

บทที่ 4

การฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีละเมิดกฎหมายป้องกัน การผูกขาดทางการค้าของประเทศไทย

4.1. วิเคราะห์พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522

4.1.1. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกลาง

พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 มีกลไกการบังคับใช้โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นคือคณะกรรมการกลางซึ่งคณะกรรมการกลางมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

4.1.1.1 ประกาศกำหนดให้เป็นธุรกิจควบคุม

อำนาจของคณะกรรมการกลางตามข้อนี้เป็นอำนาจสำคัญ เพราะการจะสามารถบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ในส่วนของการป้องกันการผูกขาดต่อไปได้จะต้องผ่านขั้นตอนของอำนาจตามมาตรา 31 นี้เสียก่อน โดยการจะมีอำนาจประกาศว่าการประกอบธุรกิจใดเป็น"ธุรกิจควบคุม" ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะเห็นได้ว่าต้องมีการประกอบธุรกิจที่มีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถประกาศได้ หากเพียงแต่พยายามหรือมีแนวโน้มที่จะผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันเท่านั้น คณะกรรมการกลางก็ไม่มีอำนาจในการประกาศได้ ซึ่งในมาตรานี้ทำให้น่าคิดได้ว่าคณะกรรมการกลางต้องประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสมอไปหรือไม่เมื่อมีพฤติการณ์ดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำแล้วจะเห็นได้ว่าใช้คำว่า "...คณะกรรมการกลางมีอำนาจ..." ไม่ได้ใช้คำว่ามีหน้าที่หรือจะต้องประกาศ ดังนั้นแม้จะมีพฤติการณ์เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันจึงทำให้เข้าใจได้ว่าคณะกรรมการอาจใช้อำนาจหรือไม่ใช้ก็ได้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการกลาง ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้มีลักษณะเป็นดุลพินิจเช่นนี้ทำให้มีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกันไป ข้อดีก็คือ ทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเพราะบางอุตสาหกรรมอาจต้องมีการผูกขาดเพื่อให้มีการพัฒนา ซึ่งจะต้องเห็นได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อ

เศรษฐกิจของประเทศโดยรวมจริงๆ เนื่องจากหากไม่มีการผูกขาดแล้วจะไม่มีใครมาประกอบอุตสาหกรรมนั้น ข้อเสียก็คือ หากคณะกรรมการกลางติดตามข้อมูลไม่ทันต่อเหตุการณ์หรือใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมก็อาจทำให้เกิดความเสียหายได้ จะเห็นได้ว่าการกำหนดกลไกเช่นนี้ทำให้กฎหมายในส่วนป้องกันการผูกขาดนี้ไม่อาจใช้บังคับได้โดยทันทีและไม่อาจใช้บังคับได้กับทุกธุรกิจ การประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมก็เช่นเดียวกันกับการประกาศให้เป็นสินค้าควบคุมในส่วนของการกำหนดราคาสินค้าที่ต้องกระทำลงในราชกิจจานุเบกษา ข้อสังเกตประการสุดท้ายอำนาจในการประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมตามมาตรา 31 นี้ ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายฉบับนี้ที่ให้อำนาจคณะกรรมการกลางในการยกเลิกการประกาศเป็นธุรกิจควบคุม ในกรณีหากเห็นว่าไม่สมควรที่จะควบคุมธุรกิจดังกล่าวอีกต่อไป จึงทำให้เห็นได้ว่าการที่กฎหมายประสงค์จะให้มีการยึดหยุ่นโดยใช้กลไกการประกาศเป็นธุรกิจควบคุมดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นเป็นกรณีสงสัยว่าจะมีเจตนารมณ์เช่นนั้นจริงหรือไม่ เพราะเมื่อไม่เห็นความจำเป็นก็ไม่มียกกฎหมายให้อำนาจยกเลิกประกาศที่ได้กระทำไว้แต่ประการใด

4.1.1.2 อำนาจในการประกาศหลักเกณฑ์ในการให้แจ้งราคาขายสินค้า

ตามมาตรา 32 ซึ่งในมาตรานี้กฎหมายกำหนดว่าเมื่อธุรกิจใดถูกประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจะต้องแจ้งราคาขายสินค้าที่ตนเป็นผู้ผลิต หรือจำหน่ายต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาจะเป็นไปตามประกาศกำหนดของคณะกรรมการกลาง ซึ่งจะกำหนดในราชกิจจานุเบกษา การเจตนาฝ่าฝืนหน้าที่นี้มีโทษอาญาเป็นการปรับไม่เกิน 10,000 บาท ตามมาตรา 44 และคณะกรรมการกลางมีอำนาจกำหนดราคาตามที่เห็นสมควรได้ตามมาตรา 33 วรรคสอง

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.1.1.3 อำนาจในการกำหนดราคาตามมาตรา 33

ในกรณีที่ผู้ประกอบการแจ้งราคาขายสินค้า แต่คณะกรรมการกลางเห็นว่าไม่เหมาะสมโดยมีหลักในการพิจารณาราคาคด้วยการคำนึงถึงต้นทุนค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสมแล้ว คณะกรรมการกลางมีอำนาจกำหนดราคาตามที่เห็นสมควรได้ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รับแจ้ง การกำหนดราคาของคณะกรรมการกลางตามมาตรา 33 นี้เป็นการแทรกแซงของรัฐต่อธุรกรรมเอกชน ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังรอบคอบเป็นอย่างยิ่งเพราะหากกำหนดไม่เหมาะสมตรงต่อความเป็นไปของกลไกตลาด จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่หากกำหนดได้ตรงต่อกลไกและสภาพตลาด ก็จะทำให้กลไกตลาดดำเนินไปได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งหากมีการกำหนดราคาตามมาตรา 33 แล้วผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมจำหน่ายสินค้าเกินราคา ก็จะมีผลต้องได้รับโทษตามมาตรา 34, 46 ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ข้อยกเว้นก็คือคณะกรรมการกลางอนุญาตและกำหนดราคาขึ้นใหม่ก็จะทำให้สามารถขายสินค้าเกินราคาตามมาตรา 33 ได้ ข้อพิจารณาในอำนาจตามมาตรา 33 นี้ก็คือราคาสินค้าในตลาดมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาและขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายปัจจัย ดังนั้นไม่ว่าจะกำหนดให้ตายตัวตลอดไปได้แต่ในมาตรา 33, 34 นี้ ไม่มีบทบัญญัติให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนเป็นครั้งคราวให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจ โดยคำนึงถึงต้นทุนค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสมรวมทั้งผลกระทบต่อการลงทุนในการขยายกำลังการผลิตในระยะต่อไปด้วย เช่นเดียวกับกับกฎหมายในส่วนกำหนดราคาสินค้ามาตรา 24 วรรคท้ายบัญญัติไว้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.1.1.4 อำนาจในการประกาศข้อห้ามตามมาตรา 38

ซึ่งข้อห้ามตามมาตรา 38 นี้ คณะกรรมการกลางสามารถกระทำได้โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาและหากผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวด้วยการกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ลูกค้าของตนต้องจำกัดการผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น เช่น ข้อตกลงผูกมัด (Tying Agreements) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่คู่สินค้าขายผลิตภัณฑ์ชนิดหนึ่งให้ผู้ซื้อ แต่ในเงื่อนไขของการขายจะมีว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อผลิตภัณฑ์อื่นด้วยหรืออย่างน้อยต้องตกลงว่าจะไม่ซื้อผลิตภัณฑ์จากผู้ผลิตรายอื่น ซึ่งข้อตกลงนี้ถือเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ซื้อที่จะซื้อผลิตภัณฑ์จากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่ของผู้ขาย หรือที่ผู้ขายกำหนด นอกจากนี้การตกลงดังกล่าวเป็นการปฏิเสธคู่แข่งที่จะมีเสรีภาพในการเข้าสู่ตลาด สำหรับประเภทผลิตภัณฑ์ที่ผูกมัดไม่ใช่เพราะว่าผู้ขายกำหนดข้อเรียกร้องในการผูกมัดที่มีผลิตภัณฑ์ที่ดีกว่าหรือในราคาต่ำกว่า แต่เป็นเพราะอำนาจของตัวเอง¹ ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าวจึงมีลักษณะที่พยายามสร้างอำนาจผูกขาดหรือใช้อำนาจผูกขาดเพื่อประโยชน์ของตนและกีดกันผู้อื่น ทำให้กลไกตลาดถูกทำลายซึ่งจำเป็นอย่างไรที่จะไม่ให้เกิดข้อตกลงเช่นนี้ในตลาด กฎหมายจึงกำหนดว่าหากฝ่าฝืนข้อห้ามโดยตกลงในลักษณะนี้จะมี ความผิด โดยจะมีโทษตามมาตรา 46 ที่จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาทหรือทั้งจำ ทั้งปรับ อย่างไรก็ตาม การจะเป็นความผิดตามมาตรา 38 นี้ จะต้องมีการประกาศข้อห้ามของคณะกรรมการกลางในราชกิจจานุเบกษาเสียก่อน และ ที่สำคัญเป็นการกระทำฝ่าฝืนข้อห้าม โดยผู้ประกอบการ "ธุรกิจควบคุม" เท่านั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ Section of Antitrust Law of The American Bar Association, Antitrust Law Development(Second),(U.S.A.:ABA Press,1984),p.75-76

4.1.1.5 อำนาจในการสั่งจ่ายเงินสินบน (นำจับ) และเงินรางวัล (แก่ผู้จับ)

ตามมาตรา 40 วรรคท้าย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการจับของกลางได้แต่ไม่ปรากฏตัวผู้กระทำความผิด การสั่งจ่ายเงินดังกล่าว เป็นการจ่ายจากจำนวนเงินสุทธิค่าขายของกลางที่ตกเป็นของแผ่นดินตามระเบียบที่คณะกรรมการกลางกำหนด ซึ่งอำนาจนี้คณะกรรมการส่วนจังหวัดก็มีได้เช่นกัน ตามมาตรา 10(1) การให้เงินสินบนและเงินรางวัลแก่ผู้นำจับและผู้จับนี้เป็นสิ่งจูงใจให้มีการบังคับตามกฎหมายฉบับนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ต้องเป็นการจับของกลางได้โดยไม่มีปรากฏตัวผู้กระทำความผิด คณะกรรมการจึงมีอำนาจตามมาตรา 40 วรรคท้ายนี้

4.1.1.6 อำนาจเข้าควบคุมหรือดำเนินการ

เพื่อให้การผลิตหรือจำหน่ายสินค้ามีเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน
(มาตรา 8(2))

4.1.1.7 อำนาจพิจารณาเรื่องราว

ที่บุคคลใดร้องว่าได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหายเนื่องจากการกระทำอันมีผลกระทบกระเทือนต่อราคาหรือเนื่องจากการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ (มาตรา 8)

4.1.1.8 อำนาจเชิญบุคคลใด

มาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำ หรือความเห็น (มาตรา 8(4))

อำนาจในข้อ 4.1.1.6.-4.1.1.8. คณะกรรมการส่วนจังหวัดก็มีเช่นกันตามมาตรา 10(2) - (4) และยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการกลางอีกด้วยตามมาตรา 10(5)

4.1.2. โครงสร้างของความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

4.1.2.1 บทบัญญัติที่มีลักษณะห้ามมิให้กระทำ

4.1.2.1.1 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจำหน่ายราคาสินค้าเกินราคาที่คณะกรรมการกลางกำหนดเว้นแต่จะได้รับอนุญาต (มาตรา 34)

4.1.2.1.2 ห้ามมิให้ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น โดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในการประกอบธุรกิจ ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1.) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกันทั่วราชอาณาจักร
- 2.) กำหนดราคาขายสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน
- 3.) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจำหน่ายสินค้าได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายให้ได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้านั้นแข่งขัน
- 4.) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าได้หรือกำหนดผู้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าได้
- 5.) กำหนดราคาสินค้าเป็นรายเดียวกัน หรือกคราคาซื้อสินค้าให้ตกต่ำลงหรือจำกัดปริมาณการซื้อสินค้า
- 6.) กำหนดปริมาณของสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อหรือจำหน่ายเพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- 7.) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือจำหน่ายสินค้าเพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- 8.) ลดคุณภาพของสินค้าให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต หรือจำหน่าย โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- 9.) รวมธุรกิจเข้าด้วยกัน หรือรวมการอำนวยความสะดวก หรือการควบคุมนโยบาย และการบริหารธุรกิจ

10.) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครองตลาดหรือควบคุม

ตลาด (มาตรา 35)

4.1.2.1.3 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมระงับ ลด หรือจำกัดการผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักร ทำลาย หรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด (มาตรา 36)

4.1.2.1.4 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการใด ๆ อันเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น หรือกระทำการใด ๆ เพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องเลิกสัมภาระประกอบธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ (มาตรา 37)

4.1.2.1.5 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขฝ่าฝืนข้อห้ามตามที่คณะกรรมการกลางกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในลักษณะเป็นการบังคับให้ลูกค้าของต้องจำกัดการผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น (มาตรา 38)

4.1.2.2 บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ

4.1.2.2.1 ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งราคาขายสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาที่คณะกรรมการกลางประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา 32)

4.1.2.2.2 ในกรณีที่คณะกรรมการกลางเห็นว่าราคาที่แจ้งตามข้อ 4.1.2.2.1 ไม่เหมาะสมโดยคำนึงถึงต้นทุน ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายและอัตรากำไรที่เหมาะสมแล้ว ให้คณะกรรมการกลางมีอำนาจกำหนดราคาตามที่เห็นสมควรได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ถ้าคณะกรรมการกลางมิได้กำหนดราคาภายในระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าราคาที่แจ้งตามข้อ 4.1.2.2.1 เป็นราคาที่คณะกรรมการกลางกำหนด

ในการที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งราคาขายสินค้าตามข้อ 4.1.2.2.1 คณะกรรมการกลางมีอำนาจกำหนดตามที่เห็นสมควร และให้ถือว่าราคาที่กำหนดนี้เป็นราคาที่คณะกรรมการกำหนด (มาตรา 33)

4.1.2.3. บทลงโทษ

4.1.2.3.1 ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อ 4.1.2.2.1 มีโทษทางอาญา ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท (มาตรา 44)

4.1.2.3.2 ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อ 4.1.2.1.2 ข้อ 4.1.2.1.4 มีโทษทางอาญาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 45)

4.1.2.3.3 ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อ 4.1.2.1.1, 4.1.2.1.3, 4.1.2.1.5 มีโทษทางอาญาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 46)

4.1.2.4 คดีเลิกกัน

กรณีความผิดซึ่งมีโทษปรับสถานเดียว (ข้อ 4.1.2.3.1) ให้เลขาธิการสำหรับกรุงเทพมหานคร หรือประธานคณะกรรมการส่วนจังหวัด สำหรับจังหวัดอื่นมีอำนาจเปรียบเทียบได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายใน 15 วัน คดีเป็นอันเลิกกัน (มาตรา 48) ซึ่งจะมีผลให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปไม่สามารถนำคดีอาญามาฟ้องได้อีกตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37(4), 39(2)

4.1.2.5 การบัญญัติเอาผิดต่อผู้แทนนิติบุคคล

เนื่องจากการกระทำความผิดมักจะเป็นการที่หน่วยธุรกิจกระทำ ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงบัญญัติเอาผิดไว้ว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการผู้จัดการ หรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย (มาตรา 47)

จากบทบัญญัติที่กล่าวมานี้โดยปกติหากเป็นความผิดที่โดยสภาพบุคคลธรรมดาสามารถร่วมกันทำความผิดกับนิติบุคคลได้ก็จะนำหลัก "ตัวการ" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 มาปรับกับคดี เช่น ผู้ส่งจ่ายเช็คที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิดตาม พ.ร.บ. เช็คฯ ก็อาจถือว่าเป็นตัวการร่วมกับนิติบุคคลได้ แต่บางกรณีพิจารณาหาก กฎหมายจึงบัญญัติให้มีความผิด ซึ่งเป็นกฎหมายที่ค่อนข้างทันสมัย โดยให้ผู้ถูกกล่าวหาภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ว่าตนมิได้รู้หรือยินยอมด้วยซึ่งเหมาะสมกับหลักของกฎหมายเศรษฐกิจ เพราะเหตุว่าบางครั้งไม่สามารถพิจารณาเห็นได้ในรูปธรรม การจะสืบพยานเอาผิดแก่บุคคลผู้ร่วมกระทำความผิดจึงอาจไปไม่ถึง แต่การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นจะทำให้สามารถปราบปราม และกำจัดการผูกขาดทางการได้ทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม โครงสร้างความคิดนี้จะไม่ผลใช้บังคับเลย หากธุรกิจที่มีพฤติกรรมเข้าองค์ประกอบความผิดนั้นๆ ไม่ได้ถูกคณะกรรมการกลางใช้อำนาจตามมาตรา 31 ด้วยการประกาศให้เป็น "ธุรกิจควบคุม" เสียก่อน

สรุป

เมื่อวิเคราะห์พระราชบัญญัติฉบับนี้ในส่วนของการป้องกันการผูกขาดโดยตลอดแล้วสามารถสรุปมีหลักการที่ต้องพิจารณาสำคัญอยู่ 2 หลักการคือ

1. องค์การในการบังคับใช้

ก็คือคณะกรรมการกลางซึ่งตามมาตรา 7 จะเห็นได้ที่เกิดจากการแต่งตั้งของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นข้าราชการการเมือง แม้จะมีผู้ทรงคุณวุฒิจากราชการและเอกชนแต่ก็ไม่อาจถูกปฏิเสธได้ว่าเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงโดยข้าราชการการเมืองได้ ซึ่งความเป็นอิสระจะทำให้มีประสิทธิภาพในการใช้อำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย เมื่อไม่อาจทำหน้าที่ได้อย่างอิสระเสียแล้ว ทิศทางการบังคับใช้ก็อาจเป็นไปได้โดยนโยบายของผู้ครอบงำ หรือเป็นไปได้โดยเหตุผลอื่นที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมได้ ถึงแม้จะมีความเป็นอิสระก็จะพบกับข้อขัดข้องในกลไกของการดำเนินการบังคับใช้เนื่องจาก มาตรา 22 ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเพียงพนักงานสืบสวนเท่านั้น (พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ) ซึ่งมีอำนาจสืบสวนจับกุมปราบปรามผู้กระทำความผิดแต่ไม่มีอำนาจสอบสวนผู้กระทำความผิด ไม่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ หรือฟ้องคดีกับผู้กระทำความผิดแทนรัฐ ใน

กลไกเช่นนั้นจะทำให้การบังคับใช้เป็นไปได้และไม่ต่อเนื่องอันอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายระดับท้องถิ่นที่พนักงานสอบสวนเท่านั้น หากพนักงานสอบสวนไม่มีความรู้ความชำนาญในด้านกฎหมายเศรษฐกิจเช่นนี้ อีกทั้งหากพนักงานเจ้าหน้าที่มีจำนวนน้อยงบประมาณไม่เพียงพอก็อาจจะทำให้การสืบสวนข้อเท็จจริงเป็นไปได้โดยไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้โดยรัฐเป็นไปได้โดยยากยิ่งขึ้น และไม่สมเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งในต่างประเทศจะมีมาตรการเสริมเพื่อช่วยเหลือรัฐในการสืบสวนและปราบปรามการผูกขาดทางการค้า นั่นคือ กำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำผูกขาดได้ ซึ่งกฎหมายของไทยไม่มีมาตรการเช่นนี้เนื่องจากมุ่งเน้นในด้านการบังคับโดยรัฐแต่อย่างเดียว

2. กลไกในการบังคับใช้

กฎหมายฉบับนี้เป็นการห้ามกระทำการ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่เป็นความผิดได้ห้ามไว้หากฝ่าฝืนจะมีความผิดและถูกลงโทษ จึงเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่มุ่งควบคุมโครงสร้างมากกว่าควบคุมการกระทำ แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการห้ามกระทำการในลักษณะทั่วไป และบัญญัติความผิดเฉพาะเรื่องไว้ ส่วนกฎหมายของไทยไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามกระทำการอันจะบังคับใช้ได้ทั่วไปทันที เพราะมีกลไกของการประกาศเป็น "ธุรกิจควบคุม" ก่อนที่จะมีการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของการป้องกันการผูกขาด ไม่อาจมีการบังคับใช้ได้เพราะคณะกรรมการกลางต้องประกาศเสียก่อนซึ่งการจะประกาศหรือไม่ก็เป็นดุลพินิจอีกดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

บทบัญญัติของกฎหมายที่จะให้เป็นความผิดก็จะต้องมีการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจควบคุม และในมาตรา 35 จะเป็นความผิดก็เฉพาะมีการร่วมกันกระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจควบคุม ซึ่งทำให้การบังคับใช้แคบและไม่อาจป้องกันการผูกขาดในลักษณะอื่นที่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติได้

อย่างไรก็ตามการที่คณะกรรมการกลางไม่ได้ประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อนนี้เป็นแต่เพียงเทคนิคในการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายฉบับนี้ในส่วนสารบัญญัติก็คือบทบัญญัติห้ามมิให้กระทำการนั้น แม้จะไม่มีประกาศของคณะกรรมการกลางให้เป็นธุรกิจควบคุม ก็ทำให้การกระทำที่มีลักษณะผูกขาดทางการค้าอันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติห้ามกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำไม่ ดังนั้นหากกระทำการเข้าลักษณะที่บทบัญญัติห้ามกระทำ

เช่นการกระทำตามมาตรา 35 เป็นต้น ข้อมติได้ว่าผู้กระทำได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดทางการค้าซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้

บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้มีเครื่องมือในการบังคับใช้ คือ ความคิดอาญา ซึ่งโดยสภาพโทษทางอาญาไม่อาจแก้ไขและป้องกันการผูกขาดได้ เช่นการลงโทษในกฎหมายให้ลงโทษผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคลก็สามารถลงโทษปรับเท่านั้น ซึ่งผู้ประกอบการที่ผูกขาดมีผลกำไรมากกว่าค่าปรับหลายเท่าจึงไม่เกรงกลัวต่อโทษดังกล่าว จึงมีการปรับผู้ประกอบการที่ผูกขาดก็ยังคงอยู่ไม่สลายไปและไม่มีการห้ามไม่ให้ผูกขาดต่อไปแต่อย่างใด ถึงแม้กฎหมายจะผลักระการพิสูจน์ในเรื่องให้ผู้แทนนิติบุคคลร่วมรับผิดชอบและแม้จะได้รับความว่าผู้แทนต้องรับผิดชอบ ก็อาจจะไม่ใช่ตัวการที่แท้จริงแต่เป็นลูกจ้างที่ถูกเขี่ยขึ้นมาเพื่อมารับผิดแทนก็ได้ซึ่งไม่อาจทำให้การผูกขาดลดลงหรือหมดไปแต่อย่างใด เป็นต้น

การที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความคิดอาญาเช่นนี้ก็จะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาและใช้บังคับในการดำเนินคดีอาญามาบังคับใช้เช่นต้องนำสืบให้ปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง (Beyond Reasonable Doubt) ซึ่งความผิดทางเศรษฐกิจยากที่จะนำสืบถึงขนาดนี้ได้หรือการตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด เป็นต้น

4.2. ความรับผิดภายใต้กฎหมายลักษณะละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้า

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนไปแล้วในหัวข้อก่อน แต่การกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น ก็หาใช่จะเป็นเรื่องของประโยชน์มหาชนแต่เพียงอย่างเดียวเพราะการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นการกระทำของหน่วยธุรกิจที่เป็นเอกชนด้วยกันเองในตลาด ดังนั้นการกระทำดังกล่าวอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการแข่งขันทางการค้าของเอกชนด้วยกันได้ จึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายเอกชนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันประกอบด้วยว่า หากมีการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าแล้ว จะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเอกชนอันจะก่อให้เกิดผู้กระทำมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อเอกชนด้วยกันเพียงใด ซึ่งในกรณีนี้ จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด

4.2.1. ความรับผิดชอบลักษณะละเมิดตามมาตรา 420

การกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น เป็นความผิดละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือไม่ มาตรา 420 ดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึง ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

บทบัญญัติมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก²

เมื่อพิจารณามาตรา 420 แล้วสามารถกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญที่จะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยทั่วไปตามมาตรานี้ดังต่อไปนี้³

- 1.) มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย
- 2.) เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 3.) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น
- 4.) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ละเมิด(มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation))

² สุขุม สุภนิตย์, ถ้อยอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธินการพิมพ์, พ.ศ.2537), หน้า 13.

³ จิตติ ดิงศภัทย์, ถ้อยอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, พ.ศ.2526), หน้า 172.

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 420 ของไทย สามารถอธิบายได้พอสังเขปดังนี้

1.) หลักเกณฑ์ที่ 1 มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

ในศัพท์ภาษาไทยเขียนว่า "ผิดกฎหมาย" แต่ในศัพท์ภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า "unlawful" หรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีความหมายเพียงว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนปทัสถานทางกฎหมาย (Legal Norm) ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าผิดกฎหมาย⁴ เพราะละเมิดเป็นความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่งไม่ใช่ความผิดของบุคคลในทางอาญาที่จะต้องมีการกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และต้องได้รับโทษ อย่างไรก็ตามแม้คำว่าผิดกฎหมายจะไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายว่าเป็นความผิดก็ตามแต่บุคคลกระทำความผิดอาญาอาจจะถือว่ากระทำผิดกฎหมายตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ด้วยเพราะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนปทัสถานทางกฎหมายแล้ว การกระทำผิดกฎหมายนี้คือการที่บุคคลใดมีหน้าที่ต้องไม่กระทำการล่วงละเมิดผู้อื่นแต่ฝ่าฝืนกระทำการล่วงละเมิดผู้อื่น โดยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้

2.) หลักเกณฑ์ที่ 2 เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การที่บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดบุคคลนั้นต้องมี การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

"จงใจ" หมายความว่ากระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนแต่ไม่ถึงขนาดที่ต้องรู้ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด การกระทำโดยจงใจมีความหมายกว้างกว่าการกระทำโดยเจตนาในทางอาญาที่ต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลนั้น เพราะจงใจแม้ไม่ได้มุ่งหมายต่อผลอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแต่รู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็เป็นจงใจได้แล้ว⁵

⁴ B.S.Markesinis , A Comparative to The German Law of Torts , 3rd ed., (London : Clarendon Press - Oxford, 1994), p.35.

⁵ จิตติ ดิงศรัทธี , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, หน้า 178-179.

"ประมาทเลินเล่อ" หมายความว่า การกระทำโดยไม่ตั้งใจแต่ไม่ใช่ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระวังจะไม่กระทำด้วย ส่วนระดับของระวังที่จะนำมาสมมุติเปรียบเทียบนั้นจะสมมุติบุคคลเฉพาะสภาพภายนอกตัวผู้กระทำ ความเสียหายเท่านั้น จะไม่นำเอาสภาพภายในเช่นความรู้สึกในใจของผู้กระทำความเสียหายมาสมมุติเปรียบเทียบเพื่อทราบระดับของความระวังแต่อย่างใด⁶

3.) หลักเกณฑ์ที่ 3 มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

การกระทำละเมิดหากไม่เกิดความเสียหายแล้วย่อมไม่ก่อหนี้ให้แก่ผู้กระทำที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกระทำละเมิดแต่อย่างใด สาเหตุที่วางหลักในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไว้เช่นนี้ เพราะละเมิดผิดกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา โดยละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งไปในทางใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ใช่ลงโทษอาญาแก่ผู้ละเมิด นอกจากนี้ความเสียหายจะต้องได้แก่โจทก์โดยเฉพาะและจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนด้วย⁷ ซึ่งหากเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้วไม่ว่าจะสามารถคำนวณราคาเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณราคาเป็นเงินได้ อีกทั้งไม่ว่าจะเป็นความเสียหายในปัจจุบันหรือในอนาคตที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นได้ ย่อมถือว่าเป็นความเสียหายที่ก่อหนี้ให้ผู้กระทำมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดทั้งนั้น⁸ ความเสียหายอีกประเภทที่น่าสนใจคือ ความเสียหายในทางเศรษฐกิจ สำหรับศาลไทยก็วินิจฉัยให้จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เช่นเดียวกับที่ศาลเยอรมันเคยตัดสินไว้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 เช่นกรณีที่จำเลยวางแผนกีดกันมิให้โจทก์ได้เข้าประมูล ด้วยการแข่งของประกวดราคาที่โจทก์เสนอต่อคณะกรรมการประกวดราคาทำให้โจทก์ไม่ได้ยื่นซองประกวดราคาต่อคณะกรรมการประกวดราคา โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายที่ขาดกำไรอันควรได้จากจำเลยได้(คำพิพากษาฎีกาที่935/2518), โจทก์เรียกค่าเสียหายเนื่องจากรายได้ลดลงอันเป็นเหตุมาจากการหมิ่นประมาทของจำเลยได้(คำพิพากษาฎีกาที่ 1898/2522) เป็นต้น

⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, พ.ศ.2539), หน้า 123-125.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-72

⁸ จิตติ ดิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452, หน้า 192

นอกจากละเมิดจะต้องมีความเสียหายแล้วความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายต่อสิ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 นั่นก็คือ เกิดความเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี การก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต, ร่างกาย, อนามัย, เสรีภาพและทรัพย์สิน จะเห็นได้อย่างชัดเจน สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือ การทำความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งหรือที่ภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Other Right" ตามมาตรา 420 นี้จะมีความหมายเพียงใด

สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง มิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย⁹ ซึ่งเมื่อบุคคลใดมีสิทธิแล้วย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป ด้วยหน้าที่ดังกล่าวก็คือ หน้าที่ในการที่ไม่รบกวนขัดขวางต่อสิทธิ หรือหน้าที่ที่จะกระทำหรืองดเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามสิทธินั่นเอง เมื่อทราบความหมายของคำว่าสิทธิแล้ว ยังต้องทราบต่อไปว่าสิทธิทุกประเภทหรือไม่ที่มาตรา 420 นี้รับรองคุ้มครองว่าหากล่วงสิทธิแล้วจะเกิดความรับผิดเพื่อละเมิด ในทางทฤษฎีแล้ว มีการแบ่งสิทธิออกเป็น 3 ประเภท¹⁰ ดังต่อไปนี้

ก. สิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) สิทธินี้ได้แก่ สิทธิที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าของสิทธิที่จะเกี่ยวข้องกับบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เช่น ลิขสิทธิ์ โดยที่คิดกันมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง สิทธินี้มีผลต่อบุคคลทุกคนในโลก

ข. สิทธิสัมพัทธ์ (Relative Rights) หรือสิทธิเรียกร้องที่ให้อำนาจผู้ทรงสิทธิในการที่จะเรียกร้องจากบุคคลอื่นที่กระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

ค. สิทธิก่อตั้ง เป็นสิทธิที่จะก่อตั้งเปลี่ยนแปลงสิทธิได้แต่ฝ่ายเดียว เช่น โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือการก่อตั้ง เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิสภาพของสิทธิเป็นกรณีใช้สิทธิโดยตรงและฝ่ายเดียวก็ทำให้เกิดผลในกฎหมาย

⁹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์และทำปกเจริญผล, พ.ศ. 2535), หน้า 218

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 232-234.

ข้อพิจารณาก็คือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 420 นี้จะหมายความถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้นหรือหมายความถึงสิทธิสัมพัทธ์ด้วย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรา 420 นี้มีต้นร่างมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก ซึ่งกฎหมายเยอรมันดังกล่าวมีนักกฎหมายให้ความหมายของสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนี้ไว้ว่า กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) เท่านั้น ส่วนสิทธิสัมพัทธ์หากจะมีการคุ้มครองก็ไม่ใช่มาตรานี้ แต่อาจจะเป็นมาตรา 826(มาตรา 826 ไม่มีบัญญัติในกฎหมายไทยโดยตรง)¹¹ สาเหตุก็เพราะกฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติอธิบายหลักการทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไว้ถึง 2 มาตรา โดยที่กฎหมายไทยนำคำอธิบายหลักดังกล่าวมาเพียงมาตราเดียวเท่านั้น ดังนั้น ในกฎหมายไทยจึงอธิบายว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ตามมาตรา 420 นี้หมายถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น¹² เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อย่างไรก็ตามในประเด็นว่า คำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นแต่เฉพาะ "สิทธิเด็ดขาด" เท่านั้นหรือไม่ ยังมีความเห็นอีกความเห็นหนึ่งว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทยจะมีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 วรรคแรกแต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ยังมีการบัญญัติถึงการละเมิดต่อสิทธิอื่นๆ ไปด้วย เช่น มาตรา 824, 826 ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทยไม่ได้นำมาตราดังกล่าวมาบัญญัติไว้ ดังนั้น คำว่า "สิทธิอื่นใด" ควรหมายความถึงการทำให้เสียหายต่อสิทธิทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ได้ โดยไม่จำกัดเฉพาะสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น แม้สิทธิสัมพัทธ์เองหากบุคคลภายนอกกระทำการล่วงสิทธิสัมพัทธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว บุคคลภายนอกผู้นั้นย่อมมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 420 ของไทยนี้ได้¹³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยร่วมกับพวกในการนัดหยุดงานปิดล้อมสนามบินและบีบบังคับให้สายการบินเลิกสัญญาจ้างกับโจทก์ ถ้าโจทก์ไม่เลิกสัญญาก็จะไม่ยอมเลิกปิดล้อมและไม่ยอมให้เครื่องบินเดินทางต่อไปนั้น การบีบบังคับให้เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹ E.J. Cohn, *Manual of German Law*(Volume I), (London : Oceana Publications, Inc., 1968), p.155.

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, หน้า 193.

¹³ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 30-31.

กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายทำให้โจทก์เสียหายจึงเป็นการละเมิด จำเลยต้องใช้ค่าสินไหม-
ทดแทนเพื่อการละเมิดนั้นแม้โจทก์จะขาดทุนอยู่ที่ก็ตาม

ดังนั้นการกระทำของบุคคลภายนอกที่ล่วงต่อสิทธิสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาซึ่งหากเป็น
คดีที่ขึ้นศาลเยอรมันแล้วย่อมจะ ไม่มีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 823 วรรคแรก แต่เป็นมาตรา
826 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่เมื่อพิจารณาตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายที่
เป็นความเห็นที่สองดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นที่สองว่าสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งจะแปล
ความแคบไม่ได้เพราะมาตรา 420 เป็นบทบัญญัติเดียวที่อธิบายความรับผิดชอบเพื่อละเมิด จึงต้องตี
ความให้คลุมการล่วงสิทธิทั้งหลายไว้ด้วย เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยไม่ได้
นำหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาบัญญัติทั้งหมด จึงมีแต่มาตรา 420 ที่เป็นบททั่วไป
ของความรับผิดชอบลักษณะละเมิด ดังนั้นจะต้องตีความให้สามารถใช้ได้กับการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ทุก
ประเภท อีกทั้งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการบัญญัติความรับ
ผิดเพื่อละเมิดไว้ที่เป็นบททั่วไป ในมาตรา 1382 ความว่า"การกระทำใด ๆ ของมนุษย์อันเป็นเหตุ
ทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ไซร์ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ทด
แทนความเสียหาย"¹⁴ ซึ่งมีการตีความมาตรา 1382 ไว้อย่างกว้างขวางเช่นกันว่าหากมีบุคคลภายนอก
กระทำผิดเกิดขึ้นทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาไม่อาจปฏิบัติได้ ย่อมมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้¹⁵
ดังนั้นคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 นี้ จึงหมายถึง
สิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้โดยไม่สมควรที่จะมีการแบ่งแยกว่าเป็นเฉพาะสิทธิเด็ดขาด
เท่านั้น สิทธิสัมพันธ์ก็อาจถูกกระทำละเมิดได้

แต่ควรเข้าใจด้วยการผิดสัญญาโดยคู่สัญญานั้น ไม่เป็นละเมิดตราบเท่าที่การกระทำนั้น
มิได้มีผลเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิตามสัญญาจะถูกทำให้เสียหายจนเป็น
การละเมิดต่อ "สิทธิ" ของผู้อื่น จะต้องเป็นการกระทำของบุคคลอื่นที่มีใช้คู่สัญญากับผู้กระทำ

4.) หลักเกณฑ์ที่ 4 ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด

ข้อนี้นับว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่า บุคคลผู้กระทำละเมิดจะ
ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกระทำละเมิดหรือไม่และจะต้องรับผิดชอบเพียงใด เพราะหากความ

¹⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 69.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

เสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดแล้ว ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะต้องให้เขารับผิดเนื่องจากมาตรา 420 นี้เป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของตัวเอง ดังนั้น ความเสียหายนั้นจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของตัวผู้ทำละเมิดเอง

ในทางทฤษฎีมีหลักในการช่วยวินิจฉัยความรับผิดเพื่อละเมิดว่าจะเกิดผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิดหรือไม่อยู่ 2 ทฤษฎี

ก. ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข ถือว่าหากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกล่ามถามแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดจากการ กระทำที่ถูกล่ามถามโดยถือว่าเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แม้จะมีหลายเหตุแต่ก็มีน้ำหนักเท่าเทียมกันทุก ๆ เหตุ¹⁶

ข. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ในบรรดาหลายๆเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นผู้ถูกล่ามถามจะต้องรับผิดชอบก็แต่เฉพาะเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้น¹⁷

เกี่ยวกับการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลไทยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในเบื้องต้นว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการทำละเมิดหรือไม่อย่างไรก็ตามความเสียหายนั้นจะต้องไม่ไกลกว่าเหตุกล่าวคือไม่มีเหตุแทรกแซงอื่นมาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลขาดตอนลง¹⁸ หรือ อาจกล่าวได้ว่าศาลไทยใช้ทฤษฎี 2 ทฤษฎีที่กล่าวข้างต้นผสมกัน โดยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในเบื้องต้นและใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมในการวินิจฉัยว่าผลสุดท้ายนั้นเป็นผลที่ตามปกติสามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำเช่นนั้นหรือไม่เช่น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶2 Mazeaud no. 1440 p.357,อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452,หน้า 212

¹⁷2 Mazeaud no.1441 p.358,อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน,หน้า 212

¹⁸ศักดิ์ สนองชาติ,คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2,(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์,พ.ศ.2527),หน้า 137.

คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2525 โจทก์นำเช็คเข้าบัญชีเพื่อให้ธนาคารจ่ายเรียกเก็บเงิน จำเลยมิได้เรียกเก็บเงินและมีได้คืนเช็คหรือแจ้งเหตุขัดข้องให้โจทก์ทราบ ทำให้โจทก์ไม่อาจจะเรียกร้องเงินตามเช็คนั้นได้ เป็นละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1358-1369/2506 สามมีโจทก์กระโดดน้ำตายเพราะจำเลยบอกเลิกสัญญาเช่า เป็นการกระทำของสามมีโจทก์ จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1436/2511 จำเลยขับรถชนด้วยความประมาทชนเสาไม้ที่ปักริมทางแฉลบจะไปชนเสาไฟฟ้าอย่างแรงอันเป็นการหวาดเสียวและใกล้อันตราย ดังนี้ การที่ผู้ตายโผล่ลงจากรถในระยะกระชั้นชิดกับที่รถจะชนเสาไฟฟ้าเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้าและถึงแก่กรรมความตาย ถือว่าเป็นผลอันใกล้ชิดกับเหตุที่จำเลยขับรถด้วยความประมาทจำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่าศาลพิจารณาว่าหากไม่เกิดการกระทำของจำเลยแล้วโจทก์จะได้รับความเสียหายหรือไม่เป็นประการแรก และเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการกระทำของจำเลยจึงทำให้โจทก์เสียหาย ศาลก็จะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องเนื่องใกล้ชิดกับความเสียหายของโจทก์หรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ไกลกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับกล่าวคือความเสียหายไม่ได้เกิดจากผลตามปกติจากการกระทำของจำเลย ย่อมไม่ถือว่าจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์

4.2.2. การแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรมเป็นสิทธิ หรือไม่

ในทวีปยุโรปมีการพัฒนาการเกี่ยวกับการแข่งขันโดยเสรีเป็นเวลานาน เช่น ในประเทศฝรั่งเศสนั้นเรียกว่า “หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า” ซึ่งมีการพัฒนาการมาตั้งแต่ก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรมเมื่อปีค.ศ.1789ซึ่งมีการจัดตั้งสมาคมทางการค้าหรือการรวมตัวกันของผู้ประกอบการในลักษณะต่าง ๆ มากมาย ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาเมธีหลายท่านแสดงความคิดเห็นคัดค้านปรากฏการณ์ดังกล่าวและพยายามเสนอแนวความคิดในเรื่องการประกอบการและการขนส่งสินค้าอย่างเสรีที่เรียกว่า “Laissez Faire,Laissez Passer” แต่ว่าการปรับเปลี่ยนทางเศรษฐกิจยังไม่เกิดขึ้นในยุคนี้

หลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม แม้ว่าในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 จะไม่ได้ระบุถึงเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมไว้โดยแจ้งชัด แต่ก็มีกรอบรับเสรี

ภาพดังกล่าวโดยพฤตินัยเพราะในทรรณะของผู้ร่างคำประกาศดังกล่าว เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมย่อมมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพทั่วไปของพลเมืองอยู่แล้ว

เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า ได้มีการกำหนดในบทบัญญัติกฎหมายแจ้งชัดในปี ค.ศ. 1791 ในกฎหมายภายในฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “Decret d Allard” ว่า “นับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายนของปีต่อไป บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมของวิชาชีพทุกประเภท ศิลปกรรมหรือช่างฝีมือ ที่ผู้นั้นเห็นว่าเหมาะสมตรงตามความต้องการของตน โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตสำหรับการนั้นเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานใด” และมีการยืนยันหลักการดังกล่าวในกฎหมายอีกหลายฉบับ จนกระทั่งมีการรับรองหลักการเช่นนี้ในรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นในปีที่สามของการปฏิวัติว่า “จะต้องไม่มีสิทธิพิเศษ ไม่มีการควบคุม ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ สำหรับเสรีภาพในการประกอบการอุตสาหกรรมและศิลปกรรมในทุกรูปแบบ” ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1848รับรองว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าว “รับประกันแก่พลเมืองทุกคนในสิทธิในการทำงานและการประกอบอุตสาหกรรม” จึงอาจกล่าวได้ว่า เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้านับได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพพื้นฐานของประชาชน”¹⁹ นอกจากนี้เสรีภาพดังกล่าวยังได้รับการยอมรับด้วยว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่นำมาตีความใช้บังคับได้กับทุกกรณีในการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐ โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อีกด้วย²⁰ ต่อมาตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ามีค่าบังคับในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญและไม่อาจถูกล่วงละเมิดโดยกฎหมายธรรมดาได้” โดยได้วินิจฉัยต่อมาว่า “...ดังนั้นเสรีภาพที่กล่าวถึงนี้จะไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้าหากว่ามีข้อจำกัดใดๆ ที่เป็นไปตามอำเภอใจ หรือ เกินขอบเขตมาัดรอนเสรีภาพในการประกอบการไปเสีย” สาเหตุที่ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้นเพราะหลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ามีความมุ่งหมายที่จะปกป้องระบบเศรษฐกิจทั้งหมดในลักษณะเป็นการทั่วไป

¹⁹ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์ 24(กันยายน 2537):586-589

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 590

หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ามีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการคือหลักเสรีภาพในการประกอบการและหลักการแข่งขันเสรีซึ่งเป็นการรับรองเสรีภาพในการประกอบการแข่งขันกับบุคคลอื่น โดยจะต้องไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบในกระบวนการแข่งขันนั้น²¹

ในประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ได้มีการบัญญัติรองรับสิทธิในทางอุตสาหกรรมและการค้าในรัฐธรรมนูญในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐาน มาตรา 2(1) ที่บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองโดยจะต้องไม่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือกระทำการฝ่าฝืนต่อคำสั่งบังคับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมายศีลธรรม”

ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้แม้ถ้อยคำจะมีลักษณะจำกัดและเคร่งครัด แต่ในทางปฏิบัติแล้วมาตรานี้ใช้ได้กับพฤติกรรมทุกอย่างของมนุษย์เว้นแต่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้วและใช้กับการดำเนินการทางเศรษฐกิจทุกชนิดซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการประกอบการทางเศรษฐกิจด้วยกล่าวคือ ผู้ประกอบการย่อมมีเสรีภาพในการประกอบการทางเศรษฐกิจทุก ๆ ด้านและมีเสรีภาพในการที่จะแข่งขันกับผู้อื่น โดยไม่ถูกขัดขวาง²²

จากที่ได้กล่าวมานั้นเป็นวิวัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเสรีที่สามารถวิเคราะห์ได้ว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเกิดจากระบบเศรษฐกิจของแต่ละประเทศและเห็นว่าในประเทศต่าง ๆ ถือว่าสิทธิเสรีภาพในการประกอบการแข่งขันอย่างเสรีนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลในสังคมพึงมีพึงได้ถึงขนาดที่มีศักดิ์ของการบังคับใช้แห่งสิทธิเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่ไม่อาจจะมีกฎหมายฉบับใดออกมาเป็นการขัดแย้งและลดศักดิ์ศรีของสิทธิดังกล่าวลงได้ ดังนั้นจึงได้มีการบัญญัติการแข่งขันโดยเสรีให้เป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญของ

“สรุปผล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”, หน้า 593-594

Article 2(1)(Right of Liberty) “Everyone shall have the right to the free development of his personality in so far as he does not violate the right of others or offend against the constitutional order or the moral code”

²² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเศรษฐกิจของเยอรมัน, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : บี เจ เพลท โปรดิวเซอร์, (กุมภาพันธ์ 2538)), หน้า 83.

ทุกประเทศที่เป็นเสรีนิยมโดยมุ่งหมายที่จะให้สิทธิดังกล่าวใช้บังคับได้โดยทันที ไม่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นมารองรับสิทธิดังกล่าวอีกชั้นหนึ่งแต่อย่างใด

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้มีบทบัญญัติในหมวด 3 เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ในมาตรา 24, 48 ดังนี้

มาตรา 24 " บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ... การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้"

มาตรา 48 เบื้อง"สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมชาติคุ้มครอง... การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือการขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน"

จากบทบัญญัติมาตรา 24 และ 48 เบื้อง นี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญรับรองสิทธิในการประกอบกิจการและสิทธิในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมจึงต้องพิจารณาว่าการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมมีความหมายว่าอย่างไร

การแข่งขันนั้นความหมายในทางเศรษฐศาสตร์คือ การที่ผู้ประกอบการทุกคนซึ่งไม่มีใครมีอิทธิพลเหนือตลาดพอที่จะควบคุมสินค้าหรือราคาได้ ซึ่งราคาสินค้าหรือบริการเป็นไปตามกลไกตลาด²³ หรือ กล่าวอีกนัยก็คือ ไม่มีผู้ใดมีอำนาจพอที่จะทำการใดอันเป็นการจำกัดทางเลือกผู้อื่นให้เป็นไปตามที่ตนต้องการและทุกคนจะต้องแข่งขันกันเสนอขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคโดยต้องพยายามพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิตของตนให้สามารถผลิตสินค้าได้อย่างมี

²³ Richard A. Posner, *Antitrust Law : An Economic Perspective*, (Chicago : The University of Chicago Press, 1976), p.8-9.

คุณภาพในต้นทุนที่ต่ำเพื่อที่จะสามารถขายสินค้าได้ในราคาที่เหมาะสมและผู้บริโภคต้องการซึ่งจะสามารถแข่งขันกับคู่แข่งรายอื่นได้ กล่าวโดยสรุปก็คือต้องมีความเท่าเทียมกันในการแข่งขัน

มีนักกฎหมายได้ให้ความหมายของการแข่งขันไว้ว่าการแข่งขันหมายถึงการแข่งชิงกันของบุคคลหลายคนในกิจกรรมอย่างเดียวกันเพื่อจะไปสู่เป้าหมายเดียวกันและหลักการแข่งขันเสรีก็คือ หลักการที่จะมุ่งคุ้มครองให้บุคคลทุกคนสามารถแข่งชิงกันไปสู่จุดหมายได้ โดยไม่สร้างข้อจำกัดใด ๆ ขึ้นแก่คู่แข่งคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ²⁴

ผู้เขียนมีความเห็นว่าความหมายทั้งสองความหมายเหมือนกันและสามารถสรุปได้ว่าการแข่งขันหมายถึงการแข่งชิงกันระหว่างบุคคลหลายคนผู้ที่มีฐานะเท่าเทียมกันโดยที่ไม่มีผู้ใดมีอิทธิพลเหนือตลาดพอที่จะควบคุมราคาและสินค้าในตลาดได้ซึ่งผู้ที่เข้าแข่งขันนั้นแข่งขันในกิจกรรมเดียวกันเพื่อจะไปสู่เป้าหมายเดียวกันก็คือกำไรสูงสุดจากการประกอบการด้วยการพยายามพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิตเพื่อที่จะผลิตสินค้าอย่างมีคุณภาพในต้นทุนที่ต่ำ ทั้งนี้เพื่อจะได้แข่งขันกับคู่แข่งได้โดยผู้บริโภคจะได้เลือกบริโภคสินค้าของตนและการแข่งขันนี้จะต้องไม่มีการพยายามสร้างข้อจำกัดใด ๆ ขึ้นเพื่อให้กระทบต่อการแข่งขันของคู่แข่งเพราะการกระทำเช่นนั้นเรียกว่าเป็นการไม่เป็นธรรมแก่คู่แข่งและหากมีการกระทำที่จำกัดหรือกีดกันการแข่งขันจนทำให้สิทธิในการประกอบการแข่งขันของผู้อื่นในตลาดได้รับการกระทบกระเทือนจนเขาไม่สามารถใช้สิทธิในการแข่งขันได้ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิการแข่งขันของผู้อื่นแล้ว

ดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดรองรับสิทธิในการแข่งขันเสรีไว้ในตัวบทบัญญัติเองเช่นนี้ ย่อมถือว่ามีวัตถุประสงค์จะให้มีการบังคับใช้อย่างกฎหมายเลยเพราะรัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติกำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญดังเช่นที่บัญญัติในมาตรา 48 เบญจนั้น ก็เพื่อทำให้สิทธิเสรีภาพเหล่านี้เป็นกฎหมายมีกลไกในทางกฎหมายเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้²⁵ และรัฐธรรมนูญเองไม่ได้บัญญัติในลักษณะที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อรองรับอีกแต่

²⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”, หน้า 608.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน(เล่มที่ 3), (กรุงเทพมหานคร : บี เจ เฟลท โปรเซสเซอร์, พ.ศ.2538), หน้า 128-129.

อย่างไร อีกทั้งไม่ได้บัญญัติไว้ในทำนองเป็นเพียงแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินต่อไปเพราะอยู่ในหมวดสิทธิและเสรีภาพไม่ใช่แนวนโยบายแห่งรัฐ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 48 เบื้องนี้ มีผลเป็นกฎหมาย ในความหมายของรัฐธรรมนูญอย่างกว้างที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย (Legal Rules) โดยไม่ต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายรองรับอีกครั้งหนึ่งและศาลสามารถนำมาใช้บังคับในการตัดสินคดีได้เลย และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการถือว่าเป็นสิทธิ เพราะหากถือว่าเป็นเสรีภาพตัวรัฐธรรมนูญเองต้องใช้คำว่าเสรีภาพอีกทั้งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญโดยตลอดแล้วอะไรที่เป็นเสรีภาพก็จะเขียนว่าเป็นเสรีภาพอะไรที่เป็นสิทธิก็จะเขียนว่าเป็นสิทธิ เช่นบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 39) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม (มาตรา 43) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยราชการให้รับผิดชอบ (มาตรา 48 ครี), บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ (มาตรา 48 ทวิ) เป็นต้น ซึ่งหากรัฐธรรมนูญต้องการให้มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิอีกครั้งหนึ่งก็จะเขียนไว้ เช่น สิทธิในการได้รับทราบข้อมูล... ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 48 ทวิ) แต่หากไม่เขียนไว้ย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ใช้บังคับได้เลย เช่น สิทธิของบุคคลใน...ความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง(มาตรา47) สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ...ย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 48 ครี) เป็นต้น ซึ่งในมาตรา 48 เบื้องนี้ใช้คำว่า... ย่อมได้รับความคุ้มครอง

จึงเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้คุ้มครองได้ทันทีโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีค่าเท่ากับคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยที่ไม่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญใด ๆ อีกขั้นหนึ่งเพื่อที่จะให้มีการบังคับใช้สิทธิเช่นนี้ได้ สิทธิที่บัญญัติในลักษณะที่ว่า “ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487) ตามนัยของสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 แนวคำพิพากษาศาลไทยก็เคยวินิจฉัยในการให้ความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นนี้ เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723/2525 จำเลยทั้งหกร่วมกันนำเรื่องราวชีวิตของโจทก์ที่ 1 มาแสดงละครจีนหรือจิวโดยบิดเบือนให้เห็นว่าโจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นภริยาน้อย มีนิสัยไม่ดี ชอบอิจฉาริษยาและก่อเรื่องวุ่นวายขึ้นในครอบครัวจนเป็นเหตุสามีถูกบุตรสาวใช้ปิ่นยิงถึงแก่ความตาย ทำให้โจทก์ที่ 1 เสื่อมชื่อเสียง อาจถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังได้ การกระทำของจำเลยทั้งหกจึงเป็นการร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 1

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นเห็นได้ว่าศาลยอมรับสิทธิส่วนตัวตามที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งบังคับใช้ได้ทันที โดยไม่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้สิทธิส่วนตัวเป็นสิทธิที่จะบังคับตามรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด แท้ที่จริงแล้วสิทธิส่วนตัวนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่บุคคลในสังคมทุกคนควรมีเช่นเดียวกับสิทธิในการประกอบการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกันและเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลในสังคมมีได้เช่นเดียวกัน โดยศาลวินิจฉัยว่าหากมีการล่วงสิทธิดังกล่าวผู้กระทำความผิดเพื่อละเมิดและจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายนั้น

ดังนั้นสิทธิในการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมจึงเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้เช่นกัน เมื่อเป็นสิทธิซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) แล้วย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปที่จะไม่กระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงสิทธิดังกล่าวของตน ซึ่งหากมีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่แล้วย่อมมีความรับผิดลักษณะละเมิดได้ จึงเห็นได้ว่าผู้ประกอบการทุกรายในตลาดสินค้าย่อมมีสิทธิที่จะแข่งขันโดยเสรี หากผู้ประกอบการรายใดในตลาดก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือทำลายการแข่งขันย่อมเป็นการจำกัดหรือทำลายสิทธิผู้ประกอบการอื่นในตลาดที่จะแข่งขันอย่างเสรีด้วย

4.2.3. การผูกขาดทางการค้ากับความรับผิดลักษณะละเมิดตามกฎหมายไทย

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงกฎหมายเอกชนคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 ไปแล้วในหัวข้อก่อนว่า การกระทำผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น อาจจะก่อให้เกิดผู้กระทำความรับผิดลักษณะละเมิดได้ หากการกระทำของผู้นั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 ครบถ้วน เพราะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการแข่งขันของผู้ถูกระทำละเมิด ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันว่าได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดลักษณะละเมิดในกรณีที่มีการแข่งขันทางการค้ากันอย่างไร

4.2.3.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและความรับผิด ลักษณะละเมิด

1.) การแข่งขันกันค้าขายเป็นการใช้สิทธิตามปกติไม่เป็นละเมิด

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดถือระบบเศรษฐกิจเสรี ดังนั้น จะห้ามบุคคลค้าขายแข่งขันกับตนเองนั้นทำไม่ได้กฎหมายไม่รับรองคุ้มครองให้ในกรณีเช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด ถือว่า การค้าขายแข่งขันกันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการใช้สิทธิตามปกติหากจะเกิดความเสียหายแก่คู่แข่งของตนบ้างก็ไม่ถือว่าเป็นความเสียหายอันจะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดได้เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ใช่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการใช้สิทธิตามปกติซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1165/2473

“การที่ผู้หนึ่งได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่สินค้าซึ่งส่งมาจากต่างประเทศไว้ เพื่อให้ตนได้ใช้สิทธิเป็นผู้ขายสินค้านั้นแต่เพียงผู้เดียวตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2457 ซึ่งยังไม่ได้อำนาจ เมื่อมีผู้อื่นส่งสินค้านั้นเข้ามาขายบ้าง ท่านว่าจะฟ้องว่าเขาเลียนเครื่องหมายค้านั้นยังไม่ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1843/2517

“โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ที่ 2 ได้ร่วมกันข่มขู่หลอกลวง โจทก์ให้จำต้องย้ายตลาดนัดของโจทก์จากบ้านจำเลยที่ 4 ไปเปิดที่อื่น ต่อมาจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 ร่วมกันอนุญาตให้จำเลยที่ 4 เปิดตลาดนัดใหม่ที่บ้านจำเลยที่ 4 โดยจำเลยทั้งสองรู้อยู่แล้วว่าการเปิดตลาดนัดดังกล่าวทำให้กิจการตลาดนัดของโจทก์เสียหาย เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตและไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์อันควรได้นับแต่วันที่จำเลยเปิดตลาดนัดจนถึงวันฟ้อง ดังนั้น แม้โจทก์จะได้รับความเสียหายจากการเปิดตลาดนัดใหม่มาแข่งขัน ก็หาเป็นเรื่องละเมิดไม่เพราะการเปิดตลาดนัดใหม่ย่อมเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ ชอบที่จะดำเนินการขออนุญาตและเปิดได้ตามกฎหมาย ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือข้อ

บังคับว่าเมื่อใดได้รับอนุญาตให้เปิดตลาดนัดแล้ว จะอนุญาตให้ผู้อื่นเปิดตลาดนัดใกล้เคียงกันหรือในอำเภอเดียวกันไม่ได้

ส่วนฟ้องของโจทก์ที่ว่า จำเลยที่ 1 ที่ 2 ร่วมกันข่มขู่หลอกลวงโจทก์ให้ย้ายตลาดนัดนั้นอาจจะเป็นละเมิด แต่โจทก์ก็มีได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเหตุที่โจทก์ถูกข่มขู่หลอกลวงให้ย้ายตลาดนัด โจทก์กลับฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นค่าขาดประโยชน์จากเหตุที่มีการเปิดตลาดนัดแข่งกัน ทำให้โจทก์ขาดรายได้ไปซึ่งมิใช่ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด จึงบังคับตามคำขอของโจทก์มิได้"

2.) การขัดขวางหรือทำลายคู่แข่งกันไม่ให้ประกอบการค้าขายแข่งขันเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิถือเป็นละเมิด

ในกรณีกระทำการขัดขวางผู้อื่นไม่ให้ค้าขายแข่งขันด้วยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการจงใจละเมิดต่อสิทธิในการแข่งขันของผู้อื่น เนื่องจากผู้กระทำไม่มีสิทธิอันใดที่จะห้ามหรือขัดขวางผู้อื่นไม่ให้ค้าขายแข่งขันกับตนเองได้ เมื่อมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นย่อมเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการประกอบการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรมของผู้อื่นและก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดแก่ผู้กระทำ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 809/2487

"ขัดขวางกรมสรรพของวัด ได้ชื่อว่าทำให้วัดเสียหายภาพในการดำเนินงานภายในขอบเขตของกฎหมาย

วัดจัดงานมหรสพ โดยประสงค์จะหารายได้จากการทำมีคนมาทำบุญบริจาค เมื่อผู้ใดขัดขวางในงานมหรสพต้องล้มเลิกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมเป็นการละเมิดทำให้เขาเสียหายต่อทางทำมาหาได้ และเป็นการทำให้เสียหายภาพของวัด ซึ่งวัดอาจเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้อีกด้วย"

คำพิพากษาฎีกาที่ 1843/2517

"การข่มขู่หลอกลวงให้ย้ายตลาดนัดอาจจะเป็นละเมิด"

คำพิพากษาฎีกาที่ 935/2518

"โจทก์มอบหมายให้บริษัทนำของประกวดราคาในการก่อสร้างเพิ่มเติมอาคารโรงเรียนไปยื่นต่อคณะกรรมการรับของประกวดราคา เมื่อบริษัทยื่นของประกวดราคาแล้ว จำเลยที่ 1 ได้แย่งเอาซองและเอกสารที่บริษัทยื่นไว้ไป การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์"

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 933/2518นี้ ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้เขียนหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า "...การกระทำของจำเลยอย่างใกล้ชิดที่สุดก็เห็นจะเป็นความเสียหายต่อเสรีภาพของโจทก์ที่จำเลยวางแผนมาตัดไม่ให้โจทก์ได้รับการพิจารณาในประกวดราคาของโจทก์ที่ยื่นต่อผู้รับใบประมูลแม้จะไม่ตรงนัก เพราะแท้จริงแล้วเป็นการขัดขวางมิให้ผู้รับใบประมูลพิจารณาใบประมูลของโจทก์มากกว่า เพราะการยื่นประมูลของโจทก์มิได้จบลงเพียงแต่ยื่นใบประมูลเท่านั้น หากจะต่อไปถึงสัญญาเมื่อได้รับประมูลแล้วด้วย ในสหรัฐอเมริกามีความรับผิดชอบทางละเมิดฐาน Interference with Prospective Advantage พอดีซึ่งมีหลักเป็นมูลฐานอยู่ที่ต้องกระทำโดยวิธีอันมิชอบเป็นมูลความผิดในเรื่องการสมคบกันกระทำให้อื่นเสียหาย (Tort of Conspiracy) เช่น การนัดหยุดงาน ขัดขวางไม่ให้คนเข้าติดต่อซื้อขาย เป็นต้น ศาลวินิจฉัยคดีนี้โดยอาศัยพฤติการณ์ข้อหนึ่งว่าเป็นความเสียหายในอนาคตที่คาดหมายได้แน่นอนเป็นเหตุประการหนึ่ง"

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของจำเลยในคดีนี้เป็นละเมิดต่อสิทธิในการแข่งขันเช่นกัน เพราะการประกอบธุรกิจไม่ได้มีแต่เพียงแข่งขันกันซื้อหรือขายสินค้าเท่านั้น การแข่งขันกันเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งการดำเนินธุรกิจต่อไปก็ถือว่าเป็นการแข่งขันเช่นกัน การยื่นของประกวดราคาเป็นการแข่งขันกันให้ผู้รับของประมูลพิจารณาว่าผู้ใดที่ผู้รับของประมูลเห็นว่าเหมาะสมที่ตนจะเข้าทำธุรกิจด้วยต่อไป การเสนอของประมูลเห็นการแข่งขันกันเสนอราคาและสินค้าหรือบริการให้ผู้รับของประมูลพิจารณาโดยผู้เสนอของประมูลต้องพิจารณาแล้วว่าราคาใดที่ตนรับได้และมีกำไรปกติ ดังนั้นผู้เข้าร่วมประมูลแต่ละคนไม่มีสิทธิที่จะขัดขวางผู้อื่นในการยื่นของ

ประมูลหรือห้ามไม่ให้ผู้อื่นเข้ายื่นซองประมูลด้วย (เปรียบเสมือนการห้ามไม่ให้ผู้อื่นค้าขายแข่งขันข่มขู่ไม่ได้) การที่จำเลยเอาซองและเอกสารที่ยื่นไว้ไปจึงเป็นการล่วงสิทธิในการแข่งขันประมูลของโจทก์โดยจงใจกระทำและเกิดความเสียหายแก่โจทก์จึงเป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2527

"ยาเม็ดแก้ปวดท้องที่ใช้เครื่องหมายการค้าตราดกเบ็ด โดยมีรูปคนนั่งตกเบ็ดอยู่ภายในรูปอาร์ม ซึ่งโจทก์ถือสิทธิอยู่โดยการรับโอนมาจากบริษัทนั้น โจทก์ได้ยินยอมและทำสัญญาประนีประนอมยอมความให้มารดาของจำเลยมีสิทธิใช้ได้โดยให้ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นใหม่ต่างหาก โดยจะต้องระบุชื่อมารดาของจำเลยให้เห็นชัดเจนในเครื่องหมายการค้าใหม่นั้นและกล่องที่ใช้บรรจุจะต้องให้มีสีต่างกับกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ด้วย มารดาของจำเลยจึงมีสิทธิใช้ และขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้โดยชอบด้วย พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าพุทธศักราช 2474 ทั้งยังมีสิทธิจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์เครื่องหมายการค้านี้ได้โดยชอบ

การที่จำเลยเพิ่มข้อความบนกล่องบรรจุยา ฉลากยา และสิ่งพิมพ์ที่ใช้โฆษณาสินค้ายาที่จำเลยผลิตจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลยว่า "ขนานแท้" ก็คือ "ห้างเก่า" ก็คือ และ "ระวางยาเลียนแบบ" ก็คือ เป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม หาเป็นการละเมิดต่อโจทก์แต่ประการใดไม่ ส่วนการที่โจทก์ได้ส่งตัวแทนไปบอกร้านขายยาทั่วไปรวมทั้งลูกค้าของจำเลยว่ายยาของจำเลยเป็นของปลอมขายไม่ได้ หากขายจะถูกจับฐานขายยาปลอมและถ้าจำเลยต้องแพ้คดีก็ไม่มีสิทธิขายยาที่ผลิตออกจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลย ทำให้ลูกค้าไม่ยอมซื้อยาของจำเลยเพิ่มเติมและที่ซื้อไว้แล้วก็ไม่ยอมชำระราคา หรือรอให้คดีเสร็จเสียก่อนจึงจะชำระราคานั้น ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นตาม ป.พ.พ. ม. 421 เป็นการละเมิดต่อจำเลย"

คำพิพากษาศาลฎีกา 949/2527 นี้ ท่านอาจารย์จรูญ ภักดีชนากุล ได้เขียนหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า "คดีนี้เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของความเคลื่อนไหวแห่งกฎหมายไทยที่แม้การกระทำของโจทก์จำเลยในคดีนี้จะไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

สาขาใดสาขาหนึ่งดังกล่าวเลย แต่การกระทำของคู่แข่งชั้นทางการค้านั้น ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด"

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แล้ว จะเห็นว่า การที่โจทก์ส่งตัวแทนไปบอกร้านขายยาทั่วไปรวมทั้งลูกค้าของจำเลยว่ายาของจำเลยเป็นของปลอมขายไม่ได้ หากขายจะถูกจับฐานขายยาปลอมและถ้าจำเลยต้องแพ็คดีก็ไม่มีสิทธิขายยาที่ผลิตออกจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นการจงใจกระทำ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะพิจารณาว่าเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 421 นั้นต้องพิจารณาให้ได้รับความในเบื้องต้นเสียก่อนว่าโจทก์มีสิทธิกระทำหรือไม่ จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่าจำเลยมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตน เพราะเป็นเครื่องหมายการค้าโดยชอบ ตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาการที่โจทก์ไปกล่าวข้อความเช่นนี้ถือได้ว่าโจทก์กระทำไปโดยไม่มีสิทธิ การกระทำของโจทก์เป็นการล่วงสิทธิในการแข่งขันทางการค้าของจำเลย ดังนั้นโจทก์จึงมีความรับผิดเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองดังกล่าวตามมาตรา 420 เนื่องจากมาตรา 420 นั้นต้องกระทำการล่วงสิทธิผู้อื่นโดยตนเองไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะกระทำเช่นนั้น แต่มาตรา 421 คนมีสิทธิกระทำได้ แต่ใช้สิทธิมีแต่จะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น²⁶ ดังนั้นเหตุที่โจทก์จะใช้สิทธิที่มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยในคดีนี้เป็นการจงใจกระทำละเมิดต่อสิทธิในการแข่งขันของจำเลยเพราะการที่โจทก์ไปกล่าวไขข่าวข้อความเช่นนั้นย่อมเป็นการจงใจกระทำและก่อให้เกิดจำเลยไม่อาจค้าขายแข่งขันตามสิทธิของตนกับโจทก์ได้ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเอง การกระทำเช่นนี้ศาลเยอรมันวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 วรรคแรก อันเป็นต้นร่างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ของไทย ซึ่งศาลเยอรมันถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ (Right to an Established and Operative Business) ซึ่งเป็นสิทธิที่ศาลเยอรมันสร้างขึ้นจากคำว่า "สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง" (Other Rights) ในมาตรา 823 วรรคแรก โดยศาลตีความถึงขนาดแม้ว่าจะเป็นข้อความที่จำเลยกล่าวจะเป็นความจริงหากเป็นการก่อความเสียหายให้แก่ธุรกิจของผู้อื่นอันเป็นกระทำในลักษณะไม่ได้รับอนุญาตและไม่สามารถอ้างเหตุผลได้ด้วยผลประโยชน์แท้จริงใดๆ อีกทั้งการกล่าวข้อความของ

²⁶ สุขุม สุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด,

จำเลยเป็นผลโดยตรงในการทำความเสียหายแก่โจทก์ ก็ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิชนิดนี้ของโจทก์ได้ด้วย²⁷

สรุป

ศาลไทยยึดถือเสรีภาพในการค้าขายแข่งขันกันซึ่งหากไม่มีพฤติกรรมที่แข็งขันว่าเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรีแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิตามปกติในทางการค้าขายไม่ถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุว่าผู้กระทำการดังกล่าวได้กระทำการไปภายในขอบเขตแห่งสิทธิการแข่งขันเช่นกัน หากได้กระทำการเกินขอบเขตการใช้สิทธิการแข่งขันตามปกติจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นต้องเสียหายแก่สิทธิในการแข่งขันแต่อย่างใด จึงไม่ทำให้ผู้ประกอบการค้าขายแข่งขันกันนั้นต้องรับผิดชอบในลักษณะละเมิด แต่หากปรากฏพฤติการณ์ชัดเจนว่าจำเลยจงใจกระทำการขัดขวางไม่ให้โจทก์ค้าขายแข่งขันได้ตามปกติย่อมเป็นการกระทำที่จะต้องรับผิดชอบในลักษณะละเมิด จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยไม่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันที่หากมีการกระทำโดยขัดแย้งว่าเป็นการขัดขวางการประกอบการแข่งขันของผู้อื่นย่อมมีความรับผิดชอบในลักษณะละเมิดได้ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันคว่ำบาตรในพฤติการณ์ที่ขัดแย้งว่ามุ่งที่จะคว่ำบาตรโจทก์เท่านั้นในคดี Jackson v Standfield ,36 NE.345(Ind.1894) หรือศาลของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันที่ตัดสินว่าการที่จำเลยกล่าวข้อความทำให้โจทก์จะต้องระงับการประกอบธุรกิจของตนเองเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการก่อตั้งและประกอบการของโจทก์ เป็นต้น

4.2.3.2 พฤติกรรมใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ

การกระทำการจำกัดการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยขัดแย้งย่อมมีความรับผิดชอบในลักษณะละเมิด แต่การกระทำของผู้ผูกขาดในตลาดที่จะลด, จำกัด, ขับไล่คู่แข่งหรือกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่มิให้เข้ามาในตลาดนั้น ในปัจจุบันมีวิธีการมากมายซึ่งไม่มีการแสดงออกในการขัดขวางหรือทำลายการแข่งขันของผู้อื่นโดยตรงอย่างชัดแจ้งดังเช่นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวและวินิจฉัยไปในข้อ 4.2.3.1 ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลผู้ผูกขาดจะใช้อำนาจในทางเศรษฐกิจที่ตนเองมีอยู่เพื่อกระทำการจำกัดการแข่งขันต่าง ๆ ซึ่งหากมองโดยทั่วไป

²⁷ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, p.644-645.

โดยไม่ได้พิจารณาถึงผลของการกระทำแล้วจะเห็นว่าเป็นการดำเนินธุรกิจของตนเองตามปกติหรือเป็นการรักษาผลประโยชน์ทางธุรกิจของตนเองซึ่งน่าจะทำได้ไม่ใช่เรื่องผิดปกติแต่อย่างใด เนื่องจากไม่ได้เป็นความเสียหายทางกายภาพ แต่เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงผลของการกระทำ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ลด, จำกัด, ขับไล่คู่แข่งขึ้นหรือกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ด้วยการทำให้ไม่สามารถเข้ามาในตลาดเพื่อประกอบการแข่งขันได้ สิ่งที่จะเห็นได้อย่างชัดเจนประการหนึ่งก็คือทำให้โครงสร้างของตลาดเกิดการผูกขาดอยู่ต่อไป และกลไกตลาดจะไม่สามารถทำงานได้ซึ่งผู้ที่ได้ประโยชน์จากการกระทำนี้ก็คือผู้ผูกขาดตลาด การกระทำที่กล่าวไปแล้วนี้คือการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการผูกขาดตลาดแบบสมบูรณ์หรือผู้ผูกขาดตลาดรายเดียวนั้นแทบจะไม่พบในทางปฏิบัติเช่นเดียวกับการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ สิ่งที่สามารถพบในตลาดได้มากก็คือการที่หน่วยธุรกิจหนึ่งธุรกิจใดในตลาดมีอำนาจตลาด การมีอำนาจตลาดนี้สามารถทำให้ผู้มีอำนาจตลาดดังกล่าวสามารถใช้อำนาจตลาดที่ตนมีอยู่กระทำการลด, จำกัดหรือขับไล่คู่แข่งขึ้นหรือกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้ามาแข่งขันกับตนเองได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอถึงความหมายของอำนาจตลาด

อำนาจตลาด หมายถึง อำนาจของหน่วยธุรกิจที่มีอยู่เหนือราคาของสินค้าที่ตนทำการซื้อขายด้วยการที่ตนสามารถกำหนดราคาให้เป็นไปอย่างใดก็ได้ การกำหนดราคาของผู้มีอำนาจตลาดจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับตลาดสนใจเลือกซื้อสินค้าของผู้ซื้อ²⁸ ดังนั้นผู้ขายรายใดที่มีอำนาจตลาดก็จะสามารถเปลี่ยนแปลงราคาของสินค้าที่ผลิตได้ด้วยการที่ตนเปลี่ยนแปลงปริมาณของสินค้าที่ตนตั้งใจจะขายในตลาดนั้น ๆ ขอบเขตของการแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจตลาดนี้จะขึ้นอยู่กับปัจจัย 2 ประการคือมีสินค้าทดแทนสำหรับสินค้าที่ผู้มีอำนาจตลาดเสนอขายอยู่น้อยเพียงใด และผู้มีอำนาจตลาดนั้นมีส่วนแบ่งตลาดในการขายสินค้าประเภทนั้น ๆ มากน้อยเพียงใด²⁹

²⁸ Lawrence Anthony Sullivan, *Handbook of The Law of Antitrust*, St.Paul Minn : West Publishing Co., 1977), p.30.

²⁹ David N. Hyman, *Modern Micro Economics: Analysis and Application*, 3rd ed., (Homewood Boston : Richard D.Irwin Inc., 1993), p.359.

จากความหมายของอำนาจตลาดข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้มีอำนาจตลาดจะมีอำนาจเหนือราคาที่จะกำหนดราคาสินค้าอย่างไรก็ได้จึงหมายความว่าผู้มีอำนาจตลาดจะกำหนดราคาสินค้าตามความพอใจของตนโดยไม่คำนึงถึงความต้องการใช้สินค้าของผู้บริโภคหรือคู่แข่งรายอื่น ผู้มีอำนาจตลาดนี้เป็นผู้นำราคาไม่ใช่ผู้ตามราคา จึงเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับระบบตลาดที่หน่วยธุรกิจในตลาดจะเป็นผู้ตามราคาไม่ใช่ผู้นำราคา นอกจากนี้ผู้มีอำนาจตลาดยังสามารถกำหนดปริมาณของสินค้าในตลาดได้อีกซึ่งการกำหนดปริมาณสินค้าเช่นนี้จะทำให้เกิดความหายากและทำให้สินค้านั้นมีราคาสูงได้หรือหากจะต้องการให้สินค้ามีราคาต่ำก็สามารถที่จะเพิ่มปริมาณสินค้าที่ตนเองเสนอขายในตลาดให้มากขึ้น กล่าวโดยสรุปก็คือผู้มีอำนาจตลาดจะมีอำนาจเหนือราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดที่จะกำหนดให้เป็นไปในทิศทางใดก็ได้ตามที่ตนเองต้องการ การตัดสินใจเช่นนี้เป็นไปโดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งหรือผู้บริโภคเลย ดังนั้นเมื่อผู้มีอำนาจตลาดต้องการที่จะลด, จำกัด, ขับ ไล่คู่แข่งหรือกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาดได้ผู้มีอำนาจตลาดเช่นนี้ก็สามารถใช้อำนาจเหนือราคาหรือปริมาณสินค้าของตนกระทำการใด ๆ เพื่อให้เกิดผลดังกล่าวได้ แต่การใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบนี้จะก่อให้เกิดให้ผู้ใช้อำนาจตลาดมีความรับผิดชอบลักษณะละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดชอบลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งหากวิธีการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบกระทำการเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 420 แล้ว ผู้ใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบย่อมมีความรับผิดชอบลักษณะละเมิดได้

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบที่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 420 เป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพราะถือว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ผิดปกติก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในตลาดและหากมีผลเสียหายต่อผู้อื่นในตลาดเดียวกันย่อมเป็นการกระทำละเมิด

การจะพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการแข่งขันที่ไม่ปกติทางการค้าเป็นเรื่องที่ต้องวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆไป ไม่สามารถกำหนดความหมายให้แน่นอนลงไปได้ เพราะการแข่งขันทางการค้านั้นตามปกติก็ย่อมมีการชิงไหวชิงพริบกันเพื่อจะไปได้ไปซึ่งสิทธิเลือกซื้อของผู้บริโภคและได้ส่วนแบ่งตลาดไปในที่สุด

ผู้เขียนเองมีความเห็นว่า การแข่งขันทางการค้าตามปกติ หมายถึง การพยายามพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าของตัวเองเพื่อจะได้มีต้นทุนในการผลิตที่ต่ำและผลิตได้มาก อีกทั้งขายได้ในราคาที่ผู้บริโภคพึงพอใจ หรือ ราคาลด โดยไม่มีการกระทำที่จำกัด, ขับ ไล่หรือ

กีดกัน คู่แข่งขันรายอื่นในตลาด ซึ่งหากเป็นการแข่งขันที่ไม่ปกติก็จะต้องพิจารณาอีกว่าสามารถทำความเสียหายให้แก่คู่แข่งได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ที่จำกัด, ขับไล่หรือกีดกันการแข่งขันนั้น สามารถกระทบต่อนัยสำคัญของการแข่งขันหรือไม่ หมายความว่า การกระทำดังกล่าวเป็นผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดคู่แข่งรายอื่น ไม่สามารถค้าขายแข่งขันตามปกติ ความหมายที่กล่าวไปแล้วได้หรือไม่ หากเป็นผลโดยตรงให้ผู้อื่นไม่สามารถค้าขายแข่งขันตามปกติ ได้ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายต่อสิทธิการแข่งขันของผู้อื่นแล้ว

เพื่อวิเคราะห์ว่าการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบจะเป็นละเมิดได้เพียงใด ผู้เขียนจึงขอนำเสนอวิธีการใช้อำนาจตลาดบางวิธีดังต่อไปนี้

1.) วิธีการใช้อำนาจตลาดขับไล่หรือจำกัดการแข่งขัน เช่น

ก.) วิธีการกำหนดราคาเพื่อขับไล่คู่แข่ง (Predatory Pricing)

หมายถึงวิธีการที่ผู้มีอำนาจตลาดกำหนดราคาที่ไม่ใช่เป็นการกำหนดราคาเพื่อผลประโยชน์ของตนในตลาดแต่เป็นไปเพื่อทำลายคู่แข่งในตลาดทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะเข้ามาเป็นคู่แข่งในภายหน้าทั้งนี้เป็นการขับไล่คู่แข่งของตนให้ออกไปจากตลาดหรือบังคับให้เกิดผลที่ทำให้มีการแข่งขันน้อยลง³⁰ ซึ่งการกำหนดราคาเช่นนี้มักจะกำหนดในราคาที่ผลประโยชน์ตอบแทน ต่ำกว่าต้นทุนถัวเฉลี่ย หรือ ต้นทุนส่วนเพิ่ม แล้วแต่ว่าต้นทุนลักษณะไหนจะต่ำกว่ากัน ซึ่งแนวคิดของต้นทุนถัวเฉลี่ยนี้จะเท่ากับผลตอบแทนตามปกติของการลงทุน³¹ โดยการกำหนดราคาในลักษณะนี้จะ เป็นราคาที่ต่ำโดยไม่มีเหตุผลรองรับหรือต่ำกว่าระดับที่จะได้กำไรซึ่งผู้กำหนดราคาไม่ได้คำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ผู้กำหนดราคาจะคำนึงแต่เพียงว่า การกำหนดราคาเช่นนี้จะสามารถขับไล่ผู้ประกอบการ คู่แข่งขันรายอื่นให้ออกไปจากตลาดได้³² จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าหน่วยธุรกิจที่สามารถกำหนดราคาเช่นนี้ได้จะต้องมีอำนาจเพียงพอเหนือตลาดเพราะมิใช่ที่กำหนดราคาแล้วคู่แข่งจะต้องออกไปจากตลาดทันทีเนื่องจากต้องใช้เวลาพอสมควรการที่กำหนดราคาเช่นนี้เป็นเวลานานได้จึงต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดอย่างมากและหากไม่มีอำนาจตลาดมากนอกจากจะไม่สามารถกระทำการดำรงไว้ซึ่งราคาต่ำกว่าต้นทุนเป็นเวลานานแล้วยังไม่สามารถทำลายคู่แข่งได้อีกด้วย เพราะหากไม่มี

³⁰ Lawrence Anthony Sullivan, *Handbook of The Law of Antitrust*, p.108.

³¹ Ibid, p.110.

³² Ibid, p.112.

อำนาจตลาดมากพอที่จะประสพภาวะขาดทุนไปเองจากการกำหนดราคาต่ำกว่าทุนไม่สามารถทำให้คู่แข่งอื่นเสียหายได้อีกต่อไป แต่หากมีอำนาจตลาดมากพอจนกระทั่งมีผลกระทบต่อหน่วยสำคัญของการแข่งขัน การกำหนดราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนเช่นนี้ย่อมเป็นผลโดยตรงที่จะทำให้คู่แข่งอื่นเสียหายได้เพราะสินค้าที่มีการขายในตลาดส่วนใหญ่เป็นของผู้กำหนดราคาเมื่อกำหนดราคาต่ำ ผู้บริโภคย่อมเลือกที่จะบริโภคสินค้าของผู้กำหนดราคาและไม่เลือกบริโภคสินค้าของหน่วยธุรกิจเป้าหมายที่ผู้กำหนดราคามุ่งกระทำต่อนั้น อีกทั้งเมื่อราคาที่กำหนดของผู้กำหนดราคาไม่ใช่ราคาที่สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงแต่เป็นราคาที่กำหนดให้ต่ำกว่าต้นทุนที่แท้จริงดังนั้นจึงทำให้หน่วยธุรกิจเป้าหมายไม่สามารถขายสินค้าของตนในราคาที่ต่ำเช่นนั้นได้เมื่อไม่สามารถขายในราคาที่ต่ำเช่นนั้นแต่ขายในราคาที่สูงกว่าต้นทุนที่แท้จริงย่อมเป็นราคาที่สูงกว่าราคาที่ถูกระบุขึ้นโดยผู้กำหนดราคาซึ่งผู้บริโภคย่อมไม่เลือกบริโภคสินค้าของหน่วยธุรกิจเป้าหมาย ดังนั้นหากหน่วยธุรกิจเป้าหมายยังคงต้องการค้าขายต่อไปก็จะต้องกำหนดราคาให้ต่ำกว่าต้นทุนตัวเองลงมา ซึ่งก็เท่ากับว่าตนเองต้องขาดทุนเพราะต้นทุนสูงแต่ขายสินค้าได้ในราคาต่ำและจะต้องเลิกกิจการไปในที่สุด ดังนั้นการใช้เสรีภาพในการกำหนดราคาขายสินค้าของผู้มีอำนาจตลาดนี้ในทางเศรษฐศาสตร์ จึงเป็นการกระทำที่ผิดเพราะเป็นการกระทำต่อราคาซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการตัดสินใจจัดสรรทรัพยากรของตลาด

ตัวอย่างของคดีในต่างประเทศผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์เพราะเป็นการกระทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตัวเองจนทำให้ศาลอังกฤษต้องพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเฉพาะขึ้นมาเพราะหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ ไม่สามารถใช้บังคับในการป้องกันการผูกขาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คดี *Mogul SS. Co. v McGregor, Gow & Co. and others* [1892]A.C.25

"จำเลยในคดี *Mogul SS. Co.* นี้เป็นเจ้าของเรือที่จัดตั้งสมาคม บางครั้งเรียกว่าการประชุมที่จะเป็นหลักประกันการค้าประเภทขนส่งจากจีนและญี่ปุ่นไว้กับกลุ่มของตัวเองเท่านั้น และกำหนดราคาขนส่งในอัตราที่มีกำไร สมาคมได้วางหลักเกณฑ์ว่าเรือที่จะถูกเรียกไปแต่ละท่าจะมีการแบ่งสินค้าที่บรรทุกระหว่างกันและกำหนดราคาค่าระวางที่จะเรียกเก็บในการขนส่งไปประเทศอังกฤษ สมาชิกของสมาคมอนุญาตให้มีการให้ส่วนลด 5 เปอร์เซ็นต์แก่ผู้ส่ง (Shipper) ที่ขนส่งของด้วยเรือของสมาชิกโดยเฉพาะในระหว่างช่วง 6 เดือน และสมาคมแจ้งให้ตัวแทนเรือทราบ ว่าตัวแทนเรือจะไม่มีภาระงานให้หากติดต่อตกลงกับคนที่ไม่ใช่สมาชิกของสมาคม โจทก์ไม่ใช่

สมาชิกของสมาคมและเมื่อได้ส่งเรือ 2 ลำไปปรับจ้างขนสินค้าใบชาสมาคม โดยอาศัยข้อตกลงกันระหว่างสมาชิกได้กระทำการเสนอการขนส่งใบชาในอัตราสูงกว่าเรือของโจทก์ ซึ่งเรือโจทก์สามารถรับจ้างสินค้าได้ในราคาที่ต่ำกว่าที่มอบแทนเท่านั้น

ในคดีนี้โจทก์ได้อ้างหลักคอมมอนลอว์ที่จะคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะต่อการรวมหัวกันว่าเป็นการจำกัดทางการค้า แต่ศาลไม่เห็นด้วยโดยวินิจฉัยว่าการที่จำเลยกระทำเช่นนั้นไม่อาจถูกฟ้องแม้กระทั่งข้อหาความริบผิดเพื่อละเมิดโดยการสมคบกัน (Tort of Conspiracy) เพราะไม่เป็นการรวมหัวกันเพื่อทำความเสียหายแก่โจทก์เพียงเพราะว่าไม่ชอบโจทก์ แต่เป็นการรวมหัวกันเพื่อปกป้องผลกำไรในทางการค้าของตนเท่านั้น เนื่องจากศาลสูงของอังกฤษเห็นว่าเป็นเสรีภาพในทางการค้านั่นเอง³³

จากกรณีศึกษาของคดีนี้จะเห็นได้ว่าการกำหนดราคาของจำเลยในคดีนี้ เป็นการกำหนดราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดปกติในทางการค้าและเป็นการขับไล่คู่แข่งชั้นประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งก็คือข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยเจตนาร่วมกันกำหนดราคาก็เพื่อให้มีผลกระทบต่อโจทก์ แม้ในคดีนี้ศาลอังกฤษจะตัดสินว่าไม่มีความริบผิดฐานละเมิดเพราะปกป้องผลประโยชน์ของตัวเองทั้งนี้ก็เพราะหลักคอมมอนลอว์หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ตนเองไม่เป็นละเมิดและการสมคบกระทำละเมิดต้องมีเจตนาร้ายซึ่งศาลอังกฤษเห็นว่าไม่มีเจตนาร้าย แต่ในหลักกฎหมายของประเทศไทยหากข้อเท็จจริงได้ความเช่นนี้ ศาลไทยจะต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของความริบผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งได้กล่าวไปแล้วว่า ทั้งจำเลยและโจทก์ต่างก็มีสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายก็คือ สิทธิในการแข่งขันอย่างเสรีด้วยความเป็นธรรม หากฝ่ายใดล่วงสิทธิของอีกฝ่ายและก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้การที่จำเลยกำหนดราคาเช่นนี้มีการกระทำของจำเลยเกิดขึ้นคือร่วมกันกระทำการกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุน ซึ่งการร่วมกันกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นไปด้วยความจงใจกระทำ ซึ่งการกำหนดราคาสินค้าเป็นเสรีภาพในทางการค้าอย่างหนึ่ง แม้ว่าการกำหนดราคาของจำเลยเป็นการกำหนดราคาสินค้าของตัวเอง แต่การกำหนดราคาสินค้าของจำเลยเช่นนี้ย่อม

³³ Valentine Korah, *Competition Law of Britain and Common Market*, (London : Paul Elek, 1975), p.2-3.

มีผลโดยตรงที่จะกระทบต่อนัยสำคัญของการแข่งขันของโจทก์ในตลาดเดียวกันกับจำเลย เนื่องจากจำเลยเป็นกลุ่มผู้ขายบริการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดในธุรกิจขนส่งไปรษณีย์จากอังกฤษไปยังทวีปเอเชียตะวันออกไกล และในทางทฤษฎีการกำหนดราคาค่าต่ำกว่าทุนเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการกำหนดราคาในทางการค้าตามปกติแต่เป็นการกระทำที่ผิดปกติซึ่งหากเป็นการกระทำโดยผู้ไม่มีอำนาจตลาดมากพอย่อมไม่มีผลกระทบต่ออันัยสำคัญของการแข่งขัน แต่หากมีอำนาจตลาดมากพอก็จะมีผลกระทบต่ออันัยสำคัญของการแข่งขันที่จะขับไล่คู่แข่งในตลาดได้ จากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาที่จะตัดราคาเพื่อไม่ให้โจทก์ในคดีนี้เสนอบริการได้สำเร็จและในคดีนี้โจทก์ก็ไม่สามารถเสนอบริการของตนแก่ผู้บริโภคสำเร็จด้วย ผลของความเสียหายของโจทก์ในคดีนี้จึงเป็นผลโดยตรงจากการใช้เสรีภาพในการกำหนดราคาที่เกิดขึ้นขอบเขตของจำเลย จึงเป็นการกระทำที่เข้าหลักเกณฑ์ว่าจำเลยกำหนดราคาค่าเพื่อล่งสิทธิในการแข่งขันของโจทก์และข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาก็ยังปรากฏว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกำหนดราคาของจำเลย ดังนั้นจึงพิเคราะห์ได้ว่าจำเลยจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการแข่งขันของโจทก์แล้วอันมีความรับผิดชอบละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้

สำหรับประเทศไทยวิธีการกำหนดราคาเพื่อขับไล่คู่แข่งเช่นกรณีที่มีข่าวว่าบริษัท กู๊ดเยียร์ (ประเทศไทย) จำกัด ใช้กลยุทธ์ราคาลดคู่แข่งบริดจสโตน สยามไทร์ และมิชลิน ซึ่งแม้ว่าต้นทุนวัตถุดิบบางชนิดในการผลิตยางรถยนต์ ในขณะที่มีข่าวจะสูงขึ้นร้อยละ 30 แต่กู๊ดเยียร์กลับใช้กลยุทธ์หันราคาขาย โดยเสนอราคาถูกกว่ายางของบริษัทอื่น ทำให้บริษัท กู๊ดเยียร์สามารถได้ไปซึ่งส่วนแบ่งตลาดยางรถยนต์ในช่วงที่มีข่าว³⁴ ,กรณีที่บริษัท บุญรอดบริวเวอรี่ จำกัด ได้ตัดราคาเบียร์ช้างเนื่องจากเบียร์ช้างของกลุ่มนายเจริญ สิริวัฒนภักดี เจ้าของเหล้ากลุ่มสุรามหาราษฎร์ ได้เข้ามาในตลาดเมื่อต้นเดือนมีนาคม 2538 ในนามบริษัท เบียร์ไทย (1991) จำกัด และใช้การจำหน่ายสินค้าผ่านเอเยนต์สุรา ซึ่งเป็นช่องทางเดียวกับเบียร์คาร์ลสเบอร์ก ในลักษณะขายพ่วงตามโควต้าให้เอเยนต์ ส่งผลให้ยี่ห้อที่รับจากเอเยนต์ ต้องนำเบียร์ช้างไปขายตัดราคาเพื่อเร่งให้สินค้าหมุนเวียนโดยจำหน่ายในอัตรา 3 ขวดใหญ่ 100บาทซึ่งต่ำกว่าราคาขายปลีกที่บริษัทกำหนดให้ขายในราคาขวดละ 45 บาทเท่ากับเบียร์สิงห์ซึ่งเป็นเจ้าตลาด อยู่ในขณะนั้น และ ในขณะเดียวกันทางเบียร์สิงห์ได้กระทำการตอบโต้โดยเรียกว่าเป็นการส่งเสริมการขายในร้านคอนวีเนียนสโตร์เซเว่นอีเลฟเว่น

³⁴ หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน ฉบับประจำวันที 18 กรกฎาคม 2537, หน้า 34.

บางสาขา เช่น สาขาขนบางเขน โดยลดราคาขายปลีกเบียร์สิงห์ขวดใหญ่จาก 45 บาท ลดลงมาเหลือ 38 บาท³⁵ เป็นต้น

จากตัวอย่างข่าว กรณีบริษัท กู๊ดเยียร์ (ประเทศไทย) จำกัด ข้อเท็จจริงปรากฏตามข่าวว่า แม้ต้นทุนในการผลิตยางรถยนต์สูงขึ้นร้อยละ 30 แต่บริษัท กู๊ดเยียร์ ก็ยังกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุนเพื่อทำตลาดและทำให้บริษัทผลิตยางรายอื่นไม่สามารถแข่งขันด้วยได้ ซึ่งเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งเท่านั้นว่าการกำหนดราคาเช่นนี้เป็นการคิดปกติของการแข่งขันทางการค้า แต่ข้อเท็จจริงเช่นนี้ยังไม่เพียงพอว่าจะเป็นละเมิดหรือไม่ เพราะยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงอีกว่าบริษัท กู๊ดเยียร์ ดังกล่าว มีอำนาจตลาดเพียงพอหรือไม่ หรือ เป็นเพราะการที่บริษัท กู๊ดเยียร์ สามารถพัฒนาการผลิตจนทำให้ตัวเองมีการประหยัดต่อขนาด(Economy of Scale)และการที่มีการประหยัดต่อขนาดเช่นนี้จึงทำให้ขายสินค้าได้ในราคาที่ต่ำซึ่งสิ่งนี้ไม่ใช่เป็นการกระทำที่ผิดปกติทางการค้าเพราะบุคคลอื่นที่แข่งขันด้วยไม่ได้ก็เพราะไม่สามารถพัฒนาประสิทธิภาพการผลิตให้เท่าบริษัท กู๊ดเยียร์ได้ แต่หากปรากฏว่าบริษัท กู๊ดเยียร์ มีอำนาจตลาด และขายสินค้าในราคาต่ำกว่าต้นทุนของตัวเอง โดยที่ความต้องการให้ผู้อื่นไม่สามารถแข่งขันด้วยได้ ทั้งที่โดยปกติ ประสิทธิภาพในการผลิตของบริษัทกู๊ดเยียร์ไม่อาจผลิตสินค้าเพื่อนำออกขายได้ในราคาดังกล่าว โดยการกำหนดราคาเช่นนี้มีการจงใจที่จะก่อและเกิดความเสียหายต่อสิทธิในการแข่งขันเสรีของกลุ่มแข่งขันรายอื่น ข่อมทำให้บริษัท กู๊ดเยียร์ มีความรับผิดชอบลักษณะละเมิดตาม มาตรา 420 ได้

ข. วิธีการแบ่งแยกราคาขาย (Price Discrimination) หมายถึง การที่ผู้ขายแบ่งแยกราคาในการขายสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ให้แก่ผู้ซื้อแตกต่างกัน ในราคาที่แตกต่างกัน แม้ว่าต้นทุนของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะเท่ากันก็ตาม³⁶ โดยเลือกขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อกลุ่มหนึ่งในราคาที่สูงและเลือกขายให้ผู้ซื้ออีกกลุ่มด้วยราคาที่ต่ำ ทั้งนี้เพื่อหวังที่จะขจัดคู่แข่งในทางการค้าและหวังที่จะเข้าครอบครองตลาดในที่สุดซึ่งผู้ที่จะทำการแบ่งแยกราคาขายได้จะต้องเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจตลาดอย่างเต็มที่ หรือในกรณีที่มีผู้ขายมากกว่า 1 ราย การกระทำเช่นนั้นต้องกระทำเหมือนกับเป็นผู้ขายรายเดียว เพื่อควบคุมการกำหนดราคาที่แตกต่างกันอย่าง

³⁵ หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ปีที่ 15 ฉบับที่ 876 ฉบับประจำวันที 18-21 มีนาคม 2538 , หน้า 34.

³⁶ Lawrence Anthony Sullivan, *Handbook of The Law of Antitrust*, p.88.

เครื่องครัด³⁷ มิฉะนั้นอาจเกิดการขายซ้ำ(Resale)ได้ กล่าวคือจะมีผู้ฉวยโอกาสซื้อสินค้าจากตลาดที่มีราคาต่ำไปขายต่อในตลาดที่มีราคาขายสูงเพื่อหวังผลกำไร ซึ่งจะทำให้ผู้ผูกขาดหรือผู้ที่มีอำนาจตลาดที่กำหนดราคาขายเช่นนี้สูญเสียประโยชน์ที่ตนจะได้รับและผลที่คาดหวังจะได้รับจากการแบ่งแยกราคาขาย³⁸ การแบ่งแยกราคาขายจะได้กำไรจากการเฉลี่ยราคาที่ตั้งไว้ในแต่ละพื้นที่หรือแต่ละกลุ่มลูกค้าและยังสามารถสกัดกันหรือขับไล่คู่แข่งขึ้นให้ออกไปจากตลาดได้ ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่าผลในทางทฤษฎีที่สำคัญก็คือการแบ่งแยกราคาขายเช่นนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขัน โดยเฉพาะความเสียหายแนวแรกหรือความเสียหายต่อผู้ประกอบการด้วยกัน โดยปกติแม้การแบ่งแยกราคาขายจะเป็นการจงใจไม่ให้ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการของกลุ่มแข่งขันโดยเป็นการสนับสนุนที่จะให้มีการแทรกแซงการแข่งขันให้ได้รับความเสียหาย แต่หากเพียงแต่จงใจผลการขายจากคู่แข่งมาสู่ผู้ขายที่แบ่งแยกราคาเท่านั้น ตามปกติไม่อาจเพียงพอที่จะถือได้ว่าทำให้เกิดความเสียหายต่อระดับความเสียหายในแนวแรกได้ พิจารณาอีกด้านหนึ่งการแบ่งแยกราคาขายจะถือว่าการสร้างความเสียหายต่อคู่แข่งก็ต่อเมื่อมีจุดมุ่งหมายหรือผลกระทบของการเลือกตัดราคาที่จะขับไล่คู่แข่งออกจากธุรกิจซึ่งจะทำให้ผู้แบ่งแยกราคาได้ไปซึ่งอำนาจผูกขาด³⁹ ดังนั้นหากจะพิจารณาตามกฎหมายไทยว่าการแบ่งแยกราคาขายก่อให้เกิดความรับผิดลักษณะละเมิดต่อคู่แข่งของตนหรือไม่นั้น จะต้องได้ความว่าผู้แบ่งแยกราคาขายจงใจกระทำการแบ่งแยกราคาขายและกำหนดราคาให้ต่ำลงเพื่อมุ่งหวังที่จะให้เกิดผลกระทบต่อโจทก์ และ ผลของการกำหนดราคาต่ำของจำเลยมีผลกระทบต่อภัยสำคัญของการแข่งขันอันถือได้ว่าเป็นการใช้เสรีภาพกำหนดราคาเพื่อล่วงสิทธิในการแข่งขันเสรีของโจทก์ด้วย ซึ่งหากได้ความเช่นนั้น การกระทำของจำเลยจะมีความรับผิดลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ค. วิธีการใช้ข้อตกลงผูกมัด (Tying Agreement) หมายถึง ข้อตกลงที่ผู้ขายมีผลิตภัณฑ์ที่ผู้ซื้อต้องการ แต่ผู้ขายปฏิเสธที่จะขาย เฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ผู้ซื้อต้องการ แต่ยืนยันว่าหากผู้ซื้อมีความประสงค์จะซื้อผลิตภัณฑ์ดังกล่าวผู้ซื้อจะต้องซื้อผลิตภัณฑ์ที่

³⁷ นราทิพย์ ชูติวงศ์, หลักเศรษฐศาสตร์ I: จุลเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (เมษายน 2538)), หน้า 190-191.

³⁸ ปัจจย บุนนาค สมคิด แก้วสนธิ, จุลเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (ธันวาคม 2535)), หน้า 196.

³⁹ Ernest Gellhorn, Antitrust Law and Economic in Nutshell, Second Edition, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1981), p.377.

ผูกมัดด้วย ผู้ขายจึงจะขายผลิตภัณฑ์ที่ผู้ซื้อต้องการให้ข้อตกลงประเภทนี้มีความมุ่งหมายในการประสงค์ให้เกิดผลที่จะขายออกไปซึ่งอำนาจของผู้ขายในตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์แรกที่ผู้ซื้อต้องการไปสู่ตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ผูกมัดนั้นด้วย⁴⁰ โดยจะถือว่าเป็นการกำหนดข้อตกลงที่กระทบต่อการแข่งขันได้ก็คือเมื่อผู้ขายมีอำนาจตลาดในผลิตภัณฑ์ที่ผู้ซื้อต้องการ⁴¹

วิธีการทำข้อตกลงผูกมัดเช่นนี้เป็นการทำที่มีอำนาจตลาดใช้อำนาจในการบีบบังคับให้ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าที่ตนเองไม่ต้องการด้วยซึ่งเป็นการขัดกับระบบตลาดที่ต้องมีการซื้อสินค้าตามความชอบและความต้องการเท่านั้น ซึ่งการทำสัญญาเช่นนี้เป็น การแสดงออกซึ่งอำนาจผูกขาดอย่างหนึ่งที่สามารถบีบบังคับไม่ให้เป็นไปตามกลไกตลาดได้ หากพิจารณาในแง่ความคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการแข่งขันผู้ประกอบการรายอื่นที่ผลิตสินค้าประเภทเดียวกันกับสินค้าที่ผูกมัดยอมเสียเปรียบในการเสนอขายสินค้าประเภทเดียวกันต่อผู้ซื้อและผู้ที่ถูกผูกมัดยอมเกรงกลัวอำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ที่มีอำนาจตลาดโดยต้องจำยอมตกลงด้วย แต่หากพิจารณาความรับผิดทางกฎหมาย การที่มีข้อตกลงผูกมัดเช่นนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ย่อมถือว่าเป็นข้อสัญญาต่างตอบแทนที่สามารถบังคับใช้กันได้โดยศาลยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ที่ว่าผู้เข้าทำสัญญาเป็นผู้ตัดสินใจว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม เสียเปรียบกันอย่างไรหากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่พ้นวิสัยไม่ขัดต่อกฎหมายแล้ว ย่อมใช้บังคับกันได้ เนื่องจากว่าหากมองในแง่ความสัมพันธ์ทางเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วการทำสัญญากันเช่นนี้เป็นการทำสัญญาในลักษณะเคารพกรรมสิทธิ์ของเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนอย่างไรก็ได้ตามที่ตนสมัครใจ ในเมื่อตนไม่ต้องการจะขายทรัพย์สินนั้น หากไม่ได้มีการขายทรัพย์สินอื่นของตนด้วยเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมสามารถทำได้ ดังนั้นตกลงระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายจึงใช้บังคับกันได้ไม่เป็นโมฆะ ซึ่งจะว่าข้อตกลงฉบับนี้บังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าก็ไม่ถนัดนักเพราะผู้ขายเสนอเงื่อนไขที่จะขายซึ่งจะซื้อตามเงื่อนไขที่จะซื้อหรือไม่ก็ย่อมเป็นสิทธิของผู้ซื้อ พิจารณาในประเด็นระหว่างผู้ขายสินค้ากับคู่แข่งในตลาดสินค้าที่ผูกมัดจะต้องพิจารณาในความรับผิดลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 เพราะระหว่างผู้ขายกับคู่แข่งไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่ผู้ขายกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ การจะพิจารณาซื้อหรือไม่เป็นสิทธิของผู้ซื้อซึ่งก็ไม่แน่ว่าจะซื้อหรือไม่ ข้อพิจารณาต่อมาการทำผู้ซื้อซื้อสินค้าที่ผูกมัดตามที่ผู้ขายเสนอแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า หากมีผู้ซื้อเป็นจำนวนไม่มากในตลาดดังกล่าวซื้อสินค้าที่

⁴⁰ Lawrence Anthony Sullivan, Handbook of The Law of Antitrust, p.431.

⁴¹ Ibid, p.445.

ผูกมัดกับผู้ชาย ก็ไม่มีอำนาจหรือไม่อาจมีผลกระทบใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผู้ขายแข่งขันสินค้าที่ผูกมัดในตลาดดังกล่าวไม่สามารถประกอบการค้าขายแข่งขันได้ เพราะยังมีลูกค้ารายอื่นในตลาดอีกมากมาย จึงเห็นได้ว่าหากมีข้อเท็จจริงเพียงข้อตกลงผูกมัดที่ผู้ขายสินค้าที่ผูกมัดต้องการขยายอำนาจผูกขาดไปยังตลาดสินค้าดังกล่าวยังไม่อาจมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เพราะแม้ว่าจะมีการกระทำโดยจงใจทำข้อตกลงผูกมัดแต่ก็ยังไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในการแข่งขันของกลุ่มแข่งขันด้วยกันในตลาดแต่อย่างใด แต่หากการใช้วิธีข้อตกลงผูกมัดเช่นนี้เป็นไปโดยแพร่หลายทั้งตลาดจนแทบจะไม่เหลือส่วนแบ่งตลาดให้แก่คู่แข่งรายอื่นได้เลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้ผูกขาดกระทำการกำหนดข้อตกลงผูกมัดจนทั่วทั้งตลาดซึ่งส่วนแบ่งตลาดที่เหลือแทบจะไม่มีนัยสำคัญของการแข่งขันอยู่แล้ว การกระทำเช่นนี้แม้จะเป็นเสรีภาพในทางการค้าของผู้ประกอบการที่จะตกลงกัน แต่ก็เป็นการใช้เสรีภาพที่กระทบต่อสิทธิการแข่งขันของกลุ่มแข่งขันด้วยกันในตลาดอย่างยิ่ง เนื่องจากจะเป็นการสร้างอุปสรรคปิดกั้นไม่ให้ผู้อื่นสามารถค้าขายแข่งขันด้วยได้ และถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้

สำหรับประเทศไทยพฤติกรรมเช่นนี้มีปรากฏให้เห็นบ้าง เช่น กรณีมีข่าวว่าในกรณีปีพ.ศ.2534 ผู้ผลิตเบียร์คาร์ลสเบอร์กได้มีการร่วมทุนอย่างเป็นทางการกับนายเจริญ สิริวัฒนภักดี สร้างโรงงานคาร์ลสเบอร์ก บริวเวอรี่(ประเทศไทย)จำกัด ในเดือนเมษายน ปีพ.ศ. 2535 ด้วยเงินลงทุน 555 ล้านบาท โดยโรงงานคาร์ลสเบอร์กเริ่มดำเนินการและวางตลาดในเดือนมิถุนายน 2536 โดยจังหวะก้าวแรกของการเข้าไปเบียดแทรกได้ใช้เครือข่ายเอเจนต์สุราของสุราทิพย์และสุรา มหาราชฤทธิ์ที่มีอยู่ทั่วประเทศเป็นตัวเปิดเกมรุก เพราะทั้ง 2 กิจการต่างมีนายเจริญ สิริวัฒนภักดี เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ความสัมพันธ์ของบริษัท กับเอเจนต์ช่วง 5 เดือนแรก เป็นไปอย่างราบรื่นแม้จะมีเงื่อนไขขบถจากบริษัท หลายข้อ เช่น เมื่อซื้อสุรา 1,000 ลิ้งต้องพ่วงซื้อเบียร์คาร์ลสเบอร์ก 1,000 ลิ้งและควบกับโซดาคาร์ลสเบอร์ก 620 ลิ้งต่อเดือนเพื่อนำของเหล่านี้ระบายให้ร้านค้าย่อยต่อไป ตามสัดส่วนที่บริษัทกำหนดไว้ กลยุทธ์ขายพ่วงกับเหล้าเข้ามาซึ่งความสำเร็จในระยะแรกเพราะทำให้คาร์ลสเบอร์กเข้าสู่ร้านค้าได้ง่ายเหมือนพลิกฝ่ามือ ต่อมาเอเจนต์และร้านค้าปลีกรับภาระไม่ไหว ได้นำเอาคาร์ลสเบอร์กออกมาเลหลังในราคาต่ำกว่า 40 บาททั้งที่บริษัทได้วางตำแหน่งสินค้าไว้เหนือกว่าสิงห์(เบียร์สิงห์)ที่ราคาขายปลีกประมาณ 50 บาท อย่างไรก็ตามผลในการใช้

พฤติกรรมขายพ่วงหรือข้อตกลงผูกมัดเช่นนี้ทำให้คาร์ลสเบอร์กมีส่วนแบ่งตลาดขายเบียร์ถึงร้อยละ 15⁴²

จากข้อเท็จจริงตามข่าวสามารถวิเคราะห์ได้ว่าการที่กลุ่มสุรามหาราชฎร์ที่มีส่วนแบ่งตลาดของการขายสุรามาก เมื่อมีการร่วมทุนกับเบียร์คาร์ลสเบอร์ก ซึ่งเป็นเบียร์ยี่ห้อใหม่จึงได้ใช้อำนาจตลาดที่ตนมีอยู่ในตลาดสุรา ทำข้อตกลงขายพ่วงกับเอเยนต์ที่ขายสุราให้กลุ่มสุราทิพย์ว่าหากจะซื้อสุราในกลุ่มสุราทิพย์ได้จะต้องซื้อเบียร์คาร์ลสเบอร์กและโซคาคาร์ลสเบอร์กด้วย ข้อตกลงเช่นนี้จึงเป็นข้อตกลงผูกมัดที่กลุ่มสุราทิพย์ผู้มีอำนาจตลาดสุราอยู่แล้ว ใช้อำนาจตลาดบีบบังคับให้ผู้ซื้อในตลาดจำต้องซื้อเบียร์คาร์ลสเบอร์กที่ตนร่วมทุนด้วยทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะขยายอำนาจตลาดสุราของตนออกไปสู่ตลาดเบียร์ด้วย ซึ่งทำให้ผู้ซื้อที่ต้องการซื้อสุราได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากจำใจต้องซื้อเบียร์คาร์ลสเบอร์กที่ตนไม่ต้องการซื้อและไม่รู้ว่าจะขายได้หรือไม่เพราะเป็นเบียร์ยี่ห้อใหม่ยังไม่มีผู้รู้จักแพร่หลายจนในที่สุดต้องมีการยอมขาดทุนขายเบียร์ที่ซื้อพ่วงมานั้นทั้งไปในราคาที่ขาดทุน พิจารณาในด้านผู้ประกอบการเบียร์ด้วยกันในตลาดนั้น จะถือว่าการกระทำข้อตกลงผูกมัดเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องได้ความชัดเจนว่ากลุ่มบริษัท สุราทิพย์ มีส่วนแบ่งตลาดมากและต้องปรากฏด้วยว่าหากเอเยนต์ไม่ยอมซื้อแล้วจะได้รับความเสียหายจึงจำเป็นต้องยอมซื้อสินค้าพ่วงนั้น อีกทั้งต้องพิจารณาอีกว่าการทำข้อตกลงผูกมัดมีจำนวนมากจนทำให้ผู้ค้าในตลาดเบียร์เดียวกันได้รับความเสียหายค่อนข้างสำคัญของการแข่งขันด้วย ประกอบการกระทำครบองค์ประกอบตามมาตรา 420 แล้ว สามารถจะมีความรับผิดชอบลักษณะละเมิดได้

ง. ข้อตกลงค้าขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) หมายถึง ข้อตกลงระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อว่าผู้ซื้อจะไม่ใช้สินค้าหรือตกลงซื้อขายสินค้ากับผู้ขายรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกับผู้ขายผู้ตกลงข้อตกลงเช่นนี้ด้วย โดยผู้ซื้อตกลงที่จะใช้หรือซื้อสินค้ากับผู้ขายเท่านั้น ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้มีผลเป็นการบังคับสิทธิในการเลือกซื้อสินค้าของผู้ซื้อและยังเป็นการเข้ายึดตลาดอันเป็นการปิดโอกาสที่จะค้าขายสินค้าของผู้ขายรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกับผู้ขายซึ่งกำหนดข้อตกลงเช่นนี้กับผู้ซื้อ นอกจากผลเช่นนี้แล้วผู้ขายที่ตกลงสำเร็จจะเกิดความมั่นใจว่าตลาดสินค้าที่ตนค้าขายนั้นจะอยู่ในความครอบครองของตนเท่านั้น และจะก่อให้เกิดการประหยัดค่าใช้จ่ายทั้งปวงใน

⁴² หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายสัปดาห์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 423 วันที่ 9-15 มกราคม 2538 ,

การขายและระบายสินค้าของผู้ขายอีกด้วย⁴³ ข้อตกลงเช่นนี้จะสำเร็จได้มากหากผู้ขายที่ตกลงด้วยเป็นผู้ขายที่มีอำนาจตลาดในสินค้านั้นมาก การตกลงเช่นนี้จึงถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตลาดเพื่อรักษาการผูกขาดหรือให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด

พิจารณาเกี่ยวกับกรณีข้อตกลงเช่นนี้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดจะเห็นว่า ข้อตกลงที่จำกัดว่าผู้ซื้อจะไม่ตกลงซื้อขายสินค้ากับผู้อื่นหากซื้อขายสินค้ากับผู้ขายเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนใช้บังคับได้เพราะไม่ขัดต่อกฎหมายหรือพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยทั่วไปแล้ว การตกลงดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าในตลาดได้เลย เพราะผู้ซื้อที่ตกลงด้วยแม้จะไม่ค้าขายกับคู่แข่งทางการค้าตามข้อตกลงที่ทำไว้กับผู้ขาย แต่คู่แข่งทางการค้าก็ยังสามารถตกลงซื้อขายสินค้ากับผู้อื่นในตลาดนั้น ๆ ได้ แต่ถ้าหากผู้ขายเป็นผู้มีอำนาจตลาด และสามารถตกลงกับผู้ซื้อได้ทั้งหมดในตลาดสินค้านั้น หรือ แม้จะเหลือส่วนแบ่งตลาดก็ไม่มีผลต่อนัยสำคัญของการแข่งขันเสียแล้ว อีกทั้งหากมีข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนว่าผู้ขายจงใจทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถค้าขายแข่งขันกับตนเองได้ ย่อมเป็นการปิดโอกาสและล่วงสิทธิในการแข่งขันทางการค้าของคู่แข่งนั้นได้โดยถือว่าการใช้วิธีการตกลงของผู้มีอำนาจตลาดเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจต่อผู้อื่น และเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในการแข่งขันของผู้ประกอบการแข่งขันรายอื่นแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งหลักการวินิจฉัยเช่นนี้ที่สำคัญก็คือต้องเป็นการกระทำของผู้ที่มีอำนาจตลาดเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการกระทบสิทธิการแข่งขันได้ เพราะผู้มีอำนาจตลาดเท่ากับว่าครองส่วนแบ่งตลาดเป็นส่วนใหญ่แล้วเมื่อตกลงกับผู้อื่นย่อมทำให้ผู้ที่จะค้าขายกับคู่แข่งลดลงหรือแทบจะไม่มีเลยเท่ากับว่าการตกลงดังกล่าวยังเป็นการเห็นได้ชัดเจนว่าเกิดความเสียหายที่แน่นอนแก่คู่แข่งที่ไม่ได้ตกลงด้วยในตลาดนั้น แต่หากผู้ตกลงไม่ได้ครองส่วนแบ่งตลาดมาก การตกลงเช่นนี้ย่อมไม่อาจกระทบต่อนัยสำคัญของการแข่งขันได้ ดังที่ศาลสหรัฐอเมริกาในคดี *Pearsall Butter Company v Federal Trade Commission*, 292 F.720(7 Cir 1923); 267,272 ได้ตัดสินว่าเป็นการตกลงกันโดยสุจริต

⁴³ Phillip Areeda, *Antitrust Analysis: Problems Text Cases*, Third Edition, (Boston Toronto : Little Brown and Company, 1981), p.809-810.

และการกระทำของจำเลยยังอยู่ไกลกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับมาก โดยถือไม่ได้ว่าสามารถกระทบต่อสิทธิในการแข่งขันได้⁴⁴

2.) วิธีการใช้อำนาจตลาดกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ หากผู้มีอำนาจตลาดไม่ต้องการที่จะให้มีคู่แข่งในตลาดเพราะหากมีคู่แข่งในตลาดแล้วตนเองก็อาจจะต้องเสียส่วนแบ่งตลาดไปและอำนาจตลาดของตนเองก็จะลดลงในที่สุด นอกจากนี้การที่มีคู่แข่งมากจะทำให้ราคาสินค้าในตลาดลดลงไปอยู่ในระดับราคาที่มีการแข่งขันกันและผู้ประกอบการที่ครองส่วนแบ่งตลาดเดิมก็จะมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการประกอบการสูงขึ้นเพราะจะต้องทุ่มเทให้กับการแข่งขันเพื่อยึดครองส่วนแบ่งตลาดแต่หากไม่มีคู่แข่ง การกำหนดราคาไม่ได้ขึ้นกับการแข่งขันจึงไม่ทำให้ผู้ผูกขาดมีต้นทุนที่สูงในการจะได้กำไรมากแต่อย่างไรเพราะไม่ต้องขวนขวายด้านคุณภาพหรือค่าใช้จ่ายในการโฆษณาเพื่อดึงดูดใจผู้บริโภค ดังนั้นในขณะที่ตนเองมีอำนาจตลาดอยู่นั้นจึงอาศัยความได้เปรียบที่มีอิทธิพลต่อตลาดนี้กระทำการกีดกันไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เข้ามาประกอบการในตลาดนั้นได้โดยผู้มีอำนาจตลาดนั้นอาจใช้วิธีการทางด้านราคาคือการกำหนดราคาเพื่อกีดกันคู่แข่ง (Predatory Pricing) ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวถึงวิธีการนี้แล้วจะไม่ขอกล่าวอีกโดยละเอียด การกำหนดราคาเช่นนี้นอกจากจะใช้ขับไล่คู่แข่งให้ออกไปจากตลาดแล้ว ผู้มีอำนาจตลาดก็อาจจะกำหนดราคาให้ต่ำกว่าต้นทุนทั้งนี้เพื่อไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เกิดความสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในตลาดเนื่องจากราคาสินค้าที่เสนอขายในตลาดไม่เห็นกำไรที่น่าสนใจในการเข้ามาประกอบการแข่งขัน อีกทั้งราคาสินค้าที่ต่ำเมื่อทราบว่าจะมีผู้เข้ามาลงทุนเช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้ตัดสินใจเข้ามาค้าขายแข่งขันในตลาดเกิดความเสียหายด้วยเพราะไม่สามารถค้าขายแข่งขันในราคาเช่นนั้นได้โดยอาจจะต้องล้มเลิกโครงการที่จะเข้ามาลงทุนในตลาดนั้น ในข้อพิจารณาว่าการกำหนดราคาของผู้มีอำนาจตลาดเช่นนี้หากมีข้อเท็จจริงอย่างแจ่มชัดว่ามีอำนาจตลาดเพียงพอในการกำหนดราคาที่เป็นผลกระทบต่อภัยสำคัญของการแข่งขันแล้ว อาจเป็นการจงใจกระทำการกำหนดราคาให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการแข่งขันของผู้อื่นอันเป็นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้เพราะการกำหนดราคาในสินค้าของตนเป็นการใช้เสรีภาพในการกำหนดราคาที่ต่ำซึ่งเป็นการก้าวล่วงไปละเมิดต่อสิทธิการแข่งขันของผู้จะเข้ามาใหม่เนื่องจากกีดกันไม่ให้เขาเข้ามาสู่ตลาดได้โดยอิสระ ซึ่งหลักการที่ผู้ประกอบการจะเข้าหรือออกจากตลาดโดยเสรีนี้เป็นหลักการสำคัญของการแข่งขัน

⁴⁴ A.D.Neale and D.G.Goyder, *The Antitrust Law of The United States of America*, Third Edition, (Cambridge : Cambridge University, 1980), p.266-267.

ข้อที่จะต้องพิจารณาก็คือ ผู้ที่ยังไม่ประกอบธุรกิจเพียงแต่คิดที่จะเข้ามาลงทุนเช่นนี้เพียงใดจึงจะถือว่าได้รับความเสียหายจากการกำหนดราคาเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากเพียงแต่คิดจะลงทุนแต่ยังไม่ได้ลงมือหรือเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมการที่เป็นส่วนสำคัญแล้วยังไม่ถึงว่าผู้นั้นได้รับความเสียหาย แต่หากผู้ที่จะเข้ามาในตลาดได้มีแผนการในการจะเข้ามาลงทุนในสถานะที่เพียงพอที่จะสามารถกระทำให้อำนาจสำเร็จได้แล้ว การกำหนดราคาของผู้มีอำนาจตลาดก็ถือว่าเกิดความเสียหายแก่ผู้ที่จะเข้ามาค้าขายแข่งขันในตลาดอันถือว่าเป็นละเมิดเพราะเกิดความเสียหายที่แน่นอนขึ้นกับเขาแล้ว การมีแผนการในการจะเข้ามาลงทุนในลักษณะที่ถือว่าเกิดความเสียหายเพราะการกำหนดราคาของผู้มีอำนาจตลาดมีหลักการพิจารณา 4 ประการคือพื้นฐานและประสบการณ์ของผู้อ้างความเสียหายในธุรกิจที่ตนจะเข้ามาประกอบการภายหน้านั้น, การกระทำที่ยืนยันถึงการที่จะเข้ามาผูกพันที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจที่ตนมุ่งหวัง, ความสามารถทางการเงินของผู้อ้างความเสียหายที่จะหามาซึ่งเครื่องมือหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการลงมือประกอบธุรกิจ, ความบริบูรณ์ของสัญญาที่ผู้อ้างความเสียหายได้ทำไปแล้ว⁴⁵

นอกจากนี้ผู้มีอำนาจตลาดดังกล่าวอาจใช้อิทธิพลในการเป็นหน่วยธุรกิจที่มีอำนาจเหนือผู้อื่นที่จะควบคุมวัตถุประสงค์หรือเส้นทางการจัดจำหน่ายที่ถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของหน่วยธุรกิจรายใหม่และจะมีผลทำให้ผู้อื่นไม่ตัดสินใจที่จะเข้ามาในตลาดได้เช่นกัน ซึ่งกรณีนี้ผู้มีอำนาจตลาดเป็นผู้ควบคุมวัตถุประสงค์และเส้นทางการจำหน่ายนั่นเอง ในเบื้องต้นจะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ที่ตัดสินใจจะเข้ามาแข่งขันยังไม่ได้เพราะผู้มีอำนาจตลาดผู้นั้นย่อมมีสิทธิโดยชอบในการดำเนินธุรกิจและจำหน่ายจ่ายอินเทอร์เน็ตสินของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ดังนั้นจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าผู้มีอำนาจตลาดได้กระทำการใด ๆ อันเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามมาตรา 420 หรือไม่ การที่ผู้มีอำนาจตลาดเป็นผู้ผลิตรายใหญ่ที่สามารถพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิตของตนถึงขั้นที่สามารถ “ประหยัดต่อขนาด” ได้ นั่น เป็นเสรีภาพของผู้นั้นที่จะสามารถลดต้นทุนของตัวเองลงได้และผลแม้จะทำให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาดไม่ได้เพราะผู้อื่นไม่สามารถพัฒนาการผลิตจนกระทั่งตัวเองสามารถมีต้นทุนที่ต่ำจนแข่งขันกับผู้มีอำนาจตลาดได้นั้น ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในลักษณะละเมิดแก่ผู้ผลิตที่ประหยัดต่อขนาดนั้นได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากมีการกระทำอื่นใดที่ทำให้เห็นว่าผู้มีอำนาจตลาดผู้นั้นจงใจกระทำให้ผู้จะเข้ามาในตลาดไม่สามารถเข้ามาตลาดได้ เช่น ทราบว่าผู้ที่ตัดสินใจเข้ามาในตลาดตกลงจะ

⁴⁵ The Section of The Law of Antitrust of The American Bar Association, *Antitrust Law Developments(Second)*, p.393.

ซื้อขายวัตถุดิบกับผู้ใดหรือตกลงจะทำสัญญาจัดจำหน่ายกับหน่วยธุรกิจใดในตลาดและผู้มีอำนาจตลาดได้กระทำการใช้อิทธิพลต่อหน่วยธุรกิจผู้ขายวัตถุดิบหรือที่จะตกลงทำสัญญาจัดจำหน่ายกับผู้ตัดสินใจจะเข้ามาในตลาดรายใหม่ไม่ให้ตกลงขายวัตถุดิบหรือตกลงทำสัญญาจัดจำหน่ายกับผู้จะเข้ามาในตลาดรายใหม่ เช่นนี้ผู้มีอำนาจตลาดนั้นมีความรับผิดชอบและเมิตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้ เนื่องจากผู้มีอำนาจตลาดผู้นั้นใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบเป็นการกระทำที่ไม่มีสิทธิที่จะกระทำการห้ามไม่ให้ผู้ขายวัตถุดิบหรือผู้ที่จะทำสัญญาจัดจำหน่ายกับผู้จะเข้ามาในตลาดรายใหม่ไม่ทำสัญญาหรือผิดสัญญากับผู้เข้ามาในตลาดรายใหม่ได้เพราะถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิการแข่งขันโดยเสรีของผู้เข้ามาในตลาดรายใหม่นั้น⁴⁶

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบที่จะเป็นการกระทำละเมิดนั้นจะต้องได้ความชัดเจนว่าผู้กระทำมีอำนาจตลาดมากเพียงพอเพราะหากผู้กระทำไม่มีอำนาจตลาดมากพอย่อมไม่สามารถถือได้ว่าการกระทำที่เป็นการตกลงกันหรือกระทำต่อราคามีผลโดยตรงต่อผู้ที่กล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายได้ เนื่องจากการไม่มีอำนาจตลาดเพียงพอไม่สามารถทำให้ผู้อยู่ในตลาดด้วยกันหรือผู้ที่ต้องการเข้ามาในตลาดได้รับผลกระทบหรือเกิดความเสียหายได้และจะทำให้ถือได้ว่าเป็นเพียงการกระทำในทางธุรกิจอย่างหนึ่งเท่านั้นวันแต่จะปรากฏชัดเจนว่ากระทำการขัดขวางหรือทำลายไม่ให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการประกอบการ นอกจากวิธีการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบดังที่ได้ยกตัวอย่างมานี้ หากมีการกระทำอื่นนอกเหนือจากนี้ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบละเมิดต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือไม่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือไม่ หากเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวผู้ใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบก็ย่อมมีความรับผิดชอบละเมิดได้

สรุป

การกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้าโดยทั่วไปยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เพราะยังไม่มีกระทำการโดยจงใจต่อผู้อื่น ซึ่งก็รวมถึงการที่หน่วยธุรกิจสามารถประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) ได้ด้วยเพราะการประหยัดต่อขนาดย่อมทำให้หน่วยธุรกิจได้เปรียบผู้อื่นในหลายด้านหลายประการเช่นได้เปรียบด้านต้นทุนที่ต่ำไม่ว่าจะเป็นการได้เปรียบด้านวัตถุดิบ, ต้นทุนในการผลิต, ช่องทางการจำหน่าย เป็นต้น ที่ไม่ถือว่า

⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 55-56.

เป็นการกระทำโดยจงใจให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย แต่หากมีการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบหรือมีการใช้ความได้เปรียบโดยมิชอบเกิดขึ้นเช่นตกลงกันไม่ให้มีการไปซื้อสินค้ากับผู้อื่นทำให้ผู้ที่ประกอบการรายอื่นไม่สามารถค้าขายแข่งขันได้แล้วซึ่งมีผลกระทบต่อภัยสำคัญของการแข่งขัน อีกทั้งกระทำการเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้ใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบหรือใช้ความได้เปรียบโดยมิชอบนั้นก็มีความรับผิดลักษณะละเมิดได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาและแยกแยะข้อเท็จจริงให้ได้ชัดเจนว่าที่มีการกล่าวอ้างว่าตนเองเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาหรือไม่ ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณาได้ว่าการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบนั้นเป็นความรับผิดลักษณะละเมิดผู้เป็นโจทก์จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงของการกระทำของจำเลยและผลจากการกระทำของจำเลยให้ได้แน่นอนชัดเจนเสียก่อน อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบไม่ใช่การกระทำที่สะท้อนให้เห็นผลโดยชัดเจนในตัวเองได้ซึ่งความรับผิดลักษณะละเมิดจะต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏชัดถึงการกระทำและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล อีกทั้งจะต้องปรากฏว่าเป็นความเสียหายที่แน่นอนด้วย หากการกระทำใดเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามกฎหมายจนทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการแข่งขัน ผู้กระทำย่อมมีความรับผิดในลักษณะละเมิดได้เพราะเป็นการทำให้เสียหายแก่สิทธิในการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด

ในทางกลับกันหากไม่เข้าองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากไม่ได้ความว่าเป็นการกระทำที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 420 แล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นละเมิด เช่น การกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุนแต่ผู้กำหนดราคาไม่มีอำนาจตลาดเพียงพอกล่าวคือมีส่วนแบ่งตลาดไม่มากย่อมไม่ก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้รับความเสียหายได้เพราะยังมีลูกค้ารายอื่นที่ผู้ประกอบการอื่นในตลาดจะเสนอขายสินค้าให้ได้อยู่ หรือ กรณีที่มีการตกลงผูกมัดยอมไม่ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้รับความเสียหายที่แน่นอนได้เพราะยังมีผู้ซื้อในตลาดอีกมากมายที่ไม่ได้ตกลงด้วยกับผู้มีอำนาจตลาด หรือ การตกลงกันควบกิจการแม้จะเป็นการความได้เปรียบด้านขนาดของอุตสาหกรรมให้ตนเองซึ่งจะทำให้ในที่สุดแล้วมีอำนาจเหนือผู้อื่นในตลาด แต่หากไม่ปรากฏว่ามีเจตนาจงใจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นย่อมถือได้ว่าเป็นเสรีภาพที่จะทำการควบกิจการได้ตามกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด หรือ การรวมการอำนวยความสะดวกหรือควบคุมนโยบายและการบริหารธุรกิจ หากไม่ปรากฏว่ามีเจตนาจงใจให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้รับความเสียหายและไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำเช่นนั้นผลกระทบต่อการแข่งขันได้อย่างไรแล้ว ย่อมเป็นเสรีภาพของผู้ดำเนินธุรกิจจะกระทำได้ ไม่เป็นละเมิด เป็นต้น

4.3. การพิสูจน์ค่าเสียหายเกี่ยวกับคดีละเมิดกับการผูกขาดทางการค้า

ได้กล่าวไปแล้วว่ากรณีจะเป็นละเมิดได้จะต้องมีความเสียหาย แต่ค่าเสียหายจะมีอะไรบ้างและจะพึงใช้กันแค่ไหนไหนเพียงใดจะต้องพิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ที่บัญญัติว่า

"ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น.....รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อขึ้นนั้นด้วย"

หลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 คือหลักการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกล่าวคือ ให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกระทำละเมิด ซึ่งเป็นหลักการชดเชยความเสียหายไม่ใช่หลักการลงโทษผู้กระทำ ความเสียหาย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ถูกระทำละเมิดที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายที่แท้จริงจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำเพียงใด

ข้อที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก็คือจะต้องมีการกระทำที่ก่อความรับผิดชอบละเมิดให้แก่ผู้กระทำเสียก่อนและเมื่อผู้กระทำมีความรับผิดชอบละเมิดแล้วจึงจะพิจารณาถึงค่าเสียหายตามมาตรานี้ ซึ่งการนำสืบพิสูจน์ความเสียหายและค่าเสียหายนั้น ในด้านวิธีพิจารณาความแล้ว การการพิสูจน์จะตกแก่โจทก์เพราะ โจทก์เป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเช่นนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 (คำพิพากษาฎีกาที่ 905/2480)

ผู้เขียนขอเสนอหลักเกณฑ์ในการนำสืบพิสูจน์ความเสียหายและค่าเสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีวิธีการที่พิเคราะห์เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยที่เป็นเหตุแห่งความเสียหายได้อย่างเหมาะสมดังนี้

หลักการทั่วไปก็คือหากไม่มีการกระทำละเมิดของจำเลยแล้วความเสียหายย่อมจะไม่เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำละเมิดของจำเลยจึงต้องพิเคราะห์ว่า หากไม่มีการกระทำละเมิดของจำเลยสภาพ

ธุรกิจของโจทก์เป็นเช่นไร และเมื่อมีการกระทำละเมิดของจำเลยแล้วสภาพธุรกิจของโจทก์เป็นเช่นไร แต่ก็ยังเป็นปัญหาที่ยากอย่างมากเพราะการประเมินสถานการณ์สมมุติฐานเป็นไปได้ลำบากเนื่องจากโลกธุรกิจเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา และมีหลายองค์ประกอบที่อาจมีผลกระทบทั้งโจทก์และจำเลย⁴⁷ อย่างไรก็ตามบุคคลใดกระทำละเมิดก็ไม่สมควรที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปได้ ภาระในการพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายจึงไม่เคร่งครัดกว่า ภาระการพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดความเสียหายศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้โดยการค้นหาข้อเท็จจริง (The Trier of Fact) ซึ่งตั้งอยู่บนหลัก การประเมินที่มีเหตุผลอันอยู่บนหลักของข้อมูลที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามคำพิพากษาเกี่ยวกับความเสียหาย จะต้องไม่ตั้งอยู่บนการเสี่ยงโชคเพื่อหากำไร หรือการคาดเดาเอาเอง วิธีการที่เหมาะสมมักจะขึ้นอยู่กับสภาพของการละเมิดที่แสดงออกมา เช่น ในคดีร่วมกันกำหนดราคา และคดีเกี่ยวกับการกำหนดราคาแพงไปอันเนื่องมาจากอำนาจการผูกขาด จะพิจารณาค่าเสียหายด้วยการคิดคำนวณค่าเสียหายจากราคาที่แตกต่างระหว่างราคาที่คุณต้องจ่ายในกรณีมีการละเมิดและราคาที่ควรจ่ายที่แท้จริงหากไม่มีการกระทำละเมิด, ในคดีข้อตกลงผูกมัด ก็จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากความแตกต่างของราคาที่จ่ายไปสำหรับสินค้าที่ผูกมัด กับ ราคาที่ควรจะเป็นเมื่อตลาดมีการเปิดเสรี เป็นต้น

ค่าเสียหายยังรวมถึง ค่าขาดกำไร อันเป็นผลโดยตรงให้ธุรกิจของโจทก์ต้องถูกทำลายไปทั้งหมดหรือบางส่วนจากการกระทำละเมิดของจำเลย อย่างไรก็ตามค่าเสียหายที่โจทก์สูญเสียชื่อเสียงทางการค้า หรือ สูญเสียสิทธิในการดำเนินธุรกิจของตนต่อไปเป็นคุณค่าทางธุรกิจของโจทก์ที่ได้รับการเยียวยาได้ด้วย แต่โจทก์จะไม่ได้รับค่าเสียหายจากการขาดกำไรในอนาคต⁴⁸ ซึ่งค่าขาดกำไรในอนาคตนี้หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 438 ไม่ได้ห้ามเรียกแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องเป็นค่าเสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิดของจำเลยและแน่นอนเท่านั้น หากไม่ใช่ค่าเสียหายโดยตรงและแน่นอนโจทก์ก็ไม่มีสิทธิได้รับ ผู้เขียนเข้าใจว่าสาเหตุที่ศาลสหรัฐอเมริกาไม่กำหนดค่าเสียหายจากการขาดกำไรในอนาคตก็เพราะถือว่าเป็นผลเสียหายที่เกิดไกลกว่าเหตุ แต่กฎหมายไทยไม่ได้ห้ามเรียกค่าเสียหายเช่นนี้เพราะกฎหมายไทยจะพิจารณาว่าเมื่อมี

⁴⁷ Hon Cecelia H. Goetz, "The Basic Rules of Antitrust Damages", *The Antitrust Law Journal* 49 (Issues I, 1980), p.125.

⁴⁸ The Section of The Law of Antitrust of The American Bar Association, *Antitrust Law Developments(Second)*, p.409-411.

การกระทำละเมิดแล้ว การกำหนดค่าเสียหายศาลจะนำเอาพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นเกณฑ์กำหนด⁴⁹

นอกจากนี้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกายังได้พัฒนาหลักการพิสูจน์ค่าเสียหายอีก โดยมีหลักที่เรียกว่าหลัก "ก่อนและหลัง" (Before and After) ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบกำไรของโจทก์หรือราคาที่โจทก์ชำระไปในช่วงระยะเวลาที่มีการกระทำละเมิดกับกำไรที่ได้รับหรือราคาที่จ่ายไปก่อนที่มีการละเมิดหรือหลังจากการละเมิดสิ้นสุดแล้ว และยังมีหลัก "เครื่องวัด" (Yardstick) ที่เปรียบเทียบกำไรที่ได้รับหรือราคาที่โจทก์จ่ายกับข้อมูลได้ตอบสำหรับหน่วยธุรกิจ หรือ ในตลาดที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการกระทำละเมิดของจำเลย นอกจากนี้หลักที่กล่าวมานี้ในการฟ้องเรียกค่าขาดกำไร โจทก์ก็ต้องนำสืบแสดงให้ศาลเห็นว่าตนสูญเสียธุรกิจหรือลูกค้าโดยเฉพาะเจาะจงและตนต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอันเป็นผลจากการละเมิดของจำเลยอีกด้วย⁵⁰

ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดจากการป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถปรับใช้กับค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดตามกฎหมายไทยเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 438 นี้โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงว่าการกระทำละเมิดของจำเลยเป็นเหตุให้โจทก์ต้องเสียหายเช่นกัน และหากโจทก์ได้รับความเสียหายก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ไม่ว่าจะเป็นค่าขาดรายได้, ค่าขาดกำไร, ค่าความเสียหายต่อชื่อเสียงทางธุรกิจ, ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการกระทำละเมิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2536) เพราะกฎหมายให้อำนาจไว้ว่าศาลต้องกำหนดค่าเสียหายให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อีกทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าอย่างใด ๆ หากเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของจำเลยที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่โจทก์แล้ว โจทก์ย่อมสามารถเรียกร้องเอาได้ไม่จำเป็นว่าจำเลยจะต้องคาดเห็นหรือไม่ เพราะคดีละเมิดไม่เหมือนการผิดสัญญาที่คู่สัญญาผู้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายจะต้องคาดเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับความเสียหายอย่างใดด้วย อย่างไรก็ตามแม้โจทก์นำสืบไม่ได้ว่าเสียหายจำนวนเท่าใด ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2474) นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าโจทก์สามารถฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดและห้ามกระทำ

⁴⁹ สุขุม สุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 202.

⁵⁰ The Section of Antitrust law of The American Bar Association, Antitrust law Developments(Second), p.411-412.

ต่อไปซึ่งการละเมิดของจำเลยได้อีกด้วย เช่น จำเลยกำหนดราคาต่ำกว่าทุนเพื่อขับไล่โจทก์ออกจากตลาด (Predatory Pricing) โจทก์อาจฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยหยุดกระทำการกำหนดราคาในลักษณะเช่นนั้น และห้ามกำหนดราคาเช่นนั้นต่อไปในภายหน้าอีกด้วย เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการนำสืบพิสูจน์ถึงความเสียหายจากการผูกขาดทางการค้าซึ่งเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจนั้น ก่อนข้างละเมิดขับช้อนโดยโจทก์จะต้องนำสืบถึงการกระทำของจำเลย และผลจากการกระทำในทางเศรษฐศาสตร์เพื่อปรับว่าเป็นการกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อและกระทบต่อสิทธิในการแข่งขันเสรีของโจทก์อย่างไร ดังนั้นจึงเป็นการยากที่โจทก์จะทำให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายและจำนวนค่าเสียหายเท่าใด การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการกระทำของจำเลยในทางการค้ามักจะเป็นการกระทำที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลย จึงทำให้โจทก์ไม่สามารถนำสืบพยานให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยได้อย่างแน่ชัด พยานเอกสารก็มักจะเป็น ในรูปของข้อมูลของการวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งมีการคำนวณความเป็นไปได้ของความเสียหายและค่าเสียหายไว้ แต่ก็อาจจะทำให้ศาลเห็นว่าเป็นเพียงการคาดเดาและเป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอนซึ่งอาจจะไม่กำหนดให้ค่าเสียหายที่โจทก์เรียกมาก็ได้ เพราะหลักของละเมิดนั้นความเสียหายของโจทก์จะต้องแน่นอนและโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ อย่างไรก็ตามหากโจทก์สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ถึง การกระทำของจำเลยและอธิบายผลของการกระทำว่ากระทบต่อสิทธิการแข่งขันของโจทก์อย่างแน่นอน โจทก์ย่อมสามารถชนะคดีและได้รับค่าเสียหายได้เช่นกัน

4.4. การสืบพยานและพิสูจน์ความเสียหายและค่าเสียหายในศาลไทย

ในคดีละเมิดเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้า นอกจากพยานเอกสาร, วัตถุ, พยาน บุคคล ที่จะพิสูจน์ความเสียหายและค่าเสียหายของจำเลยแล้ว พยานผู้เชี่ยวชาญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักเศรษฐศาสตร์มีความสำคัญในคดีประเภทนี้เป็นอย่างมาก เพราะหากปราศจากพยานผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางเศรษฐศาสตร์มาช่วยเหลือในคดีแล้ว โจทก์จะไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้เลยว่า การกระทำของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ได้อย่างไร เช่นการกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุน โจทก์ไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้เลยว่าต้นทุนของการผลิตสินค้าประเภทนั้นในตลาดที่มีการแข่งขันกันจะอยู่ในระดับเท่าใดราคาที่จะทำกำไรปกติ ที่เป็นราคาที่เท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่มควรจะเป็นราคาเท่าใด อีกทั้งอำนาจตลาดของจำเลยในคดีมีมากเพียงใด จะวัดอย่างไร ส่วนแบ่งตลาดของจำเลยมีเพียงใด พิจารณาจากอะไร จำเลยสามารถใช้อำนาจของตนผ่านทางใดได้บ้าง เหตุใดการกระทำของจำเลยในคดีจึงเป็นผลให้โจทก์ถูกละเมิดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขัน เป็นต้น ซึ่ง

หากโจทก์นำสืบไม่ได้ก็จะทำให้ศาลเห็นว่าเป็นการกระทำของจำเลยเป็นทางปกติค้าขายเท่านั้น ไม่ได้จงใจกระทำละเมิดต่อโจทก์แต่อย่างใด

นอกจากนี้ โจทก์จะไม่สามารถแสดงค่าเสียหายที่ตนควรจะได้รับจากการกระทำละเมิดของจำเลยได้เลย หากไม่ได้รับความช่วยเหลือจากพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ด้านเศรษฐศาสตร์ เช่น กรณีโจทก์ฟ้องเรียกค่าขาดกำไร โจทก์ควรจะแสดงให้ศาลเห็นถึงส่วนแบ่งตลาดที่โจทก์เคยมี และต้องสูญเสียไปจากการกระทำละเมิดของจำเลย หรือ ควรจะได้รับหากไม่เกิดการกระทำละเมิดของจำเลยเสียก่อน ซึ่งส่วนแบ่งตลาดนี้ก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของขนาดตลาด ของสินค้าประเภทนั้น ๆ และกำไรสุทธิของโจทก์ กำไรรวม ที่โจทก์ควรจะได้รับหากการประเมินส่วนแบ่งตลาดดังกล่าวประสบความสำเร็จ⁵¹ การแสดงให้ศาลเห็นด้วยวิธีดังกล่าวไม่อาจประเมินได้ด้วยคนสามัญที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์

กฎหมายไทยมีบทบัญญัติว่าด้วยการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

พยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นพยานความเห็น ประเภทหนึ่งเพราะไม่ได้ผู้เห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยตรง หากแต่อาศัยข้อมูลแล้วจึงสรุปข้อเท็จจริงทั้งหมดตามวิชาความรู้ของตนออกมาในรูปของความเห็น ความรู้ความเชี่ยวชาญของพยานประเภทนี้อาจเกิดจากศึกษาเล่าเรียนหรือได้จากการทำงานในสาขานั้นมาเป็นเวลานานจนเกิดความชำนาญก็ได้ และแม้มาตรา 98 จะระบุแขนงของศาสตร์ที่จะมีความรู้เชี่ยวชาญไว้ว่าได้แก่ ศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำหรือกฎหมายต่างประเทศ ก็ไม่น่าจะถือว่าเฉพาะในศาสตร์เหล่านี้เท่านั้นที่จะมีผู้เชี่ยวชาญได้ ควรถือเป็นเพียงตัวอย่างที่กฎหมายยกมาให้ดูเท่านั้น⁵²

ดังนั้นพยานที่มีความรู้เศรษฐศาสตร์ย่อมถือว่าเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญตามกฎหมายนี้ได้ พยานผู้เชี่ยวชาญมีได้ทั้งที่คู่ความระบุในบัญชีระบุพยานของตน (มาตรา 98) และที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง

⁵¹ The Section of Antitrust Law of The American Bar Association, Antitrust Law Developments(Second), p.412.

⁵² เข็มชัย ชูติวงศ์, ถ้อยอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, พ.ศ.2529), หน้า 189-191.

ตั้ง (มาตรา 129) ซึ่งจะแตกต่างกันตรงที่พยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งมีสิทธิแสดงความเห็นเป็นหนังสือโดยไม่ต้องมาเบิกความที่ศาลก็ได้ (มาตรา 130) และศาลย่อมวินิจฉัยตามหนังสือรายงานของผู้เชี่ยวชาญได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1192/2506) โดยหลักแล้วความเห็นของผู้เชี่ยวชาญย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งที่เขาเข้าสู่สำนวนการพิจารณาคดีของศาล ดังนั้นจะถือเอาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเป็นยุติเสมอไปไม่ได้ กล่าวคือยังเป็นเรื่องของศาลที่จะใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง แล้ววินิจฉัยชี้ขาดคดีคดีไป อย่างไรก็ตามกรณีศาลจะไม่รับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ศาลก็ไม่ควรแต่งตั้งหรืออนุญาตให้คู่ความอ้างพยานดังกล่าวมาแสดงความคิดเห็น⁵³ การจะพิเคราะห์ว่าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญน่าเชื่อถือกว่าพยานหลักฐานใด คงจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอื่นประกอบเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังนั้นแม้คดีละเมิดเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้าจะเป็นเรื่องทางเศรษฐศาสตร์เป็นส่วนมาก แต่พยานหลักฐานอย่างอื่นก็ยังจำเป็นที่จะต้องมีการนำเสนออยู่ เช่น ใบเสร็จค่าขายสินค้าของโจทก์ก่อนมีการผูกขาดของจำเลย, พยานเอกสารเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าของจำเลย, พยานบุคคลที่รู้เห็นเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยและเจตนาของจำเลย เป็นต้น

สรุป

แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดมานานแล้ว คือตั้งแต่ปี พ.ศ.2522 คือพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวติดกลไกการบังคับใช้ในส่วนของการป้องกันการผูกขาดที่ต้องประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อน และต้องเป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมทั้ง 2 ฝ่ายเสียเป็นส่วนมากจึงจะเป็นความผิด อีกทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่มักจะให้ความสำคัญกับการควบคุมการกำหนดราคาสินค้า ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุและมีความอ่อนไหวอย่างมากในการรัฐบาลจะเข้าไปแทรกแซงราคาเหมือนเช่นที่มีการบังคับใช้กฎหมายค่ากำไรเกินควรซึ่งเป็นกฎหมายเก่าเสียมากกว่า จึงสมควรที่จะมีการควบคุมที่ต้นเหตุในส่วนของการป้องกันการผูกขาดมากกว่า อย่างไรก็ตามเมื่อไม่มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองผลประโยชน์มหาชน แต่ก็ไม่สามารถด่วนสรุปได้ว่าการผูกขาดทางการค้าในส่วนของการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบไม่เป็นความผิดละเมิดตาม

⁵³ พรเพชร วิชิตชลชัย, ถ้อยพิพากษาศาลฎีกาชั้นฎีกาพยาน, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ยูแพค จำกัด, พ.ศ.2536), หน้า 191.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะหากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 420 แล้วก็ถือว่าผู้กระทำมีความรับผิดตามกฎหมายละเมิดได้เช่นกัน

ดังนั้นหน่วยธุรกิจอื่นที่ไม่อาจแข่งขันได้เพราะการกระทำของหน่วยธุรกิจที่จำกัดการแข่งขันก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยธุรกิจผู้กระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นให้รับผิดชอบลักษณะละเมิดได้เช่นกันเพียงแต่ว่าการกระทำของผู้ที่เป็นจำเลยนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และที่สำคัญเอกชนผู้เป็นโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบนั้นมีผลเป็นการล่งสิทธิในการประกอบการแข่งขันของตนอย่างเสรีโดยเฉพาะเจาะจงแก่ตนซึ่งอาจจะเป็นได้ทั้งทำให้ผู้ประกอบการต้องออกไปจากตลาดหรือทำให้ผู้ประกอบการต้องแบกรับความขาดทุนโดยต้องมีค่าใช้จ่ายสูงเพิ่มขึ้นจากการกระทำของจำเลย ซึ่งหากสามารถพิสูจน์ได้ย่อมทำให้ผู้ผูกขาดต้องรับผิดชอบลักษณะละเมิดและชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นได้ แต่หากพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการล่งสิทธิการแข่งขันอย่างใด ก็ไม่อาจให้จำเลยรับผิดชอบลักษณะละเมิดได้หรือนำสืบพิสูจน์ความเสียหายไม่ได้ ศาลก็มีอำนาจที่จะไม่กำหนดค่าเสียหายให้ได้ แต่หากนำสืบพิสูจน์ความเสียหายได้โดยไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายตามจำนวนที่ขอมาทำฟ้องได้ ศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย