

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบ

ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 27

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้.....” โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์ต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบธุรกิจมิให้มีการเข้ามาร่วมกันหรือร่วมมือกัน เพื่อการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน ทำให้ตลาดถูกรอบครองโดยกลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) หรือการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (vertical agreement) ก็ตาม โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ใช้วิธีควบคุม โดยการกำหนดพฤติกรรมบางประเภทที่ห้ามผู้ประกอบธุรกิจกระทำในลักษณะร่วมกันหรือร่วมมือกันอันเป็นการหยุดการแข่งขันของสมาชิกในกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อเป็นการรักษาการแข่งขันในตลาด มาตรการดังกล่าวนี้จึงใช้เพื่อการต่อต้านผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti - Competitive) และการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อต่อต้านการแข่งขันนี้ อาจเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดร่วมกันด้วย อีกทั้งการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้นนอกจากจะเป็นผลเสียต่อสภาพตลาดอันส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคแล้ว ยังเป็นผลเสียอย่างมากต่อภาคอุตสาหกรรมของสินค้าหรือบริการนั้นเองด้วย เพราะเมื่อมีการร่วมกันแล้วการแข่งขันทางการค้าน้อยลง การพัฒนาต่าง ๆ ก็จะลดน้อยลงตามไปด้วย

ทั้งนี้เนื่องมาจากการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้น ส่งผลกระทบต่อระบบตลาดของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ทำให้ไม่สามารถเกิดตลาดแข่งขันที่สมบูรณ์ขึ้นมาได้ และอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีไม่สามารถเกิดขึ้นด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น ตามปรกติการ่วมกันหรือร่วมมือกัน ที่มีผลเป็นการยุติการแข่งขันจึงไม่ใช่สิ่งดี แต่ในเวลาที่เหมาะสมปัญหาทางเศรษฐกิจ บางครั้งการร่วมกันหรือร่วมมือกันก็มีความจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหน่วยการผลิต ซึ่งหลักการในเรื่องการร่วมกันหรือร่วมมือกันของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน

กฎหมายของประเทศไทยนั้น ไม่ได้ห้ามการร่วมกันหรือร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในทุกกรณีเสมอไป เพราะระบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นได้ใช้

เป็นหลัก โดยระบบควบคุมพฤติกรรมนี้ เป็นระบบที่มีความยืดหยุ่นอย่างมากคือ ให้สิทธิผู้ประกอบการธุรกิจสามารถขออนุญาตได้ในบางกรณี เนื่องจากปัจจัยด้านทางด้านการตลาด ขนาดของตลาด ปริมาณทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (economies of scale) ทำให้การห้ามการร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้มีการร่วมกันหรือร่วมมือกันภายใต้การควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ ระบบควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวนี้จะยอมรับให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาจมีอำนาจผูกขาด, มีอำนาจเหนือตลาด หรือกระทำการร่วมกันได้ แต่จะควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาด หรือการกระทำร่วมกันที่มีขอบ ในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้นกล่าวได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้ได้คำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับเป็นสำคัญ

ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 27 นั้น ขออธิบายเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. กฎหมายได้กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น โดยคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ในพระราชบัญญัตินี้ตามมาตรา 3 ได้ให้ความหมายว่าหมายถึง ผู้จำหน่าย ผู้ผลิต เพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เป็นต้น จึงหมายความว่ากฎหมายมุ่งเอาผิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายหากได้มีการกระทำความผิดตามที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 27 นี้

2. คำว่า “ร่วมกับ” ในกฎหมายมีลักษณะเท่ากับร่วมกันหรือร่วมมือกัน อันได้แก่ การตกลงกันที่อาจมีข้อตกลงกัน (agreement) หรือไม่มีการตกลงกันแต่เป็นความเข้าใจระหว่างกัน (understanding) หรืออาจไม่มีการตกลงกันแต่มีความเข้าใจและมีการจัดการร่วมกัน (arrangement) ซึ่งในการร่วมกันหรือร่วมมือกัน อาจารย์สุธีร์ ศุภนิคย์ มีเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้ร่วมกันหรือร่วมมือกันนั้น จะต้องมีความเจตนาในการร่วมกันหรือร่วมมือกันอย่างชัดเจนหรือชัดแจ้ง⁵⁵

3. คำว่า “ในตลาดสินค้าใดสินค้านี้ หรือบริการใดบริการหนึ่ง” มิได้หมายถึงตลาดสินค้าหรือบริการที่เป็นปัญหานี้เท่านั้น แต่รวมถึงตลาดสินค้าหรือบริการอื่นที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ด้วย คือต้องพิจารณาทั้งตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (Relevant product market) และตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant geographical market)

4. คำว่า “กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน.....ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้” นั้น กฎหมายได้กำหนดเฉพาะถึงพฤติกรรมที่ห้ามกระทำอันเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ หมายความว่า การกระทำร่วมกันที่กฎหมาย

⁵⁵ สุธีร์ ศุภนิคย์ (ผู้บรรยาย). 2543.

ห้ามนั้นต้องเป็นพฤติกรรมที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1) - (10) นี้ด้วยจึงจะเป็นความผิด หากกระทำการอื่นนอกเหนือจากที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (10) แต่เป็นการกระทำที่ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 27 นี้ ทั้งนี้เนื่องมาจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับนี้ได้มีบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้เป็นโทษจำคุก และโทษปรับ ฉะนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีบทกำหนดโทษความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา หรืออาจเรียกว่ากฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นโดยมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา (criminal by nature) และเมื่อกฎหมายใดมีบทกำหนดโทษความผิดทางอาญาหรือมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายนั้นก็ต้องยึดหลักเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา คือ บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นการอธิบายการกระทำที่เป็นความผิดต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้นการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามกระทำการเป็นการร่วมกันตามมาตรา 27 จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนเช่นเดียวกัน

พฤติกรรมที่ได้ระบุในมาตรา 27 (1) - (10) เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 27 (1) - (10) ถือว่าทำให้เกิดการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน เพราะฉะนั้นหากผู้ประกอบธุรกิจได้กระทำการตามมาตรา 27 (1) - (10) จะไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์อีกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้เกิดการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันหรือไม่ เพราะถือเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายอยู่แล้ว

5. คำว่า “ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้” หมายความว่าตามมาตรา 27 (1) - (10) เป็นเพียงการขยายว่าการกระทำใด ๆ นั้นมีอะไรบ้างเท่านั้น

ขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้มาตรา 28

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง” หากมองดูแล้วอาจเห็นว่าการจำกัดโอกาสผู้อื่นในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ก็คือการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น โดยเป็นการบังคับผู้นั้นให้มาทำการค้ากับตนเท่านั้น ซึ่งก็เป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจภายในประเทศกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร กระทำการอันเป็นการผูกขาด อันเข้าตามองค์ประกอบของมาตรา 27 เช่นเดียวกัน โดยที่การกระทำความผิดตามมาตรา 28 จะมีความรุนแรงมากกว่า กล่าวคือแม้ผู้บริโภคจะไม่ได้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นมาใช้เองก็ยังคงถูกกีดกันทางการค้า

แต่สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรา 28 ที่แท้จริงแล้ว มาตรา 28 จะนำมาใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งนำเข้าสินค้าเข้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายนั้นมีสัญญาฉบับกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ พยายามจะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เอง จึงติดต่อกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการเพื่อให้บริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการจำกัดการขายแก่บุคคลดังกล่าวนั้น และให้บุคคลดังกล่าวต้องมาซื้อสินค้าหรือบริการกับตนเองเท่านั้น ดังนั้น มาตรา 28 นี้จึงสามารถนำมาใช้ได้กับการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวดิ่ง (vertical agreement) ซึ่งหมายถึง การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในระดับที่ต่างกัน เช่น บริษัทแม่กับบริษัทลูก เป็นต้น และกับการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) ซึ่งหมายถึงการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในระดับเท่ากันหรือพอกัน ทั้งสองกรณี

แต่เดิมในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มิได้มีบทบัญญัติหรือมาตรการใดมีลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้แต่อย่างใด ซึ่งคณะกรรมการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เห็นความสำคัญของเรื่องนี้ จึงได้วางหลักเกณฑ์สำหรับมาตรการนี้ให้เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดเป็นการผูกขาด, ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในประเทศไทย โดยร่างของมาตรการนี้ก่อนได้บัญญัติเป็นกฎหมายเดิมกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างกันกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นในทำนองเดียวกัน กระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขาย หรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนดขึ้น

(2) ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”

เพื่อเป็นการยืนยันหลักการที่ห้ามผู้ประกอบการร่วมกัน หรือร่วมมือกัน แม้ฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรก็ตาม โดยการห้ามผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือรักษาระดับราคาให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรกำหนด ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้ผู้บริโภคไม่มีทางเลือก และการห้ามผู้ประกอบการภายในราชอาณาจักรกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคติดต่อโดยตรงกับผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรได้ โดยการทำข้อตกลงมิให้ผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตนเอง

แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขร่างมาตรา 28 (1) โดยได้ตัดเรื่องกำหนดราคาซื้อ หรือราคาขาย หรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนดออก เนื่องจากเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของบริษัทสาขาที่อยู่ในประเทศไทยได้ เพราะโดยปกติแล้วบริษัทสาขาต้องปฏิบัติตามนโยบายทางธุรกิจของบริษัทแม่ที่อยู่นอกราชอาณาจักรอยู่เป็นธรรมดา ซึ่งการห้ามดังกล่าวจะเป็นการกระทบต่อนโยบายการค้าเสรีด้วย และได้แก้ไขเพิ่มเติมด้วยคำในร่างมาตรา 28 (2) ในส่วนของกรณีการดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักร โดยกำหนดห้ามเฉพาะกรณีที่บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทแม่ที่อยู่นอกราชอาณาจักรสามารถประกอบธุรกิจได้ ซึ่งเพื่อเป็นการสอดคล้องกับที่ตราร่างมาตรา 28 (1) ออกดังกล่าวข้างต้นด้วย กล่าวคือการห้ามตามร่างมาตรา 28 (1), (2) ขัดต่อหลักสากลทางการค้าที่ปกติผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรจะเป็นผู้กำหนดราคา และไม่ขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตัวแทนจำหน่ายของตนเอง เพื่อมิให้มีการขายแข่งกัน จึงได้มีการแก้ไขและได้บัญญัติมาตรา 28 อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 28 นั้น ขออธิบายเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. คำว่า “มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ” มาตรา 28 ก็ได้กำหนดความสัมพันธ์ไว้แล้ว ได้แก่ ความสัมพันธ์ทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ทำงานองเดียวกับที่กล่าวมาข้างต้น ที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เนื่องจากต้องการวางมาตรการนี้ให้กว้าง ๆ ไม่เฉพาะเจาะจงว่าต้องร่วมกัน เพราะการร่วมกันหรือร่วมมือกันต้องมีเจตนาอย่างชัดเจนหรือชัดแจ้งในการร่วมกัน ดังนั้นเพื่อเป็นการสะดวกต่อการพิสูจน์และการบังคับใช้กฎหมาย มาตรการนี้จึงใช้คำว่า “มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ”

2. ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายต้องการให้มาตรการตามมาตรา 28 นี้ เป็นการยืนยันหลักการที่ห้ามผู้ประกอบการร่วมกันหรือร่วมมือกัน แม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักร โดยห้ามผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือรักษาระดับราคาให้เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรกำหนด และห้ามผู้ประกอบการภายในราชอาณาจักรคิดกันไม่ให้ผู้บริโภคดีดต่อโดยตรงกับผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรได้ โดยการทำข้อตกลงมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตนเอง แต่อย่างไรก็ตามเพื่อมิให้เป็นการขัดต่อหลักสากลทางการค้าที่ปกติผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรจะเป็นผู้กำหนดราคาให้กับบริษัทลูกหรือบริษัทตัวแทนจำหน่าย และสามารถจะไม่ขายสินค้าให้บุคคลอื่นนอกจากตัวแทนจำหน่ายของตนเอง เพื่อมิให้มีการขาย

แข่งขันกันได้ จึงได้ห้ามเฉพาะกรณีผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรที่มีการตกลงมิให้ผู้ประกอบการจินนอกราชอาณาจักรขายสินค้าให้แก่บุคคลที่ซื้อมาใช้เองเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าแม้การกระทำดังกล่าวจะไม่กระทบต่อตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ในวงกว้างก็ตาม เพราะไม่ได้ต้องการซื้อมาขายแข่งกัน แต่การกระทำดังกล่าวก็เป็นการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น โดยเป็นการบังคับผู้นั้นให้มาทำการค้ากับตนเท่านั้น

จากที่ได้ศึกษาขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้ของมาตรา 27 และ 28 พบว่า ทั้งสองมาตราเป็นมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีผลต่อกันไม่ว่าจะวิธีการใดก็ตาม เพื่อมิให้ผู้ประกอบการหยุดการแข่งขันกัน โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองประชาชนหรือผู้บริโภคนั่นเอง เพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกต้องจากราคาของตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ และเพื่อเป็นการกระตุ้นประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมิให้หยุดยั้งหรือก้าวหน้าไปช้ากว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งมาตรการนี้ถือได้ว่าได้วางหลักเกณฑ์ได้ครอบคลุม และสามารถบังคับใช้ได้จริงในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และ 28 ก็มีข้อน่าสังเกตบางประการที่อาจเกิดปัญหาคือ อันเนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้ การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศนับว่ามีความสำคัญ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ปัญหาการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อย่างน้อยผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร จึงมีเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย แต่ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 และ 28 ไม่ได้กล่าวอย่างชัดแจ้งถึงกรณีการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจินนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย ว่าการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ และการกระทำผิดของผู้ประกอบการที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 จะมีความผิดด้วยหรือไม่

จึงทำให้เกิดคำถามตามมาว่ามาตรการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการจินนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบการจินนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 มีบทกฎหมายว่าอย่างไร

และหากสังเกตมาตรการทางกฎหมายของมาตรา 27 และ 28 จะพบว่าทั้งสองมาตรามีมาตรการสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีผลต่อกัน เพื่อมิให้ผู้ประกอบการ

หยุดการแข่งขันกัน ซึ่งก็คือเพื่อให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกต้องจากราคาของตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์นั่นเอง แต่เหตุใดการบัญญัติกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงมีความแตกต่างกัน อันได้แก่เรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และการขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

4.1 การร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 และมาตรา 28 กับผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 กฎหมายบัญญัติบทเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจใดที่ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองฝ่ายที่ร่วมกันหรือร่วมมือกัน โดยสังเกตได้จากการที่มาตรานี้ได้กำหนดฐานะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งร่วมกันในฐานะเดียวกัน กล่าวคือในฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจธรรมดาโดยไม่ได้อำหนดแยกประเภทว่าจะเอาผิดเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร อีกทั้งการกระทำอันเป็นการร่วมกันนั้นย่อมหมายถึงการตกลงกัน เห็นพ้องต้องกัน ยินยอม เพื่อกระทำการหรือละเว้นกระทำการตามที่ได้ตกลงกันได้ กรณีจึงสามารถเอาผิดได้ทั้งสองฝ่าย หรือทุกฝ่ายที่ร่วมกันเพราะต่างก็เข้าตามองค์ประกอบในความผิดเช่นเดียวกัน

ยกตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจ ก. ร่วมกันสมคบ กับผู้ประกอบธุรกิจ ข. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจ ก. และ ข. จะประกอบธุรกิจต่างประเภทกันก็ตาม หรือ ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจ ก. จะดำเนินด้วยวิธีการใด ๆ ให้ ผู้ประกอบธุรกิจ ข. สมยอมด้วยก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ประกอบธุรกิจ ก. จึงมีความผิดฐานร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ข. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ และผู้ประกอบธุรกิจ ข. ก็มีความผิดฐานร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจ ก. ในการกำหนดราคาขายสินค้า หรือบริการ ตามมาตรา 27 นี้ด้วยเช่นเดียวกัน

ดังนั้นมาตรา 27 นี้จึงสามารถบังคับใช้ได้กับผู้ประกอบธุรกิจทุก ๆ ฝ่ายที่ได้ร่วมกันสมคบในการกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่มาตรา 27 กำหนดไว้แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 27 ก็มีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากการร่วมกันที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 27 นี้มีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรร่วมกันกระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศไทยโดยลักษณะอย่างที่มีกำหนดตามมาตรา 27 จะมีความผิดตามมาตรา 27 นี้หรือไม่

และตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 แม้ว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดบทเอาผิดไว้เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร โดยไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติแล้วสำหรับการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจจะดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรจะต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนั้น จำเป็นที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นต้องประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ทั้งนี้เพราะจากวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเกิดจาก กรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการพยายามจะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรง จึงติดต่อกับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ เพื่อให้บริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการจำกัดการขายแก่บุคคลดังกล่าวนั้น และให้บุคคลดังกล่าวต้องมาซื้อสินค้าหรือบริการกับตนเองเท่านั้น เท่ากับเป็นการกีดกันเสรีภาพทางการค้าของผู้อื่น

อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่ามาตรา 28 นี้ เป็นเพียงการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรเท่านั้น มิได้กำหนดเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรในการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อของบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง จากผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง

และเนื่องจากตามที่กล่าวมาแล้วว่าสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชยกรรมระหว่างประเทศมีความสำคัญมาก และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ดังนั้นหากกฎหมายของประเทศไทยไม่สามารถครอบคลุมถึงการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร เช่น การร่วมกันหรือร่วมมือกันโดยมีผู้ประกอบการอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร หรือการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรซึ่งได้กระทำความผิดตามมาตรา 28 เป็นต้น อนาคตก็อาจเกิดปัญหาต่อระบบตลาดและระบบเศรษฐกิจในประเทศไทยได้

และแม้ว่าในปัจจุบันนี้ การบังคับใช้และแนวทางในการตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลของประเทศไทย ในประเด็นของการกระทำความผิดของบุคคลซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรและได้กระทำนอกราชอาณาจักร กล่าวคือ เรื่องการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้มีอำนาจนอกดินแดนนั้น ยังไม่มีความชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อเห็นว่าการกระทำดังกล่าวหรือการใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้น มีความสำคัญต่อระบบตลาดและระบบเศรษฐกิจในอนาคตของ

ประเทศไทยอย่างมาก และในประเทศอื่นก็ได้มีการใช้กฎหมายนอกดินแดนในประเด็นดังกล่าวนี้มานานแล้ว ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงขอบเขตและแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศอื่นนั้น เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้สามารถบังคับใช้นอกดินแดนได้ และแนวทางในการกำหนดขอบเขตในการใช้กฎหมายนอกดินแดน ดังที่จะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

แนวคำตัดสินของประเทศสหรัฐอเมริกา

เรื่องการใช้อำนาจกฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act หรือ Extraterritoriality กับ การกระทำของบุคคลที่อยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีปรากฏในคดี American Banana Company v. United Fruit Company (1909) เป็นคดีแรก โดยในคดีนี้โจทก์กล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยมีเจตนาที่จะขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรี และต้องการมีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้า ซึ่งผิดตาม กฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 โดยการซื้อกิจการของกลุ่มหลายราย และเมื่อจำเลยเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้านี้แล้ว จำเลยได้ขู่ว่าจะขู่ประเทศอื่นให้ทำการซื้อกิจการบางส่วน รวมทั้งสินค้า และการดำเนินธุรกิจการค้าของโจทก์ ซึ่งต่อมาศาลของประเทศนั้นได้มีคำพิพากษาให้กิจการบางส่วนที่ยึดมาตกเป็นของบุคคลภายนอก และจำเลยก็ได้ซื้อกิจการ (สวนกล้วย) ดังกล่าวมาจากบุคคลภายนอกนี้อีกหนึ่ง โดยในคดีนี้มีประเด็นที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องวินิจฉัย ได้แก่ ประเด็นเรื่องการใช้ Sherman Act กับ การกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงอย่างเดียวคือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อตลาดในประเทศ โดยศาลสูงในคดีนี้ได้ตัดสินว่าตามหลักทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น และในเมื่อกรณีนี้ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เกิดขึ้นที่ต่างประเทศ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะมีฉะนั้นอาจเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ (comity of nations)

นอกจากนี้ ศาลสูงยังได้อ้างถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State) ด้วย กล่าวคือ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เป็นการกระทำของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำใด ๆ ของรัฐอื่นไม่ใช่เป็นการกระทำที่โจทก์สามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ส่วนกรณีการโน้มน้าวหรือขู่ของรัฐของจำเลยก็ไม่เป็นละเมิด เพราะรัฐนั้น

เองก็เห็นว่าการดำเนินการดังที่จำเลยแนะนำก็เป็นการกระทำที่เหมาะสม และรัฐนั้นก็ต้องการที่จะกระทำเช่นนั้นอยู่แล้ว ศาลจึงได้พิพากษายกฟ้องของโจทก์ ด้วยเหตุว่าการกระทำที่พิพาทนี้ไม่เป็นละเมิด ตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องถิ่นท้องที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น

แต่ศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดี American Banana ดังกล่าว โดยในคดี Timberlane Lumber Co. v. Bank of American (1976) โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยและพวกได้สมรู้ร่วมคิดกันทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โดยการสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวกก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและอย่างมีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งจำเลยและพวกก็มีเจตนาที่จะให้การกระทำความดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act ตามมาตรา 1 ซึ่งศาลในคดีนี้ได้กล่าวว่าในปัจจุบัน ก่อนข้างเป็นที่ยอมรับแล้วว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายดังกล่าวก็ต้องใช้อย่างมีขอบเขต เพราะเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย และอาจเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่นได้ โดยขอบเขตดังกล่าวนี้ศาลได้ใช้วิธีการพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคำว่า “ผลกระทบ” ที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่าศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ศาลในคดีนี้ได้สรุปไว้ว่าผลกระทบดังกล่าวต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญ (direct and substantial effect) ซึ่งหลักดังกล่าวได้มีการนำไปอ้างในคดีต่าง ๆ ได้แก่ คดี United States v. R. P. Oldham Co. และคดี United States v. General Electric Co.

อย่างไรก็ตามผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ใช่เพียงปัจจัยเดียวที่จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียในการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบในประเทศ เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำนั้นก็ส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศอื่นด้วย ซึ่งประเทศนั้น ๆ ก็อาจได้รับผลเสียยิ่งกว่าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเสียอีก ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเรื่อง direct and substantial effect มีความไม่สมบูรณ์ในตัวเอง เพราะหลักดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้กำหนดปัจจัยอื่น ๆ เพื่อนำมาพิจารณาอันได้แก่ หลักเรื่องความสัมพันธ์อันมีมิตร (Comity) และหลักสิทธิพิเศษ (Prerogative) และส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ศาลสูงในคดี Alcoa ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าผู้กระทำความผิดต้องมีความเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยเรียกหลักนี้ว่า purpose and effect test

ดังนั้นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีความผิดตาม Sherman Act ของผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกประเทศ และกระทำนอกประเทศ ต้องพิจารณาองค์ประกอบดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาให้เกิดผลกระทบ และต้องมีผลกระทบเกิดขึ้น ต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา
2. การกระทำความผิดกล่าวทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้
3. เมื่อพิจารณาตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศอื่น ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลดังกล่าว

สำหรับข้อ 3 นี้ได้มีการให้ความสำคัญในเรื่องหลักสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ โดยในการหาส่วนได้เสียนั้นศาลในคดีนี้กล่าวว่า ควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เพื่อเป็นการชี้แจงน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่น ซึ่งวิธีการดังกล่าวก็ได้มีการนำไปใช้ในคดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp. (1962) ด้วย

โดยปัจจัยต่าง ๆ ที่ศาลได้นำมาพิจารณาบางข้อมาจากกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย ส่วนบางข้อก็เป็นปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
 2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง
 3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
 4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
 5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
 6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
 7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา
- ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าคดีนี้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียมากกว่าของฮอนดูรัส และไม่ปรากฏว่ามีความขัดกันระหว่างกฎหมายหรือนโยบายของฮอนดูรัสกับของประเทศสหรัฐ

อเมริกา ทั้งไม่มีความขัดกันของส่วนได้เสียและความสัมพันธ์ฉันมิตรของทั้งสองประเทศ ศาลอุทธรณ์จึงได้พิพากษาให้ศาลชั้นต้นมีเขตอำนาจในคดีนี้

อย่างไรก็ตามแนวทางในการตัดสินเรื่องการใช้อกฎหมายนอกดินแดนก็ยังคงเปลี่ยนแปลงไปบ้าง โดยในคดี *California v. Hartford Fire Insurance Co.* (1993) จำเลยทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act ตามมาตรา 1 โดยการร่วมกันสมคบเพื่อชักจูงผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ๆ ทั้งในประเทศและนอกประเทศให้ยกเลิกการกระทำบางอย่าง เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของกลุ่มตน และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้เกิดประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้อกฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act โดยผู้ร่วมกระทำการดังกล่าวที่อยู่ในประเทศอังกฤษ ได้อ้างว่า Sherman Act ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำของตน เนื่องจากตนเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษ และทำธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายของอังกฤษโดยชอบแล้ว ซึ่งกฎหมายอังกฤษก็ไม่ได้ห้ามการที่จะเข้าทำความตกลงลักษณะดังที่พิพาทกันในคดีนี้ แต่กลับยอมให้มีการดำเนินการตัดสินใจร่วมกันได้ และยังอ้างเรื่องหลักความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว

ศาลสูงโดยเสียงข้างมากได้วินิจฉัยว่า ศาลในคดีนี้มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นต่างประเทศ และหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศก็ไม่ได้ห้ามศาลชั้นต้นในการที่จะใช้อกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบริษัทอังกฤษ และประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยศาลสูงไม่ได้ตัดสินโดยพิเคราะห์ถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Timberlane* แต่ศาลสูงในคดีนี้ได้เดินตามแนวคำพิพากษาคดี *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* (1986) และ *United States v. Aluminum Co. of America* (1945) ซึ่งใช้หลัก “purpose and effects test” เป็นสำคัญแต่เพียงประเด็นเดียวสำหรับการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาล กล่าวคือการกระทำดังกล่าวต้องมีขึ้นเพื่อทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันของตลาด และในความเป็นจริงก็เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้ตัดสินว่าจำเลยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมคบกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อตลาดจริง จึงครบองค์ประกอบตามหลัก “purpose and effects test” ด้วยเหตุนี้ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีเขตอำนาจเหนือจำเลย โดยศาลสูงยังได้วางหลักด้วยว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศจะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” กล่าวคือ เมื่อศาลวินิจฉัยโดยใช้เฉพาะหลัก “purpose and effects test” แล้วเห็นว่าศาลมีเขตอำนาจ

เหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ ศาลจึงค่อยมาพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์
ฉันท์มิตรระหว่างประเทศต่อไป

ศาลในคดีนี้ได้กล่าวว่าหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่มีการ
ปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของ
ต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการ
ขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลสูงเห็นว่าเมื่อการ
กระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายของรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ก็ไม่อาจ
ขัดขวางการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่ากฎหมายของรัฐ
ดังกล่าวจะมีนโยบายสนับสนุนการกระทำนั้นก็ตาม ความขัดกันย่อมไม่เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลใด
บุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ ศาลจึงได้วินิจฉัย
ว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันของกฎหมาย และพิพากษาให้ศาลชั้นต้นรับคดีนี้ไว้พิจารณาตาม
กฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ได้มีการให้ความเห็นแย้งโดยผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ โดย
ผู้พิพากษาท่านนี้เห็นว่า ประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน น่าจะเป็นเรื่องเขต
อำนาจในการตรากฎหมายมากกว่าเรื่องเขตอำนาจศาล โดยจะมีข้อจำกัดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ
และกฎหมายระหว่างประเทศ ในเบื้องต้นผู้พิพากษาท่านนี้อธิบายว่าการตีความเจตนารมณ์ของ
ผู้ร่างกฎหมายนั้น มีข้อสันนิษฐานว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่
เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่น
โดยชัดแจ้ง ซึ่งในประเด็นนี้ก็เป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งว่า Sherman Act สามารถใช้กับการกระทำที่
เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกาคด้วยได้ แต่ยังคงอ้างถึงคดี Murray v. The Charming Betsy (1804)
ที่วางหลักว่า “แม้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดน
ด้วยก็ตาม แต่เราก็จะต้องไม่ตีความการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติให้กว้างจนขัดกับหลักกฎหมาย
ระหว่างประเทศ” ซึ่งผู้พิพากษาท่านนี้เห็นว่าขอบเขตอำนาจในการใช้กฎหมายภายในกับการกระทำ
นอกดินแดน คือ ต้องไม่ใช่โดยไม่มีเหตุอันสมควร และการพิจารณาว่ากรณีใดมีเหตุผลอันสมควร
หรือไม่ ให้พิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

- ระดับของกิจกรรมนั้น ๆ ว่าส่งผลในรัฐที่ออกกฎหมายมากเพียงใด
- ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น สัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่าง
รัฐที่ออกกฎหมายกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมที่จะถูกควบคุม
- กิจกรรมที่จะถูกควบคุมมีลักษณะ (character) อย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมมีต่อรัฐที่จะออกกฎหมายมากน้อยเพียงใด

- การกระทำนั้น ๆ มีรัฐอื่นควบคุมแล้วหรือไม่
- การควบคุมโดยรัฐที่จะออกกฎหมายเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของรัฐอื่นในการกระทำที่จะถูกควบคุมมีมากน้อยเพียงใด
- แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสูงเพียงใด

สำหรับในประเด็นที่ว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น ผู้พิพากษาท่านนี้ได้กล่าวว่า คำว่า “ความขัดกัน” ต้องแปลความตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflicts of laws) ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย คำว่า “ความขัดกัน” หมายถึง สภาวะที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเมื่อแปลความคำว่า “ความขัดกัน” ตามกฎหมายดังกล่าว กรณีตามคดีนี้จึงถือได้ว่ามีความขัดกันของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นการพิจารณาเลือกกฎหมายที่จะปรับใช้ตามหลักของกฎหมายขัดกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

และในคดี Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc (1969) ได้มีการวางหลักในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act กับกระทำการโดยการสมรู้ร่วมคิดกันอันส่งผลกระทบต่อส่งออกผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไปต่างประเทศ โดยในคดีนี้จำเลยได้ฟ้องแย้งว่าโจทก์กับพวก ซึ่งรวมถึงบริษัทแม่ของโจทก์ ได้ร่วมกันปฏิเสธที่จะอนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิในสิทธิบัตรเพื่อการส่งออกผลิตภัณฑ์ โดยโจทก์และพวกมีเจตนาที่จะคุ้มครองผู้ผลิตภายในต่างประเทศ และกีดกันการส่งออกผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปต่างประเทศ อีกทั้งโจทก์และพวกก็มีนโยบายที่จะไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้นำเข้า หรือแก่ผู้ผลิตในต่างประเทศ จึงส่งผลทำให้กิจการด้านการส่งออกของจำเลยลดลงอย่างมาก ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินให้ใช้กฎหมาย Sherman Act ต่อการกระทำภายในประเทศที่กระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยในประเด็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้น ศาลได้กล่าวถึง Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982 มาตรา 7 1(b) ที่วางหลักไว้ว่า Sherman Act จะนำมาใช้กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่คาดหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นกรณีของการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดในประเทศสหรัฐอเมริกา

จากที่ได้ศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และแนวทางในการตัดสินของศาลสูงแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของบุคคลที่อยู่นอกประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ ได้มี

ปรากฏมานานแล้วตั้งแต่ปี 1909 เป็นคดีแรก ซึ่งในคดีนั้นศาลก็ได้ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น เพื่อมิให้เป็น การแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่าง ประเทศ และในประเด็นเรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State) ศาลกล่าวว่าตามหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ไม่ใช่เป็นการ กระทำที่ใครจะสามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้นการกระทำ ของบุคคลที่อยู่นอกประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ ที่เป็นส่งผลกระทบต่อ การค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมาย Sherman Act ของประเทศ สหรัฐอเมริกา

ซึ่งศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดีดังกล่าวแต่อย่างใด โดย ศาลในคดีหลังได้กล่าวว่าเป็นที่ยอมรับแล้วว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐ อเมริกาสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้น ในต่างประเทศ ซึ่งการใช้กฎหมายดังกล่าวต้องใช้อย่างมีขอบเขต เพราะเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่อง ที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย และอาจเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่นได้ โดย ขอบเขตดังกล่าวนี้ ศาลได้ใช้วิธีการพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าการ กระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผลกระทบที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่า ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ต้องเป็นผลกระทบโดยตรง และที่มีนัยสำคัญ หรือ direct and substantial effect ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิด ผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาคด้วย จึงได้รวมเรียกหลักนี้ว่า purpose and effect test อย่างไรก็ตาม หลักนี้ก็ไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะ ของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจึงได้กำหนด ปัจจัยอื่น ๆ เพื่อเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจเหนือ คือ การพิจารณาตามหลัก เรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) เพื่อหาส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้า ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริการวม มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศ อื่นหรือไม่ โดยในการหาส่วนได้เสียนั้นศาลในคดีนี้กล่าวว่าควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วย การขัดกันของกฎหมายเป็นสำคัญ รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วยอันได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเข้าตามหลักเกณฑ์ purpose and effect test ทั้งส่วนได้เสียและระดับของผลกระทบของประเทศไทยอเมริกาก็มีมากกว่าของต่างประเทศ จึงถือได้ว่าศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลต่างประเทศได้

แต่ต่อมาแนวคำตัดสินก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยโดยในปี 1993 ศาลได้กล่าวว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมิใช่เป็นเหตุห้ามศาลใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบุคคลต่างประเทศได้ กล่าวคือศาลไม่ได้เอาหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าจะใช้กฎหมายนอกดินแดนหรือไม่ แต่ศาลยังคงได้นำหลัก purpose and effects test มาใช้เป็นเกณฑ์อยู่แต่เพียงประเด็นเดียว โดยศาลได้อธิบายถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศว่าจะนำหลักดังกล่าวมาใช้พิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” นี้แล้ว

โดยหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการขัดกันของกฎหมาย ซึ่งศาลในคดีนี้กล่าวว่า การกระทำใดแม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอื่น แต่หากบุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ ศาลถือว่ากรณีนี้ไม่ได้มีการขัดกันของกฎหมาย โดยในคดีนี้มีผู้พิพากษาท่านหนึ่งได้ให้ความเห็นแย้งไว้ว่าการใช้ Sherman Act กับ การกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดนต้องใช้ให้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคือ การใช้ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรเท่านั้น โดยให้พิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ระดับของกิจกรรมที่ส่งผลในประเทศ, ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ ระหว่างประเทศที่ออกกฎหมายกับบุคคลผู้กระทำความผิด, มีลักษณะของการกระทำ, ความสำคัญของการควบคุม, ประเทศอื่นมีการควบคุมแล้วหรือไม่, การควบคุมเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่, ส่วนได้เสียของประเทศที่เกี่ยวข้อง และ

แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างประเทศ เป็นต้น และผู้พิพากษาท่านนี้ยังได้ให้ความเห็นแย้งในประเด็นของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายว่า ความขัดกัน หมายถึง สภาวะที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง หาใช่เป็นอย่างที่ศาลสูงโดยมติข้างมากวินิจฉัยไม่

และยังประเด็นใช้กฎหมาย Sherman Act ต่อการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยศาลได้กำหนดให้นำมาใช้ในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดในประเทศสหรัฐอเมริกา

ซึ่งจากหลักดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำที่เป็นการป้องกันการผูกขาด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือโดยบริษัทต่างชาติ และไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือที่ใดก็ตามในโลก จะเป็นความผิดตาม Sherman Act หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่างเช่น ในยุโรป มีบริษัทผู้ผลิตสินค้าชนิดหนึ่งหลายราย และมีบริษัทสองรายในนั้น ได้รวมตัวกันเพื่อทำการจัดจำหน่ายสินค้าชนิดนั้นในยุโรป จนสามารถควบคุมสายการจัดจำหน่ายในตลาดยุโรปได้ เมื่อผู้ผลิตสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการส่งออกสินค้าไปในยุโรป ผู้ผลิตดังกล่าวก็จำเป็นต้องพึ่งพาสายการจัดจำหน่ายของบริษัทดังกล่าวในยุโรป ต่อมา เมื่อสินค้าที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริการองส่วนแบ่งการตลาดมากกว่าสินค้าของผู้ผลิตในยุโรป จนทำให้ผู้ผลิตในยุโรปได้กำไรน้อยลง บริษัททั้งสองบริษัทที่เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าจึงได้ตัดสินใจไม่ทำการจัดจำหน่ายสินค้าที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกาในยุโรปอีกต่อไป การกระทำดังกล่าวเห็นได้ว่าส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญ และที่ศาลหมายได้ตามสมควรต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกาและมีความผิดตาม Sherman Act แม้จะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศทั้งหมด และเป็นการกระทำของบริษัทต่างชาติก็ตาม และแม้ข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนไปว่ามีบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริการ่วมกับบริษัทในยุโรปตลอดทางการจัดจำหน่ายในตลาดยุโรปด้วย ผลตามกฎหมายก็จะไม่ต่างกัน

จึงพอสรุปได้ว่ากฎหมาย Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สามารถนำมาใช้กับการกระทำของบุคคลที่อยู่ต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นต่างประเทศได้เป็นที่แน่นอนชัดเจนแล้ว ส่วนขอบเขตของการใช้กฎหมายนี้ที่เป็นหลักสำคัญคือ หลัก purpose and effect test ที่ต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องประสงค์ให้เกิดผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา และข้อเท็จจริงก็ต้องปรากฏว่าเกิดผลกระทบดังกล่าวด้วย โดยผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นก็ต้องเป็นผลกระทบโดยตรง และที่มีนัยสำคัญด้วยตามหลัก direct and

substantial effect ซึ่งการส่งผลกระทบนี้รวมทั้งการส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดภายในประเทศและที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจส่งออกด้วย ทั้งยังการนำหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดกันของกฎหมายมาพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักหาส่วนได้เสีย และผลกระทบของในประเทศสหรัฐอเมริกา กับของต่างประเทศ หรือเพื่อพิจารณาหาเหตุอันสมควรในการนำกฎหมายภายในมาใช้ให้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ส่วนปัจจัยอื่น ๆ ที่จะนำมาพิจารณา เช่น หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศนั้น ก็เคยถูกหยิบยกมาพิจารณาถึงขอบเขตของกฎหมายเช่นกัน แต่ปัจจุบันก็มิได้มีการนำหลักนี้มาพิจารณาแล้ว แต่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้เมื่อการกระทำอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแล้วเท่านั้น

แนวคำตัดสินของสหภาพยุโรป

เรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการ (Jurisdiction of the Commission) และ การใช้กฎหมายนอกดินแดนของศาลสหภาพยุโรป ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลสูงซึ่งได้ตัดสินไว้ในคดี Dye-stuffs case (Cases 48-49/69, 51-57/69) สำหรับกรณีการร่วมกันระหว่างบริษัทผู้ขายผลิตภัณฑ์สินค้าชนิดเดียวกันขึ้นราคาสินค้าไปในแนวทางเดียวกันหรือมีลักษณะเดียวกัน โดยมีบางฝ่ายของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป แต่มีบริษัทอยู่ในเขตประเทศสหภาพยุโรป โดยศาลได้ตัดสินว่าเมื่อบริษัททุกมิได้ดำเนินการตัดสินใจด้วยตัวเองอย่างแท้จริง และการกระทำของบริษัททุกในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ แม้บริษัทแม่กับบริษัททุกจะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกันก็ตาม เพราะถือว่าบริษัทแม่กับบริษัททุกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าบริษัททุกมีความผิดฐานการปฏิบัติร่วมกันอันเป็นการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วมยุโรป ศาลจึงเห็นว่าคณะกรรมการมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทแม่ได้ด้วย

นอกจากนี้ในคดีที่ J.R. Geigy AG และ Sandoz AG เป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการ ซึ่งทั้งสองเป็นบริษัทที่อยู่นอกสหภาพยุโรป ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือวิธีพิจารณาไว้ด้วยว่า การส่งหมายไม่ว่าในชั้นคณะกรรมการหรือในชั้นศาลไปยังโจทก์ที่อยู่ในประเทศอื่นนอกสหภาพยุโรป ซึ่งไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งหมาย และเอกสารต่าง ๆ ระหว่างกัน การส่งหมายและเอกสารที่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปก็เป็นการเพียงพอและถือได้ว่าเป็นการส่งโดยชอบแล้ว และศาลยังได้วางหลักที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Jurisdiction of the Commission) ไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คณะกรรมการ

ในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามอนุสัญญา สหภาพยุโรปเองก็มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม ทั้งนี้ คณะกรรมการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่อยู่นอกสหภาพยุโรปตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ไม่ใช่เพราะเพียงว่าการกระทำที่เป็นความผิดเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าที่กระทำลงนอกสหภาพยุโรปเท่านั้น (Extra-territorial conduct) แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยการกระทำที่เป็นความผิดนั้นเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าดังกล่าวที่ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วมยุโรป

คำพิพากษาของศาลสูงในคดี Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. case (Case 6/72) ผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปได้เข้าเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทประเทศเยอรมัน และต่อมาต้องการที่จะขยายกิจการประกอบธุรกิจในทวีปยุโรปจึงได้ทำข้อตกลงร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งในประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเยอรมันข้างต้นว่าตนจะจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อมาทำคำเสนอซื้อหุ้นแก่ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเนเธอร์แลนด์เพื่อเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ได้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ในระดับที่มากพอจะทำให้การแข่งขันหมดไป ซึ่งมีความผิดตามมาตรา 82 ของกฎหมายสหภาพยุโรป และอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยในคดีนี้ศาลได้วางหลักในเรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการไว้ว่า 1. ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทถูกถือเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ บางคราวอาจถือได้ว่าการกระทำบางอย่างของบริษัทถูกถือเป็นการกระทำของบริษัทแม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่า บริษัทถูกไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หากแต่เดินตามคำสั่งของบริษัทแม่ เพราะข้อตกลงที่จะให้บริษัทที่จะตั้งขึ้นใหม่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจในประเทศเนเธอร์แลนด์เกิดขึ้นก่อนที่จะจัดตั้งบริษัทเสียอีก ดังนั้นการที่บริษัทที่ได้ตั้งขึ้นใหม่เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์จึงถือได้ว่าเป็นการวางแผนและเป็นการกระทำของบริษัทแม่

2. กฎหมายของประชาคม หรือ Community Law สามารถนำมาใช้กับการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบต่อสหภาพยุโรปอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ไม่ได้เป็นประเทศที่อยู่ในสหภาพยุโรป จึงไม่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทแม่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประชาคม

และคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation case (Cases 6+7/73) ผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปได้เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลี ซึ่งมีทั้งสิทธิออกเสียง และมีอำนาจในการควบคุมบริหารผ่านทางคณะกรรมการของบริษัท แต่เดิมผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปนี้ได้ขายสารเคมีในตลาดของสหภาพยุโรปผ่านทางผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลีรายนี้ ซึ่งต่อมากลับมีนโยบายที่จะเลิกเพื่อจำหน่ายในตลาดสหภาพยุโรป โดยจะจำหน่ายให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจประเทศอิตาลีดังกล่าวเพื่อนำไปใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าของกลุ่มตัวเองเท่านั้น เพื่อให้การจำหน่ายสินค้าที่มาจากวัตถุดิบดังกล่าวในตลาดยุโรปดำเนินไปได้โดยง่ายขึ้น ทั้งที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสารดังกล่าวไม่มีผู้ประกอบการรายใดในสหภาพยุโรปสามารถผลิตเพื่อจำหน่ายมาใช้ในอุตสาหกรรมได้ โดยในคดีนี้ศาลสูงได้ตัดสินว่ากรณีนี้ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แม้จะเป็นการมีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบในทางที่มีขอบเขตส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่สินค้านั้นถูกจำหน่ายด้วย ดังนั้นจึงมีความผิดตามมาตรา 82 ส่วนในเรื่องขอบเขตในการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ศาลได้กล่าวว่าบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป อาจตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพยุโรปหากบริษัทดังกล่าวกระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อประเทศสมาชิก ดังนั้นจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มีขอบนั้นส่งผลกระทบต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิกแล้วด้วย

ศาลสูงในคดีนี้ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเรื่องอำนาจในการบริหารจัดการที่บริษัทผู้ประกอบธุรกิจนอกสหภาพยุโรปมีในบริษัทผู้ประกอบธุรกิจในประเทศอิตาลี เห็นว่าบริษัททั้งสองเป็นผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วม และมีพฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเดียวกัน อันจะถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันอันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน โดยมองว่าทั้งสองบริษัทนี้เป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก ดังนั้นเมื่อบริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป กล่าวคือ การถือหุ้นอยู่ในสัดส่วนตั้งแต่ร้อยละ 51 ขึ้นไป และมีจำนวนกรรมการกึ่งหนึ่ง พร้อมทั้งประธานกรรมการซึ่งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่มาจากบริษัทแม่ และปรากฏตามความเป็นจริงด้วยว่า บริษัทแม่ได้เอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทลูก โดยการจำหน่ายวัตถุดิบที่จำเป็นให้แก่บริษัทลูกเพียงรายเดียว และบริษัทแม่นั้นก็เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบดังกล่าวด้วย จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นถือได้ว่า เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน อันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันสำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นความผิดตามกฎหมายของสหภาพยุโรป นอกจากนี้ บริษัทแม่ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศนอก

สหภาพยุโรป และตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรปนี้ จะต้องถือว่าประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรปซึ่งเป็นที่ที่บริษัทถูกจัดตั้งขึ้นและดำรงอยู่ด้วย

ทั้งยังมีคดี United Brands Company and Another case (Case 27/76R) ที่เป็นเรื่องของบริษัทแม่ที่อยู่นอกเขตสหภาพยุโรปกับบริษัทลูกที่อยู่ในสหภาพยุโรป ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ศาลสูงก็ได้ตัดสินตามแนวทางเดิมที่ได้กล่าวมาข้างต้น

จากที่ได้ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและแนวทางในการตัดสินของศาลสูงสหภาพยุโรปแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญกับนโยบายตลาดร่วมยุโรป ซึ่งคือการจัดตั้งตลาดร่วมระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นผลสำเร็จ ให้สามารถพึ่งตนเองได้โดยไม่ต้องพึ่งประเทศนอกกลุ่ม การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าภายในกลุ่มให้เป็นไปโดยเสรี ปราศจากอุปสรรคทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษีศุลกากร หรือการจำกัดโควต้าสินค้า การกำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขันร่วมกัน นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้แรงงาน บริการ และเงินทุนเคลื่อนย้ายได้โดยเสรีระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งยังปรับปรุงการใช้ความสามารถทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศในยุโรป อันเป็นการเพิ่มพูนประสิทธิภาพของยุโรป ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้เกิดประโยชน์ภายในอันได้แก่ การแข่งขันทางการค้าเป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม และประโยชน์ต่อภายนอก เช่น เพื่อให้ยุโรปมีความเป็นเอกภาพ มีตลาดภายในทวีปอย่างกว้างขวางทันกับศักยภาพ และเพื่อพัฒนาให้เศรษฐกิจของยุโรปสามารถแข่งขันกับประเทศต่าง ๆ นอกทวีปได้ด้วย

ดังนั้นเมื่อสหภาพยุโรปให้ความสำคัญต่อตลาดร่วมอย่างยิ่ง แนวทางในการตัดสินของศาลสูงในเรื่องเขตอำนาจของคณะกรรมการและศาลสูง จึงวางหลักไว้ว่าการกระทำใด ๆ ก็ตามที่ต้องมีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนี้ ไม่ว่าจะเป็นความผิดในเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ การปฏิบัติร่วมกันของผู้ประกอบการ หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีชอบภายในตลาดร่วม รวมถึงการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบภายในสหภาพยุโรป แม้จะกระทำโดยผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ต้องถือว่ามีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปด้วย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำที่เป็นความผิดของผู้ประกอบการค้าดังกล่าว นั้น ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วมยุโรป โดยศาลสูงกล่าวว่าสหภาพยุโรปมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม หากประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวก

สะดวกให้แก่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กล่าวคือการตีความบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ไม่อาจตีความไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มีขอบนั้นส่งผลต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิก หรือตลาดร่วมแล้วด้วย อันเป็นการย้ำหลักการที่ว่าสหภาพยุโรปให้ความสำคัญแก่ตลาดร่วมอย่างยิ่ง

แต่อย่างไรก็ตามคดีส่วนใหญ่ในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนก็มักจะใช้ในกรณีที่บริษัทแม่ซึ่งได้สั่งการใด ๆ หรือเป็นกรณีที่บริษัทลูกได้กระทำการใด ๆ ไปตามนโยบายของบริษัทแม่ที่อยู่นอกสหภาพยุโรป ซึ่งในประเด็นระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกนี้ศาลสูงก็ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า แม้บริษัทแม่กับบริษัทลูกจะเป็นคนละนิติบุคคลกันก็ตาม แต่หากบริษัทลูกกระทำการใดโดยไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หรือไม่ได้ตัดสินใจด้วยตัวเอง เพราะต้องกระทำการตามคำสั่งหรือนโยบายของบริษัทแม่ที่กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกอย่างว่าบริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป กรณีเช่นนี้การกระทำของบริษัทลูกจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ และจะถือว่าสองบริษัทนี้เป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันซึ่งจะต้องรับผิดชอบร่วมกัน และแทนกัน สำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการผิดตามกฎหมายของสหภาพยุโรป นอกจากนี้บริษัทแม่จะถูกถือว่าประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรป ณ สถานที่ที่บริษัทลูกตั้งอยู่ด้วย ดังนั้นสำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ไม่ได้อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงไม่เพียงพอทำให้บริษัทแม่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของสหภาพยุโรป คณะกรรมการจึงมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทแม่ได้ด้วย

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับการกระทำต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และแนวทางในการตัดสินใจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนในประเด็นความผิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย และการกระทำผิดของผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 ที่ยังไม่ชัดเจนทั้งในประเด็นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนอกดินแดนว่าสามารถใช้ได้หรือไม่ และความผิดของ

ผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกัน ซึ่งได้กระทำนอกราชอาณาจักร ว่ามีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยหรือไม่ โดยแม้ว่าแนวทางในการใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ ยังไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยทั้งทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและทางศาล แต่สภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันนี้การค้าและพาณิชย์กรรมระหว่างประเทศมีความสำคัญมาก และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงสมควรวิจัยเพื่อวางแนวทางและขอบเขตในเรื่องดังกล่าวนี้ให้ชัดเจน

สำหรับในประเด็นเรื่องที่ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยครอบคลุมถึงการกระทำต่างประเทศ หรือสามารถใช้กฎหมายนอกดินแดนหรือไม่ โดยในประเด็นนี้ถือว่ามี ความสำคัญมาก เพราะการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่ต่างประเทศ และกระทำในต่างประเทศ ที่ส่งผลกระทบเป็นการผูกขาด ตัดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดของประเทศไทย นั้น มีผลกระทบที่ไม่ต่างจากการกระทำของผู้ประกอบการในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายของ ประเทศไทยไม่ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว อาจส่งผลให้สภาพตลาดของประเทศถูกบิดเบือน ซึ่งทำให้ไม่อาจเกิดสภาพตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ในประเทศไทยได้ หรือส่งผลให้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้าไม่สามารถทำให้บรรทัดฐานตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม การที่จะให้กฎหมายของไทยสามารถใช้นอกดินแดนได้ก็ถือเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก เพราะการกระทำดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดอำนาจอธิปไตยของต่างประเทศนั้น ๆ ได้

ซึ่งการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้หรือไม่นั้น ควรที่จะพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่า ผู้ร่างกฎหมายต้องการให้กฎหมายดังกล่าวสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนหรือไม่ โดยในเรื่องนี้มีหลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศที่ออกกฎหมายเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้ว แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยจะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในประเด็นดังกล่าว และแม้ว่าในการใช้กฎหมายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลก็ยังไม่มีการวินิจฉัยชี้แจงให้พิจารณา แต่หากพิจารณาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายจากรายงานการประชุมร่างกฎหมายฉบับนี้ โดยอาจารย์สุธีร์ สุภณิศ ได้กล่าวไว้ว่ามาตรา 28 เป็นเพียงการยืนยันหลักการห้ามกระทำการร่วมกัน ซึ่งแม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม จึงเห็นได้ว่าผู้ร่างกฎหมายก็มีเจตนาที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรด้วย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าสามารถครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการที่อยู่ต่างประเทศ ซึ่งได้กระทำการใน

ต่างประเทศ หรือสามารถใช้อำนาจนอกดินแดนได้ หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดของประเทศไทย ถึงแม้ว่าในประเด็นดังกล่าวนี้จะยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนก็ตาม

และเมื่อได้พิจารณาว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้อำนาจนอกอาณาเขตได้ ก็อาจเกิดคำถามว่าการใช้อำนาจนอกอาณาเขตมีความสำคัญต่อประเทศเพียงใด ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการที่จะให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้อำนาจนอกอาณาเขตได้มีความสำคัญมาก เนื่องจากหากมองไปที่ผลกระทบของการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อจัดการแข่งขันทางการค้าให้เป็นระบบ ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งคือการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่ไม่สมควรใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายฉบับนี้สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไม่ให้กระทำการที่ไม่สมควรเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศ และที่กระทำความผิดนอกประเทศ อันส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศไทย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจส่งเสริมให้เกิดการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือก่อให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีได้ เนื่องจากไม่อาจป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศได้ ดังนั้นการให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจนอกอาณาเขตมีความสำคัญและจำเป็นต่อประเทศไทยอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายนอกอาณาเขตหรือนอกดินแดนนี้ ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย เพราะบางกรณีการใช้กฎหมายกับการกระทำใด ๆ นอกดินแดน อาจทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้อง ไม่พอใจการใช้อำนาจดังกล่าว เพราะแต่ละประเทศก็ย่อมมีกฎหมายบังคับอยู่เช่นเดียวกัน และประเทศนั้นอาจเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศ ดังนั้นการใช้กฎหมายนอกดินแดนจึงต้องใช้อย่างมีขอบเขตและอย่างสมเหตุสมผล

สำหรับในเรื่องขอบเขตของการใช้กฎหมายนอกดินแดนนี้ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้ไม่ได้มีกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเห็นว่าการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดนอกดินแดนต้องเป็นการใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าของประเทศ และบรรทัดฐานของศาลสหภาพยุโรปก็วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้จะกระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ต้องถือว่าตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของสหภาพยุโรป กล่าวคือไม่อาจตีความไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมาย

ได้ ซึ่งหมายความว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปก็มีขอบเขตการใช้อำนาจนอกดินแดนเฉพาะกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อตลาดร่วมยุโรปเช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่านานาประเทศยอมรับแล้วว่าประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจเอาผิดกับบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของตน สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ แต่หากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อภายในประเทศนั้นได้

และในเรื่องผลกระทบต่อการค้าของประเทศก็ควรมีการให้คำจำกัดความหมายไว้ด้วย โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลัก purpose and effect test และ direct and substantial effect หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดนั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศ และในความเป็นจริงก็ได้เกิดผลกระทบขึ้นจริง โดยต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็ได้มีการใช้มานานและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการกำหนดขอบเขตของการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดนก็ควรที่จะนำหลักดังกล่าวนี้มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงขอบเขตของการใช้กฎหมายด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปัญหาการที่ประเทศอื่นจะเข้าใจว่าประเทศไทยล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของชาตินั้น ซึ่งอย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายนอกดินแดนนี้ ยังต้องพิจารณาในเรื่องการใช้อย่างสมเหตุสมผลด้วย

สำหรับในเรื่องการใช้กฎหมายนอกดินแดนอย่างสมเหตุสมผลนี้ มาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้จำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายเอาไว้ว่า การตรากฎหมายที่มีอำนาจนอกดินแดนจะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หากเป็นการใช้กฎหมายกับการกระทำนอกดินแดนที่ไม่มีเหตุอันสมควร ทั้งนี้การใช้อย่างสมเหตุสมผลหรือที่มีเหตุอันสมควรนี้ ก็คือ การพิจารณาหาส่วนได้เสียรวมถึงระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยและต่างประเทศ และส่วนได้เสียของต่างประเทศหากมีการใช้กฎหมายนอกดินแดน เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศใดประเทศหนึ่ง การกระทำนั้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นด้วย ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรม (fairness) ต่อประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมด โดยการพิจารณาหาส่วนได้เสียและระดับของผลกระทบ เพื่อนำมาชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศไทยกับของต่างประเทศนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไปมีเขตอำนาจที่จะตราและบังคับใช้กฎหมายสำหรับการกระทำนั้น และกฎหมายก็ได้กำหนดให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่แตกต่างกัน ประเทศที่เกี่ยวข้องจึงต้องลดระดับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในดินแดนของตน จึงตรงกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย และอาจนำปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาชั่งน้ำหนักด้วย

สำหรับปัจจัยต่าง ๆ ที่ควรจะนำมาพิจารณาในการใช้กฎหมายนอกดินแดนอย่างมีเหตุอันสมควรหรือสมเหตุสมผลนั้น เช่น

- ความสำคัญหรือความรุนแรงของผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อต่างประเทศนั้น ว่าประเทศใดได้รับผลกระทบที่มีความรุนแรงหรือมีนัยสำคัญมากกว่ากัน
- กฎหมายหรือนโยบายของประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมีความขัดกันมากน้อยเพียงใด และแนวโน้มที่อาจจะเกิดความขัดแย้งกันระหว่างประเทศมีมากน้อยเพียงใด
- พฤติกรรมของการกระทำที่มีความผิดมีลักษณะอย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมพฤติกรรมนั้นมีต่อประเทศไทยมากน้อยเพียงใด และเคยมีประเทศอื่นควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวแล้วหรือไม่
- การบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศไทยกับต่างประเทศที่มีปัญหานั้น จะเกิดผลสำเร็จหรือไม่ และจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของประเทศอื่นสำหรับการใช้กฎหมายนอกดินแดนของประเทศไทยมีมากน้อยเพียงใด

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากปัจจัยตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย และปัจจัยอื่น ๆ แล้วเห็นว่าส่วนได้เสียหรือผลกระทบของประเทศไทยมีมากกว่า ทั้งการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนมีความเป็นไปได้ โดยน่าจะเกิดผลสำเร็จและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ก็ถือได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดนของประเทศไทยกับการกระทำของบุคคลต่างประเทศ และได้กระทำที่ต่างประเทศ เป็นการใช้กฎหมายอย่างมีเหตุอันสมควร หรือสมเหตุสมผล แต่ในทางกลับกันหากส่วนได้เสียหรือผลกระทบของประเทศไทยมีน้อยกว่าของต่างประเทศ หรือมีแนวโน้มที่อาจจะเกิดปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างประเทศ หรือการบังคับใช้กฎหมายไม่น่าจะมีผลสำเร็จ ก็ถือได้ว่าไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่มีความสมเหตุสมผลที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดน ทั้งนี้อาจนำหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาเป็นปัจจัยรองด้วยก็ได้

ดังนั้นการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกดินแดนจึงเป็นกรณีที่สำคัญที่ต้องพิจารณาขอบเขตในการใช้กฎหมาย และต้องใช้อย่างมีเหตุอันสมควร ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นกรณีกรณีไป โดยต้องครบตามองค์ประกอบทั้งการใช้อยู่ในขอบเขต และใช้อย่างมีเหตุอันสมควรตามหลักการต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอไปข้างต้น อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีความจำเป็นที่อาจจะต้องใช้อำนาจนอกดินแดนโดยการใช้อย่างมีขอบเขต และอย่างมีเหตุอันสมควรแล้ว แต่ผู้วิจัยเห็นว่าตามพระราชบัญญัติการ

แข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในประเด็นความผิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อย่างน้อยมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร และได้กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาด หรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย และการกระทำผิดของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักร ซึ่งร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 กล่าวคือ มาตรการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่ และการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 มีบทกฎหมายว่าอย่างไร

โดยในประเด็นแรกเรื่องมาตรการตามกฎหมายมาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกันหรือร่วมมือกันหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายไม่ได้ระบุเป็นการชัดเจนว่าผู้ประกอบการภายใต้มาตรา 27 นี้จะต้องเป็นผู้ประกอบการในราชอาณาจักรเท่านั้น หรือเป็นได้ทั้งผู้ประกอบการในราชอาณาจักรและผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักร และแม้ว่าตามหลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายได้วางหลักไว้ว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะครอบคลุมไปเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ออกกฎหมายเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าจะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่งในประเด็นนี้แม้ว่าตามมาตรา 27 มิได้ปรากฏเป็นการชัดแจ้ง ทั้งยังไม่มีกรณีวินิจฉัยทั้งจากทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือทางศาลให้ประจักษ์โดยชัดแจ้งว่ามาตรา 27 นี้สามารถนำไปใช้กับผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรได้ แต่หากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้กฎหมายฉบับนี้ควบคุมได้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการแข่งขันทางการค้าให้เป็นระบบ ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งคือการป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่ไม่สมควรใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศ ดังนั้นหากกฎหมายฉบับนี้สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในประเทศ ไม่ให้กระทำใดที่ไม่สมควรเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกประเทศและที่กระทำความผิดนอกประเทศ อันส่งผลกระทบต่อสภาพหรือระบบของตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศไทย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวนี้ก็ไมอาจส่งเสริมให้เกิดการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี หรือก่อให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีได้ เนื่องจากไม่อาจป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากต่างประเทศได้ ดังนั้นจึงต้องตีความกฎหมายในเรื่องนี้ว่าสามารถใช้ได้กับผู้ประกอบ

ธุรกิจซึ่งอยู่ต่างประเทศ และได้กระทำการในต่างประเทศด้วย กล่าวคือ ไม่อาจตีความกฎหมายให้ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ เองได้

กรณีจึงถือได้ว่ามาตรา 27 แม้ไม่ชัดเจนถึงความคิดของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่กระทำการใด ๆ นอกราชอาณาจักร อันก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในระบบตลาดหรือต่อผู้บริโภคโดยตรงในประเทศไทย แต่ก็เห็นได้ว่ามาตรการนี้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมดังกล่าวด้วย

สำหรับในประเด็นที่สองเรื่องมาตรการทางกฎหมายสำหรับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนอกราชอาณาจักรที่ร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรกระทำความผิดตามมาตรา 28 นั้น ซึ่งในมาตรา 28 เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่นำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ที่จะกีดกันไม่ให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรงจากบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ซึ่งจะเห็นได้ว่าจากสภาพของบทบัญญัตินี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนี้ น่าจะเป็นได้ก็แต่ผู้ประกอบการธุรกิจในราชอาณาจักรเท่านั้น อีกทั้งมาตรการนี้ ก็เป็นการห้ามเฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกเท่านั้น มิได้เป็นการห้ามถึงผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรซึ่งได้มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งแม้ว่าการที่กฎหมายได้กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกมิให้ดำเนินการใด ๆ จะถือว่าสามารถควบคุมพฤติกรรมการร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรนี้ได้ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้เอาผิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายที่สองที่ร่วมในการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายแรกด้วย ซึ่งจะส่งผลถึงการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรจะไม่ถือว่ามี ความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ กล่าวอีกอย่างคือมาตรา 28 นี้ ไม่สามารถใช้กับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้โดยสภาพตามมาตรการของกฎหมายมาตรา 28 นั้นเอง ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากมาตรการนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมพฤติกรรมมิให้เกิดการกีดกัน หรือ จำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า และเน้นการป้องกันมิให้เกิดผลของการกระทำดังกล่าวมากกว่าการควบคุมการแข่งขัน หรือการคุ้มครองสภาพของตลาด

กรณีจึงถือได้ว่ามาตรา 28 นี้ แม้จะไม่สามารถใช้บังคับหรือลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรได้ แต่การกำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายแรกซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่สองซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรมิให้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองโดยตรง ก็เป็นการมาตรการที่สามารถใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 28 นี้ได้อย่างคืออยู่แล้ว

4.2 ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และพฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27 ในประเด็นเรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้น กฎหมายได้กำหนด ห้ามกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้า หรือบริการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยได้กำหนดพฤติกรรมห้ามไว้ 10 พฤติกรรมด้วยกัน ซึ่งได้บรรยายลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดไว้โดยละเอียด ดังนั้นจึงเกิดคำถามว่าหากผู้ประกอบการใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะที่ผิดแผกแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 จะมีความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ โดยในประเด็นนี้อาจารย์สุธีร์ ศุภนิคย์ เคยให้ความเห็นไว้ว่ามาตรา 27 นี้มีลักษณะเป็น criminal by nature หมายถึง มาตรา 27 นี้มีลักษณะเป็นข้อห้ามคล้าย ๆ กับกฎหมายอาญา กล่าวคือ เมื่อพิจารณากฎหมายอาญามาตราใดมาตราหนึ่งจะพบว่าลักษณะกฎหมายอาญาจะมีอยู่ 2 ส่วนคือ 1. ส่วนที่อธิบายการกระทำที่เป็นความผิด และ 2. ส่วนที่เป็นบทกำหนดโทษ และหลักสำคัญของกฎหมายอาญาได้กำหนดว่า บทกฎหมายในส่วนที่เป็นการอธิบายการกระทำที่เป็นความผิดนั้นต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจได้ หรือไม่กว้างจนเกินไปนั่นเอง อีกทั้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายใดที่มีโทษทางอาญาให้นำประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ไปปรับใช้ด้วย^{๕๖}

ดังนั้นจึงเห็นว่าเมื่อมาตรา 27 มีลักษณะคล้ายเป็นกฎหมายอาญาด้วยแล้ว การอธิบายในส่วนของการกระทำที่เป็นความผิดจึงต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจได้ด้วย หรือต้องไม่เป็นเพียงการวางหลักกว้าง ๆ ฉะนั้นการกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่กระทำพฤติกรรมอื่นนอกเหนือจากที่ได้มีระบุไว้ในมาตรา 27 จึงต้องถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ กล่าวคือ พฤติกรรมที่มาตรา 27 ได้ระบุไว้มิใช่เป็นเพียงตัวอย่างของพฤติกรรมที่ห้ามกระทำ แต่มาตรา 27 จะห้ามเฉพาะพฤติกรรมที่ระบุไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ตามการห้ามกระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา 27 ยังสามารถแบ่งพฤติกรรมได้เป็น 2 จำพวก คือ 1. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด และ 2. พฤติกรรมที่กฎหมายห้าม

^{๕๖} สุธีร์ ศุภนิคย์ (ผู้บรรยาย). 2543.

กระทำ แต่หากผู้ประกอบการมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ โดยลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นการร่วมกันทั้ง 2 กรณีสามารถแบ่งได้ดังนี้

1. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (4) ดังนี้

1.1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายห้ามมิให้มีการตกลงด้านราคา โดยกำหนดราคาเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการขายของแต่ละราย เนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้ความต้องการ (Demand) สูงขึ้น อันเป็นการบิดเบือนตลาด โดยราคาที่ตกลงกันนั้นอาจเป็นราคาเดียวกัน หรือหลายราคาก็ได้

1.2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ หมายถึงการตกลงที่จะรับซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งการตกลงกันกำหนดปริมาณการรับซื้อของแต่ละราย ซึ่งการกระทำนี้มักจะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวราบ (horizontal agreement) แต่จะมีผลได้ถึงการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวตั้ง (vertical agreement) ด้วย

1.3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด โดยกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมการที่ผู้ประกอบการทำความตกลงกันที่จะเข้ากำกับดูแล หรือยึดอำนาจในการกำหนดราคาหรือปริมาณในตลาด

1.4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคา หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคา สินค้าหรือบริการ หรือ Bid Rigging

2. พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำ แต่หากผู้ประกอบการมีความจำเป็นทางธุรกิจก็สามารถขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้ โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (5) - (10) ดังนี้

2.1) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายแข่งขัน การกระทำนี้จะเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบการในแนวตั้ง โดยคำว่า “ลูกค้า” จะหมายถึงผู้จัดจำหน่าย (Distributor)

2.2) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ กล่าวคือกฎหมายจะห้ามการแบ่งเขตการซื้อหรือกำหนดตัวผู้แต่ละฝ่ายจะซื้อ

2.3) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิตซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งการตกลงกันดังกล่าวนี้เป็นการทำให้ปริมาณสินค้าลดลงเพื่อให้เกิดความต้องการสูงขึ้น สังเกตได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า “เพื่อ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องมีเจตนาพิเศษด้วย

2.4) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

2.5) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (Sole Distributor) การกระทำความดังกล่าวยังถึง การที่ผู้ผลิตตกลงร่วมกับผู้แทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว หากใช่เป็นการตกลงของผู้ผลิตมากกว่า 1 ราย ร่วมกันแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว คนเดียวกันให้จำหน่ายสินค้าไม่

2.6) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่าย เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกระทำความดังกล่าวยังถึงเป็นการควบคุมไปตลอดแนวของผู้ประกอบการ หรือ Full line closing

ดังนั้นการพิจารณาการกระทำใดว่าเป็นความผิดหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ต้องพิจารณา ดังนี้

1. ต้องเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ
2. กระทำการใด ๆ ตามพฤติกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1)-(4) หรือ กระทำการใด ๆ ตามพฤติกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (5)-(10) โดยไม่ได้รับอนุญาต

3. อันส่งผลเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด

สำหรับเงื่อนไขในการขออนุญาตกระทำการตามมาตรา 27 (5)-(10) นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีความจำเป็นทางธุรกิจสามารถขออนุญาตกระทำการดังกล่าวได้ โดยการยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยกฎหมายกำหนดให้คำขออนุญาตนั้นอย่างน้อยจะต้อง

- 1) มีเหตุผลและความจำเป็นในการขอกระทำพฤติกรรมตามข้อห้าม
- 2) ระบุวิธีดำเนินการ หรือรายละเอียดของการกระทำที่จะขออนุญาต
- 3) กำหนดระยะเวลาที่จะขอดำเนินการร่วมกันกับผู้ประกอบการอื่น

คณะกรรมการจะพิจารณาอนุญาต โดยขึ้นอยู่กับหลัก “ความจำเป็นทางธุรกิจ” ที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบการธุรกิจ ซึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่าง

ร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวม เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นให้กระทำการร่วมกันอันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันได้ เช่น การจำหน่าย (Distribution) ของผู้ประกอบการบางประเภท ซึ่งอาจจะจำเป็นในกรณีของการเริ่มประกอบธุรกิจ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้กฎหมายมีความเข้มงวดเกินไป และเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจ อีกทั้งเพื่อให้การกระทำดังกล่าวเกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและประโยชน์ของส่วนรวม ในขณะที่เดียวกันมิให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องร่วมกันหรือร่วมมือกัน ลดหรือจำกัดการแข่งขัน เพื่อพัฒนาประสิทธิภาพการผลิต การจำหน่าย หรือส่งเสริมการส่งออก เนื่องจากสภาพการดำเนินธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อันเป็นการส่งเสริมภาวะเศรษฐกิจภายในประเทศด้วย ซึ่งแม้จะมีการอนุญาตให้กระทำได้แต่ก็อยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลา คือให้กระทำได้ภายใต้ขอบเขต และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด หรือระยะเวลาที่กำหนดให้กระทำการชั่วคราวเท่านั้น โดยจะมีการตรวจสอบจากคณะกรรมการอยู่ตลอดเวลา และในกรณีที่พบการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง คณะกรรมการก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตได้ ดังนั้นการให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้กระทำจึงเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความจำเป็นอย่างแท้จริง หากไม่ดำเนินการอย่างเคร่งครัดและรอบคอบแล้วจะทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้นเสียไปได้ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะกรรมการไม่อนุญาตให้กระทำการดังกล่าว ผู้ประกอบการก็ยังคงสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 28 สำหรับประเด็นเรื่อง ลักษณะของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้น กฎหมายได้กำหนดเพียง ห้ามมิให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรงเท่านั้น โดยไม่ได้มีการบรรยายลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นองค์ประกอบความผิดโดยละเอียดเหมือนดังเช่น มาตรา 27 กล่าวคือ ได้กำหนดเพียงแต่ผลของการกระทำว่าห้ามดำเนินการใด ๆ เพื่อจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคโดยตรงเท่านั้น อีกทั้งไม่ได้กำหนดพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตกระทำการเป็นการชั่วคราวได้

เห็นว่าหากผู้ประกอบการซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรมีพฤติกรรมใดที่เข้าข่ายในการทำให้ผู้บริโภคซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง จะมีความผิดตามมาตรา 28 นี้ และผู้ประกอบการที่มีความจำเป็นทางธุรกิจบางประการที่อาจจะต้องกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรานี้ ก็ไม่สามารถขออนุญาตกระทำการดังกล่าวนี้ได้ในทุก ๆ กรณีและทุก ๆ เงื่อนไข

ดังนั้น จึงเกิดคำถามตามมาว่า มาตรการทางกฎหมายของมาตรา 27 และ 28 เป็นมาตรการสำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมิให้สมคบกัน เพื่อมิให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดการแข่งขันกัน แต่เหตุใดการบัญญัติกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงมีความแตกต่างกัน ในเรื่องลักษณะหรือระดับของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิด และการขออนุญาตเป็นการชั่วคราว

โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามิใช่เหตุผลเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของมาตราทั้งสองแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 27 มีเจตนารมณ์ต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบธุรกิจมิให้มารวมกันหรือร่วมมือกัน เพื่อการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้านึง หรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยจะมุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน ในขณะที่มาตรา 28 เป็นมาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งนำเข้าสินค้ามาขายในประเทศ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีสัญญากับบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ ที่จะกีดกันมิให้ผู้อื่นสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้เองโดยตรงจากบริษัทเจ้าของสินค้าหรือบริการ เห็นได้ว่ามาตรการนี้ไม่ได้จะมุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกัน อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวนี้แม้มิได้เป็นการกระทำอันส่งผลต่อสภาพตลาดให้เป็นการผูกขาด การลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดโดยตรงก็ตาม แต่การที่ผู้บริโภคต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อ หรือถูกกีดกันเสรีภาพทางการค้า ก็ถือได้ว่าส่งผลกระทบต่อสภาพตลาดในทางอ้อมอยู่ดี และการที่มาตรา 28 ห้ามเฉพาะกรณีการซื้อมาใช้เองเท่านั้น ก็เนื่องมาจากไม่ต้องการให้มาตรการนี้ขัดต่อหลักปฏิบัติสากลทางการค้าตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

อีกทั้งจากรายงานการประชุมร่างกฎหมายฉบับนี้อาจารย์สุธีร์ ศุภนิธย์ ได้กล่าวไว้ว่า มาตรา 28 เป็นเพียงการยืนยันหลักการห้ามกระทำการร่วมกัน แม้จะมีผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ตาม

ส่วนกรณีการขออนุญาตกระทำการจากคณะกรรมการกระทำการเป็นการชั่วคราวนั้น ก็มีหลักเกณฑ์ว่าการกระทำนั้นต้องมีความจำเป็นทางธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวม อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้พฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตกระทำได้มีเพียงในมาตรา 27 (5)-(10) เท่านั้น ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากหากพิจารณาตามมาตรา 27 (1)-(4) และมาตรา 28 แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นเรื่องการค้าตกลงเรื่องราคา (price-fixing agreement), การครอบครองตลาด, การซื้อประมูล (bid rigging) และการกีดกันหรือจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อโดยตรง ซึ่งการกระทำทั้งหลายเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีความจำเป็นทางธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจก็ตาม แต่การ

กระทำทั้งหลายนี้ก็ถือได้ว่าการก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และกระทบประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญของผู้บริโภคโดยรวม จึงถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถขออนุญาตกระทำการร่วมกันหรือร่วมมือกันได้ทุกกรณี

ดังนั้นการที่บัญญัติกฎหมายของมาตรา 27 และมาตรา 28 ให้มีความแตกต่างกันในเรื่องลักษณะหรือระดับของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความ จึงมีเหตุผลเนื่องมาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยมาตรา 27 มุ่งเน้นไปที่การป้องกันสภาพตลาดมิให้ถูกบิดเบือนจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ซึ่งถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมมิให้เกิดการร่วมกันหรือร่วมมือกัน ส่วนมาตรา 28 เป็นเพียงการขึ้นชั้นหลักการห้ามกระทำการร่วมกันของมาตรา 27 ว่าแม้จะมีผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรก็ไม่สามารถการกระทำการร่วมกันตามกฎหมายนี้ได้ จึงอาจทำให้มองได้ว่ามาตรา 28 มีระดับของการห้ามกระทำที่แตกต่างไปจากของมาตรา 27 ส่วนกรณีการขออนุญาตกระทำการร่วมกันนั้น การขออนุญาตก็จะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการร่วมกันกีดกันหรือจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อโดยตรงตามมาตรา 28 นี้ ถือเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และกระทบผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญของผู้บริโภคโดยรวม กฎหมายจึงมิได้กำหนดให้สิทธิของผู้ประกอบการให้สามารถขออนุญาตกระทำการร่วมกันในกรณีนี้ได้ ซึ่งจะคล้ายกับกรณีตามมาตรา 27 (1)-(4) ดังที่กล่าวมาทั้งหมด