

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1. บทสรุป

5.1.1. บททั่วไป

การแข่งขันโดยเสรีเป็นหลักการสำคัญทางเศรษฐศาสตร์ที่จะช่วยให้กลไกตลาดจัดการแบ่งสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหัวใจของการแข่งขันโดยเสรีนั้น ผู้ที่เข้าทำการแข่งขันกันจะต้องมีความเท่าเทียมกันในการแข่งขันกันด้วยกติกาเดียวกันจึงจะทำให้การแข่งขันสามารถช่วยกลไกตลาดให้เป็นไปโดยประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้เข้าทำการแข่งขันมีสิทธิเท่าเทียมกันในการแข่งขัน ได้รับข้อมูลข่าวสารด้านตลาดเท่าเทียมกัน มีสิทธิในการเสนอซื้อหรือขายสินค้าในตลาดโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ และที่สำคัญจะต้องแข่งขันกันด้วยประสิทธิภาพในการผลิตที่สามารถผลิตสินค้าด้วยต้นทุนที่ต่ำแต่มีคุณภาพและผลิตได้มากเพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคใช้สิทธิเลือกซื้อสินค้าของตน แต่ในความเป็นจริงไม่มีทางที่หน่วยธุรกิจในตลาดจะสามารถแข่งขันอย่างเท่าเทียมกันได้ เพราะสภาพตลาดในความเป็นจริงอาจเกิดการรวมกลุ่มกันเพื่อสร้างอำนาจต่อรองหรือจำกัดการแข่งขันของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ของตัวเอง หรืออาจจะมีหน่วยธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากจนทำให้มีอำนาจตลาดเพียงพอที่จะมีอิทธิพลต่อราคาสินค้าหรือปริมาณสินค้าในตลาดและกระทำการกำหนดทิศทางการอุปสงค์อุปทานในตลาดให้เป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนพิจารณาในด้านส่วนรวมการมีอิทธิพลในทางตลาดเช่นนี้ ในที่สุดจะทำให้ผู้ที่มีอิทธิพลดังกล่าวเป็นผู้ผูกขาดตลาด อันจะทำให้ระบบตลาดซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจเสรีไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ดังนั้นการที่ไม่มีผู้ใดมีอำนาจตลาดก็คือการที่ผู้ประกอบการแต่ละคนต่างมียอดการขายในแต่ละตลาดเป็นจำนวนน้อยเท่านั้นเมื่อเทียบกับยอดขายทั้งหมดในตลาด, มีผู้ประกอบการในตลาดเป็นจำนวนมากและผู้ประกอบการแต่ละรายมีความรู้ถึงข้อมูลของตลาดอย่างสมบูรณ์ อีกทั้งผู้ประกอบการในตลาดแต่ละรายมีเสรีภาพที่จะตัดสินใจเข้าสู่ตลาดหรือออกจากตลาดได้ด้วยใจสมัคร แต่หลักการของการแข่งขันเช่นนี้ตามความเป็นจริงมักเป็นไปได้ที่จะมีผู้ใดมีส่วนแบ่งตลาดเท่ากันหรือบางตลาดเป็นไปได้ที่จะมีผู้ประกอบการในตลาดเป็นจำนวนมาก และเป็นไป

ไม่ได้ที่ผู้ประกอบการตลาดจะรู้ข้อมูลเกี่ยวกับตลาดอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากปรัชญาที่สำคัญทางธุรกิจของหน่วยธุรกิจก็คือทำอะไรให้ตนเองขายสินค้าได้มากเพื่อที่จะได้กำไรมากและจะได้ส่วนแบ่งตลาดมาก ดังนั้นจึงเป็นที่มาของการพยายามจำกัดหรือทำลายการแข่งขันเพื่อที่ตนจะได้ส่วนแบ่งตลาดให้มากและเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งส่วนแบ่งตลาดของตนให้นานที่สุด การกระทำเช่นนี้หลักกฎหมายพื้นฐานที่พอจะปรับใช้เพื่อธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันเสรีได้ก็คือหลักกฎหมายลักษณะละเมิด

ในต่างประเทศมีพัฒนาการของหลักกฎหมายลักษณะละเมิดที่แตกต่างกันไปแล้วแต่ระบบและวิวัฒนาการของประเทศนั้นๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีที่ “ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย” มีหลักกฎหมายลักษณะละเมิดที่เรียกว่า “หลักการสมคบกันทำละเมิด” ซึ่งหลักการนี้มีองค์ประกอบอยู่ 2 ประการใหญ่ ๆ คือจะต้องมีการตกลงกันและการตกลงกันนั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย เดิมทีเดียวในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีหลักการนี้เช่นกันศาลอังกฤษในคดี *Mogul Steamship Co. v Mc Gregor, Gow & Co and others*[1892]A.C.25 ได้เคยตัดสินไว้ว่า การร่วมกันกำหนดราคาเพื่อขับไล่คู่แข่งขึ้นเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดของตนเองไว้ไม่ถือว่าเป็นการสมคบกันทำละเมิดเพราะเจตนารักษาผลประโยชน์ของตัวเอง ทั้งที่ในทางทฤษฎีแล้วการกำหนดราคาเช่นนั้นถือเป็นการร้ายแรงอย่างยิ่งและด้วยอำนาจตลาดที่มากพอของจำเลยในคดีดังกล่าว การกำหนดราคาเช่นนั้นก็มีผลกระทบต่ออันสำคัญของการแข่งขันได้ทีเดียว ต่อมาศาลอังกฤษได้เปลี่ยนแนวทางในการตัดสินในคดี *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co.vVeith*[1942]A.C.435 ว่าการกระทำเช่นเดียวกันกับคดี *Mogul* สามารถมีความรับผิดลักษณะละเมิดได้ จากข้อพิจารณาเบื้องต้นนี้จะเห็นได้ว่าหลักคอมมอนลอว์นั้นไม่มีความแน่นอนในการบังคับใช้ สำหรับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ก็ตัดสินโดยตลอดมาว่าหากรวมหัวกันจำกัดหรือทำลายการแข่งขันก็ทำให้ผู้รวมหัวกันมีความรับผิดลักษณะละเมิดตามหลักการสมคบกันทำละเมิดได้ อย่างไรก็ตามหลักนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่มีความกว้างขวางเพียงพอที่จะใช้ควบคุมการผูกขาดทางการค้าได้ จึงต้องมีการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเฉพาะขึ้นมา เช่นพระราชบัญญัติเชอร์แมน ค.ศ.1897 เป็นต้น, ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่มีการใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย ก็มีหลักกฎหมายลักษณะละเมิดบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน(BGB)ซึ่งมาตรา 823 วรรคแรกที่เป็นบทบัญญัติหลักในการกำหนดความรับผิดลักษณะละเมิดอันเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทยก็มีการคุ้มครองในกรณีที่มีการละเมิดต่อสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น แม้จะมีการที่ศาลพยายามจะสร้างหลักขึ้นมาด้วยการสร้างสิทธิที่เรียกว่า “สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ” แต่ศาลก็ประสบปัญหาในการปรับใช้ และกฎหมายมาตราอื่นเช่น มาตรา 826 ที่ผู้กระทำอาจรับผิดลักษณะละเมิดได้หากกระทำ

การฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี (Contra Bonos Mores) นั้น แม้ศาลเยอรมันจะใช้ในการกระทำทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับคดีที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและทำลายการแข่งขันนี้ แต่ด้วยความกว้างขวางของคำว่า “ศีลธรรมอันดี” จึงทำให้หาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการบังคับใช้ไม่ได้ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงได้บัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นมา, ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดมาตรา 709 อันเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทยก็มีการบังคับใช้กับคดีละเมิดที่เกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้าเช่นกัน แต่โดยที่หลักการทางแพ่งที่โจทก์ผู้กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดจนตนได้รับความเสียหายจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่ามีการกระทำตามฟ้องจริง กลับทำให้โจทก์ในคดีดังกล่าวประสบข้อจำกัดอย่างยิ่งเพราะคดีละเมิดทางเศรษฐกิจประเภทนี้ แม้ในทางทฤษฎีจะสามารถปรับใช้กับการผูกขาดทางการค้าได้แต่กลับไม่สามารถประสบความสำเร็จในการดำเนินคดีได้ด้วยหลักการการพิสูจน์ตามหลักทั่วไปนั่นเอง ประเทศญี่ปุ่นจึงบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นมา โดยมีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการเป็นโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายกับจำเลยที่กระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดดังกล่าว เป็นต้น

เป็นที่น่าสังเกตว่าทุกประเทศไม่ว่าจะใช้ กฎหมายระบบใดเมื่อมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดอันถือว่าเป็นกฎหมายมหาชนขึ้นมาโดยเฉพาะแล้ว มักจะมีกลไกในการบังคับใช้กฎหมายอยู่ 2 กลไกคือการบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐและการบังคับใช้โดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย ซึ่งการบังคับใช้โดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนี้จะมีบัญญัติไว้เสมอแม้ว่าประเทศนั้นจะไม่มีกรณีที่จะบังคับใช้โดยเอกชนเพราะการบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐมีประสิทธิภาพดีอยู่แล้วก็ตาม การบังคับใช้โดยเอกชนทุกประเทศจะบัญญัติในลักษณะของการกำหนดสิทธิให้ฟ้องเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้เพราะในต่างประเทศจะถือว่ากรให้สิทธิเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายในกฎหมายมหาชนนี้เป็นมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายมหาชนอย่างหนึ่ง ดังนั้นทุกประเทศจึงกำหนดไว้ว่าเอกชนผู้มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบทบัญญัติดังกล่าวได้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของจำเลยกับผลของความเสียหายที่โจทก์ได้รับ เช่น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายกำหนดว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายต่อทรัพย์สินจากการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงและยังได้รับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีรวมทั้งค่าทนายความตามสมควรอีกด้วย ซึ่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดหลักการใดใหม่จากหลักทั่วไปในกฎหมาย

ลักษณะละเมิดเพราะค่าเสียหาย 3 เท่าก็ถือเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่กฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่แล้ว แต่การบัญญัติไว้ถึง 3 เท่านี้เป็นสิ่งที่ชัดเจนว่าประเทศสหรัฐอเมริกาประสงค์จะให้เอกชนช่วยรัฐในการป้องกันการผูกขาดซึ่งก็ได้ผลเพราะมีคดีเกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายเช่นนี้เพิ่มมากขึ้นทุกปี และการกำหนดเช่นนี้ทำให้หน่วยธุรกิจที่คิดจะกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะต้องระมัดระวังเป็นพิเศษเพราะนอกจากจะต้องรับโทษทางอาญาแล้วยังจะถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายจำนวนมหาศาลทีเดียว ซึ่งทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยได้รับการยอมรับว่าสนับสนุนระบบเศรษฐกิจเสรีอย่างดีที่สุด

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็มีการบัญญัติให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ทำนองเดียวกันแต่ไม่มีบทบัญญัติพิเศษแตกต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไปเพราะยังคงต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยอยู่และค่าเสียหายก็ได้รับเท่าที่สามารถนำสืบได้ว่าเสียหายอยู่เท่าใด ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เน้นที่การบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐนั่นเอง และ ผู้เขียนมีความเห็นว่าสาเหตุที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีการกำหนดให้เอกชนที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้ในจำนวน 3 เท่า ก็เนื่องจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีรากฐานมาจากแนวความคิดที่ว่าค่าเสียหายเป็นการชดเชยความเสียหายที่แท้จริง ไม่ใช่การลงโทษผู้ก่อความเสียหาย และผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าเนื่องจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมั่นใจในกลไกการบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐอยู่แล้วจึงไม่เห็นว่าความจำเป็นที่จะสร้างหลักพิเศษของค่าเสียหายเพื่อส่งเสริมให้เอกชนบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่ประการใด

ประเทศญี่ปุ่นกฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หากได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ในส่วนของการกระทำผูกขาด, การจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีเหตุผลสมควรและการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น และกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นยังกำหนดหลักเกณฑ์ที่เอกชนจะฟ้องเรียกค่าเสียหายได้อีกที่ว่า ต้องมีคำตัดสินที่เป็นที่สุดขององค์กรของรัฐแล้วเอกชนจึงจะฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ และเมื่อฟ้องได้เอกชนผู้นั้นจะสามารถฟ้องให้รับผิดชอบได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยอีก เพราะกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้สร้าง "หลักความรับผิดชอบที่ไม่ต้องมีความผิด" ขึ้น จึงทำให้เอกชนผู้เป็น โจทก์ฟ้องหลุดพ้นจากข้อจำกัดที่จะต้องนำสืบการกระทำของจำเลยดังกล่าว เป็นต้น

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดในต่างประเทศมีการกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายไว้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าสาเหตุใหญ่ ๆ 3 ประการก็คือ

- ก. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเอกชน ถือเป็นมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด
- ข. รัฐประสงค์จะให้เอกชนช่วยรัฐในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด
- ค. สมควรกำหนดสิทธิของเอกชนไว้เนื่องจากการกระทำผูกขาดทางการค้านั้นแม้จะเป็นเรื่องของส่วนรวมแต่ก็ถือได้ว่าเอกชนทุกคนได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตามการกำหนดสิทธิไว้เช่นนี้หาทำให้เอกชนทุกคนมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยไม่มีขอบเขตแต่อย่างใดไม่เพราะทุกประเทศจะกำหนดหลักไว้ว่าจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผูกขาดนั้นโดยตรงด้วยหรือ ที่เรียกว่า ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และ เอกชนผู้นั้นต้องเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยนิตินัย

ประเทศไทยมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2522 คือพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 แต่ไม่อาจมีบทบาทในการบังคับใช้มากนักเนื่องจากกลไกของกฎหมายเองกำหนดไว้ว่าจะมีการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของ การป้องกันการผูกขาดต่อเมื่อคณะกรรมการกลางซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐประกาศให้เป็น “ธุรกิจควบคุม” หลังจากเห็นว่ามี การผูกขาดทางการค้าเสียก่อน ซึ่งการบัญญัติบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวค่อนข้างจะสวนทางกับการป้องกันการผูกขาด เพราะเมื่อมีการกระทำผูกขาดแล้วจึงจะใช้ดุลพินิจประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมและคูพฤติกรรมต่อไปว่าธุรกิจควบคุมนั้นกระทำการเข้าองค์ประกอบความผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ จึงทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังไม่สามารถบังคับใช้ได้แม้ว่าจะมีการกระทำที่เป็นการผูกขาดเกิดขึ้น เช่น มีการกำหนดราคาขายสินค้าเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน ซึ่งการกระทำเช่นนี้อาจทำให้คู่แข่งรายอื่นในตลาดไม่สามารถเสนอขายสินค้าในราคาที่กำหนดนั้นได้ ตามมาตรา 35(2), มีการกระทำที่เป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่นเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ตามมาตรา 37 เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของไทยคือพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 จะไม่สามารถบังคับใช้ได้เพราะติดกลไกที่ไม่มีการประกาศจะคณะกรรมการกลางให้เป็น “ธุรกิจควบคุม” แต่ในส่วนสารบัญญัติของกฎหมายฉบับดัง

กล่าว ยังถือได้ว่าการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าเป็นการกระทำที่กฎหมายไม่อนุญาตให้บุคคลใดกระทำได้เพราะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 มาตรา 48 เบญจก็ได้กล่าวไว้ชัดเจนว่าการกระทำการจำกัดสิทธิการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมจะกระทำได้อีกโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาตให้กระทำเท่านั้น หรือ อาจกล่าวได้ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำการจำกัดสิทธิการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมได้แล้ว ผู้กระทำย่อมไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ และการที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับนี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้เพราะกลไกทางกฎหมายที่ต้องประกาศเป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อนนี้ ยังถือไม่ได้ว่าบุคคลใดจะสามารถกระทำการจำกัดสิทธิการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมได้ ดังนั้นหากมีผู้กระทำละเมิดบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีสิทธิกระทำ และเมื่อกฎหมายมหาชนไม่สามารถบังคับใช้ได้เพราะกลไกดังที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ การกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดสิทธิในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หากมีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเอกชน ก็สมควรที่จะต้องพิจารณากฎหมายเอกชนซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนไว้ เพราะการที่กฎหมายมหาชนไม่สามารถบังคับใช้ได้ก็หาได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้ได้รับความเสียหายในทางกฎหมายเอกชนใช้สิทธิที่เชี่ยวชาญตามกฎหมายเอกชนแต่อย่างใดไม่ เพียงแต่ผู้นั้นจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำของผู้กระทำกระทบต่อสิทธิของตน โดยเฉพาะเจาะจงจนทำให้ตนได้รับความเสียหายตามที่กฎหมายเอกชนบัญญัติไว้ ซึ่งกฎหมายเอกชนในกรณีนี้ที่พิจารณาอยู่นี้ก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 420 แม้จะมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แต่ก็ไม่ได้นำมาหมดเพราะประเทศไทยไม่ได้นำหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 826 มาบัญญัติไว้ด้วย การตีความในการบังคับใช้กฎหมายจึงควรจะกว้างขวางกว่ามาตรา 823 บรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน นอกจากนี้ “การแข่งขันเสรี” ที่ทุกประเทศเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญและได้มีการรองรับหลักการดังกล่าวไว้ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศสที่รับรองหลักการนี้ในคำพิพากษาของศาลเพราะประเทศฝรั่งเศสไม่ได้รับรองใน รัฐธรรมนูญหรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้จะไม่ชัดเจนนักแต่ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าหมายถึงการรองรับสิทธิในการแข่งขันไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่นเดียวกับประเทศไทยที่รับรองการแข่งขันโดยเสรีให้เป็นสิทธิไว้ในรัฐธรรมนูญทีเดียว และไม่มีข้อความตอนไหนที่จะทำให้เห็นได้ว่าจะต้องมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญออกมากำหนดขอบเขตแห่งสิทธิหรือการใช้สิทธิแต่อย่างใด จึงต้องถือได้ว่า การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้ได้โดยถือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งศาลสามารถบังคับใช้ได้ ดังนั้นสิทธิในการแข่งขันโดยเสรีจึงเป็นสิทธิที่อาจถูกละเมิดได้ หากการกระทำใดก็ตามที่เข้าองค์

ประกอบความรับผิดชอบละเมิดและเกิดความเสียหายต่อสิทธิในการแข่งขัน ผู้กระทำก็มีความรับผิดชอบละเมิดและต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายได้

5.1.2. ข้อจำกัดของโจทก์ในการสืบพยานว่าจำเลยกระทำละเมิด

การผูกขาดทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิด ในระบบเศรษฐกิจแบบตลาด ซึ่งได้วิเคราะห์ไปในบทที่ 4 แล้วว่า แม้จะเป็นเรื่องที่กระทบโครงสร้างในแนวกว้างแต่ก็ทำให้ว่าการผูกขาดจะเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่การผูกขาดในส่วนของการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบบางกรณียังสามารถกระทบต่อสิทธิของเอกชนได้เช่นกันและอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ แต่โจทก์ผู้ได้รับความเสียหายมีหน้าที่จะต้องนำเสนอแสดงให้ศาลเห็นว่ามี การกระทำละเมิดและจำเลยเป็นผู้กระทำ อีกทั้งโจทก์ยังจะต้องนำเสนอด้วยว่ามีความเสียหายอะไรบ้างและมีจำนวนเท่าใด ซึ่งการนำเสนอว่ามี การกระทำละเมิดเป็นภาระการพิสูจน์ กล่าวคือหากโจทก์ไม่นำสืบหรือสืบไม่สมฟ้อง ศาลย่อมพิพากษายกฟ้องแต่การนำเสนอในส่วนของค่าเสียหาย แม้โจทก์จะนำเสนอไม่สมฟ้อง ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิด ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาในภาระการพิสูจน์ของโจทก์เกี่ยวกับการกระทำละเมิดไปบ้างแล้วในบทที่ 4 แล้วในการกระทำผูกขาดในส่วนของการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบที่จำกัดการแข่งขัน, ทำลายการแข่งขันและการกีดกันไม่ให้เข้ามาแข่งขัน จึงถือได้ว่าโจทก์มีข้อจำกัดในการนำเสนอพยานคดีประเภทนี้อย่างมากโดยจะต้องนำเสนอให้ได้ความดังนี้

1.) โจทก์และจำเลยอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

ซึ่งคำว่า "ตลาด" ในทางเศรษฐศาสตร์แล้วไม่ได้หมายความเฉพาะสถานที่ซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้ากันเท่านั้น ซึ่งหากในข้อเท็จจริงของคดีโจทก์กับจำเลยแม้จะขายอยู่ใกล้กันก็อาจไม่ได้อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันก็ได้ ทั้งนี้เพราะตลาดในทางเศรษฐศาสตร์จะหมายถึงตลาดสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถติดต่อซื้อขายสินค้ากันได้ซึ่งไม่หมายความเฉพาะสถานที่อย่างเดียว ดังนั้นตลาดในทางเศรษฐศาสตร์จึงกว้างขวางมากซึ่งการกระทำของจำเลยอาจมีผลกระทบต่อโจทก์ได้หากอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน ซึ่งโจทก์จะต้องนำเสนอให้ได้ว่าโจทก์และจำเลยอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

2.) จำเลยมีอำนาจตลาด

ในประเด็นต่อไปที่โจทก์ในคดีละเมิดจะต้องนำสืบพิสูจน์ก็คือ จำเลยมีอำนาจตลาดในสินค้าชนิดเดียวกับโจทก์หรือไม่ เพราะหากจำเลยไม่มีอำนาจตลาดแล้ว การกระทำใดๆ ของจำเลยย่อมไม่สามารถมีผลกระทบต่อสิทธิของโจทก์ได้ในกรณีที่จำเลยทำสัญญาหรือรวมหัวกับบุคคลอื่น กระทำกิจกรรมทางธุรกิจต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการทำข้อตกลงค้าขายเฉพาะราย, การแบ่งแยกราคาขายหรือการกระทำใดๆ ก็ตาม ซึ่งในประเด็นนี้นอกจากโจทก์จะต้องนำสืบถึงอำนาจตลาดโดยมีทฤษฎีมากมายที่จะพิสูจน์อำนาจตลาด แต่เป็นที่ยอมรับกันก็คือ การค้นหาส่วนแบ่งตลาด ซึ่งหากจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดมากย่อมถือได้ว่ามีอำนาจตลาดมาก ดังนั้น โจทก์จึงจะต้องนำสืบถึงส่วนแบ่งตลาดของจำเลยโดยต้องนำสืบให้ได้ว่าจำเลยมีการซื้อขายในตลาดสินค้าเดียวกับโจทก์มากเท่าใด ซึ่งในประเด็นนี้การพิสูจน์ปริมาณสินค้าของจำเลยที่มีซื้อขายในตลาดนั้นเป็นการยากสำหรับโจทก์ที่จะรู้ได้เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในความรู้เห็นของจำเลยเท่านั้น และแม้โจทก์จะนำสืบได้ว่าจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดมากก็ยังมีปัญหาว่ามีมากเท่าใดจึงจะเพียงพอที่จะกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในการแข่งขันของโจทก์ได้

3.) การกระทำของจำเลยมีผลเช่นใด

โจทก์ในคดีละเมิดจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำการอะไรในตลาดและมีผลอย่างไรเช่นในกรณีที่จำเลยกระทำละเมิดในลักษณะที่โจทก์กล่าวอ้างว่า ตัดราคา จนโจทก์ไม่อาจค้าขายแข่งขันด้วยได้และประสบปัญหาขาดทุนจนต้องออกไปจากตลาดในที่สุด โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบให้เห็นได้ว่าจำเลยมีอำนาจตลาดมากพอเพราะหากจำเลยไม่มีอำนาจตลาดย่อมไม่อาจตัดราคานาน ๆ ได้ นอกจากโจทก์ก็จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่ากำหนดราคาของจำเลยในตลาดสินค้าเดียวกับโจทก์จำเลยกำหนดในราคาเท่าใด ซึ่งการกำหนดราคาเช่นนั้นเป็นการกำหนดราคาในทางปกติของการประกอบธุรกิจที่ต้องการให้ได้กำไรสูงสุด หรือไม่หรือเป็นการกำหนดราคาที่ต่ำกว่าทุนเพื่อขับไล่โจทก์ออกจากตลาด ซึ่งโจทก์ก็จะต้องนำสืบให้ได้ว่าต้นทุนในการผลิตสินค้าของจำเลยมีเท่าใดและจำเลยกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุนเพราะเหตุใดมีเหตุผลหรือไม่ หากต่ำกว่าต้นทุนมากและไม่มีเหตุผลย่อมถือได้ว่าเป็นการตั้งราคาที่ไมเจตนาจะประกอบธุรกิจแต่มีเจตนาอื่น การพิสูจน์เช่นนี้ทำให้เกิดความยากแก่โจทก์มากเพราะไม่อาจรู้ได้ถึงข้อเท็จจริงในการผลิตต่างๆ เพราะอยู่ในความรู้เห็นของจำเลยซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ โจทก์จะต้องนำสืบไม่ใช่ว่าจำเลย

4.) โจทก์จะต้องนำเสนอให้ได้ว่า การกระทำของจำเลยสัมพันธ์กับผลเสียหายของโจทก์

หากไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของจำเลยเสียแล้ว ย่อมจะให้จำเลยรับผิดชอบเพื่อละเมิดต่อโจทก์ไม่ได้ กล่าวคือการกระทำของจำเลยเป็นผลกระทบท่อนัยสำคัญในสิทธิการแข่งขันเสรีของโจทก์หรือไม่ เช่นการที่จำเลยกำหนดราคาต่ำกว่าต้นทุนนั้น หากโจทก์นำเสนอไม่ได้ว่าโจทก์ประกอบธุรกิจตามปกติแล้วก็ยังไม่สามารถค้าขายแข่งขันได้ เพราะเหตุที่ว่าสินค้าจำเลยมีมากมายในตลาดและราคาถูกมีผู้บริโภครู้จักชื้อมากมาย แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าโจทก์ดำเนินธุรกิจผิดพลาดจนประสบปัญหาขาดทุนเองไม่ใช่เพราะการกำหนดราคาของจำเลย เช่นนี้จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ หรือโจทก์นำเสนอไม่ได้ว่าการที่จำเลยตกลงกันกับผู้อยู่ในตลาดไม่ให้ซื้อขายสินค้ากับผู้อื่นนั้นมีมากเพียงพอจนโจทก์ไม่สามารถค้าขายแข่งขันได้เพียงใด เป็นต้น

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา 4 ประการข้างต้นนี้เห็นได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจะเป็นเรื่องของนามธรรมไม่อาจจะมองเห็นภาพได้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับการกระทำความเสียหายทางกายภาพ จำพวกขับรถชนกัน, ทำร้ายร่างกาย ที่สามารถจำแนกได้ว่าทำความเสียหายอย่างไร มีความเสียหายอะไรบ้าง แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะไม่อาจแสดงให้ศาลเห็นได้ว่ามีการกระทำละเมิดซึ่งก็จะต้องรอบคอบและละเอียด อย่างไรก็ตามการที่จะทราบและให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยตรง เป็นเรื่องที่มีความสามารถของโจทก์ค่อนข้างจำกัดอย่างมากและโอกาสที่จะนำเสนอฟ้องมิได้มากเช่นกัน เนื่องจากคดีดังกล่าวเป็นคดีละเมิดทางเศรษฐกิจ โจทก์จึงต้องมีความพยายามอย่างมากในการสืบพยานให้ศาลเห็นว่าเกิดการกระทำละเมิดซึ่งหากสืบพยานได้สมดังที่โจทก์กล่าวอ้างจำเลยก็ย่อมมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดต่อโจทก์ได้

5.1.3. ข้อจำกัดในการสืบพยานเกี่ยวกับค่าเสียหายของโจทก์

นอกจากนี้โจทก์มีหน้าที่จะต้องนำเสนอถึงค่าเสียหายที่ตนเรียกร้องมาในฟ้องซึ่งค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นค่าขาดรายได้, ค่าขาดกำไร นั้นโจทก์จะต้องนำเสนอให้เห็นได้ชัดว่าโจทก์ขาดรายได้และขาดกำไรจากการที่จำเลยกระทำละเมิด เพราะหากมีข้อหักล้างว่าแม้ไม่มีการกระทำละเมิดของจำเลย โจทก์ก็ยังคงขาดรายได้และขาดกำไรอยู่ ศาลก็คงจะไม่พิพากษาให้ค่าเสียหายแก่โจทก์ อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายนี้โดยมากแล้วศาลค่อนข้างจะเคร่งครัดโดยพิจารณาจากพยานเอกสารและการลงทุนลงแรงไปแล้วของโจทก์เป็นหลัก ซึ่งจะทำให้โจทก์นั้นมีข้อจำกัดใน

เรื่องของจำนวนค่าเสียหายที่ศาลจะพิพากษาให้เป็นอย่างมาก ค่าเสียหายในทางเศรษฐกิจประเภท คาดว่าจะมีส่วนแบ่งตลาด (ลูกค้า) เพิ่มหรือกำไรในอนาคตที่คาดว่าจะได้แต่กลับไม่ได้ เพราะ การกระทำของจำเลยนั้น ศาลอาจจะเห็นว่าเป็นความเสียหายที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำของจำเลย ก็ได้หากโจทก์ไม่สามารถสืบให้ศาลเห็นได้ว่าต้องเกิดขึ้นชัดเจนแน่นอนจากการกระทำละเมิดของ จำเลยดังกล่าว ซึ่งในปัญหาเรื่องค่าเสียหายนี้จึงอยู่ในดุลพินิจที่ดูเหมือนจะให้อำนาจศาลอย่างมาก จากคำว่า “ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ซึ่งศาลน่าจะมี ดุลพินิจเชิงกว้างในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เมื่อปรากฏความเสียหายขึ้น แต่ในทางปฏิบัติ ดูเหมือนศาลจะใช้ดุลพินิจในเชิงลดค่าเสียหายของโจทก์ที่เรียกร้องมาเนื่องจากศาลยึดหลักที่ว่า จะ ไม่กำหนดค่าเสียหายโจทก์เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงอย่างเคร่งครัดเกินไปนั่นเอง ดังนั้นโจทก์ ในคดีละเมิดเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้า จึงไม่อาจได้รับค่าเสียหายคุ้มกับค่าใช้จ่ายในการ ดำเนินคดีที่สลับซับซ้อนนี้มากเท่าที่ควรและเป็นเหตุหนึ่งที่ไม่ค่อยได้เห็นคดีละเมิดประเภทนี้ใน ศาลมากนัก

จากที่ได้กล่าวมาแล้วนี้จะเห็นได้ว่าการผูกขาดทางการค้าด้วยการกระทำการจำกัด, ขับไล่คู่แข่งขันไม่ว่าจะเป็นไปโดยชัดแจ้งหรือโดยใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบนั้นหากเข้า องค์ประกอบความรับผิดลักษณะละเมิดแล้ว ผู้กระทำย่อมมีความรับผิดลักษณะละเมิดได้ ข้อจำกัด ก็คือกฎหมายเอกชนลักษณะละเมิดนี้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะต้องนำสืบพิสูจน์ถึงการกระทำ, ความเสียหายและค่าเสียหาย ซึ่งการกระทำโดยใช้อำนาจเศรษฐกิจนี้เป็นเรื่องที่จำกัดอย่างมากในการ เสาะหาและสืบพยานหลักฐานของผู้ที่ได้รับความเสียหายอย่างยิ่ง ในประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยและประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 709 ของ ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทย ก็ยังมีการ พ้องให้ผู้ผูกขาดต้องรับผิดในลักษณะละเมิดได้เช่นกัน หากโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ให้ครบหลัก เกณฑ์ตามมาตรา 709 ได้ แต่ที่ประเทศญี่ปุ่นเองก็มีข้อจำกัดในการสืบพยานในคดีประเภทนี้เช่น กัน เนื่องจากโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยจงใจหรือพิสูจน์ความผิดของจำเลยด้วย อีกทั้งโจทก์จะ ต้องพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายของจำเลยกับความเสียหายที่ตน ได้รับซึ่งเป็นการยากมาก ดังเช่น คดี Oil Cartel Price Fixing (Decision of The Supreme Court, 2 July 1987, Minshu 41/5(1987), 785 et seq) ที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 3 หน้า 53 จาก ข้อจำกัดดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าแม้ในทางทฤษฎีการกระทำจำกัดการแข่งขันหรือทำลายการแข่งขัน ของจำเลยจะเป็นละเมิดได้แต่ก็ไม่สามารถบังคับได้อย่างเต็มที่ในทางปฏิบัติเพราะข้อจำกัดใน การการพิสูจน์ตามกฎหมายของผู้ได้รับความเสียหาย

5.2. ข้อเสนอแนะ

5.2.1. การเสนอให้มีการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดได้อย่างทั่วถึงมากขึ้น

การบังคับใช้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่มีโทษทางอาญาไม่สามารถกระทำได้อย่างทั่วถึง เพราะองค์ประกอบความรับผิดในทางอาญาตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องมีการประกาศให้เป็น“ธุรกิจควบคุม”โดยคณะกรรมการกลางเสียก่อน ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ที่ว่า “เมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ คณะกรรมการกลางมีอำนาจประกาศให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม” และเมื่อมีการประกาศเป็นธุรกิจควบคุมแล้วจึงจะต้องพิจารณาว่าธุรกิจควบคุมนั้นกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เช่น มาตรา 35 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น โดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้.....” เป็นต้น ซึ่งทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างทั่วถึง เนื่องจากเมื่อมีการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันเป็นความเสียหายต่อประโยชน์มหาชนแล้ว แต่ก็จะต้องรอว่าคณะกรรมการกลางจะสามารถตรวจสอบพบหรือไม่ และเมื่อคณะกรรมการกลางตรวจสอบพบแล้ว ก็จะต้องรอพิจารณาอีกว่าคณะกรรมการกลางเห็นสมควรที่จะประกาศให้ธุรกิจที่กระทำการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ชอบธรรมนั้นเป็นธุรกิจควบคุมหรือไม่ และยังต้องรอพิจารณาอีกว่าธุรกิจที่ถูกประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมนั้นได้กระทำการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรมตามมาตราต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญของความผิดอีกหรือไม่ จึงจะสามารถก่อให้เกิดความรับผิดของผู้กระทำตามกฎหมายฉบับนี้ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ย่อมทำให้มีการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรมอยู่อย่างเนิ่นนานจึงจะสามารถบังคับใช้กฎหมายได้ ซึ่งก็ไม่แน่นอนอีกว่าจะยังสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่ เพราะเมื่อถูกประกาศเป็นธุรกิจควบคุมแล้วย่อมจะเริ่มระวางตัวและหาทางที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายต่อไป จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่สามารถบังคับใช้เพื่อป้องกันการผูกขาดได้อย่างทันทั่วถึง ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมาก ซึ่งในต่างประเทศไม่มีการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ แต่จะมีการบัญญัติในลักษณะยืดหยุ่นที่บางพฤติกรรมอาจจำเป็นที่จะต้องกระทำการที่เข้าลักษณะเป็นการผูกขาดบางประเภทเพื่อประโยชน์ของเศรษฐกิจโดยรวม แต่จะต้องได้รับการอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้ของรัฐ เช่น ในประเทศอังกฤษ, ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้

ว่าเมื่อมีการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดแล้วย่อมมีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้โดยไม่ต้องให้มีการประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อน ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้แล้วจะทำให้กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการบางอย่างที่เป็นการผูกขาดหากได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐแล้วย่อมสามารถกระทำได้ ซึ่งหลักการนี้สามารถกระทำได้และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่ประการใดเพราะมาตรา 48 เบญจ ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 ก็ได้กล่าวไว้ว่า การจำกัดสิทธิการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม สามารถกระทำได้ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ (ร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่เสนอโดยกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ได้มีการแก้ไข กลไกนี้ด้วย โดยร่างกฎหมายได้เสนอให้มีการแยกกฎหมายกำหนดราคาสินค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกเป็นคนละฉบับ อีกทั้ง การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่ต้องมีประกาศให้เป็น “ธุรกิจควบคุม” ก่อน แต่การกระทำบางอย่างอาจจะขออนุญาตจากองค์กรของรัฐก่อนได้ซึ่งหากได้รับการอนุญาตก็จะไม่ถือว่าผิดกฎหมาย เช่น การขออนุญาตรวมธุรกิจ, การขออนุญาตตกลงแบ่งเขตการขาย เป็นต้น)

5.2.2. การเสนอให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในกฎหมายป้องกันการผูกขาด

เนื่องจากโจทก์ในคดีละเมิดต้องจำกัดด้วยภาระการพิสูจน์การกระทำของจำเลย และค่าเสียหายที่ตนจะได้รับ ดังนั้นเพื่อเป็นมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและเพื่อเป็นการสนับสนุนให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีป้องกันการผูกขาดเพื่อช่วยเหลือตัวเอง เมื่อได้รับความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจเศรษฐกิจโดยมิชอบของจำเลยและช่วยรัฐในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการกำหนดให้เอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วยการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ (ร่างกฎหมายฉบับใหม่ได้มีการกำหนดสิทธิของเอกชนที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้ว แต่กำหนดให้สิทธิเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายบาง การกระทำเท่านั้นเช่นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายกำหนดอายุความไว้ 1 ปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้หรือควรจะรู้ถึงการกระทำฝ่าฝืนดังกล่าว) ในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหาย ผู้เขียนเห็นว่าสมควรกำหนดหลักการต่อไปนี้

1.) การแก้ไขด้านการกระทำละเมิด เนื่องจากเอกชนในคดีละเมิดเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้ามีข้อจำกัดในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีหลักการให้เอกชนใช้คำพิพากษาที่ดำเนินคดีโดยรัฐมาเป็นหลักฐานในคดีได้ (prima facie case) และมีการพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดมานานทำให้เอกชนมีความเข้าใจในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ส่วนประเทศสหพันธรัฐเยอรมันนั้นเอกชนผู้ฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดยังคงต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยอยู่ เนื่องจากประเทศสหพันธรัฐเยอรมันมุ่งบังคับใช้โดยรัฐ ดังนั้นหลักการในต่างประเทศทั้ง 2 ประเทศดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เพียงพอที่จะบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย ที่การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเหมือนกับหยุดชะงักตั้งแต่วันที่ที่มีประกาศบังคับให้เป็นกฎหมาย เนื่องจากติดเงื่อนไขการประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุม เอกชนจึงยังไม่มี ความเข้าใจเพียงพอเพราะยังไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าที่จะมีการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเอกชนที่ทำให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายสามารถบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าที่จะดำเนินคดีด้วยการฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายเอกชนที่เอกชนมีภาระการพิสูจน์ถึงความเสียหายและค่าเสียหายซึ่งในคดีประเภทนี้มีข้อจำกัดอย่างมากดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ซึ่งแม้แต่ประเทศญี่ปุ่นเองก็ประสบปัญหาข้อจำกัดในการดำเนินคดีแพ่งเช่นเดียวกันนี้ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 เช่นกัน

หลักการของประเทศไทยที่มีอยู่ในการทำให้การดำเนินคดีส่วนแพ่งของเอกชนเป็นไปได้โดยสะดวกในด้านของการกระทำก็คือการดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ซึ่งหมายถึงคดีแพ่งที่มีมูลจากการทำความผิดทางอาญา ซึ่งโดยปกติหมายถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญา โดยอาศัยหลักเกณฑ์ และ ความรับผิดชอบในสาระสำคัญเป็นทำนองเดียวกัน¹ ซึ่งหลักการนี้หากยังไม่มีการแก้ไขในกฎหมายป้องกันการผูกขาดตามข้อ 1. ย่อมไม่สามารถนำหลักการเกี่ยวกับคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญามาใช้ได้ เพราะการทำการผูกขาดหรือจำกัดการ แข่งขันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรมนั้น แม้ในทางสารบัญญัติจะถือว่าเป็นการกระทำที่ห้ามกระทำ แต่เมื่อกลไกทางกฎหมายบัญญัติว่าจะบังคับใช้กฎหมายได้ต่อเมื่อมีการประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อนนั้น ถือว่าเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมาย เช่น จะถือว่าการฝ่าฝืน มาตรา 35 จะต้องเป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจควบคุมและมีการกระทำที่เป็นการ

¹ คณิ่ง ภาไชย ,กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, (กุมภาพันธ์ 2530)), หน้า 128

ผูกขาดทางการค้า จึงจะมีความผิดตามมาตรา 45 เป็นต้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายมหาชนที่มีโทษทางอาญาถือว่าเป็นกฎหมายอาญา และ หลักในการตีความกฎหมายอาญามีหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” ดังนั้นการตีความจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดจะตีความเพื่อขยายความที่จะเอาผิดกับผู้กระทำไม่ได้ ดังนั้นการกระทำตามกฎหมายฉบับปัจจุบันจึงไม่สามารถมีความผิดทางอาญาได้ หากยังไม่มีการประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อน เพราะเป็นการกระทำที่ยังไม่ครบองค์ประกอบความผิด และยังไม่สามารถนำหลักคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญามาใช้ได้เพราะไม่มีการฟ้องเป็นคดีอาญา แต่ในส่วนของหลักการในสารบัญญัติที่เป็นการห้ามกระทำนั้น หากมีการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่บัญญัติลักษณะห้ามกระทำแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งจะต้องพิจารณาแต่เพียงความรับผิดตามกฎหมายเอกชนคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานอันเป็นความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น

ดังนั้น หากมีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่ให้มีกลไกในการบังคับใช้ เช่นกฎหมายในปัจจุบันที่ต้องประกาศให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อน ผลของการดำเนินคดีโดยเอกชนเกี่ยวกับคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาจะเป็นในลักษณะที่ว่าเอกชนผู้ที่ฟ้องหรือดำเนินคดีแพ่งไม่ว่าจะเป็นการฟ้องหรือดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือเป็นการฟ้องและดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่ผู้เขียนเสนอให้มีการกำหนดสิทธิให้ฟ้องไว้อย่างแจ่มชัดในข้อนี้ นั้น เอกชนผู้ฟ้องและดำเนินคดีแพ่งจะสามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาฟ้องและดำเนินคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาทันที เช่น การพิพากษาคดีส่วนแพ่งศาลจะต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาส่วนอาญา ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 บัญญัติไว้ซึ่งการฟังข้อเท็จจริงของศาลนั้น ศาลจะฟังข้อเท็จจริงทั้งข้อเท็จจริงอันเป็นยุติในเนื้อหาที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ หรือการกระทำของคู่กรณี และข้อเท็จจริงในทางพิจารณาอันเป็นยุติแม้ในเนื้อหาจะไม่เป็นยุติก็ตาม ข้อเท็จจริงในทางพิจารณา เช่น โจทก์ฟ้องจำเลยลว่าลักข้าวโนนา แม้ศาลพิพากษายกฟ้องเพราะโจทก์นำสืบไม่ได้ว่าข้าวเป็นของโจทก์ โจทก์มาฟ้องจำเลยในทางแพ่งให้คืนข้าว ศาลย่อมพิพากษายกฟ้องโจทก์โดยอาศัยข้อเท็จจริงในทางอาญาที่เป็นประเด็นเดียวกันได้ว่าฟังไม่ได้ว่าข้าวเป็นของโจทก์ได้ แม้ว่าจะยังไม่พิจารณาในเนื้อหาว่าข้าวที่เป็นของโจทก์หรือไม่นั้น จำเลยได้เอาไปโดยทุจริตหรือไม่ก็ตาม² เป็นต้น

² คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, หน้า 137

อย่างไรก็ตามในส่วนของผู้ที่จะฟ้องคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดที่จะสามารถเข้าสู่กระบวนการคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญานั้น จะต้องเป็นผู้ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่คุ้มครองเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วย เพราะโดยทั่วไปผู้เขียนเห็นว่าราษฎรไม่ใช่ผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจนี้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ประโยชน์สุขและความสะดวกสบายของสาธารณชนเป็นส่วนรวม ซึ่งการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัตินี้ รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เว้นแต่เอกชนบุคคลใดได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ จึงจะเป็นผู้เสียหายได้³ ซึ่งหากพิสูจน์ได้ว่าตนเองมีความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่จำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้จึงจะเป็นผู้เสียหายและสามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้เพราะมีหลักการที่จะฟังข้อเท็จจริงในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาตามมาตรา 46 ว่าคดีแพ่งที่ศาลจะถือข้อเท็จจริงในทางคดีอาญานั้นจะต้องปรากฏด้วยว่าผู้ที่ถูกข้อเท็จจริงนั้นมาขึ้นเคยเป็นคู่ความในคดีอาญามาก่อน⁴ เพราะคำว่า “คู่ความ” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2(15) หมายถึง โจทก์ฝ่ายหนึ่งและจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง และคำว่า “โจทก์” ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(14) หมายถึง พนักงานอัยการ หรือ ผู้เสียหายที่ฟ้องคดีอาญาต่อศาล และหากเป็นผู้เสียหาย แม้พนักงานอัยการจะฟ้องคดีอาญาก็ถือว่าฟ้องแทนผู้เสียหายและผู้เสียหายสามารถใช้หลักให้คดีแพ่งฟังข้อเท็จจริงในคดีอาญาได้(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1134-1135/2509)

ดังนั้นหากโจทก์ในคดีแพ่งไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้ว ศาลในคดีแพ่งย่อมไม่ฟังข้อเท็จจริงในคดีอาญาเพราะโจทก์ในคดีแพ่งไม่ใช่คู่ความในคดีอาญา เช่น จำเลยถูกพนักงานอัยการฟ้องคดีความผิดตามพระราชบัญญัติจรรยาทางบก พ.ศ.2522 ทั้งนี้ถือไม่ได้ว่าพนักงานอัยการฟ้องคดีแทนโจทก์เพราะพระราชบัญญัติจรรยาทางบกราษฎรไม่ใช่ผู้เสียหาย ศาลในคดีแพ่งจึงไม่ถือข้อเท็จจริงตามคดีอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94-95/2512)

แต่หากมีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนะในข้อนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายย่อมเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาเกี่ยวกับกฎหมาย

³ คณิ่ง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, หน้า 9

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 140

ป้องกันการผูกขาดเพราะกฎหมายกำหนดให้สิทธิเอกชนผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา แต่ความรับผิดชอบของจำเลยในส่วนแพ่งก็ยังคงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เช่นเดิมเพราะการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่งมีหลักเกณฑ์และแนวความคิดคนละอย่างกัน ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 47 ที่ว่า “คำพิพากษาคดีส่วนแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่ง...” ดังนั้นการฟ้องขอเท็จจริงในทางคดีอาญาที่จะผูกพันคู่ความในคดีแพ่งนั้น ก็เป็นการฟ้องเพียงข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนการจะพิพากษาว่าจำเลยกระทำละเมิดหรือไม่ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เช่น จำเลย จงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่, มีความสัมพันธ์ระหว่างการทำกระทำและผลหรือไม่ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อให้การฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนที่มีการกำหนดสิทธิไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด ที่ประสงค์จะให้เป็นการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกมาตรการหนึ่งก็คือ สมควรสร้างกลไกในการบังคับใช้ที่เป็นพิเศษแตกต่างจากความรับผิดชอบทางแพ่งโดยทั่วไป นั่นคือการสร้างกลไกการบังคับใช้ในส่วนของคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเพื่อมิให้ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจะต้องนำสืบถึงการกระทำของจำเลย ในเมื่อมีการวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำของจำเลยเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด ในประเทศญี่ปุ่นมีเงื่อนไขที่สำคัญคือหากมีการดำเนินคดีโดยรัฐและคดีถึงที่สุดแล้ว เอกชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยอีก เป็นการกำหนดหลักที่เรียกว่า “ความรับผิดที่ไม่ต้องมีความผิด” (No Fault Liability) ที่โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือความผิดของจำเลยอีก การกำหนดหลักการเช่นนี้น่าจะเหมาะสมกับประเทศไทยในขณะนี้เพราะจะได้มีการดำเนินการโดยรัฐก่อนและเอกชนเมื่อจะบังคับใช้กฎหมายก็ไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์มาก เนื่องจากจำเลยถูกปิดปากไม่ให้พิสูจน์ถึงการกระทำของตนว่าไม่เป็นละเมิดเมื่อได้ทำความผิดอาญาแล้ว ดังนั้นหลักการนี้น่าจะเหมาะสมกับการนำมาปรับใช้กับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยซึ่งหากเอกชนเห็นว่ารัฐไม่ดำเนินการกับจำเลยแล้วจะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เลยนั้น ก็หาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะแม้จะฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่ได้ แต่ก็ยังฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ซึ่งจะต้องมีการพิสูจน์ตามหลักทั่วไปของกฎหมายลักษณะละเมิดอยู่เช่นเดิมนั่นเอง

2.) การแก้ไขในด้านค่าเสียหาย เนื่องจากเอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดทางการค้าที่ไม่ชอบธรรม มีข้อจำกัดในด้านภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งกฎหมายของไทยเป็นกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย ลักษณะของค่าเสียหายจึงเป็นลักษณะของค่าสินไหมทดแทนที่ชดเชยความเสียหายที่ผู้ถูกกระทำละเมิดได้รับ อันเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น โดยผู้ถูกกระทำละเมิดมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองได้รับความเสียหายอย่างไรและจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นการยากมากที่โจทก์จะนำสืบถึงความเสียหายในทางเศรษฐกิจเช่นนี้ได้ แม้ว่าศาลจะยอมรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญก็ตามแต่ก็ไม่สามารถทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจที่บางอย่าง เนื่องจากมีข้อจำกัดที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ เช่น การสูญเสียลูกค้าที่มีอยู่กับตนเองและการสูญเสียลูกค้าที่คาดว่าจะมีในอนาคต บางครั้งกำหนดค่าเสียหายให้แล้ว แต่ก็ไม่มีทางเยียวยาได้ทั่วถึงเพราะการที่เคยอยู่ในตลาดแล้วต้องเสียหายเพราะการจำกัดการแข่งขันแล้ว การกลับมาสู่ตลาดเช่นเดิมบางครั้งเป็นไปได้ยากที่จะกลับมาได้และเป็นไปได้อีกว่าจะต้องกระทำการเช่นใด เสียค่าใช้จ่ายจำนวนเท่าใดจึงจะกลับสู่ฐานะเดิมได้อีกและเป็นการยากที่ศาลจะกำหนดให้เพราะศาลอาจถือว่าเป็นเพียงการคาดคะเนเอาเท่านั้น ทั้งที่ความจริงแล้วการคาดคะเนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินธุรกิจ เช่น การทำการสำรวจความน่าจะเป็น(feasibility study) เป็นต้น ดังนั้น ในหลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดจึงทำให้โจทก์มีข้อจำกัดในการพิสูจน์ค่าเสียหายในคดีประเภทนี้ การกำหนดให้โจทก์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในกฎหมายป้องกันการผูกขาด จึงเป็นการวางกลไกที่เป็นมาตรการบังคับใช้โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษโดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาตามหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดอีก ซึ่งหากเห็นว่าการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยทางเอกชนแล้ว สมควรที่จะต้องมีกลไกพิเศษในการสนับสนุนให้เอกชนช่วยรัฐในการบังคับใช้กฎหมายโดยกำหนดให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง

ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดให้สิทธิเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง ก็เพราะประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages)

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ หมายถึง⁵ ค่าเสียหายที่กำหนดให้เป็นส่วนเพิ่มเติมขึ้น จากค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามธรรมดา อันมีสาเหตุมาจากลักษณะการกระทำของจำเลยที่ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ,ประมาทเลินเล่อโดยจงใจ ,เจตนาชั่วร้าย หรือ มีลักษณะกดขี่ข่มเหง เป็นค่าเสียหายที่กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อตอบแทนความรุนแรงแห่งพฤติกรรม ของการกระทำละเมิดโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษผู้ละเมิด ซึ่งมีพฤติกรรมจงใจและไม่นำพาต่อ กฎหมายและสิทธิของบุคคลอื่น การกำหนดค่าเสียหายเช่นนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นค่าเสียหายที่ ต้องการลงโทษจำเลยและในขณะเดียวกันก็เป็นการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำความ

การกำหนดค่าเสียหายให้เช่นนี้เป็นการกำหนดจากแนวความคิดที่อยู่บนพื้นฐาน นโยบายสาธารณะและประโยชน์สังคมและสาธารณะไม่ใช่เพียงเพื่อทดแทนความเสียหายที่เอกชน ได้รับเท่านั้น⁶

ดังนั้น เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลง โทษนี้แล้ว แม้ว่าจะไม่ใช่ค่าเสียหายที่เป็นการทดแทนความเสียหาย แต่เป็นการลงโทษทางแพ่งเพื่อ ไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเป็นตัวอย่าง แม้ว่าจะมีการโต้แย้ง แต่ประเทศในระบบกฎหมายจารีต ประเพณีเห็นว่ามีประโยชน์มากกว่าจึงยังคงใช้อยู่

ข้อพิจารณาต่อไปก็คือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้เรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ถึง 3 เท่า นอกจากจะเป็นการจงใจให้เอกชนบังคับใช้ กฎหมายฉบับนี้และเป็นการลงโทษผู้กระทำการที่ถือว่าผิดทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงด้วยแล้ว มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าสาเหตุที่กฎหมายกำหนดค่าเสียหายให้ถึง 3 เท่าก็เพราะการกระทำ ผูกขาดเป็นสิ่งที่ผิดและ ร้ายแรงอย่างยิ่งในทางเศรษฐกิจ การที่จะห้ามปรามได้จึงต้องกำหนด

⁵ American Jurisprudence, Vol.22: Damages, 2 nd.ed. (New York: The Lawyer Co-operative Publishing Company, 1965), p.332. อ้างถึงใน กฤษณา พิชญโกศล, "ค่าเสียหายเชิงลง โทษ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์- มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 15-16.

⁶ American Jurisprudence, Vol.22: Damages, p.323-324, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

ค่าเสียหายในลักษณะทวีคูณเพราะนอกจากเป็นการข่มขู่ไม่ให้บุคคลในสังคมกล้าที่จะกระทำการดังกล่าวแล้ว การกระทำผูกขาดอาจจะทำให้ผู้กระทำสามารถใช้อำนาจผูกขาดในการเพิ่มกำไรเกินปกติของตนด้วยการขายสินค้าในราคาที่สูงมาก ๆ ซึ่งก็ไม่สามารถคาดเดาได้ว่าจะสูงแค่ไหนและผู้ผูกขาดจะได้รับกำไรเกินปกติไปนานเพียงใด ซึ่งการจะป้องกันการกระทำเช่นนี้ได้จึงต้องกำหนดค่าเสียหายในฐานะของการทวีคูณหรือ 3 เท่า⁷ ซึ่งในเหตุผลข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเหตุผลที่มีการนำหลักทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายเพราะการผูกขาดจะทำให้มีการกระจายรายได้ที่ไม่เป็นธรรมโดยโอนรายได้จากกระเป๋าผู้บริโภคมาสู่กระเป๋าของผู้ผูกขาด ดังนั้น การให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายในจำนวนที่สูงก็เพื่อจะได้โอนรายได้ที่ไม่เป็นธรรมนั้นกลับมายังกระเป๋าของผู้ได้รับความเสียหายนั่นเอง นอกจากนี้ นักกฎหมายท่านนี้ยังให้ความเห็นอีกว่าการกำหนดค่าเสียหายไว้สูงถึง 3 เท่า ก็เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกระทบสิทธิการแข่งขันและเป็นแรงจูงใจให้ฟ้องคดี⁸

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สาเหตุที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย ไม่นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมากำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของตน แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลในการร่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดจากประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมากก็เพราะหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษไม่มีในระบบประมวลกฎหมายที่ยึดมั่นในหลักกฎหมายชดเชยความเสียหายที่แท้จริงมากกว่า แต่ผู้เขียนมาความเห็นว่าสาเหตุสำคัญก็คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น มีความประสงค์จะบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยรัฐมากกว่าและก็สามารถบังคับใช้ได้ผลมากในทางปฏิบัติจึงไม่เห็นความจำเป็นในการจงใจให้เอกชนบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของตน

สำหรับประเทศไทย การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่สามารถกระทำได้มานานมาก องค์กรของรัฐจึงไม่มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้และจะเห็นได้ว่าปรากฏว่าทางหน้าหนังสือพิมพ์หลายครั้งหลายหนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความเข้าใจในระบบตลาดและเศรษฐกิจเพียงพอทำให้การออกมาตรการเกี่ยวกับการกำหนดราคาแทนที่จะเป็นการ

⁷ Frank H. Easter Brook, Treble What?, *Antitrust Law Journal*, Vol.55 Issue I(April 9-11:1986),p.95

⁸ Ibid,p.101

สนับสนุนระบบเศรษฐกิจกลับเป็นการทำให้ระบบเศรษฐกิจได้รับการกระทบกระเทือน เช่นในช่วงที่ปูนซิเมนต์มีราคาสูงเพราะมีความต้องการมากและผลิตไม่เพียงพอไม่ใช่เพราะเป็นการผูกขาดทางการค้าแล้วกำหนดราคาอันเป็นกำไรเกินปกติ แต่รัฐเข้าใจว่าเป็นเช่นนั้นและกลับควบคุมราคาทำให้ผู้ประกอบการปูนซิเมนต์ต้องเดือดร้อนเพราะราคาที่รัฐควบคุมไม่สัมพันธ์กับต้นทุนซึ่งทำให้ผู้ผลิตไม่สามารถลงทุนได้ และเป็นผลให้อุตสาหกรรมปูนซิเมนต์ชłodตัวลง ในที่สุดรัฐก็ต้องประกาศปรับราคาขึ้น ซึ่งราคาที่ประกาศปรับก็ยังคงไม่สัมพันธ์กับอุปสงค์อุปทานที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา จนทำให้ปูนซิเมนต์ตลาดแคลนอีกและต้องนำเข้าจากต่างประเทศในที่สุด⁹ เป็นต้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดมาตรการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชนจึงมีความจำเป็นสำหรับประเทศไทยในขณะนี้ ซึ่งการกระทำผูกขาดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าเป็นสิ่งที่ผิดมากในระบบเศรษฐกิจเสรี หากกำหนดมาตรการที่เข้มแข็งทำให้ผู้ผูกขาดไม่กล้าที่จะกระทำด้วยการกำหนดให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ในจำนวนที่สูง น่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม อีกทั้งยังเป็นการจูงใจให้เอกชนบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้เพิ่มมากขึ้นด้วย ซึ่งแม้ประเทศไทยจะเป็นระบบประมวลกฎหมายไม่มีหลักการเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ แต่สำหรับการกระทำที่มีความร้ายแรงทางเศรษฐกิจเช่นนี้ สามารถกำหนดให้เรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษเช่นนี้ได้เพื่อเป็นการข่มขู่และไม่เห็นเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่น โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันผูกขาดเองซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษและเมื่อกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้เช่นใดก็เป็นไปตามนั้นโดยไม่ต้องมาพิจารณาตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจำนวน 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงนี้ เป็นการทำให้การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของเอกชนมีประสิทธิภาพ เพราะจะเป็นการจูงใจให้เอกชนช่วยรัฐในการบังคับใช้กฎหมายและน่าจะเป็นวิธีที่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยในปัจจุบัน (ร่างกฎหมายฉบับใหม่ไม่ได้มีบทบัญญัติให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง ผู้เขียนเข้าใจว่าเหตุนี้เพราะระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่มีค่าเสียหายในเชิงลงโทษและกฎหมายฉบับใหม่ต้องการให้กฎหมายพิเศษมีหลักการสอดคล้องกับหลักทั่วไป อีกทั้งไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้สิทธิเอกชนเป็นพิเศษเพราะกฎหมายฉบับใหม่ได้มีการเพิ่มเติมมาตรการบังคับใช้โดยรัฐเพิ่มมากกว่าโทษทางอาญา

⁹ สมาคมทนายความแห่งประเทศไทย , สรุปผลการสัมมนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด, (กรุงเทพมหานคร: จักรเพชรการพิมพ์), 2522, หน้า 84-85

เช่น การมีอำนาจสั่งให้หยุดการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวความคิดที่ดี แต่หากการบังคับใช้โดยรัฐขาดประสิทธิภาพ, งบประมาณและกำลังคน ย่อมจะทำให้การบังคับใช้โดยรัฐเป็นไปโดยจำกัดและไม่สมเจตนารมณ์ และจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชนอย่างมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่ดูจะเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มากยิ่งขึ้น)



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย