดทะเบียนจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเครื่องหมายที่ให้ความคุ้มครองตามกฎหมายมี 4 ประเภท คือ (1) เครื่องหมายการค้า (2) เครื่องหมายบริการ (3) เครื่องหมายรับรอง (4) เครื่องหมายร่วม เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนเอาไว้ ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนจะมีระยะเวลาการคุ้มครอง 10 ปีนับแต่วันที่จดทะเบียน และสามารถต่ออายุได้โดยไม่จำกัดจำนวนโดยยื่นต่ออายุภายใน 90 วันก่อนวันสิ้นอายุซึ่งอายุการคุ้มครองจะขยายต่อไปอีกเป็นระยะเวลา 10 ปี ดังนั้น ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้าทำการต่ออายุเครื่องหมายการค้าภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเครื่องหมายการค้าก็จะได้รับการคุ้มครองตลอดไป

- (4) พระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม พ.ศ. 2543 บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์แบบผังภูมิของวงจรรวม โดยให้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำ นำเข้าขายหรือจำหน่าย เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งแบบผังภูมิของวงจรรวม วงจรรวม ตลอดจนผลิตภัณฑ์ที่มีแบบผังภูมิที่ได้รับความคุ้มครองประกอบอยู่ด้วย ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมให้มีการพัฒนาและถ่ายทอดทางเทคโนโลยี โดยแบบผังภูมิที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเกิดจากความพยายามของผู้สร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นและต้องไม่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในอุตสาหกรรมวงจรรวม อายุการคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวมจะมีระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ได้ยื่นจดทะเบียน หรือวันที่นำเอาแบบผังภูมิดังกล่าวออกไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นครั้งแรกแล้วแต่วันดังกล่าวจะเกิดก่อน แต่ทั้งนี้ไม่เกิน 25 ปีนับแต่วันที่สร้างสรรค์ผังภูมิดังกล่าวนั้น
- (5) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจความลับทางการค้า ความลับทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการคือ (1) เป็นข้อมูลการค้าที่ยังไม่ได้

รู้จักเป็นการทั่วไป หรือเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว (2) เป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากเป็นความลับ (3) เป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ เช่น การเก็บเอกสารที่เป็นข้อมูลทางการค้าไว้ในตู้นิรภัย การตรวจตราลงทะเบียนหรือติดบัตรของบุคคลที่เข้าไปในสถานที่ที่มีการเก็บรักษาข้อมูล การใส่รหัสผ่านในการเข้าถึงข้อมูล การทำสัญญาห้ามเปิดเผยความลับทางการค้า เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ที่เป็นผู้ครอบครองความลับทางการค้า นอกเหนือจากเจ้าของความลับทางการค้า เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความลับทางการค้า หรือผู้รับจ้างผลิตสินค้า เป็นต้น ต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการเก็บความลับทางการค้านั้นด้วย เนื่องจากความลับทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองตราเป็นความลับอยู่ ดังนั้น สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีอยู่ตลอดไป หากความลับนั้นยังไม่ได้เปิดเผย และความลับทางการค้าจะได้รับการคุ้มครองโดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด

- (6) พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และป้องกันไม่ให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า โดยกำหนดให้มีการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ และห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันจะทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้าที่ระบุในทะเบียน สิ่งที่ได้ได้รับความคุ้มครองได้แก่ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้เรียกแหล่งภูมิศาสตร์ที่ใช้กับสินค้านั้น (ทั้งภาคการเกษตร อุตสาหกรรม และหัตถกรรม) ที่มีคุณภาพ มีชื่อเสียง หรือมีลักษณะพิเศษที่ผลิตขึ้นในพื้นที่ที่เป็นแหล่งภูมิศาสตร์ซึ่งผู้มีสิทธิยื่นขอคุ้มครอง ได้แก่ หน่วยงานของรัฐ/องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้ผลิตสินค้าที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ ผู้บริโภคทั่วไป โดยมีสิทธิในการห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าในลักษณะที่ก่อให้เกิดการหลงเชื่อ ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ใช่สิทธิแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด แต่เป็นสิทธิที่ตกแก่กลุ่มผู้ผลิตสินค้าจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น ๆ ซึ่งอายุการคุ้มครองจากนานตราเป็นเวลาที่ผู้ได้สิทธิประโยชน์จากการคุ้มครอง สามารถดำรงและรักษาไว้ซึ่งคุณภาพ ความมีชื่อเสียง และลักษณะพิเศษของสินค้านั้น

- (7) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชและสนับสนุนให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นมิกำลังใจในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ ๆ ที่มีประโยชน์ต่อการเกษตรและอุตสาหกรรมขึ้นมา เนื่องจากพันธุ์พืชเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ลอกเลียนได้ง่ายเพียงแต่ได้รับส่วนขยายพันธุ์พืชนั้นก็สามรถผลิตพันธุ์พืชนั้นขึ้นมาได้แล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ขาย จำหน่าย นำเข้าหรือส่งออก หรือมีไว้เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวในส่วนขยายพันธุ์พืชที่ได้รับความคุ้มครอง ถ้าผู้ใดกระทำการดังที่ได้กล่าวมาแล้วต่อพันธุ์พืช หรือส่วนขยายพันธุ์พืชของพืชที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ ถือว่าผู้นั้นได้ละเมิดสิทธิ ซึ่งถ้าได้มีการพิสูจน์และได้ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายแล้ว ผู้ละเมิดจะได้รับโทษตามที่กฎหมายระบุไว้
- (8) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยเฉพาะด้านการแพทย์ โดยส่วนมากแล้วประเทศที่กำลังพัฒนาเมืองค์ความรู้และมีวัฒนธรรมอันต่าง ๆ ที่สืบทอดกันมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีมุมมองที่แตกต่างกันในทางวิชาการโดยมีทั้งความเห็นที่ว่า การคุ้มครองภูมิปัญญาดังกล่าวไม่ควรถือเป็นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นสิ่งพัฒนาหรือปรากฏขึ้นมาใหม่ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศกำลังพัฒนาได้มีความพยายามจะนำเอาเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านเข้าไปสู่ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีความพยายามที่จะทำให้มีการคุ้มครองทัดเทียมกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่น โดยอายุการคุ้มครองนั้นตำหรับยาแผนไทยส่วนบุคคลมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิและมีอยู่ต่อไปเป็นระยะเวลาอีก 50 ปี ตำหรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาตินั้นอาจมองว่ามีอายุการคุ้มครองตลอดไปเหมือนกับสมุนไพรรักษา
- (9) พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. 2548 บัญญัติขึ้นเนื่องจากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบผลิตภัณฑ์ซีดีได้ทวีความรุนแรงจนกระทั่งกลไกของรัฐที่มีอยู่ไม่สามารถที่จะควบคุม หรือป้องปรามการละเมิดดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเห็นสมควรมีมาตรการกำกับดูแลการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี โดยกำหนดขั้นตอนการแจ้งการผลิตสำหรับผู้ที่จะประสงค์จะประกอบการผลิตการครอบครองเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิต ตลอดจนการ

รายงานปริมาณและสถานที่เกิดวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะช่วยเสริมสร้าง กลไกป้องกันปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพและเป็นระบบมากขึ้น รวมทั้งจะทำให้การเก็บภาษีอากรได้ผลเต็มที่ ทั้งจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์ซิติดำเนินการผลิตสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป กฎหมายได้บัญญัติได้สิทธิเด็ดขาดแต่ผู้เดียวแก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในการใช้ประโยชน์ และแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์ขึ้น โดยอาจเป็นการใช้สิทธินั้นด้วยตนเองหรือเป็นการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิของตนโดยการทำสัญญาผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นวิธีการหนึ่งในการนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และอุตสาหกรรมก่อให้เกิดรายได้แก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา

2.1.5 ประโยชน์ของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴³

1. การอนุญาตให้ใช้สิทธิจะเพิ่มทรัพยากรให้แก่ผู้อนุญาต โดยการอนุญาตให้ผู้อนุญาตมีสิทธิที่จะทำตลาดและจัดจำหน่ายในผลิตภัณฑ์ของผู้อนุญาต โดยผู้อนุญาตเองก็สามารถที่จะตลาดที่ตนไม่สามารถจะเข้าไปให้บริการด้านนั้น ๆ ได้โดยตรง เช่น Microsoft อนุญาตให้ IBM ได้ใช้สิทธิ disk operating system software ("MS-DOS") ซึ่ง Microsoft ได้รับประโยชน์จากระบบจัดจำหน่ายและระบบการตลาดในระดับโลกของ IBM ไปด้วย

2. การอนุญาตให้ใช้สิทธิทำให้เกิดการสร้างตลาดทางภูมิศาสตร์ (Geographic Markets) อย่างกว้างขวาง โดยผลิตภัณฑ์ส่วนใหญ่จะเข้าถึงต่างประเทศได้เหมาะสมกับพื้นที่แต่ละแห่งและเป็นที่รู้จักโดยทั่วไป เช่น ฉลากและคำแนะนำการใช้จะต้องถูกแปลเป็นภาษาท้องถิ่น สินค้าอาจจะได้รับการดัดแปลงที่จะเป็นไปตามกฎเกณฑ์และกฎหมายท้องถิ่น และการทำตลาดอาจจะปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมของท้องถิ่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่หน่วยธุรกิจต่างประเทศจะทำให้เกิดการคุ้นเคยกับตลาดต่างประเทศนั้น ๆ และช่องทางการจัดจำหน่ายที่มีอยู่เดิมก็จะช่วยอำนวยความสะดวกในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญานั้นได้อย่างรวดเร็ว

3. การอนุญาตให้ใช้สิทธิช่วยทำการตลาดให้กับผลิตภัณฑ์อย่างกว้างขวางขึ้น กล่าวคือบริษัททั่วไปอาจจะแสวงหาประโยชน์ได้จากผลิตภัณฑ์ขึ้นเดียนั้นเอง แต่ในกรณีการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจจะสามารถนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์หรือบริการอื่น ๆ ได้ เช่น ผู้ผลิตภาพยนตร์และโทรทัศน์แสดงให้เห็นว่าไม่เพียงแต่มีทรัพยากรที่จะเผยแพร่ออกสู่สาธารณชนและจัดจำหน่าย

⁴³ Nicolas S. Gikkas, "International Licensing of Intellectual Property: The Promise and the Peril," *Journal of Technology Law & Policy* Spring (1996). P.2. อ้างถึงใน ภิรัชญา วีระสุโข, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2016 วันที่ 2012. แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/340715>

วิดีโอเทป แต่ยังมีสิทธิอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน ได้แก่ ให้นำเข้า และจัดจำหน่ายเทปของตนได้

4. หากบริษัทมีต้นทุนหรือบุคลากรไม่เพียงพอที่จะเข้าสู่ตลาดต่างประเทศได้เร็ว ก็จะมีมอบหมายให้บริษัทท้องถิ่นดำเนินการทำตลาดให้ผ่านการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ยกตัวอย่างเช่น บริษัท (Bio Technology) เล็ก ๆ ให้อนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่บริษัทยักษ์ใหญ่ทำการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์แก่ประชาชนจำนวนมากแล้วยังได้ประโยชน์จากการตีตลาดคู่แข่ง

5. ผลิตภัณฑ์บางอย่างขายดีที่สุด เมื่อผนวกเข้ากับหรือขายเพื่อได้ใช้ร่วมกับผลิตภัณฑ์อื่น ยกตัวอย่างเช่น ซอฟต์แวร์ถูกจัดจำหน่ายร่วมกับฮาร์ดแวร์ที่ดีที่สุดแทนที่จะเป็นเพียงแพ็คเกจให้เลือก (optional package) MS-DOS ของ Microsoft กลายเป็นระบบปฏิบัติการมาตรฐานทางอุตสาหกรรม (industry standard operating system) เช่นเดียวกับที่ IBM-PC กลายเป็นไมโครคอมพิวเตอร์มาตรฐานทางอุตสาหกรรม (industry standard microcomputer) บริษัทซอฟต์แวร์คู่สัญญาภายนอกหลายแห่งจะต้องเผยแพร่ MS-DOS จนมีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด

6. บริษัทอาจจะอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ตามข้อเรียกร้องของบริษัทที่ตนไม่ได้ประสงค์จะเข้าไปแข่งขัน ดังนั้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามวัตถุประสงค์นี้ ผู้อนุญาตให้สิทธิไม่มีความสนใจในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่ไม่ใช่คู่แข่งโดยตรง ยกตัวอย่างเช่น ผู้พัฒนาซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์เมนเฟรมที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางอาจจะให้อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้พัฒนาซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล ถ้าตลาดทั้งสองฝ่ายมีความใกล้ชิดกันมาก ผู้อนุญาตก็จะได้เข้าสู่การแข่งขันในตลาดที่ตนอาจจะไม่ได้ปรารถนามาก่อน

7. การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนทางหนึ่งสำหรับบริษัทจะทำการแลกเปลี่ยนทางเทคโนโลยีกัน โดยบริษัทผู้อนุญาตอาจจะมีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ให้บริษัทผู้ได้รับอนุญาตลงทุนพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญานั้นต่อเนื่อง แล้วก็อนุญาตให้ผู้อนุญาตได้รับสิทธิ (granted back to the licensor) ในทรัพย์สินทางปัญญาที่พัฒนาขึ้นมาใหม่นั้นต่อไปอีก กุศโลบายในการแลกเปลี่ยนทางเทคโนโลยีในรูปแบบนี้ก็เรียกว่า “cross-licensing” ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบริษัทสองฝ่ายมีจุดแข็งในการวิจัยและพัฒนาในด้านที่ตนเชี่ยวชาญแตกต่างกันก็จะสามารถได้ผลประโยชน์จากการพัฒนาของอีกฝ่าย และยังเป็นการสร้างพลังแห่งการทำงานร่วมกันเช่นเดียวกับกิจการร่วมค้า (joint venture) โดยทำให้เกิดความสะดวกและรวดเร็วในการดำเนินงานร่วมกัน

8. เมื่อเครื่องหมายทางการค้าของผู้อนุญาตในการใช้เข้าสู่ตลาดพร้อมกับทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับอนุญาต ผู้ได้รับอนุญาตก็จะมีทุ่มเททำการตลาด ซึ่งก่อให้เกิดผลประโยชน์ในด้านชื่อเสียงและ Goodview ให้แก่ผู้อนุญาต (ตราบเท้าที่ผู้ได้รับอนุญาตจะยังคงบำรุงรักษาคุณภาพในสินค้า บริการ และการขาย) ยกตัวอย่างเช่น AT&T เข้าสู่ตลาดคอมพิวเตอร์ใหม่ ๆ ก็จะได้รับผลประโยชน์สู่สาธารณชนจากการอนุญาตให้ผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ได้รับสิทธิในระบบปฏิบัติการ UNIX

9. การอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะอนุญาตให้บริษัทผู้ได้รับอนุญาตมีระดับของการเข้ามาควบคุมเหมือนวัตรกรรมและกำหนดทิศทางอุตสาหกรรมในการผลิต ยกตัวอย่างเช่น ถ้า Microsoft ไม่อนุญาตให้ IBM ได้รับอนุญาตใช้สิทธิใน MS-DOS แล้วมีสิทธิบางประการที่จะเข้ามาควบคุมกำกับทิศทางทางอุตสาหกรรม IBM ก็อาจจะพัฒนาระบบปฏิบัติการขึ้นใหม่เป็นของตนเอง ซึ่งอาจจะแตกต่างจาก MS-DOS แล้วกำจัด MS-DOS ออกจากตลาดระบบปฏิบัติการ

2.3 หลักการทั่วไปของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2.3.1 หลักการและเหตุผล

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่เป็นหัวใจสำคัญในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมซึ่งความต้องการสินค้า และปริมาณสินค้าในตลาดจะเป็นไปตามกลไกตลาด และกลไกตลาดจะสามารถทำงานได้อย่างเป็นธรรมชาตินั้นต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการรักษาภาวะการแข่งขันในตลาด กล่าวคือ ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิมนั้นมักจะอยู่ในรูปของผู้ประกอบการที่มีอำนาจมากมักจะใช้ความได้เปรียบของตนข่มเหง หรือกีดกันผู้ประกอบการที่มีอำนาจน้อยกว่า นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจมากก็มักจะใช้อำนาจนั้นเพื่อรักษาอำนาจตลาดของตนไว้ เพื่อความสามารถในการกำหนดทิศทางของตลาด กำหนดจำนวนและราคาสินค้าชนิดนั้น ๆ เพื่อสามารถทำกำไรสูงสุดแต่เพียงผู้เดียวหรือกลุ่มเดียว ด้วยเหตุนี้เองยิ่งผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจของตนในการบิดเบือนสภาวะการแข่งขันในตลาดมากเท่าใด ผู้ประกอบการรายอื่นก็จะประกอบธุรกิจยากลำบากมากขึ้น ถูกกีดกันมากขึ้น ในท้ายที่สุดแล้วก็จะต้องออกจากการแข่งขันในตลาดไป ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐบาลในการควบคุม และกำกับดูแลไม่ให้ผู้ประกอบการนั้น ๆ ใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบ หรือกระทำการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นการจำกัดหรือกีดกันทางการค้ากับคู่แข่ง ซึ่งการกระทำเหล่านี้จะทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ และประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรจะได้รับต้องสูญเสียไป ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ ผลกระทบของการผูกขาดต่อระบบเศรษฐกิจ จะทำให้เราสามารถเข้าใจเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.2 แนวความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายแข่งขันทางการค้า⁴⁴

ในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดนั้นมีแนวคิดพื้นฐานว่า กลไกตลาดจะทำให้การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (ที่ดิน แรงงาน ทุน ความเป็นผู้ประกอบการ และเทคโนโลยี) เพื่อตอบสนองความ

⁴⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 37-38.

ต้องการที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด (Unlimited demand) ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรเข้าแทรกแซงตลาดเลย ควรปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่ของมันเอง โดยปล่อยให้มือที่มองไม่เห็น (Invisible hand) ทำหน้าที่จัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ตามทฤษฎีของ Adam Smith ที่เขียนลงในหนังสือเรื่อง An Inquiry into the Wealth of Nations เนื่องจากในทางทฤษฎีเชื่อว่า เมื่อมีผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งทำการผูกขาดทางการค้าขึ้นก็ควรปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่แก้ไขด้วยตัวมันเอง กล่าวคือ หากผู้ประกอบการรายหนึ่งตั้งราคาสินค้าสูงเกินควร เพราะคิดว่าสินค้าของตนมีจำนวนน้อยในตลาดก็จะทำให้เกิดการดึงดูดผู้ประกอบการรายอื่น เข้ามาผลิตสินค้าชนิดนั้นและขายในราคาที่ต่ำกว่าสินค้าของผู้ประกอบการรายแรกเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งการตลาดและเป็นการดึงดูดลูกค้า ทำให้ผู้ประกอบการรายแรกหรือผู้ผูกขาดจำต้องลดราคาสินค้าของตนลงเพื่อให้แข่งขันในตลาดได้ มิฉะนั้นจะต้องสูญเสียส่วนแบ่งการตลาดไป ตลาดที่เคยผูกขาดก็จะค่อย ๆ กลับสู่การแข่งขันเหมือนเดิม

แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ใช่ทุกกรณีที่กลไกตลาดจะทำงานได้อย่างสมบูรณ์เช่นนั้นได้ เพราะตั้งแต่ทศวรรษที่ 1850 เป็นต้นมา ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดตลาดผูกขาดขึ้นในสินค้าหลายรายการ เช่น น้ำมัน บุหรี่ น้ำตาล เป็นต้น โดยบริษัทผู้ผูกขาดขนาดใหญ่ และบริษัทผู้ผูกขาดเหล่านั้นก็ยังได้อาศัยอำนาจเหนือตลาดเข้าไปมีอิทธิพลทางการเมืองเพื่อจะรักษาอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดของตน ด้วยเหตุนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดออกมาใช้ในปี 1890

เหตุที่รัฐต้องตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นมาบังคับใช้เพื่อแทรกแซงกลไกตลาดก็เนื่องจากว่า การผูกขาดทำให้กลไกตลาดไม่ทำงานหรือตลาดล้มเหลว (market failure) รัฐจึงต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายเข้าไปควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ผูกขาดการขายสินค้า และถ้าจำเป็นรัฐก็จะทำให้โครงสร้างตลาดกลับมาเป็นโครงสร้างที่มีการแข่งขันเช่นเดิม เช่นเดียวกับกรณีคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สั่งให้บริษัท Standard Oil ที่ทำการผูกขาดตลาดน้ำมันของประเทศสหรัฐอเมริกาทำการขายทรัพย์สินออกไปให้บริษัทอื่นทำให้เกิดบริษัทน้ำมันขึ้นใหม่อีก 33 บริษัท ส่งผลให้ตลาดกลับมาเป็นตลาดที่มีการแข่งขันเช่นเดิม

2.3.3 แนวคิดเรื่องโครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจ⁴⁵

นอกจากแนวความคิดในทางเศรษฐศาสตร์แล้ว แนวคิดในเรื่องโครงสร้างตลาดก็สำคัญไม่แพ้กัน ในความหมายของเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม โครงสร้างตลาด หมายถึง ลักษณะการกระจายของ

⁴⁵ ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ, "หลักเกณฑ์เรื่อง"ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ขนาดของหน่วยผลิตในตลาด โดยหากมีผู้ที่สามารถควบคุมลักษณะการกระจายของขนาดของหน่วยผลิตในตลาดได้อย่างอิสระ เราจะเรียกกลุ่มคนเหล่านี้ว่า ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งอำนาจเหนือตลาดนี้จะมีมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่างเช่น โครงสร้างของอุตสาหกรรมหรือตลาด ตัวผู้ประกอบการในตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ส่วนแบ่งการตลาดในแต่ละหน่วยผลิต ลักษณะการกระจุกตัวของหน่วยผลิตใหญ่ ลักษณะของสินค้าที่ซื้อขายกันในตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ตลอดจนอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (barrier to entry) เช่นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้าสู่อุตสาหกรรม การประหยัดขนาดจากการผลิต (Economic of scale) ความได้เปรียบด้านต้นทุนของผู้ผลิตรายเดิม (Absolute cost advantage) โดยปัจจัยเหล่านี้จะเป็นปัจจัยสำคัญในการชี้วัดว่าผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดเป็นผู้มี “อำนาจเหนือตลาด” (substantial market power) หรือไม่

โดยส่วนใหญ่แนวทางที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามักจะใช้เพื่อผูกขาดตลาดสินค้าคือการอาศัยสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในทางทรัพย์สินทางปัญญาสร้างอำนาจตลาดของตนเหนือสินค้าชนิดนั้น ๆ แล้วใช้อำนาจนั้นในการผูกขาดและกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นให้เข้ามาแข่งขันในตลาดผูกขาดสินค้าของตนได้ เช่น การใช้อำนาจจากทรัพย์สินทางปัญญาควบคุมตัวแทนจำหน่ายผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยกำหนดข้อสัญญาไม่ให้ร้านค้าตัวแทนจำหน่าย จำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง เป็นต้น

จากมุมมองของนักเศรษฐศาสตร์ โครงสร้างตลาดอาจแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ตามลักษณะโครงสร้าง ดังนี้

(1) ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect Competitive Market)⁴⁶ คือ ตลาดในอุดมคติซึ่งประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- ก) มีผู้ประกอบการเป็นจำนวนมากจนทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายไม่มีอิทธิพลต่อกัน ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละคนไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าได้เอง ต้องถือเอาราคาตลาดเป็นราคาของตนเอง (Price taker) โดยไม่สามารถตั้งราคาสูงกว่าราคาตลาดได้ เพราะจะทำให้ผู้บริโภคผู้ซื้อหันไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น
- ข) สินค้าในตลาดมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ (homogeneous) ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคไม่เห็นข้อแตกต่างในสินค้าทำให้สามารถเลือกสินค้าจากผู้ประกอบการรายใดก็ได้ ดังนั้น การที่

2549), หน้า. 20-29 อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 38-39.

⁴⁶ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพฯ: 2547), หน้า. 262-266. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 38-39.

ผู้ประกอบการไม่สามารถสร้างความแตกต่างในสินค้าได้ ย่อมทำให้ไม่มีอำนาจกำหนดราคาแตกต่างไปจากราคาตลาดเดิม

ค) ไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ ปัจจัยการผลิตทุกชนิดมีการเคลื่อนย้ายได้อย่างสมบูรณ์

ง) ทุกฝ่ายที่อยู่ในตลาด ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้ประกอบการ ผู้บริโภค มีความรู้เรื่องข้อมูลข่าวสารเป็นอย่างดี ไม่มีผู้ใดได้เปรียบเสียเปรียบกันในด้าน การเข้าถึงข้อมูล อาจกล่าวได้ว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์แท้จะเป็นตลาดในอุดมคติที่ไม่มีในความเป็นจริง ที่พอจะเห็นได้ว่าใกล้เคียงกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์คือ ตลาดขายสินค้าเกษตรในประเทศไทย ตลาดแข่งขันสมบูรณ์เป็นรูปแบบตลาดที่แสดงให้เห็นว่า ไม่มีผู้ใดจะสามารถสร้างอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดที่จะไปมีอิทธิพลต่อราคาสินค้าได้ กลไกราคาจะเป็นตัวกำหนดราคาสินค้าอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นราคาคุณภาพที่ผู้ประกอบการและผู้บริโภคยอมรับ

(2) ตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้ขายรายเดียว (pure monopoly)⁴⁷ ตลาดประเภทนี้จะมีลักษณะตรงข้ามกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ เป็นตลาดที่มีผู้ประกอบการรายเดียวที่ผลิตสินค้าในตลาดนั้น โดยไม่มีสินค้าใดจากผู้ประกอบการอื่นมาทดแทนได้เลย ผู้ประกอบการผู้เดียวนี้จะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาดที่สามารถกำหนดราคาสินค้า และปริมาณสินค้าที่จะผลิตได้อย่างสมบูรณ์

(3) ตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (oligopoly)⁴⁸ เป็นรูปแบบของตลาดที่มีผู้ประกอบการจำนวนไม่มาก โดยสินค้าในตลาดนี้อาจเป็นสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ เช่น เหล็ก ซีเมนต์ น้ำมัน หรือสินค้ามีลักษณะแตกต่างกันแต่สามารถทดแทนกันได้เป็นอย่างดี เช่น รถยนต์ โทรทัศน์ เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วหากพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายหนึ่งเปลี่ยนแปลงไป ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ทุกราย เช่น ถ้าผู้ประกอบการรายหนึ่งมีการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้า ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการให้เปลี่ยนแปลงราคาสินค้าตามไปด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบการแต่ละคนจึงต้องรักษาผลประโยชน์ของตนเองให้ดีที่สุดโดยอาจกำหนดราคาสินค้าและปริมาณการผลิตสินค้าร่วมกันเสมือนเป็นหน่วยผลิตเดียว (a collective unit) หรือการตั้งราคาสินค้าตามผู้นำ (price leader) และกีดกันไม่ให้มีผู้อื่นเข้ามาในตลาดอีก เมื่อพิจารณาถึงจำนวนผู้ประกอบการในตลาดแล้วดู

⁴⁷ ประพันธ์ เศวदनันท์ และ ไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, 5, บรรณาธิการ, (2540), หน้า 83. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 39-40.

⁴⁸ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 346-347.

เหมือนว่าจะมีการแข่งขันเพราะมีผู้ประกอบการมากกว่าหนึ่งราย แต่ในความเป็นจริงแล้วหากเกิดสภาพตลาดแบบนี้ก็มักจะไม่มีการแข่งขันเกิดขึ้นจริง (genuine competition)

(4) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition)⁴⁹ เป็นตลาดที่มีผู้ประกอบการไม่มากเท่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์และสินค้าสามารถทดแทนกันได้ สินค้าที่ออกจำหน่ายมีลักษณะต่างกัน แม้จะเป็นสินค้าประเภทเดียวกัน เช่นยาสีฟันในแต่ละยี่ห้อ ความแตกต่างกันเช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจที่จะกำหนดราคาสินค้าให้ต่างกันได้บ้าง แต่ไม่สามารถตั้งราคาให้แตกต่างกันได้มาก เพราะถ้าตั้งราคาสินค้าสูงจนเกินไปจะทำให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการรายอื่นได้ สภาพการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดซึ่งจะเป็นผลดีต่อผู้บริโภค⁵⁰

จากโครงสร้างตลาดที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า สภาพการแข่งขันในแต่ละตลาดที่แตกต่างกัน เนื่องจากตลาดมีปัจจัยพื้นฐานที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องจำนวนผู้ประกอบการในตลาด ลักษณะสินค้าในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของผู้ประกอบการแต่ละราย เหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อแต่ละตลาดมีโครงสร้างในการแข่งขันที่แตกต่างกัน เช่น หากผู้ประกอบการในตลาดมีจำนวนน้อยจะทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีอำนาจตลาดมากและเกิดการแข่งขันน้อย ในทางกลับกันหากผู้ประกอบการในตลาดมีจำนวนมาก อำนาจตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายก็จะน้อยส่งผลให้มีการแข่งขันมาก หรือหากตลาดมีการกีดกันหรือขัดขวางการเข้ามาของผู้ประกอบการรายใหม่มาก (barrier to entry) ย่อมแสดงให้เห็นว่า มีการผูกขาดในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้น

2.3.4 แนวคิดเรื่องอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาด (market power and monopoly power)

กิจการหรือภาคธุรกิจใดไม่มีการแข่งตามหลักการปกติของการซื้อขายสินค้าและบริการในตลาด กรณีเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการผูกขาด (Monopoly) กล่าวคือ การผูกขาด เป็นการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใด สามารถควบคุมกิจการใดไว้ได้แต่เพียงผู้เดียวโดยไม่สามารถมีกิจการอื่นมาแข่งขันได้ เนื่องจากมีกิจการของตนขายสินค้าหรือบริการอยู่เพียงรายเดียวในตลาด หรือ มีหลายกิจการแต่มีผู้แข่งขันน้อยรายจึงมีการตกลงเจรจาร่วมกันในการแบ่งผลประโยชน์ทางธุรกิจในลักษณะของการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณของสินค้าในตลาด (Cartel) เป็นต้น การผูกขาดเช่นนี้ย่อมทำให้ผู้ผูกขาดสามารถกำหนดปริมาณหรือราคาสินค้าหรือบริการได้อย่างเสรีโดยมิต้องทนรับภาระในด้านต้นทุนการดำเนินธุรกิจอันเนื่องมาจากสภาพการแข่งขันในตลาด

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 335-337.

⁵⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า.

ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดหรือกลุ่มใดเป็นผู้มีอำนาจตลาดหรือไม่ต้องพิจารณาจากปัจจัยสองประการหลัก คือ 1.จำนวนผู้ประกอบการและสภาวะทดแทนในตลาด 2.อุปสรรคของการที่จะสามารถเข้ามาผลิตสินค้าทดแทนโดยผู้ประกอบการอื่น กล่าวคือ หากจำนวนผู้ประกอบการในตลาดมีเพียงรายเดียวหรือน้อยรายและตกลงที่จะไม่มีการแข่งกัน ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดเหล่านั้นก็จะมีอำนาจต่อรองที่สูงจนไม่มีผู้ประกอบการอื่นสามารถเข้ามาแข่งขันได้จึงไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันกัน หากเกิดกรณีเช่นนี้จะเรียกสภาวะตลาดว่าตลาดผูกขาดสมบูรณ์หรือตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย และการผูกขาดเช่นนี้ได้มีแต่เฉพาะในเชิงของฝั่งผู้ประกอบการหรือฝั่งผู้ขายเท่านั้น ในทางกลับกันการผูกขาดทางฝั่งผู้ซื้อย่อมเกิดขึ้นได้หากผู้ซื้อที่มีอำนาจมาก อำนาจต่อรองเรื่องราคาของสินค้าก็จะถูกกำหนดโดยผู้ซื้อได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบของการผูกขาดจะพบว่า การผูกขาดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคที่ต้องแบกรับภาระเรื่องราคาเกินกว่าความเป็นจริงโดยอาจได้สินค้าที่ไม่มีคุณภาพเมื่อเปรียบเทียบกับราคาที่เสียไป และไม่มีสินค้าและบริการอื่น ๆ มาทดแทน การผูกขาดเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ประกอบการที่ผูกขาดเพียงฝ่ายเดียว อีกทั้งไม่ก่อให้เกิดสภาวะการแข่งขันในตลาดที่จะทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายจำเป็นต้องปรับปรุงและพัฒนาสินค้าหรือบริการของตนให้ดีขึ้นเพื่อที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่นได้ และยังเป็นกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด นอกจากนี้การผูกขาดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพและทำให้สูญเสียประสิทธิภาพการผลิตอันเกิดจากการแข่งขันอย่างชัดเจนซึ่งย่อมส่งผลเสียทั้งต่อผู้ประกอบการรายอื่น ผู้บริโภค และต่อสังคมโดยรวมในเวลาเดียวกัน

2.3.5 ผลกระทบของการผูกขาด (The Evil of Monopoly)⁵¹

จากการศึกษาพบว่าในตลาดที่มีการผูกขาดจะก่อให้เกิดผลกระทบแง่ลบต่อระบบเศรษฐกิจ โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 3 กลุ่มดังต่อไปนี้⁵²

ก) ผลกระทบต่อผู้บริโภค การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตจะทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์จากการแข่งขันโดยตรง เช่น ข้อเสนอทางด้านราคา ผู้ผลิตในตลาดที่มีการแข่งขันจะทำการผลิตสินค้าในราคาที่เป็นธรรมเพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งทางการตลาด (Market share) เป็นของตน ดังนั้น จึงทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่ดีและมีคุณภาพได้เพราะผู้ผลิตจะต้องพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้แข่งขันในตลาดได้ซึ่งสิ่งเหล่านี้มักจะไม่ค่อยมีหรือมีอยู่น้อยในตลาดผูกขาดหรือตลาดที่มี

⁵¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 50-51.

การแข่งขันน้อยน้อยราย ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับขาดหายไป

ข) ผลที่มีต่อผู้ผลิต การผูกขาดย่อมทำให้เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบทางธุรกิจ ผู้ผูกขาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขันในตลาดทั้ง ๆ ที่ตนไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถโดยแท้จริง เนื่องจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการแข่งขันเท่านั้นที่จะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพดำรงอยู่ได้และผู้ผลิตที่ไม่ยอมพัฒนาตนเองจะไม่สามารถแข่งขันได้และต้องออกจากตลาดไปซึ่งตลาดที่มีการแข่งขันจะสร้างความเป็นธรรมให้กับหมู่ผู้ผลิต(ผู้ประกอบการ)เอง ทั้งการแข่งขันจะทำให้เกิดแรงดึงดูดผู้ประกอบการหน้าใหม่เข้ามาแข่งขันเพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งการตลาดได้ด้วยซึ่งสิ่งเหล่านี้จะไม่มีหรือไม่พบในตลาดผูกขาด

ค) ผลที่มีต่อสังคม สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาด คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้ผูกขาดจะได้กำไรส่วนเกิน (excess profit) และประสิทธิภาพที่เกิดจากการแข่งขันจะสูญหายไป (deadweight welfare loss)⁵³ ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคด้วย

จากผลกระทบของการผูกขาดที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การผูกขาดทั้งการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายเดียวและผู้ประกอบการน้อยรายแทบไม่มีผลดีต่อระบบเศรษฐกิจเลยทั้งยังทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรที่ไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น หนทางหนึ่งที่นักกฎหมายไทยแก้ปัญหา คือ การตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ขึ้นมาเพื่อควบคุมและกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อผูกขาดของผู้ประกอบการทั้งหลาย โดยจะเน้นการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อควบคุมดูแลไม่ให้ผู้ประกอบการเหล่านี้ใช้อำนาจเหนือตลาดของตนทำการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร อันจะส่งเสริมให้การแข่งขันในตลาดเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

2.3.6 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2.3.6.1 ความเป็นมาของการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

แนวคิดของการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าเริ่มมาจากประเทศตะวันตกที่มีระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาดเห็นความสำคัญและความจำเป็นที่รัฐต้องเข้าแทรกแซงตลาดโดยการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า อันเนื่องมาจากความเป็นจริงผู้ประกอบการบางรายเป็นผู้ที่ครอบครองส่วนแบ่งการตลาดในจำนวนที่สูงอาจใช้อำนาจที่ในส่วนแบ่ง

⁵³ เรื่องเดียวกัน.

การตลาดในอัตราที่สูงนั้นเพิ่มอำนาจการตลาดของตนให้มากขึ้นไปอีกจนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันกับตนเองได้และส่งผลให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ โดยประเทศแคนาดาเป็นประเทศแรกที่ได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าขึ้นในปี ค.ศ. 1889 โดยมีชื่อเรียกว่า the Act for the Prevention and Suppression of Combination in Restrain of Trade⁵⁴ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษทางอาญากับผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าและทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ จากการตรากฎหมายกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาทำให้ประเทศอื่น ๆ เห็นความสำคัญของการมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าและการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าของตนให้ดีขึ้นตามสภาวะการแข่งขันในตลาดที่เปลี่ยนแปลงอยู่

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศลำดับที่สองที่ได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดออกมาบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1890 โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวมีชื่อว่า The Sherman Act⁵⁵ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองวิสาหกิจขนาดย่อมไม่ให้ถูกกลืนแกล้างจากบริษัทขนาดใหญ่ เพราะในขณะนั้นมีบริษัทน้ำมันขนาดเล็กในมลรัฐโอไฮโอได้รวมตัวกันและขอให้วุฒิสภาที่ชื่อว่า นายเชอร์แมน (Senator Sherman) ของมลรัฐโอไฮโอเสนอร่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดและร่วมกันจำกัดการแข่งขันเข้าสู่สภาองเกรส เพื่อจะได้ใช้กฎหมายดังกล่าวปกป้องธุรกิจของพวกเขาจากพฤติกรรมการแข่งขันของกลุ่มผู้ค้าน้ำมันรายใหญ่มาก ๆ ซึ่งขณะนั้นคือ บริษัท Standard oil ที่มีส่วนแบ่งการตลาดในตลาดค้าน้ำมันสูงสุดในเวลานั้น

นอกจากกรณีผู้ประกอบการค้าน้ำมันรายย่อยเรียกร้องให้มีกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจผูกขาดของผู้ประกอบการค้าน้ำมันรายใหญ่แล้ว เจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าอีกประการหนึ่งคือ อุดมคติในยุคนั้นประชาชนและพนักงานบริษัททั้งหลายต่างเกรงกลัวว่าความยิ่งใหญ่ของบริษัทเอกชนจะนำไปสู่การมีอิทธิพลในทางการเมืองทำให้ประชาชนทั้งหลายจำต้องอยู่ภายใต้ภาวะผูกขาดทางการค้าจึงเกิดกระแสการต่อต้านบริษัทใหญ่ที่มีขนาดใหญ่มาก ๆ ในเวลานั้น เช่น บริษัท Standard Oil, บริษัทเหล็ก Canegie โดยสรุปคือ มีการเรียกร้องให้มีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าขึ้นมาเพื่อปกป้องผู้บริโภคจากการผูกขาดและร่วมกันกำหนดราคาาร่วมกันของบริษัทใหญ่ ๆ นั้นเอง

เมื่อมีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นแล้ว ศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบาทสำคัญมากในการตีความและพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าที่บัญญัติขึ้น โดยผู้พิพากษาได้การสร้างหลักกฎหมาย (Judge-made law) ผ่านการตัดสินคดีเป็นระยะ

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

เวลานานนับร้อยปีส่งผลให้เกิดแนวทางการตีความกฎหมาย (jurisprudence) ที่มีความเป็นพลวัตไปตามโครงสร้างตลาด เทคโนโลยี พฤติกรรมผู้บริโภค ได้ค่อนข้างดีจนเป็นแบบอย่างให้ศาลและองค์การบังคับใช้กฎหมายของประเทศอื่น ๆ นำไปศึกษาเพื่อประยุกต์ใช้⁵⁶

ในส่วนของประเทศฝั่งทางเอเชียปรากฏว่า ประเทศฝั่งทางเอเชียได้รับอิทธิพลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดจากประเทศสหรัฐอเมริกา(The Sherman Act) ในช่วงยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้บังคับให้ประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่แพ้สงครามโลกในเวลานั้นต้องตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้โดยอาศัยกฎหมายSherman Act เป็นต้นแบบ จนถึงประมาณปี 1990 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าได้กลายเป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุดและเป็นศูนย์กลางของกฎหมายเศรษฐกิจทั้งหมด⁵⁷

นอกจากประเทศญี่ปุ่นที่เป็นประเทศในทวีปเอเชียที่มีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ก้าวหน้าที่สุด โครงสร้างตลาดที่ซับซ้อน พฤติกรรมการแข่งขันในตลาดที่มีพลวัตสูงมาก ประเทศเกาหลีใต้ก็เป็นหนึ่งในประเทศในทวีปเอเชียที่ได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้ในปี ค.ศ.1980 โดยมีเป้าหมายสำคัญคือ การกำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ (Chaebol) ⁵⁸ ซึ่งต่อมามีภายหลังประมาณสิบปี ประเทศไต้หวัน (Chinese Taipei) ประเทศอินโดนีเซียก็ได้ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้ในปีค.ศ. 1992 และปี 1997 ตามลำดับ

ในภาพรวมประเทศต่าง ๆ มากกว่า 80 ประเทศทั่วโลกได้มีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้ซึ่งรวมไปถึงประเทศไทยด้วย

ในส่วนของที่มาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เริ่มในช่วงยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยประสบปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ สินค้าอุปโภคบริโภคขาดแคลน ผู้ผลิตและผู้ขายจำนวนมากถือโอกาสกักตุนสินค้า และเพิ่มราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม มีการรวมกลุ่มจัดตั้งสมาคมทางการค้าเพื่อสร้างอำนาจเหนือตลาด ทำให้ประชาชนชาวไทยเดือดร้อนเป็นอย่างมาก รัฐบาลจึงได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันการการค้ากำไรเกินควรพ.ศ.2480 ขึ้นเพื่อควบคุมราคาสินค้าและเพื่อป้องกันการรวมตัวกันเพื่อกำหนดราคาสินค้าในสภาวะสงคราม หรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

⁵⁷ Mitsuo matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law* (1990). P.5. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 19.

⁵⁸ สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ กระทรวงการคลัง, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย(การศึกษาด้านกฎหมาย)", กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ (2542). หน้า 4-3.

แต่กฎหมายดังกล่าวจะไม่ครอบคลุมบังคับใช้ในสภาวะการณ์ปกติ พระราชบัญญัติค้ากำไรเกินควรได้มีการแก้ไขอีกสองครั้งในปี พ.ศ.2483 และพ.ศ.2484 และถูกยกเลิกไปเมื่อรัฐบาลได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควรฉบับใหม่ในปี พ.ศ.2490 ขึ้นใช้แทน ซึ่งกฎหมายฉบับใหม่ได้เปลี่ยนวิธีป้องกันการค้ากำไรเกินควรใหม่ โดยกำหนดให้การค้ากำไรเกินควรเป็นสิ่งผิดกฎหมายไม่ว่าการเมืองเศรษฐกิจจะอยู่ในสภาวะใดก็ตาม

โดยสรุปจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควรได้มีการบังคับใช้ตั้งแต่พ.ศ.2490-2517 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีที่มีการตั้งราคาสินค้าสูงจนเกินไป แต่กฎหมายดังกล่าวมิได้มุ่งคุ้มครองการแข่งขันในตลาด และไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีผู้ผลิต (ผู้ประกอบการ) รายเดียวในตลาดใช้อำนาจของตนผูกขาดและบิดเบือนกลไกตลาดได้⁵⁹

เมื่อพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควรถูกยกเลิก ก็มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้ดังนี้ “โดยที่ว่ากฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ากำไรเกินควรที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุมเหมาะสมและเพียงพอที่จะรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคและป้องกันมิให้ราคาค่าสินค้าและบริการต่าง ๆ สูงขึ้นเร็วเกินสมควร ประกอบกับไม่มีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบการในการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้า และไม่มีบทบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจสมควรยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดขึ้นเพื่อควบคุมกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมและป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

แต่พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ก็ยังคงหลักการเดิมคือ รัฐสามารถเข้าแทรกแซงในการควบคุมสินค้าในตลาดเป็นเหมือนอย่างที่แล้วมาเมื่อ 50 ปีก่อน แต่มีสิ่งที่เพิ่มเข้ามาใหม่คือ มาตรการป้องกันการผูกขาด ซึ่งมีขึ้นครั้งแรกในประเทศไทยที่มุ่งจัดโครงสร้างของตลาดให้มีการแข่งขันอันจะทำให้การรวมตัวกันของผู้ประกอบการเพื่อทำการกำหนดราคาทำได้น้อยลงซึ่งจะช่วยให้ประชาชนไทยไม่ได้รับความเดือดร้อนจากการกำหนดราคาโดยไม่เป็นธรรมได้มากขึ้น และแม้รัฐจะใช้มาตรการที่เข้มงวดมากในด้านการกำหนดราคา แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จเท่าใดนักเนื่องจากการควบคุมราคาเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ การแทรกแซงด้านราคาไม่สามารถต่อสู้กับอำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ในการกำหนดจำนวนการผลิต

⁵⁹ แสงว นฤเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (2545), หน้า. 67.

และราคาสินค้าได้ ดังนั้น บรรดาผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจึงไม่อยู่ในสถานะที่จะแข่งขันกันจริง ๆ⁶⁰

ทั้งนี้ ในเวลานั้นได้เกิดปัญหาอย่างร้ายแรงในการบริหารและบังคับใช้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 โดยสามารถจำแนกเป็นข้อได้ดังต่อไปนี้

1. ความผิดตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เป็นความผิดที่มีโทษบังคับในทางอาญา ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นองค์กรในการพิจารณาคดีในเวลานั้นจึงได้การพิจารณาคดีไปตามหลักการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ ส่งผลให้ภาระการพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยตกแก่จำเลยซึ่งการพิสูจน์ทำได้ลำบากมาก
2. การบริหารกฎหมายตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ไม่มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงพาณิชย์
3. บุคคลผู้ได้รับความเสียหายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จะไม่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยตรงตามพระราชบัญญัตินี้ ได้ แต่ฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามปกติ⁶¹

ตลอดระยะเวลา 15 ปีในการบังคับใช้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ไม่พบว่ามีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดประการที่สำคัญคือ แทบจะไม่ได้มีการประกาศว่าธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุม จึงมีผลให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดเป็นหมันโดยปริยาย

ภายหลังที่ประเทศไทยเผชิญวิกฤตเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 รัฐบาลจำเป็นต้องขอความช่วยเหลือจากกองทุนเงินระหว่างประเทศ (IMF) โดยภาคเอกชนในสภาอุตสาหกรรมไทยเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้กดดันผ่านกองทุนการเงินระหว่างประเทศให้รัฐบาลไทยตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าออกมาบังคับใช้⁶² โดยความเห็นของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการร่างและการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ส่วนใหญ่เห็นว่า เนื่องจาก

⁶⁰ กมลชัย รัตนสากววงศ์ สุธี ศุภนิธย์, วัชรียา โดสงวน, และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, "รายงานการวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย," (2536). หน้า 193. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 22.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน.

⁶² Sakda Thanitcul, "Review of Recent Experiences in the Formulation and Implementation of Competition Law and Policy in Selected Developing Countries : Thailand, Lao, Kenya, Zambia, Zimbabwe," UNCTAD (2005).

บทบัญญัติมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการค้าเสรีไว้ในมาตรา 87 ว่า

“รัฐจะต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค” ทำให้รัฐบาลยุคนายชวน หลีกภัย ต้องรีบเร่งรัดให้กฎหมายได้ผ่านสภาผู้แทนราษฎร⁶³ และในปี พ.ศ. 2542 กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ออกมาบังคับใช้โดยได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับในปี พ.ศ. 2522 โดยได้ออกเป็นกฎหมาย 2 ฉบับคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งจะใช้ในกรณีที่กลไกตลาดไม่เป็นไปตามปกติ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดเอาไว้โดยเฉพาะเพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ⁶⁴

2.3.6.2 เจตนารมณ์และเป้าหมายของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542⁶⁵

กระทรวงพาณิชย์ได้ร่างและประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน 2542 โดยมีเป้าหมายในการร่างคือพยายามดึงเอาจุดเด่นของกฎหมายแข่งขันทางการค้าจากหลาย ๆ ประเทศมาผสมผสานกันให้เป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยไม่ยึดติดกับกฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นหลัก ส่งผลทำให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมากพอสมควร ซึ่งเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 16 ตอนที่ 22 ก วันที่ 31 มีนาคม 2542 มีใจความว่า “เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 (กฎหมายฉบับเดิม) มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดอยู่ในฉบับเดียวกัน และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดที่ควรจะมีการปรับปรุง จึงได้แยกในส่วนของป้องกันการผูกขาดออกมาตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทาง

⁶³ พลเอก รัตนจันทร์, "กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย," ใน *Chulalongkorn Review*(2543).

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 30-35.

การค้าเป็นการเฉพาะเพื่อให้มีบทบาทปฏิบัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม”

สำหรับเป้าหมายและเจตนารมณ์ของการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าพ.ศ. 2542 สามารถสรุปได้ 5 ประการ ดังต่อไปนี้

1. เป้าหมายของการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดสินค้าและบริการ เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรของระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาดของประเทศไทย ซึ่งเป็นเป้าหมายที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ เกือบทั้งหมดมีส่วนร่วม⁶⁶ และการจะส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คือ การมีบทบาทปฏิบัติที่กำหนดความผิดและโทษของผู้ฝ่าฝืนไว้ เช่น โทษของการที่ร่วมกันกำหนดราคาขายหรือราคาซื้อของสินค้าในตลาด(Cartel) จนทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดต้องเสียไป
2. เป้าหมายในการไม่ให้มีการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ (decantation of economic power) ซึ่งเป็นเป้าหมายที่ถูกสะท้อนในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ว่ามีเป้าหมายในการควบคุมโครงสร้างตลาด และมาตรา 26 เป็นบทบาทปฏิบัติที่มีเป้าหมายในการป้องกันมิให้มีการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นบทบาทปฏิบัติที่มีอยู่ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าในหลาย ๆ ประเทศ
3. เป้าหมายของการปกป้องวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม(SMEs)ให้มีโอกาสเข้าสู่ตลาดและแข่งขันอย่างเป็นธรรม เป้าหมายข้อนี้เป็นเป้าหมายในเชิงนโยบายทางเศรษฐกิจที่กำหนดให้ผู้ประกอบการรายย่อยสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ผลิตสินค้าตั้งราคาสินค้าที่แตกต่างกันเมื่อขายสินค้านั้นให้กับผู้ประกอบการรายใหญ่และผู้ประกอบการรายย่อย⁶⁷ โดยเป้าหมายในข้อนี้ปรากฏในมาตรา 4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าพ.ศ. 2542 ของไทยที่กำหนดห้ามมิให้นำพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับกับการกระทำของกลุ่มเกษตรกร กลุ่มสหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และธุรกิจที่กำหนดในกฎกระทรวง
4. เป้าหมายในการส่งเสริมให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากขึ้นในแง่ของราคา คุณภาพ และการบริการ ปรากฏในมาตรา 25(1)และ25(2) ที่สะท้อนเจตนารมณ์ที่รัฐต้องการให้มีการควบคุม

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน

ราคาสินค้าและบริการให้เป็น“ราคาที่เป็นธรรม” เพื่อไม่ให้ผู้บริโภคต้องเดือดร้อนเรื่องราคา และมาตรา 25(3) รัฐมีเจตนาจะควบคุม “ปริมาณ” สินค้าในตลาดให้เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภคด้วย⁶⁸

5. ส่งเสริมและปกป้องอุตสาหกรรมเป้าหมายตามนโยบายอุตสาหกรรม ซึ่งเคยเป็นปัญหาสำคัญของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ เพราะทั้งสองประเทศมีนโยบายในการที่จะส่งเสริมอุตสาหกรรมเป้าหมาย เช่น อุตสาหกรรมยานยนต์ อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ อุตสาหกรรมต่อเรือ ซึ่งจำเป็นต้องให้บริษัทขนาดใหญ่และมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือผูกขาดตลาดซึ่งรัฐต้องยอมให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ผูกขาดซึ่งอาจเป็นนโยบายที่ขัดกับเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งต้องการกำจัดหรือจำกัดการผูกขาดในตลาดให้หมดไปหรือเหลือให้น้อยที่สุด

เนื่องจากการตีความกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อตัดสินคดี คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลจำเป็นต้องตัดสินโดยเหตุผลของคำตัดสินจะต้องสะท้อนเจตนาของกฎหมายตาม 5 เป้าหมายที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่ในทางปฏิบัติ เป้าหมายเหล่านี้มักเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและขัดแย้งกันเอง เพราะต้องให้น้ำหนักของเป้าหมายในเชิงสัมพัทธ์ (relative importance) โดยที่น้ำหนักแต่ละข้อดังกล่าวจะปรับเปลี่ยนไปตามโครงสร้างธุรกิจและคุณค่าที่เห็นว่าดีงามด้วย แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศส่วนใหญ่เห็นตรงกันคือ เป้าหมายในเรื่องของการส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเต็มที่ในตลาดสินค้าและบริการควรเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า⁶⁹

2.3.7 พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าห้าม

เมื่อศึกษาถึงแนวคำตัดสินขององค์กรที่บังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า หรือศาลยุติธรรมของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเจตนาในการบัญญัติขึ้นเพื่อการควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ใช้อำนาจในลักษณะไม่ชอบธรรม (to abuse) โดยพฤติกรรมที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะที่ไม่ชอบธรรมนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน และพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

2.3.7.1 พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal restraint)⁷⁰

พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน คือพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันซึ่งร่วมกระทำโดยผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับเดียวกัน ได้แก่

- 1) การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือปริมาณสินค้าที่จะผลิต (Cartel) เป็นกรณีผู้ประกอบการในตลาดมาร่วมกันกำหนดราคาและจำนวนสินค้าที่จะผลิต ซึ่งมักจะเป็นไปในรูปของการลดจำนวนการผลิตสินค้าลงและเพิ่มราคาสินค้าเพื่อให้ได้กำไรเกินปกติ (excess profit) ส่งผลให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ เกิด deadweight loss ซึ่งการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือปริมาณสินค้าที่จะผลิตเช่นนี้มักจะเกิดขึ้นในกรณีตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยราย (oligopoly) เพราะผู้ประกอบการรายเดียวมักจะไม่มีความจูงใจที่จะลดปริมาณสินค้าและขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้นเช่นนี้
- 2) การแบ่งพื้นที่ทำธุรกิจ เป็นกรณีผู้ประกอบการในระดับเดียวกันตกลงจะแบ่งพื้นที่การประกอบธุรกิจ เช่น ผู้ผลิตรถยนต์สองราย คือ บริษัท A และบริษัท B ได้ร่วมกันทำข้อตกลงว่าจะแบ่งพื้นที่การประกอบธุรกิจทางตะวันตกและทางตะวันออกของประเทศ กล่าวคือ ตัวแทนจำหน่ายของบริษัท A จะจำหน่ายรถยนต์เฉพาะภาคตะวันตก ส่วนตัวแทนจำหน่ายของบริษัท B จะจำหน่ายรถยนต์เฉพาะภาคตะวันออก การแบ่งพื้นที่ทำธุรกิจเช่นนี้ทำให้ผู้บริโภคที่อยู่อาศัยในภาคตะวันตกหรือภาคตะวันออกต้องถูกบังคับซื้อรถยนต์เฉพาะกับบริษัท A หรือบริษัท B ตามพื้นที่ที่ตนอยู่เท่านั้น ซึ่งบริษัทเหล่านี้ก็มักจะขายรถยนต์ในราคาที่สูงกว่าปกติ เพราะไม่มีคู่แข่งรายอื่นในพื้นที่ส่งผลให้ผู้บริโภคต้องเสียประโยชน์
- 3) การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย (Group boycott) เป็นกรณีผู้ประกอบการในธุรกิจระนาบเดียวกันตกลงกันว่า จะร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ผลของการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นถูกกีดกันออกจากตลาด
- 4) การผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (Monopolization) เดิมทีศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาตีความบทบัญญัติของการผูกขาดในลักษณะการต่อต้านบริษัทใหญ่ ๆ ที่มีอำนาจผูกขาดว่า พฤติกรรมการรักษาอำนาจตลาดก็เป็นพฤติกรรมการผูกขาดแล้ว แต่ในปัจจุบันศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแนวคำตัดสินไปโดยวางหลักว่า พฤติกรรมใดที่จะเป็นการ

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66-70.

ผูกขาดได้นั้น ผู้ผูกขาดจำเป็นต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและได้ใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นไปในลักษณะที่ไม่ชอบธรรม เช่นการจำกัดหรือกีดกันคู่แข่งทางธุรกิจ โดยมีคดีตัวอย่างคือ คดี United State v. Microsoft Corp. โดยคำตัดสินมีว่า นอกจากบริษัท Microsoft จะมีลักษณะเป็นผู้ผูกขาดในตลาด Operating Systemแล้ว ยังใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นไปในทางที่ไม่ชอบธรรมด้วย คือ การบังคับขาย Internet Explorer ควบกับระบบปฏิบัติการ Window operating System ของตน (Tying Agreement)

ในส่วนของความพยายามผูกขาด(attempt to monopolize) เป็นการพยายามใช้อำนาจตลาดเพื่อให้คุณสามารถไต่ระดับขึ้นมาเป็นผู้ผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องได้ กล่าวคือเป็นการใช้อำนาจตลาด (Market power) ที่ตนมีอยู่เพื่อสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดเพื่อที่จะสามารถควบคุมการกำหนดราคาสินค้าได้ตามความประสงค์

- 5) การควบรวมและการซื้อกิจการ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการสองรายขึ้นไปทำการควบรวมบริษัทของตนหรือซื้อกิจการของบริษัทอื่นจนบริษัทที่ถูกควบรวมกลายเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือหรืออำนาจผูกขาดขึ้นมา

2.3.7.2. การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Restraint)⁷¹

พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับวิธีการจัดจำหน่ายสินค้า (Product distribution) เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ผู้มีอำนาจผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้จำกัดคู่แข่ง หรือกีดกันคู่แข่ง แต่ในบางประเทศก็ได้กำหนดความเข้มงวดเอาไว้มากกว่า กล่าวคือ บางกรณีผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดแต่มีพฤติกรรมการกีดกัน หรือจำกัดวิธีการจัดจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งก็ถือเป็นผู้กระทำผิดในส่วนนี้แล้ว

เมื่อพิจารณาถึงคำตัดสินของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายและและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้ว สามารถสรุปลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นกรณียกเว้นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งได้ดังต่อไปนี้ (1) การทำข้อตกลงห้ามขายต่ำกว่าราคาที่กำหนด (Resale Price Maintenance) โดยทั่วไปแล้วจะหมายถึงราคาขายต่อและขายส่งด้วย และพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อส่วนใหญ่แล้วจะเป็นกรณีผู้ผลิตสินค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดให้ผู้แทนจำหน่ายต้องจำหน่ายสินค้าของตนในราคาที่ตนกำหนดซึ่งพฤติกรรมเช่นนี้ถือเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันห้ามเพราะในมุมมองของผู้บริโภคแล้วการควบคุมการกำหนดราคาก็เปรียบเสมือนการร่วมกันกำหนดราคาขายของบรรดาผู้แทนจำหน่ายทั้งหลายนั่นเอง

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-79.

แต่อย่างไรก็ตาม มีพฤติกรรมการกำหนดราคาขายบางอย่างที่กฎหมายป้องกันการผูกขาด และแข่งขันทางการค้าไม่ถือเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายแข่งขันห้าม ได้แก่

(1.1) หลัก Colgate Doctrine ได้แก่ การควบคุมการกำหนดราคาต้องมีการกำหนดมาตรการบังคับด้วย หากเป็นเพียงคำแนะนำราคาขายที่เหมาะสม โดยปราศจากมาตรการบังคับย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิด

(1.2) การฝากขาย (Consignment) ได้แก่ การที่เจ้าของสินค้ายังมีกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นอยู่ แต่ฝากบุคคลอื่นขายให้ เจ้าของสินค้าสามารถกำหนดราคาขายได้ แต่มีบางกรณีที่ต้องระมัดระวังในเรื่องการฝากขาย หากมีการกำหนดข้อสัญญาว่า หากเกิดความเสียหายจากสินค้ากับผู้รับฝากขายให้ความเสียหายตกแก่ผู้รับฝากขาย เช่นนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือเป็นการกำหนดราคาขายที่ต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า

(1.3) ร้านจำหน่ายแทนบริษัท (Agency) ของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร (Patentee) โดยหลักแล้วบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการผลิตสินค้าสามารถตั้งร้านจำหน่ายแทนบริษัทของตน โดยสามารถกำหนดราคาสินค้าในราคาเดียวกันกับราคาที่เจ้าของสิทธิบัตรจำหน่ายได้ ไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมการกำหนดราคาขายของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อ

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า เพราะถ้าพิจารณาเหตุผลตามหลักเศรษฐศาสตร์ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิจะกำหนดราคาขายสินค้าที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในราคาผูกขาดได้และได้กำไรเกินปกติ โดยไม่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า เพราะสิทธิผูกขาด (Exclusive right) ตามกฎหมายสิทธิบัตรมีเป้าหมายเพื่อจูงใจให้มีการลงทุนลงแรงประดิษฐ์คิดค้นสิ่งของใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อมนุษย์ ดังนั้น การที่ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถตั้งราคาสูงกว่าราคาในระดับที่มีการแข่งขันได้ทำให้สามารถได้รับผลตอบแทนในการลงทุนลงแรงของตนไป แต่การตั้งราคาขายที่สูงเพื่อให้ได้กำไรเกินปกติจะทำได้ในการขายสินค้าที่มีสิทธิบัตรครั้งแรกเท่านั้น (First sale Doctrine) จะไม่สามารถกำหนดราคาขายหลังจากนั้นได้

(2) การแบ่งพื้นที่การประกอบธุรกิจ (ในแนวดิ่ง) เป็นกรณีที่บริษัทผู้ผลิตสินค้าได้แบ่งพื้นที่ออกเป็นหลาย ๆ พื้นที่แล้วกำหนดให้มีผู้แทนจำหน่าย (dealer or distributor) อยู่ในพื้นที่ดังกล่าวเพียงเจ้าเดียว ซึ่งจากมุมมองของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันแล้วเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้าม เพราะจะทำให้ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้ากับตัวแทนจำหน่ายที่อยู่ในพื้นที่ของตนได้เท่านั้น แต่ในภายหลังศาลฎีกาของประเทศไทยได้นำหลักทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์แล้วเห็นว่า พฤติกรรมดังกล่าวได้ทำให้เกิดการแข่งขันกับผู้แทนจำหน่ายรายอื่นอย่างมาก แม้พฤติกรรมดังกล่าวจะทำให้การแข่งขันระหว่างตัวแทนจำหน่ายสินค้าของจำเลยลดลงบ้างก็ตาม แต่เมื่อมองในภาพรวมแล้วกลับทำให้ผู้บริโภคโดยรวมได้ประโยชน์มากขึ้นจึงเปลี่ยนแนวคำตัดสินไม่ให้ถือว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า

(3) การขายควบ (Tying Arrangement) เป็นกรณีของผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินค้าชนิดหนึ่งซึ่งตนมีอำนาจตลาดให้กับลูกค้าพร้อมกับมีเงื่อนไขว่าลูกค้าจะต้องซื้อหรือเช่าสินค้าอีกชนิดหนึ่งของบริษัทตนด้วย เช่นในทศวรรษ 1930 บริษัท IBM มีสัดส่วนในตลาดคอมพิวเตอร์สูงมาก บริษัท IBM ได้กำหนดไว้ในสัญญาเช่าเครื่องคอมพิวเตอร์ว่าผู้เช่าต้องซื้อการ์ดเขียนคำสั่งที่ผลิตโดยบริษัท IBM เท่านั้นจะซื้อจากบริษัทอื่นเพื่อมาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เช่าไม่ได้ ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการขายควบ โดยได้แสดงผลไว้ดังนี้

ประการแรก พฤติกรรมของบริษัท IBM ทำให้บริษัทอื่น ๆ ที่ผลิตการ์ดเขียนคำสั่งไม่สามารถแข่งขันกับการ์ดเขียนคำสั่งของบริษัท IBM ได้ ทั้ง ๆ ที่อาจมีคุณภาพที่ดีกว่า

ประการที่สอง ข้อสัญญาดังกล่าวทำให้ผู้เช่าต้องซื้อสินค้าที่ผู้เช่าไม่ได้ต้องการ

ประการที่สาม ข้อกำหนดดังกล่าวอาจทำให้บริษัท IBM มีโอกาสแผ่ขยายเข้าไปมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าชนิดอื่นได้

ด้วยเหตุผลทั้งสามประการทำให้ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินให้ข้อกำหนดสัญญาของบริษัท IBM เป็นข้อกำหนดที่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาการขายควบทุกสัญญาก็มิใช่จะเป็นการผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือแข่งขันทางการค้าเสมอไป เพราะในบางข้อสัญญาที่แม้จะมีลักษณะของการขายควบเช่น การให้บริการวิสัญญีแพทย์ควบกับการวางยาสลบคนไข้ก็ไม่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากการขายควบเช่นนี้ทำให้คนไข้มีวิสัญญีแพทย์ที่พร้อมวางยาสลบเพื่อทำการรักษาตลอดเวลาจึงเป็นประโยชน์กับคนไข้มากกว่า เกิดประสิทธิภาพมากกว่า ดังนั้น การจะพิจารณาว่าข้อสัญญาขายควบกรณีใดเป็นก็ขัดต่อกฎหมายแข่งขันหรือไม่ศาลฎีกาก็จะใช้หลัก (Rule of reason) ในการพิจารณาประกอบด้วย มิใช่การแพ่งเล็งถึงการมีข้อสัญญาขายควบแต่เพียงประการเดียว

(4) การห้ามประกอบธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น เป็นกรณีของผู้ประกอบกิจการได้กำหนดห้ามร้านตัวแทนจำหน่ายสินค้าของบริษัทตนขายหรือจำหน่ายสินค้าของบริษัทคู่แข่งอื่น ทำการปิดกั้นช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งทำให้บริษัทคู่แข่งไม่สามารถนำสินค้าของตนเข้าสู่ตลาดเพื่อแข่งขันได้ แต่การจะพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่มิใช่พิจารณาเพียงข้อสัญญาเพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการแข่งขันของตลาดด้วยว่าเพิ่มขึ้นหรือลดลง เพราะหากข้อสัญญาดังกล่าวทำให้ตลาดมีการแข่งขันสูงที่ขึ้นหรือมีประสิทธิภาพดีขึ้น ข้อกำหนดดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

(5) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (Price Discrimination) เป็นกรณีผู้ประกอบการตั้งราคาสินค้าของบริษัทตนในราคาที่สูงในเขตพื้นที่ที่ผู้บริโภคนิยมบริโภคสินค้าหรือบริการของตน แต่กลับตั้งราคาสินค้าของบริษัทตนในราคาที่ต่ำในเขตพื้นที่ที่ผู้บริโภคไม่นิยมบริโภคสินค้าหรือบริการของตน เพื่อให้ตนได้ส่วนแบ่งทางการตลาดที่สูงขึ้น โดยวิธีการนำเอากำไรที่ได้จากการตั้งราคาสูงจากเขตพื้นที่ที่

ผู้บริโภคนิยมบริโภคสินค้าของตนมาเฉลี่ยกับการขาดทุนจากการลดราคาในเขตพื้นที่ที่ผู้บริโภคไม่
นิยมบริโภคสินค้าหรือบริการของตน จากพฤติกรรมการตั้งราคาที่แตกต่างกันนี้เองที่ทำให้ผู้ประกอบการที่มี
มีต้นทุนในการประกอบกิจการน้อยกว่าต้องออกจากตลาดไปเพราะไม่สามารถแย่งชิงส่วนแบ่ง
การตลาดมาได้

(6) การควบรวมกิจการและการซื้อกิจการในแนวดิ่ง เป็นกรณีผู้ประกอบการในตลาดแรกทำการ
ควบรวมหรือซื้อกิจการในตลาดหลัง เช่นบริษัทผลิตรองเท้าซื้อกิจการของร้านขายปลีก ทำให้
บริษัทผู้ผลิตรองเท้าสามารถควบคุมจำนวนและราคาของรองเท้าที่ขายปลีกได้ หากมีการซื้อกิจการของ
ร้านขายรองเท้าที่มากพอ หรือกรณีนำกำไรจากการประกอบธุรกิจในระดับอื่น เช่นการขายส่ง ไปใช้
ลดราคาขายต่อรองเท้า ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันที่สมบูรณ์ในตลาดรองเท้าขายปลีกได้

เมื่อศึกษาพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวนอนและในแนวดิ่งตามที่ได้กล่าวมาจะ
พบว่า พฤติกรรมทั้งหมดเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ การใช้
อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาดที่ไม่เป็นธรรมนั้นทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้หรือ
ทำงานได้ไม่เต็มประสิทธิภาพและทำให้การพัฒนาทางเศรษฐกิจหยุดชะงัก อีกทั้งผลกระทบจาก
พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนี้ยังทำให้ไม่เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี เพราะผู้ประกอบการที่มี
อำนาจผูกขาดไม่ตกอยู่ภายใต้แรงกดดันจากการแข่งขันในตลาดจึงไม่จำเป็นต้องพัฒนาเทคโนโลยีและ
คุณภาพสินค้าเพื่อจะให้แข่งขันได้ ส่งผลให้ท้ายที่สุดแล้วผลกระทบตกแก่ผู้บริโภค กล่าวคือ ผู้บริโภค
จำต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูง แต่มีคุณภาพที่ไม่เหมาะสมกับราคา ดังนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาด
และการแข่งขันทางการค้าจึงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐบาลที่จะรักษาระดับการแข่งขันในตลาด ทำ
ให้กลไกราคาสามารถทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ทำให้การจัดสรรทรัพยากรเกิดประโยชน์สูงสุด
และยังทำให้เกิดการพัฒนาด้านเทคโนโลยีและคุณภาพของสินค้าซึ่งท้ายที่สุดแล้วประชาชนจะเป็นผู้
ได้รับประโยชน์ และทำให้เกิดการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่อง

2.4 หลักการทั่วไปของกฎหมายอาญา

2.4.1 เอกลักษณะของกฎหมายอาญา⁷²

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษ
สำหรับความผิดนั้น เป็นกฎหมายที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล เพราะโทษตาม
กฎหมายอาญา ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้อง
มีการบัญญัติถึงการกระทำที่เป็นความผิดอย่างชัดเจน เพื่อให้ประชาชนที่ถูกบังคับใช้กฎหมายรู้ว่าการ
กระทำอย่างใดมีความผิด และรู้ว่าเมื่อกระทำการนั้นแล้วตนจะได้รับโทษเช่นไร

⁷² เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า.16-17.

จากเหตุผลดังกล่าว จึงเกิดหลักสำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ซึ่งมาจากภาษาละตินคำว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor Punishment without law” ซึ่งเป็นหลักในการรับรองว่า การกระทำของบุคคลใดจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้ ก็ต่อเมื่อกระทำการนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิด และกำหนดโทษเอาไว้ ดังนั้น โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นโทษที่มีการกำหนดไว้ก่อนส่งผลให้ไม่สามารถบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเพื่อลงโทษแก่บุคคลใดได้ ดังปรากฏในมาตรา 2 วรรคแรกประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

เมื่อตีความหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen nulla poena sine lege) จะพบว่า ความรับผิดของบุคคลจะต้องมีกฎหมายระบุความผิดและระบุโทษไว้ ศาลไม่อาจลงโทษบุคคลหนักไปกว่าโทษที่ระบุเอาไว้ในกฎหมายขณะความผิดเกิดได้⁷³ แม้ว่าภายหลังกฎหมายมีการแก้ไขและระบุให้การกระทำอย่างเดียวกันมีโทษหนักขึ้นก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคล

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้เป็นหลักที่เป็นสากล ที่ได้รับการยอมรับจากประเทศที่ปกครองโดยกฎหมายทั่วโลก ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ในกฎหมายภายในประเทศเช่นเดียวกัน นั่นคือ การบัญญัติรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับสูงสุดซึ่งกฎหมายอื่นจะบัญญัติให้มีหลักการหรือเนื้อหาขัดหรือแย้งไม่ได้ หลักการรับรองเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁷⁴ ได้บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ก็ได้อีกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไทยเช่นเดียวกัน ซึ่งหลักการนี้อาจเรียกสั้น ๆ ได้ว่า “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

2.4.2 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายอาญาเป็นหลักที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยกำหนดว่า บุคคลใดจะได้รับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อมี

⁷³ G. Williams, "Criminal Law และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 11 (2)," p.606. อ้างถึงใน เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสมยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า.16-17.

⁷⁴ มาตรา 39 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

กฎหมายในขณะกระทำความผิดบัญญัติว่า การกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้จะ บัญญัติกฎหมายย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคลใดมิได้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นต้องเป็นโทษที่ กำหนดเอาไว้ชัดเจนแน่นอน ต้องปราศจากการต้องตีความหรือนำกฎหมายที่มีลักษณะความผิด ไกลเคียงกันมาลงโทษบุคคล โดยรายละเอียดของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย สามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 4 หัวข้อย่อยดังต่อไปนี้

2.4.3 หลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษ เอาไว้ชัดเจน

การที่จำต้องบัญญัติให้กฎหมายอาญาชัดเจนและแน่นอนก็เพราะว่า การลงโทษทางอาญา เป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ ชัดเจนแน่นอนที่สุด เท่าที่จะสามารถทำได้ กล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยง ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่าย นิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตาม อำนาจใจหรือความรู้สึกของตน ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่ขาดความชัดเจนแน่นอนที่อาจแก้ไข เพิ่มเติมให้ดีกว่าเดิมได้ ตามมาตรา 297 วรรคสองในถ้อยคำที่ว่า “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” นั้นใน บางคดีเป็นปัญหาเสมอ ๆ เพราะในหลาย ๆ กรณีดูจะเป็นเรื่องทาง “อัตตะวิสัย”(subjektiv) อยู่มาก เพราะการจะลงความเห็นว่าป็นอันตรายสาหัสหรือไม่นั้นในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของระยะห่างไกลที่ สามารถมองเห็นได้ชัดว่าเป็นกรณี “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัวแล้วหรือไม่”⁷⁵

2.4.4 หลักห้ามใช้จารีตประเพณีลงโทษบุคคล

จารีตประเพณี เป็นแนวทางปฏิบัติของคนในสังคมมาเป็นเวลายาวนานซึ่งไม่มีการเขียนไว้ อย่างชัดเจน แต่ละสังคม แต่ละท้องถิ่น ย่อมมีแนวทางปฏิบัติหรือจารีตประเพณีไม่เหมือนกัน ดังนั้น หากไม่มีการนำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายที่กำหนดให้เป็นความผิดแล้ว ย่อมไม่ สามารถนำหลักการหรือจารีตประเพณีมาลงโทษบุคคลได้ เพราะบุคคลย่อมไม่รู้อย่างแน่นอนชัดเจน ว่า การกระทำของตนเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จารีตประเพณีจะไม่ สามารถนำมาใช้ลงโทษบุคคลได้ แต่จารีตประเพณีอาจมาใช้ยกเว้นโทษหรือยกเว้นความผิดได้ เช่น การเล่นน้ำในวันสงกรานต์ หรือการส่งเสียงดังหลังเที่ยงคืนในวันฉลองปีใหม่เช่นนี้ถือว่าจารีต ประเพณีช่วยยกเว้นความผิดตามกฎหมาย

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1663/2494, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 589/2510 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา

2.4.5 หลักห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษบุคคล (Analogy)

การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญามีเหตุผลเดียวกับการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ การจะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดกระทำหนึ่งนั้นชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติในการตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการจะลงโทษการกระทำใดกระทำหนึ่งหรือไม่ นั้นขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งความรู้สึกนี้เป็นความรู้สึกในทางอัตตะวิสัย (subjektiv) ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา และเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง ซึ่งเหตุผลประการหลังนี้เป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา ยกตัวอย่างกรณีการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อลงโทษบุคคลที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “การที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้ เป็นการล่วงล้ำเข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์โดยปกติสุขตามมาตรา 362 แล้ว”⁷⁶

คำวินิจฉัยนี้เป็นการตีความเกินตัวบท ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ เห็นว่าไม่ใช่หลักที่จะใช้ในการตีความกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคล⁷⁷

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายต่าง ๆ เมื่อบัญญัติขึ้นมาแล้ว อาจมีช่องว่างในการบังคับใช้ได้ แต่หากกรณีกฎหมายอาญามีช่องว่างในการบังคับใช้ ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง เพราะตามหลักกฎหมายอาญาจะต้องมีการพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีช่องว่างจึงนับว่ายังมีข้อสงสัยจึงต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยและยกฟ้องไป และปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตัดสินใจดำเนินการแก้ไขช่องว่างนั้น แต่หากกรณีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นในคดีแพ่งแล้ว การบังคับใช้กฎหมายจะเป็นทิศทางตรงกันข้ามกล่าวคือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักว่า “ศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายที่จะปรับใช้บังคับกับคดีไม่ได้” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการรับรองเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้ากฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงหนึ่งในที่มาของกฎหมายแพ่ง ซึ่งตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้การ

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา 1/2512 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁷⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า. 84-94.

กระทำผิดตามกฎหมายอาญา เช่น การเอารถยนต์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ตี⁷⁸ และการลักกระแสน้ำไฟฟ้าก็ตี⁷⁹ ศาลอาญาจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษทั้งสองกรณีดังกล่าวนั้น เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการต้องห้ามตามหลักกฎหมายอาญา⁸⁰

แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องการตีความในการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเอาไว้ดังนี้ “การห้ามอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางกฎหมายอาญานั้นห้ามเฉพาะการอาศัยเปรียบเทียบ (Analogy) เพื่อเป็นโทษแต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ (extensive interpretation) แม้จะเป็นการขยายความเพื่อเป็นโทษก็ตาม” ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี ก็ยอมให้มีการตีความดังกล่าวได้⁸¹ กล่าวคือ สำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้น กฎหมายห้ามแต่เพียงการใช้เทียบบทใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) เท่านั้น แต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ เพราะเหตุว่าเป็นการยากที่จะกะเกณฑ์คาดการณ์และเล็งเห็นกรณีต่าง ๆ ล่วงหน้าไปเสียทุกอย่าง

ดังนั้น โดย Spirit ของกฎหมายแล้วในการที่จะใช้บทกฎหมายบังคับแก่กรณีต่าง ๆ มากมาย เช่นนี้ ถ้าหากประสงค์ให้บทบัญญัตินั้นมีผลได้อย่างแท้จริงสมดังที่ผู้ร่างปรารถนาก็เห็นจะต้องยอมรับให้มีการตีความโดยขยายความได้แม้ในกรณีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเพราะถ้าจะพิจารณากันให้ลึกซึ้งลงไป การตีความโดยขยายความสำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นยอมทำได้ เนื่องจากไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม หากแต่เป็นเพียงทำให้ความหมายที่ขาดไปเนื่องจากความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ตามเจตนาของผู้ร่างเท่านั้นเอง ซึ่งศาลฎีกาเองก็ได้เดินตามความคิดอันนี้อยู่ อันจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ซึ่งวินิจฉัยว่าการลักกระแสน้ำไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์ ทั้ง ๆ ที่ถ้าจะถือหลักการตีความโดยเคร่งครัดตามความคิดเห็นของกฎหมายไทยแล้ว ไม่มีทางที่จะแปลได้เลยว่ากระแสน้ำไฟฟ้าเป็นทรัพย์ เว้นแต่จะยอมรับหลักการตีความโดยการขยายความเช่นเดียวกับหลักกฎหมายอิตาลีเช่นข้างต้น”⁸²

และในเรื่องการตีความโดยขยายความนั้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็มีความเห็นว่า “ไม่หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินการตามตัวอักษรเป็นเถรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความ

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2514 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2510 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁸⁰ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญากฎหมายทั่วไป, หน้า 84-94.

⁸¹ อักษราท จุฬารัตน, "หลักการทั่วไปของการตีความกฎหมายอิตาลี," วารสารนิติศาสตร์ (2512).

⁸² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญากฎหมายทั่วไป, หน้า 84-94.

ตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้าการตีความโดยขยายความเป็นแต่การตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้”

2.4.6 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หากไม่มีกฎหมายในขณะกระทำความผิดไว้เป็นความผิด แม้อีกกฎหมายที่ได้บัญญัติในภายหลัง กำหนดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ผู้กระทำการนั้นย่อมไม่เป็นผู้กระทำความผิด และไม่ต้องรับโทษจากการกระทำนั้น อย่างไรก็ตามหากเป็นเพียง “มาตรการทางกฎหมาย” ไม่ได้มีผลเป็นโทษทางอาญาเช่นการถอนสัญชาติ⁸³ หรือการตัดสิทธิเลือกตั้งเพื่อจำกัดสิทธิของผู้ทุจริต⁸⁴ การริบทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดิน สามารถย้อนหลังไปบังคับได้เพราะมิใช่การลงโทษทางอาญา⁸⁵

ข้อยกเว้น กฎหมายอาญาอาจใช้ย้อนได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายยกเลิกความผิด (มาตรา 2 วรรคสอง) มีผลคือ ผู้กระทำพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และหากมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด เพราะการกระทำนั้นกฎหมายใหม่เห็นว่าไม่เป็นความผิดแล้ว
2. กฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด (มาตรา 3) เป็นกรณีกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดให้การกระทำใดเป็นความผิด แต่ต่อมากฎหมายที่ใช้ในภายหลังเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดมากกว่า กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้ถึงกับยกเลิกความผิด เหมือนกรณีตามมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา แต่ได้บัญญัติแตกต่างจากกฎหมายเดิมซึ่งสิ่งที่แตกต่างกันนี้เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่า เช่น มีโทษน้อยกว่า หรืออัตราโทษต่ำกว่า หรือเป็นความผิดสำเร็จได้ยากกว่า เช่นนี้สามารถใช้กฎหมายย้อนหลังได้
3. กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย (มาตรา 12) กฎหมายนี้ไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดและโทษโดยตรง แต่กำหนดวิธีการที่จะนำมาใช้กับบุคคล ผู้กระทำความผิดว่าเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดมากเพียงไร วิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้สามารถนำมาใช้ได้ทันที เพราะไม่ใช่โทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด วิธีการเพื่อความปลอดภัยสามารถใช้ได้ในขณะศาลพิพากษาแม้ในขณะขณะกระทำความผิดไม่มีก็ตาม
4. กฎหมายวิธีพิจารณาความ ตามปกติแล้วกฎหมายวิธีพิจารณาความไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ก่อน ดังนั้น กฎหมายอันเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความจึงสามารถบังคับใช้กับได้ทันที

⁸³ พินักษฎีกาที่ 644/2534 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁸⁴ คำพิพากษฎีกาที่ 9083/2544 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁸⁵ คำพิพากษฎีกาที่ 219/2539 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

เพราะเป็นขั้นตอนการดำเนินงานซึ่งจะต้องนำมาใช้ตามความเหมาะสมในขณะนั้น ๆ⁸⁶ ดังนั้น ฎหมายวิธีพิจารณาศึความที่ออกมาใหม่ย่อมเหมาะสมสอดคล้องกับสภาวะในปัจจุบัน มากกว่าฎหมายวิธีพิจารณาศึความที่ใช้ในขณะกระทำความผิด จึงสามารถนำมาใช้บังคับกับคดีนั้นได้ทันที เพราะไม่ใช่ฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้

2.5 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างฎหมายแข่งขันทางการค้าและฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

จากการศึกษาทั้งฎหมายแข่งขันทางการค้าและฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะพบว่าฎหมายแข่งขันทางการค้าและฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาถึงแม้ว่าจะแยกออกเป็น 2 ระบบฎหมาย แต่ฎหมายทั้งสองระบบนี้ก็มิใช่เป้าหมายที่ซ้อนทับกันอยู่ กล่าวคือ ฎหมายทั้งสองระบบมีเป้าหมายระยะยาวที่สอดคล้องกัน คือ ต้องการส่งเสริมการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ นวัตกรรมใหม่ ๆ และพัฒนาด้านเศรษฐกิจ แต่เป้าหมายระยะสั้นของฎหมายทั้งสองระบบกลับขัดกัน กล่าวคือ กล่าวคือ ฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) ส่วนเป้าหมายของฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาคือ การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นอย่างเต็มที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพราะเชื่อว่าการตอบแทนเช่นนี้จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้มีการลงทุนลงแรง ในการประดิษฐ์นวัตกรรมใหม่ ๆ ซึ่งจะส่งผลให้สังคมมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น อีกทั้งการให้สิทธิผูกขาดแก่ผู้ทรงสิทธิจะทำให้เกิดแรงกระตุ้นจากบุคคลอื่น ๆ พยายามคิดค้นนวัตกรรมใหม่ ๆ เพื่อนำมาใช้ผลิตสินค้าหรือบริการที่ถูกผูกขาดโดยผู้ทรงสิทธิ⁸⁷ ทำให้ผู้ทรงสิทธิที่ทำการผูกขาดต้องพัฒนาตัวเอง พัฒนาคุณภาพสินค้าเพื่อให้สามารถแข่งขันในตลาดได้ และในท้ายที่สุดแล้วผู้บริโภคก็จะได้รับประโยชน์

จากมุมมองความขัดแย้งของนโยบายที่อยู่เบื้องหลังเป้าหมายของฎหมายทั้งสองทำให้เกิดความขัดแย้งที่เป็นรูปธรรมระหว่างฎหมายทั้งสองได้ดังต่อไปนี้

1. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (to misuse)

⁸⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2548 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

⁸⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 331-332.

2. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market power) อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในการเพิ่มอำนาจตลาดให้กับตนเอง หรือใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการใช้เกินกว่าอำนาจผูกขาดที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (to abuse)⁸⁸
3. เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับผู้อื่นโดยการทำสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (in restraint of trade) หรือบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีผลในแง่ลบต่อการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีหรือความรู้อื่น ๆ ซึ่งเรียกว่า “การจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Restrictive contract)”

จากความขัดแย้งดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งโดยธรรมชาติแล้วเป็นสิทธิในการผูกขาด แต่ไม่ใช่การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกกรณีจะต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าเสมอไป เฉพาะการใช้สิทธิที่เกินกรอบหรือขอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนด หรือใช้สิทธิในทางที่ไม่ชอบธรรมจนส่งผลเป็นเป็นการผูกขาด กีดกัน หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เนื่องจากการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เป็นหัวใจสำคัญของการพัฒนาธุรกิจ และพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไป ดังนั้น ยิ่งมีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เกิดขึ้นมากเท่าใดก็ยิ่งทำให้การแข่งขันของธุรกิจในตลาดทั้งตลาดระดับประเทศ และตลาดระดับท้องถิ่นสูงมากขึ้นเท่านั้นซึ่งการแข่งขันนี้จะทำให้เกิดการปรับตัวของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้อำนาจแข่งขันกับผู้อื่นและช่วงชิงส่วนแบ่งการตลาดได้ ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจจำต้องพัฒนาตัวเองทั้งในด้านเทคโนโลยีและคุณภาพสินค้าของตัวสินค้าอยู่ตลอดเวลา ซึ่งในท้ายที่สุดจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคที่จะได้บริโภคสินค้าที่มีคุณภาพในราคาที่สมเหตุสมผล

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์ตามที่กล่าวข้างต้นนั้น จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการบังคับใช้ทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกันและสอดรับกันไป กล่าวคือ กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต้องรับรองสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ให้ผู้ประดิษฐ์ หรือผู้สร้างสรรค์ให้เขาสามารถแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่เขาสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์ขึ้นได้อย่างเต็มที่ภายในชั่วระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ ทั้งยังต้องรับรองว่าบุคคลภายนอกจะไม่สามารถเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่เขาสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์ขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ในขณะเดียวกัน กฎหมายแข่งขันทางการค้าก็ต้องเข้ามาควบคุม กำหนดกฎเกณฑ์การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เพราะโดยปกติแล้ว

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิผูกขาดตามธรรมชาติและผู้ผูกขาดนั้นมีแนวโน้มที่จะใช้สิทธิผูกขาดของตนในการเพิ่มอำนาจตลาดเพื่อให้ตนได้มาซึ่งสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ในตลาดทรัพย์สินทางปัญญาชนิดนั้น ๆ ทั้งนี้รวมถึง การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำการผูกขาดเพื่อกีดกันมิให้คู่แข่งรายอื่นสามารถเข้าสู่ตลาดมาแข่งขันกับตนได้ หรือใช้สิทธิในลักษณะกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังนั้น เพื่อให้เป้าหมายและเจตนารมณ์ของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันได้แก่ การส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี และทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับผู้บริโภค จำเป็นที่จะต้องสร้างให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และในขณะเดียวกันต้องมีการควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธินั้นไม่ให้เกินขอบเขตและส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า และระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม ซึ่งภารกิจดังกล่าวเป็นหน้าที่ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ต้องเข้ามากำกับดูแลให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวไปข้างต้นเหล่านั้น⁸⁹

จากการที่ต้องสร้างความสมดุลระหว่างการบังคับใช้กฎหมายกฎหมายแข่งขันทางการค้าและการรับรองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สิ่งหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงเสมอคือ ในปัจจุบันผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามักจะสร้างอำนาจตลาดผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) โดยสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเหล่านี้จะช่วยสร้างและขยายอำนาจตลาดของผู้ทรงสิทธิทำให้ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเป็นที่รู้จักในตลาดมากขึ้น ทั้งยังสร้างรายได้มหาศาลให้กับผู้ทรงสิทธิผ่านการเก็บค่าใช้สิทธิ(Royalty fee) อีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ นั้นผู้ทรงสิทธิมักจะทำการกำหนดข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่มีลักษณะบีบบังคับ หรือจำกัดความสามารถการแข่งขันของผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ จนในท้ายที่สุดผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับประโยชน์จากการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเหล่านั้นเพียงผู้เดียว ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิไม่ได้รับประโยชน์จากการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามที่ตั้งใจเอาไว้เท่าที่ควร

จากภาพความขัดแย้งทางนโยบายที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงเกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจคือ หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนในลักษณะของเกินขอบเขตหรือขอบวัตถุประสงค์ของทรัพย์สินทางปัญญา (to misuse) หรือใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาในการเพิ่มอำนาจตลาดให้กับตนเองเกินกว่าอำนาจผูกขาดที่กฎหมายให้ไว้ (to abuse) หรือมีการรวมกลุ่มการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อกีดกันผู้ประกอบการอื่นให้ออกจากตลาด (in restraint of trade) ประเทศไทยจะมีมาตรการบังคับทางกฎหมายอย่างไร

⁸⁹ Paul Edward Galler, "International Intellectual Property Conflicts of Law and Internet Remedies." [Online]. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=218133

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาแล้วพบว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าโดยตรงของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดเลยที่ให้อำนาจนำเอาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปบังคับใช้กับกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตหรือขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งแตกต่างจากประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ที่มีบทบัญญัติพิเศษที่บัญญัติเอาเกี่ยวกับเรื่องนี้เอาไว้โดยเฉพาะ ส่งผลให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมของประเทศดังกล่าวสามารถนำกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับกับกรณีข้างต้นได้โดยชัดเจนปราศจากข้อสงสัย และมีกรณีศึกษาเกิดขึ้นมากมาย

นอกจากนี้ยังพบว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของทั้งประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ยังได้สร้างแนวปฏิบัติ (Guideline) เพื่ออธิบายว่า การใช้สิทธิในลักษณะใดที่สามารถกระทำได้ภายใต้กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การใช้สิทธิในลักษณะใดที่มีลักษณะสุ่มเสี่ยงจะเป็นการใช้เกินขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันจะส่งผลกระทบต่อเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งแนวปฏิบัติเหล่านี้ช่วยสร้างความชัดเจนแก่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น เมื่อย้อนพิจารณากลับมาที่ประเทศไทยจะได้ทราบว่า ประเทศไทยมีแนวปฏิบัติในการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกับที่ต่างประเทศมีหรือไม่ หากมี แนวปฏิบัติดังกล่าวมีความเหมาะสมอย่างไรกับสภาวะการณ์บังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน และหากเห็นควรมีการแก้ไขแนวปฏิบัติดังกล่าว ควรมีการแก้ไขไปในทิศทางใดจึงจะเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันมากที่สุดซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเป็นคำตอบของโจทย์ที่เราได้ตั้งไว้ในเรื่องยกระดับการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้

บทที่ 3

การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกรณีการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของต่างประเทศ

3.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวปฏิบัติและกรณีศึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศญี่ปุ่น

3.1.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

3.1.1.1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

ลัทธิทุนนิยมในประเทศญี่ปุ่นเกิดขึ้นหลังจากยุคการฟื้นฟูศิลปวิทยาการสมัยเมจิ ในปี 1868 ซึ่ง ณ เวลานั้นผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นต่างก็เริ่มมองหาเทคโนโลยีจากต่างประเทศเพื่อนำมาใช้ส่งเสริมการประกอบกิจการของตน ดังนั้น รัฐบาลในสมัยเมจิจึงได้ทำการปฏิรูปทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่ ซึ่งรวมไปถึงการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมสมัยใหม่ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 เริ่มเห็นการเติบโตทางด้านอุตสาหกรรมของภาคเอกชนอย่างเห็นได้ชัด และการเติบโตส่วนใหญ่มาจากกลุ่มธุรกิจครอบครัวที่มีชื่อว่า Zaibatsu ซึ่งประกอบไปด้วยกลุ่มธุรกิจใหญ่จำนวน 4 กลุ่มได้แก่ กลุ่ม Sumitomo, กลุ่ม Mitsui, กลุ่ม Mitsubishi และกลุ่ม Yasuda¹ โดยกลุ่มครอบครัวเหล่านี้ได้ทำข้อตกลงกันในเครือญาติกันว่าจะไม่แข่งขันกัน

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 รัฐบาลสมัยเมจิได้ส่งเสริมการเติบโต และสร้างความแข็งแกร่งของกลุ่มธุรกิจใหญ่ Zaibatsu ในหลาย ๆ ทาง เช่น การให้สัมปทานท่าเรือ และสัมปทานเหมืองแร่² และในแง่ของการบริหารแล้วกลุ่มผู้บริหารของ Zaibatsu มีการบริหารจัดการโดยการถือหุ้นระหว่างกันเองซึ่งส่งผลให้กลุ่มผู้บริหารเพียงกลุ่มเดียวสามารถควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของทั้งเครือธุรกิจของ Zaibatsu ได้หมด³ ซึ่งการกระทำเช่นเดียวกันนี้คล้ายกับพฤติกรรมผูกขาดซึ่งละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการแข่งขันทางการค้า (The Sherman Act) ในปี 1890 ของประเทศสหรัฐอเมริกา

¹ Hirpshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Law of Japan* (1983). pp 1-4.

² Ibid.

³ Ibid.

แต่อย่างไรก็ตาม กลุ่ม Zaibatsu ก็ไม่ได้ทำการผูกขาดเพียงธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งเพียงธุรกิจเดียว⁴ ในเวลานั้นการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดก็เริ่มเกิดขึ้นมากมายในธุรกิจอื่น ๆ ด้วย⁵ จึงเกิดคำถามในเรื่องคุณภาพของสินค้ากับการขึ้นราคา หรือการลดปริมาณการผลิตเพื่อขึ้นราคาสินค้า ซึ่งพยานหลักฐานในเวลานั้นบ่งชี้ไปว่า บริษัทที่แข็งแกร่งมักจะใช้ระบบอุปถัมภ์ระหว่างบริษัทในเครือกันเองมากกว่ากระตุ้นให้เกิดการแข่งขันให้ผลิตสิ่งใหม่ ๆ หรือเพิ่มคุณภาพสินค้าเพื่อกระตุ้นคู่แข่งในตลาด⁶

ในช่วงภาวะเศรษฐกิจตกต่ำหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาด (Cartel) เริ่มมีมากขึ้นในธุรกิจซีเมนต์ ทองแดง เหล็ก เนื้อผลไม้ และธุรกิจผ้าขนสัตว์ ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นในเวลานั้นได้ยินยอมให้มีการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาด (Cartel) ได้เพื่อรักษาอำนาจตลาด ตามนโยบายการรักษาเสถียรภาพขององค์กรทางธุรกิจและจำกัดการแข่งขัน⁷ จากนั้นได้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นอีก 2 ฉบับในปี 1925 เพื่อให้อำนาจรัฐบาลในการยอมรับให้การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดเป็นวิธีหนึ่งในการแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจได้ และเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดด้วย⁸ ผลจากการประกาศใช้กฎหมาย 2 ฉบับทำให้อัตราการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดที่ขอบด้วยกฎหมายเพิ่มขึ้นจาก 20 คดีในปี 1925 เป็น 850 คดีในปี 1936⁹

นอกจากนี้กฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายควบคุมอุตสาหกรรมที่สำคัญ (The Important Industries Control Act) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันที่รุนแรงมากของบริษัทใหญ่ ๆ และให้อำนาจรัฐบาลในการควบคุม และแนะแนวทางการประกอบธุรกิจของบริษัทใหญ่ ๆ จากการตรากฎหมายฉบับนี้ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอุตสาหกรรมที่สำคัญมากกว่า 20 ประเภท

ในช่วงระยะเวลาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐบาลได้มีการตรากฎหมายเพื่อเพิ่มความแข็งแกร่งให้กับกลุ่มธุรกิจธนาคารภายในระยะเวลาไม่นานหลังจากนั้น กลุ่ม Zaibatsu ก็ได้เข้าสู่กลุ่มธุรกิจธนาคารและกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจกลุ่มนี้ การเข้าสู่กลุ่มธุรกิจธนาคารนี้ทำให้กลุ่ม Zaibatsu มีอำนาจเหนือตลาดในหลายกลุ่มธุรกิจที่สำคัญ และทำให้รัฐบาลญี่ปุ่นต้องพึ่งพาการผลิตจากกลุ่ม Zaibatsu เป็นอย่างมากในช่วงระยะเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2

⁴ John O. Haley, "Antritrust in Germany and Japan," (2001). pp. 10-11.

⁵ Akira Kudo & Terushi Hara, "International Cartels in Business History: Proceeding of the Fuji Conference," (1992).

⁶ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Law of Japan* (1983). pp 1-4.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

ถึงแม้ว่าในช่วงระยะเวลาาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศญี่ปุ่นจะมีผู้ประกอบการรายย่อยจำนวนมาก แต่ด้วยความแข็งแกร่งด้านอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มธุรกิจของ Zaibatsu และการได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลในหลาย ๆ เรื่องกลุ่มธุรกิจ Zaibatsu จึงมีความแข็งแกร่งเหนือกว่ากลุ่มผู้ประกอบการอื่นอย่างสิ้นเชิงในช่วงปี 1930 จนถึงระยะเวลาสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งความแข็งแกร่งนี้ได้รวมไปถึงธุรกิจอุตสาหกรรมสิ่งทอ อุตสาหกรรมยานยนต์ และชิ้นส่วนรถยนต์ด้วย

ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประธานาธิบดีแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งอยู่ในฐานะผู้นำสูงสุด(Supreme Commander) ของกลุ่มประเทศผู้ชนะสงครามในเวลานั้น ได้แถลงนโยบายในเดือนตุลาคม ปี 1945 ว่า การจะปฏิรูประบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นให้สำเร็จได้ต้องมีการสลายตัวของการรวมกลุ่มทางธุรกิจโดยเฉพาะกลุ่มธุรกิจอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ซึ่งรวมไปถึงการรวมกลุ่มทางธุรกิจด้านการเงินการธนาคาร เพราะกลุ่มธุรกิจเหล่านี้ได้ครอบงำทิศทางของธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในประเทศญี่ปุ่น¹⁰ หลังจากนั้น The Supreme Command for the Allied Powers (SCAP) หรือกลุ่มประเทศที่ชนะสงครามในเวลานั้นได้เดินตามคำแนะนำของประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาโดยการตรากฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการชำระบัญชีเพื่อสลายอำนาจกลุ่มธุรกิจ Zaibatsu ซึ่งผลจากการจัดตั้งคณะกรรมการดังกล่าวทำให้สมาชิก 56 คนของกลุ่ม Zaibatsu ถูกบังคับให้ขายหุ้นในบริษัทของตน และผู้บริหารในเครือของกลุ่ม Zaibatsu ประมาณ 2,200 คนถูกให้ออกจากงาน นอกจากนี้ยังมีการตรากฎหมายต่อต้านกลุ่ม Zaibatsu (The Act for Termination of Zaibatsu Family Control ปี 1948) ซึ่งห้ามมิให้สมาชิกครอบครัวของกลุ่ม Zaibatsu ดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหารของบริษัทในเครือที่ถือหุ้นด้วย

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (AMA) ได้ถูกบัญญัติขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เพื่อปฏิบัติตามนโยบายการสลายอำนาจของกลุ่มธุรกิจ (Dissolution of Holding Companies) ที่ครอบงำอำนาจทางเศรษฐกิจส่วนใหญ่ของญี่ปุ่นอยู่ในเวลานั้นซึ่งก็คือ กลุ่ม Zaibatsu ซึ่งเป้าหมายหลักของกฎหมายฉบับนี้คือ การจำกัดการผูกขาด กำจัดการรวมกลุ่มของคณะกรรมการบริษัทโดยไม่ชอบ การถือหุ้นไขว้เพื่อเป็นเจ้าของโดยไม่ชอบ การแบ่งแยกผู้ประกอบการธุรกิจกลุ่มธนาคารออกจาก กลุ่มการค้า กลุ่มอุตสาหกรรม กลุ่มเกษตรกรรม และควบคุมกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจกลุ่มธนาคารให้มีปฏิบัติที่เท่าเทียมต่อบริษัทหรือบุคคลธรรมดาซึ่งแต่เดิมให้ความสำคัญแต่กับกลุ่มผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ทั้งนี้เพื่อให้กลุ่มผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถแข่งขันอย่างเสมอภาคได้ โดยกระทรวงการคลังระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (MITI) เป็นผู้ร่วมนำกฎหมายนี้ไปบังคับใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติร่วมกับ SCAP

¹⁰ John O. Haley, "Antitrust in Germany and Japan," (2001). pp. 10-11.

ในส่วนของวัตถุประสงค์หลักในการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น (AMA) คือ

1. เพื่อการส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (to promote free and fair competition)
2. เพื่อกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจของกลุ่มธุรกิจ (to encourage business activities of enterprises)
3. เพื่อเพิ่มระดับการจ้างงานและรายได้ของประชาชนให้สูงขึ้น (to heighten the level of employment and the peoples real income)
4. เพื่อส่งเสริมความเสมอภาคและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศเช่นเดียวกันกับการส่งเสริมประโยชน์ของผู้บริโภค (to promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as to assure the interests of consumers in general)

เนื้อหาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า (AMA) จึงเป็นกฎหมายที่ห้ามเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of trade) การผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization) ซึ่งรวมไปถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuses of a dominant position) การกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practices) การใช้อำนาจต่อรองทางการค้าของผู้อื่นโดยมิชอบ (unjust use of ones bargaining power) และการจัดตั้งบริษัทเพื่อการเข้าถือหุ้นบริษัทอื่นด้วย (The formation of holding companies)

3.1.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น¹¹

เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ตั้งอยู่บนเกาะซึ่งประชากรที่อยู่บนเกาะนี้ส่วนใหญ่เป็นกลุ่มประชากรที่มีชาติพันธุ์อย่างเดียวกัน ในเวลานั้นลัทธิขงจื้อได้แพร่อิทธิพลเป็นอย่างมากในประเทศญี่ปุ่น ทั้งอิทธิพลในด้านการสร้างความกลมกลืนและระบอบการปกครองของประเทศ แต่โดยพื้นฐานทางวัฒนธรรมของชาวญี่ปุ่นจะมีการเปิดรับวัฒนธรรมจากชาวต่างชาติอยู่แล้ว ดังนั้น การปกครองในเวลานั้นจึงเป็นในลักษณะการดำเนินระบบเศรษฐกิจแบบอนุรักษนิยม แต่ก็มีมีการเปิดรับแนวคิดระบบเศรษฐกิจในรูปแบบอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่นในศตวรรษที่ 16 ที่มีการวางนโยบายแบบ “rakuichi rakuza” (free market free Guild) ในยุคของ Nobunaga (1534-1562) และ Toyotomi

¹¹ Hiroshi Iyori, "A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law," *Pacific Rim Law & Policy Association* Vol.4 No.1(1995).

Hideyoshi (1536-1598) ซึ่งหมายถึง การยกเลิกระบบการค้าเฉพาะกลุ่มให้เป็นการค้าเป็นเสรี ลดกำแพงการค้าที่มีระหว่างกลุ่มต่าง ๆ ละทิ้งวัฒนธรรมการค้าเดิม ๆ ที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของระบบการค้าแบบเสรี

ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดและระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเกิดขึ้นจริงในยุคสมัยฟื้นฟูเมจิ (the Meiji Restoration) โดยมีแนวคิดควบคู่ไปกับเศรษฐกิจแบบดั้งเดิม และในเวลาต่อมา เกิดแนวคิดว่าแข่งขันแบบเสรีจะช่วยส่งเสริมสวัสดิการของคนในประเทศ ทำให้แนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก¹² ดังนั้น เพื่อให้ประเทศขับเคลื่อนไปในทิศทางของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี รัฐบาลยุคสมัยเมจิได้วางรากฐานระบบกฎหมายแบบชาติตะวันตก และได้ทำสนธิสัญญาหลายฉบับ เพื่อให้ประเทศญี่ปุ่นเป็นที่รู้จักของชาติตะวันตก และเพื่อเปิดตลาดการค้ากับชาติชาวตะวันตก

ในยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศญี่ปุ่นมีการลดภาษีนำเข้าในอัตราไม่เกินกว่า 5% และเพื่อเป็นการเกาะกระแสของอำนาจตะวันตก รัฐบาลสมัยเมจิได้ดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจในทางส่งเสริมอุตสาหกรรม ภายใต้คำขวัญที่ว่า “ประเทศชาติร่ำรวย กองกำลังเข้มแข็ง” และนโยบายส่งเสริมอุตสาหกรรม เพิ่มการผลิตอีกมากมาย ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าวรัฐบาลจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับภาคธุรกิจ ซึ่งส่งผลให้เกิดการรวมตัวของกลุ่มธุรกิจอย่างเข้มแข็งเช่น กลุ่ม Zaibatsu ซึ่งรัฐบาลมองว่าการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดกันช่วยทำให้เศรษฐกิจมีเสถียรภาพและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อสาธารณะและไม่ผิดต่อกฎหมาย

ภายหลังประเทศญี่ปุ่นแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 กลุ่มประเทศผู้ชนะสงครามในเวลานั้น (The Supreme Commander for Allied Powers หรือ SCAP) ได้ยกเลิกบรรดากฎหมายที่ส่งเสริมระบบเศรษฐกิจแบบรวมศูนย์อำนาจ และพยายามที่จะสลายกลุ่ม Zaibatsu และกลุ่มผู้มีอิทธิพลทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม แม้จะได้รับการควบคุมจาก SCAP แต่รัฐบาลในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็ได้ดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจแบบที่มีมาแต่เดิม(ช่วงยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2) ผสมผสานกันไปกับนโยบายทางเศรษฐกิจแบบใหม่ ดังนั้น ระบบเศรษฐกิจหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสมซึ่งเป็นการผสมระหว่างระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและระบบเศรษฐกิจแบบรวมศูนย์ สิ่งเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนานโยบายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นในเวลาต่อมา

3.1.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกัน

การผูกขาดของญี่ปุ่น

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันที่เป็นธรรม (The Law on the Prohibition of Private

¹² Ibid.

Monopoly and the Maintenance of Fair Trade 1947) (โดยจากนี้ไปจะเรียกว่า AMA) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติขึ้นในวันที่ 14 เมษายน ปี ค.ศ.1947 และได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้มีความทันสมัยเรื่อยมา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด คือ การแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี 2002 โดยบทกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการรวบรวมกฎหมายสำคัญสองเรื่อง คือ กฎหมายว่าด้วยวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) ซึ่งบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 (9) และกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าและการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Private monopolization and unreasonable restraint of trade)

โดยเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองเรื่องเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องศึกษาควบคู่กันไปจึงจะเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง โดยกฎหมายทั้งสองเรื่องมีสาระสำคัญของกฎหมายซึ่งพอจะอธิบายได้โดยสังเขปดังต่อไปนี้

- 1.) กฎหมายว่าด้วยวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป มีมาตราสำคัญที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้
 - มาตรา 2(9)¹³ ซึ่งบัญญัติว่า การกระทำได้ต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดขวางต่อการแข่งขันทางการค้า และเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม
 - (1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
 - (2) การค้าขายด้วยค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม
 - (3) การชักชวนหรือบีบบังคับให้ลูกค้าหรือคู่แข่งต้องมาทำการค้ากับตนอย่างไม่เป็นธรรม
 - (4) ทำการค้าโดยตั้งเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการอื่นอันเป็นการผูกมัดทางธุรกิจ
 - (5) ทำการค้ากับผู้ประกอบการอื่นโดยใช้สถานะทางการตลาดของตนอย่างไม่เป็นธรรม

¹³ Article 2 (9) AMA any of following items, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair-Trade Commission:

- (i) Unjustly treat other entrepreneurs in a discriminatory manner;
- (ii) Dealing with unjust consideration;
- (iii) Unjustly inducing or coercing customers of a competitor to deal with oneself;
- (iv) Dealing with another party on such conditions as will unjustly restrict the business activities of the said party
- (v) Dealing with another party by unjust use of one's bargaining position;
- (vi) Unjustly interfering with a transaction between an entrepreneur in () competition with it in Japan with oneself or a corporation of which oneself is a stockholder or an officer and another transaction counterparty; or, in case such entrepreneur is a corporation, unjustly inducing, instigating, or coercing a stockholder or an director of such corporation to act against the interests of such corporation.

(6) กระทบการอันเป็นการกีดขวางต่อการค้าขายระหว่างผู้ประกอบการอื่น ๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นที่ประกอบกิจการในประเทศของตน หรือบริษัทที่ตนเองเป็นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการบริษัทอยู่กับคู่ค้านั้น หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการดังกล่าว เป็นบริษัท จะหมายรวมรวมถึง การชักชวน การล่อลวง หรือการบีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทนั้นอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อให้กระทบการอันเป็นผลเสียต่อบริษัทนั้น

จากเนื้อหาของบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 2(9) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดนิยามของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในรายละเอียดของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในแต่ละเรื่อง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) ได้ออก Guideline Designation of Unfair Trade Practices มาเพื่อลงรายละเอียดในเรื่องดังกล่าว

2.) กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, Act No.54 of April 14 1947)

เป็นกฎหมายที่รัฐออกมาเพื่อควบคุมให้สภาวะการแข่งขันในตลาด และช่วยให้กลไกตลาดสามารถทำงานได้ตามปกติ กล่าวคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะมีหน้าที่ในการกำกับดูแลให้การแข่งขันในตลาดเป็นไปอย่างเสรี ราคาสินค้าและบริการในตลาดเป็นไปตามกลไกราคาและจำกัดพฤติกรรมผูกขาดทางการค้าโดยผู้ประกอบการ ลดกำแพงหรือช่องว่างในการเข้าสู่ตลาด ป้องกันการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่กล่าวมาข้างต้นมีมาตราที่สำคัญดังต่อไปนี้

- มาตรา 3¹⁴ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทบการอันเป็นการผูกขาด หรือกีดกันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม

โดยมาตรา 2 (5) ได้ให้นิยามคำว่า “การผูกขาดทางการค้า หมายถึง กิจกรรมทางธุรกิจไม่ว่ากระทำโดยผู้ประกอบการ หรือร่วมกับอื่นทำการกีดกันหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นการกีดกันการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งอย่างมีนัยยะสำคัญ¹⁵

¹⁴ Article 3 AMA “No entrepreneur shall affect private monopolization or unreasonable restraint of trade”

¹⁵ Article 2(5) AMA the term "private monopolization" as used in this Act means such business activities, by which any entrepreneur, individually or by combination or conspiracy with other entrepreneurs, or by any other manner, excludes or controls the business activities of other entrepreneurs, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.”

ส่วนคำว่า การกีดกันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม หมายถึง กิจกรรมทางธุรกิจกระทำขึ้นโดยผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะกระทำขึ้นโดยสัญญา ข้อตกลง หรือการกระทำที่ใด ๆ ที่ทำขึ้นร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่น ในการกำหนดกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น โดยมีเจตนาที่จะคงไว้รักษาไว้ หรือขึ้นราคาสินค้า หรือจำกัดการผลิตสินค้า จำกัดการใช้เทคโนโลยี หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ซึ่งเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นการกีดกันการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง¹⁶

- มาตรา 9 การห้ามมิให้มีการกระจุกตัวมากเกินไปเกินควรของอำนาจทางเศรษฐกิจ

มาตรา 9 (1)¹⁷ บัญญัติว่า “ห้ามให้กลุ่มบริษัทเข้าไปถือครองหุ้นของบริษัทอื่น ๆ ภายในประเทศจนเป็นสาเหตุให้เกิดการกระจุกตัวมากเกินไปเกินควรของอำนาจทางเศรษฐกิจ”

มาตรา 9 (2)¹⁸ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้บริษัท (รวมถึงบริษัทต่างชาติ) เข้าไปควบรวมกิจการหรือเข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่น ๆ จนเป็นสาเหตุให้เกิดการกระจุกตัวมากเกินไปเกินควรของอำนาจทางเศรษฐกิจ”

มาตรา 9 (3)¹⁹ บัญญัติว่า “นิยามของการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจที่กล่าวมาในสองวรรคก่อน หมายความว่า การที่กลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ที่มีอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากลุ่มบริษัทอื่น ๆ ในกลุ่มธุรกิจประเภทเดียวกันเป็นอย่างมาก ซึ่งกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่นี้ให้หมายรวมถึง บริษัทลูกในเครือหรือบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่บริษัทขนาดใหญ่นี้สามารถควบคุมกิจกรรม

¹⁶ Article 2(6) AMA The term "unreasonable restraint of trade" as used in this Act means such business activities, by which any entrepreneur, by contract, agreement or any other means irrespective of its name, in concert with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain, or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities, or counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.

¹⁷ Article 9 (1) AMA “Any corporation, which may be to cause excessive concentration of economic power through holding of the stocks (including shares held by a member; the same shall apply hereinafter) of other corporations in Japan, shall not be established.”

¹⁸ Article 9 (2) AMA “A corporation including a foreign corporation; the same shall apply hereinafter shall not become a corporation which may be to cause excessive concentration of economic power in Japan through acquisition or holding of the stocks of other corporations in Japan.”

¹⁹ Article 9 (3) “The term "excessive concentration of economic power" in the preceding two paragraphs means a situation in which the extreme largeness of comprehensive business scale over a considerable number of fields of business of a corporation and its subsidiaries and other corporations in Japan whose business activities are controlled by the said corporation through holding of their stocks, the remarkably strong power of the said corporations to influence other entrepreneurs due to transactions pertaining to the funds of, or the occupancy of influential positions over a considerable number of interrelated fields of business by the said corporations, has a large effect on the national economy and impedes the promotion of fair and free competition.”

การประกอบธุรกิจได้ ซึ่งการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหล่านี้จะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศ และอาจส่งผลเป็นการกีดกันการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม

3.1.2 หลักกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น

3.1.2.1 แนวคิดของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น

สังคมโบราณของชาวญี่ปุ่นให้ความสำคัญกับเรื่องหน้าที่ต่อสังคมเป็นสำคัญ โดยได้รับอิทธิพลจากลัทธิขงจื้อซึ่งมีแนวคิดที่ว่า หากชาวญี่ปุ่นรู้หน้าที่ของตนเองที่มีต่อรัฐ หรือหน้าที่ของตนมีต่อผู้อาวุโสก็ถือว่าเป็นคนที่สมบูรณ์แล้ว ในเรื่องสิทธิไม่ใช่เรื่องที่น่าเป็นมาหนัก ซึ่งจะเห็นได้จากแนวความคิดที่ว่า “หากบุคคลใดมีความคิดใหม่ ๆ ที่อาจเป็นประโยชน์ต่อสังคม ความคิดนั้นควรจะได้รับ การเผยแพร่สู่สาธารณะ ไม่ใช่เก็บความคิดนั้นเอาไว้เพียงผู้เดียว” ดังนั้น แนวคิดในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นเรื่องทรัพย์สินทางเฉพาะบุคคลจึงเป็นเรื่องขัดต่อประโยชน์สาธารณะและต้องห้ามในสังคมชาวญี่ปุ่นในยุคโบราณนั้น

ซึ่งแนวคิดนี้แตกต่างจากแนวคิดของสังคมตะวันตกที่รับมาจากอาณาจักรโรมัน กล่าวคือ ในสังคมของอาณาจักรโรมันมีการรับรองสิทธิของบุคคลทางกฎหมายเพื่อเป็นการยืนยันความสามารถทางกฎหมายของแต่ละบุคคล โดยมีการรับรองผ่านทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ โดยมีแนวคิดว่าคุณคนแต่ละคนมีความสามารถทางกฎหมายที่จะทำสัญญาเพื่อผูกพันตน หรือทำสิ่งใด ๆ ตามที่กฎหมายรับรองได้ เช่น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นต้น ดังนั้น ในเรื่องการรับรองสิทธิจึงเป็นเรื่องที่สำคัญมากในสังคมชาวโรมัน

3.1.2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น

รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นเริ่มให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามาตั้งแต่สมัยการเริ่มปฏิรูประบบการปกครองและระบบกฎหมายในยุคจักรพรรดิเมจิ (ตรงกับสมัยรัชกาลที่ 5 ของประเทศไทย) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิบัตร และอนุสิทธิบัตร โดยกฎหมายคุ้มครองสิทธิบัตรฉบับปัจจุบันได้ตราออกมาบังคับใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1959 จากนั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้ง และการแก้ไขครั้งล่าสุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2006 โดยกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่โดดเด่นของประเทศญี่ปุ่น คือ กฎหมายคุ้มครองอนุสิทธิบัตร (Utility model) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ดัดแปลงมาจากกฎหมายอนุสิทธิบัตรของสหภาพยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากในขณะนั้นนักประดิษฐ์ในประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีความสามารถในการคิดค้นประดิษฐ์เครื่องจักร หรือเครื่องมือที่มีระดับการประสิทธิผลที่สูงมากได้ ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีการตรากฎหมายอนุสิทธิบัตร (Utility model) ขึ้นมาเพื่อรับรองสิทธิการประดิษฐ์ของนักประดิษฐ์ที่มีกระบวนการการประดิษฐ์ที่ไม่สูงมากนัก แม้ว่าจะระยะเวลา

การคุ้มครองอนุสิทธิบัตรจะสั้นกว่าระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรก็ตาม (ระยะเวลาคุ้มครองสิทธิบัตรสั้นเพียง 5 ปี)

ในด้านการพัฒนาทางทรัพย์สินทางปัญญารัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นได้มีการออกกฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอยู่เสมอ โดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในแต่ละยุคสมัย เพื่อยกระดับความสามารถทางเทคโนโลยีของประเทศ และเพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีความก้าวหน้าซึ่งจะส่งผลให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศ

3.1.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่นที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์ในการบัญญัติขึ้นมาเพื่อปกป้องคุ้มครอง การกระทำที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ (Expression of idea) โดยหากมีผู้ใดใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนสร้างสิ่งใดขึ้นแล้วเกิดประโยชน์ต่อมนุษยชาติ กฎหมายก็ถือว่าสิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์ชิ้นนั้นเป็นทรัพย์สินของผู้สร้าง และเปิดโอกาสให้ผู้สร้างสามารถแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างขึ้นอย่างเต็มที่ภายในชั่วระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด และเมื่อชั่วระยะเวลานั้นผ่านไป กฎหมายก็กำหนดให้งานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นตกเป็นของข่วัญแก่มนุษยชาติเพื่อการพัฒนาต่อยอดทางภูมิปัญญาของมนุษยชาติต่อไป ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการรับรองสิทธิของผู้ทรงสิทธิทั้งสิทธิในความเป็นเจ้าของและสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมารับรองสิทธิเหล่านี้ และรับรองการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่เขาสร้างสรรค์ขึ้น ทั้งรับรองว่าจะไม่มีผู้ใดเขามาละเมิดแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของเขาได้ภายในระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแรงจูงใจให้บุคคลประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ ขึ้นอยู่ตลอดเวลาและเป็นไปตามเป้าหมายของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้กล่าวไปข้างต้น

ประเทศญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามของทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐาน (The Intellectual Property Basic Act (December 4, 2012) เอาไว้ว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง สิ่งที่มีมนุษย์สร้างสรรค์ประดิษฐ์ขึ้น เช่น เครื่องมือ พันธุ์พืช (GMO) การออกแบบ งานสร้างสรรค์อื่น ๆ ยังหมายความถึงการค้นพบ วิธีการแก้ปัญหา และวิธีการต่าง ๆ ที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ บรรดาเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมาย

อื่น ๆ ซึ่งสามารถใช้ในจากระบุตัวสินค้าหรือบริการทางธุรกิจได้ รวมถึงความลับทางการค้า เทคนิค หรือข้อมูลทางธุรกิจที่อาจเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจได้”²⁰

เมื่อศึกษาในรายละเอียดของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละฉบับของประเทศ ญี่ปุ่นในแล้วพบว่า การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่นเป็นการคุ้มครองที่มีระเบียบแบบแผนซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้²¹

- ความตกลงทริปส์ (TRIPS AGREEMENT)

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งประเทศญี่ปุ่นเป็นหนึ่งในภาคีความตกลงทริปส์ทำให้ประเทศญี่ปุ่นมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงทริปส์หลายประการได้แก่ 1.พันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักหลักชนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (most-favorite nation) ทั้งกระบวนการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้าทางภูมิศาสตร์ และกฎหมายวงจรรายใน เพื่อเป็นการยืนยันว่า การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชาวต่างชาติในประเทศที่เป็นภาคีในความตกลงทริปส์จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับที่ชนชาติญี่ปุ่นได้รับ²² 2.พันธกรณีที่จะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้มีระดับการคุ้มครองเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำตามที่ความตกลงทริปส์กำหนด ซึ่งรวมถึงกระบวนการพิจารณาคดี กระบวนการเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ²³

- กฎหมายสิทธิบัตร (Patent Act)

กฎหมายสิทธิบัตรเป็นหนึ่งในกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐานหลักของประเทศญี่ปุ่น โดยกฎหมายสิทธิบัตรนี้มีกรมสิทธิบัตร (Japan Patent Office) หรือ JPO ในการกำกับดูแล ตั้งแต่กระบวนการขอรับสิทธิบัตรไปจนกระทั่งถึงการเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการละเมิดสิทธิบัตร ในส่วนของกระบวนการยื่นขอรับสิทธิบัตรนั้น คณะกรรมการสิทธิบัตรได้ออก แนวปฏิบัติใน

²⁰ Article 2 (1) The Intellectual Property Basic Act (December 4, 2012) “The Term intellectual property mean inventions, devices, new varieties of plants, designs, works and other property that is produced through creative activities by human beings (including discovered or solved law of nature or natural phenomena that are industrially applicable), trademarks, trade names and other marks that are used to indicate goods or services in business activities, and trade secrets and other technical or business information that is useful for business activities.”

²¹ American Bar Association, *Antritrust Issues in International Ip Licensing Transacion* (American Bar Association, 2012). pp. 502-509.

²² Article 3,4,41-46 Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

²³ Article 41-42 Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

การตรวจสอบการขอรับสิทธิบัตร (patent examination guideline) เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาการยื่นขอรับสิทธิบัตรดังกล่าว

- วัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตร (Subject matter)

กฎหมายสิทธิบัตรมีการคุ้มครองการประดิษฐ์ ซึ่งหมายถึง การประดิษฐ์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์²⁴ซึ่งขอบเขตของความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการประดิษฐ์ทางวิศวกรรม เคมี วิศวกรรม การไฟฟ้า เทคโนโลยีชีวภาพ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และการประดิษฐ์ในทางธุรกิจ

- ผู้มีสิทธิได้รับสิทธิบัตร

ผู้ที่จะมีสิทธิได้รับสิทธิบัตร คือ ผู้ที่ทำการประดิษฐ์ หรือเป็นผู้ที่ได้รับโอนสิทธิจากผู้ประดิษฐ์ ไม่ว่าจะเป็นการรับโอนสิทธิในทางสัญญาหรือทางมรดกก็ตามสามารถยื่นขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมาย²⁵ นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นยังได้กำหนดให้สิทธินายจ้างสามารถมีสิทธิในการประดิษฐ์ของลูกจ้างที่ลูกจ้างทำได้หากการประดิษฐ์นั้นอยู่ในขอบเขตแห่งการจ้างงาน เว้นแต่ จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น²⁶

ในทางปฏิบัติในหลายกรณี บริษัทผู้ว่าจ้างก็มักจะกำหนดเอาไว้ในสัญญาจ้างแรงงานว่า หากลูกจ้างได้ทำการประดิษฐ์สิ่งใดขึ้นตามคำสั่งของนายจ้าง ลูกจ้างยินยอมให้สิทธิในสิ่งประดิษฐ์นั้นตกแก่บริษัท และบริษัทสามารถเข้าถือเอาประโยชน์จากการประดิษฐ์นั้นได้

- สิ่งประดิษฐ์ที่สามารถได้รับสิทธิบัตร (Patentability)

สิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอสิทธิบัตรได้นั้นต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรมได้ 2) มีความใหม่ 3) มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น
- 4) ต้องไม่ซ้ำกับสิ่งประดิษฐ์ที่เคยจดทะเบียนไว้แล้ว²⁷

การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรนั้นโดยทั่วไปแล้วจะใช้เวลา 1-2 ปี ซึ่งหากคณะกรรมการสิทธิบัตร (JPO) ไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตร คณะกรรมการสิทธิบัตรก็จะออกสิทธิบัตรนั้นให้กับผู้ยื่นคำขอหลังจากที่ผู้ยื่นคำขอทำการชำระค่าธรรมเนียมแล้ว หลังจากการนั้นจะมีการจดทะเบียนสิทธิบัตรในกรมสิทธิบัตร (JPO) จึงจะถือว่าผู้นั้นได้รับสิทธิบัตรแล้ว และภายหลังจดทะเบียน สิทธิบัตรนั้นจะได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- การโต้แย้งสิทธิบัตรที่จดทะเบียนแล้ว (Rights Conferred By a Patent)

²⁴ "Article 2(1) Japan Patent Act.

²⁵ "Article 29 Japan Patent Act.

²⁶ "Article 35 Japan Patent Act.

²⁷ "Article 29 (1) the Examination Guidelines for Patent and Utility Model.

การยื่นขอรับสิทธิบัตรประเทศญี่ปุ่นยึดหลัก “ใครยื่นจดทะเบียนสิทธิก่อนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียนก่อน” (A first to file basis)²⁸ ซึ่งการโต้แย้งคำขอที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วมีระยะเวลา 20 ปีนับแต่วันที่ได้นยื่นคำขอ²⁹ แต่ในระยะเวลาที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตร ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ในการแสวงหาประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตรของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย³⁰

- การเยียวยา (Remedies) ความเสียหาย

โจทก์ผู้ชนะคดีการละเมิดสิทธิบัตร มีสิทธิดังต่อไปนี้ 1. ร้องขอต่อศาลให้ยุติการทำละเมิด 2. ค่าเสียหาย 3. กระบวนการที่จะทำให้ชื่อเสียงทางธุรกิจกลับคืนดี³¹ ซึ่งการคำนวณค่าเสียหายจะคำนวณจาก 1. การสูญเสียกำไรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรควรจะได้รับ 2. กำไรที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการทำละเมิดสิทธิบัตรนั้น 3. ค่าใช้สิทธิตามปกติที่ผู้ทรงสิทธิบัตรควรจะได้รับหากผู้กระทำความผิดใช้สิทธิตามปกติ³² นอกจากนี้ผู้กระทำการละเมิดยังอาจต้องโทษทางอาญาตามกฎหมายสิทธิบัตรอีกด้วย³³

- การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตร

เมื่อผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ในการแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ของตนแล้วก็ย่อมมีสิทธิที่จะถ่ายโอนสิทธิ หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในสิทธิบัตรของตน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 74 ความว่า “เมื่อผู้ทรงสิทธิได้รับสิทธิบัตรตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 123 (1) แล้วก็ย่อมมีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนได้ ซึ่งการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นจะต้องยื่นขอจดทะเบียนต่อกระทรวงเศรษฐกิจการค้า และอุตสาหกรรม³⁴

- กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act)

กฎหมายลิขสิทธิ์ก็เป็นหนึ่งในกฎหมายพื้นฐานทางทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น เช่นเดียวกับกับกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งมีรายละเอียดสำคัญโดยสังเขปดังต่อไปนี้

- วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ (Subject Matter)

²⁸ Article 39 Japan Patent Act.

²⁹ Article 67 Japan Patent Act.

³⁰ Article 68 Japan Patent Act.

³¹ Article 106 Japan Patent Act.

³² Article 102 Japan Patent Act.

³³ Article 196 Japan Patent Act.

³⁴ Article 74 (1) Japan Patent Act “Where a patent falls under the requirements as provided in Article 123 (1) (ii) (limited to cases where the patent is obtained in violation of Article 38) or the requirements as provided in item (vi) of the said paragraph, a person who has the right to obtain a patent for the invention pertaining to the said patent may request the patentee thereof to transfer the said patent right as provided by Ordinance of the Ministry of Economy, Trade and Industry.”

กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองงานที่เกิดจากการแสดงออกทางความคิด (The expression of idea) ที่เกี่ยวข้องกับงานวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ ศิลปกรรม และดนตรีกรรม³⁵ โดยการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองการแสดงออกทางความคิด(expression of idea) มิใช่การคุ้มครองเพียงความคิด(idea) เท่านั้น³⁶ และการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องเกิดจากการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ด้วย³⁷ การคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองทันทีเมื่อสร้างสรรค์งานเสร็จ ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนหรือมีการเผยแพร่สู่สาธารณชนแต่อย่างใด³⁸

นับแต่ประเทศญี่ปุ่นได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention) บรรดางานสร้างสรรค์ของบุคคลในประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบิร์นก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เช่นเดียวกันกับที่ชนชาติญี่ปุ่นได้รับความคุ้มครองในอย่างเดียวกัน

- ความเป็นเจ้าของผลงาน (Authorship)

สิทธิในความเป็นเจ้าของโดยทั่วไปแล้วย่อมตกแก่ผู้สร้างสรรค์ เว้นแต่ กรณีลูกจ้างได้สร้างสรรค์งานขึ้นภายใต้คำสั่งของนายจ้างและเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการจ้างงานเช่นนี้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะตกเป็นของนายจ้าง เว้นแต่ตกลงกันเป็นอย่างอื่น³⁹

- สิทธิทางคุณธรรม (Moral Right)

เนื่องจากการสร้างสรรค์งานก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงมีสิทธิทางคุณธรรมในงานที่สร้างสรรค์นั้น ดังต่อไปนี้ 1. สิทธิในการเลือกที่จะเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น⁴⁰ 2. สิทธิที่จะให้กำหนดชื่อผู้สร้างสรรค์ไว้ในงานสร้างสรรค์⁴¹ 3. สิทธิที่จะกำหนดห้ามการกระทำที่อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกับงานที่สร้างสรรค์⁴² ซึ่งการคุ้มครองตามสิทธิทั้ง 3 กรณีข้างต้นจะยังมีอยู่แม้ผู้สร้างสรรค์ได้เสียชีวิตลง

- สิทธิในทางการค้า (Commercial right)

³⁵ Article 2 (1) (I) Japan Copyright Act.

³⁶ NOBUHIRO NAKAYAMA, Copyright Law (2007). pp.44-45.

³⁷ Ibid.

³⁸ การจดทะเบียนไม่ใช่เงื่อนไขในการได้รับสิทธิตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ดังนั้น งานที่สร้างสรรค์ขึ้นจึงได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แม้ยังไม่จดทะเบียน

³⁹ Article 15 Japan Copyright Act.

⁴⁰ Article 15 (2) Japan Copyright Act.

⁴¹ Article 18 Japan Copyright Act.

⁴² Article 19 Japan Copyright Act.

ภายใต้การสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิโดยชอบตามกฎหมายในการ

1. ทำซ้ำ
2. แสดง และเผยแพร่งานออกสู่สาธารณะ
3. จำหน่าย จ่าย โอนงานอันมีลิขสิทธิ์ออกสู่สาธารณะ
4. ทำการถ่ายทำภาพยนตร์เพื่อเผยแพร่งานออกสู่สาธารณะ
5. ให้เช่างานออกสู่สาธารณะ
6. ทำการแปล แปลง ปรับแต่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน

สิทธิในการทำซ้ำเป็นสิทธิพื้นฐานในการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่หากมีการทำซ้ำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงลิขสิทธิ์ ผู้ทรงลิขสิทธิ์ต้องแสดงพยานหลักฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์แก่ผู้ละเมิดเพื่อที่จะสามารถเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายที่ตนมีได้

- การใช้โดยชอบธรรม (Fair Use Limitation on Copyright)

ถึงแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ได้บัญญัติหลักการใช้โดยชอบธรรมไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรอย่างชัดเจน แต่ก็เป็นหลักการใช้โดยทั่วไปที่บุคคลอื่นสามารถใช้สิทธิโดยชอบธรรมในลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นได้ โดยสิทธิโดยชอบธรรมนี้ ได้แก่ สิทธิในการทำซ้ำเพื่อใช้โดยส่วนตัว ทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ ห้องสมุด ทำซ้ำเพื่อการศึกษา การทำซ้ำเพื่อรายงานสถานการณ์ปัจจุบัน การทำซ้ำเพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล สิ่งสำคัญคือต้องเป็นการกระทำที่ไม่แสวงหากำไร หากเป็นการกระทำดังกล่าวข้างต้นถือเป็นการใช้โดยธรรม และไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴³

- ระยะเวลาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (Term of Copyright)

โดยทั่วไปแล้วระยะเวลาการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะมีตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์ และยังคงคุ้มครองต่อเนื่องไปอีก 50 ปี⁴⁴ และในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคลจะแบ่งระยะเวลาการคุ้มครองออกเป็น 2 กรณีคือ 1. กรณีมีการเผยแพร่งานสู่สาธารณะชน จะมีระยะเวลาการคุ้มครอง 50 ปีนับแต่วันเผยแพร่ครั้งแรก 2. กรณีไม่ได้มีการเผยแพร่งานสู่สาธารณะชน ระยะเวลาการคุ้มครอง 50 ปีจะเริ่มนับจากวันที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น และเมื่อพ้นระยะเวลา 50 ปีแล้วการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะหมดลง⁴⁵

- การเยียวยา (Remedies)

⁴³ Article 30 to 47-4 Japan Copyright Act.

⁴⁴ Article 51 Japan Copyright Act.

⁴⁵ Article 53 Japan Copyright Act.

เมื่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่ไปแล้วของผู้ทรงลิขสิทธิ์ถูกกระทำละเมิด ผู้ทรงลิขสิทธิ์อาจร้องขอต่อศาลสั่งให้ยุติการกระทำละเมิด⁴⁶ และยังสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้อีก ซึ่งค่าเสียหายนั้นประกอบไปด้วย 1.กำไรที่ผู้ละเมิดหาได้จากการละเมิด 2.ค่าใช้สิทธิ (Royalty fee) ที่ผู้ทรงสิทธิควรจะได้หากมีการขอใช้สิทธิตามปกติ⁴⁷ และหากในกรณีการละเมิดนั้นได้กระทำต่อสิทธิในธรรม (Moral Right) ผู้ทรงสิทธิยังมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้กระทำละเมิดกระทำการที่เหมาะสมเพื่อให้ชื่อเสียงของผู้ทรงสิทธิกลับคืนดีก็ได้⁴⁸

- การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์

เมื่อบรรดาผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของตนแล้ว ก็ย่อมสามารถถ่ายโอนสิทธิ หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของตนได้ ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ตามมาตรา 46 ได้บัญญัติว่า “สิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มีดังต่อไปนี้

1. ผู้ทรงสิทธิสามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ลิขสิทธิ์ของตนได้
2. ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามข้อ 1 ต้องใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ผู้ทรงสิทธิกำหนด
3. การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ตามข้อ 1 ผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่สามารถอนุญาตให้บุคคลที่สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้อีก เว้นแต่ ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ผู้ทรงสิทธิที่เป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสามารถแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ตามมาตรา 46 นี้⁴⁹

- กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Trademark Act)

กฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นหนึ่งในกฎหมายพื้นฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น เครื่องหมายการค้าเป็นสัญลักษณ์ที่ใช้กันในหมู่ผู้ผลิตสินค้า ผู้จัดจำหน่ายสินค้า ผู้

⁴⁶ Article 112 Japan Copyright Act.

⁴⁷ Article 114 Japan Copyright Act.

⁴⁸ Article 115 Japan Copyright Act.

⁴⁹ Article 46 (Authorization to Use Works)

(1) The owner of author's property rights may authorize another person to use the work. (2) The person who obtained the authorization pursuant to Paragraph (1) shall be entitled use the work in a manner and conditions within the extent authorized by the owner. (3) The right to use a work authorized pursuant to Paragraph (1) may not be assigned of ownership to a third party without the consent of the owner of author's property rights.

ให้บริการ หรือผู้ประกอบการเพื่อที่จะแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน

ในการที่จะได้รับเครื่องหมายการค้าต้องมีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามแบบฟอร์มที่กำหนดและส่งค่าออกไปที่กรมสิทธิบัตร (JPO)⁵⁰ เพื่อทำการตรวจสอบกระบวนการยื่นรูปแบบการยื่น และความครบถ้วนของเงื่อนไขสำคัญตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เมื่อผ่านการตรวจสอบแล้ว กรมสิทธิบัตรจะทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยทั่วไปแล้วระยะเวลาการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะมีระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันจดทะเบียน แต่สามารถต่ออายุความคุ้มครองออกไปได้ทุก ๆ 10 ปี⁵¹

- กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า (Trade Secret Provision of Unfair Competition Act)

กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นกฎหมายพื้นฐานกฎหมายหนึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศญี่ปุ่น โดยมาตรา 2 (6) แห่งกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่เป็นธรรม (The Unfair Competition Law) ได้ให้นิยามในเรื่องนี้ว่าเป็นเรื่อง “ความลับทางการค้า” ซึ่งหมายถึงบรรดาความรู้ทางเทคนิคหรือวิธีการทางการค้าที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจ เช่น กระบวนการผลิต กระบวนการทางการตลาด ซึ่งเป็นความลับและไม่อาจเปิดเผยให้สาธารณชนรับรู้⁵² และตามที่กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่เป็นธรรมกำหนด (The Unfair Competition Act) มีการระบุความรับผิดชอบในการละเมิดความลับทางการค้าเอาไว้ดังนี้ 1. ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ยุติการกระทำละเมิด 2. ต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิด 3. ต้องกระทำการให้ความน่าเชื่อถือของผู้ถูกละเมิดกลับคืนดี⁵³ นอกจากนี้ยังอาจต้องโทษซึ่งเป็นความผิดทางอาญาก็ด้วย⁵⁴

3.1.3 บทบัญญัติที่เชื่อมโยงกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศญี่ปุ่น

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดจากประเด็นทางกฎหมายที่ว่า หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและส่งผลกระทบทางลบต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด พฤติกรรมเช่นว่านั้นอาจเป็นเป้าหมายในการตรวจสอบ

⁵⁰ Article 5 Japan Trademark Act.

⁵¹ Article 19 Japan Trademark Act.

⁵² Article 2 (6) Japanese Unfair Competition Law.

⁵³ Article 14 Japanese Unfair Competition Law.

⁵⁴ Article 21 Japanese Unfair Competition Law.

โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยมีบทกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 21 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (AMA) ซึ่งบัญญัติว่า บทบัญญัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช่บังคับกับกรณีการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ หรือกฎหมายเครื่องหมายทางการค้า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า หากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิภายใต้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การใช้สิทธินั้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่หากการใช้สิทธินั้นเป็นการใช้สิทธิเกินกรอบที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนด และส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า มาตรา 21 จะเป็นบทบัญญัติตัวเชื่อมที่สำคัญในการให้นำเอาบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตนี้ของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 21 จึงเป็นบทบัญญัติที่สำคัญในการตรวจสอบการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิไม่ให้เกินขอบเขตจนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด อันจะส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อเศรษฐกิจของประเทศในอนาคต

การบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 21 ข้างต้นได้แนวคิดมาจากทฤษฎีการยืนยันหรือ “The Confirm Theory” ที่อธิบายว่า เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเช่นเดียวกันกับสิทธิเหนือทรัพย์สินทั่วไป การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงอาจถูกตรวจสอบโดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ และเมื่อการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่งผลกระทบต่อสภาวะการแข่งขันทางการค้าในตลาด กฎหมายแข่งขันทางการค้าก็ควรเข้ามาตรวจสอบการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นได้

3.1.4 แนวปฏิบัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิของประเทศญี่ปุ่น

เนื่องจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยตรง ดังนั้น เพื่อให้การวางแนวการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเกี่ยวกับใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงได้ออกแนวปฏิบัติ (Guidelines) เกี่ยวกับการใช้สิทธิในกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมาหลายฉบับ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีรายการดังต่อไปนี้

- (1) The Antimonopoly Act Guideline for International Licensing Agreement ค.ศ. 1968
- (2) Guideline for the regulation of unfair trade practices with respect to patent and know-how licensing agreement ค.ศ. 1989
- (3) Guideline for patent and know-how licensing agreements under the antimonopoly act ค.ศ. 1999
- (4) Guideline for the use of intellectual property under the antimonopoly act ค.ศ. 2009 ซึ่งเป็นฉบับที่บังคับใช้ในปัจจุบัน

การศึกษาแนวปฏิบัติ (Guideline) ของการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเปรียบเสมือนการศึกษาถึง หลักเกณฑ์ บรรทัดฐานในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่า การใช้สิทธิในลักษณะใดที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือการใช้สิทธิในลักษณะใดที่เป็นการใช้สิทธิครอบหรือเกินขอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนดซึ่งอาจละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังนั้น การศึกษาแนวปฏิบัติเหล่านี้จึงเปรียบเสมือนการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ เพราะคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐรวมถึงศาลยุติธรรมต่างก็ยึดถือแนวปฏิบัติเหล่านี้เป็นแนวทางในการพิจารณาหรือตัดสินคดี ซึ่งถึงแม้ว่าแนวปฏิบัติเหล่านี้จะไม่ใช่มติ แต่ก็มีโอกาสอย่างมากที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) หรือศาลแห่งประเทศญี่ปุ่น (ศาลสูงเมืองโตเกียว) จะเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามแนวปฏิบัติเหล่านี้ อันจะเห็นได้จากการศึกษาถึงคดีต่าง ๆ ที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) และศาลสูงของญี่ปุ่นได้ตัดสินเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ ปรากฏว่าหน่วยงานทั้งสองได้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) และแนวปฏิบัติข้างต้นควบคู่กันไปอย่างค่อนข้างเคร่งครัด

ดังนั้น เพื่อความเข้าใจในภาพรวมและวิวัฒนาการ ความแตกต่างของแนวปฏิบัติ (Guidelines) ในแต่ละฉบับ ผู้เขียนจะขออธิบายภาพรวมก่อน แล้วจึงอธิบายในรายละเอียด และความแตกต่างของแนวปฏิบัติแต่ละฉบับเรียงลำดับตามช่วงเวลาดังต่อไปนี้

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับแรก คือ แนวปฏิบัติปี 1968⁵⁵ ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่กล่าวถึงเพียง การกระทำที่เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Black list) เพียงไม่กี่ข้อและข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (exemption) เพื่อที่จะอธิบายว่าการใช้สิทธิรูปแบบใดที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ายอมรับได้ นอกจากนี้ แนวปฏิบัติปี 1968 ยังบังคับใช้เพียงเฉพาะกรณีการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น แนวปฏิบัตินี้จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก⁵⁶

ต่อมาในปี 1989⁵⁷ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ก็ได้ประกาศใช้แนวปฏิบัติฉบับใหม่ที่ครอบคลุมมากขึ้น⁵⁸ โดยเฉพาะการบังคับใช้ในเรื่องสิทธิบัตรและโน้วฮาว แนวปฏิบัติปี 1989 นี้

⁵⁵ Jiyoung Han, Study on Intellectual property licensing under antimonopoly law in the U.S., Europe, Japan and Korea [Online] 2005. Available form: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf, p.104.

⁵⁶ AKINORI UESUGI, "Q&A Patent and Know-How Licensing Guidelines." (1989).

⁵⁷ Jiyoung Han, Study on Intellectual property licensing under antimonopoly law in the U.S., Europe, Japan and Korea [Online] 2005. Available form: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf, p.104.

⁵⁸ "The Guideline for the Regulation of Unfair Trade Practices with Respect to Patent and Know-How Licensing," ed. Japan Fair Trade Commission(15 February 1989).

ยังคงมี White list และ Black list เช่นเดิม แต่ได้เพิ่ม Grey list เข้ามาด้วย โดย Grey list ได้เพิ่มความละเอียดของการอธิบายการกระทำบางลักษณะใน Black list ที่แต่เดิมเป็นความผิดในตัวเอง เปลี่ยนเป็นต้องมีการคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของการกระทำด้วยจึงจะถือว่าเป็นความผิด โดยใช้หลัก Rule of Reason มาวินิจฉัยประกอบ แนวปฏิบัติปี 1989 นี้ได้บังคับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสัญญาระหว่างประเทศ และสัญญาที่ทำขึ้นในประเทศด้วย

ในปี 1999⁵⁹ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ก็ได้ออกแนวปฏิบัติอีกฉบับหนึ่ง โดยเน้นการปรับใช้กับเรื่องของสิทธิบัตร และโนวฮาว⁶⁰ แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้บัญญัติเรื่องของสิทธิบัตรและโนวฮาวให้ละเอียดมากขึ้น นอกจากนี้ยังเปิดกว้างเรื่องรูปแบบการทำสัญญาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมากขึ้นด้วย

ในปี 2007⁶¹ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ได้ออกแนวปฏิบัติที่มีชื่อว่า “Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act” หรือชื่อที่เรียกสั้น ๆ ว่า Intellectual Property Guidelines ซึ่งแนวปฏิบัตินี้มาทดแทนแนวปฏิบัติในปี 1999 โดยแนวปฏิบัติฉบับนี้มีการยกเลิกกลุ่มรูปแบบการใช้สิทธิแบบ White list, Black list, Grey list ต่าง ๆ โดยเปลี่ยนมาวิเคราะห์รูปแบบของการใช้สิทธิให้ตรงกับพื้นฐานทางข้อเท็จจริงให้มากขึ้น แต่กระนั้นก็ตามการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองก็ยังคงมีอยู่ นอกจากนี้ Guideline ปี2007 ก็ยังได้มีการเพิ่มเนื้อหาอย่างละเอียดครอบคลุมในเรื่องการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับลักษณะของข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร และโนวฮาว ซึ่งข้อสัญญาเหล่านี้ อาจเป็นการกำหนดให้กระทำการหรือไม่ให้กระทำการใด ๆ ที่อาจเข้าลักษณะวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติแต่ละฉบับขึ้นมาเพื่ออธิบายถึงบรรทัดฐาน และขอบเขตของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยกำหนดว่า การใช้สิทธิในลักษณะใดที่สามารถใช้ได้ซึ่งเป็นการใช้สิทธิเด็ดขาดตามที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้รับรองเอาไว้ และการใช้สิทธิในลักษณะใดที่เกินขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งอาจละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า หากการใช้สิทธินั้นทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดลดลง หรือทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ ซึ่งหากผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นถูกตัดสินว่าทำการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) แล้ว ผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นอาจมีความผิด

⁵⁹ Jiyoung Han, Study on Intellectual property licensing under antimonopoly law in the U.S., Europe, Japan and Korea [Online] 2005. Available form: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf, p.104.

⁶⁰ "The Guideline for Patent and Know-How Licensing Agreement under Monopoly Act", ed. Japan Fair Trade Commission(30 July 1999).

⁶¹ Japanese Fair Trade Commission, "Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act," ed. Japanese Fair Trade Commission(2007).

และต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา ทั้งนี้แนวปฏิบัติแต่ละฉบับจะมีเนื้อหาการจัดกลุ่มการใช้สิทธิหรือมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่แตกต่างกันไป เช่น บางแนวปฏิบัติเน้นกล่าวการควบคุมการใช้สิทธิเฉพาะในเรื่องสิทธิบัตรและโน้วฮาว แต่แนวปฏิบัติทั้งหมดมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ การวางกฎเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนด เพราะในท้ายที่สุดแล้ว เป้าหมายของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่สามารถบรรลุได้หากขาดระบบการควบคุม และกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิที่ดี

โดยแนวปฏิบัติแต่ละฉบับของประเทศญี่ปุ่นถูกสร้างขึ้นมาเพื่อตอบโจทย์ที่ได้กล่าวไปข้างต้น และมีการบังคับใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในช่วงเวลา ดังนั้น การศึกษาโดยลงรายละเอียดของแนวปฏิบัติแต่ละฉบับจึงเป็นเรื่องจำเป็น เพราะจะทำให้เราเข้าใจถึงเหตุผลเบื้องหลังของการบัญญัติแนวปฏิบัติฉบับต่าง ๆ รวมไปถึงสถานการณ์การกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ซึ่งรายละเอียดของแนวปฏิบัติแต่ละฉบับ ผู้เขียนขออธิบายแบบลงรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.4.1 The Antimonopoly Act Guideline for International Licensing Agreement ค.ศ. 1968

ในปี 1968 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของมาตรา 6 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA)⁶² ได้ออกแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ถือว่าเป็นที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับผู้ประกอบการที่เป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นชาวต่างชาติ (inbound technology licensing) ซึ่งแนวปฏิบัติที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นออกมาบังคับใช้นั้น มีเป้าหมายที่ชัดเจนคือ การคุ้มครองไม่ให้ผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นต้องเสียเปรียบ หรือถูกเอาเปรียบจากผู้ทรงสิทธิชาวต่างชาติมากเกินไป

- (1) คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) ได้ออกระเบียบว่าด้วยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับผู้ทรงสิทธิชาวต่างชาติ โดยกำหนดว่าก่อนการลงนามในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศจำเป็นต้องยื่นสัญญาดังกล่าวต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อตรวจสอบก่อนว่า มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบรรจุอยู่ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและ know-how หรือไม่

⁶² Article 6 (AMA) “No entrepreneur shall enter into an international agreement or an international contract which contains such matters as fall under unreasonable restraint of trade or unfair trade practices.”

- (2) หากพบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็จะแนะนำให้คู่สัญญา
ลบข้อสัญญาดังกล่าวออก
- (3) หากไม่ยอมลบข้อสัญญาดังกล่าวออกคณะกรรมการของกระทรวงอุตสาหกรรมและ
การค้าระหว่างประเทศ (Ministry of International Trade and Industry : MITI) ซึ่งมี
อำนาจในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้า
ต่างประเทศ (The Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949) ก็จะไม่ยอม
อนุญาตผู้ประกอบการญี่ปุ่นแลกเปลี่ยนเงินออกไปชำระค่าใช้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิซึ่งอยู่ใน
ต่างประเทศ⁶³ แนวปฏิบัติฉบับนี้ทำให้รัฐบาลของต่างประเทศซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิใน
สิทธิบัตรโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการ
ช่วยเหลือผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นจนออกนอกหน้า

ในส่วนของด้านเนื้อหา แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้ระบุลักษณะพฤติกรรม 9 ที่มีลักษณะการใช้
สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างไม่เป็นธรรม และต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า
(Black list) ดังต่อไปนี้

1. กำหนดข้อสัญญาให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ต้องขายผ่านทางผู้อนุญาต (Licensor) โดยนัย
ที่ผู้อนุญาตต้องการกำหนดราคาสินค้าของผู้รับอนุญาต
2. ทำข้อตกลงห้ามขายสินค้าต่ำกว่าราคาที่กำหนดสำหรับสินค้าในประเทศ (Resale Price
Maintenance)
3. ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีของคู่แข่ง เว้นแต่ เป็นการอนุญาต
ให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (Exclusive license) และการห้ามนั้นมิได้กระทำการขายสินค้า
หรือการใช้เทคโนโลยีที่มีมาก่อนการอนุญาตให้ใช้สิทธิ
4. กำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่า การพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาตามสัญญา
อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ผู้รับอนุญาตทำขึ้นให้ตกแก่ผู้อนุญาตทั้งสิ้น เว้นแต่เป็นสัญญาต่างตอบแทน
5. กำหนดให้ผู้รับอนุญาตซื้อวัตถุดิบ หรือชิ้นส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาจากผู้อนุญาต
6. กำหนดการเก็บค่าใช้สิทธิ (Royalty and Fee) จากสินค้าที่ไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา

⁶³ แนวปฏิบัติที่ออกมาสร้างความชัดเจนในมาตรา 6 ข้างต้นเป็นเพียงแนวทางการตีความบทบัญญัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการ
ค้า JFTC เท่านั้นไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมาย

7. กีดกันคุณภาพของวัตถุดิบ ชิ้นส่วนหรือสินค้า เว้นแต่ ทำไปเพื่อความจำเป็นในการในการรักษาไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือของเครื่องหมายทางการค้า หรือเพื่อให้แน่ใจถึงประสิทธิภาพของเทคโนโลยีการผลิตสินค้า
8. กำหนดพื้นที่การส่งออกสินค้าของผู้รับอนุญาต (Licensee) เว้นแต่ ผู้อนุญาต (Licensor) มีสิทธิบัตรอื่น ๆ ที่กำลังขายอยู่ในพื้นที่นั้นเช่นเดียวกัน หรือได้มอบสิทธิเด็ดขาดในการขายสินค้าให้แก่ผู้อื่นในพื้นที่นั้น ๆ
9. กำหนดราคาหรือปริมาณสินค้าที่จะส่งออกของผู้รับอนุญาต หรือกำหนดให้การส่งออกของผู้รับอนุญาตต้องผ่านผู้อนุญาต และในกรณีอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน

ข้อกำหนดทั้ง 9 ข้อที่กล่าวมานี้ จริง ๆ แล้วก็เป็นการลักษณะการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ขายสิทธิบัตรนั้นไปแล้ว ยังกำหนดราคาขายสิทธิบัตรนั้นต่อไปอีก (Resale price maintenance) เช่นนี้เป็นการละเมิดต่อกฎหมายตามหลัก “First sale doctrine” ที่เมื่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ขายสิทธิบัตรนั้นไปแล้วย่อมหมดสิทธิที่จะกำหนดราคาขายสินค้านั้นต่อไปอีก เพราะเมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ขาย เมื่อผู้ขายได้ขายสินค้าออกไปแล้ว ผู้ขายก็ย่อมหมดสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกำหนดราคาสินค้านั้น ๆ อีก และเมื่อมองมุมของผู้ซื้อ หากผู้ซื้อได้ซื้อสิทธิบัตรนั้นมาแล้วก็ย่อมต้องการมีอิสระในการกำหนดราคาขายสิทธิบัตรนั้นด้วยตนเอง โดยไม่ถูกบังคับโดยผู้ทรงสิทธิบัตรอีก ดังนั้น ข้อตกลงห้ามขายสิทธิบัตรต่ำกว่าราคาที่กำหนด (Resale Price Maintenance) จึงเป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้การกำหนดราคาไม่เป็นไปตามกลไกตลาด และอาจเป็นการผูกขาดราคาสินค้าที่มีสิทธิบัตรนั้น ๆ

3.4.1.2 Guidelines for the regulation of unfair trade practices with respect to patent and know-how licensing agreement ค.ศ. 1989

ในปี 1989 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมจนสามารถไล่ตามทันประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกอื่น ๆ ทั้งในด้านการพัฒนาทางอุตสาหกรรมและการพัฒนาด้านเทคโนโลยี ดังนั้น ความจำเป็นในการคุ้มครองผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นที่อ่อนแอกว่าและมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ประกอบการชาวต่างชาติจึงหมดความสำคัญลงไป แต่ต่อมาปรากฏว่า เกิดกรณีผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากลับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเอาเปรียบผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยกันเองที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ดังนั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) จึงได้กำหนดให้นำ แนวปฏิบัติฉบับนี้ไปบังคับใช้กับกรณีการ

ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยตนเองด้วย ซึ่งหลักการนี้แตกต่างจากแนวปฏิบัติปี 1968 ที่ให้นำแนวปฏิบัติไปใช้บังคับเฉพาะกับกรณีผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ประกอบการชาวต่างชาติอื่นเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศเท่านั้น

นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังได้ค้นหาแนวทางในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพิ่มเติมโดยทำการศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการใช้สิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกากับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเวลานั้น ผลจากการศึกษาทำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นตัดสินใจรับเอาแนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EU) ในเวลานั้นมาใช้ โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้แนวปฏิบัติฉบับใหม่ ซึ่งมีชื่อว่า Guidelines for Regulation of Unfair Trade Practices with respect to Patent and Know-how Licensing Agreement ค.ศ. 1989

โดย Guideline ฉบับนี้มีลักษณะแตกต่างจาก Guideline ปี 1968 คือ

1. มีการแยกข้อกำหนดการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มตามระดับผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ได้แก่ 1.กลุ่มสีขาว ได้แก่ข้อสัญญาที่ไม่ถือว่าละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า 2.กลุ่มสีเทา ได้แก่ข้อสัญญาที่มีความเสี่ยงที่จะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยต้องอาศัยหลัก Rule of reason ในการพิจารณาประกอบ 3.กลุ่มสีดำ คือ ที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า จากเดิมที่มีข้อกำหนดสิทธิเพียงสองกลุ่ม
2. มีการกำหนดให้นำแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับนี้ไปใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ขึ้นทำระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยตนเอง ซึ่งต่างจากแนวปฏิบัติปี 1968 ที่จะใช้บังคับเฉพาะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ทำระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับผู้ประกอบการชาวต่างชาติเท่านั้น

ในส่วนเนื้อหาของแนวปฏิบัติที่แบ่งกลุ่มการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มนั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- กลุ่มข้อสัญญา เงื่อนไข ที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้ทำได้ (White list) ได้แก่
 1. ข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาตไม่แสวงหาประโยชน์จากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

2. ข้อสัญญาให้ผู้รับอนุญาตต้องกำหนดปริมาณขั้นต่ำในการผลิตสินค้า ปริมาณการ ขายสินค้า หรือปริมาณการใช้สินค้า หรือปริมาณการใช้กระบวนการตามสิทธิบัตร ตามที่ได้รับอนุญาต
 3. ข้อสัญญาจำกัดระยะเวลาการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรซึ่งเป็นการกำหนดภายใน ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ หรือระยะเวลาการคุ้มครองความลับทางการค้าของ โนว์ฮาว
 4. ในสัญญาอนุญาตให้ใช้โนว์ฮาว กำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตเปิดเผย ความลับทางการค้าตามสัญญาอนุญาตให้ใช้โนว์ฮาวแก่บุคคลภายนอก
 5. ในสัญญาอนุญาตให้ใช้โนว์ฮาว กำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตเข้าใช้สินค้า หรือเทคโนโลยีชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งหลังจากที่ความลับทางการค้าของโนว์ฮาวนั้นถูก เปิดเผย
 6. ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร กำหนดข้อสัญญาให้ผู้อนุญาตสามารถแบ่งแยก การอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อการใช้ เพื่อการใช้ หรือเพื่อการผลิต
- กลุ่มข้อสัญญาซึ่งอาจถือว่าเป็นวิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แต่ต้องชั่งน้ำหนัก โดยอาศัยหลัก Rule of Reason และวิธีการปฏิบัติทางธุรกิจ อำนาจตลาดหรือสถานะ ส่วนแบ่งการตลาด ระยะเวลาการกำหนดข้อห้าม ข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง บริบทของตลาดที่เกิดขึ้นมาพิจารณาประกอบ (Grey list) ได้แก่
1. ข้อสัญญาห้ามการส่งออกสินค้า กล่าวคือ การกำหนดห้ามห้ามมิให้ผู้รับอนุญาต ส่งออกหรือผลิตสินค้าที่ได้รับอนุญาต ซึ่งรวมไปถึงห้ามใช้กระบวนการผลิตจากโนว์ ฮาวตามที่ได้รับอนุญาต รวมไปถึงการห้ามส่งออกสินค้าบางประเภท หรือบางพื้นที่ หรือบางประเทศ ห้ามกำหนดปริมาณหรือราคาส่งออกสินค้า หรือกำหนดให้การ ส่งออกต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตหรือจากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อนุญาต การกระทำที่เป็นการกำหนดพื้นที่การส่งออกสินค้านี้อาจถือเป็นการกระทำทาง การค้าที่ไม่เป็นธรรม หากปรากฏว่า การห้ามนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ได้รับ อนุญาตในพื้นที่ที่นอกเหนือจากที่สิทธิบัตรครอบคลุมถึง ซึ่งจะส่งผลเป็นการลด การแข่งขันในตลาดส่งออก

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของการกำหนดพื้นที่การส่งออกนี้ มีข้อยกเว้นอยู่สามประการ กล่าวคือ 1. ผู้อนุญาตได้จดทะเบียนสิทธิบัตรในพื้นที่ที่ทำการกำหนดข้อห้ามนั้นเอาไว้แล้ว 2. ผู้อนุญาตทำการจำหน่ายสินค้าตามสิทธิบัตรหรือโน้วฮาวในพื้นที่ที่กำหนดห้ามอยู่นั้นอยู่ 3. ผู้อนุญาตได้ให้สิทธิเด็ดขาดกับบุคคลที่สามในการขายสินค้าตามสิทธิบัตรในพื้นที่ที่กำหนดห้าม

2. ข้อสัญญาให้สิทธิในการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับอนุญาตตกแก่ผู้อนุญาต (Grant back improvement) กล่าวคือ หากผู้อนุญาตกำหนดข้อสัญญานั้นให้สิทธิในการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดที่ผู้รับอนุญาตทำขึ้นให้ตกแก่ผู้อนุญาต ข้อสัญญาเหล่านี้จะเป็นการขยายอำนาจเด็ดขาดของผู้อนุญาต และส่งเสียต่อระบบเศรษฐกิจสามประการดังต่อไปนี้ 1. เป็นการส่งเสริมการเติบโตโดยไม่ชอบธรรม หรือเป็นการรักษาไว้ซึ่งอำนาจตลาดโดยไม่ชอบธรรมของผู้อนุญาตในตลาดที่เกี่ยวข้อง 2. ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการกีดกันการพัฒนาของเทคโนโลยีใหม่ ๆ โดยการจำกัดอิสระของผู้รับอนุญาตในการแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่คุณได้พัฒนาขึ้น 3. ข้อสัญญาดังกล่าวอาจเป็นลดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกำหนดให้สิทธิในการพัฒนาตกแก่ผู้รับอนุญาตแบบไม่เด็ดขาด (non-exclusive grant back) คือ การกำหนดเพียงให้ผู้อนุญาตสามารถมีส่วนร่วมในการใช้สิ่งที่คุณรับอนุญาตพัฒนาขึ้นได้ และให้ผู้รับอนุญาตมีอิสระที่จะอนุญาตให้บุคคลที่สามใช้สิทธิในสิ่งที่คุณได้พัฒนาขึ้นมาได้นอกเหนือจากตัวผู้รับอนุญาต การกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายอมรับว่าทำได้

3. การคำนวณค่าใช้สิทธิ (Royalty Calculation) กล่าวคือ การคำนวณค่าใช้สิทธิจากสินค้าหรือวัสดุที่ไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นข้อสัญญาที่น่าสงสัยว่าจะเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจะทำให้ผู้รับอนุญาตเสียหายเพราะต้องจ่ายค่าใช้สิทธิมากกว่าคุณค่าที่พวกเขาควรได้รับ แต่อย่างไรก็ตามตามแนวปฏิบัติฉบับนี้ก็ได้อีกว่าเป็นนัยว่า การคำนวณค่าใช้สิทธิจากปริมาณการผลิตเป็นเรื่องที่เป็นธรรมโดยขึ้นอยู่กับปริมาณการใช้สิทธิบัตรหรือโน้วฮาวนั้น ๆ

4. ข้อกำหนดการขายสินค้าเป็นชุด (Package Selling) กล่าวคือ ข้อสัญญาการขาย สิทธิบัตรหรือโน้วฮาวเป็นชุด เป็นการขายควบสิทธิบัตรหรือโน้วฮาวที่เป็นที่ ต้องการควบกับสิทธิบัตรหรือโน้วฮาวที่ไม่ได้เป็นที่ต้องการจึงเป็นการกระทำที่น่า สงสัย แต่อย่างไรก็ตามการขายสิทธิบัตรหรือโน้วฮาวเป็นชุดอาจเป็นเรื่องที่เป็น ธรรม หากการขายสิทธิบัตรหรือโน้วฮาวที่เป็นชุดนั้นเป็นไปเพื่อการรับรองคุณภาพ ของการใช้สิทธิบัตรหรือโน้วฮาวนั้น ๆ
5. ข้อกำหนดคุณภาพของสินค้า หรือข้อกำหนดการขายที่กำหนดโดยผู้อนุญาต (Quality standards or purchasing requirements set by the licensor) แนวปฏิบัติฉบับนี้กำหนดให้ผู้อนุญาตสามารถกำหนดข้อสัญญาในสัญญาอนุญาต ให้ใช้สิทธิได้หากเป็นไปเพื่อรักษามาตรฐานการผลิตสินค้าตามสิทธิบัตร หรือเป็น กรณีจำเป็นที่จะต้องกำหนดเพื่อรักษาประสิทธิภาพการผลิตตามสิทธิบัตร ทั้งนี้ เพื่อรักษาชื่อเสียงในทางการค้าหรือชื่อเสียงทางเครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาต แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำข้างต้นอาจเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ หากการกระทำดังกล่าวส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง หรือ เป็นการจำกัดอิสระของผู้รับอนุญาตในการเลือกวัตถุดิบคุณภาพเพื่อผลิตสินค้า
6. ข้อกำหนดให้ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาต (Requirement of use of licensor's trademark) กล่าวคือ ข้อกำหนดให้ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาต เป็นเงื่อนไขในสัญญาที่น่าสงสัย เพราะข้อสัญญาดังกล่าว ทำให้ผู้รับอนุญาตขาด อิสระที่จะเลือกสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับตน และอาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็น ธรรมหากมีการบังคับให้ผู้รับอนุญาตใช้เครื่องหมายการค้าที่นั่นต่อไปทั้ง ๆ ที่สัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นหมดอายุลงแล้ว ดังนั้น แนวปฏิบัติฉบับนี้จึงชี้ให้เห็นว่า การ กำหนดข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม และทำให้ผู้รับอนุญาต เสียหายได้
7. การกำหนดเงื่อนไขในการเลิกสัญญาโดยผู้อนุญาต (Termination clauses) กล่าวคือ ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถเลิกสัญญาได้เองฝ่ายเดียว หรือไม่ต้องแจ้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นข้อสัญญาที่ไม่สามารถกระทำได้ แต่

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับเรื่องดังกล่าวคือ กรณีที่ผู้รับอนุญาตตกเป็นบุคคลล้มละลาย ผู้อนุญาตสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้

นอกจากนี้ ข้อสัญญาที่บังคับให้มีการเลิกสัญญาเมื่อผู้รับอนุญาตทำการโต้แย้งสิทธิบัตร หรือโน้รฮาวที่ได้รับอนุญาตไม่สามารถกำหนดได้ และอาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แนวปฏิบัติฉบับนี้ให้ความสำคัญในเรื่องอุปสรรคในทางการค้า ดังนั้น จึงกำหนดให้สามารถทำการโต้แย้งสิทธิบัตรที่เป็นโมฆะหรือโน้รฮาวที่ไม่เป็นความลับอีกต่อไปได้เพื่อให้บริษัทอื่น ๆ สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีที่โต้แย้งได้

8. ข้อกำหนดห้ามใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีของคู่แข่ง (Requirement of not handling competing products or technology) กล่าวคือ ข้อกำหนดข้างต้นเป็นข้อกำหนดที่ได้รับการโต้แย้งในทางปฏิบัติบ่อยที่สุด ซึ่งข้อกำหนดนี้ปรากฏทั้งในกลุ่มข้อจำกัดที่เป็นความผิดในตัวเอง และกลุ่มข้อกำหนดที่ต้องอาศัยหลักการแห่งเหตุผล (Rule of reason) ในการพิจารณาประกอบ ในการพิจารณาตามหลักการแห่งเหตุผล ต้องมีการพิจารณาว่า ข้อห้ามใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีที่เป็นของคู่แข่งของผู้อนุญาตเป็นข้อสัญญาที่น่าสงสัย และอาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหากทำให้ผู้รับอนุญาตขาดอิสระในการเลือกใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีในกลุ่มที่เป็นความผิดในตัวเอง (per se) ให้ข้อสังเกตว่า หากข้อกำหนดห้ามนั้นเป็นการกำหนดห้ามหลังการสิ้นสุดของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น ข้อห้ามดังกล่าวถือเป็นความผิดในตัวเอง เพราะเป็นการกระทำที่เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างรุนแรง
9. ข้อกำหนดให้มีการขายผ่านผู้อนุญาตหรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อนุญาต (Requirement of selling through the licensor or its designee) กล่าวคือ ข้อสัญญาให้ผู้อนุญาตขายผ่านผู้อนุญาตตามที่ผู้อนุญาตกำหนด อาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวทำให้การแข่งขันในตลาดต้องเสียไป และทำให้ผู้รับอนุญาตขาดอิสระในการเลือกคู่ค้าซึ่งส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในสินค้าที่อนุญาต

- กลุ่มข้อสัญญาที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือมีโอกาสสูงมากที่จะเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (per se) (Black list)
 1. การห้ามทำการขายหรือการกำหนดราคาขายในประเทศญี่ปุ่น (Restricting sales and resale prices in Japan) กล่าวคือ ราคาขายเกิดจากการที่ผู้ผลิตและผู้ค้าส่งมีการตั้งราคาร่วมกัน การกำหนดราคาขายเป็นร่วมกันกำหนดราคาในขั้นแรกของการกระจายสินค้า ส่วนราคาค้าปลีกเกิดจากการที่ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกมีการตั้งราคาร่วมกัน ดังนั้น การที่ผู้อนุญาตทำการกำหนดราคาขายสินค้าจึงทำให้ผู้รับอนุญาตขาดอิสระในการตั้งราคาของตน และการตั้งราคาของผู้อนุญาตเป็นกีดกันการแข่งขันในด้านราคาสินค้าในตลาดซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า
 2. การห้ามการวิจัยและพัฒนาสิทธิบัตรและโนว์ฮาวที่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Restricting research and development covered by the licensed patent or know-how) กล่าวคือ เมื่อผู้อนุญาตจำกัดอิสระในการการวิจัยและพัฒนาเกี่ยวกับสิทธิบัตรที่ได้รับอนุญาต เท่ากับผู้อนุญาตทำการกีดกันการแข่งขันโดยการจำกัดกิจการทางการค้าของผู้ได้รับอนุญาตในอนาคต และการห้ามเช่นนั้นจะส่งผลกระทบต่อตลาดสินค้าทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นสำหรับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในบางกรณีในเรื่องการจำกัดการวิจัยและพัฒนาซึ่งเป็นไปเพื่อปฏิบัติตามนโยบายสาธารณะในประเทศญี่ปุ่น
 3. ข้อสัญญาหรือกำหนดหน้าที่ต้องปฏิบัติภายหลังจากสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว (Requirements or obligations which last longer than the term of the agreement) กล่าวคือ การกำหนดหน้าที่หรือข้อห้ามสำหรับผู้รับอนุญาตในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องเป็นการกำหนดในขณะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิยังมีผลบังคับเท่านั้น การกำหนดนี้ห้ามใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีของคู่แข่งซึ่งมีลักษณะเป็นการยืดระยะเวลาการบังคับใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือการเปิดเผย

ความลับในโน้ตฮาว (ซึ่งการเปิดเผยความลับนั้นไม่ใช่ความผิดของผู้รับอนุญาต)
เป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำต้องจ่ายค่าใช้สิทธิแม้ภายหลังสัญญา
ได้สิ้นสุดลงแล้วเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แนวปฏิบัติฉบับนี้เน้นย้ำ
ว่า ทุกคนควรสามารถใช้เทคโนโลยีที่ได้รับการอนุญาตอย่างอิสระภายหลังจาก
สิ้นสุดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิจึงไม่มีอำนาจที่จะมา
จำกัดสิทธิการใช้เทคโนโลยีนั้น หรือบังคับให้มีการชำระค่าใช้สิทธิภายหลังสิ้นสุด
ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัตินี้ได้มี
ข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเอาไว้ คือ สามารถเรียกเก็บค่าใช้สิทธิจากโน้ตฮาว
ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิได้ ภายในระยะเวลาสั้น ๆ หากกำหนด
เอาไว้ในข้อสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า แนวปฏิบัติปี 1989 นั้นใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้
ใช้สิทธิทั้งระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยกันเอง และระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับ
ผู้ประกอบการชาวต่างชาติ แต่สัญญาที่จะต้องขออนุญาตคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่
จะตรวจสอบในเรื่องข้อกำหนดในสัญญาจะมีเพียงเฉพาะกรณีเป็นสัญญาระหว่างประเทศ
เท่านั้น และต้องเป็นสัญญาที่มีอายุสัญญามากกว่า 1 ปีขึ้นไปด้วย⁶⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากระเบียบดังกล่าวของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้
ยกเลิกไปในปี 1992 เนื่องจากว่าประเทศญี่ปุ่นได้กลายเป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจและ
เทคโนโลยีแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้สิทธิตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวอีก⁶⁵

3.4.1.3 Guidelines for patent and know-how licensing agreements under the antimonopoly act ค.ศ. 1999

ในปี 1999 หลังจากทีคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้มีการศึกษา
เปรียบเทียบแนวทางการกำกับดูแลมิให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในลักษณะที่มีขอบมา
เป็นเวลานาน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการ
ควบคุมดูแลมิให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในลักษณะไม่ชอบธรรมฉบับใหม่อีกครั้งโดย
Guideline ฉบับนี้จะให้ความสำคัญในเรื่อง Patent and Know-how มากเป็นพิเศษ โดยแนวปฏิบัติ

⁶⁴ ระเบียบคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการส่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตรวจในปี 1989

⁶⁵ Ibid.

ฉบับนี้มีชื่อเรียกว่า Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements under the Antimonopoly Act ซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 30 กรกฎาคม ปี 1999 โดยสาระสำคัญของแนวปฏิบัติปี 1999 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 บทนำ

ส่วนที่ 2 การตีความมาตรา 21 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในเรื่องสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ส่วนที่ 3 ความคิดเห็นเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและ Know-how ในประเด็นเกี่ยวกับการสร้างข้อจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุผล การผูกขาดโดยเอกชน

ส่วนที่ 4 ความคิดเห็นเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและ Know-how ในประเด็นเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

แนวปฏิบัติปี 1999 ได้วางแนวทางการพิจารณาว่าลักษณะการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ลักษณะใดที่เข้าลักษณะของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรม โดยแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาโดยแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. ลักษณะการใช้สิทธินั้นเป็นการกีดกันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่ (ส่วนที่ 1 ของแนวปฏิบัติ)
2. ลักษณะการใช้สิทธินั้นเป็นการผูกขาดหรือไม่ (ส่วนที่ 2 ของแนวปฏิบัติ)
3. ลักษณะการใช้สิทธินั้นเป็นการปฏิบัติวิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ (ส่วนที่ 4 ของแนวปฏิบัติ)

โดยการพิจารณาจะต้องพิจารณาตามลำดับที่กำหนดไว้ข้างต้น หากลักษณะของการใช้สิทธิไม่เข้าการกระทำทั้งสามลักษณะข้างต้น การใช้สิทธินั้นจะไม่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ อาจเป็นลักษณะการใช้สิทธิที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นเอง

และการที่จะทราบได้ว่ากรณีใดควรจะนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงผลลัพธ์ของการกระทำนั้นด้วยว่าทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือไม่ ยกตัวอย่าง เช่น หากบริษัทหนึ่งอนุญาตให้บุคคลหนึ่งใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนโดยมีข้อตกลงกำหนดพื้นที่การขาย กำหนดระยะเวลาการขาย กำหนดสินค้าที่จะขาย แต่ไม่ได้กำหนดลักษณะการใช้สิทธินั้นเอาไว้ โดยผู้รับอนุญาตนั้นมีอิสระที่จะกำหนดทิศทางของธุรกิจ การประกอบกิจกรรมทางธุรกิจได้เอง และไม่ปรากฏว่ามีคู่แข่งในตลาดคนใดสูญเสียสภาพการแข่งขันในตลาด ไม่มีการกีดกันการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจของคู่แข่งในตลาด การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้แนวปฏิบัติปี 1999 ไม่ถือการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบธรรม

นอกจากนี้ แนวปฏิบัติในปี 1999 ยังได้สื่อถึงผลกระทบจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขต จนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดด้วยโดยเน้นย้ำ หากปล่อยให้ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้ไว้ ผู้ทรงสิทธิทั้งหลายมีแนวโน้มจะใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในการรักษาอำนาจตลาด หรือเพื่อเพิ่มอำนาจตลาดของตนให้ขึ้นเป็นผู้ผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นว่านี้จะเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ส่งผลให้ไม่มีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เข้ามาแข่งขันในตลาด และการพัฒนาทางเทคโนโลยีจะหยุดชะงัก

ดังนั้น พฤติกรรมการใช้สิทธิที่เป็นการกีดกันทางการค้าหรือผูกขาดทางการค้าจึงส่งผลกระทบต่อกลับไปทำลายหลักการสร้างสรรค์งานของทรัพย์สินทางปัญญาด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าทั้งกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีจุดมุ่งหมายปลายทางที่ซ้อนทับกันอยู่นั่นคือ การส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยีซึ่งจะทำให้คุณภาพความเป็นอยู่ของคนในสังคมดีขึ้น แต่จุดมุ่งหมายดังกล่าวจะไม่อาจสำเร็จได้หรือสำเร็จได้ยากหากมีการผูกขาดหรือกีดกันทางการค้าจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้แนวปฏิบัติปี 1999 ยังระบุอีกว่า แนวปฏิบัติไม่สามารถที่จะระบุการกระทำที่เป็น การผิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ทั้งหมด เพราะในทางปฏิบัติ ลักษณะของการกำหนดเงื่อนไข หรือข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นปัญหาที่ต่อเมื่อผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ (patentee) เห็นด้วยกับข้อสัญญาบางข้อเท่านั้น กล่าวคือ การที่ผู้รับอนุญาต (patentee) จะตัดสินใจเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ต่อเมื่อเห็นว่าตนได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นตามที่ตนต้องการ เพราะหากตนเป็นผู้เสียเปรียบแต่เพียงฝ่ายเดียวก็คงจะไม่ตัดสินใจเข้าทำสัญญาตั้งแต่แรก

อย่างไรก็ตาม ตามแนวปฏิบัติฉบับนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) ก็มีอำนาจที่จะวิพากษ์วิจารณ์ข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้เพื่อกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และรักษาสภาวะการแข่งขันในตลาดที่เป็นธรรมควบคู่กันไป

นอกจากนี้ แนวปฏิบัติปี 1999 ยังอธิบายอีกว่า การจะพิจารณาว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใดมีลักษณะเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าหรือเป็นการผูกขาดทางการค้าหรือไม่จะต้อง ประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดด้วย

- การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสามขั้นตอนมีรายละเอียดดังต่อไปนี้
 1. การพิจารณาการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraints of Trade) กล่าวคือ ในการพิจารณาพฤติกรรมการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นชุด การ

รวมกลุ่มของสิทธิบัตร พฤติกรรมเหล่านี้เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดห้ามในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในหลาย ๆ เรื่อง เช่น การกำหนดราคา ปริมาณการขาย กำหนดพื้นที่การขาย การกำหนดในเรื่องขอบเขตการวิจัยและพัฒนา การกำหนดห้ามมิให้อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลที่สาม การกำหนดให้ใช้เทคโนโลยีเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งผลกระทบจากการกำหนดข้อห้ามเหล่านี้ทำให้เกิดการลดลงของสภาวะการแข่งขันในตลาด

2. การพิจารณาการผูกขาดทางการค้า (Monopolization)

แนวปฏิบัติฉบับนี้กำหนดว่า การผูกขาดทางการค้าหมายความว่า พฤติกรรมที่เป็น การกีดกันหรือควบคุมกิจกรรมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น หรือทำการกีดกันการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือตลาดเทคโนโลยีเฉพาะอย่าง ความรับผิดชอบจากการผูกขาดเกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มของสิทธิบัตร การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ การกระจุกตัวของสิทธิบัตร หรือการกระทำอื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกันซึ่งเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของบริษัทหรือกลุ่มบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งส่งผลเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่การแข่งขันในตลาดหรือเป็นการกีดกันคู่แข่งในตลาดก็อาจเป็นการผูกขาดทางการค้าได้

ก) การรวมกลุ่มสิทธิบัตร และการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไขว้ (Patent Pools and Cross-License) การรวมกลุ่มสิทธิบัตร และการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไขว้จะถือเป็นความผิดฐานผูกขาดทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมหาก 1.การรวมกลุ่มสิทธิบัตร และการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไขว้นั้นเป็นการรวมกลุ่มของสิทธิบัตรในทุกเทคโนโลยีของตลาดเฉพาะอย่าง 2.มีการปฏิเสธไม่ให้คู่แข่งทางการค้าหรือผู้ประกอบการรายใหม่ใช้เทคโนโลยีนั้น 3.ผลกระทบจากการกระทำข้างต้นเป็นการทำให้คู่แข่งในตลาดที่เกี่ยวข้องลดลง การกระทำข้างต้นถือเป็น การผูกขาดทางการค้า

ข) การกระจุกตัวของสิทธิบัตร (Patent Concentrations) การกระจุกตัวของสิทธิบัตรอาจละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าในเรื่องการผูกขาดทาง

การค้า บริษัทที่มีสิทธิบัตรอย่างกระจุกตัวนั้นทำการกีดกันหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของบริษัทอื่น หรือปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลที่สาม หรือมีการฟ้องคดีการละเมิดสิทธิบัตรเพื่อกีดกันการเข้าสู่ตลาดเฉพาะอย่างของผู้ประกอบการรายใหม่

- ค) บริษัทผู้มีอำนาจเหนือตลาดทำการควบคุมมาตรฐานของอุตสาหกรรม (Dominant Firm Controlling Industry Standard) การใช้สิทธิบัตรของบริษัทผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการควบคุมหรือกีดกันบริษัทอื่นเพื่อจำกัดการแข่งขัน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ให้ความสำคัญกับการกระทำข้างต้นมาก กล่าวคือ เกิดจากกรณีที่บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดมีทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นมาตรฐานการผลิตทางอุตสาหกรรมซึ่งหากไม่อนุญาตให้บริษัทอื่นได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ บริษัทอื่นนั้นก็จะไม่สามารถทำการแข่งขันได้เลย

3. การกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices)

ในเรื่องการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของแนวปฏิบัติปี 1999 นี้สามารถแยกออกได้เป็น 4 ตามที่เคยได้กล่าวมาในข้างต้น สำหรับรายละเอียดของแต่ละข้อจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ ผู้เขียนขอสรุปตามตารางให้เห็นดังต่อไปนี้

| White list | Grey list | Dark grey list | Black list |
|--|---|---|----------------------------------|
| การเลิกสัญญาเมื่อมีการโต้แย้ง | ข้อสัญญาห้ามแข่งขัน | ข้อจำกัดการใช้สิทธิของผู้รับอนุญาต | การกำหนดราคาขายต่อ |
| ข้อสัญญากำหนดปริมาณหรือความต้องการขั้นสูงสุด | ข้อสัญญากำหนดปริมาณหรือความต้องการขั้นสูงสุด | | |
| การกำหนดข้อจำกัดหรือขอบเขตการใช้เทคโนโลยี | การกำหนดค่าใช้สิทธิที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการผลิตหรือการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา | การกำหนดให้ชำระค่าใช้สิทธิภายหลังจากหมดอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว | ข้อสัญญาจำกัดราคาขั้นต่ำในการขาย |
| ข้อสัญญา Grant back ที่ให้ผู้อนุญาตสามารถมีสิทธิ | การขายควบหรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นชุด | ข้อสัญญา Grant back แบบให้สิทธิใน | |

| | | | |
|---|---|--|--|
| ในการใช้สิ่งที่ได้รับอนุญาตพัฒนาได้ภายใต้ราคาที่เหมาะสม หรือ Grant back non-exclusive | | การพัฒนาทั้งหมดตกแก่ผู้อนุญาต | |
| การแยกการอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อการใช้หรือเพื่อการจำหน่าย | ข้อกำหนดให้ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาต | การกำหนดข้อจำกัดการใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีของคู่แข่งแม้ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรได้สิ้นสุดลงแล้ว | |
| การจำกัดระยะเวลาการใช้สิทธิบัตร(ภายใต้ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ) | ข้อกำหนดห้ามมิให้ใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีของคู่แข่ง | | |
| การใช้สิทธิบัตรด้วยความพยายามอย่างดีที่สุด | ข้อกำหนดคุณภาพของสินค้าตามสิทธิบัตร | | |
| การจำกัดพื้นที่การขายในประเทศญี่ปุ่น | ข้อจำกัดการขายเฉพาะลูกค้าบางกลุ่ม | | |
| | ข้อกำหนดให้ผู้อนุญาตสามารถเลิกสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงฝ่ายเดียวได้ | | |

- ความแตกต่างที่สำคัญระหว่าง Guideline ในปี 1989 และแนวปฏิบัติปี 1999
- (1) มีการแยกลักษณะข้อจำกัดการสิทธิของผู้รับอนุญาต ออกเป็น 4 ประเภท คือ สีขาว สีเทา สีเทาเข้ม และสีดำ ซึ่งแต่เดิมมีเพียง 3 ประเภทคือ สีขาว สีเทา และสีดำ
 - (2) แนวปฏิบัติปี 1999 ไม่กล่าวถึงมาตรา 6 เลยแต่กล่าวถึงมาตรา 21 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่ครอบคลุมถึงการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตการใช้สิทธิโดยชอบธรรม (acts as recognizable as the exercise of right) ซึ่งแนวปฏิบัติปี 1999 นี้ได้วางขอบเขตการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเป็นระบบว่า การใช้สิทธิในลักษณะใดบ้างที่มีโอกาสสูงที่จะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Grey list) การใช้สิทธิในลักษณะใดบ้างที่มีโอกาสสูงมากที่จะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Dark grey

list) และการใช้สิทธิลักษณะใดบ้างที่ละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าและเป็นลักษณะการใช้สิทธิที่เป็นความผิดในตัวเอง (Black list)

- (3) แม้ว่าในมาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะระบุให้นำกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับเฉพาะกับกรณีการใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร อนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ และกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่เกินขอบเขตก็ตาม แต่ในความเห็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ให้นำแนวปฏิบัติปี 1999 มาปรับใช้โดยอนุโลม (will be applied mutatis mutandis) กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ ด้วย⁶⁶

3.4.1.4 Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act ปี 2007 (ปรับปรุงล่าสุดปี 2016)

แนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นแนวปฏิบัติฉบับล่าสุดที่มีการใช้อำนาจในปัจจุบัน ซึ่งเนื้อหาของแนวปฏิบัติสามารถแบ่งออกได้เป็นส่วน ๆ ดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 ว่าด้วยแนวคิดริเริ่มของแนวปฏิบัติฉบับนี้ (Introduction) ซึ่งประกอบไปด้วย

1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Competition Policy and Intellectual Property Systems)

แนวคิดเบื้องหลังของแนวปฏิบัติฉบับนี้คือ การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี กล่าวคือ เพื่อเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบการลงทุนในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ โดยให้สิทธิผู้ประกอบการที่ลงทุนและวิจัยพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ เหล่านั้นสามารถแสวงหาประโยชน์เทคโนโลยีที่ตนพัฒนาขึ้นได้อย่างเต็มที่ แนวปฏิบัติฉบับนี้มีการส่งเสริมให้มีการจำหน่ายเทคโนโลยีระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันซึ่งเมื่อมีการถ่ายโอนทางเทคโนโลยีระหว่างกันแล้วจะช่วยดึงดูดผู้ประกอบการรายใหม่ให้เข้ามาแข่งในตลาดเทคโนโลยีทำให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่มากขึ้น ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วจะเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในอีกช่องทางหนึ่ง

ในระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สิ่งที่จะเป็นการขัดขวางในการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี คือ การที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนในการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการห้าม หรือจำกัดขอบเขตการใช้ จำกัดการวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับอนุญาตโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ที่จะต้องเข้ามาปกป้องสภาวะการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยี และกำกับดูแลไม่ให้ผู้

⁶⁶ แนวปฏิบัติปี 1999 ข้อ 3 (1) วรรค 3

ทรงสิทธิใช้สิทธิของตนในลักษณะที่เป็นการเบียดเบียนออกไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (to misuse)

ความแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้แนวปฏิบัติฉบับปี 2007 นี้แตกต่างจากแนวปฏิบัติฉบับก่อน ๆ คือ แนวปฏิบัติฉบับก่อน ๆ จะให้ความสำคัญคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทโดยเน้นประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองแตกต่างกันออกไป แต่เนื้อหาของแนวปฏิบัติฉบับนี้จะใช้บังคับกับเฉพาะกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีเท่านั้น

1.2 ขอบเขตของแนวปฏิบัติ (Scope of Application of the Guidelines)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1.1 ที่อธิบายว่าเนื้อหาของแนวปฏิบัติฉบับนี้จะใช้บังคับกับเฉพาะกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีเท่านั้น ดังนั้น แนวปฏิบัติฉบับนี้จึงได้ให้นิยามของคำว่าเทคโนโลยีเอาไว้ว่า “เทคโนโลยี หมายถึง การคุ้มครองสิทธิในเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายคุ้มครองวงจรไฟฟ้า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและเมล็ดพันธุ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายการออกแบบ และกฎหมายคุ้มครองเทคโนโลยีอื่นที่มีลักษณะเช่นเดียวกับ Know-how”

ส่วนคำว่า “การจำกัดการใช้เทคโนโลยี” ตามความหมายของแนวปฏิบัติฉบับนี้หมายความรวมถึง 1.การกระทำที่เป็นการขัดขวางบุคคลอื่นในการใช้เทคโนโลยี 2.การกระทำที่เป็นการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยกำหนดข้อจำกัดการใช้สิทธิเอาไว้ 3.การกระทำที่เป็นการกำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตใช้เทคโนโลยีของบุคคลอื่น การจำกัดการใช้เทคโนโลยีนี้รวมถึงกรณีการห้ามใช้สิทธิด้วยตัวเอง หรือห้ามใช้สิทธิผ่านบุคคลที่สาม และการห้ามใช้สิทธิผ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย

การกระทำที่เป็นการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เทคโนโลยี คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าผู้อนุญาต (Licensor) อนุญาตให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับอนุญาต (Licensee) ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน ซึ่งตามแนวปฏิบัติฉบับนี้จะหมายถึง การอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีเท่านั้น และให้หมายความรวมถึงกรณีผู้รับอนุญาต (Licensee) อนุญาตให้บุคคลที่สามใช้สิทธิช่วงต่อไปด้วย

แนวปฏิบัติฉบับนี้จะสามารถใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทางเทคโนโลยีที่ผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นเป็นคู่สัญญา ไม่ว่าจะการอนุญาตนั้นจะกระทำภายในประเทศ หรือนอกประเทศก็ตาม แต่มีเงื่อนไขว่า การกระทำนั้นต้องส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีของประเทศญี่ปุ่น

ส่วนที่ 2 ของแนวปฏิบัติว่าด้วยหลักการพื้นฐานของการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (Basic Principles on Application of the Antimonopoly Act) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

มาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) บัญญัติว่า “บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะไม่ใช้บังคับกับกรณีการใช้สิทธิ ที่ถือเป็นการใช้สิทธิภายใต้ขอบเขตของกฎหมายสิทธิ ลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ กฎหมายเครื่องหมายทางการค้า” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะใช้บังคับในกรณีการใช้สิทธิในลักษณะที่เป็น การขัดขวางการใช้เทคโนโลยี ซึ่งเป็นการเบี่ยงเบนไปจากการใช้สิทธิตามปกติของกฎหมายคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญา

การกระทำของผู้ทรงสิทธิที่มีลักษณะขัดขวางผู้อื่นในการใช้เทคโนโลยี หรือจำกัดขอบเขต ผู้อื่นในการใช้เทคโนโลยีอาจจะดูเหมือนเป็นการใช้สิทธิตามปกติของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทาง ปัญญา แต่กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีหน้าที่ในการตรวจสอบว่า การกระทำได้ถึงแม้จะคล้ายกับ การใช้สิทธิภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม แต่การกระทำนั้นอาจไม่ ถือว่าเป็นการใช้สิทธิภายใต้กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ หากการกระทำนั้นมี เจตนาที่เบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ และวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่ประสงค์จะกระตุ้นให้ผู้ประกอบการทั้งหลายพยายามที่จะสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ พัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ขึ้นอยู่ตลอดเวลา

เมื่อเราจะระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่า การกระทำใดที่ถือเป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมาย คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ สิ่งที่เราจะต้องให้ความสนใจอย่างแรก คือ หลักความสิ้นไปของ สิทธิ (The exhaustion of right) กล่าวคือ เมื่อเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาได้จำหน่ายทรัพย์สินทาง ปัญญาให้กับบุคคลใดไปแล้ว เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้นย่อมหมดสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินทางปัญญา นั้นได้อีก เช่น การไม่สามารถกำหนดราคาขายต่อ เป็นต้น

2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการระบุตลาด (Principles in identifying a market)

ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการใช้เทคโนโลยีภายใต้แนวปฏิบัติฉบับนี้ อันดับ แรกต้องพิจารณาว่าการจำกัดการใช้เทคโนโลยีเกิดจากผู้ทรงสิทธิหรือไม่ จากนั้นจึงค่อยพิจารณาว่า ข้อจำกัดการใช้เทคโนโลยีนั้นเป็นการลดการแข่งขันในตลาดที่ผู้ทรงสิทธิดำรงอยู่หรือไม่ ซึ่งการ ตรวจสอบจะเป็นการตรวจสอบทั้งกรณีมุมมองของข้อจำกัดการแข่งขันทางการค้า และมุมมองของ วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

การกระทำที่เป็นการจำกัดการใช้เทคโนโลยี จะส่งผลกระทบต่อไม่เพียงแต่กิจกรรมทางธุรกิจ หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อตลาดสินค้าในตลาดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ด้วย เช่น การจำกัดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีที่จำเป็นต่อการผลิตจะทำให้สินค้าอื่นที่อาศัย เทคโนโลยีนั้นในการผลิตไม่สามารถดำเนินการผลิตต่อไปได้ ดังนั้น ขอบเขตของการจำกัดใช้ เทคโนโลยีตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงขยายครอบคลุมไปถึงตลาดที่มีการซื้อขายเทคโนโลยีนั้น และตลาดสินค้าอื่นที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้นด้วย

2.3 แนวทางการวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการจำกัดการแข่งขัน (Method of analyzing the effect in reducing competition)

- พิจารณาถึงบรรดาข้อห้ามการใช้เทคโนโลยีที่กำหนดขึ้น ไม่ว่าจะข้อห้ามนั้นจะทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดลดลงหรือไม่
- พิจารณาการใช้เทคโนโลยีในกิจกรรมทางธุรกิจและควมมีอิทธิพลของเทคโนโลยีนั้น ๆ ต่อการประกอบธุรกิจเฉพาะอย่าง ถึงแม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะไม่ใช้คู่แข่งในตลาดเทคโนโลยีนั้น ๆ โดยตรง
- พิจารณาสถานะทางเศรษฐกิจของคู่แข่งในตลาด
- พิจารณาแนวโน้มภาพรวมเงื่อนไขการแข่งขันในตลาด เช่น จำนวนผู้แข่งขัน การกระจุกตัวของอำนาจตลาด ไม่ว่าจะเขาจะมีเหตุผลเบื้องหลังในการกำหนดห้ามการใช้เทคโนโลยีหรือไม่ก็ตาม
- พิจารณาจำนวนค่าตอบแทนจากการวิจัย พัฒนา จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

2.4 ตัวอย่างกรณีข้อห้ามที่อาจส่งผลกระทบต่อสภาวะการแข่งขันตลาด (Cases where restrictions may have major impacts on competition)

2.4.1 การกระทำระหว่างคู่แข่ง (Acts between competitor)

หากการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันของคู่แข่งทางธุรกิจ และการตกลงนั้นเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันซึ่งกันและกัน หรือเป็นไปเพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาด การกระทำในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาด (Cartel) ซึ่งมีผลกระทบอย่างมากต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด

2.4.2 เทคโนโลยีที่มีอิทธิพลต่อตลาด มหาวิทยาลัย

การจำกัดการใช้เทคโนโลยีจะส่งผลกระทบต่อสภาวะการแข่งขันในตลาดรุนแรงขึ้น หากเทคโนโลยีนั้นเป็นเทคโนโลยีที่มีอิทธิพลอย่างมากในตลาด กล่าวคือ เป็นเทคโนโลยีนั้นมีความสำคัญมากในการผลิตสินค้า และเป็นที่ยากที่จะหาเทคโนโลยีอื่นมาทดแทน หรือเป็นการยากที่จะเปลี่ยนเทคนิคการผลิตโดยไม่ใช้เทคโนโลยีนี้ เทคโนโลยีดังกล่าวจะถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่มีอิทธิพลต่อตลาด

ตัวอย่างกรณีการจำกัดการแข่งขันที่มีผลกระทบเล็กน้อยต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด (Cases where restrictions are deemed to have minor effect in reducing competition)

เมื่อผู้ประกอบการที่กำหนดข้อจำกัดการใช้เทคโนโลยีนั้น ๆ มีส่วนแบ่งการตลาดในตลาดเทคโนโลยีนั้นเพียง 20% หรือน้อยกว่านั้น แต่ข้อความดังกล่าวไม่ทำให้บังคับหากการกระทำนั้นเป็นการกำหนดราคาขายต่อ การจำกัดปริมาณสินค้า การจำกัดเขตพื้นที่ในการขาย หรือจำกัดกลุ่มลูกค้าที่ต้องใช้เทคโนโลยีนั้น ๆ ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี หรือมีการจำกัดการวิจัยและพัฒนา หรือบังคับให้ผู้รับอนุญาตให้สิทธิเด็ดขาดแก่ตนหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีที่ตนได้พัฒนาขึ้น

ส่วนที่ 3 มุมมองของการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

3.1 มุมมองของการผูกขาดทางการค้า (Viewpoint from Monopolization)

ตามมาตรา 2 (5) ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ได้ให้นิยามของการผูกขาดทางการค้าเอาไว้ว่า “การผูกขาดทางการค้า หมายถึง กิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการ หรือกรณีบุคคลธรรมดา ร่วมกันหรือสมคบกันกับผู้ประกอบการอื่นเพื่อการกระทำการใดที่เป็นการกีดกันหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น ซึ่งการกระทำเช่นนั้นขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงต่อธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ”

3.1.1 การขัดขวางการใช้เทคโนโลยี

การที่ผู้ทรงสิทธิจำกัดสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยี เช่น การไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการรายอื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตน หมายความว่ารวมถึงกรณีการเรียกค่าใช้สิทธิในจำนวนมากโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือกระทำการอื่นใดที่มีลักษณะปฏิเสธไม่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีนั้น โดยรายละเอียดของการจำกัดการใช้สิทธิในเทคโนโลยีมีดังต่อไปนี้

- กรณีผู้ประกอบการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้การรวมกลุ่มสิทธิบัตร (Patent Pool) เพื่อที่จะปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการนอกกลุ่มใช้สิทธิบัตรในกลุ่มของตนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการนอกกลุ่มเหล่านั้นได้ใช้เทคโนโลยีของตน การกระทำเช่นนี้อาจถือเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นให้ออกจากตลาดซึ่งเป็นการผูกขาดทางการค้ารูปแบบหนึ่ง
- ในกรณีเทคโนโลยีอย่างหนึ่ง เป็นเทคโนโลยีที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อตลาดเป็นอย่างมาก และผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีนั้นปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ผู้ประกอบการรายอื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร จนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบการรายอื่นออกจากตลาดซึ่งเป็นการผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า
- การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งทำการสะสมสิทธิบัตรในการใช้เทคโนโลยีที่จำเป็นในการผลิตต่อธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง โดยการสะสมสิทธิบัตรนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ธุรกิจของตน แต่เป็นไปเพื่อกีดกันคู่แข่งอื่นจากการใช้เทคโนโลยีนั้น การกระทำเช่นนี้จะถือว่าการกีดกันผู้ประกอบการอื่นออกจากตลาด

- เมื่อมีรัฐบาลได้กำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งเอาไว้โดยเฉพาะ และเพื่อให้สามารถผลิตสินค้านั้นได้จำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีเฉพาะอย่าง หากผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีเฉพาะอย่างนั้นปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตนหรือกำหนดข้อบังคับที่ไม่เป็นธรรมกับผู้มาขอใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตน การกระทำนั้นถือเป็นการกีดกันและละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.1.2 การจำกัดขอบเขตการใช้เทคโนโลยี (Limiting the scope of the use of technology)

หากผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตนผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิในเทคโนโลยีได้ แต่หากการกำหนดขอบเขตเช่นนั้นเป็นการกำหนดในลักษณะบังคับและเฉพาะมากเกินไป การกำหนดดังกล่าวอาจเข้าข่ายเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาต (Licensee) ได้ กล่าวคือ หากการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิในเทคโนโลยีนั้นมีลักษณะเบี่ยงเบนไปจากเป้าหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การจำกัดขอบเขตการใช้สิทธินั้นจะไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และอาจถือว่าเป็นการผูกขาดทางการค้าหากปรากฏว่า การจำกัดขอบเขตการใช้สิทธินั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งอย่างร้ายแรง

3.1.3 การกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยี (Imposing conditions on the use of technology)

เงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังต่อไปนี้ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งโดยเฉพาะและถือเป็นการผูกขาดทางการค้า

- กำหนดวิธีการในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาต (Licensee) เช่น การกำหนดราคาขายต่อ กำหนดปริมาณการขาย กำหนดกลุ่มลูกค้า หรือกรณีอื่น ๆ ที่มีลักษณะอย่างเดียวกันผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยี การกระทำเช่นนี้อาจเข้าลักษณะควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น
- กำหนดข้อห้ามในการพัฒนาเทคโนโลยีทางเลือกอื่นลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในกรณีผู้อนุญาตมีเทคโนโลยีที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาต การกำหนดข้อห้ามเช่นนี้ถือเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้อื่นผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

- การกำหนดให้ผู้ที่ยื่นขออนุญาตใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตนจำต้องซื้อสินค้าอื่นจากตนควบไปด้วยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ข้อกำหนดกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น

3.2 มุมมองของการกักกันการแข่งขันทางการค้า (Viewpoints from Unreasonable Restraint of Trade)

ตามมาตรา 2 (6) ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ได้ให้คำนิยามของ การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมเอาไว้ดังนี้ “การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม หมายถึง การที่ผู้ประกอบการทั้งหลายได้ตกลงร่วมกันที่จะคงไว้ หรือขึ้นราคาสินค้า จำกัดจำนวนการผลิต จำกัดเทคโนโลยี จำกัดสินค้า อันมีลักษณะที่เป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงในธุรกิจกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง”

3.2.1 การรวมกลุ่มสิทธิบัตร (Patent Pool)

การรวมกลุ่มสิทธิบัตร หมายถึง การที่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรทั้งหลายได้นำสิทธิบัตรของตนมารวมกันเอาไว้ในสมาคมหรือบริษัทเดียว เพื่อให้สมาคมหรือบริษัทเหล่านั้นเป็นผู้อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้สิทธิบัตรที่ได้รวมกลุ่มกันเอาไว้ โดยหลักแล้วการรวมกลุ่มสิทธิบัตร (Patent Pool) จะช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยีเนื่องจากผู้ประกอบการที่ทำการรวมกลุ่มกันจะได้รับประโยชน์จากสิทธิบัตรที่ตนไม่มีแต่จำเป็นต้องใช้ ดังนั้น การรวมกลุ่มสิทธิบัตรโดยหลักจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

แต่อย่างไรก็ตาม หากการรวมกลุ่มสิทธิบัตรเป็นไปเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่อยู่นอกกลุ่มได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจหรือเพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นให้ออกจากตลาด การรวมกลุ่มสิทธิบัตรเช่นนี้ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง และถือว่าละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.2.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นชุด (Multiple Licensing)

การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นชุด หมายถึง ระบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่ประกอบไปด้วยสิทธิบัตรหลายฉบับในการอนุญาตให้ใช้สิทธิคราวเดียว การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นชุดนี้หากเป็นไปเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้เทคโนโลยี กำหนดราคาขายต่อ กำหนดปริมาณการขาย กำหนดกลุ่มลูกค้า การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นชุดดังกล่าวจะถือเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม

3.2.3 การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ (Cross- Licensing)

การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ หมายถึง การที่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาตให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้สิทธิสิทธิบัตรของตนและผู้ประกอบการนั้นก็ใช้ผู้ประกอบการรายแรกได้ใช้

สิทธิบัตรของตนเป็นการตอบ การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้จะแตกต่างจากการรวมกลุ่มสิทธิบัตร (Patent Pool) ตรงที่การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ จำนวนผู้ที่เกี่ยวข้อง และสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องจะมีจำนวนน้อยกว่าการรวมกลุ่มสิทธิบัตร แต่กระนั้นก็ตาม การอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้ก็อาจส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันทางการค้าได้เช่นเดียวกัน

ส่วนที่ 4 มุมมองของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Viewpoints from Unfair Trade Practice)

4.1 แนวความคิดทั่วไป (Basic Viewpoints)

ในการพิจารณาว่าการกระทำในรูปแบบใดจะเข้าลักษณะของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ต้องพิจารณาตามแนวทางต่อไปนี้

1. พิจารณาว่าวิธีการประกอบธุรกิจนั้นเป็นการทำลายโอกาส หรือทำลายความสามารถในการแข่งขันของคู่แข่งในตลาดโดยตรงหรือไม่
 2. พิจารณาว่าวิธีการประกอบธุรกิจนั้นทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดลดลงหรือไม่
- ทั้งนี้ยังต้องพิจารณาถึงบรรดาค่าตอบแทนที่ให้แก่กัน, ระดับอิทธิพลในการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้อื่น, จำนวนของผู้ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมนั้น, ระยะเวลาในการกระทำพฤติกรรมนั้น เป็นต้น

4.2 การขัดขวางการใช้เทคโนโลยี (Inhibiting the Use of Technology)

หากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในกรณีดังต่อไปนี้ อาจถูกตรวจสอบว่าพฤติกรรมการขัดขวางการใช้เทคโนโลยีนั้นเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

1. ผู้ทรงสิทธิปฏิเสธไม่ให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตนทั้งรู้ยู่่ว่า ผู้ประกอบการรายอื่นจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีนั้นในการประกอบธุรกิจ และไม่สามารถหาเทคโนโลยีอื่นมาทดแทนได้โดยง่าย ทั้งนี้ เพื่อที่จะขัดขวางผู้ประกอบการอื่นไม่ให้ใช้เทคโนโลยีนั้น การกระทำเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิที่เบี่ยงเบนไปจากเป้าหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และอาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากทำให้ความสามารถในการแข่งขันของคู่แข่งลดลง
2. เมื่อผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีได้ปฏิเสธมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตน ทั้งที่ก่อนหน้านี้ได้มีการผลักดันหรือกระตุ้นให้มีการใช้เทคโนโลยีนั้นในการดำเนินธุรกิจ และเป็นการยากที่จะเทคโนโลยีทางเลือกอื่นมาทดแทนได้ การกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย และเบี่ยงเบนไปจากเป้าหมายและเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งอาจการกระทำดังกล่าวทำให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการอื่นลดลงและถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

3. ในกรณีที่เทคโนโลยีบางอย่างมีความสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจเฉพาะอย่าง และผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีนั้นได้เลือกปฏิบัติไม่ให้ผู้ประกอบการบางรายได้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีของตน กระทำเช่นนี้เป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากเป้าหมายและเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งอาจจะถือว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหากเป็นการทำให้ความสามารถในการแข่งขันของคู่แข่งลดลง

4.3 การจำกัดขอบเขตการใช้เทคโนโลยี (Limiting the Scope of the Use of Technology)

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีสามารถทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงบางส่วนได้ เช่น การกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิที่ขอบด้วยกฎหมายและถือเป็นการใช้สิทธิในขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เว้นแต่ข้อกำหนดที่ผู้ทรงสิทธิกำหนดขึ้นมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การใช้สิทธิดังกล่าวอาจถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้

4.3.1 การอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงบางส่วน (Licensing rights in part)

โดยทั่วไปแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถกำหนดข้อตกลงดังต่อไปนี้ได้ โดยไม่ถือเป็นข้อตกลงที่เป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม 1. การกำหนดแนวทางการใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้น 2. การกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิ 3. การกำหนดขอบเขตของการใช้เทคโนโลยีที่อนุญาตให้ใช้สิทธิ

4.3.2 ข้อห้ามเกี่ยวกับการผลิต (Restrictions pertaining to manufacturing)

- จำกัดในขอบเขตที่สามารถใช้เทคโนโลยีนั้นในการผลิต หรือจำกัดปริมาณสินค้าที่จะผลิตหรือจำกัดจำนวนครั้งของการใช้เทคโนโลยีในการผลิต
- จำกัดปริมาณสินค้าที่จะผลิตและจำนวนครั้งที่จะให้ใช้เทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตในการผลิต ในกรณีที่มีข้อจำกัดในเรื่องปริมาณขั้นต่ำของสินค้าที่ต้องผลิต หรือปริมาณขั้นต่ำของการใช้เทคโนโลยีนั้นในการผลิตข้อกำหนดดังกล่าวไม่ถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการกำหนดเพดานในจำนวนสินค้าที่จะผลิต เพดานจำนวนครั้งที่ให้ใช้เทคโนโลยีในการผลิต ข้อกำหนดดังกล่าวจะถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหากข้อจำกัดนั้นส่งผลเป็นการจำกัดปริมาณสินค้าที่จะเข้าสู่ตลาดในสินค้าเฉพาะอย่างนั้น ๆ

4.3.3 ข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการส่งออก (Restrictions pertaining to export)

โดยทั่วไปแล้ว การที่ผู้อนุญาตกำหนดข้อสัญญาห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตส่งออกสินค้าที่ผลิตจากการใช้เทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตหรือกำหนดพื้นที่เฉพาะในการส่งออกสินค้าที่ผลิตจากการใช้เทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต ข้อสัญญาดังกล่าวสามารถกำหนดได้ไม่ถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

แต่หากผู้อนุญาตกำหนดข้อสัญญาในลักษณะต่อไปนี้ เช่น กำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องส่งออกสินค้าไปยังผู้ประกอบการตามที่ผู้อนุญาตกำหนดหรือกำหนดราคาส่งออกสินค้าของผู้รับอนุญาต การกำหนดข้อห้ามดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของตลาดภายในประเทศ และถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.4 การกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยี (Imposing Restrictions in relation to the Use of Technology) ในบางกรณีที่ผู้อนุญาตกำหนดข้อสัญญาในลักษณะจำกัดขอบเขตการใช้เทคโนโลยีอาจเป็นไปเพื่อรักษาความลับทางการค้า หรือเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยี แต่อย่างไรก็ตาม หากข้อกำหนดเหล่านั้นเป็นการจำกัดวิธีการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาต ข้อกำหนดเหล่านั้นมีแนวโน้มจะเป็นการลดสมภาวะการแข่งขันในตลาด

- ข้อจำกัดในการใช้วัตถุดิบและส่วนประกอบ (Restrictions on raw materials and components) หากผู้ทรงสิทธิได้กำหนดให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ใช้เฉพาะวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ระบุเอาไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เพื่อที่จะรักษาคุณภาพของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตนั้น หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยและปกป้องความลับทางการค้าไม่ให้ถูกเปิดเผย ข้อกำหนดเหล่านี้ ถือเป็นการใช้สิทธิภายใต้ระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และไม่ถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่หากข้อกำหนดข้างต้นเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้รับอนุญาตในการที่จะเลือกใช้วัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่มีคุณภาพ ข้อกำหนดเหล่านั้นอาจเข้าลักษณะวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้

4.4.1 ข้อจำกัดการขาย (Restriction on sales) ในกรณีที่ผู้อนุญาตกำหนดปริมาณหรือพื้นที่ที่จะทำการขายสินค้า ข้อกำหนดดังกล่าวอาจเป็นการจำกัดวิธีการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตได้

4.4.2 ข้อจำกัดการขายและกำหนดราคาขายต่อ (Restriction on selling and resale prices) ในกรณีที่ผู้อนุญาตกำหนดราคาขายสินค้าหรือราคาขายต่อสินค้าที่ได้ผลิตจากเทคโนโลยีที่ได้รับ

อนุญาต ข้อกำหนดเหล่านั้นถือเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในเลือกวิธีการประกอบธุรกิจ และถือเป็นการลดสถานะการแข่งขันในตลาดลง อันถือเป็นการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.4.3 ข้อจำกัดเกี่ยวกับการผลิต และจำหน่ายสินค้าหรือทำธุรกรรมกับคู่แข่งทางการค้าของผู้ อนุญาต หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดห้ามไม่ให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ผลิตหรือ จำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง หรือห้ามไม่ให้ผู้รับอนุญาตทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยี กับคู่แข่งทางการค้าของผู้อนุญาต การกระทำดังกล่าวถือเป็นการขัดขวางไม่ให้ผู้รับอนุญาตใช้ เทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ เป็นการจำกัดโอกาสทางการค้าของผู้รับอนุญาตถือว่าเป็นวิธีการ ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.4.4 ข้อกำหนดนี้ให้พยายามอย่างถึงที่สุด (Best-effort obligations)

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ใช้ความพยายามอย่างดีที่สุด ในการใช้เทคโนโลยีตามที่ได้รับอนุญาตนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการยืนยันว่า เทคโนโลยีที่ได้รับ อนุญาตจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด การกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นการลดการแข่งขันและไม่ถือ ว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.4.5 ข้อกำหนดนี้ให้ปกปิดความลับของ Know-how

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ปกปิดความลับของ Know-how ในระหว่างช่วงเวลาที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และช่วงระยะเวลาหลังจากนั้น การกระทำนั้นไม่ เป็นการกีดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม และไม่ถือเป็นการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.4.6 ข้อกำหนดห้ามโต้แย้งความสมบูรณ์ของสิทธิที่ได้รับการอนุญาต (No Challenge Clause)

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) โต้แย้งถึงความสมบูรณ์ ของสิทธิในเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตเพื่อให้เกิดความสะดวกในการดำเนินธุรกิจ และไม่ทำให้การ แข่งขันในตลาดลดลง ข้อกำหนดเช่นว่านั้นสามารถทำได้ แต่หากข้อกำหนดการห้ามโต้แย้งความ สมบูรณ์ของสิทธินั้นบังคับต่อเนื่องไปถึงเวลาที่สิทธินั้นไม่สมบูรณ์แล้ว ข้อตกลงนั้นถือเป็นการทาง ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.5 ข้อจำกัดกรณีอื่น (Imposing Other Restrictions)

4.5.1 ข้อตกลงเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียว (Unilateral termination provisions)

ข้อตกลงเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ (Licensees) เป็นอย่างมาก หากข้อตกลงนั้นเป็นการกำหนดร่วมกับข้อห้ามในประการอื่นด้วย โดย ข้อตกลงเหล่านั้นเหล่านี้ผู้อนุญาตกำหนดขึ้นมาเพื่อให้มั่นใจว่าผู้รับอนุญาตใช้สิทธิจะไม่ผิดข้อตกลง ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ยกตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่า หากผู้รับอนุญาตผิดสัญญาตาม

ข้อที่กำหนดไว้ ผู้อนุญาตสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวในทันที โดยไม่ต้องมีการกำหนดระยะเวลาพอสมควร ข้อตกลงเช่นนี้เป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

4.5.2 ข้อกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิโดยไม่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยี

(Establishment of royalties without relation to the use of technology)

หากผู้ทรงสิทธิกำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับการใช้เทคโนโลยี เช่น กำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิจากจำนวนสินค้าที่ผลิตได้โดยไม่ต้องใช้เทคโนโลยีนั้น การกระทำเช่นนี้จะทำให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิถูกกีดกันจากการใช้สินค้าหรือเทคโนโลยีจากคู่แข่ง ดังนั้น การกระทำเช่นนี้จึงถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากผลจากการกระทำนั้นมีแนวโน้มจะเป็นการกีดกันการแข่งขันในตลาด

แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำนั้นอาจจะไม่ถูกถือว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีนั้นถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิต หรือ เป็นการคิดค่าตอบแทนการใช้สิทธิอย่างสมเหตุสมผลจากการใช้ส่วนประกอบบางอย่าง

4.5.3 การกำหนดข้อจำกัดหลังหมดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิ (Restrictions after the extinction of rights)

หากผู้ทรงสิทธิกำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิใช้เทคโนโลยี หรือจ่ายค่าตอบแทนการใช้เทคโนโลยี ทั้งที่ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิในการใช้เทคโนโลยีของผู้ทรงสิทธิได้สิ้นสุดลงแล้ว การกระทำเช่นนี้จึงถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากผลจากการกระทำนั้นมีแนวโน้มเป็นการกีดกันการแข่งขันในตลาด แต่ข้อความข้างต้นไม่ให้ใช้บังคับ หากการจ่ายค่าใช้สิทธินั้นเป็นการจ่ายในระหว่างช่วงระยะเวลาการผ่อนผัน

4.5.4 การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นชุด (Package licensing)

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ (Licensee) จำต้องรับเอาการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นชุดซึ่งเกินไปกว่าที่ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิจำเป็นต้องใช้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาคุณภาพของสินค้าที่ผลิตจากเทคโนโลยีนั้น หรือเป็นไปเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยีนั้น ข้อกำหนดนั้นเป็นการใช้สิทธิโดยชอบ แต่หากข้อกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวมาในข้างต้นและทำให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิถูกกีดกันสิทธิในการเลือกใช้เทคโนโลยีโดยอิสระและเป็นการกีดกันคู่แข่งอื่นออกจากตลาด การกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.5.5 การเพิ่มเติม Function การทำงานของเทคโนโลยี (Addition of functions to technology)

หากเป็นกรณีที่มีผู้ประกอบการหลายรายได้พัฒนา Function ใหม่ ๆ ขึ้นมาเพื่อใช้กับเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตนั้น แต่ผู้อนุญาตได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องการจะใช้เทคโนโลยีของตนจำเป็นต้องรับเอา Function ที่ได้พัฒนาจากตนเท่านั้น การกระทำเช่นนี้เป็นการกีดกันผู้อนุญาตใช้สิทธิไม่ให้ใช้ Function ที่ได้รับการพัฒนาจากผู้ประกอบการอื่น และเป็นการกีดกันโอกาสทางธุรกิจของผู้อนุญาต และทำให้ผู้อนุญาตไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากยอมทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใหม่จากผู้อนุญาตเท่านั้น การกระทำเช่นนี้ถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากผลจากการกระทำนั้นมีแนวโน้มจะกีดกันการแข่งขันในตลาด

4.5.6 ข้อจำกัดห้ามทำการวิจัยและพัฒนา (Restrictions on research and development activities)

ข้อห้ามที่ผู้อนุญาต(Licensor) กำหนดไม่ให้ผู้อนุญาต (Licensee) ทำการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต หรือห้ามวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีของคู่แข่งผู้อนุญาตไม่ว่าจะเป็นการวิจัยและพัฒนาเพียงฝ่ายเดียวหรือร่วมกับบุคคลที่สามก็ตาม การกระทำเช่นนี้ส่งผลให้การแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้าในอนาคตลดลงไป และมีแนวโน้มจะเป็นการกีดกันการแข่งขัน และถือว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกำหนดข้อห้ามการวิจัยและพัฒนาสิ่งที่เกี่ยวข้องกับ Know-how โดยกำหนดให้ผู้อนุญาตทำการวิจัยและพัฒนาเฉพาะกับบุคคลที่ผู้อนุญาตกำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งความลับทางการค้า และ Know-how ที่ไม่เปิดเผย การกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นวิธีการกีดกันการแข่งขันทางการค้า

4.5.7 ข้อกำหนดให้สิทธิในเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนา หรือให้สิทธิเด็ดขาดในเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนา (Obligations to assign improved technology or to grant exclusive licenses for improved technology)

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้อนุญาต (Licensee) ส่งมอบสิทธิในการพัฒนาเทคโนโลยีของผู้อนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิให้แก่ผู้อนุญาต การกระทำเช่นนี้เป็นการเพิ่มอำนาจตลาดให้กับผู้อนุญาต ทั้งยังทำให้ผู้อนุญาตใช้สิทธิหมดกำลังใจในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต การกระทำเช่นนี้ถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

แต่หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้อนุญาต (Licensee) ส่งมอบสิทธิในเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาขึ้นในลักษณะเป็นเจ้าของร่วมกัน (co-own) กับผู้อนุญาต ก็อาจถูกถือว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน หากมีแนวโน้มเป็นการกีดกันการแข่งขัน

แต่อย่างไรก็ตาม หากเทคโนโลยีที่ผู้อนุญาตพัฒนาขึ้นจำเป็นต้องใช้ร่วมกับเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตและไม่สามารถแยกจากกันได้ การที่ผู้อนุญาตกำหนดให้ผู้อนุญาตมอบสิทธิใน

เทคโนโลยีนั้นโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนในอัตราที่สมเหตุสมผล การกระทำเช่นนี้ถือว่าการส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีนั้น และไม่ถือว่าทำให้ผู้รับอนุญาตเสียกำลังใจในการวิจัยและพัฒนา จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีแนวโน้มเป็นการจำกัดการแข่งขัน

4.5.8 ข้อกำหนดให้สิทธิไม่เด็ดขาดในเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนา (Obligations to grant non-exclusive licenses for improved technology)

หากผู้อนุญาต (Licensor) กำหนดให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) ให้สิทธิไม่เด็ดขาดในเทคโนโลยีที่ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิได้พัฒนาขึ้น การกระทำเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้รับอนุญาตยังสามารถใช้เทคโนโลยีที่ตนได้พัฒนาขึ้นอย่างอิสระ และข้อกำหนดเช่นนี้มีผลกระทบต่อผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ และไม่ถือว่าเป็นการทำให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิหมดกำลังใจในการวิจัยและพัฒนาแต่อย่างใด

แต่หากข้อกำหนดข้างต้นรวมไปถึง การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาขึ้น โดยการกำหนดห้ามไม่ให้ผู้รับอนุญาตทำการอนุญาตให้คู่แข่งทางธุรกิจของผู้อนุญาตหรือบุคคลอื่นใช้เทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาขึ้น การกระทำเช่นนี้หากมีแนวโน้มเป็นการกีดกันการแข่งขันจะเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4.5.9 ข้อกำหนดให้รายงานการได้มาซึ่งความรู้และประสบการณ์ (Obligations to report obtained knowledge and experience)

ข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาต (Licensee) แจ้งแก่ผู้อนุญาต (Licensor) เกี่ยวกับบรรดาความรู้หรือประสบการณ์ที่ได้รับจากการได้ใช้เทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต การกระทำเช่นนี้ทำให้เกิดแรงจูงใจกับผู้อนุญาตในการอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ทั้งยังไม่ทำให้กำลังใจในการวิจัยและพัฒนาของผู้รับอนุญาตใช้สิทธิลดลงอีกด้วย ดังนั้น ข้อกำหนดเช่นนี้จึงไม่ถือเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ข้อแตกต่างที่สำคัญของแนวปฏิบัติปี 2007 และแนวปฏิบัติในปี 1999 มีรายละเอียดดังนี้

1. การวางแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขัน (Competition policy) กับนโยบายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
2. วางแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
3. ระบุอย่างชัดเจนให้ใช้แนวปฏิบัติบังคับกับกรณีที่ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทไม่จำกัดเฉพาะผู้ทรงสิทธิในสิทธิบัตรและ Know-how เหมือนแนวปฏิบัติฉบับก่อน

4. ไม่มีการแยกประเภทออกเป็นกลุ่มสีขาว กลุ่มสีเทา กลุ่มสีเทาเข้ม และกลุ่มสีดำ เหมือนแนวปฏิบัติที่ผ่านมา แต่จะใช้หลัก Rule of Reason ในการพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

3.1.5 กรณีศึกษา

คณะกรรมการ JFTC และศาลสูงเมืองโตเกียวแห่งประเทศญี่ปุ่น ได้สร้างบรรทัดฐาน (Jurisprudence) ในการอธิบายว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะใดที่ไม่ถือเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีคดีที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

- (1) การใช้สิทธิที่ขัดกับมาตรา 3 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (AMA)⁶⁷

- ก) คดีฝาปิดท่อระบายน้ำเสียเมืองฟุกุโอกะ (Fukuoka iron lids case : ตัดสินเมื่อ 10 กันยายน 1994)⁶⁸

บริษัทจำเลย X เป็นผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในฝาปิดท่อระบายน้ำเสีย โดยเมื่อเทศบาลเมืองฟุกุโอกะ ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของฝาปิดท่อระบายน้ำว่าต้องมีคุณสมบัติตามอนุสิทธิบัตรของบริษัทจำเลย X แต่มีเงื่อนไขว่า บริษัทจำเลย X จะต้องอนุญาตให้บริษัทอื่น ๆ ได้ใช้อนุสิทธิบัตรของบริษัทจำเลย X ในการผลิตฝาปิดท่อระบายน้ำด้วย และปรากฏในภายหลังว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ของบริษัทจำเลย X กับบริษัทอีก 6 บริษัท จำเลยทั้ง 7 ได้ตกลงกันว่าราคาในช่องประมูลของบริษัทจำเลย X จะเป็นราคาที่ต่ำที่สุด และมีการกำหนดกำไรที่ทุกบริษัทจะได้ ไว้ที่ 15% และตกลงกันให้บริษัทจำเลย X ขายฝาปิดท่อระบายน้ำเสียที่เมืองฟุกุโอกะจะจัดซื้อทั้งหมด ที่เหลืออีก 80% จะแบ่งจำนวนของฝาปิดท่อระบายน้ำระหว่างบริษัทจำเลยทั้ง 6 บริษัท ศาลสูงของญี่ปุ่น (Supreme Court) ได้ตัดสินว่า ความตกลงดังกล่าวขัดกับมาตรา 3 ของกฎหมาย AMA

- ข) คดี Pachiko Machine Patent Pool (ตัดสินเมื่อ 6 สิงหาคม 1998)⁶⁹

จำเลยทั้งสิบเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหลายสิทธิบัตรและเป็นผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหลายอนุสิทธิบัตร เกี่ยวกับการผลิตเครื่องเล่น pachiko โดยมีสหพันธ์เป็นผู้บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร ทั้งหลายของจำเลยทั้งสิบ เพื่อเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจผลิตเครื่องเล่น pachiko เข้ามาสู่ตลาดได้ โดยสหพันธ์บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรของจำเลยทั้งสิบจะไม่อนุญาตให้บริษัทอื่นได้มีโอกาสใช้สิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรเลย พฤติกรรมของจำเลยทั้งสิบถือได้ว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชน (เพราะใช้อำนาจเหนือตลาดกีดกัน (to exclude) คู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาด)

⁶⁷ Article 3 (AMA) “No entrepreneur shall affect private monopolization or unreasonable restraint of trade.”

⁶⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553).

หน้า 343.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน

(2) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ขัดมาตรา 2 (9) Guideline Designation of Unfair Trade Practices และมาตรา 19 ของกฎหมาย AMA พฤติกรรมที่เป็นคดีตัวอย่างมีดังต่อไปนี้

ก) คดีบริษัท Asahi Breweries Ltd. (ตัดสินเมื่อ 8 ธันวาคม 2003)⁷⁰

จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายเบียร์ที่มีเครื่องหมายการค้าว่า Asahi โดยจำเลยได้ยื่นข้อเสนอให้ผู้ประกอบการค้าปลีกในตอนใต้ของ Osaka ที่จะซื้อเบียร์ของตนจากผู้ค้าส่งในราคาที่ถูกกว่า 8 เท่าเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่นที่ขายสินค้าของบริษัท Asahi เช่นเดียวกัน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (JFTC) จึงได้ออกคำเตือนให้บริษัทจำเลย ว่าพฤติกรรมการลดราคาดังกล่าวทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมและเป็นการเสี่ยงที่จะผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา 19⁷¹

ข) คดีบริษัท Yakult (ตัดสินเมื่อ 13 กันยายน 1965)⁷²

บริษัท Yakult เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในการผลิตนมเปรี้ยว และเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “จุลินทรีย์ Yakult” บริษัท Yakult ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในกระบวนการผลิตนมเปรี้ยวแก่บริษัทผลิตนมเปรี้ยวหลายบริษัท ซึ่งในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการขายปลีก (retail price) เขตพื้นที่การขายปลีก จำนวนสินค้าที่จะขายปลีกได้ ห้ามขายสินค้าของบริษัทคู่แข่ง และห้ามบริษัทผู้รับอนุญาตขายสินค้าของบริษัท Yakult ให้แก่บุคคลอื่นยกเว้นผู้ค้าปลีกเท่านั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ได้ตัดสินว่า พฤติกรรมดังกล่าวของบริษัท Yakult ไม่ใช่การใช้สิทธิภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร แต่เป็นการใช้สิทธิอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่สมเหตุสมผล ตามมาตรา 2 (9) และมาตรา 19 ของกฎหมาย AMA

ค) คดีบริษัท Sony Computer Entertainment (ตัดสินเมื่อ 1 สิงหาคม 2002)⁷³

จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายเครื่องเล่นคอมพิวเตอร์เกมส์ที่ชื่อว่า Play Station (จำเลยเป็นผู้ทรงสิทธิใน Computer software) จำเลยได้ทำสัญญากับบรรดาบริษัทผู้ขายส่งโดยมีข้อสัญญาผูกมัดบริษัทผู้ขายส่งเกี่ยวกับราคาจำหน่ายว่าต้องจำหน่ายในราคาเท่าไร ข้อสัญญาห้ามมิให้ซื้อเกมส์ที่ใช้

⁷⁰ Asahi Breweries LTD, "Jftc Warns Asahi Breweries Ltd. against a Possible Unfair Trade Practice in Beer Trading," [Online]. Available from: http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2003/dec/2003_dec_08.files/2003-Dec-08.pdf

⁷² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 344.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

แล้ว (used one) แล้วจำหน่ายต่อให้ผู้อื่น และจำเลยยังต่อสู้ถือว่า การห้ามมิให้รับซื้อเกมส์ใช้แล้วเป็นการใช้สิทธิภายใต้ขอบกฎหมายลิขสิทธิ์ ในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือ JFTC ได้แสดงความเห็นว่า แม้การใช้สิทธิของบริษัท Sony Computer Entertainment จะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันหรือ เป็นการใช้สิทธิที่ขัดกับเป้าหมายของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย AMA มาตรา 19 เช่นเดียวกัน

3.2 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวปฏิบัติและกรณีศึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศเกาหลีใต้

3.2.1 หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศที่มีความเจริญในด้านอุตสาหกรรมมากที่สุดในประเทศหนึ่งในทวีปเอเชียในปัจจุบัน ในส่วนของกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นประเทศเกาหลีใต้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าในหลาย ๆ ประเทศ โดยประเทศเกาหลีใต้ได้ทำการเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านกฎหมายแข่งขันทางการค้าของทั้งสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่นซึ่งถือว่ามีหลักการในการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ดีที่สุดของโลก มาปรับใช้โดยการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน ดังนั้น ประเทศเกาหลีใต้จึงเป็นหนึ่งในประเทศที่น่าทำการศึกษาระบบการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิผ่านทางกฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.2.1.1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้

เมื่อกล่าวถึงแนวคิดในการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้จะเห็นได้ว่า เป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าคือ “เพื่อส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เพื่อกระตุ้นการดำเนินการทางธุรกิจ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของลูกค้านำ และเพื่อให้บรรลุด้านการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจเหนือตลาด ป้องกันการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ และกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมีวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย แต่ในท้ายที่สุดก็เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจสามารถขับเคลื่อนไปอย่างเต็มประสิทธิภาพ”⁷⁴

การที่ระบบเศรษฐกิจจะสามารถขับเคลื่อนไปได้อย่างเต็มประสิทธิภาพจำต้องอาศัยกลไกตลาดเป็นเครื่องมือสำคัญ ดังนั้น การแข่งขันในตลาดจะต้องมีความเป็นธรรม ต้องมีระบบการป้องกัน

⁷⁴ Article 1 The Monopoly Regulation and Fair-Trade Act.

ไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหญ่เอาเปรียบผู้ประกอบการรายย่อย (SMEs) จนผู้ประกอบการรายย่อยไม่อาจแข่งขันอยู่ในตลาดได้

ดังนั้น เพื่อให้กลไกตลาดสามารถทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดขึ้นจริงอย่างเป็นรูปธรรม กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงบัญญัติมาตรา 19⁷⁵ ขึ้นซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการห้ามทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัด หรือลดสถานะการแข่งขันในตลาดลงดังต่อไปนี้

ห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำสัญญา ความตกลง แนวทางการแก้ไขปัญหา หรือด้วยวิธีการอื่นใดกับผู้ประกอบการรายอื่น ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือเพื่อยอมให้ผู้ประกอบการอื่นร่วมกระทำการอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยมิชอบ ดังต่อไปนี้

- (1) การจำกัด, คงไว้ หรือการเปลี่ยนแปลงราคา
- (2) ระบุเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสำหรับการทำธุรกรรมเกี่ยวกับสินค้า การบริการ หรือการชำระเงิน
- (3) ห้ามการผลิต การจัดจำหน่าย การขนส่ง หรือการทำธุรกรรมเกี่ยวกับสินค้า และบริการ

⁷⁵ Article 19 MRFTA

“No entrepreneur shall agree with other entrepreneurs by contract, agreement, resolution, or any other means, to jointly engage in an act falling under the following subparagraphs, which unfairly restrict competition (hereinafter referred to as “unfair collaborative act”) or allow any other entrepreneur to perform such unfair collaborative act: <Amended by Act No. 4513, Dec. 8, 1992; Act No. 4790, Dec. 22, 1994; Act No. 5335, Dec. 30, 1996; Act No. 5813, Feb. 5, 1999; Act No. 7315, Dec. 31, 2004; Act No. 8631, Aug. 3, 2007>

1. Fixing, maintaining or changing the price;
2. Determining terms and conditions for the transaction of goods or services, or for payment of prices thereof;
3. Restricting production, delivery, transportation, or transaction of goods or of restricting transaction of services;
4. Limiting the territory of trade or customers;
5. Preventing or restricting the establishment or extension of facilities or the installation of equipment necessary for the production of goods or the rendering of services;
6. Restricting kinds and standards of goods or services when they are produced or traded;
7. Jointly carrying out, managing the main parts of business or establishing a company to jointly carry out and manage it;
8. Deciding successful bidder, successful auctioneer, bidding price, highest price or contract price, and other matters prescribed by Presidential Decree;
9. Practically restricting competition in a particular business area by means of interfering or restricting the activities or contents of business by other entrepreneurs (including the entrepreneur who has conducted the activity), which is other than the act referred to in subparagraphs 1 through 8)”

- (4) การกำหนดพื้นที่ในการประกอบธุรกิจ หรือจำกัดกลุ่มลูกค้า
- (5) การกำหนดข้อห้ามจัดตั้งหรือขยายขอบเขตการให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวก หรืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการผลิตสินค้าหรือการให้บริการ
- (6) จำกัดประเภทหรือคุณภาพสินค้าหรือบริการที่ทำการที่ทำการผลิตหรือจำหน่ายแล้ว
- (7) การเข้าควบคุมหรือจัดการการประกอบธุรกิจของผู้อื่น หรือจัดตั้งบริษัทเข้ามาควบคุมหรือจัดการการประกอบธุรกิจของผู้อื่น
- (8) การกำหนดผู้ที่จะชนะการประกวดราคา หรือผู้ได้รับการทอดตลาด กำหนดราคาที่เหมาะสมในการประกวดราคาหรือการกระทำอื่นใดในลักษณะอย่างเดียวกันที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา
- (9) กระทำการกีดกันการแข่งขันในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเพื่อที่จะแทรกแซงหรือกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น

แม้ว่า มาตรา 19 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้จะได้กำหนดลักษณะของการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นจำกัด หรือลดสภาวะการแข่งขันในตลาดลงอันเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้วก็ตาม แต่กฎหมายก็ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) ในการใช้ดุลยพินิจลงโทษได้ กล่าวคือ แม้ว่าผู้ประกอบการจะได้ทำการกำหนดข้อสัญญาที่มีเอหาตาม มาตรา 19 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอาจจะไม่ลงโทษตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าก็ได้หาก พิสูจน์ได้ว่า

1. เพื่อเหตุผลในการส่งเสริมอุตสาหกรรม
2. เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและพัฒนา
3. เพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจถดถอย หรือเศรษฐกิจตกต่ำ
4. เพื่อการเปลี่ยนโครงสร้างทางอุตสาหกรรม
5. เพื่อบรรลุเงื่อนไขในทางการค้า
6. เพื่อส่งเสริมความสามารถในการแข่งขันของกลุ่มผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม

ดังนั้น จากเจตนารมณ์ข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่ได้กำหนดให้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) ในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายจำเป็นต้องลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายที่กำหนดข้อสัญญาอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา 19 แต่ กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้เปิดช่องให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลยพินิจโดยผ่าน

หลัก Rule of Reason เพื่อประเมินและชั่งน้ำหนักว่า การกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นส่งผลดีหรือผลเสีย ต่อสภาวะการแข่งขันในตลาดมากกว่า ซึ่งหากส่งผลดีมากกว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็อาจ ตัดสินว่าการกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้

3.2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้⁷⁶

ในยุคที่เศรษฐกิจของประเทศเกาหลีใต้เติบโตอย่างรวดเร็วในปี 1981-1999 รัฐบาลของประเทศเกาหลีใต้ได้ดำเนินนโยบายในการส่งเสริมและให้ความสำคัญกับกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่มากกว่า กลุ่มธุรกิจขนาดกลาง และขนาดเล็ก เหตุผลในการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจเช่นนี้ก็เพื่อที่จะ ส่งเสริมการนำเข้าเทคโนโลยี แต่การดำเนินนโยบายเช่นนี้ก็ทำให้เกิดดาบสองคม คือ ทำให้เกิดการ กระจุกตัวทางอำนาจทางเศรษฐกิจ ซึ่งการกระจุกตัวอำนาจเศรษฐกิจที่มีชื่อเสียงอย่างมากในยุคนั้น คือกลุ่มธุรกิจที่มีชื่อว่า กลุ่ม Chaebol⁷⁷ ซึ่งเครือข่ายธุรกิจของกลุ่ม Chaebol นี้จะทำการผูกขาด ตลาดที่เกี่ยวข้องตามกลุ่มตลาดที่ตนดำเนินธุรกิจอยู่ ซึ่งมีทั้งการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายเดียว หรือผู้ประกอบการน้อยราย โดยอำนาจในการควบคุมแนวทางการดำเนินธุรกิจของทั้งกลุ่ม Chaebol จะถูกควบคุมโดยบุคคลเพียงไม่กี่คน และส่วนใหญ่เป็นสมาชิกครอบครัวเดียวกัน⁷⁸ ซึ่งประเภทของ ธุรกิจที่กลุ่ม Chaebols มีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะเป็นกลุ่มธุรกิจประเภทอุตสาหกรรม แต่ภายหลังได้ ขยายครอบคลุมไปถึงธุรกิจด้านการเงินด้วย⁷⁹

ต่อมาในปี 1974 ได้เกิดวิกฤตการณ์น้ำมันขึ้นในประเทศเกาหลีใต้ (Korean Oil Crisis) จาก วิกฤตการณ์ครั้งนี้ทำให้เกิดการบิดเบือนกลไกราคาส่งผลให้ราคาสินค้าประเภทวัตถุดิบนำเข้ามีราคา สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งส่วนหนึ่งเกิดจากการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของอัตราเงินเฟ้อ ประกอบกับสภาวะ ความไม่สมดุลของอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) ดังนั้น เพื่อเป็นการควบคุมราคาสินค้า และรักษาสภาวะการแข่งขันที่เป็นธรรม รัฐบาลของเกาหลีใต้ได้ประกาศใช้กฎหมายควบคุมราคา สินค้า และการแข่งขันที่เป็นธรรมขึ้น (Act Concerning Price Stabilization and Fair Trade “Price Stabilization Act”) ในปี 1975 และได้ใช้ต่อเนื่องไปกระทั่งปี 1979 โดยกฎหมายควบคุมราคาฉบับนี้

⁷⁶ KYU UCK LEE, "Competition Policy, Deregulation and Economic Development: The Korean Experience." (1998). pp. 67-72.

⁷⁷ ยกตัวอย่างเช่น ในปี 1997 บริษัทที่ใหญ่ที่สุดสามสิบอันดับแรกในเครือ chaebol เป็นผู้จ้างงานของคนในประเทศถึง 21 % จากการจ้างงานในประเทศทั้งหมด และมีสัดส่วนในอุตสาหกรรมการผลิตสินค้าถึง 32% ของการผลิตสินค้าในประเทศ หากผู้ศึกษาต้องการ ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับระยะเวลาที่กลุ่ม Chaebol มีอำนาจทางเศรษฐกิจในประเทศเกาหลีใต้

⁷⁸ ในปี 2000 อัตราค่าเฉลี่ยในการถือหุ้นระหว่างกันเองในกลุ่มธุรกิจ Chaebol อยู่ที่ 43.4%

⁷⁹ กลุ่ม Chaebols ได้ซื้อกิจการธนาคารแห่งชาติเดิมในปี 1981 แต่กลุ่ม Chaebols ไม่สามารถเข้าถือหุ้นธนาคารแห่งชาติเหล่านั้นได้ เนื่องจากมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนเข้าถือหุ้นธนาคารแห่งชาติเกินกว่า 8% ของหุ้นทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของธนาคารท้องถิ่นไม่มีกฎหมายกำหนดเพดานของการถือหุ้นธนาคารท้องถิ่นเอาไว้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ ธนาคารท้องถิ่นเกือบทั้งหมดจึงอยู่ภายใต้ การควบคุมของกลุ่ม Chaebols

ได้ระบุนโยบายการสินค้าที่ถูกผูกขาด และต้องมีการควบคุมมากกว่าร้อยละรายการ แต่แม้ว่ากฎหมายควบคุมราคาสินค้า (PSFT ACT) จะมีบทบัญญัติควบคุมการแข่งขันที่เป็นธรรม แต่ในทางปฏิบัติจริงกลับไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้เท่าที่ควร โดยสังเกตได้จาก ในระหว่างปี 1976-1979 มีคดีการรวมกลุ่มธุรกิจเพื่อการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดราคาขึ้นสู่ศาลเพียง 3 คดีเท่านั้น จึงแสดงให้เห็นว่า ภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวรัฐบาลไม่ได้มีการทำงานในเชิงรุกในการบังคับใช้กฎหมายควบคุมราคาในส่วนของการแข่งขันทางการค้าให้สามารถบังคับได้จริงในทางปฏิบัติซึ่งส่วนหนึ่งเกิดจากระบบการอนุญาตและระบบอุปถัมภ์ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐและกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจ จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายควบคุมราคาสินค้า (PSFT ACT) ให้ความสำคัญในการควบคุมราคาสินค้าเป็นหลัก ส่วนข้อกำหนดห้ามร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาด (Cartel) เป็นเสมือนเพียงส่วนเสริมให้กฎหมายสมบูรณ์มากขึ้นเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายควบคุมราคาสินค้า (PSFT ACT) จึงสามารถทำได้เพียงเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด แต่ไม่สามารถแก้ปัญหาเชิงโครงสร้างของตลาดได้

ผลกระทบจากการประกาศใช้กฎหมายการควบคุมราคาของรัฐบาลครั้งนี้ทำให้เกิดปรากฏการณ์หลายอย่างเกิดขึ้นตามมา เช่น การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติ (price discrimination) การลดคุณภาพการผลิตสินค้าเพื่อให้สามารถแข่งขันได้ (deterioration of product quality) การเพิ่มขึ้นอย่างมากของอุปสงค์ (excess demand) เกิดความไม่แน่นอนของราคาสินค้าในอนาคต (increased uncertainty about future price movement) ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาผลกระทบดังกล่าว รัฐบาลของเกาหลีใต้ได้ประกาศใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับหนึ่งในวันที่ 31 ธันวาคม ปี 1980 ซึ่งมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Fair Trade Act) และถือเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของประเทศเกาหลีใต้ โดยวัตถุประสงค์ของการประกาศใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับนี้ก็เพื่อเป็นการวางนโยบายใหม่สำหรับการแข่งขันใน การแก้ปัญหาเชิงโครงสร้างของตลาด กำหนดห้ามมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁸⁰ใช้อำนาจเหนือตลาดของตนผูกขาดทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายเดียวหรือผู้ประกอบการน้อยราย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการทดแทนกฎหมายควบคุมราคาฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไป

ในช่วงปี 1981 ถึงปี 1999 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศเกาหลีใต้ The Korean Fair Trade Commission (KFTC) ได้ระบุชื่อของบริษัทที่ทำการผูกขาด แต่ถึงแม้ว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะได้อาศัยความพยายามอย่างมากในการระบุชื่อบริษัทที่ทำการผูกขาด แต่กลับปรากฏว่าสามารถแก้ไขปัญหาการผูกขาดได้เพียง 33 คดีเท่านั้น

⁸⁰ Article 4 MRFTA ได้ให้นิยามของบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง บริษัทเดียวที่มีส่วนแบ่งการตลาดมากกว่า 50% หรือบริษัทจำนวน 3 บริษัทขึ้นไปที่มีส่วนแบ่งการตลาดรวมกันมากกว่า 75%

ในปี 1999 รัฐบาลได้มีการแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อป้องกันการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ โดยการแก้ไขครั้งนี้ เป็นการเพิ่มเติมข้อกำหนดในเรื่องการถือหุ้นในบริษัทอื่น ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการชักนำให้กลุ่ม Chaebols ทำการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการถือหุ้นของบริษัทในเครือของตนเสียใหม่⁸¹ โดยการแก้ไขครั้งนี้กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้กำหนดนโยบายในเรื่องการถือหุ้นในบริษัทอื่นเอาไว้ว่า ห้ามบริษัทในเครือที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงินการธนาคารไปถือหุ้นในกลุ่มธุรกิจอื่นนอกเหนือจากกลุ่มธุรกิจการเงินการธนาคารด้วยกัน และในขณะเดียวกันก็ห้ามบริษัทในเครือที่ประกอบธุรกิจประเภทอื่นเข้ามาถือหุ้นในกลุ่มที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงินการธนาคารด้วย⁸² เหตุที่ต้องดำเนินนโยบายเช่นนี้ก็เนื่องมาจากปรัชญาแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจ (อำนาจทางเศรษฐกิจ) ที่ต้องการแยกผู้ประกอบการกลุ่มธนาคารและกลุ่มผู้ประกอบการอุตสาหกรรมออกจากกันเพื่อป้องกันกลุ่ม Chaebols จากครอบงำอำนาจทางเศรษฐกิจทั้งหมดของประเทศ

ต่อมากฎหมายแข่งขันทางการค้าได้กำหนดห้ามมิให้มีการลงทุนไขว้โดยตรงระหว่างกลุ่มธุรกิจ Chaebols ด้วยกัน⁸³ แต่ถึงกระนั้นกลุ่ม Chaebols ก็ได้หลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามข้อห้ามข้างต้นนี้ โดยการลงทุนทางอ้อม โดยให้บริษัทลูกเข้าไปถือหุ้นในกลุ่มธุรกิจที่ตนต้องการมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งการกระทำเช่นนี้ทำให้การติดตามการถือหุ้นไขว้เป็นไปด้วยความยากลำบาก เพราะการถือหุ้นลับไปมาระหว่างบริษัทที่มีความซับซ้อนในหลายมิติ

นอกจากนี้มีการเพิ่มเติมกฎหมายแข่งขันทางการค้าในเรื่องการถือหุ้นขึ้นมาอีกในปี 1986 โดยการแก้ไขครั้งนี้ห้ามมิให้บริษัทในเครือของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ได้รับหรือเข้าถือหุ้นของบริษัทต่างชาติด้านรวมมากกว่า 40% ของทรัพย์สินสุทธิทั้งหมดของบริษัท⁸⁴ และต่อมาในการแก้ไขในปี 1994 ก็ได้ลดอัตราส่วนการถือหุ้นของบริษัทต่างชาติเอาไว้ไม่เกิน 25%⁸⁵ นอกจากนี้กลุ่มบริษัทในเครือ Chaebols ที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการธนาคารและบริษัทประกันยังถูกห้ามมิให้สิทธิในการลงคะแนนเสียงบริษัทภายในประเทศที่กลุ่มบริษัทในเครือเหล่านี้ไปลงทุนด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของกลุ่ม Chaebols กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ห้ามการประกันหนี้ระหว่างกลุ่มบริษัทในเครือที่ใหญ่ที่สุด 30 กลุ่มธุรกิจด้วย โดยห้ามการประกัน

⁸¹ "Article 8 the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

⁸² "Article 8-2 (1) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

⁸³ "Article 9 the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

⁸⁴ การแก้ไขกฎหมายดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กับกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ ซึ่งหมายถึง กลุ่มบริษัทที่มีสินทรัพย์มากกว่า 4,000 ล้านบาท (ประมาณ 311 ล้านดอลลาร์สหรัฐ)

⁸⁵ "Article 10(1) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

หนี้เกินกว่า 200% ของทรัพย์สินสุทธิของบริษัทในเครือ ในปี 1992 และได้ลดเพดานการประกันหนี้ลงมาไม่เกิน 100% ในปี 1996 และในครั้งหลังสุด ในปี 1998 กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้มีการห้ามประกันหนี้ที่กู้ยืมครั้งใหม่สำหรับบริษัทลูกในเครือที่อยู่ในธุรกิจที่ใหญ่ที่สุด 30 กลุ่มธุรกิจด้วย เหตุที่ต้องมีการกำหนดห้ามการประกันหนี้ก็เนื่องจาก ก่อนหน้านั้นกลุ่มบริษัทในเครือ Chaebols สามารถเข้าถึงเงินทุนจากธนาคารได้ง่ายมาก เพราะกลุ่มธุรกิจในเครือ Chaebols สามารถใช้เครดิตของกลุ่ม Chaebols ที่ประกอบธุรกิจกลุ่มธนาคารในการประกันหนี้ของตนได้ (กลุ่ม Chaebols ครอบงำทั้งธุรกิจทางอุตสาหกรรม และกลุ่มธุรกิจธนาคาร) ดังนั้น จากการเลือกปฏิบัติให้สิทธิพิเศษกับกลุ่มบริษัทในเครือเหล่านี้ ทำให้บริษัทในเครือเหล่านี้สามารถเติบโตได้อย่างรวดเร็ว รัฐบาลจึงออกคำสั่งห้ามการประกันหนี้สำหรับกลุ่มบริษัทในเครือ Chaebols เหล่านี้เพื่อที่จะเปลี่ยนทิศทางของกระแสเงินสดให้ไหลไปสู่ผู้ประกอบการอื่นในตลาดเพื่อให้เกิดการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกิดขึ้นมาว่า ผลลัพธ์ที่รัฐบาลคาดหวังจากการกำหนดคำสั่งห้ามการประกันหนี้กับบริษัทในเครือ Chaebols จะเกิดขึ้นหรือไม่ หากกลุ่มธุรกิจธนาคารยังคงยึดติดธรรมเนียมแนวคิดแบบเดิมที่ว่า ไม่มีเครดิต ไม่ปล่อยกู้⁸⁶

กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัททำการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดที่จะส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่ง⁸⁷ โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทยได้ (KFTC) มีเป้าหมายในการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าไปยังผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทต่างชาติที่เข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทยได้ให้อยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ด้วย โดยมีเป้าหมายสำคัญที่จะหยุดยั้งการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้า (Cartel) ระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิ่งที่ทั่วโลกต่างจับตามองในยุคนี้⁸⁸

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังคงไว้ซึ่งอำนาจในการคงไว้ซึ่งการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดหากเป็นไปเพื่อการส่งเสริมอุตสาหกรรมอย่างสมเหตุสมผล เพื่อเอาชนะสถานะเศรษฐกิจตกต่ำที่จะเกิดขึ้น เพื่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางอุตสาหกรรม เพื่อ

⁸⁶ ในประเทศเกาหลีใต้ ธนาคารพาณิชย์พยายามแข่งซื้อ และยึดติดกับนโยบายไม่ปล่อยเงินกู้หากบริษัทผู้กู้ไม่มีหลักทรัพย์ที่มีมูลค่าเท่ากันกับทรัพย์สินที่นำมาค้ำประกันธนาคาร จากการดำเนินนโยบายเช่นนี้ก่อให้เกิดบริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กล้มมีโอกาสน้อยมากที่จะเข้าถึงเงินทุนของธนาคารพาณิชย์ สามารถหาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ KOREA ECON. RESEARCH INST, "Competition Policy for the Globalization and Information Age," (2001). pp. 36-37.

⁸⁷ ในปี 2000 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้แก้ปัญหา คดีร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดถึง 329 คดี

⁸⁸ Peter D. Camesasca & Youngjin Jung Julian M. Joshua, "Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties: Cartel Enforcement's Global Reach," *ANTRITRUST L.J.* (2008). P. 353.

เป็นการส่งเสริมความแข็งแกร่งของกลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม หรือเพื่อเป็นการส่งเสริมการทำธุรกิจที่สมเหตุสมผลตามที่ได้กล่าวไปแล้ว⁸⁹

เหตุผลที่ประเทศเกาหลีใต้เป็นอีกหนึ่งประเทศที่น่าศึกษาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ก็เนื่องมาจากประเทศเกาหลีใต้ได้มีการนำเอาเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของสหภาพยุโรปมาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) และได้นำเอามาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นมาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงทำให้เชื่อได้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้เป็นกฎหมายที่มีความทันสมัย และเป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศในเอเชียที่สามารถบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าครอบคลุมถึงพฤติกรรมการใช้สิทธิโดยมิชอบ (To misuse) ของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาสถิติการนำเข้าเทคโนโลยีจากชาติตะวันตกของประเทศเกาหลีใต้แล้วพบว่า มีอัตราการนำเข้าเทคโนโลยีจากต่างประเทศในอัตราที่สูงมาก ดังนั้น จึงอาจอนุมานได้ว่า ประเทศเกาหลีใต้ต้องมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อการแลกเปลี่ยนทางเทคโนโลยี (Technology transfer Licensing Agreements) ในจำนวนมหาศาลด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับสภาพการณ์ของประเทศไทยที่ยังคงต้องพึ่งพิงการนำเข้าเทคโนโลยีจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศทั้งในปัจจุบัน และในอนาคต

3.2.1.3 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้แบ่งแยกนโยบายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าออกเป็น 5 กลุ่มซึ่งแต่ละกลุ่มสามารถอธิบายรายละเอียดพอสังเขปได้ดังนี้

1. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance) อำนาจเหนือตลาดหมายถึงอำนาจการผูกขาดโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายราย โดยการมีอำนาจเหนือตลาดไม่ได้มีเฉพาะผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ผู้บริโภครู้ก็สามารถมีอำนาจเหนือตลาดได้หากเขามีอำนาจเหนือผูกขาดตลาด โดยอำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการอยู่ในฐานะที่สามารถคงไว้หรือรักษาไว้ซึ่งอำนาจตลาดของตน ทำการกำหนดราคา กำหนดปริมาณการ

⁸⁹ Article 19 (2) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

ผลิตสินค้า กำหนดเงื่อนไขการผลิตสินค้าหรือการให้บริการได้เองโดยไม่ต้องกังวลในเรื่อง
กลไกตลาด⁹⁰

ในส่วนของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของ
เกาหลีใต้ได้กำหนดเอาไว้ว่า หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งการตลาดในสินค้าหรือบริการอย่าง
ใดอย่างหนึ่งตั้งแต่ 50% ขึ้นไป หรือเมื่อผู้ประกอบการสองรายหรือสามรายร่วมกันแล้วมีส่วนแบ่ง
การตลาดตั้งแต่ 75% ขึ้นไป กลุ่มผู้ประกอบการเหล่านั้นจะถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

แต่อย่างไรก็ตาม การจะชี้ชัดลงไปว่า ผู้ประกอบการรายนั้นหรือกลุ่มนั้นมีอำนาจเหนือตลาด
หรือไม่ต้องมีการพิจารณาภาวะแวดล้อมประกอบด้วย เช่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือ
บริการนั้น การแข่งขันของคู่แข่งในตลาดเดียวกัน เป็นต้น

ในส่วนของการบิดเบือนการใช้อำนาจเหนือตลาด ได้มีการแบ่งประเภทของการบิดเบือน
เอาไว้เป็น 5 ประเภท 1.การกำหนดราคาที่ไม่ชอบ 2.การควบคุมปริมาณการผลิตสินค้า 3.การ
แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น 4.การจำกัดการเข้าสู่ตลาด⁹¹

2. การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาด (Cartel) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการ
ตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงกันเพื่อควบคุมกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม หรือขึ้นราคาสินค้าโดยไม่
มีเหตุผลอันสมควร การตกลงกันเพื่อแบ่งแยกพื้นที่การขาย หรือตกลงกันเพื่อกำหนดปริมาณ
การผลิตสินค้า⁹² เหตุผลที่ต้องมีการควบคุมการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าใน
ตลาดเนื่องจาก

2.1 การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาด (Cartel) เปรียบเสมือนเนื้อร้ายของ
ระบบเศรษฐกิจซึ่งการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดเป็นการทำลายการ
แข่งขันในระบบเศรษฐกิจโดยซึ่งมีแต่ผลเสียและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดต่อระบบ
เศรษฐกิจ

2.2 การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดทำให้ผู้ประกอบการที่ร่วมกำหนด
ราคา ไม่มีแรงจูงใจที่จะการผลิตเทคโนโลยีใหม่ ๆ หรือสินค้าใหม่ ๆ ออกสู่ตลาด และ
เป็นการบังคับให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าในราคาที่ถูกแต่มีคุณภาพที่ต่ำเมื่อเทียบกับราคา
โดยไม่มีทางเลือกอื่น

⁹⁰ Article 2 (7) The Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

⁹¹ Ibid.

⁹² Article 19 The Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

2.3 การร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดยังทำให้เกิดความสับสนหว้างที่จะพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่มีประสิทธิภาพอันจะเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจจึงเป็นผลร้ายต่อระบบเศรษฐกิจอย่างเห็นได้ชัด

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดจะเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในหลักการ แต่กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีได้อนุญาตให้มีการร่วมกันกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดได้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการพัฒนาทางอุตสาหกรรม การวิจัยและการพัฒนาทางเทคโนโลยี การฟื้นฟูสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำให้กลับคืนดี การปรับโครงสร้างทางอุตสาหกรรม เหตุผลในการกำหนดเงื่อนไขของการดำเนินธุรกิจ หรือเพื่อยกระดับการแข่งขันของกลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม⁹³

3. การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance) หมายถึง การที่ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายไปบังคับตัวแทนจำหน่ายให้จำหน่ายสินค้าในราคาที่ตนกำหนด หรือการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งไปบังคับผู้ประกอบการอีกรายให้ขายสินค้าตามเงื่อนไขที่ตนกำหนด⁹⁴ เช่น ผู้ผลิตทำการกำหนดราคาให้ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกจำต้องจำหน่ายสินค้าในราคาที่ตนกำหนดเท่านั้น

เหตุที่ต้องมีการควบคุมการกำหนดราคาขายต่อเนื่องจากโดยหลักแล้ววงจรการประกอบธุรกิจนับตั้งแต่ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง ไปจนถึงผู้ค้าปลีกต่างก็มีอิสระที่จะกำหนดราคาสินค้าด้วยตนเอง แต่เมื่อมีการกำหนดราคาขายต่อจะทำให้อิสระในการกำหนดราคาขายแต่ละช่วงถูกทำลายลง ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อจะส่งผลกระทบต่อกลไกการสมรู้ร่วมคิดในการกำหนดราคาระหว่างผู้ผลิตกับตัวแทนจำหน่ายซึ่งจะเป็นการทำลายระบบการกระจายสินค้าและเป็นการกีดกันการแข่งขันระหว่างผู้ผลิต และเป็นการจำกัดตัวเลือกการบริโภคสินค้าในราคาที่แตกต่างกันของผู้บริโภคด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดราคาขายต่อสามารถทำได้เพื่อกระตุ้นส่งเสริมการผลิตทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการได้ยื่นคำขอการออกแบบสินค้า ตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากำหนด และได้มาซึ่งสิทธิในการออกแบบสินค้านั้น ผู้ประกอบการรายนั้นสามารถกำหนดราคาขายต่อของสินค้านั้นได้

⁹³ Article 19 (2) The Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

⁹⁴ Article 6 (2) The Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

4. การตรวจสอบการควบรวมกิจการ (Merger Review) การควบรวมกิจการหมายถึง การเข้ารวมสองธุรกิจเข้าด้วยกัน โดยเป็นการรวมทั้งเงินทุน ทรัพยากรบุคคล แนวทางการบริหารจัดการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดทิศทางการดำเนินธุรกิจต่อไป แต่ในขณะเดียวกันก็ การควบรวมกิจการจะเป็นการกำจัดอิสระในการกำหนดทิศทางการดำเนินธุรกิจของของธุรกิจที่เข้ามาควบรวมด้วยกันด้วย การควบรวมกิจการนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า M&A (mergers and acquisitions) ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้จำแนกกลุ่มของการควบรวมกิจการเอาไว้เป็น 5 กลุ่มดังต่อไปนี้

4.1 การควบรวมกิจการโดยการเข้าถือหุ้น

4.2 การควบรวมกิจการโดยการเข้าถือตำแหน่งผู้บริหารสำคัญในกิจการนั้น

4.3 การควบรวมกิจการโดยเกิดบริษัทใหม่ขึ้นมาโดยไม่เหลือสภาพบริษัทที่ควบรวมเดิมเลย

4.4 การควบรวมกิจการโดยกิจการหนึ่งยังคงอยู่ แต่อีกกิจการหนึ่งมารวมกับกิจการที่คงอยู่

4.5 การควบรวมกิจการโดยการเข้าไปมีส่วนร่วมในบริษัทที่ก่อตั้งใหม่

โดยหลักแล้วการควบรวมกิจการมีข้อดีอยู่มาก เช่น ส่งเสริมประสิทธิภาพในการผลิต เป็นการรวบรวมความรู้ และ know-how ที่มีคุณภาพ แต่การควบรวมกิจการไม่ได้ลดความเสี่ยงด้านการลงทุนอันเนื่องมาจากความหลากหลายของธุรกิจ กลยุทธ์การดำเนินธุรกิจ การเปลี่ยนแปลงของตลาด การลดต้นทุนการผลิตจากการควบรวมกิจการ เหตุผลที่ผู้ประกอบการธุรกิจส่วนใหญ่จะทำการควบรวมกิจการเพื่อให้กิจการของตนมีอำนาจเหนือตลาด

แต่อย่างไรก็ตาม การควบรวมกิจการอาจเป็นเหตุให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องได้เมื่อการควบรวมนั้นทำให้บริษัทที่ทำการควบรวมมีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจนั้นในการผูกขาดตลาด ดังนั้น การตรวจสอบการควบรวมกิจการจึงเป็นมาตรการสำคัญในกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อควบคุมให้การแข่งขันตลาดดำเนินไปอย่างเป็นปกติ การตรวจสอบการควบรวมกิจการเป็นหนึ่งในภารกิจที่สำคัญของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ต้องกระทำ ซึ่งประเทศเกาหลีใต้ได้มีกระบวนการตรวจสอบการควบรวมกิจการตั้งแต่ปี 1981 ซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกันกับการประกาศใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

5. วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) หมายถึง วิธีการประกอบธุรกิจที่นำมาซึ่งการจำกัดการแข่งขันในตลาด กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้

แบ่งประเภทของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมออกเป็น 9 ประเภทย่อยซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁹⁵

- 5.1 การปฏิเสธไม่ร่วมค้าด้วยโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Unfair refusing a transaction) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งปฏิเสธที่จะร่วมทำการค้าด้วย หรือทำการจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น กรณีผู้ผลิตเครื่องดื่มได้ผลิตเครื่องดื่มออกมาหลายชนิด และเบียร์ก็เป็นสินค้าอย่างหนึ่งของเขา เริ่มแรกเขาได้ส่งเบียร์ของเขาขายไปยังซูเปอร์มาร์เก็ตทั่วไป แต่วันหนึ่งผู้ผลิตเบียร์ผู้นั้นได้ปฏิเสธที่ยังส่งเบียร์ของเขาไปขายยังซูเปอร์มาร์เก็ตแห่งหนึ่ง เพียงเพราะว่าซูเปอร์มาร์เก็ตแห่งนั้นไม่ยอมสั่งวิสกี้จากเขาด้วย กรณีการปฏิเสธไม่ยอมทำธุรกรรมของผู้ผลิตเบียร์รายนี้ถือเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม
- 5.2 การเลือกปฏิบัติต่อคู่ค้ารายหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม (Discriminating against transacting party) เกิดจากกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจตลาดเลือกปฏิบัติกับผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ค้าของตนโดยเลือกทำการค้าเฉพาะพื้นที่การค้าหนึ่ง กำหนดราคาและเงื่อนไขทางการค้าในพื้นที่หนึ่งซึ่งแตกต่างจากพื้นที่อื่น ๆ เพื่อรักษาอำนาจตลาดของตน การเลือกปฏิบัติเช่นนั้นก็ทำให้คู่ค้าที่ถูกปฏิเสธมีอำนาจการต่อรองที่น้อยลง
- 5.3 การกีดกันคู่แข่งชั้นให้ออกจากตลาดโดยไม่เป็นธรรม (Unfair excluding competitor) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการขายสินค้าหรือบริการ โดยการตั้งราคาต่ำกว่าราคาตลาดมาก หรือ เพื่อกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นให้ออกจากตลาด
- 5.4 การเรียกร้องจากลูกค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unfairly soliciting customers) ผู้ประกอบการดึงดูดลูกค้าของคู่แข่งให้มาทำการทำการค้ากับตนโดยการให้ประโยชน์อย่างมากในการเชิญชวน ซึ่งเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม
- 5.5 การบีบบังคับลูกค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unfairly coercing customers)

⁹⁵ Article 23 The Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

ผู้ประกอบการบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งให้มาทำการค้ากับตน ทำการขายควบสินค้า หรือบีบบังคับผู้บริหารและพนักงานให้ซื้อสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้เกิดจากความต้องการ ของบุคคลเช่นว่านั้น

- 5.6 ใช้ตำแหน่งทางธุรกิจในการเอาเปรียบคู่แข่งโดยไม่เป็นธรรม (Trading with a transacting party by unfairly taking advantage of one's bargaining position) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจต่อรองสูงใช้อำนาจโดยมิชอบ
- 5.7 การกำหนดเงื่อนไขจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญา (Trading under terms and conditions which unfairly restrict business activities of a transacting party) โดยการจำกัดขอบเขต หรือตัวลูกค้า หรือจำกัดอิสระและความเป็นธรรมในการแข่งขันในตลาด
- 5.8 การขัดขวางการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น (Disrupting business activities of another enterprise) ทำการแย่งลูกค้าจากคู่แข่ง โดยกำหนดการให้ผลประโยชน์ที่มากกว่าคู่แข่ง หรือขัดขวางการเข้าทำสัญญา หรือไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา
- 5.9 การช่วยเหลือในเรื่องของเงินทุน สินทรัพย์ และทรัพยากรบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม Unfair provision of capital, assets or manpower (Unfair assistance) ทำการช่วยเหลือ สนับสนุนลูกค้าต่างรายด้วยการสนับสนุนที่แตกต่างกัน เช่น การจ่ายเงินล่วงหน้าไปก่อน การให้กู้ยืม การสนับสนุนกำลังทรัพยากรบุคคล การใช้การสนับสนุน ด้านอสังหาริมทรัพย์ การให้ความสนับสนุนด้านความปลอดภัยของสินค้า หรือบริการ หรือการให้สิทธิพิเศษในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใด กลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะซึ่งแตกต่างจากปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายอื่นทั่วไป

3.2.2 หลักกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้

3.2.2.1 แนวคิดของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ เกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้มีการรับรองสิทธิในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นระยะเวลา ยาวนานแล้ว และได้บัญญัติหลักการสำคัญไว้ในมาตรา 21 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลี

ได้⁹⁶ แต่กระนั้นในด้านการบังคับใช้กฎหมายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพ และยังไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเหมาะสม เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากความแตกต่างในด้านมุมมองทางวัฒนธรรมของประเทศเกาหลีใต้ที่มีต่อทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ โดยเนื้อแท้ทางประวัติศาสตร์แล้ว ประเทศเกาหลีใต้ไม่ได้มองว่า ผู้ทำการประดิษฐ์สิ่งใดชิ้นใหม่ สิ่งนั้นจะเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ที่ประดิษฐ์สิ่งนั้นขึ้น แต่กลับมองว่า สิ่งประดิษฐ์ที่เกิดจากภูมิปัญญาเหล่านี้เป็นทรัพย์สินสมบัติของมนุษยชาติ หรือทรัพย์สินสาธารณะที่ประชาชนคนหนึ่งคนใดสามารถลอกเลียนแบบ หรือนำไปใช้งานได้อย่างอิสระ⁹⁷ โดยไม่มีความรู้สึกว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นเรื่องผิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งแนวความคิดเช่นนี้ เป็นแนวความคิดที่มองผลประโยชน์ของสาธารณะสำคัญของผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา และชาติตะวันตกอื่น ๆ อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศตะวันตกอื่น ๆ จะมองว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ประดิษฐ์คิดค้นทรัพย์สินนั้นขึ้น และเจ้าของสิทธิเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนสร้างขึ้นได้⁹⁸

ด้วยความคิดที่แตกต่างกันทางวัฒนธรรมนี้เองที่ทำให้การเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเช่นประเทศตะวันตกต้องใช้เวลาปรับตัวเป็นเวลากหลายร้อยปีจึงสามารถเปลี่ยนแปลงแนวความคิดนี้ในประเทศเกาหลีใต้ได้ หนึ่งในจุดเปลี่ยนสำคัญในแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นในยุคของประธานาธิบดี Kim Young Sam ซึ่งเป็นประธานาธิบดีคนแรกที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างเป็นทางการของประเทศเกาหลีใต้ ประธานาธิบดี Kim Young Sam ได้พยายามทุ่มเทในการยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากการศึกษาประวัติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่นแล้วพบว่า การที่ประเทศญี่ปุ่นไม่ยอมรับวัฒนธรรมจากชาติตะวันตกซึ่งทำให้ประเทศญี่ปุ่นได้รับผลร้ายมากมาย เช่น การต้องจ่ายค่าปฏิกรรมสงครามจากการแพ้สงคราม และถูกประเทศที่ชนะสงครามบีบบังคับให้มีกฎหมายต่าง ๆ ดังนั้น เพื่อความอยู่รอด และพัฒนาประเทศให้ทัดเทียมชนชาติตะวันตก ประธานาธิบดี Kim Young Sam จึงได้เริ่มทำการเปลี่ยนแปลงทัศนคติของคนในประเทศให้เข้าใจและรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้คล้ายกับชาติตะวันตกมากขึ้น และด้วยความพยายามอย่างหนักนี้เองที่ทำให้ภายหลังระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ผ่านเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้

⁹⁶ "Article 22 (2) Republic of Korea Constitution.

⁹⁷ Kyung-Won Kin, "A High Cost to Developing Countries," N.Y. TIMES, D2 (5 October 1986).

⁹⁸ Paul Steilmeir and Cecilia Falbe, "International Dispute over Intellectual Property." P. 339.

ถึงแม้ว่าประเทศเกาหลีใต้มีความพยายามอย่างมากที่จะปฏิรูปแนวคิดเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาแก่นคนในชาติของตน แต่เนื่องจากแนวคิดทางวัฒนธรรมที่มองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องทรัพย์สินสมบัติสาธารณะทำให้ต้องใช้ระยะเวลายาวนานมากในการเปลี่ยนแปลง แต่ในที่สุดประเทศเกาหลีใต้ก็สามารถยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้อยู่ในระดับการยอมรับของนานาชาติได้ ทั้งนี้ก็เพื่อเป้าประสงค์ที่จะนำพาประเทศเกาหลีใต้ให้สามารถแข่งขันในตลาดระดับโลกได้

3.2.2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้⁹⁹

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในครั้งแรกของประเทศเกาหลีใต้จะเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในอุตสาหกรรม เช่น การคุ้มครองสิทธิบัตร อนุสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า การออกแบบผลิตภัณฑ์ และการคุ้มครองความลับทางการค้า เป็นต้น

ในวันที่ 16 สิงหาคมปี 1908 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ และกฎหมายเครื่องหมายทางการค้าโดยกฎหมายทั้ง 3 ฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาฉบับแรก ๆ ของประเทศเกาหลีใต้ แต่ในเวลาต่อมาหลังจากที่ประเทศญี่ปุ่นได้เข้ายึดครองประเทศเกาหลีใต้ในปี 1910 ประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของตนเข้ามาบังคับใช้ในประเทศเกาหลีใต้จนกระทั่งสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลก ประเทศญี่ปุ่นแพ้สงคราม ประเทศเกาหลีใต้ถูกปกครองด้วยกองกำลังของประเทศสหรัฐอเมริกาไปจนถึงปี 1948 หลังจากได้รับอิสรภาพจึงได้จัดตั้งมีรัฐบาลของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม แม้ได้รับอิสรภาพแล้วประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังคงกดดันให้ประเทศเกาหลีใต้เร่งออกกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชาวต่างชาติ จนกระทั่งในปี 1961 ประเทศเกาหลีใต้ได้ประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาชุดใหม่ซึ่งเป็นชุดที่เกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยกฎหมายฉบับแรกที่ตราขึ้นคือกฎหมายสิทธิบัตร โดยได้รวมกฎหมายอนุสิทธิบัตร และกฎหมายการออกแบบเอาไว้ด้วยกัน โดยกฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่นี้ได้เดินตามแนวกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในช่วงปี 1961 ถึงปี 1963 เป็นช่วงเวลาของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายใหม่ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสิทธิบัตร อนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ หรือกฎหมายป้องกันการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ในช่วงเวลาการแก้ไขกฎหมายเหล่านี้ มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรที่สำคัญมากครั้งหนึ่ง คือ การยกเลิกหลักผู้ประดิษฐ์คนแรก (the first-to-invent rule) ที่รับมาจากระบบกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการประกาศใช้หลักการผู้ยื่นขอจดทะเบียนคนแรก

⁹⁹ Youngjin Jung & Seungwha Chang, *Korea's Competition Law and Policies in Perspective* (Nw. J. Int'l L. & BUS, 2006). pp. 687-688.

แทน (the first-to-file rule) แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรครั้งนี้มีการแก้ไข ระยะเวลาคุ้มครองสิทธิบัตรให้สั้นลง กล่าวคือ จากเดิมกฎหมายสิทธิบัตรในปี 1946 มีระยะเวลาการ คุ้มครอง 17 ปี แต่ ในการแก้ไขกฎหมายปี 1961 มีการแก้ไขระยะเวลาการคุ้มครองเหลือเพียง 12 ปี ใน ส่วนการแก้ไขในด้านอื่นก็ปรากฏว่า มีการเพิ่มมาตรการการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing) และเพิ่มการอนุญาตให้ชาวต่างชาติสามารถกำหนดผู้ทำการแทนภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ผู้ที่ทำการแทนนั้นต้องมีที่อยู่ หรือประกอบธุรกิจในประเทศเกาหลีใต้เพื่อให้เกิดความสะดวกในการทำ ธุรกรรมเกี่ยวกับสิทธิบัตรในประเทศเกาหลีใต้

ในช่วงทศวรรษปี 1970-1980 ประเทศเกาหลีใต้มีการเติบโตด้านตลาดเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว และเริ่มมีการทำสัญญาถ่ายโอนเทคโนโลยีระหว่างประเทศจำนวนมากในช่วงเวลานี้ และ เพื่อให้เกิดความกลมกลืนกันในทางกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างตนกับต่างประเทศ ประเทศเกาหลีใต้ได้ลงนามสนธิสัญญากับประเทศญี่ปุ่น ในปี 1974 โดยสนธิสัญญาดังนั้นได้ กำหนดให้ชนชาติญี่ปุ่นสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศเกาหลีใต้ได้ และในปี เดียวกันนั้นเอง ประเทศเกาหลีใต้ก็ได้ลงนามในสนธิสัญญากับประเทศสหรัฐอเมริกาในรูปแบบ เดียวกัน และเพื่อให้เกิดความเป็นสากลมากขึ้น ประเทศเกาหลีใต้ได้ลงนามเพื่อเป็นสมาชิกขององค์กร ทรัพย์สินทางปัญญาของโลก (WIPO) ในปี 1979 และลงนามในสนธิสัญญากรุงปารีสในปี 1980 (Paris Convention)

สำหรับการเปลี่ยนแปลงในทศวรรษที่ 1980 ระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของ ประเทศเกาหลีใต้ได้ค่อย ๆ พัฒนาขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับระบบทรัพย์สินทางปัญญาของนานาชาติอารยะ ประเทศ เช่น การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อการนำเข้าสินค้าสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับยา วัสดุทาง เคมี และการปรับปรุงสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ การ ปรับปรุงในเรื่องค่าปรับจากการละเมิดสิทธิบัตรให้เข้มงวดมากขึ้น การปรับปรุงกฎหมายคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญาในช่วงทศวรรษที่ 1980 ไม่เพียงแต่เป็นการสร้างมาตรฐานสำหรับการนำเข้า เทคโนโลยีระดับสูงแต่ยังเป็นการกระตุ้นในเรื่องของการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดด้วย

ระบบคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในยุคต่อ ๆ มา มีการแก้ไขเพิ่มความคุ้มครองในเรื่อง สิทธิบัตรเกี่ยวกับพืช (ปี 1990) เพิ่มระยะเวลาความคุ้มครองของสิทธิบัตรจาก 12 ปีเป็น 20 ปี (ปี 1995) และการนำเข้าซึ่งวิธีกระบวนการพิจารณาทางทรัพย์สินทางปัญญา (ปี 1998) ซึ่งจากการแก้ไข เหล่านี้เองช่วยยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ให้สูงมากจนจนปัจจุบัน ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้สูงกว่าค่าเฉลี่ยของการคุ้มครองระดับ ปกติของนานาชาติแล้ว

จากการยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจนทัดเทียมกับนานาชาติ ส่งผลให้เกิดการ เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของจำนวนสิทธิบัตรในประเทศเกาหลีใต้ เนื่องจากการแก้ไขในแต่ละครั้งทำให้

กระบวนการบริหารที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาทำได้สะดวกยิ่งขึ้น รวดเร็วขึ้น เพิ่มประสิทธิภาพของการตรวจสอบคุณภาพทรัพย์สินทางปัญญา และประสิทธิภาพของการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาให้ดียิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในปี 1998 คณะกรรมการทรัพย์สินทางปัญญาแห่งเกาหลีใต้ (KIPO) ได้ริเริ่มจะให้มีการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาออนไลน์โดยใช้ชื่อว่า “KIPOnet” เพื่อช่วยให้ลดเวลาในกระบวนการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร) ให้สั้นลง และเป็นการวางแนวทางให้มีการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาทางออนไลน์มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาออนไลน์ถูกยกเลิกในเวลาต่อมา (ปี 2006) เนื่องจากการใช้ระบบดังกล่าวทำให้ขาดการตรวจสอบทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอนุสิทธิบัตรอย่างถี่ถ้วนทำให้อนุสิทธิบัตรส่วนหนึ่งไม่ได้มาตรฐาน

3.2.2.3 บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเกาหลีใต้ที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ได้รับแบบอย่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาในสามกฎหมายหลัก คือ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายเครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการ ซึ่งจากการศึกษาหน้าที่และวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับ ผู้เขียนขอสรุปโดยสังเขปดังต่อไปนี้

- กฎหมายสิทธิบัตร (Patent Law)

กฎหมายสิทธิบัตรคุ้มครองการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ ไม่ว่าจะ เป็นอุปกรณ์ เครื่องจักร ผลิตภัณฑ์ กรรมวิธีในการผลิต โดยการให้ความคุ้มครองนี้เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตนภายในชั่วระยะเวลาคุ้มครองสิทธิอันมีจำกัด ซึ่งในช่วงระยะเวลาการคุ้มครองสิทธินี้เอง กฎหมายสิทธิบัตรจะห้ามมิให้บุคคลอื่นทำการผลิต จำหน่ายสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ หรือใช้กรรมวิธี หรือแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมายจากสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการกระตุ้นให้บุคคลอื่น ๆ ยอมใช้เวลาและเงินทุนเพื่อวิจัยและพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ ให้เกิดขึ้นตลอดเวลา

ซึ่งผลสุดท้ายแล้ว เมื่อสิทธิบัตรนั้นหมดระยะเวลาการคุ้มครองและตกสู่สาธารณชนจะเป็นการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ ออกสู่สาธารณชน และยังช่วยลดเหตุการณ์ที่ผู้อื่นใช้ความพยายามในการประดิษฐ์ในสิ่งอย่างเดียวกันซ้ำหลายครั้งด้วย

ประเทศเกาหลีใต้ยึดหลัก “ผู้ใดจดแจ้งสิ่งประดิษฐ์ก่อน ผู้นั้นมีสิทธิดีกว่า” (A first to file basis) ซึ่งเป็นหลักการสากลที่ใช้บังคับกันทั่วโลก ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฟิลิปปินส์ การคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศเกาหลีใต้จะเริ่มต้นเมื่อมีการจดทะเบียนสิทธิบัตรตาม

เงื่อนไขที่ปรากฏในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรปี 1961 (the Patent Act of 1961) และการจะได้รับสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้น สิ่งประดิษฐ์นั้นต้องประกอบไปด้วยสามอย่างคือ 1.ต้องสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ 2.ต้องมีความใหม่ 3.ต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น¹⁰⁰

การยื่นคำขอรับสิทธิบัตรจะต้องมีการตรวจสอบ แต่การตรวจสอบจะเกิดขึ้นได้ต้องเกิดจากการขอให้ตรวจสอบเท่านั้นและการขอให้ตรวจสอบนั้นต้องกระทำภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร ดังนั้นผู้ยื่นขอรับสิทธิบัตรจึงมีระยะเวลา 5 ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตรในการยื่นตรวจสอบว่า สิ่งประดิษฐ์ของตนสามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ ดังนั้น คำขอรับสิทธิบัตรจึงอาจถูกเพิกถอนหรือยกเลิกได้ภายในระยะเวลาดังกล่าวได้

การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรในเกาหลีใต้จะถูกตรวจสอบโดย KIPO ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดว่า บุคคลใดก็สามารถยื่นขอให้ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรได้ หากไม่มีการร้องขอให้ตรวจสอบภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตรจะถือเสมือนว่าคำขอรับสิทธิบัตรนั้นไม่เคยมีการทำขึ้นเลย หรือเสมือนว่าคำขอรับสิทธิบัตรนั้นหมดอายุลงแล้ว ดังนั้น ผู้ที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรก่อนมิได้มีสิทธิดีกว่าผู้ที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรภายหลัง หากผู้ที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรในภายหลังได้ทำการยื่นขอให้ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรก่อน

อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศเกาหลีใต้มีอายุการคุ้มครองเป็นระยะเวลา 20 ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร

การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศเกาหลีใต้ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศเกาหลีใต้ ได้กำหนดว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิเด็ดขาดในการจำหน่ายจ่ายโอนสิทธิตามสิทธิบัตรของตน¹⁰¹ สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนได้ผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ¹⁰²

- กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Law)

ลิขสิทธิ์ คือ สิทธิเด็ดขาดในการทำซ้ำ เผยแพร่สู่สาธารณชน การแสดงความเป็นเจ้าของในงานวรรณกรรม งานวิทยาศาสตร์ ศิลปกรรม ซึ่งรวมไปถึงสิ่งบันทึกเสียง ภาพยนต์ ทีวี การแพร่เสียงแพร่ภาพ ลิขสิทธิ์ไม่ได้เกิดจากความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น แต่เกิดขึ้นจากการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคล อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในเกาหลีใต้มีอายุการคุ้มครอง 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ตายหรือนับแต่วันที่ได้มีการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแล้วแต่เวลาใดจะสิ้นสุดทีหลัง

¹⁰⁰ Article 2 Korea Patent Act.

¹⁰¹ Article 99 (1) Korea Patent Act.

¹⁰² Article 101(1) Korea Patent Act.

แม้ว่าผู้ทรงลิขสิทธิ์จะเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้น แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของเกาหลีใต้ก็มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ โดยกำหนดไว้ในส่วนของการใช้โดยธรรม (Fair use) ซึ่งการใช้กรณีอื่นนอกเหนือจากการใช้โดยธรรมและไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ที่ทำการละเมิดกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องโทษทางอาญา

ถึงแม้ว่ารัฐบาลของเกาหลีใต้จะได้ทุ่มเททั้งทรัพยากรและพนักงานจำนวนมากในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่ในเรื่องของการละเมิดลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ยังสามารถพบได้อยู่ทั่วไปและมีอัตราการเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ในปี 2002 รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นฟ้องรัฐบาลเกาหลีใต้โดยกล่าวหาว่า การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเกาหลีใต้ขาดความสม่ำเสมอ ความโปร่งใส และควรมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะลิขสิทธิ์เกี่ยวกับเรื่องซอฟต์แวร์ หนังสือเพลง และสินค้าลิขสิทธิ์อื่น ๆ ¹⁰³

แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศเกาหลีใต้ไม่ได้เป็นประเทศเดียวในภูมิภาคเอเชียที่มีปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคเอเชียก็มีปัญหาแบบเดียวกันโดยเฉพาะเรื่องของสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์¹⁰⁴ ซึ่งสาเหตุหลักก็มาจากวรรณกรรมต่าง ๆ ที่เป็นของแท้มีราคาสูงจนเกินไป ซึ่งความจริงก็คือ ความขัดแย้งทางแนวคิดในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างชาวตะวันตกและชาวตะวันออกมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ชาวตะวันตกมีความเชื่อว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเป็นสิ่งจำเป็นเป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์¹⁰⁵ แต่ชาวตะวันออกไม่ค่อยศรัทธาในแนวความคิดดังกล่าวโดยเห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาควรเป็นของสาธารณะจากแนวคิดที่เห็นความสำคัญของประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว

การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเกาหลีใต้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเกาหลีใต้ ได้กำหนดว่า ผู้ทรงลิขสิทธิ์สามารถถ่ายโอนสิทธิตามลิขสิทธิ์ของตนไปยังบุคคลอื่นได้¹⁰⁶

- กฎหมายเครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการ (Trademark / Service mark Law)

เครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการเป็นเครื่องหมายสำหรับบ่งลักษณะเฉพาะว่าผู้ผลิตสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการนั้นแตกต่างจากผู้ผลิต สินค้าหรือบริการ

¹⁰³ The U.S. Trade Representative, "2002 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers," (2002). pp. 267-269.

¹⁰⁴ ในวันที่ 17 สิงหาคม ปี 2002 สำนักข่าวรอยเตอร์ได้รายงานข่าวว่า มีการบุกยึดสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จำนวนมาก ซึ่งส่วนใหญ่เป็นซีดีและดีวีดีในห้างพาราไดซ์พลาซ่า แหล่งช้อปปิ้งที่นิยมในกรุงเทพฯ ประเทศไทย

¹⁰⁵ m Vicente Paolo B. Yu, "Controlling Indigenous Knowledge: Towards a Property Regime for Indigenous Knowledge Systems," *Philippine Law Journal* (1 september 1995). pp. 27-69.

¹⁰⁶ Article 18 Korea Copyright Act.

ที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น ซึ่งเครื่องหมายที่มีลักษณะเฉพาะเช่นนี้อาจเป็นเป็น สัญลักษณ์ ตัวอักษร รูปร่างทั้งสองมิติและสามมิติ หรือเป็นการรวมกันของสิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้น หรือเป็นการรวมตัวกันของกลุ่มสีก็ได้¹⁰⁷ แต่ไม่รวมถึงคำสามัญธรรมดาที่อธิบายถึงสินค้าชนิดนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เราไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะการอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของสินค้าชนิดนั้นได้

เครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการเป็นการช่วยปกป้องผู้บริโภคจากการสับสนในตัวสินค้าหรือบริการ และยังเป็น การช่วยปกป้องชื่อเสียงและค่าความนิยมจากบรรดาคู่แข่งทางการค้าที่ไม่ซื่อสัตย์อีกด้วย เหตุที่ต้องมีเครื่องหมายสินค้าก็เนื่องมาจาก การที่ผู้ขายหรือผู้ผลิตมีข้อมูลภายในสำหรับการผลิตสินค้าที่ดีกว่าผู้บริโภค และสิ่งที่สามารถเห็นได้จากภายนอกตัวสินค้าเป็นสิ่งที่สามารถเลียนแบบได้อย่างแนบเนียนทั้งที่คุณภาพในตัวสินค้าอาจมีความแตกต่างจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบมากหาไม่มีเครื่องหมายการค้า ผู้บริโภคอาจเกิดความสับสนและต้องรับความเสี่ยงในการได้รับสินค้าที่มีคุณภาพปะปนอยู่กับสินค้าที่ด้อยคุณภาพ

ในประเทศเกาหลีใต้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ยึด “หลักใครยื่นขอรับเครื่องหมายการค้าก่อน ผู้นั้นมีสิทธิดีกว่า”¹⁰⁸ (A first to file basis) หลักการตรวจสอบตามกฎหมาย¹⁰⁹ และมีโทษทางอาญาสำหรับผู้ละเมิดต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้า¹¹⁰ เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้รับการจดทะเบียนจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า แต่อย่างไรก็ตามเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้ต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย (Trademark Act)¹¹¹

เครื่องหมายการค้าจะที่ยื่นจดทะเบียนไม่จำเป็นจะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่ถูกใช้มาก่อน ดังนั้น เครื่องหมายการค้าที่ไม่เคยถูกใช้เลยก็สามารถมายื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ กฎหมายเพียงกำหนดให้ผู้ที่ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องเป็นผู้มีเจตนาโดยสุจริต เพื่อให้ได้รับเครื่องหมายการค้า นั้น และต้องระบุประเภทเฉพาะของสินค้าหรือบริการที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นด้วย¹¹²

¹⁰⁷ Article 2 (1) (i) Korea Trademark Act as Amended by Law No. 6414, (2001).

¹⁰⁸ Article 8 Korea Trademark Act.

¹⁰⁹ Article 22 Korea Trademark Act.

¹¹⁰ Article 93 Korea Trademark Act.

¹¹¹ Article 7 Korea Trademark Act.

¹¹² เหตุที่ต้องระบุข้างต้น เนื่องจากผู้ยื่นขอจดทะเบียนจะได้รูปแบบเครื่องหมายสินค้าหรือบริการที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะได้ว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการนี้ แตกต่างจากเครื่องหมายการค้า/เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของเกาหลีใต้ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสิ้นไปของเครื่องหมายการค้าเมื่อไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรติดต่อกันเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี¹¹³

ในส่วนของการตรวจสอบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแตกต่างไปจากการตรวจสอบการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ เนื่องจากการตรวจสอบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะมีการตรวจสอบโดยอัตโนมัติตั้งแต่เริ่มมีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และหากผู้ตรวจสอบไม่พบเงื่อนไขในการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้านั้นจะได้รับการจดทะเบียนและถูกประกาศใช้อย่างเป็นทางการ ในช่วงระยะเวลาการตรวจสอบเครื่องหมายการค้า บุคคลภายนอกสามารถยื่นคัดค้านคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยแสดงเหตุผลประกอบ ซึ่งหากภายหลังมีการพิจารณาและมีการปฏิเสธไม่ให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้ยื่นขอทะเบียนอาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ซึ่งผลของการอุทธรณ์อาจเป็นการปฏิเสธไม่ให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือเป็นการยืนยันให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

เมื่อเครื่องหมายการค้าได้จดทะเบียนแล้วจะมีอายุการคุ้มครองเป็นระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่จดทะเบียน และสามารถต่ออายุการคุ้มครองได้คราวละ 10 ปี¹¹⁴ในกรณีที่ยังคงมีการใช้อย่างต่อเนื่องอยู่

ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้หยุดการทำละเมิด เรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินจากผู้ที่ทำละเมิดได้ และฟ้องให้มีการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำละเมิดได้

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายเครื่องหมายการค้าบังคับใช้ในประเทศเกาหลีใต้แล้ว แต่การละเมิดเครื่องหมายการค้าก็ยังมีให้เห็นอยู่ทั่วไป อันเนื่องมาจากการขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ พ่อค้าทราบว่าการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น พวกเขาจึงทำการซื้อขายสินค้าชนิดนั้น ๆ ในตลาดมืด¹¹⁵ ซึ่งสามารถหาซื้อได้ง่ายมากเมื่อลูกค้าต้องการ นั่นแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้ และไม่สามารถมองเห็นได้ทำให้คนไม่ใส่ใจในความคุ้มครองของทรัพย์สินประเภทนี้ และแนวทางแก้ไขสำคัญในการทำให้ประชาชนตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า คือ การสร้างความเข้มแข็งในการบังคับใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า และการให้ความรู้แก่ประชาชนถึงความสำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระเภทเครื่องหมายทางการค้า

¹¹³ Article 73 (1) (iii) Korea Trademark Act.

¹¹⁴ Article 42 Korea Trademark Act.

¹¹⁵ พ่อค้าที่ขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จะไม่จำหน่ายสินค้า โดยวางสินค้านั้นเอาไว้หน้าร้าน แต่จะนำออกจำหน่ายเมื่อลูกค้าร้องขอเท่านั้น

การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศเกาหลีใต้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ได้กำหนดว่า ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายทางการค้าสามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้¹¹⁶

- กฎหมายอนุสิทธิบัตร (Utility Model)¹¹⁷

วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองอนุสิทธิบัตร คือ การปกป้องสิ่งประดิษฐ์พื้นฐาน เช่น การปรับปรุงพัฒนาเทคโนโลยีที่มีอยู่แล้ว และไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นเหมือนสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร แต่ถึงกระนั้นสิ่งประดิษฐ์พื้นฐานเหล่านั้นยังต้องได้รับความคุ้มครองเพื่อเป็นการกระตุ้นให้มีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ อยู่ตลอดเวลา และสิ่งประดิษฐ์พื้นฐานเหล่านี้โดยส่วนมากแล้วมักจะถูกประดิษฐ์โดยบรรดาผู้ประกอบการรายย่อย หรือบุคคลธรรมดาทั่วไป

กฎหมายคุ้มครองสิทธิบัตรและกฎหมายคุ้มครองอนุสิทธิบัตรมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่คล้ายกัน กล่าวคือ เป็นการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เพื่อให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่สูงขึ้น โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีความคล้ายกันทั้งในเนื้อความสารบัญญัติ และกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงการต้องแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์ โดยกำหนดให้การแจ้งต้องทำให้ชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อไม่ให้เกิดข้อสงสัยนำไปลอกเลียนแบบได้

เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายอนุสิทธิบัตรแล้วก็พบว่ามีความแตกต่างกันบางประการ ได้แก่

1. สิ่งประดิษฐ์ที่ได้จะรับอนุสิทธิบัตรไม่ต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น¹¹⁸
2. อนุสิทธิบัตรถูกระบุให้เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่ง
3. ระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิเริ่มตั้งแต่ระยะเวลาการจดทะเบียนอนุสิทธิบัตร และสิ้นสุดลงเมื่อพ้นระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ยื่นขอรับอนุสิทธิบัตร
4. ต้องมีการแสดงรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับอนุสิทธิบัตรทุกตัว
5. ค่าธรรมเนียมขอออกอนุสิทธิบัตรถูกกว่าค่าธรรมเนียมในการขอออกสิทธิบัตร
6. ความจำเป็นในการประเมินทางเทคนิคของสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรใช้เวลาเพียง 3 ปี
7. อนุสิทธิบัตรมีขอบเขตการคุ้มครองที่แคบกว่าสิทธิบัตร

¹¹⁶ Article 95(1) Korea Trademark Act.

¹¹⁷ กฎหมายอนุสิทธิบัตรของประเทศเกาหลีใต้ได้ประกาศใช้ในวันที่ 31 ธันวาคม ปี 1961

¹¹⁸ Article 1 Korea Utility Model Act.

8. หลังจากที่มีการตรวจพิสูจน์ความถูกต้องของเงื่อนไขการออกอนุสิทธิบัตรแล้ว คำขอรับอนุสิทธิบัตรจะได้รับการจดทะเบียนถึงแม้ว่าจะยังไม่ได้มีการประเมินประสิทธิภาพการทำงานของสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับอนุสิทธิบัตรก็ตาม
9. เมื่ออนุสิทธิบัตรได้รับการจดทะเบียนแล้วจะไม่สามารถยกเลิกได้เว้นแต่ผู้ยื่นขอจดทะเบียนขอยกเลิกการจดทะเบียน

นอกจากนี้ การประเมินทางเทคนิคจะมีผลการประเมินแบ่งออกเป็น 2 ทางคือ 1.การคงไว้ซึ่งอนุสิทธิบัตรฉบับนั้น 2.การยกเลิกคำขออนุสิทธิบัตรฉบับนั้น หากคำตัดสินออกไปในทางการยกเลิกคำขออนุสิทธิบัตรนั้น ผู้ยื่นคำขอจะต้องทำทุกวิถีทางเพื่อแสดงให้เห็นว่า คำขอยื่นรับอนุสิทธิบัตรของตนนั้นถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่หากคำตัดสินไปในทิศทางที่ให้คงไว้ซึ่งอนุสิทธิบัตรนั้นไว้ คำตัดสินนั้นจะเป็นที่ยุติและไม่สามารถการอุทธรณ์ได้

สิ่งที่น่าสนใจเรื่องเกี่ยวกับการขออนุสิทธิบัตรในทางปฏิบัติก็คือ ผู้ประดิษฐ์สามารถยื่นขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรรวมกันไปในคำขอฉบับเดียวสำหรับสิ่งประดิษฐ์เดียวกัน การกระทำเช่นนี้จะช่วยให้ผู้ประดิษฐ์สามารถจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรได้โดยไม่ต้องแสดงการประเมินทางเทคนิคในขณะที่รอการอนุมัติสิทธิบัตรหลังจากการตรวจสอบโดยกฎหมาย ถ้าคำขอรับสิทธิบัตรได้รับการอนุมัติ ผู้ประดิษฐ์ก็สามารถยกเลิกการขอรับอนุสิทธิบัตรได้ในภายหลัง

3.2.3 บทบัญญัติที่เชื่อมโยงกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครอง

ทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้

บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ที่สามารถใช้เชื่อมโยงไปยังเรื่องการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประกอบไปด้วย 2 บทบัญญัติหลัก ๆ คือ มาตรา 59 และมาตรา 32 ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Korean Fair Trade Commission (KFTC) ได้ออกแนวปฏิบัติ (Guidelines) สำหรับสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้บทบัญญัติของทั้งสองมาตราดังกล่าว

บทบัญญัติที่เชื่อมโยงระหว่างกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่สำคัญมาตราแรก คือ มาตรา 59 โดยมาตรานี้ได้แบบอย่างมาจากบทบัญญัติมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น¹¹⁹ ในส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 59 ได้บัญญัติเอาไว้ดังนี้ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะไม่ใช้บังคับกับการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ และกฎหมายเครื่องหมายการค้า” จะเห็นได้ว่าเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 59 ของเกาหลีใต้มีความ

¹¹⁹ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 346.

คล้ายคลึงกับบทบัญญัติมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (AMA) มาก โดยทั้งสองมาตราจะบังคับใช้ก็ต่อเมื่อมีการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตหรือเกินขอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (to abuse or to misuse) และส่งผลเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด แต่หากการใช้สิทธินั้นเป็นการใช้สิทธิภายใต้กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายแข่งขันทางการค้าของทั้งสองประเทศจะไม่เข้าไปบังคับใช้

บทบัญญัติที่สำคัญอีกมาตราหนึ่งของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ คือ มาตรา 32 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ โดยกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการชาวเกาหลีใต้ทำข้อตกลง หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ หากสัญญานั้นมีข้อสัญญานั้นที่เข้าลักษณะของการร่วมกันกระทำการที่ไม่เป็นธรรม (unfair collaborative) การใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)¹²⁰

อย่างไรก็ตาม การที่จะทราบว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศใดมีการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะข้างต้นหรือไม่ เป็นเรื่องที่สามารถตรวจสอบได้ยาก คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงประกาศใช้ระบบการแจ้งเตือน โดยระบุให้ผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการชาวเกาหลีใต้ มีหน้าที่แจ้งแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เมื่อจะเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศเพื่อที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะได้ช่วยกำกับดูแลไม่ให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศมีข้อสัญญาที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศเกาหลีใต้

3.2.4 แนวปฏิบัติ (Guideline) ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

แนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับปัจจุบันของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา คือ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights ซึ่งบัญญัติขึ้นในครั้งแรกปี 2000 และมีการแก้ไขอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.4.1 Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights

- ประกาศใช้ครั้งแรกเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม ปี 2000 โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
- ประกาศใช้ครั้งที่สองเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม ปี 2009 โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
- มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งแรกเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ปี 2010 โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

¹²⁰ Jiyoung Han, Study on Intellectual property licensing under antimonopoly law in the U.S., Europe, Japan and Korea [Online] 2005. Available form: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf, p.135.

- มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งที่สองเมื่อวันที่ 21 มีนาคม ปี 2013 โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
 - มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งที่สามเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ปี 2014 โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
- เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ในการบัญญัติแนวปฏิบัติข้างต้นจะพบว่า แนวปฏิบัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับใช้อยู่ 2 ประการกล่าวคือ

1. บังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิการออกแบบ เครื่องหมายการค้า และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ
2. บังคับใช้กับผู้ที่ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ประกอบกิจการชาวเกาหลีใต้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเกิดขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ หากปรากฏว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของประเทศเกาหลีใต้¹²¹
3. กำหนดลักษณะของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Black list) และข้อยกเว้น (Exemption)¹²² เอาไว้เพื่อที่จะสร้างบรรทัดฐานว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือกีดกันทางการค้า หรือส่งผลกระทบต่อตลาดหรือทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้อย่างเป็นปกติอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า และข้อยกเว้นสำหรับการใช้สิทธินั้น ๆ

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้ทำการสร้าง แนวปฏิบัติฉบับนี้จากการศึกษาค้นคว้าเปรียบเทียบในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสหภาพยุโรปอย่างละเอียด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถปรับใช้ แนวปฏิบัติฉบับนี้กับพฤติกรรมการบิดเบือนการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (abuse of right)

สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวปฏิบัติฉบับนี้มีมุมมองว่า เป้าหมายสูงสุดของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ เพื่อรักษาสถานะการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดและคำสั่งทางการค้าที่เป็นธรรม¹²³ ดังนั้น กฎหมายทั้งสองแล้วโดยเนื้อแท้จึงไม่ขัดกันดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่กำหนดว่า การใช้สิทธิ

¹²¹ "Article 2(2) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

¹²² Article 3-2, "Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights.

¹²³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 331.

ภายใต้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่ถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น¹²⁴ ที่หมายความว่า หากผู้ทรงสิทธิได้ใช้สิทธิของตนอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะไม่เข้าไปก้าวกาลงละเมิดสิทธิดังกล่าว ดังนั้น ประเด็นที่น่าสนใจในแนวปฏิบัติฉบับนี้ คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ (KFTC) ใช้หลักเกณฑ์ใดในการประเมินว่าการใช้สิทธิในลักษณะใดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการใช้สิทธิในลักษณะใดที่เป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งประเด็นนี้ แนวปฏิบัติฉบับนี้จะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 มาตรฐาน ได้แก่ 1.มาตรฐานในเรื่องการต่อต้านการแข่งขัน 2.มาตรฐานในเรื่องการกระทำที่ไม่เป็นธรรม¹²⁵

มาตรฐานในเรื่องการต่อต้านการแข่งขัน หมายถึง มาตรฐานในการตรวจสอบว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ เป็นสาเหตุหรือมีแนวโน้มก่อให้เกิดการลดสภาวะการแข่งขันในตลาดหรือไม่

ส่วนมาตรฐานการกระทำที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง การตรวจสอบว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการใช้สิทธิเพื่อทำให้ตนได้เปรียบในการแข่งขันในด้านราคา และด้านคุณภาพของสินค้าและบริการเหนือกว่าคู่แข่งหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่าการกระทำที่ไม่เป็นธรรมมีความหมายที่กว้างมากเพื่อให้เกิดความครอบคลุมในการบังคับใช้ การกระทำที่ไม่เป็นธรรมไม่ใช่เพียงกระทำที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน แต่ยังรวมถึงการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตลาดของผู้ยื่นต่อรองทางธุรกิจ โดยไม่เป็นธรรมด้วย โดยหลักการนี้มาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกำหนดว่าการจำกัดอำนาจต่อรองของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นการช่วยให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

เมื่อพิจารณาตามสองมาตรฐานข้างต้นแล้ว หากปรากฏว่าการใช้สิทธิดังกล่าวมีแนวโน้มจะเป็นการจำกัด หรือทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดลดลง แนวปฏิบัติฉบับนี้จะใช้หลักการของเหตุผล (Rule of reason) ในซึ่งน้ำหนักกว่า การใช้สิทธิดังกล่าวแม้จะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปบ้าง แต่หากผลดีที่ได้รับ เช่น ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยี หรือสังคมได้รับประโยชน์มาก การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินเลยขอบเขตไปบ้างดังกล่าวก็จะไม่ถือว่าละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) แต่หากการใช้สิทธิดังกล่าวส่งผลเสียมากกว่าผลดี การใช้สิทธินั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน

¹²⁵ การแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 มาตรฐานเช่นนี้เกิดจาก Guidelines for Review of Unfair Trade Practices ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 23 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ผู้ที่สนใจสามารถเข้าไปศึกษาต่อได้ที่ <http://eng.ftc.go.kr>

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางการวิเคราะห์ในเบื้องต้นถึงลักษณะของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใดที่มีแนวโน้มเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้วางแนวทางเอาไว้ดังนี้

1. ลักษณะของการกระทำที่มีแนวโน้มสูงจะเป็นการต่อต้านการแข่งขัน
 - ผู้ที่ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด
 - กรรมวิธีในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นกรรมวิธีที่สำคัญในทางเทคโนโลยี เช่น กรรมวิธีในการผลิตสินค้า
 - บริษัทอื่น ๆ ที่ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่อยู่ในสถานะที่จะแข่งขันซึ่งกันละกัน
 - การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นการเพิ่มความร่วมมือกันเฉพาะในกลุ่มของตน
 - การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งรายอื่น ๆ
2. ลักษณะของการกระทำที่มีแนวโน้มสูงที่จะเข้าลักษณะของการกระทำที่ไม่เป็นธรรม
 - ผู้ที่ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้ที่มีอำนาจการต่อรองสูงมาก
 - ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกตัดสินและถูกกำหนดโดยบุคคลเพียงฝ่ายเดียว
 - มีการกำหนดแนวทางหรือวิธีทางการค้าที่ไม่ชัดเจน ทำให้ไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้
 - คู่ค้าที่ร่วมทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับความเดือดร้อนมากเกินสมควรจากการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
 - เกิดการฉ้อโกง ทุจริตในขั้นตอนการได้รับสิทธิและการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา¹²⁶

จากแนวทางการวิเคราะห์เบื้องต้นจะเห็นได้ว่า การวิเคราะห์ว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากรณีใดเป็นการต่อต้านการแข่งขัน หรือเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น เป็นการวิเคราะห์ที่มีระบบ ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ

นอกจากแนวทางการวิเคราะห์ตามสองมาตรฐานที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้ว แนวปฏิบัติฉบับนี้ยังกำหนดแนวทางการวิเคราะห์ การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะเฉพาะต่าง ๆ ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ดังต่อไปนี้

¹²⁶ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights p. 7.

1. การกำหนดค่าใช้สิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Royalty for license)

การเก็บค่าใช้สิทธิที่มีจำนวนสูงกว่าปกติมาก หรือมีการเก็บอย่างไม่เป็นธรรมหรือมีการเลือกปฏิบัติ¹²⁷ เป็นการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบว่าค่าใช้สิทธิใดที่มีลักษณะสูงเกินกว่าจะยอมรับได้หรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ซับซ้อนมากในทางปฏิบัติ และยากที่จะกำหนดว่าราคาค่าใช้สิทธิระดับไหนที่ยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม เพราะต้องมีการตรวจสอบว่า ผู้กำหนดค่าใช้สิทธิเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นในทางที่ไม่ชอบหรือไม่ ซึ่งหากเข้าลักษณะดังกล่าวจะถือว่าเป็นกระทำการการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2. การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Refusal to license)

การที่ผู้ทรงสิทธิปฏิเสธไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนอาจเข้าลักษณะของการกระทำการการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากการปฏิเสธนั้น¹²⁸ 1. มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้า 2. เป็นการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีที่จำเป็นเป็นผลให้ธุรกิจของคู่แข่งไม่อาจดำเนินต่อไปได้ 3. เป็นการปฏิเสธไม่ให้ใช้เทคโนโลยีที่มีอิทธิพลมากในตลาดที่เกี่ยวข้อง เช่น เป็นเทคโนโลยีที่เป็นมาตรฐานในการผลิต 4. การปฏิเสธนั้นทำให้การใช้เทคโนโลยีนั้นถูกกีดกันอย่างเห็นได้ชัด แม้ผู้ทรงสิทธิบัตรจะไม่ได้ตั้งใจที่จะใช้สิทธิบัตรนั้นก็ตาม ดังนั้น การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิทั้ง 4 กรณีข้างต้น จึงเข้าลักษณะการใช้สิทธิที่มีแนวโน้มสูงที่จะเป็นการกระทำการการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ในส่วนมุมมองในเรื่องการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิ องค์การผู้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ก็ไม่ได้เดินไปในทิศทางเดียวกันเสียทีเดียว เช่น ในคดี landmark POSCO ในปี 2007 ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้ (KSC) ได้กลับคำตัดสินของศาลสูงแห่งกรุงโซลซึ่งเดินตามแนวของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า โดยคดีดังกล่าวศาลสูงแห่งกรุงโซลได้มีคำตัดสินผู้ผลิตเหล็กรายหนึ่งว่าผิดกฎหมายการบิดเบือนการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่คู่แข่งรายใหม่ซึ่งยึดตามแนวของการวิเคราะห์แนวปฏิบัติฉบับนี้ แต่ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้ (KSC) ไม่ได้เดินตามแนวดังกล่าว โดยประกาศใช้หลักการพิจารณาตามหลัก “effects-based test” ซึ่งหลักดังกล่าวกำหนดให้ต้องมีการพิจารณาทั้งวัตถุประสงค์ และสถานะของผู้กระทำร่วมกันในการตัดสินเรื่องการบิดเบือนการใช้อำนาจเหนือตลาด¹²⁹

¹²⁷ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights p. 9.

¹²⁸ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights pp. 10-12.

¹²⁹ "Posco V Korea Fair Trade Commission," (Supreme Court, 2007).

3. การจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Limitations on scope of license)

โดยทั่วไปแล้วผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้หากการจำกัดนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสม แต่หากเป็นการจำกัดที่มากเกินไป เช่น การจำกัดในเรื่องของพื้นที่การใช้สิทธิ ปริมาณการใช้สิทธิ ระยะเวลาการใช้สิทธิ หรือมีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม การจำกัดเช่นนี้จะเป็นการกำหนดวิธีการดำเนินธุรกิจของผู้รับอนุญาตอันส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด และเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า¹³⁰

4. การกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน (Imposition of anti-competitive conditions)

การกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เข้าลักษณะการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม¹³¹ จำจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเหล่านี้ประกอบด้วยเพื่อตัดสินว่าเงื่อนไขเหล่านั้นเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่

- พิจารณาว่า เงื่อนไขที่กำหนดเพิ่มเติมเข้าไปจำเป็นต่อการใช้สิ่งประดิษฐ์นั้นหรือไม่
- พิจารณาว่า เงื่อนไขที่กำหนดเพิ่มเติมเข้าไปมีส่วนช่วยในการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีหรือไม่
- พิจารณาว่า เงื่อนไขที่กำหนดนั้นเป็นเงื่อนไขที่เกิดขึ้นหลังการสิ้นไปของสิทธิหรือไม่¹³² โดยหลักการสิ้นไปแห่งสิทธินี้ระบุว่า เมื่อผู้ทรงสิทธิบัตรได้ใช้สิทธิของตนสิ้นไปแล้ว การกำหนดเงื่อนไขเพื่อจำกัดการดำเนินธุรกิจของผู้อื่นถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน

5. การรวมกลุ่มของสิทธิบัตร และการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไขว้ (Patent pool and cross license)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ให้แนวทางในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการรวมกลุ่มของสิทธิบัตร และการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไขว้เอาไว้ดังนี้ ขั้นแรกต้องพิจารณาว่ามีการใช้เทคโนโลยีจากการรวมกลุ่มของสิทธิบัตรในลักษณะของการสับเปลี่ยนไปมาระหว่างกันในกลุ่ม หรือมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นชุดระหว่างกันหรือไม่ ขั้นที่สองต้องพิจารณาว่ามีการกีดกันการใช้เทคโนโลยีกับผู้ประกอบการอื่นที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มด้วยหรือไม่ ซึ่งหากมีการกีดกันการรวมกลุ่มนั้นจะถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่หากการรวมตัวกันของกลุ่มสิทธิบัตรเกิดจากการที่

¹³⁰ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights p. 12.

¹³¹ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights p. 16.

¹³² โดยทั่วไปแล้ว ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้รับโอนสิทธิบัตรมีการจำหน่ายสิทธิบัตรออกไป สิทธิของผู้ทรงสิทธิย่อมสิ้นไปตามหลักการสิ้นไปของสิทธิ (the exhaustion of right)

ผู้เชี่ยวชาญในแต่ละด้านนำสิทธิบัตรของตนมารวมกลุ่มกันอย่างอิสระเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยี และไม่มีภารกิจกันการใช้เทคโนโลยีที่อยู่นอกกลุ่ม การรวมกลุ่มของสิทธิบัตรเช่นนี้ไม่ถือเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

6. การใช้สิทธิฟ้องร้องคดีในทางที่มีขอบ (Abuse of patent litigation) (คล้ายการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ของไทย)

แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้แสดงให้เห็นว่า การฟ้องร้องคดีว่ามีการละเมิดการใช้สิทธิบัตรทั้ง ๆ ที่ความเป็นจริงแล้วไม่มีการละเมิด เป็นการบิดเบือนการใช้สิทธิโดยมิชอบ โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) ได้อธิบายใน Abuse Guideline ว่า การใช้วิธีการฟ้องคดีละเมิดสิทธิบัตร หรือการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของสิทธิบัตร เพื่อให้มีการพิจารณาคดีทางปกครองหรือทางศาลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบริษัทอื่นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติปี 2010 ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ นี้ เกิดขึ้นจากการศึกษาเปรียบเทียบ แนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น เกี่ยวกับการควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นแบบอย่าง

แต่อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของประเทศเกาหลีใต้ก็ไม่ได้นำแนวคิดในการวิเคราะห์ (analytical frameworks) ของประเทศอื่นมาใช้บังคับใช้เป็นแนวคิดในการวิเคราะห์ของตนทั้งหมด แต่ประเทศเกาหลีใต้ได้พัฒนาแนวคิดในการวิเคราะห์ของตนขึ้นมาบังคับใช้เอง เช่น การนำหลักเรื่องการบิดเบือนการใช้อำนาจโดยมิชอบจาก Abuse Guideline มาใช้บังคับกับกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้อำนาจโดยมิชอบ แต่กระนั้นแนวปฏิบัตินี้ก็ยังคงยึดหลักการของเหตุผล (Rule of reason) เช่นเดียวกับประเทศที่เป็นต้นแบบในการร่างเพื่อการตรวจสอบว่าการกระทำจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากรณีใดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่

ในส่วนของระบบการตรวจสอบการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิก็ปรากฏว่า แนวปฏิบัติของประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่นเริ่มมีแนวโน้มที่คล้ายกันมากขึ้นเรื่อย ๆ ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ แต่อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติของแต่ละประเทศก็ยังคงมีความแตกต่างซึ่งเป็นแนวทางของตนเอง ซึ่งความแตกต่างนี้เกิดจากการพัฒนากฎหมายไปตามสภาพสังคม การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามมาตรฐานที่กฎหมายประเทศตนกำหนด ซึ่งมาตรฐานเหล่านี้พัฒนาขึ้นมาจากกรณีตัดสินคดีแข่งขันทางการค้าคดีก่อน ๆ

3.2.6 กรณีศึกษา

คดีที่สำคัญมากที่เกิดขึ้นในประเทศเกาหลีใต้ที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ตัดสินว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยผ่านทางบทบัญญัติมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ได้แก่

3.2.6.1 คดี Microsoft¹³³

คดี Microsoft คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) ได้ตัดสินเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2005 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

คณะกรรมการ KFTC ได้มีคำตัดสินว่าพฤติกรรมสามประการของบริษัท Microsoft เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบ จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย MRFTA โดยมีพฤติกรรมการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ ดังนี้

- ประการแรก บริษัท Microsoft ขาย window media service ควบกับ Window Server Operating System โดยบริษัท Microsoft เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในระบบปฏิบัติการ Server Operating System
- ประการที่สอง บริษัท Microsoft ขาย window media player ควบกับ window PC Operating System โดยบริษัท Microsoft เป็นผู้ผูกขาด ในตลาดระบบ window PC Operating System
- ประการที่สาม บริษัท Microsoft ขาย Instant Massaging Program ควบกับ window PC Operating System โดยบริษัท Microsoft เป็นผู้ผูกขาดใน window PC Operating System

พฤติกรรมดังกล่าวมาข้างต้น เป็นกรณีการฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาด อย่างไม่เป็นธรรม และขณะเดียวกันพฤติกรรมทั้งสามประการก็เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ด้วยเช่นกัน

¹³³ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 345.

3.2.6.2 คดีบริษัท Qualcomm¹³⁴

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) ยื่นฟ้องบริษัท Qualcomm ในข้อหาพยายามผูกขาดชิปสื่อสาร/โมเด็มสำหรับสมาร์ทโฟน โดยใช้เทคนิคด้านค่าสิทธิบัตรกีดกันผู้ผลิตสมาร์ทโฟนไม่ให้ใช้ชิปของตัวเอง

บริษัท Qualcomm เป็นผู้นำตลาดชิปสื่อสาร (baseband processor) อยู่แล้ว และบริษัทมีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระบบ cellular เป็นจำนวนมาก ตามปกติแล้ว กรณีที่บริษัทใด ๆ มีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานขององค์กรกลาง เจ้าของสิทธิบัตรจะคิดค่าใช้สิทธิในราคาที่ยอมรับได้และเป็นธรรม (fair, reasonable, and non-discriminatory หรือ FRAND)

แต่สิ่งที่ Qualcomm ทำคือ การขายฟ่วงชิปของตัวเองร่วมกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตสมาร์ทโฟนไปใช้ชิปของตัวเอง โดย FTC แจกแจงเป็นข้อหาดังนี้


1. บริษัท Qualcomm มีนโยบาย "no license, no chips" ที่กำหนดว่าผู้ผลิตสมาร์ทโฟนจะต้องยอมจ่ายค่าสิทธิบัตรในราคาที่ Qualcomm กำหนด (ซึ่งแพงกว่า FRAND) บริษัทจึงจะยอมขายชิปสื่อสารให้ และเนื่องจาก Qualcomm ครองตลาดชิปสื่อสารอยู่แล้ว มีส่วนแบ่งตลาดเยอะ ส่งผลให้ผู้ผลิตสมาร์ทโฟนไม่มีทางเลือกอื่นมากนัก (เพราะถ้าไม่ยอมซื้อไลเซนส์สิทธิบัตรแพง ก็จะไม่ซื้อชิป Qualcomm ให้ใช้เลย)
2. บริษัท Qualcomm ไม่ยอมขายไลเซนส์สิทธิบัตรของตัวเองให้คู่แข่ง แม้เคยสัญญาว่าจะขายให้ตามหลัก FRAND ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติบริษัทกลับปฏิเสธไม่ยอมขายให้
3. บริษัท Qualcomm เชื้อนสัญญากับแอปเปิล ห้ามไม่ให้แอปเปิลใช้ชิปสื่อสารใด ๆ ของคู่แข่งเป็นเวลา 5 ปี ระหว่างปี 2011-2016 เพื่อป้องกันไม่ให้คู่แข่งสามารถเติบโตได้จากการได้เป็นคู่สัญญากับแอปเปิลที่มียอดขายสมาร์ทโฟนสูง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ (KFTC) ขอให้ศาลสั่งห้าม Qualcomm กระทำการ 3 ข้อข้างต้น เพื่อให้ตลาดชิปสื่อสารกลับมามีสถานะแข่งขันได้อีกครั้ง ที่เหลือก็เป็นขั้นตอนตามกระบวนการของศาลต่อไป
4. บริษัท Qualcomm ออกแถลงการณ์ตอบโต้ข้อหาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้โดยระบุว่า เป็นข้อกล่าวหาที่ไม่มีน้ำหนักและเหตุผลสนับสนุนที่ดีพอ บริษัทปฏิเสธว่าไม่เคยตั้งเงื่อนไขขายชิปฟ่วงไลเซนส์ และจะต่อสู้คดีในศาล

¹³⁴ www.bloomberg.com, "Qualcomm Fined \$853 Million by South Korean Antitrust Agency,"(www.bloomberg.com, 2016).

5. รัฐบาลเกาหลีใต้ยังได้สั่งปรับ Qualcomm ในข้อหาผูกขาดชิปสื่อสาร โดย Qualcomm ระบุว่าจะยื่นอุทธรณ์ นอกจากนี้ Qualcomm ยังถูกสอบสวนจากข้อหาเดียวกันในสหภาพยุโรปและไต้หวันด้วย



3.2.7 ตารางเปรียบเทียบแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศ



| Guidelines /หัวข้อ | | |
|---|--|--|
| ประเทศญี่ปุ่น  | เหตุผลของการบัญญัติ Guideline | สารสำคัญของ Guideline |
| 1. Antimonopoly Act Guidelines for International Licensing Agreement in 1968 | คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศญี่ปุ่นอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติของมาตรา 6 ของกฎหมาย แข่งขันทางการค้าได้ออก Guideline ฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดข้อ สัญญาที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันหรือ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการ ชาวญี่ปุ่นกับผู้ประกอบการชาวต่างชาติ | เป็น Guideline ฉบับแรกของประเทศญี่ปุ่นที่ เกี่ยวกับการควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาโดย Guideline ฉบับนี้กำหนดชัดเจนว่าให้ ใช้บังคับเฉพาะกรณีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับผู้ประกอบการ ชาวต่างชาติเท่านั้น จะไม่ใช้บังคับกับผู้ประกอบการ ชาวญี่ปุ่นด้วยกันเอง ในส่วนของการแบ่งประเภทของความผิดจากการ บิดเบือนการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา Guideline ฉบับนี้ได้แบ่งข้อจำกัดการใช้สิทธิไว้สองกลุ่มคือการ ใช้สิทธิ 9 ลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเอง per se (Black list) ซึ่งถือเป็นใช้สิทธิที่ละเมิดต่อกฎหมาย แข่งขันทางการค้า และข้อยกเว้นของการใช้สิทธิ ดังกล่าว (White list) แนวปฏิบัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่เป็น พิเศษตาม Guideline ฉบับนี้คือ โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 6วรรคสอง (เดิม) 1. ออกระเบียบว่าด้วยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับผู้ทรงสิทธิ ชาวต่างชาติ โดยกำหนดว่าก่อนการลงนามในสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศจำต้องยื่นสัญญา ดังกล่าวต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อ ตรวจสอบก่อนว่า มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบรรจุอยู่ ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรและ know-how หรือไม่ 2. หากพบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคณะกรรมการ แข่งขันทางการค้าก็จะแนะนำให้คู่สัญญาลบข้อ สัญญาดังกล่าวออก 3. หากไม่ยอมลบข้อสัญญาดังกล่าวออก คณะกรรมการของกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้า ระหว่างประเทศ (Ministry of International |

| | | |
|---|---|--|
| | | <p>Trade and Industry: MITI ซึ่งมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (The Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949) ก็จะไม่มีข้อยกเว้นให้ผู้ประกอบการญี่ปุ่นแลกเปลี่ยนเงินออกไปชำระค่าใช้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิซึ่งอยู่ในต่างประเทศ¹³⁵ ดังนั้น Guideline ฉบับนี้จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์มากกว่า เป็น Guideline ที่ช่วยเหลือผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นมากเกินไป</p> |
| <p>2. Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with respect to Patent and Know-How Licensing in 1989</p> | <p>ประเทศญี่ปุ่นได้มีการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมจนสามารถไล่ตามทันที่พัฒนาแล้วเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกอื่น ๆ จึงหมดความจำเป็นในการคุ้มครองผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นต่อผู้ประกอบการชาวต่างชาติ ดังนั้น Guideline ฉบับนี้จึงบังคับใช้กับผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยกันด้วย</p> | <p>Guideline ฉบับนี้เกิดจากการศึกษาเปรียบเทียบกับระบบกำกับดูแลการใช้สิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกา กับประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเวลานั้น และประเทศญี่ปุ่นได้ตัดสินใจนำเอาแนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมาบังคับใช้ (หลัก rule of reason) โดย Guideline ฉบับนี้ได้แบ่งข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มคือ 1.White list 2.Black list และได้เพิ่ม Grey list เข้ามาอีกหนึ่งกลุ่ม โดย Grey list นี้ได้เพิ่มความละเอียดของการอธิบายการกระทำบางลักษณะใน Black list ที่แต่เดิมเป็นความผิดในตัวเอง per se เปลี่ยนเป็นต้องมีการคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของการกระทำด้วยจึงจะถือว่าเป็นความผิด โดยใช้หลัก Rule of Reason มาวินิจฉัยประกอบ โดย</p> <p>Guideline ปี 1989 นี้ได้ใช้บังคับกับทั้งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศที่ผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นได้ทำกับชาวต่างชาติ และสัญญาที่ผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นทำสัญญาระหว่างกันเองในประเทศ โดย Guideline ฉบับนี้ยังคงยึดหลักการขออนุญาตทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องผ่านคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเสียก่อน แต่สัญญาที่จะต้องให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตรวจสอบมีเพียงเฉพาะกรณีเป็นสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น และต้องเป็นสัญญาที่มีอายุสัญญามากกว่า 1 ปีขึ้นไปด้วย¹³⁶</p> |

¹³⁵ แนวปฏิบัติที่ออกมาสร้างความชัดเจนในมาตรา 6 ข้างต้นเป็นเพียงแนวทางการตีความบทบัญญัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า JFTC เท่านั้นไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมาย

¹³⁶ ระเบียบคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการส่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตรวจสอบในปี 1989 ใน Kegishi อ้างแล้ว, หน้า 46-47

| | | |
|---|--|--|
| <p>3.Guidelines for Patent and Know-How Licensing Agreements under the Antimonopoly Act in 1999</p> | <p>ในปี 1999 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ได้ออก Guideline อีกฉบับหนึ่ง โดยเน้นการปรับใช้กับเรื่องของสิทธิบัตร และโนฮาว์ Guideline ฉบับนี้ได้บัญญัติเรื่องของสิทธิบัตรและโนฮาว์ให้ละเอียดมากขึ้น และยังเปิดกว้างเรื่องรูปแบบการทำสัญญาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมากขึ้นด้วย</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Guideline ฉบับนี้ได้ให้อิสระในการกำหนดข้อสัญญาในสิทธิบัตรและโนฮาว์มากขึ้น โดยได้มีการขยายขอบเขตการตีความในมาตรา 3 กฎหมายแข่งขันทางการค้า และได้เปลี่ยนแปลงจุดยืนในมุมมองของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม 2. Guideline ฉบับนี้ได้แบ่งข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเป็น 4 กลุ่มกล่าวคือ 1. White list 2.Black list 3.Grey list และได้เพิ่มกลุ่ม Dark grey list เข้ามาเพื่อระบุลักษณะของข้อจำกัดที่มีแนวโน้มสูงมากที่จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งเดิมกลุ่มข้อจำกัดเหล่านี้อยู่ในกลุ่ม Black list แต่ถูกแยกออกมาจากกลุ่ม Black list เนื่องจากเหตุผลเฉพาะจากหลัก Rule of reason 3. ขอบเขตของ Guideline ฉบับนี้โดยหลักแล้วใช้บังคับกับเฉพาะเรื่องสิทธิบัตรและโนฮาว์ แต่ได้มีการใช้หลักโดยอนุโลมเข้ามาใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ ด้วย (mutatis mutandis) 4. Guideline ฉบับนี้ได้กำหนดนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องเอาไว้ และได้ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องนิยามของตลาดสินค้าสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิทางเทคโนโลยี |
| <p>4.Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act in 2007 (revise 2016)</p> | <p>Guideline ฉบับนี้เน้นการคุ้มครองด้านเทคโนโลยีจากทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท แต่ต้องเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี เพื่อส่งเสริมให้มีการถ่ายโอนทางเทคโนโลยีระหว่างกัน</p> | <p>Guideline ฉบับนี้ได้มาทดแทน Guideline ปี 1999 โดยมีการยกเลิกกลุ่มข้อจำกัดการใช้สิทธิรูปแบบเดิมคือ กลุ่ม White list, Black list, Grey list, Dark grey list ต่าง ๆ โดยเปลี่ยนมาวิเคราะห์รูปแบบของการใช้สิทธิให้ตรงกับพื้นฐานทางข้อเท็จจริงให้มากขึ้น Guideline ฉบับนี้ได้ระบุแนวความคิดความสัมพันธ์ทางนโยบายระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา</p> <p>Guideline ฉบับนี้มีการอธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วยการระบุตลาดเพื่อให้สามารถตัดสินได้ว่าข้อกำหนดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีลักษณะใดกระทบต่อตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เพียงใด</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | | แนวปฏิบัติฉบับนี้จะสามารถใช้บังคับกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิทางเทคโนโลยีของผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นไม่ว่าการอนุญาตนั้นจะกระทำภายในประเทศ หรือนอกประเทศก็ตาม หากการกระทำนั้นมีผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันของตลาดเทคโนโลยีของญี่ปุ่น แนวปฏิบัตินี้จะสามารถนำไปใช้บังคับได้ |
| ประเทศเกาหลีใต้  | เหตุผลของการบัญญัติ Guideline | สาระสำคัญของ Guideline |
| 1. Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights in 2009 | Guideline ฉบับนี้ถูกสร้างขึ้นมาจากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายและทำการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสหภาพยุโรปอย่างละเอียดถี่ถ้วน โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่สร้าง Guideline ฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะใช้ Guideline ฉบับนี้กับกรณีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ประกอบการชาวเกาหลีใต้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเกิดขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ แต่ต้องปรากฏว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของประเทศเกาหลีใต้ | Guideline ฉบับนี้ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ (MRFTA) และยึดถือหลักการของเหตุผล Rule of reason ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าด้วย Guideline ฉบับนี้บังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิการออกแบบ เครื่องหมายการค้า และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ โดยเฉพาะทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ข้อจำกัดการใช้สิทธิของ Guideline ฉบับนี้กำหนดลักษณะของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Black list) และข้อยกเว้น (Exemption) ¹³⁷ เอาไว้เพื่อที่จะสร้างบรรทัดฐานว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือกีดกันทางการค้า ที่ส่งผลกระทบต่อตลาดทำให้ทั่วโลกตลาดไม่สามารถทำงานได้อันเป็นการระเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า |
| ประเทศไทย  | เหตุผลของการบัญญัติ Guideline | สาระสำคัญของ Guideline |
| กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 39 (1) | เพื่ออธิบายว่า บรรดาเงื่อนไข ข้อ กำหนดการใช้สิทธิ หรือกำหนด คำตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่กรณีใดที่เข้าลักษณะของข้อสัญญา | (1) เป็นการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น (Licensing Agreement) ไม่รวมถึงสัญญาอื่น ๆ |

¹³⁷ บทบัญญัติมาตรา 3-2 ถึงบทบัญญัติมาตรา 5 ของ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights

| | | |
|--|---|---|
| <p>พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522</p> | <p>จำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร</p> | <p>(2) กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับเฉพาะ การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรเท่านั้นไม่รวมถึงการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ</p> <p>(3) มีการแบ่งกลุ่มการใช้สิทธิบัตรออกเป็น 2 กลุ่ม</p> <p>กลุ่มแรก เป็นกลุ่มที่กฎกระทรวงให้พิจารณาปัจจัยในเรื่องของเจตนา ผลกระทบที่เกิดจากการกำหนดเงื่อนไข การขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า รวมไปถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในคดีก่อนเพื่อประกอบในการพิจารณาว่า การกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนนั้นมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ (คล้ายหลัก Rule of Reason) ซึ่งมีทั้งสิ้น 13 ข้อ</p> <p>กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มที่กฎกระทรวงให้ถือว่าเงื่อนไขข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนเป็นเงื่อนไข หรือข้อจำกัดสิทธิที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม โดยไม่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญาว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่ซึ่งมีทั้งสิ้น 5 ข้อ (คล้าย Black list)</p> |
| <p>กฎกระทรวง(พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537</p> | <p>เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาว่า เงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15 (5) และมาตรา 15 วรรคสอง มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่</p> | <p>กฎกระทรวงฉบับนี้ได้แบ่งกลุ่มเงื่อนไข หรือข้อสัญญาในการพิจารณาออกเป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ</p> <p>กลุ่มแรก เป็นกลุ่มเงื่อนไข หรือข้อสัญญาที่ต้องนำมาพิจารณาว่า มีวัตถุประสงค์ หรือเจตนาจะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยพิจารณาถึงผลลัพธ์ที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นประกอบในการพิจารณาเงื่อนไขนั้น ๆ ด้วย (คล้ายหลัก Rule of Reason) มีทั้งสิ้น 7 ข้อ</p> <p>กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มที่กฎกระทรวงฉบับนี้ให้ถือว่าเป็นกลุ่มเงื่อนไข หรือข้อสัญญาที่กฎกระทรวงฉบับนี้ให้ถือว่าเป็นกลุ่มเงื่อนไข หรือข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมโดยไม่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ หรือเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ (Black list) มีทั้งสิ้น 2 ข้อ</p> |



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กรณีการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เริ่มต้นมาจากความขัดแย้งทางนโยบายของกฎหมายทั้งสองฉบับ กล่าวคือ การให้สิทธิเด็ดขาดกับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินที่ตนประดิษฐ์ขึ้นอย่างเต็มที่ภายในชั่วระยะเวลาหนึ่ง โดยระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อว่า การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธินี้จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลทำการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น อีกทั้งการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ประดิษฐ์จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลอื่นประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เข้ามาเพื่อแข่งขัน หรือทดแทนการผูกขาดของผู้ประดิษฐ์ด้วย¹ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น จะทำให้ทั้งตัวผู้ประดิษฐ์ และบุคคลอื่นจำต้องปรับตัวและพัฒนาตัวเองอยู่ตลอดเวลา ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วจะเป็นการพัฒนาทางเทคโนโลยี และทำให้สังคมมีความเป็นอยู่ที่ดียิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการบัญญัติขึ้นมาเพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) ซึ่งหากมีการแข่งขันในตลาดเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยไม่มีการผูกขาดหรือกีดกันการเข้าสู่ตลาดแล้วก็จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการรายใหม่นำสินค้าหรือบริการของตนเข้าสู่ตลาดเพื่อแข่งขันมากขึ้น ซึ่งเมื่อมีผู้ประกอบการในตลาดมีจำนวนหลายรายแล้วก็จะทำให้เกิดการแข่งขัน โดยผู้ประกอบการแต่ละรายจำต้องพัฒนาสินค้าและบริการของตนอยู่เสมอเพื่อให้สามารถแข่งขันและดำรงอยู่ในตลาดได้ ซึ่งในท้ายที่สุดจะมีการพัฒนาทางด้านสินค้าและบริการในราคาที่ย่อมเยาว์อันจะเป็นประโยชน์กับผู้บริโภคในท้ายที่สุด

จากกรณีข้างต้น ทำให้เห็นว่า ทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่างก็มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ การสร้างให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมอันจะนำมาซึ่งการพัฒนาทางด้านสินค้าและบริการซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคและคนในสังคมได้ประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ได้กล่าวมาก็ไม่อาจบรรลุได้ เนื่องจากผู้

¹ คัดดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า. หน้า 331-332.

ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาบางรายได้ใช้สิทธิของตนในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือเป็นการใช้สิทธิในลักษณะที่ชัดเจนการรณณ์ของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าว สามารถแสดงออกเป็นรูปธรรมระหว่างกฎหมายทั้งสองได้ดังต่อไปนี้

1. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (to misuse)
2. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market power) อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในการเพิ่มอำนาจตลาดให้กับตนเอง หรือใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการใช้เกินกว่าอำนาจผูกขาดที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (to abuse)²
3. เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับผู้อื่นโดยการทำสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (in restraint of trade) หรือบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีผลในแง่ลบต่อการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีหรือความรู้อื่นซึ่งเรียกว่า “การจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Restrictive contract)”

หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดใน 3 ลักษณะดังต่อไปนี้

1) ผลกระทบต่อผู้บริโภค หากการแข่งขันระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์จากการแข่งขันโดยตรง เช่น ข้อเสนอทางด้านราคา ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องผลิตสินค้าในราคาที่เป็นธรรมและจะต้องพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการอย่างต่อเนื่องเพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งทางการตลาด (Market share) ดังนั้น ผู้บริโภคจึงสามารถเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพในราคาที่ย่อมเยาได้ แต่สิ่งเหล่านี้มักจะไม่ได้อยู่เลยหรือมีอยู่น้อยในตลาดที่ผู้ทรงสิทธิทำการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยราย ดังนั้น ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จึงให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับขาดหายไป

2) ผลกระทบต่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยกันเอง การผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมทำให้เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบทางธุรกิจ ผู้ผูกขาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขันในตลาดทั้ง ๆ ที่ตนไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถโดยแท้จริง ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้จะเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจ เพราะทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการแข่งขันเท่านั้นที่จะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพ

² เรื่องเดียวกัน.

ดำรงอยู่ได้และผู้ผลิตที่ไม่ยอมพัฒนาตนเองก็จะต้องออกจากตลาดไป ดังนั้น ตลาดที่มีการแข่งขันจึงเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายเอง และการแข่งขันยังเป็นการจูงใจให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญารายใหม่นำสินค้าที่ตนผลิตขึ้นเข้ามาแข่งขันในตลาด ด้วยซึ่งสิ่งเหล่านี้จะไม่มีหรือไม่พบในตลาดผูกขาด

3) ผลกระทบที่มีต่อสังคม สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาด คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้ผูกขาดจะได้กำไรส่วนเกิน (excess profit) และประสิทธิภาพที่เกิดจากการแข่งขันจะสูญหายไป (deadweight welfare loss)³

จากผลกระทบจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใน 3 ลักษณะข้างต้นตามที่ได้กล่าวมา ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า กฎหมายไทยจะมีแนวทางหรือมีมาตรการอย่างไรในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิใน 3 ลักษณะดังกล่าว เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาแล้วพบว่า มาตรการในการควบคุมหรือกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของกฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดและยังไม่มีความเหมาะสม โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจำนวน 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งประเทศทั้งสองได้ขึ้นชื่อว่าเป็นประเทศที่มีมาตรฐานในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้มาตรฐานระดับโลก ซึ่งการวิเคราะห์นี้จะนำมาซึ่งบทสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงและยกระดับมาตรการในการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายไทยต่อไป

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการไม่มีทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรม

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายไทยเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ ผู้เขียนพบว่า ปัญหาหลักของประเทศไทยที่เป็นอุปสรรคในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ คือ การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติถึงเนื้อหา และขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยตรง แต่ในต่างประเทศมีการบัญญัติถึงมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกรณีดังกล่าวเอาไว้โดยตรงอย่างชัดเจน

จากปัญหานี้ส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนในแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยกับเรื่องดังกล่าวโดยสามารถพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้ดังต่อไปนี้

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-51.

4.1.1 ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย

จากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติถึงเนื้อหา และขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายไทยเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่เป็นรูปธรรมใน 2 กรณีได้แก่

4.1.1.1 ปัญหาการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาถึงระบบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน จะพบว่าประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) ซึ่งระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรนี้ กำหนดหน้าที่ให้ศาลจะต้องตัดสินคดีตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการบัญญัติไว้ โดยศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น (to apply) ศาลไม่อาจนำหลักความยุติธรรมอื่น เช่น หลักศีลธรรมมาปรับใช้แทนกฎหมายได้ โดยระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรนี้เองจะแตกต่างจากระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีที่ศาลมีอำนาจมาก โดยนอกจากศาลจะมีอำนาจในการตีความกฎหมายแล้ว (to interpret) ศาลยังมีอำนาจสร้างหลักกฎหมายได้อีกด้วย (judge - made law) โดยศาลในคดีหลังจำต้องตัดสินเช่นเดียวกันกับคดีก่อนหากมีข้อเท็จจริงในคดีเป็นเช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นบ่อเกิดสำคัญที่ให้อำนาจแก่องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีพิพาทต่าง ๆ⁴

เมื่อพิจารณาถึงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิพบว่า ไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดเลยที่เข้ามาควบคุมและกำกับดูแลในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตโดยตรงทั้ง ๆ ที่หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตแล้ว อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดและระบบเศรษฐกิจของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อผู้บริโภค ผลกระทบต่อผู้ผลิต หรือผลกระทบต่อสังคม⁵ ดังนั้น การควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ

ในการแก้ไขปัญหาเรื่องการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ขึ้นมาเพื่อควบคุมและกำกับดูแลให้การแข่งขันใน

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 347.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-51.

ตลาดเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อการผูกขาด ของผู้ประกอบการทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการควบคุมกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่มีบัญญัติเอาไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดประเด็นการตีความกฎหมาย คือ หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และผลจากการใช้สิทธินั้นกระทบต่อการแข่งขันในตลาด เช่นนี้ องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ไม่ว่าจะป็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หรือศาลยุติธรรมจะสามารถนำเอาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นได้เพียงใด เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจเอาไว้โดยชัดเจน

เมื่อพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติพบว่า ตั้งแต่มีตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบันรวมระยะเวลากว่า 18 ปี ไม่เคยมีที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรมเลย ซึ่งเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้ว่า องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของไทยไม่อาจบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากขาดความชัดเจนในเรื่องอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย

4.1.1.2 ประเด็นปัญหาการบังคับใช้โทษทางอาญา⁶

จากการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ทรงสิทธิ นอกจากจะส่งผลให้เกิดการตีความในเรื่องอำนาจการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามหัวข้อ 4.1.1.1 ยิ่งก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่ง คือ การบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ต่อพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา โดยมาตรา 51 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 25,26,27,28 และ มาตรา 29 ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีทำผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ เหตุผลของการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการป้องกันการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเอารัดเอาเปรียบอันอาจทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้า

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 348.

มาประกอบธุรกิจเพื่อแข่งขันได้ เนื่องจากถูกกีดกันหรือมีอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจการค้า การลงทุนตลอดจนสังคมส่วนรวมของประเทศ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องปราม และให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดตามกฎหมาย อีกทั้งเพื่อรักษาสมดุลทางการค้าให้เป็นไปตามหลักกลไกตลาด จึงจำเป็นต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นความผิดทางอาญา⁷

จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนก็เนื่องจากต้องการป้องปราม และให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม โทษทางอาญาเป็นโทษที่มีความรุนแรง เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ดังนั้น การจะบังคับใช้โทษทางอาญากับบุคคลใดได้นั้นต้องเป็นไปตามหลักของกฎหมายอาญาซึ่งได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย”

จากการตีความมาตรา 2 จึงเกิดหลักสำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ซึ่งมาจากภาษาละตินคำว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor Punishment without law” ซึ่งเป็นหลักในการรับรองว่า การกระทำของบุคคลใดจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้ ก็ต่อเมื่อกระทำการนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิด และกำหนดโทษเอาไว้ ดังนั้น โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นโทษที่มีการกำหนดไว้ก่อนส่งผลให้ไม่สามารถบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเพื่อลงโทษแก่บุคคลใดได้⁸

โดยหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้เป็นหลักที่เป็นสากล ที่ได้รับการยอมรับจากประเทศที่ปกครองโดยกฎหมายทั่วโลก ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ในกฎหมายภายในประเทศเช่นเดียวกัน นั่นคือ การบัญญัติรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับสูงสุดซึ่งกฎหมายอื่นจะบัญญัติให้มีหลักการหรือเนื้อหาขัดหรือแย้งไม่ได้ หลักการรับรองเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁹ ได้บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ก็ได้อ้างอิงบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมาย

⁷ สำนักคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2016. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/30.pdf>

⁸ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า.16-17.

⁹ "มาตรา 39 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550," ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(2550).

อาญาไทยเช่นเดียวกัน ซึ่งหลักการนี้อาจเรียกสั้น ๆ ได้ว่า “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”¹⁰

จากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายทำให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ คือ การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธินั้น เมื่อเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 25, 27 และมาตรา 29 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวต้องรับโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างชัดแจ้งหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า ไม่มีข้อความใดเลยในมาตรา 27 มาตรา 27 และมาตรา 29 ที่บัญญัติให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ดังนั้น จึงไม่อาจนำเอาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปลงโทษทางอาญากับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรมได้ ซึ่งเป็นช่องโหว่สำคัญในการบังคับใช้โทษทางอาญากับผู้ทรงสิทธิจึงทำให้วัตถุประสงค์ในการบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อป้องปราม และทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำผิดกฎหมายไม่อาจบรรลุได้

ประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจในเรื่องนี้อีกประเด็นหนึ่งคือ เราสามารถบังคับใช้มาตรา 4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อเป็นตัวเชื่อมในการนำเอาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ เพียงใด เพราะมาตรา 4 เป็นมาตราที่ได้กำหนดของเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในลักษณะกว้าง ๆ ให้ครอบคลุมเกือบทุกกรณี เพื่อให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 สามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาในมาตรา 4¹¹ แล้วจะพบว่า มาตรา 4 สามารถนำไปบังคับใช้สำหรับการลงโทษในทางแพ่งไปกับผู้ทรงสิทธิที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้เท่านั้น แต่โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่สามารถนำไปใช้บังคับได้ เนื่องด้วยเหตุผลในเรื่องหลักการบังคับใช้โทษทางอาญาต้องมีความชัดเจน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 [yPpy9bjk“พระราชบัญญัตินี้จะไม่บังคับใช้กับการกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(2) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์

ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพ การเกษตรกรรม

(4) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้น การใช้บังคับทั้งฉบับ

หรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

แน่นอน ตามหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ซึ่งในเรื่องนี้ ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย¹² ได้แสดงความทัศนะเอาไว้ว่า “โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายต่าง ๆ เมื่อบัญญัติขึ้นมาแล้ว อาจมีช่องว่างในการบังคับใช้ได้ แต่หากกรณีกฎหมายอาญามีช่องว่างในการบังคับใช้ ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง เพราะตามหลักกฎหมายอาญาจะต้องมีการพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีช่องว่างจึงนับว่ายังมีข้อสงสัยจึงต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยและยกฟ้องไป และปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตัดสินใจดำเนินการแก้ไขช่องว่างนั้น

แต่หากกรณีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นในคดีแพ่งแล้ว การบังคับใช้กฎหมายจะเป็นทิศทางตรงกันข้ามกล่าวคือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักว่า “ศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายที่จะปรับใช้บังคับกับคดีไม่ได้” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการรับรองเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้ากฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความใกล้เคียงด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงหนึ่งในที่มาของกฎหมายแพ่ง ซึ่งตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้การกระทำผิดตามกฎหมายอาญา เช่น การเอารถยนต์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ตี¹³ และการลักกระแสบไฟฟ้าก็ตี¹⁴ ศาลอาญาจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการต้องห้ามตามหลักกฎหมายอาญา”

ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกับท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร โดยมองว่า การนำเอามาตรา 4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาเป็นกฎหมายเชื่อมความสัมพันธ์ในการนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับกับกรณีการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิอาจไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากไม่สามารถนำโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ จึงอาจทำให้ผู้ทรงสิทธิใน

¹² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 84-94.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2514 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2510 ในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาด ไม่เกิดความเกรงกลัวในการใช้
 บิดเบือนการใช้สิทธิในทรัพย์สินปัญญา เพราะแม้มีการฝ่าฝืนก็จะได้รับเพียงโทษทางแพ่ง หรือเพียงข้อ
 สัญญาตกเป็นโมฆะเท่านั้น¹⁵ แต่ไม่มีสิทธิได้รับโทษทางอาญา

4.1.2 ปัญหาการไม่มีทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้ อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการใช้สิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมของต่างประเทศ

4.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาบทกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้
 ผู้ทรงสิทธิในประเทศญี่ปุ่น จะพบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีบทบัญญัติเฉพาะในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่อง
 ดังกล่าว กล่าวคือ มาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า
 “บทบัญญัติตามกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมาย
 ลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ หรือกฎหมายเครื่องหมาย
 ทางการค้า” จากเนื้อความในบทบัญญัติมาตรา 21 สามารถตีความได้ว่า ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิใน
 ทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และมีแนวโน้มเป็น
 การผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นสามารถเข้าไป
 ไปควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิได้ และองค์กรผู้บังคับใช้
 กฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ที่สามารถออกคำสั่ง
 ให้ผู้ที่ฝ่าฝืนระงับหรือยุติการกระทำ (Cease and desist order)¹⁶ และศาลยุติธรรมที่มีอำนาจใน
 การพิพากษาลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขัน
 ทางการค้าได้ แต่ในทางกลับกัน หากผู้ทรงสิทธินั้นใช้สิทธิภายใต้กรอบที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สิน
 ทางปัญญาให้อำนาจไว้ กรณีเช่นนี้กฎหมายแข่งขันทางการค้าก็จะมีอำนาจเข้าไปบังคับใช้ ดังนั้น
 มาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) จึงถือเป็นบทบัญญัติสำคัญที่ทำหน้าที่เชื่อมโยง
 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยให้
 อำนาจองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิ
 ในทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สิน
 ทางปัญญาได้

¹⁵ มาตรา 39 วรรคสอง พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

¹⁶ Hiroshi Iyori, "A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of
 Competition Law," Pacific Rim Law & Policy Association Vol.4 No.1(1995). P. 83.

นอกจากนี้แม้เนื้อความในบทบัญญัติมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะไม่ครอบคลุมในทุกประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา แต่ในทางปฏิบัติจากการตีความของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ได้ตีความแบบขยายความให้นำมาตรา 21 ไปบังคับใช้กับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ ด้วย เช่น กฎหมายความลับทางการค้า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เป็นต้น

จากการมีบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 21 นี้ส่งผลดีต่อทั้งองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย กล่าวคือ องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความชัดเจนว่า หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ตนสามารถออกคำสั่งระงับหรือยุติการกระทำ (Cease and desist order) หรือส่งลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ และสำหรับผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซึ่งก็คือ ประชาชนหรือผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็เกิดความชัดเจนว่า หากตนใช้สิทธิที่เกินกว่ากรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการใช้สิทธินั้นมีเจตนาในการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า การใช้สิทธินั้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าและอาจต้องรับโทษตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งมีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา กรณีเช่นนี้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำต้องระมัดระวังในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน มิฉะนั้นแล้วอาจถูกคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมลงโทษได้

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ เมื่อมีกฎหมายบทบัญญัติตามมาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว เราจะสามารถนำโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตได้ในทุกกรณีหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า

ผู้กระทำผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นอาจต้องโทษในสองกรณีนี้ กล่าวคือ¹⁷

(1) การเสียค่าปรับทางปกครอง (administrative surcharges)

(2) การรับโทษทางอาญา (criminal penalties)

ในส่วนของการเสียค่าปรับทางปกครอง (administrative surcharges)

จะใช้บังคับเฉพาะกับนิติบุคคล ไม่ใช่บังคับกับบุคคลธรรมดา ในกรณีที่ผู้กระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันกำหนดราคา (price cartels) หรือการกระทำอื่นที่ส่งผลต่อราคาสินค้า เช่น การกีด

¹⁷ TOSHIKI TAKIGAWA, "Competition Law and Policy of Japan," THE ANTITRUST BULLETIN 54(2009). P. 444.

กั้นทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade) หรือการคงไว้ซึ่งอำนาจผูกขาด (the control aspect of monopolization)¹⁸ ซึ่งค่าปรับในทางปกครองนั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำการปรับตามกฎหมายไม่เปิดอำนาจให้ใช้ดุลยพินิจ โดยจำนวนของค่าปรับนั้นให้คิด 10 เปอร์เซ็นต์ของยอดขายสินค้าที่มีการละเมิด (หรือ 4 % สำหรับสำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม)

ในส่วนของการรับโทษทางอาญา (criminal penalties) ประเทศญี่ปุ่นได้มีการบังคับใช้โทษทางอาญาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว โดยได้รับแบบอย่างการบังคับใช้มาจากกฎหมาย Clayton Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁹

สำหรับโทษทางอาญา (criminal penalty) จะบังคับใช้ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ 1.การกีดกันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (the unreasonable restraint of trade) โดยส่วนมากเกิดจากการตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง (horizontal cartel) 2. การผูกขาดทางการค้า (monopolization) ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่เคยดำเนินคดีกับผู้ละเมิดที่เกิดจากการผูกขาดทางการค้า แต่จะบังคับใช้ในกรณีการละเมิดการกีดกันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (the unreasonable restraint of trade) โดยเฉพาะกรณีการร่วมกันกำหนดราคา (price cartel) และการสมรู้ร่วมคิดประมุขราคาโดยไม่ชอบ (bid-riggings)²⁰

ในการที่จะลงโทษทางอาญากับผู้กระทำความผิด คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ต้องส่งข้อกล่าวหาไปที่สำนักงานอัยการ (the Prosecutor's Office)²¹ เพื่อดำเนินการพิพากษาคดีโดยศาลยุติธรรม ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วก่อนที่จะส่งให้สำนักงานอัยการ โดยเฉลี่ยแล้ว คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าส่งข้อกล่าวหาไปยังสำนักงานอัยการประมาณ 1 คดีต่อปี โทษทางอาญานั้นโดยมีการบังคับใช้กับทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ บุคคลธรรมดาที่ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษทางอาญา ศาลจะสั่งให้รอลงอาญาทั้งหมด ไม่มีผู้ใดได้รับโทษจำคุกจริง ๆ

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น จะมีลักษณะการกระทำความผิดตามโครงสร้างของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะมีอยู่ 3 ประเภทหลัก ๆ กล่าวคือ 1. การผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization)

2. การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade)

¹⁸ Article 7(2) The Antimonopoly Act.

¹⁹ Hiroshi Iyorit, "A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law," Pacific Rim Law & Policy Association.

²⁰ TOSHIKI TAKIGAWA, "Competition Law and Policy of Japan," THE ANTITRUST BULLETIN. หน้า 445

²¹ Article 96(1) The Antimonopoly Act.

3. วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices)

ซึ่งการกระทำความผิดทั้ง 3 ประเภทนี้สำหรับผู้ฝ่าฝืนในเรื่องวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจะมีบทลงโทษเฉพาะค่าปรับในทางปกครอง (administrative surcharges) แต่ไม่มีบทลงโทษในทางอาญา แต่หากมีการละเมิดในเรื่องของการกีดกันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) โดยเฉพาะโดยเฉพาะกรณีการร่วมกันกำหนดราคา (price cartel) และการสมรู้ร่วมคิดประมุขราคาโดยไม่ชอบ (bid-riggings) และการผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) ซึ่งเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศจึงจำเป็นต้องมีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติบุคคลธรรมดาที่ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษทางอาญาจากการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) ศาลจะสั่งให้รอลงอาญาทั้งหมด ไม่มีผู้ใดได้รับโทษจำคุกจริง ๆ

ตัวอย่างคดีกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่น ที่ศาลตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) หรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) ซึ่งการกระทำเหล่านี้มีโทษทางอาญา

- (1) คดีฝาปิดท่อระบายน้ำเสียเมืองฟุกุโอกะ (Fukuoka iron lids case : ตัดสินเมื่อ 10 กันยายน 1994)²²

บริษัทจำเลย X เป็นผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในฝาปิดท่อระบายน้ำเสีย โดยเมื่อเทศบาลเมืองฟุกุโอกะ ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของฝาปิดท่อระบายน้ำว่าต้องมีคุณสมบัติตามอนุสิทธิบัตรของบริษัทจำเลย X แต่มีเงื่อนไขว่า บริษัทจำเลย X จะต้องอนุญาตให้บริษัทอื่น ๆ ได้ใช้อนุสิทธิบัตรของบริษัทจำเลย X ในการผลิตฝาปิดท่อระบายน้ำด้วย และปรากฏในภายหลังว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ของบริษัทจำเลย X กับบริษัทอีก 6 บริษัท จำเลยทั้ง 7 ได้ตกลงกันว่าราคาในซองประมูลของบริษัทจำเลย X จะเป็นราคาที่ต่ำที่สุด และมีการกำหนดกำไรที่ทุกบริษัทจะได้ ไว้ที่ 15% และตกลงกันให้บริษัทจำเลย X ขายฝาปิดท่อระบายน้ำเสียที่เมืองฟุกุโอกะจะจัดซื้อทั้งหมด ที่เหลืออีก 80% จะแบ่งจำนวนของฝาปิดท่อระบายน้ำระหว่างบริษัทจำเลยทั้ง 6 บริษัท ศาลสูงของญี่ปุ่น (Supreme Court) ได้ตัดสินว่า ความตกลงดังกล่าวขัดกับมาตรา 3 ของกฎหมาย AMA

- (2) คดี Pachiko Machine Patent Pool (ตัดสินเมื่อ 6 สิงหาคม 1998)²³

จำเลยทั้งสิบเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหลายสิทธิบัตรและเป็นผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหลายอนุสิทธิบัตรเกี่ยวกับการผลิตเครื่องเล่น pachiko โดยมีสหพันธ์เป็นผู้บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรทั้งหลายของจำเลยทั้งสิบ เพื่อเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจผลิตเครื่องเล่น pachiko เข้ามาสู่

²² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 343.

²³ เรื่องเดียวกัน

ตลาดได้ โดยสหพันธ์บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรของจำเลยทั้งสองจะไม่อนุญาตให้บริษัทอื่นได้มีโอกาสใช้สิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรเลย พฤติกรรมของจำเลยทั้งสองถือได้ว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชน (เพราะใช้อำนาจเหนือตลาดกีดกัน (to exclude) คู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาด)

ตัวอย่างคดีกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่น ที่ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) โดยที่การกระทำเหล่านี้ไม่มีโทษทางอาญา

(1) คดีบริษัท Yakult (ตัดสินเมื่อ 13 กันยายน 1965)²⁴

บริษัท Yakult เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในการผลิตนมเปรี้ยว และเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า "จุลินทรีย์ Yakult" บริษัท Yakult ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในกระบวนการผลิตนมเปรี้ยวแก่บริษัทผลิตนมเปรี้ยวหลายบริษัท ซึ่งในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการขายปลีก (retail price) เขตพื้นที่การขายปลีก จำนวนสินค้าที่จะขายปลีกได้ ห้ามขายสินค้าของบริษัทคู่แข่ง และห้ามบริษัทผู้รับอนุญาตขายสินค้าของบริษัท Yakult ให้แก่บุคคลอื่นยกเว้นผู้ค้าปลีกเท่านั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ถือว่าบริษัท Yakult ได้ใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่เป็นการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตไม่ชอบธรรม จึงขัดกับมาตรา 2 (9) และมาตรา 19 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA)

(2) คดีบริษัท Sony Computer Entertainment (ตัดสินเมื่อ 1 สิงหาคม 2002)²⁵

จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายเครื่องเล่นคอมพิวเตอร์เกมส์ที่ชื่อว่า Play Station (จำเลยเป็นผู้ทรงลิขสิทธิ์ใน Computer software) จำเลยได้ทำสัญญากับบรรดาบริษัทผู้ขายส่งโดยมีข้อสัญญาผูกมัดบริษัทผู้ขายส่งเกี่ยวกับราคาจำหน่ายว่าต้องจำหน่ายในราคาเท่าไร ข้อสัญญาห้ามมิให้ซื้อเกมส์ที่ใช้แล้ว (used one) แล้วจำหน่ายต่อให้ผู้อื่น และจำเลยยังต่อสู้ถือว่า การห้ามมิให้รับซื้อเกมส์ใช้แล้วเป็นการใช้สิทธิภายใต้ขอบกฎหมายลิขสิทธิ์ ในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือ JFTC ได้แสดงความเห็นว่า แม้การใช้สิทธิของบริษัท Sony Computer Entertainment จะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันหรือ เป็นการใช้สิทธิที่ขัดกับเป้าหมายของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย AMA มาตรา 19 เช่นเดียวกัน

4.1.2.2 ประเทศเกาหลีใต้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิประเทศเกาหลีใต้ พบว่า ประเทศเกาหลีใต้มีบทบัญญัติเฉพาะในการจัดการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่นเดียวกับกับประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ มาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า(MRFTA) ซึ่งบัญญัติว่า "บทบัญญัติของกฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับถึงการกระทำซึ่งเป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 344.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบ และกฎหมายเครื่องหมายการค้า²⁶” ซึ่งมาตรานี้ได้คัดลอกมาจากมาตรา 21 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกันกับประเทศญี่ปุ่นซึ่งทำให้ประเทศเกาหลีใต้มีความชัดเจนในเรื่องการนำเอา กฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ของตนไปบังคับกับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิได้ผ่านมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ผลจากการมีมาตรา 59 ยังทำให้องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย เช่น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) และศาลยุติธรรมต่างก็มีอำนาจอย่างชัดเจนในการพิจารณาคดีตัดสินหรือพินิจคดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในลักษณะเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น

ดังนั้น จึงถือได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 59 เป็นบทบัญญัติสำคัญที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศเกาหลีใต้ โดยให้อำนาจองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท ซึ่งการมีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์เช่นนี้ทำให้เกิดผลต่อทั้งองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย เช่นเดียวกับของประเทศญี่ปุ่น แต่ที่ประโยชน์ที่สำคัญคือ ทำให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำต้องระมัดระวังในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน มิฉะนั้นแล้วอาจถูกคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมของประเทศเกาหลีใต้ลงโทษได้

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ เมื่อมีกฎหมายบทบัญญัติตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว เราจะสามารถนำโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตได้ในทุกกรณีหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า

เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (MRFTA) กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะมีแนวทางปฏิบัติอยู่ 3 แนวทาง²⁷ ได้แก่ 1.การลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) 2.การเยียวยาตามกฎหมายแพ่ง (civil remedies) 3.การลงโทษทางอาญา (criminal sanctions) โดยในแต่ละแนวทางสามารถอธิบายรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

²⁶ Article 59 MRFTA “The provision of this Act shall not to apply to any act which is deemed to be and exercise of right under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Act, or the Trademark Act”

²⁷ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, "Sanctions in Antitrust Cases Contribution by Korea

" Global Forum on Competition (2016). P. 2.

1. การลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) คือ บทบัญญัติที่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งให้ยุติการกระทำ (cease order) คำสั่งให้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน (stock disposal) หรือคำสั่งให้เสียค่าปรับเงินเพิ่ม (penalty surcharges)
2. การเยียวยาตามกฎหมายแพ่ง (civil remedies) เป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายหรือความสูญเสียอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า
3. การลงโทษทางอาญา (criminal sanctions) เป็นบทบัญญัติในการสั่งจำคุกหรือให้เสียค่าปรับ การลงโทษทางอาญาเป็นโทษที่มีความรุนแรงมากที่สุดที่ให้อำนาจรัฐบาลในการบังคับใช้กับผู้กระทำผิด ซึ่งโทษทางอาญานี้ถือเป็นโทษที่ทำให้สิทธิและเสรีภาพทางร่างกายและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดต้องเสียไป

ในปัจจุบันการลงโทษในทางปกครองเป็นโทษที่มีการบังคับใช้มากที่สุดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) โดยการบังคับใช้โทษทางอาญาจะมีบังคับใช้บางเป็นครั้งคราวโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีในแต่ละเรื่อง ซึ่งการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไม่อาจพิจารณาได้จากการกระทำภายนอกแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณาโดยการวิเคราะห์ถึงผลลัพธ์ของการกระทำต่อการแข่งขันในตลาดและต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ²⁸

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำในทุกลักษณะที่มีการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้า (Cartel), การใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices), การควบรวมธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive business combinations) โดยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการบังคับใช้โทษทางอาญาเสมอมา โดยโทษทางอาญาที่มีการบังคับใช้ไม่มีมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่มาจากกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่น Labelling Act, Subcontracting Act, Franchise Business Act and Distribution Industry Act²⁹

การบังคับใช้โทษทางอาญานั้นบังคับใช้ทั้งกับนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ทำการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่บุคคลใดเข้าร่วมในขั้นตอนการตัดสินใจ (the

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., pp. 6-7.

decision making process) ในการร่วมกันกำหนดราคา (cartels) ก็อาจถือเป็นผู้กระทำความผิด ละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าในข้อหาร่วมกันกำหนดราคาได้ ส่วนใหญ่แล้วการลงโทษ ผู้กระทำการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา จะเป็นการลงโทษในแบบการการลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) แต่ในบางกรณีก็ มีคนถูกศาลสั่งพิพากษาจำคุกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรม (bid rigging) ซึ่งการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรมนี้ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศเกาหลีได้ด้วย³⁰

ในด้านการดำเนินคดีตามกฎหมาย เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยระบบ ที่ใช้กันในปัจจุบัน คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้จะเป็นผู้ทำการฟ้องร้อง คดีโดยส่งสำนวนนั้นไปยังสำนักงานอัยการ (Prosecutors' Office) และสำนักงานอัยการก็จะ ดำเนินคดีตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป แต่ปัจจุบันหลังจากมีการแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้า ในปี 2014 ได้กำหนดให้ the Board of Audit and Inspection, Public Procurement Service and Small and Medium Business Administration สามารถที่จะฟ้องร้องคดีโดยยื่นเรื่องผ่าน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ที่จะต้องส่งสำนวนการ ฟ้องคดีดังกล่าวไปยังสำนักงานอัยการ โดยไม่มีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะฟ้องหรือไม่ จากการ ปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าในครั้งนั้นทำให้ตัวเลขการฟ้องคดีละเมิดต่อกฎหมายแข่งขัน ทางการค้าสูงขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ³¹

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า หากมีผู้กระทำการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศ เกาหลีใต้ (MRFTA) ประเทศเกาหลีใต้จะมีการบังคับใช้โทษจากการละเมิดใน 3 ลักษณะได้แก่ 1.การ ลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) 2.การเยียวยาตามกฎหมายแพ่ง (civil remedies) 3.การลงโทษทางอาญา (criminal sanctions) โดยการลงโทษในทางปกครองจะมีการบังคับใช้มาก ที่สุด และโทษในทางอาญาจะมีการบังคับใช้บ้างเป็นครั้งคราวซึ่งการจะพิจารณาว่า การกระทำใดเป็น ความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่จำที่จะต้องทำการวิเคราะห์จากผลกระทบของการ กระทำนั้น ๆ ด้วยว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือผลกระทบทางเศรษฐกิจในประเทศ หรือไม่

ในด้านการกำหนดโทษทางอาญา กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีการกำหนดโทษทางอาญา สำหรับผู้กระทำละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าในทุกลักษณะ และบังคับใช้กับทั้งนิติบุคคลและ บุคคลธรรมดา โดยบุคคลธรรมดาสามารถถูกพิพากษาลงโทษจำคุกได้หากมีการเข้าร่วมในการประมูล

³⁰ Ibid., p. 5.

³¹ Ibid., p.7.

ราคาโดยไม่เป็นธรรม (bid rigging)³² ซึ่งการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรมนี้ถือเป็นความผิดร้ายแรงอย่างมากต่อกฎหมายแข่งขันของประเทศเกาหลีใต้และยังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีใต้ด้วย

กรณีศึกษาที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิ มี 2 กรณีที่สำคัญคือ 1.คดี Microsoft 2.คดี Qualcomm โดยในแต่ละคดีมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คดี Microsoft³³ ในวันที่ 7 เดือนธันวาคม ปี 2005 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) ได้มีมติสั่งให้บริษัท Microsoft ซึ่งเป็นบริษัทที่ทรงอำนาจทางด้านระบบปฏิบัติการ (Operating System) และเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด Window Operating System และ Window PC Operating System ในเวลานั้นยุติการขายกรณีดังต่อไปนี้

1. ขายควบ Window Media Service ควบกับ Window Operating System
2. ขายควบ Window Media Player ควบกับ Window PC Operating System
3. ขายควบ Instant Messaging Program ควบกับ Window PC Operating System

โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ตัดสินว่า พฤติกรรมการขายควบทั้ง 3 กรณีเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม (Abuse of market dominant position) ตามมาตรา 3-2 และเป็นวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อันละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) จึงลงโทษปรับเป็นเงินจำนวนเงิน 33 ล้านวอน และต้องทำการเยียวยาตามวิธีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากำหนด (administrative surcharges) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 59 กฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA)

ในส่วนของคดี Qualcomm ปี 2016³⁴ บริษัท Qualcomm เป็นผู้นำตลาดชิปสื่อสาร (baseband processor) และบริษัทมีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระบบ cellular เป็นจำนวนมาก ตามปกติแล้ว กรณีที่บริษัทใด ๆ มีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานขององค์กรกลาง เจ้าของสิทธิบัตรจะคิดค่าไลเซนส์ในราคาที่ยอมรับได้และเป็นธรรม (fair, reasonable, and non-discriminatory หรือ FRAND) แต่ Qualcomm ทำการขายฟ่งชิปของตัวเองร่วมกับค่าไลเซนส์สิทธิบัตร เพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตสมาร์ตโฟนไปใช้ชิปของคู่แข่ง โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) ได้แจ้งเป็นข้อหาดังนี้

1. บริษัท Qualcomm มีนโยบาย "no license, no chips" ที่กำหนดว่าผู้ผลิตสมาร์ตโฟนจะต้องยอมจ่ายค่าสิทธิบัตรในราคาที่ Qualcomm กำหนด (ซึ่งแพงกว่า FRAND) บริษัทจึง

³² Ibid.

³³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 345.

³⁴ www.bloomberg.com, "Qualcomm Fined \$853 Million by South Korean Antitrust Agency.

จะยอมขายลิขสิทธิ์ให้ และเนื่องจาก Qualcomm ครองตลาดลิขสิทธิ์อยู่แล้ว มีส่วนแบ่งตลาดสูง ส่งผลให้ผู้ผลิตสมาร์ทโฟนไม่มีทางเลือกอื่นมากนัก เพราะหากไม่ยอมซื้อไลเซนส์สิทธิบัตรแพง ก็จะไม่มีการใช้ชิปของ Qualcomm

2. บริษัท Qualcomm ไม่ยอมขายไลเซนส์สิทธิบัตรของตัวเองให้คู่แข่ง แม้เคยสัญญาว่าจะขายให้ตามหลัก FRAND ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติบริษัทกลับปฏิเสธไม่ยอมขายให้
3. บริษัท Qualcomm เซ็นสัญญากับแอปเปิล ห้ามไม่ให้แอปเปิลใช้ชิปสื่อสารใด ๆ ของคู่แข่งเป็นเวลา 5 ปี ระหว่างปี 2011-2016 เพื่อป้องกันไม่ให้คู่แข่งสามารถเติบโตได้ จากการได้เป็นคู่สัญญากับแอปเปิลที่มียอดขายสมาร์ทโฟนสูง

คณะกรรมการแข่งขัน (KFTC) ขอให้ศาลสั่งห้าม Qualcomm กระทำการ 3 ข้อข้างต้นและสั่งปรับบริษัท Qualcomm เพื่อให้ตลาดลิขสิทธิ์กลับมาเป็นภาวะแข่งขันได้อีกครั้ง (โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 59 ของกฎหมาย MRFTA)

จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิซึ่งจะก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ 2 ประเด็นคือ 1. เกิดปัญหาการตีความการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้า 2. ปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้โทษทางอาญา

ในประเด็นแรก ประเด็นปัญหาการตีความการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้เอง ดังนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงถือเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดของระบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้เองที่จะให้อำนาจกับองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถบังคับใช้กฎหมายกับกรณีพิพาทต่าง ๆ ได้

แต่เมื่อพิจารณาถึงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิพบว่า ไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดเลยที่เข้ามาควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้ง ๆ ที่

หากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อตลาดและระบบเศรษฐกิจของประเทศในสามกรณี³⁵ คือ 1. ผลกระทบต่อผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรจะได้รับไป 2. ผลกระทบต่อผู้ผลิต (ผู้ผูกขาด) ทำให้ผู้ผูกขาดไม่จำเป็นต้องพัฒนาสินค้าและบริการของตนเพื่อแข่งขัน ทั้ง ๆ ที่ตนอาจไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถอย่างแท้จริง 3. ผลกระทบต่อสังคม ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ

แม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในการแก้ไขปัญหาเรื่องการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการควบคุมกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงเอาไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดประเด็นการตีความขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายถึงอำนาจของตนในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกรณีดังกล่าวโดยเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติพบว่า ตั้งแต่มีตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในปี 2542 จนถึงปัจจุบันรวมระยะเวลากว่า 18 ปี ไม่เคยมีที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรมเลย ซึ่งเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้ว่า องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของไทยไม่อาจบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากขาดความชัดเจนในเรื่องอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย

ในขณะเดียวกัน ประเด็นปัญหาข้างต้นไม่เกิดกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ อันเนื่องมาจากการมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติถึงเรื่องการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้โดยชัดแจ้ง โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) และประเทศเกาหลีใต้มีมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) เป็นกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ให้สามารถนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งหมดไปบังคับใช้กับกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ จากการมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้เองที่ทำให้ทั้งประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีดังกล่าว กล่าวคือ องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความชัดเจนว่า หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ตนสามารถออกคำสั่งระงับหรือยุติการกระทำ (Cease and desist order) หรือสั่งลงโทษทั้งทางแพ่ง

³⁵ Ibid.

และทางอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ และสำหรับผู้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซึ่งก็คือ ประชาชนหรือผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็เกิดความชัดเจนว่า หากตนใช้สิทธิที่เกินกว่ากรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการใช้สิทธินั้นมีเจตนาในการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า การใช้สิทธินั้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าและอาจต้องรับโทษตามกฎหมายแข่งขันทางการซึ่งมีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา กรณีเช่นนี้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำต้องระมัดระวังในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน มิฉะนั้นแล้วอาจถูกคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมลงโทษได้

ในประเด็นที่สอง ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้โทษทางอาญา สืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ทรงสิทธิ ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมาย คือ การบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ต่อพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา โดยมาตรา 51 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 25,26,27,28 และ มาตรา 29 ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีทำผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีการกำหนดโทษทางอาญาซึ่งเป็นโทษที่มีความรุนแรง เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง จึงต้องบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับการนั้นเอาไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 แต่จากการศึกษาพบว่า ไม่มีข้อความใดเลยในมาตรา 27 มาตรา 27 และมาตรา 29 ที่บัญญัติให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ดังนั้น การนำโทษในทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่สามารถทำได้ และต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2

การไม่สามารถบังคับใช้โทษทางอาญากับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตจึงเป็นช่องโหว่สำคัญในตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย ทำให้วัตถุประสงค์ในการบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อป้องปราม และทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำผิดกฎหมายไม่อาจบรรลุได้

ในการบังคับใช้โทษทางอาญากับกับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตที่ไม่เป็นปัญหาสำหรับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้เช่นเดียวกัน โดยจะขออธิบายรายละเอียดในแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

สำหรับประเทศญี่ปุ่น เมื่อมีกฎหมายบทบัญญัติตามมาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว จึงสามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งฉบับไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตได้แต่ไม่ใช้กับทุกกรณี กล่าวคือ ตามโครงสร้างความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะมี 3 กรณีหลัก ๆ คือ 1. การผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) 2. การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) 3. วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) และเฉพาะกรณีการร่วมกันกำหนดราคา (price cartel) และการสมรู้ร่วมคิดประมูลราคาโดยไม่ชอบ (bid-riggings) และการผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) เท่านั้นที่มีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน เพราะการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ ในส่วนของการกระทำอื่น ๆ เช่น วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะใช้บทลงโทษในทางปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ในทางปฏิบัติ บุคคลธรรมดาที่ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษทางอาญาจากการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) ศาลจะสั่งให้รอลงอาญาทั้งหมด ไม่มีผู้ใดได้รับโทษจำคุกจริง ๆ

สำหรับประเทศเกาหลีใต้ เมื่อมีกฎหมายบทบัญญัติตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็สามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งฉบับไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตได้ในทุกกรณี กล่าวคือ

เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (MRFTA) กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะมีแนวทางปฏิบัติอยู่ 3 แนวทาง³⁶ ได้แก่ 1. การลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) 2. การเยียวยาตามกฎหมายแพ่ง (civil remedies) 3. การลงโทษทางอาญา (criminal sanctions) โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำในทุกลักษณะที่มีการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้า (Cartel), การใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade

³⁶ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, "Sanctions in Antitrust Cases Contribution by Korea

" Global Forum on Competition

practices), การควบรวมธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive business combinations) โดยโทษทางอาญาที่มีการบังคับใช้ไม่มีมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่มาจากกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่น Labelling Act, Subcontracting Act, Franchise Business Act and Distribution Industry Act

การบังคับใช้โทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีได้นั้น จะบังคับใช้ทั้งกับนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ทำการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างเช่น การเข้าร่วมในขั้นตอนการตัดสินใจ (the decision making process) ในการร่วมกันกำหนดราคา (cartels) ก็อาจถือเป็นผู้กระทำความผิดละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าในข้อหาร่วมกันกำหนดราคาได้ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมของประเทศเกาหลีใต้จะลงโทษผู้ฝ่าฝืนเน้นลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) แต่ในบางกรณีก็มีคนถูกศาลสั่งพิพากษาจำคุกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรม (bid rigging) ซึ่งการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรมนี้ซึ่งถือเป็นความผิดร้ายแรง และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีใต้ด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ของการมีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ผู้เขียนจึงเห็นควรมีการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวเช่นเดียวกับมาตรา 21 ของประเทศญี่ปุ่นและมาตรา 59 ของประเทศเกาหลีใต้ไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรม ทั้งยังเป็นการสร้างความชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการบังคับใช้โทษทางอาญาตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้สามารถปรับใช้กับกรณีปัญหาผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขต อันส่งผลเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันจะทำให้สามารถบรรลุเป้าหมายของการมีบทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้

4.2 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยของผู้ทรงสิทธิ

4.2.1 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายไทย

เมื่อประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่เป็นตัวเชื่อมที่ให้นำพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปใช้บังคับกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างชัดเจนตามที่

ได้วิเคราะห์ในข้อ 4.1 แล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาในลำดับถัดมา คือ อะไรคือสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานในปัจจุบันในการวัดว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดเป็นการใช้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือการใช้สิทธิลักษณะใดที่เป็นการใช้เกินกว่าอำนาจที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้ไว้

เมื่อได้ศึกษาทั้งกฎหมายไทยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง พบว่า กฎหมายไทยที่กำหนดมาตรฐานการดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิมีทั้งสิ้น 2 ฉบับได้แก่ 1.กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งกล่าวถึง การควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร 2.กฎกระทรวง พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งกล่าวถึงการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงลิขสิทธิ์ โดยกฎกระทรวงทั้งสองฉบับนี้เปรียบเสมือนแนวปฏิบัติ (Guidelines) ของต่างประเทศที่อธิบายขยายความถึงลักษณะของเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ และค่าตอบแทนในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ซึ่งกฎหมายกระทรวงทั้งสองฉบับมีรายละเอียดที่ทั้งหมดเหมือนกันและแตกต่างกันดังต่อไปนี้

ในส่วนของรายละเอียดที่แตกต่างกัน มีดังต่อไปนี้

1. มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต่างประเภทกัน โดยกฎกระทรวง พ.ศ. 2540 เป็นกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงใช้บังคับกับเฉพาะกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ส่วนกฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ได้ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ใช้บังคับได้กับเฉพาะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตร
2. กฎกระทรวง พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนเนื้อความในกฎกระทรวงที่ว่าด้วยเรื่องการกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ และค่าตอบแทนในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมดังกล่าวเอาไว้ใน แต่กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสัญญาเช่นว่านั้นให้ เงื่อนไขหรือข้อสัญญาเช่นว่านั้นไว้ใน มาตรา 39 วรรคสองตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 โดยให้ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนเนื้อความตามกฎกระทรวงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

ในส่วนรายละเอียดที่กฎกระทรวงทั้งสองมีความคล้ายคลึงกันมีดังต่อไปนี้

1. กฎกระทรวงทั้งสองใช้บังคับได้เฉพาะกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามประเภททรัพย์สินทางปัญญาที่มีการออกกฎกระทรวง ซึ่งมีเฉพาะพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ดังนั้น กฎกระทรวงทั้งสองฉบับจึงไม่สามารถบังคับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ ได้
2. ในเนื้อหาของกฎกระทรวงทั้งสองฉบับกล่าวถึงเฉพาะการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า เฉพาะส่วนที่ว่าด้วย วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) แต่ไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการผูกขาดตลาด (private monopolization) หรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade)
3. ในเนื้อหาของกฎกระทรวงทั้งสองฉบับกล่าวถึงเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมในสองลักษณะ คือ (1) ลักษณะเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (black list) (2) ลักษณะเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ให้ดุลยพินิจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเจตนาที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขนั้นด้วย (การใช้หลัก rule of reason)
4. ในทางปฏิบัติ ตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎกระทรวงทั้งสองฉบับ ไม่เคยมีคดีโดยตรงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลยุติ หรือมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเลย ซึ่งน่าจะเกิดจากปัญหาการบังคับใช้กฎกระทรวงทั้งสองในทางปฏิบัติ

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า กฎกระทรวงทั้งสองฉบับยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ โดยข้อจำกัดที่ชัดเจนเกี่ยวกับใช้กฎกระทรวงทั้งสองฉบับในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ ได้แก่

1. การบังคับใช้ครอบคลุมเฉพาะกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามประเภททรัพย์สินทางปัญญาที่มีการออกกฎกระทรวง และไม่สามารถครอบคลุมการบังคับใช้ในทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท

2. ในเนื้อหาของกฎกระทรวงทั้งสองฉบับกล่าวถึงเฉพาะการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า เฉพาะส่วนที่ว่าด้วย วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) แต่ไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการผูกขาดตลาด (private monopolization) หรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade) ทำให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมายกับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการผูกขาดและการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม
3. ในทางปฏิบัติ ตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎกระทรวงทั้งสองฉบับ ไม่เคยมีคดีโดยตรงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลยุติ หรือมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเลย ซึ่งน่าจะเกิดจากปัญหาการบังคับใช้กฎกระทรวงทั้งสองในทางปฏิบัติ
 ดังนั้น ด้วยข้อจำกัดการบังคับใช้ที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่า กฎกระทรวงทั้งสองฉบับของประเทศไทยยังไม่สามารถใช้ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตได้อย่างมีประสิทธิภาพ
 ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การมีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อที่แล้ว จะสามารถช่วยปิดช่องโหว่ของการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทยได้

4.2.2 วิเคราะห์แนวปฏิบัติ (Guidelines) ที่ในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายต่างประเทศ

4.2.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการพัฒนาแนวปฏิบัติ (Guidelines) เกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างต่อเนื่องเสมอมา นับแต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับแรก คือ แนวปฏิบัติปี 1968³⁷ ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่กล่าวถึงเพียง การกระทำที่เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Black list) เพียงไม่กี่ข้อและข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (White list) เพื่อที่จะอธิบายว่าการใช้สิทธิรูปแบบใดที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ายอมรับได้ นอกจากนี้ แนวปฏิบัติปี 1968 ยังบังคับใช้เพียง

³⁷ Jiyong Han, *Study on Intellectual property licensing under antimonopoly law in the U.S., Europe, Japan and Korea* [Online] 2005. Available form: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf, p.104.

เฉพาะกรณีการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น แนวปฏิบัติฉบับนี้จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก

ต่อมาในปี 1989³⁸ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ก็ได้ประกาศใช้แนวปฏิบัติฉบับใหม่ที่ครอบคลุมมากขึ้น โดยเฉพาะการบังคับใช้ในเรื่องสิทธิบัตรและโน้วฮาว แนวปฏิบัติปี 1989 นี้ยังคงมี White list และ Black list เช่นเดิม แต่ได้เพิ่ม Grey list เข้ามาด้วย โดย Grey list ได้เพิ่มความละเอียดของการอธิบายการกระทำบางลักษณะใน Black list ที่แต่เดิมเป็นความผิดในตัวเอง เปลี่ยนเป็นต้องมีการคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของการกระทำด้วยจึงจะถือว่าเป็นความผิด โดยใช้หลัก Rule of Reason มาวินิจฉัยประกอบ แนวปฏิบัติปี 1989 นี้ได้บังคับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสัญญาระหว่างประเทศ และสัญญาที่ทำขึ้นในประเทศด้วย

ในปี 1999³⁹ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (JFTC) ก็ได้ออกแนวปฏิบัติอีกฉบับหนึ่ง โดยเน้นการปรับใช้กับเรื่องของสิทธิบัตร และโน้วฮาว แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้บัญญัติเรื่องของสิทธิบัตรและโน้วฮาวให้ละเอียดมากขึ้น นอกจากนี้ยังเปิดกว้างเรื่องรูปแบบการทำสัญญาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมากขึ้นด้วย

ในปี 2007⁴⁰ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ได้ออกแนวปฏิบัติที่มีชื่อว่า “Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act” หรือชื่อที่เรียกสั้น ๆ ว่า Intellectual Property Guidelines ซึ่งแนวปฏิบัตินี้มาทดแทนแนวปฏิบัติในปี 1999 โดยแนวปฏิบัติฉบับนี้มีการยกเลิกกลุ่มรูปแบบการใช้สิทธิแบบ White list, Black list, Grey list ต่าง ๆ โดยเปลี่ยนมาวิเคราะห์รูปแบบของการใช้สิทธิให้ตรงกับพื้นฐานทางข้อเท็จจริงให้มากขึ้น แต่กระนั้นก็ตามการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองก็ยังคงมีอยู่ นอกจากนี้แนวปฏิบัติ ปี 2007 ก็ยังได้มีการเพิ่มเนื้อหาอย่างละเอียดครอบคลุมในเรื่องการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับลักษณะของข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร และโน้วฮาว ซึ่งข้อสัญญาเหล่านี้ อาจเป็นการกำหนดให้กระทำการหรือไม่ให้กระทำการใด ๆ ที่อาจเข้าลักษณะวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติแต่ละฉบับขึ้นมาเพื่ออธิบายถึงขอบเขตของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยกำหนดว่าหากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดแล้ว หากการใช้สิทธินั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า ผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นย่อมมีความเสี่ยงที่จะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (AMA) และอาจต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและทาง

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Japanese Fair Trade Commission, "Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act," ed. Japanese Fair Trade Commission (2007).

อาญา ทั้งนี้ แนวปฏิบัติจะมีเนื้อหาการควบคุมการใช้สิทธิ หรือการจัดกลุ่มการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละฉบับขึ้นอยู่กับช่วงเวลาในการบังคับใช้ว่าเวลานั้นต้องการส่งเสริมการบังคับใช้ในเรื่องใดเป็นพิเศษ แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของวัตถุประสงค์หลักของแนวปฏิบัติจะเป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ การวางกฎเกณฑ์การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญารายว่า ตนสามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้มากน้อยเพียงใดโดยคำนึงถึงความเหมาะสมในแต่ละช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองในยุคนั้น ๆ

จากการศึกษาจะพบว่า โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ก็เพื่อสร้างระบบการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในแต่ละช่วงเวลา โดยแนวปฏิบัติในแต่ละฉบับจะทำหน้าที่ในการสร้างคำอธิบายลักษณะของเงื่อนไข ข้อจำกัด ค่าตอบแทนที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม โดยอาจมีการแบ่งกลุ่มข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ เพื่ออธิบายว่าการกำหนดเงื่อนไขข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิลักษณะใดที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้กระทำได้ การกำหนดข้อสัญญาในลักษณะใดที่มีความเสี่ยงจะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (grey list) และการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะใดที่กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพราะเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (per se)

การบัญญัติแนวปฏิบัติในลักษณะนี้เป็นการจัดกลุ่มลักษณะการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด อันจะเป็นการตัดสินว่าการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ชัดเจน ดังนั้น เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งอาจส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นจึงสามารถนำแนวปฏิบัติ (Guidelines) ดังกล่าวมาบังคับใช้เพื่อประกอบในการทำคำตัดสินหรือคำพิพากษา และสามารถนำบทลงโทษตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ซึ่งมีทั้งโทษทางแพ่งและโทษทางอาญามาบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิโดยผ่านมาตรา 21 ได้ทันที

4.2.2.1 ประเทศเกาหลีใต้

แนวปฏิบัติ (Guideline) ของประเทศเกาหลีใต้เกิดจากการที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติ (Guidelines) ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น เกี่ยวกับเรื่องการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อนำมาเป็นแบบอย่างในการร่าง แนวปฏิบัติของตน แต่

อย่างไรก็ตาม ประเทศเกาหลีใต้ไม่ได้นำแนวคิดในการวิเคราะห์ (analytical frameworks) ของประเทศอื่นมาใช้บังคับใช้เป็นแนวคิดในการวิเคราะห์ของตนทั้งหมด แต่ประเทศเกาหลีใต้ได้พัฒนาแนวคิดในการวิเคราะห์ของตนมาขึ้นมาจากบังคับใช้เอง เช่น การนำหลักเรื่องการบิดเบือนการใช้อำนาจโดยมิชอบจาก Abuse Guideline มาใช้บังคับกับกรณีการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่สิ่งที่ประเทศเกาหลีใต้นำมาเป็นแบบอย่างในการร่างแนวปฏิบัติของตนที่เห็นได้ชัดคือ การนำเอาหลักการของเหตุผล (Rule of reason) ของประเทศต้นแบบมาใช้เป็นหลักการในการตรวจสอบว่า การการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากรณีใดเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่

แนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิฉบับปัจจุบันของเกาหลีใต้ คือ Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights ซึ่งบัญญัติขึ้นในครั้งแรกปี 2000 และได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา ซึ่งมีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี 2014 จากการศึกษาแนวปฏิบัติฉบับนี้จะพบว่า วัตถุประสงค์หลักของการบังคับใช้แนวปฏิบัติฉบับนี้มีอยู่ 3 ประการได้แก่

1. บังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิการออกแบบ เครื่องหมายการค้า และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ
2. บังคับใช้กับผู้ที่ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ประกอบกิจการชาวเกาหลีใต้ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเกิดขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ หากปรากฏว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องส่งผลกระทบต่อตลาดหรือการแข่งขันในตลาดของประเทศเกาหลีใต้⁴¹
3. กำหนดลักษณะของวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Black list) และข้อยกเว้น (Exemption)⁴² เอาไว้เพื่อที่จะสร้างบรรทัดฐานว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือกีดกันทางการค้า หรือส่งผลกระทบต่อตลาดหรือทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้อย่างเป็นปกติอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า และข้อยกเว้นสำหรับการใช้สิทธินั้น ๆ

ประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาแนวปฏิบัติฉบับนี้ คือ หลักเกณฑ์ใดในการประเมินว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะใดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตหรือเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยแนวปฏิบัติฉบับนี้จะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 มาตรฐาน ได้แก่ 1.

⁴¹ "Article 2(2) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Mrfta)," (south korea).

⁴² Article 3-2, "Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights," (<http://www.ftc.go.kr/eng/index.jsp>: Korea Fair Trade Comission).

มาตรฐานในเรื่องการต่อต้านการแข่งขัน 2.มาตรฐานในเรื่องการกระทำที่ไม่เป็นธรรม⁴³ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. มาตรฐานในเรื่องการต่อต้านการแข่งขัน หมายถึง มาตรฐานในการตรวจสอบว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ เป็นสาเหตุหรือมีแนวโน้มก่อให้เกิดการลดสถานะการแข่งขันในตลาดหรือไม่
2. ส่วนมาตรฐานการกระทำที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง การตรวจสอบว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการใช้สิทธิเพื่อทำให้ตนได้เปรียบในการแข่งขันในด้านราคาและด้านคุณภาพของสินค้าและบริการเหนือกว่าคู่แข่งหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามสองมาตรฐานข้างต้นแล้ว หากปรากฏว่าการใช้สิทธิดังกล่าวมีแนวโน้มจะเป็นการจำกัด หรือทำให้สถานะการแข่งขันในตลาดลดลง แนวปฏิบัติฉบับนี้จะใช้หลักการของเหตุผล (Rule of reason) ในซึ่งน้ำหนักว่า การใช้สิทธิดังกล่าวแม้จะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปบ้าง แต่หากผลดีที่ได้รับ เช่น ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้เทคโนโลยี หรือสังคมได้รับประโยชน์มาก การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตไปบ้างดังกล่าวก็จะไม่ถึงว่าละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) แต่หากการใช้สิทธิดังกล่าวส่งผลเสียมากกว่าผลดี การใช้สิทธินั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ดังนั้น เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และศาลยุติธรรมของประเทศเกาหลีใต้ก็สามารถนำแนวปฏิบัติฉบับนี้ มาบังคับใช้เพื่อเป็นบรรทัดฐานฐานในการพิจารณาว่า การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตตามที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนดหรือไม่ โดยมีการใช้แนวปฏิบัตินี้ควบคู่ไปกับมาตรา 59 กฎหมายแข่งขันทางการค้า

จากการศึกษาแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของทั้งประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ จะพบว่า แนวปฏิบัติ (Guideline) ที่ประเทศไทยใช้ในการสร้างบรรทัดฐานว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะใดบ้างที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการใช้สิทธิในลักษณะใดบ้างที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้เพื่อสร้างบรรทัดฐานในการการควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิไม่ให้มีการใช้สิทธิเกินขอบเขตจนอาจส่งผลกระทบต่อ

⁴³ การแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 มาตรฐานเช่นนี้เกิดจาก Guidelines for Review of Unfair Trade Practices ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 23 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ผู้ที่สนใจสามารถเข้าไปศึกษาได้ที่ <http://eng.ftc.go.kr/>

แข่งขันและระบบเศรษฐกิจในประเทศ จากการวิเคราะห์จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎกระทรวงทั้งสองฉบับยังมีข้อจำกัดการบังคับใช้ใน 2 ประเด็นหลัก ๆ ดังต่อไปนี้

1. กฎกระทรวงทั้งสองใช้บังคับเฉพาะกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามประเภททรัพย์สินทางปัญญาที่ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวง ได้แก่ กฎกระทรวง พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงสามารถใช้บังคับได้กับเฉพาะกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น ส่วนกฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงที่ได้ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จึงใช้บังคับได้กับเฉพาะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรเท่านั้นไม่อาจครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท

ประเด็นปัญหานี้จะไม่เกิดขึ้นในการบังคับใช้แนวปฏิบัติ (Guidelines) ของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ กล่าวคือ เมื่อประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21 เป็นกฎหมายที่ใช้เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ถึงแม้ว่าประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ระบุเอาไว้ในมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (AMA) จะไม่ครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท แต่ในทางปฏิบัติคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ได้ตีความแบบขยายความให้นำมาตรา 21 ไปบังคับใช้กับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นด้วย เช่น กฎหมายความลับทางการค้า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เป็นต้น ดังนั้น แนวปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่นทุกฉบับจึงสามารถบังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท สำหรับประเทศเกาหลีใต้ก็เดินไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ แนวปฏิบัติ (Guideline) ของประเทศเกาหลีใต้ถูกบัญญัติให้สามารถใช้บังคับได้กับทรัพย์สินทางปัญญาในทุกประเภทตามชื่อของแนวปฏิบัติที่มีชื่อว่า Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights

2. ในเนื้อความของกฎกระทรวงของไทยทั้งสองฉบับกล่าวถึงเฉพาะการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า เฉพาะส่วนที่ว่าด้วยวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) แต่ไม่มีการกล่าวถึงการใช้อำนาจเหนือตลาด การผูกขาดตลาดหรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจึงไม่อาจบังคับใช้ได้ครอบคลุมในกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในการผูกขาดทางการค้า (Private monopolization) หรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable restraint of trade) ทำให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ในประเทศญี่ปุ่นเมื่อมีมาตรา 21 เป็นมาตราที่เชื่อมความสัมพันธ์แล้วจะ

สามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งฉบับ (AMA) ไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิได้ในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นกรณีการผูกขาด (private monopolization) การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable restraint of trade) หรือวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่นเดียวกันกับประเทศเกาหลีใต้ เมื่อประเทศเกาหลีใต้มีมาตรา 59 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกับประเทศญี่ปุ่นแล้ว องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) หรือศาลยุติธรรมก็จะสามารถนำกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ทุกรูปแบบเช่นเดียวกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยใช้เฉพาะกฎกระทรวงทั้งสองฉบับดังที่กล่าวมาในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยขาดการเชื่อมโยงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็อาจข้อจำกัดการบังคับใช้ตามที่ได้กล่าวมา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งการมีบทบัญญัติดังกล่าวจะช่วยลดข้อจำกัดการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิได้ ทั้งนี้ควรมีการออกแนวปฏิบัติ (Guideline) จากกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์นี้โดยอาศัยต้นแบบจากแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

ซึ่งจากการศึกษาแนวปฏิบัติทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่า Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with respect to Patent and Know-How Licensing ปี 1989 ของประเทศญี่ปุ่นเป็นแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เหมาะสมที่สุดเพื่อนำมาเป็นแบบอย่างการร่างแนวปฏิบัติ (Guideline) เพื่อการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทย

เนื่องจากแนวปฏิบัติ (Guideline) ปี 1989 เป็นแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิอันมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางโดยทำการเปรียบเทียบระหว่างระบบการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EU) ในเวลานั้น และได้เลือกระบบของประเทศประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นต้นแบบในการร่างแนวปฏิบัติฉบับนี้

โดยแนวปฏิบัติ (Guideline) ปี 1989 คือ มีการแยกข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มตามระดับผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดตลาด คือ 1.กลุ่มสีขาว ได้แก่ข้อสัญญาสามารถทำได้และอยู่ใน



กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา 2.กลุ่มสีเทา ได้แก่ข้อสัญญาที่มีความเสี่ยงในอันที่จะละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า 3.กลุ่มสีดำ คือ ข้อสัญญาที่ไม่ถือเป็นการใช้สิทธิภายใต้กรอบของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้มีการใช้บังคับใช้อย่างครอบคลุมในทุกกลุ่มความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ไม่ว่าจะเป็นการกีดกันผูกขาด (private monopolization) การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable restraint of trade) หรือวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม


เหตุผลที่มีการเพิ่มข้อจำกัดเป็น 3 กลุ่มจากแต่เดิม Guideline ปี 1968 มีเพียง 2 กลุ่มก็เนื่องจากว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า Guideline ฉบับเดิมมีความเข้มงวดในการใช้บังคับมากเกินไป จึงทำการผ่อนคลายนความเข้มข้นของการบังคับลงโดยการกำหนดให้บรรดาข้อจำกัดสิทธิ Black lists ที่เป็น Black lists เดิมบางส่วนเปลี่ยนเป็น Grey lists หรือการเปลี่ยนการกระทำที่แต่เดิมเคยเป็นความผิดในตัวเอง per se มาเป็นต้องวินิจฉัยโดยต้องคำนึงถึงสภาวะแวดล้อมของการกระทำประกอบด้วย (หลัก Rule of Reason)

นอกจากนี้แนวปฏิบัติ (Guideline) ปี 1989 ยังทำการปรับปรุงให้ใช้บังคับกับกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นด้วยกันเอง และผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นกับชาวต่างชาติด้วยเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการชาวญี่ปุ่นและผู้ประกอบการชาวต่างชาติอื่นช่วยให้เกิดความเป็นสากลมากขึ้น ท

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้เองทำให้ผู้เขียนคิดว่า Guideline ปี 1989 เป็นแนวปฏิบัติที่เหมาะสมที่สุดกับประเทศไทยที่ใช้กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตารางเปรียบเทียบแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ
ในประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศไทย

| ประเทศ | แนวปฏิบัติ | กลุ่มการใช้สิทธิ | ใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งในและต่างประเทศ | ใช้หลัก Rule of Reason | สาระสำคัญ |
|---|--|--|---|------------------------|---|
|  | กฎกระทรวงฉบับที่ 25 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 | Black list and grey list | ✓ | ✓ | ผลของการฝ่าฝืนกำหนดข้อสัญญาดังกล่าว ให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ |
|  | กฎกระทรวงพ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 | Black list and grey list | ใช้เฉพาะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศเท่านั้น | ✓ | - ไม่มีผลสำหรับผู้ฝ่าฝืน - กฎกระทรวงทั้งสองฉบับใช้บังคับเฉพาะกับกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายลิขสิทธิ์ |
|  | 1. Antimonopoly Act Guidelines for International Licensing Agreement in 1968 | Black list and exemption | ✓ | ยังไม่ปรากฏ | - การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศต้องส่งให้ JFTC review |
|  | 2. Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with respect to Patent and Know-How Licensing in 1989 | White, Grey and Black lists | ✓ | ✓ | - เน้นบังคับใช้กับทั้งสัญญาอนุญาตที่สร้างขึ้นทั้งในประเทศและตปท. - เน้นบังคับใช้เรื่อง Patent and know-how |
|  | 3. Guidelines for Patent and Know-How Licensing Agreements under the Antimonopoly Act in 1999 | White, Grey, Dark grey and Black lists | ✓ | ✓ | - เปิดกว้างรูปแบบการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ - กำหนดนิยามตลาดที่เกี่ยวข้อง |
|  | 4. Guidelines for the Use of Intellectual Property under | NO | ✓ | ✓ | - ยกเลิกการวินิจฉัยตามกลุ่มการใช้สิทธิเดิม |

| | | | | | |
|---|---|-----------------------------|---|---|--|
| | Monopoly Act in 2007 (revise 2016) | | | | เปลี่ยนเป็นวินิจฉัย ตามข้อเท็จจริง - บังคับใช้เฉพาะ กับสัญญาอนุญาต ให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับ เทคโนโลยี |
|  | Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights in 2009 | Black list and exemption | ✓ | ✓ | - การมีแนวคิด วิเคราะห์ของ ตนเอง เช่น การ บิดเบือนการใช้ อำนาจตาม Abuse Guideline |



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้สิทธิผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เริ่มต้นมาจากความขัดแย้งทางนโยบายของกฎหมายทั้งสองฉบับ กล่าวคือ การให้สิทธิเด็ดขาดกับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินที่ตนประดิษฐ์ขึ้นอย่างเต็มที่ภายในชั่วระยะเวลาหนึ่ง โดยระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อว่า การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธินี้จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลทำการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น อีกทั้งการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ประดิษฐ์จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลอื่นประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เข้ามาเพื่อแข่งขัน หรือทดแทนการผูกขาดของผู้ประดิษฐ์ด้วย¹ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น จะทำให้ทั้งตัวผู้ประดิษฐ์ และบุคคลอื่นจำต้องปรับตัวและพัฒนาตัวเองอยู่ตลอดเวลา ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วจะเป็นการพัฒนาทางเทคโนโลยี และทำให้สังคมมีความเป็นอยู่ที่ดียิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการบัญญัติขึ้นมาเพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) ซึ่งหากมีการแข่งขันในตลาดเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยไม่มีการผูกขาดหรือกีดกันการเข้าสู่ตลาดแล้วก็จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการรายใหม่ นำสินค้าหรือบริการของตนเข้าสู่ตลาดเพื่อแข่งขันมากขึ้น ซึ่งเมื่อมีผู้ประกอบการในตลาดมีจำนวนหลายรายแล้วก็จะทำให้เกิดการแข่งขัน โดยผู้ประกอบการแต่ละรายจำต้องพัฒนาสินค้าและบริการของตนอยู่เสมอเพื่อให้สามารถแข่งขันและดำรงอยู่ในตลาดได้ ซึ่งในท้ายที่สุดจะมีการพัฒนาทางด้านสินค้าและบริการในราคาที่ย่อมเยาว์อันจะเป็นประโยชน์กับผู้บริโภคในท้ายที่สุด

จากกรณีข้างต้น ทำให้เห็นว่า ทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่างก็มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ การสร้างให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมอันจะนำมาซึ่งการพัฒนาทางด้านสินค้าและบริการซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคและคนในสังคมได้ประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ได้กล่าวมาก็ไม่อาจบรรลุได้ เนื่องจากผู้

¹ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า. หน้า 331-332.

ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาบางรายได้ใช้สิทธิของตนในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือเป็นการใช้สิทธิในลักษณะที่ชัดเจนารมณ์ของทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าว สามารถแสดงออกเป็นรูปธรรมระหว่างกฎหมายทั้งสองได้ดังต่อไปนี้²

1. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (to misuse)
2. ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market power) อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในการเพิ่มอำนาจตลาดให้กับตนเอง หรือใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการใช้เกินกว่าอำนาจผูกขาดที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (to abuse)
3. เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับผู้อื่นโดยการทำสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (in restraint of trade) หรือบรรจุข้อสัญญาหรือเงื่อนไขลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีผลในแง่ลบต่อการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีหรือความรู้อื่นซึ่งเรียกว่า “การจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Restrictive contract)”

หากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดใน 3 ลักษณะดังต่อไปนี้³

- 1) ผลกระทบต่อผู้บริโภค หากการแข่งขันระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์จากการแข่งขันโดยตรง เช่น ข้อเสนอทางด้านราคา ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องผลิตสินค้าในราคาที่เป็นการธรรมและจะต้องพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการอย่างต่อเนื่องเพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งทางการตลาด (Market share) ดังนั้น ผู้บริโภคจึงสามารถเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพในราคาย่อมเยาได้ แต่สิ่งเหล่านี้มักจะไม่ค่อยมีอยู่เลยหรือมีอยู่น้อยในตลาดที่ผู้ทรงสิทธิทำการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยราย ดังนั้น ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จึงให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับขาดหายไป
- 2) ผลกระทบต่อผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยกันเอง การผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมทำให้เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบทางธุรกิจ ผู้ผูกขาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขันในตลาดทั้ง ๆ

² เรื่องเดียวกัน

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-51.

ที่ตนไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถโดยแท้จริง ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้จะเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจ เพราะทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการแข่งขันเท่านั้นที่จะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพดำรงอยู่ได้ และผู้ผลิตที่ไม่ยอมพัฒนาตนเองก็ต้องออกจากตลาดไป ดังนั้น ตลาดที่มีการแข่งขันจึงเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายเอง และการแข่งขันยังเป็นการจูงใจให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญารายใหม่นำสินค้าที่ตนผลิตขึ้นเข้ามาแข่งขันในตลาดด้วยซึ่งสิ่งเหล่านี้จะไม่มีหรือไม่พบในตลาดผูกขาด

3) ผลกระทบที่มีต่อสังคม สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาด คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้ผูกขาดจะได้กำไรส่วนเกิน (excess profit) และประสิทธิภาพที่เกิดจากการแข่งขันจะสูญหายไป (deadweight welfare loss)

จากผลกระทบจากการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใน 3 ลักษณะข้างต้นตามที่ได้กล่าวมา ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า กฎหมายไทยจะมีแนวทางหรือมีมาตรการอย่างไรในการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิใน 3 ลักษณะดังกล่าว จากการศึกษาพบว่า ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่พูดถึงการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง ทำให้เกิดปัญหาว่า หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากต่างประเทศได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบนักธุรกิจในประเทศไทย ประเทศไทยจะมาตรการใดที่จะสามารถจัดการกับเรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ สอดรับกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าพบว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กล่าวถึงการควบคุม หรือกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิโดยตรง

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิพบว่า แม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการกำกับดูแลการใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และมีพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการกำกับดูแลการใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายทั้งสองฉบับก็ได้มีการออกกฎกระทรวงขึ้นมาบังคับใช้เพื่อกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะ แต่กฎกระทรวงทั้งสองฉบับก็ยังมี

⁴ กฎกระทรวงฉบับแรก ได้แก่ กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

กฎกระทรวงฉบับที่สอง ได้แก่ กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ข้อจำกัดการบังคับใช้บางประการทำให้ระบบการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาที่ได้กล่าวมา จึงอาจกล่าวได้ว่า ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีความซับซ้อน เพราะการจะบรรลุเป้าหมายร่วมกันของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้จะต้องทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการรับรองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่า โดยรับรองว่าเขาสามารถแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่เขาสร้างขึ้นได้อย่างเต็มที่ภายใต้กรอบของกฎหมาย และในขณะเดียวกันจะต้องมีกฎหมายกำกับดูแลไม่ให้ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนจนเกินขอบเขตด้วย

จากปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่เป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมของไทย จากการศึกษาประเทศไทยไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่จะเข้ามาควบคุม และกำกับดูแลในเรื่องการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการใช้สิทธิจนเกินขอบเขตและส่งผลกระทบต่อเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายไทยกับกรณีดังกล่าว จึงส่งผลให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ 2 ประการดังนี้

1.1 ปัญหาการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil law)⁵ เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้เอง ดังนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงถือเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดของระบบลายลักษณ์อักษร (Civil law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้เองที่จะให้อำนาจกับองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีพิพาทต่าง ๆ ได้

แต่เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดเลยที่เข้ามาควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้ง ๆ ที่หากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อตลาดและระบบเศรษฐกิจของประเทศในสามกรณี⁶ คือ 1. ผลกระทบต่อผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ส่วนเกิน

⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 347.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 331-332.

ที่ผู้บริโภคควรจะได้รับไป 2. ผลกระทบต่อผู้ผลิต (ผู้ผูกขาด) ทำให้ผู้ผูกขาดไม่จำเป็นต้องพัฒนาสินค้าและบริการของตนเพื่อแข่งขัน ทั้ง ๆ ที่ตนอาจไม่ใช่ผู้ผลิตที่มีความสามารถอย่างแท้จริง 3. ผลกระทบต่อสังคม ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ

จากการไม่มีบทกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ชัดเจนนี้ จึงทำให้เกิดประเด็นการตีความขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายถึงอำนาจของตนในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกรณีดังกล่าว โดยเมื่อได้ทำการศึกษาในทางปฏิบัติพบว่า ตั้งแต่มีตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการแข่งขันทางการค้า ในปี 2542 จนถึงปัจจุบันรวมระยะเวลากว่า 18 ปี ไม่เคยมีที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรมเลย ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้ว่า องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของไทยยังไม่อาจบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับกรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากขาดความชัดเจนในเรื่องอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้กลับพบว่า ประเด็นปัญหาข้างต้นไม่เกิดกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ อันเนื่องมาจากการมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติถึงเรื่องการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้โดยชัดเจน โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21⁷ ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) และประเทศเกาหลีใต้มีมาตรา 59⁸ ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) เป็นกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ให้สามารถนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งฉบับไปใช้บังคับกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ จากการมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์เช่นว่านี้ ทำให้ทั้งประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ หากเกิดกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้สามารถออกคำสั่งให้ระงับหรือยุติการกระทำ (Cease and desist order) หรือสั่งลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้

⁷ Article 21 AMA “The provisions of this Act shall not apply to such acts recognizable as the exercise of rights under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Act, or the Trademark Act.”

⁸ Article 59 MRFTA “This Act shall not apply to any act which is deemed as a justifiable exercise of the right under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Protection Act or the Trademark Act.”

นอกจากความชัดเจนขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายแล้ว ประชาชนหรือผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็เกิดความชัดเจนว่า หากตนใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินกรอบที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนด การใช้สิทธินั้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าและอาจต้องรับโทษตามกฎหมายแข่งขันทางการซึ่งมีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา กรณีเช่นนี้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำต้องระมัดระวังในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนมากขึ้น มิฉะนั้นแล้วอาจถูกคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมลงโทษได้

1.2 ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้โทษทางอาญา สืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นธรรมของผู้ทรงสิทธิตามข้อ 1.1 จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในเรื่องของการบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 51 (ที่ระบุให้การฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 25,26,27,28 และ มาตรา 29 ตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2522 ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีทำผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณนั้น) สามารถใช้บังคับกับพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิได้หรือไม่ ซึ่งหากเราพิจารณามาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า การที่จะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใด จะต้องมีความผิดอย่างชัดแจ้งว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน จะอาศัยการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาลงโทษบุคคลใดไม่ได้ ประเด็นปัญหาทางกฎหมายคือ บทกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่ต้องรับโทษทางอาญาอย่างชัดเจนหรือไม่

จากศึกษาพบว่า ไม่มีข้อความใดเลยในมาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 29 ที่บัญญัติให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกินขอบเขตของผู้ทรงสิทธิเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ดังนั้น การนำโทษในทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตจึงไม่สามารถทำได้ เนื่องจากต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2

การไม่สามารถบังคับใช้โทษทางอาญากับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตนี้ถือเป็นช่องโหว่สำคัญตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย ทำให้วัตถุประสงค์ในการบังคับใช้โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อป้องปราม และทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำผิดกฎหมายไม่อาจบรรลุได้

แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ในประเด็นเดียวกันจะพบว่า

กรณีประเทศญี่ปุ่น เมื่อประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ประเทศญี่ปุ่นจึงสามารถนำเอาโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตได้ แต่ไม่สามารถบังคับได้ในทุกกรณี กล่าวคือ ตามโครงสร้างความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะมี 3 โครงสร้างหลัก ๆ กล่าวคือ 1. การผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) 2. การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraint of Trade) 3. วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices)

เฉพาะกรณีการร่วมกันกำหนดราคา (price cartel) และการสมรู้ร่วมคิดประมูลราคาโดยไม่ชอบธรรม (bid-riggings) และการผูกขาดทางการค้า (Private Monopolization) เท่านั้นที่มีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืน⁹ เพราะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ในส่วนของการการกระทำผิดในกรณีอื่น ๆ เช่น การใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะใช้บทลงโทษในทางปกครองเท่านั้น (Admirative surcharge) ไม่อาจบังคับใช้โทษทางอาญาได้

สำหรับประเทศเกาหลีใต้ เมื่อประเทศเกาหลีใต้มีกฎหมายบทบัญญัติตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) เป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ประเทศเกาหลีใต้ก็สามารถนำเอาโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตได้ในทุกกรณี กล่าวคือ

เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนกระทำความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (MRFTA) กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะมีแนวทางลงโทษผู้กระทำความผิดใน 3 กรณี¹⁰ ได้แก่ 1. การลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) 2. การเยียวยาตามกฎหมายแพ่ง (civil remedies) 3. การลงโทษทางอาญา (criminal sanctions)

โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ในทุกลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้า (Cartel), การใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices), การควมรวมธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive business combinations) โดย

⁹ TAKIGAWA, T., "Competition Law and Policy of Japan," THE ANTITRUST BULLETIN. หน้า 445

¹⁰ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, "Sanctions in Antitrust Cases Contribution by Korea " Global Forum on Competition (2016). P. 2.

โทษทางอาญาที่มีการบังคับใช้ไม่ได้มีมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่มาจากกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่น Labelling Act, Subcontracting Act, Franchise Business Act and Distribution Industry Act

การบังคับใช้โทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีได้นั้นจะบังคับใช้กับทั้งกับนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างเช่น บุคคลที่เข้าร่วมในขั้นตอนการตัดสินใจ (the decision making process) เพื่อร่วมกันกำหนดราคา (cartels) ก็อาจถือเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในข้อหาพร้อมกันกำหนดราคาได้¹¹

ในบางกรณีมีคนถูกศาลสั่งพิพากษาจำคุกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่มีการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรม (bid rigging) ซึ่งการร่วมกันประมูลราคาโดยไม่เป็นธรรมนี้ซึ่งถือเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีได้ด้วย แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมของประเทศเกาหลีได้จะลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยใช้การลงโทษทางปกครอง (administrative sanctions) เสียมากกว่า¹²

จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีได้มีกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้เกิดความชัดเจนต่อองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายในการนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตของของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งยังทำให้เกิดความแน่นอนในการบังคับใช้โทษทางอาญาแก่ผู้ทรงสิทธิที่กระทำการดังกล่าวได้ในบางกรณีอีกด้วย

ยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่น ในกรณีฟ้องคดีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตอันถือเป็นการกระทำที่เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (AMA) ได้แก่ คดี Pachiko Machine Patent Pool (ตัดสินเมื่อ 6 สิงหาคม 1998)¹³

จำเลยทั้งสิบเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหลายสิทธิบัตรและเป็นผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหลายอนุสิทธิบัตรเกี่ยวกับการผลิตเครื่องเล่น pachiko โดยมีสหพันธ์เป็นผู้บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรทั้งหลายของจำเลยทั้งสิบ เพื่อเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจผลิตเครื่องเล่น pachiko เข้ามาสู่ตลาดได้ โดยสหพันธ์บริหารจัดการสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรของจำเลยทั้งสิบจะไม่อนุญาตให้บริษัท

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 343.

อื่นได้มีโอกาสใช้สิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรเลย พฤติกรรมของจำเลยทั้งสี่ถือได้ว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชน (เพราะใช้อำนาจเหนือตลาดกีดกัน (to exclude) คู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาด)

ยกตัวอย่างกรณีศึกษาของประเทศเกาหลีใต้ซึ่งมีโทษทางอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) ได้แก่ คดี Qualcomm (ปี 2016)¹⁴

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) ยื่นฟ้องบริษัท Qualcomm ในข้อหาพยายามผูกขาดชิปสื่อสาร/โมเด็มสำหรับสมาร์ตโฟน โดยใช้เทคนิคด้านค่าสิทธิบัตรกีดกันผู้ผลิตสมาร์ตโฟนไม่ให้ใช้ชิปของคู่แข่ง

บริษัท Qualcomm เป็นผู้นำตลาดชิปสื่อสาร (baseband processor) อยู่แล้ว และบริษัทมีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระบบ cellular เป็นจำนวนมาก ตามปกติแล้ว กรณีที่บริษัทใด ๆ มีสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานขององค์กรกลาง เจ้าของสิทธิบัตรจะคิดค่าใช้สิทธิในราคาที่ยอมรับได้และเป็นธรรม (fair, reasonable, and non-discriminatory หรือ FRAND)

แต่สิ่งที่ Qualcomm ทำคือ การขายฟ่งชิปของตัวเองร่วมกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตสมาร์ตโฟนไปใช้ชิปของคู่แข่ง โดย FTC แจกแจงเป็นข้อหาดังนี้

1. บริษัท Qualcomm มีนโยบาย "no license, no chips" ที่กำหนดว่าผู้ผลิตสมาร์ตโฟนจะต้องยอมจ่ายค่าสิทธิบัตรในราคาที่ Qualcomm กำหนด (ซึ่งแพงกว่า FRAND) บริษัทจึงจะยอมขายชิปสื่อสารให้ และเนื่องจาก Qualcomm ครองตลาดชิปสื่อสารอยู่แล้ว มีส่วนแบ่งตลาดเยอะ ส่งผลให้ผู้ผลิตสมาร์ตโฟนไม่มีทางเลือกอื่นมากนัก (เพราะถ้าไม่ยอมซื้อไลเซนส์สิทธิบัตรแพง ก็จะไม่ซื้อชิป Qualcomm ให้ใช้เลย)
2. บริษัท Qualcomm ไม่ยอมขายไลเซนส์สิทธิบัตรของตัวเองให้คู่แข่ง แม้เคยสัญญาว่าจะขายให้ตามหลัก FRAND ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติบริษัทกลับปฏิเสธไม่ยอมขายให้
3. บริษัท Qualcomm เซ็นสัญญากับแอปเปิล ห้ามไม่ให้แอปเปิลใช้ชิปสื่อสารใด ๆ ของคู่แข่งเป็นเวลา 5 ปี ระหว่างปี 2011-2016 เพื่อป้องกันไม่ให้คู่แข่งสามารถเติบโตได้ จากการได้เป็นคู่สัญญากับแอปเปิลที่มียอดขายสมาร์ตโฟนสูง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (KFTC) ขอให้ศาลสั่งห้าม Qualcomm กระทำการ 3 ข้อข้างต้น เพื่อให้ตลาดชิปสื่อสารกลับมาเป็นภาวะแข่งขันได้อีกครั้ง ที่เหลือก็เป็นขั้นตอนตามกระบวนการของศาลต่อไป

¹⁴ www.bloomberg.com, "Qualcomm Fined \$853 Million by South Korean Antitrust Agency.

4. บริษัท Qualcomm ออกแถลงการณ์ตอบโต้ข้อหาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้โดยระบุว่า เป็นข้อกล่าวหาที่ไม่มีน้ำหนักและเหตุผลสนับสนุนที่ดีพอ บริษัทปฏิเสธว่าไม่เคยตั้งเงื่อนไขขายชิปฟวังก์ชัน และจะต่อสู้คดีในศาล
5. รัฐบาลเกาหลีใต้ได้สั่งปรับ Qualcomm ในข้อหาผูกขาดชิปสื่อสาร โดย Qualcomm ระบุว่า ยืนยันอุทธรณ์ นอกจากนี้ Qualcomm ยังถูกสอบสวนจากข้อหาเดียวกันในสหภาพยุโรป และได้หวั่นด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ของการมีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ตั้งบังคับใช้ในประเศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 21 ของประเศญี่ปุ่นและมาตรา 59 ของประเศเกาหลีใต้เอาไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรม ทั้งยังเป็น การสร้างความชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการบังคับใช้โทษทางอาญาตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับกรณีปัญหาผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขต

2. ปัญหาการไม่มีแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เหมาะสมในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบธรรม

จากการที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติที่เป็นตัวเชื่อมให้สามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าไปใช้บังคับในการกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิอย่างชัดเจนแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาในลำดับถัดมา คือ อะไรคือสิ่งที่ เป็นบรรทัดฐานในปัจจุบันในการประเมินว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดเป็นการใช้สิทธิภายใต้ขอบเขตหรือเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

จากการศึกษากฎหมายไทยเกี่ยวข้องทั้งหมดจะพบว่า กฎหมายไทยที่ใช้ในควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิมีทั้งสิ้น 2 ฉบับได้แก่ กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งกล่าวถึง การควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร และกฎกระทรวง พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งกล่าวถึงการควบคุมและกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงลิขสิทธิ์ โดยกฎกระทรวงทั้งสองฉบับนี้เปรียบเสมือนแนวปฏิบัติ (Guideline) ของต่างประเทศที่กำหนดแนวทางในการพิจารณาว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะใดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การใช้สิทธิในลักษณะใดที่เกินขอบเขตและมีความเสี่ยงที่จะฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เมื่อทำการวิเคราะห์แล้วพบว่ากฎกระทรวงทั้งสองฉบับยังไม่มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน เนื่องจากกฎกระทรวงทั้งสองฉบับยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้หลักใน 2 ประการดังต่อไปนี้

1. 1. กฎกระทรวงทั้งสองฉบับสามารถบังคับใช้ได้ครอบคลุมเฉพาะกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามประเภททรัพย์สินทางปัญญาที่มีการออกกฎกระทรวง และไม่สามารถครอบคลุมการบังคับใช้ในทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติ (Guidelines) ของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้แล้วจะพบว่า เมื่อประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้มีบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้วข้อจำกัดดังกล่าวได้หมดไป กล่าวคือ เมื่อประเทศญี่ปุ่นมีมาตรา 21 เป็นกฎหมายที่ใช้เชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ถึงแม้ว่าประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ระบุเอาไว้ในมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (AMA) จะไม่ครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท แต่ในทางปฏิบัติคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ได้ตีความแบบขยายความให้นำมาตรา 21 ไปบังคับใช้กับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นด้วย¹⁵ เช่น กฎหมายความลับทางการค้า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เป็นต้น ดังนั้น แนวปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่นทุกฉบับจึงสามารถบังคับใช้กับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภท เช่น กฎหมายความลับทางการค้า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เป็นต้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบสำหรับประเทศเกาหลีใต้ก็เดินไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ แนวปฏิบัติ (Guideline) ของประเทศเกาหลีใต้ถูกบัญญัติให้สามารถบังคับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาในทุกประเภท ดังจะเห็นได้จากชื่อของแนวปฏิบัติที่มีชื่อว่า Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights

2. 2. ในเนื้อหาของกฎกระทรวงทั้งสองฉบับกล่าวถึงเฉพาะการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า เฉพาะส่วนที่ว่าด้วย วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) แต่ไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการผูกขาดตลาด (private monopolization) หรือการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade)

¹⁵ Jiyoung Han, "Study on Intellectual Property Licensing under Antimonopoly Law in the U.S., Europe, Japan and Korea," [Online]. Available from: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf p. 104.

ทำให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมายกับผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการผูกขาดและการกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ พบว่า เมื่อประเทศญี่ปุ่นเมื่อมีมาตรา 21 เป็นมาตราที่เชื่อมความสัมพันธ์แล้วจะสามารถนำเอากฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งฉบับ (AMA) ไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิได้ในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นกรณีการผูกขาด (private monopolization) การกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unreasonable restraint of trade) หรือวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่นเดียวกันกับประเทศเกาหลีใต้ เมื่อประเทศเกาหลีใต้มีมาตรา 59 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกับประเทศญี่ปุ่นแล้ว องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (KFTC) หรือศาลยุติธรรมก็จะสามารถนำกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ทุกรูปแบบเช่นเดียวกันซึ่งจะทำให้เกิดการบังคับใช้ที่ครอบคลุมมากกว่ากฎกระทรวงตามกฎหมายไทย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า กฎกระทรวงทั้งสองฉบับของกฎหมายไทยในฐานะเป็นแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิยังมีข้อจำกัดการบังคับใช้บางประการ ทำให้ไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกันกับแนวปฏิบัติ (Guidelines) ของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้

นอกจากนี้ ประเทศทั้งสองยังได้พัฒนาแนวปฏิบัติของตนอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้เพื่อให้การกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกิดประสิทธิภาพสูงสุด เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาทั้งแนวปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่นและเกาหลีใต้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า แนวปฏิบัติฉบับที่เหมาะสมกับประเทศไทยที่จะนำมาปรับใช้เป็นแบบอย่างในการร่างแนวปฏิบัติของประเทศไทยมากที่สุดคือ แนวปฏิบัติปี 1989 เนื่องจากแนวปฏิบัติ (Guideline) ปี 1989 เป็นแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิอันมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางโดยทำการเปรียบเทียบระหว่างระบบการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา และของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EU) ในเวลานั้น และได้เลือกระบบของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นต้นแบบในการร่างแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับนี้ โดยแนวปฏิบัติ (Guideline) ปี 1989 คือ มีการแยกข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มตามระดับผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดตลาด คือ 1.กลุ่มสีขาว ได้แก่ข้อสัญญาที่ไม่ถือว่าเป็นวิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม 2.กลุ่มสีเทา ได้แก่ข้อสัญญาซึ่งอาจถือว่าเป็นวิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม 3.กลุ่มสีดำ คือ ข้อสัญญาที่ถือว่าเป็นวิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และเป็นความผิดในตัวเอง (per se) เหตุผลที่มีการเพิ่มข้อจำกัดเป็น 3 กลุ่มจากแต่เดิม (Guideline ปี 1968)

มีเพียง 2 กลุ่มก็เนื่องจากว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า แนวปฏิบัติฉบับเดิมมีความเข้มงวดในการใช้บังคับมากเกินไป จึงทำการผ่อนคลายความเข้มข้นของการบังคับลงโดยการกำหนดให้บรรดาข้อจำกัดสิทธิ Black list ที่เป็น Black list เดิมบางส่วนเปลี่ยนเป็น Grey list หรือการเปลี่ยนการกระทำที่แต่เดิมเคยเป็นความผิดในตัวเอง (per se) มาเป็นต้องวินิจฉัยโดยต้องคำนึงถึงสถานะแวดล้อมของการกระทำประกอบด้วย (หลัก Rule of Reason)

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทำให้ผู้เขียนคิดว่า แนวปฏิบัติปี 1989 เป็นแนวปฏิบัติที่เหมาะสมจะเป็นแบบอย่างในการร่างแนวปฏิบัติเพื่อใช้กำกับดูแลการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่นเดียวกับมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น และมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่น และให้มีการออกแนวปฏิบัติ (Guideline) ฉบับใหม่โดยยึดแนวทางการร่างตามแนวปฏิบัติปี 1989 ของประเทศญี่ปุ่น

โดยในรายละเอียดผู้เขียนเห็นควรมีแนวทางการแก้ไขและข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นการไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ใช้ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เห็นควรมีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม โดยเป็นกฎหมายที่ใช้เชื่อมความสัมพันธ์ให้นำพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปบังคับใช้กับกรณีผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตเช่นเดียวกับมาตรา 21 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และมาตรา 59 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ แต่มีเนื้อความการบัญญัติที่แตกต่างออกไป และนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 4 (4) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับกับการกระทำของ

- (1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- (2) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- (3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรองรับ และมีวัตถุประสงค์

ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) การใช้สิทธิภายในขอบเขตของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

(5) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้นการใช้บังคับทั้งฉบับหรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ได้”

รายละเอียดของเงื่อนไข ข้อสัญญา ข้อจำกัดสิทธิที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมให้เป็นไปตามกฎกระทรวง”

2. ประเด็นปัญหาการไม่มีแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่เหมาะสมในการใช้ควบคุม กำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบธรรม ในประเด็นนี้เห็นควรมีการยกเลิกกฎกระทรวงฉบับเดิมทั้งกฎกระทรวงกฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวงปี พ.ศ. 2540 ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยให้มีการออกกฎกระทรวงฉบับใหม่โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 4 (4) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยกฎกระทรวงฉบับนี้ให้มีการยกร่างตามแนวปฏิบัติ Guidelines for the regulation of unfair trade practices with respect to patent and know-how licensing agreement ปี 1989 ของประเทศญี่ปุ่น โดยมีการแบ่งกลุ่มประเภทการใช้สิทธิออกเป็น 3 กลุ่มกล่าวคือ 1.กลุ่มสีขาว (White list) คือ กลุ่มการใช้สิทธิภายใต้กรอบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และไม่ถือเป็นละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า 2.กลุ่มสีเทา (Grey list) กลุ่มการใช้สิทธิที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยให้นำหลักการแห่งเหตุผล (Rule of reason) มาร่วมวินิจฉัย 3.กลุ่มสีดำ (Black list) คือ กลุ่มการใช้สิทธิที่ถือเป็นความผิดในตัวเอง (per se) และถือเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้ หากเกิดประเด็นปัญหาว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดเป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ ให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 และมาตรา 12 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่งตั้งคณะอนุกรมเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องซึ่งประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวข้อง และมีความรู้ และมีประสบการณ์ในด้านการใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ โดยมีจำนวนไม่น้อยกว่า 4 คนแต่ไม่เกิน 6 คนเป็นอนุกรรมการ และให้ผู้แทนกรรมการค้าภายในเป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

ให้คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องเลือก อนุกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานอนุกรรมการ

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

เสนีย์ ปราโมช. ลิขสิทธิ์ของผู้แต่งหนังสือ. กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร, 2511.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. 2545.

ไชยยศ เหมะรัชชตะ. ชุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์. 2543.

———. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา : พื้นฐานความรู้ทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

ไชยยศ เหมะรัชชตะ. หลักกฎหมายเปรียบเทียบ. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับพิเศษ รวมบทความทางวิชาการ : อนุสรณ์ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย(2523).

ไพฑูรย์ แก้วทอง. [ออนไลน์]. 2542. แหล่งที่มา:

<http://law.longdo.com/law/609/sub42776> [เข้าถึงเมื่อ 15 มิถุนายน 2015]

กรวิภาณ โปธิ์ทอง. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม : กรณีศึกษากฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. 2556.

กริชพกา บุญเฟื่อง. การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับเศรษฐกิจสร้างสรรค์. Assumption University Law Journal, ฉบับที่ 2 ปีที่ 4 (2556): 43-47.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.

ณรงค์ชัย อัครเศรณี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์. [ออนไลน์]. 2540. แหล่งที่มา:

http://www.ipat.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=113:25-06-53&catid=37:t14&Itemid=12 [เข้าถึงเมื่อ 20 มิถุนายน 2015]

นราทิพย์ ชุตินวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. กรุงเทพฯ: 2547.

ประพันธ์ เสวตนันท์ และ ไพศาล เล็กอุทัย. หลักเศรษฐศาสตร์. 5, บรรณานิติการ.: 2540.

ป. เ. แ. ถ. ประยูร เถลิงศรี. กฎหมายคุ้มครองการนิมิตและแผนแบบ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2513.

- พัลลภ รัตนจันทร์. "กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย." In *Chulalongkorn Review*, 2543.
- พิศวาท สุนทรพจน์. *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552.
- ภริชญา วีระสุโข. [ออนไลน์]. 2009. แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/340715> [เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2016 วันที่ 2012]
- มาตรา 39 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.
- มานะ ทิพยาภรณ์. *คำอธิบายพระราชบัญญัติเครื่องหมายทางการค้า*. กรุงเทพฯ: การพิมพ์พระนคร, 2525.
- ยรรยง พวงราช. *คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.
- . *ทรัพย์สินทางปัญญา : ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ*. *บทบัณฑิตย* เล่ม 54(2541): 21.
- วิชญ์ เครื่องงาม. *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสิทธิ การพิมพ์, 2524.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ. *หลักเกณฑ์เรื่อง"ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549.
- สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ กระทรวงการคลัง. *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาด้านกฎหมาย) กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ (2542)*.
- สมพร พรหมหิตาธร และศรีนิตา เกิดผล. *คู่มือกฎหมายสิทธิบัตร (เปเตนต์)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ นิติบรรณาการ, 2526.
- สำนักคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. [ออนไลน์]. 2016. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/30.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2016]
- สุจินต์ ชัยมงคลานนท์. *ข้อสังเกตในการร่างสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายทางการค้า และสิทธิอื่น ๆ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541.
- ก. ร. สุธี ศุภนิตย, วัชรียา โตสงวน, และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. *รายงานการวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย*. (2536): 193.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.

กรุงเทพ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อัชราทร จุฬารัตน. หลักการทั่วไปของการตีความกฎหมายอิตาลีเลียน. วรสารนิติศาสตร์(2512).

ภาษาอังกฤษ

A. 3-2. "Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights."

<http://www.ftc.go.kr/eng/index.jsp>: Korea Fair Trade Commission.

AKINORI UESUGI. Q&a Patent and Know-How Licensing Guidelines (1989): 66-68, 71-72

Akira Kudo & Terushi Hara. International Cartels in Business History: Proceeding of the Fuji Conference. (1992).

American Bar Association. Anitrust Issues in International Ip Licensing Transaction. American Bar Association, 2012.

Article 2(2) the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Mrfta).

Asahi Breweries LTD. Jftc Warns Asahi Breweries Ltd. against a Possible Unfair Trade Practice in Beer Trading [Online]. 2003. Available from: http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2003/dec/2003_dec_08.files/2003-Dec-08.pdf

A. D. Berle. Invention, Patent and Their Management. New York: D. Van Nostrand Company Inc., 1959.

Copyright Law. The New Encyclopedia Britannica (1977).

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE.

Sanctions in Antitrust Cases Contribution by Korea

Global Forum on Competition (1-2 December 2016 2016): 2.

G. Williams. Criminal Law และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 11 (2). p.606.

"The Guideline for Patent and Know-How Licensing Agreement under Monopoly Act." edited by Commission, J. F. T., 30 July 1999.

"The Guideline for the Regulation of Unfair Trade Practices with Respect to Patent and Know-How Licensing." edited by Commission, J. F. T., 15 February 1989.

Halsbury the Law of England. Edited by 3. London: LexisNexis, 1965.

- Hiroshi Iyori. A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law. Pacific Rim Law & Policy Association Vul.4 No.1 (1995).
- Hiroshi Iyori. A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law. Pacific Rim Law & Policy Association: 84.
- Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi. The Antimonopoly Law of Japan. 1983.
- Japanese Fair Trade Commission. "Guidelines for the Use of Intellectual Property under Monopoly Act." edited by Commission, J. F. T., 2007.
- Jiyoung Han. Study on Intellectual Property Licensing under Antimonopoly Law in the U.S., Europe, Japan and Korea [Online]. 2005. Available from: www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2004/e16_14.pdf
- John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan. (2001).
- P. D. C. Y. J. Julian M. Joshua. Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties: Cartel Enforcement's Global Reach. ANTRITRUST L.J. (2008).
- KOREA ECON. RESEARCH INST. Competition Policy for the Globalization and Information Age. (2001).
- KYU UCK LEE. Competition Policy, Deregulation and Economic Development: The Korean Experience (1998): 67-72.
- Kyung-Won Kin. A High Cost to Developing Countries. N.Y. TIMES, D2 (5 October 1986).
- Mitsuo Matsushita. Introduction to Japanese Antimonopoly Law. 1990.
- Nicolas S. Gikas. International Licensing of Intellectual Property: The Promise and the Peril. Journal of Technology Law & Policy Spring (1996).
- Paul Edward Galler. International Intellectual Property Conflicts of Law and Internet Remedies [Online]. 2010. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=218133
- Paul Steilmeir and Cecilia Falbe. International Dispute over Intellectual Property. 399.
- "Posco V Korea Fair Trade Commission." Supreme Court, 2007.

- Sakda Thanitcul. Review of Recent Experiences in the Formulation and Implementation of Competition Law and Policy in Selected Developing Countries : Thailand, Lao, Kenya, Zambia, Zimbabwe. UNCTAD (2005).
- J. E. P. Skone. Copingerr and Skone James on Copyright. London: Sweet&Maxwell, 1971.
- The U.S. Trade Representative. 2002 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers. (2002).
- TOSHIAKI TAKIGAWA. Competition Law and Policy of Japan. THE ANTITRUST BULLETIN 54 (2009): 444.
- Ulf Underfelt. International Patent - Letigation and Developing Countires The Hague : Martinus Nijhoff (1971): 17-21.
- UNCTAD-ICTSD. Resource Book on Trips and Development. Cambridge University Press, 2005.
- m. Vicente Paolo B. Yu. Controlling Indigenous Knowledge: Towards a Property Regime for Indigenous Knowledge Systems. Philippine Law Journal (1 september 1995).
- WIPO.GIC/BW/CNR/II/2. International to Copyright. Germany Foundation for International Development, WIPO.
- World intellectual property organization. Licensing of Intellectual Property Rights; a Vital Component of the Business Strategy of Your Sme [Online]. 2015.
Available from:
http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/licensing/licensing.htm [03 November.
- www.bloomberg.com. "Qualcomm Fined \$853 Million by South Korean Antitrust Agency." www.bloomberg.com, 2016.
- Youngjin Jung & Seungwha Chang. Korea's Competition Law and Policies in Perspective. Nw. J. Int'L L. & BUS, 2006.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

อัครวัฒน์ สิริเพ็ญโสภาก เกิดวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ.2532 เกิดที่จังหวัดขอนแก่น ปัจจุบันอาศัยอยู่ที่เขตดินแดง กรุงเทพมหานคร

สถานที่ทำงานปัจจุบันอยู่ที่ บริษัทไทยสมุทรประกันชีวิตจำกัด (มหาชน) ปฏิบัติหน้าที่ตำแหน่งรองผู้อำนวยการฝ่าย, ส่วนสนับสนุนงานขายและกิจกรรมส่งเสริมการขาย

ผู้เขียนสำเร็จการศึกษาในระดับชั้นปริญญาตรีที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2554 และสำเร็จการศึกษาในระดับชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2559

ในด้านประวัติการทำงาน ผู้เขียนได้ทำงานกับบริษัทไทยสมุทรประกันชีวิต(จำกัด)มหาชน เป็นที่แรกหลังจบการศึกษาในระดับปริญญาตรีจนถึงปัจจุบัน

ในส่วนของผลงานทางวิชาการที่ตีพิมพ์เผยแพร่ ได้แก่ บทความเรื่องปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในวารสารคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย