

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

การแข่งขันทางการค้าถือเป็นนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศที่เปิดเสรีทางการค้า โดยยึดหลักให้ผู้ประกอบการหลายรายสามารถจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันได้ในราคาและคุณภาพที่แตกต่างกันตามกลไกตลาด อันเป็นวิธีการหนึ่งในการกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศให้สามารถดำเนินการแข่งขันประกอบธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพและในขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์แก่ประชาชนที่เป็นผู้บริโภคซึ่งจะสามารถเลือกซื้อสินค้าได้อย่างมีคุณภาพและในราคาที่ถูกลง อย่างไรก็ตาม แม้จะมีแนวคิดในการเปิดให้มีการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างเสรีแต่ในทางปฏิบัติก็ยังพบว่ามีปัญหาการผูกขาดทางการค้า จึงเป็นที่มาของการมีพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าด้วย

ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในบทนี้จึงได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ส่วนที่ 2 ทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ส่วนที่ 3 พัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ซึ่งแต่ละส่วนมีรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2.1.1 แนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่า ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการแข่งขันนั้นความสำคัญของการแข่งขันในแง่ของเศรษฐกิจ หมายความว่า การแข่งขันเพื่อให้ได้ลูกค้าหรือผู้บริโภคในตลาด แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือ ผลของการแข่งขันที่มีต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (Perfect competition)

เศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นระบบเสรีนิยม โดยระบบเสรีนิยมนี้เป็นระบบเศรษฐกิจที่เอกชนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ โดยที่รัฐบาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ รัฐบาลทำหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและการจัดสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ ดังนั้น เอกชนจึงเป็นผู้ตัดสินใจว่า จะผลิตอะไร ผลิตอย่างไร โดยมีราคาเป็นตัวกำหนดว่ามีผู้บริโภคมากน้อยเพียงใด หรือมีผู้ผลิตจำนวนเท่าใด ณ ราคานั้นๆ ถ้าใครคือแรงจูงใจของการผลิต จึงทำให้ระบบเศรษฐกิจมีการแข่งขันทางราคาสูงมากและ เป็นไปอย่างเสรี ทั้งนี้เพราะราคาถูกกำหนดขึ้นมาจากอุปสงค์และอุปทานของตลาด ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศแรกที่ใช้ระบบนี้ เพราะมีความรุ่งเรืองทางด้านธุรกิจและอุตสาหกรรมมาก่อน ประชาชนชาวอังกฤษเองก็มีอาชีพทางการค้ามาช้านาน โดยใช้ทรัพยากรทั้งในและนอกประเทศ และภายใต้ระบบเศรษฐกิจในลักษณะนี้ บุคคลมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ที่จะถือทรัพย์สินส่วนตัว มีเสรีภาพที่จะเลือกการบริโภคการตัดสินใจในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ จะทำโดยผ่านระบบตลาดแข่งขัน โดยที่ราคาในตลาดจะเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความต้องการของสังคม

หลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีที่สำคัญพอสรุปได้ดังนี้²

1) การถือสิทธิในทรัพยากร ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม ยอมรับเรื่องกรรมสิทธิ์ คือ ยอมให้หน่วยธุรกิจหรือเอกชนเป็นเจ้าของทรัพย์สินและปัจจัยการผลิตได้ ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านี้จึงมีสิทธิเสรีภาพในการจัดการใดๆ กับทรัพย์สินของตนก็ได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336)³

2) เสรีภาพในการประกอบการ ทั้งปัจเจกบุคคลและกลุ่มบุคคลที่เป็นองค์การหรือหน่วยธุรกิจ ต่างมีเสรีภาพอย่างเต็มเปี่ยมในการประกอบการใด เพื่อจัดดำเนินการกับปัจจัยการผลิต และทรัพย์สินของตนได้อย่างอิสระ ปราศจากการบังคับควบคุมจากสิ่งใดๆ ทั้งสิ้น

¹ ศักดา ธนิตกุล. (2555). *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ Law and Economics (ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด)* พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 4.

² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. (2538). *เอกสารการสอนประจำชุดวิชา หลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8* พิมพ์ครั้งที่ 18. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. หน้า 57.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1336 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย”.

3) กำไรเป็นเครื่องจูงใจ ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีกำไรซึ่งเป็นส่วนของรายได้ที่เพิ่มขึ้นมาจากการลงทุน เป็นสิ่งสำคัญในการจูงใจให้หน่วยธุรกิจผู้ผลิตทำการผลิต โดยมุ่งนำเทคนิคใหม่ๆ มาช่วยลดต้นทุนการผลิตเพื่อที่จะได้กำไรสูงสุด ส่วนผู้บริโภคจะยึดเกณฑ์การเลือกบริโภคสินค้าและบริการที่จะนำความพอใจสูงสุด ด้วยการจ่ายเงินน้อยที่สุด โดยทำการเปรียบเทียบความต้องการของตนเองจากบรรดาสินค้าชนิดต่างๆ

4) กลไกของราคา ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีใช้ราคาเป็นตัวตัดสินใจว่าปัญหาพื้นฐานด้านการผลิต คือ ผู้ผลิตตัดสินใจว่าจะผลิตอะไร เป็นจำนวนเท่าใด โดยดูแนวโน้มความต้องการของผู้จ่ายเงินซื้อสินค้าชนิดต่างๆ และระดับราคาสินค้าที่ผู้บริโภคยินดีที่จะจ่ายเพื่อที่จะซื้อสินค้านั้น ถ้าผู้บริโภคต้องการสินค้าชนิดใดมากก็จะใช้เงินซื้อสินค้านั้นมาก แม้ราคาจะสูงก็ยังคงซื้ออยู่เมื่อเป็นเช่นนั้นผู้ผลิตก็จะทุ่มทุนกำลังการผลิต ผลิตสินค้าชนิดนั้น เพราะมั่นใจว่าขายได้แน่นอน วิถีดูแนวโน้มของราคาและพฤติกรรมของผู้บริโภคนี้เองเป็นตัวกำหนดที่ผู้ผลิตใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจว่าจะผลิตอะไร ในปริมาณเท่าใด ราคาในระบบเศรษฐกิจเสรีจึงทำหน้าที่บ่งชี้และควบคุมการทำงานภายในระบบเศรษฐกิจ จนกล่าวกันว่า ราคาทำหน้าที่แทนผู้บริโภค ซึ่งทางให้ผู้ผลิตผลิตเฉพาะสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการ

5) บทบาทของรัฐ ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนี้ รัฐจะไม่เข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจเลย รัฐทำหน้าที่เพียงด้านอำนวยความสะดวกและป้องกันประเทศ โดยที่รัฐบาลจะเป็นฝ่ายให้บริการและอำนวยความสะดวกแก่เอกชนหรือผู้ผลิตสินค้าและบริการ ดังเช่น อดัม สมิท ได้กำหนดและวางหน้าที่บางอย่างแก่รัฐ คือ การป้องกันประเทศจากการรุกรานโดยใช้กำลัง ไม่ว่ารูปแบบใดๆ ทั้งภายในและภายนอกประเทศ การคุ้มครองมิให้พลเมืองได้รับความยุติธรรม หรือการกดขี่ข่มเหงจากการกระทำของพลเมืองด้วยกันเองการสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ เพื่ออำนวยความสะดวกต่อประชาชน เป็นต้น

ความสำคัญของการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอีกประการหนึ่งก็คือ ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีจะเป็นกลไกในการคัดเลือกหน่วยธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ ที่จะสามารถอยู่รอดได้ในสังคม จากความสำคัญของการแข่งขันทางการค้าในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จึงมีการตรากฎหมายที่มีแนวคิดในอันที่จะทำให้เกิดภาวะทางการค้าที่มีการแข่งขันโดยเสรี (Free competition) และป้องกันการกระทำต่างๆ ซึ่งอาจทำให้การแข่งขันถูกจำกัดหรือมีการแข่งขันที่น้อยลง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าหากสนับสนุนให้มีการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีมากขึ้นเท่าใด ก็จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนและผู้บริโภคโดยรวมมากยิ่งขึ้นเท่านั้น และในทางตรงกันข้ามหากปราศจากการแข่งขันทางการค้าของบรรดาผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้า ก็จะเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคตลอดไปถึงเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วย

สรุปได้ว่า ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นระบบเศรษฐกิจที่ใช้นโยบายด้านราคาเป็นเครื่องมือตัดสินปัญหาพื้นฐานของราคาสินค้าบริการและปัจจัยการผลิตทุกชนิด โดยความต้องการหรืออุปสงค์ (demand) ของผู้บริโภคจะเป็นดัชนีชี้ให้เห็นถึงความต้องการสินค้าและบริการของตน โดยแสดงออกจากการจ่ายเงินเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการนั้นๆ ปริมาณที่เสนอสินค้า (supply) ที่น้อยกว่าหรือต่ำกว่าความต้องการหรืออุปสงค์ของผู้บริโภค จะทำให้ราคาสูงขึ้น ในทำนองกลับกันถ้าอุปทานมีมากกว่าอุปสงค์ราคาสินค้าก็จะต่ำลงมา จะเห็นได้ว่าระบบเศรษฐกิจดังกล่าวความต้องการของผู้บริโภคจะเป็นตัวกำหนดว่าผู้ผลิตควรจะผลิตอะไร เพื่อให้การใช้ทรัพยากรเป็นไปตามความต้องการของผู้บริโภคอย่างแท้จริงโดยมีกำไรซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดว่าสินค้านั้นๆ เป็นที่ความต้องการของผู้บริโภคหรือไม่ และในส่วนของผู้บริโภคนั้นก็มิมีอิสระในการเลือกสินค้าหรือบริการเหล่านั้นด้วยตัวเอง⁴

ข้อดีของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

- 1) เกิดแรงจูงใจในการทำงาน เพราะทำแล้วรายได้ตกเป็นของตนเอง
- 2) เนื่องจากผู้ผลิตแต่ละรายต้องแข่งขันกันขายสินค้าและบริการให้มากที่สุด จึงต้องปรับปรุงเทคนิคการผลิตอยู่เสมอ ทำให้คุณภาพของงานและคุณภาพของสินค้าดีขึ้น
- 3) ผู้ผลิตสินค้ามีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะผลิตอะไร ผลิตอย่างไร และผลิตในปริมาณเท่าใด
- 4) ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกบริโภคสินค้าและบริการต่างๆ ในราคาที่เป็นธรรมมากที่สุด

ข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

- 1) ทำให้การกระจายรายได้ของประชาชนไม่เท่าเทียมกัน เพราะบุคคลในสังคมต่างมีทรัพย์สินไม่เท่าเทียมกัน บุคคลที่มีทรัพย์สินมากย่อมมีความได้เปรียบบุคคลที่มีทรัพย์สินน้อยกว่า ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินเป็นแหล่งกำหนดรายได้ คนที่มีทรัพย์สินมากย่อมแสวงหารายได้จากทรัพย์สินของตนได้มาก โอกาสที่จะสร้างความเหลื่อมล้ำทางรายได้ของบุคคลในสังคมจึงมีมาก ซึ่งหากคนที่มีทรัพย์สินมากหรือที่เรียกว่า “นายทุน” เป็นบุคคลที่ขาดจริยธรรมแล้ว โอกาสที่นายทุนจะเอาเปรียบผู้อื่นย่อมมีมากเพราะมักจะขาดจริยธรรมและคำนึงถึงแต่ประโยชน์ทางเศรษฐกิจและกำไรเป็นสำคัญ และจะส่งผลให้เกิดแรงกดดันและความระส่ำระสายทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม

⁴ ภูษิต โมกขมรรคกุล. (2543). *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 8.

⁵ พัชร สุวรรณศรี และสุภัทณี เปี่ยมสุวรรณกิจ. (2561). *เศรษฐกิจโลก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.baanjomyut.com/library/global_community/03_2_2.html. [2561, 10 กรกฎาคม].

จึงมีผลให้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมต้องเสื่อมลงในบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน เวียดนาม เป็นต้น

2) ในบางสถานการณ์ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมไม่สามารถจะนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ได้ เช่น ในภาวะฉุกเฉินหรือภาวะสงคราม หากรัฐบาลปล่อยให้เอกชนดำเนินการเศรษฐกิจเองโดยเสรี สถานการณ์ทางเศรษฐกิจอาจจะเลวลงกว่าที่เป็นอยู่ เช่น ประเทศอังกฤษ สมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐบาลต้องเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมของเอกชน เพราะกลไกราคาใช้ไม่ได้ผลทำให้เกิดการขาดแคลนสินค้าและบริการต่างๆ จนต้องใช้อำนาจรัฐ

3) ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม หากมีผู้ผลิตสินค้าและบริการน้อยราย โอกาสที่ผู้ผลิตที่จะรวมตัวกันเพื่อผูกขาดการผลิตสินค้าและบริการย่อมเป็นไปได้ง่าย เพราะรัฐบาลไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้ ผลเสียจะตกอยู่กับผู้บริโภคและผู้ใช้แรงงาน ซึ่งถูกเอาเปรียบโดยการขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้น และกดค่าจ้าง ค่าแรงงานให้ต่ำลง

เมื่อพิจารณาถึงหลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมแล้ว จะพบว่า เป็นระบบที่เอื้อประโยชน์ให้ผู้ประกอบการสามารถหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจได้อย่างเต็มที่ และถ้าไม่มีการควบคุมดูแลและปล่อยให้ดำเนินไปตามหลักการของระบบอย่างเต็มที่แล้ว จะทำให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ซึ่งมีอำนาจในทางการเงินมีแนวโน้มที่จะทำการควบคุมกลไกแห่งราคาตลาดและก่อให้เกิดการผูกขาดขึ้นได้ จะทำให้ผลเสียตกไปสู่ประชาชนผู้บริโภค รวมถึงผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กที่ต้องรับผลโดยตรงต่อการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนี้

จากเหตุผลดังกล่าว จึงทำให้รัฐต้องเข้ามาควบคุม เพื่อตีกรอบในการดำเนินธุรกิจให้อยู่ในระบบการแข่งขันอย่างเสรี ไม่จำกัดการแข่งขัน และการผูกขาดทางการค้า ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม โดยมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการให้อยู่ร่วมกันได้ โดยไม่ก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบและเพื่อให้การแข่งขันแบบเสรีดำรงอยู่ได้ และทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชนอย่างสูงสุด⁶

2.1.2 หลักเสรีภาพทางเศรษฐกิจ

หลังยุคปลดปล่อยอาณานิคม (Decolonization Period) และการประกาศอิสรภาพของเหล่าอาณานิคมทั้งหลายเป็นประเทศที่เป็นเอกราชใหม่ (New independent countries) จึงได้มีการเรียกร้องอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และการจัดตั้งระบบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (The New International Economic Order) เพื่อประเทศทั้งหลายในโลกนี้ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศที่กำลัง

⁶ พัชร สุวรรณศรี และสุภัทณี เข็มสุวรรณกิจ. (2561). *เศรษฐกิจโลก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.baanjommyut.com/library/global_community/03_2_2.html. [2561, 10 กรกฎาคม].

พัฒนาที่ยากจนและไม่ได้รับความเป็นธรรมใน ส่วนแบ่งแห่งความมั่งคั่งของทรัพยากรในโลกนี้ จะสามารถดำเนินการทางเศรษฐกิจในครรลองของตนเองและสามารถใช้ประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติในประเทศของตนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและเป็นธรรมแก่ประเทศ เจ้าของทรัพยากรธรรมชาตินั้นบนทางเลือกที่เป็นอิสระแห่งตน เหตุผลที่สำคัญยิ่งอีกประการหนึ่ง ในการเรียกร้องความเป็นธรรมในระบบเศรษฐกิจใหม่ของโลก คือ การไม่มีโอกาสเข้าถึงการพัฒนา ทางเทคโนโลยีและการศึกษา ทั้งนี้เนื่องจากความยากจนที่แนบเนื่องกับวิถีชีวิตผู้คนเหล่านี้ จากการ ไม่ได้รับส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของความมั่งมีในโลกนี้ ด้วยประชากรกว่า 80% บนโลกนี้ได้รับและ ต้องแบ่งปันความอุดมสมบูรณ์ทางเศรษฐกิจในสัดส่วนเพียง 20% ของความมั่งมีในโลกนี้ ในขณะที่ ประชากรเพียง 20% เป็นเจ้าของความมั่งคั่งในโลกนี้ถึง 80% ความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจอย่าง รุนแรงนี้ทำให้ประชากรที่ยากไร้ไม่สามารถเข้าถึงการศึกษาและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่จะ นำมาพัฒนาตนเองได้ เกิดเป็นวงจรแห่งความยากไร้วนเวียนอยู่อย่างไม่อาจจะหลุดพ้นภาวะแห่ง ความลำบาก ยากจนและการไม่มีโอกาสได้รับการพัฒนามากขึ้นได้เลย

นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการประมวลและพัฒนาหลักการว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อการพัฒนา (The International Development Law) นำมาสู่การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการ กำหนดระบบเศรษฐกิจใหม่ของโลก ทั้งนี้ภายใต้การดำเนินการของสหประชาชาติ ซึ่งมีสมาชิกที่ เป็นประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยมีฉันทามติ (Consensus) รับรอง กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Rights and Duties of States) ซึ่งสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการจัดตั้งระบบเศรษฐกิจ ใหม่ของโลก (The UN Declaration on the Establishment of a New International Economic Order) แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าอนุสัญญาดังกล่าวออกมาเป็นเพียงปฏิญญาทางการเมือง (Political declaration) ในลักษณะของการมีฉันทามติ (Consensus) โดยไม่มีการออกเสียงลงมติแต่อย่างใด (Adopted without a vote) และประมุขห้าอำนาจไม่ถือว่าปฏิญญาแห่งสหประชาชาติดังกล่าวมีผลผูกพันทาง กฎหมาย ซึ่งในความเป็นจริงฉันทามติดังกล่าวสมควรที่จะได้รับการออกเสียงลงมติเพื่อให้มีผล ผูกพันทางกฎหมาย เพื่อที่จะได้เป็นตราสารสันทางกฎหมายระหว่างประเทศนำมาสู่การปฏิบัติและ บังคับใช้กับการทำธุรกิจ และการดำเนินการทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่อไป⁷

แนวคิดในการก่อตั้งสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจภายใต้กรอบของระเบียบเศรษฐกิจใหม่ ของโลกนั้นมีมูลฐานและแรงผลักดันมาจากความเป็นจริงของสถานะทางเศรษฐกิจของโลกอย่าง แท้จริง ที่มีความเหลื่อมล้ำอย่างยิ่ง ดังนั้น หลักการแรกที่ได้รับการพิจารณา คือ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิ

⁷ ปภากัทร อัครางกูร. (2550). ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐกิจกับการเมือง. *วารสารศูนย์บริการวิชาการ*, 15 (4), หน้า 26.

ทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) และวิวัฒนาการของการกำหนดกฎเกณฑ์และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (The New International Economic Order) ซึ่งเรียกว่าปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (UN Declaration on the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order) ซึ่งมีหลักการที่แตกต่างจากกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิแห่งพลเมืองของมนุษยชาติ (Covenant on the Political Rights of Man) ซึ่งได้มีการรับรองหลักการในตราสารอื่นอีกฉบับ คือกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจของมนุษย์ (Covenant on the Social and Economic Rights of Man) ขณะเดียวกันคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Commission on Human Rights) ได้จัดทำร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) ขึ้นในปี ค.ศ. 1970 ได้มีปฏิญญาทางการเมืองว่าด้วยหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ฉันมิตรของรัฐที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ (The Political Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations of States in accordance with the UN Charter) เพื่อกำหนดกรอบแห่งการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศรวมทั้งทางเศรษฐกิจบนพื้นฐานแห่งมิตรภาพสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ⁸

สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Association) ได้รับรองปฏิญญาว่าด้วยการพัฒนาหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง อันเกี่ยวเนื่องกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (The Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law relating to a New International Economic Order) หรือ ที่เรียกว่า ปฏิญญากรุงโซล (Seoul Declaration) ในการประชุมครั้งที่ 62 ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงโซล เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 1986 ซึ่งเป็นที่น่ายินดีที่ปฏิญญาดังกล่าวได้รับการรับรองโดยฉันทามติ รวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย แต่สหรัฐอเมริกากลับไม่ยอมรับรองปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Right to Development) ซึ่งที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติได้ผ่านความเห็นชอบออกมาในปีเดียวกัน ปฏิญญากรุงโซลดังกล่าวนั้นจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยลักษณะทางกฎหมายของระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก โดยทีมผู้เชี่ยวชาญถาวรของคณะกรรมการ ซึ่งทำงานอย่างหนักถึง 5 ปี กว่าจะได้ปฏิญญาฉบับดังกล่าวขึ้น

องค์ประกอบของปฏิญญากรุงโซลได้เริ่มพัฒนาโดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติซึ่งได้รับพิจารณาข้อเสนอว่าด้วยวิวัฒนาการเกี่ยวกับหลักหลักการแห่งกฎหมายการพัฒนาเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Consolidation and Progressive Evolution of the Norms and Principles

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

of International Economic Development Law) ในที่ประชุมครั้งที่ 30 ปี ค.ศ. 1975 ซึ่งได้มีการศึกษาข้อเสนอแนะดังกล่าวถึง 13 ปี โดยสถาบันฝึกอบรมและการวิจัยแห่งสหประชาชาติ (The UN Institute for Training and Research – UNITAR) อย่างไรก็ตาม ผลการศึกษาวิจัยเพียงแต่รับรองว่ามีความประสงค์ที่จะประมวลและพัฒนาหลักการและปทัสถานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวเนื่องกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก รวมทั้งพิจารณามาตรการและกระบวนการที่เหมาะสมเพื่อที่จะทำการประมวลหลักการพัฒนาเพื่อความก้าวหน้า และพิจารณาว่าควรจะดำเนินการโดยหน่วยงานใดหรือการประชุมใด⁹

ในปี ค.ศ. 1986 สหประชาชาติได้ออกปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Right to Development) แต่ไม่ได้รับฉันทามติ ซึ่งมีเพียงสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะรับรองสิทธิดังกล่าว ในขณะที่ประเทศสมาชิกอื่นๆ 146 ประเทศได้ให้การรับรองปฏิญญาดังกล่าวรวมทั้งประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นว่า สิทธิในการพัฒนาเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แต่สหรัฐอเมริกากลับโต้แย้งว่าการพัฒนาไม่ใช่สิทธิในตัวเอง แต่เป็นผลพวงของสิทธิต่างๆ เช่นสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิที่จะซื้อ จะขายได้อย่างเสรี สิทธิในการทำสัญญา สิทธิที่จะไม่ถูกจัดเก็บภาษีส่วนเกิน สิทธิที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎ ระเบียบจากภาครัฐที่เป็นภาระสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการพัฒนาไม่ใช่สิทธิแต่เป็นผลของสิทธิอื่นๆ ที่แต่ละรัฐมีความสามารถแสวงหามาได้ เช่นสิทธิในการได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จึงใช้สิทธิที่ได้มานี้ไปแสวงหาผลประโยชน์ จนมีฐานะทางเศรษฐกิจ จึงมีฐานะทางเศรษฐกิจที่จะพัฒนาประเทศและประชาชนของตนในด้านต่างๆ จะเห็นได้ว่ามุมมองของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้เห็นว่าการพัฒนาเป็นสิทธิของมนุษย์ในตัวเอง แต่การจะได้รับการพัฒนาต่อเมื่อได้แสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเองเสียก่อนจนมีความมั่งคั่งจึงสามารถนำความมั่งคั่งนั้นมาพัฒนาตนเองนั่นเอง ในปี 1986 ได้มีการตรากฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน โดยเริ่มมีผลบังคับในวันที่ 21 ตุลาคม 1986 และมีการจัดตั้งคณะกรรมการแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน¹⁰

ภายใต้กรอบของสหประชาชาติ ประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาได้เสนอที่จะให้มีการประมวลปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศ โดยเสนอให้ผนวกกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐเข้ามาด้วย โดยถือว่าเป็นมูลฐานของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนา และวาระแรกที่สำคัญ คือ

⁹ สุวิชา เป้าอารีย์. (2561). *ความเสมอภาค: แนวคิดและข้อถกเถียงเบื้องต้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.kmutt.ac.th/jif/public_html/Download/Format_Checker/4/25.pdf. [2561, 10 กรกฎาคม].

¹⁰ สุวิชา เป้าอารีย์. (2561). *ความเสมอภาค: แนวคิดและข้อถกเถียงเบื้องต้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.kmutt.ac.th/jif/public_html/Download/Format_Checker/4/25.pdf. [2561, 10 กรกฎาคม].

การคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ในการที่จะมีอาหารและที่อยู่อาศัย กล่าวคือปัจจัยที่สำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์นั่นเอง ซึ่งแต่เดิมในปี ค.ศ. 1974 นั้น ที่ประชุมอาหารโลก (The World Food Conference) ได้มีการรับรอง ปฏิญญาสากลว่าด้วยการขจัดความอดอยาก หิวโหย และภาวะทุพโภชนาการ (The Universal Declaration on the Eradication of Hunger and Malnutrition) โดยประกาศว่ามนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะหญิงหรือชาย เด็กหรือผู้ใหญ่ คนชราหรือหนุ่มสาว ทุกคนมีสิทธิที่ไม่อาจพรากจากไปได้ที่จะปลอดจากความอดอยาก หิวโหย และภาวะทุพโภชนาการ แต่ในความเป็นจริงปรากฏว่าจำนวนมนุษย์ที่อดอยากหิวโหย กลับเพิ่มปริมาณสูงขึ้นโดยลำดับ ทั้งๆ ที่การผลิตอาหารมีปริมาณสูงมากขึ้นสวนทางกัน นับจากปี ค.ศ. 1970 ถึงปี ค.ศ. 1980 จำนวนประชาชนที่อดอยากหิวโหยเพิ่มสูงขึ้นปีละ 1.5 ล้านคนทุกๆ ปี ประชาชนเกือบพันล้านคนที่ตกอยู่ภายใต้ภาวะทุพโภชนาการ อดอยากหิวโหยหากจะพิจารณาจำนวนอาหารและทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในโลกนี้จะพบว่า โลกผลิตอาหารและสามารถสร้างที่อยู่อาศัยให้แก่ประชากรในโลกนี้ทุกคนได้อยู่อาศัยและดำรงชีพได้อย่างเพียงพอ มติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ 41/146 ได้รับรองสิทธิของมนุษย์ในการมีที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม เพียงพอ (Resolution 41/146, Realization of the Right to adequate Housing) และสิทธิดังกล่าวถือเป็นสิทธิขั้นมูลฐานของการเกิดมาเป็นมนุษย์ตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยระบุว่ามนุษย์ทุกคนที่เกิดมานับแต่เกิดจนตายจะต้องมีสิทธิที่จะได้รับ หรือได้ใช้ที่ดินเพื่อสร้างบ้านเรือน อยู่อาศัยสำหรับตนเองและครอบครัวและสิทธิดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 25 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในที่ประชุมสหประชาชาติ ในปีสากลสหประชาชาติว่าด้วยการให้ที่อยู่อาศัยแก่คนที่ไร้ที่อยู่ (The United Nations International Year of Shelter for the Homeless 1987) ได้ระบุว่า ประชากรในโลกนี้ยังคงไม่ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานนี้อย่างแท้จริง ด้วยปรากฏว่ามนุษย์กว่าพันล้านคนที่ไม่มียู่อาศัย และกว่าร้อยละล้านคนที่ไม่มีแม้แต่เริ่มเงาสำหรับกำบังแดดลม ต้องอยู่กลางแจ้ง หนึ่งในหกของประชากรโลกอาศัยอยู่ในชุมชนแออัด ขนาดที่พักอาศัยที่เหมาะสม¹¹

แต่ละประเทศย่อมมีภาระหน้าที่ในการจัดสรรที่อยู่อาศัยให้แก่คนในชาติอย่างเพียงพอและเหมาะสม แต่สำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ยากจนย่อมไม่มีกำลังและงบประมาณเพียงพอที่จะจัดสรร ที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึง องค์การแรงงานโลก (International Labor Organization – ILO) ได้คำนวณว่าต้องใช้งบประมาณ จำนวนประมาณ 116,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ในปี 2000) จึงจะสามารถจัดสรรที่อยู่อาศัยให้แก่ประชากรที่อยู่อาศัยในสลัมทั่วโลกได้ ถึงแม้ว่างบประมาณจำนวนกว่าแสนล้านเหรียญนี้จะป็นจำนวนมากมหาศาล แต่เมื่อเทียบกับงบประมาณของการจัดซื้ออาวุธสงครามแล้ว จะพบว่างบประมาณเพื่อที่อยู่อาศัยนี้เป็นเพียงผรุสดี

¹¹ สุวิชา เป้าอารีย์. (2561). *ความเสมอภาค: แนวคิดและข้อถกเถียงเบื้องต้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.kmutt.ac.th/jif/public_html/Download/Format_Checker/4/25.pdf. [2561, 10 กรกฎาคม].

ของงบประมาณค่าอาวุธสงครามเท่านั้น จากสถิติในปีค.ศ. 1985 พบว่างบประมาณจำนวนล้าน ล้าน เหรียญสหรัฐ หรือจำนวน 1.5 พันล้านเหรียญถูกใช้ไปเพื่อการสู้รบทุกๆ 1 นาที หรือ ทุกๆ 1 นาที โลกต้องสูญเสียงบประมาณคิดเป็นจำนวนประมาณถึง 6% ของผลผลิตของโลกไปอย่างน่าเสียดาย ในขณะที่ทุกๆ 1 นาที เด็กเสียชีวิตลงด้วยความอดอยากหิวโหยและโรคที่สามารถรักษาได้ปัจจัยหลายประการที่ทำให้ระบบเศรษฐกิจโลกไม่มีความสมดุลและประชากรในโลกนี้ต่างมีความไม่เท่าเทียมกัน ในการได้รับความเป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของโลก ความยากจนจึงสัมพันธ์กับปัจจัยเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นการรบกวนทำสงครามกัน ระบบการเมือง การปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ที่อยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกัน

ดังนั้นความสัมพันธ์ของประเทศต่างๆ ภายใต้ระบบเศรษฐกิจโลกจึงบ่งชี้ด้วยความไม่มั่นคง ความไม่เสถียรและความไม่สมดุลกัน หากจะแก้ไขปัญหาลำนี้ มนุษย์ทุกคนจึงต้องตระหนักว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของมวลประชาชาติ และร่วมกันกำหนดกรอบ ระเบียบเศรษฐกิจโลก ที่กำกับ ดูแล ความสัมพันธ์ของทั้งองค์กรธุรกิจและภาครัฐ ตลอดจนภาคประชาชนที่ดำเนินถึงเป้าหมายและวัตถุประสงค์ร่วมกันในการที่จะยกระดับชีวิต ความเป็นอยู่ของประชาชนทุกคนให้อยู่ในสภาพที่ไม่แตกต่างกันมากนักกรอบระเบียบเศรษฐกิจโลก ทั้งทางด้านการค้า การลงทุน การเงิน ตลอดจนการถ่ายโอนเทคโนโลยีจะอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ที่เอื้ออำนวยต่อการพัฒนาของประเทศที่ด้อยการพัฒนาว่า เพื่อยกระดับความสามารถและศักยภาพในการแข่งขันที่เท่าเทียมกัน ก่อนที่จะเข้าสู่ตลาดการแข่งขันทฤษฎีการค้าเสรีที่เน้นการยกเลิกอุปสรรคของการค้า การลงทุนและการเคลื่อนย้ายของเงินทุน จะมีผลสัมฤทธิ์สูงในภาวะที่ผู้แข่งขันสามารถที่จะแข่งขันบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน แต่มีศักยภาพในแต่ละธุรกิจที่แตกต่างกัน เมื่อผู้ได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบในธุรกิจหนึ่งสามารถชนะการแข่งขัน ผู้ที่เสียเปรียบกว่าก็ออกจากตลาดการแข่งขันไป และย่อมสามารถที่จะแสวงหาโอกาสในการเข้าสู่ตลาดที่ตนมีความสามารถอื่นๆที่ดีกว่าได้ เนื่องจากมีศักยภาพที่ไม่แตกต่างกัน แต่จะแตกต่างกันในความชำนาญการด้านใดด้านหนึ่งที่คิดว่าคู่แข่ง การแข่งขันย่อมนำมาสู่การเป็นเลิศในทุกทางของแต่ละสาขาวิชาชีพหรืออาชีพ หากการแข่งขันในตลาดนั้นผู้แข่งขันไม่สามารถที่จะแข่งขันกันได้ในทุกลักษณะ ผู้อ่อนด้อยกว่าย่อมสูญเสียและพ่ายแพ้ในการแข่งขัน ประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ควรจะต้องตกอยู่กับผู้บริโภคนย่อมจะถูกโอนไปยังประเทศที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า¹²

ทั้งนี้จากภาวะความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกันนี้ ส่งผลให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถเข้าสู่ตลาดเพื่อการส่งออกและอัตราการส่งออกลดลง จากสถิติ ในปี ค.ศ. 1980 ถึงปี ค.ศ. 1986

¹² ศักดา ธนิตกุล. (2545). โลกภิวัตน์ทางเศรษฐกิจกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. *วารสารจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 21 (1), หน้า 2.

พบว่า การส่งออกของประเทศที่กำลังพัฒนาลดลงจาก 33.6% เป็น 24.6% และสัดส่วนการนำเข้าก็ลดลงจาก 28.7% เหลือ 25.2% โดยภาพรวมพบว่ากว่า 80% ของทรัพยากรในโลกนี้ถูกใช้ และบริโภคโดยประเทศที่พัฒนาแล้ว ทั่วๆไปประชากรในกลุ่มประเทศที่พัฒนาดังกล่าวนี้มีจำนวนเพียง 15% ของประชากรโลกทั้งหมดนั้นย่อมหมายความว่าประชากรเพียง 15% ของโลกบริโภคทรัพยากรในโลกนี้กว่าสามในสี่ส่วน ปล่อยให้ประชากรกว่า 80% ต้องแบ่งปันทรัพยากรที่เหลือเพียง 20-30% ความยากจนจึงปรากฏไปทั่วโลกจากการขาดแคลนทรัพยากรทางเศรษฐกิจและทรัพยากร ซึ่งส่วนใหญ่เป็นทรัพยากรที่มาจากประเทศที่กำลังพัฒนาเป็นส่วนใหญ่ แต่ประเทศเหล่านี้กลับมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือเป็นหนี้รวมแล้วกว่า แสนล้านเหรียญ หรือประมาณ 40% ของผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศเหล่านี้ และจากภาวะของการมีหนี้สินมากมายเช่นนี้ ยิ่งส่งผลกระทบต่อศักยภาพในการพัฒนา การศึกษาและการเติบโตทางเศรษฐกิจ ทำให้ตกอยู่ในวังวนแห่งความยากจนต่อไป เนื่องจากเงินได้จากการส่งออกสินค้าและพืชผลทางการเกษตรที่มีอยู่เพียงเล็กน้อย เนื่องจากราคาพืชผลตกต่ำลง กลับต้องนำไปชำระหนี้ที่เพิ่มพูนขึ้นการแก้ไขปัญหาเหล่านี้จำเป็นต้องร่วมมือกันทุกฝ่ายทั้งประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งสร้างภาวะแวดล้อมตลอดจนปัจจัยที่จะเสริมสร้างศักยภาพของประเทศกำลังพัฒนาให้สามารถสร้างเสริมรายได้ และศักยภาพในการชำระหนี้ให้หมดสิ้นไปโดยเร็ว และมีความสมดุลระหว่างความสามารถในการเพิ่มรายได้กับการชำระหนี้สินและสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยี ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาที่มีความล่าช้าอยู่อย่างมากร¹³

เป็นที่ตระหนักชัดว่าจะปล่อยให้โลกมนุษย์มีการแบ่งแยกระหว่างประเทศที่มั่งคั่งร่ำรวย และประเทศที่ยากจนอย่างที่เป็นอยู่ต่อไปอีกไม่ได้และหนทางที่จะช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาที่ยากจนเหล่านี้ คือ การเคารพในสิทธิในการเข้าถึงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ตลอดจนองค์ความรู้ต่างๆ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้จะเป็นเครื่องมือในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์และยกระดับพื้นฐานทางเศรษฐกิจ นำมาสู่การจัดการความยากจน เสริมสร้างคุณภาพชีวิต ทำให้ประชากรมีที่อยู่อาศัย มีอาหารเพียงพอแก่การบริโภค มีการศึกษา มีการให้บริการทางด้านสาธารณสุข การรักษาพยาบาลอย่างทั่วถึง ความคิดดังกล่าวในการแบ่งปันองค์ความรู้ วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีจะต้องไม่มีพรมแดน ไม่มีการแบ่งแยก ไม่มีอุปสรรค ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่มีข้ออุปสรรคทางการเมืองที่แตกต่าง การถ่ายโอนเทคโนโลยีบนพื้นฐานของการแบ่งปันองค์ความรู้แก่ผู้ที่ด้อยโอกาสกว่าจะต้องเป็นหลักการที่

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

สำคัญ และเคารพในการเข้าถึงเทคโนโลยีของทุกประเทศโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา โดยอาศัยหลักการเกี่ยวกับมรดกของมวลมนุษยชาติ มาปรับใช้กับวิธีการนี้¹⁴

2.2 ทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2.2.1 ทฤษฎีในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (Fair Competition)

ในระบบเศรษฐกิจ การแข่งขันอย่างเสรีเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญยิ่งอันจะทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์การแข่งขันมีความหมายเป็นสองกรณี กรณีแรก หมายถึงการมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Freedom) กล่าวคือทุกคนในสังคมมีเสรีภาพในการที่จะผลิตสินค้าหรือเสนอบริการใดๆ ได้ตามใจปรารถนา โดยจะเลือกใช้เทคนิควิธีการผลิตที่ตนเห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นผู้กำหนดจำนวนและคุณภาพ การแข่งขันในการขายสินค้าหรือบริการย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตเป็นผู้มีเสรีภาพในการจะส่งสินค้าเข้าไปในตลาดโดยไม่จำกัดชนิดและปริมาณ ตลอดจนสามารถที่จะกำหนดราคาสินค้าได้ตามใจชอบในขณะเดียวกัน ทางฝ่ายผู้ซื้อก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ มีข้อมูลที่เพียงพอประกอบการตัดสินใจสำหรับการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการนั้นได้ โดยมีอิสระที่จะเลือกซื้อในปริมาณหรือราคาที่ตนพอใจ การแข่งขันตามความหมายนี้ หมายถึง การมีเสรีภาพที่จะเลือกกระทำการอย่างเป็นอิสระ กรณีที่สอง “การแข่งขัน” หมายถึง การต่อสู้เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอาจเป็นเรื่องของกำไร อำนาจในการครองตลาด การเป็นผู้นำทางธุรกิจ รวมทั้งการต่อสู้เพื่อความอยู่รอดเป็นการแข่งขันที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลหรือกลุ่มธุรกิจที่พยายามมุ่งให้บรรลุผลสำเร็จอันเดียวกัน โดยคู่แข่งแต่ละฝ่ายต่างถือเสมือนหนึ่งเป็นศัตรูซึ่งกันและกัน เป็นการแข่งขันในทางธุรกรรมต่างฝ่ายต่างพยายามหาวิธีที่จะทำให้คู่แข่งพ่ายแพ้ไปด้วยการใช้กลยุทธ์ลับเหลี่ยมและวิธีการต่างๆ เช่น การขายสินค้าลดราคาให้ต่ำที่สุดให้ถึงกับขาดทุน เพื่อให้คู่แข่งอยู่บังคับต้องลดราคาตามและถ้าคู่แข่งมีทุนน้อยก็ถึงกับเกิดความล้มเหลวในที่สุด การที่คู่แข่งแข่งขันกันเพื่อเอาชนะหรือแข่งหน้ากันจนบรรลุเป้าหมายด้วยความสามารถของตนเอง ย่อมถือได้ว่าเป็นการแข่งขันที่ชอบ แต่ถ้าคู่แข่งใช้วิธีบิดขี้ปากให้คู่แข่งล้มลง โดยจงใจทำลาย ทำให้เสียหาย การแข่งขันเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่ชอบ ในทางเศรษฐศาสตร์ ตลาดสินค้าและบริการใดที่จะเป็นตลาดที่มีการแข่งขันได้ก็คือเมื่อ¹⁵

¹⁴ ศักดา ธนิตกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 3.

¹⁵ อสัมภิน พงศ์ นัฏราคม. (2535). *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 10.

- 1) ไม่มีการกีดกันให้หน่วยผลิตใหม่เข้ามาทำการแข่งขัน (Entry) ในตลาดหรือออกจากการแข่งขัน (Exit)
- 2) ไม่มีหน่วยผลิตหรือกลุ่มของธุรกิจใดที่มีขนาดและอิทธิพลเหนือตลาด หรือมีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตลาด
- 3) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการมีอย่างแพร่หลายและทั่วถึง
- 4) ผู้บริโภคไม่รู้สึกรู้สีกแตกต่างกัน ในการซื้อสินค้าหรือบริการจากหน่วยผลิตที่แข่งขันกันผลิตสินค้าหรือการให้บริการที่เหมือนกัน
- 5) ราคาของสินค้าหรือบริการจะถูกกำหนดโดยกลไกการทำงานของอุปสงค์และอุปทาน (Demand and Supply)¹⁶

จากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวข้างต้น ในความเป็นจริงการแข่งขันถึงระดับนั้น (Purely Competitive) ย่อมเกิดขึ้นได้ยาก นักเศรษฐศาสตร์จึงได้ดัดแปลงให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันที่เกิดขึ้นและสามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้ เรียกกันว่าการแข่งขันที่เป็นจริง (Effective Competition หรือ Workable Competition) ซึ่งมีเงื่อนไขของตลาดในเบื้องต้นดังต่อไปนี้¹⁷

- 1) มีจำนวนผู้ผลิตในตลาดมากพอ เมื่อเทียบกับขนาดของตลาด (Size) และขนาดของอุปสรรคที่จะกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่นๆ เข้ามาแข่งขันมีไม่มากทำให้คู่แข่งหน้าใหม่ที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันสามารถเข้ามาแข่งขันและเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคได้เมื่อต้องการ
- 2) ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาด (Restrict of Competition) เช่น การกระทำที่เป็นการสมคบกันเพื่อยุติการแข่งขัน (Collusion) การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) หรือการตั้งราคาขายสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ (Price Discrimination)
- 3) ผู้บริโภคมีข้อมูลข่าวสารประกอบการตัดสินใจอย่างเพียงพอที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการตามที่ต้องการ
- 4) ผู้ผลิตสามารถขายสัดส่วนการครองตลาดได้ด้วยกลยุทธ์การดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของตนเอง กล่าวคือ หน่วยผลิตสามารถขายสัดส่วนการครองตลาดและยกระดับกำไรด้วยกลยุทธ์ด้านราคาและคุณภาพของสินค้า ตลอดจนความสามารถในทางการตลาดของตนเอง
- 5) ระดับราคาสินค้าและบริการไม่แตกต่างจากต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยมากจนเกินไปนัก และระดับของอัตรากำไรในระยะยาวสอดคล้องกับระดับของความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้นๆ

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

¹⁷ สุธีร์ สุภณิตย์ แก้วใจเพิ่มเติม โดย กมลวรรณ จิรวินิชย์. (2555). *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28.

ดังนั้น การที่รัฐจะใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการ ก็ต้องเป็นไปตามแนวทางการแข่งขันตามความเป็นจริง (Effective Competition) หากมีการแข่งขันที่เป็นธรรมเกิดขึ้น จะเกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมวลรวมซึ่งถือว่าการแข่งขันในทางธุรกิจนำไปสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจให้สูงขึ้นและเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ก่อให้เกิดเสถียรภาพด้านราคาและที่สำคัญคือช่วยเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจของประเทศให้สามารถแข่งขันกับคู่แข่งรายอื่นๆ ในตลาดโลกด้วย¹⁸

ในทางธุรกิจนั้น กลไกตลาดภายใต้การแข่งขันอย่างเสรีถือเป็นพลังเสริมสร้างและจูงใจให้หน่วยผลิตทั้งหลายต้องหันมาให้ความสนใจดำเนินกิจการให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในสภาวะการแข่งขันในปัจจุบันทำให้ผู้ผลิตต้องเผชิญทั้งการแข่งขันที่เกิดจากคู่แข่งจากตลาดภายในประเทศและเผชิญกับคู่แข่งจากต่างประเทศ รวมทั้งการแข่งขันกับสินค้าและบริการประเภทใหม่ๆ ที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีเข้ามาทดแทนอีกด้วย ความแตกต่างด้านประสิทธิภาพระหว่างหน่วยผลิตด้วยกันเป็นปัจจัยชี้ขาดที่สำคัญในการกำหนดความสามารถของการทำกำไรที่ต่างกัน ผู้ผลิตที่มีต้นทุนต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่งในธุรกิจประเภทเดียวกันย่อมตกเป็นผู้พ่ายแพ้และในท้ายที่สุดต้องออกจากการแข่งขันไป ส่วนผู้บริโภคถือได้ว่าเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรงที่เกิดจากการแข่งขัน กล่าวคือการแข่งขันทางการค้าทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อหาสินค้าได้อย่างหลากหลายทั้งในด้านราคาและคุณภาพของสินค้า¹⁹

ปัจจัยที่กำหนดระดับการแข่งขันในทางเศรษฐศาสตร์ การขาดทุนหรือการได้กำไรเป็นแรงผลักดันหรือจูงใจให้ผู้ประกอบการเริ่มกิจการ หรือเลิกกิจการ การขาดทุนจะผลักดันให้ผู้ประกอบการลดขนาดกิจการในระยะสั้น หรือเลิกกิจการในระยะยาว ส่วนกำไรจะเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการเพิ่มปริมาณการผลิต ขยายกิจการ หรือเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาด การที่ตลาดมีการแข่งขันค่อนข้างมาก การแข่งขันที่เกิดขึ้นจะมีผลให้ท้ายที่สุดกำไรที่ผู้ประกอบการได้รับจะอยู่ในระดับปกติ (Normal profits) แต่ถ้าในตลาดมีการแข่งขันน้อยหรือมีการผูกขาด ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดจะสามารถรักษาไว้ซึ่งกำไรเกินกว่าปกติ (supernormal profits) และในขณะที่เดียวกันก็ยังสามารถกีดกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ด้วย²⁰

การที่ตลาดจะเกิดมีการแข่งขันได้มากหรือน้อย ย่อมขึ้นอยู่กับอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาด (Barrier to entry) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองกรณี

¹⁸ เนตรชนก นนทะเสน. (2549). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด*. การศึกษาอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 25.

¹⁹ สุธีร์ ศุภนิคย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 39.

²⁰ สุธีร์ ศุภนิคย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 39.

1) อุปสรรคตามธรรมชาติ (natural barrier) ที่สำคัญ ได้แก่ การประหยัดตามขนาดของกิจการ (economies of scale) ทฤษฎีดังกล่าวอธิบายว่าต้นทุนการผลิตจะลดต่ำลงตามลำดับเมื่อปริมาณการผลิตเพิ่มขึ้น ต้นทุนจะลดลงต่ำสุดก็ต่อเมื่อปริมาณการผลิตอยู่ในระดับค่อนข้างสูง หรืออีกนัยหนึ่งกิจการต้องมีขนาดใหญ่เพียงพอแก่การประหยัด แสดงให้เห็นว่า “การประหยัดต่อขนาด” ต้องมีการผลิตที่มีปริมาณมากจึงจะคุ้ม ในอุตสาหกรรมบางประเภทเมื่อเปรียบเทียบกับขนาดของตลาดแล้ว อาจต้องการให้มีผู้ผลิตเพียงสองสามรายเท่านั้น ทำให้ผู้ผลิตรายใหม่ที่คิดจะเข้ามาแข่งขันในขนาดการผลิตที่ไม่ใหญ่พอ คงจะไม่สามารถเข้ามาได้หรือจะต้องพบกับ การต่อต้านอย่างหนักจากผู้ผลิตเดิม และอาจเป็นไปได้ว่าอุตสาหกรรมนั้นควรมีผู้ผลิตรายเดียวที่ผูกขาดการผลิตสินค้า อย่างเช่น สินค้าสาธารณูปโภค สาธารณูปการอย่างไรก็ตาม ถ้าอุตสาหกรรมใดต้องมีการผลิตในปริมาณที่มาก จึงจะเกิดการประหยัดต่อขนาดได้ ย่อมจะทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่กล้าเข้ามาในตลาด ซึ่งถือเป็นอุปสรรคการเข้ามาในตลาดเช่นกัน หรือ²¹

2) บริการระทำการอันเป็นการกีดกันหรือขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาประกอบการแข่งขัน หรือการที่รัฐเป็นผู้ออกกฎหมายหรือวางกฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นการกีดกันหรือขัดขวางผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด ตัวอย่างเช่นการให้สิทธิพิเศษเป็นการเฉพาะราย หรือการกำหนดห้ามการตั้งกิจการใหม่เพิ่มเติม หรือการใช้เทคนิคหรือกรรมวิธีการผลิตที่ได้รับการคุ้มครองแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายสิทธิบัตร ส่วนอุปสรรคที่ผู้ประกอบการเดิมสร้างขึ้นมากเพื่อกีดกันหรือขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการอื่นเข้ามาแข่งขัน เช่น การผูกขาดแหล่งวัตถุดิบ หรือการที่ผู้ผลิตเดิมสามารถคุมปัจจัยการผลิตที่สำคัญไว้ได้ ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถที่จะผลิตสินค้าที่ใช้ขบวนการผลิตและวัตถุดิบนั้นได้ หรือหากจะผลิตต้องใช้ต้นทุนที่สูงกว่า ถือได้ว่าเป็นลักษณะของการกีดกันเนื่องจากความได้เปรียบทางด้านต้นทุน (absolute cost barrier) นอกจากนี้ผู้ประกอบการเดิมอาจจะสร้างอุปสรรคที่จะกีดกันหรือขัดขวางผู้ประกอบการใหม่ด้วยการที่ทำให้สินค้าได้รับความนิยมหรือมีความผูกพันต่อสินค้าของตนมากกว่าผู้อื่น เช่น การสร้างความนิยมในตราสินค้า (brand loyalty) แม้ว่าสินค้าที่แต่ละผู้ประกอบการผลิตและเสนอขายจะเป็นสินค้าประเภทเดียวกันและใช้แทนกันได้ก็ตาม ความนิยมและความผูกพันนี้จะอำนวยความสะดวกให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีอำนาจผูกขาด มีอำนาจที่จะกำหนดราคาได้เท่าที่ความแตกต่างในการจำแนกผลิตภัณฑ์ (product differentiation) จะอำนวยความสะดวกถ้าหากว่าในความรู้สึกของผู้ซื้อสินค้านั้นมีความแตกต่างกันมาก ผู้ประกอบการย่อมสามารถใช้อำนาจผูกขาดอย่างกว้างขวางตามไปด้วยการกีดกันในลักษณะนี้เรียกว่า เป็นการกีดกันเนื่องจากการขึ้นชอบสินค้านั้นๆ (preference barrier)

²¹ อุดม เกิดพิบูลย์. (2543). *ทฤษฎีและนโยบายการค้าระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

การช่วงชิงลูกค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ตลาดแคบอยู่แล้ว ผู้ผลิตรายใหม่จำเป็นต้องทุ่มโฆษณาอย่างมาก หรือแจกสินค้าตัวอย่าง แถมของขวัญพิเศษ เป็นต้น ซึ่งเท่ากับเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้ผลิตรายใหม่²²

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์นั้น เพราะมีการผูกขาดบางลักษณะ ซึ่งจะพบว่ามีกีดกันการเข้าสู่ตลาดในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเกิดขึ้นเสมอ อุปสรรคการเริ่มกิจการจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับประเภทของอุตสาหกรรมและปัจจัยแวดล้อม หน่วยผลิตเดิมจะมีอำนาจหรือรักษาอำนาจผูกขาดไว้ได้มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับว่าตนมีความสามารถกีดกันคู่แข่งมิให้สามารถเข้ามาแข่งขันได้มากน้อยเท่าใด ทั้งนี้เพราะคู่แข่งรายใหม่ซึ่งมีความตั้งใจและมุ่งมั่นที่ยึดครองส่วนแบ่งตลาด และคาดหวังจากกำไรที่คาดว่าจะได้รับ ซึ่งในบางกรณีคู่แข่งรายใหม่มีใช่เป็นเพียงผู้ผลิตรายใหม่ที่ไม่เคยอยู่ในวงการธุรกิจเลย แต่อาจเป็นผู้ที่พร้อมทั้งกำลังทรัพย์ กำลังคน ความพร้อมทางด้านเทคโนโลยีที่ทันสมัยกว่า ตลอดจนความพร้อมในด้านการบริหารในระดับที่มั่นใจว่าจะสามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจแข่งขันในอุตสาหกรรมนี้ได้อย่างมีกำไรและไม่อยู่ในฐานะด้อยกว่าผู้ผลิตเดิม ดังนั้นอุตสาหกรรมใดก็ตามที่มีผู้ผลิตหน้าใหม่เข้ามาแข่งขันเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ย่อมหมายถึงความรุนแรงของการแข่งขันย่อมมีมากขึ้นเป็นลำดับ

2.2.2 แนวคิดในการต่อต้านการผูกขาด (antitrust concepts)

อำนาจตลาด (Market Power) หมายถึง ความสามารถในการลดปริมาณสินค้าหรือบริการ และเพิ่มราคาเหนือระดับการแข่งขัน (Competitive Level) โดยเฉพาะเหนือต้นทุนส่วนเพิ่ม (Marginal Cost) สำหรับระยะเวลาหนึ่งและได้รับกำไรจากการกระทำดังกล่าว โดยขนาดส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยเบื้องต้นของการพิจารณาว่ามีอำนาจตลาดหรือไม่ ทั้งนี้ ในกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้น การมีอำนาจตลาดปริมาณมากอาจทำให้มีอำนาจผูกขาด (Monopoly Power) ด้วย ส่วนอำนาจผูกขาด (Monopoly Power) หมายถึง อำนาจในการควบคุมราคาหรือกีดกันการแข่งขัน²³

การผูกขาด (Monopoly) มีความหมายไปทำนองที่ว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งมีความสามารถในการควบคุมกิจการใดกิจการหนึ่งไว้ในมือของตนได้แต่เพียงผู้เดียว ในทางเศรษฐศาสตร์การผูกขาด มีความหมายตรงกันข้ามกับการแข่งขัน (Competition) อาจกล่าวได้ว่า หากตลาดสินค้าหรือบริการใดไม่มีการแข่งขัน (อาจเป็นเพราะมีผู้ประกอบการรายเดียวอยู่ในตลาด หรืออาจมีผู้ประกอบการหลายราย แต่ปรากฏว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นต่างยุติการแข่งขันระหว่างกัน)

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

²³ รวิวิท ธีรจำเริญ. (2552). *แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 61.

ยอมเกิดการผูกขาดได้ ตลาดที่ไม่มีการแข่งขันยอมทำให้ผู้ประกอบการที่มีอยู่ในตลาดมีอำนาจตลาดที่สามารถจะควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าเป็นของตนเองได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจที่จะกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าได้โดยอิสระ โดยปราศจากความกดดันในตลาด อำนาจดังกล่าวนี้เรียกว่า อำนาจผูกขาด หรืออำนาจตลาด

การจะพิจารณาถึงการมีอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการใด ย่อมจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบสองประการ คือ ประการแรก เป็นเรื่องของจำนวนผู้ประกอบการและสภาพทดแทนของสินค้าในตลาด (Substitute) ประการที่สอง มีอุปสรรคต่อการที่ผู้ประกอบการอื่นๆ จะเข้ามาผลิตสินค้าทดแทนหรือไม่ จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของการพิจารณาจากโครงสร้างตลาด กล่าวคือ หากสภาพของตลาดมีผู้ประกอบการอยู่เพียงรายเดียวเป็นผู้ผลิตสินค้า และสินค้านั้นไม่อาจนำสินค้าอื่นมาทดแทนได้หรือทดแทนได้ยาก ประกอบกับผู้ประกอบการรายใหม่ไม่อาจจะเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ สภาพของตลาดเช่นนี้ในทางเศรษฐศาสตร์จัดว่าเป็นการผูกขาดโดยสมบูรณ์ (Pure Monopoly) แสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบการรายนั้นมีอำนาจผูกขาดที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าได้ ในกรณีที่ตลาดมีผู้ประกอบการจำนวนเพียงเล็กน้อย ซึ่งเรียกกันว่า “ตลาดผู้ประกอบการน้อยราย (Oligopoly)” นั้น สภาพของตลาดอาจกล่าวได้ว่าไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง มีสภาพของการกีดกันการเข้าสู่ตลาดเป็นอย่างมาก ย่อมเกิดอำนาจผูกขาดได้ กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นยุติการแข่งขันระหว่างกัน หันมาใช้อำนาจตลาดร่วมกัน กำหนดราคาและปริมาณของสินค้า หรือมิฉะนั้นผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) ที่สามารถกำหนดราคาและปริมาณของสินค้าได้โดยอิสระ โดยที่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อยู่ในตลาดมีฐานะเป็นผู้ตามเท่านั้น

อนึ่ง การผูกขาดไม่ได้เกิดขึ้นแต่เฉพาะในตลาดของผู้ขายเท่านั้น การผูกขาดอาจจะเกิดขึ้นในตลาดของผู้ซื้อด้วย กล่าวคือ สินค้าใดสินค้าหนึ่งอาจมีผู้ซื้ออยู่เพียงรายเดียวหรืออาจจะมีผู้ซื้อจำนวนน้อยรายก็ได้ ซึ่งในการนี้ย่อมจะทำให้มีอำนาจต่อการกำหนดราคาซื้อหรือปริมาณของสินค้าได้

จากที่กล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า การเกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการนั้นมีด้วยกันสองรูปแบบ รูปแบบแรก เกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันที่จะยุติการแข่งขันระหว่างกันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการ (Concerted Actions) หรือเป็นการกระทำที่เป็นการสมรู้ร่วมคิดกันของบรรดาผู้ประกอบการ (Collusion) รูปแบบที่สอง เกิดจากการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการใด เช่น เป็นผู้ประกอบการแต่เพียงรายเดียวในตลาด หรือเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ที่อยู่ในตลาดที่มีผู้ประกอบการน้อยราย ตัวอย่างของพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ทำให้เกิดการผูกขาดรูปแบบแรก ก็คือ การตกลงกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (Price fixing agreement) การตกลงแบ่งตลาด การตกลงเข้าครองตลาด การตกลง

ร่วมกันในการกำหนดปริมาณของสินค้าในตลาด การตกลงในการกำหนดราคาขายปลีก เป็นต้น สำหรับตัวอย่างพฤติกรรมของผู้ประกอบการต่อการผูกขาดรูปแบบที่สองนั้น ได้แก่ การควบกิจการ (Merger) การใช้อำนาจผูกขาด (Monopolization) การตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว การสร้างข้อตกลงผูกมัดในการจำหน่ายสินค้า (Exclusive dealing, tying agreement) เป็นต้น²⁴

2.3 พัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2.3.1 พัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการป้องกันการผูกขาดที่ก่อเกิดขึ้นตั้งแต่ยุคสมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน บัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาในการผูกขาดทางการค้าในแต่ละยุคแต่ละสมัย ซึ่งมี วัฒนาการเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในแต่ละยุคเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ในประวัติศาสตร์ของการดำเนินระบบเศรษฐกิจทุนนิยมที่เริ่มตั้งแต่มีการค้าพาณิชย์เกิดขึ้นมักจะมีการวางกรอบกติกา หรือการดำเนินการของสถาบันในการควบคุมการค้า การแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นไปพร้อมๆ กัน ในยุคสมัยอาณาจักรบาบิโลเนีย (Babylonia) กฎหมายฮัมมูราบี (Hammurabi's Code) ได้วางหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนจากพ่อค้าที่แสวงหากำไรเกินควร และห้ามพ่อค้าร่วมมือกันกระทำการใดๆ ที่มีอิทธิพลต่อการค้าข้าวโพด จนกระทั่งต่อมา ใน ค.ศ. 483 ธรรมนูญแห่งซีโน (The Roman Constitution of Zeno) ได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครอง ผู้บริโภคนอกจากการขึ้นราคาสินค้าอย่างไม่เหมาะสมในสินค้าอาหารและของใช้ในชีวิตประจำวัน หลังอาณาจักรโรมันล่มสลาย การค้าการพาณิชย์จึงชะงักลง และกลับมาเฟื่องฟูอีกครั้งในศตวรรษที่ 10 พร้อมกับการรื้อฟื้นหลักกฎหมายโรมันเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง การรื้อฟื้นครั้งนี้หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของโรมันได้รับการยอมรับในหลายนครรัฐแห่งอิตาลีต่อมาในศตวรรษที่ 13-17 เป็นยุคทุนนิยมกับแนวความคิดแบบระบบเศรษฐกิจเสรีได้ค่อยๆ ถือกำเนิดขึ้น หลังการปฏิวัติพาณิชย์กรรม (Commercial Revolution) และการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ในประเทศอังกฤษ ทำให้กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษได้พัฒนาหลักกฎหมายป้องกันการจำกัดการค้า (Restraint of Trade) และการผูกขาด (Monopoly) โดยพัฒนาจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล ช่วงนั้นประเทศอังกฤษยังไม่มีบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นลายลักษณ์อักษรแต่จากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลได้วางหลักกฎหมายไว้สามประการคือ (1) หลักความเสมอภาคระหว่างพ่อค้า (2) พ่อค้าจะตัดราคาได้ไม่เกินกว่าราคาแห่งความยุติธรรมและมีการกำหนด

²⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 26.

บทลงโทษทางอาญาแก่พ่อค้าที่กระทำความผิด (3) หลักการไม่เอาเปรียบเพื่อนอันเป็นหลักการที่
 คำให้การประพจน์คดีร้ายแรงทางจริยธรรม เช่น การโกหกหลอกลวงให้การเท็จและการคิดดอกเบี้ย
 เกินอัตรา

หลักการกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษในเวลาต่อมาได้มีอิทธิพลอย่างมาก
 ต่อหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Anti-Trust) ของ
 สหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1890 ในชื่อ Sherman ซึ่งนับได้ว่า สหรัฐอเมริกา
 เป็นประเทศที่สองที่มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นลายลักษณ์อักษรเพราะ
 14 เดือนก่อนหน้าที่กฎหมาย Sherman Act จะบัญญัติขึ้นประเทศแคนาดาได้มีการ ประกาศใช้
 กฎหมายป้องกันปราบปรามการรวมตัวกันเพื่อกำจัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไรก็ตาม หลักกฎหมาย
 การแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาและรูปแบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ
 สหรัฐอเมริกาได้กลายเป็นต้นแบบของการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้กับประเทศ
 อื่นๆ ทั่วโลกต่อมาในระหว่างปี ค.ศ. 1920-1934 หลายประเทศเช่น สาธารณรัฐบัลแกเรีย
 ราชาอาณาจักรนอร์เวย์ ประเทศโปรตุเกส ประเทศโรมาเนีย ประเทศยูโกสลาเวีย สาธารณรัฐ
 อาร์เจนตินา เครือรัฐออสเตรเลีย สหรัฐเม็กซิโก สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ต่างก็มีการบังคับใช้กฎหมาย
 การแข่งขันทางการค้ากันอย่างแพร่หลาย และหลังสงครามโลกครั้งที่สองเมื่อสหรัฐอเมริกา เป็นฝ่าย
 ชนะสงครามได้เข้าควบคุมสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นพร้อมทั้งได้สร้างกฎหมาย
 การแข่งขันทางการค้าให้แก่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น โดยเฉพาะประเทศญี่ปุ่น
 นั้น สหรัฐอเมริกาตระหนักดีถึงกลุ่มอำนาจจากธุรกิจผูกขาด ไซบัตสุ (Zuibatsu) ของประเทศญี่ปุ่น
 ที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อนโยบายของรัฐบาล และมีความสัมพันธ์และมีความสัมพันธ์แนบแน่นกับ
 กองทัพตั้งนั้นเพื่อเป็นการป้องกันธุรกิจคาร์เทล (Cartel) คาร์เทล (Cartel) คือ กลุ่มผู้ผลิตสินค้าใน
 อุตสาหกรรมหนึ่งๆ ที่รวมตัวเข้าด้วยกันโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะโยกย้ายอำนาจการตัดสินใจในการ
 ดำเนินธุรกิจจากแต่ละหน่วยธุรกิจมารวมไว้ที่ส่วนกลางโดยคาดหมายว่าการกระทำดังกล่าวจะทำ
 ให้กำไรของแต่ละหน่วยธุรกิจเพิ่มสูงขึ้น และกลับขึ้นมาใช้อำนาจหรืออิทธิพลทางการเมืองอีกครั้ง
 สหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้ประเทศญี่ปุ่นต้องมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด
 เป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นเป็นกรณีตัวอย่างที่ชัดเจน
 มากถึงการนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อลดทอนอำนาจทางการเมืองของกลุ่มธุรกิจผูกขาด
 มากกว่าที่จะเป็นประเด็นเรื่องการแข่งขันเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ²⁵

²⁵ จีรัตติกาล สุริยะ. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า*.
 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 25.

2.3.1.1 หลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

การแข่งขันทางการค้าถือเป็นนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศที่เปิดเสรีทางการค้า โดยยึดหลักให้ผู้ประกอบการหลายรายสามารถจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันได้ในราคาและคุณภาพที่แตกต่างกันตามกลไกตลาด อันเป็นวิธีการหนึ่งในการกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศให้สามารถดำเนินการแข่งขันประกอบธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพและในขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์แก่ประชาชนที่เป็นผู้บริโภคซึ่งจะสามารถเลือกซื้อสินค้าได้อย่างมีคุณภาพและในราคาที่ถูกลง แต่ถึงอย่างไรก็ดี แม้จะมีแนวคิดในการเปิดให้มีการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างเสรีก็ตามแต่ในทางปฏิบัติก็ยังพบปัญหาว่ามีการผูกขาดทางการค้าโดยกลุ่มผู้ประกอบการบางกลุ่มหลายประเทศที่รัฐบาลมีนโยบายเป็นรัฐทุนนิยมมีบทบาทมากในตลาดการค้าโลกจึงได้มีการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้กฎหมายเพื่อการแข่งขันทางการค้าเริ่มมีขึ้นโดยประเทศแคนาดาเป็นประเทศแรกที่ตรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าขึ้นในปี ค.ศ. 1889 เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการรวมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (the Act for the Prevention and Suppression of Combination in Restraint of Trade) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษทางอาญากับผู้ประกอบการที่ร่วมกันกำหนดราคาสินค้า²⁶

ตำรา Competition Policy: Theory and Practice โดย Massimo Motta ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในวงวิชาการเศรษฐศาสตร์และกฎหมายแข่งขันทางการค้า กล่าวว่า “เหตุผลหลักของการมีนโยบาย (กฎหมาย) แข่งขันทางการค้า คือการผูกขาดเป็นสิ่งที่ไม่ดี” หรืออีกนัยหนึ่งคือ เมื่อใดที่ผู้ผลิตที่มีอำนาจผูกขาดในการตัดสินใจว่าขายให้ใคร เท่าไหร่อย่างไร แล้วเมื่อนั้นผู้บริโภคก็จะเผชิญกับราคาสินค้าราคาแพง จนบางส่วนถึงกับไม่สามารถซื้อได้ ผลกระทบทางลบต่อผู้บริโภคเช่นนี้ นอกจากจะไม่เป็นธรรมแล้ว ยังก่อให้เกิดความไม่มีประสิทธิภาพในระบบเศรษฐกิจด้วยสาเหตุที่ทำให้ผู้ผลิตสามารถตั้งราคาสูงหรือราคาที่ไม่เป็นธรรมได้โดยไม่ต้องกลัวว่าผู้บริโภคจะย้ายไปซื้อสินค้าจากผู้ผลิตเจ้าอื่น อาจมาจากสองปัจจัยหลัก ได้แก่ ปัจจัยแรกคือ ผู้บริโภคไม่มีตัวเลือกมาก (ผู้ผลิตผูกขาดโดยธรรมชาติ) และปัจจัยที่สองคือ ผู้บริโภคมีตัวเลือกพอสมควร แต่ไม่มีผู้ผลิตรายใดตั้งราคาถูกไปกว่ากัน (ผู้ผลิตร่วมมือกันตรึงราคา) ทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นการใช้ “อำนาจเหนือตลาด” หรืออำนาจในการตรึงราคาให้ได้กำไรของผู้ผลิต เพื่อบีบบังคับเอาความพอใจที่จะจ่ายของผู้บริโภคออกมาให้กลายเป็นเงินกำไรที่สูงสุดของบริษัททั้งนี้อำนาจเหนือตลาดอาจไม่ได้ถูกใช้ในการตั้งราคาสูงเพียงอย่างเดียว แต่อาจถูกใช้ในรูปแบบอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการลดคุณภาพสินค้าหรือบริการ การบังคับซื้อสินค้าหรือบริการฟ่วง รวมถึงการกีดกันการเข้ามาของกลุ่มคู่แข่งทางการค้าเพื่อรักษาอำนาจ

²⁶ ศักดา ธนิตกุล. (2553). *คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 17.

เหนือตลาดไว้ นอกจากความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้อำนาจเหนือตลาดดังกล่าว การผูกขาดทางการค้ายังก่อให้เกิดความไม่มีประสิทธิภาพทั้งในระยะสั้น และระยะยาว โดยในระยะสั้นเกิดจากการที่ผู้บริโภครายบางส่วนไม่สามารถซื้อสินค้าได้ ทั้งๆ ที่มีความต้องการจ่ายสูงกว่าต้นทุน ยิ่งราคาสูงกว่าต้นทุนมากเท่าไร ความไม่มีประสิทธิภาพประเภทนี้จะมากขึ้นเท่านั้น ส่วนความไม่มีประสิทธิภาพระยะยาว เกิดจากความเคยตัวของผู้ผลิต(ผู้ประกอบการ) เนื่องจากมีรายได้จากกำไรมากพอแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องใส่ใจบริหารทรัพยากรที่ใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่จำเป็นต้องประหยัดต้นทุน ไม่จำเป็นต้องปรับปรุงคุณภาพสินค้าเพื่อรักษาลูกค้า ฯลฯ อีกทั้งผลกำไรอันมหาศาลยังสร้างแรงจูงใจให้กลุ่มทุนขนาดใหญ่เข้าไปแทรกแซงทางการเมืองเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน นำไปสู่การคอร์รัปชันและการแสวงหาส่วนเกินทางเศรษฐกิจในรูปแบบต่างๆ โดยพฤติกรรมอันไร้ประสิทธิภาพเหล่านี้ ก่อให้เกิดผลเสียทั้งต่อผู้บริโภคและต่อขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศในระยะยาว

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เหตุผลหลักของการมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าคือเพื่อป้องกันผลทางลบต่างๆ ที่มาจากการผูกขาดไม่ว่าจะเป็นการค้ากำไรเกินควรการกีดกันคู่ต่อสู้เพื่อจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ เป็นต้น อีกทั้งเพื่อป้องกันความด้อยประสิทธิภาพของการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในระยะยาว โดยวิธีการแก้ไขคือ ต้องกระตุ้นให้มีการแข่งขันทางธุรกิจเพื่อลดการผูกขาดและต้องป้องกันการสมคบกันเอาเปรียบผู้บริโภคโดยผู้ผลิตด้วย วิธีการแก้ไขเหล่านี้เป็นสาระสำคัญหลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยด้วย แต่ที่ผ่านมประเทศไทยยังไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อพิทักษ์ความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคและกระตุ้นการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพได้อย่างจริงจัง²⁷

2.3.1.2 ความมุ่งหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ความมุ่งหมายในการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันคือ มุ่งให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีที่แท้จริง อีกทั้งยังส่งเสริมและเอื้ออำนวยกระบวนการแข่งขันนโยบายการแข่งขันทางการค้าไม่ใช่ว่าเป้าหมายในตัวเอง แต่เป็นวิธีการที่จะนำไปสู่การพัฒนาประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ การเจริญเติบโตและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และคุณภาพของผู้บริโภค²⁸

²⁷ วรณวิภาสค์ มานะ โชติพงษ์. (2554). *รายงานสรุปและวิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า (ฉบับที่....) พ.ศ.... โครงการปรับปรุงกระบวนการนิติบัญญัติของประเทศไทยเพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน*. กรุงเทพฯ: ทีดีอาร์ไอ. หน้า 4.

²⁸ Plummer, M. & Yue, C. S. (Eds.). (n.d.). *Realizing the ASEAN economic community: A comprehensive assessment*. Paris Panjang: ISEAS Publishing. pp.59-61.

ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความมุ่งหมายที่สำคัญอยู่ 4 ประการ²⁹ ได้แก่

1) การตกลงร่วมกันที่จำกัดการแข่งขัน (collusive practice หรือ agreement)

(1) การตกลงร่วมกันในแนวนอน (การตกลงร่วมกันของบริษัทที่ดำเนินธุรกิจในตลาดสินค้าเดียวกัน) ที่เป็นปัญหา คือ การตกลงร่วมกันที่ทำให้เกิดการกีดกันการค้าดำเนินกิจการของกลุ่มแข่งทางการค้าในตลาด กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน ห้ามการตกลงร่วมกันระหว่างธุรกิจที่จำกัดการแข่งขันทางการค้า เช่น การกำหนดราคาซื้อขายร่วมกัน การจำกัดการผลิต การฮั้วกันในการประมูลหรือการแบ่งตลาด และยังคงควบคุมการตกลงร่วมกันระหว่างธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับประเด็นอื่นๆ เช่น การจำกัดมาตรฐานของสินค้า งานวิจัยพัฒนาคุณภาพ นอกจากนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังบังคับใช้กับการตกลงร่วมกันอื่นๆ ที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย โดยยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ก่อให้เกิดผลดีต่อการแข่งขันทางการค้า

(2) การตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (การตกลงร่วมกันของบริษัทที่มีการผลิตหรือการจัดจำหน่ายในชั้นที่ต่างกัน เช่น บริษัทที่ผลิตวัตถุดิบกับบริษัทที่ใช้วัตถุดิบ หรือ ผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่าย) การตกลงร่วมกันเหล่านี้อาจนำไปสู่การขึ้นราคา การลดคุณภาพ การป้องกันการเข้าตลาดหรือการจำกัดนวัตกรรม และเนื่องด้วยการตกลงร่วมกันทางการค้าในแนวตั้งนี้มีความซับซ้อนมากกว่าการตกลงร่วมกันในแนวนอน ทำให้มีการออกกฎหมายบังคับเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันในแนวตั้ง นี้มีความหลากหลายมากกว่า การตกลงร่วมกันเหล่านี้สามารถนำไปสู่ปัญหาการกำหนดราคาซื้อและขายสินค้าร่วมกัน ในบางกรณีอาจเกิดการจำกัดตลาดโดยผู้จัดจำหน่าย การกีดกันมิให้ผู้ค้าปลีกหรือซื้อสินค้าของกลุ่มแข่ง หรือจำกัดพื้นที่ในการขายหรือซื้อสินค้า

2) การต่อต้านการใช้สถานการณืเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขันหรือการมีอำนาจผูกขาด (abuse of dominant position หรือ monopolizations) ซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับพฤติกรรมและข้อกำหนดของผู้ประกอบการต่างๆ การผูกขาดของบริษัทที่ไม่ต้องเผชิญกับการแข่งขันหรือความเสี่ยงต่อการแข่งขัน อาจจะนำไปสู่การขึ้นราคาการผลิตที่น้อยลงหรือการผลิตสินค้าคุณภาพที่ต่ำลง อีกทั้งยังทำให้เกิดการลดการพัฒนาวัตกรรม กฎหมายต่อต้านระบบผูกขาดมุ่งเน้นในการสอดส่องกลยุทธ์ทางการค้าของบริษัทต่างๆ ที่พยายามใช้เพื่อดำเนินการผูกขาดสำหรับกฎหมายต่อต้านการใช้สถานการณืเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขันนั้นให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของการจำกัดการแข่งขันต่างๆ เช่นเดียวกันกับกฎหมายต่อต้านการ

²⁹ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสาวลักษณ์ ชิวสัทธยานนท์ และมาเรียม กริมี่. (2544). *โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ. หน้า 3.

ผูกขาด อีกทั้งยังครอบคลุมถึงการควบคุมการใช้อำนาจตลาด เช่น การตั้งราคาสินค้าที่สูงเกินควร ถือเป็นการละเมิดกฎหมายการใช้สถานการณืเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน

3) การควบรวมธุรกิจ (merger) เป็นการรวมกิจการธุรกิจตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปเข้าด้วยกันเป็นกิจการเดียว ซึ่งก่อให้เกิดการกระจายตัวของอำนาจในตลาดที่ไม่พึงประสงค์มากขึ้น ถือเป็นวิธีการจัดการแข่งขันอย่างหนึ่งที่สามารถสร้างอำนาจตลาด ให้มีอำนาจอยู่ในฐานะที่เหนือคู่แข่งรายอื่นๆ เช่น การควบบริษัท (amalgamation) อันเกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้บริหารของทั้งสองฝ่าย ทำให้เกิดการครอบครองทั้งทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมด การซื้อกิจการ (acquisition) ซึ่งเป็นการเข้าซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินของหน่วยธุรกิจอื่น จนเป็นผลให้สามารถเข้าบริหารในกิจการนั้นได้ การซื้อกิจการจะเข้าซื้อทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ และเป็นในรูปของกิจการร่วมค้า (joint venture) เป็นการตกลงร่วมค้ากันของสองบริษัทในการประกอบธุรกิจ การควบกิจการดังกล่าว เป็นการทำให้สามารถกำหนดราคาการผลิต ระดับการขาย รวมถึงลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำลง และเกิดการผูกขาดได้ในที่สุด หรือไม่ก็อาจใช้อำนาจหรือสร้างวิธีการในการเอารัดเอาเปรียบคู่แข่ง อย่างน้อยที่สุดก็อาจเป็นอุปสรรคกีดขวางมิให้ผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาทำการแข่งขันได้³⁰ การควบรวมธุรกิจของผู้ประกอบการต่างๆ ที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือการจำกัดการแข่งขัน ถือเป็น การละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศ เพราะพฤติกรรมนี้จะส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือตลาด การตกลงร่วมกันในการครอบครองหรือควบคุมตลาดด้วย

4) การกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ในแต่ละประเทศ จะมีการกำหนดพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแตกต่างกัน โดยไม่สามารถนำทฤษฎีทางวิชาการ มาอธิบายการกำหนดกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้เหมือนกับประเด็นการตกลงร่วมกันใช้สถานการณืเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขันหรือการมีอำนาจผูกขาด และการควบรวมธุรกิจ แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ “มาตรฐานของจรรยาบรรณในการค้า” ของแต่ละประเทศ พฤติกรรมบางอย่าง อาจจะถูกห้ามในบางประเทศ แต่บางประเทศอาจจะเห็นว่าพฤติกรรมนั้นเป็นที่ยอมรับได้ เช่น การเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกรรมต่อผู้ซื้อหรือผู้ขายบางราย การปฏิเสธที่จะประกอบธุรกรรมด้วย เป็นต้น³¹

³⁰ ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 29.

³¹ ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 30.

2.3.1.3 ผลกระทบของการผูกขาดทางการค้า

ตลาดที่มีการผูกขาดทางการค้าจะทำให้มีผลกระทบต่อกลไกตลาดอย่างรุนแรงมาก เมื่อมีการผูกขาดทางการค้าแล้ว กลไกตลาดจะไม่ทำงานหรือตลาดล้มเหลว (Market failure) จะส่งผลกระทบในแง่ลบต่อระบบเศรษฐกิจดังนี้³²

1) ผลที่มีต่อผู้บริโภค

การผูกขาดทางการค้าทำให้ผู้บริโภคได้รับผลกระทบอย่างมาก ทั้งการผูกขาดทางการค้ายังสามารถนำไปสู่พฤติกรรมของการแสวงหากำไรเกินปกติได้อย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พฤติกรรมการตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรม³³ กล่าวคือ เมื่อธุรกิจใดได้มีการผูกขาดตลาดสินค้าชนิดใด ชนิดหนึ่งแล้ว และถ้าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น ยา วัคซีน วัคซีนโรคร้ายต่างๆ ซึ่งไม่สามารถที่จะหาสินค้าอื่นมาทดแทนได้ ย่อมทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนยาภายในประเทศได้³⁴ ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคทั่วประเทศเลยทีเดียว

2) ผลที่มีต่อผู้ผลิต

การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบข้อเสียเปรียบขึ้นในทางธุรกิจ ผู้ผลิตที่ได้รับสิทธิการผูกขาดในตลาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขัน ทั้งๆ ที่ตนเองไม่ใช่เป็นผู้ผลิตที่มีความสามารถโดยแท้จริงอันเกิดจากการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้อื่น ซึ่งทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าการแข่งขันจะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่จะสามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยผลิตใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่งจะถูกขบวนการทำงานของกลไกราคาบีบบังคับให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด สรุปได้ว่า ตลาดที่มีการแข่งขันนั้นสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่กับผู้ผลิตด้วยกันเอง หรือเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหน้าใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้จะไม่หรือมีน้อยมากในตลาดที่มีการผูกขาดหรือการแข่งขันน้อยราย

3) ผลที่มีต่อสังคม

สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจน คือการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กำไรส่วนเกิน (Excess profit) ตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาดและประสิทธิภาพการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป (deadweight welfare loss)

³² กุชิต โมกขมรรคกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 50.

³³ แบ็งค์ งามอรุณโชติ และประเมษฐ์ รังสิพล. (2556). *โมโนโพลี พลังงานไทยในกรมผูกขาด*. กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์. หน้า 152.

³⁴ สมพร รุจิศักดิ์อังกูร. (2553). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา: กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. หน้า 5.

อำนาจทางการตลาด³⁵ หมายถึง ความสามารถในการกำหนดราคาสินค้าของผู้ผลิต หรือกลุ่มผู้ผลิต โดยราคาที่กำหนดมักเป็นราคาที่สูงเกินควร และทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายได้รับกำไร สูงเกินปกติ ซึ่งดัชนีการวัดอำนาจทางการตลาดนี้ จะเป็นตัวแทนสะท้อนให้เห็นสถานการณ์แข่งขัน หรือการผูกขาดในตลาด ผลกระทบของการผูกขาดทางตลาดจะส่งผลในแง่ลบต่อผู้บริโภค ผู้ผลิต และผลกระทบต่อสังคมเป็นทอดไป ทั้งสามทางนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ของประเทศ ผิดหลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการแข่งขันทางการค้ากันอย่างเสรี มิติหลักการลงแข่งขันการประกอบธุรกิจกันอย่างเป็นธรรม เพราะถ้าผู้ประกอบการมีรายเดียวก็จะไม่เกิด การแข่งขันผู้บริโภคไม่มีทางเลือก มีการผูกขาดทางการตลาดก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม³⁶

2.3.2 พัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

2.3.2.1 พัฒนาการก่อนประกาศใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงสมัย สุธโขทัย สภาพเศรษฐกิจและสังคมนั้นเป็นการผลิตเพื่อเลี้ยงตนเองเป็นส่วนใหญ่การค้าต่อเมืองหรือ การค้าระหว่างประเทศคงมีไม่มากนัก นโยบายทางเศรษฐกิจในสมัยสุโขทัยได้มีการส่งเสริมให้มีการค้า เสรีและกว้างขวาง ดังที่ได้มีการค้นพบข้อความในหลักศิลาจารึกสมัยพ่อขุนรามคำแหง คือ “เจ้าเมืองบ เอาจอบในไพร่ดูทางเพื่อจูงวัวไปค้าขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจะใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้า เงินค้าทอง” จากข้อความที่ปรากฏในหลักศิลาจารึกดังกล่าว เห็นได้ว่า การค้าในสมัยสุโขทัยจะไม่มี การเก็บจอบหรือภาษีผ่านทางหรือผ่านด่านในการขนส่ง เจตนาของผู้ปกครองเช่นนี้ ส่งผลให้พ่อค้าชาว สุธโขทัยและชาวต่างอาณาจักรนำสินค้าเข้ามาค้าขายหรือแลกเปลี่ยนอยู่หลายชนิด และการเข้าออก อาณาจักรสุโขทัยไม่ต้องเสียภาษีอากรใดๆ ทั้งสิ้น ทำให้พ่อค้าสามารถทำการค้าขายได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งแสดงถึงว่าในอดีตอาณาจักรสุโขทัยมีกฎหมายที่ยอมรับหลักเสรีภาพทางการค้า³⁷ แต่ก็ยังไม่ปรากฏ ว่ามีหลักการห้ามการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือการผูกขาดปรากฏอยู่แม้แต่ใน อาณาจักรอยุธยาที่กฎหมายไทยเริ่มรับอิทธิพลจากกฎหมายอินเดียจนถึงสมัยต้นกรุงรัตน โกสินทร์ก็ มิได้มีการกล่าวถึงหลักกฎหมายที่ห้ามการจำกัดการแข่งขัน จำกัดการค้าขายหรือการผูกขาดไว้³⁸ แต่ใน สมัยกรุงรัตน โกสินทร์เกิดปัญหาการผูกขาดสินค้าจากพ่อค้าชาวจีนขึ้น พ่อค้าชาวจีนที่ทำการผูกขาด บางคนมีพฤติกรรมไม่ดีและต้องการให้พ่อค้าต่างชาติเข้ามาถ่วงดุลอำนาจของ พ่อค้าชาวจีนเหล่านั้น

³⁵ สรวิต ลิ้มปรีงยี. (2543). *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 24.

³⁶ ภูษิต โมกขมรรคกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 50-51.

³⁷ ชัชวาล โตเหมือน. (2549). *เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 26.

³⁸ เนตรชนก นนทะเสน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 25.

พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงยินดีให้ เซอร์จอห์น เบาริ่ง เข้ามาทำสนธิสัญญาและ ภายหลังพระองค์ทรงได้ประกาศยกเลิกการผูกขาดสินค้าโดยสิ้นเชิง ถึงแม้ในช่วงนี้จะยังไม่มีความหมายที่ ออกมาเป็นหลักห้ามผูกขาดทางการค้าอย่างชัดเจน แต่ก็เริ่มจุดเริ่มต้นของการต่อต้านการผูกขาด ทางการค้าแล้วจนกระทั่งช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยประสบปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ อันเกิดจาก การกักตุนสินค้าเพื่อเก็งกำไร สินค้าอุปโภค บริโภคขาดแคลน ผู้ผลิตและผู้ขายจำนวนมาก ฉวยโอกาส กักตุนสินค้าและเพิ่มราคาสินค้าอุปโภคบริโภคที่จำเป็นให้มีราคาสูงขึ้นกว่าราคาปกติ อย่างไม่เป็น ธรรมเกิดการรวมตัวกันตั้งสมาคมการค้าปกป้องผลประโยชน์ของพวกเขาเพื่อสร้างอำนาจเหนือ ตลาด มีการตกลงกันกำหนดราคาสินค้าส่งผลให้ประชาชนชาวไทยเดือดร้อนเป็นอย่างมากรัฐบาลจึงได้ ตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและสาธารณะชนทั่วไปเป็นครั้งแรก คือพระราชบัญญัติป้องกันการ เก็งกำไรเกินควร พ.ศ. 2480 เพื่อควบคุมราคาสินค้าที่จำหน่ายให้แก่ประชาชนและป้องกันการรวมตัว ราคาสินค้าในภาคเอกชน ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เกิดสงคราม หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก เพื่อที่จะ ป้องกันไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าฉวยโอกาสขึ้นราคาสินค้าในเวลาดังกล่าวอันเป็นเหตุให้ขัดต่อ ความสุขปกติของประชาชน แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ปกติทำให้ต้องมีการแก้ไข 2 ครั้งคือในปี พ.ศ. 2483 และปี พ.ศ. 2487 และต่อมาถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2490 ซึ่งรัฐบาลได้ตรา พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ขึ้น เพื่อใช้แทนและได้เปลี่ยนวิธีป้องกันการค้า กำไรเกินควรใหม่คือไม่จำกัดสถานการณ์ กำหนดให้การค้ากำไรเกินควรเป็นสิ่งผิดกฎหมายไม่ว่า การเมืองเศรษฐกิจจะในสถานการณ์ใดก็ตามเมื่อปรากฏว่ามีการค้ากำไรเกินควรขึ้น ให้คณะกรรมการ พิจารณาว่าราคาสินค้าควรจะเป็นเท่าไร แล้วจึงกำหนดราคาสูงสุดของสินค้านั้นรวมถึงการปันส่วนหรือ ห้ามซื้อห้ามขายได้ ตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจึงได้มีการแก้ไข กฎหมายขึ้นในปี พ.ศ. 2517 โดยได้จัดทำพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2517 ซึ่งมีมาตรการควบคุมการผลิตหรือจำหน่ายและมาตรการการสั่งห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร แต่ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากไม่ได้คุ้มครองผู้บริโภคในแง่ที่เกิดจากการผูกขาดโดยตรงในกรณีที่มีผู้ผลิตราย เดียวในตลาดใช้อำนาจบิดเบือนกลไกการตลาดได้ต่อมาพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2517 ได้ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมป้องกันการผูกขาดเป็นกฎหมาย การแข่งขันทางการค้าแบบควบคุม โครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) โดยการพิจารณา การใช้อำนาจผูกขาดอย่างเคร่งครัด ไม่ยอมให้มีการใช้อำนาจผูกขาดกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจ ของประเทศไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้นแต่สภาพโครงสร้างทางเศรษฐกิจส่วนใหญ่ของประเทศไทยในช่วง นั้นทุกๆ อุตสาหกรรมเป็นโครงสร้างกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ในบางอุตสาหกรรมตลาดมีขนาดเล็ก ผู้ประกอบการแต่ละรายต้องการการผลิตที่มีการประหยัดต่อขนาด อีกทั้งประเทศไทยเป็นประเทศกำลัง

พัฒนา การพัฒนาหน่วยธุรกิจจำนวนมากต้องการเติบโตเพื่อแข่งขันในตลาดโลกดังนั้นถ้าใช้บังคับกฎหมายกันอย่างจริงจังแล้วคงจะมีหน่วยธุรกิจจำนวนมากที่เข้าข่ายผูกขาดตามกฎหมาย³⁹ ดังนั้นในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดในส่วนของการผูกขาดจึงไม่สามารถใช้บังคับใช้เป็นประโยชน์กับ โครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เลยจึงทำให้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดฉบับนี้ไม่มีสภาพบังคับ คงเป็นเพียงแต่กฎหมายควบคุมราคาสินค้าเท่านั้น

2.3.2.2 พัฒนาการภายหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า

ในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 และได้มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้ในปี 2542 ซึ่งได้ถูกพัฒนามาจากพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 โดยกฎหมายดังกล่าวได้มีการปรับปรุงและแตกออกมาเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและบริการ ให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันมิให้ราคาสินค้าและบริการต่างๆ สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินควร อีกทั้งเพื่อให้มีสินค้าและบริการที่เพียงพอต่อการบริโภคของผู้บริโภคภายในประเทศ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งได้เปลี่ยนหลักการจากแนวทางการควบคุมโครงสร้างมาเป็นแนวทางการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) แทนเพื่อควบคุมไม่ให้ผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบอันก่อให้เกิดความเสียหายในตลาดสินค้าและบริการ ป้องกันไม่ให้มีการบิดเบือนสภาพของตลาด เพื่อรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการพร้อมที่จะให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขันได้สะดวกและเป็นการสนับสนุนส่งเสริมเศรษฐกิจไทยด้วย⁴⁰ ซึ่งขณะนั้นการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นถือเป็นความผิดต่อแผ่นดินต้องได้รับโทษอาญา โครงสร้างและรูปแบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในขณะนั้น จึงให้หน่วยงานราชการเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยผู้กระทำความผิดนั้นต้องได้รับโทษอาญาทั้งจำคุกหรือปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าตลอดระยะเวลา 18 ปีที่ผ่านมาไม่เห็นผลในทางปฏิบัติคือยังเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน เนื่องจากกระบวนการเอาผิดทางอาญานั้นต้องมีหลักฐานชัดเจนสามารถพิสูจน์ได้จนสิ้นสงสัย ซึ่งไม่เหมาะสมกับความผิดทางเศรษฐกิจและต้อง ใช้ระยะเวลาในการพิสูจน์ความผิดอย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับปี 2542 อยู่หลายครั้งแต่ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากทุกภาคส่วนเห็นว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นอุปสรรคในการประกอบธุรกิจซึ่งความเข้าใจดังกล่าวถือว่าคลาดเคลื่อน

³⁹ ชัชวาล โดเหมื่อน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 30.

⁴⁰ ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ. (2524). *การผูกขาดในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: ปยุตต์. หน้า 223.