

การพัฒนาการกำกับดูแลด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542



นายวิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

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.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE DEVELOPMENT OF PRICE REGULATIONS UNDER
THE THAI TRADE COMPETITION ACT 1999

Mr. Wirote Watinpongpun



A Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Doctor of Juridical Science Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2014
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การพัฒนาการกำกับดูแลด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติ
	การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
โดย	นายวิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาตรีบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสสถิพันธ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร. อังคนาวดี ปิ่นแก้ว)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ทัชชมัย ทองอุไร)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชรินทร์ มีโกศล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร. รพีสุภา หวังเจริญรุ่ง)

วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์ : การพัฒนาการกำกับดูแลด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (THE DEVELOPMENT OF PRICE REGULATIONS UNDER THE THAI TRADE COMPETITION ACT 1999) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศักดา ธนิตกุล, 290 หน้า.

ปัจจุบันประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาที่สำคัญสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมราคาสินค้าและคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการให้อยู่ภายใต้กรอบกติกาการแข่งขันและส่งเสริมระบบการแข่งขันในตลาดให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่กฎหมายทั้งสองฉบับมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันจึงทำให้ทิศทางการบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นระบบ

งานวิจัยนี้แบ่งออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกนำเสนอรายละเอียดและข้อมูลในเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยมีสามประเด็นหลักๆ ได้แก่ มาตรการว่าด้วยกฎหมายว่าด้วยราคา แนวคิดและความสำคัญของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดและการกำกับดูแลพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม และในส่วนที่สองเป็นบทวิเคราะห์ บทสรุป และข้อเสนอแนะ โดยแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ที่สำคัญ ได้แก่ ความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับ ตลอดจนแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาในประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า ในบริบทของประเทศไทยพบว่าแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการฯ จะไม่มีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมกลไกตลาดอันเนื่องมาจากเหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ที่คุ้นเคยจากการให้รัฐเข้าควบคุมราคาสินค้ามาตั้งแต่สมัยสงครามโลกครั้งที่สองจนถึงปัจจุบันโดยไม่มีแนวโน้มจำกัดขอบเขตการบังคับใช้ก็ตาม ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มีเจตนารมณ์ที่ส่งเสริมกลไกตลาดแต่ในทางปฏิบัติกลับยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเท่าที่ควร แต่กฎหมายว่าด้วยราคาทั้งสองฉบับแม้จะมีความแตกต่างกันในด้านเจตนารมณ์ กลุ่มเป้าหมายของอุตสาหกรรม ประเภทของสินค้าหรือผลประโยชน์ของผู้บริโภคก็ตาม แต่ก็มีลักษณะการทำงานที่สอดคล้องกันในหลายมิติซึ่งสามารถประเมินได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีความสัมพันธ์กันในลักษณะส่งเสริมและกระตุ้นการทำงานซึ่งกันและกัน

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยควรพิจารณาจากองค์ประกอบอื่นนอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายด้วยเพื่อให้เป็นไปตามหลักสากลและยืดหยุ่นมากขึ้น และในส่วนของการกำกับดูแลพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมนั้นควรมีการกำหนดเกณฑ์ที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

ส่วนสุดท้าย สำหรับการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะองค์กรบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับ ในส่วนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจต้องทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นระยะๆ เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงเร็ว ในขณะที่คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการอาจเพิ่มอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนการแข่งขันทางด้านราคาเพิ่มเติม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5486552034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: PRICE REGULATION / MARKET MECHANISM / MARKET DOMINANCE

WIROTE WATINPONGPUN: THE DEVELOPMENT OF PRICE REGULATIONS UNDER THE THAI TRADE COMPETITION ACT 1999. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 290 pp.

In the present, Thailand has enforced two significant trading and pricing related acts which were Act on Prices of Goods and Services B.E. 2542 and Trade Competition Act B.E. 2542. As stated above, both acts have been enforced to retain trader's behavior, and control impartiality in the market among traders, additionally improving the competitive market mechanism to be more efficient and reliable. However, there were several different objectives of both acts which led to the failure of systematical law enforcement which were the major purposes of this research. The research was divided into two particular topics in general. The first part presented three major issues of both laws with the comparative study, which were legal measures relating to pricing, criteria of market dominant position and its significant, and unfair business practices. Secondary, since the major research objective was to improve both laws enforcement to be more effective and efficient. Hence, after indicating points of difference, the research provided data analysis, conclusions, and recommendations of applying both laws proficiently.

The findings indicated that even though Act on Prices of Goods and Services B.E.2542 has not been used for promoting market mechanism led from historical factors that allowed government to intervene pricing in the market since after the World War II, and there was no tendency to change until now. In the other hands, the Trade Competition Act B.E. 2542 had the legislative intent to support the market mechanism itself, anyhow, it still lacked of effectiveness and efficiency in practical enforcements. Surprisingly, both acts indeed had different intendments of law applying to different goods and service industries, but they have shared common process which could be concluded that both acts has related in terms of supporting each other to improve the market mechanism. Furthermore, the principle to identify the market dominance in Thailand should be considered from other factors for more internationalized and flexible. Rather than only consider from existing ones such as indication of market share, and total sales revenue which were imbalance and inexplicit.

Finally, in order to enforce both acts improvingly together from law enforcement organizations, especially the Commission of Trade Competition should seriously reconsider the criteria of market dominance, as well as other related criteria periodically to assure it is up to current situation. In the other hands, the Central Committee of Prices and Goods should be increased more authority to support pricing competition in the market as well.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุลเป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งได้ถ่ายทอดความรู้ ประสบการณ์และคำชี้แนะทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เขียน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์และได้กรุณาให้ความเห็นตลอดจนคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณกรรมการทุกท่านที่สละเวลาให้คำแนะนำต่างๆ ที่มีคุณค่าทางวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รองศาสตราจารย์ ดร. ชนินทร์ มีโกศลและ ดร. รพีสุภา หวังเจริญรุ่งเรืองที่ให้ความเห็นในทางเศรษฐศาสตร์ที่ชัดเจนทำให้ผู้เขียนค้นพบประเด็นใหม่ๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนรองศาสตราจารย์ ทักษิณ ท่องอุไรที่ได้กรุณาชี้แนะด้านเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และอาจารย์ ดร. อังคนา วดี ปิ่นแก้ว ที่ได้สละเวลาและให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีเนื้อหาที่กระชับและตรงประเด็น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์ รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และอาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล ที่ได้ทุ่มเทเวลาและกรุณาถ่ายทอดวิชาความรู้ และเทคนิคต่างๆ ในการทำวิจัยและทำให้ผู้เขียนสามารถเข้าใจถึงความหมายของงานวิจัยได้อย่างเป็นระบบ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์อาคิระ เนกิชิ ปรมาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายป้องกันการผูกขาด มหาวิทยาลัยโกเบ ประเทศญี่ปุ่นที่เมตตาต่อผู้เขียนในการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีและปริญญาโทและเป็นแรงบันดาลใจให้ผู้เขียนมีความสนใจในกฎหมายสาขานี้มาจนถึงปัจจุบัน

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ทุกท่านในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ที่เป็นกำลังและให้ความช่วยเหลือผู้เขียนมาตั้งแต่แรก โดยเฉพาะคุณกนกกร ป้อมปลั่งและคุณสุกัญญา วงศ์รุ่งเรืองที่ให้ความสะดวกและประสานงานให้แก่ผู้เขียน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียนที่ให้สนับสนุนและให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอดจนทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จในการศึกษาขั้นสูงสุดได้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ด
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	4
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	4
บทที่ 2 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคา.....	7
2.1 ความนำ.....	7
2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันในตลาดและการแทรกแซงราคาโดยภาครัฐ.....	8
2.2.1 แนวคิดที่สนับสนุนหลักการแข่งขันในตลาด.....	8
2.2.1.1 นิยามการแข่งขัน.....	10
2.2.1.2 การทำงานของหลักการแข่งขัน.....	11
2.2.1.3 แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม.....	12
2.2.1.4 แนวคิดเชิงบวกและเชิงลบเกี่ยวกับการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม.....	15
2.2.2 ความจำเป็นในการแทรกแซงราคาโดยรัฐ.....	16

2.2.2.1	ทฤษฎีเกี่ยวกับการแทรกแซงโดยรัฐ.....	16
2.2.2.2	ความขัดแย้งระหว่างประสิทธิภาพกับกฎระเบียบของภาครัฐ	23
2.2.2.4	รูปแบบการแทรกแซงราคาโดยรัฐ	26
2.2.3	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายว่าด้วยราคากับความตกลงระหว่างประเทศ	27
2.2.3.1	กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	27
2.2.3.2	การสร้างกฎกติการะหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า	31
2.2.3.3	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับแรงกดดันจากปัจจัย ภายนอก	32
2.2.3.4	กฎหมายว่าด้วยการแทรกแซงราคากับกฎกติการะหว่างประเทศ.....	34
2.3	นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโดยรัฐในต่างประเทศ	39
2.3.1	สหรัฐอเมริกา	39
2.3.1.1	การแทรกแซงราคากรณีฉุกเฉิน	39
2.3.1.2	เกษตรกรรมและการลงทุนในท้องถิ่น	40
2.3.2	สหภาพยุโรป	40
2.3.2.1	เครื่องใช้ไฟฟ้า	42
2.3.2.2	การขายพื้นที่ทางการเกษตร.....	43
2.3.2.3	การควบคุมกิจการยารักษาโรค.....	44
2.3.2.5	การสื่อสารโทรคมนาคม	46
2.3.2.5	ชอยกเว้นตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า.....	47
2.3.3	ญี่ปุ่น	50
2.4	มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการควบคุมราคาสินค้าของประเทศไทย	53
2.4.1	วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย.....	53
2.4.1.1	พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480	53

2.4.1.2 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2484	54
2.4.1.3 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่นๆ ในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2488.....	54
2.4.1.4 พระราชบัญญัติควบคุมโภคภัณฑ์ พ.ศ. 2495.....	55
2.4.1.5 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490	55
2.4.1.6 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522.....	56
2.4.1.7 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542	56
2.4.1.8 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.....	57
2.4.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยจากอดีตถึงปัจจุบัน.....	57
2.4.2.1 การขยายขอบเขตการแทรกแซงราคา	58
2.4.2.2 การเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่	58
2.4.2.3 รูปแบบการกำกับดูแล	59
2.4.3 สารสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542.....	59
2.4.3.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	60
2.4.3.2 การกำหนดสินค้าควบคุม	61
2.4.3.3 อำนาจของคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ (กกร.).....	67
2.4.3.4 การแจ้งข้อมูลด้านราคา	72
2.4.3.5 การห้ามขายราคาต่ำหรือสูงเกินควร.....	73
2.4.3.6 มาตรการติดตามภาวะราคา.....	77
2.4.4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542	79
2.4.4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	79
2.4.4.2 ระบบและกลไกของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ใน ส่วนของมาตรการทางด้านราคา.....	82

2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.....	86
2.5.1 การทบทวนเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับ	86
2.5.2 ผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง	89
2.6 บทสรุป.....	92
บทที่ 3 แนวคิดและความสำคัญของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	95
3.1 ความนำ.....	95
3.2 แนวคิดเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ	96
3.2.1 สหรัฐอเมริกา.....	98
3.2.1.1 สาระสำคัญของกฎหมาย.....	99
3.2.1.2 ความหมายของอำนาจเหนือตลาด	100
3.2.1.3 เกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาด.....	102
3.2.1.4 เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด	103
3.2.1.5 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด	105
3.2.1.6 อำนาจเหนือตลาดร่วม	106
3.2.2 สหภาพยุโรป	107
3.2.2.1 การกำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด	108
3.2.2.2 อำนาจเหนือตลาด (dominant position).....	108
3.2.2.3 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาด	112
3.2.2.4 อำนาจเหนือตลาดร่วม (collective dominance).....	113
3.2.3 ญี่ปุ่น.....	116
3.2.3.1 การผูกขาดเอกชน (private monopolization).....	117
3.2.3.2 การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (any particular field of trade)	118

3.2.3.3 การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง.....	122
3.2.3.4 แนวทางการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เป็นเอกลักษณ์	125
3.2.3.5 เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด	126
3.2.4 เกาหลีใต้.....	127
3.2.4.1 ผู้มีอำนาจเหนือตลาด	128
3.2.4.2 เกณฑ์ข้อสันนิษฐานผู้มีอำนาจเหนือตลาด	129
3.2.4.3 แนวปฏิบัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ	130
3.2.4.4 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด	130
3.3 เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย	131
3.3.1 ประวัติความเป็นมาของหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย.....	131
3.3.2 หลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยในปัจจุบัน.....	134
3.3.3 เปรียบเทียบเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับ MRFTA	135
3.3.4 อุปสรรคและปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยในปัจจุบัน	137
3.3.5 การทบทวนการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	139
3.3.5.1 แนวคิดตามมติคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญ.....	139
3.3.5.2 แนวคิดตามผลการวิจัยของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง	141
3.3.5.3 แนวคิดตามมติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 1/ 2557	142
3.3.5.4 แนวคิดทางด้านการบังคับใช้กฎหมาย	143
3.4 บทสรุป	145
บทที่ 4 การกำกับดูแลพฤติกรรมที่กำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม.....	147
4.1 ความนำ.....	147
4.2 พฤติกรรมที่กำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม	148

4.2.1 ภาพรวมของพฤติกรรมการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม	148
4.2.2 สหรัฐอเมริกา.....	151
4.2.2.1 ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นความผิด	153
4.2.2.2 เกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบเจตนาในการพิจารณาความผิด.....	155
4.2.2.3 ตัวอย่างคดีสำคัญในการตัดสินพฤติกรรมความผิด.....	157
4.2.2.4 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ในการพิจารณา	162
4.2.2.6 เกณฑ์การพิจารณา “ต้นทุน”	167
4.2.2.7 ราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ย	170
4.2.2.8 ราคาจำหน่ายระหว่างต้นทุนผันแปรเฉลี่ยและต้นทุนรวมเฉลี่ย	171
4.2.2.9 ราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย.....	172
4.2.2.10 เกณฑ์ทางด้านโครงสร้างตลาด.....	173
4.2.2.11 มาตรการพิเศษที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา	176
4.2.2.12 กฎหมาย Robinson - Patman Act.....	177
4.2.2.13 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงภายหลังคดี Brooke Group v. B&W	180
4.2.3 สหภาพยุโรป	182
4.2.3.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบ (abuse)	182
4.2.3.2 ลักษณะเฉพาะของมาตรการอำนาจเหนือตลาดของสหภาพยุโรป.....	183
4.2.3.3 เกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่งชั้น (exclusionary conduct).....	186
4.2.3.4 การขายต่ำกว่าทุน	187
4.2.3.5 การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา.....	191
4.2.4 ญี่ปุ่น.....	196
4.2.4.1 การขายต่ำกว่าทุน	197

4.2.4.2	เกณฑ์การพิจารณา “ต้นทุน”	199
4.2.4.3	การมีได้ใช้เกณฑ์ “อำนาจเหนือตลาด”	203
4.2.4.4	การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา.....	204
4.2.4.5	การกำหนดราคาขายต่อ	207
4.2.5	ประเทศไทย.....	208
4.2.5.1	แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 และมาตรา 29	208
4.2.5.2	เกณฑ์การขายในราคาที่ต่ำกว่าทุน.....	208
4.2.5.3	เกณฑ์การขายในราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งชั้น	209
4.2.5.4	เกณฑ์การขายในราคาที่สูงเกินสมควร	210
4.2.5.5	ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวปฏิบัติ.....	210
4.3	พฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา	211
4.3.1	ความนำ.....	211
4.3.2	แนวคิดเกี่ยวกับ Cartel ตามหลักเศรษฐศาสตร์.....	213
4.3.3	ประเภทของพฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา	216
4.3.3.1	พฤติกรรมการร่วมมือกันที่ส่งผลกระทบต่อราคาโดยตรง	217
4.3.3.2	พฤติกรรมการร่วมมือที่อาจส่งผลกระทบทางด้านราคา	221
4.3.4	สหรัฐอเมริกา.....	224
4.3.4.1	วิวัฒนาการเกณฑ์การพิจารณาโดยแนวบรรทัดฐานของศาล.....	224
4.3.4.2	หลักเศรษฐศาสตร์กับเกณฑ์การพิจารณาคดี	226
4.3.4.3	การร่วมมือจำกัดการแข่งขันในกิจการร่วมค้า (Joint Venture)	227
4.3.4.4	หลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดี	231
4.3.4.5	ความชัดเจนของหลักแห่งเหตุและผลในยุคปัจจุบัน	244
4.3.5	ประเทศไทย.....	247

4.3.5.1 แนวทางของสหรัฐอเมริกากับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542	247
4.3.5.2 ประสบการณ์จากญี่ปุ่นเกี่ยวกับขอบเขตตลาดตามมาตรา 27	248
4.3.5.3 ความหมายของการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542	248
4.3.5.4 วิเคราะห์เกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อตลาดตามมาตรา 27	249
4.4 บทสรุป	250
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านราคาของประเทศไทย	252
5.1 ความนำ	252
5.2 วิเคราะห์ความเชื่อมโยงระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542.....	253
5.2.1 มิติทางด้านเจตนารมณ์ของกฎหมาย	253
5.2.2 มิติทางด้านกลุ่มธุรกิจ	253
5.2.3 มิติทางด้านประเภทสินค้าและบริการ	254
5.2.4 มิติทางการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการ.....	254
5.2.5 มิติทางด้านผู้บริโภค.....	255
5.2.6 มิติทางด้านผลกระทบ.....	255
5.2.7 สรุปความเชื่อมโยงของกฎหมายทั้งสองฉบับ.....	256
5.3 การเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย.....	258
5.3.1 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านกลุ่มธุรกิจ	258
5.3.2 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านการกำกับดูแลพฤติกรรม	261
5.3.3 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านการบังคับใช้กฎหมาย	262
5.3.3.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย	262
5.3.3.2 การทบทวนบทบาทหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย	262

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 266

 6.1 บทสรุป 266

 6.1.1 บทสรุปเชิงวิธิต 267

 6.1.1.1 แนวทางการควบคุมราคาสินค้าและบริการ 267

 6.1.1.2 แนวทางการกำกับดูแลด้านราคา 268

 6.1.1.3 ความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายสองฉบับควบคู่กัน 268

 6.1.2 บทสรุปเชิงโครงสร้าง 269

 6.1.2.1 รูปแบบของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ 269

 6.1.2.2 เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย 270

 6.1.2.3 ความสำคัญของขอบเขตตลาด 270

 6.1.2.4 การแบกรับภาระของผู้ประกอบการ 271

 6.1.3 บทสรุปเชิงพฤติกรรม 272

 6.1.3.1 แนวทางการกำหนดเกณฑ์การกำหนดราคาที่มีขอบ 272

 6.1.3.2 การร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา 273

 6.1.3.3 เกณฑ์ด้านผลกระทบต่อตลาด 274

 6.2 ข้อเสนอแนะ 275

 6.2.1 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบวิธิต 275

 6.2.1.1 ข้อเสนอแนะด้านการเพิ่มศักยภาพการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคา
 สินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 275

 6.2.1.2 ข้อเสนอแนะทางเลือกใหม่ในการแทรกแซงราคาโดยรัฐ 277

 6.2.2 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบโครงสร้าง 278

 6.2.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนเกณฑ์ “ยอดเงินขาย” 278

 6.2.2.2 ข้อเสนอแนะด้านการใช้เกณฑ์อื่นประกอบการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือ
 ตลาด 279

6.2.2.3 ข้อเสนอแนะด้านเกณฑ์ขอบเขตตลาด.....	279
6.2.3 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบแนวคิดด้านพฤติกรรม	280
6.2.3.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดราคาที่มีขอบ	280
6.2.3.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์ผลกระทบ	280
6.2.4 ข้อเสนอแนะด้านการบังคับใช้กฎหมาย	281
6.2.4.1 การทบทวนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง	281
6.2.4.2 การเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ	281
รายการอ้างอิง	283
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	290



สารบัญตาราง

ตารางที่ 1	รูปแบบการกำกับดูแลด้านราคาโดยรัฐ.....	38
ตารางที่ 2	เปรียบเทียบมาตรการควบคุมราคาสินค้าและบริการในต่างประเทศ.....	51
ตารางที่ 3	รายการสินค้าและบริการควบคุมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 – พ.ศ. 2557.....	65
ตารางที่ 4	จำแนกหมวดรายการสินค้าและบริการควบคุม ประจำปี พ.ศ. 2557 จำนวน 43 รายการ.....	66
ตารางที่ 5	ตัวอย่างแสดงรายการสินค้าและบริการที่ติดตามดูแล ประจำปีเดือนกันยายน พ.ศ. 2555.....	79
ตารางที่ 6	เปรียบเทียบระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542.....	90
ตารางที่ 7	สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดกับข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดของสหรัฐอเมริกา	105
ตารางที่ 8	แสดงความเชื่อมโยงระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542.....	256
ตารางที่ 9	เปรียบเทียบเกณฑ์การกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	259
ตารางที่ 10	สรุปแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย.....	263

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แม้ประเทศไทยจะได้มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่จากการศึกษาและวิเคราะห์ในเบื้องต้น ผู้เขียนพบว่ามีความสามประเด็นใหญ่ๆ ที่จำเป็นต้องศึกษาถึงแนวทางการพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางด้านราคา ได้แก่ ประเด็นแรก วิธีคิดเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับดูแลด้านราคาโดยรัฐ ประเด็นที่สอง การกำหนดโครงสร้างผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมทางด้านราคาที่มีขอบด้วยกฎหมาย และประเด็นสุดท้าย ความชัดเจนเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยเกณฑ์ในการกำหนดพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าทั้งสามประเด็นมีความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกันและเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยควบคู่กันไป กล่าวคือ

ประเด็นแรก วิธีคิดเกี่ยวกับแนวทางการบังคับใช้มาตรการทางด้านกฎหมายว่าด้วยราคาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันของประเทศไทยนั้น รัฐบาลไทยได้เริ่มจากการกำหนดนโยบายส่งเสริมด้านการกำหนดราคาสินค้าเพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่ของประชาชนโดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการเข้ากำกับดูแลตลอดจนการแทรกแซงกลไกราคา ซึ่งหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นแนวคิดที่ขัดหรือแย้งกับ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ดังนั้น ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับซึ่งต่างก็มีความเกี่ยวข้องกับราคาทั้งในด้านที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันและด้านที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยผู้เขียนจะนำมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศที่สำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าแทรกแซงราคาโดยรัฐเพื่อนำมาใช้เปรียบเทียบและเป็นแนวทางในการสร้างความชัดเจนระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับของประเทศไทยรวมถึงการเสนอแนะแนวทางหรือทางเลือกใหม่ที่อาจเหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

ส่วนประเด็นที่สองเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับโครงสร้างซึ่งในที่นี้หมายถึง การทบทวนเกณฑ์ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 โดยผู้เขียนจะเปรียบเทียบ วิเคราะห์และทบทวนประเด็นเกณฑ์ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเริ่มบังคับใช้จริงมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2550 เป็นต้นมา โดยทั่วไปแล้วเอกชนมีเสรีภาพในการกำหนดราคา ทั้งนี้แต่ต้องไม่ส่งผลกระทบต่อคู่แข่งรายอื่นและผู้บริโภค หากเป็นไปตามเงื่อนไขนี้ กฎหมายก็จะไม่เข้ามากำกับดูแลหรือ

แทรกแซงกลไกราคาของเอกชนแต่จะปล่อยให้กลไกตลาดทำงาน แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่เอกชนหรือผู้ประกอบการบางรายที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงหรือมีสถานะเป็นผู้นำในตลาดนั้นๆ และเป็นผู้ที่มีอำนาจในทางธุรกิจซึ่งส่งผลกระทบต่อ การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นๆ โดยตรง การปล่อยให้กลไกตลาดทำงานในตัวเองนั้นอาจเป็นไปได้ยากหรืออาจมีอุปสรรคได้ กฎหมายจึงใช้ “เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” มาเป็นตัวชี้วัดในการสันนิษฐานในเบื้องต้นที่จะเข้าข่ายความผิดของพฤติกรรมที่มีขอบ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ได้ประกาศใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา แต่จากการศึกษาในเบื้องต้นพบว่าเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดและยังขาดความชัดเจนในการบังคับใช้จริงจึงจำเป็นต้องมีการศึกษาทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อให้รองรับกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

สำหรับประเด็นสุดท้ายจะเกี่ยวข้องกับการศึกษาด้านพฤติกรรมที่มีขอบด้วยกฎหมาย แม้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมีบทบัญญัติที่กำหนดห้ามพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่เข้าข่ายผิดกฎหมายโดยได้มีการออกเป็นแนวปฏิบัติ (guideline) แล้วก็ตาม แต่แนวปฏิบัติฯ ยังขาดความชัดเจนซึ่งอาจทำให้ภาคเอกชนไม่มั่นใจว่าเป็นพฤติกรรมที่เข้าข่ายขัดต่อ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือไม่ เช่น การกำหนดราคาที่สูงหรือต่ำเกินไป การกำหนดราคาที่เป็นทางเลือกปฏิบัติทางด้านราคา การร่วมมือกำหนดราคาหรือการร่วมมือฮั้วราคา และนอกจากนี้ ยังมีประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการพัฒนา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างบทลงโทษและการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement) จากการศึกษาในเบื้องต้นพบว่า มาตรการลงโทษทางอาญาภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดบทลงโทษความผิดทุกกรณีต้องรับโทษเท่ากัน ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วจะมีระดับการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องระหว่างประเภทของพฤติกรรมทางด้านการจำกัดการแข่งขันทางด้านราคากับระดับความรุนแรงของมาตรการลงโทษทางอาญา และศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการเพิ่มมาตรการลงโทษทางเลือกอื่นๆ เพิ่มเติม

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางการพัฒนาและปรับปรุง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เฉพาะในส่วนของมาตรการกำกับดูแลการแข่งขัน

ทางด้านราคา ผู้เขียนจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาให้มีความชัดเจนต่อไป โดยรายละเอียดดังต่อไปนี้ ได้แก่

1. เพื่อศึกษาหลักกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของทั้งต่างประเทศและประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาข้อจำกัดบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในส่วนของมาตรการทางด้านราคาของทั้งต่างประเทศและประเทศไทย
3. ศึกษาถึงผลกระทบและสมดุลระหว่างนโยบายส่งเสริมการแข่งขันทางด้านราคาและนโยบายการแทรกแซงราคาโดยรัฐของประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางการพัฒนาการบังคับใช้มาตรการทางด้านราคาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันฯ ที่เหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะได้มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 บังคับใช้แล้ว แต่กฎหมายทั้งสองฉบับยังขาดประสิทธิภาพในการส่งเสริมกลไกตลาด

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดการบังคับใช้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยจะจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะการกำกับดูแลการแข่งขันทางด้านราคาและรวมถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแทรกแซงราคาโดยรัฐ ตลอดจนแนวทางการบังคับใช้กฎหมายและแนวปฏิบัติฯ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศหลัก ๆ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น ทั้งนี้ในบางหัวข้อจะศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับงานวิจัยนี้ ได้แก่ เกาหลีใต้

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

งานวิจัยนี้ ผู้เขียนจะใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลักโดยจะศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากตำราและหนังสือเรียน ตำบทยกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง บทความวิชาการ เอกสารการสัมมนา ข้อมูลออนไลน์ ตลอดจนตัวบทกฎหมายและคดีที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับนโยบายและกฎหมายกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย
2. เพื่อสามารถเข้าใจถึงบริบทการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยได้
3. เพื่อทำให้ทราบถึงอุปสรรคและปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับมาตรการทางด้านราคาของประเทศไทย
4. เพื่ออาจใช้เป็นแนวทางในการอ้างอิงเพื่อการปรับปรุงแก้ไขแนวปฏิบัติฯ ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการแข่งขันทางด้านราคา

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

สำหรับการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เนื่องจากมีบทความและตำราอ้างอิงในต่างประเทศเป็นจำนวนมากที่ได้เขียนอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางด้านราคา แต่เจตนาของของผู้เขียนมุ่งเน้นไปที่แนวทางการพัฒนา มาตรการทางด้านกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยเป็นหลักซึ่งมีทั้งด้านการส่งเสริมการแข่งขัน และด้านการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการแทรกแซงของรัฐ วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงมีดังต่อไปนี้

1. อุดลย์ ยุววิทยานิพนธ์. คำอธิบายกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542” <http://www.dit.go.th> ได้อธิบายเกี่ยวกับแนวทางการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 รวมถึงมาตรการเกี่ยวกับการกำหนดสินค้าและบริการควบคุมเป็นหลัก โดยได้อธิบายถึงที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และผู้เขียนจะนำประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเกณฑ์ในการกำหนดรายการสินค้าควบคุมและมาตรการในการกำหนดสินค้าควบคุมมาใช้ในการวิเคราะห์ในมิติต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านความเหมาะสมของมาตรการกำหนดราคา หรือด้านเหตุผลและความจำเป็นในการใช้มาตรการกำหนดสินค้าและบริการควบคุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการเข้าแทรกแซงด้านราคาโดยตรงภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) และ (2) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า

ความสัมพันธ์กับหัวข้อวิจัยนี้

2. มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง. โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด. ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบันโดยเป็นงานวิจัยด้านเศรษฐศาสตร์ในเชิงนโยบาย โดยในรายงานได้อธิบายถึงโครงสร้างของอุตสาหกรรมของประเทศไทยว่าเป็นอุตสาหกรรมที่มีผู้แข่งขันน้อยรายและ/ หรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และได้เสนอแนะให้ทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยโดยลดสัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายให้ลดลงมาจากเดิมตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น และสำหรับในส่วนของผู้เขียนจะนำข้อมูลดังกล่าวที่ได้วิเคราะห์ในทางเศรษฐศาสตร์เป็นหลักมาวิเคราะห์ในบริบททางด้านกฎหมายเพิ่มเติม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยที่ปัจจุบันใช้แค่เพียงส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเป็นองค์ประกอบหลักในการสันนิษฐานสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะพบว่ายังคงมีองค์ประกอบด้านอื่นๆ ที่ใช้ประกอบการพิจารณา

3. ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549. ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ โดยได้ศึกษาและสรุปเกี่ยวกับภาพรวมของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดและนำเสนอในอุตสาหกรรมสินค้าเหล็กเป็นกรณีศึกษา โดยได้ให้ข้อสรุปว่าประเทศไทยควรใช้รูปแบบของสหภาพยุโรปมากกว่าเกณฑ์ของประเทศอื่นๆ เนื่องจากมีเนื้อหาที่ครอบคลุมประเด็นต่างๆ ที่มากกว่า และเนื่องจากในปัจจุบันอาจมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไปบ้าง ผู้เขียนจึงขอเสนอข้อสรุปงานวิจัยมาใช้วิเคราะห์เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดที่ผู้เขียนจะนำเสนอและเปรียบเทียบวิเคราะห์ในเชิงลึกเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศไทย

4. ศิริวรรณ เจริญใจไพบูลย์. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554. ได้ศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาน้ำตาลทราย ซึ่งผลการศึกษาได้เสนอว่าหากรัฐต้องการแทรกแซงกลไกราคาควรใช้มาตรการทางด้านบริหาร (โดยการกำหนดในรูปแบบของ “สินค้าแนะนำ”) มากกว่ามาตรการทาง

กฎหมาย (โดยการกำหนดในรูปแบบของ “สินค้าควบคุม” ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542) ซึ่งในงานวิจัยดังกล่าวได้เน้นศึกษามาตรการกำหนดราคาน้ำตาลทราย ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 รวมถึงมาตรการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ส่วนผู้เขียนจะวิเคราะห์เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าควบคุมทั่วไป มิได้จำกัดเฉพาะน้ำตาลทรายเท่านั้น ซึ่งแนวทางการวิเคราะห์จะมีลักษณะที่คล้ายกัน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมราคาสินค้าโดยรัฐบาล ซึ่งงานวิจัยนี้จะช่วยสนับสนุนแนวคิดของผู้เขียนในประเด็นเกี่ยวกับเหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมราคาโดยรัฐ



บทที่ 2 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคา

2.1 ความนำ

ในบทนี้ผู้เขียนต้องการศึกษาและวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่สนับสนุนกลไกราคาซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และกฎหมายที่อาศัยอำนาจของรัฐในการกำกับดูแลหรือแทรกแซงกลไกราคาซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 หากศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะพบว่าในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่จะเน้นและสนับสนุนนโยบายการแข่งขันทางการค้ามากกว่านโยบายการเข้าแทรกแซงราคาโดยรัฐ

โดยทั่วไปแล้วเมื่อพูดถึงการ “กำหนดราคา” จะสามารถแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรก คือ “การกำหนด” และส่วนที่สอง คือ “ราคา” สำหรับในส่วนแรกซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดนั้นจะแบ่งออกเป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้กำหนดและเอกชนเป็นผู้กำหนด ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับราคานั้น โดยทั่วไปในทางตลาดหรือเศรษฐศาสตร์กลไกตลาดจะทำงานในกรณีที่เอกชนเป็นผู้ที่กำหนดราคาขึ้นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นแนวคิดที่ถือว่าเอกชน (ผู้ประกอบการ) มีเสรีภาพในการกำหนดราคา ภายใต้แนวคิดนี้กฎหมายว่าด้วยราคาจะเข้ามาทำหน้าที่ในขอบเขตที่น้อยที่สุดเนื่องจากกลไกตลาด (market mechanism) ทำงานในตัวของมันเอง กฎหมายจะเข้ามามีบทบาทในระดับของการกำกับดูแล (monitoring) ยกเว้นกรณีที่เอกชนพยายามใช้วิธีการที่มีขอบ กฎหมายจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแล (regulator) อย่างเคร่งครัด แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงในเรื่องกลไกราคาของเอกชนแต่อย่างใด

แต่ในทางตรงกันข้ามบางกรณีรัฐอาจมีความจำเป็นในการเข้ามาเป็นผู้กำหนดราคาเอง ซึ่งในที่นี้หมายรวมถึงการกำหนดโครงสร้างของต้นทุน ราคาจำหน่าย ปริมาณ เป็นต้น ซึ่งความจำเป็นในกรณีเช่นนี้มักเป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ผิดปกติไม่ว่าจะเป็นเหตุการณ์ที่ผิดปกติทางด้านเศรษฐกิจโดยตรง เช่น วิกฤติเศรษฐกิจ สภาวะเงินเฟ้อ เป็นต้น หรืออาจรวมถึงกรณีเหตุการณ์ผิดปกติทางด้านอื่น ๆ เช่น สงครามกลางเมือง แผ่นดินไหว น้ำท่วม เป็นต้น กรณีเช่นนี้รัฐจะใช้อำนาจในการเข้าแทรกแซงโดยเป็นผู้กำหนดราคาเองซึ่งเท่ากับว่าเป็นแนวคิดที่อนุญาตให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ แต่การจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของเอกชนจะต้องส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดให้น้อยที่สุด แม้รัฐจะอ้างเหตุผลด้าน

ประโยชน์สาธารณะก็ตาม และเมื่อเหตุการณ์กลับเข้าสู่สภาวะปกติ รัฐก็สมควรลดบทบาทของตน โดยกลับมาสนับสนุนหลักกลไกตลาดเพื่อเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

แต่ในกรณีของประเทศไทยจะพบว่าในปัจจุบันจะปรากฏทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่สนับสนุนหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชน และ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่อยู่ภายใต้แนวคิดกลไกตลาดซึ่งเน้นให้เอกชนมีสิทธิและเสรีภาพในการกำหนดราคาแต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดและรัฐจะไม่เข้ามาเป็นผู้ชี้หน้าในเรื่องการกำหนดราคาโดยตรง

จากข้อเท็จจริงข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ามีคามจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงความชัดเจนของหลักการและเหตุผลของกฎหมายทั้งสองฉบับว่ามีความขัดหรือแย้งหรือสนับสนุนซึ่งกันและกันหรือไม่ เพื่อเป็นการนำทางไปสู่คำตอบว่ากฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นเป็นอุปสรรคหรือช่วยส่งเสริมในการพัฒนาประเทศหรือไม่

สำหรับโครงสร้างของบทนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอโดยเริ่มต้นจากแนวคิดเกี่ยวกับกลไกราคาทั้งแนวคิดที่สนับสนุนการแข่งขันและแนวคิดที่เป็นการกำหนดราคาโดยรัฐ รวมถึงสถานะของกฎหมายแข่งขันว่าองค์กรการค้าระดับโลกจะสามารถเข้ามากำหนดขอบเขตการใช้อำนาจแทรกแซงราคาโดยรัฐได้หรือไม่ และต่อจากนั้นจะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศเกี่ยวกับนโยบายว่าด้วยการเข้าแทรกแซงควบคุมกลไกราคาโดยรัฐว่ามีขอบเขตมากน้อยเพียงใด และจะวิเคราะห์เกี่ยวกับสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐในการเข้ามาแทรกแซงหรือกำกับดูแลด้านราคาทั้งทางตรงและทางอ้อม และสุดท้ายผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันในตลาดและการแทรกแซงราคาโดยภาครัฐ

2.2.1 แนวคิดที่สนับสนุนหลักการแข่งขันในตลาด

สำหรับแนวคิดที่สนับสนุนกลไกตลาด (market mechanism) ซึ่งในที่นี้สามารถเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขัน (競争原理)” ในตลาด ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้นำหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขันเข้ามาบรรจุไว้ในกฎหมายแข่งขัน

ทางการค้า (competition law)* ซึ่งจากสถิติจะพบว่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 จนถึงปี ค.ศ. 1999 ในช่วงระยะเวลา 10 ปี ประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (และรวมถึงประเทศที่มีการแก้ไขกฎหมาย) มีถึง 33 ประเทศด้วยกัน¹ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งในการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม สำหรับการเข้าใจถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขันนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งและปฏิเสธไม่ได้ ผู้เขียนจึงขอแนะนำหลักการและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการสนับสนุนการแข่งขันในตลาดในบริบททางด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ควบคู่กันไป

หากพิจารณาถึง “หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขัน” อาจหมายถึง องค์ความรู้ที่ได้จากการสังเกตและการคิดอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับนโยบายที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้เงื่อนไขต่างๆ สามารถขับเคลื่อนทำให้การแข่งขันทำงานอย่างเหมาะสมในทางสังคม² ซึ่งแนวคิดนี้เป็นแนวคิดภายใต้มุมมองในเชิงการค้นพบ (発見的立場)³ ซึ่งการสังเกตเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขันในความหมายกว้างโดยทั่วไปจะหมายถึง การสังเกตโดยรวมในด้านชีวิตความเป็นอยู่ในสังคม แต่หากพิจารณาในความหมายที่แคบลงมาจะจำกัดเฉพาะด้านการใช้ชีวิตประจำวันในเชิงเศรษฐกิจ หรือในบางกรณีอาจหมายถึงแนวคิดด้านการเมืองด้วยแล้วแต่กรณี⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

* ชื่อเรียกกฎหมายจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาจะใช้ชื่อว่า “Antitrust Laws” สหภาพยุโรปจะเรียกว่า “Competition Law” ในขณะที่ญี่ปุ่นและประเทศจีนจะเรียกว่า “Antimonopoly Law”

¹ Masanao Nakagawa, 競争法政策の研究 [การวิจัยนโยบายกฎหมายแข่งขันทางการค้า], (東京: 幻冬舎ルネサンス, 2009), p. 9.

² *ibid.*, p.10.

³ Yoshinori Shiozawa, 市場の秩序学—反均衡から複雑系へ [ศาสตร์ว่าด้วยระบบตลาด — จากความไม่สมดุลไปสู่ระบบซับซ้อน], (東京: 筑摩書店, 1990), p. 29.

⁴ Masanao Nakagawa, 競争法政策の研究 [การวิจัยนโยบายกฎหมายแข่งขันทางการค้า], p. 24.

2.2.1.1 นิยามการแข่งขัน

สำหรับความหมายของคำว่า “การแข่งขัน” ในที่นี้ ผู้เขียนได้ลองนิยามขึ้นมาเป็นภาษาของผู้เขียนเอง ซึ่งอาจหมายถึง “การที่คนตั้งแต่สองคนขึ้นไปแย่งชิงกันเพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ที่ต้องการ” นิยามนี้เป็นนิยามที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นก่อนที่จะเกิดปรากฏการณ์ “นิติบุคคล” ดังนั้น ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็น “คน” หรือ “นิติบุคคล” ก็ถือว่าเข้าข่ายนิยามนี้เช่นกัน

ส่วน “ผลลัพธ์” ซึ่งเป็นที่ต้องการนั้นอาจแบ่งเป็นหลายประเภท เช่น การแข่งขันเพื่อต้องการส่วนแบ่งในตลาด การแข่งขันเพื่อเพิ่มยอดขาย เป็นต้น และนอกจากนี้ มิติในการจำแนกรูปแบบของการแข่งขันอาจแยกได้หลายรูปแบบ หรืออาจเรียกว่าเป็นการใช้ “เครื่องมือหรือวิธีการ” เป็นเกณฑ์ในการจำแนก เช่น การแข่งขันทางด้านราคา การแข่งขันด้านคุณภาพ การแข่งขันด้านนวัตกรรม ตลอดจนการแข่งขันด้านการขยายการลงทุน (จำนวนสาขา ร้านค้า) เป็นต้น สำหรับมุมมองด้าน “สถานที่” อาจจำแนกเป็นการแข่งขันภายในประเทศ การแข่งขันระดับภูมิภาค การแข่งขันระหว่างประเทศ การแข่งขันภายในตราสินค้าเดียวกัน การแข่งขันระหว่างตราสินค้า เป็นต้น และนอกจากนี้ยังมีมิติในการจำแนกประเภทของการแข่งขันในเชิง “ลักษณะ” ได้อีก เช่น การแข่งขันเสรี การแข่งขันที่เป็นธรรม การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การแข่งขันที่มากเกินไป การแข่งขันสมบูรณ์ การแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ เป็นต้น ส่วนมิติในด้าน “จำนวน” ได้แก่ การแข่งขันที่มีผู้แข่งขันน้อยราย การแข่งขันผูกขาดรายเดียว การแข่งขันผูกขาดสองราย เป็นต้น⁵

จากการจำแนก “การแข่งขัน” ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งในด้าน เครื่องมือ สถานที่ จำนวน ลักษณะ ในบางครั้งอาจเป็นการยากที่จะแบ่งได้อย่างชัดเจน เช่น การแข่งขันด้านการผลิตซึ่งสามารถตีความได้ทั้งการแข่งขันในด้านสถานที่และในด้านรูปแบบ และนอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบหรือปัจจัยของการแข่งขันที่จำเป็นต้องวิเคราะห์ในเชิงลึกอีกเช่นกัน เช่น การพิจารณาถึงคุณสมบัติของตัวผู้แข่งขันโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้แข่งขันที่เป็นผู้นำในตลาดนั้นๆ ว่ามีลักษณะเป็นผู้นำในเชิงอนุรักษ์นิยม หรือเชิงสนับสนุนนวัตกรรม เป็นต้น หรือแม้แต่การวิเคราะห์ถึงขั้นตอนของการแข่งขันในพัฒนาเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมนั้นๆ ว่า กำลังอยู่ในขั้นตอนใด เช่น ขั้นตอนการทดลองเทคโนโลยี ขั้นตอนการขยายตัวของเทคโนโลยี ขั้นตอนการพัฒนาเทคโนโลยีถึงขั้นสูงสุด และขั้นตอนของการถดถอยของเทคโนโลยี เป็นต้น

⁵ ibid., p. 12.

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันในรูปแบบใดๆ ตามเกณฑ์ข้างต้น การแข่งขันภายใต้เจตนารมณ์ของนโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะต้องเป็นการแข่งขันในเชิงกิจกรรมทางธุรกิจหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ซึ่งโดยทั่วไป อาจมีนัยในเชิง “การแข่งขันในตลาด (市場競争)” “การแข่งขันทางเศรษฐกิจ (經濟競争)” หรือ “การแข่งขันทางธุรกิจ (事業競争)”

2.2.1.2 การทำงานของหลักการแข่งขัน

หากจะจำแนกการทำงาน (function) ของหลักการแข่งขันในตลาด

* อาจแบ่งออกได้ 4 ประการด้วยกัน ได้แก่⁶

ประการแรก การทำงานขั้นพื้นฐาน (基本的機能) ซึ่งหมายถึง การทำงานในด้านการคัดเลือก (選別機能) การคัดเลือกในที่นี้จะหมายถึง การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการหากวิเคราะห์ในมุมมองนี้จะพบว่า ผู้ประกอบการจะสามารถแยกแยะเห็นถึงสิ่งที่ตนต้องการซึ่งจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่ามากกว่าสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ซึ่งอาจถดถอยไปได้ในอนาคต และผลจากการทำงานในด้านการคัดเลือกนี้จะส่งผลทำให้เกิดแรงกดดันในการแข่งขัน

ประการที่สอง การทำงานในด้านการสร้างกฎกติกา (規律付与機能) ผลจากการทำงานในด้านการคัดเลือกจะส่งผลต่อแรงกดดันในการแข่งขัน (競争压力) ซึ่งแรงกดดันนี้จะทำหน้าที่ในการส่งเสริมให้เกิดกฎกติกาขึ้นอย่างเสรี กล่าวคือ หากไม่มีแรงกดดันอาจทำให้เสียเปรียบคู่แข่งรายอื่นๆ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องอยู่ในสภาวะที่กดดันทางจิตใจและพยายามทำให้ลูกค้าเกิดความพึงพอใจในสินค้าหรือบริการของตนให้ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ประกอบการจะสร้างวินัยที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ของตนซึ่งอาจเรียกว่า “ธรรมภิบาล” ก็ได้

ประการที่สาม การทำงานในด้านการส่งเสริมผลลัพธ์ (成果促進機能) แรงกดดันจากการแข่งขันจะทำหน้าที่ให้ผู้แข่งขันในตลาดมีการพัฒนาเป้าหมายหรือผลลัพธ์ไม่ว่าจะเป็นในด้านราคาสินค้าที่ลดลง การพัฒนาคุณภาพสินค้าให้ดีขึ้น ผลิตภัณฑ์ประเภทใหม่ๆ

* ในทางเศรษฐศาสตร์เกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม (social welfare) ของตลาดที่มีการแข่งขันจะมีเกณฑ์ที่เรียกว่า “Pareto Efficiency” ซึ่งหมายถึง สภาพที่ไม่ทำให้สวัสดิการแย่ง หากสวัสดิการของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับการแก้ไขให้ดีขึ้น การเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้จะถูกประเมินอย่างมีคุณค่าในสังคม.

⁶ ibid., pp. 13-14.

ตลอดจนการใช้นวัตกรรมหรือวิธีการบริหารจัดการรูปแบบใหม่ในตลาด เป็นต้น ซึ่งการทำงานในข้อนี้จะช่วยในการสนับสนุนการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

ประการที่สี่ การทำงานในด้านการเพิ่มผลลัพธ์เป็นทวีคูณ (成果相乗機能) ซึ่งหมายถึง การแข่งขันจะทำหน้าที่ในการส่งเสริมให้ผู้แข่งขันเกิดแรงกระตุ้นที่จะแข่งขัน⁷

และหากยิ่งแข่งขันก็จะยิ่งทำให้เกิดประสิทธิภาพ* มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามอาจเกิดผลกระทบระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองในตลาดนั้นๆ ที่มีการแข่งขันที่มากเกินไป⁸

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าการทำงานของหลักการแข่งขันจะส่งผลให้เกิดกฎกติกาในการแข่งขัน และเมื่อการแข่งขันอยู่ภายใต้กฎกติกาก็จะนำไปสู่การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ดังนั้นประเด็นที่น่าสนใจที่ตามมา คือ การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมนั้นมีหลักการหรือแนวคิดอย่างไร

2.2.1.3 แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม

ภายใต้หัวข้อ “การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” ในที่นี้ ผู้เขียนจะไม่อธิบายและวิเคราะห์ว่าอะไรคือ “การแข่งขันที่เสรี” มีความแตกต่างจาก “การแข่งขันที่เป็นธรรม” อย่างไร เนื่องจากในปัจจุบันการให้นิยามที่ชัดเจนของคำทั้งสองยังมีความแตกต่างกันไปทั้งในบริบทที่แตกต่างกันระหว่างทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์ หรือในด้านนโยบายการแข่งขันที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ* ซึ่งภายใต้แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่มองว่าการ

⁷ Yosuke Okada and Shuya Hayashi, 独占禁止法の経済学 - 審判決の事例分析 [เศรษฐศาสตร์กับกฎหมายป้องกันการผูกขาด — การวิเคราะห์คดีจากคำพิพากษาและคำตัดสิน], (東京: 東京大学出版会, 2009), p. 11.

* และนอกจากนี้ยังมีประเด็นการพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างแรงกดดันในการแข่งขันกับแรงกระตุ้นในการแข่งขัน (การทำงานในด้านการเพิ่มผลลัพธ์เป็นทวีคูณ) ว่าจำเป็นต้องมีความสอดคล้องกันเสมอไปหรือไม่ตลอดจนประเด็นเกี่ยวกับระดับความเหมาะสมของแรงกระตุ้นในการแข่งขันควรมีลักษณะเช่นไรบ้าง.

⁸ Shigekazu Imamura, 独占禁止法 [กฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 有斐閣, 1978), p. 46.

* อาจกล่าวได้ว่า สหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศเดียวในโลกที่เน้นการแข่งขันที่เสรี ในขณะที่ประเทศอื่นๆ ยังไม่สามารถนำกลไกตลาดเข้ามาใช้ได้อย่างเต็มที่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจหรือบทบาทของรัฐในการ

แข่งขันในตลาดซึ่งพยายามทำให้เกิดประสิทธิภาพที่มากที่สุดได้ให้ความสำคัญของ “การแข่งขันที่เสรี” ว่าหมายถึง การรักษาไว้ซึ่งการทำงานของหลักการแข่งขันในตลาดโดยมุ่งเน้นให้บรรลุถึงประสิทธิภาพโดยปราศจากความสัมพันธ์กับความเสมอภาคหรือความถูกต้องทางสังคมแต่อย่างใด⁹ หรือในการให้นิยามโดยรวมของ “การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” อาจหมายถึง การแข่งขันแย่งชิงกันกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างอิสระเพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ในตลาดนั้นๆ โดยต้องอาศัยการประยุกต์ในการบริหารกิจการ ตลอดจนการมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อเป้าหมายในการได้ผลประโยชน์หรือกำไรในระดับหนึ่งจากความสำเร็จในการครอบครองความต้องการสินค้าหรือบริการจากผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการที่เป็นผู้ที่ต้องการสินค้าหรือบริการนั้นอีกทอดหนึ่ง โดยการนำเสนอจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นๆ อย่างรวดเร็วและราคาถูกและให้ผู้ซื้อเกิดความพึงพอใจให้มากที่สุด¹⁰ ซึ่ง “ประโยชน์หรือกำไรในระดับหนึ่ง” ถือได้ว่าเป็นแรงจูงใจให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน หากไม่มี “ประโยชน์หรือกำไรในระดับหนึ่ง” ก็จะส่งผลทำให้การแข่งขันเกิดขึ้นได้ยาก ** สำหรับประเด็นเรื่อง “ผลประโยชน์” ในที่นี้ “ผลประโยชน์ของผู้บริโภคทั่วไป” มิใช่วัตถุประสงค์ที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากวัตถุประสงค์ที่มุ่งเน้นส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม แต่เป็นส่วนหนึ่งของ “ผลประโยชน์เชิงสะท้อน (反射的利益)” หรือ “ผลประโยชน์ตามความเป็นจริง (事実上の利益)” เท่านั้น¹¹

แทรกแซงหรือกำกับดูแลการแข่งขันภายในประเทศของตนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างฝ่ายผู้ประกอบการและฝ่ายผู้บริโภค ผู้เขียนเห็นว่ากรณีของประเทศไทยนั้นมีความชัดเจนว่าในปัจจุบันภาครัฐยังคงมีบทบาทเป็นอย่างยิ่งในการรักษาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นการเน้นน้ำหนักไปที่ “การแข่งขันที่เป็นธรรม (fair competition)” มากกว่า “การแข่งขันที่เสรี (free competition)”.

⁹ Seisui Kamigaki, 競争政策概論 [ทฤษฎีว่าด้วยนโยบายการแข่งขัน], (東京: 立花書房, 2012), p. 5.

¹⁰ Masanao Nakagawa, 競争法政策の研究 [การวิจัยนโยบายกฎหมายแข่งขันทางการค้า], p. 15.

** ส่วนเกณฑ์มาตรฐานหรือระดับของประโยชน์หรือกำไรควรจะมีอย่างน้อยเพียงใดนั้นไม่สามารถกำหนดตายตัวได้ แต่หากผลจากการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์หรือกำไรขึ้นจริงก็ถือว่าเป็น “ประโยชน์หรือกำไรในระดับหนึ่ง”.

¹¹ Akira Gotou and Koutarou Suzumura, 日本の競争政策 [นโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่น], (東京: 東京大学出版会, 1999), p. 9.

อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของนโยบายการแข่งขันมีความสัมพันธ์กับการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขันตามที่นักวิชาการส่วนมากเข้าใจกันนั้นคือ การพัฒนาสาธารณสุขประโยชน์ซึ่งเป็นสภาพแวดล้อมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมซึ่งจะส่งผลให้เกิดการรับประกันโอกาสให้องค์กรหรือหน่วยงานเศรษฐกิจนั้นๆ สามารถไขว่คว้าซึ่งเป้าหมายด้วยตนเองได้อย่างยุติธรรมและโปร่งใส¹² ซึ่งนโยบายส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบด้วยตนเองในการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการมีทางเลือกได้ด้วยตนเองอย่างเสรี

ภายใต้แนวคิดระบบเศรษฐกิจตลาดจะมีความสัมพันธ์กับกฎกติกาการแข่งขัน กล่าวคือ ประสิทธิภาพซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการแข่งขันในตลาดจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคตลอดจนสวัสดิการโดยรวม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องเป็นการแข่งขันที่เสรีซึ่งจำเป็นต้องมีกติกาไว้ควบคุม ซึ่งหมายถึง การแข่งขันในตลาดอันเกิดจากกติกาที่เสรีและเป็นธรรม¹³ ซึ่งกฎกติกาการแข่งขันมีสาระสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ (1) การเข้าสู่ตลาดจะต้องไม่เป็นอุปสรรค (2) คู่ค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายต้องมีเสรีภาพในการตัดสินใจเลือกและต้องเลือกโดยสมัครใจด้วยตนเองไม่ถูกบังคับขู่เข็ญ (3) การกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการทำธุรกรรมไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการกำหนดราคาสินค้านั้นต้องเป็นไปโดยอิสระและผู้ประกอบการต้องเป็นผู้ตัดสินใจเอง และ (4) จะต้องเป็นการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพโดยอาศัยวิธีหรือเครื่องมือที่เป็นธรรมซึ่งเน้นในเรื่องราคา คุณภาพตลอดจนบริการ¹⁴

กฎกติกาการแข่งขันจะถือว่า “การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” เป็นหัวใจสำคัญในการพิจารณา ดังนั้น กรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือลงโทษผู้ที่กระทำผิดจะพิจารณาว่าส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจในตลาดหรือไม่ มิใช่พิจารณาจากศีลธรรมหรือจริยธรรม ภายใต้แนวคิดเช่นนี้จะพิจารณาในลักษณะที่ว่า “หากสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ต้องการในเศรษฐกิจแบบตลาดก็จะต้องไม่มีความผิด”
*

¹² ibid., p. 10.

¹³ Seisui Kamigaki, 競争政策概論 [ทฤษฎีว่าด้วยนโยบายการแข่งขัน], (東京: 立花書房, 2012), p.

7.

¹⁴ ibid., p. 7.

* ยกตัวอย่างเช่น พฤติกรรมการฮั้วราคาหรือฮั้วประมูลมีความผิดและมีโทษทางกฎหมาย เนื่องจากเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ละยังเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการผลิตและระบบตลาดให้มีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่ไม่มีความจำเป็นหรือต้องการในเศรษฐกิจแบบตลาดและถือว่าเป็นอาชญากรรม

2.2.1.4 แนวคิดเชิงบวกและเชิงลบเกี่ยวกับการแข่งขันที่เสรีและเป็น

ธรรม

การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมจะทำให้สินค้าราคาถูกลง ทำให้คุณภาพดีขึ้น และส่งเสริมการผลิตสินค้าและบริการให้ดียิ่งขึ้นซึ่งจะเป็นการทำให้ผู้ซื้อเกิดความพึงพอใจ ทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคต่างก็ได้รับแรงกระตุ้นจากการประยุกต์ในด้านความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และสุดท้ายจะส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ปรากฏการณ์เช่นนี้จะมีความสอดคล้องกับ “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (經濟効率)” ซึ่งประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจที่อาศัยการแข่งขันจะประกอบด้วย (1) ประสิทธิภาพด้านการแบ่งปันปันส่วน (配分効率) (2) ประสิทธิภาพด้านการผลิต (生産効率) และ (3) ประสิทธิภาพเชิงพลวัต (動態効率) หากพิจารณาในระยะยาวจะพบว่าประสิทธิภาพเชิงพลวัต** จะมีความสำคัญมากที่สุด¹⁵ แต่ในขณะเดียวกัน มุมมองในเชิงลบ การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมจะก่อให้เกิดผู้ชนะและผู้แพ้ และหากปล่อยให้ผู้ชนะอยู่ในสถานะที่ชนะตลอดไปหรือผู้แพ้เป็นฝ่ายแพ้เสมอ ก็จะก่อให้เกิดสภาพที่เรียกว่า “การทดแทนสถานะ (立場の互換性)” ทำให้ความแตกต่างระหว่างความจนและความรวยนั้นคงที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลง ความเหลื่อมล้ำจะทวีคูณยิ่งขึ้นและสุดท้ายจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งจะ เป็นสาเหตุในการทบทวนนโยบายของรัฐในด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องตามมา เช่น ด้านภาษี ด้านประกันสังคม เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นต้นเหตุในการยับยั้งไม่ให้เกิดแรงกระตุ้นในการทำกิจกรรมทางธุรกิจ¹⁶

ทางเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีแนวโน้มที่จะนำแนวคิดด้านศีลธรรม (倫理的な価値観) เข้ามาใช้เป็นองค์ประกอบซึ่งเป็นสิ่งที่ควรระวังเป็นอย่างยิ่ง.

** แต่อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏความคิดในเชิงที่ขัดแย้งว่าการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมไม่สอดคล้องกับประสิทธิภาพเชิงพลวัต รายละเอียดโปรดอ่าน 後藤晃・鈴木興太郎, 日本の競争政策 [นโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่น], (東京: 東京大学出版会, 1999), p. 8.

¹⁵ Masanao Nakagawa, 競争法政策の研究 [การวิจัยนโยบายกฎหมายแข่งขันทางการค้า], p. 16.

¹⁶ *ibid.*, p. 16.

2.2.2 ความจำเป็นในการแทรกแซงราคาโดยรัฐ

จากที่ได้อธิบายมาข้างต้น หลักการแข่งขันจะส่งผลทำให้กลไกตลาดทำงาน ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้วรัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้ามาทำหน้าที่กำกับดูแลหรือแทรกแซง แต่ในความเป็นจริงจะพบว่าเกือบทุกประเทศต่างมีนโยบายหรือมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดเป็นข้อยกเว้นโดยเปิดโอกาสให้รัฐสามารถเข้ามาใช้อำนาจในการเข้ามากำกับดูแลหรือแทรกแซงกลไกตลาดได้ สำหรับประเทศที่เน้นกลไกตลาดยกตัวอย่างเช่นสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับประเทศกำลังพัฒนาที่จำเป็นต้องอาศัยรัฐให้คุ้มครองหรือกรณีที่ไม่ได้แก่เอกชนไม่ต้องการได้รับความคุ้มครองจากภาครัฐแต่ภาครัฐกลับใช้อำนาจในการแทรกแซงหรือกำกับดูแลกลไกตลาด ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอเหตุผลและความจำเป็นบางประการที่รัฐจำเป็นต้องเข้ามาทำหน้าที่แทนการทำงานของกลไกตลาด

2.2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการแทรกแซงโดยรัฐ

แม้ว่าโดยหลักการแล้ว การเข้าแทรกแซงของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐบาลควรจำกัดเพียงสามประการดังนี้ ประการแรกหน้าที่ในการจัดสรรทรัพยากรของสังคมเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการสาธารณะ ประการที่สองหน้าที่กระจายรายได้และความมั่งคั่งของสังคม เพื่อให้สินค้าและบริการต่าง ๆ ที่ผลิตขึ้นได้แจกจ่ายให้ประชาชนทุกคนได้ใช้กันอย่างทั่วถึง และประการที่สามหน้าที่ในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพื่อให้การจัดสรรการใช้ทรัพยากรของสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและการกระจายรายได้ของสังคมเป็นไปอย่างยุติธรรม หลักการดังกล่าวแม้จะดูสมเหตุสมผล แต่เขียนไว้อย่างกว้าง ไม่มีการอธิบายเหตุผลดังกล่าว นักวิชาการจึงได้มีการพัฒนาแนวคิดหรือทฤษฎีที่สนับสนุนว่ารัฐมีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ซึ่งแต่ละทฤษฎีได้สะท้อนกรอบแนวความคิดพื้นฐานที่ค่อนข้างจะแตกต่างกัน สรุปได้ดังนี้

ก. ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public Interest Theory)

โดยทั่วไป หลักประโยชน์สาธารณะ หมายความว่า ความอยู่ดีกินดีโดยรวม (common well-being or general welfare) สำหรับการประยุกต์ใช้กับทฤษฎีการกำกับดูแลนั้นอธิบายได้ว่าการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นจะต้องตอบสนอง

หรือสอดคล้องกับความต้องการของสาธารณะชน¹⁷ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นทฤษฎีประโยชน์สาธารณะต้องอิงอยู่บนพื้นฐานความคิดทางด้านการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ โดยต้องตอบโจทย์ว่า เมื่อไรและอย่างไรที่รัฐควรเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการทางธุรกิจของเอกชนเพื่อต้องการส่งเสริมหรือยกระดับสวัสดิการและความเป็นอยู่ของประชาชนในสังคม รวมทั้งต้องให้ความคุ้มครองประชาชนในฐานะผู้บริโภค ดังนั้น ภายใต้แนวคิดประโยชน์สาธารณะ การกำกับดูแลของรัฐต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก มีข้ออิงกับผลประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด กลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใด หรือบางอุตสาหกรรม หลักประโยชน์สาธารณะนี้มีอิทธิพลอย่างมากในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และอีกหลายประเทศ โดยเฉพาะในกฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภค หรือกฎหมายกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ เป็นต้น

แนวคิดหลักของทฤษฎีนี้ คือ เมื่ออุตสาหกรรมใดเป็นตลาดที่มีการผูกขาด รัฐควรต้องเข้าไปแทรกแซง อาจห้ามหรือลงโทษมิให้มีการผูกขาด หรือหากพิจารณาว่าเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ ก็อาจเข้าไปกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้น เพื่อประโยชน์ของสาธารณะโดยรวม เพราะหากไม่มีการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ผูกขาดผู้ประกอบการสามารถตั้งราคาสินค้าหรือบริการได้ตามอำเภอใจหรือจำกัดจำนวนสินค้าหรือปริมาณ เพื่อให้เกิดกำไรสูงสุดแก่ตนเอง พฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดปริมาณสินค้าหรือบริการขาดแคลน มีการตั้งราคาที่สูงเกินกว่าต้นทุนมากหรือราคาที่ควรจะเป็นตามกลไกตลาด ทำให้ประชาชนผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนและเกิดการถ่ายโอนรายได้จากผู้บริโภคมาสู่ผู้ประกอบการอันนำไปสู่ความล้มเหลวของตลาด รวมทั้งอาจมีการใช้อำนาจที่มีเหนือตลาดในการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดก็ได้ จึงนับได้ว่าการผูกขาดส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ฉะนั้น การเข้าไปแทรกแซงของรัฐโดยการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทนี้จึงมีความชอบธรรมและสอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม

อย่างไรก็ตามหลักประโยชน์สาธารณะก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางทั้งทางด้านนโยบาย การเมือง และกฎหมายว่ายังขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติแล้ว เพราะเป็นการยากที่จะกำหนดว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ และหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่ควรใช้ในการพิจารณาประกอบด้วยอะไรบ้าง เช่น ควรมีจำนวนสมาชิกในสังคมเท่าไรที่ได้รับประโยชน์จากการกระทำของรัฐจึงจะถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ และในความเป็นจริง

¹⁷ Richard A. Posner, "Theory of Economic Regulation," *The Bell Journal of Economics and Management Science* 5(1974) : 335-358.

แล้วหลักประโยชน์สาธารณะมักจะขัดแย้งกับหลักประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์เอกชน เพราะอะไรที่มีผลดีต่อสังคมอาจจะไม่มีผลดีต่อบางกลุ่มของสังคมหรือต่อบางบุคคล และในทางกลับกันคือว่าอะไรที่ดีต่อบางกลุ่มของสังคมหรือต่อบางบุคคลอาจจะไม่มีผลดีต่อสังคม คำจำกัดความดังกล่าวทำให้ต้องมีการพิจารณาประเด็นมากขึ้นเกี่ยวกับการเสียผลประโยชน์หรือเกิดผลเสียกับบางกลุ่มของสังคมในกรณีที่มีการใช้หลักการผลประโยชน์สาธารณะ เช่น แนวคิดการประเมินผลกระทบจากการกำกับ ซึ่งเป็นข้อกำหนดให้หน่วยงานรัฐต้องจัดทำ หากต้องการออกกฎเกณฑ์หรือนโยบายใหม่ โดยจะกำหนดให้มีการคำนึงถึงผลกระทบหรือความเสี่ยงที่อาจเกิดบางกลุ่มเป็นพิเศษ และต้องกำหนดให้เตรียมมาตรการรองรับสำหรับบางกลุ่มที่ต้องแบกรับผลกระทบหรือความเสี่ยงที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้สัดส่วนเหล่านั้นด้วย

นอกจากนี้ ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าขาดการวิเคราะห์ในเรื่องกลไกที่ประชาชนจะเรียกร้องให้มีการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้น กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลนั้นเกิดจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะไม่ได้อธิบายว่าอะไรและทำไมฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ผลักดันกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมาย เพื่อผลประโยชน์สาธารณะ มีนักวิชาการยกตัวอย่างว่าหลายอุตสาหกรรมที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐยังคงอยู่ในรูปของการผูกขาดและมีผลกระทบจากภายนอกเกิดขึ้นมากมายในอุตสาหกรรมเหล่านั้น รวมทั้งหลาย ๆ บริษัทมีการใช้ระบบการเจรจาและการลอบบีมากขึ้น เพื่อให้มีการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เพื่อประโยชน์ของกลุ่มของตนหรือกีดกันคู่แข่งรายอื่น เช่น ในสหรัฐอเมริกาหรือยุโรปนั้น บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ที่มีอิทธิพล โดยเฉพาะบริษัทผลิตรักษาโรค บริษัทยาสูบ บริษัทที่ให้บริการสาธารณสุขูปโภค บริษัทที่ผลิตและขายสินค้าเทคโนโลยีระดับสูง บริษัทอาวุธสงคราม และบริษัทด้านสื่อสารมวลชน เป็นต้น

ข. ทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ (Public Choice Theory)

หลักทางเลือกสาธารณะมีรากฐานมาจากรัฐศาสตร์ แต่ก็ได้ขยายอิทธิพลเข้ามามีบทบาทในเรื่องการกำกับดูแลค่อนข้างมากในยุคห้าทศวรรษปีหลัง โดยอยู่บนสมมติฐานว่ามีความยุ่งยากซับซ้อนในการตัดสินใจทางการเมืองในระบบประชาธิปไตย จึงพยายามอธิบายวิธีการตัดสินใจของรัฐบาล (ซึ่งมีสมมติฐานว่ารัฐบาลมีเจตนารมณ์ที่ดี) และหลักการทางเศรษฐศาสตร์จึงถูกนำมาประยุกต์ใช้ค่อนข้างมากในการวิเคราะห์หรือช่วยในการตัดสินใจของ

รัฐบาล รวมทั้งการกระทำหรือดำเนินงานของรัฐบาลด้วย¹⁸ ทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะได้ใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองของรัฐ กล่าวคือ ทฤษฎีนี้เห็นว่ากลุ่มผลประโยชน์จะเป็นปัจจัยหลักที่มีอิทธิพลต่อการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ กล่าวคือ โดยธรรมชาติของมนุษย์ ทุกคนต้องการที่จะหารายได้หรือทำกำไรให้กับตนเองได้มากที่สุด ทุกคนจึงพยายามผลักดันทางเลือกหรือหนทางที่ทำให้ตนเองได้รับประโยชน์มากขึ้นทั้งทางตรงและทางอ้อม ในทางการเมือง คนที่มีผลประโยชน์เหมือนหรือคล้ายกันจึงพยายามรวมกลุ่มกันเพื่อจะได้มีอิทธิพลมากขึ้นในการต่อรองทางการเมือง โดยการรวมกลุ่มนี้เรียกว่า กลุ่มผลประโยชน์

ตามมุมมองของทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะ กลุ่มผลประโยชน์ก็จะพยายามผลักดันให้เกิดหรือมีการกำกับดูแลในรูปแบบที่ตนเองต้องการ การผลักดันของกลุ่มผลประโยชน์อาจผลักดันฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงให้บัญญัติหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของตน¹⁹ หรือผลักดันผ่านหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลให้เสนอขอแก้ไขกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ²⁰ หรือออกระเบียบกฎเกณฑ์การกำกับดูแลให้สอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผลประโยชน์ ในกรณีที่หน่วยงานนั้นมีอำนาจ ดังนั้น ระเบียบกฎเกณฑ์และวิธีการการกำกับดูแลส่วนใหญ่จะตอบสนองความต้องการของกลุ่มอุตสาหกรรมหรือกลุ่มผลประโยชน์ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีหลักทางทฤษฎีที่ดีพอ เพราะไม่ได้อธิบายว่ากลุ่มผลประโยชน์หรืออุตสาหกรรมเข้ามาควบคุมการกำกับดูแลได้อย่างไร เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วมีกลุ่มผลประโยชน์อีกหลายกลุ่มที่ได้รับผลกระทบที่แตกต่างจากการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น กลุ่มผู้บริโภค กลุ่มผู้ใช้แรงงาน กลุ่มกิจการขนาดกลางและเล็ก กลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม หรือกลุ่มอุตสาหกรรมอื่น ๆ เป็นต้น ซึ่งต้องคำนึงถึงผลกระทบอันไม่พึงประสงค์หรือต้องดูแลกลุ่มบุคคลที่ได้รับผลกระทบทางลบด้วย

¹⁸ Gordon Tullock, "Public Choice," *The New Palgrave Dictionary of Economics* (1987).

¹⁹ Dennis C. Mueller, "Public Choice: A Survey," *Journal of Economic Literature* 14 (2)(1976) : 395-433.

²⁰ James M. Buchanan, "The Constitution of Economic Policy Iv. Politics as Exchange & V. The Constitution of Economic Policy, Nobel Prize Lecture," *American Economic Review* 77(3) (1986) : 243-250.

ค. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแล (Economic Theory of Regulation)

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแลหรือทฤษฎีครอบงำ (capture) วิวัฒนาการจากแนวคิดของศาสตราจารย์ George Stigler และศาสตราจารย์ Sam Peltzman ในช่วงปี ค.ศ. 1971 อันเป็นช่วงเวลาที่สหรัฐอเมริกาหันมาให้ความสนใจปัญหาการเพิ่มขึ้นของอัตราเงินเฟ้อ พร้อม ๆ กับการขาดความน่าเชื่อถือของการบริหารงานของรัฐบาลในการแทรกแซงกลไกตลาด นักวิชาการจึงได้สนับสนุนแนวคิดในการลดการแทรกแซงกลไกตลาดของรัฐโดยการลดการกำกับดูแลและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแล ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ Stigler ได้วิเคราะห์ว่านโยบายของรัฐบาลในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ไขปัญหอันเกิดจากกลไกตลาด (คือปัญหาความล้มเหลวของตลาด) ตามแนวคิดของสำนักคลาสสิก นั้นมักถูกผลักดันโดยกลุ่มผลประโยชน์บางกลุ่มในสังคมที่มีอิทธิพล ซึ่งกลุ่มผลประโยชน์จะต้องแข่งขันกันเอง เพื่อจูงใจให้เกิดการกำกับดูแลที่ตนต้องการ ซึ่งแนวโน้มส่วนใหญ่คือว่ากลุ่มผลประโยชน์ที่มักจะมีอิทธิพลต่อการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลมักจะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ของกลุ่มอุตสาหกรรมผู้ผลิตสินค้าหรือให้บริการและมักมีการแบ่งสรรผลประโยชน์ในระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ในขณะที่กลุ่มผู้บริโภคเป็นกลุ่มที่มีจำนวนมากกว่ากลับมีอิทธิพลต่อการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลน้อยมาก ดังนั้น ผลของการกำกับดูแลจึงมักเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการรายเดิมในตลาดเป็นส่วนใหญ่ การแทรกแซงของรัฐหรือการกำกับดูแลจึงต้องมีการวิเคราะห์ตามหลักการทางเศรษฐศาสตร์ โดยการอธิบายว่าการอธิบายว่าผู้ใดจะได้รับประโยชน์หรือภาระของการกำกับดูแลรูปแบบของการกำกับดูแลคืออะไร และผลกระทบของการกำกับดูแลที่จะเกิดขึ้น

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ Richard A. Posner ของสำนักชิคาโกอธิบายว่าภายใต้ตลาดที่ผูกขาดหรือในกรณีที่เกิดความล้มเหลวในการแข่งขันจะเกิดสิ่งๆ ที่เรียกว่า กำไรจากการผูกขาด ซึ่งเป็นสิ่งที่องค์กรกำกับดูแลมีหน้าที่ต้องขจัดให้หมดไป ในทางตรงกันข้ามผู้ประกอบการภายใต้การกำกับดูแลดังกล่าวย่อมมีแรงจูงใจที่จะสร้างอิทธิพลเหนือองค์กรกำกับดูแลเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากกำไรหรือค่าเช่าจากการกำกับดูแล²¹ ผลที่ตามมาคือองค์กรกำกับดูแลมักจะถูกยึดหรือครอบงำจากกลุ่มผลประโยชน์ที่เป็นผู้ประกอบการภายใต้การกำกับดูแลนั่นเอง เหตุที่องค์กรกำกับดูแลถูกจับยึดได้ง่ายโดยกลุ่มผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดนั้น เนื่องจากกลุ่มผู้ประกอบการดังกล่าวมีผลได้ผลเสียโดยตรงทางธุรกิจและสามารถรวมตัวหรือบริหารจัดการได้ง่ายกว่าเพราะมีขนาดเล็กกว่า ในทางตรงกันข้ามผลได้เสียขององค์กรกำกับดูแล

คือการพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จึงเป็นแรงจูงใจที่ผลักดันให้กลุ่มผู้ประกอบการทำทุกวิถีทางเพื่อสร้างอิทธิพลเหนือองค์กรกำกับดูแล ดังนั้น ผลก็คือองค์กรกำกับดูแลมักจะตัดสินใจหรือวางนโยบายในเชิงพิทักษ์ผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดมากกว่าการส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาดหรือพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะ

กล่าวโดยสรุป รูปแบบของการกำกับดูแลในแง่มุมมองของแนวคิดนี้จึงมีลักษณะดังนี้ กลุ่มผลประโยชน์ ซึ่งมีระบบจัดการที่มีประสิทธิภาพจะได้รับประโยชน์จากการกำกับดูแลมากกว่ากลุ่มผลประโยชน์ที่มีความซับซ้อนและมีขนาดใหญ่ เช่น กลุ่มผู้บริโภค เพราะกลุ่มผู้บริโภคมีขนาดใหญ่จึงยากที่จะบริหารจัดการให้เป็นกลุ่มก้อนและอาจมีต้นทุนในการบริหารจัดการหรือรวมตัวที่สูงมาก ดังนั้น นโยบายการกำกับดูแลมักจะให้ความสำคัญกับการรักษาหรือคงไว้ซึ่งการจัดสรรค่าเช่าทางเศรษฐกิจในระหว่างกลุ่มสมาชิกในกลุ่มผลประโยชน์นั้น เมื่อการกำกับดูแลตั้งอยู่บนพื้นฐานการจัดสรรความมั่งคั่งในระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอิทธิพลเหนือองค์กรกำกับดูแล นโยบายซึ่งลดความความเหลื่อมล้ำหรือกระจายความมั่งคั่งจึงมักจะไม่ได้รับการยอมรับหรือถูกปฏิเสธ ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแลจึงเสนอว่าหากการกำกับดูแลได้ไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจอีกต่อไป ควรลดหรือกำจัดดูแลเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกเลิกข้อจำกัดหรือการกำกับดูแลจำนวนผู้ประกอบการในตลาด จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดนี้นำไปสู่แนวคิดการลดหรือผ่อนคลายการกำกับดูแล ดังนั้น ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแลสามารถวิเคราะห์หลักการกำกับดูแลของรัฐได้ดีกว่าทั้งสองทฤษฎีข้างต้น โดยการผสมผสานทั้งสองทฤษฎีข้างต้นเข้าด้วยกัน

ง. ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐ (Public Administration

Theory)

ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐกลับมีความเห็นว่า การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของภาคเอกชนก็เพราะว่า รัฐต้องเข้าไปกำกับดูแลเพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมหรือให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ การกำกับดูแลยังทำให้การบริหารงานและการปฏิบัติงานของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น²² โดยทั่วไป รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของเอกชนเพื่อทำให้การบริหารจัดการของรัฐดีขึ้น หรือทำให้การกำกับดูแลของรัฐมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยรัฐบาลในหลาย ๆ ประเทศได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงความมีประสิทธิภาพ และความโปร่งใสของกฎเกณฑ์กำกับดูแลต่าง ๆ ที่ใช้ในการ

²² Jay M. Shafritz and Albert C. Hyde, Classics of Public Administration, 7 ed. (Boston: Wadsworth, 2011), Cengage Learning.

กำกับดูแลในฐานะที่เป็นเครื่องมือหลักของรัฐบาลสิ่งหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ เพื่อธำรงไว้และก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณชนในประเทศ

จากผลดังกล่าวรัฐอันเป็นผู้ที่มีหน้าที่วางนโยบาย (policy-making) ออกกฎเกณฑ์ (rule-making) ดำเนินการตามกฎเกณฑ์ (implementing) และบังคับใช้กฎเกณฑ์ (enforcing) ควรจะคำนึงถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ สังคม เศรษฐกิจ เทคโนโลยี และการเมืองที่เกิดจากตัวแปรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง หากกล่าวอีกนัยหนึ่งในการออก การบริหารและการบังคับใช้กฎเกณฑ์นั้น รัฐควรต้องมีความเข้าใจลักษณะของกลุ่มที่เป็นเป้าหมายของการกำกับดูแล เนื้อหาและความจำเป็นของการกำกับดูแล และผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการควบคุมกำกับดูแลต่าง ๆ รวมทั้งลักษณะและสภาพของเครื่องมือในเชิงนโยบายหลาย ๆ ประเภทที่แตกต่างกันเพื่อที่จะได้สามารถจัดหาเครื่องมือที่ถูกต้องและเหมาะสมมาใช้ในการบรรลุเป้าหมายของการควบคุมกำกับดูแลได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล²³ ซึ่งจากเหตุผลนี้เองจึงได้นำไปสู่แนวความคิดในเรื่องการปฏิรูปและบริหารกฎเกณฑ์ในการควบคุมกำกับดูแล ตัวอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาในยุคเริ่มแรกของการพัฒนาการโทรคมนาคม รัฐบาลมีนโยบายที่ต้องการให้เครื่องใช้โทรศัพท์เป็นเครื่องใช้ประจำบ้าน รัฐจึงพยายามเข้าไปแทรกแซงการกำหนดทิศทางและลักษณะการให้บริการโทรคมนาคม เช่น การให้บริการราคาพิเศษแก่กลุ่มคนที่อยู่ห่างไกล การอุดหนุนข้ามภาค หรือการปรับเปลี่ยนรูปแบบหรือเงื่อนไขการกำกับดูแลที่ผิดพลาด ล้าสมัย หรือเข้มงวดเกินไป ทฤษฎีนี้สนับสนุนแนวความคิดเรื่องการลดหรือผ่อนคลายการกำกับดูแล และการปฏิรูปการกำกับดูแล ซึ่งมักใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิรูปอุตสาหกรรมประการหนึ่ง

นอกจากสี่ทฤษฎีพื้นฐานที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีทฤษฎีอื่นอีกที่พยายามอธิบายการเข้าแทรกแซงของรัฐ เช่น ทฤษฎีสถาบัน (Institutional Theory) ที่ให้ความสำคัญกับสถาบันที่ทำหน้าที่กำกับดูแลและความสัมพันธ์กับผู้เกี่ยวข้องอื่นในตลาดและสังคม โดยมีการเพิ่มมุมมองทางด้านสังคมวิทยาเข้ามาเป็นปัจจัยในการวิเคราะห์ด้วย²⁴ หรือทฤษฎีเศรษฐศาสตร์-รัฐศาสตร์ (Political-Economic Theory) ที่ให้ความสำคัญกับปัจจัยและมิติทางสังคมและการเมืองมากกว่ากรอบแนวคิดพื้นฐานหรือปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์บนพื้นฐานของนัก

²³ Whetsell and Travis and Patricia M. Shields, *The Dynamics of Positivism in the Study of Public Administration: A Brief Intellectual History and Reappraisal*, (Administration & Society),

²⁴ Kraft's Public Policy: Kraft, Michael E & Furlong, Scott R Public Policy: politics, analysis, and alternatives (2nd ed). CQ; London : Eurospan [distributor], Washington, D.C, 2007.

เศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก²⁵ ซึ่งทฤษฎีต่าง ๆ ที่อธิบายข้างต้นก็ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์อยู่อย่างต่อเนื่องในวงวิชาการ

2.2.2.2 ความขัดแย้งระหว่างประสิทธิภาพกับกฎระเบียบของภาครัฐ

ในทางเศรษฐศาสตร์เมื่อกล่าวถึงการเข้ามาแทรกแซงโดยรัฐในตลาดจะมีความสัมพันธ์กับความล้มเหลวของตลาด (market failure) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่กลไกตลาดทำงานแต่ขาดประสิทธิภาพ หรือในทางกฎหมายก็เช่นกัน การแข่งขันเป็นผลมาจากเสรีภาพในการทำธุรกรรมหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญ²⁶ แต่เสรีภาพในการเลือกการทำธุรกรรมดังกล่าวกลับถูกจำกัดโดยอำนาจของรัฐในรูปแบบต่างๆ สำหรับเหตุผลที่รัฐมักใช้ในการเข้ามาแทรกแซงหรือกำกับดูแลการแข่งขันจะอ้างเพื่อ (1) วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค (2) การรักษาไว้ซึ่งระบบทางสังคม (3) ความปลอดภัยในชีวิตของประชาชน ตลอดจน (4) การรักษาสິงแวดล้อม เป็นต้น²⁷ ดังนั้น รัฐจึงมีความชอบธรรมโดยมีหน้าที่ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบางประการโดยอาศัยมาตรการทั้งในรูปแบบของมาตรการทางเศรษฐกิจหรือมาตรการทางสังคม แต่ผู้เขียนเห็นว่าขอบเขตกฎระเบียบโดยภาครัฐควรเข้าแทรกแซงหรือกำกับดูแลให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น ดังนั้นการกำหนดความชัดเจนหรือสมดุลของขอบเขตระหว่าง “กฎระเบียบ” กับ “เสรีภาพ” จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อนโยบายของรัฐนั้นๆ

มาตรการทางเศรษฐกิจที่รัฐนิยมใช้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงหรือกำกับดูแลอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ด้วยกัน มาตรการแรกเป็นมาตรการจำกัดการเข้าถึงการทำธุรกรรมซึ่งหมายถึงระบบการให้ใบอนุญาต ส่วนมาตรการที่สองจะเป็นมาตรการเกี่ยวข้องกับราคาโดยอาศัยการรักษาไว้ซึ่งโครงสร้างและมาตรฐานของราคานั้นไว้

มาตรการด้านการจำกัดในเรื่องของการออกใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการหรือมาตรการด้านการจำกัดการเข้าสู่ธุรกิจนั้น ในภาษาไทยอาจเรียกว่า “ใบอนุญาต” หรือ “จดทะเบียน” หรือ “จดทะเบียน” ในขณะที่ภาษาอังกฤษซึ่งเรียกว่า “License”

²⁵ Weingast, Barry R., and Donald Wittman, The Oxford Handbook of Political Economy, (Oxford UP, 2008), pp. 10-19.

²⁶ Seisui Kamigaki, 競争政策概論 [ทฤษฎีว่าด้วยนโยบายการแข่งขัน], p. 37.

²⁷ *ibid.*, p. 9.

หรือ “Register” ส่วนในภาษาญี่ปุ่นจะมีคำเรียกที่แตกต่างกันออกไปซึ่งขึ้นอยู่กับระดับความเข้มงวดในการอนุญาต*

ส่วนมาตรการทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับกลไกราคา รูปแบบหนึ่งซึ่งรัฐสามารถกำหนดได้โดยอาศัยช่องทางของการตรากฎหมายในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่สำหรับประเทศที่พัฒนาแล้วแนวโน้มการใช้ข้อยกเว้นนั้นลดลงเรื่อยๆ เนื่องจากจะมุ่งเน้นส่งเสริมนโยบายการแข่งขัน (Competition Policy) มากกว่านโยบายอุตสาหกรรมเป้าหมาย (Industrial Policy) ยกตัวอย่างกรณีของญี่ปุ่นที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Japan Fair Trade Commission (公正取引員会); JFTC) ได้กำหนดนโยบายลดบทบาทการเข้าแทรกแซงและกำกับดูแลเพื่อให้สอดคล้องกับเป้าหมายนโยบายที่กำหนดไว้ว่า “ต้องรักษาและเตรียมความพร้อมด้านสภาพแวดล้อมของตลาดที่เสรีและเป็นธรรม” ซึ่งเริ่มต้นบังคับใช้ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา ซึ่งตั้งแต่ญี่ปุ่นเริ่มมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 จนถึงวันที่ 31 เดือนมีนาคม ค.ศ. 2006 มี “กฎหมาย 30 ฉบับและระบบ 89 ระบบ” ที่เป็นการยกเว้นกฎหมายป้องกันการผูกขาด (独占禁止法適用除外制度) แต่เมื่อมาถึง ณ วันที่ 31 เดือนมีนาคม ค.ศ. 2011 ปรากฏว่ามี “กฎหมาย 15 ฉบับและระบบ 21 ระบบ”²⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีจำนวนลดลงอย่างเห็นได้ชัด

* ได้แก่ 許可 (kyoka หมายถึง กรณีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะซึ่งจำเป็นต้องรักษาไว้ซึ่งโครงสร้างและระบบตลอดจนความปลอดภัยความมั่นคงของประเทศ ดังนั้นโดยหลักจึงห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการได้ยกเว้นกรณีที่ขออนุญาตจากภาครัฐ ทั้งนี้ ภาครัฐมีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติหรือปฏิเสธก็ได้ เช่น การขออนุญาตประกอบอาชีพแพทย์ การขออนุญาตประกอบธุรกิจโทรคมนาคม เป็นต้น)、認可 (ninka หมายถึง กรณีที่ต้องการเข้าประกอบกิจการและมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด ยกตัวอย่างเช่น การขออนุญาตกรณีขึ้นค่าบริการสาธารณูปโภค)、特許 (tokkyo หมายถึง กรณีที่รัฐอนุญาตให้บุคคลที่เฉพาะเจาะจงซึ่งมีใจประชาชนทั่วไปสามารถเข้าประกอบกิจการได้ ทั้งนี้ ภาครัฐมีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติหรือปฏิเสธก็ได้ แต่ขอบเขตของดุลยพินิจจะกว้างกว่ากรณีของ許可 เช่น การขออนุญาตในการกำหนดสิทธิเกี่ยวกับกิจการเหมืองแร่) และ届出 (todokede หมายถึง กรณีที่มีลักษณะคล้ายกับการจดทะเบียนหรือจดทะเบียนให้ภาครัฐทราบ โดยต้องมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องอาศัยดุลยพินิจของรัฐว่าจะอนุญาตหรือปฏิเสธ).

²⁸ ibid., p. 10.

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการแทรกแซงโดยรัฐ รัฐไม่ควรใช้วิธีการแทรกแซงขณะที่กำลังอยู่ในกระบวนการหรือขั้นตอนที่กลไกตลาดกำลังทำงานอยู่หรือควรเข้ามาในระดับของการกำกับดูแลมากกว่าการแทรกแซงซึ่งควรทำภายใต้ขอบเขตที่จำเป็นและน้อยที่สุด ส่วนกรณีที่เกิดจากการแข่งขันภายใต้กฎกติกาการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม และก่อให้เกิดผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่ขาดทุนและล้มละลายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ กรณีเช่นนี้รัฐจำเป็นต้องเข้ามาทำหน้าที่ในการปรับสภาพตลาดให้พร้อมที่จะรองรับการแข่งขันต่อไป ยกตัวอย่างเช่น นโยบายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ การปรับทบทวนสภาพหุ้น การขายสินทรัพย์ การปรับปรุงโครงสร้างและจำนวนบุคลากร เป็นต้น²⁹

2.2.2.3 การระงับนโยบายการแข่งขัน³⁰

ในบางประเทศอาจมีเหตุผลหรือแนวคิดที่มีลักษณะเป็นการเข้าข่ายข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยเหตุผลด้านประสิทธิภาพที่เหนือกว่าผลซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดา มาตรา 96 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบรวมกิจการว่าหากผลลัพธ์ที่ได้นั้นมีประสิทธิภาพมากกว่าการจำกัดการแข่งขัน กฎหมายจะไม่ห้ามการควบรวมกิจการ หรือในเยอรมันกรณีที่เกี่ยวข้องกับการร่วมมือฮั้วราคาหรือการควบรวมกิจการ กรณีที่ได้รับการพิจารณาว่าเกิด “ผลประโยชน์สาธารณะอื่นซึ่งนอกเหนือจากการแข่งขัน” ก็จะได้รับยกเว้น หรือในตัวอย่างของเกาหลีใต้ แนวปฏิบัติว่าด้วยการควบรวมกิจการของเกาหลีใต้ก็ได้กำหนดเกี่ยวกับ “ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น” โดยให้ถือว่าเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการขยายตัวของสวัสดิการสังคม ซึ่งมุ่งเน้นไปที่ผู้บริโภคในประเทศเป็นหลัก*

²⁹ *ibid.*, p. 13.

³⁰ *ibid.*, pp. 16-17.

* กฎหมายว่าด้วยวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Monopoly Regulation and Fair Act) ของเกาหลีใต้ มาตรา 7 (2) - 1 ได้บัญญัติว่า “The promotion of efficiency attainable through the combination of enterprises is greater than the negative effect produced by the restricted competition.”

2.2.2.4 รูปแบบการแทรกแซงราคาโดยรัฐ

ในทางเศรษฐศาสตร์ รัฐสามารถเข้ามามีบทบาทในการแทรกแซงราคาได้ เนื่องจากในบางกรณีหากปล่อยให้ราคาเป็นไปตามกลไกตลาด สินค้าบางประเภทอาจได้รับผลกระทบในด้านการผลิตที่มีต้นทุนที่สูงขึ้นและทำให้มีราคาสูงเกินไป และสุดท้ายอาจส่งผลกระทบต่อทั้งผู้บริโภคและผู้ผลิตได้ ดังนั้นรัฐจึงอาจใช้ดุลยพินิจในการเข้าไปแทรกแซงกลไกราคาในตลาดใดตลาดหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ สำหรับรูปแบบของการแทรกแซงราคาโดยรัฐสามารถจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ การแทรกแซงราคาราคาขั้นต่ำที่สุดหรืออาจเรียกว่า “การประกันราคาขั้นต่ำ (Price Support)” และการแทรกแซงราคาโดยการกำหนดราคาขั้นสูงสุดหรืออาจเรียกว่า “การกำหนดราคาขั้นสูง (Price Ceiling)”³¹

(ก) การประกันราคาขั้นต่ำ โดยมากจะนิยมใช้กับสินค้าเกษตรกรรมซึ่งอุปสงค์มักมีความยืดหยุ่นน้อย ส่วนอุปทานนั้นควบคุมได้ยากเนื่องจากเหตุผลทางด้านปัจจัยสภาพดินฟ้าอากาศในแต่ละปี ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซง ซึ่งรูปแบบในการประกันราคาขั้นต่ำสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ ได้แก่ (1) การประกันราคาขั้นต่ำโดยรัฐบาลรับซื้ออุปทานส่วนเกิน หมายถึง รัฐบาลใช้วิธีการประกันราคาสินค้าโดยการกำหนดในรูปแบบของกฎหมายบังคับให้ผู้ซื้อทุกรายต้องซื้อในราคาประกันตามที่รัฐบาลกำหนดไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะมีผลตามกฎหมาย และในกรณีที่เกษตรกรรายใดไม่สามารถจำหน่ายสินค้าหรือผลิตผลให้แก่พ่อค้าได้ในราคาประกันได้ รัฐบาลจะเข้ามาแทรกแซงโดยการรับซื้อสินค้าโดยไม่จำกัดจำนวน และ (2) การประกันราคาขั้นต่ำโดยรัฐบาลใช้วิธีการจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่เกษตรกร ในอดีตที่ผ่านมาในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาได้เคยใช้นโยบายการจ่ายเงินอุดหนุนช่วยเหลือเกษตรกรภายในประเทศ ข้อดีของวิธีนี้ คือ ในเบื้องต้นรัฐบาลจะกำหนดราคาประกันไว้ ส่วนการซื้อขายสินค้านั้นปล่อยให้ไปตามกลไกตลาด แต่รัฐบาลจะเข้ามาจ่ายเงินชดเชยเท่ากับส่วนต่างระหว่างราคาประกันกับราคาตลาดให้แก่เกษตรกร

(ข) การกำหนดราคาขั้นสูง แม้ส่วนใหญ่รัฐบาลมักนิยมใช้รูปแบบของการประกันราคาขั้นต่ำ แต่ในบางสถานการณ์ที่ฉุกเฉินหรือจำเป็น เช่น สินค้าขาดแคลนในตลาดในระดับที่รุนแรงมาก หากปล่อยให้ไปตามกลไกตลาดอาจทำให้เกิดภาวะเงินเฟ้อและส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคภายในประเทศได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ผลิตหรือผู้

³¹ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, การแทรกแซงราคาโดยรัฐบาล, 15 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/ECO/ECO20.htm> .

จำหน่ายขายสินค้าในระดับราคาสูงเกินกว่าที่รัฐบาลจึงต้องกำหนดราคาสูงสุดไว้ ซึ่งในต่างประเทศจะพบว่ามักนิยมใช้รูปแบบนี้ในช่วงภาวะสงคราม

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายว่าด้วยราคากับความตกลงระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการสนับสนุนการแข่งขันหรือการแทรกแซงโดยรัฐในการออกกฎหมายหรือมาตรการในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับราคาภายในประเทศนั้นจะขัดหรือแย้งต่อความตกลงร่วมในระดับระหว่างประเทศหรือไม่นั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องศึกษาเพื่อทราบถึงความชัดเจน เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ต่างก็มีสถานะเป็นกฎหมายภายในประเทศ การที่รัฐใช้มาตรการทางกฎหมายทั้งในด้านการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางด้านราคาและในด้านการจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาโดยเข้าแทรกแซงกลไกราคาโดยตรงจะมีความเชื่อมโยงหรือเกี่ยวข้องต้องผูกพันตามข้อตกลงร่วมในระดับระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร

2.2.3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับข้อตกลงระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะเป็นการนำเสนอประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์และสถานะของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับผลผูกพันในระดับระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่สองได้มีแนวคิดที่ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้ามิได้ใช้บังคับกับธุรกรรมภายในประเทศเท่านั้น แต่ได้ขยายขอบเขตไปยังธุรกรรมระหว่างประเทศด้วย ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวคิดที่สนับสนุนมาตรการด้านการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการที่เกินขอบเขตกฎหมายภายใน และในปี ค.ศ. 1948 ประเทศต่างๆ จำนวน 53 ประเทศได้เข้าร่วมประชุมที่เมืองฮาวานา (Havana) เพื่อร่วมกันยกร่างกฎบัตร (Charter) ขององค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization: ITO) เพื่อจัดตั้งขึ้นมาใช้เป็นเวทีเจรจาการค้าระหว่างประเทศเพื่อลดอัตราภาษีศุลกากร³² และการกำหนดบทเฉพาะว่าด้วยนโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศขึ้นมาซึ่งเป็นบทบัญญัติพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าขึ้นมา

³² ขวลิท อรรถศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศและการชำระเงินค่าสินค้านำเข้าระหว่างประเทศ), พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 7.

โดยเฉพาะเพื่อต้องการให้ประเทศสมาชิกใช้กฎกติการ่วมกันเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและด้านการป้องกันการร่วมมือจำกัดการแข่งขันหรือการฮั้วราคากันระหว่างประเทศ³³ แต่ในที่สุดก็ล้มเหลวเนื่องจากมีแค่เพียงสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่มีกฎหมายบังคับใช้ในเวลานั้นประกอบกับเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจและอำนาจทางการเมืองโดยเฉพาะปัญหาภายในของสหรัฐอเมริกา³⁴ แต่ก็ถูกปฏิเสธในกระบวนการขณะที่กำลังผ่านร่างบทบัญญัติฯ เข้าสู่สภาสูงของสหรัฐอเมริกา³⁵ แต่ต่อมาในภายหลังตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ในหลายๆ ประเทศเริ่มมีการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา หรือในปี ค.ศ. 1993 การร่างกฎหมายต่อต้านการผูกขาดระหว่างประเทศ (Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO Plurilateral Trade Agreement: DIAC) ซึ่งจัดขึ้นโดยคณะทำงานกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (International Antitrust Code Working Group) ก็ไม่ประสบความสำเร็จ³⁶ จนกระทั่งเกิดองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ขึ้นมาเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดจากแนวโน้มการใช้มาตรการการกีดกันการค้าโดยรัฐ เช่น มาตรการทางด้านภาษี มาตรการการจำกัดสินค้านำเข้า เป็นต้น มาเป็นการใช้มาตรการจำกัดการค้าเอกชนแทน เช่น มาตรการจำกัดการแข่งขันโดยการพยายามขจัดสินค้านำเข้า ซึ่งส่งผลให้เกิดความคิดที่จะนำ “การแข่งขัน” มาสร้างเป็นกฎกติกาที่มีผลบังคับใช้ในระดับระหว่างประเทศขึ้น³⁷ แต่หากเอกชนมีอำนาจในการแทรกแซงในตลาดเสรีและสร้างข้อจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศได้ก็จะเป็นข้อจำกัดอีกรูปแบบที่มาแทนที่อุปสรรคทางการค้าที่รัฐเป็นผู้กำหนด (government-imposed barriers)³⁸ แต่อย่างไรก็ตาม WTO ก็ยังมีได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีกฎเกณฑ์

³³ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, アメリカ独占禁止法 [United States Antitrust Laws], 第2版. (東京: 東京大学出版会, 2012), p. 356.

³⁴ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 10.

³⁵ *ibid.*, p. 356.

³⁶ Makoto Kurita, 国際ルール形成と開発途上国 - グローバル化する経済法制改革- [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries], vol. 559, 研究双書 (東京: アジア経済研究所, 2007), p. 130.

³⁷ *ibid.*, pp. 117-118.

³⁸ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, หน้า 8.

ภายในประเทศเรื่องนโยบายการแข่งขันทางการค้าไว้ภายใต้กรอบแนวคิด “ความตกลงเรื่องนโยบายการแข่งขัน (Agreement on Competition Policies)”³⁹

แต่ในความเป็นจริงในปัจจุบัน ยกเว้นกรณีของสหภาพยุโรป⁴⁰ ซึ่งเป็นการรวมตัวกันแล้วเกิดเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้ากลางซึ่งมีสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามโดยการออกเป็นกฎหมายภายในแล้ว⁴¹ ยังไม่พบกฎกติการะหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นมาตรฐานทั่วไปซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแข่งขันในรูปแบบของสนธิสัญญาหรือความตกลงร่วมกันโดยมีผลผูกพันแต่อย่างไร แม้ในช่วงปี ค.ศ. 1997 ภายใต้กรอบเวที WTO ที่มีความพยายามตั้งคณะกรรมการเกี่ยวกับ “การค้าและการแข่งขัน”⁴² ขึ้นมาเพื่อร่วมกันพิจารณาถึงความเป็นไปได้ก็ตาม แต่ก็ได้รับเสียงคัดค้านจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจนต้องล้มเลิกไปในที่สุด⁴³ และต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1947 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ก็ได้มีความพยายามในการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยมาตรการระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจำกัดจารีตประเพณีทางการค้าแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ⁴⁴ จนกระทั่งเข้าสู่ช่วงขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) จึงได้เริ่มมีการพิจารณาประเด็นปัญหาด้านนโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศโดยการจัดตั้งคณะกรรมการการ

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁴⁰ Louis Vogel, 欧州競争法 [กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป]. 小梁吉章訳, (東京: 信山社, 2012), pp 11-12.

⁴¹ Masahiro Murakami, EC 競争法 [EC 独占禁止法] [EC Competition Law], 第2版. (東京: 弘文堂, 2001), p. 2.

⁴² Takaji Kanai, Noboru Kawahama, and Fumio Sensui, 独占禁止法 [กฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 弘文堂, 2010), p. 429.

⁴³ Makoto Kurita, 国際ルール形成と開発途上国—グローバル化する経済法制改革— [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries], p. 118.

⁴⁴ General Agreement on Tariffs and Trade, Restrictive Business Practices, Geneva (May 1959).

แข่งขัน (Competition Committee)⁴⁵ ขึ้นมาอย่างเป็นรูปธรรม* และช่วงเวลาที่ควบคู่กัน การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ได้มีการพิจารณานโยบายการแข่งขันโดยเปรียบเทียบ จากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา** โดยการจัดทำแนวปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับบริษัทข้ามชาติและ รายงานผลการศึกษาวิจัย และในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าความร่วมมือระหว่างประเทศที่มี ประสิทธิภาพมากที่สุด คือ เครือข่ายการแข่งขันระหว่างประเทศ (International Competition Network: ICN)*** ภายใต้ความคิดริเริ่มและสนับสนุนจากสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นความร่วมมือ ระหว่างองค์กรกำกับดูแลกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสารและให้ความร่วมมือกันทั้งในด้านการวิจัยตลอดจนการถ่ายทอดประสบการณ์การบังคับใช้ กฎหมายของประเทศของตน⁴⁶



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁵ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, อเมริกา独占禁止法 [United States Antitrust Laws], p. 357.

* รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู OECD: Restrictive Practices, Comparative Summary of Legislations in Europe and North America, May 1964; Restrictive Business Practices Relating to Patents and Licenses, 1972.

** สำหรับประเด็นที่ควรระบุนไว้ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขัน โปรดดู, ทักษิณ ฤกษ์สุด, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, หน้า 23 - 26.

*** สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ ICN โปรดดู Eleanor. M. Fox, "Linked-in; Antitrust and the Virtues of a Virtual Network," The International Lawyer 43(2009): 151-174.

⁴⁶ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, อเมริกา独占禁止法 [United States Antitrust Laws], pp. 359-362.

2.2.3.2 การสร้างกฎกติการะหว่างประเทศ* เกี่ยวกับกฎหมาย

แข่งขันทางการค้า

เมื่อกล่าวถึงกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎกติการะหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางด้านการค้า (รวมถึงมาตรการด้านภาษี มาตรการที่มีใช้ภาษี มาตรการด้านเงินตราตลอดจนมาตรการด้านการลงทุน) จะพบว่าโดยหลักแล้วมีผลผูกพันกับประเทศสมาชิก แต่ในกรณีของกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นจะขึ้นอยู่กับนโยบายและการตัดสินใจภายในประเทศเป็นหลักซึ่งประเด็นนี้อาจเป็นจุดอ่อนของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศก็ได้⁴⁷ ประกอบกับเหตุผลที่ว่ากฎกติการะหว่างประเทศจะถูกนำมาใช้สำหรับกรณีของอุปสรรคของรัฐ (国家の障壁) ในการออกมาตรการจำกัดการค้านั้นจะไม่ใช้กับกรณีที่เป็นอุปสรรคทางด้านเอกชน (私的障壁) เช่น พฤติกรรมการค้าระหว่างภาคเอกชนด้วยกัน เป็นต้น ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายภายในแทน

กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายภายในมีสภาพบังคับใช้ภายในประเทศ การที่จะนำกฎหมายของประเทศของตนไปบังคับใช้กับประเทศอื่นนั้นเป็นไปได้ยาก ประกอบกับในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันในด้านการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้นแนวทางการสร้างกฎกติการ่วมกันระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันจึงนิยมใช้แนวทางที่เรียกว่า “soft law approach”⁴⁸ ซึ่งไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย มากกว่าแนวทางที่แข็งกระด้างหรือที่เรียกว่า “hard law approach” ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเงินและอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา การลงทุนตลอดจนข้อเรียกร้องจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจะอยู่ในลักษณะของ soft law approach ซึ่งจะปรากฏคำนี้ได้จากเอกสารของ

* ในที่นี้ผู้เขียนใช้คำว่า “การสร้างกฎกติกา” แต่ในความเป็นจริงจะเป็นในลักษณะของ “ฉันทามติ” หรือ “กระบวนการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง”.

⁴⁷ Norio Komuro, *ゼミナール国財経済法入門* [สัมมนา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ], (東京: 日本経済新聞社, 2003), หน้า 16.

⁴⁸ Makoto Kurita, *国際ルール形成と開発途上国—グローバル化する経済法制改革—* [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries], p. 118.

OECDหรือจากเอกสารของสหประชาชาติ เป็นต้น⁴⁹

สำหรับแนวคิด “soft law approach” ในที่นี้ หมายถึง การตกลงร่วมมือกันในระดับระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งเป็น “Forum” ในรูปแบบพหุภาคีหรือทวิภาคีหรือรูปแบบข้อตกลงในระดับภูมิภาคซึ่งเป็นความร่วมมือกันโดยปราศจากผลผูกพันทางกฎหมาย หรือในกรณีของ Forum ระดับพหุภาคี เช่น WTO UNCTAD หรือ OECD เป็นต้น แม้อาจมีจุดประสงค์เพื่อก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแต่เนื่องจากขาดองค์ประกอบด้าน “เจตนาในการทำข้อตกลงร่วมกัน”⁵⁰ จึงทำให้เกิดข้อจำกัดด้านการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ และอาจใช้ในรูปแบบของแนวปฏิบัติที่ดี (best practices) ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาด้วย

รูปแบบของ Forum ในสาขากฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับด้วยกัน ได้แก่ 1. ระดับพหุภาคี (multilateral) เป็นการเข้าร่วมเป็นสมาชิกจากประเทศหลายๆ ประเทศ ได้แก่ UNCTAD OECD IMF WTO และ ICN 2. ระดับการรวมตัวในภูมิภาค (regional) และข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าเสรี ในที่นี้ ได้แก่ APEC (Asia-Pacific Economic Co-operation) FTA (Free Trade Agreement) และ EPA (Economic Partnership Agreement) และ 3. ระดับข้อตกลงด้านความร่วมมือกันแบบทวิภาคี (bilateral)⁵¹

2.2.3.3 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับแรงกดดันจากปัจจัยภายนอก

สำหรับกรณีของประเทศไทยอาจกล่าวได้ว่าที่มาหรือจุดเริ่มต้นของการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ขึ้นมาอาจเกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศและปัจจัยภายในประเทศ กล่าวคือ

สำหรับปัจจัยภายนอกประเทศนั้น เนื่องจากในช่วงปี ค.ศ. 1997 ประเทศ

⁴⁹ Norio Komuro, ゼミナール国財経済法入門 [สัมมนา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ], หน้า 15.

⁵⁰ Makoto Kurita, 国際ルール形成と開発途上国—グローバル化する経済法制改革— [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries], p. 130.

⁵¹ *ibid.*, pp.121-126.

ไทยตกอยู่ในช่วงวิกฤติเศรษฐกิจและได้รับความช่วยเหลือจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) และเพื่อให้สามารถหลุดพ้นจากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำและย่ำแย่ในขณะนั้นได้ ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปเศรษฐกิจภายในประเทศ*

ในขณะเดียวกันในประเด็นด้านความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2542 กับปัจจัยภายในประเทศนั้น เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับแนวคิดว่าด้วยการแข่งขันในตลาดเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากล ซึ่งในขณะนั้นภายในประเทศมีเสียงเรียกร้องให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเน้นการกำหนดราคาโดยรัฐเป็นหลักมากกว่าการป้องกันการผูกขาด** โดยการเพิ่มมาตรการควบคุมพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันสำหรับสินค้ารายอื่นๆ ที่นอกเหนือจากสินค้าควบคุมตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 อีกทั้งเพื่อเป็นการรองรับระบบเศรษฐกิจแบบตลาดให้มีความเป็นสากลยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากในขณะนั้นเกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์และ

* สำหรับประเทศที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจในช่วงนั้นและมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณีของประเทศไทย คือ อินโดนีเซีย ทั้งนี้ อินโดนีเซียต้องยื่นเอกสารแสดงเจตนา (Letter of Intent) ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อผูกพันในการทำข้อตกลงกับ IMF เพื่อขอรับการช่วยเหลือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่กรณีของประเทศไทยเอกสารแสดงเจตนาฯ ลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 1997 และลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ในปีเดียวกันไม่ปรากฏข้อผูกพันเกี่ยวกับรายละเอียดในการตรากฎหมายแข่งขันท่างการค้าไว้อย่างชัดเจน.

** ในช่วงที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกันการผูกขาด พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดฯ ได้กำหนดให้ต้องมีการประกาศเป็น “ธุรกิจควบคุม” จึงจะสามารถดำเนินคดีได้ ซึ่งปรากฏว่ามีแค่เพียงคดีฮั้วราคาธุรกิจน้ำแข็งแค่เพียงคดีเดียวเท่านั้น โดยได้มีการประกาศให้ธุรกิจผลิตน้ำแข็งเป็นธุรกิจควบคุม โดยการออก “ประกาศคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด ฉบับที่ 14 พ.ศ. 2523” ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดฯ มาตรา 31 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ คณะกรรมการกลางมีอำนาจกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม ...”. สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู, ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 25. Makoto Kurita, 国際ルール形成と開発途上国 -グローバル化する経済法制改革- (Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries), p. 149.

ต่อต้านร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จึงส่งผลให้ตัวบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และการบังคับใช้กฎหมายมีอุปสรรคและข้อจำกัดในหลายๆ ด้าน ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ขาดความเป็นอิสระ⁵²

2.2.3.4 กฎหมายว่าด้วยการแทรกแซงราคากับกฎกติการะหว่าง

ประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันโดยหลักแล้วมีสถานะเป็นแค่เพียงกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น การพยายามให้เกิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศจึงเป็นประเด็นที่ในแต่ละประเทศกำลังจับตามองอยู่ ดังนั้นภายใต้บริบทของมาตรการการแข่งขันทางด้านราคาก็เช่นกัน ประเทศแต่ละประเทศสามารถกำหนดกฎหมายภายในของตนได้ว่าจะมีขอบเขตการบังคับใช้ตลอดจนข้อยกเว้นต่างๆ ไปได้อย่างเสรี และเป็นที่น่าสังเกตว่ากรณีของประเทศกำลังพัฒนาที่ยังไม่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าในช่วงที่ผ่านมาต่างก็พยายามศึกษาและพัฒนารูปแบบของร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศของตนโดยการขอรับความช่วยเหลือจากกลุ่มประเทศที่มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมาก่อนเพื่อใช้ในการยกร่างกฎหมายของประเทศตน* ซึ่งในขณะเดียวกันกฎหมายว่าด้วยการให้อำนาจรัฐในการแทรกแซงราคาจะมีผลผูกพันตามข้อตกลงร่วมกันในระดับระหว่างประเทศหรือในระดับภูมิภาคหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงความชัดเจน

⁵² Williams Mark, "Competition Law in Thailand: Seeds of Success or Fainted to Fail?," *World Competition* 27, no. 3 (2004), pp. 185 – 204.

* ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1990 เป็นต้นมาได้เกิดปรากฏการณ์ “การส่งออก” กฎหมายแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่มีประสบการณ์ในการบังคับใช้ที่สูง เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น เป็นต้น และลักษณะพิเศษของกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะเน้นการพิจารณาความผิดโดยอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เป็นหลักซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Makoto Kurita, *国際ルール形成と開発途上国 –グローバル化する経済法制改革–* [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries], p. 127. Takaji Kanai, Noboru Kawahama, and Fumio Sensui, *独占禁止法* [กฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 弘文堂, 2010), p. 149.

ในแต่ละประเทศนั้นรัฐจะมีอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายภายในขึ้นมาและจะคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของชาติ (国家利益)” เป็นหลักซึ่งจะมีคุณค่าที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ (特殊的価値) อาจปฏิเสธกฎเกณฑ์หรือข้อตกลงของตลาดในระดับระหว่างประเทศได้⁵³ ดังนั้น การให้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซงทางด้านราคานี้ อาจมีทั้งทางตรงและทางอ้อม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับของการเข้าไปควบคุมโดยรัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระดับของการเข้าควบคุมกลไกราคาในตลาดโดยรัฐนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณีหลัก ๆ ดังต่อไปนี้

ก. การควบคุมราคาโดยรัฐ (Price Control)

การควบคุมราคาโดยรัฐนั้นสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทโดยเรียงตามระดับของการเข้าควบคุมราคาโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁵⁴

ระดับแรก การแทรกแซง (state intervene) ทางด้านราคาหรืออาจเรียกว่า “การกำหนดราคาโดยรัฐ” หมายถึง การที่รัฐใช้อำนาจเข้าไปจัดการในตัวโครงสร้างภายในทางด้านราคาโดยตรง ซึ่งรวมถึงต้นทุนของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วย และโดยทฤษฎีจะมีความสัมพันธ์กับความล้มเหลวของตลาด (market failure)⁵⁵ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด สำหรับวัตถุประสงค์ของรัฐในการใช้วิธีการแทรกแซงราคานี้ อาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่โดยทั่วไปแล้วรัฐมักใช้วิธีนี้ในกรณีที่สภาพเศรษฐกิจภายในประเทศอยู่สถานะที่ผิดปกติ เช่น สงคราม วิกฤติภัย วิกฤติเศรษฐกิจ เป็นต้น และเมื่อกลับเข้าสู่ภาวะปกติ โดยหลักการแล้วรัฐก็จะลดขอบเขตการแทรกแซงตามลำดับจนกระทั่งยกเลิกมาตรการการแทรกแซงในท้ายที่สุด แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ เมื่อรัฐได้ใช้วิธีการแทรกแซงราคาโดยการออกเป็นนโยบายและกฎหมายภายใน รัฐจะมีประสบการณ์และเริ่มเรียนรู้กับการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการ

⁵³ Mitsuo Matsushita, 国際経済法- 国際通商・投資の規制 - [International Economic Law - Regulation of International Trade and Investment], 第3版. (東京: 有斐閣, 2001), p. 7.

⁵⁴ ศิริวรรณ เจียมใจไพบุลย์, "ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 219 -220.

⁵⁵ Shuji Nishijima, 政府介入はどこまで正当化できるのか - 市場の失敗と政府の役割の理論 [การแทรกแซงโดยรัฐสามารถทำได้เพียงใด - ทฤษฎีว่าด้วยความล้มเหลวของตลาดและบทบาทของรัฐ] 20 May 2014. แหล่งที่มา www.yc.tcu.ac.jp/~kiyou/no6/1-03.pdf.

แทรกแซง ดังนั้นแม้สภาพเศรษฐกิจจะเริ่มกลับเข้าสู่สภาวะปกติแล้วก็ตาม สำหรับประเทศพัฒนาแล้วส่วนมากจะไม่นิยมใช้วิธีนี้ แต่จะใช้ “ราคาอ้างอิง (Reference Pricing)”⁵⁶ เพื่อเป็นดัชนีอ้างอิงว่าราคานั้นมีความสอดคล้องกับราคาที่ภาครัฐตั้งกำหนดไว้หรือไม่ ในส่วนของประเทศไทยการแทรกแซงราคาโดยตรงจะปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) – (2)

ระดับที่สอง เป็นการควบคุมราคาโดยที่รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงด้านราคาโดยตรงแต่จะใช้วิธีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถเข้าตรวจสอบและควบคุมราคาให้เป็นไปตามทิศทางที่รัฐกำหนด⁵⁷ ซึ่งรูปแบบในลักษณะนี้จะคล้ายกับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (3) – (12)

ระดับที่สาม เป็นมาตรการสอดส่องดูแลราคาสินค้าหรือมาตรการติดตามดูแลรายการสินค้า ซึ่งเป็นวิธีการที่รัฐเข้าไปมีบทบาทในการแทรกแซงราคาน้อยที่สุดซึ่งในต่างประเทศก็นิยมใช้วิธีนี้เนื่องจากส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดในระดับที่น้อยกว่าวิธีอื่นๆ ซึ่งรัฐจะต้องคอยทำหน้าที่สอดส่องดูแลราคาสินค้าที่มีความเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนภายในประเทศว่าปกติหรือไม่ หรือเป็นไปตามหลักอุปสงค์อุปทานหรือไม่ เป็นต้น สำหรับประเทศไทยจะใช้มาตรการนี้ในทางบริหารโดยมิได้นำมากำหนดเป็นมาตรการทางกฎหมาย ซึ่งอาจเรียกรายการสินค้าภายใต้การสอดส่องดูแลในลักษณะเช่นนี้ว่า “สินค้าแนะนำ” ซึ่งจะแตกต่างไปจากสินค้าควบคุม

ข. การกำกับดูแล (monitoring) ทางด้านราคา

ในกรณีนี้จะแตกต่างจากการแทรกแซงราคาตรงที่รัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่กำกับดูแลทางด้านราคาโดยจะไม่เข้าไปผู้นำในการกำหนดราคาโดยตรง แต่จะให้เอกชนเป็นผู้กำหนดราคาเอง เพียงแต่รัฐจะคอยควบคุมและสอดส่อง “พฤติกรรม” ของเอกชนในกรณีที่มีการกำหนดราคานั้นมีลักษณะที่มิชอบ (abuse) หรือไม่เป็นธรรม (unfair) หรือกรณีที่เอกชนใช้วิธีการ

⁵⁶ ศิริวรรณ เจริมใจไพฑูริย์, "ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย.", หน้า 219.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 219.

ร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาหรือการฮั้วราคา รัฐจะเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบและระงับพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองกรณีใหญ่ๆ ได้แก่

(1) กรณีที่เอกชนกำหนดราคาขายในลักษณะที่ไม่เป็น

ธรรม

การที่รัฐกำหนดกติกาหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดราคาภายใต้กรอบของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมาย คือ เพื่อมุ่งเน้นให้กลไกตลาดทำงานโดยพยายามสร้างสิ่งแวดล้อมในการทำธุรกรรมให้เหมาะสมและเอื้ออำนวยในการแข่งขันในตลาดนั้นๆ ได้ให้มากที่สุดโดยทั่วไปแล้วการกำกับดูแลทางด้านราคาจะมีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการและผู้บริโภค กล่าวคือ หากเอกชนรายหนึ่งรายใดกำหนดราคาต่ำจนเกินไปหรือที่เรียกกันว่า “ขายต่ำกว่าทุน” หรือกำหนดราคาในลักษณะเลือกปฏิบัติทางด้านราคา พฤติกรรมเช่นนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ (คู่แข่ง) ในตลาดจะไม่ส่งผลกระทบทางลบต่อผู้บริโภคแต่จะส่งผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยตรง ภายใต้แนวคิดผู้บริโภคนิยมนี้แม้การกำหนดราคาต่ำเกินต้นทุนที่เหมาะสมหากเกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคก็ไม่สมควรจะเอาผิดกับผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในทางกลับกันผู้บริโภคกลับได้รับความคุ้มครองจากพฤติกรรมดังกล่าว แต่ภายใต้กรอบแนวคิดส่งเสริมการแข่งขันทางการค้ามิได้คุ้มครองเฉพาะผู้บริโภคเท่านั้นแต่ต้องคุ้มครองผู้ประกอบการรายอื่นให้สามารถดำเนินธุรกิจในตลาดได้ภายใต้สภาพแวดล้อมที่รองรับและเหมาะสมกับกลไกตลาด ซึ่งการกำหนดราคาในระดับที่ต่ำเกินไป โดยทั่วไปจะใช้เกณฑ์ “ต้นทุน” มาเป็นตัวชี้วัดประกอบการพิจารณาความผิด ในขณะที่หากเอกชนกำหนดราคาขายที่สูงจนเกินไปจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค พฤติกรรมเช่นนี้ของผู้ประกอบการจะมีลักษณะเป็นพฤติกรรมที่มีชอบ (abuse) ประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการแย่งชิงหรือนำผลประโยชน์ของผู้บริโภคไป (exploitative abuse)

(2) กรณีที่เอกชนร่วมมือกำหนดราคาจำหน่าย

กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายที่อาศัยอยู่ในอุตสาหกรรมเดียวกันหรือต่างระดับกันใช้วิธีการสมคบกันหรือร่วมมือกันกำหนดราคาจำหน่ายให้เป็นราคาเดียวกันหรือลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลทำให้ราคาจำหน่ายนั้นสูงกว่าราคาแข่งขันในตลาด หรือที่เรียกว่าการฮั้วราคา รัฐมีหน้าที่ต้องกำกับดูแลโดยตรวจสอบพฤติกรรมเหล่านั้นจากหลักฐานของการมีเจตนาเชื่อมโยงกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อนำมาใช้ดำเนินคดีภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

เป็นที่น่าสังเกตได้ว่า ระดับของการเข้าควบคุมด้านราคา โดยรัฐในระดับที่สูงกว่า คือ ระดับการแทรกแซงและระดับของการกำกับดูแลจะยังมีความสัมพันธ์กับ ลักษณะของความเป็น “กฎหมายเศรษฐกิจ (经济法)” * กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้การบังคับใช้กฎหมายเศรษฐกิจโดยหลักต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศนั้นๆ และได้รับการยอมรับโดยมีเงื่อนไขและที่สำคัญต้องสอดคล้องกับสวัสดิการสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการสามารถจำแนกออกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีแรกเป็นมาตรการในเชิงลบหรือในเชิงตรวจสอบที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของสังคมโดยรวม และกรณีที่สองเป็นมาตรการด้านนโยบายในเชิงบวกที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจและสังคม⁵⁸

ตารางที่ 1 รูปแบบการกำกับดูแลด้านราคาโดยรัฐ

การควบคุมราคาสินค้า (Price Control)	การกำกับดูแลทางด้านราคา (Monitoring)
<p>1. มาตรการทางกฎหมาย (พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542)</p> <p>1.1 การกำหนดราคาโดยรัฐหรือการแทรกแซงทางด้านราคา</p> <p>1.2 การกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการโดยไม่เข้าแทรกแซงราคาโดยตรง</p>	<p><u>พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542</u></p> <p>1. ผู้ประกอบการกำหนดราคาในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งประกอบด้วย</p> <p>1.1 การกำหนดราคาที่สูงเกินไป</p> <p>1.2 การกำหนดราคาต่ำเกินไป</p> <p>1.3 การกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง</p> <p>1.4 การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา</p>
<p>2. มาตรการทางฝ่ายบริหาร (รายการสินค้าที่ติดตามดูแล)</p> <p>2.1 สินค้าที่มีความอ่อนไหวเป็นพิเศษ (Sensitive List)</p> <p>2.2 สินค้าที่ติดตามภาวะและสถานการณ์</p>	<p>2. ผู้ประกอบการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา</p> <p>2.1 การฮั้วราคา</p> <p>2.2 การฮั้วประมูล</p>

* สำหรับแนวคิดและที่มาของกฎหมายเศรษฐกิจ โปรดดู Akira Negishi and Ichirou Sugiura, 经济法 [กฎหมายเศรษฐกิจ], (東京: 法律文化社, 1996), pp. 4-6.

⁵⁸ Akira Negishi and Ichirou Sugiura, 经济法, pp. 6 - 7.

<p>อย่างไร้ขีดเป็นพิเศษสัปดาห์ละ 2 ครั้ง (Priority Watch List)</p> <p>2.3 สินค้าที่ติดตามภาวะและสถานการณ์</p> <p>อย่างไร้ขีดเป็นประจำทุกปี (Watch List)</p>	<p>2.3 การร่วมมือกันขึ้นราคาในลักษณะ</p> <p>คู่ขนานในอุตสาหกรรมผู้แข่งขันน้อยราย</p>
---	--

2.3 นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโดยรัฐในต่างประเทศ

จากแนวโน้มในปัจจุบันประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนมากจะเน้นการสนับสนุนนโยบายการแข่งขันทางการค้ามากกว่านโยบายการแทรกแซงหรือกำกับดูแลทางด้านราคา แต่อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศอาจกำหนดข้อยกเว้นของกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยกำหนดเป็นกฎหมายหรือนโยบายที่ให้รัฐสามารถเข้าไปทำหน้าที่กำกับดูแลได้ไม่ว่าจะเป็นทั้งทางตรงหรือทางอ้อม โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 สหรัฐอเมริกา

แม้สหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศที่มีนโยบายส่งเสริมการแข่งขันซึ่งหมายถึงเน้นกลไกตลาดภายใต้กฎหมายต่อต้านการแข่งขันหรือ Antitrust Laws ซึ่งมีกฎหมายที่สำคัญ 3 ฉบับ ได้แก่ (1) Sherman Act 1890 (2) Clayton Act 1914 และ (3) FTC Act 1914 แต่อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกามีนโยบายในการกำหนดข้อยกเว้นโดยไม่บังคับใช้กฎหมายกรณีที่เกี่ยวข้องกับเกษตรกรรมหรือประมง ได้แก่

2.3.1.1 การแทรกแซงราคากรณีฉุกเฉิน

เมื่อปี ค.ศ. 1942 สหรัฐอเมริกาได้เคยออกกฎหมายภายในประเทศประเทศที่ให้อำนาจรัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงราคาสินค้าได้ในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “The Emergency Price Control Act of 1942” กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับเก่าซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1947 ซึ่งช่วงระยะเวลาที่มีการตรากฎหมายฉบับนี้เป็นช่วงที่กำลังอยู่ในสงครามโลกครั้งที่สอง หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกฎหมายฉบับนี้ในขณะนั้น คือ

Office of Price Administration (OPA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ถูกตั้งขึ้นภายใต้ประกาศคำสั่ง (Executive Order)* ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมโดยตรงเฉพาะเรื่องการเงินค่าครองชีพ (price controls) และค่าเช่า

ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้จะมีขอบเขตไม่ครอบคลุมเรื่องการกำหนดราคาของผลิตผลทางการเกษตรโดยตรง แต่จะทำหน้าที่กำหนดราคาสูงสุดของสินค้าที่สำคัญในชีวิตประจำวัน เช่น ยางรถยนต์ รถยนต์ รองเท้า น้ำมัน น้ำตาลทราย* เนื้อสัตว์ กาแฟ อาหารสำเร็จรูป เป็นต้น

2.3.1.2 เกษตรกรรมและการลงทุนในท้องถิ่น

กฎหมาย The Farm Security and Rural Investment Act of 2002 หรือชื่อเรียกสั้น ๆ ว่า “2002 Farm Bill” มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการเข้าไปแทรกแซงกิจการทั้งหมด 10 สาขา เช่น สาขาเกษตรกรรม สาขาพลังงาน สาขาการค้า เป็นต้น โดยเฉพาะรูปแบบของการให้ความช่วยเหลือด้านเกษตรกรรม (agricultural subsidies) ซึ่งเป็นจุดเด่นของกฎหมายฉบับนี้ สำหรับตัวอย่างของรายการสินค้าที่ได้รับความช่วยเหลือจากภาครัฐตามกฎหมายฉบับนี้ เช่น ข้าว ถั่วเหลือง บุนนาค น้ำผึ้ง เป็นต้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าการที่สหรัฐอเมริกาออกกฎหมายในลักษณะที่เป็นการคุ้มครองเกษตรกรรมภายในประเทศนั้นส่งผลกระทบต่อนโยบายขององค์การการค้าโลก (WTO)

2.3.2 สหภาพยุโรป

สำหรับกรณีตัวอย่างของสหภาพยุโรปเมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกาจะมีนโยบายการแทรกแซงโดยรัฐในลักษณะที่กว้างกว่า เนื่องจากแนวคิดของสหภาพยุโรปนั้นต้องการให้

* ประกาศคำสั่ง ฉบับที่ 8875 ลงวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 1941 และต่อมาได้กลายเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้กฎหมายฉบับนี้เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1942.

* ในภายหลังน้ำตาลทรายอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยตรงของ the Sugar Rationing Administration in the Department of Agriculture และมีกฎหมายเฉพาะ คือ Sugar Control Extension Act ซึ่งมีผลบังคับใช้จนถึงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1947. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ศิริวรรณ เจียมใจไพบุลย์, "ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย."

ประเทศสมาชิกมีการรวมตัวกันให้เป็นเอกภาพมากที่สุด⁵⁹ ดังนั้น นโยบายหรือกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นในเรื่องการให้อำนาจรัฐในการกำหนดราคาจึงอาจเป็นจุดเด่นของสหภาพยุโรป จากการศึกษาในเบื้องต้น ในภาพรวมของสหภาพยุโรปซึ่งมีประเทศสมาชิกหลายประเทศ ผู้เขียนขอ ยกตัวอย่างสรุปการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาที่สำคัญๆ ได้แก่

1. ราคาสำหรับมาตรฐานการบริการที่เหมาะสม ยกตัวอย่างเช่น กิจการรถแท็กซี่นั้นมิได้มีกฎหมายออกมารองรับในเรื่องของการกำหนดราคาไว้โดยเฉพาะ⁶⁰ แต่เป็นระบบในทางเศรษฐศาสตร์ว่าจะคิดคำนวณราคาการให้บริการว่าควรอยู่ในระดับใดจึงจะได้บริการที่ได้มาตรฐานและมีความเหมาะสมกับราคามากที่สุด โดยการศึกษาเกี่ยวกับรถแท็กซี่นั้นสามารถนำไปปรับใช้กับการให้บริการรถขนส่งสาธารณะอื่นได้ด้วย

2. การกำหนดเพดานราคา (price cap) และอัตราผลตอบแทน (rate-of-return) ของสหภาพยุโรปได้ถูกนำมาใช้กับประเทศที่กำลังพัฒนาขึ้นไปเป็นส่วนใหญ่ เช่น มาเลเซีย เม็กซิโก และเปรู เป็นต้น ซึ่งจะใช้เพดานราคากับอุตสาหกรรมการสื่อสารโทรคมนาคมด้วยเช่นกัน ในขณะที่อาร์เจนตินาจะใช้เรื่องเพดานราคาแก๊สและไฟฟ้า

ในเรื่องของการกำหนดเพดานราคาโดยรัฐนั้นจะไม่สามารถกำหนดราคาที่เหมาะสมได้ในเบื้องต้น กรณีที่รัฐจะใช้วิธีการกำหนดเพดานราคาสินค้าหรือบริการสิ่งใดสิ่งหนึ่งนั้น จะต้องกำหนดเพดานราคาไว้ก่อนในเบื้องต้นและพิจารณาถึงราคาที่บริษัทต้องการอัตราผลตอบแทนกลับมา หากต้องการอัตราผลตอบแทนที่สูง รัฐก็ควรลดเพดานราคาลงมา แต่ถ้าอัตราผลตอบแทนต่ำก็ไม่จำเป็นต้องเคร่งครัดในเรื่องของเพดานราคา และที่สำคัญอีกประการหนึ่งเพดานราคานี้จะสามารถกำหนดได้เฉพาะช่วงเวลาเท่านั้น เช่น การกำหนดรอบทบทวนการพิจารณาทุกๆ ห้าปี ดังนั้น ในทางกลับกันการที่กฎหมายได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเพดานราคาอาจมีการแอบแฝงการเอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทต่างๆ ได้จึงจำเป็นต้องมีการวางระบบและกลไกการตรวจสอบให้โปร่งใส

โดยปกติแล้ว การกำหนดราคาควรปล่อยให้ไปตามกลไกตลาดและรัฐจะไม่เข้าแทรกแซง แต่อาจมีบางกรณีเพื่อป้องกันผู้บริโภคจากการถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ให้บริการ รัฐเองอาจมีการแทรกแซงในเรื่องราคาเพื่อให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม ในสหภาพยุโรปเองนั้นปัจจุบันนี้ได้มีการรวมเป็นสหภาพยุโรป (European Union) ดังนั้น ในการควบคุมและดูแลต่างๆ

⁵⁹ Masahiro Murakami, EC 競争法 [EC 独占禁止法] [EC Competition Law], p. 2.

⁶⁰ George W. Douglas, "Price Regulation and Optimal Service Standard: The Taxicab Industry," Journal of Transport Economics and policy May(1972).

ที่เกิดขึ้นในยุโรปจะมีการตรากฎหมายภายในสหภาพยุโรปเพื่อใช้บังคับต่อรัฐสมาชิกซึ่งรวมถึงในเรื่องราคาด้วยเช่นกัน สหภาพยุโรปเองก็ได้มีการควบคุมในเรื่องราคา โดยจะควบคุมกับสินค้าบางประเภทที่มีความสำคัญ ดังนี้

2.3.2.1 เครื่องใช้ไฟฟ้า

กรณีของเครื่องใช้ไฟฟ้า สหภาพยุโรปได้กำหนดนโยบายที่มีแรงจูงใจให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในกิจการเครื่องใช้ไฟฟ้าโดยได้มีการรับประกันราคาซึ่งเป็นหนึ่งในนโยบายตาม long-term Power Purchase Agreements ตัวนักลงทุนเองเมื่อได้ผลิตสินค้าก็มีความมุ่งหวังว่าจะสามารถกำหนดราคาเครื่องใช้ไฟฟ้าที่ผลิตได้ แต่ด้วยเหตุผลนโยบายทางการเมืองทางสังคมตลอดจนทางเศรษฐกิจส่งผลให้ต้องมีการควบคุมการแข่งขันทางการค้าเพื่อความมั่นคงทางอุตสาหกรรมภายใน ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงราคาเครื่องใช้ไฟฟ้า โดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission) ได้ให้เหตุผลไว้ว่า ตลาดเสรี คือ การควบคุมว่าผู้ผลิตจะสามารถผลิตสินค้าเพื่อให้พอดีกับความต้องการของผู้บริโภคได้หรือไม่ แต่ในตลาดที่ต้องการการแข่งขันนั้นจะต้องใช้กลไกราคาเข้ามาเกี่ยวข้องเพราะราคาที่เพิ่มขึ้นทำให้การลงทุนในธุรกิจมีมากขึ้น แต่ความต้องการยังคงมีจำกัดอยู่ * ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลให้มีการออก “กฎหมายว่าด้วยตลาดเครื่องใช้ไฟฟ้า” หรือ Electricity Market Directive (Directive 2009/72) ขึ้นมา ซึ่งต่อเนื่องมาจากกฎหมายฉบับเก่า คือ Directive ฉบับที่ 1996/92 ที่มีสาระสำคัญว่าด้วยการแทรกแซงราคาที่ต้องอยู่ภายใต้เหตุผลที่สมควรเท่านั้น โดยให้มีการควบคุมที่เป็นอิสระและไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจภายในรัฐสมาชิกที่กำหนดเองได้ (not national regulatory authorities)

* Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council: Concerning Measures to Safeguard Security of Electricity Supply and Infrastructure Investment: in a liberalized market...private investors are expected to ensure that sufficient capacity is available to meet demand. In general terms, the price mechanism is the way that this is expected to be achieved in the competitive market. As prices rise investment will become viable and either more capacity will come on stream, or demand will be constrained.

2.3.2.2 การขายพื้นที่ทางการเกษตร

เนื่องจากพื้นที่ทางการเกษตรเป็นหนึ่งในต้นทุนที่จะต้องมาใช้ในการคำนวณราคาสินค้าเกษตร โดยจะแบ่งประเภทในเรื่องการกำหนดราคาซื้อขายกันแตกต่างกันไปตามการได้มาหรือการถือครองโดยประชาชนในประเทศเองหรือนักลงทุนจากต่างแดน ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากการรวมตัวเป็นสหภาพยุโรปที่ส่งผลทำให้มีการส่งผ่านสินค้าและบริการร่วมกันสำหรับระบบการเกษตรก็เช่นเดียวกัน พื้นดินที่ใช้ในการเกษตรก็เริ่มมีการใช้พื้นที่ร่วมกันมากขึ้น ซึ่งการใช้พื้นที่ร่วมกันดังกล่าวส่งผลกระทบต่อราคาที่ดินในระยะยาว แต่อย่างไรก็ดีแม้แต่ประเทศที่ออกกฎหมายในเรื่องนี้มาใช้บังคับ แต่กฎหมายในเรื่องราคาซื้อขายที่ดินการเกษตรก็ยังไม่พบจุดอ่อนหรือข้อจำกัด มีเพียงฝรั่งเศส* และรัฐบางรัฐในเยอรมัน** เท่านั้นที่มีองค์กรที่เข้ามาบริหารจัดการ



* วิธีการในการกำหนดราคาของฝรั่งเศสจะดำเนินการโดยองค์กรที่ชื่อ SAFER ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการเจรจาตกลงการซื้อขายระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อ หากผู้ขายและผู้ซื้อไม่สามารถตกลงราคากันได้ SAFER ก็อาจเสนอราคาอื่นหรือผู้ซื้อรายอื่นเพื่อเป็นทางเลือก แต่ SAFER จะมีอำนาจเหนือในการที่จะกำหนดว่าจะให้มีการซื้อขายหรือการเช่าอย่างไรที่จะตรงตามวัตถุประสงค์ขององค์กร นอกจากนี้แล้วถ้าตกลงซื้อขายกันในราคาที่ไม่เหมาะสม องค์กรนี้ก็อาจทำการตรวจสอบข้อสงสัยว่าได้มีการซื้อที่ดินไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องหรือไม่ จ่ายตรงตามจำนวนนั้นจริงหรือไม่.

** ในเยอรมันในรัฐทางตะวันออก ผู้บริหารของรัฐนั้นจะกำหนดราคาขายสูงสุดสำหรับเจ้าของที่ดินที่จะขายให้แก่ผู้ที่ทำการเช่า และเช่าใช้พื้นที่เพื่อทำการเกษตรของตน โดยมีการกำหนดในกฎหมายชื่อ Compensation and Indemnity Act and the Regulation on the Acquisition of Agricultural Areas แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันในเรื่องราคาที่ดินเหล่านี้ก็มักจะเบี่ยงเบนตามค่าอุปสงค์อุปทานและอำนาจในการต่อรองของผู้ขายกับผู้ซื้อด้วย ทำให้ราคาที่กำหนดไว้ให้ซื้อขายกับราคาซื้อขายจริงนั้นไม่ค่อยตรงกัน.

2.3.2.3 การควบคุมกิจการยารักษาโรค

การควบคุมเกี่ยวกับกิจการยารักษาโรคนั้น ในประเทศนอร์เวย์⁶¹ ได้กำหนดนโยบายพิเศษขึ้นมาเพื่อควบคุมกิจการยารักษาโรค โดยในปัจจุบันได้มีการกำหนดในรูปแบบของ “ราคาอ้างอิง” หรือที่เรียกกันว่า Reference Pricing (RP) มาแทนที่กฎหมายว่าด้วยการกำหนดเพดานราคาสูงสุดหรือ Price Cap Regulation ในปี ค.ศ. 2003 โดย RP นี้จะส่งผลทำให้ยารักษาโรคมีราคาต่ำลงโดยเฉพาะยารักษาโรคในหลายๆ บริษัท อีกทั้งยังทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดยารักษาโรคประเภทยาสามัญมากขึ้น สำหรับกิจการยารักษาโรคจะมีความพิเศษกว่าสินค้าประเภทอื่น กล่าวคือ การมีสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคซึ่งจะทำให้ยารักษาโรคที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองมีราคาแพงจนกระทั่งเมื่อสิทธิบัตรที่คุ้มครองนั้นหมดอายุยารักษาโรคนั้นจะกลายเป็นยาสามัญที่มีราคาถูกลง

ในสหภาพยุโรป นโยบายในเรื่องยารักษาโรคนั้นอาจมีความแตกต่างกันออกไป ในบางประเทศมีการควบคุมกลไกเรื่องตลาดยารักษาโรคน้อยมาก เช่น อังกฤษ เยอรมนี เป็นต้น ซึ่งทำให้มีการแข่งขันมากกว่าประเทศที่ควบคุมราคายารักษาโรคอย่างใกล้ชิดและเคร่งครัด เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี นอร์เวย์ เป็นต้น สำหรับระบบ RP เป็นระบบที่บริษัทผลิตยารักษาโรคจะสามารถกำหนดราคายารักษาโรคได้เอง แต่จะมีกฎหมายที่กำหนดราคาขายพื้นฐานในรูปแบบของราคาอ้างอิงหรือ reference price ไว้กำกับและควบคุม แต่ถ้าผู้บริโภคเลือกที่จะจ่ายแพงกว่าราคาที่กฎหมายกำหนดก็ถือว่าผู้บริโภคประสงค์จะจ่ายส่วนต่างในราคารุนั้นโดยราคาขายพื้นฐานจะกำหนดจากระดับราคายารักษาโรคที่ต่ำสุดและสูงสุดในตลาด

สหภาพยุโรปได้มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องราคายารักษาโรคมาตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา⁶² แต่ประเทศสมาชิกสามารถปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไปได้ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคในสหภาพยุโรปนั้นได้ประโยชน์จากการบริโภคราคายาที่ต่ำลง แต่อย่างไรก็ดีราคายาที่ต่ำลงนั้นส่งผลกระทบให้บริษัทยานั้นมีผลกำไรลดลงทำให้มีเงินสำหรับการค้นคว้าและพัฒนายาน้อยลง ปัจจุบันนี้มีคณะกรรมการที่ควบคุมเกี่ยวกับการส่วนที่เป็นยาใน Competition Directorate General of the Commission(2009) และมีองค์กรดูแลด้านยาชื่อว่า European

⁶¹ Kurt R. Brekke Tor Helge Odd Rune Straume, *Regulation, generic competition and pharmaceutical prices: Theory and evidence from a natural experiment*, December 19, 2007.

⁶² Joseph Golec and John Vernon, *European Pharmaceutical Price Regulation, Firm Profitability, and R&D Spending*.

Medicines Agency (EMA) กฎหมายที่ควบคุมในเรื่องราคา รวมถึงราคาขายด้วยคือ Directive 89/105/EEC หรือ Transparency Directive

2.3.2.4 พลังงาน⁶³

สำหรับธุรกิจพลังงานนั้น สหภาพยุโรปมีสนธิสัญญา Energy Community Treaty ออกมาและนอกจากนี้ยังมี Directive ฉบับที่ 2003/54/EC และฉบับที่ 2003/55/EC โดยมีผลบังคับใช้กับลูกค้าประเภท non-household customers ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2008 และลูกค้าทั่วไปในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 โดยให้สิทธิลูกค้าในการเลือกผู้ขายโดยอิสระและยังไม่ปรากฏข้อจำกัดของกฎหมายแต่อย่างใด ในตอนนี้กฎหมายจึงยังไม่บังคับกับลูกค้าประเภท household และธุรกิจขนาดย่อมรวมถึงธุรกิจขนาดกลางและขนาดใหญ่ ลูกค้าเหล่านี้จึงเป็นลูกค้าประเภทที่เรียกว่า “tariff consumer” ซึ่งหมายถึงลูกค้าที่ยังมีพันธะผูกพันด้านสัญญาอยู่และจะต้องชำระค่า end-user price ในกรณีที่มีการเลิกสัญญา

การเลือกผู้ขายโดยอิสระ หมายถึง การที่ลูกค้าสามารถต่อรองราคากับผู้ขายได้เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดไฟฟ้าและแก๊ส ส่วนประเด็นที่ต้องแก้ไขก็เนื่องจากการมี end-user price ในการแข่งขันในตลาดไฟฟ้าจะทำให้โครงสร้างของตลาดจริงๆถูกบิดเบือนไป และทำให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงในการผลิต และอันตรายต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศ end-user price นั้นมีข้อดีคือทำให้ในขณะที่ใช้บริการ ผู้บริโภคจะได้ใช้สินค้าในราคาที่ต่ำ รวมถึงค่าขนส่งด้วย แต่เงื่อนไขเหล่านี้มันไม่ได้เป็นตัวกระตุ้นให้มีลูกค้ารายใหม่ขึ้นมาอย่างแท้จริงด้วยผู้บริการที่มีจำนวนจำกัดเช่นนี้ จึงไม่ได้เกิดการพัฒนาของตลาดเพราะไม่มีการแข่งขันกัน Directive 2003/54/EC⁶⁴ และ Regulation 1228/2003 จึงกำหนดมาเพื่อให้ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมแรกเข้า รวมถึงการกระจายสินค้า

⁶³ Energy Community Secretariat, "Regulated Energy Prices in the Energy Community-State of Play and Recommendations for Reform,"(2012). 25 May 2012.

⁶⁴ Directive 2003/54/EC, (6), for competition to function, network access must be non-discriminatory, transparent and fairly priced.

(24) Member States should ensure that household customers and, where Member States deem it appropriate, small enterprises, enjoy the right to be supplied with electricity of a specified quality at clearly comparable, transparent and reasonable prices.

2.3.2.5 การสื่อสารโทรคมนาคม

อุตสาหกรรมการสื่อสารโทรคมนาคมนั้น ได้มีการตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาอันมีลักษณะเอาเปรียบผู้บริโภค⁶⁵ โดย Commission Decision ได้ตัดสินว่ามีความผิดตามผิดมาตรา 82 (เดิม) ซึ่งมีสองคดีที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ระบบการสื่อสารโทรคมนาคมของอังกฤษเป็นแบบผูกขาดมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 ทั้งๆ ที่สนธิสัญญาได้ระบุว่าให้ดำเนินการภาคโทรคมนาคมแบบเสรีเต็มระบบเมื่อปี 1998

โดยคดีแรกนั้นคณะกรรมการได้มีคำตัดสินภายใต้มาตรา 82 (เดิม) ของกฎหมายเกี่ยวกับราคาในระบบโทรคมนาคมของเยอรมนี (Deutsche Telekom's pricing) จากข้อเท็จจริงพบว่าบริษัท Deutsche Telekom (DT) ได้มีระบบชุดรีดในเรื่องราวโดยมีการเรียกเก็บเงินแรกเข้าสำหรับผู้ประกอบการค้าส่งหรือ wholesale access สูงกว่าเงินค่าบริการแรกเข้าผู้ให้บริการรายย่อย (retail line) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการรายอื่นเข้ามาสู่ตลาดได้เพื่อลดการแข่งขันทางด้านราคาและสุดท้ายส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค

ส่วนคดีที่สองเป็นการตัดสินเกี่ยวกับกระบวนการภายใต้มาตรา 82 ของสนธิสัญญา เนื่องด้วยกลยุทธ์ทางด้านราคาของบริษัท Wanadoo ในฝรั่งเศสในการให้บริการ ADSL ซึ่งเป็นอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงกว่ามีการให้บริการโดยบริษัทเดียวคือ France Telecom ซึ่งมีบริษัท wanadoo โดยกลยุทธ์ของบริษัท wanadoo คือมีการกำหนดราคาค่าบริการนั้นให้มีราคาต่ำกว่าราคาค่าใช้จ่ายที่เป็นจริงเพื่อเป็นการขายต่ำกว่าทุนให้ตนกลายเป็นผู้ให้บริการรายเดียว

ต่อมาเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2010 ศาลหรือ Court of Justice: ECJ จึงได้มีการตัดสินฎีกาเรื่องเกี่ยวกับภาษีในการสื่อสารระหว่างประเทศ (International roaming tariffs) เป็นมาตรการที่ชอบในการบังคับใช้กับตลาดภายในของรัฐสมาชิกหรือไม่สหภาพยุโรปได้มีการกำหนดขอบเขตราคาในแต่ละบริษัทสามารถเรียกเก็บได้ในการสื่อสารระหว่างประเทศที่เป็นรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปภายใต้กฎระเบียบ Regulation 717/2007 (Roaming Regulation) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดราคาทั้งค้าส่งและค้าปลีก ผู้ประกอบกิจการในอังกฤษได้ยื่นเรื่องเสนอให้ ECJ ตัดสินว่าการกระทำของสภายุโรปตามมาตรา 114 แห่ง Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ที่กำหนดให้ออกมาตรการที่เหมาะสมได้ แต่

⁶⁵ Robert KLOTZ and Jerome FEHRENBACH, Directorate-General Competition, unit C-1, Two Commission decisions on price abuse in the telecommunications sector.

กฎหมายของแต่ละรัฐแยกต่างหากแตกต่างกันไปโดยสิ้นเชิง ทำให้เกิดอุปสรรคในการที่จะปฏิบัติตาม Regulation แต่ศาลเห็นว่ากฎหมายของแต่ละรัฐมันไม่ได้ต่างกัน แต่ราคาของผู้ประกอบการแต่ละรายต้องการต่างหากที่แตกต่างกัน ประกอบกับประการที่สอง ประเด็นที่พ้องเกี่ยวกับความเหมาะสมนั้นจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ภายในของรัฐ คือ ต้องไม่เป็นการสร้างอุปสรรคในการค้าขายของรัฐสมาชิก แต่ศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์หลักของมาตรา 114 คือ เพื่อต้องการขจัดอุปสรรคในเสรีภาพการขนส่งสินค้า บริการและเงินทุน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์และบริบทของกฎหมายที่ตราออกมาจะทำให้เกิดอุปสรรคในทางการค้าหรือไม่

ในคดีนี้ ในที่สุดศาลได้ตัดสินว่าหากราคาที่กำหนดนั้นมีความเหมาะสม และเพื่อเป็นการป้องกันการที่ผู้บริโภคจะต้องจ่ายเกินสมควรนั้นสามารถยอมรับได้ โดยจะพิจารณาจากหลักของความเหมาะสมเป็นเหตุ แต่ในคดีนี้ข้อเท็จจริงพบว่าราคาเพดานที่กำหนดไว้อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าค่าบริการกลางซึ่งไม่เหมาะสม

2.3.2.5 ข้อยกเว้นตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ข้อยกเว้น (Exemption) ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law) ของสหภาพยุโรปภายใต้ TFEU มาตรา 101 (3)^{*} เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้อนุญาตพฤติกรรมบางประเภทแม้เป็นพฤติกรรมที่เป็นการร่วมมือจำกัดการแข่งขัน (concerted practice) ภายใต้เหตุผลด้านประสิทธิภาพที่เหนือกว่าผลจากการจำกัดแข่งขัน ข้อยกเว้นดังกล่าวมิได้มีความเกี่ยวข้องกับนโยบายหรือมาตรการของรัฐในการเข้าไปแทรกแซงกลไกราคาโดยตรงภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่สหภาพยุโรปสามารถกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องของการกำหนดเพดานราคาในอุตสาหกรรมเฉพาะได้ตามตัวอย่างที่ได้อธิบายมาข้างต้น

สำหรับข้อยกเว้นการไม่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในอุตสาหกรรมบางอุตสาหกรรม (sector) ที่มีความพิเศษเฉพาะตัวในที่นี่อาจหมายถึงรวมถึงกรณีการบังคับใช้กฎหมายที่น้อยกว่าในอุตสาหกรรมอื่นๆ โดยทั่วไป⁶⁶ โดยประกอบด้วยเหตุผลทางด้าน

^{*} รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวปฏิบัติ (guideline) ด้านการบังคับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 81 (3) เดิม โปรดดู Communication from the Commission Notice Guideline on the application of Article 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08).

⁶⁶ Vogel, 欧州競争法, p.14.

การเมืองภายในประเทศหรือที่มีลักษณะร่วมกันภายในสหภาพยุโรปด้วยกัน โดยการกำหนดเป็นข้อยกเว้น ได้แก่ (1) อุตสาหกรรมการป้องกันตนเอง โดยมาตรา 346 (1) b แห่ง TFEU กำหนดว่าประเทศสมาชิกสามารถกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการผลิตและการจัดจำหน่ายสินค้าทางการทหารตลอดจนวัตถุประสงค์ต่างๆ ได้ภายใต้การพิจารณาถึงความจำเป็นในการคุ้มครองผลประโยชน์ที่สำคัญซึ่งหมายถึงความปลอดภัย ดังนั้นหากสินค้านั้นมิได้มีความเกี่ยวข้องกับทางการทหารจะไม่อนุญาตให้สามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขด้านการแข่งขันภายใต้ขอบเขตตลาดภายในประเทศสมาชิกได้ ทั้งนี้ได้มีการกำหนดรายการสินค้าไว้ในมาตรา 346 (1) b เพื่อให้เกิดความชัดเจน⁶⁷ (2) เกษตรกรรม โดยมาตรา 39 แห่ง TFEU ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะไม่เป็นอุปสรรคในการเกิดขึ้นและบรรลุถึงวัตถุประสงค์ทางด้านนโยบายการเกษตรร่วมกัน เป็นต้น

ในขณะที่บางอุตสาหกรรมมิได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นโดยตรงแต่ถือว่าเป็นอุตสาหกรรมที่เข้าข่ายลดหย่อนผ่อนคลายเป็นด้านการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งแต่เดิมเคยเป็นกิจการที่เป็นการผูกขาดธรรมชาติ (natural monopoly) แต่ในปัจจุบันมีการแข่งขันเพิ่มขึ้น เช่น (1) กิจการไฟฟ้า (Directive ฉบับที่ 2003/54/EC) และแก๊ส (Directive ฉบับที่ 2003/55/EC) โดยได้วางหลักการในการแยกระหว่างผู้ประกอบการที่มีอุปกรณ์สายส่งตลอดจนเครือข่ายและผู้ประกอบการด้านการบริหารเครือข่ายออกจากกัน ซึ่งหมายถึงการแบ่งประเภทของผู้ประกอบการในกรณีที่เป็นการควบรวมกิจการในแนวตั้ง* (2) กิจการขนส่ง ตามมาตรา 100 (1) แห่ง TFEU ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของการขนส่งซึ่งได้แก่ การขนส่งทางรางรถไฟ การขนส่งทางบก และการขนส่งทางน้ำ และมาตรา 100 (2) ได้กำหนดขอบเขตอำนาจแก่คณะกรรมาธิการ (the European Council) และสภายุโรป (European

⁶⁷ Ibid., p 15. และนอกจากนี้ มาตรา 346 เป็นบทบัญญัติที่ประเทศสมาชิกเป็นฝ่ายเรียกร้องขึ้นมาก็ไม่ใช่เกิดจากผู้ประกอบการ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดเหมือนกับข้อยกเว้นกรณีอื่นๆ และในกรณีที่สินค้าทางการทหารถูกนำไปใช้วัตถุประสงค์อื่นก็จะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า.

* ทั้งนี้ กิจการไฟฟ้าและแก๊สเปิดให้มีการแข่งขันเสรีระหว่างผู้ประกอบการได้ตั้งแต่วันที่ 1 เดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004 เป็นต้นมา ส่วนผู้ใช้บริการอื่นที่มีใช้ผู้ประกอบการเปิดเสรีตั้งแต่วันที่ 1 เดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2007 ทั้งนี้กลไกของตลาดจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานที่เป็นองค์กรอิสระโดยห้ามมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการเข้ามาลงทุนในตลาดเครือข่าย.

Parliament) ในการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลและการขนส่งทางอากาศที่เหมาะสม ** แต่อย่างไรก็ตาม นโยบายของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกิจการขนส่งในปัจจุบันได้ยกเลิกข้อยกเว้นด้านกิจการขนส่ง ยกตัวอย่างเช่น Regulation ฉบับที่ 1419-2006 (วันที่ 25 เดือนกันยายน ค.ศ. 2006) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลและ Regulation ฉบับที่ 1459-2006 (วันที่ 28 เดือนกันยายน ค.ศ. 2006) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศ⁶⁸ และนอกจากนี้ยังได้กำหนด Directive ให้มีการแข่งขันที่เสรี * (3) ไปรษณีย์และโทรคมนาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการโทรคมนาคมได้มีการออก Directive ฉบับที่ 2002-21 (วันที่ 7 เดือนมีนาคม ค.ศ. 2002) เกี่ยวกับการกระจายการให้บริการโทรคมนาคมร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองความเสมอภาคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการโทรคมนาคม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตตลาดเฉพาะโดยกำหนดให้ผู้ประกอบการรายเดิมซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในขอบเขตตลาดที่กำหนดและยังได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายเดิมที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาลงทุนได้โดยง่าย ซึ่งการเปิดเสรีการแข่งขันจะส่งผลทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้ารับบริการภายในทุก ๆ พื้นที่ได้ไม่ว่าจะอยู่ที่ไหนก็ตามในราคาที่เหมาะสม (universal service) ** เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามกิจการ

** สำหรับ Regulation ฉบับที่ 17 – 62 (วันที่ 6 เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1962) ได้บัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ในกิจการขนส่งโดยกำหนดให้การขนส่งทางบก ทางทะเลและทางอากาศเป็นบทบัญญัติพิเศษ และต่อมา Regulation ฉบับที่ 1 – 2003 (วันที่ 16 เดือนธันวาคม ค.ศ. 2002) ได้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิเศษแต่ยังคงไว้ซึ่งสารบัญญัติที่สำคัญเท่านั้น.

⁶⁸ Vogel, 欧州競争法, p. 15.

* ยกตัวอย่างเช่น Directive ฉบับที่ 2007-58 (วันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 2007) ที่บัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเสรีด้านการแข่งขันในธุรกิจบริการรถไฟระหว่างประเทศซึ่งมีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2010 เป็นต้นมา.

** สำหรับกรณีของกิจการไปรษณีย์ก็เช่นเดียวกัน ได้มีความพยายามพัฒนาคุณภาพการให้บริการไปรษณีย์ภายในประเทศสมาชิกโดยได้เริ่มออก Directive ฉบับที่ 97-67 (วันที่ 15 เดือนธันวาคม ค.ศ. 1997) และต่อมาได้แก้ไขเป็น Directive ฉบับที่ 2002-39 (วันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 2002).

ที่ได้รับการยกเว้นดังกล่าวข้างต้นก็ยังต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรภายในประเทศอย่างเคร่งครัดเนื่องจากบางกรณีผู้ประกอบการอาจอ้างการทำธุรกิจภายใต้ข้อยกเว้นในลักษณะที่มีชอบเพื่อหลีกเลี่ยงข้อกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้

2.3.3 ญี่ปุ่น

ในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งเกิดปรากฏการณ์ภาวะเงินเฟ้อขึ้นภายในประเทศ ญี่ปุ่นได้เคยมีการตรากฎหมายให้อำนาจรัฐเพื่อการรักษาไว้ซึ่งระบบสังคมและเศรษฐกิจที่มีความเสถียรภาพในด้านค่าครองชีพจึงได้กำหนดราคาสินค้าอุปโภคในชีวิตประจำวันบางรายการเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคภายในประเทศ แต่ในปัจจุบันมีเพียงกฎหมายฉบับเดียวที่ยังมีผลบังคับใช้ในการกำหนดราคา คือ กฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าครองชีพ (物価統制令) ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1946 แทนกฎหมายฉบับเดิม คือ “กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาและอื่นๆ (価格等統制令)” ซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1939 และรายการสินค้าส่วนใหญ่ถูกยกเลิกในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1952* และหลังจากนั้นเป็นต้นมาจนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 2002 มีเพียงรายการของการบริการเดียวเท่านั้นที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ การกำหนดอัตราค่าบริการห้องอาบน้ำสาธารณะ (大衆浴場) และยังคงมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองด้านวัฒนธรรมและความเป็นอยู่ในชีวิตประจำวันของชาวญี่ปุ่น

ในช่วงปี ค.ศ. 1973 ได้เกิดปรากฏการณ์วิกฤติทางเศรษฐกิจภายในประเทศครั้งใหญ่ที่เรียกว่า “Oil Shock: オイルショック” ครั้งที่ 1 ซึ่งส่งผลทำให้เกิดภาวะเงินเฟ้อ อัตราค่าครองชีพถีบตัวสูงขึ้นผิดปกติจนทำให้ผู้บริโภคได้รับผลกระทบเนื่องจากราคาสินค้าสูงขึ้นมาก⁶⁹ จนกระทั่งเกิดแนวคิดที่จะอาศัยอำนาจคณะรัฐมนตรีในการออกประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าครองชีพอีกครั้งหนึ่งสำหรับสินค้าทุกประเภท แต่เนื่องจากมีปัญหาเรื่องเจ้าหน้าที่ของภาครัฐในการบังคับใช้กฎหมายที่มีจำนวนไม่เพียงพอสุดท้ายแล้วจึงไม่สามารถใช้กฎหมายฉบับนี้ได้ในขณะนั้น แต่ได้มีการตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาใช้บังคับแทน คือ “กฎหมายว่าด้วย

* มาตรการกำหนดราคาข้าวสารได้ถูกยกเลิกเมื่อปี ค.ศ. 1972 แอลกอฮอล์สำหรับโรงงานอุตสาหกรรมได้ถูกยกเลิกเมื่อปี ค.ศ. 2001.

⁶⁹ Atsushi Omura, 消費者法 [กฎหมายผู้บริโภค], 第4版. (東京: 有斐閣, 2011), p. 6.

มาตรการฉุกเฉินด้านเสถียรภาพของความเป็นอยู่ของประชาชน (国民生活安定緊急措置法)” เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1973 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพด้านชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศจึงจำเป็นต้องออกมาตรการพิเศษฉุกเฉินที่เกี่ยวข้องกับการปรับสมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานตลอดจนราคาสินค้าที่สำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศและรายการสินค้าที่มีความสัมพันธ์ในระดับสูงกับความเป็นอยู่ในชีวิตประจำวันทั่วไป ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายฉบับนี้จะถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีที่เกิดสภาวะผิดปกติทางเศรษฐกิจภายในประเทศเท่านั้น เช่น กรณีที่ค่าครองชีพสูงผิดปกติ เป็นต้น และในปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ก็ยังมิได้ถูกยกเลิก

นอกจากนี้ สำหรับประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของการทำธุรกรรมในตลาดบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดค้าส่งด้านสินค้าเกษตรและสินค้าประมงของญี่ปุ่น ซึ่งได้มีการตรา “กฎหมายว่าด้วยตลาดค้าส่ง (卸売市場法)” โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 โดยมาตรา 35 ได้กำหนดเกี่ยวกับวิธีการขายสินค้าเกษตรในตลาดค้าส่งว่าโดยทั่วไปต้องใช้ระบบการประมูล (セリ売り・入札) แต่มีข้อยกเว้นในมาตรา 35 (2) ว่าหากเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติอนุญาตให้สามารถกลับมาใช้ระบบเดิม คือ ระบบการเจรจาต่อรองซื้อขายทั่วไป (相対取引) ได้ ซึ่งแม้ว่ากฎหมายว่าด้วยตลาดค้าส่งจะมีได้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับกลไกราคาที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรง แต่สามารถสังเกตได้ว่ากฎหมายที่ตราออกมาคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงซึ่งในที่นี้หมายถึงเหตุสุดวิสัยที่อาจเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อโดยจะอนุญาตให้ใช้ข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่เป็นเท่านั้น

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบมาตรการควบคุมราคาสินค้าและบริการในต่างประเทศ

ประเทศ (รวมถึงกลุ่มประเทศ)	รายการสินค้า/ บริการ ที่ถูกควบคุม	กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	หมายเหตุ
สหรัฐอเมริกา	สินค้าทั่วไป	The Emergency Price Control Act of 1942	ใช้เฉพาะกรณีที่ฉุกเฉินเท่านั้น และปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว
	สาขาเกษตรกรรม สาขาพลังงาน สาขาการค้า เป็นต้น	The Farm Security and Rural Investment Act of 2002	
	เครื่องใช้ไฟฟ้า	Electricity Market	

		Directive (Directive 2009/72)	
	พื้นที่ทางการเกษตร	กฎหมายว่าด้วยราคาซื้อขายที่ดินทางการเกษตร	
	ยารักษาโรค	- Price Cap Regulation 2003 (นอร์เวย์) - Directive 89/105/EEC	
	พลังงาน	- Directive 2003/54/EC - Directive 2003/55/EC	
	โทรคมนาคมและไปรษณีย์	- Regulation 717/2007 (Roaming Regulation) - Directive 2002-21	
	ไฟฟ้า	Directive 2003/54/EC	
	แก๊ส	Directive 2003/55/EC	
สหภาพยุโรป	กิจการขนส่ง	TFEU Article 100 (1)	ปัจจุบันได้ยกเลิกข้อยกเว้นด้านกิจการขนส่งทางทะเลและทางอากาศ โดยให้มีการเปิดเสรี
	อุตสาหกรรมการป้องกันตนเอง (เช่น อาวุธ วัตถุระเบิด เป็นต้น)	TFEU Article 346 (1) b	
ญี่ปุ่น	บริการห้องอาบน้ำสาธารณะ	กฎหมายว่าด้วยข้อกำหนดราคาและอื่นๆ (価格等統制令) 1939	

2.4 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการควบคุมราคาสินค้าของประเทศไทย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการควบคุมราคาสินค้าของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่ามึลักษณะพิเศษเฉพาะตัวที่แตกต่างไปจากประเทศอื่นๆ ที่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าบังคับใช้ กล่าวคือ ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับราคาหลัก ๆ สองฉบับด้วยกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แม้กฎหมายทั้งสองฉบับจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับราคาและอยู่ภายใต้สังกัดการบังคับใช้โดยหน่วยงานเดียวกัน คือ กระทรวงพาณิชย์ก็ตาม แต่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าเจตนารมณ์และสาระสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับมีทั้งความทับซ้อนกัน และมีความขัดแย้งซึ่งกันและกัน ดังนั้นเพื่อให้สามารถเข้าใจถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยผู้เขียนจึงเริ่มต้นนำเสนอจากการศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาทางด้านกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และในลำดับต่อมาจะศึกษาเกี่ยวกับสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ต่อไป

2.4.1 วิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย

2.4.1.1 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย ฯ คือ เพื่อควบคุมราคาสินค้าที่จำหน่ายให้แก่ประชาชนที่จำเป็นต้องซื้อใช้ เฉพาะแต่ในเวลาฉุกเฉินหรือสงครามหรือประกาศกฎอัยการศึกเท่านั้น เพื่อไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าฉวยโอกาสขึ้นราคาสินค้าในเวลาดังกล่าว อันเป็นเหตุขัดต่อความปกติสุขของอาณาประชาราษฎร์ และหลังจากนั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2483

2.4.1.2 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 3)

พ.ศ.2484

สมัยรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม อาศัยอำนาจตามความใน “พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484” ออกพระราชกฤษฎีกาควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2485 กำหนดโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต ต่อมาในสมัยรัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ ยกเลิกพระราชกฤษฎีกา เนื่องจากโทษที่สูงเกินไปและให้อภัยนักโทษที่ต้องโทษตามพระราชกฤษฎีกา

2.4.1.3 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ

ในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2488

1. ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคอย่างกว้างขวาง (มาตรา 4) เช่น กำหนดรายการควบคุม กำหนดราคาสูงสุดของสิ่งของที่ควบคุม สั่งบังคับให้ขายสิ่งของที่ควบคุม สั่งบังคับให้แจ้งปริมาณ วางระเบียบหรือห้ามการส่งออกนอกหรือนำเข้ามา เข้าควบคุมหรือดำเนินการเกี่ยวกับการผลิตหรือจำหน่ายสิ่งของที่ควบคุมและกำหนดเงื่อนไขและวิธีการต่างๆ ในการควบคุม
2. บทลงโทษทางอาญาที่สูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในขณะนั้น จำคุกไม่เกิน 10 ปี ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
3. หลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ ๆ คือ เพื่อมุ่งให้มีวิธีควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นแก่การครองชีพและขาดแคลนหรือมีจำนวนจำกัดเพื่อให้มีการแบ่งปันกันใช้ให้ทั่วถึง โดยอาศัยการควบคุมในรูปแบบของ “คณะกรรมการ”

โดยหลักการแล้วคณะกรรมการฯ สามารถใช้อำนาจโดยการออกประกาศหรือคำสั่ง ได้เฉพาะกรณีที่เกิดภาวะคับขันเท่านั้น

2.4.1.4 พระราชบัญญัติควบคุมโภคภัณฑ์ พ.ศ. 2495

หลักการของพระราชบัญญัติควบคุมโภคภัณฑ์ฯ คือ เพื่อให้มีกฎหมายเพื่อควบคุมโภคภัณฑ์เพื่อสวัสดิภาพของประชาชน และความจำเป็นของประเทศ ส่วนเหตุผลการตราพระราชบัญญัติควบคุมโภคภัณฑ์ฯ ได้บัญญัติไว้ว่า “ด้วยในสถานการณ์ปัจจุบัน เหตุการณ์ของโลกกำลังอยู่ในภาวะอันเป็นที่น่าวิตกถึงความปั่นป่วนและความเดือดร้อนอันอาจจะเกิดขึ้นแก่ประชาชนในทางโภคภัณฑ์ ซึ่งอาจจะขาดแคลนหรือมีราคาสูงมากยิ่งขึ้น ถ้าไม่ได้มีการควบคุมและใช้ให้ถูกต้องตามทางที่ควร นอกจากนี้มีสิ่งของบางอย่างซึ่งมีความจำเป็นต้องควบคุมไว้เพื่อความต้องการของประเทศ”

การควบคุมสิ่งของ เครื่องใช้ อาหารหรือเครื่องดื่มในชีวิตประจำวัน เพื่อให้มีระเบียบและเป็นประโยชน์แก่สวัสดิภาพของประชาชน ด้วยวิธีการจำกัดปริมาณโภคภัณฑ์ วางระเบียบในการจำหน่ายกำหนดราคาสินค้า และให้ติดป้ายแสดงราคาสินค้า กำหนดเวลาจำหน่าย ตลอดจนการปันส่วนและวิธีการอื่น ๆ สำหรับรูปแบบการควบคุมโดยการตราพระราชกฤษฎีกา และโภคภัณฑ์ชนิดใดประเภทใดที่ควบคุมต้องระบุโดยกฎกระทรวง และเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายฉบับนี้สามารถนำมาใช้ได้เหตุการณ์ปกติไม่จำเป็นต้องใช้บังคับเฉพาะภาวะคับขันเท่านั้น

2.4.1.5 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490

กฎหมายฯ ฉบับนี้ได้เปลี่ยนวิธีป้องกันการค้ากำไรเกินควรใหม่โดยไม่จำกัดสภาวการณ์และยังกำหนดนิยาม “กำไรเกินควร” ว่าหมายถึง ส่วนเกินของราคาสูงสุดที่กำหนด และในส่วนของอำนาจการบังคับใช้ให้อำนาจคณะกรรมการประกาศกำหนดราคาสินค้าปันส่วนหรือห้ามซื้อ ห้ามขาย สำหรับวิธีการควบคุมมี 2 มาตรการ ได้แก่

ก. มาตรการควบคุมการผลิตหรือการจำหน่าย (มาตรา 8)

โดยคณะกรรมการมีอำนาจให้แจ้งราคาซื้อขาย ขนาด คุณภาพ แสดงราคาขายปลีก แจ้งปริมาณ และสถานที่เก็บ แจ้งข้อความหรือรายละเอียดหรือส่งเอกสารใด ๆ เพื่อทราบราคาต้นทุนและกำไร ห้ามหรืออนุญาตการส่งออกหรือนำเข้ามาในท้องที่

ใดท้องที่หนึ่ง เข้าควบคุมหรือสั่งให้ดำเนินการเพื่อให้การผลิตหรือการจำหน่ายเป็นไปตามสมควร แก่สภาพ

ข. มาตรการการสั่งห้ามค้ากำไรเกินควร (มาตรา 8 ทวิ)

เมื่อคณะกรรมการเห็นว่าสิ่งของที่ควบคุมตามมาตรา 8 หรือ สิ่งของใดๆ สมควรห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร คณะกรรมการมีอำนาจสั่งห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร โดยระบุชื่อและประเภทของสิ่งของ และระบุราคาสูงสุดของการขายไว้ จัดการป็นส่วนในการซื้อ หรือขายตามปริมาณและราคาที่คณะกรรมการกำหนด และจะบังคับให้ขายแก่คณะกรรมการ หรือผู้ใดผู้หนึ่งที่คณะกรรมการกำหนดก็ได้ ข้อสังเกต คือ กฎหมาย ฯ ฉบับนี้ควบคุมแต่ราคาสินค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงบริการ (บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 77/2493 เรื่องการควบคุมราคาค่าตัดผม)

และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490

2.4.1.6 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

พ.ศ. 2522

กฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจแก่ “คณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด” ในการ (1) การกำหนดราคาสินค้า และ (2) การป้องกันการผูกขาด แนวคิดเกี่ยวกับป้องกันการผูกขาดเป็นแนวคิดใหม่ที่เป็นจุดเริ่มต้นนโยบายการแข่งขันในประเทศไทย สำหรับรายละเอียดผู้วิจัยจะอธิบายในบทถัดๆ ไป

2.4.1.7 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

สำหรับเหตุผลที่ตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นมา คือ “โดยที่กฎหมายว่าด้วยกำหนดราคาและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสม เพราะมีสาระเป็นสองส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาด ซึ่งทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน แต่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้เพียงองค์กรเดียว

ดังนั้น สมควรแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้า และการป้องกันการผูกขาดออกจากกัน เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพประกอบกับบทบัญญัติเดิมในส่วนของการกำหนดราคาสินค้ายังไม่ชัดเจนและเหมาะสม สมควรปรับปรุงเสียใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” และอำนาจของคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมีเพื่อกำกับดูแลในด้านต่าง ๆ ได้แก่ (1) มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและบริการ (2) มุ่งป้องกันมิให้ราคาสินค้าและค่าบริการสูงขึ้นโดยเร็วเกินสมควร และ (3) มุ่งให้ปริมาณสินค้ามีเพียงพอบริโภคภายในประเทศ เป็นต้น

2.4.1.8 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

สำหรับเหตุผลที่ตรากฎหมายฯ ฉบับนี้ขึ้นมา คือ โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ และคณะกรรมการที่รับผิดชอบกฎหมายฉบับนี้คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีอำนาจตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ภายใต้กรอบการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม

2.4.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยจากอดีตถึงปัจจุบัน

จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยจนถึงปัจจุบัน ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตที่สำคัญได้ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 การขยายขอบเขตการแทรกแซงราคา

จากเดิมขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยที่ให้อำนาจรัฐในการเข้ามาแทรกแซงนั้นค่อนข้างจำกัด โดยกฎหมายจะเปิดช่องให้เฉพาะกรณีที่เข้าข่ายเฉพาะสถานการณ์ที่ถูกเงินเท่านั้น แต่ต่อมาได้มีการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายออกมาให้สามารถบังคับใช้ได้แม้ในสถานการณ์ปกติทั่วไป ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติควบคุมโภคภัณฑ์ พ.ศ. 2495 สามารถบังคับใช้ได้ในทุกกรณีปกติไม่จำเป็นต้องใช้บังคับเฉพาะภาวะคับขันเท่านั้น หรือในกรณีของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้มีการกำหนดรายการสินค้าควบคุมโดยให้ทบพวนเป็นปีต่อปี ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นการแทรกแซงในลักษณะที่ต่อเนื่องในสภาพการณ์ที่ปกติ แต่การทบพวนนั้นจะทบพวนตลอดเวลา ดังนั้นรายการสินค้าหรือบริการบางประเภทอาจได้รับการยกเว้นหลุดออกจากรายการสินค้าควบคุมได้ในบางปี แต่ในภาพรวมแล้วไม่มีแนวโน้มของการยกเลิกการกำหนดรายการสินค้าควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ในปัจจุบันแต่อย่างใด⁷⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าขอบเขตการบังคับใช้มาตรการการเข้าแทรกแซงการกำหนดราคาโดยรัฐนั้นกว้างกว่าในอดีตที่ผ่านมา

2.4.2.2 การเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่

ในช่วงที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่นๆ ในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2488 ในประเด็นที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 4 ที่กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเข้าควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคอย่างกว้างขวาง เช่น กำหนดรายการควบคุม กำหนดราคาสูงสุดของสิ่งของที่ควบคุม สั่งบังคับให้ขายสิ่งของที่ควบคุม สั่งบังคับให้แจ้งปริมาณ วางระเบียบหรือห้ามการส่งออกป็นอกหรือนำเข้ามา เข้าควบคุมหรือดำเนินการเกี่ยวกับการผลิตหรือจำหน่ายสิ่งของที่ควบคุมและกำหนดเงื่อนไขและวิธีการต่างๆ ในการควบคุม ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการเพิ่มอำนาจให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

⁷⁰

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐออนไลน์ [ออนไลน์], 21 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา

2.4.2.3 รูปแบบการกำกับดูแล

ประเด็นที่น่าสนอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นต้นแบบของการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญในประเทศไทย ได้แก่ การควบคุมโดยออกเป็นกฎกระทรวง ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติควบคุมโรคภักดิ์ พ.ศ. 2495 โดยการตราพระราชกฤษฎีกา และโรคภักดิ์ชนิดใดประเภทใดที่ควบคุมต้องระบุโดยกฎกระทรวง สำหรับในปัจจุบันภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 รูปแบบการกำกับดูแลในเรื่องของรายละเอียดปลีกย่อยโดยรัฐมักจะใช้ในรูปแบบของ “ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้า” ซึ่งจะเป็นการออกประกาศสำหรับสินค้าในแต่ละประเภทที่เห็นว่าสมควรควบคุม ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งราคา การแจ้งปริมาณ การแจ้งต้นทุน ตลอดจนการควบคุมการขนย้าย เป็นต้น⁷¹

2.4.3 สารสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ.

2542*

แนวทางการบังคับใช้มาตรการในการควบคุมราคาสินค้าและบริการของกระทรวงพาณิชย์ในปัจจุบันจะมี 2 แนวทางหลัก ได้แก่ (1) มาตรการทางกฎหมาย ซึ่งในที่นี้หมายถึง การบังคับใช้มาตรการต่างๆ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยทั่วไปจะใช้คำว่า “สินค้าควบคุม” หรือ “บริการควบคุม” และ (2) มาตรการ

⁷¹ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ [ออนไลน์], 28 มิถุนายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.dit.go.th/aboutmain.aspx?catid=103370102>

* ชื่อเรียกของกฎหมายฉบับเก่าที่ยกเลิก คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับปัจจุบันได้ตัดคำว่า “กำหนด” ออกแล้วเปลี่ยนเป็นคำว่า “ว่าด้วย” แทนโดยมีเจตนารมณ์เพื่อไม่ต้องการให้รัฐเข้ามามีบทบาทโดยตรงในการเข้ามาแทรกแซงใช้อำนาจกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ และใช้คำว่า “ว่าด้วย” เป็นชื่อเรียกกฎหมายกลางๆ และไม่เน้นเฉพาะการกำหนดราคาแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องการดูแลและคุ้มครองผู้บริโภคในด้านต่างๆ ทุกด้าน เช่น ด้านปริมาณ ด้านต้นทุน เป็นต้น รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู อดุลย์ ยูววิทยาพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: 2556), หน้า 2-3.

ทางด้านบริหาร ซึ่งมักจะใช้คำว่า “ราคาสินค้า (บริการ) แนะนำ” ในรูปแบบของการขอความร่วมมือจากผู้ประกอบการ **

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอและอธิบายถึงสาระสำคัญของการกำกับดูแลเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายทางด้านราคาเฉพาะในส่วนที่เป็นสาระบัญญัติเป็นหลัก ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะกรรมการต่าง ๆ กระบวนการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนบทลงโทษจะอยู่นอกเหนือขอบเขตการนำเสนอ เนื่องจากหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 นั้นอยู่ที่การเข้าไปควบคุมกลไกราคาโดยรัฐ ดังนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรการทางด้านราคาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่ผู้เขียนจะนำมาใช้ในการศึกษาและวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ ประเภทแรกเป็นการเข้าแทรกแซงในรูปแบบของสินค้าหรือบริการควบคุม และประเภทที่สองเป็นการกำหนดมาตรการสำหรับสินค้าหรือบริการทุกประเภท (มาตรา 29) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.4.3.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

สำหรับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า “โดยที่กฎหมายว่าด้วยกำหนดราคาและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสม เพราะมีสาระเป็นสองส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาด ซึ่งทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน แต่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้เพียงองค์กรเดียว ดังนั้น สมควรแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดออกจากกัน เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพประกอบกับบทบัญญัติเดิมในส่วนของการกำหนดราคาสินค้ายังไม่ชัดเจนและเหมาะสม สมควรปรับปรุงเสียใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

** และนอกจากนี้การออกประกาศฯ ภายใต้มาตรการทางกฎหมาย (สินค้าควบคุม) จะออกในรูปแบบ “ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง ...” ส่วนการออกประกาศฯ ภายใต้มาตรการบริหาร (สินค้าแนะนำ) จะออกในรูปแบบ “ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง” ซึ่งส่วนมากจะพบมากใน “การกำหนดราคารับซื้อและราคาจำหน่ายสุกร เนื้อสุกรแนะนำ ระหว่างวันที่” โดยจะเป็นการกำหนดกรอบเพดานราคาของสุกร เช่น รับซื้อสุกรหน้าฟาร์ม ราคาจำหน่ายส่งสุกรชำแหละ ราคาจำหน่ายปลีกสุกร โดยจะกำหนดราคาที่แตกต่างกันในแต่ละภูมิภาคซึ่งสามารถแยกขอบเขตตลาดทางด้านภูมิศาสตร์ออกเป็น 5 ภูมิภาค ได้แก่ (1) กรุงเทพมหานคร ภาคกลางและภาคตะวันตก, (2) ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ, (3) ภาคตะวันออก, (4) ภาคใต้ และ (5) ภาคเหนือ.

เนื่องจากกฎหมายฉบับเดิม คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ได้นำบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดราคาและการป้องกันการผูกขาดมาอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันซึ่งทั้งสองมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน แต่มีองค์ประกอบบังคับใช้กฎหมายเพียงองค์เดียว และตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 ที่ผ่านมามีปรากฏว่าจะบังคับใช้ในส่วนว่าด้วยการกำหนดราคาเป็นหลัก⁷²

นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลด้านความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติและองค์ประกอบต่างๆ ของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าให้มีความชัดเจนและมีความเหมาะสมเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคสูงสุด ประกอบกับเหตุผลด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์จึงทำให้กฎหมายฉบับเดิมไม่สามารถรองรับกับเหตุการณ์ในปัจจุบันได้อีกต่อไป และกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ครอบคลุมไปถึงการกำกับดูแลด้านมาตรฐานและคุณภาพของสินค้า แม้ว่าคุณภาพของสินค้าจะมีความสัมพันธ์กับราคาก็ตาม⁷³

2.4.3.2 การกำหนดสินค้าควบคุม

มาตรา 24 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดว่าสินค้าใดหรือบริการใด เข้าข่ายเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมได้ โดยได้บัญญัติไว้ว่า

“เพื่อป้องกันการกำหนดราคาซื้อ ราคาจำหน่ายหรือการกำหนดเงื่อนไข และวิธีปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม กกร. ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการ มีอำนาจประกาศกำหนดให้สินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมได้

ให้ กกร. พิจารณาขบวนการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง หากเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจหรือข้อเท็จจริงที่อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาใช้อำนาจของ กกร. เปลี่ยนแปลงไปหรือสิ้นสุดลง ให้ กกร. ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการใช้อำนาจนั้นโดยไม่ชักช้า

ประกาศ กกร. ให้มีอายุตามที่กำหนด แต่จะกำหนดเกินหนึ่งปีไม่ได้ เว้นแต่จะมีการออกประกาศใหม่

ประกาศ กกร. ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

⁷² อุดลย์ ยูวทยาพานิชย์, คำอธิบายกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542”, (กรุงเทพมหานคร 2556), หน้า 2.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

ราคาจำหน่ายหรือการกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม กกร. ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการ มีอำนาจประกาศกำหนดให้สินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมได้...”

จากข้อความในมาตรา 24 ผู้เขียนสามารถสรุปประเด็นได้ดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดว่าสินค้าหรือบริการใดสมควรเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมนั้น กฎหมายให้อำนาจเฉพาะ “คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาและสินค้า (กกร.)” ตามมาตรา 7 (บทบัญญัติว่าด้วยโครงสร้างของ กกร.) และมาตรา 9 (บทบัญญัติว่าด้วยอำนาจของ กกร.) เท่านั้น ส่วนคณะกรรมการส่วนจังหวัดว่าด้วยราคาและสินค้าและบริการ (กจร.) ตามมาตรา 12 (บทบัญญัติว่าด้วยโครงสร้างของ กจร.) และมาตรา 13 (บทบัญญัติว่าด้วยอำนาจของ กจร.) นั้นไม่มีอำนาจแต่อย่างใด

แต่จากบทบัญญัติมาตรา 24 กกร. ไม่สามารถใช้อำนาจในการออกประกาศสินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมได้ด้วยตนเอง แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ กกร. ไม่สามารถใช้อำนาจได้โดยอัตโนมัติ นั้นมีข้อดีคือ เพื่อเป็นการตรวจสอบให้ละเอียดถี่ถ้วนอีกขั้นตอนหนึ่งโดยคณะกรรมการ ซึ่งเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 กระทรวงพาณิชย์ได้เคยมีมติในที่ประชุม กกร. เห็นสมควรนำสินค้าอาหารปรุงสำเร็จเข้าบัญชีควบคุมเพิ่มขึ้นอีก 1 รายการสินค้าควบคุม โดยมีรายการอาหารทั้งหมด 10 เมนูที่เข้าข่ายการควบคุม* เนื่องจากได้รับการร้องเรียนจากผู้บริโภคว่าอาหารสำเร็จรูปนั้นมีราคาแพงขึ้นมากอันมีความเกี่ยวเนื่องจากการปรับเพิ่มขึ้นของค่าแรงขั้นต่ำให้เป็น 300 บาทต่อวัน⁷⁴ แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 ที่ประชุมคณะกรรมการมีมติยังไม่อนุมัติให้รายการอาหารสำเร็จรูปดังกล่าวเป็นสินค้าควบคุม เนื่องจากยังขาดความชัดเจนและแจ้งให้กระทรวงพาณิชย์และ กกร. จัดทำรายละเอียดในด้านราคา มาตรฐานและพื้นที่การควบคุมให้มีความชัดเจนก่อน⁷⁵ สำหรับทางเลือกอีกทางหนึ่งที่ไม่ใช่มาตรการทางกฎหมายโดยการกำหนดเป็น “สินค้าควบคุม” คือ การกำหนดในรูปแบบของ “สินค้าแนะนำ” ซึ่งจะมีความยืดหยุ่นกว่า

* ได้แก่ 1. ข้าวไข่เจียว 2. ข้าวราดแกงหรือกับข้าว 1 อย่าง 3. ข้าวไข่พะโล้ 4. ข้าวขาหมู 5. ข้าวกะเพราหมู/ไก่ 6. ข้าวผัดหมู/ไก่ 7. ก๋วยเตี๋ยวหมู/ไก่/ ลูกชิ้นปลา 8. ก๋วยเตี๋ยวดูรตหน้า 9. ก๋วยเตี๋ยวมัดซีอิ้ว และ 10. ขนมจีนน้ำยา/ แกงไก่ สำหรับมาตรการที่จะใช้ควบคุม จะมีทั้งการกำหนดราคาสูงสุด คุมค่าเช่าพื้นที่ และค่าส่วนแบ่งการขายต่อจวน ซึ่งรวมไปถึงผู้ค้าในห้างค้าปลีก หรือในห้างสรรพสินค้าด้วย

⁷⁴ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐออนไลน์ [ออนไลน์], 10 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา

<http://www.thairath.co.th/content/259461>

⁷⁵ ผู้จัดการออนไลน์ [ออนไลน์], 14 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา

<http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=955000059481>

การกำหนดเป็นสินค้าควบคุมเนื่องจากต้องอยู่ในบัญชีรายชื่อสินค้าควบคุมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จากตัวอย่างข้างต้นในปัจจุบันอาหารจานด่วนหรืออาหารปรุงสำเร็จอยู่ภายใต้การควบคุมในรูปแบบของ “สินค้าแนะนำ” โดยทั่วไปจะไม่มีบทลงโทษโดยตรงเกี่ยวกับการจำหน่ายเกินราคาแต่เป็นในลักษณะของการขอความร่วมมือมากกว่า แต่ผู้ประกอบการอาจต้องได้รับโทษหากกระทรวงพาณิชย์ตรวจสอบแล้วพบว่าผู้ประกอบการรายนั้นขายเกินกว่าที่กำหนดและไม่สามารถอธิบายข้อเท็จจริงได้ก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 29 และมาตรา 41 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปีหรือปรับไม่เกิน 140,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁷⁶

(ข) เหตุผลที่ กกร. จะสามารถประกาศกำหนดให้เป็นสินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมนั้นจะต้องมีเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ (1) เหตุผลด้านการป้องกันการกำหนดราคาซื้อ (2) เหตุผลด้านการป้องกันการกำหนดราคาขาย และ (3) เหตุผลด้านการป้องกันการกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม สำหรับเหตุผล 3 ประการนี้รัฐใช้เพื่อป้องกันการปรับราคาโดยไม่เป็นธรรมและไม่เหมาะสมของผู้ประกอบการ

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับความจำเป็นในการเข้าแทรกแซงราคาในการกำหนดเป็นสินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมภายใต้มาตรา 24 หรือไม่นั้น “...จะเห็นว่าการกำหนดราคาซื้อราคาขายอันไม่เป็นธรรมนั้น คือ การปรับราคาสินค้าในท้องตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั่นเอง การปรับราคาให้สูงขึ้นนั้นต้องดูประกอบว่าเป็นไปอย่างไรจึงเหมาะสมและเป็นธรรมหรือไม่ หากเป็นกรณีปรับราคาอย่างไม่เหมาะสมและเป็นธรรมคณะกรรมการกลางฯ จึงจะมีอำนาจเข้าไปกำกับดูแล ในสถานการณ์ทางการค้าปัจจุบันการขายสินค้ามีการเปลี่ยนแปลงรวดเร็วจากผลกระทบจากมูลเหตุต่างๆ เช่น ต้นทุน วัตถุดิบทั้งที่ผลิตภายในประเทศและนำเข้าจากต่างประเทศ ราคาน้ำมันเชื้อเพลิง ซึ่งเป็นส่วนของการขนส่งสินค้า มีการปรับเปลี่ยนขึ้นลงอย่างรวดเร็วตลอดเวลา ค่าไฟฟ้า น้ำประปา ซึ่งเป็นต้นทุนการผลิต ค่าแรงงาน ค่าบริการจัดการ และผลกระทบจากภาวะเศรษฐกิจโลก อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้เงินบาทแข็งค่าและอ่อนตัว ล้วนเป็นสาเหตุสำคัญที่ต้องนำมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อให้รู้ต้นทุนแท้จริงของการผลิตและจำหน่ายสินค้าอันจะนำไปสู่กระบวนการใช้กฎหมายที่ถูกต้องทันต่อเหตุการณ์ และคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมทางด้านราคาและปริมาณ ...”⁷⁷

⁷⁶ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐออนไลน์ [ออนไลน์], 16 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา

<http://www.thairath.co.th/content/423253>

⁷⁷ อุดลย์ ยุววิทยานิชย์, คำอธิบายกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542” หน้า 68.

นอกจากนี้ ภาครัฐ อาจใช้อำนาจในการกำหนดสินค้าหรือบริการควบคุมจากปัจจัยแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับสินค้าชนิดนั้นได้ เช่น ปัจจัยด้านการแข่งขันในตลาดว่ามี การแข่งขันหรือไม่ ปัจจัยด้านอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ปัจจัยด้านการร้องเรียนจากผู้บริโภค เกี่ยวกับราคา ปริมาณตลอดจนความไม่เป็นธรรมจากการแข่งขัน ปัจจัยด้านผลกระทบที่เกิดขึ้น จากการที่ผู้ประกอบการกำหนดราคาโดยปราศจากการพิจารณาถึงความผันผวน ปัจจัยเกี่ยวกับ ความจำเป็นในการครองชีพของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ตลอดจนปัจจัยด้านผลกระทบของ ผู้ประกอบการอันเนื่องจากการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ⁷⁸

ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่รัฐเข้าไปทำหน้าที่ในการดูแลความเป็นอยู่ ของประชาชนผู้บริโภคนั้นเป็นสิ่งที่สมควร ส่วนการเข้าไปแทรกแซงข้อมูลด้าน “ต้นทุน” ของผู้ ประกอบธุรกิจเพื่อนำไปสู่การใช้กฎหมายควบคุมราคานั้นเป็นสิ่งที่ไม่เห็นด้วย เนื่องจากโดยทั่วไป ในทางการบริหารจัดการทางธุรกิจนั้น “ต้นทุน” ถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญในที่สุดประการหนึ่งของแต่ ละองค์กร ดังนั้น รัฐไม่สมควรเข้าไปแทรกแซงในเรื่องข้อมูลต้นทุน แต่ผู้เขียนมิได้หมายความว่า รัฐไม่สามารถเข้าไปรู้ถึงข้อมูลด้านต้นทุนของผู้ประกอบการได้ในทุกๆ กรณี แต่รัฐควรมีระบบ และกลไกที่โปร่งใสและแสดงให้เห็นภาคเอกชนเกิดความมั่นใจในการไม่เปิดเผยข้อมูลด้านต้นทุนให้ รั่วไหลออกไป รัฐต้องนำข้อมูลที่ได้ไปใช้เพื่อการศึกษาและวิเคราะห์จริงๆ เท่านั้น และควรใช้ ดุลยพินิจเรื่องของการกำหนดราคาจำหน่ายสินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมให้น้อยที่สุดเท่าที่ จำเป็นหรือให้กระทบต่อกลไกตลาดน้อยที่สุด

(ค) ระยะเวลาการทบทวนสูงสุดต้องไม่เกิน 1 ปี หากครบ 1 ปีแล้วและยังไม่มีประกาศให้สินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมในปีก่อนเป็นสินค้าควบคุมหรือ บริการควบคุมในปีถัดไปจะถือว่าสินค้าหรือบริการนั้นถูกถอดออกจากบัญชีของสินค้าควบคุมหรือ บริการควบคุมโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายฉบับเดิม คือ พระราชบัญญัติกำหนด ราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ที่ไม่มีมาตรการในการกำหนดทบทวนรายการ สินค้าควบคุมภายใน 1 ปี ซึ่งกรณีของกฎหมายฉบับเดิม หากยังไม่มีประกาศยกเลิกหรือ เปลี่ยนแปลงจะถือว่าสินค้าควบคุมนั้นยังคงมีผลต่อไปจนกว่าจะมีประกาศยกเลิก⁷⁹

(ง) จำนวนรายการสินค้าควบคุมและบริการควบคุม โดยทั่วไป จากสถิติจะพบว่าตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นปีแรกที่มีการบังคับใช้สินค้าและบริการควบคุมภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบันมีแนวโน้มค่อยๆ สูงขึ้นแต่

⁷⁸ ศิริวรรณ เจียมใจไพฑูรย์, “ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 225.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70-71.

ในบางปีอาจมีการปรับลดลง* กล่าวคือ ปี พ.ศ. 2543 มีจำนวนสินค้าควบคุมแค่เพียง 16 รายการเท่านั้น* ส่วนปี พ.ศ. 2545 มีสินค้าควบคุมจำนวน 17 รายการ โดยเพิ่มรายการเหล็กแผ่นขึ้นมา และต่อมาในปี พ.ศ. 2546 มีรายการสินค้าควบคุม 17 รายการเหมือนปี พ.ศ. 2545 แต่ได้เพิ่มรายการบริการควบคุมขึ้นมาเป็นปีแรกจำนวน 1 รายการ ได้แก่ “การให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า”** ส่วนกรณีของ “บริการควบคุม” ในปัจจุบัน ปี พ.ศ. 2557 มีจำนวนทั้งสิ้น 3 รายการ โดยเพิ่มรายการบริการควบคุมขึ้นมาอีก 2 รายการ ได้แก่ 1. บริการทางการแพทย์และ 2. บริการรับฝากสินค้าหรือบริการให้เช่าสถานที่เก็บสินค้า***

ตารางที่ 3 รายการสินค้าและบริการควบคุมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 – พ.ศ. 2557

ปี (พ.ศ.)	จำนวนรายการสินค้าควบคุม	จำนวนรายการบริการควบคุม	รวมทั้งหมด
2543	16	-	16
2544	16	-	16
2545	17	-	17
2546	17	1	18
2547	19	2	21
2548	35	2	37
2549	33	2	35
2550	33	2	35

* เช่น ปี พ.ศ. 2548 มีจำนวนรายการสินค้าและบริการควบคุม 18 รายการ (ลดลงจากปีก่อนซึ่งมี 21 รายการ), ปี พ.ศ. 2549 มีจำนวนรายการสินค้าและบริการควบคุม 18 รายการ (ลดลงจากปีก่อนซึ่งมี 37 รายการ), ปี พ.ศ. 2554 มีจำนวนรายการสินค้าและบริการควบคุม 41 รายการ (ลดลงจากปีก่อนซึ่งมี 57 รายการ).

* ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การกำหนดสินค้าและบริการควบคุม ปี 2543 ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2543 และ ลงวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2543.

** ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การกำหนดสินค้าและบริการควบคุม ปี 2546 ลงวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2546.

*** ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การกำหนดสินค้าและบริการควบคุม ปี 2557 ลงวันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2557.

2551	35	1	36
2552	38	1	39
2553	40	1	41
2554	55	2	57
2555	39	3	42
2556	40	3	43
2557	40	3	43

จากตารางข้างบน เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวโน้มของจำนวนรายการสินค้าควบคุมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 จนถึงปัจจุบันเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ในขณะที่รายการบริการควบคุมเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2546 และมีแนวโน้มการเพิ่มขึ้นไม่มาก คือสูงสุดแค่ 3 รายการเท่านั้น ส่วนปี พ.ศ. 2554 สาเหตุที่มีจำนวนรายการสินค้าควบคุมมากกว่าปีอื่นๆ เนื่องจากเกิดเหตุการณ์น้ำท่วมครั้งใหญ่ภายในประเทศจึงส่งผลให้รัฐต้องเพิ่มจำนวนรายการสินค้าควบคุมบางรายการขึ้นมาในช่วงที่เกิดเหตุอุทกภัยดังกล่าว

ตารางที่ 4 จำแนกหมวดรายการสินค้าและบริการควบคุม ประจำปี พ.ศ. 2557 จำนวน 43 รายการ

หมวดรายการ	รายการสินค้า/บริการควบคุม	จำนวนรายการ
1. หมวดอาหาร	กระเทียม ข้าวเปลือก ข้าวสาร ข้าวโพด มันสำปะหลัง และผลิตภัณฑ์ ไข่ไก่ สุกกร เนื้อสุกร น้ำตาลทราย น้ำมัน และไขมันที่ได้จากพืชหรือสัตว์ทั้งที่บริโภคได้หรือไม่ได้ ครีมเทียมชั้นหวาน นมข้น นมคั้นรูป นมแปลง ไขมัน นมผง นมสด แป้งสาลี อาหารในภาชนะบรรจุที่ปิดสนิท อาหารกึ่งสำเร็จรูปบรรจุภาชนะผนึก ผลปาล์มน้ำมัน	15
2. หมวดสินค้าอุปโภคบริโภคประจำวัน	ผงซักฟอก ผ้านอนามัย กระดาษชำระกระดาษเช็ดหน้า	3
3. หมวดปัจจัยทาง	ปุ๋ย ยาป้องกันหรือกำจัดศัตรูพืชหรือโรคพืช หัวอาหารสัตว์ อาหารสัตว์ เครื่องสูบน้ำ รถไถนา รถเกี่ยว	

การเกษตร	ข้าว เครื่องวัดความชื้นข้าว เครื่องตรวจสอบคุณภาพข้าว เครื่องชั่งวัดอัตราส่วนร้อยละของแป้งในหัวมัน	9
4. หมวดวัสดุก่อสร้าง	ปูนซีเมนต์ เหล็กเส้นเหล็กโครงสร้างรูปพรรณเหล็กแผ่น สายไฟฟ้า	3
5. หมวดกระดาษและผลิตภัณฑ์	กระดาษทำลูกฟูก กระดาษเหนียว กระดาษพิมพ์และเขียน เยื่อกระดาษ	3
6. หมวดอุปกรณ์ขนส่ง	แบตเตอรี่รถยนต์ ยางรถจักรยานยนต์ยางรถยนต์ รถยนต์นั่งรถยนต์บรรทุกจักรยานยนต์	3
7. หมวดผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม	ก๊าซปิโตรเลียมเหลว น้ำมันเชื้อเพลิง เม็ดพลาสติก	3
8. หมวดยารักษาโรค	ยารักษาโรค	1
9. หมวดอื่น ๆ	เครื่องแบบนักเรียน	1
10. หมวดบริการ	การให้สิทธิ์ในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า บริการรับฝากหรือบริการให้เช่าสถานที่เก็บสินค้า บริการทางการเกษตร (ค่าจ้าง เก็บเกี่ยวข้าวและผลผลิตทางการเกษตรอื่น ๆ ค่าจ้างนวดข้าว ค่าจ้างสีข้าว เป็นต้น)	3
รวมทั้งหมด		43

2.4.3.3 อำนาจของคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและ

บริการ (กกร.)

มาตรา 25 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดมาตรการต่างๆ ที่ให้อำนาจแก่ กกร. ในการกำหนดสินค้าควบคุม ไว้ดังต่อไปนี้ “เมื่อได้มีการประกาศกำหนดสินค้าหรือบริการควบคุมตามมาตรา 24 แล้วให้คณะกรรมการมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม ให้ผู้ซื้อซื้อในราคาไม่ต่ำกว่าราคาที่กำหนด หรือให้ผู้จำหน่ายจำหน่ายในราคาไม่สูงกว่าราคาที่กำหนด หรือตรึงราคาไว้ในราคาใดราคาหนึ่ง

(2) กำหนดอัตรากำไรสูงสุดต่อหน่วยของสินค้าหรือบริการควบคุมที่ผู้จำหน่ายจะได้รับจากการจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม หรือกำหนดอัตราส่วนแตกต่างระหว่างราคาซื้อกับราคาขายสินค้า หรือบริการควบคุมในแต่ละช่วงการค้า

(3) กำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ และเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการผลิต การนำเข้าในราชอาณาจักร การส่งออกป็นอกราชอาณาจักร การซื้อ การจำหน่าย หรือการเก็บรักษาสินค้าหรือบริการควบคุม

(4) กำหนดท้องที่หรือระยะเวลาในการใช้บังคับประกาศของคณะกรรมการ

(5) กำหนดให้แจ้งปริมาณ สถานที่เก็บ ต้นทุน ค่าใช้จ่าย แผนการผลิต แผนการนำเข้าในราชอาณาจักร แผนการส่งออกป็นอกราชอาณาจักร แผนการซื้อ แผนการจำหน่าย แผนการเปลี่ยนแปลงราคาหรือรายการอื่นใดหรือส่วนลดในการจำหน่าย กระบวนการผลิต และวิธีการจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(6) กำหนดให้มีการเก็บหรือเพิ่มปริมาณการเก็บสำรองสินค้าควบคุม และกำหนดท้องที่และสถานที่ให้เก็บสำรองสินค้าควบคุม

(7) ห้ามหรืออนุญาตให้มีการส่งออกป็นอกหรือนำเข้ามาในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งซึ่งสินค้าควบคุม

(8) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจปรับปรุงประสิทธิภาพในการผลิต การนำเข้าในราชอาณาจักร การซื้อ การจำหน่าย หรือการเก็บรักษาสินค้าหรือบริการควบคุม รวมทั้งให้ระดับหรือลดค่าใช้จ่าย ที่กำหนดไว้เกินสมควร

(9) จัดให้มีการปันส่วนในการซื้อและการจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปันส่วนดังกล่าวหรือกำหนดเงื่อนไขในการซื้อและการจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุม

(10) สั่งให้จำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุมตามปริมาณและราคาที่กำหนด ตลอดจนสั่งให้จำหน่ายแก่ส่วนราชการหรือบุคคลใดตามที่คณะกรรมการกำหนด

(11) ห้ามจำหน่าย ให้ ใช้เอง ยักย้าย หรือเปลี่ยนแปลงสภาพซึ่งสินค้าหรือบริการควบคุมเกินปริมาณที่กำหนด

(12) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกักตุนสินค้าควบคุมหรือการครอบครองสินค้าควบคุมเกินปริมาณที่กำหนด

การใช้อำนาจของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำเป็นประกาศตามความจำเป็นแก่พฤติการณ์แห่งกรณี โดยคำนึงถึงภาระของผู้ปฏิบัติ โดยต้องระบุถึงเหตุผลและผู้ซึ่งต้องปฏิบัติตามประกาศไว้ด้วย ประกาศดังกล่าวให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ระบุไว้ในประกาศตาม (4) และเมื่อได้มีประกาศแล้วให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนการใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจ โดยคำนึงถึงต้นทุน ค่าใช้จ่ายการผลิต การนำเข้าในราชอาณาจักร การส่งออกป็นอกราชอาณาจักร การซื้อ หรือการจำหน่ายและอัตรา

กำไรที่เหมาะสม รวมทั้งผลกระทบต่อการลงทุนในการขยายกำลังการผลิตในระยะต่อไปด้วย และเมื่อเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจหรือข้อเท็จจริงที่อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาใช้อำนาจของ คณะกรรมการเปลี่ยนแปลงไปหรือสิ้นสุดลง ให้คณะกรรมการประกาศเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก การใช้อำนาจนั้นในราชกิจจานุเบกษาโดยไม่ชักช้า

ประกาศของคณะกรรมการให้มีอายุตามที่กำหนด แต่จะกำหนดเกิน หนึ่งปีไม่ได้ เว้นแต่จะได้มีการออกประกาศใหม่”

สำหรับสาระสำคัญของมาตรา 25 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ ทางด้านการกำหนดราคาโดยตรงมีดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดมาตรการสินค้าควบคุมตาม มาตรา 25

มาตรา 25 เป็นทางเลือกหลักสำหรับการกำหนดมาตรการ ต่างๆ หลังจากที กกร. ได้ผ่านขั้นตอนการกำหนดสินค้าและบริการควบคุมตามมาตรา 24 แล้ว สำหรับทางเลือกอื่นที่มีได้ผ่านมาตรา 25 กฎหมายยังได้กำหนดช่องทางตามมาตรา 26 มาตรา 30 และมาตรา 31 ทดแทนได้เช่นกัน⁸⁰ ยกตัวอย่างเช่น สุกรและเนื้อสุกรได้ถูกกำหนดให้เป็นสินค้า ควบคุมตามมาตรา 24 แต่ไม่ได้มีการประกาศหรือกำหนดมาตรการใดๆ ที่ผู้ประกอบการต้อง ปฏิบัติ เนื่องจากในช่วงที่ผ่านมาสูกรและเนื้อสุกรมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วมาก กกร. จึงเห็นสมควรประกาศให้เป็นสินค้าควบคุมไว้ก่อน แต่เมื่อปี พ.ศ. 2552 พบว่าไม่มีเหตุอัน จำเป็นที่จะกำหนดมาตรการมาบังคับใช้อันเนื่องจากไม่ปรากฏเหตุที่จะกระทบกับภาวะการค้า สุกรและเนื้อสุกร⁸¹ ช่องทางตามมาตรา 25 นั้น กกร. มีอำนาจทั้งหมด 12 รายการตามที่ปรากฏ ในบทบัญญัติมาตรา 25 ดังนั้น กกร. สามารถเลือกใช้มาตรการต่างๆ ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ ทั้งนี้ การทบทวนมาตรการตามมาตรา 25 กกร. ต้องดำเนินการทบทวนการใช้อำนาจอย่างน้อยปี ละ 1 ครั้งโดยพิจารณาจากต้นทุน ค่าใช้จ่ายการผลิต การนำเข้าในราชอาณาจักร การส่งออก ไปนอกราชอาณาจักร การซื้อ หรือการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสม รวมทั้งผลกระทบต่อ การลงทุนในการขยายกำลังการผลิตในระยะต่อไป

(ข) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาจำหน่ายตามมาตรา 25 (1)

จากบทบัญญัติได้กำหนดราคาใน 3 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ (1) การกำหนดราคาขั้นต่ำ (ให้ผู้ซื้อซื้อในราคาไม่ต่ำกว่าราคาที่กำหนด) (2) การกำหนดราคาขั้นสูงสุด (ให้ผู้จำหน่ายจำหน่ายในราคาไม่สูงกว่าราคาที่กำหนด) และ (3) ตรึงราคาไว้ในราคาใดราคาหนึ่ง แต่ในทางปฏิบัติพบว่าที่ผ่านมา กกร. ใช้แค่เพียงมาตรการ (2) การกำหนดราคาจำหน่ายสูงสุด เท่านั้น ซึ่งเป็นมาตรการที่คณะกรรมการตามกฎหมายฉบับเดิม นิยมใช้กันมากที่สุดในช่วงปี พ.ศ.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

2520 – 2530 และต่อมาภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 รายการสินค้าที่ถูกกำหนดภายใต้มาตรการนี้จนถึงปัจจุบันมีแค่เพียงรายการเดียวเท่านั้น คือ น้ำตาลทราย* เนื่องจากเพื่อเป็นการรักษาเสถียรภาพราคาน้ำตาลทรายภายในประเทศ** และเพื่อเป็นการดูแลเกษตรกรผู้ปลูกอ้อยภายในประเทศ⁸²

หากสังเกตจากประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการจะเห็นว่า เฉพาะกรณีการออกประกาศฯ ตามมาตรา 25 (1) จะใช้คำว่า “การกำหนด (ราคา)” ซึ่งจะมีความเข้มงวดกว่าการออกประกาศฯ ในรูปแบบของ “การแจ้ง” ในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับราคาของสินค้าควบคุม (เช่น ประกาศฯ เรื่อง การแจ้งราคาและรายละเอียดเกี่ยวกับกระดาดชำระ กระดาดเช็ดหน้า) การแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับต้นทุนของสินค้าควบคุม (เช่น ประกาศฯ เรื่อง การแจ้งต้นทุน ราคาหรือรายละเอียดเกี่ยวกับครีมเทียมชั้นหวาน นมข้น นมคั้นรูปและนมแปลงไขมัน) หรือการแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับปริมาณของสินค้าควบคุม (เช่น ประกาศฯ เรื่อง การแจ้งปริมาณ สถานที่เก็บ และจัดทำบัญชีคุมสินค้าข้าวโพดเลี้ยงสัตว์) เป็นต้น

(ค) การกำหนดอัตรากำไรสูงสุดต่อหน่วยของสินค้าหรือบริการ ควบคุมตามมาตรา 25 (2)

การกำหนดอัตรากำไรสูงสุดตามมาตรา 25 (2) เป็นมาตรการที่สืบเนื่องมาจากกฎหมายฉบับเก่า แต่จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายฉบับเก่าจะใช้วิธีการคำนวณอัตรากำไรสูงสุดโดยการวิเคราะห์ต้นทุนของสินค้าแต่ละชนิดและขนาดก่อนใน

* ประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ เรื่อง การกำหนดราคาและหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการจำหน่ายน้ำตาลทราย พ.ศ. 2557 ลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2557 ซึ่งประกาศฯ ฉบับนี้มีรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดราคาจำหน่ายน้ำตาลทราย ณ โรงงานและราคาขายส่งและราคาขายปลีก และนอกเหนือจาก กจร. แล้ว ประกาศฯ ฉบับนี้ยังให้อำนาจแก่ กจร. สามารถกำหนดราคาจำหน่ายปลีกสูงสุดในเขตจังหวัดของตนได้เฉพาะกรณีในแต่ละจังหวัดมีการขนส่งซึ่งมีต้นทุนเพิ่มขึ้น.

** รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ปัญหาด้านความสัมพันธ์ระหว่างเสถียรภาพในการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทยกับปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โปรดดู ศิริวรรณ เจียมใจ ไพบูลย์, “ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย,” หน้า 270 - 277.

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

เบื้องต้น แล้วจึงกำหนดอัตรากำไรโดยจะอยู่ระหว่างร้อยละ 7 - 10 ของราคาสินค้า แต่ในปัจจุบัน กกร. มิได้ใช้มาตรการดังกล่าว⁸³

(ง) การกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการและเงื่อนไข ตาม มาตรา 25 (3)

จากสถิติพบว่า กกร. มีการใช้มาตรการตามมาตรา 25 (3) มากที่สุดในปัจจุบัน ยกตัวอย่างเช่น เฉพาะในปี พ.ศ. 2552 มีการใช้มาตรการดังกล่าวโดยการออกเป็นประกาศฯ ถึง 26 ฉบับด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว กกร. จะใช้มาตรการตามมาตรา 25 (1) ควบคู่กันไปเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการบังคับใช้ สำหรับเจตนารมณ์ของมาตรการดังกล่าวมีเพื่อให้ผู้ประกอบการแจ้งข้อมูลเพื่อนำข้อมูลไปใช้ในการวิเคราะห์ต้นทุนของสินค้าในแต่ละชนิด

สำหรับมาตรการในการให้ผู้ประกอบการแจ้งข้อมูลนั้น เมื่อผู้ประกอบการได้แจ้งข้อมูลแล้ว โดยหลักห้ามจำหน่ายแตกต่างไปจากราคาหรือปริมาณที่แจ้งต่อเลขาธิการหรือจำหน่ายราคาสูงกว่าที่แจ้งไว้ ที่ผ่านมาจะมีการบังคับใช้ตามมาตรานี้กับสินค้าประเภทนมทุกชนิด ยาป้องกันหรือกำจัดศัตรูพืช อาหารกึ่งสำเร็จรูปบรรจุภาชนะพลาสติก เป็นต้น ส่วนข้อยกเว้นกำหนดให้ผู้ประกอบการสามารถปรับเปลี่ยนราคาจำหน่ายให้แตกต่างไปจากราคาที่ได้แจ้งต่อเลขาธิการโดยต้องดำเนินการแจ้งล่วงหน้าก่อนตั้งแต่ 7 - 15 วัน สินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการข้อยกเว้นที่ผ่านมา เช่น กระดาษทุกชนิด รถจักรยานยนต์ รถยนต์นั่ง แบทเตอรี่ ยางรถยนต์ ปูนซีเมนต์ เหล็กทุกชนิด เป็นต้น⁸⁴

(จ) การกำหนดให้แจ้งต้นทุน ค่าใช้จ่ายตามมาตรา 25 (5)

มาตรการที่กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลด้านต้นทุน ปริมาณ ค่าใช้จ่าย แผนการผลิต แผนการนำเข้าในราชอาณาจักร เป็นต้น เป็นมาตรการที่ กกร. นิยมใช้กันมากอีกมาตรการหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้แจ้งต้นทุนค่าใช้จ่ายและแผนการนำเข้าในราชอาณาจักร เหตุผลของมาตรา 25 (5) คือเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในการวางแผนการดูแลและคุ้มครองผู้บริโภค โดยมากแล้วสินค้านั้นตามมาตรการดังกล่าวต้องเป็นสินค้าที่จำเป็นต่อการครองชีพและมีความอ่อนไหวด้านราคาและปริมาณเป็นอย่างสูง ยกตัวอย่างเช่น แป้งสาลี ผ้าอนามัย ปุ๋ยเคมี เป็นต้น⁸⁵

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

(ฉ) มาตรการที่มีความเข้มงวดมากที่สุดตามมาตรา 25 (10)

มาตรา 25 (10) กำหนดไว้ว่า “สั่งให้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ ควบคุมตามปริมาณและราคาที่กำหนด ตลอดจนถึงสั่งให้จำหน่ายแก่ส่วนราชการหรือบุคคลใด ตามที่คณะกรรมการกำหนด” จะเห็นได้ว่า มาตรา 25 (10) จะมีส่วนที่คล้ายคลึงกับมาตรา 25 (1) แต่จะมีความแตกต่างกันตรงที่ มาตรา 25 (1) เป็นการกำหนดสินค้าควบคุมโดยยังเปิดโอกาสให้ ตลาดระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเข้าทำธุรกรรมกันตามปกติ แต่มาตรา 25 (10) เป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการโดยบังคับให้จำหน่ายให้กับผู้ที่ กคร. กำหนดไม่ว่าจะเป็นการกำหนดในด้านปริมาณหรือราคา⁸⁶ ถือได้ว่าเป็นอำนาจขั้นเด็ดขาดของ กคร.

2.4.3.4 การแจ้งข้อมูลด้านราคา

มาตรา 26 บัญญัติว่า “ให้ กคร. มีอำนาจประกาศให้ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อจำหน่ายหรือผู้นำเข้าเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการควบคุมแจ้งชื่อ ราคาซื้อ ราคาจำหน่าย มาตรฐาน คุณภาพ ขนาด ปริมาณ น้ำหนักต่อหน่วย รวมทั้งชื่อและปริมาณวัตถุดิบเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น และลักษณะอย่างอื่นของสินค้าหรือบริการควบคุมตามที่เป็นอยู่ในวันที่ กคร. กำหนดต่อเลขาธิการ

เมื่อได้แจ้งรายการตามวรรคหนึ่งแล้ว กคร. อาจห้ามมิให้ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อจำหน่ายหรือผู้นำเข้าเพื่อจำหน่ายรายนั้นจำหน่ายสินค้าหรือบริการในลักษณะที่แตกต่างไปจากรายการตามที่ได้แจ้งไว้หรือจำหน่ายในราคาที่สูงหรือต่ำกว่าราคาตามที่ได้แจ้งไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเลขาธิการตามระเบียบที่ กคร. กำหนด

การใช้อำนาจตามวรรคหนึ่ง ให้นำความในมาตรา ๒๕ วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

สำหรับมาตรการการแจ้งข้อมูลตามมาตรา 26 ผู้เขียนได้อธิบายในข้อ 2.4.3.2 ข้างต้นแล้ว แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรการตามมาตรานี้เป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการแจ้งชื่อ ราคาซื้อ ราคาจำหน่าย มาตรฐาน คุณภาพ ขนาด ปริมาณ น้ำหนักต่อหน่วย เป็นต้น เพื่อเป็นการเก็บข้อมูลของสินค้าหรือบริการควบคุมทำให้ กคร. สามารถทราบถึงราคาจำหน่ายต่อหน่วยได้ สินค้าที่ถูกบังคับใช้ภายใต้มาตรานี้ ได้แก่ นม⁸⁷ แต่ก็มีสินค้าบางรายการที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้มาตรา 26 วรรคหนึ่งแต่เพียงวรรคเดียวซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบการสามารถจำหน่ายในราคาที่สูงขึ้นได้ซึ่งไม่ได้ห้ามการปรับเปลี่ยนราคา เช่น

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

ผงซักฟอก สบู่ น้ำยาซักฟอก น้ำยาล้างจาน เป็นต้น⁸⁸ สินค้าประเภทนี้ส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าที่มีการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก

2.4.3.5 การห้ามขายราคาต่ำหรือสูงเกินควร

สำหรับสินค้าหรือบริการทั่วไปที่มีใช้สินค้าควบคุมหรือบริการควบคุม พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ก็ยังคุ้มครองโดยห้ามผู้ประกอบการจำหน่ายในราคาที่ไม่สมควร โดยมาตรา 29 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใดๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควรหรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใด

คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ถือว่าเป็นการทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใดก็ได้ หลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

สาระสำคัญของมาตรา 29 มีดังต่อไปนี้

ก. แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะมีได้ให้นิยามคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” ไว้โดยตรง แต่เมื่อเทียบกับนิยาม “ธุรกิจ” ตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติไว้ว่าหมายถึง “กิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน” ดังนั้น “ผู้ประกอบธุรกิจ” ในที่นี้จึงหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

ข. จากบทบัญญัติมาตรา 29 ไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่า สินค้าหรือบริการนั้นต้องเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมตามมาตรา 24 ก่อน ซึ่งมาตรา 29 จะมีความแตกต่างไปจากมาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 28 ที่กำหนดว่าต้องเป็นสินค้าหรือบริการควบคุม ดังนั้น สินค้าหรือบริการที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้มาตรา 29 จึงเป็นสินค้าหรือบริการทุกประเภทไม่จำเป็นต้องเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมหรือไม่

ค. จากข้อความ “ดำเนินการใดๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควรหรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้าหรือบริการใด” ตามมาตรา 29 ประเด็นที่ต้องพิจารณาในที่นี้ คือ “ดำเนินการใดๆ” ซึ่งเป็นสาเหตุ ส่วน “โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควรหรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้าหรือบริการใด” เป็นผลที่เกิดขึ้นจากผลกระทบจากสาเหตุข้างต้น หากพิจารณาทางการค้าแล้ว “ดำเนินการใดๆ” ในที่นี้สามารถตีความได้ 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก เป็นการตีความในความหมายแคบ ซึ่งจะเป็นการ

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

ตีความจำกัดเฉพาะ “การขายสินค้าหรือบริการ” เท่านั้น ส่วนกรณีที่สอง เป็นการตีความในความหมายกว้างซึ่งจะไม่จำกัดเฉพาะ “การขายสินค้าหรือบริการ” แต่ให้หมายรวมถึงการกระทำใดๆ ก็ตามที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อราคา สำหรับในเรื่องนี้ ในอดีตที่ผ่านมา ได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เดือนมีนาคม พ.ศ. 2541 ให้ความหมายของคำว่า “ดำเนินการใดๆ” ภายใต้อำนาจของมาตรา 29 วรรคสอง คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ไว้ว่าเป็นคำที่ต้องใช้ในความหมายกว้าง ไม่จำกัดเฉพาะกรณีขายเท่านั้น แต่มีความหมายรวมถึง การกระทำใดๆ ก็ตามที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อราคาสินค้า⁸⁹

จ. มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษทางอาญาที่กำหนดโทษทางอาญาสูงที่สุดในพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 โดยผู้ฝ่าฝืนมาตรา 29 จะมีความผิดตามมาตรา 41 ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี ปรับไม่เกิน 140,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้นการตีความจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความโดยขยายความมิได้* ทั้งนี้ บทลงโทษทางอาญาตามมาตรา 29 มีความสำคัญมาก เนื่องจากรายการสินค้าหรือบริการนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสินค้าหรือบริการควบคุม ผู้ประกอบการในทุกๆ สาขาจึงเข้าข่ายความผิดหากมีการฝ่าฝืนมาตรา 29

จ. คำว่า “โดยจงใจ...” ตามมาตรา 29 เป็นองค์ประกอบความผิดในเรื่องของเจตนา ในที่นี้กฎหมายใช้คำว่า “จงใจ” ซึ่งดูเหมือนเป็นบทบัญญัติทางแพ่ง แต่เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษทางอาญา ดังนั้น ในที่นี้จึงหมายถึง เจตนาที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายซึ่งประกอบด้วย (1) เจตนาธรรมดา หมายถึง การจงใจกระทำโดยผู้กระทำรู้สำนึกในการกระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำก็ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำที่ได้มุ่งกระทำลงไปแล้ว และ (2) เจตนาพิเศษ ประกอบด้วย เจตนาพิเศษ 3 ประการ ได้แก่ (2.1) เพื่อจะทำให้ราคาต่ำเกินสมควร (2.2) เพื่อจะทำให้ราคาสูงเกินสมควร และ (2.3) เพื่อจะทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคา⁹⁰ แต่ไม่ว่าจะเป็นเจตนาในลักษณะใดก็ตาม ประเด็นที่สำคัญในการพิจารณาตามมาตรา 29 นี้จะต้องเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ หากไม่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการก็就不用มีความผิดตามมาตรา 29 แต่ในทางปฏิบัติแล้วหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างเป็นการกำหนดราคาที่สูงเกิน ต่ำเกินหรือปั่นป่วนนั้นยังไม่มี ความชัดเจน แต่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

* คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ตามบันทึกตอบข้อหารือ กรมการค้าภายใน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงได้.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

ฉ. เกณฑ์การพิจารณาราคาต่ำเกินสมควรและสูงเกินสมควร

สำหรับกรณีของเกณฑ์การพิจารณาราคาต่ำเกินสมควรจะใช้

เกณฑ์การพิจารณาว่าราคาจำหน่ายนั้นต่ำกว่าต้นทุนผลิตหรือต้นทุนนำเข้าหรือไม่ ต้นทุนผลิต ในที่นี้ หมายถึง ต้นทุนของวัตถุดิบและค่าใช้จ่ายด้านการผลิตทั้งหมด ส่วนต้นทุนนำเข้า หมายถึง ราคาสินค้าที่ซื้อจากต่างประเทศและรวมถึงค่าใช้จ่ายต่างๆในการนำเข้าสินค้า ทั้งนี้ต้นทุนในการผลิตจะไม่รวมต้นทุนในการขนส่ง ส่วนกรณีของเกณฑ์การพิจารณาราคาส่งเกินสมควรจะพิจารณาจาก (1) ราคาขายซึ่งมีอัตรากำไรสูงกว่าอัตรากำไรปกติที่ควรได้ตามประเพณีทางการค้า (2) ราคาขายสูงกว่าราคาที่ราชการกำหนด (3) ราคาขายสูงผิดปกติเมื่อเทียบกับราคาของสินค้าประเภทชนิดและตราเดียวกันที่ขายในร้านค้าที่มีลักษณะเดียวกันซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียง และ (4) ราคาขายสูงขึ้นผิดปกติไม่สอดคล้องกับต้นทุนที่สูงขึ้น⁹¹

จากการให้นิยามข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเกณฑ์การพิจารณาราคาส่งเกินสมควรตาม (1) ยังขาดความชัดเจนโดยเฉพาะการกำหนดว่าอะไรคืออัตราที่สูงกว่า “ประเพณีทางการค้า” ส่วน (3) หากพิจารณาผิวเผินจะเป็นเกณฑ์ที่พิจารณาจากการเปรียบเทียบกับสินค้าอื่นๆในลักษณะเดียวกัน แต่ที่อาจสร้างปัญหาตามมาได้คือ “ซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียง” เนื่องจากมาตรา 29 มีผลบังคับใช้ทั่วประเทศ การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาเช่นนี้อาจไม่เหมาะสมสำหรับสินค้าบางประเภท เช่น ยาสระผม สบู่ เป็นต้น ซึ่งเป็นสินค้าที่มีการจำหน่ายทั่วประเทศและมีลักษณะตลาดที่มีการแข่งขันกันในระดับประเทศ*

นอกจากนี้ สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างการค้ากำหนดราคาขายต่ำเกินสมควรกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เนื่องจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ต้องการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งจะแตกต่างจาก พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่เน้นในด้านกลไกตลาดเป็นหลัก ส่วนการกำหนดราคาขายที่ต่ำเกินสมควรหรือที่เรียกว่า “การขายต่ำกว่าทุน” ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นั้น การขายในราคาที่ต่ำจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ดังนั้น ผู้เขียนจึงยังมองไม่เห็นโทษของการกำหนดราคาขายที่ต่ำเกินสมควรภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ในขณะที่พฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุนภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะถือว่ามี ความผิดหากเข้าครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งเน้น

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

* ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการเปรียบเทียบราคาสินค้าในระดับจังหวัด โปรดดู คำพิพากษาศาลอาญาจังหวัดภูเก็ต คดีหมายเลขดำที่ 1461/ 2539 คดีหมายเลขแดงที่ 3943/ 2542.

ที่ระบบหรือกลไกตลาดโดยรวมไม่เน้นเฉพาะผู้บริโภคเท่านั้น แต่กฎหมายต้องทำหน้าที่กำกับดูแลสภาพแวดล้อมในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการด้วย

ช. เกณฑ์การพิจารณาผลกระทบ โดยทั่วไปการพิจารณาผลกระทบถือว่าเป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการตัดสินว่ามีความผิดหรือไม่ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในกฎหมายเศรษฐกิจ เช่น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นต้น สำหรับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาผลกระทบตามมาตรา 29 นี้อยู่ที่ว่าจะพิจารณาผลกระทบต่อตลาดโดยรวม หรือพิจารณาแค่ผลกระทบต่อผู้บริโภคเท่านั้น สำหรับในเรื่องของการตีความได้เคยมีแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า “การกระทำให้ราคาต่ำหรือสูงเกินสมควรไม่ต้องพิจารณาขยายความไปถึงผลกระทบต่อตลาดทั้งระบบ หากการกระทำเป็นการกระทบต่อผู้บริโภคเฉพาะราย หากต่ำหรือสูงเกินสมควรก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว แต่การทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้ามีความเห็นว่าจะเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาเหตุที่ทำให้เกิดการเคลื่อนไหวขึ้นลงราคาอย่างรุนแรงและผิดปกติและผลกระทบของการขึ้นลงอย่างรุนแรงผิดปกตินั้น จะต้องทำให้เกิดผลกระทบกับราคาสินค้าในตลาดทั้งระบบ ประกอบด้วย ซึ่งจะผิดกับการทำให้ราคาต่ำ/ สูงเกินสมควรจะเป็นการกระทำของตัวบุคคล ผลเกิดกับผู้บริโภคโดยตรงที่ทำให้เกิดราคาต่ำ/ สูงเกินสมควรผลจะตกแก่ผู้ประกอบการที่กระทำการนั้นๆ ส่วนการทำให้ปั่นป่วนจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายเดียว แต่จะเป็นผลกระทบต่อราคาสินค้าและปริมาณของตลาดทั้งระบบ การกระทำต่อบุคคลเฉพาะหรือกระทบต่อตลาดนั้น ...”⁹²

จากการจำแนกประเภทของลักษณะพฤติกรรมตามมาตรา 29 สามารถแยกออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การทำให้ราคาต่ำหรือสูงเกินสมควรจะใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อผู้บริโภคเฉพาะราย แต่จะไม่ใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อตลาด ส่วนกรณีที่สอง การทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาจะใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดโดยรวม ผู้เขียนเห็นว่าการแบ่งเกณฑ์การพิจารณาในลักษณะนี้อาจมีข้อจำกัดในการบังคับใช้มาตรา 29 เนื่องจากมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษทางอาญา ดังนั้นการนำเกณฑ์ที่แตกต่างกันระหว่างเกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดและเกณฑ์ผลกระทบต่อผู้บริโภคมาอยู่ภายใต้มาตรา 29 นั้นจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนเนื่องจากสินค้าหรือบริการทุกๆ ประเภทซึ่งไม่จำกัดเฉพาะสินค้าหรือบริการควบคุมต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของมาตรา 29 และนอกจากนี้ในกรณีที่เป็นการกำหนดราคาขายที่ต่ำเกินสมควร หากนำมาตรการนี้มาใช้จริงจังกายใต้มาตรา 29 อาจทำให้ต้นทุนของสินค้าหรือบริการนั้นๆ สูงขึ้นได้⁹³ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้เจตนารมณ์ของมาตรา 29 จะมีความชัดเจน แต่เกณฑ์การพิจารณาความผิดตามมาตรา 29 ต้องมีความชัดเจนเช่นกัน

⁹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 108 - 109.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

2.4.3.6 มาตรการติดตามภาวะราคา

อีกมาตรการหนึ่งที่สำนักงาน กกร. ได้ให้ความสำคัญ คือ การศึกษา วิเคราะห์และติดตามความเคลื่อนไหวของราคาสินค้าหรือบริการควบคุมและสินค้าอื่นที่มีความ จำเป็นต่อการครองชีพของผู้บริโภคประมาณ 200 ประเภทในแต่ละปี สำหรับมาตรการติดตาม ภาวะราคาในที่นี้ไม่ได้มีสถานะเป็นมาตรการทางกฎหมายโดยตรง แต่มีสถานะเป็นมาตรการ ทางด้านบริหารของรัฐบาลเพื่อใช้ในการกำกับดูแลควบคุมชานกับมาตรการทางกฎหมายไป พร้อมๆ กัน ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อศึกษาถึงแนวโน้มราคาและปริมาณของสินค้าหรือบริการซึ่งอาจ ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรง โดยได้มีการจัดลำดับความสำคัญของสินค้าหรือบริการออกเป็น 3 ระดับ ดังนี้

ก. ระดับที่ 1 เป็นสินค้าหรือบริการที่มีความอ่อนไหวเป็นพิเศษ ซึ่งจัดอยู่ในมาตรการที่เรียกว่า “Sensitive List (SL)” เป็นสินค้าหรือบริการที่ส่งผลกระทบต่อ ผู้บริโภคสูง ตัวอย่างของสินค้า เช่น ข้าวสารบรรจุถุง น้ำมัน ก๊าซหุงต้ม อาหารปรุงสำเร็จ สุกร ช้าแหละ เป็นต้น ส่วนตัวอย่างของบริการ เช่น บริการรับส่งสินค้า เอกสารหรือพัสดุภัณฑ์ เป็นต้น ทั้งนี้ การติดตามภาวะราคาจะดำเนินการเป็นรายวัน

ข. ระดับที่ 2 เป็นสินค้าหรือบริการที่ติดตามภาวะและ สถานการณ์อย่างใกล้ชิดเป็นพิเศษ ซึ่งจัดอยู่ในมาตรการที่เรียกว่า “Priority Watch List (PWL)” โดยจะดำเนินการติดตามภาวะราคาสัปดาห์ละ 2 ครั้ง ตัวอย่างของสินค้า เช่น น้ำตาลทราย เหล็กแผ่น สายไฟฟ้า ไซโก แบตเตอรี่ เป็นต้น และตัวอย่างของบริการ เช่น บริการซ่อม เครื่องไฟฟ้า บริการเปลี่ยนถ่ายน้ำมันเครื่อง บริการซ่อมรถ เป็นต้น

ค. ระดับที่ 3 เป็นสินค้าหรือบริการที่ติดตามภาวะและ สถานการณ์อย่างใกล้ชิดเป็นประจำทุกปี ซึ่งจัดอยู่ในมาตรการที่เรียกว่า “Watch List (WL)” รายการสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการนี้มีจำนวนมากที่สุด ยกตัวอย่างเช่น เมื่อปี พ.ศ. 2556 มี จำนวนรายการสินค้า WL สูงถึง 185 รายการ และบริการจำนวน 15 รายการ⁹⁴

สำหรับจำนวนรายการสินค้าและบริการภายใต้มาตรการระดับ ที่ 1 และระดับที่ 2 โดยมากจะมีจำนวนที่แตกต่างกันไม่มาก ขึ้นอยู่กับสภาพการณ์ของการ เปลี่ยนแปลงราคาสินค้าหรือบริการในแต่ละปี และนอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่โดยตรงใน การศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับดัชนีราคาของรายการสินค้า/ บริการประเภทต่างๆ เพื่อนำมาใช้

⁹⁴ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ [ออนไลน์], 1 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา

อ้างอิงในการกำหนดมาตรการทั้ง 3 ระดับ คือ สำนักดัชนีเศรษฐกิจการค้า สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์⁹⁵ และนอกจากนี้ยังมีเกณฑ์อื่นๆ ที่ใช้ควบคุมในการพิจารณาความเคลื่อนไหวของราคา เช่น อัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา การนำเข้าสินค้า วัตถุดิบจากต่างประเทศ ค่าแรงงานภายในประเทศ ปริมาณวัตถุดิบ ราคาน้ำมันเชื้อเพลิง ค่าบริการจัดการ เป็นต้น⁹⁶

จากรายการที่มีการกำหนดมาตรการทั้ง 3 ระดับซึ่งมีจำนวนโดยรวมแล้วมากกว่า 200 รายการ ในขณะที่จำนวนสินค้าหรือบริการควบคุมนั้นจะมีจำนวนประมาณ 40 รายการโดยประมาณ และจากการตรวจสอบสถิติข้อมูลโดยการสุ่มตัวอย่างข้อมูลปี พ.ศ. 2555 ของทั้งรายการสินค้าและบริการควบคุม ประจำปีพ.ศ. 2555 และรายการสินค้าที่ติดตามดูแล ประจำปีเดือนกันยายน พ.ศ. 2555⁹⁷ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตและสรุปในเบื้องต้นได้ดังนี้

ประการแรก จำนวนรายการสินค้าและบริการควบคุมในปี พ.ศ. 2555 มีจำนวนทั้งสิ้น 42 รายการ (บริการมีจำนวน 3 รายการ) ซึ่งสินค้าส่วนใหญ่จะอยู่ในมาตรการระดับที่ 2 ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 185 รายการ ในขณะที่มาตรการระดับที่ 1 ซึ่งมีจำนวนเพียง 10 รายการเท่านั้น

ประการที่สอง โดยทั่วไปการกำหนดว่าสินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ต้องศึกษาและวิเคราะห์ให้ชัดเจนก่อนประกาศบังคับใช้ แต่จากรายการมาตรการทั้ง 3 ระดับซึ่งมีจำนวนสูงถึง 185 รายการ แต่กลับถูกกำหนดให้เป็นสินค้าควบคุมแค่เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น เกณฑ์การพิจารณาในที่นี้สมควรต้องมีความชัดเจนและโปร่งใส

ประการที่สาม สำหรับกรณีของบริการควบคุม ปรากฏว่ามีรายการบริการควบคุม 3 รายการ ได้แก่ 1. การให้สิทธิในการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์เพลงเพื่อการค้า 2. บริการรับฝากสินค้าหรือบริการให้เช่าสถานที่เก็บสินค้า และ 3. บริการทางการเกษตร ปรากฏว่าในรายการมาตรการทั้ง 3 ระดับพบแค่เพียงบริการรับฝากสินค้าหรือบริการให้เช่าสถานที่เก็บสินค้าที่อยู่ในมาตรการระดับที่ 1 เท่านั้น ส่วนอีก 2 รายการไม่พบในรายการบริการที่ติดตามดูแลแต่อย่างใด

⁹⁵ กรมการค้าภายในสำนักดัชนีเศรษฐกิจการค้า สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์ [ออนไลน์], 1 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.price.moc.go.th>

⁹⁶ อุดลย์ ยุววิทยาพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542, หน้า 47.

⁹⁷ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ [ออนไลน์], 1 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.dit.go.th>

ตารางที่ 5 ตัวอย่างแสดงรายการสินค้าและบริการที่ติดตามดูแล ประจำเดือนกันยายน พ.ศ. 2555

ประเภทมาตรการ	รายการสินค้าที่ติดตามดูแล			รายการบริการที่ติดตามดูแล		
	SL	PWL	WL	SL	PWL	WL
จำนวนรายการ	10	10	185	1	15	4
รวมทั้งหมด	205			20		

2.4.4 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2.4.4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

กฎหมายฉบับเดิม คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 แต่ต่อมาถูกยกเลิกและได้มีการตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาอีก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ขึ้นมาแยกต่างหากแต่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงพาณิชย์ เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามเหตุผลที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 22 ก วันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2542 โดยมีใจความว่า

“โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากเจตนารมณ์ข้างต้น ได้มีการศึกษาและเปรียบเทียบเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศกับของประเทศไทยไว้หลัก ๆ 5 ข้อด้วยกัน⁹⁸ ได้แก่ (1) เป้าหมายในการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดสินค้าและบริการเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรของระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด (2) เป้าหมายในการไม่ให้มีการกระจุกตัวของอำนาจเศรษฐกิจ (3) เป้าหมายในการปกป้องวิสาหกิจขนาดกลางและวิสาหกิจขนาดย่อมให้มีโอกาสเข้าสู่ตลาดและแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม (4) เพื่อส่งเสริมให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากขึ้นในแง่ของราคา คุณภาพและการบริการ และ (5) เพื่อส่งเสริมและปกป้องอุตสาหกรรมเป้าหมายตามนโยบายอุตสาหกรรม*

แต่อย่างไรก็ตาม จากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

ประการแรก การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นั้นมิได้ระบุถึง “ผู้บริโภค” ไว้แต่อย่างใด แต่จะเป็น “การป้องกัน การกระทำอันเป็นการผูกขาดลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ...” ดังนั้น ความชัดเจนว่า “ผู้บริโภค” ถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งโดยตรงของ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นที่สุด

⁹⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 31-35.

* ยกตัวอย่างเช่น ญี่ปุ่น ในอดีตที่ผ่านมารัฐบาลญี่ปุ่นได้เน้นและส่งเสริมนโยบายอุตสาหกรรม (産業政策) มากกว่านโยบายการแข่งขัน (競争政策) แต่ในช่วงปี 1970 เป็นต้นมา ญี่ปุ่นเริ่มให้ความสำคัญกับนโยบายการแข่งขันและลดขอบเขตนโยบายอุตสาหกรรม หนึ่งในตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ ได้แก่ การกำหนดข้อยกเว้นความผิดการร่วมมือจำกัดการแข่งขันหรือการฮั้วราคา ซึ่งแต่เดิมกฎหมายแข่งขันของญี่ปุ่นได้กำหนดข้อยกเว้นการฮั้วราคาบางประเภท เช่น การฮั้วราคากรณีที่มีเหตุผล (合理化カルテル) การฮั้วราคากรณีที่เศรษฐกิจตกต่ำ (不況カルテル) เป็นต้น แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 เป็นต้นมาได้ยกเลิกข้อยกเว้นทั้ง 2 กรณีภายใต้กฎหมายว่าด้วยการปรับข้อยกเว้น (適用除外整理法) หรือกรณีของการผูกขาดธรรมชาติซึ่งแต่เดิมได้รับการยกเว้นภายใต้กฎหมายแข่งขันของญี่ปุ่น แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000 หลังจากการแก้ไขกฎหมายแข่งขันได้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นเกี่ยวกับการผูกขาดธรรมชาติ (自然独占に関する適用除外規定) รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法p. 451.

ด้านแรกของการศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เนื่องจากในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าบังคับใช้มาเป็นเวลายาวนานต่างก็มีเป้าหมายที่ชัดเจนในปัจจุบันว่า วัตถุประสงค์โดยตรงของกฎหมายแข่งขันคือ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันให้เสรีและเป็นธรรม และวัตถุประสงค์ทางอ้อมหรือวัตถุประสงค์สุดท้ายของกฎหมาย คือ เพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่ของผู้บริโภคหรือประชาชนภายในประเทศ⁹⁹

ประการที่สอง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีหน้าที่หลักในการป้องกันพฤติกรรม 3 ประเภท ได้แก่ (1) พฤติกรรมผูกขาดการแข่งขัน (2) พฤติกรรมลดการแข่งขัน และ (3) พฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่คุ้มครอง “ระบบการแข่งขัน (Competition)” มากกว่า “ผู้แข่งขัน (Competitor)” ในตลาด*

ประการที่สาม สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางด้านราคานี้ ผู้เขียนสามารถประเมินได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีเจตนารมณ์ที่ชัดเจนในการคุ้มครองระบบการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดซึ่งสอดคล้องกับหลักสากล เมื่อเจตนารมณ์ของมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางด้านราคามีความชัดเจน ในลำดับต่อมาก็จะเป็นขั้นตอนในการพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ว่าด้วยราคานี้มีความเหมาะสม ชัดเจนมากน้อยเพียงใด ซึ่งหลักเกณฑ์ว่าด้วยราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีหลายกรณี เช่น หลักเกณฑ์ในการกำหนดเกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษการร่วมมือการจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา ซึ่งได้แก่ การฮั้วราคา การฮั้วประมูลโดยภาคเอกชน

⁹⁹ Takaji Kanai, Noboru Kawahama, and Fumio Sensui, 独占禁止法 [กฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 弘文堂, 2010), p. 4 -10.

* ทั้งนี้ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก,"(กรุงเทพมหานคร). ได้อธิบายว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้แข่งขันในตลาดมิใช่คุ้มครองระบบการแข่งขัน.

2.4.4.2 ระบบและกลไกของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พ.ศ. 2542 ในส่วนของมาตรการทางด้านราคา

สำหรับระบบหรือหัวใจสำคัญเกี่ยวกับสาระบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มี 4 ประการหรืออาจเรียกว่า “สี่เสาหลัก”^{*} ก็ได้ ได้แก่ (1) มาตรการว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 25 (2) มาตรการว่าด้วยการควบคุมกิจการตามมาตรา 26 (3) มาตรการว่าด้วยการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 27 และ (4) มาตรการว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 29

“มาตรการทางด้านราคา” ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะแตกต่างจากมาตรการทางด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 หลายประการซึ่งรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อต่อไป มาตรการทางด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมีลักษณะเป็น “มาตรการควบคุมการแข่งขันทางด้านราคา” ซึ่งหมายถึง มาตรการที่รัฐจะใช้อำนาจในการเข้าไปทำหน้าที่กำกับดูแลโครงสร้างหรือสภาพแวดล้อมของตลาดให้อยู่ในสภาพที่พร้อมสำหรับการแข่งขันทางด้านราคา แต่รัฐจะไม่ใช้อำนาจในการเข้าไปแทรกแซงกลไกราคาหรือกำหนดราคาสินค้าหรือบริการเหมือนกรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ดังนั้น มาตรการควบคุมการแข่งขันทางด้านราคาในที่นี้จะป็นรูปแบบของการใช้อำนาจรัฐในรูปแบบที่แตกต่างไปจากมาตรการกำหนดราคาโดยรัฐ

* รูปแบบ “สี่เสาหลัก” ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นโดยมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาที่มี 3 เสาหลัก โดยญี่ปุ่นได้เพิ่ม “มาตรการว่าด้วยวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (不公正な取引方法)” เพิ่มขึ้นมา ในขณะที่นักวิชาการกฎหมายแข่งขันของญี่ปุ่นบางท่านเห็นว่าเสาหลักที่สี่ในปัจจุบันมีความจำเป็นน้อยลง เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมามาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาผู้เสียหายยังไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทน การฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยละเมิด เป็นต้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดเสาที่สี่เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในขณะนั้น รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Masahiro Murakami, 独占禁止法 (กฎหมายป้องกันการผูกขาด), (東京 : 弘文堂, 2012), p. 70.

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการแข่งขันทางด้านราคาไว้เป็นการเฉพาะ แต่มาตรการควบคุมการแข่งขันทางด้านราคาสามารถเข้าไปแทรกซึมทั้งในมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 29 ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 25 ได้แก่ การที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้วิธีการขายสินค้าต่ำกว่าทุนหรือเลือกปฏิบัติทางด้านราคา หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 27 โดยตรงจะเป็นการฮั้วราคาและฮั้วประมูล เป็นต้น

ส่วนกลไกการทำงานของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในปัจจุบัน ในส่วนของโครงสร้างของหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลยังคงอยู่ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ซึ่งจะแตกต่างไปจากประเทศพัฒนาแล้วที่กำหนดให้มีความเป็นอิสระ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจด้านบริหาร (administrative power) อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative power) หรืออำนาจกึ่งตุลาการ (quasi – judicial power)¹⁰⁰ เช่น สหรัฐอเมริกา¹⁰¹ ญี่ปุ่น¹⁰² เป็นต้น

ในขณะที่มาตรการเยียวยาและบทลงโทษนั้นก็จะมีลักษณะคล้ายๆ กับกฎหมายของต่างประเทศ กล่าวคือ

ก. มาตรการเยียวยาทางแพ่ง

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังเปิดโอกาสให้เอกชนผู้ที่เสียหายสามารถดำเนินการฟ้องร้องคดีเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29 ได้โดยอาจให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคฟ้องแทนได้ (มาตรา 40) แต่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์จงใจหรือประมาทเลินเล่อจะตกอยู่ที่ฝ่ายใด ในขณะที่กฎหมายแข่งขัน

¹⁰⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 285 – 286.

¹⁰¹ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 19.

¹⁰² Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 460.

ทางการค้าของญี่ปุ่น มาตรา 25 ได้กำหนดว่าภาระการพิสูจน์จะตกอยู่ที่ผู้ประกอบการหรือสมาคมทางการค้าที่กระทำคามผิด¹⁰³

ข. มาตรการทางอาญา

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ถูกออกแบบมาทั้งบทลงโทษทางอาญาและบทลงโทษทางปกครอง แต่จะมีลักษณะพิเศษตรงที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้นำหนักไปที่บทลงโทษทางอาญาโดยเฉพาะในเรื่องของเงินค่าปรับทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 51 ที่บัญญัติโทษกรณีที่ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 6 ล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ในขณะที่บางประเทศอย่างเช่นญี่ปุ่นความผิดกรณีที่เป็น การฝ่าฝืนวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practices) จะไม่มีบทลงโทษทางอาญา¹⁰⁴ โดยมีหลายเหตุผลด้วยกัน เช่น เหตุผลด้านความรุนแรงของพฤติกรรมที่น้อยกว่า พฤติกรรมประเภทอื่น เหตุผลด้านความชัดเจนในการกำหนดความผิดเนื่องจากเนื้อหาสาระของ บทบัญญัติยังขาดความชัดเจนทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือเหตุผลด้านอิทธิพลที่ได้รับสืบทอดมาจาก Clayton Act ของสหรัฐอเมริกาที่มีได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้¹⁰⁵

ค. มาตรการทางปกครอง

ภายใต้โครงสร้างของระบบกฎหมายไทย บทลงโทษทางปกครองภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเป็นในรูปแบบของการสั่ง เป็นหนังสือให้ผู้ประกอบการระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก

¹⁰³ Kanai, Kawahama, and Sensui., 独占禁止法, p. 533.

¹⁰⁴ Tadashi Shiraishi, 独占禁止法 [กฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 有斐閣, 2006), p. 556.

¹⁰⁵ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 554.

ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 75* และกรณีที่สองผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29¹⁰⁶ ส่วนเงินค่าปรับทางปกครองในต่างประเทศ เช่น ญี่ปุ่น¹⁰⁷ ใช้ระบบที่เรียกว่า “คำสั่งชำระเงินค่าปรับทางปกครอง (課徴金納付命令)”¹⁰⁸ หรือสหภาพยุโรปซึ่งใช้ระบบเงินค่าปรับ (fine)¹⁰⁹ โดยคณะกรรมการการค้าจะพิจารณาเงินค่าปรับจากยอดเงินขายสินค้าที่ฝ่าฝืนและระยะเวลากระทำ ความผิดที่ต่อเนื่อง (gravity and duration)¹¹⁰ เป็นต้น สามารถนำมาใช้ปรับควบคู่ไปกับเงินค่าปรับทางอาญาได้* สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีระบบเงินค่าปรับทางปกครอง แต่ได้มี

* มาตรา 30 บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า ระบุ หัก หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาด ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้” เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมด้านโครงสร้างมิใช่มาตรการควบคุมด้านพฤติกรรม ในปัจจุบันแทบจะไม่ได้มีการหยิบยกมาตรานี้ในการพิจารณาเรื่องร้องเรียน ผู้เขียนมาตรา 30 สามารถทำได้ในกรณีที่ยกเว้นและจำเป็นจริงๆ ซึ่งอาจนำมาบังคับใช้ได้กรณีที่ไม่สามารถบังคับใช้มาตรการควบคุมทางด้านพฤติกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งในการศึกษาถึงสมดุลระหว่างมาตรการควบคุมทางด้านโครงสร้างและมาตรการควบคุมทางด้านพฤติกรรมของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.

¹⁰⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 319.

¹⁰⁷ Akinori Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識 [คู่มือแนวปฏิบัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดระดับสากล - ความรู้เบื้องต้นภายใต้เศรษฐกิจกระแสโลกาภิวัตน์], (東京: 商事法務, 2012), pp. 111-112.

¹⁰⁸ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 477.

¹⁰⁹ Vogel, 欧州競争法, pp. 314 - 317.

¹¹⁰ Murakami, EC 競争法 [EC 独占禁止法], p. 37.

* สำหรับตัวอย่างของญี่ปุ่นได้เริ่มนำระบบเงินค่าปรับทางปกครอง (課徴金制度) มาใช้ในกฎหมายแข่งขันเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1977 กรณีความผิดการฮั้วราคาโดยเงินค่าปรับทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเข้าคลังของประเทศเนื่องจากมีลักษณะเป็นลาภมิควรได้ทางมหาชน (不当利得) ซึ่งจะแตกต่างไปจากเงินค่าปรับทางอาญา และคำสั่งทางปกครองจะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในการสั่งหรือไม่สั่งให้หยุดหรือระงับพฤติกรรม ในขณะที่เงินค่าปรับทางปกครองจะเป็นมาตรการที่ไม่อาศัยดุลยพินิจแต่ต้องสั่งดำเนินการในทุกกรณี ซึ่งในปัจจุบันได้มีความเห็นที่ชัดเจนว่าการลงโทษควบคู่กันทั้งสองทางนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของ

การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการนำระบบเงินค่าปรับทางปกครองเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายไทย^{**} และปัจจุบันกำลังอยู่ในช่วงการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดในเว็บไซต์ของกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ในหัวข้อการรับฟังแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับ “บทกำหนดโทษ ปรับบทกำหนดโทษจากความผิดทางอาญา เป็นโทษปรับทางปกครองกรณีฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 (5) - (10) มาตรา 28 และมาตรา 29 เพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมกรรมการทำความผิดซึ่งเป็นความผิดเชิงเศรษฐกิจเพื่อส่วนใหญ่ โดยกำหนดอัตราค่าปรับไม่เกินหกล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสองหมื่นบาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืน หากไม่ชำระ ให้นำบทบัญญัติการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม และกรณีไม่มีเจ้าหน้าที่บังคับ ให้เลขาธิการมีอำนาจฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ”¹¹¹

2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2.5.1 การทบทวนเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับ

สำหรับเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาทั้งสองฉบับ จากเหตุผลในการตรากฎหมายทั้งสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้อธิบายเกี่ยวกับเหตุผลในการตรากฎหมายไว้ว่า “โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้น

ญี่ปุ่น มาตรา 39 ว่าด้วยการลงโทษซ้อน (二重処罰) โปรดดู Takaji Kanai, Noboru Kawahama, and Fumio Sensui, 独占禁止法 (กฎหมายป้องกันการผูกขาด), p. 477 - 479.

^{**} รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู คณพล จันทน์หอม และคณะ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับบทลงโทษและมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency Program)," (เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2557). หน้า 1-63.

¹¹¹ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, การรับฟังแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับบทกำหนดโทษ, 6 กรกฎาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.dit.go.th>.

ไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดลด หรือจำกัด การแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจ เป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึง จำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ได้อธิบายถึง วัตถุประสงค์ไว้ว่า “โดยที่กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับ อยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสม เพราะมีสาระเป็นสองส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้าและการ ป้องกันการผูกขาด ซึ่งทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน แต่มี องค์กระทำหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้เพียงองค์เดียว ดังนั้น สมควรแยกบทบัญญัติและองค์กระทำ หน้าที่ที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดออกจากกัน เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพประกอบกับบทบัญญัติเดิมในส่วน ของการกำหนดราคาสินค้ายังไม่ชัดเจนและเหมาะสม สมควรปรับปรุงแก้ไขใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จึง จำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับในด้านวัตถุประสงค์ในการ บังคับใช้กฎหมาย ได้มีความเห็นว่า

“ในกรณีของประเทศไทย เป้าหมายที่สำคัญและเป็นรูปธรรมของการตรา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า คือ การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐ โดยตรงในการเอาผิดและลงโทษผู้ประกอบการที่ร่วมกันกำหนดราคาขายหรือราคาซื้อสินค้า ซึ่ง ก่อนปี พ.ศ. 2542 นั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายไทยฉบับใดให้อำนาจหน่วยงานรัฐที่กำกับดูแล ราคาสินค้าสามารถเอาผิดและลงโทษผู้ประกอบการที่ทำการฮั้วราคาเลย และการตรา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ออกมาบังคับใช้พร้อมๆ กับพระราชบัญญัติว่า ด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถใช้พระราชบัญญัติว่าด้วย ราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 กำกับดูแลราคาขายปลีกของสินค้าและบริการได้ที่ตลาด ปลายทาง และสามารถใช้อำนาจการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำกับดูแลการ ร่วมกันกำหนดราคาของผู้ประกอบการได้ที่ตลาดต้นทาง ดังนั้นหน่วยงานของรัฐจะมีกฎหมายให้ อำนาจกำกับดูแลราคาสินค้าครบวงจร ...”¹¹²

¹¹² ศิริพล ยอดเมืองเจริญ, "กิจกรรมส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า : การสัมมนาเรื่อง “กฎหมาย แข่งขันทางการค้า : ประโยชน์สู่สังคม”, 27 พฤษภาคม(2548).

เหตุผลที่สนับสนุนคำอธิบายข้างต้นสามารถสรุปได้ 2 ประการ ได้แก่ (1) การจำแนกตลาดต้นทางและตลาดปลายทาง และ (2) การที่มีพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับบังคับใช้พร้อมๆ กันถือว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ครบวงจร แต่อย่างไรก็ตาม การจำแนกประเภทของตลาดต้นทางกับตลาดปลายทางนั้นปกติจะเป็นในเรื่องของการกำหนด “ขอบเขตตลาด (market definition)” ภายใต้แนวคิดพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มากกว่าการนำมาบังคับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ส่วนในมิติว่าด้วยการจำแนกราคาขายส่งและราคาขายปลีกภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็สามารถจำแนกตามขอบเขตตลาดได้อยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ตามหลักทฤษฎีแล้วเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับจะขัดแย้งกันเอง แต่ในบริบทของประเทศไทยนั้นมีความแตกต่างจากประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้ว จากแนวคิดข้างต้นที่ได้อธิบายถึงความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับเพื่อให้ครบวงจรและเกิดประสิทธิภาพสูงสุดนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดข้างต้น เนื่องจากหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่าแตกต่างกัน โดยสามารถสรุปประเด็นได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองผู้บริโภคภายในประเทศ ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่เข้าข่ายฝ่าฝืนกฎหมายและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กลไกตลาดทำงาน

ประการที่สอง แม้เจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับจะแตกต่างกัน แต่ผู้เขียนกลับเห็นว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ ต่างก็เป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศ ฉบับหนึ่งเน้นไปที่กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่เข้าข่ายฝ่าฝืนกฎหมาย ในขณะที่กฎหมายอีกฉบับหนึ่งให้ความสำคัญกับผู้บริโภคภายในประเทศซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจภายในประเทศเช่นกัน

ประการที่สาม สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมราคาสินค้าเป็นหลัก ในกรณีนี้ผู้ประกอบการที่ผลิตและจำหน่ายสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมไม่ว่าจะเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมหรือสินค้าทั่วไปจะต้องผลิตและจำหน่ายสินค้าในราคาที่ยอดคล้องกับนโยบายของรัฐ ซึ่งหมายความว่า นอกจากผู้ประกอบการจะไม่สามารถกำหนดราคาขายในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมได้แล้ว ในขณะเดียวกันก็ต้องพยายามผลิตสินค้าประเภทใหม่ๆ เพื่อให้สามารถอยู่ในตลาดได้

ต่อไป ส่งผลให้เกิดการแข่งขันในตลาดไปโดยปริยายซึ่งจะมีความเชื่อมโยงกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันในตลาด

2.5.2 ผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาในเบื้องต้น ผู้เขียนพบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีแนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดขึ้นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะให้ความสำคัญต่อผลกระทบที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นต่อระบบการแข่งขันในตลาด ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 นั้นได้มีการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า การพิจารณาถึงผลกระทบนั้นไม่ต้องพิจารณาขยายความไปถึงผลกระทบต่อตลาดทั้งระบบ หากการกระทำเป็นการกระทบต่อผู้บริโภคเฉพาะรายก็เพียงพอ

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยราคาทั้งสองฉบับต่างก็เป็นกฎหมายเศรษฐกิจโดยต้องรัฐเข้ามากำกับดูแลซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการพิจารณาถึง “ผลกระทบ” ที่เกิดขึ้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของกฎหมายเศรษฐกิจ ดังนั้นหากแนวทางการพิจารณาถึงผลกระทบที่แตกต่างกันระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับอาจเกิดปัญหาในภาพรวมด้านการกำหนดนโยบายการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยต่อไปในอนาคตได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากภาครัฐยังคงมีนโยบายเกี่ยวกับผลกระทบของกฎหมายทั้งสองฉบับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดโดยรวมในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อผู้บริโภค ในอนาคตข้างหน้าอาจเกิดปัญหาขึ้นได้เนื่องจากผลจากการไม่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งหมายถึงการทำงานภายใต้กรอบกติกาตลาดจะทำให้เกิดการแข่งขันทางด้านราคาในตัวเอง และในท้ายที่สุดผลประโยชน์ก็จะตกมาถึงผู้บริโภค แต่ถ้าภาครัฐมุ่งเน้นการเยียวยาผู้บริโภคในด้านค่าครองชีพในการดำรงชีวิตประจำวัน ภาระก็จะตกมาอยู่ที่ผู้ประกอบการมากขึ้น ซึ่งในระยะสั้นอาจไม่ปรากฏผลกระทบที่ชัดเจน แต่ในระยะยาวแล้วระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอาจได้รับผลกระทบตามมาได้

แต่อย่างไรก็ตาม เหตุผลด้านภาระความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่มากเกินไปสำหรับผู้ประกอบการที่ผลิตและจำหน่ายสินค้าที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และมาตรการทางบริหารอาจถูกหักล้างได้ เนื่องจากในความเป็นจริงผู้ประกอบการมีเสรีภาพในการกำหนดราคาขายสินค้าของตนแต่ต้องไม่กระทบต่อคู่แข่งรายอื่นหรือผู้บริโภค แม้ในปัจจุบันจะมีจำนวนรายการสินค้าควบคุม บริการควบคุม

ตลอดจนรายการสินค้าที่ติดตามดูแลเป็นจำนวนมากก็ตาม แต่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงราคาที่กำหนดว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ความเหมาะสมในที่นี้ไม่มีสูตรที่ตายตัวว่าต้องกำหนดเกณฑ์อัตรากำไรเท่าไร แม้อาจเป็นการเพิ่มภาระหรือต้นทุนในการดำเนินธุรกิจแต่หากอยู่ภายใต้ระบบการแข่งขัน ไม่ว่าจะสินค้านั้นจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยมาตรการกำหนดราคาหรือไม่ ประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าและจำหน่ายไปยังผู้บริโภคจะทวีคูณยิ่งขึ้น

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

	(ก) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542	(ข) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542	หมายเหตุ
1. หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย	กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์	สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์	
2. คณะกรรมการที่รับผิดชอบ	คณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ	คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	
3. บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นไม่บังคับใช้กับราชการฯ รัฐวิสาหกิจ	มาตรา 5	มาตรา 4	เฉพาะ (ก) ที่กำหนดข้อยกเว้นกรณีรัฐวิสาหกิจ
4. เจตนารมณ์ของกฎหมาย	- แก้ไขบทบัญญัติและองค์ประกอบของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าให้ชัดเจนขึ้น - ค้ำครองชีวิตความเป็นอยู่	- ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ	

	ของผู้บริโภค		
5. กลุ่มเป้าหมาย	- ผู้ประกอบธุรกิจ - ผู้บริโภค	- ผู้ประกอบธุรกิจ	
6. การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	ไม่จำเป็น	มาตรา 25	
7. รูปแบบการกำกับดูแลด้านสินค้าและบริการ	กำหนดเป็นสินค้าและบริการควบคุมตามมาตรา 24 และมาตรา 25	ไม่ได้กำหนด	
8. รูปแบบการติดตามความเคลื่อนไหวของผู้ประกอบการ	ติดตามความเคลื่อนไหวด้านการกำหนดราคาของผู้ประกอบการ	ติดตามพฤติกรรมโดยรวมของผู้ประกอบการว่าเข้าข่ายมิชอบด้วยกฎหมาย (abuse) หรือไม่	
9. การควบคุมราคาสินค้า	- แทรกแซงราคาสินค้าโดยตรง (ปัจจุบันใช้เฉพาะน้ำตาลทรายเท่านั้น) - กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการเป็นสินค้าและบริการควบคุม	ไม่เข้าไปแทรกแซงราคาโดยตรง	
10. แจ้างรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับสินค้า เช่น ต้นทุน ปริมาณการผลิต เป็นต้น	มาตรา 25	ไม่ได้กำหนด	
11. พฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย	- มาตรา 29 - มาตรา 30 - มาตรา 31	- มาตรา 25 - มาตรา 26 - มาตรา 27 - มาตรา 29	
12. บทลงโทษทางอาญา	กำหนด	กำหนด	
13. มาตรการทาง	มาตรา 18 (อำนาจของ	มาตรา 31	

ปกครอง	พนักงานเจ้าหน้าที่)		
14. มาตรการ เยียวยาทางแพ่ง	ไม่ได้กำหนด	มาตรา 40	
15. การพิจารณา ผลกระทบ	ผลกระทบต่อผู้บริโภค เฉพาะราย	ผลกระทบโดยรวมต่อตลาด	
16. มาตรการ รองรับสถานการณ์ พิเศษ	ทบทวนมาตรการสินค้าและ บริการควบคุมทุกปี	มาตรา 30 คณะกรรมการมี อำนาจอรรถระงับ หยุด หรือ เปลี่ยนแปลงส่วนแบ่งตลาด ของผู้ประกอบการที่เกินกว่า ร้อยละ 75 ได้	

2.6 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้พบว่า วิธีคิดของรัฐเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของไทยจะใช้ทั้งสองแนวทางควบคู่กัน คือ แนวทางดั้งเดิมโดยการทำอำนาจรัฐในการเข้าควบคุมราคาโดยตรง และอีกแนวทางหนึ่งซึ่งเป็นแนวทางใหม่ที่รัฐทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในการกำหนดราคา แต่พบว่าในปัจจุบันรัฐใช้แนวทางการควบคุมราคาเป็นหลัก ในขณะที่ในต่างประเทศจะใช้แนวทางการควบคุมราคา โดยเฉพาะการเข้าแทรกแซงทางด้านราคาจะกระทำภายใต้ขอบเขตที่จำกัดและใช้ในสถานการณ์ที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น โดยจะให้ความสำคัญในด้านการส่งเสริมพื้นฐานหรือสิ่งแวดล้อมในการแข่งขันภายใต้การทำงานของกลไกตลาดมากกว่าการควบคุมราคาสินค้า

จากเจตนารมณ์ที่มีความแตกต่างกันระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ส่งผลให้มาตรการทางด้านราคาของรัฐควรกำหนดให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันแต่กลับใช้เครื่องมือที่แตกต่างกัน ซึ่งในที่นี้หมายถึง รัฐควรกำหนดนโยบายให้ทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคต่างก็ได้รับประโยชน์ในด้านราคาให้มากที่สุดแม้จะอาจเกิดผลกระทบ โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่ในการส่งเสริมให้กลไกตลาดทำงานได้ แทนการแยกใช้เครื่องมือที่แตกต่างกันไปพร้อมๆ กันโดยให้ความสำคัญกับกฎหมายทั้งสองฉบับที่เท่าเทียมกัน คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มุ่งกำกับดูแลเฉพาะผู้ประกอบการและพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่ให้ความสำคัญกับผู้บริโภค ซึ่งการ

บังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับที่มีเจตนารมณ์ที่ขัดกันนั้นจะส่งผลกระทบต่อมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยในระยะยาวได้

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ก็ยังคงมีความจำเป็นไม่อาจยกเลิกได้ เนื่องจากเหตุผลหลายประการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้แนวคิดการเยียวยามากกว่าการป้องกัน หรือเหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ของประเทศไทยที่คุ้นเคยกับการให้อำนาจรัฐในการเข้าแทรกแซงเพื่อประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มิได้จำกัดเฉพาะการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังมีส่วนช่วยสนับสนุนระบบกลไกตลาดอีกทางหนึ่งด้วย กล่าวคือ จากรายการสินค้าควบคุมตลอดจนรายการสินค้าที่ติดตามดูแลหลายประเภทด้วยกันจะสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ (1) สินค้าที่สามารถแข่งขันในตลาดได้ตามปกติ เช่น รถจักรยานยนต์ ผงซักฟอก เป็นต้น และ (2) สินค้าประเภทพิเศษที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศหรือเกษตรกรรมของประเทศซึ่งหากปล่อยให้อยู่ภายใต้กลไกตลาดอาจทำให้ไม่สามารถทำงานได้เต็มที่ เช่น น้ำตาลทราย สุกร เป็นต้น โดยเฉพาะสินค้าประเภทแรกที่สามารถแข่งขันได้ในตลาด แม้จะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้มาตรการควบคุมราคา แต่ผู้เขียนเห็นว่าในบริบทของประเทศไทย ณ ปัจจุบันยังไม่สามารถยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะต้องเป็นไปอย่างระมัดระวังให้มากที่สุด และสมควรมีการทบทวนขอบเขตการบังคับใช้มาตรการควบคุมราคาสินค้าเหมือนกับกรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีแนวคิดเกี่ยวกับการทบทวนหลักเกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการจัดตั้งอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือการศึกษาวิจัยในทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับเกณฑ์ที่เหมาะสม เป็นต้น¹¹³

สำหรับประเด็นการทบทวนประเภทของรายการสินค้าควบคุมหรือรายการสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการติดตามดูแลนั้น ในระยะยาวรัฐควรกำหนดนโยบายที่ชัดเจนว่าควรให้ความสำคัญกับสินค้าประเภทใดบ้าง ซึ่งประกอบด้วยสินค้าอุตสาหกรรม สินค้าเกษตรกรรม และสินค้าที่ใช้ในชีวิตประจำวัน และเมื่อมีการทบทวนกลุ่มเป้าหมายของสินค้าหรือบริการแล้ว

¹¹³ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, รื้ออบ งานแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: กรมการค้าภายใน, 2557), หน้า 20 - 23.

จำนวนของรายการสินค้าหรือบริการควบคุมอาจลดลงซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐ ทั้งนี้รัฐอาจต้องเข้ามาศึกษาและทบทวนเกี่ยวกับระดับของการเข้าควบคุมราคาสินค้าว่าโดยพิจารณาการใช้มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างกลไกราคาหรือต้นทุนของผู้ประกอบการให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น หรืออาจต้องพิจารณาถึงทางเลือกอื่นที่รัฐสามารถเข้ามาควบคุมราคาได้แต่ต้องไม่เป็นผู้แทรกแซงในการกำหนดราคาโดยตรง



บทที่ 3 แนวคิดและความสำคัญของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด

3.1 ความนำ

ในบทที่แล้วจะเป็นการนำเสนอเชิงวิพากษ์เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคา
ที่รัฐสามารถนำมาใช้บังคับได้ซึ่งจะเห็นได้ว่าจะมีทั้งรูปแบบของการส่งเสริมระบบและกลไกการ
แข่งขันและรูปแบบของการเข้าแทรกแซงในการกำหนดราคาเองทั้งทางตรงและทางอ้อม และ
ภายใต้กรอบแนวคิดในการพัฒนามาตรการส่งเสริมการแข่งขันทางด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติ
การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ประเด็นที่สำคัญไม่น้อยไปกว่าวิธีคิดของรัฐเกี่ยวกับมาตรการทาง
กฎหมายว่าด้วยราคาก็คือ ประเด็นเกี่ยวกับโครงสร้างของผู้ประกอบการที่มีอำนาจในการขึ้นหรือ
การมีสถานะเป็นผู้นำในการกำหนดราคาซึ่งจะส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมที่มีขอบด้วยกฎหมายได้
ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจึงขอนำเสนอประเด็นปัญหาเกี่ยวกับแนวคิด “เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ซึ่ง
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติกลับ
พบว่าการกำหนดเกณฑ์ฯ ดังกล่าวเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีอำนาจเหนือตลาดกับพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาในรูปแบบต่างๆ
ที่มีขอบ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า แม้กฎหมายจะมีบทบัญญัติห้ามพฤติกรรมเกี่ยวกับการ
กำหนดราคาในลักษณะที่มีขอบไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่หากเกณฑ์ในการสันนิษฐานความผิดใน
เบื้องต้นของพฤติกรรมที่มีขอบซึ่งก็คือ เกณฑ์ในการสอดส่องหรือเฝ้าติดตาม (monitoring)
ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจทางธุรกิจในอุตสาหกรรมนั้นๆ ขาดความเหมาะสมไม่สามารถ
ตรวจจับได้ ก็จะเป็นภาระในการบังคับใช้กฎหมายได้เช่นกัน

แม้ปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25
แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2550 โดยเกณฑ์ผู้มีอำนาจ
เหนือตลาดของไทยมีลักษณะเฉพาะโดยได้กำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของไทยจากส่วนแบ่ง
ตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจเป็นสำคัญโดยการกำหนดตัวเลขของส่วนแบ่งตลาดและ
ตัวเลขของยอดเงินขายไว้ตายตัวโดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Monopoly
Regulation and Fair Trade Act: MRFTA)* ของเกาหลีใต้¹ ในขณะที่ในประเทศอื่นๆ เช่น

* MRFTA ฉบับแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2013.

สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป หรือญี่ปุ่นจะใช้เกณฑ์พิจารณาตามความเหมาะสมเป็นกรณีๆ ไปซึ่งอยู่กับโครงสร้างทางอุตสาหกรรมที่แตกต่างกัน ประกอบกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ออกมาเมื่อปี พ.ศ. 2550 ยังขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้จริงและไม่อาจรองรับการสภาพการณ์ทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน² ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงลักษณะพิเศษเฉพาะตัวของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของไทยที่เป็นการยากที่จะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ (ยกเว้นประเทศเกาหลีใต้) และวิเคราะห์ถึงแนวทางการปรับปรุงเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในบริบททางกฎหมายโดยอ้างอิงจากรายงานการวิจัยในเชิงเศรษฐศาสตร์โดยมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังภายใต้โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ในทางกฎหมายถึงความสำคัญของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดว่าส่งผลต่อการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันมากน้อยเพียงใดเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของไทยต่อไป

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ

ในทางทฤษฎีนั้นอาจจำแนกประเภทของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในหลายมิติ ยกตัวอย่างเช่น หากจำแนกเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยใช้เกณฑ์องค์ประกอบ “จำนวนส่วนแบ่งตลาด” มาเป็นตัวตัดสินก็จะสามารถแบ่งย่อยออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน ได้แก่ แนวทางแรกเป็นแนวทางที่ใช้ส่วนแบ่งตลาดเพียงองค์ประกอบเดียวโดยการออกกฎหมายกำหนดตัวเลขที่ชัดเจนออกมาเพื่อกำหนดการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งอาจเรียกแนวทางนี้ได้ว่า “formal criteria” ส่วนแนวทางที่สองเป็นการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยใช้องค์ประกอบอื่นๆ นอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดในการพิจารณาด้วย หรืออาจเรียกว่า “substantive criteria” เช่น สถานะทางการเงิน ยอดการขาย การถือครองวัตถุดิบ การถือครองเทคโนโลยี เป็นต้น³ สำหรับประเทศ

¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 84 - 85.

² มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, “โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด,”(เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2556)., หน้า 4-1.

³ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, ที่ระลึกพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิติย์ ม.ว.ม., ป.ช. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 43 - 44.

ไทยก็จะใช้แนวทางที่สองตามเกณฑ์นี้เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดเกณฑ์ “ยอดเงินขาย” นอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาดด้วย

หากจะพิจารณาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยความชัดเจนของตัวเลขส่วนแบ่งตลาดก็จะสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทเช่นกัน ได้แก่ แนวทางแรกเป็นการกำหนดส่วนแบ่งตลาดที่ตายตัวและใช้ในหลายๆ ธุรกิจ ดังเช่น MRFTA ของเกาหลีใต้ หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และแนวทางที่สองมิได้กำหนดสัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดไว้อย่างชัดเจนแต่จะพิจารณาในแต่ละธุรกิจ (case by case basis) เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น เป็นต้น

หรือการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ “ยอดเงินขาย” เป็นองค์ประกอบสำคัญในการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดก็จะสามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ได้แก่ แนวทางแรกเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้อัตราประกอบยอดเงินขาย (ในปีที่ผ่านมา) มาเป็นตัวชี้วัดโดยตรง ได้แก่ เกาหลีใต้และประเทศไทย และแนวทางที่สองเป็นกลุ่มประเทศที่มีได้กำหนดว่าจะใช้เกณฑ์ยอดเงินขายในการพิจารณาโดยตรง แต่อาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในทางอ้อม เนื่องจากในการคำนวณยอดเงินขายจะคำนวณจากส่วนแบ่งตลาดดังนั้นจึงอาจไม่มีความจำเป็นในการพิจารณาจากเกณฑ์ยอดเงินขายโดยตรง อีกทั้งหากจะใช้เกณฑ์ยอดเงินขายแล้วส่วนมากจะเป็นการกำหนดมูลค่าของทั้งตลาดสินค้ามิใช่เป็นการกำหนดยอดเงินขายของบริษัทใดบริษัทหนึ่ง⁴ ตัวอย่างประเทศที่ใช้แนวทางที่สอง เช่น ญี่ปุ่น เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีการจำแนกเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่น่าสนใจอีกหนึ่งเกณฑ์ คือ เกณฑ์โดยอาศัยขั้นตอนหรือกระบวนการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวทางใหญ่ๆ ได้แก่ แนวทางแรก เป็นการสืบค้นหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยเริ่มจากการพิจารณาองค์ประกอบด้านเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดก่อนว่าเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ แล้วจึงพิจารณาพฤติกรรมและผลกระทบตามลำดับ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่จะใช้แนวทางนี้ แต่อาจมีความแตกต่างกันไปในรูปแบบของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในกรณีของสหรัฐอเมริกาจะอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดของ “อำนาจการผูกขาด (monopolization)” ในขณะที่สหภาพยุโรปจะใช้เกณฑ์ที่ค่อนข้างชัดเจนในรูปแบบของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่มีขอบ (abuse of dominant position)” ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย ส่วนแนวทางที่สองเท่าที่ผู้เขียนศึกษาในเบื้องต้นพบว่ามีแค่เพียงญี่ปุ่นเท่านั้นที่ใช้รูปแบบที่มีความซับซ้อนกว่าประเทศอื่น โดยในขั้นตอนแรกจะพิจารณาจากพฤติกรรมว่าเข้าข่ายความผิด “การผูกขาดเอกชน (private monopolization)” หรือไม่โดยจะดูว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็น

⁴ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, “โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด.”, หน้า 4-4.

การกำจัด (exclude) หรือไม่ และหลังจากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนการคำนวณหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งในที่นี้หมายถึง ขอบเขตความเป็นไปได้ในการได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด) และในขั้นตอนสุดท้ายก็จะพิจารณาว่าเป็นการกำจัดการแข่งขันที่แท้จริงหรือไม่ ซึ่งในที่นี้หมายถึง เกณฑ์การพิจารณาว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ (abuse) หรือไม่⁵

ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างกรณีศึกษาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศที่สำคัญ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 สหรัฐอเมริกา

กฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Laws) ของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1890 โดยการตรากฎหมายฉบับแรก ชื่อ Sherman Act โดยมาตรา 2 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการผูกขาดที่ผิดกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ว่า “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony,…”

บทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act เป็นข้อกำหนดในการห้ามการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะผูกขาดโดยบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดและกรณีที่มีอันตรายในระดับสูงของการได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด⁶ เท่านั้น* และจากตัวบทตามมาตรา 2 นี้จะสามารถสังเกตได้จากคำว่า “monopolize” ซึ่งมีความหมายว่าเป็นการนำอำนาจการผูกขาดมาใช้ในทางที่มิชอบ หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรา 2 มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามสภาพที่เรียกว่า “การผูกขาด (monopoly)” แต่ห้ามพฤติกรรมที่สร้างหรือรักษาไว้ซึ่งการผูกขาด (monopolize)⁷

⁵ Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識 p. 290.

⁶ Toshiaki Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策 [นโยบายการแข่งขันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาและ EU], 第4版. (東京: 青林書院, 2010), p. 212.

* แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดได้กระทำการที่เข้าข่ายการผูกขาดในลักษณะเช่นนี้ กฎหมาย Clayton Act และกฎหมาย FTC Act จะเข้ามาบังคับใช้แทน ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลดช่องว่างของกฎหมายและเป็นการขยายขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายอีกด้วย.

⁷ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 7.

3.2.1.1 สารสำคัญของกฎหมาย

สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรา 2 นี้ สามารถอธิบายได้ว่า มิใช่เป็นมาตรการที่ใช้สำหรับควบคุมการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ กรณีแรกเป็นการผูกขาดที่เกิดขึ้นมาโดยผลจากสภาพนั้นๆ (equilibrium monopoly) ซึ่งหมายถึง ผลลัพธ์ที่ได้จากความมีประสิทธิภาพในการบริหารกิจการหรือจากความพยายามแล้วส่งผลให้เกิดการผูกขาด (monopoly) ตามมาในภายหลัง และกรณีที่สองเป็นการควบคุมอำนาจเหนือตลาด (monopoly power หรือ market power) ในตัวมันเอง⁸

แต่มาตรา 2 นี้ จะใช้เป็นบทบัญญัติที่ให้นำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีเจตนาเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด (monopolization) ในกระบวนการของการแข่งขันทางการค้าในตลาด การได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดโดยทั่วไปแล้วจะเริ่มจากกระบวนการสร้างอำนาจผูกขาด และเมื่อสามารถสร้างอำนาจผูกขาดได้ก็จะเข้าสู่กระบวนการรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดให้มีเสถียรภาพ และในกระบวนการสุดท้ายจะเป็นการพยายามขยายอำนาจผูกขาดของตนให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น⁹ ทั้งนี้ ในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้ให้ความหมายของคำว่า “monopoly” ไว้ว่า เป็นการผูกขาดที่เกิดขึ้นในตลาดที่มีผู้ขายเพียงหนึ่งรายเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า ความหมายของคำว่า “monopoly” ในแง่มุมมองของนักเศรษฐศาสตร์นั้นมีความหมายเทียบเท่ากับคำว่า “monopolization” ในโลกของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายก็ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “monopoly” ที่เข้มงวดเหมือนกับทางเศรษฐศาสตร์ แต่จะให้คำนิยามของ “monopoly” ไว้ว่า หมายถึง การที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งสามารถที่จะมีอำนาจเหนือตลาด (market power) ได้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 100% ก็ตาม¹⁰ ซึ่งในกรณีเช่นนี้กฎหมายก็ไม่ควรที่จะปฏิเสธผลจากความพยายามของผู้ประกอบการแล้วส่งผลให้เกิดการผูกขาด (monopoly) ซึ่งปรากฏไว้ในคำพิพากษาคดี Grinnell Corp.¹¹ ในปี ค.ศ. 1966 ตอน

⁸ Kazuo Sato, アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践 - (กฎหมายป้องกันการผูกขาดสหรัฐอเมริกา - ทฤษฎีและการปฏิบัติเกี่ยวกับนโยบายการป้องกันการผูกขาด), (東京: 青林書院, 1998), p. 214.

⁹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 208.

¹⁰ John H. Shenefield and Irwan M. Stelzer, アメリカ独占禁止法 - 実務と理論 (The Antitrust Laws), 田村次郎 金子晃, 佐藤潤訳, (東京: 三省堂, 1999), p. 42.

¹¹ United States V. Grinnel Corp. 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

หนึ่งว่า การผูกขาดที่สมควรที่จะให้มีได้ในที่นี้หมายถึง การผูกขาดที่เกิดจากการพัฒนาหรือความก้าวหน้าเฉพาะในกรณีที่เป็น “ผลที่ได้จากผลิตภัณฑ์สินค้าที่มีความเป็นเลิศ ความสามารถในการบริหารงาน หรือความบังเอิญจากประวัติศาสตร์” เท่านั้น

3.2.1.2 ความหมายของอำนาจเหนือตลาด

สำหรับความหมายของคำว่า “อำนาจเหนือตลาด” นั้น ภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “market power” หรือ “monopoly power”¹² ทั้งสองคำนี้มีความหมายที่ใกล้เคียงกันหรืออาจเหมือนกันทุกประการ ซึ่งขึ้นอยู่กับความเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกันไป แต่โดยทั่วไปแล้ว คำว่า “monopoly power” จะใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2 โดยตรง ส่วนคำว่า “marker power” จะถูกนำมาใช้ในกรณีของการควบกิจการ หรือในกรณีของหลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) เป็นเสียส่วนมาก คำจำกัดความของคำว่า “อำนาจเหนือตลาด” นั้นไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนและแน่นอน แต่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำนี้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน* กล่าวคือ

ก. แนวปฏิบัติว่าด้วยการควบกิจการในปี ค.ศ. 1992¹³ ได้ให้คำจำกัดความของ “market power” ว่าหมายถึง “ความสามารถหรือกำลังในการรักษาราคาสินค้าให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าระดับราคาแข่งขันในช่วงระยะเวลาที่สำคัญเวลาหนึ่ง”

ข. คำพิพากษาจากคดี du Pont¹⁴ ในปี ค.ศ. 1956 ที่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “monopoly power” ว่าหมายถึง “ความสามารถในการควบคุมราคาสินค้าหรือความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน”

¹² Mark A. Lemley and Christopher Leslie, *Antitrust*, Gilbert Law Summaries (U.S.A.: Thomson BarBri, 2004), p.37.

* รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการประเมินผู้มีอำนาจเหนือตลาด โปรดดู Herbert Hovenkamp, 米国競争政策の展望 実務上の問題点と改革の手引き [The Antitrust Enterprise : Principle and Execution]. 荒井弘毅・大久保直樹・中川晶比兒・馬場文訳, (東京: 商事法務, 2009), pp.126-136.

¹³ “Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission” เป็น guideline ว่าด้วยการควบกิจการในแนวนอน ซึ่งประกาศใช้ร่วมกันโดย FTC (Federal Trade Commission) และ DOJ (Department of Justice) เมื่อวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535).

¹⁴ United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

จากการให้คำจำกัดความตามข้างต้นนี้ ก็ได้มีนักวิชาการบางท่านได้แสดงความคิดเห็นว่า แท้ที่จริงแล้วความหมายของทั้งสองคำนี้ไม่ได้แตกต่างกันเท่าใดนัก ดังนั้น จึงควรหลีกเลี่ยงการแยกใช้คำทั้งสองและยังเป็นการก่อให้เกิดความสับสนตามมาอีกด้วย¹⁵ เหตุผลก็เพราะว่าในการที่จะยกระดับราคาสินค้าในตลาดให้สูงขึ้นหรือการที่จะครอบครองตลาดนั้น นอกจากจะต้องลดจำนวนการผลิตหรือจำนวนการจำหน่ายของสินค้าในบริษัทตนแล้ว ยังหมายรวมถึงการพยายามทำให้คู่แข่งรายอื่นต้องลดจำนวนการผลิตหรือจำนวนการจำหน่ายลงมาด้วย ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งด้วยเช่นกัน และเนื่องจาก “ความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน” ในที่นี้จะครอบคลุมถึงกรณีที่เป็นกรจำกัดคู่แข่งให้ออกจากตลาดไปได้ และกรณีที่เป็นกรทำให้ต้นทุน (costs) หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่จำเป็นในการจำหน่ายของคู่แข่งสูงขึ้น ซึ่งจะครอบคลุมด้วยแม้จะไม่ใช่อะดับมากพอที่จะสามารถจำกัดคู่แข่งออกไปจากตลาดได้ก็ตาม

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ากรที่จะได้มาซึ่ง “ความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน” มีเพียงวิธีเดียว คือ การทำให้คู่แข่งลดจำนวนการจำหน่ายในตลาด (โดยการทำให้ต้นทุนของคู่แข่งสูงขึ้นกว่าเดิม) และนอกจากนี้ “market power” ซึ่งหมายถึง ความสามารถในการยกระดับราคาสินค้าให้สูงขึ้น ก็ยังสามารถตีความไปได้อีก 2 ความหมายด้วยกัน คือ 1. การขึ้นราคาสินค้าโดยการลดจำนวนการจำหน่ายสินค้าของบริษัทของตน และ 2. การขึ้นราคาสินค้าโดยการจำกัดคู่แข่งออกจากตลาด

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าตามหลักการข้างต้นแล้ว เจตนารมณ์ของมาตรา 2 จะครอบคลุมใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การที่ผู้ประกอบการใช้วิธีการลดต้นทุน (รวมถึงสินทรัพย์ต่างๆ) ของตนแล้วสามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้ และกรณีที่สอง แม้ผู้ประกอบการรายนั้นจะยังไม่มียานาจเหนือตลาดตามความหมายทั่วไปในช่วงระยะเวลานั้นก็ตาม แต่สามารถใช้วิธีทำให้คู่แข่งต้องแบกรับภาระเพิ่มขึ้น (ซึ่งในที่นี้หมายถึงต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น) และส่งผลทำให้ต้องถูกกำจัดออกไปจากตลาด แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลของสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะจำกัดใช้ในกรณีแรกเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบเกี่ยวกับการจำกัดคู่แข่ง โดยการทำให้ต้นทุนของคู่แข่งสูงขึ้นจะไม่ถูกนำมาพิจารณา¹⁶

¹⁵ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 213.

¹⁶ Ibid., p.213.

3.2.1.3 เกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาด

การที่จะตัดสินว่าผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมี “อำนาจเหนือตลาด (market power)” หรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องมิกฎเกณฑ์ที่เข้ามาช่วยในการพิจารณา โดยต้องอาศัยองค์ประกอบต่างๆ ซึ่งเรียงตามลำดับความสำคัญในตลาดแต่ละประเภท โดยทั่วไปแล้วเมื่อเราพูดถึงอำนาจเหนือตลาด ส่วนมากก็จะนึกถึง “ส่วนแบ่งตลาด (market share)” ขึ้นมาก่อนเป็นอันดับแรก แต่เกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดจากจะใช้ส่วนแบ่งตลาดที่ว่ามีแล้ว ยังมีองค์ประกอบอื่นๆ ที่สำคัญอีกด้วย เช่น ความยืดหยุ่นของราคาสินค้านั้นๆ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เป็นต้น และหากพิจารณาจากองค์ประกอบส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ในคดี Dentsply¹⁷ เมื่อปี ค.ศ. 2005 ได้กำหนดว่าหากมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 55 ก็จะไม่ถือว่าฝ่าฝืนมาตรา 2¹⁸

สำหรับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้น ผู้ประกอบการทุกรายจะสามารถมีอำนาจเหนือตลาดได้ในกรณีที่ขึ้นราคาสินค้าของตนให้สูงจากระดับราคาแข่งขัน (ราคาแข่งขันดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นในสภาวะตลาดแข่งขันสมบูรณ์)* แม้ในระดับแค่เพียงเล็กน้อยก็ตาม แต่ในบริบททางกฎหมายอำนาจเหนือตลาดที่อาจเกิดขึ้นได้ง่ายในลักษณะเช่นนี้จะไม่เป็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณา แต่กฎหมายจะให้ความสำคัญเฉพาะกรณีที่เป็น “อำนาจเหนือตลาดในระดับหนึ่งที่มีค่าพอในการบังคับใช้” ซึ่งหมายความว่าจะต้องเป็นอำนาจเหนือตลาดที่สามารถทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดนั้นเป็ยงเบนไปได้ และสิ่งที่สำคัญที่สุดในลำดับต้นๆ คือ การเข้าสู่ขั้นตอนการคำนวณส่วนแบ่งตลาดออกมาเพื่อหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้นๆ ไม่ว่าจะ

¹⁷ United States v. Dentsply International Inc., 399 F. 3d. 181 (3d Cir. 2005), at 187.

¹⁸ Takigawa, 日米eu の独禁法と競争政策, p. 214.

* ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition market) เป็นรูปแบบ (mode) ที่ถูกค้นพบในยุคศตวรรษที่ 19 ตามหลักเศรษฐศาสตร์ในแนว neo-classical economics ซึ่งถือได้ว่าเป็นทฤษฎีว่าด้วยราคา (price theory) ประเภทหนึ่ง โดยตลาดแข่งขันสมบูรณ์ดังกล่าวนี้จะมีลักษณะที่สำคัญคือ 1. จำนวนของผู้ขายและผู้ซื้อมีมากในตลาด 2. สินค้าจะมีลักษณะและคุณสมบัติที่เหมือนกัน 3. อิสระในการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่จะมีมาก 4. ผู้ซื้อและผู้ขายมีความรู้และข้อมูลเกี่ยวกับสภาพของตลาดหรือสินค้านั้นๆ เป็นอย่างดี และ 5. มีความสามารถในการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิต ทรัพยากรหรือสินค้าได้อย่างเสรี.

เป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (relevant product market) หรือตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (relevant geographic market)¹⁹

พฤติกรรมอำนาจการผูกขาด (monopolization) จะแตกต่างจากมาตรการการควบกิจการ ตรงที่มาตรการควบรวมกิจการจะให้น้ำหนักไปที่ผลกระทบของการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดเป็นหลัก แต่พฤติกรรมอำนาจการผูกขาดโดยหลักแล้วจะเน้นควบคุมในกรณีเฉพาะผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงแต่เพียงผู้เดียว แต่มาตรา 2 ก็มีได้จำกัดความผิดเฉพาะผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายร่วมมือกันมีอำนาจเหนือตลาดด้วยเช่นกัน²⁰ ในขณะที่มาตรการควบรวมกิจการจะไม่พิจารณาแค่เพียงส่วนแบ่งตลาดเท่านั้น แต่จะดูจากผลลัพธ์ต่างๆ โดยรวมที่จะเกิดขึ้นตามมาภายหลังจากการควบกิจการด้วย**

3.2.1.4 เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด

สำหรับการพิจารณาโดยนำสัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น จากบรรทัดฐานในคดีต่างๆ จะพบว่าสหรัฐอเมริกาใช้เกณฑ์สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สูงมาก แต่ก็ไม่ได้มีเกณฑ์ที่แน่นอน แต่สามารถสรุปได้จากคดีต่างๆ ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมาจะพบว่าหากส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 ก็จะหลุดพ้นการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 70 สามารถสันนิษฐานได้ว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ยังคงขาดความชัดเจนในกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดอยู่ระหว่างร้อยละ 50 ถึงร้อยละ 70²¹ ดังนั้นศาลจึงต้อง

¹⁹ สรวิต ลิ้มปริงชี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง," วารสารนิติศาสตร์ 3(กันยายน 2542) : 372-386.

²⁰ Sato, อเมริกา反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践 -, p. 215.

** ความคิดเกี่ยวกับมาตรการการควบกิจการในแนวนอน ได้เริ่มนำมาใช้ตั้งแต่ช่วงสมัยปี ค.ศ. 1974 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน โดยมี guideline ว่าด้วยการควบกิจการในแนวนอน ในปี ค.ศ. 1992 เข้ามาช่วยสนับสนุนความคิดดังกล่าวนี้ด้วย.

²¹ Matsushita and Watanabe, อเมริกา独占禁止法 , p. 104.

ตรวจสอบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมเพิ่มเติมเป็นรายกรณี²² ยกตัวอย่างเช่น คดี Paramount Picture²³ ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 70 คดี Conwood²⁴ ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 74 ถึงร้อยละ 77 คดี Spirit Airlines²⁵ ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 70 ถึงร้อยละ 89 และคดี ETS (Educational Testing Service)²⁶ ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 70 ขึ้นไป ในขณะที่คดีที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 แทบจะไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่น คดี Valley²⁷ คดี Hayden Publishing²⁸ คดี Broadway Delivery²⁹ คดี Bailey³⁰ คดี Smith Wholesale³¹ และนอกจากนี้ในบางคดีศาลก็ได้กำหนดองค์ประกอบอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนประกอบการพิจารณาควบคู่กับเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดอย่างชัดเจนด้วย เช่น คดี Microsoft³² ได้ใช้องค์ประกอบตลาดที่เกี่ยวข้องของ Operating System ซึ่งผู้บริโภคสามารถเลือกใช้ Application ได้อย่างหลากหลายซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงและเป็นอุปสรรคในคดีนี้³³ และนอกจากนี้ในช่วงเวลาใกล้เคียงกันในช่วงปี ค.ศ. 1999 ยังมีตัวอย่างคดีอีก 2 คดีที่ใช้เกณฑ์อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดประกอบการพิจารณา ได้แก่ คดี Western Parcel Express³⁴ และคดี Am. Council of Certified Podiatric Physicians &

²² ศิริศักดิ์ จิ่งถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 189.

²³ United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).

²⁴ Conwood v. United States Tobacco Co., 290 F. 3d. 768 (6th Cir. 2002).

²⁵ Spirit Airlines v. Northwest Airlines, 431 F. 3d 917 (6th Cir. 2005).

²⁶ *In re* Educational Testing Service, 429 F. supp. 2d 752 (E.D. La. 2005).

²⁷ Valley Liquors v. Redfield Importers, 822 F. 2d 656 (7th Cir.), *cert. denied*. 484 U.S. 977, 108 S. Ct. 488 (1987).

²⁸ Hayden Publishing Co. v. Cox Broad. Co., 730 F. 2d 64 (2d Cir. 1984).

²⁹ Broadway Delivery Corp. v. UPS, 651 F.2d 122 (2d Cir. 1981). แต่อย่างไรก็ตาม คณะลูกขุนได้ให้กล่าวว่าแม้จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 แต่คดีนี้สามารถสันนิษฐานได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาด.

³⁰ Bailey v. Allgas, Inc., 284 F.3d 1237 (11th Cir. 2002).

³¹ Smith Wholesale v. Philip Morris USA, Inc., 219 F. App'x 398 (6th Cir. 2007).

³² United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

³³ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, *アメリカ独占禁止法*, pp. 104 - 105.

³⁴ Western Parcel Express v. UPS. 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999).

Surgeons³⁵

ตารางที่ 7 สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดกับข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดของสหรัฐอเมริกา

สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาด	ข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาด	ตัวอย่างคดี
ตั้งแต่ร้อยละ 70 ขึ้นไป	มีอำนาจเหนือตลาด	- คดี Paramount Picture - คดี Conwood - คดี Spirit Airlines - คดี ETS (Educational Testing Service)
ร้อยละ 50 - 70	ไม่ชัดเจน ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบอื่นประกอบการพิจารณา	
ต่ำกว่าร้อยละ 50	ไม่มีอำนาจเหนือตลาด	- คดี Valley - คดี Hayden Publishing - คดี Broadway Delivery - คดี Bailey - คดี Smith Wholesale

3.2.1.5 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด

เนื่องจากเหตุผลด้านความแตกต่างกันของสินค้าจึงทำให้มีข้อโต้แย้งว่าการใช้ส่วนแบ่งตลาดเพียงตัวเดียวในการสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดนั้นอาจมีความไม่เหมาะสมและคลาดเคลื่อนได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการนำเกณฑ์อื่นๆ³⁶ เข้ามาใช้ประกอบการประเมินอำนาจเหนือตลาด³⁷ สำหรับเกณฑ์ประกอบการพิจารณาตัวอื่นๆ นั้นจะขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของสินค้า

³⁵ Am. Council of Certified Podiatric Physicians & Surgeons v. Am. Bd. Of Podiatric Surgery, Inc., 185 F.3d 606 (6th Cir. 1999).

³⁶ Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 1 st. , p. 68.

³⁷ ศิริศักดิ์ จิ่งถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 154.

หรือบริการในแต่ละรายการที่พิพาทกันอยู่ หรืออาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่ต้องใช้หลักฐานหรือตัวชี้วัดแวดล้อมอื่นๆ ในการพิสูจน์ถึงอำนาจเหนือตลาด ในทางปฏิบัติแล้วศาลของสหรัฐอเมริกาจะเรียกร้องให้โจทก์เป็นฝ่ายนำเสนอองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) การคำนวณขอบเขตตลาด³⁸ (2) จำเลยมีอำนาจเหนือตลาด (dominant power) ในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ (3) มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในระดับที่สูง (significant)³⁹

สำหรับตัวอย่างรายละเอียดของตัวบ่งชี้ของการมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งจะถูกนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในกรณีที่เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดไม่สอดคล้องในการประเมิน เช่น การผูกขาดโดยกฎหมาย (statutory monopoly) เทคโนโลยีขั้นสูงและประสิทธิภาพของผู้ประกอบการ การประหยัดต่อขนาด การเข้าถึงแหล่งเงินทุน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบสำคัญในการผลิต (access to key inputs) กำไร ต้นทุนค่าเสียโอกาส อำนาจการผูกมัด (lock-in) และตลาดหลังการขาย เป็นต้น⁴⁰

3.2.1.6 อำนาจเหนือตลาดร่วม

กฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 ยังได้กำหนดว่าอำนาจการผูกขาดอาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือหรือสมคบกัน (combine or conspire with other person or persons) นอกเหนือจากการมีอำนาจผูกขาดรายเดียว แต่สหรัฐอเมริกาได้ใช้คำว่า “อำนาจเหนือตลาดร่วม (collective dominant)” เหมือนกับสหภาพยุโรป แต่จะกำหนดของการรวมกลุ่มกันในรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการรายหลายหรือการร่วมกันถือครองหุ้น แต่อย่างไรก็ตาม หลักการพื้นฐานหรือหัวใจสำคัญในการกำหนดมาตรการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดโดยผู้ประกอบการรายเดียวกับผู้ประกอบการหลายรายโดยหลักแล้วไม่สมควรมีความแตกต่างกัน แต่ถ้ากรณีที่มีการรวมกลุ่มกันเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ถูกนำมาใช้เพื่อการสร้างหรือการรักษาอำนาจเหนือตลาดสามารถสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาที่จะมีอำนาจการผูกขาด⁴¹ และก็ไม่สามารถนำข้ออ้างในประเด็นการผูกขาด

³⁸ Sato, アメリカ反トラスト法・独占禁止政策の原理とその実践, pp. 215 - 216.

³⁹ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 105.

⁴⁰ ศิริศักดิ์ จีงถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 154 - 162.

⁴¹ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 109.

อันเนื่องมาจากความจำเป็น (defense of monopoly thrust upon the defendant)* มาใช้ได้

3.2.2 สหภาพยุโรป**

TFEU มาตรา 102 (หรือชื่อเดิม คือ สนธิสัญญาโรมหรือ Treaty of Rome มาตรา 82) ได้บัญญัติว่า “Any abuse by one or more than undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States...”⁴²

TFEU มาตรา 102 จะทำหน้าที่คล้ายกับมาตรา 2 กฎหมาย Sherman Act ของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ TFEU มาตรา 102 จะกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในกรณีที่มีได้ร่วมมือกันกับผู้ประกอบการรายอื่น* แต่จะแตกต่างกันที่รูปแบบของการตรากฎหมาย กล่าวคือ สหภาพยุโรปจะไม่ปรากฏกฎหมายหรือบทบัญญัติพิเศษอื่นๆ ที่ตราออกมาเพื่อรองรับ TFEU มาตรา 102 อีก ในขณะที่กฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้น นอกจากจะมีมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act แล้วยังมีกฎหมาย Clayton Act รองรับไว้ต่างหาก

* โดยทั่วไป การผูกขาดโดยความจำเป็น (thrust upon) ไม่ผิดกฎหมาย เนื่องจากหลายเหตุผลด้วยกัน เช่น เหตุผลด้านความเป็นเลิศในการบริหารกิจการหรือความความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในด้านเทคโนโลยีจนทำให้เป็นผู้ที่ผูกขาดในตลาด ซึ่งอาจเรียกการผูกขาดในลักษณะนี้ว่าเป็นการผูกขาดที่มีได้เกิดจากวิธีการโดยฝีมือมนุษย์แต่เกิดจากความก้าวหน้าอย่างเป็นธรรมชาติหรือจากประสิทธิภาพขององค์กร.

** สำหรับประวัติความเป็นมาของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โปรดดู Murakami, *Ec 競争法 [Ec 独占禁止法]*, pp. 1-5.

⁴² Akira Inoue, *Eu 競争法の手引きと実務* [คู่มือและแนวทางปฏิบัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป], (東京: 民事法研究会, 2009), p. 32.

* แต่อย่างไรก็ตาม ในตัวบทยังได้หมายความรวมไปถึงการร่วมมือกันของผู้ประกอบการด้วย โดยสามารถสังเกตได้จากคำว่า “more undertakings” แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ในกรณีที่ร่วมมือกันลักษณะเช่นนี้จะใช้ TFEU มาตรา 81 (การร่วมมือจำกัดการแข่งขัน) เข้ามาใช้บังคับแทน.

3.2.2.1 การกำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด

ในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปจะมีลักษณะพิเศษที่เรียกว่า “ระบบมาตรการควบคุมพฤติกรรม” ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด** (abuse of dominant position)⁴³ ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจเหนือตลาด จะไม่มีความผิดตาม TFEU มาตรา 102 กล่าวโดยสรุปคือ TFEU มาตรา 102 มิได้ปฏิเสธการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการแต่อย่างใด แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบการรายนั้นนำอำนาจที่ตนมีอยู่ไปใช้ในทางที่มีขอบ (abuse) TFEU มาตรา 102 ก็สามารถบังคับใช้ได้ ในกรณีนี้ทันที หรือสรุปได้ว่าความผิดตาม TFEU มาตรา 102 จะต้องครบทั้งสององค์ประกอบ ได้แก่ องค์ประกอบแรกจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดและองค์ประกอบที่สองจะต้องใช้อำนาจในทางที่มีขอบ⁴⁴

3.2.2.2 อำนาจเหนือตลาด (dominant position)

สำหรับคำจำกัดความของ “อำนาจเหนือตลาด (dominant position)” ในคดี United Brands⁴⁵ เมื่อ ปี ค.ศ. 1978 ศาลได้ให้คำจำกัดความไว้ว่าหมายถึง “อำนาจในการหยุดยั้งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ (to prevent effective competition)” และ “อำนาจที่สามารถกระทำการใดๆ ที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับคู่แข่งในระดับที่เห็นได้อย่างชัดเจน (power to behave to an appreciable extent independently of its competitors)” ซึ่งหากนำมาเปรียบเทียบกับคำจำกัดความของ Market power แล้ว ความหมายแรกจะหมายถึง “ความสามารถหรืออำนาจในการจำกัดคู่แข่ง” และความหมายหลังจะหมายถึง “ความสามารถในการขึ้นราคา

** อำนาจเหนือตลาด (dominant position) ในกรณีของสหภาพยุโรปจะมีลักษณะที่เหมือนกันกับแนวคิด “market power” ของกฎหมาย Antitrust Laws ของสหรัฐอเมริกา รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปิยะพันธุ์ อุดมศิลป์, "มาตรการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประชาคมยุโรป," วารสารนิติศาสตร์ 23(กันยายน - ธันวาคม 2536) : 660. ได้แปลคำว่า “dominant position” เป็นภาษาไทยว่า “ฐานะที่ไม่อาจมีคู่แข่งได้”.

⁴³ Tadashi Shiraishi and Yusuke Nakano, 判例 米国・EU競争法 [Review of US&EU Competition Law Cases], (東京: 商事法務, 2011), , p. 9.

⁴⁴ Vogel, 欧州競争法, p. 187.

⁴⁵ United Brands Co., v. Commission, [1978] ECR. 207.

สินค้าของตน” ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับคดี du Pont ของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1956 ที่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “monopoly power” จะพบว่ามีความหมายที่ใกล้เคียงกันมาก⁴⁶

แต่อย่างไรก็ตาม TFEU มาตรา 102 มิได้บัญญัตินิยามคำว่า “สถานะของการมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position)” ไว้โดยตรง และในทางทฤษฎีได้มีการจำแนกประเภทของสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาดออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรกเป็นสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาดที่ไม่มีการเคลื่อนไหวภายใต้สภาพที่ไม่มีการแข่งขัน และประเภทที่สองเป็นสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาดในเชิงพลวัต ที่เห็นว่าสถานะดังกล่าวเป็นอำนาจทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งการตีความประเภทที่สองจะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเป็นตัวชี้วัดที่สำคัญแต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธเกณฑ์ตัวอื่นๆ ในการพิจารณาเช่นกัน ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วสหภาพยุโรปได้ใช้แนวทางการตีความประเภทที่สองเป็นหลักในปัจจุบัน โดยให้ความหมายของ “สถานะของการมีอำนาจเหนือตลาด” ว่าหมายถึง “สภาพที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือกลุ่มผู้ประกอบการมีความเป็นไปได้ในการที่จะสามารถทำกิจกรรมทางการค้าอย่างเป็นเอกเทศภายใต้ความสัมพันธ์กับคู่แข่ง ลูกค้านักค้า ตลอดจนผู้บริโภคชั้นสุดท้ายได้อย่างชัดเจน”⁴⁷

หัวใจสำคัญที่สุดในการกำหนดสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาดที่ไม่อาจปฏิเสธได้ คือ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด แม้สหภาพยุโรป (ศาล) จะอธิบายว่าส่วนแบ่งตลาดมีสถานะเป็นแค่เพียงปัจจัยหนึ่งในหลายๆ ปัจจัยสำหรับการพิจารณาเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงส่วนแบ่งตลาดถือว่าเป็นดัชนีหรือตัวชี้วัดที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่ามีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่⁴⁸ และในอดีตที่ผ่านมา การพิจารณาหาอำนาจเหนือตลาดของสหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญกับระดับของส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก กล่าวคือ คณะกรรมาธิการการแข่งขันของสหภาพยุโรป (The Commission) จะไม่ใช้วิธีการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ (ซึ่งในที่นี้หมายถึง การวิเคราะห์ถึงการเปลี่ยนแปลงทางด้านอุปสงค์ที่เกิดขึ้นจากการขึ้นราคาสินค้า) เหมือนกับแนวปฏิบัติ (Guideline) ตามแบบฉบับของสหรัฐอเมริกา⁴⁹ แต่จะเน้นให้ความสำคัญในเรื่องคุณสมบัติเฉพาะของสินค้าและ

⁴⁶ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 221.

⁴⁷ Vogel, 欧州競争法, p. 188.

⁴⁸ Ibid., p. 199.

⁴⁹ Toshiaki Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策 นโยบายการแข่งขันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของ

วัตถุประสงค์ในการใช้งานเป็นหลัก * โดยองค์ประกอบทั้งสองนี้สามารถที่จะแบ่งย่อยออกไปได้ในลักษณะที่ซับซ้อน ดังนั้น เมื่อเทียบกับการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์แล้ว จะพบว่าอำนาจในการพิจารณาจะตกอยู่ที่คณะกรรมการค่อนข้างมาก และหลังจากนั้นเมื่อปี ค.ศ. 2009 สหภาพยุโรป (คณะกรรมการ) ก็ได้ประกาศแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดฐานการก้าวก่ายคู่แข่ง (Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings) โดยได้นำแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์เข้ามาประกอบ⁵⁰

สำหรับในประเด็นว่า ควรที่จะใช้ส่วนแบ่งตลาดในระดับใดในการสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยในขั้นตอนแรกจะเข้าสู่ประเด็นปัญหาเรื่องการคำนวณหาขอบเขตตลาดเหมือนกับสหรัฐอเมริกา และเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1997 สหภาพยุโรปก็ได้ประกาศ “แนวปฏิบัติว่าด้วยการกำหนดขอบเขตตลาด (Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law)”⁵¹ ขึ้นมาบังคับใช้เพื่อเป็นแนวทางที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยได้นำรูปแบบการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เข้ามาประกอบการพิจารณา ในกรณีของสหภาพยุโรปหากพบว่าผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สูงผิดปกติในทางปฏิบัติที่ผ่านมาก็จะใช้เฉพาะองค์ประกอบส่วนแบ่งตลาดเพียงองค์ประกอบเดียวในการพิจารณาเท่านั้น⁵² ยกตัวอย่างเช่น คดี Hoffman-La Roche⁵³ เมื่อปี ค.ศ. 1979 ศาลได้พิพากษาว่า “ส่วนแบ่งตลาดที่อยู่ในระดับที่สูงมากในตัวเอง ถือได้ว่าเป็นหลักฐานของการมีอำนาจเหนือตลาด” และในคดีนี้ก็ได้ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 50 ในการตัดสินการมีอำนาจเหนือตลาด หรือในคดี AKZO⁵⁴ เมื่อปี ค.ศ. 1991 ก็เช่นเดียวกันที่ศาลใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 50 ในการพิจารณา

* นอกจากนี้ก็ยังมีองค์ประกอบเสริมอื่นๆ อีกด้วย เช่น คุณสมบัติพิเศษของการบริการ และสภาพของราคา เป็นต้น.

⁵⁰ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, pp. 221-222.

⁵¹ Vogel, 欧州競争法, p. 189.

⁵² Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 222.

⁵³ Hoffman-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), (1979) ECR. 461.

⁵⁴ AKZO Chemie BV v. Commission, (1991) ECR I-3359.

แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็ปรากฏว่าแม้ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 ก็ตาม แต่ก็ถูกตัดสินว่ามีอำนาจเหนือตลาดอย่างเช่นคดี United Brands ที่ศาลใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 40 - 45⁵⁵ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับเกณฑ์ของการพิจารณาของสหรัฐอเมริกาแล้ว เป็นที่น่าสังเกตได้ว่าเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดของสหภาพยุโรปจะอยู่ในระดับที่ค่อนข้างต่ำกว่า⁵⁶ ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ (safe harbor below) 40 แทบจะไม่ถือว่า มีอำนาจเหนือตลาด⁵⁷

นอกจากนี้ กรณีที่ผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาดทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย หากคณะกรรมการฯ สามารถตรวจสอบแล้วพบข้อเท็จจริงตามนั้นก็จะต้องถือว่า มีสถานะอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน ดังนั้นผู้ประกอบการที่ผูกขาดในทางนิตินัยจึงเป็นผู้ที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดไปโดยปริยาย และในกรณีที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ผูกขาดในนัยทางภูมิศาสตร์ภายใต้กฎหมายภายในประเทศ และมีสถานะผูกขาดครอบคลุมไปทั่วขอบเขตในทุกประเทศสมาชิกก็จะเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน และให้หมายรวมถึงกรณีผูกขาดทางพฤตินัย กรณีที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 100 ก็ให้ถือว่า มีสถานะอำนาจเหนือตลาดด้วย⁵⁸ ส่วนกรณีของการควบคุม (control) ก็ให้อนุมานว่าเป็นการผูกขาดเช่นเดียวกับการกำจัด (exclude) โดยทั่วไปแล้วหากมีสัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สูงมากตั้งแต่ร้อยละ 70 ขึ้นไป ก็จะถือว่า มีสถานะอำนาจเหนือตลาดด้วยเช่นกัน*

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 104-106.

⁵⁶ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 222.

⁵⁷ Vogel, 欧州競争法, p. 200. Clary Gottlieb, Eu Competition Law Update Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 Ec Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 25 June 2014. แหล่งที่มา <http://www.cgsh.com>.

⁵⁸ Vogel, 欧州競争法, pp. 200 - 201.

* ทั้งนี้คดีส่วนมากเกี่ยวกับการควบคุมจะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สูงมาก เช่น คดี Tetra Pak I (license BTG) เมื่อปี ค.ศ. 1988 ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 91.8 หรือในคดี Soda - Ash - ICI เมื่อปี ค.ศ. 1990 ได้ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 90 หรือในคดีน้ำตาลทราย เมื่อปี ค.ศ. 1973 ได้ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 85 ในการพิจารณา. รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู, เรื่องเดียวกัน, pp. 201 - 20

3.2.2.3 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาด

นอกจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดแล้ว คณะกรรมาธิการฯ ยังอาจใช้อิงค์ประกอบอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องมาใช้ประกอบการพิจารณาได้เช่นกันเหมือนกับสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิงค์ประกอบในเรื่องอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่ และตัวอย่างของการกำหนดอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของสหภาพยุโรปที่นำมาใช้ ก็คือ ระบบใบอนุญาต⁵⁹

ยิ่งไปกว่านั้น ลักษณะที่พิเศษเฉพาะของสหภาพยุโรปซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่มีคือ สหภาพยุโรปจะใช้วิธีการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยการมีอยู่ (existence) ของพฤติกรรมก้ำกั้คู่แข่งหรือการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse) ในตัวมันเองมาใช้เป็นหลักฐานยืนยันอำนาจเหนือตลาดได้ในบางกรณี⁶⁰ ยกตัวอย่างเช่น คดี Michelin ครั้งที่หนึ่ง⁶¹ เมื่อปี ค.ศ. 1983 ซึ่งคณะกรรมาธิการฯ ได้ตัดสินว่าพฤติกรรมที่บริษัท Michelin ใช้คือการใช้รูปแบบการคืนกำไร (rebate) หรือระบบการจ่ายเงินคืนภายหลังภายใต้เงื่อนไขที่เข้าข่ายลักษณะเลือกปฏิบัติ (Systematic discrimination)⁶² จะไม่สามารถบรรลุได้หากมิใช่ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาได้โดยตรง แต่บริษัท Michelin ก็มีข้อโต้แย้งโดยอ้างเหตุผลว่า การนำการมีอยู่ (existence) ของ rebate ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย (ในกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้กระทำ) มาเป็นหลักฐานในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดนั้น เป็นการตีความภายใต้ทฤษฎี vicious circle”^{*} แต่ซึ่งไม่มีความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม เหตุผลดังกล่าวของ Michelin ก็ได้ถูกปฏิเสธไป และต่อมาในคดี

⁵⁹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 222.

⁶⁰ Ibid., p. 222.

⁶¹ Nederlandsche Banden - Industrie Michelin v. Commission, [1983] ECR. 3461.

⁶² Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (London: Sweet & Maxwell, 1994), pp. 86-89.

* ทฤษฎี vicious circle หรือทฤษฎี circular argument เป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยการพิสูจน์เป็นแสดงหลักฐาน โดยอาศัยความเป็นเท็จ (ที่ตรงกันข้ามกับความเป็นจริง) ซึ่งกำลังเป็นประเด็นสำคัญในการถกเถียงที่มีลักษณะวนไปมาและเกิดขึ้นซ้ำกันหลายครั้งอย่างไม่มีข้อยุติหรือข้อสรุป ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างข้อเท็จจริงของสมมติฐานและข้อเท็จจริงของบทสรุป.

Michelin ครั้งที่สอง⁶³ เมื่อปี ค.ศ. 2001 Michelin ก็มีความผิดตามมาตรา 82 (เดิม) ภายใต้เกณฑ์การพิจารณาเหมือนคดีเดิม

3.2.2.4 อำนาจเหนือตลาดร่วม (collective dominance)

รูปแบบวิธีการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดที่มีความเป็นเอกลักษณ์ของสหภาพยุโรปอีกอย่างหนึ่ง คือ “อำนาจเหนือตลาดร่วม (collective dominance)” ซึ่งหมายถึงวิธีการพิจารณาอำนาจเหนือตลาด โดยการนำกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบของการร่วมมือกันมาคิดเป็นหน่วยเดียวกัน และหากผลจากการคำนวณพบว่าหน่วยดังกล่าวนี้มีอำนาจเหนือตลาด ก็สามารถพิจารณาสันนิษฐานได้ว่ามี “อำนาจเหนือตลาด” แม้จะคำนวณจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในแต่ละรายซึ่งไม่ถึงเกณฑ์ของการมีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม แนวคิดอำนาจเหนือตลาดร่วมปรากฏใน TFEU มาตรา 102 จากคำว่า “...one or more undertakings...”^{*}

จากการตีความ TFEU มาตรา 102 ในลักษณะข้างต้น จึงอาจเกิดความสับสนในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายว่าจะเป็นการซ้อนกันกับการบังคับใช้กฎหมายตาม TFEU มาตรา 101 (มาตรา 81 เดิม)^{**} หรือไม่ และเกี่ยวกับการตีความในเรื่องนี้ คดี Italian Flat Glass⁶⁴ เมื่อปี ค.ศ. 1992 ซึ่งเป็นคดีที่ศาลชั้นต้นได้แสดงแนวทางการพิจารณาการตีความมาตรา 82 (เดิม) ให้กับ

⁶³ Michelin 2 (2002/405/EC), June 20, 2001 [2002] O.J. L143/1.

^{*} รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดร่วม โปรดดู D.G. Goyder, *Goyder's Ec Competition Law* 5 ed., (Oxford University Press, 2009), pp. 374 – 382. Vogel, *欧州競争法*, pp. 207 – 208. ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 86. Akira Shouda, *アメリカ・Eu 独占禁止法と国際比較* [กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปและการเปรียบเทียบในระดับสากล], (東京: 三省堂, 1996), pp.183 -184. ศิริศักดิ์ จิ่งถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 206.

^{**} TFEU มาตรา 101 เป็นมาตรการที่ควบคุมในเรื่องการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือ cartel โดยกลุ่มผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปในรูปแบบของ agreement, decision หรือ concerted practice ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อธุรกรรมระหว่างรัฐสมาชิกด้วยตนเอง. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Vogel, *欧州競争法*, pp. 45 – 186. Shiraiishi and Nakano, *判例 米国・Eu競争法*, p. 9. Murakami, *Ec 競争法 [Ec 独占禁止法]*, pp. 116 – 121.

⁶⁴ Italian Flat Glass (Re) : Societa Italiana Vetro SpA v. Commission, [1992] ECR. II -1403.

คณะกรรมการฯ เป็นครั้งแรก และคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับการร่วมมือกัน (cartel) ระหว่างผู้ผลิตกระจกด้วยกันและนอกจากจะพิจารณาว่าผิดตาม มาตรา 81 (เดิม) แล้ว คณะกรรมการฯ ยังได้พิจารณาว่าเข้าข่ายการกระทำที่มีขอบ (abuse) ด้วยจึงสมควรที่จะผิดตามมาตรา 82 (เดิม) อีกด้วย แต่ว่าทางศาลชั้นต้นได้มีความเห็นที่ขัดแย้งกันกับทาง The Commission โดยทางศาลได้อธิบายว่าถึงแม้ว่าความเป็นไปได้ในการพิจารณาตัดสินอำนาจเหนือตลาดรวม (collective dominance) ในกรณีที่มี “ความสัมพันธ์ในรูปแบบที่ผูกพันซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ” ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันจะมีค่อนข้างสูงก็ตาม แต่การที่จะนำคดีดังกล่าวที่ผิดในฐาน cartel ตามมาตรา 81 (เดิม) แล้วนำ มาตรา 82 (เดิม) มาอ้างอิงอีกด้วยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

สำหรับเหตุผลที่สหภาพยุโรปพยายามที่จะใช้ทั้งสองมาตรามาบังคับใช้ดังเช่นกรณีข้างต้นนี้ * เนื่องจาก TFEU มาตรา 101 (มาตรา 81 เดิม) ไม่สามารถเอาผิดได้กับการขึ้นราคาในลักษณะที่ขนานกัน (Parallel Price Increasing) ⁶⁵ ดังนั้น ในอดีตที่ผ่านมาสหภาพยุโรปจึงพยายามที่จะนำ TFEU มาตรา 102 (มาตรา 82 เดิม) มาใช้บังคับแทน ** และจากคำพิพากษาคดี Italian Flat Glass ศาลก็ได้ตัดสินในลักษณะเดียวกันว่า แม้ในกรณีนี้จะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade) ซึ่งมีความผิดตาม TFEU มาตรา 101 (มาตรา 81 เดิม) ก็ตาม แต่เนื่องจากสามารถพิสูจน์ได้ว่ามี “ความสัมพันธ์ในรูปแบบที่ผูกพันซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ” ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า พฤติกรรมดังกล่าวของกลุ่มผู้ผลิตกระจกมีความผิดในฐานใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบ (abuse of a dominant position) ตาม TFEU มาตรา 102 และแนวโน้มของการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตลาดผู้ขายน้อยราย โดยนำ TFEU

* ในกรณีของสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่างเช่น การร่วมมือกัน boycott จะสามารถเข้าข่ายได้ทั้งมาตรา 1 และมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act แต่ทางศาลจะพิจารณาให้ผิดตามมาตรา 1 เท่านั้น.

⁶⁵ Takigawa, 日米EU の独禁法と競争政策, p. 223.

** เป็นที่น่าสังเกตว่าการขึ้นราคาขนานกัน (Parallel Price Increasing หรือ Conscious Parallelism) จะแตกต่างจากการร่วมมือจำกัดการแข่งขัน (Cartel) ในเรื่องของการพิสูจน์หาหลักฐานการมีของข้อตกลงร่วม ในกรณีของการร่วมมือกันขึ้นราคาสินค้าขนานกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly market) การค้นหาหลักฐานของข้อตกลงร่วมเป็นสิ่งที่ยากมาก เพราะผู้ประกอบการสามารถที่จะอ้างได้ว่าเป็นการขึ้นราคาที่ถูกกฎหมาย.

มาตรา 102 มาบังคับใช้ด้วยตามหลักการตีความในตัวบทในลักษณะดังกล่าว ก็คงจะเป็นเช่นนี้ต่อไปในอนาคต***

แต่อย่างไรก็ตาม เจตนารมณ์ของเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดรวมที่จะนำมาใช้กับมาตรการผูกขาดกับมาตรการควบรวมกิจการในอุตสาหกรรมผู้แข่งขันน้อยรายนั้นแม้จะมีความเหมือนกันคือเพื่อป้องกันการควบรวมกิจการที่เป็นการลดการแข่งขันซึ่งผิดกฎหมาย แต่ในขณะที่มาตรการควบรวมกิจการมีลักษณะที่แตกต่างจากมาตรการผูกขาดตรงที่มาตรการควบรวมกิจการเป็นมาตรการล่วงหน้า (ex ante) ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้วการอนุโลมนำหลักการพิจารณาเรื่องอำนาจเหนือตลาดรวมมาใช้กับทั้งสองมาตรการอาจไม่เหมาะสม⁶⁶ แต่เมื่อปี ค.ศ. 2000 คำพิพากษาในคดี *Compagnie Maritime*⁶⁷ ก็ได้กล่าวว่าแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดรวมในกรณีการควบรวมกิจการสามารถนำมาใช้กับมาตรา 82 (เดิม) ได้เช่นกัน และในปี ค.ศ. 2002 ภายหลังจากคดี *Airtours*⁶⁸ ศาลของสหภาพยุโรปได้กำหนดเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดรวมตามมาตรา 82 (เดิม) โดยนำองค์ประกอบภายใต้กรอบการพิจารณามาตรการควบรวมกิจการกรณีการเกิดความร่วมมือในอุตสาหกรรมน้อยรายมาใช้ร่วมกัน สำหรับองค์ประกอบที่นำมาใช้พิจารณาจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้งหมด 3 ข้อ ได้แก่ (1) สมาชิกในตลาดอุตสาหกรรมน้อยรายที่มีอำนาจเหนือตลาดแต่ละรายต้องมีความสามารถในการสอดส่องพฤติกรรมของสมาชิกรายอื่นได้ (2) ต้องอยู่ในสถานะที่สามารถรักษาความสัมพันธ์ความร่วมมือระหว่างกันแม้มิได้เปิดเผยชัดเจนก็ตามภายใต้การปรากฏแรงจูงใจในการร่วมกันบรรลุตามนโยบายของสมาชิก และ (3) การตอบโต้จากคู่แข่งรายอื่นรวมถึงผู้บริโภคไม่ส่งผลกระทบต่อนโยบายร่วมของสมาชิกแต่อย่างใด⁶⁹

*** แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าควรจะใช้ TFEU มาตรา 101 เป็นมาตรการสำหรับกรณีที่มีส่วนเกี่ยวข้องกันในเรื่องของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย และไม่ควรที่จะขยายบทบาทหน้าที่ของ TFEU มาตรา 102 ให้มากจนเกินไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งและความสับสนในหลักของกฎหมายฯ ด้วยกันเอง.

⁶⁶ Takigawa, *日米euの独禁法と競争政策*, p. 224.

⁶⁷ *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission*, Cases C-395/96 and C-396/96. [2000] 4 CMLR 1076.

⁶⁸ *Airtours v. Commission*, [2002] ECR II-2585.

⁶⁹ Takigawa, *日米euの独禁法と競争政策* p. 187.

3.2.3 ญี่ปุ่น

กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Antimonopoly Act: 独占禁止法) ของญี่ปุ่น มาตรา 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามการผูกขาดเอกชนและการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า กำหนดไว้กว้างๆ ว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทำการผูกขาดเอกชน หรือการจำกัดทางการค้าโดยไม่สมควร”^{*} และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรการการผูกขาด ซึ่งญี่ปุ่น

เรียกว่า “การผูกขาดเอกชน (private monopolization: 私的独占)” ได้กำหนดในมาตรา 2 (5) ว่า “การที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการโดยส่วนตัว (individually) หรือโดยการร่วมมือกัน (combination) กับผู้ประกอบการรายอื่น หรือสมคบกัน (conspiracy) โดยไม่ว่าจะเป็นการใช้วิธีอื่นๆ ในลักษณะใดก็ตาม ได้ทำการจำกัด (exclude) หรือควบคุม (control) การดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น แล้วส่งผลให้เป็นการจำกัดการแข่งขันเป็นอย่างมากในการค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (restraining...substantially competition in any particular field of trade) อันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (contrary to the public interest)”⁷⁰

กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ (Antitrust Laws) ของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 3 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่นมีลักษณะพิเศษและแตกต่างไปจากกฎหมาย Sherman Act ของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กล่าวคือ มาตรา 3 ได้รวมลักษณะพฤติกรรมความผิดทั้งการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการใช้อำนาจการผูกขาดไว้ในมาตราเดียวกัน แต่จะกำหนดนิยามของมาตรการการผูกขาดเอกชนและมาตรการการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าไว้ในมาตรา 2 (5) และมาตรา 2 (6) ตามลำดับ

* แต่ในฉบับมาตรา 3 ที่ได้มีการแปลเป็นภาษาอังกฤษ จะมีความดังต่อไปนี้ คือ “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการผู้ใด ส่งผลกระทบต่อให้เกิดการผูกขาดเอกชนหรือการจำกัดทางการค้าโดยไม่สมควร (No entrepreneur shall effect private monopolization or any unreasonable restraint of trade.)” โดยจะมีความแตกต่างกัน เนื่องจากในภาษาอังกฤษได้ใช้คำว่า “effect (ส่งผลกระทบต่อให้เกิด)” แทน ส่วนภาษาญี่ปุ่นจะใช้คำว่า “การกระทำการผูกขาด...”.

⁷⁰ Akira Negishi and Masayuki Funada, 独占禁止法概説 [คำอธิบายกฎหมายป้องกันการผูกขาด], 第2版. (東京: 有斐閣, 2002), p. 72.

3.2.3.1 การผูกขาดเอกชน (private monopolization)

จากคำนิยามของ “การผูกขาดเอกชน” ตามมาตรา 2 (5) จะสังเกตได้ว่า มีความหมายที่ใกล้เคียงกับ “monopolization” มาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act และ “abuse of dominant position” TFEU มาตรา 102 ของสหภาพยุโรป แต่ในกรณีของญี่ปุ่นได้เพิ่มคำว่า “เอกชน (private)” เข้ามาด้วยซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อแยกระหว่างการผูกขาดโดยรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของผูกขาดธรรมชาติ)⁷¹ และการผูกขาดโดยเอกชน * แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “เอกชน” ในที่นี้ไม่ได้จำเป็นว่าต้องเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายโดยผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นเอกชนเท่านั้น เพียงแต่ต้องการระบุว่ามิใช่การผูกขาดโดยรัฐ⁷²

จากมาตรา 2 (5) และมาตรา 2 (6) สามารถแบ่งองค์ประกอบได้ออกเป็น สามองค์ประกอบหลัก ได้แก่ 1. การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (any particular field of trade) 2. การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง (substantially restraint of competition) และ 3. ประโยชน์สาธารณะ (the public interest) ** แต่ในองค์ประกอบสุดท้ายนั้นจะไม่มี ความเกี่ยวข้อง โดยตรงกับการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้ขอบเขตงานวิจัยนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอ รายละเอียดเฉพาะสององค์ประกอบแรกเท่านั้น

⁷¹ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 140.

* หลักฐานประกอบอีกอย่างหนึ่ง คือ มาตรา 21(เดิม) เป็นตัวบทที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นในการอนุญาตให้ ประกอบกิจการได้ในกรณีที่เป็นการผูกขาดธรรมชาติ (natural monopoly) โดยบัญญัติไว้ว่า “The provisions of this Act not apply to such acts relating to the production, sale or supply as are done in the proper course of business by a person engaging in railway, electricity, gas, or any other business constituting a monopoly by the inherent nature of the said business.”.

⁷² Negishi and Funada, 独占禁止法概説, p. 74.

** รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, pp. 32-36.

3.2.3.2 การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (any particular field of trade)

การให้คำนิยามของคำว่า “การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (一定の取引分野)” เป็นเรื่องที่ยากและเป็นปัญหาอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีการให้ความหมายของ “การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ว่าหมายถึง ขอบเขตที่ทำให้มีการจำกัดการแข่งขันเป็นอย่างมาก ซึ่งเกิดจากการกระทำในลักษณะเฉพาะ ซึ่งหมายถึง ตลาดตามหลักวิชาเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวไว้ว่า “ตลาด” เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ผลิตและกลุ่มผู้ซื้อ แต่อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านได้ตั้งข้อสังเกตถึงความหมายที่แตกต่างกันระหว่าง “การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” กับ “ตลาด”⁷³ ซึ่งจาก “แนวปฏิบัติว่าด้วยการควบรวมกิจการ (Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination: 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針)”⁷⁴ ซึ่งได้มีการแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2011 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตของตลาดว่าสามารถแบ่งได้หลายประเภทด้วยกัน เช่น แยกตามประเภทของสินค้า (ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง) แยกตามระยะทางในการค้าขาย (ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์) แยกตามระดับของการค้า (ยกตัวอย่างเช่น ตลาดในระดับผู้ค้าปลีก ตลาดในระดับผู้ค้าส่ง เป็นต้น) หรือแยกตามประเภทของลูกค้าในการค้านั้นๆ

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง : การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้น โดยทั่วไปแล้วจะพิจารณาจากสินค้าที่มีลักษณะการใช้งานหรือคุณสมบัติที่เทียบเท่าหรือคล้ายกันเป็นหลัก

ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ : การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาหาขอบเขตของตลาดจากลักษณะทางภูมิศาสตร์ จะขึ้นอยู่กับสภาพที่แตกต่างกันไปของความสัมพันธ์ทางการแข่งขันของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องในเขตพื้นที่ที่ประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น คุณสมบัติพิเศษของสินค้า (ความสดของสินค้า ระดับของความเสียหายในตัวสินค้า อุปสรรคต่างๆ ในการขนส่งสินค้า เป็นต้น) ความสัมพันธ์ระหว่างวิธีขนส่งและต้นทุนในการขนส่ง ระบบเครือข่ายในการจำหน่าย ความสามารถในการผลิตของผู้ประกอบการ เป็นต้น สำหรับกรณีของผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตซึ่งมีขอบเขตธุรกิจในระดับ

⁷³ Shiraiishi, 独占禁止法, pp. 12 - 17.

⁷⁴ Japan Fair Trade Commission, 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針, 6 August 2014.

ครอบคลุมไปทั่วประเทศนั้น โดยมากแล้วจะกำหนดให้ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ในที่นี้คือ “ทั่วประเทศ” แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาขอบเขตในลักษณะดังกล่าวก็จะอาจมีลักษณะที่เฉพาะตัวแตกต่างกันออกไปตามสภาพของความสัมพันธ์ในเชิงการแข่งขันด้วย

ตลาดที่แยกตามระดับผู้ประกอบการ : ในบางครั้ง “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” อาจมีการพิจารณาโดยใช้ระดับที่แตกต่างกันของผู้ประกอบการเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา เช่น ระดับผู้ผลิต ระดับผู้จำหน่ายส่ง ระดับผู้จำหน่ายปลีก เป็นต้น แต่ในบางครั้งก็มีการพิจารณาขอบเขตตลาดใน 2 ระดับให้รวมกันเป็น “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” หรือ “ตลาดเดียวกัน”⁷⁵ หรือในกรณีที่มีกลุ่มผู้บริโภคเฉพาะซึ่งเกิดจากคุณสมบัติพิเศษเฉพาะตัวของสินค้าหรือของกลุ่มผู้บริโภค (ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มผู้บริโภคสินค้าที่มียี่ห้อหรือราคาแพง ผู้บริโภคในกลุ่มดังกล่าวนี้ จะไม่พยายามหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทน อันเนื่องมาจากคุณสมบัติเฉพาะตัวของสินค้าดังกล่าว) ในกรณีเช่นนี้ ขอบเขตของ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” จะแตกต่างกันไปตามประเภทของกลุ่มผู้บริโภค⁷⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ประกอบการเพียงรายหนึ่งรายใดสามารถที่จะอยู่ภายใต้การพิจารณาขอบเขตของ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” หรือตลาดในหลายลักษณะได้ในเวลาเดียวกัน ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามเกณฑ์และเป้าหมายที่จะนำมาใช้พิจารณา

ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่น นอกเหนือจากคำว่า “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ที่ใช้กันอยู่แล้ว ยังมีคำอีกสองคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันและถูกนำมาใช้ในบางครั้ง คือ “ตลาด (market)” และ “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ (any particular field of business : 一定の事業分野)” อีกด้วย

สำหรับนิยาม “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 2 (7) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยขอบเขตในการพิจารณาสภาพการผูกขาด (独占的状态: monopolistic situation)^{*} ซึ่งจะใช้ในกรณีที่ เป็น “สินค้าที่เฉพาะเจาะจง” เท่านั้น กล่าวคือ ต้อง

⁷⁵ 東京高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว) 14 ธันวาคม ค.ศ. 1993, シール談合刑事事件 (คดีฮั่วประมวลสถิติเกอร์ของกรมประกันภัยสังคม), 判例タイムズ 840, หน้า 81.

⁷⁶ 東京高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว) 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956, 石油入札価格協定事件 (คดีข้อตกลงร่วมกันว่าด้วยราคาคาผลิตภัณฑ์ที่ใช้ น้ำมัน), 高裁例集 7卷 11号, หน้า 2849.

^{*} Monopolistic situation หรือสภาพการผูกขาดตามมาตรา 2 (7) หมายถึง มาตรการที่อนุญาตให้มีการแยกบริษัทในกรณีที่ เป็นอุตสาหกรรมผู้ขายน้อยรายในลักษณะที่มีการผูกขาดในระดับที่สูง โดยการตั้งเงื่อนไขต่างๆ ของการเข้าขาย monopolistic situation เช่น เงื่อนไขทางด้านโครงสร้างตลาด 1. รายได้จากการจำหน่าย

เป็นสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันหรือเทียบเท่า และยังรวมถึงสินค้าที่สามารถจำหน่ายได้โดยไม่ต้องอาศัยการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญทางด้านรูปแบบหรือสถานที่ตั้งที่ใช้ในการทำธุรกิจทุกๆ ไปที่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันหรือเทียบเท่าอีกด้วย และ “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใด โดยเฉพาะ” นี้ โดยมากแล้วจะใช้ในกรณีที่พิจารณาจากทางฝ่ายผลิตแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นและสินค้าในลักษณะดังกล่าวยังอาจมีความหมายถึง “สินค้าที่ได้มีลักษณะการใช้งานหรือคุณสมบัติที่เทียบเท่าหรือคล้ายกัน” ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า ขอบเขตของ “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใด โดยเฉพาะ” จะกว้างกว่า “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ”⁷⁷

ในทางกลับกัน ในบางครั้งขอบเขตของ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใด โดยเฉพาะ” จะกว้างกว่าขอบเขตของ “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” กล่าวคือ ในกรณีของสมาคมผู้ประกอบการทางการค้า (Trade Association : 事業者団体)* ตามมาตรา 8 (1)-(3) ที่กำหนดมิให้สมาคมผู้ประกอบการทางการค้าจำกัดจำนวนผู้ประกอบการทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ภายใต้ขอบเขตของ “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ซึ่งคำว่า “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใด โดยเฉพาะ” ในที่นี้จะหมายถึง ขอบเขตกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะของกลุ่มผู้ผลิต (หรือผู้จำหน่าย) หรือกลุ่มผู้บริโภคที่มีความสัมพันธ์กันทางการแข่งขัน

มาตรา 18-2 ได้กำหนดเกี่ยวกับการแจ้งการขึ้นราคาสินค้าในลักษณะขนานกัน (reporting requirement on parallel price increases) ซึ่งในกรณีนี้ คำว่า “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” จะหมายถึง สินค้าหรือบริการที่มีลักษณะคล้ายกันหรือเท่าเทียมกัน

สินค้าทั้งหมดในประเทศ ภายในระยะเวลา 1 ปีต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งแสนล้านเยน 2. การกระจุกตัวในตลาด (market concentration) ต้องไม่น้อยกว่า 50% ในกรณีหนึ่งบริษัท หรือต้องไม่น้อยกว่า 75% ในกรณีสองบริษัท รวมกัน 3. ความยากง่ายในการเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่ หรือเงื่อนไขทางด้านผลกระทบ โดยจะดูจากระยะเวลา กำไรที่ได้มานั้นเป็นกำไรที่มากจนเกินไปจากการขึ้นราคาสินค้าในระดับที่สูงหรือไม่ หรือรายรับรายจ่ายในสวนการจำหน่ายสินค้าหรือต้นทุนในการควบคุมกิจการทั่วไปที่มากจนเกินไปหรือไม่. รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Shiraiishi, 独占禁止法, pp. 328 - 330.

⁷⁷ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 29.

* รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู เรื่องเดียวกัน, , pp. 119-139. Fumihiko Jinguji, 経済法20講 [กฎหมายเศรษฐกิจ 20 บทเรียน], (東京: 勁草書房, 2011), pp. 269-276. Shiraiishi, 独占禁止法, pp. 266-275.

คำว่า “ตลาด” ในมาตรา 2 (7) นอกเหนือจากคำว่า “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใด” แล้ว คำว่า “ตลาด” ก็ได้ถูกนำมาใช้เช่นกัน ซึ่งนักวิชาการส่วนใหญ่จะมีความเห็นว่า ทั้งสองคำจะมีความหมายที่เหมือนกันในบางกรณี แต่จะแตกต่างกันในกรณีที่ความหมายของ “ตลาด” มีความหมายรวมไปถึงสินค้าที่มีลักษณะการใช้งานหรือคุณสมบัติที่เทียบเท่าหรือคล้ายกัน ซึ่งนอกเหนือจากความหมาย “สินค้าเฉพาะเจาะจง” เป็นการต่างหาก ในกรณีเช่นนี้ ขอบเขตของ “ตลาด” จะกว้างกว่า “ธุรกิจแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ”

ลักษณะที่สำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นอีกประการหนึ่งคือ องค์ประกอบ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” จะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณามาตรการทั้งหมดสี่มาตรการ ได้แก่ มาตรการการผูกขาดเอกชน มาตรการร่วมมือจำกัดการแข่งขัน มาตรการสมาคมผู้ประกอบการทางการค้าและมาตรการควบรวมกิจการ แต่องค์ประกอบนี้จะไม่สามารถนำมาใช้ร่วมกับมาตรการทั้งสี่ได้ทันที เนื่องจากแต่ละมาตรการมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน ดังนั้นเกณฑ์หรือรายละเอียดเกี่ยวกับ “การค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ก็จะแตกต่างกันไป กล่าวคือ กรณีของมาตรการทั้งสามยกเว้นมาตรการควบรวมกิจการจะใช้ในกรณีที่เป็นรูปธรรมและจำกัดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสินค้าหรือบริการที่พิพาทโดยหลักแล้วจะพิจารณาจาก (1) ประเภทของสินค้าหรือบริการ (2) สถานที่จำหน่ายหรือให้บริการ และ (3) รูปแบบของสินค้าหรือบริการ ซึ่งต้องเป็นขอบเขตที่ส่งผลกระทบจากพฤติกรรมนั้นๆ ในขณะที่กรณีของมาตรการควบรวมกิจการ ในขณะที่ดำเนินการตรวจสอบอยู่จะไม่สามารถค้นพบพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ ณ เวลานั้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาจากผลกระทบจากการควบรวมกิจการที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งในที่นี้หมายถึง การพิจารณาจากองค์ประกอบ “การทดแทนจากมุมมองของผู้ซื้อ” และ “การทดแทนจากมุมมองของผู้ขาย” เป็นสำคัญ แต่ในกรณีของมาตรการผูกขาดเอกชนในรูปแบบของการกำจัด (排除型私的独占)⁷⁸ ซึ่งเป็นรูปแบบของการผูกขาดเอกชนที่ต้องรับโทษเงินค่าปรับทางปกครองซึ่งจะมีความรุนแรงกว่ากรณีของการผูกขาดเอกชนในรูปแบบการควบคุม (支配型私的独占)⁷⁹ และมีความพิเศษเฉพาะตัวเนื่องจากโดยมากแล้วมักจะเกิดการพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายเดียวหรือไม่ก็เข้าข่ายในลักษณะที่ประเภทของพฤติกรรมมีความหลากหลาย ดังนั้น อาจเกิดข้อจำกัดหากพิจารณาจากเพียงองค์ประกอบ (1) ประเภทของสินค้าหรือบริการ (2) สถานที่จำหน่ายหรือให้บริการ และ (3) รูปแบบของสินค้าหรือบริการที่เป็นรูปธรรม

⁷⁸ シティエーワ法律事務所, なるほど図解 独禁法のしくみ [รูปภาพเข้าใจง่าย โครงสร้างของกฎหมายป้องกันการผูกขาด], 第3版. (東京: 中央経済社, 2013), pp. 54 - 55.

⁷⁹ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 481.

ดังนั้นในบางกรณีจึงอาจจำเป็นต้องนำองค์ประกอบในการพิจารณาตามมาตรการควบคุมกิจการ ประกอบการพิจารณาด้วย⁸⁰

3.2.3.3 การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง

คำว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง (競争の実質的制限)”^{*} ใน

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น ถือได้ว่าเป็นคำศัพท์ที่มีความสำคัญที่สุดคำหนึ่งในกฎหมาย เพราะทั้งมาตรการจำกัดการแข่งขัน (cartel) และมาตรการการผูกขาดเอกชนต่างก็ได้รับบุคว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” ไว้ในมาตรา 2 (5) และมาตรา 2 (6) ตามลำดับ และโดยทั่วไป กฎหมายจะไม่ใช่คำว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” เพียงคำเดียวเท่านั้น แต่จะใช้ร่วมกับคำว่า “การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” ด้วยกันทุกครั้ง ซึ่งหมายถึง “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริงในการค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ” แต่ในการอธิบายความหมายหรือคำนิยามของคำนี้ นักวิชาการญี่ปุ่นจึงได้แบ่งคำนิยามออกไปอีกเป็นสองส่วน (คือ “การค้าแข่งขันหนึ่งแขนงใด” และ “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง”) เพื่อความละเอียดในการอธิบาย

ก่อนที่จะเข้าถึงคำนิยามของ “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่นได้มีการให้คำนิยามของ “การแข่งขัน (competition)” ไว้ใน มาตรา 2 (4) ว่าหมายถึง “สภาพ (situation) ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปสามารถที่จะ 1. จำหน่ายหรือแจกจ่ายสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเหมือนกันหรือคล้ายกัน (same or similar goods or services) ให้กับลูกค้าหรือผู้บริโภคเดียวกัน หรือ 2. ได้รับการจำหน่ายหรือแจกจ่ายสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเหมือนกันหรือคล้ายกันจากผู้ผลิตรายเดียวกัน ภายในขอบเขตกิจกรรมทางธุรกิจที่

⁸⁰ Osamu Tanabe and Masanori Fukamachi, 企業結合ガイドライン [แนวปฏิบัติว่าด้วยการควบรวมกิจการ], (東京: 商事法務, 2014), pp. 62-63.

^{*} คำว่า “substantial restraint of competition” หรืออาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “การจำกัดการแข่งขันเป็นอย่างมาก” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาญี่ปุ่น ซึ่งคำว่า “substantially” ในฉบับภาษาญี่ปุ่นจะใช้คำว่า “実質的” ซึ่งหมายถึง “อย่างแท้จริงหรือตามความเป็นจริง” ดังนั้นผู้เขียนขอใช้คำว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง”.

ปกติ โดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงในส่วนที่สำคัญทางด้านสิ่งอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ หรือสภาพต่างๆ ในกิจกรรมทางธุรกิจดังกล่าว”

แต่อย่างไรก็ตาม คำนิยามของ “การแข่งขัน” ตามมาตรา 2 (4) ได้แค่เพียงอธิบายไว้ในแง่ของเงื่อนไขในการเกิด “ความสัมพันธ์ทางการแข่งขัน” (การแข่งขันในที่นี้ หมายความว่ารวมถึงการแข่งขันที่แอบแฝงอยู่ด้วย) อย่างเดียวเท่านั้น โดยมีได้อธิบายถึงคำนิยามที่แท้จริงของ “การแข่งขัน” ในตัวมันเองไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างไร ซึ่งในเรื่องของความหมายของ “การแข่งขัน” นักวิชาการบางท่านก็ได้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง

“ความพยายามที่จะรักษาโอกาสในการทำธุรกิจโดยการจำกัดผู้อื่นออกไป ภายในกลุ่มผู้จำหน่ายหรือภายในกลุ่มผู้บริโภคสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเหมือนกัน ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ตั้งอยู่บนเกณฑ์แห่งความอิสระในการทำการค้า และสาระสำคัญของความพยายามดังกล่าวนี้ ก็คือ การแสดงให้คู่แข่งทราบถึงเงื่อนไขในการทำธุรกิจของตนที่เหนือกว่า ไม่ว่าจะเป็นด้านราคาสินค้า คุณภาพ เป็นต้น ในลักษณะที่เปรียบเทียบซึ่งกันและกัน และสถานที่ที่ใช้สำหรับการแข่งขันในลักษณะดังกล่าวซึ่งเกิดขึ้นจากผู้ผลิตและผู้บริโภคจำนวนมากและแน่นอนนั้น หมายถึง ตลาด และผลที่ได้จากการแข่งขันก็คือ ราคาตลาดที่ซึ่งเป็นราคาที่เกิดขึ้นจากการมีสมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทาน และสุดท้ายระบบการหมุนเวียนของเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพภายใต้สังคมระบบเสรีนิยมก็จะประสบผลสำเร็จ โดยอาศัยราคาตลาด”⁸¹ ดังนั้น จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นนี้ “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” จึงหมายถึง การกระทำที่เป็นการส่งผลกระทบต่อกลไกการแข่งขันในตลาด หรืออาจหมายถึง การทำให้การแสดงกลไกการแข่งขันในตลาดนั้นเป็นไปได้ยากขึ้น หรือในบางครั้งสามารถตีความได้ว่าหมายถึงการทำให้เกิดสภาพการควบคุมตลาด

จากคำพิพากษาคดี Touhou-Shintouhou⁸² ได้ให้คำจำกัดความของ “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” ไว้อย่างละเอียดว่า หมายถึง

“1. การทำให้เกิดสภาพที่สามารถควบคุมตลาดได้ โดยเกิดจากการแข่งขันในตัวมันเองนั้นลดลง และผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการนั้นๆ ต่างก็มีเจตนาในการที่จะควบคุมราคา คุณภาพ ปริมาณ และเงื่อนไขตัวแปรอื่นๆ ทัวไปไว้ได้อย่างมีอิสระในระดับหนึ่ง”

⁸¹ Shigekazu Imamura, 独占禁止法入門 [ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด], 第4版. (東京: 有斐閣, 1996), p. 14.

⁸² 東京高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว), 9 ธันวาคม ค.ศ. 1953, 東宝・新東宝事件 (คดีระหว่างโรงภาพยนตร์ Touhou และโรงภาพยนตร์ Shintouhou), 高民集 6 卷 13 号, หน้า 868.

“2. และเมื่อพูดกลับกันแล้ว สภาพในลักษณะดังกล่าวนี้ จะหมายถึง การที่ คู่แข่งขันรายอื่นของผู้ประกอบการหรือของกลุ่มผู้ประกอบการรายนั้น ได้กำหนดราคา คุณภาพ ปริมาณ เป็นต้น แล้วดำเนินกิจการทางธุรกิจซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดจากทางเลือกที่อิสระของตน โดยไม่ขึ้นอยู่กับ ภายใต้อำนาจของผู้ประกอบการดังกล่าว และพยายามที่จะเก็บรวบรวมผลและรักษาผลกำไรที่เพียงพอ นั้น เป็นสิ่งที่ไม่สามารถคาดหวังได้อีกต่อไป”

จากความสัมพันธ์ระหว่างคำนิยามทั้ง 1. และ 2. นั้นอาจมีความคาด เคลื่อนกันอยู่บ้าง ซึ่งในจุดนี้นักวิชาการส่วนมากได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันค่อนข้างมาก โดยสนับสนุน ความคิดแรก ซึ่งมีมุมมองจากจุดของการสร้างอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ส่วนความคิดที่ สองซึ่งพิจารณาจากผลกระทบต่างๆ ที่มีคู่แข่งขันนั้น เป็นการตีความหมายของ “การจำกัดการ แข่งขันอย่างแท้จริง” ที่แคบเกินไปและไม่มีเหตุผลที่สมควร

หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1957 คดีชิอิอิชิโนะ Noda Shouyu⁸³ ซึ่งเป็นคดีที่ เกี่ยวกับการผูกขาดเอกชน กล่าวคือ ทางบริษัท Noda ซึ่งเป็นบริษัทผลิตโซยุ (น้ำปลาญี่ปุ่น) ที่มีส่วน แบ่งตลาดและขนาดใหญ่ที่สุดในญี่ปุ่นได้ทำการควบคุมราคาโซยุ โดยทำการขึ้นราคาสินค้าดังกล่าว ของตน แล้วส่งผลทำให้บริษัทคู่แข่งรายอื่นอีก 3 บริษัท (บริษัท Yamasa บริษัท Higeta บริษัท Marukin) ที่ผลิตโซยุในประเภทคุณภาพสูงที่สุดในประเทศ จำเป็นที่จะต้องขึ้นราคาตามในลักษณะ ขนาน และทางศาลได้พิจารณาว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ ถือว่าเป็น “การจำกัดการแข่งขั นอย่างแท้จริง” แต่ได้ปฏิเสธแนวความคิดที่สอง เพราะการขึ้นราคาของทั้งสามบริษัทในลักษณะ ดังกล่าว มิได้เกิดจากเจตนาตั้งอยู่บนความอิสระของผู้ประกอบการเอง

สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณา “การจำกัดการแข่งขั นอย่างแท้จริง” จากคดี Touhou-Shintouhou ได้กล่าวไว้ว่า “เป็นปัญหาที่แตกต่างกันไปในแต่ละปัญหา ดังนั้นจึงเป็นการ ยากที่จะกำหนดไว้โดยเกณฑ์เดียวกัน และยังมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ กับองค์ประกอบต่างๆ ทางด้านเศรษฐกิจด้วย กล่าวคือ ไม่สามารถพิจารณาเกณฑ์จากปริมาณของอุป สสงค์หรืออุปทานของผู้ประกอบการรายนั้นในตลาดได้แต่เพียงอย่างเดียว” ซึ่งหมายความว่า จะเป็ นการพิจารณาโดยรวมและจะตัดสินจากเงื่อนไขหรือองค์ประกอบต่างๆ ในเชิงเศรษฐกิจทั้งด้านปริมาณ และคุณภาพ

⁸³ 東京高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว), 25 ธันวาคม ค.ศ. 1957, 野田醤油事件 (คดีซอสโซยุ Noda), 高民集 10 卷 12 号, หน้า 743.

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission: JFTC) ก็ยังได้กำหนดเกณฑ์เพิ่มเติมว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” จะพิจารณาจาก “สภาพของอุตสาหกรรมที่บริษัทรายนั้นสังกัดอยู่ ส่วนแบ่งตลาดที่บริษัทมีอยู่ในการค้าในแต่ละแขนง (each field of trade) สภาพของฝ่ายผู้ผลิตและฝ่ายผู้บริโภค สินค้าทดแทนอื่นๆ หรือสินค้านำเข้าว่ามีหรือไม่ และยังรวมไปถึงอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่ ซึ่งจะพิจารณาโดยรวมขององค์ประกอบในเชิงเศรษฐกิจต่างๆ เหล่านี้⁸⁴

3.2.3.4 แนวทางการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เป็นเอกลักษณ์

ญี่ปุ่นใช้แนวทางการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่แตกต่างจากประเทศอื่นๆ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะใช้วิธีเริ่มต้นจากการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องก่อนเพื่อคำนวณว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่แล้วจึงพิจารณาที่พฤติกรรมว่ามีขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่สำหรับญี่ปุ่นจะเริ่มต้นจากพฤติกรรมก่อนว่าผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวโดยละเอียด คือ ต้องพิจารณาจากขอบเขตของพฤติกรรมที่น่าสงสัยก่อนว่าเป็นการจำกัด (exclude) หรือไม่ ขั้นตอนต่อไปจึงเป็นการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ภายในขอบเขตดังกล่าวที่มีความเป็นไปได้ว่าจะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แล้วจึงพิจารณาว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดหรือไม่ซึ่งอยู่ภายใต้องค์ประกอบโดยรวมที่เรียกว่า “การจำกัดการแข่งขันที่แท้จริง” ซึ่งแนวทางของญี่ปุ่นอาจสร้างความยุ่งยากเนื่องจากต้องพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันถึง 2 ครั้งด้วยกัน แต่ข้อดีคือสามารถสร้างความรัดกุมในการหาขอบเขตตลาดได้โดยเฉพาะ “การผูกขาดรูปแบบการจำกัด” (ซึ่งผลจากการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาด เมื่อปี ค.ศ. 2009 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนมกราคม ค.ศ. 2010) ต้องตกอยู่ภายใต้ระบบเงินค่าปรับทางปกครอง⁸⁵ แต่แนวทางการนี้มีได้หมายความว่าในขั้นตอนแรกหากพบพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายจะสามารถสันนิษฐานได้ทันทีว่ามีอำนาจเหนือตลาด กรณีนี้จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการวิเคราะห์รูปแบบพฤติกรรมตามรูปแบบที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีประสบการณ์และได้กำหนดเป็นแม่แบบไว้ หากไม่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมดังกล่าวก็จะไม่ถือว่าเป็น

⁸⁴ มาตรฐานการจัดการธุรกิจการว่าด้วยการตรวจสอบการครอบครองหุ้นส่วนบริษัท (JFTC, 11 กันยายน ค.ศ. 1982) และมาตรฐานการจัดการธุรกิจการว่าด้วยการตรวจสอบการควบกิจการบริษัท (JFTC, 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1981) 3.

⁸⁵ Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識, p. 290.

การผูกขาดเอกชนรูปแบบการกำจัด ซึ่งสามารถประเมินได้ว่าแนวทางของญี่ปุ่นมีข้อดีเช่นกัน⁸⁶

จากมุมมองของผู้ประกอบการ กรณีที่ JFTC ตรวจสอบพฤติกรรมในเบื้องต้นว่าเป็นพฤติกรรมที่เข้าข่ายการกำจัด ผู้ประกอบการมีทางเลือก 2 ทางในการโต้แย้ง ทางเลือกแรกโต้แย้งว่าไม่มีพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าว หรือทางเลือกที่สองโต้แย้งว่าตนไม่มีอำนาจเหนือตลาด แต่กรณีที่โต้แย้งว่าตนไม่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่สามารถรับรองได้ว่าจะไม่มีความผิดในมาตรการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (不公正な取引方法)⁸⁷ ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศ “แนวปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับการผูกขาดเอกชนรูปแบบการกำจัด (排除型私的独占に関する独占禁止法上の指針)” (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “แนวปฏิบัติการผูกขาดเอกชนฯ”)⁸⁸ เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 2009 เป็นครั้งแรก ศาลฎีกาญี่ปุ่นก็ได้ตีความว่า “การจำกัดการแข่งขันที่แท้จริง” หมายถึง “การใช้อำนาจเหนือตลาด” ซึ่งการตีความเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อแนวคิดเกี่ยวกับมาตรการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะทำให้ไม่ต้องใช้อำนาจเหนือตลาดมาประกอบการพิจารณา และอาจส่งผลกระทบในเชิงการบังคับใช้เมื่อเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปที่จำเป็นต้องใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดประกอบการพิจารณา⁸⁹

3.2.3.5 เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด

หลังจากที่ได้ประกาศแนวปฏิบัติการผูกขาดเอกชนฯ สามารถประเมินได้ว่าเป็นครั้งแรกที่ญี่ปุ่นได้มีการกำหนดเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดไว้ชัดเจนโดยได้กำหนดเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 50 ของส่วนแบ่งตลาดสินค้าที่จำหน่ายนับแต่เวลาที่ได้เริ่มต้นพฤติกรรม โดยจะพิจารณาจากปัจจัยโดยรวม เช่น ขนาดของตลาด ขอบเขตของกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายนั้น ลักษณะพิเศษเฉพาะของสินค้า เป็นต้น และจะได้รับการพิจารณาเป็นลำดับต้นๆ หากเป็นสิ่งที่กระทบเป็นอย่างยิ่งต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Akira Gotou, 独占禁止法と日本経済 [กฎหมายป้องกันการผูกขาดกับเศรษฐกิจญี่ปุ่น], (東京: NTT出版, 2013), pp. 85 - 116.

⁸⁸ Japan Fair Trade Commission, 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針[การผูกขาดเอกชนรูปแบบการกำจัด] 6 July 2014. แหล่งที่มา <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyokujun/haijyogata.html>.

⁸⁹ Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識, p. 290.

(JFTC) ก็ได้ยึดถือตามเกณฑ์แนวปฏิบัติการผูกขาดเอกชนฯ⁹⁰

จากคดีในอดีตที่ผ่านมา พบว่าคดีส่วนใหญ่ที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 50 จะตกอยู่ภายใต้มาตรการการผูกขาดเอกชนซึ่งสามารถประเมินได้ว่ามีความเหมาะสมและยังจำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบอื่นด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ JFTC จะยึดแนวทางว่าหากส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 สันนิษฐานได้ว่าไม่มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นจึงไม่เข้าตรวจสอบกรณีที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์⁹¹

แนวปฏิบัติของ JFTC สามารถประเมินได้ว่าความสำคัญนั้นอยู่ที่การตรวจสอบว่ามีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ใช่สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดอย่างมากเพียงใด ซึ่งแนวปฏิบัตินี้จะมีลักษณะที่คล้ายกับการควมรวมกิจการ แนวปฏิบัติการผูกขาดเอกชนฯ ของญี่ปุ่นนับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ล้ำค่ากว่าประเทศอื่นๆ แต่เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดภายใต้การพิจารณาพฤติกรรมกำจัดคู่แข่งชั้นนี้ยังสามารถนำไปใช้กับกรณีของมาตรการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้อีกด้วย

3.2.4 เกาหลีใต้

เกาหลีใต้เริ่มใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Monopoly Regulation and Fair Trade Act: MRFTA) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1981 เป็นต้นมา ซึ่งได้มีการแก้ไขกฎหมายครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2013⁹² โดยได้รับอิทธิพลมาจากสหภาพยุโรปและญี่ปุ่นเป็นหลักในการร่างต้นแบบของกฎหมาย กล่าวคือ ในส่วนของมาตรการอำนาจเหนือตลาดนั้นจะใช้รูปแบบของอำนาจเหนือตลาด (market dominant position) ที่พัฒนามาจากสหภาพยุโรป⁹³ แต่เกาหลีใต้นำมาพัฒนาและสร้างขึ้นใหม่ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยการกำหนดเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไว้ใน MRFTA โดยตรง ส่วนมาตรการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของญี่ปุ่น ทั้งนี้รูปแบบของ MRFTA ถูกออกแบบให้มีความเหมาะสมกับสภาพโครงสร้างอุตสาหกรรมภายในประเทศ

⁹⁰ *ibid.*, p. 291.

⁹¹ *ibid.*

⁹² Korea Fair Trade Commission, Competition, 12 January 2014. แหล่งที่มา <http://eng.ftc.go.kr/bbs.do>.

⁹³ ศิริศักดิ์ จิงถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 280.

ซึ่งมีขนาดไม่ใหญ่มาก⁹⁴ ในขณะนั้น

3.2.4.1 ผู้มีอำนาจเหนือตลาด

MRFTA มาตรา 3-2 ได้กำหนดห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Prohibition of the Abuse of Dominant Position) ซึ่งมีโครงสร้างคล้ายกับมาตรา 25 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 คือ กำหนดโครงสร้างของผู้มีอำนาจเหนือตลาด และกำหนดพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของเกาหลีใต้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของญี่ปุ่นจะมีความเป็นรูปธรรมกว่า ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของ MRFTA⁹⁵ ทั้งนี้ MRFTA โดยได้ให้นิยามของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 2-7⁹⁶ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการมีอำนาจเหนือตลาดนั้นมิได้ทั้งกรณีที่เป็นผู้ประกอบการรายเดียวและหลายรายร่วมมือกันด้วย ซึ่งองค์ประกอบหลักๆ ในการพิจารณาตามที่กำหนดในมาตรา 2-7 ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ขนาดธุรกิจของคู่แข่งและองค์ประกอบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

สำหรับก่อนการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1999 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งเกาหลีใต้ (Korea Fair Trade Commission: KFTC) ได้เคยกำหนดโดยออกประกาศว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นรายปี แต่ต่อมาได้มีการยกเลิกการประกาศรายชื่อผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยในปัจจุบันได้ใช้เกณฑ์ข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด (Presumption of Market Dominant

⁹⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 84.

⁹⁵ Takenori Nakayama, 韓国独占禁止法の研究 [วิจัยกฎหมายป้องกันการผูกขาดของเกาหลีใต้], (東京: 信山社, 2001), p. 271.

⁹⁶ Article 2 (Definitions)

7. The term market dominant undertaking means the undertaking that holds market position with which it, as a supplier or purchaser, individually or jointly with other undertaking, may determine, maintain, or change the price, quantity, or quality of goods or services, or other trading condition in a certain line of trade. In order to determine whether an undertaking holds market dominant position, market share, barriers to market entry, relative size of competitors, and any other relevant factors may be considered.

Position) แทนเกณฑ์เดิมที่กำหนดอย่างเคร่งครัดในกรณีที่ผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดตามเกณฑ์ที่กำหนดแล้วไม่สามารถหักล้างได้⁹⁷

3.2.4.2 เกณฑ์ข้อสันนิษฐานผู้มีอำนาจเหนือตลาด

MRFTA มาตรา 4 ได้กำหนดเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด (Presumption of Market Dominant Position) ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย โดยกำหนดเกณฑ์สันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายไว้ดังต่อไปนี้

1. ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายเดียวต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสามรายแรกหรือสองรายแรกรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 (ยกเว้นกรณีที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 10)⁹⁸
2. ยอดเงินขายประจำปีทั้งหมดในตลาดสินค้านั้นๆ ต้องไม่น้อยกว่า 4 แสนล้านบาท*

เป็นที่น่าสังเกตว่าเกณฑ์ข้อสันนิษฐานดังกล่าวถูกนำมาใส่ไว้ใน MRFTA มาตรา 4 ซึ่งจะแตกต่างจาก พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่นำมาใส่ไว้ในประกาศฯ แทน ซึ่งผู้เขียนสามารถประเมินได้ว่าการกำหนดเกณฑ์ไว้ใน MRFTA โดยตรงนั้นจะสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในระดับหนึ่งเนื่องจากการสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบการภายในประเทศ

⁹⁷ ศิริศักดิ์ จีงถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 282 - 283.

⁹⁸ Article 4 (Presumption of Market Dominant Position)

..... 2. The combined market share of three or fewer undertakings is 75/100 or more. In this case, however, undertakings that has market share below 10/100 shall be excluded.

* ก่อนแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 2013 MRFTA ใช้เกณฑ์ยอดเงินขาย 1 แสนล้านบาท.

3.2.4.3 แนวปฏิบัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

KFTC ได้ออกแนวปฏิบัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position) เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2013 และหากไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ จะมีการทบทวนในครั้งต่อไปภายในวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 2015 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดเกณฑ์มาตรฐานในการตรวจสอบค้นหาพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยมีเนื้อหาที่สำคัญ ส่วน ได้แก่ (1) เกณฑ์ในการคำนวณหาขอบเขตตลาด (Criteria for determining a certain line of trade) (2) เกณฑ์ในการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Criteria for examining a market dominant position) และ (3) ประเภทและเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมที่มิชอบ (Types and Criteria of Abuse of Market Dominant Position)⁹⁹

แต่เนื่องจากเนื้อหาของแนวปฏิบัติฯ จะมีในส่วนของพฤติกรรมซึ่งนอกเหนือขอบเขตการศึกษาในบทนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายเฉพาะ (2) เกณฑ์ในการหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงในการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาด ทั้งนี้ ในมาตรา 2-7 ได้กำหนดแนวทางหรือเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างคร่าวๆ 4 องค์ประกอบด้วยกัน ได้แก่ 1. ส่วนแบ่งตลาด 2. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด 3. ขนาดธุรกิจของคู่แข่งชั้นและ 4. องค์ประกอบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

3.2.4.4 เกณฑ์อื่นนอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด

ข้อมูลจากแนวปฏิบัติฯ นอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายที่กำหนดไว้โดยชัดเจนแล้วยังสามารถกำหนดองค์ประกอบอื่นๆ ประกอบการพิจารณาไว้ทั้งหมด 7 ประการ ได้แก่¹⁰⁰

- (1) การปรากฏและระดับของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด
- (2) ขนาดธุรกิจของคู่แข่งชั้น
- (3) ความเป็นไปได้ในการร่วมมือสมคบกันระหว่างผู้ประกอบการ

⁹⁹ Korea Fair Trade Commission, Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, 16 June 2014. แหล่งที่มา <http://eng.ftc.go.kr/bbs.do>.

¹⁰⁰ *ibid.*

- (4) การปรากฏของสินค้าหรือบริการที่คล้ายกันในตลาดข้างเคียง
- (5) อำนาจในการหยุดยั้งตลาด
- (6) เงินทุน
- (7) อื่นๆ

จากเกณฑ์ข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง (3) ความเป็นไปได้ในการร่วมมือสมคบกันระหว่างผู้ประกอบการ จะมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวม จากข้อความในแนวปฏิบัติฯ ซึ่งกำหนดว่า “A. If undertakings may easily engage in explicit or implied concerted practices on price quantity, the undertaking in question is likely to be a market dominant undertaking.” การกำหนดเช่นนี้ แสดงว่ากรณีของการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมตั้งแต่สามรายหรือน้อยกว่านั้น (สองราย) มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันมากกว่าร้อยละ 75 จะพิจารณาจาก “การสมคบหรือร่วมมือกัน (concerted practices)”^{*}

3.3 เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย

3.3.1 ประวัติความเป็นมาของหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย

ประเทศไทยซึ่งมีตลาดภายในประเทศที่ค่อนข้างเล็ก และมีลักษณะเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และ/หรือตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งพบว่ามีจำนวนผู้ประกอบการจำนวนมากที่ไม่เข้าเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบัน¹⁰¹

สำหรับประวัติความเป็นมาคร่าวๆ เกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 ได้กำหนด

* เป็นที่น่าสังเกตว่าเกาหลีใต้ใช้คำว่า “concerted practices” ซึ่งเหมือนกับกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยสหภาพยุโรปใช้คำว่า “เจตนาเชื่อมโยงกัน (collusion)” ซึ่งประกอบด้วย “ข้อตกลงร่วม (agreement)” และ “การสมคบกัน (concerted practice)” นอกจากนี้ยังมีคำที่ใกล้เคียงอื่น ๆ เช่น “concerted action” “contact” “communication” ในขณะที่สหรัฐอเมริกาจะใช้คำว่า “contract” และ “conspiracy”. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Murakami, *Ec 競争法 [Ec 独占禁止法]*, pp. 116-117.

¹⁰¹ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, “โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด.”, หน้า 1-3.

นิยามความหมายของคำว่า “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position)” ตามมาตรา 3 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

ภายหลังจากปี พ.ศ. 2542 ถึง ปี พ.ศ. 2549 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้เคยพิจารณาหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วรวมทั้งหมด 3 ครั้ง ได้แก่¹⁰²

(1) มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในคราวประชุมครั้งที่ 2/2543 เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ. 2543 กำหนดเป็นเกณฑ์เดียวในทุกธุรกิจ

โดยมติที่ประชุมฯ ได้เสนอเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้กับทุกธุรกิจเพื่อเกิดความเสมอภาคแก่ผู้ประกอบการในทุกสาขา โดยได้เสนอเกณฑ์ “ผู้ประกอบการรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 33.33 ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป” และได้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2543 แต่ไม่มีการพิจารณาจนกระทั่งเกิดการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลในขณะนั้นจึงได้ส่งเรื่องคืนเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2544 เพื่อให้กระทรวงพาณิชย์นำไปพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง

(2) มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในคราวประชุมครั้งที่ 1/2546 เมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2546 กำหนดเป็นเกณฑ์รายธุรกิจ ในธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก และธุรกิจรถจักรยานยนต์

ภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลใหม่ โดยประธานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (นายอดิศักดิ์ โพธารามิก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธาน) มีบัญชาเมื่อวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2544 ให้มีการพิจารณาทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใหม่ ประกอบกับในช่วงปี พ.ศ. 2544 มีเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมผู้ประกอบการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งขนาดใหญ่และธุรกิจรถจักรยานยนต์ ในคราวประชุมครั้งที่ 2/2545 เมื่อ

¹⁰² กรรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, รั้วรอบ งานแข่งขันทางการค้า, หน้า 17-19.

วันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2545 จึงได้มีมติที่ประชุมฯ แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมา และต่อมา ในคราวประชุมครั้งที่ 1/2546 เมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2546 ที่ประชุมฯ จึงได้มีมติเห็นชอบให้กำหนดหลักเกณฑ์เป็นรายธุรกิจ 2 ธุรกิจ ได้แก่ ธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก และ ธุรกิจรถจักรยานยนต์

ก. ธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก

- ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป และยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 27,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ
- ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 33.33 ขึ้นไป และยอดเงินขายรวมกันในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 45,000 ล้านบาทขึ้นไป

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจรายใดในสามรายมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะได้รับการยกเว้นไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ข. ธุรกิจรถจักรยานยนต์

- ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 33.33 ขึ้นไป และยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 5,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ
- ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 66.66 ขึ้นไป และยอดเงินขายรวมกันในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 10,000 ล้านบาทขึ้นไป

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจรายใดในสามรายมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะได้รับการยกเว้นไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ทั้งนี้ได้มีการนำเสนอคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2547 แต่ไม่มีการพิจารณา ประกอบกับมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากผู้ประกอบการและนักวิชาการบางรายว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เป็นรายธุรกิจ “เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่เป็นบรรทัดฐานเดียวกันและไม่เป็นสากล”¹⁰³ กระทรวงพาณิชย์จึงได้ถอนเรื่องคืนเพื่อทบทวนเมื่อวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2547

(3) มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในคราวประชุมครั้งที่ 1/2547 เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 กำหนดเป็นเกณฑ์เดียวในทุกธุรกิจ

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

ภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลใหม่ โดยประธานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (นายวัฒนา เมืองสุข รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธาน) ในคราวประชุมครั้งที่ 1/2547 เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 ได้มีมติเห็นชอบกำหนดเป็นเกณฑ์เดียวในทุกธุรกิจโดยมีสองลักษณะ ดังต่อไปนี้

- ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ

- ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป และยอดเงินขายรวมกันในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป

ทั้งนี้ ยกเว้นผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งในสามรายที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะได้รับการยกเว้นไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

และหลังจากนั้นได้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีครั้งที่ 6 ได้มีมติเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2547 ให้แต่งตั้งคณะกรรมการศึกษาแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมา

3.3.2 หลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยในปัจจุบัน

หลังจากนั้น ภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลใหม่ โดยประธานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (นายเกริกไกร จีระแพทย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธาน) ในคราวประชุมครั้งที่ 2/2549 เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ได้มีมติเห็นชอบหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกับหลักเกณฑ์ที่ประกาศใช้ในปัจจุบัน

ต่อมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (นายเกริกไกร จีระแพทย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธาน) จึงได้ออก “ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาด”)” ที่ออกเมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2550 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 โดยกำหนดรายละเอียดของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ว่า

“ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใด บริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใด บริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท”

3.3.3 เปรียบเทียบเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขัน

ทางการค้า พ.ศ. 2542 กับ MRFTA

เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยมีลักษณะที่คล้ายกับ MRFTA คือ ต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดก่อนแล้วจึงพิจารณาพฤติกรรมว่าฝ่าฝืนในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ มาตรา 25 บัญญัติไว้หรือไม่¹⁰⁴ ซึ่งมาตรา 25 กำหนดลักษณะพฤติกรรมไว้ทั้งหมด 4 พฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ¹⁰⁵ แต่ผู้เขียนขอเสนอในส่วนที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

ประการแรก MRFTA กำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 4 โดยตรงมิได้ กำหนดไว้ในรูปแบบของกฎหมายลูก เช่น ประกาศ หรือแนวปฏิบัติ (guideline) แต่จะกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนในทางปฏิบัติเพิ่มเติมลงในแนวปฏิบัติ ซึ่งก็คือ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position) ในขณะที่กรณีของประเทศไทย มิได้กำหนดเกณฑ์ไว้ที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่กำหนดไว้ในประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดแทน และระยะเวลาที่ห่างกันถึงประมาณ 8 ปีนับแต่วันที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 จนถึงการออกประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งออกเมื่อปี พ.ศ. 2550 ซึ่งในช่วงระยะเวลาก่อนหน้านั้นไม่สามารถบังคับใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ในทางปฏิบัติ

ประการที่สอง ทั้งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ MRFTA ต่างก็มิได้กำหนดช่วงเวลาการทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยตรง แต่ แนวปฏิบัติฯ ของ

¹⁰⁴ สุธีร์ ศุภานิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 40-41.

¹⁰⁵ ศิริศักดิ์ จิ่งถาวร, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก.", หน้า 309.

MRFTA ฉบับล่าสุดซึ่งแก้ไขเมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2013 ในส่วนที่ 5 ซึ่งเป็นหมวดว่าด้วยระยะเวลา การทบทวน (The Term of Review) ได้กำหนดระยะเวลาการทบทวนอย่างช้าไม่เกิน 2 ปี (ต้องไม่เกิน วันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 2015)¹⁰⁶

ประการที่สาม กรณีการพิจารณา “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม” ต่างใช้เกณฑ์ส่วนแบ่ง ตลาดเหมือนกัน คือ ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 75 รวมถึงข้อยกเว้นกรณีที่รายหนึ่งรายใดมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 10 ทั้งนี้ MRFTA ได้กำหนดว่าต้องเป็นผู้ประกอบการสามรายแรกหรือน้อยกว่านั้น (three or fewer undertakings) ในขณะที่ประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดว่าต้องเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ สามรายแรก” จากที่ได้ศึกษาพบว่า MRFTA มีเจตนารมณ์ที่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในกรณี อำนาจเหนือตลาดร่วมว่าต้องมียกประกอบ “แนวโน้มของการร่วมมือและสับสนกันระหว่าง ผู้ประกอบการ (Possibility of concerted practices among competitors)” ตามแนวปฏิบัติ ประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งหมายความว่า จะต้องเป็นผู้ประกอบการสามรายแรกหรือน้อยกว่านั้น และต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นความร่วมมือกัน ส่วนประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิได้กล่าวว่าทั้งสามรายแรกนั้นต้องมีความสัมพันธ์ใน ลักษณะร่วมมือกันหรือไม่ เพียงแต่กำหนดไว้ว่า “สามรายแรก” เท่านั้น

สำหรับปัญหาของการที่ประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมิได้กำหนดว่าต้อง “ร่วมมือ กัน” แต่กำหนดเพียง “สามรายแรก” อาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาได้ในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น ใน อุตสาหกรรมหนึ่งในประเทศไทยมีผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดสามรายแรก ได้แก่ บริษัท ก มี ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 30 บริษัท ข มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 25 และ บริษัท ค มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 20 ทั้งสามบริษัทต่างมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 1,000 ล้านบาท กรณีตัวอย่างนี้ถือว่าทั้งสามบริษัท ต่างเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยปริยายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสาม บริษัท ซึ่งหมายความว่า หากในอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งปรากฏว่าผู้ประกอบการสามรายแรกและ เข้าข่ายตามเกณฑ์ที่กำหนดแม้มิได้มีพฤติกรรมในลักษณะร่วมมือกัน แต่อยู่ในสถานะที่แข่งขันกัน ก็จะถูก เป็นผู้ที่มิอำนาจเหนือตลาดตามประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในข้อ 2 โดยทันที

ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจไม่เหมาะสมเนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดเกี่ยวกับ “อำนาจเหนือตลาดร่วม (collective

¹⁰⁶ Korea Fair Trade Commission, "Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position".

dominance)” ของสหภาพยุโรป¹⁰⁷ ที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้รับอิทธิพลในเบื้องต้นมาเป็นแม่แบบในการยกร่างมาตรา 25¹⁰⁸

ประการที่สี่ สืบเนื่องจากประเด็นที่สามเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและความไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมในการเลือกบังคับใช้เกณฑ์ตามประกาศฯ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดระหว่างเกณฑ์ผู้ประกอบการรายเดียวกับเกณฑ์ผู้ประกอบการสามรายแรก กล่าวคือ จากตัวอย่างข้างต้น ทั้งบริษัท ก บริษัท ข และบริษัท ค ต่างเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม ในขณะที่อุตสาหกรรมข้างเคียงปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเพียงบริษัท ง เท่านั้นที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 55 และมียอดขายเกิน 1,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา ส่วนผู้ประกอบการรายที่สอง บริษัท จ มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 15 และผู้ประกอบการรายที่สาม บริษัท ฉ มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 12 และทั้งบริษัท จ และบริษัท ฉ ต่างมียอดขายในปีที่ผ่านมาเกิน 1,000 ล้านบาท จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่า ในอุตสาหกรรมแรกทั้งบริษัท ก บริษัท ข และบริษัท ค ต่างมีอำนาจเหนือตลาดด้วยกันทุกราย และในอุตสาหกรรมข้างเคียง (อุตสาหกรรมที่สอง) ทั้ง บริษัท ง บริษัท จ และบริษัท ฉ ต่างก็เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเช่นเดียวกัน

จากตัวอย่างข้างต้น บริษัท ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงเกินร้อยละ 50 ในขณะที่บริษัท ก บริษัท ข บริษัท ค บริษัท จ และบริษัท ฉ แม้จะอยู่คนละอุตสาหกรรม แต่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริษัท จ และบริษัท ฉ สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดนั้นต่ำกว่าบริษัท ง เป็นอย่างมาก ซึ่งหากมองจากบริษัทอื่นๆ ยกเว้นบริษัท ง แล้วอาจไม่เป็นธรรมเนื่องจากตนมีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่ต่ำกว่าเกณฑ์ร้อยละ 50 อยู่มาก แต่กลับต้องตกเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม¹⁰⁹

3.3.4 อุปสรรคและปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยในปัจจุบัน

ตลอดระยะเวลาที่เริ่มบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบันปรากฏว่ามีสถิติเรื่องร้องเรียนเข้ามาที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เกี่ยวกับการที่ผู้ประกอบการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ทั้งสิ้น 93 เรื่อง

¹⁰⁷ Takigawa, 日米EU の独禁法と競争政策, p.223.

¹⁰⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 85.

¹⁰⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด.", หน้า 4-3.

ร้องเรียน (ตุลาคม 2542 – มิถุนายน 2557)* โดยเป็นเรื่องราวร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 25 จำนวนทั้งสิ้น 18 เรื่อง¹¹⁰ คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 19.35 จากเรื่องราวร้องเรียนทั้งหมดและคิดเป็นอันดับที่สาม รองจากร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่มีสูงถึง 53 เรื่อง ซึ่งสูงเป็นอันดับหนึ่งและคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 56.99 และอันดับสอง ได้แก่ เรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่มีเรื่องราวร้องเรียน 22 เรื่อง คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 23.66¹¹¹

อย่างไรก็ตาม ได้มีการศึกษาวิจัยว่าเกษตรกรผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่บังคับใช้ในปัจจุบันไม่สามารถบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทยรายใหญ่จำนวนมากมีการขยายกิจการออกไปทั้งแนวนอนและแนวดิ่ง เช่น การทำธุรกิจครบวงจร การตั้งบริษัทในเครือ เป็นต้น ส่งผลให้ส่วนแบ่งการตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 และไม่เข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด รวมทั้งโครงสร้างตลาดภายในประเทศที่มีลักษณะเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และ/หรือตลาดผู้ขายน้อย รายซึ่งมีผู้ประกอบการจำนวนไม่น้อยที่มีส่วนแบ่งการตลาดต่ำกว่าเกณฑ์ แต่ตามข้อเท็จจริงเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถสร้างผลกระทบต่อตลาดได้ ดังนั้น จึงควรต้องมีการทบทวนหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางการค้าในปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 มีผลในทางปฏิบัติสามารถใช้อำนาจดูแลการประกอบธุรกิจในประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹¹²

นอกจากนี้ ผลจากการวิจัยพบว่าสาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นอุปสรรคในการบังคับใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบัน ได้แก่ ปัญหาด้านการปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจของเอกชน กล่าวคือ ในอดีตที่ผ่านมา ผู้ประกอบการรายหนึ่งมักจะผลิต

* ในจำนวนนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น (1) มีการพิจารณาตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว ไม่พบการกระทำความผิดจำนวน 83 เรื่อง (2) เรื่องที่พิจารณาแล้วพบการกระทำความผิดและส่งสำนักงานอัยการสูงสุดสั่งฟ้องจำนวน 1 เรื่อง และ (3) เรื่องที่กำลังอยู่ระหว่างการดำเนินการ จำนวน 9 เรื่อง.

¹¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, สถิติเรื่องร้องเรียน, 25 ตุลาคม 2557. แหล่งที่มา <http://otcc.dit.go.th>.

¹¹¹ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, สรุปงานแข่งขันทางการค้า, หน้า 15.

¹¹² มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด.", หน้า 1-3.

สินค้าเพียงหนึ่งชนิดต่อหนึ่งธุรกิจ แต่ในปัจจุบันพบว่าบริษัทขนาดใหญ่จำนวนมากไม่น้อยที่มีเงินทุนและเทคโนโลยีที่สูงมักนิยมใช้วิธีการแตกบริษัทออกมาในลักษณะเป็นเครือหรือบริษัทลูกเพื่อการประกอบธุรกิจที่ครบวงจร ซึ่งจะมีลักษณะโครงสร้างการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทในเครือได้ 3 รูปแบบ ได้แก่ ธุรกิจแนวตั้ง ธุรกิจแนวนอนและธุรกิจแบบผสม ซึ่งการปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจนี้จะส่งผลกระทบต่อในการคำนวณส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย¹¹³

3.3.5 การทบทวนการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด

จากปัญหาข้างต้น การปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน และความไม่ชัดเจนในการตีความกรณีบริษัทในเครือหรือบริษัทลูกที่กล่าวข้างต้นนั้นส่งผลให้ประสิทธิภาพของการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 ลดลง เนื่องจากในปัจจุบันยังมีผู้ประกอบธุรกิจในรูปแบบของกลุ่มบริษัทที่พยายามแตกบริษัทออกเป็นบริษัทในเครือหรือบริษัทลูก เพื่อให้มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 50 แต่ตามข้อเท็จจริงแล้ว บริษัทดังกล่าวยังเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว มีพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าในลักษณะใดๆ ตามมาตรา 25 ย่อมจะสร้างผลกระทบต่อตลาด แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่สามารถเข้าไปกำกับดูแลตามมาตรา 25 ได้เนื่องจากบริษัทดังกล่าวมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50

3.3.5.1 แนวคิดตามมติคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เล็งเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าว จึงเห็นชอบให้มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อพิจารณาศึกษาทบทวนหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดให้เหมาะสมและสอดคล้องกับภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน

ทั้งนี้ คณะอนุกรรมการฯ ได้ดำเนินการศึกษา วิเคราะห์โครงสร้างธุรกิจ และการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของต่างประเทศ และจัดทำข้อเสนอแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามมติคณะอนุกรรมการ

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2 - 12.

เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการประชุมคณะอนุกรรมการ
เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ครั้งที่ 4/2554 วันจันทร์
ที่ 30 พฤษภาคม 2554 สามารถสรุปได้ดังนี้

“1. การกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดให้กำหนดเป็นเกณฑ์
เดียวที่ใช้กับทุกธุรกิจ

2. เกณฑ์ยอดเงินขายให้ปรับเปลี่ยนโดยให้ลดลงมาเหลือห้าร้อย
ล้านบาทเพื่อให้สามารถครอบคลุมถึงธุรกิจที่มีศักยภาพซึ่งหากใช้เกณฑ์เดิมจะไม่สามารถเป็นผู้มี
อำนาจเหนือตลาด

3. เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ผู้ประกอบการรายเดียว

(1) กำหนดส่วนแบ่งตลาด ตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป
เช่นเดียวกับเกณฑ์ปัจจุบัน

(2) กำหนดส่วนแบ่งตลาด ตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป
โดยให้พิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย ได้แก่ ความสามารถในการควบคุมตลาด อุปสรรคในการ
เข้าสู่ตลาด เป็นต้น

3.2 ผู้ประกอบการสามรายแรก

กำหนดส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสามรายแรก
รวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป โดยยกเว้นผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา
มาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือมียอดเงินขายต่ำกว่า 500 ล้านบาทต่อปี ทั้งนี้ให้พิจารณาปัจจัยอื่น
ประกอบด้วย”¹¹⁴

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2 - 17.

3.3.5.2 แนวคิดตามผลการวิจัยของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจ

การคลัง¹¹⁵

สำหรับข้อเสนอของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ได้นำเสนอแนวทางการดำเนินการปรับปรุงหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ออกเป็น 2 ระยะ ได้แก่ การดำเนินการในระยะสั้นและการดำเนินการในระยะยาว

การดำเนินการในระยะสั้น ได้เสนอให้ยังคงแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดออกเป็นสองเกณฑ์ตามเดิม คือ เกณฑ์ผู้ประกอบการรายเดียวและเกณฑ์ผู้ประกอบการหลายราย และให้นำองค์ประกอบส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายมาใช้กับทุกตลาดสินค้า โดยเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดนั้นในกรณีของผู้ประกอบการรายเดียวเสนอให้ลดลงจากร้อยละ 50 เป็นร้อยละ 30 เนื่องจากลักษณะการแข่งขันของตลาดในประเทศไทยเป็นรูปแบบของตลาดผู้แข่งขันน้อยรายจึงไม่จำเป็นต้องใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดในอัตราที่สูงมาก แต่ให้มีสัดส่วนที่สามารถกำกับและติดตามผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายและตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดจะมีความเหมาะสมมากกว่า ซึ่งเกณฑ์ร้อยละ 30 นี้มีขนาดใหญ่พอที่จะมีอำนาจเหนือตลาดและเป็นผู้นำตลาดได้ ส่วนกรณีของกลุ่มผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามรายแรกให้ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเดิม คือ ร้อยละ 75 ไม่มีการเปลี่ยนแปลง

ส่วนเกณฑ์ยอดเงินขาย ในเบื้องต้นได้เสนอให้ตัดออกจากเกณฑ์ที่ใช้ในปัจจุบัน โดยในรายงานได้ให้เหตุผลว่า “เนื่องจากแต่ละตลาดสินค้าและบริการในประเทศไทยมีขนาดที่แตกต่างกันจากการที่มีโครงสร้างตลาดที่ต่างกัน อันจะส่งผลให้มีการกำหนดราคาสินค้าที่ต่างกันในแต่ละตลาด บางตลาดมีสินค้ามีมูลค่าสูงมาก ในขณะที่บางตลาดสินค้ามีมูลค่าไม่สูงนัก การกำหนดเกณฑ์ยอดเงินขายเพียงเกณฑ์เดียวจึงอาจเหมาะสมกับบางตลาดสินค้านั้นๆ แต่ไม่สามารถใช้ได้กับทุกตลาดสินค้า”¹¹⁶ ประกอบกับเหตุผลในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่ส่วนใหญ่จะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเป็นสำคัญยกเว้นบางประเทศ ซึ่งในที่นี้ คือ เกาหลีใต้ ซึ่งได้สรุปว่าการ

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4 – 12.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4 – 14.

พิจารณายอดเงินขายจึงใช้สำหรับการวัดขนาดตลาดสินค้าทั้งหมด มิใช่เป็นการวัดยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจเป็นรายๆ ไป¹¹⁷ แต่ผลจากการศึกษาพบว่า ขนาดของรายได้ซึ่งที่ปรึกษาฯ ให้ใช้เป็นตัวแทนของยอดเงินขายสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีรายได้ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาทนั้น มีค่าเฉลี่ยของรายได้ในปี พ.ศ. 2554 ประมาณ 469 ล้านบาท...” จึงได้เสนอให้ยังคงเกณฑ์ยอดเงินขายไว้แต่ปรับให้ลดลงเป็น 500 ล้านบาทเพื่อให้สามารถครอบคลุมได้ทุกตลาดสินค้าและบริการได้*

การดำเนินการในระยะยาว ในส่วนของเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายยังคงเสนอให้ใช้เกณฑ์เดิมตามที่เสนอในการดำเนินการในระยะสั้น แต่ได้เพิ่มความเห็น 2 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นแรกเสนอให้มีการแก้ไขบทพจนานุกรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อให้สามารถรองรับและครอบคลุมถึงกรณีของบริษัทในเครือด้วย และประเด็นที่สองได้เสนอปัจจัยอื่นๆ ที่สมควรนำมาใช้ประกอบการพิจารณาเพิ่มเติม ได้แก่ (1) ปัจจัยด้านการพิจารณาขอบเขตตลาด อาจต้องพิจารณาจากตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ เวลา และเทคโนโลยีในกระบวนการผลิต (2) ปัจจัยด้านสถานการณ์การแข่งขันและอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และ (3) ปัจจัยด้านพฤติกรรมผู้บริโภค¹¹⁸

3.3.5.3 แนวคิดตามมติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 1/

2557

ภายหลังจากการประชุมคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 1/2557 เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม พ.ศ. 2557 ซึ่งที่ประชุมมีมติเห็นชอบการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามที่คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องได้เสนอ โดยกำหนดใช้เป็นเกณฑ์เดียวกับทุกธุรกิจ

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

* ทั้งนี้ ในรายงานฯ ยังได้สรุปตัวเลขเกี่ยวกับฐานข้อมูลผู้ประกอบการในตลาดสินค้าและบริการที่จัดเก็บโดยกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ได้ว่า (1) กรณีผู้ประกอบการรายเดียว หากใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 30 และเกณฑ์ยอดเงินขาย 500 ล้านบาท จะมีจำนวนผู้ประกอบการที่เข้าข่ายทั้งสิ้น 66 ธุรกิจ 82 ราย (ในขณะที่หากใช้เกณฑ์ปัจจุบันจะมีจำนวน 24 ธุรกิจ 24 รายเท่านั้น) ส่วน (2) กรณีผู้ประกอบการสามรายแรก หากใช้เกณฑ์ยอดขายใหม่ จะมีจำนวนทั้งสิ้น 54 ธุรกิจ 130 ราย (ในขณะที่หากใช้เกณฑ์ปัจจุบันจะมีจำนวนทั้งสิ้น 52 ธุรกิจ 111 ราย) ซึ่งไม่แตกต่างกันมากนัก.

¹¹⁸ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด.", หน้า 4-16.

ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด คือ ธุรกิจรายใดรายหนึ่งมีส่วนแบ่งในตลาดค้าสินค้าหรือบริการตั้งแต่ 30% ขึ้นไป และมียอดเงินขายปีที่ผ่านมามากกว่า 500 ล้านบาทขึ้นไป รวมถึงธุรกิจสามารถรวมธุรกิจ โดยมีส่วนแบ่งตลาดในสินค้าหรือบริการเกินร้อยละ 75 และยอดเงินขายต่อรายตั้งแต่ 500 ล้านบาทขึ้นไป ยกเว้นธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 500 ล้านบาท¹¹⁹

นอกจากนี้จะนำองค์ประกอบอื่นๆ นอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายเข้ามาประกอบการพิจารณาโครงสร้างตลาดด้วย เช่น จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจตำแหน่งในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ การกระจุกตัวของตลาด ด้านอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เช่น กฎหมายและกฎระเบียบของภาครัฐ เงินลงทุนขั้นต่ำ การเข้าถึงปัจจัยการผลิตหรือช่องทางการจัดจำหน่ายหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือโครงสร้างที่เอื้อให้การประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพเหนือคู่แข่งหรือกรณีที่มีเครือข่ายที่ต้องใช้ระยะเวลาในการสร้างนานและต้องใช้เงินทุนสูง¹²⁰

3.3.5.4 แนวคิดทางด้านการบังคับใช้กฎหมาย

จากแนวคิดข้างต้นไม่ว่าจะเป็นของมติคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญฯ หรือของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ต่างมีจุดประสงค์เดียวกัน คือ เพื่อแก้ไขเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดให้สามารถนำมาใช้ได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ซึ่งผลการศึกษาในเบื้องต้นเป็นสิ่งที่ได้จากการวิเคราะห์ในทางเศรษฐศาสตร์เป็นหลัก อีกทั้งผลการศึกษาวิจัยของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ มีส่วนช่วยกระตุ้นให้การทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีความเป็นไปได้มาก ณ ปัจจุบัน

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับแนวคิดในมิติทางกฎหมาย ที่ผู้เขียนจะนำเสนอจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงของ “ประเภทของธุรกิจ” ระหว่างรายการสินค้าและบริการภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งถูกกำหนดเป็นสินค้าควบคุม (รวมถึงรายการสินค้าที่ติดตามดูแล) กับกลุ่มธุรกิจสินค้าที่เข้าข่ายเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือ

¹¹⁹ มติชนออนไลน์, คลอดเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด พาณิชย์ขงกรมเห็นชอบ15 ธค., 24 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1414939112.

¹²⁰ กรุงเทพธุรกิจ, ลดเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดเหลือ30%, 24 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/business/business/>.

ตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จำนวน 10 กลุ่มบริษัท* ได้แก่ 1. เปียร์ 2. สุรา 3. กระดาษคราฟท์ 4. เยื่อกระดาษ 5. น้ำมันเตา 6. เม็ดพลาสติก 7. กระจก 8. เหล็กแผ่นรีดร้อน 9. ธุรกิจโทรทัศน์บอกรับเป็นสมาชิก และ 10. อาหารสัตว์ ซึ่งสามารถแบ่งเป็น 9 กลุ่มสินค้าและ 1 กลุ่มบริการ และผลจากการวิเคราะห์ในรายงานของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. ในจำนวน 10 กลุ่มบริษัทข้างต้น มีเพียง 3 นิติบุคคลเท่านั้นที่เข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้เกณฑ์ผู้ประกอบการรายเดียว ได้แก่ บริษัทในเครือสินค้า น้ำมันเตา บริษัทในเครือสินค้าเหล็กแผ่นรีดร้อนและบริษัทในเครือธุรกิจโทรทัศน์บอกรับสมาชิก¹²¹ และภายใต้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม (สามรายแรก) จะมีแค่เพียง 2 กลุ่มบริษัทเท่านั้นที่เข้าข่าย ได้แก่ กลุ่มสินค้ากระดาษคราฟท์* และกลุ่มสินค้าเยื่อกระดาษ** ซึ่งส่วนมากจะเป็นสินค้ายกเว้นธุรกิจโทรทัศน์บอกรับสมาชิกที่เป็นธุรกิจบริการเพียงประเภทเดียวที่เข้าข่ายมีอำนาจเหนือตลาด

2. เมื่อตรวจสอบจำนวน 9 กลุ่มสินค้าและ 1 บริการข้างต้นจะพบว่า มีแค่เพียง 4 ธุรกิจเท่านั้นที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 หรือรายการสินค้า (บริการ) ที่ติดตามดูแลโดยกรมการค้าภายใน กระทรวง

* ข้อมูลเบื้องต้นจากจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจ 80 ธุรกิจที่กรมการค้าภายในติดตามดูแลในปี พ.ศ. 2552 ซึ่งถูกรวบรวมโดยฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (ภาคผนวก การประชุมคณะกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ครั้งที่ 1/ 2555 วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2555) และผลจากการศึกษาของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ที่ได้วิเคราะห์ว่าเข้าข่ายเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจำนวนทั้งสิ้น 10 กลุ่มบริษัทด้วยกัน. เรื่องเดียวกัน, หน้า 2 - (14-16).

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-16.

* ในกลุ่มสินค้ากระดาษคราฟท์ มีผู้ประกอบการสามรายแรก โดยเรียงลำดับดังนี้ รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 39 มียอดขาย 15,331 ล้านบาท รายที่สองมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 25 มียอดขาย 8,901 ล้านบาท และรายที่สามมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 11 มียอดขาย 3,723 ล้านบาท.

** ในกลุ่มสินค้าเยื่อกระดาษ มีผู้ประกอบการสามรายแรก โดยเรียงลำดับดังนี้ รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 32 มียอดขาย 6,098 ล้านบาท รายที่สองมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 15 มียอดขาย 2,430 ล้านบาท และรายที่สามมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 13 มียอดขาย 2,087 ล้านบาท.

พาณิชย์ ซึ่งได้แก่ 1. เบียร์ 2. สุรา 3. กระจาดคราฟท์ และ 4. ธุรกิจโทรทัศน์บอกรับสมาชิก ส่วนรายการที่เหลืออีก 6 กลุ่มธุรกิจ มี 4 รายการเป็นสินค้าควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ได้แก่ 1. เยื่อกระดาษ 2. เม็ดพลาสติก 3. เหล็กแผ่นรีดร้อน และ 4. อาหารสัตว์ และนอกจากนี้ในกลุ่มสินค้าที่เหลือเข้าข่ายเป็นรายการสินค้าที่ติดตามดูแล โดยกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. สินค้าติดตามประเภท (Watch List: WL) หรือสินค้าที่ติดตามภาวะและสถานการณ์อย่างใกล้ชิดเป็นประจำรายปักษ์ ได้แก่ 1. น้ำมันเตา 2. กระจก ส่วน 3. เม็ดพลาสติกก็เป็นสินค้าควบคุม

ข. สินค้าติดตามประเภท (Priority Watch List: PWL) หรือสินค้าที่ติดตามภาวะและสถานการณ์อย่างใกล้ชิดเป็นพิเศษสัปดาห์ละ 2 ครั้ง ได้แก่ เหล็กแผ่นรีดร้อน

3. จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่าสินค้าส่วนใหญ่จะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ทั้งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 หากพิจารณาจากมุมมองของผู้ประกอบการกลุ่มธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และสินค้าควบคุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ตลอดจนรายการสินค้าที่ติดตามดูแลซึ่งเป็นมาตรการทางฝ่ายบริหารจะเห็นได้ว่าผู้ประกอบการเหล่านี้จะต้องแบกรับภาระที่มากขึ้นไป ซึ่งในที่นี้หมายถึง อุปสรรค (ต้นทุน) ที่อาจเพิ่มขึ้นในการบริหารกิจการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของ การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้กับภาครัฐอย่างสม่ำเสมอ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าภาครัฐสมควรทบทวนสมดุลระหว่างเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดและสินค้าควบคุม ตลอดจนรายการสินค้าที่ติดตามดูแล โดยเฉพาะอย่างยิ่งรายการสินค้าหรือบริการที่มีความทับซ้อนกันอยู่ในปัจจุบัน

3.4 บทสรุป

จากการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านโครงสร้างของตลาดโดยใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเข้ามาใช้ในการสันนิษฐานความผิดในเบื้องต้นของผู้ประกอบการ จะเห็นได้ว่าแม้ในต่างประเทศเองก็มีรูปแบบของการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่แตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ถือว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในโลก ซึ่งได้แก่ สหรัฐอเมริกาซึ่งใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ไม่เฉพาะเจาะจงแต่จะใช้บรรทัดฐานของศาลมาเป็น

ตัวช่วยในการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกณฑ์สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาด โดยมากจะอยู่ในระดับที่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 หรือกรณีของญี่ปุ่นจะเริ่มต้นจากการตรวจสอบพฤติกรรมก่อนแล้วจึงเข้าสู่ขั้นตอนหาขอบเขตตลาดเพื่อหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดและในขั้นตอนสุดท้ายก็จะมาพิจารณาที่พฤติกรรมที่มีขอบซึ่งจะมีความรัดกุมแต่ใช้เวลาและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ส่วนสหภาพยุโรปเป็นต้นแบบของเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดที่เรียกว่า “การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบ (abuse of dominant position)” ซึ่งจะมีเกาหลีใต้และประเทศไทยที่ใช้รูปแบบของสหภาพยุโรป แต่เกาหลีใต้ได้พัฒนาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดให้มีความละเอียดและชัดเจนลงไปโดยการกำหนดเกณฑ์ตัวเลขของส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายลงในตัวบทกฎหมายโดยตรง และยังสามารถกำหนดองค์ประกอบอื่นๆ ในการพิจารณาด้วยโดยได้ออกแนวปฏิบัติฯ ที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แม้ได้มีบทบัญญัติไว้โดยตรงเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่การกำหนดเกณฑ์ฯ อาจจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากไม่สามารถค้นหาผู้ที่เข้าข่ายผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ โดยผู้เขียนได้นำผลการศึกษาในทางเศรษฐศาสตร์ของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังมาประกอบการวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้ ซึ่งผลการวิจัยของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ เสนอว่าเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้นควรมีการทบทวนปรับลดลงมาเพื่อให้รองรับกับโครงสร้างเศรษฐกิจของประเทศไทยเองซึ่งมีลักษณะเป็นตลาดผู้แข่งขันน้อยรายและกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และผู้เขียนได้นำข้อมูลจากงานวิจัยฯ โดยนำกลุ่มธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จำนวน 10 กลุ่มธุรกิจมาเปรียบเทียบกับรายการสินค้าควบคุมและรายการสินค้าที่ติดตามดูแลซึ่งจัดทำขึ้นโดยกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งพบว่ารายการสินค้าเกินครึ่งที่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ดังนั้น หากพิจารณาจากผู้ประกอบการในธุรกิจดังกล่าวจะถือว่าเป็นภาระหรือต้นทุนที่เพิ่มขึ้นมาในการประกอบกิจการ ดังนั้น สมดุลระหว่างเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กับเกณฑ์สินค้าควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการกำหนดนโยบายของรัฐให้มีความชัดเจนต่อไป

บทที่ 4 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม

4.1 ความนำ

ในบทนี้จะเข้าสู่การวิเคราะห์ถึงลักษณะพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในรูปแบบต่างๆ ที่เข้าข่ายขัดต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยผู้เขียนจะแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มแรกเป็นกลุ่มพฤติกรรมกรรมการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน (exclude) คู่แข่งขันให้ออกจากตลาด (ซึ่งหมายรวมถึงกรณีป้องกันมิให้คู่แข่งรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาด) และกลุ่มที่สองจะเป็นพฤติกรรมความร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา หรืออาจเป็นที่รู้จักกันว่า “ฮั้วราคา (price fixing) และการ “ฮั้วประมูล (bid rigging)” ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการแข่งขันในตลาด

สำหรับประเด็นการวิเคราะห์ในกลุ่มแรกนั้น ปัจจุบัน ได้มีการออก “แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “แนวปฏิบัติฯ มาตรา 25)”)” เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น และในเนื้อหาของแนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 ส่วนหนึ่งมีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุนไว้ภายใต้การบังคับใช้ มาตรา 25 (1) ที่บัญญัติว่า “กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ หรือขายสินค้า หรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม” ซึ่งในแนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 ได้จำแนกประเภทของการขายต่ำกว่าทุนออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) การขายต่ำกว่าทุนรวม (Sale Below Cost) และการกำหนดราคาจำหน่ายเพื่อกำจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) แต่อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ที่กำหนดยังขาดความชัดเจนในรายละเอียด ดังนั้น เพื่อเป็นแนวทางในการนำเสนอแก้ไขเกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุน เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้จริงในสถานการณ์ปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าสมควรศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในเบื้องต้นในการพิจารณาแก้ไขต่อไป

ในกลุ่มที่สอง ผู้เขียนจะศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการเกี่ยวกับการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และแนวปฏิบัติฯ ตามมาตรา 27 ซึ่งจากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า บทบัญญัติมาตรา 27 ของประเทศไทยมีลักษณะที่แตกต่างไปจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป แต่มีลักษณะที่คล้ายกับกฎหมายของญี่ปุ่น กล่าวคือ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.

2542 จำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ขอบเขตตลาดเสมอ ในขณะที่กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะแบ่งประเภทของพฤติกรรมออกเป็น 2 กรณี กรณีแรกเป็นกรณีที่เป็นพฤติกรรมที่มีความผิดในระดับที่รุนแรง ได้แก่ พฤติกรรมการร่วมมือฮั้วราคาหรือฮั้วประมูลถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegal)¹ หากพบหลักฐานของการร่วมมือสมคบกันก็จะมีความผิดทันทีโดยปราศจากการคำนวณหาขอบเขตตลาด ส่วนกรณีที่สองเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาความผิดแล้วแต่กรณีซึ่งเรียกว่า หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) กรณีเช่นนี้แม้พิจารณาภายนอกอาจมีความผิด แต่สหรัฐอเมริกาจะใช้วิธีการวิเคราะห์โดยเริ่มต้นจากการคำนวณหาขอบเขตตลาดในลำดับแรก

4.2 พฤติกรรมการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม

4.2.1 ภาพรวมของพฤติกรรมการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม

การขายต่ำกว่าทุนเพื่อกำจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นการจำกัดคู่แข่ง แต่โดยหลักการแล้ว การขายสินค้าหรือการบริการในราคาที่ต่ำกว่าคู่แข่งรายอื่นๆ นั้นเป็นสิ่งที่ผู้บริโภคต่างต้องการ อีกทั้งยังเป็นหัวใจที่สำคัญในการแข่งขันอีกด้วย ดังนั้น กฎหมายก็ไม่สมควรที่จะเข้ามาควบคุมในกรณีเช่นนี้ แต่ในกรณีที่การขายสินค้าหรือการบริการในราคาต่ำมากๆ โดยแอบแฝงวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการทำลายคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด และภายหลังจากที่คู่แข่งรายอื่นๆ ออกไปจากตลาดเรียบร้อยแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นก็ขึ้นราคาสินค้าของตนจากราคาเดิมที่ขายในราคาที่ถูกให้มีราคาสูงขึ้น เพื่อดึงกำไรให้กลับคืนมา การกระทำเช่นนี้จะเรียกว่า “การขายต่ำกว่าทุน” ซึ่งกฎหมายจะต้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรมในลักษณะนี้

สำหรับความหมายของคำว่า “predatory” หรือ “predation” นั้น สามารถอธิบายได้ว่าหมายถึง “ปฏิกริยาตอบโต้ต่อคู่แข่งซึ่งยอมเสียสละกำไรส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนที่อาจได้มาภายใต้สภาพที่มีการแข่งขัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการพยายามให้คู่แข่งออกไปจากตลาดแล้วสามารถครอบครองผลกำไรซึ่งมีลักษณะผูกขาดได้”² ซึ่งจากคำนิยามนี้ก็ยังสามารถตีความแยกออกไปได้อีก 2 ส่วนด้วยกัน คือ

¹ Masahiro Murakami, アメリカ独占禁法 (Basics of American Law 4 - American Antitrust Law), 第2版, アメリカ法ベーシックス4 (東京: 弘文堂, 2002), p.39.

² Ordiver and Willig, "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," Yale Law Review 91 : 8-53.

ส่วนแรก หมายถึง ผลกำไรโดยรวมในกรณีที่สมมติว่าคู่แข่งชั้นนั้นออกจากตลาดไป โดยการใช้วิธีการในลักษณะแย่งชิงผลประโยชน์ (ผลรวมของกำไรที่ได้จากการใช้วิธีแย่งชิงผลประโยชน์+ผลกำไรที่ได้ภายหลังจากการออกไปจากตลาดของคู่แข่งชั้น) อยู่ในระดับที่สูงกว่าผลกำไรโดยรวมในกรณีที่มีได้ใช้วิธีแย่งชิงผลประโยชน์โดยคู่แข่งชั้นยังคงอยู่ในตลาด

ส่วนที่สอง หมายถึง ผลกำไรโดยรวมที่ได้ในกรณีที่ใช้วิธีแย่งชิงผลประโยชน์ แต่คู่แข่งชั้นคงอยู่ในตลาดในระดับที่ต่ำกว่าผลกำไรโดยรวมที่ได้ในกรณีที่มีได้ใช้วิธีการแย่งชิงผลประโยชน์ หากพิจารณาถึง “ประสิทธิภาพ” ของกลยุทธ์ที่จะนำมาใช้เป็นหลัก ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มจุดสนใจในตัวสินค้าหรือการบริการ การลดต้นทุน เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาเกณฑ์ในส่วนที่สองนั้นไม่จำเป็น อันเนื่องมาจากการตั้งสมมติฐานที่ว่า กลยุทธ์ดังกล่าวในตัวมันเองน่าจะมีประสิทธิภาพเพียงพอ โดยไม่จำเป็นที่จะขึ้นอยู่กับแค่เพียงองค์ประกอบทางด้านคู่แข่งชั้นว่าจะยังคงอยู่หรือออกจากตลาดไปแล้ว³

การขายต่ำกว่าทุน ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดคู่แข่งชั้น โดยอาศัยกลไกทางด้านราคาเป็นเครื่องมือโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการควบคุมการขายต่ำกว่าทุนนี้ มิได้มีขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องหรือคุ้มครองคู่แข่งชั้นที่ไม่สามารถต่อสู้จากการขายราคาในที่ถูกกว่าของฝ่ายตรงข้าม ซึ่งบางคนอาจคิดว่า การขายต่ำกว่าทุนเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการทำให้ผู้ประกอบการที่ไม่สามารถต่อสู้ในตลาดได้จำต้องออกจากตลาดไปโดยปริยาย และก่อให้เกิดปรากฏการณ์ “การกระจุกตัวในตลาด (market concentration)” ในระดับที่สูงขึ้นมา แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ มิได้อยู่ที่การทำให้ระดับการกระจุกตัวในตลาดลดลง กล่าวคือ หากการเข้ามาลงทุนโดยผู้ประกอบการรายใหม่นั้นมิได้ถูกจำกัดหรือกีดขวางอย่างไรเหตุผลซึ่งถึงแม้ว่าผลจากการแข่งขันนั้น อาจทำให้คู่แข่งชั้นที่อ่อนแอหรือด้อยกว่าต้องพ่ายแพ้ไปในที่สุด และส่งผลทำให้การกระจุกตัวในตลาดสูงขึ้นก็ตาม แต่กรณีเช่นนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ก็ไม่ถือว่าเป็น “การจำกัดการแข่งขัน” ที่ผิดกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยว่า การพยายามที่จะรักษาจำนวนคู่แข่งชั้นในตลาดโดยใช้กฎหมายควบคุมนั้น มิได้เป็นนโยบายคุ้มครองระบบการแข่งขัน แต่กลับเป็นนโยบายที่คุ้มครองและช่วยเหลือคู่แข่งชั้นแทน สำหรับประเด็นที่สำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาว่าการขายราคาถูกในลักษณะใดบ้างที่จัดว่าเป็น “การขายต่ำกว่าทุน” ซึ่งถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายนั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 ประเด็นดังต่อไปนี้ คือ⁴

³ Gotou and Suzumura, 日本の競争政策, p. 222.

⁴ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, pp 271-272.

1. ต้นทุน (cost) ที่จะใช้ในการพิจารณาว่าขาดทุนหรือไม่นั้นควรเป็นเกณฑ์อะไร วิธีที่จะใช้วัดว่าเป็นการจำหน่ายในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนของผู้ขายเองหรือไม่ เพราะการขายต่ำกว่าทุนโดยการยอมขาดทุนในระยะแรกแล้วขึ้นราคาภายหลังถือว่าเป็นเป้าหมายที่สำคัญที่สุดยกตัวอย่างเช่น ต้นทุนของผลิตภัณฑ์ที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงโดยทั่วไป จะหมายความรวมถึงต้นทุนในการก่อสร้างโรงงาน ต้นทุนทางด้านการศึกษาและพัฒนา ต้นทุนในการดูแลรักษาทั่วไปรวมอยู่ด้วย แต่ในกรณีที่มีต้นทุนต่างๆ เหล่านี้เข้าไว้ด้วยกันใน “ราคาจำหน่าย” ซึ่งเป็นราคาที่ผู้ประกอบการสามารถถอนทุนคืนได้ในภายหลังโดยขายในราคาที่ถูกลง ในกรณีเช่นนี้ก็ควรที่จะถือว่าเป็นการขาย “ต่ำกว่าทุน” หรือไม่

2. ความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเหตุผลในการขายต่ำกว่าทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีความต้องการที่จะเข้ามาลงทุนในตลาด ต่างก็มีเป้าหมายคือต้องการส่วนแบ่งตลาด ดังนั้น กลยุทธ์แรกของผู้ประกอบการนิยมเลือกใช้ก็คือ การขายต่ำกว่าทุน ซึ่งการกระทำเช่นนี้สมควรที่จะเรียกว่าเป็น “การขายต่ำกว่าทุน” ที่ผิดกฎหมายด้วยหรือไม่ หรือในกรณีที่ผู้บริโภคต้องตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าโดยจำเป็นต้องซื้อสินค้าในราคาที่ค่อนข้างแพงในระยะยาว อันเนื่องมาจากต้องตกเป็นเหยื่อของผู้ประกอบการที่มีเป้าหมายทางธุรกิจ คือ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการผูกขาด (monopolization) ซึ่งในขณะเดียวกัน ผู้ประกอบการรายอื่นก็ได้เริ่มลงมือขายตัดราคาให้ต่ำกว่าทุนเพื่อแย่งชิงลูกค้าในตลาด ซึ่งประเด็นสำคัญในที่นี่ก็คือการขายตัดราคาในลักษณะเช่นนี้จะมีผลทางกฎหมายอย่างไรบ้าง

3. โดยทั่วไปแล้ว การขายต่ำกว่าทุนจะกระทำควบคู่ไปพร้อมๆ กันกับ “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination)” กล่าวคือ ในกรณีที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกลงโดยการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาต่อกลุ่มลูกค้าเฉพาะหรือพื้นที่เฉพาะ ซึ่งปัญหาเช่นนี้ได้เพิ่มความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นจากกรณีการขายต่ำกว่าทุนโดยทั่วไปว่า เป็นการสมควรที่จะนำมาตรการ “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” มาบังคับใช้และควบคุมในลักษณะที่เข้มงวดว่าดีหรือไม่อย่างไร ดังนั้น ปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกันมาตรการทางด้านราคาการขายต่ำกว่าทุนจึงเป็นปัญหาที่ยุ่งยากและซับซ้อนค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการตีความของคำนิยามและขอบเขตของ “ต้นทุน” เพราะหากไม่สามารถที่จะกำหนดขอบเขตของ “ต้นทุน” ได้ การที่จะตีความ “การขายต่ำกว่าทุน” ว่า ต้นทุนควรจะอยู่ในระดับใด หรือควรใช้เกณฑ์อะไรในการพิพัตสินค้านั้นก็คงจะเป็นไปไม่ได้ยาก สำหรับประเทศที่พัฒนาแล้วต่างก็มีความแตกต่างกันในเรื่องเกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุน แต่อย่างไรก็ตาม ทุกประเทศต่างก็มีเกณฑ์ที่เหมือนกันในการพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนซึ่งหาก

ปรากฏ “เจตนา” ในการให้ได้มาซึ่งอำนาจการผูกขาดก็ถือว่าสมควรที่จะได้รับการลงโทษตามกฎหมาย⁵

4.2.2 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีนโยบายเน้นการค้าเสรี ซึ่งหมายความว่ารัฐจะพยายามเข้ามาบีบบทบาทในเรื่องกลไกตลาด (market mechanism) ให้น้อยที่สุด มาตรการการขายต่ำกว่าทุนก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน รัฐจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมในเรื่องการขายตัดราคาหรือขายต่ำกว่าทุน แต่ในขณะเดียวกันตามนโยบายดังกล่าวนี้ รัฐก็จำเป็นที่จะต้องควบคุมมาตรการดังกล่าวอย่างรอบคอบเพื่อมิให้เป็นการควบคุมระบบการแข่งขันทางด้านราคา (price competition) ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจที่สำคัญที่สุดในระบบกลไกตลาด

แต่อย่างไรก็ตาม แนวโน้มในช่วงที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งทางฝ่าย FTC และ DOJ ต่างก็แทบจะไม่ได้ควบคุมมาตรการการขายต่ำกว่าทุนอย่างจริงจัง⁶ เพียงแต่จะผ่านขั้นตอนการฟ้องร้องทางศาลแทนเท่านั้น* ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา ทางศาลเองก็ได้ประสบปัญหาเกี่ยวกับแนวทางการตัดสินที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับพฤติกรรมทางด้านราคาของผู้ประกอบการที่ไม่ถูกต้อง เช่น การขายต่ำกว่าทุน เป็นต้น ซึ่งถึงแม้ว่าราคาจำหน่ายจะเป็นราคาที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีอิสระในการกำหนดราคาขึ้นเองก็ตาม⁷ และในช่วงสมัยหนึ่งในยุคแรกๆ ก็ได้มีความคิดที่เป็นที่ยอมรับเกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุนว่า ในบางครั้งผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กกว่าอาจต้องเป็นผู้เสียสละหรือผู้พ่ายแพ้จากการแข่งขัน อันเนื่องมาจาก 1. เงินทุนที่มีมากกว่าของผู้ประกอบการที่มีอำนาจรายใหญ่ และ 2. เป็นผลจากผู้ประกอบการรายใหญ่นั้นเลือกที่จะใช้กลยุทธ์การขายในราคาต่ำ “โดยเจตนา”⁸ ซึ่งหมายความว่า ศาลจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างพิเศษในการพิจารณาตัดสินคดี โดยเฉพาะอย่าง

⁵ ibid., p. 272.

⁶ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策 p. 182.

* กฎหมาย Clayton Act มาตรา 4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับค่าเรียกร้องค่าเสียหายสามเท่าตัว (threefold damages) โดยเอกชนหรือบุคคลทั่วไป (private parties) และค่าทนายความ (attorney's fee).

⁷ Sato, アメリカ反トラスト法・独占禁止政策の原理とその実践, p. 238.

⁸ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, Antitrust Law and Economics (West Publishing 1994), p. 137.

ยิ่งในเรื่องการพิสูจน์หา “เจตนา (intention)” * ดังนั้น แนวโน้มของศาลในปัจจุบันจึงไม่พิจารณาคดี

โดยยอมรับแค่เพียงคำฟ้องร้องคดีขายต่ำกว่าทุนโดยง่าย ซึ่งมีเหตุผลอยู่ 2 ประการ คือ

ประการแรก เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องกันมิให้ผู้ประกอบการที่เป็นฝ่ายฟ้องร้องใช้อำนาจในการฟ้องที่ไม่ถูกต้อง (abuse) โดยวัตถุประสงค์ของการฟ้องร้องนั้นก็เพื่อเป็นการจำกัดหรือหยุดยั้งมิให้คู่แข่งของตนทำการขายตัดราคา ในสหรัฐอเมริกา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นสิ่งที่กระทำได้ค่อนข้างง่าย และจะทำให้ฝ่ายโจทก์เป็นผู้ที่ได้เปรียบจากระบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายสามเท่าตัวไปโดยปริยาย ดังนั้น หากศาลยอมรับในจุดนี้โดยแค่เพียงพิจารณาและยอมรับคำฟ้องของฝ่ายโจทก์ในลักษณะที่ง่ายตาย ก็จะส่งผลทำให้เกิดแนวโน้มและแรงจูงใจที่จะฟ้องร้องคดีในลักษณะนี้มากขึ้น และเมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ประกอบการที่ขายสินค้าต่ำกว่าทุนทุกรายที่ถูกฟ้องก็จำเป็นที่จะต้องล้มเลิกกลยุทธ์ดังกล่าว ซึ่งเท่ากับว่ามาตรการควบคุมการขายต่ำกว่าทุนเป็นมาตรการที่จำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดในท้ายที่สุด

ประการที่สอง ตามหลักทฤษฎีแล้ว การที่จะให้กลยุทธ์การขายตัดราคาประสบผลสำเร็จนั้น ผู้ประกอบการที่ขายต่ำกว่าทุนจำเป็นที่จะต้องพยายามหาทางคืนกำไรในส่วนที่ขาดทุนอันเนื่องมาจากการขายต่ำกว่าทุนในช่วงแรกมาให้ทันภายหลังจากที่คู่แข่งออกจากตลาดไปแล้ว แต่ศาลกลับเห็นว่าแนวโน้มความเป็นไปได้ที่จะประสบความสำเร็จจากการขายต่ำกว่าทุนในลักษณะนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ค่อนข้างยากในทางปฏิบัติจริง

จากเหตุผลทั้งสองประการ ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องมีเกณฑ์หรือองค์ประกอบในการพิจารณาโดยระบุไว้อย่างแน่ชัด โดยอาศัยหลังทางเศรษฐศาสตร์เข้ามามีบทบาทในการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในตลาดซึ่งมีโครงสร้างที่ต่างกันเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาตัดสินคดี และศาลสหรัฐอเมริกาก็ได้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการด้วยกัน⁹ คือ (1) ราคาที่จำหน่ายจะต้องเป็นราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน และ (2) โอกาสหรือแนวโน้มที่คาดว่าจะสามารถคืนกำไรกลับคืนมาได้จากส่วนที่ขาดทุนอันเนื่องมาจากการขายต่ำกว่าทุนในระยะแรกมีค่อนข้างสูง

* ในปัจจุบัน บทบาทสำคัญของเกณฑ์การตัดสินว่ามีเจตนาในการครอบครองอำนาจการผูกขาดหรือไม่ได้เริ่มลดลงไปเรื่อยๆ แต่ความคิดแนวใหม่ที่เน้นการวิเคราะห์ในเชิงเศรษฐศาสตร์ได้เริ่มเข้ามามีบทบาทแทนยกตัวอย่างเช่น เหตุผลของผู้ประกอบการที่เลือกกลยุทธ์ขายต่ำกว่าทุนในระยะสั้น ความเป็นไปได้ในการเรียกกำไรกลับคืนมาโดยพิจารณาในระยะยาว เป็นต้น.

⁹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策 (1996), p. 183.

สำหรับเกณฑ์ตามข้อ (1) เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำสุดที่ใช้ในการพิจารณา “การขายต่ำกว่าทุน” กล่าวคือ กรณีที่ราคาแข่งขันอยู่ในระดับที่สูงกว่าต้นทุน และผลจากการแข่งขันทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถแข่งขันทางด้านราคาต่อไปได้และจำเป็นต้องออกจากตลาดไปในที่สุด ในลักษณะเช่นนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ก็ไม่สมควรที่จะเข้าไปแทรกแซงโดยเด็ดขาด* ส่วนเกณฑ์ตามข้อ (2) จะมีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรม Monopolization ตามมาตรา 2 ของ กฎหมาย Sherman Act กล่าวคือ “การขายต่ำกว่าทุน” จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการรายเดียว (exclusive conduct) ประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 2 โดยจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณา “attempt to monopolize” ซึ่งหมายความว่า การพิจารณาว่าการขายต่ำกว่าทุนมีความผิดตามมาตรา 2 หรือไม่ นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการพิสูจน์แสดงหลักฐานของการมีแนวโน้มหรืออันตรายในระดับสูง การครอบครองอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหลักฐานในที่นี้จะถูกนำมาพิจารณาโดยดูจาก การตั้งราคาในระดับสูง ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหลังจากที่คู่แข่งออกไปจากตลาดแล้ว และสามารถทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดรายนั้นยังคงสามารถรักษาระดับราคาสินค้าที่สูงขึ้นมาในลักษณะผูกขาดได้หรือไม่

4.2.2.1 ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นความผิด

ตามกฎหมาย Sherman Act ลักษณะการกระทำที่ผิดตามมาตรา 2 สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

ก. อำนาจการผูกขาด (Monopolization)

จากตัวบทในมาตรา 2 จะสามารถสังเกตได้จากคำว่า “monopolize” ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจเพื่อการผูกขาด หรืออาจให้คำนิยามของ monopolization (ในความหมายแคบ) ได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยวิธีที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อ 1. “สร้าง” หรือ “รักษา” อำนาจในการผูกขาดของตน หรือ 2. “ขยาย” อำนาจในการผูกขาดของตน ดังนั้น จากคำนิยามข้างต้นนี้ เราอาจสรุปได้ว่าองค์ประกอบของการผูกขาดได้ 2 องค์ประกอบ ได้แก่ (1) จะต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (มี market power) และ (2) ผู้ประกอบการรายนั้นได้ใช้อำนาจของตนเพื่อการรักษาไว้หรือขยายอำนาจของตนที่มีอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ภายใต้เจตนา (willfully) ที่ชัดเจนแต่ต้องมีไม่ใช่เป็นสิ่งที่

* แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเป็นเอกเทศต้องแยกออกจาก การขายต่ำกว่าทุนซึ่งต้องพิจารณาในรายละเอียดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาต่อไป.

ได้จากผลลัพธ์จากการผลิตภัณฑ์สินค้าที่มีความเป็นเลิศ ความสามารถในการบริหารงาน หรือความบังเอิญจากประวัติศาสตร์¹⁰ และต้องใช้เกณฑ์การพิจารณาตามหลักแห่งเหตุและผล (rule of reason)¹¹

จากเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นทั้งสององค์ประกอบสามารถกล่าวได้ว่าการเข้าข่ายอำนาจการผูกขาด (monopolization) นี้ในกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีความสามารถในการผลิตที่เป็นเลิศ หรือสามารถบริหารกิจการได้อย่างเป็นระบบแล้วส่งผลทำให้เกิดอำนาจผูกขาดในทางที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเกิดขึ้นในลักษณะเช่นไรบ้างและจะเป็นการจำกัดหนทางการดำเนินธุรกิจของบริษัทดังกล่าวหรือไม่ก็เป็นคำถามที่น่าสนใจคำถามหนึ่งในทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ นั้น จะใช้หลักที่ว่า “สามารถอนุญาตให้เกิดการผูกขาด แต่จะไม่ให้สิทธิพิเศษ” และในขณะที่เดียวกันผู้ผูกขาดที่ถูกต้องตามกฎหมายฯ สามารถที่จะเรียกร้องให้ตนเองดำเนินกิจการต่อไปได้ หากเป็นกรณีที่ตนใช้วิธีการแข่งขันอย่างแท้จริง ยกตัวอย่างเช่น การขยายขนาดของกิจการเพื่อให้สอดคล้องกับอุปสงค์ การนำนวัตกรรมที่ใหม่ๆ เข้ามาหรือการพัฒนาคุณภาพสินค้า การตั้งราคาให้อยู่ในระดับที่สูง แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รับรองในตลาดนั้นๆ หรือแม้กระทั่งการตั้งราคาสินค้าให้ต่ำซึ่งอยู่ในขอบเขตที่สามารถครอบคลุมค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการผลิต เป็นต้น แต่ในทางกลับกันการกระทำที่ไม่อนุญาตให้กระทำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด คือ การกระทำหรือความพยายามที่จะควบคุมหรือจำกัด “การแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ” ในตลาด

ข. การวางแผนผูกขาด (attempt to monopolize)

การวางแผนผูกขาดในที่นี้หมายถึง การวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง โดยการใช่วิธีที่มีขอบเพื่อให้ได้มาซึ่งการสร้างอำนาจในการผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) นั้นๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 2 ได้กำหนดความผิดกรณีการวางแผนการมีเจตนาผูกขาดไว้เช่นกัน¹²

จากคำนิยามข้างต้นนี้ ทางศาลและนักวิชาการได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่เข้าข่าย attempt to monopolize ไว้ โดยจะต้องครบตามเงื่อนไข 3 ประการดังต่อไปนี้¹³ คือ 1. การมีเจตนาที่เฉพาะเจาะจง (specific intent) ที่จะควบคุม (control)

¹⁰ Ibid., p.212.

¹¹ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法 ; เรื่องเดียวกัน, , p. 95.

¹² Shiraiishi and Nakano, 判例 米国・Eu競争法 p. 4.

¹³ Sato, アメリカ反トラスト法・独占禁止政策の原理とその実践 , p. 214.

ราคาหรือลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง¹⁴ 2. เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นสิ่งที่ต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive) หรือการขายตัดราคา (predatory pricing) ที่มีเจตนาดังกล่าวในลักษณะที่จะพยายามกำจัดคู่แข่ง และ 3. การมีความน่าจะเป็นหรือแนวโน้มที่อันตรายที่อาจก่อให้เกิดอำนาจการผูกขาดได้ในอนาคต (dangerous probability of success)¹⁵

4.2.2.2 เกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบเจตนาในการพิจารณาความผิด

สำหรับพฤติกรรมอำนาจการผูกขาด (monopolization) และพฤติกรรมการวางแผนผูกขาด (attempt to monopolize) ในประเด็นด้านเจตนาจะแตกต่างกันตรงที่ในกรณีของการวางแผนผูกขาดไม่จำเป็นที่ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องมีอำนาจเหนือตลาด ณ ช่วงเวลานั้น เพียงแต่ถ้าศาลสามารถตรวจสอบได้ว่าพฤติกรรมนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตราย (dangerous probability)¹⁶ ในการที่จะทำให้แผนการของการสร้างอำนาจผูกขาดสามารถสำเร็จลงได้ โดยอาศัยวิธีหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการแข่งขันในตลาด ก็สามารถตัดสินได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดตามมาตรา 2 ซึ่งในความเป็นจริงแล้วศาลจะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่ประมาณ 50%¹⁷ หากส่วนแบ่งตลาดอยู่ในระดับดังกล่าว ก็ถือว่ามี dangerous probability และโดยมากแล้ว “ร้านค้าขนาดใหญ่ที่มีสาขาทั่วประเทศ” ก็จะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขในการพิจารณาในส่วนของการวางแผนผูกขาด แต่ในขณะเดียวกัน ถ้าหากเป็นการกระทำในลักษณะผูกขาดที่คล้ายกันโดยร้านค้าขายปลีกขนาดเล็กที่อยู่บริเวณใกล้เคียง ก็ไม่ถือว่าเป็นผิดกฎหมาย เพราะว่าร้านค้าขายปลีกขนาดเล็กดังกล่าวไม่มีอำนาจหรือบทบาทที่เพียงพออันจะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศหรือกลไกตลาดเสียหายหรือส่งผลกระทบต่อเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ในประเด็นเกี่ยวกับการพิสูจน์หลักฐานว่าเป็นการวางแผนผูกขาดหรือไม่นั้น ศาลได้กำหนดไว้ว่า จะต้องเป็นหลักฐานที่สามารถแสดงให้เห็นถึง “เจตนาที่เฉพาะเจาะจง” ในการที่จะทำลายการแข่งขัน หรือสร้างอำนาจผูกขาด และคำว่า “เจตนา” ในที่นี้มิได้เป็นสิ่งที่เกิดจากการสอบถามผู้ประกอบการนั้นๆ ซึ่งกำลังอยู่ในสภาพที่ไม่ความวิตกกังวลหรือเตรียมตัวก่อนที่จะถูก

¹⁴ Mitsuo Matsushita and Yasuhide Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 108.

¹⁵ Murakami, アメリカ独占禁止法 p. 126.

¹⁶ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法 , p.108.

¹⁷ Takigawa, 日米の独占禁止法と競争政策, p. 214.

ซักถามในขณะที่กำหนดทำการวิเคราะห์สภาพจิตใจตามหลักจิตวิทยา แต่ “เจตนา” ในที่นี้จะพิจารณาจากการวิเคราะห์วิธีหรือหนทางการแข่งขันในแต่ละประเภทจากการกระทำทั้งหมดของผู้ประกอบการ และถึงแม้ว่าการกระทำในแต่ละประเภทที่ทำการแยกวิเคราะห์จะมีได้ส่งผลกระทบต่อในทางลบก็ตาม แต่ถ้าหากพิจารณาโดยรวมแล้ว พบว่าเป็นการกระทำที่เข้าข่าย attempt to monopolize ก็ถือว่าผิดตามมาตรา 2

ดังนั้น “เจตนา” ที่ศาลต้องการในที่นี้ จะหมายถึง เจตนาในการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงจากการแข่งขันที่ถูกกีดกัน แล้วพยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตน โดยสามารถพิจารณาเจตนาดังกล่าวได้ด้วย 2 ทาง คือ

ก. พิจารณาจากหลักฐานโดยตรงที่สามารถแสดงให้เห็นถึง “เจตนาที่เฉพาะเจาะจง (specific intent)” ยกตัวอย่างเช่น แฟ้มลับในคอมพิวเตอร์ของประธานผู้จัดการบริษัทที่มีข้อความว่า “แผนการในการให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดโดยใช้วิธีต่างๆ” ซึ่งจากตัวอย่างนี้จะสามารถใช้เป็นหลักฐานโดยตรงได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่า แผนการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผ่านการพิสูจน์และสามารถเสริมหรือสนับสนุนการยืนยันได้ว่า มิใช่เป็นแค่ความฝันหรือการตั้งความหวังของประธานผู้จัดการบริษัทเท่านั้น

ข. ในกรณีที่ไม่สามารถหาหลักฐานโดยตรงได้ ทางศาลก็อนุโลมให้ใช้หลักฐานทางอ้อมที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งการพิจารณาหาหลักฐานทางอ้อมในที่นี้ มิได้พิจารณาจากมุมมองของผู้ประกอบการโดยอ้างจากเหตุผลต่างๆ ที่จำเป็นและเหมาะสมที่ได้กระทำลงไป แต่จะพิจารณาว่าผลลัพธ์ที่ออกมานั้นได้ส่งผลกระทบต่อคู่แข่ง หรือส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น การขายตัดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) กล่าวคือ การยอมขาดทุนในระยะสั้น แต่สามารถทำให้คู่แข่งออกจากตลาดไปได้ โดยเก็งกำไรจากการผูกขาดที่คาดเอาไว้ในระยะยาว หรือการฟ้องศาลและกล่าวหาคู่แข่งที่ทำให้การบริหารงานไม่คล่องตัวและไม่คงที่อย่างไม่มีเหตุผล เป็นต้น

นอกจากนี้ มาตรา 2 ยังได้กล่าวไว้ในส่วนของการร่วมมือสร้างอำนาจผูกขาด (combine or conspire with any other person or persons, to monopolize) ไว้อีกด้วย กล่าวคือ มาตรา 2 ยังกำหนดเกี่ยวกับการห้าม “การร่วมกัน” ใช้อำนาจการผูกขาดในทางมิชอบไว้ด้วย และองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมในการร่วมมือกันใช้อำนาจการผูกขาดมีดังต่อไปนี้ คือ 1. หลักฐานการมีอยู่ (existing) ของการร่วมมือกันหรือสมคบกัน 2. หลักฐานการมีอยู่ของเจตนาที่เฉพาะเจาะจงที่จะผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ 3. หลักฐานการมี

อยู่ของการกระทำที่ชัดเจนในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งที่ยุบายทำให้เกิดการร่วมมือกันหรือสมคบกัน¹⁸

สำหรับในกรณีของการพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องการมีส่วนร่วมในการผูกขาดหรือไม่นั้นจะแตกต่างจากเกณฑ์ในการพิจารณาองค์ประกอบการวางแผนผูกขาด (attempt to monopolize) ตรงที่หากแค่เพียงสามารถค้นพบการมีตัวตนของการร่วมกันใช้อำนาจผูกขาดแค่เพียงอย่างเดียวก็ถือว่าผิดกฎหมายแล้ว โดยไม่ต้องทำการพิสูจน์โดยใช้เกณฑ์การพิจารณา dangerous probability (ในกรณีของการพิสูจน์ attempt to monopolize) แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติองค์ประกอบในส่วนนี้จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีน้อยมากตามความผิดมาตรา 2 โดยทางศาลจะให้การกระทำในลักษณะที่มีการร่วมมือกันผูกขาดเช่นนี้อยู่ภายใต้การบังคับใช้ในมาตรา 1 (restraint of trade) ของกฎหมาย Sherman Act แทน ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็นปัญหาในเรื่องการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าด้วย¹⁹

4.2.2.3 ตัวอย่างคดีสำคัญในการตัดสินพฤติกรรมความผิด

ก. คดี Alcoa²⁰

สำหรับคดีสำคัญที่เป็นบรรทัดฐานในการใช้อ้างอิงในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจการผูกขาด (monopolization) ตั้งแต่ยุคแรกๆ ได้แก่ คดี Alcoa ในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งคดีนี้เป็นตัวอย่างในเรื่องเกณฑ์ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่ผูกขาด* โดยทางบริษัท Aluminum Co. ได้รับการตัดสินว่ามีส่วนแบ่งตลาด 90% ในตลาดอุตสาหกรรมการผลิตและจำหน่ายอลูมิเนียมประเภท virgin ingot ในประเทศ (ส่วนที่เหลืออีก 10% เป็นการนำเข้า) ซึ่งถือว่ามี

¹⁸ Sato, *アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践*, p. 215

¹⁹ เนื่องจากมาตรา 1 ได้ใช้คำว่า "...in any combination or conspiracy..." และมาตรา 2 ได้ใช้คำว่า "...or combine or conspire..." ดังนั้น จึงเกิดปัญหาการตีความตามตัวบทและการเลือกบังคับใช้กฎหมายว่า ในกรณีเช่นไรบ้างที่ควรจะใช้มาตรา 1 หรือมาตรา 2 หรือความเป็นไปได้ในการบังคับใช้ทั้งสองมาตราไปพร้อมๆ กัน เป็นต้น.

²⁰ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 416 (2d Cir., 1945).

* รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของคดีนี้ โปรดดู Murakami, *アメリカ独占禁法*, p. 327. Takigawa, *日米法の独占法と競争政策*, p. 214.

อำนาจเหนือตลาด การพิจารณาตัวเลขของส่วนแบ่งตลาดในคดีนี้มีใช่เป็นเรื่องที่ง่าย เพราะได้มีการถกเถียงในเรื่องของขอบเขตตลาด “อลูมิเนียม” ที่จะใช้ในการคำนวณ “อลูมิเนียม” ว่าขอบเขตนั้นควรจะรวมถึงอลูมิเนียมประเภทที่สามารถนำมาใช้ใหม่ได้ หรือ ประเภทที่ใช้สำหรับภายในบ้าน โดยบริษัท Alcoa หรือ ประเภทที่นำเข้ามาจากต่างประเทศด้วยหรือไม่ และผลจากคำพิพากษาก็สรุปได้ว่า ตัวเลข 90% นั้นมาจากอลูมิเนียมที่ผลิตขึ้นมาใหม่บวกกับอลูมิเนียมที่นำเข้า (แต่ไม่นำอลูมิเนียมประเภทที่สามารถนำมาใช้ใหม่ได้เข้ามาคำนวณ เนื่องจากคุณภาพนั้นด้อยกว่าจึงเป็นคนละตลาดกัน) แล้วนำอลูมิเนียมที่ทาง Alcoa จำหน่ายบวกกับอลูมิเนียมประเภทที่ใช้ภายในบ้านมาหาร ซึ่งทางศาลได้พิจารณาแล้วว่าวิธีนี้เป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดในการคำนวณหาส่วนแบ่งตลาด (ในขณะที่สูตรอื่นอีก 2 สูตร สามารถคำนวณออกมาได้ 64% ซึ่งหมายถึง มีความน่าจะเป็นในการผูกขาด และ 33% ซึ่งหมายถึงยังไม่เพียงพอในการพิจารณาว่าผิดกฎหมาย) และนอกจากนี้ Alcoa ยังสามารถที่จะสังเกตและอ่านแนวโน้มนโยบายกลยุทธ์ทางการตลาดของบริษัทอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสามารถเข้าถึงความต้องการของสินค้าชนิดใหม่ในตลาดได้เป็นอย่างดี และทำการขยายจำนวนการผลิตให้มากขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้คู่แข่งสามารถเข้ามาแข่งขันกับตนได้ จึงถือว่าการกระทำดังกล่าวในลักษณะนี้เข้าข่ายมาตรา 2 อีกประการหนึ่งด้วย²¹

ถึงแม้ว่าคดีนี้จะจะเป็นแต่เพียงคดีขั้นต้นเท่านั้น แต่ถือได้ว่าเป็นคดีที่สามารถเป็นแนวทางในการตัดสินคดีได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากได้มีการกล่าวถึงปัญหาที่สำคัญต่างๆ ของ monopolization (ซึ่งรวมถึงการพิจารณาขอบเขตของตลาดด้วย) และสำหรับเนื้อความโดยสังเขปของคำพิพากษาในคดีนี้ ผู้พิพากษา Judge Learned Hand ก็ได้กล่าวไว้ว่า “การที่ Alcoa สามารถมีส่วนแบ่งตลาดได้ถึง 90% ในตลาด Aluminum Ingot นั้น สามารถสรุปได้ว่าทาง Alcoa มีอำนาจในการผูกขาด (power to monopolize) หรือมีอำนาจในการกำหนดราคา (power to fix prices) แต่ว่าการที่มีอำนาจในการผูกขาดอย่างเดียวนั้น โดยทั่วไปแล้วมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act ไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นผิดกฎหมาย เพราะว่ามาตรา 2 มิใช่มาตรการในการกำหนดการผูกขาด ซึ่งเป็นผลมาจากการจำกัดคู่แข่งออกจากตลาด โดยอาศัยการเปลี่ยนแปลงความนิยมที่มีต่อสินค้า หรือเทคโนโลยีที่เหนือกว่า หรือความพยายามของผู้ประกอบการรายนั้น หรือการเปลี่ยนแปลงทางด้านต้นทุน...”²²

²¹ Sato, アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践 -, pp. 218-219.

²² Shouda, アメリカ・Eu 独占禁止法と国際比較 pp. 27-28.

หลังจากคำพิพากษาคดีนี้ออกมา ก็ได้มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการเป็นจำนวนมากไม่น้อย แต่อย่างไรก็ตาม คดีนี้ถือได้ว่าเป็นแม่แบบและสามารถชี้ให้เห็นถึงขอบเขตในการพิจารณาคดี กล่าวคือ

1. การพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดตามมาตรา 2 หรือไม่นั้น จะพิจารณาจากความมีอยู่ (existence) ของอำนาจในการผูกขาด และการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจ

2. การเริ่มใช้วิธีการคำนวณหาอำนาจเหนือตลาด โดยอาศัยส่วนแบ่งตลาด ซึ่งจะต้องทำการกำหนดขอบเขตของตลาดนั้นให้แน่นอนเป็นอันดับแรกก่อน

คดี Alcoa ถือได้ว่าเป็นคดีในยุคแรกที่ได้ให้ความสำคัญในเรื่อง “ส่วนแบ่งตลาด” ซึ่งเป็นหัวใจหลักในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาด แต่ในระยะหลังแนวโน้มของคำพิพากษาของคดี monopolization ต่างๆ จนกระทั่งถึงปัจจุบัน องค์ประกอบอื่นๆ ที่นอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาดก็ได้ถูกเริ่มนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาด้วย เช่น การเปิดโอกาสในการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ (barriers to entry) อัตราการเก็งกำไร พฤติกรรมทางด้านราคาในทางปฏิบัติ การกระจุกตัวในตลาด (market concentration) ความยืดหยุ่นตามอุปสงค์ของผู้บริโภค เป็นต้น

จากคดีตัวอย่างนี้ ตัวเลขแสดงเปอร์เซ็นต์ที่เพียงพอที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา monopolization นั้นจะแตกต่างกันไปในแต่ละคดี อันเนื่องมาจากเหตุผลเฉพาะทางด้านโครงสร้างตลาดที่มีลักษณะแตกต่างกันไป แต่อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านก็ได้มีความเห็นว่าหากมากกว่า 70% ให้ถือว่าเข้าข่าย monopolization และถ้าหากน้อยกว่า 40% ควรถือว่าไม่เป็นปัญหาอะไรตามหลักความเป็นจริง²³ และนอกจากนี้ ตัวเลขเปอร์เซ็นต์ในการคำนวณหาอำนาจเหนือตลาดในกรณีของการแบ่งบริษัทออกจากกัน (มาตรการการควบบริษัท) นั้น โดยทั่วไปแล้วจะสูงกว่าในกรณีของมาตรา 2 (Monopolization)

ส่วนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง อำนาจเหนือตลาด (market power) และการกระทำที่เป็นการจำกัดคู่แข่ง (exclusionary practices) นั้น นักวิชาการส่วนมากได้อธิบายไว้ว่า ทั้งสองสิ่งต่างก็มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ แม้ว่าส่วนแบ่งตลาดจะต่ำก็ตามแต่ หากระดับของการจำกัดคู่แข่งนั้นสูง ก็ถือว่าเกิด monopolization ขึ้นแล้ว หรือในทางกลับกัน หากส่วนแบ่งตลาดสูงแต่ระดับของการจำกัดคู่แข่งค่อนข้างต่ำ ก็ถือว่าเข้าข่าย monopolization ได้เช่นเดียวกัน

²³ ABA, Antitrust Law Developments, 3 rd., p. 213.

ข. คดี Eastman Kodak²⁴

สำหรับตัวอย่างที่น่าสนใจอีกตัวอย่างหนึ่ง คือ คดี Eastman Kodak ในปี ค.ศ. 1992 ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่นักวิชาการต่างให้ความสำคัญและจับตามองเป็นอย่างมาก เพราะประเด็นอยู่ที่ว่าการพิจารณาถึงขอบเขตตลาดเครื่องถ่ายเอกสารนั้น ควรจะหมายถึงตลาดเครื่องถ่ายเอกสารทุกยี่ห้อหรือเฉพาะตลาดเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ยี่ห้อเดียวเท่านั้น ซึ่งจะมีต่อการคำนวณหาเปอร์เซ็นต์ของส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก²⁵ กล่าวคือ ทาง Kodak ได้ปฏิเสธการจำหน่าย “อุปกรณ์ อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak” ให้กับบริษัท Image Technical Services ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการซ่อมแซมอุปกรณ์อะไหล่เครื่องมือต่างๆ และในกรณีนี้ถือว่าเป็น “ตลาดบริการอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสาร” แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องที่จะใช้พิจารณาอำนาจเหนือตลาดในคดีนี้ ควรจะเป็น a. “ตลาดอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak” แต่เพียงอย่างเดียว หรือ b. “ตลาดเครื่องถ่ายเอกสารทั้งหมดทุกยี่ห้อที่วางจำหน่ายในตลาด” หากใช้เกณฑ์ตามความคิด a. ก็สามารถสรุปได้ทันทีว่า Kodak มีอำนาจเหนือตลาด แต่ถ้าหากใช้หลักตาม b. ก็ถือว่า Kodak ไม่มีอำนาจเหนือตลาด เพราะส่วนแบ่งตลาดของ Kodak นั้นยังคิดเป็นสัดส่วนที่น้อยอยู่มาก

ความคิดเห็นตามหลัก a. ได้ให้เหตุผลว่า ลูกค้าที่ซื้อเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ไปแล้ว จะไม่สามารถหันไปใช้บริการทางด้าน after market (ยกตัวอย่างเช่น การขอรับบริการการซ่อมแซม เป็นต้น) จากทางบริษัทเครื่องถ่ายเอกสารยี่ห้ออื่นได้เลย และลูกค้ารายนั้นจำเป็นต้องใช้บริการจากทาง Kodak ไปตลอดโดยไม่มีข้อแม้ ซึ่งปรากฏการณ์เช่นนี้เรียกว่าปรากฏการณ์ “lock in” ซึ่งหมายความว่า ลูกค้าจะต้องยอมซื้อ “อุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak” และยิ่งรวมถึง “การบริการซ่อมแซมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak” และการบริการดังกล่าวนี้ถือว่าการบังคับขายพ่วงประเภทหนึ่งด้วย * ดังนั้นในกรณีนี้ถึงแม้ว่าอุปกรณ์

²⁴ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., 112 S. Ct. 2072 (1992).

²⁵ Murakami, アメリカ独占禁法, p. 155.

* การบังคับขายพ่วง (tying arrangement หรือ tie-in) ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการพ่วงสินค้า (product) แต่เพียงอย่างเดียวเสมอไปเท่านั้น การบริการ (service) ก็สามารถถูกนำมาพ่วงได้เช่นกัน รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง โปรดดู Hovenkamp, 米国競争政策の展望 実務上の問題点と改革の手引き, p. 163. Sato, アメリカ反トラスト法-独占禁止政策の原理とその実践, pp. 193-206. Matsushita and Watanabe, ア

อะไหล่ซ่อมแซมของ Kodak และบริการจะมีราคาแพงก็ตาม ลูกค้ายังจำเป็นต้องพึ่งทาง Kodak อยู่ดี สรุปได้ว่า ขอบเขตของตลาดในที่นี้จึงไม่สมควรที่จะนำขอบเขต “ตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกสารของยี่ห้ออื่นๆ” เข้ามาใช้พิจารณาด้วย ดังนั้น ความเข้มข้นเมื่อคิดเป็นเปอร์เซ็นต์ส่วนแบ่งตลาดของ Kodak แล้ว จะสามารถคำนวณออกมาได้ในอัตราที่ค่อนข้างสูงในวิธีตามหลัก a. ดังกล่าวนี้นั้น ส่วนความคิดที่สนับสนุนหลัก b. นั้น ได้อธิบายว่า ลูกค้าผู้ซึ่งเป็นผู้บริโภคในตลาดรายหนึ่งนั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนที่จะซื้อสินค้าอื่นๆ ตามหลักความคิดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความคิดนี้น่าจะตั้งอยู่บน concept ที่ว่าผู้บริโภคควรที่จะมีข้อมูลข่าวสารที่เพียงพอและศึกษารายละเอียดโดยการเปรียบเทียบให้ดีที่สุดเสียก่อน ซึ่งในกรณีนี้หมายถึง การพิจารณาถึงค่าใช้จ่ายโดยรวมทั้งหมดในการซื้อเครื่องถ่ายภาพเอกสารสักเครื่อง (ราคาตัวเครื่องถ่ายภาพเอกสารบวกกับค่าใช้จ่ายในกรณีที่เกิดการซ่อมแซมในอนาคต) ไว้เป็นการล่วงหน้า ดังนั้น หากราคาค่าบริการซ่อมเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak นั้นสูง หรือทาง Kodak ทำการขึ้นราคาการให้บริการ after service เครื่องถ่ายภาพเอกสารของตน ผลที่ตามมาก็คือ ผู้บริโภคคนอื่นๆที่กำลังจะเลือกซื้อเครื่องถ่ายภาพเอกสารก็จะทราบถึงราคาค่าบริการที่แพงกว่าของ Kodak ทันที และจะส่งผลให้ปริมาณการจำหน่ายเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak โดยรวมนั้นลดลงไปด้วย เพราะฉะนั้นขอบเขตของตลาดในคดีนี้จึงน่าจะรวมถึง “ตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกสารทุกยี่ห้อ” และหากคำนวณออกมาเป็นเปอร์เซ็นต์แล้ว ส่วนแบ่งตลาดของ Kodak ก็จะลดลงและไม่ถือว่า Kodak มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างไร

ผลจากการพิจารณาของศาล หลักความคิด b. ได้ถูกปฏิเสธ จึงทำให้ Kodak ถูกตัดสินว่ามีอำนาจเหนือตลาด และจากหลักฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งว่า การไม่ปรากฏผลกระทบที่มีต่อยอดขายเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak ถึงแม้ว่าทาง Kodak จะทำการขึ้นราคาค่าบริการซ่อมอะไหล่ ก็ตาม ซึ่งหมายความว่า ยอดขายของเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak จะยังคงที่ หรือมีอัตราการเปลี่ยนแปลงที่น้อยกว่า แต่ในขณะเดียวกัน ทาง Kodak ก็ยังสามารถหากำไรได้จากการขึ้นราคาค่าบริการดังกล่าวได้อีกด้วย (เนื่องจาก “อำนาจเหนือตลาด” หมายถึงความสามารถหรือศักยภาพในการทำให้ตนเองได้กำไรที่มากขึ้น โดยการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ) ดังนั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงถือได้ว่าเป็นหลักฐานที่สามารถแสดงให้เห็นว่า Kodak มีอำนาจเหนือตลาด

メリカ独占禁止法 , pp. 211-232. Takigawa, 日米EU の独禁法と競争政策, pp. 354-359. ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 219-233.

แนวโน้มของการพิจารณาหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์) ในปัจจุบันก็ได้ใช้วิธีการพิจารณาที่คล้ายๆ กับหลักความคิดจากคดี Kodak ตามข้างต้น โดยอาศัยหลักการพิจารณาโดยรวมเกี่ยวกับสภาพโครงสร้างของตลาดนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น ปฏิกริยาตอบโต้หรือแนวโน้มของผู้บริโภคภายหลังจากทางผู้ประกอบการทำการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากสามารถพบหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า ทางบริษัทมีความสามารถในการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน ก็ถือว่าเป็นหลักฐานโดยตรงของการมีอำนาจเหนือตลาด ในกรณีเช่นนี้จึงไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการคำนวณหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด

4.2.2.4 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ในการพิจารณา

จากคดี Alcoa ในปี ค.ศ. 1945 เป็นคดีที่มีความสำคัญเนื่องจากเป็นคดีแรกๆ ที่ได้นำแนวคิดส่วนแบ่งตลาดทางเศรษฐศาสตร์เข้ามาประกอบการพิจารณา²⁶ และซึ่งเป็นคดีที่ถกเถียงกันในประเด็นที่ว่า การลงทุนทางด้านเครื่องจักรหรือทางด้านสถานที่ตั้งของผู้ประกอบการในเชิงบวกหรือเชิงรุกที่มากจนเกินไปของ Alcoa นั้น เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากจากข้อเท็จจริงพบว่าการที่บริษัทคู่แข่งไม่สามารถที่จะเริ่มต้นลงทุนทางด้านเครื่องมือหรือโรงงานผลิตอลูมิเนียม (อันเนื่องมาจากทาง Alcoa ได้ชิงลงทุนตัดหน้าไปก่อนโดยการทราบล่วงหน้าถึงอุปสงค์ของอลูมิเนียมที่เพิ่มตัวขยายขึ้น) นั้น มีความสัมพันธ์และสอดคล้องกับการรักษาตำแหน่งหรือสถานะแห่ง “การมีอำนาจเหนือตลาด” ของ Alcoa²⁷

ศาลได้ตัดสินว่า การรักษาตำแหน่งหรือสถานะแห่งการมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีที่เกิดจาก “ความสามารถ การขาดตลาดการณ์ล่วงหน้า ความพยายามอุตสาหกรรม” นั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่ทางศาลก็ได้กล่าวไว้เช่นกันว่า (1) ในกรณีที่มี “เจตนาโดยตลอดเพื่อการรักษาอำนาจ” ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และ (2) ศาลเชื่อว่า “ไม่มีผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดรายใดจะกระทำพฤติกรรมที่เข้าข่ายการผูกขาดได้ โดยปราศจากการมีจิตได้สำนึกในการกระทำสิ่งนั้น”

ดังนั้น จากเหตุผลทั้งสองจึงเป็นการขยายขอบเขตการพิจารณาความผิดตามมาตรา 2 ให้กว้างขึ้น กล่าวคือ กิจกรรมใดก็ตามที่ถึงแม้ว่าจะเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน แต่ถ้ากิจกรรมดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีระดับมากจนเกินไปโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ก็ถือ

²⁶ Hovenkamp, *米国競争政策の展望 実務上の問題点と改革の手引き*, p. 128.

²⁷ Takigawa, *日米EUの独禁法と競争政策*, p. 218.

ว่าผิดกฎหมายทันที และจากเกณฑ์ของคดี Alcoa ก็มีหลายคดีที่ได้นำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ตัดสิน จึงทำให้เป็นการจำกัดว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะไม่สามารถทำกิจกรรมการลงทุนที่มีลักษณะมากเกินไป หรือไม่สามารถที่จะใช้แผนกลยุทธ์ทางการตลาดได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นนโยบายปกป้องฝ่ายตรงข้ามที่ถือว่าเป็นฝ่ายถูกกระทำหรือฝ่ายรับในการแข่งขันที่ไม่มีทางสู้ แต่ความคิดดังกล่าวข้างต้นก็ได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปตั้งแต่สมัย ค.ศ. 1970 ในช่วงต้นๆ ซึ่งสาเหตุของการเปลี่ยนแปลงนั้นมาจากคดี Grinell Corp.²⁸ ในปี ค.ศ. 1966 โดยคดีนี้สามารถสรุปความได้ว่า เป็นคดีที่เป็นการรวมกลุ่มในลักษณะของการถือครองหุ้นซึ่งการใช้อำนาจเหนือตลาดในรูปแบบของการลดราคาตลอดจนการจำกัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด²⁹ ถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อมาตรา 2 เนื่องจากเหตุผลหลัก ๆ คือ เป็นการจำกัดคู่แข่งออกจากตลาด โดยได้ระบุว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่รักษาหรือพยายามครอบครองอำนาจเหนือตลาดภายใต้จิตสำนึกหรือความตั้งใจ และจะต้องมิใช่เป็นสิ่งที่เกิดจากผลจากความพยายามอุตสาหกรรมในการมีประสิทธิภาพทางการผลิต การบริหารงานที่เหนือกว่า หรือความบังเอิญจากประวัติศาสตร์

จากเหตุผลข้างต้น โดยเฉพาะเหตุผลในเรื่อง “การรักษาสภาพผูกขาดโดยการบริหารกิจการที่มีความเป็นเลิศและเหนือกว่า” คดีนี้ได้เปิดขยายช่องทางในการพิจารณาคดีที่กว้างกว่าเมื่อเทียบกับคดี Alcoa แต่คดี Grinell ก็มีได้ให้คำจำกัดความหรือกำหนดองค์ประกอบในการกระทำผิดตามมาตรา 2 ไว้ในเรื่องการพิจารณา “การกระทำที่เป็นการรักษาอำนาจผูกขาดอย่างตั้งใจภายใต้จิตสำนึก” ไว้อย่างแน่นอน แต่ศาลชั้นต้นภายหลังจากคดี Grinell ก็ได้ยึดแนวปฏิบัติตามโดยการยอมรับพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเต็มที่ซึ่งกระทำโดยผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีอำนาจเหนือตลาด และลดหย่อนผ่อนปรน (deregulation) พฤติกรรม monopolization มิให้มีความเข้มงวดจนเกินไป จึงสามารถสรุปได้ว่า ได้มีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม monopolization ขึ้นกล่าวคือ เปลี่ยนจากแนวคิดที่สนับสนุนให้มีการกระจุกตัวในตลาด (market concentration) เพราะจะมีผลกระทบในทางลบต่อโครงสร้างตลาด (ดังนั้น พฤติกรรม monopolization จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาควบคุมการกระจุกตัวในตลาดมิให้เกิดขึ้นมาอย่างเด็ดขาด) ให้มาเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนผลประโยชน์ของผู้บริโภคและประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการลงทุนในลักษณะที่มากเกินไป หรือการค้นคว้าวิจัย หรือการจัดระบบการจัดจำหน่าย แต่ถ้าเป็นการกระทำที่คอยกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันและในขั้นสุดท้ายผู้บริโภคสามารถได้รับผลประโยชน์ที่มากขึ้น ก็ถือว่ามิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

²⁸ United States v. Grinell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

²⁹ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 99.

นอกจากนี้ยังมีคดี Berkey Photo v. Eastman Kodak³⁰ ในปี ค.ศ. 1979 โดยทาง Berkey ผู้ประกอบธุรกิจฟิล์มและล้างรูปได้กล่าวหา Kodak ว่ามีส่วนแบ่งตลาดสูงในตลาดกล้องถ่ายรูปสำเร็จรูป (amateur photographic industry) โดยประเด็นอยู่ที่ว่าการที่ Kodak มิได้แจ้งเรื่องการผลิตฟิล์มชนิดใหม่ของตนให้บริษัทอื่นๆ ทราบเป็นการล่วงหน้าและพร้อมๆ กันนั้น Kodak เองก็ได้ผลิตกล้องถ่ายรูปชนิดใหม่ขึ้นมาซึ่งเป็นกล้องถ่ายรูปชนิดที่จำเป็นต้องใช้ฟิล์มเฉพาะชนิดใหม่ของ Kodak แต่เพียงบริษัทเดียวเท่านั้นซึ่งมีประเด็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ และในที่สุดคำพิพากษาของศาลก็ได้ปฏิเสธคำฟ้องของทางโจทก์ (Berkey) โดยให้เหตุผลว่าในกรณีเช่นนี้จะต้องมิใช่เป็นการทำงานแรงจูงใจหรือความต้องการในการค้นคิดหรือพัฒนาสินค้าประเภทใหม่ๆ ขึ้นมา โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหมายความว่า ศาลได้อนุญาตให้ทางผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและกำลังอยู่ในขั้นตอนของการค้นคิดวิจัยผลิตภัณฑ์สินค้าของตนสามารถปฏิเสธการแจ้งความลับหรือข้อมูลในเชิงธุรกิจลักษณะดังกล่าวได้ อันเนื่องมาจากปัญหา free rider* ที่เกิดขึ้นและเป็นปัญหามาก

อีกตัวอย่างหนึ่งก็คือ คดี Calcomp v. IBM³¹ ในปี ค.ศ. 1979 โดยทาง IBM ถูกฟ้องในฐานะที่เป็นเปลี่ยนแปลงมาตรฐานผลิตภัณฑ์การผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ของ IBM ขึ้นมาใหม่ (และนอกจากนี้ทาง IBM ก็ยังได้ผลิตหน่วยความจำและเครื่อง printer ที่บรรจุในเครื่องคอมพิวเตอร์ของ IBM เองด้วย) ซึ่งมีผลทำให้บริษัทอื่นที่ผลิตหน่วยความจำและเครื่อง Printer ไม่สามารถนำอุปกรณ์เสริมดังกล่าวมาใช้ได้กับเครื่องคอมพิวเตอร์รุ่นใหม่ของ IBM ได้ จึงถือว่าเป็นการ

³⁰ Berkey Photo, Inc. v. East Kodak Co., 603 F.2d 263, 2nd Cir (1979), cert. Denied, 444 U.S. 1093 (1980).

* สำหรับตัวอย่างปัญหาเกี่ยวกับ free rider (free riding) เช่น ปัญหาการสวมรอยในการคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ ของผู้อื่น หรือการที่ร้านค้าขายถูก (discount store) จำหน่ายสินค้าบางประเภท (ซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีการอธิบายคำแนะนำต่างๆ ที่เกี่ยวกับสินค้านั้นๆ ซึ่งเรียกว่าเป็นการบริการประเภทหนึ่ง) ในราคาที่ถูกกว่าร้านค้าโดยทั่วไป โดยมีได้ทำการอธิบายให้กับทางลูกค้า เป็นต้น ปัญหาเหล่านี้จะเป็นสาเหตุทำให้เกิดการทำลายแรงจูงใจในการทำธุรกิจของผู้อื่นและยังมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาตามมามากมายในบางครั้ง.

³¹ California Computer Products, Inc. v. International Business Machines Corp. (Cal comp) 613 F. 2d 727 (9 th Cir. 1979).

กระทำได้เป็นการจำกัดคู่แข่งชั้นให้ออกจากตลาดในโลกรของตลาดเทคโนโลยีชั้นสูง (high-tech industry market) และในท้ายที่สุดทางศาลก็ได้ตัดสินว่า การกระทำได้เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด โดยทางศาลได้ให้เหตุผลในลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับคดี Kodak ไว้ว่า ถ้าการเปลี่ยนแปลงรุ่นหรือมาตรฐานของสินค้าแล้วส่งผลให้คุณภาพสินค้านั้นดีขึ้น ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อบริษัทผลิตอุปกรณ์เสริมอื่น

ในกรณีของทั้งคดี Kodak และคดี IBM สามารถจัดได้ว่าเป็นคดีตัวอย่างที่เป็นปัญหาอย่างมากทางด้านการแข่งขันในสาขา R&D (Research and Development) ในปัจจุบัน ซึ่งในบางครั้งอาจส่งผลกระทบต่อคู่แข่ง โดยอาจเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการจำกัดคู่แข่ง ออกจากตลาด แต่ว่าในกรณีที่ผลลัพธ์ที่ออกมานั้น ทำให้บริษัทคู่แข่งที่ผลิตอุปกรณ์หรืออะไหล่เสริมต้องออกไปจากตลาด โดยเกิดจากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบหรือขนาดไปพร้อมๆ กับการนวัตกรรมเทคโนโลยี (renovation) หรือการพัฒนาสินค้าประเภทใหม่ๆ ขึ้นมา ไม่ถือว่าเป็นผิดกฎหมาย โดยทันที ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น

แนวโน้มของศาลสหรัฐอเมริกาได้เริ่มเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ในการพิจารณา โดยการไม่ปฏิเสธกิจกรรมหรือพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันโดยอาศัยการลงทุนอย่างเต็มที่ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจากคำพิพากษาเหล่านี้เอง ก็มีส่วนทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในตัวเอง กล่าวคือ จากเดิมกฎหมายได้เน้นและคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็ก ซึ่งถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ทางสังคม แต่ปัจจุบันได้เปลี่ยนมาเน้นทางด้านประสิทธิภาพซึ่งถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ทางด้านประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจเข้ามาแทน³² ซึ่งความคิดในแนวใหม่นี้ได้เริ่มมีบทบาทมากขึ้น ตั้งแต่สมัยปี ค.ศ. 1970 ในตอนกลาง และสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School)³³ ก็ได้เพิ่มบทบาทของตนให้กับทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกาสมาชิกประธานาธิบดีเรแกน ในช่วงสมัยปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา โดยทางสำนักความคิดเสรีนิยมมีความเห็นว่าไม่ควรที่จะใช้มาตรการอำนาจการผูกขาด (monopolization) อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นจะมีอำนาจเหนือตลาดและกระทำ แต่เพียงผู้เดียวโดยมิได้ร่วมมือกับผู้อื่นก็ตาม แต่ควรที่จะเน้นไปที่มาตรการร่วมมือจำกัดการแข่งขัน (cartel) และการควบกิจการแทน เพราะว่รัฐบาลไม่ควรที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวในเรื่องกลไกตลาดหรือควรมีส่วนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

³² Takigawa, 日米の独禁法と競争政策, p. 219.

³³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 56

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีให้เห็นด้วยกับความคิดของสำนักความคิดเสรีนิยมทั้งหมด โดยศาลได้ใช้เกณฑ์การตัดสินอำนาจผูกขาด (monopolization) ว่าพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถเกิดขึ้นและเป็นการจำกัดคู่แข่งชั้นออกจากตลาดหรือไม่นั้นจะพิจารณาภาพรวมของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการจำกัดคู่แข่งชั้นและผลดีที่ได้จากการพัฒนาประสิทธิภาพ เช่น การพัฒนาคุณภาพสินค้าชนิดใหม่ การลงทุนในเชิงรุก เป็นต้น³⁴

ในปัจจุบันผู้ประกอบการรายใหม่ของโลกต่างก็พยายามรักษาและขยายอำนาจหรือสถานะในตลาดของตนให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น โดยการใช้กลยุทธ์ต่างๆ ในการแข่งขันด้วยกันโดยมากแล้วจะมีลักษณะที่เหมือนกัน คือ (1) ป้องกันและพยายามมิให้ส่วนแบ่งตลาดของคู่แข่งชั้นเพิ่มขึ้น และ (2) ในขณะที่เดียวกันทางผู้ประกอบการเองก็จะต้องพัฒนาประสิทธิภาพของตนเองไปพร้อมๆ กันด้วย ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับมาตรา 2 ในช่วงที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ศาลและองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณานโยบายการบริหารตลาดของผู้ประกอบการรายนั้นเป็นหลัก โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างผลลัพธ์เชิงบวกที่ได้จากการพัฒนาประสิทธิภาพกับผลลัพธ์เชิงลบหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นซึ่งส่งผลทำให้เป็นการจำกัดคู่แข่งชั้นให้ออกไปจากตลาด สำหรับในเรื่องความคิดเห็นที่แตกต่างกันของนักวิชาการในเรื่องนี้ บางฝ่ายก็เห็นว่า หากสามารถหาหลักฐานของอำนาจเหนือตลาด (monopolization) ได้ ซึ่งก็คือ เจตนา (intent) ก็จะสามารถที่จะเอาผิดกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ทันที (ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้จะมีลักษณะคล้ายๆ กับเกณฑ์ในการพิจารณาการร่วมมือจำกัดการแข่งขันหรือ cartel ซึ่งจะใช้อัตถกกลงร่วมในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่ามีการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันเป็นหลักฐานที่สำคัญในการพิจารณา) แต่ในขณะที่นักวิชาการบางฝ่าย³⁵ ก็ได้มีความเห็นตรงกันข้ามว่า การนำองค์ประกอบ “เจตนา” เข้ามาเป็นเกณฑ์ความผิดมาตรา 2 เท่ากับเป็นการยับยั้งแรงจูงใจหรือความพยายามที่จะพัฒนาประสิทธิภาพของผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะนำองค์ประกอบ “เจตนา” มาใช้เป็นเกณฑ์การพิจารณาโดยตรง แต่ควรจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่า สมควรที่จะใช้เกณฑ์ที่มีขอบเขตกว้างมากน้อยเพียงใดในการพิจารณามากกว่า และดุลยพินิจที่ว่านี้ไม่สมควรที่จะกำหนดให้เป็นเกณฑ์หรือมาตรฐานเดียวกันในทุกๆ กรณี แต่ควรที่จะปรับใช้เป็นกรณีๆ (case by case basis) ไปตามสภาพโครงสร้างตลาดที่มีลักษณะแตกต่างกัน³⁶

³⁴ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 219.

³⁵ P. Areeda and H. Hovenkamp, *Antitrust Law 1991 Supplement*, (Little Brown & Co., 1991), pp. 806-807.

³⁶ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策p. 151.

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับแนวโน้มการบังคับใช้มาตรา 2 ในปัจจุบัน ตั้งแต่คดี Verizon Communications³⁷ เมื่อปี ค.ศ. 2004 เป็นต้นมา ศาลและหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาต่างมีแนวทางการพิจารณาคดีในลักษณะที่เป็นการจำกัดความรับผิดชอบอำนาจการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายเดียว โดยจะเน้นในเรื่องประสิทธิภาพอันเกิดจากนวัตกรรมและคุ้มครองในด้านแรงจูงใจในการสร้างสรรค์นวัตกรรม หากไม่ปรากฏองค์ประกอบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ก็จะไม่ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 2³⁸ และยิ่งไปกว่านั้น หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาทั้ง Federal Trade Commission (FTC) และ Department of Justice (DOJ)³⁹ ก็ได้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับการตีความ* ที่แคบยิ่งกว่าคำพิพากษาของศาลในคดี Verizon Communications โดยได้อธิบายว่าพฤติกรรมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานด้านเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจและไม่ได้สัมพันธ์กับผลประโยชน์ในระยะสั้นไม่สมควรมีความผิด⁴⁰

4.2.2.6 เกณฑ์การพิจารณา “ต้นทุน”⁴¹

ตามหลักเศรษฐศาสตร์แล้ว ต้นทุนจะมีสองส่วน คือ ต้นทุนคงที่ (fixed costs) และต้นทุนผันแปร (variable costs) ต้นทุนคงที่ หมายถึง ต้นทุนที่ไม่สามารถแปรเปลี่ยนไปได้ตามระดับการผลิตในระยะสั้น โดยต้นทุนคงที่นี้จะแทนข้อผูกมัดต่างๆ ที่หน่วยผลิตมีต่อปัจจัยคงที่⁴² เช่น โรงงานและเครื่องอุปกรณ์ต่างๆ ซึ่งต้นทุนประเภทนี้ถือว่าเป็นรายจ่ายที่คงที่และไม่มีเปลี่ยนแปลง โดยไม่จำเป็นว่าผู้ประกอบการจะทำการผลิตต่อไปหรือไม่ก็ตาม (ซึ่งถึงแม้ว่าในบางครั้งผลผลิตอาจเท่ากับศูนย์ก็ตาม) ส่วนต้นทุนผันแปร หมายถึง ต้นทุนที่เปลี่ยนไปในทิศทางเดียวกันกับระดับของผลผลิต ซึ่งต้นทุนผันแปรจะแทนข้อผูกพันที่หน่วยผลิตมีต่อปัจจัยการผลิตชนิดที่

³⁷ Verizon Communications Inc., v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP., 124 S. Ct. 872 (2004).

³⁸ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 220.

³⁹ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, pp. 19-42.

* รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการออกความเห็นในคดี Verizon Communications โปรดดู www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm.

⁴⁰ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 220.

⁴¹ Murakami, アメリカ独占禁止法, p. 266.

⁴² อี. เดวิด อีเมอร์, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาคเชิงฝึกฝน, แปลโดย สุภัญญา นิธิกร และหงส์ฟ้า ทรัพย์บุญเรือง (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2540), หน้า 180.

เปลี่ยนแปลงไปตามจำนวนผลผลิต⁴³ ยกตัวอย่างเช่น ค่าวัตถุดิบ เป็นต้น และในกรณีที่ราคาจำหน่ายของสินค้าอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าต้นทุนผันแปรต่อหน่วย ยิ่งทำการเพิ่มจำนวนการผลิตหรือจำหน่ายมากขึ้นเท่าไร ผลขาดทุนก็จะยิ่งมากขึ้นตามสัดส่วนเท่านั้น ดังนั้น ต้นทุนผันแปรจึงมีผลเป็นอย่างมากในการคำนวณหาค่าของ “ต้นทุน” ส่วนคำว่า “ต้นทุนรวม (total costs) หมายถึง ผลรวมของต้นทุนคงที่บวกกับต้นทุนผันแปรในระยะสั้น* หลักเศรษฐศาสตร์ยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า ผู้ประกอบการ (บริษัท) จะพยายามทำให้ตนเองอยู่รอดต่อไปได้โดยในระยะยาว หากไม่พยายามเพิ่มรายได้หรือกำไรให้มากกว่า “ต้นทุนรวม” แล้วจะทำให้บริษัทขาดทุนล้มละลายไป แต่ในระยะสั้นแล้ว หากผู้ประกอบการสามารถได้รับรายได้หรือทำกำไรให้มากกว่า “ต้นทุนผันแปร” เพียงเล็กน้อยก็ตาม ก็จะทำให้บริษัทสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

ในอุตสาหกรรมประเภทจัดจำหน่ายสินค้า (distribution) ต้นทุนผันแปรต่อหน่วยจะมีค่าใกล้เคียงกับราคาซื้อสินค้า ยกตัวอย่างเช่น ร้านค้าปลีกแห่งหนึ่งถูกฟ้องในข้อหา “ขายต่ำกว่าทุน” โดยร้านค้าปลีกแห่งนั้นได้ซื้อนมสดจากผู้ขายส่งในราคากล่องละ 15 บาท แต่ขายในราคา 16 บาท ในกรณีเช่นนี้ หากใช้ราคาซื้อสินค้าจากผู้ขายส่ง (ซึ่งในกรณีนี้จะมีค่าเท่ากับต้นทุนผันแปรต่อหน่วย) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “ต้นทุน” แล้ว ก็จะไม่ถือว่าเป็นการขายต่ำกว่าทุน เพราะร้านค้าปลีกแห่งนั้นยังสามารถได้รับกำไรอีก 1 บาท แต่ถ้านำ “ต้นทุนรวม” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “ต้นทุน” ก็อาจถือว่าเข้าข่าย “การขายต่ำกว่าทุน” ได้** เนื่องจากจะต้องนำค่าเสื่อมของสถานที่ ค่าแรง ค่าไฟ เป็นต้น มารวมด้วย ซึ่งเมื่อคำนวณออกมาแล้วอาจมีค่ามากกว่ากำไร 1 บาทต่อหน่วยที่ได้มา แต่ในอุตสาหกรรมการผลิต การแยกระหว่างต้นทุนคงที่และต้นทุนผันแปรนั้นดูเหมือนว่าจะเป็นไปได้ยากกว่าในอุตสาหกรรมการจัดจำหน่าย แต่เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาในสองอุตสาหกรรมนี้จะใช้เกณฑ์เดียวกัน⁴⁴

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 180.

* เนื่องจากในระยะยาวจะไม่ปรากฏค่านิยมของ “ปัจจัยคงที่” ซึ่งหมายถึง ปัจจัยการผลิตที่ไม่เปลี่ยนแปลงไปตามจำนวนผลผลิต ซึ่งถึงแม้ว่าจะเลิกทำการผลิตปัจจัยคงที่แล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงมีเหลืออยู่ เช่น โรงงานเครื่องจักร เป็นต้น ดังนั้น ในระยะยาวจึงไม่ปรากฏค่านิยม “ต้นทุนคงที่”.

** แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณา “การขายต่ำกว่าทุน” ว่ามีความผิดทางกฎหมายนั้น จำเป็นที่จะต้องอาศัยเกณฑ์การวางแผนอำนาจการผูกขาดหรือ attempt to monopolize ในการพิจารณาด้วย.

⁴⁴ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策 (1996), p. 184.

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์ในการพิจารณาว่าควรจะใช้ “ต้นทุนผันแปร” หรือ “ต้นทุนรวม” นั้น Areeda and Turner⁴⁵ ตัวแทนจากสำนักความคิดเสรีนิยมหรือ Harvard School⁴⁶ ได้กำหนดเกณฑ์ซึ่งเป็นทฤษฎีของตนที่ได้ตั้งขึ้นมาว่า ควรที่จะใช้เกณฑ์ “ต้นทุนเฉลี่ย” เพื่อความเหมาะสมในการพิจารณา (ดังนั้น การขายต่ำกว่าทุนในที่นี้จะหมายถึง ราคาที่จำหน่ายอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ย) หรือสามารถกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การตั้งราคาในลักษณะที่มิใช่เป็นการขายต่ำกว่าทุนจะหมายถึง กรณีที่ราคาอยู่ในระดับที่สูงกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้ายระยะสั้น (short run marginal cost)⁴⁷ และ Areeda and Turner ยังได้ให้เหตุผลต่อไปอีกว่า การที่ผู้ประกอบการตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่ต่ำจนทำให้ไม่สามารถที่จะคืนกำไรในส่วน of ต้นทุนผันแปรกลับมาได้นั้น ถือว่าการดำเนินธุรกิจหรือการบริหารกิจการในลักษณะดังกล่าวไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งการตั้งราคาในระดับที่ต่ำเช่นนี้โดยมากแล้วจะมีจุดประสงค์เพื่อแค่เพียงต้องการจำกัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดเท่านั้น ดังนั้น จึงสมควรที่จะพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการ “ขายต่ำกว่าทุน”

ส่วนความหมายอีกมุมมองหนึ่งของ “ต้นทุนผันแปร” หมายถึง ต้นทุนส่วนที่เพิ่มขึ้นมาทุกๆ หน่วยของการผลิตหรือการจำหน่าย* แต่เนื่องจากการคำนวณหา “ต้นทุนส่วนที่เพิ่ม” ตามหลักบัญชีของบริษัทเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ก็

⁴⁵ Areeda and Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act," *Harvard Law Review* 88(1975) : 697.

⁴⁶ ศักดา ธนิกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 56-59.

⁴⁷ Thomas D. Morgan, Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins (Minnesota: West Publishing, 1994), p. 323.

* ยกตัวอย่างเช่น สมมติว่า ต้นทุนคงที่ในหน่วยแรกเท่ากับ 10 (ต้นทุนคงที่นี้จะใช้คำนวณแค่เพียงส่วนของหน่วยแรกเท่านั้น) และกำหนดให้ต้นทุนผันแปร (เช่น ค่าวัตถุดิบ) ในทุกๆ หน่วยเท่ากับ 2 ซึ่งหมายความว่า ต้นทุนรวมในหน่วยแรกจะเท่ากับ 12 (ต้นทุนผันแปรเฉลี่ยจะเท่ากับ 12) สำหรับต้นทุนรวมของการผลิตสองหน่วยจะเท่ากับ $10+2+4=14$ (ต้นทุนผันแปรเฉลี่ยจะเท่ากับ $14/2=7$) และหากผลิตสามหน่วยจะเท่ากับ $10+2+2+2=16$ (ต้นทุนผันแปรเฉลี่ยจะเท่ากับ $16/3=5.3$) ซึ่งจะคำนวณในลักษณะนี้ไปเรื่อยๆ.

สามารถที่จะนำต้นทุนผันแปรเฉลี่ย (Average Variable Cost: AVC) * ซึ่งมีค่าใกล้เคียงกันมาใช้เป็นเกณฑ์ในการคำนวณแทนได้ สำหรับในโลกแห่งความเป็นจริง การที่ผู้ประกอบการเปลี่ยนแปลงราคาจำหน่าย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา นั้นเป็นเรื่องที่ปกติทั่วไป ดังนั้น ในบางครั้งผู้ประกอบการอาจมีความจำเป็นที่จะต้องขายสินค้าให้ต่ำกว่าต้นทุนรวมหรืออาจคำนวณต้นทุนรวมเป็น “ต้นทุนรวมเฉลี่ย (Average Total Cost: ATC)” แทนก็ได้ (แต่จะสูงกว่าต้นทุนผันแปรก็ได้เช่นกัน) จึงส่งผลทำให้การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนโดยใช้เกณฑ์ “ต้นทุนรวม” ไม่เหมาะสมในกรณีนี้

เกณฑ์ของ Areeda and Turner ยังได้แบ่งประเภทของเกณฑ์การตั้งราคาจำหน่ายโดยทำการเปรียบเทียบกับต้นทุนซึ่งมี 3 กรณีด้วยกัน ซึ่งได้แก่ (1) ราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ย (AVC) (2) ราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ย แต่ต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย (ATC) และ (3) ราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย⁴⁸ และนอกจากนี้ Areeda and Turner ได้อธิบายว่า เฉพาะกรณีแรก (ราคาจำหน่ายต่ำกว่า AVC) เท่านั้น จึงจะถือว่ามีคามผิดตามกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด

4.2.2.7 ราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ย

ศาลชั้นต้นได้เริ่มนำเกณฑ์การพิจารณาของ Areeda and Turner เข้ามาใช้ประกอบการพิจารณาคดี โดยศาลจะยอมรับฟังเหตุผลของทางจำเลย ถึงแม้ว่าราคาจะต่ำกว่า AVC ก็ตาม โดยฝ่ายโจทก์จะต้องพยายามหาหลักฐานมาพิสูจน์และแสดงให้ศาลเห็นว่าเป็นการขายต่ำกว่าทุนจริง และหากหลักฐานดังกล่าวได้รับการพิจารณาจากศาลให้เป็น prima facie evidence ** แล้ว

* Areeda and Turner ได้อธิบายโดยใช้คำว่า “reasonably anticipated average variable costs” ซึ่งหมายถึง ต้นทุนผันแปรเฉลี่ยที่คาดว่าจะมีเหตุผล.

⁴⁸ Sato, *アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践* -, p. 239.

** กฎหมาย Clayton Act มาตรา 5 (a) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องโดยรัฐในคดีแพ่ง หรืออาญาซึ่งผ่านเป็นขั้นตอนสุดท้าย และหลัก prima facie evidence จะถูกนำมาใช้ในกรณีเช่นนี้ แต่จะสามารถใช้ได้เฉพาะขั้นตอนสุดท้ายเท่านั้น กรณีที่เป็น consent decree หรือช่วงเวลาก่อนการให้การกับทางศาลจะไม่สามารถใช้ได้.

หน้าที่ในการพิสูจน์ก็จะตกไปยังฝ่ายจำเลยแทน ซึ่งในบางครั้งก็เป็นการยากที่ฝ่ายโจทก์จะสามารถเข้าไปตรวจสอบถึงโครงสร้างทางด้านต้นทุนของคู่แข่งชั้นอย่างละเอียดได้⁴⁹

จากคดี William Inglis & Sons Baking⁵⁰ ซึ่งบริษัท Continental ผู้จำหน่ายขนมปังได้ถูกกล่าวหาจากบริษัท William Inglis ว่า Continental ได้จำหน่ายขนมปังในราคาที่ต่ำกว่า AVC (ซึ่งต่ำกว่าระดับราคาแข่งขันทั่วไปในตลาด) และทำให้ William Inglis ต้องล้มละลายไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ แต่ Continental ได้แย้งกลับโดยให้เหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวของตนถือว่าเป็นแค่เพียงกลยุทธ์ทางการแข่งขันทางหนึ่งที่จะแข่งกับคู่แข่งรายอื่นซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 45% ในตลาด และหากพิจารณาโดยคำนวณหาค่าของ “ต้นทุนคงที่” อย่างชัดเจนแล้ว จะพบว่าราคาจำหน่ายที่ continental จำหน่ายอยู่ในระดับที่สูงกว่า AVC และในท้ายที่สุดแล้วศาลได้ยอมรับเหตุผลของ Continental โดยศาลได้นำเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาเฉพาะกรณีที่มีการกีดขวางเข้าสู่ตลาดในระดับที่สูง หรือเป็นตลาดที่มีความเป็นไปได้ค่อนข้างสูงที่จะสามารถคืนกำไรกลับมาได้ในอนาคต โดยจะพิจารณาจากโครงสร้างตลาดในแต่ละประเภทและองค์ประกอบในระยะยาว ส่วนการพิจารณาว่าการขายต่ำกว่าทุนในระยะสั้นว่ามีความผิดตามกฎหมายหรือไม่นั้น ก็จะพิจารณาจากแนวโน้มความน่าจะเป็นในการครอบครองอำนาจเหนือตลาดในอนาคตว่ามีหรือไม่⁵¹

4.2.2.8 ราคาจำหน่ายระหว่างต้นทุนผันแปรเฉลี่ยและต้นทุนรวมเฉลี่ย

กรณีที่ราคาอยู่ระหว่าง AVC และ ATC สามารถแยกแนวความคิดออกได้เป็น 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ แนวความคิดแรกเห็นว่า การขายต่ำกว่าทุนในลักษณะนี้ ($AVC < \text{ราคา} < ATC$) ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่น่าจะผิดตามมาตรา 2 กฎหมาย Sherman Act หากไม่ปรากฏหลักฐานแสดงการขายต่ำกว่าทุนที่แน่ชัด ซึ่งคดี William Inglis & Sons Baking ก็ได้สนับสนุนแนวความคิดนี้ ส่วนแนวความคิดที่สองเห็นว่า การกระทำดังกล่าวไม่น่าจะถือว่ามีผิดตามมาตรา 2 กฎหมาย Sherman Act ยกตัวอย่างเช่น คดี AT&T v. Nirthwestern Telephone⁵² ในปี ค.ศ. 1981 กล่าวคือ ภายหลังจากการอนุญาตให้กิจการโทรคมนาคมแปรรูปให้เป็นเอกชน

⁴⁹ Sato, アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践, p. 240.

⁵⁰ William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 668 F. 2d. 1014, (9th Cir., 1981), cert. Denied, 459 U.S. 825 (1982).

⁵¹ Murakami, アメリカ独占禁法, pp. 134-135.

⁵² Northeastern Telephone Co. v. American Telephone & Telegraph Co., (AT&T). 651F. 2d. 76 (2d. Cir., 1981).

(privatization) แล้ว บริษัท AT&T ผู้ซึ่งพยายามคิดค้นผลิตภัณฑ์โทรศัพท์รุ่นใหม่ ๆ ออกมาในตลาด โดยจำหน่ายในท้องตลาดในราคาระหว่าง AVC และ ATC และทำให้บริษัท Northwestern Telephone (คู่แข่ง) ฟ้องร้องต่อศาล เพราะทางบริษัทได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวของ AT&T และคำพิพากษาก็ตัดสินให้ AT&T ไม่มีความผิด โดยได้ให้เหตุผลว่าหากวิวินิจฉัยและตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวของ AT&T ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้วอาจทำให้ระบบการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดที่ส่งเสริมการค้าเสรีหยุดการคล่องตัวและขาดประสิทธิภาพลงได้

4.2.2.9 ราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย⁵³

การตั้งราคาจำหน่ายในลักษณะที่สูงกว่า ATC โดยทั่วไปแล้วจะไม่ถือว่าเป็นผลกระทบต่อมาตรการการขายต่ำกว่าทุน ยกตัวอย่างเช่น คดี Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.⁵⁴ * ที่เป็นการตั้งราคาให้สูงกว่า ATC นั้น เป็นการกระทำทั่วไปซึ่งเป็นกลยุทธ์ทางด้านราคาที่สำคัญของผู้ประกอบการ ดังนั้นกฎหมายก็ไม่มีเหตุผลที่จะเข้ามาควบคุมในกรณีที่ราคาสูงกว่า ATC ยกเว้นในกรณีที่การกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดคู่แข่งในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง

ในช่วงแรกๆ ศาลชั้นต้นได้นำเกณฑ์ของ Areeda and Turner มาใช้พิจารณาตัดสินคดี แต่เนื่องจากข้อเสียที่ว่าเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะเปลี่ยนแปลงไปตามค่าตัวแปรที่ตั้งเอาไว้ ดังนั้น เกณฑ์นี้จึงเปรียบเสมือนเป็นข้อได้เปรียบสำหรับฝ่ายที่ถูกฟ้อง เพราะการที่โจทก์จะสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าคู่แข่งของตนได้กระทำการขายในราคาที่ต่ำกว่า “ต้นทุนผันแปรเฉลี่ย” นั้น เป็นสิ่งที่ยาก⁵⁵ ด้วยเหตุผลนี้ ในช่วงต่อมาภายหลังทางศาลแทบจะมีได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการพิจารณารับฟังคำร้องจากฝ่ายโจทก์⁵⁶ แต่อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีความเห็นคัดค้านเกี่ยวกับเกณฑ์

⁵³ Sato, *アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践*, p. 241.

⁵⁴ Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d. 227 (1 St. Cir., 1983).

* คดีนี้เป็นคดีที่ฝ่าย ITT Grinnell และบริษัทคู่สัญญาซื้ออะไหล่พิเศษที่ใช้ในพลังงานไฟฟ้าปริมาณซึ่ง เป็นฝ่ายถูกฟ้องว่า ทั้งสองได้ร่วมกันทำข้อตกลงว่าด้วยการซื้ออะไหล่ดังกล่าวในราคาที่ถูกลงกว่า โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อการครอบครองอำนาจการผูกขาดในตลาดทำให้บริษัทคู่แข่งในตลาดอะไหล่ดังกล่าวได้รับผลกระทบ และศาลก็ได้ตัดสินว่า “...แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าราคาจำหน่ายดังกล่าวอยู่น้อยในระดับที่สูงกว่า AVC และเนื่องจากเหตุผลทางด้านประสิทธิภาพของบริษัทที่สามารถบรรลุถึงเป้าหมายได้ ดังนั้น จึงไม่ถือว่าผิดกฎหมายในกรณีเช่นนี้”.

⁵⁵ Takigawa, *日米法の独禁法と競争政策*, p. 274.

⁵⁶ Morgan, *Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins*, pp. 323-324.

Areeda and Turner โดยได้ให้เหตุผลว่า ในกรณีที่ระดับราคาสูงกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ย แต่ต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย สมควรที่จะนำ “เจตนาในการผูกขาด” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโดยตรวจสอบจากหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และประกอบกับเหตุผลที่ว่า หากบริษัทไม่บริหารกิจการของตนและไม่พยายามเพิ่มรายได้ให้สามารถคืนกำไรให้ทันจากต้นทุนรวมในระยะยาวได้แล้ว บริษัทก็ไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ดังนั้น ถึงแม้ว่าราคาจะอยู่ในช่วงระหว่างต้นทุนผันแปรเฉลี่ยและต้นทุนรวมเฉลี่ยก็ตาม ในกรณีเช่นนี้อาจส่งผลลัพธ์เท่ากับเป็นการจำกัดคู่แข่งอย่างไม่ถูกต้องได้

สำหรับแนวทางการพิจารณาของศาล ความคิดคัดค้านดังกล่าวมิได้รับการพิจารณาหรือได้รับการพิจารณาในระดับที่น้อยมาก อันเนื่องมาจากมีข้อเสียอยู่ด้วยกัน 2 ประการ คือ ประการแรก นอกจากการพิสูจน์หาหลักฐานของการมี “เจตนาในการผูกขาด” จะเป็นสิ่งที่ยากแล้ว การพิจารณายังอาจขึ้นอยู่กับความเห็นส่วนตัวของผู้พิจารณาคดีได้ง่ายอีกด้วย และถึงแม้ว่าจะพบหลักฐานที่แสดงถึงการมีเจตนาจำกัดคู่แข่งก็ตาม กรณีเช่นนี้ก็มิสมควรที่จะตัดสินโดยทันทีว่าเป็นการขายต่ำกว่าทุนที่ผิดกฎหมาย เพราะการแข่งขันทางด้านราคาซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งส่วนแบ่งตลาดนั้น เป็นกลยุทธ์ในเชิงรุกที่ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ต่างก็นำมาใช้ด้วยกันทั้งนั้น ดังนั้น กลยุทธ์นี้จึงมิใช่เรื่องเสียหายแต่อย่างใด และประการที่สอง มาตรการการขายต่ำกว่าทุนอาจเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดตามมาภายหลังได้ ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในเรื่องนี้*

4.2.2.10 เกณฑ์ทางด้านโครงสร้างตลาด

จากการพิสูจน์ตามเกณฑ์ของ Areeda and Turner ทั้ง 2 ข้อข้างต้นให้ครบตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้นั้นเป็นเรื่องที่ยาก เพราะนอกจากจะต้องพิสูจน์ใน ขั้นตอนแรกว่าการตั้งราคาขายในลักษณะดังกล่าวถือว่าการขายต่ำกว่าหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่ยากยิ่งในการที่จะหาหลักฐานมาแสดงไว้แล้ว ยังจำเป็นต้องผ่านขั้นตอนที่สองโดยผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องรักษาหรือตั้งราคาให้สูงหลังจากที่คู่แข่งออกไปจากตลาดแล้ว ซึ่งขั้นตอนหรือกระบวนการทั้งสองนี้เท่ากับเป็นการสร้างความยุ่งยากเป็นอย่างมากให้กับศาลในการพิจารณาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การ

* และศาลยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า เกณฑ์ Areeda and Turner เป็นเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขต “ต้นทุน” ให้แคบลงมา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้จะเป็นการป้องกันและหลีกเลี่ยงการมีขอบเขตที่กว้างจนเกินไปของมาตรการขายต่ำกว่าทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการดังกล่าวจะไม่สามารถนำมาใช้ควบคุมการขายต่ำกว่าทุนในบางลักษณะได้ตามความเป็นจริง.

พิจารณาเกณฑ์ตามข้อ 2 จะขึ้นอยู่กับกรณีพิพาทที่ว่า ภายหลังจากที่คู่แข่งชั้นถูกจำกัดไปเรียบร้อยแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นจะยังคงสามารถรักษาสถานะการผูกขาดได้ต่อไปอีกหรือไม่ โดยองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาในที่นี้มีดังต่อไปนี้

1. ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดที่สูง ณ ช่วงเวลานั้น
2. นอกจากข้อ 1. แล้ว ยังจำเป็นที่จะต้องพิจารณาด้วยว่า หลังจากคู่แข่งชั้นได้พ่ายแพ้ออกไปจากตลาดแล้ว ผู้ประกอบการได้ทำการขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้นเพื่อคืนกำไรกลับมาหรือไม่ ตามหลักการแล้วจะเป็นจุดสนใจสำหรับผู้ต้องการที่จะเข้ามาลงทุนรายใหม่ ซึ่งเห็นว่าเป็นโอกาสที่ดีในการลงทุน เพราะสามารถแข่งขันทางด้านราคาได้ ดังนั้น องค์ประกอบในข้อนี้จึงหมายถึง การพิจารณาจากสภาพของโครงสร้างตลาดที่สามารถกีดกันการเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่ได้⁵⁷

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลชั้นต้นส่วนมากมิได้พึ่งเกณฑ์ Areeda and Turner มาใช้ในการตัดสินคดีในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ทางผู้ประกอบการเองก็ยังคงใช้วิธีการฟ้องร้องต่อศาลมาโดยตลอด เพราะการฟ้องร้องคดีเป็นกระบวนการศาลที่ต้องอาศัยเวลาค่อนข้างมากในการพิจารณาตรวจสอบต้นทุนที่แท้จริงของผู้ประกอบการ ดังนั้น การอาศัยวิธีการฟ้องร้องอาจถือได้ว่า มีผลลัพธ์เท่ากับเป็นการหยุดยั้งการขยายต่ำกว่าทุนของอีกฝ่ายหนึ่งไปในตัวด้วย (ซึ่งไม่จำเป็นว่าฝ่ายใดจะแพ้หรือชนะคดีก็ตาม) และด้วยเหตุผลนี้เอง ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องทำการยกฟ้องคดีหรือพิจารณาคัดเฉพาะคดีที่สำคัญจริงๆ ที่โจทก์เป็นผู้ฟ้องร้องในระยะเริ่มแรกเท่านั้น เพื่อเป็นการป้องกันการฟ้องโดยไม่สุจริต (abuse) ในคดีขยายต่ำกว่าทุน*

สำหรับคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับการขยายต่ำกว่าทุนอีกคดีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1993 คือ คดี Brooke Group v. B&W⁵⁸ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการขยายต่ำกว่าทุนของบริษัท บุหรี่ โดยเป็นคดีที่มีจุดสนใจโดยศาลได้เน้นไปที่การพิจารณาในตัวองค์ประกอบที่สอง (การขึ้นราคา ภายหลังจากคู่แข่งชั้นออกจากตลาดไปแล้ว) เป็นหลัก ซึ่งศาลจะไม่รับฟ้องตั้งแต่ระยะเริ่มต้น หากการฟ้องนั้นขาดเหตุผลอันสมควร โดยคำพิพากษาคดีนี้ได้ให้เหตุผลว่า “การพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลาย (ระบบ) การแข่งขันหรือไม่นั้น ควรที่จะพิจารณาเฉพาะกรณีที่สามารถ

⁵⁷ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 185.

* การยกฟ้องในที่นี้ หมายถึง การผ่านขั้นตอนการพิจารณาคดีในรูปแบบของ summary judgement ซึ่งผู้พิพากษาจะเป็นผู้ถอนฟ้องคำร้องคดีของฝ่ายโจทก์ ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนที่คณะลูกขุนจะรับคดีมาพิจารณา.

⁵⁸ Brooke Group Ltd. V. Brown Williams Tobacco Corp., 113 S. Ct. 2578 (1993).

ตรวจสอบและพิสูจน์ได้ว่า ผู้ประกอบการรายนั้นมีศักยภาพเพียงพอที่จะสามารถรักษาระดับราคาสินค้าที่สูงขึ้นภายหลังจากที่คู่แข่งถูกจำกัดออกไปแล้วได้หรือไม่ ซึ่งถึงแม้ว่าราคาจำหน่ายจะต่ำกว่าต้นทุนก็ตาม แต่ถ้า (1) มิได้เป็นการทำลายการแข่งขัน และ (2) เป็นผลดีสำหรับผู้บริโภค ในกรณีเช่นนี้ก็ไม่สมควรที่จะตัดสินว่า การขายต่ำกว่าทุนในลักษณะนี้มีความผิดตามมาตรา 2 กฎหมาย Sherman Act ** (a dangerous probability of success)” หรือ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การยอมขาดทุนขายในราคาที่ต่ำกว่าทุนในช่วงแรกโดยคาดหวังผลกำไรในอนาคตนั้นเป็น “การลงทุน” ประเภทหนึ่ง และหากการขายต่ำกว่าทุนนั้นมิได้อยู่ภายใต้โครงสร้างตลาดที่สามารถกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในเชิงบวกได้ ซึ่งในที่นี้หมายถึง ภายหลังจากที่คู่แข่งออกจากตลาดแล้ว ผู้ประกอบการมีอำนาจสามารถขึ้นราคาเพื่อให้ออดคล้องกับการลงทุนดังกล่าว (สามารถคืนกำไรกลับมาได้) ก็ไม่สมควรที่จะพิจารณาว่าเป็นการขายต่ำกว่าทุนที่มีความผิดตามกฎหมาย

เกี่ยวกับรายละเอียดของคดี Brooke Group v. B&W ผู้ผลิตบุหรี (B&W) อันดับสามซึ่งมีส่วนแบ่งตลาด 12% ได้ถูกบริษัท Brooke Group อันดับสี่ฟ้องร้องต่อศาลในข้อหาจำหน่ายบุหรีในราคาที่ต่ำกว่าทุน โดยเริ่มแรกนั้นทาง Brooke Group สามารถเพิ่มส่วนแบ่งตลาดจากการขายบุหรีในราคาถูกลงด้วยการเปลี่ยนประเภทการบรรจุหีบห่อใหม่ และทำให้ทาง B&W ต้องจำหน่ายบุหรีในราคาที่ถูกลงกว่าตามมาด้วยเพื่อเป็นการตอบโต้ แต่ก็ได้ถูกทาง Brooke Group ฟ้องในภายหลัง โดยทาง Brooke Group (ฝ่ายโจทก์) ได้อ้างว่า การที่ B&W มีส่วนแบ่งตลาดแต่เพียงผู้เดียว 12% นั้น ไม่ถือว่าเป็นการเข้าข่ายเงื่อนไขทางด้านโครงสร้างตลาดที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการได้มาซึ่งอำนาจการผูกขาด (monopolization) แต่เป็นการตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่สูงโดยมีการร่วมมือซึ่งกันและกันในลักษณะของตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (oligopoly market) ดังนั้น จึงถือว่าเป็นการกระทำในลักษณะของอำนาจการผูกขาด (monopolization) แต่ศาลได้ปฏิเสธเหตุผลดังกล่าวของฝ่ายโจทก์โดยอธิบายกลับว่า การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแต่เพียงผู้เดียวที่ต้องการกำหนดราคาสินค้าให้สูงขึ้นหลังจากที่คู่แข่งออกจากตลาดไปแล้วนั้น โดยทั่วไปแล้ว ถือว่าเป็นเรื่องที่ยากอยู่แล้ว และยิ่งหากเป็นการร่วมมือกันลักษณะตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย ความเป็นไปได้ในการ

** การขายต่ำกว่าทุน นอกจากจะมีความผิดตามมาตรา 2 กฎหมาย Sherman Act แล้ว ยังมีความผิดตามกฎหมาย Robinson-Patman Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่เสริมกฎหมาย Clayton Act มาตรา 2 (การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา) อีกด้วย สำหรับรายละเอียดของกฎหมาย Robinson-Patman Act จะกล่าวต่อไปภายหลัง.

ประสบความสำเร็จก็จะยิ่งยากขึ้นเป็นทวีคูณ เกี่ยวกับปัญหาราคาจำหน่ายของ B&W นั้น ก็ได้มีข้อสงสัยเป็นอย่างมากว่าอาจเป็นราคาจำหน่ายที่ต่ำกว่า AVC แต่ทางศาลได้ให้ความสำคัญไปที่โครงสร้างตลาดที่มีลักษณะพิเศษเป็นสำคัญ โดยมีได้เข้าไปพิจารณาถึงการคำนวณหามาตรฐานและเกณฑ์ของราคากับต้นทุนที่แท้จริง *

4.2.2.11 มาตรการพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา⁵⁹

การขายต่ำกว่าทุนส่วนมากมักจะเป็นในรูปแบบของ “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination)” ซึ่งผู้ประกอบการที่มีสาขาทั่วประเทศส่วนใหญ่มักจะเลือกทำการขายต่ำกว่าทุนเฉพาะในบางพื้นที่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการขยายส่วนแบ่งตลาดของตนออกไปในเขตพื้นที่ดังกล่าว

สำหรับความเห็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคานี้สามารถแยกออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ ความคิดเห็นแรกมีความเห็นว่า การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเป็นการตั้งราคาสินค้าชนิดเดียวกันให้แตกต่างกัน และส่งผลทำให้ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อนหรือเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค ดังนั้น จึงถือว่าการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (แต่อย่างไรก็ตาม ทางศาลก็ได้ปฏิเสธความคิดตามแนวนี้) ส่วนความคิดที่สองเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงทางด้านราคาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันในแต่ละพื้นที่ที่แตกต่างกันนั้นเป็นเรื่องที่ปกติทั่วไปของผู้ประกอบการ ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะกำหนดไว้ตายตัวว่า การเลือกปฏิบัติทางด้านราคานั้นผิดกฎหมายในทุกกรณี แต่เนื่องจากว่า ความผิดในข้อหาเลือกปฏิบัติทางด้านราคาโดยมากแล้วจะมีผลลัพธ์เท่ากับการขายต่ำกว่าทุน ดังนั้น ความคิดแนวนี้จึงเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการพิเศษอื่นใด ๆ สำหรับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาโดยเฉพาะ

* นอกจากนี้ยังมีคดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน คือ คดี Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986). ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการตั้งราคาส่งออกของเครื่องใช้ไฟฟ้าในบ้านเรือนที่ต่ำกว่าต้นทุนของบริษัทญี่ปุ่นที่ส่งออกไปขายยังสหรัฐอเมริกา ซึ่งทางฝ่ายสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องว่าบริษัทญี่ปุ่นได้ทำการร่วมมือกันในการกำหนดราคาส่งออกเครื่องใช้ไฟฟ้าที่จะส่งออกมาขายที่สหรัฐอเมริกา แต่ทางศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า การทดลองโดยการตั้งราคาขายให้ต่ำกว่าทุนนั้น เป็นเรื่องที่ไม่ค่อยเกิดขึ้นและยากที่จะสำเร็จ และประกอบกับหลักฐานที่แสดงว่าบริษัทญี่ปุ่นได้ร่วมมือกันตั้งราคาจำหน่ายที่ต่ำกว่าทุน ในทางปฏิบัตินั้นก็ไม่ได้ปรากฏอย่างเพียงพอ คดีนี้จึงหยุดแค่เพียงขั้นตอน summary judgment เท่านั้น.

⁵⁹ Takigawa, 日米の独禁法と競争政策, p.283.

แต่อย่างไรก็ตาม ทางสภาของสหรัฐอเมริกาก็ได้มีมติให้ร่างกฎหมายพิเศษสำหรับบังคับใช้การเลือกปฏิบัติทางด้านขึ้นมา คือ กฎหมาย Robinson-Patman Act จึงเป็นเหตุให้สภาพการบังคับใช้มาตรการนี้เกิดความซับซ้อนยิ่งขึ้น

4.2.2.12 กฎหมาย Robinson - Patman Act⁶⁰

ในปี ค.ศ. 1914 กฎหมาย Clayton Act มาตรา 2 ได้กำหนดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (Price Discrimination)⁶¹ โดยในตอนแรกนั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมิให้กระทำการขายต่ำกว่าทุนในพื้นที่ที่ต่างกัน (local price cutting) ซึ่งขอบเขตของการบังคับใช้ภายใต้มาตรา 2 นี้ จะครอบคลุมแค่เพียง “สินค้าที่มีคุณภาพและระดับเดียวกัน (commodities of like grade and quality)” ในกรณีที่เป็นการค้าขายในเชิงพาณิชย์เท่านั้น และนอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีเป็น “การทำลายการแข่งขัน (lessen competition)” หรือกรณีที่เป็น “การมีแนวโน้มที่จะสร้างอำนาจการผูกขาด (tend to create a monopoly)” ในการทำธุรกรรมสาขาหนึ่งสาขาใดอีกด้วย แต่จะไม่ครอบคลุมในกรณีที่เป็น “การลดราคาตามจำนวนสินค้าอันเนื่องมาจากต้นทุนที่แตกต่างกัน”

ต่อมาในภายหลังในช่วงปี ค.ศ. 1929 เศรษฐกิจโลกได้เริ่มตกต่ำลง (The Great Depression) ส่งผลให้สหรัฐอเมริกาเริ่มใช้นโยบาย New Deal* เป็นครั้งแรก ประกอบกับในช่วงนั้น ร้านค้าหรือซูเปอร์ขนาดใหญ่ที่สาขาทั่วประเทศก็ได้เริ่มขยายตัวมากขึ้น และร้านค้าขนาดใหญ่เหล่านี้มีความได้เปรียบทางด้านต้นทุนที่ถูกกว่า จึงทำให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กได้รับผลกระทบเป็นอย่างมาก และจากสภาพการณ์ดังกล่าวนี้เอง ได้ส่งผลให้รัฐสภาเริ่มใช้นโยบายคุ้มครองร้านค้าขนาดกลางและเล็ก โดยมีมติออกกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาซึ่งเน้นถึงความเสมอภาคและโอกาสที่เท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้า (populism) ในปี ค.ศ. 1936 ชื่อว่า “กฎหมาย Robinson-

⁶⁰ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, pp. 253 - 258.

⁶¹ Shenefield and Stelzer, アメリカ独占禁止法-実務と理論, pp. 87.

* ประธานาธิบดี F.D. Roosevelt เป็นผู้ริเริ่มนโยบาย New Deal (ปี ค.ศ. 1933-1936) นี้ขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิรูปและส่งเสริมระบบสวัสดิการสังคม การคุ้มครองแรงงาน กิจการสาธารณูปโภค และเพื่อเป็นการฟื้นฟูเศรษฐกิจให้กลับคืนมา.

Patman Act” (ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่ช่วยเสริมกฎหมาย Clayton Act มาตรา 2 ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁶²)

กฎหมาย Robinson-Patman Act (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กฎหมาย RP”) จะมีความเข้มงวดมากกว่ามาตรการการขายต่ำกว่าทุนทุกๆ ไป กล่าวคือ กฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 จะถือว่าผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อเข้าข่าย “อันตรายของการครอบครองอำนาจเหนือตลาดในระดับที่สูง” เท่านั้น แต่กฎหมาย RP จะขยายขอบเขตให้กว้างออกไปอีกโดยครอบคลุมรวมถึงกรณีที่มีแนวโน้มเป็นการทำลายการแข่งขัน” ซึ่งถือว่ามีความผิดด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีการขายต่ำกว่าทุนได้ในบางครั้ง อันเนื่องมาจากเหตุผลทางด้านต้นทุนที่ต่ำกว่า หรือเพื่อป้องกันการมิให้ส่วนแบ่งตลาดของตนถูกแย่งชิงไป แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การเลือกปฏิบัติในกรณีดังกล่าวนี้ส่วนมากแล้วจะถูกพิจารณาให้มีความผิดตามหลักที่ใกล้เคียงกับหลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) มากกว่าที่จะพิจารณาโดยใช้หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal)

กฎหมาย RP ถือได้ว่า เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อส่งเสริมให้ระบบจัดจำหน่ายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น⁶³ และยังเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กที่ได้รับผลกระทบจากร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ระดับประเทศภายใต้แรงกดดันทางการเมืองที่พยายามผลักดันให้มีกฎหมาย RP ขึ้นมาบังคับใช้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย RP มีลักษณะเป็น “กฎหมายควบคุมมาตรการโดยรัฐ” โดยตรง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดการแข่งขันเป็นสำคัญ*

⁶² Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p.283.

⁶³ Hovenkamp, 米国競争政策の展望 実務上の問題点と改革の手引き, p. 25.

* สำหรับ “กฎหมายควบคุมมาตรการโดยรัฐ” โดยตรง ยกตัวอย่างเช่น ในญี่ปุ่นได้เคยมีการบังคับใช้ “กฎหมายว่าด้วยการปรับสภาพการประกอบธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่ (Law Concerning the Adjustment of Retail Business Operations at Large-Scale Retail Stores, Daitenhou)” ซึ่งถูกสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1973 ซึ่งเป็นยุคที่ญี่ปุ่นกำลังเติบโตทางเศรษฐกิจมากที่สุด สำหรับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อเป็นตัวกีดกันมิให้ธุรกิจต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ และได้กำหนดรายละเอียดต่างๆ ไว้เกี่ยวกับ 1. วันเปิดร้าน 2. ขนาดพื้นที่ของร้าน 3. เวลาเปิดกิจการ และ 4. จำนวนวันที่ปิดกิจการ แต่เนื่องจากมีเสียงต่อต้านเป็นอย่างมากเกี่ยวกับมาตรการที่เข้มงวดจนเกินไปที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในลักษณะนี้จากทั้งในและนอกประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากทางสหรัฐอเมริกา เพราะถือว่าเป็นมาตรการควบคุมในเชิงเศรษฐกิจโดยรัฐที่มากจนเกินไป ซึ่งส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด และอีกทั้งยังเป็นการขัดแย้งต่อนโยบายการค้าเสรีสำหรับกิจการต่างชาติที่ต้องการจะเข้ามาลงทุนอีกด้วย และต่อมา กฎหมายฉบับนี้ก็ได้ออกยกเลิกในปี ค.ศ. 1998 ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ได้เปลี่ยนมาใช้

การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน
คือ

1. การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาโดยตรง (primary line discrimination) หมายถึง การเลือกปฏิบัติต่อคู่แข่งชั้นที่อยู่ในระดับเดียวกันโดยอาศัยความแตกต่างกันทางด้านภูมิศาสตร์ หรือทางด้านกลุ่มของลูกค้าซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคู่แข่งรายอื่นให้ตกอยู่สถานะที่เสียเปรียบกว่า ** หรืออาจกล่าวได้ว่า หมายถึง การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาในระดับผู้ขาย ยกตัวอย่างเช่น คดี Brooke Group v. B&W

2. การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (secondary line discrimination) หมายถึง การที่ผู้ผลิตได้จำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันของตนให้กับร้านค้าขนาดใหญ่ เช่น ซูเปอร์มาร์เก็ต หรือร้านค้าทั่วไปในราคาที่ต่างกัน ซึ่งเป็นการส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างร้านค้าทั่วไป หรืออาจกล่าวได้ว่า หมายถึง การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาในระดับผู้ซื้อ ซึ่งกฎหมาย RP ก็ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมในระยะเริ่มแรก โดยคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็ก

แต่อย่างไรก็ตาม นักเศรษฐศาสตร์ส่วนมากได้มีความเห็นที่ตรงข้ามว่า การร่างกฎหมาย RP ออกมาจะมีผลลัพธ์เท่ากับเป็นการป้องกันมิให้ราคาสินค้าลดต่ำลงมาอย่างพร้อมเพรียงกันในระดับประเทศ แต่จากสภาพความเป็นจริงแล้ว แนวโน้มที่จะยกเลิกกฎหมาย RP นี้ก็คงจะเป็นไปได้ยาก เนื่องจากเหตุผลทางด้านการเมืองที่สนับสนุนอยู่เป็นสำคัญ (โดยกลุ่มผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กในสหรัฐอเมริกาต่างมีบทบาททางสังคมและการเมืองเป็นอย่างมาก) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลหรือ FTC แทบจะมิได้นำกฎหมาย RP นี้มาบังคับใช้ในปัจจุบันดังจะเห็นได้จากคำ

กฎหมายใหม่โดยรัฐมิได้ทำหน้าที่ควบคุมกลไกตลาดโดยตรง แต่รัฐจะควบคุมองค์ประกอบต่างๆ ทางด้านสิ่งแวดล้อมแทน เช่น ปัญหาการจราจร ขยะ เสียงดัง ในบริเวณรอบๆ ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ดังกล่าว โดยได้เปลี่ยนชื่อใหม่เป็น “กฎหมายว่าด้วยมาตรการที่มีต่อธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่เพื่อคุ้มครองสภาพแวดล้อมในการดำรงชีวิต (Law Concerning the measures by Large-Scale Retail Stores for Preservation of Living Environment, Daiten-Ricchihou).

** แต่อย่างไรก็ตาม การตั้งราคาจำหน่ายสินค้าให้ถูกกว่าคู่แข่งชั้น โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นผิดกฎหมาย แต่แนวโน้มหรือขอบเขตที่อาจถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดต่อกฎหมาย จะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ประกอบการขนาดใหญ่ระดับประเทศ หรือผู้ประกอบการในตลาดข้างเคียงมีเจตนาแอบแฝงเพื่อจำกัดคู่แข่งชั้น โดยอาศัยการขายต่ำกว่าทุน.

พิพากษาคดี Brooke Group v. B&W ที่ได้จำกัดบทบาทของกฎหมาย RP จึงส่งผลให้บทบาทและหน้าที่ของกฎหมาย RP ลดน้อยลงมาจนถึงปัจจุบัน

4.2.2.13 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงภายหลังคดี Brooke Group v.

*B&W*⁶⁴

ก่อนที่คำพิพากษาคดี Brooke Group v. B&W จะออกมาในปี ค.ศ. 1993 ก็ได้มีคำพิพากษาของศาลสูง คดี Utah Pie⁶⁵ ซึ่งเป็นคดีที่บริษัท Utah Pie (ผู้ผลิตพายแช่แข็งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาด 66.5% ในรัฐ Utah ในปี ค.ศ. 1958) โดยทางบริษัทฯ ได้อ้างว่าถูกผู้ผลิตพายแช่แข็งอีก 3 บริษัทในระดับประเทศกั้นกั๊กโดยการเริ่มเข้ามาลงทุนในกิจการประเภทนี้โดยอาศัยกลยุทธ์ขายในราคาที่ย่อมเยา ซึ่งส่งผลทำให้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัท Utah Pie ลดลงมาเหลือแค่เพียง 45% และทางศาลก็ได้ตัดสินให้ฝ่ายโจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี⁶⁶

ศาลสูงได้พิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี โดยอาศัยหลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ล้วนๆ ซึ่งปราศจากการนำมาประยุกต์ใช้จริงเพียงอย่างเดียวเข้ามาประกอบการพิจารณา คดีโดยศาลได้ให้เหตุผลซึ่งเน้นการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการขนาดเล็ก ตามที่กฎหมาย RP (กฎหมาย Clayton Act) ได้กำหนดไว้ และนอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาตัดสินว่าราคาจำหน่ายที่ทั้ง 3 บริษัทได้กำหนดไว้ นั้นถือว่าเป็นราคาขายต่ำกว่าทุน* โดยศาลยังได้ตั้งข้อสันนิษฐานของการปรากฏมี “เจตนา” ของการขายต่ำกว่าทุนอย่างเห็นได้ชัดเจน (โดยเปรียบเทียบระหว่างการขายในราคาถูกโดยปกติ และการลดราคาขายลงอย่างฉับพลัน) ซึ่งจากหลักฐานต่างๆ เหล่านี้ ได้แสดงให้เห็นถึงความมีแนวโน้มที่อันตราย (ที่เป็นเหตุเป็นผล) ของพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการ “ป้องกันมิให้เกิดการแข่งขัน”⁶⁷

ก่อนที่จะเกิดคดี Brooke Group v. B&W ขึ้นมา ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเองก็ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาโดยเฉพาะอยู่แล้ว

⁶⁴ Takigawa, 日米の独禁法と競争政策, pp. 284 - 285.

⁶⁵ Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967).

⁶⁶ Murakami, アメリカ独占禁法, p. 130.

* จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ทางศาลได้พิจารณาว่าเป็นการขายต่ำกว่า “ต้นทุนรวม” จากสูตรดังต่อไปนี้
ต้นทุนรวม = ต้นทุนโดยตรง + ค่าขนส่งสินค้า.

⁶⁷ Takigawa, 日米の独禁法と競争政策, p. 285.

กล่าวคือ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นมีความผิดตามกฎหมาย RP หรือไม่ จากการพิจารณาองค์ประกอบ “แนวโน้มของการทำลายการแข่งขัน” แค่อ้างองค์ประกอบเดียวเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า หากผู้ประกอบการไม่สามารถชี้แจงให้ศาลทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นในการขายในราคาที่ต่ำกว่าทุนได้ ก็จะถือว่ามีความผิดตามกฎหมาย RP โดยทันที และจากวิธีการพิจารณาคดีในลักษณะนี้ จึงเป็นเหตุทำให้การฟ้องร้องคดี “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” โดยการอ้างอิงกฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 (การขายต่ำกว่าทุน) จะมีความยุ่งยากกว่าและโอกาสที่จะชนะคดีก็จะน้อยกว่าโดยการอ้างอิงกฎหมาย RP ดังนั้น ที่ผ่านมาในอดีต ฝ่ายโจทก์จึงมักเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบกว่าจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นนี้เอง

แต่ในภายหลังจากข้อเท็จจริงจากคดี Brooke Group v. B&W ซึ่งโจทก์ได้ฟ้องร้องต่อศาลในข้อหา “ขายต่ำกว่าทุน” ภายใต้กฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 ไปพร้อมๆ กันกับ “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ภายใต้กฎหมาย RP ซึ่งในเรื่องนี้ศาลได้อธิบายว่าตามหลักการแล้ว ก่อนที่จะทำการตีความตามกฎหมาย RP สมควรที่จะตีความตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่เสียก่อน และการฟ้องในลักษณะที่ขนานกันเช่นนี้ ผลลัพธ์ที่ได้ออกมา (ซึ่งหมายถึง คำพิพากษา) จะไม่มีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติ ดังนั้น การพิจารณาความผิดตามกฎหมาย RP จึงอาศัยเกณฑ์เดียวกันกับกฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 และเป็นที่น่าสังเกตว่า คำพิพากษาของคดี Utah Pie ได้ออกมาในลักษณะที่ตรงกันข้ามกับคำพิพากษาคดี Brook Group โดยสิ้นเชิง และจากคดี Brook Group ก็สามารถสรุปได้ว่า บทบาทในการบังคับใช้เกี่ยวกับ primary line discrimination ภายใต้กฎหมาย RP นั้นก็ได้หมดลงไปภายหลังจากคำพิพากษาคดีนี้*

แต่ต่อมาภายหลัง มลรัฐต่างๆ ส่วนมากในสหรัฐอเมริกาได้มีการเสนอร่าง “กฎหมายควบคุมมาตรการเกี่ยวกับการจำหน่ายต่ำกว่าทุน” ไว้เป็นเอกเทศในแต่ละมลรัฐ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับกฎหมาย RP (คือเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็ก) แต่จะเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในระดัมลรัฐเท่านั้น และแนวโน้มของการใช้กฎหมาย

* แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ก็ได้มีการกล่าวถึง secondary line discrimination ว่าจะมีผลอย่างไร แต่นักวิชาการบางท่าน (ศาสตราจารย์ Fox. E. จากมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก) เห็นว่า บทบาทและอำนาจภายใต้กฎหมาย RP ในกรณี secondary line discrimination นี้ก็จะยังคงมีอยู่ต่อไป.

ดังกล่าวเหล่านี้ได้เริ่มมีมากขึ้นเรื่อยๆ ในปัจจุบัน ** โดยสาเหตุที่สำคัญของการเริ่มใช้กฎหมายใหม่นี้ก็

เนื่องมาจากการที่บทบาทของกฎหมาย RP ได้ลดลงในทางปฏิบัติ ***

4.2.3 สหภาพยุโรป

4.2.3.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบ (abuse)⁶⁸

ในฉบับท TFEU มาตรา 102 มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “abuse” ไว้อย่างแน่ชัด แต่หากดูจากตัวอย่างการกระทำในฉบับท สามารถแบ่งการกระทำที่เข้าข่าย “abuse” ได้เป็น 4 ประเภทด้วยกัน คือ

1. การบังคับทางด้านราคาซื้อหรือราคาขายสินค้าและรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมทั้งทางตรงและทางอ้อม
2. การจำกัดการผลิต การจำหน่ายและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภค
3. การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันในธุรกรรมที่เหมือนกันต่อผู้ประกอบการรายอื่นแล้วส่งผลให้ผู้ประกอบการรายนั้นต้องอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบกว่า

** ยกตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1995 คดี American Drugs, Inc. v. wal-Mart Stores, Inc., No. 94-235, 1995 WL 9764. ซึ่งเป็นคดีที่ทางบริษัทฯ American Drugs ซึ่งเป็นบริษัทระดับท้องถิ่นเป็นฝ่ายชนะคดีจากบริษัท Wal-Mart ซึ่งได้ทำการขายต่ำกว่าทุน (below-cost) ภายใต้การฟ้องร้องตามกฎหมายมลรัฐ Arkansas (federal law).

*** แต่อย่างไรก็ตาม ศาลและ FTC มิได้เห็นด้วยและพยายามต่อต้านกฎหมายควบคุมมาตรการเกี่ยวกับการจำหน่ายต่ำกว่าทุนนี้ โดยศาลและ FTC ต่างก็ได้ให้เหตุผลว่า กฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดต่อหลักกลไกตลาดซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ แต่เนื่องจากอิทธิพลทางการเมืองที่คอยหนุนหลังและไม่สามารถปฏิเสธได้ จึงทำให้กฎหมายฯ นี้ยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไป.

⁶⁸ คำว่า “abuse” เป็นคำเดียวๆ ที่ได้นำมาจากสนธิสัญญาฉบับที่เป็นภาษาอังกฤษ แต่ว่าประเทศสมาชิกอื่นๆ ต่างใช้คำว่า “abusive exploitation” ซึ่งมีความหมายที่รัดกุมกว่า ซึ่งเป็นการควบคุมในลักษณะสองชั้น หรือ double concept กล่าวคือ การใช้เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว (exploitation) ในทางที่มีขอบ (abusive)

4. การทำสัญญาในลักษณะที่กำหนดเงื่อนไขโดยให้คู่สัญญายอมรับการกระทำที่เป็นส่วนที่เสริมและมิได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทั้งในทางลักษณะของตัวสัญญาหรือทางประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา

จากตัวอย่างข้างต้นนี้ มิได้เป็นการจำกัดขอบเขตของการกระทำที่จะเข้าข่ายมาตรา 82 ว่าต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวใน 4 ประเภทแต่เพียงเท่านั้น แต่เป็นแนวทางเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการกระทำที่มีโอกาสเสี่ยงต่อมาตรา 102 และยังมีเหตุผลระหว่างความสัมพันธ์กับบทบัญญัติเบื้องต้นของสนธิสัญญากรุงโรมด้วย กล่าวคือ มาตรา 102 มีความสัมพันธ์กับมาตรา 3 (g)⁶⁹ โดยปริยาย และนอกจากนี้ คดี Hoffman-La Roche ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็ยังได้อธิบายเกี่ยวกับเกณฑ์ในการพิจารณา abuse ไว้เป็นการเพิ่มเติมด้วยว่าหมายถึง “มาตรา 102 จะครอบคลุมถึงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดที่การแข่งขันได้อ่อนกำลังลง อันเนื่องมาจากผลลัพธ์โดยตรงจากการกระทำของผู้ประกอบการรายนั้น และยังรวมถึงการใช้วิธีการแข่งขันที่ปกติทางสินค้าหรือการบริการที่มาจากความพยายามอุดสาหกรรมของผู้ประกอบการในตลาดนั้นๆ แล้วส่งผลกระทบต่อเกิดการขัดขวางการรักษาหรือพัฒนาระดับการแข่งขันที่ยังคงเหลืออยู่ในตลาด”

4.2.3.2 ลักษณะเฉพาะของมาตรการอำนาจเหนือตลาดของสหภาพ

ยุโรป

มาตรา 102 ที่ห้ามการกระทำที่มีลักษณะ “abuse” มิได้มีความหมายแค่ว่าเพียง “การกระทำที่เป็นการจำกัดคู่แข่งออกจากตลาด” แต่เพียงความหมายเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึง “การกระทำโดยผู้ประกอบการรายเดียว (ในความหมายที่กว้าง)” ด้วย และนอกจากนี้ อำนาจส่วนใหญ่ในการพิจารณา “abuse” ของสหภาพยุโรปจะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของ The Commission ค่อนข้างมาก และจากการสรุปคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับ “abuse” ที่ผ่านมา สามารถแบ่งประเภทใหญ่ๆ ของ “abuse” ได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁷⁰ คือ*

⁶⁹ มาตรา 3 (g) บัญญัติไว้ว่า “a system ensuring that competition in the internal market is not distorted;”

⁷⁰ Shouda, อเมริกา・Eu 独占禁止法と国際比較, pp. 185-187.

* ได้มีการแบ่งลักษณะของการกระทำที่เป็น “abuse” ออกเป็น 2 ประเภทเหมือนกัน แต่เนื้อหาของการแบ่งนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ A. พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อคู่แข่ง

ก. พฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค

ตัวอย่างของพฤติกรรมในลักษณะนี้ ได้แก่ การตั้งราคาสินค้าหรือบริการให้มีราคาที่สูง (unfair prices) โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหากทาง The Commission พบว่ามีการกระทำในลักษณะดังกล่าว ก็มีอำนาจและสามารถสั่งให้ลดราคาจำหน่ายลงมา ซึ่งเป็นมาตรการที่มีลักษณะดังกล่าว ก็มีอำนาจและสามารถสั่งให้ลดราคาจำหน่ายลงมา ซึ่งเป็นมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะตัวของสหภาพยุโรป และจะแตกต่างจากสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก เพราะทางสหรัฐอเมริกาจะไม่สนับสนุนนโยบายให้รัฐบาลเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงทางด้านกลไกตลาด ควรที่จะเป็นเรื่องของเอกชนให้ไปแข่งขันกันเองมากกว่า ซึ่งมาตรการดังกล่าวของสหภาพยุโรปนี้จะเป็นมาตรการที่รัฐบาลเข้าไปมีส่วนร่วมตั้งแต่การควบคุมองค์ประกอบโครงสร้างของต้นทุนของผู้ประกอบการ ไปจนถึงการชี้แนะการจัดตั้งราคาจำหน่ายที่เหมาะสมให้กับผู้ประกอบการ ซึ่งการควบคุมโดยรัฐฯ วิธีนี้ตามหลักวิชาการแล้ว ถือว่าเป็นมาตรการที่เป็นไปไม่ได้หรือเป็นปัญหาเป็นอย่างมากในทางปฏิบัติจริงและอาจส่งผลกระทบในทางลบในระดับที่ค่อนข้างสูงเหมือนในกรณีของ “การควบคุมราคาโดยรัฐฯ”^{*} แต่ในปัจจุบันสหภาพยุโรปก็ได้ล้มเลิกความคิดนี้เนื่องจากการยกระดับมาตรฐานเกณฑ์การพิจารณาให้ทัดเทียมกับสหรัฐอเมริกา

แข่งขัน เป็นการละเมิดอิสระในการทำธุรกิจของคู่แข่ง เช่น 1. การจำหน่ายสินค้าในราคาต่ำเพื่อเป็นการตัดราคา 2. การกระทำของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดที่มีลักษณะคล้ายกับการกำหนดเงื่อนไขและหน้าที่ให้กับทางผู้ซื้อและผู้ขายปฏิบัติตามเพื่อเป็นการจำกัดคู่แข่ง 3. การปฏิเสธการจำหน่ายสินค้า เช่น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดวัตถุดิบหรือตลาดอะไหล่ ต้องการที่จะจำกัดคู่แข่งตั้งแต่ขั้นตอนการแปรสภาพสินค้า 4. มาตรการการจำกัดกิจการผูกขาดโดยรัฐที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น บุหรี่ การประกันภัย ไปรษณีย์ เป็นต้น แต่หากพบว่าการนำอำนาจผูกขาดดังกล่าวมาขายในตลาดข้างเคียง แล้วส่งผลกระทบเป็นการสกัดกั้นผู้ที่ต้องการเข้ามาลงทุนในตลาดข้างเคียง ก็ถือว่าเป็นพฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขัน B. พฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาทางการค้า (ซึ่งอาจเป็นผู้ซื้อขอยปลีกหรือผู้บริโภคโดยตรง) การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการละเมิดอิสระในการทำธุรกิจของคู่สัญญาทางการค้า.

* ตัวอย่างของการควบคุมราคาโดยรัฐ เช่น ในประเทศไทย พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 (Price fixing And Anti-Monopoly Act, 1979) ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 8 (2) เดิมได้บัญญัติให้คณะกรรมการกลาง (รัฐบาล) มีอำนาจในการ “เข้าควบคุมหรือดำเนินการเพื่อให้การผลิตหรือจำหน่าย

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ปรากฏเกณฑ์ในการพิจารณา unfair prices โดยรวมที่กำหนดอย่างชัดเจนออกมา จะมีก็แต่เพียงตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการเรียกร้อยค่าใช้บริการ หรือค่าโดยสารที่ไม่เป็นธรรม** แต่ทางศาลก็ได้ตีกรอบกฎเกณฑ์ในการพิจารณาการตั้งราคาจำหน่ายที่สูงอย่างไม่เป็นธรรมนั้น โดยใช้วิธี “เปรียบเทียบตลาด” กล่าวคือ การเปรียบเทียบราคาจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน และนอกจากนี้ยังใช้วิธีเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนและราคาจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ หากพบว่าราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนในระดับที่ค่อนข้างมาก ก็ถือว่าเข้าข่าย “abuse”*

ข. พฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive conduct)

พฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน นอกจากจะหมายถึง การกระทำที่เป็นการจำกัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการรายเดียวแล้ว ยังสามารถตีความขยายรวมไปถึง การร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า (cartel) และการควบกิจการ (merger) ด้วย ซึ่งการตีความในลักษณะนี้ก็ถือได้ว่าเป็นลักษณะที่พิเศษอีกอย่างหนึ่งของสหภาพยุโรป แต่ว่าในทางปฏิบัติจริงดังที่ได้กล่าวมาแล้วตามข้างต้นว่า การที่จะนำมาตรการ cartel (collective dominance) มาบังคับใช้ในมาตรา 102 นั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง

สินค้ามีเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน” หรือมาตรา 25 เดิม ได้บัญญัติไว้ว่า “ให้คณะกรรมการกลางมีอำนาจประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาให้ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าควบคุมแจ้งราคาซื้อ ราคาขายสินค้า ควบคุม ชื่อสินค้าควบคุม ชื่อปริมาณวัตถุดิบเป็นส่วนประกอบ มาตรฐาน คุณภาพ ขนาด ปริมาณ และน้ำหนักต่อหน่วยสินค้าควบคุม...” แต่ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงขึ้นใหม่ เป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (Trade Competition Act, 1999).

** ยกตัวอย่างเช่น ค่าโดยสารเครื่องบินที่ไม่เป็นธรรม ราคาอะไหล่เสริมที่แพงเกินไป การเลือกปฏิบัติต่อราคา (price discrimination) สินค้าหรือบริการของสินค้าชนิดเดียวกันระหว่างประเทศสมาชิกด้วยตนเอง.

* แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาโดยวิธีนี้จะมีความค่อนข้างมาก อันเนื่องมาจากทางผู้ประกอบการสามารถที่จะควบคุมต้นทุนของตนได้โดยง่าย ซึ่งเป็นการยากที่จะสืบหาข้อมูลอันแท้จริงของต้นทุน

ส่วนในเรื่องของการควบกิจการนั้น การใช้มาตรา 82 มาควบคุมกิจการในทางทฤษฎีอาจเป็นไปได้ แต่เนื่องจากสหภาพยุโรปได้ทำการออกกฎระเบียบว่าด้วยการควบกิจการ (The Merger Regulation)** ไว้ต่างหากนอกเหนือจากมาตรา 102 ดังนั้นในปัจจุบันมาตรา 102 จึงสามารถใช้ได้เพียงกรณีของพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น ซึ่งจะมีลักษณะเหมือนกันกับมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act ของสหรัฐอเมริกาที่ควบคุมการกระทำที่เข้าข่าย monopolization (โดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียว)

4.2.3.3 เกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่ง (exclusionary conduct)

การแบ่งความแตกต่างระหว่าง “พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่ง” ซึ่งถือว่าผิดกฎหมาย กับ “พฤติกรรมโดยทั่วไปของผู้ประกอบการที่นำมาใช้เพื่อสามารถแข่งขันได้ที่ถูกต้อง” ซึ่งกฎหมายมิได้ปฏิเสธ⁷¹ แต่อย่างไรนั้น เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและค่อนข้างยาก แต่ถ้าหากไม่มีการกำหนดหรือจำกัดขอบเขตให้แน่ชัด ผลเสียที่ตามมาก็คือ อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันในตัวเอง ซึ่งหมายความว่า อาจเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการที่มีขนาดกลางและเล็กที่มากจนเกินไปได้ และสหภาพยุโรปได้สังเกตเห็นถึงผลกระทบที่จะตามมา จึงได้กำหนดไว้เป็นแนวทางจากคดี Hoffman-La Roche ว่า หากมิใช่เป็นในกรณีของ “...การใช้วิธีที่มีวิธีการแข่งขันที่ปกติ” ก็ถือว่าไม่ผิดกฎหมาย ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า กฎหมายมิได้ลงโทษหรือปฏิเสธพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างไร แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้วิธีแข่งขันที่ไม่ถูกต้อง สหภาพยุโรปจะจับตามองพฤติกรรมดังกล่าวโดยให้ความสำคัญกว่าในกรณีที่เกิดจากผู้ประกอบการรายเล็กทั่วไป ซึ่งจะมีลักษณะเหมือนกับสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น เกณฑ์ในการพิจารณา “abuse” โดยดูจาก “การใช้วิธีที่มีวิธีการแข่งขันที่ปกติ” ทางศาลและ The Commission จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดคู่แข่ง (exclusionary conduct) เป็นในลักษณะ case by case โดยพิจารณาจากสภาพ

** กฎระเบียบว่าด้วยการควบกิจการของสหภาพยุโรป เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1989.

⁷¹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 225.

ปัญหาที่มีความแตกต่างกันไป* ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ จะมีความคล้ายกับการพิจารณาตามหลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) ของสหรัฐอเมริกา

4.2.3.4 การขายต่ำกว่าทุน

สหภาพยุโรปมีนโยบายยอมรับการขายต่ำกว่าทุนในขอบเขตที่กว้างกว่าสหรัฐอเมริกา และในส่วนของมาตรการ “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” สหภาพยุโรปเองก็ไม่ได้มีกฎหมายพิเศษดังเช่น กฎหมาย RP ในสหรัฐอเมริกา แต่สหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญในการพยายามสืบหาหลักฐานต่างๆ ที่สามารถแสดงให้เห็นว่ามี “เจตนาที่จะกำจัดคู่แข่ง” โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการขายต่ำกว่าทุนนั้นได้แอบแฝงอยู่ในรูปแบบของการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา

TFEU มาตรา 102 จะทำหน้าที่ควบคุมมาตรการขายต่ำกว่าทุน ซึ่งจะมีบทบาทและหน้าที่ที่มีลักษณะคล้ายๆ กับกฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการกระทำที่ถือว่าเป็น “การจำกัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด” แต่ทางฝั่งสหรัฐอเมริกา ศาลมีแนวโน้มค่อนข้างสูงที่จะทำการถอนฟ้องคดีขายต่ำกว่าทุนตั้งแต่ขั้นตอนการพิจารณาชั้นแรก อันเนื่องมาจากมุมมองและเหตุผลทางด้านการคุ้มครองระบบการแข่งขันทางด้านราคาที่เน้นความสำคัญของกลไกตลาด แต่ในขณะที่สหภาพยุโรปจะดำเนินการพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนตามปกติ กล่าวคือ พฤติกรรมต่างๆ ที่ผ่านกระบวนการทางศาลจะถูกพิจารณาว่ามีความผิดตาม TFEU มาตรา 102 หรือไม่ โดยสหภาพยุโรปจะอาศัยองค์ประกอบ “เจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งอย่างไม่สมควร” เป็นตัวตัดสินที่สำคัญ แต่อย่างไรก็ตามลักษณะของ “มาตรการขายต่ำกว่าทุน” ของสหภาพยุโรปจะมีจุดที่แตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้⁷² คือ

* โดยทั่วไปแล้ว สามารถแบ่งประเภทการพิจารณาได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ 1. การปฏิเสธในการทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายเดียว เช่น ทฤษฎีว่าด้วย essential facility (ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้เอกชนรายอื่นสามารถเข้ามาแข่งขันในธุรกิจโทรคมนาคมได้ภายใต้เงื่อนไขที่เป็นธรรม) หรือทฤษฎีว่าด้วย monopoly leverage (การแผ่ขยายอำนาจของตนไปในตลาดข้างเคียง โดยการอาศัยอำนาจที่ตนมีอยู่ในตลาดหลัก) และ 2. การขายต่ำกว่าทุนและการเลือกปฏิบัติต่อราคา.

⁷² Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, pp. 189-190.

1. การฟ้องร้องโดยเอกชน (บุคคลทั่วไปและนิติบุคคล) ของสหภาพยุโรป เป็นสิ่งที่ค่อนข้างยาก ประกอบกับการที่สหภาพยุโรปมิได้มีระบบการฟ้องร้องสามเท่าตัวเหมือนสหรัฐอเมริกา โดยคณะกรรมการฯ จะเป็นผู้ที่สามารถฟ้องร้องได้แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น ปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจในการฟ้องร้องคดีอย่างไม่ถูกต้อง (abuse) ไม่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป

2. เนื่องจากในช่วงที่ผ่านมา สหภาพยุโรปได้อยู่ในขั้นตอนของการเตรียมพร้อมในการรวมตัวเป็น “ตลาดร่วมยุโรป” ดังนั้นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศของตนซึ่งเป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปจะยังคงมีแนวโน้มของการมีส่วนแบ่งตลาดสูงในประเทศของตนอยู่ โดยผู้ประกอบการดังกล่าวได้พยายามที่จะขยายการลงทุนกิจการของตนไปยังประเทศสมาชิกอื่นข้างเคียงโดยอาศัยวิธีขายต่ำกว่าทุน (เพื่อขยายส่วนแบ่งตลาดในประเทศ โดยการยอมขาดทุนในช่วงแรก) ผู้ประกอบการส่วนมากจะใช้วิธีหักกลบลบหนี้ (offset) จากผลกำไรที่ได้จากภายในประเทศและจากประเทศที่ลงทุนไปแล้วแต่ขาดทุนในระยะแรก ซึ่งพฤติกรรมลักษณะนี้ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ค่อนข้างอันตรายและเป็นอุปสรรคที่สำคัญยิ่งต่อการรวมตัวของสหภาพยุโรป

3. เนื่องจากในช่วงที่ผ่านมา สหภาพยุโรปได้เริ่มใช้นโยบายที่จะลดหย่อนผ่อนปรน (deregulation) มาตรการต่างๆ โดยรัฐ เช่น การแปรรูปให้เป็นกิจการเอกชน (privatization) ซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อการลงทุนในทางบวก กล่าวคือ ทำให้การลงทุนในตลาดเพิ่มมากขึ้น หรือในขณะเดียวกันการเลิกกิจการอันเนื่องมาจากความพ่ายแพ้จากการแข่งขันในตลาดก็เริ่มมีมากขึ้น ดังนั้น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดรายแรกๆ จึงนิยมที่จะใช้กลยุทธ์การขายต่ำกว่าทุน เพราะต้องการพยายามกำจัดคู่แข่งออกไป หรือต้องการรักษาส่วนแบ่งตลาดของตนมิให้ลดน้อยลงไป (หากไม่สามารถทำให้คู่แข่งออกจากตลาดไปได้)

สำหรับตัวอย่างคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับพฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุนของสหภาพยุโรปคดีหนึ่งที่เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดี คือ คดี AKZO ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดของคดีได้ดังต่อไปนี้

ก. คดี AKZO ⁷³

ในปี ค.ศ. 1991 บริษัท AKZO (เนเธอร์แลนด์) บริษัทผลิตรสชาติที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งในยุโรปได้ร่วมมือกับบริษัทลูกซึ่งมีถือหุ้นของบริษัทอยู่ร้อยละ 100 ในประเทศอังกฤษ ได้พยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตนในประเทศอังกฤษโดยใช้วิธีการขายต่ำกว่าทุน และศาลได้พิจารณาตัดสินว่า AKZO มีความผิดตามมาตรา 82 ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาคำพิพากษาคดีนี้

⁷³ AKZO Chemie BV V. Commission, (1991), E.C.R.I-3359.

จะมีความแตกต่างจากเกณฑ์ในการพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนของสหรัฐอเมริกาตรงที่ คดีนี้ศาลจะให้ความสำคัญที่การพิจารณาจากองค์ประกอบ “วัตถุประสงค์หรือเจตนาโดยรวมของการกำจัดคู่แข่ง” มากกว่าองค์ประกอบ “เกณฑ์ในการพิจารณาด้านทุน” แต่ในที่นี้มีได้หมายความว่า “เกณฑ์ด้านทุน” จะถูกปฏิเสธในการพิจารณาดัดสินคดี แต่หมายถึง ศาลจะพิจารณาทั้ง “เกณฑ์ด้านทุน” และ “เจตนา” ไปพร้อมๆ กัน

แต่ก่อนที่ศาลจะออกคำวินิจฉัยคดีนี้ออกมา The Commission ได้ออกคำตัดสิน (decision) คดีนี้ไว้โดยมีใจความโดยสรุป คือ การพิจารณาด้านทุนที่แท้จริงของแต่ละบริษัทเป็นสิ่งที่ยากในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้หันมาใช้การพิจารณาจากหลักฐานแวดล้อมต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาในเชิงกลยุทธ์ (ซึ่งในที่นี้หมายถึง การลดราคาลงมา) และในกรณีนี้ The Commission ได้ตัดสินออกมาว่า พฤติกรรมของบริษัท AKZO เป็นพฤติกรรมที่มีเจตนาแอบแฝงอย่างไม่ถูกต้องซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการกำจัดคู่แข่งออกจากตลาดเป็นสำคัญ

แต่ศาลก็ได้ปฏิเสธคำตัดสินของคณะกรรมการฯ โดยศาลได้อธิบายว่า การพิจารณา “ด้านทุน” นั้นถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็น และไม่สมควรที่จะมองข้ามในการพิจารณา และนอกจากนี้ ศาลยังได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขเกณฑ์ Areeda and Turner ขึ้นมาใหม่ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของสหภาพยุโรป กล่าวคือ ประการแรก ราคาที่ต่ำกว่า AVC ให้สันนิษฐานได้ว่าเป็นราคาขายต่ำกว่าทุน และประการที่สอง แม้ราคาจะอยู่ในเกณฑ์ที่สูงกว่า AVC (แต่ต่ำกว่า ATC) ก็ตาม หากสามารถพิสูจน์จากหลักฐานต่างๆ โดยรวมได้ว่ามีเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งก็ถือว่าเป็นผิดกฎหมายเช่นกัน

นักวิชาการส่วนมากได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดขึ้นมาใหม่ข้างต้นว่าเป็นการกำหนดเกณฑ์ที่แคบจนเกินไป สำหรับเหตุผลของแนวความคิดตามเกณฑ์ประการที่สองนี้ สามารถอธิบายได้ว่า ตามปกติแล้วผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะสามารถทนต่อสภาวะการขาดทุนได้มากกว่าและนานกว่าผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็ก ดังนั้นการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดทำการตั้งราคาขายในระดับที่ต่ำกว่า ATC แต่สูงกว่า AVC ในระยะยาว จึงถือว่ามีผลลัพธ์เท่ากับเป็นการบังคับคู่แข่งรายเล็กๆ ในทางอ้อมให้จำต้องออกจากตลาดไปในท้ายที่สุด และเนื่องจากแนวโน้มของพฤติกรรมเช่นนี้ ทางสหภาพยุโรปเองถือว่าเป็นพฤติกรรมที่มีความเสี่ยงและอันตรายมากต่อส่วนรวมของสหภาพยุโรป ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงได้

กำหนดเกณฑ์การพิจารณาขึ้นมาใหม่ และขาดข้อเท็จจริงจากคดี AKZO ซึ่งพบหลักฐานที่แสดงว่า บริษัท AKZO ได้ทำการลดราคา (ขายต่ำกว่าทุน) ในลักษณะเลือกปฏิบัติอย่างมีเจตนาอันแท้จริง⁷⁴

ข. เปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาคดีระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป

การที่คำพิพากษาคดี AKZO ซึ่งได้ทำการพิจารณาดัดสินโดยใช้เกณฑ์ “เจตนาในการกำจัดคู่แข่ง” เป็นหลักนั้น ถือว่าเป็นข้อเสียหรือจุดบกพร่องของสหภาพยุโรปประการหนึ่ง เพราะดุลยพินิจในการพิจารณาในที่นี้จะขึ้นอยู่กับปัจจัยตัวบุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจในการตัดสินเป็นหลัก (subjective) และโดยทั่วไปแล้ว เจตนาที่ต้องการแข่งขันกับคู่แข่งโดยอาศัยกลยุทธ์ในเชิงรุก (ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ควรสนับสนุน) และเจตนาที่ต้องการกำจัดคู่แข่ง (ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย) จะควบคู่กันไปและแยกออกจากกันได้ยากมาก ดังนั้น การพิจารณาจากองค์ประกอบต่างๆ จากภายนอกโดยรวมในลักษณะภาวะวิสัย (objective) จึงเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ⁷⁵ แต่อย่างไรก็ตาม การลดราคาสินค้าลงมาโดยการเลือกปฏิบัติเฉพาะเขตหรือเฉพาะกลุ่มเป้าหมายนั้น ตามหลักการตลาดแล้วถือว่าเป็นสิ่งปกติทั่วไปและสมควรได้รับการส่งเสริมหรือพัฒนาขึ้นไปเรื่อยๆ และหากพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาเป็นสิ่งที่ไม่ควรอนุญาตให้เกิดขึ้น แล้วผลกระทบที่อาจตามมาในภายหลังก็คือ อาจเป็นสาเหตุก่อให้เกิดเป็นการควบคุมหรือกำหนดทิศทางการแข่งขันทางด้านราคาก็ได้ ดังเช่นในสหรัฐอเมริกา แต่สำหรับสหภาพยุโรปแล้ว นักวิชาการและหน่วยงานที่ดูแลรับผิดชอบกลับมีความเห็นที่ตรงกันข้าม โดยไม่ยอมรับนำเกณฑ์ Areeda & Turner เข้ามาปรับใช้โดยตรง แต่กลับยอมรับเกณฑ์จากคำพิพากษาคดี AKZO เข้ามาใช้ แทน⁷⁶

สำหรับสาเหตุที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้เกณฑ์การพิจารณาของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันมากก็คือ เนื่องจากในช่วงที่ผ่านมา สหภาพยุโรปได้อยู่ในขั้นตอนหรือช่วงของการรวมตัวเป็น “ตลาดร่วมยุโรป” ดังนั้น การพิจารณาคดีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเป็นไปตามลักษณะโครงสร้างตลาดเพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยรวมของ สหภาพยุโรป และหากสหภาพยุโรปสามารถบรรลุเป้าหมายตามนโยบายดังกล่าวได้แล้ว

⁷⁴ Korah, *An Introductory Guide to Ec Competition Law and Practice*, pp. 90-92.

⁷⁵ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 191.

⁷⁶ "廉売と差別価格の規制基準について - Ec・ドイツ・フランスの規制基準からの検討," [ประเด็นศึกษาเกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาของ EC เยอรมันนี และฝรั่งเศส.] 公正取引 (1989) : 462-463.

มาตรการทางด้านการขายต่ำกว่าทุนของสหภาพยุโรปก็คงจะมีแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่ใกล้เคียงกับสหรัฐอเมริกาซึ่งเน้นกลไกตลาดเป็นสำคัญ

4.2.3.5 การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา

หลัก abuse of dominant position ตามมาตรา 102 สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 หมวดด้วยกัน คือ (1) พฤติกรรมที่เป็นการกำจัดคู่แข่งอย่างไม่ถูกต้อง และ (2) พฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคขั้นสุดท้าย ซึ่งในส่วน (2) นี้จะเป็นเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัวของสหภาพยุโรป ซึ่งแตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าสหภาพยุโรป จะไม่ให้ความสำคัญกับ (1) ในการพิจารณาคดีตามมาตรา 82 เลย แต่ในระยะหลังที่ผ่านมาบทบาทของผู้บริโภคก็เริ่มมีบทบาทเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งนั้นมาจากการที่ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อนจาก “การตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรม (unfair prices)” ของผู้ประกอบการ

“การตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรม” ในที่นี้จะมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับ “การตั้งราคาขายต่ำกว่าทุน” กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วเมื่อพูดถึงการตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง “การตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่สูงกว่าราคาแข่งขันในตลาด” ซึ่งเป็นมุมมองจากทางฝ่ายผู้บริโภค เพราะผู้บริโภคเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรง หรืออาจมีความหมายรวมถึงกรณีของ “การตั้งราคาจำหน่ายในลักษณะเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกัน” ด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามแม้สหภาพยุโรปจะยอมรับหลักการโดยกำหนดให้มาตรการ “การตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรม” อยู่ภายใต้การบังคับใช้ในมาตรา 82 ก็ตาม แต่แนวโน้มของการบังคับใช้อย่างจริงจังนั้นอยู่ในระดับที่ค่อนข้างน้อยมาก และเกี่ยวกับการให้ความสำคัญกับผู้บริโภคนี้ ก็มีคดีสำคัญคดีหนึ่งที่นักวิชาการต่างก็ให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะเป็นคดีศึกษาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการขายต่ำกว่าทุนและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาควบคู่กันไปในสหภาพยุโรปที่ใช้เป็นบรรทัดฐานในการศึกษาและพิจารณาคดีจนกระทั่งถึงปัจจุบัน คือ คดี United Brands⁷⁷ ในปี ค.ศ. 1978 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คดี United Brands⁷⁸

⁷⁷ United Brands Co. v. Commission, (1978) E.C.R. 207.

⁷⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า

บริษัท United Brands นิติบุคคลของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ผลิตและจำหน่าย “กล้วยหอม” ที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในโลก ซึ่งในขณะนั้น (ปี ค.ศ. 1974) ทางบริษัทมีส่วนแบ่งตลาดของการส่งออกกล้วยหอมทั้งหมดคิดเป็นร้อยละ 35 ของตลาดโลก และนอกจากนี้ทางบริษัทก็ยังมีบริษัทลูกในตลาดร่วมยุโรปอีกด้วย คือ United Brands Continental (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกรวมทั้งสองบริษัทเข้าด้วยกันว่า “UBC”) และคณะกรรมการการค้าฯ ได้ตัดสินว่าพฤติกรรมของ UBC ผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดกล้วยหอมได้จำหน่ายให้กับผู้ขายส่งและผู้ประกอบการแปรรูป (บ่ม) กล้วยว่าเป็นข้อตกลงที่เข้าข่ายพฤติกรรมในลักษณะดังต่อไปนี้⁷⁹

1. ได้มีการกำหนดห้ามมิให้ UBC ทำการขายต่อ (resale) กล้วยหอมก่อนที่จะสุก (กรณีนี้หมายถึง กล้วยหอมในขณะที่ยังมีสีเขียวอยู่)
2. ได้มีการกำหนดราคาจำหน่ายกล้วยหอมในลักษณะที่แตกต่างกัน (การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา) ระหว่างประเทศสมาชิกด้วยตนเอง
3. ได้มีการตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่สูงโดยไม่สมควร
4. การที่ UBC งดจำหน่ายกล้วยหอมให้กับผู้ประกอบการแปรรูปกล้วยหอมในประเทศเดนมาร์กนั้นมีเหตุผลมาจากการที่ผู้ขายส่งหรือผู้ประกอบการแปรรูปดังกล่าวยอมให้คู่แข่งรายอื่นเข้ามามีส่วนร่วมใน campaign ส่งเสริมการขายกล้วยหอมกับของบริษัทตนด้วย ซึ่งคณะกรรมการการค้าฯ เห็นว่าพฤติกรรมในลักษณะนี้เข้าข่าย abuse

ในที่สุดศาลก็เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวของคณะกรรมการการค้าฯ แทบทุกข้อยกเว้นเฉพาะข้อ 3. ซึ่งว่าด้วยการตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่สูงเกินไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร นักวิชาการและศาลได้สรุปประเด็นที่สำคัญของคดีนี้ออกเป็น 2 ประเด็นใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ (1) การตั้งราคาในลักษณะเลือกปฏิบัติ และ (2) การตั้งราคาที่สูงเกินไป แต่ก่อนที่จะอธิบายถึงรายละเอียดของทั้งสองประเด็น ผู้วิจัยขออธิบายถึง (a) “อำนาจเหนือตลาด” ในกรณีนี้ว่าหมายถึงอะไร และ (b) “การขายต่อ (resale)” และ “การปฏิเสธการทำการค้า” ของคดีนี้ก่อนที่จะเข้าถึงปัญหาหลักของทั้งสองประเด็นในภายหลัง

ก. อำนาจเหนือตลาด

1. ตลาดที่เกี่ยวข้อง ตลาดที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง” ในกรณีนี้จะหมายถึง “ตลาดกล้วยหอม” อันเนื่องมาจากผู้บริโภคมีความต้องการ (อุปสงค์) ที่จะบริโภคกล้วยหอมเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นตลาดกล้วยหอมเพียงอย่าง

⁷⁹ Murakami, *Ec 競争法 [Ec 独占禁止法]*, p. 208.

เดียวซึ่งไม่รวมกับตลาดผลไม้ประเภทอื่น* สำหรับขอบเขตตลาดในเชิงภูมิศาสตร์นั้นจะมี 6 ประเทศ

** ด้วยกันในกรณีนี้

2. สถานะในตลาด ทางศาลได้พิจารณาว่า UBC มีส่วนแบ่งตลาดในเกณฑ์ที่สูงกว่าร้อยละ 40 ซึ่งสูงเกือบถึงร้อยละ 45 แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า UBC จะถูกตัดสินว่ามีอำนาจเหนือตลาดทันทีจากตัวเลขดังกล่าวนี้ และส่วนแบ่งตลาดของ UBC มีค่าสูงเป็นสองเท่าตัวเมื่อเทียบกับคู่แข่งรายใหญ่ที่สุด และนอกจากนี้ UBC ยังถือได้ว่าเป็นบริษัทในรูปแบบที่ควรวางจร กล่าวคือ ทาง UBC เป็นผู้บริการและดำเนินกิจการแต่เพียงผู้เดียว ตั้งแต่ขั้นตอนการผลิต การหีบห่อ การขนส่ง การโฆษณา จนถึงระบบการส่งเสริมการขาย

ข. การขายต่อและการปฏิเสธการทำการค้า⁸⁰

การขายต่อในที่นี้ หมายถึง การที่ UBC ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการขายส่งและผู้แปรรูปกล้วยหอมมิให้ทำการขายต่อนั้น เท่ากับเป็นการปฏิเสธมิให้เกิดการทำธุรกรรมในตลาด “กล้วยหอมสีเขียว (ที่ยังบ่มไม่สุก) อย่างสิ้นเชิงในระดับประเทศ และระดับประเทศสมาชิกด้วยกัน ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้ของ UBC ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่เข้าข่าย abuse ซึ่งมีผลลัพธ์เทียบเท่ากับกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการห้ามการส่งออก

การปฏิเสธการทำการค้าในที่นี้ หมายถึง ศาลได้อธิบายว่า หากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดทำธุรกรรมกับคู่สัญญา (ลูกค้า) อย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลาอันยาวนาน การปฏิเสธการทำการค้าโดยการหยุดจำหน่ายสินค้าให้กับคู่สัญญาอย่างกะทันหันนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และถึงแม้ว่า (จากข้อเท็จจริงในคดีนี้) ในกรณีที่คู่สัญญาของตนได้จำหน่ายกล้วยหอมของคุณแข่งขันโดยให้ความสำคัญกับคู่แข่งมากกว่าตนก็ตาม หากศาลได้พิจารณาเห็นว่าการหยุดจำหน่าย

* แต่อย่างไรก็ตาม UBC ได้โต้กลับว่า ขอบเขตของตลาดในที่นี้ควรนำ “ตลาดส้ม” หรือ “ตลาดแอปเปิล” มารวมกับ “ตลาดกล้วยหอม” ด้วย โดยสมควรให้อยู่ได้ขอบเขต “ตลาดผลไม้ทั่วไป (fresh fruit market)”.

** 6 ประเทศในที่นี้ หมายถึง กลุ่มประเทศเบเนลักส์ 3 ประเทศ เยอรมันตะวันตก เดนมาร์ก และไอร์แลนด์ แต่ในทางเป็นจริงแล้วยังมีอีก 3 ประเทศด้วยกัน คือ อังกฤษ อิตาลี และฝรั่งเศส แต่เนื่องจากการใช้ระบบประเทศเมืองขึ้นที่ให้สิทธิพิเศษในการนำเข้า หรือการควบคุมกลไกราคาโดยรัฐ (price fixing) จึงมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของตลาดดังกล่าวเนื่องจากมิใช่ตลาดเสรี.

⁸⁰ Murakami, *EC 競争法 [EC 独占禁止法]*, p. 209.

หน่วยกล้วยหอมให้กับคู่สัญญานั้นเป็นมาตรการที่เกินกว่าเหตุ ซึ่ง UBC ก็ไม่สมควรที่จะได้รับอนุญาตในกรณีนี้

ค. การตั้งราคาในลักษณะเลือกปฏิบัติ⁸¹

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า กล้วยหอมที่ UBC จำหน่ายเป็นกล้วยหอมที่มาจากแหล่งผลิตและมีคุณภาพเดียวกัน โดยถูกนำมาส่งยังท่าเรือ 2 แห่ง ในสหภาพยุโรปและต้นทุนก่อนที่กล้วยหอมจะถูกขายต่อไปยังผู้ขายส่งและผู้แปรรูปนั้นอยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกัน และนอกจากนี้ทาง UBC ก็ยังได้กำหนดเงื่อนไขโดยจำหน่ายกล้วยหอมในราคาเดียวกันให้กับผู้ประกอบการทุกราย โดยผู้ประกอบการจะต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าขนส่ง (จากท่าเรือ) หรือค่าภาษีด้วยตนเอง และภายใต้สภาพการณ์เช่นนี้ UBC จึงได้กำหนดราคาจำหน่ายในระดับที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ และเมื่อคำนวณออกมาแล้วพบว่า ราคาจำหน่ายกล้วยหอมในแต่ละประเทศโดยเฉลี่ยแล้วมีความแตกต่างกันประมาณร้อยละ 15

ดังนั้น ศาลจึงได้พิจารณาว่าการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการกระทำที่เข้าข่าย abuse โดยให้เหตุผลว่า (1) การตั้งราคาในลักษณะนี้เท่ากับเป็นการส่งผลกระทบต่อเชิงลบต่ออิสระในการเคลื่อนย้ายหรือขนส่งสินค้า ซึ่งถือว่ามีเจตนาที่จะทำลายการรวมตัวเป็น “ตลาดร่วมยุโรป” และ (2) ยังเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการรายอื่น (ผู้ขายส่ง ผู้แปรรูปกล้วยหอม) ต้องตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าในการแข่งขันอีกประการหนึ่งด้วย

แต่ UBC ได้โต้แย้งโดยอ้างว่า เกี่ยวกับความแตกต่างทางด้านราคาที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากปัจจัยต่างๆ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศ ผลไม้ตามฤดูกาลประเภทอื่นๆ (ที่สามารถแข่งขันกับตลาดกล้วยหอมได้) วันหยุด การประท้วงหยุดงาน มาตรการหรือนโยบายของรัฐบาลที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งในเรื่องนี้ทางศาลก็ได้อธิบายกลับว่า ถึงแม้ว่าระดับราคาขายปลีกจะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากเหตุผลต่างๆ ดังเช่นข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของค่าขนส่ง ค่าภาษี ค่าจ้างแรงงาน เงื่อนไขในการจำหน่าย อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ หรือระดับของการแข่งขันก็ตาม แต่ผู้ที่จะเป็นฝ่ายรับผิดชอบในเรื่องความเสี่ยงต่างๆ ในที่นี้ควรที่จะเป็นผู้ประกอบการขายส่ง หรือผู้แปรรูปมากกว่า ซึ่งทาง UBC เองก็สมควรที่จะพิจารณาตามขอบเขตที่ตนมีอยู่เท่านั้น ดังนั้น การที่ UBC ตั้งราคาจำหน่ายที่ต่างกันลักษณะที่เกินเลยจากขอบเขตเช่นนี้จึงไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

⁸¹ ibid., p. 210.

ง. การตั้งราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลมิได้เห็นด้วยกับคำตัดสินของ คณะกรรมาธิการฯ ว่าด้วย “การตั้งราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม” แต่คณะกรรมาธิการฯ ได้อธิบายว่า UBC ได้ตั้งราคาในระดับที่สูงเกินไปอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งเป็นการได้เปรียบเทียบกับ ความสัมพันธ์ระหว่างคุณค่าทางเศรษฐกิจของสินค้า (economic value of the product) และ เหตุผลของความถูกต้องในการตั้งราคา กล่าวคือ ประการแรก ราคาจำหน่ายของ UBC นั้นมีความ แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยราคาต่ำสุดที่จำหน่ายในไอร์แลนด์เมื่อเทียบกับราคาที่ขายใน เยอรมันตะวันตก เดนมาร์ค และเบลลักส์ แล้วจะมีส่วนต่างที่สูงสุดถึง 100% ประการที่สอง UBC สามารถทำกำไรได้จากราคาจำหน่ายในไอร์แลนด์ ซึ่งหมายถึง UBC สามารถทำกำไรได้สูงมากใน ประเทศอื่นๆ ด้วย และประการที่สาม The Commission ได้ตัดสินให้ UBC ทำการลดราคาจำหน่าย ลงมา 15% (ยกเว้นไอร์แลนด์)

แต่สุดท้ายศาลได้ยอมรับหลักการที่ทางคณะกรรมาธิการฯ ได้ยกขึ้นมา โดยเฉพาะในประเด็นการพิจารณาด้าน “คุณค่าทางเศรษฐกิจของสินค้า” ว่าเป็นการตั้ง ราคาที่สูงจนเกินไปและเป็นพฤติกรรมที่เข้าข่าย abuse แต่เนื่องจากหลักฐานที่แสดงว่าราคาจำหน่าย ของ UBC เป็นราคาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีไม่เพียงพอ ซึ่งในที่สุดศาลจึงได้ปฏิเสธความผิดในเรื่องนี้

สำหรับเกณฑ์ที่ศาลได้ใช้พิจารณาเกี่ยวกับ “การตั้งราคา ที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม” ในคดีนี้ มีดังต่อไปนี้⁸²

1. พิจารณาถึงส่วนต่าง (margin) ระหว่างราคา จำหน่ายที่แท้จริงและต้นทุนในการผลิตที่แท้จริง ว่ามีมากน้อยเพียงใด
2. เปรียบเทียบราคาจำหน่ายที่ไม่เป็นธรรมกับ ส่วนต่างในข้อแรก หรือเปรียบเทียบกับสินค้าของคู่แข่ง

แต่คณะกรรมาธิการฯ ก็ไม่สามารถตรวจสอบวิเคราะห์หา “ต้นทุน” ที่แท้จริงของ UBC ได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติจริงแล้ว การตรวจสอบหาโครงสร้างต้นทุนที่ แท้จริงของผู้ประกอบการนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากมาก (ซึ่งหมายความว่าในคดีนี้ คณะกรรมาธิการฯ มิได้ทำการวิเคราะห์ต้นทุนที่แท้จริงของ UBC) โดยคณะกรรมาธิการฯ ได้ใช้วิธีพิจารณา จากการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (ความแตกต่างของราคาสินค้า) ที่ไม่เป็นธรรมแทน⁸³ แต่ศาลก็ได้ แย้งกลับมาโดยอธิบายว่า แนวความคิดดังกล่าวของคณะกรรมาธิการฯ เป็นแนวทางการพิจารณาที่

⁸² Murakami, *Ec 競争法 [Ec 独占禁止法]*, p. 210.

⁸³ Takigawa, *日米EUの独禁法と競争政策*, p. 191.

ขาดความสมบูรณ์และไม่ถูกต้องโดยพื้นฐาน * และศาลก็ได้พิพากษาโดยบังคับให้ UBC ปฏิบัติตาม

คำสั่งของคณะกรรมการฯ**

สำหรับประเด็นที่สำคัญของคดีนี้จะอยู่ที่การวิเคราะห์หา ต้นทุนที่แท้จริงของผู้ประกอบการ ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นสิ่งที่ทำได้ยากมาก ดังนั้น การที่จะนำ มาตราการ “การตั้งราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม” มาบังคับใช้ในมาตรา 82 (เดิม) ดูเหมือนว่าอาจเป็น ปัญหาตามมาในภายหลัง และหลังจากคดีนี้ คณะกรรมการฯ ก็มีได้ใช้เกณฑ์การพิจารณาตามคดีนี้ แต่อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านได้ออกความเห็นเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ว่า “การ พิจารณาให้ผู้ประกอบการที่ทำการตั้งราคาในลักษณะดังกล่าว (เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะทาง เศรษฐกิจที่แตกต่างกันไป) เป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นความคิดที่ไม่ถูกต้อง” โดยเฉพาะ อย่างยิ่งในเรื่องของการพิจารณากำหนด “ราคาที่เหมาะสม” โดยรัฐ⁸⁴

4.2.4 ญีปุ่น

มาตรการการขายต่ำกว่าทุนและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาได้ถูกกำหนดบังคับใช้ ภายใต้อำนาจที่เรียกว่า “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices)” ซึ่งถือได้ว่าเป็นหนึ่งในสาม (หรือสี่) เสาหลักของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่น ซึ่งนอกเหนือจาก “การ ผูกขาดเอกชน” “การจำกัดทางการค้าโดยไม่สมควร” (และ “มาตรการการควบกิจการ”) ซึ่ง มาตรการนี้ของกฎหมายญี่ปุ่นจะมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างกว่าสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป กล่าวคือ มาตรการ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” จะไม่นำองค์ประกอบ “อำนาจเหนือ ตลาด” เข้ามาใช้ประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด (ในขณะที่สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างถือว่า องค์ประกอบ “อำนาจเหนือตลาด” เป็นหัวใจที่สำคัญที่สุดในการพิจารณา) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า

* นอกจากนี้ยังปรากฏข้อเท็จจริงอีก 2 ข้อที่ทำให้เหตุผลของคณะกรรมการฯ อ่อนลง ได้แก่ 1. ส่วน ต่างของราคาระหว่างสินค้าของ UBC และสินค้าของกลุ่มแข่งขันรายอื่นที่สำคัญนั้นมีแค่เพียงร้อยละ 7 เท่านั้น และ 2. UBC มิได้ทำการขึ้นราคากลับยอมมาเป็นเวลานานถึง 20 ปีแล้ว.

** ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งของคณะกรรมการฯ ที่ให้ UBC ต้องรายงานราคาจำหน่ายสินค้าของตนให้กับ สหภาพยุโรปทุกๆ ครึ่งปี เป็นระยะเวลา 2 ปี คำสั่งที่ให้ UBC เลิกสัญญาว่าด้วยการขายต่อ (resale) กับทาง ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้น.

⁸⁴ Valentine Korah, *Ec Competition Law and Practices*, 5 th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1994), p. 97.

มาตรการนี้ได้เกิดขึ้นมาโดยสามารถบังคับใช้ได้กับผู้ประกอบการทุกราย โดยไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายนั้นมี “อำนาจเหนือตลาด” หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการขายต่ำกว่าทุนถึงแม้ว่าราคาจำหน่ายจะสูงกว่าต้นทุน (แต่ต่ำกว่า ATC) ก็ตาม อาจถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายได้จากคำวินิจฉัยของศาลในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา

4.2.4.1 การขายต่ำกว่าทุน⁸⁵

ประกาศฯ ของ JFTC ว่าด้วยวิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม รายการที่ 6 ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับ “การขายต่ำกว่าทุน”^{*} โดยห้าม “การเสนอขายสินค้า หรือบริการอย่างต่อเนื่องในราคาซึ่งต่ำกว่าต้นทุนที่จำเป็นในการเสนอขายดังกล่าวเป็นอย่างมาก โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และนอกจากนี้ยังรวมถึงการเสนอขายสินค้า หรือบริการในราคาต่ำอย่างไม่สมควร แล้วทำให้เกิดแนวโน้มความยุ่งยากในกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น” และคำว่า “...แนวโน้มความยุ่งยากในการประกอบธุรกิจ...” ในที่นี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญซึ่งมีลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากรายการอื่นๆ อีก 15 รายการ กล่าวคือ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรม “การกำจัดคู่แข่ง” เป็นการล่วงหน้า ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกันกับสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป (ที่กำกับและควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็น “การต่อต้านการแข่งขัน” โดยการกำจัดคู่แข่งออกจากตลาด) แต่โดยทั่วไปแล้วไม่ว่าจะเป็นญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา หรือสหภาพยุโรป กฎหมายก็มิได้กำหนดห้ามการขายสินค้าในราคาถูกลง แต่ถ้าวการขายราคาถูกลงนั้นเป็นการกระทำที่ “ไม่สมควร” กฎหมายก็จำเป็นต้องเข้ามาควบคุมในกรณีเช่นนี้

⁸⁵ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 286-289.

^{*} ผู้เขียนขอแปลโดยใช้คำว่า “การขายต่ำกว่าทุน” เพราะต้นฉบับเดิมที่เป็นภาษาญี่ปุ่นได้ใช้คำว่า “不当廉売 (unjust low price sales)” ซึ่งหมายถึง “การขายในราคาถูกลง (廉売) ที่ไม่ถูกต้อง (不当)” ซึ่งหากพิจารณาตามคำศัพท์แล้ว คำว่า “การขายในราคาถูกลง” อาจหมายความรวมถึงกรณีที่ราคาจำหน่ายสูงกว่า ATC ก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น คู่แข่งขันรายอื่นๆ ในตลาดประเภทเดียวกันได้จำหน่ายสินค้าในระดับราคาที่สูงกว่า ATC ด้วยกันทุกราย แต่หากมีบริษัทรายหนึ่งจำหน่ายในราคาที่ถูกลงกว่ารายอื่น (แต่ราคายังคงสูงกว่า ATC) กฎหมายก็ไม่สมควรที่จะเข้ามาแทรกแซงการขายในลักษณะนี้ ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการเข้าใจ ผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “การขายต่ำกว่าทุน” เพื่อให้สอดคล้องในการเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป.

อนึ่ง รายการที่ 5 เดิม * ซึ่งเทียบเท่ากับรายการที่ 6 ในปัจจุบัน ได้กำหนดไว้แค่เพียงว่าห้าม “การจำหน่ายสินค้า เงินทุน หรือผลกำไรทางเศรษฐกิจประเภทอื่นๆ ในราคาที่ต่ำโดยไม่สมควร”** ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้จะทำให้ไม่สามารถทราบถึงเกณฑ์ที่แท้จริงในการพิจารณาการขายต่ำกว่าทุน ดังนั้น จึงได้ทำการแก้ไขขึ้นมาใหม่ (ซึ่งเป็นรายการที่ 6 ในปัจจุบัน) โดย JFTC จะพิจารณาจากองค์ประกอบ “... แนวโน้มความยุ่งยากในกิจกรรมทางประกอบธุรกิจ ...” แทนองค์ประกอบเดิม “การเสนอขายสินค้า หรือบริการในราคาที่ต่ำ” ซึ่งได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน⁸⁶

หากวิเคราะห์จากตัวบทในรายการที่ 6 จะสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน โดยในวรรคแรกจะใช้คำว่า “โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร” เนื่องจากข้อความในวรรคแรกเป็นข้อความที่แสดงถึงตัวอย่างโดยทั่วไปของการขายต่ำกว่าทุน ซึ่งในกรณีส่วนใหญ่แล้วจะไม่สามารถสะท้อนถึงกระบวนการการแข่งขันตามปกติได้ ประกอบกับการมีแนวโน้มค่อนข้างสูงที่จะส่งผลร้ายต่อคู่แข่งรายอื่นๆ ด้วย ดังนั้น จึงสมควรใช้หลัก “โดยทั่วไปผิดกฎหมาย” (ซึ่งหมายถึง อาจมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณีเท่านั้น) ส่วนข้อความในวรรคหลังได้ใช้คำว่า “อย่างไม่สมควร” หมายถึง บทกำหนดทั่วไปของมาตรการการขายต่ำกว่าทุน ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึง “ผลกระทบต่อการแข่งขัน” แล้วแต่กรณีไป⁸⁷

สำหรับนักวิชาการญี่ปุ่นก็มีความเห็นที่ขัดแย้งกันเองในเรื่องการตีความรายการที่ 6 โดย ฝ่ายแรกเห็นว่าการขายต่ำกว่าทุนเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่ออิสระในการทำธุรกิจของผู้ประกอบการ ดังนั้น จึงควรใช้หลัก “โดยทั่วไปผิดกฎหมาย” ส่วนฝ่ายที่สองมี

* ประกาศของ JFTC (ฉบับที่ 11) ในส่วนที่ว่าด้วยวิธีการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม (เดิม) ได้ถูกสร้างขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1953 เป็นครั้งแรก ซึ่งแต่เดิมมีแค่เพียง 12 รายการเท่านั้น แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1982 ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขประกาศฯ ดังกล่าวขึ้นมาใหม่ (ฉบับที่ 15) โดยเพิ่มขึ้นเป็น 16 รายการ และในปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงลดลงเหลือ 15 รายการ.

** สำหรับต้นฉบับภาษาอังกฤษได้แปลไว้ว่า “Supplying a commodity, fund, or another kind of economic benefit at an unjust low price or receiving supply of them at an unjust high price.” ซึ่งในวรรคหลังจะเป็นส่วนที่ว่าด้วยการซื้อสินค้าในราคาที่สูงจนเกินควร ซึ่งปัจจุบันได้ถูกแยกออกไปเป็นรายการที่ 7 แทน.

⁸⁶ Negishi and Sugiura, 経済法, p. 85.

⁸⁷ Ibid.

ความเห็นที่ตรงกันข้ามว่า การขายราคาถูกเป็นกลยุทธ์แข่งขันทางด้านราคาประเภทหนึ่งในเชิงพลวัต (dynamic) ซึ่งกฎหมายควรที่จะสนับสนุนและไม่ควรที่จะใช้มาตรการที่เข้มงวดมากเกินไปเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างความเห็นของทั้งสองฝ่ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นของทั้งสองฝ่ายนี้เป็นความเห็นที่มีที่มาซึ่งแตกต่างกันโดยพื้นฐาน อันเนื่องมาจากการตีความ “การขายต่ำกว่าทุน” จากมุมมองที่แตกต่างกันระหว่างการตีความในเชิงปฏิเสธและในเชิงสนับสนุน

4.2.4.2 เกณฑ์การพิจารณา “ต้นทุน”⁸⁸

สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปจะใช้วิธีโดยจะต้องเลือกเกณฑ์และตัดสินว่าจะใช้เกณฑ์ AVC หรือ ATC ในการกำหนดความหมายที่แท้จริงของ “ต้นทุน” สำหรับญี่ปุ่น รายการที่ 6 วรรคแรก “...ต้นทุนที่จำเป็นในการเสนอขาย...” * หมายถึง ต้นทุน (cost) ที่มาจาก (1) ต้นทุนดูแลรักษาต่างๆ ไป (เช่น ต้นทุนการผลิต ต้นทุนหรือราคา ในการซื้อวัตถุดิบ) และ (2) ต้นทุนในการจำหน่ายโดยรวม (เช่น ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายสินค้า) ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปแล้ว นักวิชาการส่วนมากมีความเห็นตรงกันว่า “ต้นทุน” ตามรายการที่ 6 ก็คือ ATC

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการให้คำนิยาม “ต้นทุน” ตามข้างต้นนี้ ทางประกาศของ JFTC ว่าด้วย “แนวความคิดตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าในส่วนที่เกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุน” (ปี ค.ศ. 1984) ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “ต้นทุนที่จำเป็นในการเสนอขาย” ในที่นี้หมายถึง “ราคาจำหน่ายที่ต่ำกว่าราคาซื้อ” ซึ่งในกรณีผู้ประกอบการค้าปลีกทั่วไปจะมีความหมายเทียบเท่ากับราคาจำหน่ายโดยรวมเป็นอย่างมาก และในทางปฏิบัติจะใช้เกณฑ์เดียวกันในการพิจารณา (ว่าต่ำกว่าราคาซื้อหรือไม่) เกี่ยวกับเกณฑ์ในการคำนวณ “ต้นทุน” นี้ คดีหนังสือพิมพ์ Chubu Shinbun (中部新聞事件)⁸⁹ ได้กล่าวไว้ว่า

⁸⁸ Shougo Iwamoto, 独占禁止法精義 [เนื้อหาเชิงลึกกฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 悠々社, 2013), pp. 296 - 299.

* ในต้นฉบับภาษาญี่ปุ่นหากแปลตรงตัวจะหมายถึง “ต้นทุนที่จำเป็นในการเสนอขาย (sono kyoukyuu ni yousuru hiyou: その供給に要する費用)” แต่ในฉบับภาษาอังกฤษได้ใช้คำว่า “cost incurred in the said supply”.

⁸⁹ 東京高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว) 30 เมษายน ค.ศ. 1975, 中部読売新聞事件 (คดีหนังสือพิมพ์ Chubu), 審決集22 卷, หน้า 301.

1. “การขายต่ำกว่าทุนซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของวิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า โดยทั่วไปแล้วมิได้หมายถึงราคาที่ต่ำกว่าราคาตลาด แต่ควรจะหมายถึงราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน”

2. “กรณีที่ปัจจัยสำคัญของต้นทุนมิได้เกิดจากความพยายามอุตสาหกรรมของผู้ประกอบการ แต่เกิดจากสภาพการณ์พิเศษที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ประกอบการแต่เพียงผู้เดียว ให้ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบเขตการพิจารณา และผู้ประกอบการอิสระทั่วไปรายอื่นๆ ที่มีได้อยู่ภายใต้สภาพการณ์หรือเหตุผลดังกล่าวข้างต้นนี้ จะต้องตัดสินใจเลือกใช้เกณฑ์ว่าด้วยรายละเอียดของรายการค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่สมควรจะนำมาคำนวณในเชิงเศรษฐกิจต่างๆ ไป เพื่อให้สามารถรักษาส่วนแบ่งในตลาดของบริษัทภายใต้ความรับผิดชอบตนเองไว้ได้”

สำหรับข้อยกเว้นตามวรรคแรกที่กำหนดไว้ (จากคำว่า “โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร”) ตามหลัก “โดยทั่วไปผิดกฎหมาย” ทางประกาศฯ ของ JFTC ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ 3 กรณีด้วยกัน * คือ

1. การจำหน่ายเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงตามสภาพตลาดของสินค้านั้นๆ หมายถึง สินค้าที่มีแนวโน้มว่าคุณภาพจะลดลงหากเกินระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือผลิตภัณฑ์อาหารหรือผลไม้ต่างๆ ตามฤดูกาล

2. กรณีที่มีการเข้ามาลงทุนโดยผู้ประกอบการรายใหม่ หมายถึง กรณีที่ได้รับอนุญาตให้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือกรณีที่เริ่มการลงทุนโดยจำหน่ายในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน

3. กรณีที่ได้รับอนุญาตซึ่งเหมาะสมตามธรรมเนียมประเพณีทางการค้าทั่วไป เช่น ช่วงเทศกาลลดราคาสินค้าประจำปี เป็นต้น

เกี่ยวกับตัวอย่างคดีการขายต่ำกว่าทุน คดีส่วนมากจะได้รับการพิจารณาคดีในรูปแบบของคำแนะนำของรัฐ (行政指導)⁹⁰ โดย JFTC จะเน้นมาตรการขายต่ำกว่าทุนไปยังร้านค้า

* ในบางครั้งอาจมี 4 กรณี โดยเพิ่มกรณีของการจำหน่ายเพื่อให้สอดคล้องกับอุปสงค์ อุปทานในตลาดของสินค้าประเภทนั้นๆ แยกออกมาต่างหากจากกรณีแรก และนอกจากนี้ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 193. ก็ได้จำแนกข้อยกเว้นเป็น 3 กรณีเช่นกัน แต่มีเนื้อหาที่ต่างกันไปบ้าง ได้แก่ 1. กรณีที่เป็นกรจำหน่ายสินค้าหรืออาหารตามฤดูกาล 2. เพื่อให้สอดคล้องกับราคาที่ตกลงอันเนื่องมาจากอุปสงค์และอุปทาน และ 3. การขายในราคาที่ถูกลงเนื่องมาจากสินค้านั้นมีตำหนิ.

⁹⁰ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 108.

ซูเปอร์มาร์เก็ตที่จำหน่ายนมในราคาต่ำ ยกตัวอย่างเช่น คดี Maruetsu⁹¹ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับร้านค้าปลีกที่พยายามหลอกลวงผู้บริโภค (おとゝり廉売) ให้หันมาซื้อสินค้าที่ร้านของตน โดยการขายนม (ซึ่งเป็นสินค้าเฉพาะที่ได้จัดรายการ) ในราคาที่ถูกลงกว่าคู่แข่งรายอื่น กล่าวคือ ทางร้านได้ซื้อนมมาในราคา 185 เยน และได้จำหน่ายในราคา 100 เยน สำหรับนมกล่องแรกที่ซื้อ และสำหรับตั้งแต่กล่องที่สองเป็นต้นไปจะเป็นราคากล่องละ 150 เยน โดยได้กำหนดรายการจำหน่ายในช่วงระยะเวลา 2 เดือน และ JFTC ก็ได้วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานขายต่ำกว่าทุนตามรายการที่ 6

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สหรัฐอเมริกามีได้จำกัดเหตุผลอันสมควรในการจำหน่ายในราคาที่สูงกว่า AVC (แต่ต่ำกว่า ATC) เป็นกรณียกเว้น ดังเช่นญี่ปุ่นตามเกณฑ์ข้างต้น ซึ่งนักวิชาการบางท่านของญี่ปุ่นมีความเห็นว่า “...ถึงแม้ว่าญี่ปุ่นจะไม่เลือกใช้เกณฑ์ Areeda and Turner (โดยใช้ AVC เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา) ของสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดญี่ปุ่นควรพิจารณาในลักษณะโดยรวมว่า การตั้งราคาจำหน่ายในระดับที่ต่ำกว่า ATC ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่มี “เจตนา” กำจัดคู่แข่งอย่างไม่ถูกต้อง ดังเช่น คดี AKZO ของสหภาพยุโรป ...”⁹² และจากข้อเท็จจริงจากคดี Maruetsu ศาลสามารถตัดสินได้ว่ามีความผิดจริง เพราะเป็นการจำหน่ายนมในระดับราคาต่ำที่ต่ำกว่า AVC และทำให้นักวิชาการส่วนใหญ่ในญี่ปุ่นต่างก็พอใจกับคำพิพากษานี้

แต่หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1989 คำพิพากษาศาลฎีกาจากคดีโรงฆ่าสัตว์กรุงโตเกียว Tokyo tochikuba (東京屠畜場事件)⁹³ ได้พิจารณาตัดสินว่า “ถึงแม้ว่าระดับราคาจำหน่ายจะต่ำกว่าทุนเป็นอย่างมากก็ตาม กรณีเช่นนี้ ศาลจำเป็นต้องพิจารณาโดยรวมจากสภาพของตลาดนั้นๆ ด้วย” และคำพิพากษานี้เองได้ส่งผลทำให้เกณฑ์การพิจารณารายการที่ 6 (หลักทั่วไปผิดกฎหมาย) ได้หมดความหมายลงไปโดยปริยาย กล่าวคือ เป้าหมายหรือประเด็นที่สำคัญของคำพิพากษาคดีนี้ คือการขายต่ำกว่าทุนโดยกิจการโรงฆ่าสัตว์ของรัฐบาลที่ได้รับเงินสนับสนุนช่วยเหลือจากสำนักงานเขตโตเกียว ซึ่งจากข้อเท็จจริงของคดีนี้เป็นที่พิสูจน์ได้อย่างแน่ชัดว่า โรงฆ่าสัตว์ดังกล่าวได้ใช้วิธีขายต่ำกว่าทุนจริง แต่ในเรื่องนี้ศาลฎีกาได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาองค์ประกอบ “โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร” ตามรายการที่ 6 ในปัจจุบัน (หรือ “อย่างไม่สมควร” ตามรายการที่ 5 เดิม) ว่า “สมควรที่จะพิจารณาโดยรวมจากสภาพความจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการแข่งขัน

⁹¹ 勧告審決 (คำตัดสินJFTC), 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1982, ハローマート事件 (คดีร้านซูเปอร์มาร์เก็ต Maruetsu), 審決集 29 卷, หน้า 13.

⁹² Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 193.

⁹³ 最判 (คำพิพากษาศาลฎีกา) 14 ธันวาคม ค.ศ. 1989, 都営芝浦と畜場事件 (คดีโรงฆ่าสัตว์สำหรับเนื้อที่ไซบรีโอกะ), 民集 43 卷 12 号, หน้า 2078.

รูปแบบ วัตถุประสงค์ เจตนาของการกระทำโดยละเอียด และสภาพการณ์ต่างๆ ในตลาด ซึ่งตั้งอยู่บนแนวความคิดที่มีเจตจำนงจะรักษาระบบการแข่งขันที่เป็นธรรม...”

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้* ศาลได้พิจารณาตัดสินว่า พฤติกรรมหรือการกระทำของกิจการโรงฆ่าสัตว์ถือว่าไม่เข้าข่าย “ปราศจากเหตุผลอันสมควร” (หรือ “อย่างไม่สมควร” ตามรายการเดิม) ดังนั้น จึงไม่เข้าข่ายมีความผิดตามกฎหมาย โดยคดีนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับคดี Brook Group v. B&W ของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ศาลได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของ “องค์ประกอบทางการจำกัดการแข่งขัน” (ว่าเป็นการทำลายการแข่งขัน หรือส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคหรือไม่ อย่างไร เป็นต้น) มากกว่า “เกณฑ์การเปรียบเทียบระดับต้นทุน”

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลัก “โดยทั่วไปผิดกฎหมาย (原則違法)” ในกรณีขายต่ำกว่าทุนจะไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งในอุตสาหกรรมการผลิต ยกตัวอย่างเช่น อุตสาหกรรม hi-tech (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง semiconductor) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว กลยุทธ์ที่ทางผู้ประกอบการรายใหม่ในอุตสาหกรรมประเภทนี้มีนิยมนำมาใช้กัน คือ กลยุทธ์การขายต่ำกว่าทุนในระยะแรก โดยผู้ประกอบการจะใช้วิธีคำนวณล่วงหน้าถึงความสัมพันธ์ระหว่างต้นทุนที่มีแนวโน้มว่าจะถูกลงในอนาคต (ยกตัวอย่างเช่น การประหยัดต่อขนาด) และการเพิ่มยอดขายให้สูงขึ้นตามเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งหาก JFTC นำเกณฑ์ ATC มาใช้ในการตัดสิน ก็อาจทำให้เกิดความสับสนวุ่นวายกับกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมการผลิตไปต่างๆ กัน⁹⁴

ในช่วงที่ผ่านมา ในปี ค.ศ. 1990 เคยมีคดีเกี่ยวกับบริษัทคอมพิวเตอร์ Fujitsu และบริษัทอื่นๆ ได้ร่วมกันประมุขระบบคอมพิวเตอร์ในราคา 1 เยน ให้กับราชการส่วนภูมิภาค แต่คดีนี้ ทาง JFTC ก็มีได้ตัดสินคดีออกอย่างเป็นทางการ เพียงแต่ใช้วิธีแนะนำโดยรัฐ ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่มีความชัดเจน^{95*}

* ยกตัวอย่างเช่น ขอบเขตของตลาดในเชิงภูมิศาสตร์ ข้อเท็จจริงที่ว่าจำนวนเงินที่ผู้ประกอบการรายอื่น (คู่แข่ง) ได้รับอนุญาต สภาพการณ์ของโรงฆ่าสัตว์ ข้อเท็จจริงว่ามีการเก็บจำนวนเงินที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวในระดับที่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ เป็นต้น.

⁹⁴ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 194.

⁹⁵ Ibid.

* นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการบางท่านได้ออกความเห็นที่ 6 วรรคหลังเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตของมาตรการขายต่ำกว่าทุนที่มากเกินไป โดยอธิบายต่อไปว่า ถึงแม้ว่าในบางครั้งราคาจะสูงกว่า ATC ก็ตาม

4.2.4.3 การมิได้ใช้เกณฑ์ “อำนาจเหนือตลาด”

รายการทั้ง 15 รายการของ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” จะมีลักษณะพิเศษที่ต่างไปจากมาตรการ “การผูกขาดเอกชน” กล่าวคือ มิได้ใช้เกณฑ์ “อำนาจเหนือตลาด” ของผู้ประกอบการในการพิจารณาเหมือนสหรัฐอเมริกาหรือสหภาพยุโรป เนื่องจากวัตถุประสงค์ของ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” คือ เพื่อเป็นการรักษาระบบการแข่งขัน มิใช่เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้แข่งขัน ดังนั้น กฎหมายจึงควรปล่อยให้เป็นอิสระของผู้ประกอบการในการตัดสินใจตั้งราคาอย่างอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องวิตกกังวลเสมอว่ากลยุทธ์ดังกล่าวนั้นเป็นการขายต่ำกว่าทุนที่ผิดกฎหมายหรือไม่ แต่กฎหมายควรที่จะควบคุมเฉพาะกรณีที่มีการขายต่ำกว่าทุนนั้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับแนวโน้มของการสร้าง รักษา หรือขยาย “อำนาจการผูกขาด” เกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้ประกอบการรายใหม่นั้นจะส่งผลกระทบต่อตลาดโดยรวมในเชิงลบในระดับความรุนแรงที่น้อยกว่าพฤติกรรมดังกล่าว (การขายต่ำกว่าทุน) โดยมีมือของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหมายความว่า “อำนาจเหนือตลาด” จะเป็นตัวแปรที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาตัดสินความผิด

แนวปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและการจัดจำหน่าย ปี ค.ศ. 1991 ของ JFTC ได้กำหนดรายละเอียดและรูปแบบต่างๆ ที่เกี่ยวกับพฤติกรรมที่น่าจะเข้าข่ายเป็น “การก้าวก่ายคู่แข่ง โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด” แต่ยกเว้นเฉพาะ “การขายต่ำกว่าทุน” เท่านั้นที่มีได้กำหนดเกณฑ์การใช้ “อำนาจเหนือตลาด” เป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด แต่ประกาศของ JFTC ว่าด้วย “แนวความคิดตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขายต่ำกว่าทุน” ปี ค.ศ. 1984 ได้กำหนดไว้ว่า “ผลกระทบต่อการแข่งขัน” จะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาโดยรวม เช่น ขนาดของกิจการ และเป็นที่เข้าใจกันว่าการขายต่ำกว่าทุนจะถือว่าผิดกฎหมายในกรณีที่ “เป็นการกระทำที่ซ้ำกันหลายๆ ครั้งในช่วงระยะเวลาหนึ่ง”

ส่วนแนวโน้มของหลักความคิดในปัจจุบันเกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุนนั้น ยกตัวอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกาได้มีมุมมองเกี่ยวกับการขายต่ำกว่าทุนในเชิงบวก เพราะเชื่อว่าเป็นกลยุทธ์ที่สามารถส่งเสริมการแข่งขัน อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้กับผู้บริโภคตามมาอีกด้วย ซึ่งญี่ปุ่นเองก็สมควรที่จะใช้เกณฑ์ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับของสหรัฐอเมริกาหรือสหภาพยุโรปเพื่อความเหมาะสมและเพื่อเป็นการยกระดับมาตรฐานให้อยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกันอีกด้วย (ซึ่งถึงแม้ว่าสภาพ

ก็มีโอกาสเข้าข่ายผิดกฎหมายได้เช่นกัน อันเนื่องมาจากองค์ประกอบที่กำหนดในวรรคหลัง ดังนั้น จึงสมควรยกเลิกถ้อยคำวรรคหลังออกไป และกฎหมายก็ไม่ควรเข้ามาควบคุมโดยตรง หากราคานั้นสูงกว่าต้นทุนในทุกกรณี ซึ่งถึงแม้ว่าผู้ประกอบการเองจะต้องพ่ายแพ้จากการแข่งขันและล้มละลายไปในที่สุดก็ตาม.

เศรษฐกิจในแต่ละประเทศจะมีโครงสร้างที่แตกต่างกันมากก็ตาม) เนื่องจากเกณฑ์ที่จะเป็นตัวกำหนดว่า การขายต่ำกว่าทุนนั้นเป็นการขายต่ำกว่าทุนที่ผิดกฎหมายหรือไม่นั้น จะพิจารณาโดยดูว่า “ภายหลังจากที่คู่แข่งรายอื่นถูกกำจัดออกจากตลาดไปแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นจะยังคงสามารถยกระดับราคาสินค้าของตนให้สูงขึ้นได้ต่อไปหรือไม่”^{96*}

4.2.4.4 การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา⁹⁷

รายการที่ 3 ของประกาศฯ ของ JFTC ได้กำหนดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาไว้อย่างชัดเจนว่า หมายถึง “การเสนอขาย หรือรับซื้อสินค้า หรือบริการในราคาซึ่งเลือกปฏิบัติระหว่างพื้นที่ หรือระหว่างคู่สัญญาอื่นๆ โดยไม่สมควร” และองค์ประกอบที่สำคัญที่ใช้พิจารณาในที่นี้ คือ คำว่า “โดยไม่สมควร” ว่ามีความหมายอย่างไรในกรณีนี้ กฎหมายญี่ปุ่นได้แยกมาตรการ “การขายต่ำกว่าทุน” ออกจากมาตรการ “เลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ออกมาอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งจะแตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป โดยทั้งสองประเทศจะพิจารณา “predatory pricing” จากองค์ประกอบ “การกำจัดคู่แข่งโดยใช้วิธีขายในราคาต่ำ” เป็นสำคัญ ซึ่งถึงแม้ว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาจะสามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานแวดล้อม (เพื่อใช้พิสูจน์ว่าเป็นการกำจัดคู่แข่งโดยไม่สมควร) ได้ก็ตาม แต่ทั้งสองประเทศก็ได้พิจารณาว่า ความแตกต่างทางด้านราคาในตัวเองนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังจะเห็นได้ชัดจากคดี Brook Group v. B&W ในสหรัฐอเมริกา (กล่าวโดยสรุปคือ ถึงแม้ว่าจะเป็น การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาก็ตาม แต่ถ้าราคานั้นสูงกว่าต้นทุน กฎหมายก็ไม่ควรที่จะเข้ามาควบคุมในกรณี

⁹⁶ *ibid.*, p. 195.

* ศาสตราจารย์ Takigawa Toshiaki ได้สรุปในตอนสุดท้ายว่า JFTC ควรที่จะนำมาตราการขายต่ำกว่าทุนนี้เปลี่ยนมาอยู่ภายใต้มาตรการ “การผูกขาดเอกชน” ตามมาตรา 3 วรรคแรกแทน และถึงแม้ว่า JFTC ยังคงต้องการที่จะให้มาตรการขายต่ำกว่าทุนอยู่ภายใต้มาตรการ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 19 JFTC ควรที่จะกำหนดเกณฑ์ “อำนาจเหนือตลาด” ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น.

⁹⁷ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 276.

เช่นนี้) หรือความเห็นในทางกลับกันจากคดี AKZO ในสหภาพยุโรป (กล่าวโดยสรุปคือ คณะกรรมาธิการฯ ได้ตัดสินโดยจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนาโดยรวมที่จะกำจัดคู่แข่ง)^{*}

ในกรณีของญี่ปุ่นจะพบว่าพฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุนส่วนมากมักจะเป็นแค่เพียง “เครื่องมือ” หรือ “วิธีการ” ของผู้ประกอบการสาขาผลิต (ผู้ผลิต) ที่ได้กำหนดราคาส่งไปยังร้านค้าปลีกต่างๆ ไป ซึ่งมักจะเป็นในรูปแบบของ rebate หรืออาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการ “กำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)” หรือ “ระบบการจัดจำหน่ายในรูปแบบครบวงจร” ซึ่งการขายต่ำกว่าทุนในลักษณะนี้จะมีลักษณะที่คล้ายกันกับ “การปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว” กล่าวคือ ทั้งสองกรณีต่างถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการ “จำกัดการค้าในแนวดิ่ง (vertical restraints of trade) หรือในบางกรณี การขายต่ำกว่าทุนก็อาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของ “การร่วมมือกำหนดราคา (price fixing)” หรือ “การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (grouping boycott)” อีกด้วย^{*} จึงอาจกล่าวได้ว่าการขายต่ำกว่าทุนจึงเป็นแค่เพียงทางผ่านทางหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาลักษณะความผิดที่แท้จริงจึงควรที่จะพิจารณาจากความผิดในฐานะ “cartel” หรือ “boycott” ซึ่งถือว่ามีสาระสำคัญที่มากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” จะถือว่ามี ความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์กับ “การขายต่ำกว่าทุน” กล่าวคือ ถึงแม้ว่าจะมิได้มีความผิดฐาน “ขายต่ำกว่าทุน” ก็ตาม แต่หากราคาจำหน่ายนั้นเป็นการ “เลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ก็อาจมีแนวโน้มของความผิดฐาน “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ก็อาจมีแนวโน้มของความผิดฐาน “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ได้เช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า รายงานที่ 3 มิได้ระบุรายละเอียดหรือเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ “ต้นทุน” เว้นแต่ปรากฏเพียงคำว่า “โดยไม่สมควร” เท่านั้น ซึ่งสามารถตีความได้ว่า ความผิดฐาน “การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา” มิได้สัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องโดยตรงกับ “การขายต่ำกว่า

^{*} แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบดังกล่าวเพียงประการเดียวที่ทางคณะกรรมาธิการฯ ได้เสนอขึ้นมานั้นถูกทางศาลปฏิเสธในท้ายที่สุด เพราะศาลจะทำการพิจารณาโดยรวมทั้งเจตนาดังกล่าวและความสัมพันธ์ระหว่างต้นทุนกับราคาด้วย.

^{*} ยกตัวอย่างเช่น 勸告審決 (คำตัดสิน JFTC), 7 มีนาคม ค.ศ. 1957, 浜中村主蓄農業協同組合事件 (คดีสหกรณ์การเกษตร hamanaka noukyou) ได้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับการร่วมใช้สถานที่และอุปกรณ์ (facilities) ในลักษณะเลือกปฏิบัติ, 審決集 8卷, หน้า 54.

ทุน” แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “โดยไม่สมควร” ในรายการนี้ มิได้มีการอธิบายถึงขอบเขตไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่รายการที่ 6 (การขายต่ำกว่าทุน) ได้มีการกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากคำว่า “...แล้วก่อให้เกิดความยุ่งยากในกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น”

แต่อย่างไรก็ตาม คดี Kitaguni⁹⁸ ในปี ค.ศ. 1957 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาซึ่งมิได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำในลักษณะร่วมมือกันจำกัดทางการค้าในแนวตั้ง แต่เป็นคดีที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับการขายต่ำกว่าทุน กล่าวคือ เป็นคดีที่เชื่อมโยงไปถึงการขายทุ่มราคา (dumping) ในลักษณะเลือกปฏิบัติระหว่างเขตพื้นที่ด้วยกัน ซึ่งโดยหลักการแล้วผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในเขตพื้นที่ ก จะพยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตนโดยการขยายกิจการของตนออกไปยังตลาดข้างเคียงหรือตลาดที่เกี่ยวข้อง และเพื่อเป็นการกำจัดคู่แข่งอันออกไปจากตลาดซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดของผู้ประกอบการ โดยผู้ประกอบการจะต้องใช้กลยุทธ์โดยการจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันของตนในเขตพื้นที่ ข ในราคาที่ต่ำกว่าราคาที่จำหน่ายในพื้นที่ ก ซึ่งในคดีนี้บริษัท A เป็นผู้ประกอบการพิมพ์และจำหน่ายหนังสือพิมพ์ Kitaguni (ในเขตจังหวัด Ishigawa) ในราคาฉบับละ 330 เยน และหนังสือพิมพ์ Toyama (ในเขตจังหวัด Toyama) ในราคาฉบับละ 280 เยน และจากข้อเท็จจริงต่างๆ จากคดีนี้* ศาลได้พิจารณาตัดสินว่า ตามหลักการแล้วหนังสือพิมพ์ทั้งสองฉบับมิได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างไร และศาลยังได้อธิบายต่อไปอีกว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็น “พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดแรงกดดันที่ไม่สมควรและประกอบกับการมีแนวโน้มอันตรายที่จะทำการแย่งชิงลูกค้า” ดังนั้น ศาลจึงได้ออกคำสั่งฉุกเฉิน (kinkyuu teishimeire; urgent injunction) ให้บริษัท A หยุดการกระทำดังกล่าวทันที**

แต่ในปัจจุบัน ร้านค้าขนาดใหญ่ที่มีสาขาทั่วประเทศต่างก็ใช้วิธีลดราคาในเขตพื้นที่เฉพาะหรือกลุ่มลูกค้าเฉพาะ ซึ่งเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่นิยมแพร่หลายกันทั่วไป เพราะผู้ประกอบการจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงราคาจำหน่ายของตนให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขัน

⁹⁸ 高判 (คำพิพากษาศาลสูงโตเกียว), 18 มีนาคม ค.ศ. 1957, 北国新聞事件 (คดีหนังสือพิมพ์ Kitaguni), 行裁例集判 8卷 3号, หน้า 443.

* ยกตัวอย่างเช่น ประเภทของหนังสือพิมพ์ที่สังกัดอยู่ โครงหน้า เนื้อหา และวิธีการปฏิบัติที่มีต่อหนังสือพิมพ์ Toyama (โดยถือว่าเป็นหนังสือพิมพ์ Kitaguni ฉบับจังหวัด Toyama) เป็นต้น.

** แต่ศาลก็ได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดฐาน “เลือกปฏิบัติทางด้านราคา” ในคดีนี้ไว้อย่างชัดเจน เพียงแค่พิจารณาจากแง่มุมของความถูกต้องในการออกคำสั่งฉุกเฉินเร่งด่วนเท่านั้น.

ของตลาดที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น นักวิชาการส่วนใหญ่ในปัจจุบันในหลายๆ ประเทศต่างมีความเห็นในลักษณะเดียวกันว่า กฎหมายไม่ควรที่จะเน้นพิจารณาความผิดจากองค์ประกอบ “ความแตกต่างทางด้านราคาในตัวเอง” เป็นสำคัญ ***

4.2.4.5 การกำหนดราคาขายต่อ

ญี่ปุ่นได้กำหนดพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อเป็นหนึ่งในมาตรการวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในอดีตก่อนการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 2009 การกำหนดราคาขายต่อถูกกำหนดเป็นหนึ่งใน “รายการควบคุมทั่วไป (一般指定)”⁹⁹ ในรายการที่ 12 (เดิม) ซึ่งออกประกาศโดย JFTC โดยจะไม่มีบทลงโทษทางอาญา แต่ในปัจจุบันความผิดกรณีการกำหนดราคาขายต่อมีได้ อยู่ในรายการควบคุมทั่วไปอีกต่อไป แต่ถูกยกระดับความผิดให้สูงโดยแยกออกมาให้อยู่ภายใต้มาตรา 20 (5) ซึ่งหากกระทำซ้ำจะต้องชำระเงินค่าปรับทางปกครองตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด¹⁰⁰

สำหรับลักษณะความผิดของการกำหนดราคาขายต่อจะอยู่ที่การบังคับให้ผู้ขายต้องกำหนดราคาขายตามที่ตนกำหนด ซึ่งหากพิจารณาในทางกฎหมายแพ่งก็จะขัดต่อหลักการปกครองโดยเอกชนหรือหลักอิสระทางแพ่ง (私的自治) เนื่องจากผู้ที่ซื้อสินค้าไม่สามารถกำหนดราคาได้ด้วยตนเอง ดังนั้นจึงถือว่ามี ความผิดตามหลัก “เสรีภาพในการกำหนดราคา”¹⁰¹

*** แต่อาจมีความเห็นที่ค้านโดยอ้างเหตุผลเกี่ยวกับการคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค กล่าวคือ มาตรการ “การตั้งราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม” ในสหภาพยุโรปซึ่งสมควรได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างยิ่ง แต่ความคิดแนวนี้นี้ได้ถูกปฏิเสธในปัจจุบัน หรือเหตุผลอีกประการที่เห็นด้วยกับการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว ซึ่งมีเหตุผลมาจากการที่กลุ่มอุตสาหกรรมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งต้องการรักษาระดับราคาให้สูงโดยถาวร (ซึ่งจะทำให้เป็นการส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในท้ายที่สุด) เช่น จากผลการรายงานการประชุม (ระยะกลาง) ของสมาคมวิจัยการจัดจำหน่ายน้ำมัน (โดยกรมทรัพยากรและพลังงาน ปี ค.ศ. 1993) ที่ได้เรียกร้องให้มีการยกเลิกการลดราคาน้ำมัน ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาที่สำคัญตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งเป็นตัวอย่างที่เห็นด้วยกับการบังคับใช้มาตรการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา.

⁹⁹ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, pp 244-245.

¹⁰⁰ ibid., p. 312.

¹⁰¹ Hiroshi Iyori and Joutarou Yabe, 実務解説 独占禁止法 Q&A [คำอธิบายเชิงปฏิบัติ กฎหมายป้องกันการผูกขาด ถามและตอบ], (東京: 青林書院, 2007), p. 321.

สำหรับช้อยกเว้น โดยทั่วไปจะมี 3 กรณี ได้แก่ (1) การขายต่อภายในบริษัทเดียวกัน ซึ่งรวมถึงการขายต่อให้บริษัทลูกของตนที่มีสัดส่วนการถือครองหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 (2) การฝากจำหน่าย (委託販売) และ (3) การทำธุรกรรมระหว่างผู้ผลิตกับร้านค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่โดยผ่านตัวแทนที่เรียกว่า “บริษัทค้าสารพัดชนิดทางพาณิชย์ (商社)”

นอกจากนี้ ญี่ปุ่นยังมีระบบช้อยกเว้น (適用除外制度) ตามมาตรา 23 (มาตรา 24 เดิม) ที่ได้กำหนดช้อยกเว้นสำหรับสินค้า 6 ประเภท ได้แก่ 1. หนังสือ 2. นิตยสาร 3. หนังสือพิมพ์ 4. แผ่นเสียง 5. เทปเพลง และ 6. แผ่นซีดีเพลง โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองด้านวัฒนธรรมและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เท่าเทียมกันของคนในประเทศ โดยจะไม่มีการแข่งขันทางด้านราคาภายในสินค้าตราเดียวกัน¹⁰² และกฎหมายจะกำหนดช้อยกเว้นแค่ห้ามการแข่งขันทางด้านราคา แต่ไม่ได้เข้าไปแทรกแซงในการกำหนดราคาหรือเพดานราคาของผู้ประกอบการว่าต้องจำหน่ายราคาเท่าใดหรือขายเกินเท่าใด

4.2.5 ประเทศไทย

4.2.5.1 แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 และมาตรา 29

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีประสบการณ์โดยตรงเกี่ยวกับคดีที่เกิดขึ้นจริง แต่หน่วยงานที่ทำหน้าที่โดยตรง คือ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งสังกัดกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งได้เริ่มทำหน้าที่กำกับดูแลเรื่องร้องเรียนร้องทุกข์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 มาโดยตลอด แม้จะไม่มีบรรทัดฐานจากคดีโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติงานจริงประสบการณ์จากเรื่องร้องเรียนร้องทุกข์สามารถนำมาพัฒนาเป็นเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติได้ ซึ่งในปัจจุบันก็ได้มีการออกแนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 และ มาตรา 29 ขึ้นมาเพื่อเป็นแนวทางการบังคับใช้ โดยจะมีความแตกต่างกันตรงที่ แนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 ได้กำหนดเกณฑ์ว่าต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมา ส่วนพฤติการณ์นั้นทั้งสองฉบับโดยหลักแล้วจะใช้เกณฑ์หรือแนวปฏิบัติร่วมกัน

4.2.5.2 เกณฑ์การขายในราคาที่ต่ำกว่าทุน

ทั้งแนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 และแนวปฏิบัติฯ มาตรา 29 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายต่ำกว่าทุนดังต่อไปนี้

¹⁰² *ibid.*, p. 325.

“(1) การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวม (Sale Below Cost) หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่ายสินค้า/บริการต่ำ หรือปรับลดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย (Average Total Cost) ซึ่งประกอบด้วย ต้นทุนการผลิตหรือต้นทุนที่ซื้อมารวมกับค่าใช้จ่ายขายและบริหาร และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เนื่องจากสามารถรับภาระการขาดทุนในระยะเวลาหนึ่งได้ หรือนำกำไรของสินค้าอื่นมาชดเชย ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันได้ หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่กล้าตัดสินใจเข้าสู่ตลาด เนื่องจากไม่คุ้มกับการลงทุน ตัวอย่างเช่น การจำหน่ายสินค้า/บริการบางชนิดต่ำกว่าต้นทุน รวมเฉลี่ยในระยะเวลาหนึ่ง หรือการจำหน่ายสินค้าหลายชนิดต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย โดยการสลับหมุนเวียนสินค้าในระยะเวลาดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง

ในกรณีที่เป็นการส่งเสริมการขายสำหรับสินค้าที่ออกสู่ตลาดใหม่ จะต้อง ไม่จำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ยในระยะเวลายาวนานเกินควร ขึ้นอยู่กับชนิดและประเภทของสินค้าหรือบริการ โดยปกติไม่ควรมีระยะเวลายาวนานกว่า 1 เดือน

ยกเว้น สินค้าที่มีความจำเป็นต้องรีบจำหน่ายโดยเร็ว มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ เช่น สินค้าที่เน่าเสียง่าย สินค้าใกล้หมดอายุ สินค้าล้าสมัย เป็นต้น”

จากแนวปฏิบัติฯ ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการขายต่ำกว่าทุน ในลักษณะต่างๆ ไป จะใช้เกณฑ์ต้นทุนรวม (Sale Below Cost) เป็นหลัก

4.2.5.3 เกณฑ์การขายในราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง

สำหรับเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดราคาในลักษณะที่ต้องการจำกัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) แนวปฏิบัติฯ ก็ได้กำหนดเกณฑ์ต้นทุนคล้ายกับกรณีการขายต่ำกว่าทุนแต่จะกำหนดเกณฑ์ที่มีความเข้มงวดกว่า ดังนี้

“(2) การกำหนดราคาจำหน่ายเพื่อจำกัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่าย หรือปรับลดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (Average Variable Cost) คือ ต้นทุนที่ซื้อวัตถุดิบเพื่อผลิตสินค้าหรือต้นทุนที่ซื้อสินค้ามาเพื่อจำหน่าย ไม่รวมค่าใช้จ่ายขายและบริหาร และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นการยอมขาดทุนในระยะเวลาหนึ่ง เนื่องจากสามารถรับภาระการขาดทุนในระยะเวลาหนึ่งได้ หรือนำกำไรของสินค้าอื่นมาชดเชย ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันได้ ซึ่งอาจเป็นการจำกัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่กล้าตัดสินใจเข้าสู่ตลาด เนื่องจากไม่คุ้มกับการลงทุน เพื่อการผูกขาดในระยะยาว

ข้อยกเว้น (1) สินค้าที่มีความจำเป็นต้องรีบจำหน่ายโดยเร็ว

มีฉะนั้น จะเกิดความเสียหายได้ เช่น สินค้าที่เน่าเสียง่าย สินค้าใกล้หมดอายุ สินค้าล้าสมัย เป็นต้น
(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบปัญหา อาจไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ หรือต้องการเลิกกิจการ”

4.2.5.4 เกณฑ์การขายในราคาที่สูงเกินสมควร

สำหรับแนวปฏิบัติฯ เกี่ยวกับกรณีที่เป็นกรกำหนดราคาที่สูงเกินสมควร หรือสูงอย่างไม่เป็นธรรม (Unreasonably High Price) ก็ได้กำหนดไว้เช่นกัน โดยให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง

“การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการสูงหรือปรับราคาจำหน่าย สูงขึ้นมากอย่างไม่เป็นธรรม เมื่อเปรียบเทียบกับต้นทุนการผลิตและการจำหน่ายโดยไม่มีสาเหตุจาก ต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น หรือการปรับราคาจำหน่ายเพิ่มสูงขึ้นมากกว่าต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งเป็นระดับราคา ที่สูงกว่าราคาตลาดที่มีการแข่งขันในภาวะการค้าปกติ เพื่อให้มีอัตรากำไรมากเกินไปเกินสมควร หรือ มากกว่าอัตรากำไรที่เหมาะสมในภาวะการค้าปกติของแต่ละธุรกิจ หรือมากกว่าอัตรากำไรที่เคยได้รับ

ในกรณีที่เกิดภาวะสินค้าหรือบริการขาดแคลน เนื่องจากความ ต้องการเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว และไม่สามารถเพิ่มการผลิตให้เพียงพอต่อความต้องการที่เพิ่มขึ้นได้ ราคาจำหน่ายอาจเพิ่มสูงขึ้นได้เฉพาะในช่วงเวลาที่เกิดภาวะสินค้าขาดแคลน”

จากแนวปฏิบัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วห้ามการจำหน่ายสินค้าใน ราคาที่สูงเกินสมควรโดยใช้เกณฑ์ต้นทุนการผลิตและอัตรากำไรในการพิจารณา ส่วนข้อยกเว้นอาจ ทำให้เฉพาะกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นจริงๆ อย่างเช่นกรณีสินค้าขาดแคลนในท้องตลาดเท่านั้น

4.2.5.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวปฏิบัติฯ

แนวปฏิบัติฯ ได้กำหนดแนวทางหลักๆ 2 แนวทาง คือ กรณีที่ขายในราคา ที่ต่ำเกินสมควร (ซึ่งรวมถึงการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง) และกรณีที่ขายในราคาที่สูงเกินสมควร สำหรับเกณฑ์ขายต่ำกว่าทุนนั้นจะใช้ตัวชี้วัด คือ “ต้นทุน” ในการพิจารณาซึ่งในเชิงกฎหมาย เปรียบเทียบนั้นทุกประเทศจะให้ความสำคัญในเรื่องนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกาว่าควรจะใช้ เกณฑ์ต้นทุนใดระหว่างต้นทุนรวมเฉลี่ยหรือต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ส่วนการกำหนดราคาที่สูงเกินไป สหภาพยุโรปในอดีตที่ผ่านมาได้เคยให้ความสำคัญในเรื่องนี้ แต่ภายหลังจากนั้นได้รับเสียงวิพากษ์จาก สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นว่าการกำหนดเกณฑ์ราคาขายที่สูงเกินไปนั้นอาจส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดได้ เนื่องจากการที่จะกำหนดว่ากรณีใดที่ถือเป็นการขายในราคาที่สูงเกินไปนั้นเป็นสิ่งที่ยากในทางปฏิบัติ

ดังนั้นรัฐจึงควรเข้ามาแทรกแซงให้น้อยที่สุดในกรณีเช่นนี้ และในปัจจุบันสหภาพยุโรปเองก็มีนโยบายที่จะใช้เกณฑ์การขายในราคาที่สูงเกินน้อยลง¹⁰³

สำหรับประเทศไทยนั้น การขายในราคาที่สูงเกินไป โดยแนวปฏิบัติฯ ได้ใช้เกณฑ์ “ต้นทุน” และ “อัตรากำไร” นั้นเป็นสิ่งที่ยากในทางปฏิบัติ กล่าวคือ เกณฑ์ต้นทุนนั้นจะมีความสอดคล้องกับกรณีการขายต่ำกว่าทุน ดังนั้นการพิจารณาหาต้นทุนในที่นี้จึงไม่น่าจะยาก แต่สำหรับเกณฑ์อัตรากำไรนั้นอาจเป็นการแทรกแซงของรัฐเกี่ยวกับเสรีภาพในการกำหนดราคา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีใดบ้างที่ถือว่าเป็น “อัตรากำไรมากเกินไปจนสมควร”

4.3 พฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา

4.3.1 ความนำ

ตามที่ Adam Smith ได้อธิบายว่า หากมีการปล่อยให้ผู้ประกอบการได้รับอิสระอย่างเต็มที่แล้ว เป็นที่แน่นอนว่าผู้ประกอบการต่างก็จะรวมตัวกันหยุดการแข่งขันซึ่งกันและกัน อันเนื่องมาจากความคิดโดยพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนต่างรักสบาย ดังนั้น มนุษย์ทุกคนจึงเลือกที่จะร่วมมือกันมากกว่าการแข่งขันที่ต้องอาศัยความพยายามด้วยตนเอง ดังนั้น หากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะเป็นตัวกำหนดหรือควบคุมการแข่งขันโดยสมาชิกในกลุ่มผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมประเภทเดียวกันหันมาร่วมมือกันโดยการ “ร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่ในระดับราคาเดียวกัน (ต้องเป็นราคาเดียวกัน) และสูงกว่าระดับราคาแข่งขันหรือราคาปกติ” ก็จะส่งผลให้เกิด “ตลาดแข่งขัน” ขึ้นมาได้ ซึ่งมาตรการที่มีหน้าที่ควบคุมหรือกำหนดให้ลักษณะนี้เรียกว่า “cartel” หรือ “มาตรการควบคุมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทาง

¹⁰³

Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識, p. 278.

การค้าในแนวราบ (horizontal agreement)”* ซึ่งหมายถึง “การร่วมมือโดยกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ซึ่งอยู่ในตลาดหรืออุตสาหกรรมประเภทเดียวกัน”

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหากกำหนดไปอย่างอัตโนมัติว่าการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในทุกกรณีถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายแล้ว ก็อาจเกิดปัญหาตามมาได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ร้านค้าขนาดกลางและเล็กได้ร่วมมือกันในการมีอำนาจต่อรองในการจัดซื้อสินค้า หรือกรณีของการร่วมมือวิจัยและค้นคว้าหรือ R&D (Research and Development) ในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูง เป็นต้น กรณีเหล่านี้ก็อาจถือว่าเป็นการร่วมมือกันซึ่งมีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ (economic efficiency) ได้ นักเศรษฐศาสตร์ส่วนมากจะมีความเห็นว่า กรณีที่เป็นความร่วมมือกันในลักษณะเช่นนี้สมควรได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายซึ่งแตกต่างไปจากพฤติกรรมความร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าทั่วไป ได้แก่ พฤติกรรมความร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) หรือพฤติกรรมการฮั้วประมูล (bid rigging) ซึ่งต่างก็เป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกลไกตลาด (market mechanism)

สำหรับประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ cartel หากพิจารณาโดยเทียบเคียงกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศที่พัฒนาแล้ว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

* ส่วนกรณีความร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง (vertical agreement) นั้น จะเป็นการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในระดับที่ต่างกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะพบในรูปแบบของ “การจำกัดวิธีการจำหน่าย” ระหว่างผู้ผลิต ผู้ประกอบการขายส่ง และผู้ประกอบการขายปลีก (ซึ่งส่งผลทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันระหว่างร้านค้าด้วยกัน และยังเป็นกรกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในระบบจัดจำหน่ายของตน) สำหรับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีใหญ่ๆ คือ (1) การจำกัดทางด้านราคาโดยตรง ซึ่งในที่นี้หมายถึง การกำหนดราคาขายปลีกหรือราคาขายต่อ (resale price maintenance) และ (2) การจำกัดที่มีใช้ทางด้านราคา ซึ่งก็ยังสามารถแบ่งออกได้อีก 2 กรณีด้วยกัน คือ 2.1 กรณีที่ส่งผลลัพท์เท่ากับ cartel ระหว่างร้านค้าที่จำหน่ายด้วยกัน (ซึ่งผู้ผลิตเป็นผู้แทรกแซงและกำหนดรายละเอียดต่างๆ) เช่น ระบบ territory การจำกัดกลุ่มลูกค้า และ 2.2 กรณีที่ส่งผลลัพท์เท่ากับเป็นการจำกัดคู่แข่ง (exclusive conduct) เช่น การขายพ่วง (tying arrangement) การทำธุรกิจในลักษณะ exclusive dealing (ยกตัวอย่าง เช่น ร้านค้าที่จำหน่ายเฉพาะสินค้ายี่ห้อหนึ่งๆ โดยเฉพาะ)

ระหว่าง 3 ประเทศด้วยกัน คือ สหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและญี่ปุ่น จะสามารถเห็นถึงความแตกต่างหรือขอบเขตการพิจารณาในเรื่องนี้ 3 ประการด้วยกัน คือ ¹⁰⁴

ประการแรก สมดุลระหว่างมาตรการที่ควบคุม cartel ที่ผิดกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ โดยมีแนวคิดให้สามารถพิจารณาตัดสินคดีได้โดยง่ายกับหลักการพิจารณาโดยรวมอย่างรอบคอบและถี่ถ้วนในกรณีที่มีการร่วมมือจำกัดการแข่งขันอาจส่งผลในเชิงบวกต่อเศรษฐกิจว่าควรจะเป็นเช่นไร

ประการที่สอง ยกตัวอย่างเช่น R&D ส่วนมากซึ่งถือว่าการจำกัดการแข่งขัน แต่ในขณะเดียวกันแนวโน้มในปัจจุบันก็ถือว่า R&D ต่างก็มีข้อดีคือเป็นการพัฒนาประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจในเชิงบวก ดังนั้น เหนือในการพิจารณาแบ่งแยกระหว่างการร่วมมือกันในลักษณะที่ถูกต้องตามกฎหมายและการร่วมมือกันในลักษณะที่ผิดกฎหมายนั้นควรพิจารณาจากอะไร ระหว่างผลลัพธ์ที่ได้จากการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน (เชิงลบ) และประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (เชิงบวก)

ประการที่สาม การพิจารณาว่า cartel นั้นถูกหรือผิดกฎหมายหรือไม่ อย่างไร นั้นควรพิจารณาจากภายใต้กรอบของนโยบายการแข่งขัน (competition policy) ที่มีขอบเขตแคบหรือควรที่จะนำมาพิจารณาโดยเทียบเคียงจากนโยบายสาธารณะโดยรวม (public policy) ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่า ยกตัวอย่างเช่น ในช่วงที่เศรษฐกิจตกต่ำ การอนุญาตให้มีการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (depression cartel) นั้น โดยหลักแล้วถือว่าการขัดต่อนโยบายการแข่งขันทางการค้า แต่หากพิจารณาจากมุมมองการคุ้มครองทางด้านแรงงาน (อาจเป็นเพราะปัญหาการว่างงาน) ซึ่งถือว่าอยู่ภายใต้ันนโยบายโดยรวมของประเทศในช่วงเวลานั้นๆ แล้วก็อาจมีเหตุผลอันสมควร

และนอกจากนี้ ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับขอบเขตของบทยกเว้น (exemptions) ที่จะนำมาบังคับใช้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ในแต่ละประเทศตามมาด้วยว่า นโยบายของรัฐบาลในประเทศนั้นๆ มีลักษณะหรือทิศทางของมาตรการ cartel เป็นเช่นไร หรือเน้นให้ความสำคัญกับนโยบายใดมากกว่า ณ ช่วงเวลานั้น เป็นต้น

4.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับ Cartel ตามหลักเศรษฐศาสตร์

คำว่า “cartel” จะไม่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากกฎหมาย Sherman Act ทั้งมาตรา 1 และมาตรา 2 หรือใน Treaty of Rome ทั้งมาตรา 81 และมาตรา 82

¹⁰⁴ Takigawa Toshiaki, Nichi-bei-EU no dokkinhou to kyouso seisaku (กฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ และนโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และ EU) (Tokyo: Seirinshoin, 1996), pp. 31-32.

ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า คำว่า “cartel” นี้มิได้เป็นศัพท์ทางกฎหมายที่เป็นทางการ แต่เป็นศัพท์ที่ใช้ในวิชาเศรษฐศาสตร์เป็นหลัก ในบริบททางกฎหมายแล้ว กฎหมายจะใช้คำว่า “restraint of trade” ในกรณีของสหรัฐอเมริกา หรือคำว่า “concerted practices” ในกรณีของสหภาพยุโรปแทน ซึ่งหมายความถึงการร่วมมือกันหรือข้อตกลง (agreement) ร่วมว่าด้วยการจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวนราบ (horizontal) และในแนวตั้ง (vertical) ซึ่งในขณะที่ cartel นั้นจะมีความหมายครอบคลุมแค่เพียงการ ตกลงร่วมกันในแนวนราบ (horizontal agreement) เท่านั้น

สำหรับปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับ cartel นั้นก็คือ cartel ในโลกความเป็นจริงเป็นสิ่งที่แตกสลายได้ง่าย สำหรับสาเหตุที่สำคัญของการแตกสลายของ cartel ซึ่งมีสาเหตุที่นอกเหนือจากผลของการบังคับใช้มาตรการ cartel ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ป้องกันการผูกขาดฯ แล้ว ก็ยังมีสาเหตุสำคัญอีก 2 ประการดังต่อไปนี้¹⁰⁵

ประการแรก cartel เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนและมีสภาพที่ไม่ถาวร ซึ่งหากพิจารณาจากผลกำไรของผู้ประกอบการในแต่ละรายแล้ว ผลกำไรที่ได้รับจากการเพิ่มปริมาณการผลิตและลดราคาลงมาโดยไม่ยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ของ cartel (ยกตัวอย่างเช่น การไม่ผลิตและจำหน่ายสินค้าตามข้อตกลง การไม่รักษาระดับราคาของ price fixing ตามข้อตกลง)¹⁰⁶ นั้นอยู่ในระดับที่สูงมากพอที่จะทำให้ผู้ประกอบการ (ที่ต้องการจะหักหลัง หรือ cheating) เลือกที่จะลดราคาจำหน่ายลงมา โดยเพิ่มปริมาณการผลิต ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นได้รับผลกระทบ (จากการลดราคาลงมา ซึ่งถือว่าเป็นผลกระทบแค่เพียงส่วนหนึ่ง) ก็ตาม และตามหลักทฤษฎีแล้วผลกระทบในเชิงลบของผลกำไรจากการลดราคาจะแปรผันโดยตรงกับปริมาณการผลิตของผู้ประกอบการในแต่ละราย ดังนั้น ยิ่งผู้ประกอบการรายใดมีขนาดกิจการเล็ก (เมื่อเทียบกับสมาชิกอื่นในกลุ่มแล้ว) เท่าใด โอกาสที่ผู้ประกอบการรายนั้นจะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการผลิตที่ตนรับผิดชอบหรือโอกาสที่จะหนีออกจากกลุ่ม cartel ก็จะมีสูงและแรงจูงใจ (incentive) ในการขยายปริมาณการผลิตก็จะเพิ่มขึ้นเท่านั้น และในทางตรงกันข้าม หากเป็นผู้ประกอบการที่มีขนาดกิจการค่อนข้างใหญ่ (ในที่นี้หมายถึง มีส่วนแบ่งตลาดค่อนข้างมาก) แล้ว แนวโน้มที่ผู้ประกอบการรายนั้นจะพยายามรักษาเสถียรภาพของ cartel ในกลุ่มก็จะมีสูงขึ้นตามมา ยกตัวอย่างเช่น กรณีการรวมกลุ่มของ OPEC ในช่วง ค.ศ. 1981-1985 กล่าวคือ ประเทศซาอุดีอาระเบียผู้ซึ่งถือว่ามีส่วนแบ่งตลาดค่อนข้างสูงประเทศหนึ่งในกลุ่มสมาชิกและเป็นแกนนำที่สำคัญของ cartel ได้ประสบปัญหาโดยประเทศอื่นๆ ในกลุ่มสมาชิกเป็น

¹⁰⁵ Sadao Nagaoka and Yukiko Hirao, 新産業組織の経済学 [Economics of Industrial Organization], 第2版. (東京: 日本評論社, 1999), pp. 124-126.

¹⁰⁶ Gotou, 独占禁止法と日本経済, pp. 29 - 34.

จำนวนมากไม่ยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงว่าด้วยการผลิตน้ำมัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ประวัติศาสตร์เกี่ยวกับหักหลังข้อตกลงร่วมหรือ cartel ของกลุ่ม OPEC นั้นนับได้ว่าเป็นประวัติศาสตร์ที่สำคัญของ OPEC มาโดยตลอด¹⁰⁷ และนอกจากนี้ยังมีงานวิจัยที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ cartel ของ OPEC¹⁰⁸ ซึ่งได้อธิบายเกี่ยวกับปัญหาของความไม่มั่นคงถาวรของ cartel ไว้เช่นกัน*

ประการที่สอง ปัญหาการกีดกันการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry) กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วตามหลักเศรษฐศาสตร์ สาเหตุของการเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นมีสาเหตุที่สำคัญๆ อยู่ 2 สาเหตุด้วยกัน¹⁰⁹ คือ (1) การมีประสิทธิภาพของผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาลงทุน และ (2) การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดก่อนอยู่แล้ว หรือสามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การที่ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาลงทุนและสามารถแข่งขันในตลาดได้นั้นอาจเนื่องมาจาก (a) อย่างน้อยที่สุดผู้ประกอบการรายใหม่สามารถจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันให้กับลูกค้าบางส่วนในราคาที่ต้นทุนต่ำกว่าสินค้าของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (b) กรณีที่จำหน่ายสินค้าที่แตกต่างไปจากสินค้าของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด หรือ (c) แม้ว่าผู้ประกอบการรายใหม่จะมีประสิทธิภาพที่สูงไม่ทัดเทียมกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม หากราคา (ของผู้ประกอบการรายใหม่) ที่จะจำหน่ายนั้นอยู่สูงกว่าต้นทุนในการผลิต (ของผู้ประกอบการรายใหม่) โดยอาศัยอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการที่อยู่ก่อนในตลาด ซึ่งหมายความว่า ต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการรายใหม่อาจสูงกว่าต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ใช้วิธี cartel (ขึ้นราคา

¹⁰⁷ Ibid., p. 125.

¹⁰⁸ M. A. Adelman, *The Genie out of the Bottle-World Oil since 1970*, (MIT Press, 1995),

* กล่าวโดยสรุปคือ เมื่อเข้ายุคสมัย ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ประเทศในกลุ่มสมาชิก OPEC ทั้งหมดต่างพยายามปิดความรับผิดชอบของตนโดยให้ประเทศในกลุ่มสมาชิกรายอื่นๆ ลดปริมาณการผลิตน้ำมันแทนประเทศตน และทำให้ประเทศสมาชิกที่เล็กกว่าเริ่มทำการขยายการผลิตน้ำมันและลดราคาจำหน่ายลงมา เพราะประเทศสมาชิกเหล่านี้ต่างรู้ดีว่า ถึงอย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกใหญ่ๆ ที่เป็นแกนนำในกลุ่มไม่สามารถออกมาตรการแก้กลับได้ เพราะประเทศใหญ่ๆ ต่างเกรงกลัวการล่มสลายของข้อตกลงร่วมโดยรวมของ OPEC และส่งผลทำให้ส่วนแบ่งตลาดการส่งออกน้ำมันของซาอุดีอาระเบียในปี ค.ศ. 1981 ซึ่งเคยสูงถึงร้อยละ 47 ได้ลดลงมาในระดับร้อยละ 19 ในปี ค.ศ. 1985.

¹⁰⁹ Nagaoka and Hirao, *新産業組織の経済学*, p. 104.

จำหน่ายให้สูงกว่าราคาแข่งขัน) ดังนั้น ผู้ประกอบการรายใหม่ก็สามารถที่จะอยู่รอดในตลาดได้เช่นกัน*

นอกจากนี้ จำนวนที่เพิ่มขึ้นของผู้ประกอบการที่มีใช้สมาชิกในกลุ่ม cartel ก็มีส่วนสำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อความอยู่รอดและผลประโยชน์ที่จะได้รับจาก cartel และผู้ประกอบการรายนั้นคาดว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับหากร่วมเข้าเป็นสมาชิกในกลุ่ม cartel อาจน้อยลงก็ได้ กล่าวคือ หากผู้ประกอบการที่มีใช้สมาชิก (outsider) ไม่ยอมฉวยโอกาสจาก cartel ด้วยการเพิ่มปริมาณการผลิตของตนแล้ว ผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกในกลุ่ม cartel จะยังสามารถเพิ่มผลกำไรของตนเองได้จากการร่วมมือกันจำกัดปริมาณการผลิต (restraint of output) ภายในกลุ่มสมาชิกด้วยกัน แต่ในความเป็นจริงนั้น outsider จะใช้วิธีเพิ่มปริมาณการผลิตของตนในระยะยาวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกำไรของสมาชิกในกลุ่ม cartel อย่างแน่นอน ซึ่งหมายความว่า ปฏิบัติการตอบโต้ที่รุนแรงของ outsider ในกรณีเช่นนี้จะทำให้สมาชิกในกลุ่ม cartel ต้องขาดทุนเพราะผลจากการเข้าเป็นสมาชิกของ cartel ในที่สุด¹¹⁰

4.3.3 ประเภทของพฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา

พฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขัน หรือ Cartel นั้นมีอยู่หลายประเภท แต่สามารถแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 8 ประเภทดังต่อไปนี้ ** คือ

1. การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (price fixing)
2. การร่วมมือกันฮั้วการประมูล (bid rigging)

* ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มประเทศที่มีใช้สมาชิกของ OPEC สามารถพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิตน้ำมันดิบโดยอาศัย cartel ของ OPEC จนทำให้ในปัจจุบันส่วนแบ่งตลาดของ OPEC ค่อยๆ ลดลงมา ประกอบกับความสำเร็จจากการพัฒนาอย่างต่อเนื่องทางด้านคุณภาพของแก๊สธรรมชาติซึ่งสามารถใช้ทดแทนน้ำมันดิบได้ ซึ่งเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การรวมกลุ่ม cartel ของ OPEC มีอำนาจต่อรองลดลงเป็นอย่างมาก.

¹¹⁰ Nagaoka and Hirao, 新産業組織の経済学, p. 126.

** นอกจากนี้ ในบางตำราอาจมีการแบ่งเป็น “การร่วมมือกันกำหนดทางด้านการลงทุน (investment cartel)” ด้วย ซึ่งหมายถึง ข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการว่าด้วยมาตรฐานหรือเกณฑ์การลงทุนในระดับเดียวกัน.

3. การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย (restraint of output หรือ production control)
4. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ต่างๆ
5. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี
6. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า
7. การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด (market division)
8. การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (group boycotts หรือ collective refusals to deal) *

4.3.3.1 พฤติกรรมการร่วมมือกันที่ส่งผลกระทบต่อราคาโดยตรง

ก. การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (Price Fixing)

การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (price fixing) ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหรือตัวอย่างหลักที่สำคัญที่สุดและมีความผิดที่ร้ายแรงที่สุดประเภทหนึ่งของ cartel โดยการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่เป็น “สัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (agreement) ว่าด้วยการกำหนดราคา” ซึ่งคดีส่วนใหญ่มักจะเป็นในรูปแบบนี้ เนื่องจากการแข่งขันทางด้านราคา (price competition) ถือเป็นหัวใจหลักของกลไกตลาด ดังนั้น การกระทำที่เป็นการจำกัด ทำลายหรือลดการแข่งขันในตลาดจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุผลอันสมควรและส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด กฎหมายฯ จึงจำเป็นต้องควบคุม cartel ในลักษณะนี้ให้มีความเข้มงวดมากที่สุด หรือจากคำพิพากษาของศาลในญี่ปุ่นซึ่งได้อธิบายถึงเหตุผลของความผิดฐาน cartel ไว้ว่า “การที่ cartel ถือว่า

* ปัญหาเกี่ยวกับการจำแนกประเภทของ cartel ในกรณีของ group boycotts ว่าเป็น cartel ด้วยหรือไม่นั้น สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ group boycotts เป็นความร่วมมือที่มีความผิดขั้นรุนแรงตามหลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal) ในขณะที่ญี่ปุ่นได้นำมาตรการ group boycotts ไปรวมอยู่ในหมวด “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” รายการที่ 1 ซึ่งหมายถึง group boycotts โดยผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันมีความสัมพันธ์ในระดับเดียวกัน (horizontal agreement) และรายการที่ 2 ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธการทำการค้าในรูปแบบอื่นๆ ที่นอกเหนือจากรายการที่ 1 ยกตัวอย่างเช่น การปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว.

เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย (ในตัวเอง) นั่นก็เพราะว่าเป็นสิ่งที่เบี่ยงเบนต่อโครงสร้างราคา (ซึ่งสมควรที่จะได้รับการกำหนดในตลาดตั้งแต่เริ่มแรก) โดยมีมนุษย์...”¹¹¹

การกำหนดราคานี้มีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ เช่น การกำหนดราคาขายต่ำสุด (minimum price fixing) การกำหนดราคาขายสูงสุด (maximum price fixing) การกำหนดราคามาตรฐาน (standard price fixing) หรือการกำหนดราคาเป้าหมาย (target price fixing) เป็นต้น แต่โดยทั่วไปแล้ว ผู้คนส่วนมากมักจะคิดว่าหมายถึง “การกำหนดราคาต่ำสุด” เท่านั้น ถึงจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะเป็นการตั้งระดับราคาขั้นต่ำให้สูงกว่าระดับราคาที่แข่งขันกันจริงในตลาด

แต่ในกรณีที่เป็น “การกำหนดราคาสูงสุด” หากพิจารณาผิวเผินแล้วผลประโยชน์ที่จะได้รับน่าจะเป็นผู้บริโภค เพราะการตั้งเพดานราคาจำหน่ายสูงสุด (maximum price) ว่าห้ามมิให้สมาชิกในกลุ่มขายสินค้าให้สูงกว่าเพดานราคาดังกล่าวจะเท่ากับเป็นการทำให้สินค้าราคาไม่แพงเกินราคาสูงสุด แต่แท้ที่จริงแล้วการกระทำดังกล่าวถือว่ามีผลตามกฎหมาย เพราะว่า

(1) เป็นแค่เพียงกลยุทธ์การกำหนดราคาประเภทหนึ่งของผู้ประกอบการโดยแอบแฝงอยู่ในรูปของการกำหนดราคาขายสูงสุด

(2) ผู้บริโภคอาจเป็นฝ่ายได้รับผลประโยชน์จากการกำหนดราคาในลักษณะดังกล่าว แต่ก็ถือว่าการทำลายระบบการแข่งขัน ซึ่งเน้นกลไกตลาดเป็นสำคัญอันสมควรจะเกิดขึ้นในตลาด

(3) เป็นการลดแรงกระตุ้นประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ

(4) หากวิเคราะห์ตามหลักเศรษฐศาสตร์ ในระยะสั้น

ผู้บริโภคดูเหมือนว่าจะได้รับผลประโยชน์ แต่ในระยะยาวปัญหาทางด้านความมั่งคั่ง (wealth transfer) ซึ่งควรจะตกอยู่ที่ผู้บริโภคแต่กลับถูกโอนอย่างไม่เป็นธรรมโดยไปตกอยู่ที่กลุ่มผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันกำหนดราคาสูงสุดแทน

ข. การร่วมมือกันฮั้วประมูล (Bid Rigging)

การฮั้วการประมูล (bid rigging) ถือได้ว่าเป็น price fixing ประเภทหนึ่ง กล่าวคือเป็นการร่วมกันตกลงกันกำหนดราคาการประมูลสินค้าหรือบริการโดยกลุ่ม

¹¹¹ 審判審決 (คำตัดสินเป็นทางการ JFTC), 4 เมษายน ค.ศ. 1952, 野田醤油事件 (คดีซอสโชยุญี่ปุ่น), 審決集 4 卷, หน้า 1.

ผู้ประกอบการสมาชิกภายในกลุ่มให้มีราคาสูงกว่าราคาแข่งขันการประมูลโดยปกติ ซึ่งวิธีการที่ใช้นั้นจะแตกต่างไปจาก price fixing กล่าวคือ การฮั้วการประมูลส่วนใหญ่มักจะมีลักษณะของการกำหนดตกลงกันภายในกลุ่มโดยทำการกำหนดให้สมาชิกรายใดรายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะการประมูลหรือการประกวดราคาในแต่ละครั้ง โดยจะทำการผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันไปเรื่อยๆ และนอกจากนี้ สมาชิกภายในกลุ่มจะพยายามหาทางป้องกันและกำจัดมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาร่วมแข่งขันในการประมูลด้วย ดังนั้น ในปัจจุบันรัฐฯ จึงจำเป็นต้องควบคุมจัดการประมูลหรือการประกวดราคาสินค้าหรือการบริการให้เป็นธรรมและเปิดเผยให้มากที่สุดเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศให้มากที่สุด เพราะเท่าที่ผ่านมา ราคาที่หน่วยงานของรัฐฯ ได้รับการประมูลนั้นค่อนข้างสูงกว่าราคาตลาดในระดับที่แตกต่างกันมาก

สำหรับแนวทางการแก้ไขและลดปัญหาการฮั้วการประมูลนั้น ยกตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1993 ญี่ปุ่นได้เริ่มเปลี่ยนแปลงระบบการประมูลสินค้าโดยนำระบบการประมูลประเภทใหม่ ซึ่งเรียกว่า “ระบบการประมูลสินค้าและบริการทั่วไปในลักษณะจำกัด” มาใช้เป็นครั้งแรก กล่าวคือ ผู้ประกอบการที่สามารถจะเข้ามาร่วมแข่งขันได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและผ่านการประเมินตามเงื่อนไขที่ทางหน่วยงานของรัฐบาลได้กำหนดไว้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ว่าการนำระบบใหม่นี้เข้ามาใช้จะสามารถลดการฮั้วกันได้จริงหรือไม่ และนอกจากนี้ก็ยังมีการวิจัยเกี่ยวกับการฮั้วประมูล¹¹² โดยอาศัยหลักเศรษฐศาสตร์เข้ามาช่วยในการวิเคราะห์ *

นอกจากนี้ “มาตรการการเพิ่มเงินค่าปรับ” กรณีฮั้วการประมูลก็อาจเป็นวิธีการป้องกันการฮั้วได้อีกทางหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น บทสรุปจากการประชุมหารือเกี่ยวกับโครงสร้างตลาดระหว่างสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น (Structural Impediment Initiative) ที่จัดขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1989-1990 ทำให้ญี่ปุ่นเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทลงโทษทางแพ่งและอาญาโดยเพิ่มเงิน

¹¹² Masashi and Tatsuyoshi Saijo, "談合実験：制限付一般競争入札の有効性," [การทดลองการฮั้วประมูล: ประสิทธิภาพของระบบการประมูลทั่วไปที่กำหนดเงื่อนไข.] *経済研究* 49 2 : 113-120.

* วิธีการวิเคราะห์ที่มีประสิทธิภาพเช่นนี้ ในญี่ปุ่นเรียกว่า “หลักเศรษฐศาสตร์ทดลอง (実験経済学)” ยกตัวอย่างเช่น การทดลองที่กำหนดให้ผู้ที่จะทำการแข่งขันไม่รู้จักกันมาก่อนและมีให้มีการสนทนาซึ่งกันและกัน ซึ่งผลปรากฏว่าผลลัพธ์ที่ได้ออกมานั้นเป็นที่น่าพอใจ และนอกจากนี้องค์ประกอบ outsider (ผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเสนอราคาต่ำกว่า) ก็มีผลสำคัญเป็นอย่างมากต่อการแก้ไขปัญหา ซึ่ง outsider ในที่นี้มีได้หมายถึงผู้ประกอบการในเขตพื้นที่เฉพาะเท่านั้น แต่มีความหมายรวมไปถึงผู้ประกอบการต่างประเทศด้วย.

ค่าปรับให้สูงขึ้นกรณีที่มีการฮั้วกัน (เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการกล้าที่จะฮั้วกันต่อไป) * หรือกรณีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของสหรัฐอเมริกาเองก็ได้กำหนดขอบเขตของบทลงโทษที่มีความเด็ดขาดและเข้มงวดว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของญี่ปุ่น **

ค. การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย

(Restraint of Output หรือ Production Control)

การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและปริมาณการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อันเนื่องจากการกระทำที่แทรกแซงกลไกตลาดอย่างไม่สมควร กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้กำหนดราคาสินค้าหรือบริการเหมือนกับ price fixing โดยตรงก็ตาม แต่ผู้ประกอบการต่างร่วมมือกันจำกัดปริมาณการผลิต (หรือการจำหน่าย) สินค้าให้น้อยกว่าความต้องการในตลาด ทำให้เกิดปรากฏการณ์สินค้าขาดแคลนและส่งผลกระทบต่อราคาสินค้า กล่าวคือ ทำให้ราคาสินค้าประเภทนั้นสูงขึ้นมา ซึ่งถือเป็นการร่วมมือกันกำหนดปริมาณในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการปรับสภาพอุปสงค์อุปทานในตลาดเป็นการล่วงหน้าซึ่งส่งผลกระทบต่อในทางลบต่อ “ราคา” ¹¹³ จึงสามารถกล่าวได้ว่าผลลัพธ์ของการร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายจึงไม่แตกต่างไปจาก price fixing เท่าไรนัก ยกตัวอย่างเช่น กลุ่ม OPEC ที่ได้จำกัดปริมาณส่งออกน้ำมันในตลาดโลก ¹¹⁴

* เงินค่าปรับกรณีที่เป็น “บริษัทขนาดใหญ่ (ในที่นี้หมายถึง บริษัทที่มีพนักงานตั้งแต่ 300 คนขึ้นไป และมีเงินทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท)” จะเท่ากับร้อยละ 6 และ “บริษัทขนาดกลางและเล็ก (ในที่นี้หมายถึง บริษัทที่นอกเหนือจากบริษัทขนาดใหญ่)” จะเท่ากับร้อยละ 3.

** กฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 วรรคหลังได้กำหนดบทลงโทษทางอาญา กล่าวคือ กรณีบุคคลธรรมดาจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือค่าปรับไม่เกินสามแสนห้าหมื่นดอลลาร์สหรัฐฯ หรือทั้งจำทั้งปรับ แล้วแต่ดุลยพินิจของศาล ส่วนกรณีนิติบุคคลทางบริษัทต้องจ่ายเงินค่าปรับ 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และสำหรับพนักงานผู้รับผิดชอบจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนบทลงโทษทางแพ่งนั้น กฎหมาย Clayton Act มาตรา 4 (a) ได้กำหนด “ค่าเสียหายสามเท่าตัว (threefold of damages)”.

¹¹³ Negishi and Sugiura, 经济法, p. 60.

¹¹⁴ สรวิต ลิ้มปรีงษ์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้าและปริมาณสินค้า," วารสารนิติศาสตร์ 30 (มีนาคม 2543) : 3-5.

4.3.3.2 พฤติกรรมการร่วมมือที่อาจส่งผลกระทบต่อทางด้านราคา

ก. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ต่างๆ

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ หมายถึง ข้อตกลงร่วมมือกันที่ (1) เป็นการจำกัดหรือยกเลิกอัตราการใช้งานหรือการทำงาน (rate of operation) ของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงระยะเวลานั้น หรือ (2) เป็นข้อตกลงที่ว่าด้วยการปรับสภาพการลงทุนทางด้านเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่างๆ ในอนาคต ซึ่งถือว่าเป็นร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรในลักษณะนี้เป็นรูปแบบทางอ้อมประเภทหนึ่งของ restraint of output¹¹⁵ กล่าวคือ ข้อตกลงว่าด้วยการจำกัดอัตราการทำงานของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงระยะเวลานั้นจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับ restraint of trade แต่ในทางปฏิบัติจริงแล้วคดีเกี่ยวกับการจำกัดในลักษณะนี้มีน้อยมาก*

นอกจากนี้ JFTC ของญี่ปุ่น ยังได้อธิบายเกี่ยวกับ cartel ในลักษณะปรับการลงทุนในอนาคตร่วมกันระหว่าง MITI (กระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ) ระบุว่า “หากการร่วมมือในลักษณะนี้ได้ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของอุปสงค์และอุปทาน ณ ปัจจุบันหรือในอนาคตอันใกล้แล้ว การร่วมมือในลักษณะนี้ก็จะไม่ถือว่าเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ”¹¹⁶ และโดยมากแล้ว “cartel ประเภทที่เป็นการปรับปรุงการลงทุนในอนาคต” ถือได้เป็น cartel ที่ปรับสภาพความสัมพันธ์ระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยฝีมือของมนุษย์ในระยะยาว และส่งผลกระทบต่อ การจำกัดการแข่งขันมากกว่า “cartel ที่

¹¹⁵ Negishi and Sugiura, 経済法, p. 60.

* ในญี่ปุ่นคดีส่วนมากจะอยู่ในรูปของความผิดโดย “สมาคมผู้ประกอบการทางการค้า” ตามมาตรา 8 ยกตัวอย่างเช่น 勸告審決 (คำตัดสิน JFTC), 7 มีนาคม ค.ศ. 1975, 告日本ポリオレフィンフィルム工業組合事件 (คดีสหกรณ์อุตสาหกรรมพลาสติกแห่งญี่ปุ่น), 審決集 21 卷, หน้า 255.

¹¹⁶ แนวปฏิบัติร่วมกันระหว่าง JFTC และ MITI “การปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างอุตสาหกรรม” 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966.

เป็นการจำกัดเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ที่มีอยู่ขณะนั้น” ดังนั้น กฎหมายจึงจำเป็นต้องควบคุมให้เข้มงวดเป็นพิเศษในกรณีนี้¹¹⁷

ข. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี ยกตัวอย่างเช่น (1) การร่วมมือกันจำกัดการใช้หรือการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือ (2) การร่วมกันทำสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น สิทธิบัตร สำหรับกรณี (1) โดยมากแล้วประเทศส่วนใหญ่จะออก guideline ว่าด้วย R&D (Research and Development) เพื่อเป็นแนวทางในการป้องกันการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน สำหรับ (2) หมายถึง กรณีที่เป็นการทำสัญญา cross license หรือ patent pool แล้วร่วมกันจำกัดราคา จำกัดปริมาณ แบ่งเขตพื้นที่ตลาด ซึ่งถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ยกตัวอย่างเช่น แนวปฏิบัติว่าด้วย R&D ออกเมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1993 โดย JFTC ของญี่ปุ่น ได้ให้คำนิยามของ R&D ว่าหมายถึง “การที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปมีส่วนร่วมในการวิจัยและพัฒนา” และยังได้ให้ความหมายของ R&D ต่อไปอีกด้วยว่า หมายถึง

(1) สิ่งที่มีประสิทธิภาพและกระตุ้นกิจกรรม R&D โดยการ (1) ลดต้นทุนของ R&D การกระจายความเสี่ยง หรือการย่นระยะเวลาให้น้อยลง (2) การเสริมเทคโนโลยีซึ่งกันและกันระหว่างผู้ประกอบการในสาขาที่ต่างกัน

(2) สิ่งที่ส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี

(3) โดยมากแล้วเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการส่งเสริมการแข่งขัน

แต่ในทางกลับกันหากการร่วมมือกันนั้นอยู่ในระดับที่มากเกินไป (เนื่องจากการรวมตัวกันของผู้ประกอบการหลายฝ่าย) อาจก่อให้เกิด “การจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง” ขึ้นได้ หรือกรณีที่ไม่มีปัญหาจากการร่วมมือกันวิจัยและพัฒนาที่ตาม แต่หากเป็นการตกลงร่วมกัน (agreement) ว่าด้วยการปฏิบัติจริงของ R&D ซึ่งส่งผลเป็นการ (ก) จำกัดกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นๆ อย่างไม่สมควร และ (ข) มีแนวโน้มส่งผลกระทบต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม (ซึ่งอยู่ในหมวดของวิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม) ในตลาดเทคโนโลยีหรือตลาดสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีดังกล่าว (ซึ่งถือว่าเป็นตลาดที่มาจากความสำเร็จของ R&D)

¹¹⁷ Negishi and Sugiura, 経済法, p. 61.

ซึ่ง JFTC เองก็ได้อธิบายถึงแนวโน้มเกณฑ์การพิจารณากรณีต่างๆ

เหล่านี้ไว้อย่างละเอียดใน guideline ดังกล่าวข้างต้น^{118*}

ค. การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า

การร่วมมือกันจำกัดสินค้าในที่นี้ หมายถึง (1) การร่วมมือกันจำกัดการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้าเฉพาะที่ได้กำหนดไว้ (2) การทำสัญญาว่าด้วยสาขาการผลิตเฉพาะทาง หรือ (3) การใช้วิธีกำหนดมาตรฐานสินค้า (standardization) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของ price fixing หรือ restraint of output ซึ่งเกินเลยจากขอบเขตของการร่วมมือกันเพื่อกำหนดมาตรฐานสินค้าโดยเฉพาะ¹¹⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือว่าผิดกฎหมาย

ง. การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด (market division)

การร่วมมือกันในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันด้วยการแบ่งตลาดซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ (1) การแบ่งกลุ่มลูกค้าเฉพาะ และ (2) การแบ่งเขตพื้นที่ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดรายชื่อผู้ที่คาดว่าจะได้รับการประมูลหรือการจัดการการประมูลด้วยตนเองโดยตรง* หรือการร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น (group boycotts) ก็ถือว่าเป็นการจำกัดในลักษณะนี้ด้วยเช่นกัน

¹¹⁸ ibid., p. 61.

* สำหรับแนวความคิดของแนวปฏิบัติ (guideline) นี้สามารถแยกขั้นตอนการพิจารณาความผิดออกเป็นสองขั้นตอนด้วยกัน คือ 1. การบังคับใช้ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ในส่วนที่ว่าด้วยการร่วมกันวิจัยและพัฒนา 2. การบังคับใช้ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ในส่วนที่ว่าด้วยข้อตกลงร่วมกันว่าด้วยการนำ R&D ไปปฏิบัติจริง.

¹¹⁹ 同意審決 (consent decree JFTC), 31 มกราคม ค.ศ. 1963, 日本紙製品工業会事件 (คดีกลุ่มอุตสาหกรรมผลิตกระดาษ nihonshi), 審決集11 卷, หน้า 48.

* การร่วมมือกันฮั้วประมูล (bid rigging) โดยทั่วไปแล้ว ถือว่าเป็นการกำหนดราคาสินค้าหรือการบริการที่จะรับการประมูลหรือผู้ที่คาดว่าจะได้รับการประมูลเป็นการล่วงหน้าในอุตสาหกรรมการก่อสร้าง ซึ่งสามารถจัดเข้าประเภทเป็นการจำกัดกลุ่มลูกค้าประเภทหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันการฮั้วประมูลก็ถือว่ามีผลลัพธ์เท่ากับ price fixing ด้วยเช่นกัน.

จ. การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (group boycotts)¹²⁰

การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า (group boycotts) โดยทั่วไปจะหมายถึง การที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป (ซึ่งจะแตกต่างไปจากการปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว หรือ refusals to deal) ร่วมมือกันไม่ทำการค้าหรือธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์ที่แน่ชัด คือ เพื่อเป็นการกำจัดคู่แข่งชั้นให้ออกไปจากตลาด หรือเพื่อป้องกันยับยั้งมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดกับตนได้ ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิ (อิสระ) ในการประกอบธุรกิจของคุณคู่แข่งอย่างไม่ถูกต้อง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการกระทำในลักษณะนี้จะมีความผิดในขั้นที่ค่อนข้างรุนแรงใกล้เคียงกับ price fixing หรือ restraint of output

4.3.4 สหรัฐอเมริกา

4.3.4.1 วิวัฒนาการเกณฑ์การพิจารณาโดยแนวบรรทัดฐานของศาล

กฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade) ** ซึ่งมาตรการ 1 นี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษ (British law of property and commercial transactions) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง) ของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันจะพิจารณาจากการร่วมมือกันจำกัดอิสระในการทำธุรกรรมใดๆ” ยกตัวอย่างเช่น กฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษจะถือว่า การร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) เป็นการร่วมมือกันจำกัดอิสระในการกำหนดราคาสินค้าระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ดังนั้น การร่วมมือกันในลักษณะนี้ทุกกรณีจึงถือ

¹²⁰ Iyori and Yabe, 実務解説 独禁法 Q&A, p. 267.

** กฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้ใช้คำว่า “...in restraint of trade...” ในกรณีของ Treaty of Rome (EC) มาตรา 82 ได้ใช้คำว่า “concerted practices” ซึ่งจะมีความหมายที่กว้างกว่า และกรณีของญี่ปุ่นตามวรรค 3 วรรคหลัง หากแปลจากต้นฉบับภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “unreasonable restraint of trade” และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ได้บัญญัติว่า “...ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่นทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด...”

ว่าเป็นการ “จำกัดการแข่งขันทางการค้า” เพราะเป็นการที่สมาชิกผู้ประกอบการด้วยกันเองร่วมมือกันตัดสินใจที่จะจำกัดอิสระการทำธุรกรรมซึ่งกันและกัน¹²¹

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่า common law ของประเทศอังกฤษ จะกำหนดไว้อย่างตายตัวว่า การร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในทุกกรณีเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่จะหมายถึง ในกรณีที่มีการร่วมมือกันนั้นเป็นพฤติกรรมที่มี “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง)” เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นการ “จำกัดการแข่งขันทางการค้า” ส่วนในเรื่องการพิจารณาว่า “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง)” นั้นหมายถึงอะไร ก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ที่จะต้องกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาตามแนวบรรทัดฐานของ common law ของประเทศอังกฤษข้างต้น

กฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้กำหนดแค่เพียงรายละเอียดอย่างคร่าวๆ เท่านั้น เกี่ยวกับการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า จึงหมายความว่า เนื้อหาหรือเกณฑ์ที่จะใช้กำหนดว่ามีความผิดตามมาตรา 1 หรือไม่นั้นมิได้อยู่ที่ตัวบท แต่จะอยู่ที่แนวบรรทัดฐานของศาลที่ได้พิจารณาบรรทัดฐาน (โดยได้รับอิทธิพลจาก common law ของประเทศอังกฤษมาอีกทอดหนึ่ง) ดังนั้น แม้กระทั่งปัจจุบันนี้ก็ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของมาตรา 1 ซึ่งได้ถูกร่างมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1890 แต่อย่างไร แต่ตัวที่เปลี่ยนแปลงกลับเป็น “เกณฑ์” ที่ใช้ในการพิจารณา “การจำกัดการแข่งขันทางการค้า” โดยศาลซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละยุคแต่ละสมัย ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็ นมาตรการ cartel กีดกัน พฤติกรรม monopolization กีดกัน หรือมาตรการการควบกิจการกีดกัน ต่างก็มีลักษณะที่เหมือนกันโดยหากจะมีการเปลี่ยนแปลงก็จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขที่ “เกณฑ์” ในการพิจารณาตัดสินคดีแทน

หลักการดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงถือว่าเป็นหลักการของ common law ของประเทศอังกฤษโดยทั่วไป กล่าวคือ คำพิพากษาในคดีหนึ่งคดีใดสามารถที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเดิมจากคดีที่มีลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน เพื่อให้เกณฑ์มีความกระชับเพิ่มมากขึ้นเป็นธรรมดาให้มากที่สุด และกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า หากนำ “เกณฑ์ทั่วไป” ที่มีมาก่อนแล้วมาใช้พิจารณาคดีแล้วอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบหรือความไม่เหมาะสมขึ้น กรณีเช่นนี้จึงสามารถอนุโลมให้มีการกำหนด “เกณฑ์เพิ่มเติม” ขึ้นมาใหม่ได้แต่จะต้องมีความสอดคล้องกับผลของการพิจารณาตัดสินที่เหมาะสม และหาก “เกณฑ์เพิ่มเติม” ที่มีอยู่แล้วไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างเหมาะสม ก็อนุโลมให้กำหนด “เกณฑ์ทั่วไป” ใหม่ขึ้นมาใช้แทนเป็นเช่นนี้ไปเรื่อยๆ จนกว่าช่องว่างของกฎหมายจะหมดไป

¹²¹ Morgan, *Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins*, pp. 1-3.

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ตัวบทนั้นจะคงที่ไม่เปลี่ยนแปลง (หรือแก้ไขได้ค่อนข้างยาก) แต่เกณฑ์การพิจารณาจะมีการเปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดที่แตกต่างกันไปในแต่ละสมัย การเปลี่ยนแปลงในตัวเกณฑ์จึงเป็นสิ่งจำเป็น โดยมีการเรียกร้องให้ทำการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์ให้ดีขึ้นไปเรื่อยๆ อย่างเป็นระบบ ซึ่งเรียกว่า “วิวัฒนาการ (evolution)” ของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าจึงจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์การพิจารณาไปเรื่อยๆ เพื่อให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

4.3.4.2 หลักเศรษฐศาสตร์กับเกณฑ์การพิจารณาคดี

ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ประกอบการ a b และ c ร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่ทั้งนี้เนื่องจากทั้งสามบริษัทต่างก็มีส่วนแบ่งตลาดต่ำ ซึ่งถึงแม้ว่าจะใช้วิธีร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า (price fixing) ก็ตาม แต่ในที่สุดแล้วทั้งสามบริษัทก็ไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าได้ (กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็น “อำนาจเหนือตลาด”) อันเนื่องมาจากมีคู่แข่งรายอื่นๆ อยู่มากในตลาดนั้น หากพิจารณาจากหลักเศรษฐศาสตร์แล้ว อาจมีความคิดที่จะเรียกร้องให้มีการกำหนดโดยนำ “อำนาจเหนือตลาด” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากรณีมาตรการ cartel เช่นเดียวกับพฤติกรรม Monopolization หรือมีมาตรการควบคุมกิจการ แต่ในทางปฏิบัติจะพบว่า การกำหนดขอบเขตของคู่แข่งในตลาด (เพื่อคำนวณหาอำนาจเหนือตลาดหรือส่วนแบ่งตลาด) เป็นเรื่องที่ยากมาก ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงไม่นำองค์ประกอบ “อำนาจเหนือตลาด” มาใช้พิจารณาในกรณีที่เป็นความร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่จะใช้วิธีตัดสินโดยแยกระหว่างการร่วมมือกันในลักษณะที่ผิดกฎหมายอย่างเด็ดขาด (per se illegal) และการร่วมมือกันในกรณีที่นอกเหนือไปจากกรณีแรก โดยหลักวิชาเศรษฐศาสตร์จะเข้ามามีบทบาทในส่วนของการพิจารณาว่าพฤติกรรมเหล่านั้นมีลักษณะในทางบวก (ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจโดยรวม) หรือส่งผลกระทบในทางลบซึ่งเป็นการจำกัดมิให้เกิดการแข่งขัน หรือเป็นการลดการแข่งขัน ดังนั้นการพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ในช่วงที่ผ่านมาจึงต้องอาศัยหลักวิชาทางเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมากในการพิจารณาเกณฑ์การตัดสินให้มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมให้มากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่สมัย ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา บทบาทของหลักวิชาทางเศรษฐศาสตร์ได้เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ยกตัวอย่างเช่น บทบาทที่ลดน้อยถอยลงไปของหลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal) ในกรณีการพิจารณาคดี cartel โดยใช้หลักพิจารณาโดยรวมหาความถูกต้องตามหลักเศรษฐศาสตร์แทน เป็นต้น

4.3.4.3 การร่วมมือจำกัดการแข่งขันในกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

กิจการร่วมค้า หรือ joint venture (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “JV”) โดยทั่วไปแล้วจะเข้าใจว่า บริษัท a ร่วมลงทุนกับบริษัท b สร้างบริษัทลูก c ขึ้นมาใหม่ แต่ในบางครั้ง กรณีที่บริษัท c อาจเกิดขึ้นอยู่ก่อนแล้ว บริษัท a และบริษัท b ร่วมมือกันซื้อหุ้นของบริษัท c ต่อมาในภายหลังก็ถือว่าเป็น JV ได้เช่นกัน¹²² หรืออาจให้คำนิยามของ JV ว่าหมายถึง

(1) สัญญาหรือข้อตกลงว่าด้วยความสัมพันธ์ความร่วมมือเพื่อเป็นการประหยัดหรือลดต้นทุนต่างๆ ระหว่างผู้ประกอบการหลายๆ ฝ่าย หรืออาจรวมถึง

(2) กรณีที่เป็นการรวมกิจการบางส่วนโดยอาศัยการก่อตั้ง JV ซึ่งสมาชิกถือครองหุ้นส่วนอยู่ (สำหรับรูปแบบของการรวมกิจการในอุตสาหกรรมการผลิตหรือการจัดจำหน่ายอาจเป็นไปได้ทั้งในแนวดิ่งหรือแนวราบ)^{123*}

แต่ความสัมพันธ์ความร่วมมือโดยกลุ่มสมาชิกดังกล่าวในลักษณะนี้เพื่อการบริหารกิจการที่ดีกว่าไม่ว่าจะเป็นในกรณี (1) หรือ (2) จะถูกแยกออกจาก cartel ทั่วไป ซึ่งถึงแม้ว่า JV อาจถือได้ว่าเป็น “combination” รูปแบบหนึ่งตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ก็ตาม ซึ่งกฎหมายจะควบคุม JV ในกรณีที่ JV นั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหลักแห่งเหตุและผลจะถูกนำมาใช้พิจารณาความผิดหากเป็น JV (ที่มีใช่เป็นการแฝงตัวของ price fixing)^{*}

¹²² Ikuo Hattori, 比較独占禁止法 [เปรียบเทียบกฎหมายป้องกันการผูกขาด], (東京: 泉文堂, 1998), p. 175.

¹²³ Sato, アメリカ反トラスト法- 独占禁止政策の原理とその実践, p. 118.

* ทั้งนี้ การใช้หลักแห่งเหตุและผลในกรณี JV จะมีลักษณะที่คล้ายกันกับกรณี trade association (สมาคมผู้ประกอบการทางการค้า) กล่าวคือ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของทั้งสองต่างอยู่ที่การแบ่งผลกำไรที่สูงสุดให้กับสมาชิกในกลุ่ม มิใช่เพื่อการให้ได้มาซึ่งผลกำไรที่สูงสุดแก่ JV หรือ trade association โดยตรง (ซึ่งจุดนี้คือจุดที่แตกต่างจาก cartel) และถือได้ว่าเป็นการเสียสละหรืออุทิศผลประโยชน์นี้ให้กับส่วนรวม (สมาชิก) โดยอ้อม.

* การใช้หลักแห่งเหตุและผลในกรณี JV จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับกรณี trade association (สมาคมผู้ประกอบการทางการค้า) กล่าวคือ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของทั้งสองต่างอยู่ที่การแบ่งผลกำไรที่สูงสุดให้กับสมาชิกในกลุ่ม มิใช่เพื่อการให้ได้มาซึ่งผลกำไรที่สูงสุดแก่ JV หรือ trade association โดยตรง (ซึ่งจุดนี้คือจุดที่แตกต่างจาก cartel) และถือได้ว่าเป็นการเสียสละหรืออุทิศผลประโยชน์นี้ให้กับส่วนรวม (สมาชิก) โดยอ้อม.

แต่อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของ JV อาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศก็ได้ สำหรับสหรัฐอเมริกา JV จะมีลักษณะที่กว้าง กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาที่ไม่แข็งกระด้างตายตัวดังเช่นญี่ปุ่น สาเหตุว่าทำไมไม่ต้องรวมตัวในรูปของ JV นั้นมีอยู่ด้วยกันหลายประการ แต่โดยหลักๆ แล้ว อาจเป็นเพราะว่า ในบางอุตสาหกรรมหากลงทุนแต่เพียงผู้เดียวก็ไม่สามารถดำเนินกิจการได้ หรือเพื่อเป็นการกระจายความเสี่ยง (risk) ของการบริหารกิจการ หรืออาจเป็นมาตรการที่ใช้เป็นเสมือนเครื่องมือป้องกันปรากฏการณ์ความล้มเหลวของตลาด (market failure) ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (ยกตัวอย่างเช่น ความเสี่ยง ความไม่แน่นอน)

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่าง cartel กับ JV ในที่นี้จะหมายถึง “price fixing” ที่แอบแฝงอยู่ในรูปของ JV เป็นการบ่งชี้ว่าจะมีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด” หรืออาจกล่าวกลับกันได้ว่า กรณีที่การรวมตัวในรูปแบบของ JV ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงในกิจการของตน เข้าข่ายการกระทำที่ผิดกฎหมาย กรณีเช่นนี้จะนำหลักแห่งเหตุและผลมาใช้พิจารณา ดังเช่น คดี BMI หรือคดี NCAA ดังที่ได้ยกมาแล้วข้างต้น ส่วน JV ที่มีลักษณะการรวมตัวกันที่ใกล้เคียงกันกับการควบกิจการ (merger) โดยทั่วไปแล้วจะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของมาตรการควบกิจการ แต่เกณฑ์การพิจารณามาตรการควบกิจการและหลักแห่งเหตุและผลจะไม่แตกต่างกันในทางปฏิบัติเท่าไร¹²⁴

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่าง group boycotts กับ JV นั้น JV ส่วนมากจะมีลักษณะที่คล้ายกับ group boycotts โดยการร่วมกันปฏิเสธการทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น หรือปฏิเสธมิให้ผู้ประกอบการเข้าร่วมในกลุ่มด้วย เป็นต้น แต่โดยทั่วไปแล้วจะใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณา (ยกตัวอย่างเช่น คดี Northwest Wholesale Stationers ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น)

โดยปกติหากพิจารณา JV โดยพิจารณาทางด้านสังคมแล้ว JV อาจกล่าวได้ว่าเป็น “รูปแบบขององค์กรร่วม”¹²⁵ ในหลายๆ ด้าน ยกตัวอย่างเช่น R&D (Research and Development) การผลิต การโฆษณา การจัดจำหน่าย เป็นต้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ ยกตัวอย่างเช่น 1. การช่วยเสริมความสามารถในการบริหารกิจการในแต่ละบริษัทหรือหน่วย 2. R&D ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการให้ได้มาซึ่งการประหยัดต่อขนาดโดยการรักษาความเป็นอิสระของแต่ละบริษัท 3. การส่งเสริมการถ่ายทอดเทคโนโลยี และ 4. การส่งเสริมการเข้ามาลงทุนหรือขยายการลงทุนโดยศึกษาหรือเรียนรู้เทคโนโลยีก่อนที่จะเข้าไปลงทุน เป็นต้นแต่ในทางกลับกัน JV บางประเภทอาจเข้าข่ายดังต่อไปนี้ คือ

¹²⁴ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 37.

¹²⁵ Sato, アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践 -, p. 118.

(1) เป็นการทำลายหรือลดการแข่งขัน (ที่ปรากฏเด่นชัดหรือที่แอบแฝงอยู่) ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน

(2) สมาชิก JV ผู้ซึ่งมีสิทธิจำกัดเด็ดขาด (exclusive rights) ใช้สิทธิดังกล่าวให้ตนมีสถานะเหนือกว่าสมาชิกรายอื่น

(3) กรณีที่ส่งผลกระทบต่อระบบการแข่งขันหรือส่วนประกอบที่สำคัญของ JV เสียหาย¹²⁶

ซึ่งกรณีต่างๆ เหล่านี้จะอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ (การใช้หลักแห่งเหตุและผลในลักษณะ structured or focused rule of reason แทน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็น “หลักความผิดเด็ดขาดที่ไม่แข็งกระด้าง”) ซึ่งจะพิจารณาที่ซึ่งน้ำหนักระหว่างการต่อต้านการแข่งขันและผลประโยชน์ที่จะได้รับการจำกัดการแข่งขันอย่างมีหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการพิจารณาคดี*

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา R&D ถือว่าเป็นส่วนที่สำคัญยิ่งของ JV ซึ่งต่อมาก็ได้มีนักวิชาการบางฝ่ายซึ่งมีมุมมองจากนโยบายอุตสาหกรรม (industrial policy) ได้วิจารณ์ถึงนโยบายป้องกันการผูกขาดฯ (antitrust policy) ของสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่าสาเหตุที่ทำให้ R&D ของสหรัฐอเมริกาล่าช้ากว่าญี่ปุ่นหรือเยอรมนีก็เพราะว่า สหรัฐอเมริกาได้เน้นกฎหมายป้องกันการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁶ ibid., p. 119.

* แต่ในบางครั้งศาลอาจใช้หลักแห่งเหตุและผลที่ตรวจสอบจากองค์ประกอบภายนอก (quick look rule of reason) นำมาพิจารณา กล่าวคือ ศาลพิจารณาคดีโดยมิได้ทำการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์อย่างละเอียดแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1992 คดี Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. National Basketball Association, 961. F. 2d. 667 (7 th Cir., 1992). ซึ่งโจทก์ (ทีมบาสเก็ตบอล Chicago Bulls และสถานีโทรทัศน์ WGN-TV) ได้ฟ้องร้องว่า จำเลย (NBA หรือสมาคมบาสเก็ตบอลแห่งชาติ) ได้จำกัดช่องสถานีโทรทัศน์ที่จะถ่ายทอดการแข่งขันว่าผิดต่อกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ส่วนจำเลยได้อ้างว่าเป็นการป้องกันปัญหา “free rider” เป็นเหตุผลในการจำกัดในลักษณะดังกล่าว และศาลได้พิพากษาคดีโดยการพิจารณาถึงเหตุผลในการจำกัดการแข่งขันก่อนที่จะทำการวิเคราะห์ในทางเศรษฐศาสตร์ (อำนาจเหนือตลาด) และวินิจฉัยให้ NBA เป็นฝ่ายแพ้คดี.

ผูกขาดฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง cartel ที่มีความเข้มงวดที่มากจนเกินไป¹²⁷ แต่ความคิดนี้ได้ถูกปฏิเสธไปในที่สุดอันเนื่องมาจากการที่ศาลได้นำหลักแห่งเหตุและผลมาใช้พิจารณาตีกรณีของ JV ภายหลังจากปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา เช่น คดี BMI หรือคดี NCAA เป็นต้น แต่ความคิดในแนวนี้มิได้สูญเปล่าหรือถูกปฏิเสธอย่างสิ้นเชิง ต่อมาในภายหลังรัฐสภาได้เริ่มตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่อาจตามมาในกรณีที่เป็น R&D โดยเฉพาะปัญหาช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ เนื่องจากในขณะนั้น สหรัฐอเมริกาเริ่มตระหนักและให้ความสำคัญกับการแข่งขันระหว่างประเทศในสาขา R&D ซึ่งกฎหมาย Sherman Act เพียงอย่างเดียวอาจเป็นการทำให้การพัฒนาทางด้าน R&D ช้าลงและไม่ทันต่างประเทศก็ได้ ดังนั้นในปี ค.ศ. 1984 จึงได้มีการร่างกฎหมาย “National Cooperative Research and Development Act: NCRA” * ขึ้นมาบังคับใช้โดยมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ¹²⁸

(1) การไม่นำหลักความผิดเด็ดขาดมาใช้ในกรณี R&D แต่จะใช้หลักแห่งเหตุและผลแทน ซึ่งเป็นการนำบรรทัดฐานของศาลมาบัญญัติเป็นกฎหมายที่ชัดเจน

(2) หากยื่นแผน R&D (ยกตัวอย่างเช่น ลักษณะ รูปแบบ วัตถุประสงค์ สมาชิก เป็นต้น) ต่อทาง FTC หรือ DOJ ทราบล่วงหน้า ผู้ประกอบการก็สามารถได้รับการยกเว้น “ค่าปรับสามเท่าตัว” (แต่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายตามค่าเสียหายจริงและค่าทนายความเท่านั้น)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁷ Dertouzos M. L. et al, “Made in America: Regaining the Productive Edge,” Paper presented by The MIT Press, 1989, pp. 105-106. ซึ่งเป็นรายงานของกลุ่มนักวิจัยของ MIT เป็นงานวิจัยเกี่ยวกับนโยบายการฟื้นฟูศักยภาพการแข่งขันของอุตสาหกรรมสหรัฐอเมริกา.

* สำหรับขอบเขตตลาด R&D ในเชิงภูมิศาสตร์ตามแนวคิดของกฎหมายฉบับนี้จะครอบคลุมไปทุกประเทศโดยถือว่าเป็นตลาดเดียวกัน อันเนื่องมาจากความคิดเกี่ยวกับ R&D ตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ที่พยายามอธิบายโดยการตั้งเป้าหมายให้ (1) กลุ่มผู้นำ R&D หลายๆ ราย (JV หรือบริษัทที่มีศักยภาพในการพัฒนาที่ใกล้เคียงกัน) แข่งขันอยู่ในตลาดระดับประเทศหรือระดับโลก (2) ส่งเสริมการพัฒนาการแข่งขันและการประหยัดต่อขนาด.

¹²⁸ Takigawa, 且米euの独禁法と競争政策, p. 38.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1993* รัฐสภาได้ขยายขอบเขตของการบังคับใช้ออกไป

โดยให้ครอบคลุมรวมถึง “สาขาการผลิต” ซึ่งนอกเหนือจาก R&D ด้วย โดยการยกร่างออกเป็นกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมา คือ กฎหมาย “National Cooperative Production Amendments Act: ACPA” ซึ่งมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมาย NCRA ข้างต้น กล่าวคือ ใช้หลักแห่งเหตุและผลและชดใช้ค่าเสียหายตามค่าเสียหายจริงในกรณีที่ยื่นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นการล่วงหน้า (หาก facility) ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตนั้นอยู่ภายในประเทศ)

4.3.4.4 หลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดี

ก. หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason)

หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) เป็นหลักทั่วไปที่ใช้ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของสหรัฐอเมริกา แต่ก่อนที่จะอธิบายถึงรายละเอียดและเนื้อหา ผู้เขียนอยากเน้นว่าหลักแห่งเหตุและผลนี้มิได้เป็นหลักโดยเฉพาะของมาตรการ cartel แต่เพียงเท่านั้น

ในช่วงแรกที่เริ่มใช้กฎหมาย Sherman Act ศาลได้พิจารณาความผิดฐาน cartel ตามตัวอักษรในมาตรา 1 ทุกประการ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำในลักษณะ “restraint of trade” ศาลก็ตัดสินโดยทันทีว่ามีความผิดตามกฎหมาย แต่ต่อมาในภายหลังศาลเองก็ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขเกณฑ์การพิจารณาขึ้นมาใหม่เป็น “undue restrain” แทน ซึ่งหมายถึง การร่วมมือกันในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นถึงจะมีความผิดตามมาตรา 1 โดยจะอาศัยองค์ประกอบต่างๆ โดยรวมพิจารณาในคดีที่แตกต่างกันไป เรียกว่า “หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason)”

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเสียของหลักแห่งเหตุและผลก็คือ เกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณานั้นไม่มีความแน่นอนและชัดเจน ดังจะเห็นได้จากคดี Chicago Board¹²⁹ ในปี ค.ศ. 1918 ซึ่งเป็นคดีแรกที่ได้มีการเรียกร้องให้ใช้หลักแห่งเหตุและผล ซึ่งประเด็นสำคัญของคดีนี้อยู่ที่ การตกลงและร่วมมือกันจำกัดโดยห้ามการทำธุรกรรมสินค้านอกเหนือจากเวลาทำการนั้นถือว่าเป็นการ

* ในปีเดียวกัน ญี่ปุ่น (JFTC) ก็ได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับ R&D ออกมาเช่นกัน โดยมีชื่อเรียกว่า “แนวทางตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ว่าด้วยการวิจัยและพัฒนาร่วม”.

¹²⁹ Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

ร่วมมือกันในลักษณะที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลสูงได้พิจารณาโดยใช้หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) ดังต่อไปนี้

(1) การพิจารณาแค่เพียงเป็นการนำองค์ประกอบต่างๆ มาเรียงไว้ด้วยกันเท่านั้น เช่น สภาพการณ์ของอุตสาหกรรมที่มีการจำกัดในช่วงเวลานั้น การเปลี่ยนแปลงทางด้านสถานการณ์ก่อนและหลังที่มีการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ลักษณะการจำกัดและผลลัพธ์ที่อาจเกิดจากการจำกัด เหตุผลที่เลือกใช้วิธีการจำกัด ความเป็นมาเกี่ยวกับการจำกัดความร้ายแรงที่คาดว่าจะมีอยู่ในขณะนั้น วัตถุประสงค์ในการจำกัด เป็นต้น¹³⁰

(2) เป็นการพิจารณาโดยอาศัยความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษาเป็นหลัก (subjectively) ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อหลักความยุติธรรมของศาล จากเหตุผลทั้งสองข้อจึงสามารถสรุปได้ว่าหลักแห่งเหตุและผลที่ถูกนำมาใช้ในคดีนี้มีข้อเสียค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่ชัดเจนของเกณฑ์ในการพิจารณาคดี

นอกจากนี้ ปัญหาทางด้านเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีก็นับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เพราะเนื่องจากต้องอาศัยข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญตามหลักแห่งเหตุและผล ดังนั้น จึงจำเป็นต้องใช้เวลาค่อนข้างมากในการรวบรวมและวิเคราะห์หลักฐานต่างๆ ส่วนอีกประเด็นหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า กรณีที่พิจารณาจากฝ่ายผู้ประกอบการแล้ว หากเกณฑ์การพิจารณานั้นไม่มีความแน่นอนในตัวเองแล้ว ผู้ประกอบการเองก็ไม่สามารถดำเนินกิจการทางธุรกิจได้อย่างสบายใจ เพราะพฤติกรรมต่างๆ ที่ผู้ประกอบการเลือกอาจเข้าข่ายพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายได้¹³¹

เนื่องจากเหตุผลต่างๆ ข้างต้น นักวิชาการได้วิพากษ์วิจารณ์ถึงข้อเสียของหลักแห่งเหตุและผลในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป และตั้งแต่หลังช่วงปี ค.ศ. 1920 ศาลก็ได้เริ่มหันมาใช้หลักอื่นที่มีความเหมาะสมกว่าในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับ cartel ในลักษณะต่างๆ ซึ่งเรียกว่า “หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal)” โดยการกำหนดประเภทของพฤติกรรมตามองค์ประกอบที่เข้าข่ายความผิดไว้อย่างแน่นอน และข้อดีของหลักความผิดเด็ดขาดนี้ก็คือ ไม่เสียเวลามากในการพิจารณาและยังเป็นการหลีกเลี่ยงการพิจารณาโดยรวมซึ่งมีความซับซ้อนค่อนข้างมาก

ข. หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal)¹³²

¹³⁰ Sato, アメリカ反トラスト法-独占禁止政策の原理とその実践, pp. 98-99.

¹³¹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, pp.34-35.

¹³² Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法 p. 15.

สำหรับข้อดีของเกณฑ์การพิจารณาตามหลักความผิดเด็ดขาด คือ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการพิจารณาในลักษณะเฉพาะกรณีๆ ไป (case by case basis) ที่ต้องอาศัย หลักฐานต่างๆ มาใช้ประกอบโดยรวม (rule of reason) แต่ก็ได้หมายความว่า หลักความผิดเด็ดขาดจะไม่มีขอบเขตในการนำมาใช้ แต่หากกฎหมายหรือศาลให้ความสำคัญกับหลักความผิดเด็ดขาดนี้มากเกินไป กล่าวคือ ขยายอำนาจหรือขอบเขตการพิจารณาให้กว้างมากเกินไป ในบางกรณี ยกตัวอย่างเช่น การร่วมมือกันในบางรูปแบบซึ่งแท้ที่จริงแล้วจัดได้ว่าเป็น “พฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันในตลาด” ก็อาจถูกตัดสินทันทีว่ามีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด ดังนั้น หลักความผิดเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) การร่วมมือนั้นจะต้องเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดในระดับที่สูงมาก

(2) ผลประโยชน์ที่ได้รับจากร่วมมือในการข้อ (1) มากกว่าผลประโยชน์ที่ได้รับทางด้านประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ

หลักความผิดเด็ดขาดได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายจนกระทั่งถึงช่วงปี ค.ศ. 1960* โดยศาลได้จำแนกประเภทต่างๆ ของ cartel ที่มีแนวโน้มผิดกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งการร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) นับได้ว่าเป็น cartel ประเภทแรกที่ใช้หลักความผิดเด็ดขาดในการพิจารณาที่มีข้อบกพร่อง (แต่ไม่ได้หมายความว่า คดีที่จะยกตัวอย่างตามมาเป็นคดีแรกที่เกี่ยวข้องกับ cartel) ยกตัวอย่างเช่น คดี Trenton Potteries¹³³ ในปี ค.ศ. 1927 ซึ่งเป็นคดีที่กลุ่มสมาชิกสมาคมผู้ประกอบการเครื่องปั้นดินเผาสำหรับเครื่องสุขภัณฑ์ห้องอาบน้ำ (Sanitary Potters' Association) ทั้ง 23 บริษัท ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 82 ในตลาดสินค้าดังกล่าวได้ถูกฟ้อง 2 ข้อหา คือ ข้อหาแรก กลุ่มสมาคมดังกล่าวได้ร่วมมือกันปรับและรักษาราคาสินค้าให้อยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐ (in restraint of interstate commerce) และข้อหาที่สอง กลุ่มสมาคมฯ ยังได้ทำข้อตกลงร่วมกับร้านค้าขายส่งให้

* Thomas D. Morgan, CASE AND MATERIALS ON MODERN ANTITRUST LAW AND ITS ORIGINS, table of content. ได้วิเคราะห์ความเป็นมาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ของสหรัฐอเมริกาโดยแบ่งเป็นยุคสมัยของหลักความผิดเด็ดขาดซึ่งเน้นการพิจารณาที่โครงสร้างตลาดเป็นสำคัญ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1940-1973 และหลังจากปี ค.ศ. 1974 เป็นต้นมา จัดเป็นยุคสมัยใหม่ของกฎหมาย (modern understanding of Antitrust law).

¹³³ United States v. Trenton Potteries Cop, 273 U.S. 392 (1927).

ทำสัญญาว่าจะจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลักเท่านั้น (ซึ่งเรียกว่า “legitimate jobbers”) โดยกำหนดเงื่อนไขว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลัก¹³⁴

แต่ฝ่ายสมาคมฯ ได้อ้างว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวของถือว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลอันควร และไม่ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ และศาลสูงก็ได้พิพากษาให้กลุ่มสมาคมฯ มีความผิดตามมาตรา 1 กฎหมาย Sherman Act โดยกำหนดไว้ในกรณี price fixing ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง จะไม่ใช้วิธีการพิจารณาตามสภาพการณ์ที่แตกต่างกันไปในลักษณะโดยรวมตามหลักแห่งเหตุและผล อันเนื่องมาจาก price fixing นั้นถือว่า “พฤติกรรมในตัวเองเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง”¹³⁵

จากคดีข้างต้น สามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า price fixing ในทุกกรณีถือว่า (1) มีวัตถุประสงค์ของการจำกัดการแข่งขันในตลาด และ (2) ส่งผลลัพธ์หรือผลกระทบต่อตลาดอันเนื่องมาจากการจำกัด หรือลดการแข่งขันในตลาด ดังนั้น cartel (price fixing) จึงมีความผิดตามมาตรา 1 กฎหมาย Sherman Act โดยไม่มีข้อยกเว้น และหลังจากคดีนี้เป็นต้นมา ความผิดตามมาตรา 1 ในกรณีของ price fixing จึงมีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด

ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับหลักความผิดเด็ดขาดกับ price fixing ก็อาจตั้งคำถามได้ว่า กรณีที่เป็น cartel ในลักษณะอื่นๆ ที่มีใช้ price fixing ยกตัวอย่างเช่น restraint of output หรือ market division ซึ่งเป็นรูปแบบของ cartel ซึ่งพิจารณาจากภายนอกแล้วอาจมิได้เป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อราคาโดยตรง สมควรที่จะนำหลักความผิดเด็ดขาดเข้ามาใช้ด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด และเกี่ยวกับประเด็นนี้ ในปี ค.ศ. 1940 คดี Socony-Vacuum Oil¹³⁶ ก็ได้ยอมรับหลักความผิดเด็ดขาดนำมาปรับใช้ในกรณีที่เป็น cartel ในรูปแบบอื่นๆ ด้วยเช่นกัน ซึ่งจากข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีนี้ การร่วมมือกันจะมีใช้ในรูปแบบของ price fixing โดยตรงก็ตาม แต่การที่กลุ่มบริษัทใหญ่ (major oil companies) ได้ (1) ร่วมมือกันกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance) ในตลาดให้อยู่ในระดับสูงกว่าราคาแข่งขัน ซึ่งถือว่าการควบคุมระดับราคา gasoline ในตลาดมิให้ต่ำเกินไปและยังเป็นการป้องกันการลดราคาอีกด้วย หรือ (2) ร่วมมือกันควบคุมปริมาณการผลิต gasoline ในตลาดโดยการซื้อ gasoline จากบริษัทขนาดเล็กๆ ที่เป็นอิสระเป็นจำนวนมาก ศาลสูงจึงได้พิพากษาให้การร่วมมือในลักษณะดังกล่าวมีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด โดยกล่าวว่า “การร่วมมือกันที่เป็นการแทรกแซงโครงสร้างทางด้านราคาในทุกกรณีถือว่า

¹³⁴ Morgan, *Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins*, pp. 173-174.

¹³⁵ Sato, *アメリカ反トラスト法-独占禁止政策の原理とその実践*, p. 99.

¹³⁶ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย” และยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า “การร่วมมือกันในลักษณะที่ส่งผลให้เป็นการขึ้นราคาสินค้า และมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพทางด้านราคา ถือว่ามีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด”¹³⁷ จากคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่า แม้พฤติกรรมการร่วมมือซึ่งใช้เป็นรูปแบบของ price fixing ก็ตาม แต่ถ้าเป็นพฤติกรรมการร่วมมือกันทางด้านราคาในทางอ้อมในรูปแบบต่างๆ เช่น group boycotts ซึ่งส่งผลลัพธ์เท่ากับเป็นการรักษาระดับราคาโดยปราศจากการทำงานของกลไกตลาดก็จะถือว่ามีความผิดเช่นกัน¹³⁸

สำหรับ Group Boycotts หมายถึง การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันในการปฏิเสธการทำธุรกรรม หรือการจำกัดจำนวนการผลิตหรือจำนวนจำหน่ายของสินค้าหรือบริการกับคู่สัญญา ซึ่งแต่เดิมตามหลักความผิดเด็ดขาด เพราะเป็นการสร้างกำแพงกีดกันทางธุรกิจ ซึ่งถือว่าเป็นการทำลายระบบการแข่งขันในตลาดโดยอาศัยวิธีจำกัดคู่แข่งซึ่งมีอยู่ให้ออกไปจากตลาดและรวมถึงกรณีที่เกิดกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ สามารถเข้ามาแข่งขันกับตนได้* ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสามารถแบ่งประเภทของ group boycott ออกได้ 2 ประเภท ได้แก่

(1) group boycotts โดยตรง ต่อคู่แข่งในตลาดซึ่งอยู่ในระดับเดียวกัน**

(2) group boycotts โดยอ้อม ซึ่งหมายถึง การบังคับหรือกำหนดให้ผู้ประกอบการรายอื่นทำการปฏิเสธการทำการค้ากับคู่สัญญารายอื่น ซึ่งโดยมากแล้วจะเป็นการจำกัดในแนวดิ่ง (vertical agreement) ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มผู้ประกอบการขายปลีก (ร้าน

¹³⁷ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 35.

¹³⁸ Sato, アメリカ反トラスト法・独占禁止政策の原理とその実践, p. 100.

* ส่วน “concerted refusals to deal” ซึ่งมีความหมายที่ใกล้เคียงกับ group boycotts จะหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ group boycotts แต่จะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นๆ ผู้ประกอบการก็สามารถใช้เป็นข้ออ้างในการเลิกการทำการค้ากับคู่สัญญาได้.

** ยกตัวอย่างเช่น United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912). ซึ่งคดีนี้ถือได้ว่าเป็นคดี group boycotts โดยตรงในยุคเริ่มแรก กล่าวคือ สมาคม Terminal Railroad Association ได้ร่วมมือกันทำการ group boycotts ต่อผู้ประกอบการรถไฟรายใหม่ที่จะเข้ามาลงทุนในแถบแม่น้ำ Mississippi.

โซว์หน่วย) ได้ร่วมกันตกลงกันเรียกร้องต่อผู้ประกอบการขายส่งมิให้จำหน่ายสินค้าให้กับร้านค้าขนาดใหญ่ เช่น ร้านซูเปอร์มาร์เก็ต *** เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมทั้งสองประเภทต่างส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวราบ (คือ เป็นการกำจัดคู่แข่งชั้น) และถือว่ามีคามผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด หรือในบางครั้งก็อาจเป็นรูปของ group boycotts ทั้งทางตรงและทางอ้อมไปพร้อมๆ กัน*

ค. บทบาทที่ลดลงของหลักความผิดเด็ดขาด

เนื่องจากขอบเขตในการบังคับใช้หลักความผิดเด็ดขาดในกรณีของ cartel นั้นมีลักษณะที่กว้างจนเกินไป ประกอบกับในช่วงสมัยปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา นักกฎหมายได้เริ่มเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าว เนื่องจากในบางครั้งการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันอาจส่งผลในเชิงบวกก็ได้ ดังนั้น หลักความผิดเด็ดขาดจึงเปรียบเสมือนกฎที่กำหนด

*** ยกตัวอย่างเช่น Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States, 234 U.S. 660. (1914). ซึ่งเป็นคดีที่กลุ่มสมาคมผู้ประกอบการค้าปลีกไม้ได้ร่วมมือกันกีดกันมิให้ผู้ประกอบการขายส่งผู้ซึ่งพยายามที่จะขายเข้ามาในตลาดขายปลีกด้วย โดยกลุ่มสมาคมฯ ได้ทำการออก black list เวียนในกลุ่มสมาชิกด้วยกันมิให้การค้ากับผู้ประกอบการค้าส่งรายนั้น (group boycotts โดยอ้อม) และศาลสูงได้พิพากษาว่า การกระทำดังกล่าวของสมาคมฯ ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายตามหลักความผิดเด็ดขาด โดยอธิบายว่า กรณีที่ปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อผลกระทบบนเลยก็ตาม แต่ถ้าผู้ประกอบการแต่ละรายรวมตัวกันดำเนินการปฏิเสธการทำการค้า กรณีเช่นนี้ถือว่าส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ.

* ยกตัวอย่างเช่น Fashion Originators' Guild of America, Inc. (FOGA) v. FTC, 312 U.S. 457 (1941). ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่ทาง FOGA ซึ่งเป็นกลุ่มสมาคมที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการทั้งหมด 176 รายได้ร่วมกันออกแบบและจำหน่ายเสื้อผ้าสำเร็จรูปสุภาพสตรีโดยได้ใช้มาตรการ group boycotts กับร้านค้าที่จำหน่ายทั้งสินค้าของกลุ่มสมาคมฯ และของผู้ประกอบการรายอื่นที่พยายามลอกเลียนแบบและจำหน่ายในราคาที่ถูกลงกว่า โดยมีให้จำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการที่เป็น free rider (group boycotts โดยตรง) และนอกจากนี้ทางสมาคมฯ ยังได้ให้ร้านค้าอื่นๆ ประมาณ 12,000 ร้าน ทำสัญญาข้อตกลงให้ร่วมมือกับตน (group boycotts โดยอ้อม) และ FTC ได้ตัดสินให้พฤติกรรมดังกล่าวของสมาคมฯ มีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 กฎหมาย Clayton Act มาตรา 3 และกฎหมาย FTC Act มาตรา 5 อีกด้วย และศาลสูงก็มีความคิดเช่นเดียวกันกับ FTC.

อย่างตายตัวว่า cartel หรือ group boycotts ทุกประเภทเป็นสิ่งที่ชั่วร้ายไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะได้รับการยกเว้น

แต่ในภายหลังจนกระทั่งปัจจุบัน ศาลได้เริ่มหันมาใช้เกณฑ์การพิจารณาที่มีลักษณะที่ไม่แข็งกระด้างจนเกินไปเหมือนหลักความผิดเด็ดขาด แต่ก็ได้ให้ความสำคัญโดยเน้นเปลี่ยนไปที่หลักแห่งเหตุและผลโดยปฏิเสธหลักความผิดเด็ดขาดอย่างสิ้นเชิง ซึ่งหมายความว่าศาลจะไม่ให้ความสำคัญกับความแตกต่างทางด้านทฤษฎีในตัวของ “หลัก (rule)” ว่าจะต้องใช้หลักนี้หรือปฏิเสธหลักนี้ตายตัว และในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นในกรณีของ price fixing ก็ดี restraint of output (product control) ก็ดี หรือ group boycotts ต่างก็มิได้ใช้หลักความผิดเด็ดขาดอย่างอัตโนมัติว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยทันที¹³⁹ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าหากมองจากภายนอกโดยผิวเผินแล้ว พฤติกรรมต่างๆ เหล่านี้อาจมีลักษณะที่เข้าข่ายการร่วมมือจำกัดทางการค้าในรูปแบบของ price fixing หรือ cartel ในรูปแบบอื่นๆ ก็ตาม แต่ถ้าการร่วมมือในลักษณะดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรโดยได้รับการได้รับอนุญาต และส่งผลดีหรือเกิดประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ กรณีเช่นนี้ก็จะใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณาแทนหลักความผิดเด็ดขาด (แต่ก็ได้หมายความว่าหากใช้เกณฑ์หลักแห่งเหตุและผลแล้วจะถือว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่หลักแห่งเหตุและผลจะทำหน้าที่ในการตรวจเช็คอีกครั้งหนึ่งว่า การกระทำดังกล่าวนั้นมีความผิดจริงหรือไม่) ยกตัวอย่างเช่น คดี BMI¹⁴⁰ ในปี ค.ศ. 1979 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับกลุ่มสมาคมผู้แต่งเพลงได้การร่วมกันกำหนดเรียกเก็บราคาค่าลิขสิทธิ์เพลงในราคาเดียวกัน (ซึ่งมีผลเท่ากับ price fixing) โดยมีเหตุผลอันเนื่องมาจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่ละรายจะทำการแยกเก็บค่าใช้ลิขสิทธิ์จากแต่ละสถานีวิทยุซึ่งมีอยู่มากมายนั้นเป็นเรื่องที่ยากตามความเป็นจริง ดังนั้น หากเป็นการร่วมมือระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงด้วยกันก็จะทำให้การเรียกเก็บค่าลิขสิทธิ์นั้นง่ายขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพและยังเป็นการส่งเสริมการแข่งขันอีกประการหนึ่งด้วย และศาลได้พิพากษาว่า “การร่วมมือตกลงกันในทุกกรณีที่ส่งผลกระทบต่อราคาระหว่างผู้ประกอบการที่อาจซ่อนเร้นอยู่หรือที่มีอยู่จริงมิได้หมายความว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย Sherman Act อย่างทันที หรือเข้าข่ายการจำกัดทางการค้าอย่างไม่ถูกต้อง¹⁴¹ ซึ่งศาลสูงยังได้อธิบายต่อไปอีกในกรณีที่นอกเหนือไปจากแนวความคิดที่ว่า “หากพิจารณาจากภายนอกแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันตามปกติ หรือเป็นการลดปริมาณการผลิต”¹⁴² ก็ไม่สมควรที่

¹³⁹ Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 36.

¹⁴⁰ Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

¹⁴¹ Shenefield and Stelzer, アメリカ独占禁止法-実務と理論, p. 53.

¹⁴² Takigawa, 日米euの独禁法と競争政策, p. 36.

จะใช้หลักความผิดเด็ดขาดในกรณีเช่นนี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าคดีนี้มีความหมายที่สำคัญคือ ในชั้นแรก หากวิเคราะห์โดยรวมและพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักแห่งเหตุและผลประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับ ผลลัพธ์ในเชิงเศรษฐกิจที่ได้รับหรืออาจได้รับในอนาคตเป็นหลัก ซึ่งจากคดีนี้ศาลได้พิจารณาแล้วเป็น สมควรให้การร่วมมือกันกำหนดราคาค่าลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่ถูกต้องตาม กฎหมาย

ส่วนคดี NCAA¹⁴³ ในปี ค.ศ. 1984 ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับคดี BMI ข้างต้น แต่ผลลัพธ์ที่ออกมานั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับสมาคมกรีฑา ระดับอุดมศึกษาแห่งชาติ (NCAA) ซึ่งได้จำกัดเวลาการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอลระหว่าง มหาวิทยาลัย เพื่อเป็นการเพิ่มคุณค่า (value) ของการถ่ายทอดฟุตบอล และจำกัดจำนวนคู่แข่งชั้นที่ จะทำการถ่ายทอดทางโทรทัศน์ และนอกจากนี้ยังได้กำหนดราคาซึ่งถือว่าเป็นรายการพิเศษโดยการ ทำสัญญาข้อตกลงในลักษณะจำกัดคู่แข่งชั้นกับสถานีโทรทัศน์สองแห่ง ซึ่งทาง NCAA ได้อ้างว่าการ กระทำในลักษณะดังกล่าวของตน (การกำหนดราคาค่าถ่ายทอดทางโทรทัศน์ซึ่งเป็น cartel) มีเหตุผล อันสมควรและเป็นสิ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุผลทางด้านการบริหารงานของสมาคมฯ และศาล สูงได้ใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณาโดยมิได้ปฏิเสธการกำหนดราคาในลักษณะดังกล่าวของ NCAA แต่ศาลได้อธิบายว่า แผนการของ NCAA เป็นแผนการที่มีขอบเขตที่มากจนเกินไป กล่าวคือ แผนการนี้มีข้อเสียที่ว่า (1) เป็นการกำหนดราคาที่สูงแต่ในขณะเดียวกันปริมาณการผลิตค่อนข้างน้อย และ (2) ไม่สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคโดยทั่วไป¹⁴⁴ และศาลยังได้สรุปในตอนท้ายว่า NCAA สามารถจำหน่ายสิทธิการถ่ายทอดทางโทรทัศน์อย่างมีประสิทธิภาพได้โดยไม่มีความ จำเป็นต้องอาศัยแผนการดังกล่าว และแผนการดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย Sherman Act*

หลักเกณฑ์เบื้องต้นเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมมือกันทางด้าน ราคารูปแบบใหม่ของศาล กล่าวคือ ศาลจะปฏิเสธหลักความผิดเด็ดขาดในกรณีที่มีการร่วมมือกันมี

¹⁴³ National Collegiate Athletic Ass'n v. University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

¹⁴⁴ Shenefield and Stelzer, *アメリカ独占禁止法-実務と理論*, p. 54.

* นอกจากนี้ยังมีคดี Smith v. Pro Football Inc., 593 F. 2d 1173 (D.C. Cir. 1978). ซึ่งเป็นคดี เกี่ยวกับการร่วมมือกันว่าจ้างนักกีฬาใหม่ให้มาอยู่ในทีมของตน ซึ่งศาลพิพากษาว่าการร่วมมือดังกล่าวไม่ผิดตามหลัก ความผิดเด็ดขาด แต่ศาลได้นำหลักแห่งเหตุและผลมาใช้พิจารณาและในที่สุดศาลได้วินิจฉัยออกมาว่าเป็นพฤติกรรม ที่ผิดกฎหมาย (ตามหลักแห่งเหตุและผล).

เหตุผลอันสมควรหรือมีความจำเป็นต่อการจำหน่ายสินค้า และหลักเกณฑ์ใหม่นี้ (หลักแห่งเหตุและผล) ** ก็ได้ถูกนำมาใช้ในมาตรการ group boycotts ในภายหลังด้วย ดังจะเห็นได้จาก คดี Northwest Wholesale Stationers ¹⁴⁵ ในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งเป็นคดีที่จำกัดการนำหลักความผิดเด็ดขาดให้แคบลง โดยบริษัท Pacific Stationery and Printing (โจทก์) ผู้ซึ่งเป็นผู้ประกอบการค้าปลีกเครื่องเขียนได้พยายามขยายกิจการในตลาดค้าส่ง ¹⁴⁶ แต่ถูกทาง Northwest Wholesale Stationers (องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนร้านค้าปลีกขายเครื่องปลีขนาดเล็กประมาณ 100 แห่ง ในเขตมลรัฐทางตะวันตกเฉียงเหนือของสหรัฐอเมริกาในการร่วมมือจัดซื้อเครื่องเขียน) ใช้วิธี group boycotts โดยตรง โดยการลบชื่อของโจทก์ออกจากกลุ่มสมาชิก ซึ่งผู้ที่มีชื่อสมาชิกก็สามารถซื้อสินค้าได้ในราคาเดียวกัน แต่มีข้อจำกัดหลายประการคือ (1) ไม่สามารถเข้าร่วม rebate ซึ่งสมาชิกเท่านั้นถึงจะได้รับสิทธิพิเศษนี้ (2) ไม่สามารถใช้โถงตั้งเก็บสินค้าร่วมของทางองค์กรดังกล่าวได้ และ (3) ทำให้โจทก์เสียผลกำไรจากส่วนแบ่งไปประมาณหนึ่งหมื่นดอลลาร์ เมื่อเทียบกับขณะที่ก่อนถูกลบรายชื่อออกจากกลุ่มสมาชิก และโจทก์ก็ได้ฟ้องศาลชั้นต้นโดยอ้างว่าตนเป็นฝ่ายเสียเปรียบในการแข่งขัน ประกอบกับการกระทำของจำเลยนั้นถือได้ว่าเป็นการ group boycotts เพราะมิได้ผ่านขั้นตอนการสอบถาม (hearing) ที่ถูกต้อง ในขณะที่ฝ่ายจำเลยก็ได้โต้กลับว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเพื่อเป้าหมายขององค์กร กล่าวคือ เพื่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) และเป็นการลดต้นทุนทางธุรกรรม ซึ่งศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้จำเลยเป็นฝ่ายชนะคดี แต่ศาลอุทธรณ์กลับพิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีโดยอาศัยหลักความผิดเด็ดขาดในการพิจารณาคดี

** หลักแห่งเหตุและผลที่ถูกนำมาใช้ในคดีนี้มีความแตกต่างจากหลักแห่งเหตุและผลโดยทั่วไป กล่าวคือ ภายหลังจากช่วงปลายสมัย 1970 เป็นต้นมา ศาลของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาความผิดกรณีของ JV โดยใช้หลักนี้ตลอดมา ซึ่งหลักแห่งเหตุและผลในแนวใหม่นี้มีชื่อเรียกว่า “structured or focused rule of reason” กล่าวคือ เป็นการพิจารณาที่เน้นประเด็นที่สำคัญๆ เท่านั้น และต้องมีแบบแผนหรือภายใต้โครงสร้างการพิจารณาที่กระชับและไม่ตีความในลักษณะที่กว้างจนเกินไป.

¹⁴⁵ Northwest Wholesale Stationers, Inc., v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

¹⁴⁶ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法 p. 154.

แต่ศาลสูงได้พิพากษาโดยจำกัดการใช้หลักความผิดเด็ดขาด ซึ่งศาลจะใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณาคดีในกรณีที่มีใช้ในลักษณะดังต่อไปนี้ คือ¹⁴⁷

(1) กลุ่มผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันในลักษณะ group boycotts มีอำนาจเหนือตลาด หรือมีอำนาจกำจัดคู่แข่งขึ้นให้ไม่สามารถ access เข้ามาโดยอาจส่งผลกระทบต่อตลาด

(2) เหตุผลอันสมควรของ group boycotts ในเชิงประสิทธิภาพถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิง

แต่ถ้าการร่วมมือในลักษณะ group boycotts มีขึ้นเพื่อเป็นการปฏิเสธโอกาสการซื้อสินค้าในลักษณะแข่งขันโดยตรง ศาลก็จะใช้หลักความผิดเด็ดขาดพิจารณา¹⁴⁸ และศาลได้พิจารณาจากเหตุผลต่างๆ เชิงเศรษฐกิจของฝ่ายจำเลย เช่น การประหยัดต่อขนาด และพิพากษาให้ฝ่ายจำเลยไม่มีความผิดตามหลักการเดียวกับศาลชั้นต้น โดยปฏิเสธข้อกล่าวหาของโจทก์เนื่องจากหลักฐานที่ฝ่ายโจทก์ (ที่ได้อ้างว่าการที่จำเลยปฏิเสธการเข้าสู่กิจการ joint venture ถือว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด) นั้นไม่เพียงพอ

ง. ทฤษฎี ancillary restraint doctrine¹⁴⁹

จากคดี BMI ข้างต้นส่งผลให้การพิจารณาภายใต้เกณฑ์หลักความผิดเด็ดขาดมีข้อจำกัด และอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของการบังคับใช้หลักแห่งเหตุและผลที่ไม่มีขีดจำกัดในเวลาเดียวกันได้¹⁵⁰ และคำพิพากษาคดี BMI ได้ใช้หลักการพิจารณาตรวจสอบในขั้นต้นอย่างง่าย ๆ ว่าการร่วมมือนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ แล้วแยกวิเคราะห์ต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่าควรจะใช้เกณฑ์อะไรระหว่างหลักความผิดเด็ดขาดและหลักแห่งเหตุและผล แต่เนื่องจากคดีเกี่ยวกับ cartel (ซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่ามีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยตรง แค่นี้ก็อาจตรวจสอบอย่างง่ายในขั้นตอนเบื้องต้นในลักษณะนี้) มีค่อนข้างน้อยมาก ด้วยเหตุนี้เองจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการใช้หลักแห่งเหตุและผลที่

¹⁴⁷ Sato, *アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践*, p. 108.

¹⁴⁸ *ibid.*, p. 108.

¹⁴⁹ Sato, *アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践*, p. 97.

¹⁵⁰ S.F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (The Foundation Press, 1993), p. 136.

มากจนเกินไป เนื่องจากความเป็นจริงแล้ว การตรวจสอบ cartel ส่วนใหญ่นั้นจะอาศัยหลักแห่งเหตุ และผลในการพิจารณา¹⁵¹

ทฤษฎี ancillary restraint doctrine (ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัด การแข่งขันโดยพิจารณาตามผลข้างเคียง) หมายถึง หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดของ cartel ซึ่ง หากการจำกัดการแข่งขัน (cartel) นั้นเป็นผลข้างเคียงมาจากกิจการร่วมกันในลักษณะที่ชอบธรรม หรือมีเหตุผลอันสมควรถูกต้อง กรณีเช่นนี้ “หลักแห่งเหตุและผล” จะถูกนำมาพิจารณาความผิด แต่ ถ้าศาลพิจารณาเห็นว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริง (วัตถุประสงค์โดยตรง) ของการร่วมมือกันดังกล่าวมีขึ้น เพื่อการจำกัดการแข่งขันโดยเฉพาะ กรณีเช่นนี้ “หลักความผิดเด็ดขาด” จะถูกนำมาพิจารณา ความผิดแทน ซึ่งถือได้ว่าทฤษฎีนี้เป็นแนวความคิดที่ถูกจับตามองและเป็นจุดสนใจของนักกฎหมาย และนักวิชาการเป็นจำนวนมาก เพราะนักกฎหมายต่างเชื่อว่าทฤษฎีนี้สามารถแก้ไขจุดอ่อนของเกณฑ์ ในการพิจารณาคดี BMI ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵²

ทฤษฎี ancillary restraint doctrine นี้มิได้เป็นทฤษฎีที่เพิ่งถูก ค้นคิดในสมัยปัจจุบัน แต่ได้มีการปรากฏหลักฐานว่าทฤษฎีนี้ถูกนำมาใช้และได้รับการสนับสนุนโดย ศาลเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1898 จากคดี Addyston Pipe & Steel¹⁵³ ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ประกอบการ ท่อเหล็ก (cast-iron pipe) 6 รายถูกฟ้องจากหน่วยงานของรัฐฯ ฐานร่วมมือกันทำข้อตกลงว่าด้วย การแบ่งเขตพื้นที่ตลาด (market division) และในแต่ละเขตก็ได้มีการดำเนินการทำข้อตกลงร่วมกัน ว่าด้วยการกำหนดราคาประมูลสินค้า และจำเลยได้อ้างถึงความจำเป็นการทำข้อตกลงร่วมกันใน ลักษณะดังกล่าวว่า ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันการแข่งขันที่ส่งผลอาจเป็น การทำลายล้างระบบการแข่งขันได้ ดังนั้นการกำหนดราคาในลักษณะนี้จึงถือว่ามีเหตุผลอันสมควร และนอกจากนี้ก็ยังเป็นการกระทำชอบธรรมตามกฎหมาย common law อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้พิจารณาโดยปฏิเสธเหตุผลข้างต้นของ จำเลย ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่ากรณีที่ เป็นสัญญาหรือข้อตกลงที่เป็นแค่เพียง “ผลข้างเคียง” ของ วัตถุประสงค์หรือเจตนาที่ถูกต้องตามกฎหมาย common law และเป็นสิ่งที่ประกอบด้วยเหตุผลอัน สมควรที่จำเป็นอย่างยิ่งในการบรรลุถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนาอื่นๆ กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ ถูกกฎหมาย แต่ถ้าเป็นสัญญา “โดยตรง” ซึ่งมีใช้จากที่กล่าวในข้างต้นแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิด ต่อกฎหมายและคำตัดสินคดีนี้ ศาลได้พิจารณาและพิพากษาให้จำเลยมีความผิดจริง เนื่องจาก (1)

¹⁵¹ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 38.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 (6 th Cir., 1898).

สัญญาดังกล่าวของจำเลยมิได้เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจาก “ผลข้างเคียง” ประกอบกับ (2) เป็นข้อตกลงหรือสัญญาไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งปราศจากวัตถุประสงค์และเจตนาอันถูกต้อง ซึ่งนอกเหนือไปจากการจำกัดการแข่งขัน¹⁵⁴ ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่าประเด็นที่สำคัญของคดีนี้ คือ การพิจารณาความผิดโดยอาศัยทฤษฎี ancillary restraint doctrine¹⁵⁵ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 1 และความผิดตามกฎหมาย Common law*

แต่ต่อมาในภายหลัง ความคิดตามทฤษฎี ancillary restraint doctrine ก็มีได้รับความนิยมนักกฎหมายและศาล จนทำให้ทฤษฎีนี้หมดความสำคัญลงไป แต่ศาลจะใช้วิธีพิจารณาโดยการแยกใช้ระหว่างหลักความผิดเด็ดขาดและหลักแห่งเหตุและผลเท่านั้น และด้วยเหตุนี้เอง ในระยะต่อมาการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กในการกำหนดราคาสินค้าและแบ่งเขตพื้นที่ตลาด ซึ่งอ้างว่าเป็น “ผลข้างเคียง” จากการร่วมมือกันจัดจำหน่ายสินค้า จึงถูกตัดสินใจมีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด**

ในช่วงระยะต่อมาสมัยที่สำนัก Chicago กำลังเฟื่องฟูในช่วงปลายๆ ค.ศ. 1970 ได้พยายามเรียกร้องโดยอธิบายถึงการนำทฤษฎี ancillary restraint doctrine

¹⁵⁴ Sato, *アメリカ反トラスト法- 独占禁止政策の原理とその実践*, pp. 97-98.

¹⁵⁵ Morgan, *Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins*, pp. 55.62.

* แต่ต่อมาในภายหลัง คดี standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911). ซึ่งเป็นคดีที่บริษัทน้ำมัน 37 บริษัท ร่วมกันทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันโดยร่วมกันทำสัญญากำหนดราคา และศาลสูงได้พิพากษาออกคำสั่งแยกบริษัทออก (ซึ่งเป็นมาตรการทางด้านโครงสร้างตลาด) โดยศาลได้พิจารณาว่า (1) มีสัญญา (agreement) ในรูปของ price fixing และ (2) เป็นสัญญา “โดยตรง” ดังนั้น จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ศาลได้นำหลักการพิจารณาความผิดจากคดี Addyston Pipe & Steel มาแค่เพียงบางส่วนเท่านั้น หรือเรียกว่า “หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason)” ในภายหลัง กล่าวคือ การพิจารณาว่าจำกัดทางการค้านั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่มากกว่าที่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็น “การจำกัด (สัญญา) โดยตรง” หรือ “การจำกัดที่เกิดจากผลข้างเคียง” และผลจากการที่ศาลได้เปลี่ยนแปลงเกณฑ์การพิจารณาคดีขึ้นมาใหม่ในช่วงนั้นก็ส่งผลให้เกิดเสียงเรียกร้องต่อต้านความคิดของศาลให้มีการร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งต่อมาในภายหลังก็คือ กฎหมาย Clayton Act และกฎหมาย FTC Act.

** ยกตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1967 United States v. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967), หรือในปี ค.ศ. 1973 United States v. Topco Associates, Inc., 414 U.S. 801 (1973).

ให้กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่งในขั้นตอนของการพิจารณาตรวจสอบ cartel อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵⁶ กล่าวคือ การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์โดยพิจารณาจากมุมมองทางการป้องกันปัญหาขุมมือเปิบ (free rider) ซึ่งส่งผลทำให้ศาลชั้นต้นเป็นจำนวนไม่น้อยเริ่มใช้ทฤษฎีนี้ประกอบการพิจารณาคดี cartel ในเวลาต่อมา ยกตัวอย่างเช่น คดี Polk Brothers¹⁵⁷ ในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งเป็นคดีระหว่างบริษัท Polk Brothers (โจทก์) ผู้ประกอบการขายปลีกอุปกรณ์ก่อสร้างและบริษัท Forest City (จำเลย) ผู้ประกอบการจำหน่ายวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างขนาดใหญ่ โดยโจทก์ได้สร้างตึกและให้จำเลยเช่าตึกดังกล่าวเป็นการโดยเฉพาะ และทั้งสองได้ทำข้อตกลงว่าด้วยการไม่จำหน่ายสินค้าที่ได้ตกลงกันเป็นกรณีพิเศษ และการไม่แข่งขันซึ่งกันและกัน (ซึ่งถือว่าการทำสัญญาที่เกิดจาก “ผลข้างเคียง” จากการให้เช่าตึกดังกล่าว) และอีก 7 ปีต่อมา จำเลยได้ละเมิดข้อตกลงโดยทำการซื้อตึกดังกล่าวที่ได้เช่ามาโดยตลอด และได้จำหน่ายสินค้าที่ได้เคยทำการตกลงซึ่งกันและกัน ซึ่งถือว่าการละเมิดสัญญา (ผลข้างเคียง) ดังกล่าว จึงทำให้โจทก์ฟ้องร้องต่อศาล

ศาลได้พิพากษาคดีนี้โดยพิจารณาจากหลักการตัดสินคดี Addyston Pipe & Steel กล่าวคือ ศาลจะพิเคราะห์จากองค์ประกอบ “การจำกัดที่เป็นผลข้างเคียง มาจากการกิจการร่วมกันที่ส่งผลทำให้ปริมาณการผลิตเพิ่มขึ้น” เป็นหลัก ว่าสมควรใช้หลักแห่งเหตุและผล (ซึ่งเป็นการร่วมมือที่เกิดจากผลข้างเคียง) หรือสมควรใช้หลักความผิดเด็ดขาด (ซึ่งในกรณีนี้เรียกว่า “naked restraint หรือการจำกัดโดยแท้”)¹⁵⁸ และศาลได้พิเคราะห์และพิพากษาให้จำเลยมีความผิดจริง โดยศาลได้ใช้เหตุผลของ free rider (จำเลยได้ขุมมือเปิบในภายหลังโดยใช้ตึกดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์ของตนเป็นหลัก) และเนื่องจากโจทก์เป็นผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาด ศาลจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นของการป้องกันปัญหา free rider ซึ่งเกิดขึ้นโดยจำเลย¹⁵⁹

ข้อดีของทฤษฎี ancillary restraint doctrine นี้คือ สามารถจำกัดขอบเขตของการใช้หลักแห่งเหตุและผลได้ไปพร้อมๆ กับเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาการใช้หลักความผิดเด็ดขาดซึ่งมีความแข็งกระด้างในตัวเกณฑ์ของมันเองได้เป็นอย่างดี ซึ่งทฤษฎีนี้ได้เริ่มมี

¹⁵⁶ R. H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books (1978), p. 263.

¹⁵⁷ Polk Brothers., Inc. v. Forest City Enterprises, Inc., 776 F. 2 d. 185 (7 th Cir., 1985).

¹⁵⁸ Takigawa, *日米EUの独禁法と競争政策*, p. 39.

¹⁵⁹ Sato, *アメリカ反トラスト法・独占禁止政策の原理とその実践*, pp. 102-103.

บทบาทขึ้นมาอีกครั้งหนึ่งหลังจากปี ค.ศ. 1898 (คดี Addyston Pipe & Steel) โดยสำนัก Chicago ซึ่งได้เน้นและพยายามอธิบายถึงความสำคัญของประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจเป็นหลัก*

4.3.4.5 ความชัดเจนของหลักแห่งเหตุและผลในยุคปัจจุบัน

ในระยะหลังๆ การเปลี่ยนแปลงเกณฑ์การพิจารณา cartel ในสหรัฐอเมริกาได้เริ่มมีแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ เน้นถึงประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจและผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก ซึ่งหมายความว่า หลักแห่งเหตุและผลก็ยังถูกนำมาใช้ในการตัดสินพิจารณา cartel มากขึ้น และนอกจากนี้หลักแห่งเหตุและผลก็ยังถูกนำมาใช้กับกรณีที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเป็นผลข้างเคียงซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการกระทำที่มีเหตุผล (ทฤษฎี ancillary restraint doctrine) ซึ่งประเด็นสำคัญของการพิจารณาจะอยู่ที่ว่ากรณีใดบ้างที่สมควรใช้หลักแห่งเหตุและผล

ตั้งแต่คดี Chicago Board ปี ค.ศ. 1918 (ซึ่งเป็นคดีที่ใช้หลักแห่งเหตุและผล เพียงแต่อาศัยการนำองค์ประกอบต่างๆ ในการพิจารณามาจัดเรียงเข้าด้วยกันเท่านั้น และทำการพิพากษา) เป็นต้นมา ได้ส่งผลให้เกณฑ์การพิจารณาตามหลักแห่งเหตุและผลนั้นไม่มีความแน่นอนและชัดเจน แต่ในภายหลังช่วงปี ค.ศ. 1930 (ซึ่งเป็นช่วงที่เศรษฐกิจกำลังตกต่ำอยู่) เป็นต้นมา ศาลและนักวิชาการต่างมีความคิดในทิศทางเดียวกันโดยเห็นด้วยกับการไม่ควรมอง “มุมมองทางด้าน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

* แต่ก็มีได้หมายความว่า แนวความคิดการพิจารณาตามหลักความผิดเด็ดขาดจะถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิง ยกตัวอย่างเช่น Jay Palmer v. BGR of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990). ซึ่งเกิดขึ้นในสมัยที่เรียกว่า Post-Chicago เป็นคดีว่าด้วยการร่วมมือกันกำหนดราคาของผู้ประกอบการจัดหลักสูตรทนายสอบเนติบัณฑิตในมลรัฐ Georgia (Georgia Bar Examination) ระหว่าง BRG และ HBJ ซึ่งทั้งสองได้เคยเป็นคู่แข่งกันมาก่อน และศาลได้พิพากษาว่าข้อตกลงดังกล่าวที่ได้ร่วมกันทำขึ้นในปี ค.ศ. 1980 มีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ของการกำหนดขึ้นราคาและกำหนดอัตราค่าเล่าเรียนที่คงที่ตายตัว โดยอาศัยหลักความผิดเด็ดขาดในการพิจารณา ซึ่งศาลได้อ้างอิงจากคดี Socony – Vacuum Oil เป็นบรรทัดฐานที่สำคัญส่วนหนึ่งของการตัดสินคดีนี้.

นโยบายทางสังคม” (ยกตัวอย่างเช่น นโยบายการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ ปัญหาการว่างงานหรือ การตกงาน) มาเป็นเกณฑ์โดยร่วมใช้กับหลักแห่งเหตุและผล*

ภายหลังจากคดี BMI ช่วงปลายๆ ปี ค.ศ. 1970 ซึ่งเป็นคดีที่อนุญาตให้มีการนำหลักแห่งเหตุและผลมาใช้กับ cartel แต่เกณฑ์การพิจารณาจะมีขอบเขตและองค์ประกอบต่างๆ ที่จะถูกนำมาพิจารณาที่แน่นอนและชัดเจนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ¹⁶⁰

ประการแรก องค์ประกอบที่จะถูกนำมาใช้ในการประกอบการพิจารณานั้น ได้เริ่มมีการจำกัดอย่างชัดเจนโดยจะต้องเป็นองค์ประกอบทางด้านการแข่งขันจริงๆ เท่านั้น ซึ่งหมายความว่า เกณฑ์การตรวจสอบ cartel ตามหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ “วัตถุประสงค์ของการวิเคราะห์จะไม่พิจารณาจากนโยบายส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (ว่าจะสามารถเพิ่มผลประโยชน์ให้กับส่วนรวมสาธารณะหรือผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ประกอบการโดยเฉพาะ) แต่จะพิจารณาจากผลกระทบต่อการแข่งขันโดยการจำกัดการแข่งขัน”¹⁶¹ และสำหรับข้ออ้างโดยกล่าวถึงข้อดีของการจำกัดการแข่งขัน การจำกัดการแข่งขันจะส่งผลเป็นการ (1) เพิ่มคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือ (2) เพิ่มความปลอดภัยให้กับผู้บริโภค สำหรับในเรื่องนี้ ศาลได้อธิบายกลับว่า “การแข่งขัน (ต่างหากที่) จะสามารถเพิ่มคุณภาพของสินค้าและบริการ และยังสามารถทำให้ราคาถูกลงด้วย”¹⁶²

ประการที่สอง ในการพิจารณาโดยรวมระหว่าง “การส่งเสริมการแข่งขัน” และ “การจำกัดการแข่งขัน” นั้น ศาลได้เริ่มมีแนวทางการพิจารณาในลักษณะใหม่ที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งในปัจจุบัน ศาลได้เน้นวิธีการพิจารณาโดยทำการวิเคราะห์จาก “ผลลัพธ์ทางด้านการพัฒนาประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ” เป็นหลัก ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดของสำนัก Chicago ซึ่ง

* แต่ปรากฏบางคดีที่ขัดแย้งกับนโยบายข้างต้น ยกตัวอย่างเช่น *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 435 U.S. 679 (1978). เป็นคดีที่ศาลพิจารณาพิพากษาให้การร่วมมือกันกำหนดราคากำหนดราคาถ่านหิน โดยกลุ่มผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยพิจารณาจากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำในเขตท้องที่เฉพาะ

¹⁶⁰ Takigawa, *日米EUの独禁法と競争政策*, p. 39 - 40.

¹⁶¹ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978). ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดอัตราค่าบริการของกลุ่มสมาคมวิศวกรเฉพาะทาง.

¹⁶² Takigawa, *日米EUの独禁法と競争政策*, p. 40.

เน้นที่ประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ และสำนัก Chicago ได้พยายามเรียกร้องว่า ถึงแม้ว่าการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งซึ่งพิจารณาจากภายนอกโดยผิวเผินแล้วอาจมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าก็ตาม แต่หากว่า ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจมีมากกว่าการจำกัดการแข่งขัน กรณีเช่นนี้ก็สมควรที่จะใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณาและผลจากการพิจารณาก็สามารถที่จะตัดสินได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย*

ในระยะหลังๆ ที่ผ่านมา เกี่ยวกับสมดุลระหว่างการพิจารณาระหว่างการจำกัดการแข่งขันและการส่งเสริมการแข่งขันนั้น ศาลส่วนมากจะมีแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลงการพิจารณาโดยถือว่า ผลลัพธ์ที่ได้จากการเพิ่มประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจจะมีค่าเท่ากับผลลัพธ์ที่ได้จากการส่งเสริมการแข่งขัน¹⁶³

สำหรับความหมายของการเพิ่ม “ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ (economic efficiency)” ในกรณีนี้มีได้หมายถึง ประสิทธิภาพทางด้านการผลิตเท่านั้น แต่ยังรวมถึงต้นทุนทางการค้า (transaction costs) ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรและการบริหารกิจการด้วย ซึ่งจะสามารถสังเกตได้จากคดี BMI ข้างต้น (เป็นคดีที่พิพากษาให้การร่วมมือกันเรียกเก็บค่าลิขสิทธิ์เพลงจากสถานที่บริการต่างๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาต้นทุนทางเศรษฐกิจ ซึ่งในที่นี้หมายถึง ต้นทุนในการเรียกเก็บค่าลิขสิทธิ์เพลง เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย) หรืออาจกล่าวได้เช่นกันว่า “ประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจจะถูกนำมาพิจารณาเป็นอันดับแรก หากการจำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นไปได้ยากหรือขาดความคล่องตัวหากไม่มี cartel”¹⁶⁴

จากตัวอย่างคดี NCAA ข้างต้น ซึ่งศาลได้ใช้หลักแห่งเหตุและผลในการพิจารณาคดีโดยยอมรับ cartel หาก cartel นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาสภาพการจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้คงไว้ (แต่จากข้อเท็จจริงจากคดี ศาลได้พิพากษาให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย) โดยศาลอาศัยเหตุผลในการพิจารณาว่าหากสินค้ามิได้ถูกจำหน่ายในตลาดแล้ว การแข่งขันก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน ดังนั้น ความคิดตามแนวนี้จึงสอดคล้องกับแนวความคิด

* แต่อย่างไรก็ตาม หากมองดูจากภายนอกแล้วอาจตีความได้ว่า คำพิพากษาคดี National Society of Professional Engineers ข้างต้น (ซึ่งได้จำกัดขอบเขตองค์ประกอบในการพิจารณาโดยจะพิจารณาจากองค์ประกอบทางการแข่งขันเท่านั้น) อาจมีความขัดแย้งกับความคิดของสำนัก Chicago ซึ่งเน้นประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจโดยรวม ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่า.

¹⁶³ Takigawa, 日米EUの独禁法と競争政策, p. 40.

¹⁶⁴ Ibid.

ที่เสนอให้จำกัดขอบเขตองค์ประกอบการพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบการแข่งขันเท่านั้น ส่วนความคิดที่ว่า “ผลลัพธ์ที่ได้จากการเพิ่มประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจจะมีค่าเท่ากับผลลัพธ์ที่ได้จากการส่งเสริมการแข่งขัน” ตามข้างต้นนั้น ก็สามารถอธิบายเหตุผลได้เช่นกันว่า เนื่องจากผู้ประกอบการที่ได้ทำการพัฒนาแก้ไขประสิทธิภาพทางการผลิตและการบริหารกิจการของตนนั้นจะเป็นผู้ที่สามารถสร้างและเพิ่มแรงกดดันทางการแข่งขันให้กับคู่แข่งรายอื่นๆ ในตลาดได้ด้วย

ประการที่สาม แม้ cartel จะถูกพิจารณาจากหลักแห่งเหตุและผลว่าเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลก็ตาม แต่ศาลได้เรียกร้องและลงความเห็นไว้ว่า ควรที่จะมีการกำหนดขอบเขตของเนื้อหา (เนื้อหาว่าด้วยการจำกัดการแข่งขันโดยการกระทำในรูปแบบของ cartel) ที่จะใช้พิจารณาให้แคบที่สุดและไม่ควรขยายขอบเขตการพิจารณาให้กว้างออกไป ยกเว้นจากกรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น¹⁶⁵ ยกตัวอย่างเช่น คดี NCAA ข้างต้นที่ศาลได้พิจารณายอมรับเหตุผลอันสมควรของการรวมกลุ่มจำกัดการแข่งขัน แต่ศาลก็ได้ยอมรับแผนการการเจรจาเรียกร้องเก็บค่าลิขสิทธิ์การถ่ายทอดทางโทรทัศน์ในลักษณะเหมาจ่ายของสมาคมฯ ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการกระทำที่เกินเลยจากขอบเขตที่มากเกินไป และพิจารณาตัดสินให้ cartel ดังกล่าวในกรณีนี้เป็นการรวมกลุ่มที่ผิดกฎหมายในท้ายที่สุด

4.3.5 ประเทศไทย

4.3.5.1 แนวทางของสหรัฐอเมริกากับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

การการค้า พ.ศ. 2542

สหรัฐอเมริกาจะใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (per se illegal) ในกรณีที่เป็นพฤติกรรมการฮั้วราคาหรือการฮั้วประมูล ซึ่งหมายความว่า หากปรากฏหลักฐานของการมีเจตนา ร่วมกันกำหนดราคาในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะผ่านทางตรงหรือทางอ้อมจะถือว่ามีคามผิดทันที โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการวิเคราะห์ขอบเขตตลาด เนื่องจากพฤติกรรมการร่วมมือกำหนดราคาโดยผู้ประกอบการจะส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด ซึ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็จะถือว่าเป็นความผิดขั้นรุนแรงที่สุดโดยไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้น หลักความรับผิดเด็ดขาดของสหรัฐอเมริกาก็จะมีข้อดีในด้านการบังคับใช้ คือ เป็นการประหยัดเวลา ส่วนกรณีที่เป็นความร่วมมือในลักษณะอื่นที่มีได้ส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อกลไกราคา สหรัฐอเมริกาจะใช้หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) ในการพิจารณาโดยจำเป็นต้องวิเคราะห์จากขอบเขตตลาดก่อน

¹⁶⁵ Ibid.

จากหลักเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ตัวอย่างการอ้างอิงของสหรัฐอเมริกา นั้นไม่อาจใช้อ้างอิงสำหรับกรณีของประเทศไทยได้โดยตรง เนื่องจาก มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดว่าจำเป็นต้องมีการคำนวณและวิเคราะห์หาขอบเขต ตลาดในทุก ๆ พฤติกรรมตามมาตรา 27 ทั้ง 10 รายการ ดังนั้น ในส่วนของสหรัฐอเมริกาผู้เขียนจะไม่ อธิบายในเชิงลึกเนื่องจากรูปแบบการพิจารณานั้นแตกต่างกัน

4.3.5.2 ประสพการณ์จากญี่ปุ่นเกี่ยวกับขอบเขตตลาดตามมาตรา 27

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นจะมีรูปแบบการบังคับใช้ในกรณีที่เป็น การร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาที่สำคัญกับประเทศไทย เนื่องจากบทบัญญัติของ กฎหมายฯ ญี่ปุ่นได้กำหนดให้จำเป็นต้องมีการหาขอบเขตตลาดแม้กรณีร่วมมือจำกัดการแข่งขัน ทางด้านราคา (การฮั้วราคา) ก็ตาม โดยญี่ปุ่นจะมุ่งเน้นไปที่ “เจตนาร่วมกัน” ของการฮั้วราคาว่าอยู่ ภายใต้อำนาจตลาดใด¹⁶⁶ ดังนั้นศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาที่ “ขอบเขตตลาด” เนื่องจากการร่วมมือ กำหนดราคาจะสามารถบรรลุจุดเป้าหมายได้จะต้องมีอำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจเหนือตลาดใน ระดับหนึ่ง¹⁶⁷ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการหาขอบเขตตลาดแม้จะปรากฏหลักฐานที่ชัดเจนก็ตาม

มาตรา 27 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมมือกับผู้ประกอบ ธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใด สินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง...” และเห็นได้จากคำว่า “ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือ บริการใดบริการหนึ่ง” ว่ามีหมายถึง “ขอบเขตตลาด” โดยกำหนดให้พฤติกรรมทั้งหมดตามมาตรา 27 ต้องอยู่ภายใต้ขั้นตอนการหาขอบเขตตลาดซึ่งรวมถึงการฮั้วราคาด้วย การกำหนดเช่นนี้จะมีลักษณะ เดียวกับกฎหมายญี่ปุ่น

4.3.5.3 ความหมายของการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตาม

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

มาตรา 27 กำหนดแต่เพียง “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมมือกับผู้ ประกอบธุรกิจอื่น...” ดังนั้น ประเด็นการพิจารณาในส่วนนี้จะศึกษาถึงขอบเขตการร่วมมือกันนั้นจะ จำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในแนวเดียวกันหรือควรหมายรวมถึงกรณี

¹⁶⁶ Uesugi, 独占禁止法国際実務ガイドブック - グローバル経済下の基礎知識, p. 50.

¹⁶⁷ Iyori and Yabe, 実務解説 独占法 Q&A, pp. 177-179.

ที่เป็นการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการต่างระดับในแนวตั้งด้วย แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ในประเทศไทยก็มีแนวคิดที่ต่างกัน ผู้เขียนเองก็เห็นว่าความที่แตกต่างกันในประเด็นนี้ในต่างประเทศเองก็มีประสบการณ์มาก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของญี่ปุ่นซึ่งได้มีการเปลี่ยนบรรทัดฐานหรือแนวทางการตีความเกี่ยวกับการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอยกกรณีศึกษาของญี่ปุ่นเพื่อใช้เป็นแนวทางการกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับประเทศไทยต่อไป

4.3.5.4 วิเคราะห์เกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อตลาดตามมาตรา 27

จากคำอธิบายในแนวปฏิบัติฯ มาตรา 27 ได้อธิบายถึงเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อตลาดภายใต้มาตรา 27 ไว้ด้วยกัน 3 กรณี ได้แก่

1. การผูกขาด หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ตกลงร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดสิ่งเหล่านี้ของทั้งตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เช่น กำหนดราคาซื้อหรือขายในตลาดได้ จำกัดหรือควบคุมปริมาณที่ซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดพื้นที่และ/หรือกำหนดลูกค้าที่จะซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ทำให้ผู้ตกลงร่วมกันได้รับผลประโยชน์ตามที่ตกลงกันเพื่อให้ได้ผลกำไรหรือผลตอบแทนเท่าเดิมหรือสูงกว่าที่เคยได้รับในช่วงที่ตลาดมีการแข่งขัน
2. การลดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ซื้อ หรือผู้ขาย มีทางเลือกในการซื้อหรือขายหรือทำธุรกรรมด้วยลดลงเมื่อเทียบกับช่วงเวลาก่อนการตกลงร่วมกัน เช่น ทำให้รายการหรือปริมาณสินค้าหรือบริการออกสู่ตลาดลดลง ทำให้จำนวนผู้ขาย/ผู้ซื้อในแต่ละพื้นที่ตลาด หรือตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งลดลง
3. การจำกัดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกไม่สามารถแข่งขันหรือเข้าสู่ตลาดได้ เช่น ทำให้คู่แข่งไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติหรือมียอดขายลดลง หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ เข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้

จากคำอธิบายดังกล่าวจะเห็นว่าเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อตลาดภายใต้มาตรา 27 นั้นค่อนข้างกว้าง ในขณะที่ต่างประเทศส่วนใหญ่จะจำกัดเกณฑ์การพิจารณาที่แคบโดยจะให้น้ำหนักไปที่เกณฑ์การลดการแข่งขันซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในการห้ามพฤติกรรมความร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา

4.4 บทสรุป

บทนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมในหลายรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคา โดยได้เปรียบเทียบกับกฎหมายของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมกำหนดราคา และพฤติกรรมร่วมมือกำหนดราคาในลักษณะที่มีขอบเหมือนกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งสามารถประเมินได้ว่ามีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสากล และนอกจากนี้ยังได้มีการออกแนวปฏิบัติมาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 29 เพื่อเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังขาดความชัดเจนในระดับของการปฏิบัติจริง

พฤติกรรมกำหนดราคาในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะพบว่าส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญกับพฤติกรรมที่ขายต่ำกว่าทุนและการขายเพื่อกำจัดคู่แข่งและได้พัฒนาเกณฑ์การพิจารณาความผิดมาโดยตลอด ซึ่งประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุด คือ ความเหมาะสมของการใช้เกณฑ์ต้นทุนที่มีความหลากหลายมาเป็นตัวตัดสินพฤติกรรม ซึ่งทั้งสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรปได้นำหลักการและแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้อ้างอิง ในขณะที่ประเทศไทยก็ได้มีการใช้เกณฑ์ต้นทุนรวมเฉลี่ยกรณีพฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุน และเกณฑ์ต้นทุนแปรผันเฉลี่ยกรณีพฤติกรรมการขายเพื่อกำจัดคู่แข่ง

ในขณะที่สหภาพยุโรปมีบทบัญญัติที่มีความแตกต่างจากสหรัฐอเมริกาในเรื่องการกำหนดราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสหภาพยุโรปให้ความสำคัญกับพฤติกรรมที่มีขอบในด้านการปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นเกณฑ์การพิจารณาด้วย แต่เนื่องจากเกณฑ์การพิจารณาเช่นนี้อาจขัดต่อเสรีภาพในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการซึ่งอาจมีผลเท่ากับเป็นการแทรกแซงราคาได้เช่นกัน ในปัจจุบันสหภาพยุโรปจึงไม่ให้ความสำคัญกับการกำหนดราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรมเท่ากับกรณีการขายต่ำกว่าทุน เนื่องจากเกณฑ์ต้นทุนยังเป็นตัวชี้วัดที่มีความชัดเจนกว่าเกณฑ์อัตรากำไรของผู้ประกอบการ สำหรับประเทศไทยก็ได้เดินตามแนวทางของสหภาพยุโรปโดยได้กำหนดแนวทางปฏิบัติโดยนำปัจจัย “อัตรากำไร” ประกอบการพิจารณา แต่ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณากรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบและอยู่ภายใต้กรอบที่จำเป็นเท่านั้นเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการโดยตรง

ส่วนพฤติกรรมการร่วมมือกำหนดราคานั้น สหรัฐอเมริกาจะใช้หลักความผิดเด็ดขาด โดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการคำนวณขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเพียงแต่ต้องได้หลักฐานของการมีเจตนาเชื่อมโยงกัน ในขณะที่ญี่ปุ่นจำเป็นต้องพิจารณาขอบเขตตลาดเนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้ ส่วนประเทศไทยก็มีลักษณะเช่นเดียวกับญี่ปุ่นที่กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องหาขอบเขตตลาด



บทที่ 5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านราคาของประเทศไทย

5.1 ความนำ

ในบทนี้จะเป็นการนำผลการศึกษามาวิเคราะห์ร่วมกัน ผู้เขียนจะขอเสนอการวิเคราะห์ออกเป็นสองส่วนหลัก ส่วนแรกจะเป็นการวิเคราะห์ถึงความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับว่ามีความสัมพันธ์ในลักษณะใด และส่วนที่สองจะเป็นการวิเคราะห์ที่เกี่ยวข้องกับส่วนแรกแต่จะมุ่งเน้นไปที่การวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวทางการพัฒนาประสิทธิภาพของกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยเพื่ออาจเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

สำหรับผลการศึกษาในบทที่ 3 เกี่ยวกับเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดโดยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศพบว่าส่วนใหญ่จะใช้เกณฑ์การสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดสองเกณฑ์ ได้แก่ เกณฑ์เชิงปริมาณซึ่งประกอบด้วยส่วนแบ่งตลาดเป็นหลัก ส่วนในเกาหลีใต้ได้เพิ่มเกณฑ์ยอดเงินขายเพิ่มเติมเข้ามา และเกณฑ์เชิงคุณภาพหรืออาจเรียกว่าเป็นการใช้องค์ประกอบอื่นประกอบการพิจารณา เช่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด โครงสร้างและลักษณะการแข่งขันในตลาด เป็นต้น ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 แม้มาตรา 3 จะกำหนดให้ต้องพิจารณาจากสภาพการแข่งขันในตลาดด้วยก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติจะพิจารณาจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายเท่านั้น

ส่วนการศึกษาในบทที่ 4 ซึ่งเป็นการศึกษาเปรียบเทียบการกำกับดูแลพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ จากการศึกษาพบว่าแม้ในต่างประเทศที่มีกฎหมายแข่งขันทางการค้าและมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมานาน เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป หรือญี่ปุ่นก็ตาม แต่เนื่องจากเหตุผลทางด้านปรัชญาทางกฎหมายและบริบททางสังคมและเศรษฐกิจที่มีความแตกต่างกันส่งผลให้เจตนารมณ์ของกฎหมาย รูปแบบของบทบัญญัติตลอดจนแนวทางการบังคับใช้กฎหมายมีความแตกต่างกันไปโดยปริยาย ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อจำกัดในการศึกษาเปรียบเทียบในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และไม่สามารถนำเสนอเปรียบเทียบหรือวิเคราะห์ในทุกประเด็นได้อย่างครบถ้วน แต่ผู้เขียนได้นำเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบ

5.2 วิเคราะห์ความเชื่อมโยงระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับ โดยผู้เขียนแยกประเด็นออกเป็นหลายๆ มิติเพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนในการวิเคราะห์โดยมีมิติต่างๆ ดังต่อไปนี้

5.2.1 มิติทางด้านเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สำหรับการวิเคราะห์ในด้านเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมให้การแข่งขันในตลาดมีประสิทธิภาพและมีความเป็นระบบ หากพบผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดเนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถควบคุมราคาสินค้าและบริการเพื่อให้ประชาชนในประเทศไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการโดยเฉพาะผู้ประกอบการรายใหญ่ๆ การที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนหรือผู้บริโภคในที่นี้ หมายถึง การเข้าไปควบคุมกลไกราคาทั้งทางตรงและทางอ้อมเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าหรือบริการได้ในราคาที่สมเหตุสมผล โดยรัฐจะใช้มาตรการทางกฎหมายด้านราคาเพื่อกำกับดูแลผู้ประกอบการให้ผลิตและจำหน่ายสินค้าในราคาที่เหมาะสมและเป็นไปในทิศทางเดียวกับที่รัฐกำหนด ซึ่งการที่ผู้ประกอบการอยู่ภายใต้มาตรการกำหนดราคาโดยรัฐทำให้ไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าในลักษณะที่มีขอบได้หรือกระทำได้ยากขึ้นและมีผลเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบการในแต่ละธุรกิจเกิดแรงกระตุ้นในการแข่งขันได้อีกทางหนึ่งด้วย แม้เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะขัดต่อการสนับสนุนกลไกตลาดก็ตาม

5.2.2 มิติทางด้านกลุ่มธุรกิจ

สำหรับมิติทางด้านกลุ่มธุรกิจเป้าหมายในที่นี้ หมายถึง กฎหมายทั้งสองฉบับต่างมีมุมมองเกี่ยวกับกลุ่มเป้าหมายทางธุรกิจที่จะบังคับใช้ที่แตกต่างกัน โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมุ่งเน้นความสำคัญที่โครงสร้างของอุตสาหกรรมหรือธุรกิจที่ต้องการกำกับดูแล โดยจะใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการซึ่งประกอบด้วยเกณฑ์สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดขาย ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะมีกลุ่มเป้าหมายที่ประเภทของสินค้าและ

บริการ โดยจะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคในชีวิตประจำวัน สินค้าและบริการเหล่านี้จะเรียกว่า “สินค้าและบริการควบคุม” ซึ่งรัฐจะเป็นผู้กำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุมในทุกๆ ปีเพื่อสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบการในธุรกิจดังกล่าว และอาจยกเลิกบางรายการสินค้าและบริการหากไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป

5.2.3 มิติทางด้านประเภทสินค้าและบริการ

ในมิติทางด้านประเภทสินค้าและบริการในที่นี่จะมีความเกี่ยวข้องกับมิติทางด้านกลุ่มธุรกิจข้างต้น ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 นั้นหากจะจำแนกประเภทของสินค้าและบริการควบคุมอาจแยกออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ ได้แก่ กลุ่มแรก เป็นกลุ่มสินค้าและบริการควบคุมที่มีการแข่งขันในตลาดโดยปกติทั่วไป ได้แก่ หมวตสินค้าอุปโภคบริโภคประจำวัน หมวตอาหาร หมวตบริการขนส่ง เป็นต้น และกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มสินค้าและบริการควบคุมที่รัฐจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมอันเนื่องมาจากเหตุผลด้านการคุ้มครองเกษตรกรภายในประเทศหรือเหตุผลด้านสินค้าเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศซึ่งไม่สามารถปล่อยให้กลไกการแข่งขันทำงานในสภาวะปกติได้เพราะอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ เช่น น้ำตาลทราย สุกร น้ำมันเชื้อเพลิง เป็นต้น ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเข้ามาทำหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการที่ผลิตและจำหน่ายสินค้าและบริการควบคุมในกลุ่มอุตสาหกรรมที่มีการแข่งขันในตลาดควบคู่กันไป แม้ว่าจะเป็นภาระหรือต้นทุนในการประกอบธุรกิจสำหรับผู้ประกอบการเหล่านี้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั้งสองฉบับก็ตาม แต่การดำเนินธุรกิจภายใต้กติกาของกฎหมายทั้งสองฉบับจะมีส่วนช่วยกระตุ้นให้เกิดมาตรฐานด้านการแข่งขันในตลาดภายในประเทศได้อีกหนึ่งด้วย

5.2.4 มิติทางการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการ

มิติด้านการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับจะมีลักษณะที่คล้ายกันในส่วน โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่กำกับดูแลพฤติกรรมที่มีขอบข่ายกฎหมายตามมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 29 ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 กำหนดห้ามกักตุนสินค้าควบคุมตามมาตรา 30 และห้ามผู้ประกอบการที่ให้บริการควบคุมหยุดหรือประวิงเวลาการให้บริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 31 และนอกจากนี้ สินค้าและบริการทั่วไปก็จะต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมาย มาตรา 29 (ห้ามมิให้ผู้ประกอบการจงใจทำให้ราคาต่ำเกินหรือสูงเกิน)

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) ซึ่งกำหนดห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งบทบัญญัตินี้ยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค

5.2.5 มิติทางด้านผู้บริโภค

แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้การคุ้มครองผู้บริโภคเหมือนกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศก็ตาม แต่ผลจากการแข่งขันของผู้ประกอบการ จะส่งผลให้สินค้าราคาถูกลงและมีคุณภาพดีทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากขึ้น ซึ่งในต่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาในปัจจุบันมีแนวคิดที่ชัดเจนว่ากฎหมายต่อต้านการผูกขาดเป็นกฎหมายที่ห้ามพฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันและพฤติกรรมการมีอำนาจผูกขาด แต่ผลจากการห้ามพฤติกรรมเหล่านี้จะส่งผลเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ทางเศรษฐศาสตร์¹ ในขณะที่สหภาพยุโรปได้อธิบายว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าในความหมายแคบซึ่งให้ความสนใจในปัญหาด้านผลประโยชน์ของผู้บริโภคมากกว่าที่จะสนใจว่าการแข่งขันนั้นจะเป็นธรรมหรือไม่ และยังได้อธิบายต่อไปอีกถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายผู้บริโภคและกฎหมายแข่งขันทางการค้าว่าต่างเกี่ยวพันและสนับสนุนซึ่งกันและกัน² ส่วนกรณีของญี่ปุ่นในปัจจุบันมีแนวคิดหลักที่สนับสนุนว่าผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิใช่วัตถุประสงค์เชิงสะท้อนจากวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่ถือว่าผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นวัตถุประสงค์โดยตรงของกฎหมายป้องกันการผูกขาด³ ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มีความชัดเจนในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค อย่างน้อยที่สุดเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคจากพฤติกรรมกำหนดราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการ

5.2.6 มิติทางด้านผลกระทบ

กฎหมายทั้งสองฉบับต่างก็เป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศไทย เกณฑ์การพิจารณาด้านผลกระทบจึงถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นและสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แม้กฎหมายทั้งสองฉบับ

¹ Shenefield and Stelzer, アメリカ独占禁止法 実務と理論, pp 11 - 14.

² Vogel, 欧州競争法, pp 3 - 4.

³ Kanai, Kawahama, and Sensui, 独占禁止法, p. 5.

ต่างมีการกำหนดเกณฑ์ผลกระทบที่แตกต่างกันออกอย่างชัดเจน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมุ่งเน้นและให้ความสำคัญในการพิจารณาผลกระทบต่อตลาดโดยรวม หากพฤติกรรมนั้นฝ่าฝืนกฎหมายแต่ถ้าไม่ปรากฏผลกระทบต่อตลาดโดยรวม ผู้ประกอบการอาจไม่ต้องรับผิด ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะพิจารณาผลกระทบต่อผู้บริโภคเฉพาะรายเท่านั้น หากผู้บริโภครายใดได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่กำหนดราคาที่สูงเกินสมควรก็ถือว่าผู้ประกอบการรายนั้นมีความผิดแล้วโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาผลกระทบต่อตลาดโดยรวม⁴

5.2.7 สรุปความเชื่อมโยงของกฎหมายทั้งสองฉบับ

จาก 5.2.1 -5.2.6 ที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงความเชื่อมโยงของกฎหมายทั้งสองฉบับในมิติต่างๆ สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ส่งเสริมการทำงานร่วมกัน โดยจะร่วมกันทำหน้าที่ช่วยเสริมกำกับดูแลทั้งในด้านการควบคุมราคาสินค้าและการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในตลาดควบคู่กันไป

ตารางที่ 8 แสดงความเชื่อมโยงระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

มิติที่เชื่อมโยง	พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
เจตนารมณ์ของกฎหมาย	<ul style="list-style-type: none"> - ควบคุมราคาสินค้าและบริการ - คุ้มครองผลประโยชน์ผู้บริโภค - สนับสนุนการแข่งขันโดยกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการภายใต้มาตรการ 	ส่งเสริมกลไกตลาด

⁴ อุดลย์ ยูวิททยาพานิชย์, คำอธิบายกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542”, หน้า 108 - 109.

	ควบคุมราคาสินค้า - มิได้สนับสนุนหรือส่งเสริม กลไกตลาด	
กลุ่มธุรกิจ	กำหนดรายการสินค้าและ บริการควบคุม	ใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด เป็นเครื่องมือในการสันนิษฐาน การมีอำนาจเหนือตลาดของ ผู้ประกอบการ
ประเภทสินค้าและบริการ	1. กลุ่มสินค้าและบริการ ควบคุมที่มีการแข่งขันในตลาด 2. กลุ่มสินค้าและบริการ ควบคุมที่รัฐจำเป็นต้องเข้ามา ควบคุมอันเนื่องมาจากเหตุผล ด้านการคุ้มครองเกษตรกรรม ภายในประเทศหรือเหตุผลด้าน สินค้าเศรษฐกิจที่สำคัญของ ประเทศ	กำกับดูแลผู้ประกอบการที่ผลิต และจำหน่ายสินค้าและบริการ ควบคุมในกลุ่มที่มีการแข่งขัน ควบคู่กัน
การกำกับดูแลพฤติกรรมของ ผู้ประกอบการ	กำหนดห้ามกักตุนสินค้าควบคุม ตามมาตรา 30 และห้าม ผู้ประกอบการที่ให้บริการ ควบคุมหยุดหรือประวิงเวลา การให้บริการโดยไม่มีเหตุผลอัน สมควรตามมาตรา 31 และ นอกจากนี้ สินค้าและบริการ ทั่วไปก็ต้องตกอยู่ภายใต้การ บังคับใช้กฎหมาย มาตรา 29 (ห้ามมิให้ผู้ประกอบการจงใจทำ ให้ราคาต่ำเกินหรือสูงเกิน)	- กำกับดูแลพฤติกรรมที่มีชอบ ด้วยกฎหมายตามมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และ มาตรา 29 - มาตรา 25 (1) ซึ่งกำหนดห้าม ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ ตลาดกำหนดราคาที่สูงอย่างไม่ เป็นธรรม

ผู้บริโภค	คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยตรง	ผลจากการแข่งขันของผู้ประกอบการ จะส่งผลให้สินค้าราคาถูกและมีคุณภาพดี ทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากขึ้น
ผลกระทบ	พิจารณาผลกระทบต่อผู้บริโภคเฉพาะรายเท่านั้น	พิจารณาผลกระทบต่อตลาดโดยรวม
ภาพรวม	สนับสนุนการทำงานร่วมกัน (ที่มีใช้กลไกตลาด)	

5.3 การเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย

5.3.1 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านกลุ่มธุรกิจ

ในการเพิ่มประสิทธิภาพด้านกลุ่มธุรกิจ ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เนื่องจากรายการสินค้าและบริการควบคุมมีทั้งกลุ่มที่แข่งขันในตลาดได้ และกลุ่มที่ต้องอาศัยภาครัฐให้เข้ามาควบคุม จากเหตุผลด้านความเชื่อมโยงของกฎหมายทั้งสองฉบับตามที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ กระทรวงพาณิชย์อาจต้องให้ความสำคัญเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการแข่งขันของสินค้าและบริการควบคุมที่แฝงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ด้วย ทั้งนี้อาจศึกษาและวิเคราะห์สินค้าและบริการควบคุมเป็นรายกรณีไปโดยละเอียดเพื่อหาสมดุลและความเหมาะสมในการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุมในอนาคตต่อไป โดยให้ความสำคัญกับกลไกตลาดให้มีสภาพแวดล้อมเกิดแรงกระตุ้นให้มีการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาดให้มากขึ้น และในกรณีที่กลไกตลาดไม่ทำงาน ภาครัฐอาจต้องกำหนดนโยบายหรือมาตรการที่จำเป็นจริงๆ ในการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุม

ในส่วนของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จากการศึกษาพบว่าโครงสร้างของอุตสาหกรรมภายในประเทศมีลักษณะกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดและ/หรือตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยราย และสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าได้มีการติดตามพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบการในธุรกิจสินค้า/ บริการเป้าหมาย 6 กลุ่ม (80 สินค้า/ บริการ) ได้แก่ กลุ่มสินค้าอุปโภคบริโภค กลุ่มสินค้าปิโตรเลียม ปิโตรเคมีและเคมีเกษตร กลุ่มสินค้านานยนต์ กลุ่มสินค้าวัสดุก่อสร้าง

กลุ่มธุรกิจบริการ และกลุ่มสินค้าอื่นๆ⁵ ประกอบกับผลจากการศึกษาของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ที่รายงานว่ามียุทธศาสตร์ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องในตลาดเดียวกันจำนวน 40 กลุ่มบริษัท 23 ธุรกิจ และหากนับกลุ่มบริษัทเหล่านี้เป็นผู้ประกอบการรายเดียวจะพบว่ามีจำนวน 10 กลุ่มบริษัทที่เข้าข่ายเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายเดียว⁶ ดังนั้นเพื่อให้การบังคับใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีประสิทธิภาพและครอบคลุมกับกลุ่มธุรกิจเป้าหมายให้เหมาะสม ภาครัฐควรนำผลการศึกษาของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ที่ได้เสนอไว้ในรายงานวิจัยมาทบทวน และมีการทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นระยะๆ ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายกับเกาหลีใต้ที่กำหนดช่วงระยะเวลาการทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ชัดเจนไว้ล่วงหน้า หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้มีการทบทวนรายการสินค้าและบริการควบคุมเป็นรายปี และนอกจากนี้ กระทรวงพาณิชย์จำเป็นต้องศึกษาเกณฑ์ข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดอื่นๆ นอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสากล

ตารางที่ 9 เปรียบเทียบเกณฑ์การกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ประเทศและกลุ่มประเทศ	เกณฑ์สัดส่วนร้อยละของส่วนแบ่งตลาดในการสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาด	เกณฑ์ยอดเงินขาย	การใช้เกณฑ์อื่นประกอบการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาด	หมายเหตุ
สหรัฐอเมริกา	70 ขึ้นไป		✓	กำหนดโดยบรรทัดฐานของศาล
สหภาพยุโรป	50 ขึ้นไป		✓	กำหนดโดยบรรทัดฐานของศาลและคณะกรรมการธิการ

⁵ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, ฐานข้อมูลการแข่งขันทางการค้า, หน้า 15.

⁶ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด.", หน้า 2-14.

				๖
ญี่ปุ่น	50 ขึ้นไป	ไม่ได้กำหนดไว้ โดยตรง แต่จะนำ ยอดเงินขายมา คำนวณในตลาด มิใช่ยอดเงินขาย ของ ผู้ประกอบการ เฉพาะราย	✓	กำหนดโดยแนว ปฏิบัติว่าด้วย การผูกขาดโดย เอกชนรูปแบบ การกำจัด
เกาหลีใต้	- ผู้ประกอบการราย เดียว ร้อยละ 50 ขึ้น ไป - ผู้ประกอบการสาม รายรวมกันตั้งแต่ ร้อยละ 75 ขึ้นไป ทั้งนี้ ยกเว้นกรณีที่ ผู้ประกอบการรายใด รายหนึ่งมีส่วนแบ่ง ตลาดไม่ถึงร้อยละ 10	ไม่น้อยกว่า 4 ล้านวอนในปีที่ ผ่านมา	✓	กำหนดโดย MRFTA
ไทย	- ผู้ประกอบการราย เดียว ร้อยละ 50 ขึ้น ไป - ผู้ประกอบการสาม รายรวมกันตั้งแต่ ร้อยละ 75 ขึ้นไป ทั้งนี้ ยกเว้นกรณีที่ ผู้ประกอบการรายใด รายหนึ่งมีส่วนแบ่ง ตลาดไม่ถึงร้อยละ 10	ไม่น้อยกว่า 1,000 ล้านบาทในปีที่ ผ่านมา	△ (มาตรา 3 ได้ กำหนดให้ต้อง พิจารณาจาก เกณฑ์อื่นด้วย โดยระบุว่า “ทั้งนี้ โดยให้พิจารณา สภาพการแข่งขัน ของตลาดด้วย” แต่ในปัจจุบัน ยัง ไม่ได้นำเกณฑ์นี้	กำหนดโดย ประกาศ คณะกรรมการ แข่งขันทาง การค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การ เป็นผู้ประกอบ ธุรกิจซึ่งมีอำนาจ เหนือตลาด

			มาพิจารณา)	
--	--	--	------------	--

5.3.2 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านการกำกับดูแลพฤติกรรม

สำหรับการกำกับดูแลพฤติกรรมที่เข้าข่ายผิดกฎหมายนั้น สามารถจำแนกออกเป็นสองประเภท ได้แก่ พฤติกรรมที่อยู่ภายใต้กฎหมายทั้งสองฉบับและพฤติกรรมที่จำเป็นต้องบังคับใช้แยกกัน

ประเภทแรก จะเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายทั้งสองฉบับสามารถเข้ามากำกับดูแลได้ควบคู่กัน ได้แก่ พฤติกรรมการขายสินค้าราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม แนวทางนี้อาจจะสวนกระแสกับแนวทางของสหภาพยุโรปที่รัฐจะไม่พยายามเข้าไปแทรกแซงกลไกราคาของเอกชนในการกำหนดราคาที่สูงเกินไป แต่เนื่องจากประเทศไทยมีเหตุผลและความจำเป็นตลอดจนบริบททางสังคมที่แตกต่างไปจากประเทศที่พัฒนาแล้วโดยรัฐยังจำเป็นต้องเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้นสำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่เกี่ยวกับการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุม ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) และ (2) จะทำหน้าที่คู่ขนานกันไป

ประเภทที่สอง พฤติกรรมที่มีความแตกต่างกันจำเป็นต้องแยกใช้กฎหมาย ได้แก่

(1) พฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุน เนื่องจากการขายต่ำกว่าทุนโดยหลักแล้วจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค ดังนั้นจะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม รัฐควรกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับทุนที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้นในการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมขายต่ำกว่าทุนและพฤติกรรมกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง

(2) พฤติกรรมร่วมมือกำหนดราคา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ได้กำหนดห้ามการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งจะมีทั้งกรณีที่เป็นการฮั้วราคาซึ่งส่งผลกระทบต่อตลาดโดยตรงและกรณีที่ไม่รุนแรง สหรัฐอเมริกาจะใช้หลักความผิดเด็ดขาด (per se) ในกรณีที่เป็นความร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา เช่น การฮั้วราคา การฮั้วประมูล เป็นต้น โดยจะพิจารณาจากหลักฐานของการสมคบกันเท่านั้น และจะไม่เข้าสู่ขั้นตอนการคำนวณหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลดขั้นตอนและภาระในการพิจารณาคดี แต่สำหรับมาตรา 27 ได้กำหนดว่าต้องเข้าสู่ขั้นตอนการคำนวณหาขอบเขตตลาดแม้จะพบหลักฐานขิงการฮั้วราคาก็ตาม ดังนั้น หากมีการทบทวนแก้ไขมาตรา 27 ผู้เขียนเห็นว่าอาจต้อง

แยกประเภทของพฤติกรรมความร่วมมือจำกัดการแข่งขันออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีความผิดร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อกลไกตลาด เช่น การฮั้วราคา การฮั้วประมูล การร่วมกันจำกัดปริมาณการผลิต เป็นต้น อาจไม่จำเป็นต้องคำนวณหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเพียงแต่ปรากฏหลักฐานของการมีเจตนาเชื่อมโยงกันก็เพียงพอ และกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มพฤติกรรมความร่วมมือจำกัดการแข่งขันในลักษณะอื่นๆ ที่ส่งผลกระทบต่อไม่รุนแรงต่อตลาด กรณีเช่นนี้อาจยังคงต้องใช้วิธีการคำนวณหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเหมือนเดิม

5.3.3 การเพิ่มประสิทธิภาพด้านการบังคับใช้กฎหมาย

5.3.3.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากองค์การบังคับใช้กฎหมายของกฎหมายทั้งสองฉบับ หากพิจารณาในภาพรวมอาจประเมินได้ว่าสังกัดองค์กรเดียวกัน คือ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ แต่หากพิจารณาจากองค์ประกอบและโครงสร้างของกฎหมายทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่าองค์การบังคับใช้กฎหมายแยกออกจากกัน กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 8 โดยจะเน้นในด้านส่งเสริมการแข่งขันให้เป็นธรรม และดำเนินคดีกับผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ในขณะที่คณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ในการควบคุมราคาสินค้าและบริการ แต่จากการศึกษาพบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีความเชื่อมโยงกันในการมีส่วนร่วมขับเคลื่อนกลไกตลาด ดังนั้นหากพิจารณาในภาพรวมขององค์กร ซึ่งในที่นี้หมายถึง กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ อาจต้องมีการประสานงานร่วมกันหรือร่วมมือกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางร่วมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย


5.3.3.2 การทบทวนบทบาทหน้าที่ขององค์การบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับในส่วนของคณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการที่มีอำนาจและหน้าที่หลักในการควบคุมราคาสินค้า ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาสินค้าและบริการควบคุม หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการควบคุม แต่จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมีหน้าที่ในการสนับสนุนการแข่งขันเพื่อให้กลไกตลาดทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดหน้าที่ในการสนับสนุนการแข่งขันไว้โดยตรง แต่หากกระทรวงพาณิชย์มีนโยบายที่จะนำแนวคิดด้านการสนับสนุนการแข่งขันในตลาดมาไว้ใน

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะช่วยกระตุ้นให้กฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยทำงานอย่างครบวงจรและมีประสิทธิภาพ

ตารางที่ 10 สรุปแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย

ประเด็นการเพิ่มประสิทธิภาพ	พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
1. ด้านกลุ่มธุรกิจ	<p>กระทรวงพาณิชย์อาจต้องให้ความสำคัญเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวคิดการแข่งขันของสินค้าและบริการควบคุมที่แฝงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ด้วย ทั้งนี้ อาจศึกษาและวิเคราะห์สินค้าและบริการควบคุมเป็นรายกรณีไปโดยละเอียดเพื่อหาสมดุลและความเหมาะสมในการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุม</p>	<p>1. ทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นระยะๆ ที่กำหนดชัดเจนไว้ล่วงหน้า โดยอาจเทียบเคียงจากพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้มีการทบทวนรายการสินค้าและบริการควบคุมเป็นรายปี</p> <p>2. ศึกษาวิเคราะห์และนำเกณฑ์ข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดอื่นๆ ซึ่ง นอกเหนือจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสากล</p>
	<p><u>1. พฤติกรรมการขายสินค้าราคาที่สูงอย่างไม่เป็นธรรม</u></p> <p>พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่เกี่ยวกับการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุม ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) และ (2) จะทำหน้าที่คู่ขนานกันไป</p>	

<p>2. ด้านการกำกับดูแล พฤติกรรม</p>		<p><u>2. พฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุน</u> รัฐควรกำหนดเกณฑ์เกี่ยว ต้นทุนที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้นใน การพิจารณาความผิดของ ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมขาย ต่ำกว่าทุนและพฤติกรรมกำหนด ราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งชั้น</p>
		<p><u>3. พฤติกรรมร่วมมือกำหนด ราคา</u> แยกประเภทของ พฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการ แข่งขันออกเป็นสองกลุ่ม</p> <p>3.1 กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มี ความผิดร้ายแรงและส่งผล กระทบโดยตรงต่อกลไกตลาด เช่น การฮั้วราคา การฮั้วประมูล การร่วมกันจำกัดปริมาณการ ผลิต เป็นต้น อาจไม่จำเป็นต้อง คำนวณหาขอบเขตตลาดที่ เกี่ยวข้องเพียงแต่ปรากฏ หลักฐานของการมีเจตนา เชื่อมโยงกันก็เพียงพอ</p> <p>3.2 กลุ่มที่สองเป็นกลุ่ม พฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการ แข่งขันในลักษณะอื่นๆ ที่ส่งผล กระทบไม่รุนแรงต่อตลาด กรณี เช่นนี้อาจยังคงต้องใช้วิธีการ คำนวณหาขอบเขตตลาดที่ เกี่ยวข้องเหมือนเดิม</p>

3. การบังคับใช้กฎหมาย	<p><u>1. องค์กรบังคับใช้กฎหมาย</u></p> <p>กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ อาจต้องมีการประสานงานร่วมกันหรือร่วมมือกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับเพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางร่วมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย</p>
	<p><u>2. ทบทวนบทบาทหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย</u></p> <p>คณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมีหน้าที่ในการสนับสนุนการแข่งขันเพื่อให้กลไกตลาดทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ</p>

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาในหัวข้อ “การพัฒนาการกำกับดูแลด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542” โดยผู้เขียนได้แบ่งโครงสร้างงานวิจัยนี้ออกเป็นสามส่วน ได้แก่ บทที่ 2 เป็นการวิเคราะห์ในเชิงวิสัยทัศน์ของรัฐเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ส่วนบทที่ 3 เป็นการศึกษาทบทวนเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยได้ศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศที่เป็นต้นกำเนิดในการกำหนดรูปแบบเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในบทที่ 4 จะเป็นการวิเคราะห์ในตัวพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายโดยได้ศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับงานวิจัยนี้ และในบทที่ 5 จะเป็นการวิเคราะห์ในภาพรวมของงานวิจัยนี้และนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในบทนี้

จากการศึกษาพบว่า ในบริบทของประเทศไทยจะมีความแตกต่างไปจากประเทศอื่น กล่าวคือ แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการฯ จะไม่มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมกลไกตลาด อันเนื่องมาจากเหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ที่ให้อำนาจเจ้าควบคุมราคาสินค้ามาตั้งแต่สมัยสงครามโลกครั้งที่สองจนถึงปัจจุบันโดยไม่มีแนวโน้มจำกัดขอบเขตการบังคับใช้ก็ตาม และในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมกลไกตลาด แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นกฎหมายที่ยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเท่าที่ควร แต่ผลการศึกษาเป็นที่น่าสนใจว่ากฎหมายว่าด้วยราคาทั้งสองฉบับแม้จะมีความแตกต่างกันในด้านเจตนารมณ์ กลุ่มเป้าหมายของอุตสาหกรรม ประเภทของสินค้าหรือผลประโยชน์ของผู้บริโภคก็ตาม แต่กลับมีลักษณะการทำงานที่สอดคล้องกันในหลายๆ มิติด้วยกันซึ่งสามารถประเมินได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีความสัมพันธ์กันในลักษณะส่งเสริมและกระตุ้นการทำงานให้มีความแข็งแกร่งซึ่งกันและกัน

นอกจากนี้ ปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนให้การกำกับดูแลมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยสามารถพัฒนาได้อย่างเป็นระบบนั้น อย่างน้อยที่สุดประกอบด้วยแนวคิดหลักๆ สามด้านควบคู่กัน ได้แก่ วิสัยทัศน์ โครงสร้างและพฤติกรรม ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าจะทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายและสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

6.1.1 บทสรุปเชิงวิคิด

ในมุมมองเกี่ยวกับวิคิดของรัฐในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของไทย จากการศึกษาพบว่าจะใช้ทั้งสองแนวทางควบคู่กันไป ได้แก่ แนวทางการแทรกแซงราคาโดยรัฐ และแนวทางการกำกับดูแลด้านราคาโดยรัฐ

6.1.1.1 แนวทางการควบคุมราคาสินค้าและบริการ

แนวทางการควบคุมราคาสินค้าและบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าแทรกแซงราคาโดยตรงเป็นแนวทางดั้งเดิมซึ่งในอดีตมีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัดใช้ในสถานการณ์ที่ฉุกเฉินหรือจำเป็นเท่านั้น แต่ได้เริ่มขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ให้กว้างขึ้นโดยนำมาใช้ในสถานการณ์ทางการค้าปกติด้วย หากเปรียบเทียบกับต่างประเทศจะพบว่าแนวทางการแทรกแซงด้านราคาของไทยไม่มีแนวโน้มการลดขอบเขตการบังคับใช้ลง เนื่องจากรายการสินค้าควบคุมและรายการสินค้าติดตามนั้นมีจำนวนมากในแต่ละปีและคงที่ไม่ปรับเปลี่ยนมากนัก ส่วนในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป หรือญี่ปุ่นมีขอบเขตการแทรกแซงโดยรัฐที่จำกัด ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการออกเป็นนโยบายหรือการตราเป็นกฎหมายซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดให้สาขาเกษตรกรรมหรือการประมงหรืออุตสาหกรรมเฉพาะซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้นๆ ตามความจำเป็นที่แตกต่างกันไป ส่วนญี่ปุ่นจะนำเหตุผลด้านการคุ้มครองวัฒนธรรมมาใช้เป็นข้อยกเว้นในการอนุญาตให้รัฐสามารถกำหนดราคาได้ ซึ่งโดยทั่วไปจะให้น้ำหนักกับการส่งเสริมกลไกตลาดคล้ายกับสหรัฐอเมริกา ส่วนกรณีของประเทศไทยยังคงมุ่งเน้นการคุ้มครองความเป็นอยู่ของผู้บริโภคโดยการใช้อำนาจแทรกแซงด้านราคาภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 แต่สินค้าควบคุมในแต่ละประเภทจะอยู่ภายใต้มาตรการที่แตกต่างกัน ในระดับของมาตรการแทรกแซงที่สูงที่สุดตามมาตรา 25 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 คือ การเข้าแทรกแซงในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการ ซึ่งในปัจจุบันพบว่ามีการบังคับใช้เฉพาะอุตสาหกรรมน้ำตาลทรายเท่านั้น ส่วนสินค้าควบคุมหรือบริการควบคุมรายการอื่นๆ จะอยู่ภายใต้มาตรการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโดยตรง แต่อาจกำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบการต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับปริมาณ หรือต้นทุนการผลิต และนอกจากนี้ยังพบว่าประเภทของสินค้าควบคุมนั้นประกอบด้วยสินค้าด้านการเกษตร สินค้าด้านอุตสาหกรรม และสินค้าที่ใช้ในชีวิตประจำวันของผู้บริโภค

6.1.1.2 แนวทางการกำกับดูแลด้านราคา

แนวทางการกำกับดูแลด้านราคาในที่นี้ หมายถึง แนวทางการบังคับใช้ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งหากเทียบกับแนวทางแรกจะพบว่าเป็นแนวทางใหม่ที่รัฐเริ่มใช้นโยบายด้านการส่งเสริมกลไกตลาดโดยรัฐทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแล (regulator) ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเกี่ยวกับการกำหนดราคา จากการศึกษาพบว่าแม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่กำหนดห้ามผู้ประกอบการกำหนดราคาหรือร่วมกันกำหนดราคาในลักษณะที่มิชอบก็ตาม แต่การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังมีข้อจำกัดหลายประการ หนึ่งในข้อจำกัด ได้แก่ ข้อจำกัดด้านการส่งเสริมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งในปัจจุบันยังคงมีแต่เรื่องร้องเรียนสู่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น และมีบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่น้อยมาก ประกอบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอำนาจเหนือตลาดแม้จะได้มีการออกประกาศแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติไม่สามารถใช้เกณฑ์ฯ ดังกล่าวได้เนื่องจากเกณฑ์ดังกล่าวฯ ไม่สอดคล้องและรองรับโครงสร้างอุตสาหกรรมโดยรวมภายในประเทศ ในขณะที่ภาครัฐได้ให้ความสำคัญกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มากกว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

6.1.1.3 ความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายสองฉบับควบคู่กัน

ภายใต้แนวคิดเจตนารมณ์ที่มีความแตกต่างกันระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ส่งผลให้มาตรการทางด้านราคาของรัฐควรกำหนดให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันแต่กลับใช้เครื่องมือที่แตกต่างกัน รัฐในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมกฎกติกาต่างๆ โดยรวมของประเทศ ดังนั้นควรคุ้มครองและให้ความสำคัญทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคโดยให้ความสำคัญล้นเหลือที่น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งรัฐต้องพยายามกำหนดนโยบายหรือกฎกติกาให้ทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคต่างก็ได้รับสิทธิและประโยชน์ของตน และในขณะเดียวกันได้รับผลกระทบที่น้อยที่สุด กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมให้กลไกตลาดทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่ตัวรัฐต้องให้ความสำคัญกับชีวิตความเป็นอยู่ของผู้บริโภคภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ซึ่งหากพิจารณาเป็นการทั่วไปแล้วการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับ ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่ขัดกันนั้นอาจจะส่งผลกระทบต่อมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยในระยะยาว

แต่จากการศึกษาพบว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับมีความเชื่อมโยงกันและสอดคล้องกัน คือ ต่างก็มีส่วนช่วยสนับสนุนการทำงานซึ่งกันและกัน ประกอบกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ก็ยังคงมีความจำเป็นไม่อาจยกเลิกได้ในช่วงระยะเวลาี้ เนื่องจากหลายเหตุผลด้วยกันไม่ว่าจะเป็นเหตุผลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้แนวคิดการเยียวยามากกว่าการป้องกัน หรือเหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ของประเทศไทยที่คุ้นเคยกับการให้อำนาจรัฐในการเข้าแทรกแซงเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเหตุผลด้านความพร้อมในการบังคับใช้มาตรการส่งเสริมกลไกตลาดที่มีประสิทธิภาพ

สำหรับระดับของการเข้าแทรกแซงด้านราคา จากการศึกษาพบว่ารัฐได้ใช้มาตรการการกำหนดราคาสินค้าควบคุมแต่เพียงการใช้มาตรการกำหนดราคาโดยตรงซึ่งเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างกลไกราคาของผู้ประกอบการในระดับที่สูงที่สุด แต่ใช้มาตรการจูงจูงทุนหรือรายละเอียดต่างๆ แทนการเข้าแทรกแซงโดยเป็นผู้กำหนดราคาโดยตรง สามารถสรุปได้ว่าเป็นมาตรการที่ควบคุมราคาสินค้าที่รัฐใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงราคาโดยตรงซึ่งจะส่งผลกระทบต่อตลาดโดยรวม

6.1.2 บทสรุปเชิงโครงสร้าง

6.1.2.1 รูปแบบของเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านโครงสร้างของตลาด โดยใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเข้ามาใช้ในการสันนิษฐานความผิดในเบื้องต้นของผู้ประกอบการพบว่า แม้ในต่างประเทศเองก็มีรูปแบบของการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่แตกต่างกันไป โดยเฉพาะประเทศที่ถือว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในโลก ซึ่งได้แก่ สหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ไม่เฉพาะเจาะจงแต่จะใช้บรรทัดฐานของศาลมาเป็นตัวช่วยในการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเกณฑ์สัดส่วนของส่วนแบ่งตลาดโดยมากจะอยู่ในระดับที่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 หรือในกรณีของญี่ปุ่นจะเริ่มต้นจากการตรวจสอบพฤติกรรมก่อนแล้วจึงเข้าสู่ขั้นตอนหาขอบเขตตลาดเพื่อหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดและในขั้นตอนสุดท้ายก็จะมาพิจารณาที่พฤติกรรมที่มีขอบซึ่งจะมีความรัดกุมแต่ใช้เวลาและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ในขณะที่สหภาพยุโรปเป็นต้นแบบของการกำหนดเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดที่เรียกว่า “การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบ (abuse of dominant position)” ซึ่งมีเกาหลีใต้และประเทศไทยที่ใช้รูปแบบของสหภาพยุโรป แต่เกาหลีใต้ได้พัฒนาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดให้มีความละเอียดและชัดเจนลงไปโดยการกำหนดเกณฑ์ตัวเลขของส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายลงในตัวบทกฎหมายโดยตรง และยังสามารถกำหนดองค์ประกอบอื่นๆ ใน

การพิจารณาด้วยโดยได้ออกแนวปฏิบัติฯ ที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

6.1.2.2 เกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย

ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แม้ได้มีบทบัญญัติไว้โดยตรงเกี่ยวกับเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ก็มิได้กำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่กำหนดในรูปแบบของประกาศของคณะกรรมการฯ ดังนั้นจากข้อเท็จจริงพบว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 จนถึงช่วงปี พ.ศ. 2550 ไม่มีการกำหนดเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดออกบังคับใช้ ซึ่งเป็นปัญหาในทางทางปฏิบัติ และเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในทางทฤษฎีทางปฏิบัตินั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” โดยใช้เกณฑ์การพิจารณาสามองค์ประกอบ ได้แก่ (1) ส่วนแบ่งตลาด (2) ยอดเงินขาย และ (3) สภาพการแข่งขันของตลาด โดยมีทั้งเกณฑ์เชิงปริมาณ (quantitative) และเกณฑ์เชิงคุณภาพ (qualitative) แต่ในทางปฏิบัติเกณฑ์ (3) สภาพการแข่งขันซึ่งเป็นองค์ประกอบเชิงคุณภาพยังไม่ถูกนำมาประกอบการพิจารณาเนื่องจากยังไม่มีกำหนดเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมในปัจจุบัน ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศอื่นที่มีได้ใช้เกณฑ์เชิงปริมาณเป็นตัวตัดสินเพียงอย่างเดียว

สำหรับเกณฑ์ยอดเงินขายนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ใช้รูปแบบของเกาหลีใต้ ซึ่งประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่จะมีได้กำหนดเกณฑ์ยอดเงินขายไว้โดยตรง แต่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณา อย่างเช่น ญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งการนำเกณฑ์ยอดเงินขายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะคิดจากยอดเงินขายของผู้ประกอบการในแต่ละราย ในขณะที่ญี่ปุ่นนำเกณฑ์ยอดเงินขายมาพิจารณาภายใต้แนวคิดยอดเงินขายโดยรวมในธุรกิจนั้นๆ มิได้ให้นำหนักไปที่ยอดเงินขายของแต่ละราย

6.1.2.3 ความสำคัญของขอบเขตตลาด

ขอบเขตตลาดจะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรา 25 (การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ) และนอกจากนี้ยังมีความเกี่ยวข้องกับมาตรา 26 (การควบรวมกิจการ) และมาตรา 27 (การร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า) ดังนั้นจึงปฏิเสธมิได้ถึงความจำเป็นในการหาขอบเขตตลาดที่ต้องมีความชัดเจนและโปร่งใสในระดับหนึ่ง จากการศึกษาพบว่าแม้จะมีการกำหนดแนวทางในการคำนวณหาขอบเขตตลาดตามแนวปฏิบัติฯ มาตรา 25 ก็ตาม แต่ยังคงขาดความเป็นรูปธรรมมิได้กำหนดไว้เกี่ยวกับแนวทางในทางปฏิบัติจริง ซึ่งในมุมมองของผู้ประกอบการอาจเกิด

ความไม่มั่นใจได้ว่าบริษัทตนมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ดังนั้นเกณฑ์ขอบเขตตลาดจึงเป็นเกณฑ์ด่านต้นๆ ที่จำเป็นในการพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 27 หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา พฤติกรรมที่เป็น hardcore cartel ได้แก่ การฮั้วราคา การฮั้วประมูล เป็นต้นจะใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (per se rule) หากพบหลักฐานของพฤติกรรมก็จะมีคามผิดทันที ไม่จำเป็นต้องพิจารณาขอบเขตตลาดซึ่งถือว่าการลดขั้นตอนการพิจารณาให้มีความกระชับและรวดเร็วขึ้น ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ได้กำหนดว่าจะต้องผ่านขั้นตอนในการหาขอบเขตตลาดในทุกๆ พฤติกรรมที่เป็นการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า แม้จะพบหลักฐานของการร่วมมือกันก็ตาม ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติเช่นนี้จะมีลักษณะที่คล้ายกับกฎหมายของญี่ปุ่น ซึ่งญี่ปุ่นได้ตีความพฤติกรรมการร่วมมือจำกัดการแข่งขันว่าจะต้องส่งผลกระทบต่อตลาดโดยรวมภายใต้เกณฑ์การพิจารณา “การจำกัดการแข่งขันที่แท้จริง” ดังนั้นจึงจำเป็นต้องคำนวณหาขอบเขตตลาดตามองค์ประกอบของกฎหมาย และกรณีของประเทศไทยก็มีลักษณะเหมือนกับญี่ปุ่น

6.1.2.4 การแบกรับภาระของผู้ประกอบการ

ผลการวิจัยของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ เสนอว่าเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้นควรมีการทบทวนปรับลดลงมาเพื่อให้รองรับกับโครงสร้างเศรษฐกิจของประเทศไทยเองซึ่งมีลักษณะเป็นตลาดผู้แข่งขันน้อยรายและกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และผู้เขียนได้นำข้อมูลจากงานวิจัยฯ โดยนำกลุ่มธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จำนวน 10 กลุ่มธุรกิจ¹ มาเปรียบเทียบกับรายการสินค้าควบคุมและรายการสินค้าที่ติดตามดูแลซึ่งจัดทำขึ้นโดยกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งพบว่ารายการสินค้าเกินครึ่งที่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ดังนั้น หากพิจารณาจากผู้ประกอบการในธุรกิจดังกล่าวจะถือว่าเป็นภาระหรือต้นทุนที่เพิ่มขึ้นมาในการประกอบกิจการ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้อาจเป็นภาระสำหรับผู้ประกอบการ แต่กฎหมายทั้งสองฉบับต่างมีเป้าหมายร่วมกันคือเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการทำงานของกลไกตลาด ดังนั้น การมีกฎกติกาควบคุมกัน โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ทำหน้าที่ในการกำหนดรายการสินค้าและบริการควบคุมเพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภค ในขณะที่พระราชบัญญัติการ

¹ เรื่องเดียวกัน, , หน้า 2-14.

แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ทำหน้าที่กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการมิให้ใช้อำนาจในทางที่มิชอบ

6.1.3 บทสรุปเชิงพฤติกรรม

ในส่วนของมาตรการเกี่ยวกับพฤติกรรมภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เมื่อเทียบกับวิธิตัดหรือโครงสร้าง ผู้เขียนประเมินได้ว่ามีระดับของการพัฒนาในระดับหนึ่ง การออกแนวปฏิบัติฯ ทั้งแนวปฏิบัติฯ ตามมาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 29 นั้นเป็นตัวชี้วัดถึงการพัฒนาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้เป็นอย่างดี แต่อย่างไรก็ตาม หากดูในรายละเอียดของแนวปฏิบัติฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวปฏิบัติฯ ตามมาตรา 25 และมาตรา 29 จะมีความทับซ้อนกันในส่วนของรูปแบบพฤติกรรมที่มีชอบหรือต่อต้านการแข่งขันสำหรับการวิเคราะห์ในเชิงพฤติกรรม ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตได้ดังต่อไปนี้

6.1.3.1 แนวทางการกำหนดเกณฑ์การกำหนดราคาที่มีชอบ

จากการศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับเกณฑ์การกำหนดราคาที่มีชอบ ผู้กระทำผิดอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็ได้ รูปแบบในการกำหนดราคาที่มีชอบนี้อาจจำแนกย่อยออกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีที่เป็นการกำหนดราคาที่สูงเกินสมควรและกรณีที่เป็นการกำหนดราคาที่ต่ำเกินสมควร

ก. การกำหนดราคาต่ำเกินไป

สำหรับการกำหนดราคาต่ำเกินไปจะมีทั้งการกำหนดราคาขายต่ำกว่าทุนทุกๆ ไป และการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกัน เกณฑ์หรือตัวชี้วัดในการพิจารณากรณีนี้จะมีความชัดเจนโดยใช้เกณฑ์ต้นทุนมาเป็นตัวพิจารณาความผิด ซึ่งจากแนวปฏิบัติฯ สามารถประเมินได้ว่ามีความชัดเจนในระดับหนึ่ง กล่าวคือ การกำหนดราคาขายต่ำกว่าทุนจะใช้เกณฑ์ต้นทุนรวมเฉลี่ย ในขณะที่การกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันจะใช้เกณฑ์ที่เข้มงวดกว่า คือ เกณฑ์ต้นทุนผันแปรเฉลี่ย

ข. การกำหนดราคาสูงเกินไป

แต่สำหรับกรณีการกำหนดราคาที่สูงเกินไปนั้นอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติได้ รัฐจะใช้เกณฑ์อะไรที่จะมากำหนดว่าราคาที่จำหน่ายนั้นสูงอย่างไม่เป็นธรรม แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมมิใช่ข้อเท็จจริงแต่เป็นในรูปแบบของการประเมิน กล่าวคือ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมสำหรับมุมมองของใครระหว่างผู้ประกอบการที่กระทำผิด คู่แข่งขันรายอื่น หรือผู้บริโภค

แม้แนวปฏิบัติฯ จะกำหนดให้ใช้เกณฑ์ “ต้นทุนตลาด” และ “อัตรากำไร” ก็ตาม เสรีภาพในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการอาจได้รับผลกระทบได้หากรัฐใช้เกณฑ์ “อัตรากำไร” พิจารณาเป็นหลัก ซึ่งในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบจะพบว่าสหภาพยุโรปในอดีตเคยมีแนวคิดที่จะใช้มาตรการกำหนดราคาที่สูงเกิน แต่หากรัฐเข้ามากำกับดูแลการกำหนดราคาที่สูงเกินไปนั้นอาจเข้าข่ายเป็นการแทรกแซงราคาโดยรัฐได้ ในปัจจุบันสหภาพยุโรปจึงมิได้ให้เน้นในการกำหนดราคาที่สูงเกินไป เนื่องจากเป็นการแทรกแซงทางด้านโครงสร้างของราคาและต้นทุนของเอกชน ดังนั้นจึงอาจส่งผลกระทบต่อในทางลบมีผลเท่ากับเป็นการควบคุมราคาโดยรัฐ²

ค. นัยสำคัญของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.

2542 มาตรา 25 (1)

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดห้ามผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาขายอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งจะรวมถึงกรณีของการกำหนดราคาขายที่ต่ำเกินไปและสูงเกินไป จากตัวอย่างข้างต้นของสหภาพยุโรปในปัจจุบันจะกำกับดูแลพฤติกรรมที่เป็นการกำหนดราคาต่ำกว่าทุนหรือเพื่อกำจัดคู่แข่งเป็นหลัก แต่สำหรับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ผู้เขียนเห็นว่าการบังคับใช้มาตรการกำหนดราคาที่สูงเกินไปนั้นสามารถทำได้และเป็นลักษณะเฉพาะภายใต้บริบทของประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่ควบคุมราคาเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภค ดังนั้น มาตรการกำหนดราคาที่สูงเกินไปภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) มีความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

6.1.3.2 การร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 กำหนดห้ามพฤติกรรมร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมการฮั้วราคาหรือพฤติกรรมการฮั้วประมูลภายใต้การบังคับใช้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศ แต่จากประสบการณ์การบังคับใช้มาตรการการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในต่างประเทศจะพบว่าปัญหาหรืออุปสรรคที่สำคัญที่สุด คือ การหาหลักฐานของการมีเจตนาร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ

² Takigawa, 日米EU の独禁法と競争政策, p. 225.

ในต่างประเทศจึงมีความพยายามที่จะนำหลักฐานทางอ้อมมาใช้เป็นข้อสันนิษฐานความผิดของผู้กระทำผิด โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมที่มีผู้แข่งขันน้อยรายซึ่งโดยมากจะใช้วิธีการขึ้นราคานานกัน

แต่จากการศึกษาของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังได้สรุปว่า โครงสร้างตลาดของประเทศไทยเป็นโครงสร้างตลาดผู้แข่งขันน้อยรายและ/ หรือตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ลักษณะพฤติกรรมความร่วมมือกันขึ้นราคานานกันโดยพยายามหลีกเลี่ยงการมีเจตนาเชื่อมโยงกันจึงมีความเป็นไปได้ สำหรับสหรัฐอเมริกาเองเคยมีบรรทัดฐานของศาลทั้งที่ยอมรับ* และ

ปฏิเสธ** การนำหลักฐานโดยอ้อมมาเป็นหลักฐานในการพิจารณาความผิด cartel แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาถือว่าพฤติกรรมการขึ้นราคานานกันเป็นแค่เพียงหลักฐานแวดล้อมประกอบเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้เป็นตัวตัดสินความผิดได้โดยตรง³ จากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาคงพบว่า “ข้อเท็จจริง” เป็นหัวใจที่สำคัญในการพิจารณาว่าผิดหรือไม่

6.1.3.3 เกณฑ์ด้านผลกระทบต่อตลาด

เกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อตลาด (Impact) ถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็มีการกำหนดเกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดไว้ โดยสังเกตจากมาตรา 27 ที่กำหนดเกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดไว้ 3 เกณฑ์ ได้แก่ การลดการแข่งขัน การผูกขาด และการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งได้มีคำอธิบายในแนวปฏิบัติฯ อย่างชัดเจนในระดับหนึ่ง

ในทางทฤษฎีเมื่อก้าวถึงเกณฑ์ “การผูกขาด” โดยมากจะอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ เนื่องจากเป็นพฤติกรรมที่เป็นการกำจัดคู่แข่ง

* ตัวอย่างคดีที่ศาลยอมรับ เช่น คดี Interstate Circuit, Inc. v. United States, 360 U.S. 208 (1939). คดี American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946). คดี Monsanto Co. v. Spray – Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984). คดี Toys “R” Us, Inc. v. FTC, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000).

** ตัวอย่างคดีที่ศาลปฏิเสธ เช่น คดี Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distribution Corp., 346 U.S. 537 (1954). คดี Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., 369 U.S. 839 (1962), คดี Matsushita Electronic Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986), คดี Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc., 203 F. 3d 1028 (8th Cir. 2000).

³ Matsushita and Watanabe, アメリカ独占禁止法, p. 62.

หรือเพื่อแย่งชิงผลประโยชน์จากผู้บริโภค ส่วนเกณฑ์ “ลดการแข่งขัน” จะถูกนำมาพิจารณาภายใต้กรอบพฤติกรรมความร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้าและพฤติกรรมการควบรวมกิจการ เนื่องจากหากร่วมมือกันแล้วจะส่งผลทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกน้อยลงซึ่งเป็นการลดการแข่งขันในตลาด ส่วนเกณฑ์ “จำกัดการแข่งขัน” ตามคำอธิบายในแนวปฏิบัติฯ มาตรา 27 ซึ่งได้ให้นิยามว่าหมายถึง “สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกสามารถแข่งขัน หรือเข้าสู่ตลาดได้” ผู้เขียนเข้าใจว่าน่าจะหมายถึงเกณฑ์ “อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด” ในทางสากล แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วในต่างประเทศจะใช้เกณฑ์อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดประกอบการพิจารณาในกฎหมาย แต่หากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะใช้เกณฑ์อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยใช้ชื่อเรียกว่า “การจำกัดการแข่งขัน” มาเป็นตัวพิจารณาผลกระทบต่อตลาดก็สามารถทำได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการกำหนดตัวตนที่แท้จริงของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนได้กำหนดข้อเสนอแนะภายใต้กรอบแนวคิดสามด้านซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการกระตุ้นและขับเคลื่อนในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยราคาของประเทศไทยซึ่งประกอบด้วยวิถีคิด โครงสร้างและพฤติกรรม ตลอดจนข้อเสนอแนะในด้านการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ โดยมีรายละเอียดของข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบวิถีคิด

สำหรับข้อเสนอแนะด้านวิถีคิดเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยราคา ผู้เขียนขอเสนอให้รัฐ (กระทรวงพาณิชย์) ไม่มีความจำเป็นต้องยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีส่วนในการสนับสนุนการแข่งขันทางด้านราคาควบคู่กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

6.2.1.1 ข้อเสนอแนะด้านการเพิ่มศักยภาพการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้ภาครัฐควรเพิ่มศักยภาพในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ก. ความไม่จำเป็นในการลดจำนวนรายการสินค้าควบคุมและบริการควบคุม

ในการศึกษาในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่ารัฐควรลดจำนวนรายการสินค้าควบคุม (รวมถึงรายการสินค้าที่ติดตามดูแลตามมาตรการบริหาร) โดยจำแนกรายการสินค้าควบคุมในปัจจุบันตามประเภท ยกตัวอย่างเช่น สินค้าประเภทอุตสาหกรรม สินค้าควบคุมประเภทเครื่องใช้ในครัวเรือน สินค้าควบคุมประเภทของใช้ในชีวิตประจำวัน สินค้าควบคุมประเภทอาหาร โดยอาจใช้เกณฑ์ด้านเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ที่มีความชัดเจนว่าจะบังคับใช้เพื่อคุ้มครองอะไร เช่น เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อการคุ้มครองผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมเฉพาะ หรือเพื่อการคุ้มครองเกษตรกร เป็นต้น

ดังนั้น การลดขอบเขตการบังคับใช้มาตรการควบคุมราคาสินค้าจึงมิใช่เป็นการแก้ปัญหา แต่อาจขัดหรือแย้งต่อแนวคิดเกี่ยวกับการสนับสนุนกระตุ้นการแข่งขันในตลาดได้ แต่รัฐควรใช้มาตรการการควบคุมราคาในระดับที่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อโครงสร้างการกำหนดราคาของเอกชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น ส่วนในกลุ่มสินค้าที่รัฐเห็นสมควรปกป้อง เช่น สินค้าเกษตรกรรม หรือสินค้าที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ รัฐยังคงจำเป็นต้องใช้มาตรการควบคุมราคาควบคู่กันไป ในขณะที่สินค้าควบคุมเฉพาะทาง เช่น เพื่อการคุ้มครองด้านเกษตรกรรมหรือสินค้าที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เช่น ผงซักฟอก กระดาษประเภทต่างๆ หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรม เช่น รถจักรยานยนต์ เครื่องสูบน้ำ เป็นต้น ควรปล่อยให้ไปตามกลไกตลาดแต่ในขณะเดียวกันรัฐยังคงใช้มาตรการควบคุมราคาสินค้าและบริการเพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าโดยมิชอบ

ข. การยกเลิกการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 25 (1) และ (2)

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1) และ (2) เป็นมาตรการที่มีความเข้มงวดที่สุดในบรรดามาตรการการกำหนดสินค้าควบคุม เนื่องจากเป็นมาตรการที่อนุญาตให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงเอกชนในการกำหนดราคาได้โดยตรง ในปัจจุบันมีเพียงน้ำตาลทรายเท่านั้นที่ถูกบังคับใช้ตามมาตรานี้ แม้น้ำตาลทรายจะเป็นสินค้าที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจภายในประเทศและของโลก และอาจมีความเห็นว่ารัฐยังคงมีความจำเป็นต้องควบคุมปริมาณและราคาน้ำตาลทรายเพื่อป้องกันการผันผวนทำให้ผู้บริโภคภายในประเทศ

ได้รับความเดือดร้อนก็ตาม⁴ แต่น้ำตาลทรายเป็นสินค้าเกษตรประเภทหนึ่ง และประกอบกับเหตุผลจากข้อเสนอแนะในข้อ ก. ข้างต้นที่สมควรให้จำกัดขอบเขตโดยใช้กับสินค้าเกษตรเท่านั้น ในกรณีของน้ำตาลทรายยังคงสามารถกำหนดให้เป็นสินค้าควบคุมได้ แต่อาจใช้มาตรการแจ้งปริมาณตามมาตรา 25 (5) แทนมาตรการกำหนดราคา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นสมควรยกเลิกการบังคับใช้ มาตรา 25 (1) และ (2)

6.2.1.2 ข้อเสนอแนะทางเลือกใหม่ในการแทรกแซงราคาโดยรัฐ

จากที่ได้ศึกษากฎหมายของญี่ปุ่นในเรื่องข้อยกเว้นการบังคับใช้มาตรการกำหนดราคาขายต่อหรือการกำหนดราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) ที่กฎหมายกำหนดห้ามการแข่งขันทางด้านราคาของสินค้าในบางประเภท เช่น หนังสือพิมพ์ นิตยสาร แผ่นซีดีเพลง เป็นต้น ภายใต้นโยบายการคุ้มครองด้านการศึกษา วัฒนธรรมที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้อย่างเท่าเทียมกันให้มากที่สุด ดังนั้นสินค้าเหล่านี้ที่วางขายภายในประเทศ สินค้าตราเดียวกันไม่สามารถแข่งขันด้านราคาได้และต้องจำหน่ายเป็นราคาเดียวกันหมดเท่านั้น

จากตัวอย่างข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะทางเลือกใหม่ที่รัฐอาจใช้วิธีการแทรกแซงราคาได้ภายใต้มาตรการทางกฎหมายแข่งขันทางการค้าแทน โดยรัฐอาจกำหนดนโยบายที่ชัดเจนเหมือนกับญี่ปุ่นขึ้นมา แล้วกำหนดเป็นข้อยกเว้น การกำหนดข้อยกเว้นเช่นนี้จะมีผลทำให้ราคาที่จำหน่ายเป็นราคาเดียวกันหมดซึ่งมีผลลัพธ์คล้ายกับการกำหนดเพดานราคาโดยรัฐ แต่จะต่างกันตรงที่ ข้อยกเว้นการกำหนดราคาขายปลีกรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงว่าเอกชนต้องขายในราคาเท่าไร เพียงแค่กำกับดูแลให้เอกชนที่ผลิตสินค้าประเภทดังกล่าวต้องจำหน่ายในราคาเดียวกัน และหากรัฐมีนโยบายที่จะนำมาตรการนี้เข้ามาใช้ รัฐจำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการบังคับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

⁴ ศิริวรรณ เจียมใจไพฑูริย์, "ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย.", หน้า 277.

6.2.2 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบโครงสร้าง

สำหรับข้อเสนอแนะในกรอบโครงสร้าง ผู้เขียนจะขอเสนอแนะในประเด็นเกี่ยวกับการทบทวนเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยสามารถแบ่งออกได้ดังต่อไปนี้

6.2.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนเกณฑ์ “ยอดเงินขาย”

จากข้อเสนอของมูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายฯ ที่เสนอให้ในการดำเนินงานระยะสั้นอาจยังไม่ต้องตัดเกณฑ์ยอดเงินขายออกไป⁵ และในต่างประเทศ เช่น ญี่ปุ่น ได้ใช้เกณฑ์ยอดเงินขายประกอบการพิจารณาแต่จะเป็นการกำหนดมูลค่าของตลาดทั้งสินค้าและมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการกำกับดูแลตลาดสินค้าที่มีมูลค่าสูงซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศได้⁶ ซึ่งจะแตกต่างจากแนวคิดของประเทศไทยที่ใช้ในรูปแบบของการกำหนดยอดเงินขายของบริษัท

ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ จะพบว่าประเทศส่วนใหญ่ในโลกยกเว้นเกาหลีใต้จะมีได้กำหนดเกณฑ์ยอดเงินขายไว้โดยตรง แต่จะกำหนดในรูปแบบขององค์ประกอบเสริมอื่นๆ ประกอบการพิจารณาสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น ในบริบทของประเทศไทย อาจจำเป็นต้องมีการศึกษาและทบทวนถึงความจำเป็นของการกำหนดเกณฑ์ยอดเงินขายไว้ในกฎหมายโดยตรง ซึ่งในปัจจุบัน ประกาศฯ ว่าด้วยเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไว้ แม้แต่เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเองยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงว่าควรใช้เกณฑ์ในสัดส่วนใด ดังนั้น หากเพิ่มเกณฑ์ยอดเงินขายเพิ่มเข้าไปอีกอาจเป็นภาระให้กับภาครัฐเนื่องจากไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะใช้เกณฑ์ที่เหมาะสมจะมีก็เพียงตัวอย่างของเกาหลีใต้เท่านั้น ซึ่งบริบททางเศรษฐกิจของเกาหลีใต้นั้นแม้จะมีโครงสร้างตลาดคล้ายกับประเทศไทย แต่ย่อมมีปัจจัยอื่นๆ ที่แตกต่างกัน

⁵ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด.", หน้า 4-14.

⁶ เรื่องเดียวกัน.

6.2.2.2 ข้อเสนอแนะด้านการใช้เกณฑ์อื่นประกอบการพิจารณาผู้มี

อำนาจเหนือตลาด

จากการศึกษาพบว่า แนวทางการพิจารณาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยจะใช้แค่เพียงเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและเกณฑ์ยอดเงินขายประกอบการพิจารณาเท่านั้น ทั้งๆที่ มาตรา 3 ได้กำหนดให้ต้องมีการพิจารณาจากองค์ประกอบอื่นๆ ด้วย และในต่างประเทศส่วนใหญ่จะใช้องค์ประกอบอื่นๆ ประกอบการพิจารณาด้วยโดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้ในแนวปฏิบัติต่างๆ ของแต่ละประเทศ ดังนั้น เพื่อให้มีความสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลในต่างประเทศ ภาครัฐสมควรต้องศึกษาองค์ประกอบอื่นๆ ที่จำเป็นในการพิจารณาการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยเพื่อก่อให้เกิดความยืดหยุ่นและความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายต่อไปในอนาคต

6.2.2.3 ข้อเสนอแนะด้านเกณฑ์ขอบเขตตลาด

สำหรับข้อเสนอแนะในด้านเกณฑ์ขอบเขตตลาดในที่นี้ ในส่วนของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 ที่กำหนดให้ต้องหาขอบเขตตลาดเพื่อคำนวณหาผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้เขียนยังคงให้ต้องมีเกณฑ์นี้ต่อไปแม้จะเป็นการเพิ่มภาระในทางปฏิบัติ แต่ในส่วนที่ผู้เขียนจะเสนอแนะจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการใช้เกณฑ์ขอบเขตตลาดตามมาตรา 27 ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องผ่านกระบวนการหาขอบเขตตลาดในทุกกรณีแม้จะพบหลักฐานของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันก็ตามซึ่งจะมีลักษณะคล้ายกับญี่ปุ่น แต่เมื่อจำแนกประเภทของพฤติกรรมทั้ง 10 พฤติกรรมตามที่กำหนดในมาตรา 27 จะสามารถแยกออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มแรกเป็นพฤติกรรมตามมาตรา 27 (1) – (7) ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีความผิดร้ายแรง ในสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักความผิดเด็ดขาด (per se) โดยจะพิจารณาจากหลักฐานของการมีเจตนาพร้อมเท่านั้น ในขณะที่พฤติกรรมตามมาตรา 27 (8) – (10) จะมีความผิดที่รุนแรงน้อยกว่าซึ่งในสหรัฐอเมริกาก็จะใช้หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) ซึ่งโดยมากจะพิจารณาขอบเขตตลาดประกอบ

ดังนั้น เพื่อให้สามารถบังคับใช้มาตรา 27 ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนเห็นว่าสมควรต้องมีการปรับแก้เกณฑ์ขอบเขตตลาดในมาตรา 27 โดยกำหนดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27 (1) – (7) ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่ขั้นตอนการหาขอบเขตตลาด เพียงแค่อาศัยหลักฐานของการมีเจตนาเชื่อมโยงเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์ในองค์ประกอบที่ไม่ใช่สาระสำคัญในการพิจารณาความผิดได้อีกทางหนึ่งด้วย อีกทั้งยังทำให้เป็นการลดภาระและขั้นตอนการพิสูจน์ของทั้ง

ภาครัฐและผู้กระทำผิดด้วย

6.2.3 ข้อเสนอแนะภายใต้กรอบแนวคิดด้านพฤติกรรม

ข้อเสนอแนะภายใต้แนวคิดด้านพฤติกรรมจะเป็นข้อเสนอแนะในเชิงการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาต่อยอดแนวปฏิบัติฯ เกี่ยวกับการกำหนดราคาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

6.2.3.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดราคาที่มีขอบ

การกำหนดราคามีขอบมีทั้งกรณีที่กำหนดราคาที่สูงเกินไปและต่ำเกินไป จากที่ได้นำเสนอในบทสรุปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการจัดทำแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดราคาที่มีรายละเอียดและชัดเจนกว่าฉบับปัจจุบันขึ้นมาอีกหนึ่งฉบับเป็นอย่างน้อย เนื่องจากภาคเอกชนจำเป็นต้องรับรู้ถึงเกณฑ์ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเกณฑ์ต้นทุน หรือเกณฑ์อัตรากำไร เป็นต้น ที่มีความชัดเจนเพื่อให้เกิดความมั่นใจในการประกอบธุรกิจว่าไม่เข้าข่ายผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อควรระวังเกี่ยวกับมาตรการกำหนดราคาที่สูงเกินไปเนื่องจากตัวชี้วัดหรือเกณฑ์การพิจารณาจะไม่มี ความชัดเจนเมื่อเทียบกับการกำหนดราคาที่ต่ำเกินไป ดังนั้น เกณฑ์การพิจารณาว่าระดับใดถึงจะ เรียกว่าสูงเกินไปนั้นจะต้องมีความชัดเจนและเป็นรูปธรรมให้มากที่สุดเนื่องจากมีผลเป็นการกระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการ

6.2.3.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์ผลกระทบ

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 จะไม่ใช้เกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดโดยรวม ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะให้ความสำคัญกับการพิจารณาเกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดองค์ประกอบหนึ่งในการกำหนดความผิดของพฤติกรรมต่างๆ ที่ต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive) และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ก็ได้กำหนดเกณฑ์ผลกระทบขึ้นมาทั้งหมด 3 ตัวชี้วัด ได้แก่ ตัวชี้วัดด้านการผูกขาด ตัวชี้วัดด้านการลดการแข่งขัน และตัวชี้วัดด้านการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ผู้เขียนเชื่อว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยกำหนดเกณฑ์ผลกระทบที่กว้างที่สุดในโลกและมีลักษณะที่ครอบคลุมพฤติกรรมได้ในทุกรูปแบบ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าหากนำเกณฑ์ผลกระทบต่อตลาดทั้ง 3 ตัวชี้วัด มาปรับใหม่ให้เป็นระบบ และนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมตามมาตรา 25 และมาตรา 29 โดยนำมาแยกใช้ตามประเภทของพฤติกรรมจะเป็นการช่วยพัฒนาการบังคับใช้ให้มีประสิทธิภาพได้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น การนำตัวชี้วัด “การจำกัดการแข่งขัน” มาประยุกต์ใช้กับพฤติกรรมการขายต่ำกว่าทุนหรือพฤติกรรมกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง หรือใช้ตัวชี้วัด “การผูกขาด” มาประยุกต์ใช้กับพฤติกรรมกำหนดราคาขายที่สูงเกินไป เนื่องจากเป็นตัวชี้วัดที่เกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการที่สามารถกำหนดราคาได้และผู้บริโภคอาจมีทางเลือกน้อยลง เป็นต้น

6.2.4 ข้อเสนอแนะด้านการบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับข้อเสนอแนะด้านการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะขอเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

6.2.4.1 การทบทวนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

จากตัวอย่างของเกาหลีใต้พบว่าได้มีการกำหนดนโยบายในการทบทวนหลักเกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาดไว้เป็นระยะๆ โดยกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ซึ่งจะเห็นว่าเป็นการเตรียมความพร้อมในการรองรับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง สำหรับประเทศไทย ในระยะสั้นอาจไม่สามารถทบทวนเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้ ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลทางด้านข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนบุคลากร หรือเหตุผลด้านการเมืองในช่วงที่ผ่านมาที่มีการเปลี่ยนรัฐบาลบ่อย แต่ในระยะยาวภาครัฐสมควรกำหนดนโยบายการทบทวนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจน

6.2.4.2 การเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

จากการศึกษาและบทวิเคราะห์ข้างต้นพบว่า กฎหมายทั้งสองฉบับมีความสัมพันธ์ที่ส่งเสริมความเข้มแข็งซึ่งกันและกัน และเพื่อให้สามารถเพิ่มประสิทธิภาพในด้านนี้ได้ จำเป็นต้องมีการทบทวนอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในระยะยาว กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์อาจกำหนดนโยบายที่ส่งเสริมกลไกการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยราคาให้ชัดเจน โดยอาจเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยราคาสินค้าและบริการเกี่ยวกับการ

สนับสนุนและส่งเสริมการแข่งขันภายในตลาดไว้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้
กฎหมาย



รายการอ้างอิง

- Adelman, M.A. The Genie out of the Bottle-World Oil since 1970. MIT Preess, 1995.
- Areeda, and Turner. "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act" *Harvard Law Review* 88(1975).
- Areeda, P., and H. Hovenkamp. Antitrust Law 1991 Supplement. Little Brown & Co., 1991.
- Bork, R.H. The Antitrust Paradox, Basic Books 1978.
- Buchanan, J.M.. "The Constitution of Economic Policy Iv. Politics as Exchange & V. The Constitution of Economic Policy, Nobel Prize Lecture" *American Economic Review* 77(3) (1986).
- Douglas, G.W.. "Price Regulation and Optimal Service Standard: The Taxicab Industry" *Journal of Transport Economics and policy* May(1972).
- Fox, E.M.. "Linked-in; Antitrust and the Virtues of a Virtual Network" *The International Lawyer* 43(2009).
- Gellhorn, E., and W.E. Kovacic. Antitrust Law and Economics West Publishing 1994.
- Gotou, A. 独占禁止法と日本経済 [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาดกับเศรษฐกิจญี่ปุ่น]. 東京: NTT出版, 2013.
- Gotou, A., and K. Suzumura. 日本の競争政策 [in Japanese] [นโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่น]. 東京: 東京大学出版会, 1999.
- Gottlieb, C. Eu Competition Law Update Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 Ec Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. [in English]. แหล่งที่มา: <http://www.cgsh.com>[25 June 2014].
- Goyder, D.G. Goyder's Ec Competition Law 5 ed.: Oxford University Press, 2009.
- Hattori, I. 比較独占禁止法 [in Japanese] [เปรียบเทียบกฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 東京: 泉文堂, 1998.
- Hovenkamp, H. 米国競争政策の展望 実務上の問題点と改革の手引き [in Japanese] [The Antitrust Enterprise : Principle and Execution]. Translated by 荒井弘毅・大久保直樹・中川晶比兒・馬場文. 東京: 商事法務, 2009.
- Imamura, S. 独占禁止法 [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 東京: 有斐閣, 1978.

- . 独占禁止法入門 [in Japanese] [ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 第4版. 東京: 有斐閣, 1996.
- Inoue, A. EU 競争法の手引きと実務 [in Japanese] [คู่มือและแนวทางปฏิบัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป]. 東京: 民事法研究会, 2009.
- Iwamoto, S. 独占禁止法精義 [in Japanese] [เนื้อหาเชิงลึกกฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 東京: 悠々社, 2013.
- Iyori, H., and J. Yabe. 実務解説 独禁法 Q&A [in Japanese] [คำอธิบายเชิงปฏิบัติ กฎหมายป้องกันการผูกขาดถามและตอบ]. 東京: 青林書院, 2007.
- Japan Fair Trade Commission. 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針. [in Japanese]
แหล่งที่มา: <http://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/guideline/guideline/shishin01.html> [6 August 2014].
- . 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針. [in Japanese] [การผูกขาดเอกชนรูปแบบการกำจัด].
แหล่งที่มา: <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/haijyogata.html> [6 July 2014].
- Jinguji, F. 経済法20講 [in Japanese] [กฎหมายเศรษฐกิจ 20 บทเรียน]. 東京: 勁草書房, 2011.
- Kamigaki, S. 競争政策概論 [in Japanese] [ทฤษฎีว่าด้วยนโยบายการแข่งขัน]. 東京: 立花書房, 2012.
- Kanai, T., N. Kawahama, and F. Sensui. 独占禁止法 [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 東京: 弘文堂, 2010.
- Komuro, N. ゼミナール国財経済法入門 [in Japanese] [สัมมนา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ]. 東京: 日本経済新聞社, 2003.
- Korah, V. Ec Competition Law and Practices. 5 th ed. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- . An Introductory Guide to Ec Competition Law and Practice London: Sweet & Maxwell, 1994.
- Korea Fair Trade Commission. Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position. [in English]. แหล่งที่มา: <http://eng.ftc.go.kr/bbs.do> [16 June 2014].
- Korea Fair Trade Commsission. Competition. [in English]. แหล่งที่มา: <http://eng.ftc.go.kr/bbs.do> [12 January 2014].
- Kurita, M. 国際ルール形成と開発途上国—グローバル化する経済法制改革— [in Japanese] [Globalization and Economic Law Reform in Developing Countries]. 研究双書. Vol. 559, 東京: アジア経済研究所, 2007.

- Lemley, M.A., and C. Leslie. Antitrust. Gilbert Law Summaries. U.S.A.: Thomson BarBri, 2004.
- Mark, W.. "Competition Law in Thailand: Seeds of Success or Fated to Fail?" *World Competition* 27, no. 3 (2004).
- Masashi, and T. Saijo. "談合実験：制限付一般競争入札の有効性" [การทดลองการฮั้วประมูล: ประสิทธิภาพของระบบการประมูลทั่วไปที่กำหนดเงื่อนไข.] *経済研究* 49 2.
- Matsushita, M. 国際経済法-国際通商・投資の規制. [in Japanese] [International Economic Law - Regulation of International Trade and Investment]. 第3版. 東京: 有斐閣, 2001.
- Matsushita, M., and Y. Watanabe. アメリカ独占禁止法 [United States Antitrust Laws]. 第2版. 東京: 東京大学出版会, 2012.
- Morgan, T.D. Cases on Materials on Modern Antitrust Law and Its Origins Minnesota: West Publishing, 1994.
- Mueller, D.C.. "Public Choice: A Survey" *Journal of Economic Literature* 14 (2)(1976).
- Murakami, M. EC 競争法 [EC 独占禁止法] [in Japanese] [EC Competition Law]. 第2版. 東京: 弘文堂, 2001.
- . アメリカ独占禁法 [in Japanese] [Basics of American Law 4 - American Antitrust Law]. アメリカ法ベーシックス4. 第2版. 東京: 弘文堂, 2002.
- Nagaoka, S., and Y. Hirao. 新産業組織の経済学 [in Japanese] [Economics of Industrial Organization]. 第2版. 東京: 日本評論社, 1999.
- Nakagawa, M. 競争法政策の研究 [in Japanese] [การวิจัยนโยบายกฎหมายแข่งขันทางการค้า]. 東京: 幻冬舎ルネサンス, 2009.
- Nakayama, T. 韓国独占禁止法の研究 [in Japanese] [วิจัยกฎหมายป้องกันการผูกขาดของเกาหลีใต้]. 東京: 信山社, 2001.
- Negishi, A., and M. Funada. 独占禁止法概説 [in Japanese] [คำอธิบายกฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 第2版. 東京: 有斐閣, 2002.
- Negishi, A., and I. Sugiura. 経済法 [in Japanese] [กฎหมายเศรษฐกิจ]. 東京: 法律文化社, 1996.
- Nishijima, S. 政府介入はどこまで正当化できるのか - 市場の失敗と政府の役割の理論. [in Japanese] [การแทรกแซงโดยรัฐสามารถกระทำได้เพียงใด - ทฤษฎีว่าด้วยความล้มเหลวของตลาดและบทบาทของรัฐ]. แหล่งที่มา: www.yc.tcu.ac.jp/~kiyou/no6/1-03.pdf[20 May 2014].
- Okada, Y., and S. Hayashi. 独占禁止法の経済学 - 審判決の事例分析 [in Japanese] [เศรษฐศาสตร์กับกฎหมายป้องกันการผูกขาด - การวิเคราะห์คดีจากคำพิพากษาและคำตัดสิน]. 東京: 東京大学出版会, 2009.

- Omura, A. 消費者法 [in Japanese] [กฎหมายผู้บริโภค]. 第4版. 東京: 有斐閣, 2011.
- Ordover, and Willig. "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation" *Yale Law Review* 91.
- Posner, R.A.. "Theory of Economic Regulation" *The Bell Journal of Economics and Management Science* 5(1974).
- Ross, S.F. Principles of Antitrust Law The Foundation Press, 1993.
- Sato, K. アメリカ反トラスト法 - 独占禁止政策の原理とその実践 - [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาดสหรัฐอเมริกา - ทฤษฎีและการปฏิบัติเกี่ยวกับนโยบายการป้องกันการผูกขาด]. 東京: 青林書院, 1998.
- Secretariat, E.C. "Regulated Energy Prices in the Energy Community-State of Play and Recommendations for Reform." 2012.
- Shafritz, J.M., and A.C. Hyde. Classics of Public Administration 7 ed. Boston: Wadsworth, 2011.
- Shenefield, J.H., and I.M. Stelzer. アメリカ独占禁止法 - 実務と理論 [in Japanese] [The Antitrust Laws]. Translated by 田村次郎 金子晃 佐藤潤. 東京: 三省堂, 1999.
- Shiozawa, Y. 市場の秩序学—反均衡から複雑系へ [in Japanese] [ศาสตร์ว่าด้วยระบบตลาด — จากความไม่สมดุลไปสู่ระบบซับซ้อน]. 東京: 筑摩書店, 1990.
- Shiraishi, T. 独占禁止法 [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 東京: 有斐閣, 2006.
- Shiraishi, T., and Y. Nakano. 判例 米国・Eu競争法 [in Japanese] [Review of US&EU Competition Law Cases]. 東京: 商事法務, 2011.
- Shouda, A. アメリカ・Eu 独占禁止法と国際比較 [in Japanese] [กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปและการเปรียบเทียบในระดับสากล]. 東京: 三省堂, 1996.
- Sullivan, L.A., and W.S. Grimes. The Law of Antitrust: An Integrated Handbook. 1 st.
- Takigawa, T.. "廉売と差別価格の規制基準について - Ec・ドイツ・フランスの規制基準からの検討" [ประเด็นศึกษาเกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนและการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาของ EC เยอรมันนี และฝรั่งเศส.] *公正取引* (1989).
- . 日米euの独禁法と競争政策 [in Japanese] [นโยบายการแข่งขันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นสหรัฐอเมริกาและ EU]. 第4版. 東京: 青林書院, 2010.
- . 日米euの独禁法と競争政策 [in Japanese] [นโยบายการแข่งขันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นสหรัฐอเมริกาและ EU]. 初版. 東京: 青林書院, 1996.

Tanabe, O., and M. Fukamachi. 企業結合ガイドライン [in Japanese] [แนวปฏิบัติว่าด้วยการควบรวมกิจการ]. 東京: 商事法務, 2014.

Tullock, G.. "Public Choice" *The New Palgrave Dictionary of Economics* (1987).

Uesugi, A. 独占禁止法国際実務ガイドブック-グローバル経済下の基礎知識 [in Japanese] [คู่มือแนวปฏิบัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดระดับสากล - ความรู้เบื้องต้นภายใต้เศรษฐกิจกระแสโลกาภิวัตน์]. 東京: 商事法務, 2012.

Vogel, L. 欧州競争法 [in Japanese] [กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป]. Translated by 小梁吉章. 東京: 信山社, 2012.

Weingast, B. R., and D. Wittman. The Oxford Handbook of Political Economy. Oxford UP, 2008.

Whetsell, and T.a.P.M. Shields. The Dynamics of Positivism in the Study of Public Administration: A Brief Intellectual History and Reappraisal. Administration & Society.

シテニューワ法律事務所. なるほど図解 独禁法のしくみ [in Japanese] [รูปภาพเข้าใจง่าย โครงสร้างของกฎหมายป้องกันการผูกขาด]. 第3版. 東京: 中央経済社, 2013.

กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. รู้รอบ งานแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพมหานคร: กรมการค้าภายใน, 2557.

กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. การรับฟังแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับบทกำหนดโทษ. [in Thai]. แหล่งที่มา: <http://www.dit.go.th> [6 กรกฎาคม 2557].

กรุงเทพธุรกิจ. ลดเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดเหลือ30%. [in Thai]. แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/business/business/> [24 พฤศจิกายน 2557].

คณพล จันทน์หอม และคณะ. "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับบทลงโทษและมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency Program)". เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2557.

ชวลิต อัดถศาสตร์. คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายระหว่างประเทศและการชำระเงินค่าสินค้าระหว่างประเทศ). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

ทัชชฌาย์ ฤกษ์ะสุด. ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

ปิยะพันธุ์ อุดมศิลป์. "มาตรการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประชาคมยุโรป" วารสารนิติศาสตร์ 23(กันยายน - ธันวาคม 2536).

มติชนออนไลน์. ลดเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด พาณิชย์ขงครม.เห็นชอบ15 ธค. [in Thai]. แหล่งที่มา: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1414939112 [24 พฤศจิกายน 2557].

มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง. "โครงการศึกษาหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด." เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2556.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

ศิริพล ยอดเมืองเจริญ. "กิจกรรมส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า : การสัมมนาเรื่อง "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ประโยชน์สู่สังคม" 27 พฤษภาคม(2548).

ศิริวรรณ เจริญใจไพฑูย์. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายปลีกน้ำตาลทรายในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณานิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

ศิริศักดิ์ จิงถาวร. หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณานิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. "โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก." กรุงเทพมหานคร.

สรวิศ ลิ้มปริงซี่. "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง" วารสารนิติศาสตร์ 3(กันยายน 2542).

———. "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าและปริมาณสินค้า" วารสารนิติศาสตร์ 30 (มีนาคม 2543)

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. สถิติเรื่องร้องเรียน. [in Thai]. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th> [25 ตุลาคม 2557].

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. การแทรกแซงราคาโดยรัฐบาล. [in Thai]. แหล่งที่มา: <http://www.fpo.go.th/S-Source/ECO/ECO20.htm> [15 พฤษภาคม 2557].

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. ที่ระลึกพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ ม.ว.ม., ป.ช. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

อดุลย์ ยูวิทยาพานิชย์. คำอธิบายกฎหมาย "พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542". กรุงเทพมหานคร 2556.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

- ชื่อ นายวิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์
- วันเดือนปีเกิด วันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2516
- วุฒิการศึกษา - ชั้นประถมศึกษาที่โรงเรียนศรีวิทยาปากน้ำ จังหวัดสมุทรปราการ
พ.ศ. 2529
- ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาพัฒนาการ
พ.ศ. 2532
- ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยจุกุเง
ประเทศญี่ปุ่น พ.ศ. 2537
- นิติศาสตรบัณฑิต (LL.B.) มหาวิทยาลัยโกเบ ประเทศญี่ปุ่น
พ.ศ. 2541
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต (LL.M.) มหาวิทยาลัยโกเบ ประเทศญี่ปุ่น
พ.ศ. 2543