



สถาบันพระปกเกล้า

ปัญหาของการบังคับใช้ พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560



ดร. พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล



สถาบันพระปกเกล้า

ปัญหาของการบังคับใช้ พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560



ดร. พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์นสกุล

เรื่อง ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ผู้เขียน ดร. พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล.

ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 . -- กรุงเทพฯ :
สถาบันพระปกเกล้า, 2565.

148 หน้า.

1. การแข่งขันทางการค้า. I.ชื่อเรื่อง.

343.59308

ISBN 978-616-476-254-1

รหัสสิ่งพิมพ์สถาบัน สสว.65-24-200.0

พิมพ์ครั้งที่ 1 สิงหาคม 2565

ราคา 270 บาท

ประสานงาน นางกัณธรัตน์ ลาเทศ

สงวนลิขสิทธิ์ © 2565

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า

พิมพ์ที่ บริษัท กู๊ดเฮด พรินท์ติ้ง แอนด์ แพคเกจจิ้ง กรุ๊ป จำกัด
6/1 ซอยเสรีไทย 58 แขวงมีนบุรี เขตมีนบุรี
กรุงเทพมหานคร 10510

โทรศัพท์ 0-2136-7042 โทรสาร 0-2136-7043

จัดทำโดย สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ

อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)

เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง

เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

โทรศัพท์ 0-2141-9550 โทรสาร 0-2143-8174

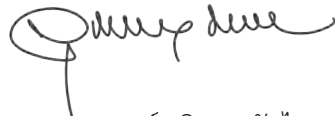
<http://www.kpi.ac.th>

คำนำ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อให้การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งในมุมมองของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงขาดการปรับปรุงบางประการ เช่น เรื่องขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักรไทย ในขณะที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศซึ่งกำหนดให้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น ๆ กับนิติบุคคลที่กระทำการก่อผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าในประเทศดังกล่าว แม้ว่านิติบุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นนิติบุคคลหรือมีจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะที่เป็นสำนักงานสาขาของประเทศดังกล่าว เป็นต้น

สถาบันพระปกเกล้า จึงจัดให้มีการศึกษา เรื่อง “ปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560” ภายใต้โครงการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งศึกษาวิจัยโดย ดร.พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมุ่งศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศเพื่อถอดบทเรียนและให้ข้อเสนอแนะสำหรับพัฒนาและปรับปรุงกฎหมาย

การแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย สถาบันพระปกเกล้าหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ในการนำไปประกอบการพิจารณาเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป



ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

สารบัญ

	หน้า
.....	
คำนำ	3
สารบัญ	5
สารบัญตาราง	7
สารบัญแผนภาพ	8
บทสรุปผู้บริหาร	9
Executive Summary	14
บทนำ	18
ภาคที่ 1 ประเด็นขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย	25
ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมาย	
ที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักร	
ส่วนที่ 1 พัฒนาการของสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในกฎหมาย	33
การแข่งขันทางการค้า	
ส่วนที่ 2 เหตุที่หน่วยงานการแข่งขันทางการค้าของไทย	47
ควรพิจารณาการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต	

	หน้า
.....	
ส่วนที่ 3 ระบบกฎข้อบังคับการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ในปัจจุบันเหมาะสมกับสภาพนอกอาณาเขตหรือไม่	61
ส่วนที่ 4 ข้อเสนอแนะ	77
ส่วนที่ 5 บทสรุป	91
ภาคที่ 2 ประเด็นเรื่องการบังคับใช้บทบัญญัตินิรโทษกรรม ผู้กระทำความผิดภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ	97
ส่วนที่ 1 หลักการของมาตรการยกเว้นและลดหย่อนบทลงโทษ	101
ส่วนที่ 2 แนวทางปัจจุบันในการบังคับใช้กฎหมายป้องกัน การตกลงร่วมกันของสำนักงานคณะกรรมการฯ และปัญหาที่เกิด	109
ส่วนที่ 3 ข้อเสนอแนะเพื่อนำมาตรการลดหย่อนโทษ มาบังคับใช้ในประเทศไทยและวิธีการอื่นที่น่าสนใจ	125
ส่วนที่ 4 บทสรุป	135
บรรณานุกรม	136

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	อัตราการยกเว้นและลดหย่อนโทษในประเทศต่าง ๆ	21
------------	---	----

สารบัญแนภาพ

หน้า

ภาพประกอบที่ 1	กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจต่อรอง เหนือประเทศหนึ่งมาก	27
ภาพประกอบที่ 2	กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจต่อรอง เหนือประเทศหนึ่งมาก	28
ภาพประกอบที่ 3	ประเทศที่มีการนำนโยบายลดหย่อนโทษมาใช้	104

บทสรุปผู้บริหาร

ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายโดยเฉพาะหากเป็นกรณีและผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักร (Extraterritoriality)

ประเด็นเรื่องการบังคับใช้ของกฎหมายในกรณีที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนในราชอาณาจักร หรือ *ประเด็นสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality)* นั้น อาจแบ่งออกได้เป็นสองประการหลัก ประการแรก คือ การตีความกฎหมายในเชิงเนื้อหา ประการที่สอง คือ การบังคับใช้กฎหมายในเชิงปฏิบัติ

ในประเด็นการตีความกฎหมายในเชิงเนื้อหานี้ ผู้เขียนไม่เห็นอุปสรรคประการใดในการตีความว่าผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศจะอยู่ภายใต้ขอบเขตของผู้ประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำนิยามที่มีลักษณะเป็นกลาง (implicit extraterritoriality)

หากพิจารณาภายใต้หลักเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย (objective territoriality) ซึ่งผลกระทบทางเศรษฐกิจนั้นเกิดขึ้นในเขตราชอาณาจักร อันเป็นการสอดคล้องกับหลักการที่นานาประเทศใช้ อาทิ

หลักผลของการกระทำ (effect doctrine) ที่ใช้ในกรณีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาที่ถูกสร้างขึ้นจากคำพิพากษาในคดี *United States v Aluminum Co of America (Alcoa)* ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องพิสูจน์ว่าผลกระทบดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นโดยตรงในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้ ซึ่งหลักการในลักษณะดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น เช่นเดียวกัน

หากพิจารณาในหลายประเทศที่แม้ในช่วงแรกจะมีการปฏิเสธการปรับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในช่วงแรก จะเห็นได้ว่าประเทศเหล่านี้มักมีการปรับตัวและยอมรับการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในภายหลัง อาทิ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าสาเหตุประการหนึ่งเป็นเพราะอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจและการเมืองระหว่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้น อันเป็นผลมาจากพัฒนาการทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจต่างชาติมีส่วนธุรกิจที่เพิ่มขึ้นในประเทศดังกล่าว และทำให้อำนาจต่อรองและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถพิจารณาได้ว่าด้วยความเกี่ยวเนื่องของธุรกิจในห่วงโซ่อุปทานสมัยใหม่นั้น มักมีส่วนเกี่ยวพันในระดับโลกมากขึ้น (more integrated global supply chain) ซึ่งทำให้ความจำเป็นในการกำกับดูแลการแข่งขันในประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น จำต้องใช้อำนาจในการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่อยู่ในประเทศด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ การกำกับดูแลของประเทศหนึ่ง ๆ ยังอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการกำกับดูแลในประเทศอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน อาทิ กรณีการกระทำร่วมกันอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดโลก (international cartels)

อย่างไรก็ดีหากในเชิงนโยบายแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และสำนักงานฯ เห็นชอบในแนวทางการบังคับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต การตัดสินใจแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้น (ระบุนำรวมถึงผู้ประกอบการที่อยู่ในต่างประเทศ) ซึ่งช่องทางในการดำเนินคดีนั้น คงมีแต่เรื่องการส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศนั้นสามารถทำได้ตามมาตรา 83 ทวิ ถึงมาตรา 83 อัฐุ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดย พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้าฯ อาจจำเป็นต้องมีการบัญญัติรายละเอียดในกระบวนการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติหากจะมีการปรับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจริง หรือแม้แต่การพิจารณาบังคับใช้คำพิพากษาศาลต่างประเทศ ต่างพยานหลักฐานในคดีแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ เครื่องมือที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ยังมีการใช้ประโยชน์น้อยในประเด็นดังกล่าว คือ ข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งควรมีการพูดคุย เจรจาให้ชัดเจนถึงการร่วมมือกันในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าและการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

การบังคับใช้บทบัญญัติในโรโทกรรมผู้กระทำอันเป็นการกระทำร่วมกัน อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560

หากพิจารณาถึงโอกาสในการตรวจสอบและกำกับดูแลการกระทำร่วมกันอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ทั่วโลกปัจจุบันที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ไม่มีมาตรการเป็นพิเศษประการใดที่เพียงพอต่อการสร้างแรงจูงใจให้ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวล้มเลิกการกระทำ หรือผู้ที่กำลังจะกระทำการ ยับยั้งการกระทำการแต่ประการใด กฎหมายของไทยจึงมีความต้องการ มาตรการลดหย่อนโทษอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ แม้จะมีความพยายามในการปรับใช้มาตรการที่มีลักษณะ คล้ายกันอยู่ในรูปแบบของการเปรียบเทียบตามมาตรา 79 แต่มาตรการ ดังกล่าวโดยลำพังนั้น ไม่สามารถแทนที่มาตรการลดหย่อนโทษที่จะนำไปสู่ การป้องกันและกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ด้วยเหตุผลที่เป็นกรณี อันขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานเอง ซึ่งอาจไม่ทำให้เกิดความมั่นใจ ที่เพียงพอในฝั่งของผู้ให้ข้อมูล (ผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่วมตกลง) อีกทั้งมาตรการ ที่มีอยู่นั้นก็ไม้อาจทำให้เกิดการริเริ่ม การสืบสวน สอบสวนขึ้นได้แต่ประการใด เพราะเป็นการใช้ดุลพินิจในขั้นตอนของการลงโทษแล้ว มาตรการเพียงเท่าที่มี อยู่จึงไม่อาจเพียงพอต่อการกำกับดูแลพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันตาม มาตรา 54 และ 55 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

งานวิจัยนี้จึงได้รวบรวมแนวทางการปรับใช้การนิรโทษกรรมผู้กระทำ ความผิดที่มีการปรับใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เพื่อแสดงให้เห็นถึงข้อดีและข้อเสียของการปรับใช้กลไกต่าง ๆ เช่น การให้นิรโทษกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจรายแรกที่มาแจ้งข้อมูลนั้นอาจ

สร้างให้เกิดแรงจูงใจที่สูง แต่ก็อาจมีข้อด้อยในเรื่องความครบถ้วนสมบูรณ์ของพยานหลักฐานที่ได้มาจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว โดยการศึกษาได้เสนอถึงการใช้อนุมาตรการต่าง ๆ ทั้งในเชิงการลดหย่อนโทษ (มาตรการดึงดูด) และมาตรการแวดล้อมที่ส่งเสริมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในการป้องกันและตรวจจับการกระทำความผิดดังกล่าว (มาตรการผลักดัน)



Executive Summary

of Research project on the problem of enforcing the Competition Act B.E. 2560 (2017)

Extraterritoriality enforcement of the Trade Competition Act.

The issue of the applicability of the law in the case of a business operator who does not have legal status registered in the Kingdom or the issue of extraterritoriality can be divided into two main areas. The first is the substantive interpretation of the law. Second, practical law enforcement.

On the issue of interpreting the law substantively, the authors see no barrier to interpreting whether foreign entrepreneurs are subject to the scope of business operators under the Trade Competition Act 2017, particularly the definition of implicit extraterritoriality.

If considered under the principle of objective territoriality, the economic impact has to be materialised in the territory.

This principle is consistent with principles adopted internationally, such as the effect doctrine used in U.S. competition law cases built on the case's judgments. United States v Aluminum Co of America (Alcoa), under the condition that one must prove that such an effect is direct, widespread and foreseeable. Such principles are also applied in the European Union and Japan.

In many countries, even in the early stages, there was a denial of the early deployment of extraterritorial rights. It can be seen that these countries often gradually adapt and later accept the exercise of extraterritorial rights. One of the reasons is the increasing economic and political bargaining power between countries due to the country's socio-economic development. This transition is partly due to the growing proportion of foreign businesses in such countries and the increased bargaining and law enforcement powers of such countries. Still, at the same time, it can be considered that the relevance of businesses in modern supply chains is more often involved on a global scale. This fact makes it necessary to regulate competition in a particular country. In addition, the actions made by one country's authority can also positively impact the regulatory capacity of other countries, such as in the case of joint actions that monopolise or reduce competition or limit competition in the global market (international cartels).

However, given that the direction can be agreed upon at the policy level, the Competition Commission and the Office

may amend the provisions of the law to be more precise (stating that this includes business operators abroad). The channels for prosecution are, however, sending summonses to foreign countries can be done under Section 83 bis to Section 83 oct of the Code of Civil Procedure, together with Section 15 of the Code of Criminal Procedure. Trade competition may require further detailed provisions of other relevant procedures to provide practical clarity if the actual extraterritorial rights are to be exercised or even to consider enforcing judgments of foreign courts in commercial competition cases. In addition, another important tool that is of little use on such issues is international agreements, which should be discussed, negotiated, clarified, and coordinated in the regulating competition and law enforcement to achieve maximum efficiency.

Introducing amnesty/leniency provisions for persons who commit acts of conspiracy to monopolise or reduce competition or restrict competition under the Competition Act.

The current measures of investigating and regulating joint actions that monopolise or reduce competition or limit competition written in the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) do not contain

any special measures sufficient to incentivise the perpetrators of such crimes to give up their actions, including those who are about to commit acts. However, despite efforts to justify similar measures in the form of a plea bargain under Section 79, such measure alone cannot replace the leniency programme that would lead to the prevention of collusion as it is based on a case-by-case basis and relies on the discretion of the agency itself. The measure alone is insufficient in providing confidence to the informant’s side (the operator who participated in the agreement). Moreover, the existing measure does not lead to the initiative of an investigation because it exercises discretion in the process of punishment. Therefore, the measures available may not be sufficient to regulate the conduct under Sections 54 and 55 of the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017).

The article thus outlines the guidelines for implementing amnesty for offenders that have been implemented in competition laws in countries worldwide. To illustrate the pros and cons of implementing mechanisms such as granting amnesty to the first business operator to provide information may create a high incentive. Still, it may compromise the completeness of the evidence obtained from a single business operator. The study proposes using penalty reduction measures (Pulling measures) and relevant measures that encourage greater efficiency in preventing and detecting such conduct (Pushing measures).

บทนำ

ข้อความเบื้องต้น

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีเป้าหมายที่จะแก้ไขข้อบกพร่องที่ทำให้พระราชบัญญัติฉบับเดิมนั้นไม่มีประสิทธิผลในการกำกับดูแลการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเท่าที่ควร ทั้งในแง่ของกฎหมายวิธีสบัญญัติและในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่มีการใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง เริ่มมีการตั้งคำถามจากหลายภาคส่วนถึงประสิทธิภาพในการบังคับใช้ รวมถึงการค้นพบช่องว่างในการบังคับใช้ที่เกิดขึ้นจากบทเรียนในทางปฏิบัติของทั้งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเอง อีกทั้งยังมีประเด็นอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในอนาคตเมื่อลักษณะของการประกอบธุรกิจแตกต่างกันไปตามยุคสมัย ซึ่งแม้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในขณะหนึ่ง ก็อาจไม่เพียงพอที่จะปรับใช้ในอนาคต

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นในงานวิจัยฉบับนี้จะเน้นการศึกษาวิจัยเพื่อแสวงหาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งอาจเกิดจากทั้งการปรับใช้กฎหมาย และบทบัญญัติของกฎหมายเอง โดยจะได้พิจารณาถึงปัญหาสองประการดังต่อไปนี้เป็นสำคัญ

- ปัญหาประการแรก ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายโดยเฉพาะหากเป็นกรณีและผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักร (Extraterritoriality)
- ปัญหาประการที่สอง การออกแบบ และบังคับใช้มาตรการยกเว้นและลดหย่อนบทลงโทษในความผิดตามมาตรา 54 และ 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า (Leniency programme)

ประเด็นที่พิจารณาเบื้องต้น

ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายโดยเฉพาะหากเป็นกรณีและผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักร (Extraterritoriality) นั้น เป็นที่รู้จักกันอยู่ในนามของ effect doctrine ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยพิจารณาว่าแม้ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่ได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น ๆ รวมถึงไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นสำนักงานสาขา หรือตัวแทนในประเทศดังกล่าวแต่ประการใด หากแต่การกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการแข่งขันในประเทศนั้นแล้ว ก็ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศดังกล่าวด้วย

หากพิจารณาถึงหลักการแล้ว ในการศึกษาจะได้พิจารณาถึงความสมเหตุสมผลในแง่ของหลักกฎหมายที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวอันเกิดจากผลของการกระทำ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว กฎหมายสมัยใหม่นั้น มีการปรับใช้หลักการดังกล่าวกันอย่างแพร่หลาย อาทิ กฎหมายคุ้มครอง

ข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น ที่มีผลบังคับต่อตัวผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ที่แม้จะไม่มีตัวตนทางกฎหมายในประเทศนั้น ๆ แต่หากมีการติดตาม พฤติกรรม หรือเสนอสินค้าและบริการให้แก่บุคคลที่อยู่ในประเทศนั้น ก็ตกอยู่ ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวเช่นเดียวกัน หากพิจารณาบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า จะเห็นได้ว่าแม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ โดยชัดแจ้งว่าให้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ด้วย แต่ก็ไม่มีมีการบัญญัติไว้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจำกัดแต่เฉพาะนิติบุคคลภายใต้กฎหมายไทยแต่ประการใด อีกทั้งเมื่อมีการกล่าวถึงผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย ก็มีการกำหนดไว้ เป็นการเฉพาะ ดังเช่นบทบัญญัติมาตรา 58 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการเข้า ทำนิติกรรมหรือสัญญาระหว่าง “ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศ” และ “ผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ” ซึ่งอาจตีความได้ว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” นั้น อาจหมายรวมถึงทั้งสองกรณี

อย่างไรก็ดี หากผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติ การแข่งขันท่างการค้า นั้นหมายรวมถึงผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศได้ เช่นเดียวกัน ประเด็นที่พึงพิจารณาต่อมา คือประเด็นในเรื่องของการบังคับใช้ กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการฯ ว่าจะสามารถบังคับ ผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศได้มากน้อยเพียงใด และผ่านกลไกใด

สำหรับปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ เรื่องประสิทธิภาพในการบังคับใช้ กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 54 และ 55 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันท่างการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการออกแบบและ บังคับใช้มาตรการยกเว้นและลดหย่อนโทษ (Leniency programme) ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ เพื่อใช้ในการป้องกัน (deterrence) และลงโทษ (punishment) โดยมีโครงสร้างการยกเว้น หรือลดหย่อนที่อาจ

แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ ซึ่งต่างมีเหตุผลและหลักการแตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นยกเว้นโทษให้แก่ผู้ประกอบการจรรยาบรรณที่นำพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้มาให้แก่ Department of Justice (DOJ) ด้วยเหตุผลที่ต้องการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนร่วมในการตกลง (cartelists) แข่งขันกัน เพื่อจะนำพยานหลักฐานมาให้แก่ DOJ ก่อน อย่างไรก็ตาม การได้พยานหลักฐานจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวนั้น อาจมีความถูกต้องสมบูรณ์ไม่เทียบเท่ากับการได้พยานหลักฐานที่หลากหลายและครบถ้วนมากกว่าจากผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย ในสหภาพยุโรป และประเทศอื่น ๆ อาทิ ญี่ปุ่น จึงมีการอนุญาตให้มีการลดหย่อนโทษให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ โดยลดหลั่นกันไป ซึ่งอัตราส่วนที่ลดหย่อนโทษนี้ ก็มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ และอาจขึ้นอยู่กับช่วงระยะเวลา ก่อนหรือหลังที่ได้เริ่มมีการสืบสวนสอบสวนเรื่องดังกล่าวไปแล้วหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากตารางที่ 1 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 อัตราการยกเว้นและลดหย่อนโทษในประเทศต่าง ๆ

	Pre-investigation stage				Post-investigation stage			
	First	Second	Third	Any other	First	Second	Third	Any other
US	1978	100%						
	1993	100%			100%			
EC	1996	75-100%	10-50%	10-50%	10-50%	50-75%	10-50%	10-50%
	2002	100%	30-50%	20-30%	≤20%	30-100%	20-30%	≤20%
KOREA	1997	75%						
	2001	75-100%			~50%			
	2005	100%	30%		100%	30%		
	2007	100%	50%		100%	50%		
JAPAN	2005	100%	50%	30%	30%	30%	30%	

ที่มา: Choi, Y J and Hahn K S (2014)

อย่างไรก็ดี การออกแบบระบบดังกล่าวนั้น ไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะประเด็นว่าจะมีการสร้างโครงสร้างแบบใด ในบริบทของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ของประเทศไทยนั้น จะต้องพิจารณาลึกลงไปถึงความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น ๆ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญารวมไปถึงการรับฟังพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานโดยตรง (direct or hard evidence) และพยานแวดล้อม (circumstantial evidence) ในการตัดสินชี้ขาดว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 54 และ 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า หรือไม่ อย่างไร นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงผลข้างเคียง (side effects) ที่อาจเกิดขึ้นจากการสร้างให้เกิดมาตรการดังกล่าวขึ้น อาทิ การที่มาตรการดังกล่าวนั้นจะถูกนำไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของข้อต่อรองในการทำให้ข้อตกลงมีความมั่นคงมากขึ้น (leniency programme as a credible threat) เป็นต้น รวมถึงการพิจารณามาตรการประกอบเพิ่มเติมว่าจะต้องมีขั้นตอนของการปกป้องพยาน รวมถึงการให้ความมั่นใจแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมมาตรการ และมาตรการในการสร้างให้เกิดความมั่นใจว่าผู้ประกอบธุรกิจจะให้ความร่วมมือกับทางคณะกรรมการไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการ





ภาคที่ 1

ประเด็นขอบเขตการบังคับใช้ของ กฎหมายในกรณีที่ผู้ประกอบการนั้น ไม่มีสถานะทางกฎหมาย ที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักร (Extraterritoriality application)

เป็นที่ประจักษ์ว่ากฎหมายและนโยบายการแข่งขันทางการค้าได้แพร่กระจายไปทั่วโลกอย่างรวดเร็วในหลายทศวรรษที่ผ่านมา ใน ค.ศ. 1970 นั้นมีเขตอำนาจศาลเพียง 12 แห่งเท่านั้นที่มีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า และมีเพียง 7 แห่งเท่านั้นที่มีองค์รกำกับดูแลที่มีอำนาจหน้าที่และการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ในทุกวันนี้เขตอำนาจศาลมากกว่า 125 แห่งมีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า และส่วนใหญ่มีการบังคับใช้การแข่งขันอย่างเข้มข้น¹ อาจกล่าวได้ว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและเศรษฐกิจดิจิทัลที่กำลังเติบโตอย่างรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นในระดับภูมิภาคหรือระดับโลก กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีเขตอำนาจศาลทับซ้อนกันนั้นย่อมเป็นเหตุการณ์ที่ยากจะหลีกเลี่ยง

¹ OECD Competition Trends 2020, p. 15; ดูเพิ่มเติม Kovacic, W.E. and M. Mariniello (2016).

ด้วยเหตุดังกล่าว การส่งเสริมการแข่งขันในระดับระหว่างประเทศนั้น จึงเป็นหัวข้อที่ได้รับความสนใจอย่างมากมาเป็นเวลานานและอย่างกว้างขวาง แต่ความสนใจส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นภายในเวทีวิชาการ รวมถึงองค์กระระหว่างประเทศบางแห่งและหน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีส่วนสำคัญในการส่งเสริมความสนใจนี้²

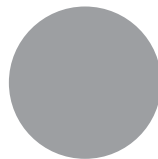
คำนิยามของ “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” (extraterritoriality) หมายถึง “ความสามารถของประเทศในการควบคุมหรือกำกับดูแลการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ”³ ซึ่งทวีความสำคัญในบริบทของการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั่วโลกมากขึ้นในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา อันเป็นผลมาจากการเปิดเสรีการค้าและการลงทุน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งพัฒนาการของนวัตกรรมและเทคโนโลยีสมัยใหม่ซึ่งทำให้การประกอบธุรกิจนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งบริษัทหรือมีตัวตนทางกฎหมาย (legal presence) ในประเทศต่าง ๆ แต่ประการใด ปัจจัยดังกล่าวประกอบกับการแพร่หลายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทำให้เกิดความพยายามในการควบคุมหรือกำกับดูแลการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่อาจส่งผลกระทบต่อประเทศของตนในหลากหลายประเทศ แม้โดยหลักการแล้วแต่ละประเทศจะมีอำนาจอธิปไตยของตน (self sovereign states) ก็ตาม

² ซึ่งรวมถึงบทความทางวิชาการมากมายที่เขียนเกี่ยวกับประเด็นนี้, ดู Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010) สำหรับบรรณานุกรมโดยละเอียดเกี่ยวกับประเด็นนี้.

³ Andrew Guzman, ‘Is International Antitrust Possible?’ (1998) 73 *New York University Law Review* 1506.

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัตินั้น ประเทศต่าง ๆ มีความสามารถในการควบคุมกิจกรรมที่เกิดในต่างประเทศต่างกันไป แล้วแต่พฤติการณ์และปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ

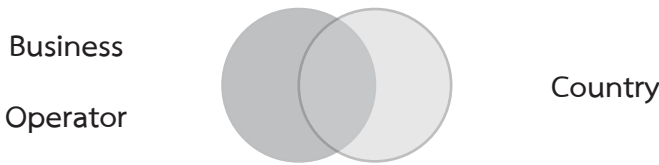
กรณีแรก คือ ประเทศมีอำนาจในการต่อรองต่ำ เมื่อเทียบกับบริษัทต่างชาติเพราะสัดส่วนของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเหล่านั้นนับเป็นสัดส่วนเพียงเล็กน้อยของธุรกิจทั้งหมดที่ประกอบอยู่ทั่วโลกและอาจไม่ได้แม้แต่ถือครองทรัพย์สินใด ๆ ในประเทศนั้น ๆ ในกรณีดังกล่าว หากตัดสินใจว่าไม่ต้องการใช้กฎหมายของตนกับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แม้ว่าประเทศดังกล่าวจะขู่ว่าจะปฏิเสธการเข้าถึงตลาดระดับประเทศเพื่อเป็นมาตรการแทรกแซง (sanction) เพื่อควบคุมหรือกำกับดูแลพฤติกรรมก็เป็นการยากที่จะส่งผลให้บริษัทต่างชาติมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างหรือพฤติกรรมได้ ในทางกลับกัน การจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่เหล่านี้ อาจกลับส่งผลในทางลบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเหล่านั้นอย่างมหาศาล โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจที่ใช้เทคโนโลยีในการเข้าถึงผู้ใช้โดยไม่จำเป็นต้องมีทรัพย์สินใด ๆ ในประเทศนั้น ๆ อันเป็นเหตุให้การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นส่งผลต่อประเทศต่าง ๆ มากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มี “จุดเกาะเกี่ยว” ที่มากเพียงพอสำหรับประเทศที่ไม่มีอิทธิพลใด ๆ ต่อพฤติกรรมของบริษัทต่างชาติเหล่านี้แต่ประการใด



Country

ภาพประกอบที่ 1 กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจ
มีอำนาจต่อรองเหนือประเทศหนึ่งมาก

กรณีที่สอง คือ กรณีที่ประเทศที่บริษัทต่างชาติมีสินทรัพย์จำนวนมากอยู่ในประเทศนั้น และดำเนินธุรกิจในส่วนที่มากจากมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจเองด้วย กรณีดังกล่าว รัฐบาลของประเทศมีอำนาจเหนือบริษัทต่างชาติอย่างมาก และหากเลือกที่จะทำก็สามารถควบคุมพฤติกรรมของบริษัทต่างชาติได้มากเท่ากับที่สามารถควบคุมพฤติกรรมของบริษัทในประเทศได้ หากบริษัทต่างชาติไม่ปฏิบัติตามความต้องการของประเทศ ประเทศสามารถลงโทษพวกเขาด้วยการคว่ำบาตรทางการเงินที่บังคับใช้กับทรัพย์สินของบริษัท หรืออาจจำกัดกิจกรรมของบริษัทภายในประเทศ⁴



ภาพประกอบที่ 2 กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจ
มีอำนาจต่อรองเหนือประเทศหนึ่งมาก

จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเด็นเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเป็นเรื่องของระดับความมากน้อยตามที่แต่ละประเทศจะใช้ ทั้งนี้ สามารถสันนิษฐานโดยทั่วไปได้ว่าบางประเทศมีความสามารถและประสงค์ที่จะใช้กฎหมายของตนกับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ในขณะที่บางประเทศอาจไม่สามารถ หรือไม่ประสงค์ที่จะทำเช่นนั้น ซึ่งระดับของการมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตดังกล่าวนั้น ส่งผลโดยตรงต่อการวางนโยบายการป้องกันการผูกขาดของประเทศใดประเทศหนึ่ง ที่ผู้กำหนดนโยบายจะต้องชั่งน้ำหนัก

⁴ เฟ็งอ้าง.

ระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับจากการเพิ่มขึ้นของข้อบังคับของรัฐซึ่งถูกออกแบบให้ลดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้ากับความเสียหายที่ข้อบังคับดังกล่าวจะกีดกันไม่ให้บริษัทดำเนินการเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต⁵ ดังนั้น นโยบายการป้องกันการผูกขาดจะมุ่งไปยังการยับยั้งกิจกรรมที่ลดสวัสดิการโดยรวม (overall welfare) และยังคงยอมให้มีกิจกรรมที่เพิ่มสวัสดิการโดยรวม

ถึงแม้แนวคิดเรื่องการกระทำข้ามชาติที่ผิดกฎหมายจะดูเหมือนเป็นเรื่องไกลตัวหรือนามธรรม ความจริงแล้วประเด็นดังกล่าวเป็นสิ่งที่พบได้ทั่วไป และที่สำคัญ คือ มีจำนวนทวีคูณมากขึ้นเรื่อย ๆ ตัวอย่างเช่น มีการค้นพบการตกลงร่วมกัน (cartel) เพื่อกำหนดราคาในหมู่ผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ของระบบการทำความเย็น ซึ่งคืออุปกรณ์ทำความเย็นในตู้เย็น ในกรณีดังกล่าว ผู้ที่ละเมิดกฎหมายถูกปรับในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา สหภาพยุโรป นิวซีแลนด์ ชิลี เม็กซิโก และบราซิล⁶ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแพร่หลายของการทำการตกลงร่วมกัน แต่เนื่องจากความท้าทายและข้อจำกัดหลากหลายรูปแบบ การกระทำดังกล่าวมักไม่ได้รับการตรวจสอบหรือที่แย่กว่านั้น แม้จะมีการเปิดโปงก็มักจะสามารถหลบหนีความผิดได้โดยมักกระทำภายใต้ความเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกำกับดูแลได้

⁵ Joseph F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress,” 62 *N.Y.U. L. Rev.* 1020 (1987) (อภิปราย เรื่อง จุดมุ่งหมายที่ขัดกันระหว่างสวัสดิการของผู้บริโภคกับประสิทธิภาพในการผลิต).

⁶ Antitrust: Commission fines six car air conditioning and engine cooling suppliers € 155 million in cartel settlement (2017), สามารถเข้าถึงได้ที่ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_501.

ทั้งนี้ ผลร้ายทางเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากประเด็นดังกล่าว มีนัยสำคัญเป็นอย่างมาก มีการประเมินว่าในช่วงปี ค.ศ. 1990 ถึง 2016 เพียงแค่การตกลงร่วมกันของภาคเอกชนระหว่างประเทศ (private international cartel) ที่ถูกค้นพบนั้นมีผลกระทบต่อการค้าขายทั่วโลก เป็นเงินจำนวนมากกว่า 51 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐ⁷ และมูลค่าของราคาที่กำหนดแพงเกินจริงทั่วโลกถูกประเมินไว้เป็นเงินจำนวนมากกว่า 1.5 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐ⁸ นอกจากนี้ ผลร้ายต่อการแข่งขันทางการค้าในระดับนี้ เป็นการดึงความร่ำรวยจากประเทศที่ได้รับผลกระทบไปยังประเทศผู้ที่ละเมิดอยู่ ซึ่งต่างจากกรณีที่เกิดขึ้นภายในประเทศที่ผลร้ายต่อการแข่งขันทางการค้าอาจเป็นเพียงเรื่องการแจกจ่ายทรัพยากรระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภค

ส่วนที่ 1 ของบทความนี้จะกล่าวถึงหลักทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับความสามารภในการใช้เขตอำนาจศาลของรัฐ ซึ่งจะนำไปสู่แนวความคิดเรื่องการที่รัฐบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต นั่นคือนอกเขตแดนของประเทศตนเองออกไป แม้ว่าประเด็นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตจะไม่ใช่ประเด็นใหม่ แต่ก็มีประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่มากมาย ซึ่งยังไม่มิมติหรือมีข้อสรุปมาจนถึงทุกวันนี้ นอกจากนี้ ส่วนที่ 2 จะแสดงให้เห็นถึงวิธีการที่บางประเทศ อาทิ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น และเกาหลีได้นำเอาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการแข่งขันของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม บทความนี้มุ่งเน้นที่จะกล่าวถึงสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 (“พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560”) เป็นสำคัญ

⁷ John M Connor, *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics*, (2nd edn 2016), 24.

⁸ เท็งฮ้าง, 30.

ส่วนที่ 2 ผู้เขียนจะพิจารณาความจำเป็นที่กรรมการการแข่งขันทางการค้าของไทยควรพิจารณาการนำเอาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตมาใช้ในระบบการแข่งขันของไทย เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายโดยหน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าโดยหลักแล้วจะมุ่งเน้นไปยังการปกป้องตลาดภายในประเทศ จึงมิได้ออกแบบมาเพื่อจำกัดกิจกรรมซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันในที่อื่น สมมติฐานโดยทั่วไป คือ แต่ละเขตอำนาจศาลจะปกป้องตลาดของตนเอง สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการจำกัดกิจกรรมซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่ไม่ได้ถูกคัดค้านโดยหน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าในเขตอำนาจศาลอื่น ความสามารถในการใช้บทบัญญัติการแข่งขันทางการค้ากับกิจการในต่างประเทศทำให้บริษัทเหล่านั้นเพิกเฉยต่อเขตอำนาจศาลได้ยากขึ้น และเมื่อมีแรงสนับสนุนจากความสามารถในการบังคับใช้และกรอบความร่วมมือที่เพียงพอ สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะกลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการจำกัดอำนาจของบริษัท

ส่วนที่ 3 จะเน้นไปยังการวิเคราะห์ถ้อยคำที่ปรากฏใน พ.ร.บ. การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 โดยส่วนนี้จะพยายามหาคำตอบโดยอิงจากบทบัญญัติและการตีความในปัจจุบันเพื่อตอบคำถามที่ว่า พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 สามารถใช้นอกราชอาณาจักรได้หรือไม่ และส่วนนี้จะชี้ให้เห็นช่องว่างของกฎหมายและสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำต่อต้านการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อตลาดของประเทศไทย ดังนั้น สิ่งนี้จะนำไปสู่ส่วนที่ 4 ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะ หลังจากที่ได้คำนึงถึงนัยทางการเมืองและค่าใช้จ่ายตามปกติวิสัยที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ข้อเสนอแนะดังกล่าวได้เน้นถึงความสำคัญของตัวเลือกที่จะกระทำการฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตาม ยังคงต้องมีการใช้ความร่วมมือเนื่องจากสิ่งนี้สามารถเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพพอสมควรเช่นกันสำหรับประเทศขนาดเล็ก หรือที่กำลังพัฒนา



ส่วนที่ 1

พัฒนาการของ สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

.....

เขตอำนาจศาลกลายเป็นประเด็นในกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อรัฐออกกฎหมายที่ควบคุมเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องภายในประเทศเพียงอย่างเดียว⁹ ในทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้นความสามารถด้านเขตอำนาจของรัฐมีสององค์ประกอบด้วยกัน คือ (1) เขตอำนาจศาลในเชิงอรรถคดี (subject-matter jurisdiction) และ (2) เขตอำนาจศาลในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย (enforcement jurisdiction)¹⁰ ในขณะที่เขตอำนาจศาลในเชิงอรรถคดีเกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐในการออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อการกระทำการภายใน

⁹ Allen S and others, “Introduction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law,” *The Oxford handbook of jurisdiction in international law* (Oxford University Press 2019).

¹⁰ ดู Richard Whish and David Bailey, “Chapter 12 The International Dimension of Competition Law,” *Competition Law* (9th edn Oxford University Press 2018), 495.

อาณาเขตของตน (‘หลักดินแดน’) และพลเมืองของตนในต่างประเทศ (‘หลักสัญชาติ’)¹¹ เขตอำนาจในการบังคับให้เป็นไปกฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายโดยใช้มาตรการในทางปฏิบัติเพื่อการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹² อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเขตอำนาจในเชิงอรรถคดีจะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของบุคคลในอีกรัฐหนึ่งก็ตาม โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำที่ “ไม่เหมาะสม” ในการพยายามบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวภายในอาณาเขตของรัฐนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาต

ในส่วนของเขตอำนาจในเชิงอรรถคดีนั้น หลักดินแดนได้ถูกขยายขอบเขตในลักษณะที่เป็นเหตุเป็นผลเพื่อให้รัฐได้มีเขตอำนาจศาลไม่เพียงแต่ในกรณีที่มีการกระทำนั้นเริ่มต้นขึ้นในอาณาเขตของตน (‘เขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นอัตวิสัย’ (subjective territoriality)) เท่านั้น แต่รวมถึงกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นเริ่มต้นที่ต่างประเทศและมีผลสิ้นสุดภายในอาณาเขตของตนเช่นกัน (‘เขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย’ (objective territoriality)) ตัวอย่างที่มักถูกยกขึ้นมาใช้ในการอธิบายเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย คือ สถานการณ์ที่ลูกกระสุนถูกยิงข้ามเขตแดน ในกรณีนี้ แม้ว่าการกระทำบางส่วนจะเกิดขึ้นนอกเขตแดนของรัฐนั้นก็ตาม รัฐจะมีเขตอำนาจศาลเนื่องจากเหตุการณ์ที่สร้างความเสียหาย ซึ่งคือการบาดเจ็บหรือการเสียชีวิต ได้เกิดขึ้นภายในเขตแดนของรัฐนั้น ผลที่ตามมาจากกรณีดังกล่าวคือ รัฐมากกว่าหนึ่งรัฐอาจใช้เขตอำนาจศาลกับเรื่องเดียวกัน เมื่อการกระทำดังกล่าวที่คร่อมพรมแดนระหว่างสองประเทศ

¹¹ ทฤษฎีนี้เป็นที่รู้จักในอีกชื่อหนึ่งว่า อำนาจของรัฐ ‘ในทางนิติบัญญัติ’ หรือในการ ‘ตรากฎหมาย’ (‘legislative’ or ‘prescriptive’ jurisdiction) ; ดู Opinion of AG Darmon in *A Ahlström Osakeyhtiö v Commission*, joined case C-89/85 and others. [ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “Woodpulp I”]

¹² *Woodpulp I*.

โดยทั่วไปแล้วหลักเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นอัติวิสัยและภาวะวิสัย รวมถึงหลักสัญชาติเช่นกันนั้นเพียงพอที่จะจัดการการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เป็นจำนวนมาก¹³ ตัวอย่างเช่น หลักเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัยสามารถนำไปใช้กับกิจการในต่างประเทศที่เข้าซื้อกิจการคู่แข่ง หรือเรียกเก็บเงินในราคาที่ตั้งขึ้นเพื่อกำจัดคู่แข่งชั้น (predatory pricing) ภายในอาณาเขตของรัฐ ซึ่งจะสามารถใช้กฎหมายของตนกับการกระทำเหล่านั้นได้ อย่างไรก็ตาม หลักการเหล่านี้อาจไม่เพียงพอสำหรับทุกกรณีที่รัฐอาจประสงค์ที่จะมีเขตอำนาจศาลเหนือกิจการในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกฎหมายเศรษฐกิจ สิ่งนี้ยังคงเป็นคำถามอยู่ว่ารัฐจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลในเชิงอรรถคดีเพียงเพราะกิจการในต่างประเทศก่อให้เกิด “ผล” ทางการค้าภายในอาณาเขตของตนได้หรือไม่ แม้กิจการดังกล่าวจะไม่ได้อยู่ในอาณาเขตนั้นและไม่ได้กระทำการใด ๆ ที่นั่น

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองแบบดั้งเดิมไม่เพียงพอที่จะจัดการกับปัญหาเหล่านี้ เนื่องจากเป็นหลักที่ได้รับการพัฒนาโดยคำนึงถึงการกระทำทางกายภาพมากกว่าการกระทำทางเศรษฐกิจหรือแม้แต่ทางดิจิทัล¹⁴ กล่าวคือ กฎเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่พัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 19 นั้นไม่เหมาะสมกับบริบทของธุรกิจหรือเทคโนโลยีสารสนเทศในศตวรรษที่ 21

¹³ ดู Richard Whish and David Bailey, “Chapter 12 The International Dimension of Competition Law,” *Competition Law* (9th edn Oxford University Press 2018)), 496.

¹⁴ Rothwell DR and others, “Jurisdiction,” *International Law: Cases and Materials with Australian Perspectives* (3rd edn Cambridge University Press 2018).

นอกจากนี้ สิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นยังเป็นประเด็นที่ไม่มีคำนิยามซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป¹⁵ คำ ๆ นี้ถูกใช้เป็นเพียงสำนวนในการเรียกเหตุการณ์ที่มีการใช้และบังคับใช้กฎหมายภายในกับสิ่งที่เกิดขึ้นนอกเขตแดนของรัฐ ความแตกต่างระหว่างเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัยกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต คือ เขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัยจะเกี่ยวข้องกับส่วนของการกระทำภายในอาณาเขตของรัฐ เช่น การยิงกระสุนปืนข้ามพรมแดนของประเทศ เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันสามารถมองสิทธิสภาพนอกอาณาเขตว่าเป็นการที่รัฐขยายขอบเขตของการใช้ ‘เขตอำนาจศาล’ ออกมาภายนอกเขตแดนของประเทศตน ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ เผชิญกับผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำต่อต้านการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้น การใช้กฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าจึงกลายเป็นหนึ่งในตัวเลือกเพื่อใช้ในการเยียวยาผลกระทบต่อตลาดภายในประเทศที่ทำให้ลดการแข่งขัน สหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในรัฐผู้บุกเบิกในการนำเอาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตมาใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (กฎหมายต่อต้านการผูกขาด) ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลจำนวนมากที่อนุญาตให้มีเขตอำนาจศาลโดยพิจารณาจากผลกระทบเพียงอย่างเดียว ตัวอย่างเช่น ในคดี *United States v Aluminum Co of America*¹⁶ (“Alcoa”) ผู้พิพากษา Learned Hand ได้กล่าวว่า

“เป็นกฎที่เป็นที่ยอมรับแล้ว ... ว่าไม่ว่ารัฐใด ๆ ก็อาจกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการกระทำนอกเขตแดนของตนซึ่งมีผลเกิดขึ้นภายในเขตแดนของตนที่รัฐกำลังจะลงโทษ แม้บุคคลที่เป็นผู้กระทำจะไม่อยู่

¹⁵ ดู Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization* (2002) 668–9.

¹⁶ 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945); สำหรับความคิดเห็น ดู Winerman and Kovacic, “Learned Hand, Alcoa and the Reluctant Application of the Sherman Act,” (2013) 79 *Antitrust LJ* 295.

ในอำนาจของรัฐนั้นก็ตาม และความรับผิดชอบเหล่านี้จะต้องเป็นความผิดในรัฐอื่น ๆ โดยทั่วไป”¹⁷

คดี Alcoa ก่อให้เกิดการโต้เถียงกันอย่างมากระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ จนกระทั่งมีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ากับการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1982 (Foreign Trade Antitrust Improvements Act, “FTAIA”) โดย FTAIA ระบุว่า กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเซอร์แมน ค.ศ. 1890¹⁸ (“Sherman Act”) ไม่สามารถใช้ได้กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือการพาณิชย์กับต่างประเทศ เว้นแต่การกระทำดังกล่าวจะมี ‘ผลกระทบโดยตรง เกิดขึ้นในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้’ (direct, substantial, and reasonably foreseeable) ต่อการค้าหรือการพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา¹⁹

ในชั้นแรก FTAIA ได้จัดให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าต่างประเทศที่ไม่ใช่การนำเข้า ซึ่งหมายถึงการค้าเพื่อการส่งออกของสหรัฐอเมริกาและการค้าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศทั้งหมด ไม่ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ Sherman Act²⁰ จากนั้น ‘ข้อยกเว้นผลกระทบ’ ใน FTAIA จะนำการกระทำดังกล่าวกลับมาภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ Sherman Act หากการกระทำมีผลกระทบโดยตรง เกิดขึ้นในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้ต่อการค้าภายในสหรัฐอเมริกา การค้าเพื่อการนำเข้าของสหรัฐอเมริกา หรือการค้าเพื่อการส่งออกของผู้ส่งออกในสหรัฐอเมริกา และผลกระทบนั้นก่อให้เกิดข้อเรียกร้อง²¹

¹⁷ Alcoa, 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945), 444.

¹⁸ 15 U.S.C. §§ 1–7.

¹⁹ 15 USC § 6a – การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือการพาณิชย์กับต่างประเทศ.

²⁰ F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155 (2004), 162-63.

[ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “Empagran”]

²¹ Empagran, 162.

ประเด็นเรื่องผลกระทบที่ถูกกล่าวอ้างว่ามีลักษณะโดยตรง เกิดขึ้นในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้หรือไม่นั้นเป็นปัญหาของข้อเท็จจริง²² ซึ่งการประเมินผลกระทบของการกระทำอาจเป็นการสอบสวนที่เน้นข้อเท็จจริง (fact-intensive inquiry) ผลกระทบจะเป็นผลกระทบ ‘โดยตรง’ ได้ก็ต่อเมื่อการกระทำต่อต้านการแข่งขันที่ถูกกล่าวอ้างนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าโดยธรรมชาติหรือตามสภาพปกติธรรมดาของพฤติกรรม²³ ในส่วนของข้อกำหนดให้ ‘มีผลกระทบในวงกว้าง’ นั้นไม่มีการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของมูลค่าที่คำนวณเป็นตัวเงิน และไม่จำเป็นที่จะต้องสามารถคำนวณผลกระทบในเชิงปริมาณได้²⁴ ข้อกำหนด ‘สามารถสังเกตเห็นได้’ คือ การทดสอบแบบภาววิสัย (objective test) โดยกำหนดให้เป็นผลกระทบที่สามารถสังเกตเห็นได้โดยวิญญูชนในการประเมินทางธุรกิจ ในทางปฏิบัติ²⁵

ในส่วนของการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป นอกอาณาเขตนั้น มาตรา 101 และ 102 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty of the Functioning of the European Union “TFEU”) ก็มีการถูกนำมาปรับและบังคับใช้นอกอาณาเขตเช่นเดียวกัน

²² joint Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* (January 2017), para. 3.2, <https://www.justice.gov/atr/> [ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “DoJ/FTC International Guidelines”]

²³ ดู *Minn-Chem*, 683 F.3d at 857; *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Indus. Co.*, 753 F.3d 395, 409-13 (2d Cir. 2014).

²⁴ *Cf. McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans, Inc.*, 444 U.S. 232, 243 (1980) (“Nor is jurisdiction defeated in a case relying on anticompetitive effects by plaintiff’s failure to quantify the adverse impact of defendant’s conduct.”); *Goldfarb v. Va. State Bar*, 421 U.S. 773, 785 (1975) (“[O]nce an effect is shown, no specific magnitude need be proved”).

²⁵ *Animal Sci.*, 654 F.3d at 471.

สำหรับในกรณีที่ข้อตกลงหรือการละเมิดมีผลกระทบในระดับหนึ่งต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก มาตรา 101 และ 102 ของ TFEU สามารถใช้ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่ตั้งกิจการหรือที่ทำข้อตกลง โดยมีเงื่อนไขว่าข้อตกลงหรือพฤติกรรมนั้นถูกดำเนินการหรือก่อให้เกิดผลกระทบภายในสหภาพยุโรป²⁶ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับ Effect doctrine ที่ได้กล่าวก่อนหน้านี้ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับผลกระทบต่อการค้าตามมาตรา 101 และ 102 (*Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles 101 and 102*) ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า “เพื่อจัดตั้งเขตอำนาจศาลของ [สหภาพยุโรป] การที่ข้อตกลงหรือพฤติกรรมมีความเกี่ยวข้องกับประเทศที่สามหรือกิจการที่ตั้งอยู่ในประเทศที่สามนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจข้ามพรมแดนภายใน [สหภาพยุโรป] ก็เพียงพอแล้ว” ดังนั้น การนำเข้าสินค้าหรือบริการจากประเทศที่สามซึ่งเป็นผลมาจากข้อตกลงหรือการพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้า หรือการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นนอกสหภาพยุโรปแต่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในสหภาพยุโรปนั้นอาจสามารถทำให้เกิดการผันแปรของการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งส่งผลกระทบต่อรูปแบบของการค้าโดยตรงและควรตกอยู่ภายใต้บังคับของ TFEU เช่นเดียวกัน²⁷

²⁶ European Commission, *Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles [101 and 102 TFEU]*, para. 100, สามารถเข้าถึงได้ที่ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content> [ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “Guidelines on inter-state trade”]

²⁷ การใช้คำว่า “อาจส่งผลกระทบ” ก็เพื่อให้คำนิยามลักษณะของผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกที่จะเข้าตามเกณฑ์ ซึ่งตามการทดสอบที่พัฒนาโดยศาลยุติธรรมแนวคิดของคำว่า “อาจส่งผลกระทบ” สื่อว่าต้องสามารถสังเกตเห็นได้ในระดับที่เพียงพอบนพื้นฐานของปัจจัยทางภาวะวิสัยของกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงของข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่อาจมีอิทธิพล ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ที่เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้นต่อรูปแบบการค้าระหว่างประเทศสมาชิก, ดูตัวอย่างเช่น คำพิพากษาใน Case 172/80, *Züchner*, [1981] ECR 2021, para. 18; Case 319/82, *Kerpen & Kerpen*, [1983]

ในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นมีหลักการสามประการ หากกรณีหรือพฤติกรรมนั้นสอดคล้องกับหลักการข้อใดข้อหนึ่ง ก็อาจทำให้เขตอำนาจศาลสามารถบังคับใช้ได้กับกิจการนอกสหภาพยุโรป²⁸ **หลักการแรก** คือ หลัก ‘หน่วยธุรกิจเดียวกัน’ (single economic entity doctrine) สถานภาพทางกฎหมายของบริษัทแม่และบริษัทในเครือที่แยกต่างหากออกจากกันนั้นไม่มีผลให้เกิดความเป็นอิสระในทางเศรษฐกิจ ตราบเท่าที่บริษัทแม่สามารถและมีการใช้อิทธิพลเหนือการตัดสินใจของบริษัทในเครือ **หลักการที่สอง** คือ หลัก ‘การใช้’ (implementation doctrine) ซึ่งเป็นกรณีที่อาจมีเขตอำนาจศาลจากผลของการดำเนินการปฏิบัติร่วมกันในสหภาพยุโรป²⁹ **หลักการที่สาม** คือ หลัก ‘ผลกระทบที่เข้าเกณฑ์’ (qualified effects doctrine) ซึ่งถูกใช้หลายครั้งโดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และศาลยุติธรรมของยุโรป (European Court of Justice) หลักผลกระทบที่เข้าเกณฑ์จะถูกใช้เมื่อผลกระทบซึ่งทำให้ลดการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นภายในสหภาพยุโรปนั้น “สามารถเล็งเห็นได้ เป็นผลทันที และกระทบเป็นวงกว้าง” (foreseeable, immediate, and substantial)³⁰ เกณฑ์ความสามารถในการเล็งเห็นได้นั้นประเมินจาก ‘ความน่าจะเป็น’ ของผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำ³¹

ECR 4173; Joined Cases 240/82 and others, *Stichting Sigarettenindustrie*, [1985] ECR 3831, para. 48; and Joined Cases T-25/95 and others, *Cimenteries CBR*, [2000] ECR II-491, 3930.

²⁸ Richard Whish, David Bailey, “Chapter 12 The International Dimension of Competition Law,” *Competition Law* (9th ed., 2018), 502.

²⁹ *Woodpulp I*.

³⁰ *Intel v Commission*, Case C-413/14 P (2017). [ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “Intel”]

³¹ *Intel*, 49.

อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับหลักผลกระทบ (effect doctrine) ของสหรัฐอเมริกา การที่ระบุว่า การกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อที่สามารถสังเกตเห็นได้ เป็นผลทันที และมีผลกระทบเป็นวงกว้างภายในสหภาพยุโรปนั้น เป็นการสอบสวนที่เน้นข้อเท็จจริงอย่างเข้มข้น (fact-intensive inquiry) ดังนั้น ควรที่จะตีความเป็นรายการณีไปเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตมีขอบเขตที่มากเกินไป

ข้อสังเกตของการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า³² คือ ทั้งสองแห่งมีลักษณะอย่างหนึ่งที่เหมือนกันคือ *อำนาจทางการเมืองและเศรษฐกิจ* การที่ทั้งสองนำหลักผลกระทบมาใช้นั้นมีอิทธิพลในระดับหนึ่งต่อแนวทางการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ และอิสราเอล เพื่อแสดงให้เห็นถึงการแพร่กระจายของลัทธิสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extraterritorialism) ตัวอย่างที่น่าสนใจ คือ กรณีของประเทศญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ เนื่องจากทั้งสองประเทศนั้นค่อนข้างต่อต้านการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตในช่วงแรก หลังจากนั้น มุมมองของทั้งสองประเทศต่อประเด็นนี้ได้พัฒนาไปอย่างมาก จนในที่สุดมาตรการเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตก็ถูกเพิ่มเข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งสองประเทศ

ในช่วงแรก ประเทศญี่ปุ่นและประเทศอื่น ๆ ลังเลที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตในขณะที่ผลกระทบเริ่มปรากฏในสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่นยังประท้วงอย่างแข็งขันต่อการที่สหรัฐอเมริกาใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มุมมองของประเทศญี่ปุ่นค่อย ๆ มีการพัฒนาในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา จุดเปลี่ยนในเชิงปฏิบัติและเชิงสัญลักษณ์ของ

³² *Supra* paras. 15-20.

แนวทางการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1990 เมื่อคณะศึกษาซึ่งจัดขึ้นโดยคณะกรรมการเพื่อการค้าที่เป็นธรรมแห่งประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission “JFTC”) มีความเห็นชอบในการให้ยอมรับและนำเอาหลักผลกระทบมาใช้³³ รายงานของคณะศึกษาดังกล่าวมีอิทธิพลและยังคงถูกใช้อ้างอิงโดยหน่วยงานความร่วมมือแบบพหุภาคี³⁴

การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญบางประการในการตรวจสอบการควบรวมกิจการของประเทศญี่ปุ่นเริ่มมีผลบังคับใช้ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1999 ภายใต้ระบบเก่า การตรวจสอบมีขอบเขตจำกัดเพียงการทำธุรกรรมที่เกิดขึ้น ‘ในประเทศญี่ปุ่น’ โดยที่อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งในการทำธุรกรรมที่ถูกเสนอจะต้องเป็นชาวญี่ปุ่นเพื่อให้ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น (Antimonopoly Law) จึงเป็นเหตุที่ทำให้ JFTC ไม่สามารถตรวจสอบได้ ตัวอย่างเช่น การควบรวมกิจการของ Boeing-McDonnell Douglas ใน ค.ศ. 1997 ซึ่งแม้ว่าในกรณีนี้สายการบินญี่ปุ่นเป็นผู้ซื้อเครื่องบินโดยสารรายใหญ่ที่ผลิตโดยทั้งสองฝ่าย และแม้ว่าตลาดญี่ปุ่นจะได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม³⁵ การแก้ไขเพิ่มเติม

³³ Dumping Regulations and Competition Policy, Extraterritorial Application of the Antimonopoly Act: Report of the Study Group. สำหรับการอภิปรายในเรื่องนี้ ดู J Tamura, “US Extraterritorial Application of Antitrust Law to Japanese Keiretsu,” (1992) 25 *NYUJInt'lLaw&Pol*, 393-6.

³⁴ ดูตัวอย่างเช่น OECD, Working Party No3 on Co-operation and Enforcement: Roundtable on Cartel Jurisdiction Issues, including the Effects Doctrine: Japan, DAF/COMP/WP3/WD(2008) 88 (21 October 2008), 5-7.

³⁵ E Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU* (Edward Elgar 2014), 194.

ใน ค.ศ. 1998 ได้ยกเลิกข้อกำหนดเรื่องความสัมพันธ์ของบุคคล ในด้านดินแดน (territorial nexus) ซึ่งทำให้สามารถตรวจสอบธุรกรรม ในต่างประเทศได้³⁶ โดยปัจจัยที่ใช้เป็นเงื่อนไขในการตกอยู่ภายใต้การบังคับ ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ ยอดขายในประเทศญี่ปุ่นต้องมีมูลค่า ตามที่กำหนด

เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น ในส่วนของประเทศเกาหลีใต้ นั้น คณะกรรมการเพื่อการค้าที่เป็นธรรมแห่งเกาหลี (Korea Fair Trade Commission “KFTC”) ในอดีตไม่ได้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ เกาหลีนอกอาณาเขต เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่า KFTC ในตอนแรกได้ให้ ความสำคัญกับปัญหาการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศมากกว่า³⁷ และ เนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม (Monopoly Regulations and Fair Trade Act “MRFTA”) ไม่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจน เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ เกาหลี นอกอาณาเขต³⁸

³⁶ สำหรับการอภิปรายในเรื่องนี้ ดู K Yamaguchi, “Extra-Territorial Application of Japanese Anti-Monopoly Law to Pure Non-Japanese M&As” (1999) 5(4) *IntTLR* 100.

³⁷ ดู Joseph Seon Hur, *Competition Law/Policy and Korean Economic Development* (Publication Ziumm, Ltd. 2006), 268-69.

³⁸ ดู DOGJEOMGYUJE MICH GONGJEONGGEOLAE-UI GWANHAN BEOBLYUL [Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA)] Law No. 7315 (2004) (S. Korea).

ท่าทีของ KFTC ที่เพิกเฉยนี้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากผู้บริโภคและบริษัทในประเทศเกาหลีได้รับความเสียหายจากการกระทำต่อต้านการแข่งขันทางการค้าของบริษัทต่างชาติที่เกิดขึ้นนอกประเทศเกาหลีมากขึ้นเรื่อย ๆ³⁹ ความเสียหายดังกล่าวที่เพิ่มขึ้นจากการตกลงราคาาร่วมกันระหว่างประเทศ (international cartel) ทำให้ KFTC เริ่มสืบสวนคดีการร่วมกันตกลงราคาคาร์บอนไฟต์ อิเล็กโทรดระหว่างประเทศ (graphite electrodes international cartel)⁴⁰ และการร่วมกันตกลงราคาวิตามินระหว่างประเทศ (international vitamin cartel)⁴¹ โดยในที่สุด KFTC ได้ออกคำสั่งแก้ไขกับการตกลงร่วมกันดังกล่าว⁴²

เหตุการณ์ที่มีอิทธิพลอย่างมากในการเปลี่ยนมุมมองของ KFTC เกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตมีสองกรณี ได้แก่ การตกลงร่วมกันระหว่างประเทศของกลุ่มผู้ประกอบการคาร์บอนไฟต์อิเล็กโทรดใน ค.ศ. 2002 และการตกลงร่วมกันระหว่างประเทศของกลุ่มผู้ประกอบการวิตามิน

³⁹ Memorandum from the Korean Fair Trade Comm'n on Korea's Experience in Attacking the International Cartel and the Need for International Cooperation to ultimately issued corrective orders against the cartels. 31, 2004, เพื่อสนับสนุนการบังคับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีอย่างเข้มข้น KFTC ได้จัดตั้ง Org. 8 9 1o 1 for Econ. Co-operation & Dev. (May 2002) จาก Joseph Seon Hur, 'Extraterritorial Application of Korean Competition Law' (2008) 6 Regent J Int'l L 171.

⁴⁰ *Judgment of Aug. 19, 2004*, 2002 Nu 6110 (Seoul High Ct.) at 8 (S. Korea).

⁴¹ *Judgment of Nov. 24, 2004*, 2003 Nu 9000 (Seoul High Ct.) at 10 (S. Korea).

⁴² *Judgment of Aug. 19, 2004*, 2002 Nu 6110 (Seoul High Ct.) at 8 (S. Korea); *Judgment of Nov. 24, 2004*, 2003 Nu 9000 (Seoul High Ct.) at 10 (S. Korea).

ใน ค.ศ. 2003 ในการสืบสวนทั้งสองกรณีนี้โดย KFTC มีประเด็นที่ได้เถียงกันเกี่ยวกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจของ KFTC เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งที่จะทำให้สามารถใช้อำนาจนอกราชเขต และส่งหมายเรียกไปต่างประเทศได้ ซึ่ง KFTC ได้อาศัยหลักผลกระทบ (effects doctrine) และหลักการใช้ (implementation doctrine) ในการใช้อำนาจเหนือทั้งสองกรณี แม้ว่า จะไม่มีบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจอย่างชัดแจ้งใน MRFTA

ดังนั้น เพื่ออำนวยความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีนอกราชเขต KFTC ได้เพิ่มบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งใน MRFTA เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2004 โดยบทบัญญัติหลักภายใต้ MRFTA ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิสภาพนอกราชเขต มีดังนี้

- (1) มาตรา 2-2 (การใช้กับกิจกรรมที่เกิดขึ้นนอกราชเขต)
- (2) มาตรา 36-2 (ความร่วมมือระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม) และ
- (3) มาตรา 53-3 (การให้ข้อมูล (service of document))

โดยจะสังเกตได้ว่า KFTC ไม่ได้เพิ่มเพียงเฉพาะบทบัญญัติเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกราชเขตเพียงเท่านั้น แต่ยังจัดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเพื่อส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายนอกราชเขตในกรณีที่ตัดสินว่าจะบังคับใช้



ส่วนที่ 2

เหตุที่หน่วยงานการแข่งขัน ทางการค้าของไทย ควรพิจารณา การใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต

.....

ดังที่ได้พิจารณาในส่วนที่ 2 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตว่าไม่ใช่เรื่องใหม่ แต่สิ่งใหม่ คือ จำนวนรัฐในตอนนี้ที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า สิ่งทีครั้งหนึ่งเคยเป็นเพียงปรากฏการณ์ในสหรัฐอเมริกา กำลังกลายเป็นมาตรฐานระดับโลก ดังนั้น รัฐจำนวนมากจะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลของกฎข้อบังคับของการแข่งขันทางการค้าของตนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากหลายรัฐเผชิญกับการกระทำในต่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจภายในรัฐตนเอง⁴³ ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย

⁴³ Brendan Sweeney, “Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?”, (2007) 8 Melbourne Journal of International Law 1.

บนการสันนิษฐานว่าการเพิ่มสวัสดิการโดยรวม (aggregate welfare) ให้สูงสุด คือ จุดประสงค์หลักของกฎข้อบังคับของการแข่งขันทางการค้า พฤติกรรมทางตลาดจะถือว่าเป็นภัย หากพฤติกรรมนั้นทำให้สวัสดิการโดยรวมลดน้อยลง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจกันว่า สวัสดิการโดยรวมนั้นหมายถึงผลรวมส่วนเกินของผู้บริโภคและผู้ผลิต (sum of consumer and producer welfares)⁴⁴ ดังนั้น พฤติกรรมทางตลาดจะถือเป็นภัยในกรณีที่มีการสูญเสียส่วนเกินของผู้บริโภคเป็นจำนวนที่มากกว่าส่วนเกินที่ผู้ผลิตได้

อาจกล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า นอกอาณาเขตนั้นเป็นมาตรการที่สร้างให้เกิดการ “นำเข้าผลของการกระทำของตน” (internalisation) โดยผู้ประกอบการที่ดำเนินการที่ต่อต้านการแข่งขันที่มีผลในหลายประเทศ ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาการสร้างผลกระทบภายนอกในทางลบ (negative externalities) ที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง ๆ จากการจำกัดการแข่งขันจากต่างประเทศ กลับกันหากผู้มีอำนาจตัดสินใจภายในประเทศจะไม่คำนึงถึงสวัสดิการของชาวต่างชาติและสนใจแต่สวัสดิการของชาติตนเองเพียงเท่านั้น ดังนั้น การควบรววมกิจการหรือการร่วมทุนที่อาจไม่ได้รับการอนุญาตในระบบเศรษฐกิจแบบปิด ด้วยเหตุที่ว่า การกระทำดังกล่าวจะส่งผลเสียต่อสวัสดิการโดยรวมนั้น อาจได้รับการอนุญาตให้ทำได้ในระบบเศรษฐกิจแบบเปิด เนื่องจากผลเสียต่อสวัสดิการนั้นสามารถส่งออกไปภายนอก (ย้ายไปให้ชาวต่างชาติ) ในสัดส่วนที่มากเป็นนัยสำคัญได้⁴⁵

⁴⁴ John B Taylor, *Principles of Microeconomics* (3rd edn 2000), 227.

⁴⁵ Alan O Sykes, ‘Externalities in Open Economy Antitrust and Their Implications for International Competition Policy’ (1999) 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 89, 92–3. ในทางทฤษฎี ข้อเสนอสันนิษฐานนี้อาจเป็นจริงไม่ว่าผู้กำหนดนโยบายจะปฏิบัติตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม โดยตามทฤษฎีทางเลือกสาธารณะนั้น ผู้กำหนดนโยบายจะกระทำการอย่างมีเหตุผล หรือในลักษณะที่เป็นการแสวงหาอรรถประโยชน์ให้กับตนเอง (rational or self-interested manner) ดังนั้น การตัดสินใจจะขึ้นอยู่กับกลุ่มที่สามารถแสวงหา

บนการสันนิษฐานว่าการเพิ่มสวัสดิการโดยรวมให้สูงสุดนั้นเป็นจุดประสงค์ของนโยบายการแข่งขันทางการค้า อาจกล่าวได้ว่า ไม่เป็นจริงเสมอไปที่โลกซึ่งใช้ระบบการแข่งขันภายในประเทศจะทำให้เกิดผลดีที่สูงสุดต่อสวัสดิการในระดับโลก เนื่องจากผู้กำหนดนโยบายภายในประเทศจะให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของชาติมากกว่าสวัสดิการในระดับโลก⁴⁶ ซึ่งในโลกที่ปราศจากสิทธิสภาพนอกอาณาเขต การแข่งขันมักจะถูกกำกับดูแลน้อยเกินไปเมื่อมองจากมุมมองของสวัสดิการในระดับโลก⁴⁷

ในสถานการณ์ปัจจุบันที่ยังไม่มีข้อตกลงการแข่งขันทางการค้าในระดับโลกหรือการร้องขอโดยความร่วมมือทางความสัมพันธ์ฉันท์มิตร (positive comity request) นั้นยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เมื่อรัฐสูญเสียความสามารถในการแข่งขันและตามมาด้วยการสูญเสียสวัสดิการจากการกระทำต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ (เช่น การตกลงราคาร่วมกัน (price fixing cartel) ในต่างประเทศ หรือพฤติกรรมการจัด

ผลประโยชน์ทางการเมือง การเงิน และผลประโยชน์ส่วนตนอื่น ๆ ให้กับผู้กำหนดนโยบายได้สูงที่สุด ซึ่งโดยปกติแล้ว กลุ่มนี้จะเป็นกลุ่มที่มีต้นทุนขององค์กรต่ำที่สุด โดยในกรณีส่วนใหญ่จะเป็นผลประโยชน์ในท้องถิ่น ซึ่งคือผลประโยชน์ของผู้ผลิต อันเป็นที่สนใจของผู้ออกกฎหมายและกำหนดนโยบายการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม อาจไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไปเนื่องจากมีความเป็นไปได้ว่าผลประโยชน์ในต่างประเทศหรือระหว่างประเทศอาจครอบงำการตัดสินใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่มีขนาดเล็กและมีการพัฒนาทางเศรษฐกิจน้อยกว่า พร้อมทั้งมีสถาบันทางการเมืองที่ไม่เป็นประชาธิปไตย

⁴⁶ Eleanor Fox, "Global Markets, National Law, and the Regulation of Business: A View from the Top," (2001) 75 *St John's Law Review* 383, 39.

⁴⁷ ดู Andrew Guzman, "Is International Antitrust Possible?" (1998) 73 *New York University Law Review* 1501, 1527; William S Dodge, "Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism," (1998) 39 *Harvard International Law Journal* 101, 152-8; ดูเพิ่มเติม William S Dodge, 'An Economic Defense of Concurrent Antitrust Jurisdiction' (2003) 38 *Texas International Law Journal* 27, 30-5.

จำหน่ายที่ต่อต้านการแข่งขันในต่างประเทศ) รัฐย่อมได้รับประโยชน์จากการใช้กฎหมายของตนนอกอาณาเขต เนื่องจาก หากเลือกอีกทางเลือกหนึ่ง ซึ่งคือการไม่บังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต จะเป็นการยอมรับการสูญเสียดังกล่าว⁴⁸

หากประเทศไทยบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า นอกอาณาเขต ประเทศไทยจะได้เปรียบในการกำหนดกฎข้อบังคับทั้งที่เป็นสารบัญญัติและการเยียวยาที่จะนำไปบังคับใช้ การมีอิสระในการตัดสินใจมีความสำคัญเนื่องจากแต่ละรัฐมีเกณฑ์การประเมินที่แตกต่างกันออกไปอย่างมากในการกำหนดรูปแบบของกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งรวมถึงข้อจำกัดในแนวดิ่ง (vertical restraint) การกระทำของหน่วยธุรกิจเดียวกัน (single firm conduct) และการควบรวมกิจการ⁴⁹ หากดูอย่างผิวเผิน ด้วบทบัญญัติในกฎข้อบังคับการแข่งขันทางการค้าของแต่ละรัฐอาจดูคล้ายคลึงหรือแม้กระทั่งเหมือนกัน แต่การบังคับใช้อาจแตกต่างกันไปตามแต่ละเขตอำนาจศาล ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีแนวโน้มการใช้มาตรฐานที่มีลักษณะปลายเปิดและมีความยืดหยุ่น เช่น คำว่า ‘การมีอำนาจเหนือตลาด’ (market dominance) ‘อำนาจตลาด’ (market power) และ ‘การลดการแข่งขันเป็นอย่างมาก’ (substantial lessening of competition) เพิ่มมากขึ้น โดยมาตรฐานเหล่านี้อาศัยแนวคิด เช่น ‘ตลาด และ ‘การแข่งขัน’ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็นคำที่เปิดกว้างต่อการให้คำนิยามและการนำไปใช้ที่แตกต่างกันออกไป⁵⁰ เมื่อไม่มีความหมายที่ตายตัวหรือที่เป็นสากล การตีความ

⁴⁸ Andrew Guzman, “Is International Antitrust Possible?” (1998) 73 *New York University Law Review* 1501, 1502.

⁴⁹ สำหรับภาพรวมของระบบการแข่งขัน ดู Jürgen Basedow (ed), *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization* (2002).

⁵⁰ John Duns, Mark Davison and Caron Beaton-Wells, *Competition Law: Cases and Materials* (2nd ed, 2006) 40.

มาตรฐานในกฎหมายจึงมีความเปิดกว้าง โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยทางวัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจตามแต่ละท้องถิ่น สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะช่วยลดความไม่แน่นอนบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบผลกระทบต่อการแข่งขัน เนื่องจากรัฐจะมีบรรทัดฐานเดิมเป็นแนวทางในการตีความ ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาได้พัฒนาการตีความที่ซับซ้อนและละเอียดสำหรับบทบัญญัติใน Sherman Act ที่ใช้คำกว้าง ๆ ตลอดระยะเวลากว่า 100 ปี⁵¹ ซึ่งหากมีการร่างกฎข้อบังคับการแข่งขันทางการค้าระดับโลกใหม่ตั้งแต่ต้น กฎข้อบังคับนั้น ๆ จะขาดแง่มุมทางประวัติศาสตร์ดังกล่าว

เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต ประเทศไทยจะสามารถใช้กระบวนการของตนเองได้ การตัดสินใจว่าจะบังคับใช้หรือไม่นั้นจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับระบบตุลาการหรือหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากทั้งสองภาคส่วนจะได้ทำการตัดสินใจเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายร่วมกัน ซึ่งลักษณะที่การตัดสินใจร่วมกันนี้จะแตกต่างกันไปตามแต่ละเขตอำนาจศาล โดยขึ้นอยู่กับลักษณะตามรัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์ และสังคมในแต่ละท้องถิ่น⁵² ตัวอย่างเช่น ในระบบการบังคับใช้กฎการต่อต้านการผูกขาดของ

⁵¹ ดูตัวอย่างเช่น William Kovacic, 'The Modern Evolution of US Competition Policy Enforcement Norms' (2003) 71 *Antitrust Law Journal* 377.

⁵² ประเด็นนี้ไม่สามารถใช้สำหรับทุกระบบการแข่งขันได้ ตัวอย่างเช่น สำหรับรัฐในช่วงการเปลี่ยนผ่านจากระบบเศรษฐกิจแบบรวมศูนย์ไปสู่เศรษฐกิจแบบตลาด โดยอาศัยแบบอย่างของตะวันตกที่ไม่ค่อยมีความเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญหรือสังคมในท้องถิ่น ซึ่งประเด็นเรื่องที่ไม่มีเหตุในการใช้นี้สามารถเห็นได้จาก: ดูตัวอย่างเช่น Michael Egge ที่อ้างถึงตัวอย่างการผูกขาดราคาขายต่อในบางประเทศในยุโรปตะวันออกที่เพิ่งเปลี่ยนระบอบการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย: "The Harmonization of Competition Laws Worldwide," (2001) 2 *Richmond Journal of Global Law and Business* 93, 95. Egge ได้กล่าวไว้ว่า แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้มีการผูกขาดราคาขายต่อหน่วยงานกำกับดูแลของประเทศ บางแห่งก็ห้ามการกระทำนี้เพียงเพราะเป็นเรื่องของคำสั่งในทางระบอบราชการ (bureaucratic fiat).

สหรัฐอเมริกา นั้นได้อาศัยการดำเนินการผ่านกระบวนการยุติธรรมตามปกติจากภาคเอกชนเป็นส่วนมาก⁵³ ซึ่งหน่วยงานการต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ถูกมองว่า จะต้องแบกรับความรับผิดชอบทั้งหมดในการบังคับใช้กฎต่าง ๆ เป็นผลให้หน่วยงานของสหรัฐอเมริกามีอำนาจน้อยกว่าหน่วยงานลักษณะเดียวกันในประเทศอื่น ๆ โดยอาจมีข้อยกเว้นในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการควมรวมกิจการ⁵⁴ ระบบการบังคับใช้กฎการต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาสะท้อนให้เห็นถึงความชอบโดยทั่วไปของสหรัฐอเมริกาในการให้ความสำคัญต่อการรับผิดชอบต่อส่วนบุคคลและการจำกัดอำนาจส่วนกลางอย่างไม่ต้องสงสัย⁵⁵ ในทางกลับกัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย (กขค.) เช่นเดียวกับคณะกรรมการยุโรปและ JFTC นั้นทำหน้าที่กึ่งตุลาการ ซึ่งมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และในขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่ร่วมกับศาลปกครองไปด้วย⁵⁶

⁵³ Michael Pryles, Jeff Waincymer and Martin Davies, *International Trade Law: Commentary and Materials* (2nd edn 2004) 480.

⁵⁴ ดูโดยทั่วไปได้ใน Daniel Gifford, “The Jurisprudence of Antitrust” (1995) 48 *Southern Methodist University Law Review* 1677 (มีการอภิปรายปัจจัยหลายอย่างที่มิอิทธิพลต่อหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาด).

⁵⁵ ดูตัวอย่างเช่น Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust” (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 1051, 1056; William H Page, “Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy” (1991) 66 *Tulane Law Review* 1. See also Wolfgang Pape, “Socio-Cultural Differences and International Competition Law” (1999) 5 *European Law Journal* 438, 445 (มีการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกาและยุโรปไว้โดยย่อ).

⁵⁶ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 17, 52, 60, 62, 85.

นอกจากรัฐจะได้รับประโยชน์จากการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนนอกอาณาเขตแล้ว รัฐอื่น ๆ ยังจะได้รับผลกระทบต่อเนื่อง (flow-on effects) ที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐที่ได้ใช้กฎหมายของตน ตัวอย่างเช่น หากสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับการกระทำร่วมกันอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดโลก (international cartels) และเป็นเหตุให้การกระทำร่วมกันนั้นจะยุติลง รัฐอื่น ๆ ย่อมจะได้รับประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมายโดยสหรัฐอเมริกา โดยไม่เสียต้นทุนใด ๆ (free ride) การได้รับประโยชน์โดยไม่เสียต้นทุนเช่นนี้เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อประเทศที่มีการพัฒนาน้อยกว่า ซึ่งหลายแห่งยังไม่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ใช้งานได้จริง หรือมีข้อจำกัดด้านความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก⁵⁷

แม้อาจมีปัญหาในเรื่องของอำนาจอธิปไตย การได้รับประโยชน์โดยไม่เสียต้นทุนเป็นข้อเสนอที่น่าสนใจ แม้กระทั่งในกรณีที่บริษัทหนึ่งแห่งหรือหลายบริษัทตั้งอยู่ในประเทศกำลังพัฒนา เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำเป็นบริษัทในเครือของกิจการข้ามชาติ ซึ่งมีหลักฐานสนับสนุนมุมมองที่ว่า การจัดการกับการตกลงร่วมกันระหว่างประเทศ (international cartel) โดยประเทศอุตสาหกรรมในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาได้ส่งผลกระทบล้นไหล (spill-over effects) ที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา⁵⁸

⁵⁷ Bruno Zanettin, *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level* (2002), 223.

⁵⁸ ดูภาพรวมได้จาก OECD, *Hard Core Cartels* (2000) 1; *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) Report*, 163–200, Annex 4-A. See also Simon Evenett, Margaret Levenstein and Valerie Suslow, “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s” (2001) 24 *World Economy* 1221, 1237–8.

ภายใต้รูปแบบเศรษฐกิจที่มีการควบคุมการแข่งขัน บริษัทต่าง ๆ จะมองหากฎหมายที่ทำให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจ ดังนั้น จากรูปแบบดังกล่าวบริษัทต่าง ๆ จะชอบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เพิ่มผลกำไรของผู้ผลิตมากที่สุด (กฎหมายส่งเสริมการผูกขาด (pro-monopoly laws)) มากกว่ากฎหมายการแข่งขันที่เพิ่มสวัสดิการผู้บริโภคให้สูงสุดที่สุด (กฎหมายสนับสนุนการแข่งขัน (pro-competitive laws))⁵⁹ ในแง่สวัสดิการ ระบบที่อนุญาตให้บริษัทสามารถเลือกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะบังคับใช้กับตนเองนั้นย่อมทำให้ไม่สามารถบรรลุผลดีที่สุดได้⁶⁰

การมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถป้องกันตนเองจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพเพียงด้วยการย้ายการกระทำต่อต้านการแข่งขันไปยังประเทศที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นไม่มีประสิทธิภาพ แม้ว่าการปรับใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ การมีอยู่ของสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้บริษัทต่าง ๆ ไม่สามารถแน่ใจได้ว่าพวกเขาจะไม่ตกอยู่ใต้การบังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในเขตแดนของต่างประเทศ แม้ประเทศนั้นจะไม่มีหรือขาดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁶¹ กล่าวคือ

⁵⁹ Jürgen Basedow, “International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization” (2000) 60 *Louisiana Law Review* 1037, 1045–6. ดูเหมือนว่าจะเป็นเรื่องจริงว่าบริษัทมุ่งที่จะเพิ่มมูลค่าผู้ถือหุ้นหรือมูลค่าของการบริหารให้สูงที่สุด.

⁶⁰ Paul Stephan, “Against International Cooperation” in Michael S Greve and Richard Epstein (eds), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy* (2004) 66, 85.

⁶¹ ดู Andrew Guzman, ‘Antitrust and International Regulatory Federalism’ (2001) 76 *New York University Law Review* 1142, 1149.

สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจำกัดโอกาสที่รัฐจะแข่งกันเพื่อสร้างมาตรฐานการแข่งขันที่ต่ำกว่าที่ควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการดึงดูดการลงทุน ธุรกิจ หรือการค้าจากต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม ควรพิจารณาข้อสังเกตนี้อย่างระมัดระวังเนื่องจากยังไม่มีหลักฐานยืนยันความเชื่อมโยงที่ชัดเจนระหว่างการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁶² บริษัทมีแนวโน้มที่จะได้รับอิทธิพลจากนโยบายภาษีและการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล เงินอุดหนุน และอุปสรรคทางภาษีมากกว่า⁶³ นอกจากนี้ ระบบการแข่งขันที่มีการผ่อนปรนสามารถเป็นดาบสองคมได้ เนื่องจากแม้ว่านักลงทุนจะสามารถกระทำการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าได้ นักลงทุนเหล่านี้จะไม่ได้รับการปกป้องเมื่อตกเป็นผู้ถูกระงับหรือได้รับผลร้ายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจอื่นเช่นเดียวกัน⁶⁴

⁶² สำหรับการอภิปรายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการลงทุนจากต่างประเทศและระบบการแข่งขัน ดู Kevin Kennedy, ‘Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization’ (2001) 33 *George Washington International Law Review* 585, 595–9. See also Eleanor Fox, ‘Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down and Sideways’ (2000) 75 *New York University Law Review*, 1795–7, ซึ่งได้โต้เถียงว่า อาจมีเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้นที่รัฐจะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เข้มงวดในการดึงดูดการลงทุน.

⁶³ ปัจจัยที่กำหนดระดับและที่ตั้งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนั้นซับซ้อนเป็นอย่างมาก รายงานการศึกษาส่วนใหญ่ชี้ให้เห็นถึงบทบาทของปัจจัยความพร้อมของการผลิต (factor endowments) ระดับทักษะของแรงงาน และขนาดของตลาดว่ามีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ย้อนนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมา อย่างเช่นแรงจูงใจที่รัฐบาลมีให้และโครงสร้างทางกฎหมาย ก็มีบทบาทบางส่วนเช่นกัน แต่ก็ควรระวังไม่ให้กล่าวถึงบทบาทนี้อย่างเกินจริง.

⁶⁴ Brendan Sweeney, “Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?”, (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 1.

2.1 ข้อจำกัดของลัทธิสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Limits of Extraterritorialism)

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายและนโยบายการแข่งขันทางการค้า มักจะถูกผลักดันจากความกังวลภายในประเทศ ดังนั้น วัตถุประสงค์หลักของระบบการแข่งขันส่วนใหญ่ คือ การเพิ่มสวัสดิการภายในประเทศ แม้แต่ลัทธิสิทธิสภาพนอกอาณาเขตก็ยังคงให้ความสำคัญกับผลที่จะได้รับภายในประเทศนั้น ๆ เป็นหลัก⁶⁵ ซึ่งหมายความว่า ปัญหาการขาดดุลของสวัสดิการในระดับโลกที่เป็นผลมาจากการกระทำต่อต้านการแข่งขันระหว่างประเทศนั้น จะไม่ได้รับการแก้ไขอย่างสมบูรณ์แม้ว่าจะมีการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตก็ตาม

บนข้อสันนิษฐานว่ารัฐสามารถใช้กฎหมายของตนนอกอาณาเขตได้ ประเทศที่เป็นผู้นำเข้าสุทธิ (net-import countries) มักมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญกับการกำกับดูแลผู้ผลิตในต่างประเทศที่สามารถสร้างผลกระทบต่อผู้บริโภครายแรงต่อผู้บริโภคในประเทศ (ในรูปแบบของราคาสินค้าเหนือระดับที่เหมาะสมจะแข่งขันในตลาด (supra-competitive price)) จากการกระทำต่าง ๆ ของพวกเขาได้ ดังนั้น ประเทศผู้นำเข้าสุทธิจึงมีแรงจูงใจที่จะบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีความเข้มงวด เนื่องจากการสูญเสียส่วนเกินของผู้บริโภค (loss in consumer surplus) ซึ่งเป็นผลกระทบจากอำนาจตลาดที่เพิ่มมากขึ้น ประกอบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่อ่อนแอ นั้นไม่สามารถชดเชยได้ด้วยส่วนเกินของผู้ผลิตที่เพิ่มขึ้น ในทางกลับกัน ประเทศผู้ส่งออกสุทธิ (net-export countries) มักจะไม่กังวลเกี่ยวกับส่วนเกินของผู้บริโภค และส่วนมากมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่อ่อนแอ เนื่องจากสำหรับประเทศผู้ส่งออกสุทธินั้น การเพิ่มขึ้นของส่วนเกิน

⁶⁵ เฟ็งอั้ง.

ของผู้ผลิตที่เกิดจากกฎหมายการแข่งขันที่อ่อนแอจะมีค่ามากกว่า การสูญเสียส่วนเกินของผู้บริโภคเนื่องจากการสูญเสียเหล่านี้กระจายไปในหมู่ผู้บริโภคทั่วโลก⁶⁶

รูปแบบของพฤติกรรมดังกล่าวสามารถพิจารณาลึกลงไปถึงระดับของตลาดย่อยในแต่ละประเทศได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ประเทศที่ตลาดของสินค้าหรือบริการหนึ่ง ๆ ของตนที่มีสถานะเป็นผู้นำเข้าสู่สิทธิ ย่อมเข้มงวดกับการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตในตลาดดังกล่าวมากกว่าในตลาดที่ตนมีสถานะเป็นผู้ส่งออกสุทธิ ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาจากพฤติกรรมแวดล้อมอื่น ๆ อาทิ การอนุญาตให้มีการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในสินค้าส่งออกของหลายประเทศ อาทิ Webb-Pomerene Act 1918 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่อนุญาตให้สมาคมการค้าหรือกลุ่มธุรกิจส่งออกสามารถมาขออนุญาตในการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันกันในสินค้าที่ตนส่งออกได้ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหากเป็นสินค้าที่จัดจำหน่ายในประเทศ เป็นต้น ทำให้เห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ นั้นมีแรงจูงใจในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตต่อเมื่อเกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของตนเอง และอาจถึงขั้นยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน หากผลกระทบของการแข่งขันนั้นเกิดขึ้นในต่างประเทศเท่านั้น

⁶⁶ นี่คือคำอธิบายด้านเศรษฐศาสตร์สำหรับการที่หลายประเทศได้ยกเว้นการร่วมกันกำหนดราคาเพื่อการส่งออกจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศที่สำหรับการร่วมกันกำหนดราคาเพื่อการส่งออกจะช่วยเพิ่มสวัสดิการของประเทศ เนื่องจากส่วนเกินของผู้ผลิตที่เพิ่มขึ้นจะอยู่ภายในประเทศ ในขณะที่ส่วนเกินของสวัสดิการของผู้บริโภคที่ลดลงจะเกิดขึ้นในต่างประเทศ: ดู Guzman, "Is International Antitrust Possible?? (1998) 73 *New York University Law Review* 1501, 1534.

ในโลกที่สิทธิสภาพนอกอาณาเขตเป็นบรรทัดฐานที่ไม่มีกติการะหว่างประเทศเพื่อแบ่งเขตอำนาจศาลนั้น ผลที่ตามมาก็คือการแข่งขันมักจะถูกกำกับดูแลมากเกินไปเมื่อเทียบกับระดับที่เหมาะสมที่สุดของกฎข้อบังคับที่จำเป็นต่อการเพิ่มสวัสดิการระดับโลกให้มากที่สุด ซึ่งนี่เป็นผลตามธรรมชาติที่ตามมาจากโลกที่ใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต เนื่องจากกฎข้อบังคับเข้มงวดกว่าจะถูกใช้กับการกระทำในประเทศที่มีกฎหมายที่เข้มงวดน้อยกว่า จนในที่สุดกฎที่เข้มงวดที่สุดจะเป็นกฎที่ถูกใช้เป็นการทั่วไป⁶⁷ ดังนั้น แม้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะช่วยทำให้แน่ใจว่ากิจกรรมที่ไม่มีประสิทธิภาพจำนวนมากจะถูกกำกับดูแลหรือระงับไม่ให้เกิดขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน กิจกรรมที่มีประสิทธิภาพจำนวนมากก็อาจได้รับผลกระทบในทางลบด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ไม่ใช่ว่าทุกประเทศจะมีความสามารถในการใช้กฎหมายภายนอกอาณาเขตได้ ความสามารถดังกล่าวขึ้นอยู่กับปัจจัยอย่างน้อยสองประการ **ประการแรก** คือ รัฐจะต้องมีความสามารถในการออกคำพิพากษาที่มีความหมายนอกอาณาเขต เนื่องจากความยากยุ่งยากในการบังคับคดีในต่างประเทศ ปัจจัยนี้มักจะขึ้นอยู่กับว่าผู้ประกอบการธุรกิจเป้าหมายในต่างประเทศมีสินทรัพย์ในท้องถิ่นที่สามารถบังคับคดีได้หรือไม่ ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีเพียงเฉพาะประเทศที่มีเศรษฐกิจที่ใหญ่และพัฒนาแล้วเท่านั้นที่จะสามารถใช้วิธีนี้ได้⁶⁸ และ**ประการที่สอง** คือ รัฐจะต้องมีความสามารถในการรับมาตรการตอบโต้ (retaliatory measures) ใด ๆ ก็ตามที่ตนอาจได้รับจากทั้งรัฐหรือผู้ประกอบการธุรกิจปลายทาง⁶⁹

⁶⁷ ดู Guzman, “Choice of Law: New Foundations,” (2002) 90 *Georgetown Law Journal* 883, 906-9.

⁶⁸ Bruno Zanettin, *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level* (2002), 52.

⁶⁹ ดูตัวอย่างของการโต้ตอบของรัฐต่อ *Re Uranium Antitrust Litigation; Westinghouse Electric Corporation v Rio Algom Ltd*, 617 F 2d 1248 (7th Cir, 1980).

นอกจากนั้น ลัทธิสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extraterritorialism) ไม่ได้แก้ปัญหาระงับการเพิ่มต้นทุนในการบังคับกฎหมายที่เข้าซ้อนจากการกระทำเดียวกัน ในทางตรงกันข้าม ลัทธินี้อาจเพิ่มต้นทุนดังกล่าวด้วยการเพิ่มความไม่แน่นอนของการใช้กฎข้อบังคับการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศ ซึ่งเป็นการเพิ่มต้นทุนในแต่ละประเทศ (จากความไม่แน่นอนของกฎหมาย ซึ่งกระทบต่อการตัดสินใจลงทุนหรือการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ) ซึ่งจะไม่ได้เกิดต้นทุนเหล่านี้ภายใต้ระบบระดับโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรายงานก่อนการควบรวมกิจการ ซึ่งขณะนี้มากกว่า 65 รัฐที่กำหนดให้ต้องมีการแจ้งก่อนการควบรวมกิจการ⁷⁰ เช่นเดียวกับการกระทำทางธุรกิจอื่น ๆ⁷¹

กิจการข้ามชาติต้องปรับกิจกรรมทางธุรกิจของตนให้เข้ากับข้อกีดขวางเฉพาะของแต่ละประเทศที่กิจการนั้น ๆ เข้าไปทำธุรกิจ ซึ่งหมายความว่า บริษัทจะต้องใช้โครงสร้างการจัดจำหน่ายที่หลากหลายเพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับการแข่งขันทางการค้าในแต่ละท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น กิจการข้ามชาติอาจปรับแนวปฏิบัติของตนในประเทศ ก ให้สอดคล้องกับกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้น อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวไม่ได้ทำให้กิจการหลุดพ้นจากการดำเนินการโดยรัฐอื่น (ประเทศ ข) ที่อาจอ้างได้ว่า การกระทำจะถูกต้องตามกฎหมายในประเทศ ก นั้นส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศ ข จะเห็นได้ว่ายังมีหลายรัฐใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตมากขึ้นเท่าใด ความเสี่ยงต่อการถูกดำเนินการโดยระบบการกำกับดูแลที่กิจการข้ามชาติจะต้องเผชิญก็ยิ่งมากขึ้นตามไปด้วย ไม่ว่าจะในรัฐใดก็ตาม

⁷⁰ สำหรับประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายในการทำรายงานก่อนการควบรวมกิจการ ดู International Competition Policy Advisory Committee, *Final Report to the Attorney-General and the Assistant Attorney-General for Antitrust* (2000), 87–163.

⁷¹ Roderick Meiklejohn, “An International Competition Policy: Do We Need It? Is It Feasible” (1999) 22 *World Economy* 1233, 1240.



ส่วนที่ 3

ระบบกฎข้อบังคับการแข่งขัน ทางการค้าของประเทศไทย ในปัจจุบันเหมาะแก่กับ สิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรือไม่

.....

ตั้งแต่ พ.ศ. 2542 ระบบการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (“พ.ร.บ. การแข่งขันฯ พ.ศ. 2542”) การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในไทยนั้น เป็นเรื่องที่มีเพียงหน่วยงานของรัฐเท่านั้นที่สามารถทำได้ และอยู่ในการดูแล ของกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การดูแลการแข่งขันทางการค้าไม่ได้รับความสำคัญเพียงพอ เนื่องจาก กรมการค้าภายในมีหน้าที่ในความรับผิดชอบเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว ส่งผล ให้มีการจัดสรรทรัพยากรบุคคลและงบประมาณเพื่อทำให้แน่ใจว่าจะมี การแข่งขันที่เป็นธรรมในระดับที่น้อย และยังมีการทับซ้อนกันและความขัดแย้ง เกิดขึ้นในระหว่างการกำกับดูแลการแข่งขันให้เป็นธรรมอันเนื่องมาจาก การใช้อำนาจฝ่ายบริหารตามนโยบายของรัฐบาล⁷²

⁷² สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, *ความเป็นมาของสำนักงาน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (สชค.)* จาก <https://otcc.or.th/about-the-office-trade-competition-commission-otcc/>

ต่อมา มีการเสนอพระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2560 (“พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560”) มีผลบังคับใช้ในวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของระบบการแข่งขันท่างการค้าใหม่สำหรับประเทศไทย โดย พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 ไม่ได้เพียงแค่ใช้แทน พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2542 เพียงเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติใหม่นี้ยังจัดตั้งหน่วยงานการแข่งขันท่างที่เป็นอิสระ ซึ่งมีคณะกรรมการการแข่งขันท่างการค้า (กขค.) เป็นคณะกรรมการที่ทำการตัดสิน และมีสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันท่างการค้า (สขค.) เป็นหน่วยงานรัฐที่ทำหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ที่จำเป็นและสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการฯ

ในบทบัญญัติของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 ไม่ได้มีการพูดถึงประเด็นเรื่องความสามารถในการนำไปใช้นอกอาณาเขตโดยชัดแจ้ง (explicit extraterritoriality) แต่อย่างใด ซึ่งต่างจากประเทศอื่น ๆ เช่น ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ สิงคโปร์ และออสเตรเลีย ซึ่งได้มีการใส่ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายการแข่งขันท่างการค้า พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 นั้น ไม่ได้ให้คำตอบสำหรับคำถามที่ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศไทย แต่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือเชิงพาณิชย์ภายในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 หรือไม่ ประเด็นนี้จะมี ความซับซ้อนยิ่งขึ้นไปอีกเมื่อพิจารณาคำนิยามในมาตรา 5 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 ทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะใช้ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 นอกอาณาเขตมากยิ่งขึ้นไปอีก

“ธุรกิจ” และ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ที่จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 นั้นถูกนิยามในลักษณะที่ค่อนข้างใช้ได้โดยทั่วไปและที่ไม่มีข้อบ่งชี้ใด ๆ เกี่ยวกับขอบเขตในทางอาณาเขตหรือสัญชาติปรากฏให้เห็น เพื่อให้เห็นภาพภายใต้มาตรา 5 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง

พ.ศ. 2560 นั้น “ธุรกิจ” หมายความว่า “กิจการอันดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางการค้าในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นตามที่กำหนด โดยกฎกระทรวง” และภายใต้มาตราเดียวกัน “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า “ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้าในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ”

ความคลุมเครือเช่นนี้สามารถตีความได้สองลักษณะ ประการแรก เนื่องจากคำนิยามไม่ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าชาวต่างชาติหรือการกระทำในต่างประเทศไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 จึงทำให้อาจเป็นที่เข้าใจได้ว่าสามารถนำ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ไปบังคับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศไทยซึ่งมีผลเป็นการลดการแข่งขันภายในประเทศไทย ดังนั้น การตีความ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ในลักษณะนี้แสดงให้เห็นว่า หน่วยงานการแข่งขันของประเทศไทยได้อาศัยหลักผลกระทบ (effects doctrine) ในการบังคับใช้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 นอกอาณาเขต การตีความที่ยืดหยุ่นเช่นนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นความตั้งใจหลักของผู้ร่าง นอกจากนี้การจัดตั้งสำนักงานการต่างประเทศของ สชค. เองยังตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 เพื่อแก้ไขผลร้ายที่เกิดขึ้นกับการแข่งขันข้ามพรมแดน⁷³

อย่างไรก็ตาม วิธีนี้อาจไม่สอดคล้องกับการตีความกฎหมายไทยโดยทั่วไปซึ่งยึดหลักดินแดนเป็นหลัก กฎหมายที่ตราในประเทศไทยจะมีผลบังคับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของประเทศไทยเพียงเท่านั้น

⁷³ สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่สำนักงานการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า.

กล่าวคือ ‘หลักดินแดน’ เป็นกฎ ในขณะที่ ‘สิทธิสภาพนอกอาณาเขต’ นั้น เป็นข้อยกเว้น และเพื่อให้ข้อยกเว้นเป็นที่ยอมรับ สถานการณ์ที่จะทำให้ได้รับการยกเว้นจากกฎทั่วไปนั้น จะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในกฎหมายอื่น ๆ ของประเทศไทย เช่น มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติกฎ ‘ดินแดน’ (territorial rule) ไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย” และในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่สะท้อนถึงการยอมรับหลักเขตอำนาจทางดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย (objective territoriality) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า:

“ความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือ โดยลักษณะแห่งการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือ ย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้น จะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร”

ในขณะเดียวกัน ความผิดซึ่งกระทำโดยสมบูรณ์นอกประเทศไทยแล้วจะสามารถลงโทษในประเทศไทยได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 7 และ 8 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น เงื่อนไขข้อหนึ่งระบุไว้ว่า หากการกระทำในต่างประเทศเป็นความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงสกุลเงินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁷⁴ ผู้กระทำความผิดสามารถถูกดำเนินคดีและลงโทษในประเทศไทยได้

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 วรรคสอง.

แม้ว่าการกระทำทั้งหมดจะเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรก็ตาม แม้ว่ามาตรฐานการตีความที่ยกมาจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้ในบริบทของความผิดทางอาญา ซึ่งอาจใช้เกณฑ์ที่เข้มงวดกว่าการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามกฎทั่วไปแล้ว การบังคับใช้กฎหมายนอกราชเขต คือ ข้อยกเว้นซึ่งกฎหมายจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ด้วยเหตุนี้จึงนำไปสู่**ประการที่สอง**ในการตีความขอบเขตการบังคับใช้ (territorial scope) ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นแนวทางที่เป็นที่ยอมรับในบุคลากรหม่มากของฝ่ายกฎหมายของ สขค. และคณะกรรมการกฤษฎีกา⁷⁵ เนื่องจากการใช้กฎหมายภายในนอกราชเขตเป็นข้อยกเว้นจากกฎที่ว่ากฎหมายของรัฐจะบังคับใช้ได้ภายในเขตแดนของตน การหาจุดสมดุลระหว่างผลประโยชน์ทางเขตอำนาจศาลที่ขัดแย้งกัน (clashing jurisdictional interest) จึงจะเกิดขึ้นได้โดยการทำให้มั่นใจว่ากฎหมายจะถูกนำไปใช้นอกราชเขตได้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อป้องกันการกระทำโดยเจตนาให้มีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นทางการในเขตอำนาจศาลนั้น ซึ่งเป็นความเข้าใจโดยทั่วไปว่า สิทธิสภาพนอกราชเขตนั้นจำเป็นต้องมีการระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ดังนั้น เมื่อคำนิยามต่าง ๆ ไม่ได้รวมถึงธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจ หรือการกระทำที่เกิดขึ้น ‘นอกประเทศไทย’ ไว้โดยชัดเจน จึงมีความเห็นทางหนึ่งว่าควรสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่า พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อควบคุมการกระทำของธุรกิจและผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศไทย⁷⁶

⁷⁵ สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่สำนักงานการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า.

⁷⁶ สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า.

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในหมวด 3 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการค้าไม่เป็นธรรม ได้มีการกำหนดข้อห้ามการกระทำต่าง ๆ เพื่อป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังต่อไปนี้ มาตรา 50 (การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม) มาตรา 51 (การควบรวมกิจการ) มาตรา 54 และ 55 (การตกลงร่วมกัน ผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน) มาตรา 57 (การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม) และมาตรา 58 (การตกลงร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร) เมื่อพิจารณามาตรา 58 ใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560⁷⁷ ที่กล่าวถึงการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศร่วมกับต่างประเทศโดยเฉพาะนั้น จึงเป็นที่น่าสนใจว่า กรณีดังกล่าวมีการแยกระบุโดยใช้คำว่าผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศและผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศเป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจตีความได้ว่าหากไม่มีการแยกดังกล่าวก็ย่อมหมายความว่าผู้ประกอบการธุรกิจในมาตราอื่น ๆ นั้น รวมถึงทั้งสองกรณี แม้จะมีผู้เห็นว่าอาจตีความว่า บทบัญญัติอื่น ๆ ที่เหลือเหล่านั้นที่ไม่ได้กล่าวถึงผู้ประกอบการหรือกระทำในต่างประเทศอย่างชัดเจนนั้นจะสามารถใช้บังคับได้เฉพาะภายในเขตแดนของประเทศไทยเท่านั้นตามเหตุผลเรื่องหลักดินแดนที่ได้กล่าวในเบื้องต้นก็ตาม

อย่างไรก็ดี หากในทางปฏิบัติมีการตีความว่า พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 มุ่งเน้นที่จะควบคุมการกระทำต่อต้านการแข่งขันภายในประเทศ โดยที่ไม่มีช่องว่างที่เปิดโอกาสให้มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอย่างชัดเจนนั้น จะทำให้เกิดปัญหาในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

⁷⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 58

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดพฤติกรรมการผูกขาดหรือจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรมและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวม

ในบริบทของโลกปัจจุบันได้หลายประการ อาทิ หากพิจารณาประกาศและแนวทางปฏิบัติที่เผยแพร่โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 54⁷⁸ และ 55⁷⁹ ของ พ.ร.บ.

⁷⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ระบุว่า

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะ อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อ หรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

⁷⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 55 ระบุว่า

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็น การผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่ง ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ มิใช่คู่แข่งกันในตลาดเดียวกัน

(2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่าย หรือให้บริการ

การแข่งขันฯ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำข้อตกลงต่อต้านการแข่งขันในแนวนราบและแนวตั้ง (horizontal and vertical anti-competitive agreement) นั้นแสดงให้เห็นประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ กขค. ได้ออกประกาศเรื่อง *แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561*⁸⁰ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่ามีการละเมิด พ.ร.บ. การแข่งขันฯ มาตรา 54 หรือ 55 หรือไม่

แนวทางปฏิบัติฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงข้อตกลงในแนวนราบหรือแนวตั้งที่สร้างขึ้นในต่างประเทศแต่มีผลกระทบต่อตลาดไทย นอกจากนี้ แม้แนวทางปฏิบัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่าข้อตกลงการต่อต้านการแข่งขันจะต้องเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย แต่ก็ยังคงต้องใช้คำนิยามของ “ผู้ประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 5 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งตีความได้ว่าสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น อาจมีปัญหาเกิดขึ้นในอนาคตหากมีการตกลงร่วมกันในต่างประเทศ (foreign cartel arrangement) ที่ส่งผลกระทบต่อตลาดไทย ในกรณีดังกล่าว หน่วยงานการแข่งขันของประเทศไทยจะต้องเลือก

(3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน

(4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติ ตามที่ตกลงกัน

(5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

⁸⁰ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า, *แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561*, สามารถเข้าถึงได้ที่ https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/03/4article_20190606005333_4.pdf

ระหว่างการไม่ดำเนินการใด ๆ (และปล่อยให้ตลาดไทยรับความเสียหาย) หรือดำเนินการโดยไม่มีทั้งเขตอำนาจศาลในเชิงอรรถคดีและในเชิงการบังคับตามกฎหมาย (subject-matter and enforcement jurisdiction) (และอาจเผชิญกับผลทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ตามมา)

ท่ามกลางความเป็นไปได้มากมาย ผู้เขียนจะขอนำเสนอสามสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหาก พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ยังคงถูกตีความว่าสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะภายในประเทศไทยเพียงเท่านั้น และยังคงไม่มีฐานทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต

สถานการณ์ที่ 1 : บริษัท 1 และ บริษัท 2 ตั้งอยู่ในประเทศ ก และสกัดแร่ X ส่วนบริษัท 3 ตั้งอยู่ในประเทศไทยและสกัดแร่ X เช่นเดียวกัน บริษัท 3 มีศักยภาพที่จะสกัดและก็เป็นผู้สกัดเพื่อสนองความต้องการของแร่ X ทั้งหมดในประเทศไทย บริษัท 1 และบริษัท 2 เป็นผู้จำหน่ายวัตถุดิบแร่ X ให้กับประเทศทั่วโลกที่ไม่ใช่ประเทศไทย จากนั้น บริษัท 1 และบริษัท 2 ลดการขายแร่ X ตามข้อตกลงร่วมกันซึ่งทำให้ราคาแร่ X นอกประเทศไทยสูงขึ้นอย่างมาก เนื่องจากราคาแร่ X นอกประเทศไทยที่เพิ่มขึ้น บริษัท 3 จึงเริ่มส่งออกแร่ X ซึ่งเป็นอุปทานของไทยเป็นจำนวนมาก และเนื่องจากไม่มีบริษัทอื่นผลิตแร่มาทดแทนบริษัท 3 ในส่วนที่บริษัท 3 เดิมขายในประเทศไทยแต่ได้เปลี่ยนไปขายที่อื่น ในที่สุดราคาแร่ X ในประเทศไทยก็เพิ่มขึ้น⁸¹

⁸¹ Joint Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* (January 2017), p. 24, สามารถเข้าถึงได้ที่ <https://www.justice.gov/atr/> [ซึ่งต่อไปในเชิงอรรถนี้เรียกว่า “DoJ/FTC International Guidelines”]

จากสถานการณ์ที่ 1 ข้างต้น การสมคบกันระหว่างบริษัท 1 และบริษัท 2 เพื่อลดการขายแร่ X นอกประเทศไทยนั้น ถือเป็นกรกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศทั้งหมด แต่มีผลกระทบต่อการค้าแร่ X ในประเทศไทย ในประเทศที่มีการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเบื้องต้นแล้ว สถานการณ์นี้จะอยู่ในขอบเขตอำนาจศาลเนื่องจากการสมคบกันดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทำให้ราคาขายแร่ X ภายในประเทศเพิ่มสูงขึ้น แต่หากตีความโดยเคร่งครัดว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของไทยไม่สามารถสืบสวนบริษัท 1 และ บริษัท 2 ได้เนื่องจากไม่มีเขตอำนาจเหนือกรณีนี้ ย่อมทำให้การบังคับคดีนั้นไม่อาจเริ่มต้นขึ้นได้ เพราะอำนาจในการฟ้องคดีอาญานั้นเป็นของคณะกรรมการฯ ตามกฎหมาย

สถานการณ์ที่ 2 : บริษัท 1 และบริษัท 2 มีโรงงานตั้งอยู่ในประเทศอัลฟา โดยที่พวกเขาเป็นผู้ผลิตส่วนประกอบ X ซึ่งเป็นชิ้นส่วนฮาร์ดแวร์ที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงที่ถูกนำไปใช้ในผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ บริษัท 1 และบริษัท 2 ตกลงร่วมกันที่จะขึ้นราคาส่วนประกอบ X ที่ขายให้กับผู้ประกอบผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป โดยผู้ประกอบผลิตภัณฑ์เหล่านี้มีโรงงานในประเทศเบต้า ซึ่งนำส่วนประกอบ X มาประกอบเป็นผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์สำเร็จรูปที่จำหน่ายในประเทศไทย⁸²

ในสถานการณ์ที่ 2 บนสมมติฐานว่าบริษัท 1 และบริษัท 2 ไม่ได้ขายหรือส่งออกเพื่อการส่งมอบส่วนประกอบ X ในประเทศไทย การสมคบกันเพื่อกำหนดราคาของส่วนประกอบ X เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้า

⁸² DoJ/FTC International Guidelines, p. 22.

ในต่างประเทศทั้งหมด เนื่องจากเป็นการค้าระหว่างประเทศอัลฟาและเบต้า ดังนั้น การกระทำของพวกเขาจะไม่อยู่ภายในขอบเขตการบังคับใช้ของ พ.ร.บ. การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 แม้ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดไทยก็ตาม ในทางกลับกัน หากประเทศสามารถที่จะอาศัยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ ซึ่งทำให้ประเทศเหล่านี้มีอำนาจมากขึ้นในการนำกฎหมายการแข่งขันของตน ไปบังคับใช้กับบริษัท 1 และบริษัท 2

สถานการณ์ที่ 3 : บริษัท 1 และบริษัท 2 มีโรงงาน ตั้งอยู่ในประเทศอัลฟาซึ่งผลิตวิดเจ็ต (widget) X ต่อมา บริษัท 1 และบริษัท 2 ตกลงที่จะกำหนดราคาวิดเจ็ต X ให้ที่สูงขึ้น โดยที่ทั้งสองบริษัท เป็นผู้ขายวิดเจ็ต X ให้กับลูกค้าทั่วโลกซึ่งรวมถึงในประเทศไทยด้วย⁸³

การสมคบกันระหว่างบริษัท 1 และบริษัท 2 ในการกำหนดราคาวิดเจ็ต X เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเข้าของประเทศไทย บนสมมติฐานว่าบริษัท 1 และบริษัท 2 ไม่มีบริษัทในเครือหรือตัวแทนในประเทศไทย หน่วยงานการแข่งขันของไทยจะสืบสวนหรือบังคับใช้มาตรการใด ๆ กับบริษัท 1 และบริษัท 2 ได้อย่างยากลำบาก เนื่องจาก พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ไม่ได้เปิดช่องให้สามารถบังคับใช้นอกอาณาเขตได้มากนัก ทั้งนี้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 อาจบังคับใช้ได้หากมีผู้นำเข้าวิดเจ็ต X ในประเทศไทย ที่มีข้อตกลงในการกำหนดราคา ร่วมกับบริษัท 1 และบริษัท 2 อย่างไรก็ตาม ในกรณีนั้นจะมีเพียงผู้นำเข้าเท่านั้นที่จะถูกสืบสวนกรณีต้องสงสัยว่าได้กระทำการละเมิด พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 58 (การตกลงร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร) ในขณะที่บริษัท 1

⁸³ DoJ/FTC International Guidelines, p. 20.

และบริษัท 2 อาจสามารถหลบเลี่ยงจากความรับผิดชอบหรือการตรวจสอบจากหน่วยงานการแข่งขันของไทยโดยที่ไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ หากพิจารณาข้อเท็จจริงที่ประเทศไทยนั้นยังไม่มีมาตรการนิรโทษกรรมหรือลดหย่อนโทษ (leniency programme) แล้ว โอกาสในการป้องกันหรือจับกุมการกระทำร่วมกันที่เข้าข่ายมาตรา 54 และ 55 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 นั้นย่อมลดต่ำลงอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการในต่างประเทศซึ่ง พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ไม่ได้มีบทบัญญัติใด ๆ เกี่ยวกับกรณีเช่นนี้ แม้ว่าการควบรวมกิจการของบริษัทต่างชาติสามารถส่งผลกระทบต่อตลาดไทยได้เป็นอย่างมาก ไม่น้อยไปกว่าการควบรวมกิจการในประเทศ โดยจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างเช่น การควบรวมกิจการของ Unilever/Best Foods ซึ่งเป็นการควบรวมกิจการของผู้ผลิตอาหารในยุโรปและอเมริกา การควบรวมกิจการได้รับการอนุมัติจากสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่มีปัญหาเรื่องการต่อต้านการแข่งขันในตลาดเหล่านั้น อย่างไรก็ตามหากการควบรวมกิจการเกิดขึ้นในวันนี้ กขค. จะมีอำนาจสืบสวน หรืออย่างน้อยก็สอบสวนหรือไม่ หาก กขค. สงสัยว่าการควบรวมกิจการจะทำให้การแข่งขันในประเทศไทยลดลงอย่างมาก เพราะ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในต่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศไทย นอกจากนี้ แม้ว่า กขค. จะตัดสินใจตรวจสอบการควบรวมกิจการ ก็อาจมีความเสี่ยงทำให้บริษัทเหล่านั้นย้ายออกจากตลาดไทยไปโดยสิ้นเชิง ดังนั้น ผลกระทบเชิงลบต่อสวัสดิการในตลาดไทยที่เกิดจากการย้ายออกของบริษัทต่างชาติ อาจมีมากกว่าผลกระทบเชิงลบต่อสวัสดิการที่เกิดขึ้นหากบริษัทเหล่านั้นยังคงประกอบธุรกิจในเขตแดนของประเทศไทย

อีกกรณีหนึ่งที่น่าจะเป็นที่คุ้นเคยและเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจดิจิทัลที่กำลังการเติบโตขึ้น คือ การควบรวมกิจการของ Grab/Uber ใน ค.ศ. 2018⁸⁴ หลังจากที่ได้ประกาศว่าจะเข้าซื้อกิจการของ Uber ในทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ Grab ได้นำบริการการใช้รถร่วมกัน (ridesharing) และการจัดส่งอาหารของ Uber ในภูมิภาคนี้เข้ามารวมกับแพลตฟอร์มฟินเทค (fintech platform) และการขนส่งหลายรูปแบบที่ Grab มีอยู่แล้ว การควบรวมกิจการครั้งนี้คาดว่าจะเพิ่มอำนาจตลาดของ Grab อย่างมหาศาลและส่งผลกระทบต่อสวัสดิการของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม มีเพียงประเทศสิงคโปร์และฟิลิปปินส์เท่านั้นที่ประสบความสำเร็จในการกำกับกรรวมกิจการของ Grab/Uber ในขณะที่ประเทศมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทยไม่มีข้อสรุปใด ๆ เกี่ยวกับการควบรวมกิจการนี้ หาก พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 อนุญาตให้มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต กขค. และ สขค. จะสามารถตรวจสอบธุรกรรมร่วมกับสิงคโปร์และฟิลิปปินส์ได้

ซึ่งในกรณีการควบรวมกิจการของ Grab/Uber หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขัน และคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Competition and Consumer Commission of Singapore “CCCS”) พบว่าธุรกรรมดังกล่าวมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดการให้บริการยานพาหนะผ่านทางแอปพลิเคชันในสิงคโปร์ ด้วยเหตุนี้ ทั้ง Grab และ Uber จึงถูกปรับเป็นเงินทั้งสิ้น 13 ล้านดอลลาร์สิงคโปร์ นอกจากนี้ Grab ยังได้รับคำสั่งให้คงไว้ซึ่งขั้นตอนวิธี (algorithm) ที่ใช้ในการกำหนดราคาก่อนการควบรวมกิจการและอัตราค่าคอมมิชชั่นของคนขับเพื่อป้องกันไม่ให้ราคาที่ผู้บริโภค

⁸⁴ Grab (Press Release), Grab Merges with Uber in Southeast Asia (26 March 2018), <https://www.grab.com/th/en/press/business/>

ต้องจ่ายค่าบริการนั้นพุ่งสูงเกินไป⁸⁵ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว หากการตีความเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเป็นไปในเชิงที่ กขค. และ สขค. มีอำนาจดังกล่าว หน่วยงานของประเทศไทยย่อมจะสามารถอาศัยข้อเท็จจริงและคำตัดสินของ CCCS เพื่อช่วยในการสอบสวนธุรกรรมภายในประเทศไทยได้

หลังจากที่ได้พิจารณาแนวทางการตีความและสถานการณ์ที่เป็นไปได้ทั้งหมดแล้ว สามารถสรุปได้ว่า การบังคับใช้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 นอกอาณาเขตนั้น ไม่ใช่ว่าจะเป็นไปไม่ได้เสียทีเดียว เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติมีลักษณะปลายเปิด ซึ่งไม่ใช่เรื่องยากนักที่จะจัดการกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในต่างประเทศในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีตัวตนตามกฎหมาย (legal presence) หรือสินทรัพย์อยู่ในประเทศไทย แต่กรณีที่โต้เถียง คือ ในกรณีที่ กขค. และ สขค. จำเป็นต้องนำผู้กระทำความผิดที่ไม่มีความสัมพันธ์ (nexus) กับประเทศไทยเลยมาดำเนินการ เนื่องจากระบบการแข่งขันของไทยภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ถือเป็นกฎข้อบังคับที่ค่อนข้างใหม่ จึงไม่น่าแปลกใจที่หน่วยงานการแข่งขันของไทยในขณะนี้จะเน้นไปที่ตลาดภายในประเทศมากกว่า อย่างไรก็ตาม มุมมองที่ขัดแย้งกันของการตีความระหว่างหน่วยงานการแข่งขันทำให้เกิดข้อกังวลที่มีเหตุผล และควรที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อแก้ไขโดยเร็วที่สุด หากตัวบทกฎหมายเองไม่มีวิธีให้สามารถใช้บังคับในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนอกประเทศทั้งหมดซึ่งมีผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดไทย ความเสียหายจะเกิดกับตลาดไทยเป็นจำนวนมากโดยไม่มีกลไกการเยียวยาหรือการป้องกันที่ทัน่วงที

⁸⁵ ดู Competition and Consumer Commission of Singapore (Media Release), *Grab-Uber Merger: CCCS Imposes Directions on Parties to Restore Market Contestability and Penalties to Deter Anti-Competitive Mergers* (24 September 2018), <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/grab-uber-id-24-sept-18>.





ส่วนที่ 4

ข้อเสนอแนะ

.....

สิทธิสภาพนอกอาณาเขตเป็นสิ่งที่อาจมีได้ยากในกรณีของประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดเล็กและกำลังพัฒนา ประเทศเหล่านี้ยังคงมีความเสี่ยงต่อผลกระทบภายนอกและการถ่ายทอดความมั่งคั่งในเชิงลบจากผู้บริโภคไปยังผู้ผูกขาด (transfer of wealth) มากกว่าประเทศอื่น ๆ ความเสี่ยงนี้มีสาเหตุส่วนใหญ่มาจากความบกพร่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการบังคับใช้ อำนาจนอกอาณาเขต และความร่วมมือ เนื่องจากถือได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดเล็ก และ/หรือกำลังพัฒนา ปัญหาหลักที่จะตามมา คือ ประเทศไทยแทบจะไม่สามารถใช้คำชู้ที่น่าจะเป็นจริงเพื่อห้ามการกระทำของบริษัทต่างชาติได้เลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการกระทำนั้นมีผลเชิงบวกในที่อื่น ซึ่งไม่ได้เกิดจากผลลบที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเพียงเท่านั้น

ความสำคัญของข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นเป็นทางเลือกที่ไม่ควรถูกมองข้าม⁸⁶ การปรับระบบการบังคับใช้ที่มีอยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อต้านการแข่งขันข้ามชาติ อาจสามารถช่วยแก้ไขจุดอ่อนต่าง ๆ ของระบบได้ ข้อเสนอแนะที่ได้เสนอในบทความนี้จึงคำนึงถึงสภาพของระบบการแข่งขันของไทยในปัจจุบันเป็นสิ่งสำคัญ ตลอดจนข้อกังวลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายตามปกติวิสัยซึ่งมีจำนวนมากอยู่แล้ว ข้อเสนอบางประการจึงอาจไม่ใช่แนวทางที่ต้องมีการเจรจาระหว่างประเทศ ซึ่งอาจทำให้เกิดความยุ่งยากโดยเฉพาะกับประเทศที่มีข้อจำกัดด้านทรัพยากร⁸⁷ ดังนั้น แม้ข้อเสนอเหล่านี้ อาจไม่สามารถกำจัดช่องว่างของการบังคับใช้ที่มีอยู่ให้หมดไป แต่การปรับระบบใหม่ที่เสนอนี้จะช่วยลดช่องว่างเหล่านั้นให้แคบลงอย่างมากเพื่อสวัสดิการสูงสุดของระบบเศรษฐกิจไทย

4.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

ข้อเสนอแรก คือ จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันโดยเริ่มต้นจาก พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ให้ยอมรับการมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอย่างชัดเจน กล่าวคือ สิทธิสภาพนอกอาณาเขตไม่ควรจะมาจากการสันนิษฐานเพียงเพราะว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้จำกัดความเป็นไปได้ที่จะบังคับใช้กฎหมายในกรณีและผู้กระทำผิดไม่ได้มีตัวตนอยู่ในประเทศไว้อย่างชัดเจน ทางเลือกที่ดีกว่า คือ การมีฐานเป็นตัวอักษร

⁸⁶ ดู Marek Martyniszyn, Competitive Harm Crossing Borders: Regulatory Gaps and A Way Forward, *Journal of Competition Law & Economics*, 00(00), 1-22.

⁸⁷ สามารถดูเรื่องนี้เพิ่มเติมเกี่ยวกับความท้าทายดังกล่าวจาก Pierre Horna, *Fighting Cross-Border Cartels: The Perspective of the Young and Small Competition Authorities* (Bloomsbury, 2020).

อย่างชัดเจนสำหรับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ดังที่ได้เห็นจากประสบการณ์ของเขตอำนาจศาลหลัก เช่น ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย และสิงคโปร์

ควรมีการเพิ่มบทบัญญัติเพื่อสร้างฐานทางกฎหมายสำหรับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยนอกอาณาเขต ซึ่งอย่างน้อยควรมีใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 บทบัญญัติที่กำลังเสนอนี้จะทำให้สามารถนำหลักผลกระทบ (effects doctrine) ซึ่งถูกใช้ในเขตอำนาจศาลหลายแห่งอย่างเข้มงวดมาใช้ได้ โดยร่างเบื้องต้นของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอาจระบุว่า “แม้ว่ากิจกรรมใด ๆ จะเกิดขึ้นในต่างประเทศ หากกิจกรรมเหล่านั้นมีอิทธิพลต่อตลาดภายในประเทศ ให้พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับได้” อย่างไรก็ตาม ขอให้ทราบว่าข้อกำหนดที่เสนอนี้เป็นเพียงแนวทางและไม่ได้พยายามออกแบบให้เป็นร่างกฎหมาย และเพื่อไม่ให้มีความกำกวม การกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตเพิ่มเติมต่อจากแนวทางที่ได้เสนอไปเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากที่จะต้องทำ⁸⁸ ตัวอย่างเช่น แทนที่จะใช้เพียงข้อความว่าการกระทำในต่างประเทศที่สร้างผลกระทบต่อตลาดภายในประเทศในข้อกำหนดนั้น สามารถเสริมได้ว่า ผลกระทบดังกล่าวจะต้องเป็นผลกระทบ ‘โดยตรง เกิดขึ้นในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้’ (direct, substantial, and reasonably foreseeable) ต่อการค้าภายในประเทศไทย แม้ว่าบทบัญญัติเขตอำนาจศาลในกฎหมายจะมีข้อจำกัดเมื่อถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติ การมีบทบัญญัติเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอย่างชัดเจนนั้น จะช่วยจำกัดขอบเขตและการตีความ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ที่อาจขัดแย้งกันได้เมื่อต้องจัดการกับการกระทำต่อต้านการแข่งขันในต่างประเทศ

⁸⁸ Joseph Seon Hur, *Competition Law/Policy and Korean Economic Development*, pp. 268-69 (Publication Ziumm, Ltd. 2006).

นอกจากนี้ กขค. สามารถวางมาตรฐานที่ใช้ในการตัดสินโดยการออกแนวทางปฏิบัติเบื้องต้นในการตรวจจับ พิจารณา และประเมินว่าเป็นผลกระทบโดยตรง เกิดขึ้นในวงกว้าง และสามารถสังเกตเห็นได้หรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาเรื่องผลกระทบภายในประเทศไทยเป็นการสอบสวนที่เน้นข้อเท็จจริง (fact-intensive inquiry) จึงควรที่จะให้ความสำคัญกับการตีความเป็นกรณี ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตมากเกินไป ด้วยเหตุนี้ จึงขอเสนอให้จำกัดสถานการณ์ที่จะสามารถใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้มีขอบเขตแคบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

4.2 แนวทางปฏิบัติสำหรับการบังคับใช้และความร่วมมือระหว่างประเทศ

ข้อเสนอที่สี่ นอกจากการกำหนดฐานทางกฎหมายของสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่ชัดเจนแล้ว การพิจารณาแบบองค์รวมถึงกฎที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการสืบสวน การตัดสิน และการลงโทษ นั้นก็มีความสำคัญไม่แตกต่างกัน เราต้องตระหนักว่า ในขณะที่ต้องจัดการกับประเด็นปัญหาที่แยกออกจากกัน องค์ประกอบที่แตกต่างเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของห่วงโซ่การบังคับใช้ (chain of enforcement) และเมื่อมีความจำเป็น สิ่งเหล่านี้จะต้องถูกปรับเปลี่ยนเพื่อให้สามารถจัดการกับเหตุการณ์ที่เป็นกรณีข้ามชาติได้อย่างเหมาะสม⁸⁹ แม้ว่า พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 จะไม่อนุญาตให้ส่งเอกสารไปยังบุคคลที่อยู่ต่างประเทศ มาตรา 24 และ 25 ใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ ได้อ้างตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เกี่ยวกับการใช้อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ในการสอบสวนและคัดค้านการแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการตามลำดับ อย่างไรก็ตาม

⁸⁹ ดู Marek Martyniszyn, Competitive Harm Crossing Borders: Regulatory Gaps and A Way Forward, *Journal of Competition Law & Economics*, 00(00), 1-22.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเองก็ไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศ จึงทำให้ต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ตามที่มาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้⁹⁰

เมื่อต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศเริ่มตั้งแต่มาตรา 83 ทวิ ถึงมาตรา 83 อัฐ⁹¹ ในกรณีพิเศษตามมาตรา 83 อัฐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โจทก์สามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องและศาลอาจอนุญาตให้ส่งหมายเรียกโดยวิธีประกาศโฆษณาแทนการส่งหมายเรียกให้แก่บุคคล อย่างไรก็ตาม จะสังเกตได้ว่ามาตรา 83 ทวิ ถึงมาตรา 83 อัฐ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวถึงเพียงแค่การส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศ ดังนั้น กระบวนการอื่น ๆ ในการบังคับใช้เพื่อจัดการเกี่ยวกับแข่งขันจะต้องถูกบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกัน หากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้อง

⁹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 15

วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้

⁹¹ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 83 ทวิ ถึง มาตรา 83 อัฐ ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร (และจำเลยไม่ได้ประกอบกิจการในราชอาณาจักรด้วยตนเองหรือโดยตัวแทน), ให้โจทก์ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลจัดส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลยภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันยื่นคำฟ้องสำหรับบทบัญญัติฉบับเต็มของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สามารถดูฉบับแปลอย่างไม่เป็นทางการได้ที่ https://www.imolin.org/doc/amlid/Thailand_The%20Civil%20Procedure%20Code.pdf.

นอกจากนี้ เนื่องจากมาตรา 24 และ 25 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ได้อิงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงทำให้อาจทับซ้อนกับพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ได้กำหนดให้หน่วยงานที่ประสงค์จะขอความช่วยเหลือ⁹² จากรัฐต่างประเทศเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดก่อน จากนั้น อัยการสูงสุดจะมีอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาว่าการขอความช่วยเหลือจากรัฐต่างประเทศนั้นเหมาะสมหรือไม่⁹³ ดังนั้น กขค. และ สขค. แทบจะไม่เหลือดุลพินิจในการบังคับใช้ใด ๆ เลย เมื่อต้องจัดการกับกรณีที่เป็นกรกระทำต่อด้านการแข่งขันข้ามชาติ ด้วยเหตุนี้ จึงขอเสนอให้คณะกรรมการฯ ร่วมมือกับกระทรวงยุติธรรมหรืออัยการสูงสุดในการจัดทำแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกัน หรืออย่างน้อยก็ควรจะมีข้อตกลงร่วมกัน โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศ

⁹² พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา, มาตรา 4

“ความช่วยเหลือ” หมายความว่า ความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการ สืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา

สำหรับบทบัญญัติฉบับเต็ม สามารถดูฉบับแปลของสำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรมได้ที่ <https://jla.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/1609/iid/11540>.

⁹³ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา, มาตรา 38

ให้ผู้ประสานงานกลางพิจารณาว่าสมควรจะขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศหรือไม่ โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ รายละเอียด ข้อเท็จจริง และเอกสารประกอบ แล้วแจ้งให้หน่วยงานผู้ขอทราบ

คำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางเกี่ยวกับการขอความช่วยเหลือให้ถือเป็นยุติ เว้นแต่นายกรัฐมนตรีจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

การแก้ไข พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ที่แนะนำอีกประการหนึ่ง คือ การเพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจ在不同ประเทศที่ไม่มีภูมิสำเนาในประเทศไทยให้แต่งตั้งตัวแทนในประเทศเพื่อให้เกิดความชอบและช่องทางในการจัดส่งเอกสาร (effectuate service of document) หากผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวไม่ได้แต่งตั้งตัวแทนใด ๆ ในประเทศ กขค. มีอำนาจที่จะประกาศเนื้อหาของเอกสารบนอินเทอร์เน็ตและในหนังสือพิมพ์รายวันอย่างน้อยหนึ่งฉบับ ราชกิจจานุเบกษา กระดานข่าว และสิ่งตีพิมพ์อย่างเป็นทางการ⁹⁴ อย่างไรก็ตาม หากบริษัทต่างประเทศไม่อยู่ในประเทศไทย และไม่มีตัวแทนที่มีอำนาจในประเทศไทย ควรจะมีกฎที่อนุญาตให้สามารถส่งหมายเรียกหรือเอกสารด้วยวิธีการเผยแพร่ด้วยเช่นกัน⁹⁵ ซึ่งการพัฒนา ระบบการแข่งขันของญี่ปุ่นเป็นตัวอย่างที่ดี เนื่องจากในแม้ว่าหน่วยงานการแข่งขันของญี่ปุ่นมีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้ละเมิดชาวต่างชาติ ตั้งแต่ช่วงปลายคริสต์ทศวรรษ 1990 แต่กฎหมายภายในเดิมไม่อนุญาตให้ส่งหมายเรียก ต่อมาใน ค.ศ. 2002 จึงมีการเปลี่ยนแปลงให้สามารถให้ส่งหมายเรียกไปยังต่างประเทศได้โดยผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายทูตหรือโดยการประกาศโฆษณา⁹⁶

⁹⁴ วิธีการนี้ถูกใช้โดยหน่วยงานการแข่งขันของญี่ปุ่นและเกาหลี, ดู South Korea's *Monopoly Regulation and Fair Trade Act*, article 53-3(2).

⁹⁵ ดู Japan's *Antimonopoly Act*, article 70-8(1)(iii).

⁹⁶ Marek Martyniszyn, 'Japanese Approaches to Extraterritoriality in Competition Law', 66(3) *International and Comparative Law Quarterly* 747 (2017), at 757-58.

4.3 การใช้คำพิพากษาของต่างประเทศต่างหลักฐาน

ข้อเสนอที่สาม หน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าของไทย ควรได้รับการอนุญาตให้อาศัยการพิจารณาคดี คำตัดสิน และมาตรการลงโทษ ในคดีการแข่งขันด้านการค้าของเขตอำนาจศาลในต่างประเทศ เป็นหลักฐานที่เพียงพอที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือเปิดประเด็นข้อสันนิษฐานของการมีอยู่ของพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดไทย (prima facie evidence) เพื่อการนี้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ สามารถบังคับให้หน่วยงานพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมต่อต้านการผูกขาดในต่างประเทศและผลกระทบในประเทศไทย เพื่อยืนยันว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นไปได้อย่างมากที่จะมีผลมาจากตลาดภายในประเทศ วิธีการนี้เป็นการย้ายภาระการพิสูจน์จากหน่วยงานไปให้ผู้ต้องหา ซึ่งต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของตนไม่ได้สร้างความเสียหายให้แก่ตลาดภายในประเทศ

ความเป็นไปได้ของวิธีนี้ได้ถูกถกเถียงในที่ประชุมองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD forum) ซึ่งได้ยอมรับศักยภาพของวิธีการที่จะลดทรัพยากรที่ต้องจำเป็นในการบังคับใช้โดยรวม และเพิ่มอัตราการยับยั้งการตกลงร่วมกันระหว่างประเทศ (international cartels)⁹⁷ อีกทั้งอยู่ปรากฏอยู่ในขอบข่ายของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD)⁹⁸ สหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการนี้น่าไว้วางใจในศักยภาพ และได้บอกเล่าประสบการณ์ในการประสานคำสารภาพผิดคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในประเทศตนกับ

⁹⁷ OECD, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement: Executive Summary of the Hearing on Enhanced Enforcement Co-operation, DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ ANN3/FINAL (14 June 2014), 6–9.

⁹⁸ UNCTAD, Enhancing international cooperation in the investigation of cross-border competition cases: Tools and procedures. Note by the UNCTAD Secretariat TD/B/C.I/CLP/44 (2017), 59–60.

ต่างประเทศเพื่อให้เอื้อต่อการฟ้องคดีทั่วโลก⁹⁹

มีตัวอย่างในประเทศมากมายที่ใช้แนวทางนี้ เช่น ในคดีข้ามชาติ คดีแรกอเมริกาใต้ ในการสืบสวนคดี lysine cartel เม็กซิโกได้พึ่งข้อมูล จากสหรัฐเป็นพยานแวดล้อมของความเสียหายในตลาดเม็กซิโก¹⁰⁰ เช่น เดียวกัน ในคดีข้ามชาติแรกของบราซิลที่ต้องสอบสวนการร่วมกันตกลงราคา วิตามินระหว่างประเทศ (international vitamin cartel) บราซิลได้พึ่งพา คำตัดสินของสหภาพยุโรปและคำสารภาพผิดในสหรัฐเพื่อพิสูจน์พฤติกรรมการตกลงร่วมกัน ทำให้หน่วยงานสอบสวนในบราซิลสามารถให้ความสนใจ ที่การตรวจสอบผลกระทบมากยิ่งขึ้น¹⁰¹

ความเปลี่ยนแปลงนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากฝ่ายเดียว โดยไม่ต้อง ผ่านกระบวนการเจรจาระหว่างรัฐบาล ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายภายใน ประเทศสามารถระบุรายชื่อของเขตอำนาจศาลในต่างประเทศที่หน่วยงาน สามารถพึ่งพาการพิจารณาคดี คำตัดสิน และบทลงโทษในการรับมือกับ คดีการตกลงร่วมกันได้ โดยผู้กระทำความผิดยังสามารถยกข้อป้องกันของ ตนเองต่อหน้าศาล (หรือหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายใน) ว่าไม่ได้สร้างความเสียหายต่อตลาดภายในประเทศ ดังนั้น ประเด็นปัญหาเรื่องกระบวนการ

⁹⁹ US Department of Justice and Federal Trade Commission, Enhancing international cooperation in the investigation of cross-border competition cases: Tools and procedures. Contribution to the Proceedings of the UNCTAD's Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (5 July 2017), 6

¹⁰⁰ Communication from Mexico to the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (14 August 2002), WT/WGTCP/W/196, 7.

¹⁰¹ Eduardo M Gaban and Juliana O Domingues, *Antitrust Law in Brazil: Fighting Cartels* (Kluwer 2012), 8.3.1.2.

ทางกฎหมายจึงไม่น่าเป็นกังวล¹⁰² การเปลี่ยนแปลงนี้ช่วยเอาชนะปัญหาหลักของคดีข้ามชาติ หรือก็คือปัญหาในการตรวจสอบหลักฐานที่อยู่นอกประเทศ โดยกลไกนี้ควรปรับใช้ทั้งภาครัฐและเอกชน หากการบังคับใช้ในภาคเอกชนมีกฎหมายภายในรองรับ เนื่องจากไม่มีเหตุผลที่จะห้ามภาคเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการตกลงร่วมกันข้ามชาติไม่ให้ใช้วิธีเดียวกันนี้ในการสืบคดี และเรียกค่าเสียหายที่สมควรได้รับ

4.4 การบังคับใช้บทลงโทษ (Deploy Sanctions)

ข้อเสนอที่ดี แม้การบังคับใช้บทลงโทษต่าง ๆ ต่อผู้กระทำผิดต่างชาติอาจเป็นไปได้ยากลำบาก หรือดูเหมือนเป็นไปได้เลยในระยะสั้นถึงปานกลาง อย่างไรก็ตาม ความทำทายนี้อาจไม่ควรเป็นผลให้เกิดการเพิกเฉยหรือยอมแพ้ เพราะนั่นจะยิ่งดึงดูดให้กิจการทำพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในต่างประเทศมากขึ้น ซึ่งตรงกันข้ามกับวัตถุประสงค์ตั้งต้นโดยสิ้นเชิง ดังนั้น ถึงแม้จะดูเหมือนเป็นไปได้ แต่บทลงโทษที่ได้ถูกบังคับใช้ยังสามารถยับยั้งการกระทำผิดด้วยตัวเอง เป็นการส่งสัญญาณต่อผู้กำลังจะฝ่าฝืนในต่างประเทศว่าพฤติกรรมนี้มีความผิดและไม่สามารถกระทำได้ในที่นี้ แน่แน่นอนว่า จากการสังเกตกลไกบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ นอกจากสามารถยับยั้งการเกิดขึ้นของการกระทำ ยังเป็นผลให้การตั้งราคาที่สูงเกินระดับที่จำเป็นนั้นลดลงแม้จะไม่ได้มีการสืบสวนการร่วมกันตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน (cartels) เลยก็ตาม¹⁰³

¹⁰² ประเด็นปัญหาในเรื่องความยุติธรรมของกระบวนการทางกฎหมายโดยเปรียบเทียบ ดู Daniel D Sokol and Andrew T Guzman (eds), *Antitrust Procedural Fairness* (Oxford University Press 2019).

¹⁰³ Julian L Clarke and Simon J Evenett, “Deterrent Effects of National Anti cartel Laws: Evidence from International Vitamins Cartel”, *Antitrust Bulletin* 689 (2003), at 718, 26.

การกระทำผิดข้ามชาตินี้มีแนวโน้มสร้างความเสียหายร้ายแรง และผลที่ตามมา คือ ความมั่งคั่งที่จะไหลออกนอกประเทศ จึงจำเป็นต้องให้ความสนใจในเรื่องนี้อย่างยิ่ง ดังนั้น กขค. และสขค. ควรพิจารณาเรื่องการพัฒนากลไกทางการปรับ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันฯ จากต่างประเทศนี้โดยเฉพาะ ซึ่งกลไกนี้ควรสะท้อนให้เห็นถึงภัยต่อเศรษฐกิจภายในประเทศให้มากขึ้น และเปิดโอกาสให้มีความหลากหลายมากขึ้นกว่าการพึ่งพาการคำนวณแต่เพียงรายได้ที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทย

4.5 ความร่วมมือ (Cooperation)

ข้อเสนอที่ห้า สำหรับประเทศขนาดเล็กและประเทศกำลังพัฒนาแล้ว การสร้างความร่วมมืออย่างมีประสิทธิภาพอาจเป็นสิ่งที่ทำได้ยากด้วยข้อจำกัดหลายประการ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงในภูมิภาคหรือข้อตกลงระหว่างประเทศแบบเฉพาะเจาะจง (regional or focused multinational agreements)¹⁰⁴ สมควรได้รับการพิจารณาในด้านเศรษฐกิจขนาดเล็กและกำลังพัฒนา ในแง่ทฤษฎี การเคลื่อนจากข้อตกลงพหุภาคี (wide-multilateral) สู่พหุชาติ (focused-multinational) หรือภูมิภาค (regional) นั้นเอื้ออำนวยต่อการหาจุดร่วม ซึ่งความคิดด้านการเมืองการปกครอง การค้า และผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ไปในทางเดียวกันจะเป็นจุดตั้งต้นในการสร้างการร่วมมือที่เป็นรูปธรรม¹⁰⁵

¹⁰⁴ ดูตัวอย่าง Southern Common Market (MERCOSUR), Caribbean Community (CARICOM), Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) and the West African Economic and Monetary Union (UEMOA).

¹⁰⁵ ประโยชน์ของข้อตกลงในภูมิภาค ดู Michal Gal, “Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement,” (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 239.

ในการเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มที่มีจุดมุ่งหมายเดียวกัน แต่ละเขตอำนาจต่างขับเคลื่อนตามโครงสร้างของกลุ่มในระดับภูมิภาคในการปฏิสัมพันธ์กับรัฐและภาคเอกชนอื่น ซึ่งฝ่ายตรงข้ามจะไม่สามารถมองข้ามความพยายามในการบังคับใช้ของสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องจากการกระทำดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นที่เป็นสมาชิกกลุ่มพันธมิตร อีกทั้งการรวมตัวของกลุ่มอำนาจนี้อาจทำให้ทิศทางการถ่ายทอดความมั่งคั่งเปลี่ยนแปลงไประหว่างแต่ละกลุ่มเขตอำนาจ นอกจากนี้แบ่งปันข้อมูลทั่วไประหว่างหน่วยงานการแข่งขันฯ ในอาเซียนแล้ว ควรมีการบังคับใช้มาตรการที่เป็นทางการในกลุ่มสมาชิกอาเซียน เพื่อช่วยเหลือหน่วยงานในประเทศสมาชิกทุกประเทศในการรับมือพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันข้ามชาติ





ส่วนที่ 5

บทสรุป

.....

ถึงในปัจจุบันจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันว่าลัทธิสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้น ได้พัฒนาในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามานานหลายทศวรรษ ทว่าปัญหากรณีที่ผู้ประกอบการกิจการนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายที่จดทะเบียนอยู่ในราชอาณาจักรยังคงเป็นความท้าทายสำหรับหลากหลายรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความพยายามของรัฐในการรับมือพฤติกรรมต่อต้านการผูกขาดจากภายนอกประเทศซึ่งกระทบความเป็นไปภายในประเทศนั้นพบสองประเด็นปัญหา **ประการที่หนึ่ง** คือ การไม่มีฐานทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต และ**ประการที่สอง** คือ ปัญหาการบังคับใช้ในสถานการณ์จริง นอกจากนี้ เศรษฐกิจขนาดเล็กที่กำลังพัฒนายังพบปัญหาเฉพาะ นั่นคือข้อจำกัดด้านทรัพยากรในการบังคับใช้ และความรับผิดชอบที่จำกัดซึ่งไม่สามารถเป็นแรงคุกคามที่เพียงพอต่อบริษัทต่างชาติได้¹⁰⁶

¹⁰⁶ Michael Gal, “Extra-territorial application of antitrust - the case of a small economy (Israel),” (2009) *New York University Law and Economics Working Papers*.

นโยบายสนับสนุนการแข่งขันโดยพื้นฐาน ถูกสร้างขึ้นเพื่อปกป้องและสนับสนุนกลไกการแข่งขันในตลาด การแข่งขันนั้นไม่ใช่จุดจบ หากแต่เป็นวิธีในการบรรลุจุดประสงค์สุดท้าย ดังนั้น การแข่งขันจึงถูกให้ความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่ยืดหยุ่นและมีประสิทธิภาพในการควบคุมและกระจายทรัพยากรในสังคม อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่สร้างระเบียบในตลาด อันเนื่องมาจากแรงกดดันของคู่แข่งและแรงผลักดันที่จะเป็นที่หนึ่งอยู่เสมอ ในขณะที่เดียวกัน ผู้คนยังอาจให้ค่ากับกลไกนี้ทางด้านการเมือง แทนที่จะเป็นในด้านเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากสิ่งนี้กระจายความมั่งคั่งและโอกาส และจำกัดขนาดของธุรกิจ¹⁰⁷ ในบริบทของสิทธิสภาพนอกอาณาเขต เศรษฐกิจขนาดเล็กมีแนวโน้มที่ยากที่จะรับมือนโยบายสนับสนุนการแข่งขันซึ่งยอมสละประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเพื่อแลกกับเป้าหมายที่ใหญ่กว่า เช่น ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน (distributive justice) เมื่อประเด็นเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นเป็นเรื่องของระดับความมากน้อยตามที่แต่ละประเทศจะใช้ หน่วยงานการแข่งขันฯ จึงมีอำนาจเด็ดขาดในการกำหนดระดับความมากน้อยที่ประเทศไทยจะใช้รับมือพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันจากต่างประเทศ รวมถึงการคว่ำรวมกิจการในต่างประเทศ

เป็นที่เข้าใจได้ว่าทำไมประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาเช่นประเทศไทย เลือกที่จะให้ความสนใจในภัยต่อเศรษฐกิจภายในประเทศอย่างน้อยในขณะที่จุดเริ่มต้นของระบบการแข่งขันในตลาดระบบใหม่ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นไม่ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันข้ามพรมแดนแม้แต่น้อย ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยยังไม่มีเครื่องมือระดับพหุภาคีที่มีผลผูกพันที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ในกรณีข้างต้น และความพยายามในการพัฒนาเครื่องมือที่เวลานี้ไม่เคยประสบความสำเร็จ ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยฉบับนี้แสดงให้เห็นถึง

¹⁰⁷ Philippe, Areeda and Herbert Hoven Kamp, *Antitrust Law* (2d edn 2000).

ความจำเป็นในการปรับปรุงระบบกฎหมายการเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ในปัจจุบันของประเทศไทย เพื่อให้สอดคล้องต่อการส่งสัญญาณต่อ ผู้ประกอบธุรกิจว่าหน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านั้นเอาใจจริงเอาใจ ในการกำกับดูแลการกระทำต่อต้านการแข่งขันจากต่างประเทศที่เกิดผล ในราชอาณาจักรเช่นเดียวกัน

ในขณะที่เราไม่อาจปฏิเสธว่า หลักการของสิทธิสภาพนอกอาณาเขต นั้นเป็นประเด็นทางกฎหมาย ทว่าหลักสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนั้นอยู่ กึ่งกลางระหว่างกฎหมายและการเมือง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องรับรู้ ถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องด้านการเมืองการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเวลาพิจารณาหาทางออกหรือทางเลือกในส่วนนี้¹⁰⁸

ข้อเสนอแนะที่ได้นำเสนอไปโดยรวมนั้น เป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติ และสามารถเริ่มใช้ได้เลยโดยฝ่ายเดียว (นอกเหนือจากการมีความร่วมมือ กับต่างประเทศ) นอกจากนี้ กขค. และ สขค. ควรพิจารณาปรับแก้ พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ฉบับปัจจุบัน และกฎหมายรองที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ควรมี การพัฒนากลไกในการรวบรวมหลักฐานและมาตรการลงโทษเพื่อช่วย กขค. และ สขค. ในการรับมือการกระทำผิดในต่างประเทศในอนาคตในขณะเดียวกัน ความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานที่ดูแลส่งเสริมการแข่งขันฯ ต่าง ๆ ในระดับ ภูมิภาคนั้นยังควรได้รับการส่งเสริม ข้อเสนอแนะที่ได้กล่าวไปสามารถรับประกัน การยับยั้งที่แข็งแกร่งขึ้น และชี้แจงช่องว่างหลักเกี่ยวกับพฤติกรรมต่อต้าน การแข่งขันข้ามพรมแดน หากมีการนำมาบังคับใช้โดยรัฐจำนวนมากพอ ข้อเสนอแนะนี้จะช่วยส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั่วโลกนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วยเช่นกัน

¹⁰⁸ Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010), 431-32.

ในระดับเศรษฐกิจโลก กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศมีบทบาทสำคัญในการปกป้องตลาดภายในจากปัจจัยภายนอกที่อาจส่งผลร้ายต่อการแข่งขัน การส่งเสริมการแข่งขันในตลาดที่มีประสิทธิภาพและการใช้อำนาจรัฐนอกดินแดน (long-arm jurisdiction) สามารถช่วยเหลืทดแทนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่อาจไม่เพียงพอในประเทศอื่น ๆ ได้ ซึ่งการส่งเสริมการแข่งขันนั้นยังเพิ่มอำนาจต่อรองกับบริษัทข้ามชาติและรัฐอื่น นอกจากนี้ ความร่วมมือในระดับทวิภาคีหรือระดับข้ามชาติจะสร้างขีดความสามารถ และสนับสนุนการบังคับใช้แม้เพียงฝ่ายเดียว ท้ายที่สุดสิ่งนี้ยังมีหน้าที่สำคัญในการสื่อสารและการเป็นแบบอย่าง ซึ่งส่งผลให้แนวโน้มที่จะควบคุมมากขึ้นไปให้ลดลง รวมถึงลดผลกระทบภายนอกอื่น ๆ อีกด้วย





ภาคที่ 2

ประเด็นเรื่องการบังคับใช้ บทบัญญัตินิรโทษกรรม ผู้กระทำความผิดภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560

คำนิยามของ การร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartels) โดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (“OECD”) หมายถึง การตกลงร่วมกัน หรือพฤติกรรมระหว่างคู่แข่งในตลาดเดียวกัน เพื่อกำหนดหรือเพิ่มราคา จำกัดอุปทาน หรือแบ่งเขตตลาด ซึ่งเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดอย่างร้ายแรง¹⁰⁹ โดยสถานการณ์ที่ธุรกิจตกลงกันที่จะไม่แข่งขันเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ร้ายแรงที่สุด ธุรกิจเหล่านั้นจะสร้างความเสียหายแก่ผู้บริโภคด้วยการกำหนดราคาสูงขึ้น และจำกัดปริมาณของสินค้าและบริการ ทำให้ผู้บริโภคบางส่วนไม่สามารถเข้าถึงได้ และแพ่งเกินความจำเป็นสำหรับลูกค้าอีกส่วน นอกจากนี้ การตกลงกัน

¹⁰⁹ OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019), p. 3.

ที่จะไม่แข่งขันยังยากที่จะตรวจสอบได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเกี่ยวข้องกับหลากหลายกิจการในอุตสาหกรรมนั้น ๆ และผู้บริโภคร่วมกันไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะตรวจจับได้ หรือแม้กระทั่งหน่วยงานรัฐก็เช่นกัน¹¹⁰

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว มาตรการยกเว้นและลดหย่อนโทษ (Leniency Programme) สามารถมีส่วนช่วยในการค้นหาผู้กระทำความผิดและหาหลักฐานของคดี กล่าวคือ มาตรการลดหย่อนโทษนั้นจะเปิดโปงการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันซึ่งโดยปกติอาจไม่สามารถตรวจจับได้ และยังเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการตรวจสอบคดีด้วยการจูงใจให้ผู้ร่วมกระทำความผิดในการตกลงร่วมกัน (cartalists) สารภาพ และแสดงตัวผู้ร่วมกระทำผิดผู้อื่นผ่านหลักฐานที่รู้จักกันในกลุ่ม โดยผู้สารภาพจะได้รับการผ่อนโทษ ซึ่งอาจเป็นการลดหย่อนเงินค่าปรับทางการปกครอง ลดหย่อนโทษจำคุก หรือยกเว้นโทษทั้งหมด¹¹¹ จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปปัจจัยที่ทำให้มาตรการลดหย่อนโทษประสบความสำเร็จ ได้แก่ แรงจูงใจที่น่าดึงดูด การบังคับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและความชัดเจน การปกปิดข้อมูลของผู้สารภาพ ความแน่วแน่ของลำดับของผู้สารภาพ (marker) และความต่อเนื่องของความร่วมมือในการสารภาพจนสิ้นกระบวนการ¹¹² จนถึงปัจจุบันมาตรการนี้ได้พิสูจน์แล้วว่าเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการรับมือการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในหลายเขตอำนาจศาลซึ่งเห็นได้ชัดจากผลกระทบที่ดีในเรื่องตรวจจับและดำเนินคดีของข้อตกลงผิดกฎหมาย มาตรการลดหย่อนโทษได้ถูกนำมาบังคับใช้มากขึ้นในปัจจุบัน กล่าวโดยสรุป คือ มาตรการนี้ได้รับความนิยมมากขึ้นจากทั่วโลก และ

¹¹⁰ OECD, *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels* (2001), p. 1 – 2.

¹¹¹ เพิ่งอ้าง, p. 6-7

¹¹² OTCC, *Leniency Programme* (2014), p. 3.

มีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นอีกในอนาคต¹¹³ อย่างไรก็ตาม สำนักงานการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (สขค.) ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐอิสระ รับผิดชอบในการกำกับดูแลและส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าในประเทศ ยังไม่ได้มีการนำมาตรการต่อต้านการร่วมกันจำกัดการแข่งขันนี้มาใช้แต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมในการปรับใช้มาตรการยกเว้นและลดหย่อนบทลงโทษในประเทศไทย โดยจะพิจารณาทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตัวมาตราใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 และการบังคับใช้ และประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นภายใต้ พ.ร.บ. นี้ และกฎหมายอื่นของไทย และนำผลลัพธ์มาเปรียบเทียบกับตัวอย่างในต่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับและได้ผลดี เพื่อนำมาพัฒนาและกำหนดบทลงโทษในประเทศไทยให้สอดคล้องกับผลกระทบทางเศรษฐกิจ และเพื่อให้การบังคับใช้มาตรา 54 และ 55 ใน พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 มีประสิทธิภาพมากที่สุด

¹¹³ OECD, *OECD Competition Trends 2020* (2020), p. 29 – 31.



ส่วนที่ 1

หลักการของมาตรการยกเว้น และลดหย่อนบทลงโทษ

.....

มาตรการยกเว้นและลดหย่อนโทษ หมายถึง การให้ความคุ้มกันจากบทลงโทษ หรือนิรโทษ หรือกล่าวคือ การลดหย่อนโทษจากการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อแลกกับความร่วมมือต่อเจ้าหน้าที่ต่อต้านการผูกขาดในการสืบค้นคดี บทลงโทษที่จะได้รับการยกเว้นหรือลดหย่อนนั้นสามารถที่จะเป็นการลงโทษรูปแบบไหนก็ตามที่ถูกสั่งโดยเจ้าพนักงานในเขตอำนาจศาล เช่น การลงโทษอาจอยู่ในรูปแบบโทษอาญา หรือรูปแบบค่าปรับทางการปกครองภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 การชักจูงผู้ร่วมกระทำผิดให้สารภาพผิดด้วยตัวเองพร้อมทั้งมอบข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันและบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อแลกกับบทลงโทษที่ลดลง เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการทำให้การต่อต้านการร่วมกันจำกัดการแข่งขันประสบความสำเร็จ¹¹⁴ จุดมุ่งหมายของระบบนี้มีสามประการ ได้แก่ การตรวจจับ การยับยั้ง และการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ¹¹⁵

¹¹⁴ OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018), p. 3.

¹¹⁵ ECD, *Use of Markers in Leniency Programmes* (2015), p. 9 – 10.

การตรวจจับนับเป็นเป้าหมายหลักของระบบนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่ร้ายแรง (Hard core cartels) โดยทั่วไปเนื่องจากผู้สมรู้ร่วมคิดรู้ว่าพฤติกรรมตนเองผิดหมาย พวกเขาจึงปกปิดการกระทำผิดนี้เป็นอย่างดี มาตรการลดหย่อนโทษจึงเพิ่มความเป็นไปได้ในการตรวจจับและเพิ่มประสิทธิภาพของระบบลงโทษ ผู้กระทำผิดดังกล่าว ถึงแม้เครื่องมืออื่นอาจตรวจจับได้เช่นกัน เช่น จับตามองความเคลื่อนไหวของตลาด¹¹⁶ พร้อมพิจารณาข้อมูลสาธารณะเพื่อทำการวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจควบคู่ไปด้วย¹¹⁷ ทั้งนี้คำร้องเรียนของคู่แข่ง กลุ่มลูกค้า หรือผู้แจ้งเบาะแส นั้นโดยมากไม่เพียงพอต่อการค้นหาการกระทำผิด และยังไม่เพียงพอในการพิสูจน์ว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย¹¹⁸

ความสามารถในการยับยั้งพฤติกรรมการตกลงร่วมกันนั้นขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ในการตรวจจับพฤติกรรมดังกล่าวและความเข้มงวดของบทลงโทษ จากการพิจารณาปัจจัยข้างต้น ผู้กระทำผิดมีความผิดมีแนวโน้มที่จะหลีกเลี่ยงการฝ่าฝืนกฎหมายนี้เมื่อรู้ว่ามีความเป็นไปได้อย่างสูงที่ตนเองจะถูกจับได้และถูกลงโทษอย่างหนัก จึงเห็นได้ว่านโยบายที่ประสบความสำเร็จมีการเพิ่มอัตราการตรวจจับและความหนักแน่นของบทลงโทษอย่างมาก ส่งผลให้อัตรการยับยั้งเพิ่มขึ้น¹¹⁹ อย่างไรก็ตาม ควรสังเกตว่าอัตราการยับยั้ง

¹¹⁶ OECD, *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels* (2013), p. 8.

¹¹⁷ OECD, *Summary of the workshop on cartel screening in the digital era* (2018), p. 4 – 10.

¹¹⁸ OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018), p. 6.

¹¹⁹ เติ้งอ่าง, p. 6 – 7.

และประสิทธิภาพของมาตรการนั้นยากต่อการประเมินผล เนื่องจากไม่มีข้อมูลของการตกลงร่วมกันทั้งหมดที่เกิดขึ้น ข้อมูลที่อ้างอิงจึงมาจากคดีที่พบเจอเท่านั้น

ในหลายเขตอำนาจศาล นโยบายลดหย่อนโทษได้จัดเตรียมหน่วยงานให้พร้อมและเอื้อต่อการบังคับใช้มากขึ้น ระบบการส่งคำร้องลดหย่อนโทษช่วยลดเวลาและแรงงานที่หน่วยงานต้องใช้ในการค้นหาหลักฐานที่จำเป็นในการลงโทษผู้กระทำผิด นอกจากนี้ ระบบนี้ยังช่วยประหยัดทรัพยากรเป็นอย่างมาก เนื่องจากการฟ้องร้องผู้รับนิรโทษกรรมอาจไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้น หรือคำตัดสินของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอาจไม่เป็นข้อพิพาทที่จำเป็นต้องขึ้นสู่ชั้นศาล กล่าวคือ อัตราการตรวจสอบและลงโทษที่เพิ่มขึ้นนี้ส่งผลให้การยับยั้งซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญเพิ่มขึ้น¹²⁰ โดยในปัจจุบันมีประเทศมากกว่า 85 ประเทศทั่วโลกที่ได้มีการปรับใช้นโยบายลดหย่อนโทษ¹²¹ ดังจะเห็นรายชื่อประเทศและปีที่มีการบังคับใช้มาตรการได้ในรูปดังต่อไปนี้

¹²⁰ OECD, *Use of Markers in Leniency Programmes* (2015), p. 10.

¹²¹ OECD, *Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019) <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>> 24.

ภาพประกอบที่ 3 ประเทศที่มีการนำนโยบายลดหย่อนโทษมาใช้



ที่มา: OECD (2019), Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 25

ความสำเร็จของมาตรการในการบรรลุจุดประสงค์ทั้งสามประการข้างต้น สามารถมองได้ว่าเป็นการสร้างให้สถานการณ์มีคุณลักษณะของ Prisoner's Dilemma หรือความลำบากใจของนักโทษ ซึ่งเมื่อผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถไว้วางใจหรือตกลง ร่วมมือกับผู้ถูกกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งได้ จุดสมดุลแนช

(Nash equilibrium) คือ ผู้ถูกกล่าวหาพร้อมใจกันสารภาพ และเปิดโปง ผู้สมรู้ร่วมคิดอื่น¹²² การมีตัวเลือกในการลดหย่อนโทษพ้องให้กับผู้กระทำผิด จะสามารถลดพฤติกรรมนี้ ซึ่งตรวจสอบได้ยากหากใช้วิธีการทั่วไป มาตรการนี้ เมื่อใช้กับผู้สมรู้ร่วมคิดมากกว่าสองคนขึ้นไป แต่ละคนจะมีตัวเลือกดังเช่น ทฤษฎีเกมกับตักโจร ซึ่งการสารภาพเปรียบได้กับการส่งคำร้องขอลดหย่อนโทษ และมอบข้อมูลหรือหลักฐานของการกระทำผิด หรืออีกตัวเลือกหนึ่ง คือ ไม่ส่งคำร้องและรับโทษตามกฎหมายที่ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ เมื่อพิจารณาดังนี้ การส่งคำขอลจึงเป็นกลยุทธ์เด่น (dominant strategy) สำหรับผู้กระทำผิดทุกคน นอกจากนี้ มาตรการนี้ส่งผลให้สำนักงานการแข่งขันฯ ได้รับข้อมูลโดยไม่ต้องเปลืองทรัพยากรสืบค้นเอง ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วเป็นไปได้ยาก ในกรณีของการร่วมกันตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งมักมีลักษณะ เป็นความลับโดยธรรมชาติ (secrecy by nature) ประโยชน์อีกประการของ ระบบนี้คือ ก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจต่อผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกันเอง อาทิ เมื่อมีการเปลี่ยนอำนาจการจัดการ ทั้งยังทำให้การร่วมมือกันในหมู่ ผู้กระทำผิดนั้นไม่มั่นคงมากขึ้นอีกด้วย (destabilise and deter cartel information)¹²³

การริเริ่มหรือดำเนินการสืบสวน สอบสวนการตกลงร่วมกัน โดยปราศจากระบบนั้นเป็นไปได้ยากเนื่องจากหลักฐานที่หาได้ยาก หรือหากมี ก็ไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิด ทฤษฎีกับตักโจรเป็นอาวุธที่มีอานุภาพมากที่สุดสำหรับผู้ฟ้องร้อง แนวคิดนี้สามารถแก้ไขปัญหาการไม่มีพยาน หลักฐาน และในเวลาเดียวกันยังเป็นหลักฐานโดยตรง (hard evidence)

¹²² Jablonskis, Martynas, *Strategic Leniency: Insights from Game Theory and Empirical Evidence* (2020), p. 73.

¹²³ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law, 7th edition* (2011), p. 515.

ของการกระทำผิดในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการตลาด¹²⁴ อย่างไรก็ตาม การสร้างสถานการณ์นี้ให้สมบูรณ์แบบนั้นก็มีข้อท้าทายในเชิงการนำมาใช้จริง หรือถึงแม้จะสามารถนำมาใช้ได้จริง ก็ไม่มีทางที่จะรับประกันว่าผู้ต้องสงสัยจะถูกบีบให้สารภาพได้ ทั้งนี้ เป็นเพราะกลุ่มผู้กระทำผิดสามารถป้องกันสมาชิกคนใดคนหนึ่งสารภาพได้ ด้วยวิธีอย่างน้อยที่สุดสองวิธี คือ ผ่านการใช้อำนาจและการข่มขู่ และผ่านความเชื่อใจกันภายในกลุ่ม ถ้าผู้สมรู้ร่วมคิดทั้งสองใช้อำนาจและการข่มขู่ในการบังคับไม่ให้อีกฝ่ายสารภาพ ทั้งสองก็สามารถรอดพ้นจากโทษได้ ในกรณีสุดท้าย กลุ่มผู้สมรู้ร่วมคิดสามารถสร้างความไว้วางใจในกลุ่มได้อย่างแน่นแฟ้น ด้วยความเชื่อใจนี้ผู้ต้องสงสัยจะไม่สารภาพเพราะเชื่อว่าคนอื่นจะไม่สารภาพเช่นเดียวกับตน¹²⁵ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการใช้มาตรการยกเว้นและลดหย่อนโทษนั้น แม้จะมีแนวการปฏิบัติที่หลากหลาย แต่ก็มีรายละเอียดที่จำเป็นจะต้องพิจารณาและออกแบบเพื่อให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในแต่ละประเทศ เพื่อให้เกิดผลสูงสุดต่อการป้องกันและปราบปรามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

แต่ละประเทศนั้นมีรายละเอียดของมาตรการที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการลดหย่อนโทษ เช่น การยกเว้นโทษให้เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจรายแรก (สหรัฐอเมริกา) หรือ ทั้งยกเว้นและลดหย่อนโทษให้ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายลดหย่อนกันไป (จีน สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น และเกาหลี เป็นต้น) ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในข้างต้น หรือระบบการลงชื่อไว้ก่อน (marker system) และจึงค่อยนำพยานหลักฐานมาให้ในภายหลัง (มีการใช้ในประเทศออสเตรเลีย ออสเตรีย บราซิล สหภาพยุโรป และสหรัฐอเมริกา) เป็นต้น

¹²⁴ Leslie, Christopher R., *Antitrust, Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability* (2006), *Journal of Corporation Law*, p. 456 – 461.

¹²⁵ เพิ่งอ้าง, p. 361 – 365.

แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจัยประการหนึ่งที่สำคัญมาก คือ ความกลัวในการถูกจับได้ และถูกลงโทษภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ปัจจัยในเรื่องของประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าดังกล่าวนี้ อาจมองในทางกลับกันได้เช่นเดียวกัน หากการยกเว้นโทษให้การตกลงร่วมกันนั้นทำให้เกิดการจับกุมการตกลงร่วมกันได้ ย่อมส่งผลบวกต่อความน่าเชื่อถือของการบังคับใช้กฎหมายในฐานะความผิดอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน



ส่วนที่ 2

แนวทางปัจจุบันในการบังคับใช้กฎหมาย
ป้องกันการตกลงร่วมกันของสำนักงาน
คณะกรรมการฯ และปัญหาที่เกิด

.....

2.1 ความผิดฐานตกลงร่วมกันในการผูกขาด
ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน บกทงทอช
และบทยกเว้นตาม พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560

ภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ
ข้อตกลงร่วมกันในการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน
(cartels) มีสองมาตรา คือ มาตรา 54 กล่าวถึงการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบ
ร้ายแรง (hardcore cartels) และมาตรา 55 ซึ่งเกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน
ที่ส่งผลกระทบไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartels)

ในกรณีการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง มาตรา 54 ระบุว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

กล่าวโดยสรุป มาตราข้างต้นห้ามมิให้การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรงทั้งสี่ชนิด คือห้ามมิให้มี ‘การกำหนดราคา’ (Price Fixing) ‘การจำกัดปริมาณ’ (Quantity Limitation) ‘การฮั้วประมูล’ (Bid Rigging) และ ‘การแบ่งท้องที่’ (Market Allocation) ยิ่งไปกว่านั้น พฤติกรรมข้างต้นเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายโดยไม่ต้องพิสูจน์ (per se infringement) นั้นหมายถึงผู้ประกอบการใดฝ่าฝืนข้อห้ามทั้งสี่ชนิดข้างต้น จะถือว่ามีความผิดตามกฎหมายมาตรานี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงค่าเสียหายตามที่เป็นจริง (actual damage) อำนาจตลาด (market power) หรือประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น (efficiency gain)¹²⁶ ผู้ฝ่าฝืนมาตรานี้มีบทลงโทษทางอาญาตามมาตรา 72 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 คือ จำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ผู้ฝ่าฝืนต้องโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹²⁷

ในกรณีของการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartels) มาตรา 55 ระบุไว้ดังต่อไปนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

¹²⁶ Whish, Richard and Bailey, David, Competition Law, 7th edition (2011), p. 121.

¹²⁷ ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 72.

- (1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีใช้คู่แข่งชั้นในตลาดเดียวกัน
- (2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ
- (3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน
- (4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติ ตามที่ตกลงกัน
- (5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

กล่าวโดยสรุป มาตราดังกล่าวห้ามมิให้มีการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อไม่ร้ายแรง เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีใช้คู่แข่งชั้นในตลาดเดียวกัน การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการ การให้บุคคลเดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการประเภทเดียวกัน และอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้น พฤติกรรมความผิดภายใต้มาตรานี้ต้องมีการพิจารณาโดยใช้หลักเหตุผล (rule of reason) โดยให้ผู้ต้องสงสัยในคดีชี้แจงและพิสูจน์ว่าไม่มีการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้น¹²⁸ ผู้ฝ่าฝืนมาตรานี้จะได้รับโทษทางปกครองตามมาตรา 82 คือ ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด และหากกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท¹²⁹

¹²⁸ Whish, Richard and Bailey, David, Competition Law, 7th edition (2011), p. 121.

¹²⁹ ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 82.

ภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 บทยกเว้นโทษของการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartels) ได้ระบุไว้ในมาตรา 56 ดังนี้

“บทบัญญัติมาตรา 55 มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในต่างระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือ การสนับสนุน การประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิ ซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือ ให้ผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา

(4) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

การตกลงร่วมกันตามวรรคหนึ่ง (2) และ (3) ต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น ในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย”

กล่าวโดยสรุป หากมีการตกลงร่วมกันโดยลักษณะข้างต้นจะไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ตามมาตรา 55 ลักษณะที่ได้รับยกเว้น ได้แก่ การมีสถานะเสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันที่ไม่มีการแข่งขันระหว่างกัน (Single Economic Entity) การเพิ่มขึ้นของประสิทธิภาพ (efficiency gain) ธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchise) และตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาต (Authorized Dealer)

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเหล่านี้ เห็นได้ว่า พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 จำแนกความผิดออกเป็นสองชนิดตามผลกระทบอย่างค่อนข้างชัดเจน ซึ่งแนวทางคล้ายกันนี้ก็ได้อำนาจของบทลงโทษออกเป็นความผิดอาญาและค่าปรับทางปกครองนั่นเอง

2.2. ขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 กำหนดขั้นตอนการร้องเรียนเมื่อพบเห็นการกระทำที่ผิดกฎหมายไว้ในระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 (“ระเบียบการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดี”) การบังคับใช้กฎหมายรวมถึงการดำเนินคดีต่อต้านการตกลงร่วมกัน เป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างวัฒนธรรมการแข่งขันให้เกิดขึ้น ทั้งนี้ ขั้นตอนภายใต้ระเบียบนี้สามารถแบ่งออกเป็นสองระยะ คือ (1) ขั้นตอนภายในของ สชค. ก่อนการประกาศและบังคับใช้ผลการพิจารณา และ (2) คำตัดสินของศาล

อ้างอิงจากระเบียบการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดี ขั้นตอนแรกในกระบวนการเริ่มต้นเมื่อผู้ร้อง (Claimant) หรือบุคคลที่ได้ยื่นเรื่องร้องเรียนว่ามีหรืออาจมีการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่งเรื่องร้องเรียน (Complaint) ถึง สขค. หากความปรากฏแก่คณะกรรมการฯ ว่ามีหรือจะมีการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการฯ มีอำนาจจะดำเนินการพิจารณาเรื่องร้องเรียนดังกล่าวโดยส่งให้ สขค. ดำเนินการตามระเบียบนี้¹³⁰ ต่อจากนั้นพนักงานของ สขค. จะลงทะเบียนรับเรื่องและบันทึกข้อมูลลงในระบบ และส่งเรื่องร้องเรียนดังกล่าวให้เลขาธิการ (Secretary-General) เพื่อพิจารณาว่าเรื่องร้องเรียนมีมูลและสมควรดำเนินการต่อหรือไม่¹³¹ เมื่อพิจารณาเสร็จสิ้น เลขาธิการอาจมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ (Officer) ซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า หาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริง พฤติการณ์ และตัวผู้กระทำความผิด เมื่อเสร็จสิ้นข้อมูลจะถูกจัดเป็นรายงาน เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการฯ (Commission) ให้พิจารณาเรื่องร้องเรียนต่อไป¹³² เมื่อได้รับรายงาน คณะกรรมการฯ จะสั่งให้ยุติเรื่องหากเห็นว่าเรื่องร้องเรียนไม่มีมูล แต่หากเห็นว่า มีมูล คณะกรรมการฯ จะดำเนินการต่อไป โดยจำแนกว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือเป็นความผิดทางปกครอง¹³³ โดยจะมีการแต่งตั้ง

¹³⁰ ดู ระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 11.

¹³¹ ดู ระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 13.

¹³² ดู ระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 14.

¹³³ ดู ระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 15.

คณะอนุกรรมการ (sub-commission) เพื่อรับผิดชอบโดยอ้างอิงตามหมวด 3 การสืบสวนและสอบสวนความผิดในคดีอาญา หรือหมวด 4 การพิจารณาคดีทางปกครองตามความเหมาะสม ทั้งนี้ การสอบสวนความผิดในคดีอาญานั้นซับซ้อนกว่าทางปกครอง ด้วยต้องถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การสืบสวนสอบสวน คือ การรวบรวมหลักฐานเพื่อสืบหาความจริงของสถานการณ์ที่เป็นข้อกล่าวหาภายใต้ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 และหลักวิธีพิจารณาคดีอาญา (Criminal Procedure Doctrines) อันได้แก่ ‘หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (presumption of innocence)’ และ ‘หลักการพิสูจน์จนสิ้นความสงสัยตามสมควร (Beyond a Reasonable Doubt)’ ต่อมาเมื่อคณะอนุกรรมการสอบสวนเห็นว่าการสืบสวนและสอบสวนเสร็จสิ้น จะมีการประชุมเพื่อพิจารณาทำความเข้าใจเกี่ยวกับความผิดของผู้ถูกกล่าวหาและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดยคณะอนุกรรมการสอบสวนจะพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจนครบทุกประเด็น และเสนอข้อพิจารณาพร้อมความเห็น (recommendation) ว่าสมควรปรับทางปกครอง หรือดำเนินการฟ้องคดีอาญาแล้วแต่กรณี¹³⁴ ต่อมาคณะกรรมการฯ จะพิจารณาและประกาศผลการพิจารณาภายใต้ระเบียบของมาตรา 19 และ 29 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560¹³⁵ สำหรับความผิดที่มีบทลงโทษทางอาญาเช่นในมาตรา 54 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 คณะกรรมการฯ มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดได้ (settlement) ซึ่งเมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบจะถือว่าคดีเลิกกันแล้ว¹³⁶ (ดูรายละเอียดการเปรียบเทียบคดีภายใต้พระราชบัญญัตินี้เพิ่มเติมได้ในหัวข้อ 3.3) แต่หากไม่มีการเปรียบเทียบ ผู้กระทำความผิด

¹³⁴ ดูระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันท่างการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 31.

¹³⁵ ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 19 และ 20

¹³⁶ ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 79

ต้องจ่ายค่าปรับในจำนวนที่กฎหมายกำหนดเพื่อจบบคดี ทั้งนี้หากผู้กระทำ ความผิดไม่ปฏิบัติตามผลการพิจารณาของคณะกรรมการฯ คดีสามารถ ขึ้นสู่ศาลที่มีอำนาจในการตัดสินคดี และถือเป็นการเข้าสู่ขั้นตอนต่อไป คือ ขั้นตอนการตัดสินของศาล (adjudication stage)

ภายใต้พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 การฟ้องคดีอาญาและ คดีเรียกค่าความเสียหายอยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ (IPITC)¹³⁷ โดยศาลข้างต้นจะพิจารณาคดี การแข่งขันทางการค้าประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2.3. การเปรียบเทียบคดีภายใต้มาตรา 79 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560

หลักของการเปรียบเทียบความผิด คือ การตกลงยินยอมของ คู่ความทั้งสองฝ่ายหลังจากการสืบสวนสอบสวนเสร็จสิ้น แต่ก่อนหน้าที่ศาล จะมีคำตัดสิน การเปรียบเทียบความผิดมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดค่าใช้จ่าย และความล่าช้าของคำตัดสิน¹³⁸ เพื่อการนี้หน่วยงานการแข่งขันทางการค้า ต้องมีอำนาจที่จะใช้ระบบไกล่เกลี่ยเพื่อจบบคดีหรือเปรียบเทียบคดี ซึ่งในกรณีนี้ คือ คดีเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน โดยกิจการธุรกิจยอมรับความผิด เพื่อโทษที่ลดลง

¹³⁷ ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 26

¹³⁸ UNCTAD, *Competition Guideline: Leniency Programmes* (2016), MENA Programme, p. 13.

การเปรียบเทียบคดีปรากฏในมาตรา 79 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันท่าง พ.ศ. 2560 ซึ่งระบุว่า

“บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ในการใช้อำนาจดังกล่าว คณะกรรมการอาจมอบหมายให้เลขาธิการกระทำการแทนได้

เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ให้ถือว่า คดีเลิกกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การกำหนดจำนวนเงินค่าปรับที่จะเปรียบเทียบให้ขึ้นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

มาตราดังกล่าวให้อำนาจในการเปรียบเทียบความผิดของผู้ต้องหาให้แก่คณะกรรมการฯ หรือเลขาธิการที่ได้รับการมอบหมาย โดยคดีจะถือว่าเลิกต่อกันเมื่อผู้ต้องหาจะต้องจ่ายค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบ

ค่าปรับเมื่อมีการเปรียบเทียบโดยปกติจะไม่ได้เป็นจำนวนน้อยลงมากนัก และถือว่าน้อยมากเมื่อเทียบกับการปรับลดตามมาตรการลดหย่อนโทษ (leniency programme) ในสหภาพยุโรป¹³⁹ ที่เป็นเช่นนี้ เพราะต้องการให้มาตรการลดหย่อนโทษคงแรงจูงใจให้กิจการต่าง ๆ ยอมสารภาพและร่วมมือกับหน่วยงานในการสืบสวนอย่างเสมอ ๆ มากกว่าที่จะรอหน่วยงานจับผิดได้และรับผิดชอบไปเอง เมื่อการเปรียบเทียบสามารถลดโทษได้ สิ่งนี้ส่งผลเสียและลดประสิทธิภาพของมาตรการลดหย่อนโทษ หากการเปรียบเทียบสามารถลดโทษได้เป็นมากเกินไป แรงดึงดูดใจของมาตราจึงลดลง

¹³⁹ OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018), p. 12 – 13.

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้มาตรการลดหย่อนโทษและการเปรียบเทียบความผิดจะมีลักษณะการลดโทษเช่นเดียวกัน แต่ทั้งสองมีเป้าหมายแตกต่างกัน มาตรการลดหย่อนโทษเกิดขึ้นเพื่อตรวจสอบ ยับยั้ง และอำนวยความสะดวกในการสืบสวนคดีการตกลงร่วมกัน ในขณะเดียวกัน การเปรียบเทียบความผิดนั้นมีขึ้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาหลังการสืบสวน และจะถูกยกขึ้นพูดถึงก็เมื่อหน่วยงานได้เริ่มการสืบสวนแล้วเท่านั้น ในแง่นี้มาตรการลดหย่อนโทษถือเป็นเครื่องมือในการสืบสวนที่จะถูกใช้ตั้งแต่ขั้นตอนแรกเพื่อค้นหาข้อมูลหลักฐานในการพิสูจน์การละเมิด ซึ่งเป็นความแตกต่างที่ชัดเจน¹⁴⁰ นอกจากนี้การเปรียบเทียบความผิดนั้น มีลักษณะที่ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงาน (discretion) ซึ่งขัดกับคุณลักษณะที่จำเป็นต่อความเชื่อใจของผู้ประกอบธุรกิจที่จำเป็นจะต้องได้รับความแน่นอนจากฝั่งหน่วยงาน (commitment) ในการได้รับการยกเว้นหรือลดหย่อนโทษเพื่อให้สามารถตัดสินใจได้ว่าจะเข้าร่วมมาตรการดังกล่าวหรือไม่

2.4 ปัญหาเรื่องแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการตกลงร่วมกันของ สบค. ในปัจจุบัน

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงด้วยบทมาตราใน พ.ร.บ.แข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ฉบับใหม่นั้น ภาพรวมการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีขึ้น ในแง่ของการปริมาณการส่งเรื่องร้องเรียนและการยับยั้งที่เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม มาตรการต่อต้านการตกลงร่วมกันยังไม่ปรากฏให้เห็นในประเทศไทยถึงแม้จะมีมาตรการต่อต้านพฤติกรรมผูกขาดชนิดอื่น¹⁴¹

¹⁴⁰ เห่งอ้าง, 12 – 13.

¹⁴¹ ดูสรุปสถิติเรื่องร้องเรียนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และผลคำวินิจฉัย; <https://otcc.or.th/complain-summary/> และ <https://otcc.or.th/pronouncement/>

ปัจจุบันมีกลไกที่เป็นแรงจูงใจให้ผู้สมรู้ร่วมคิดสารภาพเพียงอย่างเดียว ในพระราชบัญญัติการแข่งขันฯ นั่นคือ การลดโทษจากการเปรียบเทียบความผิด ตามมาตรา 79 (settlement mechanism) ทั้งนี้ทั้งนั้น ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น จุดประสงค์อันดับแรกของการเปรียบเทียบความผิดไม่ใช่เพื่อการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดส่งมอบพยานหลักฐาน แต่เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความรวดเร็วของกระบวนการพิจารณาคดี และเป็นการลดค่าใช้จ่ายในชั้นตอน นอกจากนี้ กลไกการเปรียบเทียบความผิดถูกร่างขึ้นเพื่อปรับใช้กับทุกความผิด ภายใต้ พ.ร.บ. นี้ ไม่ได้เจาะจงเฉพาะคดีการตกลงร่วมกันแต่อย่างใด¹⁴² อีกทั้งผู้ต้องหายังไม่มีหลักประกันว่าความผิดจะลดลงจากการเปรียบเทียบเนื่องจากต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการฯ พิจารณาตัดสิน¹⁴³ อีกหนึ่งกลไกที่ผู้ประสงค์จะเปิดโปงความลับภายในสามารถหวังประโยชน์ได้ คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษ ในมาตรา 78 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งให้อำนาจศาลลดโทษได้ตามที่เห็นสมควร โดยต้องไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด¹⁴⁴ ซึ่งเหตุบรรเทาโทษนั้น รวมถึง “ผู้ดูแลโทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกัน” ดังนั้น ผู้สมรู้ร่วมคิดซึ่งปฏิบัติดังบทบัญญัตินี้ สามารถจะได้รับการผ่อนโทษ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าเสียดายที่ประโยชน์นี้ จะสามารถใช้ได้เมื่อคดีขึ้นศาลเรียบร้อยแล้วเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การบรรเทาโทษ จึงไม่อาจดึงดูดผู้กระทำความผิดให้สารภาพได้ด้วยตนเอง

จากข้อมูลและข้อคิดเห็นที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าแนวทางการรับมือกับการตกลงร่วมกันในประเทศไทย ยังมีปัญหาที่สมควรได้รับการแก้ไข ปัญหาเหล่านี้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนถึงผลกระทบของการไม่มีมาตรการ

¹⁴² ดู พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 79

¹⁴³ ดูระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริงและการดำเนินคดีอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 34.

¹⁴⁴ ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78.

ลดหย่อนโทษหรือกลไกตรวจจับการตกลงร่วมกันที่เข้มแข็ง อีกทั้งข้อมูลจากสถิติได้แสดงให้เห็นแล้วว่ามาตรการลดหย่อนโทษที่มีประสิทธิภาพสามารถเพิ่มการตรวจจับและลงโทษผู้สมรู้ร่วมคิดผ่านทางความช่วยเหลือด้านรวบรวมหลักฐานและยับยั้งกิจการต่าง ๆ กล่าวโดยสรุปคือ มาตรการลดหย่อนโทษมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการต่อต้านการตกลงร่วมกันและสมควรเข้ามามีบทบาทในประเทศไทยอย่างยิ่ง¹⁴⁵

อย่างไรก็ดี การนำรูปแบบมาตรการลดหย่อนโทษจากต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยโดยตรงนั้นไม่สามารถทำได้ มาตรการจะไม่สามารถใช้งานได้จริงหากไม่คำนึงถึงข้อจำกัดของกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาเช่นนี้ การนำมาใช้อาจมีประเด็นที่อาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักฐานของคดีในประมวลกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้

ประการแรก โดยธรรมชาติแล้วมาตรการลดหย่อนโทษเกิดขึ้นเพื่อจูงใจผู้กระทำความผิดให้มอบหลักฐาน คำถามจึงเกิดขึ้นว่าหลักฐานจากแรงจูงใจนั้นสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานในศาลได้หรือไม่ (admissibility of evidence) หรือเป็นการขัดต่อมาตรา 226 ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยมาตรา 226 ระบุว่าหลักฐานใด ๆ ในคดีอาญาที่เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีค่ามันส์สัญญา ชูเช็ญหลอกลวงหรือได้มาโดยมิชอบประการอื่น หลักฐานนั้นจะไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานต่อหน้าศาลได้ ถึงแม้จะมีความเป็นไปได้ในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาก็ตาม¹⁴⁶ ประเด็นสำคัญจึงตกอยู่ที่การนิยามคำว่า “การจูงใจ” ของศาลว่าเหมารวมถึงจุดมุ่งหมายของมาตรการลดหย่อนโทษหรือไม่ ในอดีตมีเหตุการณ์ที่คล้ายกันนี้ในคดีกฎหมายยาเสพติด ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6243/2554

¹⁴⁵ Wils, Wouter P.J., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice* (2007), p. 17.

¹⁴⁶ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226.

ศาลได้ตัดสินไว้ว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจบอกผู้ต้องหาเรื่องประโยชน์ที่จะได้รับเมื่อบอกข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อการจับกุมผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 100/2 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2522 นั้นไม่ถือว่าเป็น “แรงจูงใจ” แก่จำเลยที่หนึ่ง¹⁴⁷ ดังนั้น พยานการให้การของจำเลยที่หนึ่งต่อหน้าศาลจึงนับเป็นหลักฐานที่รับฟังได้¹⁴⁸ จากการตีความของศาล จะเห็นได้ว่าศาลเห็นชอบให้หลักฐานที่เกิดขึ้นจากการแจ้งผลประโยชน์ทางกฎหมาย¹⁴⁹ ดังนั้นแล้ว การนำมาตรการลดหย่อนโทษมาปรับใช้ในประเทศไทยจึงสามารถทำได้โดยไม่กระทบต่อหลักฐานที่ได้รับ ตามที่ศาลไทยได้เห็นชอบไว้แล้วในคดีนี้

ประการที่สอง การค้นพบหลักฐานที่แน่นอนและน่าเชื่อถือนั้นเป็นไปได้ยากในคดีการตกลงร่วมกันเนื่องจากผู้สมรู้ร่วมคิดโดยปกติจะซ่อนหลักฐานได้มิดชิด ดังนั้นประเด็นปัญหาถัดมาจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับว่าศาลยอมรับพยานแวดล้อม (Circumstantial Evidence) หรือไม่ เป็นที่ยอมรับทั่วโลกว่าการพบพยานโดยตรง (Direct Evidence) เกิดขึ้นได้ยากมากในกรณีนี้ แตกต่างกับพยานหลักฐานด้านเศรษฐศาสตร์ (economic evidence) ที่พบได้ง่ายกว่า ไม่ว่าจะผ่านการกระทำของสมาชิกกลุ่มการตกลงร่วมกัน (conduct) หรือพิจารณาผ่านโครงสร้างตลาด (structural)¹⁵⁰ ศาลในสหรัฐอเมริกายอมรับพยานแวดล้อมซึ่งเอื้ออำนวยต่อการสืบสวน อีกทั้งยังน่าแปลกใจที่มีการใช้อย่างแพร่หลาย จนปัจจุบันศาลต้องพยายามลดการใช้พยานหลักฐานประเภทดังกล่าวลง¹⁵¹ สำหรับประเทศไทยนั้น ยังไม่มีมาตราใด

¹⁴⁷ ดู พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2522 มาตรา 100/2.

¹⁴⁸ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6243/2554.

¹⁴⁹ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (2556), กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, น. 285.

¹⁵⁰ AANZFTA, *Competition Primers for ASEAN Judges* (2018), p. 2 – 4.

¹⁵¹ Leslie, Christopher R., *The Decline and Fall of Circumstantial Evidence in Antitrust Law* (2020), p. 1714 – 1715.

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งใช้พยานแวดล้อมโดยตรง นอกจากนั้น ศาลไทยยังไม่เคยตัดสินคดีการตกลงร่วมกันมาก่อน ทำให้ ยิงยากในการบอกรับข้อเท็จจริงที่สามารถใช้หลักฐานประพจน์ได้ หากเมื่อพิจารณา มาตรา 226 ซึ่งเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญาทั่วไป บทบัญญัตินี้ระบุว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลย มีความผิดหรือบริสุทธิ์” สามารถใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งมาตราดังกล่าว ได้ยอมรับรวมหลักฐานที่ฟังพยานน่าจะเป็นโดยไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็น หลักฐานโดยตรงเท่านั้น การใช้คำนี้สามารถถือได้ว่า พยานแวดล้อมอยู่ภายใต้ คำว่า “ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่า” และสามารถใช้อ้างต่อศาลได้¹⁵² อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ยังไม่มีการนำหลักฐานชนิดดังกล่าวมาใช้จริงในประเทศไทย

ประการสุดท้าย หากศาลยอมรับฟังพยานแวดล้อม หลักฐานนั้น ต้องสามารถพิสูจน์ได้จนสิ้นข้อสงสัยตามสมควร (Proof beyond a reasonable doubt) ภายใต้มาตรา 227 ศาลในสหรัฐอเมริกาพิจารณาหลักฐานชนิดนี้ ว่าผ่านเกณฑ์ดังกล่าว อ้างอิงจากคดีที่ศาลได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐานว่า “พฤติกรรมของจำเลยไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยหากไม่มีการตกลงร่วมกัน”¹⁵³ ศาลในสหรัฐอเมริกายังได้นำพฤติกรรมการกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้า และบริการไปในทิศทางเดียวกับคู่แข่งโดยไม่ได้นัดแนะกัน (conscious parallelism) ประกอบการพิจารณาคดีอีกด้วย สำหรับประเทศไทย หากพยานแวดล้อมหรือพยานด้านเศรษฐศาสตร์ไม่ผ่านเกณฑ์พิสูจน์ จนสิ้นข้อสงสัยตามสมควร ความสำคัญของมาตรการลดหย่อนโทษ จะถูกจับตามองมากยิ่งขึ้น

¹⁵² ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, การรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานแวดล้อมกรณี: ศึกษากรณี คดีฆาตกรรมนางพัศพร บุญเกษมสันติ (2561), น. 44.

¹⁵³ Werden, Gregory J., *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory* (2004), p. 31.



ส่วนที่ 3

ข้อเสนอแนะเพื่อการนำมาตรการ ลดหย่อนโทษมาบังคับใช้ในประเทศไทย และวิธีการอื่นที่น่าสนใจ

.....

ดังที่ได้ศึกษาแนวทางการรับมือของคณะกรรมการฯ ต่อการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในปัจจุบัน ดูเสมือนว่าการนำมาตรการลดหย่อนโทษมาปรับใช้จะเป็นทางออกที่เชื่อถือได้ในเชิงทฤษฎี อย่างไรก็ตาม ภาวะที่หาทางออกไม่ได้ (deadlock) อาจเกิดขึ้นหากไม่ได้พิจารณาประเด็นเหล่านี้ เนื้อหาในส่วนนี้จะประกอบด้วยสามส่วนหลัก ได้แก่ (1) การทำให้มาตรการปรับใช้ได้จริง (2) การปรับโครงสร้างแรงจูงใจของมาตรการ และ (3) การส่งเสริมวิธีการรับมือเพื่อความสำเร็จของมาตรการ และมาตรการทางเลือกนอกเหนือจากการลดหย่อนโทษ

3.1 การทำให้มาตรการลดหย่อนโทษสามารถนำมาปรับใช้ได้ ในสถานการณ์จริงในประเทศไทย

การสร้างแนวทางเพื่อปรับใช้มาตรการในปัจจุบันไม่สามารถหลีกเลี่ยงการเปลี่ยนแปลงกลไกทางกฎหมายบางประการ ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.2.4 ปัญหาที่อาจทำให้มาตรการลดหย่อนโทษไม่ถูกนำมาปรับใช้คือปัญหาว่าหลักฐานจากกรณีนี้ศาลยอมรับหรือไม่ นอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่ว่าปัจจุบันยังไม่มีบรรทัดฐานทางกฎหมาย (precedence) ในคดีการแข่งชันทางการค้าซึ่งได้ขึ้นไปสู่ชั้นศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีการตกลงร่วมกัน ทำให้การกำหนดรูปแบบโครงสร้างมาตรการให้เหมาะสมกับประเทศไทยเป็นไปได้ยาก

วิธีแก้ไขประการแรก คือการปรับให้โทษทางอาญาตาม พ.ร.บ. การแข่งชันฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 54 เป็นโทษชนิดอื่น อาทิ โทษทางปกครองหรือแม้แต่โทษทางพินัย เป็นต้น เหตุผลที่อาจมีการปรับเปลี่ยนไม่ใช้โทษทางอาญากับความผิดตามกฎหมายการแข่งชันทางการค้านั้น เป็นเพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎข้อบังคับซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยมีเป้าหมายเพื่อป้องกันการก่ออาชญากรรมและลงโทษผู้ฝ่าฝืนเพื่อไม่ให้กระทำความผิดนั้นอีก เป้าหมายที่สำคัญอีกประการ คือ เพื่อปกป้องสังคม โดยครอบคลุมไปถึงการสร้างตระหนักรู้ถึงผลกระทบของการก่ออาชญากรรม นอกเหนือจากประโยชน์ในการยับยั้งจากบทลงโทษโดยตรง¹⁵⁴ อีกด้านหนึ่งกฎหมายการแข่งชันทางการค้า คือ กฎหมายเศรษฐกิจที่ดูแลความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อสร้างการแข่งชันที่เสรีและเป็นธรรมในตลาด

¹⁵⁴ Maculan, Elena and Gil, Alicia Gil, *The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts* (2020), *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 133 – 140.

ผลลัพธ์ที่สังเกตเห็นได้ของตลาดเช่นนี้ คือ ระบบเศรษฐกิจการค้าที่เติบโตขึ้น เนื่องจากมาตรการกระจายทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ การสร้างงาน การกระจายรายได้ และเงินลงทุนจากต่างประเทศอย่างเป็นธรรม เดิมทีนั้น สาเหตุที่เขียนไว้ให้ต้องมีบทลงโทษทางอาญาในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การอ้างถึงความจำเป็นในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ เพราะการฝ่าฝืนจะส่งผลกระทบต่อรายแก่สังคมส่วนรวม โทษทางอาญา สามารถสร้างความกลัวและทำให้ไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมายเศรษฐกิจนี้¹⁵⁵ ดังนั้นแล้ว กฎหมายการแข่งขันฯ จึงเป็นบทบัญญัติทางอาญา ซึ่งต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1¹⁵⁶ ซึ่งเป็นสาเหตุของปัญหาที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาลักษณะคดีการตกลงร่วมกันฯ จะเห็นความแตกต่างจากคดีประเภทอื่น โดยเฉพาะกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of dominance) โดยคดีตกลงร่วมกันนั้นมีสมาชิกกระทำความผิดหลายคนร่วมมือกันเพื่อผูกขาดตลาด เช่น การกำหนดราคา และการฮั้วประมูล เป็นต้น จากมุมมองคนภายนอก ไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคหรือหน่วยงานต่อต้านการผูกขาด พฤติกรรมลับ ๆ นี้ยากที่จะตรวจจับ หากในมุมมองกลุ่มสมาชิกที่กระทำความผิด พวกเขาสามารถเพิ่มความร้ายแรงของพฤติกรรมดังกล่าวจนกว่าจะถูกจับได้ ดังนั้น ถึงมีบทลงโทษทางอาญาก็ไม่อาจให้ประโยชน์ประการใดมากนัก นอกจากโทษที่ร้ายแรงขึ้น หากแต่ยังไม่เคยถูกใช้สำหรับกรณีเช่นนี้ในประเทศไทยแม้แต่ครั้งเดียว นอกจากนี้เมื่อโทษมีความร้ายแรงอย่างโทษอาญา สมาชิกที่ตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันยังมีแนวโน้มน้อยลงที่จะสารภาพและมอบข้อมูลหลักฐานของตนให้หน่วยงาน เพราะเกรงกลัวบทลงโทษจากทั้งกฎหมายเองและสมาชิกอื่น

¹⁵⁵ OTCC, *Why Competition Law needs Criminal Penalty* (2015), p. 2 – 4.

¹⁵⁶ เพิ่งอ้าง.

ในกลุ่ม กล่าวคือ อาจเป็นการสร้างให้เกิดการใช้การเปิดเผยข้อมูลเป็นคำขู่ เพื่อให้การตกลงร่วมกันมีความมั่นคงมากขึ้น (disclosure as a threat) พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ปัจจุบันแม้จะมีมาตรการเกี่ยวกับการลดโทษ โดยการเปรียบเทียบความผิด หากสำหรับผู้ตกลงร่วมกันอาจไม่มีแรงจูงใจที่มากพอในการบอกความลับ เนื่องจากไม่มีหลักประกันว่าคณะกรรมการจะลดโทษให้ตามกฎหมายมาตรานี้¹⁵⁷ สำหรับหน่วยงานต่อต้านการแข่งขันแล้ว นอกจากการรอข้อมูลจากผู้แจ้งเบาะแส การใช้พยานทางเศรษฐศาสตร์ หรือพยานแวดล้อมสามารถช่วยในการรับมือกับคดีการตกลงร่วมกันได้ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไว้ ประเทศไทยยังมีความไม่แน่นอนว่าศาลยอมรับหลักฐานดังกล่าวหรือไม่ และมีข้อสงสัยว่าสิ่งนี้จะสามารถผ่านเกณฑ์พิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยหรือไม่นั่นเอง

หากมีการปรับบทลงโทษเปลี่ยนเป็นการปรับทางปกครอง ซึ่ง พ.ร.บ.การแข่งขันฯ พ.ศ. 2560 ได้ยอมรับและมีข้อบังคับพร้อมสรรพ¹⁵⁸ อย่างไรก็ตาม หากใช้บทลงโทษทางการปกครองในมาตรา 54 คณะกรรมการฯ อาจต้องพิจารณาจำนวนค่าปรับในมาตรา 55 ใหม่เพื่อจำแนกความผิดให้ชัดเจนต่อไป นอกจากนี้ การลงโทษในรูปแบบอื่น เช่น การลงโทษด้วยการยกเลิกหรือระงับใบอนุญาต ก็ยังสามารถที่จะถูกนำมาใช้ประกอบกันได้ เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะหากผู้ประกอบการธุรกิจนั้นประกอบธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการขอใบอนุญาต เป็นต้น

¹⁵⁷ ดูพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 79

¹⁵⁸ ดู the Trade Competition Commission Regulation on Complaints, Investigation, and Procedures for Criminal or Administrative Prosecution B.E. 2562.

วิธีแก้ไขที่สอง คือการแก้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ศาลยอมรับพยานทางเศรษฐศาสตร์และพยานแวดล้อมในคดีการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม การแก้ไขประมวลเพียงอย่างเดียวอาจไม่สามารถรับประกันว่าหลักฐานทั้งสองชนิดจะผ่านเกณฑ์พิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยได้หรือไม่ ซึ่งเป็นข้อบังคับบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 นอกจากนี้การแก้ไขประมวลต้องได้รับความร่วมมือจากหน่วยงานอื่น คณะกรรมการฯ อาจไม่สามารถดำเนินการให้ลุล่วงได้เพียงองค์กรเดียว

3.2 ข้อเสนอแนะโครงสร้างมาตรการลดหย่อนโทษ (ปัจจัยดึงดูด)

มาตรการลดหย่อนโทษเปิดทางเลือกให้ผู้ประกอบกิจการซึ่งได้ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันฯ สารภาพการฝ่าฝืนและส่งข้อมูลหลักฐานให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อแลกกับโทษของพฤติกรรมการผูกขาดที่ลดลง¹⁵⁹ ประเทศไทยยังไม่มีคดีไหนที่มีสมาชิกเป็นผู้แจ้งเบาะแสการตกลงร่วมกันที่มีผลกระทบร้ายแรง ดังนั้น โครงสร้างมาตรการต้องผ่านการพิจารณาโดยละเอียดจึงจะมีประสิทธิภาพในประเทศไทย เพื่อการนี้ ผู้เขียนเสนอว่า มาตรการลดหย่อนโทษจำเป็นต้องมีสิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยดึงดูด ได้แก่

ประการแรก เพื่อเสริมประสิทธิภาพในกระบวนการสืบสวนและดึงดูดผู้กระทำความผิดให้เปิดเผยเบาะแสและหลักฐาน มาตรการลดหย่อนโทษควรมีการลดค่าปรับให้ผู้แจ้งเบาะแส หนึ่งในสิ่งที่จะต้องสนใจก่อนเรื่องค่าปรับคือเรื่องจำนวนผู้ส่งเรื่องร้องเรียน ในบางประเทศผู้ประกอบการธุรกิจที่แจ้งเบาะแสดคนแรกเป็นเพียงคนเดียวที่ได้รับการคุ้มกันเด็ดขาด (absolute

¹⁵⁹ OECD, *Executive Summary of the roundtable on Challenges and co-ordination of leniency programmes* (2018), p.2.

amnesty) ซึ่งส่งผลให้เกิดการแข่งขันกันในกลุ่มผู้ตกลงร่วมกันที่จะนำเอาข้อมูลมาให้แก่คณะกรรมการฯ แต่ก็มีบางประเทศที่ให้การคุ้มกันโดยลดหย่อนโทษให้ผู้สารภาพรายที่สองและรายต่อ ๆ ไปด้วย (decremental leniency) เพราะเชื่อว่าจะเป็นช่องทางที่ทำให้คณะกรรมการฯ สามารถได้ข้อมูลที่ครบถ้วนสมบูรณ์มากกว่าการได้รับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียว¹⁶⁰ หากพิจารณาจากสถานการณ์ของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย ประเทศไทยอาจพิจารณาใช้มาตรการโดยมีเป้าหมายหลักเป็นการรวบรวมหลักฐานให้ได้มากที่สุด ดังนั้น จึงควรมีนโยบายลดหย่อนโทษให้แก่ทั้งผู้สารภาพรายที่หนึ่งและรายต่อ ๆ ไป อีกทั้งการเลือกในรูปแบบนี้มีความเสี่ยงน้อยกว่าการให้ความคุ้มกันเด็ดขาดแก่ผู้สารภาพรายแรกเพียงรายเดียว เนื่องจากหลักฐานเพียงเท่านั้นอาจไม่เพียงพอและเพื่อลดความเสี่ยงที่ศาลอาจไม่ยอมรับหลักฐานจากการไม่มีคดีซึ่งเป็นบรรทัดฐานมาก่อน อย่างไรก็ตาม การลดโทษนั้นควรจะมีระดับที่สูงพอสมควร ส่วนการลดโทษก็ควรมีความรุนแรงของโทษ (ดังจะเห็นได้จากตารางที่แสดงสัดส่วนการลดโทษในบทนำ) เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างผู้สารภาพและไม่สารภาพอย่างชัดเจน อันเป็นปัจจัยสำคัญที่จะก่อให้เกิดความสัมฤทธิ์ผลของการบังคับใช้มาตรการลดหย่อนโทษ นอกจากนี้ ข้อมูลเบาะแสและหลักฐานที่ประสงค์จะแจ้งควรมีคุณค่าเพิ่มเติมไปจากเบาะแสที่คณะกรรมการฯ เคยได้รับมาก่อนจากผู้สารภาพรายก่อน ๆ นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นเช่น ผู้สารภาพต้องร่วมมือด้วยความจริงใจอย่างเต็มที่หรือไม่ (ในหลายประเทศมีข้อกำหนดว่าผู้สารภาพจะได้รับการลดหย่อนโทษต่อเมื่อให้ความร่วมมืออย่างดีที่สุดไปจนคดีถึงที่สุด) และเลิกกระทำความผิดดังกล่าวเมื่อส่งเรื่องร้องเรียนทันที ในบางประเทศนั้นให้โอกาสผู้ประกอบธุรกิจ

¹⁶⁰ OECD, *Challenges and co-ordination of leniency programmes – Summaries of contributions* (2018), p. 2 – 29.

ที่จะมา “จูงมือ” การขอเข้าร่วมมาตรการได้แม้จะยังไม่มีหลักฐานเพียงพอ และให้เวลาตามสมควรที่จะไปพยานหลักฐานเพิ่มเติมที่เพียงพอ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจในการเข้าร่วมโครงการและเจ้าพนักงานของรัฐมีข้อมูลในเบื้องต้นที่เพียงพอต่อการเริ่มต้นกระบวนการต่อไป การใช้ข้อกำหนดของมาตรการที่หลากหลายเหล่านี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อความสำเร็จของมาตรการลดหย่อนโทษ

ประการที่สอง คือความแน่นอนของมาตรการ มาตรการลดหย่อนโทษควรมีความโปร่งใสและแน่นอน เพื่อให้ผู้ประกอบการจะสามารถพิจารณาเพื่อขอลดโทษ รู้วิธีการส่งเรื่องให้แก่หน่วยงาน รู้คุณสมบัติที่จำเป็น และรู้ประโยชน์และโทษเมื่อส่งเรื่องหรือไม่ส่งเรื่องร้องเรียน เพื่อการนี้ บทบาทของทั้งแคโรท (รางวัล) และไม้ (บทลงโทษ) ต้องมีความสำคัญชัดเจน¹⁶¹ ความแตกต่างระหว่างบทลงโทษที่ไม่ได้รับการลดหย่อนและที่ได้รับการลดหย่อนต้องแตกต่างกันชัดเจนและแน่นอน ความแน่นอนของบทลงโทษในทั้งสองกรณีสำคัญสำหรับผู้กระทำความผิดในการคำนวณความคุ้มค่าของประโยชน์และโทษที่จะได้รับหากตนสามารถ นอกจากนี้อาจเพิ่มความแน่นอนของการลดหย่อนได้ด้วยการยกเลิกการใช้ดุลพินิจในการตัดสิน แต่แทนที่ด้วยความแน่นอนที่จะได้รับการลดโทษตราบเท่าที่ผู้ส่งเรื่องผ่านเกณฑ์ที่หน่วยงานประกาศไว้ อาจกล่าวได้ว่า ความโปร่งใสและความแน่นอนของระบบเป็นผลรวมมาจากความชัดเจนแน่นอนของทั้งกฎข้อบังคับและการบังคับใช้กฎนั้นของหน่วยงาน¹⁶² สำหรับประเทศไทยซึ่งมีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน

¹⁶¹ ศักดา ธนิตกุล “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับบทลงโทษและมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency Program)” (2556), น. 173 – 179.

¹⁶² OECD, *Executive Summary of the roundtable on Challenges and co-ordination of leniency programmes* (2018), p.2.

ทางการค้ามาได้ไม่นานนัก นโยบายการลดหย่อนโทษจำเป็นต้องอธิบายถึงประโยชน์ที่ผู้ส่งเรื่องร้องเรียนจะได้รับอย่างชัดเจนในกฎหมาย ซึ่งอาจจัดทำเป็นรูปแบบของคู่มือที่สามารถนำไปปฏิบัติใช้ได้จริง เนื่องจากผู้ประกอบการนั้นไม่มีสถิติหรือข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องที่สามารถอ้างอิงได้แต่ประการใด

และ**ประการสุดท้าย** คือการลดหย่อนโทษแก่ทั้งกิจการและบุคคลธรรมดา ในหลายเขตอำนาจศาล บุคคลธรรมดามีความรับผิดชอบต่อการตกลงร่วมกันด้วยกับกิจการที่ทำงานอยู่ บทลงโทษสำหรับการมีส่วนร่วมในการจำกัดการแข่งขัน ได้แก่ ปรับ จำคุก หรือคำสั่งห้ามไม่ให้ดำรงตำแหน่งกรรมการหรือพนักงานในบริษัท¹⁶³ ในประเทศไทย บุคคลธรรมดา เช่น กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่ได้รับผิดชอบต่อการกระทำนี้มีความผิดฐานตกลงร่วมกัน เช่นเดียวกับบริษัท บทลงโทษ ได้แก่ ปรับ จำคุก และเสียค่าปรับทางปกครองตามมาตรา 77 และ 84 ของ พ.ร.บ.การแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2560 ดังนั้นแล้ว กลไกนี้สามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้กฎหมายการแข่งขันท่างการค้าของไทย

¹⁶³ Veeravanich, Sirabhop, *A Leniency Programme: An Answer to Anti-Cartel Enforcement in Thailand?* (2020), p. 21.

3.3 วิธีการอื่น ๆ และแนวทางเลือกใหม่ (ปัจจัยผลักดัน)

มาตรการลดหย่อนโทษที่มีประสิทธิภาพไม่สามารถอยู่ได้ด้วยตัวเองโดยลำพัง ปัจจัยภายนอกในการผลักดันให้ผู้กระทำความผิดส่งข้อมูลเบาะแสแก่หน่วยงาน ที่สำคัญก็คืออัตราการตรวจจับที่สูงพอสมควร กล่าวคือ มาตรการฯ จะมีประสิทธิภาพได้นั้นขึ้นอยู่กับความสามารถของหน่วยงานในการตรวจจับและลงโทษการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และผู้กระทำความผิดตระหนักถึงความเสี่ยงสูงที่จะถูกตรวจจับ และถูกดำเนินคดีได้แม้ไม่ต้องพึ่งมาตรการลดหย่อน ความเสี่ยงต่อการถูกจับได้ที่สูงนี้เองที่จะชักนำให้ผู้ตกลงร่วมกันสารภาพก่อนที่จะโดนตรวจจับ¹⁶⁴ โดยปัจจัยนี้ใช้ทั้งการรับมือเชิงรับเช่นมาตรการลดหย่อนโทษ และวิธีการเชิงรุกเช่นการตรวจคัดกรอง (screening) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ได้มีความพยายามที่จะใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เช่น ระบบปัญญาประดิษฐ์หรือระบบเอไอ และการเรียนรู้ของเครื่องจักรจากข้อมูลต่าง ๆ (machine learning) ในการรับมือการผูกขาดตลาด อัลกอริทึมเหล่านี้สามารถเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการหาข้อมูลที่มีค่าในแหล่งข้อมูลที่ใหญ่มากขึ้นในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล และสามารถเพิ่มประสิทธิภาพตลาด สร้างสรรค์นวัตกรรม และส่งเสริมการแข่งขันในตลาด และยังสามารถช่วยในการตรวจสอบการตกลงร่วมกันได้อีกด้วย เมื่อคิดว่าเทคโนโลยีเอไอและบล็อกเชนโดยทั่วไปช่วยผู้เล่นลดการแข่งขันในตลาด การใช้เครื่องมือเหล่านี้ในการมาตรการเชิงรุกเพื่อต่อต้านการแข่งขันถือเป็นการเปลี่ยนแปลงอันยิ่งใหญ่¹⁶⁵

¹⁶⁴ OECD, *Challenges and co-ordination of leniency programmes – Summaries of contributions* (2018), p. 2 – 29.

¹⁶⁵ ดู OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (2017); OECD, *Summary of the workshop on cartel screening in the digital era* (2018); Schrepel, Thibault, *Computational Antitrust: An Introduction and Research Agenda* (2021).



ส่วนที่ 4

บทสรุป

.....

งานวิจัยฉบับนี้ค้นคว้าและชี้แจงปัญหาของพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในเรื่องการใช้มาตรการลดหย่อนโทษ ในประเทศไทย ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นยังคงมีความต้องการมาตรการ ลดหย่อนโทษอย่างยิ่ง แม้จะมีหลักฐานความพยายามในการปรับใช้มาตรการ ที่มีลักษณะคล้ายกันอยู่ในรูปแบบของการเปรียบเทียบตามมาตรา 79 แต่มาตรการดังกล่าวโดยลำพังนั้นไม่สามารถแทนที่มาตรการลดหย่อนโทษ ที่จะนำไปสู่การป้องกันและกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าด้วยข้อจำกัด ของการขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของหน่วยงาน ซึ่งอาจไม่ทำให้เกิดความมั่นใจ ที่เพียงพอในฝั่งของผู้ให้ข้อมูล อีกทั้งมาตรการที่มีอยู่นั้นก็ไม้อาจทำให้เกิด การริเริ่มการสืบสวนสอบสวนขึ้นได้แต่ประการใดเพราะเป็นการใช้ดุลพินิจ ในขั้นตอนของการลงโทษแล้ว มาตรการเพียงเท่าที่มีอยู่จึงไม่อาจเพียงพอ ต่อการกำกับดูแลพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 และ 55 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

บรรณานุกรม

148 F 2d 416 (2nd Cir 1945)

AANZFTA, *Competition Primers for ASEAN Judges* (2018), p. 2 – 4.

Alan O Sykes, ‘Externalities in Open Economy Antitrust and Their Implications for International Competition Policy’ (1999) *23 Harvard Journal of Law and Public Policy* 89.

Alcoa, 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945), 444.

Allen S and others, “Introduction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law,” *The Oxford handbook of jurisdiction in international law* (Oxford University Press 2019).

Andrew Guzman, ‘Antitrust and International Regulatory Federalism’ (2001) *76 New York University Law Review*.

Andrew Guzman, ‘Is International Antitrust Possible?’ (1998) *73 New York University Law Review* 1506.

Andrew Guzman, “Choice of Law: New Foundations,” (2002) *90 Georgetown Law Journal* 883, 906-9.

Andrew Guzman, “Is International Antitrust Possible?? (1998) *73 New York University Law Review* 1501, 1534.

Andrew Guzman, “Is International Antitrust Possible?” (1998) 73 *New York University Law Review* 1501, 1527; William S Dodge, “Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism,” (1998) 39 *Harvard International Law Journal*.

Andrew Guzman, “Is International Antitrust Possible?” (1998) 73 *New York University Law Review* 1501, 1502.

Animal Sci., 654 F.3d at 471.

Brendan Sweeney, “Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?”, (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 1.

Brendan Sweeney, “Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?”, (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 1.

Bruno Zanettin, *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level* (2002), 223.

Bruno Zanettin, *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level* (2002), 52.

Case 172/80, *Züchner*, [1981] ECR 2021, para. 18; Case 319/82, *Kerpen & Kerpen*, [1983] ECR 4173; Joined Cases 240/82 and others, *Stichting Sigarettenindustrie*, [1985] ECR 3831, para. 48; and Joined Cases T-25/95 and others, *Cimenteries CBR*, [2000] ECR II-491, 3930.

Cf. McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans, Inc., 444 U.S. 232, 243 (1980)

Communication from Mexico to the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (14 August 2002), WT/WGTCP/W/196, 7.

Competition and Consumer Commission of Singapore (Media Release), *Grab-Uber Merger: CCCS Imposes Directions on Parties to Restore Market Contestability and Penalties to Deter Anti-Competitive Mergers* (24 September 2018), <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/grab-uber-id-24-sept-18>.

Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization* (2002) 668–9.

Daniel D Sokol and Andrew T Guzman (eds), *Antitrust Procedural Fairness* (Oxford University Press 2019).

Daniel Gifford, “The Jurisprudence of Antitrust” (1995) 48 *Southern Methodist University Law Review*.

DOGJEOMGYUJE MICH GONGJEONGGEOLAE-UI GWANHAN BEOBLYUL [Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA)] Law No. 7315 (2004) (S. Korea).

E Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU* (Edward Elgar 2014).

Eduardo M Gaban and Juliana O Domingues, *Antitrust Law in Brazil: Fighting Cartels* (Kluwer 2012), 8.3.1.2.

Eleanor Fox, ‘Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down and Sideways’ (2000) 75 *New York University Law Review*, 1795–7.

Eleanor Fox, “Global Markets, National Law, and the Regulation of Business: A View from the Top,” (2001) 75 *St John’s Law Review* 383.

European Commission, *Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles [101 and 102 TFEU]*, สามารถเข้าถึงได้ที่ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>

F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155 (2004)

Goldfarb v. Va. State Bar, 421 U.S. 773, 785 (1975) (“[O]nce an effect is shown, no specific magnitude need be proved”).

Grab (Press Release), Grab Merges with Uber in Southeast Asia (26 March 2018), <https://www.grab.com/th/en/press/business/>

International Competition Policy Advisory Committee, *Final Report to the Attorney-General and the Assistant Attorney-General for Antitrust* (2000), 87–163.

J Tamura, “US Extraterritorial Application of Antitrust Law to Japanese Keiretsu,” (1992) 25 *NYUJInt’lLaw&Pol*, 393-6.

Jablonskis, Martynas, *Strategic Leniency: Insights from Game Theory and Empirical Evidence* (2020), p. 73.

John B Taylor, *Principles of Microeconomics* (3rd edn 2000), 227.

John Duns, Mark Davison and Caron Beaton-Wells, *Competition Law: Cases and Materials* (2nd ed, 2006) 40.

John M Connor, *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics*, (2nd edn 2016).

joint Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* (January 2017), para. 3.2, <https://www.justice.gov/atr/>

Joseph F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress,” 62 *N.Y.U. L. Rev.* 1020 (1987)

Joseph Seon Hur, ‘*Extraterritorial Application of Korean Competition Law*’ (2008) 6 *Regent J Int’l L* 171.

Joseph Seon Hur, *Competition Law/Policy and Korean Economic Development* (Publication Ziumm, Ltd. 2006).

Joseph Seon Hur, *Competition Law/Policy and Korean Economic Development*, pp. 268-69 (Publication Ziumm, Ltd. 2006).

Judgment of Aug. 19, 2004, 2002 Nu 6110 (Seoul High Ct.) at 8 (S. Korea); *Judgment of Nov. 24, 2004*, 2003 Nu 9000 (Seoul High Ct.) at 10 (S. Korea).

Julian L Clarke and Simon J Evenett, “Deterrent Effects of National Anti cartel Laws: Evidence from International Vitamins Cartel”, *Antitrust Bulletin* 689 (2003), at 718, 26.

Jürgen Basedow (ed), *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization* (2002).

- Jürgen Basedow, “International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization” (2000) 60 *Louisiana Law Review* 1037
- K Yamaguchi, “Extra-Territorial Application of Japanese Anti-Monopoly Law to Pure Non-Japanese M&As” (1999) 5(4) *IntTLR* 100.
- Kevin Kennedy, ‘Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization’ (2001) 33 *George Washington International Law Review* 585, 595–9.
- Leslie, Christopher R., *Antitrust, Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability* (2006), *Journal of Corporation Law*, p. 456 – 461.
- Leslie, Christopher R., *The Decline and Fall of Circumstantial Evidence in Antitrust Law* (2020).
- Maculan, Elena and Gil, Alicia Gil, *The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts* (2020), *Oxford Journal of Legal Studies*.
- Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010)
- Maher M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010), 431-32.
- Marek Martyniszyn, ‘Japanese Approaches to Extraterritoriality in Competition Law’, 66(3) *International and Comparative Law Quarterly* 747 (2017), at 757–58.

Marek Martyniszyn, Competitive Harm Crossing Borders: Regulatory Gaps and A Way Forward, *Journal of Competition Law & Economics*, 00(00), 1-22.

Michael Egge, “The Harmonization of Competition Laws Worldwide,” (2001) 2 *Richmond Journal of Global Law and Business* 93

Michael Gal, “Extra-territorial application of antitrust - the case of a small economy (Israel),” (2009) *New York University Law and Economics Working Papers*.

Michael Pryles, Jeff Waincymer and Martin Davies, *International Trade Law: Commentary and Materials* (2nd edn 2004).

Michal Gal, “Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement,” (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 239.

Minn-Chem, 683 F.3d at 857; *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Indus. Co.*, 753 F.3d 395, 409-13 (2d Cir. 2014).

OECD Competition Trends 2020, p. 15

OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (2017); OECD, *Summary of the workshop on cartel screening in the digital era* (2018); Schrepel, Thibault, *Computational Antitrust: An Introduction and Research Agenda* (2021).

OECD, *Challenges and co-ordination of leniency programmes – Summaries of contributions* (2018).

- OECD, *Challenges and co-ordination of leniency programmes – Summaries of contributions* (2018).
- OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018).
- OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018).
- OECD, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes Background Note* (2018).
- OECD, *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels* (2013).
- OECD, *Executive Summary of the roundtable on Challenges and co-ordination of leniency programmes* (2018).
- OECD, *Executive Summary of the roundtable on Challenges and co-ordination of leniency programmes* (2018).
- OECD, *Hard Core Cartels* (2000) 1; *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) Report*.
- OECD, *OECD Competition Trends 2020* (2020).
- OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019).
- OECD, *Review of the 1998 OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019) <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>> 24.

OECD, *Summary of the workshop on cartel screening in the digital era* (2018).

OECD, *Use of Markers in Leniency Programmes* (2015).

OECD, *Use of Markers in Leniency Programmes* (2015).

OECD, *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels* (2001).

OECD, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement: Executive Summary of the Hearing on Enhanced Enforcement Co-operation, DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ ANN3/FINAL (14 June 2014), 6–9.

OECD, Working Party No3 on Co-operation and Enforcement: Roundtable on Cartel Jurisdiction Issues, including the Effects Doctrine: Japan, DAF/COMP/WP3/WD(2008) 88 (21 October 2008), 5-7.

Opinion of AG Darmon in *A Ahlström Osakeyhtiö v Commission*, joined case C-89/85 and others

OTCC, *Why Competition Law needs Criminal Penalty* (2015).

Paul Stephan, “Against International Cooperation” in Michael S Greve and Richard Epstein (eds), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy* (2004) 66.

Philippe, Areeda and Herbert Hoven Kamp, *Antitrust Law* (2d edn 2000).

Pierre Horna, *Fighting Cross-Border Cartels: The Perspective of the Young and Small Competition Authorities* (Bloomsbury, 2020).

Re Uranium Antitrust Litigation; Westinghouse Electric Corporation v Rio Algom Ltd, 617 F 2d 1248 (7th Cir, 1980).

Richard Whish and David Bailey, “Chapter 12 The International Dimension of Competition Law,” *Competition Law* (9th edn Oxford University Press 2018).

Richard Whish and David Bailey, “Chapter 12 The International Dimension of Competition Law,” *Competition Law* (9th edn Oxford University Press 2018)).

Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust” (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review*

Roderick Meiklejohn, “An International Competition Policy: Do We Need It? Is It Feasible” (1999) 22 *World Economy* 1233, 1240.

Rothwell DR and others, “Jurisdiction,” *International Law: Cases and Materials with Australian Perspectives* (3rd edn Cambridge University Press 2018).

Simon Evenett, Margaret Levenstein and Valerie Suslow, “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s” (2001) 24 *World Economy* 1221, 1237–8.

UNCTAD, *Competition Guideline: Leniency Programmes* (2016), MENA Programme.

UNCTAD, Enhancing international cooperation in the investigation of cross-border competition cases: Tools and procedures. Note by the UNCTAD Secretariat TD/B/C.I./CLP/44 (2017), 59–60.

US Department of Justice and Federal Trade Commission, Enhancing international cooperation in the investigation of cross-border competition cases: Tools and procedures. Contribution to the Proceedings of the UNCTAD's Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (5 July 2017), 6

Veeravanich, Sirabhop, *A Leniency Programme: An Answer to Anti-Cartel Enforcement in Thailand?* (2020).

Werden, Gregory J., *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory* (2004).

Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law, 7th edition* (2011), p. 515.

Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law, 7th edition* (2011), p. 121.

William H Page, "Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy" (1991) 66 *Tulane Law Review* 1.

William Kovacic, 'The Modern Evolution of US Competition Policy Enforcement Norms' (2003) 71 *Antitrust Law Journal*.

William S Dodge, 'An Economic Defense of Concurrent Antitrust Jurisdiction' (2003) 38 *Texas International Law Journal* 27.

Wils, Wouter P.J., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice* (2007).

Winerman and Kovacic, “Learned Hand, Alcoa and the Reluctant Application of the Sherman Act,” (2013) *79 Antitrust LJ* 295.
 Wolfgang Pape, “Socio-Cultural Differences and International Competition Law” (1999) *5 European Law Journal*.

เข้มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (2556), กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด.

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า, *แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561*, สามารถเข้าถึงได้ที่ https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/03/4-article_20190606005333_4.pdf

ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, การรับฟังและชี้แจงน้ำหนักพยานแวดล้อมกรณี: ศึกษากรณีคดีฆาตกรรมนางผัสนพร บุญเกษมสันติ (2561).

ศักดา ธนิตกุล “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับบทลงโทษและมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency Program)” (2556), น. 173 – 179.

สรุปสถิติเรื่องร้องเรียนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และผลคำวินิจฉัย; <https://otcc.or.th/complain-summary/> และ <https://otcc.or.th/pronouncement/>

สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า, *ความเป็นมาของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (สขค.)* จาก <https://otcc.or.th/about-the-office-trade-competition-commission-otcc/>





สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ

อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)

เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง

เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 www.kpi.ac.th

โทรศัพท์ 02-141-9754 โทรสาร 02-143-8186

ISBN 978-616-476-254-1



9 786164 762541

ราคา 270 บาท