

บทเรียนจากการศึกษาความตกลงทางการค้า ระหว่างประเทศอื่นต่อประเทศไทย และผลกระทบต่อประเทศไทย

จากการศึกษานโยบายการแข่งขันในการตกลงทวิภาคีที่ของหลายประเทศ สามารถนำมาปรับใช้ได้หากประเทศไทยได้ทำความตกลงในด้านนโยบายแข่งขันทางการค้ากับประเทศอื่น โดยสาระสำคัญของความตกลงในเรื่องนโยบายแข่งขันทางการค้า ที่ประเทศไทยควรนำมาพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือในการควบคุมพฤติกรรมจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา ได้แก่ประเด็นดังต่อไปนี้

บทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าในสนธิสัญญาทวิภาคี

จากการศึกษาบทบัญญัติในสนธิสัญญาทั้ง 8 ฉบับ ในบทที่ 3 และบทที่ 4 สามารถสรุปบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าที่น่าสนใจหลายประการ ซึ่งควรนำมาพิจารณาสำหรับการทำความตกลงทวิภาคีทางการค้าโดยประเทศไทยกับประเทศอื่นต่อไป โดยเฉพาะกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งขณะนี้อยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างกัน

1. การมีกฎหมายแข่งขันทางการค้า และหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

ในการทำความตกลงทวิภาคี เน้นอนว่าจะต้องมีบทบัญญัติที่ระบุว่าต้องรับเอาและรักษาไว้ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งต่อต้านพฤติกรรมจำกัดทางการค้า และต้องมีหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศตน

สำหรับประเทศไทยนั้นมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นทางการอยู่แล้ว โดยมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อีกทั้งยังมีหน่วยงานเฉพาะที่ทำหน้าที่ป้องกันการผูกขาดซึ่งก็คือ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ และยังมีพระราชบัญญัติวิธีการปฏิบัติราชการทางการปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนด

กระบวนการและขั้นตอนที่โปร่งใสเป็นธรรม และมีศาลปกครองในกรณีที่คุณกรณีไม่พอใจผลการตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และคณะกรรมการอุทธรณ์

บางประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ขณะที่เจรจาทำความตกลงกับประเทศสหรัฐฯ ยังไม่มีกฎหมายแข่งขันการค้าเป็นกฎหมายภายใน ประเทศสิงคโปร์ได้จัดให้มีการร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกำหนดบทบัญญัติที่สอดคล้องกับความตกลงกับสหรัฐฯ เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามความตกลงได้ โดยสิงคโปร์ได้ประกาศใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้วในปี 2004 สำหรับประเทศไทยเมื่อมีกฎหมายแข่งขันทางการค้า และมีสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ประเทศไทยจึงพร้อมที่จะทำความตกลงเรื่องแข่งขันทางการค้ากับประเทศอื่น

2. การมีกระบวนการบังคับใช้ที่เชื่อถือได้ (Due Process)

นอกจากจะมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าและมีหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว ในความตกลงยังมักกล่าวถึงเรื่องการมีกระบวนการบังคับใช้ที่เชื่อถือได้ (Due Process) หรือที่เรียกว่า คุณนิติกระบวนการด้วย กล่าวคือมีวิธีพิจารณาคดีที่โปร่งใสและเป็นธรรม ในความตกลงมักใช้คำว่า ต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างของสัญชาติ (Non-Discrimination) และต้องรับรองว่าบุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดจะต้องมีโอกาสที่จะถูกรับฟัง (right to be heard) และแสดงหลักฐาน (right to present evidence) และมีโอกาสในการอุทธรณ์ต่อศาลหรือองค์กรที่เป็นอิสระจากหน่วยงานป้องกันการผูกขาด โดยความตกลงที่มีการกำหนดให้มีกระบวนการบังคับใช้ที่เชื่อถือได้ ได้แก่ ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับชิลี ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับสิงคโปร์ และความตกลงระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย นอกจากนี้ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับชิลี และความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับสิงคโปร์ ยังกำหนดให้ศาลยุติธรรมต้องเป็นผู้กำหนดหรือเป็นผู้ทบทวนมาตรการลงโทษหรือมาตรการเยียวยาخذใช้ดังกล่าว

ในส่วนของประเทศไทยมีกระบวนการบังคับใช้ที่โปร่งใสและสามารถเชื่อถือได้ โดยกระบวนการบังคับใช้ของไทยนั้นไม่ได้เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสัญชาติของผู้ประกอบการ และ

ผู้ต้องหา ก็มีโอกาสในการเสนอหลักฐาน ข้อมูล และชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งมีโอกาสนในการอุทธรณ์ ต่อศาลด้วย

3. กลไกการทบทวน (Review Mechanism)

หมายถึง การทบทวนถึงความเหมาะสมของการให้ความร่วมมือตามบทบัญญัติ ปัญหาในการปฏิบัติตามความตกลง การพัฒนาความร่วมมือให้มีความลึกซึ้งมากขึ้น เพราะ เศรษฐกิจ การค้า และการลงทุนมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันก็มีการพัฒนาอยู่เสมอด้วย ดังนั้นจึงควรที่จะมีการทบทวนมาตรการความร่วมมือเพื่อพัฒนาความร่วมมือ เมื่อประเทศมีความพร้อมมากขึ้น และเพื่อให้สามารถรับมือกับรูปแบบการจำกัด การแข่งขันแบบใหม่ๆ ได้ กลไกการทบทวนนี้พบอยู่เสมอในความตกลงระหว่างประเทศ เช่น ในการเจรจาอบอุรุกวัย (Uruguay Round Agreement) ของ WTO ก็มีการกำหนดเรื่องกลไกในการทบทวน (Review Mechanism) สำหรับนโยบายทางการค้า (Trade Policy Review Mechanism - TPRM) ซึ่งแน่นอนว่าการทบทวนนโยบายการค้าดังกล่าวย่อมรวมถึงนโยบาย แข่งขันทางการค้าด้วย กลไกการทบทวนของ WTO มีวัตถุประสงค์เพื่อติดตาม การปฏิบัติตาม ข้อตกลงพหุภาคีที่ทำโดยประเทศสมาชิก กระชับความเข้าใจ ประเมินถึงผลกระทบของการทำ ข้อตกลงต่อประเทศสมาชิก และทำให้กลไกทางการค้าระหว่างประเทศสามารถทำงานได้ดีขึ้น ทั้งนี้ไม่ใช่เพื่อการบังคับให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามข้อตกลง หรือจะนำเรื่องเข้าสู่การระงับข้อ พิพาทแต่อย่างใด¹ กลไกการทบทวนนโยบายทางการค้านี้นอกจากจะปรากฏในหลักการของ WTO แล้วยังปรากฏอยู่ใน OECD Regulatory Reform Review และ APEC review of Individual Action Plans อีกด้วย² สำหรับประเทศไทยนั้นก็ได้กำหนดกลไกการทบทวนไว้ใน JTEPA และ TAFTA ด้วยเช่นกัน

¹ World Trade Organization, Trade Policy Review Mechanism (TPRM)[Online]. 2009.

Available from: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/29-tprm_e.htm[2009, May 7]

4. การให้อำนาจผูกขาดแก่เอกชนและการใช้อำนาจผูกขาดของรัฐวิสาหกิจ

เงื่อนไขนี้ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วนคือ

4.1 ให้บริษัทเอกชนที่ได้รับอำนาจผูกขาดหลังจากที่ได้ทำความตกลงนี้ จะต้องดำเนินการขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในการลงทุน และไม่ใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่ไปผูกขาดในธุรกิจอื่นที่มีการแข่งขัน

หมายความว่า หลังจากทำความตกลงมีผลบังคับใช้ จะต้องไม่มีบริษัทเอกชนใดของประเทศคู่สัญญาได้รับอำนาจการผูกขาดจากภาครัฐอีก อย่างไรก็ตามบริษัทเอกชนที่ได้รับอำนาจผูกขาดจากภาครัฐตั้งแต่ก่อนทำความตกลงก็ยังคงมีอำนาจผูกขาด แต่อำนาจผูกขาดดังกล่าวจะจำกัดอยู่แต่เฉพาะในตลาดที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น บริษัทเหล่านี้ไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดในตลาดอื่นที่มีการแข่งขันตามปกติได้ ทั้งนี้ การบังคับไม่ให้ผู้มีอำนาจผูกขาดใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่ในธุรกิจอื่นที่มีการแข่งขัน หมายถึงการใช้อำนาจผูกขาดที่ตนได้รับ ในตลาดสินค้าอย่างอื่นที่ไม่ใช่การประกอบธุรกิจตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับอำนาจผูกขาดมา เช่น องค์การโทรศัพท์ ประกอบธุรกิจด้านการให้บริการโทรศัพท์ แต่ใช้อำนาจผูกขาดในธุรกิจบัตรโทรศัพท์ TOT หรือธุรกิจอินเทอร์เน็ต

หากประเทศไทยตกลงตามเงื่อนไขประเทศไทยจะไม่สามารถให้อำนาจผูกขาดต่อบริษัทเอกชนหลังจากทำความตกลงเช่นนี้ และบริษัทเอกชนที่ได้รับอำนาจผูกขาดก่อนที่จะทำความตกลงจะสามารถให้อำนาจผูกขาดของตนเฉพาะในธุรกิจที่ตนทำอยู่เดิมเท่านั้น ไม่สามารถให้อำนาจผูกขาดต่อธุรกิจอื่นที่มีการแข่งขันกันได้

4.2 ประเทศคู่สัญญาจะต้องไม่ให้อำนาจผูกขาดต่อรัฐวิสาหกิจด้วย ทั้งในอดีตและปัจจุบัน กล่าวคือ เมื่อความตกลงมีผลบังคับ รัฐวิสาหกิจของประเทศคู่สัญญาจะไม่สามารถ

² Foreign Affairs and International Trade Canada, Regional and Bilateral Agreements [Online]. 2007. Available from: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ftaa-zlea/ngcp.aspx>[2009, May 7]

มีอำนาจผูกขาดได้อีกต่อไป รัฐวิสาหกิจไทยจะไม่สามารถมีอำนาจผูกขาดได้อีกต่อไป ไม่ว่าอำนาจผูกขาดนั้นจะได้มาตั้งแต่ก่อนทำความตกลงหรือไม่ก็ตาม และจะต้องซื้อและขายสินค้าและบริการในเชิงพาณิชย์

การจัดซื้อจัดจ้างก็ต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ (Commercial Consideration) เท่านั้น เช่น การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) จัดซื้อจัดจ้างจะต้องซื้อกับผู้ที่เสนอราคาต่ำที่สุดเท่านั้น และต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบริษัทของประเทศคู่ภาคีในการจัดซื้อจัดจ้าง แต่สามารถเลือกปฏิบัติกับชาติอื่นๆ ได้

หากประเทศไทยยอมรับเงื่อนไขดังกล่าว จะมีผลให้รัฐวิสาหกิจไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดได้อีก เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถมาประกอบธุรกิจเพื่อแข่งขันด้วยได้ และรัฐวิสาหกิจจะต้องซื้อและขายสินค้าและบริการในเชิงพาณิชย์ทั้งในด้านราคา คุณภาพ การขนส่ง การตลาด ตลอดจนเงื่อนไขการซื้อขายอื่นๆ เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา และบริการสาธารณูปโภคต่างๆ จะต้องขายในเชิงพาณิชย์เท่านั้น กล่าวคือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จะไม่สามารถขายไฟฟ้าในราคาต่ำกว่าทุนให้การไฟฟ้านครหลวงได้อีกต่อไป ถึงแม้การกระทำดังกล่าวจะมีเหตุผลด้านสังคม ดังนั้นในประเด็นนี้จึงเกินเลยความตกลงที่เกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy) และไม่ทำการตกลงใดๆ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่มีประสิทธิภาพ บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อป้องกันการรวมหัว (Collusion) ของภาคธุรกิจ นั่นคือรัฐบาลจะต้องไม่อนุญาตให้บริษัทเอกชนควบรวมกิจการ (Merger & Acquisition) เว้นแต่การควบรวมดังกล่าวจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพ

ประเด็นเรื่องการควบคุมรัฐวิสาหกิจ (State Enterprise) นี้ปรากฏอยู่ในความตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์ (US-Singapore FTA) และความตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี เห็นได้ว่าสหรัฐฯ มีแนวโน้มที่จะเพิ่มเงื่อนไขลงในความตกลงเสรีทางการค้าที่จะทำต่อไปในอนาคตด้วย ดังนั้นประเทศไทย จึงควรพิจารณาผลได้ ผลเสีย เพื่อใช้ในการตัดสินใจเมื่อเจรจาความตกลงเสรีทางการค้าไทย-สหรัฐฯ ด้วย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีของประเทศสิงคโปร์มาอธิบายประกอบ เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีรัฐวิสาหกิจ และ GLCs (Government Linked Companies) อยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้นในความตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์ (US-Singapore FTA) จึงมีบทบัญญัติสำหรับควบคุมรัฐวิสาหกิจ โดยเฉพาะการกำหนดให้รัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้กฎหมายนี้จะเพิ่มโอกาสให้ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแข่งขันกับรัฐวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจผูกขาดและจำกัดการแข่งขันในตลาดภายในประเทศ

ประเทศไทยเริ่มมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตั้งแต่หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อ พ.ศ. 2475 ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งโดยเฉพาะประเภทสาธารณูปโภค สาธารณูปการ รัฐบาลได้ให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจในการดำเนินกิจการควบคู่ไปด้วยทุกครั้งโดยอำนาจการให้สิทธิพิเศษเหล่านี้ เป็นเอกสิทธิ์ของรัฐวิสาหกิจที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายจัดตั้งของรัฐวิสาหกิจในระดับพระราชบัญญัติไว้อย่างชัดเจน การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นทำเพื่อตอบสนองความต้องการในด้านอุปโภคบริโภคของประชาชนให้เพียงพอและเพื่อบูรณะฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคม ให้เจริญก้าวหน้า โดยในขณะนั้นภาคเอกชนยังไม่มีความพร้อมทั้งในด้านเงินทุนและความสามารถ³ และด้วยลักษณะของสินค้าที่ต้องการการประหยัดต่อขนาด (Economies of Scale) มีการลงทุนในระยะแรกสูงมากและมีระยะเวลาคืนทุนที่ยาวนาน เช่น สาธารณูปโภคพื้นฐาน รัฐควรดำเนินการผลิตสินค้าและบริการดังกล่าวแทนเอกชน⁴ เพื่อให้สามารถแข่งขันด้านการผลิตได้ ดังนั้น การหลีกเลี่ยงการผูกขาดโดยสิ้นเชิงจึงเป็นไปได้ หากประเทศไทยตกลงรับเงื่อนไขที่กำหนดให้รัฐวิสาหกิจต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าและไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดได้ จะเกิดผลกระทบกับประเทศไทยดังนี้

ประการแรก กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (มาตรา 4) ของไทยให้การยกเว้นรัฐวิสาหกิจซึ่งไม่สอดคล้องกับประเด็นนี้ และประเด็นนี้ยังครอบคลุมไปถึงการบังคับพฤติกรรมของรัฐวิสาหกิจไม่ให้ประพฤติในทิศทางที่ไม่ก่อให้เกิดการแข่งขัน

ประการที่สอง ในความเป็นจริงการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจไทยไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของการจัดซื้อจัดจ้างในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือ การจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยซื้อน้ำมันจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย หรือรัฐวิสาหกิจต้องใช้บริการการบินไทยเวลาเดินทางไปต่างประเทศ หรือใช้บริษัทไทยในการเดินทางขนส่งสินค้า เป็นต้น

³ กระทรวงการคลัง [Online]. 2009. Available from: <http://www.mof.go.th/sepc/sepc2.htm> [2009, February 7]

⁴ ดร.วโรทัย โกศลพิศิษฐ์กุล, พลังแห่งรัฐวิสาหกิจไทย[Online]. 2009. Available from: www.mof.go.th [2009, February 7]

ประการที่สาม รัฐวิสาหกิจอาจจะกำหนดเงื่อนไขในการเลือกปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อส่งเสริมธุรกิจขนาดย่อมหรือธุรกิจท้องถิ่น อีกทั้งอาจมีภารกิจในเชิงสังคม จึงจำเป็นที่จะต้อง กำหนดอัตราค่าสินค้าและบริการที่ไม่คุ้มต้นทุนได้ เช่น บริการรถไฟชั้นสาม บริการรถเมลที่ไม่มีแอร์ และบริการโทรศัพท์พื้นฐาน ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจถูกตีความว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่ ก่อให้เกิดการแข่งขัน การที่ประเทศไทยยอมรับตกลงในประเด็นดังกล่าว ไม่เพียงแต่จะนำมาซึ่ง ความยุ่งยากทั้งในเชิงสังคมและเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังอาจทำให้ประเทศไทยถูกบริษัทของ ประเทศคู่สัญญาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้อีกด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นนี้เกินเลยไปกว่าการควบคุมพฤติกรรมของธุรกิจและอยู่นอกกรอบ สาระสำคัญของกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไป ดังนั้นประเทศไทยไม่ควรยอมรับในส่วนของ การจัดซื้อจัดจ้างและการซื้อขายสินค้าและบริการในเชิงพาณิชย์อย่างไม่เลือกปฏิบัติ สิ่งที่สำคัญ ที่สุดของการยกเว้นรัฐวิสาหกิจจากความตกลงในประเด็นดังกล่าวอยู่ตรงที่เหตุผลของการยกเว้น เช่น หากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยขายไฟฟ้าให้การไฟฟ้านครหลวงในราคาถูกเพื่อ ยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนก็ควรได้รับการยกเว้น แต่กรณีที่ต้องการค้าโทรศัพย์ลดราคา ค่าบริการลงแต่ไม่อนุญาตให้บริษัททรู คอร์ปอเรชั่น (TRUE) และบริษัท ที ที แอนด์ ที (TT&T) ลดค่าบริการ ก็ไม่ควรได้รับการยกเว้น ดังนั้นการกระทำของรัฐวิสาหกิจที่ให้บริการเชิงสังคมควร ได้รับการยกเว้นจากการบังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เป็นที่น่าสังเกตว่าความตกลงเรื่องห้ามการใช้อำนาจผูกขาดของรัฐวิสาหกิจ จะเป็นสิ่งที่ ประเทศที่พัฒนาแล้วเรียกร้องให้ประเทศกำลังพัฒนาปฏิบัติ ทั้งนี้เพราะประเทศที่พัฒนาแล้ว ต้องการมาลงทุนทำธุรกิจที่รัฐวิสาหกิจในประเทศกำลังพัฒนาทำอยู่ แต่เกรงว่าด้วยอำนาจผูกขาด จะทำให้บริษัทของตนไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ (market access) จึงไม่ต้องการให้รัฐวิสาหกิจมี อำนาจดังกล่าว แต่ประเทศที่พัฒนาแล้วกลับมีนโยบายให้บริษัทของประเทศตนทำ export cartels และ international cartels อย่างเปิดเผย จากการบังคับใช้กฎหมายระดับชาติ เนื่องจาก เป็นการอนุญาตให้บริษัทภายในประเทศมีพฤติกรรมการรวมกลุ่มเพื่อลดการแข่งขันข้ามพรมแดน แสดงให้เห็นว่าประเทศที่พัฒนาแล้วดังกล่าว ไม่ได้ตั้งใจจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการแข่งขัน ทางการค้า แต่หวังผลประโยชน์ให้กับบริษัทของประเทศตนเท่านั้น

เราอาจมองว่าการวางกฎเกณฑ์เพื่อให้เกิดการแข่งขันโดยเสรี และการยกเลิกการให้สิทธิ พิเศษแก่วิสาหกิจทั้งหลาย ทั้งที่เคยให้ไปแล้วก็ยกเลิกและไม่มีกรให้สิทธิพิเศษกับวิสาหกิจรายอื่น อีกต่อไป จะเป็นการกระตุ้นให้วิสาหกิจพัฒนาสินค้าและบริการของตนอย่างเต็มที่เพื่อแข่งขันกัน

แต่หากมองอีกมุมหนึ่งจะพบว่าวิสาหกิจบางรายได้ประโยชน์จากการยกเลิกการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย กล่าวคือ วิสาหกิจที่เคยได้สิทธิพิเศษนั้นได้ใช้สิทธิพิเศษดังกล่าวจนบริษัทเจริญเติบโตมีฐานการตลาดที่ใหญ่และมีสินทรัพย์มากมายแล้ว ต่อมาแม้จะไม่ได้รับสิทธิพิเศษอีก วิสาหกิจนั้นก็ยังสามารถยืนได้ด้วยตนเองแล้ว แต่ผู้ประกอบการรายอื่นหากไม่ได้รับสิทธิพิเศษใดๆ อาจไม่สามารถแข่งกับวิสาหกิจที่มีความยิ่งใหญ่แล้วได้ เพราะการประกอบธุรกิจบางประเภทต้องใช้การลงทุนที่สูงมาก และในช่วงแรกของการประกอบธุรกิจจะยังไม่มีกำไร ทำให้วิสาหกิจรายใหม่ไม่สามารถแข่งขันกับวิสาหกิจรายเดิมที่เป็นเจ้าของตลาดได้ ดังที่นาย Bill Rosenberg นักวิเคราะห์การลงทุนของประเทศนิวซีแลนด์ได้ให้ความเห็นว่า "วิสาหกิจขนาดใหญ่มีเครื่องช่วยในการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพมากพอๆ กับระยะเวลาที่วิสาหกิจนั้นได้ฝังรากลงในประเทศต่างๆ ไม่ว่าเครื่องช่วยในการจะอยู่ในรูปแบบที่เห็นได้โดยชัดเจน เช่น กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ให้อิทธิพลหรืออยู่ในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ หรือความได้เปรียบจากการเป็นผู้ประกอบการรายแรกในตลาด"⁵ สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นตัวช่วยในการพัฒนาของวิสาหกิจ ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันนี้เสมือนกับขอให้วิสาหกิจเหล่านี้ทิ้งบันไดที่ตนใช้ปีนขึ้นสู่ความสำเร็จ เพื่อป้องกันไม่ให้วิสาหกิจรายอื่นสามารถไต่บันไดนั้นปีนขึ้นไปสู่ความสำเร็จ (เพราะจะไม่มีผู้ประกอบการใดได้สิทธิพิเศษอีก) อย่างไรก็ตามบริษัทข้ามชาติรายใหญ่ที่มีเงินทุนสูงมากก็อาจสามารถเข้าแข่งขันกับวิสาหกิจเจ้าของตลาดเหล่านั้นได้ แต่เราไม่ควรลืมว่าบรรษัทข้ามชาติที่ร่ำรวยเหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วก็เป็นบริษัทของประเทศมหาอำนาจนั่นเอง ดังนั้นการกำหนดนโยบายแข่งขันของประเทศไทยในความตกลงการค้าแบบทวิภาคีนั้น ควรตระหนักถึงความเสียเปรียบเรื่องนี้ด้วย เพราะผลจากการกำหนดนโยบายแข่งขัน คือ การเปิดให้ผู้ประกอบการภายในประเทศไปแข่งขันกับบริษัทข้ามชาตินั้นเอง โดยประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศก็รู้สึกลำบากใจกับการชักนำเข้าสู่การแข่งขันในเวทีโลกเช่นกัน

ความตกลงในด้านนโยบายแข่งขันที่กำหนดลงไปในความตกลงการค้าเสรีอาจใช้เป็นเครื่องมือที่จะบังคับให้แต่ละประเทศภาคีตั้งหน่วยงานป้องกันการผูกขาดหรือปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์การแข่งขันที่ใช้อยู่ในประเทศให้มีโครงสร้างเหมือนกันทั่วโลก (one-size-fits-all) ในขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วสร้างภาระให้ประเทศกำลังพัฒนาให้เสียค่าใช้จ่ายเพื่อตั้งหน่วยงานป้องกันการผูกขาด และร่างกฎหมายที่อาจไม่เหมาะสมกับบริบททางสังคมของประเทศเหล่านั้น การกำหนดนโยบายแข่งขันยังเป็นการป้องกันไม่ให้อำนาจเหล่านั้นสามารถใช้เครื่องมือและมาตรการผ่อนผัน

⁵ Available from: http://www.bilaterals.org/rubrique.php3?id_rubrique=37 [2009, April 13].

ที่เหมาะสมอย่างประเทศที่เสนอให้ใช้นโยบายแข่งขันเคยใช้เพื่อสร้างความมั่งคั่งมาแล้วในแต่ละช่วงของการพัฒนาอุตสาหกรรมในอดีตด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรจำกัดตัวเองตามเงื่อนไขดังกล่าว โดยน่าจะใช้นโยบายในลักษณะเดียวกับที่อยู่ในความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ที่ว่า ประเทศคู่สัญญาอาจยกเว้นมาตรการหรือสาขาธุรกิจใดๆ เป็นการเฉพาะจากบทนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าการให้ยกเว้นดังกล่าวมีความโปร่งใส และได้ดำเนินการบนพื้นฐานของนโยบายสาธารณะหรือผลประโยชน์สาธารณะ แสดงให้เห็นว่ายอมรับให้มีรัฐวิสาหกิจซึ่งประกอบกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ และรัฐวิสาหกิจดังกล่าวก็สามารถใช้อำนาจผูกขาดได้ ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามหากการเจรจาความตกลงเสรีทางการค้าไทย-สหรัฐฯ นั้น สหรัฐฯ ยืนยันที่จะให้ไทยต้องรับเงื่อนไขดังกล่าว ประเทศไทยก็อาจยกเรื่อง Export Cartel ขึ้นมาเป็นข้อแลกเปลี่ยน หมายความว่าหากสหรัฐฯ ต้องการให้ไทยรับเงื่อนไขเรื่องการใช้อำนาจผูกขาดและการใช้อำนาจผูกขาดของรัฐวิสาหกิจ สหรัฐฯ เองก็ต้องยกเลิก Export Cartel และ international cartels จากการบังคับใช้กฎหมายระดับชาติ โดยผู้เขียนขออธิบายเกี่ยวกับ Export Cartel เพิ่มเติม ดังนี้

Export Cartel และ international cartels เป็นการอนุญาตให้บริษัทภายในประเทศมีพฤติกรรมการรวมกลุ่มเพื่อลดการแข่งขันข้ามพรมแดน โดยเพิ่มราคาขายสินค้าในที่อื่นๆ ได้ (ที่ไม่ใช่ภายในประเทศ) ทำให้ประเทศเพื่อนบ้านยากจนมากขึ้น "beggar thy neighbour"

การอนุญาตให้มี Export cartels ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา 2 ฉบับด้วยกัน ได้แก่

a) The Webb-Pomerene Act of 1918 มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการขยายธุรกิจไปยังต่างประเทศอันเป็นการแสวงหารายได้เข้าประเทศ⁶ โดยกฎหมายกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครอง กรณีการก่อตั้งหรือการดำเนินการของกิจการของสมาคมธุรกิจเพื่อการส่งออกให้

⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537), หน้า 60.

ได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่จะไม่ยกเว้น หากว่าเป็นการกระทำที่ทำให้สหรัฐอเมริกาได้รับผลกระทบหรือได้สร้างความเสียหายต่อผู้แข่งขันภายในประเทศ และไม่ถือว่าเป็นการคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องภายใต้กฎหมายของต่างประเทศ กรณีที่ต้องการทราบว่าการกระทำใดบ้างจะได้รับข้อยกเว้นตามกฎหมาย The Webb-Pomerene Act สามารถอ่านได้จากบทความข้อตกลงและรายงานประจำปีของคณะกรรมการกิจการฯ The Webb-Pomerene Act ได้แต่ทั้งนี้ไม่สามารถขอให้คณะกรรมการฯ แจงล่วงหน้าได้

b) กฎหมายการค้าเพื่อการส่งออกของบริษัท (The Export Trading Company Act 1982) มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการส่งเสริมการส่งออกสินค้าและบริการของสหรัฐอเมริกา โดยมีเป้าหมาย คือ ประการแรก เพื่อต้องการส่งเสริมให้ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายเพื่อการส่งออกของสหรัฐอเมริกามีประสิทธิภาพโดยลดข้อจำกัดเรื่องการเงิน ประการที่สองเพื่อลดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาด้วยการออกใบอนุญาต* ให้ผู้ประกอบการส่งออกของสหรัฐอเมริกา ประการที่สามให้เกิดข้อยุติการให้ใบอนุญาต ทั้งนี้การได้รับใบอนุญาตดังกล่าวมีผลให้ไม่ต้องถูกฟ้องร้องภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของทั้งในระดับสหพันธรัฐและมลรัฐ

* การให้ใบอนุญาตเพื่อส่งเสริมการส่งออกเป็นอำนาจวินิจฉัยของเลขานุการการค้าโดยความเห็นชอบจากอัยการ โดยการอนุมัติใบอนุญาตจะคำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้

- (1) ไม่ทำให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันลงไปอย่างมาก หรือเป็นการจำกัดทางการค้าในสหรัฐอเมริกา และไม่เป็นการจำกัดทางการค้าเพื่อการส่งออกอย่างสำคัญของผู้แข่งขันอื่นที่ยื่นขอใบอนุญาต
- (2) ไม่มีเหตุอันสมควรที่จะส่งเสริม รักษา หรือลดราคาภายในประเทศลงด้วยการแบ่งกลุ่มสินค้าหรือบริการของผู้สมัคร
- (3) ไม่เป็นการสร้างมาตรการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้แข่งขันที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกสินค้าหรือบริการของผู้สมัคร
- (4) ไม่รวมถึงการกระทำใดๆ ที่มีเหตุอันสมควรคาดหมายได้ว่าจะมีผลต่อการขายเพื่อบริโภคหรือการขายต่อในสหรัฐอเมริกาในสินค้าหรือบริการนั้นๆ อ้างถึงใน ซนิกา นาคบุตร, "เขตอำนาจรัฐและปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต," หน้า 32-33.

ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ฟลอเรียน เบ็ค อาจารย์ประจำมหาวิทยาลัยอเบอร์ดีน สหราชอาณาจักร ให้ความเห็นว่า⁷ กฎหมายแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่จะไม่ห้ามพฤติกรรมจำกัดทางการค้าซึ่งส่งผลกระทบต่อตลาดในต่างประเทศราบใดที่ไม่มีผลกระทบต่อตลาดในประเทศตนเอง โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะเพิ่มความมีประสิทธิภาพในการส่งออกของประเทศตนไปยังตลาดเป้าหมาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐฯ เองก็ได้ยกเว้นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าบางอย่างให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของตน ดังนั้นหากประเทศไทยจะรักษาอำนาจผูกขาดของรัฐวิสาหกิจบางรายที่ทำหน้าที่บริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์ของคนไทย ก็น่าจะสมารถทำได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้รัฐวิสาหกิจที่ได้รับอำนาจผูกขาดต้องใช้อำนาจผูกขาดของตนในตลาดที่ตนได้รับอนุญาตเท่านั้น เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ก็สามารถผูกขาดการให้บริการกระแสไฟฟ้าได้ แต่ไม่สามารถผูกขาดการขายหลอดไฟได้ เป็นต้น

5. การเพิ่มความร่วมมือแบบ Negative Comity

ดังที่เคยอธิบายหลักการ Negative comity ไว้ในบทที่ 3 แล้วว่าเป็นหลักการที่ต้องการหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้งระหว่างการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระดับชาติที่แตกต่างกัน ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายการแข่งขันข้ามชาติ หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของประเทศที่อาจได้รับผลกระทบอาจตงเว้น (negative) การบังคับใช้กฎหมายและปล่อยให้เป็นที่ของหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันในต่างประเทศให้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันกับผู้กระทำผิดในอาณาเขตของประเทศนั้น เพื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ต่างจากข้อตกลง Positive comity ที่กำหนดหน้าที่ว่าโดยหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันในประเทศที่ได้รับเสียหายจากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศหนึ่งอาจร้องขอให้ประเทศนั้นดำเนินการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันของประเทศนั้นต่อบริษัทที่เป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน

Negative comity จะยึดเป็นหลักความสุภาพ (politeness) และมารยาทที่ดี (good manners) ระหว่างกัน เป็นความพยายามที่จะเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อให้เกิดความเข้าใจอันดีต่อกัน และไม่กระทำการใดอันอาจส่งผลกระทบต่อประเทศคู่ภาคี

⁷ Florian Becke, Professor of Law, Aberdeen University School of Law [Online]. 2008.

Available from: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/3/1/97> [2008, December 12]

แม้ว่าหลักการนี้จะไม่ได้สร้างพันธกรณีให้ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หลักการนี้ก็ช่วยหลีกเลี่ยงความขัดแย้งอันเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของประเทศภาคีได้ในระดับหนึ่ง

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยน่าจะเพิ่มความตกลงในส่วน Negative Comity ไว้ในความตกลงด้วย ทั้งนี้เพื่อช่วยหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต แต่สำหรับ Positive Comity นั้นต้องพิจารณาภาคีด้วย เพราะโดยปกติแล้วเรื่อง Positive Comity จะอยู่ในความตกลงของคู่ภาคีที่อำนาจทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน และมีทรัพยากรบุคคลและเงินทุนที่จะใช้ในการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าอย่างเพียงพอด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศยุโรป และประเทศแคนาดา ที่ได้กำหนดเรื่อง Positive Comity ไว้ในข้อตกลง

6. การแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับ

ประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าภายใต้ความตกลงทวิภาคี คือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน จากการศึกษาแนวทางการทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อความร่วมมือในนโยบายการแข่งขันทางการค้านั้น พบว่าความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลนี้จะให้ข้อมูลสาธารณะเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อแสดงความโปร่งใสของกระบวนการในประเทศตนซึ่งไม่เป็นปัญหาในการปฏิบัติของประเทศไทย และเมื่อหน่วยงานที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐคู่ภาคีขอข้อมูลของบริษัทที่อยู่ในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายนั้น หน่วยงานดังกล่าวจะได้รับข้อมูลที่สามารภเปิดเผยได้เท่านั้น กล่าวคือ เป็นข้อมูลที่ไม่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับของอีกฝ่าย สำหรับข้อมูลที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ต้องมีความตกลงว่าหากประเทศใดประเทศหนึ่งร้องขอ อีกประเทศหนึ่งจะจัดหาข้อมูลให้ โดยจะเป็นความร่วมมือที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้น แต่ก็ไม่มีบทบังคับว่าจะต้องส่งมอบข้อมูลให้ และข้อมูลที่เป็นความลับของภาคเอกชนนั้น โดยหลักแล้วจะเปิดเผยไม่ได้ยกเว้นจะได้รับอนุญาตจากเอกชนนั่นเอง ซึ่งหากเอกชนนั้นมีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าจริงก็คงจะไม่ส่งมอบข้อมูลให้หรือหากกิจการยอมเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับก็จะมีเฉพาะข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อกิจการเองเท่านั้น⁸ ในทางปฏิบัติจึงเป็นการจัดหาข้อมูลที่ไม่เป็นความลับให้เท่านั้น ซึ่งการคุ้มครองข้อมูลเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถได้รับหลักฐานที่เพียงพอที่จะพิสูจน์พฤติกรรมที่ละเมิดต่อกฎหมาย

⁸ United Nation, *Experience gained so far on international cooperation on competition policy issues and the mechanisms used*, p. 19.

ทั้งๆ ที่เอกสารภายในของบริษัทดังกล่าวศาลสามารถออกหมายเรียกให้ส่งมาได้ในกรณีฟ้องร้องกันภายในประเทศ⁹

จากการสัมภาษณ์คุณปรารถนา หัสมินทร์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานกิจการต่างประเทศ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า¹⁰ ท่านได้ให้ความเห็นว่า โดยหลักการแล้วการกำหนดให้มีข้อผูกพันเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับ ภายใต้ความตกลงทางการค้าก็เพื่อให้ประเทศคู่ภาคีได้แลกเปลี่ยนข้อมูลเชิงลึกมากกว่าข้อมูลสาธารณะ ซึ่งสามารถสืบค้นได้ตามแหล่งข้อมูลทั่วไป ทั้งนี้ข้อมูลเชิงลึกที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติว่าด้วยนโยบายแข่งขัน จะเป็นข้อมูลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งหากมีข้อผูกพันให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลแล้ว การแลกเปลี่ยนต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายภายใน รวมทั้งมาตรการที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการจัดเก็บ การรักษา และการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับ

ผู้เขียนเห็นว่าการให้ข้อมูลทั่วไปอันเป็นข้อมูลสาธารณะ (Public Information) นั้น ไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนดำเนินคดีมากนัก ดังนั้นประเทศไทยสามารถทำให้ความตกลงแข็งแกร่งขึ้นโดยการอนุญาตให้แลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับเพื่อช่วยในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของทั้งสองฝ่าย เช่นเดียวความตกลงระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐฯ ที่มีการตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับระหว่างสองประเทศแล้ว ทั้งนี้จะต้องวางมาตรการรักษาข้อมูลอันเป็นความลับ ไม่ให้ข้อมูลนั้นรั่วไหลไปถึงคู่แข่งทางธุรกิจของเจ้าของข้อมูลนั้น หากเราสามารถกำหนดความตกลงในส่วนนี้เพิ่มเติมได้ก็จะเป็นประโยชน์กับการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้ากับผู้ประกอบการที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศ หรือ ทำธุรกิจในต่างประเทศได้ง่ายขึ้น

7. การทำความเข้าใจความตกลงแบบผูกพัน

สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อความร่วมมือด้านแข่งขันทางการค้าที่แต่ละประเทศต่างนิยมทำกันอย่างแพร่หลายนี้เป็นความตกลงลักษณะที่ไม่ผูกพัน (nonbinding) หรือแบบ "Soft" ซึ่งคู่ภาคีอาจไม่ปฏิบัติตามความตกลงก็ได้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับเจตนาที่ดีของคู่ภาคีนั่นเอง นักวิชาการบางท่านเห็นว่า

⁹Harve A. Truskett, "This Does Not Matter in Mexico" : Mexico-U.S. Competition Law—Conflicts and Resolutions. *Houston Journal of International Law* (2008), p. 809-810.

¹⁰ สัมภาษณ์ ปรารถนา หัสมินทร์, ผู้อำนวยการกลุ่มงานกิจการต่างประเทศ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์, 4 เมษายน 2552.

ความตกลงในลักษณะที่ไม่มีความผูกพันนั้น เป็นจุดอ่อนของความตกลงทวิภาคีด้านการแข่งขันทางการค้า¹¹ ความตกลงในรูปแบบนี้จะไม่ผูกพันให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เป็นการขอความร่วมมือมากกว่า การตกลงในลักษณะนี้เดิมเรารู้จักกันในนามของ "gentleman agreements" แต่บางท่านก็เห็นว่าลักษณะที่ไม่มีความผูกพันนั้น อาจมีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติตามมากกว่าทำให้สามารถรับมือกับเหตุการณ์ที่ไม่คาดหมายในอนาคตได้มากกว่า¹²

ด้วยเหตุที่ไม่ผลผูกพันนี้เองทำให้สามารถชักชวนให้ประเทศซึ่งไม่ค่อยเต็มใจทำ ความตกลง ให้มาทำความตกลงดังกล่าวได้ เพราะไม่ต้องกลัวว่าจะเป็นการผูกมัดตนเอง¹³ อาจกล่าวได้ว่าในบางครั้งรัฐบาลของประเทศต่างๆ ก็ชอบที่จะทำความตกลงในรูปแบบ non-binding มากกว่า เพราะสามารถตกลงกันได้ง่ายกว่า และรับไปปฏิบัติได้ง่ายกว่าสนธิสัญญาแบบผูกพัน ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านกล่าวว่าการกฎหมายแบบ non-binding สร้างความคลุมเครือให้กับการปฏิบัติตามพันธกรณี บางท่านกล่าวว่าการกฎหมายแบบ non-binding เป็นการให้การสนับสนุนมากกว่าจะสร้างพันธะตามกฎหมาย¹⁴

สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากจะทำความตกลงทวิภาคีทางการค้ากับประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐฯ ควรตกลงในลักษณะที่ไม่มีความผูกพันดีกว่าเพราะความตกลงที่มีลักษณะผูกพันควรใช้กับประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน

นอกจากบทบัญญัติส่วนที่อยู่ในความตกลงทางการค้าทวิภาคีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยอาจพิจารณาแนวทางเหล่านี้ด้วย เพื่อเพิ่มเติมประสิทธิภาพในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ

¹¹Harve A. Truskett, "This Does Not Matter in Mexico": Mexico-U.S. Competition Law—Conflicts and Resolutions," *Houston Journal of International Law* (2008): 807.

¹²Andrew T. Guzman, "The design of international agreements," *European Journal of International Law* (September 2005): 592.

¹³Richard L. Williamson, Jr., "Hard Law, Soft Law, and Non-law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses." *Chicago Journal of International Law* (2003): 60.

¹⁴Andrew T. Guzman and Timothy L. Meyer, "International Common Law: The Soft Law of International Tribunals." *Chicago Journal of International Law* (winter 2009): 518.

1. การตั้งคณะทำงาน (working group)

หลายประเทศได้จัดตั้งคณะทำงาน (Working Group) เพื่อส่งเสริมการให้ความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมาย ประเทศสหรัฐฯ เป็นตัวอย่างในการตั้งคณะทำงาน โดยสหรัฐฯ ได้ตั้งคณะทำงานกับประเทศญี่ปุ่น เกาหลี และไต้หวัน เพื่อทำงานด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา¹⁵ โดยคณะทำงานนี้จะประชุมปรึกษาหารือกันถึงการประสานงานและการให้ความร่วมมือตามข้อตกลงเพื่อความร่วมมือด้านแข่งขันทางการค้าของประเทศภาคี ซึ่งจะทำให้การประสานงานกันมีความสะดวกมากขึ้น และลดขั้นตอนที่เป็นทางการ ทำให้การติดต่อกันมีความคล่องตัวมากขึ้น

2. การใช้ leniency policy

การใช้ "leniency policy" กับพฤติกรรมกรรวมกลุ่มก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งซึ่งอาจช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีประสิทธิภาพมากขึ้น โดย "leniency policy" เป็นนโยบายที่จะลดหย่อนโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่ยอมสารภาพ และให้ข้อมูลในการสอบสวนคดี ซึ่งจะช่วยให้สามารถดำเนินคดีกับบริษัทอื่นที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย เนื่องจากการกระทำความผิดบางอย่าง เช่น การร่วมกันกำหนดราคา หากไม่มีการให้ข้อมูลโดยบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดแล้ว การสืบสวนจะทำได้ยาก เพราะการร่วมกันกำหนดราคานั้น ผู้ร่วมกันกระทำความผิดจะปิดบังการตกลงกัน และทำการตกลงกันด้วยวาจา ซึ่งยากแก่การหาหลักฐาน ตัวอย่างการใช้ leniency program คือคดี Vitamin Cartel และ Graphite ซึ่งประเทศสหรัฐฯ ยกเว้นโทษทางอาญาแก่บริษัทที่ให้ข้อมูล และศาลของสหภาพยุโรป (Court of First Instance - CFI) ก็ลดโทษปรับให้กับบริษัทที่ให้ความร่วมมือ นอกจากประเทศสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปแล้ว ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลี ก็ใช้ Leniency Policy ด้วย¹⁶

¹⁵ Harve A. Truskett, "This Does Not Matter in Mexico" : Mexico-U.S. Competition Law—Conflicts and Resolutions," *Houston Journal of International Law* (2008): 810.

3. การแสดงถึงความจริงใจในการการปราบปรามพฤติกรรมจำกัดทางการค้า

ประเทศภาคีต้องพิจารณาคดีตามหลักเกณฑ์การแข่งขัน เพื่อแสดงถึงความจริงใจต่อกัน อีกทั้งต้องให้ความร่วมมือและประสานงานกันเพื่อหาทางให้วิธีการบังคับใช้กฎหมายของทั้งสองประเทศมาบรรจบกัน

นอกจากข้อเสนอแนะที่กล่าวมาเกี่ยวกับบทบัญญัติในความตกลงทวิภาคีทางการค้าและแนวทางในการพัฒนาประสิทธิภาพของการร่วมมือระหว่างประเทศตามที่กล่าวมานั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีอีกเรื่องหนึ่งที่ ประเทศไทยควรพิจารณา นั่นก็คือการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยกับผู้ประกอบการต่างชาติที่มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในต่างชาติ เช่น การกำหนดราคาพร้อมกัน (Price fixing) แต่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภคในประเทศไทยด้วย กล่าวคือการใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตโดยอ้างหลักผลกระทบนั่นเอง เนื่องจากในปัจจุบันผู้ประกอบการของไทยเองก็เริ่มถูกดำเนินคดีแล้ว เช่น กรณีที่สายการบินไทย ถูกคณะกรรมการพาณิชย์นิวซีแลนด์ฟ้องว่า สมคบคิดกับสายการบิน 13 ราย ขึ้นราคาตั๋วเครื่องบินขนส่งทางอากาศ ผ่านทางการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเชื้อเพลิงมานานกว่า 7 ปี และถูกสหภาพยุโรป ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายกว่า 20,000 ล้านบาท โดยกล่าวหาว่าสายการบินไทยร่วมกับสายการบินนานาชาติกว่า 25 สายการบิน รวมตัวกันเพื่อ เพิ่มค่าธรรมเนียมในเส้นทางบินระหว่างประเทศ ซึ่งการเพิ่มขึ้นค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นการดำเนินการผิดกฎหมายอัตรา¹⁷ โดยคดีนี้อยู่ระหว่างการสอบสวน ยังไม่ทราบผลว่าสายการบินไทยจะมีความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่

¹⁶ Funahashi Kazuyuki, International Cooperation to Crack International Cartels (Summary of Leniency Programs in Major Jurisdictions) [Online]. Available from: <http://www.jftc.go.jp/e-page/policyupdates/speeches/internationalcartel2.pdf>[2009, February 7].

¹⁷ หนังสือพิมพ์ คม ชัด ลึก, ประจำวัน พุธ ที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2551

ทั้งนี้ประเทศเกาหลีได้เริ่มฟ้องร้องผู้ประกอบการต่างชาติ โดยอาศัยหลักผลกระทบแล้วในคดีแกรไฟท์ อิเล็กโทรดตามที่ได้อธิบายแล้วในบทที่ 2 เนื่องจากผู้ประกอบการและผู้บริโภคของเกาหลีก็เริ่มได้รับความเสียหายจากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันดังกล่าว และมีผู้ประกอบการบางรายก็ถูกฟ้องว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวด้วย ดังนั้นประเทศไทยก็ควรเริ่มดำเนินการฟ้องร้องกับผู้ประกอบการต่างชาติในกรณีดังกล่าวบ้าง ไม่ควรนิ่งเฉยให้ต่างชาติใช้กฎหมายภายในมาบังคับกับผู้ประกอบการของเราฝ่ายเดียว ทั้งนี้เพื่อเป็นเยี่ยงอย่างความเสียหายของผู้ประกอบการและผู้บริโภคในประเทศที่ได้รับความเสียหายด้วย

ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ คุณกิตติ ตั้งจิตรมณีสักดา กรรมการผู้จัดการ บริษัทกฎหมายเอสซีจี จำกัด¹⁸ ในฐานะเอกชนซึ่งอาจได้รับประโยชน์จากความร่วมมือระหว่างประเทศด้านแข่งขันทางการค้า ว่าเห็นว่าประเทศไทยจะได้รับประโยชน์จากการทำความตกลงทวิภาคีเรื่องการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ อย่างไร โดยคุณกิตติ มีความเห็นว่า ประโยชน์จากการทำความตกลงทวิภาคีเรื่องการแข่งขันทางการค้าที่ชัดเจน คือการแลกเปลี่ยนข้อมูล แต่ประโยชน์ในด้านอื่นๆ ยังไม่ชัดเจน ตัวอย่างการริเริ่มบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตได้แก่ ประเทศเกาหลีที่ใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตในคดี Graphite ประเทศเกาหลีเพียงลำพังอาจจะไม่สามารถหาหลักฐานมาดำเนินคดีกับบริษัทต่างชาติได้ แต่ต้องขอหลักฐานจากประเทศสหรัฐฯ อย่างไรก็ตามหากประเทศไทยจะทำความตกลงเรื่องการแข่งขันทางการค้า ควรที่จะต้องศึกษาข้อมูลให้ลึกซึ้ง ว่าประเทศไทยควรจะได้ประโยชน์ในประเด็นใด และจะยอมเสียประโยชน์ในประเด็นใด เพื่อให้ประเทศไทยเสียผลประโยชน์น้อยที่สุด

จากนั้นผู้เขียนยังได้ถามความเห็นของคุณกิตติ ในเรื่องการเริ่มใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน เช่น การฮั้วราคาที่ทำในต่างประเทศแต่มีผลกระทบตลาดในประเทศไทย ดังเช่นประเทศเกาหลีตามที่ยกตัวอย่างมา และปัจจัยใดอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการดังกล่าว โดยคุณกิตติมีความเห็นว่า การใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตมีความจำเป็นในทางทฤษฎี แต่ในทางปฏิบัติอาจมีปัญหาในการบังคับใช้ โดยเฉพาะสินค้าที่มี

¹⁸ สัมภาษณ์ กิตติ ตั้งจิตรมณีสักดา, กรรมการผู้จัดการ บริษัทกฎหมายเอสซีจี จำกัด, 4 เมษายน

ผู้ผลิตน้อยรายและมีความจำเป็น หากประเทศไทยจะบังคับโทษปรับกับบริษัทต่างชาติที่ไม่มีทรัพย์สินในประเทศไทย อาจมีอุปสรรคในการกระทำดังกล่าว เนื่องจากบริษัทนั้นอาจเลือกที่จะไม่จ่ายค่าปรับและไม่ขายสินค้าในประเทศไทยอีก ซึ่งหากสินค้านั้นมีความจำเป็นแล้ว ประเทศไทยจะอยู่ในสถานะที่ลำบาก เพราะอำนาจต่อรองทางธุรกิจ (Economic power) ของเราน้อย

เครื่องมือที่อาจช่วยในการบังคับคดีกับบริษัทต่างชาตินั้น เช่นการบังคับเอาทรัพย์สิน (asset) ของบริษัทที่อยู่ในประเทศไทย โดยการยึดทรัพย์ดังกล่าว แต่หากเป็นบริษัทที่ไม่มีสำนักงาน ไม่มีทรัพย์สินในประเทศไทยแล้ว คงเป็นการยากที่จะบังคับคดี อย่างไรก็ตามในทางทฤษฎีเราก็ควรมีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยนอกอาณาเขต ส่วนจะบังคับใช้ได้จริงหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง

นอกจากการบังคับใช้แล้ว อุปสรรคอีกประการหนึ่งในการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่ทำในต่างประเทศแต่มีผลกระทบในประเทศไทย ก็คือความพร้อมของประเทศไทยในการดำเนินการซึ่งต่างจากสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปที่มีความพร้อมสูงอย่างมาก ทั้งในด้านทรัพยากรบุคคล ความเชี่ยวชาญ และงบประมาณ

จากสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 ว่า การศึกษาเปรียบเทียบจุดอ่อน-จุดแข็งของ ข้อตกลงทวิภาคีหลายฉบับสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางของการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ การแข่งขันทางการค้าในความตกลงการค้าเสรีทวิภาคีที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยได้ และ ผู้เขียนได้อธิบายถึงจุดอ่อนและจุดแข็งของการทำความตกลงทวิภาคีเรื่องการแข่งขันทางการค้า มาเป็นระยะๆ แล้วในที่สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอสรุปแนวทางของการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ การแข่งขันทางการค้าที่มีความเหมาะสมสำหรับบทบัญญัติทางการค้าในความตกลงทวิภาคีโดย ประเทศไทย ดังนี้

1. การทำความตกลงด้านแข่งขันทางการค้าควรทำความตกลงในรูปแบบทวิภาคี เพราะสามารถจัดทำได้ง่ายกว่า และสนองความต้องการของประเทศภาคีได้มากกว่าการตกลง ร่วมกันหลายๆ ประเทศ
2. การตกลงกันเรื่องแข่งขันทางการค้าสามารถทำเป็นบทหนึ่งในความตกลง FTA (Free Trade Agreement) หรือ EPA (Economic Partnership Agreement) ไม่จำเป็นต้องทำเป็น สนธิสัญญาแยกต่างหาก เพราะประเทศไทยไม่มีปัญหาขัดแย้งกับประเทศอื่นในพฤติกรรมจำกัด การแข่งขันระหว่างประเทศ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำสนธิสัญญาเฉพาะเรื่องความตกลง เรื่องแข่งขันทางการค้ากับประเทศอื่น เพียงแต่เรื่องแข่งขันทางการค้านี้เป็นหัวข้อใหม่ที่กำลังเป็นที่ สนใจของทุกประเทศ จึงมักใส่หัวข้อนโยบายแข่งขันทางการค้าอยู่ในความตกลงทางการค้าด้วย เพื่อเป็นแนวทางในการให้ความร่วมมือต่อกันด้วย
3. ประเทศไทยควรทำความตกลงเรื่องแข่งขันทางการค้าแบบ Soft Approach คือ เป็นความตกลงแบบทั่วๆ ไป และไม่มีผลผูกมัดตามกฎหมาย เพราะประเทศไทยมีอำนาจการ ต่อรองทางเศรษฐกิจน้อย การทำความตกลงเรื่องนโยบายแข่งขันทางการค้าที่มีความเจาะจง และมีผลผูกมัด อาจทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบประเทศที่พัฒนาแล้วได้
4. บทบัญญัติในความตกลงควรเน้นเรื่องความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูล เพราะ เป็นเรื่องที่ประเทศไทยจะได้ประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด และอาจพิจารณาเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูล อันเป็นความลับด้วยเพื่อให้สามารถเข้าถึงข้อมูลในระดับที่ลึกซึ้งมากขึ้น อย่างไรก็ตามหากมีตกลง กันเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับ ควรมีมาตรการเก็บ และรักษาข้อมูลดังกล่าวด้วย

5. ประเทศไทยอาจพิจารณาเพื่อเพิ่มเรื่อง Negative Comity ในบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าในความตกลงกับประเทศอื่นด้วย เพื่อให้เกิดความร่วมมือในระดับที่ลึกซึ้งมากขึ้น และเป็นการป้องกันความขัดแย้งจากการบังคับใช้กฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

6. ประเทศไทยไม่ควรรับข้อเสนอในความตกลงระหว่างประเทศให้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับธุรกิจทุกประเภท เพราะการประกอบธุรกิจบางประเภทนั้น เป็นการให้บริการสาธารณะ ไม่ได้หวังผลกำไรเป็นสำคัญ ดังนั้นจึงไม่สามารถดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ เช่น องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นต้น ในส่วนนี้ประเทศไทยควรทำความตกลงโดยใช้รูปแบบเดียวกับความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ที่ว่า ประเทศคู่สัญญาอาจยกเว้นมาตรการหรือสาขาธุรกิจใดๆ เป็นการเฉพาะจากบทนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าการให้ยกเว้นดังกล่าวมีความโปร่งใส และได้ดำเนินการบนพื้นฐานของนโยบายสาธารณะหรือผลประโยชน์สาธารณะ

7. บทบัญญัติในความตกลงเรื่องแข่งขันทางการค้าระหว่างไทยกับญี่ปุ่น และไทยกับออสเตรเลียมีความเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว ดังนั้นในการทำความตกลงกับประเทศอื่น ประเทศไทยสามารถใช้ความตกลงดังกล่าวเป็นตัวอย่างในการทำความตกลง ทั้งเรื่องรูปแบบทวิภาคี โดยเป็นความตกลงแบบ Soft Approach ไม่มีผลผูกพัน และอาศัยกลไกต่างๆ ในความตกลง เพื่อช่วยให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศภาคี เช่น กลไกการทบทวน กลไกการขอคำปรึกษา เป็นต้นเป็น