บทที่ 4

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทย

4.1 ความเป็นอิสระของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Independent Characteristic of Thai Trade Competition Commission)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังอยู่ในช่วงของการสร้างสมประสบการณ์ ทั้งในการศึกษา วิจัย สืบสวนและสอบสวนคดี โดยเมื่อได้พัฒนาความรู้ความเชี่ยวชาญก็จะนำไปสู่การพิจารณากรณีที่มีความซับซ้อนทางธุรกิจอย่างมากต่อไป ในปัจจุบันบทบาทของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความมีประสิทธิภาพที่เพียงพอต่อการกำกับดูแลภาคธุรกิจตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้เพื่อให้สมประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ ป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ[1] เหตุด้วยขาดแคลนบุคลากรและงบประมาณ รวมถึงการสั่งสมขององค์ความรู้ และที่สำคัญ คือ ลักษณะทางโครงสร้างขององค์กรเอง รวมทั้งการบริหารงานยังตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองสูง โดยทั้งหมดมีความสัมพันธ์โดยตรงกับปัญหาความเป็นอิสระขององค์กร ซึ่งจะแบ่งเรื่องที่ทำการวิเคราะห์ออกเป็น 5 ประเด็นด้วยกัน

4.1.1 จำนวนของกรรมการแข่งขันทางการค้า

จำนวนของบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีจำนวนมากเกินไป ทำให้เกิดความไม่คล่องตัวและเป็นการยากที่จะหาผู้ที่มีคุณสมบัติได้ตามที่กำหนด แต่หากกำหนดจำนวนไว้น้อยเกินไปก็อาจจะขาดความครบถ้วนในความรอบรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และในสภาพแวดล้อมของประเทศไทยปัจจุบัน บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและมีความเป็นอิสระเพียงพอนั้นมีจำนวนค่อนข้างจำกัด ดังนั้นจำนวนกรรมการในคณะกรรมการสำหรับองค์กรในประเทศไทยจึงไม่ควรมีจำนวนเกินกว่าที่ถือปฏิบัติกันในต่างประเทศ

กรรมการจำนวน 4 ใน 16 คนเป็นกรรมการโดยตำแหน่งซึ่งแต่ละตำแหน่งนั้นบุคคลที่ประจำตำแหน่งโดยเฉพาะกรรมการโดยตำแหน่งก็รับภาระมากมายอยู่แล้ว ดังจะได้กล่าวต่อไป และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 12 คนก็ย่อมต้องมีภาระในกิจของตนอยู่พอสมควร ตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการจึงเปรียบเสมือนกับงานเสริมของบุคคลเหล่านี้ สภาวะเช่นนี้ทำให้เกิดความยากลำบากในการทำงาน ทำให้ลักษณะการทำงานคล้ายกับเป็นการประชุมเป็นครั้งคราวตามเรื่องปัญหาที่เกิดขึ้น[2] มากกว่าจะเป็นการบริหารและบังคับใช้กฎหมายตาม

---

[1] หมายเหตุแนบท้าย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[2] จากข้อมูลปี พ.ศ. 2543 ถึงปี พ.ศ. 2547 คณะกรรมการมีการประชุมเฉลี่ยปีละ 1 – 2 ครั้ง

อำนาจที่ได้รับมอบมา โดยเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรของต่างประเทศซึ่งได้ศึกษามาแล้ว กล่าวคือ องค์กร FTC ของประเทศสหรัฐอเมริกาและองค์กร JFTC ของประเทศญี่ปุ่น ทั้งสององค์กรประกอบด้วยกรรมการจำนวน 5 คน ส่วนองค์กร FCO ของประเทศเยอรมันมีประธานเพียงคนเดียวควบคุมดูแลและมีกรรมการในแผนกพิจารณา (Decision Divisions) ที่มีทั้งหมด 11 แผนกๆละจำนวน 3 คน ซึ่งทั้งหมดล้วนเป็นบุคคลากรของรัฐที่ดำรงตำแหน่งประจำการตลอดเวลา และมีส่วนเลขานุการที่คอยให้การสนับสนุนการปฏิบัติงานขององค์กรเป็นอย่างดี เปรียบได้กับที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

4.1.2 คุณสมบัติของกรรมการแข่งขันทางการค้า

เมื่อมีการกำหนดองค์กรเป็นสถาบันขึ้นมาก็ต้องทำการคัดสรรและบรรจุบุคคลากรเข้าไปเพื่อทำให้ภารกิจของรัฐลุล่วงไปได้[3] ซึ่งในส่วนของกรรมการโดยตำแหน่งที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้านั้นไม่มีหลักประกันว่าคุณสมบัติของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งจะมีความเหมาะสมไม่ว่าจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือข้าราชการประจำคงเป็นแต่เพียงรูปแบบขององค์กรทั่วไปที่อยู่ในส่วนราชการ โดยสำหรับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการไว้ในกฎหมายและในกฎกระทรวง[4] แต่ก็ไม่ทำให้ได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมเพียงพอ แม้ว่ากระบวนการนำเสนอชื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิกระทำผ่านทางภาคเอกชนและภาครัฐอย่างละครึ่งเท่าเทียมกัน สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยและสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยในฐานะเป็นตัวแทนภาคเอกชนจะทำการเสนอชื่อบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติผ่านการคัดเลือกของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ จำนวนสภาละไม่เกิน 3 คน รวมเป็น 6 คน และในฐานะที่เป็นภาครัฐ กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงการคลังจะทำการเสนอชื่อบุคคล จำนวนกระทรวงละไม่เกิน 3 คน รวมเป็นอีก 6 คน จนได้กรรมการจำนวนสูงสุด 12 คนตามที่กฎหมายกำหนด[5] ซึ่งรายชื่อทั้งหมดนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์จะทำการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ได้รับความเห็นชอบและพิจารณาแต่งตั้งต่อไป อันเป็นกระบวนการปกติที่ใช้กันในระบบบริหารราชการแบบสายบังคับบัญชาที่อำนาจตัดสินใจสุดท้ายอยู่ที่การกุมอำนาจสูงสุดของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นนักการเมือง ประกอบกับประธานเป็นนักการเมืองโดยตำแหน่ง คุณสมบัติของคณะกรรมการจึงไม่ได้รับการรับประกันในความเป็นจริง[6]

โดยจากการวิเคราะห์ปัญหาอาจมองได้ว่าสิ่งที่ควรแก้ไขอยู่ที่การกำหนดคุณสมบัติของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ต่ำเกินไป กล่าวคือ นอกจากคุณสมบัติทั่วไปและลักษณะต้องห้ามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แล้ว ในกฎกระทรวง ข้อ 1 กำหนดไว้เพียงว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องมี

---

[3] บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. "กฎหมายกับการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจไทย: ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย". **กฎหมายกับเศรษฐกิจของประเทศไทย: รายงานผลการวิจัย**. (กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 1 – 29.

[4] กฎกระทรวง (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[5] โดยปกติจะแต่งตั้งเต็มอัตรา 12 คน คณะกรรมการชุดปัจจุบันซึ่งเป็นชุดที่ 3 มีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนจำนวน 7 คน จากทั้งหมด 12 คน

[6] และควรเข้าไปดูถึงคุณสมบัติของคณะอนุกรรมการด้วย เพราะเป็นหน่วยงานที่จะทำให้การพิจารณาเรื่องต่างๆเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

คุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่าในสาขานิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ และทำงานหรือเคยทำงานที่ต้องใช้ความรู้ดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี

(2) มีความรู้และประสบการณ์ในด้านการบริหารราชการแผ่นดินโดยรับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิบดีหรือเทียบเท่า

(3) มีความรู้และประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจโดยเป็นหรือเคยเป็นประธานกรรมการ ผู้อำนวยการ ผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ หรือเป็นบุคคลซึ่งมีอำนาจจัดการในการประกอบธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี

โดยจะเห็นได้ว่าประสบการณ์ในการทำงานหรือการบริหารธุรกิจเพียง 5 ปี ถือเป็นมาตรฐานที่ต่ำมากสำหรับผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอันเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติและผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวม ในปัจจุบันแม้องค์กรเอกชนซึ่งแสวงหาบุคคลมาดำรงตำแหน่ง CEO (Chief Executive Officer) ก็ยังกำหนดประสบการณ์ในการบริหารงานไว้ไม่ต่ำกว่า 10 ปี โดยยังไม่รวมถึงผลสำเร็จทางวิชาชีพต่างหาก จึงน่าสงสัยว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามกฎหมายจะมีคุณวุฒิที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการตรวจสอบและวินิจฉัยพฤติกรรมต่างๆของผู้ประกอบธุรกิจที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในเชิงธุรกิจ (ที่น่าจะ) มากกว่าได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ เพราะหากตัดปัญหาเรื่องอิทธิพลภายนอกต่างๆที่เข้ามาแทรกแซงการบริหารงานและบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการออกไป แต่คุณสมบัติของคณะกรรมการกลับยังถูกเพิกเฉยมิได้รับการแก้ไขก็น่าเป็นห่วงว่าการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจะไม่ประสบผลสำเร็จตามที่ควรจะเป็น เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่าความมุ่งมั่นและตั้งใจดีนั้นมิได้เป็นองค์ประกอบเพียงอย่างเดียวของความสำเร็จในการบริหารองค์กร การขาดความเหมาะสมของคณะผู้บริหารก็เป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่ง และการที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขาดความรู้ ความชำนาญอย่างแท้จริงอาจมีผลทำให้การประชุมขาดการมีส่วนร่วมและการระดมความคิดเห็นอย่างแท้จริง แนวโน้มของมติในที่ประชุมอาจถูกชักจูงไปตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของประธานหรือเลขานุการซึ่งผิดวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์กร

หากจะโต้แย้งว่าคุณสมบัติที่กำหนดเป็นการเหมาะสมแล้วในการแสวงหาบุคคลเข้ามาดำรงตำแหน่ง โดยให้เหตุผลว่าในสังคมไทยเป็นการลำบากที่จะกำหนดมาตรฐานไว้สูงกว่านี้อันจะทำให้การแสวงหาผู้ที่เหมาะสมยิ่งยากขึ้นไปอีก โดยผู้ทรงคุณวุฒิขาดแรงจูงใจในการเข้ามาซึ่งอาจเป็นเพราะเรื่องความอิสระในการทำงาน เกียรติยศของการเข้ารับตำแหน่ง ความที่ไม่อยากเปลืองตัว และค่าตอบแทนในการสละเวลาและความรู้ความเชี่ยวชาญก็ยิ่งเป็นการตอบรับต่อการปรับปรุงทัศนคติและโครงสร้างของตัวองค์กรคณะกรรมการเสียใหม่ หรือถ้าจะหาทางออกโดยการใช้วิธีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อทำการศึกษาพิจารณาในประเด็นปัญหาใดโดยเฉพาะดังที่ปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน ก็เป็นทัศนคติที่ไม่น่าจะถูกต้องเพราะคณะอนุกรรมการนั้นกฎหมายให้มีขึ้นเพื่อสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการมิใช่กระทำการแทนคณะกรรมการ อำนาจในการตัดสินชี้ขาดขั้นสุดท้ายยังคงเป็นของคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการในฐานะที่เป็นองค์กรซึ่งมีหรือน่าจะมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการให้ศึกษาเป็นเพียงหน่วยงานหนึ่งที่เสริมการปฏิบัติงานขององค์กร

โดยรวมให้แข็งแกร่งและมีประสิทธิภาพเต็มที่ จึงเป็นหน้าที่สำคัญของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำให้ส่วนยอดขององค์กรแข็งแกร่ง มีความมั่นคง และเป็นที่ไว้วางใจได้เสียก่อน

4.1.3 ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งและการปฏิบัติงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

นอกจากเป็นองค์กรของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ทั้งในการพิจารณาจากทางสถานะและโครงสร้างภายในของคณะกรรมการแล้ว คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิยังมีอายุงานเพียง 2 ปี ก็หมดวาระ[7] และลักษณะการทำงานก็เป็นรูปแบบการประชุมเป็นครั้งคราว ทั้งที่เข้ามาทำหน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ อันจำเป็นแก่การบริหารและบังคับใช้กฎหมายทำให้ตกอยู่ในสภาพที่เรียกว่า "ใช้ไม่คุ้ม" เพราะระยะเวลาเพียง 2 ปีนี้อาจเพียงเพิ่งเริ่มทำให้คณะกรรมการคุ้นเคยกับการใช้อำนาจปฏิบัติตามหน้าที่และก็มีอันต้องจากหน้าที่ไป ซึ่งแม้จะมีผู้ทรงคุณวุฒิจากคณะกรรมการชุดเดิมยินยอมดำรงตำแหน่งต่อไปและโชคดีได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมือง ระยะเวลาอีกเพียง 2 ปี สำหรับการทำงานก็เป็นการยืดเวลาออกไปอีกช่วงระยะหนึ่งเท่านั้น เท่ากับว่าทุกครั้งที่ถึงกำหนดครบวาระ และทำการสรรหาและแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ เกือบทุกสิ่งที่คณะกรรมการชุดที่แล้วได้เริ่มไว้ก็อาจต้องเริ่มใหม่ทั้งหมดอันทำให้ขาดความต่อเนื่องในการทำงาน โดยเปรียบเทียบกับองค์กรกำกับดูแลกฎหมายของต่างประเทศที่ทั้งหมดทำงานเต็มเวลาและมีการกำหนดระยะเวลาปฏิบัติงานไว้นานพอสมควร เช่น ประเทศญี่ปุ่นกรรมการใน JFTC อันเป็นองค์กรอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี กรรมการใน FTC ของประเทศสหรัฐอเมริกามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 7 ปี และมีกำหนดการหมดวาระแตกต่างกันไปสำหรับแต่ละคนเพื่อความต่อเนื่องในการปฏิบัติงานขององค์กร และในประเทศเยอรมันทั้งประธานของ FCO และผู้อำนวยการและกรรมการของแผนกพิจารณา (Decision Divisions) ล้วนเป็นข้าราชการระดับสูงที่ได้รับการแต่งตั้งตลอดชีพ การสร้างความเชี่ยวชาญในคดีประเภทนี้จึงมีความต่อเนื่องมากกว่า โดยเมื่อพิจารณาจากสถิติการประชุมของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน เริ่มจากปี พ.ศ. 2543 มีการประชุมเพื่อลงมติ 4 ครั้ง เป็นจำนวน 19 เรื่อง ปี พ.ศ. 2544 ไม่มีการประชุม[8] ปี พ.ศ. 2545 มีการประชุมเพื่อลงมติ 2 ครั้ง เป็นจำนวน 7 เรื่อง ปี พ.ศ. 2546 มีการประชุม 2 ครั้ง เป็นจำนวน 8 เรื่อง และในปี พ.ศ. 2547 มีการประชุม 1 ครั้ง เป็นจำนวน 5 เรื่อง รวมมติของคณะกรรมการจนถึงปัจจุบันเป็นจำนวน 39 เรื่อง ซึ่งจำนวนตัวเลขที่ปรากฏถือได้ว่าน้อยมากสำหรับการดำเนินงานขององค์กรมาตลอดระยะเวลา 5 ปีเต็ม

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective body) และถูกจัดให้มีขึ้นด้วยความคาดหวังให้เป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญ (Expert body) ในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบันคณะกรรมการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมี

---

[7] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[8] ทั้งที่ในปีนี้มีการร้องเรียนหลายกรณี เช่น กรณีบังคับขายเหล้าพ่วงน้ำ กรณีบริษัท ซี.พี. ทุ่มตลาดไข่ไก่ ทำให้เกษตรกรรายย่อยเดือดร้อน และกรณีรถจักรยานยนต์บังคับผู้จัดจำหน่ายห้ามขึ้นป้ายรถของยี่ห้ออื่น

ประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์ของการก่อตั้งซึ่งภายใต้หัวข้อนี้ยังมีสาเหตุที่สำคัญอีก 2 ประการ ดังต่อไปนี้[9]

(ก) ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

การกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตามกฎหมายไทยอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่าข้าราชการประจำผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเป็นผู้มีความรู้ ประสบการณ์ ความรับผิดชอบ และความสามารถในการตัดสินใจที่เหมาะสม จึงได้กำหนดให้ข้าราชการประจำเป็นกรรมการโดยตำแหน่งในคณะกรรมการแต่การมีกรรมการจำนวนมากเป็นเหตุให้องค์ประกอบของคณะกรรมการโดยเฉพาะในส่วนของกรรมการโดยตำแหน่งมีความซ้ำซ้อนกัน สำหรับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากฎหมายกำหนดให้มีกรรมการโดยตำแหน่งถึง 4 ตำแหน่งด้วยกัน กล่าวคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธาน ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลังเป็นกรรมการ และอธิบดีกรมการค้าภายในเป็นเลขานุการและกรรมการ และพบว่าในตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์และปลัดกระทรวงการคลังซึ่งเป็นข้าราชการประจำมีชื่อเป็นกรรมการอยู่ในคณะกรรมการรวมทั้งหมดเป็นจำนวน 121 คณะ[10]และ 142 คณะ[11]ตามลำดับ ความซ้ำซ้อนนี้ยังผลให้เกิดภารกิจที่มากเกินกำลังโดยแค่คิดเพียงเวลาทั้งหมดที่ใช้ไปในการประชุมก็มีมากกว่าเวลาทำงานปกติแล้ว[12] กรรมการโดยตำแหน่งที่เกือบทั้งหมดเป็นข้าราชการประจำจึงไม่สามารถเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการได้ทุกคณะ ซึ่งนอกจากจะมีปัญหาในเรื่องความเป็นไปได้ในการเข้าร่วมประชุมแล้วยังมีผลกระทบโดยตรงต่อการปฏิบัติงานประจำของกรรมการโดยตำแหน่งดังกล่าวด้วย โดยเมื่อไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้กรรมการก็อาจหาทางออกโดยการส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมแทนและร้ายยิ่งกว่านั้น คือ การขาดประชุม ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ทำให้วัตถุประสงค์ในการตั้งกรรมการโดยตำแหน่งไม่บรรลุผลเพราะแม้กรรมการโดยตำแหน่งจะสามารถมอบหมายให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปร่วมประชุมแทนตนอาจเป็นการแก้ไขปัญหาเรื่ององค์ประชุมของคณะกรรมการได้แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาด้านความต่อเนื่องของการประชุมหากมีการเปลี่ยนตัวผู้แทน และผู้ไปร่วมประชุมแทนก็มักไม่กล้าแสดงความเห็นที่มีผลผูกพันหน่วยงาน หากมีการมอบหมายจนถึงเจ้าหน้าที่ระดับล่างที่นอกจากจะขาดความรู้ความชำนาญอย่างลึกซึ้งแล้วยังไม่สามารถตัดสินใจแทนหน่วยงานได้ การประชุมเรื่องต่างๆจึงมักไม่สามารถเสร็จสิ้นได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียวซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ในการตั้งคณะกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งซึ่งมีอัตรา 1 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงมีความหมายสำคัญต่อ

---

[9] ดู คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, **รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะ เรื่อง การปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามกฎหมาย**, หน้า 5 – 14.

[10] แบ่งเป็น กรรมการตามกฎหมาย 24 คณะ กรรมการที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง 70 คณะ กรรมการตามคำสั่งนายกรัฐมนตรี 8 คณะ และกรรมการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี 19 คณะ

[11] แบ่งเป็น กรรมการตามกฎหมาย 26 คณะ กรรมการที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง 74 คณะ กรรมการตามคำสั่งนายกรัฐมนตรี 20 คณะ และกรรมการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี 22 คณะ

[12] คำนวณตามเกณฑ์ในการคำนวณวันทำงานของข้าราชการของสำนักงาน ก.พ. ที่ 1 ปีมีวันทำงาน 230 วัน ทำงานวันละ 7 ชั่วโมง ข้าราชการประจำจะมีเวลาทำงานทั้งหมด 1,610 ชั่วโมงต่อปี ซึ่งเฉพาะตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ที่เป็นกรรมการทั้งหมด 121 คณะ ทำการประชุมครั้งละ 2 ชั่วโมง เดือนละ 1 ครั้ง ก็ต้องใช้เวลาในการประชุมถึง 2,504 ชั่วโมงต่อปี อันมากกว่าเวลาทำงานถึง 894 ชั่วโมงต่อปีแล้ว

การวางนโยบายและการปฏิบัติงานขององค์กรโดยเฉพาะเมื่อพิจารณาว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นในส่วนราชการ

(ข) มีขั้นตอนการทำงานมากและมีค่าใช้จ่ายสูง

คณะกรรมการอยู่ในส่วนราชการและด้วยความที่เป็นองค์กรกลุ่มซึ่งมีองค์ประกอบซ้ำซ้อนกันมาก ก่อให้เกิดปัญหาขั้นตอนการดำเนินงานที่มากและความยากลำบากในการนัดประชุมกรรมการทั้งคณะ และเนื่องจากการบริหารงานองค์กรจะต้องทำภายใต้งบประมาณที่จำกัดตามที่ได้รับจัดสรรมาจึงไม่เพียงพอต่อการใช้จ่ายให้ครอบคลุมภารกิจที่ได้รับมอบหมาย ผู้รับผิดชอบในเชิงนโยบายจึงต้องมีความเข้าใจในความจำเป็นทางการเงินด้วย และการประชุมที่ขาดความพร้อมทำให้ไม่อาจหาข้อยุติได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียวยังก่อให้เกิดการสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการประชุมโดยไม่จำเป็น

นอกจากนี้ยังมีลักษณะพิเศษที่ปรากฏอยู่ในวัฒนธรรมไทยประการหนึ่ง คือ ความเกรงใจ ซึ่งมักจะแฝงตัวอยู่ในทุกบริบทโดยไม่เว้นแม้แต่ในการถกเถียงทางวิชาการจึงมีความเป็นไปได้ว่ากรรมการที่มีอาวุโสน้อยกว่าทั้งทางคุณวุฒิและวัยวุฒิจะไม่กล้าแสดงความเห็นขัดแย้งกับกรรมการที่มีอาวุโสมากกว่าทำให้การประชุมปราศจากการโต้แย้งทางความคิดหรือความคิดเห็นที่แสดงออกมากลับมิใช่ทัศนคติที่แท้จริง

มีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ จากที่ได้กล่าวถึงหน้าที่ของคณะกรรมการทั้ง 5 ประการ[13] ในบทที่ 2 เมื่อพิจารณาดูแล้วพบว่ากฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีขอบเขตความรับผิดชอบครอบคลุมหน้าที่ทั้งหมด โดยหน้าที่ทางด้านบริหาร (administration) ที่มีผู้ให้ความเห็น[14]ว่าจะทำให้การทำงานของคณะกรรมการล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการอนุมัติหรืออนุญาต เช่นในเรื่องการพิจารณาคำขออนุญาตกระทำการรวมธุรกิจ หรือร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันที่ยื่นตาม มาตรา 35[15] เป็นการสมเหตุสมผลแล้วที่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเพราะเป็นเรื่องที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและคณะกรรมการก็เป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญที่จัดตั้งมาเพื่อการนี้โดยเฉพาะ กรณีอาจมีการตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อศึกษาเพิ่มเติมได้ตามที่คณะกรรมการเห็นสมควรแต่อำนาจหลักในการพิจารณาและวินิจฉัยจะต้องเป็นของคณะกรรมการตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้ง ส่วนงานที่มีลักษณะเป็นงานประจำก็เป็นหน้าที่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นฝ่ายเลขานุการอยู่แล้ว

---

[13] มี การกำหนดนโยบาย (Policy Making) การกำกับดูแลและการปฏิบัติงานตามนโยบาย (Regulating) การให้คำปรึกษาแนะนำ (Advisory) การพิจารณาวินิจฉัย (Adjudication) และการบริหาร (อนุมัติและอนุญาต) (Administration)

[14] คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, **รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะ เรื่อง การปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามกฎหมาย**, หน้า 15.

[15] มาตรา 8 (8) **แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.** 2542

4.1.4 สถานะขององค์กรคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

ในประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นต่างก็ใช้องค์กรลักษณะพิเศษในการบริหารและบังคับใช้กฎหมาย คือ เป็นองค์กรกึ่งอิสระ (quasi-independent) หรือองค์กรอิสระ (independent) โดยได้นำเอาแนวทางขององค์กร FTC ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้กับระบบบริหารงานโดยคณะรัฐมนตรี (ministerial cabinet system) ในประเทศเยอรมันเองการสร้าง FCO ในรูปแบบองค์กรกึ่งอิสระมาบังคับใช้กฎหมายเป็นการตัดสินใจโดยอิสระเพื่อตอบสนองต่อนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยการแยกองค์กรที่รับผิดชอบออกไปจากนโยบายทางเศรษฐกิจทั่วๆไปให้มากเท่าที่จะเป็นไปได้โดยที่ไม่เป็นการผิดต่อหลักการบริหารงานโดยคณะรัฐมนตรี แต่กรณีของประเทศญี่ปุ่นดูเหมือนจะมีทางเลือกน้อยมากเนื่องจากเดิมทีผู้ร่างกฎหมายชาวญี่ปุ่นเห็นควรกำหนดองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายไว้ภายใต้กระทรวงยุติธรรมในลักษณะเดียวกันกับแผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา (the Antitrust Division in the U.S. Department of Justice) แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเข้าครอบงำประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้นยืนยันที่จะให้องค์กรนี้เป็นองค์กรอิสระ (independent agency) ดังนั้นประเทศญี่ปุ่นจึงมีทางเลือกในการตัดสินใจเพียงแค่ในช่วงเวลาที่การยึดครองประเทศโดยฝ่ายสัมพันธมิตรสิ้นสุดลงว่าจะทำการปรับปรุงหรือทำลายองค์กร JFTC เสีย การที่ JFTC ยังคงอยู่ในฐานะองค์กรอิสระอาจเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเห็นชอบกับแนวทางการจัดวางโครงสร้างขององค์กรที่ผ่านมา แต่แน่นอนว่าการกดดันทางการเมืองจากประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นส่วนหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญ[16]

เมื่อหันมาพิจารณาองค์กรกำกับดูแลกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทย ในแง่การจัดวางโครงสร้างองค์กรคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมิได้มีหลักประกันในความเป็นอิสระของตนเลย เนื่องจากมีสถานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและในแนวความคิดทางบริหารราชการที่เป็นอยู่ในปัจจุบันถือว่าเป็นกลไกที่จะต้องปฏิบัติสนองนโยบายของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะปฏิบัติภารกิจในทางการวางระเบียบ (regulate) และควบคุม (control) อันจะเป็นไปโดยบรรลุวัตถุประสงค์ก็ต่อเมื่อองค์กรนั้นๆมีความเป็นอิสระ (independent) และมีความเป็นกลาง (impartiality) และฝ่ายเลขานุการของหน่วยงานเป็นเพียงองค์กรหนึ่งที่อยู่ภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ การจัดรูปแบบขององค์กรจึงเป็นไปตามแบบแผนของสายงานบังคับบัญชาโดยแม้จะเป็นกลุ่มบุคคลในรูปของคณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่กำกับดูแลกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแต่จำนวนหนึ่งในสี่ของกรรมการทั้งหมดก็เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง[17]อันมาจากข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ ส่วนที่เหลือในฐานะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒินั้นมาจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนฝ่ายละกึ่งหนึ่ง โดยมีข้อจำกัดตามกฎหมายเพียงอย่างเดียวคือ จะต้องไม่เป็นข้าราชการการเมืองผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง[18] กระบวนการสรรหา

---

[16] John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 92.

[17] ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 คณะกรรมการประกอบไปด้วยกรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 4 คน และคณะรัฐมนตรีสามารถแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิได้อีกจำนวน 8 ถึง 12 คน โดยในทางปฏิบัติได้ทำการแต่งตั้งเต็มจำนวน 12 คน รวมทั้งหมด 16 คน ทุกครั้ง

[18] มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

และแต่งตั้งทั้งหมดเป็นการกระทำโดยฝ่ายบริหาร ลักษณะเช่นนี้ทำให้ยากที่สาธารณชนจะยอมรับเนื่องจากขาดการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจทั้งทางตรงและทางอ้อม (โดยผ่านสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา)

โดยเหตุผลเรื่องการตัดสินใจหรือการดำเนินการใดๆของภาครัฐบาลซึ่งจำต้องได้ข้อมูลที่ดีและทันต่อเหตุการณ์และต้องยอมรับความคิดเห็นจากภาคธุรกิจฝ่ายเอกชนเพื่อความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเศรษฐกิจและเป็นหลักประกันสำหรับการดำเนินธุรกิจของฝ่ายเอกชนนั้น[19]ถือได้ว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอ เนื่องจากการกำหนดให้บุคคลากรจากองค์กรธุรกิจเข้ามามีส่วนในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายโดยตรงในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการ แทนที่สิ่งที่ได้มาจะเป็นความเห็นของภาคธุรกิจกลับจะกลายเป็นว่าผู้แทนจากภาคธุรกิจเข้ามานั่งเป็นกรรมการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ในกลุ่มธุรกิจของตนหรือพวกพ้องเสียมากกว่า กระบวนการที่เหมาะสม คือ ให้กันผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจออกไปจากองค์กรคณะกรรมการ และสร้างขั้นตอนโดยเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือรวมทั้งสาธารณชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นต่อการกำหนดนโยบาย หลักเกณฑ์ และมาตรการต่างๆของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เช่น การประชุมปรึกษาหารือเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางปฏิบัติ และกฎเกณฑ์ทางการค้า เป็นต้น

ส่วนในเรื่องอำนาจการตัดสินใจขององค์กร ซึ่งโดยพื้นฐานการลงมติของคณะกรรมการที่ใช้เสียงข้างมากทุกกรณีนั้นทำให้จำนวนเสียงที่ถูกแทรกแซงแต่ละเสียงมีน้ำหนักมาก เพราะเพียงหนึ่งเสียงที่ทำให้กลายเป็นเสียงข้างมากก็ทำให้ผลการวินิจฉัยออกมาตรงกันข้ามกับที่ควรจะเป็นได้ และการตัดสินใจเรื่องที่สำคัญอย่างการกำหนดเกณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดก็ยังต้องอาศัยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อน จึงจะเห็นได้ว่าหากพิจารณาเพียงผิวเผินองค์กรคณะกรรมการมีอิสระอย่างมากในการวินิจฉัยชี้ขาดและมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งฝ่าฝืนมาตรา 25 ถึงมาตรา 29 ทำการระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ โดยในการนี้คณะกรรมการจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้[20] แต่อันที่จริงแล้วปัญหาความเป็นอิสระในการตัดสินใจของคณะกรรมการนั้นเกิดจากโครงสร้างภายในขององค์กรคณะกรรมการเองและมีผลให้กระบวนการทำงานไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรจะเป็น ทั้งที่โดยปกติองค์กรของรัฐที่สามารถใช้อำนาจได้ทั้ง 3 ทางในองค์กรเดียว คือ ออกกฎ (อำนาจนิติบัญญัติ) บังคับให้เป็นไปตามกฎ (อำนาจบริหาร) รวมถึงวินิจฉัยว่าได้มีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายและลงโทษ (อำนาจตุลาการ) อย่างเช่น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า จะต้องได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระปลอดพ้นจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่นหรือจากสถาบันการเมืองอื่น

---

[19] วิบูลย์ ตั้งกิตติภาภรณ์. **การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย**. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 222.

[20] มาตรา 31 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบองค์กรบริหารและบังคับใช้กฎหมายของประเทศที่ทำการศึกษากับประเทศไทย

FTC	JFTC	FCO	คณะกรรมการ
1. มีความเป็นอิสระสูง คณะกรรมการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความยินยอมของวุฒิสภา 2. รัฐบาลและผู้ประกอบธุรกิจแทรกแซงได้น้อยมาก 3. การถอดถอนคณะกรรมการก่อนหมดวาระกระทำได้โดยประธานาธิบดีในเหตุทำงานไร้ประสิทธิภาพ เพิกเฉยต่อหน้าที่ และกระทำผิดต่อหน้าที่เท่านั้น 4. กรรมการต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจใดๆ แต่มาจากพรรคการเมืองเดียวกันได้ไม่เกินจำนวน 3 คน 5. กรรมการทำงานเต็มเวลา 6. มีส่วนเลขานุการที่เข้มแข็งคอยสนับสนุน	1. มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ใต้คณะรัฐมนตรี/กระทรวงใด แต่ขึ้นตรงกับนายกรัฐมนตรีผู้แต่งตั้งโดยความยินยอมของสภาไดเอท 2. แทรกแซงได้ โดยจากเดิมที่วัฒนธรรมในประเทศญี่ปุ่นปราศจากการยอมรับองค์กรอิสระที่มาจากการแต่งตั้งโดยอำนาจทางการเมือง จึงนำเอาข้าราชการประจำในกระทรวงเข้ามาเป็นกรรมการ ในความเป็นจริงจึงยังอยู่ในระบบบริหาร และผู้ประกอบธุรกิจก็อาจเข้าแทรกแซงได้ในจุดนี้โดยผ่านสายสัมพันธ์กับข้าราชการประจำที่มีอำนาจ (ในสังคมญี่ปุ่น ข้าราชการประจำมีอำนาจมาก) 3. ถอดถอนได้โดยนายกรัฐมนตรีด้วยเหตุที่จำกัดไว้ 5 ประการ (มาตรา 31) 4. กรรมการต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทั้งธุรกิจและการเมือง 5. กรรมการทำงานเต็มเวลา 6. มีส่วนเลขานุการที่เข้มแข็งคอยสนับสนุน	1. เป็นองค์กรกึ่งอิสระในทางทฤษฎี โดยอยู่ในกระทรวงเศรษฐกิจแต่มีบทบัญญัติรับประกันว่าเป็นองค์กรอิสระ (มาตรา 51 (1)) 2. แทรกแซงได้ เนื่องจากกระทรวงเศรษฐกิจและคณะกรรมการผูกขาดสามารถให้คำแนะนำแต่ก็มีการใช้อำนาจในส่วนนี้น้อยมาก ในความเป็นจริงจึงมีอิสระในการทำงานมาก 3. สถานะของประธานและผู้อำนวยการแผนกพิจารณาเป็นข้าราชการระดับสูง 4. บุคคลากรของ FCO ต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจใดๆ 5. บุคคลากรของ FCO ทำงานเต็มเวลา 6. มีส่วนเลขานุการที่เข้มแข็งคอยสนับสนุน	1. เป็นองค์กรทางปกครอง อยู่ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ ประกอบไปด้วยกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เสนอชื่อโดยรัฐมนตรีและให้ความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรี 2. รัฐบาลแทรกแซงได้ผ่านรัฐมนตรีและข้าราชการประจำซึ่งเป็นประธานและกรรมการโดยตำแหน่ง รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจอาจแทรกแซงผ่านสายสัมพันธ์ทางการเมืองหรือเข้าไปนั่งเป็นกรรมการ 3. สถานะขององค์กรเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท การถอดถอนเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 4. มีทั้งอิทธิพลจากภาคธุรกิจและการเมือง (ผ่านกรรมการโดยตำแหน่ง) เข้ามาเกี่ยวข้อง 5. กรรมการทำงานในลักษณะ part-time 6. ส่วนเลขานุการอ่อนแอ เนื่องจากเป็นการใช้ทรัพยากรร่วมกับกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ (ดูหัวข้อ 4.1.5)

ตารางเปรียบเทียบข้างต้นแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีความจำเป็นต้องปรับปรุงองค์กรเสียใหม่ โดยมีประเด็นที่สำคัญ 7 ประการดังนี้

(1) ขจัดอิทธิพลทางการเมืองออกไปจากคณะกรรมการ คือ ต้องไม่มีกรรมการโดยตำแหน่ง

(2) ให้หลักประกันความเป็นอิสระในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแก่องค์กรคณะกรรมการ

(3) แยกองค์กรออกมาเป็นเอกเทศเพื่อให้การปฏิบัติภารกิจไม่ซ้ำซ้อนและเป็นเอกภาพ

(4) แยกภาคเอกชนผู้ประกอบธุรกิจออกไปจากองค์กร ไม่ให้มีอำนาจในฐานะองค์กรกำกับดูแล โดย

ให้มีส่วนร่วมผ่านทางกระบวนการแสดงความคิดเห็นหรือประชาพิจารณ์เท่านั้น (ไม่ให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการทำคำวินิจฉัยและออกกฎ)

(5) กระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการจำเป็นต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อแสดงถึงความโปร่งใสและการยอมรับจากสาธารณชน (ผ่านกระบวนการให้ความเห็นชอบโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา)

(6) ให้กรรมการดำรงตำแหน่งประจำการตลอดเวลา พร้อมกับกำหนดโครงสร้างอัตราเงินเดือน และค่าตอบแทนในอัตราที่เหมาะสมกับความสำคัญของภารกิจ

(7) มีงบประมาณเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายเป็นของตนเอง

ตารางที่ 2 ข้อพิจารณาเปรียบเทียบแนวทางการจัดวางโครงสร้างองค์กรของประเทศไทยขึ้นใหม่เพื่อให้มีความเป็นอิสระ

องค์กรในความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรี	องค์กรในความรับผิดชอบของกระทรวงพาณิชย์ (เดิม)
1. เมื่อคำนึงถึงความจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญและเป็นอิสระ ก็น่าจะเป็นเหตุผลเพียงพอให้ทำตามข้อ (1) ได้	1. เมื่อพิจารณาจากระบบการจัดตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายในปัจจุบัน ไม่น่าจะทำตาม (1) ได้
2. อำนาจในการออกกฎเป็นของคณะกรรมการ แต่อำนาจในการออกกฎกระทรวงยังเป็นของนายกรัฐมนตรี (เหมือนเดิม)	2. เหมือนกัน (อำนาจในการออกกฎกระทรวงยังเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์)
3. การทำตามข้อ (2) น่าจะทำได้	3. เมื่อพิจารณาจากการจัดวางโครงสร้างของกระทรวงในปัจจุบัน การทำตามข้อ (2) ไม่น่าจะทำได้
4. สามารถทำตามข้อ (3), (4) และ (6) ได้	4. เหมือนกัน
5. ไม่แน่ว่าจะทำตามข้อ (5) ได้	5. ไม่สามารถทำตาม ข้อ (5) ได้
6. สามารถทำตามข้อ (7) ได้	6. สำหรับข้อ (7) งบประมาณต้องแบ่งสรรกันภายในกระทรวง/กรมที่สังกัด

จากการพิจารณาเปรียบเทียบจึงเห็นได้ว่าหากมีความต้องการปรับปรุงองค์กรคณะกรรมการให้มีความเป็นอิสระ การให้สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอยู่ในความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรีมีความเป็นไปได้และมีความเหมาะสมมากกว่าที่จะให้ขึ้นกับกระทรวงพาณิชย์เหมือนที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานขององค์กรจะได้รับการรับรองเป็นอย่างดีหากได้ทำการแก้ไขตามประเด็นดังกล่าวข้างต้นทั้ง 7 ประการ ส่วนในข้อโต้แย้งที่ว่าหากกำหนดองค์กรคณะกรรมการไว้ให้ขึ้นต่อนายกรัฐมนตรีแต่มีบทบัญญัติรับประกันความเป็นอิสระในการดำเนินงานเหมือน FCO ของประเทศเยอรมัน[21]จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

หรือไม่นั้น สามารถชี้แจงด้วยเหตุผลที่ว่าในเรื่องทั่วไปอำนาจในทางบังคับบัญชายังคงเป็นของนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ อำนาจในการถอดถอนกรรมการตามมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[22] อำนาจในการให้รายงานผลการปฏิบัติงาน และอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลากรข้าราชการในองค์กร เป็นต้น ซึ่งการจัดตั้งองค์กรตามแนวทางนี้จะเป็นการแก้ไขประเด็นปัญหาที่ว่าหากจะนำสถาบันองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเข้ามาปรับใช้ในประเทศไทยนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติองค์กรนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นประเภทหนึ่งของหน่วยงานของรัฐหรือไม่[23]เพราะว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของสถาบันตามรัฐธรรมนูญใด

4.1.5 ประสิทธิภาพของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วยกลุ่มบุคคลจำนวนไม่กี่คนย่อมไม่สามารถรับมือกับภารกิจขององค์กรได้ทั้งหมด เพราะฉะนั้น เพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างราบรื่นและรวดเร็วคณะกรรมการจำเป็นต้องมีฝ่ายเลขานุการซึ่งตามที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ก็คือ อธิบดีกรมการค้าภายในอันมีฐานะเป็นกรรมการโดยตำแหน่งด้วย เลขานุการได้รับการสนับสนุนการดำเนินงานโดยสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ตนเองเป็นผู้บังคับบัญชาในการเตรียมข้อมูลประกอบการพิจารณารวมถึงการจัดทำความเห็นข้อเสนอแนะ คณะกรรมการจะทำการพิจารณาบนพื้นฐานข้อมูลดังกล่าว ซึ่งหากฝ่ายเลขานุการไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือขาดการเอาใจใส่เรื่องที่ประชุมรวมทั้งเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ หรือไม่เตรียมเรื่องเข้ามาในการพิจารณาก็จะทำให้การทำงานของคณะกรรมการติดขัดและล่าช้า ทั้งยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้กรรมการเกิดความเบื่อหน่ายและไม่เข้าร่วมประชุม

กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นเจ้าภาพในการกำกับดูแลพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แบ่งส่วนราชการในสังกัดออกเป็น 9 สำนัก/กอง[24] สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นส่วนธุรการของคณะกรรมการได้จัดแบ่งหน่วยงานและอำนาจหน้าที่ในสำนักงานออกเป็น 3 ส่วน คือ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (ส่วนเลขานุการ) กองนิติการ (ส่วนนิติการ) และสำนักตรวจสอบและปฏิบัติการ (ส่วนตรวจสอบและปฏิบัติการ) โดยหน่วยงานกองนิติการและสำนักตรวจสอบและปฏิบัติการนี้ยังมีขอบเขตการทำงานที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องอื่นๆอีกมากมายเพื่อให้ครอบคลุมภารกิจทั้งหมดของกรมการค้าภายใน การดำเนินงานของสองหน่วยงานที่เปรียบเสมือนแขนขาของคณะกรรมการจึงเป็นการดึงเอาทรัพยากร

---

[21] ใน AMA ของประเทศญี่ปุ่นก็มีบทบัญญัติรับประกันความเป็นอิสระของคณะกรรมการอยู่ในมาตรา 28 ดูเพิ่มเติมใน บทที่ 3 ในส่วนของคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น

[22] บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสถานะของคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองมิให้ถูกบังคับพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ โดยกฎหมายให้ข้อยกเว้นไว้เพียง 2 ประการ คือ กรณีมีเหตุบกพร่องอย่างยิ่งต่อหน้าที่ และกรณีมีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างร้ายแรง

[23] ซึ่งเราเลือกที่จะจำกัดองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้เพียง 8 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญรับรองสถานะที่เหนือกว่าองค์กรทางปกครองทั่วไป

[24] นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานในภูมิภาค อันได้แก่ สำนักงานการค้าภายในจังหวัดทั่วประเทศ จำนวน 75 จังหวัด

จากส่วนกลาง[25]มาใช้ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติสนองนโยบายได้อย่างเต็มที่

โดยนอกจากหน่วยงานที่กล่าวถึงข้างต้นแล้วยังมีการกำหนดให้ข้าราชการสังกัดกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักร รวมถึงข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งพาณิชย์จังหวัด และเจ้าหน้าที่บริหารงานพาณิชย์ 7 สังกัดสำนักงานพาณิชย์จังหวัด กระทรวงพาณิชย์[26] เป็นส่วนช่วยเหลือการดำเนินงานอีกทางหนึ่ง โดยรายละเอียดของหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบภารกิจของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า มีดังนี้

(ก) สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (ส่วนเลขานุการ)

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ ศึกษาวิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับสินค้า การบริการ พฤติกรรมในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งเสนอแนะแนวทางและให้ความเห็นในการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาด การรวมธุรกิจ การผูกขาด การลดและการจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจติดตามความเคลื่อนไหวและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ แล้วรายงานต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ดำเนินงานฝ่ายเลขานุการ งานสารบรรณ งานธุรการของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง ประสานกับส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ปฏิบัติการตามประกาศ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการ และปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรือคณะอนุกรรมการมอบหมาย ซึ่งมีการแบ่งหน่วยงานภายในออกเป็น ฝ่ายบริหารงานทั่วไป กลุ่มงานพัฒนาและส่งเสริมระบบการแข่งขัน กลุ่มงานสินค้าอุตสาหกรรมเกษตรและเคมีเกษตร กลุ่มงานสินค้าอุตสาหกรรมทั่วไป กลุ่มงานธุรกิจบริการ ธุรกิจค้าส่งค้าปลีก การเงิน ประกันภัย และกลุ่มงานกิจการต่างประเทศ

(ข) กองนิติการ (ส่วนนิติการ)

กองนิติการมีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการออกกฎหมาย ระเบียบและประกาศ ให้ความเห็นและคำปรึกษาแนะนำ การวินิจฉัย ตอบข้อหารือเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กำหนดกรอบแนวทางในการบังคับใช้กฎหมาย สืบสวนการกระทำความผิด เปรียบเทียบปรับ ติดตามผลการดำเนินคดี ออกหนังสือเรียก ดำเนินงานฝ่ายเลขานุการของคณะอนุกรรมการสอบสวน และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งมีการแบ่งหน่วยงานภายในออกเป็น ฝ่ายบริหารงานทั่วไป กลุ่มงานมาตรการและกฎหมาย กลุ่มงานนิติกรรมสัญญา และกลุ่มงานปฏิบัติการรักษาความเป็นธรรมทางการค้า

---

[25] ในที่นี้คือ กรมการค้าภายใน

[26] ดู ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (วันที่ 29 ตุลาคม 2542)

(ค) สำนักตรวจสอบและปฏิบัติการ (ส่วนตรวจสอบและปฏิบัติการ)

สำนักตรวจสอบและปฏิบัติการมีหน้าที่ตรวจสอบ ติดตาม ดูแลผู้ประกอบธุรกิจให้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า สืบสวนหาข้อเท็จจริงและหลักฐานเกี่ยวกับรายละเอียดของความผิด รับเรื่องร้องเรียน รับเรื่องร้องทุกข์ จับ ค้น หรืออายัดเอกสารหรือหลักฐานเพื่อดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งมีการแบ่งหน่วยงานภายในออกเป็น ฝ่ายบริหารงานทั่วไป กลุ่มงานพัฒนาระบบตรวจสอบ กลุ่มงานปฏิบัติการพิเศษ กลุ่มงานรับเรื่องร้องเรียน กำกับสินค้าและคดี กลุ่มงานตรวจสอบพื้นที่กรุงเทพเหนือ และกลุ่มงานตรวจสอบพื้นที่กรุงเทพใต้

ในทางปฏิบัติสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าซึ่งรับผิดชอบด้านเลขานุการจะทำการจัดเตรียมข้อมูลให้อธิบดีกรมการค้าภายในหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้เข้าร่วมประชุมแทน[27] ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอในการวิเคราะห์และสามารถเสนอแนะนโยบายและหนทางในการแก้ไขปัญหาได้ โดยทั้งองค์กร FTC, JFTC และ FCO ที่ได้ศึกษามาล้วนให้ความสำคัญกับคุณสมบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในองค์กรเป็นอย่างมาก บุคคลากรส่วนใหญ่มีความรู้ทางนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างดี เหตุผลเพื่อให้มีความเชี่ยวชาญเท่าทันผู้ประกอบธุรกิจอันจะทำให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และดูเหมือนองค์กรของประเทศไทยจะตระหนักถึงความจำเป็นในเรื่องนี้ดีจึงมีการจัดฝึกอบรม สัมมนา รวมถึงการแลกเปลี่ยนความรู้ ประสบการณ์ ให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่โดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศเป็นระยะๆ[28] นอกจากนี้ยังมีการจ้างที่ปรึกษาด้านเศรษฐศาสตร์[29] และการจ้างทำงานวิจัยเพื่อเพิ่มพูนองค์ความรู้เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย[30]

---

[27] ซึ่งควรจะเป็น ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเป็นตำแหน่งที่ทำหน้าที่ดูแลหน่วยงานที่รับทราบข้อมูลทุกอย่าง

[28] มีรายละเอียดดังนี้

1) การศึกษาและจัดทำคู่มือแนวทางการปฏิบัติงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 – 29 (กุมภาพันธ์ – มิถุนายน 2543) โดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจากธนาคารโลก

2) ร่วมกับประเทศญี่ปุ่นจัดอบรมสัมมนานโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศสมาชิกกลุ่มเอเปคเป็นโครงการ 5 ปี โดยเริ่มตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2540 – 2544

3) หน่วยงาน FTC (Fair Trade Commission) ประเทศไต้หวันให้ความร่วมมือทางวิชาการด้านการแข่งขันทางการค้าระหว่างกรมการค้าภายในกับสำนักงานคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมไต้หวัน (Taiwan – FTC) เพื่อแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยให้เจ้าหน้าที่ไทยจากสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าไปฝึกอบรม ณ สำนักงาน Taiwan – FTC ประเทศไต้หวันเป็นเวลา 1 เดือน โดยครั้งแรกดำเนินการเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน – 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 ครั้งที่สองดำเนินการเมื่อวันที่ 27 เมษายน – 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2547

4) หน่วยงาน FTC (Fair Trade Commission) ประเทศไต้หวันให้ความร่วมมือทางวิชาการด้านการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าโดยจัดส่งวิทยากรจำนวน 2 คน มาบรรยายประสบการณ์ในการปฏิบัติงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไต้หวัน ระหว่างวันที่ 26 – 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546

4.2 ความโปร่งใสในกระบวนการทำงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Transparent Procedure)

ในปัจจุบันกระบวนการทำงานทั้งในการสร้างกฎเกณฑ์ (rule-making) และการพิจารณาตัดสินชี้ขาด (adjudication) ยังปราศจากความชัดเจนตั้งแต่หลักเกณฑ์ในขั้นตอนการพิจารณารับเรื่องร้องเรียน การสืบสวนสอบสวน จนถึงการมีคำวินิจฉัยซึ่งสร้างผลกระทบต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องออกมา โดยการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เปิดโอกาสให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจเพียงนำข้อมูลมาชี้แจงเท่านั้น กระบวนการโต้แย้งเพื่อสนับสนุนพยานหลักฐานของตนและหักล้างความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่นำเสนอโดยฝ่ายตรงข้ามซึ่งมีอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาลมิได้ถูกนำมาใช้ดังเช่นองค์กรบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศนำมาใช้กันเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้กับทุกฝ่าย สาธารณชนถูกกันออกไปจากการรับรู้สภาพการดำเนินงานขององค์กร ทั้งที่เป็นหน้าที่ขององค์กรในการเปิดเผยข้อมูลเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าแก่ประชาชน ไม่ว่าจะเป็นรายละเอียดความคืบหน้าของเรื่องร้องเรียนที่คณะกรรมการได้รับ ซึ่งในประเทศญี่ปุ่น JFTC มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อผู้ร้องเรียนในการที่จะต้องชี้แจงถึงเหตุผลในการไม่ดำเนินคดี หรือประเด็นปัญหาที่คณะกรรมการกำลังตรวจสอบหรืออยู่ในระหว่างทำการสืบสวนสอบสวน รายละเอียดในข้อเท็จจริงและเหตุผลในมติคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ข้อมูลทั้งหมดนี้ได้รับการรักษาไว้เป็นอย่างดีกับตัวองค์กรโดยไม่ได้แยกข้อมูลที่ควรเก็บเป็น

---

5) ความร่วมมือด้านการแข่งขันทางการค้าระหว่างไทย – ออสเตรเลีย ภายใต้ TAGSLP โดย UNCTAD และ Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) ร่วมกันจัดฝึกอบรมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง "เทคนิคการสืบสวนด้านการแข่งขันทางการค้า" แก่เจ้าหน้าที่กรมการค้าภายใน ในระหว่างวันที่ 4 – 10 กันยายน พ.ศ. 2546 ณ ห้องประชุม United Nation กรุงเทพฯ และ ACCC ได้มาดำเนินการประเมินผลเทคนิคการสืบสวนสอบสวนและฝึกอบรมเรื่อง Cartel Investigation ระหว่างวันที่ 27 – 29 เมษายน พ.ศ. 2547

6) จัดส่งเจ้าหน้าที่เข้าร่วมประชุม/สัมมนาเกี่ยวกับนโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับประเทศที่องค์กรต่างประเทศเป็นผู้จัด เช่น WTO APEC OECD JFTC และ Taiwan – FTC เป็นต้น

7) การอบรมเรื่อง Investigating a Suspected Abuse of Dominant Position โดยผู้เชี่ยวชาญด้านการแข่งขันทางการค้าจาก FTC และ DOJ ประเทศสหรัฐอเมริกา ระหว่างวันที่ 9 – 11 สิงหาคม พ.ศ. 2547 ณ อาคารสหประชาชาติ กรุงเทพฯ

[29] ปีงบประมาณ 2544 จัดจ้างศูนย์บริการวิชาการ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีงบประมาณ 2545 จัดจ้าง TDRI
ปีงบประมาณ 2546 จัดจ้างศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

[30] มีการจ้างวิจัยเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงานด้านการแข่งขันทางการค้า จำนวน 4 เรื่อง ได้แก่

1) โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตาม มาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก

2) โครงการสำรวจพฤติกรรมทางการตลาดเพื่อสนับสนุนระบบการแข่งขันตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก

3) โครงการศึกษาแนวทางปฏิบัติตาม มาตรา 25 – 29

4) โครงการศึกษาการจัดตั้งองค์กรและกระบวนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ความลับ[31]กับข้อมูลที่ควรเปิดเผยออกจากกัน บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้ศึกษาเป็นความรู้ โดยจากที่ได้ศึกษามาทั้งในประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นวิธีการให้ข้อมูลการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจแก่สาธารณชน (adverse publicity) เป็นมาตรการบังคับ (sanction) ที่ได้ผลมาก โดยแค่เพียงการที่สาธารณชนรับรู้ถึงการสืบสวนสอบสวนพฤติกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการก็เหมือนเป็นการยืนยันถึงการกระทำผิดทำให้ชื่อเสียงเสียหายแล้ว และยังอาจนำไปสู่การสร้างแรงกดดันทางการเมืองต่อบริษัทให้ทำการยุติข้อพิพาทกับองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายโดยเร็ว เพราะบางครั้งสถานะและอำนาจของรัฐมนตรีขึ้นอยู่กับความเชื่อใจของสาธารณชนด้วย เช่น การที่ MITI ปฏิเสธการสนับสนุนผู้ประกอบธุรกิจในคดี Oil cartel แสดงให้เห็นการตระหนักถึงความเห็นของสาธารณชนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่อบทบาทของตนในการก่อตั้ง cartel ขึ้น[32]

ภายใต้บริบทของสังคมไทยในทางปฏิบัติคงมีเพียงข้อมูลที่ออกมาจากนักวิชาการที่ทราบข้อมูลผ่านความเกี่ยวข้องจากภายในและเขียนวิพากษ์วิจารณ์ออกมาในรูปของบทความทางวิชาการ หรือการเปิดเผยข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการและไม่เห็นด้วยโดยหวังว่าจะได้รับแรงสนับสนุนจากสาธารณชนเพื่อสร้างแรงกดดันต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรือศาลในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่ง และ/หรือเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต่อสาธารณชน ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่น่าชื่นชมสักเท่าไรนักและอันที่จริงกรรมการที่ไม่เห็นด้วยกับมติขององค์กรมีสิทธิทำความเห็นแย้งได้[33] โดยหากกรรมการผู้นั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้และมีการเปิดเผยคำสั่งต่อสาธารณชนก็จะเป็นประโยชน์อย่างมาก[34] กล่าวโดยสรุปสิ่งที่คณะกรรมการควรจะเป็นก็คือ มีความโปร่งใสและกระบวนการที่เป็นธรรม โดยการออก

---

[31] ผู้ที่ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับในการดำเนินธุรกิจจากการปฏิบัติตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าและได้ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความผิดตาม มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[32] John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, pp. 168 – 169.

[33] มาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

"คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องมีลายมือชื่อของกรรมการที่วินิจฉัยเรื่องนั้น ถ้ากรรมการคนใดมีความเห็นแย้งให้มีสิทธิทำความเห็นแย้งของตนรวมไว้ในคำวินิจฉัยได้"

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

"คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท" หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

[34] กล่าวคือ

1) บุคคลทั่วไปทราบว่าเรื่องนั้นมีข้อโต้แย้งได้อยู่อันอาจเป็นประโยชน์ในชั้นอุทธรณ์ต่อไป เพราะเมื่อฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายก็ไม่มีความจำเป็นใดที่จะปกปิดซ่อนเร้นข้อโต้แย้งฝ่ายปกครอง

2) เป็นผลทางจิตวิทยาที่จะทำให้ฝ่ายข้างมากระมัดระวังเพิ่มขึ้นในการมีความเห็น เพราะความเห็นทั้งสองฝ่ายจะปรากฏคู่กันอันเป็นผลให้ยับยั้งชั่งใจไม่ใช้อำนาจโดยมิชอบ

3) เป็นการพัฒนาวิทยาการให้ก้าวหน้าขึ้น โดยคนทั่วไปจะนำความเห็นทั้งสองฝ่ายไปศึกษาและเป็นฐานในการเพิ่มพูนความรู้ในอนาคต การให้ระบุความเห็นแย้งในคำวินิจฉัยนี้ได้ถือปฏิบัติในศาลของหลายประเทศ

จาก ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. (กรุงเทพมหานคร: สื่อปัญญา, 2540), หน้า 87.

แนวทางปฏิบัติ ข้อบังคับและคู่มือต่างๆเผยแพร่แก่สาธารณชน และมีการเปิดเผยข้อมูล รวมถึงมีกระบวนการรักษาข้อมูลที่เป็นความลับต่างๆ โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.2.1 การให้แนวทางปฏิบัติ (Guideline)

บทบัญญัติที่เป็นการควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการขัดต่อการแข่งขันทางการค้าอย่างกว้างที่กฎหมายให้ไว้ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542[35] นั้น หากคณะกรรมการได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการประกอบธุรกิจที่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายโดยเฉพาะธุรกิจลงไปย่อมจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหลักที่สามารถตรวจสอบการกระทำของตนได้ แต่ทั้งนี้กฎเกณฑ์ที่ออกมาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการศึกษาวิจัยที่เป็นกลาง มีความเข้าใจลักษณะเฉพาะของพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศและระบบเศรษฐกิจทั้งระดับมหภาคและจุลภาค โดยนำมาปรับเข้ากับแนวนโยบายแห่งรัฐ ทั้งนี้รวมถึงการให้ภาคเอกชนซึ่งอยู่ในขอบเขตที่ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมในการกำหนดขึ้นด้วย เพื่อก่อให้เกิดความโปร่งใสในกระบวนการทำงานให้ได้มาซึ่งแนวทางปฏิบัติ หรือมิฉะนั้นแล้วแนวทางที่ออกมาจะมีความแข็งกระด้างมากเกินไปจนไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดหรือมีน้อยรายกระทำได้ ส่วนปัญหาที่มีความกังวลว่าถ้อยคำในกฎหมายจะเป็นอุปสรรคในประเด็นที่ว่าคณะกรรมการมีอำนาจในการออกแนวทางปฏิบัติดังกล่าวหรือไม่[36] เนื่องจากในมาตรา 29 มิได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจทำนองดังกล่าวเหมือนกับ AMA ของประเทศญี่ปุ่น[37] นั้น

---

[35] มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

"ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ"

[36] Sakda Thanitcul. "Competition Law in Thailand: A Preliminary Analysis". Symposium: APEC Competition Policy and Economic Development, Volume I, Numbers 1 and 2, Winter/Summer 2002, WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. p. 180. [Online]. Available: http://law.wustl.edu/Publications/WUGSLR/IssueArchive/Volume_1/Document_Files/p171%20Thanitcul.pdf

[37] มาตรา 2 (9) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

"The term "unfair trade practices" as used in this Act shall mean any act coming under any one of following paragraphs, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission as such:

(i) Unjustly discriminating against other entrepreneurs;

(ii) Dealing at unjust prices;

(iii) Unjustly inducing or coercing customers of a competitor to deal with oneself;

(iv) Dealing with another party on such terms as will restrict unjustly the business activities of the said party;

(v) Dealing with another party by unjust use of one's bargaining position;

พิจารณาได้ว่า Guideline ที่ทำขึ้นมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายจึงปราศจากสภาพบังคับเป็นเพียงแต่แนวทางในการปฏิบัติให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาถึงพฤติกรรมของตนว่าเข้าข่ายตามที่คณะกรรมการเห็นว่าเป็นความผิดหรือไม่ ในทางปฏิบัติหากคณะกรรมการจะดำเนินการตามกฎหมายก็ต้องทำการพิจารณาและเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจชี้แจงตามกระบวนการที่มีอยู่ และผู้ประกอบธุรกิจจะขอคำปรึกษาเข้ามาก่อนที่จะดำเนินธุรกรรมที่เสี่ยงต่อการฝ่าฝืนกฎหมายก็สามารถกระทำได้ โดยในปัจจุบันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของไทยได้มีการทำ Guideline ออกมาแล้วหนึ่งฉบับ คือ แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก โดยออกมาตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2546 และยังอยู่ในระหว่างการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้ได้รับความเห็นชอบทั้งจากภาคธุรกิจขนาดใหญ่และขนาดย่อม[38] เพราะส่วนหนึ่งและเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้มาตรการนี้ได้ผล คือ ความสมัครใจในการปฏิบัติตามของผู้ประกอบธุรกิจ

4.2.2 การสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า

ในบริบทของสังคมไทยที่ไม่เคยมีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างจริงจังการสร้างความมีส่วนร่วมของเหล่าผู้ประกอบธุรกิจในการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการต่างๆเพื่อสร้างความสมัครใจในการควบคุมพฤติกรรมของตนเองเป็นสิ่งที่น่าสนใจและควรค่าแก่การให้ความสำคัญ โดยใน GWB ของประเทศเยอรมันมีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจในนามของสมาคมและองค์กรวิชาชีพสามารถสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า (competition rules)[39] ในขอบเขตการดำเนินธุรกิจของตน และ FCO มีหน้าที่รับไว้พิจารณาว่าเป็นการเหมาะสมและขัดต่อกฎหมายประการใดหรือไม่ หากยอมรับได้ก็จะทำเป็นคำสั่ง (decision) ออกมาเพื่อให้มีสภาพบังคับ ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนในการตีความกฎหมาย และเป็นที่ยอมรับของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในสมาคม ส่วนองค์กรที่กำกับดูแลกฎหมายก็เพียงแต่ดูว่าข้อร้องเรียนในพฤติกรรมที่ได้รับนั้นเป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ที่แจ้งไว้หรือไม่เท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในส่วนของการออกกฎ (rule-

---

(vi) Unjustly interfering with a transaction between an entrepreneur who competes in Japan with oneself or the company of which oneself is a stockholder or an officer and his another transacting party; or, in case such entrepreneur is a company, unjustly inducing, instigating, or coercing a stockholder or an officer of such company to act against the interest of such company.

[38] จากข้อมูลล่าสุดยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้ในหลายประเด็น โดยกลุ่มห้างใหญ่ไม่ยอมตกลงเนื่องจากไม่อยากให้ Guideline เสร็จสิ้น ประเด็นที่เป็นปัญหา ตัวอย่างเช่น เรื่องการขายต่ำกว่าทุนเพราะทำให้กลุ่มค้าปลีกขนาดเล็กไม่สามารถแข่งขันทางการค้าได้ แต่ก็ยังตกลงกันไม่ได้ทั้งที่มีการเสนอให้มีการพิสูจน์การคำนวณต้นทุนจากทุกส่วนแล้ว

โดยนางอรสา มั่งคงขันติวงศ์ รองอธิบดี กรมการค้าภายใน ตั้งเป้าว่าภายในปี พ.ศ. 2548 การจัดทำ Guideline เพื่อให้เป็นแนวทางปฏิบัติในธุรกิจค้าส่งค้าปลีกต้องเสร็จสมบูรณ์และขณะนี้กำลังหาข้อมูลกฎหมายค้าปลีกในประเทศแถบอาเซียน ยุโรป และอเมริกา

จาก **โพสต์ทูเดย์**. (10 กุมภาพันธ์ 2548), หน้า B2.

[39] ดู รายละเอียดใน บทที่ 3 ในส่วนของประเทศเยอรมัน

making) พบว่าคณะกรรมการไม่มีอำนาจทำนองเดียวกัน โดยทั้งประกาศและกฎกระทรวงที่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่มีบทบัญญัติกล่าวถึงไว้ เนื่องจากการออกประกาศหรือกฎกระทรวงจะต้องอ้างถึงบทกฎหมายมาตราใดที่ให้อำนาจแก่องค์กรที่ออกกฎไว้อันเป็นไปตามรูปแบบของการใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติขององค์กรฝ่ายบริหาร ดังนั้นการที่จะให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าออกประกาศหรือทำการเสนอแนะต่อรัฐมนตรีให้ออกกฎกระทรวงเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ทางการค้าตามแนวทางที่กล่าวมาข้างต้นได้จำต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่คณะกรรมการ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรให้กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าออกมาในรูปของประกาศกระทรวงอันเป็นกฎในระดับที่คณะกรรมการสามารถใช้อำนาจออกมาเองได้ และการที่เหล่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งภายใต้ขอบเขตของกฎเกณฑ์ที่ออกมาแล้วจะทำการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขเพิ่มเติมใดๆจะทำได้ก็ต้องผ่านการเสนอต่อคณะกรรมการเช่นเดียวกับกระบวนการของประเทศเยอรมัน โดยการพิจารณาในการออกประกาศคณะกรรมการสามารถกำหนดได้ว่าจะต้องชี้แจงรายละเอียดอะไรบ้าง รวมถึงให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาคัดค้านและอาจเปิดโอกาสให้มีประชาพิจารณ์ตามที่เห็นสมควร อันเป็นผลดีในทางนโยบายที่ให้ทุกฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วม กล่าวคือ ภาครัฐ ภาคธุรกิจ และสาธารณชน ในการควบคุมระบบเศรษฐกิจให้เป็นธรรมทั้งต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองและผู้บริโภค ส่วนในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสามารถกระทำได้โดยเพียงเพิ่มอำนาจของคณะกรรมการในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อันเป็นบทบัญญัติหลักที่วางอำนาจขององค์กรคณะกรรมการอีก 1 ประการ โดยอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดไว้มากมายเหมือนกับใน GWB ของประเทศเยอรมัน

4.2.3 การควบคุมผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตาม มาตรา 30

ภายใต้มาตรา 30[40] คณะกรรมการมีอำนาจควบคุมผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ว่าจะด้วยกรณีใดโดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดหากเกินกว่าร้อยละ 75 โดยอำนาจในกรณีนี้เป็นอำนาจอย่างกว้างขวางในการแทรกแซงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอาจยังมิได้มีพฤติกรรมใดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย กล่าวคือ คณะกรรมการอาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ หยุด หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาด ซึ่งในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้ อันจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการควบคุมโครงสร้างขององค์กรโดยมีวัตถุประสงค์คือ เพื่อมิให้เกิดอำนาจควบคุมตลาดมากเกินไปจึงใช้มาตรการในการลดขอบเขตของอำนาจขององค์กรลง ซึ่งแนวทางเช่นนี้กำเนิดมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีตลาดขนาดใหญ่มาก การควบคุมในทางโครงสร้างจึงเป็นสิ่งที่มีเหตุผลรองรับ แต่สำหรับประเทศไทยที่มีตลาดขนาดเล็ก[41]การที่มีบทบัญญัติเช่นนี้น่าจะเป็นการที่ไม่เหมาะสม

---

[40] มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

"ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า ระงับ หยุด หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาด ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้"

[41] ด้วยความที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่ได้มีพื้นที่กว้างขวาง หรือมีประชากรมาก ตลาดในประเทศจึงเล็กเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่มีขนาดใหญ่อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และจากพื้นฐานในอดีตที่การประกอบธุรกิจมิได้มีการแข่งขันอย่างจริงจัง อีกทั้งการค้าส่วนใหญ่ตกอยู่ในมือคนไม่กี่กลุ่ม จากสภาพของตลาดเช่นนี้เมื่อได้วิวัฒนาการมา

เนื่องจากในบางอุตสาหกรรมจำเป็นต้องมีขนาดของการผลิตที่เหมาะสม (optimum plant size) จึงจะเกิดการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) เมื่อมีกฎหมายเข้าควบคุมในลักษณะเช่นนี้ภาคธุรกิจทั้งในประเทศและจากต่างประเทศก็จะเกิดความยับยั้งชั่งใจในการลงทุนเพราะเล็งเห็นความเสี่ยงที่สูงโดยไม่มีความแน่นอนว่าคณะกรรมการจะมีนโยบายและหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจอย่างไร และถือเป็นภาระของคณะกรรมการที่จะต้องอธิบายถึงประเด็นการเลือกปฏิบัติทั้งในด้านเป้าหมายและวิธีการในการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรานี้เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติภารกิจขององค์กร มิเช่นนั้นกรณีอาจทำให้เกิดการสูญเสียทางเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็น และเมื่อไม่มีผู้ประกอบการรายใหญ่เข้ามาในตลาด การที่มีผู้ประกอบการรายเล็กหลายๆรายเข้ามาร่วมกันผลิตสินค้าเพื่อตอบสนองความต้องการของตลาดย่อมจะทำให้ราคาของสินค้าสูงขึ้น เนื่องจากต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้น รวมถึงปัญหาการขาดแคลนความเชี่ยวชาญทางเทคโนโลยีที่เป็นของตนในกลุ่มผู้ประกอบการรายย่อยอาจทำให้ต้องซื้อ Know-how จากผู้ประกอบการรายใหญ่ซึ่งโดยปกติทุมทรัพยากรในส่วนนี้ ผลก็คือต้นทุน (ที่สูงขึ้นโดยไม่จำเป็น) ของสินค้าถูกผลักสู่ผู้บริโภคในท้ายที่สุด

อย่างไรก็ตามอำนาจในข้อนี้กฎหมายให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่มีคำสั่งตามมาตรา 30 ออกมา เหตุผลประการหนึ่งเป็นเพราะเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะต้องมีการประกาศหลักเกณฑ์ของผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีออกมาก่อน และเป็นที่น่าเชื่อว่าเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ คณะกรรมการไม่ได้คิดจะบังคับใช้กฎหมายข้อนี้ เนื่องจากตระหนักดีถึงผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจ การมีดุลพินิจใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายมาตรานี้เป็นสิ่งที่ค่อนข้างรุนแรงในทัศนะของภาคธุรกิจในสังคมไทยโดยเฉพาะกรณียังไม่ได้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น และเป็นการยากที่คณะกรรมการจะอธิบายถึงสิ่งที่ยืนยันความโปร่งใสในการใช้อำนาจขององค์กรได้อย่างปราศจากข้อสงสัย หากมีคำสั่งดังกล่าวลงไปจะเป็นการสั่นคลอนความน่าเชื่อถือและอาจก่อให้เกิดกระแสการรวมตัวกันต่อต้านองค์กรคณะกรรมการทั้งจากภาคธุรกิจและสาธารณชนก็เป็นได้

4.2.4 กรณีการพิจารณาอนุญาต ตาม มาตรา 35

ภายใต้แนวความคิดของหลักการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขัน ในหมวด 3 "การป้องกันการผูกขาด" แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กฎหมายเองได้กำหนดให้พฤติกรรมต้องห้ามบางอย่างของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอาจทำการยื่นขอให้ได้รับการพิจารณาอนุญาต (authorization) จากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ตามบทบัญญัติหมวด 4 "การขออนุญาตและการพิจารณาอนุญาต" โดยมีเพียงกรณีตามมาตรา 26 และมาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) (10)[42] อันเป็นเรื่องการควบกิจการ และการตกลง

พร้อมกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศประกอบกับการพิจารณาจากภาพรวมของตลาดภายในประเทศแล้ว ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีสภาพตลาดในลักษณะกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Competition) และตลาดในลักษณะที่มีผู้ขายน้อยราย (Oligopoly)

ดูเพิ่มเติมใน จันทร์ทอง เจริญหิรัญยิ่งยศ. **สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า**. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 21, 40.

ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น (cartels) ในขอบเขตที่กฎหมายยอมรับได้ หากมีเหตุอันควรตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ประกอบธุรกิจสามารถยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการในการที่จะกระทำการดังกล่าวได้[43] แต่ทั้งนี้จะต้องเข้าใจว่าหลักการพิจารณาอนุญาตนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่กฎหมายฉบับนี้ห้าม กล่าวคือ การกระทำอันเป็นการผูกขาด (create a monopoly) หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดการจำกัดในการแข่งขัน (reduce competition) ซึ่งกฎหมายให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการใช้ดุลพินิจ[44]จากข้อเท็จจริงที่ได้รับการชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานจากผู้ประกอบธุรกิจ อนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง หรือเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องแล้ว[45] โดยมีเกณฑ์ที่เป็นมาตรวัดอยู่ 3 ประการ คือ (1) มีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ (2) ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง (3) ไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม อันเป็นภาระที่หนักพอสมควรต่อผู้ทำหน้าที่พิจารณา

เหตุผลเพราะการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่กฎหมายห้ามตามมาตรา 26 และมาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) (10) แม้จะก่อให้เกิดการผูกขาด หรือทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาดลดลง แต่โดยสภาพของตลาดที่มีขนาดเล็กอย่างประเทศไทยเป็นไปไม่ได้เลยที่จะวางโครงสร้างของกฎหมายให้มีการแข่งขันกันอย่างจริงจังในทุกภาคของธุรกิจ จึงต้องยอมรับให้การผูกขาดเกิดขึ้นได้ในระดับหนึ่งและเปิดโอกาสให้มีการขออนุญาตได้เป็นรายกรณีไป กล่าวคือ ในบางครั้งมีความจำเป็นในทางธุรกิจที่ผู้ประกอบการจะต้องทำการเช่นนั้น เช่น เพื่อรักษากิจการไม่ให้ตกอยู่ในสภาวะล้มละลายภายใต้ภาวะเศรษฐกิจที่ซบเซา หรือการกระทำบางอย่างแม้จะทำให้การแข่งขันลดลงแต่ก็ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์มากกว่าเดิม เป็นต้น สิ่งสำคัญคือ การพิจารณาหาความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ประกอบการซึ่งเป็นเอกชน (business sector interest) ในการกล่าวอ้างความจำเป็นในทางธุรกิจกับการธำรงไว้ซึ่งระบบตลาดที่มีการแข่งขันเสรี[46] และประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งเป็นมหาชน (public interest) อันเป็นหน้าที่ของผู้ทำการพิจารณาคือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ที่จะต้องอาศัยทั้งความรู้ทางกฎหมายและความรู้ทางเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมากในการค้นหาและรวมถึงการคาดการณ์ผลกระทบที่มีต่อระบบเศรษฐกิจ ผู้บริโภค ภายใต้สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจในขณะนั้น(รวมถึงในอนาคตด้วย)หากได้อนุญาตให้กระทำการตามที่ขอ ซึ่งโดยปกติคณะกรรมการในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่เป็นตัวแทนของรัฐในการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน(ผู้บริโภค) จะต้องให้น้ำหนักกับผลกระทบที่มีต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจมากกว่าผลประโยชน์ของผู้ประกอบการเพียงกลุ่มเล็กๆ โดยหากมีการแถลงนโยบายของ

---

[42] ปัจจุบันมีการออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตตาม มาตรา 27 (5) – (10) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 และคณะกรรมการได้กำหนดแบบฟอร์มในการขออนุญาตในแต่ละอนุมาตราไว้เรียบร้อยแล้ว ส่วนหลักเกณฑ์ในการอนุญาตตาม มาตรา 26 ยังไม่แล้วเสร็จเพราะต้องรอหลักเกณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 มาใช้เป็นฐานในการพิจารณาด้วย ซึ่งขณะนี้ยังมิได้ประกาศออกมาบังคับใช้ แต่คณะกรรมการมีมติเป็นเอกฉันท์ให้ใช้เกณฑ์เดียวกันทุกธุรกิจ

[43] มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[44] มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[45] มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[46] ประเด็นนี้มีความสัมพันธ์กับนโยบายของรัฐที่มีต่อการสนับสนุนธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก (SMEs) ด้วย

ผู้บริหารองค์กรถึงแนวทางที่จะผ่อนปรนให้กับธุรกิจบางประเภทก็อาจเป็นการยืนยันถึงความโปร่งใสในการทำงานได้ส่วนหนึ่ง ผู้ประกอบการจึงควรต้องมีเหตุผลที่จำเป็นอย่างแท้จริงในการยื่นขออนุญาตดังกล่าว และการเช่นว่านั้นจะต้องไม่ทำให้ระบบเศรษฐกิจรวมถึงผลประโยชน์ของผู้บริโภคเสียหายมากเกินควร จึงจะได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการ

การยื่นขออนุญาตตามมาตรา 35 จึงมิใช่กรณีที่เป็นการยื่นขออนุญาตให้กระทำได้เป็นการทั่วไป แต่เป็นข้อยกเว้น (exemption) ของหลักกฎหมายที่ให้กระทำได้ตามความจำเป็นที่สมเหตุสมผลและไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะมากเกินควร โดยคณะกรรมการอาจใช้ดุลพินิจให้อนุญาตได้โดยกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขให้ปฏิบัติตาม และในกรณีที่ภาวะเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริง หรือพฤติกรรมที่คณะกรรมการใช้เป็นหลักในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจตามบทบัญญัตินี้จำต้องอาศัยหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญทางเศรษฐศาสตร์ในระดับสูงเพื่อทำการวิเคราะห์เกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดทั้ง 3 ประการ

4.2.5 การยอมรับจากภาคสาธารณะ

ในฐานะที่เป็นองค์กรกำกับดูแลการแข่งขัน คณะกรรมการควรได้รับการสนับสนุนจากผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจ และสาธารณชน โดยอาจทำการจัดประชุมสัมมนาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ กลุ่มผู้บริโภคและศาล เผยแพร่ข้อมูลทางอินเตอร์เน็ต หรือเผยแพร่เรื่องร้องเรียนที่เห็นได้ชัดว่าฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าต่อสาธารณะเพื่อให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายมากขึ้น

โดยปกติการดำเนินงานขององค์กรซึ่งมีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์ของสาธารณชนย่อมต้องอาศัยแรงสนับสนุนและการยอมรับจากมหาชนด้วย ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเอกชนที่ต้องใช้ความพยายามสร้างภาพลักษณ์ที่ดีออกไปสู่สังคมโดยขจัดอคติที่มีอยู่ให้บรรเทาลงจนกระทั่งหมดไป การกระทำเช่นนี้นอกจากจะเป็นการริเริ่มให้สาธารณชนมีเจตคติอันดีต่อองค์กรแล้วยังเป็นการช่วยให้การปฏิบัติงานเป็นไปโดยราบรื่นมากขึ้นเพราะสังคมยินดีให้ความช่วยเหลือ สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นการดีต่อองค์กรที่อยู่ในภาครัฐอย่างคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า หากนโยบายขององค์กรได้รับการสนับสนุนเป็นส่วนใหญ่และมีการต่อต้านเป็นส่วนน้อยหรือไม่มีเลยก็จะทำให้การบริหารและบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน การทำความเข้าใจกับภาคประชาชนจึงเป็นสิ่งสำคัญโดยอาจกระทำผ่านทางการให้ข้อมูลเผยแพร่ การเชิญผู้ประกอบธุรกิจเข้าร่วมสัมมนาในประเด็นปัญหาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าไม่ว่าจะเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติ (guidelines) พฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) หรือการวางกรอบของตลาดของสินค้าที่เกี่ยวข้องกันสามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทนกันได้ (relevant market) ทั้งนี้ต้องไม่ลืมอบรมความรู้และสร้างเสริมความเข้าใจในกฎหมายแข่งขันทางการค้าและเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย โดยการทำให้ประชาชนเข้าใจกฎหมายเป็นอย่างดียังเป็นการช่วยให้มีการตรวจสอบพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจรวมถึงเป็นการตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการได้อีกประการหนึ่ง

มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับปัญหาเรื่องความโปร่งใสในกระบวนการทำงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ เนื่องจากคณะกรรมการเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในกระทรวงพาณิชย์ซึ่งกำกับดูแลพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จึงตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองตามลักษณะของการจัดสถาบันที่มีบทบาทภายใต้กฎหมาย โดยพิจารณาจากกรณีการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 ที่เดิมคณะกรรมการชุดแรกเห็นชอบกับการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดเป็นมาตรฐานเดียวกันครอบคลุมธุรกิจทุกประเภท[47] แต่คณะกรรมการชุดที่สองกลับมีความเห็นไปในทางกำหนดเกณฑ์การพิจารณาเป็นรายประเภทของธุรกิจ โดยได้ทำการศึกษาและสร้างหลักเกณฑ์ในธุรกิจสองประเภท คือ ธุรกิจค้าปลีก และธุรกิจรถจักรยานยนต์[48] โดยไม่ปรากฏชัดว่าเหตุใดคณะกรรมการจึงเลือกพิจารณาธุรกิจสองประเภทนี้ก่อน สำหรับกรณีธุรกิจค้าส่งค้าปลีกอาจเข้าใจได้ว่าเกิดแรงกดดันทั้งจากภาคประชาชน นักธุรกิจ และนโยบายทางการเมือง แต่สำหรับธุรกิจรถจักรยานยนต์นั้นเป็นที่น่าสงสัยว่าจะเป็นเพราะอิทธิพลทางการเมืองหรือไม่ อย่างไรก็ดีคณะกรรมการในปัจจุบันซึ่งเป็นชุดที่สามนับแต่กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้มีมติเป็นเอกฉันท์กำหนดให้หลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นเกณฑ์เดียวกันทุกธุรกิจอีกครั้ง[49] แต่ก็ยังมิได้มีการประกาศออกมาบังคับใช้ให้เป็นที่แน่นอน

4.3 การจัดโครงสร้างของกฎหมายตามหลักศุภนิติกระบวน (Due Process of Law)

ภายใต้หัวข้อนี้จะทำการวิเคราะห์กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการว่ามีความสอดคล้องหรือไม่เพียงใดกับหลักศุภนิติกระบวนอันเป็นแนวความคิดทางกฎหมายซึ่งตามความหมายทั่วไป คือ การให้หลักประกันแก่สิทธิใน ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลว่ารัฐบาลจะพรากสิ่งเหล่านี้ไปจากบุคคลไม่ได้ โดยรวมถึงการสร้างข้อจำกัดในกฎหมายและกระบวนการใช้กฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันต่อหลักการพื้นฐานอย่าง ความเป็นธรรม (fairness) ความยุติธรรม (justice) และเสรีภาพ (liberty) เช่น การเตือน การเปิดโอกาสใช้ชี้แจง และการให้เหตุผลในการบังคับใช้กฎหมาย โดยนำมาเป็นเครื่องมือในการประเมินค่าการใช้อำนาจวินิจฉัยทำคำสั่งของคณะกรรมการ และกลไกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการทั้งภายในและจากภายนอก

4.3.1 การพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

การพิจารณาข้อร้องเรียนในพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณะ แต่เปิดโอกาสให้ชี้แจงได้ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศที่ได้ทำการศึกษา

---

[47] ดู มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ 1/2543 วันที่ 21 มกราคม 2543 และ ที่ 2/2543 วันที่ 19 มิถุนายน 2543

[48] ดู มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ 1/2546 วันที่ 27 มกราคม 2546

[49] อยู่ระหว่างการนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ดู มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ 1/2547 วันที่ 14 พฤษภาคม 2547

มา การใช้อำนาจกึ่งตุลาการขององค์กรอิสระซึ่งกำกับดูแลกฎหมาย เช่น FTC, JFTC และ FCO นั้นปรากฏว่ามีอำนาจที่จะนั่งพิจารณาข้อกล่าวหาว่าได้มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายได้ โดยการนั่งพิจารณามีกระบวนวิธีพิจารณาคล้ายศาลเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าร่วมฟังการพิจารณาได้ เมื่อมีการพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง องค์กรกำกับดูแลก็จะออกคำสั่งให้หยุดหรือละเลิกการกระทำดังกล่าว และคำวินิจฉัยขององค์กรยังอาจอุทธรณ์ไปยังศาลเพื่อการทบทวน (Judicial review) ได้ ซึ่งในระบบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยหากผู้ประกอบธุรกิจไม่พอใจคำตัดสินของคณะกรรมการ การอุทธรณ์จะทำได้โดยยื่นต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์อันเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด ซึ่งหมายความว่าองค์กรที่จะทำหน้าที่ตีความกฎหมายในท้ายที่สุดคือ ศาลในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจยังไม่พอใจในผลแห่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอันเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร

<u>การควบคุมการใช้อำนาจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า</u>

การปฏิบัติงานของคณะกรรมการโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นอำนาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย[50] และอำนาจในการสั่งอนุญาตตามคำขอในเรื่องการควบกิจการและการทำ cartel ของผู้ประกอบธุรกิจ[51]นั้นสามารถถูกตรวจสอบได้ทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ กลไกทางฝ่ายบริหารมีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ รวมถึงมีคำสั่งทุเลาการปฏิบัติการตามคำสั่งของคณะกรรมการ[52] ส่วนกลไกทางฝ่ายตุลาการก็คือ ศาลยุติธรรมอันเป็นสถาบันที่ได้รับความไว้วางใจจากสังคมในความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการตัดสินใจ รวมถึงความศักดิ์สิทธิ์ของตัวองค์กร ซึ่งเป็นที่เชื่อกันว่าการควบคุมโดยองค์กรตุลาการให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่นๆ ดังนั้น จึงถือกันว่าประเทศใดที่ไม่มีระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการควบคุมฝ่ายปกครองระบบอื่นๆอยู่แล้วก็ตาม ไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง[53]

เหตุผลที่สนับสนุนความเห็นดังกล่าว มีดังนี้

(1) ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งขององค์กรทางการเมือง อันได้แก่ รัฐสภาและรัฐบาล และของฝ่ายปกครอง ความเป็นอิสระของศาลนี้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่ากรณีพิพาทระหว่างตนกับฝ่ายปกครองจะได้รับการพิจารณาโดย "คนกลาง" ที่ปราศจากอคติลำเอียงจริงๆ การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองระบบอื่นๆไม่อาจให้

---

[50] มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[51] มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[52] มาตรา 44 (2) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[53] ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 7. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 274 – 276.

หลักประกันเช่นว่านี้ได้ดีเท่ากับการควบคุมโดยศาล ส่วนการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมล้วนแต่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่อาจจะขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้

(2) เมื่อเอกชนได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้น เอกชนจึงได้รับหลักประกันว่าทุกข์หรือความเดือดร้อนของตน หากมีอยู่จริงจะได้รับการขจัดปัดเป่าภายในเวลาอันสมควร หลักประกันข้อนี้ไม่อาจพบได้ในการควบคุมระบบอื่นๆเพราะกฎหมายมักจะมิได้บัญญัติบังคับไว้อย่างแน่นอนว่าผู้บังคับบัญชาก็ดี ผู้กำกับดูแลก็ดี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ดีที่ได้รับคำร้องเรียนจากเอกชนจะต้องพิจารณาคำร้องเรียนและดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเวลาอันสมควร[54]

(3) วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆมาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ การเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจเพราะอยู่ในสายตาของสาธารณชนอยู่ตลอดเวลา ส่วนการเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆมาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และ/หรือหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่นั้น ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าคำพิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง วิธีพิจารณาเช่นว่านี้มักจะไม่ปรากฏในการควบคุมระบบอื่นๆ หากจะมีอยู่บ้างก็ยังไม่พัฒนาเท่ากับวิธีพิจารณาคดีของศาล

(4) ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปทางใดทางหนึ่งให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนได้เป็นอย่างดีเช่นกันว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจ ทั้งนี้เพราะเป็นการบังคับผู้พิพากษาว่าจะต้องไตร่ตรองใคร่ครวญให้รอบคอบว่าคำพิพากษาของตนมีเหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้หรือไม่ และจะต้องพิพากษาคดีไปในทางที่มีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้เท่านั้น

โดยรูปแบบของระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรกำกับดูแลกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่เป็นอยู่นี้อาจกล่าวในเบื้องต้นได้ว่าเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ดีพอสมควร ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปด้วยการยกลักษณะของระบบที่ดีจำนวน 4 ประการมาพิจารณาควบคู่กันไป ดังนี้

---

[54] ปัจจุบันมีการกำหนดระยะเวลาสำหรับการพิจารณาทางปกครองเป็นมาตรฐานกลางในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และรวมถึงกำหนดเวลาในกฎหมายเฉพาะต่างๆ

(1) มีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่ไม่ซ้ำซ้อน แต่เสริมซึ่งกันและกัน

(2) สามารถสร้างสมดุลภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคน

(3) มีความเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

(4) ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องได้รับผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้นๆ สามารถนำเรื่องมาให้องค์กรตรวจสอบพิจารณาได้

<u>วิเคราะห์องค์กรคณะกรรมการกับลักษณะของระบบตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองที่ดี 4 ประการ</u>

(1) ระบบการควบคุมคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายให้ไว้ คือ การให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ทำการไต่ตรองคำสั่งเมื่อผู้รับคำสั่งโต้แย้งภายในเวลาที่กำหนด และดุลพินิจอาจมีผลให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือเป็นการยกเลิกคำสั่งของคณะกรรมการก็ได้[55] คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด[56]ทางฝ่ายบริหาร คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามนั้น[57] โดยหากผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตาม มาตรา 30 หรือมาตรา 31 หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตาม มาตรา 47 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 2 ล้านบาทถึง 6 ล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละ 5 หมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่[58]

การที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นมีบทกำหนดโทษทางอาญาไว้แล้ว แต่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะได้รับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษาของศาล เว้นเสียแต่ในกรณีที่คณะกรรมการทำการเปรียบเทียบปรับสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องคดีอาญาด้วยตนเอง หากต้องการให้มีการเอาผิดตามกฎหมายจะต้องทำการร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการเพื่อให้พิจารณาตามขั้นตอนของกฎหมาย[59]อันเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการให้องค์กรคณะกรรมการเป็นจักรกลสำคัญในการขับเคลื่อนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มากกว่าที่จะอาศัยศาลเป็นเครื่องมือ ในทางปฏิบัติ ศาลอาจจะพิจารณาคดีโดยอาศัยมติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เป็นหลักในการพิจารณา ส่วนคำให้การของจำเลยผู้ประกอบธุรกิจคงไม่มีน้ำหนักเท่าใดนัก เนื่องจากศาลน่าจะให้ความสำคัญกับการพิจารณาอันเป็นที่สุดแล้วขององค์กรฝ่ายบริหารที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านตามที่กฎหมายได้จัดตั้งขึ้นในฐานะที่เป็นองค์กรกำกับดูแลการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรง และไม่เข้าไปก้าวล่วงในการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ สภาพการณ์เช่นนี้จึงดูเหมือนเป็นการจำกัดบทบาท

---

[55] มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[56] มาตรา 47 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[57] มาตรา 47 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[58] มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[59] มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

ของศาลให้ทำหน้าที่เพียงพิพากษาเพื่อลงโทษจำเลยในฐานะที่เป็นฝ่ายตุลาการ แต่มองอีกแง่หนึ่งศาลอาญาอาจทำการพิจารณาคดีโดยดูข้อเท็จจริง พยานหลักฐานแห่งคดี ประกอบกับข้อกฎหมายโดยใช้ดุลพินิจของศาลเองเป็นหลัก ซึ่งคงทำให้การพิสูจน์ความผิดที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจเป็นไปอย่างยากลำบากเพราะในทางคดีอาญาการกระทำอันครบองค์ประกอบความผิดจะต้องได้รับการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากศาลเลือกดำเนินการตามแนวทางนี้จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยากยิ่งขึ้นไปอีก และทำให้เกิดกรณีเช่น มีคดีที่คณะกรรมการได้เคยชี้ขาดว่าเป็นความผิด แต่ศาลกลับเห็นว่าไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอจึงยกฟ้องได้ อย่างไรก็ดีตามมุมมองทั้งสองด้าน เมื่อพิจารณาว่าคณะกรรมการจะทำการเปรียบเทียบคดีในความผิดที่อยู่ในกรอบอำนาจทุกคดี ศาลจึงมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาความผิดของจำเลยในขอบเขต 2 ประการ คือ กรณีกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า และกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 30 มาตรา 31 หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 47[60] อีกประการหนึ่ง[61]

(2) เมื่อมองในแง่ที่ว่านอกจากความผิดที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเปรียบเทียบปรับแล้ว ความผิดอื่นที่คณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจได้กระทำลงนั้นผูกพันคณะกรรมการให้ต้องทำความเห็นสั่งฟ้องไปยังพนักงานอัยการ[62]ก็อาจถือได้ว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงเกินไปสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการอันมีผลเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจเพียงเล็กน้อยซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่กระด้างเกินไป โดยจะทำการขยายรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.4.2

(3) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบภายในฝ่ายบริหารสามารถถูกทบทวนโดยศาลได้ซึ่งต่างกับกระบวนการ judicial review ในกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามา โดยเมื่อคณะกรรมการทำความเห็นควรสั่งฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการไม่ว่าพนักงานอัยการจะแย้งหรือไม่[63] ศาลซึ่งในที่นี้ คือ ศาลอาญาจะทำการพิจารณาคดีตามสำนวนฟ้องเป็นคดีใหม่เริ่มจากศาลชั้นต้น แต่ในทางปฏิบัติศาล

---

[60] ซึ่งทั้งสองฐานความผิดมีโทษจำคุกเกินกว่า 1 ปี คณะกรรมการจึงไม่มีอำนาจเปรียบเทียบปรับ ดู มาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[61] ส่วนความผิดในกรณีอื่น เช่น มาตรา 48 มาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 53 เป็นความผิดที่มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ (ซึ่งในทางปฏิบัติคณะกรรมการคงจะใช้เป็นปกติแทนการให้มีคดีขึ้นสู่ศาล) และเมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดู มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[62] เมื่อคณะกรรมการมีความเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายนอกจากมีคำสั่ง ระงับ หยุด หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำออกไปแล้วจะต้องมีความเห็นให้ฟ้องคดีไปยังพนักงานอัยการทุกกรณี ส่วนอำนาจสั่งไม่ฟ้องเป็นของพนักงานอัยการซึ่งตามมาตรา 16 ได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการได้ สิทธิเด็ดขาดในการสั่งฟ้องจึงเป็นของอัยการสูงสุด

[63] ดูเพิ่มเติม มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

อาญาซึ่งไม่มีความเชี่ยวชาญคดีการแข่งขันทางการค้าก็คงจะพิพากษาตามแนวทางที่คณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยและคำสั่งไป จึงอาจกล่าวได้ว่าในระบบที่เป็นอยู่นี้ดุลพินิจของคณะกรรมการมีความสำคัญที่สุด[64] ซึ่งก็คล้ายกับระบบของต่างประเทศ หากต้องการจะโต้แย้งก็ควรจะให้ชนะในชั้นนี้ ส่วนในกรณีผู้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการมิได้เป็นไปโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและอุทธรณ์ในประเด็นนี้มาแล้วในชั้นคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และยังไม่พอใจในผลคำวินิจฉัยก็สามารถนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาโดยศาลปกครองได้เนื่องจากคำสั่งของคณะกรรมการเป็นคำสั่งทางปกครอง และศาลอาจมีคำพิพากษาให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือยกเลิกคำสั่งเสียก็ได้[65]

(4) ผู้ได้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์ภายในเงื่อนเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยการอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 30 และมาตรา 37 ผู้ซึ่งได้รับคำสั่งต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งของคณะกรรมการ[66]

เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วในระบบที่มีการพิจารณาทบทวนโดยศาล (judicial review) น่าจะเป็นการตรวจสอบความชอบธรรมของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในการใช้อำนาจทางตุลาการได้ดีกว่า การที่คณะกรรมการได้รับอำนาจในการชี้ขาดความผิดกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นมีความเสี่ยงอยู่พอสมควรเพราะเป็นองค์กรทางบริหารซึ่งมักเกิดความไม่แน่นอนในการตีความหรือในนโยบายในการบังคับใช้กฎหมาย และระบบนี้ยังช่วยให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างศาลอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการบังคับใช้กฎหมายกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่โดยตรงในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ทั้งในเรื่องการตีความกฎหมาย การสร้างแนวทางในการพิจารณา การสืบสวนและสอบสวนพยานหลักฐานในคดี แต่มีข้อสังเกตว่าแม้ในประเทศเยอรมันจะมีรูปแบบการตรวจสอบโดยศาลเหมือนกับประเทศญี่ปุ่น แต่ในขณะที่ศาลเยอรมันมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่นกลับมีบทบาทน้อยกว่ามาก ซึ่งจะเห็นได้จากการที่มีการอุทธรณ์ไปสู่ศาลเยอรมันในปีหนึ่งๆพอกับที่ศาลญี่ปุ่นได้ทำการตัดสินอุทธรณ์ในเวลาห้าสิบปีที่ผ่านมา[67]

---

[64] ในทางปฏิบัติคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ก็คงวินิจฉัยไปในทางเดียวกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เพราะหากมีความเห็นขัดแย้งเกิดขึ้นในองค์กรจะทำให้ความน่าเชื่อถือขององค์กรที่มีต่อสาธารณชนลดลง ซึ่งในต่างประเทศแม้ในชั้นการทบทวนโดยศาลก็มีน้อยครั้งมากที่ศาลจะยกเลิกคำสั่งขององค์กรที่บังคับใช้กฎหมายโดยตรง

[65] การควบคุมลักษณะนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้เอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้นเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ไม่บังคับใช้การกระทำนั้นแก่กรณีของตน และ/หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมการได้รับหลักประกันในสถานะขององค์กรตามกฎหมายว่าผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกร้องค่าเสียหายจากคณะกรรมการเพราะเหตุที่คณะกรรมการมีคำสั่งมิได้ ดู มาตรา 31 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[66] มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[67] John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 132.

อนึ่ง จากแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ผ่านมามีนัยที่แสดงให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ ในกรณีระหว่างการขายเหล้าพ่วงเบียร์ กับกรณีบริษัท เอ. พี. ฮอนด้า โดยในคดีแรกการขายพ่วงน่าจะถือเป็นความผิดตามกฎหมายได้ แต่คำวินิจฉัยออกมาในแนวทางที่ว่ายังมิได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดซึ่งจะต้องประกาศออกมาก่อน[68]อันเป็นประเด็นทางด้านเทคนิคของกฎหมาย โดยที่ในกรณีหลังคณะกรรมการตัดสินว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยกระทำอันเป็นการขัดต่อการแข่งขันโดยเสรีและมีผลเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นตามมาตรา 29[69] ทั้งที่เมื่อพิจารณาดูแล้วกรณีการขายเหล้าพ่วงเบียร์ก็ควรถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 29 เช่นกัน[70]

4.4 การเยียวยา (Remedies)

เมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้น มาตรการในการเยียวยาความเสียหายที่ปรากฏเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพราะความเสียหายนั้นกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมต่อเนื่องไปถึงกันแทบทั้งหมด มาตรการเยียวยาที่เป็นทางการ เช่น การออกคำสั่งระงับหรือหยุด การให้จ่ายค่าปรับแทนการดำเนินคดีทางอาญา และมาตรการที่ไม่เป็นทางการ เช่น การเตือน มีประโยชน์ในการหยุดพฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายโดยเฉพาะวิธีที่ไม่เป็นทางการซึ่งมีลักษณะของการประนีประนอมมากกว่า และยังเป็นการนำเอาผลประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้กระทำผิดได้มากลับคืนสู่สังคมผ่านองค์กรของรัฐ โดยอาจกล่าวได้ว่าการเยียวยานั้นมีความสำคัญมากกว่าการเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษเสียด้วยซ้ำ ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงกระบวนการเยียวยาที่อาจนำมาปรับใช้ได้กับระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทย คือ การออกคำเตือน การให้คำแนะนำ และการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ ดังจะได้พิจารณาถึงรายละเอียดต่อไป

4.4.1 การเตือน (Warning) และการให้คำแนะนำ (Recommendation)

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายพบว่ามีการกระทำที่เป็นความผิดหรืออาจเป็นความผิดตามกฎหมาย วิธีการเตือนก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่องค์กรในต่างประเทศซึ่งได้ศึกษาในบทที่ 3 ใช้กันมากและได้ผลเป็นอย่างดีในทางปฏิบัติ เนื่องจากการเตือนนั้นมิใช่เป็นการตัดสินว่าผู้ที่ได้รับหนังสือเตือนเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายและไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย การเตือนจึงเปรียบเสมือนการขอความร่วมมือจากผู้ประกอบธุรกิจที่กำลังกระทำผิดหรือมีแนวโน้มว่าจะกระทำผิดให้หยุดและละเลิกพฤติกรรมดังกล่าวเสีย ในการนี้องค์กรของรัฐจะรับภาระใน

---

[68] ดู มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ 4/2543 วันที่ 4 กันยายน 2543

[69] ดู มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ 2/2546 วันที่ 30 เมษายน 2546

[70] ต่อมาได้มีการออก Guideline กำหนดขอบเขตของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เรียกว่า "แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก" ซึ่งได้กำหนดให้พฤติกรรมการบังคับผู้ซื้อให้ซื้อสินค้าอื่นพ่วงไปกับสินค้าที่ผู้ซื้อต้องการเป็นการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

แง่ของต้นทุนการดำเนินงานน้อยมากเพราะขั้นตอนจะหยุดอยู่ที่การพิจารณาในเบื้องต้นของคณะกรรมการโดยที่อาจยังไม่มีพยานหลักฐานในการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งในทางปฏิบัติคณะกรรมการอาจทำการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อศึกษาประเด็นที่เป็นปัญหาและพอสรุปผลออกมาได้ว่าพฤติกรรมที่ปรากฏอาจเข้าข่ายผิดกฎหมาย คณะกรรมการก็จะมีหนังสือเตือนไปยังผู้ประกอบธุรกิจ โดยในทางนโยบายการมีคำเตือนนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยเสริมสร้างความเข้าใจของผู้ประกอบธุรกิจต่อแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการอีกด้วย และไม่มีฝ่ายใดต้องเสียหายหรือตกเป็นเหยื่อจากการเริ่มบังคับใช้นโยบายดังกล่าว

ส่วนในกรณีคำแนะนำนั้น การที่คณะกรรมการอาจให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะในกรณีที่มีพฤติกรรมเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายโดยคำแนะนำจะชี้แจงถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลรวมถึงแนวทางในการปฏิบัติเพื่อให้เข้ามาอยู่ในข่ายของพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นการใช้กฎหมายในทางที่ประนีประนอมมากกว่าการทำคำวินิจฉัย โดยจุดที่แตกต่างกันระหว่างการให้คำแนะนำกับคำเตือนนั้นคือ คำเตือนจะไม่มีการลงนามยอมรับของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกเตือน การปฏิบัติตามคำเตือนเป็นเพียงความสมัครใจเท่านั้น คณะกรรมการโดยสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่คอยตรวจสอบว่าผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวได้มีการปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมอย่างไรในทางปฏิบัติ เหตุผลคือ ผู้วิจัยมีความเห็นว่ามาตรการออกคำเตือนควรจะใช้กับกรณีที่ไม่มีคำวินิจฉัยออกมาก่อนในประเด็นเดียวกันเป็นแนวทาง ซึ่งต่างจากคำแนะนำอันเป็นสิ่งที่เมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้รับแล้วจะต้องเลือกว่าจะยอมรับหรือไม่และมีการลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะปฏิบัติตามแนวทางที่ระบุมาในคำแนะนำโดยถือเป็นข้อตกลงที่ทำไว้กับคณะกรรมการ และหากมีการฝ่าฝืนในภายหลังก็จะถือว่าได้กระทำผิดกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเรื่องที่คณะกรรมการจะออกเป็นคำแนะนำได้นั้นควรเป็นประเด็นที่มีการวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้แล้วหรือมีลักษณะของการกระทำผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง[71] ซึ่งเมื่อมีความชัดเจนในการตีความจะเป็นการช่วยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานได้มาก ส่วนการไม่รับฟังคำเตือนของผู้ประกอบธุรกิจก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการเพื่อตัดสินว่าเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่และในกรณีที่เป็นความผิดคณะกรรมการจะมีคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวตามมาตรา 31 วรรคแรก ในขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธการยอมรับคำแนะนำก็จะต้องเข้าไปชี้แจงถึงข้อเท็จจริงเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ในกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการก่อนที่จะมีมติออกมา เช่นเดียวกัน

จากแนวความคิดข้างต้น เมื่อทำการพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการที่กฎหมายได้ระบุไว้ 13 ประการ ตามมาตรา 8 ปรากฏว่ามิได้มีการกล่าวถึงการใช้อำนาจออกหนังสือเตือนหรือออกหนังสือในลักษณะของคำแนะนำดังที่กล่าวไว้ข้างต้นเลย จะมีก็แต่การออกคำสั่งการตามมาตรา 31 ให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ[72]เท่านั้น ซึ่งผลทางกฎหมายเปรียบได้กับคำสั่งที่ออกมาอย่างเป็นทางการ (formal decision) ตามที่ได้ศึกษามา ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจตกอยู่ในสถานะผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาทั้งต่อตัวองค์กรในฐานะนิติบุคคลและต่อบรรดาผู้บริหาร[73] อีกทั้งชื่อเสียงของ

---

[71] เช่น การฮั้วกันในการประมูล ตามมาตรา 27 (4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[72] มาตรา 8 (6) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

องค์กรได้รับความเสียหาย และเท่ากับว่าทางออกของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับคำสั่งในกรณีที่ต้องการจะต่อสู้คดีคงเหลือเพียงแต่การอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เพื่อให้มีการพิจารณาวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่งเท่านั้น และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นี้กฎหมายให้ถือเป็นที่สุด[74] ซึ่งผลของมันทำให้ธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกดำเนินคดีต้องหยุดชะงัก เว้นแต่ในบางธุรกรรมที่ได้รับการทุเลาการบังคับตามคำสั่งจากองค์กรที่มีอำนาจ[75] และแนวโน้มของโอกาสในการที่จะชนะคดีก็ต่ำมากเมื่อพิจารณาจากสถิติข้อมูลขององค์กรบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศ

การที่ปล่อยให้คดีดำเนินไปถึงขั้นตอนที่คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยและมีคำสั่งออกมาย่อมไม่เป็นผลดีเลยในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นความผิดเพียงเล็กน้อยไปจนถึงความผิดระดับที่ร้ายแรงมีผลกระทบอันเป็นอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของชาติอย่างใหญ่หลวงก็ตาม ทางเลือกในการเยียวยาที่กฎหมายให้ไว้อย่างจำกัดและโทษทางอาญาทั้งการปรับและจำคุกในทุกฐานความผิดเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งในการบริหารและบังคับใช้กฎหมาย การใช้วิธีการที่มีลักษณะประนีประนอมมากกว่าเพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของตนหรือพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะเอาชนะโดยเหตุผลของกฎหมายเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ประกอบธุรกิจก่อนที่จะตกอยู่ในฐานะจำเลยผู้กระทำความผิดในคดีอาญา และช่วยลดการใช้จ่ายงบประมาณและทรัพยากรบุคคลของรัฐในการกำกับดูแลเรื่องการแข่งขันทางการค้าได้มาก แต่คณะกรรมการจะมีอำนาจใช้วิธีการออกหนังสือเตือนหรือให้คำแนะนำซึ่งไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายนี้ได้หรือไม่นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าถึงแม้บทบัญญัติในเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจะมิได้มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงอำนาจในการออกคำสั่งของคณะกรรมการที่มีผลเป็นการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องระงับ หยุดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้แล้ว ในกรณีคำเตือน การที่คณะกรรมการจะทำการบริหารกฎหมายที่ตนดูแลอยู่โดยการมีหนังสือไปยังผู้ประกอบธุรกิจที่ในเบื้องต้นคณะกรรมการเห็นว่ามีความผิดเพื่อให้ทำการแก้ไขพฤติกรรมดังกล่าวเสียก็ไม่ได้เป็นสิ่งที่ทำเกินอำนาจขององค์กรแต่อย่างใด เหตุผลประการสำคัญคือหนังสือดังกล่าวปราศจากสภาพบังคับทางกฎหมายในตัวเองจึงไม่เกี่ยวกับประเด็นการใช้อำนาจขององค์กรทางปกครองที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้จึงกระทำได้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง[76] มิได้

---

[73] มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[74] มาตรา 47 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[75] มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[76] คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 531/2541

"แม้ว่าพนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจออกคำเตือนให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด แต่กฎหมาย (ปว. ฉบับที่ 103ฯ) ก็มิได้มีการบัญญัติผลบังคับใดๆ กรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือนนั้น ดังนั้น คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นเพียงมาตรการบอกกล่าวและเตือนให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น ผู้รับคำเตือน (นายจ้าง) ย่อมใช้ดุลพินิจของตนโดยอิสระที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามคำเตือนดังกล่าว จึงเห็นได้ว่าคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานไม่มีผลเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของนายจ้างแต่อย่างใด คำเตือนดังกล่าวจึงมิใช่คำสั่งทางปกครองตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง"

กระทบกระทั่งต่อสิทธิของบุคคลใด เมื่อการมีหนังสือเตือนออกไปทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในฐานะผู้แข่งขันที่มีพฤติกรรมดีเป็นที่ยอมรับในตลาดที่มีการแข่งขัน ซึ่งเป็นเป้าหมายหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้ก็ย่อมมีเหตุผลให้กระทำได้ทั้งในด้านอรรถประโยชน์ความจำเป็นและทางด้านกฎหมาย[77] ส่วนกรณีหนังสือคำแนะนำ เมื่อมีการตกลงยินยอมทำข้อตกลงกับคณะกรรมการก็ถือเป็นการที่เอกชนทำข้อตกลงกับหน่วยงานของรัฐ[78] มีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการปฏิบัติซึ่งจำเป็นต้องมีสภาพบังคับทางกฎหมาย กระบวนการในลักษณะนี้ต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับ ดังนั้น การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถนำวิธีการนี้มาใช้ได้นั้นจึงเป็นสิ่งจำเป็น

4.4.2 การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญา

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเยอรมัน พบว่ามีการนำโทษปรับที่ไม่มีโทษทางอาญามาใช้กับผู้ที่กระทำความผิดซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นไปได้มากขึ้น เพราะไม่มีภาระในการพิสูจน์ความผิดจนสิ้นข้อสงสัยอันเกิดขึ้นได้ยากในการกระทำความผิดทางเศรษฐกิจ แต่การที่จะนำมาปรับใช้จำต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมขององค์กรที่จะต้องทำงานอย่างอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางใด มีความโปร่งใสและไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงต้องศึกษาตัวอย่างเพื่อให้เข้าใจถึงขอบเขตและวิธีการในการนำหลักการนี้มาใช้

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจที่ใช้มาตรการทางอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย[79]เช่นเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของต่างประเทศที่ได้ศึกษามา[80] ซึ่งผลที่ได้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความเกรงกลัวกฎหมายเนื่องจากผู้บริหารของบริษัทอาจถูกพิพากษาให้ต้องโทษจำคุก[81] แต่ในขณะเดียวกันก็ทำให้ภาคธุรกิจซึ่งมีความผูกพันอย่างใกล้ชิดกับ

ดู คำพิพากษาฎีกาประกอบ ฎีกาที่ 1444/2519 (ประชุมใหญ่), 2488/2519, 1649/2520, 2515/2520, 695/2522, 1311/2522, 1903/2523 และ 93/2524

[77] โดยมาตรการแจ้งเตือนของประเทศญี่ปุ่นเองก็มิได้มีกฎหมายรองรับและไม่มีโทษในการไม่ยอมปฏิบัติตามเช่นกัน

[78] ซึ่งมิได้มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ที่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

[79] ดู หมวด 7 บทกำหนดโทษ

[80] เว้นแต่ใน GWB ของประเทศเยอรมัน ที่ถือว่าการฝ่าฝืนกฎหมายเป็นความผิดทางปกครอง (administrative offences) และโทษ คือ ค่าปรับ (fines)

[81] กระบวนการเยียวยาทางกฎหมายควรจะใช้วิธีการชำระค่าปรับ (fine) ไม่ใช่การจำคุก (imprisonment) ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ก. เป็นการยากที่จะแปรจำนวนเงินที่สังคมต้องเสียไปเป็นต้นทุนที่ไม่ใช่ตัวเงิน (nonpecuniary cost)

ข. การลงโทษจำคุกสร้างต้นทุนทางสังคมมากกว่า ทรัพยากรของสังคมจะต้องเสียไปจากการจำคุก

ข้าราชการการเมืองกลับไปกดดันการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรคณะกรรมการ สถานการณ์ของการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันจึงตกอยู่ในสภาพเกือบจะหยุดนิ่ง

การพิจารณานำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องความผิดทางปกครองมาใช้แทนความผิดทางอาญาในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย ดังเช่นที่ใช้กันในประเทศเยอรมัน[82]นั้นจำต้องศึกษาที่มาและแนวความคิดของการถือว่าความผิดทางเศรษฐกิจเป็นอาชญากรรมในประเทศไทยก่อนจึงจะพอชี้ชัดลงไปได้ว่าสามารถนำมาใช้ได้หรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่ลึกซึ้งเกินกว่าขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ แต่ในเบื้องต้นอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดในการหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดมีโอกาสนำมาปรับใช้ได้ และน่าจะมีความเป็นไปได้มากกว่าการใช้แนวทางแก้ไขอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนเงินค่าปรับและใช้เฉพาะในกรณีฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

ในประเทศญี่ปุ่น แม้การฝ่าฝืนกฎหมายจะมีความผิดทางอาญา แต่เมื่อ JFTC ใช้วิธีการทางปกครองทำคำสั่งออกมาให้กับผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็น recommendation decision, consent decision หรือ formal decision และบุคคลดังกล่าวยังฝ่าฝืนต่อคำสั่งทางปกครอง ดังนี้ JFTC อาจใช้วิธีปรับเป็นจำนวนเงินโดยไม่ดำเนินคดีอาญาทำให้เรื่องจบลงในฝ่ายบริหารได้[83] ในขณะเดียวกันในระบบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยทั้งในกรณีการฝ่าฝืนกฎหมาย[84]และกรณีการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 31[85] มีโทษทางอาญา โดยแม้องค์กรคณะกรรมการจะมีอำนาจตามกฎหมายปกครองในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนคำสั่งชำระค่าปรับทางปกครองได้ แต่ก็สร้างผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจได้ไม่มากเพราะจำกัดไว้เพียงจำนวนไม่เกิน 2 หมื่นบาทต่อวัน[86] และที่สำคัญคือ ข้อกล่าวหาความผิดในคดีอาญาก็ยังคงอยู่ จึงมิได้เป็นการลดความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมายแต่อย่างใด

ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีการนำเอาวิธีการเปรียบเทียบปรับคดีอาญา[87]มาใช้[88]กับบรรดาความผิดที่มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ

การจำคุกจึงเป็นหนทางที่มีแต่เสีย (a deadweight loss to society) เมื่อเปรียบเทียบกับการปรับเป็นจำนวนเงินที่ต้นทุนทางสังคมไม่ได้เสียไป โดยการจ่ายค่าปรับก็เหมือนกับการคืนประโยชน์ส่วนเกินที่เอามาจากสังคมในจำนวนที่เท่ากัน จาก Richard A. Posner. Antitrust Law: an Economic Perspective. (Chicago: University of Chicago Press, 1976), p. 225.

[82] ดู มาตรา 81 ถึง มาตรา 86 แห่ง GWB

[83] ดู มาตรา 97 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

[84] ดู มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[85] ดู มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

[86] ดู มาตรา 58 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[87] การเปรียบเทียบปรับคดีอาญา หมายความถึง การเลิกคดีอาญาโดยการเปรียบเทียบปรับและเป็นผลทำให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (3)

การเปรียบเทียบคดีอาญาที่รัฐมองว่าบางความผิดเป็นคดีอาญาที่มีโทษเล็กน้อย ไม่เป็นการกระทบต่อสังคมหรือความสงบสุขของส่วนรวมมากนัก รัฐจึงมีมาตรการให้คดีอาญาสามารถเลิกกันในชั้นเจ้าพนักงานซึ่งในที่นี้ คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า หรือผู้ที่คณะกรรมการมอบอำนาจให้กระทำการแทน โดยหากจะให้ศาลเป็นผู้พิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดจะทำให้เป็นการเสียเวลา และทำให้คดีนั้นมาสู่ศาลโดยไม่จำเป็น รวมทั้งอาจเป็นการกระทบต่อผลประโยชน์โดยรวมของเศรษฐกิจ สังคม และเป็นการสิ้นเปลืองโดยใช่เหตุ[89] ผลคือ นอกจากความผิดตามมาตรา 51[90] และมาตรา 52[91] แล้วคณะกรรมการมีอำนาจใช้ดุลพินิจเปรียบเทียบทั้งหมด แต่อย่างไรก็ดีความผิดตามมาตรา 51 และมาตรา 52 เป็นความผิดหลักอันสำคัญในสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง และเมื่อมองในแง่ที่ว่าการทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามเจตนารมณ์จะเป็นประโยชน์มากกว่าที่จะปล่อยให้มีการดำเนินคดีตามปกติและโทษจำคุกนั้นไม่มีความเหมาะสมกับความผิดในกฎหมายแข่งขันทางการค้าอยู่แล้ว การขยายอำนาจของคณะกรรมการในการเปรียบเทียบปรับให้ครอบคลุมความผิดตามมาตรา 51 และมาตรา 52 ก็เป็นทางเลือกที่น่าสนใจ เพราะตัวผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษอย่างเหมาะสม[92] โดยผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดจากค่าปรับจะเป็นเครื่องช่วยให้เกิดความหลาบจำ และคดียุติในชั้นคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ไม่เกิดภาระเป็นคดีแก่ศาล ทั้งยังไม่ต้องเสียเวลาในการดำเนินการเพื่อที่จะเอาผิดในชั้นศาลและอาจนำเงินค่าปรับที่ได้มาเป็นงบประมาณของหน่วยงานต่อไป

โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปรียบเทียบปรับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปรากฏว่าคณะกรรมการที่เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายอื่น[93] โดยในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 สามารถเปรียบเทียบปรับตามอัตราโทษที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ เพราะฉะนั้นการที่จะให้คณะกรรมการทำการเปรียบเทียบผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 51 และ

---

[88] การเปรียบเทียบคดีมีผลทำให้คดีอาญาเลิกกัน อันเป็นผลของ มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ประกอบกับมาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเมื่อคดีอาญาเลิกกันแล้วสภาพบังคับทางอาญาก็เป็นอันสิ้นสุดลงด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39

"สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป ดังต่อไปนี้ ... (3) เมื่อคดีอาญาเลิกกันตามมาตรา 37"

[89] **จักรพงษ์ วิวัฒน์วานิช. คำอธิบายสัมมนาในวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.** (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2545), หน้า 148.

[90] มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

"ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ"

[91] มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

"ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 30 มาตรา 31 หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 47 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 2 ล้านบาทถึง 6 ล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละ 5 หมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

[92] โกเมน ภัทรภิรมย์. "โทษปรับ". **วารสารอัยการ**. 14, 163 (กันยายน 2534), หน้า 161.

[93] มาตรา 37 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 52 ได้นั้นจึงต้องการเพียงแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องเปรียบเทียบคดีอาญาในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้นำมาใช้กับความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีด้วยเท่านั้น อันจะทำให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบในทุกฐานความผิด

ส่วนวิธีการเปรียบเทียบปรับคดีอาญาก็มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 38 แล้วว่าในคดีซึ่งเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า หากคณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจ[94]ไม่ควรได้รับโทษจำคุกให้มีอำนาจเปรียบเทียบ โดยกำหนดค่าปรับซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะพึงชำระถ้าผู้ประกอบธุรกิจยินยอมตามนั้น เมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่กำหนดให้ภายในเวลาอันสมควรแต่ไม่เกิน 15 วันแล้ว คดีก็เป็นอันเสร็จเด็ดขาด และถ้าผู้ต้องหาไม่ยินยอมตามที่เปรียบเทียบ หรือเมื่อยินยอมแล้วไม่ชำระเงินค่าปรับภายในเวลาที่กำหนด คณะกรรมการก็จะดำเนินคดีต่อไป[95]

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอำนาจในการใช้ดุลพินิจเปรียบเทียบนี้เป็นของคณะกรรมการ การที่ให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับทุกฐานความผิดซึ่งบางความผิดมีโทษที่รุนแรงพอสมควรโดยทั้งมีผลกระทบต่อเสรีภาพและต่อสถานะทางการเงินอาจจะเป็นการให้อำนาจที่มากเกินไปจนผิดวัตถุประสงค์ของการเปรียบเทียบคดีและอาจมีปัญหาในทิศทางของนโยบายที่ลักลั่น ไม่โปร่งใส และเลือกปฏิบัติได้ หนทางที่เหมาะสมจึงน่าจะเป็นการลดความรุนแรงของโทษทางอาญาในบางฐานความผิดลง โดยคงระดับความรุนแรงของโทษทางอาญาไว้เฉพาะสำหรับความผิดที่ถือว่าร้ายแรง คือ การกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดใน (1) ถึง (4) ตามมาตรา 25 และการทำ cartel ใน (1) ถึง (4) ตามมาตรา 27 ส่วนความผิดในกรณีอื่นโดยเฉพาะการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 27 (5) ถึง (10)[96] และมาตรา 29 ให้ลดบทลงโทษทางอาญาในส่วนของโทษจำคุกให้เหลือ 1 ปี เพื่อให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบได้โดยคงโทษปรับไว้หรืออาจจะเพิ่มอัตราโทษปรับก็ย่อมได้หากมีเหตุผลสมควร เนื่องจากความผิดเหล่านี้ไม่รุนแรงและมีผลเป็นการทำให้ระบบเศรษฐกิจเสียหายมากนัก และความผิดบางประการ เช่น มาตรา 29 ก็มีขอบเขตกว้างมากจนยากที่ผู้ประกอบธุรกิจจะแน่ใจได้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดหรือไม่ ในบางครั้งจึงเป็นการกระทำผิดโดยไม่มีเจตนาชั่วร้ายและบางกรณีสิ่งที่ทำก็ถือปฏิบัติกันในทางการค้าเป็นปกติ ในประเทศญี่ปุ่นเองการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) ซึ่งเปรียบเทียบได้กับมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็มิได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้เช่นกัน โดยการปรับปรุงแก้ไขเช่นนี้จะทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้มากขึ้น ศาลที่มีเขตอำนาจในปัจจุบันก็มิต้องรับภาระคดีทั้งที่ไม่มีความเชี่ยวชาญ และในทางนโยบายก็ควรกำหนดให้คณะกรรมการเปรียบเทียบทุกคดีเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของความโปร่งใส โดยอาจจะยกเว้นให้กับกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำความผิดซ้ำ เป็นต้น แต่การเปรียบเทียบจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้นคงต้องเป็นดุลพินิจของคณะกรรมการโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด และฐานะทาง

---

[94] ซึ่งเป็นผู้ต้องหาตามกฎหมายอาญา โดย ผู้ต้องหา หมายความถึง บุคคลผู้ถูกหาว่าได้กระทำความผิด แต่ยังมิได้ถูกฟ้องต่อศาล ดู มาตรา 2 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

[95] มาตรา 38 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

[96] การทำ cartel ที่กฎหมายให้โอกาสผู้ประกอบธุรกิจมายื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการได้

เศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือ จะต้องได้สัดส่วนกับฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด[97]

4.5 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (Private Enforcement)

4.5.1 การให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องคดีต่อศาล

โดยสรุปอำนาจสำคัญที่กฎหมายต่างประเทศได้ยอมรับให้เอกชนดำเนินการได้เพื่อปกป้องสิทธิของตนเองภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีอยู่ 2 ประการ คือ การฟ้องขอคำสั่งให้หยุดกระทำการ (injunctive relief) และการฟ้องเรียกค่าเสียหาย (civil damage action) โดยการฟ้องขอคำสั่งศาลนั้นทำได้ง่ายกว่าเพราะไม่จำเป็นต้องรับภาระในการพิสูจน์หรือมีคำวินิจฉัยขององค์กรกำกับดูแลเหมือนกรณีฟ้องเรียกค่าเสียหาย แต่สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้นยังขาดมาตรการฟ้องเพื่อขอคำสั่งจากศาลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการฝ่าฝืนกฎหมายระงับหรือหยุดการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่มีประโยชน์มากเนื่องจากเป็นการช่วยยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมาย คงมีก็เพียงแต่มาตรการฟ้องเรียกค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ตามมาตรา 40 โดยมีกำหนดอายุความ 1 ปี

ในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเอกชนในการฟ้องคดี จากการพิจารณากฎหมายของประเทศที่ได้ทำการศึกษาพบว่าเอกชนจะต้องได้รับผลกระทบจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายอย่างสำคัญ กล่าวคือ เป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรง และเอกชนจะอ้างถึงผลกระทบที่ได้รับจากสภาพความเป็นไปตามปกติของเศรษฐกิจที่ตลาดถูกบิดเบือนโดยผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ รักษาและส่งเสริมให้มีการแข่งขันเพื่อประสิทธิภาพสูงสุดที่เกิดจากการจัดการทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (โดยที่บางครั้งรัฐอาจมีเหตุผลจำเป็นในการเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน) และด้วยเหตุที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อจะยังประโยชน์สูงสุดให้ตกแก่ผู้บริโภคในท้ายที่สุด กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงจัดเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่มิได้คุ้มครองเอกชนเป็นรายตัวบุคคล แต่ปกป้องกลไกตลาดไม่ให้มีอำนาจครอบงำและเกิดการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคจากเหล่าผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายขึ้น รัฐย่อมจะเป็นผู้เสียหาย การที่กฎหมายให้อำนาจแก่เอกชนในการบังคับใช้ไว้ส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากเหตุผลแห่งความมีประสิทธิภาพในการให้เอกชนควบคุมซึ่งกันและกัน และยังเป็นการช่วยเสริมการบังคับใช้กฎหมายจากหน่วยงานของรัฐที่อาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เหตุด้วยกำลังคน งบประมาณ หรือข้อจำกัดในฐานข้อมูลทางธุรกิจต่างๆ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 40 วรรคแรกนี้อยู่ในเงื่อนไขที่ว่าจะต้องเป็นกรณีที่มีการพิจารณาวินิจฉัยและทำการพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดเสียก่อน เอกชนผู้เสียหายจึงจะนำเอา

---

[97] โกเมน ภัทรภิรมย์. "โทษปรับ". **วารสารอัยการ**, หน้า 164.

คำพิพากษาดังกล่าวมาอ้างต่อศาลในคดีที่ตนฟ้องเพื่อขอค่าเสียหายได้ ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายจำกัดบทบาทของเอกชนไว้เพียงการได้รับชดใช้ความเสียหายเท่านั้น โดยจะต้องเป็นกรณีที่คณะกรรมการให้ความสนใจ (โดยตนเองหรือโดยมีการร้องเรียน) ถึงขนาดเข้าดำเนินการด้วย เอกชนไม่มีอำนาจนำคดีขึ้นสู่ศาลทั้งในทางแพ่งและในทางอาญา ตามรูปการณ์เช่นนี้ หากมีผู้ประกอบธุรกิจได้รับความเสียหายจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายของคู่แข่ง โอกาสที่จะได้รับการเยียวยาก็คือ หลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งอาจไม่ทันการเสียแล้ว และไม่แน่ว่าค่าเสียหายที่ได้รับจะสามารถนำมาชดเชยความเสียหายที่แท้จริงได้ การให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องคดีได้ด้วยตนเองเพื่อขอคำสั่งชั่วคราวและเรียกร้องค่าเสียหายน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมาย แต่จำต้องพิจารณาในรายละเอียดว่าการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายบทบัญญัติใดบ้างที่ควรให้สิทธิแก่เอกชนในการนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะหากเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีในทุกกรณีก็จะทำให้เกิดคดีความเป็นภาระแก่ศาลมากเกินไป

ส่วนประเด็นเรื่องค่าเสียหายที่จะมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใดนั้นเป็นเรื่องที่มีความละเอียดซับซ้อนและยากต่อการพิสูจน์ ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศเยอรมันเองก็ประสบปัญหาในข้อนี้อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การฟ้องคดีของเอกชนไม่มีบทบาทสำคัญเท่าใดนัก แต่อย่างไรก็ดีผู้วิจัยพบว่าการกำหนดค่าเสียหายจำนวน 3 เท่า (treble damages) หรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เป็นแรงจูงใจให้เอกชนปกป้องสิทธิของตนเองนั้นมีความน่าสนใจที่จะนำมาปรับใช้โดยจะได้นำมาวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ หากลดภาระการพิสูจน์ในประเด็นเรื่องการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าไปได้ก็จะทำให้เอกชนสามารถใช้สิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ง่ายขึ้น กรณีจึงควรมีการกำหนดเพิ่มเติมให้เอกชนสามารถนำคำสั่งของคณะกรรมการมากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ โดยถือเป็นความผิดที่ไม่จำต้องพิสูจน์อีก (strict liability) ในชั้นศาล

4.5.2 การนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้

ได้มีการศึกษากันมาแล้วถึงแนวทางการใช้หลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษของศาลไทย[98]โดยอาศัยหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าศาลไม่สามารถใช้หลักดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุผลในเรื่องของระบบกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของศาลที่เคยยึดถือกันมา และหากมิได้มีการวางหลักเกณฑ์ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย เมื่อเกิดคดีที่เอกชนฟ้องผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า ศาลก็จำต้องใช้หลักกฎหมายในเรื่องละเมิดเข้ามาพิจารณาโดยถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปที่จะไม่กระทำหรือละเว้นกระทำการใดๆอันเป็นการล่วงสิทธิดังกล่าว[99] ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายก็จะถูกจำกัดไว้ภายใต้แนวความคิดของการกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนมีการละเมิดขึ้น โดยที่การเยียวยาของกฎหมายละเมิดไม่อาจใช้ได้กับผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือแม้การใช้หลักมาตรา 438 วรรคแรก แห่งประมวล

---

[98] ดู กฤษณา พิษณุโกศล. **ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ**. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2531.

[99] ผาสุก เจริญเกียรติ. **ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด**. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 82.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์[100] โดยพิจารณาจากกรณีความร้ายแรงแห่งละเมิดและพฤติการณ์อันควรนั้นก็ดูจะไปไม่ได้ไกลนัก และเป็นการยากที่จะขยายขอบเขตในการกำหนดค่าเสียหายนี้ออกไป เนื่องจากอยู่ภายใต้แนวความคิดที่ต่างกัน และเรื่องละเมิดก็เป็นหลักทั่วไป ส่วนกฎหมายแข่งขันทางการค้าก็มีวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่อง อีกทั้งภาระการพิสูจน์ในเรื่องละเมิดก็เป็นการยุ่งยากสร้างภาระอันใหญ่หลวงให้กับผู้เสียหายด้วยข้อมูลและความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนในทางธุรกิจ ซึ่งหากพิจารณาในทางกลับกันโดยมองความเป็นจริงว่าหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมิได้ลงรากฐานอยู่ในระบบกฎหมายไทย เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอื่นๆ และเป็นการยาก อีกทั้งไม่ทันการในการที่จะสร้างหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษขึ้นมาให้อยู่อย่างมั่นคงในระบบกฎหมายไทยเสียก่อนแล้วจึงค่อยนำไปใช้กับกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษอื่นๆ ดังนั้นการที่จะนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้กับกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ มีเจตนารมณ์เฉพาะอันเป็นเบื้องหลังที่ได้มีการออกกฎหมายนั้นๆขึ้น ก็น่าจะเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดการยอมรับได้ง่ายกว่าการนำหลักการที่นักกฎหมายบ้านเราไม่คุ้นเคยมาใช้กับการพิจารณาคดีทั่วไป และการปรับปรุง แก้ไข สร้างแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศไทยก็จะทำได้ง่ายกว่าเพราะมีกฎหมายเกี่ยวข้องอยู่เพียงเรื่องเดียว และเมื่อถึงเวลาที่หลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีแนวทางที่ชัดเจน และได้รับการยอมรับในสังคมแล้วจึงค่อยนำไปปรับใช้กับกฎหมายอื่นต่อไป ซึ่งในปัจจุบันก็ได้มีการนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษเข้ามาในระบบกฎหมายไทยตามแนวทางดังกล่าว โดยอยู่ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545[101]

โดยเนื้อแท้ "ค่าเสียหาย" ที่ผู้เสียหายได้รับย่อมจะเท่าเทียมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศซึ่งมีผลกับเศรษฐกิจทั้งชาติ การให้ชดใช้ค่าเสียหายที่แท้จริงไม่ได้ชดเชยความเสียหายที่ระบบเศรษฐกิจของประเทศได้รับไปด้วย เมื่อพิจารณาอย่างลึกซึ้งจึงทำให้เข้าใจว่าเหตุใดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของไทยจึงอ่อนแอสำหรับบทบาทในการบังคับใช้โดยเอกชน โดยอาจกล่าวได้ดังนี้

---

[100] มาตรา 438 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

"ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

[101] มาตรา 13 ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิดโดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้

(2) ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)

(1) ค่าเสียหายที่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายอาจต้องชดใช้ เทียบกันไม่ได้กับผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะได้รับหากทำการฝ่าฝืนกฎหมาย

(2) เมื่อไม่มีคำพิพากษาชี้ขาดความผิดจากศาล เอกชนก็ไม่สามารถใช้สิทธิในทางศาลได้ แม้กฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันจะให้สิทธิดังกล่าวไว้ เพราะเหตุนี้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายจึงกระทำการตามอำเภอใจ เนื่องจากมีความเสี่ยงในการถูกฟ้องคดีต่ำ

(3) ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายขาดแรงจูงใจที่จะสละเวลาเพื่อมาฟ้องคดี เพราะค่าเสียหายที่ได้รับจากคำพิพากษาของศาลอาจไม่พอกับค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการรวบรวมหลักฐานในการฟ้องคดี รวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) ในทางธุรกิจ

(4) การที่ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำผิดมีค่าใช้จ่ายในส่วนที่เกี่ยวกับการต่อสู้คดีในศาลและค่าเสียหายต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากพฤติกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายทำให้มองไม่เห็นความจำเป็นในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยถึงแม้กฎหมายจะกำหนดโทษทางอาญาไว้แต่การบังคับใช้กฎหมายขององค์กรภาครัฐยังไม่มีผลอย่างจริงจังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมิได้ตระหนักถึงผลร้ายในส่วนนี้

ดังนั้น หากต้องการให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย มีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพโดยให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบ และควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันแล้ว จำเป็นที่จะต้องขยายขอบเขตของค่าเสียหายตามมาตรา 40 ออกไป โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ 2 - 3 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง และควรจะกำหนดให้โจทก์ผู้ฟ้องคดีได้รับค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีรวมถึงค่าทนายความโดยพอสมควรด้วย

โดยเมื่อพิเคราะห์ถึงกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมัน และประเทศไทยตามที่ได้ศึกษามาจะเห็นถึงการให้ความสำคัญแก่สิทธิของเอกชนในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยแทรกบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของเอกชนด้วยกัน แต่มีเพียงกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่มีการนำหลักในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ โดยกำหนดให้มากถึง 3 เท่าของค่าเสียหายจริง รวมถึงค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีและค่าทนายความที่มีเหตุผลสมควรด้วย ซึ่งคงเป็นเพราะหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีอยู่แล้ว การนำมาปรับใช้กับกฎหมายอื่นโดยเฉพาะกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีเจตนารมณ์ในการปกป้องการดำเนินธุรกิจต่างๆ ให้มีการแข่งขันกันเพื่อให้ตลาดมีประสิทธิภาพมากที่สุด หากมีการฝ่าฝืนทำลายวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ผลเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้ตกแก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่กระทบไปทั้งหมดเพราะทุกคนล้วนผูกพันอยู่กับระบบเศรษฐกิจของชาติ จึงย่อมเป็นการสมควรที่จะใช้หลักการที่กำหนดบทลงโทษเพื่อให้เกิดความยำเกรง และเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น อันจะทำให้เกิดการตระหนักถึงความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างประเทศญี่ปุ่นและเยอรมันที่แม้จะให้สิทธิในการฟ้องคดีแก่เอกชนแต่ก็

ยังไปไม่ไกลถึงขั้นกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแก่จำเลย ซึ่งมีเหตุผลสำคัญ คือ หลักในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมิได้อยู่ในระบบประมวลกฎหมายมาเสียแต่แรกเริ่ม กอปรด้วยเห็นว่าการบังคับใช้และบริหารกฎหมายโดยหน่วยงานของรัฐมีประสิทธิภาพเพียงพออยู่แล้ว สำหรับประเทศไทยเองก็เป็นประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน การกำหนดค่าเสียหายจึงใช้หลักในเรื่องละเมิดที่มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาผู้เสียหายเป็นสำคัญ[102]

ปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยอาศัยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในคดีที่เกิดจากการฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนทั้งที่กฎหมายมีผลบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ซึ่งคงเป็นเพราะผู้ประกอบการ และนักกฎหมายยังขาดความเข้าใจในบทบัญญัติจึงไม่กล้าที่จะกล่าวอ้างตามสิทธิที่กฎหมายได้รับรองไว้ให้ ประกอบกับไม่แน่ใจในพฤติกรรมการประกอบธุรกิจของตนเช่นกันว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงไม่ต้องการเสี่ยงที่จะถูกฟ้องกลับ และความผิดตามกฎหมายนี้อาจนำไปสู่ความผิดทางอาญาได้ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งน่าจะเป็นเพราะว่าผู้เสียหายขาดแรงจูงใจในการฟ้องคดี เนื่องจากเมื่อคำนวณค่าใช้จ่ายต่างๆ ค่าที่ปรึกษากฎหมายทนายความ และค่าเสียเวลา โอกาสในการประกอบธุรกิจ รวมถึงสายสัมพันธ์ในทางธุรกิจที่อาจต้องเสียไปแล้วไม่คุ้มค่ากับค่าเสียหายที่ตนจะได้รับจากการพิจารณาของศาล ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ระบบกฎหมายของเราจัดอยู่ในกลุ่มที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ดังนั้น โดยหลักการแล้วย่อมจะไม่มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษอย่างทางระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เพราะแนวความคิดในการกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด อยู่บนพื้นฐานของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด ซึ่งต่างจากในประเทศคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่จำเลยต้องชดใช้ในจำนวนที่สูงมากเพิ่มเติมจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจริงที่โจทก์ฟ้องเรียกร้องไป

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ และการกำหนดให้ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี และค่าทนายความอันสมควร ก็เป็นสิ่งที่น่าจะเป็นประโยชน์ในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อเป็นแรงจูงใจแก่เอกชนในการใช้สิทธิของตนตามที่กฎหมายรับรอง

ในที่นี้จะขอยกปัจจัยที่อาจเกิดขึ้นหากมีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

---

[102] อย่างไรก็ตามพบว่าประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างเช่น ประเทศไต้หวัน ได้นำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในเฉพาะกรณีจงใจฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นผลจากแรงกดดันทางการเมืองจากประเทศคู่ค้า

(ก) ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้น

1) การนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่มีผลกระทบต่อแนวความคิดพื้นฐานเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริงเพื่อให้คู่กรณีได้รับการเยียวยากลับสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุดตามระบบกฎหมายประมวลที่ใช้อยู่ในประเทศไทย เพราะเป็นการนำมาใช้เฉพาะเรื่องโดยมีขอบเขตการบังคับใช้ที่แน่นอน อีกทั้งมีการริเริ่มนำมาใช้กับกฎหมายเฉพาะแล้ว คือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

2) ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่รวมกันในสังคมมีความเคารพและยอมรับกฎเกณฑ์และกติกาการแข่งขันอย่างเสรีภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า และมีส่วนช่วยให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองจากผลกระทบที่เกิดจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยธำรงไว้ซึ่งประโยชน์สูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้จากการบริหารทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ

3) ใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบาย (Public Policy) เพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ (Public Interest) เนื่องจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า ไม่เพียงแต่จะเกิดความเสียหายต่อเอกชนด้วยกันเองแต่ยังสร้างผลกระทบต่อสังคมอีกด้วย ดังนั้น เพื่อให้สังคมไทยส่วนรวมมีความสงบสุขเรียบร้อยอย่างแท้จริงตามนโยบายของรัฐแล้ว หลักเกณฑ์เรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการช่วยเหลือรัฐ นอกเหนือไปจากกฎหมายอาญา[103] เพราะแม้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะกำหนดความผิดอาญาไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืน[104] แต่ก็ดูจะไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ฝ่าฝืนตระหนักถึงผลร้ายของการฝ่าฝืนกฎหมาย

4) ผู้เสียหายจะได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น กล่าวคือ การกระทำฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าถือเป็นการสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ เป็นการดำเนินธุรกิจที่ชั่วร้ายโดยใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ หรือร่วมมือกันสร้างพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้าขึ้น ในหลายครั้งการกระทำมีลักษณะที่ไม่ยำเกรงโดยเจตนากระทำผิดไม่นำพาต่อกฎหมายเพราะเห็นว่ากฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง รวมทั้งไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันและของผู้บริโภค อีกทั้งการกำหนดค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงจะชดเชยค่าเสียโอกาสในทางเศรษฐกิจ และค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีของผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรมมากขึ้น

5) เป็นการป้องกันการกระทำอันไม่เป็นธรรมทางการค้าที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยผู้ประกอบธุรกิจที่อาศัยจุดอ่อน (weakness) ของกฎหมายทำการแสวงหาผลประโยชน์อันมิควรได้ เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนากระทำฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องด้วยคำนวณแล้วพบว่าจะได้รับผลประโยชน์จากการกระทำมากกว่า

---

[103] กฤษณา พิษณุโกศล. **ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ**. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 91.

[104] อยู่ใน หมวด 7 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ มาตรา 48 ถึงมาตรา 56

ความเสียหายที่ตนได้รับ ทั้งจากการดำเนินคดีของรัฐและเอกชน ทำให้กลายเป็นทางเลือกที่มีแต่ได้กับได้มากกว่า การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจึงมองได้ว่าเป็นการลงโทษจำเลยและบังคับให้จำเลยคืนผลประโยชน์ส่วนที่ตนได้มาโดยมิชอบนั้นให้แก่โจทก์ผู้ได้รับความเสียหายอีกประการหนึ่ง[105]

6) เป็นเครื่องเตือนใจให้ผู้ประกอบธุรกิจยับยั้งและป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้นในอนาคตสำหรับผู้ที่อยู่ในข่ายความเสี่ยงไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เคยฝ่าฝืนกฎหมายและได้รับผลร้ายที่กฎหมายกำหนดมาแล้ว และเป็นตัวอย่างแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่กำลังกระทำหรือคิดจะกระทำการฝ่าฝืนในลักษณะอย่างเดียวกัน

7) หากได้มีการนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ น่าจะทำให้กฎหมายมีผลบังคับอย่างจริงจังมากขึ้น อันจะเป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจปราศจากแรงจูงใจในการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยในสภาพความเป็นจริงที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่มีผลบังคับอย่างแท้จริงย่อมจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นตามมา ธรรมชาติของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการแสวงหากำไรสูงสุดไม่อาจยอมตกเป็นผู้เสียเปรียบโดยแบกรับภาระที่เกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของกฎหมายไว้เอง เมื่อผู้ประกอบธุรกิจต่างฝ่าฝืนกฎหมายตามอำเภอใจก็ต้องมีผู้ประกอบธุรกิจบางส่วนที่ไม่อาจรับภาระที่เกิดจากความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้เลิกกิจการไปทั้งที่เขาอาจมีผลการประกอบการที่ดีที่สุด สามารถจัดสรรทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพและลงตัวที่สุด สิ่งที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นถึงการประกอบธุรกิจที่มุ่งแต่จะแสวงหาประโยชน์ส่วนเพิ่ม แต่ไร้ซึ่งการพัฒนาคุณภาพ ความรับผิดชอบต่อสินค้า ความรับผิดชอบต่อสังคม และจริยธรรมในการประกอบธุรกิจ รวมถึงสำนึกในศีลธรรมอันดี การคืนประโยชน์สู่สังคม และภาระที่ใหญ่หลวงยิ่งกว่าก็จะตกอยู่กับผู้บริโภคที่อยู่ภายใต้กลไกตลาดที่กลายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ของเหล่าผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการอันมิชอบเหล่านั้น หากการณ์เป็นไปเช่นนี้สังคมย่อมไม่สงบสุข และยังเป็นการเอื้อให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่จากต่างประเทศซึ่งมีความชำนาญในการดำเนินธุรกิจกอปรกับมีประสบการณ์ต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามามากกว่าผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ที่กฎหมายเปิดช่องทางให้อีกด้วย

(ข) ข้อโต้แย้งและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น

1) การนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าอาจมีข้อโต้แย้งในเรื่องผลเสียทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ ประชาชนในประเทศไทยส่วนใหญ่มีฐานะยากจน การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในจำนวนที่มากเกินไปอาจจะทำให้เกิดปัญหาทางการเงิน และมีผลมาถึงปัญหาครอบครัวได้ คือ นอกจากจะทำให้รายได้ที่มีอยู่เดิมลดลงแล้ว ในบางกรณีอาจจะถึงกับต้องกู้หนี้ยืมสินเขามาก็ได้[106] แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งที่จะกำกับดูแลผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้อำนาจเหนือตลาดเอาเปรียบผู้ประกอบธุรกิจด้วยพฤติกรรมที่ไม่สมควร ซึ่งการที่มีอำนาจตลาดเช่นนั้นต้องมีส่วนแบ่งในตลาดสูงนั่นหมายถึงขนาดของหน่วยธุรกิจและกำไรที่มากมายด้วย การที่นำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาปรับใช้ก็ด้วยหลักการกำหนดค่าเสียหายเดิมไม่อาจสร้างผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายได้ เนื่องด้วย

---

[105] เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

[106] เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

สถานะทางการเงินที่มั่นคง มีสินทรัพย์มหาศาล จึงต้องใช้เกณฑ์การคิดค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายจริง

2) หากมิได้มีการจัดแยกประเภทของความผิดที่ให้เอกชนมีสิทธิฟ้องคดีไว้อย่างเหมาะสมก็จะเป็นการให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่เอกชนและอาจก่อให้เกิดการนำคดีความเข้าสู่ศาลเป็นจำนวนมากอันจะเป็นการก่อภาระให้แก่ศาลโดยไม่จำเป็น โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาในแง่ที่ว่าการจัดวางโครงสร้างขององค์กรกำกับดูแลกฎหมายต้องการให้องค์กรของรัฐ คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เป็นองค์กรหลักในการบังคับใช้กฎหมายและมีการให้สิทธิแก่เอกชนไว้เป็นเพียงส่วนเสริมเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมและได้รับการชดเชยตามที่ควรจะเป็น การที่เอกชนใช้สิทธิฟ้องคดีโดยตรงไม่กระทำผ่านกระบวนการร้องเรียนสู่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงมิใช่เจตนารมณ์แท้จริงของกฎหมาย อีกทั้งมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการยินยอมหรือสมัครใจให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายต่อตน โดยประสงค์ที่จะได้รับผลประโยชน์จากส่วนต่างระหว่างค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้เป็นการลงโทษกับค่าเสียหายตามความเป็นจริง อันจะทำให้เกิดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจเพิ่มมากขึ้น เกิดความวุ่นวายในสังคมโดยเฉพาะในแวดวงการค้า โดยสิ่งเหล่านี้จะกลายเป็นต้นทุน (cost) ของผู้ประกอบธุรกิจและจะถูกผลักภาระไปยังผู้บริโภคในท้ายที่สุด

3) ในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจจะได้รับการลงโทษซ้ำซ้อนได้ กล่าวคือ การกระทำละเมิดที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาด้วยนั้น นอกจากผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษในคดีอาญาแล้วยังอาจได้รับการลงโทษในทางแพ่ง โดยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษอีกด้วย ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลนั้นได้รับการลงโทษถึงสองครั้งในการกระทำผิดอันเดียวกัน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย